

تقلیل‌گرایی نسبت به مجازات‌های سالب حیات در حقوق کیفری ایران

محسن برهانی*

محمدامین رادمند**

چکیده

مطابق با اصل چهارم قانون اساسی، قانون‌گذار در جمهوری اسلامی مکلف است بر مبنای فقه شیعی قانون‌گذاری نماید. معمولاً بالا بودن نرخ اعدام در ایران به فقه استناد داده می‌شود. در حالی که مراجعه به فقه به روشنی نشان می‌دهد که در رابطه با موضوع واحد، نظرات مختلفی وجود دارد. قواعد مختلفی در فقه وجود دارد که بر احتیاط در مسئله دماء تأکید دارد و اقتضای احتیاط آن است که هرگاه در مورد یک حکم فقهی مرتبط با جان انسان‌ها، دو استنباط مختلف وجود داشته باشد که یک نظر حکم به اعدام و نظر دیگر حکم به عدم اعدام می‌داد، باید مقنن نظری را برگزیند که حکم به عدم اعدام می‌دهد. این مقاله ضمن پذیرش فقه موجود و به حمل شایع در حوزه‌های علمیه و مبانی نظری و کلامی فقه رایج، در مقام بیان قواعد و دلایلی است که کثرت اعدام را جزو لوازم ذاتی فقه نمی‌داند و از درون فقه به دنبال کاهش مجازات اعدام در نظام حقوقی ایران است.

واژگان کلیدی

اعدام، تقلیل‌گرایی، مجازات سالب حیات، فقه، قواعد فرادستی، تقنین

* استادیار گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران

Email: m.borhani@ut.ac.ir

** دانش‌آموخته مقطع کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه تهران (نویسنده مسئول)

Email: aminradmand1@gmail.com

تاریخ پذیرش: ۹۵/۱۱/۹

تاریخ ارسال: ۹۵/۶/۳۰

فصلنامه راهبرد / سال بیست‌وششم / شماره ۸۲ / بهار ۱۳۹۶ / صص ۳۲۶-۳۰۷

جستار‌گشایی

یکی از مهم‌ترین حقوقی که از جانب خداوند به انسان‌ها موهبت شده حق حیات است و سلب این حق به عنوان مجازات همواره جزو بحث برانگیزترین مسائل نظام‌های کیفری بوده است. در رابطه با منشأ حق حیات و اینکه چه کسی این حق را به بشر اعطا نموده، با توجه به مبانی فکری مختلف میان اندیشمندان اختلاف نظر وجود دارد. مطابق نظر طرفداران حقوق طبیعی^۱ این حق، موهبت طبیعت به ماست اما طرفداران پوزیتیویسم حقوقی^۲ معتقدند این قانون‌گذار است که این حق را به بشر اعطاء کرده است. اما مطابق با پارادایم توحیدی، این حق، افضل حقوق خدادادی است و این خداوند است که این امانت را به بشریت موهبت کرده و منشأ این حق، ذات باری تعالی است. لذا در نظام‌واره و پارادایم توحیدی، حق حیات منشأی الهی داشته و از قداست و حرمتی بسیار برخوردار است. لازمه این حرف این است که سلب این حق نیز تنها در حیطة اختیار خداوند است و تنها اوست که می‌تواند این حق را سلب کند و دستور یا اجازه سلب آن را بدهد.

هم اکنون بسیاری از کشورها یا مجازات‌های سالب حیات را از قوانین خود حذف کرده‌اند و یا در عمل اجرا نمی‌کنند. تبعات اعدام‌ها در ایران چه در حوزه داخلی و چه در حوزه بین‌المللی گریبان‌گیر کشور می‌باشد. طبق آمارهای سازمان عفو بین‌الملل مطابق با اعلام سازمان‌های رسمی در ایران، در سال ۲۰۱۳ تعداد رسمی اعدام در ایران ۳۶۹ نفر و در سال ۲۰۱۴، ۲۸۹ نفر اعلام شده است. تعداد اعدام‌ها در ایران در سال ۲۰۱۵ نیز ۹۷۷ نفر اعلام شده است که نشان‌دهنده یک رشد فزاینده می‌باشد.^۳

از سوی دیگر در ایران مطابق اصول متعدد قانون اساسی و به طور خاص اصل چهارم، قوانین باید بر اساس موازین اسلام باشد و در میان موازین اسلامی، تنها علمی که از آن باید و نباید استخراج می‌شود علم فقه است و نویسندگان قانون اساسی نیز نظر به این دانش داشته‌اند. همچنین از آنجا که مذهب رسمی کشور جعفری اثنی عشری است، فقهی که بر مبنای آن قانون‌گذاری می‌شود، فقه شیعی است. پس تعبیر دقیق‌تر آن است که بگوییم قوانین باید براساس فقه امامیه باشد. لذا برای هر اصلاح و تغییری در قوانین در ایران باید به سراغ فقه رفت و راهکاری درون فقهی یافت. به همین دلیل با توجه به اثرات سنگین مجازات اعدام و تبعات شدید آن، اگر کاهش قاعده‌مند مجازات‌های سالب حیات یک هدف و ارزش باشد (که هست)، باید با توجه به این واقعیات به تفکر و تأمل اقدام نمود. البته بدیهی است که برخی

1. Natural Law

2. Legal Positivism

3. www.amnesty.com

مجازات‌های سالب حیات به صراحت در منابع شرعی ما آمده است که به هیچ وجه قابل چشم‌پوشی نیست و قانون اساسی و فرهنگ و مذهب مردم ایران حذف آنها را نمی‌پذیرد و الغای کامل مجازات سالب حیات در نظام کیفری فعلی ایران یک امر نشدنی و حتی مذموم است چرا که الغای کامل مجازات اعدام به معنای کنار گذاشتن جزئی از شریعت است.

مراجعه به فقه نشان‌دهنده این واقعیت است که در هر مسئله، نظرات و فتاوای مختلفی وجود دارد و این سوال مهم به ذهن متبادر می‌شود که چنانچه قانون‌گذار ایران بخواهد مطابق قانون اساسی و بر طبق فقه امامیه قانون‌گذاری کند، باید کدام نظر و فتوا را از میان نظرات و فتاوای مختلف انتخاب کند و لباس قانون را باید بر تن کدام یک از این نظرات و فتاوی بپوشاند؟ قطعاً این سؤال، پرسش مهمی است که جوابی دقیق می‌طلبد و نحوه پاسخ به این پرسش می‌تواند منشأ تغییرات و تحولات شگرفی در قوانین ایران باشد که پاسخ تفصیلی به این پرسش مجال دیگری می‌طلبد و در این مقاله تنها به اشاره‌ای گذرا اکتفا می‌شود. با توجه به حجیت‌گرا بودن فقه شیعه، در پاسخ به این پرسش راهکارهایی ارائه داده شده است مانند تبعیت قانون‌گذار از نظر مشهور یا تبعیت از نظراتی که در عمل برای اداره کشور کارآمدتر است و سایر رویکردهایی که قابل تصور است و هر کدام از این نظرات مستظهر به ادله و استدلالاتی هستند که در جای خود به آنها پرداخته شده است. اما آنچه این پژوهش مبتنی بر آن است، ارائه رویکردی است که انطباق بیشتری با قواعد و اصول فرادستی در شرع دارد و سپس انطباق این رویکرد با مجازات‌های سالب حیات و در نهایت واکاوی نتایج این انطباق است.

در این مقاله در مقام پاسخ به این پرسش خواهیم بود که با پذیرش ساختار فعلی تقنین و منابع استخراج گزاره‌های حقوقی در نظام حقوقی ایران، چه راهکارهایی جهت کاهش حداقل‌سازی مجازات سالب حیات در مرحله تقنین وجود دارد؟ به عبارت دیگر ضمن پذیرش تحلیل درون‌ساختاری و نیز التزام به قانون اساسی و شرع و عدم پیگیری این امر که باید بنیان‌های نظام حقوقی و فقهی ایران در هم ریخته شود، این مهم مورد تأمل قرار می‌گیرد که آیا تلازم قطعی میان پذیرش نظام حقوقی مبتنی بر فقه با ازدیاد مجازات اعدام وجود دارد؟ آیا نسبت مستقیم میان التزام به فقه و میزان مجازات‌های سالب حیات در یک نظام حقوقی برقرار است؟ و به عبارت دیگر آیا کثرت مجازات‌های سالب حیات، جزو ذاتیات فقه است؟ مقاله ضمن انکار این تلازم و ذاتی بودن این کثرت، در مقام اثبات رویکردی است که ضمن التزام به نظام فقهی رایج، تقلیل‌گرایی مجازات اعدام را از درون فقه موجود طلب می‌نماید و با استفاده از آورده‌های دانش فقه و قواعد و اصول آن، کاهش میزان مجازات‌های سالب حیات در نظام فقهی را امری ممکن و مطلوب و شرعی قلمداد می‌نماید.

