

مبای قانونگذاری از دیدگاه حکمت در عرفان و تصوف اسلامی

بیژن بیدآباد^۱

چکیده

تطور تاریخی حقوق و فلسفه قانونگذاری و تعریف حق و مفهوم عدالت از دیدگاه قانونگذار و مردم و مرز بین حقوق و اخلاق و لزوم برقراری انتظام در جامعه از مباحث عمده در تشریح و قانونگذاری هستند. تنظیم مرز قانون در زندگی افراد و از سوی دیگر در نظر گرفتن مصالح اجتماعی جامعه و افراط و تفریط در تعریف جرم و جزا و قانونگذاری و قانونپذیری به عنوان دو پدیده مقابل یکدیگر و به عبارت کلی تر حیطه قانونگذاری نیازمند علم و فن و هنر خاصی است که با حفظ منافع افراد و جامعه از هرگونه عدم اعتدال جلوگیری نماید.

بطور کلی منشاء قانون، عقلایی بودن آن، انطباق آن با عدالت، و عرف و عادت جامعه به عنوان علل قبول و ماندگاری و احترام و تبعیت از قانون می‌باشند. تناسب جرم و جزا با رعایت حقوق مجنی علیه و جانی و صلاح‌دید تربیت افراد و حفظ منافع اجتماعی لزوم تنظیم صحیح قوانین و مقررات را ایجاب می‌نماید.

هزینه‌های فردی اقدامات مجرمانه و هزینه‌های اجتماعی جرم و هزینه‌های دستگاه قضاء در حل و فصل منازعات به صورت مستقیم و غیرمستقیم بر آحاد افراد جامعه تحمیل می‌شود و مجازات باید با توجه به هزینه‌های مزبور تنظیم شوند. تبعیضات و سده عدالت در قانونگذاری و حیل‌های قانونی برای دور زدن نص و روح قانون در عمل موجب تضییع حق و مخل نظم و آرامش و رضایتمندی جامعه است.

در این مقاله کلیات این ظرافات از دیدگاه حکمت در عرفان و تصوف اسلامی در مباحث تشریح و قانونگذاری بررسی می‌شوند.

واژه‌های کلیدی: تطور حقوق؛ فلسفه حقوق؛ حق؛ تقنین؛ جرم؛ جزا؛ اسلام؛ حکمت؛ عرفان؛ تصوف

تاریخ و فلسفه حقوق

در تاریخ حقوق^۲ چگونگی تکامل قواعد حقوقی و چرایی تغییر و دگرگونی آن بررسی می‌شود. علم حقوق همگام با تغییرات جامعه تغییر می‌یابد و مقابله جامعه آن را ملزم به تغییر می‌نماید تا بتواند نیازهای اجتماعی برهه زمانی حال را برطرف نماید. تاریخ حقوق مبین این امر است که هرچه قوانین انطباق بیشتری با خصوصیات فطری و طبیعی انسان‌ها داشته باشد کارایی آنها افزایش خواهد یافت. افزایش کارایی به معنی افزایش تأثیرگذاری مثبت و کاهش تأثیرگذاری منفی اعمال قانون است. قوانین همگی دارای تأثیرات مثبت و منفی می‌باشند. اگر قانون حاد و شدید و سخت گیرانه باشد مسلماً به مادیات و روحیات افراد جامعه آسیب می‌رساند. وقتی مجازات و تنبیهات قانونی شدید باشد، مسلماً سطوحی از انسان‌های جامعه که نسبت به قانون بی‌بند و بارتر هستند بیشتر از جرم خود آسیب می‌بینند و این موضوع به معنی ضایع

^۱ دکتر بیژن بیدآباد (B.A., M.Sc., Ph.D., Post-Doc.) پژوهشگر آزاد.

کردن حق آنها است. باید دانست که یکی از وظایف تقنین جلوگیری از جرم است ولی قانون وظایف دیگری چون تربیت افراد و ارتقاء و حمایت از همه اقشار و سطوح افراد جامعه را نیز به عهده دارد. قانونگذار باید همچون پدری عمل کند که صلاح متخلف ترین فرزندان خود که خاطی ترین افراد جامعه هستند را نیز مطمح نظر قرار دهد. در مبحث فلسفه حقوق ذکر می شود که در قانون باید علت الزام آور بودن قانون، مبانی ارزشی قواعد حقوقی، قلمرو قانون و حقوق در جامعه، هدف تقنین، مرز و قلمرو حقوق و اخلاق و دین، معیارهای تمییز قانون خوب و بد، منطقی و روح قانون و قانونگذاری، تحولات اجتماعی و تغییر قوانین و بسیاری از موارد مشابه را قبل و همراه با خود روشن نماید.^۳ در غیر این صورت قوانین نه تنها به تنظیم روابط افراد و دولت در جامعه کمک نمی نماید بلکه به بی نظمی جامعه نیز می انجامد.

در تعریف حق و منشاء آن از لحاظ متون حقوقی و دیدگاههای فلسفی، اجتماعی و سیاسی، مباحث زیادی وجود دارد که هر کدام به سلیقه ای حق را تعریف می کنند. از لحاظ نتیجه حق عبارت از امتیاز خاصی است که قانون به شخص می دهد و مجموعه این امتیازات قانونی حقوق را تشکیل می دهند. سن توماس^۴ حق را از لحاظ منشاء آن به بخش های حقوق فطری مشتمل بر حقوقی که در طبیعت انسان می باشد و حقوق الهی شامل حقوقی که منشاء آن دستورات الهی است و حقوق بشری که خود بشر آن را وضع می کند تقسیم می نماید. بسیاری منشاء بوجود آمدن حقوق را ستم حکومت هائی می دانند که ملت ها را تحت ظلم و ستم قرار می دهند و با طرح فکری که قاعده ای برتر از اراده حاکم نیز وجود دارد حقوق را پایه گذاری کردند. مکاتب حقوق فطری و طبیعی مبانی اصلی حقوق را عدالت می دانند یعنی هم قانونگذار باید از قواعد عدالت پیروی کند و هم پیروان و تابعین قانونگذار. در تعریفی دیگر حقوق به عنوان کوششی معرفی می شود که برای محقق ساختن عدالت در یک جامعه معین انجام می شود. مکتب های تحقیقی مبانی حقوق را قدرت حکومت می دانند و نه عدالت و منشاء حقوق را اراده مقامات دولت و مبانی قواعد حقوقی را در اداره عمومی وقایع اجتماعی می شناسند. آگوست کنت^۵ اخلاق و مذهب را در ایجاد حقوق مؤثر نمی داند و وجدان عمومی را مبانی اصلی تشکیل قواعد حقوقی می شناسد. ریپر^۶ فرانسوی بر این عقیده است که حقوق ناشی از قدرت دولت است ولی قانونگذار در وضع این قواعد آزاد و خودمختار نیست. او اصول اخلاقی و عدالت را مبانی اصلی همه تعهدات منجمله تعهد به اجرای قانون تلقی می نماید. ساوینی^۷ آلمانی حقوق را نیز مانند زبان و عادات محصول وجدان عمومی و تحول تاریخی اجتماع دانسته و ابراز می دارد که سازنده قواعد حقوقی ملت است و ملت مفهوم واحدی از مردمان گذشته و حال می باشد. به عبارت دیگر احساسات ملی هر قومی از ابتدا مبانی آداب و رسومی شده که سرانجام، به صورت عرف درآمده و در ایجاد قواعد و مقررات حاکم بر روابط اجتماعی تاثیر گذاشته و حقوق یک ملت را به وجود آورده است. قبل از وی بورک^۸ انگلیسی و ویکو^۹ ایتالیائی و منتسکیو^{۱۰} در فرانسه نیز حقوق هر ملت را وابسته به عادات و رسوم و

^۳ نگاه کنید به: کاتوزیان، ناصر فلسفه حقوق، انتشارات بهنشر، ۱۳۶۵.

^۴ Saint Thomas Aquinas, (1225-1274).

^۵ Isidore Marie Auguste François Xavier Comte; (1798 –1857). See: Mary Pickering, Auguste Comte: An Intellectual Biography, Cambridge University Press (1993), Paperback, 2006.

^۶ George Ripert.

نگاه کنید به: کاتوزیان، ناصر، نظریه عمومی تعهدات، نشر یلدا، ۱۳۷۴، تهران. و همچنین کاتوزیان، ناصر فلسفه حقوق، انتشارات بهنشر، ۱۳۶۵.

^۷ Saviny (1779-1861).

^۸ Edmund Burke (1729 –1797).

^۹ Giovanni Battista (Giambattista) Vico or Vigo (1668 –1744)

^{۱۰} Montesquieu (1689 – 1755), De l'esprit des lois, 1748.

شرایط خاص زندگی آنها دانسته‌اند.

شناخت مبادی حقوق مستلزم تشخیص هدف آن است. در مکتب اصالت فرد قواعد حقوق بر مبنای تأمین آزادی فرد و احترام به شخصیت و حقوق طبیعی او است. در این ارتباط لاک^{۱۱} بر این باور است که افراد فقط به اندازه‌ای از آزادی و حقوق خود می‌گذرند که برای تشکیل دولت ضرورت دارد. در چنین جامعه‌ای از نظر سیاسی تمام قوای مملکت ناشی از ملت است و از نظر اقتصادی مبارزه‌ای که اشخاص برای حفظ منافع شخصی خود می‌کنند منتج به منافع عمومی می‌شود و از لحاظ حقوقی اراده فرد روح قواعد حقوقی را تشکیل می‌دهد و قرارداد مبنای اصلی تمام نهادها و راه‌حل‌های حقوقی بشمار می‌رود. این بیان با عبارت قرارداد اجتماعی در کلام رسو^{۱۲} عنوان شده است.

حق اصیل و حق موضوع

مولوی علیه الرحمة در دفتر ششم مثنوی عدل و ظلم را تعریف می‌نماید:

عدل چه بود وضع اندر موضعش ظلم چه بود وضع در ناموقعش

عدل به معنی قرارداد شئی در موضع خود و ظلم قرارداد آن در غیر موضع خود است. به عبارت دیگر به این معنی است که به هر موجودی همان حقی اعطاء شود که طبیعت وی مستحق آن است و نه بیشتر یا کمتر. چنانکه اعطای حقوق مازاد بر حقوقی که طبیعت برای هر موجودی صحیح می‌داند نه تنها سبب تنظیم جامعه نمی‌شود بلکه اعضاء آن جامعه را در تقابل با یکدیگر قرار می‌دهد و به جای همزیستی مسالمت‌آمیز افراد آنها را به کشمکش با یکدیگر می‌کشاند. نمونه این موارد در نظام‌های حقوقی مختلف آنقدر زیاد است که تاریخ حقوق را می‌توان به آن تعمیم داد.

وقتی عدالت به مفهوم قرارداد شئی در موضع خود که بالاترین رشد را داشته باشد را به عنوان تعریف از عدالت در نظر بگیریم، مکاتب اصالت فرد یا اصالت جمع در مقابل مکتب اصالت عدل^{۱۳} عقب‌تر و نارسا می‌باشند چون در هیچکدام از این دو مکتب تعالی بشری هدف قرار نگرفته بلکه تمایلات بشری هدف قرار داده شده است. مکتب اصالت عدل بر اساس تعریف فوق دیدگاه اساسی حقوق الهی و بطور خاص حقوق اسلام را تشکیل می‌دهد. مکتب اصالت عدل تنها به تنظیم روابط اجتماعی افراد نمی‌اندیشد بلکه به این می‌اندیشد که چگونه بتوان حداکثر رشد و تعالی را در ارتباط با تک تک افراد جامعه احصاء نمود.

گرچه اخلاق بعنوان قواعدی که رعایت آنها برای نیکوکاری و رسیدن به کمال لازم است در مکاتب حقوقی مدنظر قرار گرفته می‌شود ولی نگرش مکتب اصالت عدل با مکاتب دیگر متفاوت است. در دو مکتب اصالت فرد و اصالت جمع اخلاق به عنوان یک هدف جانبی و حاشیه‌ای در اجرای عدالت فردی در مکتب اصالت فرد و در اجرای عدالت اجتماعی در مکتب اصالت جمع تلقی می‌شود، ولی در مکتب اصالت عدل هدف اصلی در اجرای عدالت فردی و

¹¹ John Locke, 1689, Two Treatises of Government.

¹² Jean-Jacques Rousseau's 1762 treatise: Du contrat social; ou, Principes du droit politique.

¹³ بیژن بیدآباد، مبانی عرفانی حقوق اساسی در اسلام، فلسفه حقوق، حقوق فردی، حقوق عمومی از دیدگاه حکمت، ۱۳۸۸.

<http://www.bidabad.ir/doc/mabani-erfani-hoquqe-asasi.pdf>

بیژن بیدآباد، فلسفه حقوق از دیدگاه حکمت در عرفان و تصوف اسلامی، ۱۳۸۹.

<http://www.bidabad.ir/doc/falsafeh-hoqooq.pdf>

Bijan Bidabad, Philosophy of Law: An Islamic Sufi Approach. International Journal of Law and Management (IJLMA), Vol. 60 Issue: 5, pp.1179-1195, 2018, Emerald Group Publishing Limited.

<https://doi.org/10.1108/IJLMA-06-2017-0132>

<http://www.bidabad.ir/doc/law-philosophy-cn.pdf>

اجتماعی است یعنی باید به گونه‌ای قواعد حقوقی تنظیم کردند که انسان را به استکمال برساند. در اصل باید گفت حق متعلق به هر موجودی است که صاحب آن است و طبیعت ذاتاً به او اعطا کرده است. حق یکی از اسماء خداوند است یعنی هر ذیحقی در حقی که محق آن است خداوند آن حق است. و فرمود: ^{۱۴} آن به خاطر این است که خداوند همان حق است. تزییع حق عملاً ضایع کردن حق ذیحق یا حق تعالی شأنه است. یعنی تزییع حق دیگران مخالفت با خداوند است. حقوقی که قانون و قوانین موضوعه بشری به انسان می‌دهند حق اصیل نیستند. حق اصیل آن است که خداوند آن را مقرر کرده باشد. و تزییع حق دیگران مصداق ظلم است و فرمود: ^{۱۵} حق را با باطل مپوشانید تا حق را کتمان کنید و حال آنکه شما می‌دانید. و فرمود: خداوند ستمکاران را دوست نمی‌دارد. ^{۱۶} میزان در اینکه کدام اصیل است و باید آن را وضع نمود یا خیر دستورات و اوامر و نواهی الهی است که منطبق با طبیعت انسان‌ها تعریف و تدوین شده‌اند و در این جهت شکل گرفته‌اند که حق هر فردی در خور طبیعت او به وی عطا شود.

بسیاری از حقوق موضوعه در قوانین جوامع در حقوق اسلام مطرح نشده‌اند و لذا نسبت به مفاهیم حقوقی اسلام مستحدثه هستند. ولی چون این حقوق عملاً در تعارض با اصول حقوقی اسلام نیستند عملاً از نظر عموم افراد جامعه مشروع تلقی می‌شوند و قابل احترام هستند. ولی قوانینی که به نوعی متعارض حقوق افراد شده به نحوی که با حقوق اسلام در تنافی است عملاً سبب انحراف و انتقال حقوق افراد از گروهی به گروه دیگر می‌شوند. این دسته از قوانین موضوعه عملاً حقوقی را از افرادی طبقات خاصی از اجتماع سلب می‌کند و به گروهی دیگر می‌دهد. به عبارت دیگر گروهی را متضرر و گروهی را منتفع می‌نماید. از این نظر که حقوق اسلام منطبق با طبیعت است عملاً تعادل در حقوق افراد را به نحوی فراهم ساخته که منطبق با طبیعت آنان باشد و نه به اضافه یا کم. و این همان مفهوم عدل به معنی قرار دادن شیئی در جای خود می‌باشد.

در حقوق وضعی جرم و مجازات مجرم برای حفظ مصالح اجتماعی تعریف می‌گردد ولی در شرع مصالح فرد و جامعه هر دو مد نظر شارع قرار دارد. این تفاوت سبب گستردگی تفاوت‌ها در بین قوانین وضعی و احکام شرعی می‌گردد که بسیار مبسوط‌تر از آن است که در اینجا به آن پردازیم ولی از دیدگاه حکمت این موضوع قابل اشاره است که احکام تشریحی حقوق جزای اسلامی هم تربیت و مصالح فرد و هم تربیت و مصالح جامعه را توأمان مد نظر قرار می‌دهد. دیگر اینکه تربیت بیش از تأدیب مد نظر شارع است. هر چند این موضوع در حقوق وضعی نیز مورد توجه است ولی عمق و اهمیت آن به میزان دقت شارع در این باب نیست. مثال این موضوع را می‌توان در تقنین اجرت المثل برای زن در قوانین ایران ذکر کرد که حقی است که قانون برای زن مقرر داشته ولی حقوق اسلام تأسیسی بر آن ننموده است. یا مثال دیگر الزام کارفرما به تأمین بخش عمده‌ای از حق بیمه کارگر است که ناچار از پرداخت آن به نهادهای تأمین اجتماعی است. مثال دیگر مداخله قوانین کار در الزام کارفرما به اعطای مزایای اضافه بر قرارداد فی مابین کارفرما و کارگر است. هیچکدام از این قوانین مبتنی بر حقوق اصیل فرد که خداوند مقرر نموده نیستند لذا همواره در محاکم خانواده و کار شاهد مطالبات زنان از شوهران و کارگران از کارفرمایان هستیم که برای مطالبه حقوقی که قانون مازاد بر قرارداد فی مابین آنها برای ایشان تعریف و تحمیل نموده است طرف مقابل را تحت فشار قرار داده و می‌دهند. در صورتی که این

^{۱۴} سوره حج، آیه ۶۲. سوره لقمان، آیه ۳۰. « ذَلِكَ بِأَنَّ اللَّهَ هُوَ الْحَقُّ ».

