



جرمانگاری از منظر فقہے
با تأکید بر مسائل فضای مجازی

سرشناسه : حسنی، ابوالحسن، ۱۳۴۸-
عنوان و نام پدیدآور : جرم‌انگاری از منظر فقهی با تأکید بر مسائل فضای مجازی/تهیه کننده ابوالحسن حسنی :
ناظر علمی محمداسماعیل حسنی: تهیه شده در دفتر مطالعات اسلامی و ارتباطات حوزوی مرکز ملی فضای مجازی.
مشخصات نشر : تهران: پژوهشگاه فضای مجازی، انتشارات، ۱۴۰۱.
مشخصات ظاهری : ۶۲ ص:، ۵/۲۱×۵/۱۴ م.س.
شابک : ۹۷۸-۶۲۲-۵۹۱۶-۰۹-۸
وضعیت فهرست نویسی : فیبا
یادداشت : کتابنامه.
موضوع : فضای مجازی (فقه)
(Cyberspace (Islamic law
جرم‌شناسی -- جنبه‌های مذهبی -- اسلام
Criminology -- Religious aspects -- Islam
شناسه افزوده : پژوهشگاه فضای مجازی، انتشارات
شناسه افزوده : دفتر مطالعات اسلامی و ارتباطات حوزوی
رده بندی کنگره : BP۱۹۸/۶
رده بندی دیویی : ۲۹۷/۳۷۹
شماره کتابشناسی ملی : ۸۹۴۹۵۶۸
اطلاعات رکورد کتابشناسی : فیبا

عنوان: جرم‌انگاری از منظر فقهی با تأکید بر مسائل فضای مجازی

پدیدآورنده: ابوالحسن حسنی

ناظر علمی: محمداسماعیل حسنی

طراح جلد: سید مصطفی شفیعی

صفحه آرا: مجید انجیرانی

انتشارات: پژوهشگاه فضای مجازی

نوبت چاپ: اول

سال و شماره: ۱۴۰۱/۰۲۳

شمارگان:

شابک: ۹۷۸-۶۲۲-۵۹۱۶-۰۹-۸

قیمت:

حقوق مادی و معنوی این اثر متعلق به مرکز ملی فضای مجازی است و استفاده از مطالب آن صرفاً با ذکر مأخذ بلامانع است.

محتوای انتشار یافته در این اثر، الزاماً بیانگر دیدگاه مرکز ملی فضای مجازی نمی باشد.

فهرست

| | |
|----|---|
| ۶ | سخن نخست |
| ۸ | چکیده |
| ۹ | مقدمه |
| ۱۱ | مفاهیم کلیدی |
| ۲۰ | سیاست معصیت زدایی از منظر فقهی |
| ۲۳ | قواعد جرم‌انگاری |
| ۳۰ | قاعده «نقض شدن حق اقتضای مجازات دارد» |
| ۵۰ | قاعده «نقض شدن مصالح عالیله اقتضای مجازات دارد» |
| ۵۴ | موانع و ساینق‌های جرم‌انگاری |

سخن نخست

فضای مجازی زیست‌بومی است که همزمان با توسعه فزاینده خود، اندیشه حاکم و فرهنگ ممزوج با آن را نیز منتشر می‌کند. جریان تولید اندیشه و پویایی‌های تمدنی حاصل از فضای مجازی، بر کاربر غلبه پیدا می‌کند و می‌تواند هویت او را متحول، متکامل یا متزلزل کند.

لکن از منظری دیگر، فضای مجازی موانع فضای واقعی را در ابلاغ جهانی پیام وحی کاهش داده و بدلیل تنوع نمادهای آن، در اشکال مختلف تصویری، پویانمایی، آواتارها و موارد مشابه از قاصریت بیان کلامی و نوشتاری کاسته و فرصت کم نظیری در تبلیغ دین و پردازش کلام وحی در تکامل ادراکی انسان‌ها فراهم کرده است.

بدیهی است در مواجهه فعالانه و فرصت‌محور با چنین پدیده‌ای، آنچه که اولویت پیدا می‌کند، اندیشه حاکم بر آن است. اندیشه‌ای که علاوه بر وحیانی بودن، سعادت دنیا و آخرت انسان را مد نظر داشته و جزء جزء حرکت انسان را در راستای غایتی بزرگ و روحانی برنامه‌ریزی نماید. اندیشه‌ای که به فضای مجازی تعالی بخشیده و ایده‌های ناب برای تولید فضای مجازی پیشرفته، سالم و مفید داشته باشد. این اندیشه که جز در اسلام و آموزه‌های اهل بیت علیهم‌السلام قابل جستجو نیست، دقیقاً نقطه قوت و دست برتر حکومت اسلامی در ارائه فضای مجازی مطلوب به مسلمانان و مستضعفان جهان است.

مرکز ملی فضای مجازی با عنایت به اهمیت این مسئله، «دفتر مطالعات اسلامی و ارتباطات حوزوی» را که وابسته به پژوهشگاه فضای مجازی می‌باشد، در شهر مقدس قم راه‌اندازی کرده و در تلاش است تا از این طریق بتواند اندیشمندان و عالمان دینی را در فرآیند تصمیم‌گیری‌های کلان در حوزه فضای مجازی دخالت داده و زمینه را برای ورود نظامند حوزه به عرصه‌های سیاستگذاری نظام فراهم آورد.

یکی از اقدامات دفتر مطالعات اسلامی از بدو شکل‌گیری تاکنون، تدوین گزارش‌های علمی در زمینه مطالعات اسلامی فضای مجازی است. این گزارش‌ها تلاش می‌کنند تا از یکسو، بستری برای آشنایی هرچه بیشتر فضلاء و اندیشمندان حوزوی با پدیده‌ها و اقتضانات عصر فضای مجازی و تاثیرات آن بر ساحت‌های مختلف حیات انسانی فراهم نموده و از سوی دیگر مسئولین و سیاستگذاران فضای مجازی کشور را با ابعاد دینی پدیده‌های دنیای مجازی آشنا ساخته و آن‌ها را در مسیر سیاستگذاری مبتنی بر فقه و شریعت یاری رسانند.

سید ابوالحسن فیروزآبادی

دبیر شورای عالی و رئیس مرکز ملی فضای مجازی

چکیده

هیچ جامعه‌ای نمی‌تواند بدون حفظ ارزش‌ها دوام یابد و یکی از مهم‌ترین ابزارهای حفظ ارزش‌ها، اعمال مجازات برای کسانی است که این ارزش‌ها را نقض می‌کنند. اما هر تخلفی را نمی‌توان جرم انگاشت و آن را مجازات کرد. مسئله این پژوهش آن است که از منظر فقهی، چه معیاری برای جرم‌انگاری رفتارها وجود دارد؟ در این پژوهش، این مسئله در چارچوب فقه نظام انجام گردیده و سه مسئله دارای اقتضای مجازات تلقی شده‌اند: نقض شدن شریعت، نقض شدن حق، و نقض شدن مصالح عالی شرعی. در برابر این مقتضی، موانعی نیز وجود دارد و قواعدی نیز از جمله سابق‌های جرم‌انگاری شمرده می‌شوند که در متن مقاله بررسی شده‌اند. واژگان کلیدی: جرم، جرم‌انگاری، مجازات، فقه، فضای مجازی

جامعه انسانی برپایه ارزش‌های انسانی و اجتماعی شکل گرفته است و هر جامعه، این ارزش‌ها را در ساختاری علمی تبیین می‌کند. اندیشمندان مسلمان، ارزش‌های انسانی و اجتماعی تعریف شده در اسلام را در قالب دانش فقه تبیین کرده‌اند. از سوی دیگر، هر جامعه با مشکل تخلف از این ارزش‌ها روبه‌روست. در برابر تخلف از ارزش‌ها، ضمانت اجراهای متنوعی وجود دارد که یکی از مهم‌ترین آن‌ها، «جرم‌انگاری» است که البته به عنوان آخرین حربه نیز شناخته می‌شود.

از نظر حقوقی، طبق اصل سی‌وششم قانون اساسی «حکم به مجازات و اجرای آن باید تنها از طریق دادگاه صالح و به موجب قانون باشد» و بدون معیارهای دقیق برای جرم‌انگاری، نمی‌توان قوانین درستی در حوزه کیفری داشت. براساس اصل چهارم قانون اساسی «کلیه قوانین و مقررات مدنی، جزایی، مالی، اقتصادی، اداری، فرهنگی، نظامی، سیاسی و غیر این‌ها باید براساس موازین اسلامی باشد. این اصل بر اطلاق یا عموم همه اصول قانون اساسی و قوانین و مقررات دیگر حاکم است». از سوی دیگر، می‌توان درک کرد که مجازات‌های منصوص در ادله شرعی برای جامعه امروزی کفایت نمی‌کند. بنابراین، جامعه اسلامی نیازمند معیارهای عامی برای جرم‌انگاری براساس شریعت است که ناظر به پدیده‌های جدید امروزی نیز باشد. از نظر اجتماعی، با چنین معیاری می‌توان مشروعیت اجتماعی جرم‌انگاری را برای آحاد جامعه توجیه کرد. به هر حال، مجازات یکی از ابزارهای مهم حفظ نظام اجتماعی. سیاسی. فرهنگی است و نمی‌توان درباره آن به صورت روزمره تصمیم گرفت. با توجه به این نکات، بررسی قواعد فقهی جرم‌انگاری اهمیت پیدا می‌کند. فضای مجازی موجب پیدایش فضایی از جرایم شده است که بسیار متفاوت از فضای واقعی است. با صرف تکیه بر نصوص نمی‌توان مشکلات حقوقی جرم را در فضای مجازی حل کرد و پیدایش این فضا، ما را به یافتن معیارهای جرم‌انگاری بیشتر سوق می‌دهد. شاید در ابتدای پیدایش رایانه‌ها، کمتر کسی می‌توانست

پیش‌بینی کند که این ابزار تا چه حد می‌تواند در زندگی روزمره مردم مؤثر باشد؛ آن هم تا این اندازه عمیق که مفاهیم عادی و مستعمل روزمره نیز تحت تأثیر آن، تحول اساسی پیدا کنند. امروزه سخنان دو جوان که درباره چیزی در فضای مجازی با هم صحبت می‌کنند، حتی امری ساده مانند بازی، برای مُسن‌ترها غیر قابل درک است؛ تاحدی که گویا آن دو جوان از فضایی دیگر و در فضایی دیگر سخن می‌گویند. به هر حال، حتی عبارتی ساده مانند «نصب بازی» برای گذشتگان معنا ندارد و در زبان آن‌ها، اضافه «بازی» به «نصب» پذیرفتنی نیست.

مفهوم «جرم» نیز با پیدایش فضای مجازی دچار تحولی اساسی شده است. بسیاری از جرایم که پیش‌تر در میان طبقات پایین جامعه دیده می‌شد، امروزه در طبقات به اصطلاح «باکلاس» جامعه دیده می‌شود. مجرمان فضای مجازی اغلب از هوش بالایی برخوردارند؛ در حالی که ویژگی مجرمان پیشین، اندام قوی بود. قربانیان این جرایم اغلب بی‌آنکه بدانند، قربانی می‌شوند و گاه تا مدت‌ها از آن بی‌خبر می‌مانند. بیشتر مردم از تهدیدهای ممکن و جاری در فضای مجازی، یا خبر ندارند یا تصور درستی از آن‌ها ندارند. جرایم معمول، شکل جدید یافته است و جرایمی در این فضا شکل گرفته که در فضای حقیقی نظیر ندارد. انواع تهدیدهایی که در فضای مجازی وجود دارد، بسیار متفاوت از تهدیدهای فضای واقعی است. برای نمونه، می‌توان به این موارد اشاره کرد: درهای پشتی، بدافزارهایی چون ویروس و تروجان و کرم، خودداری از خدمات، استراق‌سمع، استثمار مجازی، بمب‌های منطقی، فیشینگ، باج‌افزار، جاسوسی‌های ویژه، دسترسی به خصوصی‌ترین اطلاعات فرد یا جامعه، حملات نظامی در فضای مجازی و تهدیدهای دیگر. بنابراین، هرچند بسیاری از جرایم عامی که در احکام و قوانین عام مقرر شده، در فضای مجازی ممکن است، اما فضای مجازی جرایم خاص خود را دارد؛ همچنین، تطبیق برخی از قوانین عام بر فضای مجازی، مستلزم یک چارچوب نظری است که معیارهای جرم‌انگاری، بخشی از این چارچوب می‌توانند باشند.

جرم‌انگاری در آثار مرسوم فقهی موضوع مستقلی نیست، بلکه ضمن مباحث، با اشاره به قواعدی مانند «منع اختلال نظام» یا قاعده «لکل اثم تعزیر» به طور ضمنی به این قاعده اشاره می‌شود. در مقالات پژوهشی متأخر به این موضوع توجه شایسته‌ای شده است، اما عمده آن‌ها تنها به قاعده «لکل اثم تعزیر» پرداخته‌اند و بحثی جامع در این خصوص دیده نمی‌شود. این مقاله تلاش دارد بحثی جامع در این باره ارائه دهد.

مفاهیم کلیدی

مفهوم جرم

واژه «جرم» اصالتاً عربی است. در ماده این معنا مفهوم قطع و نیز نابحق بودن و گناه (اثم و ذنب) اخذ شده است. با اینکه مشتقات این ماده در قرآن کریم، ده‌ها بار و بیشتر در قالب اسم فاعل «مجرم» به کار رفته، اما استعمال آن در فقه چندان مرسوم نیست.

گرچه این واژه در حقوق از واژگان کلیدی به شمار می‌آید، اصطلاح حقوقی آن، قدری از معنای لغوی خود فاصله دارد. مفهوم حقوقی جرم در چارچوب نظام سیاسی و زمینه تقنین تعریف می‌شود؛ یعنی در جایی که نظام سیاسی وجود دارد و این نظام سیاسی دارای یک نظام تقنینی است. برای نمونه، در قانون مجازات اسلامی، مفهوم جرم با مفهوم مجازات قرین شده است: «هر رفتاری، اعم از فعل یا ترک فعل که در قانون برای آن مجازات تعیین شده است، جرم محسوب می‌شود» (قانون مجازات اسلامی، ماده ۲).

روشن است که منظر فقهی تفاوت‌هایی با منظر حقوقی دارد؛ زیرا در منظر فقهی، معیار مشروعیت یک فعل، شریعت است، نه قانون، و همه شریعت قابلیت تبدیل شدن به قانون را ندارد. بنابراین، از منظر فقهی می‌توان جرم را چنین تعریف

کرد: «هر رفتاری، اعم از فعل یا ترک فعل که در شریعت برای آن به جز مجازات اخروی، مجازات دنیوی حکومتی نیز تعیین شده باشد، جرم محسوب می‌شود». مفهوم فقهی جرم، همچون مفهوم حقوقی آن در چارچوب نظام سیاسی تعریف می‌شود، اما در زمینه تقنین قرار ندارد، بلکه تقنین اسلامی بر آن مبتنی خواهد بود. سه نکته درباره این مفهوم باید مورد توجه باشد:

اول اینکه، مفهوم جرم با معصیت و اثم یکسان نیست. ممکن است گناهی باشد که برای آن مجازات دنیوی تعیین نشده باشد یا اینکه مجازاتی برای فعلی وجود داشته باشد که خود فعل فی حد نفسه گناه نیست؛ مانند قتل یا جرح غیر عمدی. این مسئله ذیل قاعده «لکل معصية تعزیر» بیشتر بررسی خواهد شد.

دوم اینکه، این مفهوم بازترجمه مفهوم حقوقی جرم در نظام مفاهیم شرعی است و دقیقاً بر مفهوم «جرم» در قرآن تطبیق نمی‌کند. در مفهوم قرآنی «جرم» تأکید روی مجازات اخروی است و موارد استعمال واژه مجرم در جاهایی است که عذاب الهی در دنیا یا آخرت، کسی یا قومی را دربرگرفته باشد.

سوم اینکه، تأکید روی «مجازات دنیوی حکومتی» برای خارج کردن مفاهیمی مانند مجازات غیررسمی اجتماعی و نیز کفار است که در گفتار بعد از اقسام مجازات دنیوی شمرده شده‌اند.

مفهوم جرم در نظام مفاهیم فقهی با مفاهیم زیر هم خانواده است: عصیان / معصیة (نافرمانی)، سیئة (بدذاتی، در هرچه باشد؛ اعم از فعل، موضوع، شخص یا...)، قبح (بدی در امور اختیاری)، اثم (فاصله گرفتن از خیر)، ذنب (گناه)، فساد (تباهی) و خطأ (اشتباه در عمل در نسبت با غرض).

مفهوم جزاء (مجازات)

در معنای لغوی، «جزاء» اعم از عقوبت و پاداش است، اما در فقه و حقوق معمولاً به معنای عقوبت به کار می‌رود. در متون فارسی هم غالباً از واژه «مجازات» برای این معنا استفاده می‌شود.

در آثار فقیهان، تعریف معینی از مجازات یافت نشد، اما حقوقدانان مجازات را - البته تنها از جنبه حقوقی - تعریف کرده‌اند. برای نمونه، آقای گلدوزیان می‌نویسد: «مجازات عبارت است از تعذیب و یا عقوبتی که به خاطر تعرض به نظام اخلاقی و ایجاد اختلال در نظم اجتماعی از طریق ارتکاب جرم به عمل آمده است»^۱ یا «عکس‌العمل اجتماعی به صورت رنج و تعبی که بر بزهکار اعمال می‌شود»^۲. در این دو تعریف، رویکرد اجتماعی قوی‌تر است و در آن‌ها به قانونی بودن مجازات اشاره نشده است.

