

قابلیت اجرای حد زنا از منظر فقه شیعه، قانون و عرف

میثم موسی زاده^۱ کیومرث کلانتری^۲ اصغر عباسی^۳ علی قربانی^۴

^۱ دانشجوی دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق، واحد چالوس، دانشگاه آزاد اسلامی، چالوس، ایران.

^۲ استاد گروه حقوق، دانشگاه مازندران، بابلسر، ایران (نویسنده مسؤول) kalantar@atnit.ac.ir

^۳ استادیار گروه، حقوق، واحد چالوس، دانشگاه آزاد اسلامی، چالوس، ایران.

^۴ استادیار گروه، حقوق، واحد چالوس، دانشگاه آزاد اسلامی، چالوس، ایران.

نویسنده مسؤول: kalantar@atnit.ac.ir

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۱۰/۱۴ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۶/۱۹

چکیده

رجم به‌عنوان یکی از مهم‌ترین کیفرهای حدی، قبل از دین اسلام و در قوانین دولت‌های پیشین و همچنین در کتاب آسمانی دین یهود، به‌عنوان مجازات جرم زنا محصنه یا جرائم دیگر، وجود داشته و که مورد تأیید فقهای اسلامی هم می‌باشد. بعد از انقضای عصر خلافت راشد و ظهور فرق اسلامی، مشروعیت رجم مورد اختلاف واقع شد. در برابر اکثریت مسلمانان که در مشروعیت این مجازات به استناد قرآن، سنت و اجماع تردیدی نداشتند، گروهی از خوارج و معتزله مشروعیت آن را انکار می‌نمودند و برخی از نواندیشان معاصر قائل به تجدیدنظر در اصل مشروعیت این مجازات شده‌اند. در خصوص تأثیر مقتضیات زمان در اجرای رجم، دو نگرش مطرح است. گروهی هیچ نقشی برای زمان قائل نیستند. در مقابل عده‌ای رجم را تابع مقتضیات زمان می‌دانند که تحولات زمان موجب تغییر و تبدیل آن‌ها می‌گردد. در اینکه احکام اسلامی کارساز و گره‌گشا است تردیدی وجود ندارد؛ اما بایستی احکام اسلامی را با ظرافت خاص و رعایت همه جوانب آن به اجرا درآورد. در نتیجه اجرای رجم زمانی جایز است که زمینه‌سازی‌ها و بسترسازی‌های فکری، تبلیغاتی و اجرایی لازم، انجام گرفته باشد. از آنجاکه در جوامع اسلامی معاصر چنین تدابیری صورت تجری نیافته است، لذا تصمیمی اسلامی خواهد بود که تا مهیا شدن شرایط لازم مجازات رجم اجرا نگردد.

کلیدواژه: عرف، حد زنا، سنگسار، مجازات اسلامی، جرائم جنسی

مقدمه

در تقسیم‌بندی رایج در کتاب‌های فقهی، از «جرائم جنسی»، به‌طور مستقل، بحث نمی‌شود، ولی در حقوق جزای عرفی، فصلی مستقل به این جرائم اختصاص می‌یابد. در تلقی رایج در کشورهای غربی، از بسیاری انحراف‌های جنسی که با رضایت صورت می‌گیرد، جرم‌زدایی شده و حساسیت‌ها بیشتر به مواردی چون تجاوز به عنف، خشونت جنسی و سوءاستفاده‌های جنسی ناظر است. از همین رو، در حقوق جزای عرفی، جرائم جنسی، دسته‌ای از «جرائم علیه اشخاص» به شمار می‌آید؛ هرچند برخی جرائم جنسی که گاه با عنوان «جرائم علیه عفت عمومی» متمایز می‌شود، تعرض به «عفت عمومی» است. معمولاً درباره ارائه تعریفی جامع‌و‌مانع از جرائم جنسی حساسیتی وجود ندارد. حتی در حقوق انگلستان که قانونی با عنوان «قانون جرائم جنسی ۱۹۵۶» و اصلاحات بعدی آن وجود دارد، جرائم جنسی تعریف نشده است، بلکه حکم مصادیق آن بیان شده است. مواردی هم که به‌ظاهر، تعریفی برای جرائم جنسی ارائه شده، چیزی بیش از شرح اسم نیست. برای نمونه، در تعریف جرائم جنسی بیان شده است: «هر جرمی که مستلزم رابطه جنسی یا هر عمل جنسی دیگری باشد، جرم جنسی نامیده می‌شود» (شفیعی سروستانی، ۱۳۹۵، ج ۱، ۶).

در آموزه‌های اسلامی، باهدف اصلاح و تربیت بزه‌کار، بازدارندگی خصوصی و بازدارندگی عمومی، با جرائم جنسی یا به تعبیر حقوقی، «جرائم ضد عفت و اخلاق عمومی» با شدت برخورد و مجازات سنگینی برای آن‌ها تعیین شده است. از جمله این آموزه‌ها، «زنا» جزو گناهان کبیره، بلکه از بزرگ‌ترین این گناهان به شمار آمده و تأکید شده که شدیدترین عذاب‌ها در انتظار زناکاران می‌باشد. در فقه جزایی اسلام نیز باهدف بازداشتن افراد از ارتکاب این عمل ناشایست، مجازات شدیدی برای آن در نظر گرفته شده است. در قانون مجازات اسلامی، جرائم جنسی یا جرائم ضد عفت و اخلاق عمومی، به دودسته کلی تقسیم می‌شوند؛ نخست جرائم مستوجب حد که شامل زنا، لواط، تفخیز، مساحقه و قوادی است و دوم، جرائم مستوجب

تعزیر که شامل روابط نامشروع یا عمل منافای عفت غیر از زنا، دایر یا اداره کردن مرکز فساد یا فحشا و تشویق مردم به فساد یا فحشا یا فراهم آوردن موجبات آن است.

۲. مفهوم جرم زنا

یکی از جرائم شرعی که به موجب قرآن و سنت مجرمیت آن‌ها اعلام شده است، جرم زنا می‌باشد. معمولاً برای تشخیص این جرم و انطباق اعمال ارتكابی با عناوین ممنوعه شرعی و حدود الهی باید به عرف رجوع کرد. زنا رابطه جنسی زن و مردی که اصالتاً بر یکدیگر حرام می‌باشند و شبهه‌ای هم در میان نباشد، زنا نامیده می‌شود. البته زنا یک مفهوم عرفی است و حقیقت شرعی برای آن متصور نیست لذا ماهیت و تعریف شرعی برای آن نمی‌توان قائل شد (شاه ملک پور، ۱۳۹۳، ۱۵). همچنین در مقام تشخیص جرم زنا فقها ضمن تعریف عنصر مادی آن به ادخال و ایلاج آلت تناسلی مرد در فرج زن به طوری که حشفه غائب شود و ملاک ادخال و ایلاج غیبوت عرفی است. به همین دلیل مقنن در ماده ۲۲۱ ق.م.ا اشعار می‌دارد: "زنا عبارت است از جماع مرد و زنی که علقه زوجیت بین آن‌ها نبوده و از موارد وطی به شبهه نیز نباشد". قابل ذکر اینکه در ایلاج، انزال (منی) شرط نیست (همان، ۱۵).

جمعی از فقها متقدم معتقدند که از جمله شرایط اجرای رجم در زنا محصنه آن است که زناکار بالغ و عاقل بوده و با زنی که بالغه و عاقله است زنا کرده باشد، در غیر این صورت فقط مجازات جلد (یک صد تازیانه) اجرا می‌شود (شیخ صدوق، ۱۴۱۵ ق، ۴۳۲؛ ابن براج، ۱۴۰۶ ق، ج ۲، ۵۲۱). به عبارت دیگر تنها با وجود شرایط مزبور رجم اجرا می‌شود و با فقدان هر یک از شرایط مزبور، مجازات رجم تبدیل به مجازات جلدی می‌گردد. در همین رابطه برخی فقها معاصر نیز ادله موافقین تخفیف (تبدیل رجم به جلد) را در فرض مزبور رد کرده و معتقدند اطلاق ادله احصان مستوجب رجم است جایی برای اصل برائت باقی نمی‌گذارد کما اینکه طرح نقصان حرمت و نقصان لذت جنسی هم از امور استحسان است. تعلیل مذکور در صحیحیه نیز مختص صبی است، یعنی از آنجائی که صبی مُدرک نیست، عمل جنسی متعارفی که در نکاح مطرح است، برای او متصور نیست، لذا زنا او با زن بالغه زنا کاملی نیست ولی این معنا در زنا مرد بالغ با دختر صغیره و زن دیوانه وجود ندارد و زنا کامل است (خمینی، ۱۴۰۴ هـ؛ ۴۱۸؛ خویی، ۱۴۲۸ هـ؛ ۲۴۱؛ مکارم شیرازی، ۱۴۱۸ هـ؛ ۲۸۷). در مجموع به نظر نگارنده بایستی در مفهوم زنا که امری است عرفی تأمل نمود. وجه تأمل نیز آن است که اساساً رابطه جنسی با صغیره یعنی دختری که در سن کمتر از ۹ سال (به فتوای مشهور) و زنی دیوانه که به لحاظ عقلی رفتارهای معقول و منطقی از او صادر نمی‌شود (و لاجرم در عمل جنسی نیز همانند یک انسان نرمال رفتار نمی‌کند)، شاید از مصادیق تعرض جنسی (آن هم از نوع بسیار زشت و قبیح) باشد. اما اینکه این عمل را زنا تلقی کنیم و واجد تمام جوانب لذت جویانه بدانیم، امری است که در عرف نیز چنین تلقی نمی‌کند و نهایتاً چنین اعمالی را اذیت و آزار جنسی می‌دانند.