^{۱۵} سوره بقره، آیه ۴۲. « وَلَا تَلْبِسُوا الْحَقَّ بِالْبَاطِلِ وَتَكْتُمُوا الْحَقَّ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ ».

^{۱۶} سوره آل عمران، آیه ۱۴۰. « وَاللَّهُ لَا يُحِبُّ الظَّالِمِينَ ».

حقوق موضوعه برخلاف طبیعت انسان‌ها و حبّ ذات آنها ورود فضولی به قراردادهای مشخص بین افراد است که فی ما بین تعهد می‌نمایند. کاملاً مشهود است که در مثال‌های فوق زنان و کارگران بسیاری از این حقوق برای اعمال فشار بر شوهر و کارفرمای خود استفاده نموده و نتیجتاً قانونی که باید موجبات نظم جامعه و آرامش افراد را فراهم آورد عملاً مستمسکی برای تنش و اختلاف شده‌اند. لذا باید اذعان داشت که حقوقی که مشروعیت آن را خداوند مقرر فرموده اصیل هستند و حقوق موضوعه‌ای که در تضاد با آنها باشند نه تنها موجب اصلاح جامعه نمی‌شوند بلکه آسیب‌رسان و مضر هستند.

قانونگذاری

روابط افراد با یکدیگر مورث ابداع قواعدی است که به جامعه نظم می‌دهند. به عبارت دیگر ملاقات افراد و برقراری روابط بین آنها در جوامع مختلف اعم از انسان‌ها و حتی سایر موجودات آنها را ملزم به برقراری قواعدی برای تنظیم زیست آنها می‌نماید. این تنظیمات همان قواعد و مقررات است که جامعه به رعایت آنها اهتمام می‌ورزد و متخطی از آن را مستوجب تنبیه می‌داند. این موضوع همان وجه اهمیت عرف در جامعه و قانونگذاری است. زیرا عرف منبعث از رفتار طبیعی مردم در تعامل با یکدیگر است یعنی منبعث از طبیعت است و چون منشأ آن طبیعت افراد است لذا منطبق با حقوق طبیعی آنان است که جامعه آن را مشروعیت داده لذا عرف به نحوی قانون و به نحوی مبنایی برای قانونگذاری می‌باشد. باید به این امر توجه نمود که تغییر عرف جامعه منجر به تغییر ارزش‌های جامعه و نهایتاً قوانین و مقررات در طول زمان می‌شود. روند تغییر پندار اتباع یک سرزمین از بُعد نگرش تکاملی خواسته‌های انسان‌ها در طی تاریخ به لزوم تغییر قوانین می‌انجامد.

رفتار انسان‌ها در طول زمان براساس شاکله اجتماع^{۱۷} شکل می‌گیرد و شاکله اجتماع شکل دهنده عرف و عادات عرفی و نهایتاً قوانین و مقررات حقوقی است که از مجموعه شاکله افراد تشکیل می‌شود. از سوی دیگر همانطور که شاکله اجتماع مورث قوانین است خود قوانین نیز می‌توانند شاکله اجتماع را تغییر دهند. مجموعه نیات افراد در درون تک تک افراد شاکله فرد^{۱۸} را تشکیل می‌دهد و مجموعه شاکله افراد جامعه شاکله اجتماع را شکل می‌دهد و شاکله اجتماع به نوعی همان هنجارها هستند. وقتی شاکله افراد در جامعه همسویی بیشتری داشته باشند تحولات اجتماعی محقق خواهد شد. زیرا خواسته‌های افراد اراده اجتماعی جامعه را برای حصول یک هدف قوی‌تر می‌نماید. قرآن کریم می‌فرماید:

^{۱۷} شاکله اجتماع یا شاکله جامعه اول بار توسط حضرت آقای حاج دکتر نورعلی تابنده مجذوبعلیشاه بکار برده شد.

سخنرانی حضرت حاج دکتر نورعلی تابنده مجذوبعلیشاه، ۱۳۸۷/۲/۶، اسراف و شاکله.

<http://mazaresoltani.net/download/mp3/87/87-02-06-sobhe-jome-kotob-selseh-niyat-va-shakeleh-esraf.mp3>

سخنرانی حضرت حاج دکتر نورعلی تابنده مجذوبعلیشاه، ۱۳۹۱/۷/۱، شاکله، عاقله، یقین.

<http://mazaresoltani.net/download/mp3/91/91-07-01-Sobhe-Shanbe-Shakele-Aghele-Yaghin.mp3>

سخنرانی حضرت حاج دکتر نورعلی تابنده مجذوبعلیشاه، ۱۳۹۱/۱۲/۴، احترام به اجازات عرفانی-مددکاری رضا، شاکله و نیت در اعمال.

<http://mazaresoltani.net/download/mp3/91/1391-12-04-Sobhe-Jome-Ehteram-Be-Ejazat-Erfani-Madadkari-Reza-Niyat-Dar-Amal.mp3>

سخنرانی حضرت حاج دکتر نورعلی تابنده مجذوبعلیشاه، ۱۳۹۳/۱۲/۲۹، ارزیابی اعمال و جبران خطا، توبه حقیقی- شاکله و نیت.

<http://mazaresoltani.net/download/mp3/93/1393-12-29-Sobhe-Jome-Arziyabi-Amal-Jobran-Khata-Tobe-Shakel-Niyat.mp3>

^{۱۸} سوره اسراء، آیه ۸۴ «فُلْ كُلٌّ يَعْمَلُ عَلَىٰ شَاكِلَتِهِ فَرْبُكُمْ أَعْلَمُ بِمَنْ هُوَ أَهْدَىٰ سَبِيلٌ» بگو هر کس بر حسب شاکله خود عمل می‌کند و پروردگار شما به هر که راه‌یافته‌تر باشد داناست.

«خداوند سرنوشت هیچ قومی را تغییر نمی‌دهد مگر آن قوم خود را تغییر دهند»^{۱۹} یعنی تحول و دگرگونی در جامعه مورث نحوه تفکر و نگرش تک تک افراد است و این تحول در وجود انسان‌ها با تغییر شاکله بوجود می‌آید و شاکله عموم افراد یک جامعه به هر سمتی کشانده شود کل جامعه به همان سمت سوق می‌یابد.

یک روش کلی تغییر شاکله از منظر علم حقوق، وضع قوانین است. قوانین و احکام در ارتباط با اعمالی صورت می‌گیرد که مستوجب جزا یا پاداش هستند. در حیطه خارج از احکام تشریحی، بسیاری از موارد وجود دارد که اساس شاکله اجتماع را تشکیل داده ولی مطمح نظر قانونگذار نیستند و آن اعمال مستوجب جزا یا پاداش هم نیستند. این قبیل رفتار در حیطه اخلاق قرار می‌گیرند. می‌فرمایند:^{۲۰} «ضامن مداومت یک فکر یا روش آن عرف و عادت است که در جامعه ایجاد می‌شود.» اگر شاکله اجتماع بر اساس قانونگذاری یا استمرار عادت محدود شود یا تغییر یابد عملاً نیات افراد هم تغییر می‌یابند.

قانونگذاری باید عملاً در راستای اهداف مآ نظر جامعه و شاکله اجتماع باشد در غیر این صورت می‌تواند موجبات تعدی به حقوق طبیعی افراد را که خداوند به تک تک آنها اعطاء کرده فراهم آورد. وظیفه قانون ایجاد محیطی برای تعامل افراد یک جامعه است و نه تعدی به آنها فلذا قانون نباید منجر به تعدی به حقوق افراد شود. اصولاً اگر قانون سبب تعدی به افراد شود برخلاف میل جامعه حرکت کرده و لازم است که تغییر یابد. زیرا شاکله جامعه به طور کلی متمایل به تعدی به افراد نیست. یکی از موارد تعدی قانون در این است که قانونگذاری به صورتی محقق شود که جوامع را از فرهنگ و عرف و تاریخ گذشته خود منقطع نماید در این حالت به اندوخته‌های فکری و تجربی و عرفی جامعه تعدی شده و همانطور که در تاریخ مشهود است این نوع قانونگذاری که غالباً هنگام تسلط گروه‌های ایدئولوژیست افراطی بر حکومت‌ها یا با ظهور حکومت‌های مستبد مشاهده شده عمر بلندی نداشته‌اند زیرا در این نوع رژیم‌های سیاسی معمولاً قانونگذار به انحاء مختلف سعی کرده تا مردم را از گذشته و تاریخ خود منقطع نماید. این موضوع از انواع مختلف فضولی قانونگذار و قانون در زندگی افراد تلقی می‌شود که قانون خود را وارد حریم خصوصی افراد می‌کند و در اموری وارد می‌شود که کسی غیر از افراد خاصی که به آن حریم محرم هستند مجاز به ورود به آن نیست.

قرآن کریم می‌فرماید:^{۲۱} «هیچ کس بار گناه دیگری را بر دوش نکشد.» و می‌فرماید:^{۲۲} «هر کس عمل صالحی کند، بر خودش است و هر که بد کند بر خودش است.» و می‌فرماید:^{۲۳} «هر کس مرتکب کار بدی شود جزایش را ببیند.» این آیات به معنی تأیید اصل شخصی بودن مجازات‌ها در اسلام می‌باشد. تعمیم این موضوع در ارتباط با تعدی قانونگذاری نسبت به افراد جامعه قابل تعمیم است. به عبارتی اگر افرادی از بکارگیری حقوق خود تجاوز نمودند قانون نباید برای جلوگیری از تعدی گروه یا عده‌ای کلاً این حق را از همه جامعه سلب نماید که تعدی به همه افراد جامعه است.

با توجه به مطالب فوق کشیدن مرز قانون که تخلف و غیرتخلف را متمایز کند بسیار مهم می‌باشد. در بسیاری از کشورها مشاهده شده که قوانین وارد حیطه اخلاقیات شده و خیلی از مسائل اخلاقی را جرم دانسته و در خیلی کشورها مشاهده

^{۱۹} سوره رعد، آیه ۱۱، «إِنَّ اللَّهَ لَا يُغَيِّرُ مَا بِقَوْمٍ حَتَّى يُغَيِّرُوا مَا بِأَنْفُسِهِمْ».

^{۲۰} سخنرانی حضرت حاج دکتر نورعلی تابنده مجذوبعلیشاه، ۱۳۸۷/۲/۵، علوم اقتصاد و اسراف.

<http://mazaresholtani.net/download/mp3/87/87-02-05-sobhe-panjshanbeh-clm-va-esraf-kardan.mp3>

^{۲۱} سوره فاطر، آیه ۱۸. «وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى»

^{۲۲} سوره فصلت، آیه ۴۶. «مَنْ عَمِلَ صَالِحًا فَلِنَفْسِهِ وَ مَنْ أَسَاءَ فَعَلَيْهَا».

^{۲۳} سوره نساء، آیه ۱۲۳. «مَنْ يَعْمَلْ سُوءًا يُجْزَ بِهِ».

شده که قوانین اخلاقیات را رها کرده و تحقق جرم را برای افعالی تعریف نموده‌اند که ملاحظات اخلاقی در آنها اغماض شده است. در هر دوی این حالات در تعریف جرم از حد اعتدال در قانونگذاری افراط و تفریط شده است. علت این موضوع مشابه عدم توجه به لزوم تطابق تکلیف با فطریات بشر است. برای مثال وضع قوانین سخت‌گیرانه در روابط مرد و زن عملاً قانون‌گریزی را نضج می‌دهد چون این قانون در تقابل شدید با فطرت تمایلات جنسی انسان‌ها قرار می‌گیرد. وضع قوانین آزادسازی روابط مرد و زن نیز سبب پاشیدن خانواده که بنیان جامعه است می‌گردد. کشیدن خط مرز جرم در رابطه بین زن و مرد نیازمند علم و هنر خاصی است و در بشر معمولی که خود در افراط یا تفریط غریزه شهوت اسیر است وجود ندارد.

لذا این نتیجه گرفته می‌شود که قواعدی که عرف مسلم جامعه باشند قانون جامعه تلقی می‌شوند. به عبارت دیگر شریعت همان قانون جامعه و قوانین اجتماعی همان شریعت آن جامعه است. این موضوع در بسیاری از موارد تعمیم دارد و کلیه مقرراتی که با دستورات صریح خداوند مغایرت ندارد را شامل می‌شود. در باب جهات تشابه حقوق اسلام با حقوق عرفی می‌فرمایند: ^{۲۴} «قانون اساسی در حقوق اسلام مقررات قرآن و سنت است که هیچ قاعده بعدی و یا عرف حق ندارد آن را نقض نماید و مقرراتی که با این قانون و سنت پیغمبر منافات داشته باشد از درجه اعتبار ساقط است. از این دو منبع تنها قرآن مدون شده و در صحت صدور آن شکی نیست اما در صحت احادیث که بیان‌کننده سنت هستند می‌توان شک کرد که آیا واقعاً امر مشخصی جزو سنت هست یا نه، اما همین که تشخیص داده شد که در صحت صدور حدیث تردیدی نیست حجیت آن دیگر قابل شک نیست. در مذهب شیعه اخباری که از ائمه (ع) رسیده است به منزله تفسیر قرآن است نه به منزله شارع، بیان یکی از ائمه (ع) که می‌فرماید: اگر خبری از ما به شما برسد که با قرآن مخالف باشد باور نکنید و آن را دور بیندازید، مبین همین امر می‌باشد. از این حیث یعنی داشتن قانون اساسی مدون و نیز مقدار زیادی سنت مسلم سیستم حقوق اسلامی با حقوق‌های نوشته تشابه دارد اما تفاوت آنها در آن است که اسلام قوانین نوشته دیگری بر آنها اضافه نمی‌کند که بتواند هم‌عرض باشد ولی سیستم‌های حقوق نوشته مرتباً مجموعه‌های قانونی منتشر می‌کنند.» در این ارتباط باید توجه نمود که سنت دلیلی نیست که مدلول آن روشن باشد و آنقدر اخبار و احادیث و روایات غلط و متناقض و مجعول نقل شده که سنت را نه تنها ظنی الصدور بلکه ظنی الدلاله کرده است. بررسی این موضوع از لحاظ تاریخ حقوق بسیار حائز اهمیت است. زیرا بسیاری از قواعدی که در کشورهای اسلامی به نام قواعد شرعی به اجرا در می‌آید قوانین الهی نیستند بلکه تأسیسات فقها است که نام قواعد شرعی به خود گرفته‌اند. از اینرو است که می‌بینیم در بسیاری از کشورهای اسلامی قوانینی که شرعی تلقی می‌شوند در کشور دیگر که آن هم اسلامی است متفاوت و حتی مغایر است. و بطور کلی‌تر در فقه خاصه و عامه تعداد حدود متفاوت و بیش از تعدادی است که در قرآن برای آنها حد ذکر شده است و این به معنی وجود خطا در استنباط احکام است و آلا و لابد باید برخی از این احکام موضوعه فقهی شرعی نباشند. مسلماً سکوت شارع درباره جرائمی بیش از آنچه در نص قرآن است بی حکمت نبوده و گرنه شارع مقدس آنها را نیز در زمره حدود در کتاب انشاء می‌فرمود. علت این امر در این بوده که در طی تاریخ اگر در قراء موضوعی مورد منازعه واقع می‌شد معمولاً به اهل مسجد و منبر مراجعه می‌کردند تا داوری نماید. زیرا در ازمنه گذشته سواد در جوامع محدود به افراد خاصی بود و همه امکان مراجعه به کتاب را نداشتند. در طول تاریخ این نهاد حقوقی تقویت گردید و به صورت فقه متبلور شد و عده‌ای تحت عنوان فقیه مراقب این نهاد گشتند و روش استنباط

^{۲۴} حضرت حاج دکتر نورعلی تابنده مجذوبعلیشاه، رساله حقوق تطبیقی، انتشارات سلسله الرضا، ۱۳۹۰، مشهد.

حکم را نیز به دیگران تعلیم و مدارس و حوزه‌های علمیه و اجتهاد و مجتهد پدیدار گردید. در صورتی که این نهاد در صدر اسلام موجود نبود و تأسیس آن در اثر تطوّر تاریخی و با توجّه به نیاز جامعه به مرجعی برای داوری و قضاء درآمد و نه آنکه تأسیسی باشد که رسول اکرم (ص) آن را تشریح و تقنین فرموده باشد.