از منظر جامعه‌شناسی، مجازات تنها به مجازات حکومتی محدود نمی‌شود و نوع دیگری از مجازات نیز مطرح شده است. برای نمونه، آنتونی گیدنز، جامعه‌شناس مشهور معاصر، ضمانت‌های اجرایی هنجارهای اجتماعی را به مثبت و منفی، و هریک از آن دو را به رسمی و غیررسمی تقسیم می‌کند و درباره ضمانت‌های اجرایی منفی غیررسمی را چنین می‌نویسد:

■ نمونه‌های ضمانت‌های اجرایی غیررسمی منفی، سخن گفتن به شیوه‌ای توهین‌آمیز، سرزنش کردن، و دوری جستن از فرد معینی است. اگرچه ضمانت‌های اجرایی رسمی معمولاً از ضمانت‌های اجرایی غیررسمی برجسته‌تر و نمایان‌ترند، ضمانت‌های اجرایی غیررسمی در تأمین هم‌نوایی نسبت به هنجارها اهمیت اساسی دارند. به دست آوردن تأیید خانواده، دوستان و همکاران، یا تمایل به احتراز از مورد تمسخر واقع شدن، شرم‌نده شدن یا مورد قبول قرار نگرفتن، اغلب بیش از پاداش‌ها یا تنبیه‌های رسمی بر رفتار مردم تأثیر می‌گذارد.^۳

۱- گلدوزیان، بایسته‌های حقوق جزای عمومی، ص ۵۳.

۲- همان، ص ۲۸۳.

۳- گیدنز، جامعه‌شناسی، ص ۱۵۲.

این نکته مورد توجه محققان داخلی نیز بوده است:

■ فراتر از روش‌های رسمی اعمال مجازات، در بطن تمامی نهادهای انضباطی - اجتماعی، پیوسته یک خرده سازوکار کیفی (گونه‌های مختلف واکنش‌های تنبیهی) در حال اعمال است. تمامی شهروندان به همان اندازه که موضوع انضباط‌های رفتاری قهرآمیز هستند، خود نیز آشکالی از قدرت تنبیهی را به دیگران تحمیل می‌کنند. این روابط تنبیهی دامنه‌ای به وسعت ساختارهای اجتماعی داشته و در تمامی نهادهای یک جامعه قابل مشاهده است. خانواده، مدرسه، دانشگاه، بیمارستان و... همواره جغرافیای اعمال روش‌های قهرآمیزی هستند که برای ایجاد انضباط رفتاری و نیز تربیت اخلاقی تولید می‌شوند. این مجموعه به هم پیوسته و پیچیده از روش‌های سرکوبگر و کنترل‌کننده، در کنار مجازات رسمی، قلمرویی وسیع‌تر به نام «قدرت کیفی» را شکل می‌دهند.^۱

آقایان باهری و داور در تعریف مجازات آورده‌اند: «مجازات با در نظر گرفتن شکل حقوقی آن، عبارت از آزاری است که قاضی به علت ارتکاب جرم و به نشانه نفرت جامعه از عمل مجرمانه و مرتکب آن، برای شخصی که مقصر است، برطبق قانون تعیین می‌کند».^۲ این تعریف از جهت اشاره به قانونی بودن مجازات، تعریفی حقوقی است، اما از آنجا که مجازات در برابر جرم است، باید نگاه تعریف به جرم نیز حقوقی باشد. به طور کلی، از منظر حقوقی هرگاه نظم قانونی اجتماع نقض شود و بتوان کسی - یا گروهی - را مسئول اصلی نقض قانون دانست و قانون او را به تحمل آزار (مثلاً مجازات بدنی) یا زیان (سلب برخی حقوق) محکوم کند که اعمال آن تنها در دست نهاد حکومت است، این آزار یا زیان، مجازات است، اما دایره جزاء در فقه، اعم از مفهوم حقوقی مجازات است.

۱- جوان جعفری بجنوردی و ساداتی، «مفهوم قدرت در جامعه‌شناسی کیفی»، ص ۱۴.

۲- باهری و داور، نگرشی بر حقوق جزای عمومی، ص ۳۶۶.

مفهوم فقهی مجازات را می‌توان با تنظیر از مفهوم حقوقی و اجتماعی به دست آورد. با این مبنا، از منظر فقهی هرگاه حکمی شرعی نقض شود و بتوان کسی (یا گروهی) را مسئول اصلی نقض شریعت دانست، او محکوم به تحمل آزار (مثلاً مجازات بدنی) یا زیان‌هایی (سلب برخی حقوق) می‌شود. در فقه لازم نیست مسئول اجرای مجازات، نهاد حاکم باشد، بلکه اعم از آن است و از این نظر، تعریفی کلان است و شامل مجازات‌های دیگری به جز مجازات حکومتی نیز می‌شود. دو گونه دیگر از مجازات در فقه عبارت‌اند از: کفاره و مجازات غیررسمی.

مجازات رسمی حکم رسمی، صورت معین و مجری رسمی دارد، اما مجازات غیررسمی هیچ‌یک از این ویژگی‌ها را دارا نیست؛ اگرچه مشروعیت دارد. مجازات‌های غیررسمی به وسیله عموم مردم قابل اجراست و صورت‌های بسیار متعددی دارد؛ از یک اخم گرفته تا طرد اجتماعی با قهر یا تخریب منزلت اجتماعی با بردن آبرو. مجازات‌های رسمی جنبه حقوقی و قضایی دارد، اما مجازات‌های غیررسمی جنبه اجتماعی و فرهنگی دارد. چنان‌که بیان شد، مجازات‌های غیررسمی اغلب اثری به مراتب قوی‌تر از مجازات‌های رسمی در پرهزینه‌سازی ناهنجاری‌های اجتماعی داراست. مجازات غیررسمی در فقه مشروعیت دارد؛ برای نمونه، رفتاری که فقیهان در مواجهه با تارک نماز گفته‌اند، با او سر یک سفره ننشستن، به او دختر ندادن، از او دختر نگرفتن و... کاربرد اصلی مجازات غیررسمی در مسئله امر به معروف و نهی از منکر و نیز در تولی و تبری است.

در فضای مجازی، هم مجازات رسمی و هم مجازات غیررسمی قابل تحقق است. مجازات‌های غیررسمی در فضای مجازی، غالباً نیازمند حضور اجتماعی طیف وسیعی از کاربران در یک محیط است. نمونه‌های ملموسی از چنین مجازات‌هایی در سایت‌های شبکه‌های اجتماعی و پیام‌رسان‌ها به صورت مشهود دیده می‌شود. در این جا به یکی از مجازات‌های غیررسمی در شبکه اجتماعی توئیتر اشاره می‌کنیم. در این شبکه اجتماعی، مفهومی با عنوان «جاج کردن» ابداع شده است.

در این عمل، گروه بزرگی از فعالان توئیتر، در فرایندی جمعی، کاربرانی را به چالش می‌کشند که از چارچوب‌های دست‌کم بخشی از کاربران تعدی آشکار کرده باشند. در این رفتار، ذیل پیام نامطلوب، حجم انبوهی از انتقادات و واکنش‌ها را می‌توان دید که جایگاه اجتماعی صاحب پیام را مخدوش می‌کند. این تنبیه غیررسمی، عمدتاً با تنبیه رسمی گزارش به سرویس دهنده‌های شبکه اجتماعی همراه است. گزارش‌های کاربران طبق یک الگوریتم و پروتکل که در اختیار سرورهای سرویس دهنده است، پالایش می‌شود و ممکن است ناحیه کاربری فرد متخلف با محدودسازی، تعلیق یا حتی تعطیل شدن مواجه شود و این محدودیت یا تعلیق یا تعطیل می‌تواند مثالی از مجازات رسمی باشد.

از معروف‌ترین مثال‌های تنبیه غیررسمی که با همین روش انجام شد، می‌توان به جاج کردن دکتر آذری جهرمی، وزیر ارتباطات دولت یازدهم اشاره کرد. پیام معروف توئیتری ایشان در رونمایی پهباد پست پلاس (موسوم به سجاد) و پیام‌های پس از آن، با حجم قابل توجهی از انتقادات مواجه شد.

MJ Azari Jahromi @azarijahromi · Dec 12, 2019

#سوربرایز 🌟 و #خبر_خوب 📺
خانم‌ها و آقایان،
به بست+ خوش آمدید!
ما به جای صحت، چند کار انجام دادیم که از آلودگی شهرها جلوگیری کنیم. ارسال
بسته با پهباد ماشین و موتوربرقی و...
همچنین به این مناسبت، ارسال نامه در بست در شنبه ۲۳ آذر رایگان است.
post-plus.ir
۱/۴

2:19 158.8K views

5.8K 1.2K 3.8K



در این تصویر می‌توان تعداد بسیار زیاد کامنت‌های پیام دکتر جهرمی را دید که بازخورد اجتماعی منفی داشت. پیام آقای مصطفی جلالی که افزون بر تنبیه غیررسمی، با شکایت مردمی و تنبیه رسمی نیز مواجه شد.





خارج از شبکه‌های اجتماعی و پیام‌رسان‌ها نیز تنبیه‌های غیررسمی در جریان است. برای مثال، می‌توان به فعالیت‌های عام‌المنفعه اشاره کرد که در غرب جریان دارد؛ بدین ترتیب که آن‌ها و بسایت‌های غیراخلاقی را فهرست می‌کنند و خانواده‌ها براساس گزارش ایشان، می‌توانند در داخل خانه خود این و بسایت‌ها را مسدود سازند. نوع سوم مجازات در فقه، کفاره است. کفاره عملی است که در برابر استخفاف به حکم الهی یا سببیت در شکستن نظم شرعی بر مکلف واجب می‌شود. فقیهان از کفاره به عنوان عقوبت یاد کرده‌اند. برای نمونه، شیخ طوسی درباره کسی که قضای روزه رمضان را عمداً افطار کند، می‌نویسد: «کسی که این روز را بعد از زوال، از روی کوچک و ناچیز شمردن فریضه افطار کند، این کفاره به عنوان عقوبت و سخت‌گیری برای او واجب می‌شود»^۱. چنین تعبیراتی در کتاب‌های فقهی بسیار است.

۱- شیخ طوسی، النهایة فی مجرد الفقه و الفتاوی، ص ۱۶۴.

بر عقوبت بودن کفاره اشکالاتی وارد کرده‌اند. برای نمونه، شهید ثانی بر آن است که کفاره قتل خطا عقوبت نیست،^۱ اما وقتی دیه قتل خطا قطعاً مجازات است، چرا کفاره آن عقوبت نباشد؟ شاید شهید ثانی از این نظر آن را عقوبت به شمار نیاورده که قاتل غیر عمد گناهی مرتکب نشده است؛ زیرا گناه تابع قصد است، اما چنان‌که بیان خواهیم کرد، معیار مجازات در یک نظام قانونی، به وجود آمدن یک اختلال در نظم و مصلحت شرعی است، نه به وجود آوردن اختلال. وقتی قتلی اتفاق می‌افتد، نظم و مصلحت شرعی شکسته شده است و عامل اختلال در نظم و مصلحت، چه قصد آن را داشته باشد و چه نداشته باشد، به دلیل داشتن نقش در اختلال، عقوبت می‌شود. بخشی از عقوبت وی دیه است که نظام سیاسی پیگیر آن است و بخش دیگر، کفاره است که خود وی در چارچوب ربوبیت الهی، برای تکفیر نقشش در قتل باید بدهد.

اشکال دوم در عقوبت شمردن کفاره، در حکم کسی آمده که خودش هلال اول رمضان را رؤیت کرده، اما این رؤیت برای عموم ثابت نشده است. فقهای عامه و خاصه، همه بر آن اند که روزه بر وی به نیت اول رمضان واجب است و اگر عمداً افطار کند، کفاره بر او واجب می‌شود، اما ابوحنیفه بر آن است که کفاره، عقوبت است و عقوبت در جایی اجرا می‌شود که اختلافی نباشد، ولی در این جا اختلاف شده که اول ماه است یا نه. علامه حلی پاسخ داده است که کفاره، عقوبت نیست،^۲ اما خود وی در یکی از احکام حج در استدلال بر عدم وجوب کفاره بر کسی که از روی فراموشی یا جهل لباس بپوشد، ولی به محض متوجه شدن آن را درآورد، می‌گوید: «کفاره عقوبت بوده، لازمه اش گناه است و در صورت فراموشی، گناهی نیست».^۳ بنابراین، پاسخ علامه بر ابوحنیفه محل اشکال است. پاسخ درست بر ابوحنیفه این است که اگر عقوبت از سنخ مجازات حکومتی باشد، سخن وی درست است، اما کفاره مجازات حکومتی نیست، بلکه عقوبتی است که شخص

۱- شهید ثانی، مسالک الأفهام، ج ۱۰، ص ۵.

۲- علامه حلی، تذکره الفقهاء، ج ۶، ص ۱۲۰.

۳- همان، ج ۸، ص ۹.

میان خود و پروردگارش بر خویش می‌پذیرد تا گناهش پوشانده شود. فرض مسئله این است که برای خود شخص حلول ماه ثابت شده و او در آن تردیدی ندارد و بنابراین، عقوبت بر وی ثابت است.

اشکال سوم را فخرالمحققین مطرح می‌کند و می‌نویسد: «اگر کفاره، فقط عقوبت باشد، با تکرار گناه مکرر می‌شود؛ زیرا عقوبت در بیان و تعیین اندازه‌اش به نص نیاز دارد؛ نه در تکرارش، و نیز برای اینکه بیان آن از باب تنبیه با کمتر بر بیشتر است (یعنی با بیان حکم یکی، حکم تکرار نیز روشن می‌شود)، اما اگر کفاره برای تکفیر (پوشاندن) گناه باشد، تکرار واجب نمی‌شود»، ولی تعارضی میان عقوبت و تکفیر بودن نیست و کفاره می‌تواند هر دو باشد؛ چنان‌که تعزیر و حد نیز، هم عقوبت‌اند و هم تکفیر گناه می‌کنند. در ضمن، نحوه تکفیر گناه با کفاره برای ما روشن نیست تا بتوانیم بگوییم در این فرض، تکرار گناه مستلزم تکرار کفاره نمی‌شود.

سیاست معصیت‌زدایی از منظر فقهی

یکی از سیاست‌های اساسی جزایی، سیاست جرم‌زدایی است که غیر از مجازات مجرم است. در واقع، مجازات بخشی از سیاست جرم‌زدایی در جامعه است و هر جامعه‌ای چنین سیاستی دارد. جوامع مختلف برای اصلاح کجروی‌ها و حمایت از هنجارها، از دوروش استفاده می‌کند: مشوق‌ها و تنبیه‌های غیررسمی، و مشوق‌ها و تنبیه‌های رسمی. تنبیه رسمی که همان مجازات قانونی است، خود مجرم را هدف قرار می‌دهد، اما مشوق‌ها و تنبیه‌های غیررسمی، به خود مجرم کمتر نظر دارد و بیشتر خود جرم را در نظر می‌گیرد.

اما مبنای این سیاست در جوامع مختلف یکسان نیست و به همین دلیل، برنامه‌های عملیاتی آن‌ها برای جرم‌زدایی نیز با هم متفاوت می‌شود. بنابراین، مهم

است که بدانیم مبنای شریعت اسلامی برای این سیاست چیست، اما آیا بیان این سیاست‌ها در چارچوب فقه ممکن است؟

انقلاب اسلامی تأثیراتی فرهنگی، سیاسی در سطح جهانی داشت. ایفای نقش در ساخت جهان جدید، موجب شد نسل جدید فقیهان و طلاب سطوح عالی فقه، ارتباطی مناسب با جهانی برقرار کنند که دنیای مدرن از یک سو مدعی معماری آن است و می‌خواهد آن را بسازد و دنیای اسلام از سوی دیگر، مدعی معماری آن بوده، در پی ساختن آن است. «ساختن» مفهومی است که جریان فقه سنتی آن را تعریف نکرده است. جریان فقه سنتی موضوع فقه را «فعل مکلف» تعریف می‌کند که در ذات خود، فردی بودن فقه را به همراه دارد و غایت فقه را نیز دستیابی به احکام فعل مکلف می‌داند که «ساختن» نظامات اجتماعی و نهادها و سازمان‌ها را به همراه ندارد. این جریان ده‌ها مفهوم مهم برآمده از دنیای مدرن، مانند بانک، بیمه، قانون و مجلس شورا را به عنوان موضوعات مستحدثه پذیرفته، در چارچوب «اصالت برائت» به بررسی احکام فعل مکلف در مواجهه با این پدیده‌ها می‌پردازد. نسل جدید با توجه به اینکه بسیاری از این مفاهیم مشکل نیستند، بلکه پاسخ دنیای مدرن به مشکل‌اند، تلاش دارند خود مواجهه مستقل با مشکل داشته، براساس مبانی فقه‌ای به آن پاسخ دهند؛ پاسخی که مستلزم «ساختن» است: ساختن نهادها، ساختار و سازمان‌هایی در چارچوب‌های فقه‌ای برای حل مشکلات حیات بشری.

اما با نگاه به مفاد شریعت، درمی‌یابیم که شریعت تنها به بیان یک مجموعه مقررات ختم نمی‌شود، بلکه شریعت، نظام ویژه‌ای برای زندگی انسانی ترسیم می‌کند که مقررات، بخشی از آن‌اند. فقه نظام با توجه به این نکته، در پی توسعه دانش فقه است. با این بیان، موضوع فقه از فعل فردی مکلف فراتر رفته، شامل ساختارهای سازمانی، ساختارهای اجتماعی و هر ساخت ارادی دیگر می‌شود. غایت آن نیز از تبیین حکم فعل مکلف، به «تبیین نظم شرعی ساخت‌های ارادی» تعمیم می‌یابد. بنابراین، سیاست‌گذاری‌های اجتماعی بخشی از فقه نظام خواهد بود.

