

## امکان سنجی فقهی سقوط مجازات های حدی با توبه

### مرتکب بعد از اثبات جرم

دکتر اسمعیل رحیمی نژاد

استاد گروه حقوق دانشگاه تبریز

rahiminejad@tabrizu.ac.ir

#### چکیده

در مورد سقوط یا عدم سقوط مجازات های حدی با توبه مرتکب بعد از اثبات جرم میان فقها اختلاف نظر وجود دارد. مشهور فقها معتقد به عدم سقوط مجازات های حدی در صورت اثبات جرم به وسیله بینه یا علم قاضی هستند و در صورت اقرار مرتکب، قایل به اختیار حاکم میان عفو مجرم و اجرای مجازات می باشند؛ قانونگذار ایران نیز در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ از نظریه مشهور تبعیت کرده است؛ مساله این است که مشهور فقها بر چه مبنایی قایل به عدم سقوط مجازات های حدی هستند و دلایل استنادی آنها تا چه اندازه از وجاهت علمی برخوردار است. آیا به لحاظ فقهی می توان از امکان سقوط مجازات های حدی با توبه بعد از اثبات جرم با بینه و علم قاضی سخن گفت؟ این مقاله با استفاده از روش توصیفی-تحلیلی و با رویکردی انتقادی، هر کدام از این نظریه ها را مورد بررسی قرار داده و به این نتیجه رسیده است که نظریه مشهور، به دلیل ایراد های اساسی و همچنین نظریه تخییر حاکم، به دلیل خروج موضوعی آن از مقوله توبه، از وجاهت علمی لازم برخوردار نیستند. لذا لازم است نظریه "سقوط مجازات با توبه مرتکب بعد از اثبات جرم" مبنای سیاستگذاری جنایی واقع شود.

واژگان کلیدی: مجازات های حدی، توبه مرتکب، اثبات جرم، سقوط مجازات، بینه، علم قاضی

یکی از مسایل بسیار مهم و اختلافی در فقه و حقوق کیفری اسلام، مساله سقوط یا عدم سقوط مجازات های حدی با توبه مرتکب بعد از اثبات جرم است. مشهور فقهای امامیه و تعدادی از فقهای اهل سنت با استناد به اطلاقات ادله باب حدود و برخی دلایل دیگر از جمله اصل استصحاب قایل به عدم سقوط مجازات های حدی با توبه بعد از اثبات جرم با بینه و علم قاضی هستند؛ برخی دیگر از فقها هم به اختیار حاکم در عفو مرتکب جرم یا اجرای مجازات حدی بر وی در صورت اثبات جرم با اقرار او اعتقاد دارند؛ قانونگذار ایران نیز به تبعیت از نظر مشهور فقها در مواد مختلف قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ از جمله مواد ۱۱۴ و ۱۱۷ توبه مرتکب را در صورتی که قبل از اثبات جرم باشد، موجب سقوط مجازات دانسته است؛ اما توبه بعد از اثبات جرم در جرایم حدی را از اسباب سقوط مجازات نشناخته و تنها در صورت اثبات جرم با اقرار به دادگاه این اختیار را داده است تا عفو مجرم را توسط رئیس قوه قضاییه از مقام رهبری درخواست نماید. با عنایت به حاکمیت و غلبه این گفتمان مشهور فقهی و حقوقی، اکثریت قریب به اتفاق نویسندگان و پژوهشگران هم در چارچوب همین نظریه مشهور و یا نظریه تخییر حاکم به طرح موضوع توبه و آثار آن پرداخته اند؛ به گونه ای که این شهرت گرایی و حتی اجماع ادعایی به آنان اجازه نقد و بررسی این نظریه ها را نداده است. از این نوع آثار می توان به مقالات "نقش زمان در توبه مجرمین" نوشته امیر وطنی، عبدالعلی توجهی، حسین رجایی در فصلنامه حقوق اسلامی سال ۱۸ شماره ۶۹ تابستان ۱۴۰۰؛ "نقش توبه در اسقاط حدود" نوشته حبیب الله طاهری در مجله پژوهش های فقهی سال ۶، شماره ۲، تابستان ۱۳۸۹؛ "نقش توبه در حدود و تعزیرات" نوشته محمدهادی صادقی در پژوهشنامه حقوق کیفری سال چهارم، شماره دوم، پاییز و زمستان ۱۳۹۲؛ "پیوستن علم قاضی به بینه یا اقرار" نوشته جلال الدین قیاسی در فصلنامه فقه شماره ۲۳، سال ۱۳۷۸ و کتب "بررسی فقهی و حقوقی توبه" نوشته جلیل الماسی چاپ و نشر بین الملل سال ۱۳۹۰؛ "تاسیس حقوقی توبه در فقه جزایی اسلام و نظام حقوق کیفری ایران"، نوشته دکتر اکبر وورایی و مصطفی عزیزی از انتشارات مجد ۱۳۹۴ اشاره کرد. تنها مقاله ای که در آن نظریه مشهور تا حدودی بررسی شده و قلمرو اختیار حاکم در عفو مرتکب به توبه بعد از اثبات جرم زنا با بینه نیز تسری داده، مقاله "تاملی در عدم سقوط حد بواسطه توبه زانی پس از قیام بینه: نقدی بر ماده ۱۱۴ قانون مجازات اسلامی" نوشته سید مجتبی حسین نژاد در فصلنامه پژوهش های فقه و حقوق اسلامی، شماره ۵۱، سال ۱۳۹۷ است؛ نویسنده بدون اینکه در این مقاله نظریه جدیدی مطرح کند، سعی کرده نظریه مشهور فقها را که به طور عمده مبتنی بر شهرت فتوایی است، نقد نموده و قلمرو اختیار حاکم در عفو مرتکب را در صورت توبه او به موارد اثبات جرم زنا با بینه هم توسعه دهد؛ البته در میان فقهای امامیه نیز شخصیت هایی مثل شیخ مفید در کتاب "المقنعه، ۷۷۷" و ابوالصلاح حلبی در "الکافی فی الفقه، ۴۰۷" از نظریه تخییر امام در عفو مرتکب در صورت توبه او بعد از اقامه بینه نیز دفاع کرده اند؛ با وجود این دیدگاه ها، مساله مهمی که اینجا قابل طرح و بحث است، این است که نظریه مشهور (عدم سقوط مجازات) و نظریه تخییر حاکم تا چه اندازه از وجاهت علمی برخوردار است و آیا اساسا می توان به لحاظ فقهی از امکان سقوط مجازات های حدی بعد از اثبات جرم با بینه و علم قاضی سخن گفت؟ با توجه به آثار مهم فقهی-حقوقی که بر پذیرش یا عدم پذیرش هر کدام از این رویکردها مترتب است و همچنین به لحاظ ارتباط مستقیم و تنگاتنگ این آثار با حقوق و آزادی های بنیادین فردی، نقد و بررسی هر کدام از این نظریه ها از اهمیت خاصی برخوردار است؛ بر این اساس، مقاله حاضر با تکیه بر روش تحلیل منطقی محتوای دلایل و مدارک استنادی پیروان این نظریه ها، نخست به بررسی نظریه مشهور فقها و ارزیابی دلایل و مستندات آن می پردازد. سپس نظریه تخییر حاکم را مطرح و مورد ارزیابی قرار می دهد و در نهایت با تکیه بر مبانی و دلایل جدید نظریه سومی تحت عنوان "سقوط مجازات ها با توبه مرتکب بعد از اثبات جرم" را ارائه می دهد.

## ۱. نظریه عدم سقوط مجازات های حدی با توبه مرتکب بعد از اثبات جرم

مشهور فقهای امامیه<sup>۱</sup> معتقدند که اگر مرتکب جرم حدی، پس از اقامه بینه و ثبوت جرم توبه نماید، حد خواه مستوجب قتل باشد یا رجم و یا جلد ساقط نمی شود و امام اختیار عفو او را ندارد. از فقهای اهل سنت هم حنفی ها، مالکی ها و بعضی از فقهای حنبلی و شافعی توبه را مسقط مجازات حد نمی دانند و معتقدند که توبه در غیر مورد محاربه، مسقط حد نیست و در این مسئله تفاوتی بین قبل و بعد از دستگیری نمی باشد. از نظر این دسته از فقهای اهل سنت، مجازات کفاره گناه است و باید اجرا شود و نمی توان سایر جرایم را با محاربه مقایسه کرده و حکم محاربه را به جرایم دیگر تسری داد؛ زیرا محارب شخصی است که نمی توان او را به طور معمول و به آسانی دستگیر کرد و علت پذیرفتن توبه وی تشویق او به کناره گیری از فساد در زمین است؛ ولی در مورد سایر مجرمین که همیشه در معرض دستگیری اند، حکمتی در پذیرش توبه و تشویق آنان به آن نیست.<sup>۲</sup>

### ۱/۱. دلایل و مستندات این نظریه و ارزیابی علمی آنها

طرفداران این نظریه برای توجیه نظر خویش به اطلاق ادله باب حدود و اصل استصحاب استناد کرده اند که ذیلا مورد نقد و بررسی قرار می گیرند.

#### ۱/۱/۱. اطلاق آیات باب حدود

اولین دلیلی که طرفداران نظریه عدم سقوط مجازات حدی با توبه مرتکب بعد از اثبات جرم به آن استناد می کنند، اطلاق آیات باب حدود است. آنان معتقدند که اطلاق آیات مربوط به حدود از جمله آیه ۲ سوره نور (الزانیه و الزانی فاجلدوا کل واحد منهما مائه جلد) و آیه ۳۸ سوره مائده (السارق و السارقه فاقطعوا ایدیهما) دلالت بر لزوم اجرای مجازات بر همه مرتکبین جرایم حدی دارند و دلیلی بر سقوط مجازات به واسطه توبه بعد از شهادت شهود و یا علم قاضی وجود ندارد. به نظر آنان سقوط مجازات با توبه قبل از اثبات جرم به واسطه برخی دلایل خاص از جمله روایت جمیل بن دراج، از اطلاق آیات خارج می شود؛ ولی بقیه موارد مشمول اطلاق این آیات خواهد بود.<sup>۳</sup> از نظر حنفی ها، مالکی ها و بعضی از فقهای حنبلی و شافعی نیز توبه محارب قبل از دستگیری بنا به دلیل خاص از قلمرو مشمول اطلاق آیات باب حدود خارج گردیده و بقیه مجازات های حدی مشمول این اطلاق اند.<sup>۴</sup>

مهم ترین ایراد وارد بر این استدلال فقها، این است که دلالت مطلق بر اطلاق بواسطه مقدمات حکمت از جمله فقدان قرینه بر تقیید و در مقام بیان بودن گوینده سخن است، دقت و تامل در آیات باب حدود نشان می دهد که اولاً، این آیات مطلق نیستند و با آیات دیگر از جمله آیه ۴ و ۵

۱. شهید اول، المعه الدمشقیه، ۲۵۴، علامه حلی، ارشاد الاذهان، ۱۸۴/۲، خویی، مبانی تکمله المنهاج، ۱۸۵/۱، شیخ طوسی، الخلاف، ۴۶۸/۵، نجفی، جواهر الکلام، ۳۰۸/۴۱، خمینی، تحریر الوسیله، ۲۰۰/۴، مکارم شیرازی، انوار الفقاهه، ۲۴۱/۱؛ سبزواری، مهذب الاحکام، ۲۶۴/۲۷