حیطه تقنین

حیطه قانونگذاری مدخل اصلی دخالت حکومت‌ها در زندگی اتباع می‌باشد. سؤال اصلی در این باب این است که حکومت‌ها تا چه حدودی مجاز هستند که دخالت خود را در امور افراد گسترش دهند. آیا دولت‌ها مجاز هستند در نحوه زندگی داخلی و خصوصی افراد مداخله نمایند یا مواردی از زندگی اجتماعی آنها را محدود سازند؟ برای مثال رنگ لباس یا پوشش مردم را مشخص کنند یا در نوع خوراکی‌های مصرفی اتباع خود دخالت کنند؟ لزومی ندارد این دخالت‌ها مستقیم باشد بلکه به صورت غیرمستقیم نیز قابل طرح است. برای مثال اگر دولتی بر چغندر قند مالیات ببندد به معنی این است که از تولیدکنندگان نیشکر حمایت کرده و به آنها سوبسید پنهانی داده است و این موضوع دلالت بر وضع مالیات پنهان بر تولیدکنندگان چای است یا به عبارتی به واردکنندگان قهوه یارانه‌ای پنهان داده و اگر دنبال این رشته را بگیریم باید سؤال کنیم آیا دولت مجاز است تا با ترویج الگوی مصرف چای از این طریق با مردم مخالفت کند و آن را با ابزار قیمت‌های نسبی یا تغییر الگوی مصرف محدود نماید؟ هرچند که قانونی برای منع نوشیدن چای وضع نگردیده باشد. این مباحث همه موضوعات ظریف و قابل بررسی هستند که عدم توجه به آنها غالباً موجب تحولات در سطوح مختلف می‌شود. در نظام‌های حقوقی کنستیتوشنال^{۲۵} یعنی نظام‌های حقوقی که قانون اساسی اساس حیطه تقنین و کلیات روابط قوا و افراد جامعه را مشخص می‌کند مرزهای اصلی و راهنما برای تقنین تعریف می‌شوند. ولی همواره دیده می‌شود که قوه مقننه یا مصوبات قوه مجریه یا رویه قضائی قضات در قوه قضائیه خواسته یا ناخواسته این مرزها را به راحتی مورد تعدی قرار می‌دهند. یعنی هرکدام از مراجع فوق با تفسیری حتی خلاف روح قانون اساسی قانون یا مقررات یا عرف قضائی مورد نظر خود را به تصویب می‌رسانند.

در باب قانونگذاری نظریات متنوع است حتی برخی از آنها اصل و ریشه قانونگذاری و دولت را نقد می‌کنند که اصلاً آیا حکومت واجب شرعی است یا صرفاً واجب عقلی است. و براین اساس آیا تبعیت از حکومت الزام شرعی است یا امری تخیری. قانونگذاری در حیطه واجبات و محرمات و مستحبات و مکروهات و مباحات هرکدام ظرافتهای خاصی را اقتضاء می‌کند که وضع قانون در فعل یا ترک فعل به چارچوبی که خداوند در شرایع برای بشر وضع فرموده تعدی نکند. از دیرباز به این مسئله پرداخته شده که مباحات مواردی هستند که فعل و ترک فعل از دیدگاه شارع مقدس علی‌السویه می‌باشد. برخی قلمرو مباحات را تنظیم زندگی شخصی دانسته‌اند و آن را نه بدعت و نه تشریح دانسته‌اند.^{۲۶} برخی قانونگذاری در حیطه امور مباح را در نظر گرفتن مصالح جامعه گفته‌اند ولی سؤال اصلی در این است که آیا حکومت‌ها مجاز هستند که ممنوعیت یا محدودیتی بر امور حلال وضع نمایند؟!^{۲۷} این عتاب از جانب خداوند به پیامبر گرامی اسلام درباره قانونگذاری در امور مباح است. می‌فرماید: بگو چه کسی زینت‌ها و پاک‌ها را از روزی‌ها را که خداوند برای بندگانش پدید آورده حرام کرده است؟! یعنی وقتی خداوند امری را حلال مقرر فرموده وضع قانون در تحدید آن به

²⁵ Constitutional

^{۲۶} نائینی، محمد حسین، تنبیه الامة و تنزیه الملة. موسسه بوستان کتاب، چاپ ۱۳۹۳.

^{۲۷} سورة اعراف، آیه ۳۲. «قُلْ مَنْ حَرَّمَ زِينَةَ اللَّهِ الَّتِي أَخْرَجَ لِعِبَادِهِ وَالطَّيِّبَاتِ مِنَ الرِّزْقِ».

مثابه گرفتن حق از ذیحق است و اگر چنین باشد حیطة قانونگذاری تشریح شارع را تحدید کرده است و اگر اینگونه نباشد خیار وضع قانون منع شده است. لذا از این موضوع به مبحث اصول مبرهن در قوانین مستنبطه از شرع باید پرداخت و فلسفه اصلی وضع و تشریح شریعت را باید دریافت و سپس در راستای تکمیل آن، شاخ و برگ لازم را ابداع نمود. پس در ابتدا باید به حکمت تشریح پرداخت تا مبانی فلسفه حقوق و قانونگذاری تعریف و روشن گردد.

از سوی دیگر سؤال متعاقب پرسش اخیر این خواهد بود که اگر اکثریت موافق یا مخالف امری باشند آیا این موافقت دلالت بر اباحه تقنین در آن امر می‌نماید یا خیر؟ آیات قرآن مناط اکثریت را به رسمیت نمی‌شناسند. آیات «قَلِيلٌ مِنْ عِبَادِيَ الشَّكُورُ»^{۲۸} و «أَكْثَرُ النَّاسِ لَا يَشْكُرُونَ»^{۲۹} و «إِنَّ الْإِنْسَانَ لِفِي خُسْرٍ»^{۳۰} و «أَكْثَرُ النَّاسِ لَا يَعْلَمُونَ»^{۳۱} و تکرار آیاتی با مضامین: «أَكْثَرُهُمْ لَا يَعْلَمُونَ»^{۳۲}، «أَكْثَرُهُمْ لَا يَعْقِلُونَ»^{۳۳}، «أَكْثَرُهُمْ يَجْهَلُونَ»^{۳۴} مناط قرار دادن اکثریت را رد می‌کنند. علت مفاهیم مذکور در این آیات در آیه «وَمَا يَتَّبِعْ أَكْثَرُهُمْ إِلَّا ظَنًّا إِنَّ الظَّنَّ لَا يُغْنِي مِنَ الْحَقِّ شَيْئًا»^{۳۵} بیان شده و در آیه دیگری به صراحت خطاب به پیامبر اکرم (ص) می‌فرماید: «وَإِنْ تَطَّعَ أَكْثَرُ مَنْ فِي الْأَرْضِ يُضِلُّوكَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ إِنْ يَتَّبِعُونَ إِلَّا الظَّنَّ وَإِنْ هُمْ إِلَّا يَخْرُصُونَ»^{۳۶} یعنی اگر از رأی اکثریت مردم در زمین اطاعت کنی تو را از راه خدا گمراه می‌گردانند زیرا که جز از گمان تبعیت نمی‌کنند و جز این نیست که (تنها) حدس می‌زنند.

بررسی این موضوع این سؤال را پیش می‌آورد که حیطة تقنین باید در کجا باشد؟ آیا دولت‌ها می‌توانند در همه مسائل، قانونگذاری نمایند؟ و چگونه باید خطی با ثبات کشید که مرز حیطة تقنین را ترسیم نماید که ضمن اینکه تکامل قواعد حقوقی را بپذیرد ثبات احکام عقلی را در آن ایجاد نماید؟ در این ارتباط حقوق اسلامی مرزبندی مشخصی دارد که نه تنها ثبات قانونگذاری را مهیا می‌نماید بلکه حیطة دخالت دولت در امور اتباع را نیز مشخص و محدود می‌نماید. مسئله اصلی در قانونگذاری اسلامی رتبه‌بندی احکام است بطور کلی و خوب یا حرمت رعایت قوانین همانند یکدیگر نیست و شدت اهمیت و میزان برخورد با هر کدام از آنها متفاوت است. در این ارتباط احکام خمس قابل توجه می‌باشند. افعال از لحاظ این طبقه‌بندی واجب یا مستحب یا مباح یا مکروه یا حرام می‌باشند و اگر آنها را به ترتیبی که ذکر شد در دنباله هم بگذاریم می‌بینیم که دامنه کاملی از وجوب عمل تا حرمت آن را پوشش می‌دهد یعنی شدت برخورد قانون با افعال مختلف در بطن احکام آن مندرج است. در این ارتباط گرچه مستحب به واجب نزدیک است یا از سوی دیگر به مباح نزدیک می‌شود و مستحبات انواع مؤکد و غیر مؤکد دارند ولی همه از لحاظ سلسله مراتب ترجیحی هرچند با منطقی

۲۸ - سوره سبأ، آیه ۱۳. و کم هستند بندگان سپاسگزار من.

۲۹ - سوره یوسف آیه ۳۸. اکثر مردم سپاسگزار نیستند.

۳۰ - سوره العصر، آیه ۲. همانا انسان در زیان است.

۳۱ - سوره سبأ آیه ۲۸ و سوره اعراف آیه ۱۸۷. اکثر مردم نمی‌دانند.

۳۲ - سوره یونس، آیه ۵۵. اکثرشان نمی‌دانند.

۳۳ - سوره حجرات، آیه ۴. اکثرشان تعقل نمی‌کنند.

۳۴ - سوره انعام، آیه ۱۱۱. اکثر جاهلند.

۳۵ - سوره یونس، آیه ۳۶. و اکثر ایشان تبعیت نمی‌کنند جز از گمان و همانا که گمان بسنده از حق نمی‌کند. در سوره نجم، آیه ۲۸ همین عبارت را اینطور می‌فرماید: «إِنْ يَتَّبِعُونَ إِلَّا الظَّنَّ إِلَّا الظَّنَّ لَا يُغْنِي مِنَ الْحَقِّ شَيْئًا». همانا تبعیت نمی‌کنند جز از گمان و همانا که گمان بسنده از حق نمی‌کند.

۳۶ - سوره انعام، آیه ۱۱۶.

فازی تعریف و مفاهیم آنها جا افتاده هستند. همینطور این ترتیبات ترجیحی را در مکروهات و محرّمات می‌توان مشاهده کرد. به هر حال قواعد اسلامی بالاخص امامیه که منابع آنان به گونه‌ای است که میزان تقنین یعنی اولی الامر و کتاب را بر سنت و اجماع ارجح می‌دانند احکام خمسه جایگاه حقوقی خاصی پیدا می‌کند که حدود حیطة تقنین را مشخص می‌نماید.

شارع مقدس با علم به اینکه تقریرات کتاب قرآن سندی لایتغیر خواهد بود و حکم افعال در ازمنه و امکانه مختلف و شرایط آنها در همه موارد ثابت نمی‌تواند باشد لذا فقط مواردی را در نص کتاب تقریر فرمود که کلی و لایتغیر هستند و در طول زمان تغییر نمی‌یابند. بر این اساس حکمت بالغه شارع بر آن قرار گرفت تا بعضی از قواعد را در قرآن ذکر و مجازات لازم برای آنها را قید نماید و باقی را عمداً ذکر نفرمود تا در هر زمانی نسبت به آنها با ملاحظات خاص آن زمان تعیین گردند.

در زمان حیات پیامبر (ص) تکلیف مسلمین متفاوت از زمان‌های دیگر بود. زیرا آن حضرت درباره هر موضوعی در ارتباط با نحوه اداره جامعه با دیگران مشورت می‌فرمود ولی شخصاً تصمیم می‌گرفت. قرآن کریم می‌فرماید: ^{۳۷} «در کار با آنها مشورت کن پس آنگاه که عزم کردی پس به خداوند توکل کن». ولی برای بعد از خود اداره امور جامعه مشمول این آیه قرار گرفت که فرمود: ^{۳۸} «امرشان شورا بین آنهاست». در ارتباط با این مطلب باید گفت که احکامی که در کتاب قرآن مشخصاً در ارتباط با احکام جزائی مطرح نگردیده است مشمول آیه اخیر الذکر هستند. این آیه مشخص نمی‌کند که امور مسلمین بعد از حضرت (ص) نباید منطبق با سنت باشد و همچنین تصریح نمی‌دارد که باید مطابق سنت پیامبر (ص) باشد. آنچه از این آیه دریافت می‌شود این است که باید مؤمنین در امور خود به مشورت پردازند و تصمیم‌گیری درباره آن با خودشان است. به عبارت دیگر مفهومی چون قرارداد اجتماعی را در تقنین و حل مسائل و اداره امور جامعه خود به دنبال دارد. در این ارتباط اصول زیر قابل توجه هستند:

۱- تقنین و اتخاذ تصمیم در امور مباح به شورا واگذار شده است. در قرآن کریم در سوره شوری می‌فرماید: «امرشان بر شور بین آنها است».^{۳۹} دستور کلی عقلی نیز بر این است و حدود عرفی نیز مبین آن است. برای مثال در زمانی گنج زدن به دیوار (معروف به سفید کردن) در ایران مختص به اعیان و متمولین بوده ولی در زمان فعلی از لوازم بهداشت و الزامات معماری و از حداقل‌ها می‌باشد. کلیه قوانین و مقررات لازم برای اجتماع در این مقوله قابل بررسی است و طیف آنها بسیار وسیع است و معیارهایی که منطبق با معیار عقل است می‌تواند در اتخاذ تصمیم درباره مشروعیت اینگونه قوانین رهنمون باشد. زیرا در اصل حکمت تشریح بسیاری از قوانین و رها نمودن و مباح گذاشتن بسیاری دیگر از موضوعات به دلیل همین موضوع بوده که حرمت یا وجوب احکام جزئی در ازمنه و امکانه مختلف متفاوت است. لذا در همه موضوعات تشریح نفرمود و اتخاذ تصمیم درباره آنها را به عقل سلیم منوط فرمود که با رعایت حال مردم و شرایط مختلف بهترین مصلحت مرعی باشد.

۲- حلال قابل تبدیل به حرام نیست و بالعکس. در حقیقت این اصل بطور کلی و فارغ از استثنائات احتمالی که بر هر قاعده کلی سرایت دارد ابراز می‌دارد که آنچه را که حضرت محمد (ص) حلال اعلام فرموده همواره حلال است و

^{۳۷} سوره آل عمران، آیه ۱۵۹. «وَ شَاوِرْهُمْ فِي الْأَمْرِ فَإِذَا عَزَمْتَ فَتَوَكَّلْ عَلَى اللَّهِ».

^{۳۸} سوره شورا، آیه ۳۸. «وَ أَمْرُهُمْ شُورَى بَيْنَهُمْ».

^{۳۹} سوره شوری، آیه ۳۸، وَ أَمْرُهُمْ شُورَى بَيْنَهُمْ.

آنچه را که او حرام کرده همواره حرام است^{۴۰}. این حلیت و حرمت براساس قرآن قابل اثبات و استناد است و نه بر اساس سنت و اجماع. لذا قانونگذار اسلامی نباید علی‌الاصول چیزی را که رسول گرامی (ص) حلال دانسته است را با وضع قوانین جدید حرام اعلام کند و عکس آن نیز همینطور است. توسعه این امر در واجب کردن مستحبات و حرام کردن مکروهات بسادگی قابل بسط است.

۳- حدود و تعزیرات تنها شامل موارد اجتماعی حرمت می‌گردد. براساس این اصل فقط می‌توان کیفر را در مورد افعال و ترک افعالی تعریف نمود که حرمت اجتماعی آنها در شرع به صراحت آمده است و نمی‌توان برای سایر موارد و اعمال فردی که آثار اجتماعی ندارند با وضع و تفسیر موسّع^{۴۱} از قانون شرع حد و تعزیر وضع یا جاری کرد و باید به مصادیق کیفری از مرحله تعریف جرم و قانونگذاری تا قضاء و اجرا و مقرّهای قانونی برای گریز قاضی از اثبات تحقق جرم نگاه مضیق^{۴۲} داشت. در امور اجتماعی مستحب، مباح و مکروه نیز با شرایط معمول نمی‌توان مستندی برای وضع قوانین تعزیری تعریف نمود که به نوعی حد یا تعزیر در آن باشد.

۴- قانونگذاری در حیطة واجبات اجتماعی ضروری است. وجوب بسیاری از احکام خود منشاء حقّ برای دیگران هستند و تنظیم این حقوق برای افراد جامعه حیطة‌ای از تقنین مشروع و مجاز را تعریف می‌نماید. یعنی براساس این اصل دولت اسلامی ملزم به وضع قانون در اموری است که فعل یا ترک آن در ارتباط با حقوق دیگران - و نه خود فرد- شرعاً واجب شناخته شده است.

۵- قانونگذاری در امور مباح، مستحب و مکروه براساس قرارداد اجتماعی قابل حصول است. براساس این اصل انجام بسیاری از ترتیبات که حرمت یا وجوبی برای آنان تصریح نشده است را می‌توان براساس شیوه‌هایی از قراردادهای

^{۴۰} الکافی، الشیخ الكليني، ۱، ۵۸، باب البدع و الرأي و المقایس ... ۱۹ - عَلِيُّ بْنُ إِبْرَاهِيمَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عَيْسَى بْنِ عُبَيْدٍ عَنْ يُونُسَ عَنْ خَرِيزٍ عَنْ زُرَّارَةَ قَالَ سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عَنِ الْحَلَالِ وَالْحَرَامِ فَقَالَ حَلَالٌ حَلَالٌ مُحَمَّدٌ حَلَالٌ أَوَّلًا إِلَى يَوْمِ الْقِيَامَةِ وَ حَرَامٌ حَرَامٌ أَوَّلًا إِلَى يَوْمِ الْقِيَامَةِ لَا يَكُونُ غَيْرُهُ وَ لَا يَجِيءُ غَيْرُهُ وَ قَالَ قَالَ عَلِيُّ ع مَا أَحَدٌ ابْتَدَعَ بِدْعَةً إِلَّا تَرَكَ بِهَا سُنَّةً.

