

مکان‌یابی مقررات کیفری در فقه و پیامدهای روش‌شناختی آن

رحیم نوبهار*

تاریخ پذیرش: ۹۷/۰۲/۱۲

تاریخ دریافت: ۹۶/۱۰/۲۱

چکیده

مباحث فقه اغلب در چهار گروه «عبادات»، «معاملات»، «ایقاعات» و «احکام و سیاسات» دسته‌بندی شده‌اند. مقررات جزایی در دسته «احکام و سیاسات» قرار گرفته‌اند. حتی کسانی که باب‌های فقهی را به گونه‌ای دیگر دسته‌بندی کرده‌اند، مباحث جزایی را زیر عنوان عبادات قرار نداده‌اند. باین‌حال، در عمل، با مقررات جزایی اسلام به نوعی همچون مباحث تعبدی، توقیفی و تغییرنابردار رفتار شده است. این مقاله با توجه به جایگاه مباحث جزایی از یک سو و تحلیل طبع و ماهیت بسیاری از آنها از سوی دیگر نشان می‌دهد که مباحث فقه جزایی را نمی‌توان یکسره در شمار مباحث تعبدی و توقیفی قلمداد کرد. اگر احکام ناظر به بیان حرمت و جرم‌انگاری برخی اعمال در شمار مسائل توقیفی باشد، مسائل مربوط به چند و چون کیفر که نوعی واکنش اجتماعی به جرم است، در شمار مسائل عبادی و رازمند نیستند. در نتیجه، آنها از تغییر و تحول‌های عقلایی که در شرع مقدس از آنها صریحاً یا ضمناً نهی نشده باشد، اثر می‌پذیرند.

کلیدواژگان:

احکام، بنای عقلا، فقه جزایی، سیاسات، عبادات، معاملات.

* دانشیار دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی

مقدمه

شیوه تعامل فقیهان با مباحث جزایی در عمل، اغلب همچون مباحث عبادی بوده است. زمانی که مقررات کیفری فقه امامیه فقط در کتاب‌های فقهی نوشته می‌شد و به مرحله اجرا در نیامده بود، این وضعیت مشکل خاصی را پدید نمی‌آورد. اما با پیروزی انقلاب اسلامی و اجرایی شدن فقه جزایی، تغییرنابردار قلمداد کردن این مقررات کاستی‌های فراوانی را در پی داشته است. با توجه به دسته‌بندی‌هایی که فقیهان از مباحث گوناگون فقه انجام داده‌اند، این پرسش، مهم می‌شود که مسائل جزایی دقیقاً در کدام بخش از فقه قرار می‌گیرند؟ آیا در شمار مسائل عبادی‌اند یا معاملی؟ این پرسش به نوبه خود به این پرسش مهم‌تر دامن می‌زند که چه آثاری بر مکان‌یابی مقررات جزایی مترتب می‌شود؟ اگر مباحث جزایی در شمار عبادات نباشند، متون و مسائل مربوط به آن را چگونه باید تفسیر و تعبیر کرد؟ به منظور پاسخگویی به این دو پرسش، مقاله حاضر پس از اشاره‌ای کوتاه به دسته‌بندی باب‌های فقهی و بیان پیامدهای روش‌شناسانه آن ابتدا جایگاه مباحث جزایی شامل حدود، تعزیرات، قصاص و دیات در مجموعه فقه، را روشن می‌سازد. پس از آن، اهم پیامدهای این مکان‌یابی را به روش تحلیلی مرور می‌کند.

۱. دسته‌بندی باب‌های فقه و اقتضائات روش‌شناختی آن

مباحث فقه اغلب به «عبادات»، «معاملات»، «ایقاعات» و «احکام و سیاسات» تقسیم شده است.^۱ به این تقسیم‌بندی بیشتر از چشم‌انداز آموزشی نگاه شده و پیامدهای روش‌شناختی آن چنان که باید مورد توجه قرار نگرفته است. این در حالی است که بسیار مهم است که هم جایگاه مباحث فقهی روشن شود و هم پیامدهای مکان‌یابی آنها. به‌ویژه اینکه آیا مسائل یک حوزه در قلمرو عبادات قرار می‌گیرند یا غیرعبادات، بااهمیت است. مسائل عبادی رازمند و سر به مهرند و فهم فلسفه تفصیلی و دقیق آنها آسان نیست؛ درحالی‌که مباحث غیرعبادی چنین نیست. در مسائل عبادی به دشواری می‌توان حکمی را از جنس ابزار و وسیله و در خدمت مقصد دیگری دانست؛ به تعبیری دیگر، هر عملی خود به نوعی، خصوصیت و موضوعیت دارد. حال آنکه در مسائل غیرعبادی این امر امکان‌پذیر است. بسیاری از تغییر و تحولات عقلایی در مسائل عبادی

۱. نک: برجی، یعقوب علی، نگاهی به دسته‌بندی باب‌های فقه، فقه اهل‌بیت(ع)، پاییز ۱۳۷۴، شماره ۳، صص ۲۴۱-۲۶۲.

راه پیدا نمی‌کند؛ حال آنکه در مسائل غیرعبادی احکام از جهات گوناگون زیر تأثیر تغییر واقعیت‌ها قرار می‌گیرند. شمار احکام امضایی در مسائل غیرعبادی به مراتب بیشتر از احکام عبادی است؛ این امر نیز به نوبه خود مطالعه تغییر نگرش‌های عقلایی را بااهمیت می‌سازد. شمارگان آموزه‌هایی که از جنس حکم قضایی یا تدبیری و حکومتی است، در مسائل غیرعبادی به مراتب بیشتر از مباحث عبادی است. در مقام تفسیر نیز نمی‌توان روش تفسیر متون عبادی را عیناً در متون ناظر به مباحث عرفی و عقلایی به کار بست. موضوعات و متعلقات احکام در مسائل غیرعبادی را باید با لحاظ درک‌های عقلایی از آنها فهمید؛ حال آنکه موضوع و متعلق احکام عبادی در موارد زیادی توسط شرع یا اهل شرع تعریف و تبیین شده‌اند.^۱ با توجه به این تفاوت‌های مهم، ضرورت دارد روشن شود که مباحث جزایی دقیقاً زیر کدام عنوان کلی قرار می‌گیرند.

۲. جدایی مباحث کیفری از مباحث عبادی در دسته‌بندی باب‌های فقهی

فقیهان مباحث کیفری را از عبادات و حتی معاملات جدا کرده‌اند. راز این دسته‌بندی روشن است؛ امور کیفری نه به قصد و نیت نیاز دارند تا عبادت قلمداد شوند، نه به لفظ و گفتار از سوی یک یا چند طرف وابسته‌اند تا ایقاع یا عقد به شمار آیند. هرچند گاه کیفیت قصد در ترتب نوع حکم مؤثر است؛ مثلاً اینکه کسی لفظی را به قصد اهانت یا قذف به دیگری بیان کرده باشد یا چنین قصدی نداشته باشد، در استحقاق او برای کیفر اثرگذار است. مصالح و مفاسد بیرونی و شرایط و احوال گوناگون بر چند و چون احکام جزایی اثر می‌گذارد. مثلاً شرایط بیمار، مانع اجرای حد می‌شود. در اجرای حد در سرزمین دشمنان اسلام که پای مفسده فرار محکوم و پناهنده شدن او به دشمن در میان باشد، حد اجرا نمی‌شود. این دست محاسبات عقلانی در عبادات و حتی عقود و معاملات به آسانی راه پیدا نمی‌کند.

با مروری حتی اجمالی به جایگاه مباحث کیفری در فقه، روشن می‌شود که کمتر فقیهی این مباحث را در شمار عبادیات قلمداد می‌کند. تا آنجا که نگارنده جستجو نموده، در میان فقیهان

۱. برای ملاحظه بحثی در این باره نک: نوبهار، رحیم، جستاری در تقسیم‌بندی باب‌های فقهی و پیامدهای روش‌شناسی آن، راهبرد، سال ۲۴، بهار ۱۳۹۴، صص ۷۹-۱۰۶.