۲. ابن رشد، بدایة المجتهد و نهایة المقتصد، ۳۷۵/۲، ابن حزم، المحلی، ۱۲۹/۱۱، روزبهان خنجی، سلوک الملوک، ۳۵۵، ابن قدامه،

المغنی، ۳۱۶/۱۰، عوده، التشریح الجنایی الاسلامی، ۳۵۳/۱ تا ۳۵۴؛ جزیری، الفقه علی المذاهب اربعه، ۵/۲۳۸ تا ۲۴۳

۳. تبریزی، اسس الحدود و التعزیرات، ۱۰۴، طوسی، تهذیب الاحکام، ۱۲۲/۴

۴. عوده، التشریح الجنایی الاسلامی، ۳۵۳/۱ تا ۳۵۴، الجزیری، الفقه علی المذاهب اربعه، ۵/۲۳۸ تا ۲۴۳

سوره نور<sup>۵</sup>، آیه ۱۶ سوره نساء<sup>۶</sup>، آیه ۳۹ سوره مائده<sup>۷</sup> به صورت مفصل یا متصل مقید گردیده اند، چون این آیات به استثنای آیه ۳۴ سوره مائده<sup>۸</sup>، که توبه مرتکب و به دنبال آن سقوط مجازات حد محاربه را منوط به قبل از دستگیری مرتکب توسط حاکم (و نه قبل از اثبات جرم) کرده است، به صورت مطلق دلالت بر پذیرش توبه و سقوط مجازات حدی دارند. البته حد قذف به دلیل ماهیت حق الناسی داشتن با صرف توبه مرتکب ساقط نمی شود و سقوط آن مستلزم این است که "قذف کننده خود را نزد کسانی که در حضور آنان قذف کرده است یا نزد گروهی از مسلمانان یا نزد هر دو دسته تکذیب کند و ... شخص صالحی گردد."<sup>۹</sup> علاوه بر این، قاذف از مقذوف عذر خواهی نموده و گذشت وی را کسب نماید؛<sup>۱۰</sup> ثانیاً، این آیات با فرض مطلق بودن هم، اساساً در مقام بیان موثر بودن یا نبودن توبه بعد از اثبات جرم نیستند و صرفاً دلالت بر وجوب مجازات های حدی دارند؛ چون همانگونه که بیشتر اصولیان معتقدند، "امر عقلاً بر لزوم طبیعت و ماهیتی دلالت دارد که به آن امر شده است"<sup>۱۱</sup> و این وجوب و لزوم ملازمه ای با عدم تاثیر توبه مرتکب بعد از اثبات جرم ندارد. علاوه بر آیات مذکور، روایاتی مثل روایت ابوبصیر از امام صادق (ع) نیز، که دلالت صریح بر پذیرش توبه مرتکب بعد از اقامه بینه دارند<sup>۱۲</sup>، اطلاق این آیات را مقید کرده اند؛ بنابر این، با وجود این تقییدات قرآنی و روایی دیگر تردیدی در عدم شمولیت و اطلاق آیات ایجاد نمی شود تا بتوان به اصله الاطلاق استناد کرد؛ چون همانگونه که اصولیون می گویند،<sup>۱۳</sup> شرط تمسک به اطلاق، تردید در شمولیت دلیل است.

این استدلال فقهای اهل سنت هم که می گویند محارب را نمی توان به آسانی دستگیر کرد و علت پذیرفتن توبه وی، تشویق او به کناره گیری از فساد در زمین است؛ ولی سایر مجرمین همیشه در معرض دستگیری اند، بنابراین حکمتی در پذیرش توبه آنان نیست، ضعیف و غیر قابل پذیرش است؛ چون امروزه به دلیل پدیده جهانی شدن اقتصاد و توسعه و گسترش تکنولوژی و فن آوری ارتباطات، جرایم زیادی از جمله جرایم سایبری، تروریستی و جرایم اقتصادی به صورت سازمان یافته، جهانی و فراملی و کاملاً فنی ارتکاب می یابند و امکان شناسایی و دستگیری مرتکبین آنها نیز به آسانی ممکن نیست.

فقهای امامیه علاوه بر اطلاق آیات قرآنی به اطلاق روایات هم استناد کرده اند که ذیلاً مورد بررسی قرار می گیرند.

۱/۱/۲. اطلاق روایات باب حدود

۵. وَ الَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَ لَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَ أُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ  
إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ بَعْدِ ذَلِكَ وَ أَصْلَحُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ.

۶. وَالَّذَانِ يَأْتِيَانِيهَا مِنْكُمْ فَأَدْوَاهُمَا فَإِنْ تَابَا وَأَصْلَحَا فَأَعْرِضُوا عَنْهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ تَوَّابًا رَحِيمًا.

۷. وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جَزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالًا مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ فَمَنْ تَابَ مِنْ بَعْدِ ظُلْمِهِ وَأَصْلَحَ فَإِنَّ اللَّهَ يَتُوبُ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ.

۸. إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خِلَافٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ ذَلِكَ لَهُمْ خِزْيٌ فِي الدُّنْيَا وَلَهُمْ فِي الْآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ. أَلَا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ قَبْلِ أَنْ تَقْدِرُوا عَلَيْهِمْ فَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ.

۹. خمینی، *تحریر الوسیله* ۴/۴۴۲

۱۰. مواد ۱۱۴ و ۲۵۵ قانون مجازات اسلامی ایران مصوب ۱۳۹۲.

۱۱. نوبهار، *جستاری در باره تاخیر اجرای حدود*، ۳۴۰.

۱۲. این روایت به هنگام بحث از نظریه سقوط مجازات های حدی با توبه مرتکب بعد از اثبات جرم مورد بررسی قرار خواهند گرفت.

۱۳. آخوند خراسانی، *کفایه الأصول*، ۲۴۷، فیروزآبادی، *عنایه الأصول*، ۲/۲۶۸.

دلیل دومی که مشهور فقهای امامیه با استناد به آن عدم سقوط مجازاتهای حدی با توبه مرتکب بعد از اثبات جرم را توجیه می کنند، ادعای اطلاق روایات طلحه ابن زید، صحیح حلی و روایات مربوط به فرار از گودال رجم است. در این قسمت به نقد و بررسی این روایات می پردازیم.

#### ۱-۲-۱-۱- روایت طلحه بن زید و مرسله برقی

در روایت طلحه بن زید از امام صادق(ع) و مرسله برقی با مضمونی واحد از امام باقر یا صادق(ع)<sup>۱۴</sup> چنین نقل شده است که «مردی نزد امام علی(ع) آمد و اقرار به سرقت کرد. حضرت پرسید: آیا چیزی از قرآن می خوانی؟ گفت: بلی سوره بقره. حضرت فرمود: دستت را به سوره بقره بخشیدم. اشعث گفت: آیا حدی از حدود خدا را تعطیل می کنی؟ امام فرمود: تو چه میدانی؟ هرگاه شاهدان شهادت دهند، امام نمی تواند عفو کند اما اگر گناهکار خودش اقرار کند اختیار با امام است خواست مجازات می کند و خواست می بخشد»<sup>۱۵</sup>.

به اعتقاد طرفداران این نظریه، اقتضای اطلاق قسمت اخیر این روایات این است که تفاوتی بین توبه و عدم توبه مرتکب بعد از اثبات جرم با بینه وجود ندارد و امام نمی تواند بعد از اقامه بینه مرتکب را عفو کند<sup>۱۶</sup>. ایراد این استدلال این است که روایات مذکور، علاوه بر ضعف سند<sup>۱۷</sup>، در دلالت بر مدعای پیروان این نظریه نیز مشکل دارند؛ چون اولاً در باب سرقت هستند و تعمیم آن ها به سایر حدود نوعی قیاس است<sup>۱۸</sup>؛ ثانیاً در مقام بیان موثر بودن یا نبودن توبه بعد از اثبات جرم نیستند تا بتوان به اطلاق آن ها استناد کرد. روایات بر فرض صحیح بودن آن ها در مقام بیان مخیر بودن یا نبودن امام در عفو مجرم بعد از اثبات جرم با بینه یا اقرار می باشند.

#### ۱-۲-۱-۲- اطلاق روایت حلی

در این روایت، ابوجعفر محمد ابن علی بن ابی شعبه حلی می گوید: «از امام صادق(ع) پرسیدم در مورد کسی که دزد را می گیرد، پیش حاکم ببرد یا رهایش کند؟ امام صادق(ع) فرمودند: صفوان ابن ابی امیه در مسجد الحرام خوابیده بود و بعد از اینکه از خواب بیدار شد، رداء خود را داخل مسجد گذاشت و برای تجدید وضو به بیرون رفت، وقتی که برگشت دید ردایش دزیده شده است. گفت چه کسی رداء من را برداشته است؟ دنبال آن دزد رفت و دزد را پیدا کرد، آن را خدمت پیامبر (ص) برده و گفت این شخص رداء من را دزدیده است.

<sup>۱۴</sup> معتبره طلحه بن زید: الحسين بن سعيد عن محمد بن يحيى عن طلحة بن زيد عن جعفر(ع) قال: حدثني بعض أهلي: إن شاباً أتى أمير المؤمنين(ع) فأقرّ عنده بالسرقة قال: فقال له(ع): أتى أراك شاباً لأبأس بهيئتك فهل تقرأ شيئاً من القرآن؟ قال نعم، سورة البقرة. فقال قد وهبت يدك لسورة البقرة. فقال: الأشعث أتعتل حداً من حدود الله؟ فقال وما يدريك هذا؟ وأما منعه أن يقطعه لأنه لم يقم عليه بينة.

مرسله برقی: محمد بن الحسن، باسناده عن محمد بن احمد بن يحيى، عن أبي عبد الله البرقي، عن بعض أصحابه عن بعض الصادقين، قال: جاء رجل إلى أمير المؤمنين(ع) فأقرّ بالسرقة. فقال: أتقرأ شيئاً من القرآن؟ قال: نعم، سورة البقرة. قال: قد وهبت يدك لسورة البقرة. قال: فقال: الأشعث أتعتل حداً من حدود الله؟ فقال وما يدريك هذا؟ إذا قامت البينة فليس للإمام أن يعفو و إذا أقرّ الرجل على نفسه فذاك إلى الامام، إن شاء عفا وإن شاء قطع.

<sup>۱۵</sup> طوسی، تهذیب الاحکام، ۱۰/۱۲۷ تا ۱۲۹، حرعاملی، وسایل الشیعه، ۴۱/۲۸، قمی شیخ صدوق، من لا یحضره الفقیه، ۴/۶۲

<sup>۱۶</sup> فاضل هندی، کشف اللثام، ۱۰/۴۳۴

<sup>۱۷</sup> محقق حلی، المعتمد، ۲/۲۹۸، علامه حلی، منتهی المطلب، ۵/۳۵۴، شهید ثانی، مسالک الافهام، ۱۳/۱۴، حسین نژاد، «تاملی در عدم سقوط حد بواسطه توبه زانی پس از اقامه بینه: نقدی بر ماده ۱۱۴ قانون مجازات اسلامی» ۶۳

<sup>۱۸</sup> مومن، مبانی تحریر الوسیله، ۱۸۱، مکارم شیرازی، انوار الفقاهه، ۱۷۸ تا ۱۷۹ به نقل از حسین نژاد، «تاملی در عدم سقوط حد بواسطه توبه

زانی پس از اقامه بینه: نقدی بر ماده ۱۱۴ قانون مجازات اسلامی» ۶۳

پیامبر فرمود: دستش را قطع کنید، صفوان یک دفعه دید که می خواهند دست این شخص را قطع کنند، گفت می خواهید دستش را به خاطر رداء من قطع کنید؟! حضرت فرمود: بله، گفت آقا من بخشیدم، حضرت فرمود: چرا قبل از اینکه او را پیش من بیاورید، نبخشیدید؟ راوی می گوید آیا امام هم به منزله نبی است؟ حضرت می فرماید: بله. راوی می گوید اگر قبل از اینکه مجرم را پیش امام ببرند، او را ببخشند چه حکمی دارد؟ حضرت فرمود نیکو است<sup>۱۹</sup>.