^{۴۱} تفاسیر موسّع از قوانین کیفری مبین نقض غرض از تشریح قانون می‌باشد. دیده شده برخی محاکمی که حامی اغراض دولت هستند مجازات تخلفات کوچک را با وسعت دادن نیت مرتکب به اتهامات بزرگ عملاً مرتکب را به مجازاتی محکوم کرده‌اند که منظر هیچ قاضی عادلی مؤید آن نبوده و نیست. مثلاً با تفسیر موسّع از واژه «مجاربه» که در آیه ۳۳ سوره مائده: «إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خَلْفِهِمْ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ ذَلِكَ لَهُمْ جَزَاءُ فِي الدُّنْيَا وَهُمْ فِي الْآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ» (سزای کسانی که با خدا و پیامبر او می‌جنگند و در زمین به فساد می‌کوشند جز این نیست که کشته شوند یا بر دار آویخته گردند یا دست و پایشان در خلاف جهت یکدیگر بریده شود یا از آن سرزمین تبعید گردند این رسوایی آنان در دنیاست و در آخرت عذابی بزرگ خواهند داشت) بیان شده، جابجایی سطل زباله به وسط معبر یا سرودن ترانه علیه حکام یا کشف حجاب را مأخذ برای صدور احکامی چون اعدام و بازداشت و امثال آن قرار داده و اقدام به صدور این احکام سنگین نموده‌اند. مسلماً جایگاه حکام منتخب مردم یا شوراهای منبعث از مردم هیچگاه و هیچوقت و در هیچ زمان جایگاه خداوند نبوده و از بابت این انتخاب مردم رسول خدا نخواهند بود و صدور چنین احکامی عین مخالفت با خدا و رسول او است. در سوره مجادله آیه ۱۹ می‌فرماید: «اسْتَخْوَذَ عَلَيْهِمُ الشَّيْطَانُ فَأَنسَاهُمْ ذِكْرَ اللَّهِ أُولَئِكَ حِزْبُ الشَّيْطَانِ أَلَا إِنَّ حِزْبَ الشَّيْطَانِ هُمُ الْخَاسِرُونَ». (شیطان بر آنان چیره شده و خدا را از یادشان برده است آنان حزب شیطانند آگاه باش که حزب شیطان همان زیانکارانند).

^{۴۲} فردی را هنگام نوشتن شعار «مرگ بر پسر رضاخان» به عنوان توهین به محمد رضا پهلوی بازداشت و تسلیم مقام قضائی نمودند. دادگاه وی را با ادله زیر تبرئه نمود: اولاً افراد زیادی نام رضاخان را دارند، ثانیاً چنانچه مقصود رضاخان شاه فقید باشد تازه مشاراً الیه شاه و شخص اول مملکت نیست زیرا شاه سابق دارای اولاد ذکور متعدّد می‌باشد. ثالثاً بر فرض اینکه قصد شخص اول مملکت بوده باشد نوشتن شعار مزبور یک نوع نفرین محسوب می‌شود نه توهین و در قانون مجازاتی برای نفرین پیش‌بینی نشده است.

ضمنی در بین ملت یا صریح از طریق اصل حاکمیت قراردادها و عقود با تلقی قرارداد اجتماعی به تقنین کشاند ولی این امور الزاماً نباید سبب ایجاد کیفر شدید برای فرد خاطی گردد. مثلاً ثبت نام در مدارس را می‌توان براساس قرارداد اجتماعی یک الزام تلقی کرد ولی اجازه برای به کیفر رسانیدن دانش‌آموز یا والدین وی که اقدام به ثبت نام فرزند خود در مدارس نموده‌اند جای سؤال دارد. چون تحصیل سواد در زمره واجبات شرعی - اجتماعی قرار نمی‌گیرد هرچند از اوجب واجبات عرفی - مدنی است.

اخلاق بطور مجرد به مجموعه خصایل انسانی گفته می‌شود. تفاوت اخلاق با حقوق در جزای معین برای عدم رعایت قواعد هر یک از آنها است. وقتی فردی یک قاعده اخلاقی را رعایت نکند جامعه‌ای که فرد در آن قرار دارد ممکن است در طول زمان وی را مطرود کند و مجازات سؤ خلق تنها به طرد فرد می‌انجامد. میزان طرد هم معین نیست و بستگی به عکس العمل افراد جامعه و تصمیم آنها دارد. ولی در حقوق مجازات تنها اختصاص به طرد فرد ندارد و جامعه تنبیهاتی برای خاطی در نظر می‌گیرد که غالباً با اعمال جزای ملموس همراه می‌شود. لذا باید گفت جزای عدم رعایت اخلاق از قبل تعیین نشده ولی جزای جرم از قبل مشخص و معین است.

وقتی فعل یا ترک فعلی در قلمرو اخلاق قرار دارد تا وقتی که به قلمرو حقوق وارد نشده مستوجب مجازات ملموس نمی‌شود ولی در طول زمان با تغییر عرف جامعه افعال می‌توانند از قلمرو اخلاق خارج شده و به حیطة حقوق وارد شوند. لذا برخلاف عدم رعایت موارد اخلاقی، عنوان مجرمانه برای مجرم در عدم رعایت قانون مشخص و معین است و میزان جزا یا کیفر نیز از قبل معلوم است.

برخی از عرف‌های مسلم جامعه که قاعدتاً در حیطة اخلاق قرار دارند به عنوان منابع حقوق قابل استفاده هستند. این موارد در منطقه مشترک حقوق و اخلاق واقع می‌شوند. موارد مزبور در اثر ثبات در طول زمان وارد رویه قضایی شده و عملاً سبب می‌گردند تا به نوعی به عنوان قانون مد نظر افراد و جامعه و قضات قرار گیرند. هرچند اینگونه موارد به صورت رسمی از کانال‌های رسمی قانونگذاری به عنوان قانون مطرح و مصوب نشده باشند.

قانونگذاری و قانونپذیری

قانونگذاری و قانونپذیری دو پدیده مقابل یکدیگر قرار دارند. هرچه قانونگذاری زیاده‌تر باشد قوانین زندگی افراد را دچار اشکالات پیچیده می‌نمایند و نهایتاً قانونپذیری دچار اشکال می‌شود. این پدیده در بسیاری از کشورها مشاهده می‌شود که بدون توجه به این امر اقدام به وضع قوانین بسیار و پیچیده نموده‌اند که به سختی اتباع یک کشور می‌توانند راه حل عملی رفتار اجتماعی خود را از لابلای قوانین متعدد دریابند.

در اینکه باید همه امور منتظم باشند جای بحث نیست ولی افراط در این موضوع سبب می‌شود تا روابط خشک حقوقی بر عواطف و تعاملات انسانی غلبه نماید و انسان‌ها را از تعامل با یکدیگر بر حذر دارد. تورم قوانین اگر در یک راستا باشند و قوانین با هم هماهنگ باشند موجب سختی فعالیت در جامعه و انزوای افراد از فعالیت‌های اجتماعی آنها می‌شود. نمونه این موضوع در بسیاری از کشورهای صنعتی نظیر ایالات متحده آمریکا ملاحظه می‌شود که انبوه مقررات عملاً موجب شده تا افراد در فعالیت‌های خود از بروز خطای احتمالی خائف شده و حتی از اقدام به آن منصرف شوند. در برخی کشورهای دیگر کثرت قوانین موجب نابسامانی در وحدت رویه اجتماعی شده که از آن به جنگل قوانین تعبیر شده است. نمونه کشور مصر در این ارتباط غالباً ذکر می‌شود. این پدیده در تفرق قوانین و ناهمسویی آنان است که

دوره‌های قانونگذاری قوه مقننه معمولاً با کم‌توجهی به مصوبات سابق سعی می‌کنند در دوره تصدی خود نسبت به وضع قوانینی که مورد نظر خود یا رأی دهندگان به آنها است اقدام نمایند.

مسئله دیگر در ارتباط با قانونگذاری و قانونپذیری استثنائات است. مسلماً بر هر قاعده کلی استثناء وجود دارد و هر قانونی با تبصره‌هایی زمینه‌گریز از صدر قانون را پیش‌بینی می‌کند. وقتی استثنائات در جهت منافع افراد یا گروه‌هایی از جامعه مد نظر قانونگذار قرار گیرد قانونپذیری در جامعه تضعیف می‌گردد. این موضوع وقتی تشدید می‌شود که قوه قضائیه و همچنین مجریان قانون هنگام تفسیر قانون برای افراد و گروه‌های مورد نظر این استثنائات را مستمسک رأی یا عمل خود قرار دهند. برای مثال در موارد حدود که شارع مقرر فرموده تأسیسات لازم برای سهولت خروج از حد یا تعزیر نیز مقرر شده است. در حقوق اسلام یکی از موارد مهم و مطرح در تشریح اجمال عمده برخی از احکام و خروج از مجازات حدود است که علاوه بر تحذیر افراد جامعه از ارتکاب آن اثبات جرم معلق به محال شده و اجرای کیفر عملاً بی‌مصدق می‌ماند. در این ارتباط می‌توان به قاعده ذراً اشاره کرد که خود شارع تعلیم فرموده که با استفاده از شبهات از اجرای حدود جلوگیری کنید.^{۴۳} این قاعده یکی از ظریفترین وجوه حکمت را در تشریح و قانونگذاری به نمایش می‌گذارد. از یک سو با سختگیری تشریحی با ایجاد ترس از ارتکاب خلاف تحذیر می‌نماید و از سوی دیگر با اجازه ضم شبهه^{۴۴} اجرای حکم را معلق می‌نماید.^{۴۵} طیف وسیع شبهات رادع در معلق ساختن حدود آنقدر زیاد و کافی هستند که بتوان اجرای حد را با ضم آنها موقوف نمود و مجرم را بری از خلاف دانست. این روش آنچنان منطبق با درک فطرت انسان و قوای حاکم بر اوست که زیاتر از این تمهید روشی را نمی‌توان برای دور کردن افراد جامعه از ارتکاب جرم پیدا کرد. زیرا قوایی که محرک اعمال بشر هستند همواره در شرایط معمول روانی بر او مسلطند و می‌توانند وی را به بزهکاری بکشانند. و اگر تقنینی این موضوع را نادیده بگیرد عملاً موجبات ظلم را فراهم کرده و اگر بکلی از آن

۴۳ - «ذراً» مصدر «تذراً»، «ادرتوا» به معنی «ساقط کردن» و «دفع کردن» و «تعطیل کردن» است. نگاه کنید به: فراهیدی، خلیل بن احمد، العین، قم، دارالهجره، ۱۴۰۹ق. و همچنین: جوهری، اسماعیل بن حماد، الصحاح، بیروت، دارالعلم للملایین، ۱۴۰۷ق. این کلمه در آیه ۸ سوره نور نیز بکار برده شده: «وَيَذَرُهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ». نام این قاعده براساس فرمایش رسول اکرم (ص) است که فرمود حدود را با شبهات دور کنید. «وَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ص اذْرُءُوا الْخُدُودَ بِالشُّبُهَاتِ» من لایحضره الفقیه ج: ۴ ص: ۷۴، ۵۱۴۶. یعنی حدود را با شبهات ساقط کنید، در اجرای حد، شفاعت و کفالت و سوگند پذیرفته نمی‌شود. در روایت دیگری از حضرتش (ص) رسیده که فرمود: «ادفعوا الحدود ما وجدتم له مدفعاً» یعنی حدود را تا راه دفع دارد، دفع کنید. سنن ابن ماجه، محمد بن یزید قزوینی، دارالفکر للطباعة و النشر، بی تا، ج ۴، ص ۸۵۰. و نیز شیخ صدوق در المقنع از حضرت علی (ع) نقل می‌کند که فرمود: «ادرتوا الحدود بالشبهات». قواعد الفقهیه، حسن موسوی بجنوردی، انتشارات اسماعیلیان، قم، ۱۴۰۸ق، چاپ دوم، ص ۱۱۹. علی (ع) خطاب به مالک اشتر می‌نویسند: «و اطلق عن الناس عقد كل حقد، و اقطع عنك سبب كل وتر، و اقبل العذر، و ادرك الحدود بالشبهات و تغاب عن كل ما لا يصلح لك». مجلسی، محمدباقر، بحارالانوار. آیت الله خمینی می‌نویسد: حد با ادعای شبهه‌ای که در حق مدعی آن ممکن باشد، ساقط می‌شود. یسقط الحد بدعوی كل ما يصلح ان يكون شبهة بالنظر الى المدعی. آیت الله روح الله موسوی خمینی، تحریر الوسیله، ج ۲، ص ۴۱۳.

۴۴ شبهه به معنی مماثلت دو یا چند چیز است که مفاهیمی چون شک، ظن، جهل، ناآگاهی، ابهام، التباس یا مجاز را در مقابل حقیقت القاء می‌نماید. فقها شبهات را به حکمیه و موضوعیه طبقه‌بندی و قاعده در آن برای هر دو گروه آن مجری دانسته‌اند. در حکمیه فاعل جاهل به حکم است و در موضوعیه شبهه در تحقق فعل است. و باب شبهات آنقدر وسیع است که به خوبی می‌توان از آن برای در حد استفاده نمود.

۴۵ - اکثر قریب به اتفاق فقهای همه مذاهب اسلامی این قاعده را قبول دارند و در بسیاری از مذاهب اهل سنت حتی معنی حدود به تعزیرات نیز تسری داده شده و این قاعده تعزیرات را نیز در بر می‌گیرد. ظاهریه حدیث مربوط به در آن را از رسول اکرم (ص) نمی‌دانند. نگاه کنید به: ابن همام (محمد بن عبدالواحد بن همام الحنفی)، شرح فتح القدر، المطبعة الكبرى الامیریة، ق ۱۳۱۶، جلد ۴ ص ۱۳۹.

صرف نظر کند موجبات تشییع جرم را فراهم ساخته است. بر این اساس است که نوع تقنین و مجازات علی الاصول باید منطبق با خواص نفس بشری و متناسب با قوای بدنی مجرم و روحيات و اخلاقیات و صفات او باشد تا از لحاظ روانشناسی تربیتی بتواند مجرم را متنبه و تربیت کند.

مقررات و قواعدی که منطبق با اصول فطری بشر بنا شده‌اند همواره ماندگارند. این قوانین اعم است از اینکه وضعی قانونی باشند یا عرفی اخلاقی. غالب قوانین و دستوراتی که شرایع ادیان الهی در این باب تجویز نموده‌اند در این طبقه می‌گنجد. استثناء در این باب قواعد و قوانینی است که در اثر گذشت زمان و تغییر مکان اصولاً زمینه رعایت آنان ناپدید شده و پیامبر الوالعزم بعدی برخی احکام پیامبر قبلی را کاملاً نسخ یا تعدیل می‌نماید. برای توضیح ماندگاری قواعد و دستورات الهی می‌توان به ده فرمان موسی (ع) اشاره داشت که بعد از هزاره‌ها همچنان مورد تأیید پیامبران بعدی بوده و عیسی (ع) و محمد (ص) آنها را امضاء نمودند. در این فرمان دستوراتی که مبتنی بر یکتایی خالق متعال، منع شرک، ادب بندگی، تعطیلی یک روز هفته (شنبه در یهود، یکشنبه در مسیحیت، جمعه در اسلام)، احترام به والدین، حرمت قتل و زنا و سرقت و شهادت دروغ و تجاوز آمده است که همه مورد تأیید سایر ادیان الهی بوده و هست. البته واضح است که این دستورات مجمل است و تفصیل آن در شرایع بعدی متفاوت با شریعت موسی (ع) می‌باشد و وجوه بیشتری را هم در برمی‌گیرد ولی اصل همه آنها مورد اتفاق تمامی شرایع الهی است.

بطور کلی منشاء قانون، عقلایی بودن آن، انطباق با عدالت، و عادت و عرف جامعه به عنوان علل قبول و ماندگاری و احترام قانون ذکر می‌شود. در صورتی که همه اینها علل تبعی هستند و وقتی قانون با فطرت بشر همخوان و همسو باشد خواه و ناخواه مورد قبول افراد و جامعه قرار می‌گیرد. قانون بد قانونی است که به حقوق طبیعی افراد جامعه تعدی می‌نماید و مورد قبول عرف مسلم جامعه نیست. هر چند رعایت قانون بد برای دوام و بقای قانون و حفظ نظم جامعه از بی‌قانونی بهتر است ولی عکس العمل جامعه نسبت به آن یا به ترک قانون یا به تغییر آن منجر می‌شود. قوانین متروکه مجموعه‌ای از قوانینی هستند که به نحوی جامعه علاقمند به رعایت آنها نیست و لذا محاکم نیز از اعمال آنها طفره رفته و اغماض می‌نمایند یا حداقل مجازات مطرح در قانون متروکه را اعمال می‌نمایند.

