



The Aim of Sharia in Imami Jurisprudence and its Function in Jurisprudence and Criminal Law

Seyyed Morteza Hosseini Nasab¹, Mahmoud Ghayumzadeh*², Samira Golkhandan³

1. PhD Student of Theology and Islamic Studies (Jurisprudence and Fundamentals of Imam Khomeini's Laws and Thoughts), Khomein Branch, Islamic Azad University, Khomein, Iran.

2. Professor Assistant, Department of Theology and Islamic Thoughts, Faculty of Humanity, Saveh Branch, Islamic Azad University, Saveh, Iran. (Corresponding Author)

3. Assistant Professor, Department of Criminal Law and Criminology, Faculty of Humanity, Khomein Branch, Islamic Azad University, Khomein, Iran.

ARTICLE INFORMATION

Type of Article:

Original Research

Pages: 99-112

Corresponding Author's Info

ORCID: 0000-0003-1811-8616

TELL: +988642433342

Email: hichi121157@yahoo.com

Article history:

Received: 20 Jan 2023

Revised: 30 Mar 2023

Accepted: 07 Apr 2023

Published online: 23 Sep 2023

Keywords:

The Aim of Sharia, Imami jurisprudence, Criminal Law.

ABSTRACT

The Aim of Sharia is one of the important issues in jurisprudence, which is important for the dynamic development of jurisprudence. The purpose of this article is to examine the question of what is the place of the Mezagh of Shariat in Imami jurisprudence and what are its functions in jurisprudence and criminal law? This article is descriptive and analytical, and the mentioned question has been investigated using the library method. The findings indicate that although the Aim of Sharia is not considered as an independent reason among the evidences for inferring Sharia rulings, but by examining its examples, it is clear that this matter has been cited by jurists as an independent evidence from other inference evidences even without explaining its elements. By explaining the elements of Aim of Sharia, it can be considered as an independent reason among other reasons and cited. The Aim of Sharia is in line with the goals of Shariah and it is a way to implement and realize the goals of Shariah. The sanctity of Tasbib, adopting the approach of reforming and improving the criminal in Taziri punishments, caution in blood and taking property from the usurper is the most important function of Aim of Sharia in jurisprudence and criminal law.



This is an open access article under the CC BY license.

© 2023 The Authors.

How to Cite This Article: Hosseini Nasab, SM; Ghayumzadeh, M; Golkhandan, S (2023). "The Aim of Sharia in Imami Jurisprudence and its Function in Jurisprudence and Criminal Law". *Journal of Comparative Criminal Jurisprudence*, 3(3): 99-112.



دوره سوم، شماره سوم، پاییز ۱۴۰۲

مذاق شریعت در فقه امامیه و کارکرد آن در فقه و حقوق کیفری

سید مرتضی حسینی نسب^۱، محمود قیوم زاده^{۲*}، سمیرا گل‌خندان^۳

۱. دانشجوی دکتری الهیات و معارف اسلامی (فقه و مبانی حقوق و اندیشه‌های امام خمینی)، واحد خمین، دانشگاه آزاد اسلامی، خمین، ایران.

۲. استاد، گروه الهیات و معارف اسلامی، دانشکده علوم انسانی، واحد ساوه، دانشگاه آزاد اسلامی، ساوه، ایران. (نویسنده مسؤول)

۳. استادیار، گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده علوم انسانی، واحد خمین، دانشگاه آزاد اسلامی، خمین، ایران.

چکیده

مذاق شریعت از موضوعات مهم در فقه است که توجه به آن در راستای پویاتر ساختن قواعد و آموزه‌های فقهی تأثیرگذار است. هدف مقاله حاضر بررسی این سؤال است که مذاق شریعت چه جایگاهی در فقه امامیه داشته و کارکردهای آن در فقه و حقوق کیفری چیست؟ این مقاله توصیفی تحلیلی بوده و با استفاده از روش کتابخانه‌ای به بررسی سؤال مورد اشاره پرداخته شده است. یافته‌ها حاکی است گرچه در بین ادله استنباط احکام شرعی مذاق شریعت به‌عنوان دلیل مستقلاً محسوب نشده است ولی با بررسی مصادیق آن، معین و مشخص می‌شود که این امر حتی بدون تبیین عناصر آن به‌عنوان دلیلی مستقل از سایر ادله استنباط، مورد استناد فقها قرار گرفته است. با تبیین عناصر مذاق شرع می‌توان آن را دلیل مستقلاً در عداد سایر دلایل دانست و به آن استناد کرد. مذاق شریعت در راستای اهداف شریعت می‌گنجد و راهی برای اجرا و محقق کردن اهداف شارع است. حرمت تسبیب، اتخاذ رویکرد اصلاح و بهبودی مجرم در مجازات‌های تعزیری، احتیاط در دماء و گرفتن مال از غاصب مهم‌ترین کارکرد مذاق شریعت در فقه و حقوق کیفری است.

اطلاعات مقاله

نوع مقاله: پژوهشی

صفحات: ۹۹-۱۱۲

اطلاعات نویسنده مسؤول

کد ارکید: ۸۶۱۶-۱۸۱۱-۰۰۰۳-۰۰۰۰

تلفن: +۹۸۸۶۴۲۴۳۳۳۴۲

ایمیل: hichi121157@yahoo.com

سابقه مقاله:

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۱۰/۳۰

تاریخ ویرایش: ۱۴۰۲/۰۱/۱۰

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۱/۱۸

تاریخ انتشار: ۱۴۰۲/۰۷/۰۱

واژگان کلیدی:

مذاق شریعت، فقه امامیه، حقوق کیفری.

خوانندگان این مجله، اجازه توزیع، ترکیب مجدد، تغییر جزئی و کار روی حاضر به صورت غیرتجاری را دارند.



© تمامی حقوق انتشار این مقاله، متعلق به نویسنده می‌باشد.

مقدمه

تلاش فقیهان جهت کشف روش و شیوه شارع در جعل احکام، در طول زمان فقاقت وجود داشته و این نگاه به شریعت در قالب‌های گوناگونی هم‌چون طریقه، عادت، دأب و اصطلاح «مذاق شریعت» جلوه‌گر شده است. مذاق شریعت دیدی همه‌سویه به شرع و دریافت روش‌های شارع در جعل احکام است که فقیه این دید را با شناخت شریعت و انس با آن به دست آورده که نه در رویکرد تک‌گزاره‌ای؛ بلکه در رویکرد مجموعه‌گرایانه به شریعت رخ نموده است. با شکل‌گیری و بسط دانش اصول فقه از یک‌طرف و با تمسک به میراث علمی گذشتگان، می‌توان شاهد تحلیل‌های عمیق و موشکافانه در ادله احکام بود. صاحب‌جواهر از جمله فقهایی است که در اثر خود جواهرالکلام به این شیوه عمل نموده است. ایشان گذشته از تحلیل عمیق فقه، رویکرد نوینی در عرصه اجتهاد اتخاذ نموده و از نخستین فقهایی است که مبنا و ملاک را صرفاً بر ظاهر نصوص قرار نداده و به شیوه و مذاق شارع در جعل احکام توجه کرده است. فقهایی پس از صاحب‌جواهر نیز در آثار خود کراراً به مذاق شریعت استناد نموده‌اند و به این ترتیب این اصطلاح وارد حوزه فقاقت شیعه گردید. به عنوان نمونه روایاتی وجود دارد که زناکار باید به همان گونه که دستگیر شده تازیانه بخورد؛ یعنی اگر برهنه او را دستگیر کرده‌اند باید بر بدن برهنه او تازیانه بزنند (حرعاملی، ۱۴۰۹: ۹۳/۲۸). اما واقعیت امر این است که مشهور فقهایی امامیه این اطلاق را نمی‌پذیرند. برخی معتقدند که زن در هر حال از روی پوشش و لباسی که برتن دارد تازیانه می‌خورد (مؤمن، ۱۴۲۲: ۲۷۷/۲). با توجه به اینکه در فقه امامیه، دید مثبتی نسبت به این عناوین دیده نشده، استناد به مذاق شریعت نیز با ابهام روبه‌رو گردیده است. همین امر دستمایه نگارش مقاله حاضر شده است. در خصوص مذاق شریعت، پژوهش‌های متعددی انجام شده است: ابوالفضل علیشاهی قلعه‌جوقی و حسین ناصری مقدم، در مقاله‌ای به بررسی چیستی و کارکردهای مذاق شریعت پرداخته‌اند (علیشاهی قلعه جوقی و ناصری مقدم، ۱۳۹۰). محمد عندلیب همدانی و حمید ستوده نیز در مقاله‌ای، به اعتبار و کارآمدی مذاق شریعت را تبیین و تحلیل کرده‌اند (عندلیب همدانی و

ستوده، ۱۳۹۱). همچنین زهره صفاتی، در مقاله‌ای، حضور زنان در جامعه در تطابق با مذاق شریعت یا سیره عقلا را بررسی کرده است (صفاتی، ۱۳۹۷). در مقاله حاضر اما تلاش شده به بررسی این سؤال مهم پرداخته شود که مذاق شریعت در فقه امامیه چه جایگاهی داشته و کارکرد آن در فقه و حقوق کیفری چیست؟ به منظور بررسی سؤال مورد اشاره ابتدا مذاق شریعت بررسی شده و در ادامه از کارکردهای آن در فقه و حقوق کیفری بحث شده است.