طرفداران نظریه عدم سقوط مجازات های حدی با توبه مرتکب بعد از اثبات جرم، با استناد به اطلاق این روایت می گویند پس از شهادت شهود و اثبات جرم نزد حاکم مجازات ساقط نمی شود، خواه مرتکب توبه کند خواه نکند.<sup>۲۰</sup>

این روایت هر چند به لحاظ سند به دلیل قرار گرفتن راویان موثق و مورد اعتماد در طریق آن صحیح به نظر می رسد<sup>۲۱</sup>، لکن دلالتش محل ایراد است؛ چون اولاً همانند روایت طلحه بن زید و مرسله برقی احتمال اختصاص آن به سرقت دارد و نمی توان با اطمینان آن را به موارد مشابه تعمیم داد<sup>۲۲</sup>؛ ثانیاً، در این روایت، مجازات قطع ید برای سرقتی مقرر شده است که فاقد شرایط سرقت حدی از جمله در حرز بودن مال مسروقه است؛ ثالثاً روایت مذکور در خصوص موثر نبودن گذشت بزه دیده بعد از رفع الامر الی حاکم و اثبات جرم با بینه است و دلالتی بر عدم تاثیر توبه مرتکب بعد از اثبات جرم ندارد.

### ۳-۲-۱-۱- اطلاق روایات مربوط به فرار مجرم از گودال رجم

در خصوص مجرمی که در مرحله اجرای مجازات رجم از گودال فرار می کند، روایات متعددی با مضمون واحد وارد شده است. یکی از این روایات، روایت حسین بن خالد از امام کاظم (ع) است. حسین بن خالد می گوید: از امام کاظم (ع) سؤال کردم در صورتی که زانی محکوم به رجم از گودال رجم فرار کند، آیا برای اجرای مجازات برگردانده می شود؟ حضرت فرمود: هم برگردانده می شود و هم نمی شود. گفتم چگونه؟ فرمود: اگر خودش اقرار به زنا کرده و پس از آن که سنگی به وی اصابت کرده، گریخته است بازگردانده نمی شود؛ اما اگر بینه بر جرم وی شهادت داده اند و او بینه را انکار کرده و در هنگام اجرای حد فرار کند با خواری و ذلت بازگردانده می شود تا حد بر وی جاری گردد<sup>۲۳</sup>. مشهور فقها می

<sup>۱۹</sup> عن ابی عبدالله علیه السلام قال: سألته عن الرجل یاخذ اللص یرفعه او یتکره؟ فقال ان صفوان ابن ابی امیه کان مضطجعاً فی المسجد الحرام، فوضع رداءه وخرج بهریق الماء فوجد رداءه قد سرق حین رجع الیه، فقال: من ذهب بردائی؟ فذهب یطلبه، فاخذ صاحبه. فرفعه الی النبی صلی الله علیه وآله وسلم فقال النبی صلی الله علیه وآله وسلم اقطعوا یده، فقال الرجل: تقطع یده من اجل ردائی یا رسول الله، قال: فانا اهبه له، فقال رسول الله صلی الله علیه وآله وسلم فهلا کان هذا قبل ان ترفعه الی، قلت فالامام علیه السلام بمنزلته اذا رفع الیه؟ قال: نعم و سألته عن العفو قبل ان ینتهی الی الامام علیه السلام؟ فقال: حسن ( کلینی، الکافی، ۲۵۱/، طوسی، تهذیب الاحکام، ۱۰/۱۲۳).

<sup>۲۰</sup> موسوی گلپایگانی، الدر المنصود، ۶۵/۲ به نقل از حسین نژاد، تاملی در عدم سقوط حد بواسطه توبه زانی پس از اقامه بینه: نقدی بر ماده ۱۱۴ قانون مجازات اسلامی " ۵۷

<sup>۲۱</sup> سند این روایت در کافی عبارت است از "محمد بن یعقوب عن علی بن ابراهیم عن ابیه عن ابن ابی عمیر عن حماد عن الحلبي عن ابی عبد الله (ع)" و در تهذیب و استبصار عبارت است از «محمد بن الحسن بن علی الطوسی عن علی بن ابراهیم عن ابیه عن ابن ابی عمیر عن حماد عن الحلبي عن ابی عبد الله (ع)» (ایزدی فر، حسین نژاد، عابدی فیروزجانی، تاملی فقهی در قاعده عدم تاخیر اجرای حد با عارض شدن جنون: نقدی بر تبصره ۱ ماده ۱۵۰ قانون مجازات اسلامی ۹۲، ۱۸۱. البته این روایت در وسائل الشیعه به نحو مرسل هم نقل شده است (حر عاملی، وسائل الشیعه ۳۳۰/۱۸ به نقل از محقق داماد، "قاعده حرز در سرقت حدی"، ۴۴)

<sup>۲۲</sup> حسین نژاد، تاملی در عدم سقوط حد بواسطه توبه زانی پس از اقامه بینه: نقدی بر ماده ۱۱۴ قانون مجازات اسلامی " ۶۲.

<sup>۲۳</sup> عَلِيُّ بْنُ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنْ عَمْرِو بْنِ عُثْمَانَ عَنْ الْحُسَيْنِ بْنِ خَالِدٍ قَالَ: قُلْتُ لِأَبِي الْحَسَنِ عَلَيْهِ السَّلَامُ أَخْبَرَنِي عَنْ الْمُحْصَنِ إِذَا هُوَ هَرَبَ مِنَ الْحَفِيرَةِ هَلْ يُرَدُّ حَتَّى يُقَامَ عَلَيْهِ أَلْحَدُ فَقَالَ يُرَدُّ وَ لَا يُرَدُّ فَقُلْتُ وَ كَيْفَ ذَلِكَ فَقَالَ إِذَا كَانَ هُوَ الْمُقَرَّرَ عَلَى نَفْسِهِ ثُمَّ هَرَبَ مِنَ الْحَفِيرَةِ بَعْدَ

گویند اقتضای اطلاق این روایت این است که مجازات بعد از اقامه بینه با فرار مرتکب ساقط نمی شود؛ خواه توبه کرده باشد و خواه نکرده باشد.<sup>۲۴</sup>

این روایت از حیث اعتبار سند محل اختلاف است، برخی فقها از جمله شیخ طوسی، حسین ابن خالد صیرفی را توثیق کرده و روایات وی را معتبر می دانند؛ اما بعضی دیگر به این دلیل که راوی این روایت حسین بن خالد صیرفی است و نه حسین بن ابی العلاء خفاف، روایت را از حیث سند ضعیف دانسته و گفته اند، ایشان مجهول است و هیچ رجالی غیر از شیخ طوسی حسین بن خالد صیرفی توثیق نکرده است.<sup>۲۵</sup> بنا بر این، از حیث سند در صحت این روایت تردید وجود دارد؛ حتی با فرض صحیح تلقی کردن آن، مهم ترین ایراد وارد بر آن به لحاظ دلالت این است که، همانگونه که برخی از فقها می گویند، در این روایات هیچ بحثی از توبه مجرم بعد از اثبات جرم با بینه نشده است و فرار مجرم از گودال رجم هم به معنای توبه و پشیمانی از گناه نیست و کاملاً بدیهی است که بدون توبه مجرم مجازات با حتمیت اجرا می شود؛<sup>۲۶</sup> به عبارت دیگر، این روایت در مقام بیان حکم زانی فراری از گودال رجم است و نه حکم توبه بعد از اثبات جرم؛ بنا بر این، تمسک به اطلاق این روایات صحیح نیست. نکته مهم دیگری که در این روایت وجود دارد و به آن توجه نشده است این است که بازگرداندن مجرم برای اجرای مجازات، مشروط به انکار بینه از طرف مجرم (و هو بجدد) گردیده است که خود می تواند دلیلی بر عدم توبه مرتکب باشد؛ بنا بر این، در صورت عدم انکار و تایید مفاد شهادت شهود از طرف مجرم و توبه وی ولو بعد از اقامه بینه اجرای مجازات منتفی خواهد بود.

۴-۲-۱-۱- حدیث جمیل بن دراج

در این حدیث مرسل جمیل بن دراج از امام باقر یا صادق (ع) در مورد حکم مردی سؤال می کند که دزدی کرده یا خمر نوشیده و یا زنا کرده و این رفتار از وی آشکار نمی شود و خود وی پیش از این که دستگیر شود، می آید و توبه می کند. امام فرمود: اگر صالح گردیده و از او کاری نیکو دیده شود، حد بر او جاری نمی شود؛ ابن ابی عمیر می پرسد: اگر مرد غریبی باشد باز حد اجرا نخواهد شد؟ امام می فرماید اگر مدت پنج ماه یا کم تر در جایی بوده و در این مدت کاری نیکو از وی دیده شود، حد بر او جاری نمی شود.<sup>۲۷</sup>

پیروان نظریه مشهور با استناد به این روایت می گویند شرط پذیرش توبه، آشکار نشدن جرم و عدم دستگیری مرتکب است. لکن اشکال این استدلال این است که روایت علاوه بر غیر قابل اعتماد بودن به خاطر ارسال و ضعف سندش<sup>۲۸</sup> به دلیل مشخص نبودن تمامی راویان آن که از "عبارت" عن بعض اصحابنا "فهمیده می شود، دارای مفهوم مخالف نیست؛ به عبارت دیگر پذیرش توبه تا قبل از آشکار شدن جرم و دستگیری مرتکب بدین معنی نیست که توبه همواره باید پیش از ثابت شدن بزه باشد<sup>۲۹</sup> و به تعبیری می توان گفت اثبات شیء نفی ماعدا نمی کند؛ دقت

مَا يُصِيبُهُ شَيْءٌ مِنَ الْحَجَارَةِ لَمْ يَرِدْ وَإِنْ كَانَ إِنَّمَا قَامَتْ عَلَيْهِ الْبَيِّنَةُ وَهُوَ يَجِدُ ثُمَّ هَرَبَ رَدًّا وَهُوَ صَاغِرٌ حَتَّى يَقَامَ عَلَيْهِ الْحَدُّ. (حرعاملی، وسائل الشیعه، ۳۷۶)

<sup>۲۴</sup> .فاضل هندی، کشف اللثام، ۴۳۴/۱۰، نجفی، جواهر الکلام، ۴۱/ ۳۰۸، طباطبایی، ریاض المسائل، ۱۵/ ۴۷۱ تا ۴۷۲

<sup>۲۵</sup> .سیفی مازندرانی، درس خارج فقه، قابل دسترس در <https://www.eshia.ir> <Seify>fegh، عطاردی قوچانی، مسند الرضا، ۱۳۲

