

Feasibility of Invoking Cultural Norms
in Mitigating or Modifying Hudud
Punishments (According to Imāmī
Jurisprudence, Iranian Criminal Law
and Hanafi Jurisprudence)

Mahdia Maali¹, Abolfazl
Alishahhighalehjoughi^{2*}

1- PhD Student, Department of Jurisprudence and
Criminal law, University of Motahhari, Tehran, Iran.

2- Associate professor, Department of Theological
Education, Farhangian University, Tehran, Iran.

Received Date: 2023/12/01

Accepted Date: 2024/03/08

Abstract

In contemporary societies, the coexistence and interaction of diverse cultures highlight the importance of invoking cultural norms as a form of defense in criminal cases. Defendants often attempt to justify their actions and seek to mitigate or avoid punishment by appealing to their cultural backgrounds. Despite the lack of evil motive in some crimes, considering cultural beliefs, especially in cases where malicious intent is absent, to some extent is desirable, provided these beliefs do not lead to criminal behavior. Accordingly, major legal systems typically consider such defenses when determining sentences.

Although the research background indicates that such defenses in the Iranian criminal justice system are primarily applicable to discretionary punishments (*ta'zir*), this research seeks to explore "whether cultural norms can also serve as a basis for mitigating or altering the fixed punishments (*hudud*)?" Findings suggest that some mechanisms within the Islamic jurisprudential system are compatible with this concept. This indicates that crimes deserving *hudud* may also, from various perspectives, be subject to cultural defenses. Consequently, a novel and culturally informed interpretation of this significant aspect of Islamic criminal law is offered. Using the descriptive-analytical method, in addition to the perspectives of both Imāmī jurisprudence and Iranian criminal law, this article examines the Hanafi jurisprudence regarding the issue to provide more comprehensive research outcomes.

Keywords: *hudud* crimes, cultural defense, mitigating circumstances, cultural norms.

امکان سنجی استناد به هنجارهای فرهنگی در
تخفیف یا تغییر مجازات‌های مستوجب حد (از
دیدگاه فقه امامیه، حقوق کیفری ایران و فقه
حنفی)

مهدیه معالی^۱، ابوالفضل علیشاهی قلعه جوقی^{۲*}

۱- دانشجوی دکترا، گروه فقه و حقوق جزا، دانشگاه شهید مطهری،
تهران، ایران.

۲- دانشیار، گروه آموزش الهیات، دانشگاه فرهنگیان، تهران، ایران.

دریافت مقاله: ۱۴۰۲/۰۹/۱۰

پذیرش مقاله: ۱۴۰۲/۱۲/۱۸

چکیده

در جوامع کنونی با کنار هم قرار گرفتن فرهنگ‌های متفاوت و برخورد آن‌ها، استناد به هنجارهای فرهنگی به‌عنوان نوعی دفاع در پرونده‌های کیفری اهمیت یافته است. بر این اساس متهمان با توجه به فرهنگ خود، سعی می‌کنند تا از این طریق اقدامات‌شان را توجیه کرده و مجازات را از خود ساقط نموده یا موجب تقلیل و تخفیف آن شوند. باوجود فقدان انگیزه شریانه در برخی جرایم، توجه به باورهای فرهنگی نسل گذشته آن‌ها تا جایی‌که به رسمیت شناخته نشده و موجب جرم‌زایی نشوند، تا حدی مطلوب به‌نظر می‌رسد. بر همین اساس نظام‌های حقوقی بزرگ معمولاً چنین استنادهایی را در تعیین مجازات مؤثر می‌دانند.

علی‌رغم آن‌که پژوهش‌های صورت‌گرفته حول این موضوع در صوص نظام حقوق کیفری ایران چنین دفاعی را تنها در تعزیرات یافته‌اند، با این حال پژوهش حاضر در پی پاسخ به این پرسش است که آیا می‌توان از هنجارهای فرهنگی به‌عنوان مبنایی برای تخفیف یا تغییر مجازات‌های مستوجب حد نیز استفاده کرد؟ یافته‌ها نشان می‌دهد برخی از سازوکارهای موجود در نظام احکام فقهی به این مفهوم نزدیک است. این امر نشان‌گر آن است که جرایم مستوجب حد نیز از زوایای گوناگون قابلیت استناد به هنجارهای فرهنگی را دارند. بدین ترتیب، می‌توان تفسیری نوین و با رویکردی فرهنگی از این بخش مهم احکام جزایی اسلام ارائه داد. این مقاله همچنین تلاش کرده است تا به روش توصیفی - تحلیلی، در کنار بررسی دیدگاه فقه امامیه و حقوق کیفری ایران، از منظر فقه حنفی نیز به این موضوع بپردازد تا نتایج جامع‌تری از پژوهش به‌دست آید.

واژگان کلیدی: جرایم حدی، دفاع فرهنگی، کیفیات مخفقه، هنجارهای فرهنگی.

مقدمه

تنوع فرهنگی مقوله جدیدی است که جهان از چند دهه پیش با آن مواجه شده و رفته‌رفته شدت گرفته است. با این‌وجود رشد چنین تنوعی از یک‌سو و ظرفیت‌های موجود در انسان‌ها و جوامع از سوی دیگر به‌حدی است که به‌نظر می‌رسد این رشد هنوز به اوج خود نرسیده است و چه‌بسا تصور پایان و نقطه توقف آن مشکل باشد. بدیهی است که میزان این تنوع با توجه به پذیرش هر جامعه بیش و کم متغیر است. به‌عنوان مثال ایالات متحده چنان از افراد با ملیت‌ها و نژادهای مختلف آکنده شده که برخی از این ترکیب غنی از پیشینه‌های فرهنگی تعبیر به «دیگ ذوب فرهنگی»^۱ کرده‌اند. به همین دلیل جوامع متکثر عموماً در تلاش‌اند تا با گنجاندن این پیشینه‌ها در قوانین، ارزش‌های جامعه را منعکس کنند (Sherman, 1985, 102). علی‌رغم این تلاش‌ها نمی‌توان منکر تعارضات در این حوزه شد. بدین‌ترتیب آثار این هنجارها گاه تا جایی پیش می‌روند که خود علت ارتکاب برخی ناهنجاری‌ها می‌شوند؛ لذا رفتار براساس هنجار یک فرهنگ که مرتکب از آن برخاسته، منجر به ناهنجاری در فرهنگ دیگری که فعل در آن اتفاق می‌افتد می‌شود. با رشد و تکثر فرهنگی، این مسئله به محلی برای تضارب آرای اندیشمندان علوم انسانی و به‌ویژه حقوق‌دانان و جرم‌شناسان - درجایی که فعل ارتكابی مجرمانه باشد- گشته و مفهومی جدید تحت عنوان قابلیت استناد به هنجارهای فرهنگی را به‌وجود آورده است.

به‌عنوان یک رویکرد، امکان استناد به هنجارهای فرهنگی در فرایند جرم‌انگاری و هنجارهای اجتماعی وجود دارد. به‌طوری‌که در شرایطی یک فرد ممکن است به ارتکاب جرمی متهم شده و این عمل هم‌زمان که مجرمانه تلقی می‌شود، با هنجارهای فرهنگی گروه خاصی که فرد به آن تعلق دارد سازگار باشد. در چنین شرایطی ممکن است متهم با استناد به باورهای فرهنگی در مراحل مختلف فرایند کیفری مدعی شود که این رفتار با هنجارهای فرهنگی وی مرتبط و متأثر از آن بوده است، این مفهوم به‌عنوان قابلیت استناد به هنجارهای فرهنگی شناخته می‌شود که با توجه به کثرت آن در اثر تنوع‌های فرهنگی، مورد توجه اندیشمندان حقوق کیفری قرار گرفته است. در ایران نیز متعاقب پژوهش‌های جهانی، بدین امر پرداخته شده است. یافته‌های پژوهش‌های صورت گرفته در این حوزه نشان از آن دارند که استناد به هنجارهای فرهنگی در مرحله تعیین کیفر، در مجازات‌های مستوجب حد فاقد قابلیت است. بر این اساس

^۱. Cultural melting pot

بازتاب اثربخشی استناد به این هنجارها را تنها در مجازات‌های تعزیری قابل مشاهده می‌دانند (حسینی و دیگران، ۱۳۹۵، ۵۳۳). با این وجود مجازات‌های حدی به بهانه ویژگی‌هایی مثل ثابت و تغییرناپذیر بودن اغلب از آورده‌های جدید جرم‌شناسی و مفاهیم نوظهور حقوقی دور می‌مانند. این در حالی است که چنین نتایجی باید پس از بررسی‌های بی‌طرفانه به‌دست آید. بنابراین پژوهش حاضر مشخصاً به‌دنبال ترسیمی فقهی از مسئله است تا ردپایی از دفاع فرهنگی را در جرایم مستوجب حد بیابد. بر این اساس پس از مفهوم‌شناسی هنجارهای فرهنگی و دفاع فرهنگی، مواردی از قواعد عمومی حاکم بر احکام جزایی در فقه امامیه و در برخی موارد حنفیه تبیین شده و سپس مصادیقی از جرایم حدی مرتبط با نگاهی به مواد قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ جمهوری اسلامی ایران و نیز شماری از مواد قانون مجازات افغانستان که عمدتاً بر مبنای احکام فقه حنفیه تنظیم شده، بیان خواهد گردید.