یکی از تفاوت‌های نظام شریعت با نظام‌های حقوقی این است که نگاه آن تنها به جرم نیست، بلکه به معصیت نظر دارد؛ اعم از آنکه معصیت جرم تلقی شود یا نشود. هم معصیت و هم امحای معصیت آثاری در زندگی انسانی دارند. یکی از آثار معاصی، ایجاد اختلال در نظم شرعی زندگی است؛ اعم از اینکه سازوکار این اختلالات روشن باشد یا نباشد. اجتناب از این آثار، مستقل از نحوه برخورد با عاصی، لازم است و لازمه آن، درپیش گرفتن سیاست معصیت‌زدایی در سطح کلان اجتماعی و در درازای تاریخ است. نمونه‌ای از این اختلالات در این روایت معتبر از امام باقر علیه السلام آمده است:

■ **وَجَدْنَا فِي كِتَابِ رَسُولِ اللَّهِ (صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ) إِذَا ظَهَرَ الزَّيْمَانُ بَعْدِي كَثُرَ مَوْتُ الْفَجَاءَةِ وَإِذَا طُفِفَ الْمِكْيَالُ وَالْمِيزَانُ أَخَذَهُمُ اللَّهُ بِالسِّنِينَ وَالنَّقْصِ وَإِذَا مَنَعُوا الزَّكَاةَ مَنَعَتِ الْأَرْضُ بَرَكَتَهَا مِنَ الزَّرْعِ وَالشَّامِرِ وَالْمَعَادِنِ كُلِّهَا وَإِذَا جَارُوا فِي الْأَحْكَامِ تَعَاوَنُوا عَلَى الظُّلْمِ وَالْعُدْوَانَ وَإِذَا نَقَضُوا الْعَهْدَ سَلَطَ اللَّهُ عَلَيْهِمْ عَدُوَّهُمْ وَإِذَا قَطَعُوا الْأَرْحَامَ جُعِلَتِ الْأَمْوَالُ فِي أَيْدِي الْأَشْرَارِ وَإِذَا لَمْ يَأْمُرُوا بِالْمَعْرُوفِ وَلَمْ يَنْهَوْا عَنِ الْمُنْكَرِ وَلَمْ يَتَّبِعُوا الْأَخْيَارَ مِنْ أَهْلِ بَيْتِي سَلَطَ اللَّهُ عَلَيْهِمْ شِرَارَهُمْ فَيَدْعُوا خِيَارَهُمْ فَلَا يُسْتَجَابُ لَهُمْ!**

■ در کتاب رسول الله - که درود خداوند بر او و آل او باد! - یافتیم که بعد از من، آن‌گاه که زنا آشکار گردد، مرگ ناگهانی زیاد می‌شود؛ آن‌گاه که پیمان‌ها و سنجه‌ها کم گرفته شود (کم‌فروشی شود)، الله آنان را با قحطی و نقص می‌گیرد؛ آن‌گاه که از دادن زکات خودداری کنند، زمین برکت را از زراعت و میوه‌ها و معادن، همه آن‌ها، برمی‌دارد؛ آن‌گاه که در احکام ستم کنند، بر ظلم و دشمنی همکاری نمایند؛ آن‌گاه که عهد خود را بشکنند، الله دشمنشان را بر آن‌ها مسلط می‌کند؛ آن‌گاه که قطع رحم نمایند، اموال در دست اشرار قرار می‌گیرد؛ آن‌گاه که به معروف امر نکنند و از منکر نهی نکنند و از خوب‌های

اهل بیت من پیروی نکنند، الله بر آنان بدترین هایشان مسلط کند، تا آنجا که خوب هایشان دعوت کنند، اما به آنان جواب داده نشود.
از آثار دیگر معصیت، خروج روح ایمان از عاصی است؛ چنان که رسول الله ﷺ می فرماید:

■ لَا يَزِيْنِي الزَّانِي حِينَ يَزِيْنِي وَهُوَ مُؤْمِنٌ، وَلَا يَسْرِقُ السَّارِقُ حِينَ يَسْرِقُ فَهُوَ مُؤْمِنٌ، إِذَا فَعَلَ شَيْئًا مِنْ ذَلِكَ خَرَجَ مِنْهُ رُوحُ الْإِيمَانِ^۱.

■ زانی در حال زنا، مؤمن نیست و سارق در حین سرقت مؤمن نیست.
هرگاه چنین کاری کند، روح ایمان از او خارج می شود.

با توجه به چنین آثاری که در معاصی هست، مبارزه با معصیت، مستقل از شیوه مواجهه با عاصی، یکی از سیاست های فقه جزاء خواهد بود. با این بیان، قواعد جرم انگاری را ذیل این مبنا تعریف می کنیم.

قواعد جرم انگاری

قاعده «نقض شدن شریعت، اقتضای مجازات دارد»

مهم ترین قاعده ای که در فقه برای جرم انگاری مطرح شده، قاعده «الکل معصية تعزیر» است. این قاعده به سه صورت مطرح شده است:

(۱) هر معصیتی تعزیر دارد.^۲

(۲) هر معصیت کبیره تعزیر دارد.^۳

۱- درست بن منصور، «کتاب درست بن ابي منصور»، ص ۲۹۳.

۲- این دیدگاه مشهور فقیهان است. برای نمونه نک: شیخ طوسی، المبسوط، ج ۸، ص ۶۹؛ فاضل آبی، کشف الرموز، ج ۲، ص ۵۶۸؛ محقق حلّی، شرائع الإسلام، ج ۴، ص ۱۳۶؛ طبسی، موارد السجن، ص ۱۸۳.

۳- صاحب جواهر، جواهر الکلام، ج ۴۱، ص ۴۴۸؛ امام خمینی، تحریر الوسیلة، ص ۸۷۸ (البته در چند صفحه بعد، وی با عدول از این نظریه، مطلق گناهان صغیره و کبیره را موجب تعزیر می داند: همان، ص ۸۸۱)؛ بهجت، استفتانات، ج ۴، ص ۳۱۴.

۳) هر معصیت، در صورت صلاحدید حاکم شرع، تعزیر دارد. این قول مفاد صریح آرا نیست، اما از برخی اقوال چنین رأیی به دست می‌آید.^۱ نقد و بررسی ادله این قاعده ما را می‌تواند در انتخاب قاعده درست یاری کند. نخستین دلیل برای این قاعده، وجوب امر به معروف و نهی از منکر است. مرحوم مراغی،^۲ آیت الله مکارم^۳ و برخی دیگر به این دلیل تمسک کرده‌اند. این دلیل از جهت موضوع، به کبیره اختصاص ندارد و شامل صغیره هم می‌شود، اما امر به معروف و نهی از منکر اعم از مدعاست و تنها مراتبی از آن شامل تعزیر است. شاهد بر این قول، پاسخی است که آیت الله مکارم به دیدگاه دوم دارد و در آن، مفهوم تعزیر را از مجازات رسمی به مجازات رسمی و غیررسمی تعمیم می‌دهد:

■ تعزیر منحصر به ضرب نیست، بلکه همان‌گونه که در کلمات واژه‌شناسان و فقها گذشت، مراتب مختلفی دارد که ضرب، یک مرحله آن است و اعراض، قهر، ترک رفت و آمد، توییح و سرزنش و مانند آن، مراحل دیگر آن محسوب می‌شود، و اجرای این مراحل در گناهان صغیره متصور است.^۴ این تعمیم، مطابق با اصطلاح نیست؛ زیرا تعزیر مجازاتی حکومتی و رسمی است و نشان می‌دهد که استدلال بر مبنای قاعده امر به معروف و نهی از منکر برای اثبات ضرورت مجازات حکومتی و رسمی نبوده است.

دلیل دوم بر قاعده «لکل معصیة تعزیر» مجموعه‌ای از روایات است با این مضمون:

■ **إِنَّ اللَّهَ قَدْ جَعَلَ لِكُلِّ شَيْءٍ حَدًّا، وَلِمَنْ تَعَدَّى الْحَدَّ حَدًّا.**^۵

۱- موسوی اردبیلی، فقه الحدود و التعزیرات، ج ۱، ص ۳۷؛ فیاض، منهاج الصالحین، ج ۳، ص ۳۱۵؛ مکارم شیرازی، الفتاوی الجدیدة، ج ۱، ص ۳۳۶؛ بهجت، استفتانات، ج ۴، ص ۳۱۴ (قول مرحوم بهجت، ترکیبی از قول اول و سوم است: گناه کبیره با صلاحدید حاکم شرع موجب تعزیر است).

۲- حسینی مراغی، العناوین الفقهیة، ج ۲، ص ۶۲۷.

۳- مکارم شیرازی، تعزیر و گستره آن، ص ۳۸-۴۳.

۴- همان، ص ۵۶.

۵- درست بن منصور، «کتاب درست بن ابي منصور»، ص ۲۹۲؛ برقی، المحاسن، ج ۱، ص ۲۷۴-۲۷۵؛ ثقة الاسلام کلبینی، الکافی، ج ۱، ص ۵۹ و ج ۷، ص ۱۷۴-۱۷۶ و ج ۷، ص ۳۷۵؛ شیخ طوسی، تهذیب الاحکام، ج ۱۰، ص ۳ و ۳۱۳.

■ همانا الله برای هر چیزی قانونی گذاشت و برای کسی که از قانون تجاوز کند نیز قانونی گذاشت.

از جهت سندی، این روایات در حد مستفیض اند و از این نظر مشکلی ندارند و تعدادی از فقیهان نیز قاعده یادشده را به چنین روایاتی مستند کرده‌اند.^۱ برای اینکه دلالت این مجموعه بر قاعده تمام باشد، باید «حد» اول به قانون شرعی و «حد» دوم به مجازات، اعم از حدی و تعزیری معنا شود.^۲ استعمال واژه‌ی «حد» در روایات، به معنای اعم از حد و تعزیر مصطلح است. این نکته‌ای است که تقریباً همه می‌پذیرند و در آن خدشه‌ای جدی نیست، اما به نظر می‌رسد در این روایات، «حد» به معنای قانون است و مجازات یکی از اقسام قانون. شاهد بر این اشکال آن است که در یکی از روایات مربوطه آمده است: از سعد بن عباده پرسیدند: اگر مردی را در بستر همسرت ببینی، با او چه می‌کنی؟ پاسخ داد: با شمشیر او را می‌کشم. وقتی خبر به رسول خدا ﷺ رسید، فرمود: ای سعد! با مسئله چهار شاهد چه می‌کنی؟ گفت: ای رسول الله! حتی بعد از دیدن با چشم خودم و آگاهی خدا از آن؟! فرمود:

■ **إِي وَاللَّهِ بَعْدَ رَأْيِي عَيْنِكَ وَعَلِمَ اللَّهُ أَنْ قَدْ فَعَلَ إِنَّ اللَّهَ قَدْ جَعَلَ لِكُلِّ شَيْءٍ حَدًّا وَجَعَلَ لِمَنْ تَعَدَى ذَلِكَ الْحَدَّ حَدًّا.**

■ بله، به خدا سوگند! بعد از دیدن با چشم خودت و آگاهی الله به اینکه او چنان کرده است. همانا الله برای هر چیزی قانونی گذاشت و برای کسی که از آن حد تجاوز کند، قانونی گذاشت.

روشن است که در این جا «حد» دوم به مجازات دلالت ندارد، بلکه به نحوه مواجهه با متهم اشاره دارد. دکتر کدخدایی این روایت را به گونه‌ای تفسیر می‌کند که قاعده از آن حاصل شود:

۱- صاحب جواهر، جواهر الکلام، ج ۴۱، ص ۲۵۷؛ موسوی خویی، مبانی تکملة المنهاج، ص ۴۰۸؛ مکارم شیرازی، تعزیر و گستره آن، ص ۴۴-۴۵؛ کدخدایی، «بررسی فقهی و حقوقی قاعده التعزیر فی کلّ معصیه»، ص ۱۰۸.
۲- مکارم شیرازی، تعزیر و گستره آن، ص ۴۵.

■ خداوند برای اثبات حکم زنا قانونی قرار داده که از راه شهادت چهار عادل اثبات شود و درغیراین صورت، حکم آن، این است که بر مؤمنان مستور بماند و هرکس از این راه تجاوز کند و با استناد به علم خود زانی را بکشد، حکمی دارد.^۱

اما ظهور عبارت روایت چنین نیست، بلکه روایت می‌خواهد بگوید که خداوند برای روابط جنسی قانونی قرار داده و برخورد با تجاوز از این قانون نیز قانونی دارد. پس این روایات، بر قاعده دلالت ندارند. باین حال، از برخی روایات روشن است که مجازات نیز یکی از حدود است و به همین دلیل، می‌توان درک کرد که معصیت، اقتضای مجازات دارد.

دلیل سوم بر این قاعده، الغای خصوصیت از روایات فراوانی است که در آن‌ها بیان شده امام معاصی مختلفی را تعزیر کرده است.^۲ در برابر این استدلال می‌توان به موارد مخالف اشاره کرد. برای نمونه، بدحجابی معصیتی بوده که در کف خیابان جریان داشته و می‌توان از تاریخ نشانه‌های بسیاری برای آن آورد. در زمان امیرمؤمنان علی علیه السلام شدت امر به حدی رسید که ایشان ناچار به تذکر تند عمومی شد:

■ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (عَلَيْهِ السَّلَامُ) قَالَ: قَالَ أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ (عَلَيْهِ السَّلَامُ): يَا أَهْلَ الْعِرَاقِ نُبِّئْتُ أَنَّ نِسَاءَكُمْ يُلَافِعْنَ الرِّجَالَ فِي الطَّرِيقِ أَمَا تَسْتَحْيُونَ. وَ فِي حَدِيثٍ آخَرَ أَنَّ أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ (عَلَيْهِ السَّلَامُ) قَالَ: أَمَا تَسْتَحْيُونَ وَلَا تَعَارُونَ نِسَاءَكُمْ يَخْرُجْنَ إِلَى الْأَسْوَاقِ وَيُزَاحِمْنَ الْعُلُوجَ.^۳

■ امام صادق علیه السلام نقل می‌کند که امیرالمؤمنین علیه السلام فرمود: ای اهل عراق! خبر یافتم که زنان شما در راه‌ها پهلوی به پهلوی مردان زده، آنان را کنار می‌زنند؛ آیا شرم نمی‌کنید؟ و در حدیثی دیگر فرمود: آیا شرم نمی‌کنید و غیرت نمی‌ورزید که زنانتان به بازارها می‌روند و مزاحم مردان درشت اندام می‌شوند؟

۱- کدخدایی، «بررسی فقهی و حقوقی قاعده التعزیر فی کلِّ معصیة»، ص ۱۱۳.

۲- مکارم شیرازی، تعزیر و گستره آن، ص ۴۶-۵۳؛ کدخدایی، «بررسی فقهی و حقوقی قاعده التعزیر فی کلِّ معصیة»، ص ۱۱۴-۱۱۷.

۳- ثقة الاسلام کلینی، الکافی، ج ۵، ص ۵۳۷.

با این حال، در هیچ روایتی درباره بدحجابی تعزیری دیده نمی‌شود. نمونه دیگر، غیبت است که با وجود عظمت معصیت آن، تعزیری درباره آن در روایات دیده نمی‌شود. این نحوه جرایم، جرایم جاری در جوامع اند و بسیار بعید است جوامع عادی خالی از این‌گونه جرایم باشد. مرحوم خوانساری به روایت‌هایی اشاره می‌کند که در آن‌ها امیرمؤمنان علیه السلام در اقامه حد فرمان داده کسانی که حدی از حدود الهی یا حقی از حقوق الهی برگردنشان است، بازگردند و همه بازگشته‌اند و کسی تعزیر نشده است.^۱ رسول خدا صلی الله علیه و آله در برابر معاصی بزرگی که منافقان انجام دادند، کسی را تعزیر نفرمود و امام علی علیه السلام به تبع ایشان، همین رفتار را داشت. به هر حال، الغای خصوصیت از روایاتی که آورده‌اند، در کنار این موارد خلاف ممکن نیست.

سه دلیل یادشده، مهم‌ترین ادله قاعده «لکل معصیة تعزیر» هستند، اما به دلایل دیگری نیز استناد شده که عدم اعتبار آن‌ها روشن‌تر است. از جمله به اجماع استناد شده است که به دلیل مدرکی بودن معتبر نیست. دلیل دیگر بر این قاعده، آیه «الْحُرْمَاتُ قِصَاصٌ» است. دکتر کدخدایی، با استناد به ظهور بدوی از اقوال برخی از فقیهان، «حرمت» را به معنای معاصی گرفته و معنای قصاص را به مجازات تعمیم داده است. با توجه به مفهوم قصاص، چنین تعمیمی استعمال لفظ در معنای مجازی است و نیازمند قرینه مجاز است. آیه در مقام بیان قواعد روابط بین‌الملل با ملل کفر است و بیان می‌کند که در هر جا آنان حرمت‌های شما را رعایت نکنند، شما هم محدود به رعایت آن نیستید و ربطی به قاعده یادشده ندارد. استدلال دیگری نیز در کتاب‌های فقهی آمده است: تمسک به کبرای لزوم حفظ نظام و منع اختلال در آن. اما این کبرا، قاعده را اثبات نمی‌کند، بلکه اقتضای دیگری دارد که در مباحث پسین بدان خواهیم پرداخت. با وجود نقص استدلال‌های یادشده بر قاعده، نمی‌توان این را انکار کرد که معصیت اقتضای مجازات دارد. یادآوری می‌شود که مجازات در این جا به مجازات‌های رسمی حکومتی، یعنی حد و تعزیر اطلاق می‌شود و شامل کفارات و مجازات‌های غیررسمی نمی‌گردد.

۱- خوانساری، سید احمد، جامع المدارک، ج ۷، ص ۹۸.

فاضل هندی و به تبع او، مرحوم طباطبایی، صاحب ریاض با قدری اختلاف در عبارت می‌نویسند:

■ اگر بانهی و توییح و مانند آن‌ها، بازداری حاصل نشود، وجوب تعزیر در هر حرامی، چه فعل، چه ترک، آشکار است؛ به دلیل وجوب انکار منکر. اما اگر با آن‌ها بازداری حاصل شد، مطلقاً دلیلی بر تعزیر نیست، جز در موارد خاص که در آن‌ها نص بر تأدیب یا تعزیر وجود دارد. می‌توان مفهوم تعزیر را در این عبارت و مانند آن، به مراتب انکار، پایین‌تر از حد ضرب نیز تعمیم داد؛ پس در این مورد تأمل جدی داشته باش.^۱

مرحوم گلپایگانی نیز این قاعده را تنها در حد اقتضا می‌پذیرد.^۲ آیت‌الله صافی گلپایگانی پس از نقد ادله قاعده «لکل معصية تعزیر» می‌نویسد:

■ اطلاق روایات، بر فرض پذیرش آن‌ها در برخی موارد، تنها به جهت وجود مصلحت نوعی در تعزیر آن موارد است. مثلاً اگر زن و مردی را در یک بستر بیابد یا در تفخیز و مانند آن‌ها، اگر مجرم تعزیر نشود، مردم به هتک حرمت‌های الهی جرئت می‌یابند، و نظام مختل می‌شود، و مردم آن را دست‌کم می‌گیرند، و شرع به کوتاهی در برخورد با این جرایم متهم می‌شود. از آنچه موکول به نظر حاکم است، با الفاظی که وجوب را می‌رسانند، تعبیر می‌کند؛ زیرا حاکم به حسب نوع آن را چنین می‌بیند. بر فرض در موردی چنین نبیند، امر موکول به اوست و روایات منصرف به آن است.^۳

وی چند نتیجه از این تحلیل می‌گیرد:

■ اول: هرگاه حاکم مصلحتی در تعزیر نبیند، قول به جواز آن سخت است، اما هرگاه مصلحتی در ترک آن ببیند، بدون اشکال جایز نیست.