<sup>۲۶</sup> .خوانساری، جامع المدارک، ۲۲/۷، تبریزی، اسس الحدود والتعزیرات، ۹۴، حسین نژاد، تاملی در عدم سقوط حد بواسطه توبه زانی

پس از اقامه بینه: نقدی بر ماده ۱۱۴ قانون مجازات اسلامی " ۵۷

۳۴. أَحْمَدُ بْنُ مُحَمَّدٍ عَنِ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ جَمِيلِ بْنِ دَرَّاجٍ عَنْ بَعْضِ أَصْحَابِنَا عَنْ أَحَدِهِمَا عَلَيْهِمَا السَّلَامُ : فِي رَجُلٍ سَرَقَ أَوْ شَرِبَ الْخَمْرَ أَوْ زَنَى فَلَمْ يَعْلَمْ بِذَلِكَ مِنْهُ وَ لَمْ يُؤْخَذْ حَتَّى تَابَ وَ صَلَحَ فَقَالَ إِذَا صَلَحَ وَ عَرَفَ مِنْهُ أَمْرَ جَمِيلٍ لَمْ يَقُمْ عَلَيْهِ الْحَدُّ قَالَ مُحَمَّدُ بْنُ أَبِي عُمَيْرٍ قُلْتُ فَإِنْ كَانَ أَمْرًا قَرِيبًا لَمْ يَقُمْ قَالَ لَوْ كَانَ خَمْسَةَ أَشْهُرٍ أَوْ أَقَلَّ وَ قَدْ ظَهَرَ مِنْهُ أَمْرَ جَمِيلٍ لَمْ يَقُمْ عَلَيْهِ الْحُدُودُ. (عاملی، وسائل الشیعه، ۳۷).

<sup>۲۸</sup> . موسوی خوبی، مبانی تکمله المنهاج، ۲۲۶/۱

<sup>۲۹</sup> . قیاسی، پیوستن علم قاضی به بینه یا اقرار"، ۱۶۸

در متن سؤال و جواب هم گویای همین واقعیت است؛ چون پاسخ امام در جواب سؤال مطروحه بیان شده است و به هیچ وجه امام قبولی توبه را مشروط به عدم ثبوت جرم با بینه نکرده اند.

۳-۱-۱- اصول عملیه (استصحاب و اصل عدم)

دلیل دیگر مشهور فقهای امامیه در دفاع از نظریه عدم سقوط مجازات های حدی با توبه مرتکب بعد از اثبات جرم، اصل استصحاب و اصل عدم است. طرفداران نظریه مشهور به استناد اصل استصحاب می گویند با شهادت شهود در پیش حاکم، مجرم مستحق مجازات بوده و اجرای مجازات حد بر وی واجب می گردد و چنانچه با توبه بعدی او، تردیدی در این امر (وجوب اجرای حد) ایجاد شود، مقتضای اصل استصحاب اجرای مجازات است.<sup>30</sup>

ایراد های عمده این استدلال این است که اولاً، استصحاب از اصول عملیه است و تنها زمانی می توان به آن استناد کرد که دلیل اجتهادی برای رفع تردید وجود نداشته باشد (الاصل دلیل حیث لا دلیل) و این در حالی است که دلایل متعددی بر پذیرش توبه بعد از اقامه بینه و رفع مجازات وجود دارد.<sup>31</sup> ثانیاً، حتی در صورت فقدان یا کافی نبودن دلایل اجتهادی نیز نمی توان در این مورد به استصحاب استناد کرد؛ چون شهادت شهود با فرض مطابق با واقع بودنش، صرفاً اثبات کننده شرایط شکلی (قابلیت انتساب) مسئولیت کیفری است و نه شرایط ماهوی آن و تا مادامی که این شرایط ماهوی (مجرمیت و اهلیت جزایی) محقق نشود، نمی توان مرتکب جرم را مستوجب حد دانست؛ بنابراین، با صرف شهادت شهود، یقین به مستوجب حد بودن مرتکب جرم ایجاد نمی شود تا بتوان در صورت ایجاد شک لاحق (با توبه بعدی مرتکب)، بر مبنای اصل استصحاب حکم به اجرای مجازات داد. علاوه بر این، با توجه به حاکمیت اصل برائت تا قبل از احراز مجرمیت قطعی متهم در دادگاه، فرض بر بی گناهی متهم است و با صرف شهادت شهود، نمی توان این فرض را نادیده گرفت.

علاوه بر این، برخی از فقها و اصولیان اساساً اعتقادی به جریان استصحاب در شبهات حکمیه ندارند.<sup>32</sup> حتی با فرض صحت جریان استصحاب در شبهات حکمیه<sup>33</sup> می توان گفت اصل استصحاب تاب مقاومت در مقابل قاعده در را ندارد؛ چون قاعده در را از قواعد اجماعی باب حدود<sup>34</sup> و جزو ادله اجتهادی است و به هنگام تردید وارد بر اصل استصحاب است.<sup>35</sup>

اصل عملی دیگری که در توجیه نظریه عدم سقوط مجازات های حدی با توبه مرتکب بعد از اثبات جرم توسط فقهای امامیه مورد استناد قرار گرفته، اصل عدم است؛ به موجب این اصل طرفداران این نظریه می گویند چنانچه بعد از اثبات جرم تردید داشته باشیم که آیا مجازات ساقط می شود یا نه، باید بگوییم اصل بر عدم سقوط مجازات است.<sup>36</sup> فقهای اهل سنت یعنی ابوحنیفه، مالک و برخی فقهای شافعیه نیز علاوه بر اطلاق و عموم ادله باب توبه، که مورد نقد و بررسی قرار گرفت با استناد به این اصل می گویند تأثیر توبه فقط در مواردی است که در آن نص وارد شده است؛ بنابراین فقط مجازات محارب با توبه ی قبل از دستگیری ساقط می شود و در سایر جرایم، تأثیری در اسقاط مجازات ندارد و

<sup>30</sup> طباطبایی، *ریاض المسائل*، ۴۷۱/۱۵، فاضل هندی، *کشف اللثام*، ۴۳۴/۱۰، نجفی، *جواهر الکلام*، ۳۰۸/۴۱.

<sup>31</sup> عمده این دلایل به هنگام طرح نظریه سقوط مجازات های حدی با توبه بعد از اثبات جرم مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

<sup>32</sup> مکارم شیرازی، *انوار الاصول*، ۳۱۲/۳؛ خوبی، *مصباح الاصول*، ۴۶۰.

<sup>33</sup> آخوند خراسانی، *کفایه الاصول*، ۳۸۴؛ فیروزآبادی، *عنایه الاصول*، ۱۴/۵.

<sup>34</sup> ابن ادریس، *السرائر*، ۴۸۵/۳؛ فاضل هندی، *کشف اللثام*، ۵۸۶/۱۰.

<sup>35</sup> تبریزی، *اسس الحدود والتعزیرات*، ۹۵، ایزدی فرد، علی اکبر، سید مجتبی، حسین نژاد، حامد، عابدی فیروزجانی. "تاملی فقهی در

قاعده عدم تاخیر اجرای حد با عارض شدن جنون: نقدی بر تبصره ۱ ماده ۱۵۰ قانون مجازات اسلامی ۹۲"، ۲۰.

<sup>36</sup> نجفی، *جواهر الکلام*، ۳۰۸/۴۱.



اصل یر عدم سقوط مجازات است<sup>۳۷</sup> در رد این استدلال هم می توان گفت اصل عدم همانند اصل استصحاب از اصول عملیه است و تاب مقاومت در مقابل دلایل اجتهادی و قاعده ی درآه را ندارد.

## ۲. نظریه تخییر (اختیار حاکم در عفو مجرم یا اجرای مجازات) و دلایل و مستندات آن

دومین نظریه ای که در مورد آثار توبه بعد از اثبات جرم مطرح گردیده، نظریه تخییر است. بر اساس این نظریه برخی از فقها می گویند چنانچه جرم ارتكابی با اقرار (و نه با بینه یا علم قاضی) ثابت شده باشد و مجرم بعد از آن توبه نماید، حاکم می تواند وی را عفو نموده و یا مجازات حد را بر وی اجرا نماید و برخی هم توبه بعد از اثبات جرم و قبل از دستگیری مرتکب را به طور مطلق (خواه با اقرار ثابت شده باشد و خواه با بینه یا علم قاضی) از موجبات تخییر حاکم می دانند. در این قسمت هر کدام از این دیدگاه ها را مورد بررسی و ارزیابی قرار می دهیم.

### ۱-۲- اختیار حاکم در عفو مجرم با توبه بعد از اقرار

اکثر فقها معتقدند چنانچه مرتکب جرم حدی بعد از اقرار به جرم ارتكابی توبه نماید، امام در عفو یا اقامه حد بر وی مخیر است.<sup>۳۸</sup> مستند این نظریه، علاوه بر روایت طلحه بن زید و مرسله برقی که در بحث از نظریه مشهور مورد بررسی قرار گرفت، روایت مالک بن عطیه است؛ در این روایت چنین آمده است: "مردی نزد امیر مؤمنان علی(ع) آمد و چهار بار به انجام لواط اقرار کرد. حضرت او را در انتخاب نوع کیفر لواط از میان سه نوع کشته شدن با شمشیر، سقوط از کوه با دست و پای بسته و سوختن با آتش مخیر گذاشت. او از حضرت پرسید کدام یک از این سه عقوبت سخت تر است؟ امام فرمود: آتش از همه سخت تر است. او نیز آتش را انتخاب کرد؛ گودال آتشی فراهم شد، وی دو رکعت نماز خواند و چنین دعا کرد: بارالها، من مرتکب گناهی شده ام که میدانی و من از گناهم ترس دارم؛ به همین دلیل نزد وصی رسولت و پسر عموی پیامبرت آمدم و درخواست کردم که مرا پاک گرداند، او مرا میان سه نوع عذاب مخیر کرد، خدایا من شدیدترین عقاب را برگزیدم و از تو می خواهم که آن را کفّاره گناهم قرار دهی و با آتش دوزخ مرا نسوزانی. سپس بلند شد و در حالی که گریه می کرد، وارد گودالی شد که برای او کنده بودند؛ امیر مؤمنان و همه یارانش با دیدن این صحنه گریستند؛ سپس حضرت فرمود: قم یا هذا فقد ابکیت ملائکة السماء و ملائکة الارض فإنّ الله قد تاب علیک، فقم ولا تعاون شیئاً مما فعلت؛ ای مرد، برخیز که فرشتگان آسمان و زمین را به گریه انداختی؛ خداوند توبه ات را پذیرفت، برخیز و از این پس هرگز آن چه را که انجام دادی تکرار مکن.<sup>۳۹</sup> فقها با استناد به این روایت گفته اند اگر کسی به لواط اقرار کند و سپس توبه نماید، امام مخیر است او را عفو کند یا حد را بر وی جاری سازد؛ برخی هم بنا به اولویت یا الغای خصوصیت در دیگر حدود هم به این روایت استناد کرده اند.<sup>۴۰</sup>

این روایت هرچند به لحاظ سند از روایات موثق و قابل اعتماد محسوب می شود،<sup>۴۱</sup> دلالتش تام نیست؛ چون این روایت دلالتی بر تخییر امام در عفو مجرم یا اجرای مجازات بر وی ندارد؛ بلکه آنچه از ظاهر این روایت بر می آید این است که با توبه واقعی مرتکب بعد از اقرار، مجازات ساقط می شود. بنا بر این استناد فقها به روایت مذکور در توجیه نظر خود صحیح به نظر نمی رسد. روایت طلحه بن زید و مرسله

<sup>۳۷</sup> عوده، التشریح الجنایی الاسلامی، ۳۵۴/۱

<sup>۳۸</sup> محقق حلی، شرایع الاسلام، ۱۳۹/۴، نجفی، جواهر الکلام، ۲۹۳/۴۱

<sup>۳۹</sup> حرعاملی، وسایل الشیعه، ۴۲۳/۱۶

<sup>۳۷</sup> مکارم شیرازی، انوار الفقاهه: کتاب الحدود و التعزیرات، ۱۸۰، طاهری، "نقش توبه در اسقاط حدود"، ۱۷

<sup>۴۱</sup> علامه حلی، المعتبیر، ۲۷۷

برقی هم، همانگونه که در بحث از نظریه اول گفته شد، علاوه بر ضعف سند<sup>۴۲</sup> در دلالت بر مدعای پیروان این نظریه نیز مشکل دارند؛ چون اولاً در باب سرت هستند و تعمیم آن ها به سایر حدود نوعی قیاس است<sup>۴۳</sup>، ثانیاً، در مقام بیان موثر بودن یا نبودن توبه بعد از اثبات جرم نیستند تا بتوان به به استناد آن ها توبه مرتکب را سبب عفو مجرم توسط حاکم تلقی کرد؛ روایات بر فرض صحیح بودن آن ها در مقام بیان مخیر بودن یا نبودن امام در عفو مجرم بعد از اثبات جرم با بینه یا اقرار می باشند.