شیعی فقط فیض کاشانی تا اندازه‌ای بخشی از مباحث جزایی را به مباحث عبادی نزدیک کرده^۱ که کسی هم از تقسیم‌بندی فیض استقبال نکرده است. شاید مقصود او آن بخش از مقررات جزایی است که ناظر به بیان محرّمات و نواهی شرعی است. پیداست بسیاری از آنچه در مباحث فقه کیفری ناظر به بیان محرّمات است، اوامر مولوی و شرعی است و به یک معنا در تعبدی و توقیفی بودن آنها تردید نمی‌توان کرد. شیخ طوسی در دسته‌بندی کتاب/استبصار احادیث را در دو بخش جای داده است: بخش عبادات و بخش مشتمل بر معامله و غیرمعامله.^۲ در این تقسیم‌بندی احادیث مربوط به حدود، تعزیرات، قصاص و دیات در بخش عبادی قرار نگرفته‌اند. سلار مباحث جزایی یا به تعبیر او جنایات را در شمار معاملات به معنای اعم و در برابر عبادات قرار داده است.^۳ به نظر او، معاملات به عقود و احکام تقسیم‌بندی می‌شوند و جنایات و حدود و دیات در شمار احکام قرار می‌گیرند. محقق حلی ابواب فقه را به چهار قسم: «عبادات»، «عقود»، «ایقاعات» و «أحكام» تقسیم نموده است. او دوازده کتاب صید، ذبائح، اطعمه و اشربه، غصب، شفعه، احياء موات، فرائض (ارث)، قضا، شهادت، حدود و تعزیرات، قصاص و دیات را در شمار احکام آورده است.^۴ مقصود از احکام هر چه باشد، مباحث جزایی اسلام به نظر محقق حلی در شمار عباداتی مانند نماز و روزه قرار نمی‌گیرند. او ده مبحث طهارت، نماز، زکات، خمس، روزه، اعتکاف، حج، عمره، جهاد و امر به معروف و نهی از منکر را از مباحث عبادات برشمرده است.^۵ شهید اول کوشیده است دسته‌بندی باب‌های فقه به چهار قلمرو را بر نوعی حصر عقلی استوار کند. به نظر او حکم شرعی یا قصد قربت در آن شرط است یا نیست؛ نوع اول عبادات است. نوع دوم یا صیغه و لفظ در آن شرط است یا نیست؛ آنچه صیغه در آن شرط نیست سیاست است و آنچه صیغه در آن شرط است یا یک‌سویه است یا نیست؛ اولی، ایقاع است و دومی عقد. او اشاره کرده است که

۱. فیض کاشانی، محمدمحسن، مفاتیح الشرایع، جلد ۱، تحقیق: سیدمهدی رجائی، قم: مجمع الذخائر الاسلامیه، ۱۴۰۱ق، ص ۹.

۲. طوسی، محمد، الاستبصار، جلد ۴، تحقیق: علی‌اکبر غفاری، قم: دارالحدیث، چاپ سوم، ۱۳۸۷، ص ۴۲۶.

۳. سلار دیلمی، حمزه بن عبد‌العزیز، المراسم، تصحیح: محمود بستانی، قم: منشورات الحرمین، چاپ اول، ۱۴۰۴ق، ص ۲۸.

۴. حلی، جعفر بن حسن، شرایع الاسلام، جلد ۳، تحقیق: محمدعلی بقال، قم: اسماعیلیان، چاپ دوم، ۱۴۰۸ق، ص ۱۵۳.

۵. همان، جلد ۱، ص ۲.

به سیاست، احکام به معنای اخص هم گفته می‌شود.^۱ مقصود او از احکام به معنای اخص قلمروی است که متضمن حکم به معنای خاص- احتمالاً احکام قضایی و حکومتی- است؛ و گرنه همه باب‌های فقهی متضمن حکم به معنای اعم است.

عنوانی که توسط فقیهان برای اشاره به مباحث جزایی به کار می‌رود، مردد میان احکام و سیاست است. برخی از هر دو عنوان استفاده می‌کنند؛ برخی فقط احکام یا سیاست را به کار می‌برند. سیدمحمد مجاهد از باب‌های عبادات، معاملات، عقود، ایقاعات و سیاست سخن می‌گوید.^۲ به نظر می‌رسد در نام‌گذاری برخی باب‌های فقهی به احکام بیشتر مباحث قضا و شهادت مد نظر بوده که پای حکم حاکم و قاضی در آنها برجسته است. برخی از فقیهان مباحث قضا را مهم‌ترین بخش از احکام دانسته‌اند.^۳ مقصود از سیاست، حدود، تعزیرات و دیات است که مشتمل بر مجازات و تنبیه است. البته فقها گاه از سیاست چنان معنای عامی را اراده می‌کنند که در برابر شرعیات قرار می‌گیرد.^۴ گاه حدود از سیاست‌های دینی قلمداد می‌شود که مایه حفظ نظام اجتماعی است.^۵ برخی از سیاست دینی معنای وسیع‌تری قصد می‌کنند که از مباحث کیفر و دیه فراتر می‌رود. همسو با این دیدگاه، نماز جمعه از سیاست‌های دینی به شمار آمده است.^۶ گاه مواردی که اجرای آنها به الزام و اجبار نیاز دارد، مانند الزام به قسمت، در بحث شرکت از سیاست قلمداد شده است.^۷ محقق رشتی از سیاست چنان معنای عامی اراده کرده است که باب قضا را هم دربرمی‌گیرد.^۸ او همچنین الزام مدیونی را که به دین خویش اقرار و در ادای بدهی خود

۱. عاملی، محمدبن مکی، *ذکری الشیعه*، جلد ۱، قم: آل‌البیت(ع)، چاپ اول، ۱۴۱۹ق، ص ۶۵.

۲. طباطبایی مجاهد، سیدمحمد، *مفاتیح الاصول*، قم: آل‌البیت(ع)، چاپ اول، ۱۲۹۶ق، ص ۳۵۰. برای ملاحظه نظر مخالف نک: حسینی مراغی، میرعبدالفتاح، *العناوین*، جلد ۱، قم: مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۲۹ق، صص ۳۷۸-۳۸۷؛ ایروانی، علی، *الاصول فی علم الاصول*، جلد ۱، قم: بوستان کتاب، ۱۴۲۲ق، ص ۵۳.

۳. عراقی، ضیاء‌الدین، *کتاب القضاء*، تقریر: ابوالفضل نجم‌آبادی، قم: مؤسسه معارف اسلامی امام رضا(ع)، ۱۴۲۱ق، ص ۱۹.

۴. نک: اصفهانی، محمدحسین، *حاشیه کتاب المکاسب*، جلد ۲، تحقیق: عباس محمد آل‌سبغ، قم: انوار الهدی، چاپ اول، ۱۴۱۸ق، ص ۳۸۸؛ روحانی سیدمحمدصادق، *فقه الصادق*، جلد ۱۳، قم: دارالکتاب، چاپ اول، ۱۴۱۲ق، ص ۲۹۲.

۵. همان، جلد ۱۳، ص ۳۰۲.

۶. نجفی، محمدحسن، *جواهر الکلام*، جلد ۲۱، بیروت: دار احیاء التراث العربی، ۱۹۸۱م، ص ۳۹۸.

۷. نک: همان، جلد ۲۶، ص ۳۱؛ ج ۴۰، ص ۳۴۹.

۸. رشتی، میرزا حبیب‌الله، *کتاب القضاء*، جلد ۱، تحقیق: سیداحمد حسینی، قم: دار القرآن الکریم، ۱۴۰۱ق، ص ۱۵۶.

کوتاهی می‌کند، از سیاست می‌داند.^۱ برخی سیاست را دارای چنان معنای عامی می‌دانند که اجرای حدود و تنظیم مسائل بلاد را شامل می‌شود. امام خمینی (ره) اجرای حدود را نمونه‌ امور سیاسی و در ردیف مسائل مالی و گردآوری مالیات شرعی و از وظایف انحصاری امام مسلمانان یا منصوبان وی دانسته است.^۲ فقیهان اهل سنت هم اغلب مباحث جزایی را به نوعی از مباحث عبادی جدا کرده‌اند.^۳ به‌ویژه تفکیک عبادات از عادات و عرفیات در نوشته‌های فقیهان اهل سنت برجسته شده است. نوآوری در عبادات به آسانی مشمول عنوان بدعت می‌شود؛ اما نوآوری در عادات، مصداق بدعت نیست.^۴

به نظر می‌رسد که مقتضای اصل نیز در فرض شک در عبادی و توقیفی بودن عمل، توقیفی نبودن آن است. برخی فقیهان تصریح کرده‌اند که اصل، عدم وجود احکام توقیفی و تبعدی است.^۵ به لحاظ اصولی نیز بیشتر دانشوران اصولی مفروض می‌گیرند که هنگام شک در عبادی بودن واجب، اصل، عدم عبادی بودن آن به معنای عدم اشتراط قصد قربت است. هرچند به اصلی با این مضمون و محتوا می‌توان ایراد کرد که چنین اصلی از اصول عقلایی شناخته شده نیست تا بتوان آن را همچون اصلی عقلایی معتبر دانست. در محیط شرع هم با توجه به اینکه هم اوامر تبعدی و توقیفی وجود دارد و هم اوامر غیرتبعدی، در صورتی این اصل معتبر است که اوامر غیرتبعدی غالب باشند تا بتوان موارد مشکوک را به اعمّ اغلب ملحق نمود؛ امری که به نوبه خود جای درنگ و تأمل دارد. هرچند ملاحظه بخش‌های گوناگون فقه موجود نشان می‌دهد که ابواب غیرعبادی آن به مراتب گسترده‌تر از ابعاد عبادی است. اثبات اصل یادشده از راه تمسک به اطلاق اوامر و اینکه تبعدی بودن نیاز به بیان دارد، دشواری‌های خاص خود را دارد؛ زیرا همیشه سخن در تعیین نوع امر و توصلی یا تبعدی بودن آن نیست تا بتوان با تمسک به اطلاق، توصلی بودن آن را نتیجه گرفت. در بسیاری موارد، مسئله به موضوعات و تحدید دامنه آنها باز می‌گردد.

