



## Fiqh al-Nazariah Theory and Consistency in Penalization (with Emphasis on the Opinions of Ayatollah Sadr)

**Mohsen Borhani\*** (Corresponding Author)

Assistant Professor, Department of Criminal Law and Criminology, Faculty of Law and Political Sciences,  
 University of Tehran, Tehran, Iran.  
 Email: m.borhani@ut.ac.ir

**Seyyed Masoud Mortazavi**

PhD in Criminal Law and Criminology, University of Tehran, Tehran, Iran.  
 Email: sm.mortazavi@ut.ac.ir



**Citation** Borhani, M. , Mortazavi, S.M. (2026). Fiqh al-Nazariah Theory and Consistency in Penalization (with Emphasis on the Opinions of Ayatollah Sadr) . *Islamic Law (A Quarterly Journal of Law)*.23 (88): 75-113

[10.22034/ilaw.2026.2022622.3397](https://doi.org/10.22034/ilaw.2026.2022622.3397)

Received: 10 February 2024 , Accepted: 14 July 2025

### Abstract

Efficiency of Islamic penal system absolutely depends on pursuing a justified, consistent and purposeful theory. Despite the importance of jurisprudential theorizing in different social areas, few Islamic jurists have explained their method for inference of Islamic systems and advanced their social theories. Separating Fiqh ol-Ahkam (inference of religious edicts) and Fiqh ol-nazariat (inference of Islamic theories), Ayatollah S. M. B. Sadr has provided a basis for theorizing Islamic social orders specially its penal system. The article based on descriptive analytical method aims to examine Fiqh ol-Nazariah potential to advance punishments' consistency. Based on its findings, The Theory by forming methodological basis for Jurisprudential theorizing, Cooperation of Jurisdictional Thoughts and systematizing Vali Faqih authorities in Mantaqat ol- firaq can promote punishments consistency. Eventually we can observe the role of jurisprudential theorizing in consistency of Hodud (prescribed punishments) and Qisas (retaliation) laws, coherency between permanent punishments and Ta'zirat (discretionary punishments), and finally consistency between Ta'zirat based on a penal theory.

### Keywords

consistency, inference of system, mantaqat ol-firaq, theory of punishment.



## Extended Abstract

### 1. Introduction

The efficiency of any legal system, particularly a criminal justice framework, is fundamentally dependent on three primary criteria: objectivity, completeness, and consistency. Objectivity ensures that legislative and judicial outcomes are predictable rather than subjective; completeness demands that the law addresses the full spectrum of legal issues; and consistency requires that various components of the system do not contradict one another. In the context of the Islamic penal system, achieving these goals necessitates a transition from a collection of isolated rulings toward a unified, purposeful, and justified theory.

Currently, the Iranian penal legislative system faces significant challenges, including the inconsistent mixing of Islamic and non-Islamic legal approaches, the adoption of divergent policies across different legislative periods, and the uncritical importation of Western legal models. This lack of a central, integrated theory has resulted in internal contradictions within the penal code. This research identifies “Fiqh al-Nazariah” (Jurisprudence of Theory), an innovative framework proposed by the contemporary jurist Ayatollah Sayyid Muhammad Baqir al-Sadr, as a methodological solution to these problems. By distinguishing between the jurisprudence of individual rulings (Fiqh al-Ahkam) and the jurisprudence of social systems or theories (Fiqh al-Nazariah), Sadr provides a platform for discovering the underlying “middle layer” of Islamic social structures, which can serve as a guiding framework for modern penalization.

### 2. Research Methodology

This study employs a descriptive-analytical method to explore the capacities of Fiqh al-Nazariah in ensuring coherence within the penal system. The research process begins by defining the nature of Fiqh al-Nazariah and its two auxiliary components: the “Synergy of Jurisprudential Opinions” and the “Area of Discretion” (Mantaqat al-Firaq). Subsequently, the study analyzes how these concepts can be applied to create a systematic criminal policy that aligns individual rulings with overarching Islamic goals. Finally, the study examines the practical impact of this methodology on three levels of sentencing consistency: within fixed punishments, between fixed and discretionary punishments, and among discretionary punishments themselves.

### 3. Research Findings

#### 3.1. The Nature of Jurisprudential Theorizing and Synergy

Unlike traditional jurisprudence (Fiqh al-Ahkam), which focuses on individual acts and singular rulings, Fiqh al-Nazariah seeks to discover the systemic structure and high-level policies that govern various social dimensions. It views the rulings of Sharia as a “superstructure” from which a deeper “infrastructure” of values and principles can be inferred. A critical finding of this study is the role of the Synergy of Jurisprudential Opinions. In this approach, if a researcher cannot find a consistent theory within the rulings of a single jurist, they may utilize the valid rulings of other jurists to form a coherent set that reveals the underlying Islamic system. This prevents theorization from being stalled by outlier rulings that do not fit a general pattern of justice or deterrence.

### **3.2. Anthropological Foundations and Criminal Policy**

The study finds that Fiqh al-Nazariah integrates theological and anthropological principles, such as human dignity, divine vicegerency, and free will (Amr bayn al-Amrayn), into the penal framework. For instance, by rejecting the determinism found in some Western positivist schools, the Islamic theory emphasizes individual responsibility, which justifies the objectives of reform and deterrence. This ensures that the penal system is not merely a mechanism for revenge but a tool for reinforcing accountability and human perfection.

### **3.3. Achieving Consistency in Sentencing**

The research identifies three dimensions of consistency facilitated by Fiqh al-Nazariah:

- Consistency in Fixed Punishments (Hudud and Qisas): The methodology allows for the re-evaluation of specific rulings that seem anomalous to the broader legal logic. For example, the study analyzes Article 513 of the Islamic Penal Code, regarding the liability of a “nighttime caller” for a person who goes missing. By applying the synergy of opinions and favoring non-majority fatwas that align with the principles of presumption of innocence and causality, the system achieves greater rational and systematic coherence.
- Coherence between Fixed and Discretionary Punishments (Ta’zirat): A significant gap exists where crimes similar in nature (e.g., different types of theft) are treated with vastly different legal logic. Fiqh al-Nazariah suggests that the Area of Discretion (Mantaqat al-Firaq)—where the state has legislative authority—should be guided by the fixed principles found in the Hudud. This prevents the legislator from enacting discretionary punishments that are harsher or logically disconnected from their more serious fixed counterparts.
- Consistency among Discretionary Punishments: By adopting a unified theory, the state can avoid conflicting penal goals (such as mixing purely retribu-

tive and purely reformative approaches without a hierarchy). Furthermore, Fiqh al-Nazariah empowers oversight bodies like the Guardian Council to review laws based on their alignment with high-level systemic goals rather than just individual micro-rulings.

#### 4. Conclusion

The research concludes that Fiqh al-Nazariah offers a transformative framework for the Islamic penal system, moving it beyond a disparate collection of fatwas toward a methodologically sound and coherent social system. The key conclusions are as follows:

1. The distinction between rulings and theories allows for the discovery of a cohesive Islamic criminal policy that is both religiously grounded and socially effective.

2. The logic of synergy provides a technical solution to contradictions in traditional jurisprudence, enabling the creation of a consistent penal infrastructure.

3. The theory of Mantaqat al-Firaq ensures that the state's legislative discretion is not arbitrary but is instead tethered to the overarching objectives and fixed values of Islam.

4. Implementing this model protects the Iranian legal system from unstructured legal transplants and ensures that judicial interpretations are disciplined and predictable.

Ultimately, the adoption of Fiqh al-Nazariah enhances the objectivity and legitimacy of the penal system in the eyes of the public, ensuring that punishments are not only legally valid but also systematically justified and purposeful.

#### Funding

According to the corresponding author, this research received no specific grant from any funding agency.

#### Authors' Contributions

All authors contributed to the design, implementation, and writing of the manuscript and approved the final version of the article.

#### Conflict of Interest

The authors declare that there is no conflict of interest regarding the authorship or publication of this article.

## References

- Adnani, Sayyideh Atiyeh; *Determining Discretionary Crimes from the Perspective of Fiqh al-Nazariah and its Impact on Criminal Law (Master's Thesis)*; Tehran: University of Tehran, 2015 [In Persian]
- Ali-Akbari Baboukani, Ehsan and Ehsan Ahangari; "Re-examining the Possibility and Authority of System-Building in Jurisprudence with Emphasis on Sadr's View," *Journal of Fiqh and Usul*; No. 82, Winter 2016, pp. 87–106 [In Persian]
- Amili, Mohammad bin Makki; *Ghayat al-Murad fi Sharh Nukat al-Irshad*; Vol. 4, Qom: Islamic Propagation Office Publications, 1994 [In Arabic]
- Amini Pazoh, Hossein and Mohsen Esmaeili; "Mantaqat al-Firaq as a Theory of Legislation," *Journal of Public Law Knowledge*; No. 5, Autumn 2013, pp. 1–20 [In Persian]
- Ardabili, Ahmad bin Mohammad; *Majma' al-Fa'ida wa al-Burhan fi Sharh Irshad al-Adh'han*; Vol. 14, Qom: Islamic Publication Office, 1983 [In Arabic]
- Borhani, Mohsen and Elahe Lotfalizadeh; "Legal-Jurisprudential Pluralism, Fixed Principles of Sharia and the Iranian Legislative System," *Islamic Law Journal*; No. 76, Spring 2023, pp. 187–210 [In Persian]
- Dworkin, Ronald; *Law's Empire*; 2nd Ed., Cambridge: Harvard University Press, 1986
- Dworkin, Ronald; *Taking Rights Seriously*; 2nd Ed., Cambridge: Harvard University Press, 1977
- Fayd Kashani, Mohammad Mohsin; *al-Wafi*; Vol. 16, Isfahan: Imam Amir al-Mu'minin Library, 1986 [In Arabic]
- Ghafoury, Khalid; "Fiqh al-Nazariah according to Martyr Sadr," *Fiqh Ahl al-Bayt Journal* (Arabic); No. 20, 2000, pp. 123–204 [In Arabic]
- Greenawalt, Kent; *Law and Objectivity*; 1st Ed., New York: Oxford University Press, 1992
- Hakim, Sayyid Mohammad Baqir; "The Political Theory of Sadr," *al-Mawsim*; No. 26 and 27, 1996, pp. 381–394 [In Arabic]
- Hart, H. L. A.; *The Concept of Law*; 1st Ed., New York: Oxford University Press, 1994
- Hilli, Hassan bin Yusuf; *Tahrir al-Ahkam*; Vol. 5, Qom: Imam Sadiq Institute, 1999 [In Arabic]
- Hilli, Ja'far bin Hassan; *Shara'i' al-Islam fi Ma'rifat al-Halal wa al-Haram*; Vol. 4, 2nd ed., Qom: Ismaelian Foundation, 1988 [In Arabic]
- Hosseini Amili, Sayyid Javad; *Miftah al-Karama fi Sharh Qawa'id al-'Allama*; Vol. 10, Qom: Islamic Publication Office, 1999 [In Arabic]
- Hubullah, Haider; "Features of Jurisprudential Innovation according to Sadr," *Fiqh Ahl al-Bayt Journal* (Arabic); No. 20, 2000, pp. 229–276 [In Arabic]

