



فصلنامه علمی
(مطالعات اسلامی سابق)

انفقه‌ور

ISSN-Print: 2008-9139
ISSN-Online: 2538-3892

سال ۵۴ - شماره ۱ - شماره پیاپی ۱۲۸
بهار ۱۴۰۱



عناوین مقالات

اقرار سفیه در دعاوی کیفری: نقدی بر ماده ۱۷۰ قانون مجازات اسلامی

دکتر روح الله اکرمی

اکراه تخیری

دکتر احمد باقری، دکتر عابدین مؤمنی، دکتر سید محمود هل اتایی

بازخوانی قصاص مادر در برابر قتل فرزند در پرتو مقاصد شریعت

سیده نگین حسن زاده خباز، دکتر سید محمدجواد ساداتی، دکتر علی الهی خراسانی

چالش‌های فقهی کیفرگذاری تکرار جرم در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲

دکتر محمدحسن حسنی، دکتر سیدمحمود مجیدی

بررسی تطبیقی تبیین نسبت لفظ و معنا از دیدگاه سوسور و محمدباقر صدر

دکتر سید حسین خاتمی سبزواری، سید محمدحسین محمدی دینه

درآمدی تحلیلی به نظریه خطابات قانونی امام خمینی (ره) و پیامدهای آن در فقه عبادات

دکتر محمدعلی راغبی، دکتر امین صدوقی

رویکرد فقیهان به موضوع بیع انسان آزاد در پرتو روایت سکونی

دکتر فتاح فتاحی وانانی، دکتر حسین صابری، دکتر محمدتقی فخلعی

بررسی اعتبار دلایل نظر مشهور فقهای امامیه در قتل اکراهی

دکتر کیومرث کلاتری، دکتر رضا هادیزاده

حکم سرایت جنایت عفو شده

دکتر مهدی موحدی محب، دکتر حسن پورلطف اله، دکتر سید سجاد محمدی



فقه و اصول

نشریه دانشکده الهیات دانشگاه فردوسی مشهد

فصلنامه علمی

سال ۵۴ - شماره ۱ - شماره پیاپی ۱۲۸ - بهار ۱۴۰۱

صاحب امتیاز: دانشگاه فردوسی مشهد
مدیرمسئول و سردبیر: دکتر محمدتقی فخلعی

هیئت تحریریه

دکتر علی اکبر ایزدی فرد

استاد گروه حقوق دانشگاه مازندران

دکتر احمد باقری

استاد گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه تهران

دکتر محمد حسن حائری

استاد گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد

دکتر حسین صابری

استاد گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد

دکتر محمدتقی فخلعی

استاد گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد

دکتر سید محمدتقی قبولی درافشان

دانشیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد

دکتر جلیل فتواتی

دانشیار دانشکده حقوق پردیس فارابی

دکتر محسن ملک افضلی اردکانی

استاد جامعه المصطفی (ص) العالمیه

دکتر سید مصطفی محقق داماد

استاد گروه حقوق دانشگاه شهید بهشتی

دکتر حسین ناصری مقدم

استاد گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد

یادآوری

۱ - نسخه حروفچینی شده بر روی نرم افزار Word از طریق سیستم مدیریت مجلات دانشگاه فردوسی مشهد ارسال شود.

۲ - مقاله ارسالی نباید در جای دیگر چاپ شده باشد.

۳ - چکیده مقاله به دو زبان فارسی و انگلیسی حداکثر هر یک تا ۱۰ سطر ضمیمه باشد.

۴ - این نشریه در ویرایش و احیاناً مختصر کردن مطالب آزاد است.

۵ - مقالات مندرج در این نشریه، بیانگر آرا و نظرهای نویسندگان آنهاست.

۶ - زبان غالب نشریه فارسی است.

مدیر اجرایی: حسین ذکاوتی زاده

مترجم چکیده به انگلیسی: دکتر سیدمحمد هادی قبولی

کارشناس: شاهسمن شاهرخ شاهیان

ویراستار: سیده مرضیه خالقی میران

شماره ثبت پروانه انتشار: ۱۷۴۴۵

نشانی: مشهد، میدان آزادی، پردیس دانشگاه فردوسی مشهد،

دانشکده الهیات شهید مطهری (ره)، کدپستی ۹۱۷۷۹۴۸۹۵۵

تلفن: ۰۵۱ ۳۸۸۰۳۸۶۳

نشانی اینترنتی:

<http://jfiqh.um.ac.ir/>

این نشریه در مرکز منطقه ای اطلاع رسانی علوم و فناوری و

پایگاه اطلاعات علمی جهاد دانشگاهی نمایه می شود.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

مراحل بررسی و انتشار مقاله‌ها

۱. دریافت مقاله (فقط به روش الکترونیکی از طریق سیستم مدیریت مجلات وب سایت دانشگاه فردوسی مشهد).
۲. اعلام وصول پس از دریافت مقاله.
۳. بررسی شکلی و صوری مقاله (در صورتی که موارد ذکر شده در «راهنمای تدوین مقالات» رعایت نشده باشد، مقاله به منظور اصلاح به نویسنده برگشت داده می‌شود و در صورتی که مقاله فاقد معیار پژوهشی باشد، مردود می‌شود).
۴. در صورتی که مقاله با معیارها و ضوابط نشریه مطابقت داشته باشد، برای داوران فرستاده می‌شود تا درباره ارزش علمی و شایستگی چاپ آن در نشریه قضاوت کنند.
۵. نتایج داوری‌ها در جلسات هیئت تحریریه مطرح و تصمیم نهایی اتخاذ می‌شود.
۶. نظر نهایی هیئت تحریریه به اطلاع نویسندگان مقاله‌ها می‌رسد.

شیوه‌نامه تدوین مقالات

بخش اول: ملاحظات کلی

۱. زبان غالب نشریه فارسی است، ولی در موارد کاملاً استثنایی بنا به تشخیص هیئت تحریریه مقاله‌های ارزنده عربی و انگلیسی نیز قابل چاپ است.
۲. حجم مقاله‌ها نباید از ۲۵ صفحه با فرمت صفحات مجله بیشتر باشد (حداکثر ۸۵۰۰ کلمه).
۳. چکیده مقاله (شامل: بیان موضوع، اهداف، روش و نتایج) به دو زبان فارسی و انگلیسی حداکثر در ۱۰ سطر (حداقل ۱۰۰ و حداکثر ۲۰۰ واژه) ضمیمه باشد و واژگان کلیدی مقاله (حداقل ۴ و حداکثر ۶ واژه) به دنبال چکیده بیاید.
۴. نام کامل نویسنده (نویسندگان)، رتبه دانشگاهی یا عنوان علمی و نام مؤسسه متبوع وی به دو زبان فارسی و انگلیسی قید و همراه با نشانی پستی، شماره تلفن و نشانی الکترونیکی ارسال شود.
۵. مدیریت مجله در اصلاح و ویرایش علمی و ادبی مقاله‌ها آزاد است.
۶. ضروری است مقاله بر روی نرم افزار word حروف چینی شده و برای بارگذاری آن از طریق نرم افزار سیستم مدیریت مجلات وب سایت دانشگاه فردوسی مشهد، سامانه مجله فقه و اصول اقدام شود.
۷. پذیرش اولیه مقاله منوط به رعایت راهنمای تدوین مقالات و برخورداری از حداقل استاندارد پژوهشی و پذیرش نهایی آن وابسته به تأیید داوران و هیئت تحریریه است.
۸. مقاله‌های ارسال شده پس از شروع فرایند بررسی بازگردانده نمی‌شود.

بخش دوم: شیوه نگارش

رعایت «دستور خط فارسی»^۱، مصوب فرهنگستان زبان و ادب فارسی، الزامی است. پیشنهاد می‌شود نویسندگان محترم از «فرهنگ املائی خط فارسی»^۲ و افزونه «ویراستیار» و یا سامانه برخط «ویراست لایو»^۳ استفاده کنند. عدم رعایت شیوه‌های نگارشی پیشنهادی می‌تواند موجب تأخیر جدی در چاپ و یا بازگرداندن مقاله به نویسنده در مرحله تولید شود.

نکات مهم مربوط به شیوه نگارش به شرح زیر است:

۱. علائم نگارشی و فاصله‌گذاری نشانه‌ها

- ۱.۱. نشانه‌های ، ، ... ؛ ؟ ! با قبل بی‌فاصله و با کلمه بعد با فاصله کامل می‌آیند.
- ۲.۱. نشانه‌های دربرگیر مانند پرانتز و گیومه (« ») با درون بی‌فاصله و با بیرون با فاصله کامل می‌آیند.

1. <http://apll.ir/wp-content/uploads/2018/10/D-1394.pdf>

2. <http://apll.ir/wp-content/uploads/2018/10/F-E-1394.pdf>

3. <http://www.viraastlive.com>

- ۳.۱. برای درج نشانه‌های احترام، پرانتز اول بدون فاصله با نام آن شخص می‌آید: حضرت محمد(ص).
- ۴.۱. شمارهٔ ارجاع پاورقی (عدد تُک) بعد از نشانه‌ها (، ،) می‌آید نه پیش از آن‌ها.
- ۵.۱. نقطهٔ پایان جمله بعد از پرانتز ارجاع همیشه گذاشته می‌شود: مشهور فقها معتقدند تعیین مدت در قرض الزام‌آور نیست (صاحب‌جواهر، ۳۲/۲؛ طباطبایی، ۵۴/۳).
- ۶.۱. در میان نشانه‌های ثانوی خط فارسی، گذاردن تنوین (ئ، ے و ِ) (در کلماتی نظیر: اولاً، قبلاً، واقعاً، مضافاً الیه، بعبارةٔ آخری)، مدّ روی الف (نظیر آب، مآخذ) و یای کوتاه رویِ های غیر ملفوظ (نظیر نامهٔ من) الزامی است و در بقیهٔ موارد (تشدید، فتحه، کسره و ضمه) غیرالزامی است، مگر آنکه موجب ابهام شود: معین/ معین؛ علی/ علی؛ بنا/ بنا؛ عَرَضه/ عَرَضه؛ حَرَف/ حَرَف.
- ۷.۱. برای ارجاع به آیات قرآنی اسم سوره و شمارهٔ آیه در پرانتز می‌آید و میان آن دو، دو نقطه قرار می‌گیرد: (کوثر: ۲).

- ۸.۱. پیشوندهایی نظیر «می» و «نمی»، مجموعهٔ «ام، ای، ایم، اید و اند»، ترکیب اسم و حرف به‌صورت نیم‌فاصله می‌آیند: می‌روم، خسته‌ام، کتاب‌ها.
- ۹.۱. استفاده از گیومهٔ غیرفارسی نظیر «» و «» ممنوع است (گیومهٔ فارسی به این صورت «» است).
- ۱۰.۱. برای ایجاد نیم‌فاصله باید منحصراً از کلیدهای `ctrl+shift+۲` استفاده کرد، البته اگر از صفحهٔ کلید استاندارد استفاده می‌شود، می‌توان با `shift+ sppac` آن را درج کرد.

۲. لایه‌بندی

- ۱.۲. مقاله از چند جزء اصلی تشکیل شده که شامل چکیده، مقدمه، بدنهٔ اصلی، نتیجه و فهرست منابع است.
- ۲.۲. بدنهٔ اصلی حاوی تعدادی عنوان اصلی است و لازم است حتی المقدور از فزونی تیرها خودداری شود و اگر ناگزیر، تقسیمات فرعی وجود دارد باید از صورت تیر درآمده و عنوان بولد شود و پیوسته بدان دونقطه گذاشته شود و متن در ادامه ذکر شود؛ به‌طور مثال اگر ادله‌ای مثل آیات و روایات و... ذکر می‌شود در ادامهٔ آن دلیل دو نقطه گذاشته و در ادامه توضیح بیان شود؛ مثل: ۱. آیات: ...
- ۳.۲. چکیده، مقدمه، نتیجه‌گیری و منابع شماره‌گذاری نمی‌شود.
- ۴.۲. عناوین و تیرهای بدنه اصلی با اعداد و در صورت ناگزیری از عناوین فرعی، با اعداد متوالی نشانه‌گذاری می‌شود.

- ۵.۲. برای شماره‌گذاری در لایهٔ تیرها فقط از نقطه استفاده می‌شود. به‌طور مثال: ۱. ۲. ۳.

۳. شیوهٔ ارجاع استنادی و تنظیم کتابنامه

- ارجاع به منابع، باید حاوی حداقل اطلاعات وافی به مقصود باشد که بلافاصله پس از نقل مطلب یا

اشاره به آن در درون متن و میان دو کمان () می‌آید.

۱.۳. شیوه درون‌متنی

در ارجاع به کتاب یا مقاله (فامیل پدیدآورنده بر اساس مستند مشاهیر^۱، شماره جلد و شماره ص و اسلش در میان آن دو):

پرانتر باز با فاصله از کلمه قبل + فقط فامیل نویسنده تا دو نفر بی‌فاصله با پرانتز + کاما + صفحه بدون حرف ص + پرانتز بسته + نقطه پایان جمله.

در صورت استفاده از جلد‌های متعدد فقط شماره جلد بدون حرف ج می‌آید: (طباطبایی، ۲۵۰/۳؛ شهیدثانی، ۱۱/۲).

برای نوشتن صفحات آغاز و پایان منبع مدنظر به هیچ وجه خط تیره نمی‌آید: ۱۷۹ تا ۱۸۰.

در ارجاع به منابع لاتین، اطلاعات داخل پرانتز به زبان اصلی می‌آید: (از نظر شلایرماخر نیز معنا

به‌وسیله سیاق تعیین می‌یابد و از آن تأثیر می‌پذیرد (Schleiermacher, 1998, p. 233).

در صورتی که چند اثر از نویسنده‌ای استناد شود، با درج نام اثر پس از نام مؤلف در هر مورد رفع ابهام

شود: (شهید اول، لمعه، ۲۲؛ همو، دروس، ۲: ۳۰) و در صورت وجود چند مؤلف با نام مشابه، اسم اثر نیز می‌آید.

نام منبع در همه‌جا به صورت ایرانیک درج می‌شود.

یادداشت‌های توضیحی و توضیحات بیشتری که به نظر مؤلف ضروری است، با قراردادن توک در محل

آن در پاورقی همان صفحه می‌آید. در این یادداشت‌ها چنانچه به مأخذی ارجاع یا استناد شود، به همان شیوه ارجاع درون‌متنی می‌آید.

در منابع تقریر درس، اسم صاحب درس (صاحب رأی و نظر) لازم است به‌عنوان پدیدآورنده ذکر شود

(به طور مثال: صدر، بحوث فی علم الاصول، مقرر: هاشمی شاهرودی؛ نائینی، اجود التقریرات، مقرر: ابوالقاسم خوئی).

۲.۳. کتابنامه

ضروری است فهرست منابع جز کتب مقدس، به ترتیب الفبایی نام خانوادگی یا نام اشهر نویسندگان

(منطبق با مستند مشاهیر ایران یا فهرست کتابخانه ملی) در انتهای مقاله بیاید. عناصر کتابشناختی باید به

شرح زیر، در کتابنامه قید شود:

کتاب: فامیل نویسنده اول، اسم نویسنده اول، عنوان کتاب (ایرانیک، غیربُلد و بی‌گیومه)، ترجمه یا

به تحقیق یا به تصحیح اسم فامیل، ج عدد، چ عدد، شهر: ناشر (بدون واژه ناشر، انتشارات، مؤسسه مگر اینکه

ثبت شده باشد مانند به نشر یا نشر دانشگاهی)، سال انتشار.

فقط برای نویسنده اول در کتابنامه فامیل پیش از اسم می آید.

بیش از دو نفر: نام نفر اصلی + و دیگران

در پایان همه مؤلفه های کتاب شناختی نقطه گذاشته شود.

نمونه: مجلسی، محمدباقر، بحار الانوار، ج ۱۰۰، چ ۳، بیروت: احیاء التراث العربی، ۱۴۰۳ق.

مقاله: فامیل و اسم نویسنده اول و دوم، عنوان مقاله داخل گیومه، نام نشریه به صورت ایرانیک، سال

نشریه، شماره نشریه، سال انتشار، صفحات آغاز و پایان مقاله.

نمونه: حاجزاده، هادی، «فتوای معیار در قانونگذاری در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران»،

مطالعات اسلامی، س ۴۷، ش ۱۰۲، ۱۳۹۴، صص ۵۹ تا ۸۷

۴. تاریخ نویسی

تاریخ های ذکر شده در مقاله اگر هجری شمسی باشند بدون هیچ نشانه ای می آیند، در غیر این صورت

برای تاریخ هجری قمری، علامت اختصاری ق و برای میلادی، نشانه م می آید.

نکته: همیشه و در همه جا در صورت لزوم ماه به حروف و چسبیده به روز و سال می آید: ۱۲ فروردین ۱۳۹۰.

۵. قلم متن

توصیه می شود، حتی المقدور از قلم استاندارد «IRLotus»، تولید شده توسط شورای عالی

اطلاع رسانی^۱، استفاده شود.

مشاوران علمی این شماره

۱. حجت الاسلام مجتبی الهی خراسانی (استادیار دفتر تبلیغات اسلامی)
۲. دکتر علی الهی خراسانی (استادیار پژوهشکده مطالعات اسلامی و علوم انسانی)
۳. دکتر علی اکبر ایزدی فرد (استاد دانشگاه مازندران)
۴. دکتر حسین حقیقت پور (استادیار دانشگاه یزد)
۵. دکتر محمدعلی راغبی (دانشیار دانشگاه قم)
۶. دکتر عباسعلی سلطانی (دانشیار دانشگاه فردوسی مشهد)
۷. دکتر علی شفیعی (استادیار پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی)
۸. دکتر حسین صابری (استاد دانشگاه فردوسی مشهد)
۹. دکتر ابوالفضل علیشاهی قلعه جوقی (دانشیار دانشگاه فرهنگیان)
۱۰. دکتر محمدتقی فخلعی (استاد دانشگاه فردوسی مشهد)
۱۱. دکتر جلیل قنواتی (دانشیار پردیس فارابی دانشگاه تهران)
۱۲. دکتر سید علی جبار گلباغی ماسوله (استادیار دانشگاه آزاد واحد لاهیجان)
۱۳. دکتر محمد محسنی دهکلانی (دانشیار دانشگاه مازندران)
۱۴. دکتر علی محمدیان (استادیار گروه فقه و حقوق دانشگاه بزرگمهر قائنات)
۱۵. دکتر مجتبی ملک افضلی اردکانی (استادیار دانشگاه یزد)
۱۶. دکتر حسین ناصری مقدم (استاد دانشگاه فردوسی مشهد)

فهرست

- ۱۱ اقرار سفیه در دعاوی کیفری: نقدی بر ماده ۱۷۰ قانون مجازات اسلامی.....
دکتر روح الله اکرمی
- ۲۹ اکراه تخیری.....
دکتر احمد باقری
دکتر عابدین مؤمنی
دکتر سید محمود هل اتایی (نویسنده مسئول)
- ۴۷ بازخوانی قصاص مادر در برابر قتل فرزند در پرتو مقاصد شریعت
سیده نگین حسن زاده خباز
دکتر سید محمدجواد ساداتی (نویسنده مسئول)
دکتر علی الهی خراسانی
- ۶۵ چالش‌های فقهی کیفرگذاری تکرار جرم در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲
دکتر محمدحسن حسینی (نویسنده مسئول)
دکتر سیدمحمود مجیدی
- ۸۵ بررسی تطبیقی تبیین نسبت لفظ و معنا از دیدگاه سوسور و محمدباقر صدر
دکتر سید حسین خاتمی سبزواری (نویسنده مسئول)
سید محمدحسین محمدی دینه
- ۱۰۵ درآمدی تحلیلی به نظریه خطابات قانونی امام خمینی (ره) و پیامدهای آن در فقه عبادات
دکتر محمدعلی راغبی (نویسنده مسئول)
دکتر امین صدوقی
- ۱۲۱ رویکرد فقیهان به موضوع بیع انسان آزاد در پرتو روایت سکونی
دکتر فتاح فتاحی وانانی
دکتر حسین صابری (نویسنده مسئول)
دکتر محمدتقی فخلعی
- ۱۳۷ بررسی اعتبار دلایل نظر مشهور فقهای امامیه در قتل اکراهی
دکتر کیومرث کلاتنری
دکتر رضا هادیزاده (نویسنده مسئول)
- ۱۵۷ حکم سرایت جنایت عفونده
دکتر مهدی موحدی محب (نویسنده مسئول)
دکتر حسن پورلطف اله
دکتر سید سجاد محمدی

HomePage: https://jfiqh.um.ac.ir/	سال ۵۴ - شماره ۱ - شماره پیاپی ۱۲۸ - بهار ۱۴۰۱، ص ۱۱ - ۲۷	
شاپا الکترونیکی ۳۸۹۲-۳۸۳۸	شاپا چاپی ۹۱۳۹-۲۰۰۸	
تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۰۹/۲۰	تاریخ بازنگری: ۱۳۹۹/۰۸/۰۳	تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۰۷/۱۵
DOI: https://doi.org/10.22067/jfiqh.2020.89041	نوع مقاله: پژوهشی	

اقرار سفیه در دعاوی کیفری: نقدی بر ماده ۱۷۰ قانون مجازات اسلامی

دکتر روح الله اکرمی

دانشیار دانشگاه قم

Email: r.akrami@qom.ac.ir

چکیده

شخص سفیه به سبب نقصان عقلانی در تصرف مالی فاقد اهلیت است و اعمال وی در این زمینه نافذ نیست. در این راستا اقرار سفیه به عنوان اخبار علیه شخص در صورتی که آثار مالی به دنبال داشته باشد، اصولاً نباید معتبر باشد. در پرونده‌ای کیفری، اقرار ممکن است راجع به دعوای زیان ناشی از جرم صورت گیرد که در صورتی که متضمن تدارک مالی باشد در بطلان آن تردید نیست، اما اگر اقرار در چهارچوب جنبه عمومی جرم باشد، قانونگذار مجازات اسلامی در ماده ۱۷۰ آن را نافذ دانسته است. در تحقیق حاضر با روش تحلیلی توصیفی، مکتوبات فقه امامیه بررسی و این نتیجه حاصل شده است که در خصوص مجازات‌های مالی نظیر دیه و جزای نقدی، اقرار سفیه معتبر نیست و نمی‌توان آن را بعداً نیز تنفیذ کرد. اقرار راجع به ضمانت اجراهای کیفری غیرمالی اثرگذار است، هر چند موضوع جرم، حقوق مالی اشخاص باشد. افزون بر آن اقرار سفیه نسبت به ضمان مالی ناشی از جرم، اعم از آنکه متعلق آن دین یا عین معینی باشد، معتبر نیست و نه تنها توسط اولیای او تنفیذ شدنی نیست، بلکه با زوال حجر نیز نفوذ نمی‌یابد.

واژگان کلیدی: اقرار سفیه، مجازات مالی، اثبات دعوا، دعوای کیفری، فقه امامیه.



The Imbecile's Confession in Criminal Actions: a Criticism of Article 170 of the Islamic Penal Code

Ruhollah Akrami

Ph.D. Associate Professor, University of Qom

Email: r.akrami@qom.ac.ir

Abstract

The imbecile, due to the intellectual deficiency, lacks capacity to do financial acts and his acts are inoperative in this regard. Consequently, the imbecile's confession in the sense of a declaration against oneself should not be valid principally in case it has financial implications. In a criminal case, confession may be made about a claim for damages resulting from a crime which would be evidently invalid if involving financial compensation; however, if confession is in the context of the public aspect of a crime, the Islamic Penal Code legislator has declared it operative in article 170 of the Code. In the present research, the Imamia jurisprudential sources have been studied through a descriptive-analytical method and it has been concluded that as far as financial punishmentS such as blood money and fines are concerned, the imbecile's confession is not operative, neither may it be made operative subsequently. Confession about non-financial penal sanctions is operative, though the subject of crime may be the others' financial rights. Additionally, the imbecile's confession with regard to the financial liability of a crime, whether its subject is a debt or a specified object is not valid and not only it cannot be made operative by his guardians but it won't become operative in case incapacity declines.

Keywords: The Imbecile's Confession, Financial Punishment, Substantiate a Claim, Criminal Action, Imamia Jurisprudence



مقدمه

اقرار به عنوان اخباری که موجب التزام مقرّ به آثار حقوقی ناشی از آن، که به ضرر او است می‌شود، همانند سایر اعمال حقوقی مستلزم اجتماع شرایطی است تا معتبر شناخته شود. چنانچه اقرار متضمن آثار مالی باشد، اعتبار آن منوط به رشد مقرّ است، از این رو اگر مقرّ سفیه باشد، اقرار وی در این زمینه نافذ نیست و فقها در این خصوص اتفاق نظر دارند (صاحب‌جوهر، ۱۰۶/۳۵)؛ چراکه سفیه در امور مالی ضعف عقلانی دارد. در این راستا قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ در ماده ۱۷۰ برای نخستین بار حکم اقرار سفیه را در دعاوی کیفری وضع کرد و در این خصوص با تفکیک جنبه کیفری از ضمان مالی ناشی از جرم مقرر داشت: «اقرار شخص سفیه که حکم حجر او صادر شده است... نسبت به امور کیفری نافذ است، اما نسبت به ضمان مالی ناشی از جرم، معتبر نیست.»

مسئله اصلی تحقیق حاضر آن است که چنانچه جرم علیه حقوق مالی باشد یا مجازاتی که برای مقرّ به دنبال دارد، صبغه مالی داشته باشد، آیا می‌توان اقرار سفیه را در خصوص این موارد نیز معتبر دانست؟ در کنار این مسئله اصلی، برخی سؤالات فرعی نیز که ممکن است در مقام تحلیل مقررّه مزبور به ذهن متبادر شود، مطرح شدنی است؛ نظیر اینکه مقنن عدم اعتبار اقرار سفیه در ضمان مالی را بر صدور حکم حجر تعلیق کرده است، آیا حکم مزبور جنبه اعلامی دارد و می‌تواند درباره محکومیت‌های کیفری گذشته که مبتنی بر اقرار اصدار یافته است، تأثیرگذار باشد؟ در جایی که جرم متعلق اقرار، مستوجب دیه است، چنانچه قائل شویم اقرار سفیه نتواند آن را اثبات کند، تکلیف معنی علیه چیست؟ آیا حق او باید در راستای امتنانی که برای سفیه پذیرفته‌ایم، تضییع شود یا می‌توان ضمان را برعهده بیت‌المال متعین دانست؟ قانون‌گذار بیان کرده است که اقرار سفیه درباره امور کیفری، برخلاف ضمان مالی نافذ است. آیا منظور مقنن آن است که با اذن اولیای سفیه یا خروج از حجر، اقرار وی در ضمان مالی تنفیذشدنی است یا اینکه حکم این اقرار بطلان است؟ پیش فرض‌های تحقیق آن است که ماهیت حجر ناشی از سفه اقتضا دارد که اقرار سفیه نتواند موجب تجویز اخذ مال از وی شود؛ هرچند این مال در قالب مجازات مطرح نظر قرار گیرد، ولی مجرد اینکه جرم علیه اموال و مالکیت باشد، سفه در تحقق جرم و به تبع اقرار به آن خللی وارد نمی‌کند. بی‌اعتباری اقرار سفیه در جنبه‌های مالی دعاوی کیفری، مستلزم حکم حجری است که جنبه اعلامی دارد و چنین اقراری چون از اساس باطل است، قابل تنفیذ نیست. در جایی که متعلق اقرار، جنایت موجب دیه است، به نظر می‌رسد باید بر ضمان بیت‌المال حکم داد.

در زمینه مسائل مزبور تاکنون هیچ‌گونه تحقیق مستقلی صورت نگرفته است. فقها در آثار عام خود ضمن مبحث سفه در کتاب حجر یا اقرار در کتاب قصاص یا در برخی استفتائات به پاره‌ای از ابعاد موضوع پرداخته‌اند؛ لکن در این نوشتار تلاش شده است تا بر اساس منابع فقهی که مصدر تقنین در کشور است،



مباحث تجزیه و تحلیل شوند.

۱. مفهوم‌شناسی فقهی حقوقی سفه و عدم رشد

۱.۱. مفهوم سفه و عدم رشد

سفّه نقطهٔ مقابل رشد است و از باب «تعرف الاشیاء بأضدادها» ابتدا باید معنای رشد را در نظر گرفت. رشد و مشتقات آن در لغت به معنای صلاح، هدایت و استقامت در مسیر حق توأم با پایداری ترجمه شده است (مرتضی زبیدی، ۴/۴۵۳؛ مقری، ۲/۲۲۷). رشد عرفاً عبارت است از ملکه‌ای نفسانی که شخص را به اداره خردمندانهٔ اموالش سوق داده و از تباه کردن و مصرف آن‌ها در امور غیرعقلایی باز می‌دارد (شهید ثانی، الروضة البهیة، ۴/۱۴۸). از این رو منظور از سفّه حالت ثابت عقلانی کسی است که شخص را به تضییع اموال و مصرف نکردن عقلایی آن‌ها دلالت می‌کند (حسینی عاملی، ۱۶/۱۲۹) که اختصاص به امور مالی دارد (فاضل لنکرانی، ۳۱۰) و ربطی به امور غیرمالی و به‌ویژه امور کیفری فاقد صبغهٔ مالی ندارد.

۱.۲. سفّه و رشد در قانون مجازات اسلامی

قانون‌گذار در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ برای نخستین بار موضوع رشد را وارد قلمرو مقررات موضوعهٔ کیفری کرد. مادهٔ ۹۱ این قانون با اشاره به شرط رشد، اشعار داشته است: «در جرایم موجب حد یا قصاص، هرگاه افراد بالغ کمتر از هجده سال، ماهیت جرم انجام شده و یا حرمت آن را درک نکنند و یا در رشد و کمال عقل آنان شبهه وجود داشته باشد، حسب مورد با توجه به سن آن‌ها به مجازات‌های پیش‌بینی شده در این فصل محکوم می‌شوند.» در این ماده، مقنن شبهه در رشد و کمال عقل را موجب تبدیل حد یا قصاص به تعزیر می‌داند. از نظر فقهی کمال عقل گاه برای بیان دو شرط عقل و بلوغ (محقق حلی، ۴/۲۰۰) و گاه صرفاً برای اشاره به شرط عقل (ابن زهره، ۴۰۳) به کار می‌رود. چنین استعمالی در ابواب عبادی و مدنی نیز مشهود است (طوسی، الاقتصاد، ۲۷۸؛ محقق حلی، ۲/۱۵۶). از این رو باید گفت به تبع مصادر فقهی، مقصود از کمال عقل در مادهٔ ۹۱ صرفاً عقل است و دلالتاً ارتباطی با شدت و ضعف عقلانیت ندارد؛ چراکه از نظر فقهی برای عقل در امور کیفری مراتب مختلف تعیین نشده است که درجهٔ خاصی از آنکه متمایز از ماهیت شرط عقل در دیگر ابواب باشد، مدنظر قرار گرفته باشد. رشد در ماده نیز در معنای توانایی ادراک رفتار استعمال شده است نه آن که ناظر بر امور مالی و نقطهٔ مقابل سفّه باشد و در تأیید آن، مفاد مادهٔ ۱۴۰ نیز که تحقق مسئولیت کیفری را صرفاً بر عقل، بلوغ و اختیار متوقف کرده است نیز وافی به مقصود است. استفاده از واژهٔ رشد در امور کیفری در میان قدما و متأخران تنها از سوی علامه حلی در تحریر الأحکام مشاهده می‌شود. ایشان دربارهٔ حد لواط ایقابی و مصرف مسکرات، ثبوت مجازات را مشروط به شرط رشد می‌دانند (۳۴۴/۵، ۳۳۰ و ۴۶۴). بیان مزبور در شرایطی است که قصاص و حد بدنی، ارتباطی با رشد مالی ندارد که نتوان افراد سفیه را مجازات کرد. همین امر سبب شده است که فقهای پس از علامه بر بدون دلیل بودن



چنین شرطی تصریح کنند (شهید ثانی، الروضة البهية، ۶۶/۱۰؛ فاضل هندی، ۱۰۳/۱۱). تدقیق در عبارات علامه در تحریر به خوبی مؤید آن است که ایشان رشد را در معنای مصطلح خود به کار نبرده است، بلکه آن را برای اشاره به شرط عقل استفاده کرده است (علامه حلی، تحریر الأحكام، ۱۶۴/۵). در هر صورت، رشد در معنای اصطلاحی خود در ثبوت امور کیفری شرط نیست و برخی از معاصران صریحاً بر همین مطلب فتوا داده‌اند (خمینی، تحریر الوسيلة، ۵۲۲/۲). از این رو باید رشد مطرح در ماده ۹۱ را در معنای قدرت درک ماهیت رفتار و آثار مترتب بر آن دید. در تأیید این مطلب می‌توان از مفاد تبصره ماده نیز بهره گرفت که استعلام از پزشکی قانونی را از راه‌های تشخیص رشد و کمال عقل توسط دادگاه دانسته است، در حالی که کارشناسی پزشکی اصولاً برای احراز سلامت عقل و روان مفید فایده است و در احراز شرط رشد مالی که با قضاوت بر اساس ملاک‌های عرفی سنجیده می‌شود، طریقتی ندارد. قرینه دیگر بر این مطلب حکم ماده بعد در خصوص دیه و خسارات مالی اطفال و نوجوانان است که قانونگذار برخلاف حدود و قصاص، در این زمینه رشد را به‌عنوان شرط معرفی نکرده است، در حالی که اگر بنا بود رشد اصطلاحی در ضمانت اجرای خاصی تأثیرگذار باشد، بدون تردید مصداق آن، همان دیه و سایر خسارات و ضمان مالی می‌بود که به‌رغم در مقام بیان بودن، نسبت به آن سکوت شده است.

برخی از حقوق‌دانان ظاهراً با تفسیر واژه رشد موضوع ماده ۹۱ در معنای قسیم سفته تلاش کرده‌اند سفته در همان مفهوم مدنی را مانع از تثبیت مسئولیت کیفری در جرایم موجب حد و قصاص بدانند (شیروی، ۱۰۹) و به تبع، اقرار سفیه در این جرایم را طبق ماده ۱۷۰ معتبر ندانند؛ به بیان ایشان «جمع میان دو ماده ۹۱ و ۱۷۰ این است که ماده ۱۷۰ را در غیر مورد حد و قصاص و نیز دیات جاری بدانیم، در واقع آن را منحصر به تعزیرات بدانیم؛ مثلاً اگر فرد سفیه به خیانت در امانت اقرار کند، بر اساس ماده ۶۷۴ قانون مجازات اسلامی سال ۱۳۷۵ به شش ماه تا سه سال حبس محکوم می‌شود، ولی به ضمان مالی محکوم نمی‌شود. در مجموع ماده ۹۱ مخصص ماده ۱۷۰ است» (حاجی ده‌آبادی، ۳۱۷). از این رو «برای محکومیت شخصی به حد و قصاص، رشد شرط است؛ در نهایت در افراد هجده سال و بالاتر، رشد مفروض می‌باشد و در افراد بالغ کمتر از هجده سال احراز رشد لازم است و در صورت تردید، به تعزیر محکوم می‌شوند» (همان، ۳۱۶). نظریه مزبور جای تأمل دارد؛ زیرا اولاً اساساً فقها در بحث از شرایط مسئولیت کیفری، به جز شرایط عام تکلیف نظیر بلوغ و عقل و اختیار، شرط علی‌حده‌ای به‌عنوان رشد را مورد شناسایی قرار نداده‌اند؛ ثانیاً حتی اگر همسو با برخی از معاصران بر لحاظ شرط مستقلی به‌عنوان رشد در مسئولیت کیفری ملتزم شویم، ماهیت این شرط متمایز از رشد مدنی است که مقابل سفته قرار می‌گیرد و کسی این دو را مرادف ندانسته است، چه اینکه رشد مزبور به‌معنای توانایی ادراک ماهیت و قبح رفتار ارتكابی و نتایج مترتب بر آن است. توجه به سخنان قاتلان به این نگاه به‌خوبی این نکته را نشان می‌دهد (موسوی اردبیلی، ۱۹۹/۱؛ مؤسسه آموزشی و



پژوهشی قضا، سوالات ۲۹ و ۳۳۶). روشن است که تلقی مزبور از رشد که مدنظر قانونگذار در ماده ۹۱ نیز قرار گرفته است، ارتباطی با رشد مدنی که ویژه امور مالی است ندارد و نص ماده ۱۷۰ قانون نیز که صراحتاً حکم را به ضمان مالی و نه امور کیفری تحدید کرده است، به وضوح گویای این استظهار است.

۲. اقتضای اصل: اعتبار یا عدم اعتبار اقرار نسبت به مسئله رشد و سفه

یکی از مسائل مهمی که باید بررسی کرد این است که اگر فردی اقرار به ارتکاب جرمی کند که دارای تبعات واجد صبغه مالی باشد، اصل اعتبار اقرار است، مگر سفه مقرر ثابت شود یا اصل بر بی اعتباری اقرار است، مگر رشد وی ثابت شود؟

۲.۱. بررسی موضوع از منظر فقه و حقوق مدنی

راجع به رویکرد فقه و به تبع آن حقوق مدنی باید گفت اطفال، محجور قلمداد می شوند، لکن مجرد بلوغ برای خروج از حجر نیز کافی نیست تا آنکه رشد نیز ثابت شود. خداوند متعال در قرآن کریم امر فرموده اند که یتیمان را امتحان کنید تا زمانی که به مرحله ازدواج برسند، در آن هنگام اگر رشدی در آنها یافتید، اموالشان را به آنها برگردانید.^۱ فقها با استناد به این آیه شریفه معتقدند رفع حجر، مستلزم اجتماع دو شرط بلوغ و رشد است، هرچند برخی این دو شرط را به شکل مستقل در عرض هم (صاحب جواهر، ۱۹/۲۶) و عده ای آن‌ها را در طول هم (قمی، ۳۹۹/۴؛ فاضل لنکرانی، ۲۹۷) دانسته اند. بنا بر هریک از این برداشت‌ها تا زمانی که رشد به وجود نیاید، تصرفات مالی اشخاص و سپردن اموال به ایشان جایز نیست، حتی اگر به سن پیری برسند (طوسی، المبسوط، ۲۸۴/۲؛ علامه حلی، تذکره الفقهاء، ۲۰۵/۱۴).

در اینجا این سؤال مطرح است که آیا می توان بلوغ را اماره بر رشد شناخت و نتیجه گرفت افراد بالغ همه رشید محسوب می شوند، مگر آنکه دادگاه حکم بر حجر شخص به سبب سفه صادر کند. از نظر حقوقی قانونگذار مدنی پیش از انقلاب در ماده ۱۲۱۰، سن هجده سال را به عنوان اماره رشد تعیین کرد. در سال ۱۳۶۱ همسوا قول شاذی در فقه (ایروانی، ۱۰۷/۱؛ مؤسسه آموزشی و پژوهشی قضا، سؤال ۵۸۹۱) سن بلوغ را اماره ای هرچند قابل رد بر رشد قلمداد کرد، لکن در تبصره ۲ الحاقی به ماده، سپردن اموال را علاوه بر بلوغ به اثبات رشد موقوف کرد. متن اصلاحی ماده به نحوی متضمن لحاظ سن بلوغ در قالب ملاکی نوعی است که از نظر شرعی توجیهی نداشت. در چنین شرایطی با الحاق تبصره، معیار شخصی احراز رشد که مختار قریب به اتفاق فقها است نیز به قانون وارد شده است، در حالی که فی نفسه معارض اصلاحات صدر ماده بود. همین دوگانگی موجب تشمت در رویه قضایی و نهایتاً صدور رأی وحدت رویه شماره ۳۰ در سال ۱۳۶۴ از

۱. «وَإِنَّمَا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ» (نساء: ۶). گفتنی است اینکه اختبار و امتحان احراز رشد چه زمانی صورت می گیرد، هرچند مشهور فقها آن را به مرحله قبل از بلوغ منصرف دانسته اند و حتی در این زمینه ادعای اجماع نیز شده است، لکن تحویل اموال باید پس از بلوغ صورت گیرد (حسینی عاملی، ۵۹/۱۶ تا ۵۵).



سوی هیئت عمومی دیوان عالی شد که جواز تصرفات مالی افراد را مستلزم اثبات رشد ایشان دانست، هرچند بالغ شده باشند. در واقع احتیاط مقنن در حفظ استثنای موضوع تبصره که منصوص قرآن بود را به کلیت ماده تعمیم داد و بدعتی جدید در تفسیر رشد ایجاد کرد که در نتیجه آن باید قلمرو رشد را به کیفیتی که در صدر ماده منعکس شده است به امور غیر مالی منصرف کرد. نتیجه تغییرات قانونی و رأی وحدت رویه مزبور آن است که افراد حق هیچ‌گونه تصرف مالی ندارند، مگر آنکه پس از بلوغ حکم احراز رشد آن‌ها صادر شود.

رویه قضایی برای احتراز از توالی فاسد چنین وضعیتی به استناد ماده واحده قانون راجع به رشد متعاملین مصوب ۱۳۱۳ در عمل، قائل به تفصیل شده است؛ به این معنا که افرادی را که به سن هجده سال تمام شمسی رسیده‌اند را رشید محسوب کرده است، ولی برای بالغان کمتر از هجده سال فرض را بر عدم رشد گذاشته مگر رشد آن‌ها قبل از اقدام حقوقی در دادگاه ثابت شده باشد (صفایی، ۱۳۰). به نظر می‌رسد هر دو سوی این تفصیل توجیه‌بردار نیست؛ زیرا هرچند برخی ماده واحده موضوع بحث را معتبر می‌دانند (شهیدی، ۲۴۷/۱)، اما در واقع امروزه مفاد ماده نسبت به اماره رشد برای بالغان بالای هجده سال به سبب همسویی با مفهوم ماده ۱۲۰۹ قانون مدنی که در سال ۱۳۷۰ نسخ شد (کاتوزیان، حقوق مدنی: قواعد عمومی قراردادها، ۳۱/۲؛ صفایی و قاسم‌زاده، ۲۴۲) و نیز تفسیر الزامی هیئت عمومی دیوان ناظر بر ماده ۱۲۱۰، استنادشدنی نیست و از طرف دیگر حکم ماده واحده مبنی بر اماره عدم رشد نسبت به بالغان زیر هجده سال نیز به این اعتبار که تکرار منطوق ماده ۱۲۰۹ می‌باشد که نسخ شده است، نمی‌تواند معتبر باشد، به‌ویژه آنکه ظهور ماده واحده در تأسیسی بودن حکم احراز رشد بالغ زیر هجده سال است که مبنای شرعی ندارد.

در هر صورت حال که قانون راجع به رشد متعاملین را باید منسوخ دانست، باید دید راهکار چیست؟ قطعاً التزام به اینکه همه تصرفات مالی شهروندان نافذ نباشد، مگر آنکه قبل از آن به دادگاه مراجعه و حکم احراز رشد خویش را بگیرند، منطقی نیست و مخالفت با آن نیز یا باید همچون رویکرد رویه قضایی در سایه تمسک به قانون منسوخ راجع به رشد متعاملین باشد یا توجیه دیگری برای آن اندیشید. به نظر می‌رسد مناسب‌ترین شیوه تدقیق در دیدگاه‌های فقهی ناظر بر مسئله است. از نظر فقهی فرد در دوران کودکی محجور است و پس از اینکه بالغ شد، باید رشد او احراز شود تا حجر شخص برطرف شود.

در این زمینه به چند نکته مهم باید توجه کرد: الف. مرجع احراز رشد اولیه، اولیای فرد هستند؛ زیرا اولاً نصوص وارده چنین ظهوری را دارد و ثانیاً در غیر این صورت افراد بعد از بلوغ باید به حاکم مراجعه کنند تا از آن‌ها رفع حجر شود، امری که پذیرفتنی نیست (علامه حلی، تذکره الفقهاء، ۲۱۶/۱۴). در این راستا ماده ۱۲۱۰ قانون مدنی مصوب ۱۳۷۰ و رأی وحدت رویه که اماره رشد را نپذیرفته و بر ضرورت اثبات آن تأکید کرده‌اند، هیچ‌کدام بر موضوعیت داشتن حکم قضایی برای اثبات رشد دلالتی ندارند؛ لذا چنانچه والدین اطفال بعد از بلوغ بر رشد آن‌ها نظر دهند، اشراط آن به صدور حکم دادگاه و جاهتی ندارد. حتی اگر کسی



چنین استنباطی را با ظاهر مقررات سازگار نبیند، این نکته را نمی‌توان نفی کرد که اطلاق قانون چنین اقتضایی را دارد و در صورت تشکیک و مجمل دانستن تعابیر قانونی، راهکار اصل ۱۶۷ قانون اساسی در دسترس است که در چهارچوب آن می‌توان به فتوای امام خمینی که در اصلاحات قانون مدنی و نیز در راستای صدور رأی وحدت رویه سال ۱۳۶۴ ملحوظ بوده است نیز استناد کرد که به نظر ایشان رشد و حجر متصل به دوران کودکی مستلزم حکم قضایی نیست (خمینی، تعالیک علی وسیلة النجاة، ۴۸۶). ب. همان‌طور که برخی از فقها به درستی بیان داشته‌اند اگر مدتی از بلوغ بگذرد باید فرض بر رشیدبودن افراد شود، مگر خلاف آن ثابت شود (خوانساری، ۳/۳۶۸)؛ زیرا سفه به معنای نقصان عقلی است که یک عیب محسوب می‌شود، در حالی که اقتضای اصل در اعیان خارجی صحت و عدم عیب است (حسینی مراغی، ۲/۷۳۷) و سیره مردم و فقها در اعصار مختلف، بر معامله با افرادی که وضعیت رشد آن‌ها مشخص نیست، همانند معامله با افراد رشید است تا زمانی که خلاف آن ثابت شود (مغنیه، ۵/۹۷). در حقیقت محل اصلی اختلافات فقهی درباره ضرورت حکم قضایی برای رشد و سفه ناظر بر رشد اولیه و سفاقت متصل به دوران کودکی نیست، بلکه سفاقتی است که بعداً ممکن است بر افراد رشید عارض شده و مجدداً زایل شود؛ چراکه در غیر این صورت حتی قائلان به ضرورت حکم قضایی، ملتزم به این نتیجه عسرو حرج‌آمیز نیستند که هیچ‌کسی حق تصرف مالی ندارد، مگر قبلاً حاکم با احراز رشد به او اجازه تصرفات مالی را بدهد! (طباطبایی، ۱۰۲؛ کاشف الغطاء، علی بن محمد رضا، النور الساطع، ۱/۵۰۲).

نتیجه بحث کنونی آن شد که مجرد بلوغ، سبب نفوذ تصرفات مالی اشخاص نیست و رشد ایشان باید احراز شود بدون آنکه حکم قضایی در این زمینه موضوعیتی داشته باشد. با احراز رشد افراد هر چند از سوی اولیای آن‌ها یا گذشت مدتی از بلوغ ایشان که دست به مداخلات مالی بزنند، اصل رشیدبودن ایشان ملاک است و مدعی سفه باید خلاف آن را ثابت کند.

چنانچه راجع به افراد رشید ادعا شود بعد از رشد مبتلای به سفه شده یا دگر باره بعد از سفه متجدد رشد خود را بازیافته‌اند، برخی از فقها به استناد اینکه علت حجر سفه است و لذا با تحقق آن، شخص از تصرفات مالی ممنوع می‌شود و با زوال آن محجوریت وی پایان می‌یابد، مدخلیتی برای حکم قضایی در این زمینه قائل نیستند، به ویژه که از خطابات قرآن کریم نیز چنین شرطی قابل اصطیاد نیست و حتی بر آن ادعای اجماع نیز شده است (طوسی، المبسوط، ۲/۲۸۶؛ علامه حلی، تذکرة الفقهاء، ۱۴/۲۱۶؛ شهید ثانی، الروضة البهیة، ۴/۱۵۹؛ صاحب‌جواهر، ۲۶/۹۷ تا ۹۴). در مقابل، بعضی حکم حاکم را شرط ثبوت رشد و سفه می‌دانند؛ چراکه اقتضای اصل، تسلیط و صحت تصرفات مالی است، افزون بر آنکه مورد بحث از موضوعات اجتهادی اختلافی است که برای رسیدگی به آن باید به حاکم شرع مراجعه کرد (ابن حمزه، ۲۳۵؛ ابن سعید، ۳۵۹؛ محقق حلی، ۲/۸۷). در این میان، اقلیت قائل به تفصیل معتقدند حجر سفيه مستلزم حکم قضایی نیست،

ولی رفع آن منوط به صدور حکم است (شهید اول، ۱۳۳؛ شیخ بهایی، ۵۲۱).

۲.۲. بررسی موضوع از منظر قانون مجازات اسلامی

قانون مجازات اسلامی در ماده ۱۷۰ مقرر می‌دارد: «اقرار سفیهی که حکم حجر او صادر شده است»، معتبر نیست. مقررۀ مزبور حاکی از آن است که مقنن، اصل را بر اعتبار اقرار مالی افراد دانسته است و چون این اعتبار ملازمه با رشد دارد، لذا اصل بر رشیدبودن است، مگر حجر فرد به سبب سفه مورد حکم واقع شود که اطلاق ماده اعم از سفه متصل به کودکی و غیر آن است. از آنجاکه اقرار مالی خصوصیتی ندارد، طبعاً ضابطۀ موضوع ماده قابل تعمیم به سایر تصرفات مالی نیز است و به‌طور تلویحی ماده مزبور خط پایانی بر استنباطات پیشین مبنی بر اصل عدم نفوذ تصرفات مالی تا زمانی که حکم بر رشد اخذ نشده است، می‌باشد. گفتنی است به‌رغم ظاهر عبارت ماده که شرط بی‌اعتباری اقرار را سبق صدور حکم حجر دانسته است، باید با در نظر گرفتن مواد ۷۰ و ۷۱ قانون امور حسبی مصوب ۱۳۱۹ که برای حکم حجر جنبۀ اعلامی قائل شده‌اند، چنین نتیجه بگیریم که منظور مقنن از عدم اعتبار اقرار شخص سفیه که حکم حجر او صادر شده است، آن است که بی‌اعتباری اقرار، مشروط به آن است که راجع به مقرّر حکم حجر صادر شود، اعم از آنکه حکم مزبور مقدم بر اقرار صادر شده باشد یا پس از اقرار صادر شود، ولی در رأی بر حجر مقرّر به تاریخی مقدم بر زمان اقرار تصریح شده باشد. از این‌رو اگر فرد در دادگاه به امر مالی اقرار کند، ولی بعداً حکم حجر او صادر شود و در حکم بر اینکه علت حجر در تاریخی مقدم بر اقرار حادث شده است، تصریح شود، اقرار از اعتبار ساقط می‌شود و چنانچه بر اساس آن حکم قطعی نیز صادر شده باشد از موارد اعاده دادرسی است.

۳. قلمرو اعتبار اقرار سفیه

ماده ۱۷۰ ق.م.ا با تفکیک دو موضوع امور کیفری و ضمان مالی ناشی از جرم، اقرار سفیه درباره موضوع نخست را نافذ و در خصوص موضوع دوم بی‌اعتبار می‌داند. در تبیین این مسئله می‌توان ضمانت‌اجراهایی که ممکن است در نهایت تعقیب دعوای عمومی و خصوصی علیه بزهکار مورد حکم قرار گیرد را در سه قسمت از هم تفکیک کرد. برخی ضمانت‌اجراها ناظر بر امور کیفری محض هستند، بدون آنکه اطلاق ضمان مالی بر آن‌ها شود؛ مانند حبس و شلاق. بعضی از ضمانت‌اجراها جنبۀ مدنی دارند و مربوط به ضمان مالی ناشی از جرم هستند بدون آنکه صبغۀ کیفری داشته باشند؛ نظیر جبران خسارات ناشی از اتلاف و تخریب اموال. در این میان ضمانت‌اجرای دیه نیز مطرح است که از یک‌سو ماده ۱۴ ق.م.ا صراحتاً آن را مجازات تلقی کرده است و از سوی دیگر ماده ۴۵۲ همین قانون تصریح کرده است که «احکام و آثار مسئولیت مدنی یا ضمان را دارد». درحقیقت رویکرد قانونگذار مجازات اسلامی در سال ۱۳۹۲ همان‌گونه که در مقدمۀ توجیهی لایحه که از سوی دولت تقدیم مجلس شده بود نیز حاکی از اعتبار جنبۀ دوگانه برای دیه است. در بخشی از این مقدمه آمده است «به‌منظور اعطای ماهیت جبران خسارت به دیه در کنار جنبۀ کیفری آن، تلفیق و تنظیم



قواعد عمومی دیه و ارش و توضیح مسئولیت بیت‌المال در پرداخت دیه، در باب دیات موادی متناسب در این لایحه پیش‌بینی شده است.» موضع مزبور سبب شده است در اینکه آیا دیه مشمول فراز نخست ماده شده و در نتیجه اقرار سفیه نسبت به آن صحیح است یا تحت حکم بی‌اعتباری موضوع فراز دوم ماده قرار می‌گیرد، اختلاف نظر به وجود آید. برخی از حقوق‌دانان، اقرار سفیه را موجب ثبوت دیه نمی‌دانند (میرمحمدصادقی، ۴۵۱؛ مرادی، ۳۱۹) و در مقابل عده‌ای اظهار داشته‌اند «دیه در مورد این ماده، امر کیفری محسوب می‌شود و داخل در ضمان مالی ناشی از جرم نیست» (محبی و ریاضت، ۸۲۹). در مقام ارزیابی میان این نظریات باید خاستگاه فقهی آن‌ها را در نظر گرفت.