۱. همان.

۲. موسوی خمینی، سیدروح الله، *تحریر الوسیله*، جلد ۱، قم: دارالعلم، [بی‌تا]، ص ۴۸۲؛ خمینی، سیدمصطفی، *ثلاث رسائل*، ص ۷۴.

۳. برای ملاحظه گزارشی در این باره نک: برجی، یعقوب علی، پیشین.

۴. برای نمونه نک: شاطبی، ابراهیم، *الاعتصام*، جلد ۲، تحقیق: سلیم بن عید الهلالی، السعودیه، دار ابن عفان، ص ۵۹۴.

۵. آل‌بهر العلوم، سیدمحمد، *باغه الفقیه*، جلد ۳، تحقیق: سیدمحمدتقی آل‌بهرالعلوم، تهران: مکتبه الصادق، چاپ چهارم، ۱۴۰۳ق، ص ۲۱۴.

مثلاً در مباحث دیات، اینکه خسارت چیست و چه اقدامی نمونه و مصداق جبران خسارت است، به تعبدی یا توصلی بودن آن ربطی ندارد.

باین‌حال، شیوه تعامل غالب فقیهان با مقررات جزایی اسلام به لحاظ روش‌شناسی در عمل، همچون تعامل با مسائل عبادی است. یکی از فقیهان معاصر در مقام اصرار بر شیوه‌های اعدام مانند رجم که در متون دینی ذکر شده، گفته است: «تعجب حقیر در این است چیزی که شارع مقدس آن را جعل نموده، چگونه می‌تواند وهن اسلام و مسلمین باشد. درحالی‌که در صدر اسلام وسیله‌ای دیگر برای از بین بردن زانی و لوطی و غیر ذلک موجود بوده، مع ذلک شارع مقدس در این موارد نفرموده که مجرم را به وسیله طناب یا کارد از بین ببرید.»^۱ در این نگاه نگرش به اجرای مجازات همچون انجام نماز و روزه است و باید به جزئیات آنچه در متون دینی آمده است، کاملاً پایبند بود. یکی دیگر از فقیهان معاصر هم به رغم اذعان به تقسیم‌بندی رایج و تفکیک عبادات از سیاسات، هرگونه افزودن یا کاستن در احکام شرعی مرتبط با قلمرو سیاسات را مصداق بدعت دانسته است.^۲

نمی‌توان انکار کرد که حتی عرفی‌ترین بخش‌های فقه گاه ممکن است متضمن احکام تعبدی و توقیفی باشد؛ اما وجود چنین مسائلی جایگاه یک باب و قلمرو را به کلی تغییر نمی‌دهد. با توجه به ملاکی که فقیهان خود برای تمایز مباحث عبادی از معاملاتی برشمرده‌اند، بسیاری از مباحث قصاص، دیات، حدود و تعزیرات در حوزه معاملات به معنای اعم قرار می‌گیرد.

۳. پیامدهای عبادی نبودن مقررات جزایی

۳.۱. بی‌نیازی اجرای مقررات کیفری از قصد قربت

با آنکه اجرای حدود و بخشی از تعزیرات به عنوان واکنش به گناه و نقض اراده مقدس پروردگار صورت می‌گیرد، آنها لزوماً به قصد قربت نیاز ندارند تا به این اعتبار به حوزه عبادات نزدیک شوند. هر امری مأموریه را در شمار تعبدیات قرار نمی‌دهد. اینکه در اجرای مجازات به نام دین باید از انگیزه‌های غیرالهی پرهیز نمود و با محکوم با رأفت و مهربانی رفتار نمود و از

۱. مدنی تبریزی، سیدیوسف، *الفوائد القمیه*، تهران: دفتر آیه الله مدنی تبریزی، ۱۳۸۴، صص ۱۳۶-۱۳۷.

۲. سبجانی، جعفر، *فی ظلال التوحید*، نشر مشعر، تهران: ۱۴۲۱ق، ص ۱۱۹.

انگیزه‌هایی مانند انتقام و عقده‌گشایی پرهیز نمود، به معنای آن نیست که در اجرای این مجازات‌ها قصد قربت شرط است.

اغلب تأکید می‌شود که در عبادات به نوعی قصد قربت نیاز هست. در کفارات هم که شبیه به مجازات‌ها و در عین حال عبادت است، قصد قربت شرط می‌باشد. به دلیل شباهت کفارات به مجازات‌ها، گاه به آنها جوا بر گفته می‌شود؛ چه آنها گناه و تبعات آن را جبران می‌کنند، حال آنکه مجازات‌ها زواجر یعنی بازدارنده و منع‌کننده نامیده می‌شوند. این تفاوت نیز به نوبه خود باب مجازات‌ها را که برای اهدافی دنیوی اجرا می‌شوند، از کفارات که گونه‌ای عبادت هستند، جدا می‌سازد. با این حال، مجازات به کفاره که جنبه عبادی دارد، تا اندازه‌ای نزدیک می‌شود. قرافی مالکی با تفاوت نهادن میان جوا بر و زواجر گفته است:

«زواجر بر دفع مفسده تأکید می‌کنند و ضرورتاً با گناه ملازمه ندارند، مانند منع و تأدیب کودکان؛ اما جوا بر برای دفع مصالح فوت شده تشریح شده‌اند؛ آنها ممکن است گناه باشند یا نباشند. درباره کفارات اختلاف نظر وجود دارد که آیا زواجرند یا جوا بر؛ ولی در حدود و تعزیرات این اختلاف نظر وجود ندارد؛ چون آنها فعل عبادی نیستند؛ بلکه توسط حکام اعمال می‌شوند.»^۱

بر این پایه، هرگاه عقد بیع همواره در جوامع بشری رایج بوده، صرف فرمان خداوند متعال به وفای به بیع در قرآن مجید،^۲ آن را از امری عرفی و معاملی به امری شرعی و تعبدی تبدیل نکرده است. به همین ترتیب، هرگاه برابر شواهد تاریخی انکارناپذیر، بریدن دست دزد امری رایج بوده، صرف فرمان تأییدآمیز الهی به استمرار این رویه، آن را در شمار احکام تعبدی قرار نداده است. بنابراین، هم اصل مجازات و هم اصولی مانند لزوم بازدارندگی یا عدالت و تناسب جرم و مجازات، احکامی عقلانی و قابل درک‌اند و با مسائل چنین حوزه‌ای نمی‌توان همچون مسائل عبادی و سر به مهر رفتار کرد.

با این حال، یک ویژگی در مجازات‌ها آنها را به باب کفارات نزدیک می‌کند و آن خاصیت تطهیر و تأثیر آنها بر سقوط عذاب اخروی است. برابر دلالت ضمنی روایاتی چند، اقامه حد بر

۱. قرافی، احمد بن ادریس، کتاب الفروق، جلد ۱، تحقیق: محمد احمد سراج و علی جمعه محمد، قاهره: دارالسلام،

چاپ اول، ۱۴۲۱ق، ص ۳۵۷.

۲. مانده (۵): ۱.

کسی سبب تطهیر او می‌شود.^۱ اما در این باره ابهاماتی وجود دارد: نخست، این اندیشه که اجرای حد سبب تطهیر می‌شود، عمدتاً در گفتار کسانی آمده است که با حال توبه و ندامت به حضور پیامبر(ص) یا امیرالمؤمنین(ع) آمده و تقاضا نموده‌اند حد بر آنان اجرا شود. در متون دینی یک آموزه کلی وجود ندارد که نشان دهد اجرای حد موجب تطهیر بزهکار می‌شود؛ دوم، بر فرض که سکوت معصوم(ع) را دلیل بر تقریر و تصحیح این اندیشه که در گفتار برخی جلوه‌گر شده است، قلمداد کنیم، روشن نیست که آیا این ویژگی به حدود اصطلاحی مربوط است، یا تعزیرات را هم دربرمی‌گیرد. دست‌کم در خصوص تعزیراتی که به نام خداوند و به عنوان صیانت از محرمات شرعی اجرا می‌شود، نمی‌توان گفت مایه تطهیر بزهکار نمی‌شود؛ سوم، روشن نیست آیا این خاصیت از آن حدی است که بر بزهکار نادم و تائب اجرا می‌شود، یا هر بزهکاری را در برمی‌گیرد؟ دشوار بتوان پذیرفت کسی که روح ندامت و پشیمانی ندارد و به گناه خود اقرار نکرده است، بلکه پیوسته درصدد انکار واقعیت و حتی نفی و جرح بینه‌ای است که به درستی علیه او گواهی داده‌اند، صرفاً از آن رو که به لحاظ فیزیکی کیفر را تحمل کرده است، پاک و مطهر شود و عذاب گناه از او ساقط شود. حتی نمی‌توان پذیرفت که آثار منفی خصوص گناه مستوجب حد با اجرای کیفر بدون توبه مرتکب از میان برود؛ چهارم، از آن رو که در خصوص جرم محاربه و افساد فی الارض خداوند متعال افزون بر کیفر این جهانی، وعید جزای اخروی هم داده است.^۲ بدین‌سان دشوار بتوان مجازات‌ها را از این نظر به باب کفارات و عبادات شبیه دانست.