## ۲-۲- اختیار حاکم در عفو مرتکب جرم با توبه بعد از اقامه بینه یا علم قاضی

برخی از فقها معتقدند که در صورت توبه مرتکب بعد از اثبات جرم با بینه یا علم قاضی نیز حاکم می تواند مجرم را عفو نموده و یا اینکه مجازات حدی را در مورد وی اعمال نماید<sup>۴۴</sup>. این نظریه مبتنی بر چند تا دلیل زیر است:

دلیل اول، تمسک به «عموم تعلیل» در روایت تحف العقول است؛ بر اساس این روایت، ابن شعبه حرانی از امام هادی (ع) چنین نقل می کند که امام فرمود: شخصی که اعتراف به لواط کرده است و بینه ای بر او اقامه نشده و تنها خودش اقرار نموده است، از آن جایی که امام می تواند از جانب خداوند، مجرمین را مجازات نماید، از اینرو، حق عفو را نیز از جانب خدا دارد. آیا سخن خداوند را نشنیدی که فرمود: *هَذَا عَطَاؤُنَا فَامْتُنْ أَوْ أَمْسِكْ بِغَيْرِ حِسَابٍ*؛ این بخشش و عنایت ماست، خواهی منت بگذار و خواهی بدون حساب نگهدار<sup>۴۵</sup>؛ به اعتقاد قائلین به این نظریه، عمومیت تعلیل (العله تعمم) در این روایت با توجه به عبارت "و اذا كان الامام الذي من الله ان يعاقب عن الله كان له ان يمن عن الله..."، اقتضاء می کند که امام اختیار اجرای مجازات و یا عفو مرتکب را در تمامی جرایم حدی داشته باشد؛ بنابراین، در صورتی هم که زانی پس از اقامه بینه یا علم قاضی توبه نماید، امام در اجرای حد بر وی مخیر خواهد بود.<sup>۴۶</sup>

این روایت به لحاظ موازین علم حدیث جزو احادیث مرسل و ضعیف محسوب می شود؛<sup>۴۷</sup> با وجود این، تعداد زیادی از فقها روایات تحف العقول را معتبر و قابل اعتماد دانسته اند<sup>۴۸</sup>، به نظر می رسد همین شهرت فتوایی از یک سو و مغایر نبودن مفاد این روایت با معیارها و موازین شرعی از سوی دیگر می تواند جبران کننده ضعف آن باشد؛ به هر حال، اشکال مهم استدلال طرفداران نظریه فوق دراستناد به این روایت این است که روایت مذکور در مورد حق عفو امام است و ملازمه ای بین حق عفو امام و توبه مرتکب بعد از اقرار یا اقامه بینه وجود ندارد. و همانگونه که برخی از فقها گفته اند<sup>۴۹</sup>، مقید کردن جواز عفو امام به توبه مرتکب و جاهت فقهی و شرعی ندارد.

<sup>۴۲</sup>. محقق حلی، المعتمد، ۲/۲۹۸، علامه حلی، منتهی المطلب، ۵/۳۵۴، شهید ثانی، مسالک الافهام، ۱۳/۱۴، حسین نژاد، "تاملی در عدم سقوط حد بواسطه توبه زانی پس از اقامه بینه: نقدی بر ماده ۱۱۴ قانون مجازات اسلامی" ۶۳

<sup>۴۳</sup>. مومن، مبانی تحریر الوسیله، ۱۸۱، مکارم شیرازی، انوار الفقاهه، ۱۷۸ تا ۱۷۹ به نقل از حسین نژاد، "تاملی در عدم سقوط حد بواسطه توبه زانی پس از اقامه بینه: نقدی بر ماده ۱۱۴ قانون مجازات اسلامی" ۶۳

<sup>۴۴</sup>. شیخ مفید، المقنعه، ۷۷۷، حسینی شیرازی، فقه القانون، ۱۰۴، حلی، الکافی فی الفقه، ۴۰۹

<sup>۴۵</sup>. ابن شعبه حرانی، تحف العقول، ۳۶۰، حرعاملی، وسایل الشیعه، ۴۱/۲۸

<sup>۴۶</sup>. منتظری، کتاب الحدود، ۵۸، مرعشی، دیدگاه های نو در حقوق کیفری اسلام، ۱۳۲/۲

<sup>۴۷</sup>. نراقی، مستند الشیعه، ۳۴۷/۱، طباطبایی، ریاض المسائل، ۳/۴۲

<sup>۴۸</sup>. سبحانی، موسوعه طبقات الفقها، ۱۵۰/۴، موسوی خوانساری، روضات الجنات، ۲/۲۹

<sup>۴۹</sup>. خوبی، مبانی تکمله المنهاج، ۱/۱۷۷، تبریزی، اسس الحدود و التعزیرات، ۷۳

دلیل دوم اطلاق روایت ضریس کناسی است؛ در این روایت ضریس کناسیاز امام باقر (ع) نقل می‌کند که فرمود: از حدود الهی غیر از امام عفو نمی‌کند، ولی در حق الناس، اشکالی در عفو از سوی غیر امام نیست؛<sup>۵۰</sup> این روایت به دلیل توثیق عام، ضریس کناسی از طریق حسن بن محبوب، که از اصحاب اجماع است<sup>۵۱</sup> و همچنین توثیق خاص<sup>۵۲</sup> از حیث سند ایرادی ندارد؛ ولی در دلالت آن میان فقها اختلاف نظر وجود دارد، بیشتر فقها فعل "یعفی" را فعل معلوم و عبارت "دون الامام" را به معنی غیر از امام می‌دانند و بنا بر این معتقدند روایت دلالت بر اختیار عفو امام در حدود الهی به طور مطلق - چه جرم با اقرار ثابت شده باشد چه با بینه و یا علم قاضی - دارد؛ لکن غیر اقرار به دلیل روایات خاص از جمله روایت طلحه بن زید و مرسله برقی، که قبلاً مورد بررسی قرار گرفت، از تحت شمول این اطلاق خارج می‌شوند؛<sup>۵۳</sup> در مقابل، برخی دیگر فعل "یعفی" را مجهول تلقی کرده و "دون الامام" به معنای نزد امام و پیش امام می‌دانند و بر این اساس روایت را این گونه معنا می‌کنند، حدودی که حق الله هستند، پیش امام عفو نمی‌شوند، ولی حدودی که حق الناس باشند، اشکالی ندارد که پیش امام بخشیده شوند.<sup>۵۴</sup>

در ارتباط با دلالت این روایت می‌توان گفت، چون بیشتر فقها، همانگونه که گفته شد، روایت را در معنای اول به کار می‌برند، لذا خود این کثرت استعمال می‌تواند دلیل بر این باشد که معنای اول به حقیقت نزدیک تر است. از طرف دیگر، این معنا از روایت با عموم تعلیل در روایت ابن شعبه حرانی نیز، که مورد بررسی قرار گرفت، سازگارتر است. در نتیجه دلالت دوم ضعیف به نظر می‌رسد.

نکته دیگر این است که روایات طلحه بن زید و مرسله برقی چون به لحاظ سند مرسل و ضعیف هستند، قابلیت تقیید اطلاق این روایت را ندارند بنابراین، همانگونه که برخی فقها معتقدند<sup>۵۵</sup> اطلاق این روایت شامل موردی که حدی با اقرار یا بینه ثابت شده باشد، می‌شود و در نتیجه امام پس از اقامه بینه اختیار عفو و یا اجرای حد را داراست.

با توجه به آنچه در خصوص اختیار عفو امام گفته شد، می‌توان دریافت که دلایل استنادی طرفداران نظریه تخییر، ارتباطی به توبه مرتکب ندارند و در مقام بیان حق عفو امام به طور مطلق می‌باشند. اعم از اینکه مرتکب بعد از اثبات جرم توبه کرده باشد یا نکرده باشد.

### ۳. نظریه سقوط مجازات های حدی با توبه مرتکب بعد از اثبات جرم

در مقابل دو تا نظریه قبلی که مورد نقد و بررسی قرار گرفت، می‌توان نظریه سومی با عنوان "نظریه سقوط مجازات های حدی با توبه مرتکب بعد از اثبات جرم" را مطرح کرد. بر اساس این نظریه می‌توان توبه بعد از اثبات جرم را به طور مطلق مسقط مجازات دانست. اعم از اینکه این توبه قبل یا بعد از اثبات جرم باشد و خواه این توبه بعد از اقرار به جرم ارتكابی باشد و خواه بعد از اقامه بینه یا علم قاضی. برای توجیه این نظریه می‌توان به دلایل زیر استناد کرد:

دلیل اول، همانگونه که در نقد دلیل اول طرفداران نظریه عدم سقوط مجازات های حدی با توبه بعد از اقامه بینه گفته شد، دقت و تأمل در آیات باب حدود از جمله آیات ۴ و ۵ سوره نور، آیه ۱۶ سوره نساء و آیه ۳۹ سوره مائده نشان می‌دهد که اولاً، این آیات مطلق نیستند و با آیات

۵۰. عن ابی جعفر علیه السلام قال: لا یعفی عن الحدود التي لله دون الامام.. اما ماکان من حق الناس فی حدٍ لا باس بأن یعفی عنه دون الامام (حر عاملی، وسائل الشیعه، ۲۵۲/۷، قمی شیخ صدوق، من لایحضره الفقیه، ۷۳/۴)

۵۱. منتظری، کتاب الحدود، ۳۹۲/۲، فاضل لنکرانی، تفضیل الشریعه، ۱۰۹

۵۲. کشی، الرجال، ۳۱۳، به نقل از حسین نژاد، "تاملی در عدم سقوط حد بواسطه توبه زانی پس از اقامه بینه: نقدی بر ماده ۱۱۴

قانون مجازات اسلامی، ۶۷

۵۳. موسوی خوبی، مبانی تکمله المنهاج، ۱/۱۷۷، تبریزی، اسس الحدود و التعزیرات، ۱۹۰

۵۴. هاشمی شاهرودی، کاوشی درباره اختیار ولی امر در عفو کفرها، ۱۸،

۵۵. منتظری، کتاب الحدود، ۵۷؛ مرعشی، دیدگاه های نو در حقوق کیفری اسلام، ۱۳۳/۲

دیگر به صورت منفصل یا متصل مقید گردیده اند؛ چون این آیات به استثنای آیه ۳۴ سوره مانده، که توبه مرتکب و به دنبال آن سقوط مجازات محارب را منوط به توبه قبل از دستگیری و (و نه قبل از اثبات جرم) کرده است، به صورت مطلق (چه قبل از اثبات و چه بعد از آن) دلالت بر پذیرش توبه و سقوط مجازات های حدی دارند. ثانیاً، آیاتی هم که به ظاهر مطلق اند، اساساً در مقام بیان موثر بودن یا نبودن توبه بعد از اثبات جرم نیستند و صرفاً دلالت بر وجوب مجازات های حدی دارند؛ چون، همانگونه که بیشتر اصولیان معتقدند: "امر عقلاً بر لزوم طبیعت و ماهیتی دلالت دارد که به آن امر شده است"<sup>۵۶</sup> و این وجوب ملازمه ای با عدم تاثیر توبه مرتکب بعد از اثبات جرم ندارد.

