

# جایگاه قاعده‌ی مصلحت در حقوق کیفری ایران

حمیده پیرحیاتی\*

تاریخ پذیرش: ۹۳/۱۲/۲۰

تاریخ دریافت: ۹۳/۱۲/۲

## چکیده

احکام کیفری مانند سایر احکام شرعی، همواره تابع مصالح و مفاسدند. بی‌تردید، یکی از اصلی‌ترین مؤلفه‌های مؤثر در احکام کیفری حکومتی، «قاعده‌ی مصلحت» است که خود از عوامل متعدد دیگری تأثیر می‌پذیرد. قاعده‌ی مصلحت مانند برخی قواعد دیگر همچون قاعده‌ی «نفسی حرج»، در حالت تزامم، بر ادله‌ی احکام اولیه تفوق دارد. در این نوشتار برآنیم تا ضمن تبیین قلمروی این قاعده در احکام کیفری، به نقش کاربردی و تأثیر مصلحت‌سنجی در تغییر قوانین جزایی که صبغه‌ی شرعی دارد (از لحاظ تقنینی) و همچنین توقف یا تغییر شیوه‌ی اجرای بعضی از احکام کیفری (از جنبه‌ی اجرایی)، خاصه در مورد حدود بپردازیم.

**واژگان کلیدی:** مصلحت، تأثیر زمان و مکان، عرف، حکم حکومتی، حدود.

---

\* قاضی دادگستری و دانشجوی دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری.  
pirhayati2012@gmail.com

## مقدمه

از لحاظ نظری، «مصلحت» ابتدا به وسیله‌ی شیخ مفید در فقه امامیه بنا نهاده شد و شهید اول با بررسی در قواعد فقهی آن را تعمیم بخشید و روش مند ساخت؛ سپس صاحب جواهر، رابطه‌ی ولایت فقیه و مصلحت را نمایاند تا اینکه در نهایت امام خمینی (ره) در آن طرحی نو و جامع در انداخت. اما «مصلحت که مبنای صدور احکام حکومتی است تا پیش از شکل‌گیری نظام جمهوری اسلامی ایران در فقه مدون شیعه کاربرد چندانی نداشته است که علت آن را باید در دوری فقه از حکومت دانست»<sup>۱</sup>. این مفهوم پس از پیروزی انقلاب اسلامی و از دهه‌ی ۱۳۶۰ خورشیدی وارد ادبیات حقوقی ایران و موجب پیدایش نهاد حقوقی «مجمع تشخیص مصلحت نظام» شد.

در منابع سنتی حقوق اسلامی، فقهای شیعه همواره بر این عقیده بوده‌اند که تمامی احکام شرعیه، تابع مصالح و مفاسدند و صدور احکام حکومتی، تأسیس جدیدی تلقی نمی‌شود. در فقه شیعی به روشنی بیان شده است که همه‌ی مصالح اجتماعی، به حق، در حوزه‌ی ولایت فقیه جای دارند و مصلحت، با عناوین ثانویه و اختیارات ولی فقیه ارتباط تنگاتنگی دارد و مرجع تشخیص مصلحت در عصر غیبت صرفاً ولی فقیه و حاکم است.<sup>۲</sup> بدیهی است که وظیفه‌ی ولی فقیه و حکومت در تضمین امنیت و نظام امور جامعه، در جنبه‌های مختلف زندگی اشخاص و حفاظت از ارزش‌های اساسی و غیرقابل اغماض جامعه‌ی اسلامی، با توجه به مصالح جامعه، تنها با ابزار قانون، به‌ویژه قانون جزا اعمال می‌گردد.

«فقه اسلام به‌گونه‌ای است که می‌توان پاسخ همه‌ی مسایل را از آن استنباط کرد. فقها و مجتهدان نیز در مواجهه با موضوعات، مسایل و نیازهای جدیدی که در جامعه مطرح می‌شود با توسل به قاعده‌ی مصلحت به راهگشایی می‌پردازند.»<sup>۳</sup> پس می‌توان

۱- قدیر، محسن؛ ساریخانی، عادل؛ احکام حکومتی و مصلحت در فقه شیعه، فصلنامه‌ی علمی - پژوهشی

شیعه‌شناسی، سال نهم، شماره‌ی ۳۵، پاییز ۱۳۹۰، ص ۷۳.

۲- البته گروه خاصی که آشنایی بر اصول و مبانی کلی شریعت و شرایط و مقتضیات زمان و مکان دارند می‌توانند در این زمینه وظیفه‌ی مشورت‌دهی را داشته باشند. مانند: مجمع تشخیص نظام که پس از تأیید و تصویب مصوباتش از سوی رهبری، لازم‌الاجراست.

۳- قدیر، محسن؛ ساریخانی، عادل؛ احکام حکومتی و مصلحت در فقه شیعه، ص ۷۴.

گفت: جایگاه احکام حکومتی صادره بر اساس مصلحت، یکی از عوامل و راه‌های انطباق اسلام با مقتضیات زمان است و باعث انعطاف و پویایی لازم فقه در مقابله با مسایل اجتماعی می‌شود؛ از همین روست که اصولیان معتقدند هر امری که موجب اختلال نظام باشد عقلاً قبیح است و قبح آن از امور مستقلات عقلیه می‌باشد و هر چیزی که معیشت روزمره‌ی مردم و نظم و آسایش آنان را مختل سازد ناپسند است و جهت رفع آن باید دست به دامان مصلحت شد. در این راستا می‌توان از اصل عقلی «ترجیح اهم بر مهم» در مورد تزامم با روش استنتاج تبعیت کرد؛ به این ترتیب که پس از اثبات صغرا، مبنی بر اینکه مثلاً فلان امر موجب اختلال نظام است، با ضمیمه کردن کبرای کلی یعنی حفظ نظام عمومی که اهم است، حکم عقلی «ترجیح اهم بر مهم» را نتیجه گرفت.

امروزه نه تنها در مورد جرایم حدی بلکه کارآمدی تمامی مقررات کیفری اسلام، در تاریخ معاصر با معیار مصلحت مورد آزمایش قرار می‌گیرد.

### (۱) تعریف مصلحت

واژه‌ی مصلحت بر وزن منفعت است و در قوامیس و فرهنگ‌های لغت از حیث لغت‌شناسی عموماً به همین معنا تعریف شده است:

«الاصلاح، نقيض الفساد و المصلحة كالمنفعة وزناً و معناً»<sup>۱</sup> بهبود بخشیدن، نقيض تباه کردن است و مصلحت از لحاظ وزن و معنا مثل منفعت است.

«الصلاح ضد الفساد تقول صلح الشيء يصلح صلوحاً»<sup>۲</sup> در این تعبیر، مصلحت در مقابل مفسده قرار گرفته است.

در لغتنامه‌ی دهخدا «مصلحت، خلاف مفسدت و به معنای صواب، شایستگی و صلاح»<sup>۳</sup> می‌باشد.

در فرهنگ لغت معین نیز این واژه به معنای «آنچه صلاح و سود شخص یا گروهی در

۱- ابن منظور؛ لسان العرب، ج ۲، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۱۰ ق، ص ۲۶۲.

۲- جوهری، اسماعیل؛ صحاح اللغة، بیروت، دارالمعرفة، ۱۴۲۸ ق، ص ۱۳۶۸، ذیل واژه‌ی «صلح».

۳- دهخدا، علی اکبر؛ لغتنامه، ج ۱۲، مؤسسه‌ی چاپ و انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۲، ص ۱۸۵۶۶.

آن باشد»<sup>۱</sup> آمده است.

صاحب‌المنجد نیز صلاح را ضد فساد معنا نموده و در معنی مصلحت، چنین می‌نویسد: «هرآنچه (انسان) را به صلاح می‌کشاند. هرآنچه که انسان انجام می‌دهد از اعمالی که باعث نفع خود یا قومش می‌گردد»<sup>۲</sup>.

از بین تعاریف لغوی ذکر شده، این تعریف، بیشتر پذیرفته شده است: «مصلحت در لغت از نظر وزن و معنا مساوی واژه‌ی منفعت است»<sup>۳</sup>.

در مقام جمع‌بندی باید بیان داشت که مصلحت به مفهوم خیر و صواب و شایستگی، شامل منافع مادی، معنوی، دینی و دنیوی در قلمروی امور اجتماعی است و با مفاهیمی همچون منفعت، حقیقت، حُسن و قبح عقلی، عرف و استحسان، ارتباط وثیقی دارد؛ البته علاوه بر مفهوم ایجابی ذکر شده، دارای جنبه‌ی سلبی دفع مفسدت و مضرت نیز می‌باشد. مصلحت در اصطلاح نیز دارای تعاریفی است که البته بین نظریات فقهای شیعه و سنی، علی‌رغم اختلافی بودن جایگاه فقهی مصلحت و نقش آن در وضع یا تشریح احکام یا استنباط و اجرای احکام، قرابت دیده می‌شود. غزالی می‌گوید: «مصلحت، تأمین هدف شارع و هدف شارع، مواظبت از دین، جان، عقل، نسل و مال انسان است»<sup>۴</sup>.