- Isfahani (Fazel Hendi), Mohammad bin Hassan; *Kashf al-Litham wa al-Ibham 'an Qawa'id al-Ahkam*; Qom: Islamic Publication Office, 1996 [In Arabic]
- Jaba'i Amili, Zayn al-Din bin Ali; al-Rawda al-Bahiyya fi Sharh al-Lum'a al-Dimashqiyya; *Annotation by Kalantar*; Vol. 10, Qom: Davari Publications, 1990 [In Arabic]
- Jaba'i Amili, Zayn al-Din bin Ali; *Masalik al-Afham ila Tanqih Shara'i' al-Islam*; Vol. 14, Qom: Islamic Knowledge Foundation, 1993 [In Arabic]
- Javan Jafari Bojnourdi, Abdolreza and Sayyid Mohammad Javad Sadati; "Symbolic Grandeur of Hudud and its Implementation Obstacles; A Philosophical and Sociological Reflection," *Journal of Judicial Law Perspectives*; No. 63, Autumn 2013, pp. 67–92 [In Persian]
- Kelsen, Hans; *General Theory of Law and State*; A. Wedberg transl., Cambridge: Harvard University Press, 1945
- Kelsen, Hans; *The Pure Theory of Law*; M. Knight transl., 2nd Ed., Oakland: University of California Press, 1967
- Khoei, Sayyid Abu al-Qasim; *Mabani Takmilat al-Minhaj*; Qom: Institute for the Revival of the Works of Imam Khoei, 2001 [In Arabic]
- Kramer, Mathew; *Objectivity and the Rule of Law*; New York: Cambridge University Press, 2007
- Kulayni, Mohammad bin Ya'qub; *al-Kafi*; Vol. 7, 4th ed., Tehran: Dar al-Kutub al-Islamiyya, 1987 [In Arabic]
- Majlisi, Mohammad Baqir; *Bihar al-Anwar*; Vol. 5, Tehran: Dar al-Kutub al-Islamiyya [In Arabic]
- Misbah Yazdi, Mohammad Taqi; *Philosophy Education*; 3rd ed., Vol. 2, Qom: Islamic Propagation Organization, 1989 [In Persian]
- Mohseni, Morteza; *General Criminal Law Course*; Tehran: Ganje Danesh Library, 1997 [In Persian]
- Najafi, Mohammad Hassan; *Jawahir al-Kalam fi Sharh Shara'i' al-Islam*; Vol. 41, 7th ed., Beirut: Dar Ihya' al-Turath al-'Arabi, 1984 [In Arabic]
- Peyvandi, Gholamreza; *Penalization*; Foundations, Principles, Criteria and Challenges; Qom: Research Institute for Islamic Culture and Thought, 2021 [In Persian]
- Sabzevari, Sayyid Abd al-A'la; *Muhadhab al-Ahkam fi Ma'rifat al-Halal wa al-Haram*; Vol. 29, 4th ed., Qom: al-Manar Institute, 1993 [In Arabic]
- Sadr al-Muta'allihin, Sadr al-Din Mohammad bin Ibrahim; *Risala fi Khalq al-A'mal: Determinism and Delegation from the Perspective of Mulla Sadra*; Translated by Mansour Mirahmadi; Tehran: Heydari Press, 1973 [In Persian]
- Sadr, Sayyid Mohammad Baqir; *al-Bank al-Laribawi fi al-Islam*; Qom: Center for Research and Specialized Studies of Martyr Sadr, 2013 [In Arabic]

- Sadr, Sayyid Mohammad Baqir; *al-Islam Yaqud al-Hayat*; Qom: Center for Research and Specialized Studies of Martyr Sadr, 2012 [In Arabic]
- Sadr, Sayyid Mohammad Baqir; *al-Sunan al-Tarikhyya fi al-Qur'an*; Damascus: Dar al-Ta'aruf, 1998 [In Arabic]
- Sadr, Sayyid Mohammad Baqir; *Buhuth fi 'Ilm al-Usul*; Transcripts by Hassan Abd al-Sater; Vol. 10, Beirut: al-Dar al-Islamiyya, 1996 [In Arabic]
- Sadr, Sayyid Mohammad Baqir; *Durus fi 'Ilm al-Usul, al-Halqa al-Ula*; 2nd ed., Qom: Islamic Thought Assembly, 2000 [In Arabic]
- Sadr, Sayyid Mohammad Baqir; *Iqtisaduna*; Qom: Center for Research and Specialized Studies of Martyr Sadr, 2012 [In Arabic]
- Sadr, Sayyid Mohammad Baqir; *Lamha Tamhidiyya Fiqhiyya 'an Mashru' Dustur al-Jumhuriyya al-Islamiyya fi Iran*; Qom: Center for Research and Specialized Studies of Martyr Sadr, 2012 [In Arabic]
- Safi Golpayegani, Lotfollah; *al-Ta'zir Ahkamuhu wa Hududuhu*; Qom: Grand Ayatollah Safi Golpayegani Publications, 1999 [In Arabic]
- Subhani, Ja'far; *al-Amr bayn al-Amrayn*; Qom: al-Sadiq Foundation, 1998 [In Arabic]
- Taskhiri, Mohammad Ali; "Ayatollah Sadr's Method in Understanding the Economic School of Islam and Responding to Critics," *Islamic Economics Journal*; No. 10, Summer 2003, pp. 9–22 [In Persian]
- Taskhiri, Mohammad Ali; "Sadr was Seeking to Present Economic Discussions with Islamic Roots, Not Religious Authority," *Sadra Islamic Humanities Magazine*; No. 17, Spring 2016, pp. 134–139 [In Persian]
- Tavassoli, Mohammad Sadeq and Hosseinali Saadi; "Explaining the Components of the Authority of Public Policies from the Perspective of Sadr," *Islamic Government Journal*; No. 75, Spring 2015, pp. 67–94 [In Persian]
- Tusi, Mohammad bin Hassan; *al-Khilaf*; Vol. 5, Qom: Islamic Publication Office, 1987 [In Arabic]
- Tusi, Mohammad bin Hassan; *al-Mabsut fi Fiqh al-Imamiyya*; Vol. 8, 3rd ed., Tehran: Mortazavi Library for the Revival of Ja'fari Works, 2008 [In Arabic]
- Tusi, Mohammad bin Hassan; *Tahdhib al-Ahkam*; 4th ed., Tehran: Dar al-Kutub al-Islamiyya, 1996 [In Arabic]





# فقه النظرية و انسجام در کیفرگذاری (با تأکید بر آرای شهید صدر)

محسن برهانی\* (نویسنده مسئول)

استادیار گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران.  
Email: m.borhani@ut.ac.ir

سیدمسعود مرتضوی

دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران.

Email: sm.mortazavi@ut.ac.ir



استناد برهانی، محسن؛ سیدمسعود مرتضوی (۱۴۰۵). فقه النظرية و انسجام در کیفرگذاری (با تأکید بر آرای شهید صدر). فصلنامه حقوق اسلامی. ۲۳ (۸۸): ۷۵-۱۱۳

doi [10.22034/ilaw.2026.2022622.3397](https://doi.org/10.22034/ilaw.2026.2022622.3397)

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۱۱/۲۱، تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۴/۲۳

## چکیده

بی‌تردید کارآمدی نظام مجازات‌های اسلامی ارتباط تنگاتنگی با ابتناء آن بر یک نظریه موجه، منسجم و هدفمند دارد. به‌رغم اهمیت چشم‌گیر نظریه‌پردازی در شئون مختلف اجتماعی، تنها معدودی از فقها روش خود را در ترسیم نظریات اجتماعی مورد بحث قرار داده و مبتنی بر آن به کشف نظام‌های اجتماعی پرداخته‌اند. آیت‌الله سیدمحمدباقر صدر با تفکیک فقه‌الأحكام از فقه‌النظریات، بسترهای جدیدی را برای نظریه‌پردازی فقهی در شئون احکام اجتماعی و ازجمله نظام مجازات‌ها فراهم نمود. این پژوهش که با روش توصیفی تحلیلی به‌عمل آمده درصدد آن است که ظرفیت‌های دیدگاه «فقه‌النظریه» را در رابطه با تأمین انسجام در کیفرگذاری مورد واکاوی قرار دهد. بر پایه یافته‌های این پژوهش، فقه‌النظریه با امکان‌پذیر ساختن نظریه‌پردازی روشمند فقهی، زمینه‌سازی برای هم‌افزایی آرای فقهی مختلف و نظام‌مند نمودن ابتکارات مقام ولایت فقیه در حوزه «منطقه‌الفرغ»، می‌تواند موجب ارتقای هماهنگی انواع مجازات‌ها گردد. ماحصل این کارکرد فقه‌النظریه را می‌توان در انسجام قواعد ناظر به کیفرهای ثابت شرعی، انسجام میان اصول و اهداف کیفرهای ثابت و تعزیرات و نهایتاً هماهنگی میان کیفرهای تعزیری در چهارچوب یک نظریه کیفری جامع ملاحظه نمود.

## واژگان کلیدی

استنباط نظام، انسجام، منطقه‌الفرغ، نظریه مجازات.



## مقاله

«عینیت» (Objectivity)، «جامعیت» (Completeness) و «سازواری» (Consistency) از اصلی‌ترین معیارهای ارزیابی کارآمدی هر نظام حقوقی و از جمله نظام حقوق کیفری است. هر نظام فکری، اگر بخواهد به نحوی کارآمد، مدیریت مسائل حقوقی جامعه را بر عهده گیرد، باید تا حد قابل قبولی این سه ویژگی را دارا باشد. مراد از عینیت در یک نظام حقوقی آن است که برای خلأهای تقنینی، تفسیری و اجرایی راه‌حل‌های روشنی اتخاذ شده باشد، به نحوی که رفتار نظام حقوقی قابلیت پیش‌بینی داشته و تعیین آن دایرمدار ذهنیت افراد نباشد (Kramer, 2007, pp. 13-17). جامعیت به معنای شمول نسبت به ابعاد مختلف مسائل حقوقی و تعیین تکلیف در آن حوزه‌ها (Kelsen, 1945, p. 14) و مؤلفه سازواری دلالت بر عدم تعارض اجزای مختلف نظام حقوقی با یکدیگر دارد به نحوی که نظام در تأمین غرض خود دچار موانع درونی نگردد (Greenwalt, 1992, pp. 127-132). مهم‌ترین شرط تحقق این ضرورت‌ها ابتنای نظام حقوق کیفری بر نظریه‌ای موجه، منسجم و هدفمند است.

ابتنای نظام واکنش‌های کیفری بر نظریه، هم ازسویی ارکان تقنین، تفسیر و اجرای قواعد کیفری را در یک چهارچوب هماهنگ به سوی اهداف پیش‌بینی‌شده سوق می‌دهد و هم این قواعد را نزد افکار عمومی که آزادی‌شان را در معرض شدیدترین تهدیدها می‌بینند، موجه می‌سازد. از آنجا که واکنش کیفری به‌طور مستقیم با تمامیت جسمانی، حقوق، آبرو و شخصیت افراد مرتبط است، طراحی نظام کیفر حساسیت‌ها و ظرافت‌های بیشتری را می‌طلبد.

در نظام تقنین کیفری کشورمان، آسیب‌های مهمی همچون اختلاط رویکردهای اسلامی و غیراسلامی، پیش‌گرفتن سیاست‌های متفاوت در ادوار مختلف تقنینی، گرته‌برداری بدون تحلیل از الگوهای غربی و فقدان نگاه

کلان به نقشه جرایم و مجازات‌های موجود به چشم می‌خورد که مهم‌ترین عامل آن عدم محوریت یک نظریه کیفری یکپارچه است. این تعارض‌ها موجب آن شده که مجموعه مجازات‌های کشور نه تنها در بسیاری از موارد فاقد سازگاری درونی باشد، بلکه از تناقض‌های پیچیده‌ای رنج ببرد. نخستین گام برای حل این چالش‌ها، توجه به مبانی و اهداف مجازات و ترسیم یک نظریه کیفرگذاری یا تقنین کیفری است. بافت فرهنگی، جامعیت دین اسلام، شمول زمانی و مکانی آن و مهم‌تر از همه علم به جعل احکام شرعی بر مبنای مصالح و مفاسد واقعی بشر، جامعه اسلامی را بر آن می‌دارد که خط مشی خود در کیفرگذاری را از تعالیم اسلامی اتخاذ نماید.

فقیه معاصر، شهیدآیت‌الله صدر از معدود اندیشمندانی است که در آثار خود نظریه‌پردازی فقهی به صورت روشمند را وجهه همت خود قرار داده و اقدام به اکتشاف نظریات دینی در حوزه نظامات اجتماعی نموده است. از اصلی‌ترین ابتکارات اصولی ایشان، تفکیک «فقه‌الأحكام» از «فقه‌النظریات» است. با تحلیل دقیق تمایزات میان این دو حوزه از فقاہت، راه برای ورود به ساحت نظریه‌پردازی فقهی پیرامون نظام‌های اجتماعی باز می‌شود. دیدگاه فقه‌النظریه در تعامل با دو نظریه فقهی دیگر شهیدصدر یعنی نظریه «هم‌افزایی آرای فقهی» و نظریه «منطقه‌الفراغ» به درجه‌ای از تکامل رسیده است که بتواند افق‌های جدیدی را در راستای ارتقای انسجام و کارآمدی کیفرها بگشاید.