در موضوع دیگری که ممکن است شبهه حادث شود این است که در تحقق عنوان زنا آیا انزال اسپرم شرط است؟ آیا تمتع جنسی لازم است یا اینکه ادخال صورت گیرد کافی است؟ تشخیص آن با چه مرجعی است؟ آیا معیار، دخول آلت مرد در شرمگاه زن نامحرم است یا اینکه لمس کردن زن نامحرم هم موجب اجرای حد زنا می‌گردد؟ و اگر مردی با استفاده از وسایل پیشگیری از بارداری (مانند: کاندوم) مرتکب زنا شود آیا مشمول حد می‌گردد؟ زیرا آلت او در حقیقت با شرمگاه زن تماس پیدا نمی‌کند و یا به دلیل دخول آلتش در شرمگاه زن نامحرم مستوجب حد می‌گردد؟ گروهی از فقها این شرط را با مراجعه و توسل به عرف منتفی می‌دانند (فاضل هندی، ۱۴۱۶ هـ ج ۱۰، ۴۴۸). زیرا، واژه جماع، وطی و مباضعه و ... از حقایق عرفی می‌باشند (همان، ۴۵۶) و همچنین شهید ثانی در این خصوص می‌فرماید: در تحقق زنا صرف دخول کفایت می‌کند و عرف بر این شهادت می‌دهد. ایشان با استشهد از عرف صرف دخول را صرف نظر از انزال و عدم انزال برای تحقق زنا کافی می‌دانند (شهید ثانی، ج ۹، ۳۰۷). به عبارتی یکی از شرایط احصان این است که کسی دارای همسری دائمی است که یغذو و یروح (یعنی از صبحگاه تا شامگاه) می‌تواند از او بهره‌برد و شرط تمتع جنسی در احصان و غیر احصان بودن مدنظر می‌باشد که بر زن و مرد حد رجم ثابت می‌شود یا خیر و نه اینکه در زنا تمتع جنسی لازم باشد همین که ادخال صورت گیرد زنا تحقق پیدا نموده است (شاه ملک پور، پیشین، ۵۶؛ مکارم شیرازی، جامع المسائل، مرکز پاسخگویی به احکام شرعی و مسائل فقهی^۱). در خصوص سؤال مبنی بر زنا بی که با وسایل پیشگیری از بارداری انجام می‌دهند باید بگوییم: با توجه به شرحی که گذشت که اگر

وسيله پيشگيري از بارداری (کاندوم) نازک باشد و از رسیدن حرارت شرمگاه زن و حصول لذت به مرد ممانعت نکند در این حالت تأثیری ندارد و حد بر آن‌ها ثابت می‌شود ولی در مورد مانع ضخیم، شاید اختلاف نظر وجود داشته باشد طوری که برخی مانع ضخیم را شبهه تلقی کرده و قائل به عدم اجرای حد هستند. اما باید بگویم که حد زنا به تماس آلت تناسلی مرد با شرمگاه زن ارتباطی ندارد بلکه مربوط به دخول است چه این دخول با وسایل پيشگيري از بارداری انجام شود و چه بدون این وسایل، هیچ ارتباطی در بین این دو موضوع وجود ندارد. همین که ادخال صورت گیرد زنا تحقق پیدا نموده است.

۳. عناصر سازنده اقتضای زمانی تغییر احکام شرعی

مقتضیات زمان می‌تواند در تغییر احکام شرعی مؤثر واقع شده و آن‌ها را متحول و دگرگون نماید و نیز اینکه، آنچه بر قوانین و احکام شرعی تأثیرگذار بوده و آن‌ها را به طرف تحول و تغییر سوق می‌دهد نفس زمان نیست، بلکه بستری است که عواملی همچون عرف، مصالح و مفاسد و ... در آن بستر، نقش دگرگونی در قوانین و احکام شرعی را ایفا می‌کنند. بنابراین بحث و بررسی عناصر سازنده اقتضای زمان و میزان تأثیر هر یک از آن‌ها در تغییر احکام شرعی در تبیین هر چه بیشتر موضوع مؤثر به نظر می‌رسد. لذا در این قسمت به بررسی عنصر سازنده اقتضای زمان همچون تغییر و تحول عرف از دیدگاه فقه اسلامی، بنیادهای نظری مسلمانان و فرازمانی بودن اجرای رجم از منظر فقه پرداخته خواهد شد.

۳-۱. تغییر و تحول عرف از دیدگاه فقه اسلامی

عرف پدیده‌ای تحول‌پذیر است. وجود این ویژگی باعث گردیده که هرگاه عرف در جامعه دارای کارایی لازم نباشد، جای خود را برای عرفی سازگار و کارا خالی سازد. این تحول و دگرگونی در عرف به‌ناچار تحول و دگرگونی حکم و فتوا را در پی خواهد داشت که گریزی هم از آن نیست. اینکه مفاهیم یا عناوین مجرمانه و معیارهای جرم‌انگاری اعمال نه از اراده شخصی پیامبر بلکه از عرف‌های رایج در عصر رسالت اخذ می‌شده‌اند و همین مفاهیم و معیارهای عرفی پس از عرضه بر محک شریعت و تهذیب و تنقیح آن‌ها، تقریر و تحکیم می‌شده‌اند. جرم‌انگاری در حوزه اعمالی رخ می‌دهد که دارای قبح عرفی بوده و از نظر عرف عصر، بغی و فحشاء و منکر و اعتداء محسوب می‌شده‌اند. مجازات مقرر برای این اعمال هم، همان مجازات‌های معهود در عرف و مقبول نزد مردم بوده است. صاحب سنت که مأمور بود به زبان قوم و به‌قدر عقل و در سطح مدنیت آن سخن بگوید، لاجرم می‌بایست در حوزه عمل هم در مسیر عرف قوم و در حد ظرفیت‌های فکری و مدنی آنان گام بردارد و به تدبیر امور بپردازد. از این رو آنچه از عرف جزائی عصر رسالت مقبول و منصفانه و منطبق بر مفاهیم بنیادین و درخور فهمی چون عدل و انصاف می‌نمود تقریر و امضا می‌شد و مقررات غیرمعقول و متضمن انتقام و اعتداء که گویی عرفا هم به انتظار مصلحتی نشسته بودند، تصحیح و تعدیل می‌شد. (امیدی، ۱۳۸۸، ۲۹) به نظر می‌رسد چون مجازات رجم از احکامی است که در سنت زمان پیامبر (ص) بوده و از شریعت یهود گرفته شده بود و پیامبر (ص) نیز نمی‌توانست به یک‌باره با آن مخالفت نماید لذا آن را به‌عنوان یک امر عرفی امضاء نمود به‌گونه‌ای که اگر آن عرف دگرگون گردد و زمانی دیگر فرا رسد شارع طالب بقاء و حفظ آن نیست.

علاوه بر این‌ها، نمی‌توان انکار کرد که امروزه مسائل انسانی، به‌ویژه در حوزه اجتماعی و عرف جوامع انسانی، به‌شدت متحول شده است و بسیاری از مسائل که در زمان پیامبر (ص) از دیدگاه عرف جامعه و مردم آن زمان، عادلانه، عقلانی و بهنجار محسوب می‌شد، امروز ظالمانه، ناهنجار و برخلاف سیره عقلا به حساب می‌آید. در نتیجه مجازات رجم نیز مشمول این تغییرات و تحولات جدأ عمیق شده است لذا می‌توان فعلاً از اجرای آن صرف‌نظر نمود. نتیجه اینکه عرف برخلاف تصور و در حقوق کیفری یک منبع مطرود و معطل نیست و بلکه حتی در زمینه جرم‌انگاری و جرم‌زدایی کارکرد اساسی دارد. کارکردی که عملاً موجب تنوع‌پذیری مفهوم جرم و نسبی بودن آن می‌گردد. بنابراین تغییر در عرف می‌تواند به‌عنوان عاملی مؤثر و کارآمد در تغییر و اصلاح مجازات رجم تلقی گردد.