۱. مفهوم هنجارهای فرهنگی^۱

هنجارهای اجتماعی در مفهوم کلی، قوانین و معیارهایی هستند که توسط اعضای یک گروه درک شده و رفتار اجتماعی را بدون اجبار قانونی، هدایت یا محدود می‌کنند (Cialdini & Trost, 1998, 152). از این منظر هنجار فرهنگی را می‌توان قاعده نانوشته‌ای دانست که توسط افراد در یک فرهنگ خاص اغلب بدون چون و چرا دنبال می‌شود و می‌تواند شامل برخی اعمال، باورها، آیین‌ها یا مجموعه‌ای از انتظارات بوده و بر همه جنبه‌های زندگی حاکم شوند. این هنجارها که در دو صورت ناملموس و انتزاعی یا اشکال تجسم یافته‌تر جلوه‌گر می‌شوند، اغلب به تدریج تغییر می‌کنند. در عین حال که یک هنجار فرهنگی برای خودی‌های هر فرهنگ بدیهی و اجتناب‌ناپذیر به نظر می‌رسد، می‌تواند برای کسانی که نسبت به آن بیگانه هستند، بسیار گیج‌کننده و غیرقابل تصور باشد. این به دلیل آن است که اساساً هیچ چیز طبیعی درخصوص چنین هنجارهایی وجود ندارد و افراد خودی یک فرهنگ خاص تنها با زیستن در آن فرهنگ و بدون این‌که متوجه باشند آن‌را به‌دست آورده و احساس می‌کنند که فقط به آن باور دارند. این هنجارها که از طریق ارتباطات بین فردی منتقل می‌شوند (Kincaid, 2004, 41)، می‌توانند بر نگرش‌ها و رفتارهای محیطی تأثیر گذاشته و به‌طور هم‌زمان از طریق کمپین‌های ارتباطی تحت تأثیر نیز قرار گیرند (Shulman et al, 2017, 1203). به همین علت است که توجه بین‌المللی بر به‌کارگیری کمپین‌های هنجارهای اجتماعی - متأثر از فرهنگ - به‌عنوان کلید تغییرات اجتماعی در

^۱. Cultural Norms

موضوعات مختلف (مانند ازدواج کودکان، ناقص کردن / بریدن اندام تناسلی زنان، ضایعات مواد غذایی، واکسیناسیون و ...) معطوف شده است؛ زیرا این تلاش‌ها منجر به تغییر باورها و اقدامات کل جامعه یا یک فرهنگ خاص به جای افراد می‌شود (UNICEF, 2010).

به دلیل ماهیت محدود فرهنگی هنجارهای اجتماعی، برای محققین بسیار مهم است که مفهوم‌سازی و اندازه‌گیری هنجارهای تعبیه شده در زمینه فرهنگی و اجتماعی مناسب را ایجاد و به‌وضوح توصیف کنند. به‌علاوه باید دقت داشت توصیف ادراکات انسانی از مسائل نباید باعث شود که میان دو مفهوم هنجار و ارزش به اشتباه بیفتیم؛ چراکه هنجارها ناظر به آنچه هست و ارزش‌ها ناظر به آنچه باید باشد فهم می‌شود (Schwartz, 1999, 35). اهمیت امر آن‌جا روشن‌تر می‌شود که این هنجارها در بسیاری از موارد از حدود یک هنجار عادی فراتر رفته و به شکلی تأثیرگذار نتایج اجتماعی به‌دنبال دارند. به‌عنوان مثال هنگامی که فرد براساس هنجار موجود در فرهنگ خود به حق انسان دیگری تعدی می‌کند، دیگر نمی‌توان آن‌را تنها در غالب فرهنگ و رسوم بررسی نمود. در این مورد، منظور از مقید بودن فرهنگی، این است که اگرچه هنجارهای اجتماعی، به‌عنوان کدهای رفتار نانوشته، در همه فرهنگ‌های بشری وجود دارند؛ اما شکل و کارکرد آن‌ها براساس گروه متفاوت است (Liu et al, 2022, 2). بنابراین گاه شرایطی به‌وجود می‌آید که خواسته یا ناخواسته پای هنجارهای فرهنگی به عرصه حقوق کشیده می‌شود. چنین شرایطی را می‌توان زادگاه آرای متفاوت و اغلب مخالف در این حوزه دانست. در این راستا عده‌ای هنگام مواجهه با نتایج این اعمال هم‌چون تعارض منافع، تعدی به حقوق افراد، تضییع حق و در شدیدترین حالت آن جرم، با استناد به قواعد عمومی لزوم جرم‌انگاری و مجازات مجرم، اعمال هرچند هنجاری را قابل تعقیب دانسته و عده‌ای دیگر به دلیل فقدان انگیزه شریانه معتقدند جرم صورت گرفته قابل مجازات نیست. گروه سومی نیز بحث را از مرحله تعیین کیفر خارج کرده و با توجه به تفاوت مبنایی از تعریف جرم، اساساً معتقدند در این شرایط جرمی صورت نگرفته است. به هر صورت مرتکبین چنین اعمالی در دادگاه از رفتار هنجارمحور خود دفاع می‌کنند.

باید توجه داشت که «عرف» و «هنجار فرهنگی» به دو مفهوم متفاوت اشاره دارند. عرف، به مجموعه‌ای از رفتارها و قواعد غیررسمی اطلاق می‌شود که به‌طور گسترده در یک جامعه یا خرده‌فرهنگ پذیرفته شده و مورد عمل قرار می‌گیرد. این رفتارها و قواعد معمولاً بدون نیاز به تأیید رسمی یا قانونی، توسط

اعضای جامعه رعایت می‌شوند و تخطی از آن‌ها ممکن است منجر به واکنش‌های اجتماعی منفی شود. در مقابل، هنجارهای فرهنگی به ارزش‌ها، اعتقادات، نگرش‌ها و باورهای مشترک میان اعضای یک خرده‌فرهنگ اشاره دارند که ریشه‌های عمیق‌تری در فرهنگ و تاریخ آن گروه دارند. هنجارهای فرهنگی معمولاً مبنای شکل‌گیری عرف‌ها هستند و نقش اساسی در تعیین نحوه رفتار و تعاملات اجتماعی افراد ایفا می‌کنند. در حالی‌که عرف‌ها به شکل رفتارهای روزمره و عملی بروز می‌کنند، هنجارهای فرهنگی به مبانی نظری و ایدئولوژیک آن رفتارها مربوط می‌شوند. به این ترتیب، درک تفاوت میان این دو مفهوم به تحلیل دقیق‌تر تعاملات اجتماعی و تأثیرات فرهنگی در یک جامعه یا خرده‌فرهنگ کمک می‌کند.

۲. دفاع فرهنگی^۱

یکی از مشکلاتی که دادگاه‌ها طی سال‌های اخیر با آن مواجه شده‌اند، مسئله «برخورد فرهنگ‌ها»^۲ است. با این توضیح که گاه افراد به استناد هنجارهای موجود در فرهنگ یا خرده‌فرهنگ خود دست به اعمالی می‌زنند که در فرهنگ رسمی جامعه‌ای که عمل در آن ارتکاب یافته جرم محسوب می‌شوند. به‌عنوان مثال گزارش‌ها نشان می‌دهد یک فروشنده بیمه نیجریه‌ای در هوستون که به جهت قرار دادن فلفل در محل زخم‌های یک کودک متهم به کودک آزاری شده بود، این کار خود را رسم قابل قبولی در نیجریه دانست. همچنین یک خانواده ویتنامی پس از تشخیص مقامات مبنی بر دلالت زخم‌های روی بدن پسر بچه بر کودک آزاری، با این استدلال که عمل آن‌ها دارویی عامیانه برای درمان سردرد از طریق ماساژ پشت و شانه‌ها با لبه دندان‌دار یک سکه بوده است از پذیرش این اتهام سر باز زدند. به‌عنوان مثال دیگر می‌توان به مردی اهل سالوادور در فرزنو اشاره کرد. او که در جنگ‌های چریکی آموزش دیده بود، دوستش را بر اثر ضرب و شتم شدید در حال مرگ دید و گلوی وی را به نشانه احسان برید (Oliver, 1998, 28). ازدواج از طریق تسخیر نیز یکی دیگر از مثال‌های معروف در این حوزه است. ازدواج از طریق تسخیر^۳ یکی از رسوم فرهنگی قبیله همونگ است که براساس آن شخص خواستگار دختر مورد نظر خود را ربوده، به او تجاوز نموده و از این طریق با او ازدواج می‌کند. یکی از ویژگی‌های اصلی این فرهنگ آن است که دختر حتی با وجود رضایت قلبی، می‌بایست در برابر آن شخص مقاومت کند

^۱. Cultural Defense

^۲. Clash Of Cultures

^۳. Marriage by Capture

(Maier, 2009, 87). بنابراین صرف‌نظر از این‌که دفاعیات متهمان در پرونده‌های فوق چه تأثیری بر تعیین کیفر آن‌ها داشته است، باید ابتدا مسئله برخورد فرهنگ‌ها را به‌عنوان امری که ممکن است اتفاق افتد به رسمیت شناخت.