محقق حلی (ره) نیز در تعریف مصلحت می‌گوید: «مصلحت عبارت است از آنچه که با مقاصد انسان در امر دنیوی یا اخروی یا هر دو موافق بوده و نتیجه‌ی آن به دست آوردن منفعت یا دفع ضرر باشد»<sup>۵</sup>.

صاحب‌جوهر نیز در کتاب مشهور خویش «جواهر الکلام» می‌گوید: «از روایات و سخن فقهای امامیه ... فهمیده می‌شود که تمام احکام مربوط به معاملات و غیر آن برای تأمین مصالح دنیوی و اخروی مردم، که عرفاً مصلحت و فایده نامیده می‌شوند تشریح

۱- معین، محمد؛ فرهنگ فارسی، تهران، مؤسسه‌ی انتشارات امیرکبیر، ۱۳۸۸، ص ۴۱۷۶.

۲- معلوف، لوییس؛ المنجد فی اللغة، تهران، نشر استقلال، ۱۳۸۱، ص ۴۳۲.

۳- غزالی، محمد؛ المستصفی، بیروت، دار الکتب الاسلامیه، ۱۴۱۵، ق، ص ۲۸۶.

۴- صرامی، سیف‌الله؛ احکام حکومتی، مجله‌ی راهبرد، شماره ۲، پاییز ۱۳۷۳، ص ۶۵.

۵- حلی، ابوالقاسم جعفر بن محمد، معارج الاصول، ج ۱، قم، مؤسسه‌ی آل‌البتیت للطباعة و النشر، ۱۴۰۳، ق،

شده‌اند»<sup>۱</sup>.

البته باید خاطر نشان سازیم که منظور نگارنده از مصلحت، همان مفهوم فصل مشترک در نگاه اسلامی است؛ یعنی مصلحت، خیر و منفعت دنیوی و اخروی (منافع توأمان) و سودمند برای دین و دنیای مسلمین می‌باشد و با مفهوم مصلحت‌اندیشی<sup>۲</sup> در مکاتب فایده‌گرایانه<sup>۳</sup> و مباحث علوم سیاسی متفاوت است؛ مباحثی با عنوان منافع ملی<sup>۴</sup> که با مبانی و پیش‌فرض‌های خاص خود یعنی همان نگاه سکولار (دنیوی) به مصلحت، به دنبال جذب سودی است که برای مصالح فردی و عمومی انسان‌ها وجود دارد که در این نوشتار مجال پرداختن به چنین بحثی وجود ندارد.

همان‌طور که از این تعاریف بر می‌آید؛ اولاً: تمام احکام اسلامی برای مصالح بشر وضع شده است و مصلحت، یک واقعیت موجود است که احکام شرعی بر آن منطبق است. ثانیاً: مصالح، مفهوم عامی دارد که شامل فواید دنیوی و اخروی و فردی و اجتماعی می‌شود. ثالثاً: مصلحت و فایده، در ابواب مختلف، از جمله امور کیفری، مفهوم پیچیده‌ای ندارد بلکه همان چیزی است که عرف می‌فهمد. رابعاً: این مصالح برای بشر قابل ادراک است؛ چه اینکه همه‌ی مسلمانان بر این باورند که خداوند در کارهای خود غرض و مقصدی دارد و تمام احکام شرعی نیز معلل به اغراض و مقاصدند؛ زیرا در غیر این صورت، هر کاری عبث خواهد بود. «همچنین شارع برای کشف اهداف و مقاصد شرعی، فرمول‌هایی قرار داده است که به موجب آنها می‌توان مقصود شارع را احراز کرد و همچنانکه که ملاک‌های احکام، غالباً توسط عقل بشر کشف می‌شود ملاک‌های احکام جزایی نیز نوعاً

۱- نجفی، محمدحسن؛ جواهر الکلام، ج ۲۲، دارالکتب الاسلامیه، تهران، ۱۴۰۴، ق، ص ۳۲۴.

2- expediency.

3- utilitarianism

(صاحب‌نظرانی چون جرمی بنتام و جان استوارت میل به عنوان سردمداران این مکتب معتقدند همه‌ی اعمال انسان حاصل منفعت‌جویی است و اصل فایده‌گرایی، هرچیزی را تحت الشعاع خود قرار داده است و اجتماع باید بیشترین سود را نصیب بیشترین مردمان کند. البته این دیدگاه به مکتب لذت‌گرایان «hedonists» نیز نزدیک می‌شود).

4- public interest.

به مدد عقل قابل کشف است»<sup>۱</sup>. از آنجا که قانون مجازات اسلامی به عنوان قانون مادر در امور کیفری، از منابع فقهی و متون شرعی گرفته شده است و این احکام نیز توقیفی و تعبدی نیستند و دارای ملاک قابل فهم بودن برای بشر می‌باشند لذا شایسته است که احکام حکومتی، در مقام جرم‌انگاری یا جرم‌زدایی یا نحوه‌ی اجرای مجازات، خصوصاً جرایم و مجازات‌های حدی، با این شرایط و ملاک‌ها مطابق باشند.

## ۲) جایگاه مصلحت در قلمروی احکام کیفری

از آنجایی که انسان‌ها در زندگی جمعی خود همان‌گونه که به جهات ثابت و اساسی نیازهای ثابتی دارند طبق شرایط و احوال متفاوت و با تغییر و تجدّد زمان نیز نیازهای جدید و متغیری دارند؛ بنابراین احکام شرعی و نظام اجتماعی که برای پاسخ‌گویی به نیازهای انسانی تنظیم گردیده‌اند باید مانند نیازهای انسانی دارای بخش‌های ثابت و بخش‌هایی متغیر و متبدّل باشد. پس «به منظور پاسخ‌گویی به نیازهای جدید، برای قواعد حقوقی در چهارچوب‌های مبانی و منابع اسلامی باید کارکردهای جدیدی را تعریف کنیم. فلسفه‌ی حقوق اسلامی، مصلحت را دارای ظرفیتی می‌داند که در این مهندسی، حقوق می‌تواند نقش به‌سزایی را ایفا کند»<sup>۲</sup>.

روایات مختلفی مؤید مطالب مذکور می‌باشند؛ روایاتی که «به طور واضح دلالت دارند بر اینکه احکام شرع از نظر امامان معصوم (ع) همیشه ثابت نبوده‌اند و به مقتضای زمان، احکام را تغییر می‌داده‌اند و این نوع تغییرات، از آن جهت نبوده است که آنان بخواهند در احکام ثابت اسلام (العیاذ بالله) دخل و تصرف نمایند بلکه آنان می‌دانستند که حکم الهی، حکم ثابتی نیست و حکمی است که مربوط به زمان خاصی می‌باشد و چنانچه در زمان دیگری مقتضی آن وجود نداشته باشد باید تغییر کند»<sup>۳</sup>. به این خاطر است که حضرت امام خمینی (ره) در صحیفه‌ی نور فرموده‌اند: «زمان و مکان، دو عنصر تعیین‌کننده در

۱- دهقان چاچکامی، حمید؛ جایگاه مصلحت در قانونگذاری کیفری، چاپ اول، قم، بوستان کتاب، ۱۳۹۰، ص ۷۵.

۲- خوئینی، غفور؛ رضایی‌نژاد، همایون؛ مصلحت و مسایل نوظهور حقوقی، پژوهشنامه‌ی حقوق اسلامی، شماره‌ی ۳۳، بهار و تابستان ۱۳۹۰، ص ۵.

۳- مرعشی، سیدمحمدحسن؛ مصلحت و پایه‌های فقهی آن، مجله‌ی حقوقی دادگستری، شماره ۶، زمستان ۱۳۷۱، ص ۱۵.