۳-۲. بنیادهای نظری مسلمانان

اجرای رجم اظهارنظرهای متفاوتی را به دنبال داشته است. برخی اجرای آن را موجب پیشگیری از گسترش فساد در جامعه می‌دانند و معتقدند که اجرای آن در هیچ حالتی تعطیل‌بردار نیست. اما در مقابل، عده‌ای بر این عقیده‌اند که اجرای رجم باعث وهن اسلام می‌گردد و معتقدند که این اقدام، حیثیت بین‌المللی دین اسلام را زیر سؤال می‌برد، بنابراین با توجه به مقتضیات عصر و تحول و دگرگونی شرایط باید از انجام دادن آن پرهیز کرد. نظر به اهمیت بحث، در اینجا به طرح دیدگاه‌های مختلف از سوی موافقان و مخالفان پرداخته می‌شود.

موافقان اجرای مجازات رجم معتقدند که حدود جزو احکام اولیه‌ای هستند که در صورت پیاده شدن، منافع زیادی برای اجتماع مسلمین به بار می‌آورد. آن‌ها دخالت دادن تحول زمان در اجرای حدود را اشتباه دانسته و تعطیلی حدود اسلام- رجم- و تغییر دادن آن‌ها را نوعی بازی کردن با احکام خداوند می‌دانند (حرعاملی، بی‌تا، ج ۱۸، ۳۰۷؛ النسائی، ۱۹۹۱، ج ۸، باب ۷، ح ش ۴۹۰۵، ۷۵-۷۶).

در مقابل گروه اول، عده‌ای معتقدند که احکام شرعی تابع مقتضیات زمان بوده و با تغییر زمان و دگرگونی شرایط، احکام نیز تغییر می‌یابند. بر مبنای این استدلال، احکام کیفری و مجازات‌هایی که در قرآن و سنت معین شده است به اقتضای زمان و به اتکای اجتهاد قابل تغییرند؛ زیرا از نظر حقوقی، گناه و مصادیق آن، حکم است و حکم، امری است کلی و لذا ثابت، از این رو اموری چون دزدی، زنا، قتل و ... همیشه حرام و گناه است، اما کیفر آن می‌تواند متغیر باشد، چون کیفر، امری قضایی است و قضاء امری جزئی و قابل تغییر است. مجازات شرعی که شارع برای حفظ مصالح عبادی تشریح فرموده با توجه به عرف و مقبولیت بوده، در زمان رسول خدا (ص) چون سوزاندن مجرم، مرسوم نبود، لذا مورد تأیید و عمل قرار نگرفت! (تبریزی، ۱۳۸۷، ۱۲۷-۱۲۸).

دیدگاه این گروه صحیح به نظر می‌رسد؛ زیرا مجازات‌های شرعی تابع مصالح و مفاسد بوده و با توجه به عرف زمان خاص خود تشریح شده‌اند و چون عرف جوامع پیشین متفاوت از عرف جامعه معاصر می‌باشد؛ لذا مجازات شرعی نیز با توجه به تغییر عرف، تغییر می‌یابند. علاوه بر این ضرورت و مصلحت موجب گردیده تا فقها و اندیشمندان اسلامی دیدگاه‌های خود را با تغییر و تحولات زمان تطبیق نموده و حکمی متناسب با عرف جامعه عصر خود ارائه دهند و این به معنای تعطیل نمودن حدود الهی نیست؛ بلکه بدین معناست که احکام و مقررات فقهی و حقوقی با عرف جامعه کنونی متناسب باشد. چون عرف جوامع باگذشت زمان تغییر خواهد نمود (شبستری، ۱۳۷۹، ۴۷).

۳-۳. فرازمانی بودن اجرای رجم از منظر فقه

برخی از فقها هیچ نقشی برای زمان قائل نیستند و اظهار می‌دارند اگر قانونی در زمانی ناموجه و نامفهوم بنماید نه به دلیل نامطلوب بودن آن قانون، بلکه به دلیل عدم بلوغ فکری و نقصان رشد انسان است، در نتیجه، احکام الهی فراتر از زمان است (دهقان، ۱۳۷۶، ۷۵). با این بیان، دلیل عدم انطباق قوانین اسلام با مقتضیان زمان، عدم آگاهی انسان بر زوایای مختلف آن است و اجرای حدود الهی را حلال مفاسد اجتماعی می‌دانند و می‌گویند: با اجرای حدود الهی، فساد و فحشا از کشور رخت خواهد بست و جامعه سلامت خود را باز خواهد یافت (گنجی، ۱۳۸۰، ۲۶).

بنا بر دیدگاه این دسته، مجازات رجم ثابت و دائمی بوده و در همه زمان‌ها قابل اجراست و تغییر نمی‌یابد. پیداست نتیجه چنین نظر و برداشتی از دین هر چند که صاحبان این نظریه طالب آن نباشند این خواهد بود که اسلام یک دین متحجر بوده و منطبق با زمان نیست و احکام و قوانین آن در عصر حاضر قابلیت اجرا نخواهد داشت و باید به کلی مانع پیشرفت‌ها در علوم دینی شد و نهایتاً دین با جامعه فعلی و علوم جدید بیگانه بوده و به علت عدم قابلیت اجرای مقررات آن، باید دین را از صحنه سیاست دور ساخت. لذا دیدگاه مذکور به این منجر خواهد شد که، این دسته از فقها در آراء و دیدگاه‌های خود هیچ‌گونه توجهی به پیشرفت‌های علمی، خصوصاً در زمینه مسائل جنایی و کیفری، ننموده و صرفاً با تکیه بر دیدگاه فقه‌های گذشته، اجرای رجم را ضروری دانسته‌اند.

بنابراین به نظر می‌رسد اولاً؛ همان‌طور که پیش‌تر بیان شد. عرف جامعه کنونی ما با عرف عصر پیامبر (ص) متفاوت است. پیامبر (ص) در اتخاذ تدابیر و طرق رویارویی با رفتارهای ناقص ارزش‌های فرا تاریخی به نوعی فرزند زمان و برآمده از عرف عصر خویش بوده‌اند. اقتدا و تأسی به ایشان هنگامی صدق می‌کند که آن اهداف و ارزش‌های فرا تاریخی در هر مقطع از زمان از راه‌ها و به روش‌های درخور همان مقطع زمانی پیگیری شوند. در نتیجه وضع کردن مجازات رجم توسط پیامبر (ص) خاص عرف جامعه زمان آن حضرت بوده است. و چون تغییر عرف، تغییر حکم را به دنبال خواهد داشت لذا ممکن است اجرای چنین مجازاتی در عصر کنونی به نوعی خلاف عرف باشد. ثانیاً؛ اینکه گفته شود عدم اجرای رجم و جایگزین

کردن زندان به جای آن در حقوق جزای عرفی موجب رضایت و خشنودی مردم نشده است و بستگان فرد مورد تجاوز، مرتکب جرم را به شکنجه‌هایی به مراتب سنگین‌تر از رجم از پای درآورده‌اند. کلیت ندارد و چه بسا عده‌ای از مردم موافق عدم اجرای آن باشند. اخیراً در برخی از کشورهای اسلامی هم آن را اجرا نمی‌کند و خواستار جایگزین کردن تعزیرات به جای آن می‌باشند.

۴. میزان تأثیرپذیری احکام شرعی از تحولات عرفی

احکام شرعی به لحاظ نیازهای ثابت و متغیر انسان به احکام ثابت و احکام متغیر تقسیم می‌شوند. پیامبر اکرم (ص) معیار لازم جهت تشخیص احکام ثابت از احکام متغیر را، عقل و وحی تعیین فرموده است و بر خود و بر دیگران واجب دانسته که بدون تغییر و تبدیل و کم‌وزیاد عیناً به آن عمل کنند. ایشان درباره اموری که تعیین حکم آن‌ها واقع در محدوده عقل و علم و تجربیات بشری است را معلوم نکرده است و حکم آن‌ها را از کسی منع نکرده است، بلکه عملاً نظر متخصصین را درباره تعیین حکم آن‌ها، بر نظر خود ترجیح داده است. (احمدیان، ۱۳۸۲، ۲۱۷ - ۲۲۰)

نتیجه این‌که همه اقسام احکام شرعی ثبوتاً امکان تأثیرپذیری دارند و اثبات نیز در مواردی تغییر یافته‌اند (موقت و مقطعی یا دائم) (دهقان، ۱۳۷۷، ۷۲). بنابراین زمان نه تنها بر موضوعات یا اجتهاد و فتاوا تأثیر دارد، بلکه بر همه احکام شرعی نیز تأثیر می‌گذارد. به نحوی که تغییر زمان باعث تغییر این احکام می‌شود. زیرا احکام شرعی تابع مصالح و مفاسد هستند.