در مجموع به نظر می‌رسد وصف تطهیر کیفر که در گفتار برخی از کسانی آمده است که خواهان اجرای حد بر آنها توسط معصوم(ع) شده‌اند، بیشتر مستند به عنصر ندامت و پشیمانی است تا اجرای فیزیکی و مادی کیفر. در برخی روایات آمده است که خداوند کریم‌تر است از اینکه کسی را که در این جهان حد بر او اجرا شده است، در جهان دیگر مجازات کند؛ اما حتی روایات با این مضمون هم به معنای آن نیست که کیفر مطلقاً وصف تطهیر دارد؛ عدم کیفر مجدد توسط خداوند ممکن است مستند به تفضل و لطف پروردگار مربوط باشد نه به طهارت بزهکار و عدم استحقاق او.

۱. عاملی، محمد، و *وسائل الشیعه*، جلد ۲، آل‌البیت(ع)، قم: چاپ اول، ۱۴۰۲، ص ۱۵۶؛ جلد ۲۱، ص ۵۰؛ جلد ۲۸، صص ۳۸، ۵۵، ۵۶، ۱۰۰، ۱۰۳، ۱۰۶، ۱۶۲.
 ۲. مانده(۵): ۳۳.

باری شباهت اجرای مجازات‌ها به امر به معروف و نهی از منکر هم آنها را به قصد قربت نیازمند نمی‌سازد. عبادی قلمداد کردن امر به معروف و نهی از منکر به اعتباری راه را برای عبادت دانستن حدود و تعزیرات باز می‌کند؛ زیرا فقیهان در لابه‌لای مباحث حدود و تعزیرات گاه از امر به معروف و نهی از منکر سخن می‌گویند. اینکه مباحث حدود و تعزیرات در ذیل مباحث امر به معروف و نهی از منکر قرار بگیرند، البته لوازمی دارد. بعید است فقیه به تمام این لوازم پایبند بماند. برای مثال از شرایط امر به معروف و نهی از منکر، احتمال تأثیر است؛ متوقف‌نمودن مجازات بر احتمال اثرگذاری مشکل‌آفرین است. برای تأمین و تضمین اثرگذاری کیفر می‌توان پذیرفت که اختیاراتی به قاضی داده شود تا نوع مجازات را تعیین کند، اما نمی‌توان اجرای اصل کیفر را بر اثرگذاری مترتب کرد. احتمال تأثیر در امر به معروف و نهی از منکر معنای محصل و روشنی دارد، اما با توجه به انتظارات گوناگون و چندلایه‌ای که از کیفر می‌رود، نه برآورد موردی تأثیر مجازات آسان است و نه برآورد بی‌فایده‌گی آن. در امر به معروف و نهی از منکر، تأثیر بیشتر در حال و هوای تارک معروف و مرتکب منکر ارزیابی می‌شود؛ ولی انتظاراتی که از کیفر می‌رود هم ناظر به مرتکب جرم است و هم ناظر به جامعه. به‌ویژه اینکه در قلمرو حدود، در دیدگاه رایج، واکنش به جرایم گوناگون از پیش تعیین شده است و چندان در اختیار مجری نیست. حتی از حرمت تعطیل حد و لزوم فوری اجرای آن سخن به میان می‌آید؛ پس بعید است بتوان آنها را در ظل و ذیل مباحث امر به معروف و نهی از منکر دانست. شباهت میان باب جرایم و مجازات‌ها با مباحث امر به معروف و نهی از منکر بسیار کلی است. آنچه به عنوان کیفر پیش‌بینی می‌شود به رغم برخورداری از پاره‌ای انعطاف‌ها، معمولاً در هر حال باید اجرا شود. این امر البته مانع از آن نیست که از اجرای کیفر هم نفع‌های اجتماعی مورد انتظار باشد یا پاره‌ای امور اجتماعی در چند و چون اجرای آن اثر بگذارد.

حتی اگر بپذیریم که در موارد امر و فرمان شارع، اصل بر عبادی بودن و نیاز به قصد قربت است، پیداست که حدود، تعزیرات، قصاص و دیات، امور عبادی بدین معنا نیستند. آنها از نوع الزامات توصلی‌اند؛ چنان توصلیاتی که خود حتی مقصود بالذات نیستند؛ بلکه برای دستیابی به

هدفی تشریح شده‌اند. وجود پاره‌ای احکام تبعیدی در میان مباحث یک باب، کل مسائل آن حوزه را به احکام تبعیدی و توقیفی تبدیل نمی‌کند.^۱

۳.۲. توقیفی و رازمند نبودن اغلب مقررات جزایی

لازمه دیگر عبادی نبودن مقررات جزایی رازمند نبودن آنهاست. این امکان البته وجود دارد که حکمی عبادی ولی رازمند نباشد، ولی اغلب مسائل عبادی با نوعی رازمندی همراه‌اند. به هر حال مباحث جزایی اغلب رازمند نیستند. ما آشکارا نه فقط فلسفه کلی قصاص، حدود، تعزیرات و دیات که رمز و راز بسیاری از احکام و مقررات آنها را درک می‌کنیم. قصاص برای پیشگیری از زیاده‌روی در واکنش به جنایت و حفظ حیات آدمیان، کیفرهای حدی و تعزیری برای پاسداشت ارزش‌ها و دیات برای جبران خسارت تشریح شده است. بعید است شارع مقدس اسلام در زمینه اهداف مجازات‌ها راه و روشی مغایر با عقلا داشته باشد. درست است که شارع مقدس و حکیم هیچ‌گاه با افراط و تفریط‌ها همدلی و همراهی نخواهد کرد، اما این به معنای آن نیست که راه و روش شارع در این باره به کلی از سیره عقلا جداست. ما می‌دانیم که برای نمونه حبس بزهکار در مواردی که در متون دینی به عنوان حد یا تعزیر آمده، برای دفاع از جامعه در برابر بزهکار است. این هرگز به معنای آن نیست که اگر در زمان شکل‌گیری نصوص دینی، گونه خاصی از زندان رایج بوده است، اکنون نیز باید شیوه زندان و برخورد با زندانی به همان طریق باشد.

۳.۳. کثرت مقررات امضایی در مباحث جزایی و تغییربرداری آنها

مجموعه مقررات کیفری اسلام به لحاظ امضایی یا تأسیسی بودن یکسان نیستند. تحریم و تجریم پاره‌ای از احکام کاملاً جنبه تأسیسی دارد. شرب خمر در تار و پود جامعه جاهلی ریشه داشت؛ اما اسلام با اتخاذ سیاست‌های حکیمانه و تدریجی و نهایتاً قاطع، جامعه را نسبت به پذیرش حرمت و حتی جرم بودن آن، متقاعد ساخت. برابر شواهد، زنا برای مردان چندان قبیح نبود و گونه‌های مختلفی از آن رایج بود؛^۲ اما اسلام آن را بر همه مردان و زنان حرام نمود و جرم

۱. برای ملاحظه مباحثی در باره تفاوت‌های احکام تبعیدی و غیر تبعیدی نک: ایازی، سیدمحمدعلی، ملاکات احکام و شیوه‌های استکشاف آن، قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، چاپ اول، ۱۳۸۶، صص ۳۸۳-۳۹۸.
۲. نک: شاطبی، ابراهیم، پیشین، جلد ۲، صص ۳۴۹-۳۵۰.

انگاشت. درست است که زنا در ادیان و شرایع الهی پیشین هم حرام بود و حکم آن به این اعتبار، تأسیسی نیست، اما با لحاظ رویکرد جامعه آن روز به این پدیده و رویکرد اسلام می‌توان دیدگاه اسلامی را تأسیسی قلمداد کرد. اما درباره نوع مجازات‌ها و واکنش‌های کیفری وضع این‌گونه نبود. نوع مجازات‌هایی که ما امروزه آنها را اسلامی می‌دانیم، بخش مسلمی از عرف آن زمان بود. حتی نام واضعان بسیاری از این اقدامات در تاریخ ثبت و ضبط شده است. توقیفی و تبدی قلمداد کردن خصوص این دسته از احکام بسیار دور از ذهن می‌نماید. بعید است بپذیریم این احکام به عنوان احکام الهی سال‌ها پیش از اسلام به جان و دل افرادی که اتفاقاً برخی از آنها پیشینه‌ای سیاه دارند، نازل شده است. برای نمونه گفته می‌شود این ولید بن مغیره بزرگسال‌ترین فرد قریش بود که در ماجرای توجه اتهام قتل فردی به نام عامر توسط دیگری به نام خدش به قسامه حکم نمود.^۱ ظاهر عبارت بغدادی نشان از آن دارد که این روش توسط قریش در همین خصوص ابداع و اختراع شد.^۲ درست است که گونه‌هایی از مجازات‌های رایج در جامعه جاهلی در یهودیت هم رواج داشته است؛ اما اثبات اینکه آنها به عنوان آموزه‌های تورات یا بقایای ادیان ابراهیمی بوده است، آسان نیست. ضمن اینکه حتی مجازات‌هایی که در تورات آمده است، هم‌زمان در میان ملل و نحل دیگر هم نوعاً رایج بوده و اختصاص به پیروان ادیان ابراهیمی نداشته است. در واقع حتی اگر این مجازات‌ها عیناً در تورات هم آمده باشد، این پرسش همچنان جدی است که آیا آنها توسط خداوند ابداع شده یا آنکه به وصف عرفیت داشتن در آن زمان مورد امضا قرار گرفته‌اند؟