۳. ۱. حکم اقرار سفیه راجع به دیه

فقه‌های امامیه اقرار سفیه به جنایاتی که سبب ثبوت دیه برعهده وی می‌شوند را نپذیرفته‌اند (شهید اول، ۲۷۰)؛ زیرا او به چیزی اقرار کرده است که از تصرف در آن ممنوع است و با ترتیب اتردادن به چنین اقراری درحقیقت معنای حجر سفیه نادیده انگاشته می‌شود؛ چراکه با این اقرار، مقرّله از وی مال می‌گیرد. درباره این حکم تفاوتی نمی‌کند که اقرار به جنایتی شده باشد که در زمان مقدم بر حجر و عروض سفیه تحقق یافته باشد یا مؤخر بر آن (مغنیه، ۹۶/۵). بر این اساس درباره عدم اعتبار اقرار سفیه در ثبوت دیه جنایات شبه‌عمد بحثی نیست، ولی در خصوص جنایات خطای محض اختلاف نظر وجود دارد. عده‌ای اقرار سفیه را تنها راجع به جنایت شبه‌عمد معتبر نمی‌دانند؛ چراکه در این باره دیه نه برعهده عاقله، که در مال یا ذمه مقرّ ثابت می‌شود، اما در خصوص جنایت خطای محض معتقدند اقرار معتبر است (کاشف الغطاء، محمدحسین، سفینه النجاة، ۷۸/۳). سایرین بر این اعتقادند که اقرار سفیه در جنایت خطای محض نیز پذیرفته نیست (مقدس اردبیلی، ۱۶۱/۱۴؛ مدنی کاشانی، ۱۲۰؛ نجفی مرعشی، ۶۷/۲). دیدگاه اخیر قابل دفاع است؛ زیرا اقرار به جنایت خطای محض موجب ثبوت دیه بر ذمه مقرّ و نه عاقله می‌شود که سبب مانع از اعتبار آن است. حاصل آنکه با لحاظ مبانی فقهی باید گفت دیه مانند سایر اموال از طریق اقرار سفیه ثابت نخواهد شد. از این رو می‌توان ماده ۱۷۰ را این‌گونه تفسیر کرد که مقنن در ابتدا اقرار در مطلق امور کیفری را نافذ دانسته است، امور کیفری اعم از قصاص، دیه، حد و تعزیر است. اما در ادامه، اطلاق مزبور را تقیید و آن دسته از امور کیفری که جنبه ضمان مالی دارند مانند دیه را از شمول حکم مستثنی کرده است. حتی با فرض ملتزم‌نبودن به چنین برداشتی در نهایت باید گفت باتوجه به ماهیت دوگانه دیه در قانون مجازات اسلامی دو فراز ماده در این زمینه تعارض دارند که موافق اصل ۱۶۷ قانون اساسی مراجعه به منابع و فتاوی فقهی متعین خواهد شد که نتیجه چنین مراجعه‌ای همان‌گونه که اشاره شد عدم ثبوت دیه برعهده مقرّ سفیه است. در بحث کنونی فرض آن است قتل غیرعمدی واقع شده و کسی نیز با تمامی شرایط به آن اقرار کرده است ولی از نظر حجر نمی‌توانیم او را به دیه محکوم کنیم. پس تکلیف حق مجنی علیه چگونه خواهد شد؟



نمی‌توان به سبب امتنان به سفیه که مقتضای ظهور ادله نقلی ناظر بر حجر وی است، از حق مقرله چشم‌پوشی کرد. تا جایی که تتبع نویسنده نشان می‌دهد که فقها در اینجا حکم خاصی را بیان نکرده‌اند، ولی به نظر می‌رسد چاره‌ای جز التزام به مسئولیت بیت‌المال در پرداخت دیه نیست. موضعی که بسیاری از فقها درباره اقرار سفیه به نسب مدنظر داشته‌اند. به نظر ایشان چون اصل نسب جنبه مالی ندارد، اقرار از این رو معتبر است، اما راجع به وجوب نفقه مقرّبه اثری بر اقرار مترتب نخواهد شد. با وجود این تصریح کرده‌اند که باید آن را از بیت‌المال پرداخت؛ چراکه فلسفه وجودی بیت‌المال، رعایت مصالح مسلمانان است و مورد مزبور نیز شامل آن خواهد شد (طوسی، المبسوط، ۲/۲۸۷؛ علامه حلی، تحریر الأحکام، ۲/۵۳۹؛ شهید ثانی، الروضة البهیة، ۴/۱۵۳؛ محقق کرکی، ۲۰/۱/۵). اتفاقاً در خصوص دیه، به نظر شناسایی مسئولیت پرداخت دیه برای بیت‌المال با چالش کمتری همراه است. در این زمینه می‌توان از قاعده هدرنرفتن خون مسلمان نیز برای تقویت حکم بهره گرفت؛ زیرا از یک سو با احراز ایراد آسیب جسمی به قربانی بی‌گناه و از سوی دیگر منع شرعی از اخذ دیه از متهم سفیهی که جز اقرار وی دلیل دیگری در دسترس نیست، هیچ راهی جز ضمان بیت‌المال باقی نمی‌ماند. در تأیید این مبنا می‌توان به عموم مستندات نقلی قاعده هدرنرفتن خون مسلمان توجه کرد که شمول آن‌ها اعم از حالتی است که قاتل شناسایی نشده یا به‌رغم شناسایی قاتل، امکان اخذ مال از وی وجود ندارد. لذا درباره اقرار سفیه چه حسب اقرار، وی را قاتل بدانیم و سفه او مانع اخذ دیه از وی شود و چه اقرار را از اساس باطل دانسته و او را اساساً قاتل ندانیم، در هر دو صورت در استنادپذیری قاعده اشکالی وجود نخواهد داشت؛ از این رو لازم است قانونگذار در این خصوص تدبیری بیاندیشد که در غیر این صورت با توجه به خلاف اصل بودن ضمان بیت‌المال بعید است دادگاه‌ها در چنین مواردی حکم به پرداخت دیه از بیت‌المال دهند.

در هر صورت منظور از عدم اعتبار اقرار سفیه در چنین مواردی، راجع به ثبوت دیه است و نه اصل ارتکاب جنایت، چه به‌عنوان نمونه اگر سفیه به جنایت شبه‌عمد مستوجب دیه و تعزیر اقرار کرده باشد، از نظر دیه نمی‌توان وی را محکوم کرد، اما حکم به تعزیر غیرمالی در این زمینه با مانعی روبه‌رو نیست. از این رو کلیت این بیان برخی از حقوق‌دانان مبنی بر اینکه درباره جنایات غیرعمد، اقرار سفیه نافذ نیست (مرادی، ۳۱۹) قابل مناقشه است؛ زیرا اقرار از نظر دیه اعتباری ندارد والا می‌توان حکم به مجازات را بر پایه آن استوار کرد. فقها نیز تجزیه اقرار متشکل از دو جنبه مالی و غیرمالی از سوی سفیه را پذیرفته‌اند (مؤسسه آموزشی و پژوهشی قضاء، سؤال ۶۵۸۷). ایشان در خصوص اقرار به سرقت موجب حد با تجزیه در آثار آن، حد را ثابت شده می‌دانند ولی حکم اعاده مال را منتفی دانسته‌اند (شهید ثانی، الروضة البهیة، ۹/۲۷۷؛ خمینی، تحریر الوسيلة، ۲/۵۲۲؛ فاضل لنکرانی، ۴۵۵). در دکتترین حقوقی ما نیز این امر پذیرفته شده است؛ چراکه حقوق‌دانان تصدیق کرده‌اند اگر سفیه به ازدواج اقرار کند، اقرار او راجع به رابطه زوجیت مؤثر است، ولی



از نظر مهریه قدرت اثباتی ندارد (شمس، ۱۸۵).

۳.۲. حکم اقرار سفیه راجع به ضمانت اجراهای کیفری

باتوجه به مفاد ماده ۱۷۰ درباره عدم اعتبار اقرار سفیه، در ضمانت مالی محض تردیدی نیست، ولی در خصوص امور کیفری محض، قانونگذار به تبعیت از قول مورد اتفاق نظر فقها (علامه حلی، تذکره الفقهاء، ۱۴/۲۳۰) سفاقت را مانع از نفوذ اقرار ندانسته است. باوجود این، دو مسئله در این زمینه چالش برانگیز است.

۳.۲.۱. حکم اقرار سفیه راجع به مجازات مالی

مسئله نخست، در خصوص اقرار سفیه به جرایمی است که ضمانت اجراهای کیفری مالی مانند جزای نقدی و مصادره را به دنبال دارد. حقیقت مطلب آن است از نظر فقهی همان ملاکی که مانع از اثرگذاری چنین اقراری برای ثبوت دیه و ضمانت مالی می‌شد، در مجازات‌های مالی نیز جریان دارد؛ زیرا در اینجا نیز پذیرش اقرار جز به معنای بی تفاوتی در خصوص حجر مقرّر و در نتیجه انتزاع مال از مالکیت وی به سبب ترتب اثر حقوقی بر عمل او نخواهد بود. اتفاقاً می‌توان در اینجا از قیاس اولویت نیز بهره برد؛ چراکه باتوجه به آنکه در اهتمام شرع مقدس و به تبع آن حقوق کیفری ما درباره تقدم حقوق الناس بر حقوق الله و حقوق عمومی تردیدی وجود ندارد، از این رو جایی که حجر سفیه حتی اجازه اخذ مالی که به سبب اقرار متعلق حق خصوصی دیگری است اعم از خسارات یا دیات را نمی‌دهد، به طریق اولی نباید اخذ مال از سفیه در جایی که صبغه حق الناس ندارد و جنبه عمومی دارد تجویز شود، چراکه فقها همان گونه که اشاره شد حتی در سرقت موجب حد، دو مرتبه اقرار سفیه را موجب الزام وی به اعاده مال ندانسته و تنها کیفر غیر مالی را اجازه داده‌اند. در این باره استفتایی به این شرح از برخی از فقهای معاصر به عمل آمده است که «آیا اقرار سفیه نسبت به جرایمی که دارای مجازات جزای نقدی است، نافذ است؟» در پاسخ به این سؤال حضرات بهجت، مکارم شیرازی و سبحانی بر نافذ نبودن چنین اقراری فتوا داده‌اند (مؤسسه آموزشی و پژوهشی قضاء، سؤال ۶۸۲۱). آیت الله موسوی اردبیلی نیز در پاسخ به همین مسئله بیان داشته‌اند: «اگر اقرار به جرم، اثر مالی داشته باشد، اقرار سفیه نسبت به آن نافذ نیست، اما در مورد دیگر آثار نافذ است» (۱/۱۲۱).

تبع نگارنده نشان می‌دهد هیچ فقیهی بر جواز اجرای مجازات مالی به واسطه اقرار سفیه فتوا نداده است؛ بلکه از تعبیر فقها کاملاً مشخص است که اقرار سفیه در عرصه کیفری تا زمانی درخور ترتیب اثر است که جنبه مالی نداشته باشد. به طور نمونه علامه حلی در تذکره الفقهاء در بحث از احکام سفیه ضمن بیان کلی مبنی بر بی اعتباری اقرار سفیه در مال، اعم از عین یا دین، با این استدلال که پذیرش چنین اقراری معنای حجر را لغو کرده است، چراکه با اقرار او زمینه اخذ مال وی توسط مقرّرله فراهم می‌شود و درحقیقت وی به چیزی که از تصرف در آن ممنوع بوده است، اقرار کرده است (۱۴/۲۳۲). به طور خاص متعرض حکم اقرار در قلمرو کیفری شده و می‌نویسد: «لو أقر السفیه بما یوجب قصاصاً أو حداً أو تعزیراً کالزنا، و السرقة و الشرب



و القذف و الشتم و القتل العمد و قطع الجارحه، قبل منه، لأنه مكلف عاقل و يحكم عليه به في الحال، و لانعلم فيه خلافاً بين أهل العلم، لأنه لا تعلق لهذا الاقرار بالمال حتى يتأثر بالحجر.» (همان، ۱۳۰۱/۲۳)، ایشان در ادامه در خصوص اقرار به سرقت بر نفوذ آن در خصوص حد و نه ضمان مالی، تصریح می‌کند. چنین رویکردهایی کاملاً مشخص می‌کند که اقرار سفیه به یک جرم تعزیری نمی‌تواند به حاکم اختیار دهد که اموال او را به‌عنوان مجازات اخذ کند، زیرا همین که بنا بر ترتب آثار مالی بر اقرار سفیه باشد، حجر مانعیت در تأثیرگذاری ایجاد می‌کند، چه این آثار صیغه مدنی داشته باشند و چه دارای جنبه کیفری باشند. با وجود این نمی‌توان این حقیقت را نفی کرد که مفاد ماده ۱۷۰ ق.م.ا. حاکمی از اعتبار اقرار سفیه درباره مجازات‌های مالی است، لکن چون از یک سو مطابق اصل چهارم قانون اساسی همه مقررات موضوعه باید بر اساس موازین اسلامی باشد و دأب قانونگذار نیز بر آن است که قانون مخالف احکام فقهی وضع نکند و از سوی دیگر در خصوص مسئله حاضر، اقتضای مستندات فقهی مغایر نتیجه مأخوذ از اطلاق قانون است. بنابراین احتیاط اقتضا می‌کند دادگاه‌ها در جرایمی که دلیل اثباتی آن بر اقرار سفیه مبتنی است، چنانچه مجازات اصلی جرم شامل کیفر مالی و غیر مالی به شکل تخییر است، از صدور حکم به مجازات مالی اجتناب کنند و در مواردی که مجازات مالی جنبه الزامی دارد، با تشکیک در اطلاق امور کیفری و مجمل‌انگاری آن به اصل ۱۶۷ قانون اساسی مراجعه کرده و مجازات مالی را در اثر اقرار سفیه قابل حکم ندانند. اما چون فرض آن است که در این موارد رفتار موضوع اتهام به هر صورت در قانون جرم‌انگاری شده است، ولی مجازات اجراشدنی برای آن مشخص نشده است، تمسک به راهکار مطرح در ماده ۶۹ ق.م.ا. از نظر حکم به مجازات جایگزین می‌تواند توجیه یابد. باید اذعان کرد که چنین تفسیری باتوجه به ظهور و وضوح عبارات ماده ۱۷۱ به نوعی اجتهاد در مقابل نص است؛ لکن چاره‌ای جز این تفسیر برای فائق آمدن بر ایراد شرعی مذکور نیست.

۲.۲.۳. حکم اقرار سفیه راجع به جرایم مالی

مسئله دوم ناظر بر اقرار سفیه به جرایمی است که موضوع آن‌ها مالی است. برخی معتقدند اقرار سفیه در امور کیفری‌ای که با امر مالی عجین شده و در واقع یکی از ارکان احراز بزه، بحث اموال ناشی از موضوع جرم است مانند اختلاس، نافذ نیست؛ چون از ماده ۱۲۰۸ قانون مدنی برداشت می‌شود که سفیه ارزش واقعی مال را نمی‌داند، لذا زمانی که مقوم امر جزایی، امر مالی باشد؛ چون سفیه اطلاع از ارزش اموال ندارد باید گفت: ماده ۱۷۰ منصرف از این موارد است (عابدی، ۱۳۹۰ تا ۱۳۹۱). تحلیل مزبور درخور تأمل است؛ زیرا اثر حجر سفیه صرفاً ممنوعیت از تصرفات مستقل مالی است، به طوری که در صورت اقدام نافذ نخواهد بود. بنابراین در جایی که سفیه مرتکب جرم علیه اموال و مالکیت یا در تعبیر اعم جرم مالی شود و بر انجام آن اقرار کند، پذیرش چنین اقراری و حکم به مجازات غیر مالی در این خصوص اشکالی ندارد؛ زیرا در اینجا اثر اقرار در تحمیل ضمانت اجرای مالی نمود نیافته است تا حجر وی آن را منع کند. اینکه گفته شود چون فرد



سفیه توانایی درک ارزش مال را ندارد، لذا اصل ثبوت جرم به چالش کشیده می‌شود نیز وجهی ندارد؛ چراکه اولاً تحقق رکن روانی لازم برای شکل‌گیری جرم در سفیه یا اعتبار اهلیت جزایی در وی برخلاف افرادی مانند دیوانگان با اختلالی روبه‌رو نیست، چون سفیه با ادراک و اراده، قصد ارتکاب در خصوص حق مالی‌ای که می‌دانسته متعلق به دیگری است را کرده است و اصولاً واجد انگیزه مالی هم بوده که چنین عملی را مرتکب شده است، هرچند بعد از تحصیل مال آن را به‌صورت معقولی مصرف نکند که امر اخیر نافی مسئولیت کیفری در وی نخواهد بود؛ ثانیاً توجه‌نکردن به ارزش مالی موضوع جرم هم نمی‌تواند برای وی دفاعی را شکل دهد و در این زمینه می‌توان از مسئله سرقت حدی اخذ ملاک کرد؛ همان‌طور که بسیاری از فقها بیان داشته‌اند حتی اگر سارق به تصور کم‌ارزش بودن مال و اینکه از نصاب کم‌تر است، آن را برآید، بعد کاشف به عمل آید که ارزش مال به اندازه نصاب بوده است، عذر مزبور نمی‌تواند حد را از او ساقط کند (علامه حلی، قواعد الاحکام، ۳/۵۵۶؛ شهید ثانی، الروضة البهیة، ۹/۲۳۲؛ فاضل هندی، ۱۰/۵۷۹؛ صاحب‌الجواهر، ۴۹۹/۴؛ خمینی، تحریرالوسیلة، ۲/۴۸۵).

۴. اثر اقرار سفیه

نکته دیگری که درباره ماده ۱۷۰ ق.م.ا. باید بحث کرد، آن است که مقنن در فراز نخست ماده به نفوذ اقرار شخص سفیه در امور کیفری و در فراز دوم به بی‌اعتباری اقرار در ضمان مالی ناشی از جرم حکم کرده است. این نوع بیان ممکن است این شبهه را القا کند که منظور قانونگذار از بی‌اعتباری، عدم نفوذ و نه بطلان اقرار است. در تبیین اینکه در برداشت مزبور تنفیذ به چه کیفیتی صورت می‌گیرد، چند فرض قابل تقدیر است: نخستین فرض آن است که از منظر مقنن اقرار سفیه با اجازه و امضای ولی نافذ خواهد شد و برای تأیید این برداشت چه‌بسا ماده ۱۲۱۴ قانون مدنی استشهد شود. موضعی که در آثار برخی از حقوق‌دانان نیز دیده می‌شود که ناکارایی اقرار سفیه در امر مالی را محدود به‌صورتی کرده‌اند که ولی او آن را تأیید نکند (شمس، ۱۸۵). دیدگاه مزبور درخور دفاع نیست؛ زیرا سفیه مسلوب‌العبار نیست و صرفاً از تصرف مستقل در امور مالی ممنوع است که با انضمام اذن ولی، اعمالش نفوذ می‌یابد؛ لکن اولاً همان‌گونه که به‌درستی بیان شده امکان تنفیذ اعمال سفیه ویژه امور انشایی است و در اخبار رعایت نمی‌شود (کاتوزیان، اثبات و دلیل اثبات، ۱/۲۰۸)؛ ثانیاً چون نتیجه تنفیذ چنین اقراری اصولاً با شرط رعایت غبطه و مصلحت سفیه که در اعمال ولایت بر او لازم است جمع‌شدنی نیست، لذا اقرار امضاشدنی نیست.

دومین فرض تنفیذ این است که منظور مقنن آن باشد که اقرار سفیه در دوره حجر نافذ نباشد نه اینکه به‌طور کلی باطل باشد، لذا بعد از خروج از حجر می‌توان وی را مطابق اقرار پیشین بازخواست یا حتی آن را تصدیق و تنفیذ کرد. احتمال اخیر نیز پذیرفتنی نیست؛ زیرا ملاک حجر در سفیه همانند کودک و دیوانه است که در راستای حفظ منافع و جلوگیری از ضرر به آن‌ها پیش‌بینی شده است. از این‌رو اگر در آن حالت اقرار



کند، به دلیل محجور بودن، اقرار معتبر نیست و تنفیذ اقرار پس از رفع حجر خلاف فلسفه پیش گفته است، در غیر این صورت نهاد حجر لغو می‌شود؛ چون در این صورت تنها اثر آن در تأخیر زمانی ایراد ضرر، پدیدار خواهد شد که پذیرفتنی نیست. به این دلیل دفع ضرر تنها با ابطال اقرار از اساس حاصل می‌شود (علامه حلی، تذکره الفقهاء، ۲۳۳/۱۴؛ حسینی عاملی، ۱۴۸/۱۶). از این رو فرض وجود ذهنیت نفوذ اقرار پس از رفع حجر در قانونگذار باتوجه به سیاق عبارات ماده ۱۷۰ منتفی است.

نتیجه بررسی نشان می‌دهد منظور از بی‌اعتباری، همان بطلان اقرار است و مفاد ماده ۱۲۶۳ قانون مدنی نیز مؤیدی بر این استنباط است. این نقد بر مقنن وارد می‌شود که قرارداد سفیه در عرض ورشکسته تحت شمول حکم واحد توجیه‌شدنی نیست؛ زیرا در نفوذ اقرار مفلس راجع به خود مقرّ تردیدی نیست و اختلاف آرا تنها ناظر بر آثاری است که چنین اقراری بر وضعیت طلبکاران دارد.

نتیجه‌گیری

تتبع در منابع فقهی در راستای تحلیل ماده ۱۷۰ قانون مجازات اسلامی راجع به حکم اقرار سفیه در دعاوی کیفری ما را به نتایجی چند رهنمون می‌سازد:

۱. رشد مالی در مسئولیت کیفری افراد و به تبع آن اقرار ایشان در این زمینه تأثیری ندارد و ماده ۹۱ ق.م.ا. صرفاً مربوط به رشد عقلانی از نظر توانایی ادراک ماهیت و آثار مترتب بر رفتار ارتكابی است که با امور مالی ارتباط ندارد.

۲. مجرد بلوغ، سبب تحقق رشد مالی در اشخاص نیست. با احراز رشد از طریق هر چند از سوی اولیا یا گذشت مدتی از بلوغ، اصل رشد جاری می‌شود و مدعی سفه باید خلاف آن را از طریق اخذ حکم از دادگاه ثابت کند و مادام که حکم حجر صادر نشود، اقرار اشخاص هر چند در امور مالی نافذ است. برخلاف ظاهر ماده ۱۷۰ حکم مزبور جنبه اعلامی دارد و لذا اگر پس از اقرار حکم حجر صادر شود و عروض سفه را به تاریخی مقدم بر اقرار پیشین برگرداند، اقرار از اعتبار افتاده و چنانچه حکم قطعیت یافته باشد، درخور اعاده دادرسی است.

۳. ظاهر ماده ۱۷۱ مشعر بر اعتبار اقرار سفیه در امور کیفری است. درباره دیه، اقرار سفیه اثری ندارد؛ هر چند بر مقنن لازم بود در چنین مواردی بر مسئولیت بیت‌المال برای پرداخت دیه تصریح می‌کرد. در خصوص سایر ضمانت‌اجراهای کیفری نیز باید گفت رویکرد مقنن در معتبر دانستن اقرار سفیه در مجازاتی که ماهیت مالی دارد، از نظر فقهی درخور نقد است؛ چراکه ملاک حجر در چنین مواردی نیز مانع از نفوذ اقرار است.

۴. درباره اقرار سفیه راجع به ضمان مالی ناشی از جرم اعم از آنکه در قالب دین یا بر عین معینی تعلق گیرد، اقرار معتبر نیست و نه تنها توسط اولیای او تنفیذ نمی‌شود، حتی با زوال حجر نیز نفوذ نمی‌یابد.



منابع

- ابن حمزه، محمد بن علی، الوسيلة إلى نيل الفضيلة، چاپ اول، قم: منشورات مكتبة آيت الله المرعشي النجفي، ۱۴۰۸ق.
- ابن زهره، حمزة بن علی، غنية النزوع إلى علمی الاصول و الفروع، چاپ اول، قم: مؤسسه امام صادق (ع)، ۱۴۱۷ق.
- ابن سعید، یحیی بن احمد، الجامع للشرایع، چاپ اول، قم: مؤسسه سیدالشهداء (ع) العلمیه، ۱۴۰۵ق.
- ایروانی، علی، حاشیه المکاسب، چاپ اول، تهران: انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۴۰۶ق.
- حاجی ده آبادی، احمد، ادله اثبات کيفرى در اسلام: مبانی و موارد تفکیک از ادله اثبات مدنی، چاپ اول، تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۹۸.
- حسینی عاملی، محمد جواد بن محمد، مفتاح الكرامة فی شرح قواعد العلامة، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۹ق.
- حسینی مراغی، عبدالفتاح بن علی، العناوین، چاپ اول، قم: انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ق.
- خمینی، روح الله، تعالیق علی وسیلة النجاة، چاپ اول، قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۲۲ق.
- _____، تحریر الوسيلة، چاپ اول، قم: دارالعلم، بی تا.
- خوانساری، احمد، جامع المدارک، چاپ دوم، قم: اسماعیلیان، ۱۴۰۵ق.
- شمس، عبدالله، ادله اثبات دعوا، چاپ چهارم، تهران: دراک، ۱۳۸۸.
- شهید اول، محمد بن مکی، اللمعة الدمشقية فی فقه الامامیه، چاپ اول، بیروت: دار التراث و الدار الاسلامیه، ۱۴۱۰ق.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی، الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقية، چاپ اول، قم: داوری، ۱۴۱۰ق.
- _____، مسالک الافهام، چاپ اول، قم: مؤسسه المعارف، ۱۴۱۳ق.
- شهیدی، مهدی، تشکیل قراردادهای، چاپ هشتم، تهران: مجد، ۱۳۹۰.
- شیخ بهایی، محمد بن حسین، جامع عباسی، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۹ق.
- شیروی، عبدالحسین، حقوق قراردادهای، چاپ اول، تهران: سمت، ۱۳۹۶.
- صاحب جواهر، محمد حسن بن باقر، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، چاپ هفتم، بیروت: دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ق.
- صفایی، حسین؛ سید مرتضی قاسم زاده، حقوق مدنی: اشخاص و محجورین، چاپ شانزدهم، تهران: سمت، ۱۳۹۶.
- صفایی، سید حسین، قواعد عمومی قراردادهای، چاپ بیست و پنجم، تهران: میزان، ۱۳۹۵.
- طباطبایی، محمد، کتاب المناهل، چاپ اول، قم: آل البيت (ع)، بی تا.
- طوسی، محمد بن حسن، المبسوط فی فقه الامامیه، چاپ سوم، تهران: المكتبة المرتضوية لاحیاء الآثار الجعفرية، ۱۳۸۷ق.
- _____، الاقتصاد الهادی إلى طریق الرشاد، چاپ اول، تهران: کتابخانه جامع جهل ستون، ۱۳۷۵ق.
- عابدی، احمد رضا، آیین دادرسی کيفرى، چاپ اول، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه، ۱۳۹۸.
- علامه حلی، حسن بن یوسف، تذکرة الفقهاء، چاپ اول، قم: آل البيت (ع)، ۱۴۱۴ق.



_____، تحریر الأحكام الشرعية على مذهب الامامية، چاپ اول، قم: مؤسسه امام صادق (ع)، ۱۴۲۰ق.

_____، قواعد الأحكام، چاپ اول، قم: انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ق.

فاضل لنکرانی، محمد، تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسیلة: المضاربه و الحجر و الاقرار، چاپ اول، قم: مرکز فقه ائمه اطهار (ع)، ۱۴۲۵ق.

فاضل هندی، محمد بن حسن، کشف الثام عن قواعد الأحكام، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۶ق.
قمی، ابوالقاسم، جامع الشتات، چاپ اول، تهران: کیهان، ۱۴۱۳ق.

کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی: قواعد عمومی قراردادها، چاپ چهارم، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۳.
_____، اثبات و دلیل اثبات، چاپ سوم، تهران: میزان، ۱۳۸۴.

کاشف الغطاء، علی بن محمد رضا، النور الساطع فی الفقه النافع، چاپ اول، نجف اشرف: الآداب، ۱۳۸۱ق.
کاشف الغطاء، محمد حسین، سفینه النجاة، چاپ اول، نجف: مؤسسه کاشف الغطاء، ۱۴۲۳ق.

محبی، جلیل و زینب ریاضت، شرح قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، چاپ اول، تهران: میزان، ۱۳۹۷.
محقق حلی، جعفر بن حسن، شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، چاپ دوم، قم: اسماعیلیان، ۱۴۰۸ق.

محقق کرکی، علی بن حسین، جامع المقاصد فی شرح القواعد، چاپ دوم، قم: آل البيت (ع)، ۱۴۱۴ق.
مدنی کاشانی، رضا، کتاب القصاص للفقهاء و الخواص، چاپ دوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ق.

مرادی، حسن، جرایم علیه اشخاص: جنایات، چاپ اول، تهران: میزان، ۱۳۹۶.

مرتضی زبیدی، محمد بن محمد، تاج العروس من جواهر القاموس، چاپ اول، بیروت: دارالفکر، ۱۴۱۴ق.
مغنیه، محمد جواد، فقه الامام جعفر الصادق علیه السلام، چاپ دوم، قم: انصاریان، ۱۴۲۱ق.

مقدس اردبیلی، احمد بن محمد، مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۳ق.

مقری، احمد بن محمد، المصباح المنیر، چاپ اول، قم: دارالرضی، بی تا.

موسوی اردبیلی، سید عبدالکریم، حقوق و دادرسی کیفری در آئینه فقه، چاپ اول، قم: رادنگار، ۱۳۹۲.
مؤسسه آموزشی و پژوهشی قضا، گنجینه استفتانات قضایی، نسخه ۲، بی جا: بی نا، ۱۳۹۰.

میر محمد صادقی، حسین، حقوق کیفری اختصاصی: جرایم علیه اشخاص، چاپ بیستم، تهران: میزان، ۱۳۹۴.

نجفی مرعشی، شهاب الدین، القصاص على ضوء القرآن و السنة، چاپ اول، قم: انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی، ۱۴۱۵ق.

HomePage: https://jfiqh.um.ac.ir/	سال ۵۴ - شماره ۱ - شماره پیاپی ۱۲۸ - بهار ۱۴۰۱، ص ۲۹ - ۴۶	
شاپا الکترونیکی ۲۵۳۸-۳۸۹۲	شاپا چاپی ۲۰۰۸-۹۱۳۹	
تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۱۰/۰۹	تاریخ بازنگری: ۱۳۹۹/۱۰/۰۷	تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۰۶/۲۳
DOI: https://doi.org/10.22067/jfiqh.2020.86719	نوع مقاله: پژوهشی	

اکراه تخییری

دکتر احمد باقری

استاد دانشگاه تهران

دکتر عابدین مؤمنی

دانشیار دانشگاه تهران

دکتر سید محمود هل اتایی (نویسنده مسئول)

استادیار دانشگاه تهران

Email: smhalataee21@gmail.com

چکیده

اکراه تخییری به عنوان یکی از انواع پرکاربرد اکراه شامل سه قسم است: اکراه بر جامع، اکراه بدلی، و اکراه بر فرد مردد. این پژوهش با موضوع‌شناسی آن در پی ارزیابی انطباق مفهوم اکراه در انواع گوناگون اکراه تخییری است. بنابر یافته‌های این پژوهش، در اکراه بر جامع، اگر جامع صحیح موضوع اکراه باشد، اکراه از جامع به فرد سرایت می‌کند، ولی اگر جامع صحیح و فاسد موضوع اکراه باشد، اکراه در رفع آثار فردی تأثیری نمی‌گذارد. اکراه بدلی در سه محور بررسی می‌شود: در محور نخست که اکراه بدلی در افراد عرضی و اکراه ویژه احکام استقلالی و موضوع آن نیز دو یا چند فرد به شکل جایگزین است، به‌طور کلی سه نظریه وجود دارد که صحیح این است که مفهوم اکراه بر فرد انطباق ندارد؛ در محور دوم، یعنی اکراه بدلی در افراد طولی، دو نظریه وجود دارد و صحیح این است که مفهوم اکراه بر فرد اول انطباق ندارد و تنها بر فرد اخیر صدق می‌کند و فرقی میان حکم تکلیفی و وضعی نیست؛ در محور سوم که موضوع اکراه ترک جزء یا قیدی از واجب است، مطابق قواعد اصولی اصل وجوب ساقط می‌شود. در اکراه بر فرد مردد نیز صحیح این است که این نوع اکراه از نظر ثبوتی نامعقول است.

واژگان کلیدی: اکراه، اکراه تخییری، اکراه بدلی، جامع، مردد.



Optional Duress

Ahmad Bagheri,

Ph.D. Professor, University of Tehran

Abedin Momeni

Ph.D. Associate Professor, University of Tehran

Sayyed Mahmoud Hal Ataei

Ph.D. Assistant Professor, University of Tehran (Corresponding Author)

Email: smhalataee21@gmail.com

Abstract

Optional duress, as one of the most widely used types of duress, is divided into three kinds: duress over comprehensive, substitute duress and duress over indeterminate example. The present study, with its subjectology, seeks to evaluate the applicability of the concept of duress to different kinds of optional duress. According to the findings of this research, in case of duress over comprehensive if the subject matter of duress is comprehensive of valid, duress is extended from comprehensive to the example, but if the subject matter of duress is comprehensive of valid and invalid, duress does not affect the elimination of individual effects. Substitute duress is examined in three parts: in the first part where substitute duress is over vertical examples and is specific to independent precepts and its subject matter is two or more alternative examples, there are generally three theories the correct one is that the concept of duress does not apply to the example; in the second part i.e. substitute duress over horizontal examples, there are two theories the correct of which is that the concept of duress does not apply to the first example and only applies to the second and there is no difference between the imperative and positive rules; in the third part where the subject matter of duress is leaving an element or proviso of obligation, under Usuli rules, the principle of obligation fails. In duress over indeterminate example, the correct opinion is that such kind of duress is unreasonable in terms of reality.

Keywords: Duress, Optional Duress, Substitute Duress, Comprehensive, Indeterminate



مقدمه

در نفوذ تصرفات، شرایطی لازم است که عبارت‌اند از: عقل، بلوغ، قصد و اختیار و هر یک از این عناصر ممکن است به واسطه عروض عواملی دچار اخلال شوند.

عنصر اختیار به سبب عامل مهمی به نام اکره از بین می‌رود و رفع اثر از گفتار و فعل شخصی که مورد اکره واقع می‌شود، یکی از ضروریات مذهب امامیه به شمار می‌آید.

بر پایه سنتی دیرینه، مباحث اکره بیشتر در باب طلاق بحث می‌شود که شاید دلیلش این باشد که روایات فراوانی درباره طلاق اکره‌ای از سوی پیشوایان معصوم (ع) رسیده است.

اکره اقسام گوناگونی دارد و اکره تخییری یکی از این اقسام است که یکی از مباحث مهم در خصوص اکره به شمار می‌آید و دامنه فراوانی از نظر کاربرد دارد.

اکره تخییری در گذشته مورد سخن نبوده است تا اینکه علامه حلی در قرن هشتم در باب طلاق به صورتی گذرا و در قالب فرعی فقهی بدون اینکه از این اصطلاح ذکری کند، از آن سخن می‌گوید که در بخش اکره بر فرد مردد، نقد می‌شود و این روند ادامه پیدا می‌کند تا اینکه رفته‌رفته این مسئله در قرن سیزدهم، جلوه دیگری می‌یابد که البته در این زمان هم در ارائه این بحث، ساختار نظام‌مند و دقیقی وجود ندارد و روش بحث به گونه‌ای نیست که همه صورت‌های اکره تخییری را در بر گیرد.

در مقالات انتشار یافته نیز اثری وجود ندارد که این مسئله را به صورت جداگانه یا در کنار مباحث دیگر بررسی کرده باشد.

در این جستار پس از گزارش کوتاهی از مفهومی اکره، ابتدا اقسام اکره بیان می‌شوند و سپس اکره تخییری که مسئله اصلی این پژوهش است در سه محور بررسی می‌شود: اکره بر جامع، اکره بدلی، اکره بر فرد مردد. این پژوهش با جنبه موضوع‌شناسی درصدد است انطباق مفهوم اکره بر فرد را در صورت‌های گوناگون اکره تخییری مورد سنجش قرار دهد.

۱. مفهوم اکره

سه حرف (کاف، هاء و راء) اصل واحدی است که مفهوم آن برخلاف مفهوم رضایت و محبت است (ابن فارس، ۱۷۲/۵). کراهت که از همین ماده اشتقاق یافته به مفهوم ضد اراده است (حمیری، ۵۸۱۴/۹) و نیز گفته‌اند کراهت عبارت است از قُبْح و قَبَاحَت (مقرئ، ۵۳۱/۲). برخی مانند فراء، کره (به فتح و ضم حرف کاف) را به مطلق رنج و مشقت (جوهری، ۲۲۴۷/۶؛ ابن‌اثیر، ۱۶۸/۴) و برخی هم آن را به عدم محبوبیت معنا کرده‌اند (مقرئ، ۵۳۲/۲). برخی در مقابل گفته‌اند: کره (به ضم حرف کاف) به مفهوم مطلق مشقت نیست، بلکه عبارت است از مشقتی که الزامی در پذیرش و انجام آن وجود ندارد (صاحب‌بن‌عباد، ۳۵۵/۳) یا گفته‌اند کره مشقتی است که منشأ بروز آن، عامل خارجی نیست، بلکه عامل بروز آن از درون نشأت



می‌گیرد و به‌گونه‌ای است که انسان از آن تنفر دارد و این تنفر می‌تواند از دو جنبه باشد: ۱. طبع؛ ۲. عقل یا شرع (راغب اصفهانی، ۷۰۷). فقط در یک مورد، گره به قهر معنا شده است (مقری، ۵۳۲/۲) و قهر به معنای غلبه است به‌گونه‌ای که فردی که در موضع برتر است با اعمال غلبه، فرد مقهور را وادار به انجام کاری می‌کند که از انجام آن رضایت ندارد (مرتضی زبیدی، ۴۲۷/۷). راجع به گره (به فتح کاف) نیز گفته‌اند: عبارت است از مشقتی که انسان از پذیرش آن ناگزیر است و ناچار است آن را بدون رضایت تحمل کند (صاحب‌بن‌عباد، ۳۵۵/۳) و نیز گفته‌اند: عبارت است از مشقتی که از بیرون بر انسان تحمیل می‌شود و انسان چاره‌ای جز انجام آن ندارد (راغب اصفهانی، ۷۰۷) و این در حالی است که برخی معتقدند این دو (گره و گره) در زبان عربی یک لغت‌اند و اختلاف در فتح و ضم کاف از باب اختلاف در ضبط و قرائت است و این دو از نظر مفهوم با یکدیگر فرقی ندارند (ابن منظور، ۵۳۴/۱۳؛ راغب اصفهانی، ۷۰۷؛ حمیری، ۵۷۹۶/۹).

نکته مهم این است که در برخی از فرهنگ‌های لغت، ماده گره، در باب افعال یعنی در قالب اکراه استعمال نشده است (صاحب‌بن‌عباد، ۳۵۵/۳ تا ۳۵۶/۳).

آری، در سایر واژه‌نامه‌ها، لغت اکراه ذکر شده است که عبارت است از: «وادار نمودن کسی به انجام کاری که میلی به انجام آن ندارد (فراهیدی، العین، ۱۴۱۰: ۳۷۶/۳؛ جوهری، ۲۲۴۷/۶؛ ابن‌منظور، ۵۳۵؛ راغب اصفهانی، ۷۰۷؛ حمیری، ۵۸۱۶/۹).

بنابراین با در نظر گرفتن مفهوم ماده اکراه و سایر واژگانی که از آن اشتقاق یافته‌اند و نیز ترجمان فرهنگ‌های لغت عرب از واژه اکراه، این نتیجه دریافت می‌شود که اکراه فقط میل و رغبت به انجام کار را از فردی که در شرایط اکراه قرار گرفته سلب می‌کند.

۲. اقسام اکراه

اکراه از جهت شمولِ موضوع به سه نوع تقسیم می‌شود.

۲.۱. اکراه استغراقی

گاهی اکراه به شکل استغراقی است، به طوری که مکره‌علیه از باب عام استغراقی یا طبیعت مطلقه و ساریه شامل همه افراد می‌شود؛ برای مثال، از اکراه‌شونده خواسته می‌شود همه اموال و دارایی خود را بفروشد (خمینی، ۹۳/۲).

در این موارد تک‌تک مصادیق، موضوع مستقلی برای اکراه‌اند و اکراه‌شونده با تخطی از هر مصداقی، مورد تهدید اکراه‌کننده واقع می‌شود. بنابراین اگر موضوع اکراه از احکام تکلیفی باشد، حکم تکلیفی رفع می‌شود و در صورتی که از احکام وضعی باشد، محکوم به فساد است.

مصادیق خارجی، مقارن با خصوصیات فردی مانند زمان، مکان، خریدار و... هستند که انفکاک آن‌ها از یکدیگر ممکن نیست و البته این خصوصیات، موضوع اکراه قرار ندارند. از این رو اگر خصوصیتی در مصداق،



اثری شرعی داشته باشد به استناد اکراه رفع نمی‌شود؛ برای مثال، فردی که وادار به فروش همه اموال شده است، نمی‌تواند مال خویش را به کسی که فاقد اهلیت برای معامله است، بفروشد (ماده ۲۱۲ ق.م)؛ زیرا او فقط وادار به فروش دارایی خود شده بود و برای خریدار خصوصی در نظر گرفته نشده بود (خمینی، ۹۴/۲).

۲.۲. اکراه تعیینی

در اکراه تعیینی یک چیز به صورت معین و به‌عنوان جزئی حقیقی مورد اکراه قرار می‌گیرد؛ برای مثال، (الف) در خصوص فروش مال خاصی و در شرایط و چهارچوبی که اکراه‌کننده تعیین می‌کند، اکراه می‌شود (نائینی، المکاسب و البیع، ۴۲۷/۱).

بدون تردید در این مورد، اکراه صدق می‌کند و معامله‌ای که از سوی اکراه‌شونده انجام می‌شود معامله‌ای اکراهی است.

۲.۳. اکراه تخییری

اکراه تخییری بر سه قسم است؛ موضوع اکراه، نفس جامع است؛ موضوع اکراه دو فرد یا بیش‌تر به صورت جایگزین است؛ موضوع اکراه، فرد مردّد است.

در هر یک از این اقسام، برای شخص مورد اکراه فرصتی برای انتخاب وجود دارد؛ زیرا در قسم اول باتوجه به کلیت موضوع اکراه و در قسم دوم و سوم نیز به دلیل بدلی بودن و دوران موضوع بین چند فرد، افراد متعددی به‌عنوان مصادیق موضوع اکراه در نظر گرفته می‌شوند. بنابراین به دلیل اختیاری که مکره‌علیه در انتخاب مورد اکراه دارد، این اقسام به اکراه تخییری نام‌گذاری می‌شوند.

۲.۳.۱. اکراه بر جامع

در مواردی که موضوع اکراه، نفس جامع است، اکراه می‌تواند به دو شکل انجام شود: اول. گاهی موضوع اکراه، جامع صحیح است؛ برای مثال، کسی در شرایط اکراه وادار می‌شود منزل خود را به صورت صحیح بفروشد. در این مثال، موضوع اکراه، بیع صحیح است که عنوانی جامع و دارای اثر است.

در این موارد، هر حصه‌ای از جامع که در خارج تحقق پیدا می‌کند، اکراهی است؛ زیرا موضوع اکراه نفس طبیعت است و افراد طبیعت مورد اکراه قرار نگرفته‌اند؛ ولی درحقیقت فرد، همان طبیعت است (خمینی، ۹۴/۲). البته جامع از نظر وجود خارجی از تلازم با عوارض فردی مانند زمان انجام بیع، مکان بیع، عاقد و... جدایی‌ناپذیر است، ولی این خصوصیات اثری نداشته و مورد اکراه واقع نشده‌اند.

دوم. گاهی موضوع اکراه، جامع صحیح و فاسد است؛ برای مثال اکراه‌کننده از اکراه‌شونده می‌خواهد اقدام به بیع کند، حتی اگر این بیع فاسد باشد. در این موارد، باتوجه به این که وصف، صحت تأثیری در اثردارشدن جامع ندارد، جامع اثری ندارد تا اینکه به سبب اکراه رفع شود و انتفای اثر از جامع از باب سالبه به انتفای موضوع است. چیزی که اثر دارد بیع صحیح است که البته موضوع اکراه قرار ندارد و اکراه نمی‌تواند



اثر آن را رفع کند. بنابراین اگر اکراه‌شونده بیع صحیح را اختیار کند، بیع او صحیح است (انصاری، کتاب المکاسب، ۴۵۶/۱).

۲.۳.۲. اکراه بدلی

اکراه بدلی همانند ایجاب تخییری است؛ یعنی همان طور که در ایجاب تخییری، هر فردی از واجب آمیخته با جواز ترک این فرد و جواز انجام فرد دیگر است، در اکراه بدلی هم هر فردی به صورت جایگزین، موضوع اکراه قرار گرفته است (اصفهان‌نی، حاشیه کتاب المکاسب، ۵۰/۲).

در واجب تخییری، متعلق وجوب (واجب) عنوانی جامع و انتزاعی است که از آن می‌توان به عنوان (أحدهما)؛ یعنی (یکی از این دو) تعبیر کرد و در اکراه بدلی هم موضوع چنین است.

اکراه تخییری از نظر ثبوتی امکان دارد؛ زیرا گاهی هدف اکراه‌کننده انجام یک چیز از بین چند چیز به صورت جایگزین است و همیشه جامع، واقعی و اصیل نیست. افزون بر این، گاهی معروض صفات حقیقی و ذات اضافه مانند علم، جامع انتزاعی است؛ برای مثال کسی که راجع به فساد عقد یا شرط ضمن آن تردید دارد و می‌داند یکی از این دو فاسدند، موضوع علم او جامع انتزاعی است (خوبی، مصباح الفقاهه، ۳۰۹/۳). بنابراین وقتی انتزاعی بودن موضوع در اوصاف ذات اضافه امکان دارد، در اموری مانند اکراه نیز چنین چیزی ممکن است.

اکراه بدلی به دو صورت است:

۱. گاهی موضوع اکراه از احکام استقلالی است؛ مقصود از حکم استقلالی، حکمی است که از نظر ماهوی از سایر احکام مستقل است؛ مثل صحت بیع، صحت اجاره... (بهجت، ۳۲۱/۳). این نوع اکراه بر دو قسم است: نخست آنکه، افراد کلی در عرض هم قرار دارند؛ برای مثال، اکراه‌کننده می‌گوید: «یا باید منزلت را بفروشی یا اینکه مغازه‌ات را به من اجاره بدهی!»؛ دیگر آنکه، افراد کلی در طول هم قرار دارند؛ برای مثال، (الف)، (ب) را وادار می‌کند که اتومبیل خود را در روز شنبه یا یکشنبه بفروشد (نائینی، المکاسب و البیع، ۴۴۰/۱).

۲. گاهی موضوع اکراه از احکام ضمنی است؛ مقصود از حکم ضمنی، حکمی است که از نظر ماهوی استقلال ندارد و جزء یا شرطی از حکم است؛ مثل لزوم ایجاب برای عقد، لزوم عربی بودن صیغه... (بهجت، ۳۲۱/۳). برای مثال، (الف) از (ب) با توسل به تهدید می‌خواهد در مقام اجرای عقد، صیغه ایجاب را نگوید که در این مثال، ضرورت وجود ایجاب برای عقد، یک حکم وضعی ضمنی و غیراستقلالی است.

۳. انطباق مفهوم اکراه بر موارد اکراه بدلی

راجع به انطباق مفهوم اکراه بر چیزهایی که به شکل جایگزین موضوع اکراه قرار می‌گیرند، اختلاف نظر وجود دارد که در سه بخش بررسی می‌شود: اکراه بدلی در افراد عرضی؛ اکراه بدلی در افراد طولی؛ اکراه بدلی در



احکام ضمنی.

۳. ۱. اکراه بدلی در افراد عرضی

در موردی که دو یا چند چیز به صورت جایگزین و در عرض هم موضوع اکراه قرار می‌گیرند، سه نظریه وجود دارد:

نظریه اول: انطباق مفهوم اکراه: برخی از فقیهان امامیه از جمله علامه حلی، شهید ثانی، یزدی، نائینی، ایروانی و اصفهانی معتقدند مفهوم اکراه بر تک تک افرادی که به صورت جایگزین موضوع اکراه قرار گرفته‌اند، انطباق دارد (علامه حلی، تحریر الأحکام، ۵۱/۲؛ شهید ثانی، ۲۱/۹؛ یزدی، ۱۲۳/۱؛ نائینی، منیة الطالب، ۱۹۰/۱؛ ایروانی، ۱۱۱/۱؛ اصفهانی، حاشیة کتاب المکاسب، ۵۰/۲).

دلیل این گروه این است که مفهوم لغوی و عرفی اکراه بر افراد بدلی اکراه انطباق دارد؛ زیرا به طور طبیعی اگر تهدیدی در میان نبود، انتخابی هم ضرورت نداشت و اکراه‌شونده به سبب تهدید اکراه‌کننده است که مترصد انتخاب می‌شود (ایروانی، ۱۱۱/۱) و اینکه شخص مورد اکراه از بین افراد موجود، فرد خاصی را انتخاب می‌کند، مفهومش این نیست که او این فرد را از روی میل انجام می‌دهد؛ زیرا افراد بدلی اکراه از نظر میزان نارضایتی از دو حال خارج نیستند: گاهی از نظر میزان ناخوشایندبودن اختلاف دارند که در این صورت اکراه‌شونده فردی را که مطلوبیت بیشتری دارد انجام می‌دهد و گاهی هم از نظر میزان مطلوبیت در یک سطح قرار دارند که در این شرایط چون افراد با یکدیگر برابرند، معیاری برای ترجیح بین آن‌ها وجود ندارد.

در هر صورت انتخاب یک فرد، حاکی از تمایل به آن نیست؛ زیرا هر چیزی که انسان اراده می‌کند، لزوماً به آن میل ندارد. افزون بر این، اگر در مواردی که چند چیز در عرض هم و به صورت جایگزین موضوع اکراه‌اند، مفهوم اکراه راجع به فرد انطباق پیدا نکند، در هیچ موردی نباید اکراه جریان پیدا کند؛ زیرا همیشه موضوع اکراه حتی در مواردی که به ظاهر جزئی است در واقع کلی است و در هیچ موردی امکان ندارد موضوع اکراه جزئی حقیقی باشد؛ برای مثال، اگر کسی با اکراه وادار شود منزل خود را بفروشد، موضوع اکراه در آن کلی است؛ زیرا بیع از نظر خصوصیات زمان، مکان، عاقد و... محدود به مورد خاصی نشده است و اکراه‌شونده می‌تواند بیع را با خصوصیات و ویژگی‌هایی که تشخیص می‌دهد، انجام دهد. از این رو اگر هر دو فرد دارای اثر باشند، اثر هر دو رفع می‌شود و اگر تنها یک فرد دارای اثر باشد، اثر فردی که در خارج واقع می‌شود، رفع می‌شود و اثر دارنبودن فرد دیگر سبب نمی‌شود که فرد دارای اثر به صورت آزادی در خارج واقع شود (اصفهانی، حاشیة کتاب المکاسب، ۱۴۱۸: ۵۰/۲).

بر این اساس اگر (الف)، (ب) را بین انجام بیعی صحیح و بیعی فاسد اکراه کند و اکراه‌شونده نیز بیع صحیح را انجام دهد، این بیع، بیع اکراهی محسوب می‌شود. همچنین اگر بین فروش منزل و ادای دین اکراه شود و او منزل خود را بفروشد، فروش منزل، اکراهی تلقی می‌شود؛ زیرا لزوم ادای دین و عدم مانعیت کراهت



طبیعی در وفای به دین، مانع از صدق عنوان اکراه نمی‌شود؛ زیرا این دو ارتباطی به یکدیگر ندارند (همان، ۵۰/۲).

آری، در اکراه بر نوشیدن شراب و آب به‌صورت جایگزین، اگر اکراه‌شونده شراب را بنوشد، مرتکب فعل حرام شده و عقاب می‌شود؛ زیرا ملاک در رفع حکم تکلیفی، اضطراب است و باوجود بدلِ مباح در خصوص انجام فعل حرام، اضطرابی وجود ندارد.

نقد و بررسی: نزاع در موردی است که دو فرد به‌صورت جایگزین اکراه شوند؛ برای مثال، (الف) از (ب) با اکراه می‌خواهد همسر اول یا دوم خود را طلاق دهد و اکراه بر فروش منزل از موارد اکراه بدلی محسوب نمی‌شود؛ زیرا در آن موضوع اکراه، جامع است که در بخش اکراه بر جامع بحث شد.

آری، در اکراه بر جامع و اکراه بدلی، موضوع اکراه از نوع کلی منطقی (نصیرالدین طوسی، ۳۹) است، ولی این دو تفاوت‌هایی دارند که عبارت‌اند از: الف. در اکراه بر جامع، ویژگی‌های فردی برای اکراه‌کننده اهمیتی ندارند، بلکه آنچه مهم است نفس جامع است؛ ولی در اکراه بدلی، تک‌تک افراد مورد توجه‌اند.

ب. در اکراه بر جامع، موضوع، کلی طبیعی است، ولی در اکراه بدلی، موضوع، کلی انتزاعی است (همان).