هنگام برخورد فرهنگ‌ها؛ یعنی زمانی که ارزش‌های فرهنگی مرتکب با قوانین کیفری (که در حقیقت نشان از فرهنگ آن جامعه دارند) مخالفت کنند، متهم ممکن است برای توجیه رفتار مجرمانه‌اش یک «دفاع فرهنگی» ارائه نماید. دفاع فرهنگی در حقیقت نوعی استراتژی حقوقی است که از شواهدی در مورد پیشینه فرهنگی متهم برای نفی یا کاهش مسئولیت کیفری (با کاهش مجازات همزمان) استفاده می‌کند. چنین استفاده‌ای از باورهای فرهنگی در دفاع، نه برای تولید یک دفاع کیفری ماهوی جدید، بلکه برای ایجاد عناصر دفاعی کیفری سنتی مورد استفاده قرار می‌گیرد (Kim, 1997, 103). این دفاع بنا به تعریف، مسئولیت کیفری را برای اعمالی که براساس باور معقول و حسن نیت به مناسب بودن آن‌ها براساس هنجارهای فرهنگی یا سنتی مرتکب انجام شده است، نفی کرده یا کاهش می‌دهد. هرچند دادگاه‌های ایالات متحده و اکثریت قریب به اتفاق نظام‌های کیفری دفاع فرهنگی را به‌طور رسمی به‌عنوان بهانه‌ای برای ارتکاب جرم به رسمیت نشناخته‌اند (Sams, 1986, 337)، با این‌وجود پژوهش‌ها حاکی از آن است که استناد به این هنجارها در مرحله تعیین کیفر در جوامعی همچون آلمان و آمریکا اثر گذار بوده است (حسینی و دیگران، ۱۳۹۵، ۵۳۳).

در واقع موافقان اثرگذاری بر این باورند که یک نظام حقوقی عادلانه باید بعد اخلاقی عمل متهم را نیز در نظر بگیرد. بنابراین گاه متهمی که معمولاً در فرهنگ بومی خود تابع قانون است، مرتکب عمل مجرمانه می‌شود تنها به این دلیل که هنجارهای او را مجبور به انجام این کار کرده‌اند. از این منظر می‌توان گفت قوانین زمانی مؤثرتر هستند که افراد ارزش‌های اخلاقی نسل گذشته خود را درونی کنند (Choi, 1990, 86). برخی جوامع در لزوم توجه به هنجارهای فرهنگی معتقدند اصل برابری، احترام به تکرر فرهنگی را ایجاب می‌کند. بدین‌سان نظام حقوقی که فردی را به‌دلیل پیروی از دستورات فرهنگ خود مجازات کند، این پیام را می‌فرستد که فرهنگ فرد فرودست است و باید فرهنگ اصلی خود را انکار کند و این به معنای انکار عزت نفس و هویت اوست. البته شناخت ارزش‌های فرهنگی باید در برابر حفظ

نظم اجتماعی در اجرای قوانین متعادل باشد. با این حال، اصول عدالت فردی و کثرت‌گرایی فرهنگی مستلزم ارزیابی ارزش‌های فرهنگی است که در بطن اعمال مجرمانه است (Hayashi, 1985, 25). در مقابل مخالفان دفاع فرهنگی بر این باورند که اگرچه عدم رسمیت دفاع فرهنگی ممکن است برای متهمان مهاجر ناعادلانه به نظر برسد، رسمیت‌بخشی به آن می‌تواند برای اکثر متهمان ناعادلانه محسوب شود (Sams, 1986, 337). این گروه با تأکید بر این نکته که قانون منعکس‌کننده ارزش‌های کنونی جامعه و درک اخلاقی بوده و به‌عنوان ابزاری برای آموزش اجتماعی عمل می‌کند، آن را بر دسته‌ای از آداب و رسوم که مورد تأیید اکثریت افراد جامعه باشد اطلاق می‌کنند؛ لذا معتقدند هیچ عرفی نمی‌تواند یک عمل مجرمانه را در صورتی که اثر آن با اصول اساسی خود قانون مخالف باشد، توجیه کند. تا زمانی که یک عرف توسط اکثریت اعضای جامعه‌ای پذیرفته شود و به‌عنوان قانون عملی شود، آن عرف باید تابع قوانین کیفری حوزه قضایی باشد. در غیر این صورت با توجیه رفتار غیرقانونی براساس باورهای ذهنی متهم، حقوق و انتظارات بقیه افراد جامعه تضعیف می‌شود. بدین صورت دفاع فرهنگی با ارائه رفتار ترجیحی با یک بیگانه، علیه بقیه افراد جامعه تبعیض قائل می‌شود (Sams, 1986, 116). همچنین هم‌زمان که برای شکل‌گیری یک انضباط اجتماعی تمایز بین رفتار قابل قبول و غیرقابل قبول باید عینی باشد، تجویز نفی مسئولیت کیفری توسط باورهای فرهنگی مانند آن است که این باورها را با موانع دیگری چون عدم بلوغ یا جنون و مانند آن برابر بدانیم. بدین ترتیب فرایند کیفردهی جرایم به‌جای این که بر وجود یا فقدان عوامل رافع مسئولیت کیفری متهم تمرکز گردد، بر فرهنگ متمرکز می‌شود.

در نهایت می‌توان چنین جمع‌بندی کرد که موافقان دفاع فرهنگی آن را بیشتر برای توضیح وضعیت روحی یا عدم قصد متهم برای ارتکاب جرم و در نتیجه تخفیف اتهامات یا مجازات‌ها استفاده می‌کنند و این هرگز به معنای تبرئه یا توجیه کامل متهم نیست. به عبارت دیگر اگر رسالت اصلی حقوق جزا را جنگ با شرارت افراد بدانیم، با فقدان انگیزه شیرانه در مصادیق دفاع فرهنگی، شدت مجازات می‌تواند به‌طور معناداری کاهش یابد. بدین ترتیب می‌توان اثربخشی به رسمیت شناختن کیفیات مخففه در این حوزه را پذیرفت. در واقع عوامل فرهنگی می‌توانند از این طریق بدون رفع کامل مسئولیت کیفری، مجازات جرم را تخفیف دهند. با این حال حتی موافقان نیز شناسایی عوامل فرهنگی مورد استفاده متهم را غیررسمی و هنگام صدور حکم دانسته و رسمیت‌بخشی به آن را به نفع کل جامعه نمی‌دانند؛ چرا که وجود ذهنیت‌های فرهنگی نادرست هم، راه را برای اصلاح عادات فرهنگی غلط برای مردم همان فرهنگ می‌بندد، هم، بقیه

افراد جامعه را نسبت به این امر جرئت می‌دهد و نیز در نهایت منجر می‌شود تا عرف و فرهنگ از قانون سبقت بگیرد.

در حقوق کیفری ایران عمل‌کرد قانون‌گذار پذیرش ضمنی دفاع فرهنگی در تعزیرات را نشان می‌دهد. بند الف ماده ۱۸ ق.م.ا. ۱۳۹۲ که از نوآوری‌های این قانون است، ذیل تعریف تعزیر به انگیزه مرتکب و وضعیت ذهنی و روانی وی حین ارتکاب جرم اشاره دارد. بدین‌سان با توجه به مبانی فقدان اثربخشی مجازات در این‌گونه جرایم، گرایش به‌سوی حداقل مجازات قانونی و تغییر عنوان مجرمانه و اثرگذاری آن بر تعیین کیفر، استناد به هنجارهای فرهنگی در مرحله تعیین کیفر را در تعزیرات پذیرفته است. با این حال پژوهش‌های صورت گرفته در این خصوص، حوزه حدودالله را به علت این‌که این جرایم با توجه به ثابت و تغییر ناپذیری‌شان از هرگونه انعطاف به دورند، همچنان منطقه چالشی می‌دانند (حسینی و دیگران، ۱۳۹۵، ۵۴۷). در حالی‌که دیدگاه‌های میانه‌رو در این مسئله انصاف را در آن می‌بینند که یک نظام حقوقی نه دفاع فرهنگی را با توجه به اشکالاتی که متوجه آن است، به‌طور کامل بپذیرد و نه بی‌توجه از کنار آن عبور کند. از طرفی باورهای الهیاتی نسبت به دین اسلام، مجازات‌گرایی افراطی در احکام جزایی آن‌را بر نمی‌تابد و در نهایت می‌توان گفت از آن توقع اتخاذ رویکردی منصفانه‌تر دارد. به همین دلیل باید ضمن واکاوی فقه جزایی، دفاع فرهنگی را امکان‌سنجی نموده و ظرفیت‌های آن‌را بازشناخت. همچنین برخی قواعد حاکم بر فقه حنفی و به تبع آن حقوق افغانستان که وضعیت جرم و مجازات را در جرایم حدی به این فقه واگذار کرده است، از جهاتی به فقه امامیه نزدیک و وجود ظرفیت‌هایی برای استناد به هنجارهای فرهنگی را به اثبات می‌رساند.