۱- فاضل هندی، کشف اللثام، ج ۱۰، ۵۴۴؛ طباطبایی حائری، ریاض المسائل، ج ۱۶، ص ۶۳.

۲- موسوی گلپایگانی، الدر المنضود، ص ۱۵۰ تا ۱۵۳.

۳- صافی گلپایگانی، التعزیر، أحكامه و حدوده، ص ۷۶-۷۷.

- دوم: هرگاه بینه بر موجب تعزیر اقامه شود و مجرم بعد از آن توبه کند، حاکم در انجام تعزیر مختار است.
- سوم: تعزیر زمانی واجب می شود که حاکم بداند چیزی، جز تعزیر مجرم را از راهش بر نمی گرداند یا مصلحت دیگری در آن ببیند و مجرم قبل از قیام بینه بر او توبه نکند.
- چهارم: هرگاه حاکم بداند که ترک تعزیر تأثیری در بازگرداندن مجرم از راهش ندارد، ترک تعزیر جایز نیست؛ چون مستلزم فساد کوچک بینی معاصی است.^۱

نکته ای که آیت الله صافی به آن اشاره می کند، مورد توجه برخی فقیهان دیگر نیز بوده و برخی آن را نه تنها در تعزیرات، بلکه در حدود هم جاری دانسته اند. برای نمونه، شیخ مفید درباره ضرورت اجرای حدود می نویسد: «کسی که از ظالمان بترسد که به خاطر اقامه حدود به او تعرض کنند، یا بترسد که ضرری متوجه جان او یا متوجه دین او شود، وجوب آن از او ساقط می گردد».^۲ در واقع، این دغدغه ها، بنائاتی عقلایی اند که حتی در خارج از سرزمین های اسلامی مورد توجه بوده اند و به صورت یک قرارداد نانوشته اجرا می شوند. برای مثال، اگر مسئولان یک شبکه اجتماعی متوجه قانون شکنی یکی از اعضا شوند، تا حد ممکن از مجازات او دوری می کنند و می کوشند مشکل را از راه هایی مانند ثبت عملکرد، اخطار و محدودیت های کوتاه مدت مدیریت کنند و از اجرای مجازات دوری می کنند. عدم توجه به این قواعد می تواند کاربران سرویس یا شبکه را ناراضی کند و با توجه به اینکه مهم ترین ابزار اعلام نارضایتی، یعنی مهاجرت و حملات سایبری در فضای مجازی به سهولت در اختیار همگان است، کلیت ساختار می تواند تهدید شود. چنان که شبکه های اجتماعی بومی و پیام رسان های ایرانی که تا سال ۸۸

۱- همان، ص ۷۷-۷۸.

۲- شیخ مفید، المقنعة، ص ۸۱۰.

یکه‌تاز فضای مجازی ایران بودند، به‌مرور به محاق رفتند و امروزه شاهد استیلاي سرویس‌دهندگان غیرایرانی بر فضای اجتماعی مجازی ایران هستیم. این تحلیل به‌روشنی نشان می‌دهد که معصیت اقتضای مجازات دارد و ملازمه‌ای میان معصیت و مجازات نیست، اما با این تحلیل نیز مشکل قاعده حل نمی‌شود. عدم ملازمه میان معصیت و مجازات دو طرفه است؛ یعنی نه هر معصیتی مستلزم مجازات است و نه هر مجازاتی در پی معصیت. معصیت نقض ارادی شریعت است، اما مجازات همواره بر نقض ارادی تعلق نمی‌گیرد. برای نمونه، در جرایم غیرعمدی، معصیتی در کار نیست، اما اتفاقی افتاده که در شریعت حرمت دارد. برای نمونه، وقتی طراح سایت در امنیت آن تساهل کند، درباره هک شدن آن می‌تواند مسئولیت داشته باشد؛ گرچه کسی دیگر مجرم مباشر است. در این امور به جهت مسئولیتی که عامل نقض شریعت دارد، مجازات متوجه او می‌شود. بنابراین، قاعده صحیح چنین خواهد بود: «نقض شدن شریعت اقتضای مجازات دارد، اگر مسئولیت این نقض به بنای عقلا قابل پیگیری باشد». دلایلی که برای قاعده «لکل معصیة تعزیر» آورده شده، به علاوه استقرای مجازات‌های اعمال غیرعمدی، این قاعده را ثابت می‌کنند. دقت شود که این قاعده تنها اقتضای مجازات را ثابت می‌کند، نه وجوب و نه ثبوت آن را.

قاعده «نقض شدن حق اقتضای مجازات دارد»

به ضرورت عقلی روشن است که هر ذی‌حقی باید به حق خود دسترسی لازم و کافی داشته باشد. همچنین، قبح منع ذی‌حق از حق خود نیز به ضرورت عقلی روشن است. این دو اصل، در حد این بیان اجمالی، مورد اختلاف مکاتب نیستند، اما این بیان اجمالی در مرحله عمل کارایی ندارد و لازم است این دو اصل در چارچوب تفکر اسلامی بازسازی شود.

حَقّ از مفاهیم عام است و با کاربردشناسی این واژه در زبان عربی، به ویژه در ادبیات قرآن و احادیث، با تقریب کافی می‌توان مدعی شد که در این ادبیات، مفهوم حَقّ به «ثبوت نازدودنی (محو ناپذیر) و تردیدناپذیر ملازم با گونه‌ای کرامت و قداست» اطلاق می‌شود. در این معنا، مفهوم باطل نقیض حَقّ بوده، در امور زدودنی و تردیدپذیر به کار می‌رود. با کاربردشناسی واژه «باطل» و مشتقات آن، می‌توان گفت این واژه به اموری که «زدودنی و زوال‌پذیر و تردیدپذیر و بی‌معنا و بی‌ارزش باشند» اطلاق می‌شود. امور بیهوده و عبث از همین جهت از اقسام باطل به شمار می‌آیند، اما امور غایت‌مدار، اگرچه خود باقی نمانند، چنانچه معنایی باقی و ارزشمند داشته باشند، به دلیل بقا و ارزش معنا، باطل شمرده نمی‌شوند. معناداری یک پدیده، دقیقاً در برابر بیهوده بودن آن تعریف می‌شود؛ اگر پدیده‌ای باطل نباشد، معنایی ارزشمند و باقی دارد^۱ و این همان غایت‌مداری است.

مفهوم حَقّ کاربردهای فراوانی دارد، اما آنچه در این جا محل بحث است، کاربرد آن در حیات اجتماعی است. حَقّ در حیات اجتماعی دو کاربرد دارد که در هر دو امری اعتباری است. در یک کاربرد، «حَقّ» حکمی وضعی از سنخ حد است که برای پدیده‌ها و رفتارهای اجتماعی جعل شده است و مقابل آن نیز حکم وضعی «باطل» است. بر این اساس است که اکل مال، به حَقّ و باطل توصیف می‌شود. در کاربرد دوم حَقّ، در روابط انسانی نسبتی قانونی هست که برای یک طرف نسبت در برابر طرف دیگر گونه‌ای شایستگی و اولویت برقرار می‌کند. لزوم استیفای هر دو معنا از حق و منع از تضییع آن‌ها ضرورت عقلی دارد.

۱- مفسران نیز در تفسیر واژه «باطل» به همین معنا اشاره کرده‌اند. برای نمونه نک: طبرسی، مجمع البیان، ج ۸، ص ۷۳۷؛ علامه طباطبائی، المیزان فی تفسیر القرآن، ج ۱۷، ص ۱۹۶. البته اصطلاح «معناداری» برای پدیده‌ها اصطلاحی جدید بوده، در تفسیر از مشتقات «حکمت» استفاده شده است.

حق مقابل باطل

حق، حکمی وضعی است که در برابر آن باطل قرار دارد. این حکم وضعی در مواردی در قرآن کریم و نیز روایات به کار رفته است؛ مانند «دینُ الْحَقُّ»، «الْقَصَصُ الْحَقُّ»، «قَوْلُ الْحَقِّ»، «ذَوْلَةُ الْحَقِّ» و مانند آن‌ها. این حکم وضعی، احکامی تکالیفی در پی دارد که البته بیشتر از نسخ سیاست‌های کلان‌اند، نه احکام فرعی. براساس مبانی حکمی، در آیاتی مانند «أَنَّ اللَّهَ هُوَ الْحَقُّ» (حج: ۶۲؛ لقمان: ۳۰) و «أَنَّ اللَّهَ هُوَ الْحَقُّ الْمُبِينُ» (نور: ۲۵)، حمل «حق» بر «هو» ضروری به ضرورت ازلی است و بیان می‌کند که ذات بدون نیاز به حیثیت تعلیلیه و تقییدیه، بالذات حق، و واجد تمام کمالات و شئون حق است، بی‌آنکه با هیچ عَرَضی آمیخته باشد. حق از صفاتی است که هم ذاتی است و هم فعلی. به «حق» در مقام فعل در کریمه «الْحَقُّ لِلَّهِ» (قصص: ۷۵) اشاره شده است. فعلیه بودن حق از نحوه اضافه «الْحَقُّ» به «الله» روشن است. اگر حق صفت ذاتی بود، با «لِ» به الله اضافه نمی‌شد، بلکه مانند آیات پیش‌گفته (حج: ۶۲؛ لقمان: ۳۰) به نحو بسیط بر آن حمل می‌گردید. این حق مبدأ هر حق دیگر است؛ چنان‌که در آیه زیر بیان شده است:

■ الْحَقُّ مِنْ رَبِّكَ فَلَا تَكُونَنَّ مِنَ الْمُمْتَرِينَ (بقره: ۱۴۷؛ آل عمران: ۶۰ و آیات متعدد دیگر)

■ حق از سوی پروردگار توست؛ پس مبادا از روی آورندگان به شک باشی. بنابراین، در عالم آفریده‌ها نیز حق با حیثیت تعلیلیه و تقییدیه وجود دارد، ولی هیچ آفریده‌ای بذاته واجد حق نیست، بلکه اعطایی از مقام ربوبیت است. حق بودن آفریده‌ها، براساس تناسب با معنای حق است: «ثبوت نازدودنی (محو‌ناپذیر) و تردیدناپذیر ملازم با گونه‌ای کرامت و قداست». ممکن است امری خود دارای این معنا باشد. در روایاتی مانند «أَنَّ الْجَنَّةَ حَقٌّ وَأَنَّ النَّارَ حَقٌّ وَأَنَّ الْبَعْثَ حَقٌّ وَأَنَّ

الْحِسَابَ حَقٌّ وَالْقَدَرَ وَالْمِيزَانَ حَقٌّ^۱ حق به همین معناست. این امور، اموری قطعی و حقیقی اند و هیچ امری مانع آن‌ها نمی‌تواند شود و نیز ملازم با گونه‌ای قداست‌اند. موضوع حقیقت، شامل همه ساخت‌های ارادی اعم از فعل فردی، عمل جمعی، ساختارهای سازمانی، ساختارهای اجتماعی و هر ساخت ارادی دیگر می‌تواند باشد. همه این ساخت‌های ارادی به اعتبارات مختلف می‌توانند به حق بودن توصیف شوند. می‌توان این ساخت‌ها را به اعتبار آثار موراوی به حق توصیف کرد و براین اساس، بالعرض به وصف «ثبوت نازدودنی (محو‌ناپذیر) و تردیدناپذیر ملازم با گونه‌ای کرامت و قداست» متصف می‌شوند. حقیقت در ساخت‌های ارادی به این معنا نیز می‌تواند باشد که این موضوع در ظرف شریعت، ثبوت زوال‌ناپذیر و تردیدناپذیر دارد؛ این ثبوت نیز ناشی از این حقیقت است که این ساخت ارادی با یک حق واقعی ارتباط پیدا می‌کند.

معیار دیگر برای حقیقت ساخت‌های ارادی، اعتبار معنادار بودن (معنا در برابر پوچی) یک ساخت ارادی است. شاید این معنای سوم اهمیت بیشتری داشته باشد. بی‌معنایی، یعنی پوچی پایان‌ناپذیر، و معناداری عکس آن است. هر فعالیتی، کوتاه‌مدت یا درازمدت، بدیع یا تکراری، اگر پوچ نباشد و بودن آن بر نبودنش ترجیح داشته باشد، معنادار است. البته ترجیح بودن بر نبودن، امری است که در مکاتب مختلف، معیارهای مختلفی دارد و در نظام حیات دینی، شریعت معیار آن است. این نکته را می‌توان نشان داد که هر جزء و حیثی از زندگی بشر از عبودیت خارج باشد، از هدف آفرینش انسان خارج بوده، بی‌معناست. معناداری زندگی با دین‌مداری رابطه‌ای وثیق دارد؛ زیرا در زندگی غیردینی، دلیلی متقن برای ترجیح زندگی بر عدم آن دیده نمی‌شود و از این نظر، زندگی سکولار با بی‌معنایی عجین می‌گردد. معناداری نه تنها برای اصل زندگی، بلکه برای اجزا و حیث‌های مختلف آن نیز لازم است. انسان به نحو فطری، به تدریج هر جزء یا حیث از زندگی را که بی‌معنا بیابد، تعطیل می‌کند و اگر نتواند، دچار بحران هویت از آن جهت

۱- ثقة الاسلام کلینی، الکافی، ج ۶، ص ۴۳۶.

خواهد شد. آگاهی به بی‌معنایی ممکن است به تدریج و در طول تاریخ پدید آید و بحران هویت پس از یک دوره تاریخی به صورت بحران اجتماعی خود را نشان دهد و البته در افراد تیزفهمی که حق را نیابند، مقدم بر جامعه و به صورت بحران روانی خود را نشان می‌دهد. علت اصلی تدریجی بودن آگاهی به بی‌معنایی این است که اموری جزئی مانند لذت، محبت‌های غریزی (مانند محبت به فرزند یا عشق غریزی)، شور وطن‌خواهی و مانند این‌ها، جایگزین معنا شود. امری فراتر از وجود طبیعی انسان می‌تواند معنای زندگی انسان باشد، نه فروتر از آن. بنابراین، این امور تنها جایگزین کاذبی برای معنا هستند؛ نه معنا، حتی معنایی ضعیف برای زندگی. مکاتب در این بخش وارد می‌شوند و می‌کوشند از گسترش امور بی‌معنا در زندگی جلوگیری کنند. این نکته را با دو مفهوم حق و باطل در معارف و حیانی می‌توان یافت و درک کرد که شریعت الهی نیز چنین رویکردی دارد. با توجه به تلازم دین‌مداری با معناداری، لازم است دین‌مداری در همه شئون حیات بشری گسترش یابد تا معناداری همه جانبه آن تضمین شود. بنابراین، در مقام اثبات، این معنا برای ساخت‌های ارادی، به‌طور عمده با وحی قابل کشف است. این معنا در فقه قابل بررسی است و به‌نظر می‌رسد در جاهایی که فقیهان به حق و باطل اشاره دارند، همین معنا را در نظر می‌گیرند.

روایت ذیل می‌تواند بیانگر ملازمه بطلان و حرمت به‌شمار آید:

■ عَنْ يُونُسَ قَالَ: سَأَلْتُ الْخُرَاسَانِيَّ (عَلَيْهِ السَّلَامُ) وَ قُلْتُ إِنَّ الْعَبَّاسِيَّ ذَكَرَ أَنَّكَ تَرْتَحِصُ فِي الْغِنَاءِ فَقَالَ كَذَبَ الزَّنْدِيقِيُّ مَا هَكَذَا قُلْتُ لَهُ سَأَلَنِي عَنِ الْغِنَاءِ فَقُلْتُ لَهُ إِنَّ رَجُلًا أَتَى أَبَا جَعْفَرٍ (عَلَيْهِ السَّلَامُ) فَسَأَلَهُ عَنِ الْغِنَاءِ فَقَالَ يَا فُلَانُ إِذَا مَيَّرَ اللَّهُ بَيْنَ الْحَقِّ وَالْبَاطِلِ فَأَنِّي يَكُونُ الْغِنَاءُ فَقَالَ مَعَ الْبَاطِلِ فَقَالَ قَدْ حَكَمْتَ!

■ یونس [بن عبدالرحمن] گوید: از امام رضا علیه السلام پرسیدم و گفتم که عباسی (ظاهراً در یکی از افراد دولتی آن زمان) گفته که شما غنا را اجازه داده‌اید. فرمود:

زندیق دروغ گفته است و من چنین نگفته‌ام. او از غنا پرسید، من هم به او گفتم که مردی از امام باقر علیه السلام درباره غنا پرسید، او فرمود: ای فلانی! آن‌گاه که الله حق را از باطل جدا می‌کرد، غنا با کدام یک بود؟ گفتم: با باطل. فرمود: خودت حکم دادی. شاید گفته شود اینکه امام رضا علیه السلام حکم به ترخیص را با شدت نفی می‌کند، به این معنا نیست که روایت امام باقر علیه السلام دلالت بر حرمت دارد، اما شدت انکار وی در خصوص حکم ترخیص، نشان می‌دهد که عباسی این ملازمه را به وضوح درک کرده، اما خلاف آن سخن گفته است، ولی به نظر برخی از فقیهان، بطلان گرچه اقتضای منع دارد، ملازمه با منع ندارد. این دیدگاه ذیل روایات شطرنج هم بیان شده است:

■ عَنْ الْفَضِيلِ، قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا جَعْفَرٍ (عَلَيْهِ السَّلَامُ) عَنْ هَذِهِ الْأَشْيَاءِ الَّتِي يَلْعَبُ بِهَا النَّاسُ: التَّرْدِ، وَالسِّطْرَنْجِ حَتَّىٰ انْتَهَيْتُ إِلَى السُّدْرِ؟ فَقَالَ: إِذَا مَيَّرَ اللَّهُ بَيْنَ الْحَقِّ وَالْبَاطِلِ فِي أَيُّهُمَا يَكُونُ؟. قُلْتُ: مَعَ الْبَاطِلِ، قَالَ: فَمَا لَكَ وَالْبَاطِلِ.