نمونه قانون بد و رعایت آن و ترک و عدم امضای آن را می‌توان در قوانین رجم در صدر اسلام مشاهده نمود. مجازات رجم در تورات و شریعت یهود برای ارتکاب زنا محصنین تعریف شده بود. خود حضرت رسول (ص) وقتی بین یهود حکم قرار داده شدند به همان قانون حکم فرمودند ولی وقتی خود ایشان جزای زنا محصنین را تقنین فرمودند رجم را امضاء نمودند.^{۴۶}

^{۴۶} در ترجمه تفسیر بیان السعاده فی مقامات العباده، ذیل آیه ۲۳ سورة آل عمران. حضرت حاج ملاسلطانمحمد بیدختی گنابادی، بیان السعاده فی مقامات العباده، چاپ دوم، در چهار مجلد رقی به زبان عربی، ۱۳۴۴ هجری شمسی، چاپخانه دانشگاه تهران. ترجمه محمد آقا رضاخانی و دکتر حشمت الله ریاضی، انتشارات حقیقت <http://www.sufism.ir> در ذیل آیه ۲۳ سورة آل عمران: «أَلَمْ تَرَ إِلَى الَّذِينَ أُوتُوا نَصِيبًا مِنَ الْكِتَابِ يُدْعَوْنَ إِلَى كِتَابِ اللَّهِ لِيَحْكُمَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ يَتَوَلَّى فَرِيقٌ مِنْهُمْ وَهُمْ مُعْرِضُونَ». آیا ندیدی کسانی را که بهره‌ای از کتاب (تورات) داشتند، به سوی کتاب خدا دعوت شدند تا میان آنها داوری کند، سپس گروهی از آنان، روی برمی‌تابند، و آنها اعراض کننده‌اند، آمده است: «در مجمع البیان به ابن عباس نسبت داده شده است که گفت: مرد و زنی از اهل خیبر زنا کردند، در حالی که در بین طایفه، صاحب آبرو و شرف بودند، و حکم زنا در کتاب خودشان سنگسار بود، و چون آن دو شریف و آبرومند بودند سنگسار کردن آن دو را ناخوش دانستند، و امیدوار بودند که نزد رسول خدا (ص) رخصتی در کار آنان حاصل شود، پس کارشان را پیش رسول خدا (ص) بردند، رسول خدا حکم به رجم فرمود، پس گفتند: یا محمد به ستم حکم کردی! رجم بر آنها نیست. پس محمد (ص) گفت: بین من و شما، تورات حاکم باشد. گفتند: انصاف کردی با ما. پیامبر

اجرای قانون برای همگان به مفهوم اجرای عدالت برای عموم افراد جامعه است. حتی اگر قانونی ظالمانه باشد حقوقدانان اعمال قانون بالسویه را برای عموم افراد جامعه از مظاهر عدالت محسوب می‌کنند لذا اصطلاح می‌نمایند که «ظلم بالسویه عدل است». این عبارت حاکی از این امر است که چنانچه قانون در عمل نسبت به تک تک افراد جامعه مجری باشد و هنگام اعمال آن صاحبان قدرت یا ثروت یا نفوذ و شهرت از آن مستثنی نشوند خود موجب تساوی حقوقی هرچند ظالمانه برای همه افراد جامعه می‌شود.

در مجموع عواملی نظیر احترام، عادت، قدرت دولت، حس وظیفه، ترس از کیفر قانونی، علاقه به حُسن نظر دیگران، حفظ آبرو و پرهیز از بدنامی ناشی از قانون‌شکنی، ذی‌علاقه بودن و ذینفع شدن از اجرای قانون خاص، آسایش خاطر و عوامل مشابه دیگر می‌توانند همگی بعنوان علل تبعیت و احترام قانون شناخته شوند. و به طور کلی همه نیازمندیها و توقعاتی که برآوردن آنها به جامعه بستگی دارد انسان‌ها را به اطاعت از قوانین وا می‌دارد.

قوانین برای کاربردهای خاص در رفع معضلات اجتماعی تدوین و تقریر می‌شوند و تا وقتی معضل مربوطه برای جامعه پراهمیت است قانون مربوط به آن زنده و نافذ است. در طول زمان شکل مسائل و مشکلات جامعه تغییر می‌کند و بسته به نوع آن پس از مدتی از اهمیت آن کاسته یا به آن افزوده می‌شود. اگر جامعه احساس کند که معضلی که در قدیم به عنوان مشکل اجتماعی تلقی می‌شده در حال حاضر بی‌اهمیت است خود بخود از اهمیت قانون مربوط به آن نیز کاسته می‌شود و متروک می‌گردد. حتی نهادهای حقوقی در این ارتباط نیز اهمیت خود را از دست می‌دهند. اگر قانونی پاسخگوی احتیاجات جامعه نباشد در طول زمان اسقاط می‌شود و چنانچه نهادهای قانونی و حکومتی بخواهند آن را به اجبار حفظ نمایند خود جامعه با رفتار متقابل با آن در صدد برخورد با آن و نهایتاً لغو آن بر می‌آید. در آن زمان عمر قانون به سر می‌آید و قانونی جدید به جای آن وضع می‌گردد.

این موضوع در مبحث مدیریت و سازمان به این شکل مطرح است که سازمان‌ها همواره دارای عمر سازمانی می‌باشند و برای آنها دوران‌هایی نظیر دوران‌های زندگانی سایر موجودات نظیر تولد، طفولیت، شباب، میانسالی، پیری و مرگ تعریف می‌شود. وقتی سازمان به دوران پیری می‌رسد غالباً برای بقای آن کلیه وجوه ساختاری و سازمانی و پرسنلی اعم از اهداف و مأموریت‌ها و وظایف و مسؤولیت‌ها را بازبینی و تغییر می‌دهند که در موارد حادّ وقتی که تحولات محیطی و برونی سازمان زیاد باشد بازسازی سازمان به گونه‌ای اتفاق می‌افتد که سازمان تجدید ساختار یافته عملاً شباهت کمی به سازمان قدیمی دارد.

مشابه همین موارد در ارتباط با قوانین و نظام‌های حقوقی هست. قوانین در دوران پیری یا باید مطابق با شرایط روز بازبینی و اصلاح شوند و در غیر این صورت محکوم به فنا هستند. نظام‌های حقوقی نیز دارای همین شرایطند و الزاماً باید خود را با تحولات اجتماعی مطابق نمایند و در غیر این صورت هم نظام حقوقی و هم حکومت پشتوانه آن نظام حقوقی محکوم

فرمود: عالم‌ترین شما به تورات چه کسی است؟ گفتند: ابن‌صوریا ساکن فدک. پس به دنبال او فرستاد و به مدینه آمد، و از طرفی جبرئیل او را برای پیامبر وصف نموده بود ... تا اینکه، پیامبر (ص) خواست، آن قسمت از تورات را که در آن حکم به رجم نوشته شده بود، بخواند، وقتی که آیه رجم آمد دستش را روی آن گذاشت و ما بعد آن را خواند، ابن‌سلام گفت، یا رسول الله مطلب مورد نظر را نخواند و از آنجا گذشت، ابن‌سلام به طرف ابن‌صوریا، بلند شد و دستش را از روی آیه رجم برداشت و آن را بر رسول خدا و بر یهود خواند و در آن آمده بود که اگر مرد و زن همسردار، زنا کنند و دلایل اثبات اقامه شد باید سنگسار شوند. پس رسول خدا (ص) به یهود امر نمود و آن دو را سنگسار کردند، پس یهود غضبناک شدند و بر ابن‌صوریا عیب گرفتند، پس خداوند این آیه را نازل فرمود».

به نابودی و جایگزینی با نظامی جدید و حکومتی نو می‌باشند.

تعمیم این موضوع نیز در تغییر شرایع در ادیان مختلف در طی تاریخ ملاحظه می‌شود. به عبارتی پیامبران الوالعزم با تشریح شریعتی جدید همواره شرایع قبل از خود را نسخ نموده‌اند. در تناسب احکام با محیط می‌فرمایند^{۴۷}: «بقا و دوام احکام و قوانین هر دیانتی بر حسب اختلاف اوضاع محیط و زمان و مکان و اشخاص، مختلف می‌شود و تا موقعی که مقتضیات موجود باشد آن دین برقرار است و نسخ نمی‌شود و چه نسخ موقعی است که بین حکم و محیط تناسب موجود نباشد و با وجود تناسب نسخ صحیح نیست. و چون قوانین دیانت اسلام بالتّمام موافق با طبیعت و فطرت و عقل است و هیچیک از آنها مخالف وجهه فطری انسانی نیست و آنچه که بالتّمام موافق فطرت است (مانند اصول و اخلاق) تغییر ناپذیر است، لذا غیر قابل نسخ و انقراض می‌باشد. چه همانطور که گفتیم انقراض موقعی است که بین احکام و مقتضیات زمان و اهل آن تناسبی نباشد، ولی دیانت اسلام با مقتضیات زمان و مکان مخالفت ندارد و حکم عقل را که غیر قابل تغییر است تأیید می‌کند و برای اصناف مختلفه مانند مسافر و حاضر و صحیح و مریض و غیر آنها بر حسب مقتضیات احوال آنها دستورات داده است. و حتّی مدح و ذمّ که در قرآن است نسبت به اشخاص نشده بلکه نسبت به حالات است، چه اشخاص فائید و ذکر آنها خصوصیت را می‌رساند، ولی حالات تعمیم دارد و هر که را دارای آن احوال باشد شامل می‌شود و این قبیل احکام و امور قابل نسخ نیستند. منتها دولت صوری اسلام قابل ضعف و فتور می‌باشد و آن نیز راجع به خود اسلام نیست بلکه راجع به مسلمین است.»

تناسب جرم و جزاء

در اصطلاح حقوقی جرم عبارت از فعل یا ترک فعلی است که قانون برای آن کیفری مشخص کرده باشد. در حقوق جزای اسلامی جرم به محظورات یا امور ممنوعی نسبت داده می‌شود که برای آن در شرع کیفر حدّ یا تعزیر معین شده باشد.^{۴۸} علمای حقوق در تعریف مجازات آن را عکس‌العملی به حکم قانون و از طرف اجتماع می‌دانند که بر مجرم تحمیل می‌شود و هدف آن این است که از لحاظ اخلاقی مجرم مجازات شود تا موجب تنبیه او و همچنین ارعاب دیگران از ارتکاب جرم گردد و از لحاظ تربیتی سبب اصلاح و تربیت افراد جامعه شود. مجازات‌ها از لحاظ شدت و ضعف و نوع مجازات اعم از اصلی، تکمیلی و تبعی و از لحاظ ماهیت اعم از مجازات‌های بدنی، و مجازات‌های سالب آزادی و مجازات‌های محدودکننده آزادی و مجازات‌های سلب‌کننده حقّ و مجازات‌های نقدی (ثابت و یا نسبی) در نظام‌های حقوقی مختلف تعاریف متنوعی دارند و برخی استعمال می‌شوند و برخی از آنها پیش‌بینی نگردیده‌اند. برای مثال در حقوق اسلام بسیاری از مجازات‌های بدنی تصریح شده که در حقوق کشورهای غیراسلامی و گاه اسلامی ممنوع یا اغماض شده‌اند. صحت این موضوع در بین علمای حقوق در کشورهای مختلف مورد بحث است و نظرات متضادی در اینباره هست.^{۴۹}

برخلاف هزینه‌های فردی اقدامات مجرمانه هزینه‌های اجتماعی جرم بسیار زیاد است هرچند هزینه‌های اخیر کمتر مدنظر قرار می‌گیرند. از لحاظ اقتصادی هزینه‌های اجتماعی جرم از سمت افزایش نااطمینانی و نهایتاً بالا بردن ریسک اثر خود

^{۴۷} حضرت حاج سلطانحسین تابنده، تجلّی حقیقت در اسرار فاجعه کربلا، انتشارات حقیقت، چاپ چهارم، ۱۳۷۲، صفحات ۶-۷.

^{۴۸} گرجی، ابوالقاسم، (۱۳۸۰) آیات الاحکام (حقوقی و جزایی) نشر میزان.

^{۴۹} جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۷۰)، مکتب‌های حقوقی در حقوق اسلام، چاپ دوم، کتابخانه گنج دانش.

را در اقتصاد نشان می‌دهد. نااطمینانی‌ها اثرات بسیار شدیدی بر بنیان‌های اقتصادی بالاخص بخش حقیقی اقتصاد یعنی تولید و سرمایه‌گذاری دارند. هر وقت نااطمینانی افزایش یابد نرخ ریسک سرمایه‌گذاری به معنای متوسط هزینه‌های پیش‌بینی نشده برای هر واحد سرمایه‌گذاری افزایش یافته و نهایتاً نرخ خالص بازدهی سرمایه‌گذاری را پائین می‌آورد. از این دیدگاه هر وقت جرم‌ها در جامعه اتفاق می‌افتند با بالا رفتن نرخ ریسک اقتصاد دچار رکود از سمت تقاضای سرمایه‌گذاری و در اثر آن عدم افزایش ظرفیت تولیدی در آینده شده که حاصل آن کاهش رفاه اقتصادی جامعه خواهد بود.

ارتکاب جرم‌ها سبب می‌شوند هزینه‌های واحدهای تولیدی متخلف پائین‌تر از واحدهای تولیدی صحیح‌العمل باشد. و این موضوع با پائین آوردن بهای تمام شده کالا یا خدمت تولید شده عملاً شرایط رقابتی بهتری را برای متخلف پدید می‌آورد و در صحنه رقابت می‌تواند بر تولیدکننده صحیح‌العمل تفوق جوید و حتی او را به ورشکستگی کشاند. لذا واحدهایی که رویه‌های قانونی را دنبال می‌کنند به صورت پنهان در مقایسه با واحدهای متخلف به صورت ضمنی مجازات می‌شوند و این مسئله سوای اینکه ظلم تلقی می‌شود بلکه سبب می‌گردد که افراد و بنگاه‌های صحیح‌العمل نیز برای بقای خود به تخلف و جرم و گریز از قانون روی آورند. همچنین هزینه‌های فرصتی⁵⁰ که به دلیل وقوع جرم بر مجنی‌علیه و افراد در ارتباط با وی تحمیل می‌گردد خود فرصت‌های اقتصادی را از بین برده و سبب اتلاف منابع می‌گردد. این امر نهایتاً به کند نمودن توسعه و رشد اقتصادی نیز می‌انجامد.

از لحاظ قضایی، دستگاه و تشکیلات لازم برای حل و فصل منازعات حقوقی هزینه‌های سنگینی را بر جامعه تحمیل می‌نماید و مسلماً با افزایش جرم بیشتر و بیشتر نیز می‌گردند. و این هزینه‌ها عملاً به صورت مستقیم یا غیرمستقیم بر آحاد افراد جامعه تحمیل می‌شود.

از لحاظ اخلاقی سستی رأی افراد جامعه و عدم اعتماد به یکدیگر از عوارض شیوع اقدامات مجرمانه است. پائین آمدن درجه اعتماد سبب افزایش هزینه‌های محکم‌کاری قراردادهای و هزینه‌های ضمانت و بیمه قراردادهای و ... می‌گردد که از این سو هزینه‌های ناشی از ارتکاب جرم را در اقتصاد بالا می‌برد. هرچند که از بین رفتن اخلاقیات و اعتماد تعامل انسانها را نیز در جامعه به صعوبت می‌کشاند. از سوی دیگر تنش‌های ناشی از ارتکاب جرم هم به صورت مستقیم بر افراد درگیر در جرم و هم به صورت غیرمستقیم منجر به تنش‌های روحی در جامعه می‌شود که آرامش زندگانی انسانها را تضعیف می‌نماید.

از لحاظ اجتماعی شیوع جرم سبب تجربی افراد می‌گردد و تابوهای اجتماعی شکسته می‌شود و افراد با دیدن اقدامات مجرمانه جرأت می‌یابند که اقدام به ارتکاب جرم نمایند و این موضوع کل اجتماع را ناآرام و آتسنت حادثه و جرم می‌نماید و نتیجتاً امنیت اجتماعی را نیز مخدوش می‌کند.