این پژوهش درصدد آن است که آثار کلان اتخاذ فقه‌النظریه را به‌عنوان نظریه راهنمای کیفرگذاری، بر ارتقای انسجام در نظام مجازات‌های اسلامی شناسایی نموده و چگونگی این اثرگذاری را به‌نحو ملموسی تبیین نماید؛ بنابراین با اتخاذ روش توصیفی-تحلیلی، ابتدا به تبیین ماهیت فقه‌النظریه و جایگاه دو نظریه معین آن در منظومه فکری شهیدصدر خواهیم پرداخت و در ادامه با فرض اعتبار این روش، آثار آن در ترسیم نظریه کیفری و سپس در

انسجام‌بخشی به نظام کیفرگذاری رصد خواهیم کرد. با اینکه آثار ارزشمندی در رابطه با تبیین اقتضائات فقه‌النظریه یا فقه نظامات عمدتاً در حوزه نظریات اقتصادی تألیف شده، لیکن نگارندگان تا کنون پژوهشی را که فقه‌النظریه را در تعامل با منطق هم‌افزایی آرای فقهی تبیین کند، بازتاب آن را در شأنی از شئون نظریه کیفری بررسی کند و کارکرد آن را در انسجام‌بخشی به کیفر مورد مطالعه قرار دهد، نیافته‌اند و از این سه حیثیت پژوهش حاضر مجال جدیدی را برای تأمل به وجود می‌آورد.

### ۱. ماهیت و جایگاه نظریه‌پردازی فقهی

تفکیک شهیدصدر میان فقه‌الأحكام و فقه‌النظریات افق‌های جدیدی را در جهت ترسیم نظریات فقهی و بسط حاکمیت فقه در عرصه‌های مختلف اجتماعی گشوده است. این دو قلمرو فقاقت، بعضاً روش استنباط، قواعد و آثار متفاوتی نسبت به یکدیگر داشته و همچنین در تعاملی دوسویه با یکدیگر قرار دارند. فقه‌الأحكام همان عملیات متداول استنباط احکام منفرد فقهی با استفاده از ادله اربعه است که ثمره آن حجیت یا همان معذرت افعال و منجزیت احکام در خصوص مجتهد و مقلدین اوست (صدر، ۱۴۲۱، ص ۱۷۰-۱۷۱). این سطح از اجتهاد در استنباط وجوه فردی حیات انسانی لازم و کافی است، اما فقه‌النظریه نظر به لایه‌هایی عمیق‌تر و بنیادی‌تر نسبت به احکام منفرد و مستقل دارد و در پی تحلیل این احکام متکثر در قالب یک «مکتب فکری» است.

دغدغه اصلی فقیه در قلمرو فقه‌النظریات کشف سیاست‌های کلان اسلامی است به گونه‌ای که احکام پراکنده را به دور یک محور جمع کند و ساختار و زیربنایی را برای تنظیم زندگی در ابعاد مختلف اجتماعی شناسایی نماید (غفوری، ۱۴۲۱، ص ۱۲۳). در واقع او درصدد تبیین «لایه میانی» ساختمان معرفتی اسلام است که ازسویی رابطه تولیدی با احکام شریعت در قلمرویی

خاص - از جمله نظام کیفری - دارد و از سوی دیگر بر مبانی عام جهان‌بینی اسلام استوار است. فقیه در این عملیات تصاویر تقطیع شده شریعت از میان احکام و نصوص شرعی را به گونه‌ای کنار هم قرار می‌دهد که ارتباط این تصاویر دیده شود و تصویر وضوح پیدا کند. فقه‌النظریه با زاویه دید سیستماتیک خود، قواعد کلی و عامی را که پیش از این در مسائل خرد و جزئی دیده نمی‌شدند، ترسیم کند (حب‌الله، ۱۴۲۱، ص ۲۶۴) و نظام حاکم بر احکام ثابت را در منطقه فراغ<sup>۱</sup> تشریحی حاکم نماید (صدر، ۱۴۳۳، ب، ص ۴۷-۵۱).

در قلمرو فقه‌الأحكام، عدم انسجام ظاهری فتاوی‌هیچ‌خللی را به اعتبار آن وارد نمی‌سازد. فقیه در استنباط خود اصالتی را برای حیثیت ربط میان مجموعه احکام قائل نبوده و هرگونه تنافی را در مرحله دلالت ادله ناظر به یک حکم فقهی مدنظر قرار می‌دهد. این درحالی است که فقیه در آغاز حرکت خود از فقه‌الأحكام به سوی فقه‌النظریات، باید نقطه عزیمت خود را مجموعه‌ای منسجم و هماهنگ از احکام قرار دهد و این درحالی است که نوعاً روبنای اجتهاد فقیه، این انسجام را فراهم نمی‌آورد (همان، ص ۴۶۵). جایگاه منطق هم‌افزایی آرای فقهی در ساحت «اکتشاف نظریه» در این مقام روشن می‌شود. مطابق این منطق، اگر فقیه مجموعه‌ای منسجم و هماهنگ را بتواند از میان احکام استنباط شده شخص خود بیابد، بدون توسل به آراء سایر فقها اقدام به نظریه‌پردازی می‌کند، اما اگر از میان فتاوی‌ شخصی خود به چنین مجموعه منسجمی دست پیدا نکرد، الزامی ندارد که نظریه‌پردازی را رها کند. از منظر شهیدصدر، در چنین وضعیتی بهترین کار آن است که از مجموعه احکام آنچه را ناسازگار تشخیص می‌دهد، کنار بگذارد و از فتاوی‌ سایر مجتهدان کمک گیرد. در این صورت احکام منسجم دیگری وارد مجموعه می‌شود و بر اساس مجموعه منسجم جدید،

۱. «منطقه‌الفراغ» از منظر شهیدصدر دایره‌ای از احکام اسلامی است که ثابت و الزامی نبوده و وظیفه تشریح قوانین آن با لحاظ شرایط متغیر جامعه بر عهده حاکم اسلامی قرار گرفته است (ر.ک: صدر، ۱۴۳۳، الف، ص ۴۴۳-۴۴۷).

نظریه قابل دستیابی خواهد بود (همان، ص ۴۶۶). حتی شهیدصدر یک گام فراتر می‌رود و آرای فقهی روشمندی را که به واسطه قرائن لُبی یا احتیاط در فتوا و... هیچ فقهی به آن فتوا نداده نیز در زمره گنجینه‌های کشف نظامات اسلامی قرار داده است (همان، صص ۴۱۲ و ۴۶۷).

بر اساس این رهیافت اصولی، مجتهد خود را به مثابه کارشناس بی‌طرفی در نظر می‌گیرد که مبانی فقهی و ظن شخصی به صحت فتاوی خود را کنار گذاشته و مجموعه آرای روشمند فقهی را در طراحی نظریه سهیم می‌نماید. به بیان مبدع فقه‌النظریه: «حداقل این طرحی است که به حسب احتمالات، امکان تطبیق آن با لوح محفوظ از سایر مجموعه احکام کمتر نیست؛ زیرا همه آنها از اجتهادات معتبر دینی به دست آمده است» (همان، ص ۴۶۰).

منطق هم‌افزایی آرای فقهی در نسبت با فقه‌النظریه، یک «نظریه معین» به حساب می‌آید و شرط اکتشاف مکتب اسلام در حیطه‌های مختلف حیات اجتماعی است. از آنجا که بر اساس روش اکتشافی شهیدصدر، اصطیاد یک نظریه یا مکتب عملاً جز از طریق مجموعه منسجمی از آرای روشمند فقها امکان‌پذیر نیست، این منطق، ضرورت و اعتبار اصولی تلفیق آرای فقهای مختلف را برای دستیابی به نظریه تبیین می‌نماید. محمل‌های متعددی در رابطه با وجه اعتبار مراجع فقیه به آراء دیگر فقها ارائه شده که از جمله آنها می‌توان به کاشفیت معرفت‌شناختی، انسداد صغیر و اختیارات مقام ولایت فقیه اشاره کرد (علی اکبری بابوکانی و آهنگری، ۱۳۹۵، ص ۸۷-۱۰۶ / توسلی و سعدی، ۱۳۹۴، ص ۶۷-۹۴).

در پیوند با فقه‌النظریه، دیدگاه منطقه‌الفراغ شهیدصدر تکلیف حکومت اسلامی را نیز در ساحت «اختیار و گزینش» نظریه‌ای از میان نظریات فقهی روشن نموده است. موقعیتی را در نظر بگیرید که نظریات و آراء مختلفی توسط فقها در یک حوزه خاص اجتماعی ارائه شده و حاکم اسلامی ناگزیر باید یک نظریه یا مجموعه‌ای از نظریات را به عنوان ملاک عمل اختیار نماید. به باور شهیدصدر، همه این مکاتب از طریق اجتهادات معتبر به دست

آمده و همگی اعتبار شرعی دارند (صدر، ۱۴۳۳ ب، صص ۴۴۷ و ۴۶۰)، اما حاکم اسلامی با در نظر گرفتن معیارهای زیر تنها یکی از این سیاست‌ها و خطوط مشی را می‌تواند به کار گیرد: نظریه‌ای که ۱- دارای قوی‌ترین عناصر درونی باشد، ۲- شامل کارآمدترین عناصر در حل مشکلات زندگی باشد و ۳- در تحقق بخشیدن به اهداف عالی اسلام توانا تر از سایر نظریات باشد (همان، ص ۴۶۰).

بررسی دیدگاه شهیدصدر در رابطه با گستره دخالت دولت در تطبیق و تشریح اسلامی، نظریه منطقه‌الفراغ را روشن‌تر می‌سازد. بر اساس دیدگاه ایشان، دخالت حاکم و دولت اسلامی در زندگی اجتماعی، امکان جامعیت و شمول را به شریعت می‌دهد. دخالت دولت تنها به تطبیق و اجرای احکام ثابت شریعت خلاصه نمی‌شود، بلکه دولت علاوه بر آن به تعیین عناصر متغیر متناسب با شرایط زمانی و مکانی می‌پردازد. دولت اسلامی در دایره منطقه فراغی که شریعت اسلامی نسبت به آن حکم ثابت الزامی ندارد، می‌تواند در شرایط متحول اجتماعی، احکام تکلیفی ثانویه‌ای را جعل کرده و این قلمرو را در راستای اهداف عامه اسلام اداره نماید، اما این موضع ایجابی دولت نمی‌تواند بدون قید و رها باشد، بلکه باید مبتنی بر نظریه و مکتب اسلام طراحی شود. در واقع ملاحظه هم‌زمان جنبه‌های ثابت و متغیر شریعت است که قدرت انجام رسالت و استمرار هدایتگری در اعصار مختلف را به شریعت اعطا می‌کند (همان، ص ۸۰۰-۸۰۱). در این چهارچوب به‌رغم آنکه هر واقعه‌ای حکم تشریحی اولیه خود را دارد، ولی فقیه صلاحیت اعطای صفت تشریحی ثانوی بر مبنای شرایط را دارد و البته این صفت ثانویه نباید مخالفتی با احکام ثابت و ضوابط عام حاکم بر آن داشته باشد (همان، ص ۸۰۴).

با تحلیل توأمان فقه‌النظریه و دو منطق معین آن، می‌توان وجوهی از تأثیر و تأثر فقه‌الأحكام و فقه‌النظریات را نیز مشاهده کرد. از یک سو، نظریه مستخرج به انحاء مختلفی بر فروع فقهی تطبیق می‌یابد. مشابه با هم‌افزایی

آراء در فرایند کشف نظریه، در یک فرع فقهی نیز وقتی فقها قائل به وجود شروط یا قیود متفاوتی در حکم مورد نظر باشند، فقیه می‌تواند با پذیرش یا انکار برخی از آن قیود، همسویی احکام را جهت وصول به نظریه تأمین کند. البته این استفاده تنها در صورتی است که قطع یا اطمینان به بطلان مبانی دیدگاه فقهی اخذ شده نداشته باشد؛ بنابراین برای دستیابی به نظریه، هم‌افزایی آرای فقهی در یک فرع فقهی نیز قابل تصویر است که نمونه آن را در ضمن بحث از انسجام در احکام ثابت شرعی ملاحظه خواهیم نمود.