نظریه دوم: تفصیل بین تخییر عقلی و شرعی: تخییر دو گونه است: تخییر عقلی؛ گاهی تخییر در اکراه بدلی از جنس تخییر عقلی است و این نوع اکراه همانند طلبی است که موضوع آن طبیعت است. در این مورد، خواست اکراه‌کننده ایجاد طبیعت است و اکراه‌شونده بر اساس معیار عقلی، فردی را از بین افراد مطرح‌شده انتخاب می‌کند (نائینی، المکاسب و البیع، ۴۲۷/۱)؛ برای مثال، (الف) به (ب) می‌گوید: «تو یا باید منزل خود را بفروشی یا اتومبیلت را!» که در این مثال، موضوع اکراه، طبیعت بیع است و شخص مورد اکراه در انتخاب بین منزل و اتومبیل آزاد است.

تخییر شرعی: گاهی آزادی که اکراه‌شونده در انتخاب فرد دارد، از جنس تخییر شرعی است و این نوع اکراه همانند طلبی است که از ابتدا دو چیز به‌صورت جایگزین به‌عنوان موضوع در نظر گرفته می‌شوند. در این مورد، جامع یک امر انتزاعی است (همان)؛ برای مثال، به اکراه‌شونده گفته می‌شود: «تو یا باید منزل خود را بفروشی یا اینکه بخشی از اموال خود را بذل نمایی!» که در این مثال، جامع، عنوان انتزاعی یکی از این دو است.

با در نظر گرفتن این مقدمه، در مواردی که تخییر از نوع تخییر عقلی است، موضوع اکراه، طبیعت است؛ اما با توجه به اینکه این مفهوم به‌صورت مشترک در تک‌تک افراد، موجود است و از نظر وجود خارجی با آن‌ها اتحاد دارد، گویا افراد نیز مورد اکراه قرار گرفته‌اند. ولی در مواردی که تخییر به‌شکل تخییر شرعی است، از آنجایی که موضوع اکراه، جامع انتزاعی است و جامع انتزاعی، کلی مردد است، اکراه بر مفهوم مردد، سبب اکراهی شدن فردی که مکره اختیار می‌کند، نمی‌شود (همان، ۴۲۸/۱).



نقد و بررسی: این نظریه از چند نظر نقدشدنی است:

الف. تخییر بر سه قسم است:

اول. تخییر شرعی: بنیان این تخییر را شارع متعال می‌گذارد که بر دو قسم است: نخست تخییر واقعی است که در این نوع تخییر، خطاب شرعی از ابتدا به شکل تخییری است و در آن، دو یا چند فرد به صورت جایگزین، موضوع طلب در نظر گرفته می‌شوند (صدر، ۳۴۲/۷)؛ برای مثال، اگر کسی مال مغضوب را از غاصب غصب کند، آن شخص نیز مثل غاصب اول ضامن است و مالک می‌تواند عین و در صورت تلف شدن عین، مثل یا قیمت تمام یا قسمتی از مال مغضوب را از غاصب اولی یا از هریک از غاصبان بعدی که بخواهد، مطالبه کند (مواد ۳۱۶ و ۳۱۷ ق.م) یا در دیه نفس، محکوم‌علیه از بین صد شتر، دویست گاو، دویست حله، هزار دینار، هزار گوسفند و ده هزار درهم حق انتخاب دارد و یکی از این موارد را به‌عنوان دیه می‌پردازد (محقق حلی، ۲۲۸/۴). دوم تخییر ظاهری است که بر پایه ضوابط اصولی، اگر دو حجت شرعی با یکدیگر تعارض پیدا کنند، هر دو از حجیت ساقط می‌شوند، ولی به‌استناد روایات و بر اساس ظاهر و تعدد شرعی، باید یک حجت را به‌عنوان حجت فعلی در نظر گرفت (نائینی، فوائد الاصول، ۴۲۰/۳).

دوم. تخییر عقلی: خطاب‌های شرعی در محدوده جعل و تشریح از نظر اجتماع و عدم اجتماع با خطاب دیگر اطلاق دارند و بین متعلق آن‌ها ناسازگاری وجود ندارد، اما گاهی بین آن‌ها در مقام امثال، تراحم پیش می‌آید؛ زیرا هر دو خطاب دارای ملاک‌اند و امثال هر دو نیز ضروری است، ولی مکلف به دلیل محدودیتی که دارد از انجام هر دو تکلیف ناتوان است.

در این موارد، اگر دو خطاب از نظر معیارهایی که سبب مزیت‌دارشدن یک خطاب می‌شود، برابر باشند؛ مکلف باید بر اساس حکم عقل، یک خطاب را برگزیده و امثال کند (خویی، مصباح الأصول، ۶۵/۲). سوم. تخییر تکوینی: پایه این تخییر، نظام خلقت است؛ زیرا در نظام آفرینش هر موجودی به اعتبار مکان از دو حالت حرکت و سکون و به اعتبار پیوند با اجسام دیگر از دو حالت اجتماع و افتراق بیرون نیست. بر پایه این قاعده، انسان در دوران بین محذورین ناگزیر به یکی از دو حالت فعل یا ترک تن می‌دهد (نائینی، فوائد الاصول، ۴۴۵/۳).

اینک، پرسش این است که تخییر عقلی در این نظریه، چگونه تخییری است؟! زیرا موضوع در تخییر عقلی و شرعی دو یا چند فرد به صورت جایگزین است، البته با این تفاوت که در تخییر عقلی، جامع خطابی وجود دارد و آن عبارت است از جنس قریب که می‌تواند همه افراد را پوشش دهد، ولی در تخییر شرعی، جامع خطابی وجود ندارد (همان، ۴۴۳/۳)؛ برای مثال، در الزام به انجام دو چیز به صورت جایگزین، جامع خطابی وجود ندارد، ولی در الزام به رعایت احترام دو برادر به صورت علی‌البدل، جامع خطابی وجود دارد؛ زیرا موضوع، برادر است.



ب. تخییر عقلی در این نظریه، همان اکراه بر جامع است که جزییات آن در بخش اکراه بر جامع بیان شد. **نظریه برگزیده: عدم انطباق مفهوم اکراه:** مفهوم اکراه بر افرادی که به صورت جایگزین موضوع اکراه قرار می‌گیرند، انطباق ندارد؛ زیرا موضوع اکراه، جامع انتزاعی است و فردی که از سوی اکراه‌شونده انتخاب می‌شود، اکراه نشده است؛ بلکه او به میل خود فردی را انتخاب و محقق می‌سازد، اما با توجه به اینکه موضوع اکراه، جامع است و جامع نیز در ضمن یکی از افراد تحقق می‌یابد، اکراه‌شونده ناگزیر باید یکی از دو فرد را انجام دهد و در واقع درباره ایجاد یکی از دو فرد، اضطرار پیدا می‌کند و در نتیجه هر فردی از باب اضطرار و نه اکراه، مصداقی از جامع قلمداد می‌شود.

بنابراین اکراه بدلی مثل این است که (الف)، (ب) را وادار به پرداخت مبلغی کند و او نیز برای تأمین این مبلغ ناچار شود منزل خود را بفروشد. در این مثال، موضوع اکراه، تهیه مبلغ است و از بابت فروش منزل، اکراهی صورت نگرفته است، اما ب از آنجایی که باید این مبلغ را تهیه کند باید منزل خود را از باب اضطرار بفروشد.

با توجه به اینکه اکراه بدلی در افرادی که از نظر وجودی در عرض هم قرار دارند، قالب‌های متنوعی دارد، ابعاد این نظریه در این قالب‌ها بیش تر تشریح می‌شود.

انواع اکراه بدلی در افراد عرضی: اکراه بدلی به صورت‌های مختلفی انجام می‌شود که عبارت‌اند از:

۱. افراد جامع، هر دو از الزامات تکلیفی هستند.
 ۲. یکی از افراد، از الزامات تکلیفی و دیگری مباح است.
 ۳. افراد جامع یا هر دو از عقودند یا هر دو ایقاع‌اند یا یکی عقد و دیگری ایقاع است.
 ۴. یکی از افراد، از عقود و دیگری مباح است.
 ۵. یکی از افراد، از الزامات تکلیفی و دیگری از عقود یا از ایقاعات است.
- اکراه بین دو الزام تکلیفی:** گاهی افراد جامع، هر دو الزامی تکلیفی‌اند و این الزام ممکن است در چهارچوب واجبات یا در چهارچوب محرمات باشد.

اگر هر دو حکم در ملاک مساوی باشند، اکراه‌شونده در انتخاب هر یک آزاد است؛ زیرا نسبت جامع به آن‌ها مساوی است، ولی اگر افراد جامع از نظر ملاک مختلف باشند، اکراه‌شونده باید فردی را که ملاک حکم آن از اهمیت کمتری برخوردار است، برگزیند (خویی، مصباح الفقاهة، ۳/۳۱۰)؛ برای مثال، اگر کسی وادار به تدلیس در معامله یا انجام معامله ربوی شود، اکراه‌شونده در این موقعیت باید تدلیس را انتخاب کند که البته این ترجیح به دلیل انطباق یا عدم انطباق مفهوم اکراه نیست، بلکه از باب حکم عقل است که اقتضا می‌کند چیزی که مفسده کمتری دارد، انجام شود (یزدی، ۱/۱۲۳).

یکی از اسباب تشدید ملاک، اجتماع عناوین متعدد در موضوع حکم شرعی است؛ برای مثال، (الف)



از موضع اکره، (ب) را وادار می‌کند که یا مال غیر را به صورت فضولی بفروشد یا اینکه آن را به صورت ربوی به فروش رساند. در این فرض، موضوع اکره، فروش مال غیر است که البته طرف دیگر تخیر، عنوانی اضافه بر خصوصیت جامع دارد و آن ربوی بودن است که سبب تشدید لزوم اجتناب می‌شود. اکره‌شونده در این موقعیت باید مال غیر را به صورت غیرربوی بفروشد و در انجام معامله ربوی، مجاز نیست؛ زیرا او در خصوص عنوان ربوی بودن، اکره نشده است.

اکراه بین الزام تکلیفی و مباح: گاهی در اکره بدلی یکی از افراد جامع، الزام تکلیفی است که هم شامل الزام به ترک واجب می‌شود و هم الزام به انجام حرام را در بر می‌گیرد و فرد دیگر مباح است؛ در این مورد اکره‌شونده نمی‌تواند به استناد اکره، واجب را ترک یا حرام را مرتکب شود و اگر چنین کند، عقاب می‌شود؛ زیرا او می‌تواند به جای ارتکاب حرام یا ترک واجب، فعل دیگر را که مباح است انجام دهد؛ برای مثال، اگر (الف)، (ب) را وادار کند که مبلغ دو بیست میلیون تومان را یا در رهن گذارد یا اینکه به صورت ربوی قرض دهد، (ب) نمی‌تواند به استناد اکره‌ای بودن جامع، مبلغ مزبور را به صورت ربوی قرض دهد.

اکراه بین عقود (ایقاعات): اکره در عقود و ایقاعات به چند صورت می‌تواند انجام شود:

اول: هر دو فرد، از عقود باشند.

دوم: هر دو از ایقاعات باشند.

سوم: یکی از دو فرد، عقد و دیگری ایقاع باشد.

اختلاف این صور از نظر عقد یا ایقاع بودن تأثیری در انطباق یا عدم انطباق مفهوم اکره ندارد، آنچه مهم است اثر داشتن یا نداشتن افراد جامع است.

اگر هر دو فرد، موضوع اثر باشند، در این صورت هر دو مصداقی از جامع در نظر گرفته می‌شوند، ولی مجرد اینکه یک فرد، مصداق برای جامع باشد، در سرایت اکره به آن و رفع حکم شرعی کافی نیست، بلکه باتوجه به اینکه اکره‌شونده چاره‌ای جز انجام یکی از دو فرد ندارد و در واقع در خصوص ارتکاب یک فرد اضطرار پیدا کرده است، رفع حکم شرعی از نظر اضطرار است نه اکره (خویی، مصباح الفقاهة، ۳/۳۱۱).

به بیان دیگر، موضوع اکره، جامع است و جامع نیز یک مفهوم انتزاعی است و باتوجه به اینکه تحقق جامع در خارج در ضمن یکی از دو فرد به صورت جایگزین روی می‌دهد، اکره‌شونده چاره‌ای جز ایجاد یکی از دو فرد به صورت جایگزین ندارد.

بنابراین شخص مورد اکره در موقعیت اضطرار است و همچنان که اکره، سبب ارتقاع حکم تکلیفی و وضعی می‌شود، اضطرار نیز رافع حکم شرعی است.

ممکن است گفته شود در سایر موارد اسبابی مانند هزینه‌های درمان، ساخت واحد مسکونی و... انسان را در وضع اضطرار قرار می‌دهد به طوری که وادار می‌شود برای تأمین این هزینه‌ها عقد یا ایقاعی انجام دهد،



اما در این موارد، اضطرار، سبب رفع حکم وضعی نمی‌شود (اراکي، ۱/۲۶۹ تا ۲۷۰).

اکنون پرسش این است که چگونه درباره نزع که اکراه‌شونده از بابت اکراه بر جامع، در خصوص انجام فردی از آن اضطرار پیدا می‌کند، این اضطرار سبب ارتفاع حکم وضعی می‌شود؟!

در پاسخ باید گفت بین سایر موارد و مورد نزع فرق روشنی وجود دارد و آن این است که در سایر موارد، منشأ اضطرار، جهات خارجی مانند تأمین هزینه‌های زندگی و... است و انجام عقد یا ایقاع ابزاری می‌شود برای دفع اضطرار، ولی درباره نزع، سبب ایجاد اضطرار، اکراه است.

بر این اساس در سایر موارد، بطلان عقد یا ایقاع اضطراری خلاف امتنان است (همان، ۱/۲۷۰)، ولی درباره نزع، همسو با امتنان است و گاهی اکراه در برخی از افراد اثری ندارد و الزام جدیدی را درباره آن ایجاد نمی‌کند؛ برای مثال کسی را وادار می‌کنند که یا چیزی از اموال خود را بفروشد یا وجهی را بپردازد که بر اساس قانون و شرع، مُلزم به پرداخت آن است. در این مثال، اکراه راجع به پرداخت وجه بدون تأثیر است؛ زیرا بدون درنظرگرفتن اکراه هم این شخص باید آن وجه را بپردازد.

در این موارد، اکراه در فرد دیگر نیز اثری نمی‌گذارد. بنابراین اگر اکراه‌شونده در این موقعیت فروش مال را انتخاب کند، بیع او صحیح است (انصاری، کتاب المکاسب، ۱/۴۵۶).

همچنین اگر راهن در زمانی که موعد پرداخت بدهی‌اش فرا رسیده است، وادار شود به فروش عین مرهونه یا مال دیگری که مرتهن در خصوص آن حقی ندارد، اگر مال دیگری غیر از عین مرهونه را بفروشد، بیع او صحیح است و نیز اگر کسی وادار به فروش منزل خود یا منزلی که نه او و نه اکراه‌کننده مالک آن نیستند و ملک دیگری است شود، اگر او منزل خود را بفروشد، بیع او صحیح است؛ زیرا او می‌توانست به جای فروش منزل خود، منزل غیر را در قالب بیع فضولی بفروشد، به دلیل اینکه انشای بیع فضولی، تصرف در مال غیر محسوب نمی‌شود.

اکراه بین عقد (ایقاع) و مباح: گاهی انسان بین انجام عقد یا ایقاع و فعل مباح اکراه می‌شود؛ برای مثال، از او می‌خواهند یا آب بنوشد یا منزل خود را بفروشد!

اگر اکراه‌شونده بیع را انجام دهد، بیع او صحیح است؛ زیرا خصوص بیع، موضوع اکراه نبوده است و اکراه‌شونده می‌توانست به جای فروش منزل، آب بنوشد.

اکراه بین الزام تکلیفی و عقد (ایقاع): گاهی انسان بین انجام عقد یا ایقاع و ارتکاب فعل حرام یا ترک واجب اکراه می‌شود؛ برای مثال، از او می‌خواهند یا اتومبیل خود را بفروشد یا اینکه در اتومبیل دیگری تصرف کند. این مورد، از دو جنبه بررسی می‌شود: نخست حکم تکلیفی؛ با توجه به اینکه ارتکاب فعل حرام و ترک عقد، منع شرعی دارد و حرام است، ولی بیع بدون درنظرگرفتن اکراه مباح است، به‌طور قطع انجام فعل حرام جایز نیست؛ زیرا خصوص فعل حرام، مورد اکراه قرار نگرفته است و اکراه‌شونده می‌تواند با انجام فعل مباح



از ارتکاب فعل حرام پرهیز کند (خویی، مصباح الفقاهة، ۳/۳۱۳). دوم حکم وضعی؛ اگر اکراه‌شونده بیع را انجام دهد بیع باطل است، زیرا او بیع را از روی اکراه و بدون طیب نفس انجام داده است و در نتیجه مشمول ادله اکراه می‌شود.

به سخن دیگر گرچه در ظاهر، موضوع اکراه دو چیز به صورت جایگزین است (بیع و فعل حرام)، ولی در واقع موضوع اکراه، خصوص بیع است؛ زیرا اکراه‌شونده هم با ترک مورد اکراه متحمل ضرر و زیان می‌شود و هم با ارتکاب فعل حرام (انصاری، کتاب المکاسب، ۱/۴۵۶).

۳.۲. اکراه بدلی در افراد طولی

چنان‌که گذشت، اکراه بدلی به دو صورت ممکن است انجام شود: الف. اکراه بدلی در افراد عرضی ب. اکراه بدلی در افراد طولی.

مباحث گذشته پیرامون اکراه بدلی در افراد عرضی بود و اکنون موضوع بحث، چیزهایی هستند که به صورت جایگزین مورد اکراه قرار می‌گیرند و از نظر تحقق خارجی نیز در طول یکدیگر هستند. آیا اکراه در افراد طولی از بین افراد جامع فقط بر فرد اخیر انطباق دارد؟ یا اینکه باید بین احکام تکلیفی و وضعی فرق گذاشت؛ به طوری که در احکام وضعی همه افراد از جمله فرد اول، مورد اکراه شناخته می‌شوند، ولی در احکام تکلیفی ارتکاب فرد اول مجاز نیست؟

به طور کلی در این زمینه دو نظریه وجود دارد:

نظریه اول: تفصیل بین احکام تکلیفی و وضعی: مبتکر این نظریه، نائینی است و البته انتساب این نظریه به ایشان بر پایه تقریراتی است که از مباحث ایشان ارائه شده است (نائینی، المکاسب و البیع، ۱/۴۴۰ تا ۴۴۱؛ همو، منیة الطالب، ۱/۱۹۰ تا ۱۹۱).

از نظر ایشان اگر موضوع اکراه از احکام تکلیفی باشد، اکراه‌شونده نمی‌تواند فرد اول را به استناد اکراه انجام دهد، ولی اگر موضوع اکراه از احکام وضعی باشد، اکراه بر همه افراد از جمله فرد اول صدق می‌کند. بنابراین اگر اکراه‌شونده عقد را در زمان اول انجام دهد، عقد او به دلیل اکراه اثری ندارد و باطل است و اما جزئیات این نظریه به قرار ذیل است:

در احکام تکلیفی اگر زمان برای انجام حکم وسعت داشته باشد، تا لحظه‌ای که زمان برای انجام حکم باقی است، اکراه در خصوص فرد اول و موسع تحقق پیدا نمی‌کند (همو، المکاسب و البیع، ۱/۴۴۰ تا ۴۴۱). بر این اساس اگر انسان وادار به فروش مال غیر، ظرف یک ماه آینده شود و احتمال دهد که اکراه تا پایان مهلت یک‌ماهه از بین می‌رود، انجام بیع در آغاز این مدت جایز نیست و اگر او قطع داشته باشد که اکراه تا پایان مدت مزبور باقی می‌ماند، برخی به زعم اینکه فرد اول از افراد جامع است و جامع هم به عنوان جامع، اکراه‌شونده واقع شده است، ارتکاب فعل حرام را در ابتدای وقت جایز می‌دانند. ولی صحیح این است که



شخص اکراه‌شونده نمی‌تواند در ابتدای وقت فعل حرام را انجام دهد؛ زیرا اکراه زمانی سبب جواز ارتکاب فعل حرام می‌شود که چاره‌ای جز ارتکاب آن نباشد و در این مورد، مکروه می‌تواند فعل حرام را با توجه به وسعت زمان انجام حکم، در واپسین لحظات انجام دهد (همو، منیة الطالب، ۱/۱۹۰).

آری، در آخر وقت اکراه‌شونده به‌طور قطعی اجازه ارتکاب حرام را دارد، ولی جواز ارتکاب در این زمان سبب جواز ارتکاب حرام در زمان اول نمی‌شود. البته اگر اکراه‌شونده نگران باشد که بعد از این نتواند درخواست اکراه‌کننده را انجام دهد و گرفتار تهدید او شود، در ابتدای وقت می‌تواند فعل حرام را انجام دهد (همان). اما در احکام وضعی، فرد اول نیز همانند فرد اخیر مورد اکراه است. بنابراین اگر مکروه عقد را در زمان اول انجام دهد، این عقد به‌سبب اکراه اثری ندارد؛ زیرا معیار در رفع اثر عقد یا ایقاع به‌سبب اکراه، انجام عقد به‌منظور گریز از تهدید است و مکروه همین هدف را از انجام عقد در زمان اول دارد. البته این در صورتی است که اکراه‌شونده در زمان اول از برطرف‌شدن اکراه در زمان بعد مأیوس باشد، ولی اگر احتمال از بین رفتن اکراه در زمان‌های بعد را بدهد، انجام عقد یا ایقاع در زمان اول، ارادی و غیراکراهی محسوب می‌شود (همان، ۱/۱۹۰ تا ۱۹۱).

نقد و بررسی: جداکردن احکام تکلیفی و وضعی از یکدیگر توجیهی ندارد؛ زیرا در صورتی که زمان برای انجام موضوع اکراه وسعت داشته باشد، عنوان اکراه بر فرد اول انطباق ندارد، چه موضوع اکراه از احکام تکلیفی باشد و چه از احکام وضعی باشد؛ چراکه ضرر و آسیب با ترک همه افراد جامع به اکراه‌شونده وارد می‌شود و الزامی در انجام موضوع اکراه در زمان اول نیست.

نظریه برگزیده: انطباق مفهوم اکراه بر فرد اخیر: با توجه به اینکه زمان برای انجام موضوع اکراه وسعت دارد، عنوان اکراه بر فرد اول انطباق ندارد، چه موضوع اکراه از احکام تکلیفی باشد و چه از احکام وضعی؛ زیرا الزامی در انجام موضوع اکراه در زمان اول وجود ندارد.

آری، اگر اکراه‌شونده همه افراد جامع را رها کرده باشد و تنها فرد اخیر باقی مانده باشد، در این صورت انجام فرد اخیر تعیین پیدا می‌کند؛ زیرا اگر فرد اخیر را هم انجام ندهد ممکن است از ناحیه اکراه‌کننده به او آسیب برسد. بنابراین اگر کسی را وادار کنند که منزل خود را در روز جمعه یا شنبه بفروشد، در صورتی که اکراه‌شونده منزل خود را در روز جمعه بفروشد، بیع او صحیح است؛ زیرا او منزل خود را با رضایت فروخته است، چه اینکه او می‌توانست بیع را در روز شنبه انجام دهد.

۳.۳. اکراه بدلی در احکام ضمنی

گاهی موضوع اکراه جزء یا قیدی از حکم است؛ برای مثال، (الف) از (ب) با توسل به تهدید می‌خواهد صیغه عقد را در معامله امروز یا معامله روز آینده به‌صورت معتبر واقع نسازد.

مطابق ضوابط اصولی، اصل حکم ساقط می‌شود؛ زیرا هرگاه انجام جزء یا قیدی از حکم ممکن نباشد،



حکم از اساس منتفی می‌شود، چه اینکه وجوب اجزاء از سنخ وجوب ارتباطی است و مکلف با تعذر پیداکردن یک جزء نمی‌تواند تمام اجزا را انجام دهد (شریعت اصفهانی، ۱۲۸).

۴. اکراه بر فرد مردد

گاهی موضوع اکراه فردی است که در بین چند چیز دوران دارد؛ برای مثال، از کسی می‌خواهند یکی از دو همسر خود را طلاق دهد که در این مثال، زوجه به صورت مردد موضوع اکراه است. برخی گفته‌اند اگر اکراه‌شونده از بین دو همسر خود یک همسر را به صورت معین طلاق دهد، طلاق او به صورت صحیح واقع می‌شود؛ زیرا موضوع اکراه، مردد بوده است و او همسر معینی از خود را طلاق داده است (علامه حلی، قواعد الاحکام، ۱۲۲/۳).

اما صحیح این است اکراه بر فرد مردد از نظر ثبوتی نامعقول است، زیرا شیء مردد از نظر اینکه مردد است، ثبوت ذاتی، وجودی و ماهوی ندارد و نمی‌تواند موضوع هیچ وصف حقیقی و اعتباری قرار بگیرد و فقط غافل و کسی که از نعمت عقل و خرد محروم است، این چنین کسی را مورد اکراه قرار می‌دهد؛ زیرا برای هر موجودی ماهیت ویژه‌ای است که آن را از سایر ماهیات متمایز می‌سازد و در وجود نیز هویتی دارد که آن را از سایر هویت‌ها جدا می‌سازد (اصفهانی، نه‌ایة الدرایة، ۲/۲۷۱ تا ۲۷۲). بنابراین فردی که در خارج واقع می‌شود مصداق شیء مردد انگاشته نمی‌شود؛ زیرا یک شیء معین نمی‌تواند با یک شیء مبهم اتحاد وجودی پیدا کند، چه اینکه در این صورت باید شیء معین را مبهم و شیء مبهم را معین فرض کرد که این هم ممکن نیست.

نتیجه‌گیری

یافته‌های این تحقیق عبارت‌اند از: الف. اکراه تخییری بر سه قسم است:

قسم اول. موضوع اکراه، نفس جامع است. در این موارد، اکراه به دو شکل می‌تواند انجام شود: گاهی موضوع اکراه جامع صحیح است که در این موارد هر حصه‌ای از جامع که در خارج تحقق پیدا می‌کند اکراهی است؛ زیرا موضوع اکراه، نفس طبیعت است و افراد طبیعت مورد اکراه قرار نگرفته‌اند؛ ولی درحقیقت فرد همان طبیعت است و گاهی موضوع اکراه جامع صحیح و فاسد است که در این موارد، وصف صحت، تأثیری در اثردارشدن جامع ندارد و در نتیجه جامع اثری ندارد تا اینکه به سبب اکراه رفع شود و چیزی که اثر دارد بیع صحیح است که البته موضوع اکراه قرار ندارد و اکراه نمی‌تواند اثر آن را رفع کند.

قسم دوم. موضوع اکراه دو یا چند فرد به صورت جایگزین است؛ در اکراه بدلی هر فردی به صورت جایگزین موضوع اکراه است و موضوع اکراه عنوانی جامع و انتزاعی است که از آن می‌توان به عنوان (أحدهما)؛ یعنی (یکی از این دو) تعبیر کرد.



اکراه بدلی به دو صورت است: ۱. گاهی موضوع اکراه از احکام استقلالی است که بر دو نوع است: نوع اول، افراد کلی در عرض هم قرار دارند. نوع دوم، افراد کلی در طول هم قرار دارند. ۲. گاهی موضوع اکراه از احکام ضمنی است.

در موردی که دو یا چند چیز به صورت جایگزین و در عرض هم، موضوع اکراه قرار می‌گیرند و اکراه نیز در دایره احکام استقلالی است، مفهوم اکراه بر افراد موضوع انطباق ندارد؛ زیرا موضوع اکراه جامع انتزاعی است و فردی که از سوی اکراه‌شونده انتخاب می‌شود، اکراه نشده است، بلکه او به میل خود فردی را انتخاب و محقق می‌سازد و باتوجه به اینکه موضوع اکراه جامع است و جامع نیز در ضمن یکی از افراد تحقق می‌یابد، اکراه‌شونده ناگزیر باید یکی از دو فرد را انجام دهد و در واقع او در خصوص ایجاد یکی از دو فرد، اضطرار پیدا می‌کند.

اما در موردی که دو یا چند چیز که از نظر وجودی در طول یکدیگر هستند به صورت جایگزین موضوع اکراه قرار می‌گیرند، باتوجه به اینکه زمان برای انجام موضوع اکراه وسعت دارد، مفهوم اکراه بر فرد اول انطباق ندارد و تنها بر فرد اخیر صدق می‌کند، چه موضوع اکراه از احکام تکلیفی باشد و چه از احکام وضعی و در صورت دوم از اکراه بدلی که موضوع اکراه، ترک جزء یا قیدی از حکم است، مطابق قواعد اصولی اصل حکم ساقط می‌شود؛ زیرا هرگاه انجام جزء یا قیدی از واجب ممکن نباشد، حکم از اساس منتفی می‌شود؛ چه اینکه وجوب اجزا از سنخ وجوب ارتباطی است و مکلف با تعدد پیدا کردن یک جزء نمی‌تواند تمام اجزا را انجام دهد.

قسم سوم. موضوع اکراه فرد مردّد است: گاهی موضوع اکراه فردی است که در بین چند چیز مردّد است. صحیح این است که اکراه بر فرد مردّد از نظر ثبوتی نامعقول است؛ زیرا شیء مردّد از نظر اینکه مردّد است، ثبوت ذاتی، وجودی، ماهوی و هویتی ندارد و نمی‌تواند موضوع هیچ وصف، حقیقی و اعتباری قرار بگیرد.

منابع

- ابن اثیر، مبارک‌بن محمد، النهاية فی غریب الحدیث و الأثر، چاپ اول، قم: موسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، بی‌تا.
- ابن فارس، احمد بن فارس، معجم مقاییس اللغة، چاپ اول، قم: دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۰۴ق.
- ابن منظور، محمد بن مکرم، لسان العرب، چاپ سوم، بیروت: دارالفکر، ۱۴۱۴ق.
- اراکي، محمد علی، کتاب البیع، چاپ اول، قم: مؤسسه در راه حق، ۱۴۱۵ق.
- اصفهانى، محمد حسین، حاشیه کتاب المکاسب، چاپ اول، قم: ذوی القربی، ۱۴۱۸ق.
- _____، نهاية الدراية، چاپ دوم، بیروت: آل‌البیت (ع)، ۱۴۲۹ق.
- _____، کتاب المکاسب، چاپ اول، قم: دارالذخائر، ۱۴۱۱ق.
- ایروانی، علی، حاشیه المکاسب، چاپ اول، تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۴۰۶ق.
- بهجت، محمد تقی، مباحث الأصول، چاپ اول، قم: شفق، ۱۳۸۸.



- جوهری، اسماعیل بن حماد، الصحاح، چاپ اول، بیروت: دارالعلم، ۱۴۱۰ق.
- حر عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعة، چاپ اول، قم: آل البيت (ع)، ۱۴۰۹ق.
- حمیری، نشوان بن سعید، شمس العلوم و دواء کلام العرب من الکلوم، چاپ اول، بیروت: دارالفکر، ۱۴۲۰ق.
- خمینی، روح الله، کتاب البیع، چاپ اول، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)، ۱۴۲۱ق.
- خویی، ابوالقاسم، مصباح الأصول، به تقریر سید محمد واعظ بهسودی، چاپ اول، قم: داوری، ۱۴۲۲ق.
- _____، مصباح الفقاهة، به تقریر محمد علی توحیدی، بی جا: بی نا، بی تا.
- راغب اصفهانی، حسین بن محمد، مفردات الفاظ القرآن، چاپ اول، لبنان: دارالعلم، ۱۴۱۲ق.
- شریعت اصفهانی، فتح الله بن محمد جواد، احکام الصلاة، به تقریر محمد حسین سبحانی، چاپ اول، قم: کتابخانه امام امیرالمؤمنین (ع)، ۱۴۰۴ق.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی، مسالک الأفهام إلى تنقیح شرایع الإسلام، چاپ اول، قم: مؤسسه معارف اسلامی، ۱۴۱۳ق.
- صاحب بن عباد، اسماعیل بن عباد، المحيط فی اللغة، چاپ اول، بیروت: عالم الكتاب، ۱۴۱۴ق.
- صاحب جواهر، محمد حسن بن باقر، جواهر الکلام فی شرح شرایع الإسلام، چاپ هفتم، بیروت: دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ق.
- صدر، محمد باقر، بحوث فی علم الأصول، به تقریر سید محمود شاهرودی، چاپ سوم، قم: مؤسسه دایرة المعارف فقه اسلامی، ۱۴۱۷ق.
- علامه حلی، حسن بن یوسف، تحریر الأحکام الشرعية علی مذهب الإمامیة، چاپ اول، مشهد: آل البيت (ع)، بی تا.
- _____، قواعد الاحکام فی معرفة الحلال و الحرام، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ق.
- فراهیدی، خلیل بن احمد، العین، چاپ دوم، قم: نشر هجرت، ۱۴۱۰ق.
- کلینی، محمد بن یعقوب، الکافی، چاپ اول، قم: دارالحديث، ۱۴۲۹ق.
- محقق حلی، جعفر بن حسن، شرایع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام، چاپ دوم، قم: اسماعیلیان، ۱۴۰۸ق.
- مرتضی زبیدی، محمد بن محمد، تاج العروس من جواهر القاموس، چاپ اول، بیروت: دارالفکر، ۱۴۱۴ق.
- مقری، احمد بن محمد، المصباح المنیر، چاپ اول، قم: دارالرضی، بی تا.
- نائینی، محمد حسین، مکاسب و البیع، به تقریر محمد تقی آملی، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ق.
- _____، فوائد الأصول، به تقریر محمد علی کاظمی، چاپ اول، قم: جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۳۷۶.
- _____، منیة الطالب فی حاشیة مکاسب، به تقریر موسی خوانساری، چاپ اول، تهران: المکتبة المحمدیة، ۱۳۷۳ق.
- نصیرالدین طوسی، محمد بن محمد، اساس الاقتباس، تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۳۸۰.



یزدی، محمدکاظم بن عبدالعظیم، حاشیه المکاسب، چاپ دوم، قم: اسماعیلیان، ۱۴۲۱ق.

سال ۵۴ - شماره ۱ - شماره پیاپی ۱۲۸ - بهار ۱۴۰۱، ص ۴۷ - ۶۳	HomePage: https://jfiqh.um.ac.ir/
شاپا چاپی ۹۱۳۹-۲۰۰۸	شاپا الکترونیکی ۳۸۹۲-۲۵۳۸
تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۰۶/۲۹	تاریخ بازنگری: ۱۳۹۹/۰۸/۱۲
نوع مقاله: پژوهشی	DOI: https://doi.org/10.22067/jfiqh.2021.88742

بازخوانی قصاص مادر در برابر قتل فرزند در پرتو مقاصد شریعت

سیده نگین حسن زاده خباز

دانشجوی دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی دانشگاه تربیت مدرس

دکتر سید محمدجواد ساداتی (نویسنده مسئول)

استادیار دانشگاه فردوسی مشهد

Emil:mj.sadati@um.ac.ir

دکتر علی الهی خراسانی

استادیار پژوهشکده مطالعات اسلامی در علوم انسانی دانشگاه فردوسی مشهد

چکیده

با شکل‌گیری ایده نظام‌سازی از طریق فقه، بسیاری از خرده‌نظام‌ها بر مبنای آرای فقهی شکل گرفتند. نظام حقوقی ایران نیز از این قاعده مستثنا نیست. شکل‌گیری حقوقی مبتنی بر اسلام سبب راه‌یابی بسیاری از آرای فقها به حیطة قانون شد. شرط انتفای ابوت از جمله مواردی است که از فقه شیعه به حیطة قانون ورود یافته است. فراگیر بودن قوانین حقوقی به خصوص مقررات کیفری سبب شده است که تحولات و مطالبات اجتماعی، بعضی از آرای فقه سنتی نظیر عدم قصاص پدر و در مقابل قصاص مادر در برابر قتل فرزند را برنتابد. نظریه ایجاد فقهی پویا و همگام با تحولات روز، ظرفیت‌هایی را برای عبور از فقه نص بسند پدید آورده است. مقاصد شریعت، مقتضیات زمان و مکان، و قاعده فقهی عدالت از جمله ظرفیت‌هایی است که امکان پویایی فقه را فراهم کرده است. در این پژوهش با تلاش در استفاده از اصل عدالت به‌عنوان یکی از مقاصد کلان شریعت، وجود تفاوت بین پدر و مادر در اجرای مجازات قصاص مورد بررسی واقع شده است.

واژگان کلیدی: مقاصد شریعت، قصاص مادر، عدالت، نظام‌سازی حقوقی، عدالت عرفی.



HomePage: <https://jfiqh.um.ac.ir/>

Vol. 54, No. 1: Issue 128, Spring 2022, p.47-63

Online ISSN: 2538-3892



Print ISSN: 2008-9139

Receive Date: 19-09-2020

Revise Date: 02-11-2020

Accept Date: 08-12-2020

DOI: <https://doi.org/10.22067/jfu.v53i4.86677>

Article type: Original Research

Restudying the Retaliation of Mother for Murdering Her Child in the Light of the Objectives of Religion

Sayyede Negin Hassan Zadeh Khabbaz

Ph.D. Student of Criminal Law and Criminology, Tarbiat Modares University

Sayyed Mohammad Javad Sadati

Ph.D. Assistant Professor, Ferdowsi University of Mashhad (Corresponding Author)

Email: mj.sadati@um.ac.ir

Ali Elahi Khorasani

Ph.D. Assistant Professor of Institute for Islamic Studies in Humanities, Ferdowsi University of Mashhad

Abstract

With the formation of the idea of systematization through Islamic jurisprudence, many sub-systems were formed based on jurisprudential views. Iranian legal system is no exception to this rule. The formation of laws on the basis of Islam led to the entrance of many jurisprudential views into the realm of law. The condition of the absence of paternity is among the cases entered into the realm of law from Shiite jurisprudence. The universality of positive laws, especially criminal provisions, has made social developments and demands not tolerate certain views of traditional jurisprudence such as non-retaliation of father and on the opposite, retaliation of mother for murdering one's child. The theory of establishing a dynamic jurisprudence that keeps up with the developments of time has created capacities for transition from the text-based jurisprudence to the evidence-based jurisprudence. The objectives of religion, the necessities of time and place and the jurisprudential rule of justice are among the capacities that have provided the possibility of the dynamics of jurisprudence. In this study, through attempting to use the justice principle as one of the major objectives of religion, the difference between father and mother in the execution of retaliation punishment has been examined.

Keywords: Objectives of Religion, Retaliation of Mother, Justice, Legal Systematization, Conventional Justice



مقدمه

شریعت اسلام به مثابه قانون اساسی است که ارزش‌های تغییرناپذیر را برای همه زمان‌ها و همه مکان‌ها ترسیم کرده است. بر مبنای اهداف ترسیم‌شده در قرآن کریم می‌توان همگام با دگرگونی‌های اجتماعی پیش رفت. ارزش‌های تعریف‌شده در شریعت را می‌توان ذیل عنوان مقاصد شریعت یاد کرد. اهدافی نظیر برقراری عدالت، حفظ کرامت انسانی، اهمیت جان و مال و آبروی افراد و... اسلوب‌های کلان تعیین‌شده در شریعت اسلام است که امروزه ذیل حقوق فطری و طبیعی انسان‌ها قرار می‌گیرد.

از آنجاکه قرآن کریم سرخط‌های کلی زندگی را تعیین کرده است، تشریح بسیاری از احکام جزئی برعهده پیامبر اکرم (ص) و امامان معصوم (ع) و فقهای اسلام‌شناس قرار گرفته است. آنان نیز به فراخور اوضاع زمانی و مکانی و مقام رهبری که در جامعه داشتند، به تبیین احکام اسلامی پرداخته‌اند؛ اما نباید فراموش کرد که گاه دگرگونی‌های زندگی اجتماعی با بعضی از احکام فقهی یا تفسیرهای سنتی از احادیث و روایات مغایرت می‌یابند. نمونه‌های متعددی از دگرگونی‌های اجتماعی را می‌توان در حوزه زنان مشاهده کرد. احکامی نظیر تنصیف دیه زن و قصاص مادر در ازای قتل فرزند برخلاف پدر از جمله مباحثی است که جامعه با دیده تردید به آن می‌نگرد. همین تغییرات، سبب شده است قانونگذار در سال ۱۳۹۲ به نوآوری‌هایی نظیر تعیین صندوق خسارات بدنی برای جبران تفاوت دیه زن و مرد اقدام کند. اما در خصوص حکم قصاص مادر به سبب قتل فرزند برخلاف پدر، تغییری در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ صورت نگرفته است.

تفاوت‌گذاری بین پدر و مادر در این مسئله، سبب ایجاد این ذهنیت می‌شود که آنچه باعث معافیت پدر شده، جنسیت او بوده نه نقشی که برای پدر و مادر متصور است. از آنجاکه اهمیت نقش پدر تفاوتی با نقش مادر در خانواده ندارد، عدالت عرفی مادر را هم مشمول این استثنا می‌داند و همان سبب که باعث استثنای پدر از مماثله شده، مادر را نیز مستثنا می‌کند.

بدیهی است از آن‌رو که مجازات قصاص، کیفری قرآنی است، این مقاله درصدد تشکیک در اصل قصاص نبوده؛ بلکه درصدد رفع تبعیض جنسیتی در استثنای قصاص است.

قابلیت‌هایی در فقه شیعه وجود دارد که امکان رفع تردیدهای ایجادشده را فراهم می‌کند. مقاصد شریعت از زمره آن قابلیت‌هاست. عدالت علاوه بر اینکه از مقاصد کلان شریعت است، قاعده فقهی هم به شمار می‌آید و بر دیگر احکام و قواعد فقهی قابلیت حاکمیت دارد؛ به خصوص آنکه با دو مفهوم عدالت تشریحی در مقام قانونگذاری و عدالت صوری در هنگام اجرای احکام روبه‌رو هستیم.

تاکنون پژوهش‌هایی در خصوص مسئله قصاص مادر در قتل فرزند انجام گرفته است. در مقاله‌ای با عنوان «گستره شرط انتفای ابوت در ثبوت قصاص»، محمدجعفر صادق‌پور و عبدالعلی توجهی، از منظر فقهی به نقد و بررسی آرای فقها در این خصوص پرداخته‌اند. همچنین در مقاله «پژوهشی فقهی در مسئله



قصاص مادر در قتل فرزند»، نوشته محمدحسن حائری و مرتضی مرادی گلستانی به این موضوع توجه شده است. در مقاله «الحاق جد پدری و مادر به حکم معافیت پدر از قصاص در قتل عمدی فرزند (مطالعه‌ای فقهی و حقوقی)» نیز ابراهیم قدسی و یاسر یحیی‌زاده به بررسی ادله فقها اهتمام ورزیده‌اند. در خصوص تفاوت‌هایی که بین زن و مرد در مجازات قصاص و دیه وجود دارد، آیت‌الله صانعی در مبحث فاضل دیه در قصاص مرد به علت قتل زن و تفاوت دیه زن و مرد به مسئله عدالت اشاره کرده و این تفاوت‌گذاری را دور از عدالت دانسته‌اند. در خصوص قصاص مادر نیز ایشان به برابری مادر و پدر در عدم قصاص به علت قتل فرزند معتقدند؛ اما اشاره‌ای به اقتضای عدالت در خصوص برابری مادر و پدر نکرده‌اند. لذا در این پژوهش تلاش شده است با رویکردی مقاصدی به مسئله قصاص مادر از منظر مقاصد شریعت و قاعده فقهی عدالت پرداخته شود.^۱

فرضیه مدنظر برای این پژوهش، نبود هماهنگی بین عدالت و مقاصد شریعت با حکم فقهی قصاص مادر در شرایط فعلی است. برای بررسی این فرضیه در گام اول به تبیین مقاصد شریعت پرداخته می‌شود و پس از آن در بخش دوم مقوله عدالت، در خصوص موضوع قصاص مادر تبیین می‌شود.

۱. مقاصد شریعت، راهگشایی در حل مسائل نوظهور

۱.۱. تبیین ماهیت و مفهوم مقاصد شریعت

از باورهای رایج این است که احکام الهی پیر و مصالح و مفاسد واقعی وضع شده است. «تکالیف الشریعة ترجع إلى حفظ مقاصدها فی الخلق» (شاطبی، ۸/۲)، هرآنچه در شریعت الهی به آن امر یا از آن نهی شده است، حلال یا حرام شده است، همگی به منظور نیل به مقصودی بوده است؛ زیرا خداوند هیچ چیز را عبث و بدون هدف خلق نمی‌کند (سادات افقهی، ۲۰). در فقه شیعه قسمتی از آیات و روایات به بیان حکم وضعی می‌پردازند و مستند فقیه در فتوا قرار می‌گیرند و قسمت دیگری از آیات و روایات به بیان مقاصد شریعت می‌پردازند و حکمت حکمی را بیان می‌کنند (علی دوست، ۱۲۶).

فقه‌های شیعه با این تفکر که مصالح موجود احکام، مخفی و پنهان است و عقل توان رسیدن و فهم آن را ندارد، کمتر به فکر کشف مصالح و ملاکات احکام افتادند (الهی خراسانی، جستارهایی در مقاصد شریعت، ۱۳). این در حالی است که گاه فقیه تنها به ظاهر ادله توجه می‌کند و از توجه به مقاصد شریعت غفلت

۱. آیت‌الله صانعی در استفتانات قضایی خود در خصوص عدم قصاص مادر و پدر در برابر قتل فرزند بیان کرده‌اند: «باتوجه به الغای خصوصیت از والد و تنقیح مناط به نظر عرف و اینکه معیار، ولادت و دخالت در پیدایش و سبب‌بودن در به دنیا آمدن فرزند است و اینکه حقوق مادر و رعایت جنبه عاطفی و ترحم به او زیادتر از پدر است و اینکه هر چند حیات معلول قصاص است؛ اما عفو و قصاص نکردن هم خیر است و اینکه در دماء باید احتیاط کرد و به اینکه با فرض اتفاق علمای عامه از آن‌هایی که قائل به عدم قصاص والد به ولد هستند، به عدم قصاص مادر و رد نکردن آن (ع) و سؤال نکردن محدثین هم از مسئله، با فرض اینکه از قصاص فرزند به قتل مادر سؤال شده، همه و همه اگر اقربانیت عدم قصاص مادر را ثابت نکنند، حداقل از اینکه منشأ شبهه است و عدم قصاص خالی از وجه نمی‌باشد و عمومات و اطلاعات قصاص با وجوه مذکوره و تراکم ظنون که حجیتش نزد عقلا بعید نمی‌باشد، تخصیص و تقیید می‌خورد» (صانعی، استفتانات قضایی، ۱۷۵ تا ۱۷۴).



می‌ورزد؛ نتیجه این می‌شود که از تأمین اهداف کلی شارع باز می‌ماند. حال آنکه مجتهد در مقام دستیابی و استنباط احکام، به نام شارع فتوا می‌دهد؛ به همین دلیل لازم است که در گام اول به مقاصد و اهداف شارع توجه داشته باشد (سادات‌افقهی، ۷۸).

در خصوص اهمیت توجه‌داشتن به مقاصد شریعت، معتقدان به دین سیستمی و استراتژیک بیان می‌کنند: «شرط اول اجتهاد، فهم کامل مقاصد شریعت است و شرط دوم، توانایی استنباط از منابع بر اساس این فهم است» (واسطی، ۱۲۴). در نگاه آنان انسان می‌تواند با پی‌بردن به مقاصد شریعت نایب پیامبر شود. به همین دلیل نیاز است که به نتایج عملی فتوا و آثاری که آن فتوا در زندگی فردی و جمعی دارد، توجه شود. این توجه به آثار فتوا تنها محدود به زمان صدور فتوا و محیط حاکم بر آن فتوا نیست؛ بلکه توجه به کیفیت اثرگذاری فتوا و بازتاب فتوا در محور زمان و گستره مکان اهمیت دارد. طبق این دیدگاه، فقیه باید به فهمی رسیده باشد که بتواند روح مردم و استعداد و قدرت پذیرش تکالیف توسط مردم را تشخیص دهد و برای آن اهمیت قائل شود (همان).

ریسونی در تعریف مقاصد شریعت گفته است اهدافی است که شریعت به منظور تحقق آن‌ها وضع شده است تا مصلحت عامه حفظ شود (ریسونی، نظریة المقاصد عند الامام الشاطبی، ۷). دسته‌بندی‌های مختلفی در کتب گوناگون از مقاصد شریعت ارائه شده است که به صورت مختصر به آن‌ها اشاره می‌شود:

دسته‌بندی اول، تقسیم اهداف و مقاصد به دو دسته کلان و خرد است: مقاصد کلان که هدف از ارسال رسل و ابلاغ شرایع است و آیاتی نظیر «وَمَا خَلَقْنَا السَّمَاءَ وَالْأَرْضَ وَمَا بَيْنَهُمَا لَاعِبِينَ» (انبیاء: ۱۶)؛ «وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ» (انبیاء: ۱۰۷) به هدف از ارسال رسل و خلقت پرداخته شده است که از جمله مقاصد کلی دین هستند (احمدی ابهری، ۸۱).

دسته دیگر از اهداف، خرد هستند که مقاصد شارع در احکام شرعی را بیان می‌کنند. تمامی احکام و تعلیمات دین در راستای هدف کلی دین و در پی تأمین عدالت، سعادت، تکامل و پیشرفت بشر وضع شده‌اند و ابزار رسیدن به اهداف کلان هستند. در دسته اهداف خرد، استنباط و اجتهاد و برداشت فقها از دین نباید با اهداف کلی دین یا اهداف شارع در وضع احکام شرعی مغایر باشد؛ زیرا دورشدن از مقاصد ترسیم شده توسط شارع را سبب نزول بلائی آسمانی می‌دانند و در حدیث ابی ولاد امام صادق فرمودند: «فی مثل هذا القضاء و شبهه تجسب السماء ماءها و تمنع الأرض برکاتها» (همان، ۸۱ تا ۸۲).

تقسیم دیگری که از مقاصد انجام شده است، طبقه‌بندی‌ای است که غزالی ارائه کرده است. غزالی مقاصد را به ضروریات و حاجیات و تحسینات تقسیم کرده است: ضروریات شامل پنج هدف حفظ دین، جان، عقل، نسل و مال است. این دسته از احکام فقهی سبب حفظ امور حیاتی زندگی می‌شوند و حیات انسان بر آن‌ها متوقف است و از جمله مصالح ضروری به شمار می‌آیند (ریسونی، مقاصد المقاصد، ۷۴)؛



شاطبی، ۸/۲ تا ۱۰).

مقاصد حاجیات در حد ضروریات نیستند، اما مردم از این حاجیات نیز بی‌نیاز نیستند و معیار نیز، نیاز مردم به آن‌ها برای سامان‌دادن به زندگی‌شان است. فایده و کارایی حاجیات، در برطرف کردن عسر و سختی و فراهم کردن گشایش و آسودگی است. درست است که این مقاصد در زمره ضروریات نیستند، اما گاه احتیاج به آن‌ها به گونه‌ای می‌شود که در صورت نبودن آن‌ها، جامعه دچار خلأ و کاستی و هرج و مرج می‌شود. در این فرض با آن‌ها مانند ضروریات برخورد می‌شود. به طور کلی می‌توان بیان کرد هرآنچه که انسان برای گسترش زندگی و رفع سختی و مشقت به آن نیاز دارد، در دسته حاجیات قرار می‌گیرد (ریسونی، مقاصد المقاصد، ۷۵؛ شاطبی، ۱۰/۲). تحسینیات نیز در زمره مکارم اخلاقی و محاسن عادات می‌گنجد (همان، ۱۱/۲).

در یک تقسیم‌بندی دیگر، مقاصد به دو دسته عام و خاص تقسیم می‌شوند: مقاصد عام به همه مردم باز می‌گردد و قرآن برای بیان آن‌ها به مردم نازل شده است؛ مانند هدایت دینی و دنیایی مردم، تزکیه، عدل و مساوات که مستند به آیه «اعْدِلُوا هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى» (مانده: ۸)، یکی از غایت‌های شریعت هستند. یکی از ویژگی‌های مقاصد عام این است که هیچ اصلی نمی‌تواند اصل دیگر را از میدان به در کند. در مقابل نفع و فایده مقاصد خاص، برخی از مردم را در بر می‌گیرد؛ مانند قاعده‌درا (ریسونی، مقاصد المقاصد ۱۰؛ سادات افقهی، ۴۴). در قرآن نیز به این مقاصد عام اشاره شده است.

۲.۱. نقش مقاصد شریعت در فرایند استنباط حکم

پس از تبیین ماهیت مقاصد شریعت، ضروری است به چگونگی کارکرد مقاصد در فرایند استنباط حکم پرداخته شود.

۱. مقاصد شریعت و حکومت بر سایر احکام شرعی: مقاصد شریعت قابلیت این را دارند که مانند قاعده لاضرر بر سایر احکام شرعی حاکم شوند و آن‌ها را با مفاد خود که دلیل حاکم است، سازگار کنند. اغراض شارع این قابلیت را دارند که در فرایند استنباط به کار گرفته شوند و در مواقعی که حکمی با مقاصد شارع هماهنگ نیست، با کمک مقاصد در روند استنباط بازبینی کرد (الهی خراسانی، جستارهایی در مقاصد شریعت، ۳۸).

۲. مقاصد شریعت یاری‌دهنده در استنباط مسائل نوظهور: تحولاتی که در عرصه‌های گوناگون زندگی انسان به وقوع می‌پیوندد، شمولیت هدایت دین نوین اسلام را یادآوری می‌کند. باور عمومی بر این است که دین اسلام فرا زمانی بوده و برای تمام زوایای زندگی انسان دارای برنامه است؛ لذا موضوعی خالی از حکم فقهی نمی‌توان متصور شد. در این میان شناخت مقاصد و اغراض شارع می‌تواند یاری‌دهنده در جهت استنباط مسائل نوپدید واقع شود (همان، ۳۹).