در مقابل مجموع این هزینه‌ها که به دلیل عملکرد مجرمانه مجرمین بالاخص مجرمان پیشگام بوجود می‌آید مجازات مجرم در حد جرم ارتكابی در مقابل هزینه‌ای که عمل مجرم بر اجتماع تحمیل می‌کند بسیار ناچیز است. لذا تاوان تخلف مجرم بیش از حد مقرر در قوانین امروزه است. لذا باید به گونه‌ای این مجازات را مقرر کرد تا لاقول ترس از ارتکاب جرم سبب انتفاع اجتماع از فایده مجازات مجرم شود. از سویی چون بشر خودخواه و خودپرست است برای عموم افراد لطمه به بدن فرد دردناک‌تر از مجازات دیگر می‌باشد. لذا تنبیهات بدنی بر اساس آنچه که در شرع تقریر یافته می‌تواند سبب

⁵⁰ Opportunity cost

اصلاح نفوس و ترس افراد جامعه از ارتکاب جرم گردد. لذا با مقایسه هزینه‌های جرم و فایده‌های تعزیرات شرعی اتخاذ سیاست‌های تنبیهی شرعی می‌تواند سبب خالص فایده مثبت ناشی از تفاضل هزینه جرم و فایده مجازات شود. در غیر این صورت این فایده منفی بوده و مجازات مجرم سبب اصلاح جامعه نمی‌گردد. لذا اتخاذ شیوه‌های صحیح سبب می‌شود که با قربانی کردن چند مجرم جامعه را از بلای جرم انبوه و انبوه جرم نجات داد. لذا باید مجازات متناسب با جرم باشد. دیدگاه اسلام در استفاده از تنبیه بدنی اثرات اصلاحی و تنبیهی و تنبیهی زیادی دارد و دستورات جزائی اسلام با توجه به شناخت انبیاء و اولیاء الهی از نفس انسانی تدوین شده و اثرات تربیتی بسیاری بر آن مترتب است. همانطور که مشاهده شده که در کشورهایی که دست سارق به جرم سرقت قطع می‌شود دزدی به عنوان یک پدیده شاذ و نادر می‌باشد. از لحاظ بررسی هزینه از دست دادن انگشتان یک دست یک یا چند فرد از جامعه در مقابل منفعت محو کردن پدیده دزدی بسیار اقتصادی است. یعنی از لحاظ دیدگاه محاسباتی هزینه- فایده اجتماعی این مجازات بسیار بیشتر از هزینه اجتماعی آن است و خالص فایده که عبارت از تفاوت منافع ایجاد شده برای اجتماع و هزینه ایجاد شده برای فرد ناشی از این نوع تنبیه می‌باشد مثبت و بسیار بزرگ خواهد بود.

در برخی از قوانین جزائی در کشورهای مختلف این موضوع حتی به این شکل نیز مطرح شده که برخی جرائم را جزای به مثل و متناسب به آن نمی‌دهند که عملاً تفریط در امر جزاء است. مثلاً عقوبت قتل را اعدام نمی‌دهند و استدلال می‌کنند که نباید فرد مجرم را اعدام کرد بلکه باید او را از لحاظ روانی تحت مراقبت قرار داد تا دیگر مرتکب این جرم نشود. هرچند این گزاره از لحاظ مستمع قابل قبول به نظر می‌رسد ولی موجب می‌گردد که اولاً جرأت افراد در تجرّی به ارتکاب جرم قتل افزایش یابد و ثانیاً گرچه از لحاظ نظری اصلاح و تأدیب مجرم بسیار پسندیده است ولی آیا در عمل هم می‌توان این کار یعنی اصلاح مجرم را انجام داد؟ مسلماً اگر بشود بسیار پسندیده خواهد بود ولی چه تضمینی وجود دارد که مرتکب که ترسش از ارتکاب ریخته شده دچار تجرّی نشود و در آینده مرتکب جرم مشابه نگردد. از سوی دیگر عدم انتقام از مجرم اولیای دم را آرام نمی‌کند و تلطیف با جانی منجر به تغلیظ با اولیای دم می‌شود. از این جهت است که هم افراط در جزاء دادن و هم تفریط در جزاء دادن هر دو می‌تواند به حال فرد چه مظلوم و چه ظالم و جامعه مضر باشد لذا متناسب بودن مجازات با جرم عاقلانه‌تر می‌باشد تا افراط و تفریط در عقوبت. در ظرافت تشریح در اسلام باید به این موضوع اشاره کرد که در حقوق متعارف ترغیب به عفو جایگاهی ندارد ولی در حقوق جزاء اسلامی ترغیب به عفو و گذشت بسیار مورد توجه است. زیرا اسلام با توجه به فطرت بشر و جایز الخطا بودن وی بر این موضوع واقف است که بسیاری از خطاها ناشی از سرشت انسان است که حتی در اکثر موارد عقل هم جلودار آن نیست و هرگاه قوای غضبیه و شهویه در انسان غلبان کنند آن می‌کند که نباید کند و وقتی که این قوا فروکش کرد فاعل آن شرمنده از آن خواهد بود. لذا باید راهی برای این نوع مصادیق از قبل مهیا کرد و بهترین روش در این موارد ترغیب به عفو مجنی علیه است. در بسیاری از موارد مرتبط با حدود و قصاص و دیات و تعزیرات علیرغم حفظ حقوق مظلوم معذک عفو نیز توصیه شده است.^{۵۱} قرآن کریم می‌فرماید:^{۵۲} «ای کسانی که ایمان آورده‌اید در باره کشتگان بر شما قصاص مقرر شده،

^{۵۱} این مبحث بطور مشروح در کتاب زیر آورده شده: بیدآباد، بیژن، مبانی عرفانی حقوق در اسلام، حقوق تطبیقی، نظام‌های حقوقی، حقوق جزا از دیدگاه حکمت، ۱۳۸۸.

<http://www.bidabad.ir/doc/mabani-erfani-hoqooq.pdf>

^{۵۲} -سوره بقره، آیه ۱۷۸. «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ الْحُرِّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالْأُنثَىٰ بِالْأُنثَىٰ فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتِّبَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ذَلِكَ تَخْفِيفٌ مِّن رَّبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ فَمَنِ اعْتَدَىٰ بَعْدَ ذَلِكَ فَلَهُ عَذَابٌ أَلِيمٌ».

آزاد عوض آزاد و بنده عوض بنده و زن عوض زن پس هر کس که از جانب برادرش [یعنی ولی مقتول] چیزی [از حق قصاص] به او گذشت شود باید [از گذشت ولی مقتول] به طور پسندیده پیروی کند و با [رعایت] احسان [خونها را] به او بپردازد این [حکم] تخفیف و رحمتی از پروردگار شماس است پس هر کس بعد از آن از اندازه درگذرد وی را عذابی دردناک است. در این آیه کلمه «برادر» برای «قاتل» استعمال شده و منظور نظر این است که گرچه قاتل مرتکب جرم بزرگی شده ولی معذکک او هم برادر شما است و اگر به عفو با او برخورد کنید البته بهتر است. و می‌فرماید: ^{۵۳} «و آنان که چون ستمی به آنها رسد انتقام می‌گیرند. جزای هر بدی بدی است همانند آن. پس کسی که عفو کند و آشتی ورزد مزدش با خداست، زیرا او ستمکاران را دوست ندارد. بر کسانی که پس از ستمی که بر آنها رفته باشد انتقام می‌گیرند، ملامتی نیست. ملامت در خور کسانی است که به مردم ستم می‌کنند و به ناحق در روی زمین سرکشی می‌کنند. برای آنهاست عذابی دردآور. و آن که صبر کند و از خطا درگذرد، این از کارهای پسندیده است. هر کس را که خدا گمراه کند از آن پس هیچ دوستی نخواهد داشت.» و در سوره رعد می‌فرماید: «انان که برای خشنودی پروردگار خویش صبر کردند و نماز گزارند و در نهان و آشکار از آنچه روزیشان کرده بودیم انفاق کردند و بدی را به نیکی دفع می‌کنند سرای آخرت برایشان است.» ^{۵۴} و خطاب به رسول اکرم (ص) است که فرمود: «پاسخ بدی آنها را به خوبی بده و ما به سخن آنان آگاه‌تریم.» ^{۵۵} و فرمود: «بندگان الرحمن کسانی هستند که در روی زمین به فروتنی راه می‌روند و چون جاهلان آنان را مخاطب سازند به ملایمت سخن گویند.» ^{۵۶} و باز می‌فرماید: «اینان به سبب صبری که کرده‌اند دوبار پاداش داده می‌شوند، اینان بدی را به نیکی می‌زدایند.» ^{۵۷}

در اسلام تساوی عقوبت با جرم مد نظر قرار گرفته و ترغیب عفو را در آن قرار داده که عفو مجرم توسط مجنی علیه به دلیل ایجاد حال ندامت در جانی و ملاحظه رحم و مروّت مجنی علیه چون جانی را خجل و شرمنده می‌کند می‌تواند در جلوگیری از ارتکاب آتی او به جرم مشابه بسیار مؤثر باشد. از طرفی چون اصل عقوبت را نیز در نظر عموم منتفی نمی‌کند موجب راحتی خیال و تجرّی دیگر افراد جامعه به ارتکاب جرم نمی‌گردد و ترس افراد از عقوبت را همچنان برقرار می‌دارد. قرآن کریم می‌فرماید: «پس هر کس بر شما تعدی کند. به همان اندازه تعدی‌اش بر او تعدی کنید.» ^{۵۸} و در سوره شوری می‌فرماید: «جزای هر بدی بدی است همانند آن.» ^{۵۹} و می‌فرماید: ^{۶۰} «هر کس کار نیکی انجام دهد به او پاداش دهند، و هر که کار بدی انجام دهد تنها همانند آن کیفر بیند، تا ستمی بر آنها نرفته باشد.» و

^{۵۳} - سوره شورا، آیات ۴۴-۳۹. «وَ الَّذِينَ إِذَا أَصَابَهُمُ الْبَغْيُ هُمْ يَنْتَصِرُونَ. وَ جَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلُهَا فَمَنْ عَفَا وَ أَسْلَحَ فَاجْزُهُ عَلَى اللَّهِ إِنَّهُ لَا يُحِبُّ الظَّالِمِينَ. وَ لَمَنْ أَنْتَصَرَ بَعْدَ ظُلْمِهِ فَأُولَئِكَ مَا عَلَيْهِمْ مِنْ سَبِيلٍ. إِنَّمَا السَّبِيلُ عَلَى الَّذِينَ يَظْلِمُونَ النَّاسَ وَ يَبْغُونَ فِي الْأَرْضِ بِغَيْرِ الْحَقِّ أُولَئِكَ لَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ. وَ لَمَنْ صَبَرَ وَ عَفَرَ إِنَّ ذَلِكَ لَمِنْ عَزْمِ الْأُمُورِ. وَ مَنْ يُضْلِلِ اللَّهُ فَمَا لَهُ مِنْ وَدِيِّ مِنْ بَعْدِهِ»

^{۵۴} - سوره رعد، آیه ۲۲: «وَ الَّذِينَ صَبَرُوا ابْتِغَاءَ وَجْهِ رَبِّهِمْ وَ أَقَامُوا الصَّلَاةَ وَ أَنْفَقُوا مِمَّا رَزَقْنَاهُمْ سِرًّا وَ عَلَانِيَةً وَ يَذَرُونَ بِالْحَسَنَةِ السَّيِّئَةَ أُولَئِكَ لَهُمْ عُقْبَى الدَّارِ.»

^{۵۵} - سوره مؤمنون، آیه ۹۶: اذْفَع بِاللّٰی هِيَ اَحْسَنُ السَّيِّئَةِ حَتَّىٰ اَعْلَمَ بِمَا يَصِفُونَ.

^{۵۶} - سوره فرقان، آیه ۶۳، وَ عِبَادُ الرَّحْمٰنِ الَّذِيْنَ يَمْشُوْنَ عَلَى الْاَرْضِ هَوْناً وَ اِذَا خَاطَبَهُمُ الْجَاهِلُونَ قَالُوا سَلَاماً.

^{۵۷} سوره قصص، آیه ۵۴، اُولٰٓئِكَ يُؤْتَوْنَ اَجْرَهُمْ مَرَّتَيْنِ بِمَا صَبَرُوا وَ يَذَرُوْنَ بِالْحَسَنَةِ السَّيِّئَةَ.

^{۵۸} سوره بقره، آیه ۱۹۴. «فَمَنْ اَعْتَدَىٰ عَلَيَّكُمْ فَاَعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اَعْتَدَىٰ عَلَيَّكُمْ».

^{۵۹} سوره شوری، آیه ۴۰: «وَ جَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلُهَا فَمَنْ عَفَا وَ اَسْلَحَ فَاجْزُهُ عَلَى اللَّهِ».

^{۶۰} سوره انعام، آیه ۱۶۰. «مَنْ جَاءَ بِالْحَسَنَةِ فَلَهُ عَشْرُ اَمْثَالِهَا وَ مَنْ جَاءَ بِالسَّيِّئَةِ فَلَا يُجْزَىٰ اِلَّا بِمِثْلِهَا وَ هُمْ لَا يُظْلَمُونَ»

می‌فرماید: ^{۶۱} «هر کس که کار نیکی به جای آرد، بهتر از آن را پاداش یابد و هر که مرتکب گناهی شود، پس آنان که مرتکب گناه می‌شوند جز به اندازه عملشان مجازات نشوند.» و می‌فرماید: ^{۶۲} «هر کس کار بدی بکند جز همانند عملش کیفر نیابد.» و می‌فرماید: ^{۶۳} «اگر عقوبت می‌کنید، چنان عقوبت کنید که شما را عقوبت کرده‌اند. و اگر صبر کنید، صابران را صبر نیکوتر است. صبر کن، که صبر تو جز به توفیق خدا نیست و بر ایشان محزون مباش و از مکرشان دلتنگی منمای، زیرا خدا با کسانی است که می‌پرهیزند و نیکی می‌کنند.»

بطور کلی وقتی فرد تشخیص دهد که عدم اطاعت از قانون سبب منفعت بیشتری برای او می‌شود از اجرای قانون ظفره می‌رود. این موضوع اصل مهمی برای برآورد میزان کیفر لازم برای هر جرم است یعنی مجازات یک جرم آنقدر در نظر گرفته شود که از لحاظ آمار ریاضی و نظریه احتمالات «امید ریاضی» ارتکاب جرم منفی باشد. یعنی احتمال موفقیت ضرب در منفعت ناشی از جرم کمی کمتر از قدر مطلق حاصل ضرب احتمال عدم موفقیت در زیان کیفر ناشی از جرم باشد. عبارت اخیر تصریح می‌کند که منفعت احتمالی کمتر از کیفر احتمالی باشد و آن به دلیل این است که بیش از بار تنبیهی لازم برای از بین بردن انگیزه جرم فشار بر انسان‌ها وارد نشود و هزینه اجرای حدود و کیفر و مجازات نیز پائین تر نگهداشته شود.

یکی از شیوه‌های مهم در تشریح مجازات برقراری و تقنین مجازات سخت و پیچیده نمودن فرآیندهای اثبات و نهایتاً عفو مجرم است. تحذیر از جرم با ترساندن از مجازات و نهایتاً توسل به شبهات برای عفو مجرم هم هدف تحذیر از جرم و هم هدف اصلاح فرد و جامعه و هم هدف عدالت را با ملاحظه خصوصیات فطری بشر یکجا در بر دارد. برای تشریح این فرآیند برخی مجازات در بخش حدود، تعزیرات، قصاص و دیات تفصیل کافی در متون وجود دارد. ^{۶۴} از باب مثال در این امر شرایط اثبات وقوع زنا آنچنان مشکل است که اثبات وقوع این جرم تعلیق به محال است. همانطور که خداوند می‌فرماید ^{۶۵}: «سوره‌ای است که آن را نازل کرده‌ایم و واجبش ساخته‌ایم و در آن آیاتی روشن فرستاده‌ایم، باشد که پند

^{۶۱} سوره قصص، آیه ۸۴ «مَنْ جَاءَ بِالْحَسَنَةِ فَلَهُ خَيْرٌ مِنْهَا وَ مَنْ جَاءَ بِالسَّيِّئَةِ فَلَا يُجْزَى إِلَّا مَا كَانُوا يَعْمَلُونَ».

^{۶۲} سوره غافر، آیه ۴۰. «مَنْ عَمِلَ سَيِّئَةً فَلَا يُجْزَى إِلَّا بِمِثْلِهَا».

^{۶۳} سوره نحل، آیات ۱۲۸-۱۲۶. «وَ إِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ وَ لَئِنْ صَبَرْتُمْ لَهُوَ خَيْرٌ لِلصَّابِرِينَ. وَ اصْبِرْ وَ مَا صَبْرُكَ إِلَّا بِاللَّهِ وَ لَا تَحْزَنْ عَلَيْهِمْ وَ لَا تَكُ فِي ضَيْقٍ مِمَّا يَمْكُرُونَ. إِنَّ اللَّهَ مَعَ الَّذِينَ اتَّقَوْا وَ الَّذِينَ هُمْ مُحْسِنُونَ».

^{۶۴} صبحی رجب محمصانی، فلسفه التشریح فی الاسلام، بیروت، دارالعلم للملایین، ۱۹۸۰ م؛ ترجمه اسماعیل گلستانی. تهران، امیرکبیر، ۱۳۵۸.