گفته شد که آنچه بر قوانین و احکام شرعی تأثیرگذار هستند و آن‌ها را به طرف تحول و تغییر سوق می‌دهند؛ نفس زمان نیست و بلکه بستری است که عوامل و مؤلفه‌های دیگر در این بستر نقش محتوم دگرگونی در قوانین و احکام شرعی را ایفا می‌کنند. مهم‌ترین و مشهورترین این عوامل که تأثیرگذاری زمان با استعانت از آن‌ها معنا می‌یابد عبارت‌اند از: عرف، سطح زندگی عمومی، پیشرفت علم و تکنولوژی، مصالح و مفاسد، که با توجه به اینکه این مطالب خارج از موضوع مورد مناقشه می‌باشد لذا در ادامه فقط مهم‌ترین این دلیل که همان عرف می‌باشد مورد بررسی قرار خواهد گرفت. عرفیات جامعه یکی از مؤلفه‌هایی است که به علت مرور زمان در آن تغییر و تحول رخ می‌دهد. ممکن است عرف هر عصری با عصر دیگر تفاوت داشته باشد. (کاتوزیان، ۱۳۷۷، ج ۱ و ۲، ۳۷۴). در رابطه با قلمرو عرف، برخی بر این باورند که عرف تنها در تشخیص موضوعات مؤثر است و دست آن به دامن احکام نمی‌رسد (انصاری، ۱۳۷۴، ج ۱، ۲۸۰). درحالی‌که این درست نیست زیرا ملاحظه آیات و روایات و بررسی احکام شرعی، به‌ویژه در معاملات، نشان می‌دهد که شارع مقدس در جعل احکام نیز معیارهای عرفی را مورد توجه قرار داده است؛ وجود احکام امضائی در مجموعه احکام شرعی مؤید این ادعا است. نکته حائز اهمیت اینکه عرف باید به گونه‌ای باشد که به هر یک از عقلای عالم عرضه شود به درستی آن در ظرف خودش اعتراف کند بی‌آنکه تحت تأثیر احساسات، عواطف و سایر عوامل غیر عقلایی باشد و تنها باید ناشی از نیازهای واقعی و پیشرفت زندگی و مانند آن باشد. همچنین یکی از شرایط حجیت عرف، «عدم مخالفت آن با نصوص و قواعد شرعی است.» بنابراین عرفی که مخالف نص یا قاعده شرعی یا قانونی است و یا اجرای آن باعث تعطیل شدن نص ثابت یا اصل قطعی شرعی یا قانونی گردد، از اعتبار خالی است و نمی‌توان بدان دست یازید. البته در این میان برخی از دانشمندان بر این باورند که، «چنانچه بتوان میان احکام شرع و عرف جهات توافق یافت و آن دو را جمع کرد یا که نص شرعی مستند بر عرف باشد، در اعتبار آن تردیدی باقی نمی‌ماند» (جبار گلباغی ماسوله، ۱۳۷۸، ۲۶۸) یا اینکه «نص ارشاد به یک حکم عقلایی و عرفی باشد که در آن صورت با تغییر عرف، حکم نص نیز قابل تغییر است» (علوی، ۱۳۸۳، ۲۶۳).

مطالب فوق بیانگر این است که فتاوا و احکام صادر شده توسط فقها در گذشته، بیشتر بر فهم عرفی آن‌ها از کتاب و سنت در عصر خودشان مبتنی بوده است به نحوی که شرایط زمان صدور چنین احکامی کاملاً متفاوت از عصر کنونی بوده است؛ زیرا مسائل علمی و صنعتی در عصر حاضر نسبت به زمان‌های پیشین پیشرفت قابل ملاحظه‌ای نموده است؛ لذا صدور احکام جدید توسط فقها بایستی متناسب پیشرفت‌های بشر در زمینه‌های مختلف علمی، صنعتی و غیره باشد (دهقان، ۱۳۷۷، ۲۱۲).

۵. معیار وضع مجازات در جرم زنا از منظر فقه و عرف

احکام و دستورات شارع بر خواسته از یک سلسله مصالح و مفاسد واقعی است و هر امرونهی شرعی به علت وجود مصلحت و مفسده‌ای که باید انجام شود، مجازات‌های وضع شده در حقوق اسلامی نیز به‌عنوان اوامر شرعی از این قاعده مستثنا نیستند لذا قطعاً آن عقوبت‌ها و مجازات‌ها به خاطر

ملاکات و مناطات خاصی جهت اصلاح و بازدارندگی تشریح شده‌اند؛ اکنون سؤال این است که چه مجازات‌هایی تحت تأثیر تحولات زمان و مکان قابل تغییر هستند و می‌توان برای آن‌ها مجازات جایگزین بنا بر مقتضای عصر کنونی وضع نمود. به نظر می‌رسد ملاکات مجازات‌ها در رابطه با تأثیرپذیری از تغییرات زمانی و مکانی به دو دسته قابل تقسیم است:

۱-۵. تقنین مجازات بدون توجه به مقتضای عرفی

برخی از مجازات‌ها چون وضعشان به خاطر مقتضای عرف نیامده از این رو تحولات زمانی و مکانی روی آن‌ها اثری ندارد؛ مانند جرائم جنسی، مجرم با ارتکاب آن جرم به صورت نامشروع لذت برده است؛ در این حالت برای بازپروری مجرم جنسی، باید «اخذ بنقیض مطلوب» مراعات شود، یعنی عقوبت باید خواسته‌ای را به دست آورد که درست عکس مطلوب بزهکار را در برابر وی قرار دهد لذا باید به جای لذتی که بوده است، رنج و آزار را نصیب او گرداند تا سبب بازپروری و اصلاح آن بزهکار جنسی شود؛ حال فرقی نمی‌کند شخصی که از ارتکاب جرم جنسی لذت برده است انسان عصر متقدم باشد یا انسان عصر پیشرفت‌های تکنولوژیک؛ بنا بر آنچه گفته آمده تغییر زمان و مکان نمی‌تواند سبب جایگزینی مجازات شلاق برای مجرم جنسی شود.

در برخی دیگر از جرائم حدی، شخص مجرم، سبب آزار و اذیت قربانی جرم شده است؛ به مانند قذف. بنابراین در این حالت مجازات انسان قرون گذشته و انسان قرن بیست و یکم که مرتکب قذف شده‌اند به خاطر اینکه هر دو سبب آزار طرف مقابل شده‌اند مستحق مجازات یکسانی هستند و تغییری در آن‌ها متصور نیست.

بنا بر آنچه گذشت چون ملاکات مجازات حدی مقتضای عرف نبوده لذا نمی‌توان تغییر در آن‌ها را پذیرفت. البته اگر به خاطر برخی شرایط زمانی و مکانی، امکان مجازات حدی وجود نداشته باشد می‌توان به صورت موقت با صدور حکم حکومتی از اجرای آن‌ها جلوگیری کرد (عمید زنجانی، ۱۳۶۷، ج ۲، ۲۵)، از همین رو فقهای معاصر درباره مجازات رجم، به عدم اجرا فتوا داده‌اند یا تبدیل به شیوه دیگری را مجاز دانسته‌اند. لذا برخی از فقها نیز در پاسخ به این سؤال که چنانچه اجرای رجم یا مجازات‌هایی نظیر مجازات لواط با شیوه‌های منصوص، در شرایطی خاص به مصلحت اسلام و نظام مقدس اسلامی نشان دهد، آیا می‌توان ضمن اجرای اصل حکم، اجرای آن را تغییر داد؟ بیان داشته‌اند: با عناوین ثانویه می‌توان آن را تغییر داد، و در بسیاری از شرایط در عصر و زمان ما انتخاب شیوه رجم یا حد لواط مشکل دارد (مکارم شیرازی، ۱۴۲۷ هـ ج ۳، ۳۶۲). قانون‌گذار نیز در م ۲۵۵ ق.م.ا بیان می‌دارد: حد زنا برای زانی محصن و زانیه محصنه رجم است. در صورت عدم امکان اجرای حد رجم با پیشنهاد دادگاه صادرکننده حکم قطعی و موافقت رئیس قوه قضائیه چنانچه جرم با بیینه ثابت شده باشد، موجب اعدام زانی محصن و محصنه است و در غیر این صورت صد ضربه شلاق برای هر یک می‌باشد.

۲-۵. تقنین مجازات با اقتضا و منشأ عرفی

اگر وضع مجازات‌ها و عقوبت‌ها، منشأ و علت عرفی داشته باشد با تغییر زمان و مکان می‌توان آن مجازات را متناسب با جرم تغییر داد. به نظر می‌رسد مجازات‌های تعزیری در این دسته جای می‌گیرند از این رو با توجه به مقتضیات زمانی و مکانی قابل تغییر هستند. لذا یکی از عوامل پویایی حقوق جزای اسلامی همین مبسوط‌الید گذاشتن حاکم در وضع مجازات‌های تعزیری با توجه مقتضای زمانه است. یکی از فقهای معاصر بیان داشته‌اند: تعزیرات، به خصوص در عصر و زمان ما، جایگاه ویژه‌ای دارد، تا آنجا که می‌توان گفت بدون اجرای این نوع از مجازات‌ها، عمل کردن به قوانین الهی و رسیدن به جامعه سالم و ایجاد امنیت، امکان‌پذیر نمی‌باشد؛ زیرا آمارها نشان می‌دهد که هم انواع گناهان گسترده‌تر شده لذا جرائم نو و تازه‌ای بروز نموده و هم مبتلایان به آن فزون‌تر گشته‌اند! در حالی که در قوانین اسلامی، تنها برای تعداد محدودی جرم، مجازات خاصی پیش‌بینی شده، که از آن به حدود اسلامی تعبیر می‌شود (همو، ۱۴۲۵ هـ ۱۳).