اجتهاد و نوع تصمیم‌گیری هستند. مسأله‌ای که در قدیم دارای حکمی بوده و به ظاهر، همان مسأله در روابط حاکم بر سیاست و اجتماع و اقتصاد یک نظام ممکن است حکم جدیدی پیدا کند و موضوع اول واقعاً موضوع جدیدی شده است که قهراً حکم جدیدی می‌طلبد.<sup>۱</sup> در بیانات فوق، ایشان تغییر در حکم را مبتنی بر تحوّل واقعی موضوع دانسته‌اند، اگرچه ظاهراً نیز در موضوع تغییری پدید نیامده است؛ به عبارت دیگر می‌توان گفت: همچنان که فقدان قیود و شروط موضوع می‌تواند در نفی آن کارساز افتد تغییر شرایط خارجی موضوع می‌تواند در تغییر واقعی موضوع مؤثر باشد. «به همین دلیل این تحولات، در موضوع احکام است و حکم جدید بر آن مترتب شده است و بقای حکم به بقای موضوع است و گذاشتن آن بر موضوعی دیگر، حکمی دیگر است و این وظیفه‌ای است که فقه پویا بر عهده دارد. مانند: حکم حلیت خرید و فروش خون در زمان فعلی که دارای منفعت حلال می‌باشد، به دلیل تغییر موضوع و دگرگونی امور اعتباری آن».<sup>۲</sup>

البته این دلیل عقلی به این معنی نیست که احکام شرعی همگی ثابت نیستند؛ چه اینکه، برخی احکام شرعی در واقع پاسخ به نیازهای ثابت‌اند؛ مانند: احکام حدود و قصاص که پاسخی به نیازهای لازم برای بقای نسل و تضمین امنیت جانی و مالی می‌باشند ولی در قبال این دسته از احکام، احکامی هستند که راه تغییر در آنها باز است و آن احکامی است که اسلام به ولی امر اجازه داده است تا بر طبق مصالح و در پرتوی احکام ثابت، آنها را تعیین کند و احکام حکومتی را جهت حفظ سلامت جامعه و اداره‌ی آن و تنظیم امور، با رعایت مصلحت اسلام و مسلمین صادر نماید و آنچه احکام را برای ولی امر معین می‌سازد شرایط و مقتضیات زمان و مکان و مصالح جامعه است. پس این دیدگاه/بن قییم مبنی بر پذیرش مصلحت در کلیه‌ی احکام شرع قابل نقد خواهد بود که در مقام بیان رابطه‌ی تنگاتنگ شریعت و مصلحت بیان می‌دارد: «شریعت روشن اسلامی متکفّل عالی‌ترین مصالح انسانیت است و هرگز سختی و مشقّت به همراه ندارد. کلیه‌ی احکام

۱- موسوی خمینی، امام روح‌الله؛ صحیفه‌ی نور، ج ۲۱، تهران، شرکت سهامی چاپخانه‌ی وزارت ارشاد اسلامی، ۱۳۶۱، ص ۹۸.

۲- رکنی حسینی، سیدعلی؛ نقش مصلحت و مقتضیات زمان و مکان در فقه حکومتی، فصلنامه‌ی پژوهش‌های فقهی - حقوقی، شماره‌ی اول، زمستان ۱۳۹۰، ص ۱۱۶.

شرع تابع مصالح و مفاسدی است که حکم بر آن واقع شده است<sup>۱</sup> و همان‌طور که بیان شد «نقش زمان و مکان در تغییر احکام به هیچ وجه با ثبات احکام شرعی منافات ندارد و تنها باعث تحول در اجتهاد منطبق با زمان و مکان است نه تحول در احکام و نیز صرفاً حکم اولی با تغییر شرایط، موضوعش پایان یافته است و حکم دیگری برای آن آغاز شده است»<sup>۲</sup> و آن را «نباید به معنی تسلیم محض فقیه در برابر عرف زمانه دانست؛ به این معنی که هر چه را مردم حلال دانستند او هم فتوا به حلیت آن دهد و تنها هر تغییر و دگرگونی در حکم با تغییر و دگرگونی در موضوع صورت می‌پذیرد؛ زیرا حلال محمد (ص) تا روز قیامت حلال و حرام محمد (ص) تا روز قیامت حرام است»<sup>۳</sup>.

البته فقه حکومتی و اجتهاد پویا با تمسک به مصلحت، زمانی می‌تواند حکم مسأله‌ای را تغییر دهد که سخن شارع و عین الفاظ او موضوعیت نداشته و فقط اوضاع و احوال حاکم بر موضوع در زمان صدور حکم به عنوان معیاری برای تقیید حکم مطرح شده باشد. لذا در صورت تغییر شرایط و ویژگی‌های موضوع، تغییر حکم نیز معتبر شناخته می‌شود؛ مانند مثال زیر که زمینه‌ی توسعه‌ی حکم به واسطه‌ی توسعه‌ی موضوع را فراهم آورده است: «بسیاری از فقها احتکار را فقط در کالاهای مذکور در روایات منحصر می‌نمایند ولی عده‌ی دیگری از فقها به دلیل مصلحت جامعه و حل مشکل معیشتی و اقتصادی مردم و با ملاک دانستن نیاز انسان‌ها و در تنگنا بودن آنان، مصادیق احتکار را حتی به غیر طعام نیز توسعه می‌دهند و به عنوان حکم واقعی اولیه و نه ثانویه و نه از باب «اضطرار»، حکم آن را حرمت اعلام می‌کنند»<sup>۴</sup>؛ در واقع فقیه می‌بایست به اهداف شارع توجه داشته باشد و بتواند ملاک حکم وی را استکشاف نماید نه اینکه بر الفاظ شرع جمود و اصرار ورزد. با توجه به بیان فوق، روشن است که مراد از زمان و مکان، نه مفهوم حقیقی آن و نه معنای مصلحت‌های هر زمان و مکان، بلکه مقصود، مجموعه‌ی تحولات مختلفی است

۱- به نقل از دارینی، علی؛ مصلحت و جایگاه فقهی آن، مجله‌ی راهبرد، شماره‌ی ۱۹، بهار ۱۳۸۰، ص ۲۴۹.

۲- سبحانی، جعفر، تهذیب الاصول (تقریرات درس امام خمینی)، ج ۲، قم، مؤسسه‌ی مطبوعاتی اسماعیلیان، ۱۳۸۳، ص ۱۷۹.

۳- مکارم شیرازی، ناصر؛ استفتائات فقهی، مجله‌ی رهنمون، تهران، مدرسه‌ی عالی شهید مطهری، (دوره‌ی اول) شماره‌ی ۵، بهار ۱۳۷۲، ص ۱۸۶.

۴- سبحانی، جعفر؛ تهذیب الاصول، ص ۱۸۵.



که مجتهد را در درک صحیح‌تر و تدوین احکام شرعی، یاری می‌کند. لذا به این خاطر است که در دیدگاه حضرت امام (ره) حفظ نظام اسلامی از احکام اولی است و بر هر حکم اولی دیگر در صورت تزاحم، تقدّم دارد و حکم ثانویه و از باب عسر و حرج یا دفع ضرر نخواهد بود و حکم واقعی اولیه تلقی خواهد شد؛ چه اینکه از نگاه جامع و واقع‌نگرانه به فقه، آنچه حاصل می‌شود این است که ولایت حاکم، دربرگیرنده‌ی مصالح همگانی و مسایل مربوط به اداره‌ی جامعه می‌باشد؛ بنابراین ولایت مطلقه‌ی حاکم، در بند و بسته به بایستگی‌ها و ناگزیری‌ها و محدود به حدود احکام اولی شریعت نیست. فقیه افزون بر برداشتن بازدارنده‌ها و برآوردن بایستگی‌ها و ناگزیری‌های اجتماعی، به برآوردن مصالح همگانی نیز می‌پردازد و به هنگام بحران‌های اجتماعی و سیاسی، با استفاده از آیین‌های برتر شریعت همچون «اهم و مهم» و «لاضرر و لاضرار» و ... به حل بحران‌ها می‌پردازد. اما موضوع مصلحت‌شناسی و بازشناسی اهم از مهم، راه‌های مختص به خود را دارد. شاید فقیه با استفاده از تیزهوشی، زکاوت و قدرت تحلیل سیاسی خود، به مصلحت‌شناسی بنشیند.

در انگاره‌ی برخورد ملاک‌ها و مصلحت‌ها، باورمندان به ولایت مطلقه، با در نظر گرفتن قاعده‌ی «اهم و مهم»، احکام حکومتی را بر احکام اولی شرعی پیش می‌دارند؛ زیرا نظریه‌ی سیاسی و حکومتی اسلام، مبتنی بر مصلحت حفظ دین و نظام اسلامی است که در قالب احکام حکومتی تبلور می‌یابد و این احکام بر سایر احکام اسلام تقدّم دارند؛ چون حفظ اصل اسلام و نظام اسلامی بر حفظ احکام اسلامی مقدّم است و از بالاترین مصالح می‌باشد.<sup>۱</sup>

در مقام جمع‌بندی این قسمت از بحث باید بیان داشت که بدون تردید مؤلفه‌ی اصلی و تأثیرگذار بر احکام، خصوصاً احکام حکومتی، مصلحت می‌باشد که خود از عوامل دیگر مانند زمان و مکان متأثر می‌گردد. فقهای بزرگ شیعه نیز همواره احکام اولیه‌ی شرع را مبتنی بر وجود مصالح و مفاسد در متعلق آنها می‌دانند و بر نقش مصلحت در فقه حکومتی تأکید می‌ورزند. علاوه بر تفصیل بحث فوق، در ادامه خواهیم دید که مصلحت می‌تواند

۱- قدیر، محسن؛ ساریخانی، عادل؛ احکام حکومتی و مصلحت در فقه شیعه، ص ۸۸.