^{۶۵} آیات ۲۶-۱ سوره نور: «سُورَةٌ أَنْزَلْنَاهَا وَ فَرَضْنَاهَا وَ أَنْزَلْنَا فِيهَا آيَاتٍ بَيِّنَاتٍ لَعَلَّكُمْ تَتَذَكَّرُونَ. الرَّائِيَةُ وَ الرَّائِيَةُ وَ الرَّائِيَةُ فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ وَ لَا تَأْخُذْكُمْ بِهَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَ الْيَوْمِ الْآخِرِ وَ لَيْشْهَدَ عَذَابُهُمَا طَائِفَةٌ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ. الرَّائِيَةُ لَا يَنْكِحُ إِلَّا زَانِيَةً أَوْ مُشْرِكَةً وَ الرَّائِيَةُ لَا يَنْكِحُهَا إِلَّا زَانٍ أَوْ مُشْرِكٌ وَ حَرِّمَ ذَلِكَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ. وَ الَّذِينَ يَزْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَ لَا يَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَ أُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ. إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ بَعْدِ ذَلِكَ وَ أَصْلَحُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ. وَ الَّذِينَ يَزْمُونَ أَرْوَاجَهُمْ وَ لَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ. وَ الْخَامِسَةَ أَنَّ لَعْنَتَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ. وَ يَذَرُوا عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ. وَ الْخَامِسَةَ أَنَّ غَضَبَ اللَّهِ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ. وَ لَوْ لَا فَضْلُ اللَّهِ عَلَيْكُمْ وَ رَحْمَتُهُ وَ أَنَّ اللَّهَ تَوَّابٌ حَكِيمٌ. إِنَّ اللَّهَ جَاؤُ بِالْإِفْكِ عُصْبَةٌ مِنْكُمْ لَا تَحْسَبُوهُ شَرًّا لَكُمْ بَلْ هُوَ خَيْرٌ لَكُمْ لِكُلِّ امْرِئٍ مِنْهُمْ مَا أَكْتَسَبَ مِنَ الْإِثْمِ وَ الَّذِي تَوَلَّى كِبْرَهُ مِنْهُمْ لَهُ عَذَابٌ عَظِيمٌ. لَوْ لَا إِذِ سَمِعْتُمُوهُ ظَنَّ الْمُؤْمِنُونَ وَ الْمُؤْمِنَاتُ بِأَنْفُسِهِمْ خَيْرًا وَ قَالُوا هَذَا إِفْكٌ مُبِينٌ. لَوْ لَا جَاؤُ عَلَيْهِ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَإِذْ لَمْ يَأْتُوا بِالشُّهَدَاءِ فَأُولَئِكَ عِنْدَ اللَّهِ هُمُ الْكَاذِبُونَ. وَ لَوْ لَا فَضْلُ اللَّهِ عَلَيْكُمْ وَ رَحْمَتُهُ فِي الدُّنْيَا وَ الْآخِرَةِ لَمَسَّكُمْ فِي مَا أَفَضْتُمْ فِيهِ عَذَابٌ عَظِيمٌ. إِذْ تَلَقَّوْنَهُ بِأَلْسِنَتِكُمْ وَ تَقُولُونَ بِأَفْوَاهِكُمْ مَا لَيْسَ لَكُمْ بِهِ عِلْمٌ وَ تَحْسَبُونَهُ هَيِّنًا وَ هُوَ عِنْدَ اللَّهِ عَظِيمٌ. وَ لَوْ لَا إِذِ سَمِعْتُمُوهُ قُلْتُمْ مَا يَكُونُ لَنَا أَنْ نَتَكَلَّمَ بِهَذَا سُبْحَانَكَ هَذَا بُهْتَانٌ عَظِيمٌ. يَعِظُكُمُ اللَّهُ أَنْ تَعُودُوا لِمِثْلِهِ أَبَدًا إِنْ كُنْتُمْ مُؤْمِنِينَ. وَ يُبَيِّنُ اللَّهُ لَكُمْ الْآيَاتِ وَ اللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ. إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ أَنْ تُشِيعَ الْفَاحِشَةَ فِي الَّذِينَ آمَنُوا هُمْ عَذَابُ أَلِيمٍ فِي الدُّنْيَا وَ الْآخِرَةِ وَ اللَّهُ يَعْلَمُ وَ أَنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ وَ لَوْ لَا فَضْلُ اللَّهِ عَلَيْكُمْ وَ رَحْمَتُهُ وَ أَنَّ اللَّهَ رُؤُفٌ رَحِيمٌ. يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَتَّبِعُوا خُطُوبَاتِ الشَّيْطَانِ وَ مَنْ يَتَّبِعْ خُطُوبَاتِ الشَّيْطَانِ فَإِنَّهُ يَأْمُرُ بِالْفَحْشَاءِ وَ الْمُنْكَرِ وَ لَوْ لَا

گیرید. زن زناکار و مرد زناکار را هر یک صد ضربه بزنید. و اگر به خدا و روز قیامت ایمان دارید، مباد که در حکم خدا نسبت به آن دو دستخوش ترحم گردید. و باید که به هنگام شکنجه کردنشان گروهی از مؤمنان حاضر باشند. مرد زناکار، جز زن زناکار یا مشرک را نمی‌گیرد، و زن زناکار را جز مرد زناکار یا مشرک نمی‌گیرد. و این بر مؤمنان حرام شده است. کسانی را که زنان عقیف را به زنا متهم می‌کنند و چهار شاهد نمی‌آورند، هشتاد ضربه بزنید، و از آن پس هرگز شهادتشان را نپذیرید که مردمی فاسقند. مگر کسانی که بعد از آن توبه کنند و به صلاح آیند. زیرا خدا آمرزنده و مهربان است. و کسانی که زنان خود را به زنا متهم می‌کنند و شهادی جز خود ندارند، هر یک از آنها را چهار بار شهادت است به نام خدا که از راستگویان است. و بار پنجم بگوید که لعنت خدا بر او باد اگر از دروغگویان باشد. و اگر آن زن چهار بار به خدا سوگند خورد که آن مرد دروغ می‌گوید، حد از او برداشته می‌شود. و بار پنجم بگوید که خشم خدا بر او باد اگر مرد از راستگویان باشد. چه می‌شد اگر فضل و رحمتی که خدا بر شما ارزانی داشته است نمی‌بود؟ و اگر نه این بود که خدا توبه‌پذیر و حکیم است؟ کسانی که آن دروغ بزرگ را ساخته‌اند گروهی از شما نیستند. مپندارید که شما را در آن شری بود. نه، خیر شما در آن بود. هر مردی از آنها بدان اندازه از گناه که مرتکب شده است به کیفر رسد، و از میان آنها آن که بیشترین این بهتان را به عهده دارد به عذابی بزرگ گرفتار می‌آید. چرا هنگامی که آن بهتان را شنیدید مردان و زنان مؤمن به خود گمان نیک نبردند و نگفتند که این تهمتی آشکار است؟ چرا چهار شاهد بر ادعای خود نیاوردند؟ پس اگر شهادتی نیاورده‌اند، در نزد خدا در زمره دروغگویانند. اگر فضل و رحمت خدا در دنیا و آخرت ارزانتان نمی‌بود، به سزای آن سخنان که می‌گفتید شما را عذابی بزرگ درمی‌رسید. آن گاه که آن سخن را از دهان یکدیگر می‌گرفتید و چیزی بر زبان می‌راندید که در باره آن هیچ نمی‌دانستید و می‌پنداشتید که کاری خرد است، و حال آنکه در نزد خدا کاری بزرگ بود. چرا آن گاه که این سخن شنیدید نگفتید: ما را نشاید که آن را بازگوییم، پروردگارا تو منزهی، این تهمتی بزرگ است؟ خدا شما را اندرز می‌دهد که اگر از مؤمنان هستید، بار دیگر گرد چنان کاری مگردید. خدا آیات را برای شما بیان می‌کند. و خدا دانا و حکیم است. برای کسانی که دوست دارند در باره مؤمنان تهمت زنا شایع شود، در دنیا و آخرت عذابی دردآور مهیاست. خدا می‌داند و شما نمی‌دانید. چه می‌شد اگر فضل و رحمتی که خدا به شما ارزانی داشته است نمی‌بود؟ و اگر نه این بود که خدا مهربان و بخشاینده است؟ ای کسانی که ایمان آورده‌اید، پای به جای پای شیطان مگذارید. و هر که پای به جای پای شیطان گذارد، بداند که او به فحشا و منکر فرمان می‌دهد. و اگر فضل و رحمتی که خدا بر شما ارزانی داشته است نمی‌بود، هیچ یک از شما هرگز روی پاکی نمی‌دید. ولی خدا هر کس را که بخواهد پاکیزه می‌سازد. و خدا شنوا و داناست. توانگران و آنان که گشایشی در کار آنهاست، نباید سوگند بخورند که به خویشاوندان و مسکینان و مهاجران در راه خدا چیزی ندهند. باید ببخشند و ببخشایند. آیا نمی‌خواهید که خدا شما را بیمارزد؟ و خداست آمرزنده مهربان. کسانی که بر آنان پاکدامن و بی‌خبر از فحشا و مؤمن تهمت زنا می‌زنند، در دنیا و آخرت لعنت شده‌اند و برایشان عذابی است بزرگ، روزی که زبانشان و دستهایشان و پاهایشان به زبانشان بر کارهایی که می‌کرده‌اند شهادت دهند. آن روز که خدا جزایشان را به تمامی بدهد و

فَضَّلَ اللَّهُ عَلَيْكُمْ وَ رَحْمَتُهُ مَا رَكِيَ مِنْكُمْ مِنْ أَحَدٍ أَبَدًا وَ لَكِنَّ اللَّهَ يُرَكِّي مِنْ يُشَاءُ وَ اللَّهُ سَمِيعٌ عَلِيمٌ وَ لَا يَأْتَلِ أُولُو الْفَضْلِ مِنْكُمْ وَ السَّعَةِ أَنْ يُؤْتُوا أُولِي الْقُرْبَى وَ الْمَسَاكِينَ وَ الْمُهَاجِرِينَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَ لِيَعْفُوا وَ لِيَصْفَحُوا أَلَا تُحِبُّونَ أَنْ يَغْفِرَ اللَّهُ لَكُمْ وَ اللَّهُ غَفُورٌ رَحِيمٌ إِنَّ الَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ الْعَافِلَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ لَعُنُوا فِي الدُّنْيَا وَ الْآخِرَةِ وَ هُنَّ عَذَابٌ عَظِيمٌ يَوْمَ تَشْهَدُ عَلَيْهِمْ أَلْسِنَتُهُمْ وَ أَبْدِيهِمْ وَ أَرْجُلُهُمْ بِمَا كَانُوا يَعْمَلُونَ يُؤْمِنُ بِتَوْفِيقِهِمْ اللَّهُ دِينَهُمْ الْحَقُّ وَ يَعْلَمُونَ أَنَّ اللَّهَ هُوَ الْحَقُّ الْمُبِينُ الْحَبِيبُونَ لِلْحَبِيبَاتِ وَ الطَّيِّبُونَ لِلطَّيِّبَاتِ أُولَئِكَ مُبَرَّؤُونَ مِمَّا يَقُولُونَ لَهُمْ مَغْفِرَةٌ وَ رِزْقٌ كَرِيمٌ»

بدانند که خدا حقیقت آشکار است. زنان ناپاک برای مردان ناپاک و مردان ناپاک برای زنان ناپاک و زنان پاک برای مردان پاک و مردان پاک برای زنان پاک. آنها از آنچه در باره‌شان می‌گویند منزهند. آموزش و رزق نیکو برای آنهاست.» اگر جزئیات این مجازات را از لحاظ پیچیدگی فرآیند اثبات، بررسی نمائیم واضح می‌گردد که برای اثبات وقوع زنا چهار شاهد عادل باید عمل را مثل میل در مکحله یعنی چون میله در سرمه‌دان ببینند و آلا دیدن اینکه دو نفر در معبر شهر عریان روی هم باشند کفایت نمی‌کند یا اینکه از بین آنها باید نخ عبور دهند و گیر کنند. باید گفت که اولاً چهار شاهد عادل به سهولت قابل جمع کردن در محل زنا نیست و ثانیاً اگر شاهدی اقدام به بازبینی و تبیین جرم نماید مثلاً سرش را خم کند تا دخول را چون میل در مکحله ببیند بدلیل اینکه تجسس در عیوب کرده از عدالت ساقط شده و شهادت او قبول نیست. در قوانین ایران^{۶۶} هست که: «تحقیق در جرایم منافی عفت ممنوع است» و این مستند به قرآن است که می‌فرماید^{۶۷}: «ای کسانی که ایمان آورده‌اید، از گمان فراوان بپرهیزید. زیرا پاره‌ای از گمانها در حد گناه است. و در کارهای پنهانی یکدیگر جست و جو نکنید. و از یکدیگر غیبت مکنید. آیا هیچ یک از شما دوست دارد که گوشت برادر مرده خود را بخورد؟ پس آن را ناخوش خواهید داشت. و از خدا بترسید، زیرا خدا توبه‌پذیر و مهربان است.» لازم به ذکر است که تعداد شهود قتل دو نفر است ولی شهود زنا باید چهار نفر باشند. شهود قتل شرط عدالت ندارند ولی شهود زنا باید عادل باشند. شهود قتل می‌تواند از زنان هم باشند ولی شهود زنا باید فقط مرد باشند. شهود قتل منفرداً می‌توانند در محکمه شهادت دهند ولی شهود زنا باید هر چهار تا با هم در محکمه شهادت دهند و اگر نفر چهارم دیرتر وارد محکمه شود سه شاهد اول باید حد زده شوند. کما اینکه در زمان علی (ع) چهار نفر برای شهادت زنا خدمت حضرتش رسیدند ولی نفر چهارم از آنها لحظاتی دیرتر وارد شد که حضرت سریع دستور فرمودند سه نفر اول را حد زدند. بجای چهار شاهد عادل حداقل باید پنجاه شاهد غیرعادل وقوع زنا را شهادت دهند که در این صورت اگر زانی با زانیه مقرر به زنا نباشند شهادت پنجاه نفر باطل خواهد بود. حال اگر با شهود یا اقرار مجرم اثبات جرم شد و فرد توبه کرد حد منتفی است. راهکار اثبات توبه، یکبار اقرار پیش حاکم و یکبار پیش خود فرد است. توبه فرد همین است که وقتی بگوید پشیمان هستم باید بپذیرند. یعنی اگر حتی بعد از اقرار به جرم انکار کرد از او پذیرفته می‌شود- چه به عنوان توبه و چه به عنوان نفی ارتکاب. اگر شخص زانی چهار بار، در چهار مجلس اقرار کند و بعد انکار نماید مجازات وی به جلد تبدیل می‌شود. از طرفی اصل مسلمی به نام قاعده «درأ» در مبحث حدود در فقه مطرح است که «با کوچک‌ترین شبهه، حد ساقط می‌شود». مثلاً بگویند در خواب مرتکب این جرم شدم، یا مشهود علیه قبل از قیام یئنه توبه کند؛ درباره احصان مرد شرط شده که باید زوجه دائمی داشته باشد و باید با او نزدیکی کرده باشد و باید هر صبح و شام به وی دسترسی داشته باشد و متمکن از دخول باشد و اگر زوجه‌اش غایب یا بیمار باشد به نحوی که مرد متمکن از استمتاع نباشد و یا مرد در حبسی باشد که دسترسی به زوجه خود نداشته باشد حکم احصان مترتب نخواهد شد. در مورد احصان زن نیز شرط داشتن شوهر دائم قید شده است. و اگر شوهر در مسافرت باشد حکم احصان بر زن مترتب نخواهد بود. و اگر مسافر با وجود داشتن همسر زنا کند مشمول رجم نیست. و اگر مجرم به حرم پناهنده شود به احترام حرم حد جاری نمی‌شود. و اگر مجرم شبهه کند که با اعتقاد بر اینکه با زوجه خودش نزدیکی کرده مرتکب زنا شود حد بر او جاری

^{۶۶} قانون آیین دادرسی کیفری، تبصره ماده ۴۳.

^{۶۷} سوره حجرات، آیه ۱۲. «یا ایها الذین آمنوا اجتنبوا کثیراً من الظنّ إنّ بعض الظنّ اثمّ و لا تجسسوا و لا یغتب بعضکم بعضاً اوجب احدثکم ان یأکل لحم اخیه میتاً فکفرتهموه و اتقوا الله إنّ الله تواب رحیم.»

نمی‌شود زیرا قصد ارتکاب جرم را نداشته است. و یا اگر مجرم شبهه کند که سابقه بیماری اعصاب داشته باشد حد ساقط است. و اگر هر یک از طرفین شبهه کنند که اکراه یا اجبار در ارتکاب زنا داشته‌اند بر مکره یا مجبر حدی نیست. و هر شبهه‌ای که مبین جهلی از قصور یا تقصیر در مقدمات باشد مُسقط حد است و هر چند این موضوع برخلاف اصل کلی «جهل به حکم رفع مسئولیت نمی‌کند» می‌باشد ولی باید از تفسیر مؤسّع در احکام کیفری خودداری نمود.^{۶۸} حاکم شرع هم موظف است با تحذیر و طفره تلاش کند که تا حد امکان جرم به اثبات نرسد و اگر مجرم مصر بود او را چند بار بازگرداند و دادرسی را به تعویق اندازد تا از اقرار پشیمان شود، و با عدم مراجعه بعدی وی موضوع به خودی خود منتفی شود، یا حتی به وی راههای فرار از حد را القاء نماید. اگر مرتکب خودش نیز در محکمه اقرار به جرم کند قاضی وظیفه دارد تا چهار بار در جلسات متمایز نپذیرد و او را تحذیر از اعتراف و اقرار به جرم نماید.^{۶۹}

متفاوت از مجازات با اهداف اخلاقی و تربیتی، اقدامات تأمینی به منظور محدود کردن یا تربیت و اصلاح مجرم بکار می‌رود. اقدامات تأمینی گاهی درمانی و تربیتی هستند و گاهی محدود کننده به نحوی که شرایطی را برای افراد خطرناک مهیا می‌آورد که اگر در آنها معضلات مستمر روانی غالب است یا مشاعر آنها در اثر مصرف مواد مخدر یا الکل دچار اختلال موقتی شده برای مدت لازم در محدودیت بسر برند و از تعامل با اجتماع دور باشند. در قوانین نظام‌های مختلف حقوقی کانون‌هایی برای این کار اعم از تیمارستان‌ها یا کانون‌های اصلاح و تربیت اطفال بزهکار در نظر گرفته می‌شود.