۳. مصادیق استناد به هنجارهای فرهنگی در فقه جزایی

یافته‌های پژوهش‌ها حاکی از آن است که تقویت بن‌مایه‌های فکری، فرهنگی و اجرایی رواداری^۱ - به معنی پذیرش و احترام به نژادها، فرهنگ‌ها، شیوه‌های متنوع زیستن، اندیشیدن و اظهارنظر کردن -، از الزامات زیستن در جهان معاصر به‌شمار می‌رود (امیدی، ۱۴۰۰، ۸۸). اگر پذیرش تفاوت‌ها را به‌عنوان یک اصل مترقی، به مفهوم لزوم پذیرش تفاوت‌های موجود به‌منظور رسیدن به پیشرفت، توسعه، یادگیری، تحول و در نهایت نوآوری، رشد و بهبود جوامع بدانیم، توقع داریم تا جلوه‌هایی از آن‌را در آموزه‌های

^۱. tolerance

اسلامی به عنوان کامل ترین دین برای همه زمان ها بیاییم. مطابق انتظار در اصلی ترین منبع این آموزه ها یعنی قرآن کریم آیاتی به روشنی بر این امر دلالت دارند. خداوند متعال در آیه ۱۳ سوره مبارکه حجرات می فرماید: «يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَىٰ وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ» و براساس این آیه تمام تبعیض های نژادی، حزبی، قومی، قبیله ای، اقلیمی، اقتصادی، فکری، فرهنگی، اجتماعی و نظامی را مردود می شمارد (قرائتی، ۱۳۸۳، ۱۹۵/۹). همچنین در آیه ۱۰۸ سوره مبارکه انعام که می فرماید: «وَلَا تَسُبُّوا الَّذِينَ يَدْعُونَ مِنْ دُونِ اللَّهِ فَيَسُبُّوا اللَّهَ عَدْوًا بِغَيْرِ عِلْمٍ كَذَلِكَ زِينَا لِكُلِّ أُمَّةٍ عَمَلُهُمْ ثُمَّ إِلَىٰ رَبِّهِمْ مَرْجِعُهُمْ فَيُنَبِّئُهُمْ بِمَا كَانُوا يَعْمَلُونَ»، مسلمین را از دشنام دادن به معبود غیر خداپرستان منع می کند. علاوه بر آن در آیه ۲۲ سوره مبارکه غاشیه که می فرماید: «لَسْتُ عَلَيْهِمْ بِمُصِيطِرٍ»، به نفی سلطه و تسلط پیامبر اکرم (ص) در اجبار مردم به ایمان آوردن می پردازد. این نمونه ها مواردی است که بر احترام و عدم تجویز تعدی به ساحت خصوصی افراد از جمله دین و عقاید آن ها دارد، تا جایی که شهید مطهری یکی از دستاوردهای بزرگ اسلام را ایجاد وحدت میان ملت های مختلف نامتجانسی که پیش تر از یکدیگر کمال تنفر را داشتند دانسته و معتقد بود علت شکل گیری این وحدت، احترام اسلام و مسلمین به عقاید ملت ها و تساهل و تسامح در این خصوص بود (مطهری، ۱۳۷۲، ۱۲۷). آزادی اندیشه و بیان در زمان حکومت امیرالمؤمنین (ع) به عنوان الگوی عملی نیز تا اندازه ای بود که خوارج آن حضرت را به دلیل پذیرش حکمیت به وضوح کافر قلمداد کرده و در عین حال مستمری خود را از بیت المال دریافت می کردند و امام (ع) تا زمان قیام مسلحانه ایشان، آزادی آن ها را محدود نکرد (مطهری، ۱۳۶۸، ۳۶). بدین سان پژوهش گران اسلامی با استناد به آیات و نمونه های تاریخی مشابه بر این باورند که اسلام با پذیرش کثرت گرایی فرهنگی، بر آن صحنه گذاشته است (سعادت، ۱۳۸۹، ۱۴۹). بنابراین می توان گفت شالوده احکام بر آموزه های اسلامی به ویژه احترام به عقاید پیروان ادیان دیگر استوار است. چنان که در حدیثی از امام صادق (ع) نقل شده است: «هر گروهی که به دینی معتقدند، احکام آن دین بر آن ها ثابت خواهد بود» (طوسی، ۱۳۹۰، ق، ۱۸۹/۴).

به نظر می رسد خلأ موجود در احکام جزایی اسلام به ویژه حدود در مبحث قابلیت استناد به دفاع فرهنگی، نه به دلیل عدم توجه اسلام به این مسئله و مجازات گرایی، بلکه به خاطر غفلتی است که در ادله اثبات جرایم و مجازات ها در این حوزه صورت گرفته است. با این مقدمه که اگر دین را مجموعه ای از نظام های فرهنگی، اعتقادی، عقاید و قوانین و مقرراتی بدانیم که ضمن توجه به اصول بینشی بشر، به اصول گرایشی

وی نیز نظر داشته و از اخلاق و شؤون زندگی او سخن می‌گوید، مسلمان بودن در تلازم با اطلاع از نظام فرهنگی است. در واقع مسلمان بودن یعنی اتصاف به دین اسلام و دین نیز چیزی جز همین شئون فرهنگی نیست. بدین‌سان زمانی‌که در احکام بحث از اسلام می‌شود، آگاهی وی نسبت به نظام هنجاری اسلام مفروض است. از همین روست که در ابواب مختلف، احکام خاص و سهل‌گیرانه‌تری برای تازه مسلمان وجود دارد (عظیمی‌گرگانی و دیگران، ۱۳۹۸، ۷۸).

پیش از ذکر مصادیق، به‌نظر می‌رسد شارع مقدس در جهت کاهش مجازات اساساً دارای گام‌های چندگانه‌ای است که به‌مثابه قواعد کلی بر پیکره نظام حقوق جزای اسلام حاکم است. این قواعد عبارت‌اند از:

- نخست: با تفویض اختیار به حاکم در تعزیرات و هم‌زمان پیش‌بینی درجاتی برای مجازات‌های تعزیری شامل وعظ، تهدید، توبیخ، مجازات سبک و... (منتظری، ۱۳۷۰، ۵۰۳؛ مهرپور، ۱۳۶۸، ۵۲)، راه را برای انعطاف و تأثیر شرایط و حالات شخصی مرتکب در تعیین مجازات باز گذاشته است. پذیرش این امر در بند الف ماده ۱۸ ق.م.ا نیز بر همین اساس بوده است. شیخ طوسی از قول ابوحنیفه نقل می‌کند: «التغریب لیس بحد و انما هو تعزیر الی اجتهاد الامام و لیس بمقدر» (طوسی، ۱۴۰۷ ق، ۳۶۷/۵)؛ لذا ایشان نیز هم‌راستا با امامیه قائل به تفویض اختیار به حاکم در تعزیرات هستند.
- دوم: درخصوص مجازات‌های حدی که بخش اصلی و چالش‌برانگیز در این حوزه نیز همین‌جاست، هرچند اکثریت قریب به اتفاق فقهای امامیه مسلمان بودن را از شرایط اجرای حدود نمی‌دانند (طوسی، ۱۳۸۷ ق، ۳۷/۸؛ حر عاملی، بی‌تا، ۵۰/۲۸؛ نجفی، ۱۴۰۱ ق، ۳۱۳/۴۱) و معتقدند حدود بر غیرمسلمان نیز جاری می‌شود، با این‌حال معتقدند در صورت عدم آگاهی مرتکب از ماهیت مجرمانه فعل خود، چه در صورت جهل به حکم و چه در صورت جهل به موضوع - که در مانحن‌فیه این جهل می‌تواند ناشی از شرایط فرهنگی باشد -، اجرای حد منتفی خواهد بود (حر عاملی، بی‌تا، ۳۳/۲۸؛ نجفی، ۱۴۰۱ ق، ۲۶۱/۱؛ خویی، ۱۴۲۲ ق، ۲۰۷/۴۱؛ زحیلی، ۱۴۰۴ ق، ۳۶/۶). بر این اساس فقها ضمن تأکید بر اشتراک تکالیف واقعی میان عالم و جاهل، جهل را سبب عدم تنجز حکم واقعی نسبت به جاهل دانسته و از این‌روی جاهل (غیرمقصر) را مستحق کیفر نمی‌دانند (عراقی، ۱۴۱۷ ق، ۲۳۱/۲؛ مقدس اردبیلی، بی‌تا، ۶۳/۳؛ موسوی بجنوردی، ۱۳۷۷، ۳۷۱/۵؛ سبزواری، بی‌تا، ۳۱۱/۵). همچنین باید توجه

داشت آثار مترتب بر افعال غیر عبادی متفاوت است. با این توضیح که ترتب برخی آثار بر فعل منوط به علم است و در صورت جهل مترتب نمی‌شود؛ لیکن جهل و علم مکلف در ترتب دسته دیگری از آثار بر فعل نقشی ندارد. فقها ضمن این که حدود و تعزیرات را از نوع نخست آثار برشمرده‌اند، تصریح نموده‌اند که اگر کسی از روی جهل مرتکب اعمال مستوجب مجازات گردد، این آثار بر عمل او مترتب نمی‌شود. مثلاً شخصی که روی جهل به حرمت شراب (جهل به حکم) یا جهل به شراب بودن یک مایع (جهل به موضوع) آنرا بنوشد، حد شراب‌خواری بر او جاری نمی‌شود (نجفی، ۱۴۰۱ق، ۲۶۱/۴۱). چنان‌که روشن است ارتفاع مجازات در این موارد ناظر به مرحله تعیین کیفر است.