چه نقشی در احکام جزایی (عقوبات)، خصوصاً حدود و بحث اجرای آنها داشته باشد. جهت تبیین بحث، علی‌رغم بحث مختصر در مطالب فوق، نخست باید بررسی نمود که آیا مصلحت، فقط در احکام ثانویه (حکومتی) نقش دارد یا در احکام اولیه نیز مدخلیت دارد؟ و دیگر اینکه چه ارتباطی بین مصلحت و احکام ثابت و متغیر وجود دارد؟ جهت پاسخ به این سؤال باید بررسی نمود که احکام مصلحتی حکومتی از مصادیق احکام ثانویه می‌باشند یا خود قسیم سوّمی هستند؟ «هرچند بعضی از فقیهان، احکام حکومتی را از مصادیق حکم ثانوی و یا محدود به آن و بعضی آن را از مصادیق احکام اولی دانسته‌اند و هرچند احکام حکومتی، دارای وجوه اشتراکی با احکام اولیه و ثانویه هستند اما به جهت داشتن بعضی از وجوه افتراق، تثلیث احکام می‌باشند و به احکامی اطلاق می‌شود که حاکم شرع بر اساس مصالح عموم جامعه در عرصه‌های مختلف اجتماعی می‌پردازد. این احکام گرچه مقید به ضرورت و اضطرار نیستند اما مادام المصلحت‌اند و به چیزی جز مصلحت، مقید نیستند و با تحوّل در روابط، مناسبات، تکنولوژی و ...، مصالح عامّه دستخوش تغییر می‌گردد»<sup>۱</sup>.

امام خمینی (ره) در این باره می‌فرماید: «حکومت می‌تواند قراردادهای شرعی را که خود با مردم بسته است در موقعی که آن قرارداد مخالف مصالح کشور اسلامی باشد یک جانبه لغو کند و می‌تواند هر امری را (چه عبادی چه غیرعبادی) که جریان مخالف مصالح اسلام است، از آن، مادام که چنین است، جلوگیری کند. حکومت می‌تواند از حج که از فرایض مهم الهی است در مواقعی که مخالف صلاح کشور اسلامی است موقتاً جلوگیری کند»<sup>۲</sup>.

با دقت در نظر امام خمینی (ره) مشخص می‌شود اینکه برخی، احکام حکومتی را محدود به نیازهای متغیر می‌دانند و یا آن را تنها شامل منطقه الفراع می‌دانند و سایر موارد را از شمول آن خارج می‌دانند وجهی ندارد و ایشان نه تنها احکام حکومتی را نیز جزء احکام شرعی می‌داند بلکه این احکام را بر سایر احکام اولی مقدم می‌داند.

۱- قاضی‌زاده، کاظم؛ امام خمینی (ره) و فقاهت مبتنی بر عنصر زمان و مکان، مجله‌ی نقد و نظر، سال دوم، شماره‌ی پنجم، ۱۳۷۰، ص ۴۶.

۲- موسوی خمینی، امام روح‌الله، صحیفه‌ی نور، ص ۹۸.

لازم به توضیح است که «آن‌گونه که مصلحت در فقه عامه مورد توجه بوده، در فقه شیعه نبوده است. با این حال در فقه امامیه کسانی که شرعاً حق دارند به عنوان ولی در امور مالی یا غیر مالی دیگران تصرف کنند تصرفشان در محدوده‌ی مصلحت، معتبر است. یکی از این افراد، امام یا حاکم جامعه‌ی اسلامی است که حق دارد در امور مختلف جامعه‌ی اسلامی دخالت و تصمیم‌گیری کند و احکام و تصمیمات وی نیز تنها هنگامی معتبر است که به مصلحت جامعه‌ی اسلامی باشد»<sup>۱</sup>.

در خصوص مبانی مصلحت نیز می‌توان بیان داشت: «مبانی و مجموعه‌ی استدلال‌ها و قواعدی که توجیه‌کننده‌ی استصلاح و مصلحت می‌باشد به صورت کلی و بدون بحث تفصیلی شامل قواعدی نظیر: احسان، عدالت، لطف، نفی عسر و حرج (یعنی در اسلام هیچ حکمی که موجب مضیقه و در تنگنا افتادن مکلفان باشد تشریح نشده است) و لاضرر (نفی ضرر، چه وضعی و چه تکلیفی که موجب ضرر شود) و همچنین اصول تیسیر، بزه‌پوشی، سهولت و سماحت احکام اسلامی به عنوان ملاک‌های دیگر ضرورت حفظ نظام می‌باشد»<sup>۲</sup>.

### ۳) ضوابط و اصول حاکم بر مصلحت

در اینجا این سؤال مطرح می‌شود که آیا احکام شرعی، تابع مصالح و مفاسد واقعی‌اند یا آنکه از هیچ‌گونه ملاکی تبعیت نمی‌کنند؟

در پاسخ باید گفت که این موضوع، سابقه‌ای به درازای تاریخ اسلام دارد و محل اختلاف فرقه‌های مختلف اسلامی است. اشاعره، به عدم امکان تبعیت احکام شرعی از مصالح و مفاسد واقعی اعتقاد دارند در حالی که معتزله و مشهور امامیه، به لزوم تبعیت احکام شرعی از مصالح و مفاسد واقعی معتقدند. البته پر واضح است که مصلحت، در تصویب یا اجرای قوانین کیفری، از جمله حدود، بایستی تابع ضوابطی باشد؛ «ضوابطی از قبیل اینکه:

۱- ۳) هماهنگ با مقاصد شرع باشد: پس مصلحت باید ذاتاً عقلی بوده و ملایم و

۱- میرداداشی، سیدمهدی؛ بررسی فقهی حقوقی حکم حکومتی، رواق اندیشه، شماره‌ی ۴۴، ۱۳۸۸، ص ۶۱

۲- دهقان چاچکامی، حمید؛ جایگاه مصلحت در قانونگذاری کیفری، ص ۱۱۷.

مناسب با چشم‌انداز کلی اهداف و مقاصد شرع باشد و موافق با موازین و ارزش‌های اسلامی باشد. اما برخی بر این باورند که لازم نیست مصلحت حتماً موافق مقاصد شریعت باشد بلکه همین‌که مخالف مقاصد نباشد کافی است و اینکه سبب رفع حرج در زندگی گردد.

**۳-۲) باعث رعایت انسجام میان نظام کیفری با سایر بخش‌ها گردد:** این هماهنگی درون نظامی میان بخش‌ها باعث می‌شود تا حرکت مطلوب به سمت مقاصد شریعت امکان‌پذیرتر شود.

**۳-۳) مطلق، کلی و عمومی بودن مصلحت و نه نسبی، حزبی، جناحی یا شخصی بودن آن:** به دلیل ویژگی اصلی احکام حکومتی یعنی عمومی و اجتماعی بودن امور فردی، مادامی که با جامعه و عموم مردم ارتباط پیدا نکند از قلمروی احکام حکومتی خارج است لذا چون بحث ما در خصوص جایگاه مصلحت در قانون‌گذاری کیفری خصوصاً حدود است و این نیز مربوط به حوزه‌ی حکومت و اختیارات حاکم اسلامی است مصلحت نیز محدود به مصلحت عمومی است. /امام خمینی (ره) نیز در موارد متعددی روی مصلحت عمومی که در دیدگاه ایشان مصلحت اسلام، نظام، کشور و مردم است تأکید داشته‌اند.

**۳-۴) عقلانی بودن مصلحت:** به این معنا که اگر بر عقل سلیم عرضه شود عقل آن را قبول کند. لذا مصلحت‌سنجی بر اساس احساسات و عواطف زودگذر، مجوز شرعی نخواهد داشت. لذا در بحث ما در صدور احکام و تصویب قوانین کیفری بر اساس مصلحت، باید بر اساس درک صحیح عقل باشد.

**۳-۵) قطعی بودن مصلحت:** حجیت استصلاح، در موارد قطع و یقین است نه در موارد ظن، وهم، خیال و شک و بایستی از طریق عقل قطعی احراز شود نه عقل ظنی.

**۳-۶) ضروری بودن مصلحت:** در قانون‌گذاری کیفری، مصلحت باید ضروری و عامل رفع عسر و حرج در زندگی شود؛ حال، این ضرورت می‌تواند مربوط به جرم‌انگاری یا تشدید کیفر بوده یا جرم‌زدایی و یا تخفیف مجازات باشد.

**۳-۷) رعایت الزامات بین‌المللی و اقتضائات زمان:** از سویی به موجب ماده‌ی ۹ قانون مدنی ایران، «مقررات عهدی که بر طبق قانون اساسی، بین دولت ایران و سایر دول منعقد شده باشد در حکم قانون است» و از سویی دیگر، از جمله‌ی منابع

الزامات بین‌المللی که در امور کیفری، قواعدی را وضع کرده‌اند اعلامیه‌ی حقوق بشر و میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی است. لذا مقررات کیفری باید بر اساس نزاکت اخلاقی و بین‌المللی باشد و نباید موجب اختلال نظام و وهن چهره‌ی اسلام شود.<sup>۱</sup>

استصلاح، علاوه بر ضوابط، تابع اصولی است که همان اصول حاکم بر واکنش در برابر جرم می‌باشد؛ مانند: «تبعیت از اصل قانونی بودن مجازات» و یا «اصل سودمندی». لذا وقتی کیفر بعضی از حدود، قابل توصیف به حُسن و سُود نمی‌باشد و از طریق اجرای آن، نتیجه‌ای حاصل نمی‌شود نمی‌توان چنین مصلحتی را وارد حوزه‌ی حقوق کیفری خصوصاً حدود کرد و نمی‌توان تابع «اصل استحقاق» بود؛ به عبارت دیگر، اگر مجازات هیچ‌گونه فایده‌ای هم نداشته باشد باید اجرا شود. لذا اگر تابع معیار فایده‌مندی نباشد اگر فایده را دارای ارزش ذاتی بدانیم و آن را تابع همان حُسن و قبح موصوف در مصلحت بدانیم جرم‌زدایی در جایی که منفعت مادی و معنوی و اخروی نباشد و یا به اخلاق، معنویت و مقدسات دینی ضرری نرساند می‌توان از اجرای آن عدول کرد.