از سوی دیگر در قالب نظریه منطقه‌الفراغ، اتخاذ نظریه کلان بعنوان خط مشی حاکم در هریک از ساحت‌های اجتماعی، لزوماً امکان‌گزینش احکام فرعی مبتنی بر این نظریه و تقنین آن فتاوی فقهی را به همراه دارد. به تعبیر شهید صدر، قوانین تفصیلی روبنای همان قواعد اساسی مکتب و شاخه‌های همان ریشه‌هاست و از آن نگرش ناشی می‌شود؛ بنابراین این اجزاء دوگانه با هم نظام اجتماعی را می‌سازند. مکتب، زیربنا و پایه و سیستم حقوقی روبنا و ثمرات یک نظام را شکل می‌دهند (صدر، ۱۴۳۳ الف، ص ۴۲۴-۴۲۷).

معنا ندارد که نظریه‌ای اتخاذ شود اما فروع فقهی که ثمرات آن نظریه است، وانهاده شود یا حکمی معارض به اجرا درآید.

این استفاده نه فقط در ساحت منطقه‌الفراغ، بلکه در قلمرو احکام ثابت نیز می‌تواند با مکانیسم‌های مختلفی صورت گیرد. ولی فقیه ناچار است دست به‌گزینش یکی از فتاوا بزند و در غیر این صورت با حکم شارع مخالفت قطعیه نموده است؛ لذا با تمسک به موافقت احتمالیه با حکم شارع یکی از فتاوایی را که بر نظریه یا مکتب مختار خود انطباق دارد، برمی‌گزیند. البته با دقت در موضوع اختیارات حاکم اسلامی و لزوم تقنین احکام فقهی، روشن می‌شود که این قسم هم داخل در منطقه‌الفراغ حاکم اسلامی است. بدین معنا که حکم الزامی در انتخاب یکی از فتاوا وجود نداشته و در قلمرو اختیار حاکم است. پس می‌توان این‌گونه نتیجه گرفت

که معیارهای قوت عناصر درونی، کارآمدی و اهداف عالییه اسلام، نه تنها چراغ راه ولی فقیه در اختیار نظریه برای مدیریت منطقه‌الفراغ هستند، بلکه بر تعیین قوانین و مقررات مبتنی بر نظریه نیز نظارت دارند.

لازم به ذکر است که آنچه در این پژوهش در رابطه با نوع مواجهه حکومت با منطقه‌الفراغ تشریحی بیان می‌شود ناظر به آثار متقدم شهیدصدر به ویژه مباحث ایشان در کتاب «اقتصادنا» است. اهمیت این مطلب از این رو است که ایشان پس از پیروزی انقلاب اسلامی در قالب رساله کوتاهی، ساختاری پیشنهادی را برای تنظیم قانون اساسی ایران ارائه می‌نماید. در نگاه نخست این ساختار، گزینش آرای فقهی در حوزه منطقه‌الفراغ را به نمایندگان ملت واگذار می‌کند. همچنین در مورد نحوه مدیریت قلمرو خالی از حکم الزامی شرعی راهکارهایی را بیان می‌کند که در نگاه اول شباهت‌ها و تفاوت‌هایی با طرح ایشان در اقتصادنا داشته و محمل توجه‌های مختلفی نسبت به جمع میان دو طرح یا نسخ یکی توسط دیگری بوده است (برای نمونه، ر.ک: حکیم، ۱۴۱۶، ص ۳۸۱-۳۹۴ / امینی پزوه و اسماعیلی، ۱۳۹۲، ص ۸-۱۰ / برهانی و لطفعلی‌زاده، ۱۴۰۲، ص ۲۰۳-۲۰۴). با توجه به اختصار مباحث ایشان در این رساله و تفسیرهای مختلفی که در این زمینه وجود دارد، نسبت سنجی میان این دو طرح را به مجال دیگری واگذار می‌کنیم و در این مقام، طرح تفصیلی متقدم ایشان مبنای عمل قرار گرفته است.<sup>۱</sup>

## ۲. نظریه‌پردازی فقهی در حوزه کیفرگذاری

شهیدصدر عمدتاً فقه‌النظریه را در کشف مکتب اقتصادی اسلام به کار گرفته، اما مکرراً به عمومیت این روش تصریح نموده است (صدر، ۱۴۳۳ الف، ص ۳۵). مطابق این روش، نظریه‌پردازی فقهی در حوزه کیفرگذاری نیز

۱. شاید بتوان تفاوت‌های موجود در کتاب لمحہ تمهیدیه فقهیه را ناظر به شرایط خاص جامعه ایران و تحول تدریجی اجتماع از وضع موجود به وضع مطلوب نیز تلقی کرد، چنانکه در کتاب البنك اللارویی فی الإسلام هم ایشان رویه‌ای متفاوت از تحلیل‌های اقتصادی خود نسبت به نظام اقتصاد اسلام دنبال نموده‌اند.

در موطن تعبد و تسلیم در برابر اراده شارع صورت می‌پذیرد و این امر خود را در روش اکتشافی نظریه منعکس ساخته است. اگر در نظریه‌پردازی‌های متداول، متفکر در گام اول بر اساس تأملاتی که نسبت به نظام مسائل مورد بحث داشته، اصول و چهارچوب‌های تفکر خود را احصاء کرده و بر اساس آن چهارچوب‌ها، نظریه خود را ابداع می‌کند، مسیر حرکت در نظریه‌پردازی اسلامی معکوس است. نظریه پرداز اسلامی تمام تلاش خود را در فهم اراده شارع به کار می‌بندد و دو منبع اصلی احکام شرعی و مفاهیم اعتقادی پیرامون نظام مسائل به کمک او می‌آیند.

به مدد فقه‌النظریه، مباحث کلان فقهی در قالبی روشمند قابلیت طرح پیدا کرده، اعتبار و الزام آوری آن مورد بحث قرار می‌گیرد؛ به نحوی که بتواند با ادبیات فقهی وارد تعامل مؤثر شود. این درحالی است که طرح این مباحث در قالب ادبیات سیاست کیفری از آنجا که محملی برای تعامل مؤثر با فقه‌الأحكام ندارد، سالهاست که نتوانسته جایگاهی را در متن و بطن مباحث فقهی حوزه‌های شیعه پیدا کند. یکی از مهم‌ترین عوامل این مسئله آن است که ادبیات سیاست کیفری و نظام تناسبات آن مستخرج از فقه نیست. می‌توان ادعا نمود که فقه‌النظریه قادر است در حیطه مسائل کیفری، سیاست کیفری اسلام را با ادبیات فقهی منقح و داخل در نظام تناسبات فقهی تبیین نماید. توجیه کیفر در قالب بیان «حکمت» مجازات‌های اسلامی کارکرد مشترک ادبیات فقه‌النظریه با ادبیات سیاست کیفری است.

در مسیر نظریه‌پردازی کیفری محقق ابتدا احکام شرعی را - به‌عنوان رובنای نظام معرفتی اسلام - مبنای خود قرار می‌دهد و همین روبنا زمینه را برای طراحی فرضیه به کمک لوازم مشترک احکام شرعی فراهم می‌سازد. هم‌زمان تحلیل بینش‌های اسلامی پیرامون نظام مسائل کیفری مورد بحث، فرضیه فقیه را دقیق‌تر و مبانی، اصول و اهداف سیاست اتخاذی شارع را روشن‌تر می‌سازد. حال اگر در این مسیر، مجتهد با تتبع در مجموعه‌ای از

احکام هم‌سو زمینه را برای حرکت از فرضیه و رسیدن به نظریه فراهم دید، اما حکمی از احکام استنباط شده او، در قالب این نظریه نمی‌گنجد، با کمک منطق هم‌افزایی آرای فقها، نظریه‌پردازی فقهی متوقف نمی‌شود.

دقیقاً یکی از اصلی‌ترین موانع نظریه‌پردازی در نظام کیفری، یافتن مثال‌های نقضی است که هماهنگ‌سازی مجموعه احکام را ناممکن می‌سازد. شهیدصدر هم‌افزایی آرای فقهی را از منظر عملی و فنی، شرط ضروری اکتشاف نظریه می‌داند. در واقع ارائه نظریه‌ای شامل، کامل و هماهنگ با روبنای احکام فقهی و بینش‌های کیفری، تنها بر مبنای اختیار در اخذ آراء دیگران تحقق پذیر است؛ بر این اساس نظریه هم‌افزایی جایگاهی رفیع در نظام‌سازی دینی ایفا می‌کند. گنجینه منابع فقیه در ارائه نظریه را چندین برابر می‌سازد و راه را برای وصول به مدلولات مشترک احکام و انسجام بخشی به آنها تحت چهارچوب واحد باز می‌نماید.

یکی از اصلی‌ترین دلایل عدم ورود نظریه‌پردازان فقهی به حوزه کیفرگذاری، دشواری هماهنگ‌سازی میان احکام مورد فتواست. در فرایند اجتهاد به واسطه احتمالات و ظنون مختلفی که بر سر راه فقیه قرار می‌گیرد، طبیعی و کاملاً محتمل است که فتاوی مجتهد در قلمرو فقه‌الأحکام - هرچند که در مورد آن عذر موجه دارد - مجموعه‌ای از مخالفت‌ها با واقع تشریحی داشته باشد. باز هم طبیعی است که تصویر واقعی شریعت، در میان اجتهادات فقهای مختلف پراکنده باشد: فتوای یک فقیه در مسئله‌ای منطبق بر واقع شریعت باشد و در مسئله‌ای دیگر به خطا رود و این موضوع در رابطه با فقهی دیگر به عکس باشد. اساساً بدون این مبنای روش‌شناختی، فقیه نمی‌تواند از روبنای احکام کیفری به زیربنا و اصول مشترک میان آنها گذر نماید.

برای نمونه ممکن است یک فقیه نظریه‌پرداز با جمع‌آوری نصوص و احکام حوزه مجازات‌های حدی، به این نتیجه برسد که هدف اصلی از این مجازات‌ها ایجاد بازدارندگی است و شارع مقدس این هدف را از طریق سیاست شدت

مجازات و عدم قطعیت در اثبات و اجرا دنبال می‌نماید. با این بیان که جرایم مستوجب حد ماهیتاً شدیدترین انواع بزهکاری هستند که اصلی‌ترین ارزش‌های اجتماعی را نقض کرده و به همین دلیل با تحمیل مجازاتی سخت پاسخ داده می‌شوند. محقق با کنار هم دادن احکام همسو در حدود مشاهده می‌کند که شارع مقدس با تعیین کمیت و کیفیت و حتی روش اجرای حدود، نظامی از کیفرهای ثابت و غیرقابل تغییر را به وجود آورده است. تمامی این کیفرها از شدت قابل ملاحظه‌ای برخوردارند که رنج بسیاری را بر مجرم تحمیل می‌نماید و قطعی و حتمی بوده و پس از اثبات وقوع جرم، باید مجازات سریعاً به هر نحو ممکن اجرا گردد (اردبیلی، ۱۴۰۳، ص ۳۶۲).

ازسوی دیگر شرایط اثبات و اجرای حدود، مشتمل بر فرایندی سخت‌گیرانه و پیچیده است که اثبات و اجرای این مجازات را بسیار دشوار می‌سازد. به جز مواردی که به حقوق الناس مربوط می‌شود، اصل بر پوشیده نگه داشتن عمل توسط مرتکب و تلاش برای اصلاح و درمان درونی و عدم تفحص مردم و حتی حاکم جامعه در این امور است. فقیهان در موارد یادشده تأکید می‌کنند که مستحب است شهود در دادگاه از باب ستر و پوشاندن عیوب مردم، ازدادن شهادت امتناع کنند. همچنین فرد مرتکب باید از ابزار این گونه مسائل خودداری کند و حاکم نیز باید افراد را به توبه و عدم اقرار نزد محاکم ترغیب نماید (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۴۱، ص ۳۰۷). در این مسیر می‌توان گفت تلاش شارع بر این بوده که ازسویی بر اهمیت ارزش‌های بنیادین اجتماع تأکید صورت گیرد و ازسوی دیگر هزینه‌های جرم در ذهن مجرمین بالقوه افزایش یابد. در عین ارباب، زمینه را برای اصلاح و توبه مجرم و سوق دادن افراد به سوی کمال انسانی فراهم می‌سازد (جوان جعفری و ساداتی، ۱۳۹۲، ص ۸۱-۸۲ / پیوندی، ۱۴۰۰، ص ۱۸۹-۱۹۵).