قانون مجازات افغانستان به پیروی از احکام فقه حنفی، ضمن تقسیم جهل به دو صورت معذر و غیرمعذر، جاهل معذر را مشمول عقاب ندانسته و مشخصاً مصادیق آنرا دسته‌ای از مسلمانان می‌داند که خارج از دارالاسلام هستند و به این دلیل از احکام شرعی بی‌اطلاعتند (سغناقی، ۱۴۲۳ق، ۱۷۲۵/۴)؛ چراکه اهل سنت معمولاً در بحث تکلیف و ذیل مبحث اهلیت، از جهل سخن گفته و نوع معذر آنرا از موانع اهلیت می‌دانند (ابن‌امیرالحاج، ۱۴۰۳ق، ۱۷۲/۲).

• سوم: آموزه‌های فقهی با احصای اقسام کافر، این گروه را از شمولیت قوانین عامه حدود خارج نموده و در شرایطی که شرح آن خواهد آمد، حد را بر آنها قابل اجرا نمی‌داند. با این توضیح که غیرمسلمانان عبارت از افرادی هستند که به خداوند، پیامبر^(ص) یا یکی از ضروریات دین ایمان نداشته باشند و به‌طور معمول در کلام فقها به چهار گروه ذمی، مستأمن، معاهد و حربی تقسیم شده‌اند (فاضل لنکرانی، ۱۳۸۰، ۱۲۷/۱). کافر ذمی عبارت از یهود، نصاری و مجوس هستند که در صورت التزام به شرایط ذمه جان آنها محترم است و از مال و ناموسشان نیز حمایت می‌شود (حلی، ۱۴۱۳ق، ۴۸۰/۱؛ فخرالمحققین، ۱۳۸۷ق، ۳۵۳/۱؛ کرکی، ۱۴۰۸ق، ۳۷۳/۳). برخی فقها در تطبیق این حکم با عصر حاضر، اقلیت‌های ساکن در کشور اسلامی را در صورت مشکل‌ساز نبودن در حکم کافر ذمی می‌دانند (مکارم شیرازی، ۱۴۲۷، ۱۴۱/۱). کافر مستأمن به آن دسته از کفار اطلاق می‌شود که از عقد امان استفاده می‌کنند (عمید زنجانی، ۱۴۲۱ق، ۲۲۰/۳). کافر معاهد نیز فردی است که ضمن اهل کتاب نبودن و عدم پابندی به شرایط ذمه، به جهت یاری‌رسانی به مسلمانان در دفع دشمن با آنها عهد بسته است (بنی‌هاشمی خمینی، ۱۳۸۶ق، ۷۷۹/۲). در باب اجرای حدود گفته شده بر کافر ذمی به‌خاطر ارتکاب حرام‌های مستوجب حد به‌صورت غیرعلنی حد اقامه نمی‌شود (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ۸۸/۳؛ خویی،

۱۴۱۰ق، ۱/۱۸۷). کلام فقها نشانگر آن است که در اکثریت قریب به اتفاق جرایم مستوجب حد، دیگر اقسام کفار به جز کافر حربی، حکم ذمی را دارند (خیمینی، ۱۳۹۲، ۲/۴۳۶).

• چهارم: در تکمیل مورد قبل در ساحت اجرای حدود حاکم شرع در مورد مرتکبین غیرمسلمان اغلب جرایم حدی، بین اجرای حد و تحویل مرتکب به هم‌کیشانش به منظور مجازات مطابق با شریعت خویش، مخیر است (شیخ مفید، ۱۴۱۰ق، ۱/۷۷۹). تجویز تحویل مرتکب به محاکم دین و آیین خود، نشان از به رسمیت شناختن هنجارهای فرهنگی مستند فعل اوست. چه اگر مرتکب نه با قصد مجرمانه و تنها با استناد به رسومات معمول در فرهنگ خود مرتکب جرم شده باشد، طبیعتاً در آن محکمه از مجازات معاف خواهد شد.

• پنجم: مفاد قاعده معروف «الحدود تدرأ بالشبهات» مبنی بر این است که اگر شبهه همراه با اعتقاد مرتکب به جایز بودن فعل ارتكابی باشد، حد را ساقط می‌نماید (مصطفوی، ۱۳۹۵، ۱۳۵). این امر دقیقاً چیزی است که در دفاع فرهنگی اتفاق می‌افتد. یعنی مرتکب عملی را با استناد به رسوم فرهنگی و با اعتقاد به جایز بودن آن انجام می‌دهد. فقهای حنفی با نگاهی رأفت‌آمیز به دین، ضمن تلاش برای تفسیر مضیق آیات حدود، سعی در پذیرش حداکثری شبهات و درء حدود به واسطه آن داشته‌اند (بیهقی، ۱۴۲۴ق، ۸/۴۱۳؛ ابوحنیفه، بی‌تا، ۲/۸۱؛ ابن‌ابی شیبیه، ۱۴۰۹ق، ۵/۵۱۱). چنان‌که از ابن مسعود نقل کرده‌اند به استناد اجمعی بودن متهم، هنگام بازجویی حد را از او ساقط نمود (سرخسی، ۱۴۱۴ق، ۹/۱۴۱؛ کاسانی، ۱۴۰۶ق، ۷/۲۳۳). به‌طور کلی از قیده‌های حنفی در پذیرش شبهه، عدم وجود حکومت اسلامی یا حاکم مسلمان است؛ چراکه در چنین شرایطی ممکن است زمینه بیان احکام دین برای مردم فراهم نبوده و موجب بی‌اطلاعی آنان از احکام و در نتیجه ایجاد شبهه در اجرای احکام گردد (سرخسی، ۱۴۱۴ق، ۹/۱۰۵).

در باب مصادیق، به‌طور کلی بررسی‌ها نشان می‌دهد احکام جزایی در سه جهت تقنین، قضا و اجرا به این مهم توجه داشته است. در بخش تقنین از تحقق یا عدم تحقق جرم قذف، در بخش قضا از توجه اسلام به بومی‌گزینی قضات و در بخش اجرا از تأثیر یا عدم تأثیر استناد به هنجارهای فرهنگی در تعیین کیفر و اجرای آن بحث می‌شود.

۱-۳. ساحت تقنینی: استفاده از الفاظ توهین‌آمیز در برخی خرده‌فرهنگ‌های اجتماعی امری بهنجار و نوعی عادت تلقی می‌شود. بر این اساس شخص ممکن است تنها براساس آن‌چه متأثر از فرهنگ در ذهنش شکل گرفته مرتکب توهین شود بدون آن‌که قصد توهین داشته باشد. صرف‌نظر از تصمیم‌گیری قانون در این خصوص، فقهای امامیه گاهی به این موضوع پرداخته‌اند. شهید ثانی ذیل بیان تفاوت‌های میان حدود و تعزیرات، با عبارت «لو اختلفت الإهانات فی البلدان، روعی فی کل بلد عادته» (شهید ثانی، ۱۴۰۰ق، ۱۴۴)، معتقد است در مورد جرم توهین و تحقق آن باید هنجارهای فرهنگی را مدنظر داشت؛ چراکه ممکن است لفظی در یک فرهنگ توهین‌آمیز باشد در حالی‌که در فرهنگ متفاوت سخنی معمول تلقی شود.

ممکن است ادعا شود سابقاً و در جای دیگر پذیرفتن این موضوع در تعزیرات اثبات شده است. در پاسخ باید گفت در حدود نیز بدین امر توجه شده و جالب توجه این‌که هنجارهای فرهنگی این بار نه در مرحله تعیین کیفر، بلکه در مرحله تحقق جرم معتبر شمرده شده‌اند. از میان جرایم حدی، در قذف صرف‌نظر از تعریف و الفاظ آن، معتبر است که گوینده به آنچه لفظ برای آن وضع شده و معنای آن، در همان زبانی که به آن سخن می‌گوید، آگاه باشد؛ بنابراین اگر شخصی یکی از الفاظ قذف را - که استعمال آن در فرهنگ خودش امری معمول است - بدون آن‌که به معنای آن علم داشته باشد به‌کار برد، قاذف نبوده و حدی بر او نیست حتی اگر مخاطب معنای آن را بداند (موسوی بجنوردی، ۱۳۹۰، ۶۰۲/۲). بدین‌سان فقهای امامیه هنگام بیان ادله اثبات حد قذف یکی از شروط تحقق آن را علم و آگاهی قاذف نسبت به معانی الفاظ در هر زبانی که بیان شود می‌دانند (مقدس اردبیلی، بی‌تا، ۱۳۲/۱۳؛ شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ۱۶۶/۹؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ۴۲۴/۱۴؛ ابن براجم، ۱۴۰۶ق، ۵۴۶/۲؛ ابن ادریس، ۱۴۱۰ق، ۵۱۶/۳؛ سبزواری، بی‌تا، ۲/۲۸؛ گلپایگانی، ۱۴۱۷ق، ۱۰۶/۲؛ خویی، ۱۴۱۰ق، ۳۰۶/۲).