۳. فهم صحیح نصوص دینی در سایه توجه به مقاصد شریعت: در مقام فهم نصوص دینی که مبین



حکم هستند می‌توان از مقاصد بهره برد و علاوه بر توجه به دلالت واژگان، به قرائن حالیه و مقالیه و مقاصد و اهداف شریعت نیز پرداخت. این امکان وجود دارد که باتوجه به اهداف شارع، فهمی کامل‌تر از دلالت واژگان شکل گیرد (همان، ۴۰).

۴. مقاصد شریعت به‌مثابه شرط حجیت خبر: در حجیت خبر، تنها توجه به اعتبار سند راهگشا نیست، بلکه مضمون خبر نیز باید با کتاب و سنت سازگاری یا توافق روحی داشته باشد. در ارزیابی موافقت خبر با کتاب و سنت، اغراض شارع نقشی بی‌بدیل ایفا می‌کند و سبب می‌شود که از طریق متن به نقد و بررسی سند نیز پرداخت (همان، ۴۱).

۵. مقاصد شریعت، ملاک تشخیص اهم و حل تعارض: احکام فقهی دربرگیرنده مصالح و مفاسدی هستند که آن‌ها در یک طیف و درجه نیستند، به همین دلیل است که بحث «اهم و مهم» مطرح می‌شود. با استفاده از بحث مقاصد شریعت می‌توان به تشخیص اهم رسید (همان)؛ هرچند که میان مقاصد ضروری نیز اولویت‌بندی وجود دارد. به این ترتیب که حفظ دین بر حفظ نفس تقدم دارد. حفظ نفس بر حفظ عقل و حفظ عقل بر حفظ عرض تقدم دارد و پس از آن حفظ عرض بر حفظ مال مقدم است. همچنین، ضروریات بر حاجیات و حاجیات بر تحسینات مقدم است (سبحانی تبریزی، ۳۵۵).

از میان فقها، شهید صدر و آیت‌الله سیستانی در آرای خود تا حدودی به پارادایم مقاصد شریعت نزدیک شدند، اما آن را به‌عنوان ابزاری دارای حجیت در هنگام استنباط به کار نگرفتند و حتی کلمه مقاصد را هم به کار نمی‌گرفتند. شهید صدر در مقام نظام‌سازی، عدالت را ارزش اجتماعی مهمی تلقی می‌کند که اسلام بر آن تأکید ورزیده است. برای مثال در خرده‌نظامی نظیر اقتصاد، هنگامی که فقه به‌عنوان بازگوکننده شریعت، به برپایی خرده‌نظامی اقتصادی مبتنی بر اسلام اقدام می‌کند، عدالت اجتماعی که از ارزش‌های پررنگ در اسلام است، اهمیت می‌یابد. لذا در مقام مکتب‌سازی، اقتصادی اسلامی شکل می‌گیرد که ارزش‌ها، هنجارها، باید و نبایدهای آن بر محور برقراری و رعایت عدالت اجتماعی تمرکز می‌یابد (الهی خراسانی، جستارهایی در مقاصد شریعت، ۲۲).

شهید صدر به‌رغم توجهش به عدالت به‌مثابه هدف شریعت، در استنباط‌های خود، اهداف شریعت را دخالت نمی‌دهد و تنها در مقام نظام‌سازی و فقه حکومتی، سعی در نزدیک شدن به این هدف دارد.

آیت‌الله سیستانی نیز قرآن را به‌مثابه قانون اساسی در نظر می‌گیرند که ترسیم‌کننده ارزش‌های متعالی نظیر عدالت، کرامت، احسان است. در نگاه ایشان ابتدا باید روایات و نصوص را با این اهداف و ارزش‌هایی که قرآن تبیین کرده است، سنجید. اگر با این ارزش و روح شریعت توافق داشت، قابل اتکا هستند. این عرضه روایات و احادیث به قرآن را ایشان توافقی روحی در نظر می‌گیرند که اگر روایات و احادیث با روح شریعت موافق بود، قابل اعتناست (همان، ۲۶ تا ۲۷).



آیت‌الله شمس‌الدین که فقهی مقاصدی شناخته شده است، مقاصد شریعت را در مقام استنباط حکم شرعی دارای حجیت می‌داند. ایشان غلبه نگاه فردی را از نواقص فقه و اصول فقه شیعه می‌داند و معتقدند باید نگاهی جامع و کامل به کل فقه داشته باشیم (همان، ۲۸ تا ۲۹).

برای مقاصد شریعت حتی می‌توان نقش حکومت بر سایر احکام فقهی را در نظر گرفت. می‌توان این نگاه را به مقاصد داشت که هرگاه مسئله‌ای مطرح شد که با اهداف شریعت در تضاد بود، امکان آن باشد که در رأی و استنباط خود تجدید نظر کرد. همچنین، از آنجاکه در حوزه مسائل اجتماعی که عموماً مرتبط با ساحت توصلی هستند نه تعبدی، مسائل نوظهور مطرح می‌شوند، می‌توان از مقاصد شریعت در خصوص پیدا کردن حکم شرعی یاری جست (همان، ۳۸ تا ۳۹).

در این پژوهش تلاش شده است مقاصد شریعت را در فرایند استنباط حکم پذیرفت، به این صورت که حفظ نفس و اقامه عدالت دو غرض مهم شارع است که برای حفظ نفس، مجازات قصاص را تبیین کرده است. باید در نظر داشت که این مجازات وسیله‌ای برای رسیدن به غرض شارع بوده است؛ لذا خود نباید با هدف دیگر شریعت که عدالت است، تضاد پیدا کند. به همین دلیل هرگاه که در مقام استنباط حکم، نتیجه حکم در تضاد با عدالت باشد، باید این امکان باشد که از آن حکم چشم‌پوشی کرد و حکمی موافق با اغراض شارع استنباط کرد. آنچه مقصود این پژوهش است، لحاظ کردن مقاصد شریعت در استنباط احکام است؛ نظیر آنچه آیت‌الله شمس‌الدین به آن باور دارند.

۲. رهاورد مقاصد شریعت در قاعده فقهی لایقاد الوالد بقتل ولده

۱.۲. مقاصد کیفری شریعت

علاوه بر مقاصد کلان ترسیم شده توسط قرآن کریم، در حوزه حقوق کیفری، شماری از مقاصد وجود دارد که اجرای مجازات‌ها با هدف رسیدن به آن مقاصد بوده است:

۱.۱.۲. **تطهیر بزهکار:** از آنجاکه ارتکاب جرم نقطه‌ای تاریک در قلب انسان مؤمن است، مجازات خاصیت پاک‌کنندگی دارد و مجرمان بعد از پشیمانی از انجام گناه از پیامبر و امامان معصوم در خواست طهرنی داشتند. بازگذاشتن راه توبه نیز به دلیل اهمیت اصلاح و تربیت بزهکار است. اگر مجرمی با توبه به تطهیر رسید و اصلاح شد، کیفر نیز بر پایه آیات قرآن مجید ساقط می‌شود. امکان ساقط شدن کیفر به وسیله توبه بیانگر این امر است که آنچه هدف از مجازات بوده اصلاح و تربیت و تطهیر مجرم است. اگر مجرمی بدون کیفر، خود اصلاح شد و از عمل خود پشیمان شد؛ می‌توان از اجرای بعضی کیفرها که حق الناس را پایمال نمی‌کند، دست کشید (احمدی ابهری، ۹۳ تا ۱۰۰؛ نوبهار، ۱۰۸ تا ۱۰۹).

۲.۱.۲. **بازدارندگی از ارتکاب جرم:** اینکه در اجرای بعضی کیفرها توصیه شده است که جمعی از مردم حضور داشته باشند، دلالت بر توجه به بازدارندگی کیفر دارد. در واقع با این تدبیر که در مجازاتی مانند



زنا در نظر گرفته شده است، بر بازدارندگی عام کیفر تأکید شده است. همچنین مجازاتی نظیر تشهیر نیز با هدف تقویت بازدارندگی از جرم پیش‌بینی شده است (همان، ۱۱۸ تا ۱۲۰).

۳.۱.۲. اجرا و احیای عدالت: یکی از تصریحات اسلام در حوزه مسائل اجتماعی تأکید بر برپایی قسط و عدل است. در هر فرمان الهی، رعایت عدالت از مسائل توصیه شده است. لزوم اجرای عدالت بر عرصه مجازات نیز سایه افکنده است. نمونه بارز اجرای عدالت را می‌توان در مجازات قصاص مشاهده کرد. عدالت به مثابه بارانی است که وجود آن لازمه حیات است (همان، ۹۹).

تأکیدی که بر وجود مماثلت در قصاص وجود دارد و آیات قرآن که بر اقامه عدل و احسان تأکید دارند، نشانی است از اهمیت اجرای عدالت. همان طور که در قرآن کریم آورده شده است: «وَيَسْتَجِئُونَكَ بِالْحَيَّةِ قَبْلَ الْحَسَنَةِ وَقَدْ خَلَتْ مِنْ قَبْلِهِمُ الْمَثَلَاتُ...» (رعد: ۶)، «وَتَمَّتْ كَلِمَتُ رَبِّكَ صِدْقًا وَعَدْلًا لَا مُبَدَّلَ لِكَلِمَاتِهِ وَهُوَ السَّمِيعُ الْعَلِيمُ» (انعام: ۱۱۵)، «وَأَنَّ اللَّهَ لَيْسَ بِظَلَّامٍ لِلْعَبِيدِ» (انفال: ۵۱)، «وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ...» (مائدة: ۴۵)، نمودهایی از اهمیت اجرای عدالت در واکنش به جرم است. بر این مبنا آنچه از قرآن کریم به دست می‌آید عمومیت اجرای قصاص برای هر قتل عمدی است و در این میان تفاوتی ندارد که قاتل پدر باشد یا مادر یا بیگانه. حتی گاه به نظر می‌رسد، اگر قتل از جانب والدین که وظیفه حراست و حفاظت از فرزند را برعهده دارند صورت گیرد، وجدان جمعی، این عمل آن‌ها را بیشتر تقبیح کرده و بر لزوم اجرای قصاص بیشتر تأکید می‌کند؛ اما هنگامی که فقها در مقام استنباط با روایاتی نظیر أنت و مالک لأبیک و لایقاد الوالد بقتله ولده مواجه می‌شوند و به این حکم می‌رسند که پدر از قصاص معاف است، جانب دیگر امر مادر است که در عرف جایگاهی برابر با پدر دارد و حتی بر لزوم احترام به مادر تأکید بیشتر صورت گرفته است. در این مواقع به نظر می‌رسد عدالت حکم می‌کند که صرفاً پدر به دلیل مردبودنش استثنا نشود و مادر نیز استثنا شود و جنسیت دخالت نداشته باشد.

۴.۱.۲. جبران خسارت ناشی از جرم: رسیدگی به بزه‌دیدگان و زیان‌دیدگان ناشی از جرم، هدف احکام جزائی بوده است (احمدی ابهری، ۹۳ تا ۱۰۰). توجهی که اسلام به حق الناس داشته است به گونه‌ای است که توبه نمی‌تواند مسقط حق الناس واقع شود. در نظر گرفتن دیه و اینکه در جرمی نظیر قذف، بزه‌دیده حق انتخاب میان کیفر یا گذشت را دارد، همگی حکایت از اهمیت جبران خسارت به‌عنوان یکی از مقاصد کیفری شریعت دارد (نوبهار، ۱۲۲).

غرض از طرح مقاصد کیفری شریعت این است که تمام مجازات‌ها ابزاری در راستاری تحقق این اغراض هستند. «ابزار نسبت به مقاصد ارزش ذاتی نداشته و تابع مقاصد است» و «رعایت مقاصد مقدم بر رعایت وسایل است» (فلاحی، ص ۷۵). به همین دلیل در اجرای هیچ‌یک از مجازات‌ها نباید زمینه نقض



اهداف شارع فراهم شود. بر این مبنا، اگر غرض شارع از قصاص، حفظ نفس است نباید پدر یا مادر را از آن معاف کرد. اگر این معافیت در خصوص پدر صورت گرفت نباید با تأثیر دادن جنسیت خلاف آنچه شارع در خصوص برابری زن و مرد در نظر داشته عمل کرد.

۲.۲. بررسی حکم فقهی قصاص مادر از منظر عدالت

در فقه کیفری شاهد روایات زیادی هستیم که دلالت بر عدم قصاص پدر در برابر قتل فرزند هست. روایاتی مانند: «لایقباد والد بولده، ویقتل الولد إذا قتل والده عمداً»؛ «سألته عن الرجل یقتل ابنه، أیقتل به؟ قال: لا»؛ «لایقتل الرجل بولده إذا قتله، ویقتل الولد بوالده إذا قتل والده»؛ «لایقتل الوالد بولده، ویقتل الولد بوالده، ولایرث الرجل الرجل إذا قتله وإن کان خطأ»؛ «لایقتل الاب بابنه إذا قتله، ویقتل الابن بأبيه إذا قتل أباه» (حر عاملی، ۷۷/۲۹).

بر مبنای این روایات، بین فقهای شیعه اختلافی وجود ندارد که اگر پدر و جد پدری، فرزند خود را بکشند قصاص نخواهند شد و فقط آن‌ها از عموماً آیات قصاص مستثنا هستند و اگر مادر فرزند خود را بکشد قصاص خواهد شد. شهید ثانی بر این باور است که اگر پدر، فرزند خود را به قتل برساند، قصاص نخواهد شد و فرزند اعم است از پسر یا دختر. همچنین، اگر پدر کافر باشد باز هم برای قتل فرزند خود قصاص نخواهد شد (شهید ثانی، ۶۴/۱۰). در خصوص عدم قصاص پدر، اختلافی در بین فقهای شیعه وجود ندارد. شیخ طوسی راجع به شرط انتفای ابوت بیان داشته است که والد در قبال قتل فرزندش قصاص نمی‌شود، به دلیل اجماع و روایات؛ اما مادر قصاص می‌شود (۱۵۱/۵ تا ۱۵۲).

صاحب جواهر نیز اعلام داشته است که پدر و جد پدری در صورت قتل فرزند قصاص نمی‌شوند و در این خصوص ادعای اجماع داشته است؛ لذا باید کفارة جمع پردازند و به سایر اولیای دم، دیه پرداخت شود و تعزیر شود. در خصوص تعزیر پس از اینکه نظر حاکم را در خصوص تعزیر می‌پذیرد با استناد به روایت اعلام می‌کند که در روایت، ضربه شدید و نفی از محل اقامت آورده شده است (۱۶۹/۴۲).

آیت‌الله خوئی نیز در کتاب مبانی تکملة المنهاج یکی از شرایط قصاص را انتفای ابوت دانسته‌اند. ایشان بیان داشته‌اند که پدر، قاتل مقتول نباشد و اگر پدر فرزند خود را بکشد، قصاص نخواهد شد (۸۶/۲). سید علی طباطبائی هم در ریاض المسائل به بیان این امر پرداخته و مسئله عدم قصاص پدر در قبال قتل فرزند را مورد اجماع فقها دانسته است و در خصوص مادر و سایر اقارب، قائل به اجرای عموماً آیه قصاص هستند (۲۵۰ تا ۲۴۹/۱۶). البته در بین فقها تنها ابن‌جنید اسکافی و آیت‌الله صانعی معتقد به عدم قصاص مادر در برابر قتل فرزند هستند (اسکافی، ۳۶۹؛ صانعی، استفتائات قضایی، ۱۷۴).

بنابراین فقهای شیعه به اتفاق همگی معتقد به عدم قصاص پدر در قبال قتل فرزند و قصاص مادر در برابر قتل فرزند هستند. ماده ۳۰۱ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ در مقام بیان شرایط عمومی قصاص به



شرط انتفای ابوت اشاره داشته و مطرح کرده است که «قصاص در صورتی ثابت می‌شود که مرتکب، پدر یا از اجداد پدری مجنی علیه نباشد و مجنی علیه، عاقل و در دین با مرتکب مساوی باشد».

این تفاوت‌گذاری بین مادر و پدر در حالی صورت گرفته است که ظرفیت‌هایی در متون کیفری شرعی وجود دارد که با تکیه بر آن‌ها فقیه می‌تواند به فهمی برابر در خصوص مادر نیز دست یابد. این مسئله که مادر نیز از والدین به شمار می‌آید، مادر نظیر پدر و حتی بیش از وی در ولادت فرزند نقش داشته است، شبهه دانه همان طور که درباره پدر جاری است درباره مادر هم جریان دارد. اینکه در نسبت بر و نیکی به والدین، مادر بر پدر اولویت دارد، احتیاط در دماء و...، همه و همه در شمار ظرفیت‌هایی هستند که فقیه می‌تواند با تکیه بر آن‌ها به فهمی برابر میان پدر و مادر در خصوص قتل فرزند دست یابد (حائری، ۹۷ تا ۹۸).

از این ظرفیت‌ها هم که چشم‌پوشی کنیم، بر مبنای عدالت که یکی از مقاصد کلان شریعت است، عادلانه نیست که پدر مجاز به قتل فرزند باشد، اما مادر که همسان با پدر در به‌وجود آمدن فرزند نقش داشته است از این معافیت برخوردار نباشد. در توضیح تأثیر عدالت در خصوص این مسئله باید بیان کنیم که «عدالت اساساً یک مفهوم عرفی و عقلایی است». در این نوع نگاه، عدالت‌گرایی فطری در وجود انسان است. بشر فطرتاً گرایش به عدالت دارد، عدالت را نیکو می‌داند و از ظلم دوری می‌جوید. همچنین مطابق با این رویکرد، عدالت بیش از آنکه مبتنی بر شریعت باشد، حاصل توافق اعضای جامعه است که در هر عصر می‌تواند مصداق عدالت و ظلم تغییر یابد. عدالت عرفی حاصل توافق جامعه است که باید در اموری از قبیل قانونگذاری نمود یابد. این شکل از مواجهه با مقوله عدالت، معتبر دانستن ارتکاز عقلای جامعه است. در این نوع نگاه، ما شاهد تأثیر فهم عصری فهمندگان از مفهوم عدالت هستیم (الهی خراسانی، قاعده فقهی عدالت، ۱۰۹ تا ۱۱۰). حسن عدالت، برترین قضیه عقلی است؛ اما عدالت به‌حمله شایع و مصداق‌یابی آن برعهده عرف قانونی و عرف کارشناسی است.

برای اثبات عصری بودن فهم فهمندگان از عدالت خوب است که به دو نمونه از آرای فقهی مراجعه کنیم: در خصوص قصاص مرد به‌دلیل قتل زن در رسائل الشریف المرتضی آورده شده است که به‌دلیل بالاتر بودن ارزش مرد نسبت به زن، اگر اولیای دم زن خواهان قصاص مرد باشند، باید فاضل دیه را بپردازند؛ زیرا این حکم موافق با عدل است. در واقع فهم عصری فهمندگان دوره گذشته بر این بوده است که چون ارزش وجودی مرد بیش از زن است حال که برای قتل زن با ارزش وجودی کمتر می‌خواهیم مردی را با ارزش وجودی بیشتر قصاص کنیم، عدالت حکم می‌کند که اولیای دم زن، فاضل دیه را بپردازند (علم‌الهدی، ۱/۲۵۳)؛ اما در دوره‌ای دیگر فهم عصری فهمندگان به این شکل در می‌آید که پرداخت فاضل دیه از سوی کسی که دختر خود را از دست داده است، نوعی ظلم است. ظلم است که هم فردی را از دست بدهند و هم برای احقاق حق و اجرای مجازات مجبور به پرداخت فاضل دیه باشند و این نوع حکم را در تضاد با آیه «وَمَا



رَبُّكَ بِظُلْمٍ لِّلْعَبِيدِ» (فصلت: ۴۶) دانسته‌اند (صانعی، فقه و زندگی، ۶۰).

این نوع نگاه راجع به عدم قصاص پدر و قصاص مادر نیز وجود دارد. فهم عصری فهمندگان بر این بوده است که قصاص پدر به دلیل نقش حقوقی و ولایتی که بر فرزند دارد پررنگ‌تر از مادر است، لذا نباید قصاص شود؛ اما امروزه فرزندکشی‌هایی که در جامعه رخ داده است و موضع‌گیری جامعه در خصوص عدم قصاص پدر، این را ثابت کرد که عدم قصاص پدر و در مقابل قصاص مادر نوعی ظلم به مقام مادری است که مانند پدر در به‌وجود آمدن و رشد یافتن فرزند نقش داشته و حتی توصیه‌های فراوان بر لزوم حفظ مقام و جایگاه مادر شده است.

آنچه در خصوص عدم قصاص مادر گفتیم را نباید این‌گونه پنداشت که مقصود این مقاله عدالت به‌عنوان مقاصد شریعت نیست، بلکه تساوی بین پدر و مادر است؛ مقصود تساوی نیست. به این دلیل که اگر عدالت را در برابر ظلم قرار دهیم و شرایط فردی را در برقراری عدالت لحاظ کنیم، شرایط مادر با پدر به یک شکل است. همان قدر که پدر در ایجاد و رشد فرزند نقش دارد، مادر هم مؤثر بوده است؛ لذا تفاوت‌گذاری بین این دو، نوعی ظلم است.

ممکن است این تصور ایجاد شود که آنچه در احکام فقهی متفاوت وجود دارد، منطبق با عدالت است؛ زیرا خداوند در مقام تشریع به عدل و انصاف حکم می‌کند و عقل ما از دریافت عادلانه بودن این حکم ناتوان است. اما در پاسخ به این سوال آیت‌الله صانعی بیان کرده‌اند: «در مقام اثبات و شناسایی حکم الهی و استنباط آن از ادله ظنی، که معظم فقه بر آن تکیه دارد، چنین نخواهد بود؛ بلکه باید این حکم مستخرج از ادله ظنی با ظواهر قرآن ناسازگار نباشد» (همو، همان، ۵۵). در دیدگاهی درست‌تر، ملاک رجوع به قرآن، ظواهر آن نیست؛ بلکه روح قرآن و اهداف و مقاصد آن است که در حقیقت قرآن بسان قانون اساسی است که تفصیل آن یعنی سنت و هر حکم شرعی و مواد قانونی باید سازگار با قانون اساسی باشد.

باتوجه به نظریه توافقی روحی که توسط آیت‌الله سیستانی مطرح شده است، روایات و احادیث باید به قرآن عرضه شوند. در مقام عرضه روایاتی که پدر را قابل قصاص نمی‌دانند و به تبع آن روایات، حکم امکان قصاص مادر توسط فقیه ایجاد شده است، ما شاهد هستیم که قرآن کریم زن و مرد را در خلقت برابر دانسته و معیار برتری را تنها تفرق قرار داده است. همچنین، روایات با آیاتی که بر لزوم عدالت تأکید دارد در تضاد است. طبق مطالب گفته شده در بخش اول، استنباط و اجتهاد و برداشت فقها از دین نباید با اهداف کلی دین یا اهداف شارع در وضع احکام شرعی مغایر باشد. اینکه فقها در مقام بیان حکم شرعی فقط معافیت پدر را از روایات برداشت کرده‌اند و مادر را قابل قصاص می‌دانند با هدف کلان شریعت که برابری زن و مرد و لزوم دوری جستن از ظلم است، مغایرت دارد. همچنین گفتیم که مقاصد شریعت این قابلیت را دارند که بر سایر احکام حکومت کنند؛ بنابراین، اگر بر مبنای عدالت توافقی این احکام منطبق با عدالت دانسته نشوند،



باید بر مبنای حاکمیت عدالت به‌عنوان یک قاعده فقهی فراگیر و یکی از مقاصد کلان شریعت، از آن احکام ایجادکننده تمایز دست کشید. بر اساس قاعده فقهی عدالت و همچنین از منظر مقاصد شریعت نباید در مقام استنباط یا اجرای حکم، خلاف عدالت، استنباط یا اجرا کرد (الهی خراسانی، قاعده فقهی عدالت، ۲۰). به این دلیل که عدالت مانند قاعده لاضرر توان اجرا شدن و حاکم بودن بر تمام ابواب فقهی را دارد. بر این مبنای، در گذشته قواعد یا احکام فقهی که پدر را قابل قصاص نمی‌دانست، عادلانه به نظر می‌رسید. به این دلیل که عملاً تمام نقش‌های مهم و حیاتی در زندگی برعهده مرد قرار داشت. پدر بر فرزند ولایت داشت و بر این مبنای قصاص پدر در برابر قتل فرزند عادلانه به نظر نمی‌رسید. در این روزگار که تاحدودی نگاه اکثریت جامعه به‌سوی تساوی جایگاه پدر و مادر است، هم پدر و هم مادر در سرنوشت و پرورش فرزند مؤثر قلمداد می‌شوند، حتی بر اساس گزارش سازمان ملل در سال ۱۹۹۵، یک‌چهارم خانواده‌ها در سرتاسر دنیا به‌وسیله زنان اداره می‌شوند و سطح فکری و توانایی زنان در مقایسه با گذشته بهبود یافته است (مهرپور، ۲۷۷). لذا در زمان پیامبر و ائمه معصوم، قصاص مادر و عدم قصاص پدر ناعادلانه محسوب نمی‌شد و به دنبال آن احکام فقها مبنی بر قصاص مادر نیز منطبق با مصداق عدالت بود، اما مفهوم عصری فهمندگان این دوره، قصاص مادر را نوعی اجحاف قلمداد می‌کند. پس بر مبنای قاعده فراگیر عدالت و ارزش کلان شریعت باید بتوان از اجرای این تمایزگذاری دست کشید. دلیل مخالف بودن قصاص مادر، در مفهوم عدالت تشریحی و عدالت صوری نهفته است. منظور از عدالت تشریحی، برابری و عدالت در قانونگذاری است. منظور از عدالت صوری هم، برابری همگان در اجرای قانون است. اگر توجیه عدم قصاص پدر این است که به دلیل محبت و رابطه عاطفی که با فرزند دارد، سوءنیت لازم برای ارتکاب قلمداد نمی‌شود، این توجیه درباره مادر نیز وجود دارد؛ بلکه توصیه‌هایی که در خصوص مقام مادر شده است کمتر از پدر نیز نیست. به همین دلیل در مقام قانونگذاری و اجرا از آنجا که وضعیت هر دو نفر یکسان و مشابه است، تمایزگذاری بین آن‌ها بلاجهت می‌نماید.

باتوجه به آنچه که در صفحات قبل گفته شد، در دسته‌بندی‌ای که غزالی از مقاصد ارائه کرد؛ حفظ دین، جان، عقل، نسل، مال از مقاصد ضروریات است که ارکان جامعه را تشکیل می‌دهند، تجاوز به آن‌ها تجاوز به جامعه محسوب می‌شود (سلیمی، ۱۵۳). در این میان، زنان و مردان هر دو تشکیل‌دهنده جامعه و جزئی از جامعه هستند. از این رو تجاوز هریک از آن‌ها به این اصول تفاوتی در اجرای حکم نباید داشته باشد؛ برای مثال قتل فرزند توسط پدر همان قدر تجاوز به حفظ نفس است که این قتل توسط مادر رخ دهد. بنابراین، در نقض این هدف شریعت، تفاوتی میان زن یا مرد وجود ندارد. در این راستا، برای حفظ این هدف از مقاصد شریعت باید بتوان از احکام ایجادکننده تفاوت، چشم‌پوشی کرد.

باتوجه به اینکه عقل توانایی درک ملاک‌ها را دارد و مجازات هم در زمره عبادات نیست، مصلحت نهفته در آن برای نظم و زندگی انسان‌ها است و این توسط عقل درک‌شدنی است. «هر حکمی که ملاک‌های آن



درک‌شدنی است، قابل تغییر است» (ناصری، ۲۸). در این زمینه، قواعد فقه تولیدشده در حوزه حقوق کیفری زنان، تحت تأثیر مصلحت و مفسده نهفته در آن تغییر می‌کند. ملاک احکام به‌گفته شهید مطهری توسط عقل بشر کشف می‌شود (پایگاه جامع استنادی شهید مرتضی مطهری). بنابراین باتوجه به تعدی و توقیفی نبودن احکام جزایی، در جامعه امروز که زنان نیز مانند مردان به فعالیت‌های اقتصادی اشتغال دارند و در مصالح کشور دخیل هستند، ملاکی برای تفاوت‌گذاری در احکام توسط عقل به دست نمی‌آید.

گفته شد که شیعه اعتقاد دارد که خداوند در وضع احکام، مصالح و مفاسد واقعی مؤمنان را در نظر می‌گیرد. حال اگر گذر زمان به‌گونه‌ای پیش رفت که مفسده موجود در حکمی در نظر عموم بیش از مصالح آن بود، آیا این امر خدشه‌ای به انسجام جامعه و نقض اصل ضرورت حفظ نظام نیست؟ آیا در این مواقع نباید بتوان از تبعیت تام احکام فقهی دست کشید؟ باتوجه به تعدی و توقیفی نبودن احکام جزایی، هنگامی که فقه و شریعت مبنای نظام‌سازی قرار می‌گیرد، باید بتواند در حوزه فقه اجتماعی، پاسخی درخور تحولات رخ داده، داشته باشد. هرگاه گذر زمان باعث تحولات اجتماعی، اقتصادی و قانونی شود، باید بشود از احکام و قوانین ناسازگار دست کشید و با حفظ مقاصد کلان و فراگیر به دگرگونی احکام و قوانین همگام با تحولات رخ داده، پرداخت (الهی خراسانی، جستارهایی در مقاصد شریعت، ۵۹).

در مقاصد عام گفتمیم که عدالت یکی از مقاصد است؛ لذا اگر حکم یا قاعده‌ای فقهی منطبق با عدالت نبود، متوجه می‌شویم که با اهداف شریعت در تعارض است و شاید بشود به دلیل همین تعارض، از قاعده یا حکم فقهی چشم‌پوشی کرد. «از آنجاکه عدالت مقیاس دین است نه دین مقیاس عدالت و از آنجاکه عقلایی بودن مقیاس حوزه اجتماعیات و فقه معاملات است، می‌توان نتیجه گرفت که احکام فقهی تا زمانی که بر مقتضای عدالت باشند و سیره عقلا برخلاف آن‌ها نباشد، دارای اعتبار و حجیت هستند» (سروش و دیگران، ۴۲۷). حال با تغییر شرایط اجتماعی، این قبیل قواعد و احکام فقهی با عدالت که از مقاصد عام شریعت است، منطبق نیست. در همین راستا باید امکان تغییر در قواعد فقه و احکام فقهی در نظر گرفته شود. عدل الهی اقتضا دارد که ظلمی بر بندگان روا نشود. مطابق با شرایط اجتماعی گفته شده، مخالف با عدل الهی است که حکم فقهی در زمینه‌ای که عموماً احکام آن امضایی بوده است، آن‌ها را از رسیدن به حقوق برابر باز دارد و بر احکامی که جنبه تعدی ندارند و از احکام و سیاسات هستند، تعدد ورزیده شود.

باتوجه به آنچه گفته شد، تفاوت‌های موجود بین زنان و مردان در حوزه فقه کیفری، تشکیل دهنده هیچ‌یک از مقاصد شارع نیست. بنابراین با کنارگذاشتن این قواعد فقه متفاوت، هیچ غرضی از اغراض شارع نقض نمی‌شود و با تغییر در احکام و قواعد فقه کیفری و متناسب‌کردن آن با شرایط جامعه می‌توان به انسجام اجتماعی کمک کرد.

چون کیفر وسیله‌ای است که شارع آن را برای تحقق یافتن مقاصد به کار گرفته است و در میان مقاصد،



ملاکی برای تفاوت گذاشتن بین زن و مرد وجود ندارد، عقلانی نیست که از ابزار کیفر برای تفاوت گذاری بی هدف استفاده شود. «ابزار نسبت به مقاصد ارزش ذاتی نداشته و تابع مقاصد است» و «رعایت مقاصد مقدم بر رعایت وسایل است» (فلاحی، ۷۵). زمانی که مقصد و هدفی برای این تفاوت گذاری ها وجود ندارد، نباید با استفاده از ابزار کیفر و با تولید احکام و قواعد فقهی به تفاوت گذاری هایی که زمانی وجود داشته اند، ادامه داد. ابزار کیفر قصاص برای رعایت مقاصد ضروری نظیر حفظ جان است. حال، نقض این حفظ جان، چه از جانب مادر صورت گیرد، چه از جانب پدر، در هر حال یکی از اهداف شریعت نقض شده است و نباید از کیفر قصاص که خود نقش ابزار را دارد به منظور ایجاد تفاوت بین زن و مرد استفاده کرد؛ چراکه تفاوتی ندارد حفظ جان از جانب پدر نقض شود یا مادر.

نتیجه گیری

ترسیم ارزش های کلان و مقاصد شریعت این امکان را فراهم کرده است که در هر دوره ای با بروز پدیده های نوظهور و معضلات اجتماعی، راهکاری مناسب را ارائه کرد. قتل های ناموسی که بنابر برخی گزارش ها بیست درصد قتل های کشور ما را تشکیل می دهد، مسئله زنان و حقوق کیفری زنان را بیش از پیش مطرح کرده است. یکی از آن مسائل، تمایزگذاری هست که بین پدر و مادر در قتل فرزند وجود دارد.

موقعیت مشابه پدر و مادر از جنبه ارتباط عاطفی با فرزند و پررنگ تر شدن نقش زنان در جامعه و خانواده، مسئله عدالت عرفی را مطرح می کند که هم قاعده ای فقهی و فراگیر است و هم از ارزش های کلان شریعت است. بر اساس مفهوم عدالت عرفی، توافق افراد جامعه عدالت را تعیین می کند و مصداق عدالت با تغییر موقعیت زمانی و فهم عصری فهمندگان امکان تغییر می یابد. روزگاری نقش حیاتی پدر در جامعه و خانواده سبب شده بود که مرد و پدر عامل قوام و استواری نهاد خانواده باشد و این رابطه ویژه، حمایت کیفری بیشتری از او را می طلبید؛ اما امروزه که بحث حقوق زنان بیش از پیش مطرح شده است؛ فهم عصری فهمندگان، تفاوت پدر و مادر در مجازات قصاص به دلیل قتل فرزند را نوعی ظلم در حق مادر و جنس زن قلمداد می کند. در این راستا باید این امکان وجود داشته باشد که با کمک گرفتن از ظرفیت های ترسیم شده در فقه نظیر مقاصد شریعت، قاعده فقهی عدالت، مقتضیات زمان و مکان، حفظ نظام و تفسیر دین، احکام فقهی را تولید کرد که امکان پاسخ گویی به مطالبات زنان را نیز داشته باشد.

در نزد نیمی از جامعه که زنان هستند، این حکم فقهی و این گونه استنباط فقها ناعادلانه قلمداد می شود. استنباط فقها و اجرای احکام باید منطبق با عدالت باشد که یکی از مقاصد کلان شریعت است و امکان حکومت بر سایر احکام فقهی را دارد. بنابراین باید بتوان به حکمی منطبق و همگام با تحولات جامعه و دغدغه های زنان رسید.



منابع

قرآن کریم

- احمدی ابهری، محمدعلی، «مقاصد کیفری شریعت»، فصلنامه تخصصی مطالعات فقه معاصر، س ۱، ش ۲، ۱۳۹۵، صص ۷۹ تا ۱۰۴.
- اشتهاردی، علی پناه، مجموعه فتاوی ابن جنید، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۶ق.
- الهی خراسانی، علی، جستارهایی در مقاصد شریعت، تهران: نگاه معاصر، ۱۳۹۹.
- _____، قاعده فقهی عدالت، مشهد: بنیاد پژوهش های اسلامی، ۱۳۹۲.
- حائری، محمدحسن، مرادی گلستانی، مرتضی، «پژوهش فقهی در مسئله قصاص مادر در قتل فرزندان»، فقه و اصول، س ۴۴، ش ۸۹، ۱۳۹۱، صص ۸۹ تا ۱۰۴.
- حر عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعه، ج ۲۹، قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام، ۱۴۰۹ق.
- خوئی، ابوالقاسم، مبانی تکملة المنهاج، ج ۲، قم: مؤسسه احیاء آثار الإمام الخوئی، ۱۴۲۲ق.
- ریسونی، احمد، مقاصد المقاصد؛ الغایات العلمیة و العملیة لمقاصد الشریعة، بیروت: الشبكة العربیة للأبحاث و النشر، ۲۰۱۳م.
- _____، نظریة المقاصد عند الإمام الشاطبی، بیروت: المؤسسة الجامعیة للدراسات و النشر و التوزیع، ۱۴۱۲ق.
- سادات افقهی، زینب، مقاصد الشریعة در متون فقهی معاصر امامیه، بی جا: گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، ۱۳۹۲.
- سبحانی تبریزی، جعفر، اصول الفقه المقارن فیما لانص فیہ، قم: امام صادق (ع)، ۱۳۸۳.
- سروش، عبدالکریم و دیگران، سنت و سکولاریزم، تهران: مؤسسه فرهنگی صراط، ۱۳۸۴.
- سلیمی، عبدالحکیم، «تأمل در حد و تعزیر جرایم با تکیه بر زمان و مکان»، مطالعات راهبردی زنان، س ۵، ش ۱۷، ۱۳۸۱، صص ۱۴۶ تا ۱۷۶.
- شاطبی، ابراهیم بن موسی، الموافقات فی اصول الاحکام، بیروت: دارالفکر، بی تا.
- شمس الدین، محمد مهدی و دیگران، المقاصد الشریعة، دمشق: دارالفکر، ۲۰۰۲م.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی، الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، ج ۱۰، قم: کتابفروشی داوری، ۱۴۱۰ق.
- صاحب جواهر، محمدحسن بن باقر، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، ج ۴۲، بیروت: دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ق.
- صانعی، یوسف، استفتانات قضایی، قم: پرتو خورشید، ۱۳۸۸.
- _____، فقه و زندگی ۲: برابری قصاص زن و مرد، مسلمان و غیر مسلمان، قم: میثم تمار، ۱۳۸۳.
- طباطبائی، علی بن محمد، ریاض المسائل، ج ۱۶، قم: مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۲ق.
- طوسی، محمد بن حسن، تهذیب الأحکام، ج ۵، تهران: دارالکتب الإسلامیة، ۱۴۰۷ق.
- علم الهدی، علی بن حسین، رسائل الشریف المرتضی، ج ۱، قم: دارالقرآن الکریم، ۱۴۰۵ق.
- علی دوست، ابوالقاسم، «فقه و مقاصد شریعت»، فصلنامه تخصصی فقه اهل بیت، ش ۴۱، ۱۳۸۴، صص ۱۱۸ تا ۱۵۸.



فلاحی، احمد، «مجازات در حقوق کیفری اسلام»، مجله حقوقی دادگستری، س ۷۴، ش ۷۰، ۱۳۸۹، صص ۹۲ تا ۶۹. مهرپور، حسین، مباحثی از حقوق زن از منظر حقوق داخلی، مبانی فقهی و موازین بین المللی، تهران: اطلاعات، ۱۳۹۵.

نوبهار، رحیم، اهداف مجازات‌ها در جرایم جنسی چشم‌انداز اسلامی، قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، ۱۳۸۹. واسطی، عبدالحمید، نگرش سیستمی به دین؛ بررسی هویت استراتژیک دین، مشهد: مؤسسه مطالعات راهبردی علوم و معارف اسلامی، ۱۳۸۸.

پایگاه جامع استاد شهید مرتضی مطهری، عقل یکی از مبادی استنباط احکام، ۱۳۹۱، به‌آدرس:

<http://mortezamotahari.com/fa/BookView.html?BookId=9561&BookArticleID=129637>

HomePage: https://jfiqh.um.ac.ir/	سال ۵۴ - شماره ۱ - شماره پیاپی ۱۲۸ - بهار ۱۴۰۱، ص ۶۵ - ۸۴	
شاپا الکترونیکی ۳۸۹۲-۲۵۳۸	شاپا چاپی ۹۱۳۹-۲۰۰۸	
تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۰۸/۱۴	تاریخ بازنگری: ۱۳۹۹/۰۸/۰۳	تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۰۶/۰۶
DOI: https://doi.org/10.22067/jfu.v54i2.88379	نوع مقاله: پژوهشی	

چالش‌های فقهی کیفرگذاری تکرار جرم در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲

دکتر محمدحسن حسنی (نویسنده مسئول)

استادیار دانشگاه دامغان

Emil: m.hasani@du.ac.ir

دکتر سید محمود مجیدی

استادیار دانشگاه دامغان

چکیده

در اصل شناسایی نهاد تکرار جرم در جرگه اسباب عام تشدید کیفر در قانون مجازات اسلامی مصوب ۲۹ و ابتدای آن بر فقه جزایی اسلام تردیدی نیست، اما در همسویی شیوه کیفرگذاری مشدد این نهاد قانونی با متون فقهی ناظر به آن جای تأمل است. وجود مناقشه فقهی در تعیین کیفر مرگ، شبهه در ممنوعی حدود و مصادیق حدود غیر مدون، ابهام در کیفیت تأثیرگذاری متغیرهای توبه، رجوع از اقرار و قلمرو سرزمینی مراتب تکرار جرائم حدی، شبهه در مشروعیت پیشی گرفتن کیفر مشدد تعزیری از حد، چالش‌های فقهی در این خصوص را رقم زده‌اند. هدف از این پژوهش واکاوی دیدگاه‌ها و ادله فقهی ناظر به موضوعات چالشی ذکر شده است که با روش توصیفی تحلیلی انجام گرفته و به ارائه نتایج و پیشنهاد‌های بایسته به قانونگذار کیفری ایران به منظور اتخاذ رویکرد صریح و سنجیده انجامیده است. ضرورت نسخ قانونی مجازات مرگ و اتخاذ سیاست اعمال مجازات حدی به علاوه کیفر مشدد تعزیری، قطع نظر از همسانی بزه در تکرار جرایم حدی، مهم‌ترین فرضیه این نوشتار است.

واژگان کلیدی: تکرار جرم، تکرار حد، تشدید مجازات، کیفرگذاری مشدد.



HomePage: <https://jfiqh.um.ac.ir/>

Vol. 54, No. 1: Issue 128, Spring 2022, p.65-84

Online ISSN: 2538-3892



Print ISSN: 2008-9139

Receive Date: 27-08-2020

Revise Date: 24-10-2020

Accept Date: 04-11-2020

DOI: <https://doi.org/10.22067/jfu.v53i4.86677>

Article type: Original Research

Jurisprudential Challenges of Penalization the Repeated Crime in the Islamic Penal Code of 2014

Mohammad Hassan Hassani

Ph.D. Assistant Professor, Damghan University (Corresponding Author)

Email: m.hasani@du.ac.ir

Sayyed Mahmoud Majidi

Ph.D. Assistant Professor, Damghan University

Abstract

There is no doubt about the very recognition of repeated crime institute as a general cause of aggravating the punishment in in the Islamic Penal Code of 2014 and its origination from Islamic jurisprudence; however, it is doubtful whether the aggravating penalizing of this institute is in line with its corresponding jurisprudential texts. The existence of jurisprudential dispute over the determination of the death penalty, dubiety concerning the homogeneity of Hudud and instances of non-codified Hudud, ambiguity regarding the effects of variables of repentance, withdrawing the confession and the territorial scope of the levels of repetition of Haddi crimes, dubiety concerning the legitimacy of the aggravated punishment overtaking the Hadd constitute the jurisprudential challenges in this respect. The purpose of this research is restudying the jurisprudential views and arguments related to the above said challenging topics which has been performed through a descriptive-analytical method and led to presenting necessary conclusions and recommendations to the Iranian criminal legislator in order to adopt an explicit and conscious approach. The necessity of the legal abolition of the death penalty and adoption of the policy of executing the Haddi punishment in addition to the aggravated Taaziri punishment, regardless of the homogeneity of crime in the repetition of Haddi crimes, is the most important hypothesis of this paper.

Keywords: Repetition of Crime, Repetition of Hadd, Aggravation of Crime, Aggravated Penalization



مقدمه

تکرار جرم نشانه شخصیت خطرناک مجرم است و دلالت بر آن دارد که مجازات سابق از قدرت بازدارندگی کافی برخوردار نبوده است. قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ اصلاحی ۱۳۹۹ در حوزه نهادشناسی، تکرار جرم را وفق مواد ۱۳۶ تا ۱۳۹ از کیفیات عام و شخصی تشدید مجازات دانسته که همه جرائم تعزیری و حدی به استثنای جرائم حدی متفاوت و تعزیری درجه هفت و هشت، غیر عمدی، سیاسی، مطبوعاتی و اطفال را در بر می‌گیرد. قانونگذار ایران نهاد تکرار جرم را به دو عنصر مقید کرده است: محکومیت کیفری قطعی و ارتکاب مجدد جرم. برای تحقق این دو عنصر، وجود چند شرط ضروری است: ۱. حکم کیفری قطعی و دارای اعتبار امر محکوم بها باشد و استثنائاً در جرائم حدی اجرا نیز شده باشد؛ ۲. حکم کیفری از مراجع کیفری ذیصلاح صادر شده باشد؛ ۳. حکم کیفری بر حسب مورد، دائر بر محکومیت به یکی از مجازات‌های حدی یا تعزیری درجه یک تا پنج در جرائم عمدی باشد؛ ۴. جرم ارتكابی جدید بر حسب مورد، از جرائم حدی همسان یا تعزیری درجه یک تا شش عمدی باشد (اگر جرم سابق تعزیری و جرم لاحق حدی باشد یا بالعکس، قاعده تکرار جرم جریان نمی‌یابد)؛ ۵. جرم تعزیری لاحق پیش از حصول اعاده حیثیت یا شمول مرور زمان اجرای مجازات، ارتکاب یافته باشد. قانونگذار در حوزه کیفرگذاری، بین جرائم حدی و تعزیری تفکیک قائل شده است. مطابق ماده ۱۳۶ قانون مجازات اسلامی تکرار جرائم حدی مشابه، صرفاً در بار چهارم موجب تشدید مجازات می‌شود و تا پیش از چهار بار موجب تشدید مجازات نخواهد بود. تشدید مجازات در بار چهارم، قتل تعیین شده است. طبق ماده ۱۳۷ قانون مجازات اسلامی، تکرار جرائم عمدی تعزیری درجه یک تا پنج، قطع نظر از مرتبه تکرار آن، به دو شکل متفاوت سبب تشدید مجازات جرم ارتكابی لاحق می‌شود: ۱. تشدید اجباری حداقل مجازات با میانگین حداقل و حداکثر مجازات قانونی جرم ارتكابی لاحق که دادگاه ملزم به اجرای آن است؛ ۲. تشدید اختیاری به بیش از حداکثر مجازات تا سقف یک‌چهارم که دادگاه مخیر به اعمال آن است. پژوهش‌های متعددی، به‌ویژه در حوزه کیفرگذاری مشدد تکرار جرائم حدی در فقه اسلامی انجام شده است؛ اما این نوشتار حاوی آسیب‌شناسی فقهی قاعده تکرار جرم به‌طور جامع و مشتمل بر هفت موضوع چالشی است که آن را از پژوهش‌های دیگر متمایز می‌سازد؛ همچنین نتایج و پیشنهادهاى بایسته به قانونگذار کیفری ایران به‌منظور اتخاذ رویکرد صریح و سنجیده ارائه شده است، به‌ویژه پیشنهاد نسخ قانونی مجازات مرگ و اتخاذ سیاست اعمال مجازات حدی، به‌علاوه کیفر مشدد تعزیری، قطع نظر از همسانی بزه در تکرار جرائم حدی.

۱. مجازات پرمناقشه مرگ در تکرار جرائم حدی

فقیهان در خصوص مجازات تکرار جرائم حدی همسان، به‌طورکلی دو دیدگاه متفاوت دارند. مطابق دیدگاه نخست، این مجازات متعین در مرگ است و براساس دیدگاه دوم، متعین در مرگ نیست. فنانان به دیدگاه



نخست در مراتب تکرار جرم حدی مجوز مرگ اختلاف نظر دارند. با وجود اقوال فقهی مختلف، انطباق کامل حکم مقرر در ماده ۱۳۶ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ با موازین شرعی مردد است. شناسایی دقیق تعارض مورد ادعا و راه حل آن، تشریح اقوال فقهی مزبور را ایجاب می‌کند.

۱.۱. نظریه تعین مجازات مرگ

مشهور فقیهان امامیه قائل به تعین مجازات مرگ در تکرار جرائم حدی همسان‌اند. مطابق این دیدگاه، ارتکاب چندین باره جرم حدی لاجرم موجب مرگ مرتکب در مرتبه سوم یا چهارم، برحسب اختلاف اقوال است. مستند این قول، روایات و اخبار و اجماع است. برخی به وجوه اعتباری و استحسانی نیز استناد کرده‌اند، از جمله اینکه حکم مرگ در بار چهارم برای بازدارندگی از جرم مؤثر است؛ برای نمونه روحیه و حال کسی که پس از تحمل کیفر برای بار سوم مرتکب زنا می‌شود از نظر بی‌مبالائی و گستاخی در برابر خداوند، مانند بار اول و دوم نیست، بلکه در این وضعیت، تهاون و کوچک شمردن گناه در او وجود دارد (علم‌الهدی، ۲۵۷)؛ باین حال مهم‌ترین ادله این قول همان روایات‌اند. برای نمونه در صحیح یونس از امام کاظم (ع) آمده است: «مرتکبان گناه کبیره هرگاه دو بار حد بر آنان جاری شود و برای بار سوم مرتکب جرم موجب حد شوند، اعدام خواهند شد» (کلینی، ۲۱۹/۷). ابوبصیر نیز از امام صادق (ع) این‌گونه روایت می‌کند: «چنانچه زانی سه بار مرتکب زنا و متحمل تازیانه شده باشد و بار چهارم مرتکب زنا شود، کشته می‌شود» (همو، ۱۹۱؛ طوسی، التهذیب، ۴۳/۱۰؛ حر عاملی، ۴۹۳/۱۸). در موثقه سماعه بن مهران از امام صادق (ع) نیز ارتکاب چهار باره سرقت، موجب اعدام شمرده شده است (طوسی، التهذیب، ۱۱۸/۱۰). اختلاف روایات مستند این قول در باب مراتب تکرار جرائم حدی مجوز مرگ سبب انشعاب در دیدگاه نخست شده است.

۱.۱.۱. وجوب مرگ مرتکب در مرتبه چهارم

با وجود آنکه روایت یونس به‌گونه‌ای عام تکرار سه‌باره هریک از جرائم حدی را موجب مرگ می‌شناسد (کلینی، ۲۱۹/۷؛ ابن بابویه، ۷۲/۴؛ طوسی، الاستبصار، ۲۶۴/۴؛ همو، التهذیب، ۷۲/۱۰)، مشهور فقیهان امامیه ارتکاب چهار باره بزه حدی را موجب مرگ مجرم می‌دانند. روایت اخیر را اغلب صحیح تلقی کرده‌اند، اما برخی فقیهان و حدیث‌شناسان مناقشات سندی مهمی در خصوص آن مطرح کرده‌اند (مقدس اردبیلی، ۸۹/۱۳؛ خوانساری، ۷۸/۷)؛ از جمله اینکه در روایت یونس منظور یونس بن عبدالرحمان مورد وثوق است یا یونس بن ظبیان که مورد اطمینان نیست (نورانی، ۱۳۳). مخالفت با روایت یونس، به‌ویژه مخالفت فقیهان متقدم از اعتبار آن می‌کاهد (نک: مقدس اردبیلی، ۸۷/۱۳). به‌علاوه، روایات بعضاً متقدم بر آن، تکرار جرم حدی در بار چهارم را موجب مرگ مرتکب شناخته‌اند. معتبره ابوبصیر از امام صادق (ع) در خصوص تکرار زنا (کلینی، ۱۹۱/۷)، روایت عبید بن زراره یا بُرید عجلی صرف‌نظر از مناقشه سندی آن (کلینی، ۲۳۵/۷؛ ابن بابویه، ۱۴۴/۴؛ طوسی، التهذیب، ۳۲/۱۰) و مرسله شیخ صدوق از جمله این روایات



شمرده می‌شوند. شیخ صدوق در کتاب من لا یحضره الفقیه در باب «حد شرب خمر و حکم غنا و ملاهی» می‌گوید: روایت شده در بار چهارم کشته می‌شود (ابن بابویه، ۵۶/۴)، اما نه سند حدیث را ذکر می‌کند و نه متن آن را. البته به احتمال قوی، روایت در خصوص شرب مسکر است، نه همه جرائم حدی. کلینی این روایت را مرسلأ از جمیل نقل می‌کند (کلینی، ۲۱۸/۷). روایت محمدبن سنان از امام رضا(ع) با چشم‌پوشی از ضعف سند نیز به وجهی بر مرگ زانی در بار چهارم دلالت دارد. در روایت اخیر آمده است: «علت حکم اعدام برای مرد و زن زناکار پس از سه بار زنا و اقامه حد بر آنان این است که آنان سزاوار مرگ‌اند. همچنین به دلیل بی‌اعتنایی آنان به تازیانه است و گویی می‌پندارند که زنا برای آنان حلال است. ضمناً کسی که خداوند و حد را سبک شمارد کافر است، پس مرگ او واجب می‌شود؛ زیرا به کفر وارد شده است» (حر عاملی، ۳۸۸/۱۸). در موثقه ابن مهران نیز به مرگ سارق در بار چهارم اشاره شده است (طوسی، التهذیب، ۱۱۸/۱۰). روایاتی که سرقت و زنا در بار چهارم را موجب اعدام می‌دانند با مرسله صدوق که ارتکاب مطلق جرائم حدی یا شرب خمر برای بار چهارم را موجب مرگ می‌داند، سازگار است. باوجود این روایات، عمل به مضمون روایت یونس دشوار است و نمی‌توان با استناد به روایاتی که تکرار سه‌بار شرب خمر را موجب اعدام می‌دانند، حکم تکرار سه‌بار همه جرائم حدی را اعدام دانست. بسیاری از فقیهان با استناد به اصل احتیاط در دماء برخلاف مضمون صحیح یونس به مجازات مرگ در تکرار چهاربار جرائم حدی فتوا داده‌اند (نوبهار، ۳۰).