در نهایت و با جمیع این ضوابط و اصول به عنوان نمونه می‌توان گفت که حکومت می‌تواند به خاطر مصلحت اسلام و مسلمانان، اجرای حدود را متوقف سازد؛ برخی از مجازات‌های حدّی مانند رجم را به نوع دیگری تبدیل کند و یا اینکه به دستور حاکم اسلامی، به خاطر مصلحت ممکن است حکم رجم اجرا نشود (مانند آنچه که در همین راستا و در ماده‌ی ۲۲۵ قانون مجازات اسلامی مصوّب ۱۳۹۲ مقرر شده است)<sup>۲</sup> و یا نسبت به بعضی از مباحات، جرم‌انگاری کند (مانند تحریم تنباکو) و به دلیل رعایت بعضی ارزش‌ها و اصول مانند تعفّف و پاکدامنی و حفظ نسل و نسب و حرمت عمل، مجازات جرم حدّی با مجازات دیگری جایگزین گردد.

#### ۴) تقسیمات مصلحت

مصلحت از زوایای گوناگون و با رویکردهای مختلف قابل تقسیم‌بندی است و بر هر یک

۱- همان؛ ص ۱۲۴.

۲- حدّ زنا برای زانی محصن و زانیه‌ی محصنه، رجم است. در صورت عدم امکان اجرای رجم، با پیشنهاد دادگاه صادرکننده‌ی حکم قطعی و موافقت رئیس قوه‌ی قضائیه، چنانچه جرم، با بینه ثابت شده باشد، موجب اعدام زانی محصن و زانیه‌ی محصنه است و در غیر این صورت موجب صد ضربه شلاق برای هریک می‌باشد.

از انواع آن، آثاری مترتب است که به بیان خلاصه‌ی آن می‌پردازیم:

«۱-۴) **تقسیم به لحاظ مقاصد شارع:** که به پنج دسته‌ی اصلی شامل؛ مصلحت حفظ نفس، دین، عقل، نسب و مال تحت عنوان ضروریات خمس تقسیم می‌شود و حسب نظر فقهای امامیه، تمامی شرایع الهی و بلکه قوانین عرفی، بر حفظ این امور اتفاق نظر دارند؛ هرچند بعضی از مصالح و مقاصد شریعت هستند که برای حفظ آنها ضمانت اجرای کیفری پیش‌بینی شده است ولی در تقسیم‌بندی بالا لحاظ نشده‌اند؛ مانند: مصلحت حفظ نظام جامعه و امنیت عمومی؛ لذا تقسیم‌بندی فوق حصری نمی‌باشد.

«۲-۴) **تقسیم به لحاظ درجه‌ی اهمیت:** مصلحت، به اعتبار مراتب آن به سه دسته تقسیم می‌شود: ۱- مصالح ضروری ۲- مصالح حاجی (موردنیاز انسان) ۳- مصالح تکمیلی (نه ضرورت دارند و نه جزء نیازهای انسان‌اند بلکه جایگاه آنان بهبود و روان‌سازی زندگی انسان است).

«۳-۴) **تقسیم به لحاظ ثبات و تغییر:** بعضی از مصالح به اعتبار نیازهای انسان یا ثابت و دائمی‌اند یا موقت و تابع شرایط زمانی و مکانی»<sup>۱</sup>.

### ۵) جایگاه مصلحت در حدود

بی‌تردید، دلایلی که به اجرای حدود امر می‌کنند مانند آیات حدّ زنا و سرقت و ... گویای این مطلب می‌باشند که ترک حد یا بخشیدن آن پس از ثابت شدن موضوعش جایز نیست؛ به‌گونه‌ای که «هرگاه در موردی شک کنیم که آیا بخشیدن جایز است یا نه و دلیل خاصی هم نداشته باشیم ناگزیر به همین عموماًت مراجعه می‌کنیم که شماری از روایات به گونه‌های مختلف بر این مطلب تأکید یا حتی دلالت دارند؛ مانند: «معتبره‌ی سماعه» که در آن فرموده شده است: «... و ذلک قول الله عزّ و جلّ: و الحافظین لحدود الله، فاذا انتهی الحد الی الامام، فلیس لاحد ان یترکه». یا در موثقه‌ی محمدبن قیس آمده است: «ان الحد لایضیح». یا در روایت میثم آمده است: «من عطل حدا من حدود الله فقد عاند الله و طلب مضادته». همه‌ی این روایات دلالت می‌کنند بر اینکه اجرای حدود نباید تعطیل و پایمال گردد و هرکس آن را وانهد با خداوند به دشمنی برخاسته است که دارای

۱- دهقان چاچکامی، حمید؛ جایگاه مصلحت در قانونگذاری کیفری، صص ۱۹۸-۲۰۲.

بیانی تند و تأکیدی است. این در حالی است که با غور در سایر روایات وارده و منابع فقهی متوجه می‌شویم که اجازه‌ی تخفیف و بخشیدن حاکم داده شده و عموم ذکر شده تخصیص خورده است؛ مانند روایاتی که از ائمه نقل شده و در اثبات حق عفو برای امام در حدودی که حق الله است می‌توان به آنها استناد نمود. مثلاً: صحیح‌ه‌ی ضریس الکناسی «عن ابی جعفر (ع) قال: لا یعفا عن الحدود التي دون الامام، فاما ما كان من حق الناس فی حد فلا یاس بان یعفا عنه دون الامام». لذا فقط امام است که می‌تواند در حدودی که حق الله است حق عفو داشته باشد؛ هرچند دسته‌ای از روایات وجود دارند و میان آنها روایات معتبر نیز یافت می‌شود که دلالت دارند بر اینکه در حقوق خداوند، آنجا که با اقرار ثابت می‌شود، امام دارای حق بخشیدن است اما در جایی که با گواهی و بیّنه ثابت شود، حق اعمال عفو، جایز نیست.<sup>۱</sup>

از سوی دیگر روایاتی بر این امر دلالت دارند که در صورت توبه‌ی مرتکب، امام حق عفو و بخشیدن را دارد؛ هرچند بعضی از روایات دیگر، اختیار عفو را مقید به این می‌کنند که جرم با اقرار ثابت شده باشد و اگر با شهادت شهود ثابت شده باشد جایز نیست که امام او را ببخشد. مرحوم شیخ طوسی در نهاییه می‌فرماید: «و من زنی و تاب قبل قیام البینه علیه بذلک، درات التوبه عنه الحد، فان تاب بعد قیام الشهادة علیه وجب علیه الحد و لم تجز للامام العفو عنه. فان كان اقر علی نفسه عند الامام ثم اظهر التوبه، كان للامام الخيار فی العفو عنه او اقامة الحد علیه حسب ما یراه من المصلحة فی ذلك، و متى لم یتب لم یجز للامام العفو عنه علی حال. یعنی؛ هرکس که مرتکب زنا شود و پیش از بر پا شدن بینه، توبه نماید این توبه کیفر را از او بر می‌دارد ولی اگر پس از بر پا شدن شهادت بر او، توبه کند حد بر او واجب گشته و بر امام جایز نیست که او را ببخشد. اگر چنین کسی نزد امام، بر جرم خویش اقرار کند و سپس توبه کند امام در بخشیدن او یا جاری کردن حد، بر طبق مصلحتی که می‌بیند مختار است و تا هنگامی که توبه نکند بر امام جایز نیست به هیچ

۱- هاشمی شاهرودی، سید محمود؛ کاوشی درباره‌ی اختیار ولی امر در عفو کیفرها، مجله‌ی فقه اهل بیت، سال هفتم، ۱۳۷۵، ص ۱۶۵.

وجه او را ببخشد»<sup>۱</sup>.

در خصوص امکان بخشش حاکم، در صورت اثبات جرم از طریق علم قاضی، میان فقها اختلاف نظر وجود دارد. در صورت پذیرش علت منصوص در روایات و اینکه ممنوعیت امکان بخشش، تنها در صورت اثبات جرم از طریق بینه و شهادت شهود است، در غیر از این طریق (اثبات از طریق اقرار یا علم قاضی) می‌توان به جواز اعمال عفو در حقوق الله در صورت اثبات جرم از طریق علم قاضی نظر داد؛ همان‌طور که اکثر فقهای شیعی به این نظر گرایش دارند.