۵. ضابطه جرم انگاری جرم زنا از دیدگاه عرف و فقه

جرائم نیز به خاطر یک سلسله علل و دلایل تشریح شده‌اند سؤالی که در اینجا نیز مطرح می‌گردد این است که کدام دسته از جرائم برای همیشه ثابت بوده و کدام دسته از آن‌ها را می‌توان درگذر عرف زمان و مکان جرم‌زدایی نمود؟ به نظر می‌رسد همانند ملاکات مجازات‌ها، ملاکات و علل جرائم نیز از بُعد تغییر یا عدم‌تغییر به دو دسته قابل انقسام است:

۵-۱. مبنای جرم انگاری جرائم با منشأ عرفی

لازم به ذکر است موارد اندکی در فقه جزایی وجود دارد که مناط و ملاک جرم انگاری، متأثر از عرف زمان صدور است؛ بنابراین در این‌گونه موارد تحولات عرفی زمان و مکان روی آن‌ها تأثیر گذاشته و سبب می‌شود تا از آن‌ها جرم‌زدایی شود. یکی از این موارد، تشریح حکم حرمت برای مثله کردن است، درحالی‌که عرف امروزه تشریح و کالبدشکافی که شباهت زیادی با مثله کردن دارد از سوی فقهای معاصر مشروع دانسته شده است (خمینی، ۱۴۰۴ هـ ج ۴، ۴۷۵).

۵-۲. مناط جرم انگاری بدون توجه به عرف

دسته‌ای از ملاکات که سبب جرم انگاری برخی افعال شده، متأثر از عرف زمانه نبوده، بلکه عرف فقط ظرف تحقق احکام بوده است. لازم به ذکر است اکثر افعالی که در فقه جزایی جرم انگاری شده‌اند از نوع مذکور هستند و شارع نیز آن‌ها را اعتبار بخشید. زنا، لواط، تفخیز، مساحقه، قوادی، کذف شرب خمر، سرقت و ربودن مال غیر، محاربه، بغی، افساد فی الارض، ارتداد، جعل، تخریب، رشوه، ربا، کلاهبرداری، توهین، هتک حیثیت و نشر اکاذیب، تهدید و اکراه، خیانت‌درامنت، اتلاف مال غیر، هتک حرمت منازل و ملکی غیر و ... از جرائم فرازمانی هستند که تغییرات زمانی و مکانی روی آن‌ها تأثیری ندارد؛ زیرا اولاً، مصالح و ملاکات مهمی همچون حفظ دین، جان، عقل، عرض، مال و امنیت مقتضای عصر خاصی نبوده لذا در هرزمانی همه جوامع به آن‌ها نیازمند هستند از همین رو تحولات عرفی زمان و مکان نمی‌تواند تغییری در ملاکات جرم انگاری افعال مذکور ایجاد نماید. ثانیاً، هرچند این احکام در عرف جریان داشته‌اند، لیکن بعضی مورد اعتبار شارع قرار گرفته‌اند و وارد شریعت اسلامی شده بنابراین زمان و مکان نمی‌تواند سبب تغییر آن‌ها شود (نائینی، ۱۳۷۶ق، ج ۴، ۳۸۱).

بنا بر آنچه گذشت باید بیان داشت، احکامی که عرف ظرف تحقق حکم هستند نه علت حکم، امکان تغییر آن به‌عنوان حکم اولی وجود ندارد. از همین رو این ملاکات نه‌تنها غیرقابل تغییر بوده بلکه می‌توان از آن‌ها برای جرم انگاری برخی از افعال نوظهور استفاده نمود، لذا یکی دیگر از عوامل کارآمدی و پویایی فقه همین وجود ملاکاتی است که به‌صورت قطعی از ادله قابل استنباط است. به‌عنوان مثال وجود ملاکاتی همچون حفظ مال، حفظ امنیت و آسایش عمومی، حفظ حریم خصوصی، حفظ آبرو و ... می‌تواند سبب جرم انگاری سرقت اینترنتی (ایزدی‌فرد، ۱۳۸۹، ۶۴ و ۶۵)، رشوه در فضای مجازی (محسنی دهکلانی و دیگران، ۱۳۹۲، ۱۹ و ۱۴۶)، جاسوسی رایانه‌ای (قانون جرائم رایانه‌ای: ماده ۷۳۱) جعل رایانه‌ای (ماده ۷۳۴) تخریب رایانه‌ای (قانون جرائم رایانه‌ای: ماده ۷۳۶) هتک حیثیت اینترنتی (ماده ۷۴۴) و ... شود؛ به‌عبارتی دیگر وحدت ملاک سبب شده تا این افعال نوظهور که مسبوق به سابقه نبوده‌اند از سوی قانون‌گذار جرم انگاری شوند. آنچه این جرم انگاری را تأیید می‌کند وجود سیره عقلا است؛ چراکه امروزه نمی‌توان هیچ نظام حقوقی را یافت که افعال فوق‌الذکر را جرم انگاری نکرده باشد.

۶. ادله عدم مشروعیت رجم در عصر حاضر

بعد از انقضای عصر خلافت راشد و ظهور فرق اسلامی، بر سر مشروعیت رجم اختلاف واقع شد. اکثر مسلمانان آن زمان، مجازات رجم را مشروع دانسته و آن را به‌عنوان یکی از حدود الهی پذیرفته بودند اما از میان این فرق، گروهی از خوارج و بعضی از معتزله همچون نظام معتزلی، مشروعیت آن را انکار می‌نمودند. در عصر کنونی هم برخی از فقها و اندیشمندان منکر وجود چنین مجازاتی در شریعت اسلام شده و آن را خاص شریعت یهود می‌دانند. با بررسی دیدگاه این دو دسته چنین به دست می‌آید که ادله آن‌ها تقریباً باهم یکسان می‌باشند. آن‌ها برای احداث مدعای خود آیاتی از قرآن را ذکر و احادیث استنادی توسط موافقان مشروعیت رجم و نیز اجماعی بودن رجم توسط آنان را رد کرده و با ادله عقلی و توجیهات اجتماعی، سعی در انکار مشروعیت رجم می‌نمایند. ادله مخالفان مشروعیت رجم در چهار گفتار جداگانه قرآن، سنت، اجماع و عقل دسته‌بندی شده و اما با توجه

به اینکه این مطالب خارج از موضوع مورد مناقشه می‌باشد لذا در ادامه فقط مهم‌ترین این دلایل که عبارت‌اند از: «عرف و خشن بودن ماهیت مجازات رجم» و «عرف و عدم امکان اثبات زنا» مورد بررسی قرار خواهند گرفت.

الف) خشن بودن ماهیت مجازات رجم در نگرش عرف

عده‌ای از مخالفان معتقدند که رجم، خشونت است و به خشونت در جامعه دامن می‌زند. اما باید متذکر شد، در اینکه اصل مجازات، خشن است هیچ جای بحث و گفتگویی نیست. ولی خشن بودن از ویژگی مجازات است و هدف مجازات در اسلام، جلوگیری از سقوط جامعه در ورطه انحطاط و انحراف است و گرفتن این ویژگی از مجازات، به معنای لغو مجازات‌هاست.

بعضی معتقدند که جهت اداره جامعه، مدارا و نرمی کافی نبوده و در بعضی مواقع بایستی به خشونت متوسل شد؛ «در عرف جامعه اسلامی تا زمانی مدارا و نرمی مفید و کارساز است که مردم به حقوق متقابل یکدیگر احترام بگذارند و سبب هرج و مرج و بی‌بندوباری و اشاعه فحشا و فساد در جامعه نشوند. با دقت در احکام جزایی اسلام، به این نتیجه می‌رسیم که با انسان دوستی هیچ‌گونه ناسازگاری نداشته و به هیچ‌روی، خشونت زانی نیستند، بلکه سد باب خشونت‌اند.