۱.۱.۲. وجوب مرگ مرتکب در مرتبه سوم

بنا به استدلال طرف‌داران این دیدگاه، صحیح یونس به گونه عام و قطع نظر از جرم خاص و با لحنی تخصیص‌ناپذیر بر وجوب مرگ مرتکب در بار سوم دلالت می‌کند و علاوه بر آن، مشهور فقیهان روایت مزبور را از نظر سند یا محتوا رد نکرده‌اند. اطلاق این روایت نیز تقیید نمی‌پذیرد؛ زیرا جمع محلی به «ال» در «الکبائر» و تأکید با واژه «کُلِّها» گویای عام بودن و تخصیص‌ناپذیری آن است (نورانی، ۱۳۶). بنابراین نمی‌توان روایت مزبور را با معتبره ابوبصیر در زنا و روایت سماعه در سرقت مقید کرد (خوانساری، ۱۵۷/۷؛ نورانی، ۱۳۳). همچنین اگر روایات اخیر را مخصص صحیح یونس بشماریم و حکم مرگ در تکرار چهاربار زنا و سرقت را به دیگر جرائم حدی مشابه آن نظیر لواط، مساحقه، قذف و محاربه تعمیم دهیم، مصداق تخصیص اکثر و قبیح است و تنها موردی که احتمالاً مشمول آن باقی خواهد ماند، شرب خمر است (نوبهار، ۳۳ تا ۳۲).

علاوه بر صحیح یونس، سیزده روایت درباره تکرار شرب خمر و اعدام در مرتبه سوم نقل شده است (حر عاملی، ۴۷۹/۱۸ تا ۴۷۶). مضمون بسیاری از این روایات همچون صحیح سلیمان بن خالد از امام صادق(ع) است. در این روایت از قول پیامبر اکرم(ص) آمده است: «کسی را که شراب نوشیده تازیانه بزنید، اگر مجدداً



شراب نوشید، وی را تازیانه بزنیید و اگر برای بار سوم نوشید، وی را بکشید» (همان، ۴۷۶). لازمه پذیرش اعدام مرتکب چهاربار جرم حدی نیز طرد انبوه روایات معتبری است که بر کشتن مرتکب در مرتبه سوم دلالت می‌کند. به‌علاوه اگر از باب احتیاط، حکم مرگ از مرتبه سوم به چهارم منتقل شود، حکم به تازیانه تنها در مرتبه سوم دارای اشکال می‌شود؛ زیرا تردید میان تازیانه و مرگ در مرتبه سوم از نوع اقل و اکثر نیست که بتوان قدر متیقن را گرفت، بلکه تازیانه و مرگ دو مجازات متباین‌اند و در نتیجه، مرتبه سوم بی مجازات می‌ماند (خوانساری، ۳۵/۷؛ نورائی، ۱۳۲).

۱. ۲. نظریه عدم تعیین مجازات مرگ

مطابق دیدگاه اغلب فقیهان اهل سنت و بنا به قولی در فقه امامیه، تکرار جرائم حدی قطع نظر از مراتب تکرار، متعین در مرگ نیست. طرفداران این دیدگاه چنین استدلال می‌کنند: قطع نظر از برخی مناقشات سندی و محتوایی در برخی روایات مستند دیدگاه نخست، وجود تعارض میان آن‌ها، تعیین مجازات مرگ را مردود می‌سازد. روایت یونس حکم ارتکاب سه بار عمل موجب حد را اعدام می‌شمارد و برخی روایات تکرار در بار چهارم و برخی نیز تکرار در بار پنجم را مجوز مرگ قلمداد می‌کنند. معتبره ابوبصیر تکرار زنا و موثقه سماعه بن مهران تکرار سرقت در بار چهارم را موجب اعدام می‌دانند. در کنار روایات متعددی که تکرار شرب خمر در بار سوم را موجب اعدام شناخته است، روایت نبوی دیگری بر مرگ در بار چهارم دلالت می‌کند (نک: ابوداود، ۶۲۰). مطابق روایتی در فقه الرضا، «مرتکبان گناه کبیره هرگاه دو بار حد بر آنان جاری شود، در بار سوم کشته می‌شوند، جز میگساری که در بار چهارم کشته می‌شود» (نک: نوبهار، ۲۳). در منابع اهل سنت روایتی وجود دارد که مرتکب شرب خمر در بار چهارم اعدام می‌شود (ابوزید، ۳۰۶). فقیهان اهل سنت همچنین به روایت صحیحی اشاره می‌کنند دال بر اینکه تکرار شرب خمر در بار پنجم موجب مرگ است (همان، ۳۰۹). در باب سرقت نیز در منابع اهل سنت به روایتی از پیامبر (ص) اشاره شده که برابر آن، سارق برای بار پنجم اعدام خواهد شد (ابن زهره، ۴۲۳؛ ابوداود، ۶۲۰؛ علم‌الهدی، ۲۶۳). قطع نظر از تعارض دلایل و روایات مربوط به تکرار جرائم حدی، در خصوص تکرار جرائم لواط، مساحقه، قذف، قوادی و محاربه، روایتی در دست نیست. استناد به روایاتی که حد لواط و مساحقه را همچون حد زنا شمرده (حر عاملی، ۴۲۵/۱۸) برای تعمیم حکم تکرار زنا به آن‌ها کافی به نظر نمی‌رسد؛ زیرا ممکن است مقصود از به‌منزله حد زنا شناختن حد لواط و مساحقه، وجود احکام مشابه بین آن‌ها تنها در یک یا چند مورد باشد و نمی‌توان از آن مشابهت حکم تکرار را به‌وضوح و با اطمینان استنتاج کرد. ضمن آنکه نمی‌توان لواط و مساحقه را زشت‌تر از زنا دانست و برای تعمیم حکم تکرار در آن‌ها به قیاس اولویت استناد کرد (نوبهار، ۲۶).

اختلاف روایات و فقدان دلیل نقلی در خصوص برخی جرائم حدی، خود موجب تعارض آرای فقهی



درخصوص مراتب تکرار حد موجب اعدام شده است. علاوه بر این، برخی حکم تکرار جرائم گوناگون را متفاوت دانسته و معتقدند در شرب خمر تکرار سه‌باره، در زنا و سرقت تکرار چهارباره (طوسی، التهذیب، ۴۳/۱۰) و در قوادی تکرار پنج‌باره (ابوالصلاح حلبی، ۴۱۰؛ قمی سبزواری، ۵۸۴) موجب اعدام است. بنابراین استناد به اجماع باوجود چنین اختلاف‌نظرهایی به‌ویژه درباره مرگ یک انسان خالی از اشکال نیست. از همین رو بر ادعای اجماع درباره این حکم اشکال وارد شده است (ابوالصلاح حلبی، ۱۵۶؛ ابن سعید، ۳۱۱).

وجوه اعتباری و استحسانی نیز برای اثبات مرگ در تکرار جرائم حدی کافی نیست؛ زیرا اگر چنین باشد، باید برای دست‌کم برخی محرمات شرعی تعزیری نیز بر مبنای استحسان، به تجویز مرگ حکم کرد. به‌علاوه، روایت محمدبن‌سنان از امام رضا(ع) (حر عاملی، ۳۸۸/۱۸) در خصوص محکوم‌بودن تکرارکننده سه‌باره زنا به مرگ، بیش از آنکه جواز اعدام را امری تعبدی و توقیفی معرفی کند، نشان می‌دهد ملاک این حکم بی‌تأثیری مجازات، سبک‌شمردن و به‌نوعی حلال‌شمردن زنا و کفر عملی به احکام شرعی است. بنابراین نمی‌توان پذیرفت کسی که صرفاً به‌دلیل ضعف و سستی اراده کراً مرتکب زنا می‌شود، سزاوار مرگ است (نوبهار، ۲۶).

اصل حرمت خون انسان و احتیاط در دماء آن‌چنان استوار است که عدول از آن نیز محتاج به ادله متناظر و معتبر است. صرف اشتها یک دیدگاه فقهی، برای اثبات حکم شرعی مرگ انسان کافی نیست. تنها با استناد به روایت سماعه به‌عنوان خبر واحد نیز نمی‌توان به جواز مرگ حکم داد. فقیهان بارها تأکید کرده‌اند که تعرض به جان اشخاص با استناد به خبر واحد خطرناک است (خوانساری، ۳۵/۷ و ۸۷؛ محقق حلی، ۱۱۴/۴ و ۱۱۸). برخی فقیهان حتی تعرض به اموال را با استناد به اخبار ضعیف مجاز نشموده‌اند (خوانساری، ۷۵/۷ و ۳۷۳). مهم‌ترین دلیل حجیت خبر واحد بنای عقلاست و عقلا در امور مهم بر مبنای خبر واحد تصمیم نمی‌گیرند (نوبهار، ۲۰).

تعارض شدید روایات مربوط به کیفر قتل مرتکبان تکرار جرائم حدی، لازم‌الاجرا بودن آن را با تردید جدی مواجه می‌سازد. عام‌شمردن روایت یونس (قتل مرتکب در بار سوم) و خاص‌دانستن روایات تکرار زنا و دیگر جرائم (قتل مرتکب در بار چهارم) موجب تخصیص اکثر است. اگر روایات خاص تکرار زنا و سرقت را مخصص روایت عام یونس بدانیم، حاصل جمع آن معارض با مرسله صدوق (قتل در بار چهارم) است؛ مشروط به اینکه مرسله صدوق ناظر بر تکرار مطلق جرائم حدی و نه شرب خمر باشد. اگر مضمون مرسله صدوق مربوط به تمام جرائم باشد، نسبت آن با روایت یونس تباین است و اگر تنها مربوط به شرب خمر باشد، در تعارض با روایاتی است که شرب خمر در بار سوم را موجب قتل می‌شمارد. اگر روایات شرب خمر در بار سوم تنها بر روایت مرسله صدوق ترجیح یابد، روایت یونس عملاً به شرب خمر محدود می‌شود؛ امری



که کاملاً نامعقول و با عام بودن روایت یونس در تعارض است. از این رو تکرار مجازات حدی یا تکرار حد توأم با تعزیر مرتکب به جای اعدام، با اصل احتیاط و اجتناب از اسراف در دماء سازگار است.

۲. شبهه هم‌نوعی برخی حدود

بر اساس ماده ۱۳۶ قانون مجازات اسلامی، تشدید مجازات تکرار جرائم حدی و اعدام مرتکب مشروط به آن است که جرائم حدی ارتكابی در هر چهار بار از یک نوع باشند. در متون فقهی تنها تکرار جرائم حدی از یک نوع موجب قتل شناخته شده است (طوسی، النهایة، ۷۱۳ و ۷۲۲؛ همو، الخلاف، ۴۳۶/۵ و ۴۷۳/۵؛ شهید ثانی، الروضة البهیة، ۱۹۰/۹). بنابراین حکم قتل در تکرار جرائم حدی را نمی‌توان به مواردی تعمیم داد که جرائم حدی ارتكابی متفاوت‌اند. مقصود فقیهان از یک‌نوع بودن حد، هم‌نوعی آن در مقایسه با دیگر حدود و نه دیگر جرائم است و علت تشدید مجازات تکرار جرم، تجری و خطرناکی مرتکب یا قبح شدیدتر آن است. بنابراین اگر پذیرفته شود که تکرار جرم حدی در بار چهارم موجب اعدام است، قاعداً تفاوتی ندارد که جرائم حدی ارتكابی به صورت مکرر از یک نوع یا متنوع باشند؛ برای نمونه اگر کسی چهار مرتبه دیگری را قذف کند، باید اعدام شود و اگر شخصی نیز سه بار مرتکب قذف شود و پس از تحمل کیفر در هر بار برای نوبت چهارم مرتکب زنا شود، او نیز سزاوار اعدام خواهد بود. به علاوه چه بسا شخصی مرتکب چهار بار جرم حدی متفاوت شود؛ برای مثال، بار نخست مرتکب شرب خمر و در مرتبه دوم مرتکب قذف و در سومین بار مرتکب سرقت موجب حد و پس از اجرای حد هر یک از جرائم مزبور، مرتکب جرم زنا در بار چهارم شود. در صورت اخیر مرتکب به واسطه ارتکاب چند جرم متفاوت ممکن است بسیار خطرناک‌تر از شخصی باشد که برای مثال به کزات فقط مرتکب سرقت شده است. پذیرش ضابطه هم‌نوعی حدود برای تشدید مجازات موجب اعمال صرفاً کیفر حدی بزه مکرر و به‌نوعی تخفیف در کیفر مرتکبان تکرار جرائم حدی از نوع مختلف می‌شود. از دیگر چالش‌های ضابطه هم‌نوعی حدود، وجود شبهه هم‌نوع بودن لواط و مساحقه و زناست. توضیح اینکه در خصوص تکرار لواط و مساحقه روایت خاصی در دست نیست. با این حال بر اساس برخی روایات حد لواط و حد مساحقه همچون حد زنا شمرده شده است (حر عاملی، ۴۲۵/۱۸). چنانچه مطابق این روایات، لواط و مساحقه را به زنا ملحق کنیم، این شبهه رخ می‌دهد که اگر شخصی سه بار مرتکب لواط شده و حد خورده باشد و برای بار چهارم مرتکب زنا شود، جرائم ارتكابی باید هم‌نوع و موجب اعدام شناخته شود یا خیر؟ به اقتضای قاعده درأ و اصل احتیاط و قاعده حرمت جان آدمی، پاسخ منفی است؛ زیرا هر چند لواط و مساحقه به منزله زنا شناخته شده، ممکن است مقصود اشتراک آن‌ها صرفاً در یک یا چند حکم باشد و نمی‌توان یقین داشت که از نظر تجویز حکم قتل در حالت تکرار جرم حدی به منزله زنا و در نتیجه از یک نوع شمرده شوند. همین شبهه در خصوص جرم حدی محاربه و جرائمی که قانونگذار در حکم محاربه شناخته و جرائم حدی محاربه و افساد فی الارض که به صورت جداگانه در مواد قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲



ذکر شده، مطرح است.

۳. دشواری در شناسایی حدود غیرمدون

در قانون مجازات اسلامی ۹۲ جرائم موجب حد تحت دوازده عنوان زنا، لواط، تفخیز، مساحقه، قوادی، سب‌النبی، مصرف مسکر، سرقت، محاربه، بغی و افساد فی الارض معرفی شده است. افزون بر حدود مدون، وفق ماده ۲۲۰ در خصوص حدودی که در قانون ذکر نشده‌اند، طبق اصل ۱۶۷ قانون اساسی عمل می‌شود. از این رو بر اساس مقرره مذکور حکم مرگ در تکرار جرائم حدی مشابه، شامل حدود غیرمدون نیز می‌شود. اختلاف نظر فقهی در باب تعداد حدود، تشخیص شمار و مصادیق حدود غیرمدون را دشوار کرده است. فقیهان امامیه بالاتفاق اسباب حد را مشتمل بر هشت عنوان زنا، لواط، مساحقه، قیادت، قذف، سرقت، محاربه و شرب خمر می‌دانند. برخی فقیهان اسباب حد را هفده (خوئی، تکملة منهج الصالحین، ۳۲ تا ۵۵) و برخی بیست مورد (منتظری، کتاب الحدود، ۴) شمرده‌اند. اقلیت فقیهان بوسیدن پسر بچه از روی شهوت، ازدواج مرد با زن ذمی بدون اجازه همسر مسلمان، فروش انسان (خوئی، تکملة منهج الصالحین، ۴۱؛ وحید خراسانی، ۳/۴۸۶؛ روحانی، ۳/۲۷۳)، وطی بهائیم و اموات (علامه حلی، قواعد الاحکام، ۳/۵۲۱ و ۳/۵۷۳؛ علم‌الهدی، ۵۱۰ تا ۵۲۸) و امر به قتل دیگری (شیخ بهائی، ۴۱۵ تا ۴۲۳) را موجب حد شمرده‌اند. انصراف مفاد ماده ۲۲۰ از عناوین ذکر شده با توجه به تردید جدی در ماهیت حدی آن‌ها منطبق با اصل احتیاط و قاعده درأ است؛ اما شناسایی ماهیت حدی یا تعزیری ارتداد، سحر و جادو و ادعای نبوت بیشتر جای تأمل دارد. مشهور فقیهان امامیه، ارتداد را از اسباب حد شمرده‌اند (نک: ابوالصلاح حلبی، ۳۱۱؛ مغنیه، ۳۰۸؛ محقق حلی، ۴/۱۳۶). در مقابل، برخی فقها آن را موجب حد شناخته‌اند (خوئی، تکملة منهج الصالحین، ۵۵؛ علامه حلی، قواعد الاحکام، ۳/۵۷۳؛ تبریزی، ۱۰؛ شهید ثانی، مسالک الأفتام، ۱۴/۳۲۷؛ هاشمی شاهرودی، ۸/۳۹۳). برخی فقیهان نیز صرفاً به مجازات مرتد اشاره کرده و به حدی بودن آن تصریح نکرده‌اند (شهید اول، اللمعة الدمشقیة، ۲/۲۵۲؛ خمینی، ۲/۶۲۴؛ صاحب‌جواهر، ۴۱/۶۰۵؛ طوسی، الاستبصار، ۷/۲۸۱). در خصوص سحر، فقیهان امامیه بین ساحر مسلمان و کافر تفکیک کرده و مجازات ساحر مسلمان را مرگ و کافر را مستحق تأدیب دانسته‌اند (محقق حلی، ۴/۱۵۴؛ شهید اول، اللمعة الدمشقیة، ۲/۲۳۸؛ خمینی، ۲/۶۰۷؛ خوئی، تکملة منهج الصالحین، ۴۵؛ صاحب‌جواهر، ۴۱/۴۲۲؛ مغنیه، ۲۹۰؛ ترحینی عاملی، ۹/۳۲۳).

اغلب فقیهان امامیه ادعای نبوت و تشکیک در صدق پیامبر خاتم(ص) را مصداق ارتداد و مستوجب مرگ شمرده‌اند، بی‌آنکه به حدی بودن آن تصریح کنند (شهید اول، اللمعة الدمشقیة، ۲/۲۳۷؛ مغنیه، ۲۹۰؛ خمینی، ۲/۴۷۷؛ صاحب‌جواهر، ۴۱/۴۴۰). در مقابل، اقلیت فقیهان امامیه ادعای نبوت را حدی مستقل از ارتداد شناخته‌اند (خوئی، تکملة منهج الصالحین، ۴۵؛ وحید خراسانی، ۳/۵۰۰؛ روحانی، ۳/۲۵۹).



در مقام دآوری بین حدی یا تعزیری بودن سه جرم اخیر باید بر ضابطه تفکیک جرائم حدی از تعزیری تکیه کرد. صرف مجازات مقدر در شرع، نمی‌تواند وجه تمایز جرائم مزبور باشد؛ زیرا با چنین ملاکی تعزیرات منصوص شرعی نیز در دایره جرائم حدی قرار خواهد گرفت. از آنجاکه اصل بر اباحه است و عقوبت امری استثنایی است و در مراتب استثنایی نیز اصل بر عقوبت تعزیری است، تنها، رفتاری را می‌توان از اسباب حد شمرد که در آیات الهی و روایات به آن تصریح شده باشد. به عبارت دیگر در تعریف جرائم حدی باید وصف «مصرح بودن» را به مجازات مقدر افزود. در مقابل، در تعریف تعزیر نیز باید قید «غالباً» را به مجازات غیر مقدر الحاق کرد؛ همان طور که برخی فقیهان در تعریف تعزیر می‌گویند: «تعزیر، عقوبت یا تأدیبی است که غالباً میزان آن معین نیست» (شهید ثانی، مسالک الأفهام، ۴۲۳/۲؛ مقدس اردبیلی، ۱۵۶/۱۳؛ کریمی جهرمی، ۲۰/۱). به علاوه در شرع، مجازات اعدام لزوماً ماهیت حدی ندارد. برای نمونه با وجود اتفاق نظر فقیهان بر مجازات مرگ مرتد، مشهور فقیهان ارتداد را از اسباب حد شمرده‌اند. بنابراین مصداقی برای ماده ۲۲۰ نمی‌توان یافت که تکرار چهارباره آن وفق ماده ۱۳۶، جرم حدی موجب اعدام باشد. از این رو پیشنهاد می‌شود قانونگذار ترجیحاً ماده ۲۲۰ را نسخ یا دست‌کم شمار و عناوین حدود غیر مدون را با الحاق تبصره‌ای احصا کند.

۴. تأثیرگذاری مبهم توبه در کیفر تکرار جرم

اصولاً توبه مجرم در جرائم دارای جنبه حق‌اللهی می‌تواند از اسباب رفع مجازات باشد. در فقه بین توبه قبل از اثبات جرم و توبه بعد از اثبات جرم تفاوت وجود دارد. مطابق نظر مشهور فقها توبه قبل از اثبات جرم، موجب سقوط مجازات حدی است. بر اساس ماده ۱۱۴ قانون مجازات اسلامی، توبه متهم قبل از اثبات جرم مستقط حد است. استثنائاً پذیرش توبه محارب و اسقاط حدش منوط به توبه مجرم پیش از دستگیری یا تسلط بر اوست. در تأثیر توبه پس از اثبات جرم باید بین توبه پس از اقرار و توبه پس از شهادت شهود یا علم قاضی، تفکیک قائل شد. مطابق دیدگاه فقهی مشهور در توبه پس از اقرار به جرائم حدی، امام (ع) یا حاکم شرع مخیر بین عفو یا اجرای حد است (طوسی، النهایة، ۶۹۶؛ ابن‌براج، ۵۲۱/۲؛ محقق حلی، ۹۳۵/۴؛ علامه حلی، قواعد الاحکام، ۵۲۳/۳؛ همو، مختلف الشیعه، ۱۴۷/۹؛ فخرالمحققین، ۴۹۴/۴؛ شهید ثانی، مسالک الأفهام، ۳۵۰/۱۴؛ همو، الروضة البهیة، ۱۳۹/۹؛ مقدس اردبیلی، ۳۴/۱۳؛ فاضل هندی، ۳۹۵/۲). ماده ۱۱۴ قانون مجازات اسلامی ۹۲ با تبعیت از قول مشهور فقیهان تصریح می‌کند که چنانچه جرائم موجب حد به غیر از قذف، با اقرار ثابت شود و پس از آن مجرم توبه کند، دادگاه می‌تواند عفو مجرم را از طریق رئیس قوه قضاییه از مقام رهبری درخواست کند. مطابق دیدگاه فقهی مشهور، توبه مرتکب در جرائم حدی پس از اثبات آن با شهادت شهود، مستقط حد نیست. در قانون مجازات اسلامی ۹۲ صریحاً به حکم توبه بعد از قیام بینه در جرائم حدی اشاره نشده است؛ اما از مفهوم مخالف ماده ۱۱۴ استنباط می‌شود که توبه بعد از



شهادت شهود مسقط حد نیست. توبه پس از علم قاضی نیز در صورتی که منشأ علم قاضی اظهارات متهم باشد، ملحق به توبه پس از اقرار است.

توبه و معافیت از کیفر بزه حدی، سبب ابهام در احتساب آن در شمار تکرار و مجازات قتل مرتکب آن است. ظاهراً تکرار جرائم حدی در بار چهارم در هر حال موجب اعدام است. در مقابل، برخی ادله توبه گویای آن است که بزحاکار نائب به مثابه شخصی است که بزهی مرتکب نشده است (کلینی، ۴۳۵/۲). برخی فقیهان با آنکه جواز قتل به سبب تکرار جرم را به تعزیرات نیز تعمیم داده‌اند، تصریح کرده‌اند که از مجرم در بار پنجم خواسته می‌شود توبه کند و اگر توبه نکرد اعدام می‌شود (ابوالصلاح حلبی، ۴۲۰). به‌ویژه در قیادت هم که حد قلمداد می‌شود، این قول وجود دارد که هرگاه قواد برای بار چهارم قواد می‌کند، استتابه می‌شود و چنانچه توبه کند تنها یازده تازیانه می‌خورد و در غیر این صورت مجازاتش مرگ خواهد بود (همان، ۴۱۰). اغلب فقیهان ارتداد را در شمار جرائم حدی نمی‌دانند، بلکه برخی از آنان صریحاً ارتداد را جرمی تعزیری دانسته‌اند (محقق حلی، ۱۳۶/۴)؛ اما در صورتی که از حدود به شمار آید مسئله مطرح شده درباره آن پیچیده‌تر می‌شود. مطابق دیدگاه اغلب فقیهان، زن مرتد کشته نمی‌شود، بلکه حبس می‌شود و در اوقات نماز تنبیه می‌شود تا توبه کند (صاحب‌جواهر، ۶۱۱/۴۱). حال اگر او تنها پس از یک بار تنبیه، توبه کرد و مسلمان شد و مجدداً مرتد شد و به همین گونه تا سه بار مسلمان و برای بار چهارم مرتد شد، موجب این ابهام است که باتوجه به توبه وی در سه بار پیش از آن، حکم جرائم قبلی او به‌طور کلی محو می‌شود یا خیر؟ با فرض مثبت بودن پاسخ نمی‌توان وی را برای ارتداد اخیر محکوم به اعدام کرد. به دلیل همین ابهامات، برخی فقیهان قتل زن مرتد مکرر و نیز مرگ شخصی را که مرتکب تکرار ارتداد ملی می‌شود، مجاز نشناخته‌اند (خوئی، مبانی تکملة المنهاج، ۴۰۱/۴۱). با قبول تأثیر توبه زن مرتد در معافیت از مجازات قتل در تکرار ارتداد، می‌توان آن را به توبه مرد مرتد نیز به‌ویژه هنگام اثبات ارتکاب ارتداد در بار چهارم، با اقرار تعمیم داد. همین وضعیت می‌تواند درباره محارب تبعیدی نیز صادق باشد. چنانچه محارب متناسب با اوضاع و احوال ارتکاب جرم تبعید شده باشد و توبه کند و به همین ترتیب برای چهارمین بار مرتکب آن شود، آنچه درباره ارتداد بیان شد در اینجا نیز مطرح می‌شود. حتی اگر محارب سه بار مرتکب این جرم و هر سه بار محکوم به تبعید شود و بعد توبه کند و برای بار چهارم مرتکب این رفتار شود و قبل از دستگیری توبه کند، اطلاق ادله توبه بر جواز عفو یا اجرای مجازات اعدام او توسط حاکم شرع دلالت دارد؛ زیرا در فرضی که جرم حدی با اقرار داوطلبانه مرتکب ولو در بار چهارم ثابت شده باشد، دست برداشتن از اطلاق ادله‌ای که توبه را مسقط حد می‌داند آسان نیست (نوبهار، ۱۴).

۵. تأثیرگذاری مجمل رجوع از اقرار در کیفر تکرار جرم

اغلب فقیهان امامیه معتقدند که انکار پس از اقرار حد را ساقط نمی‌کند، مگر در حدی که موجب رجم یا



مرگ باشد (فاضل لنکرانی، ۷۸؛ طباطبایی، ریاض المسائل، ۴۵۶/۱۵؛ همو، الشرح الصغير، ۳۳۷/۳؛ طوسی، الخلاف، ۳۷۸/۵؛ موسوی اردبیلی، ۳۰۵/۱). قانونگذار مجازات اسلامی ۹۲ نیز بنا به ماده ۱۷۳، انکار بعد از اقرار را موجب سقوط مجازات نشناخته مگر در اقرار به جرمی که مجازات آن موجب رجم یا حد مرگ است. در صورت اخیر مجازات رجم یا حد مرگ ساقط و به جای آن در زنا و لواط صد ضربه شلاق در دیگر جرائم موجب حد مرگ، حبس تعزیری درجه پنج است.

باتوجه به ماده ۱۷۳ چنانچه فردی اقرار به تکرار یک نوع جرم حدی در بار چهارم و سپس انکار آن کند، در سقوط حد مرگ و چگونگی مجازات آن جای تأمل است. اما پیش از آن لازم است به این نکته اشاره شود که چنانچه شخصی در گذشته سه بار مرتکب یک نوع جرم حدی موجب حد مرگ و هر بار بعد از اقرار و انکار آن تعزیر شده باشد، آنگاه برای بار چهارم همان جرم حدی را تکرار کند، مجازاتش حد مرگ نخواهد بود؛ زیرا شرط حد مرگ در تکرار جرائم حدی، اجرای مجازات حد در سه نوبت است. مسئله آنگاه پیچیده می شود که شخصی سه بار مرتکب جرم زناي موجب رجم و هر بار بعد از اقرار و انکار بعدی آن یکصد ضربه تازیانه بخورد، آنگاه برای بار چهارم زنا را تکرار کند. اگر معتقد به حدی بودن یکصد تازیانه در مانحن فیه باشیم، مجازات تکرار آن مرگ است و در غیر این صورت تعزیر می شود. از عبارت برخی فقیهان استظهار می شود که صد ضربه شلاق از باب حد است (خوئی، مبانی تکملة المنهاج، ۲۱۴/۴۲). برخی فقیهان می گویند: اگر بپذیریم مجازات صد ضربه شلاق اختصاص به زنایی دارد که موجب جمع مجازات جلد و رجم است، انکار بعد از اقرار موجب سقوط فقط رجم خواهد بود و یکصد ضربه شلاق از باب حد باقی خواهند ماند و در غیر این صورت مرتکب تعزیر خواهد شد (شهید ثانی، الروضة البهیة، ۲۹۹/۴؛ منتظری، کتاب الحدود، ۴۱).

اگر شخصی پس از سه بار ارتکاب یک جرم حدی نظیر شرب خمر و تحمل حد آن، به تکرار آن در بار چهارم اقرار و بعد انکار کند، این چالش به وجود می آید که مستوجب کدام یک از دو مجازات حد مرگ مقرر در ماده ۱۳۶ و حبس تعزیری مقرر در ماده ۱۳۷ است. دو برداشت متصور است. مطابق برداشت نخست، عبارت «به جز اقرار به جرمی که مجازات آن موجب رجم یا حد مرگ است» مندرج در ماده ۱۳۷ صرفاً ناظر به انکار پس از اقرار به جرم حدی است که مجازاتش صرف نظر از تکرار آن رجم یا مرگ است. در این صورت انکار بعد از اقرار در مسئله مفروض مؤثر در سقوط حد مرگ نیست؛ زیرا حد شرب خمر هشتاد تازیانه است و نه رجم یا مرگ. بنابراین مرتکب به مجازات حد مرگ مقرر در ماده ۱۳۶ محکوم خواهد شد. بر اساس برداشت دوم، به چند دلیل انکار بعد از اقرار در مسئله مفروض مؤثر در سقوط حد است: ۱. وحدت ملاک بین جرائمی که فی نفسه موجب حد رجم یا مرگ اند و جرائمی که صرفاً تکرار آن ها حد مرگ دارد و الغای خصوصیت از جرائم حدی نخست از نظر حکم سقوط حد به واسطه انکار پس از اقرار؛ ۲. همچنین لزوم احتیاط در جان آدمی؛ ۳. مبتنی بودن حدود بر تخفیف. استدلال به کاررفته در برداشت دوم



معقول‌تر و مرجح به نظر می‌رسد. به موجب این برداشت، مرتکب در فرض مسئله به مجازات مقرر در ماده ۱۷۳ محکوم خواهد شد.

چنانچه شخصی سه بار مرتکب زنا می‌شود و پس از تحمل حد آن‌ها به تکرار زنا می‌پردازد، مجازات مرتکب به موجب جلد دوم قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲/۷۷، صرفاً با سقوط حد مرگ، مرتکب محکوم به حبس تعزیری خواهد شد؛ چراکه زنا ارتكابی موجب رجم نبوده است، اما واقعیت آن است که در این صورت نیز مجازات مرتکب با سقوط حد مرگ همان یکصد ضربه شلاق خواهد بود؛ زیرا ملاک تفصیل بین یکصد ضربه شلاق و حبس تعزیری مجازات قانونی اسقاط شده است. در مانحن‌فیه نیز مجازات قانونی اسقاط‌شده حد مرگ است.

۶. قلمرو سرزمینی مراتب تکرار جرم

به یقین مجازات شخصی که با داشتن سابقه ارتکاب یک جرم حدی برای بار چهارم مرتکب همان جرم شود، مطابق ماده ۱۳۶ اعدام است. موضوع زمانی پیچیده می‌شود که فردی با ارتکاب یک جرم موجب حد و محاکمه و اجرای حد شرعی در یکی از بلاد اسلامی مانند عراق، مرتکب تکرار چندین باره همان جرم در ایران شود. احتساب یا عدم احتساب مجازات حدی جاری در دیگر بلاد اسلامی در شمار مراتب تکرار جرائم حدی و اعمال حد مرگ در چهارمین مرتبه در ایران یکی از چالش‌های فقه معاصر است. گزینش دیدگاه راجح، ارتباط وثیقی با آگاهی از استدلال‌های مطرح در مقام استظهار هریک از نظریه‌ها دارد.

۶.۱. نظریه احتساب

این نظریه را می‌توان بر این مبانی استوار کرد:

اول: جهان به یک اعتبار به دارالاسلام و دارالکفر تقسیم می‌شود. دارالاسلام سرزمین‌هایی است که احکام اسلامی در آن نافذ است (مرکز دائرةالمعارف بزرگ اسلامی، ۷۷/۹؛ زحیلی، ۱۶۹؛ شهید اول، الدروس الشرعية، ۷۸/۳؛ طوسی، المبسوط، ۴۵/۲). در مقابل، دارالکفر مشتمل بر سرزمین‌هایی است که از حاکمیت شریعت اسلام محروم است.

دوم: مرزبندی‌های نوین در جامعه بین‌المللی و شناسایی کشور و دولت‌ها مطابق عرف و قواعد حقوق بین‌الملل تأثیری در بازشناسی دارالاسلام از دارالکفر ندارد (حسینی شیرازی، ۱۵۶؛ صاحب‌جوهر، ۵۶/۸؛ موسوی بجنوردی، ۹۹). در واقع، مرز دولت اسلامی نه مرز جغرافیایی و سیاسی، بلکه مرز عقیده و ایمان است (حمیدالله، ۳۶۳). با این وصف، نقض احکام اسلامی صرف نظر از محل ارتکاب آن قابل محاکمه و مجازات بر اساس مقررات شریعت در هریک از کشورهای اسلامی است. از این رو چنانچه حد شرعی جرمی در هریک از کشورهای اسلامی درباره مرتکب اجرا شده باشد، به مثابه اجرای آن در دارالاسلام



است و سایر کشورهای اسلامی از جمله ایران باید اولاً اجرای آن را معتبر بشمرند و از اجرای مجدد حد برای همان فخره جرم ارتكابی بپرهیزند؛ ثانیاً اجرای چنان حدی را در شمار تکرار همان جرم تا مرتبه چهارم احتساب کنند.

۲.۶. نظریه عدم احتساب

این نظریه نیز بر دو مبنا استوار است:

اول: درست است که آرمان نهایی شریعت اسلام حاکمیت جهانی و تشکیل امت واحده است؛ اما این زمانی تحقق می‌یابد که تمامی افراد بشر سر تعظیم در برابر آن فرود بیاورند و مرزهای ساختگی و سیاسی از میان ملت‌ها برداشته شود (کلانتری، ۳۴). در عصر حاضر، دولت‌های اسلامی متعدد با حاکمیت سیاسی و سرزمینی مستقل و در چهارچوب پیمان‌های بین‌المللی حکمرانی می‌کنند. اصول برابری، احترام و عدم مداخله در حاکمیت دولت‌ها از عناصر مهم تشکیل‌دهنده نظم حقوقی بر اساس منشور ملل متحد است (قاسمی، ۱۴۴). اسلام شریعتی واقع‌گرا و مطابق مقتضیات زمانی و مکانی انعطاف‌پذیر است. پذیرش واقعیت‌های موجود و به‌رسمیت شناختن حاکمیت مستقل کشورها که با اراده و پیمان سیاسی جمعیتی به نام قانون اساسی بنا نهاده شده، منطبق با ویژگی‌های شریعت اسلام است. اعمال قوانین جزایی از مصادیق بارز اعمال حاکمیت کشورها و اصل بر سرزمینی بودن قوانین کیفری است. مطابق این اصل، قوانین و آرای کیفری صادر از محاکم داخلی هر کشور صرفاً در قلمرو حاکمیت همان کشور معتبر و لازم‌الاجراست. از این رو، چنانچه حد شرعی جرمی در یک کشور اسلامی درباره مرتکب اجرا شده باشد، نباید در شمار مراتب تکرار جرم در سایر کشورهای اسلامی از جمله ایران تلقی شود؛ زیرا اختلاف شرایط موجب تبدیل حکمت و ملاک و تبدیل حکمت نیز موجب تغییر حکم می‌شود (علامه حلی، شرح تجرید، ۲۸۲؛ دهقان، ۱۹۶؛ پوربافرانی، ۸۵).

دوم: قاعده درأ و اصل احتیاط در دماء نیز می‌تواند دیدگاه عدم احتساب را بنیان نهد؛ زیرا در صلاحیت قضات محاکم دیگر کشورهای اسلامی، به‌ویژه در صدور احکام مربوط به مجازات‌های حدی تردید وجود دارد. مطابق دیدگاه فقیهان امامیه قضاوت منصب خاص پیامبر (ص) و وصی اوست و در زمان غیبت منصب قضا با اذن معصومان به نواب عام امام زمان (ع)، یعنی فقیهان و مجتهدان جامع‌الشرایط، واگذار شده است (نراقی، ۱۷/۲۱۵ تا ۱۷/۳۴۲؛ طوسی، الخلاف، ۵/۳۴۲؛ طباطبائی، ریاض المسائل، ۱۵/۱۸). ضمناً اسلام و ایمان از جمله شرایط قاضی در فقه امامیه است (همو: ۸/۱۵؛ صاحب‌جواهر، ۱۲/۴۰) در واقع قضاوت در اسلام نوعی ولایت است (طباطبائی زیدی، ۵/۲) و مطابق قاعده نفی سبیل برگرفته از آیه ۱۴۱ سوره نساء، استیلاهی کافر بر مسلمان ممنوع است. این قاعده درباره حاکمان کشورهای اسلامی شدیداً وابسته به قدرت‌های کافر و قضات محاکم آنان جاری است. از این رو ولایت قضات این دسته از کشورهای اسلامی مردود است (همان؛



قيانچى، ۲۰۳). به علاوه، حساسيت كار قضاوت و جريان اصل عدم، بيانگر ضرورت احراز اهليت شرعى قضات ديگر كشورهاي اسلامى به مدد ادله يقينى است. بديهي است با فقدان يا دست كم عدم دسترسى به چنين ادله‌اى، نمى توان درباره مشروعيت احكام حدى صادرشده از ديگر ممالك اسلامى اطمينان يافت و آن را در شمار تكرر جرائم حدى احتساب كرد.

۷. پيشى گرفتن مجازات تعزيرى از حد

با استناد به برخى روايات، «التعزير دون الحد» يكي از قواعد جزايى شناخته شده است (نك: حر عاملى، ۳۷۵/۲۸؛ كوفى، ۱۳۵؛ كلينى، ۲۰۴/۷؛ طوسى، التهذيب، ۶۷/۱۰؛ هاشمى، ۱۹۱ تا ۱۸۶)؛ با اين حال درباره مفاد اين قاعده، نظرها متفاوت است. برخى معتقدند از واژه «دون» چنين بر مى آيد كه مجازات تعزيرى غير از مجازات حدى است (حاجتمند، ۱۰۳؛ ميرخليلى، ۶۸۴)؛ اما اكثر فقيهان اماميه معتقدند معنای واژه اين است كه مجازات تعزيرى كمتر از مجازات حدى است (صافى گلپايگانى، ۲۸). البته در مفهوم كمتر از حد بودن نيز اختلاف نظر (نك: منتظرى، مباني فقهى حكومت اسلامى، ۱۳/۵۳ تا ۵۵۴) است و سه ديدهگاه وجود دارد: ۱. مجازات تعزيرى مطلقاً نبايد به كم ترين مقدار حد برسد و حداقل حد در خصوص فرد آزاد ۷۵ ضربه حد قواى است (صاحب جواهر، ۴۴۸/۴۱؛ طوسى، الخلاف، ۴۹۷/۵)؛ ۲. مجازات هريك از جرائم تعزيرى متناسب با جرم حدى مرتبط با آن كمتر از همان مجازات حدى است (ابن ادريس، ۴۶۶/۳)؛ ۳. قاعده التعزير ما دون الحد تنها در جرائم تعزيرى اى مصداق دارد كه مشابه يا مرتبط با يكي از جرائم حدى باشد و در ديگر جرائم تعزيرى، محدوديتى براى نوع و ميزان مجازات وجود ندارد (زراعت، ۱۰؛ خاكي، ۷۸ تا ۷۹؛ حاجى ده آبادى، ۳۳). قائلان به اين ديدهگاه معتقدند در جرائم تعزيرى مهم، از قبيل جاسوسى، قاچاق مواد مخدر و اخلال در نظام اقتصادى، حاكم بنا بر مصلحت، كيفرگذارى مى كند و اين كيفر ممكن است حبس ابد، قطع عضو يا حتى اعدام باشد.

طبق ماده ۱۳۷ قانون مجازات اسلامى اصلاحى ۱۳۹۹ تكرر جرائم عمدى تعزيرى درجه يك تا پنج قطع نظر از مرتبه تكرر آن مى تواند در برخى حالات، سبب تشديد مجازات جرم ارتكابتى لاحق به بيش از حداكثر مجازات تا سقف يك چهارم شود. چنانچه مجازات قانونى جرم تعزيرى حبس يا جزاى نقدى و امثال آن باشد، اعمال تشديد مجازات به نحو مقرر در ماده ۱۳۷ ظاهراً تعارضى با قاعده التعزير دون الحد ندارد. در مقابل، چنانچه مجازات قانونى جرم تعزيرى شلاق تا ۷۴ ضربه باشد، اعمال تشديد مجازات اختياري مذکور موجب مجازاتى بيش از حد خواهد بود و خود، مسئله مشروع بودن يا نبودن آن را پديدار مى سازد. برخى قضات معتقدند كه تعيين مجازات شلاق تعزيرى بيش از حد، هرچند در حالت تكرر جرم، مغاير قاعده التعزير دون الحد است (نشست قضايى دادگستري كل استان سمنان در مهرماه ۹۳ و دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۷۲۳۱۵۲۰۰۵۹۰ مورخ ۹۳/۶/۲۶ دادگاه تجديد نظر استان سمنان به نقل از خاكي، ۷۱). در مقابل،



گروهی از قضات بر این باورند که مجازات تعزیری اعم از حبس، شلاق و جزای نقدی است و همچنان که تعیین مجازات حبس بیش از حداکثر مجازات قانونی در موارد تکرار جرم مجاز است، تعیین مجازات شلاق به بیش از حداکثر مجازات قانونی نیز منع شرعی ندارد (دادنامه شماره ۴۵۸ مورخ ۹۳/۵/۹ شعبه ۱۰۳ دادگاه عمومی جزائی سمنان به نقل از خاکی، (۷۱). رویکرد اخیر قابل دفاع است:

اولاً: مجرای قاعده‌التعزیر دون الحد جایی است که قاضی درصدد تعیین مجازات برای ارتکاب جرم تعزیری در بار نخست است؛ حال آنکه تکرار جرم نشان از این دارد که مجازات سابق مرتکب را متنبه نساخته و تشدید مجازات ضرورت دارد.

ثانیاً: تغییر موضوع یا موقعیت موجب تغییر حکم اولیه می‌شود. بنا بر حکم اولیه، مجازات تعزیری کمتر از حد است. تکرار جرم موجب تغییر موضوع یا موقعیت و مقتضی تغییر حکم اولیه است. به عبارت دیگر، به موجب حکم ثانوی تکرار جرم موجب تشدید مجازات تعزیری، هر چند به بیش از حد است.

ثالثاً: مطابق مضمون روایات و آرای فقیهان، تکرار جرائم تعزیری موجب تشدید مجازات و حتی مرگ مرتکب است. برای نمونه در روایتی آمده هرگاه کسی برای بار چهارم مرتکب عملی موجب تعزیر شود، از او خواسته می‌شود تا توبه کند و هرگاه بر کار خویش اصرار ورزد و آن عمل را انجام دهد اعدام می‌شود (قطب‌الدین کیدری، ۵۲۶). مطابق برخی روایات، اگر رباخوار پس از دو بار تأدیب مجدداً رباخواری کند، اعدام می‌شود (حر عاملی، ۵۸/۱۸) یا اگر مردی بیشتر از سه بار روزه‌خواری کرده باشد و برای بار چهارم مرتکب آن شود، کشته می‌شود (همان، ۱۷۹/۶). برخی فقیهان نیز بیان کرده‌اند که اگر دو مرد به صورت برهنه زیر یک پوشش یافت شوند تعزیر می‌شوند و در صورت تکرار برای بار سوم حد بر آن‌ها جاری می‌شود (علامه حلی، تبصرة المتعلمین، ۸۶). همچنین کسی که حیوانی را وطی کند تعزیر می‌شود و در صورت تکرار در بار چهارم کشته می‌شود (محقق حلی، ۱۷۵/۴).

نتیجه‌گیری

۱. اختلاف روایات و آرای فقیهان در تعیین کیفر مرگ برای تکرار جرائم حدی همسان و افزون بر آن پراکندگی روایات و اقوال فقهی ناظر به مراتب تکرار موجب مرگ در مقابل ادله استواری همچون حرمت جان آدمی، اصل احتیاط و قاعده‌درأ، اتقان حکم و جوب مرگ را موضوعی پرچالش ساخته است. در این وضعیت، تکرار مجازات حدی همراه با کیفر مشدد تعزیری به جای اعدام منطبق با اصل احتیاط و موافق عقل سلیم است.

۲. ابتدای کیفر مرگ بر ضابطه هم‌نوعی حدود در تکرار جرم افزون بر آنکه موجب صرفاً کیفر بزه حدی مکرر و به‌نوعی تخفیف در مجازات تکرار جرائم حدی مختلف می‌شود، سبب شبهه هم‌نوعی برخی حدود همچون تمخیز، لواط، مساحقه و زنا است. اعمال مجازات حدی به‌علاوه کیفر مشدد تعزیری، قطع نظر از همسانی بزه در تکرار جرائم حدی، راهکار مناسب برای گذر این چالش‌ها است.



۳. توبه و معافيت از كيفر بزه حدى، چالش احتساب يا عدم احتساب آن در شمار تكرر بزه و مرگ مرتكبش را مطرح مى‌سازد. ظاهراً تكرر جرائم حدى در بار چهارم در هر حال موجب اعدام مرتكب است. در مقابل، ادله توبه گويای آن است كه بزهكار تائب به مثابه كسى است كه بزهى مرتكب نشده است. اطلاق ادله‌اى كه توبه را مسقط حد مى‌داند، نظريه عدم احتساب بزه حدى در شمار تكرر موجب مرگ را تقويت مى‌كند.

۴. رجوع از اقرار به زناى موجب رجم در تمامى دفعات سابق جز بار چهارم موجب اسقاط حد و جايگزينى آن با يكصد ضربه شلاق است. اما كيفر تكرر زنا در بار چهارم در همين فرض برحسب مورد (حدى يا تعزيرى شناختن كيفر جايگزين يكصد ضربه شلاق)، بين مرگ و شلاق متغير خواهد بود. اصل احتياط، تفسير به نفع كيفر شلاق را تقويت مى‌كند. رجوع از اقرار به بزه حدى (فاقد كيفر رجم يا مرگ) همانند شرب خمر در بار چهارم با تحمل حد در دفعات قبل موجب شبهه در كيفر استحقاقى مرگ يا حبس تعزيرى است. اصل احتياط و مبتنى بودن حدود بر تخفيف، حبس تعزيرى را تقويت مى‌كند. رجوع از اقرار به زناى موجب جلد با تحمل همين حد در دفعات قبل سبب شبهه در كيفر استحقاقى مرگ يا شلاق است. با ملاك قراردادن مجازات قانونى اسقاط شده كه در مانحن فيه به اعتبار تكرر زنا موجب حد مرگ است، كيفر شلاق تقويت مى‌شود.

۵. ملاك احتساب مراتب تكرر جرائم حدى موجب مرگ، تحقق تمامى مراتب آن صرفاً در قلمرو حاكميت ايران است.

۶. بنا به حكم اولى، مجازات تعزيرى كمتر از حد است؛ اما تكرر جرم موجب تغيير موضوع يا موقعيت و مقتضى تغيير حكم اوليه است. به موجب حكم ثانوى تشديد مجازات تعزيرى، هرچند به بيش از حد، در حالت تكرر جرم منع شرعى ندارد.

۷. با توجه به اختلاف نظر فقهى در مصاديق حدود غير مدون موضوع ماده ۲۲۰ و اجتناب از مجازات مرگ در تكرر جرائمى كه در ماهيت حدى آن‌ها شبهه وجود دارد، ترجيحاً نسخ مقررۀ مزبور يا دست كم احصاى حدود غير مدون با الحاق تبصره‌اى به آن بايسته به نظر مى‌رسد.

منابع

- ابن ادریس، محمد بن احمد، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، چاپ دوم، قم: دفتر انتشارات اسلامى، ۱۴۱۰ق.
- ابن بابويه، على بن حسين، كتاب من لا يحضره الفقيه، چاپ دوم، قم: مؤسسه نشر اسلامى، ۱۴۰۴ق.
- ابن براج، عبدالعزيز بن نحرير، المهذب، چاپ اول، قم: مؤسسه نشر اسلامى، ۱۴۰۶ق.
- ابن زهره، حمزه بن على، غنيه النزوع، چاپ اول، قم: مؤسسه امام صادق (ع)، ۱۴۱۷ق.
- ابوالصلاح حلبى، تقى بن نجم، الكافى فى الفقه، چاپ اول، اصفهان: كتابخانه اميرالمومنين (ع)، ۱۴۰۳ق.



- ابوداود، سلیمان بن اشعث، سنن ابی داود، ریاض: دارالسلام، ۱۴۲۰ق.
- ابوزید، بکر بن عبدالله، الحدود و التعزیرات عند ابن القیم، چاپ دوم، مکة مکرمه: دارالعاصمه، ۱۴۱۵ق.
- قطب الدین کیدری، محمد بن حسین، اصباح الشیعة بمصباح الشریعة، به تصحیح ابراهیم مراغی، چاپ اول، قم: امام صادق (ع)، ۱۴۱۶ق.
- پوریا فرانی، حسن، «اعمال قاعده منع محاکمه مجدد در جرایم مستوجب مجازات های شرعی»، پژوهشنامه حقوق کیفری، س ۴، ش ۱، ۱۳۹۲، صص ۷۳ تا ۹۵.
- تبریزی، جواد، أسس الحدود و التعزیرات، چاپ اول، قم: مهر، ۱۴۱۷ق.
- ترحینی عاملی، محمد حسن، الزیاده الفقہیة فی شرح الروضة البیہة، بیروت: دارالهادی، ۱۴۲۳ق.
- حاجتمند، حبیب، «واکاوی مستندات فقہی قواعد حاکم بر تعزیرات»، پژوهشنامه فقہی، س ۴، ش ۲، ۱۳۹۵، صص ۹۳ تا ۱۲۶.
- حاجی ده آبادی، احمد، «از حدی انگاری قاچاق کالا و یا اعمال قاعده تکرار جرم حدی تا انصراف قاعده التعزیر دون الحد از این جرم»، اقتصاد پنهان، ش ۱۱ و ۱۰، ۱۳۹۷، صص ۹ تا ۳۶.
- حر عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعة، جلد ۶ و ۱۸، چاپ هشتم، تهران: مکتب اسلامی، ۱۳۸۶.
- حسینی شیرازی، محمد، الفقه السیاسة، قم: دارالایمان، ۱۳۶۱.
- فخرالمحققین، محمد بن حسن، ایضاح الفوائد فی شرح اشکالات القواعد، چاپ اول، قم: اسماعیلیان، ۱۳۸۷ق.
- ابن سعید، یحیی بن احمد، نزهة الناظر فی الجمع بین الاشباه و النظائر، قم: فقه الثقلین الثقافیة، ۱۴۳۴ق.
- حمیدالله، محمد، سلوک بین المللی دولت اسلامی، ترجمه و تحقیق مصطفی محقق داماد، چاپ اول، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۸۰.
- خاکی، محمد رحیم، «تعیین مجازات شلاق بیش از تعداد حدی در تعدد و تکرار جرائم تعزیری»، فصلنامه نقد رأی، س ۲، ش ۴۵، ۱۳۹۲، صص ۶۹ تا ۸۴.
- خمینی، روح الله، تحریر الوسیلة، تهران: مکتبة العلمیة الاسلامیة، ۱۴۰۸ق.
- خوانساری، احمد، جامع المدارک، چاپ دوم، قم: اسماعیلیان، ۱۴۰۵ق.
- خوبی، ابوالقاسم، تکملة منهاج الصالحین، نجف اشرف: مطبعة الآداب، بی تا.
- _____، مبانی تکملة المنهاج، چاپ اول، قم: مؤسسه احیاء آثار امام خوئی، ۱۴۲۲ق.
- دهقان، حمید، تأثیر زمان و مکان بر قوانین جزائی اسلام، چاپ اول، قم: مدین، ۱۳۷۶.
- راغب اصفهانی، حسین بن محمد، المفردات فی غریب القرآن، بیروت: دارالمعرفة، ۱۴۰۴ق.
- روحانی، محمد صادق، منهاج الصالحین، قم: مکتب آیت الله سید روحانی، ۱۴۲۹ق.
- زحیلی، وهبه، آثار الحرب فی الفقه الاسلامی، بیروت: دارالفکر، ۱۴۱۲ق.
- زراعت، عباس، شرح قانون مجازات اسلامی بخش تعزیرات، چاپ اول، تهران: ققنوس، ۱۳۸۲.
- شهید اول، محمد بن مکی، دروس الشرعیة، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۲ق.