تبعیض در اعمال قانون مصادیق متنوعی دارد. در یک دسته از این مصادیق صاحبان قدرت یا ثروت یا شهرت با نفوذ خود اجازه نمی‌دهند که قانون در مورد آنها اعمال شود. این پدیده از شناخته‌ترین شیوه‌های سدّ عدالت در تمام نظام‌های حقوقی است. سدّ عدالت شدن می‌تواند در مورد افراد مورد نظر گروه‌های ذینفوذ واقع شود که از لحاظ ماهیت در همین طبقه قرار می‌گیرد. سازوکارهای قانونی بسیاری از موارد مصادیق این نوع انسداد در بسیاری از نظام‌های حقوقی بصورت رویه‌های پنهان قانونی وجود دارد که مثلاً به مقامات ارشد اجرایی یا سیاسی قانوناً اختیاراتی داده شده که مانع از اعمال قانون برای پرونده‌ها یا افراد خاص شوند. در اینکه آیا این موضوع از لحاظ حقوقی عادلانه است یا خیر بحث‌های

^{۶۸} نگاه کنید به: گرجی، ابوالقاسم، (۱۳۸۰) آیات الاحکام (حقوقی و جزایی) نشر میزان.

^{۶۹} مزید بر تأکید همانطور که در آیات سوره نور ذکر شد که: «کسانی را که زنان عفیف را به زنا متهم می‌کنند و چهار شاهد عادل نمی‌آورند هشاد ضربه بزیند و از آن پس هرگز شهادتشان را نپذیرید که مردمی فاسقند مگر کسانی که بعد از آن توبه کنند و صلاح آیند». تأکید بر حضور چهار شاهد دارد و تفسیر قابل درک آن این است که آنهایی که با ارائه مدارک حتی مثبت مثلاً فیلمبرداری اثبات زنا می‌نمایند مستوجب ۸۰ ضربه شلاق هستند و منبع شهادت آنها قبول نیست و اگر موظف به تجسس سیاسی هستند از کار برکنار شوند چون دیگر شهادت آنها قابل پذیرش نیست، مگر مدارک مثبت ارائه شده خود را تکذیب کنند. شارع مقدس اسلام چهار شهود را برای این لازم دانسته که جرم اثبات نشود. نکته دیگر مسئله اضطراب یا اجبار یا اکراه در وقوع زنا است که هر کدام از این موارد ملغی حد هستند.

در آیین دادرسی کیفری و کلاً حقوق شکلی، جرایم با یکی از ادله اقرار، شهادت، قسامه و علم قاضی اثبات می‌شوند. بطور کلی دو نوع علم وجود دارد: یکی علم «شخصی قاضی» که ناشی از دیدن یا شنیدن یا دریافت‌های شخصی قاضی است و علم دیگر «علم نوعی» است که می‌تواند در محاکم مورد استناد قرار بگیرد. علم نوعی از برآیند بررسی پرونده به دست می‌آید. یعنی قاضی با توجه به شواهد و قرائن، اقتناع وجدانی پیدا می‌کند. بخشی از این قرائن براساس نظریه کارشناسی و بخشی هم با توجه به انعکاس دفاعیات متهم و مسایلی که طرفین مطرح می‌کنند بدست می‌آیند و از برآیند این مسایل قاضی به علم می‌رسد. زنا فقط از دو طریق شهادت و اقرار قابل اثبات است. در فقه امامیه، در بحث اثبات زنا علم قاضی مطرح نیست و زنا از راه علم قاضی قابل اثبات نیست. اشکال اساسی در این مورد یعنی عدم قبول علم قاضی به عنوان طریق اثبات جرم این است که حق متهم از بین می‌رود، زیرا زمینه‌ای برای اعتراض پیدا نمی‌کند چون علم قاضی ضابطه و ملاک ندارد.

متنوعی در له و علیه آن مطرح می‌شود که دو طرف با طرح استدلال‌هایی از آن دفاع یا آن را رد می‌نمایند. مدافعان موضوع آن را استثنائات لازم بر قاعده عمومی می‌شمارند که در حالات خاصّ جامعه به آن نیاز دارد. مثلاً همکاری مجرم با دستگاه پلیس یا دولت در جهت رفع معضلات مختلف از این قبیل است. مخالفان آن را مفرّی برای قانونگریزگی حکام و هیئت حاکمه محسوب می‌دارند. نوع دیگری از مصادیق سدّ عدالت قوانین مختلف در ارتباط با کاپیتولاسیون⁷⁰ است که در منابع حقوقی سابقه شناخته شده و طولانی دارد به این معنی که رسیدگی قضایی جرایم اتباع بیگانه بر عهده نماینده حقوقی یا خود دولت بیگانه است.

نوع دیگر از سدّ عدالت زمینه‌سازی‌های حقوقی خاصّ است که نصّ قانون را دور می‌زند و از این طریق مانع اجرای عدالت می‌شوند. برای مثال بسیار دیده می‌شود که در کشورهایی که شکنجه قانوناً ممنوع است دولت‌ها زندان‌هایی در خارج از خاک کشور خود و در کشورهایی دیگر مستقر می‌سازند و در آنها به هر نوع عمل غیرقانونی که مدنظر دارند می‌پردازند. برای مثال بازداشتگاه معروف گوانتانامو⁷¹ واقع در پایگاه نیروی دریایی ایالات متحده در خلیج گوانتانامو در کوبا در اجاره ارتش آمریکا قرار دارد و ایالات متحده افرادی را که در ارتباط با اقدامات تروریستی بازداشت می‌شوند، در این محل زندانی می‌کند. دولت آمریکا افراد را پس از دستگیری تحت عناوینی نظیر «اشخاص متخاصم غیرارتشی» به گوانتانامو می‌فرستد و چون طبق تعریف قانونی این افراد «نظامی دشمن» محسوب نمی‌شوند از حقوق اسیران جنگی نیز برخوردار نیستند و چون تبعه آمریکایی ندارند و در خاک آمریکا دستگیر نشده‌اند در حوزه قضایی ایالات متحده قرار نمی‌گیرند و مشمول حقوق بازداشت شدگان در قوانین آمریکا همانند ایراد رسمی اتهام، دسترسی به وکیل مدافع در مراحل مختلف بازجویی و حقّ محاکمه سریع و عادلانه نمی‌شوند. مشابه این بازداشتگاه در عراق تحت عنوان زندان ابوغریب، و در تایلند و سایر کشورها کم و بیش رسانه‌ای شده که مورد اعتراض غالب حقوقدانان قرار دارد. این نوع رویه‌ها هرچند مراعی نصّ قانون هستند نهایت مخالفت با روح قانون را به منصه ظهور می‌رسانند.

بسیار دیده شده که در بسیاری از کشورها قوانین موضوعه بسیار متعالی هستند ولی در عمل قوانین سبب نشده‌اند که جامعه به نظم و آرامش برسد. البته این امر به دلایل مختلف واقع می‌شود ولی از دلایل آن می‌توان به فرآیند قضاء و داوری و اجرای قانون اشاره داشت. اگر فرآیند احقاق حقّ دچار اشکال باشد که احقاق حقّ میسر نگردد یا آنقدر پر دردسر یا طولانی باشد که مظلوم را با اطالّه دادرسی از احقاق حقّ خود باز دارد یا وقتی یک طرف منازعه دولت باشد و تشکیلات دولتی امتیازاتی قانونی یا نفوذ یا رویه‌های خاصی نسبت به طرف دیگر دعوا در حین مراحل رسیدگی اعمال نمایند عملاً قانون نه تنها موجب حمایت محقّ و مظلوم نشده بلکه او را دچار زحماتی می‌نماید که شاید زیان آن بیش از استیفاء حقّ تزییع شده فرد باشد. موضوع مهم دیگر نقش قضات و ضابطین قضائی و عملکرد آنها است. موارد عدیده‌ای در ارتباط با قضات و ضابطین قضائی وجود دارد که هر کدام از آنها می‌تواند بطور کلی بخشی از فرآیند قانونگذاری، قضاء و اجرای قانون را مختل و بی‌ثمر نماید یا موجبات بی‌قانونی و ظلم را فراهم آورد. برای مثال اگر پیش‌بینی‌های انتظامی لازم برای صحت عمل و کنترل صدور رأی و ضابطین قضائی نظیر موارد زیر صورت نپذیرد نمی‌توان انتظار کارائی در قوانین را داشت از قبیل: عدم حفظ حقوق دشمنان، مخالفان، اسرا اعم از داخلی و خارجی در مراحل قضاء و اجرای حکم. تفسیر موسع قوانین جزائی در مراحل قضاء و اجرای حکم. اعمال حاکمیت و مجازات برای افعال یا ترک فعلی که در قانون جرم شناخته نشده است. اغماض قانون یا تشدید برخورد علیه اقلیت‌ها یا له گروه‌ها و نهادهای تحت

⁷⁰ Capitulation.

⁷¹ Guantanamo Bay Detention Camp.

حمایت دولت. تبعیض و تشدید در اعمال قانون در جرم‌های سیاسی در مقایسه با سایر جرائم. عدم برخورد و مجازات قاضی یا مأمور متخلف مخصوصاً در عملیات مخفی و فراقانونی نهادها و سرویس‌های اطلاعاتی و امنیتی. عدم استقلال نهاد وکالت و وجود ارتباط سازمانی پنهان دادستان، قاضی، وکیل و شاهد با دستگاه‌های امنیتی و قصص علیهذا. به عبارت اخیری کلیه عناوین مجرمانه که برای اشخاص در قانون اصطلاح شده‌اند باید بی‌کم و کاست بلکه شدیدتر برای مأموران و نهادهای دولتی و وابسته به دولت اشمال شود. این دسته از معضلات فرآیندی شرط کافی برای قانونگذاری صحیح است.^{۷۲}

منابع

- حضرت حاج ملا سلطانمحمد بیدختی گنابادی، بیان السعادة فی مقامات العبادة، چاپ دوم، عربی، ۱۳۴۴ شمسی، چاپخانه دانشگاه تهران. ترجمه محمدآقا رضاخانی و حشمت الله ریاضی، انتشارات حقیقت.
[https://www.sufism.ir/MysticalBooks\(1\).php](https://www.sufism.ir/MysticalBooks(1).php)
- حضرت حاج سلطانحسین تابنده، تجلی حقیقت در اسرار فاجعه کربلا، انتشارات حقیقت، چاپ چهارم، ۱۳۷۲.
[https://www.sufism.ir/MysticalBooks\(4\).php](https://www.sufism.ir/MysticalBooks(4).php)
- حضرت حاج دکتر نورعلی تابنده، دادگستری و صف طویل توصیه شده‌های قانونی!، گزارش: تیر ۱۳۷۴، شماره ۵۳، صفحات: ۶۱-۶۰.
<http://www.noormags.ir/view/fa/articlepage/481879>
- حضرت حاج دکتر نورعلی تابنده مجذوبعلیشاه، سخنرانی در تاریخ ۱۳۸۷/۲/۵، علوم اقتصاد و اسراف.
<http://mazaesoltani.net/download/mp3/87/87-02-05-sobhe-panjshanbeh-elm-va-esraf-kardan.mp3>
- حضرت حاج دکتر نورعلی تابنده مجذوبعلیشاه، سخنرانی در تاریخ ۱۳۸۷/۲/۶، اسراف و شاکله.
<http://mazaesoltani.net/download/mp3/87/87-02-06-sobhe-jome-kotob-selseh-niyat-va-shakeleh-esraf.mp3>
- حضرت حاج دکتر نورعلی تابنده مجذوبعلیشاه، رساله حقوق تطبیقی، انتشارات سلسله الرضا، ۱۳۹۰، مشهد.
- حضرت حاج دکتر نورعلی تابنده مجذوبعلیشاه، سخنرانی در تاریخ ۱۳۹۱/۷/۱، شاکله، عاقله، یقین.
<http://mazaesoltani.net/download/mp3/91/91-07-01-Sobhe-Shanbe-Shakele-Aghele-Yaghin.mp3>
- حضرت حاج دکتر نورعلی تابنده مجذوبعلیشاه، سخنرانی در تاریخ ۱۳۹۱/۱۲/۴، احترام به اجازات عرفانی - مددکاری رضا، شاکله و نیت در اعمال.
<http://mazaesoltani.net/download/mp3/91/1391-12-04-Sobhe-Jome-Ehteram-Be-Ejazat-Erfani-Madadkari-Reza-Niyat-Dar-Amal.mp3>
- حضرت حاج دکتر نورعلی تابنده مجذوبعلیشاه، سخنرانی در تاریخ ۱۳۹۳/۱۲/۲۹، ارزیابی اعمال و جبران خطا، توبه حقیقی - شاکله و نیت.
<http://mazaesoltani.net/download/mp3/93/1393-12-29-Sobhe-Jome-Arzyabi-Amal-Jobran-Khata-Tobe-Shakel-Niyat.mp3>
- بیدآباد، بیژن، مبانی عرفانی حقوق اساسی در اسلام، فلسفه حقوق، حقوق فردی، حقوق عمومی از دیدگاه حکمت، ۱۳۸۸.
<http://www.bidabad.ir/doc/mabani-erfani-hoquqe-asasi.pdf>
- بیدآباد، بیژن، مبانی عرفانی حقوق در اسلام، حقوق تطبیقی، نظام‌های حقوقی، حقوق جزا از دیدگاه حکمت، ۱۳۸۸.
<http://www.bidabad.ir/doc/mabani-erfani-hoqooq.pdf>

^{۷۲} حضرت حاج دکتر نورعلی تابنده، دادگستری و صف طویل توصیه شده‌های قانونی!، گزارش: تیر ۱۳۷۴، شماره ۵۳، صفحات: ۶۱-۶۰.
<http://www.noormags.ir/view/fa/articlepage/481879>

- بیدآباد، بیژن، فلسفه حقوق از دیدگاه حکمت در عرفان و تصوّف اسلامی، ۱۳۸۹.
- <http://www.bidabad.ir/doc/falsafeh-hoqooq.pdf>
- جعفری لنگرودی، محمّد جعفر (۱۳۷۰)، مکتب‌های حقوقی در حقوق اسلام، چاپ دوم، کتابخانه گنج دانش.
- جوهری، اسماعیل بن حمّاد، الصحاح، بیروت، دارالعلم للملایین، ۱۴۰۷ ق.
- صبحی رجب محمصانی، فلسفه التشريع فی الاسلام، بیروت، دارالعلم للملایین، ج ۵، ۱۹۸۰ م؛ ترجمه اسماعیل گلستانی. تهران، امیرکبیر، ۱۳۵۸.
- شیخ صدوق، محمد بن علی ابن بابویه، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۳ ق.
- شیخ صدوق، محمد بن علی ابن بابویه، المقنع فی الفقه، تحقیق موسسه الامام الهادي، قم، ۱۴۱۵ ق.
- فراهیدی، خلیل بن احمد، العين، قم، دارالهجرة، ۱۴۰۹ ق.
- محمد بن یزید قزوینی، سنن ابن ماجه، دارالفکر للطباعة و النشر، بی تا.
- ناصر کاتوزیان، فلسفه حقوق، انتشارات بهنشر، ۱۳۶۵.
- ناصر کاتوزیان، نظریه عمومی تعهدات، نشر یلدا، ۱۳۷۴، تهران.
- الشیخ الكليني، الكافي، دار الكتب الإسلامية، تهران، ۱۴۰۷ ق.
- ابوالقاسم گرّجی، آیات الاحکام (حقوقی و جزایی) نشر میزان، ۱۳۸۰.
- مجلسی، محمدباقر، بحارالانوار. بیروت، انتشارات مؤسسة الوفا، الطبعة الرابعة، ۱۴۰۴ ق.
- حسن موسوی بجنوردی، قواعد الفقهیه، انتشارات اسماعیلیان، قم، ۱۴۰۸ ق، چاپ دوم.
- سید روح الله موسوی خمینی، تحریر الوسيله، انتشارات اسلامیه، چاپ چهارم، ۱۳۶۴.
- نائینی، محمّد حسین، تنبیه الامّة و تنزیه الملة. موسسه بوستان کتاب، چاپ ۱۳۹۳.
- ابن همام (محمد بن عبدالواحد بن همام الحنفی)، شرح فتح القدير، المطبعة الكبرى الاميرية، ق ۱۳۱۶.
- Bidabad, Bijan. Philosophy of Law: An Islamic Sufi Approach. International Journal of Law and Management (IJLMA), Vol. 60 Issue: 5, pp.1179-1195, 2018, Emerald Group Publishing Limited.
<https://doi.org/10.1108/IJLMA-06-2017-0132>
<http://www.bidabad.ir/doc/law-philosophy-en.pdf>
- Jean-Jacques Rousseau's 1762 treatise: Du contrat social; ou, Principes du droit politique.
- Locke, John, 1689, Two Treatises of Government.
- Montesquieu (1689-1755), De l'esprit des lois, 1748.
- Pickering, Mary. Auguste Comte: An Intellectual Biography, Cambridge University Press (1993), Paperback, 2006.