۱- مفهوم مذاق شریعت

واژه مذاق، به معنای مزه، طعم، چشیدن و آزمودن می‌باشد. چنانکه که وقتی گفته می‌شود: «ذاق العذاب» یعنی طعم عذاب را چشید و آنگاه که گفته می‌شود: «ذاق الرجل و ما عند الرجل»، یعنی آن مرد را آزمود (معلوف، ذیل کلمه). خلیل بن احمد در تحلیل واژه مذاق می‌نویسد: «مذاق یکی از مصادری است که از فعل «ذاق-ینوق» می‌باشد» (فراهدی، ذیل کلمه). او برای این فعل به دو مصدر «ذوق» و «ذواق» به معنای طعم و مزه، اشاره می‌کند. جوهری نیز در صحاح به تحلیل این واژه پرداخته است. او همین معنا را یادآوری کرده و برای این واژه، معنای دیگری را که «آگاهی یافتن» است، ذکر می‌کند (جوهری، ذیل کلمه). یکی از محققان معاصر در خصوص این واژه می‌نویسد: «تحقیق این است که اصل این ماده، احساس گونه‌ای از خصوصیات چیزی است که حس می‌شود؛ خواه با حس چشایی باشد یا لامسه یا حس باطنی» (مصطفوی، ۱۴۱۶: ۳۲۵/۳). به باور ایشان، مذاق منحصر در حس چشایی نیست؛ بلکه شامل سایر حواس پنج‌گانه و حتی حواس باطنی انسان نیز می‌گردد. واژه شرع نیز در لغت به معنای درگاه و سردر ورودی (عتبه) و نیز به معنای آشخور و جایگاهی که بدون طناب از آن آب نوشیده می‌شود آمده است (مصطفی و همکاران، ۱۴۱۰: ۱۱۲). در المنجد به دو معنا؛ یکی پایه و بیان چیزی را گذاشتن و دیگری روشن و آشکار کردن برای این ریشه اشاره شده است (معلوف، ذیل کلمه).

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

مجموعه نصوص دینی و متون فقهی داشته است. درواقع مذاق شریعت بسان یک دلیل لبی است. در حقوق نیز واژه «روح قانون» بیان گر همین معنا است. قوانین وقتی به صورت جزئی و خاص نگریسته می شوند، چیزی جز مفاد آمده در متن (منطوق یا مفهوم) را افاده نمی کند اما وقتی در نگاهی کلی و جامع و به تعبیر دیگر سیستماتیک و به صورت زنجیره ای به هم پیوسته دیده شوند، قدر جامعی به دست می دهند که می توان آن را جریان نامرئی ولی حتمی الوجود آن مجموعه قوانین نام گذاری کرد و این همان چیزی است که در عرف حقوقی، روح قوانین نامیده می شود.

۲- مذاق شریعت در فقه امامیه

دغدغه فقیهان در گستره قرن های گذشته تاکنون بر این بوده است که از راه های شرعی معتبر، به استنباط احکام بپردازند و گاه از ادله خاص و درجه ایی از ادله عام بهره گیرند. آن ها به این دو گونه دلیل، بسنده نکرده و از ویژگی ها، شیوه ها و رفتارهای شارع در قانون گذاری، اصولی فراتر از قوانین به دست آورده اند که هرچند در دو دسته پیشین، دلیلی را برحکمی نیافته اند به گونه ای یقینی به اثبات و یا نفی آن باور پیدا کرده اند. آن اصول را نه از تک تک گزاره ها، بلکه از مجموعه احکام یافته اند و نام مذاق شریعت را برای آن برگزیده اند. یکی از مباحث مطرح شده از سده های نخستین، فهم نصوص و ادله در فرایند استنباط می باشد که فقیهان به آن اهتمام فراوان داشته اند؛ ولی همواره میان فقیهان این اختلاف وجود داشته است که آیا در استنباط احکام باید تنها به نصوص شرعی، آن هم به گونه تک گزاره ای نگریست یا اینکه افزون بر آن می باید گاهی مجموعه نگری نیز کرد و در پرتو ادله، دیدی وسیع یافت و آنگاه به استنباط احکام پرداخت. به دیگر سخن آیا تنها باید به ظاهر ادله بسنده کرد یا اینکه این ظاهر را با توجه به روش و نگرش شارع به مسائل گوناگون تبیین کرد و سازگاری و یا ناسازگاری آن را با شرع سنجید.

از نظر برخی فقه های امامیه، مطالعه و بررسی مذاق الشریعه می تواند در شناخت و تحلیل حکم مسائل مستحدثه و نوپدید مؤثر باشد. درواقع، پرده گرفتن از جوانب ارتباط میان عناصر

باب و یا باب های گوناگون سازگار می بیند (علیشاهی، ۱۳۸۹: ۲۹). برخی نیز در تبیین مفهوم مذاق شریعت معتقدند که از گردآوری نصوص پراکنده در کنار یکدیگر و هم پوشانی آن ها می توان به مقصود شارع پی برد که البته این دلیل به صورت صریح نیست بلکه پرورده عقل است یعنی روشن شدن آن حکم از رهگذر دلیل ضمنی است که از مجموع قرائن و شواهد فقهی در ذهن مجتهد نقش می بندد (عندلیب همدانی و ستوده، ۱۳۹۱: ۱۱۰). به عبارتی، مذاق شریعت، به معنای برداشت فقیه متبحر از مبانی احکام فقهی است که در موارد فقدان ادله خاص و عمومات و قواعد کلی، به آن تمسک می نماید.

صاحب جواهر بر این باور است که آگاهی از بیان و رموز شریعت معرفتی است که خداوند به برخی از بندگان خود عطا می کند (نجفی، ۱۴۰۴: ۵۴۳/۲). یکی دیگر از فقها در تعریف مذاق شریعت می گوید: مذاق شریعت عبارت است از فهم و درک تازه ای که مجتهد با استفاده از ذوق سلیم و درک منضبط خود در پی کندوکاو در مجموع ادله به ذهنش راه می یابد؛ در چنین موردی نمی توان تردید در اعتبارش روا داشت؛ چراکه خود از موارد منصوص است؛ چه اینکه عقل نیز همانند ادراکات حسی بهره ای از لمس چشایی، بویایی و نطق دارد؛ بهره ای که با حواس ظاهری قابل درک نیست، حیثیتش از آن روی است که اعتبار منطوق ها با کنایه ها و رموز در صورتی که احتمال آن ضعیف نباشد از نظر متفاهم عرفی، یکسان تلقی می شود (کاشف الغطاء، ۱۴۲۲: ۳۹/۲). بنابراین همان گونه که فقه های امامیه از دلایل روشن، حکمی را استنتاج می کنند، گاه علیرغم فقدان دلیلی واضح از رهگذر تجمیع شواهد و قرائن و با اشراف نسبت به مجموع ادله، روش و سلیقه شارع را در آن مورد کشف و حکم شرعی را بیان می کنند و همواره رجوع شتاب زده به اصول عملیه را روا نمی دانند. در نهایت می توان این گونه برداشت کرد که مذاق شریعت یک حکم کلی یا قاعده کلی است که به شرعی بودن این حکم (قطع) اطمینان حاصل شده است و عادتاً اگر گمان در کار باشد، از مذاق شریعت استفاده نمی شود و درعین حال این حکم متکی به دلیل معین اعم از عام یا خاص نمی باشد؛ بلکه متکی به تجربه و ممارستی است که فقیه، مدت ها با

اسلام به مثابه شریعت متعال و به هم پیوسته‌ای که در پی سامان‌دهی رفتار انسانی است؛ زیرا از خاستگاه به هم پیوسته‌ای چون فطرت آدمی سرچشمه گرفته است. فطرت انسانی حقیقتی است که در وجود، عامل پیوند تمامی رفتارهای او و از سوی دیگر هماهنگ با هستی متعال و به هم پیوسته‌ای است که به تعبیر قرآن کریم در آیات متعدد، همه چیز در آن موزون در جای خود و دارای جایگاه مخصوص خویش است. بر اساس همین بینش است که اسلام دین فطرت است (طباطبایی، ۱۳۹۰: ۴۵/۱).