در کنار احکام شرعی، مفاهیم قرآنی و اصول اعتقادی امامیه نیز به‌طور مؤثری در تنقیح مبانی و اهداف سیاست‌های کیفری مورد استناد قرار

می‌گیرند. مفاهیم و اصول مرتبط از جمله اصل کرامت انسان و خلافت الهی، اصل مسئول‌انگاری انسان، اصل تناسب جرم و مجازات، اصل ابتناء مجازات بر رحمت الهی و اصالت کیفر اخروی، نقش اساسی در شکل‌دهی به سیاست‌های مجازات دارند. در فرایند تدوین نظریه فقهی مجازات، هریک از این اصول به‌طور مستقل مورد تبیین و تحلیل قرار می‌گیرد. همچنین اهدافی همچون اجرای عدالت، پاسداشت حریم الهی، کمال‌آفرینی، بازدارندگی، تشفی خاطر قربانی و فسادزدایی از دیگر اهداف عمده مجازات‌ها هستند که در فرایند دستیابی به نظریات فقهی مورد توجه قرار می‌گیرند (ابراهیم‌پور لیالستانی، ۱۳۸۷، صص ۶۹-۸۰ و ۲۰۸-۲۱۷/ پیوندی، ۱۴۰۰، صص ۱۷۲-۱۸۸ و ۲۰۳-۲۳۶).

برای نمونه یکی از پایه‌های انسان‌شناختی سیاست کیفری، دایره اختیار انسان در موقعیت ارتکاب جرم است. نظام فکری شیعه نه به جبر باورمند است و نه تفویض، بلکه به «امر بین الامرین» اعتقاد دارد (مجلسی، [بی‌تا]، ص ۵۷). به اقتضاء این مبنا که در جای خود به تفصیل مورد بحث قرار گرفته است (ر.ک: صدرالمآلهین، ۱۳۵۲/ سبحانی، ۱۴۱۸) بیشتر رفتارهای انسان در دایره اختیار و آزادی اراده او قرار دارند و به رغم تأثیر عوامل زیستی، روانی و اجتماعی و به حسب تدبیر الهی، اراده فرد نقش اصلی را در تحقق آن رفتارها ایفا می‌کند. به عبارت دقیق‌تر کار اختیاری انسان با وصف اختیاریت مورد قضا و اراده الهی بوده و اختیاری‌بودن آن از مؤلفه‌ها و شئون تقدیر آن است. این امر منافاتی با علم و مشیت مبدأ هستی و عمومیت تدبیر او ندارد و استطاعت و قدرت انسان حلقه‌ای از حلقه‌های تحقق اراده الهی است (مصباح یزدی، ۱۳۶۸، ص ۴۱۲). با وجود چنین آزادی عملی است که مسئولیت کیفری و مجازات می‌تواند معنادار و عادلانه باشد.

اصل مسئول‌انگاری بعنوان مبنای مجازات، واجد اقتضائاتی در اهداف غایی کیفر نیز می‌باشد. در این چهارچوب، مجازات صرفاً به‌عنوان یک

واکنش انتقامی یا تنبیهی نسبت به رفتار مجرمانه فرد تلقی نمی‌شود، بلکه از جمله اهداف اصلی آن تقویت و نهادینه کردن مسئولیت‌پذیری فرد در قبال انتخاب‌ها و رفتارهای خود است. در این راستا، مجازات به‌عنوان یک ابزار حقوقی و فقهی برای اصلاح رفتار، ایجاد بازدارندگی و تقویت مسئولیت‌پذیری فرد در برابر جامعه عمل می‌کند.

این مبنای کلامی، اهمیت خود را در مطالعه تطبیقی آن با برخی دیدگاه‌های جرم‌شناختی در رابطه با مجرم از جمله مکتب تحقیقی نشان می‌دهد. جرم‌شناسان مکتب تحقیقی با مطالعه عوامل زیستی، روانی و اجتماعی، جرم را برآیند تأثیر این عوامل می‌دانستند. آنها با تکیه بر اصل جبر علمی و تعمیم آن به حوزه رفتارهای انسانی و از جمله رفتارهای جزایی، جرم را مانند هر پدیده دیگری محکوم به قانون ضرورت علی و معلولی می‌پنداشتند. به‌نحوی که با بروز این عوامل، انسان جبراً به ارتکاب جرم روی می‌آورد و به این ترتیب مجالی برای اختیار باقی نمی‌ماند. به‌گمان ایشان، عقیده به اختیار و آزادی اراده معلول جهل به عوامل مؤثر در اراده است؛ زیرا اراده به نوبه خود یک پدیده و مشمول قانون جبر علمی است (محسنی، ۱۳۷۶، ص ۲۱۱) براین اساس مجرم از اختیار کامل برخوردار نبوده و نمی‌تواند به‌طور مؤثر با این عوامل مقابله کند. در این راستا، تصور مسئولیت کیفری برای چنین فردی نادرست و غیرمنطقی است؛ از این رو این مکتب مسئولیت اجتماعی را جایگزین مسئولیت کیفری نمود. نفی مسئولیت از مجرم، بازتاب خود را در تدوین اهداف سیاست‌های کیفری و کنارگذاشته‌شدن اهداف مهمی همچون اصلاح فرد و بازدارندگی و مآلاً محوریت یافتن طرد و ناتوان‌سازی مجرم نشان داد.

از بایسته‌های دستیابی به نظریه، تطبیق نسبت فرضیه مستخرج از منظومه احکام با یکایک مفاهیم و اصول اعتقادی مرتبط با موضوع بحث است. بی‌تردید یکی از بنیان‌های پذیرش سیاست شدت نمادین مجازات و عدم قطعیت در اجرا، وجود آزادی عمل انسان در ارتکاب اولیه و ثانویه است.

این باور اعتقادی، پیش شرط و محل اتکاء اهدافی همچون بازدارندگی عام و خاص و اصلاح مرتکب است که در آن سامان بخشی به شخصیت و تقویت اراده مجرم و سایر مجرمین بالقوه محوریت پیدا می‌کند. در عمل، رفت و برگشت میان مطالعات تطبیقی کیفری، مفاهیم و اعتقادات فلسفی و کلامی مرتبط و مطالعه خانواده احکام ناظر به جرایم مستوجب حد، رفته رفته منجر به جمع بندی و اطمینان محقق نسبت به فرضیه مستخرج و روشن شدن حدود و ثغور آن می‌شود.

در فرایند تجمیع فتاوی شخصی، ممکن است فقیه به فتوایی برخورد کند که سنخیتی با خانواده احکام و مبانی و اهداف مورد پذیرش او نداشته باشد. برای مثال مطابق رأی مشهور فقها، اگر مرتکب جرم حدی در زمانی که شرایط تکلیف را دارا بوده، مرتکب جرم شده و این جرم اثبات شود و سپس جنون بر او عارض گردد، نمی‌توان مجازات او را به تأخیر انداخت (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۴۱، ص ۳۴۲-۳۴۳). مستند مشهور فقها روایت صحیحی از امام باقر (ع) است که در مسئله مورد بحث حکم به اجرای مجازات می‌کنند. در مقابل این دیدگاه مشهور، شهیدثانی در مسالک احتمال داده است که صحیح باشد در رابطه با مجنون ادواری منتظر افاقه وی بمانند تا هدف مانعیت تحقق یابد (جبعی عاملی، ۱۴۱۳، ص ۳۸۰)، فاضل هندی به دلیل عموم حدیث رفع قلم احتمال داده که حد ساقط شود (اصفهانی، ۱۴۱۶، ص ۴۸۷). مقدس اردبیلی نیز به دلیل عدم تکلیف و عدم درک صحیح او قائل به لزوم تأخیر مجازات تا افاقه مجنون شده است (اردبیلی، ۱۴۰۳، ص ۸۱).

حال فقیه‌ای که آن سنخیت و هماهنگی را در سیاست کیفری حاکم بر حدود ملاحظه نموده با حکمی مواجه می‌شود که با هیچ یک از اهداف بازدارندگی عام و خاص و حتی اصلاح مجرم همخوانی ندارد. مجازات مجنون به واسطه عدم فهم او نسبت به علت مجازات کردنش، نه تأثیری در بازدارندگی شخصی او دارد، نه کمکی به عدم تکرار جرم توسط او می‌کند و حتی بازدارندگی عام هم

ندارد. چراکه بازدارندگی عام زمانی تحقق می‌یابد که عموم مردم با مرتکب جرم هم‌ذات پنداری نمایند و خود را در موقعیت او که مرتکب جرم شده قرار دهند و این درحالی است که این هم‌ذات پنداری موجب ترحم و هم‌نوایی هرچه بیشتر نسبت به مرتکب می‌شود. در چنین شرایطی بر مبنای نظریه هم‌افزایی آرای فقهی، نظریه پرداز می‌تواند از رأی یکی دیگر از فقها (مثل نظر شهیدثانی) استفاده نموده و نوعی همخوانی میان مجموعه احکام یک حوزه برای دست‌یابی به نظریه کیفری به وجود آورد.

### ۳. انسجام در تقنین کیفری

مجموعه کیفرهای وضع شده توسط مقنن اگر بخواهد منسجم باشد، ناگزیر از توسل به نظریه‌ای مبنایی در حوزه مجازات‌های اسلامی است که اهداف و وزن هر یک از عناصر تشریحی را در نسبت با یکدیگر معین سازد. در حوزه انسجام کیفرهای وضع شده سه بعد انسجام در دایره مجازات‌های ثابت، انسجام میان مجازات‌های ثابت و تعزیرات و انسجام میان تعزیرات قابل تصویر است.

#### ۳-۱. انسجام در دایره مجازات‌های ثابت

در دایره مجازات‌های ثابت (حدود و قصاص) عوامل مختلفی منجر به عدم انسجام و فاصله گرفتن احکام از واقعیت تشریحی خود می‌شوند: عواملی همچون فاصله زمانی میان ما و عصر صدور شریعت، تحولات تاریخی، تصاویر غیرامینی که بعضاً بر نقل راویان سایه افکنده، اثرپذیری عملیات فقاقت از فرهنگ‌های غیر اسلامی حاکم بر فهم منابع، خطای مجتهد، وصول دلیل عام و نرسیدن مخصص آن و... (صدر، ۱۴۳۳ الف، ص ۴۲۳-۴۳۱). همچنین ثابت‌پنداری احکام متغیر اسلامی، یکی از اشکالات منطقی رایج تفقه است که یکی از طرق علاج این مشکل و رسیدن به تمایز میان احکام ثابت و متغیر، دستیابی به مکتب اسلام است. وقتی فقیه ایمان

داشته باشد که احکام اسلام در واقع تشریحی خود و در تجربه مترقی تشکیل حکومت نبوی، احکامی منسجم و یکپارچه است، در دستیابی به نظریه ابتدائاً انسجام و نظام‌مندی فتاوا را مدنظر قرار می‌دهد. در صورت عدم اعتقاد به وجود چنین مبانی منسجمی، بحث از عملیات کشف مکتب اسلامی از دل احکام فرعی قابل توجیه نیست (همان، ص ۴۶۳-۴۶۴).

در بعد نخست یعنی انسجام در مجازات‌های ثابت کیفری، تأثیر منطق هم‌افزایی آرای فقهی را در بسیاری از مسائل از جمله در بازبینی فقهی مسائلی همچون «فرض ضمان دعوت‌کننده در شب»، «عدم تخییر ولی دم مقتول میان قصاص و دیه» و «تأثیر جنون پس از ارتکاب جرم بر مجازات» ملاحظه کرد. مسائلی که به نظر می‌رسد بهره‌گیری از فتاوی غیرمشهور به نحو بهتری انتظام احکام نظام کیفری را تأمین می‌کند. برای روشن شدن مطلب، ارائه یک شبیه‌سازی از فرایند هم‌افزایی آراء در فقه‌النظریه و بازبینی یک ماده قانونی مبتنی بر حکم ثابت شرعی، می‌تواند کارکرد این منطق را ملموس‌تر سازد. ماده ۵۱۳ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ مقرر می‌دارد:

هرگاه شخصی را که شبانه و به‌طور مشکوکی از محل اقامتش فراخوانده و بیرون برده‌اند، مفقود شود، دعوت‌کننده ضامن دیه اوست؛ مگر اینکه ثابت کند که دعوت شده زنده است یا اگر فوت کرده به مرگ عادی یا علل قهری که ارتباطی به او نداشته است یا اگر کشته شده، دیگری او را به قتل رسانده است. این حکم در مورد کسی که با حيله یا تهدید یا هر طریق دیگری کسی را بر باید و آن شخص مفقود گردد نیز جاری می‌شود.