ضمن اینکه تلقی‌های عقلایی از این مقولات تغییر پیدا می‌کند، بعید است شارع مقدس اسلام دل در گرو عقلای زمان پیدایش اسلام داشته باشد و تلقی‌های عقلایی نوپیدا را نفی کند. قلمداد کردن این دست احکام به عنوان بخشی از آموزه‌های دین حنیف که در میان شمار اندکی از مردم شبه جزیره عربستان رایج بود، دست‌کم با دو چالش جدی مواجه است: نخست، اصل اثبات تاریخی این ارتباط و اینکه آنها واقعاً پاره‌ای از دین حنیف بوده‌اند، آسان نیست. این مجازات‌ها به لحاظ نوعی در جای‌جای جهان حتی آنجا که در معرض تعالیم ادیان الهی نبوده‌اند،

۱. بغدادی، محمدبن حبیب، المحبر، تحقیق: ایلزه لیختن شتیتز، بیروت: دارالآفاق الجدیده، [بی‌تا]، ص ۳۳۷.

۲. و مما سنت قریش القسامه... (همان، ۳۳۵).

نیز رایج بوده است و کسی که آنها را ناشی از تعالیم اسلامی می‌داند، باید دلیل بیاورد؛ دوم، حتی در صورت احراز این امر، اثبات اعتبار و حجیت آنها در شریعت اسلام مبتنی بر صحت استصحاب احکام شریعت‌های پیشین است؛ امری که به لحاظ اصولی با چالش‌های جدی مواجه است. استصحاب در احکام شرعی خود محل نزاع است. قدر متیقن از اعتبار استصحاب، جریان آن در موضوعات احکام شرعی است، نه خود احکام. استصحاب احکام شریعت‌های پیشین به مراتب با اشکالات جدی‌تری روبروست. بسیاری از فقیهان به درستی، چنین استصحابی را معتبر نمی‌شناسند. حتی اگر با استناد به دلیل معتبری حکمی از احکام شریعت‌های پیشین ثابت شود، نمی‌توان اذعان نمود که آن حکم در شریعت اسلام همچنان باقی است؛ زیرا احکام در بسیاری موارد دانه مدار حُسن و قُبْح ذاتی نیست، بلکه از حُسن و قُبْحی که تابع اعتبارات و جهات گوناگون است، پیروی می‌کند و جهات حُسن و قُبْح به این معنا متغیر است.^۱ پیداست که وقتی نوبت به اجرای احکام مربوط به جان، عرض و مال آدمیان بر پایه چنین مستندات می‌رسد، کار هر چه دشوارتر می‌شود. برابر اصول و موازین مسلم فقهی در امور مهم، جانب احتیاط را از دست نباید داد. با استناد به ظن و گمان ناشی از دلیلی مانند استصحاب نمی‌توان به جان، عرض و حتی بنا بر مبنایی به مال مردم دست یازید.

۳.۴. راهیابی تقسیم‌بندی هدف/وسیله در مقررات جزایی

مقررات جزایی از حدود و تعزیرات گرفته تا قصاص و دیات اغلب برای دستیابی به اهدافی قابل فهم، اعمال و اجرا می‌شوند. هم‌اکنون فقیهان معمولاً حدود به معنای مجازات‌های حدی را از اسباب و وسایلی قلمداد می‌کنند که برای دستیابی به اهداف خاصی تشریح شده است. شهید اول حدود را مقدمه‌ای برای حفظ مصالح پنج‌گانه دانسته است.^۲ او همچنین در تقسیم‌بندی بخش‌های فقه، هدف و غرض از باب‌هایی مانند حدود و تعزیرات را که زیر عنوان احکام قرار می‌گیرند، امری مربوط به این جهان و نه آخرت دانسته است.^۳ می‌توان پرسید: آیا راه دستیابی به

۱. نک: قمی، ابوالقاسم، قوانین الاصول، جلد ۲، قم: احیاء الکتب الاسلامیه، ۱۴۳۰ق، ص ۵۶۵.

۲. مکی عاملی، محمد، التواعد و الفوائد، جلد ۱، تحقیق: سیدعبدالهادی حکیم، قم: کتابفروشی مفید، افسست از چاپ نجف، ۱۴۰۰ق، ص ۳۸.

۳. همان، ص ۳۰.

یک هدف، آن هم هدفی که اصولاً به مصالح دنیوی برمی‌گردد، ممکن است در همهٔ شرایط و اوضاع و احوال یکسان باشد؟ اگر هدف با مصداقی از وسیله که شارع مقدس امضا و تأیید نموده است، دست‌نیافتنی شد یا حتی وسایل و شیوه‌های بهتری برای دستیابی به آن اهداف کشف شد، آیا همچنان باید بر نمونه‌هایی اصرار نمود که مهر امضای شرع را دریافت کرده است؟ درست است که در متون دینی بر مجازات‌ها اطلاق وسیله یا طریق نشده است تا از معنا و احکام وسیله و طریق همچون موضوع یا متعلق حکم به جد بحث کنیم، اما به مناسبت حکم و موضوع، نیک می‌دانیم که مجازات به طبع خود چیزی جز وسیله نیست. فقیهانی مانند شهیداول بی‌گمان با تکیه بر همین فهم عرفی، حدود را اسبابی برای دفاع از ارزش‌ها و اهدافی خاص مانند حفظ نسل و حمایت از جان تفسیر و تعبیر کرده‌اند. همان‌گونه که برخی فقیهان یادآور شده‌اند، احکام فرعی یا عبادات است که تعاملی خاص میان خداوند و پروردگار است و فلسفهٔ تشریح آنها ادای وظیفهٔ بندگی و تربیت جسمی و روحی است؛ یا معاملات است که مربوط به روابط میان بندگان با یکدیگر و متوقف بر دو طرف است. فلسفهٔ تشریح احکام این حوزه پاسداشت حقوق است. ایقاعات فقط بر یک طرف متوقف است و فلسفهٔ آن حفظ نظام می‌باشد. اما در بخش‌های جزایی که با عنوان احکام شناخته می‌شوند، اجرا به دست اولیای امر است و مقصد آن، حل مخاصمات و بازداشتن انسان از شر و بدی است.^۱

درست است که نفع و مصلحت نهایی ناشی از جرم‌انگاری و کیفر از نگاه اسلامی، به آخرت انسان هم مربوط می‌شود، اما آنها اولاً و بالذات برای دفاع از ارزش‌های معین و ادارهٔ درست و بسامان جامعه وضع شده‌اند. به‌ویژه نهاد کیفر و سزادهی که عمری به بلندای زیست انسان در جهان دارد، نمی‌تواند امری رازمند باشد. کیفر، امری عقلانی و الزام و فشاری است برای وادار کردن بزهکار یا دیگران به پایبندی به ارزش‌ها و انجام وظایف خود. در نتیجه، آنها به تضمین منافع و مصالحی دنیوی نظر دارند؛ هر چند این مصالح و منافع همانند دیگر مصالحی که منظور شرع اقدس است در نگاه نهایی به سعادت آن‌جهانی انسان هم نظر دارند. بنابراین، نمی‌توان مباحث این قلمرو را تعبدی و رازمند قلمداد کرد. حتی اینکه از کارکردهای کیفر، تطهیر بزهکار است، مجازات‌های اسلامی را از کارکرد اصلی خود که دستیابی به مصلحتی دنیوی است، دور

۱. آل کاشف الغطاء، محمدحسین، سؤال و جواب، نجف اشرف: مؤسسه کاشف الغطاء، ۱۳۷۰ق، ص ۲.