- _____، اللمعة دمشقية، ترجمه على شيروانى، قم: دارالفكر، ۱۳۸۶.
- شهيد ثانى، زين الدين بن على، الروضة البهية فى الشرح اللمعة دمشقية، چاپ اول، قم: داوری، ۱۴۱۰ق.
- _____، مسالك الأفهام إلى تنقيح شرايع الاسلام، چاپ اول، قم: مؤسسه معارف اسلامى، ۱۴۲۵ق.
- شيخ بهائى، محمد بن حسين، جامع عباسى، چاپ اول، تهران: فراهانى، بى تا.
- صاحب جواهر، محمد حسن بن باقر، جواهر الكلام فى شرح شرايع الاسلام، تهران: دارالکتب الاسلاميه، ۱۴۰۵ق.
- صافى گلپايگانى، لطف الله، التعزير: احكامه و حدوده، قم: دفتر معظم له، بى تا.
- طباطبائى يزدى، محمد كاظم، تكملة العروة الوثقى، چاپ اول، قم: داوری، ۱۴۱۴ق.
- طباطبائى، على بن محمد، الشرح الصغير فى شرح المختصر النافع، چاپ اول، قم: انتشارات كتابخانه آيت الله مرعشى، ۱۴۰۹ق.
- _____، رياض المسائل فى تحقيق الاحكام بالدلائل، چاپ دوم، قم: آل البيت (ع)، ۱۴۲۲ق.
- طوسى، محمد بن حسن، الخلاف، چاپ اول، قم: مؤسسه نشر اسلامى، ۱۴۰۷ق.
- _____، المبسوط فى فقه الاماميه، چاپ سوم، تهران: مكتبة المرتضوية لاحياء آثار الجعفرية، ۱۳۸۷ق.
- _____، النهاية فى المجرى الفقه و الفتاوى، قم: قدس، بى تا.
- _____، الاستبصار، چاپ سوم، قم: دارالحدیث، ۱۳۸۷ق.
- _____، التهذيب الاحكام، تهران: دارالکتب الاسلاميه، ۱۳۸۶.
- علامه حلى، حسن بن يوسف، إرشاد الأذهان إلى أحكام الإيمان، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامى، ۱۴۱۰ق.
- _____، تبصره المتعلمين فى احكام الدين، چاپ اول، تهران: نشر وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامى، ۱۳۸۲.
- _____، قواعد الاحكام فى معرفه الحلال و المحرام، چاپ اول، قم: مؤسسه نشر اسلامى، ۱۴۱۳ق.
- _____، مختلف الشيعة فى احكام الشريعة، چاپ دوم، قم: دفتر انتشارات اسلامى، ۱۴۱۳ق.
- _____، شرح تجريد، قم: مصطفوي، بى تا.
- علم الهدى، على بن حسين، الانتصار، قم: مؤسسه نشر اسلامى، ۱۴۱۰ق.
- فاضل لنكرانى، محمد، القواعد الفقهية، چاپ اول، قم: مركز فقه الاثمه الاطهار، ۱۴۲۷ق.
- فاضل هندى، محمد بن حسن، كشف اللثام، قم: انتشارات كتابخانه آيت الله مرعشى نجفى، ۱۴۰۵ق.
- قاسمى، غلامعلى، «چالش‌هاى اصل عدم مداخله و جاىگاه آن در حقوق بين الملل»، فصلنامه آفاق امنيت، س ۹، ش ۳۳، ۱۳۹۵، صص ۱۴۳ تا ۱۷۲.
- قپانچى، حسام، «مباني فقهى احياء قاعده منع مجازات مجدد در قانون مجازات»، پژوهش‌هاى فقهى، دوره ۱۱، ش ۱، ۱۳۹۴، صص ۲۱۰ تا ۲۱۰.
- قمى سبزوارى، على بن محمد، جامع الخلاف و الوفاق بين الاماميه و ائمه الحجاز و الوفاق، چاپ اول، قم: زمينه سازان ظهور امام عصر (ع)، ۱۴۲۱ق.



گلبایگانی، محمدرضا، الدر المنضود فی احکام الحدود، به تقریر علی کریمی جهرمی، چاپ اول، قم: دارالقرآن الکریم، ۱۴۱۲ق.

کلانتری، علی اکبر، «دارالاسلام و دارالکفر و آثار ویژه آن دو»، فقه و اصول، ش ۱۰، ۱۳۷۵، صص ۳۲ تا ۱۱۷.

کلینی، محمد بن یعقوب، فروع من الکافی، چاپ ششم، تهران: دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۸۷.

کوفی، ابوعلی محمد بن اشعث، جعفریات (الاشعثیات)، قم: اهل البیت، بی تا.

محقق حلّی، جعفر بن حسن، شرایع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام، چاپ دوم، قم: اسماعیلیان، ۱۴۰۸ق.

مرکز دائرة المعارف بزرگ اسلامی، دائرة المعارف اسلامی، چاپ اول، تهران: مرکز دائرة المعارف بزرگ اسلامی، ۱۳۷۹.

مغنیه، محمد جواد، فقه الامام الصادق (ع)، بیروت: دارالعلم للملایین، ۱۹۶۶.

مقدس اردبیلی، احمد بن محمد، مجمع الفائدة و البرهان، قم: مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۶ق.

منتظری، حسین علی، کتاب الحدود، چاپ اول، قم: دارالفکر، بی تا.

_____، مبانی فقهی حکومت اسلامی، چاپ اول، تهران: کیهان، ۱۳۶۷.

موسوی اردبیلی، عبدالکریم، فقه الحدود و التعزیرات، چاپ دوم، قم: مؤسسه النشر لجامعة الفید، ۱۴۲۷ق.

موسوی بجنوردی، محمد، «بررسی فقهی حدود دارالاسلام و دارالکفر با رویکردی بر اندیشه امام خمینی (س)»،

پژوهشنامه متین، دوره هشتم، ش ۳۱ و ۳۲، ۱۳۸۵، صص ۸۵ تا ۱۰۷.

میرخلیلی، سید محمود، «مراتب تعزیر»، پژوهش های فقهی، دوره ۱۰، ش ۴، ۱۳۹۳، صص ۶۷۷ تا ۷۰۶.

نراقی، احمد بن محمد مهدی، مستند الشیعه، چاپ دوم، قم: آل البیت، ۱۴۱۹ق.

نوبهار، رحیم، «بازخوانی مستندات فقهی حکم اعدام برای تکرار جرائم حدی»، پژوهش های حقوق کیفری، س ۲،

ش ۵، ۱۳۹۲، صص ۴۶ تا ۹.

نورانی، یوسف، «بررسی فقهی حقوقی تکرار جرم با تأکید بر ماده ۱۳۶ قانون مجازات اسلامی»، پژوهش های فقه و

حقوق اسلامی، س ۱۱، ش ۴۰، ۱۳۹۴، صص ۱۲۷ تا ۱۴۴.

وحید خراسانی، حسین، منهاج الصالحین، قم: مدرسه امام باقر (ع)، ۱۴۲۸ق.

هاشمی شاهرودی، محمود و جمعی از پژوهشگران، موسوعة الفقه الإسلامی طبقاً لمذهب اهل البیت (ع)، قم:

مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (ع)، ۱۴۲۳ق.

هاشمی، محمد امین، «قاعدة التعزیر دون الحد»، فقه اهل بیت، س ۱۵، ش ۵۷، ۱۳۸۸، صص ۱۷۸ تا ۲۲۲.

سال ۵۴ - شماره ۱ - شماره پیاپی ۱۲۸ - بهار ۱۴۰۱، ص ۸۵ - ۱۰۴	شاپا الکترونیکی ۲۵۳۸-۳۸۹۲		شاپا چاپی ۲۰۰۸-۹۱۳۹
تاریخ بازنگری: ۱۳۹۹/۰۷/۲۹	تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۰۹/۲۶	تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۱۲/۱۲	نوع مقاله: پژوهشی
DOI: https://doi.org/10.22067/jfiqh.2020.16093			

بررسی تطبیقی تبیین نسبت لفظ و معنا از دیدگاه سوسور و محمدباقر صدر

دکتر سید حسین خاتمی سبزواری (نویسنده مسئول)

دانش آموخته دکتری رشته فقه و مبانی حقوق دانشگاه قم، مدرس حوزه علمیه و دانشگاه قم

Email: khatami65@gmail.com

سید محمدحسین محمدی دیمنه

دانش آموخته کارشناسی ارشد رشته شیعه شناسی دانشگاه تهران

چکیده

زبان‌شناسی و اصول فقه دو علم با تعریف و غایتی متفاوت‌اند. با این‌همه موضوعات متعددی را می‌توان برشمرد که در هر دو دانش به آن پرداخته شده است. نسبت لفظ و معنا یکی از این موضوعات است که هم از مبادی دانش زبان‌شناسی است و هم اصول فقه. شهید صدر در این زمینه نظریه جدیدی را تحت‌عنوان قرن اکید ارائه کرده، سوسور نیز به‌عنوان پدر علم زبان‌شناسی نوین به شکل مبسوطی نسبت بین لفظ و معنا را بررسی و نظرات خود را بیان کرده است. از آنجایی که موضوع پژوهش زبان است، در سه مسئله می‌توان دیدگاه آن دو را به‌صورت تطبیقی بررسی کرد: نسبت قوه ناطقه‌ای که سوسور بیان می‌کند با قوانین تکوینی سه‌گانه‌ای که شهید صدر به آن پرداخته، جایگاه دلالت و تشخیص دال و مدلول در الفاظ و سرانجام اختیاری یا اجباری بودن نسبت بین لفظ و معنا. بررسی و تطبیق نظریات این دو اندیشمند که هر دو از نظرگاهی متفاوت به این بحث پرداخته‌اند، می‌تواند زمینه‌های فهم هر چه بهتر این مسئله را در دو رشته فراهم کند.

واژگان کلیدی: زبان‌شناسی، سوسور، شهید صدر، لفظ، معنا، قرن اکید.



HomePage: <https://jfiqh.um.ac.ir/>

Vol. 54, No. 1: Issue 128, Spring 2022, p.85-104

Online ISSN: 2538-3892



Print ISSN: 2008-9139

Receive Date: 02-03-2020

Revise Date: 20-10-2020

Accept Date: 19-12-2020

DOI: <https://doi.org/10.22067/jfu.v53i4.86677>

Article type: Original Research

A Comparative Study of the Explanation of the Relation between Term and Meaning from the Perspective of Saussure and Mohammad Baqir Sadr

Sayyed Hossein Khatami Sabzevari,

Ph.D. Ph.D. Graduate of Islamic Jurisprudence and Foundations of Law, University of Qom,
Lecturer at Qom Seminary and University of Qom (Corresponding Author)

Email: khatami65@gmail.com

Sayyed Mohammad Hossein Mohammadi Demeneh

M.A. in Shia Studies, University of Tehran

Abstract

Linguistics and Usul al-Fiqh are two sciences with different definitions and objectives. However, there are several topics dealt with in both sciences. The relationship between term and meaning is one of the above said topics which are both among the basics of linguistics and Usul al-Fiqh. Shahid Sadr has proposed a new theory titled close connection, Saussure, as the father of modern linguistics, has extensively examined the relationship between term and meaning and expressed his views. Since the topic of this research is language, the viewpoints of the two thinkers may be examined comparatively from three aspects: the relation between the faculty of speech stated by Saussure and the three natural laws addressed by Shahid Sadr, the place of signification and determination of signifier and signified in terms and finally, the optional or mandatory nature of the relation between term and meaning. Examining and comparing the theories of these two thinkers, who have both discussed this topic from different perspectives, can provide the grounds for a better understanding of this issue in the two disciplines.

Keywords: Linguistics, Saussure, Shahid Sadr, Term, Meaning, Close Connection



مقدمه

شهید محمدباقر صدر از علمای متأخر شیعه به شکل بدیعی به علم اصول پرداخته است. نوع نگاه متفاوت او به این علم، سبب شده است تا هم در ساختار و فصل‌بندی این علم و هم در مباحث و محتوای آن، تغییراتی را اعمال کند. یکی از مباحث اصولی که شهید صدر در آن صاحب نظریه‌ای نو است، موضوع نسبت لفظ و معناست. شهید صدر برخلاف استادش آیت‌الله خوبی و دیگر بزرگان اصولی، نظریه‌ای را تحت‌عنوان قرن اکید معرفی و تبیین می‌کند.

از سویی علم زبان‌شناسی به مطالعه زبان اختصاص دارد و مباحث آن در میان دانشمندان مسلمان تحت عناوین مختلفی بروز و ظهور کرده است. یکی از این عناوین، مباحث الفاظ علم اصول است. لکن به نظر می‌رسد علمی که به طور مستقل به زبان توجه داشته باشد در میان مسلمانان تدوین نشد، تا آنکه در اواخر قرن هجدهم میلادی به این علم توسط اروپاییان توجه شد و رفته‌رفته شاخه‌های متعددی پیدا کرد و امروزه به‌عنوان یکی از جامع‌ترین و تأثیرگذارترین علوم در حوزه علوم انسانی مطرح شده است.

فردینان دو سوسور را پدر زبان‌شناسی نوین می‌نامند. بسیاری از نظریات سوسور بعدها توسط زبان‌شناسان دستخوش تغییرات بنیادین قرار گرفت؛ لکن تأثیر نظریات او بر زبان‌شناسی نوین همچنان پا برجاست. عموم مباحث زبان‌شناختی که هم اکنون مطرح می‌شود بر پایه نظریات این زبان‌شناس سوئیسی است. اثر اصلی او دوره زبان‌شناسی عمومی نام دارد که درس‌گفتارهای او در دانشگاه است. این کتاب بعد از مرگ او توسط شاگردانش جمع‌آوری و تدوین شد.

مقاله حاضر پس از بیان تفصیلی نظریات شهید صدر در خصوص لفظ و معنا و نسبت آن دو که یکی از مباحث پایه در مباحث الفاظ علم اصول است، به بررسی نظریه سوسور در این خصوص و درنهایت بررسی تطبیقی میان نظریات شهید صدر و فردینان دو سوسور می‌پردازد.

در این نوشتار، مباحث و نظریات این دو اندیشمند را در بحث نسبت لفظ و معنا به شکل جزئی‌تر در سه حوزه قوه ناطقه و قانون تکوینی، دال و مدلول و اجباری یا اختیاری بودن زبان کنار هم قرار داده و شباهت‌ها و افتراقات آن‌ها بیان شده است.

همچنین مقاله حاضر درصدد تشریح پاسخ‌های این دو دانشمند به این سؤالات است که نسبت لفظ و معنا چگونه نسبتی است؟ در این نسبت دال و مدلول کدام هستند؟ آیا وضع الفاظ برای معانی، اختیاری است یا اجباری و تکوینی؟ برای پاسخ به این پرسش‌ها از روش تحلیلی و توصیفی و کتابخانه‌ای استفاده شده است و اهم آراء این دو اندیشمند بزرگ ارزیابی شده است.

امید است این مقاله سبب شود تا اولاً نظریه بدیع شهید صدر بازخوانی و تقویت شود و ثانیاً گامی کوچک در تقریب و تطبیق دو علم زبان‌شناسی و اصول فقه در پاره‌ای از مباحث مشترک باشد تا از گذرگاه آن،



اندیشمندان علم اصول نیم‌نگاهی هم به مباحث نوین دانش زبان‌شناسی داشته باشند.

۱. تبیین دیدگاه شهید صدر در نسبت لفظ و معنا

اولین بحث پیرامون حقیقت وضع، رابطه میان لفظ و معناست. آیا نسبت لفظ و معنا ذاتی است یا خیر؟ تقریباً تمام اصولیان معتقدند نسبت لفظ و معنا ذاتی نیست. فقط برخی از قداما همچون عبادبن سلیمان صیمری و اصحاب تفسیر قائل به فرضیه دلالت ذاتی الفاظ بر معانی شده‌اند (قمی، ۱/۴۳۹). این قول باطل است؛ چراکه لازمه چنین حرفی آن است که مردم تمام زبان‌ها، زبان یکدیگر را متوجه شوند، حال آنکه بدیهی است که چنین فرضی صحیح نیست.

برخی از اصولیان، خداوند متعال را واضع الفاظ برای معانی می‌دانند. به‌طور مشخص مرحوم نایینی قائل به این نظریه شده است (۱/۳۱۱). پس از ایشان، این نظریه توسط اصولیان متأخر پذیرفته نشد و مورد نقض جدی قرار گرفت (روحانی، ۱/۵۱).

بعد از آنکه مشخص شد اولاً دلالت الفاظ بر معانی ذاتی نیست و ثانیاً واضع الفاظ برای معانی نیز خداوند متعال نیست، اکنون پرسش اساسی این است که پس چه رابطه‌ای بین آن دو برقرار است؟ در اینکه رابطه لفظ و معنا یا همان وضع لفظ برای معنا چگونه رابطه‌ای است، سه مبنای مهم وجود دارد:

أ. **مسلك تعهد:** وضع الفاظ بر معانی، امری تعهدی و قراردادی است که سبب دلالت تصویری بین تصور لفظ و تصور معنا می‌شود. این مبنا را آیت‌الله خوئی و برخی دیگر از اصولیان اختیار کرده‌اند (خوئی، ۱/۴۵).

ب. **مسلك اعتبار:** وضع امر اعتباری محض به معنای جعل و فرض است که سبب دلالت تصویری بین تصور لفظ و تصور معنی می‌شود (هاشمی شاهرودی، درسنامه اصول فقه، ۱/۹۱).

ج. **مسلك قرن اکید:** وضع، امری حقیقی و تکوینی است که سبب دلالت تصویری بین تصور لفظ و تصور معنا می‌شود. این مبنا را شهید صدر اختیار و نیز محقق عراقی با تفاوت‌هایی اختیار کرده است. از پرداختن و نقد دو مبنای اول صرف نظر می‌کنیم و به نظر مختار شهید صدر می‌پردازیم.

۱.۱. نظریه قرن اکید

بحث حقیقت وضع، بحثی در خصوص کیفیت شکل‌گیری دلالت بین لفظ و معنا است و اینکه لفظ، سبب تصور معنا می‌شود. بعد از آنکه فهمیدیم چنین ارتباطی، ارتباط ذاتی نیست، با این سؤال مواجه هستیم که پس این ارتباط چگونه برقرار شده است؟

شهید صدر قبل از تقریر و بیان نظریه خویش، به چند مقدمه و قانون اشاره می‌کند. او معتقد است که هنگام انتقال از ادراک شیئی به تصور شیئی، سه قانون تکوینی وجود دارد. وقتی انسان چیزی را درک می‌کند و آن درک، او را به تصور آن شیء می‌رساند، مبتنی بر سه قانون تکوینی است. ایشان، این سه قانون را قانون



تکوینی، قانون تکوینی اول و قانون تکوینی دوم نام‌گذاری کرده است.

۱.۱.۱. قانون تکوینی اصلی

شهید صدر معتقد است که ادراک و احساس شیئی سبب انتقال تصویری به معنا می‌شود؛ برای مثال احساس شیر سبب می‌شود تا به تصور معنای حیوان مفترس منتقل شویم. این سببیت واقعی است تکوینی که بر قوانین الهی هنگام خلق انسان مبتنی است. بر اساس دیدگاه ایشان، خداوند به انسان، قدرت احساس، خیال و تصور را داده است. بین احساس و تصور، سببیت برقرار است؛ به این معنا که حس هر چیزی سبب تصور معنای آن شیء می‌شود. با این تقریر، احساس یک شیء، سبب و تصور معنا، مسبب است. شهید صدر این رابطه را قانون اولی تکوینی می‌نامد. این قانون شالوده و اساس انتقال معنا به ذهن است (صدر، بحوث فی علم الاصول، ۴۹/۲).

۲.۱.۱. قانون تکوینی فرعی اول

انسان در ابتدا برای تفهیم و تفاهم از قانون تکوینی اول بهره می‌جست. لذا مجبور بود مصداق خارجی مراد خود را هنگام تفهیم حاضر کند تا شخص مقابل با احساس به آن، صورت را دریافت کند. لکن در نتیجه گسترش مدرکات و نیز در نتیجه کثرت نیاز به تفهیم و تفاهم، این قانون یا همان بازتاب طبیعی به واسطه بساطت و سادگی اش از پوشش دهی نیازهای انسان بازماند. به همین جهت انسان به فکر استفاده از قانون تکوینی ثانوی افتاد.

بر اساس این رابطه، همان رابطه‌ای که در قانون اول بین وجود یک شیء و تأثیر که روی ذهن داشت، برقرار است؛ به این شکل که چنین کارکردی را مشابه آن چیز به جای خود شیء اصلی می‌گذارد (همان، ۵۰/۲).

برخی از شارحان کلام شهید صدر، این قانون را بازتاب شرطی نخستین نامیده‌اند؛ به این صورت که عامل جدیدی برای پیدایش صورت معنا در ذهن به میان آمد که عبارت از موجود مشابه با عامل طبیعی نخستین است. از این عامل به عامل شرطی اول و از اثر آن، که همان پیدایش صورت معنا در ذهن است به بازتاب شرطی اول و از این قانون به قانون بازتاب شرطی نخستین تعبیر می‌شود (صدر، بحوث فی علم الاصول، مقرر: عبدالساتر، ۴۹/۲).

برای توضیح بیشتر باید گفت: گاهی انسان شیء خاص مدنظر را حس نمی‌کند، بلکه چیزی شبیه به آن را حس می‌کند. در این حالت نیز ذهن او به تصور آن شیء مدنظر منتقل می‌شود؛ هرچند در ابتدا آن را حس نکرده باشد. این قانون نیز مانند قانون اول، سبب انتقال معنا می‌شود؛ برای مثال وقتی شکل شیر را روی کاغذ، نقاشی می‌کنیم و با این نقاشی مواجه می‌شویم، ذهن از این تصویر به حیوان مفترس یا همان شیر حقیقی منتقل می‌شود. این در حالی است که ما، خود حیوان مفترس را ندیده‌ایم، بلکه مشابه آن را که همان نقاشی



است، دیده‌ایم و این مشابهت سبب انتقال ذهن ما به معنای همان شیر حقیقی شده است. شهید صدر می‌فرماید: وضع این قانون در اختیار واضع نیست. واضع توانایی وضع چنین قراردادی را ندارد. سپس ایشان اضافه می‌کند که این قانون بر قانون قبلی، حکومت دارد؛ چون مفاد قانون قبلی آن بود که کسی که حیوان مفترس را حس کند ذهنش به تصور معنای آن منتقل می‌شود، درحالی‌که در این قانون احساس به شبیه چیزی را، احساس به خود آن چیز حساب کرده‌ایم. بنابراین قانون دوم حاکم بر قانون اول است. باید متذکر شد که این قانون، قانونی تکوینی است نه قانونی اعتباری تزیلی. این حکومت نیز حکومت واقعی است؛ به این معنا که مشابه یک چیز، اثر نفس آن چیز را دارد. بنابراین وقتی ما صورت شیر را روی کاغذ می‌بینیم، ذهن ما به صورت معنای حیوان مفترس منتقل می‌شود و این همان قانون ثانوی تکوینی اول است. شهید صدر تصریحی ندارد؛ اما واضح است که این قانون نتیجه قانون قبلی است (حیدری، ۱/۲۷۶).

۱.۱.۳. قانون تکوینی فرعی دوم

این قانون نیز مثل قانون قبلی بر قانون اول حکومت دارد. برای توضیح باید گفت: گاهی اوقات ما شیر را نمی‌بینیم، حتی تصویر شیر؛ یعنی آنچه به شیر شبیه است را نیز نمی‌بینیم، ولی چیزی را ادراک می‌کنیم که مقارن است با حیوان مفترس و این اقترا و معیت به نحو مخصوصی است. در این هنگام ذهن از آنچه که مقرون است به حیوان مفترس، به خود حیوان مفترس منتقل می‌شود. بنابراین زمانی که فرض کنیم چیزی را که مقارن است با شیء دیگر و اقترا، اقترا ویژه و شدید باشد، هرگاه یکی از آن‌ها را دیدیم و درک کردیم، به معنا و تصور آن شیء مقارن دیگر منتقل می‌شویم (صدر، بحوث فی علم الاصول، مقرر: عبد الساتر، ۵۰/۲).

این نحوه ارتباط وقتی صورت گرفت که نیازهای انسان به تفهیم و تفاهم فراتر از دو نوع قبلی شد. لذا انسان بر آن شد تا با استفاده از قانون تکوینی دیگری غیر از قانون تکوینی دوم (بازتاب شرطی اول) که آن را بازتاب شرطی دوم نامیده‌ایم، اسباب تفاهم را حاصل کند. لذا با استفاده از عنصر (قرن اکید و راسخ) بین عامل طبیعی و شیء دیگر بازتاب ذهنی مربوط به عامل طبیعی را به عامل مقارن و مشروط به آن منتقل کند. در این مرحله انسان تلاش کرد تا با ایجاد اقترا راسخ و مستحکم میان شئی که احساس به آن موجب تصور (بازتاب شرطی) آن می‌شد با شیء دیگر موجب شود تا از احساس شیء دوم نیز صورت همان شیء اول در ذهن به وجود آید و بدین ترتیب اثر تکوینی و طبیعی شیء که پیدایش صورت آن در ذهن در نتیجه احساس به آن باشد بر شیء دیگری که به آن مقرون و مشروط شده است، بار شد (صدر، بحوث فی علم الاصول، مقرر: عبد الساتر، ۵۱/۲).

این اقترا و معیتی که توضیح داده شد، گاهی اوقات خصوصیتش، خصوصیتی کمی است؛ یعنی این خصوصیت به سبب کثرت اقترا شکل گرفته است. مثلاً دو چیز را تصور می‌کنیم که هزار بار در کنار هم قرار



بگیرند. در این حالت وقتی یکی از آن دو را ببینیم، ذهن از تصور یکی از آن دو به تصور شیء دوم می‌رسد. گاهی نیز این خصوصیت، خصوصیتی کیفی است؛ به این معنا که اقتران بین آن دو از کثرت ناشی نمی‌شود، بلکه ممکن است این اقتران فقط یک بار اتفاق افتاده باشد، ولی آن یک بار از چنان کیفیت خاصی بهره‌مند باشد که بعد از آن هرگاه اولی را دیدیم یا تصور کردیم، ذهن ما خودبه‌خود دومی را نیز تصور می‌کند. مثلاً اگر انسان به بغداد سفر کند و مریضی شدیدی بگیرد، بعد از آن هرگاه اسم بغداد را بشنود ذهنش به آن مرض منتقل می‌شود. در این نمونه با اینکه اقتران بین بغداد و مرض یک بار بیشتر اتفاق نیفتاده است، اما همین یک بار به سبب اقتران کیفی مخصوصی که داشته است، سبب انتقال ذهنی می‌شود.

باتوجه به توضیحاتی که گذشت متوجه می‌شویم که انسان بدون عنایتی از جانب خودش و در محدوده این قوانین تکوینی که مخلوق خداوند است، امکان ایجاد لغت را پیدا می‌کند؛ چون با صوت‌های متعدد می‌تواند اشیای متعددی را صدا زده و آنان را به فهم دریاورد. بنابراین بدون عنایت انسان، لغت ساخته می‌شود و این دلالت یا همان دلالت لفظ بر معنا، هیچ عنایت و دخلی از سوی انسان در آن نیست؛ چون این قوانین تکوینی است و انسان در وجود آن دخلی ندارد، بلکه از سوی خداوند است.

باتوجه به آنچه گفته شد تعریف شهید صدر از وضع مشخص می‌شود و آن قرارداد لفظ است از حیث اقتران مؤکد در تصور انسان و ذهنش با معنی‌ای که مراد از آن لفظ است. با این توضیح، قانون تکوینی دیگر نیز در صغرا به وجود می‌آید و آن انتقال از تصور احدالمقارنین به تصور مقارن دیگری است که زمینه وضع را فراهم می‌کند. از این رو شهید صدر می‌فرماید: حقیقت لغت این است که لفظی را چندین مرتبه با معنا مقرون کنند به گونه‌ای که این اقتران حتی در ذهن کودک استقرار یابد. کودکانی که نه معنای اعتبار را می‌فهمند و نه معنای تعهد را درک می‌کنند. برای مثال، مادری که شیشه شیر را در مقابل فرزندش می‌گیرد و با تکان دادن آن چند بار کلمه شیر را تکرار می‌کند. پس از آن هرگاه کلمه شیر را از دیگران بشنود اگرچه شیشه شیر هم وجود نداشته باشد، ذهن او به شیر منتقل می‌شود. این نظریه در اصطلاح اصولیان متأخر به نظریه قرن اکید شهرت یافته است.

باید توجه داشت که بر اساس این نظریه اگر این اقتران به حسب تکرار باشد و عاملش، عامل کمی باشد، وضع تعینی را شکل می‌دهد و اگر لحاظش، لحاظ کیفی باشد و نه کمی، وضع تعینی را شکل می‌دهد.

۲.۱. نتایج نظریه قرن اکید در نسبت بین لفظ و معنا

پس از تبیین نظریه قرن اکید و اینکه دلالت الفاظ بر معانی از تقارن کیفی و کمی میان آنان ایجاد شده است، برخی دیگر از نظریات ایشان نیز بر آن مبتنی می‌شود که به اهم آنان اشاره می‌شود:

أ. طبق نظر شهید صدر، وضع از امور انشایی نیست (بحوث فی علم الاصول، ۵۶/۲). این انشایی نبودن در وضع تعینی واضح است و نیازی به توضیح ندارد، اما در وضع تعینی؛ وضع تعینی در جایی است که



اقتران بین لفظ و معنا طی عملیاتی واحد، دفعی انجام بگیرد و این خود دو حیثیت دارد:

حیثیت انشایی ایجاد: برای معنای اعتباری مانند اینکه بگویی قرار دادم لفظ زید را برای وجود پسر، در اینجا لفظ عین معنا است و میزانی برای دلالت بین لفظ و معنا نمی توان یافت؛ چراکه لفظ زید، خود آن پسر است؛ یعنی لفظ، عین معنا است.

حیثیت انشایی تکوینی: به این صورت که این انشا، ایجادکننده تکوینی است که نحوی اقتران بین لفظ و معنا در ذهن سامع ایجاد می کند و میزان، همان اقتران مؤکد بین لفظ و معنا است. بنابراین وضع تعیینی از جهت وضع و از آن جهت که میزان است برای دلالت لفظ بر معنا، وضع انشایی اعتباری نیست.

ب. دلالت الفاظی که بر معانی، دلالت تصویری هستند و نه تصدیقی. برای توضیح بیشتر باید گفت:

دلالت بر دو نوع است:

دلالت تصویری؛ به این معنا که هرگاه لفظ شیر را شنیدیم در ذهن ما تصویر حیوان مفترس می آید، جدای از آنکه مراد متکلم چیست.

دلالت تصدیقی؛ به این معنا که لفظ اسد دلالت کند بر اینکه متکلم از این کلام، تفهیم حیوان مفترس را اراده کرده است؛ یعنی حکم کنیم به اینکه آنچه از لفظ می فهمیم همان مراد متکلم است.

بنا بر آنچه گذشت واضح می شود که شهید صدر دلالت الفاظ را تصویری می داند و نه تصدیقی؛ چراکه وضع از دیدگاه ایشان چیزی جز ایجاد صغرا برای قانون ثانوی تکوینی نیست و توضیح آن همچنان که گفتیم اقتران اکید دو شیء است به شکلی که هرگاه یکی را تصور کردیم دیگری هم تصور شود. لذا فرقی در این نیست که این الفاظ را از انسان عاقل بشنوم یا خواب یا دیوانه؛ چون در هر صورت ذهن ما به سمت آن شیء آخر می رود و اراده متکلم در آن دلالت نقشی ندارد. درحالی که در دلالات تصدیقیه بعد از شنیدن لفظ می فهمیم که متکلم از این لفظ اراده تفهیم کرده و آن معنایی است که مثلاً عرب برای لفظ اسد وضع کرده است.

ج. علم به وضع، دخلی در انتقال به معنا ندارد. شهید صدر در این خصوص می گوید: وضع به سبب وجود نفس الامری سبب ایجاد اقتران بین لفظ و معنا نمی شود؛ چون این لفظ و معنا در کتب لغت نامه موجود است و نه در ذهن من. بنابراین تا وقتی که اقتران بین آن لفظ و معنا در ذهن من ایجاد نشده باشد، برای من وضعی صورت نگرفته است. لکن برای شخص دیگری که چنین اقترانی بین لفظ و معنا برایش اتفاق افتاده، وضع صورت گرفته است. این اقتران اکید غالباً برای انسان عاقل به سبب وضع صورت می گیرد و گاهی برای بچه ها و بزرگان بدون طریق علم به وضع بلکه به طریق تلقین است بدون اینکه آن ها علمی به وضع داشته باشند؛ چون کودک توانایی این را ندارد که بفهمد لفظ شیر موضوع است بر معنای حیوان مفترس، ولی با تلقین و تکرار لفظ و معنا، آن دو در ذهنش مقترن می شوند. باین حال ذهنش از لفظ به معنا می رود چون این



اقتران حاصل شده، بدل از وضع است (صدر، بحوث فی علم الاصول، ۵۹/۲).

با این توضیحات، دیدگاه شهید را در باب قرن اکید یا همان نسبت لفظ و معنا دانستیم. اکنون به دو مسئله بعدی می‌پردازیم.

۱. ۳. آیا دلالت تابع اراده متکلم است یا خیر؟

همچنان که گفتیم طبق دیدگاه ایشان حقیقت وضع همان قرن، اقتران یا مقارنت است و قرن علت تکوینی انتقال ذهن از احدالمقارنین به دیگری است و این علت، علیت جعلی و اعتباری هم نیست. بنابراین طبق دیدگاه ایشان دو چیز وجود دارد؛ یکی علت که در اینجا همان نفس قرن در انتقال ذهنی است و معلول که آن هم، نفس ملازمه تکوینی بین تصور لفظ و تصور معنا است. اما خود این قرن، فعل خارجی تسیبی است؛ بنابراین واضع یا این قرنیت را با تکرار خارجی آن محقق می‌کند یا مسبب می‌کند به قرن به اعتبار و وضع. لذا معنا ندارد این قرن، قید یا اطلاق بخورد (صدر، بحوث فی علم الاصول، ۶۰/۲). معلول این قرن نیز ملازمه تکوینی قائم بین لفظ و معنا است و ممکن نیست فرض کرد که این ملازمه گاهی باشد یا گاهی نباشد؛ چون باعث تفکیک بین علت و معلول می‌شود و این خلاف فرض و مبنای شهید صدر است؛ چراکه پیش‌تر بارها گفتیم قرن ملازمه تکوینی است بین لفظ و معنا. پس واضح است که طبق دیدگاه ایشان دلالت تابع اراده نیست.

۲. تبیین آراء سوسور

شرح نظام‌مند دیدگاه‌های سوسور را با تمایز میان زبان با گفتار و قوه ناطقه آغاز می‌کنیم، چنان‌که خود وی نیز چنین کرده است. اما چرا از این نقطه آغاز می‌کنیم؟ یک دلیل آن اهمیت تردیدناپذیر این تمایز در نظامی است که سوسور معرفی می‌کند. از مهم‌ترین مباحثی که سوسور در دوره زبان‌شناسی عمومی مطرح می‌کند، تمایز میان قوه ناطقه با زبان و گفتار است. ابتدا به تفاوت میان قوه ناطقه و زبان می‌پردازیم:

۲. ۱. تمایز میان زبان با گفتار و قوه ناطقه

زبان و گفتار چگونه به هم مربوط‌اند و این دو چگونه با قوه ناطقه ارتباط دارند؟ به نظر می‌رسد باور اصلی این باشد که مورد اخیر را می‌توان به‌طور فراگیر به دو زیرحوزه که عبارت‌اند از قوه نطق و گفتار تقسیم کرد. در این بخش درباره بخش‌های متباین هرکدام از این‌ها و دلایل بیان‌شده سوسور برای ایجاد هریک از آن‌ها بحث خواهیم کرد.

۲. ۱. ۱. تفاوت زبان و قوه ناطقه

سوسور در اولین فصل از دوره زبان‌شناسی در پی توضیح و یافتن موضوع علم زبان‌شناسی است. به همین مناسبت به تعریف زبان و چیستی آن می‌پردازد. او در ابتدا زبان را از قوه ناطقه جدا می‌کند، اما زبان چیست؟ وی در توضیح چیستی زبان می‌گوید: «برای ما زبان نباید با قوه ناطقه اشتباه شود. زبان تنها بخشی



مشخص از قوه ناطقه است. زبان درعین حال فراورده‌ای اجتماعی و نیز مجموعه‌ای از قراردادهای ضروری است که از طرف جامعه پذیرفته شده تا افراد بتوانند قوه یادشده را به کار اندازند. قوه ناطقه در کلیت، خود چندگانه و ناهمگن است. این پدیده در آن واحد از یک سو به زمینه‌های مختلف فیزیکی، فیزیولوژیکی و روانی و از سوی دیگر، به زمینه‌های فردی و اجتماعی تعلق دارد. قوه ناطقه در هیچ‌یک از مقولات واقعیات موجود انسانی قرار نمی‌گیرد؛ زیرا معلوم نیست که چگونه می‌توان وحدت آن را مشخص ساخت. برعکس زبان فی‌نفسه مجموعه‌ای جامع و نوعی اصل طبقه‌بندی است» (سوسور، ۱۵).

در توضیح عبارت سوسور باید بگوییم طبق دیدگاه وی، نسبت منطقی میان زبان و قوه ناطقه، عموم و خصوص مطلق است. در واقع، زبان بخشی از قوه ناطقه است.

همچنان که مشاهده شد یکی از تمایزهایی که بین قوه ناطقه و زبان می‌گذارد، ساحت اجتماعی زبان است. در بخش سوم درباره اینکه چطور زبان، ساحتی اجتماعی دارد و نه فردی، توضیح خواهیم داد. اجمالاً آنچه در این بخش موضوعیت دارد آن است که قوه ناطقه چندبُعدی است: بُعدی اجتماعی، بُعدی فردی و بُعدی فیزیولوژیکی و روانی دارد. در جایی دیگر سوسور تصریح می‌کند که «زبان، بخش اجتماعی قوه ناطقه و مستقل از فرد است که به‌تنهایی نه می‌تواند آن را بیافریند و نه آن را تغییر دهد. زبان، تنها به سبب نوعی قرارداد، موجودی می‌یابد که میان اعضای جامعه بسته شده است» (همان، ۲۲).

دومین تفاوتی که بین زبان و قوه ناطقه وجود دارد و سوسور به آن اشاره می‌کند، بُعد همگن زبان و ناهمگن قوه ناطقه است. سوسور معتقد است زبان ماهیتی همگن دارد، درحالی‌که قوه ناطقه ناهمگنی خاص خود را دارا است؛ توضیح آنکه زبان، نظامی مشخص، سازمان‌یافته و معین دارد که می‌توان درباره سازوکار آن و چگونگی عملکردش سخن گفت و همه این‌ها به این دلیل است که توسط جامعه ساخته شده است و این نظام مشخص سبب می‌شود که زبان را نظامی همگن و ساختارمند بدانیم. حال آنکه قوه ناطقه چنین نیست. در واقع آنچه سوسور به‌عنوان قوه ناطقه می‌شناسد و آن را متباین از زبان معرفی می‌کند همان استعداد تولید گفته‌ها است (همان، ۱۷). برای فهم بیشتر این استعداد بهترین توضیح این است که استعداد تولید گفته‌ها، همان توانایی طبیعی‌ای است که هنگام سخن گفتن از دستگاه گفتاری خود بهره می‌بریم (هلدکرافت، ۵۶). از توضیحاتی که گذشت اولاً فهمیدیم که قوه ناطقه اعم از زبان و حتی گفتار است. سپس دو تفاوت عمده‌ای را دریافتیم که سوسور بین زبان و گفتار گذاشت. در واقع، زبان و گفتار هرکدام در سایه قوه ناطقه پدید می‌آیند و هریک به شکلی به آن مرتبط‌اند.

بعد از اینکه تفاوت این دو مشخص شد، نوبت آن است که تفاوت زبان و گفتار را نیز مشخص و تبیین

کنیم:

۲.۱.۲. تفاوت زبان و گفتار

پیش‌تر گفتیم که قوه ناطقه از دو بخش تشکیل می‌شود: زبان و گفتار. اما نسبت این دو با هم چیست؟



سوسور در ابتدا با مثالی به این سؤال پاسخ می‌دهد. وی می‌گوید: «به همان اندازه که ابزارهای الکتریکی ارسال الفبای مرس بی‌ارتباط با خود علائم هستند، اندام‌های گویایی نیز جدا از خود زبان‌اند» (سوسور، ۲۷).

باتوجه به این مثال درمی‌یابیم که طبق دیدگاه سوسور زبان، نظام و دستگامی است که به سبب آن گفتار تولید می‌شود. او سپس این سؤال را مطرح می‌کند که آیا می‌توانیم زبان را مستقل از گفتار تحلیل و بررسی کنیم؟ در واقع می‌توان چنین تمایزی را میان گفتار و زبان قائل شد؟ طبیعتاً پاسخی که به این پرسش می‌دهد مثبت است؛ چراکه معتقد است گفتار جنبه فیزیکی روانی دارد و بخش فردی قوه ناطقه را در بر می‌گیرد. اما زبان در جوهر خود اجتماعی و مستقل از فرد است و منحصرراً روانی است.

سوسور در ادامه به نسبت میان زبان و گفتار اشاره می‌کند و این ارتباط را این‌گونه توضیح می‌دهد که وجود زبان، برای آنکه گفتار فهمیدنی باشد و منظور خود را برساند لازم است. ولی گفتار برای آن لازم است تا زبان ایجاد شود. از نظر تاریخی، پدیده گفتار همیشه بر زبان مقدم است (همان، ۲۸). بنابراین زبان همواره عام‌تر از گفتار است و با آنکه گفتار برای تحقق خویش همواره به زبان نیاز دارد اما هیچ‌گاه همه امر زبانی در گفتار تجلی نمی‌یابد (جوادی، ۱۹۰).

در واقع، زبان نتیجه دریافت‌های بی‌شمار و تجربه‌های متوالی ما از گفتار است که در مغز قرار می‌گیرد و سرانجام این گفتار است که زبان را به تحول و می‌دارد. سوسور معتقد است که زبان مجموعه‌ای از تأثیراتی است که در نظر هریک از افراد جامعه به ودیعه گذاشته شده و تقریباً مانند فرهنگ لغتی است که تمام نسخه‌های آن به‌گونه‌ای یکسان میان افراد جامعه تقسیم شده باشد. به این ترتیب زبان در عین اشتراک بین همگان، خارج از اراده آن‌ها است. توضیح این نکته را به بخش نظام اختیاری اجباری زبان واگذار می‌کنیم. اما درباره چگونگی حضور گفتار در جامعه باید این‌طور گفت که گفتار، مجموع آن چیزی است که مردم می‌گویند و این مجموعه دو بخش را در بر می‌گیرد: یکی ترکیبات فردی که وابسته به اراده سخن‌گوست؛ دیگری عملکرد اعمال فراگویی که آن‌ها نیز ارادی‌اند و برای تحقق بخشیدن به این ترکیبات، ضروری‌اند. بنابراین گفتار همان بخش ناهمگن قوه ناطقه است و همچنان که پیش‌تر گفتیم فردی و گذرا است، به‌خلاف زبان که نظام‌مند و همگن است.

سوسور در ادامه به نسبت میان آوا و گفتار می‌پردازد که به دلیل مرتبط نبودن با موضوع این مقاله از آن صرف‌نظر می‌کنیم.

۲.۲. ماهیت نشانه زبانی

زبان برای بعضی‌ها در جوهر اصلی خود تنها انباری از واژه‌ها است؛ یعنی فهرستی از اصطلاحاتی که هریک از آن‌ها معادل چیزی در جهان خارج است (سوسور، ۹۵).



سوسور معتقد است چنین تصویری انتقادبردار و دارای پیش‌فرض است؛ زیرا این عقیده به ما نمی‌گوید ماهیت نام، آوایی است یا روانی؟ چراکه ماهیت هر لفظی را می‌توان از دو جنبه بررسی کرد. به اعتقاد سوسور هر دو اصطلاح دخیل در نشانه‌ی زبانی (نسبت لفظ و معنا)؛ یعنی دال و مدلول از جنبه‌ی روانی برخوردارند و این‌طور نیست که لفظ را دال بدانیم و شیء معین خارجی را مدلول. در واقع نشانه‌ی زبانی، جوهری ذهنی با دو رویه است.

برای درک بهتر کلام سوسور بهتر است ابتدا به جایگاه زبان و چگونگی عملکردش در قوه‌ی ناطقه بپردازیم. تصور کنیم دو نفر به نام‌های زید و عمرو مشغول گفت‌وگو هستند. فرض می‌کنیم زید می‌خواهد کلامی را به عمرو بگوید. در ذهن زید، رویدادهایی که آن را مفاهیم می‌نامیم با آنچه نمود نشانه‌های زبانی؛ یعنی تصاویر شنیداری است و برای بیان مفاهیم به کار می‌روند، ارتباط تنگاتنگ دارند. (سوسور بین صوت و تصویر صوتی تفاوت قائل است. در ادامه این مطلب را توضیح خواهیم داد). در واقع، چرخه به این شکل است که ابتدا تصویر یا مفهوم مشخص مدنظر زید، تصویر شنیداری آن مفهوم را در مغز برمی‌انگیزد. این پدیده که کاملاً جنبه‌ی روانی دارد، فرایندی فیزیولوژیکی را به وجود می‌آورد. به این شکل که مغز، آن تصویر شنیداری را به اندام‌های گفتاری می‌فرستد. اندام‌های گفتاری با ایجاد صوت، آوای آن تصویر شنیداری را به گوش عمرو می‌رساند؛ برای مثال ابتدا در ذهن زید تصویر یا مفهوم درخت پدید می‌آید. آن مفهوم سبب به‌وجود آمدن کلمه‌ی درخت در ذهن می‌شود. سپس مغز، درخت را به اندام‌های گفتاری می‌فرستد. اندام‌های گفتاری، آوایی از درخت را به گوش عمرو می‌رساند و در نهایت این آوا و صوت به گوش عمرو منتقل می‌شود. سپس برعکس فرایندی که برای زید اتفاق افتاد، برای عمرو هم اتفاق می‌افتد. به این شکل که ابتدا طی فرایندی فیزیولوژیکی آوای درخت به گوش او می‌رسد، سپس ارتباط روانی آن آوا با مفهوم متناظر آن در ذهن عمرو رخ می‌دهد.

با این توضیح، مراد سوسور را از عبارتی می‌فهمیم که در ادامه می‌آید؛ نشانه‌ی زبانی، نه یک شیء را به یک نام، بلکه یک مفهوم را به تصویر صوتی پیوند می‌زند. تصویر صوتی آوایی مادی نیست که جنبه‌ی فیزیکی داشته باشد، بلکه اثر ذهنی این آوا است و حواس ما نمایشی از آن را ارائه می‌دهد (سجودی، ۸۳). به بیان دیگر، دال و مدلول به چیز بیرونی تعلق نمی‌گیرند؛ بلکه خاستگاه تکوین هریک از عناصر به‌لحاظ معرفت‌شناختی در ذهن است (خبازی کناری، ۱۶۲).

به‌اختصار گفتیم که سوسور بین این دو، تفاوت قائل است. اکنون به شرح و توضیح تفاوت میان صوت و تصویر صوتی می‌پردازیم تا مطلب بیش‌ازپیش روشن شود.

از دیدگاه سوسور، صوت پدیده‌ای است صرفاً فیزیکی؛ درحالی‌که تصویر صوتی^۱ پدیده‌ای روانی است.

1. sound image



بنابراین، آنچه در نشانه معنایی حقیقتاً به عنوان دال قرار می‌گیرد صوت نیست؛ بلکه تصویر صوتی است. سوسور می‌گوید مشخصه روانی تصویر صوتی، زمانی کاملاً آشکار می‌شود که به بررسی زبان خود می‌پردازیم. او می‌گوید: «ما می‌توانیم بدون حرکت دادن لب‌ها و زبان با خودمان حرف بزنیم و در ذهن خود قطعه شعری بخوانیم» (سوسور، ۹۶). این امر نشانگر آن است که آوا و صوت نمی‌تواند در این نسبت نقش دال را برعهده بگیرد. برای توضیح بیشتر تفاوت بین صوت و تصویر صوتی و اینکه در نشانه زبانی کدام یک دال قرار می‌گیرند باید گفت: اگر واژه‌ای مانند صدلی را در نظر بگیریم، آواها و اصواتی که هرکدام از انسان‌ها برای تلفظ آن به کار می‌گیرند با صوت دیگری متفاوت است؛ یعنی هرکدام از ما این واژه را به شکل خاصی تلفظ می‌کنیم، با تُن‌های مختلف، لهجه‌های مختلف و آواهای متفاوت. باین وجود ما همیشه همین واژه‌ها را تلفظ می‌کنیم. مخاطب هم همین احساس را خواهد داشت. ولی اگر این واژه آن قدر از نظر آوایی متفاوت تلفظ شود که شبیه لفظ قندلی یا تنبلی شود، دیگر نمی‌توانیم ادعا کنیم که صدلی را تلفظ کرده‌ایم. با این حساب ما با دو صدلی مواجه هستیم؛ یکی آنچه زنجیره‌ای از اصوات است که هر بار تولید می‌شود و به لحاظ فیزیکی هر بار با مرتبه قبلی فرق دارد و صرفاً صوت است؛ یکی هم آن چیزی است که در قالب نظام زبان مطرح می‌شود و در رابطه متقابل با واحدهای دیگر زبان است. سوسور این صدلی دوم را تصویر صوتی ما از آن می‌داند و آن را دال می‌داند (صفوی، ۳۸). به عبارت دیگر، تصویر صوتی در واقع از نوع صوت نیست؛ زیرا صوت چیزی مادی فیزیکی است. تصویر صوتی، پنداشت روان‌شناختی شنونده از صوت است، آن‌گونه که از حواس درک می‌کند.

با این توضیح، تفاوت بین صوت و تصویر صوتی مشخص شد. حال با درک بهتر می‌فهمیم وقتی سوسور می‌گوید: «آنچه در نسبت بین لفظ و معنا دال است تصویر صوتی است و نه صوت» یعنی چه. اما مدلول: وقتی به سراغ صدلی در جهان خارج می‌رویم، گوشه‌اتاق یک صدلی چوبی کنار گلدان وجود دارد. در آشپزخانه نیز یک صدلی فلزی بزرگ گذاشته شده است. همچنین در حیاط صدلی پلاستیکی کوچکی برای کودکان گذاشته‌ایم. تمام این صدلی‌ها را با تمام اختلافی که در شکل و مواد ساخت دارند، صدلی می‌نامیم؛ بنابراین هرکدام از صدلی‌هایی که در جهان خارج وجود دارند یکی از مصادیق^۱ واژه صدلی به حساب می‌آیند. درحالی‌که آنچه در نظام زبانی صدلی است و به این دلیل صدلی است که میز و... نیست، تصور معنایی ما از هر یک از این مصداق‌ها به شمار می‌رود. سوسور این پدیده ذهنی و متعلق به نظام زبان را مدلول^۲ می‌نامد (همان، ۳۹).

۲.۳. اصل نخست: اختیاری بودن نشانه

سوسور پیوند میان صورت و معنا را اختیاری می‌داند و از آنجایی که نشانه را نتیجه کلی رابطه میان صورت

1. referent

2. signified



و معنا می‌داند، می‌گوید: نشانهٔ زبانی، اختیاری است (سوسور، ۹۸). باید توجه داشت که واژهٔ اختیاری ضرورتاً به این معنا نیست که گویندهٔ واژه در هر زمانی قادر به تغییر وضعی آن خواهد بود. شخص تحت هیچ شرایطی نمی‌تواند واژگانی را که جامعه پذیرفته است، تغییر بدهد (خبازی کناری، ۱۶۷). به این ترتیب هیچ رابطهٔ ذاتی ویژه‌ای، مفهوم صندلی را با رشتهٔ آوایی صندلی پیوند نمی‌دهد. مهم‌ترین شاهد بر این مدعا گوناگونی زبان‌های مختلف و تفاوت میان آن‌ها است؛ برای مثال مفهوم صندلی در زبان فارسی دارای صوت صندلی است، ولی در زبان انگلیسی صوتش متفاوت است و به آن "chair" می‌گویند.

او سپس به بررسی نظام‌های زبانی می‌پردازد که بر مبنای اختیاری بودن نشانه قرار دارند. سوسور معتقد است تمام ابزارهای بیان مقاصد یک جامعه؛ یعنی چه زبانی و چه غیر زبانی بر پایهٔ عادت‌های جمعی قرار می‌گیرند یا به عبارت دیگر، تمام آن‌ها قراردادی‌اند (سوسور، ۹۹). برای مثال در جامعه‌ای مانند چین چند بار خم شدن نشانهٔ ادای احترام به امپراتور است، اما در ایران چنین معنایی ندارد و نشانهٔ دیگری برای احترام قرار داده شده است. سوسور واژهٔ نماد^۱ را برای اطلاق به نشانهٔ زبانی یا به طور دقیق‌تر برای اشاره به آنچه صورت می‌نماید، در نظر گرفته است. او خود معترف است که برای پذیرفتن این اصطلاح با اشکالاتی مواجه است و اولین اشکال آن است که مشخصهٔ اصلی نماد، آن است که هیچ‌گاه کاملاً اختیاری نیست؛ بلکه نوعی پیوند طبیعی هر چقدر هم ابتدایی بین صورت و معنا وجود دارد. برای مثال هیچ‌گاه نمی‌توان یک گاری را جانشین ترازو (نماد عدالت) قرار داد (همان، ۱۰۰).