■ فضیل گوید: از امام باقر علیه السلام از این اشیایی که مردم با آن‌ها بازی می‌کنند؛ نرد و شطرنج تا بازی سُدر (نوعی قمار که در آن زمان مرسوم بوده است) پرسیدم. پس فرمود: آن‌گاه که الله حق را از باطل جدا می‌کرد، این دو کجا بودند؟ گفتم: با باطل. فرمود: تو را با باطل چه کار؟

و در روایت دیگری نیز آمده است:

■ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (عَلَيْهِ السَّلَامُ) أَنَّهُ سُئِلَ عَنِ السِّطْرَنْجِ وَعَنْ لُعْبَةِ شَبِيبِ الَّتِي يُقَالُ لَهَا لُعْبَةُ الْأَمِيرِ وَعَنْ لُعْبَةِ الثَّلَاثِ فَقَالَ: أَرَأَيْتَكَ إِذَا مَيَّرَ الْحَقُّ مِنَ الْبَاطِلِ مَعَ أَيُّهُمَا يَكُونُ قَالَ قُلْتُ مَعَ الْبَاطِلِ قَالَ فَلَا خَيْرَ فِيهِ!

■ از امام صادق علیه السلام درباره شطرنج، بازی شبیب که به آن بازی امیر نیز می‌گویند و بازی ثلاث (از بازی‌های آن زمانه) پرسش شد، امام فرمود: به نظر تو، آن هنگامی که حق از باطل جدا شد، این دو با کدام یک بودند؟ گفتم: با باطل. فرمود: پس خیری در آن‌ها نیست.

در روایت دیگری از امام صادق علیه السلام آمده است: «السَّطْرُنَجُّ مِنَ الْبَاطِلِ!».^۱ برخی از فقیهان در دلالت این روایات بر حرمت تشکیک کرده‌اند. مرحوم خوانساری می‌نویسد:

■ استفاده حرمت از این دو روایت از جهت طرفیت با حق مشکل است. آیا نمی‌بینی که لغو حق نبوده، بلکه باطل است، و با این حال، حرام به شمار نمی‌آید و نیز سخنان بی‌معناگفتن حق نیستند، بلکه باطل شمرده می‌شوند؛ پس باطل‌اند، اما از محرمات به شمار نمی‌آیند.

و مرحوم خوئی درباره روایت اول می‌نویسد: «ملازمه‌ای میان بطلان و حرمت نیست»^۲ و در روایت دوم می‌نویسد: «نفی خیر اعم از حرمت و کراهت است».^۳ بنابراین، ملازمه میان بطلان و حرمت نیست.

برای رفع این اشکال باید به مراتب بطلان توجه داشت. شاید بطلان در حد لهویت و بی‌فایده‌گی خلاصه شود، ولی گاه بطلان هدفمند بوده، خود هدف باطل است یا ملازمی دیگر دارد که آن ملازم، بطلانی در مرتبه بالاتر دارد. نرد یک بازی کاملاً شانس‌ی است و هیچ فایده‌ای ندارد؛ شطرنج هم گرچه یک بازی هوشی است، فایده قابل توجهی ندارد و تأثیر بررسی مسائل علمی واقعی در تقویت هوش از این بازی بسیار برجسته‌تر است،^۴ ولی غناهدفی باطل دارد و مغنی می‌خواهد در شنونده‌اش تأثیر روحی یا روانی بگذارد.

۱- همان، ص ۴۳۵.

۲- موسوی خوئی، مصباح الفقاهة، ج ۱، ص ۳۷۱.

۳- همان.

۴- روایات منقول در متن درباره شطرنج، درباره شطرنج موضعی قوی ندارند و بیشتر به همان لهویت ناظرند، اما نمادهای شطرنج در شیطان‌پرستی جایگاه مهمی دارد و شاید روایت زیر ناظر به این جنبه از شطرنج باشد و ملازم بودن با این باطل در کنار روایت زیر می‌تواند حرمت موضوعی آن را ثابت کند: «بَيْعُ السَّطْرُنَجِّ حَرَامٌ وَأَكْلُ ثَمَرِهِ سُحْتٌ وَإِتِّخَاذُهَا كُفْرٌ وَاللَّعِبُ بِهَا شِرْكٌ وَالسَّلَامُ عَلَى اللَّهِ فِيهَا مَعْصِيَةٌ وَكَبِيرَةٌ مُؤَبَّدَةٌ وَالْحَائِضُ يَدُهُ فِيهَا كَالْحَائِضِ يَدُهُ فِي لَحْمِ الْخِنْزِيرِ وَلَا صَلَاةَ لَهُ حَتَّى يَغْتَسِلَ يَدَهُ كَمَا يَغْتَسِلُهَا مِنْ مَسِّ لَحْمِ الْخِنْزِيرِ وَالنَّاطِرُ إِلَيْهَا كَالنَّاطِرِ فِي فَرْجِ أُمِّهِ وَاللَّاهِي بِهَا وَالنَّاطِرُ إِلَيْهَا فِي حَالِ مَا يَلْمَى بِهَا وَالسَّلَامُ عَلَى اللَّهِ فِيهَا فِي خَالَتِهَا تِلْكَ فِي الْإِثْمِ سَوَاءٌ وَمَنْ جَلَسَ عَلَى اللَّعِبِ بِهَا فَقَدْ تَبَوَّأَ مَقْعَدَهُ مِنَ النَّارِ وَكَانَ عَيْشُهُ ذَلِكَ خَشْرَةً عَلَيْهِ فِي الْقِيَامَةِ وَإِيَّاكَ وَمُخَالَسَةَ اللَّهِ الْمَغْرُورِ بِلَعِبِهَا فَإِنَّهُ مِنَ الْمَجَالِسِ الَّتِي قَدْ بَاءَ أَهْلُهَا بِسُخْطِ مِنَ اللَّهِ بِتَوَقُّعِهِ كُلَّ سَاعَةٍ فَيَعْمُكَ مَعَهُمْ» (ابن ادریس حلی، السرائر، ج ۳، ص ۵۷۷)، لازم به توضیح است که فقیهانی که در حرمت شطرنج تردید یا توقف کرده‌اند، در سند این روایت اشکال می‌کنند. به نظر نگارنده این روایت از حیث صدور معتبر است.

در جهان امروز، فضای مجازی بستر و محملی برای جریان حق و باطل گشته است و هر دو جریان حق و باطل، فضای مجازی را برای جولان خود میدان مناسبی یافته‌اند. به همین دلیل، کاربر از همان لحظه ورود به فضای مجازی با استقرار در یکی از دو جریان حق یا باطل، حرکت خود را در فضا آغاز می‌کند. فضای مجازی به خودی خود بخش قابل توجهی از نیازهای بشری را پوشش می‌دهد. شبکه‌های اجتماعی مجازی، به تسهیل ارتباطات و اجتماعات کمک می‌کنند و بازی‌های متعددی ساخته شده‌اند که برای رشد هوش، تمرکز و دیگر المان‌های شناختی یا فرهنگی یا عاطفی انسان مفید و مؤثر است و حتی این فضا می‌تواند بستری برای تفریحات مفید مناسب باشد؛ چنان‌که موارد مناسب بسیاری می‌توان در آن یافت. این فضا در ارتباطات علمی، تجاری، فرهنگی، سیاسی و خانوادگی بسیار مفید است و جریان حق می‌تواند این ابزار را به خدمت بگیرد و بلکه امروز این ابزار گریزناپذیر است.

اما استفاده نابجا یا معتادگونه از این فضا و محیط‌ها و ابزارهای آن، می‌تواند آن را به امری لغو، بیهوده یا حتی ضد ارزشی بدل کند. کاربرانی هستند که ورود آن‌ها به فضای مجازی، نه از روی رفع نیاز، بلکه از اعتیاد به آن سرچشمه می‌گیرد. برخی از محیط‌های فضای مجازی تنها با هدف وقت‌گذرانی ساخته می‌شوند؛ مانند برخی از شبکه‌های اجتماعی، برخی از بازی‌ها و برخی سایت‌های تفریحی که ورود به آن‌ها به تعبیر شرعی لغو به‌شمار می‌آید. در برخی دیگر، باطل با عمق و موجی قوی‌تر کاربر را با خود می‌برد. این را می‌توان در بازی‌های اعتیادآور دید. همچنین، در شبکه‌های اجتماعی آزاد مانند توئیتر، می‌توان دید که به دلیل نیاز به تبلیغات برای کسب درآمد، برای اعتیاد کاربران تلاش می‌کنند. در برخی موارد، عمق و شدت بطلان بسیار قوی‌تر و صریح‌تر می‌شود. این شدت را در برخی از جوانب تفریح‌های مجازی به‌سادگی می‌توان یافت؛ تفریحاتی که سرشار از تحریک نامشروع غریزه جنسی (مانند پورنوگرافی)، قبح‌زدایی از خشونت (مانند GTA و Call Of Duty)، رفتارهای خارج از قواعد انسانی (مانند تبلیغ خوردن

پیتزا با شامپوی سر)، تبلیغات ضد دین (خدایان ضعیف و ناتوان در Black & White یا فرشتگان فاسد در El Shaddai) و همچنین تبلیغات ضد ایرانی (جنگ برضد ایرانیان تروریست در Blacklist) است. گاهی این آموزه‌های شیطانی از حد تبلیغات عادی خارج می‌شود و به عقده‌گشایی می‌انجامد؛ چنان‌که شرکت kuma در بازی «وحدة النمر» بیش از آنکه یک بازی طراحی کرده باشد، داستانی کمیک و باورناپذیر از سناریوهای مورد علاقه غرب برضد غرب آسیا را به تصویر می‌کشد. این نکته باید یادآوری شود که اگرچه معناداری با هدفمندی رابطه‌ای وثیق دارد، با آن یکسان نیست و بنابراین، حکم امر باطل ممکن است از حد مباح تا حد حرمت متغیر باشد. حق بودن نیز تشکیکی است و حق ممکن است از حد مباح تا وجوب متغیر باشد. این نکته از مثال‌های یادشده در بند پیشین قابل درک است. بنابراین، نقض حق یا بطلان، با منع ملازمه ندارد، بلکه اقتضای منع دارد. باین حال، سیاست اقامه حق و رفع باطل با قیود دوام، اطلاق و عموم باید همیشه مدنظر باشد. براین اساس، روشن می‌شود که نقض حق با مجازات نیز ملازمه ندارد؛ هرچند اقتضای مجازات از آن منتفی نیست. درضمن، یادآوری می‌شود که مراد از مجازات، معنای فقهی آن و اعم از حد، تعزیر و کفاره است و شامل مجازات‌های اجتماعی غیررسمی نمی‌شود. با لحاظ معنای عام مجازات که شامل کفارات و مجازات‌های اجتماعی غیررسمی نیز باشد، هر نقض حقی مستلزم مجازات است. درضمن، اقتضای مجازات تنها برای نقض ارادی حق نیست، بلکه نقض غیرارادی حق نیز اقتضای مجازات دارد؛ گرچه منع قانونی آن ممکن نیست. گریز از مسئولیت نقض حق، گرچه غیرارادی باشد، به دلایلی جانبی مانند اهمیت حق یا سوء اختیار و مانند آن‌ها ممکن نخواهد بود.

حَقِّ مقابل تکلیف

با توجه به موضوع این مسئله، در بررسی نسبت میان نقض حق با مجازات، به چند مسئله درباره حق و تکلیف می‌پردازیم: (۱) تعریف حق و تکلیف؛ (۲) موضوع حق و تکلیف؛ (۳) ضرورت تعریف حق و تکلیف (ضرورت‌های ناظر به کارویژه‌ها)؛ (۴) ذی حق و مکلف (چه کسی حق دارد و چه کسی مکلف است؟)؛ (۵) نگهبان حق و تکلیف (چه کسی باید از حقوق و تکالیف محافظت کند؟).

در ادبیات قرآنی حَقِّ مقابل تکلیف در چارچوب حَقِّ مقابل باطل تعریف شده و با مفاهیم «حَقُّ لِ...» («حَقُّ برای...») و «حَقُّ عَلَی...» («حَقُّ بر...») معرفی شده است. «حَقُّ لِ...» بر ثبوت اعتبار شایستگی زوال‌ناپذیر و تردیدناپذیر در چارچوب شریعت و «حَقُّ عَلَی...» نیز بر ثبوت اعتبار بایستگی زوال‌ناپذیر و تردیدناپذیر در چارچوب شریعت دلالت دارد. تعریف این معنا در چارچوب حق مقابل باطل، سازگاری با فطرت بشری را تأمین کرده، آن‌ها را از پوچ بودن خارج و معنادار می‌کند. موضوع حق و تکلیف را باید در چارچوب تعریف قرآنی دریافت. حقوق و تکالیف باید ناظر به نیازهای واقعی انسان بوده، اموری دارای ارزش در حیات انسانی باشند. مراد از ارزش داشتن حقوق و تکالیف این است که کسب یا حفظ آن، به پرداخت هزینه‌ای، اعم از مال، جان، زمان، عرض یا حتی واکنش‌های احساسی بیرزد. ارزش هر چیز مادی یا معنوی، به میزان هزینه قابل توجهی برای کسب آن وابسته است. در این جا توجهی، اعم از توجهی عقلی، شرعی، عقلایی یا عرفی است. با این مبنا، از چارچوب‌های وظیفه‌گرایی که منشأ تکالیف را تنها فرمان مولوی می‌داند، دور می‌شویم و در چارچوب کمالات انسانی سخن می‌گوییم.

حَقِّ و تکلیف از لوازم جدایی‌ناپذیر زندگی انسان در جامعه است و کارکردهای متنوع اساسی دارد:

۱) جز با تنظیم نظامی از حقوق و تکالیف برای انسان، زندگی فردی، خانوادگی و اجتماعی سامان نمی‌گیرد و اساساً معنای اجتماعی‌اش را از دست می‌دهد.

۲) خانواده و جامعه برای پاسخ به نیازهای انسانی تشکیل می‌شود و کارآمدی خانواده و جامعه، با کمیت و کیفیت پاسخ به نیازها تعریف می‌شود. لازمه کارآمد بودن خانواده و جامعه آن است که برای هر نیاز انسانی، از تولد تا مرگ و دفن، از نیازهای طبیعی و فیزیولوژیک گرفته تا نیازهای فطری، فرصت تصمیم‌های مناسب را مهیا کند.

۳) در وضع اولی، همه افراد جامعه در استفاده از منابع طبیعی و امکانات محیط با دیگران در یک رتبه‌اند. بنابراین، در جامعه بشری تراحم منافع امری گریزناپذیر است. در خانواده تفاوت‌های طبیعی افراد به نحو فعال در پایگاه و نقش آن‌ها مؤثر می‌شود و این مشکل، تراحم منافع را به صورت جدی‌تر می‌کند. ازسوی دیگر، انسان به تنظیم و تنسيق آگاهانه زندگی خانوادگی و اجتماعی خود نیاز دارد؛ درغیراین صورت، تراحم و تعارض منافع در حیات خانوادگی و اجتماعی، اساس حیات بشری را به خطر می‌اندازد.

۴) تعریف حق و تکلیف، سازگاری مناسب برای ایجاد مشارکت فعال افراد در خانواده و جامعه است و خانواده و جامعه را سامان و سازمان می‌دهد و منافع را به نحو مناسب تقسیم می‌کند. چنین مشارکتی مهم‌ترین و برترین ابزار دفاعی در برابر هر تهدید است.

۵) تعریف حق و تکلیف و ساختاری کردن آن در قالب اعتبارات اجتماعی، برای زندگی مطلوب فرد در خانواده و جامعه، تبدیل استخدام یک طرفه به پذیرش نقش‌های مناسب با ساختار مطلوب خانواده و جامعه، تقسیم منافع و ایجاد امنیت ضروری است.

مسئله بعد ذی‌حق و مکلف است. ابتدا به نظر می‌رسد به سادگی می‌توان دریافت که ذی‌حق و مکلف، افراد انسانی با شرایطی هستند که در شریعت تعریف شده است، اما مسئله به این سادگی نیست. چنان‌که آمد، منشأ جعل حق، حفظ نظامات حیات فردی، خانوادگی یا اجتماعی است. در چنین ساختاری، حقوق و تکالیف برای پایگاه‌های اجتماعی و عناوین شرعی تعریف می‌شود، نه برای افراد.

ذی حقوق و مکلفان، پایگاه‌های اجتماعی‌اند که تنوع آن‌ها در هر جامعه ضروری است: کارمند، رئیس، کارگر، کارفرما، سرباز، افسر، عالم، عامی، حاکم، شهروند و... صرف شخصیت حقیقی، موضوع حق و تکلیف قرار نمی‌گیرد. از آنجاکه عناوین متعلق به یک شخص بسیار فراوان‌اند، یک فرد ممکن است در خصوص امری، از جهتی ذی حق، و باز در خصوص همان، از جهتی مکلف باشد. مثلاً حاکم از جهت حاکم بودن حق دارد حکم صادر کند، اما از جهت شهروند بودن، خودش هم محکوم به حکم خود است. ممکن است حقوقی برای مکلف تعریف شود تا او بتواند امکانات و فرصت لازم را برای انجام تکلیفش بیابد. مثلاً وقتی گفته می‌شود رئیس جمهور حق عزل و نصب وزراء دارد، این حق برای انجام مسئولیت‌ها برای او تعریف شده و حقی علی‌الاطلاق نیست. همچنین، ممکن است امری از جهتی حق و از جهت دیگر تکلیف باشد مانند حضانت بر فرزندان.