نمی‌کند؛ به‌ویژه اگر بپذیریم که تطهیر بزهکار با اجرای مجازات تحت نظارت غیرمعصوم هم حاصل می‌شود. به همین ترتیب، پرواضح است که تعیین دیات شش‌گانه صرفاً برای جبران خسارت با اموالی است که در جامعه آن روز رایج‌ترین اموال بوده‌اند. هیچ‌یک از آن موارد شش‌گانه خصوصیتی ندارند تا بحث کنیم کدام‌یک اصل و کدام فرع است. توصیه به گذاشتن دست سارق در روغن زیتون پس از قطع ید که در روایات و فتاوی بسیاری از فقیهان آمده است،^۱ صرفاً وسیله‌ای برای بند آمدن خون و محافظت از جان محکوم بود. حال اگر حفاظت از جان محکوم از راه دیگری ممکن باشد، در روغن زیتون جوشیده گذاشتن دست، خصوصیتی ندارد. به همین ترتیب، با لحاظ تناسب حکم و موضوع، اجرای قصاص با شمشیر که در روایات و فتاوی بر آن تأکید شده است،^۲ صرفاً از آن روست که این‌گونه اعدام در آن زمان کم‌دردترین روش اعدام بود. حال اگر روش کم‌دردتری پیدا شود، شارع هرگز از آن نهی نمی‌کند، بلکه با توجه به تأکیدی که شارع خود بر رعایت ملاحظات انسانی در اجرای کیفر دارد، از آن استقبال می‌کند. زیرا نظر به ممنوعیت مطلق شکنجه، شکنجه حتی در روش اجرای اعدام هم شرعاً نارواست. به نظر می‌رسد این مطلب حتی در موردی که جنایت جانی با شمشیر صورت گرفته است، نیز صادق باشد. حتی می‌توان گفت مواردی از پیش‌بینی مجازات اعدام در مقررات جزایی به علت نبود امکانات گسترده جامعه برای مهار بزهکار بوده است. اکنون که جامعه و دولت مدرن برای مهار پدیده بزهکاری ابزارها و وسائل بیشمار در اختیار دارد، ضرورتی ندارد که با اعدام با بسیاری از کژی‌ها مقابله کنیم.

۳.۵. کثرت احکام قضایی و حکومتی در مقررات جزایی

روایات قضایی که شمار آنها کم نیست، متضمن احکامی است که از معصومان(ع) در مورد خاصی صادر شده است. مضمون این روایات را نمی‌توان تعمیم داد و حکم ابدی شرع قلمداد نمود. فقیهان خود این روایات را «قضیه فی واقعه» یعنی قضاوت معصوم(ع) در موردی خاص می‌نامند. به همین ترتیب، گاه مضمون روایتی صرفاً بیان تدبیر و تصمیم حکومتی و تدبیری

۱. موسوی اردبیلی، سیدعبدالکریم، فقه الحدود والتعزیرات، جلد ۳، قم: جامعه المفید، چاپ دوم، ۱۴۲۹ق، صص ۳۹۳-۳۹۷.

۲. عاملی، محمد، وسائل الشیعه، ج ۲۹، صص ۱۲۶-۱۲۸.

معصوم(ع) است. این روایات را نیز نمی‌توان حکم کلی شریعت دانست. در مباحث جزایی به مناسبت طبع و ماهیتشان شمار احکام قضایی کم نیست. برای نمونه اگر در روایتی بها و دیه سگ چهل درهم تعیین شود،^۱ به معنای آن نیست که شرع در این باره حکمی کلی دارد؛ بلکه این حکم چه بسا قضاوت پیامبر یا امام(ع) در یک دعوی خاص و ناظر به شرایطی است که بهای سگ همین قدر بوده است. تعیین مجازات حبس ابد برای ممسک در جرم قتل که در برخی روایات آمده است، اگر حکمی قضایی باشد، به معنای آن است که در یک مورد که این امر رخ داده بود، امام(ع) با توجه به مجموع شرایط آن پرونده خاص چنین تصمیم‌گیری کرده‌اند. بعید است که شارع مقدس اسلام حکم انواع معاونت را تعزیری قلمداد کند و فقط در قتل عمد، امساک را که صرفاً نوعی خاص از معاونت است، دارای مجازات ثابت شرعی بدانند. آنچه مناسب‌تر به نظر می‌رسد، این است که این مورد رخ داده و امام(ع) مجازاتی برای آن تعیین کرده است. به همین ترتیب با آنکه میزان مجازات برخی از جرایم تعزیری در روایات ذکر شده است، بسیاری از فقهایان تبعیت از میزان مجازات تعیین‌شده را لازم ندانسته‌اند و میزان تعزیر را در هر حال از اختیارات حاکم یا قاضی دانسته‌اند. این به معنای آن است که تعیین کیفر در آن موارد، امری قضایی بوده و نه نوعی قاعده‌گذاری شرعی. هم‌اکنون، این احتمال که در موارد گوناگون تصمیم‌های مختلف گرفته شده باشد، زیاد است. بنابراین، برای حل تعارض روایات متعارض در این گونه موارد نمی‌توان به آسانی به سقوط و بی‌اعتباری یک روایت نظر داد؛ زیرا ممکن است رأی صادر شده در هر روایت در جایگاه خود، صحیح و ناظر به شرایط خاصی باشد. به همین ترتیب، به نظر نگارنده دور نیست که تعیین نصاب خاصی برای جرم سرقت در شمار تصمیمات حکومتی و تدبیری باشد. در واقع این اندازه مال در شرایط جامعه آن روز مال قابل توجه قلمداد می‌شد که برای واکنش به تعدی به آن مجازات قطع ید پیش‌بینی شد. مال قابل توجه ممکن است با توجه به شرایط اقتصادی و اجتماعی از جامعه‌ای به جامعه دیگر متفاوت باشد.

۱. صدوق، محمد، *الخصال*، تحقیق: علی‌اکبر غفاری، قم: مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۰۳ق، ص ۵۳۹.

۳.۶. ضرورت لحاظ رویکردهای عقلایی در تفسیر متون جزایی

مفسر متن دینی با آنکه اصولاً مبنا و رویکرد واحدی را در تفسیر متن به کار می‌بندد، نمی‌تواند نسبت به اینکه نص مورد تفسیر به کدام حوزه از مسائل فقه تعلق دارد، بی‌توجه باشد. در قلمرو امور عبادی، متون بیشتر با توجه به مفاهیم شرعی تفسیر و تعبیر می‌شوند؛ برای فهم اینکه معنای حج و عمره و زکات شرعی چیست، هرگز نمی‌توان به عرف مراجعه کرد. البته گاه در موضوعات و متعلقات احکام این حوزه عناوینی اخذ می‌شوند که ضرورتاً عرفی‌اند و نمی‌توان دیدگاه عرف درباره آنها را نادیده گرفت. برای مثال استطاعت که موضوع حکم وجوب حج است، تا اندازه زیادی عرفی است؛ فقیر که موضوع حکم پرداخت زکات است، مسئله‌ای عرفی به شمار می‌رود. جدا از این موارد، بسیاری از موضوعات و متعلقات احکام عبادی توسط شرع تحدید و تبیین شده‌اند. در مسائل غیرعبادی، برعکس این امر در موارد زیادی به داوری عرف و عقلا موکول می‌شود. حتی زمانی که شارع به ظاهر موضوعی را تحدید و تبیین می‌کند، دور نیست که به داوری عرف در آن باره هم توجه دارد؛ برای مثال اگر روایتی حد همسایه را چهل خانه از هر چهار طرف تعیین کند،^۱ دور نیست که این تعریف و تبیین از همسایه با توجه به عرف رایج باشد. در نتیجه، مداخله شارع در این باره لزوماً به معنای بستن باب تغییر و تحول عقلایی در مفهوم همسایه نیست. به همین ترتیب، دخالت شارع در تعیین ده نوع زخم به عنوان زخم‌های مستوجب دیه معین،^۲ به معنای تحدید و تبیین این مفهوم برای همیشه نیست؛ بلکه عرف پزشکی روز و تلقی مردم از مقوله زخم و جراحت در این تحدید و دسته‌بندی مورد توجه بوده است. شأن شارع مقدس نیست که زخم‌ها را به طور محدود دسته‌بندی کند و چشم بر همه تحولات پزشکی نوپیدا ببندد. اگر زیر تأثیر یافته‌های پزشکی دسته‌بندی دقیق‌تری از انواع زخم ارائه شود، شارع هرگز آن را رد نمی‌کند. در واقع باید همان‌گونه که نسبت به عرفی کردن حکم شرع حساس هستیم، مواظب باشیم تا عرف‌های رایج در زمان شرع را که گاه در متون مقدس انعکاس یافته است، بخش جاودان و تغییرناپذیر شریعت قلمداد نکنیم. به‌ویژه کسانی که نسبت به مفهوم بدعت حساس‌اند، باید توجه داشته باشند که عرف مردم را جزئی از دین و شریعت به حساب نیاورند.

۱. همان، ص ۵۴۴.

۲. نک: عاملی، محمد، *مسائل الشیعه*، جلد ۲۹، صص ۳۷۷-۳۸۳.

