

دلالت‌های فرامتنی و نقش آن در توسعه و تعمیق فقه جزائی^۱

رحمان ولی‌زاده*

مسعود نیک‌پرور**

چکیده

فقه جزائی به لحاظ ارتباط مستقیم با نفوس و أعراض انسان‌ها همواره متکی بر نص است. از این رو، هرگونه توسیع یا تحدید دامنه حکم، مستلزم وجود دلیل معتبر شرعی در خصوص مورد است. با این حال، در کنار رویکرد تک‌گزاره ای به ادله شرعی، می‌توان رویکرد کل‌نگر به مجموعه ادله شرعی و دلالت‌های مستنبط از این نگاه کل‌گرایانه را مطرح کرد. این دلالت‌ها که می‌توان آنها را در قالب مفاهیم مقاصد شریعت، مذاق شارع و اصلاحات مشابه، و قواعد کلی حاکم بر فقه دسته‌بندی کرد، معرف أعراض و جهت‌گیری‌های کلی شارع در مقام تشریح است. از جهت نظری، حجیت استنباط حکم بر مبنای چنین رویکردی، با توجه به برخی مؤیدات قرآنی و اعتبار مفهوم استقراء و تواتر معنوی حاصل از آن قابل اثبات است. چنانکه فقیهان در سده‌های اخیر، با اتخاذ رویکرد کل‌نگر به مجموعه ادله شرعی و دلالت‌هایی که از این رهگذر حاصل شده است، در جهت توسعه و تعمیق احکام فقهی قدم گذاشته‌اند. اهتمام به نفوس، تأکید بر پیشگیری از جرم، توجه به گروه‌های خاص بزهکار، پرهیز از خصلت زجرآور مجازات‌ها و... تنها بخشی از نتایج حاصل از استناد به دلالت‌های فرامتنی در فقه جزائی است.

کلید واژه‌ها:

دلالت فرامتنی، مقاصد شریعت، مذاق شارع، اصول راهبردی فقه جزائی

^۱ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۳/۰۱ تاریخ انتشار: ۱۴۰۱/۰۸/۳۰

* استادیار گروه فقه و حقوق اسلامی، واحد بابل، دانشگاه آزاد اسلامی، بابل، ایران (نویسنده مسؤول)

valizadeh.rahman@gmail.com

** دانش‌آموخته مقطع دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دانشگاه قم، قم، ایران

۱- مقدمه

فقیهان گاه در مقام استنباط احکام به ادله شرعی به عنوان گزاره‌های منفرد و جدا از هم استناد می‌نمایند و گاه در اثر ممارست در نصوص شرعی و تلقی آن به عنوان یک مجموعه به هم پیوسته، جهت‌گیری‌های شارع و دیدگاه‌های کلی حاکم بر شریعت را درمی‌یابند و این دریافت را علی‌رغم عدم اتکاء به دلیل مشخص شرعی، به عنوان دلالت‌های فرامتنی در فرآیند استنباط حکم شرعی به کار می‌بندند. با این حال، فقه جزایی و به تبع آن حقوق کیفری به لحاظ ارتباط مستقیم با نفوس و أعراض انسان‌ها، همواره تأکید و تکیه بر «نص» دارد و در صورت فقدان نص یا اجمال آن، تمسک به اصول عملیه (اصل برائت) را تجویز می‌کند. به دیگر سخن، در فقه معاملات نه تنها استناد به دیدگاه‌های کلی حاکم بر شریعت همچون عدالت و انصاف تجویز شده است، بلکه عرف و عادت نیز نقش مهمی در تعدیل احکام و جلوگیری از جمود بر نص ایفاء می‌کند، چنانکه صاحب جواهر پیرامون یکی از شرایط بیع سلم در تأکید بر نقش عرف می‌نویسد: «... مرجع در این مورد عرف است چه بسا شخص عامی در این مورد عالم تر از فقیه باشد و فقیه در آن مورد، جز اندکی، بهره ای نداشته باشد» (نجفی، ۱۴۰۴، ۲۷۵). در فقه جزائی اگرچه تکیه بر عرف به عنوان مصدر حکم شرعی پذیرفته نیست و صرفاً در برخی موارد چون شیوه تحلیل موضوعات احکام، استناد به آن مجاز شمرده شده است اما ممنوعیت استناد به دلالت‌هایی که به دیدگاه‌های کلی شارع رهنمون می‌شود، با ابهام روبه‌رو است. به طور کلی، دو دیدگاه عمده را می‌توان در میان فقیهان پی جویی کرد؛ یکی مکتب اخباری‌گری و دیگری مکتب اجتهاد. اخباری‌گری به دلیل جمود بر نص و افراط در نص‌گرایی، تفاسیر مبتنی بر دلالت‌های فرامتنی را بر نمی‌تابد. چنانکه استرآبادی در نقد کاوش‌های عقلانی در فقه می‌نویسد: «هر ضرری که به مذهب رسیده است از متابعت علمای عامه است و همیشه شیعه ارباب نصوص بوده‌اند و اخبار متواتره وارد شده است بر آن که جایز نیست این قسم علت‌های عقلی را در مسائل راه دادن که پاره‌ای به قیاس برمی‌گردد و پاره‌ای به استحسان و امثال اینها از مزخرفاتی که مدار عامه بر اینهاست» (اصفهانی، ۱۴۱۴، ۵۰۱). در مقابل، مکتب اجتهاد در سنجش با اخباری‌گری از دو ویژگی برخوردار است؛ ۱. حکومت دیدگاه‌های عقل‌گرایانه؛ ۲. کاربرد گسترده علم اصول فقه و نقد سنت. بدیهی است در این بستر فکری، می‌توان از دلالت‌هایی سخن گفت که ریشه در دلیل مشخص شرعی ندارد بلکه محصول تتبع و ممارست فقیه در مجموعه‌ی ادله شرعی و توجه به قرائن و نشانه‌هایی است که او را به دیدگاه‌های حاکم بر شریعت و

جهت‌گیری‌های شارع رهنمون می‌شود. به عنوان مثال صاحب‌جواهر هنگام سخن‌پیرامون حرمت هتک مقدّسات دینی چنین می‌گوید: «برای فقیه آشنا و همدم با لسان شارع، زینده نیست برای تمام جزئیات و تک‌تک گزاره‌ها به دنبال آیه یا روایتی خاص باشد...» ایشان پس از این سخن، برای فتوا به حرمت هتک مقدّسات دینی به ادله تعظیم شعائرالله و آنچه از دأب و روش شارع در بین مردم ظاهر است، استناد می‌کند (نجفی، همان، ۵۲).

با این حال جایگاه این دلالت‌ها چندان روشن به نظر نمی‌رسد. اساساً مقصود از دلالت‌های فرامتنی چیست و چه مصداق یا مصادیقی را می‌توان برای آن شناسایی کرد؟ در یک بحث کلان، باید مشخص شود که آیا اساساً شریعت، تنها از تک‌گزاره‌هایی به عنوان ادله شرعی تشکیل شده است که هیچ‌گونه انسجام درونی میان آنها وجود ندارد و یا اینکه هر یک از آنها در پیوند با دیگر ادله شرعی، و در یک دستگاه منسجم عمل می‌کنند و این انسجام همانا ناشی از روح کلی حاکم بر ادله شرعی است؟ در فرض ثبوت چنین مفهومی، با توجه به نص‌محور بودن فقه جزایی، چه محملی می‌توان برای استناد به آن یافت؟ به بیان دیگر، این دلالت‌ها، فقیهان را به چه اصول و راهبردهایی سوق داده است؟ در پیشینه پژوهش، برخی آثار به بررسی چیستی و یا اعتبارسنجی مصادیق خاصی از دلالت‌های فرامتنی پرداخته‌اند و برخی نیز اعتبار آن را به چالش کشیده‌اند اما هیچ‌یک به کاربرد اختصاصی این مفاهیم در ابواب فقهی همچون عبادات، معاملات، و جزئیات نپرداخته‌اند بلکه نمونه‌های موجود عمدتاً برای نشان دادن چگونگی استدلال به این مفاهیم ذکر شده است اما در نوشتار حاضر در مقایسه با پیشینه موجود، اولاً سعی بر این بوده است تا با توجه به کلیت عنوان دلالت‌های فرامتنی، تعریف قابل‌قبولی از هر یک از مصادیق آن ارائه شود، به گونه‌ای که مرزبندی روشنی میان هر یک از آنها ترسیم و از اختلاط مفهومی آنها جلوگیری شود. ثانیاً ادله‌ی فراگیری برای اعتباربخشی به تمامی این مصادیق، پیش‌روی خواننده قرار گرفته است بدون آنکه محدود به مصداق خاصی گردد، و در

^۱- به عنوان مثال: نقیعی، سیدابوالقاسم، «مقاصد شریعت و جایگاه آن در استنباط حکم شرعی»، پژوهش‌های فقهی، دوره ۱۳، شماره ۲، تابستان ۱۳۹۶، صفحات ۲۲۳-۲۴۲؛ عندلیب همدانی، محمد و حمید، ستوده، «مذاق شریعت، جستاری در اعتبارسنجی و کارآمدی»، تابستان و پاییز ۱۳۹۱، دوره ۱۸، شماره ۷۱-۷۰، صفحات ۱۰۶-۱۴۱؛ اصغری، سیدحمید، «عدالت به مثابه قاعده فقهی و حقوقی»، مطالعات حقوق خصوصی، دوره ۲۹، شماره ۱، بهار ۱۳۸۸، صفحات ۱-۲۱؛ و روستایی، مهرانگیز، «مقایسه تطبیقی اصل ضرر و قاعده لاضرر در توجیه مداخله کیفری»، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، پاییز و زمستان ۱۳۹۴، دوره ۱۹، شماره ۲، صفحات ۵۱-۷۳.

^۲- به عنوان مثال: علیدوست، ابوالقاسم و عشایری منفرد، محمد، «استناد فقهی به مذاق شریعت در بوته نقد»، حقوق اسلامی، سال ششم، شماره ۲۲، پاییز ۱۳۸۸، صفحات ۷-۳۶؛ و علیدوست، ابوالقاسم، «فقه و مقاصد شریعت»، مجله فقه اهل بیت، ۱۳۸۴، شماره ۴۱.

نهایت، کاربردها یا نتایجی که استناد به دلالت‌های فرامتنی در جهت توسعه و تعمیق فقه جزایی به همراه دارد، بررسی شده است.

۲- مفهوم و گونه‌شناسی دلالت‌های فرامتنی

دلالت در لغت به معنی راهبری و هدایت و در اصطلاح به معنی رهنمون شدن ذهن از یک مفهوم به مفهوم دیگر است چنانکه که دود بر وجود آتش و جای پا بر وجود رونده دلالت دارد (مشکینی، ۱۳۳۲، ۱۳۷۱). مقصود از دلالت‌های فرامتنی، عناصری خارج از دنیای متن اما در پیوند با آن است، و نشانه‌ها و ارجاعات موجود در متن به ما اجازه می‌دهد تا به این عناصر بیرونی توجه و آنها را در تحلیل متن مورد نظر قرار دهیم (دانشور و دیگران، ۱۴۰۰، ص ۱۴). از این رو، فقیه با کنکاش در مجموعه ادله و توجه به نصوص شرعی به عنوان گزاره‌های بهم‌وابسته و از رهگذر قرائن و نشانه‌های موجود در آن، اهداف و اغراض کلی شارع را درمی‌یابد و با تکیه بر آن، گاه از ظهور ادله دست می‌شوید و گاه دامنه حکمی را توسعه بخشیده و یا به توضیح آن می‌پردازد. به بیان دیگر، دیدگاه نظام‌مند فقیه به مجموع ادله شرعی و حتی مجموعه‌ی شریعت است که او را به دیدگاه‌های کلی شارع رهنمون می‌شود. اگرچه این دلالت‌ها، محصور و منحصر به مصادیق خاصی نیست اما نگارنده بر مواردی تمرکز کرده است که فقیهان در حوزه استنباط احکام جزایی بدان استناد نموده‌اند:

۲-۱- مقاصد شریعت

مقاصد شریعت عبارت از هدف‌هایی است که در جعل احکام گنجانده شده‌است. چنانکه با ممارست فرآوان در شرع می‌توان دریافت هرآنچه به آن امر یا نهی شده برای جلب مصلحت یا دفع مفسده‌ای است (سُلیمی، ج ۱، ص ۵۳). جوینی از فقیهان اهل سنت، فقیه ناآگاه به مقاصد شریعت را شخص بصیری نسبت به وضع شریعت نمی‌داند (جوینی، ۱۴۱۸ ق، ج ۱، ص ۳۰۶). ایشان مقاصد را به پنج قسم دسته بندی می‌کند: یک- امور مرتبط با ضرورت‌ها، مانند قصاص که علت وضع آن را می‌توان حمایت از جان انسان‌ها دانست؛ دو- امور مرتبط به نیازمندی‌های عمومی مانند عقود و ایقاعات؛ سه- اموری که آراستگی به خوبی‌ها و زدودن بدی‌ها را به همراه دارد مانند طهارت؛ چهار- اموری که شارع تشویق به انجام آن کرده است ولی اهمیت آن در حد قسم سوم نیست؛ پنجم؛ اموری که تعلیل‌های درستی را می‌توان برای آن یافت، هرچند این تعلیل‌ها، کلی است. مقصود جوینی از قسم اخیر، عبادیات است. جوینی به ساز و کار قیاس در کشف

مقاصد شریعت تأکید دارد و از آن در برابر مخالفان و منکران، دفاع می‌کند چنانکه حتی اثبات حدود را با وجود شرایطی با تمسک به قیاس می‌پذیرد (جوینی، ۱۴۱۷ق، ج. ۳، ص. ۲۹۱). از نظر او تشریحات شارع برای پاسداری از آن مقاصد است. قصاص برای پاسداری از جان‌ها، حرمت شراب برای پاسبانی از عقل، تحریم زنا برای پاسداشت ناموس، حکم به قطع دست در سرقت برای نگاهبانی از مال‌ها و حکم به کشتن بدعت‌گذار برای پاسداری از دین قرار داده شده است. غزالی تا آن اندازه به مقاصد شریعت اهتمام می‌ورزد که این اصول پنج‌گانه و مجازات کسانی که در ناپود کردن آن‌ها می‌کوشند، از چیزهایی می‌داند که به ناچار، هر آیینی آن را وضع کرده است و هیچ شریعت الهی از آن‌ها برکنار نیست (همان، ص. ۱۷۴). ابن فرحون بر این باور است که آنچه برای مجازات اشخاص وضع شده است، حداقل از یکی از مبانی ذیل پیروی می‌کند: یک- برای نگاهبانی از جان انسان، مانند قصاص؛ دو- برای پاسداشت نسب، مانند حد زنا؛ سه- برای پاسداری از عرض و آبرو، مانند حد قذف؛ چهار- برای حفاظت از مال، مانند حد سرقت؛ پنج- برای پاسداشت عقل، مانند حد شرب خمر؛ شش- آنچه به عنوان تعزیر وضع شده است (عطیه، ۱۴۲۶ق، ص. ۹۵).

بحث مقاصد شریعت و مناطات احکام، در فقه شیعه کمتر محل توجه قرار گرفته است. برخی فقیهان شیعه با تأکید بر این که مصالح احکام، منحنی و دور از دسترس عقل بشر است کمتر در صدد کشف مصالح و مناطات احکام برآمده‌اند و به دلیل نگرانی از گرفتار شدن در دام قیاس که امامان معصوم (ع) همواره بر پرهیز از آن تأکید داشته‌اند، از روش‌های استنباط عقلی تا حد ممکن اجتناب کرده‌اند. با این حال، برخی فقیهان متأخر فقه شیعه مانند شهید اول، محقق حلّی، فاضل مقداد و در میان اندیشمندان معاصر شیعه، برخی مانند محمدباقر صدر، محمدجواد مغنیه و امام خمینی به تبیین نقش مقاصد شریعت و مصالح احکام پرداخته و در عین اجتناب از گرفتار شدن در دام قیاس و عقل‌گرایی افراطی، به مناطات احکام به عنوان اصلی در خور اتکا توجه کرده‌اند (شوشتری، ۱۳۸۶، ص. ۱۲۷).

۲-۲- مذاق شریعت و اصطلاحات مشابه

مذاق شریعت در اصطلاح به آگاهی از سبک، سیاق و آهنگ شارع در جعل احکام گفته می‌شود که از راه‌های گوناگونی به دست می‌آید و فقیه با این آگاهی، توانایی فهم و درک حکم شرعی را پیدا می‌کند؛ زیرا این حکم را با روش شارع در آن باب و یا ابواب گوناگون سازگار می‌بیند (علیشاهی، ۱۳۸۹، ۹۲). برخی نیز معتقدند؛ مذاق شریعت یک حکم کلی یا قاعده کلی است که به شرعی بودن این حکم (قطع) اطمینان

حاصل شده است... و در عین حال این حکم متکی به دلیل معین اعم از عام یا خاص نمی باشد بلکه متکی به تجربه و ممارستی است که فقیه، مدّت‌ها با مجموعه نصوص دینی و متون فقهی داشته است. در واقع مذاق شریعت بسان یک دلیل لُبی است (علیشاهی، ۱۳۹۰، ۵۱). گاه فقیهان در عبارت‌های خود از اصطلاحاتی چون حکمت شرع، دأب و دیدین شارع استفاده کرده‌اند. این اصطلاحات را می‌توان معادل واژه مذاق شریعت یا حداقل واجد معنایی نزدیک به آن دانست؛ زیرا کاربردی‌های آن بسیاری با مذاق شریعت نزدیک است و سنخیت کامل با آن دارد.

اگرچه ممکن است ادعا شود که این قرابت معنایی و کاربردی با مفهوم مقاصد شریعت نیز وجود دارد، اما نمی‌توان این دو را معادل یکدیگر دانست. چرا که در مقاصد شریعت، رویکرد فقیه به تعلیل‌پذیری احکام گره خورده است. به بیان دیگر فقیه در صدد است با کشف علت وضع حکم، از آن در جهت توسعه یا تعدیل آن استفاده کند چنانکه اگر فقیه در تعلیل حرمت شرب خمر، معتقد باشد «عَلت» در وضع حکم، همانا حدوث حالت سُکر در شارب است، می‌تواند دست به تعمیم زند و تمام آنچه را که منتهی به چنین حالتی می‌شود حرام اعلام کند. در حالی که در مذاق شریعت، فقیه مترصد کشف روش قانون‌گذاری شارع در یک باب یا ابواب مختلفی فقهی، و کاربست آن در فرآیند استنباط حکم است و ممکن است اساساً اعتقادی به تعلیل‌پذیری احکام نداشته باشد. به عنوان مثال، با تتبع در ادله احکام و کنکاش در گزاره‌های فقهی درمی‌یابد که «روش» شارع در مجازات گروه‌های خاص بزهکاران همچون زنان مبتنی بر مسامحه و آسان‌گیری است، و با توجه به این دریافت گاه از ظهور اولیه دلیلی دست می‌شوید، گاه عامی را تخصیص و خاصی را تعمیم می‌دهد. زمانی نیز از آن برای از بین بردن تعارض ادله استفاده می‌کند و یا به عنوان معیاری برای تشخیص اهم در تراحم به کار می‌گیرد.

برخی حجیت این مفهوم را بلحاظ شخصی و غیرقابل مفاهمه بودن آن زیر سؤال برده‌اند، و معتقدند در مواردی که ظاهراً دلیل شناخته شده‌ی دیگری در کنار مذاق وجود ندارد، فقیهان به جای مذاق، با تجمیع اسناد مستقل در کنار هم و پیوند آنها به یکدیگر (دستگاه‌های حلقوی و هرمی) مدّعی دیگری را اثبات کنند (علیدوست، ۱۳۸۸، ۳۳). به عقیده نگارنده اگرچه در مواردی مذاق مورد استناد فقیه مبتنی بر دلیل مشخصی نیست، اما نمی‌توان دست به تعمیم زد و مذاق‌ها را همواره شخصی و غیرقابل مفاهمه دانست.

چنانکه دستگاه‌های مورد اشاره (تجمع شواهد و قرائن در کنار هم) را می‌توان از جمله راه‌های تحصیل مذاق دانست.^۱

۲-۳- قواعد کلی حاکم بر فقه

مقصود قواعدی چون؛ «لاضرر»، «عدالت و نفی ظلم»، «لاخرج» و... است. اگرچه کاربست این قواعد را می‌توان بدون تحمل زحمت چندانی در ابواب فقه معاملات و حتی عبادات دید، اما در فقه جزائی استناد فقیه به این قواعد جهت اثبات حکم شرعی یا تعدیل حکم موجود محل مناقشه به نظر می‌رسد. از عدالت می‌توان به مثابه روح تمامی قوانین و تشریحات دینی و عرفی یاد کرد. به عبارت دیگر شارع مقدّس که متّصف به وصف عدالت است هیچگاه حکم به امری نمی‌نماید که متضمّن ظلم چه در بُعد فردی و چه در بعد اجتماعی آن باشد.

قاعده لاضرر نیز از آن رو که اختصاص به ابواب معینی از فقه ندارد یک قاعده فقهی عام تلقی می‌گردد که منشأ استنباط در موارد مختلف قرار می‌گیرد. اهمیت این قاعده به اندازه‌ای است که برخی از آن به عنوان رمز هماهنگی اسلام با پیشرفت‌ها و توسعه فرهنگ یاد کرده‌اند و آن را از قواعد حاکمی دانسته‌اند که بر سرتاسر فقه حکومت دارد و کار آن، کنترل و تعدیل قوانین دیگر است. به همین دلیل گفته شده است که اگر فقه دایر مدار پنج قاعده باشد، یکی از آنها قاعده لاضرر است (سیوطی، بی‌تا، ج ۲، ۱۱۲)، پس دلیلی بر محصور کردن این قاعده به باب عبادات و معاملات وجود ندارد و در بسیاری از مسائل سیاسی و اجتماعی من جمله فقه جزائی نیز می‌تواند کارساز باشد.

۳- مبانی وجودی و حجیتی دلالت‌های فرامتنی در فقه امامیه

در بررسی حجیت دلالت‌های فرامتنی باید ابتدا به این پیش‌فرض کلامی پرداخت که آیا شریعت اساساً از معانی فراتر از متن بهره‌مند است؟ به عبارت دیگر آیا مجموعه شریعت از تک‌گزاره‌های اخلاقی و فقهی تشکیل شده است که هیچ‌گونه به‌هم‌پیوستگی و تعامل میان آنها وجود ندارد و یا اینکه در ورای هر یک از

^۱ - ر.ک. ساریخانی، عادل و نیک‌پرور، مسعود، «مذاق شریعت و کارکردهای آن با تأکید بر فقه جزایی امامیه»، فصلنامه پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی، سال سیزدهم، شماره پنجاه و سه، پاییز ۹۷، صفحات ۱۰۹-۱۲۸.