یک فرد تاریخی باستانی را تصور کنید که در یک قبیله زندگی کرده و از دوران کودکی تا بلوغ، به‌طور مستمر شاهد جنگ، خونریزی و دیگر مظاهر خشونت بوده است. نگاه چنین فردی به خشونت بر اساس عرف جامعه خود در مقایسه با یک فرد بالغ که در جوامع شهرنشین کنونی زندگی می‌کند و شاید تا آخر عمر، هیچ‌گاه تجربه لمس و مشاهده عینی خشونت را نداشته باشد. قطعاً متفاوت خواهد بود. بریدن سر، کور کردن چشم، دار زدن، رجم کردن و دیگر اشکال شدید خشونت، آن‌گونه که امروزه در نظر ما هولناک جلوه می‌کنند، در زمان‌های گذشته و با توجه به عرف و عادات حاکم بر آن زمان و در نظر اجداد ما وحشتناک و حساسیت‌برانگیز نبوده‌اند. زندگی در زمینه‌های اجتماعی مملو از خشونت و عادی شدن آن، منجر به کاهش سطح حساسیت مردم و در نتیجه افزایش شدت خشونت خواهد شد. از این‌روست که هنگام آموزش افرادی که بنا بر الزامات شغلی باید حساسیت آن‌ها به خشونت کاهش یابد، از انواع مختلف روش‌های عادی‌سازی خشونت مانند بریدن سر حیوانات، مشاهده اجساد متلاشی‌شده و غیره استفاده می‌شود. یکی از دلایل ظهور جنبش‌های مبارزه با اشکال مختلف خشونت، افزایش حساسیت مردم و همچنین افزایش شدت آن در ذهن افرادی است که به خاطر سبک جدید حیات اجتماعی، خشونت و آسیب‌رسانی به دیگران را پدیده‌ای عادی نمی‌بینند به عبارتی در نگاه عرف جامعه امروزی (جامعه بین‌الملل) این نوع مجازات با تعریف انسان متمدن و جهان‌مدرنیزه همخوانی نداشته و آن را جزء جرائم خشن و عملی وحشیانه و خفت‌بار تلقی می‌نمایند. معتقدند که قانون اساسی جمهوری اسلامی در برابر ورود به جهان مدرن و مکتب‌های نوین جزائی سنگ‌اندازی می‌کند. با توجه به موارد فوق باید گفت که هر چه مظاهر خشونت در نگاه عرف جامعه کاهش یابد، از یک‌سو حساسیت مردم به خشونت‌طلبی افزایش یافته و از سوی دیگر رواج و عادی شدن مجدد اشکال مختلف آن دشوار می‌شود.

ب) عدم اثبات زنا از منظر عرف

شماری از مخالفان رجم از آن‌جهت به مخالفت با این حکم پرداخته‌اند که به باور ایشان اثبات زنا مستوجب رجم، در نظر عرف ممکن نیست. زیرا شارع شرایطی گذاشته که تحصیل آن شرایط تقریباً ممتنع و محال است. تحریم زنا در اسلام فوری پیش نیامد و از مهمات اولیه (مانند شرک) نبود و پس از مدتی به‌عنوان مجازات، برای هر یک از زنا کننده زن و مرد یک‌صد ضربه شلاق تعیین شد، آن‌هم بعد از شهادت چهار شاهد عادل که عین عمل زنا را با چشم دیده باشند و حال آنکه چنین کاری بسیار دشوار و حتی غیرممکن است مگر آن‌که مرد و زنی در ملأعام به این امر زشت بپردازند تا رؤیت کامل تحقق یابد که در این صورت موضوع از دیدگاه عفت عمومی و جریحه‌دار شدن عرف جامعه مطرح می‌شود. برخی معتقدند معهود این عصر، آن است که شهادت بر زنا، در این دوره از زمان، امکان‌پذیر نیست چه اینکه در این عصر برخلاف عصر نزول، خانه‌ها درودیوار و قفل و ... دارد و امکان شهادت بر زنا، به آن صورتی که در روایات آمده است ممکن نیست.

روش دیگر اثبات جرم زنا اقرار است که تحقق آن هم محال به نظر می‌رسد زیرا کسی داوطلب اقرار به چنین جرمی، که در افکار عمومی آن‌قدر شنیع است، نخواهد شد.

به نظر می‌رسد این دلیل، اصل رجم را به‌عنوان یک کیفر به چالش نمی‌کشد بلکه ناظر به شروط اثبات زناست. در خصوص دشوار بودن شرایط فوق می‌توان چنین نتیجه گرفت که شارع مقدس نمی‌خواهد زنا به‌سادگی اثبات گردد و خطاکار به‌سرعت گرفتار قانون شود و به حفظ عرض و آبروی مردم اهتمام بلیغ دارد، اما از سوی دیگر اجازه نمی‌دهد جرم ثابت‌شده، بدون کیفر بماند. این دو مسئله در کنار هم باعث می‌شود که از سویی عرض و آبروی افراد در جامعه در امان باشد، و از سوی دیگر خوف اجرای حد در نگاه عرف، همچون کنترل‌کننده‌ای نیرومند از حریم عفاف و بهداشت روابط جنسی در جامعه پاسداری کند. بنابراین گرچه اجرای حد به حداقل ممکن می‌رسد ولی میزان بازدارندگی آن بسیار شدید می‌شود. به‌علاوه، پذیرفتن دلیل مذکور به‌عنوان غیر مشروع دانستن مجازات رجم، مستلزم عدم مشروعیت تازیانه مجازات زناکار غیر محصن می‌باشد؛ زیرا که شرایط اثبات زنا مستوجب رجم و زنا مستوجب تازیانه تقریباً یکسان بوده و تفاوتی میان آن‌ها دیده نمی‌شود و در هر دوی آن‌ها بسیار دشوار و حتی غیرممکن است.

۷. حکم رجم در قانون مجازات اسلامی

در ماده ۲۲۵ ق.م.ا. آمده است: حد زنا برای زانی محصن و زانیه محصنه رجم است. در صورت عدم امکان اجرای رجم با پیشنهاد دادگاه صادرکننده حکم قطعی و موافقت رئیس قوه قضائیه چنانچه جرم با بینه ثابت‌شده باشد، موجب اعدام زانی محصن و زانیه محصنه است و در غیر این صورت موجب صد ضربه شلاق برای هر یک می‌باشد. این ماده به‌رغم اجماع فقها در قانون مجازات اسلامی وجود نداشته و حتی شورای نگهبان در قانونی که در سال ۱۳۹۰ تأیید نمود. ایرادی بر این مسئله نگرفت اما زمانی که این قانون توسط رئیس‌جمهور مسترد شد به آن الحاق گردید (زراعت، ۱۳۹۴، ۱۹۶). باید اضافه نمود که در قانون مجازات اسلامی حدود ارتداد و رجم بیان‌نشده اما صریحاً ذکر شده است، چنانچه جرائمی که مستحق اجرای چنین حدودی باشند، اتفاق بیفتد مطابق اصل ۱۶۷ ق.ا. باید عمل شود. طبق اصل ۱۶۷ ق.ا، قاضی باید به فتوای مشهور مراجعه کنند که در این قانون به‌صراحت بیان‌شده است که قاضی به فتوای ولی‌فقیه مراجعه کند اما در ماده ۲۲۵ ق.م.ا. قید عبارت «در صورت عدم امکان اجرای رجم» از باب فشارهای حقوق بشری در رابطه با مجازات سنگسار به متن ماده اضافه‌شده است؛ گرچه پیش‌ازاین حتی عبارت رجم یا سنگسار در متن نبود که درنهایت با اصلاحات صورت گرفته از سوی شورای نگهبان بدین‌صورت تغییر یافت (قانون یار مجازات اسلامی، ۱۳۹۳، ۱۸۱). عبارت «در صورت عدم امکان اجرای رجم» ابهام دارد و با توجه به ایرادهایی که از سوی مجامع بین‌المللی به مسئله سنگسار مطرح می‌شود به نظر می‌رسد قانون‌گذار به مصالح اجتماعی و ایرادهای حقوق دانان عرفی نسبت به چنین مجازاتی توجه داشته است. تبدیل مجازات سنگسار به مجازات اعدام گرچه از نظر عقلی قابل توجیه است اما در منابع شرعی توجیهی دیده نمی‌شود. سنگسار و اعدام دو مجازات سالب حیات هستند و تفاوت آن‌ها فقط در شکل اجرا است. بنابراین در نظر عرف تفاوتی ندارد که سلب حیات به چه صورتی انجام شود. اما شکل اجرای مجازات در شرع، موضوعیت دارد زیرا بر هر یک از اقسام زنا و نیز برای سلب حیات در مجازات محاربه شکل‌های خاصی از مجازات پیش‌بینی شده است که ظاهراً جنبه تعبدی دارد. تصویب این ماده نشان می‌دهد اجتهاد شرعی چنین ظرفیتی دارد که بر اساس مصالح و عرف زمانی و مکانی تصمیم بگیرد و اگر در زمان خاصی، اجرای یکی از مجازات‌های حدی موجب انتقاد به احکام شرعی شد، شکل مجازات را تغییر دهند. همچنین باید توجه داشت که مجازات تبدیل یافته سنگسار به اعدام و شلاق در ماده ۲۲۵ ق.م.ا. مجازاتی حدی است و اینکه در منابع شرعی مجازات ثانوی حدی وجود ندارد در نتیجه این مجازات حدی است زیرا اولاً جایگزین حد می‌شود و ثانیاً زنا، جرم مستوجب حد است و در اینجا جرم زنا محصن، تحقق یافته است پس امکان ندارد که جرمی جزء جرائم حدی بوده و مجازات آن، تعزیری باشد (زراعت، ۱۳۹۴، ۱۹۶ - ۱۹۹).