۳.۷. تفاوت کاربریست ادله اجتهادی در عبادات و غیرعبادات

فقیه معمولاً در مباحث اصول فقه، ادله اجتهادی و فقه‌های مورد نظر خود را با استدلال برمی‌گزیند. درست است که منابع استنباط احکام عبارت‌اند از: قرآن، سنت، اجماع و عقل؛ اما کاربرد ادله گوناگون در باب‌های فقهی یکسان نیست. همه ادله‌ای که این امکان را فراهم می‌آورند که بتوان به عنصر مصلحت توجه کرد، در حوزه مباحث جزایی بااهمیت می‌شود. در مسائل اجتماعی، احکام و سیاست نمی‌توان به آسانی به هر استدلالی که مبتنی بر توجه به مصالح و مفساد باشد، انگ تکیه بر قیاس و استحسان را زد. باب استناد به اموری مانند تنقیح مناط، مذاق شرع، اولویت‌های عرفی و به‌ویژه بنای عقلا در مباحث جزایی که وجه اجتماعی در آنها قوی است، گسترده می‌باشد. به‌ویژه گستره کاربریست بنای عقلا در حوزه احکام و سیاست بسی گسترده است.

۳.۸. تفاوت ماهوی مسائل نوپیدا در مسائل غیرعبادی و عبادی

آنچه گاه به عنوان مسائل مستحدث مطرح می‌شود، در باب عبادات با غیرعبادات تفاوت ماهوی دارند. در مسائل عبادی به دشواری می‌توان تصور کرد وضعیتی پدید آید که امر نوپیدا جزئی از عبادتی باشد که پیشتر توسط شارع تأسیس شده است. وضعیت‌های نوپیدا بر اجزای عبادت‌هایی مانند نماز و روزه و حج نمی‌افزایند یا از آنها نمی‌کاهد. اما در مسائل غیرعبادی امور نوپیدا خود بخش اصلی و ضروری همان قلمروی هستند که پیشتر توسط شارع به نوعی تأسیس یا امضا شده است. بیع با رایانه برای مثال نوعی از بیع و در امتداد توسعه مصداقی نهاد بیع است و احکام آن با بیع شفاهی و در مجلس تفاوت چندانی ندارد. پیدایش مفاهیمی مانند سرقفلی و حق کسب و پیشه جزء طبیعی نظام معاملات است که در روند پیشرفت آفرینش ادراکات اعتباری صورت می‌گیرد.

به همین ترتیب، در مسائل غیرعبادی مباحث جزایی پیدایش نهادهایی همچون تعلیق و تعویق مجازات، آزادی مشروط، مرخصی زندانی و مجازات‌های اجتماعی مانند حبس در خانه، مرور زمان، تحول در مفهوم خسارت و شناسایی مفهوم خسارت معنوی، تفکیک مقام تحقیق و تعقیب از مقام دادرسی، تقسیم‌بندی جرایم و پیش‌بینی احکام و احیاناً دادگاه‌های خاص برای رسیدگی به انواع جرایم، محاسبه زمان بازداشت موقت برای کسر از میزان مجازات، همگی

نهادهایی نوپیدا هستند؛ به این معنا که در زمان تشریح وجود نداشته‌اند، اما همچنان جزء طبیعی نظام عدالت کیفری هستند. نظام عدالت کیفری همچون یک موجود زنده در دامن تغییر و تحولات عقلایی و انسانی در حال تکامل و شکل‌گیری است. آموزه‌های فقه جزایی به هیچ رو پایانی برای این تکامل و توسعه اعلام نکرده‌اند. بنابراین نباید راه را بر شناسایی نهادهای نوپیدا بست یا آنها را به سختی و یا با استناد به عناوین ثانوی مانند ضرورت پذیرفت. آنها تا زمانی که توسط شارع ضمناً یا صریحاً رد نشده باشند، جزء طبیعی و قابل قبول نظام عدالت کیفری‌اند.

به تعبیری دیگر، اشتباه است اگر بپنداریم آنچه اکنون به عنوان آموزه‌های جزایی اسلامی در منابع روایی در اختیار داریم، درصدد تبیین نظامی جامع و مانع از جرایم و مجازات‌ها و همهٔ مسائل شکلی از جمله شیوه‌های رسیدگی بوده‌اند. آنها چندان ساده و ابتدایی‌اند که حتی مسائل دادرسی مدنی از دادرسی کیفری در آنها تفکیک نشده‌اند. هیچ شاهد تاریخی بر اینکه آموزه‌های فقه کیفری در مقام و موقعیت ترسیم نظامی جامع و کامل برای همیشه بشر بوده‌اند، گواهی نمی‌دهد. آموزه‌های فقه کیفری با رویکردی واقع‌بینانه پاسخ‌هایی به نیازهای واقعی و ناظر به حل مشکلات معینی بوده‌اند. این البته هرگز به معنای آن نیست که عمر آنها به پایان رسیده است و اکنون نمی‌توانند الهام‌بخش و راهنمای ما در ترسیم یک نظام عدالت کیفری سازگار با مبانی دینی باشند. برعکس، متضمن ایده‌های روشنی هستند که رعایت اخلاق و اخلاقیاتی که سعادت آن جهانی ما را تأمین می‌کند، به پیروان شریعت یادآور می‌شوند. اما سخن در این است که آنها هرگز در صدد نبوده‌اند تا آنچه را توسط شارع بیان شده است، پایان ترسیم ابعاد گوناگون یک نظام کیفری کامل و جامع اعلام کنند. بنا بوده است که نظام عدالت کیفری در بستر زمان و مکان رشد کند و اجتهاد روزآمد موارد ناسازوار با مبانی و جوهر اسلامی را مردود و بقیه را جزء طبیعی نظام عدالت کیفری اعلام نماید.

باید به این نکتهٔ روش‌شناختی توجه کنیم که آموزه‌های فقهی از جمله تعالیم جزایی اسلام در فضایی شکل گرفته‌اند که نهاد قانون‌گذاری به معنای امروزی آن وجود نداشت. در نتیجه، مقایسهٔ آن احکام با مدل قانون‌گذاری امروز که ویژگی‌های خاص خود را دارد، رهن و گمراه‌کننده است. ما با مراجعه به متون موجود در حوزه‌های اجتماعی و غیرعبادی فقه در نمی‌یابیم که آنها مسائل را آن‌گونه که امروزه در عرف بشری قانون‌گذاری مطرح است، عنوان و احکام آنها را به تفصیل بیان کنند و به‌ویژه با نظر به آینده صورت‌های نوپیدای مسائل را

واکاوی کنند. آنها اصولاً در چنین مقام و موقعیتی نبوده‌اند. هم از این روی به نظر ما نظریهٔ خطاب‌های قانونی امام خمینی(ره) با آنکه در مواردی گره‌گشا است، از این پیش‌فرض ناتمام رنج می‌برد که مفروض می‌گیرد روایات و آموزه‌های معصومان(ع) در موقعیت قانون‌گذاری به معنای مدرن و امروزی آن شکل گرفته‌اند. در فضای شکل‌گیری متون مقدس و دینی، پارادایم و الگوی قانون‌گذاری به معنای امروزی آن مطرح نبود تا معصومان(ع) بیانات خود را بر مبنای آن الگو بنا کنند. این البته به معنای آن نیست که آموزه‌های دینی در مقام تشریح نبوده‌اند؛ سخن در این است که تشریح آن روز را نباید با قانون‌گذاری امروزی مقایسه کرد. اگر تشریحات دینی با چیزی قابل مقایسه باشد، آن قانون‌گذاری همان عصر و زمان است نه قانون‌گذاری امروزی که ویژگی‌های خود را دارد. پیداست که توجه کردن به این تمایز و نالین‌همانی هرگز متضمن هیچ‌گونه داوری ارزشی نیست؛ تأکید ما بر تفاوت تشریح و قانون‌گذاری و عدم تعمیم احکام یکی به دیگری است.

نتیجه‌گیری

تقسیم‌بندی ابواب فقه را باید جدی گرفت. فواید و آثار این دسته‌بندی به جنبه‌های آموزشی آن محدود نمی‌شود. پویایی و تحول در بخش‌های غیرعبادی فقه به اعتبارات گوناگون گسترده است؛ از تحولات ناظر به موضوعات و متعلقات احکام گرفته تا تغییر تلقی‌های عقلایی از مفاهیم مرتبط با احکام این حوزه و پیدایش نهادهای جدید. به همین ترتیب، اقتضائات و لوازم روش‌های اجتهادی در ابواب گوناگون بسیار درخور توجه است. نصوص حوزه غیرعبادی را باید در همان بسترهای فهم عقلایی تفسیر و تعبیر کرد.

باین‌حال، به دشواری می‌توان به لحاظ تبعیدی یا عقلایی بودن، حکم واحدی را برای باب خاصی صادر کرد. مباحث هر حوزه اغلب آمیزه‌ای از مسائل گوناگون است. به‌ویژه مسائل برخی از باب‌های فقهی همان‌گونه که فقیهان از دیرباز یادآور شده‌اند، آمیزه‌ای از مباحث عبادی و معاملی است. مباحث نکاح نمونه‌ای روشن از این دست باب‌هاست. درحالی‌که اصل مباحث مربوط به نکاح و طلاق در شمار مسائل تبعیدی است، پاره‌ای از مسائل آن مانند نفقه، چند و چون اداره خانواده و مهر، عرفی و عقلایی است. به همین ترتیب در مباحث جزایی، مباحثی مانند حرمت و حتی جرم‌انگاری پاره‌ای از رفتارها امری تبعیدی است. تغییر و تحولات عقلایی در چند و چون این مباحث اثر خاصی ندارد. این در حالی است که واکنش‌های کیفری به جرایم که نوعاً در شمار احکام امضایی‌اند، می‌تواند از تغییر و تحولات تلقی‌های عقلایی اثر بپذیرد.