۱. معیارهای رایج در تقنین

همان‌گونه که در مقدمه اشاره شد قانون‌گذار جمهوری اسلامی ایران مطابق با اصول چهار، هفتاد و دو، هشتاد و پنج، نود و یک، نود و سه، نود و چهار، یکصد و پنج و یکصد و هفتاد قانون اساسی، مکلف است که بر اساس موازین اسلامی و فقه شیعی قانون‌گذاری نماید. مراجعه به فقه آشکار می‌سازد که به علت تفاوت در مبانی و شیوه‌های اجتهادی در مسئله‌ای واحد، نظرات مختلف فقهی وجود دارد که هر یک از آنها مبتنی بر مبانی خاص استنباط هستند و بی‌شک آن نظرات فقهی برای صاحبان آن نظر و مقلدان دارای حجیت می‌باشند. حال با توجه به این تکرر، پرسشی اساسی فراروی قانون‌گذار قرار می‌گیرد که بر قامت کدام‌یک از این نظرات می‌تواند/باید ردای قانون پوشانده شود؟ در پاسخ به پرسش فوق تا به امروز نظریاتی مطرح گردیده است که ذیلاً به اختصار معرفی می‌گردند.

یکی از این نظریات، نظریه تبعیت از قول مشهور است. مطابق این نظریه، قانون‌گذار هنگام قانون‌گذاری با بررسی نظرات فقهی و تعداد قائلان هر نظر، موظف است آن نظری را وارد قانون کند که مطابق با قول مشهور فقه‌است. در حقیقت شهرت هر فتوا، ملاک ورود آن نظر به قانون می‌باشد (جناتی، بی تا: ۱۱۸).

نظریه دوم نظریه تبعیت از نظر فقهی فقهای شورای نگهبان است. طبق این نظریه هر قانونی که در مجلس به تصویب می‌رسد و به شورای نگهبان ارجاع می‌شود، باید به داوری نظرات فقهی اعضای فقیه شورای نگهبان برسد. به عبارت دیگر آنچه می‌خواهد به عنوان قانون در کشور لازم‌الاجرا شود، باید از نظر فقهی مطابق با قول فقهای شورای نگهبان باشد (چگینی‌زاده، ۱۳۷۷: ۱۰۳).

نظریه سوم، نظریه تبعیت از فتوای ولی فقیه است. مطابق با این نظریه براساس قانون اساسی، ولایت امر و امامت امت بر عهده یک فقیه عادل و باتقواست، کلیه قوانین از نقطه نظر فقهی، باید با نظرات ولی امر سنجدیده شود و آن فتاوایی وارد قانون کشور شوند که مطابق با فتوای ولی فقیه است (دفتر مطالعات حقوقی، ۱۳۹۰: ۱۸).

چهارمین نظریه قابل طرح، نظریه تبعیت از نظر فقهی فقهای شورا جز در موارد اختلافی با نظر ولی امر است. این نظریه در حقیقت تلفیقی از دو نظریه «تبعیت از نظر فقهی فقهای شورا» و «تبعیت از فتوای ولی فقیه» است و ادله و مبانی آن نیز ترکیبی از دو نظریه پیشین است. مطابق با این نظریه مبنای مطابقت قوانین با شرع نظر فقهی فقهای شورای نگهبان است ولی از آنجا که خود این فقها مأذون و منصوب ولی فقیه هستند، در مواقعی که ولی فقیه فتوای روشنی دارد، حق مخالفت با رهبری را ندارند (خضرای، ۱۳۷۸: ۲۸).

آخرین نظریه نیز نظریه تبعیت از نظر کارآمدتر است. طرفداران این نظریه معتقدند از بین فتاوا، آن فتوایی باید به صورت قانون در بیاید که در عمل برای اداره کشور مفیدتر و کارآمدتر است. این نظریه، حجیت‌گرایی در فقه شیعه را پذیرفته و معتقد است که تمام نظراتی که توسط فقهای جامع‌الشرایط بر مبنای قواعد صحیح فقهی صادر گردیده است، توانایی ورود به قانون را دارند و آنچه قانون‌گذار در انتخاب باید بدان توجه کند، این است که کدام نظر و فتوا در عمل بیشتر به سود بوده و کاربردی‌تر است (مهرپور، ۱۳۷۴: ۹۷).

توجه به این نکته ضروری است که هیچ‌کدام از این نظریات تا به امروز به صورت رسمی مورد پذیرش قرار نگرفته‌اند و این‌گونه نبوده است که قانون‌گذار ما یکی از این موارد را به صورت ثابت، سرلوحه قانون‌گذاری خود قرار داده باشد. در واقع قانون‌گذار پس از انقلاب دائماً مابین این نظریات در آمد و شد بوده است و اضطراب در اتخاذ مبنای، در محصل ساختار تقنینی یعنی قوانین موضوعه کاملاً مشهود است.

۲. قانون‌گذاری بر اساس قواعد و اصول فرادستی

یکی از نظریات قابل طرح درباره تعیین فتوای معیار در تقنین، قانون‌گذاری بر اساس قواعد و اصول فرادستی است. لازم به ذکر است که منظور از قواعد و اصول فرادستی، آن چیزی نیست که در ادبیات حقوقی به اسناد بالادستی از آن تعبیر می‌شود و کاملاً از آن متمایز است چرا که در ادبیات رایج حقوقی، اسناد بالادستی به قوانین و اسنادی مانند برنامه‌های توسعه پنج‌ساله و یا سیاست‌های کلی نظام اطلاق می‌شود اما در این پژوهش منظور از اصول و قواعد فرادستی، قواعد و اصول فقهی و غیرفقهی است که می‌تواند در منظومه نظام حقوقی-فقهی، قانون‌گذار را در انتخاب فتوایی که قرار است ردای قانون را بپذیرد یاری رساند. جایگاه این قواعد و اصول، فراتر از جزئیات فتاوا است و به مثابه نوری از بالا، نقشه راهی به مقنن ارائه می‌دهد. توجه به این مهم ضروری است که مخاطب این قواعد و اصول فرادستی، قانون‌گذار است و نه فقیهی که در مقام استنباط به منابع مراجعه می‌نماید چرا که برای فقیه، مستنبط خویش حجت است اما قانون‌گذار با استنباط‌های مختلف و فتاوای متفاوتی مواجه است که باید میان آنها اقدام به انتخاب نماید. قواعد و اصول فرادستی به مقنن یاری می‌رساند که میان فتاوای مختلف به داوری بپردازد و انتخابی روشمند و مبتنی بر منطقی روشن داشته باشد.

پیش از تبیین این نظریه و دلایل و مستندات آن، لازم است مقدماتی در این رابطه بیان

شود:

مقدمه اول اینکه این نظریه به تبع موضوع مقاله محدود به قوانین کیفری است و قوانین مدنی و شکلی از محل بحث خارج هستند چرا که رسالت این مقاله مباحث کیفری است و پرداختن به سایر شاخه‌ها نه محل بحث این پژوهش است و نه حجم این پژوهش اجازه ورود به سایر حیطه‌ها را می‌دهد.

مقدمه دوم اینکه این نظریه تنها در رابطه با جرایمی است که در یکی از نظرات فقهی برای آن جرم، مجازات سالب حیات پیش‌بینی شده است. منظور از مجازات‌های سالب حیات، اعم از حدود و قصاص است و بدیهی است که در اینجا منظور از قصاص، قصاص نفس است و نه قصاص اطراف. لذا سایر مجازات‌ها اعم از حدود و قصاص و تعزیرات که ارتباطی با مجازات‌های سالب حیات ندارند از موضوع بحث خارج هستند. دیات نیز طبیعتاً از موضوع بحث خارج است. البته واضح است که در مورد سایر جرایم و مجازات‌ها نیز این رویکرد می‌تواند راهگشا باشد. پس از بیان این دو مقدمه می‌توان وارد محتوای این نظریه شد.