در برخی کاربردهای مذاق شریعت ملاحظه می‌شود که بر مبنای اوصاف شارع استدلال شده است. درواقع برخی ممیزات و اوصاف از راه عقل یا روایات برای شارع به اثبات رسیده است و تشخیص این ویژگی‌ها می‌تواند تأثیر به سزایی در کشف مذاق شریعت داشته باشد. به عنوان نمونه یکی از فقهای معاصر در خصوص این قول که توبه مرتد مطلقاً پذیرفته نمی‌شود به مذاق شارع استناد و آن را امری بعید عنوان نموده است (یزدی، ۱۴۱۵: ۱۲۱). در این خصوص بعضی از فقها نیز حکم به قتل مرتد را منحصر به تکرار ارتداد دانسته‌اند (حلی، ۱۴۰۸: ۸۹).

علاوه بر این، مذاق شریعت در فهم صحیح نصوص در فقه تأثیرگذار است. شناخت مقاصد شریعت و توجه فقیه به آن در استنباط، سبب تفاوت فهم وی از نصوص شریعت می‌شود، اگرچه مقاصد را در استنباط به کار نگرفته و فقط بدان توجه داشته باشد. اساساً شناخت مقاصد الشریعه، افق ذهن فقیه را می‌گسترده. بیشتر اصولیان متأخر، موافقت و مخالفت با کتاب و سنت را به موافقت و مخالفت نصی تفسیر می‌کنند، به این معنا که خبر را با یک آیه معین مقایسه می‌کنند اما ما می‌دانیم مراد از موافقت، موافقت روحی است، یعنی موافقت مضمون حدیث با اصول کلی اسلام که از کتاب و سنت فهمیده می‌شود و این همان چیزی است که علمای متأخر حدیث، نقد داخلی خبر می‌نامند. یعنی مقایسه مضمون آن با اصول کلی و اهداف اسلام (سید عدنان القطفی، ۱۴۱۴: ۱۱). بعید نیست مراد از کنارگذاری آنچه خلاف قرآن است، کنارگذاری دلیلی باشد که با روح عام قرآن مخالف است؛

یعنی دلیل ظنی‌ای که با طبیعت قانون‌گذاری و مزاج احکام آن هماهنگی ندارد، حجت نیست (هاشمی شاهرودی، ۱۴۱۷: ۳۴۴/۷). مقاصد شریعت می‌تواند مجتهد را یاری کند تا از نصوص، تفسیری به دست دهد که مطابق با آرمان‌های کلی شارع باشد و فقیه را از جمود در امان نگه دارد. به دیگر سخن، باید مجتهد در خود نصوص نیز اجتهاد کند و به الفاظ تکیه نکند. به عنوان مثال محمدجواد مغنیه درباره احتکار، پس از بیان روایات حرمت احتکار و اینکه احتکار عقلاً نیز حرام است، درباره اینکه احتکار در چه کالاهایی صدق می‌کند می‌گوید ذکر گندم و جو، خرما و کشمش و روغن حیوانی و روغن زیتون به دلیل شدت نیاز به آن‌ها در آن زمان بوده است. حتی روایاتی را می‌آورد که در آن گفته شده اگر طعمی دیگر در بازار بود احتکار در این‌ها اشکالی ندارد. سپس از مکاسب شیخ انصاری و قاضی ابن‌براج و ابن‌حمزه طوسی (صاحب الوسیله) و شهید اول (صاحب الدروس) نقل می‌کند که علت تحریم، شدت احتیاج مردم به آن‌ها است. در ادامه خطاب به کسانی که احتکار را فقط در منصوص حرام می‌دانند می‌گوید: آیا شما اعتقاد دارید احتکار نفت و برق حرام نیست، با علم به اینکه زندگی بدون آن‌ها محال است و احتکار سلاح و منع آن برای افرادی که می‌خواهند از خودشان دفاع کنند، حلال است و اشکالی ندارد؟ بفرمایید احتکار خرما و کشمش امروزه چه ضرری دارد؟ به نظر من، اگر استعمارگران امروزه فتوای شما را می‌دانستند آن را با طلا می‌نوشتند و در همه جا انتشار می‌دادند. تا زمانی که احتکار فقط در خرما و کشمش باشد و طلای سیاه و سفید مشمول آن نشود چه چیزی آن‌ها را تهدید می‌کند؟ از نظر این جانب، جمود بر نص در چنین چیزهایی طعن دین و شریعت سیدالمرسلین است (مغنیه، ۱۴۲۱: ۱۴۵/۳).

به عنوان مثال مجسمه‌سازی در گذشته حرام بوده است، و می‌دانیم این احکام از مسائل تبعیدی نیست که فلسفه تحریم و تشدید عقوبت آن را ندانیم و نفهمیم که ملاک حرمت مجسمه‌سازی و نقاشی در آن زمان‌ها چه بوده است. این‌ها تابع ملاک‌های خود و متناسب با عقل و فطرت است (منتظری، ۱۴۱۲: ۵۴۶/۲). قصد شارع از تحریم مجسمه‌سازی و نگهداری آن و نقاشی موجودات زنده به دلیل فرهنگ آن

چیزی است که دلیل دیگر، خواهان آن نیست و متناقض آن را خواهان است؛ مانند اباحه و وجوب.

درخصوص جواز اجرای حدود در زمان غیبت دو دسته روایت وجود دارد. در مقبوله عمر بن حنظله آمده است «از امام صادق (ع) سؤال کردم که میان دو نفر از شیعیان در مورد دین یا ارث منازعه‌ای وجود دارد. آیا برای ایشان جایز است به سلطان جور و قاضی منصوب از طرف ایشان مراجعه کنند؟ حضرت (ع) در پاسخ فرمودند: خیر، رجوع به ایشان، رجوع به طاغوت است. آنگاه حضرت (ع) در پاسخ پرسش ابن حنظله که این دو شیعه چه کنند؟ می‌فرمایند: «سراغ کسی از خودتان (از شیعیان) بروند که حدیث ما را روایت می‌کند و به حلال و حرام ما می‌نگرد و احکام ما را تشخیص می‌دهد» (حرعاملی، ۱۴۰۹: ۱۳۷/۲۶). شبیه همین مضمون، روایت ابن خدیجه است که می‌گوید: «امام صادق (ع) مرا به سوی شیعیان فرستاد و فرمود به ایشان بگویم: به آنان بگو: «مبادا هرگاه میان شما مرافعه‌ای پیش آمد یا درباره چیزی از قرض و طلب میانتان اختلافی شد، کار داوری را به نزدیکی از این فاسقان ببرید. [بلکه] از میان خود مردی را که با حلال و حرام ما آشناست داور قرار دهید؛ زیرا من او را داور قرار داده‌ام. زنهار که برای رفع دعوی خود به سلطان ستمگر مراجعه کنید» (حرعاملی، ۱۴۰۹: ۱۳۸/۲۶). آنچه در اینجا می‌توان به عنوان راه حل جهت رفع تعارض بیان نمود این است که روایت منع اجرای حدود در زمان غیبت با مذاق شارع سازگار نیست. زیرا آنچه از اطلاق ادله حدود و دیگر روایات برمی‌آید، اهتمام شارع نسبت به حدود و تأکید بر اجرای آن است تا آنجا که امام صادق (ع) خیروبرکت ناشی از اجرای حدود را بیشتر از بارش چهل شبانه‌روز باران می‌داند. بنابراین می‌توان روایاتی را که دلالت بر جواز اجرای حدود در زمان غیبت دارد بر روایت دسته دوم ترجیح داد. نکته قابل توجه اینکه صاحب جواهر درخصوص مذاق شارع در این زمینه می‌نویسد: «جای تعجب دارد از افرادی که مخالف اجرای حدود هستند و در این حکم وسوسه می‌کنند، گویا از طعم فقه چیزی نچشیده است و از لحن گفتار ائمه (ع) چیزی نیاموخته است» (نجفی، ۱۴۰۴: ۳۹۷/۲۱).