این تک‌گزاره‌ها، روحی نهفته است که منجر به انسجام آنها می‌شود؟ سپس به این پرسش پاسخ داد که آیا دلالت‌های محصل، معتبرند یا خیر؟ به دیگر سخن، در فرض اثبات وجود معانی در ورای تک‌گزاره‌های شرعی، آدمی توان تحصیل آن را دارد و به چه روشی؟ و آیا چنین محصولی از حجیت شرعی برخوردار است یا خیر؟ در ادامه ذیل دو بخش، به بررسی مبانی وجودی و سپس حجیتی دلالت‌های فرامتنی آن می‌پردازیم؛

۱-۳- مبانی وجودی دلالت‌های فرامتنی

به عقیده نگارنده گان بهترین پاسخ به پرسش وجودی دلالت‌های فرامتنی را می‌توان با تأمل در آیات قرآن یافت. زیرا قرآن تنها در ترتب ادله، جایگاه نخست را به خود اختصاص داده است بلکه اساساً معیار و میزانی برای سنجش دیگر ادله است. در ذیل به دو آیه شریفه قرآن و چگونگی استناد به آن در اثبات بُعد وجودی دلالت‌های فرامتنی می‌پردازیم؛

الف) آیه شریفه ۸۲ سوره نساء «أَفَلَا يَتَذَكَّرُونَ الْقُرْآنَ وَ لَوْ كَانَ مِنْ عِنْدِ غَيْرِ اللَّهِ لَوَجَدُوا فِيهِ اخْتِلَافًا كَثِيرًا؛ آیا در قرآن تدبّر نمی‌کنند حال آنکه اگر از ناحیه غیر خداوند می‌بود محققاً اختلافات زیادی در آن می‌یافتند». عدم وجود اختلاف میان آیات قرآن مستلزم پذیرش این دیدگاه است که این آیات، گزاره‌های مجزاً و مستقل از یکدیگر نیستند. به عبارت دیگر در روای آنها، دیدگاه یا اندیشه کلی نهفته است که تمامی آیات را در تعامل با یکدیگر قرار داده و مخاطبین را به سمت و سوی مقصد و هدف مشخصی هدایت می‌کند. از نظر علامه طباطبایی یکی از تفاوت‌های اساسی کلام خداوند با انسان، انسجام و هماهنگی ویژه آیات قرآن با یکدیگر است. وی در این زمینه می‌نویسد: «ما وقتی با قطعه‌ای از سخن متکلمی مواجه می‌شویم، بی‌درنگ قواعد معمول در کشف مراد را در آن به کار می‌بریم و درباره آن داوری می‌کنیم...؛ زیرا بیانات ما مبنی بر فهم ما از لغات و مصادیقی است که می‌شناسیم و با آن انس داریم، اما بیانات قرآنی بدین منوال نیست. قرآن در عین حال که آیاتش از یکدیگر مستقل است، از پیوستگی و هماهنگی ویژه‌ای برخوردار است. آیات قرآن با یکدیگر به سخن درمی‌آیند و شاهد بر یکدیگرند. از این رو، به کارگیری قواعد معمول ادبی برای کشف معانی آیات کافی نیست؛ بلکه برای کشف معانی قرآن باید تمام آیات مناسب با آیه ملاحظه شود» (طباطبایی، ۱۳۷۴، ج. ۵، ص. ۸۴).

ب) آیات دال بر وصف حکمت خداوند؛ من جمله آیه شریفه ۱۸ سوره‌ی انعام «وَهُوَ الْقَاهِرُ فَوْقَ عِبَادِهِ وَهُوَ الْحَكِيمُ الْخَبِيرُ؛ اوست که بر بندگان خود قاهر و مسلط است و اوست حکیم آگاه»^۱. حکمت در لغت به معنای استواری و منع از نقص و خلل و تباهی است. چنان که لجام اسب را «حَكَمَهُ» گویند، زیرا اسب را از سرکشی و حرکت‌های ناموزون باز می‌دارد (اصفهانی، ۱۴۱۲ق.، ص. ۲۴۸). شارع مقدس را از آن جهت حاکم می‌گویند که مکلف را از انجام کارهای ناروا باز می‌دارد و قاضی را بدان جهت حاکم می‌گویند که از ضایع شدن حق افراد جلوگیری می‌کند و همچنین ساختمان محکم را از آن حیث محکم می‌گویند که احتمال خرابی و بی‌ثباتی کمتر در آن است و نیز برهان و استدلال را زمانی دلیل محکم می‌گویند که نقص و بطلان در آن راه نداشته باشد اما در اصطلاح، حکمت در مورد خداوند به چند معنا اطلاق شده است. از معانی متعدد حکمت، آنچه به موضوع بحث مرتبط می‌شود همانا حکمت تشریحی است. به این معنا که خداوند در قانونگذاری توان و طاقت بشر را نیز در نظر دارد و تکلیف به مالایطاق نکرده است و از طرفی موجوداتی را که شایستگی و قابلیت کمالات عقلانی و معنوی دارند، از هدایت تشریحی بهره‌مند ساخته و معارف و احکام و تعالیم دینی را از طریق عقل و وحی به آنان آموخته است (محمدی ری‌شهری، ۱۳۸۵ ج. ۵، ص. ۴۴۷).

به عقیده نگارنده گان از دیگر اقتضائات حکمت تشریحی خداوند، غایتمندی مجموعه شریعت است. به عبارت دیگر صدور احکام فاقد مبنا و بدون غایت از ساحت حکیمانه خداوند به‌دور است. همانگونه که شارع از احکام منفرد، غرض و غایتی در نظر دارد، در ورای مجموعه احکام نیز غایات و اهدافی نهفته است که فقیه به مدد ذوق سلیم و ممارست در احکام شریعت، توان کشف و بهره‌مندی از آنها را خواهد یافت.

۲-۳- مبانی حجیتی دلالت‌های فرامتنی

استنتاج حکم شرعی در مکتب اجتهاد مستلزم جمع دلائل، سنجش و نقد آنهاست. این روش به سبب تعدد منابع اجتهاد و مناسبات خاص آنها با یکدیگر است. توضیح اینکه از دید اصولیان، کتاب، سنت، اجماع و عقل، دلائل احکام را تشکیل می‌دهند، اما اخباریان تنها کتاب و سنت را دلیل حکم می‌دانند و اجماع و

^۱ - آیه ۲۲۰ سوره بقره، آیه ۶ سوره آل عمران، آیه ۵۶ سوره نساء، آیه ۳۸ سوره مائده، آیه ۱۰ سوره انفال و... از دیگر آیاتی است که بر وصف حکمت خداوند دلالت دارد.

عقل را در این زمینه مهم نمی‌شمرند. برخی از اخباریان تنها سنت را دلیل می‌دانند و معتقدند تفسیر و فهم قرآن نیز جز از طریق بیان ائمه معصوم (ع) که در قالب روایات آمده است، امکان‌پذیر نیست. از همین رو، تنها مبنای حکم شرعی، همان روایات و احادیث خواهد بود. به عقیده نگارنده همین تعدد منابع احکام و تعامل خاص آنها سبب می‌شود تا مجتهد در فرآیند استنباط حکم شرعی نه تنها ناگزیر شود به علوم مختلف و من جمله دانش اصول فقه تجهیز گردد بلکه به کاوش در مجموعه ادله شرعی بپردازد و دلائل راجح را از مرجوح تشخیص دهد و در نهایت حکم شرعی را بیان نماید. به عبارت دیگر بر خلاف مکتب اخباری نمی‌توان به صرف وجود یک یا چند آیه و روایت در یک موضوع و با تمسک به ظاهر آنها، حکم شرعی را تشخیص داد. همین ویژگی در مکتب اجتهاد سبب می‌شود تا مجتهد ضمن غور در ادله و سیر در منابع احکام و سنجش آنها، گاه با اشارت‌ها و قرائنی مواجه گردد که دلیل مشخص شرعی ندارد اما بر ادله احکام سایه افکنده است.

صاحب جواهر از جمله فقیهانی است که با تکیه بر چنین قرائنی، به نقد فتاوی موجود پرداخته است. به عنوان نمونه به نقل از برخی می‌گوید: «و من الغریب ما صدر من بعض متفقّه العصر، بل سمعته من بعض مشایخنا المعاصرین من أنه یجب علی المحبوس الصلاه علی کیفیه التی کان علیها أول الدخول إلی المكان المحبوس فیه، إن قائما فقام، و إن جالسا فجالس، بل لا یجوز له الانتقال إلی حاله آخری فی غیر الصلاه ایضا، لما فیه من الحرکه التی هی تصرف فی مال الغیر بغیر إذن؛ اگر کسی را در یک مکان غصبی حبس کنند، باید نماز را با همان حالت اولیه که با آن حبس شده، به جا آورد. اگر ایستاده بود ایستاده؛ و اگر نشسته بوده، نشسته؛ حتی در غیر نماز هم جایز نیست از حالت اولیه خارج شود و حرکتی انجام دهد؛ زیرا این حرکت، تصرف در مال غیر محسوب می‌شود و تصرف در مال غیر هم جایز نیست...» (نجفی، همان، ج ۸، ص ۳۰۰) سپس در نقد این فتوا با تکیه بر دلالت‌های موجود در شریعت مبنی بر آسان‌گیری بر بندگان و عدم القاء احکام متضمن عسر و حرج بر آنها می‌نویسد: «أنه لم یفتن أنه عامل هذا المظلوم المحبوس قهرا بأشد ما عامله الظالم بل حبسه حبسا ما حبسه أحد لأحد...؛ او توجه نکرده است که با این مظلوم محبوس، بدتر از آنچه که آن ظالم کرده، رفتار نموده است بلکه او را گرفتار حبسی کرده که تاکنون کسی نسبت به دیگری روا نداشته است...» (همان).

دقت در نمونه یاد شده نشان می‌دهد، به زعم صاحب جواهر شریعت از گزاره‌های مستقل فاقد انسجام درونی تشکیل نشده است بلکه میان آنها پیوند وثیقی برقرار است، و هر گزاره در کنار معنای فردی خود، در ارتباط با دیگر گزاره‌ها معنای جمعی خاصی را افاده می‌کند. چنانکه این معنای جمعی را می‌توان به غایات کلی حاکم بر فقه یا جهت‌گیری‌های اساسی شارع در مقام تشریح ترجمه کرد.

به طور کلی ادله شرعی در دو هیئت فردی و جمعی، معانی مستقلی را منتقل می‌کند. مقصود از دلیل در هیئت فردی، مدلول صریح یا ضمنی آیات و روایات قطع نظر از دلالت دیگر ادله نقلی یا عقلی است. اما در هیئت جمعی، یک دلیل گذشته از مدلول انفرادی خود، در کنار دیگر ادله معنای دیگری را افاده می‌کند. به عنوان مثال، «حرمت القاء جاهل در فعل حرام» که در لسان فقیهان به عنوان یکی از مذاق‌های شریعت مورد استناد قرار گرفته^۱، خود متکی بر معنای جمعی ریزگزاره‌های ذیل است؛

- روایت عجلان ابی صالح از امام صادق علیه السلام: «قلت لأبی عبد الله (ع) المولود یولد فنسقیه الخمر فقال لا من سقی مولودا مسکرا سقاه الله من الحمیم؛ از ابی عبدالله (ع) در خصوص نوشاندن خمر به طفل پرسیدم. در پاسخ فرمودند؛ خیر هر کس به طفل خمر بنوشاند خداوند [در روز جزا] به او از آب سوزان جهنم می‌نوشاند (حر عاملی، ۱۴۰۹، ج. ۲۵، ص. ۳۰۸).

- روایت غیاث از امام صادق علیه السلام: «أن أمير المؤمنين (ع) کره أن تسقی الدواب الخمر؛ امیرالمؤمنین (ع) نوشاندن خمر به حیوانات را ناپسند می‌دانست» (همان).

- روایت ابی عبیده حذاء از امام باقر علیه السلام: «من افتی الناس بغير علم و لاهدی لعنته ملائکه الرحمه و ملائکه العذاب و لحقه وزر من عمل بفتیاه؛ هر کس از روی ناآگاهی فتوا دهد، ملائکه‌ی رحمت و عذاب بر او لعنت می‌فرستند و گناه کسانی که به آن فتوی عمل کرده‌اند، به حساب او نوشته می‌شود (کلینی، ۱۴۰۷، ق. ۱، ج. ۱، ص. ۴۲).

^۱ - سید محمدکاظم مصطفوی در خصوص حرمت فروش روغن نجس به مسلمان در صورتی که منجر به افکندن او در حرام شود می‌نویسد: «کان بیع الدهن المنتجس من المسلم قد یوجب إلقاء له فی الحرام الواقعی حکم بحرمته فی الشریعة المقدسه فانه یستفاد عن مذاق الشارع حرمة إلقاء الغير فی الحرام الواقعی، و یدل علی صدق هذه الکبری الکلیه مضافا إلی ما ذکرناه من وجوب الإعلام ما ورد فی الأخبار الکثیرة فی مواضع شتی الداله علی حرمة تغیر الجاهل بالحکم أو الموضوع فی المحرمات؛ فروش روغن نجس به مسلمان در فرضی که موجب افکندن او در فعل حرام شود، حرام است و این امر از مذاق شارع در خصوص حرمت القای جاهل در عمل حرام دانسته می‌شود. در اثبات این کبرای کلی نه تنها به وجوب اعلام بلکه به روایات بسیاری می‌توان استناد کرد که در جاهای مختلف بر حرمت افکندن جاهل از حکم یا موضوع در محرمات دلالت دارد» (مصطفوی، ۱۴۲۱، ق. ۱، ص. ۳۰۰)

- کتب امیر المؤمنین الی محمد بن ابی بکر انظر یا محمد صلاتک کیف تصلیها لوقتھا فإنه لیس من امام یصلی بقوم فی صلاته نقص إلا کانت علیه و لاینقص ذلک من صلاتهم؛ امیر المؤمنین به محمد بن ابی بکر نوشت که ای محمد بنگر که چگونه نماز را در وقتش می خوانی پس نقصان در نماز مأمومین بر گردن امام مقصر است (مجلسی، ۱۴۰۳ق، ج. ۸۵، ص. ۹۳).