مطابق با این نظریه، در مواردی که قانون‌گذار در جرایمی با اختلاف‌نظر بین فقها مواجه می‌گردد، به نحوی که برخی از فقها، مجازات جرمی را سلب حیات می‌دانند و برخی دیگر از فقها مجازاتی غیر از سلب حیات، قانون‌گذار باید بر آن فتوایی لباس قانون ببوشاند که مجازات را سلب حیات نمی‌داند. همچنین در مواردی که مطابق با یک نظر فقهی به منظور اجرای مجازات سالب حیات شرایط سخت‌تری وجود دارد و مطابق با یک نظر دیگر شرایط ساده‌تری، قانون‌گذار باید آن نظری را وارد قانون کند که شرایط سخت‌تری برای اجرای مجازات سالب حیات پیش‌بینی کرده است و بالتبع سخت‌تر شدن شرایط، مواردی که به اجرای مجازات سالب حیات منتهی می‌شود کاهش خواهد یافت و در این میان تفاوتی نمی‌کند که این نظر با قول مشهور، نظر فقهی فقهای شورای نگهبان و نظر فقهی ولی امر مطابقت دارد یا خیر و نیز تفاوتی نمی‌کند که این نظر با مصلحت جامعه سازگار هست یا خیر.

مطابق با این نظریه، اختلاف در انتخاب فتوای معیار در قانون‌گذاری اساساً در مواقعی بروز و ظهور پیدا می‌کند که قاعده‌ای فرادستی در این زمینه وجود نداشته باشد. لذا در مواردی که قواعد و اصول فرادستی و عمومات فوقانی وجود دارد، تکلیف قانون‌گذار تبعیت از آن قواعد است. این نظریه مدعی است در بحث مجازات‌های سالب حیات، دسته‌ای از قواعد و اصول بنیادین و فرادستی وجود دارد که به عنوان مرجحی شرعی و عقلی، موجبات ترجیح دسته‌ای از فتاوی بر دسته‌ای دیگر را فراهم می‌نماید.

۲-۱. قواعد و اصول فقهی حامی حق حیات

برای اثبات و موجه‌سازی این نظریه لازم است ابتدا به چند اصل و قاعده در متون فقهی و اصولی بپردازیم. این قواعد و اصول بیانگر شدت اهمیت و وسواس شارع در مسئله دماء می‌باشد و به عنوان چراغی روشن، راه را در سایر تنگناها روشن می‌سازد. پیش از بیان این اصول و قواعد لازم است اشاره شود که این اصول و قواعد گاهی در محتوا با یکدیگر تفاوت چندانی ندارند و در بادی نظر شاید میان برخی از آنها هم‌پوشانی وجود داشته باشد اما از آنجا که در تراث فقهی، فقها با ادبیات مختلف از این قواعد ذکری به میان آورده‌اند، در این نوشته نیز آن تعابیر به تفکیک مورد اشاره قرار گرفته است.

۲-۱-۱. قاعده احتیاط در دماء

در فقه دو مسئله جزو مسائل مهم محسوب می‌گردد: دم و عرض (شیخ انصاری، ۱۴۱۶هـ.ق: ۳۷۶ و آخوند خراسانی، ۱۴۰۹هـ.ق: ۳۵۵) که علی‌رغم ضرورت جریان برائت در تمامی شبهات موضوعی و حکمی، درباره این دو مسئله توصیه به احتیاط شده است و اصطلاحاً فقها در مسئله خون و آبرو احتیاطی هستند و نه برائتی. در این بین آنچه مرتبط با این پژوهش است مسئله احتیاط در دماء است. احتیاط در دماء به این معناست که اشخاص در جامعه و به طور خاص قاضی در مسائلی که مرتبط با مسئله دماء است با احتیاط بیشتری گام بردارند و نهایت دقت را به خرج داده و تا مطمئن نشده‌اند علیه دماء حکمی صادر ننمایند. می‌توان مسئله احتیاط در دماء را با مسئله تفسیر به نفع متهم تشبیه کرد؛ در اصل تفسیر به نفع متهم قاضی مکلف است در مواردی که قانون تاب تفاسیر متعدد دارد، تفسیری را برگزیند که به نفع متهم باشد. در مسئله احتیاط در دماء نیز باید تا جایی که امکان دارد به نحوی متون را تفسیر کرد که کمترین تعدی به مسئله دماء رخ دهد. حال اگر این قاعده - که جزء مسلمات فقه است - بخواهد در خصوص قانون‌گذار اجرایی شود، باید قانون‌گذار در تصویب قوانین مرتبط با جان، مسیر احتیاط را در پیش گیرد و در موارد مشکوک یا مواردی که دو فتوای مختلف در مسئله وجود دارد، به مقتضای قاعده احتیاط در دماء، محتاطانه با موضوع برخورد نماید و از تصویب قوانینی که مجازات سالب حیات را تجویز می‌کند، احتراز نماید. در برخی متون به نقیض این قاعده اشاره شده و از آن به عنوان قاعده عدم تهجم بر دماء نام برده شده است. در موارد متعددی عدم تهجم بر دماء به عنوان قاعده‌ای برای صدور حکم فقهی مدنظر قرار گرفته است (حلی، ۱۴۱۳ هـ.ق: ۳۱۴) منظور فقها از تهجم، بی‌پروایی و عدم رعایت احتیاطات است. بنابراین نه تنها رعایت احتیاط در مسئله دماء ضروری است بلکه عدم رعایت آن مذموم و غیرقابل پذیرش دانسته شده است.

۲-۱-۲. قاعده ابتناء حدود بر مسامحه

یکی از مواردی که در فقه امامیه به آن اشاره گردیده است، مسئله بناء حدود الهی بر تخفیف و مسامحه است (فاضل‌آبی، ۱۴۱۷ هـ.ق: ۴۹۶). به این معنا که در حدود باید سهل‌گیری نمود و به دنبال اثبات جرم و وضع مجازات نرفت چرا که آن‌طور که از نصوص روایی اصطیاد می‌شود، بنای شارع در حدود بر تخفیف و ساده‌گیری است و تا جایی که امکان داشته باشد، رفع مجازات بر اعمال مجازات ترجیح داده شده است.

به عنوان مثال فیض کاشانی در مفاتیح الشرایع بیان می‌کند چنانچه شاهی که علیه دیگری شهادت داده بعداً فاسق شود، درباره حقوق الناس دو نظر وجود دارد و عده‌ای معتقدند بر مبنای شهادت او حکم داده می‌شود و عده‌ای معتقدند حکم داده نمی‌شود اما در حق الله اختلاف‌نظری نیست و همه متفق هستند که در این موارد حکم به مجازات داده نمی‌شود. ایشان علت این اجماع را مبنی بودن حدود بر تخفیف می‌داند (فیض‌کاشانی، ۱۰۹۱ هـ.ق: ۳، ۲۹۶).

۲-۱-۳. اصل حقن دماء

یکی از قواعد موجود در فقه شیعه مسئله حقن دماء است. به این معنا که خون انسان‌ها باید محفوظ بماند و کسی حق تعرض به آن را ندارد مگر در مواردی که شارع به گرفتن جان اجازه داده است. فلذاست که اصل بر محقون بودن دم گذاشته شده است و چنانچه شخصی بخواهد حکم به هدر بودن خون دیگری بدهد باید بتواند دلیل کافی ارائه نماید.

به عنوان مثال در رابطه با تقیه، فقها بیان کرده‌اند که تقیه تا جایی معتبر است که به بحث خون برسد و چنانچه به خون رسید تقیه از بین می‌رود. در رابطه با تعلیل این حکم فقها به حقن دماء استناد کرده‌اند (کاشف الغطاء، بی‌تا: ۸۶).

۲-۱-۴. قاعده درء

قاعده درء یکی از مهم‌ترین قواعد فقهی جزایی است و درباره آن فراوان بحث صورت گرفته است. کتاب‌ها و مقالات مختلفی توسط علمای شیعه و اهل تسنن نگاشته شده و در رابطه با جزئیات این قاعده مطالب مفصلی نوشته شده است که البته در این مجال امکان پرداختن به آن وجود ندارد. «درء» بر وزن فرع در لغت به معنای دور کردن، رد کردن و دفع کردن آمده است. قاعده درء را می‌توان چنین تعریف کرد: حدود الهی با حصول شبهه ساقط می‌گردند. مستند این قاعده هم در منابع روایی امامیه (حرعاملی، ۱۴۱۶ هـ.ق: ج ۲۸) و هم در منابع روایی اهل سنت آمده است (ترمذی، بی‌تا: ۳۳).