عناصر بنیادین حق

حق مفهومی بسیار گسترده است و تعینات بسیاری دارد. یک تقسیم منطقی از انواع حق، کاری بسیار دشوار است و غالباً کاربرد زیادی ندارد، اما تبیین عناصر اساسی حق، می‌تواند هم در تحلیل حقوق بسیار کارآمد باشد و هم نشان‌دهنده رابطه حقوق با مبانی مکتبی است. بنابراین، تمرکز در این جا بر عناصر بنیادین حقوق خواهد بود. در هر تعینی از حق، ممکن است چند عنصر حضور داشته باشند و بنابراین، نباید تحلیل عناصر بنیادین حق را با بیان اقسام حق یکسان شمرد. در این جا دو تبیین از عناصر بنیادین حق عرضه می‌شود. در تبیین اول، عناصر طولی و در تبیین دوم عناصر عرضی از هم تفکیک می‌شوند.

شریعت برای تعریف حق و تکلیف، به عناوین اجتماعی مقید نیست، بلکه عناوین انسانی در شریعت اهمیت بیشتری دارد. درحقیقت، شارع با آگاهی از نیازهای انسانی مکلف، برای او حقوق و تکالیفی تعریف می‌کند تا او بتواند رشد انسانی داشته باشد. آن جنبه از حقوق و تکالیف که بالحاظ عقل و اراده انسان برای او جعل شده و

در آن‌ها شأنیت یا فعلیت ارزش‌های الهی و انسانی لحاظ گردیده، به عنوان انسانی متوجه‌اند. در این حقوق، استقرار ذی‌حق در جامعه یا در یک گروهی لحاظ نشده است. معنای عدم لحاظ استقرار در جامعه یا گروه، این نیست که برای انسان تنه‌ای در یک جزیره حقوقی قابل تعریف است، بلکه به این معناست که در تعریف برخی از حقوق، استقرار در جامعه ملاحظه نشده است؛ مانند حق حیات، اما حقی مانند داشتن شغل یا درآمد مناسب با لحاظ استقرار در جامعه قابل تعریف است. حق تعالی انسان را آفریده تا او را با آگاهی و اراده بندگی کنند و اگر برای او حقی تعریف می‌کند تا حیات او ادامه یابد، حکیمانگی انشای حق مستلزم لحاظ آن‌ها در غایت تعریف این حقوق است؛ اگرچه در تعلق این حق به انسان، عقل و اراده او لحاظ نشده است. به هر حال، این حقوق برای انسان تعریف می‌شود تا «انسان» باقی بماند. معنای هماهنگی جعل حق با فطرت انسانی، این است که برای جعل حق، اولاً و بالذات اولویت‌ها و شایستگی‌های فطرت انسانی لحاظ می‌شود و به تبع آن، اولویت‌ها و شایستگی‌های امور دیگر، چون طبیعت انسانی یا جامعه انسانی، لحاظ می‌گردد.

در اولین مرتبه این حقوق و تکالیف می‌توان از حق انسان برای حق‌مداری و دین‌داری نام برد که از جهتی حق و از جهتی دیگر تکلیف‌اند. حقوقی که بدون لحاظ عقل و اراده برای انسان جعل می‌شود، در مرتبه انشای تابع حقوقی است که با لحاظ عقل و اراده برای او تعریف می‌شوند؛ به تعبیر دیگر، لازم است حقوق دیگر هماهنگ با حقوق فطری باشند.

بالاترین ظلم به انسان این است که او را از دریافت حق و دین حق محروم کنند؛ چه در حق خود چنین کند و چه در حق دیگران. در آیات قرآنی ستمکارترین افراد چنین کسانی دانسته شده‌اند:

■ **وَمَنْ أَظْلَمُ مِمَّنْ مَنَعَ مَسَاجِدَ اللَّهِ أَنْ يُذْكَرَ فِيهَا اسْمُهُ وَسَعَىٰ فِي خَرَابِهَا** (بقره: ۱۱۴).

■ و کیست ستمکارتر از آن کس که نگذاشت در مساجد خدا، نام وی

برده شود، و در ویرانی آن‌ها کوشید؟

- وَمَنْ أَظْلَمُ مِمَّنْ ذُكِّرَ بِآيَاتِ رَبِّهِ فَأَعْرَضَ عَنْهَا وَنَسِيَ مَا قَدَّمَتْ يَدَهُ (کهف: ۵۷).
- چه کسی ستمکارتر است از آن کس که آیات پروردگارش به او یادآوری شده، اما از آن روی گرداند، و آنچه را با دست‌های خود پیش فرستاده، فراموش کرد؟

در مراتب بعدی حقوق فطری، حق انسان برای تعلیم و تربیت و حق انسان در تنظیم و تنسیق زندگی (نظام زندگی) را می‌توان نام برد. اهمیت این امور به قدری است که امیرمؤمنان علی علیه السلام، در روایتی محکم، پس از ضربت شمشیر این ملجم، در وصیت خود بر این دو مورد تأکید صریح می‌فرماید: «أوصيكمَا وَ جَمِيعَ وُلْدِي وَ أَهْلِي وَ مَنْ بَلَغَهُ كِتَابِي بِتَقْوَى اللَّهِ وَ نَظْمِ أَمْرِكُمْ وَ صَلَاحِ ذَاتِ بَيْنِكُمْ». 'نیاز به تعریف ملاکی برای مشروعیت کارها و تنظیم امور، به صراحت حاکم بر حقوق طبیعی و اجتماعی است و این حقوق ذیل این دو امر تعریف می‌شوند. البته در حقوقی مانند حق تعلیم و تربیت و حق نظام‌بخشی به زندگی، حقوق طبیعی و اجتماعی نیز به روشنی حضور دارند.

حقوقی که بدون لحاظ عقل و اراده برای انسان جعل می‌شود، در مرتبه انشای تابع حقوقی است که با لحاظ عقل و اراده برای او تعریف می‌شوند؛ به تعبیر دیگر، لازم است حقوق دیگر هماهنگ با حقوق فطری باشند. برای نمونه، حق تعالی انسان را آفریده تا او را با آگاهی و اراده بندگی کنند^۱ و اگر برای او حقی تعریف می‌کند تا حیات او ادامه یابد، حکیمانگی انشای حق مستلزم لحاظ آن‌ها در غایت تعریف این حقوق است؛ اگرچه در تعلق این حق به انسان، عقل و اراده او لحاظ نشده است. به هر حال، این حقوق برای انسان تعریف می‌شود تا «انسان» باقی بماند. معنای هماهنگی جعل حق با فطرت انسانی این است که برای جعل حق، اولاً و بالذات

۱- «شما دو نفر (امام حسن و امام حسین) و همه فرزندانم و خانواده‌ام و هرکس را که نوشته‌ام به دست او می‌رسد، به تقوی خدا و نظم کارهایتان و صلاح پیوند میانتان وصیت می‌کنم» (نهج البلاغه، نامه ۴۷).

۲- «وَ مَا خَلَقْتُ الْجِنَّ وَ الْإِنْسَ إِلَّا لِيَعْبُدُونِ» (ذاریات: ۵۶). علی بن ابراهیم قمی در تفسیر (ج ۲، ص ۳۳۱) می‌نویسد: «می‌فرماید آنان را برای امر و نهی تکلیف آفرید و در آفرینش آنان جبر برای بندگی نبود، بلکه آنان را با اختیار آفرید تا با امر و نهی بیامزاید که چه کسی فرمان‌بردار و چه کسی نافرمان است».

اولویت‌ها و شایستگی‌های فطرت انسانی لحاظ می‌شود و به تبع آن اولویت‌ها و شایستگی‌های امور دیگر، چون طبیعت انسانی یا جامعه انسانی لحاظ می‌شود. به همین دلیل، اگر کسی حقوق فطرت انسانی را رعایت نکرد، حقوق طبیعی یا اجتماعی او محدود خواهد شد تا حدی که حتی حق حیات نیز از او سلب گردد. مبنای تقسیم حق به عناصر عرضی این است که حق در جامعه تعریف می‌شود و برای انسان تنها جعل حق معنا ندارد؛ چه این حق از حقوق فطری باشد یا طبیعی و یا اجتماعی. در تقسیم عرضی حق، عناصری از حق شناخته می‌شود که بر هم ترتب ندارند، بلکه در عرض هم قرار دارند.

در تقسیم عرضی حق، دو معیار ملاحظه می‌شود:

الف) لحاظ یا عدم لحاظ نسبت «الف» با شخص «ب» در جعل حق برای او؛
 ب) لحاظ یا عدم لحاظ عقل و اراده در «الف» در جعل حق برای او.
 ابتدا حقوقی را بررسی می‌کنیم که در آن‌ها برای «الف» نسبتی میان او با دیگری لحاظ نشده است. با لحاظ معیار دوم، دو قسم حق برای «الف» قابل تعریف است: حقی که در آن، عقل و اراده برای «الف» لحاظ نشده و حقی که با لحاظ عقل و اراده برای او جعل شده است (یعنی در شرایط عدم عقل و اراده برای او چنین حقی تعریف نمی‌شود). با این بیان به دو قسم حق می‌رسیم: حق امتیاز و حق گزینش. اگرچه این دو قسم از عناصر حقوق، برای انسان در ظرف جامعه تعریف می‌شود، اما در نسبتی معین با حقوق و تکالیف شخص «ب» نیست.

حق امتیاز چنین تعریف می‌شود: «الف» درباره امری حق امتیاز دارد، اگر برای آن شایستگی داشته باشد و تکلیفی برای بهره‌نبردن از شایستگی اش وجود نداشته باشد. در حقوق ناشی از مالکیت، حق امتیاز بسیار برجسته است؛ همچنین، در بسیاری از حقوقی که برای شخصیت حقوقی غیرانسانی، مانند مسجد تعریف می‌شود و نیز در برخی حقوق کودکان و محجوران، حق امتیاز برجستگی ویژه دارد. حق گزینش چنین تعریف می‌شود: «الف» در خصوص امری حق گزینش دارد، اگر درباره آن یا ضد آن تکلیفی نداشته باشد. روشن است که تعریف حق گزینش

برای انسان، ملازم با لحاظ عقل و اراده برای اوست؛ زیرا گزینش مستلزم عقل و اراده است؛ گرچه تکلیف قانونی درخصوص یک طرف وجود نداشته باشد. گروه دوم حقوق، حقوقی است که با لحاظ نسبت «الف» با دیگری برای او تعریف می‌شود. باز با لحاظ معیار دوم، این حقوق دو دسته می‌شوند: حقوقی که با لحاظ عقل و اراده برای «الف» برای او تعریف می‌شود و حقوقی که بدون چنان نسبتی برای او تعریف می‌گردد.

اگر «الف» عقل و اراده داشته باشد، ممکن است قانون برای او حق تحمیل تکلیف بر «ب» یا منع حق از «ب» را ایجاد کند. اگر یک ضمانت اجرایی قانونی در اختیار «الف» باشد که او برای تحمیل تکلیف از آن بهره‌برد، از آن به «قدرت» یاد می‌کنند و اگر ضمانت اجرایی در اختیار خود «الف» نباشد، از آن به «درخواست قانونی» یاد می‌شود. «الف» دارای حق قدرت درباره امری شناخته می‌شود، اگر بتواند در نسبت «ب» با آن امر، مستقل از دلخواه «ب»، تغییری قانونی پدید آورد. در زبان شرعی شیعه از حق قدرت با عنوان «ولایت» تعبیر می‌کنند. «الف» دارای حق درخواست امری از «ب» است، اگر «ب» درخصوص تأمین آن امر برای «الف» تکلیف داشته باشد و «الف» مجاز به درخواست آن باشد. حق قدرت حقی به جز حق خواست است. برای نمونه، تأمین امنیت به وسیله حکومت از حقوق مردم است و مردم حق درخواست آن را دارند، اما این حق درخواست از مصدر ولایت نیست. حاکم حق دارد حق حیات یا حق آزادی یک جنایت‌کار را از او بگیرد، اما روشن است که حق حاکم برای سلب حق حیات یا حق آزادی از یک جنایت‌کار، تنها درخواستی قانونی نیست و تکلیفی را متوجه جنایت‌کار نمی‌کند. هرچند در بسیاری از موارد، حاکم درخواستی قانونی از مردم دارد و از این جهت تکلیفی متوجه مردم می‌شود، باید توجه داشت که این موارد، ترکیبی از حق خواست و قدرت است؛ زیرا حاکم، حق بهره‌گیری از قدرت را به عنوان ضمانت اجرایی خواست خویش دارد.

حقی که در نسبت «الف» با «ب» برای «الف» تعریف می‌شود، بدون اینکه برای «الف» عقل یا اراده تعریف شده باشد، «حق برائت» است. «الف» درباره امری حقّ برائت دارد، اگر برای «ب» قدرت قانونی یا خواست قانونی برای تغییر نسبت «الف» با آن امر تعریف نشده باشد. به تعبیر دیگر، چنانچه قانون برای «ب» حق تحمیل تکلیف بر «الف» یا منع حق از «الف» را ایجاد نکرده باشد، «الف» درخصوص ادعای «ب» علیه او حق برائت دارد.

هر حقی برای «الف» ملازم با تعریف حقّ ادعا برای اوست. «الف» در ازای تعریف هر حقی برای او، می‌تواند درباره منع حقّ از خود ادعا داشته باشد؛ یعنی اگر «ب» او را از حقّ خود منع کند، «الف» حقّ دارد علیه او ادعای قانونی داشته باشد.^۱ این تضایف میان حقّ و تکلیف، تضایف عام است. تضایف خاص، به معنای آن است که در تکلیف «ب» برای برآوردن حقّ «الف»، تنها حقّ درخواست قانونی وجود دارد.^۲

صورت ساده بیان حقّ به شکل «الف حقّ فلانی است» یا در قالبی صوری تر «... حقّی ... است» دیده می‌شود که بخش موضوعی دوجزئی است: جزء اول متعلق حقّ . که گاهی به آن موضوع حقّ می‌گویند. و جزء دوم ذی حق است. بسیاری اوقات متعلق حقّ ساده و یک جزئی نیست، بلکه قید یا مضافّ الیه دارد. برای نمونه، به این مثال‌ها در بیان حقّ می‌توان توجه کرد: «امنیت اخلاقی حقّ شهروندان است»، «آزادی برای کار خیر حقّ همگانی است» یا «تصرف در مال حقّ مالک است». در مثال اول «اخلاقی» به امنیت اضافه شده، در مثال دوم «کار خیر» با حرف اضافه «برای»، «آزادی» را مقید کرده و در مثال سوم نیز «مال» با حرف اضافه «در»، «تصرف در» را مقید نموده است. صورت مثال اول به این شکل است: «... حقّی ... است» و صورت مثال دوم و سوم به این شکل است: «... برای (یا حرف اضافه دیگر) ...

۱- مصباح بزدی، نظریه حقوقی اسلام، ص ۱۷۲.

۲- در این نظریه از نظریه هوفلد در بیان اقسام حق بهره گرفته شده است، اما تفاوت بسیاری میان این نظریه و نظریه‌ی هوفلد وجود دارد. برای مطالعه نظریه هوفلد نک: محمد راسخ، حقّ و مصلحت، ص ۲۰۴-۲۰۲، مقاله «کارل ولمن، مفهوم حقّ: سهم هوفلد».

حَقِّ ... است». معمولاً موضوع حَقِّ به مضاف‌الیه یا قید متعلق گفته می‌شود. در بیان تکلیف نیز مراد از موضوع تکلیف، اغلب همین جزء است.

حَقِّ امتیاز و حَقِّ گزینش با گزاره دومتغیری بیان می‌شوند: «الف امتیاز ج را دارد» یا «الف حَقِّ گزینش ج را دارد» که در آن، الف و ج هر دو تشخص دارند. مثلاً «مالک حَقِّ تصرف در ملک خود را دارد» یا «هر فرد حَقِّ انتخاب زوج خود را دارد». حَقِّ خواست با یک گزاره سه متغیری «الف حَقِّ ج برعهده ب دارد» بیان می‌شود که در آن، هم الف و هم ب تشخص دارند و حَقِّ ج هم معین است. مثلاً الف طلبکار، ب بدهکار و ج طلب بدهی است. قدرت نیز با یک گزاره سه متغیری بیان می‌شود: «الف قدرت ج بر ب دارد» که در آن، هم الف و هم ب تشخص دارند و قدرت ج هم معین است. مثلاً الف پدر، ب دختر او و ج اجازه ازدواج است. حَقِّ برائت نیز با گزاره سه متغیری بیان می‌شود: «الف از ادعای ج به وسیله ب بری است»، اما در این نحوه حَقِّ، لزومی به تشخص ب نیست؛ اگرچه الف و ج هر دو باید تشخص داشته باشند. مثلاً «هر فرد از اتهام بدون مدرک به وسیله هر فردی که باشد، بری است». به همین دلیل، حَقِّ برائت معمولاً با دو متغیر الف و ج بیان می‌شود.

نسبت نقض حق با جرم

جعل هر حَقِّی ملازم با تعریف حَقِّ ادعا برای ذی حق است و درباره هرگونه عدم دسترسی، او حَقِّ ادعای قانونی دارد. این تضایف میان حَقِّ و تکلیف، تضایف عام است و بنابراین، نقض این حقوق اقتضای مجازات دارد. در این اقتضا دو نکته قابل توجه است: الف) صرف مسئولیت در نقض حقوق، اقتضای مجازات را ایجاد می‌کند و این اقتضا تنها وابسته به عمدی بودن نقض مجازات نیست. ب) نقض حقوق از سوی خود شخص هم می‌تواند اقتضای مجازات داشته باشد. برای نمونه، اگر کسی حقوق فطرت انسانی خود را رعایت نکرد، حقوق طبیعی یا اجتماعی او محدود خواهد شد؛ تا حدی که حتی حَقِّ حیات نیز از او سلب می‌گردد. مجازات

ارتداد، لواط و زنا بر همین اساس قابل توجیه است. همچنین، در مواردی که جعل حق برای کسی ملازم با جعل تکلیف برای اوست و نقض حق به وسیله ذی حق به نقض تکلیف او می‌انجامد، اقتضای مجازات وجود دارد.