تبصره: هرگاه پس از دریافت دیه مشخص شود که شخص مفقود زنده است یا قاتل شناسایی گردد، دیه مسترد می‌گردد و چنانچه اثبات شود که دعوت‌کننده مفقود را عمداً کشته است، قصاص ثابت می‌شود.

تحمیل مسئولیت قانونی بر کسی که در شب کسی را دعوت کند و پس از آن دعوت شده به منزل بازنگردد (چه بر اثر فوت، چه قتل و چه مفقود

شدن) بر مبنای فتوای مشهور و مستنبط از دو روایت ابی المقدام (کلینی، ۱۴۰۷، ص ۲۸۷) و ابن میمون (طوسی، ۱۴۰۷، ص ۲۲۲) هر دو از امام صادق (ع) صورت گرفته است. بی تردید فهم مشهور نسبت به این روایات خلاف اصل برائت و قواعد ضمان است، چرا که رابطه سببیت میان رفتار دعوت کننده و قتل یا مفقود شدن دعوت شونده احراز نشده است. علاوه بر آن، سویه‌های مختلفی که می‌تواند موجب عدم انسجام در نظام منصوصات شود در این روایات وجود دارد: به تعبیر کاشف اللثام، باید ملتزم شد فقها از اصل عدم ضمان تصرف بر حر به سبب این نص خاص عدول نموده‌اند (اصفهانی، ۱۴۱۶، ج ۱۱، ص ۲۵۲). محقق اردبیلی، به واسطه دشواری پذیرش مفهوم این دو روایت، از آن به «حکم فی قضیه» تعبیر نموده تا ضمن رد نکردن مضمون این دو روایت، خود را ملزم به تبعیت از آن نداند (اردبیلی، ۱۴۰۳، ص ۲۵۴). فارغ از اینکه برخی خبر واحد را کافی برای اثبات امور مهمه جزائی نمی‌دانند، برخی فقها قائل به ضعف این دو روایت به واسطه عدم وثاقت راوی و نیز مردد بودن یکی از روایات هستند (فیض کاشانی، ۱۴۰۶، ص ۱۰۹۲ / جبعی عاملی، ۱۴۱۳، ج ۱۵، ص ۳۵۰).

همانگونه که مشاهده می‌شود عوامل زیادی در این بین وجود دارد که ممکن است ما را از واقع تشریحی دور ساخته باشد. نهایتاً در فرض پذیرش سند و دلالت این روایات و ناظر نبودن آن به مورد خاص قضائی، آراء دیگری در مخالفت با این دیدگاه در فقه امامیه حضوری پررنگ دارد که بر مبنای پذیرش تخطئه در اجتهاد و هم‌افزائی آرای فقهی، این آراء نیز می‌تواند مورد استفاده محقق فقه نظامات قرار گیرد. از آن جمله:

فاضل هندی در کشف اللثام بر مبنای اخذ قدر متیقن از روایت خلاف قاعده می‌فرماید حکم روایت تنها در صورتی قابل تبعیت است که دعوت کننده ادعا نکند که دیگری قتل کرده یا در برابر اتهام قتل سکوت کند (اصفهانی، ۱۴۱۶، ج ۱۱، ص ۲۵۴). فقهای متقدمی همچون سلار و ابن حمزه

نیز به‌رغم اعتقاد به قصاص دعوت‌کننده، آن را شامل فرضی می‌دانند که او ادعای قتل توسط دیگری نکرده باشد (عاملی، ۱۴۱۴، ص ۴۵۹). می‌توان فرض شایع ادعای عدم اطلاع دعوت‌کننده از وضعیت مجنی علیه را نیز بر مبنای وحدت مناط ملحق به این دو قسم دانست.

سید جواد عاملی در کتاب مفتاح الکرامه قید «اخراج» را به این صورت تفسیر می‌کند که دعوت‌کننده شخص را بین ماندن و خروج از منزل مخیر نکرده باشد (حسینی عاملی، ۱۴۱۹، ص ۲۸۵). به نظر می‌رسد اخراج غیراختیاری از قیودی است که قانونگذار سعی کرده آن را مبهم باقی بگذارد، از کنار آن عبور کند و تصمیم‌گیری را به رویه قضایی واگذار کند. ازسویی در دو فراز از فراخواندن و دعوت سخن می‌گوید و در فراز دیگر بیرون بردن را به آن عطف می‌کند. این نحوه تقنین در پرتو دشواری‌های پذیرش مبنای مشهور، قابل فهم است.

سید عبدالاعلی سبزواری در مهذب الاحکام تحقق «اخراج» را قید اصلی حکم می‌داند و بقیه امور همچون در منزل یا در شب بودن و همچنین نحوه اخراج را ظرف تحقق اخراج تلقی می‌کند که دخالتی در حکم ندارند (سبزواری، ۱۴۱۳، ص ۱۲۴). این فتوا به خوبی مناط اصلی را توضیح داده و ما را به فهم عام عرفی در تشخیص ضامن نزدیک می‌سازد. همچنین در فرضی که سرنوشت دعوت‌شونده نامعلوم است، شهیداول در لمعه معتقد به عدم ضمان می‌باشد و شهیدثانی نیز در شرح لمعه چنین تعلیل کرده است که اصل بر برائت از دیه و قصاص است تا آنکه سبب آن محقق گردد (جبعی عاملی، ۱۴۱۰، ص ۱۲۲-۱۲۳).

با کنار هم قراردادن این آرای فقهی که هریک - بلحاظ صدور آن ازسوی فقهای نامدار شیعه - می‌تواند منطبق با حکم‌اللّه واقعی باشد، ملاحظه می‌شود که قیودی در حکم ذکر و قیودی مورد انکار قرار می‌گیرد. در نتیجه هم‌افزایی چهار فتوای فقهی فوق، این حکم در تناسب با قواعد عامی

همچون اصل برائت، قاعده لوث و قسامه، قاعده عدم ضمان نسبت به حر قرار گرفته و نهایتاً مبتنی بر فهم عرفی و عقلایی در اثبات رابطه سببیت قابل تفسیر است. در تطبیق این قاعده عام عقلایی اولاً، دو قید در شب بودن یا در منزل بودن هیچ موضوعیتی نداشته و تنها ظرف تحقق اخراج هستند. ثانیاً، شخصی که دیگری را به اجبار از محلی خارج کرده، عرف او را آگاه نسبت به وضعیت اخراج شده فرض می‌کند. حال وقتی اخراج شده، کشته شود و دعوت کننده با وجود داشتن حق دفاع از خود، سکوت نماید و حتی ادعای بی‌اطلاعی یا انتساب واقعه به عامل انسانی یا قهری دیگری نیز ننماید، عقلاً این رفتار او را حمل بر پذیرش مسئولیت می‌کنند. درنهایت، فهم عرفی هم‌داستان با فتوای شهیداول در فرض نامعلوم بودن سرنوشت اخراج شده، اتلافی را محقق نمی‌داند تا زمانی که متوجه اخراج کننده نماید؛ براین اساس ضمان دیه مندرج در این حکم قانونی به مدد هم‌افزایی آرای فقهی پیرامون یک حکم ثابت، در انسجام کامل با سایر احکام کیفری و قواعد حاکم بر آن قرار می‌گیرد. آنچه به تفصیل مورد بررسی قرار گرفت نمونه‌ای از ایفای نقش فقه‌النظریه در ایجاد هماهنگی میان یک حکم ثابت کیفری با سایر قواعد ناظر به مسئله بود.

### ۲-۳. انسجام میان احکام ثابت و احکام هم‌سنخ تعزیری

دومین خلل در زمینه انسجام که آثاری مهم در نظام کیفرگذاری به دنبال دارد، عدم سازواری میان دایره احکام ثابت و منطقه‌الفراغ است؛ به گونه‌ای که دوگانگی چشم‌گیری میان سیاست‌های حاکم بر حدود و تعزیرات به چشم می‌خورد. این درحالی است که فاصله برخی عناوین تعزیری با حدود، تنها فقدان یکی از شروط غیرماهوی مربوط به اثبات جرم است. بلحاظ فقهی، تعزیرات مشمول قواعد عامی همچون تبعیت از صلاح‌دید حاکم، محوریت هدف بازدارندگی، کمتر از حد بودن و قابل تعزیر بودن هر عمل حرام هستند (طوسی، ۱۴۰۷، صص ۴۴۸ و ۴۹۷-۴۹۸ / حلی، ۱۴۰۸، ص ۱۵۵ / نجفی،

۱۴۰۴، ج ۴۱، ص ۴۴۸/خویی، ۱۴۲۲، ص ۳۳۷/صافی، ۱۴۲۰، ص ۷۷) همچنین در رابطه با دایره اختیار حاکم، مشهور فقها به مقتضای روایات به قاعده «التعزیر بما یراه الحاکم» رسیده‌اند که ناظر به ابتکار عمل و بسط ید حاکم در اختیار نوع واکنش نسبت به جرم تعزیری است (طوسی، ۱۳۸۷، ص ۹۷/حلی، ۱۴۲۰، ص ۴۱۱/نجفی، ۱۴۰۴، ج ۴۲، ص ۹۵).

با این حال، تبعیت تعزیرات از مصالح بازبودن دست مقنن در انتخاب واکنش‌هایی بی‌تناسب با سایر تشریحات را بر نمی‌تابد. فقه‌النظریه بالاترین مصلحت را در مفیدکردن قانونگذار به اصول و اهدافی می‌داند که شارع در حوزه جرائم هم‌سنخ دنبال می‌نماید. حدود که نوعاً اهم، اقوا و اشد از تعزیرات هستند و شارع اجرای آن را بر حاکم واجب نموده و شرایط و احکام آن را به تفصیل بیان کرده، می‌توانند خط مشی قانونگذار در انتخاب واکنش‌های کیفری در جرایم هم‌سنخ را ترسیم کنند. هر ناظر هوشیاری با دیدن تفاوت نوع مواجهه نظام کیفرگذاری با جرایمی همچون سرقت، روابط منافی عفت و جرائم سیاسی در دو نوع حدی و تعزیری آنها دچار تعجب و تشویش شده و تردیدهایی جدی در باب پیگیری اهدافی همسو در جرایم هم‌سنخ برای او به وجود می‌آید.

بر اساس فقه‌النظریه، اگرچه هریک از احکام پنج‌گانه تکلیفی نمودی از ارزش‌های مورد نظر شارع و اهداف او هستند، ولی تشریح حرمت و وجوب بیانگر ارزش‌هایی غیرقابل تغییر در حمایت از نیازهای ثابت است. در دایره احکام کراهت و استحباب و اباحه میزانی از تخییر مکلف وجود دارد که ولی فقیه می‌تواند در پرتو «جنبه‌های ثابت نظام» و بر اساس «مصلحت» و «نیاز» جامعه در آنها به اجتهاد بپردازد (صدر، ۱۴۳۳ الف، ص ۳۷۰-۳۷۱). حدود از قواعد مندرج در احکام ثابت نظام است که پاسخگوی نیازهای ثابت و همیشگی نظام اجتماعی مسلمین است. در مقابل، دایره وسیع واکنش‌های تعزیری، پاسخی برای نیازهای متغیر عصری است که ظرفیت آن را دارد در

پرتو جنبه‌های ثابت نظام، در آن اجتهاد صورت گیرد. به‌رغم آنکه قلمرو تعزیرات دایره ابتکار عمل ولی فقیه و به تبع قانونگذاران نظام اسلامی است، این ابتکار عمل باید در چهارچوب نگاهی کلان و مجموعی و در پرتو جوانب ثابت نظام تشریحی باشد.

در این چهارچوب، نظریه منطقه‌الفراغ، نقش ویژه خود را در استنباط قواعد کلی حوزه ثابتات (در اینجا حدود و قصاص) و بازتاب دادن آن در حوزه متغیرات (در اینجا تعزیرات ناظر به جرایم هم‌سنخ) ایفا می‌نماید. البته قواعد کلی حدود نهایتاً «مصلح نوعی» در مواجهه با جرایم تعزیری را بازتاب می‌دهد و حاکم شرع باید ضمن ملاحظه شیوه معصومین (ع) در وضع عناصر متغیر (صدر، ۱۴۳۳ ب، ص ۵۳-۵۵)، در صورت وجود «مصلح شخصی» در برخوردی خاص با مجرم، مصلحت شخصی را مقدم نمایند. با این تدبیر، دوگانگی میان قلمرو حدود و تعزیرات در بسیاری از حوزه‌ها که امکان دستیابی به طرح کلی مواجهه با جرایم هم‌سنخ وجود دارد، می‌تواند کاهش یابد.