در رابطه با اینکه منظور از شبهه در روایات قاعده درء چیست اختلاف نظر وجود دارد. برخی شبهه‌ای را موجب سقوط حد دانسته‌اند که نزد قاضی باشد، برخی نزد متهم و برخی نیز معتقدند نزد هر کدام از این دو که باشد برای سقوط حد کافی است. به نظر می‌رسد واقعیت این است که اساساً در این مقام و موارد دیگر، عمومات وارده که در مقام قانون‌گذاری تشریح می‌شود، همیشه به نحو قضیه‌ی حقیقیه است. در قضایای حقیقیه، نظر به مخاطب یا صنف خاص نیست. به عبارت دیگر، در مقام قانون‌گذاری و بیان قانون، هیچ‌گاه اشخاص و اصناف مورد نظر نیستند؛ بلکه قانون‌گذار، موضوع مقدرالوجود را در نظر گرفته و حکم را برای نفس طبیعت وضع می‌کند. بر این اساس در قاعده مورد بحث، حکم وجوب دفع مجازات، بر نفس طبیعت شبهه بار شده است و دیگر صنف خاصی از شبهه (نزد قاضی یا متهم) مورد نظر نیست. از این رو، شبهه مورد بحث ممکن است شبهه حاصله برای قاضی یا متهم و یا هر دو باشد (محقق داماد، ۱۳۸۳: ۷۲-۷۳). می‌توان گفت شبهه در قاعده درء از معنای لغوی خود دور نشده است. شبهه یعنی التباس و روشن نبودن واقعیت (حاجی ده‌آبادی، ۱۳۸۷: ۵۷). اگر بپذیریم که شبهه در این قاعده از معنای لغوی خود دور نشده است، دلیلی ندارد که شبهه را منحصر در مرحله اثبات بدانیم. بلکه مرحله افتاء و تقنین نیز محل اجرای این قاعده می‌باشد زیرا چنانچه گذشت، حکم وجوب دفع مجازات بر نفس طبیعت شبهه بار شده است و لذا در مرحله تقنین، شبهه در نزد قانون‌گذار را نیز دربرمی‌گیرد مثلاً موقعیتی که قانون‌گذار در برابر چند فتوا قرار می‌گیرد و برایش شبهه ایجاد می‌گردد که کدام‌یک را وارد قانون نماید، مجرای قاعده درء است و باید اقدام به درء مجازات سالب حیات از مرتکبین نماید.

۱-۲-۵. قاعده ترجیح اشتباه در عفو بر اشتباه در مجازات

اگر امام (قاضی) در موقعیتی قرار بگیرد که به یقین یا ظن معتبر در رابطه با مسئله‌ای نرسیده باشد و یا باید حکم به عفو بدهد و یا حکم به مجازات، و ما می‌دانیم که تنها یکی از این دو حکم در عالم واقع صحیح است، او ممکن است حکم به عفو بدهد در حالی که احتمال دارد در این حکم اشتباه کرده باشد و نیز ممکن است حکم به مجازات بدهد در حالی که احتمال دارد در این حکم اشتباه کرده باشد. مفاد این قاعده بیان می‌کند که اگر قاضی حکم به عفو بدهد و در این حکم اشتباه کرده باشد، بهتر از این است که حکم به مجازات بدهد و در این حکم اشتباه کرده باشد. فلذا قاضی باید در این موارد حکم به عفو بدهد.

در رابطه با مستند این قاعده باید گفت که در کتب اصولی، در ذیل مباحث مربوط به قاعده درء، به مستندات از اهل سنت اشاره گردیده (محقق داماد، ۱۳۸۳: ۴، ۴۴) از جمله به حدیثی اشاره گردیده که در ذیل آن به این قاعده پرداخته شده. متن این حدیث چنین است: عن

عائشه: قال رسول الله (ص) «ادرئوا الحدود عن المسلمین ما استطعتم، فان كان له مخرج فخلوا سبيله فانّ الامام ان یخطی فی العفو خیر من ان یخطی فی العقوبة» (ترمذی، ۱۴۲۴ هـ: ۳۳). در انتهای این روایت به یک قاعده کلی اشاره شده و آن این است که اگر امام (قاضی) در عفو دیگران خطا کند، بهتر از آن است که در مجازات دیگران خطا کند. اگر چه این روایت در منابع شیعی نقل نگردیده، اما بنا به دلایل و مستندات می‌توان محتوای این روایت را پذیرفت. این روایت از سویی مطابق با سایر قواعد و اصول امامیه است و به طور خاص با قاعده "ادرئوا الحدود بالشبهات" همخوانی دارد چرا که همین که احتمال خطا در حکم به مجازات وجود دارد، خودش از مصادیق شبهه است و حد با شبهه ساقط می‌شود. از سوی دیگر در موضوع بحث ما، به حکم عقل نیز کاملاً روشن است که مجازات انسان بیگناه قبح بیشتری دارد تا عفو خطاکار، کما اینکه بسیاری از خطاکاران وجود دارند که ثبوتاً خطاکارند اما هیچگاه پای میز محاکمه کشیده نشده‌اند و مجازاتی متحمل نگردیده‌اند. در کتاب فقهای شیعه نیز در رابطه با اینکه آیا قاعده درء شامل تعزیرات نیز می‌شود یا خیر، دلایلی مطرح شده و از جمله دلایل عموم روایت ان «الامام یخطی فی العفو خیر من ان یخطی فی العقوبة» است (موسوی بجنوردی، ۱۴۰۱: ۱۰۸۵).

۲-۱-۶. قاعده عدم مجازات به عنوان یک مرجح

در اغلب کتب اصولی بابت وجود دارد تحت عنوان تعادل و ترجیح یا کتاب التعارض که موضوع این باب آن است که اگر دو (یا چند) دلیل معتبر ظنی متعارض به دست ما رسید، باید به کدام یک عمل نمود؟ عده‌ای معتقدند به استناد روایات علاجیه، باید اقدام به ترجیح نمود. اما گروه دیگر دلالت یا سند این دسته از روایات را نمی‌پذیرند و ناچار به اصول عملیه متمسک شده عده‌ای قائل به تساقط هستند و براءت جاری می‌کنند و عده‌ای قائل به تخییر. در رابطه با مرجحات، نظر مشهور این است که مرجحات حصری بوده و تنها باید موارد منصوص در روایات را به عنوان مرجح پذیرفت. مرجحات منصوص نیز عبارتند از تأخر صدور، صفات راوی، شهرت، موافقت با قرآن، مخالفت با عامه (مظفر، ۱۴۲۸ هـ: ۲، ۱۹۸).

اما بررسی و تتبع در متون فقهی نشان می‌دهد که مواردی وجود دارد که فقیهان در مواجهه با دو دلیل که یکی حکم به مجازات و دیگری حکم به عدم مجازات می‌دهد، عدم مجازات را به عنوان یک مرجح در نظر گرفته‌اند و مجازات را مرجوح دانسته‌اند. به عنوان مثال مرحوم مجاهد طباطبایی در کتاب مفاتیح الاصول بیان می‌کند: «هنگامی که دو خبر متعارض باشند و یکی متضمن ثبوت حد باشد و دیگری متضمن نفی حد، بین فقها اختلاف وجود دارد که کدام یک راجح است. دسته اول معتقدند دلیلی که متضمن نفی حد است ترجیح دارد و

دسته دوم معتقدند دلیل که متضمن اثبات حد است ترجیح دارد». مرحوم مجاهد نظر دسته اول را می‌پذیرد. در بیان علت ترجیح نفی حد به ضرر بودن حد و لزوم دفع ضرر، قاعده درأ و قاعده ترجیح اشتباه در عفو بر اشتباه در مجازات اشاره شده است (طباطبایی المجاهد، ۱۲۹۶ هـ.ق: ۱، ۷۱۳).

۲-۱-۷. اصول سهولت و مدارا

در منابع اسلامی هم به سهولت دین و هم به تساهل اشاره شده است. مفاد ادله مذکور با یکدیگر متفاوت است. سهولت یعنی آسان بودن و تساهل یعنی آسان گرفتن. سهولت دین بیشتر به جنبه ثبوتی دین اشاره دارد و در یک حکومت اسلامی که خود را ملتزم به احکام اسلامی می‌داند، بیشتر خود را در مرحله تقنین نشان می‌دهد؛ در حالی که تساهل و تسامح بیشتر جنبه اجرایی دارد و ناظر به عملکرد مجریان قانون است (قیاسی، ۱۳۸۵: ۲۰). آیاتی در قرآن به مسئله سهولت در دین اشاره کرده است که می‌توان به آیه ۱۸۵ و ۲۸۶ سوره بقره، آیه ۷۸ سوره حج و آیه ۶ سوره مائده اشاره کرد. همچنین روایاتی نیز با این مضمون و فحوی در این زمینه وجود دارد (مجلسی، ۱۹۸۳: ۶۸، ۲۱۱) مجموعه آیات و روایات فوق نشان‌دهنده روح حاکم بر شریعت اسلامی است که بر آسانی و سهولت بنا گذاشته شده است.