بعضی از فقهای اهل سنت از جمله پیروان احمد بن حنبل و برخی از فقهای شافعی نیز معتقدند که توبه مطلقاً موجب سقوط مجازات می شود؛ اولین دلیل آنان قیاس اولویت است؛ بر این اساس، وقتی مجازات محارب که نسبت به سایر مجازات های حدی سنگین تر است، با توبه قبل از دستگیری او برابر آیه ۳۴ سوره مانده از قرآن کریم ساقط می شود، پس مجازات جرایم سبک تر نیز به طریق اولی با توبه قبل از دستگیری ساقط می گردد؛ البته این استدلال از این جهت که مفهوم مخالف مستلزم تعمیم دادن حکم خاص و استثنایی محاربه در باب عدم پذیرش توبه بعد از دستگیری مرتکب به جرایم دیگر است، مخدوش به نظر می رسد؛ هر چند که دستگیری مرتکب توسط حکومت، علی القاعده بعد از احراز و اثبات جرم و یا حداقل وجود دلایل، امارات و قراین کافی بر توجه اتهام به وی و آن هم در موارد خاص و استثنایی می تواند دارای توجیه شرعی و قانونی باشد.<sup>۵۷</sup> دلیل دیگر این فقها، آیه ۱۶ سوره نساء و همچنین آیه ۳۹ سوره مانده می باشد. این آیات، همانگونه که گفته شد، دلالت بر پذیرش توبه زانی و سارق دارند. استناد به روایات صادره از پیامبر اکرم (ص) از جمله روایت "التائب من الذنب کمن لا ذنب له" از دلایل دیگر این فقها است؛ برابر این روایت، کسی که توبه کرده مثل کسی است که مرتکب گناهی نشده است، بنابر این، نمی توان بر چنین فردی که مثل آدم بی گناه است، اقامه حد نمود. روایت دیگر، روایت "ما عَزَبَ بَنَ مَالِكٍ"<sup>۵۸</sup> است؛ به موجب این حدیث هنگامی که مالک از گودال فرار کرد، مردم او را گرفته و مجازات کردند. پیامبر (ص) فرمود: "چرا او را رها نکردید که توبه نماید، پس خداوند توبه او را می پذیرفت."<sup>۵۹</sup>

دلیل دوم، روایات دال بر سقوط مجازات های حدی با توبه مرتکب بعد از اقامه بینه و نیز روایاتی است که در آنها از توبه تعبیر به "ممحاه" یعنی محو کننده گناهان و از "تائب من ذنبه" به "کمن لا ذنب له" شده است. اولین روایت در این زمینه روایت ابوبصیر از امام صادق (ع) است. ابوبصیر از امام صادق (ع) درباره ی مردی می پرسد که بینه بر زنا او اقامه شده است، اما قبل از آن که به او تازیانه بزنند، فرار می کند. تکلیف

<sup>۵۶</sup>. نوبهار، "جستاری در باره تاخیر اجرای حدود"، ۳۴۰.

<sup>۵۷</sup>. مواد ۴۴ و ۲۳۸ از قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ و اصلاحی ۱۳۹۴ هم، خود موید این امر است.

<sup>۵۸</sup>. عَلِيُّ بْنِ إِبرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنْ عَمْرِو بْنِ عَثْمَانَ عَنِ الْحُسَيْنِ بْنِ خَالِدٍ قَالَ أَنَّ مَاعِزَ بْنَ مَالِكٍ أَقْرَعَ عِنْدَ رَسُولِ اللَّهِ ص بِالزَّيْنِيِّ فَأَمَرَ بِهِ أَنْ يُرْجَمَ فَهَرَبَ مِنَ الْحَفِيرَةِ فَرَمَاهُ الرَّبِيعُ بْنُ الْعَوَّامِ بِسَاقِ بَعِيرٍ فَعَقَلَهُ فَسَقَطَ فَلَحِقَهُ النَّاسُ فَقَتَلُوهُ ثُمَّ أَخْبَرُوا رَسُولَ اللَّهِ ص بِذَلِكَ فَقَالَ لَهُمْ فَهَلَّا تَرَكَتُمُوهُ إِذَا هَرَبَ يَذْهَبُ فَإِنَّمَا هُوَ الَّذِي أَقْرَعَ عَلَى نَفْسِهِ وَقَالَ لَهُمْ أَمَا لَوْ كَانَ عَلِيٌّ حَاضِرًا مَعَكُمْ لَمَا ضَلَلْتُمْ قَالَ وَوَدَّاهُ رَسُولُ اللَّهِ ص مِنْ بَيْتِ مَالِ الْمُسْلِمِينَ (كليني، وسائل الشيعه، ۱۸۵/۷).

<sup>۵۹</sup>. ابن قدامه مقدسی، المغنی، ۳۱۶/۱۰، احمد بن حنبل، المسند، ۹۲/۲ تا ۹۵ به نقل از اسلام پور کریمی، "جایگاه توبه و نقش آن در

امور کیفری اسلام"، ۹۴ تا ۱۲۲

چیست؟ امام (ع) می فرماید: اگر توبه کند حدی بر او نیست؛ اگر در اختیار امام واقع شد، بر او حد جاری می کند و چنانچه امام جای او را فهمید، افرادی را برای دستگیری او می فرستد تا او را بیاورند و حد را بر وی جاری کنند.<sup>۶۰</sup>

سند این حدیث تا صفوان بن یحیی موثق و از وی به بعد مرسل است؛ لکن از آنجا که فقها<sup>۶۱</sup> مراسیل او را همانند مسانید دانسته و بر اساس آن فتوی داده اند، در مجموع می توان گفت از روایات معتبر تلقی می شود.

در مورد دلالت این روایت برخی از فقها معتقدند که مقصود از عبارت "إن تاب فما علیه شیء" این نیست که حدی بر او نیست (فما علیه من حد) بلکه به معنای این است که گناهی بر او نیست (فما علیه من ذنب)؛<sup>۶۲</sup> لکن، این برداشت خلاف ظاهر این روایت بوده و مبتنی بر شهرت فتوایی فقهاست؛ و این شهرت به دلیل مدرکی بودن و مبتنی بودن بر اطلاق آیات و روایات حدود<sup>۶۳</sup>، که صحت و سقم آن قبلاً مورد بررسی قرار گرفت، نمی تواند به عنوان یک دلیل مستقل، عدول از ظاهر این روایت را توجیه نماید. علاوه بر این، چنین برداشتی از عبارت "إن تاب فما علیه شیء" با توجه به اینکه خداوند متعال بندگان را امر به توبه نموده و قبولی آن را تضمین نموده است، مستلزم یک امر کاملاً بدیهی و مسلم است و نمی تواند مراد واقعی روایت باشد؛ بنابراین معنای صحیح روایت این است که در صورت توبه حدی بر او نیست و چنانچه توبه نکرد و دستگیر شد، مشمول حد خواهد بود.

روایت دوم؛ روایت شعبی از علی بن ابی طالب (ع) است بر اساس این روایت شعبی می گوید شنیدم از علی بن ابی طالب (ع) که می فرمود: تعجب می کنم از کسی که ناامید شده است در حالی که با او ممحاه (محو کننده گناهان) است، راوی می گوید از امام پرسیدم ممحاه چیست؟ فرمود: استغفار (توبه کردن).<sup>۶۴</sup> آری توبه اگر توبه واقعی باشد و مرتکب را از درون دچار انقلاب روحی کرده و رفتار او را منقلب سازد چنین توبه ای، همانگونه که در روایت مالک بن عطیه از امام علی (ع) ذکر شد، محو کننده گناهان و ساقط کننده مجازات ها خواهد بود؛ اعم از اینکه بعد از اثبات جرم باشد یا قبل از آن.

روایت سوم، روایت جابر از امام محمد باقر (ع) است؛ راوی می گوید از امام باقر (ع) شنیدم که می فرمود: توبه کننده از گناهان مثل کسی است که گناهی مرتکب نشده است.<sup>۶۵</sup> منطوق این روایت و ادله دیگر باب توبه دلالت بر این دارند که با توبه گناهکاران نه تنها گناهان از بین می روند و مرتکبان مثل افرادی می مانند که گناهی مرتکب نشده اند (التائب من الذنب کمن لا ذنب له) بلکه خداوند سیئات آنان را به حسنات تبدیل می نماید (یبدل الله سیئاتهم حسنات) <sup>۶۶</sup>.