زمان بود که ریشه‌های علاقه به بت‌پرستی وجود داشت و مجسمه‌ها رواج بسیار داشت و ساختن مجسمه برای تعظیم و احترام به آن بود. اما روایاتی داریم که گویای جهت کراهت و حرمت این اعمال در گذشته‌ها است؛ مثل روایتی از امام صادق (ع) که فرموده‌اند: «ولکن لایضرکم ذلک الیوم- تصاویر در مساجد، امروزه به شما زیان نمی‌رساند» (حرعاملی، ۱۴۰۹: ۲۱۵/۵). یا روایت‌هایی دیگر با این مضمون آمده است که استفاده از این نقش‌ها و مجسمه‌ها، در فرش و ابزاری که جنبه تزئین و تعظیم ندارد، جایز است. امام خمینی ضمن توجه به مقصد شارع، روایات تحریم را به مناسبت حکم و موضوع ناظر به تمایل و صورت‌هایی می‌داند که یادآور بت‌ها است و گرنه فرد به صرف داشتن مجسمه از اسلام خارج نمی‌شود. توضیح اینکه برخی اعراب بعد از گرایش به اسلام، بنابر حس بت‌پرستی باقی‌مانده در قلبشان، به منظور حفظ آثار گذشته‌شان و حبشان به بقای بر حالت قبلشان، خداوند را مجسم و دارای تصویر می‌خواندند. از این رو حضرت رسول (ص) به نهی شدید مسلمانان از این کار برآمد تا آثار کفر و شرک را از حوزه توحید پاک کند. لذا در روایات با این عمل به شدت مخالفت شده است (موسوی خمینی، ۱۴۱۵: ۲۵۷/۱-۲۵۸). محمدجواد مغنیه نیز در بحث سبق و رمایه، اسلحه‌های جدید را علاوه بر حافر و خف و نصل که در روایات ذکر شده، مشمول حکم می‌داند. زیرا در زمان پیامبر فقط همین سه سلاح شناخته شده بود. ایشان این فتوا را اجتهاد در برابر نص نمی‌داند، بلکه اجتهاد صحیح در فهم و تفسیر نص می‌شمارد که با روح شریعت اسلام، که شریعت سهله و سمحه است، سازگاری دارد. ایشان اجتهاد در برابر نص را ممنوع، ولی کشف مقصد شارع را تفسیر صحیح نص می‌داند و جایز می‌شمارد (مغنیه، ۱۴۲۱: ۲۳۶/۴).

از منظر فقه امامیه، یکی از مواردی که می‌توان از مذاق شریعت بهره برد، در تعارضی است گاه میان ادله به وجود می‌آید. تعارض بدین معنا است که دو دلیل شرعی و یا بیشتر در برابر یکدیگر قرار بگیرند؛ به گونه‌ای که هر کدام، ضد دیگری قرار گرفته است. به دیگر سخن، تنافی میان دو دلیل متساوی است بدین صورت که یکی از دو دلیل، خواهان

(اردبیلی، ۱۴۰۳: ۸۹/۱۳). وجود و تأیید حکم به احتیاط در دماء از نظر شارع مقدس روشن است به گونه‌ای که هرچند درباره لزوم احتیاط در دماء، نص صریح وجود ندارد ولی بسیاری از فقها با توجه به میزان اهتمام شارع به حفظ دماء این مسأله را به شارع نسبت داده‌اند که امر به احتیاط از ناحیه شارع معروف است. همچون مرحوم مظفر که در باب ترجیح دو دلیل متزاحم و اموری که موجب ترجیح یکی از دو دلیل می‌شود می‌گوید: «یکی از امور دارای اولویت، حفظ و صیانت دماء و فروج است؛ چون امر به احتیاط شدید در این موارد، از ناحیه شارع، معروف و مشهور است و حفظ جان به‌یقین مهم‌تر از حفظ مال است» (مظفر، ۱۳۸۸: ۳۸۲/۲).

با توجه به اهتمام شارع بر احتیاط در دماء می‌توان برخی ابتکارات قانون‌گذار در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ را نقد کرد. یکی از این ابتکارت پیش‌بینی زنای به عنف و اکراه حکمی در تبصره ماده ۱۱۵ این قانون می‌باشد. توضیح اینکه قانون‌گذار سال ۱۳۷۰ با انعکاس نظر اجماعی فقهای امامیه مبنی بر اینکه زنای به عنف و اکراه مستوجب قتل زانی است در بند «د» ماده ۸۲ و بدون اینکه مصادیق اعمال به عنف و اکراه را مشخص کند، تبیین و تفسیر آن را به منابع فقهی (اصل ۱۶۷ قانون اساسی) احاله کرده است.

از جهت فقهی در تحقق عنوان اکراه لازم است چنان بیم و هراسی در شخص ایجاد شود و آن چنان موجب تشنج اعصاب و پریشانی و اضطراب روانی شود که مشارالیه از سر ناچاری و در عین عدم رضایت و طیب نفس به‌سوی ارتکاب فعل حرام مورد درخواست اکراه کننده سوق داده شود؛ به‌طوری‌که میان آن دو رابطه سببیت دایر باشد (محقق داماد، ۱۴۰۶: ۱۰۹/۴). شیخ انصاری در مکاسب در تفاوت میان اکراه معاملات و اکراه بر محرمات معتقد است در اکراه بر محرمات عجز از تخلّص شرط تحقق اکراه است ولی در معاملات چنین نیست بلکه تنها عدم رضایت کفایت می‌کند. هرچند مکره بتواند به‌وسیله ای خود را از دست مکره نجات دهد (انصاری، ۱۴۱۵: ۳۱۷/۳). عمده فقهای امامیه وجود اکراه در معنی نخست را در تحقق زنای به عنف کافی می‌دانند (نجفی، ۱۴۰۴: ۳۱۵/۴۱). به عبارت دیگر «عنف» که وجود شدیدتری از اکراه می‌باشد، شرط نیست؛ در مقابل بعضی دیگر عقیده دارند

یکی دیگر از نتایج و کارکردهای مقاصد شریعت، تقیید یا توسعه حکم است. در سایه توجه فقیه به مقاصد و تفسیر نصوص مبین حکم در سایه مقاصد، برداشت وی از ادله اتقان بیشتری می‌یابد. در سایه این توجه گاه به دلیلی که در ظاهر محدود است توسعه می‌بخشد، چنانکه گاهی از عموم یا اطلاق دلیلی که در نگاه اول عام یا مطلق است جلوگیری می‌کند. به تعبیر دیگر، توجه به مقاصد، گاه باعث می‌شود سند معتبر دیگری مانند عقل در کنار عموم یا اطلاق سندی چون روایت معتبر مطرح شود و مانع انعقاد عموم یا اطلاق روایت در مرحله حجیت شود. از آنجاکه درک عقل همانند مضمون روایت، سندی است از اسناد و یکی از ادله چهارگانه به شمار می‌رود، در فرض تعارض با اطلاق یا عموم نص، بر نص مقدم خواهد شد (علیدوست، ۱۳۸۴: ۱۵۰). برای نمونه، صاحب جواهر در مسأله تلقی رکبان با کشف علت، حرمت نهی را فقط شامل کاروان‌های تجاری نمی‌داند، بلکه مردمان شهر را نیز از تلقی رکبان منع می‌کند. زیرا از نظر ایشان ملاک برای حرمت این امر در روایات آن است که سود تجارت‌ها فقط از آن یک گروه نشود (نجفی، ۱۴۰۴: ۴۷۴/۲۲). لذا تفاوتی بین تجار با مردم عادی در حرمت تلقی رکبان نیست و ملاک ذکرشده درباره تجار را می‌توان به مردم نیز توسعه داد.