۲-۲. مفاهیم موجد نگاه فرادستی

لازم است بعد از بیان قواعد و اصول فقهی قابل استناد، درباره چند مفهوم کلی که موجد نگاه فرادستی هستند بحث و توضیح صورت گیرد که با استفاده از این مفاهیم و تلفیق آن با اصول و قواعد به نتیجه‌گیری نهایی پرداخته شود. پیش از ورود به این بحث، ضروری است به این مهم اشاره گردد که این مفاهیم و منابع همان‌گونه که در غالب موارد به صورت مستقیم بر جریان استنباط احکام توسط فقیه تأثیرگذار نیستند، بر نگاه مقنن نیز به طور مستقیم تأثیر ندارند اما توجه به این موارد در شکل‌دهی و ساختارمند کردن ذهنیت مقنن قابل توجه است. به عبارت دیگر مقنن به این مفاهیم با نگاه "اسنادی" و به عنوان یک منبع مورد استناد توجه نمی‌کند بلکه وجود این مفاهیم و توجه به آنها می‌تواند ذهنیت مقنن را به سمت خاصی سوق دهد و بر برداشت و تصمیم‌گیری نهایی وی تأثیرگذار باشد.

۲-۲-۱. مذاق شریعت

یکی از اصطلاحات نو که به لحاظ روش‌شناسی از اهمیت بسیار برخوردار است و نخستین بار صاحب جواهر آن را به طور گسترده به کار برده، اصطلاح «مذاق» است. وی کلمه مذاق را به صورت ترکیبی در اصطلاحاتی چون مذاق شریعت (نجفی، ۱۳۹۲ هـ.ق: ۱، ۳۰۳)، مذاق فقه (نجفی، ۱۳۹۲ هـ.ق: ۶، ۴۲)، مذاق اصحاب (نجفی، ۱۳۹۲ هـ.ق: ۶، ۴۹)، مذاق قواعد شریعت

(نجفی، ۱۳۹۲ ه‍.ق: ۸، ۳۷۰)، مذاق عامه (نجفی، ۱۳۹۲ ه‍.ق: ۱۰، ۳۰۹)، مذاق اهل کتاب (نجفی، ۱۳۹۲ ه‍.ق: ۷، ۲۲۸) و مذاق خصم (نجفی، ۱۳۹۲ ه‍.ق: ۱۴، ۳۵۸) به کار برده است. فقیهان پس از وی نیز به طور مکرر از این اصطلاحات استفاده کرده و اصطلاح مذاق و به خصوص «مذاق شریعت» وارد گفتمان فقهی شیعه شده است. هنگامی که فقیه مجموعه‌ای از احکام مختلف را در کنار یکدیگر قرار می‌دهد، به این نتیجه می‌رسد که عقلاً، نگاه مجموعی به این دسته از احکام، مقتضی حکم دیگری است یا اینکه از نصوص مختلف و پراکنده، می‌تواند به یک دلیل ضمنی که از مجموع دلایل صریح به دست آمده، دست یابد (همدانی و ستوده، ۱۳۹۱: ۱۳۲).

هنگامی می‌توان از مذاق شریعت یا شارع سخن بگوییم که عناصر زیر وجود داشته باشد: الف- حکم یا قاعده روشنی وجود داشته باشد. ب- استناد آن به شارع قطعی باشد. ج- این قاعده یا حکم، مدلول صریح یا ضمنی منابع چهارگانه کتاب و سنت و اجماع و عقل نباشد. وجود این قید به خاطر این نکته هست که با وجود دلیل، ضرورتی به استناد حکم به مذاق وجود ندارد. بر این اساس مذاق شریعت و یا مذاق شارع وجود و عنوان مستقلی می‌یابد. منظور از مدلول ضمنی دلیل، بخشی از مفاهیم و قواعد اصطیادی می‌شود زیرا قاعده اصطیادی مستند به احکام متفرقی است که همه حکایت از وجود یک قاعده کلی می‌کند مانند روایات پراکنده در باب ضمان که فقیهان از مجموع آنها قاعده‌ای به نام قاعده اتلاف را بنا نهاده‌اند (حکمت‌نیا، ۱۳۸۵: ۱۵).

حجیت مذاق شریعت نیز به خاطر قطع و علم به اراده تشریعی شارع است. این مطلب در کلمات فقیهان به صورت مکرر بیان شده است. آنان در اغلب مواردی که از مذاق شریعت سخن می‌گویند، از معلوم و مقطوع بودن آن سخن به میان آورده‌اند (حکمت‌نیا، ۱۳۸۵: ۲۲). فلذا می‌توان گفت که مذاق شریعت مفهومی است اصطیادی که فقها از طرق مختلف و از جمله از طریق غور در احکام و آیات و روایات مختلف استشمام می‌کنند و اصطیاد می‌کنند که روح حاکم بر احکام چیست. حال با توجه به تعریف مذاق شریعت و با مراجعه به متون مختلف شرعی، می‌توان روح حاکم بر احکام را اجتناب حداکثری از مجازات‌های سالب حیات دانست. مقنن باید به این مذاق اصطیادی توجه داشته باشد و آنگاه که با فتاوی‌ای مختلف در موضوع واحد مواجه است، آن فتاوی‌ای را در تقنین منتخب خود قرار دهد که با روح حاکم بر شریعت انطباق بیشتری دارد.

۲-۲-۲. نظام‌سازی بر مبنای نظریه شهید صدر در اقتصادنا

مرحوم شهید صدر به عنوان یکی از نوابع دوران معاصر در کتاب "اقتصادنا" نظریه‌ای را مطرح نموده که نه تنها در حوزه احکام و مسائل اقتصادی، که در همه احکام اسلامی که ثمره‌ای در مسائل اجتماعی دارند قابل بهره‌برداری است.

شهید صدر پس از تبیین ضرورت مکتب اقتصادی اسلام، به طرح این موضوع می‌پردازد که مجموعه احکام و ارزش‌های دینی نمی‌تواند یک مجموعه ناهماهنگ و نامتجانس باشد، بلکه باید منسجم و نظام‌مند باشد و اگرچه ارزش‌های دینی انسجام دارند، اما این ارزش‌ها در هیچ‌کدام از متون دینی به صورت طبقه‌بندی شده و منظم - همان‌گونه که در کتاب‌های درسی مرسوم است - تبیین نشده‌اند در نتیجه ما به‌طور مستقیم به آنها دسترسی نداریم. اما چون احکام الهی - که همان حلال‌ها و حرام‌ها می‌باشند - تجسم ارزش‌های دینی‌اند، می‌توان از طریق این احکام به ارزش‌های منسجم و مکتب اقتصادی اسلام دست یافت. به همین دلیل شهید صدر این روش را روش کشف نامگذاری می‌کند زیرا از طریق احکام، به کشف ارزش‌های منسجم دینی در زمینه اقتصاد می‌رسد. بنابراین در این روش احکام نقش کلیدی برای کشف مکتب اقتصادی اسلام دارند (صدر، ۱۳۷۵: ۳۶۹). ایشان تصریح می‌کند که شاید فقط ۵ درصد از احکام در دسترس ما صورت قطعی احکام الهی به شمار می‌روند (صدر، ۱۳۷۵: ۳۹۵). بر این اساس ایشان به ضرورت روش فقها مبنی بر جانشینی احکام اجتهادی به جای احکام واقعی می‌پردازد. مجتهد به احکامی از روی اجتهاد می‌رسد که اگرچه ممکن است با احکام واقعی متفاوت باشد اما به دلیل رعایت موازین مورد تأیید، اعتبار دارند یا به تعبیری از حیث برخورد دارند. شهید صدر به این نکته مهم اشاره می‌کند که از اجتهادات مختلف، احکام گوناگونی به دست می‌آیند که همگی اعتبار شرعی دارند. لذا از اجتهادات گوناگون مجتهدان، مکاتب اقتصادی متعددی به دست می‌آید که چون همه آنها از اجتهادات معتبر به دست آمده‌اند، همگی نیز اعتبار شرعی دارند و می‌توانند پسوند اسلامی داشته باشند. سپس ایشان تصریح می‌کنند که اگرچه همه مکاتب اقتصادی به دلیل اینکه از طریق اجتهادات معتبر به دست آمده‌اند، اما الزاماً در جامعه تنها باید یکی را برگزید و به آن عمل کرد. بدان جهت شهید صدر به دنبال دستیابی به معیارهایی است که بتوان به وسیله آنها، به ارزیابی مکاتب اقتصادی اسلام پرداخت و یکی از آنها را برگزید. ایشان دو معیار گزینش مکتب را بیان می‌کنند: قوی‌ترین عناصر درون مکتب، توان‌ترین در حل مشکلات اقتصادی و در تحقق بخشیدن به اهداف عالی اسلام (صدر، ۱۳۷۵: ۳۹۴). مرحوم شهید صدر به این نکته واقف هستند که احکام اجتهادی یک فرد ممکن است به علل مختلفی انسجام نداشته باشد و نتوان از کنار هم نهادن نظرات یک

فرد، به یک مکتب منسجم دست یافت. در نتیجه از آنجا که امکان انسجام احکام اجتهادی که از سوی مجتهد معین به دست آمده است وجود ندارد. پس امکان بنای مکتب اقتصادی نیز منتفی می‌شود.