برای نمونه در حوزه جرایم علیه اموال، دوگانگی چشم‌گیری را میان علل سقوط مجازات شاهد هستیم. از سویی در جرم حدی سرقت، قانونگذار به تبع شارع مقدس شروط چهارده‌گانه‌ای را مقرر نموده که با منتفی شدن هر کدام، مجازات حدی ساقط می‌شود. شروطی همچون قرار گرفتن در حرز و هتک آن، مخفیانه بودن عملیات ربودن، عدم وقوع سرقت در زمان قحطی، عدم نیاز سارق به مال مسروقه و... (ماده ۲۶۸ ق.ا.م. ۱۳۹۲). همچنین توبه مجرم و گذشت شاکی پیش از طرح شکایت موجب سقوط مجازات شده (ماده ۱۱۴ ق.ا.م. ۱۳۹۲) و پس از شروع فرایند دادرسی تا قبل از اثبات جرم نیز عواملی همچون گذشت شاکی، انتقال مالکیت مال مسروقه به سارق و قرار گرفتن مال تحت ید مالک موجبات سقوط مجازات را فراهم می‌سازند (ماده ۲۶۸ ق.ا.م. ۱۳۹۲). تبیین این سیاست و اهدافی که شارع در

این احکام ثابت حدی دنبال می‌نماید، مجال دیگری را می‌طلبد و در این مقام تنها می‌توان به جایگاه اصیل حق‌الناس در سقوط مجازات‌های حدی و اصل شدت نمادین مجازات و عدم قطعیت در اجرای حدود اشاره کرد. با این حال، در میان جرایم مالی مستوجب تعزیر، با سرقت‌هایی مواجهیم که به واسطه فقدان یکی از شرایط حد سرقت، مشمول عناوین تعزیری ربودن قرار گرفته‌اند (ماده ۲۷۶ ق.م.ا. ۱۳۹۲). همچنین در یک سیاست‌گذاری کلان‌تر می‌توان جرایمی مانند خیانت در امانت و کلاهبرداری را نیز - بلحاظ محوریتی که سلب حقوق مالی افراد در آنها دارد - می‌توان هم‌سنخ جرم سرقت حدی تلقی کرد. در رابطه با سرقت‌های مستوجب تعزیر که هرکدام به واسطه فقدان یک یا تعدادی از شرایط ثبوت حد، در دامنه شمول تعزیرات قرار گرفته‌اند، اولاً نبود سایر شرایط ثبوت سرقت حدی تأثیری در سقوط این مجازات‌ها ندارد. عواملی همچون انتقال مالکیت به مجرم یا اعاده مال به تصرف مالک آن، وجود ابوت، عدم وقوع در حرز، جهل به حرمت رفتار و... هیچ تأثیری در سقوط مجازات سرقت‌های تعزیری نداشته و عمده آنها از موجبات مصرح تخفیف مجازات نیز نمی‌باشد.

ثانیاً در رابطه با تأثیر گذشت شاکی، اگرچه بر مبنای ماده ۱۰۰ قانون مجازات اسلامی سرقت حدی از جمله جرایم قابل گذشتی به حساب می‌آید که در بازه زمانی معینی می‌تواند موجب سقوط مجازات شود، اما قانونگذار در بسیاری از موارد سرقت تعزیری که از جهات مختلفی اخف نسبت به سرقت حدی است را حتی با کسب رضایت شاکی معاف از مجازات ندانسته و آنها را در زمره جرایم غیرقابل گذشت قرار داده است. جرایمی که عدم ورود شاکی خصوصی به آن مانع از پیگیری مدعی العموم نبوده و می‌تواند حتی بدون اطلاع او اقدام به پیگیری جرم و تحصیل دلیل تا اجرای مجازات نماید. البته با تصویب قانون کاهش مجازات حبس تعزیری در سال ۱۳۹۹ و اصلاح ماده ۱۰۴ قانون مجازات اسلامی شاهد یک تغییر نگاه مثبت در

جهت هم‌سان‌سازی قواعد حاکم بر گذشت شاکی خصوصی در سرقت‌های تعزیری هستیم. چرا که به واسطه این اصلاحیه، سرقت‌های تعزیری مندرج در مواد ۶۵۶، ۶۵۷، ۶۶۱ و ۶۶۵ قابل گذشت قلمداد شد، مشروط بر اینکه ارزش مال مورد سرقت کمتر از ۲۰۰ میلیون ریال و سارق فاقد سابقه مؤثر کیفری باشد. با این حال، محدود کردن قابلیت گذشت به این دو شرط تناسبی با قواعد حاکم بر حدود ندارد.

همه اینها درحالی است که به اقتضای فقه‌النظریه باید دایره تعزیرات جرایم هم‌سنخ در قالب قواعد و اصول حاکم بر منصوصات قرار گیرد. با لحاظ اخف و اسهل بودن عمده جرایم مالی مستوجب تعزیر، این سیاست شارع در سقوط مجازات‌ها می‌تواند ابتکار عمل قانونگذار در تعیین مجازات‌های تعزیری را تنظیم نموده و سیاست کیفری واحدی نسبت به جرایم علیه اموال پیش گیرد. شایان ذکر است که توجیه این سیاست خرد را باید در چهارچوب سیاست‌های کیفری کلان‌تر نظام کیفری اسلام و نظام مفاهیمی جست که مجازات‌های ثابت آن را راهبری می‌نماید و در مبحث ۱. ۱ به برخی از آن مفاهیم اشاره شد.

### ۳-۳. انسجام میان مجازات‌های تعزیری

در میان واکنش‌های تعزیری به دلایلی همچون تعدد واضعین قانون و شرایط اجتماعی زمان وضع، نظارت موردی نهاد ناظر بر قوانین، دخالت مبانی فکری مختلف و... ناهمخوانی‌هایی وجود دارد که می‌تواند موجب ناکارآمدی نظام جزایی کشور و عدم دستیابی آن به اهداف خود گردد. این مسئله به ویژه خود را در جایی نشان می‌دهد که در اجزای مختلف نظام واکنش کیفری تبعیت از یکی از نظریات مکافات‌گرا، نتیجه‌گرا با اهداف مختلفی هم‌چون بازدارندگی، ناتوان‌سازی، اصلاح و درمان یا سرزنش اخلاقی دیده می‌شود که تعارض این مبانی، هم دستیابی به اغراض را دشوار می‌سازد و هم تفسیر و اجرای احکام قانونی را در غباری از ابهام فرو می‌برد.

فقه‌النظریه ازسویی شرایط را جهت اتحاد نسبی سیاست‌های کیفری حاکم بر دو حوزه حدود و تعزیرات مهیا می‌سازد و ازسوی دیگر، در فرض وجود طرح‌ها و نظریات متفاوت فقهی در زمینه تعزیرات، ولی فقیه را مکلف به اتخاذ یک طرح نظری و اختیار بهترین الگو به اختیار خود می‌داند. نظریه‌ای که زمینه‌ساز بیشترین هماهنگی بوده و در راستای تحقق اهداف عالی اسلام باشد (همو، ۱۴۳۳ الف، ص ۴۶۰). این دو خصیصه درحقیقت بازتاب دو عنصر غایتمندی و انتظام در انتخاب نظریه و الگوی نظام تعزیری است. در ادامه، نظریه‌مندی مجازات‌های تعزیری زمینه را برای ارزیابی نهادهای نظارت تقنینی درباره ابتناء قوانین خرد بر سیاست کلان به وجود می‌آورد. با تطابق نظام واکنش‌های تعزیری با هریک از نظریات اتخاذی، انسجام مورد نیاز برای کارآمدی نظام کیفری تأمین می‌شود.

همچنین اگر یکی از چالش‌های فراروی سامانه نظارت شرعی بر قوانین را انفعال و عدم امکان مواجهه کلان با طرح‌ها و لوایح مصوب مجلس شورای اسلامی بدانیم، فقه‌النظریه راه را برای ارتقاء سطح نظارت این سامانه هموار می‌سازد. گاه ساختار و روح حاکم بر مجموعه‌ای از قوانین اقتضائات متفاوتی نسبت به اجزاء آن دارد، که اگر ناظر شرعی مبتنی بر نظریه‌ای راهنما اقدام به بررسی آن مجموعه نماید، در اغلب اوقات جز اصلاح مصوبات در سطحی خرد و کم و زیاد کردن قیودی جزئی کاری از پیش نمی‌برد و نوعاً قادر به تغییر ساختار نخواهد بود. این درحالی است که محور قراردادن یک نظریه مجازات به ترتیبی که مورد بررسی قرار گرفت، می‌تواند امکان مواجهه فعال شورا را در بررسی عدم مغایرت مصوبات مجلس با شرع فراهم آورد و با پایش مستمر، نظام مجازات‌ها را رفته رفته به انسجام در مبانی و اهداف نزدیک سازد.

نهایتاً آنچه تاکنون در مورد ابتناء بر نظریه و لزوم سازواری گفته شد، متوجه قوه قانونگذاری در مقام تصویب و وضع قوانین هماهنگ و نامتعارض

بود، اما با لحاظ وجود همیشگی خلأها، ابهام‌ها و تعارض‌ها در هنگام تفسیر قوانین، کنش‌گری تقنینی در قالب تفسیر قانون امتداد می‌یابد. قضات همواره با خلأهایی چه از لحاظ شبهه در حکم قانون و چه از لحاظ تطبیق قانون بر مصادیق مواجهند که چگونگی تعامل با این قلمرو محل طرح آراء و انظار متفکران حقوقی بوده است (Hart, 1994, pp.154-70- Dworkin, 1977, pp.81-92/ Dworkin, 1986, pp.66-70). با پیروی از فقه‌النظریه، نظام قضایی بر مبنای نظریات کلان مورد اتکای مقنن، می‌تواند اقدام به رفع موارد سکوت، اجمال و ابهام قوانین با مراجعه به منابع معتبر فقهی نماید. انضباط در تفاسیر شرعی قضات از قانون و پاسخ به چالش مهم عطف بماسبق‌شدن تفاسیر قضایی از ثمرات مهم این طرح نظری است.

### نتیجه

مهمترین نتایج پژوهش حاضر در چند بند قابل صورت بندی است:

۱. طرح فکری فقه‌النظریه و دو نظریه معین آن - منطق هم‌افزایی آرای فقهی و نظریه منطقه‌الفرغ - افق‌های جدیدی را در جهت نظریه‌پردازی فقهی در ساحت‌های مختلف نظام کیفری گشوده است. استمداد از این طرح در قالب یک نظریه راهنما، قادر است نظام مجازات‌های اسلامی را از حیث انسجام، عینیت و جامعیت ارتقا بخشد. وجهه همت این پژوهش فتح بابی در نشان‌دادن گستره تأثیرگذاری فقه‌النظریه در ایجاد انسجام و ارائه مثال‌هایی برای نشان‌دادن نحوه تطبیق این نظریه در نظام کیفری کشور بوده است.
۲. در رابطه با مجازات‌های ثابت، کارکرد اصلی فقه‌النظریه، در توجیه فقهی و معرفت‌شناختی استفاده هم‌زمان از آرای فقهی معتبر قابل ملاحظه است. در مقیاس خرد، این روش می‌تواند هم‌افزایی آراء معتبر فقهی را در حیطه قیود و شرایط تحقق، اثبات و اجرای مجازات‌های حد و قصاص به وجود آورد؛

براین اساس احکام برخی فروع فقهی که تناسب قابل فهمی با قواعد حاکم بر سایر احکام جزایی ندارند، می‌تواند مورد بازبینی اجتهادی قرار گرفته و انسجام لازم بر مبنای آرای روشمند و غیرمتعارض سایر فقها به دست آید. تأثیر این بازاندیشی فقهی را در احکام ثابت فراوانی همچون «فرض ضمان دعوت‌کننده در شب»، «عدم تخییر ولی دم مقتول میان قصاص و دیه» و «تأثیر جنون پس از ارتکاب جرم بر مجازات» ملاحظه کرد که در این مقاله تنها یک مورد از آن در قالب تطبیق قاعده مورد بررسی قرار گرفت.