او به این اشکال این طور پاسخ می‌دهد که در واقع وقتی گفته می‌شود: اصل، نشانهٔ اختیاری است، نباید تصور کرد که گویندهٔ زبان می‌تواند هر صورتی را که بخواهد آزادانه انتخاب کند، بلکه باید گفت صورت، نشانهٔ بی‌انگیزه است؛ یعنی از این نظر اختیاری است که در واقعیت هیچ پیوند طبیعی با معنا ندارد، اما لزوماً نمی‌توان گفت پس حال که پیوند طبیعی واقعی‌ای ندارند، می‌توان هر صورتی را برای هر معنایی قرار داد. به عبارت بهتر باید گفت زبان نشانه‌ای اختیاری اجباری است.

۲.۳.۱. دگرگونی ناپذیری

گفتم که ارتباط صورت با معنا ارتباطی ذاتی نیست و از این رو چنین ارتباطی، ارتباط آزاد به شمار می‌رود. اما در عوض نسبت به توده‌ای که زبان را به کار می‌برد، چنین رابطهٔ آزادانه‌ای برقرار نیست. تودهٔ جامعه در انتخاب صورت‌ها هیچ دخالتی ندارد. از این رو است که سوسور قائل به اختیاری-اجباری بودن زبان است. او خود معترف است که در ابتدای امر ممکن است چنین امری متناقض به نظر بیاید. مثالی که برای توضیح این وضعیت می‌زند آن است که فرض کنید به شخصی بگوییم: انتخاب کن و بعد بیفزاییم: همین نشانه را باید انتخاب کنی و نه چیز دیگری را (همان، ۱۰۳). سوسور با بیان این مثال سعی دارد نشان بدهد که نه تنها تعیین

1. symbol



رابطه صورت و مفهوم در اختیار جامعه نیست، بلکه جامعه حتی قدرت تغییر آن را ندارد.

اینک به توضیح و تبیین این نکته می‌پردازیم که نشانه زبانی چگونه از اراده ما می‌گریزد. سوسور چهار دلیل را در خصوص گریز نشانه زبانی از اراده انسان بیان می‌کند:

ا. مشخصه اختیاری بودن نشانه: پس از آنکه پذیرفتیم نشانه زبانی نشانه‌ای اختیاری است، در عمل این اختیاری بودن آن را از هرگونه تغییر حفظ می‌کند. چرا؟ چون توده جامعه وقتی می‌تواند مسئله‌ای را مورد پرسش قرار دهد که بر روالی معقول و منطقی قرار داشته باشد. مثلاً می‌توان در این باره صحبت کرد که آیا تک‌همسری بهتر است یا چندهمسری. اما در نظام زبانی از آنجایی که چنین نسبت معقولی بین دال و مدلول وجود ندارد، جامعه نمی‌تواند چنین مسائلی را مطرح کند؛ زیرا هیچ چیز برای ترجیح واژه *soeur* به جای *sister* وجود ندارد (همان، ۱۰۵).

ب. کثرت نشانه‌های لازم برای ساخت زبان: فرض بگیریم در فضای محدودی با گزینه‌های محدودی هستیم. در چنین فرضی امکان ساخت و ارتباط برقرارکردن میان این گزینه‌ها برای ما وجود دارد. اما درباره زبان این چنین نیست. نشانه‌های زبانی بی‌شمار هستند و این بی‌شماری دلیل بر آن است که اجتماع نمی‌تواند برای تک‌تک آن‌ها وضع و رابطه‌ای برقرار کرده باشد (همان، ۱۰۶).

ج. پیچیدگی دستگاه زبانی: هر زبان، دستگاه نظام‌مند را می‌سازد و این سبب می‌شود تا اندازه‌ای دنباله‌روی نوعی منطقی باشد. همین پیچیدگی و نظام‌مندی دستگاه زبانی نشانگر آن است که توده جامعه نمی‌تواند نقشی در تغییر و ساخت آن داشته باشند. چون درک و شناخت چنین دستگاه پیچیده‌ای نیازمند تفکر، تأمل و مطالعه زیاد است و توده جامعه عمیقاً از این ساختار بی‌خبر هستند. بنابراین بدون دخالت کارشناسان، منطقیان، دست‌نویسان چنین دگرگونی امکان‌پذیر نیست (همان، ۱۰۶).

د. مقاومت همگانی در برابر هر نوع، نوآوری زبانی: زبان در هر لحظه به همه مردم مربوط می‌شود. مردم هر روز و هر ساعت از آن استفاده می‌کنند. هیچ نهادی را در این رابطه نمی‌توان با آن مقایسه کرد. دستورات راهنمایی‌راندگی، آداب و دستورات یک دین، همگی مورد استفاده برخی از جامعه و مردم است. اما زبان در هر لحظه مورد استفاده همگان است. زبان با حیات توده اجتماع همبستگی دارد و چون توده بی‌حرکت است به‌عنوان عاملی بازدارنده در تغییر و دگرگونی زبان، نقش ایفا می‌کند (همان، ۱۰۶).

۲.۳.۲. دگرگونی‌پذیری

از آنجایی که زبان در زمان تداوم دارد، تأثیری به‌ظاهر متناقض با تأثیر نخستش دارد و آن دگرگونی نسبی زبان با حفظ تداوم ماده دیرینه آن است. زبان به‌دلیل تداوم در زمان در حال دگرگونی است و آنچه بر هر دگرگونی حاکم است، پابرجایی و ماندگار ماده دیرینه آن است (همان، ۱۰۷).

باید توجه داشت که مقصود سوسور از دگرگونی، منحصر در تغییرات آوایی نیست، هرچند آن را نیز در



بر می‌گیرد. آنچه مقصود اصلی سوسور را بیان می‌کند دگرگونی و جابه‌جایی رابطه میان صورت و معنا است. سوسور برای روشن‌شدن مطلب به مثالی دقت می‌کند. او می‌گوید: واژه لاتین *necare* «کشتن» در فرانسه به *noyer* «غرق‌کردن» تبدیل شده است. در این مثال، هر دو تصویر صوتی و مفهوم تغییر کرده‌اند (همان، ۱۰۸). او معتقد است زبان در برابر عواملی که پیوند صورت و معنا را تغییر می‌دهند، قدرت دفاعی ندارد و این یکی از پیامدهای اختیاری بودن نشانه است.

در آخر سوسور حکمی کلی را بیان می‌کند و آن، تحول محتوم تمام زبان‌ها در مقابل تغییر و تحول است.

تطبیق دو نظریه

پس از تبیین و توضیح نظریات شهید محمدباقر صدر و فردینان دو سوسور، اکنون به مقایسه تطبیقی میان این دو اندیشمند خواهیم پرداخت. همچنان که از تقریر نظریه این دو اندیشمند برمی‌آید، آن‌ها در پی دست‌یافتن به هدفی مشترک هستند و آن در مرحله اول کشف نوع ارتباط میان لفظ و معنا و در مرحله دوم چیستی این نظام دال و مدلولی است. در ادامه با مقایسه میان مبادی تصویری نظریات ارائه‌شده توسط این دو اندیشمند، وجوه اشتراک و هم‌پوشانی‌های میان این دو نظریه روشن خواهد شد.

آنچه در ابتدا از مقایسه این دو دیدگاه به دست می‌آید آن است که هرچند آنچه شهید صدر به‌عنوان مبادی تصویری در مباحث مفروض داشته و پایه‌های استدلالش را بر آن افراشته از نظر بیانی با مبادی تصویری سوسور متفاوت است، اما هر دوی آن‌ها به یک حقیقت با بیانی متفاوت اشاره می‌کنند. به‌طورکلی می‌توان این مبادی را در سه حوزه مطرح و بررسی کرد. در واقع آنچه در این بخش گفته می‌شود واکاوی و شرح مبادی‌ای است که ممکن است هنگام مطالعه آثار شهید صدر به‌عنوان پیش‌فرض پذیرفته یا حتی به آن التفات نداشته باشیم.

۱. قوانین تکوینی یا قوه ناطقه

آنچه در ابتدای امر باید توجه شود آن است که شهید صدر و سوسور هر دو به یک چیز نظر کرده‌اند و آن نفس استعداد ارتباط بین دو چیز است. علاوه بر این هر دو دانشمند این نوع از استعداد را برخلاف بسیاری از اصولیان و زبان‌شناسان، امری غیرارادی می‌دانند. به‌بیان دیگر هر دو معتقدند که این استعداد، ارتباط میان لفظ و معنا به‌شکل غیرتحصیلی در نهاد انسان وجود دارد. همین هیئت غیرتحصیلی است که سبب می‌شود شهید صدر از کلمه تکوین استفاده کند و سوسور از کلمه قوه. بنابراین اولین وجه شباهت میان نظریه شهید صدر و سوسور، اعتقاد به امری غیرارادی در شکل‌گیری رابطه میان لفظ و معنا است. نکته دومی که هر دوی آن‌ها به آن معترف‌اند و اشاره دارند، بُعد روانی این قوه یا قانون تکوینی است. سوسور صریحاً به بُعد روانی آن اشاره می‌کند؛ اما شهید صدر از چنین کلمه‌ای بهره نبرده است، لکن هنگامی که از قانون تکوینی دوم حرف می‌زد و آن را تشریح و تبیین می‌کند در واقع به همین نکته اشاره داشته است. مثلاً در مثال تصویر شیر که



ایشان در تبیین قانون تکوینی اش از آن یاد می‌کند، چیزی که ذهن ما را از دیدن تصویر شیر به خود شیر منتقل می‌کند چیزی به جز همین قوه نیست و جایگاه این انتقال هم منحصراً روان است.

در واقع اگر بخواهیم به شکل تطبیقی جایگاه وضع را در بین آراء این اندیشمند بنگریم باید گفت که شهید صدر جایگاه وضع را همان جایی می‌داند که سوسور به آن قوه ناطقه می‌گوید. از این رو هر چند که ایشان تصریح نمی‌کند؛ از لازمه استدلالشان چنین بر می‌آید که ایشان نیز باید به ناچار معتقد به ناهمگن بودن نظام ساخت الفاظ باشند. همچنان که سوسور قوه ناطقه را ناهمگن می‌داند، شهید صدر نیز نظام معینی برای چنین ارتباطی تعریف نمی‌کند. تنها نکته‌ای که شهید صدر متذکر می‌شود آن است که اگر اقترا، کمی باشد، وضع تعینی است و اگر کیفی باشد، وضع تعینی است. واضح است که چنین تبیینی به هیچ وجه مشخصه تعریف نظامی مدون را ندارد، بلکه صرفاً توصیفی کلی از وضعیت شکل‌گیری وضع است. باید توجه داشت که شهید صدر اصطلاح تعینی و تعینی را در معنایی غیر از آنچه که دیگر اصولیان مطرح می‌کنند، مطرح می‌کند. آنچه علمای اصول از آن به عنوان وضع تعینی سخن می‌گویند آن است که واضح، فرد معینی باشد. وضع تعینی نیز آن است که واضح، شخص معینی نباشد. مثلاً ما می‌دانیم که برای اولین بار کلمه دماسنج توسط دکتر حسابی وضع شد تا معادل واژه خارجی آن استعمال نشود. علمای اصول، چنین وضعی را وضع تعینی می‌دانند. حال اینکه طبق دیدگاه شهید صدر این واژه، هم می‌تواند تعینی باشد و هم تعینی؛ چراکه مثلاً اگر عامل اقترا بین لفظ دماسنج و خود دماسنج عاملی کیفی باشد، این وضع تعینی خواهد بود. در واقع تعینی یا تعینی بودن وضع مبتنی بر نوع تداعی و اقترا است که در روان واضح شکل می‌گیرد و دخلی به مشخص بودن یا تعداد نفراتی که سبب وضع لفظ شده‌اند، ندارد. همچنین نوع کمی و یا کیفی بودن این اقترا نیز قطعاً و حتماً ارادی نیست. این مطلب بیش از پیش ما را به این نکته ملتفت می‌کند که اساس جایگاه وضع الفاظ در حین وضع، جایگاهی روانی و خاستگاه آن ذهن است. بر این اساس مشخص می‌شود که جایگاه وضع طبق دیدگاه هر دو اندیشمند روان است. سؤال بعدی آن است که طبق دیدگاه سوسور، وضع الفاظ در کدام یک از قوه ناطقه، زبان یا گفتار به وجود می‌آید؟ در ابتدای امر ممکن است گمان کنیم که وضع مربوط به زبان است، پس وضع الفاظ در ساحت زبانی روان شکل می‌گیرند. حال آنکه باتوجه به تعریف خاص سوسور از زبان و گفتار باید گفت طبق دیدگاه ایشان، وضع ابتدا در گفتار به وجود می‌آید. همچنان که از قول او نقل کردیم سوسور معتقد است بعد از آنکه گفتار شکل گرفت ذهن، نظام معین و ثابتی را از آن به دست می‌آورد که آن نظام معین با ویژگی‌های خاص خودش که پیش‌تر گفتیم را زبان می‌نامیم. در واقع زبان نتیجه گفتار است که به شکل سامانمند از آن استخراج شده است. ناگفته می‌دانیم که بخش مهمی از گفتار، استعمال الفاظ است. بنابراین طبق دیدگاه سوسور، وضع الفاظ در ساحت گفتاری روان ما و نه ساحت زبانی آن شکل می‌گیرد. این توضیح سوسور نباید ما را به اشتباه بیاندازد؛ چراکه وقتی او درباره ساخت زبان صحبت می‌کند



منظورش نظام کلی از ساختار یک زبان است و نه رابطه میان لفظ و معنا. در این خصوص همچنان که معین شد سوسور نیز همانند شهید صدر این رابطه را در روان می‌بیند.

۲. تبیین دال و مدلول

شهید صدر در ابتدای مباحث الفاظ هنگامی که محل بحث را مشخص می‌کند تعبیری دارند که به نظر می‌رسد در موضوع محل بحث ما بسیار راه‌گشا است. عبارت شهید صدر چنین است: «دلالت الفاظ بر معانی حقیقی، درحقیقت برمی‌گردد به نحوه‌ای از سببیت؛ به این معنا که وجود ذهنی لفظ سبب وجود ذهنی معنا می‌شود» (صدر، بحوث فی علم الاصول، مقرر: عبد الساتر، ۷/۲).

دقت در استفاده از کلمه وجود ذهنی لفظ و همچنین کلمه وجود ذهنی معنا نشانگر آن است که شهید صدر نیز همچون سوسور صوت را دال نمی‌داند، اما تقریر این دو از این مساله متفاوت است. شهید صدر هم برای لفظ و هم برای معنا، دو نوع وجود لحاظ کرده است. باید توجه داشت که این لحاظ، لحاظ اعتباری نیست، بلکه لحاظ حقیقی است؛ به این معنا که هم لفظ و هم معنا وجودی ذهنی و وجودی حقیقی دارند. آنجایی که سببیت به شکل حقیقی بین لفظ و معنا برقرار می‌شود، در ذهن است؛ بنابراین لفظ و معنا هر دو حقیقتی ذهنی هستند. با این تقریر واضح می‌شود که وجود ذهنی لفظ، چیزی جز همان تصویر صوتی سوسور نیست. همچنان که در بخش مربوط به سوسور روشن شد، از دیدگاه سوسور صوت پدیده‌ای است صرفاً فیزیکی؛ درحالی که تصویر صوتی، پدیده‌ای روانی است. بنابراین از نگاه او نیز آنچه در نشانه معنایی به عنوان دال قرار می‌گیرد، صوت لفظ نیست؛ بلکه تصویر صوتی است و این تصویر صوتی همچنان که مشخص است امری ذهنی خواهد بود.

در باره معنا نیز مطلب به همین شکل است. دقت در عبارت وجود ذهنی معنا که شهید صدر استفاده کرده است، نشان می‌دهد که از نظر ایشان نیز مدلول واقعی همان مفهوم ذهنی است و امری خارجی نیست. همچنان که سوسور نیز با توجه به تعدد مصادیق تصاویر معنایی، مدلول الفاظ را چنان که پیشتر توضیح دادیم، امری ذهنی می‌داند.

۳. نظام اختیاری اجباری یا اجباری

همچنان که در بخش تبعیت دلالت الفاظ از اراده متکلم بیان کردیم، شهید صدر وضع را همان قرن اکید می‌داند و چون این قرن بر اساس قانون تکوینی رخ می‌دهد، اراده متکلم نقشی در وضع لفظ برای معنا ندارد. این موضوع نیز همچون دو موضوع دیگر از جهاتی نظریات این دو را به هم نزدیک می‌کند. شباهت نظریه این دو از آن رو است که هر دو قائل به اجباری بودن وضع الفاظ برای معانی هستند. لکن در این خصوص در دو حوزه اختلاف نظر وجود دارد؛ حوزه اول آن است که اجباری بودن چنین ارتباطی برای سوسور تمام حقیقت نیست، بلکه بخشی از نسبت بین لفظ و معنا است و بخشی از این رابطه را اختیاری می‌داند، حال



آنکه شهید صدر کاملاً به چنین نظریه‌ای قائل است و این نسبت را مربوط به اراده متکلم نمی‌داند؛ حوزه دوم یا منشأ اختلافی دیگری که در این بحث میان این دو نظریه وجود دارد از تکوینی دانستن نسبت لفظ و معنا به تبع فردی دانستن این امر نشئت می‌گیرد. در حالی که طبق دیدگاه سوسور بخشی از علت به وجود آمدن چنین نسبتی، اجتماع است و چنین نسبتی صرفاً فردی نیست. شهید صدر صریحاً می‌گوید: حتی اگر لفظی را برای معنایی در لغت‌نامه نوشته باشند تا متکلم به آن لغت‌نامه رجوع نکند و آن لفظ در آن معنا به شکل کمی یا کیفی در ذهن متکلم حضور پیدا نکند، وضعی صورت نگرفته است. حال آنکه سوسور به چنین امری قائل نیست؛ چون جایگاه زبان و الفاظ را در بُعد اجتماعی آن تشریح و تبیین می‌کند.

نتیجه‌گیری

بعد از توضیح و تطبیق نظریات این دو اندیشمند به نظر می‌رسد که اگر چه مبادی تصویری شهید صدر با مبادی تصویری سوسور متفاوت است، اما هر دوی آن‌ها به یک حقیقت با بیانی متفاوت اشاره می‌کنند. به‌طور کلی می‌توان این مبادی را در سه حوزه مطرح و بررسی کرد.

اولین وجه شباهت میان نظریه شهید صدر و سوسور، اعتقاد به امری غیرارادی در شکل‌گیری رابطه میان لفظ و معنا است. نکته دومی که هر دوی آن‌ها به آن معترف‌اند و اشاره دارند، بُعد روانی این قوه یا قانون تکوینی است.

در واقع اگر بخواهیم به شکل تطبیقی جایگاه وضع را در بین آراء این اندیشمند بنگریم باید گفت که شهید صدر جایگاه وضع را همان جایی می‌داند که سوسور به آن قوه ناطقه می‌گوید.

همچنان که سوسور قوه ناطقه را ناهمگن می‌داند، شهید صدر نیز نظام معینی برای چنین ارتباطی تعریف نمی‌کند. تنها نکته‌ای که شهید صدر متذکر می‌شود آن است که اگر اقتران، کمی باشد، وضع تعینی است و اگر کیفی باشد، وضع تعینی است. واضح است که چنین تبیینی به هیچ وجه مشخصه تعریف نظامی مدون را ندارد، بلکه صرفاً توصیفی کلی از وضعیت شکل‌گیری وضع است.

مسئله دوم آنکه شهید صدر، هم برای لفظ، و هم برای معنا، دو نوع وجود لحاظ کرده است، وجود ذهنی لفظ و وجود ذهنی معنا. باید توجه داشت که این لحاظ، لحاظ اعتباری نیست، بلکه لحاظ حقیقی است؛ به این معنا که هم لفظ و هم معنا وجودی ذهنی و وجودی حقیقی دارند. آنجایی که سببیت به شکل حقیقی بین لفظ و معنا برقرار می‌شود، در ذهن است؛ بنابراین لفظ و معنا هر دو حقیقتی ذهنی هستند. با این تقریر واضح می‌شود که وجود ذهنی لفظ، چیزی جز همان تصویر صوتی سوسور نیست. همچنان که در بخش مربوط به سوسور روشن شد، از دیدگاه سوسور صوت پدیده‌ای است صرفاً فیزیکی؛ در حالی که تصویر صوتی، پدیده‌ای روانی است. بنابراین از نگاه او نیز آنچه در نشانه معنایی به عنوان دال قرار می‌گیرد، صوت لفظ نیست؛ بلکه تصویر صوتی است و این تصویر صوتی همچنان که مشخص است امری ذهنی خواهد بود.



در مسئله سوم یعنی اختیاری و یا اجباری بودن ارتباط لفظ و معنا نیز باید گفت که شباهت نظریه این دو از آن رو است که هر دو قائل به اجباری بودن وضع الفاظ برای معانی هستند. لکن در این خصوص در دو حوزه اختلاف نظر وجود دارد؛ حوزه اول آن است که اجباری بودن چنین ارتباطی برای سوسور تمام حقیقت نیست، بلکه بخشی از نسبت بین لفظ و معنا است و بخشی از این رابطه را اختیاری می‌داند، حال آنکه شهید صدر کاملاً به چنین نظریه‌ای قائل است و این نسبت را مربوط به اراده متکلم نمی‌داند؛ حوزه دوم با منشأ اختلافی دیگری که در این بحث میان این دو نظریه وجود دارد از تکوینی دانستن نسبت لفظ و معنا و به تبع فردی دانستن این امر نشئت می‌گیرد. در حالی که طبق دیدگاه سوسور بخشی از علت به وجود آمدن چنین نسبتی، اجتماع است و چنین نسبتی صرفاً فردی نیست.

منابع

- اراکي، محسن، اصول فقه نوین، چاپ اول، قم: مجمع الفکر اسلامی، ۱۳۸۹.
- جوادی، محمداسلم، امیر نیک‌پی، «ایده و مفهوم ساختارگرایی با بررسی آرای سوسور و لوی استروس»، معرفت فرهنگی اجتماعی، تابستان ۱۳۸۹، ش ۳، صص ۱۷۷ تا ۲۰۳.
- حیدری، سید کمال، «الدروس شرح الحلقة الثانية، چاپ اول، قم: دار الفراقد، ۱۴۲۸ق.
- خبازی کناری، مهدی، «تحلیل ماهیت نشانه از منظر سوسور و فارابی»، آموزه‌های فلسفه اسلامی، ش ۲۶، ۱۳۹۹، صص ۱۵۷ تا ۱۷۰.
- خویی، ابوالقاسم، محاضرات فی اصول الفقه، به تقریر محمداسحاق فیاض، بی‌جا: انتشارات امام موسی صدر، بی‌تا.
- روحانی، محمد، منتقى الاصول، به تقریر عبدالصاحب حکیم، چاپ دوم، بی‌جا: تک، ۱۴۳۰ق.
- سجودی، فرزانه، «نشانه و نشانه‌شناسی، بررسی تطبیقی آراء سوسور و پیرس و اکو»، هنر و معماری، ش ۶، ۱۳۸۱، صص ۸۳ تا ۱۰۰.
- سوسور، فردینان دو، دوره زبانشناسی عمومی، ترجمه کوروش صفوی، چاپ پنجم، بی‌جا: هرمس، ۱۳۹۰.
- صدر، محمدباقر، بحوث فی علم الاصول، به تقریر حسن عبدالساتر، چاپ دوم، بیروت: الدارالاسلامیة، ۱۴۱۷ق.
- صدر، محمدباقر، مباحث الدلیل اللفظی، به تقریر محمود هاشمی شاهرودی، چاپ دوم، بی‌جا: مکتبه الاعلام الاسلامی، ۱۴۰۵ق.
- صفوی، کوروش، درآمدی بر معناشناسی، چاپ چهارم، تهران: سوره مهر، ۱۳۹۰.
- قمی، ابوالقاسم، القوانين المحکمه فی الاصول، به تصحیح رضا حسین صبح، چاپ اول، بیروت: دارالمرتضی، ۱۴۳۰ق.
- نائینی، محمدحسین، فوائد الاصول، به تقریر محمدعلی کاظمی خراسانی، چاپ هشتم، قم: نشر اسلامی، ۱۴۲۴ق.
- هاشمی شاهرودی، محمود، درسنامه اصول فقه، چاپ اول، قم: بنیاد فقه و معارف اسلامی، ۱۳۹۱.
- هلدکرافت، دیوید، سوسور نشانه‌ها؛ نظام و اختیاری بودن ترجمه سپیده عبد الکریمی، چاپ اول، تهران: نشر علمی، ۱۳۹۱.

سال ۵۴ - شماره ۱ - شماره پیاپی ۱۲۸ - بهار ۱۴۰۱، ص ۱۰۵ - ۱۱۹	HomePage: https://jfiqh.um.ac.ir/
شاپا چاپی ۲۰۰۸-۹۱۳۹	شاپا الکترونیکی ۲۵۳۸-۳۸۹۲
تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۱۱/۱۳	تاریخ بازنگری: ۱۳۹۹/۰۲/۲۴
نوع مقاله: پژوهشی	DOI: https://doi.org/10.22067/jfu.v54i1.85383

درآمدی تحلیلی به نظریه خطابات قانونی امام خمینی (ره) و پیامدهای آن در فقه عبادات

دکتر محمدعلی راغبی (نویسنده مسئول)

دانشیار دانشگاه قم

Emil:ma-raghebi@qom.ac.ir

دکتر امین صدوقی

دانش آموخته دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه قم

چکیده

خطابات قانونی از جمله نظریات مهم و تأثیرگذاری است که توسط امام خمینی (ره) مطرح و بسط داده شده است. ایشان این نظریه را درباره نحوه تشریح احکام شرعی بیان کرده و قائل است که خطابات کلی شریعت در مقام جعل قانون صادر شده‌اند و حالات گوناگون عارض بر مکلفان، همچون قدرت و علم، در آن‌ها به عنوان قید اخذ نشده است، بلکه حکم صرفاً بر عناوین کلی مأخوذ در خطاب رفته است. این نظریه پیامدهای مختلفی را در ابواب فقه در پی دارد. این پژوهش با هدف کاوش تحلیلی در این نظریه و پیامدهای آن در ساحت فقه عبادات و با استفاده از روش تحلیل اجتهادی و با رجوع به منابع کتابخانه‌ای انجام شده است. ثمره این پژوهش اثبات برتری این نظریه بر نظریه مشهور انحلال و ارائه پیامدهای مختلف این نظریه در ساحت فقه عبادات است. واژگان کلیدی: خطابات، خطابات قانونیه، حکم، فقه، فقه عبادات.



HomePage: <https://jfiqh.um.ac.ir/>

Vol. 54, No. 1: Issue 128, Spring 2022, p.105-119

Online ISSN: 2538-3892



Print ISSN: 2008-9139

Receive Date: 02-02-2020

Revise Date: 13-05-2020

Accept Date: 03-11-2020

DOI: <https://doi.org/10.22067/jfu.v53i4.86677>

Article type: Original Research

An Analytical Introduction to Imam Khomeini's Legal Addresses-Theory and its Implications in the Acts of Worship Jurisprudence

Mohammad Ali Raghebi

Ph.D. Associate Professor, University of Qom (Corresponding Author)

Email: ma-raghebi@qom.ac.ir

Amin Sadoughi

Ph.D. Ph.D. Graduate of Islamic Jurisprudence and Principles of Islamic Law, University of Qom

Abstract

Legal addresses is one of the important and influential theories proposed and developed by Imam Khomeini. He has expressed this theory about the way religious precepts are legislated and believes that the general addresses of Sharia have been issued in the position of legislating and different states occurred to duty-bounds such as power and knowledge, have not been considered as provisos in them; instead, the precept has been issued as to the general titles considered in the address. This theory has several implications in different chapters of jurisprudence. The present research has been performed with the aim of analytical examination of this theory and its implications in the field of the acts of worship jurisprudence and using the ijthadi analysis method by referring to library sources. The result of this research is to prove the superiority of this theory over the famous theory of dissolution and to present the different implications of this theory in the field of the acts of worship jurisprudence.

Keywords: Addresses, Legal Addresses, Precept, Jurisprudence, Acts of Worship Jurisprudence



مقدمه

مباحث مربوط به منظومه حکم‌شناسی از مهم‌ترین مباحث مطرح در دانش اصول فقه است. در نگاه برخی از فقهای معاصر، مسائل علم اصول بر دو قسم است؛ بخشی از مباحث در ضمن مباحث مربوط به دلالت گنجانده می‌شوند و بخشی دیگر مرتبط با مباحث حکم و شئون آن است (سند، ۱۰۱ تا ۱۰۳). در میان مباحث مطرح در منظومه حکم‌شناسی، مبحث شناسایی حقیقت حکم شرعی و کیفیت تعلق آن به مکلفان جایگاه مهمی دارد؛ چراکه دامنه تأثیرگذاری این بحث وسیع است و مباحث مختلفی از دانش فقه را شامل می‌شود. مشهور اصولیان شیعه درباره چگونگی تعلق حکم شرعی به مکلفان قائل به نظریه انحلال شده‌اند. مطابق نظریه انحلال، حکم با یک خطاب صادر شده است و یک انشا دارد؛ لکن به تعداد مصادیق موضوع و متعلق منحل می‌شود (جمعی از پژوهشگران، ۱/۶۸۶). در مقابل، امام خمینی ضمن رد نظریه انحلال، نظریه جدیدی را در تفسیر احکام شرعی مطرح کرد که امروزه به نظریه خطابات قانونیه مشهور گشته است. این نظریه که از نوآوری‌های علمی امام خمینی است، پیامدهای فراوانی را در دانش فقه و اصول در پی خواهد داشت و به تعبیر برخی از بزرگان، بارقه‌ای ملکوتی بوده که حلال بسیاری از معضلات فقهی و اصولی خواهد بود (خمینی، تحریرات فی الاصول، ۴۵۳/۵).

درباره پیشینه این موضوع باید گفت: ریشه‌های این نظریه را شاید بتوان در کلمات برخی بزرگان همچون آخوند خراسانی یافت (نک: خراسانی، ۱۴۰۹/۲۲۸)، لکن نظریه خطابات قانونیه در چهارچوب فعلی آن از ابداعات امام محسوب شده و ایشان با ژرف‌نگری و دقت در نصوص شرعی، این نظریه را ابداع کرده و آن را در چهارچوبی منطقی در اولین دوره تدریس دروس خارج اصول که در جمع محدودی از شاگردان ایراد می‌شد، مطرح کردند که حاصل این دوره اصولی، تعلیقات ایشان بر کتاب کفایه است که بعدها با نام انوار الهدایه به چاپ رسیده است. در زمینه بررسی محتوایی این نظریه تاکنون چند اثر تألیفی از سوی محققان به جامعه علمی کشور تقدیم شده است که از جمله آن‌ها می‌توان به کتب «الخطابات القانونية» تألیف حجت الاسلام محمدجواد فاضل، «بررسی نظریه خطابات قانونیه» تألیف حجت الاسلام سیدمجتبی نورمفیدی، «خطابات قانونیه از دیدگاه امام خمینی و مشهور اصولیان» تألیف عبدالرضا فرهادیان، «نظریه اعتبار قانونی در گذار از شخصیت‌گرایی» تألیف علی الهی خراسانی و کتاب «خطابات قانونیه» که مجموعه مصاحبه‌هایی درباره این نظریه با برخی از اساتید مطرح خارج است، اشاره کرد. مقالاتی نیز از سوی پژوهشگران در زمینه بررسی این نظریه به نگارش درآمده است که «نظریه الخطابات القانونية، اثر حجت الاسلام ابوالقاسم مقیمی»، «خطابات قانونیه، اثر حجت الاسلام سیدحسن خمینی و فرحناز افضلی»، «نظریه عدم انحلال خطابات قانونی، اثر حجت الاسلام رضا اسلامی»، «نظریه خطابات قانونی؛ افقی تازه در تحلیل ماهیت حکم شرعی، اثر بلال شاکری و حمید درایتی»، از جمله آن‌ها به شمار می‌روند.



باتوجه به اهمیت و تأثیرگذاری این نظریه در ساحات گوناگون فقه و نیز پیامدهای متعدد این نظریه در فقه شیعه، ضروری به نظر می‌رسد که پژوهشی مستقل با رویکردی تحلیلی به این نظریه، پیامدهای آن را در فقه عبادات مورد توجه قرار دهد. لذا در این مقاله بعد از تبیین نظریه و ارائه تحلیل پیرامون ریشه‌های آن، برخی از پیامدهای این نظریه در ساحات فقه عبادات بررسی می‌شود. این پژوهش بر پایه روش تحلیل اجتهادی به معنای تلاش علمی بر اساس تحلیل و استنباط از منابع معتبر به واسطه ابزار و عناصر لازم برای استدلال و استنباط رأی انجام می‌پذیرد.

۱. تبیین نظریه

نظریه خطابات قانونیه در مقابل نظریه انحلال احکام شرعی از سوی امام خمینی مطرح شده است. نظریه انحلال بدین معنا است که اگر موضوع حکمی که با يك انشا از مولا صادر شده است، مصادیق و افراد متعددی داشته باشد، این حکم واحد از نظر عقل و عرف به احکام مستقل متعددی به تعداد همه مصادیق و افراد تجزیه می‌شود. مثلاً چنانچه مولا بگوید: «أكرم كلّ عالم» یا بگوید: «لا تكذب»؛ گویا برای اکرام هر دانشمندی، و جوب مستقلی و برای پرهیز از هر دروغی، نهی جداگانه‌ای انشا کرده است، هرچند هر يك از جوب اکرام و حرمت کذب با يك انشا بیان شده‌اند (جمعی از پژوهشگران، ۱/۶۸۶). در مقابل، نظریه خطابات قانونیه تفسیر متفاوتی از ماهیت احکام شرعی و نحوه تعلق آن‌ها به مکلفان ارائه داده است. با رجوع به آثار فقهی و اصولی امام که به نظریه خطابات قانونیه پرداخته‌اند، می‌توان این نظریه را این‌گونه تبیین کرد که خطابات شرعی به دو نوع تقسیم می‌شوند: پاره‌ای از این خطابات، خطابات شخصی است و برخی دیگر که غالب احکام شرعی را تشکیل می‌دهند، خطابات کلی هستند. خطابات شخصی به آن دسته از خطابات جزئی اطلاق می‌شود که به فردی خاص از افراد مکلف تعلق می‌گیرد، به نحوی که آن مکلف، تنها مخاطب آن خطاب خواهد بود (نک: خمینی، روح‌الله، کتاب الطهارة، ۱۴۹).

در خصوص خطابات شخصی، امام با مشهور اصولیان هم‌نظر بوده و معتقد است که لازم است در این نوع از خطابات سه شرط لحاظ شود: اول آنکه مخاطب قادر بر انجام تکلیف باشد. لذا اگر مکلف عاجز بوده و قدرت بر انجام مأموریه یا منهی‌عنه را نداشته باشد، شارع نمی‌تواند انجام فعل یا ترک آن را از مکلف بخواهد (همو، کتاب البیع، ۲۸۰)؛ دوم آنکه متعلق تکلیف در محل ابتلای مخاطب قرار داشته باشد، لذا اگر فرض شود که متعلق تکلیف از محل ابتلای مکلف خارج است، تعلق خطاب شخصی به مکلف قبیح خواهد بود (نک: همو، تنقیح الاصول، ۳/۴۴۸؛ همو، جواهر الاصول، ۳/۳۱۶)؛ سومین شرط آن است که قبل از تعلق خطاب به مکلف، او به واسطه انگیزه‌ای درونی، تارک فعل نهی شده یا عامل به فعل امر شده نباشد. به عنوان مثال تکلیف کردن شخص صاحب مروتی که به حسب طبع اولیه خویش از کشف عورت در جمع اجتناب می‌کند، به حرمت کشف عورت قبیح است (همو، کتاب الطهارة، ۱۵۰).



دلیل این خصوصیات سه‌گانه به این امر بر می‌گردد که خطابات شخصی به غرض انبعاث مخاطب صادر می‌شوند و لذا باید مولا علم یا گمان به انبعاث مخاطب درباره امر و انزجار مخاطب درباره نهی داشته باشد یا حداقل احتمال انبعاث و انزجار او را بدهد؛ چراکه در غیر این صورت بعث و زجر مولا سفیهانه خواهد بود که از مولای عاقل و ملتفت صادر نمی‌شود، بلکه می‌توان ادعا کرد که صدور چنین خطابی از او محال است؛ چراکه انتداح بعث جدی در نفس مولا با توجه به عدم حصول مبادی بعث و علم به عدم انبعاث مخاطب ممکن نیست (همو، کتاب البیع، ۲۸۰). به عبارت دیگر بعث مولا از افعال اختیاری او محسوب می‌شود و هر امر اختیاری، مسبوق به تصور امر و تصور احتمال باعثیت مخاطب و تصدیق فایده‌مند بودن این احتمال است، لذا در جایی که مولای حکیم می‌داند مخاطب به دلیل قدرت‌نداشتن، مبتلابودن یا وجود انگیزه طبیعی از بعث او منبعث نمی‌شود و بر بعث او هیچ فایده‌ای مترتب نمی‌شود، تمشی بعث از او معقول نیست (همو، جواهر الاصول، ۳/۳۱۶).

قسم دوم از خطابات، خطابات کلی هستند که نظریه خطابات قانونیه معطوف به این دسته از خطابات است. خطابات کلی قانونی در نگاه ایشان به خطابات اطلاق می‌شود که به عموم مخاطبان متوجه شده‌اند، به نحوی که خطاب واحد بوده، ولی مخاطب، جمع کثیری است. همه خطابات شرعی که با عناوین عام متوجه عموم مردم شده‌اند از همین قبیل هستند که خطاب در آن‌ها واحد است، لکن با عناوینی صادر شده است که عموم مکلفان یا جمع کثیری از آنان را در بر می‌گیرد؛ مانند خطابات که در آن‌ها از عنوان «یا ایها الذین آمنوا» یا عنوان «یا ایها الناس» استفاده شده است (همو، کتاب الطهارة، ۱۵۰).

در تبیین این نظریه می‌توان گفت: نظریه خطابات قانونیه مبتنی بر ارائه سه ویژگی برای خطابات کلی قانونی است: اول آنکه خطابات کلی قانونی به تعداد افراد مکلف به خطابات متعدد منحل نمی‌شوند، به نحوی که هریک از آن‌ها خطاب مخصوص به خود را داشته باشد، بلکه خطاب عمومی قانونی، خطاب واحدی است که متعلق آن کلی و موضوع آن عنوان است و وجه اساسی افتراق آن از خطابات شخصیه همین نکته است (همو، جواهر الاصول، ۳/۳۱۸). به عبارت دیگر، آن دسته از تکالیف شرعی که در قالب عناوین کلی متوجه عموم مردم شده‌اند، فرقی ندارند با قوانین عرفی که برای حفظ نظم اجتماعی و تنظیم امورات جعل می‌شوند. لذا همان‌گونه که در قوانین عرفی، خطابات متعددی به تعداد مخاطبان وجود ندارد، در شرع هم همین‌گونه است و تنها یک خطاب قانونی وجود دارد که شامل همه افراد تحت آن عناوین می‌شود (نک: همو، تهذیب الاصول، ۳/۲۲۸؛ همو، انوار الهدایه، ۲/۲۱۵ تا ۲۱۶)؛ دوم آنکه اراده تشریحی در صدور احکام کلی شرعی، اراده قانون‌گذاری و جعل به نحو عموم است و صحت این نحوه از جعل حکم از نظر عقلی متوقف بر مدنظر قراردادن شرایط جعل عمومی قانونی است. نزد عقلا صحت چنین جعلی متوقف بر انبعاث همه مکلفان نیست و این‌گونه نیست که اراده تشریحی عبارت از اراده انجام عمل توسط مکلف و انبعاث



او به جانب عمل باشد؛ چراکه در این صورت به دلیل امکان نداشتن انفکاک اراده الهی از مراد، لازم می‌آید امکان عصیان منتفی باشد (همو، جواهر الاصول، ۳/۳۱۸). به عبارت دیگر، در احکام کلی قانونی، صحت جعل، دایرمدار مبادی و غایات در اشخاص نیست، بلکه مصحح خطابات کلی قانونی، وجود اثر در محیط آن قانون است، هرچند این اثر تنها در برخی از افراد مخاطب ایجاد شود (همو، کتاب البیع، ۳۴۰)؛ سوم آنکه احکام کلی قانونی شرعاً و عقلاً مقید به قید قدرت نیستند. شرعاً مقید نیستند چون در ادله شرعی دلیلی که سبب چنین تقییدی شود وجود ندارد و اگر فرض کنیم که چنین مقیدی وجود می‌داشت، باید اصل برائت به هنگام شک در قدرت جاری می‌شد و حال آنکه اصولیان قائل به احتیاط هستند. اما تقیید عقلی نیز صحیح نیست؛ چراکه عقل نیز راهی ندارد که تقیید شرعی احکام شارع را به قدرت کشف کند، چون عقل نمی‌تواند در حکم غیر خودش یعنی در حکم شارع تصرف کند، بلکه عقل فقط می‌گوید: جاهل معذور است (همو، انوار الهدایه، ۲/۲۸).

این سه ویژگی برای خطابات کلی شرعی، ارکان ماهوی نظریه خطابات قانونیه را شکل می‌دهند و نقاط افتراق این نظریه از نظریه انحلال احکام شرعی را به خوبی روشن می‌کند.

۲. تحلیل ریشه‌های نظریه

راجع به نظریه خطابات قانونیه، نکات و دلایل متعددی از سوی صاحب نظریه ذکر شده است (نک: خمینی، الخلل فی الصلاة، ۱۴ تا ۱۵؛ همو، انوار الهدایه، ۲/۲۱۶؛ همو، تهذیب الاصول، ۱/۲۴۳)، لکن می‌توان گفت که مهم‌ترین مطلبی که به اثبات این نظریه و تحلیل صحیح از ریشه‌های آن منتج می‌شود، توجه به رویه عرف و عقلا در قانون‌گذاری‌های عرفی است؛ چراکه با رجوع به رویه‌های عرفی در قانون‌گذاری می‌توان به فهم صحیحی از ماهیت خطابات شارع دست یافت.

توضیح اینکه، همان‌گونه که مرجعیت عرف در تفسیر مفردات و واژه‌های خطابات شرعی، از کاربردهای قطعی عرف و برای همه پذیرفتنی است، رجوع به عرف در فهم هیئات ترکیبی متخذ در ادله و اسناد شرعی نیز مورد تسالم است. مرجعیت عرف در تشخیص مفاهیم و هیئات ترکیبی ادله شرعی را این‌گونه می‌توان مستدل کرد که هر قانون‌گذاری در ابلاغ قانون به شهروندان و مکلفان آن قانون باید به اصول و قواعد محاوره و مفاهمه حاکم و رایج در میان مخاطبان خویش پایبند باشد، از لغت و واژه‌های آن بهره‌برد و به عرف آن‌ها در محاوره مقید باشد و چنانچه اصطلاح یا شیوه خاصی دارد، یادآوری کند و گرنه باید طبق رویه عرف مردم، محاوره خویش را سامان دهد. شارع مقدس نیز از این رویه متابعت کرده است (علیدوست، ۲۱۴ تا ۲۱۵).

با رجوع به سیره عرف و عقلا این نکته به دست می‌آید که رویه عرف و عقلا بر این شیوه استقرار یافته است که در قانون‌گذاری، خطابات خویش را بدون توجه به خصوصیات و حالات شخصی افراد صادر می‌کنند و همین‌که می‌بینند بخشی از افراد مشمول قانون، قابلیت انبعاث را دارند، آن را مصحح وضع قانون



به صورت کلی می‌پندارند. افزون بر اینکه در قوانین عرفی این گونه نیست که هریک از افراد اجتماع، حکمی مستقل و مربوط به خود داشته باشد، بلکه در نگاه عقلا تنها یک قانون وجود دارد که در حق همه مشمولان، فعلی می‌باشد. شارع نیز در خطابات شرعی خویش، رویه‌ای مستقل از عرف ندارد. اگر شارع رویه مستقل و جداگانه در این خصوص می‌داشت، باید بدان تصریح می‌کرد، لذا باتوجه به این نکته صحت نظریه خطابات قانونیه تأیید شده است و این نظریه را می‌توان به عنوان تحلیلی صحیح از ماهیت خطابات شرعی پذیرفت.

امام به این نکته اشاره داشته و در این خصوص می‌فرماید: «تکالیف شرعی که در شریعت در قالب عناوین کلی، متوجه عموم مردم شده‌اند، فرقی با قوانین عرفی که به جهت حفظ نظم اجتماعی و تنظیم امورات جعل می‌گردند، ندارند، لذا همان گونه که در قوانین عرفی خطابات متعدد به عدد مخاطبان وجود ندارد، در شرع هم همین گونه است و تنها یک خطاب قانونی وجود دارد که شامل همه افراد تحت آن عناوین می‌شود» (خمینی، روح الله، تهذیب الاصول، ۲۲۸/۳).

این مطلب توسط برخی از فقهای معاصر نقد شده و ادعا شده است که فهم و ارتکازات عرف زمان شارع با این تحلیل همخوانی ندارد. توضیح آنکه، آنچه در انعقاد ظهورات خطابات شرعی معیار است و باید توجه شود، فهم عرفی مردمان زمان شارع مقدس است؛ چراکه اصل این است که هر متکلمی بر پایه قواعد و اصول عرفی مخاطبان خود سخن گفته و اگر مرامی غیر از این دارد، باید آن را متذکر شود. حال باتوجه به این نکته این اشکال متوجه نظریه خطابات قانونیه خواهد شد که عرف زمان شارع از فهم قانونی خطابات دور بوده و از خطابات شرعی، انحلال را می‌فهمیده است؛ مثلاً آنچه که عرف زمان شارع از امثال قضیه «لا تشرب الخمر» و «أقم الصلاة» می‌فهمیده، این بوده است که حرمت و وجوب به تعداد افراد مکلف منحل می‌شود. همان طور که متفاهم عرفی در آن زمان این بوده است که به تعداد خمرهای خارجی حرمت اجتناب وجود دارد (نک: خوئی، ۱۴/۲ تا ۱۵).

برخی از فقهای معاصر تحلیل عمیق تری از این فهم عرفی ارائه داده و گفته‌اند: نظام حکام بر جامعه در زمان نزول قرآن کریم، نظام عبد و مولا بوده است و در آن زمان ریشه اساسی اطاعت عبد از مولا به پرتو شخصیت مولا و اینکه سرپیچی عبد از مولا ظلم بر او است، بر می‌گشت. در واقع این مطلب به عبد تفهیم می‌شد که تو جزء شخصیت مولا هستی و اوامر مولا مثل چراغی است که نور می‌دهد. طبق این نظر، اگر عبد اوامر مولا را انجام نمی‌داد، گویی ظلم بر مولا کرده بود. شاهد بر این مدعا این است که در زمان نزول قرآن در جامعه عرب، نظام اقطاعی یا فتودالی حاکم نبود. برخلاف بابل (حله فعلی) که حدود سه هزار سال پیش از اسلام قانونی به نام حمورابی وجود داشته است و مشتمل بر سه هزار و اندی ماده قانونی بوده است. در یونان قدیم هم قانون وجود داشته است. لکن در جزیره العرب قانون وجود نداشته است و اساساً اعراب اهل کتابت و نوشتن نبوده‌اند و لذا می‌توان گفت مفهوم قانون و خطاب قانونی برای مردم بی معنا بود.



در میان عرب‌ها قانون عبارت از اوامر مولا بوده و مولا هر چه می‌گفت به منزله قانون می‌بود. لذا باتوجه به این نکته باید گفت: اگر نظام عبید و موالی را که در زمان شارع وجود داشته، در نظر بگیریم نظریه انحلال از پایه‌های قوی‌تری برخوردار است؛ چراکه در چنین جامعه‌ای اگر مولا به جای يك عبید به صد عبید خود امر کند و به آن‌ها بگوید زمین را درو کنید، در این صورت خطاب قانونی نخواهد بود و گویا به تك تك افراد گفته است که تو باید زمین را درو کنی و این چیزی جز انحلال نیست. بنابراین اگر شارع بفرماید: «یا ایها الذین آمنوا اقیموا الصلاة»، چون تفکر حاکم در زمان نزول قرآن، تفکر عبید و موالی بوده، در چنین جامعه‌ای چنین تصور می‌شود که شارع مقدس مؤمنان را به صورت انحلالی دیده و به تک تک آن‌ها امر به صلات را متوجه کرده است. بله، اگر نظام‌های فعلی حاکم بر جوامع بشری را در نظر بگیریم، قضیه متفاوت خواهد بود، به خصوص در نظام‌های پارلمانی که قوه مقننه نیاز اجتماع و وضع اجتماع را بررسی می‌کند و بعد از بررسی کارشناسی قانون جعل می‌کند. در چنین نظام‌های قانونی، به لحاظ حقوقی دیگر بحث شخصیت و پرتو شخصیت مولا مطرح نیست، بلکه برعکس در این نظام‌ها به خصوص نظام‌های پارلمانی آن چیزی که مطرح می‌باشد، جامعه است. اگر خطابات شرعی در این نظام‌ها صادر می‌شود، نظریه خطابات قانونیه پذیرفتنی بود، لکن برای انعقاد ظهورات عرفی، فرهنگ و باورهای جامعه همان روز و وضع نظامات حاکم در همان جامعه معیار است و لذا باید وضعیت زمان نزول قرآن به عنوان معیار قرار گیرد (نک: خمینی، حسن، خطابات قانونیه،^۱ ۱۲۳ تا ۱۳۴).

این اشکال هر چند بسیار تأمل برانگیز است و ریشه شکل‌گیری نظریه خطابات قانونیه را با چالش مواجه می‌سازد، لکن به نظر می‌رسد با رجوع به برخی از ادله و کنکاش در رویه عرف جامعه عصر شارع پذیرفتنی نیست.

توضیح اینکه اولاً ارتکازات عرفی و نظامات حاکم بر اجتماع، زمانی می‌توانند معیاری برای فهم ظهورات کلام قرار گیرند که متکلم خود را پایبند به این نظامات بداند و بر پایه همین ارتکازات سخن بگوید. اما اگر در موردی متکلم خود به این نکته تصریح کند که رویه‌ای مستقل از عرف را در پیش گرفته است یا از مجموعه قرآینی که در سایر کلمات او یافت شده و روح حاکم بر خطابات او را شکل می‌دهد، این امر به دست آید که نظامی مستقل از عرف مدنظر او است، قهراً باید در فهم ظواهر کلام او به قواعد خاص حاکم بر کلام او توجه کرد. باتوجه به این مقدمه می‌گوییم با رجوع به برخی از آیات قرآن به این امر می‌توان پی برد که در خطابات شرعی همانند نظام عبید و موالی، شخصیت مولا مطرح نبوده و نفع و ضرر مولا معیار اوامر و نواهی نیست، بلکه آنچه باعث جعل و تشریح احکام و سبب صدور اوامر و نواهی شرعی شده است، خیر و شری است که به بندگان می‌رسد. بنابراین اگر بنده‌ای از این دستورات سرپیچی کند، به خود ظلم کرده است

۱. مصاحبه با آیت‌الله سیداحمد مددی موسوی (دام‌ظله).



نه به مولای خویش. خدای متعال در آیه مبارکه ۵۷ سوره بقره می‌فرماید: «وَمَا ظَلَمُونَا وَلَكِنْ كَانُوا أَنفُسَهُمْ يَظْلِمُونَ»؛ یعنی گمان نشود مخالفت با جعل شارع، ظلم یا اهانت به او است، بلکه بنده با عصیانِ مولا به خود ظلم می‌کند؛ چراکه خود را در مسیری اشتباه قرار داده است. بنابراین می‌توان گفت هم‌سنخ‌پنداری اوامر عرفی با دستورات شارع در خود شریعت نفی شده است.

ثانیاً در فضای آن روز جزیره‌العرب نیز اگرچه روابط در شکل غالب خود به‌صورت موالی و عبید تبلور پیدا می‌کرده است و عمدتاً قوانین چیزی جز فرامین مولا نبوده است، لکن جعل قوانین کلی نیز در آن عصر هرچند به‌شکل محدود وجود داشته است. مثلاً راجع به قصاص یا جنگ، قوانین خاصی جعل شده بود (نک: مرعشی شوشتری، ۱/۲۲۰). قهراً در وضع این دسته از قوانین، حالات و عوارض خارجی افراد مدنظر نبوده است و لذا می‌توان ادعا کرد که عرف آن روز، دستورات شرعی را نیز به‌منزله همان قوانین محدود اجتماعی خود دیده و جعل آن‌ها را بر عناوین کلی و غیرناظر به حالات خارجی افراد فهم می‌کرده‌اند.

باتوجه به این دو نکته، اشکال مذکور بر نظریه خطابات قانونیه نقدپذیر بوده و می‌توان گفت نظریه خطابات قانونیه از پشتوانه‌ای قوی برخوردار است.

۳. پیامدهای نظریه در فقه عبادات

نظریه خطابات قانونیه در ساحات مختلف دانش اصول فقه و دانش فقه پیامدهای متعددی به دنبال دارد، لکن در این مقاله بررسی برخی از پیامدهای این نظریه در ساحت فقه عبادات بررسی می‌شود و بررسی سایر پیامدهای این نظریه مجال وسیع‌تری را می‌طلبد.