شهید صدر برای حل مشکل فوق به تفکیک و تبیین دو جنبه و حیثیت می‌پردازد. اولین حیثیت جنبه اجتهاد است. در این جنبه باید موازین معین و مشخصی را رعایت کرد و از روشی ویژه پیروی نمود. از این طریق احکامی استنباط می‌شوند که اگرچه با یکدیگر همخوانی لازم را ندارند، اما همه آنها اعتبار شرعی دارند. جنبه دوم جنبه اکتشاف و کشف مکتب است. در این مرحله باید به انسجام احکام برای دستیابی به مکتب اندیشید. بر این اساس به عنوان مثال هرگاه پژوهشگر مجموعه اجتهادات خویش را درباره عامل مالکیت بررسی کند و ملاحظه نماید که همه اجتهادات به این نکته می‌انجامد که کار، عامل مالکیت است، اما در این میان حکمی استثنایی یافته است، در این صورت به عنوان مکتشف می‌تواند از دیگر فتاوایی که سایر فقها دارند، فتوایی متناسب با سایر فتاوای خویش برگزیند. زیرا در این مرحله گام را از جنبه عملی فراتر نهاده و به جنبه نظری رسیده است. در این مرحله که عملیات کشف مکتب اقتصادی اسلام آغاز شده است، لازم است که احکام، مجموعه به هم پیوسته باشند. اگر از طریق اجتهاد شخصی چنین مجموعه منسجمی یافت نشد، در این صورت نباید از ایمان و اعتقاد به انسجام ارزش‌های دینی دست برداشت. در این صورت تنها راه دستیابی به مجموعه منسجم ارزش‌ها، استعانت از فتاوای دیگر مجتهدان است. حداقل اینکه، این مجموعه طرحی است که ممکن است با واقعیت دیدگاه اسلامی نیز هماهنگی داشته باشد. این امکان تطبیق با واقعیت احکام کمتر از امکان مطابقت دیگر احکام اجتهادی با واقعیت نیست. زیرا همه آنها از اجتهادات معتبر دینی به دست آمده‌اند (یوسفی، ۱۳۷۹: ۱۱۸).

توجه دوباره به این نکته خالی از فایده نیست که اگرچه نظریه شهید صدر در رابطه با مکتب اقتصادی اسلام بیان شده است، اما منطق حاکم بر آن بر عرصه‌های دیگر نیز قابل تسری است و خود ایشان نیز بر این قابلیت تأکید فرموده‌اند. استفاده از این نوع نگاه در موضوع مقاله بسیار قابل استفاده است چرا که چنانچه در بالا ذکر شد اگر پژوهشگر مجموعه اجتهادات خویش را درباره مجازات سالب حیات بررسی کند و ملاحظه نماید که همه اجتهادات به این نکته می‌انجامد که مجازات سالب حیات امری مرجوح است و شارع از آن احتراز دارد اما در این میان حکمی استثنایی یافته است که بر سلب حیات تأکید دارد، در این صورت می‌تواند از دیگر فتاوایی که سایر فقها دارند، فتوایی متناسب با سایر فتاوای خویش برگزیند و آن را جایگزین برداشت خود نماید. مقنن نیز می‌تواند از این نگاه بهره‌بردار چرا که بعید نیست بتوان ادعا نمود

که روح حاکم بر مکتب جزایی اسلام پرهیز از مجازات سلب حیات است حتی در موارد منصوص نیز سختگیری در مرحله اثبات و سهولت در سقوط مجازات و ... دلایل مختلفی هستند که این بعد از مکتب جزایی را مورد تأکید قرار می‌دهند و وجود این مکتب راه را بر تقلیل مجازات سالب حیات هموار می‌سازد.

۲-۳. نظریه روان‌شناسی گشتالت

همزمان با انقلاب صنعتی، علم روان‌شناسی نیز به سمت تحلیل مکانیکی رفتارهای انسان سوق پیدا کرد. اما روان‌شناسی گشتالت در برابر تحلیل مکانیکی رفتار انسان قیام کرده و این شیوه تحلیل را به چالش کشید. مطابق با روان‌شناسی گشتالتی، ساختمان دفاعی انسان چنین اقتضای می‌کند که هنگام شنیدن یک آهنگ موسیقی یا دیدن یک دورنما، بی‌درنگ صورت کلی هریک را درمی‌یابیم و توجهی به تک تک اصوات یا الوان متعددی که آهنگ یا دورنما را ترکیب کرده‌اند نداشته باشیم. با افکندن نظر به یک قالی، بی‌درنگ مجموع آن - زمینه، حاشیه، نقش - در ذهن ما منعکس می‌شود و بدون آن که تصور روشنی از خصوصیات رنگ‌ها و جزئیات نقوش آن داشته باشیم، کیفیت عمومی آن را استنباط می‌کنیم. زیرا اولاً کل چیز غیر از اجزاء خود است، ثانیاً انسان کل را درک می‌کند و نه جزء را. اگر پنج نقطه را در پی یکدیگر قرار دهیم مجموع آن‌ها به صورت یک خط نمودار می‌گردد. در صورتی که همین پنج نقطه را می‌توان وسیله نمایش یک پنج ضلعی قرار داد. پنج نقطه در هر حال پنج نقطه است اما چون صورت خط بدان‌ها دهیم "کیفیت صورت‌بندی خط" بر آنها افزوده می‌شود و چون به شکل پنج ضلعی درآوریم "کیفیت صورت‌بندی پنج ضلعی" بر کمیت آن‌ها افزوده می‌شود. به نظر مکتب گشتالت از این مثال‌ها برمی‌آید که نفس انسان علاوه بر احساس‌هایی که از عالم خارج می‌گیرد، خود نیز نیرو و قدرت خلاقه دارد و برای درک اجزاء حسی، به آنها صورت‌بندی کلی و گروهی می‌دهد (پژوهنده، ۱۳۳۲: ۶۴۴). آنچه از روان‌شناسی گشتالت قابل استفاده است اینکه انسان از طریق دیدن اجزاء یک مجموعه، می‌تواند کلیتی از مفهوم را متوجه شده و نقاط خالی پازل را پر کرده روح حاکم بر آن را کشف کند. حال اگر این نگاه را در موضوع مقاله تطبیق دهیم خواهیم دید که با نگاهی کلی به موضوع فقه اسلامی و احکام مرتبط با دماء، احتراز شارع از بحث سلب حیات و اهتمام آن به حفظ جان براساس نگاه گشتالتی قابل استنباط است. لذا نمی‌توان به این نگاه بی‌توجه بود و قانون‌گذار نیز باید به این امر اهتمام ورزیده و از تسرع در دماء در مرحله تقنین پرهیز نماید.