در فضای مجازی به اعتبار محیط‌ها، اشیا و ابزاری که در آن قرار دارد، حقوق و تکالیفی قابل تعریف است. اصل ورود به فضای مجازی و سود بردن آزادانه از آن می‌تواند حق هر فردی به‌شمار آید. ازسوی دیگر، کاربر بودن در فضای مجازی با تکالیفی همراه است که آن را قوانین ملی یا مفاد قرارداد با سرویس دهنده مشخص می‌کند. اگر این تکالیف پیش از آنکه چهره حقوقی به خود بگیرند، در چهره اجتماعی به صورت حق یا تکلیف شناخته شوند. مانند حقوق و تکالیف مربوط به حفظ حریم شخصی. قوانین بسیار قوی‌تر می‌توانند عمل کنند. وضع آیین‌نامه متناسب در هر ابزار مجازی، بنابر قوانین مالکیت معنوی می‌تواند از حقوق سازنده ابزار به‌شمار آید. ازسوی دیگر، با توجه به اینکه نبود آیین‌نامه‌های لازم، به کارکرد ابزار لطمه می‌زند و حقوق کاربران را در استفاده صحیح از ابزار تهدید می‌کند، تنظیم چنین آیین‌نامه‌ای از وظایف سرویس دهنده است. تدوین چنین آیین‌نامه‌هایی مختص نظام اسلامی یا نظام‌های قانونی رسمی نیست، بلکه در نظامی مانند آنارشیسم نیز برای هر کاربر فضای مجازی، افزون بر آنکه حق گمنام ماندن تعریف می‌گردد، بلکه یک وظیفه اجتماعی برعهده کاربران گماشته می‌شود تا با حضور در این ابزارها، در تأمین گمنامی کاربران فعالانه دخالت کنند. حفظ امنیت فضای مجازی، از سویی حق هر کاربر است و ازسوی دیگر، تکلیفی است که قانونی آن را الزام می‌کند و با تعریف ضمانت اجرایی برای این تکلیف، در صورت تخلف از آن، کاربر با مجازات روبه‌رو می‌شود.

البته فضای مجازی شامل مواردی است که کشف صاحب حق و صاحب تکلیف به راحتی میسر نیست. برای نمونه، می‌توان به جرم «فیشینگ» اشاره کرد. فردی می‌خواهد از طریق فضای مجازی به حساب بانکی خود وارد شود و صفحه‌ای که مقابل او باز شده، صفحه‌ای است دقیقاً مشابه درگاه بانک. مشتری با همین

تصور، شماره حساب یا کارت بانکی خود و نیز رمز ورود به حساب را وارد می‌کند و بلافاصله مجرم حساب او را خالی می‌کند. اکنون در این جا پول چه کسی دزدیده شده است؛ پول بانک یا پول مشتری؟ می‌توان استدلال کرد که این پول با خطای مشتری دزدیده شده و پول خود مشتری هم دزدیده شده است. بانک کلید ورود به حساب را به مشتری داده و این مشتری بوده که به خطا کلید را به مجرم داده است. پس بانک در این جریان تکلیفی ندارد و این مشتری است که باید به دنبال پول خود به دادگاه مراجعه کند. براساس این استدلال، کاربر جزء موظف به بررسی اصالت آدرس، مانند استفاده از آدرس مشابه، استفاده از آدرس‌هایی با کاراکترهای نامعمول و...، رسمی بودن آدرس و قابل اعتماد بودن سرور است، اما از سوی دیگر، انتظار چنین توانایی از کاربران عادی که بسیاری از آن‌ها افراد کم‌سواد، ناآشنا به اصول برنامه‌نویسی و هکینگ، ناتوان از بررسی خیانت مدیران سایت‌های بانکی و دیگر مشکلات فضای مجازی‌اند، به نظر خارج از حد توان بوده، به اصطلاح مالایطاق است. همچنین، این پول در اختیار بانک بوده که دزدیده شده، در حالی که بانک موظف بوده آن را حفظ کند. از سوی دیگر، بانک، هم می‌تواند نیروی متخصص کافی برای جلوگیری از فیشینگ استخدام کند و هم می‌تواند با تجهیز خود به هوش مصنوعی با پایش تراکنش‌ها، تراکنش‌های مشکوک را عملیاتی نکند و البته ثروت کافی برای انجام چنین کارهایی را هم دارد. بنابراین، از نظر فقهی، بانک‌ها قربانی حملات فیشینگ‌اند و باید پول مشتری به جای خود باقی باشد. انداختن بار شکایت برعهده مشتری نیز به تراکم پرونده‌های قضایی می‌انجامد و در نظام قضایی اختلال اساسی ایجاد می‌کند. به هر حال، چنین مواردی از حقوق مشکوک است و باید بررسی شود.

قاعده «نقض شدن مصالح عالیه اقتضای مجازات دارد»

یکی از استدلال‌های فقیهان متأخر بر قاعده «لکل معصیه تعزیر» قاعده منع اختلال نظام و لزوم حفظ آن است. مرحوم خوئی دلیل دوم بر قاعده یادشده را چنین بیان می‌کند:

■ اسلام به حفظ نظام مادی و معنوی و اجرای احکام در مجاری‌شان اهتمام دارد، و طبیعی است که این، اقتضای آن را دارد که حاکم هرکسی را که با نظام مخالفت کند، تعزیر نماید.^۱

البته «کسی که مخالف نظام است» با «کسی که فعلش به اختلال در نظام می‌انجامد» یکی نیست، اما به نظر می‌رسد مراد مرحوم خوئی دومی است و در تعبیر تساهل کرده است. در آثار فقیهان دیگری نیز این استدلال دیده می‌شود. مرحوم شیخ جواد تبریزی می‌نویسد:

■ حفظ نظام اسلامی در بلاد میان رعیت برعهده امام است. پس هرکس با فساد در نظامش اخلال می‌کند و تعدی بر غیر و مزاحمت برای دیگران ایجاد می‌کند، ادب و تعزیرش برعهده اوست؛ چنان‌که از سیره علی علیه السلام در موارد مختلف از روایات متفرقه روشن می‌شود؛ چه این منع و تعزیر با تسبیب باشد و چه با مباشرت.^۲

از هر دو قول روشن است که نسبت میان حفظ نظام و مجازات را اقتضایی می‌دانند. مرحوم خوئی به اقتضا تصریح می‌کند و مرحوم تبریزی تأدیب و منع را بر تعزیر عطف می‌نماید و روشن است که این دو امری دیگر غیر از تعزیرند. مرحوم اردبیلی برای جرم‌انگاری براساس قاعده منع اختلال نظام چنین استدلال می‌کند:

۱- موسوی خوئی، مبانی تکملة المنهاج، ص ۴۰۸.

۲- تبریزی، أسس الحدود و التعزیرات، ص ۲۷۰.

■ شکی نیست که در اداره جامعه، حفظ نظام، برپایی عدل و قسط و امنیت راه‌ها وابسته به تأمین آزادی‌ها و تبیین حدود آن با وضع قوانین و تأدیب متخلفان و مجازات مجرمان است؛ زیرا اگر فساق و اهل خلاف از عقوبت نترسند، برای جان و مال و آبرو حرمتی باقی نمی‌ماند، زندگی مختل و هرج و مرج فراگیر می‌شود. به این جهت، سیره عقلا در هر نحله و ملّتی وضع قوانین، تحدید آزادی‌ها و عقوبت متخلفان بوده است. اسلام نیز به دلیل شمولش بر همه نیازهای انسان در معاش و معاد به این امر اهتمامی تامّ دارد.^۱

در برابر، مرحوم گلپایگانی و آیت الله صافی با این مبنا مخالف‌اند. مرحوم گلپایگانی در نقد این مبنا بر آن است که گرچه کبرای این استدلال، یعنی حفظ نظام امور مادی و معنوی امت ضروری است و حق تعالی برای حفظ نظام، حدود مقرر، عقوبات و امر به معروف و نهی از منکر را در مراتب مختلف آن قرار داده است، اما عقل در حفظ آن با چیزی جز حدود، تعزیرات در موارد منصوصه در کتاب یا سنت، و امر به معروف و نهی از منکر در غیر این موارد، استقلال ندارد:

■ خلاصه اینکه، عقل به قبح اخلال در نظام و منع آن و نیز لزوم حفظ آن و بقای آن مستقل است، لیکن شارع برای تعیین راه‌های حفظ آن با انجام واجبات و ترک محرمات در قرآن کریم پا پیش نهاده: **وَلْتَكُنْ مِنْكُمْ أُمَّةٌ يَدْعُونَ إِلَى الْخَيْرِ وَيَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ** [آل عمران: ۱۰۴]؛ و باید امتی که به خیر دعوت می‌کنند و به معروف امر و از منکر نهی می‌کنند، از شما باشند] و آیات و روایات دیگر... و به تعبیر دیگر روشن‌تر از این: دفع اختلال عقلاً واجب است، هرگاه با آنچه شارع مقرر کرده و اقامه مقررات او ممکن باشد. پس قول به دفع آن از راه‌های دیگری که از شارع

۱- موسوی اردبیلی، فقه الحدود و التعزیرات، ج ۱، ص ۳۸.

حکیم بیان نشده، ممکن نیست؛ زیرا صرف حکم عقل به لزوم حفظ نظام و دفع آنچه در آن اختلال به شمار می‌آید، اصلاً اقتضای آن [تعزیر] را ندارد.^۱ اشکال مرحوم گلپایگانی قابل تأمل است؛ اگر شرع در برخی معاصی مجازات قرار نداده، ناشی از اهمال یا جهل نبوده، بلکه مصلحتی در عدم جعل آن دیده یا در جعل مجازات مفسده‌ای وجود داشته است، اما این استدلال را نمی‌توان با فراگیری پذیرفت. شاید در باب جرایمی که در دوران صدر اسلام بوده، نبود نص بر عدم جرم‌انگاری دلالت داشته باشد که در همان دوره هم نمی‌توان از نبود نص بدون قراین جانبی، چنین دلالتی را به صورت فراگیر پذیرفت، اما برای جرایم نوظهور نمی‌توان این استدلال را پذیرفت. به هر حال، امروزه جرایم بسیاری به وجود آمده که برای جامعه بسیار خطرناک‌اند و نمی‌توان برای دفع آن‌ها صرفاً به امر به معروف و نهی از منکر بسنده کرد. پیدایش میدان‌های جدیدی برای فعالیت‌های عمومی، مانند رسانه و فضای مجازی، اختراع ابزارهای جدید و کاربری عمومی آن‌ها که در آن زمان حتی به صورت افسانه قابل تصور نبود، تحول در نظام ارتباطات عمومی و مانند آن‌ها، فضایی پدید آورده که جرایمی کاملاً جدید در آن‌ها ایجاد می‌شود و درباره آن‌ها باید براساس قواعد کلی و سیاست‌های شرعی تصمیم گرفت. برای نمونه، برخی از انواع هک، مثلاً حمله DDOS، ارسال موج جعلی GPS که باعث اشتباه دستگاه‌های نزدیک است و برخی از انواع جعل امضا در فضای مجازی^۲ نمونه روشنی در فضای واقعی ندارند که بتوان برای جرم‌انگاری در این موارد به نصوص مراجعه کرد.

آیت‌الله صافی در نقد این مبنا چند نقد مطرح می‌کند: (۱) کفایت مجازات‌های مقرر در شرع و قانونی بودن حکومت اسلامی (اشاره به اصل قانونی بودن) و جلوگیری از حکومت‌های استبدادی و مطلقه؛ (۲) امکان خطای حکام و قضات در تعیین

۱- موسوی گلپایگانی، الدر المنضود، ج ۲، ص ۱۵۴-۱۵۵.

۲- فرستادن درخواست زیاده از حد به یک سرور، به طوری که توان پاسخ‌گویی نداشته باشد.

۳- در فضای مجازی امضای یک متن دقیقاً تابعی از خود (متن + هویت) هست. اگر بتوانیم یک متن دیگر مثل x پیدا کنیم که (x + متن) همان امضا را داشته باشد، نوعی از جعل امضاست که در فضای مجازی ممکن است.

جرم و مجازات در غیر معصوم؛ ۳) نقض به حدود، یعنی همان گونه که مجازات های حدی به حاکم واگذار نشده، عدم مجازات هم به حاکم واگذار نشده است. ۴) استلزام با عدم تحدید در نوع مجازات، اگر جرم انگاری و مجازات در اختیار حاکم باشد، او می تواند با جرح اعضای بدن نیز مجازات نماید. نقد اول وی صورت قوی تری از نقد مرحوم گلپایگانی است، اما چنان که بیان شد، نمی توان به تعزیرات منصوص در قرآن و روایات بسنده کرد. نقدهای دیگر وی نشان می دهد که برای جرم انگاری و نیز تعیین مجازات برای آنها، باید حدودی از نصوص یافت شود و این اختیار بدون تعیین حدود به حکومت ها داده نشود، اما اقتضای اختلال در نظام را با جرم انگاری نفی نمی کنند.

در فضای سایبری کارهایی انجام می شود که می تواند کل نظام را با خطر مواجه کند. در سال ۲۰۱۹ طی یک حمله گسترده سایبری به تمامی زیرساخت های اینترنتی جهان، شاهد بودیم که شبکه اینترنت در تمام جهان دچار اختلال شد. این جرم نه فقط نظام اسلامی، که همه نظام های موجود در فضای مجازی را تهدید کرد و این تهدید به روشنی به فضای واقعی سیاسی-اقتصادی منتقل می شود. ازسوی دیگر، جرایمی مانند بدافزارهای استاکس نت، فلیم و ... با تهدید نظام امنیتی و حق حیات مسلمانان، به ویژه ایران طراحی شدند که با ایجاد انفجاری هسته ای در فضای حقیقی، نظام اسلامی را با مشکل مواجه کنند. باج افزارها و تبلیغات افزارها نیز در برهه هایی موفق شدند برضد نظام اقتصادی، امنیتی یا فرهنگی به جد فعالیت نمایند.

موانع و سایق‌های جرم‌انگاری

ما در این جاسه مسئله را باید از هم تفکیک کنیم: الف) جرم‌انگاری؛ ب) منع قانونی، اما بدون جرم‌انگاری؛ ج) سیاست‌گذاری برای منع. چنان‌که بیان شد، در جرم‌انگاری مجازات هم پیش‌بینی می‌شود. در منع بدون جرم‌انگاری، مجازات وجود ندارد، اما قانون با تمسک به ضمانت‌های اجرایی، منع را اعمال می‌کند. این ضمانت‌های اجرایی، می‌تواند از سنخ ورود به جریان معامله باشد. پیدایش فضای مجازی، امکان توسعه این قوانین را بیشتر می‌کند. برای نمونه، وقتی پدری از دادن نفقه فرزند خودداری می‌کند، از آنجا که حقوق اشخاص به حساب بانکی واریز می‌شود، دسترسی مقام به آن حساب و برداشت نفقه فرزند از آن به آسانی ممکن است. سیاست‌گذاری، ایجاد سایق به سمت هدفی مطلوب یا ایجاد موانع در مسیر اهداف نامطلوب است. سیاست‌گذاری می‌تواند با نهادینه کردن فرهنگ مناسب در جامعه باشد که از تربیت در نهاد خانواده، و آموزش در نهاد آموزش آغاز می‌شود تا به نهادهای بالادست‌تر برسد. توان مشوق‌ها و مجازات‌های غیررسمی بسیار بیشتر از مجازات‌های رسمی است و هیچ جامعه‌ای نباید استفاده از این ابزار را کم‌رنگ نماید. در فضای مجازی با مذاکره و معامله با سرویس‌دهندگان می‌توان زمینه بسیاری از جرایم را برداشت. گاه با یک سیاست‌گذاری ساده ممکن است هدف، تا حد قابل قبولی حاصل شود. برای نمونه، برای ترغیب مردم به استفاده از سرویس‌های داخلی، هزینه اینترنت داخلی کمتر از خارجی باشد یا به سرویس‌دهنده‌های خارجی اجازه نصب سرور در داخل داده نشود؛ در این صورت، هزینه سرویس‌های خارجی از جهات مختلف بالا می‌رود و تمایل به استفاده از سرویس‌های داخلی بیشتر می‌شود. بنابراین، وقتی از عدم جرم‌انگاری فعلی سخن به میان می‌آید، مراد رها کردن موضوع نیست، بلکه تغییر موضع در خصوص موضوع است تا با راه‌حل‌های دیگر به هدف برسیم. بنابراین، جرم‌انگاری نخستین راه حل

نیست و بلکه به تعبیر بسیاری، آخرین راه است، اما به جز این نکته، تمسک به این راه حل موانعی نیز دارد.

در مباحث پیشین، سه قاعده برای جرم‌انگاری مطرح گردید که در آن‌ها نقض شریعت، نقض حق و نقض مصالح عالی شرعی دارای اقتضای جرم‌انگاری شمرده شد، اما چه عواملی وجود دارد که مانع ملازمه میان این موضوعات با جرم‌انگاری می‌شود؟ گرچه به برخی از موانع به صورت پراکنده اشاراتی شده بود، در این بخش از پژوهش، به این موانع با دقت و تفصیل بیشتری می‌پردازیم.

قاعده اول جرم‌انگاری بیان می‌کرد که نقض شریعت، اقتضای جرم‌انگاری دارد. چنان‌که بیان شد، ملاک جرم‌انگاری تعریف مجازات رسمی حکومتی برای یک فعل است، اما موارد متعددی از نقض شریعت وجود دارد که روایتی در باب تعیین مجازات حکومتی برای آن وجود ندارد. نبود روایت در یک موضوع، شاید چندان مهم نباشد، اما وقتی موضوعی از مسائل عادی روزمره، و به تعبیر عرفی «کف خیابانی» باشد، نبود روایت قابل توجه می‌شود. پیش‌تر به مسائلی مانند غیبت، نفاق، بدحجابی و مانند آن‌ها اشاره شد که نمی‌توان از نبود روایاتی در باب تعزیر آن‌ها به سادگی گذشت. جرم‌انگاری که از حد بگذرد، مشکلاتی پدید می‌آورد؛ به ویژه در فضای مجازی می‌تواند تبعات سنگین و گسترده‌ای داشته باشد. در روایات پیشوایان معصوم علیهم‌السلام موارد متعددی دیده می‌شود که با توجه به این تبعات سنگین از مجازات صرف نظر شده است. برای نمونه، رسول الله صلی‌الله‌علیه‌وآله‌وسلم در خبر معتبری می‌فرماید:

■ **لَوْ لَا أَنِّي أَكْرَهُ أَنْ يُقَالَ إِنَّ مُحَمَّدًا اسْتَعَانَ بِقَوْمٍ حَتَّىٰ إِذَا ظَفِرَ بَعْدُوهُ قَتَلْتَهُمْ لَضَرَبْتُ أَعْنَاقَ قَوْمٍ كَثِيرٍ!**

■ اگر ناپسندم نبود که گفته شود محمد از قومی کمک می‌گیرد تا بر دشمنش چیره شود، سپس آنان را می‌کشد، گردن بسیاری را می‌زدم.