- روایت معاویه بن وهب از امام صادق علیه السلام: «قلت لأبی عبدالله (ع) ایضمن الامام صلاه الفریضه فإن هولاء یزعمون أنه یضمن فقال لا یضمن اى شیء یضمن الا أن یصلی بهم جنبا أو علی غیر طهر؛ به ابی عبدالله (ع) گفتیم که آیا امام ضامن نماز واجب مأمومین است؟ فرمودند امام تنها در صورتی ضامن است که جُنْب یا ناپاک باشد» (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج. ۳، ص. ۲۷۷-۲۷۸).

هر یک از این روایات در هیئت فردی خود معانی چون حرمت نوشاندن شراب به اطفال، کراهت دادن خوراکی ها و آشامیدنی های حرام به حیوانات، نتایج فتوا دادن از روی ناآگاهی، به دوش کشیدن بار گناهان مأمومین توسط امام مقصر، و ضمانت امام جُنْب، نسبت به مأمومین را افاده می کند اما معنای جمعی آنها، حرمت افکندن جاهل در کار حرام است. به عقیده نگارنده، حجیت این معنای جمعی در وهله نخست بسته به اعتبار مفهوم «استقراء» است.

مقصود از استقراء، تتبع و جستجوی افراد و جزئیات احکام شرعی برای دست یافتن به حکمی کلی است؛ یعنی فقیهان جزئیات کثیری از احکام شرعی را بررسی می کنند و به وسیله آن به حکمی کلی دست می یابند. منتهی این جستجو و تتبع در جزئیات احکام شرعی، به حدی است که برای آنها قطع و اعتقاد جازم حاصل می شود که ویژگی خاصی در این احکام مدخلیت ندارد و همه آنها در حکم کلی به دست آمده مشترک هستند، مانند حجیت شهادت عدلین از نظر شرعی (بهبهانی، ۱۴۱۵ق. ص. ۲۷۷). شهید ثانی در رابطه با استقراء می گوید: «الاستقراء و هو الاستدلال بحال الجزئیات علی حال الکلی فحصول العلم عنه قریب من الحدسیات و المتواترات التی هی قسم من البدیهیات؛ استقراء استدلال بر یک قانون کلی به وسیله ملاحظه جزئیات است. حصول علم توسط استقراء قریب به حدسیات و متواترات است که قسمی از بدیهیات محسوب می شود» (شهید ثانی، ۱۴۲۱ق، ج. ۲، ص. ۷۶۶). شاطبی معتقد است استقراء مفید قطع است و افاده قطع از استقراء، به استقراء تام اختصاص ندارد. بلکه استقراء ناقص را نیز شامل می شود و استقراء در احکام

را مانند تواتر معنوی^۱ می‌داند. ایشان می‌گویند ادله معتبر در مقاصد کلی شریعت، از استقراء مجموعه‌ای از ادله ظنی تشکیل یافته که بر معنای واحدی دلالت می‌کنند، تا اینکه از مجموعه آنها قطع به اصل کلی شریعت حاصل می‌شود. زیرا در اجتماع قوتی است که در افتراق نیست (شاطبی، بی‌تا، ص. ۱۴).

به عقیده نگارنده اگرچه هر یک از نصوصی که برای حجیت دلالت‌های فرامتنی استفاده می‌شود، به تنهایی و صرف نظر از بقیه نصوص، ظنی هستند، اما وقتی این نصوص در کنار یکدیگر قرار بگیرند و همگی بر معنا و مضمون واحدی دلالت داشته باشند، یکدیگر را تقویت می‌کنند تا اینکه از مجموعه آنها قطع به حکم کلی شرعی حاصل می‌شود، مانند همان چیزی که در تواتر معنوی اتفاق می‌افتد.

۴- اصول جزائی مستنبط از دلالت‌های فرامتنی

با استقراء در ابواب مختلف فقه جزائی می‌توان مواردی یافت که علی‌رغم فقدان دلیل مشخص شرعی، فقیه با تکیه بر اصولی که از رهگذر استناد به دلالت‌های فرامتنی بدست آورده است، از حکم اولیه دست می‌شوید و یا دست به تعدیل آن می‌زند. این اصول که می‌توان از آن به اصول راهبردی فقه جزائی تعبیر کرد، منحصر به موارد پیش رو نیست بلکه آنچه در ادامه می‌آید، مصادیقی است که فقیهان در آثار خویش به آن استناد کرده‌اند، و از چشم نگارنده پنهان نمانده است:

۴-۱- پیشگیری از جرم

در کلام فقیهان عباراتی مانند «حسماً للماده» (شهید ثانی، ۱۴۱۶ق، ج. ۴، ص. ۴۷۸)، «حسماً للجره» (حلی، ۱۴۱۸ق، ج. ۲، ص. ۲۹۱) به عنوان هدف در مجازات‌های تعزیری فراوان مشاهده می‌شود. از تعبیر فوق چنین استنباط می‌شود که جهت‌گیری اصلی فقیهان در تعیین نوع و کیفیت مجازات تعزیری این است که پس از اجرای مجازات، جرم مورد نظر مجدداً از سوی فرد مجرم یا دیگران واقع نشود. به تعبیر بهتر حاکم باید در تعیین نوع و میزان مجازات و اجرای آن به گونه‌ای عمل کند که پس از اجرای مجازات، زمینه ارتکاب مجدد آن جرم از بین رفته و یا حداقل کاهش یابد. به عبارت دیگر از دیدگاه فقیهان، سیاست کیفری اسلام در تعیین نوع و کیفیت اجرای مجازات‌های تعزیری، سیاستی بزهکار محور است تا جایی که بعضی از

^۱ - مقصود از تواتر معنوی این است که اخبار زیادی در مدلول ضمنی یا التزامی مشترک باشند یا اخبار زیادی در مضمون متحد و یکی باشند، هرچند الفاظ آنها یکی نیست.

فقیهان اصل اجرای تعزیر را با همین ملاک تبیین نموده‌اند و در صورتی که قرائن بر این نکته دلالت کند که مجرمی بدون اجرای تعزیر مجدداً مرتکب آن جرم نخواهد شد، اجرای تعزیر را بر حاکم لازم نشمرده- اند (طوسی، ۱۳۸۷ق، ج. ۸، ص. ۶۶).

۴-۲- عدم تسری کیفر به حوزه اعتقادات

یکی از رویکردهای موجود در زمینه مجازات مرتد مبتنی بر حمایت و پاسداری از عقیده و ایمان مسلمانان و جامعه اسلامی، به عنوان رکن اساسی نظام اسلامی است. شخص مرتد با ارتداد خود در واقع به نوعی به دین و عقیده مسلمانان توهین و استهزاء کرده است و در صورتی که مرتد آشکارا و علنی در جامعه دعوت به ارتداد نماید، در جهت حمایت از جامعه اسلامی و هویت آن، باید او را مجازات کرد. مجازات ارتداد نه به این دلیل که او عقیده‌ای مخالف باورهای مسلمانان دارد بلکه با توجه به این که یکی از مقاصد شریعت، حفظ دین است، حفظ هویت جامعه اسلامی و حفظ دین مسلمانان، جرم انگاری و مجازات آن را ایجاد می‌کند؛ زیرا حکومت اسلامی مسؤولیت حفظ نظم و امنیت جامعه اسلامی را برعهده دارد و با توجه به این که تبلیغ علیه دین اسلام، موجب برهم خوردن نظم و اخلاق عمومی و امنیت و آرامش موجود در جامعه اسلامی می‌شود، حکومت اسلامی باید از دین و هویت مردم مسلمان محافظت کند. بر این اساس، مجازات ارتداد موجب بازدارندگی عام است و مانع از ارتداد یا ارتدادهای سایر افراد جامعه خواهد شد. برخی بیان کرده‌اند در صورتی که ارتداد به صورت فردی و غیر آشکار باشد و مرتد، ارتداد خود را اعلام نکرده باشد، چون جامعه و هویت آن تهدید نمی‌شود، مرتد مجازات نخواهد شد، زیرا تنها در صورتی که ارتداد آشکارا و علنی تبلیغ گردد، سست شدن اعتقادات قلبی مردم را سبب خواهد شد. مجازات ارتداد به دلیل ابراز یک اعتقاد قلبی است که برای جامعه دینی مضر است و از آنجا که این ابراز عقیده از طریق منطقی صورت نگرفته، با نظم و اخلاق عمومی منافات دارد (هاشمی، ۱۳۸۴، ص. ۴۲). از سوی دیگر، مجازات ارتداد بر این اساس است که فرد به نوعی عقیده اسلامی را مورد استهزاء قرار داده است، زیرا شخص با پذیرش دین اسلام از یک طرف و خروج از آن از طرف دیگر، باورهای مسلمانان را مورد تمسخر و استهزاء قرار داده و مجازات مرتد آن گونه که ابن قیم می‌گوید: «ارتباطی با آزادی عقیده ندارد، بلکه این مسأله با حیات جمعی مسلمانان و مدیریت حکومت اسلامی پیوند دارد و به دلیل مقابله با دشمنانی است که ادعای مسلمانی دارند» (ماوردینی، ۲۰۰۲م، ص. ۱۵۵) همچنین در بیان مبنای جرم انگاری ارتداد

آمده است: «یهودیان بهترین روش را برای اقدام علیه مسلمانان و دین اسلام این می‌دانستند که به صورت ظاهری دین را بپذیرند و از این طریق دسیسه‌ها و شبهات خود را ترویج کنند و دوباره به یهودیت خود بازمی‌گشتند» (خلیفه، ۲۰۰۹م، ص ۱۴۸). در این دیدگاه احادیث دالّ بر مجازات ارتداد، حمل بر علنی بودن آن شده‌است و حکومت اسلامی می‌تواند در جهت حفظ اخلاق عمومی جامعه، در حدود مقررات قانونی، در آزادی بیان مداخله و به میزان لازم آن را محدود کند.

۴-۳- جواز ارتکاب جرم به منظور دفع مفاسد اُهم

امام محمد غزالی از فقیهان مقاصدی در فقه اهل سنت در خصوص جواز قتل مسلمانانی که در میدان جنگ به عنوان سپر انسانی مورد استفاده قرار می‌گیرند در المستصفی می‌نویسد: «أَن الكفار إذا ترسوا بجماعه من أسارى المسلمين فلوا كفنا عنهم، لصدمونا و غلبوا على دار الإسلام، و قتلوا كافة المسلمين. و لو رمينا الترس، لقتلنا مسلماً معصوماً لم يذنب ذنباً، و هذا لا عهد به فى الشرع و لو كفنا، لسلطنا الكفار على جميع المسلمين، فيقتلونهم، ثم يقتلون الأسارى أيضاً فيجوز أن يقول قائل: هذا الأسير مقتول بكل حال، فحفظ جميع المسلمين أقرب إلى مقصود الشرع لأننا نعلم قطعاً أن مقصود الشرع تقليل القتل، كما يقصد حسم سبيله عند الإمكان فإن لم نقدر على الحسم قدرنا على التقليل و كان هذا التفاتاً إلى مصلحه، علم بالضرورة كونها مقصود الشرع، لا بدليل واحد، و أصل معين، بل بادلّه خارجه عن الحصر. لكن، تحصيل هذا المقصود بهذا الطريق - و هو قتل من لم يذنب - غريب، لم يشهد له أصل معين. فهذا مثال مصلحه غير مأخوذه بطريق القياس على أصل معين؛ وقتى كفّار گروهی از اسیران مسلمان را سپر انسانی قرار می‌دهند. اگر ما از کشتن آنها خودداری کنیم بر دارالاسلام غلبه کرده، تمام مسلمانان را خواهند کشت. از سوی دیگر، اگر به این سپرها تیراندازی نماییم مرتکب قتل مسلمانان بی‌گناه شده‌ایم. با این حال با خودداری ما از کشتن اینها، كفّار بر جمیع مسلمانان سلطه پیدا می‌کنند و هم مسلمانان و سپس آن اسیران را می‌کشند. بنابراین جایز است که بگویند: اسیر در هر حالت کشته خواهد شد، پس حفظ تمام مسلمانان، أقرب به مقصود شارع است چون ما علم قطعی داریم که مقصود شارع تقلیل کشتار است، چنان که در صورت امکان، مقصودش برچیدن تمام ریشه‌های آن است. پس هنگامی که ما قادر بر کندن این ریشه نیستیم، قادر به تقلیل آن هستیم. این اقدام اخذ به مصلحتی است که ضرورتاً مقصود بودن آن برای شرع نه با تکیه بر دلیل واحد و اصل معین بلکه با تمسک به ادله بی‌شمار دانسته می‌شود. اما تحصيل این مقصود با این روش - قتل شخص بی‌گناه - امر عجیبی

است و اصل مشخصی برای آن ملاحظه نمی‌گردد. این مورد، یک نمونه از مصلحتی است که به روش قیاس بر اصل مشخص به دست نیامده است» (غزالی، ۱۴۱۷ق، ص. ۱۷۴).