۲-۳. تطبیق قواعد و اصول بر مفاهیم

از مجموعه مقدمات فوق، شامل اصول و قواعد فقهی و نیز مفاهیم فوق‌الذکر می‌توان اقدام به نتیجه‌گیری کرد. اصول و قواعد فقهی که به کرات مورد استناد فقها قرار گرفته است، شامل قاعده ترجیح اشتباه در عفو بر اشتباه در مجازات، قاعده درء، قاعده احتیاط در دماء، اصل حقن دماء، قاعده عدم تهجم بر دماء، قاعده مبنی بودن حدود بر مسامحه، قاعده عدم مجازات به عنوان یک مرجح و اصول سهولت و مدارا را اگر در کنار مفهوم مذاق شریعت، نظریه شهید صدر و نظریه روان‌شناسی گشتالت قرار دهیم، به این نتیجه خواهیم رسید که روح حاکم بر شریعت اسلامی و معارف اهل بیت، تحفظ و احتیاط تام در مسئله مهم دماء است. به این معنا که مذاق شریعت اسلام این است که تا حد ممکن جان مسلمین در امان بماند و سلب حیات جز در موارد مصرح و شفاف صورت نگیرد. اگر بپذیریم که نظام اسلامی برآمده از شریعت قواعد و قوانینش باید از یک هماهنگی و هارمونی برخوردار باشد و آن چنان که مرحوم شهید صدر بیان کرده‌اند یک مکتب منسجم داشته باشد، باید قوانین مرتبط با سلب حیات را در یک منظومه هماهنگ و منسجم تدوین نماییم که روح واحدی در تمام اجزای آن جریان داشته باشد و این روح واحد چیزی نیست جز احتیاط در مسئله سلب حیات. فقدان این روح کلی بر قوانین است که موجب می‌گردد قانون‌گذار در موادی (مانند ماده ۲۳۴ ق.م.ا) کاملاً با احتیاط برخورد کند و در موادی دیگر (مانند ماده ۲۸۶ ق.م.ا و مواد قانون جرایم نیروهای مسلح) چنان بی‌پروا تسرع در دماء نماید که اسباب تعجب همگان را فراهم می‌آورد. از منظر روان‌شناسی گشتالت نیز از کنار هم نهادن آیات و روایات و قواعد فقهی، مسلماً روح کلی حاکم بر شریعت فهمیده می‌شود و این روح کلی چیزی جز مراقبت تام و تمام در مسئله دماء نیست.

چنانچه قانون‌گذار بخواهد در مسئله‌ای بر قامت یکی از نظرات فقهی قبابی قانون بپوشاند، مکلف است قواعد و اصول مسلم فقهی و مذاق و روح حاکم بر شریعت را مدنظر قرار داده و چنانچه در موضوع واحد نظرات متعدد فقهی وجود داشته باشد که بعضی معتقد به سلب حیات و بعضی معتقد به عدم سلب حیات است، آن نظری را وارد قانون نماید که معتقد به عدم سلب حیات است و این‌گونه است که روح حاکم بر شریعت ملحوظ می‌گردد و هماهنگی با مذاق و روح شریعت خود مرجحی است برای قانون‌گذار در انتخاب مبنای فتوای معیار در قانون‌گذاری. این نظریه نه فقهی و نه غیرفقهی بلکه فرا فقهی است و تلاش دارد براساس فقاہت موجود به یافتن امری فراتر از فتاوی فقهی همت گمارد و قانون‌گذار را بدون برهم زدن ساختار موجود فقه به سمت و سوی تقلیل مجازات سالب حیات سوق دهد و درحقیقت این امر به عنوان عامی

فوقانی بر تمام نظرات دیگر (نظریه تبعیت از قول مشهور، نظریه تبعیت از نظر فقهی فقهای شورای نگهبان و سایر نظراتی که قبلاً نقل و نقد گردید) تفوق دارد.

فرجام

در پاسخ به این سؤال که در میان نظرات موجود فقهی باید کدام نظر را وارد قانون نمود؟ جواب‌های متعددی مطرح گردیده که عمده آنها عبارت است از تبعیت از قول مشهور، تبعیت از نظر فقهی فقهای شورای نگهبان، تبعیت از نظر ولی فقیه، تبعیت از نظر فقهی فقهای شورا جز در موارد اختلافی با نظر ولی امر و تبعیت از نظر کاربردی‌تر. اما این پژوهش مدعی است که نظریه‌ای وجود دارد که می‌توان در مواردی که در فقه درباره سالب حیات بودن یا نبودن مجازاتی اختلاف نظر وجود دارد، به آن مراجعه نمود.

مطابق با نظریه مختار این پژوهش، مراجعه به فقه شیعه نشان‌دهنده اصول و قواعدی است که می‌تواند در پاسخ به این سؤال راهگشا باشد. در فقه شیعه مسئله دماء جزو امور مهمه می‌باشد و شارع بالاترین حساسیت را نسبت به حفظ آن داشته است. این مسئله از تعدد قواعد و اصولی فهمیده می‌شود که در طول تاریخ توسط فقهای امامیه از آیات و روایات برداشت شده است. قاعده احتیاط در دماء، قاعده مبتنی بودن حدود بر مسامحه، اصل حقن دماء، قاعده عدم تهجم بر دماء، قاعده درأ، قاعده ترجیح اشتباه در عفو بر اشتباه در مجازات، قاعده عدم مجازات به عنوان یک مرجح، اصول سهولت و مدارا در مسئله دماء مواردی هستند که در فقه امامیه مطرح گردیده و نشان‌دهنده اهمیت شگرف حق حیات در پارادایم دینی است. از سوی دیگر مفاهیمی وجود دارد که نشان می‌دهد از کنار هم قرار دادن برخی اصول جزئی، می‌توان یک مفهوم کلی و روح حاکم بر آن اصول را کشف نمود. از جمله این مفاهیم که طریقه وصول از احکام جزئی به احکام کلی هستند نظریه شهید صدر در کتاب اقتصادنا، مذاق شریعت و نظریه روان‌شناسی گشتالت است. اگر آن اصول و قواعد حامی حق حیات با نگاهی که مفاهیمی مثل نظریه شهید صدر و نظریه گشتالت ارائه می‌دهند، مورد مذاقه قرار گیرد، مشخص می‌گردد که تمام این اصول و قواعد نشان‌دهنده یک قاعده فوقانی و فرادستی است که بیانگر اهمیت مسئله دماء و حق حیات نزد شارع است و روشن می‌سازد که این قاعده فرادستی، در بسیاری از موارد و مسائل بر سایر قواعد و اصول تفوق و برتری دارد.

پاسخ به پرسش «کدام فتوا؟» آن خواهد بود که در مواردی که بین نظرات فقهی اختلاف است، به نحوی که یک نظر حکم به سلب حیات و نظر دیگر حکم به عدم سلب حیات می‌دهد، باید نظری را برگزید که حکم به عدم سلب حیات می‌دهد. این نظر نیز مستند و مستظهر به همان قواعد و اصول و روح حاکم بر آنهاست.

عمل به نظریه این پژوهش چند ویژگی مهم دارد: اولاً از حق حیات به عنوان مهمترین موهبت خداوند به خوبی پاسداری می‌شود، ثانیاً تعداد مجازات‌های سالب حیات در مرحله تقنین به نحو بسیار چشمگیری کاهش پیدا می‌کند، ثالثاً نه تنها قدمی از شریعت و فقه عقب‌نشینی صورت نگرفته، بلکه مبانی فقهی هرچه بیشتر پاس داشته شده است و نظریه‌ای کاملاً درون دینی و درون فقهی به سامان‌بخشی استفاده بی‌حد و حصر از مجازات سالب حیات اقدام نموده است، رابعاً در قانون‌گذاری رویکرد واحدی را ارائه می‌دهد و قانون را از وضعیت متشتت فعلی نجات می‌دهد، خامساً و از همه مهمتر اینکه با پذیرش ساختار فعلی تقنین و بدون تغییرات بنیادین و ساختاری در روش قانون‌گذاری، به صورت کاملاً عملی قابلیت اعمال در نظام حقوقی کیفری ایران را داراست. هم‌اکنون در نظام کیفری ایران مجموعاً تعداد ۶۹ ماده قانونی مجازات سالب حیات را تجویز می‌نماید. اگر نظریه مختار در ساختار فعلی قانونی کشور اجرا شود، تعداد ۵۷ مورد مجازات سالب حیات از مواد موجود در قوانین کاملاً حذف می‌گردند. در سه مورد نیز اجرای مجازات سالب حیات کاهش قابل توجهی خواهد یافت؛ به این بیان که در ماده ۴ قانون جرایم نیروهای مسلح و ماده ۲۸۷ قانون مجازات اسلامی قانون باید به نحوی تنظیم شود که مجازات محارب تنها در صورتی اعدام باشد که محارب اقدام به قتل نماید و نباید این‌گونه باشد که قاضی بتواند در هرشرایطی از مجازات اعدام استفاده کند. به عبارت دیگر قانون‌گذار باید ترتیبی بودن مجازات محارب را وارد قانون نماید و نه تخییری بودن را. در رابطه با مجازات قصاص نیز اگر قانون‌گذار آن نظری را وارد قانون نماید که حق قصاص را حق مجموعی می‌داند و قصاص نفس را منوط به خواست تمام اولیای دم بداند و با گذشت یکی از اولیای دم قصاص ساقط شود، اجرای قصاص عملاً کاهش قابل توجهی خواهد یافت که این خود نشان‌دهنده تاثیر شگرف این نظریه در کاهش تعداد مجازات‌های سالب حیات است و در نهایت تنها ۹ عنوان باقی می‌ماند که مشتمل بر مجازات سالب حیات است که اکثر آنها مرتبط با جرایم حدی است که ادله اثباتی آنها بهترین مانع در جهت عدم اثبات این جرایم و در نهایت اجرای مجازات اعدام است. در پایان براساس نظریه مختار مواردی از مجازات‌های سالب حیات که با پذیرش این نظریه از نظام کیفری ایران رخت خواهند بست در قالب نمودار زیر تقدیم می‌گردد. این نمودار بیانگر مواردی است که در قوانین مختلف مجازات سالب حیات پیش‌بینی شده است اما به علت اختلافی بودن تجویز مجازات اعدام برای این جرایم در فقه، با اجرای نظریه مطرح شده در این پژوهش این موارد از زرادخانه کیفری ایران کنار گذاشته خواهند شد که بیشترین میزان نیز مربوط به مجازات افساد فی‌الارض است. چرا که اکثر اعدام‌های موجود در قوانین کیفری ایران مربوط به این جرم است و مفصلاً در جای خود ثابت شده است که اصل