<sup>۶۰</sup> حدیث صفوان عن بعض أصحابنا عن أبي بصير عن أبي عبد الله: في رجل أقيمت عليه البيئة بآنه زني، ثم هرب قبل أن يضرب، قال: إن تاب فما عليه شيء و ان وقع في يد الامام أقام عليه الحد و إن علم مكانه بعث إليه (كلميني، الكافي، ۲۵۱/۷، قمی شیخ صدوق، من لا يحضره الفقيه، ۳۶۴/۴)

<sup>۶۱</sup> طباطبایی، ریاض المسائل، ۴۷۱/۱۵

<sup>۶۲</sup> فاضل هندی، کشف اللثام، ۴۳۵/۱۰، طباطبایی، ریاض المسائل، ۴۷۱/۲، نجفی، جواهر الکلام، ۳۰۸/۴۱

<sup>۶۳</sup> حسین نژاد، "تاملی در عدم سقوط حد بواسطه توبه زانی پس از اقامه بینه: نقدی بر ماده ۱۱۴ قانون مجازات اسلامی"، ۶۰

<sup>۶۴</sup> الْمُفِيدُ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْحُسَيْنِ الْمُقْرِي عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ مُحَمَّدِ الْبَصْرِيِّ عَنْ عَبْدِ الْعَزِيزِ بْنِ يَحْيَى عَنْ مُوسَى بْنِ زَكَرِيَّا عَنْ أَبِي خَالِدٍ عَنِ الْعَيْنِيِّ عَنِ الشَّعْبِيِّ قَالَ سَمِعْتُ عَلِيَّ بْنَ أَبِي طَالِبٍ عَلَيْهِ السَّلَامُ يَقُولُ: الْعَجَبُ مِمَّنْ يَقْنَطُ وَ مَعَهُ الْمَمْحَاهُ فَقِيلَ لَهُ وَ مَا الْمَمْحَاهُ قَالَ الْأَسْتِغْفَارُ (قمی شیخ صدوق، من لا يحضره الفقيه، ۸۶/۱)

<sup>۶۵</sup> عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ عَلِيِّ بْنِ النُّعْمَانِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ سِنَانٍ عَنْ يُونُسَ بْنِ أَبِي يَعْقُوبَ بَيَّاعِ الْأُرْزِّ عَنْ جَابِرٍ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ سَمِعْتُهُ يَقُولُ: أَلْ ذَنْبِ مِنَ الذَّنْبِ كَمَنْ لَا ذَنْبَ لَهُ وَ الْمُقِيمُ عَلَى الذَّنْبِ وَ هُوَ مُسْتَغْفِرُ مِنْهُ كَالْمُسْتَهْزِئِ (حرعاملی، وسایل الشیعه، ۷۴/۱۶)

<sup>۶۶</sup> فرقان: ۷۰

بنابر این، با توجه به نسبت علت و معلولی که میان موضوع و حکم وجود دارد می توان گفت با توبه مرتکب موضوع حکم (گناه) از بین می رود و با منتفی شدن موضوع، حکم نیز منتفی می گردد.<sup>۶۷</sup>

دلیل سوم، به اعتقاد طرفداران نظریه مشهور، علت پذیرفته نشدن توبه مجرم پس از اقامه بینه، در مظان تهمت بودن است؛ بدین معنی که نسبت به راستی سخن و ادعای شخص بزه کار تردید وجود دارد. و حتی برخی از محققان با تکیه بر همین علت و اخذ وحدت ملاک از آن، توبه بعد از اثبات جرم با علم قاضی را نیز به بینه ملحق دانسته و به عدم پذیرش آن نظر داده اند و گفته اند در صورت عدم توانایی در تمسک به ظاهر الفاظ و بدست آوردن مناط قطعی حکم باید با تکیه بر اصل استصحاب مجرم را مستوجب کیفر دانست.<sup>۶۸</sup> به نظر می رسد با اینگونه استدلالات نمی توان اثر توبه بعد از اثبات جرم را نادیده گرفت؛ چون اولاً، آنچه باعث سقوط مجازات می شود توبه و اصلاح واقعی مرتکب جرم است و نه صرف ادعای او. ثانیاً، در صورت عدم احراز توبه واقعی مرتکب و وجود شک و تردید معقول و منطقی در آن باید به استناد قاعده درا به عنوان دلیل اجتهادی و وارد بر اصل استصحاب، معتقد به سقوط مجازات شد.

دلیل چهارم، همانگونه که برخی از فقها معتقدند، مقتضای ارتکازات عقلائیة از اجرای حد و فلسفه عقلی آن، تنبیه و اصلاح شخص مجرم است و اینگونه نیست که اجرای حد صرفاً یک امر تعبدی از جانب شارع باشد؛<sup>۶۹</sup> بنابراین، اجرای حد بر شخصی که بعد از ارتکاب جرم، دچار حس شرم و انقلاب روحی گردیده و اصلاح شده است، مخالف با ارتکازات عقلائیة و فلسفه اجرایی حد است.

هرچند برخی از فقها این نوع فلسفه بافی ها را از اساس باطل دانسته و می گویند هدف از اجرای حد، تنها اصلاح مجرم و باز داشتن وی از تکرار جرم (باز دارندگی خصوصی) نیست، بلکه می تواند دارای اهداف مختلف دیگر همچون عبرت و ترس دیگران از انجام گناه (باز دارندگی عمومی) باشد؛<sup>۷۰</sup> لکن باید دانست که اجرای مجازات در چنین شرایط و اوضاع و احوالی که مجرم دچار حس شرم و انقلاب روحی گردیده و اصلاح شده است، و مثل کسی گردیده که گویا تازه از مادر متولد شده است، نوعی استفاده ابزاری از وی برای رسیدن به اهداف دیگر مثل باز دارندگی و ارعاب عمومی است و مغایر با اصول و هنجارهای بنیادین شریعت و سیاست جنایی اسلام از جمله "اصل کرامت انسانی"<sup>۷۱</sup>، "اصل تسامح و تساهل"<sup>۷۲</sup> و اصل "عدم مطلوبیت ذاتی کیفر"<sup>۷۳</sup> می باشد. در چنین شرایطی، اصل غایت مندی انسان که لازمه کرامت ذاتی او است، به چالش کشیده می شود؛ اخلاق و حقوق بشر قربانی منافع اجتماعی و سیاسی می گردد؛ شخصیت مجرم فراموش و تبدیل به یک وسیله می گردد و کیفر و پاسخ های خشونت آمیز و انتقام جو یانه که فی نفسه اموری بد تلقی می شوند،<sup>۷۴</sup> به امری مقدس تبدیل می گردند.

<sup>۶۷</sup> برهانی و لطفعلی زاده، "قلمرو زمانی توبه در تعزیرات با تاکید بر رای وحدت رویه شماره ۸۱۳ هیات عمومی دیوان عالی کشور"، ۵

<sup>۶۸</sup> قیاسی، پیوستن علم قاضی به بینه یا اقرار"، ۱۷۲،

<sup>۶۹</sup> محقق اردبیلی، مجمع الفائده و البرهان، ۸۱، منتظری، کتاب الحدود، ۹۹، موسوی اردبیلی، فقه الحدود و التعزیرات، ۵۳۵/۱

<sup>۷۰</sup> مکارم شیرازی، انوارالفقاهه: کتاب الحدود و التعزیرات، ۳۴۴، فاضل موحدی لنگرانی، تفصیل الشریعة فی شرح تحریرالوسیله- الحدود

۵۰۹ تا ۵۱۰.

<sup>۷۱</sup> ولقد کرما بنی آدم... (اسرا: ۱۵).

<sup>۷۲</sup> در روایتی از پیامبر گرامی اسلام آمده است که فرمودند: بعثت لامه السمحه و السحله (کلینی، الکافی، ۴۹۴).

<sup>۷۳</sup> در آیه ۴۰ سوره شورا از مجازات تعبیر به سیئه شده است که نشان می دهد از دیدگاه شریعت مجازات ولو در مقام اعمال حق هم

باشد فی نفسه امری بد محسوب می شود(جزء سیئه سیئه مثلها).

<sup>۷۴</sup> لا تستوی الحسنه ولا السیئه ادفع بالتی هی احسن(فصلت: ۳۴).

دلیل پنجم حاکمیت قاعده در اصل برائت است؛ قاعده دراء، همانگونه که قبلاً گفته شد، یک قاعده اجماعی است که به موجب آن مجرمیت و مسئولیت کیفری در صورت تردید در تحقق ارکان و شرایط آن ساقط می شود. عمومیت و اطلاق این قاعده شامل هر نوع شبهه ای می شود اعم از اینکه این شبهه حکمی باشد یا موضوعی و خواه این شبهه، مسبوق به سابقه یقینی باشد و یا فاقد چنین سابقه ای باشد؛ بنابراین حتی بر فرض اینکه شک ایجاد شده بواسطه توبه بعد از اقامه بینه را مسبوق به سابقه یقینی بدانیم؛ باز تمسک به استصحاب فاقد توجیه خواهد بود؛ چون همانگونه که در ارزیابی دلایل قایلان به نظریه عدم سقوط مجازات های حدی با توبه مرتکب بعد از اقامه بینه گفته شد، قاعده دراء از ادله اجتهادی بوده و وارد بر اصل استصحاب است؛ اصل برائت هم که در موارد شک در تکلیف اجرا می شود، در این مورد با قاعده دراء وحدت مجرا پیدا می کنند؛ در نتیجه در صورت شک در مستحق مجازات بودن یا نبودن مرتکب با توبه بعد از اقامه بینه او، به موجب این اصل هم باید وی را مستحق مجازات ندانیم.

ششمین دلیلی که می توان برای اثبات نظریه سقوط مجازات های حدی ارایه کرد، اولویت سقوط مجازات های دنیوی نسبت به سقوط مجازات های اخروی است. به استناد این دلیل می توان گفت وقتی مجازات های اخروی، که به دلیل بقا، دوام و نوع و شدتش از مجازات های دنیوی شدید ترند، با توبه ساقط می شوند، پس به طریق اولی مجازات های دنیوی نیز با توبه ساقط خواهند شد. همچنان که برخی از فقهای طرفدار قول مشهور نیز در مقام نقد و بررسی دلایل قایلان به سقوط مجازات های حدی به همین دلیل استناد کرده اند.<sup>۷۰</sup>

#### نتیجه گیری

با توجه به ایرادهای اساسی که بر نظریه مشهور فقها یعنی عدم سقوط مجازات های حدی با توبه مرتکب بعد از اثبات جرم وارد است، همچنین با عنایت به اینکه دلایل استنادی طرفداران نظریه تخیرامام در عفو مجرم یا اجرای مجازات بر وی، ارتباط مستقیم با توبه مرتکب جرم ندارند؛ بلکه ناظر به مقوله مستقلی تحت عنوان "حق عفو امام" هستند؛ بنابراین، مبنا قرار دادن نظریه مشهور برای عدم اسقاط مجازات های حدی بعد از اثبات جرم با بینه یا علم قاضی و یا نظریه تخیر برای عفو مجرم یا اجرای مجازات بر وی در صورت توبه بعد از اقرار او، در حقوق جزای اسلام و ایران فاقد وجهت فقهی و حقوقی است. لذا لازم است نظریه پیشنهادی یعنی "سقوط مطلق مجازات با توبه مرتکب بعد از اثبات جرم" (به استثنای حد محاربه و قذف که مبتنی بر دلایل و شرایط خاص هستند)، با توجه به تقدم و ارجحیتی که بر سایر نظریه ها دارد، مبنای قانونگذاری و سیاستگذاری واقع شود و براین اساس، مقررات باب توبه در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ به ویژه مواد ۱۱۴، ۱۱۵، ۱۱۷ و ۱۱۸ مورد باز بینی و اصلاح قرارگیرد؛ حتی اگر بنا بر این باشد که به هر دلیلی بخواهیم برای توبه محدودیت زمانی قایل شویم، این محدودیت زمانی تا قبل از احراز مجرمیت قطعی وی در دادگاه و حتی صدور حکم محکومیت فاقد توجیه خواهد بود؛ چون با توجه به حاکمیت اصل برائت، تا قبل از صدور حکم قطعی سخن گفتن از "اثبات جرم" به معنای دقیق کلمه و عدول از اصل برائت جایز نخواهد بود.