چنانکه ملاحظه می‌گردد، غزالی در این سخنان بر اساس یکی از مقاصد شریعت یعنی حفظ نفوس، کشتن مسلمانان را بدون ارتکاب جرم از ناحیه آنها، در شرایطی جایز دانسته، با اینکه به گفته وی هیچ نص شرعی در خصوص این مسئله نیست اما یقین به قطعیت حفظ تمام نفوس مسلمانان از مقاصد شریعت ما را به این استنباط رهنمون می‌شود که کشتار مسلمان بی‌گناه را در این شرایط تجویز نماییم زیرا اگر محافظت از همه مسلمانان ممکن نباشد، تا آنجا که می‌توانیم باید خطر را به حداقل برسانیم.

شیخ طوسی نیز در مبسوط می‌نویسد: «إذا لم یکن الحرب قائمه فإنه یجوز أن یرموا و الأولى تجنبه، و إذا تترس المشرکون بأساری المسلمین فإن لم یکن الحرب قائمه لم یجز الرمی فإن خالف کان الحکم فیه کالحکم فی غیر هذا المكان إن کان القتل عمدا فالقود و الکفارہ و إن کان خطأ فالدیه و الکفارہ لأنه فعل ذلک من غیر حاجه، و إن کانت الحرب ملتحمه فإن الرمی جائز و یقصد المشرکین و یتوقی المسلمین لأن فی المنع منه بطلان الجهاد فإذا ثبت جوازه فإذا رمی فأصاب مسلما فقتله فلا قود علیه و علیه الکفارہ دون الدیه؛ اگر کفار، اسیران مسلمان را سپر قرار دهند، در غیر حالت ضرورت، مانند آنکه جنگ برپا نباشد، یا پیروزی بر کفار بدون تیراندازی ممکن باشد و یا وجودشان تهدیدی برای سپاه اسلام به شمار نرود، تیراندازی به سوی آنان جایز نیست و اگر نیرویی بر خلاف دستور، به سمت آنان تیراندازی کند و موجب کشتن مسلمانی شود، در صورت عمدی بودن، کفار و قصاص بر عهده‌اش ثابت است و اگر از روی خطا باشد، بر عاقله او دیه و بر خودش کفار ثابت خواهد بود. در فرض ضرورت، مانند برپا بودن جنگ و عدم امکان جنگیدن یا پیروزی بر آنان جز با تیراندازی به سوی ایشان، تیراندازی جایز است؛ هرچند موجب کشته شدن مسلمانی گردد، به شرط آنکه هدف کشتن کفار باشد» (طوسی، ۱۳۸۷ق، ج. ۲، ص. ۱۲). شیخ طوسی جواز کشتن اسرای مسلمان را منوط به وجود حالت «ضرورت» می‌داند. همانطور که گفته شد، یکی از مقاصد شارع در عرصه فقه جزایی اهتمام به نفوس مسلمین و ضرورت حفظ نظام است و در یک تحلیل صحیح می‌توان مفهوم ضرورت را در پاسداشت هر یک از این مقاصد مستتر دانست.

-در باب احکام صابئان در میان فقیهان اختلاف نظر وجود دارد که آیا خون آنها هدر است یا اینکه محترم شمرده می‌شود. منشأ اختلاف، به این باز می‌گردد که آیا به آنها اهل کتاب گفته می‌شود یا از اهل کتاب شمرده نمی‌شوند؛ زیرا آیات قرآن بر این دلالت دارد که جزیه گرفتن از کسانی درست است که اهل کتاب به شمار می‌آیند. برخی در اینجا به استصحاب عدمی تمسک کرده‌اند و صابئان را از زمره کسانی که اهل کتاب شمرده می‌شوند، ندانسته‌اند (حکیم، ۱۴۱۸ق، ج. ۴، ص. ۱۸۰) (خامنه‌ای، ۱۴۱۷ق، ص. ۲۸). یکی از استدلال‌هایی که برای این استصحاب شده، این است که درباره دسته نخستین آنها یقین وجود دارد که دارای کتاب نبوده‌اند و همین یقین درباره دسته‌های پسین آنها نیز جاری می‌شود. آیت الله خامنه‌ای در خصوص توسل به اصل استصحاب جهت مترتب نمودن احکام کفر بر صابئان و مآلاً جواز قتل آنها، معتقد است که استصحاب در مسائل خطیره جریان نمی‌یابد. به این معنی که امکان صدور چنین حکم حساسی (قتل) به صرف اعمال اصل استصحاب وجود ندارد؛ زیرا این امر خلاف مذاق شارع خصوصاً مسائل مربوط به دماء است و چنین چیزی را در دیگر ادیان الهی سراغ نمی‌توان گرفت چه رسد به دین اسلام که برای کرامت انسانی ارزش قائل است و حرمت خون را از بالاترین چیزها می‌داند. بنابراین نمی‌توان گفت با تکیه بر چنین استصحاب‌هایی، ریختن خون انسان‌ها را روا بدانند (همان).

-گاه عملی فی نفسه مباح یا مستحب و حتی واجب است اما انجام آن موجب تلف جان یا مال می‌گردد. در اینجا بحث بر این است که آیا دست بردن به چنین اعمالی مستوجب ضمان است یا خیر؟ حکم این مسئله اگر چه صراحتاً بیان نشده است ولی از مذاق شارع استفاده می‌شود که چنین اقدامی جایز نیست. در این راستا، صاحب جواهر معتقد است که اگر چه شخص می‌تواند حقوق مالی و حتی مجازات‌هایی که حق شخصی اوست از مستحق علیه حتی با توسل به زور مطالبه کند و در میان اگر ضرری به بار آید ضامن نخواهد بود. اما اگر استیفای حق منجر به بروز فتنه و اتلاف اموال و انفس گردد، باید از آن پرهیز نماید. سپس می‌گوید: «یمكن دعوى العلم من مذاق الشارع بعدم جواز فعل ما يترتب به ذلك (تلف النفس و الاموال) و إن كان مباحاً فی نفسه او مستحباً بل واجباً...؛ ممكن است ادعا شود که از مذاق شارع عدم جواز عملی که منتهی به تلف نفوس و اموال شود، فهمیده می‌شود اگرچه آن عمل فی نفسه مباح یا مستحب و یا حتی واجب باشد...» (نجفی، همان، ج. ۴، ص. ۳۸۷).

- در خصوص تحقق لوث به مجرد ظن به ارتکاب قتل از ناحیه شخص یا اشخاص معین و استناد به قسامه، یکی از فقیهان معاصر معتقد است که آنچه در نصوص و روایات آمده، ظنون خاص است؛ مثل اینکه مقتول در چاه قومی یا قبیله ای و محلّه آنها یافت شود و در صورتی که بین آنها و مقتول، خصومت و نزاع قبلی نیز وجود داشته باشد. در حالی که مطلق ظن در غیر مواردی که در روایات آمده است معتبر نیست و اطلاق و عمومی که بتوان به آن استناد کرد وجود ندارد. خصوصاً اینکه مذاق شریعت در اسلام بر احتیاط در مسائل مربوط به خون و ناموس مبتنی است (یزدی، بی تا، ج. ۳۷، ص. ۳۵).

- در خصوص اکراه در قتل در صورتی که مکره بدانند در صورت کشتن شخص مورد نظر مکره، خودش سالم می ماند اما اگر نکشد خودش کشته می شود، فقیهانی چون آیت الله مرعشی و محقق خویی معتقدند این شخص بین دو تکلیف مخیر است چرا که در باب تزاحم گرفتار شده و هیچ یک از دو تکلیف نسبت به دیگری اهم نیست تا ترجیح داده شود (مرعشی نجفی، ۱۴۱۵ق.، ج. ۱، ص. ۱۱۱ و خویی، ۱۴۲۲ق.، ج. ۴۲، ص. ۱۴). اما دیگر فقیهان تخییر را نپذیرفته اند چون «حرمت قتل دیگران» را از «وجوب حفظ نفس» مهمتر دانسته و از باب قانون اهم و مهم، ترجیح را بر ممنوعیت قتل دیگری دانسته اند. یکی از این فقیهان آیت الله خامنه ای است؛ ایشان در درس های خارج فقه خود برای اثبات مهمتر بودن «حرمت قتل دیگران» این گونه استدلال نموده است: «مستفاد از ظاهر و لحن ادله قتل مومن ظلما و عدوانا نسبت به ادله وجوب حفظ نفس این است که قتل نفس اهم است؛ مانند آیات «من یقتل مومنا متعمدا فجزائه جهنم» یا «من قتل نفسا بغیر نفس ... فکانما قتل الناس جمیعا» و یا روایتی از پیامبر (ص) نقل شده است که «والذی بعثی بالحق لو أن اهل السماء و الارض شرکوا فی دم امری مسلم و رضوا به لأکبهم الله علی مناخرهم فی النار» و یا حدیثی از امام صادق (ع) روایت شده است که «إن اعدی الناس علی الله من قتل غیر قاتله و من ضرب من لم یضربه» پس شارع مقدس برای قتل نفس عذاب شدید و سنگینی قرار داده است و شدت این گناه مورد تأکید قرار گرفته است (و البته واضح است که لسان ادله در اینجا قتل خود نیست بلکه قتل غیر مراد است) اما در مورد حفظ نفس ممکن است به آیه «و لا تقاتلوا بأیدیکم الی التهلکة» تمسک شود که این آیه ها اگرچه نهی است اما آیا وزان آن ادله با چنان لحن غلیظ و شدید، با مفاد این آیه یکی است؟ ... پس وقتی به ادله لفظیه این دو خطاب نگاه کنیم برای ما جزم پیدا می شود که اهمیت «حرمت قتل مؤمن» بیشتر از «وجوب حفظ نفس» می باشد و اگر جزم پیدا نشود، حداقل اهمیت این طرف محتمل است و طبق قاعده باب تزاحم

اگر به اهمیت یک طرف جزم پیدا نموده یا احتمال اهمیت دادیم، طرف اهم یا محتمل الاهمیه مقدّم است و نوبت به تخییر نمی‌رسد.^۱

- در فقه امامیه برخی مصادیق مهدور الدم از طریق خبر واحد اثبات می‌شود لیکن فقیهان طبق همین اخبار آحاد مبادرت به صدور فتوا کرده‌اند. به عنوان مثال، فقیهان مجازات سرقت در مرتبه سوم را خلود در سجن (حبس ابد) می‌دانند و در ادامه تصریح می‌کنند که اگر سارق در حبس ابد مرتکب سرقت شود، حکم وی قتل است. صاحب جواهر از حکم مزبور نفی خلاف می‌کند (نجفی، همان، ج. ۴۱، ص. ۵۳۶). اما ایشان در استدلال بر دیدگاه خود به روایاتی استناد می‌کند که اعتراض برخی فقیهان را به دنبال دارد. به عنوان مثال، صاحب جامع المدارک بر دیدگاه مزبور چنین خرده می‌گیرد که عمل به این روایات منجر به تهجّم در دماء می‌شود (خوانساری، ۱۴۰۵ق، ج. ۷، ص. ۱۵۷). محقق اردبیلی نیز به اشکال پیش گفته التفات دارد و استناد به روایات موجود را در اثبات قتل سارق از آنجا که اخبار آحاد هستند محل اشکال می‌داند (اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ج. ۱۳، ص. ۲۵۸). محقق خوانساری در خصوص ناروا بودن استناد به خبر واحد در مسائل مربوط به دماء نویسد: «أن اعتبار خبر الثقة أو العدل مع توثيق بعض علماء الرجال أو تعديله من جهة بناء العقلاء أو الاستفادة من بعض الأخبار لا يخلو عن الإشكال في الدماء مع شدة الاهتمام في الدماء ألا ترى أن العقلاء في الأمور الخطيرة لا يكتفون بخبر الثقة مع اكتنائهم في غيرها به؛ اعتبار خبر ثقة با وجود توثيق و تعديل علمای رجال و نیز با اینکه سیره‌ی عقلا و یا مستفاد از برخی اخبار، معتبر بودن چنین خبری است، در زمینه جان افراد با وجود شدت اهتمام شارع به جان افراد، خالی از اشکال نیست. عقلا در امور مهمّه به خبر ثقه اکتفا نمی‌کنند با اینکه در امور غیر مهمّه اکتفا می‌نمایند» (خوانساری، همان، ص. ۳۵).