قانون‌گذار ایران در ماده ۲۴۶ ق.م.ا با بیان عبارت نسبت‌دهنده باید به معنای لفظ آگاه باشد، استفاده از عبارات مفید نسبت دادن زنا و لواط به اشخاص از روی ناآگاهی را از دایره این جرم خارج نموده و در ادامه در ماده ۲۴۸ همین قانون مقرر می‌دارد در صورت وجود قرینه‌ای که مشخص کند منظور قذف نبوده است، حد ثابت نمی‌شود. بدین‌ترتیب احکام فقه و به پیروی از آن قانون مجازات در این باب از اعمال مجرمانه‌ای که براساس هنجارهای فرهنگی ارتکاب می‌یابند مغفول نمانده و درخصوص جرم قذف بحث را از تعیین کیفر به مرحله تحقق جرم کشانده است. فقهای حنفی ذیل بحث قذف و در جایی‌که از

احتمالات موجود در لفظ «لوطی» صحبت می‌کنند، گفته‌اند این خطاب در عرف جامعه امروز ما مجال تأویل دارد؛ چراکه استعمال عمومی آن به افرادی اطلاق می‌شود که مسلک رندی و عیاری پیشه می‌کنند؛ لذا بر این اساس حد قذف از گوینده آن ساقط است (ابن عابدین، ۱۴۱۲ق، ۴/۴۹؛ موصلی، بی‌تا، ۴/۹۴). این مثال به روشنی بر به رسمیت شمردن عرف و فرهنگ محل وقوع جرم دلالت دارد.

۲-۳. ساحت قضایی: اندیشمندان علوم جنایی یکی از راهبردهای پیش‌رونده تفسیرهای قضایی کثرت‌گرا را متوجه نظام بومی‌گزینی قضات می‌دانند؛ چراکه تبلور مفهوم کثرت‌گرایی فرهنگی در تفاسیر قضایی ایجاب می‌کند تا قضات در اعمال قوانین، هنجارهای فرهنگی را لحاظ کنند. توضیح بیشتر آن‌که مطابق نظام بومی‌گزینی، قضات به دلیل آشنایی با باورهای فرهنگی محل زندگی خود، در تفسیر قضایی خود بدان‌ها توجه خواهند کرد. با توجه به آن‌که هنجارهای فرهنگی موجود در خطه‌های اقلیمی مختلف متفاوت است، به همان اندازه که بی‌اطلاعی قاضی از این هنجارها قضاوت را از موازین عدالت و انصاف دور می‌کند، آشنایی و احترام به هنجارها می‌تواند به رشد مبانی کثرت‌گرایی فرهنگی کمک کند. به عنوان مثال در حالی که یک قاضی تهرانی فرد حامل اسلحه را خطری برای جامعه محسوب نموده و سعی در سرکوب وی دارد، قاضی سنندجی او را شهروند عادی و بی‌خطر و رفتار او را بهنجار برمی‌شمرد (دانش‌ناری، ۱۳۹۲، ۸۳-۸۴). بدین ترتیب آشنایی متولیان مرحله قضایی با هنجارهای فرهنگی، یکی از ارکان رکن قابلیت تأثیر استناد به این هنجارها در تعیین مجازات است.

هرچند مشخصاً عنوان بومی‌گزینی قضات در الگوهای اسلامی آیین قضاوت به چشم نمی‌خورد، با این حال برش‌هایی از تاریخ اسلام نشان‌گر توجه به این امر است. در ابتدای ظهور اسلام که افراد هنوز به احکام دین آشنا نبودند، عده قلیلی به امر قضاوت می‌پرداختند. در مرکزیت حکومت اسلامی شخص پیامبر^(ص) منصب قضا را در اختیار داشته و خود ایشان برخی از یاران تربیت شده خویش را به سرزمین‌های اطراف می‌فرستادند. در همین راستا حضرت علی^(ع) برای قضاوت به یمن رفتند. با این حال گاه مردم یمن قضاوت‌های ایشان را نپذیرفته و به خود پیامبر^(ص) رجوع می‌کردند (ماوردی، ۱۴۰۶ق، ۸۶). پس از آن با فراگیری احکام اسلام افرادی تربیت شدند که می‌توانستند به منصب قضا در آیند؛ لذا حضرت علی^(ع) در دوران حکومت خود با احصای ویژگی‌های قضات، تعیین مصداق را به والیان خود سپردند. به طور کلی می‌توان نظام قضایی در دوران حکومت حضرت امیر^(ع) را غیرمتمرکز دانست به طوری

که به استان‌ها درخصوص قضا تفویض اختیار و یا توکیل شده بود. مستفاد از عهدنامه مالک آن است که اختیار تام در قضا و نصب قاضی به ایشان، والی اهواز و والی موصل داده شده بود (حسنی، ۱۳۸۸، ۱۸۶).

بنابراین با توجه به آن‌که شیوه نبی اکرم (ص) فرستادن قاضی به سایر سرزمین‌ها بود و از سوی دیگر در مدینه افراد زیادی وجود داشتند که آماده قضاوت بودند، با این حال امیرالمؤمنین (ع) به شیوه‌ای جدید عمل نموده و دستور نصب قضات هر منطقه از همان منطقه را صادر نمودند. چنان‌که گذشت با توجه به کارایی بومی‌گزینی قضات در درک هنجارهای فرهنگی و تأثیر آن در کیفرگذاری، می‌توان به این شیوه‌گزینی در حکومت امام علی (ع) به‌عنوان شاهد اشاره نمود. البته پرواضح است برای آن‌که بومی‌گزینی قضات به‌صورت یک الگوی اسلامی نظام‌مند معرفی شود، نیازمند بررسی دقیق و یافتن نمونه‌هایی از این اتفاق هستیم، با این حال در بحث حاضر اگر نتوان لزوم بومی‌گزینی را اثبات نمود، لااقل به نفی آن مطابق آموزه‌های اسلام نیز نمی‌توان پرداخت.

۳-۳. ساحت اجرایی: براساس آنچه گفته شد، اگر غیرمسلمانان حتی در مواردی که عملی از دیدگاه اسلام حرام باشد، طبق مقررات شریعت خود عمل کرده و مرتکب آن فعل شوند، مستوجب حد نخواهند بود، با این حال، در صورتی‌که به این عمل تجاهر نمایند، مطابق قوانین اسلام با آن‌ها برخورد می‌شود (حلی، ۱۴۱۰ق، ۳۵۱/۱)، البته به‌نظر می‌رسد مجازات در این شرایط بیشتر از باب تظاهر فسق و هتک حرمت به قوانین کشور اسلامی و حکومت اصل کلی صلاحیت سرزمینی موضوع ماده ۳ ق.م.ا است. در میان جرایم مستوجب حد نمونه‌هایی از قابلیت استناد به هنجارهای فرهنگی وجود دارد.

به‌عنوان مثال شرب خمر غیرعلنی توسط غیرمسلمان حد ندارد. این حکم که در کتب فقهی به روایات مستند است، در ماده ۲۶۶ ق.م.ا نیز آمده است: غیرمسلمان تنها در صورت تظاهر به مصرف مسکر، محکوم به حد می‌شود. تبصره - اگر مصرف مسکر توسط غیرمسلمان علنی نباشد لکن مرتکب در حال مستی در معابر یا اماکن عمومی ظاهر شود به مجازات مقرر برای تظاهر به عمل حرام محکوم می‌گردد. به گفته محققان عدم قول به تفاوت میان کفار حربی و ذمی در این مسئله شاید این باشد که اصولاً کفار شرب خمر را جایز می‌دانند. با این حال به دلیل این‌که شرب علنی مصداق عدم رعایت احکام اسلامی است، برخی فقها حکم این ماده را مختص کفار ذمی دانسته‌اند (زراعت و دیگران، ۱۳۸۱، ۳۱۴). در میان اقوال فقهی یک قول به مشهور نسبت داده شده و براساس آن حکم تظاهر به مصرف مسکر شامل تمام

اقسام کفار می‌شود (ابن ادریس، ۱۴۱۰ق، ۴۷۵/۳) در مقابل قولی نیز وجود دارد و با این استدلال که گناه شرب خمر از کفر درجه پایین‌تری دارد، تظاهر کافر حربی به مصرف مسکر موجب حد نبوده و تنها در صورت وجود قصد افساد، حاکم می‌تواند او را تأدیب نماید (فاضل هندی، بی‌تا، ۵۵۴/۱۰). البته برخی فقها نیز تجویز تأدیب با وجود قصد افساد را مختص اهل ذمه دانسته‌اند (شیخ مفید، ۱۴۱۰ق، ۸۰۰)، که به نظر می‌رسد برداشت محققان متأثر از همین قول است. فقهای معاصر نیز به این مسئله بی‌توجه نبوده‌اند. برای مثال طبق نظریه فقهی امام خمینی^(ره)، کافر اگر شراب را علناً بنوشد حد دارد؛ اما اگر پنهانی بنوشد، همان‌طور که اگر در کلیسا یا معبد خود بنوشد، حد ندارد (خمینی، ۱۳۹۲، ۵۱۳/۲).