۳- کارکرد مذاق شرع در فقه و حقوق کیفری

برخی مصادیق از کارکرد مذاق شرع در فقه و حقوق کیفری به شرح زیر است.

۳-۱- احتیاط در دماء

یکی از اصول و قواعد مشهور تأیید شده فقه جزایی اسلام درباره مجازات قتل، احتیاط در دماء است که به‌موجب آن حکم قتل یک انسان باید متکی به دلیل قطعی باشد و در مواردی که دلیل قطعی وجود ندارد و شبهه ایجاد شود، لازم است احتیاط کامل صورت گیرد؛ یعنی از اجرای مجازات قتل خودداری شود. محقق اردبیلی در این زمینه می‌گوید: «قتل امر عظیمی است؛ چراکه شارع به حفظ جان اهتمام دارد؛ زیرا جان انسان مدار تکالیف و سعادت است؛ از این رو حفظ آن را واجب کرده است، حتی ترک حفظ جان و اینکه دیگری را به کشتن دهد تا خودش کشته نشود جایز نیست. عقل نیز بر این امر مساعدت می‌کند و شایسته است در این امر احتیاط تام مراعات شود»

پیش‌بینی مجازات سالب حیات برای آن قابل توجیه نیست. در صورتی که مبنای قابل قبولی برای قانون‌گذار موجود بوده است، مشخص نیست چرا آن را به لواط به عنف و اکراه تسری نداده است. همان‌طور که گفته شد چنین رویکرد انبساطی در فقه امامیه هم مسبوق به سابقه نیست. به نظر می‌رسد اتخاذ این رویکرد ناصواب ناشی از تلاش قانون‌گذار جهت همگرایی با قوانین نظام‌های مغرب زمین بوده است. توضیح اینکه با توجه به حاکمیت فلسفه فردگرایی در غرب و نفوذ آن در حیطه اخلاق به‌طور عام و اخلاق جنسی به‌طور خاص به‌استثنای موارد مصرح قانونی، اعمال جنسی تنها در صورت فقدان رضایت بزه‌دیده، جرم محسوب می‌شود. به عبارت دیگر آزادی هر انسان و من جمله آزادی جنسی او در حدی است که به آزادی دیگران خللی وارد نکند (مطهری، ۱۳۷۲: ۳۷). بنابراین اعمال جنسی مجاز صرفاً در بستر رابطه نکاح جریان نمی‌یابد و تنها توافق اراده طرفین است که وصف روایی را برای عمل ارتكابی به همراه می‌آورد. به‌طور کلی ضابطه رضایت در ماده ۷۴ قانون جرائم جنسی انگلستان به این نحو نمود یافته است: «یک شخص در صورتی راضی تلقی می‌شود که با انتخاب خود اعلام موافقت کند و آزادی و قابلیت چنین انتخابی را نیز داشته باشد». به نظر می‌رسد اتخاذ چنین رویکرد انبساطی در قانون مجازات اسلامی متأثر از تأسیسات حقوقی غرب بوده با مذاق شارع مبنی بر احتیاط در دماء منافات داشته باشد.

از دیگر موارد موجود در قانون مجازات اسلامی که به نظر می‌رسد با مذاق شارع در باب احتیاط در دماء در تعارض است، ارجاع مقام قضایی به منابع فقهی در خصوص حدودی است که در این قانون از آن‌ها یاد نشده است. ماده ۲۲۰ قانون مجازات اسلامی مقرر می‌دارد: «در مورد حدودی که در این قانون ذکر نشده است، طبق اصل یک‌صد و شصت و هفتم (۱۶۷) قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران عمل می‌شود». مهم‌ترین حدی که در قانون بیان نشده است و مصداق این ماده شمرده می‌شود، ارتداد است که با توجه به مجازات قتل برای این حد و حساسیت آن و شرایط زمانی و مکانی قرن کنونی، قانون‌گذار اگر قصد اجرای این حکم را در جامعه اسلامی دارد، لازم است قانون به‌روشنی همه شرایط و عناصر آن‌ها را

از آنجاکه روایات وارده در باب زنای به عنف به غصب و اغتصاب اشاره نموده است و این دو به معنی قهر و غلبه است و حالتی را شامل می‌شود که بزه‌دیده هیچ‌گونه اختیاری از خود ندارد، بنابراین اکراه اصطلاحی از تعریف خارج است و اکراهی که در کتب متقدمین ذکر شده است، مساوی با قهر و استیلا است. بنابراین اکراه اصطلاحی اگرچه نافی حرمت نسبت به بزه دیده است اما منجر به تحقق زنای به عنف و اکراه مستوجب قتل فاعل نمی‌شود (فاضل لنکرانی، ۱۴۲۲: ۱۵۶). به این ترتیب زنا در حالت خواب، بی‌هوشی زن یا اغفال و تهدید او به قیاس اولویت خارج می‌شود.

از جهت حقوقی، تنها اکراهی که عادتاً غیرقابل تحمل نباشد منجر به سلب مسئولیت کیفری می‌شود. به عبارت دیگر اگر تهدید اعمال شده به اندازه‌ای باشد که یک انسان متعارف تسلیم آن شده و تن به ارتکاب جرم دهد با مفهوم حقوقی «اکراه» مواجهیم. اما قانون‌گذار ۱۳۹۲ با اتخاذ یک رویکرد، انبساطی گذشته از زنای به عنف و اکراه اصلی (بند ت ماده ۲۲۴) اعمالی را نیز در حکم آن تلقی نموده است (تبصره ۲ ماده ۲۲۴) در زنای به عنف حکمی، معیار عدم رضایت زن است و عنف و اکراه اصطلاحی در تحقق آن شرط نیست. مصادیق اعمال در حکم زنای به عنف در این قانون عبارت‌اند از: ۱. زنا با زنی که راضی به زنا نیست در حال بی‌هوشی، خواب یا مستی؛ ۲. زنا از طریق اغفال و فریب دادن دختر نابالغ؛ ۳. زنا از طریق ربایش، تهدید و ترساندن زن اگرچه موجب تسلیم شدن او شود (حسینی، ۱۳۹۵: ۳۴).

گذشته از ابهاماتی که دربندهای فوق موجود است مثلاً عدم رضایت به زنا در بند نخست چگونه قابل احراز است. آیا صرف خواب، بی‌هوشی و..... دلالت بر عدم رضا دارد و یا اینکه مثلاً مرتکب برای جلوگیری از مقاومت زن او را بی‌هوش یا مست کرده باشد؟ به چه دلیل اغفال و فریب دختر نابالغ و برقراری رابطه جنسی با او، در حکم زنای به عنف است اما اغفال و فریب زن بالغ منجر به تحقق این عنوان نمی‌شود؟ باید گفت اگرچه عدم مجازات بزه‌دیده در فروض فوق با توجه به قواعد حقوق جزای عمومی قابل توجیه است، اما تلقی این اعمال به عنوان زنای به عنف و

بیان کند؛ زیرا عدم تبیین دقیق شرایط وقوع این جرم با قاعده احتیاط در دماء تعارض دارد.

درباره پذیرش یا عدم پذیرش توبه مرتد، فطری میان علما اختلاف نظر وجود دارد و همه فقهای اسلام بر پذیرش توبه مرتد ملی و مرتدی که زن باشد، اتفاق نظر دارند ولی درباره پذیرش توبه مرتد فطری اختلاف است علمای اهل سنت آن را پذیرفته‌اند (موسوی خمینی، ۱۴۰۸: ۴۲۸/۲). ولی فقهای شیعه درباره حکم قتل و تقسیم اموال و جدایی همسر، آن را نپذیرفته‌اند. با توجه به مقتضیات زمان و مکان، بهتر است قانون‌گذار به روشنی مسأله پذیرش یا عدم پذیرش توبه مرتد را نیز بیان کند؛ زیرا مجازات ارتداد، مرگ است و از این رو از همه جوانب باید مشخص باشد و با احتیاط اجرا یا حذف شود.