۴-۵- اهتمام به زنان

- روایاتی وجود دارد که زناکار باید به همان گونه که دستگیر شده تازیانه بخورد؛ یعنی اگر برهنه او را دستگیر کرده اند باید بر بدن برهنه او تازیانه بزنند.^۲ صدوق، روایت را مطلق و حکم را بر زن و مرد یکسان می‌داند (صدوق، ۱۴۱۵ق، ص. ۴۲۸) اما مشهور فقیهان امامیه این اطلاق را نمی‌پذیرند. برخی معتقدند که

۱- www.leader.ir/langs/fa - پایگاه اطلاع رسانی آیت الله خامنه‌ای، درس خارج مقام مقام رهبری مدظله، یکشنبه مورخ ۱۳۷۹/۸/۸؛ ۱

۲- عن ابی جعفر (ع) انه قال: «... يضرب الزانی علی الحال التي وجد علیها ان وجد عریاناً ضرب عریاناً و ان وجد و علیه ثیابه ضرب و علیه ثیابه... بر زانی همانگونه که یافت شده است تازیانه زده می‌شود. اگر عریان یافت شود در همان حالت و اگر پوشیده یافت شود در همان حالت تازیانه زده می‌شود» (حرّ عاملی، ۱۴۰۹ق، ج. ۲۸، ص. ۹۳)

«زن از روی پوشش و لباسی که بر تن دارد تازیانه می‌خورد زیرا ما از مذاق شریعت، شدت رعایت در پوشش زن را به دست می‌آوریم و همین اهتمام سبب شده است که شرع، نشستن زن را برای تازیانه خوردن معتبر بداند» (مؤمن، ۱۴۲۲، ج. ۲، ص. ۲۷۷).

- همچنین یکی از مجازات‌های بزه «قیادت» این است که سر مرتکب (قواد) را تراشیده و در شهر می‌گردانند سپس او را تبعید می‌کنند. حال سوال این است که آیا در این حکم، فرقی میان زن و مرد نیست؟ برخی از فقیهان از مذاق شریعت بدست آورده‌اند که چنین مجازاتی در خصوص زن قواد شایسته نیست. زیرا اهتمام شارع در زنان این است که پوشیده باشند و تا می‌توانند خودشان را در معرض رؤیت دیگران قرار ندهند. در حالی که تراشیدن سر زن و گرداندن او در شهر و سپس تبعید به شهر دیگر، با این هدف شارع در تعارض است و شاری که بر برهنه کردن مرد جهت تازیانه زدن، حکم می‌کند، برای زن چنین حکمی ندارد و به این گونه رفتار با زنان راضی نمی‌باشد (گلیپگانی، ۱۴۱۲، ج. ۲، ص. ۱۰۵).

- یکی از فقیهان معاصر در خصوص اسقاط حد شرعی در فرضی که سارق، مادر صاحب مال باشد می‌نویسد: «مسئله بین فقیهان محل اختلاف است و احوط الحاق مادر است به پدر و همچنین است باب قصاص بلکه از مذاق شارع استفاده می‌شود که اهتمام به مادر بیش از پدر است...» (منتظری، ۱۳۷۳، ج. ۲، ص. ۵۳۸). در واقع با یک بینش جامع و کل نگر به مجموعه آیات، روایات و احکام که در خصوص اولویت اهتمام به مادر نسبت به پدر وارد شده است^۱ و با استنتاج مذاق شارع در این خصوص، انتفاء حد سرق و قصاص به مادر نیز تسری یافته است.

۴-۶- پرهیز از زجرآوری مجازات‌ها

در باب بی‌حس نمودن اعضای بدن حین اجرای مجازات‌های بدنی برخی از فقیهان جهت یافتن حکم مسئله به مذاق شارع و ارتکازهای فقهی و متشرعی استناد جست‌اند و معتقدند اگرچه «در باب حدود و تعزیرات اجرای کیف‌های جسمانی بدون بی‌حسی حتی در صورتی که محکوم هم آن را درخواست کرده

^۱ - من جمله روایت هشام بن سالم از امام صادق (ع) : «جاء رجل الى النبي ص فقال يا رسول الله من ابرأ قال امك قال ثم من قال امك قال ثم من قال امك قال ثم من قال اباك؛ مردی خدمت پیامبر (ص) آمد و پرسید: یا رسول الله به چه کسی احسان نمایم؟ حضرت فرمود به مادر. دومرتبه همین سؤال را تکرار نمود و آن حضرت همین جواب را دادند برای سومین مرتبه همین سؤال را تکرار کرد و حضرت فرمودند به مادر. در دفعه چهارم سؤال نمود و پیامبر فرمودند: به پدرت» (کلینی، ۱۴۰۷، ج. ۲، ص. ۱۵۹).

باشد حرام نیست، چه رسد که او درخواست نکرده باشد، در این حکم هیچ فرقی میان حدود گوناگون وجود ندارد. آری در مواردی مثل حد تازیانه یا رجم یا سوزاندن یا افکندن از بلندی، انجام حمل بی‌حسی حرام است و باید محکوم از مطالبه آن منع شود. چرا که در این گونه موارد، از ادله آنها استفاده می‌شود که شارع به نوعی آزار و عذابی که عادتاً از کیفرها حاصل می‌شود نظر داشته و لازم می‌دانسته که محکوم به هنگام اجرای حد، آن را احساس کند اما در غیر موارد یاد شده حرمت بی‌حسی یا وجوب منع محکوم از مطالبه آن ثابت نیست» (هاشمی شاهرودی، ۱۳۸۷، ص. ۳۴۵).

۴-۷- مبنتی بودن مجازات ها بر مسامحه و تخفیف

در خصوص دامنه شمول قاعده «الحدود تدرأ بالشبهات» اگرچه در مورد تسری قاعده نسبت به هر جرمی که مطابق نظر فقیهان مستوجب مجازات حدی است اختلافی وجود ندارد، چنانکه صاحب جواهر در بحث سرقت و شرایط حد در این مورد می‌گوید: «... کما لاخلاف و لا اشکال فی درئه بالشبهه کخیره من الحدود؛ هیچ اختلاف و اشکالی (میان فقیهان) در مورد اینکه حد سرقت همانند سایر حدود، با فرض وجود شبهه ساقط می‌شود وجود ندارد» (نجفی، همان، ج. ۴۱، ص. ۴۸۱) اما در خصوص تسری قاعده نسبت به جرایم مستوجب تعزیر و قصاص تردید است. از حیث لفظی واژه «حد» در معانی مختلف استعمال شده است. گاه به معنای «واسطه میان دو چیز که از اختلاط آن دو جلوگیری می‌کند» (راغب، ۱۴۱۲ق، ص. ۲۲۱) و گاه در معنای مطلق تأدیب آمده است (طریحی، ۱۴۱۶ق، ج. ۳، ص. ۳۴). در قرآن نیز اگرچه این لفظ به صورت مفرد ذکر نشده است اما در چهارده مورد به صورت جمع آمده و در هیچ یک از این موارد در معنای عقوبت نیامده است بلکه به معنای حدود و مرزها و احکام الهی است که بندگان مکلف به پیروی از آنها هستند. همان طور که ملاحظه می‌گردد هیچ گاه، لفظ حد در معنای عقوبت معین، حقیقت شرعیه نیافته است بلکه صرفاً در لسان فقیهان به عقوبتی معین اطلاق می‌شود. به عبارت دیگر، معنای اخیر از باب حقیقت متشرع می‌باشد، حال در تفسیر معنای «حد» در قاعده مورد بحث و تسری آن بر مطلق مجازات و یا انحصار آن به حدّ به معنای عقوبت معین در شرع، برخی از فقیهان عقیده دارند؛ «اساساً از مذاق شارع، روایات، اقوال و آراء فقیهان استفاده می‌شود که حدود و مجازات‌های الهی مبنی بر تخفیف و مسامحه است...» (محقق داماد، ۱۴۰۶ق،

۱- از آن جمله: «... تلک حدود الله فلا تعدوها؛ اینها مرزهای خدایند از آنها فراتر نروید» (بقره، ۲۹۹) و یا «... ألا ان یخافا ألا یقیما حدود الله؛ مگر آنها بترسند که نتوانند احکام الهی را برپا دارند...» (همان).

ج. ۴، ص. ۷۳) و برخی دیگر با این استدلال که «...حکمت تخفیف مبنی بر استنباط از مجموعه ادله حدود است...» (عمیدزنجانی، ۱۳۸۷، ص. ۳۴۶) از مذاق شریعت به عنوان یکی از مرجحات در پذیرش یکی از احتمالات معنایی بهره برده‌اند و معتقدند که واژه حد در قاعده مورد بحث در معنای مطلق مجازات استعمال شده است.

۴-۸- ضرورت ستر عیب در امور جزائی

- موسوی اردبیلی در استدلال به عدم جواز اجرای حدود در صورتی که حاکم خود شاهد ارتکاب جرم مستوجب حد باشد، به دیدن شارع مبنی بر ستر عیب و کراهت إشاعه فحشا اشاره می‌کند و می‌نویسد:

«و ما علم من دیدن الشارع من عدم محبوبیه تشییع الفاحشه و الجهر بالسوء، يظهر عدم ابتغاء الشارع المقدس لتنفيذ الحدود بمثل تلکم الطرق، ما عدا الإقرار و البینه؛ آنچه از دیدن شارع مبنی بر عدم محبوبیت إشاعه فحشا و آشکار نمودن اعمال سوء دانستیم، روشن می‌شود که شارع به اثبات حدود به طریقی غیر از اقرار و بینه راضی نیست» (اردبیلی، ۱۴۲۷ق، ج ۱، ص. ۲۴۹).

- در فقه اهل سنت، ضرورت ستر و پوشانیدن گناه به شهادت شهود نیز تسری یافته است. چنانکه ابن نجیم با تکیه بر اصول کلی حاکم بر شریعت می‌نویسد: «بر اساس قواعد شرعی کسی که ناظر وقوع جرم است میان ادای شهادت و استتار واقعه مختار است؛ با توجه به قول خداوند که می‌فرماید: «به‌خاطر خدا شهادت دهید (طلاق: ۲) و قول پیامبر (ص): «هر کس عیب برادر مسلمان خود را بیوشاند، خداوند در آخرت عیوب وی را از دیگران مخفی می‌سازد». اگر شاهد سکوت اختیار کرد تا روزگاری سپری شد، نشان می‌دهد جانب استتار را برگزیده و اگر پس از آن مبادرت به ادای شهادت کند، حکایت از دشمنی و عداوت او داشته و به این دلیل شهادت وی پذیرفته نمی‌شود» (ابن نجیم، بی تا، ج. ۵، ص. ۲۱).