حال سؤال دیگری مطرح می‌شود که آیا می‌توان بخشی از حد را اجرا نمود و بخش دیگر را متوقف یا عفو کرد؟ در پاسخ باید گفت: «از ادله‌ی جواز بخشش اصل حد برای حاکم، می‌توان دریافت که توقف قسمتی از حد یا کاهش آن یا تبدیل به کیفری کمتر، به طریق اولی برای حاکم جایز است. پس اگر اجرای کیفر به دست حاکم داده شود هرگاه حاکم صلاح ببیند می‌تواند کیفرش را ببخشد یا بخشی را بخشیده یا کاهش دهد»<sup>۲</sup>. علاوه بر موارد فوق که عفو و بخشش را برای حاکم مجاز می‌داند که این اختیار نیز به نوعی در سایه‌ی عفو قابل تفسیر است، حاکم می‌تواند در صورت وجود مصلحت، از اجرای حد در یکی از این سه حالت امتناع کند:

نخست - حالت تزاحم: حالتی است که در آن «حاکم، تشخیص دهد اجرای حد، مفسده و ضرری را در پی دارد که هرگز شارع به آن راضی نخواهد بود. زیان‌هایی همچون روی گردانی مردم از اصل اسلام، رخ گشودن ناتوانی و سستی در حکومت و یا شعله‌ور شدن آتش جنگ میان دولت‌های اسلامی با دولتی دیگر در صورت اجرای حد بر یکی از تبعه‌ی آن دولت‌ها و مانند آن»<sup>۳</sup>. این مورد را می‌توان در قالب قاعده‌ی «حرمت تنفیر از دین» یا همان وهن دین اسلام نیز توضیح داد با این مقدمه که مطابق آنچه به کرات ذکر شد احکام مبتنی بر مصالح و مفاسد هستند؛ لذا «در صورتی که ارتکاب اعمال مباح، مستحب یا واجب یا اجرای مجازاتی مانند مجازات‌های حدی، آنگاه که مایه‌ی دین‌گریزی

۱- طوسی، ابی‌جعفر محمد بن الحسن؛ *النهایه*، ج ۵، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۶ ق، ص ۲۱۷.

۲- همان؛ ص ۱۷۲.

۳- دهقان چاچکامی، حمید؛ *جایگاه مصلحت در قانونگذاری کیفری*، ص ۲۹۰.



مردم شود به لحاظ انضمام یک عنوان ثانوی به عمل، تبدیل به حرام می‌شود و به دلیل اقوی بودن ملاک این قاعده، مانند قاعده‌ی «نهی حرج»، بر ادله‌ی احکام اولیه، حاکم است.

در راستای تأیید این نظر می‌توان به قواعد دیگر مانند «تقیه» تمسک جست؛ با این توضیح که از بعضی روایات باب تقیه استفاده می‌شود که بعضی از انواع تقیه دقیقاً برای حفظ حرمت و عظمت دین و جلوگیری از ضعف و سستی آن و سوء تفاهم درباره‌ی دین و پیشگیری از دین‌گریزی است.<sup>۱</sup> لذا در اجرای احکام شرعی نمی‌توان صرفاً بر منطق وظیفه‌گرایی، اعتماد و عمل کرد بلکه هم فقیه و هم مکلف باید به بازتاب و پیامدهای عمل خود توجه نمایند.

یکی از فقهای معاصر شیعه با استناد به حدیثی از امام جعفر صادق (ع) و با ادعای صحت سند آن می‌گوید: «اگر از اجرای احکام اسلام، انتزاع بد شود و سُمعه‌ی مُشَوَّهی در خارج تلقی شود اسلام در نظر دیگران مشوه و بد جلوه کند دیه‌ی یک ذمی با دیه‌ی یک مسلمان مساوی است».<sup>۲</sup>

از مطالب فوق می‌توان نتیجه گرفت «همان‌طور که امام جعفر صادق (ع) به عنوان بنیان‌گذار فقه جعفری، با فرض «مصلحت»، تغییر حکم ثابتی را اجازه فرموده‌اند پس فقیه نیز می‌تواند برای حفظ مصلحت اسلام و بقای نظام و حکومت اسلامی تغییراتی را در احکام اسلامی بپذیرد».<sup>۳</sup>

دوم - «اجرای حدّ شرعی باعث از بین رفتن هدف و غرض آن گردد. حدود خداوندی، بازدارنده هستند و مقصود از آنها اصلاح بزه‌کار و بازداشتن او و دیگران از چنین کارهایی است تا به سرانجام گناه ببیند؛ حال اگر اجرای حد، سبب فساد بزه‌کار و دوری بیش از پیش او از دین شده و او بدین سبب از اسلام برگشته و به دشمنان و مخالفان بپیوندد، در

۱- منتظر قائم، مهدی؛ جزوه‌ی قواعد فقه (۲)، تهران، دانشکده‌ی علوم قضایی و خدمات اداری، سال تحصیلی ۱۳۸۹-۱۳۹۰، ص ۴۸.

۲- معرفت، محمدهادی؛ پرسش و پاسخ در زمینه‌ی علوم اسلامی، تهران، پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه‌ی اسلامی، شماره‌ی ۷۹، ۱۳۷۵، ص ۱۱۲.

۳- دارینی، علی؛ مصلحت و جایگاه فقهی آن، ص ۲۵۸.

این موارد گفته می‌شود که حاکم می‌تواند از اجرای حد جلوگیری کند یا آن را به تأخیر بیندازد. روایت‌هایی مانند: معتبره‌های غیاث و ابی مریم بر این تأکید دارند.<sup>۱</sup>

سوّم - در مواردی که اجرای حدود، ناممکن یا دشوار باشد؛ هرچند این دشواری از آن روی باشد که مردم نیازمند اجرای آرام و گام به گام احکام اسلامی در میان جامعه باشند و نتوان همه‌ی احکام را به یکباره بر آنان اجرا کرد. برای مثال: اگر دولت اسلامی در میان مردمی تشکیل شود که سال‌های درازی را زیر سلطه‌ی رژیم‌های اسلام‌ستیز سپری کرده‌اند و روح اسلام از آن جامعه رخت بر بسته است مانند جمهوری‌های آسیای مرکزی، در چنین جاهایی نمی‌توان هر بامداد و شامگاه، حدود اسلامی را بر هر شراب‌خوار و زناکاری جاری کرد. خلاصه آنکه حاکم اسلامی مسؤول بر پاداشتن حکم خدا در جامعه است به گونه‌ای که پایداری، استواری و دوام آن را نیز تضمین کند. پس ناچار باید سیاست‌های مناسبی را در اجرا فراهم کند و این مهم، گاهی نیازمند آرامش و مرحله‌ای - کردن اجرای احکام و حدود شرعی است.

پس «ممکن است یک ماده‌ی قانونی بر پایه‌ی یک اصل مسلم فقهی پایه‌گذاری و نوشته شده باشد ولی به علت تحولات اجتماعی، قابلیت اجرا نداشته باشد؛ بدیهی است که وجود آن در قوانین کشورهای اسلامی هیچ فایده‌ی عملی و اجرایی ندارد و حتی جمود و ارتجاعی بودن قوانین اسلامی را نیز می‌رساند. از طرفی هم بهانه‌ای به دست مغرضان می‌دهد تا به انتقاد و توهین نسبت به احکام اسلامی بپردازند».<sup>۲</sup> «این قاعده با اصل تدریج نزول و اجرای احکام شریعت نیز ارتباط روشنی دارد. تدریج، تنها به تبلیغ و بیان احکام محدود نمی‌شود بلکه در اجرای احکام شریعت هم می‌توان از اجرای زمان‌بندی شده‌ی احکام سخن گفت و بحث اولویت‌های اجرایی را مطرح کرد؛ مانند: حرمت انگاری و حد انگاری شرب خمر. همان‌طور که امام صادق (ع) می‌فرمایند: «خدا هیچ پیامبری را مبعوث ننمود جز اینکه می‌دانست وقتی که دین وی را تکمیل کند حرمت شراب نوشیدن هم جزء مقررات آن دین خواهد بود. خمر همواره حرام بوده و هست اما دین به تدریج خصلت‌های مردم را تغییر می‌دهد. اگر این کار یک‌باره صورت گیرد مردم از دین کناره

۱- هاشمی شاهرودی، سید محمود؛ کاوشی درباره‌ی اختیار ولی امر در عفو کیفرها، ص ۱۷۶.

۲- دارینی، علی؛ مصلحت و جایگاه فقهی آن، ص ۲۵۷.

خواهند گرفت. خداوند آنگاه که اراده می‌کند حکمی را واجب نماید به تدریج آن را وضع می‌نماید تا مردم برای پذیرفتن آن آماده شوند و با امر و نهی الهی انس بگیرند.<sup>۱</sup> این شیوه‌ی خداوند بر پایه‌ی تدبیر و صلاح‌دید مردم است و باعث می‌شود مردم به فرمان خدا عمل کنند و کمتر از آن بیزار شوند و پس از پیدایش زمینه‌های فکری و اجتماعی لازم برای تغییر، احکام جدید را وضع نماید.