۳-۲- اتخاذ رویکرد اصلاح و بهبودی مجرم در مجازات‌های تعزیری

در زمینه مجازات‌های تعزیری، صاحب جواهر از صاحب کشف‌الثام نقل می‌کند که هرگاه گناهکار با گونه‌های دیگر از کیفر غیر از ضرب تأدیب شود، روی آوردن به تازیانه و تنبیه بدنی دلیلی ندارد (نجفی، ۱۴۰۴: ۴۴۸/۴۱). یکی از فقهای معاصر در این زمینه می‌نویسد: از دقت در لسان روایات مربوط به حدود و تعزیرات به دست می‌آید که تشریع آن‌ها برای اصلاح فرد و جامعه و بازداشتن افراد خاطی و مجرم از تکرار جرم و تأدیب آن‌ها می‌باشد، نه اینکه دارای اسراری مرموز باشد که قابل فهم برای عرف و عقلا نباشد و اصلاح و تربیت جوامع و افراد از اموری است که متأثر از شرایط زمانی و مکانی می‌باشد و از این جهت برخورد با جرایم و تعزیر مجرمین مختلف نیاز به کارشناسی دارد. از سوی دیگر، اعمال مجازات از قبیل دخالت در محدود سلطه دیگری است و بر اساس اصل اولی مستفاد از عقل و شرع، تصرف در سلطه دیگری بدون رضایت او جایز نیست مگر در مواردی که شارع آن را تجویز نموده و نوعی ولایت و سلطه بر غیر را مشروعیت داده باشد؛ مثل امر به معروف و نهی از منکر و نیز اجرای حدود الهی با رعایت شرایط و ضوابط هر یک از آن‌ها. اما در مورد تعزیرات قدر متقین آن است که حاکم شرع واجد شرایط تا جایی بر مجرم سلطه دارد و می‌تواند او را تعزیر کند

که در راه تأدیب و اصلاح وی باشد؛ بنابراین اگر توسط کارشناسان مربوطه تشخیص داده شود که با مجازات خفیفی می‌توان مجرم را تأدیب و اصلاح نمود، دلیلی از شرع و عقل بر جواز مجازات شدید وجود ندارد و اساساً ویژگی عدالت حاکم واجد شرایط که از شرایط اساسی سلطه توسط وی می‌باشد اجازه مجازاتی بیش از اندازه و مقدار مورد نیاز را به وی نمی‌دهد (منتظری، ۱۳۸۷: ۱۱۱-۱۱۲).

در همین راستا و بر اساس نظریه پذیرش شخصیت مجرمانه یا برچسب‌زنی در جرم‌شناسی، دست‌اندرکاران نظام عدالت کیفری باید بکوشند تا از ارتباط و سایش بیش از حد افراد با بدنه نظام عدالت کیفری جلوگیری کنند. به این معنی که در حد امکان به جای تدابیر قضایی-کیفری از راهکارهای مدنی، اداری و... جهت پاسخ‌گویی به تخلفات و نقض هنجارهای اجتماعی از ناحیه آن‌ها استفاده شود تا از این رهگذر شخصیت مجرمانه توسط افراد مورد پذیرش قرار نگیرد. بر این مبنا، قانون‌گذار نیز نهادهایی را در مسیر رسیدگی کیفری پیش‌بینی کرده است تا مقام قضایی بتواند به مدد آن، ورود و حضور افراد در دستگاه عدالت کیفری را هرچه بیشتر محدود سازد (آدابی، ۱۳۹۳: ۲۶۸).

در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، قانون‌گذار از رهگذر تبصره ماده ۵۱۱ امکان اعمال برخی نهادهای ارفاقی را در خصوص تعزیرات منصوص شرعی منتفی اعلام کرده است. فارغ از اینکه قانون‌گذار در وضع این ممنوعیت از چه مبنایی تأسی کرده است به نظر می‌رسد وضع چنین استثنایی با توجه به اهتمام شارع به اصلاح مجرم در جرایم تعزیری درخور نقد باشد. مخصوصاً اینکه برخی از نهادهای ارفاقی من جمله توبه در جرایم مستوجب حد پذیرفته شده است. به عبارت دیگر در صورتی که شخص مرتکب رابطه نامشروع مادون زنا گردد با توجه به اینکه از تعزیرات منصوص شرعی تلقی می‌گردد (حلی، ۱۴۱۸: ۲۱۹/۱) توبه وی پذیرفته نیست حال آنکه در جرم تام زنا، توبه مرتکب از اسباب سقوط مجازات محسوب می‌شود.

۳-۳- حرمت تسبیب

تسبیب در لغت به معنای ریسمان و آنچه موجب پیوستگی چیزی به چیز دیگر می‌شود، آمده است (طریحی، ذیل کلمه). اما در اصطلاح، «تسبیب» یک عنوان فقهی است که در باب جنایت بر افراد و اتلاف اموال مورد بحث قرار گرفته است. به‌طور کلی عنوان تسبیب به معنای سبب شدن برای تحقق امری است و در مقابل مباشرت (انجام دادن بی‌واسطه کار) به کار می‌رود. در مباشرت، جنایت یا اتلاف به‌طور مستقیم و بی‌واسطه توسط شخص رخ می‌دهد مانند اینکه فردی مستقیم به دیگری شلیک کند یا آتش به خرمن دیگری بیندازد اما در تسبیب فرد سبب وقوع جنایت یا اتلاف شده و مستقیماً در بروز آن نقش ندارد؛ مانند کندن چاه در راه، افروختن آتش و سرایت دادن آن به ملک همسایه، شهادت دادن دروغین علیه کسی و باز کردن قفس حیوانات که موجب تلف شدن مال یا جان کسی یا وارد آمدن خسارت بر آن می‌شود. تسبیب در جنایت اعم از اینکه منجر به قتل یا جرح کسی شود، در ماده ۵۰۶ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، اینگونه تعریف شده است: «تسبیب در جنایت آن است که کسی سبب تلف شدن یا مصدومیت دیگری را فراهم کند و خود مستقیماً مرتکب جنایت نشود به‌طوری‌که در صورت فقدان رفتار او، جنایت حاصل نمی‌شد، مانند آنکه چاهی بکند و کسی در آن بیفتد و آسیب ببیند».

اگرچه از منظر حقوقی یکی از مصادیق مداخله اشخاص در ارتکاب جرم تسبیب می‌باشد اما این نوع مداخله را قوانین کیفری صرفاً در باب جنایات به رسمیت شناخته است و در سایر جرایم، قوانین ما ساکت است درحالی‌که تسبیب اختصاص به جرایم مذکور نداشته و در غالب دیگر جرایم نیز قابل تحقق است. سکوت قانون‌گذار در تسری مقررات تسبیب به باب تعزیرات، سبب تشتت تفاسیر در محاکم و بعضاً تقویت این دیدگاه شده است که در صورت ارتکاب جرم تعزیری به‌نحو تسبیبی، مسبب قابل مجازات نخواهد بود.

خوبی در بحث مکاسب معتقد است، علت حرمت تسبیب مذاق شریعت می‌باشد و می‌نویسد: «از مذاق شرع به‌دست می‌آید که افکندن دیگران در کار حرام، حرام می‌باشد» (خویی، ۱۴۱۷: ۱/۱۱۵). وی به پیروی از شیخ انصاری، این

اصل و قانون را از روایات بسیاری در جاهای گوناگون فقه به دست آورده است که می‌توان از مفهوم روایات زیر استفاده کرد: الف. نتایج فتوا دادن از روی ناآگاهی (کلینی، ۱۴۰۷: ۴۲/۱)؛ ب. به دوش کشیدن بار گناهان مأمومین، توسط امام مقصر (مجلسی دوم، ۱۴۱۰: ۹۲/۸۵-۹۳)؛ ج. کراهت دادن خوراکی‌ها و آشامیدنی‌های حرام به چهارپایان (حرعاملی، ۱۴۰۹: ۳۰۸/۲۵)؛ د. ضمانت امام جنب نسبت به مأمومین (طوسی، ۱۳۸۷: ۲۷۷/۳-۲۷۸)؛ ه. حرمت نوشاندن شراب به اطفال و کفار (حرعاملی، ۱۴۰۹: ۳۰۹/۲۵). بنابراین حرمت افکندن شخص در فعل حرام با توجه به مذاق شارع، امری ثابت و غیرقابل خدشه است و این امر اختصاص به باب قصاص و دیات ندارد بلکه به همه ابواب فقه جزایی قابل تسری است. فلذا لازم و شایسته است تا جهت پرهیز از اختلاف تفاسیر و تشتت در آرای محاکم، قانون‌گذار صراحتاً مسؤولیت کیفری «سبب» در باب تعزیرات را پیش‌بینی نماید.