۴-۹- اهتمام به حقوق بزهار

- شهید ثانی به نقل از قاضی ابن برّاج در خصوص مجازات سارقی که دست چپ او فلج است می‌نویسد: «إن كانت يساره شلاء لم تقطع يمينه و لا رجله، و كذلك لو كانت يده اليسرى مقطوعاً في قصاص فسرق لم تقطع يمينه، و حبس في هذه الأحوال، و أنفق عليه من بيت مال المسلمين إن كان لا مال له، لأن الشلاء كالمعدومه فيبقى بلا يدين، و قد عهد من حكمه الشارع إبقاء يده الواحدة، و من ثم انتقل في السرقة الثانية إلى قطع رجله و لم تقطع يده الأخرى؛ اگر دست چپ او فلج باشد، دست راستش قطع نمی‌شود

همین‌طور اگر دست چپش به سبب قصاص قطع شده باشد، دست راست او قطع نمی‌گردد و در این موارد حبس می‌گردد و اگر مالی نداشته باشد هزینه زندگی او از بیت المال پرداخت می‌شود زیرا دست فلج همچون نداشتن دست است پس چنین شخصی فاقد دو دست تلقی می‌گردد و از حکمت شارع بدست می‌آید که حداقل یک دست برای او باقی گذاشته شود و به همین دلیل است که در مرتبه دوم سرقت، پا قطع می‌شود و نه دست دیگر» (شهیدثانی، ۱۴۱۶ق، ج ۱۴، ص ۵۲۰).

- شیخ طوسی در کتاب جراح به مسئله‌ی مشابهی اشاره می‌کند و حکم آن را بر مبنای آسان‌گیری شارع در حدودالله و ضرورت بقای یک دست برای سارق به‌دست می‌آورد. او می‌نویسد: «من وجب علیه قطع الیمین فی السرقة فأخرج يساره فقطعت سقط القطع عنه فی الیمین بلا خلاف، لأنه من حقوق الله و هی مبنیة علی التسهیل و التخفیف؛ اگر بر کسی به دلیل ارتکاب سرقت حدی قطع دست راست واجب شده است اما به جای دست راست [دست چپ خود را بیرون بیاورد و دست چپش قطع شود، بدون هیچ‌گونه اختلاف نظری دست راستش قطع نمی‌شود زیرا در حقوق الله مبنای شارع بر آسان‌گیری و تخفیف است» (طوسی، همان، ج ۷، ص ۱۰۱).

۴-۱۰- عدالت محوری احکام جزائی

- آیت‌الله خویی در حرام بودن سب مؤمن، به ظلم و ایذا بودن آن اشاره می‌کند و از این جهت آن را حرام می‌داند و می‌نویسد: «قد استقل العقل بحرمه سب المؤمن فی الجملة، لكونه ظلما و ایذاء، و علی ذلك إجماع المسلمین من غیر نكیر و قد تعرض الغزالی لذلك فی إحياء العلوم؛ عقل انسان مستقلا به حرمت سب مؤمن حکم می‌کند زیرا ظلم و ایذاء محسوب می‌شود و اجماع مسلمین بدون هیچ‌انکاری بر این حکم است چنانکه غزالی نیز در احیاءالعلوم متعرض این مسئله شده است» (خویی، ۱۴۱۷ق، ج ۱، ص ۲۷۷).

- مقدس اردبیلی در باب قتل عمد می‌گوید: «قاتلی که از ورثه مقتول است، از ارث محروم می‌شود و ارث نمی‌برد». ایشان در بیان علت این حکم می‌گوید: «...و یؤیده اعتبار أن العمد الظالم لا یستحق ذلك لظلمه و قصده، و ربما یكون قاصداً للإرث فیعمل بخلاف مقتضى غرضه؛ ... اعتبار عدم استحقاق قاتل عامد از ارث، به علت ظلم او بر مقتول و قصد و غرض او است از قتلش و چه بسا قاتل، قصد ارث بردن از مقتول را کرده است، پس بر خلاف قصد و غرض او عمل می‌شود» (اردبیلی، همان، ج ۱۱، ص ۵۰).

- آیت الله صانعی در باب قصاص و دیات، روایات نصف بودن دیه زن و ردّ تفاضل دیه مرد (در صورتی که مرد قاتل قصاص شود) را از باب مخالفت با کتاب خدا و بر اساس قاعده عدالت، رد می‌کند؛ اگرچه در این ابواب روایات صحیحه هم فراوان است. ایشان می‌گوید: «لکنّ الاعتماد علی تلك النصوص والاستدلال بها فی مثل المسئله مع ما لها من التمامیه سنداً و دلاله مشکل، بل ممنوع، فضلاً عن غيرها من الوجوه المذكوره؛ وذلك لما فی هذه الأخبار و النصوص من المخالفه للكتاب و السنّه و العقل و القواعد و الأصول المسلمه من الإسلام، و عدم حجّیه الخبر كذلك أظهر من الشمس و أبین من الأمس، فإنّ من الشروط القطعیه فی حجّیه الخبر عدم مخالفته للكتاب و السنه، و علیه الأخبار الكثيره، إن لم تكن متواتره و ذلك أنّ التفاوت فی نظر العرف بین الرجل و المرأه ظلم و خلاف العدل و الحق؛ لكن اعتماد بر این نصوص و استدلال به آنها در مثل این مسأله، اگرچه به لحاظ سند و دلالت تمام‌اند، مشکل بلکه ممنوع است، چه رسد به غیر روایات از مواردی که ذکر شده است، و این بدان جهت است که در این اخبار و نصوص، مخالفت با کتاب خدا و سنت و عقل و قواعد و اصول مسلم اسلام وجود دارد، و حجّیت نداشتن خبر این چنینی از خورشید روشن‌تر و از روز آشکارتر است، همانا از شرط‌های قطعی در حجّیت خبر، مخالف نبودنش با کتاب و سنت قطعی است، و بر این امر اخبار فراوانی وارد شده است، اگر نگوئیم اخبار متواتر وارد شده است و اینکه تفاوت قائل شدن بین مرد و زن از نظر عرف، ظلم و خلاف عدل و حق است» (صانعی، ۱۳۸۶، ص. ۱۶۴).

- ابن عاشور در تفسیر «التحریر و التّنویر» روایات مربوط به زدن زن را منحصر به جایی می‌داند که این عمل، ظلم تلقی نشود، وگرنه آن را ناروا دانسته است. او می‌گوید: «برخی به پاره‌ای روایت‌ها و کردار صحابه تمسک جسته و گفته‌اند که مرد می‌تواند زن ناشزه خود را کتک بزند، ولو مرتکب فحشایی آشکار نشده باشد. اما به نظر می‌رسد که در این اخبار و آثار، عرف طبقات مردم و قبایل در نظر گرفته شده است. مردم در این زمینه متفاوت‌اند، بادیه‌نشینان زدن زن را «اعتداء» نمی‌دانند و تلقی زنان نیز از کتک خوردن این نیست... بنابراین اگر زدن برای شوهران -نه والیان امر- مجاز باشد، آن هم در فرض عصیان و نافرمانی، نه در صورت ارتکاب فحشا، به طور جزم مربوط به قوم و گروهی است که زدن را عار و ننگ و رفتاری ناشایست در زندگی خانوادگی نمی‌بینند (ابن عاشور، بی تا، ج. ۵، ص. ۳۹).

-یکی از محققین معاصر نیز با استناد به قاعده عدالت، قائل به عدم اجرای حدود در زمان حاضر می‌باشد. ایشان حقوق و تکالیف را دو روی یک سکه می‌داند و معتقد است اجرای حدود در صورتی رواست که حقوق اشخاص چه در بعد فردی و چه در بعد اجتماعی تماماً تأمین شده باشد و این میسر نمی‌گردد مگر با حضور معصوم(ع) و می‌نویسد: «...اسلام مجموعه است دارای ابعاد مختلف، بُعد اخلاقی و تربیتی، بعد اجتماعی، بعد مدیریت و از همه بالاتر دارای یک نظام شرعی و حقوقی است که اصطلاحاً شریعت نامیده می‌شود. در میان ابعاد مختلف فوق‌انسانجام و به هم پیوستگی کامل احساس می‌گردد... حال در فرض فقدان اجتماع جمیع شرایط که مهمترین آنها، به نظریه حقه شیعه اثنی عشریه وجود انسان‌های کامل در رأس مدیریت اجتماعی است که نقش مؤثر آن در تربیت جامعه مسلم و بدیهی است، احتمال اینکه اجرای عقوبات شرعیه با تردید مواجه شود جدی است» (محقق داماد، ۱۳۷۸، ص. ۷۲).

۴-۱۱- ضروری نبودن احکام جزائی

با استقراء در نصوص فقهی می‌توان مصادیق متعددی را دید که معصوم(ع) در صدور حکم شرعی، ممنوعیت ورود ضرر به غیر را لحاظ کرده است. چنانکه تأخیر اجرای حد در خصوص زن حامل و زنی که به فرزند خود شیر می‌دهد، یا زنی که در عادت نفاس است، بر مبنای قاعده لاضرر قابل توجیه است اما گاه فقیه بدون وجود نص صریح با تکیه بر این قاعده، دست به کشف حکم شرعی می‌زند. چنانکه شیخ انصاری در خصوص جواز دفع ضرر از خود در صورتی که مستلزم اضرار به غیر باشد، در تنبیه چهارم از رساله لاضرر، به طرح این موضوع پرداخته است. ایشان مسأله را به دو صورت مطرح می‌کند: اول این که آیا شخص اجازه دارد به منظور دفع ضرر از خود، به دیگری ضرر بزند و دوم این که آیا واجب است شخص به منظور دفع ضرر از دیگری، به خود ضرر وارد سازد؟ در مورد اول، شیخ مثال می‌زند که اگر بیم خرابی دیوار خانه‌ای در بین باشد، روا نیست که مالک، آن را به وسیله چوب‌بست و غیره به طرف خانه همسایه متمایل کند، به نحوی که برای همسایه ایجاد خطر کند، و در مورد دوم می‌گوید: اگر از طرف سلطان یا شخصی مقتدر، فردی وادار به قتل دیگری بشود و به او گفته شود که اگر مرتکب چنین قتلی نشود، خودت کشته خواهی شد، جایز نیست که آن شخص خودش را به کشتن بدهد تا خون شخص دیگر ریخته نشود (انصاری، بی‌تا، ص. ۵۳۴). بنابراین اگرچه وفق قواعد اولیه، ضرورت حفظ نفس و جان اشخاص لازم می‌آید مع ذلک در صورتی که این امر مستلزم ورود ضرر به شخص باشد چنین لزومی برداشته خواهد شد.

۵- نتیجه

مقصود از دلالت‌های فرامتنی، أغراض و جهت‌گیری‌های کلی شارع است که فقیهان با تتبع در مجموعه ادله و انس با آنها، و توجه به نصوص شرعی به عنوان گزاره‌های به هم‌وابسته بدان آگاهی می‌یابند. به بیان دیگر، دیدگاه نظام‌مند فقیه به مجموع ادله شرعی و حتی مجموعه‌ی شریعت است که او را به دیدگاه‌های کلی شارع رهنمون می‌شود. استدلال بر مبنای چنین دلالت‌هایی در سده‌های اخیر کاربرد زیادی در متون فقهی داشته است. اگرچه این دلالت‌ها، محصور و منحصر به مصادیق خاصی نیست اما با استقرار در ابواب فقه جزائی، می‌توان این دلالت‌ها را در قالب مفاهیمی چون مقاصد شریعت، مذاق شارع و اصطلاحات مشابه، و قواعد کلی حاکم بر فقه همچون قاعده لاضرر و قاعده عدالت دسته‌بندی کرد.

از جهت نظری، فقیهان امامیه به حجیت دلالت‌های فرامتنی معتقد بوده و در استنتاج احکام و استدلال‌های حکمی و موضوعی خود بدان استناد نموده‌اند. هر چند عده‌ای از آنها به دلیل غلبه رویکرد اخباری‌گری و جمود بر نص، منکر اعتبار این دلالت‌ها و اساساً روح محوری شریعت شده‌اند. با این وجود، چنین رویکردی با توجه به برخی مؤیدات قرآنی و حجیت مفهوم استقراء و تواتر معنوی حاصل از آن، محکوم به رد است.

در ابواب مختلف فقه جزائی می‌توان موارد بسیاری یافت که علی‌رغم فقدان دلیل مشخص شرعی، فقیهان با تأکیه بر این دلالت‌ها، از حکم اولیه دست شسته و یا به تعدیل آن (توسیع یا تضییق دامنه حکم) پرداختند. ماحصل استناد به این دلالت‌ها که می‌توان از آن به اصول راهبردی فقه جزائی تعبیر کرد، منحصر به موارد مشخص و محدودی نیست. ضرورت اهتمام به نفوس، جواز ارتکاب جرم به منظور دفع مفاسد مهم‌تر، عدم تسری مجازات‌ها به حوزه اعتقادات، توجه به گروه‌های خاص بزهدکار همچون زنان، اهتمام به پیشگیری از جرم، پرهیز از زجرآوری مجازات‌ها مگر با وجود دلیل شرعی، عدالت‌محوری نظام جزائی اسلام و ضروری نبودن احکام موجود در آن، تنها بخشی از نتایج حاصل از استناد به دلالت‌های فرامتنی است. فقه جزائی گرچه از برخی نهادهای مؤثر در تعدیل و روزآمدی فقه معاملات، محروم است اما علاج بیماری نص‌گرایی و جمود بر آن را می‌توان در کاربرد دلالت‌های فرامتنی و اصول جزائی مستنبط از آن یافت.