تبعیدی قلمداد کردن کیفرهای حدی و خارج کردن آنها از تیررس تغییر و تحولات عقلایی و عدم پذیرش نهادهایی مانند تعلیق، تعویق و آزادی مشروط، نظام دوگانه حد-تعزیر را هر چه افتراقی‌تر می‌کند. حال آنکه به لحاظ مبانی اصولی-فقهی تغییرناپذیر قلمداد کردن این مباحث بستن باب تحول عقلایی در آنها فاقد مستندات کافی است. به همین ترتیب، بسیاری از مباحث دیات که اغلب ناظر به اصل عقلایی جبران خسارت‌اند، در شمار مسائل توقیفی و تبعیدی نیستند. شارع مقدس اسلام در باره مسائلی مانند اینکه موجبات ضمان چیست و راه‌های خروج از مسئولیت و ضمان کدام است، شیوه و روش خاصی ندارد. متون موجود درباره موجبات ضمان برای نمونه بر این مطلب گواهی می‌دهد.

در تحلیل فهم مقاصد نهایی مقررات کیفری اسلام به نظر می‌رسد که آنها به لحاظ تعلق به یکی از حوزه‌های عبادی، سیاسی، معاملاتی و تنبیهی یکسان نیستند. تحریم افعالی مانند زنا، سرقت، قذف و باده‌گساری بی‌گمان به مقاصد و اهداف دنیوی صورت نگرفته است. در اصل تحریم این افعال فضیلت و کمال انسانی و اهداف اخروی هم مورد نظر بوده است؛ اموری که می‌توان آنها را در شمار مقاصد اخروی قلمداد کرد. اما حفظ و پاسداری از این مصالح با پیش‌بینی مجازات یا بسیاری از مسائل مربوط به شیوه‌های رسیدگی به این مسائل به خودی خود ناظر به مصالح اخروی نیستند. دسته‌بندی مباحث حدود، تعزیرات، قضاوت و شهادت زیر عنوان «سیاسات» به مسائل این حوزه رنگ و بویی ابزاری می‌دهد. چند و چون کیفر به مثابه ابزاری برای واکنش به ناپهنجاری اجتماعی ممکن است از جامعه‌ای به جامعه دیگر متفاوت باشد. به نظر می‌رسد که شماری از مسائل باب دیات مانند تقسیم‌بندی زخم‌ها و تعیین دیه برای هر یک از آنها از گفتمان مسلط پزشکی زمانه خود اثر پذیرفته است. شمارگان زخم‌ها امروز به گونه‌ای که پیشتر تقسیم‌بندی شده است، محدود نخواهد شد. اعتبارات عقلایی در حوزه‌های گوناگون پیوسته دقیق‌تر و ظریف‌تر می‌شود. دلیلی در اختیار نداریم که نشان دهد فقه اسلامی از این تغییرات به کلی برکنار است یا آنها را نفی می‌کند.

فهرست منابع

۱. قرآن کریم

الف) منابع فارسی

کتاب

۲. ایازی، سیدمحمدعلی، *ملاکات احکام و شیوه‌های استکشاف آن*، قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، چاپ اول، ۱۳۸۶.

۳. مدنی تبریزی، سیدیوسف، *الفوائد القمیه*، تهران: دفتر آیه‌الله مدنی تبریزی، ۱۳۸۴.

مقاله

۴. برجی، یعقوب‌علی، *نگاهی به دسته‌بندی باب‌های فقه*، فقه اهل‌بیت(ع)، پاییز ۱۳۷۴، شماره ۳.

۵. نوبهار، رحیم، جستاری در تقسیم‌بندی باب‌های فقهی و پیامدهای روش‌شناسی آن، راهبرد، سال ۲۴، بهار ۱۳۹۴.

ب) منابع عربی

کتاب

۶. آل بحر العلوم، سیدمحمد، *بلغه الفقیه*، جلد ۳، تحقیق: سیدمحمدتقی آل بحر العلوم، تهران: مکتبه الصادق، چاپ چهارم، ۱۴۰۳ق.

۷. آل کاشف الغطاء، محمدحسین، *سؤال و جواب*، نجف اشرف: مؤسسه کاشف الغطاء، ۱۳۷۰ق/۱۹۵۰م.

۸. ایروانی، علی، *الاصول فی علم الاصول*، جلد ۱، قم: بوستان کتاب، ۱۴۲۲ق.

۹. اصفهانی، محمدحسین، *حاشیه کتاب المکاسب*، جلد ۲، تحقیق: عباس محمد آل سباع، قم: انوار الهدی، چاپ اول، ۱۴۱۸ق.

۱۰. بغدادی، محمدبن حبیب، *المحبر*، تحقیق: ایلزه لیختن شتیر، بیروت: دارالآفاق الجدیده، [بی‌تا].

۱۱. حسینی مراغی، میرعبدالفتاح، *العناوین*، جلد ۱، قم: مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۲۹ق.
۱۲. حلی، جعفر بن حسن، *شرایع الاسلام*، جلد ۳ و ۱، تحقیق: محمدعلی بقال، قم: اسماعیلیان، چاپ دوم، ۱۴۰۸ق.
۱۳. خمینی، سیدمصطفی، *ثلاث رسائل*، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی،
۱۴. رشتی، میرزا حبیب‌الله، *کتاب القضاء*، جلد ۱، تحقیق: سیداحمد حسینی، قم: دار القرآن الکریم، ۱۴۰۱ق.
۱۵. روحانی، سیدمحمدصادق، *فقه الصادق*، جلد ۱۳، قم: دارالکتاب، چاپ اول، ۱۴۱۲ق.
۱۶. سبحانی، جعفر، *فی ظلال التوحید*، تهران: نشر مشعر، ۱۴۲ق.
۱۷. سلار دیلمی، حمزه بن عبد العزیز، *المراسم*، تصحیح: محمود بستانی، قم: منشورات الحرمین، چاپ اول، ۱۴۰۴ق.
۱۸. شاطبی، ابراهیم، *الاعتصام*، جلد ۲، تحقیق: سلیم بن عید الہلالی، السعودیہ: دار ابن عفان، ۱۴۱۲ق.
۱۹. صدوق، محمد، *الخصال*، تحقیق: علی‌اکبر غفاری، قم: مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۰۳ق/ ۱۳۶۲ش.
۲۰. طباطبایی مجاهد، سیدمحمد، *مفاتیح الاصول*، جلد ۱، قم: آل‌البتیت(ع)، قم: چاپ اول، ۱۲۹۶ق.
۲۱. طوسی، محمد، *الاستبصار*، جلد ۴، تحقیق: علی‌اکبر غفاری، قم: دارالحدیث، چاپ سوم، ۱۳۸۷.
۲۲. عاملی، محمد، *وسائل الشیعہ*، جلد ۲، ۲۱، ۲۸ و ۲۹، قم: آل‌البتیت(ع)، چاپ اول، ۱۴۰۹ق.
۲۳. عاملی، محمدبن مکی، *ذکری الشیعہ*، جلد ۱، قم: آل‌البتیت(ع)، چاپ اول، ۱۴۱۹ق.
۲۴. عراقی، ضیاء‌الدین، *کتاب القضاء*، تقریر: ابوالفضل نجم‌آبادی، قم: مؤسسه معارف اسلامی امام رضا(ع)، ۱۴۲۱ق.
۲۵. فیض‌کاشانی، محمدحسن، *مفاتیح الشرایع*، جلد ۱، تحقیق: سیدمهدی رجائی، قم: مجمع الذخائر الاسلامیہ، ۱۴۰۱ق.

۲۶. قرافی، احمد بن ادريس، **كتاب الفروق**، جلد ۱، تحقیق: محمد احمد سراج و علی جمعه محمد، قاهره: دارالسلام، چاپ اول، ۱۴۲۱ق.
۲۷. قمی، ابوالقاسم، **قوانین الاصول**، جلد ۲، قم: احیاء الکتب الاسلامیه، ۱۴۳۰ق.
۲۸. مکی عاملی، محمد، **القواعد و الفوائد**، جلد ۱، تحقیق: سیدعبدالهادی حکیم، قم: کتابفروشی مفید، افسست از چاپ نجف، ۱۴۰۰ق.
۲۹. موسوی اردبیلی، سیدعبدالکریم، **فقه الحدود والتعزیرات**، جلد ۳، قم: جامعه المفید، چاپ دوم، ۱۴۲۹ق.
۳۰. موسوی خمینی، سیدروح الله، **تحریر الوسیله**، جلد ۱، قم: دارالعلم، [بی تا].
۳۱. نجفی، محمدحسن، **جواهر الکلام**، جلد ۲۱، ۲۶ و ۴۰، بیروت: دار احیاء التراث العربی، ۱۹۸۱م.