۳-۴- گرفتن مال از غاصب

فاضل مقداد در ذیل آیاتی که تحت عنوان غصب جای گرفته است، هرچند به‌صراحت نامی از تقاص و مقاصه به میان نمی‌آورد اما به هنگام ذکر احکام مترتب بر غصب، معنای دقیق و فقهی تقاص را بیان می‌دارد. ایشان در ابتدا به لزوم رد حق غیر تأکید نموده و آنگاه چگونگی و مراتب استخلاص حق را برمی‌شمارد؛ بدین‌صورت که در اولین قدم و به فرض وجود اصل عین مغضوبه، مالک تنها حق اخذ عین مال خویش را دارد و نیازی به رضایت و اجازه غاصب نیست. آنگاه در فرض تلف عین و اقرار غاصب به استرداد حق غیر، مالک اصلی حق ندارد بدون رضایت و تعیین غاصب در مالی از اموال وی تصرف مالکانه نماید. اما محل کلام و معنای فقهی مقاصه در جایی است که غاصب از اداء حق غیراستنکاف و ممانعت می‌نماید یا آنکه اصلاً منکر حق غیر است و صاحب حق، بینه و دلیلی برای اثبات حق خویش ندارد که در این صورت وی حق دارد تا چنانچه بر مالی از اموال غاصب دست‌یافت از آن حق خود را استیفاء نماید هرچند که رعایت هم‌جنس بودن، در اولویت قرار دارد (فاضل مقداد، ۱۴۱۹: ۸۴/۲). بنابراین، کسی که مالی را غاصب از او گرفته است، می‌تواند چنانچه به اموال غاصب، دسترسی پیدا کرد از باب

مواد ۳۱۶ و ۳۱۷ قانون مدنی مسؤول رد مال یا بدل آن هستند. دسته سوم با پذیرش ماهیت کیفری رد مال در جرم سرقت، به استناد ماده ۱۲۵ قانون مجازات اسلامی معتقد بودند چون مجازات شریک جرم مجازات فاعل مستقل است بنابراین دادگاه باید به صورت تضامنی حکم به رد مال دهد.

به نظر می‌رسد در تأیید استدلال مبنی بر مسؤولیت تضامنی شرکا جرم سرقت به رد مال می‌توان به مذاق شارع و تأکید بر برخورد با غاصب به سخت‌ترین شکل اشاره کرد. بدیهی است عدم پذیرش تضامن به استناد خلاف اصل بودن این قسم از مسؤولیت، منتهی به اعطا یک نوع امتیاز یا آسان‌گیری نسبت به شرکا سرقت خواهد شد که با مذاق شارع در این خصوص در تعارض است.

نتیجه‌گیری

مذاق شریعت به معنای درک و آگاهی سبک و سیاق شارع در جعل احکام است و در سده‌های اخیر کاربرد زیادی در متون فقهی و استدلال فقها داشته است. از جهت نظری، فقه‌های امامیه به مذاق محوری شرع معتقد بوده و در استنتاج احکام و استدلال‌های حکمی و موضوعی خود بدان استناد نموده‌اند. فقیه با تمسک به مذاق شریعت توانایی فهم و درک حکم شرعی را پیدا می‌کند زیرا این حکم را با روش شارع در یک باب و یا ابواب گوناگون سازگار می‌بیند. در عرصه فقه جزایی امامیه، فقها نه تنها از مذاق شریعت به عنوان یکی منبع مستقل در کنار ادله دیگر جهت استنباط حکم شرعی استفاده نموده‌اند بلکه می‌توان مدعی شد به مذاق شریعت به مثابه دلیل برتر نگریسته‌اند؛ چنانکه در صورت تعارض با ادله دیگر، ترجیح را به مذاق شارع داده‌اند. همچنین کارکردهای مذاق شریعت در فقه جزایی محدود به استدلال‌های حکمی نمی‌گردد بلکه دست‌مایه فقها در تفسیر موضوعات احکام همچنین رفع نزاع میان آن‌ها نیز قرار گرفته است. بنابراین فقیه می‌تواند در عین بهره‌گرفتن از نص یا ظاهر در عرصه استنباط از اشاره‌ها، رموز و فروع موجود در آیات و روایات غافل نشود و چه‌بسا از سازمان‌دهی آن‌ها در یک چارچوب منطقی مشخص و نوعاً اطمینان آور، چاره‌جوی برخی مسائل نوپدید نیز باشد.

تقاص، مال خود را بردارد. حال سخن در این است که چنانچه این برداشتن مال باعث وارد شدن زبانی به غاصب باشد، آیا باز می‌توان مال را از باب تقاص برداشت؟ یکی از فقه‌های معاصر در این خصوص می‌نویسد: «از روایات و مذاق شارع به دست می‌آید که باید به سخت‌ترین احوال، مال از غاصب گرفته شود، بنابراین برداشتن این مال توسط مالک مطلقاً جایز است» (حسینی روحانی، ۱۴۱۲: ۲۵/۲۱۵).

از این استدلال می‌توان جهت حل اختلاف برداشت‌هایی که در باب مسؤولیت سارقین نسبت به رد مال وجود دارد، استفاده نمود. توضیح اینکه حسب مقررات قانون مجازات اسلامی، سارق نه تنها از بعد جزایی حسب مورد به حد یا تعزیر محکوم می‌شود، بلکه از بعد مدنی نیز ملزم به رد مالی می‌گردد که در اثر سرقت تحصیل نموده است.^۱ مع‌ذک در مواردی که سرقت ارتكابی از باب شرکت در جرم می‌باشد، محاکم در خصوص کیفیت مسؤولیت هریک از سارقین اختلاف نظر دارند. در تحلیل یکی از آراء صادره از محاکم کیفری استان تهران، سه نظر بیان شده است: «در متن رأی مورد بررسی با این بیان که صدور حکم به رد مال به صورت تضامنی در جرم سرقت صحیح نیست، زیرا صدور حکم به نحو تضامن محتاج و نیازمند تصریح قانون‌گذار است و همان‌طور که می‌دانیم چنین تصریحی در باب سرقت وجود ندارد، حکم دادگاه بدوی به مسؤولیت تضامنی سارقین در رد مال نقض شده است. در تأیید این استدلال برخی قضات معتقد بودند از آنجاکه در فقه، عقد ضمان به معنای ضم ذمه به ذمه پذیرفته نشده است بنابراین مسؤولیت و ضمان به صورت تضامنی پذیرفته نشده است و در نتیجه مسؤولیت تضامنی امری خلاف قاعده است که بدون تصریح شرعی و قانونی نمی‌توان به آن حکم کرد. در مقابل، عده دیگری معتقد بودند از آنجاکه سرقت از مصادیق غصب است در صورتی که همه شرکا جرم (همه سارقین) بر مال مسروقه استیلاء پیدا کرده و اثبات ید نموده باشند، به حکم

۱- ماده ۶۶۷ قانون مجازات اسلامی: «در کلیه موارد سرقت و ربودن اموال مذکور در این فصل دادگاه علاوه بر مجازات تعیین شده سارق یا رباینده را به رد عین و در صورت فقدان عین به رد مثل یا قیمت مال مسروقه یا ربوده شده و جبران خسارت وارده محکوم خواهد نمود».

- اردبیلی، احمد بن محمد (۱۴۰۳). مجمع الفائده و البرهان فی شرح ارشاد الاذهان. جلد سیزدهم، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

- انصاری، شیخ مرتضی (۱۴۱۵). کتاب المکاسب المحرمه و البیع و الخیارات. جلد سوم، قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.

- انصاری، شیخ مرتضی (۱۴۲۰). کتاب المکاسب. جلد ششم، قم: مجمع الفکر الاسلامی.

- جوهری، اسماعیل بن حماد (۱۴۰۷). الصحاح تاج اللغه و صحاح العربیه. بیروت: دارالملايين.

- حرّ عاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۹). تفصیل وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه. جلد بیست و هشتم و بیست و پنجم و بیست و ششم، قم: مؤسسه آل البيت علیه السلام.

- حسینی روحانی، سید صادق (۱۴۱۲). فقه الصادق علیه السلام. جلد بیست و پنجم، قم: دار الکتب - مدرسه امام صادق علیه السلام.