اصولی که می‌تواند در توسعه و تعمیق فقه جزائی، روزآمدی و انطباق احکام آن با اقتضائات مربوط به زمان و مکان نقش مهمی ایفاء کند. بنابراین لازم است در تفسیر و تبیین نصوص جزائی، این دلالت‌ها همواره

مطمح نظر پژوهشگران قرار گیرد و از تفسیر تک‌گزاره‌ای نصوص اجتناب شود تا استدلال‌های فقهی ایشان با روش‌های جعل احکام و جهت‌گیری های کلی شارع، متناسب و هماهنگ باشد. بدیهی است توجه به این امر به کارآمدی هر چه بیشتر احکام جزایی منجر خواهد شد و از وضع قوانینی پیش‌گیری خواهد کرد که به دلیل جمود بر نص، ناکارآمدی و توالی فاسد آن بر همگان عیان است.

۶- منابع

قران کریم

۱. ابن بابویه، محمد بن علی (۱۴۰۳ق.)، الخصال، جلد ۲، قم: انتشارات جامعه مدرسین، چاپ اول.
۲. ابن عاثور، محمد بن طاهر (بی‌تا)، التحرير و التنوير، جلد ۵، بیروت: مؤسسه التاريخ العربی، چاپ اول.
۳. ابن نجیم، زین‌الدین بن ابراهیم (بی‌تا)، البحر الرائق شرح كنزالدقائق، جلد ۵، بی‌جا: دارالکتب الاسلامیه، چاپ دوم.
۴. اردبیلی، احمد بن محمد (۱۴۰۳ق.)، مجمع الفائده و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان، جلد ۱۱ و ۱۳، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول.
۵. اردبیلی، سید عبدالکریم موسوی (۱۴۲۷ق.)، فقه الحدود و التعزیرات، جلد ۱، قم: مؤسسه النشر لجامعه المفید رحمه الله، چاپ دوم.
۶. اصفهانی، حسین بن محمد راغب (۱۴۱۲ق.)، مفردات ألفاظ القرآن، لبنان: دار العلم - الدار الشامیه، ق. چاپ اول.
۷. اصفهانی، محمد تقی (مجلسی اول) (۱۴۱۴ق.)، لوامع صاحبقرانی، جلد ۱، قم: مؤسسه اسماعیلیان، چاپ دوم.
۸. امین، احمد (بی‌تا)، ضحی الاسلام، بیروت: دارالکتب العربی، چاپ اول.
۹. انصاری، شیخ مرتضی (بی‌تا)، قاعده لا ضرر و الید و الصحه و القرعه (فرائد الأصول)، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول.
۱۰. پایگاه اطلاع رسانی آیت الله خامنه ای، درس خارج مقام مقام رهبری مدظله، یکشنبه مورخ ۱۳۷۹/۸/۸؛ www.leader.ir/langs/fa
۱۱. جبعی عاملی، زین‌الدین (شهید ثانی) (۱۴۲۱ق.)، رسائل الشهدید الثانی، جلد ۲، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، چاپ اول.
۱۲. جبعی عاملی، زین‌الدین (شهید ثانی) (۱۴۱۶ق.)، مسالک الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام، جلد ۱۴، قم: تحقیق و نشر: مؤسسه المعارف الاسلامیه، چاپ اول.

۱۳. جزیری، عبدالرحمن (۱۴۱۹ق.)، الفقه علی المذاهب الاربعه، جلد ۵، بیروت: دارالثقلین، چاپ اول.
۱۴. جوینی، عبدالملک بن عبدالله (۱۴۱۸ق.)، البرهان فی اصول الفقه، تحقیق عبدالعظیم محمود دیب، جلد ۳، مصر: الوفاء-المنصوره، چاپ اول.
۱۵. جوینی، عبدالملک بن عبدالله (۱۴۱۷ق.)، التخلیص فی اصول الفقه، تحقیق عبدالله جولم نبالی و بشیر احمد عمری، جلد ۳، بیروت: دارالبشائر الاسلامیه، چاپ اول.
۱۶. خامنه‌ای، سید علی (۱۴۱۷ق.)، بحث حول الصابئه، قم: مؤسسه دائره المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام، چاپ اول.
۱۷. خوانساری، سید احمد (۱۴۰۵ق.)، جامع المدارک فی شرح مختصر النافع، جلد ۷، قم: مؤسسه اسماعیلیان، چاپ دوم.
۱۸. حکیم، محمد سعید (۱۴۱۸ق.)، المحکم فی اصول فقه، جلد ۴، بی‌جا، مکتب آیت‌الله العظمی السید حکیم، چاپ اول.
۱۹. حلی، نجم الدین جعفر بن حسن (۱۴۱۸ق.)، مختصر النافع فی فقه الامامیه، جلد ۲، قم: مؤسسه المطبوعات الدینیّه، چاپ ششم.
۲۰. حرّ عاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۹ق.)، تفصیل وسائل الشیعه إلى تحصیل مسائل الشریعه، قم: مؤسسه آل‌البیت علیهم السلام، چاپ اول.
۲۱. خلیفه، ابراهیم (۲۰۰۹م.)، تجدید فهم الوحی، بیروت: الشبکه العربیه للأبحاث، چاپ اول.
۲۲. خوئی، سید ابوالقاسم (۱۴۲۲ق.)، مبانی تکلمه المنهاج، جلد ۴۲، قم: مؤسسه احیاء آثار الامام الخوئی، چاپ اول.
۲۳. خوئی، ابوالقاسم (۱۴۱۷ق.)، مصباح الفقاهه، تقریر: محمد علی التوحیدی، جلد ۱، قم: مکتبه الداوری، چاپ اول.
۲۴. دانشور، میترا؛ حسینی، سید بشیر؛ مؤذن، علیرضا و همکاران (۱۴۰۰)، تفکر و سواد رسانه‌ای، تهران: سازمان پژوهش و برنامه‌ریزی درسی، چاپ ششم.
۲۵. سلیمی، عزالدین عبدالعزیز (۱۹۹۶م.)، الفوائد فی اختصار المقاصد، بیروت: دارالفکر المعاصر.
۲۶. شاطبی، ابراهیم بن موسی (بی‌تا)، الموافقات فی اصول الاحکام، جلد ۱، بیروت: دارالفکر، چاپ اول.
۲۷. صانعی، یوسف (۱۳۸۶)، فقه الثقلین فی شرح تحریر الوسیله: کتاب القصاص، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، چاپ سوم.
۲۸. صدوق، محمد بن علی بن بابویه (۱۴۱۵ق.)، المقنع، محقق و مصحح: گروه پژوهشی مؤسسه امام هادی (ع)، قم: مؤسسه امام هادی (ع)، چاپ اول.
۲۹. طباطبایی، سید محمد حسین (۱۳۷۴)، ترجمه تفسیر المیزان، ترجمه سید محمدباقر موسوی همدانی، جلد ۲، قم: دفتر انتشارات اسلامی جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ پنجم.

۳۰. طریحی، فخرالدین (۱۴۱۶ق.)، مجمع البحرين، تهران: کتاب فروشی مرتضوی، چاپ سوم.
۳۱. علیدوست، ابوالقاسم و عشایری منفرد، محمد، «استناد فقهی به مذاق شریعت در بوته نقد»، حقوق اسلامی، سال ششم، شماره ۲۲، پاییز ۱۳۸۸.
۳۲. علیشاهی، ابوالفضل (۱۳۹۰)، مفهوم و حجیت مذاق شریعت در فرآیند استنباط احکام فقهی، قم: مؤسسه بوستان کتاب، چاپ اول.
۳۳. عمید زنجانی، عباسعلی (۱۳۸۷)، قواعد فقه (بخش حقوق جزا)، تهران: سمت، چاپ سوم.
۳۴. غزالی، محمدبن محمد (۱۴۱۷ق.)، المستصفی فی علم الاصول، تصحیح محمد عبدالسلام عبدالشافی، بیروت: دارالکتب العلمیه، چاپ اول.
۳۵. کلینی، ابوجعفر (۱۴۰۷ق.)، الکافی، تهران: دارالکتب الاسلامیه، چاپ چهارم.
۳۶. گلپایگانی، محمدرضا (۱۴۱۲ق.)، الدر المنضود فی احکام الحدود، تقریر علی کریمی، جلد ۲، قم: دار القرآن الکریم، چاپ اول.
۳۷. مؤمن، محمد (۱۴۲۲ق.)، مبانی تحریر الوسیله، جلد ۲، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی قدس سره، چاپ اول.
۳۸. مجلسی، محمدباقر (۱۴۰۳ق.)، بحار الانوار لدرر اخبار الائمه الاطهار، جلد ۸۵، بیروت: دارالاحیاء التراث العربی، چاپ سوم.
۳۹. محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۷۸)، «اجرای حدود در زمان ما: اجراء یا تعطیل؟»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۲۵ و ۲۶، ص ۶۱-۷۷.
۴۰. محقق داماد، سید مصطفی (۱۴۰۶ق.)، قواعد فقه (جزایی)، جلد ۴، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ دوازدهم.
۴۱. محمد بن حسن، ابوجعفر (طوسی) (۱۳۸۷ق.)، المبسوط فی فقه الامامیه، جلد ۲ و ۸، تهران: المکتبه المرتضویه لاحیاء الآثار الجعفریه، چاپ سوم.
۴۲. محمدی ری شهری، محمد (۱۳۸۵)، دانش نامه عقاید اسلامی، مترجم: مهدی مهریزی، جلد ۵، قم: مؤسسه علمی و فرهنگی دارالحدیث، چاپ اول.
۴۳. مصطفوی، سید محمد کاظم (۱۴۲۱ق.)، القواعد- مائه قاعده فقهیه، چاپ چهارم، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، بی جا.
۴۴. مظفر، محمدرضا (۱۳۸۸)، اصول الفقه، ترجمه محسن غرویان و علی شیروانی، جلد ۲، قم: انتشارات دارالفکر، ۱۳۸۸، چاپ ششم.

۴۵. مغنیه، محمدجواد (۱۴۲۱ق.)، فقه الامام الصادق، جلد ۶، قم، مؤسسه انصاریان، چاپ دوم.
۴۶. مغنیه، محمدجواد (۱۴۲۴ق.)، تفسیر الکاشف، جلد ۲، تهران: دارالکتب الإسلامیه، چاپ اول.
۴۷. منتظری، حسینعلی (۱۳۷۳)، رساله استفتائات، جلد ۲، تهران: نشر فکر، چاپ دوم.
۴۸. مرعشی نجفی، سید شهاب‌الدین (۱۴۱۵ق.)، القصاص علی ضوء القرآن و السنه، جلد ۱، قم: انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی، چاپ اول.
۴۹. مشکینی، علی (۱۳۷۱)، اصطلاحات الاصول و معظم ابحاثها، قم: نشر الهادی، چاپ پنجم.
۵۰. نجفی، محمدحسن (صاحب جواهر) (۱۴۰۴ق.)، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، جلد ۲، ۴، ۲۴ و ۴۱، بیروت: دار احیاء التراث العربی، چاپ هفتم.
۵۱. وحید بهبهانی، محمدباقر بن محمد اکمل (۱۴۱۵ق.)، مصابیح الظلام، چاپ اول، قم، موسسه علامه الوحید البهبهانی، چاپ اول.
۵۲. هاشمی، سید حسین (۱۳۸۴)، ارتداد و آزادی، تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، چاپ اول.
۵۳. هاشمی شاهرودی، سید محمود (۱۳۷۸)، بایسته های فقه جزا، تهران: نشر میزان، چاپ اول.
۵۴. یزدی، محمد (بی تا)، رساله ای در قسامه، جلد ۳۷، قم: مجله فقه اهل بیت علیهم السلام، چاپ اول.