وجود چنین عنوان مجرمانه‌ای و نیز کیفر اعدام برای این جرم در فقه شیعی محل تردید جدی است و طبق مبنای مطرح شده در این پژوهش باید کنار گذاشته شود.

موارد مجازات سالب حیات که در صورت اجرای نظریه مختار حذف خواهند شد

ردیف	نام قانون	شماره ماده
۱	قانون راجع به جلوگیری از احتکار	۶
۲	قانون راجع به مجازات اخلاک‌گران در صنایع نفت ایران	۱
۳	قانون تنظیم توزیع کالاهای مورد احتیاج عامه و مجازات محتکران و گرانفروشان	۱
۴	قانون اصلاح قانون مبارزه با مواد مخدر و الحاق موادی به آن مصوب ۰۳/۰۸/۱۳۶۷ مجمع تشخیص مصلحت نظام	بند ۴ م ۲، بند ۴ م ۴، تبصره م ۴، بند ۴ و ۵ و ۶ م ۵، بند ۶ م ۶، بند ۶ م ۸، ۹، ۱۱، ۱۸، ۳۵
۵	قانون مجازات اخلاک‌گران در نظام اقتصادی کشور	۲
۶	قانون مجازات جرائم نیروهای مسلح	۱۷، ۲۰، ۲۱، بند الف وج و ه م ۲۴، تبصره ۲ م ۲۴، ۲۹، ۳۰، ۳۱، ۳۲، ۳۴، ۳۵، ۳۷، بند الف م ۴۲، ۴۳، بند الف م ۴۴، بند الف م ۵۱، ۷۱، ۷۲، ۷۳، ۷۴، بند الف م ۷۸، ۸۷، ۹۲، تبصره ۱ م ۹۳، ۹۴، ۱۱۵
۷	قانون مجازات اسلامی (در رابطه با سایر انبیاء)، ۲۸۶، ۳۰۴، ۳۵۰، ۳۵۷، ۴۲۳	
۸	قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء و اختلاس و کلاهبرداری	۴
۹	قانون تشدید مجازات جاعلین اسکناس و واردکنندگان، توزیع‌کنندگان و مصرف‌کنندگان اسکناس مجعول	ماده واحده
۱۰	قانون نحوه مجازات اشخاصی که در امور سمعی و بصری فعالیت‌های غیرمجاز می‌کند	بند الف م ۳
۱۱	قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز	۳۱

منابع

قرآن کریم.

انصاری، شیخ مرتضی (۱۴۱۶هـ.ق)، *فرائدالاصول*، چاپ پنجم، قم: مؤسسه النشر الاسلامی التابعة لجماعة المدرسين.

پژوهنده (خرداد ۱۳۳۲)، بحثی درباره روانشناسی گشتالت، *فرهنگ نو*، شماره ۸.

جناتی، محمدابراهیم (بی‌تا)، *منابع اجتهاد از دیدگاه مذاهب اسلامی*، بی‌جا.

چگینی‌زاده، عبدالرحیم (۱۳۷۷)، «سیر قانون گذاری در جمهوری اسلامی ایران با توجه به نقش شورای نگهبان و با نگاهی به اصل دوم متمم قانون اساسی مشروطیت ایران»، *پایان نامه کارشناسی*

ارشد، دانشکده حقوق دانشگاه تهران.

حاجی ده‌آبادی، احمد (۱۳۸۷)، **قواعد فقه جزایی**، چاپ دوم، قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.

حر عاملی (۱۴۰۹ هـ.ق)، **وسائل الشیعه**، قم: مؤسسه آل‌البیت.

حکمت‌نیا، محمود، (تابستان ۱۳۸۵)، «مذاق شریعت»، **مجله فقه و حقوق**، شماره ۹.

حلی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی (علامه حلی)، (۱۴۱۳ هـ.ق)، **مختلف الشیعه فی احکام**

الشریعه، جلد ۹، چاپ دوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

خراسانی، محمد کاظم (۱۴۰۹ هـ.ق)، **کفایة الاصول**، قم: مؤسسه آل‌البیت علیهم‌السلام.

خضرابی، احمد (۱۳۷۸)، «نظارت شورای نگهبان بر قوانین و مصوبات»، **پایان‌نامه کارشناسی ارشد**،

دانشکده حقوق دانشگاه تهران.

دفتر مطالعات حقوقی مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی (۱۳۹۰)، **نگاهی به ابعاد حقوق**

اساسی ایران: فتوای معیار در قانون‌گذاری، شماره مسلسل ۱۲۰۴۴، فایل اینترنتی.

صدر، سیدمحمدباقر (۱۳۷۵)، **اقتصادنا**، بی‌جا: مکتب‌الاعلام الاسلامی.

طباطبایی، المجاهد محمد بن علی (۱۲۹۶ هـ.ق)، **مفاتیح الاصول**، قم: مؤسسه آل‌البیت.

عندلیب همدانی، محمد و حمید ستوده (تابستان و پاییز ۱۳۹۱)، «مذاق شریعت جستاری در

اعتبارسنجی و کارآمدی»، **مجله فقه اهل بیت**، سال هجدهم، شماره ۷۰ و ۷۱.

فاضل آبی (۱۴۱۷ هـ.ق)، **کشف الرموز فی شرح مختصر النافع**، جلد ۲، چاپ سوم، قم: دفتر انتشارات

اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

فیض کاشانی، ملامحسن (۱۰۹۱ هـ.ق)، **مفاتیح الشرایع**، جلد ۳، قم: انتشارات کتابخانه آیت‌الله مرعشی

نجفی.

قیاسی، جلال‌الدین (تابستان ۱۳۸۵)، **اصول سهولت و مدارا در سیاست جنایی حکومت اسلامی**،

انجمن معارف اسلامی، شماره ۷.

مجلسی، محمدتقی (۱۹۸۳ م)، **بحار الانوار**، بیروت: مؤسسه الوفاء.

مجلسی، محمدتقی (۱۴۰۶ هـ.ق) **روضه المتقین فی شرح من لایحضره الفقیه**، جلد ۱۰، چاپ دوم،

قم: مؤسسه فرهنگی اسلامی کوشانبور.

محقق داماد، سیدمصطفی (۱۳۸۳)، **قواعد فقه**، جلد ۴، چاپ دوازدهم، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.

مظفر، محمد رضا (۱۴۲۸ هـ.ق)، **اصول الفقه**، جلد ۲، قم: اسماعیلیان.

موسوی بجنوردی، محمد (۱۴۰۱ هـ.ق) **قواعد فقهیه**، چاپ سوم، جلد ۱، تهران: دفتر تنظیم و نشر آثار

امام خمینی.

مهرپور، حسین (۱۳۷۴)، «ضرورت تحول در قانون‌گذاری»، **نامه مفید**، شماره ۲.

نجفی، عباس بن حسن بن جعفر (کاشف‌الغطاء)، (بی‌تا)، **الفوائد الجعفریه**، بی‌جا: مؤسسه کاشف‌الغطاء.

نجفی، محمد حسن (۱۳۹۲ هـ.ق)، **جواهر الکلام**، چاپ هفتم، قم: دارالکتب الاسلامیه.