۳. در مقیاس کلان، این منطق مهم‌ترین مانع بر سر راه دستیابی به نظریه راکه همان عدم امکان تنسیق میان فتاوای یک فقیه است، کنار می‌زند و با توجیه استفاده هم‌زمان از آرای فقهای مختلف، محملی را برای ورود فقه به ساحت‌های کلان نظریه‌پردازی در حوزه مجازات به وجود می‌آورد. استخراج خطوط مشی حاکم و شناخت اهداف و اصول حاکم بر کیفرهای ثابت شرعی، موجب برطرف شدن بسیاری از خلأهای تقنینی، تفسیری و اجرایی ناظر به این کیفرها می‌شود.

۴. الزام فقهی نسبت به نظریه‌مندی مداخلات حاکمیت در منطقه‌الفرع، بستر وسیعی را برای تأمل فقهی در رابطه با قواعد حاکم بر تعزیرات فراهم آورده و این قلمرو را از انحصار تئوری‌های بشری خارج می‌سازد. با تطبیق الگوهای استنباط شده از دایره منصوصات بر دایره تعزیرات هم‌سنخ، دوگانگی موجود در سیاست‌های حاکم بر حدود و تعزیرات در نظام تقنینی کشورمان کاهش می‌یابد.

۵. استنباط نظریه فقهی و اختیار یکی از آنها با لحاظ ملاک‌های سه‌گانه (قوی‌تر بودن عناصر، کارآمدی و تحقق بخشی به اهداف عالی اسلام) چراغ راهی برای نظام تقنینی در زمینه کیفرگذاری تعزیری و ارزیابی تئوری‌های حاکم بر آن است و کیفیت این پرتو افکنی در مطالعه سیاست‌های حاکم بر برخی جرایم مالی مورد واکاوی قرار گرفت.

۶. طرح شهیدصدر با تمهید بستری فقهی برای نظریه‌پردازی کیفی، نظام تقنینی را نسبت به گرده‌برداری‌های بدون تحلیل از سیاست‌های کیفی وارداتی مصون می‌دارد. این خطوط مشی - حتی اگر در مواردی ظنی باشد - از مزیت حجیت و تلائم و هماهنگی با سامانه کیفی‌های ثابت و به‌طور کلان‌تر سامانه فرهنگی و بومی جامعه اسلامی برخوردار است. این نظریه سامانه نظارت شرعی را قادر می‌سازد که سطح تحلیل خود را در مواجهه با کلان نظریه‌های کیفی بالاتر برده و به‌جای تقلیل یک طرح کلان به اجزای خرد و بی‌ارتباط با یکدیگر، انطباق اهداف، کارکردها و اصول حاکم بر این مصوبات را با شریعت مورد ارزیابی قرار دهد.

### حامی مالی

بنا به اظهار نویسنده مسئول، این مقاله هیچ‌گونه حامی مالی ندارد..

### سهم نویسندگان در پژوهش

تمام نویسندگان در طراحی، اجرا و نگارش مقاله مشارکت داشته‌اند و محتوای نهایی مقاله را تأیید می‌کنند.

### تضاد منافع

نویسندگان تصریح می‌کنند که هیچ‌گونه تضاد منافی در ارتباط با این مقاله وجود ندارد.

## منابع

- اردبيلي، احمدبن محمد؛ مجمع الفائدة والبرهان في شرح إرشاد الأذهان؛ ج ۱۴، قم: دفتر انتشارات اسلامي، ۱۴۰۳ ق.
- اصفهانى (فاضل هندى)، محمدبن حسن؛ كشف اللثام والإبهام عن قواعد الأحكام؛ قم: دفتر انتشارات اسلامي، ۱۴۱۶ ق.
- اميني پزوه، حسين و محسن اسماعيلي؛ «منطقة الفراغ به مثابه نظريه قانونگذاري»، نشریه دانش حقوق عمومي؛ ش ۵، پاییز ۱۳۹۲، ص ۱-۲۰.
- برهانی، محسن و الهه لطفعلی زاده؛ «تکثرگرایی حقوقی فقهی، ثابتهای شریعت و نظام تقنینی ایران»، مجله حقوق اسلامي؛ ش ۷۶، بهار ۱۴۰۲، ص ۱۸۷-۲۱۰.
- پیوندی، غلامرضا؛ کيفرگذاري؛ مبانی اصول معيارها و چالشها؛ قم: انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامي، ۱۴۰۰.
- تسخیری، محمدعلی؛ «شهیدصدر به دنبال طرح مباحث اقتصادی با ریشه اسلامي بود، نه حجیت شرعی»، مجله علوم انسانی اسلامي صدر؛ ش ۱۷، بهار ۱۳۹۵، ص ۱۳۴-۱۳۹.
- تسخیری، محمدعلی؛ «شیوه شهیدصدر در شناخت مکتب اقتصادی اسلام و پاسخ به منتقدان»، مجله اقتصاد اسلامي؛ ش ۱۰، تابستان ۱۳۸۲، ص ۹-۲۲.
- توسلی، محمدصادق و حسینعلی سعدی؛ «تبیین مؤلفه‌های حجیت خط مشی‌های عمومي از دیدگاه شهیدصدر»، نشریه حکومت اسلامي؛ ش ۷۵، بهار ۱۳۹۴، ص ۶۷-۹۴.
- جبعی عاملی، زین‌الدین بن علی؛ الروضة البهية فی شرح اللمعة الدمشقية؛ حاشیه مرحوم کلانتر؛ ج ۱۰، قم: انتشارات داوری، ۱۴۱۰ ق.
- جبعی عاملی، زین‌الدین بن علی؛ مسالک الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام؛ ج ۱۴، قم: مؤسسه المعارف الإسلامیه، ۱۴۱۳ ق.
- جوان جعفری بجنوردی، عبدالرضا و سیدمحمدجواد ساداتی؛ «عظمت نمادین حدود و موانع اجرایی آن؛ تأملی فلسفی و جامعه‌شناختی»، فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی؛ ش ۶۳، پاییز ۱۳۹۲، ص ۶۷-۹۲.
- حب‌الله، حیدر؛ «معالم الإبداع الأصولی عند الشهيد الصدر»، نشریه فقه أهل البيت (ع) (عربی)؛ ش ۲۰، ۱۴۲۱ ق، ص ۲۲۹-۲۷۶.
- حسینی عاملی، سیدجواد؛ مفتاح الكرامة فی شرح قواعد العلامة؛ ج ۱۰، قم: دفتر انتشارات اسلامي، ۱۴۱۹ ق.
- حکیم، سیدمحمدباقر؛ «النظرية السياسية عند الشهيد الصدر»، الموسم؛ ش ۲۶ و ۲۷، ۱۴۱۶ ق، ص ۳۸۱-۳۹۴.
- حلی، جعفر بن حسن؛ شرائع الإسلام فی معرفة الحلال والحرام؛ ج ۴، چ ۲، قم: مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۰۸ ق.
- حلی، حسن بن یوسف؛ تحریر الأحكام؛ ج ۵، قم: مؤسسه امام صادق (ع)، ۱۴۲۰ ق.

- خویی، سیدابوالقاسم؛ مبانی تکملة المنهاج؛ قم: مؤسسة إحياء آثار الإمام الخوئي، ۱۴۲۲ق.
- سبحانی، جعفر؛ الأمر بين الأمرين؛ قم: مؤسسة الصادق (ع)، ۱۴۱۸ق.
- سبزواری، سیدعبدالأعلى؛ مهذب الأحكام في معرفة الحلال والحرام؛ ج ۲۹، ۴، قم: مؤسسه المنار، ۱۴۱۳ق.
- صافی گلپایگانی، لطف الله؛ التعزیر أحكامه و حدوده؛ قم: انتشارات آیت الله العظمی صافی گلپایگانی، ۱۴۲۰ق.
- صدر، سیدمحمدباقر؛ البنك اللاربوی فی الإسلام؛ قم: مركز الأبحاث والدراسات التخصصية للشهيد الصدر، ۱۴۳۴ق.
- صدر، سیدمحمدباقر؛ السنن التاريخية فی القرآن؛ دمشق: دارالتعارف فی المطبوعات، ۱۴۱۹ق.
- صدر، سیدمحمدباقر؛ الف؛ إقتصادنا؛ قم: مركز الأبحاث والدراسات التخصصية للشهيد الصدر، ۱۴۳۳ق.
- صدر، سیدمحمدباقر؛ ب؛ الإسلام يقود الحياة؛ قم: مركز الأبحاث والدراسات التخصصية للشهيد الصدر، ۱۴۳۳ق.
- صدر، سیدمحمدباقر؛ ج؛ لمحة تمهيدية فقهية عن مشروع دستور الجمهورية الإسلامية في إيران؛ قم: مركز الأبحاث والدراسات التخصصية للشهيد الصدر، ۱۴۳۳ق.
- صدر، سیدمحمدباقر؛ بحوث في علم الأصول؛ تقارير حسن عبدالساتر؛ ج ۱۰، بيروت: الدار الإسلامية، ۱۴۱۷ق.
- صدر، سیدمحمدباقر؛ دروس في علم الأصول، الحلقة الأولى؛ ج ۲، قم: مجمع الفكر الإسلامي، ۱۴۲۱ق.
- صدرالمتألهين، صدرالدين محمدبن ابراهيم؛ رسالة في خلق الأعمال: جبر و تفويض از نظر ملاصدرا؛ ترجمه منصور میراحمدی؛ تهران: چاپخانه حیدری، ۱۳۵۲.
- طوسی، محمدبن حسن؛ الخلاف؛ ج ۵، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۷ق.
- طوسی، محمدبن حسن؛ المبسوط فی فقه الإمامية؛ ج ۸، ۳، تهران: المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية، ۱۳۸۷ق.
- طوسی، محمدبن حسن؛ تهذيب الأحكام؛ ج ۴، تهران: دارالکتب الإسلامية، ۱۴۱۷ق.
- عاملی، محمدبن مکی؛ غاية المراد فی شرح نکت الإرشاد؛ ج ۴، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۱۴ق.
- عدناني، سیده عطیه؛ تعیین جرایم تعزیری از منظر فقه النظرية و تأثیر آن بر حقوق کیفری (پایان نامه کارشناسی ارشد)؛ تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۹۴.
- علی اکبری بابوکانی، احسان و احسان آهنگری؛ «بازپژوهی امکان و حجیت نظام سازی در فقه با تأکید بر نگره شهید صدر»، نشریه فقه و اصول؛ ش ۸۲، زمستان ۱۳۹۵، ص ۸۷-۱۰۶.
- الغفوری، خالد؛ «فقه النظرية لدى الشهيد الصدر»، فقه أهل البيت (ع) (عربی)؛ ش ۲۰،

۱۴۲۱ق، ص ۱۲۳-۲۰۴.

فیض کاشانی، محمد محسن؛ الوافی؛ ج ۱۶، اصفهان: کتابخانه امام امیرالمؤمنین (ع)، ۱۴۰۶ق.

کلینی، محمد بن یعقوب؛ الکافی؛ ج ۷، چ ۴، تهران: دارالکتب الإسلامیه، ۱۴۰۷ق.

مجلسی، محمد باقر؛ بحار الأنوار؛ ج ۵، تهران: دارالکتب الإسلامیه، [بی تا].

محسنی، مرتضی؛ دوره حقوق جزای عمومی؛ تهران: کتابخانه گنج دانش، ۱۳۷۶.

مصباح یزدی، محمد تقی؛ آموزش فلسفه؛ چ ۳، ج ۲، قم: سازمان تبلیغات اسلامی، ۱۳۶۸.

نجفی، محمد حسن؛ جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام؛ ج ۴۱، چ ۷، بیروت: دار إحياء التراث العربی، ۱۴۰۴ق.

Dworkin, Ronald, Taking rights seriously, 2nd Ed., Cambridge: Harvard University Press, 1977.

Dworkin, Ronald; Law's Empire, 2nd Ed., Cambridge: Harvard University Press, 1986.

Greenawalt, Kent, Law and Objectivity, 1st Ed., New York: Oxford University Press, 1992.

Hart, H. L. A, The Concept of Law, 1st Ed., New York: Oxford University Press, 1994.

Kelsen, Hans, General Theory of Law and State, A. Wedberg transl., Cambridge: Harvard University Press, 1945.

Kelsen, Hans; The Pure Theory of Law, M. Knight transl., 2nd Ed., Oakland: University of California Press, 1967.

Mathew Kramer, Objectivity and the Rule of Law, New York: Cambridge University Press, 2007.