برای نمونه، از عوارض جرم‌انگاری گسترده می‌توان به رواج هرچه بیشتر ابزارهای رمزآنا رشیستی، مانند فیلترشکن‌ها اشاره کرد که برای کاربران در ارتکاب گناه حاشیه امن پدید می‌آورد و حتی آن‌ها را به گناه ترغیب و بلکه از حاکمیت دولت اسلامی خارج می‌کند. این نکته در فضای حقیقی نیز مانع جرم‌انگاری می‌شود. این خطر، خطری است که اهل بیت علیهم‌السلام نیز به خاطر آن و بلکه کمتر از آن، حدود الهی را تعطیل کرده‌اند. امیرمؤمنان علی علیه‌السلام می‌فرماید:

■ لَا أُقِيمُ عَلَى رَجُلٍ حَدًّا بِأَرْضِ الْعَدُوِّ حَتَّى يَخْرُجَ مِنْهَا مَخَافَةَ أَنْ تَحْمِلَهُ الْحَمِيَّةُ فَيَلْحَقَ بِالْعَدُوِّ!^۱

■ من در زمین دشمن، حدی بر مردی اقامه نمی‌کنم، تا از آن خارج شود؛ از ترس اینکه خشم و عصبیتش بر وی سوار شود و به دشمن پیوندد.

اگر حاکم با جرم‌انگاری برای هر معصیت، تنبیهی در نظر بگیرد، بدون آنکه در پی امر به معروف، نهی از منکر و نیز مذاکره و معامله با کاربران داخلی و خارجی باشد، آن‌گاه فضای مجازی خود به خود به سمتی حرکت خواهد کرد که حاکمیت ملی را از اعتبار ساقط کند و این خطر از خطری که امیرمؤمنان علیه‌السلام از آن می‌ترسید، به مراتب بزرگ‌تر است. نمونه این مشکل را در استفاده بی‌رویه از فیلترینگ در ایران می‌بینیم. در اوایل استفاده از فیلترینگ، این روش به عنوان مجازات سایت‌های غیراخلاقی و مخالفان جمهوری اسلامی موفق بود و همگان تصور کردند که این موفقیت قابل تداوم است، اما روش‌های عبور از فیلترینگ به موازات آن گسترش یافت و فیلترینگ تلگرام، جامعه را با مسئله‌ای جدید روبه‌رو کرد.^۲ در فضای مجازی، فیلترینگ می‌تواند مجازاتی رسمی برای محیطی مجازی باشد. از مهم‌ترین پیامدهای این مجازات آن است که ابزارهای رمزآنا رشیستی موسوم به فیلترشکن در جامعه رواج پیدا کردند و در نهایت، نظارت نظام اسلامی از بخش بزرگ‌تری از

۱- شیخ طوسی، تهذیب الأحکام، ج ۱۰، ص ۴۰.

۲- یادآوری این نکته جالب است که فیلترینگ تلگرام به حکم بازپرس وقت شعبه دوم دادسرای فرهنگ و رسانه، بیژن قاسم‌زاده انجام شد که مدتی بعد به اتهام اقتصادی دستگیر گردید.

داده‌ها (بیشتر از تلگرام) محروم شد. استفاده از ابزارهای فیلترشکن در فضای مجازی، دقیقاً هم‌ارز با خروج از مُلک اسلامی است و این خطر بزرگ‌تر از خطری است که امیرمؤمنان علیه السلام به خاطر آن حدی از حدود الهی را اجرا نمی‌کند. گفتنی است به لحاظ فنی، امکان مسدودسازی همه ابزارهای گمنامی (فیلترشکن) جز با قطع عمومی شبکه اینترنت ممکن نیست. بنابراین، تا حد امکان باید با امر به معروف و نهی از منکر مانع گسترش گناه شد و در این راه عوارض دنیوی و اخروی گناه و نیز آثار مثبت دنیوی و اخروی ترک گناه را برای مردم تبیین نمود. افزون بر آن، می‌توان با قرارداد و معاملاتی با سرویس دهنده‌ها، بدون استفاده از مجازات فیلترینگ، برخی از زمینه‌های گناه را مسدود نمود.

به هر حال، وقتی جامعه تحمل حکمی شرعی را ندارد، نمی‌توان تخلف از آن حکم را جرم‌انگاری کرد؛ حتی اگر فرهنگ بخشی از جامعه گرایش به خلاف شرعی دارد، باز آن خلاف شرع را نمی‌توان جرم‌انگاری کرد. منظور از فرهنگ بخشی از جامعه، فرهنگ غالب نیست، بلکه اگر فرهنگ درصد قابل‌اعتنایی از جامعه نیز چنین گرایشی داشته باشد، همین حکم باقی است. راه حل در این موارد، امر به معروف و نهی از منکر و سیاست‌های برچیدن زمینه‌های گناه و ترویج ساقی‌های التزام به شریعت است؛ در غیر این صورت، اصل جامعه از دست می‌رود و گرایش جامعه به ترک کل شریعت و بلکه به سمت بی‌دینی، هم توسعه می‌یابد و هم عمیق می‌شود. قاعده کلی این است که اگر جرم‌انگاری به فسادی بالاتر از خود جرم بینجامد یا در عدم جرم‌انگاری مصلحت قوی‌تر وجود داشته باشد، جرم‌انگاری مشروع نیست. در حقیقت، همان‌طور که نقض مصالح عالی می‌تواند عامل جرم‌انگاری باشد، می‌تواند مانع جرم‌انگاری نیز باشد. این نکته موافق با دیدگاه آیت‌الله صافی است که پیش‌تر آمد؛ البته با تفاوتی مبنایی. آیت‌الله صافی با تأکید بر «مجازات» بیشتر به مفسده و مصلحت شخصی نظر دارد، اما این پژوهش با تأکید بر عنوان «جرم‌انگاری» و با رویکرد تقنین حکومتی بر مفسده و مصلحت نوعی نظر دارد. همچنین، قاعده دوم جرم‌انگاری اقتضای مجازات درباره نقض حق بود، اما نقض

حق، گرچه از سویی می‌تواند به جرم انگاری بینجامد، از سوی دیگر، ممکن است در جرم انگاری محدودیت‌هایی پدید آورد. برای نمونه، مجازات زن باردار یا دارای بچه شیرخوار، چون به نقض حق حیات و حق غذای فرزند او می‌انجامد، به تأخیر می‌افتد. همچنین، قواعدی مانند «التوبة»، «لاضرر»، «الاحرج»، «تقیه»، «اضطرار»، «المتنع عادة كالمتنع حقيقة»، «بطلان كل عقد بتعدر الوفاء بمضمونه»، «الضرورات تبيح المحظورات» و «الإسلام يجب ما قبله» از جمله قواعدی است که ممکن است از فعل مجرمانه رفع مسئولیت نمایند.

به‌طور کلی می‌توان گفت جرم انگاری نقض شریعت، برای زمان و مکانی است که شریعت، فرهنگ عمومی است و تخلف از آن، دارای سابق‌های فرهنگی و ساختاری در خود جامعه نیست، بلکه مسئول نقض شریعت، با تخلف عمدی یا غیرعمدی از سابق‌های فرهنگی و ساختاری جامعه، شریعت را نقض می‌کند. اما از سوی دیگر، اموری را می‌توان به‌عنوان سابق‌های جرم انگاری به‌شمار آورد؛ قواعدی مانند «المیسور لیسقط بالمعسور»، «وجوب تعظیم شعائر الهی»، «برائت از کفار و مشرکان»، «حرمت اعانه بر اثم»، «حرمت إهانت المحترمات في الدين»، «إلزام المخالفين بما أُلزموا به أنفسهم»، «جواز مقابله به مثل»، «المؤمنون عند شروطهم»، «اتلاف» و «الزعيم غارم» از سابق‌های جرم انگاری می‌توانند باشند. همچنین، ممکن است فعلی که به خودی خود جرم تلقی نمی‌شود، با ورود عناوین ثانویه بر آن، مانند هتک حرمت‌الله جرم انگاری شود.

نتیجه‌گیری

سه قاعده به عنوان قواعد پایه جرم‌انگاری شناخته شد:

۱) نقض شدن شریعت اقتضای جرم‌انگاری دارد.

۲) نقض شدن حق اقتضای جرم‌انگاری دارد.

۳) نقض شدن مصالح عالیه اقتضای جرم‌انگاری دارد.

ازسوی دیگر، برخی امور از موانع جرم‌انگاری شناخته شدند؛ مانند گرایش مردم به نقض شریعت یا عدم تحمل عمومی آن. به تعبیر دیگر، اگر در جامعه سایق‌های فرهنگی و ساختاری برای جرم باشد، خود جرم‌انگاری می‌تواند به نقض حق یا نقض مصالح عالیه بینجامد و این امر ممکن است مانع جرم‌انگاری شود.

باید به محدودیت‌های این قواعد نیز توجه داشت. این پژوهش تنها قواعدی را معرفی می‌کند که اقتضای جرم‌انگاری دارند، اما ملازمه را بیان نمی‌کند و به همین دلیل، در بخش آخر به موانع و سایق‌های جرم‌انگاری اشاره شد. به علاوه، حکم قضایی نمی‌تواند به سادگی و بی‌واسطه به خود این قواعد ارجاع شود، بلکه قواعدی پایه‌ای برای جرم‌انگاری و تدوین و تصویب قوانین مربوط به جرم و مجازات است. از جمله مسائل حل‌نشده که این پژوهش ما را به آن متوجه می‌کند، این است که توضیح نمی‌دهد اقتضا، مانع و سایق چگونه با هم جمع می‌شوند و نیز کارشناس این کار و فصل‌الخطاب آن را نیز معرفی نمی‌کند. همچنین، این قواعد فی حد نفسه بیانگر شدت جرم یا تعیین‌کننده مجازات متناسب با آن نیستند. این نکات نیازمند تحقیقات جداگانه‌اند که برخی وجوه آن نیازمند مقالات پژوهش و برخی وجوه آن نیازمند پایان‌نامه‌های قوی است.

منابع و مآخذ

- قرآن کریم.
نهج البلاغة.
- ابن ادريس حلی، محمد بن منصور بن احمد، السرائر الحاوي لتحرير الفتاوى، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ دوم، ۱۴۱۰ق.
- امام خمینی، تحریر الوسیلة، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، چاپ اول، ۱۳۷۹/۱۴۲۱ق.
- باهری، محمد و میرزا علی اکبرخان داور، نگرشی بر حقوق جزای عمومی، بی‌جا: مجد، چاپ دوم، ۱۳۸۴.
- برقی، احمد بن محمد بن خالد، المحاسن، قم: دار الکتب الإسلامية، چاپ دوم، ۱۳۷۱ق.
- بهجت، محمدتقی، استفتانات، قم: دفتر حضرت آیت الله بهجت، چاپ اول، ۱۴۲۸ق.
- تبریزی، جواد، أسس الحدود و التعزیرات، قم: مطبوعه مهر، چاپ اول، ۱۴۱۷ق.
- ثقة الاسلام کلینی، محمد بن یعقوب، الکافی، تعلیق و مقدمه علی اکبر غفاری، تهران: دارالکتب الإسلامية، چاپ چهارم، ۱۴۰۷ق.
- جوان جعفری بجنوردی، عبدالرضا و سید محمد جواد ساداتی، «مفهوم قدرت در جامعه‌شناسی کیفری»، مجله پژوهش حقوق کیفری، سال سوم، شماره یازدهم، تابستان ۱۳۹۴.
- حسینی مراغی، سید میرعبدالفتاح، العناوین الفقهية، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۱۷ق.
- خوانساری، سید احمد، جامع المدارک في شرح مختصر النافع، تعلیق علی اکبر غفاری، قم: مؤسسه اسماعیلیان، چاپ دوم، ۱۴۰۵ق.
- درست بن منصور، «کتاب درست بن أبي منصور»، در: الأصول الستة عشر من الأصول الاولية، مجموعة من كتب الرواية الاولية في عصر الائمة المعصومين عليه السلام، تحقیق ضیاء الدین محمودی، با همکاری نعمت الله جلیلی و مهدی غلامعلی، قم: مؤسسه دار الحدیث الثقافية، چاپ اول، ۱۳۸۱/۱۴۲۳ق.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی عاملی، مسالک الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام، تحقیق گروه پژوهش مؤسسه معارف اسلامی، قم: مؤسسه المعارف الإسلامية، چاپ اول، ۱۴۱۳ق.
- شیخ صدوق، ابوجعفر محمد بن علی بن بابویه، من لا یحضره الفقیه، تصحیح و تعلیق علی اکبر غفاری، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ دوم، ۱۴۱۳ق.

- شیخ طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، تهذیب الاحکام، تصحیح سید حسن خراسان، تهران: دار الکتب الإسلامیه، چاپ چهارم، ۱۴۰۷ق.
- ، المسبوط فی فقه الإمامیه، تصحیح و تعلیق سید محمد تقی کشفی، تهران: المکتبه المرتضویه لإحیاء الآثار الجعفریه، چاپ سوم، ۱۳۸۷ق.
- ، النهایه فی مجرد الفقه و الفتاوی، بیروت: دار الکتب العربی، چاپ دوم، ۱۴۰۰ق.
- شیخ مفید، محمد بن محمد، المقتعه، قم: جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ دوم، ۱۴۱۰ق.
- صاحب جواهر، محمد حسن نجفی، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، تصحیح و تحقیق و تعلیق محمود قوچانی، طهران: دارالکتب الإسلامیه، چاپ دوم، ۱۳۶۳.
- صافی گلپایگانی، لطف الله، التعزیر، أحكامه و حدوده، قم: مرکز نشر آثار آیت الله العظمی صافی گلپایگانی، چاپ اول، بی تا.
- طباطبایی حائری، سید علی بن محمد، ریاض المسائل فی تحقیق الأحکام بالدلائل، تحقیق محمد بهره مند و محسن قدیری و کریم انصاری و علی مروارید، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام، چاپ اول، ۱۴۱۸ق.
- طبرسی، فضل بن حسن، مجمع البیان فی تفسیر القرآن، تهران: انتشارات ناصر خسرو، چاپ سوم، ۱۳۷۲.
- علامه حلی، حسن بن یوسف بن مطهر، تذکره الفقهاء، تحقیق گروه پژوهش مؤسسه آل البيت علیهم السلام، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام، چاپ اول، بی تا.
- علامه طباطبائی، سید محمد حسین، المیزان فی تفسیر القرآن، قم: دفتر انتشارات اسلامی جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ پنجم، ۱۴۱۷ق.
- فاضل آبی، زین الدین ابوعلی حسن بن ابي طالب یوسفی، کشف الرموز فی شرح مختصر النافع، تحقیق علی پناه اشتهااردی و آقاحسین یزدی، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ سوم، ۱۴۱۷ق.
- فاضل هندی، بهاء الدین محمد بن حسن اصفهانی، کشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحکام، تحقیق گروه پژوهش دفتر انتشارات اسلامی، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۱۶ق.
- فخرالمحققین، ابوطالب محمد بن حسن بن یوسف حلی، ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد، تصحیح سید حسین موسوی کرمانی و علی پناه اشتهااردی و عبدالرحیم بروجردی، قم: مؤسسه اسماعیلیان، چاپ اول، ۱۳۸۷ق.

- فیاض، محمد اسحاق، **منهاج الصالحین**، قم: مکتب سماحة آية الله العظمى الحاج الشيخ محمد إسحق الفياض، چاپ اول، بی تا.
- قمی، علی بن ابراهیم، **تفسیر قمی**، قم: دار الکتب، چاپ چهارم، ۱۳۶۷.
- کدخدایی، محمدرضا، «بررسی فقهی و حقوقی قاعده التعزیر فی کل معصية»، مجله فقه اهل بیت علیهم السلام، شماره ۵۴، تابستان ۱۳۸۷.
- گلدوزیان، ایرج، **بایسته‌های حقوق جزای عمومی**، تهران: نشر میزان، چاپ پنجم، ۱۳۸۰.
- گیدنز، آنتونی، **جامعه‌شناسی**، ترجمه منوچهر صبوری، تهران: نشر نی، چاپ بیست و سوم، ۱۳۸۷.
- محقق حلی، نجم‌الدین جعفر بن حسن، **شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام**، تحقیق و تعلیق عبدالحسین محمد علی بقال، قم: مؤسسه اسماعیلیان، چاپ دوم، ۱۴۰۸ق.
- مصباح یزدی، محمدتقی، **نظریه حقوقی اسلام**، قم: موسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی رحمته الله علیه، ۱۳۸۵.
- مکارم شیرازی، ناصر، **تعزیر و گستره آن**، گردآوری ابو القاسم علیان نژادی، قم: انتشارات مدرسه الإمام علي بن أبي طالب علیهم السلام، چاپ اول، ۱۴۲۵ق.
- ، **الفتاوی الجديدة**، تهیه و تنظیم ابو القاسم علیان نژادی و کاظم خاقانی، قم: انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیهم السلام، چاپ دوم، ۱۴۲۷ق.
- موسوی اردبیلی، سید عبدالکریم، **فقه الحدود و التعزیرات**، قم: مؤسسه النشر لجامعة المفید، چاپ دوم، ۱۴۲۷ق.
- موسوی خویی، سید ابوالقاسم، **مبانی تکملة المنهاج (موسوعة الامام الخویی)**، جلد چهارم، قم: مؤسسه احیاء آثار الامام الخوئي، ۱۴۲۲ق.
- ، **مصباح الفقاهة**، تقریر محمد علی توحیدی، قم: انصاریان، چاپ اول، ۱۴۱۷ق.
- موسوی گلپایگانی، سید محمدرضا، **الدر المنضود فی أحكام الحدود**، تقریر علی کریمی جهرمی، قم: دار القرآن الکریم، چاپ اول، ۱۴۱۲ق.