همچنین گفتمان فقهی پیرامون ماده ۲۲۴ ق.م.ا در بحث زنا با توجه به آن‌که در بند پ این ماده زنای مرد کافر با زن مسلمان را متعرض شده است، حاکی از آن است که زنای مرد کافر با زن مسلمان دارای خصوصیت است. رویکردهای این حوزه بر دو قسم است با این توضیح که برخی به استناد آیه ۴۲ سوره مائده و روایات، حاکم اسلامی را مخیر دانسته‌اند که براساس احکام اسلامی حکم کند یا این‌که آنان را به حاکمشان تحویل دهد. برخی نیز با به استناد روایتی از امام کاظم^(ع) بیان کرده‌اند که اگر این جرم در قلمرو سرزمین اسلامی صورت گرفته و یا به حاکم اسلامی مراجعه شده باشد، حد آن اجرا می‌گردد (زراعت، ۱۳۹۲، ۱۸۹). همچنین در استفتائی که از آیت‌الله مکارم شیرازی شد، ایشان فرمودند اگر زن و مردی هر دو غیرمسلمان، در مملکت اسلامی مرتکب عمل زنا شوند در حالی‌که از حرمت آن در شریعت اسلام نیز آگاه باشند، در صورت اثبات جرم از طرق شرعی و قانونی، قاضی می‌تواند آنها را طبق قانون اسلام، یا قانون خودشان مجازات کند (زنا با غیر مسلمان/۴۶۷۶۵/ <https://makarem.ir/ahkam/fa/category/index>).

در مورد سب‌النبی به عنوان نمونه دیگری از جرایم مستوجب حد، اکثریت فقهای امامیه ضمن معرفی مجازات این جرم که قتل است، داشتن قصد سب و عدم نادانی نسبت به فعل را در کنار سایر موارد، از شرایط لازم برای کیفردهی این جرم می‌دانند (شیخ انصاری، ۱۴۱۵ق، ۲۵۵/۱). از همین روست که قانون‌گذار ایران در ماده ۲۶۳ ق.م.ا بیان می‌دارد هرگاه متهم به سب، ادعا نماید که اظهارات وی از روی اکراه، غفلت، سهو یا در حالت مستی یا غضب یا سبق لسان یا بدون توجه به معانی کلمات یا نقل قول

از دیگری بوده است سَاب النَّبِیِّ محسوب نمی‌شود. چه بسا بتوان معتبر دانستن مواردی چون سبق لسان و بی‌توجهی به معانی کلمات را نوعی توسعه قلمروی موانع مسئولیت کیفری نیز دانست.

نتیجه‌گیری

۱- هم‌زمان با ظهور فرهنگ‌های متکثر در جوامع، استناد به هنجارهای فرهنگی در دفاعیات متهم به منظور موجه‌سازی عمل ارتكابی وی، اهمیت یافته است. مطابق این پدیده متهم که فعل خود را در فرهنگ خود عادی تصور می‌کند، با استناد به این فرهنگ در تلاش است تا بدین طریق از مجازات تبرئه شده یا حداقل تا حد امکان تخفیف گیرد.

۲- هرچند فقدان انگیزه شریانه در اعمال مستند به چنین هنجارهایی اقتضا می‌کند تا به این جرایم نظیر افعال مشابه با انگیزه‌های مجرمانه ننگریم، با این حال باید توجه کنیم که به رسمیت شمردن استناد به این هنجارها خود به جرم‌زایی منجر نشود.

۳- نظام‌های مختلف حقوقی در دنیا و نیز نظام حقوق کیفری ایران در تعزیرات، اجمالاً استناد به این نوع دفاع را در مرحله تعیین مجازات بی‌تأثیر نمی‌داند. با این وجود پژوهش‌های پیشین ضمن بیان ثابت و لایتغیر بودن حدود، این حوزه را منطقه‌ای دانسته‌اند که دفاع فرهنگی قابل ورود به آن نبوده و همچنان چالش برانگیز است.

۴- علی‌رغم چنین ادعاهایی، پژوهش حاضر با بررسی ظرفیت‌های فقهی در این حوزه به نتایج جدیدی دست یافت. بر این اساس قواعد عمومی همچون تأثیر پذیرش جهل حکمی و موضوعی در ارتفاع مجازات و از طرفی توجه به این نکته که غیرمسلمان یا تازه مسلمان بودن نیز در تلازم با عدم اطلاع از هنجارهای فرهنگی و مبانی اعتقادی دین اسلام است، احصای اقسام کافر و سقوط مجازات کافر ذمی (و در حکم آن) در صورت ارتكاب غیرعلنی جرایم حدی و تخییر امام بین اجرای حد یا تحویل وی به هم‌کیشان خودش در صورت ارتكاب علنی و نیز شمولیت قاعده درأ حدود در ارتكاب جرم حدی با اعتقاد به جواز آن وجود دارد که بر پیکره نظام حقوق کیفری اسلام حاکم است.

۵- در کنار این قواعد مصادیقی نیز در سه ساحت تقنین؛ شامل عدم تحقق جرم قذف در صورت ناآگاهی فاعل از معنای لفظی که به کار می‌برد، قضا؛ ناظر بر لزوم بومی‌گزینی قضات در اعتبار تفاسیر کثرت‌گرایانه و توجه قاضی به هنجارهای فرهنگی حوزه قضایی، و اجرا؛ شامل جرایمی مثل شرب خمر، زنا و سب‌النبی که به‌طور مشخص در موارد جهل و یا ارتكاب از سوی غیرمسلمان دارای جهات

سهل‌گیرانه‌تری است، نشان از وجود ظرفیت در قابلیت استناد به هنجارهای فرهنگی درخصوص جرایم مستوجب حد دارد.

۶- بنابراین هرچند در متون فقهی صحبتی از دفاع فرهنگی آن هم در باب حدود به میان نیامده است، با این وجود به نظر می‌رسد می‌توان برخی از تأسیسات موجود در نظام احکام فقهی را به این مفهوم تقریب نمود و در نهایت گفت جرایم مستوجب حد نیز از جنبه‌های مختلف برای استناد به هنجارهای فرهنگی دارای ظرفیت است و بدین‌سان می‌توان قرائتی جدید و با رویکرد فرهنگی از این بخش مهم احکام جزایی اسلام ارائه نمود.

۷- تشکر و قدردانی

در پایان از زحمات و مساعدت‌های همکاران دو فصلنامه مطالعات تطبیقی فقه و اصول مذاهب کمال تشکر و سپاسگزاری را داریم.

منابع و مأخذ

- ابن ادریس، ابی جعفر. (۱۴۱۰ق). *کتاب السرائر*. ج ۲. قم: موسسه نشر اسلامی.
- ابن براج، عبدالعزیز. (۱۴۰۶ق). *المهذب*. ج ۱. قم: موسسه نشر اسلامی.
- ابن عابدین، علاءالدین محمد بن محمد امین بن عمر. (۱۴۱۲ق). *حاشیه رد المحتار علی الدر المختار*. ج ۲. بیروت: دارالفکر.
- ابن ابی شیبیه، عبدالله بن محمد. (۱۴۰۹ق). *المصنف*. تحقیق: کمال یوسف الحوت. ج ۱. ریاض: مکتبه الرشد.
- ابن امیرالحاج، محمد بن محمد. (۱۴۰۳ق). *التقریر و التحبیر*. ج ۲. بیروت: دار الکتب العلمیه.
- ابوحنیفه، نعمان بن ثابت بن زوطی. (بی‌تا). *مسند ابی حنیفه بروایه الحصکفی*. تحقیق: عبدالرحمن حسن محمود. مصر: دارالآداب.
- امیدی، جلیل. (۱۴۰۰). *رواداری و بازتاب آن در فرهنگ شافعیه*. دو فصلنامه مطالعات فقه و اصول مذاهب. سال چهارم. ش ۲. صص ۱۱-۱۱۴.
- بنی‌هاشمی خمینی، سید محمد حسن. (۱۳۸۶). *توضیح المسائل مراجع*. ج ۱۵. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- بیهقی، احمد بن حسین بن علی خسروجرودی. (۱۴۲۴ق). *السنن الکبری*. تحقیق: محمد عبدالقادر عطا، ج ۳. بیروت: دارالکتب العلمیه.

حر عاملی، محمد بن حسن. (بی تا). *وسائل الشیعه*. ج ۲۸. قم: موسسه آل البیت علیهم السلام لإحياء التراث.

حسینی، علی اکبر. (۱۳۸۸). *حقوق و قضا از دیدگاه حضرت علی (ع) و نهج البلاغه*. ج ۱. قم: نسیم کوثر. حسین، سید حسین؛ دانش ناری، حمیدرضا. (۱۳۹۵). قابلیت استناد به هنجارهای فرهنگی در مرحله تعیین کیفر؛ مطالعه تطبیقی در نظام قضایی ایران، آلمان و آمریکا. *مجله مطالعات حقوق تطبیقی*. دوره ۷. ش ۲. صص ۵۳۳-۵۴۹.