معاون قضایی قوه قضائیه طی بخشنامه‌ای شماره ۶۲/۰۰/۳۳۲۴ - ۱۴۰۰/۴/۱۵ - مواردی را راجع به رسیدگی به پرونده‌های زنا محصنه و نحوه تعیین مجازات خطاب به روسای کل دادگستری‌های سراسر کشور اعلام کرد. «در اجرای مقررات موضوع ماده ۲۲۵ ق.م.ا. و استجازه حاصل از مقام معظم رهبری «مد ضله العالی» در تبدیل مجازات حدی رجم به حد دیگر به لحاظ وجود معاذیر اجرای آن و لحاظ آثار و تبعات سوء اجتماعی ناشی از بزه ارتكابی توجه قضات محترم را به رعایت موجود در این بخشنامه معطوف نموده است. دکتر خالقی در شرحی بر بخشنامه رئیس محترم قوه قضائیه، پیشنهاد مجازات حبس تعزیری را خارج از حدود قانونی دانسته است. صدور حکم و اجرای برخی مجازات‌ها می‌تواند آثار فراوانی در سطح جامعه‌ای وسیع داشته و محدود به حوزه قضایی محل ارتکاب جرم نباشد. مجازات رجم یا سنگسار یکی از این کیفرهاست که پس از پیروزی انقلاب

و به منظور منطبق ساختن قوانین موضوعه با موازین اسلامی، از سال ۱۳۶۱ برای جرم زناى محصن و محصنه در قوانین کشور ما پیش‌بینی شده است. اما آثار و پیامدهای اجرای عملی این کیفر شدید بدنی به گونه‌ای است که تاکنون محدود به مرزهای سرزمینی ما نبوده و انتقادات بین‌المللی فراوانی را به همراه داشته است.

نتیجه‌گیری

رجم به لحاظ ابعاد و آثاری که دارد، یکی از مهم‌ترین کیفرهای حدی است که مورد توجه علما و فقها قرار گرفته است و مختص زناى محصن یا محصنه می‌باشد. فقهای مذاهب اسلامی نیز رجم را مجازات جرم زناى محصنه دانسته‌اند. بعد از انقضای عصر خلافت راشد و ظهور فرق اسلامی، مشروعیت رجم مورد اختلاف واقع شد. در برابر اکثریت مسلمانان که در مشروعیت این مجازات تردیدی نداشتند، گروهی از خوارج و معتزله مشروعیت آن را انکار می‌نمودند و برخی از نواندیشان معاصر نیز قائل به تجدیدنظر در اصل مشروعیت این مجازات شده‌اند. ادله‌ای که موافقان مشروعیت رجم به آن استناد می‌کنند سه دلیل؛ قرآن، سنت و اجماع می‌باشد.

در قرآن کریم آیه‌ای که به صراحت بر تشریح رجم دلالت کند وجود ندارد، اما برخی از مفسران به آیات ۴۱، ۵۰ سوره مائده استناد کرده‌اند. لکن عدم تصریح به مجازات رجم در قرآن، دلیلی بر غیر مشروع بودن آن نیست؛ زیرا بسیاری از احکام شرعی موجود در دین اسلام، در قرآن نیامده و توسط سنت نبوی و منابع دیگر استنباط احکام بیان شده‌اند. دومین دلیل مشروعیت مجازات رجم نزد موافقان، سنت نبوی است. آنان معتقدند که رجم با سنت قولی و عملی پیامبر (ص) ثابت است و به روایاتی استناد می‌کنند مبنی بر اینکه پیامبر (ص) در زمان حیات مبارک خود، رجم را اجرا نموده و یا دستور به اجرای آن داده است. سومین دلیل مشروعیت مجازات رجم، اجماع است. مخالفان مشروعیت رجم، تحقق اجماع بر وجود رجم را انکار نموده و معتقدند در این خصوص اجماعی صورت نگرفته است و بر ادعای خود دو دلیل می‌آورند: یکی این که خوارج و معتزله جزء اجماع بوده و بدون آن‌ها اجماع منعقد نخواهد شد. دوم اینکه اجماع مدنظر موافقان مشروعیت رجم، اجماع سکوتی است و استناد به آن پذیرفتنی نیست. اما باید دانست قول فرقی چون خوارج و معتزله در تحقق اجماع فاقد اعتبار است.

امروزه تمایل عمومی مسلمانان، خصوصاً آنان که با حوزه‌های پژوهشی جدید و عرصه‌های عملی درگیرند به سوی عدم اجرای کیفر رجم است. باین حال عامل سیاست و قدرت سبب شده است، این تمایل به دو بخش منقسم گردد. آنان که درگیر سیاست و قدرت نیستند تمایل خود را آشکارا مطرح و از آن دفاع می‌کنند. در مقابل، مجریان سیاست و قدرت که خود را عهده‌دار اجرای احکام و اقامه حدود شرعی می‌دانند و مشروعیت حاکمیت خود را به اجرا و اقامه همین احکام و حدود می‌دانند ناگزیرند تمایلات باطنی خود را پنهان کنند و محتاطانه به دنبال راه‌حلهایی چون تشخیص بعضی مراجع قضایی و تأیید بعضی دیگر و نهایتاً تبدیل آن به قتل (!) بگردند.

در خصوص تأثیر مقتضیات زمان در اجرای رجم، دو نگرش متفاوت مطرح گردیده است. گروه نخست معتقدند: زمان و مقتضیات آن در اجرای رجم تأثیری ندارد در مقابل عده‌ای بر این باورند که برخی از احکام شرعی تابع مقتضیات زمان بوده که حکم رجم نیز جزو این احکام محسوب می‌شود. آن‌ها بیان می‌دارند مجازات‌های شرعی که شارع برای حفظ مصالح عباد تشریح فرموده است با توجه به عرف و مقبولیت زمان صدور و تشریح این مجازات بوده و با تغییر عرف و همچنین تغییر در مصالح، مجازات‌های مذکور تغییر می‌یابند. بنابراین از سویی مجازات رجم تابع مصالح و مفاسد بوده و با توجه به عرف زمان خاص خود تشریح شده است و از سوی دیگر عرف جوامع پیشی متفاوت از عرف جامعه معاصر می‌باشد، لذا تغییر در عرف، به‌عنوان یکی از عناصر سازنده اقتضای زمان، موجب تغییر و تبدیل در مجازات رجم می‌گردد.

در این که احکام اسلامی کارساز و گره‌گشا است تردیدی وجود ندارد؛ اما بایستی احکام اسلامی را باظرافت خاص خود و رعایت همه جوانب و ابعاد آن به اجرا درآورد. زیرا دین اسلام، مجموعه‌ای است دارای ابعاد مختلف تربیتی و اخلاقی، اجتماعی و اقتصادی، مدیریت و غیره که همه این ابعاد باهم انسجام کافی داشته و بایستی باهم پیاده شوند. نظریه فقدان شرایط و بسترهای اجتماعی هم، در راستای این تفکر مطرح شده است. مطابق این نظریه، اجرای رجم زمانی جایز است که زمینه‌سازی‌ها و بسترسازی‌های فکری، تبلیغاتی و اجرایی لازم، انجام گرفته باشد. از آنجاکه در جوامع اسلامی معاصر چنین تدابیری صورت نیافته است، لذا تصمیمی اسلامی خواهد بود که تا مهیا شدن شرایط لازم مجازات رجم اجرا نگردد.

نظریه عدم اجرای رجم در صورت ایجاد وهن نیز در راستای اندیشه تأثیر مقتضیات زمان در اجرای رجم و با عنایت ویژه به مصالح جهان اسلام و امت اسلامی مطرح گردیده است. لذا با تمسک به این نظریه می‌توان اجرای مجازات رجم را، در این برهه از زمان، متوقف و مجازات‌های دیگری را جایگزین آن نمود. به‌علاوه، ممکن است میان مصلحت ناشی از اجرای مجازات رجم با مصالح دیگر تراحم پیدا شود. باید در چنین فرضی از مصلحت حاصل از اجرای مجازات رجم چشم‌پوشی کرد. فدا نمودن مصلحت حاصل از اجرای مجازات رجم به انگیزه دفع مفسده‌های بزرگ‌تر، نمایانگر آن است که قانون‌گذار حاضر نیست برای به دست آوردن مصلحت اجرای مجازات رجم، هر بهایی را هرچند گران، بپردازد.