در راستای اجرای چنین اصل و قاعده‌ای می‌توان بیان داشت که چنانچه اجرای مجازات‌های اسلامی مانند حدود، مانع‌گرایش مردم به اسلام شود یا احتمال پناهندگی مرتکب جرم حدی به دشمن برود یا در فرضی که شکل و شیوه‌ی اجرای مجازات‌های اسلامی مانند رجم، مستلزم وهن دین و مسلمانان باشد حاکم مسلمین می‌تواند بلکه موظف است جهت پرهیز از تنفر افکار عمومی از اسلام و احکام آن و در نتیجه تضعیف اساس دین، اقامه‌ی آن حد را تا زمان توجیه افکار عمومی نسبت به مقررات و حدود اسلامی و علت وضع آنها، تعطیل نماید یا شکل و شیوه‌ی آن را تغییر دهد.<sup>۲</sup>

البته به ورود و اعمال قاعده‌ی مصلحت در حقوق کیفری، انتقاداتی نیز وارد است که به شرح ذیل به بیان آن می‌پردازیم:

با توجه به نقش تعیین‌کننده‌ی عنصر زمان و مکان در اجتهاد، خصوصاً در روش فقه جواهری «اگر احکام را تابع مصالح و مقتضیات و شرایط زمان و مکان و تحولات اجتماعی بدانیم به دلیل تغییر پیوسته‌ی مقتضیات زمان و مکان، باید قائل به این باشیم که احکام و قوانین مبتنی بر مصلحت نیز از زمانی به زمان دیگر و از مکانی به مکان دیگر در معرض تغییر و دگرگونی خواهند بود و از این رو مصلحت‌گرایی، موجب نسبی شدن مفاهیم ارزشی و انکار مفاهیم ارزشی مطلق خواهد شد».<sup>۳</sup> در پاسخ به این انتقادات می‌توان بیان داشت:

اولاً: «نمی‌توان به بهانه‌ی تحولات اجرایی و مسایل موردنیاز عصر، از کنار اصول و مبانی شریعت به راحتی گذشت بلکه حذف مقررات غیرقابل اجرا و جایگزینی آن با

۱- عاملی، شیخ حر محمدبن حسن؛ وسائل‌الشیعه، ج ۵، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۳۹۱ق، ص ۲۳۷.

۲- منتظر قائم، مهدی؛ جزوه‌ی قواعد فقه (۲)، ص ۵۰.

۳- جعفری لنگرودی، محمدجعفر؛ مکتب‌های حقوقی و حقوق اسلام، تهران، گنج دانش، ۱۳۷۰، ص ۲۰۸.

قوانینی است که با حفظ مبانی شریعت پاسخ‌گوی نیاز روز جوامع بشری خواهد بود.<sup>۱</sup> ثانیاً: علی‌رغم اینکه مصلحت، نقش کاتالیزور انطباق حقوق اسلامی با تغییرات اجتماعی را دارد و چونان تیغی دولبه، له و علیه شریعت است ولی کمتر کسی قایل به تغییر همه‌ی احکام اسلامی با کاربرد مصلحت است بلکه همان‌طور که روشن است مطلق و لایتغیر و جهانی و ابدی بودن برخی احکام اسلامی، مورد اجماع فقهاست و برخی دیگر از احکام شریعت به مقتضای زمان و مکان دست‌خوش تغییر و تحول قرار می‌گیرند. این مسایل نوظهور نیاز به احکام نوین دارند. پس این انتقاد، وارد به نظر نمی‌رسد.

همچنین انتقاد دیگری که به قاعده‌ی «استصلاح» وارد است این است که «مصلحت‌گرایی باعث دنیایی و عرفی‌شدن شریعت می‌گردد و همین امر سبب فرو کاستن از جنبه‌ی الهی و قدسی احکام شرعی می‌شود و انتقاد دیگر اینکه ممکن است توسل مکرر به این قاعده باعث استفاده‌ی ابزاری از دین و مصلحت باشد و نباید حکومت اسلامی با برخورد سلیقه‌ای با مسایل و احیاناً پیروی از امیال نفسانی، تحت عنوان مصالح عمومی به تصویب یا اجرای قوانین بپردازد که در این صورت علاوه بر خطر تضییع حقوق شهروندان، موجب لگنه‌دار کردن چهره‌ی دین و احکام شرعی می‌گردد».<sup>۲</sup>

در مقام پاسخ به این انتقادات نیز باید بیان داشت:

اول اینکه: «وقتی که پای مصلحت، عقلانیت و عرف به میان می‌آید نباید با بحث عرفی‌کردن و سکولاریزم و خصوصی‌کردن دین و نفی مبانی نظری حکومت اسلامی، میان «دیانیت و عقلانیت» و میان «شریعت و مصلحت» تضاد افکنی کرد و دنیوی‌شدن دین را، در تن به اصلاح دادن و خروج از حریم قدسی به عرصه‌ی عرفی دانست؛ درحالی‌که مصلحت، برون دینی یا ضد دینی نمی‌باشد که حق و توی عاقلانه‌ی احکام دین را دارد بلکه معیار مصلحت دینی، ناشی از انسان‌شناسی دینی است. وقتی صحبت از مصلحت به میان می‌آید انسان در تعریف اسلام، مصالح و مفاسدی دارد که لزوماً و

۱- برزنونی، محمدعلی؛ نقدی بر مقاله‌ی «مصلحت و جایگاه فقهی آن» مصلحت؛ کدام نگاه؟ از کدام منظر؟، راهبرد، شماره‌ی ۱۹، بهار ۱۳۸۰، صص ۲۷۵ و ۲۷۶.

۲- دهقان چاچکامی، حمید؛ جایگاه مصلحت در قانونگذاری کیفری، ص ۱۷۶.

همواره با سود و زیان انسان سکولار یکسان نیست».<sup>۱</sup>

دوم اینکه: تصمیمات مصلحتی ولی فقیه به حوزه‌ی اجرا اختصاص دارد و نه حوزه‌ی تشریح؛ در نتیجه اساساً و در معنای حکم حکومتی ولی فقیه که مبتنی بر مصلحت است تشریحی صورت نمی‌پذیرد تا از آن به عنوان تغییر نگرش شرعی به عرفی یاد شود.<sup>۲</sup>

سوم اینکه: این مصلحت‌سنجی‌ها موقتی است و با از بین رفتن موجبات آن، احکام مبتنی بر مصلحت نیز منتفی خواهند شد.

چهارم اینکه: باید توجه داشت که همه‌ی این مشکلات و قربانی شدن حقیقت در برابر مصلحت و بیم سکولاریزه شدن فقه و افتادن آن در ورطه‌ی اباحه‌گری، زمانی است که تشخیص مصلحت و اعمال آن، بدون ضابطه و به صورت سلیقه‌ای باشد؛ حال همان‌طور که بیان شد مصلحت‌گرایی، بدون ضابطه نبوده بلکه تابع ضوابطی است و نباید با افراط در مصلحت‌اندیشی، ثبات شریعت را خدشه‌دار نماییم.

۱- رحیم‌پور ازغدی، حسن؛ عرف و مصلحت در ترازوی حکومت اسلامی، مجله‌ی کتاب نقد، سال اول، شماره‌ی ۱، ۱۳۷۵، ص ۱۰۸.

۲- خوئینی، غفور؛ رضایی‌نژاد، همایون؛ مصلحت و مسائل نوظهور حقوق، ص ۱۷.

## نتیجه

مصلحت، گستره‌ی وسیعی در عرصه‌های مختلف حقوق اسلامی و فقه جزایی دارد و از عرصه‌ی قانون‌گذاری گرفته تا مرحله‌ی تفسیر و نیز تطبیق آن بر مصادیق و همچنین در مرحله‌ی اجرا کاربرد دارد؛ از این رو مصلحت، در قانون‌گذاری کیفری، محدود به عنوان ثانوی یا قلمروی اختیارات حکومت نیست بلکه شامل احکام اولیه‌ی شرعی نیز می‌شود. در قلمروی حقوق کیفری، عمل به مصلحت، دارای مبانی است که در آن، وضع و یا اجرای هر نوع مجازات که باعث وهن و دور شدن مردم از اسلام گردد برخلاف مصلحت بوده و باید از چرخه‌ی عدالت کیفری کنار گذاشته شود و مجازات‌های دیگری جایگزین آن گردد. پذیرش این نظر، با احکام عقلی نیز قابل تطبیق است؛ چراکه یکی از رسالت‌های وضع قوانین کیفری، حمایت از نظم و امنیت جامعه است. حال اگر قانون‌گذار مقرره‌ای وضع کند مبنی بر تحریم یا اجرای حدود، که جرم‌انگاری یا اجرای آن، زمینه‌ساز بی‌نظمی یا هرج و مرج و به خطر افتادن امنیت شهروندان گردد مسلماً برخلاف مصلحت و موجب مفسده خواهد بود. حاکم اسلامی در مقام جرم‌زدایی و کیفرزدایی، نسبت به مجازات مرتکب جرم حدّی، زمانی که با مصلحت حداکثری عموم مسلمین مغایرت داشته باشد در صورت تشخیص مصلحت می‌تواند مجازات او را مورد عفو یا تخفیف قرار دهد یا اجرای حد را تخفیف دهد یعنی آن را تبدیل به تعزیر کند یا اینکه حد را اصلاً اجرا نکند. مصلحت‌سنجی در اجرای حدودی که اجرای آن مغایر با فایده‌مندی یا معیار عدالت باشد به گونه‌ای که اجرای حدود، فایده و منافع دنیوی یا اخروی را پوشش ندهد یا مغایر با عدالت ماهوی باشد ایجاب می‌کند از جرم‌انگاری و اجرای حدود صرف‌نظر شود.