<sup>۷۰</sup> . طباطبایی، ریاض المسائل، ۴۷۲/۲، نجفی، جواهر الکلام، ۳۰۹ /۴۱

## منابع

۱. آخوند خراسانی، محمد کاظم بن حسین. کفایة الأصول. قم: مؤسسه آل البيت، ۱۴۰۹ق.
۲. ابن إدريس، محمد بن أحمد. السرائر، ج ۳. قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۶ق.
۳. ابن حزم، علی بن احمد. المحلی. بیروت: دارالآفاق الجدیده، بی تا.
۴. ابن رشد، محمد بن احمد. بداية المجتهد و نهاية المقتصد. بیروت: دارالفکر، ۱۹۹۵م.
۵. ابن شعبه حرانی، حسن بن علی. تحف العقول. قم: جامعه مدرسین، بی تا.
۶. ابن قدامه مقدسی، عبدالله بن احمد. المغنی، ج ۱۰. بیروت: دارالکتب العربی، بی تا.
۷. احمد بن حنبل. المسند، ج ۵. بیروت: مؤسسه الرساله، ۱۴۱۵ق.
۸. اسلام پورکریمی، عسگر. "جایگاه توبه و نقش آن در امور کیفری اسلام". رواق اندیشه، شماره ۳۹، ۱۳۸۳، ۹۴ تا ۱۲۲.
۹. ایزدی فرد، علی اکبر، سید مجتبی، حسین نژاد، حامد، عابدی فیروزجانی. "تاملی فقهی در قاعده عدم تاخیر اجرای حد با عارض شدن جنون: نقدی بر تبصره ۱ ماده ۱۵۰ قانون مجازات اسلامی ۹۲". فقه و اصول. دوره ۵۰، ش ۳، پاییز ۱۳۹۷، ۹ تا ۲۹.
۱۰. ایزدی فرد، علی اکبر، سید مجتبی، حسین نژاد. "حرز بودن نظارت مالک در تحقق مفهوم سرقت" مبانی فقه و حقوق اسلامی. دوره ۴۹، ش ۲، پاییز و زمستان ۱۳۹۵، ۱۷۷ تا ۱۸۸.
۱۱. بجنوردی، محمد بن حسن. قواعد فقهیه. تهران: مؤسسه عروج، چاپ سوم، ۱۴۰۱ق.
۱۲. برهانی، محسن، الهه، لطفعلی زاده. "قلمرو زمانی توبه در تعزیرات با تاکید بر رای وحدت رویه شماره ۸۱۳ هیات عمومی دیوان عالی کشور". مجله حقوقی دادگستری. دوره ۸۶، ش ۱۱۸، تابستان ۱۴۰۱، ۱۹.
۱۳. تبریزی، جواد بن علی. اسس الحدود و التعزیرات. قم: دفتر آیت الله تبریزی، ۱۴۱۷ق.
۱۴. جزیری، عبد الرحمان. الفقه علی المذاهب اربعه، ج ۵. بیروت: دار الفکر، ۱۴۲۶ق.



۱۵. حسین نژاد، سید مجتبی. "تاملی در عدم سقوط حد بواسطه توبه زانی پس از اقامه بینة: نقدی بر ماده ۱۱۴ قانون مجازات اسلامی". پژوهش های فقه و حقوق اسلامی. دوره ۱۴، ش ۵۱، بهار ۱۳۹۷، ۵۳ تا ۷۶.
۱۶. حسینی شیرازی، محمد. الفقه القانون. بیروت: مرکز الرسول الأعظم (ص)، چاپ دوم، ۱۴۱۹ق.
۱۷. حر عاملی، محمد بن حسن. وسائل الشیعه، ج ۱۶. قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام، ۱۴۰۹ق.
۱۸. حلبی، ابوالصلاح. الکافی فی الفقه. اصفهان: مکتبه امیر المومنین، ۱۴۰۳ق.
۱۹. حلّی، حسن بن یوسف. ارشاد الاذهان. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه، ۱۴۱۰ق.
۲۰. حلّی، حسن بن یوسف. منتهی المطلب، ج ۵. مشهد: مجمع البحوث الإسلامیه، ۱۴۱۲ق.
۲۱. حلّی، نجم الدین جعفر بن حسن. المعتبر. قم: مؤسسه سید الشهداء (ع)، ۱۴۰۷ق.
۲۲. حلّی، نجم الدین جعفر بن حسن. شرایع الاسلام فی المسائل الحرام و الحلال، ج ۴. قم: مؤسسه اسماعیلیان، چاپ دوم، ۱۴۰۸ق.
۲۳. حر عاملی، محمد بن حسن. وسائل الشیعه، ج ۱۶. قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام، ۱۴۰۹ق.
۲۴. خمینی، سید روح الله. تحریر الوسیله. قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۷۹.
۲۵. خوانساری، سید احمد. جامع المدارک. قم: مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۰۵ق.
۲۶. روزبهان خنجی، فضل الله. سلوک الملوک. تهران: انتشارات خوارزمی، ۱۳۶۲.
۲۷. سبزواری، سید عبد العلی. مذهب الاحکام. قم: مؤسسه المنار، چاپ چهارم، ۱۴۱۳ق.
۳۸. سبحانی، جعفر. موسوعه طبقات الفقهاء. قم: مؤسسه امام صادق (ع)، بی تا.
۲۹. سیفی مازندرانی، علی اکبر. قابل دسترس در: <https://www.eshia.ir/Seify>fegh> ۲۸/۰۶/۱۴۰۰.
۳۰. شیخ مفید، محمد بن محمد. المقنعه. قم: کنکره شیخ مفید، چاپ دوم ۱۴۱۰ق.
۳۱. شهید ثانی، زین الدین. الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیه، ج ۴. قم: مرکز انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۲۱ق.
۳۲. صادقی، محمد هادی. "نقش توبه در حدود و تعزیرات". پژوهشنامه حقوق کیفری. دوره ۴، ش ۲، پاییز و زمستان ۱۳۹۲، ۱۵۳ تا ۱۷۴.
۳۳. طاهری، حبیب الله. "نقش توبه در اسقاط حدود". پژوهش های فقهی. سال ۶، ش ۲، تابستان ۱۳۸۹، ۵ تا ۳۷.
۳۴. طباطبایی، سید علی بن محمد. ریاض المسائل، ج ۲. قم: مؤسسه آل البيت (ع)، ۱۴۱۸ق.
۳۵. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن. النهایه فی مجرد الفقه و الفتاوی. بیروت: دارالکتب العربی، چاپ دوم، ۱۴۰۰ق.
۳۶. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن. تهذیب الاحکام، ج ۱۰. تهران: دارالکتب الاسلامیه، چاپ چهارم، ۱۴۰۷ق.
۳۷. عاملی، محمد بن حسن. وسائل الشیعه. قم: مؤسسه آل البيت (ع)، ۱۴۱۶ق.

۳۸. عاملی، زین الدین بن علی. مسالک الافهام. قم: مؤسسه المعارف الاسلامی، ۱۴۱۳ق.
۳۹. عاملی، محمد بن جمال الدین (شهید اول). اللمعه. بیروت: دار التراث، ۱۴۱۰ق.
۴۰. عراقی، ضیاء الدین. تحریر الأصول. قم: مهر، ۱۳۶۳.
۴۱. عطاردی قوچانی، عزیز الله. مسند الرضا. مشهد: کنگره جهانی حضرت رضا، ۱۳۶۷.
۴۲. عوده، عبدالقادر. التشريع الجنایی الاسلامی، ج ۱. بیروت: دارالکتب العربی، ۱۳۹۸ق.
۴۳. فاضل موحدی لنکرانی، محمد. تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسیله- الحدود. قم: مرکز فقه الاثمه الاطهار علیهم السلام، ۱۴۲۲ق.
۴۴. فاضل هندی، محمد بن حسن. کشف اللثام، ج ۱۰. قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۶ق.
۴۵. فیروزآبادی، مرتضی. عنایة الأصول. قم: انتشارات فیروزآبادی، ۱۴۰۰ق.
۴۶. قمی، شیخ صدوق، ابی جعفر محمد بن علی. من لا یحضره الفقیه، ج ۴. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ دوم، ۱۴۱۳ق.
۴۷. قیاسی، جلال الدین. "پیوستن علم قاضی به بینه یا اقرار". فصلنامه فقه. دوره ۷، ش ۲۳، فروردین ۱۳۷۹، ۱۴۹ تا ۱۷۶.
۴۸. کلینی، ابوجعفر، محمد بن یعقوب. الکافی، ج ۷. تهران: دارالکتب الإسلامیه، چاپ چهارم، ۱۴۰۷ق.
۴۹. محقق اردبیلی، احمد بن محمد، مجمع الفائدة و البرهان ج ۱۳، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۳ق.
۵۰. محقق داماد، سید مصطفی. "قاعده حرز در سرقت حدی". مجله قضایی و حقوقی دادگستری، دوره ۵۹، ش ۱۳، ۱۴، تیرماه ۱۳۷۴، ۳۹ تا ۶۸.
۵۱. مرعشی، سید محمد حسن. دیدگاه های نو در حقوق کیفری اسلام، ج ۲. تهران: نشر میزان، چاپ یکم، ۱۳۷۶.
۵۲. مصطفوی، محمد کاظم. مائة قاعدة فقهية. قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۱ق.
۵۳. مکارم شیرازی، ناصر. انوارالفقاهه: کتاب الحدود و التعزیرات. قم: مدرسه امام علی بن ابی طالب، ۱۴۱۸ق.
۵۴. مکارم شیرازی، ناصر. انوار الأصول، ج ۳. قم: مدرسه الإمام علی بن ابی طالب (ع)، چاپ دوم، ۱۴۲۸ق.
۵۵. منتظری، حسینعلی. کتاب الحدود. قم: دار الفکر، بی تا.
۵۶. موسوی اردبیلی، عبدالکریم. فقه الحدود و التعزیرات، ج ۱. قم: مکتبه امیرالمؤمنین، ۱۴۱۳ق.
۵۷. موسوی خوانساری، میزا محمدباقر. روضات الجنات. قم: مؤسسه اسماعیلیان، ۱۳۹۰.
۵۸. موسوی خویی، ابوالقاسم. مبانی تکمله المنهاج، ج ۱. النجف الاشرف: مطبعة الآداب، ۱۳۹۶ق.
۵۹. موسوی خویی، ابوالقاسم. مصباح الاصول. قم: کتاب فروشی داوری، بی تا.

۶۰. موسوی گلپایگانی، سید محمدرضا. الدر المنصود. قم: دارالقرآن الکریم، ۱۴۱۲.
۶۱. مومن، محمد. مبانی تحریر الوسیله- کتاب الحدود. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)، ۱۴۲۲ق.
۶۲. نجفی، محمد حسن. جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، ج ۴۱. تهران: دار الکتب الاسلامیه، چاپ سوم، ۱۳۶۸.
۶۳. نراقی، مولی احمد بن محمد مهدی. مستند الشیعه. قم: مؤسسه آل البیت، ۱۴۱۵ق.
۶۴. نوبهار، رحیم. "جستاری در باره تاخیر اجرای حدود". فقه و مبانی حقوق اسلامی. دوره ۴۸، ش ۲، پاییز و زمستان ۱۳۹۴، ۳۳۷ تا ۳۵۸.
۶۵. وطنی، امین، عبدالعلی، توجهی، حسین رجایی. "نقش زمان در توبه مجرمین". حقوق اسلامی. دوره ۱۸، ش ۶۹، تابستان ۱۴۰۰، ۴۵ تا ۶۸.
۶۶. هاشمی، سید محمود. "کاوشی درباره اختیار ولی امر در عفو کیفرها". فقه اهل بیت، دوره ۲، ش ۷، پاییز ۱۳۷۵، ۴۳-۷۶.

نسخه  
پیش  
انتشار