منابع

۱. آخوند خراسانی، محمدکاظم بن حسین، (۱۴۰۹هـ)، کفایه الاصول، قم، طبع آل‌البیت، چاپ اول.
۲. ابن براج، قاضی، (۱۴۰۶هـ)، المهدب، قم، جامعه مدرسین.
۳. ابن بابویه، شیخ صدوق، (۱۴۱۵هـ)، المقنع، قم، موسسه امام هادی.
۴. احمدیان، عبدالله، (۱۳۸۲)، کلام جدید، مهاباد، انتشارات رهرو، چاپ نخست.
۵. ابن قیم الجوزیه، محمد بن ابی بکر، (۱۹۷۳م)، اعلام الموقعین عن ری العالمین، تحقیق طه عبدالروؤف سعد، بیروت، دارالجلیل، چاپ نخست.
۶. ابو زهره، محمد، (۱۳۷۷هـ)، اصول الفقه، قاهره، دارالفکر العربی.
۷. القشیری النیسابوری، مسلم، صحیح مسلم، ج ۳، تحقیق محمد فؤاد عبدالباقی، بیروت، دار احیاء التراث العربی، بی‌تا.
۸. الصابونی، محمدعلی، (۱۴۲۵هـ)، تفسیر آیات الأحکام من القرآن، ج ۲، بیروت، دار الکتب العلمیه، چاپ نخست.
۹. الصافی الگلپایگانی، لطف‌الله، (۱۴۲۱هـ)، الأحکام الشرعیة ثابته لا تتغیر، قم، انتشارات، دارالقرآن الکریم، چاپ نخست.
۱۰. النسائی، احمد بن شعیب، (۱۹۹۱م)، سنن النسادی الکبری، ج ۴، تحقیق حسن سید کسروی، بیروت، دار الکتب العلمیه.
۱۱. امید، جلیل، سنت نبوی و عدالت کیفری، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، شماره ۴، (۱۳۸۸).
۱۲. انصاری، علیرضا، (۱۳۷۴)، نقش زمان و مکان در اجتهاد، مجموعه آثار کنگره بررسی مبانی فقهی امام خمینی، ج ۲، تهران، انتشارات عروج.
۱۳. بهجت، محمدتقی، (۱۴۲۸هـ)، استفتائات، قم، دفتر حضرت آیه الله بهجت، چاپ اول.
۱۴. تبریزی، امیرصادق، (۱۳۸۷)، سنگسار محکومیت یا مشروعیت، سنج، انتشارات کردستان؟، چاپ نخست.
۱۵. جبل عاملی، زین‌الدین (شهیدثانی)، (۱۴۱۳هـ)، مسالک، قم، انتشارات اسماعیلیان، چاپ دوم.
۱۶. جمعه امین، (۱۴۲۱هـ)، رؤیه تحلیله فی منهج الإمام البناء الثوابت و المتغیرات، تقدیم محمد عبدالطیف، دمشق، دارالتوزیع و النشر الإسلامیه، چاپ نخست.
۱۷. حر عاملی، محمدبنت حسن، (بی‌تا)، وسائل الشیعه، تحقیق شیخ محمد رازی، بیروت، داراحیاء التراث العربی، ج ۱۸.
۱۸. خویی، سید ابوالقاسم، (بی‌تا)، معجم الرجال الحدیث و تفصیل طبقات الرجال، جلد ۱، بی‌جا.
۱۹. (۱۴۲۸هـ)، مبانی تکلمه المنهاج، کتاب الحدود، قم، نشر موسسه احیاء آثار.
۲۰. خمینی، روح‌الله، (۱۴۰۴هـ)، تحریر الوسیله، قم، جامعه مدرسین.
۲۱. دهقان، حمید، تأثیر زمان و مکان بر قوانین جزایی اسلام، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۴، (۱۳۷۷).
۲۲. زراعت، عباس، ۱۳۹۴، شرح مبسوط قانون مجازات اسلامی، حدود (جرائم منافی عفت)، تهران، انتشارات جنگل، چاپ دوم.
۲۳. سبزواری، سید عبد‌الاعلی، (۱۴۱۳ق)، مهذب الاحکام، قم، موسسه المنار، چاپ چهارم.
۲۴. شبستری، محمد، مصاحبه با فصلنامه نقد و نظر، شماره ۱، (۱۳۷۴).

۲۵. شاطبی، ابراهیم بن موسی، (۱۳۷۹)، نقدی بر قرائت رسمی از دین، تهران، انتشارات طرح نو، چاپ اول.
۲۶. شاه ملک پور، حسن، (۱۳۹۳)، فقه جزائی استدلالی، تحلیلی بر جرائم حدی و احکام قصاص در فقه امامیه، تهران، نشر میزان، چاپ اول.
۲۷. صدر، محمداقبر، (۱۴۱۷هـ)، بحوث فی علم الاصول، قم، موسسه دائره المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام، چاپ سوم.
۲۸. طوسی، محمد بن حسن، (۱۴۱۷هـ)، الخلاف، جلد ۵ و ۴۰، موسسه فقه الشیعه.
۲۹. (۱۴۰۷هـ)، تهذیب الاحکام، محقق: حسن موسوی، تهران، دار الکتب الاسلامیه، چاپ چهارم.
۳۰. علوی، محمدتقی، (۱۳۸۳)، عادت در حقوق اسلام و ایران، تبریز، انتشارات دانشگاه تبریز، چاپ نخست.
۳۱. عوا، محمد سلیم، (۱۳۸۵)، درآمدی بر اصول نظام کیفری اسلام، ترجمه حمید روستایی صدرآبادی، قم، انتشارات سلسیل.
۳۲. عمید زنجانی، عباسعلی، (۱۳۶۷) (۱۳۸۳)، فقه سیاسی، تهران، انتشارات امیرکبیر، چاپ اول، جلد ۳.
۳۳. فاضل هندی، (۱۴۰۵هـ)، کشف اللثام، قم، کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی.
۳۴. فیض کاشانی، محمد محسن، (بی تا)، مفاتیح الشرائع، قم، انتشارات کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی، چاپ اول.
۳۵. فاضل لنکرانی، محمد، (۱۳۸۱)، اصول فقه شیعه، قم، مرکز فقهی ائمه اطهار، چاپ اول.
۳۶. فیض، علیرضا، (۱۳۶۸)، مقارنه و تطبیق در حقوق جزای عمومی اسلام، تهران، انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ج ۲، چاپ نخست.
۳۷. قانون یار مجازات اسلامی، ۱۳۹۳، تهران، انتشارات چتر دانش.
۳۸. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۷۷)، فلسفه حقوق، تهران، شرکت سهامی انتشار، ج ۱ و ۲، چاپ نخست.
۳۹. کلینی، ابوجعفر بن یعقوب، (۱۴۰۷هـ)، الکافی، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ج ۵ و ۷، چاپ چهارم.
۴۰. گلبایگانی، سیدمحمد، (۱۴۱۲هـ)، در المنضود، قم، دارالقرآن.
۴۱. گنجی، اکبر، اجرای حدود در زمان ما، نشریه آفتاب، شماره ۹، (۱۳۸۰).
۴۲. گلباغی ماسوله، علی جبار، (۱۳۷۸)، درآمدی بر عرف، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، چاپ نخست.
۴۳. مکارم شیرازی، ناصر، (۱۴۲۷هـ)، استفتائات جدید، قم، انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام، چاپ دوم.
۴۴. (۱۴۲۸هـ)، انوار الاصول، قم، مدرسه الامام علی بن ابی طالب، چاپ دوم.
۴۵. (۱۴۱۸هـ)، انوار الفقاهه، کتاب الحدود، قم، موسسه امیرالمؤمنین.
۴۶. منتظری، حسینعلی، (بی تا)، کتاب الحدود، قم، دارالفکر.
۴۷. موسوی اردبیلی، سید عبدالکریم، (۱۴۲۷هـ)، فقه الحدود و التعزیرات، قم، موسسه نشر جامعه المفید رحمه الله، چاپ دوم.
۴۸. محدث دهلوی، ولی الله، (۱۳۸۲)، حجه الله البالغه، ج ۱، ترجمه محمدیوسف حسین پور، تربت جام، انتشارات شیخ الاسلام احمد جام، چاپ نخست.
۴۹. نائینی، محمدحسین، (۱۳۷۶)، فوائد الاصول، قم، جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول.
۵۰. نجفی، محمدحسن، (۱۳۷۴)، جواهرالکلام، کتاب الحدود، تهران، دارالکتب اسلامی.
۵۱. هدایتی پور، الناز، (۱۳۹۶)، پایان نامه بررسی حقوق طرق نامتعارف رابطه جنسی، وزارت علوم و تحقیقات و فناوری، دانشگاه شهید اشرفی اصفهانی، گروه حقوق.