- حسینی، سید محمد (۱۳۹۰). سیاست جنایی در اسلام و جمهوری اسلامی ایران. چاپ دوم، تهران: میزان.

- حکمت نیا، محمود (۱۳۸۵). «مذاق شریعت». فصلنامه تخصصی فقه و حقوق، ۳(۹): ۱۱-۲۸.

- حلی (محقق)، نجم الدین جعفر بن حسن. (۱۴۱۸)، مختصر النافع فی فقه الامامیه. جلد اول، قم: مؤسسه المطبوعات الدینیّه.

- حلی (محقق)، نجم الدین جعفر بن حسن، (۱۴۰۸). شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام. قم: مؤسسه اسماعیلیان.

- خوئی، ابوالقاسم (۱۴۱۷). مصباح الفقاهه. جلد اول، قم: مکتبه الداوری.

- سید عدنان القطیفی، سید منیر (۱۴۱۴). الرافد فی اصول الفقه. قم: نشر مکتب آیه الله السید السیستانی.

پیشنهاد می گردد با توجه به اهمیت مذاق شریعت در عرصه فقه جزایی، بابتی در زمینه مذاق شریعت نیز گشوده شود و متخصصان و کارشناسان این عرصه، به صورت دقیق به بررسی مباحث حیثیتی، عناصر شناسی، اسلوب های استنتاج آن و کارکردهای آن بپردازند. پس از کشف مذاق های شریعت در عرصه فقه جزایی، به گردآوری آن ها در مجموعه ای با همین عنوان اقدام نمود سپس این مجموعه در اختیار پژوهشگران و دست اندکاران عرصه فقه جزایی قرار گیرد. بدیهی است در صورت تنظیم و تبویب مذاق های شرع و جرح و تعدیل آن حسب نظر متخصصان امر، امکان بروز اختلاف و اشتباه در تشخیص مذاق های شارع و مآلاً پیدایش مذاق های متعارض در موضوعات واحد کاهش می یابد. اهمیت این موضوع خصوصاً از این جهت است که فقه جزایی مستقیماً با نفوس و اعراض شهروندان در ارتباط است و نمی توان با تکیه بر مذاق های حدسی یا متعارض در خصوص این مسائل اظهار نظر نمود.

ملاحظات اخلاقی: در این پژوهش تمامی ملاحظات اخلاقی رعایت گردیده است.

تعارض منافع: نگارش این مقاله، فاقد هرگونه تعارض منافی بوده است.

سهم نویسندگان: در این پژوهش، نویسنده اول به عنوان نویسنده مسؤول و نویسندگان بعدی به عنوان همکار می باشند.

تشکر و قدردانی: لازم است از تمام کسانی که در تدوین این مقاله ما را یاری رسانده اند، قدردانی نماییم.

تأمین اعتبار پژوهش: این پژوهش بدون تأمین مالی انجام گرفته است.

منابع و مأخذ

- آدابی، حمیدرضا (۱۳۹۳). جامعه شناسی جنایی. چاپ اول، تهران: مجمع علمی و فرهنگی مجد.

- صفاتی، زهره (۱۳۹۷). «حضور زنان در جامعه تطابق با مذاق شریعت یا سیره عقلا». مجله حوزه، ۳۸(۵): ۱۱۶-۱۲۳.
- طباطبائی، محمدحسین (۱۳۹۰). *تفسیر المیزان*. جلد اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- طریحی، فخرالدین (۱۴۱۶). *مجمع البحرین*. تهران: کتابفروشی مرتضوی.
- طوسی، محمدبن حسن (۱۳۸۷). *المبسوط فی فقه الامامیه*. جلد سوم، تهران: المکتبه المرتضویه لاحیاء الآثار الجعفریه.
- علیدوست، ابوالقاسم (۱۳۸۴). «فقه و مقاصد شریعت». نشریه فقه اهل بیت، ۴۱: ۱۱۸-۱۵۰.
- علیشاهی قلعه جوقی، ابوالفضل و ناصری مقدم، حسین (۱۳۹۰). «چیستی و کارکردهای مذاق شریعت». مجله فقه و اصول، ۸۶: ۱۵۷-۱۹۳.
- علیشاهی، ابوالفضل، (۱۳۸۹). «حجیت مذاق شریعت و چالش‌های پیش روی آن». فصلنامه تخصصی فقه و حقوق اسلامی، ۲۹: ۲۰-۹۱.
- عندلیب همدانی، محمد و ستوده، حمید (۱۳۹۱). «مذاق شریعت، جستاری در اعتبارسنجی و کارآمدی». مجله فقه اهل بیت، ۱۸(۷۰-۷۱): ۱۱۰-۱۱۷.
- فاضل لنکرانی، محمد (۱۴۲۲). *تفصیل الشریعه فی شرح تحریر الوسیله (الحدود)*. جلد دوم، قم: انتشارات مرکز فقهی ائمه اطهار (ع).
- فاضل مقداد، ابوعبدالله (۱۴۱۹). *کنز العرفان فی فقه القرآن*. جلد دوم، قم: مجمع جهانی تقریب مذاهب اسلامی.
- فراهیدی، خلیل بن احمد (۱۴۱۰). *العین*. قم: مؤسسه دارالهجره.
- کاشف الغطاء، جعفر (۱۴۲۲). *علی مصادر الحکم الشرعی والقانون المدنی*. جلد دوم، نجف: مطبعه الآداب.
- کلینی، ابوجعفر (۱۴۰۷). *الکافی*. جلد اول، تهران: دارالکتب الاسلامیه.
- مجلسی دوم، محمد بن باقر اصفهانی (۱۴۱۰). *بحارالانوار الجامعه لدرر اخبار الائمه الاطهار علیهم السلام*. جلد هفتاد هشتم و هشتاد و پنجم، بیروت: مؤسسه طبع و نشر.
- محقق داماد، سید مصطفی (۱۴۰۶). *قواعد فقه (جزایی)*. جلد چهارم، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
- مصطفوی، حسن (۱۴۱۶). *التحقیق فی کلمات القرآن الکریم*. جلد سوم، تهران: سازمان چاپ و انتشارات (وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی).
- مصطفی، ابراهیم؛ الزباب، احمد؛ عبدالقادر، حامد و النجار، محمد (۱۴۱۰). *المعجم الوسیط*. استامبول: دارالدعوه.
- مطهری، مرتضی (۱۳۷۲). *اخلاق جنسی در اسلام و جهان غرب*. چاپ هفتم، تهران: انتشارات صدرا.
- مظفر، محمدرضا (۱۳۸۸). *اصول الفقه*. ترجمه محسن غرویانی و علی شیروانی، جلد دوم، چاپ ششم، قم: انتشارات دارالفکر.
- معلوف، لویس (۱۳۸۰). *المنجد فی اللغة*. چاپ سی و هفتم، قم: ذوی القربی.
- مغنیه، محمدجواد (۱۴۲۱). *فقه الامام الصادق*. جلد سوم و ششم و چهارم، قم: مؤسسه انصاریان.
- منتظری، حسینعلی (۱۳۸۷). *مجازات‌های اسلامی و حقوق بشر*. چاپ اول، قم: ارغوان دانش.
- منتظری، حسینعلی (۱۴۱۲). *دراسات فی ولایه الفقیه و فقه الدوله الاسلامیه*. جلد دوم، قم: مرکز العالمی للدراسات الاسلامیه.
- موسوی خمینی، سید روح‌الله (۱۴۰۸). *تحریر الوسیله*. جلد دوم، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- موسوی خمینی، سید روح‌الله (۱۴۱۵). *المکاسب المحرمه*. جلد اول، قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
- مؤمن، محمد (۱۴۲۲). *مبانی تحریر الوسیله*. جلد دوم، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.

- نجفی، محمدحسن (۱۴۰۴). *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*. جلد چهارم، بیست و یکم، جلد بیست و دوم و هشتم، چاپ هفتم، بیروت: دار احیاء التراث العربی.

- هاشمی شاهرودی، سید محمود (۱۴۱۷). *بحوث فی علم الأصول (تقریر درس آیت الله محمدباقر صدر)*. جلد هفتم، بی جا: مرکز الغدیر للدراسات الاسلامیة.

- یزدی، محمد (۱۴۱۵). *فقه القرآن*. قم: مؤسسه اسماعیلیان.