همین‌طور با توجه به اینکه اجرای برخی از مقررات کیفری می‌تواند برای جامعه مشکل‌ساز باشد و از نظر الزامات بین‌المللی نیز عامل فشار بر نظام و یا موجب وهن اسلام و نفرت از آن و تضعیف پایه‌های دین گردد لذا چنین مقرراتی باید حذف و یا اصلاح گردد؛ مانند: سن ۹ سال قمری که برای اهلیت کیفری دختران در مورد حدود در نظر گرفته شده است؛ یا جرم‌انگاری نسبت به گناهان شرعی. همچنین برخی مجازات‌های حدّی مانند: رجم در زنا، محصنه، قطع دست به اتهام سرقت، صلب و قطع دست و پا به خلاف در مورد محاربه.

## فهرست منابع

- ۱- ابن منظور؛ *لسان العرب*، ج ۲، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۱۰ ق.
- ۲- برزنونی، محمدعلی؛ *نقدی بر مقاله‌ی «مصلحت و جایگاه فقهی آن» مصلحت؛ کدام نگاه؟ از کدام منظر؟*، راهبرد، شماره ۱۹، بهار ۱۳۸۰.
- ۳- جعفری لنگرودی، محمدجعفر؛ *مکتب‌های حقوقی و حقوق اسلام*، تهران، گنج دانش، ۱۳۷۰.
- ۴- جوهری، اسماعیل؛ *صاحح اللغة*، بیروت، دارالمعرفة، ۱۴۲۸ ق.
- ۵- حلی، ابوالقاسم جعفرین محمد؛ *معارج الاصول*، ج ۱، قم، مؤسسه‌ی آل البيت للطباعة و النشر، ۱۴۰۳ ق.
- ۶- خوئینی، غفور؛ *رضایی‌نژاد، همایون؛ مصلحت و مسایل نوظهور حقوق*، پژوهشنامه‌ی حقوق اسلامی، شماره ۳۳، بهار و تابستان ۱۳۹۰.
- ۷- دارینی، علی؛ *مصلحت و جایگاه فقهی آن*، مجله‌ی راهبرد، شماره ۱۹، بهار ۱۳۸۰.
- ۸- دهخدا، علی‌اکبر؛ *لغتنامه*، ج ۱۲، مؤسسه‌ی چاپ و انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۲.
- ۹- دهقان چاچکامی، حمید؛ *جایگاه مصلحت در قانون‌گذاری کیفری*، چاپ اول، قم، بوستان کتاب، ۱۳۹۰.
- ۱۰- رحیم‌پور ازغدی، حسن؛ *عرف و مصلحت در ترازوی حکومت اسلامی*، مجله‌ی کتاب نقد، سال اول، شماره ۱، ۱۳۷۵.
- ۱۱- رکنی حسینی، سیدعلی؛ *نقش مصلحت و مقتضیات زمان و مکان در فقه حکومتی*، فصلنامه‌ی پژوهش‌های فقهی - حقوقی، شماره ۱ اول، زمستان ۱۳۹۰.
- ۱۲- سبحانی، جعفر، *تهذیب الاصول (تقریرات درس امام خمینی)*، ج ۲، قم، مؤسسه‌ی مطبوعاتی اسماعیلیان، ۱۳۸۳.
- ۱۳- صرامی، سیف‌الله؛ *احکام حکومتی*، مجله‌ی راهبرد، شماره ۲، پاییز ۱۳۷۳.
- ۱۴- طوسی، ابی‌جعفر محمدبن‌الحسن؛ *النهاية*، ج ۵، قم، مؤسسه‌ی النشر الاسلامی، ۱۴۱۶ ق.
- ۱۵- عاملی، شیخ حر محمدبن حسن؛ *وسائل الشیعه*، ج ۵، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۳۹۱ ق.
- ۱۶- غزالی، محمد؛ *المستصفی*، بیروت، دار الکتب الاسلامیة، ۱۴۱۵ ق.

- ۱۷- قاضی زاده، کاظم؛ امام خمینی (ره) و فقاهت مبتنی بر عنصر زمان و مکان، مجله‌ی نقد و نظر، سال دوم، شماره‌ی پنجم، ۱۳۷۰.
- ۱۸- قدیر، محسن؛ ساریخانی، عادل؛ احکام حکومتی و مصلحت در فقه شیعه، فصلنامه‌ی علمی - پژوهشی شیعه‌شناسی، سال نهم، شماره‌ی ۳۵، پاییز ۱۳۹۰.
- ۱۹- کاتوزیان، ناصر؛ فلسفه‌ی حقوق، ج ۱، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۵.
- ۲۰- مرعشی، سیدمحمدحسن؛ مصلحت و پایه‌های فقهی آن، مجله‌ی حقوقی دادگستری، شماره‌ی ۶، زمستان ۱۳۷۱.
- ۲۱- مکارم شیرازی، ناصر؛ استفتائات فقهی، مجله‌ی رهنمون، تهران، مدرسه‌ی عالی شهید مطهری، (دوره‌ی اول) شماره‌ی ۵، بهار ۱۳۷۲.
- ۲۲- معرفت، محمدهادی؛ پرسش و پاسخ در زمینه‌ی علوم اسلامی، تهران، پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه‌ی اسلامی، شماره‌ی ۷۹، ۱۳۷۵.
- ۲۳- معلوف، لوییس؛ المنجد فی اللغة، تهران، نشر استقلال، ۱۳۸۱.
- ۲۴- معین، محمد؛ فرهنگ فارسی، تهران، مؤسسه‌ی انتشارات امیرکبیر، ۱۳۸۸.
- ۲۵- مفید، محمدبن محمدبن نعمان؛ المقنعه، قم، مؤسسه‌ی نشر اسلامی، ۱۴۱۰.ق.
- ۲۶- مقیمی، غلامحسین؛ ولایت تدبیری در فقه سیاسی شیعه، فصلنامه‌ی شیعه‌شناسی، سال سوم، شماره‌ی ۹، بهار ۱۳۸۴.
- ۲۷- مقیمی، غلامحسین؛ ولایت سیاسی در فقه شیعه، مجله‌ی علوم سیاسی، سال چهارم، شماره‌ی سیزدهم، بهار ۱۳۸۰.
- ۲۸- منتظر قائم، مهدی؛ جزوه‌ی قواعد فقه (۲)، تهران، دانشکده‌ی علوم قضایی و خدمات اداری، سال تحصیلی ۱۳۸۹-۱۳۹۰.
- ۲۹- موسوی خمینی، امام روح‌الله؛ صحیفه‌ی نور، ج ۲۱، تهران، شرکت سهامی چاپخانه‌ی وزارت ارشاد اسلامی، ۱۳۶۱.
- ۳۰- میرداداشی، سیدمهدی؛ بررسی فقهی حقوقی حکم حکومتی، رواق اندیشه، شماره‌ی ۴۴، ۱۳۸۸.
- ۳۱- نجفی، محمدحسن؛ جواهرالکلام، ج ۲۲، تهران، دارالکتب الاسلامیه، ۱۴۰۴.ق.
- ۳۲- هاشمی شاهرودی، سیدمحمد؛ کاوشی درباره‌ی اختیار ولی امر در عفو کیفرها، مجله‌ی فقه اهل بیت، سال هفتم، ۱۳۷۵.



## The place Rule of expedient” in Iranian criminal law

Hamide Pirhayati\*

*Received:21/2/2015      Accepted:11/3/2015*

### **Abstract:**

Criminal judgements quite like other Sharia-based judgements are subject to interests and corruptions. Without any doubt the most rudimentary benchmark in government-oriented criminal judgements is «the Rule of Expediency» that in itself is affected by different factors. The rule of expediency like other rules(the rule of negation of hardship) in the state of obtrusion dominates the reasons of preliminary orders. In this brief study we are going to explain the jurisdiction of this rule in criminal judgements, and direct the issue of applied role and impact of the expediency in the alteration of criminal laws which are of religious nature (from legislative view point), and also address the stay or alteration of the enforcement method of some criminal judgements, particularly Hudud.

**Keywords:** expedient, impact of time and place, custom, Government decree, Hudud.

---

\* Judge and Ph.D student of criminal law and criminology at judicial sciences and administrative services University.  
pirhayati2012@gmail.com