حلی، حسن بن یوسف. (۱۴۱۰ق). *ارشاد الازدهان الی احکام الایمان*. ج ۱. قم: موسسه نشر اسلامی. _____ . (۱۴۱۳ق). *قواعد الاحکام فی معرفه الحلال و الحرام*. ج ۱. قم: دفتر انتشارات اسلامی. خمینی، سید روح الله. (۱۳۹۲). *تحریر الوسیله*. ج ۲. قم: موسسه مطبوعاتی اسماعیلیان. خویی، ابوالقاسم. (۱۴۱۰ق). *مبانی تکمله المنهاج*. ج ۱. قم: نشر مدینه العلم. _____ . (۱۴۲۲ق). *موسوعه الامام الخویی*. قم: موسسه احیاء آثار الامام الخویی. دانش ناری، حمیدرضا. (۱۳۹۲). رویکرد کثرت گرایی فرهنگی به تفسیرهای قضایی از قوانین کیفری. پایان نامه کارشناسی ارشد. دانشگاه تربیت مدرس.

زحیلی، وهبه مصطفی. (۱۴۰۴ق). *الفقه الاسلامی وادلته*. دمشق: دار الفکر. زراعت، عباس. (۱۳۹۲). *شرح مختصر قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲*. ج ۱. تهران: ققنوس. زراعت، عباس؛ مسجدسرای، حمید. (۱۳۸۱). *متون فقه (۴)*. ج ۱. تهران: خط سوم. سبزواری، سید عبدالاعلی. (بی تا)، *مذهب الاحکام فی بیان حلال و الحرام*. ج ۱. قم: دار التفسیر. سرخسی، محمد بن احمد بن ابی سهل. (۱۴۱۴ق). *المبسوط*. بیروت: دارالمعرفه. سعادت، عوضعلی. (۱۳۸۹). *نقش اسلام در توسعه فرهنگی*. ج ۱. تهران: پژوهشگاه فرهنگ، هنر و ارتباطات.

سغناقی، حسین بن علی. (۱۴۲۳ق). *دراسه و تحقیق کتاب الوافی فی اصول الفقه*. قاهره: چاپ احمد محمد حمود یمانی.

شهید ثانی، زین الدین. (۱۴۰۰ق). *القواعد و الفوائد*. تحقیق و تصحیح: سید عبدالهادی حکیم. ج ۱. قم: کتابفروشی مفید.

_____ . (۱۴۱۰ق). *الروضه البهیه فی شرح المعه الدمشقیه (المحشی - کلانتر)*. ج ۱. قم: کتابفروشی داوری.

_____ . (۱۴۱۳ق). *مسالك الافهام الى تنقيح شرائع الاسلام*. ج ۱. قم: موسسه المعارف الاسلامیه. شیخ انصاری، مرتضی. (۱۴۱۵ق). مکاسب. ج ۱. قم: مجمع الفکر الاسلامی. شیخ مفید. (۱۴۱۰ق). *المقنعه*. ج ۲. قم: موسسه نشر اسلامی. طوسی، ابوجعفر محمدحسن. (۱۳۹۰ق). *الاستبصار فیما اختلف من الاخبار*. ج ۱. تهران: نشر دارالکتب الاسلامیه.

_____ . (۱۳۸۷ق). *المبسوط فی فقه الامامیه*. تهران: چاپ محمدتقی کشفی. _____ . (۱۴۰۷ق). *الخلاف*. قم: جامعه مدرسین حوزه علمیه. عراقی، آقا ضیاء. (۱۴۱۷ق). *نهایه الافکار*. تقریر محمدتقی بروجردی نجفی. ج ۳. قم: موسسه نشر اسلامی.

عظیمی‌گرگانی، هادی؛ شمس‌ابراهیمی، حسن. (۱۳۹۸). *احکام تازه مسلمان‌ها*. ج ۲. تهران: صبا. عمید زنجانی، عباسعلی. (۱۴۲۱ق). *فقه سیاسی*. ج ۱. تهران: امیرکبیر. فاضل لنکرانی، محمد. (۱۳۸۰). *تفصیل الشریعه - قصاص*. ج ۱. قم: نشر مرکز فقه ائمه اطهار (ع). فاضل هندی، محمد بن حسن. (بی‌تا). *کشف اللثام و الابهام عن قواعد الاحکام*. ج ۱. قم: موسسه نشر اسلامی.

فخرالمحققین، محمد بن حسن. (۱۳۸۷ق). *ایضاح الفوائد فی شرح اشکالات القواعد*. ج ۱. قم: بی‌نا. قرائتی، محسن. (۱۳۸۳). *تفسیر نور*. ج ۱۱. تهران: مرکز فرهنگی درس‌هایی از قرآن. کاسانی، علاء‌الدین ابوبکر بن مسعود. (۱۴۰۶ق). *بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع*. ج ۲. بیروت: دارالکتب العلمیه.

کرکی، علی بن حسین. (۱۴۰۸ق). *جامع المقاصد*. ج ۱. قم: موسسه آل‌البیت (ع) لاحیاء التراث. گلبایگانی، سید محمدرضا. (۱۴۱۷ق). *الدر المنضود فی احکام الحدود*. ج ۱. قم: دارالقرآن. ماوردی، ابوالحسن. (۱۴۰۶). *الاحکام السلطانیه*. ج ۲. قم: دفتر تبلیغات اسلامی.

مصطفوی، سید کاظم. (۱۳۹۵). *قواعد فقه (۱) یکصد قاعده فقهی*. ترجمه عزیزالله فهیمی. ج ۳. تهران: میزان.

مطهری، مرتضی. (۱۳۶۸). *سیری در سیره ائمه اطهار (علیهم السلام)*. ج ۱. تهران: صدرا.

_____. (۱۳۷۲). *پیرامون جمهوری اسلامی*. ج ۱. تهران: صدرا.

مقدس اردبیلی، احمد بن محمد. (بی تا). *مجمع الفائده و البرهان فی شرح ارشاد الاذهان*. ج ۱. قم: موسسه نشر اسلامی.

مکارم شیرازی، ناصر. (۱۴۲۷ق). *الفتاوی الجدیده*. ج ۲. قم: مدرسه الامام علی بن ابی طالب (ع).

_____. (بی تا). *زنا با غیر مسلمان* / ۴۶۷۶۵

<https://makarem.ir/ahkam/fa/category/index>

منتظری، حسینعلی. (۱۳۷۰). *مبانی فقهی حکومت اسلامی*. ترجمه و تقریر محمود صلواتی، ج ۱. قم: نشر تفکر.

موسوی بجنوردی، سید حسن. (۱۳۷۷). *قواعد فقهیه*. ج ۱. قم: نشر هادی.

_____. (۱۳۹۰). *مباحث حقوقی تحریر الوسیله (ترجمه)*. ج ۱. تهران: مجد.

موصلی، عبدالله بن محمود بن مودود. (بی تا). *الاختیار لتعلیل المختار*. تعلیق و تحقیق: شیخ محمود ابودقیقه. ج ۱. بیروت: دارالکتب العلمیه.

مهرپور، حسین. (۱۳۶۸). *سرگذشت تعزیرات (نگرشی بر سیر قانونی تعزیرات در جمهوری اسلامی ایران)*. مجله کانون وکلا. ش ۱۴۸-۱۴۹.

نجفی، محمد حسن. (۱۴۰۱ق). *جواهرالکلام فی شرح شرائع الاسلام*. بیروت: داراحیاء التراث العربی.

Choi, Carolyn. "Application of a cultural defense in criminal proceedings." *Ucla Pac. Basin LJ* 8 (1990): 80.

Cialdini, R. B., and Trost, M. R. (1998). "Social Influence: Social Norms, Conformity and Compliance", in *The Handbook of Social Psychology*. Editors D. T. Gilbert, S. T. Fiske, and G. Lindzey. 4th Edn. (New York: McGraw-Hill), 151-192.

Hayashi, K. K. (1985). *Understanding Shinju and the-Tragedy of Fumiko Kimura*. *Los Angeles Times*.

Kim, N. S. (1997). The cultural defense and the problem of cultural preemption: a framework for analysis. *NML Rev.*, 27, 101.

- Kincaid, D. L. (2004). *From Innovation to Social Norm: Bounded Normative Influence*. J. Health Commun. 9 (Suppl. 1), 37–57. doi:10.1080/10810730490271511.
- Liu, R. W., Lapinski, M. K., Kerr, J. M., Zhao, J., Bum, T., & Lu, Z. (2022). Culture and social norms: development and application of a model for culturally contextualized communication measurement (MC3M). *Frontiers in Communication*, 6, 770513.
- Oliver, M. (1988). Immigrant crimes: Cultural defense—a legal tactic. *Los Angeles Times*, 15.
- Sams, J. P. (1986). The availability of the cultural defense as an excuse for criminal behavior. *Ga. J. Int'l & Comp. L.*, 16, 335.
- Schwartz, S. H. (1999). A theory of cultural values and some implications for work. *Applied psychology: an international review*, 48(1).
- Sherman, S. (1985). Legal clash of cultures. *National Law Journal*, 5, 26–27.
- Shulman, H. C., Rhodes, N., Davidson, E., Ralston, R., Borghetti, L., & Morr, L. (2017). The state of the field of social norms research. *International Journal of Communication*, 11, 22.
- UNICEF. Innocenti Research Centre. (2010). *The dynamics of social change: Towards the abandonment of female genital mutilation/cutting in five African countries*. UNICEF, Innocenti Research Centre.