۳.۱. اطلاق اشتراط نماز به طهور

مقتضای اطلاق آیه ششم سوره مبارکه مائده که به آیه وضو مشهور است، عبارت است از اینکه نماز در هر حالی حتی در حالت عجز از دسترسی به طهور، مشروط به طهور است و لذا نماز بدون وضو یا تیمم صحیح نخواهد بود. لکن بنا بر نظریه انحلال، جای این توهّم وجود دارد که از آنجاکه بر اساس این نظریه، خطابات نمی‌توانند متوجه عاجز باشند، لذا امر به وضو در این آیه شریفه قاصر از آن است که شرطیت طهور برای نماز را در حالت عجز اثبات کند.

برخی از قائلان نظریه انحلال، این توهّم را این‌گونه پاسخ داده‌اند که در اوامر ارشادی، قدرت بر متعلّق، شرط نیست؛ چراکه مفاد امر ارشادی چیزی جز ارشاد به دخالت متعلّق امر در متعلّق خطاب نیست و لذا این‌گونه خطابات اگرچه در ظاهر امر هستند، لکن به‌منزله جملات اخباری هستند و بعث و تحریکی در آن‌ها

۱. «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا قُمْتُمْ إِلَى الصَّلَاةِ فَاغْسِلُوا وُجُوهَكُمْ وَأَيْدِيَكُمْ إِلَى الْمَرَافِقِ وَامْسَحُوا بِرُءُوسِكُمْ وَأَرْجُلَكُمْ إِلَى الْكَعْبَيْنِ وَإِنْ كُنْتُمْ جُنُبًا فَاطَّهَّرُوا وَإِنْ كُنْتُمْ مَرْضَى أَوْ عَلَى سَفَرٍ أَوْ جَاءَ أَحَدٌ مِنْكُمْ مِنَ الْغَائِطِ أَوْ لَامَسْتُمُ النِّسَاءَ فَلَمْ تَجِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا صَعِيدًا طَيِّبًا فَامْسَحُوا بِرُءُوسِكُمْ وَأَيْدِيكُمْ مِنْهُ مَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُمْ مِنْ حَرَجٍ وَلَكِنْ يُرِيدُ لِيُطَهِّرَكُمْ وَيُنِيمَ نِعْمَتَهُ عَلَيْكُمْ».



وجود ندارد تا در نتیجه، وجود قدرت در متعلق آن‌ها شرط باشد (نائینی، ۴/۲۵۱ تا ۲۶۳).

امام این پاسخ را صحیح ندانسته و در نقد آن فرموده است: همه اوامر چه نفسی باشند یا غیری یا ارشادی، تنها در معنای خود استعمال می‌شوند که همان بعث و تحریک است؛ چراکه هیئت امر برای همین معنا وضع شده است. لکن بعث زمانی که متوجه طبیعت شود (بی‌آنکه دلالت کند که برای مطلوب دیگری است)، نفسی بودن امر از آن انتزاع می‌شود و زمانی که به چیزی تعلق بگیرد لکن به غرض چیز دیگری، از آن غیریت یا ارشاد به جزئیت یا شرطیت انتزاع می‌شود. بنابراین امر به وضو در این آیه شریفه از معنای بعث جدا نیست و هیئت امر در این آیه در اخبار استعمال نشده است؛ چراکه استعمال امر در اخبار به دلیل مخالفت با فهم عرف و عقلا غلط است نه آنکه استعمالی مجازی باشد، لذا هیئت امر در همان معنای بعث استعمال شده است و چون در این آیه شریفه «فَاعْسِلُوا وُجُوهَكُمْ» مسبوق به «إِذَا قُمْتُمْ إِلَى الصَّلَاةِ» است، دلالت بر این مطلب می‌کند که بعث به وضو به سبب مشروط بودن نماز به وضو است. بنابراین انتزاع شرطیت، از بعث به وضو همراه با خصوصیت مورد، صورت گرفته است (خمینی، روح‌الله، کتاب الطهارة، ۲/۳۵۹ تا ۳۶۰).

بنابراین بر اساس نظریه انحلال نمی‌توان پاسخ مناسبی در حل اشکال ارائه کرد و در نتیجه، امر به وضو در این آیه شریفه قاصر از آن است که شرطیت ظهور برای نماز را در حالت عجز اثبات کند.

سپس امام توهّم مذکور را این‌گونه پاسخ می‌دهد که چنین توهمی طبق مبنای خطابات قانونیه صحیح نیست؛ چراکه اوامر کلی قانونی، عقلاً مشروط بدان نیستند که توجه آن‌ها به تک‌تک مکلفان صحیح باشد و خطابات کلی قانونی منحل به خطابات جزئی متوجه به افراد مکلف نمی‌شوند تا شرایط صحت خطاب را در هر فردی جداگانه در نظر گرفت، وگرنه محذورات متعددی از آن لازم می‌آید؛ از جمله اینکه تکلیف کفار و عاصیان و جاهلان صحیح نخواهد بود و احکام وضعی به قادران اختصاص پیدا خواهد کرد و... در واقع خلط بین شرایط خطاب جزئی شخصی با خطاب عام قانونی، منشأ اشتباهات زیادی از جمله در خصوص بحث ما شده است و این توهّم فاسد است و اطلاق آیه شریفه اقتضا می‌کند که نماز مطلقاً مشروط به ظهور باشد و در نتیجه، نماز با تعدد شرط آن که همان وضو یا تیمم است، ساقط خواهد بود (همان).

۳.۲. صحت وضو در صورت تراحم با واجب اهم

اگر واجب اهمّی با وجوب وضو در تراحم باشد و مکلف اقدام به وضوگرفتن کند، بنا بر نظریه خطابات قانونیه حکم به صحت وضوی او می‌شود. بسیاری از قائلان به نظریه انحلال، صحت وضوی مکلف در این حالت را با پذیرش نظریه ترتب حل کرده‌اند، ولی نظریه ترتب با اشکالات جدی مواجه است (خمینی، روح‌الله، جواهر الاصول، ۳/۳۷۷ تا ۳۷۹). بر اساس نظریه خطابات قانونیه نیازی به استمداد از نظریه ترتب نیست و سرّ این مطلب در این نهفته است که بنا بر این نظریه، تعلق دو امر به دو عنوان متراحم در وجود، امتناعی ندارد، حال چه این تراحم از قبیل اهم‌ومهم باشد یا از موارد متراحمین متساوی باشد؛ چراکه بر اساس نظریه



خطابات قانونیه، اوامر به نفس طبیعت تعلق می‌گیرد بی آنکه امر به خصوصیات فردی متعلق سرایت کند و در اطلاق، برخلاف عموم، حکم به افراد تعلق نمی‌گیرد، بلکه مقتضای اطلاق بعد از تمایز مقدمات آن تنها این است که نفس طبیعت، تمام الموضوع برای حکم است و خصوصیات فردی و حالات عارضی دخالتی در حکم ندارند و لذا ادله، ناظر به حالات تراحم و علاج آن نیستند. بنابراین احکام کلی قانونی هم شامل عاجزان و هم شامل قادران می‌شود، همچنان که شامل عالمان به حکم و جاهلان به حکم نیز خواهد بود. با توضیح این مطلب روشن می‌شود که امر به متزاحمین، امر به مقدور بوده و تنها جمع بین دو متعلق متزاحم است که مقدور نیست، ولی چنین جمعی مورد امر و تکلیف قرار نگرفته است؛ چراکه ادله، ناظر بدان نبوده‌اند.

از مطالب بیان شده این نکته روشن می‌شود که اطلاق دو دلیل متزاحم شامل حالت تراحم می‌شوند و تنها به حکم عقل است که باید واجب اهم اخذ شود و مهم را ترک کرد. با توجه به این حکم عقلی، مکلف با اشتغال به تکلیف اهم، در ترک تکلیف فعلی مهم، معذور است. اما اگر اهم را ترک کرد و تکلیف مهم را انجام داد، مأمور به فعلی را انجام داده است و لذا به او برای انجام تکلیف فعلی ثواب داده می‌شود و در عین حال به سبب آنکه در ترک تکلیف اهم معذور نبوده است، برای ترک اهم مستحق عقاب خواهد بود. همچنان که اگر هر دو تکلیف را ترک کند، دو تکلیف فعلی را بدون عذر ترک کرده و در نتیجه مستحق دو عقوبت خواهد بود. با توجه به این نکته، وضوی مکلف در صورت تراحم با واجبی اهم صحیح است، اگرچه مکلف در ترک تکلیف اهم مستحق عقوبت است (همو، کتاب الطهارة، ۱۲۲/۲ تا ۱۲۴).

۳.۳. صحت نماز در ضیق وقت

در صورتی که به قدری وقت نماز ضیق شود که اگر مکلف مشغول انجام مستحبات نماز شود، بخشی از نماز او در خارج از وقت اتیان می‌شود، بر او واجب است که مستحبات را ترک و بر واجبات نماز اقتصار کند. حال اگر مکلف عامدانه مشغول انجام مستحبات نماز شود، برخی از فقها قائل به بطلان نماز او شده‌اند؛ چراکه ادراک وقت نماز، اهم از انجام نماز به همراه مستحبات است و مقتضای قاعده، ترک مهم و انجام اهم است (سبزواری، ۱۷۳/۵)، ولی به نظر می‌رسد با توجه به نظریه خطابات قانونیه می‌توان حکم به صحت نماز چنین فردی کرد؛ چون طبق این نظریه، دو تکلیف قانونی متزاحم بر فعلیت خود باقی بوده و امثال تکلیف مهم نیز امثال تکلیف فعلی محسوب می‌شود و اینکه امام در حاشیه بر کتاب عروة الوثقی حکم به صحت نماز در این فرض کرده‌اند، می‌تواند به همین دلیل باشد، هر چند ایشان تصریحی به دلیل حکم نداشته‌اند. ایشان در حاشیه بر این کتاب فرموده‌اند: «اقوا این است که نماز با درک یک رکعت در درون وقت صحیح می‌باشد، بلکه بعید نیست نماز مطلقاً صحیح باشد، اگرچه شخص با تفویت وقت معصیت نموده است، لکن سزاوار نیست احتیاط ترک شود (طباطبایی، ۲۹۲/۲).



۴.۳. بطلان نماز با نجاست حتی در فرض جهل

مقتضای اطلاق ادله‌ای که شرطیت طهارت یا مانعیت نجاست در نماز را بیان می‌دارند^۱ این است که نمازی که با نجاست خوانده شود، باطل است؛ چه مکلف عامدانه این کار را انجام دهد و چه جاهل به حکم یا موضوع باشد.

مقتضای نظریه انحلال این است که در تبیین این مسئله بیان شود که ادله، قاصر از اثبات حکم برای شخص جاهل هستند؛ چراکه طبق این نظریه، هر شخصی خطاب منحل شده مخصوص به خود را دارد و از آنجاکه تعلق تکلیف به انسان غافل قبیح است، لذا تکلیف فعلی شامل اشخاص جاهل و ناسی نمی‌شود و در نتیجه نماز این اشخاص با نجاست بدن یا لباس نیز صحیح است؛ چراکه بعد از آنکه دلیلی بر اثبات مانعیت نجاست یا شرطیت طهارت در حق این اشخاص وجود نداشت، نماز آن‌ها تام و کامل خواهد بود. این مدعا توسط امام مردود دانسته شده و علت آن نیز به اتخاذ نظریه خطابات قانونیه بر می‌گردد. توضیح آنکه، بنا بر نظریه خطابات قانونیه، ادله به عناوین کلی تعلق می‌گیرد و شامل مطلق مکلفان، اعم از عالمان و جاهلان و ناسیان و عاجزان و قادران می‌شود، اگرچه برخی از افراد مکلف، به حکم عقل معذور در ترک تکلیف هستند. بنابراین خطابات عام قانونی که به عناوینی چون «الناس» یا «المؤمنون» تعلق گرفته‌اند، به خطابات جزئی به تعداد مکلفان منحل نمی‌شوند و لذا عاصیان، کفار، غافلان و جاهلان نیز مکلف به انجام فروعات هستند، هرچند تکلیف کردن افراد مذکور در قالب خطاب شخصی به غرض انبعاث ممکن نیست؛ چراکه نسبت به کسی که می‌دانیم اطاعت نخواهد کرد، انتداح اراده تکلیف و بعث در نفس ممکن نیست، لکن تعلق خطاب به طور کلی قانونی مشکلی ندارد. در نتیجه باید گفت که طبق نظریه خطابات قانونیه از آنجاکه یک خطاب عام قانونی وجود دارد که شامل همه افراد مکلف اعم از جاهل و عالم می‌شود و افراد جاهل نیز مشمول حکم هستند، نماز با بدن یا لباس نجس حتی با فرض جهل و نسیان نیز باطل است (نک: خمینی، روح الله، کتاب الطهارة، ۴/۲۷۹).

۵.۳. صحت روزه غیر منذور در فرض وجوب روزه منذور

برخی از فقها همچون محقق نائینی درباره این مسئله که مکلف در روزی که روزه در آن به سبب نذر متعین شده است، عامدانه روزه را به نیت دیگری اتیان کند، قائل شده‌اند که چنین روزه‌ای باطل است (طباطبایی، ۵۳۱/۳). دلیل بطلان این روزه می‌تواند این مبنا باشد که امر به شیء، اقتضای نهی از ضد آن را می‌کند و لذا صوم به سبب نهی‌ای که به آن تعلق گرفته، باطل است یا از این رو باشد که اگرچه امر به شیء اقتضای نهی از ضد را ندارد، لکن چنین روزه‌ای به سبب تراحم و قدرت نداشتن مکلف بر امثال هر دو تکلیف، فاقد امر است و در بطلان عمل عبادی، نبود امر کافی است (همان).

۱. مانند صحیح زراره که در آن وارد شده است: «لاصلاة إلا بطهور» (طوسی، ۵۰/۱).



باتوجه به نظریه خطابات قانونیه می‌توان حکم به صحت این روزه کرد؛ چراکه بنا بر این نظریه، احکام کلی قانونی در حال تراحم نیز بر فعلیت خود باقی هستند، اگرچه مکلف بر هیچ‌یک از دو تکلیف قادر نباشد یا تنها بر یکی از دو تکلیف قدرت داشته باشد، لذا در مفروض بحث، هم امر متعلق به روزه منذور و هم امر به روزه دیگر، هر دو فعلی بوده و قدرت نداشتن مکلف بر اتیان هر دو تکلیف، سبب عدم فعلیت امر به صوم دیگر نمی‌شود و در نتیجه مکلف با نیت کردن صومی غیر از صوم منذور، امر فعلی را امتثال کرده است و لذا وجهی برای بطلان عبادت او وجود ندارد (خمینی، مصطفی، کتاب الصوم، ۱۴۶).

۳.۶. شمول تکالیف شرعی نسبت به کفار

بسیاری از فقهای شیعه معتقدند که کفار علاوه بر مکلف بودن به اصول دین، مکلف به فروع شریعت نیز هستند، ولی بنا بر نظریه انحلال خطابات شرعی، این مطلب با اشکالاتی مواجه می‌شود؛ چراکه طبق دیدگاه انحلال باید گفت که شمول خطاب نسبت به کسی که اصول دین را قبول ندارد، لغو است، چون بعث و تحریک شخصی که می‌دانیم منبعث نمی‌شود، بی‌فایده و حتی محال است. برخی در بیان اشکال تکلیف کفار به فروع گفته‌اند: تکلیف کافر به عبادتی که صحت آن مشروط به اسلام داشتن است تکلیف بمالایطاق است، چون چگونه می‌توان کافر را تکلیف به عبادت کرد، درحالی که صحت عبادت، مشروط به داشتن ایمان و قصد قربت است و می‌دانیم که کافر در حال کفر بر قصد قربت قادر نیست (نک: شبیری زنجانی، ۵۵۱۷/۱۷).

این اشکالات باتوجه به نظریه خطابات قانونیه پاسخ دارد؛ چراکه این اشکالات متفرع بر این مطلب هستند که ما خطابات شرعی را منحل شده به تعداد مکلفان بدانیم و در نتیجه کافر نیز همچون عاجز، خطابی مخصوص به خود را داشته باشد. با این مبنا، اشکالات مذکور جای طرح خواهند داشت، به دلیل اینکه در خصوص هر شخصی باید به شرایط صحت تعلق خطاب درباره او توجه کرد. اما بنا بر نظریه خطابات قانونیه، خطابات شرعی بر روی عناوین رفته و متوجه عموم هستند و در آن‌ها فرقی میان مسلمان و کافر وجود ندارد و لذا لازم نیست که راجع به هر شخصی از مخاطبان، شرط صحت خطاب را لحاظ کرد، بلکه شرایط صحت صدور خطاب قانونی لحاظ می‌شود و در صحت خطاب قانونی همین مقدار کافی است که بخشی از مخاطبان، قدرت و شرایط دیگر انبعاث را داشته باشند، در نتیجه همه افراد مخاطب از جمله کافران، مکلف به فروع شریعت هستند و تنها برخی به سبب عذرهایی همچون عدم قدرت، به حکم عقل معذورند و عقاب نمی‌شوند، لکن چنین عذری درباره کافر پذیرفتنی نیست؛ چراکه کفر او امری اختیاری محسوب می‌شود (فاضل لنکرانی، ۳۰۸ تا ۳۰۲/۱).

۳.۷. استقرار وجوب حج بر جاهل نسبت به تحقق استطاعت

چنانچه شرایط استطاعت در حق مکلفی تمام شده باشد، ولی او جهل از تحقق وجوب حج در حق خویش



داشته باشد و بعد از گذشتن موسم حج و از بین رفتن استطاعت، متوجه تحقق استطاعت در زمان سابق در حق خویش شود، باتوجه به نظریه خطابات قانونیه می توان گفت که وجوب حج برعهده مکلف مستقر شده است و با وجود سایر شرایط انجام حج لازم است هر چند با سختی و تکسع، برخلاف نظریه انحلال که مطابق این نظریه هر فردی خطاب مخصوص به خود را دارد و شخصی که جاهل مرکب است، از احکام مشترک بین عالم و جاهل خارج است و خطاب شامل او نمی شود و در نتیجه وجوب حج بر او استقرار نمی یابد.

توضیح آنکه، مطابق نظریه خطابات قانونیه، خطابات شرعی به لحاظ تکرار افراد مکلف منحل نمی شوند، بلکه خطاب واحد بوده و متضمن حکمی عام و تکلیفی کلی است و لذا این خطاب در حق همه مخاطبان ثابت و فعلی است. بله، در خصوص برخی از اشخاص، عذر عقلی در ترک تکلیف محقق بوده و لذا آنها بر ترک تکلیف معاقب نخواهند بود، اگرچه آنها نیز مشمول خطابات فعلی خواهند بود. باتوجه به این نکته، آیه شریفه «وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا»^۱ دلالت بر ثبوت وجوب حج در همه موارد تحقق واقعی استطاعت، می کند و این تکلیف، شامل مستطیع جاهل و غافل نیز خواهد بود؛ در نتیجه اگر جهل و غفلت مکلف برطرف شود، وجوب حج همچنان برعهده او مستقر خواهد بود و لازم است که حج را در فرض وجود سایر شرایط هر چند با تحمل سختی انجام دهد (همان، ۱۵۶/۱).

نتیجه گیری

نظریه خطابات قانونیه از آنجاکه مبنایی عام و تأثیرگذار در مباحث مربوط به حکم شناسی است، پیامدهای متعددی را در دانش فقه و اصول فقه به دنبال دارد. مطابق این نظریه، خطابات کلی قانونی به تعداد افراد مکلف به خطابات متعدد منحل نمی شوند، به صورتی که هریک از آنها خطاب مخصوص به خود را داشته باشند، بلکه خطاب عمومی قانونی، خطاب واحدی است که متعلق آن کلی، و موضوع آن، عنوان است. همچنین مطابق این نظریه، اراده تشریعی در صدور احکام شرعی، اراده قانون گذاری و جعل به صورت عموم است و صحت این نحوه از جعل حکم، عقلاً متوقف بر مدنظر قراردادن شرایط جعل عمومی قانونی است. در نزد عقلا صحت چنین جعلی متوقف بر انبعاث همه مکلفان نیست، بلکه منبعث شدن برخی از مکلفان در صحت جعل کفایت می کند. همچنین مهم ترین مطلبی که به اثبات این نظریه و تحلیل صحیح از ریشه های آن منتج می شود، توجه به رویه عرف و عقلا در قانون گذاری های عرفی است؛ چراکه با رجوع به رویه های عرفی در قانون گذاری می توان به فهم صحیحی از ماهیت خطابات شارع دست یافت. در این پژوهش این نتیجه حاصل شده است که این نظریه در مسائل مختلفی از فقه عبادات تأثیرگذار است و «اطلاق اشراط نماز به طهور»، «صحت وضو در صورت تراحم با واجب اهم»، «صحت نماز در ضیق وقت»، «بطلان نماز با نجاست حتی در فرض جهل»، «صحت روزه غیر منذور در فرض وجوب روزه منذور»، «شمول تکالیف



شرعی نسبت به کفار» و «استقرار وجوب حج بر جاهل و غافل از تحقق استطاعت»، از پیامدهای این نظریه در ساحت فقه عبادات است.

منابع

- جمعی از پژوهشگران، فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام، قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی، ۱۴۲۶ق.
- خراسانی، محمد کاظم، کفایة الاصول، قم: آل البيت، ۱۴۰۹ق.
- خمینی، حسن، خطابات قانونیه، تهران: مؤسسه نشر و تنظیم آثار امام خمینی، ۱۳۸۶.
- خمینی، روح الله، انوار الهدایه، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۱۵ق.
- _____، تنقیح الاصول، به تقریر حسین تقوی اشتهاردی، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۱۸ق.
- _____، تهذیب الاصول، قم: دار الفکر، ۱۳۸۲.
- _____، جواهر الاصول، به تقریر محمدحسن مرتضوی لنگرودی، قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار، ۱۳۷۶.
- _____، الخلل فی الصلاة، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۸۴.
- _____، کتاب البیع، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۲۱ق.
- _____، کتاب الطهارة، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۲۲ق.
- _____، مصطفی، کتاب الصوم، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۱۸ق.
- _____، تحریرات فی الاصول، قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۱۸ق.
- _____، ابوالقاسم، محاضرات فی اصول الفقه، قم: مؤسسه احیاء آثار السید الخوئی، ۱۴۲۲ق.
- _____، سبزواری، عبدالاعلی، مهذب الأحکام، قم: المنار، ۱۴۱۳ق.
- سند، محمد، «نگاهی جدید به مباحث علم اصول»، پژوهش های اصولی، س ۲، زمستان ۱۳۸۱ و بهار ۱۳۸۲، ش ۳ و ۲، صص ۱۰۱ تا ۱۱۱.
- شیرازی زنجانی، موسی، کتاب نکاح، چاپ اول، قم: مؤسسه پژوهشی رأی پرداز، ۱۴۱۹ق.
- طباطبایی، محمدکاظم، العروة الوثقی، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۹ق.
- طوسی، محمدبن حسن، تهذیب الأحکام، چاپ چهارم، تهران: دارالکتب الإسلامیة، ۱۴۰۷ق.
- علیدوست، ابوالقاسم، فقه و عرف، تهران: سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۸۴.
- فاضل لنکرانی، محمد، تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسیلة؛ کتاب الحج، بیروت: دارالتعارف للمطبوعات، ۱۴۱۸ق.
- مرعشی شوشتری، محمدحسن، دیدگاه های نو در حقوق، چاپ دوم، تهران: نشر میزان، ۱۴۲۷ق.
- نائینی، محمدحسین، فوائد الاصول، قم: جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۳۷۶ق.

سال ۵۴ - شماره ۱ - شماره پیاپی ۱۲۸ - بهار ۱۴۰۱، ص ۱۲۱ - ۱۳۶	HomePage: https://jfiqh.um.ac.ir/	
شاپا چاپی ۹۱۳۹-۲۰۰۸	شاپا الکترونیکی ۳۸۹۲-۲۵۳۸	
تاریخ دریافت: ۱۳۹۷/۱۰/۱۹	تاریخ بازنگری: ۱۳۹۸/۰۴/۲۹	تاریخ پذیرش: ۱۳۹۸/۰۸/۱۴
نوع مقاله: پژوهشی	DOI: https://doi.org/10.22067/jfu.v53i3.78425	

رویکرد فقیهان به موضوع بیع انسان آزاد در پرتو روایت سکونی

دکتر فتاح فتاحی وانانی

دانش آموخته دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد

دکتر حسین صابری (نویسنده مسئول)

استاد دانشگاه فردوسی مشهد

Emil: saberi@um.ac.ir

دکتر محمدتقی فخلعی

استاد دانشگاه فردوسی مشهد

چکیده

در این جستار، رویکرد عملی فقها در مواجهه با روایت «إن أمير المؤمنين (ع) أتى برجلٍ قد باعَ حراً ففطعَ يده» با روش توصیفی تحلیلی از دو جنبه جرم‌انگاری و مجازات جرم، بررسی شده است. فقهای متقدم درباره ماهیت جرم و مجازات موضوع مذکور در روایت، سرقت با مجازات قطع یا تعزیر؛ افساد فی الارض با مجازات قطع؛ مطلق افساد با مجازات قطع یا تعزیر را پیشنهاد کرده‌اند. فقهای متأخر این جرم را آدم‌ربایی با مجازات نامعین دانسته‌اند. این در حالی است که نص روایت مذکور؛ آن را بیع انسان آزاد با مجازات قطع ید معرفی کرده است.

این جرم را می‌توان تجارت انسان با مجازات قطع ید قلمداد کرد؛ زیرا احیای به بردگی گرفتن انسان‌ها را در پی دارد، نافی اراده و محدودکننده اختیار است و به بازدارنده محکمی همچون قطع ید و سهولت اجرا نیاز دارد؛ به طوری که که بدون نیاز به شروط سرقت مال تحقق یابد.

واژگان کلیدی: فروش انسان، سرقت انسان، آدم‌ربایی، تجارت انسان.



The Approach of Islamic Jurists to the Topic of the Sale of Free Man in the Light of the Sakuni's Narration

Fattah Fattahi Vanani

Ph.D. Ph.D. Graduate of Islamic Jurisprudence and Principles of Islamic Law, Ferdowsi University of Mashhad

Hossein Saberi

Ph.D. Professor, Ferdowsi University of Mashhad (Corresponding Author)

Email: saberi@um.ac.ir

Mohammad Taghi Fakhlaei

Ph.D. Professor, Ferdowsi University of Mashhad

Abstract

In the present study, the practical approach of Islamic jurists to the narration: “a man who had sold a free man was brought to Amir al-Mu'minin and he cut off his hand”, has been examined from both aspects of criminalization and punishment of crime through a descriptive-analytical method. As far as the nature of crime and punishment mentioned in the above said narration are concerned, the earlier jurists have proposed theft with hand cut off or Taazir as its punishment, corruption on earth with hand cut off as its punishment, absolute corruption with hand cut off or Taazir as its punishment. The later jurists have considered this crime as kidnap with undetermined punishment. Nevertheless, the text of the above said narration has declared the crime as selling a free man with hand cut off as its punishment. This crime may be considered as trade of human beings with cut off as its punishment; since it leads to the revival of slavery, denies the will and restricts the choice and requires a strong deterrent such as cut off and ease of execution, so that it is realized without the need that the conditions for theft of property are met.

Keywords: Sale of Human Beings, Theft of Human Beings, Kidnap, Trade in Human Beings



مقدمه

سنت در لغت به معنای طریقه (جوهری، ۲۱۳۸/۵)، سیره (حمیری، ۲۹۰۲/۵)، رویه (قرشی بنایی، ۳۴۲/۳) و جمع آن سنن (طریحی، ۲۶۸/۶) است. از نظر ماهیت به سه قسم سنت قولی، فعلی، تقریری (عثمان، ۱۸۱ تا ۱۸۳) که همان نفس عمل معصوم است (شاهرودی، ۱۵۶)، تقسیم می‌شود که بخشی از احکام فقه اسلامی مستند به آن و در تمام فرق اسلامی پس از قرآن کریم دومین منبع تشریح شناخته شده است و به‌عنوان یکی از منابع استنباط احکام شرعی استفاده می‌شود.

آنچه مسلم است تکیه بیشتر بر سنت قولی معصومان (ع) است. در این زمینه کتب، مقالات و پایان‌نامه‌های فراوانی نگاشته شده است؛ اما گذشته از اقوال، علی‌رغم اهمیت رفتارهای نبوی و معصومان (ع)، به این قسم از سنت کمتر توجه شده است، در حالی که فعل معصوم (ع) به‌عنوان الگوی عملی شریعت می‌تواند کمک شایان‌ذکری به فهم مسائل موضوعات، روش‌ها و شیوه‌های شرعی و برخورد با حوادث جاری باشد و منبع مفیدی برای فقها در استنباط احکام شرعی قرار گیرد.

در عصر حاضر به دلیل دسترسی نداشتن به معصوم (ع)، این منبع ارزشمند از دسترس ما خارج شده است؛ اما همین بخش از افعال و شیوه‌های رفتاری که در دسترس ما قرار گرفته است، می‌تواند نقش مهمی در استنباط احکام شرعی داشته باشد. از این رو مواجهه فقها در این خصوص و نوع عملکرد فقها در برخورد با موضوع یا مسئله‌ای واحد در باب سنت فعلی حائز اهمیت است، بالاخص در اقتباس رویکردهای عملیاتی آنان در مواجهه با سنت فعلی می‌تواند زوایای پنهان نظریات مختلف در این خصوص را آشکار کند.

این مقاله با در نظر داشتن نقش بعثت و امامت در تعلیم و راهنمایی انسان‌ها، در پی کشف میزان اثرگذاری فعل معصومان (ع) در فرایند استنباط احکام شرعی در تمسک به روایت «انّ امیرالمؤمنین (ع) اتی برجل قد باع حراً ففقطعه یده»^۱ که بیانگر فعل معصوم (ع) است، می‌باشد و عملکرد فقها در این خصوص بررسی و نوع حکم صادر شده در این مورد بیان و نحوه برداشت فقها در برخورد با این روایت در ابعاد جرم‌انگاری و مجازات این جرم بررسی و در نهایت وجوه تشابه و تمایز بین فتاوا تبیین می‌شود.

۱. آراء فقها

فقها در تمسک به روایت مذکور و مؤیدات آن در ابواب متفاوتی همچون باب حدالمحارب (طوسی، النهایة، ۷۲۱؛ هاشمی شاهرودی، بایسته‌های فقه جزا، ۲۸۶)؛ ان سرق حرا صغیراً (طوسی، المبسوط، ۳۱۸/۸)؛ باب حد من سرق حراً فباعه (کلینی، الکافی، ۲۲۹/۷)؛ باب الحد فی السرقة... و الفساد فی الأرضین (طوسی، ۱۴۰، الخلاف، ۱۱۳/۱۰)؛ فی المسروق (صاحب‌جواهر، ۵۱۰/۴۱)؛ شهید ثانی، مسالک الأفهام،



۵۰۲/۱۴؛ فاضل هندی، ۵۷۳/۱۰؛ طباطبائی، ۱۱۳/۱۶؛ باب حد السرقة (مجلسی اول، ۲۰۸/۱۰)؛ هل یقطع من سرق إنساناً؟ (نجفی مرعشی، ۱۹۶)؛ بیع الحر (خویی، تکملة المنهاج، ۴۱)؛ ما ورد فیمن سرق حراً أو حرة فباعها (هاشمی شاهرودی، مقالات الفقهیة، ۱۲۲)؛ إذا اختطف شخص إنساناً فشق بطنه و أخذ بعض أعضائه (جمعی از مؤلفان، ۵۰/۲۱) و آدم ربایی (محقق داماد، ۲۷۱/۴)، مباحث مختلفی را با بیان مجازات‌های قطع یا تعزیر برای این جرم بیان کرده‌اند.

۱.۱. مجازات قطع

برخی از فقها با جرم‌انگاری متفاوتی از این جرم و تعیین مجازات قطع برای آن، به بیان دیدگاه‌های خود پرداخته‌اند که آرا، دلایل آرا و بسط نظر ایشان بیان می‌شود.

شیخ طوسی: اولین کسی که در این خصوص سخن به میان آورده، شیخ طوسی است. شیخ در خلاف می‌گوید: اگر حر صغیری دزدیده شود، مجازاتش قطع نیست و این از اصحاب ما روایت شده و دلیلش اجماع و اخبار است که می‌گوید قطع واجب نیست، مگر در ربع دینار و بیشتر از آن و حر قیمتی ندارد (۴۲۸/۵). سپس وی در مبسوط می‌گوید: اگر حر صغیری دزدیده شود، از اصحاب ما روایت شده است که مجازاتش قطع است. در آخر کلام، ایشان بیان می‌کند که مجازات این سرقت قطع است (۳۱/۸). در پایان ایشان در کتاب نهایی می‌گوید: اگر کسی حری را بدزدد سپس بفروشد، بر او قطع ید واجب می‌شود؛ زیرا او از مفسدان در زمین است (۷۲۲).

علامه حلی: علامه در قواعد می‌گوید: دست سارق حر صغیر قطع نمی‌شود و اگر او را بفروشد به سبب ایجاد فساد دستش قطع می‌شود و اگر او را بفروشد، تأدیب و مجازات می‌شود (۵۵۵/۳). ایشان در کتاب تبصرة المتعلمین بیان می‌کند: فروشنده مملوک و حر، دستش قطع می‌شود (۱۸۹) و در کتاب تحریر الاحکام بیان می‌کند که در مسروق، مالیت شرط است؛ پس اگر کسی آنچه مال نیست همچون حر را بدزد، مجازاتش قطع دست نخواهد بود؛ چه حر صغیر باشد چه کبیر، بلکه اگر حر صغیر دزدیده شود و سپس به فروش برسد، سارق به سبب جلوگیری و تکرار نکردن آن در آینده قطع ید می‌شود (۳۵۷/۵) و در کتاب مختلف می‌گوید: اگر کسی حر را بدزد و سپس بفروشد، واجب است بر او قطع ید شود؛ زیرا او از مفسدان در زمین است و این قول را، قول مشهور بیان می‌کند.

شهید ثانی: شهید ثانی در روضه بیان می‌کند: سارق حر ولو حر صغیر، قطع ید نمی‌شود؛ زیرا این عمل مصداق سرقت مال نیست و اگر سارق حر، حر را بفروشد، برخی مجازاتش را قطع دست بیان کرده‌اند و این قطع، جزای مفسدبودن او است نه سارق بودن وی. ایراد وارد شده بر این قول چنین است که این قول به سبب اینکه جزای مفسد، تخیر امام در مجازات است نه تعیین مجازات، به سادگی پذیرفته نمی‌شود؛ از این رو ایشان ضمن بیان قول دیگری در توجیه قطع دست سارق حر بیان می‌کند: وجوب قطع در سرقت به دلیل حراست



از مال است و حراست از نفس از آن بالاتر است، پس قطع در سارق نفس اولی است را سخن ثواب و قیاس بیان شده را تمام نمی‌داند. دلیل رد این سخن را این‌گونه بیان می‌کند که حکم قطع در سارق، معلق بر مال خاص و سرقت بر وجه خاص است و امکان اثبات این دو، مال خاص و وجه خاص در حرّ وجود ندارد. از این رو این دلیل کامل نیست؛ زیرا مطلق صیانت مال در باب سرقت مدنظر نیست؛ بلکه مقصود، مال خاص مدنظر است؛ یعنی مالی که ارزش آن ربع دینار و بر وجه خاص یعنی در سرّ و خفا باشد و به سرقت برود. پس در باب سرقت حر این شرایط صدق نمی‌کند؛ لذا حمل نفس به مطلق مال بدون رعایت شرایط قطع، دلیل کامل و کافی نخواهد بود و این نوع قیاس اولویت بدون رعایت شرایط آن صحیح نیست (۲۵۱/۹ تا ۲۵۴).

ایشان در کتاب مسالک ضمن بیان اختلاف در حکم سارق حر که برخی قائل به مجازات قطع و برخی قائل به قطع نکردن شده‌اند، بیان می‌کند که شیخ و جماعتی مجازات قطع را پذیرفته‌اند نه از نظر سرقت مال، بلکه از نظر ایجاد فساد در زمین و برای اولین بار دلیل این نظر را روایت «أن أمير المؤمنين (ع) أتى برجل قد باع حرّاً، فقطع يده» بیان می‌کند و سخن شیخ را با این روایت تأیید می‌کند.^۱ سپس مباحث قبلی خود در کتاب روضه را بازگو کرده و به این نکته می‌پردازد که اگر این حکم از سوی شیخ پذیرفته شده دیگر نظر ایشان در باب فرق بین سرقت حرّ کبیر و صغیر پذیرفته نیست و حکم هر دو یکی است (۵۰۱/۱۴) و قائل به اطلاق گیری از روایت است (حرّ چه صغیر باشد، چه کبیر) و در آخر کلام خود، مجازات قطع از باب مفسد فی الارض را بیان می‌کند و آن را صحیح نمی‌داند. سپس کلام شیخ که در کتاب مختلف از ایشان نقل شده است که می‌گوید «حکم قطع به خاطر حراست از نفس است که از حراست مال اولی است وقتی در حراست مال قطع دست باشد، در حراست نفس به طریق اولی قطع جاری می‌شود»، را بیان می‌کند و این نوع قیاس را صحیح ندانسته و بیان می‌کند: حکم در سرقت به سبب وجود مال مخصوصی است و مطلق صیانت که در اینجا به نفس تسری داده شده، در اطلاق نصوص مجهول الاراده است. افزون بر آنکه در سرقت، شرایط دیگری علاوه بر صیانت وجود دارد که امکان تسری حکم به نفس را ایجاد نمی‌کند.

اردبیلی: ایشان در کتاب مجمع الفائدة بیان می‌دارد: اگر مسروق حر باشد، مجازاتش قطع نیست؛ زیرا سرقت حرّ نه عرفاً و نه شرعاً سرقت تلقی نمی‌شود و اگر مجازات، قطع گفته شده است، از باب دفع فساد است؛ زیرا فساد و فتنه اشد از قتل است و اگر قتل باعث قصاص و قتل شود، بعید نیست فساد هم باعث قصاص و قتل شود. سپس روایت سکونی در این خصوص را ذکر می‌کند که: «عن أبي عبد الله (ع) أنّ أمير المؤمنين (ع) أتى برجل قد باع حرّاً فقطع يده». سپس ایشان بیان می‌کند که دلیل اولی که دست سارق حر را به سبب سرقتش قطع می‌کنند، تام نیست و اصل هم نبود سرقت این عمل است، مگر اینکه این عمل را عرفاً و شرعاً سرقت بدانیم و به واسطه این کار، مجازات قطع را اعمال کنیم که این سخن جای تأمل دارد

۱. و یزیده روایة السکونی عن ابي عبدالله عليه السلام: «أن أمير المؤمنين (ع) أتى برجل قد باع حرّاً، فقطع يده».



طباطبائی حائری: صاحب ریاض، مسائل در این خصوص را بیان می‌کند: اگر مسروق حر باشد و سارق او را بفروشد، دست سارق قطع می‌شود و در این زمینه ضمن ادای بر شهرت می‌گوید: نصوص مستفیض در این باره وجود دارد که قوی‌ترین آن‌ها «أَنَّ أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ (ع) اتى برجل قد باع حرّاً، فقطع يده» است و باید گفت که این قطع نه از باب سرقت که از باب ایجاد فساد است. سپس اشکالی بیان می‌کند که اگر این مورد از باب فساد است، مجازاتش اختیار امام در یکی از سه مجازات است نه تعیین قطع و می‌گوید: این تعیین از باب خصوصیتی است که در این جرم وجود دارد و این جرم را از قاعده حد مفسد خارج می‌کند و این بیان برخاسته از روایت مذکور و دیگر روایت‌ها است که در این زمینه بیان شده است (۱۱۲/۱۶).

فاضل هندی: فاضل هندی در این خصوص بیان می‌کند: سارق حر صغیر مجازاتش به سبب ایجاد فساد قطع است، اگر او را بفروشد و راجع به این حکم به روایت مذکور^۱ و مؤیدات آن استناد می‌کند، سپس می‌گوید: شیخ در خلاف و مبسوط، این حکم را مقید به صغر بیان می‌کند و ادامه می‌دهد بدین صورت که این تقیید با وجود اطلاق روایت اول^۲ بیان شده است. سپس ایشان حالتی را بیان می‌کند که در صورتی که حری را بدزدند و او را بفروشد، به آنچه حاکم صلاح بدانند مجرم تأدیب و عقوبت می‌شود و از نظر ایشان این جرم دارای دو رکن سرقت و فروش است و در صورت تحقق هر دو رکن مجازاتش قطع است و نبود هریک از ارکان جرم، مجازات جاری نمی‌شود و این حکم را به سبب اختصاص روایت و مؤیدات آن به بیع بیان می‌دارد (فاضل هندی، ۵۷۳/۱۰).

خوانساری: ایشان بیان می‌کند: بیع حر و مجازات آن این است که ید بایع به سبب دفع فساد قطع می‌شود به دلیل روایت^۳ و مؤیدات آن. سپس ایشان نکته‌ای را در خصوص قولی که قطع را نه به عنوان حد، بلکه از باب فساد می‌داند، بیان می‌کند: اولاً اثر عملی بر این سخن مترتب نیست، افزون بر اینکه این سخن نیاز به یک کبرای حکمیه دارد و آن این است که فساد، سبب و دلیلی برای قطع باشد و برای این سخن دلیلی وجود ندارد؛ ثانیاً مانعی برای این وجود ندارد که بیع حر به منزله سرقت باشد (۱۴۷/۷).

مرعشی: ایشان بیان می‌دارد سرقتی که همراه فروش حر باشد، به سبب ایجاد فساد مجازاتش قطع است و اخباری در این خصوص وجود دارد که یکی از آن‌ها، روایت^۴ مذکور است و این روایت و دیگر نصوص، فرقی بین صغیر و کبیر به دلیل اطلاقشان در این خصوص قائل نیستند. سپس قول شیخ طوسی که این جرم را مقید به صغر حر کرده بود، بیان می‌کند و دلیل شیخ که در این خصوص بیان کرده بود که کبیر به علت اینکه

۱. لقول الصادق (ع) فی خبر السکونی: إنّ أَمیر المؤمنین علیه السلام اتى برجل قد باع حرّاً، فقطع يده.

۲. همان.

۳. لروایة السکونی عن أبی عبد الله (ع): «أَنَّ أَمیر المؤمنین صلوات الله علیه اتى برجل قد باع حرّاً فقطع يده».

۴. منها موثقة السکونی: عن علی بن إبراهیم، عن أبیه، عن النوفلی، عن السکونی، عن أبی عبد الله (ع): أَنَّ أَمیر المؤمنین (ع) اتى برجل قد باع حرّاً فقطع يده.



غالباً از خودش محافظت می‌کند و امکان فروشش نیست، را با این توضیح رد کرده است: «دلیل مجازات قطع، از بین بردن فساد است نه اجرای حد؛ لذا وقتی دلیل این شد فرقی بین کبیر و صغیر وجود ندارد» و سپس قولی که قطع را به سبب حراست مال بیان و به حراست نفس تسری می‌داد؛ با این بیان که این نحوه تسری حکم از باب تنقیح مخرج است و این نوع از قیاس‌ها در مذهب شیعه باطل است، مخدوش می‌کند (۱۹۲).

خویی: ایشان بیان می‌کند: هرکس انسان آزادی را بفروشد؛ چه کبیر باشد چه صغیر؛ مذکر باشد یا مؤنث، دستش قطع می‌شود و دلیل این حکم را روایت مذکور^۱ و مؤیدات آن^۲ ذکر می‌کند (مبانی تکملة المنهاج، ۳۸۴/۴۱).

شاهرودی: ایشان بیان می‌کند که در خصوص حکم سرقت حرّ فروخته شده روایات متعددی وجود دارد؛ از جمله روایت مذکور که در سندش نوفلی وجود دارد. سپس اقوال فقها را در ذیل روایت بیان و تبیین می‌کند که از مجموع این کلمات و روایات مذکور مشخص می‌شود که قطع به ملاک افساد فی الارض است. سپس ایشان ذکر می‌کند که این حمل، برخلاف صریح روایات این بخش است؛ زیرا روایات بر سرقت بودن این جرم اشاره دارند و نمی‌شود این جرم را افساد در زمین دانست. سپس در ادامه بیان می‌کند: در فرض تمام بودن سند این روایات، اولی این است که به مضمون روایت تعبد داشت و در خصوص این روایات، شروط لازم برای سرقت اموال معتبر نیست و در سرقت و فروش حرّ، خروج تخصصی از سرقت وجود دارد و منظور از این سرقت، سرقت به معنای مجازی آن است نه معنای حقیقی آن.

سپس ایشان به سخن فقها که این جرم را افساد در زمین می‌داند، اشاره و بیان می‌کند: ادعای اطلاق‌گیری از عنوان مفسد در زمین و تعمیم آن به این جرم، ادعای درستی نیست؛ زیرا بر فرض صحیح بودن، این ادعا فقط شامل مفسد در زمین به معنای خاص آن یعنی تجاوز بر نفوس اعراض و اموال می‌شود، نه مطلق فساد که فساد اخلاقی، فکری و عقیدتی و مانند آن را در بر می‌گیرد و سخن فقهایی که در این خصوص حکم به افساد در زمین کرده‌اند، بیشتر از معنای خاص این عنوان، چیزی در بر نمی‌گیرد؛ زیرا آیه مبارکه‌ای که در این باره وجود دارد واضح است و نمی‌توان جرم دیگری را تحت عنوان افساد در زمین تعریف کرد؛ لذا در این خصوص بیان شد که منظور از افساد در زمین افساد به نحو تجاوز، ظلم و تعدی بر دیگران با سرقت و دیگر جرایم است نه مطلق فساد؛ از این رو مصادیق افساد در زمین که موضوعی است برای جریان حد مذکور، فقط محاربه است و بستن راه‌ها و امکان تسری به دیگر جرایم وجود ندارد. پس جرم مذکور در حوزه جرم‌شناسی، افساد در زمین تلقی نمی‌شود (هاشمی شاهرودی، قراءات فقهیة معاصرة، ۱/ ۴۲۰ تا ۴۲۵).

ایشان در جای دیگر به همین موضوع اشاره و بیان می‌کند: انصاف این است که جرم‌انگاری این موضوع

۱. و تَدَلَّ عَلَى ذَلِكَ مَعْتَبَرَةُ السَّكُونِيِّ عَنِ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (ع): «أَنَّ أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ (ع) أَتَى بِرَجُلٍ قَدْ بَاعَ حَرًّا فَقَطَعَ يَدَهُ».

۲. و تَوَيَّدَهَا رِوَايَةُ سَفْيَانَ الثَّوْرِيِّ عَلَى رِوَايَةِ مُحَمَّدِ بْنِ يَعْقُوبَ وَ رِوَايَةِ طَرِيفِ بْنِ سَنَانَ الثَّوْرِيِّ عَلَى رِوَايَةِ الصَّدُوقِ وَ الشَّيْخِ، قَالَ: سَأَلْتُ جَعْفَرَ بْنَ مُحَمَّدٍ (ع) عَنِ رَجُلٍ سَرَقَ حَرًّا فَبَاعَهَا قَالَ: «قَالَ: فِيهَا أَرْبَعَةٌ حُدُودٌ، أَمَّا أَوَّلُهَا: فَسَارِقٌ تَقَطَّعَ يَدَهُ» الْحَدِيثِ.



تحت عنوان افساد در زمین توسط فقها یک احتمال است و در روایات مذکور در این زمینه شاهی برای آن وجود ندارد؛ بلکه ظاهر روایات، ثبوت قطع را به سبب سرقت بیان می‌کند و تناسب بین حکم و موضوع و سیاق روایات و صراحت برخی از آن‌ها این موضوع را تأیید می‌کند و از آن بالاتر اینکه قطع ید اصطلاحی است برای حد سرقت نه محارب یا مفسد در زمین بودن و واضح است که سرقت حر و فروشش را تحت عنوان مفسد شمردن، صحیح نیست و امری فاسد است و دلیل اینکه شیخ و دیگران این نوع بیان را داشته‌اند به سبب دفع این اشکال است که حر قابلیت ملکیت و مالیت را ندارد و شرط رسیدن به نصاب مسروق را به خود نمی‌پذیرد و با بیان افساد در زمین بودن این جرم، مشکل حل نشده و مشکل دیگری نیز به وجود می‌آید که فساد سرقت نیست. پس در دفع اشکال بهتر این است که بگوییم که شرط نصاب در مسروق، مختص اموال مسروقه است نه همه مسروقه‌ها، پس عمومات قطع سارق در غیر از اموال مسروق بر حجیتش باقی می‌ماند و در صورتی که این سخن پذیرفته نشود باید گفت: در فرض صحت حمل مفسد در زمین بر این جرم، باید افساد در زمین را تعمیم داد به معنای تجاوز بر اموال نفس‌ها ولو به غیر از شهر سلاح و محاربه نه مطلق افساد با تمام خصوصیات آنکه قابلیت تعمیم دارد و جرم مذکور را در بر می‌گیرد (همو، مقالات فقهیه، ۱۲۱).

۲.۱. مجازات تعزیر

برخی دیگر از فقها با تعیین مجازات تعزیر برای این جرم به بیان دیدگاه‌های خود پرداخته‌اند که آرا، دلایل آرا و بسط نظر ایشان بیان می‌شود.

امام خمینی: امام بیان می‌کند که اگر حرّ کبیر یا صغیر را، مرد باشد یا زن، بدزدد، از نظر حد، قطع نمی‌شود. پس آیا جهت دفع فساد، قطع می‌شود (یا نه)؟ بعضی گفته‌اند: بلی و برای این حکم روایتی را بیان کرده‌اند؛ ولی احوط، ترک قطع و تعزیر او است به آنچه که حاکم صلاح می‌داند (تحریر الوسیله، ۴/۲۲۹).
سبزواری: ایشان بیان می‌کند که اگر حری؛ چه کبیر چه صغیر، دزدیده شود، دست سارق قطع نمی‌شود و حاکم شرع به آنچه تشخیص دهد او را تعزیر می‌کند و اگر مسروق را بفروشد، مجازاتش قطع است و این حکم به سبب روایت مذکور^۱ است (۸۳/۲۸).

تبریزی: آیت‌الله تبریزی بیان کرده است که اگر حر مسروقی فروخته شود، مجازاتش قطع دست نیست. سپس ایشان به نقل سخن دیگران پرداخته و بیان می‌کند که آنچه فقها در خصوص مجازات قطع بیان می‌کنند به دلیل استدلال به معتبر سکونی است و دیگر روایات آن را تأیید می‌کند و این روایت قابل تقیید نیست (۳۴۰).

لنکرانی: ایشان بیان می‌کند: اگر حری چه صغیر چه کبیر، مؤنث یا مذکر، دزدیده شود، مجازاتش قطع نیست، بلکه مجازاتش تعزیری است که حاکم تشخیص دهد و دلیل قطع نکردن دست سارق حر این است

۱. لجملة من الأخبار، نسب إلى المشهور العمل بها، فعن الصادق (ع) فی موثق السکونی: «ان أميرالمؤمنین (ع) أتى برجل قد باع حرا، فقطع یده».



که در سرقت لغتاً و عرفاً مالیت مسروق، شرط است و این شرط در حر مسروق وجود ندارد. سپس اقوال فقها در این خصوص را بیان می‌کند که فقها تحت عنوان «اذا سرق الحر فباعه» به این موضوع پرداخته‌اند و مستند سخن ایشان، روایات متعددی است. بعد از آن به سخن در باب این روایات می‌پردازد که بعد از وجود اشتباه در روای این روایت‌ها که بر کسی پوشیده نیست، بیان می‌شود که اولاً آیا با ملاحظه این روایات حکم قطع ثابت می‌شود یا خیر؟ ثانیاً روایات مذکور ضعیف است و شهرت هم جبران این ضعف را نمی‌کند و اصل شهرت فتوای شیخ در نهایی که در کتاب خلاف از این فتوا عدول کرده است، افزون بر این روایت سکونی، هیچ اشاره‌ای به سرقت حر ندارد و فقط از بیع حر سخن می‌گوید و قطع یدی اگر هست به سبب سرقت نیست؛ بلکه به دلیل فساد است و عنوان بیع حر به خودی خود در ردیف سرقت، مجازاتش قطع ید است بدون اینکه این جرم از مصادیق فساد باشد که مجازاتش بر اساس آیه قرآن تخییر امام در یکی از مجازات‌ها باشد، همچنین این روایات اطلاق دارد و مقید به چیزی نیست (۵۴۸).

۲. ابعاد روایت سکونی

باتوجه به مطالب مذکور استنباط می‌شود که مواجهه فقها با روایت «انَّ أمير المؤمنين (ع) أتى برجل قد باع حراً، فقطع يده»، در دو بُعد جرم‌نگاری، مجازات و دلایل آن به شرح زیر می‌تواند بررسی شود.

۱.۲. جرم‌نگاری

در زمینه جرم‌نگاری این روایت در آراء فقها عناوینی همچون سرقت، مفسدفی الارض، بیع و آدم‌ربایی بیان می‌شود.

أ. سرقت: اولین کسی که این جرم را تحت عنوان سرقت بیان می‌کند شیخ طوسی است. ایشان تحت عنوان «اگر حر صغیری را بدزد» (تهذیب الأحكام، ۴۲۸/۵؛ المبسوط، ۳۱/۸) و «اگر کسی حری را بدزد» (النهاية، ۷۲۲)، به سرقت بودن این جرم را تحت عنوان سرقت جرم‌نگاری می‌کند. سپس به تبعیت از ایشان، دیگر فقها با عناوینی همچون «سارق حر» (علامه حلی، قواعد الأحكام، ۵۵۵/۳؛ همان، ۲۴۹/۹؛ شهید اول، ۲۶۲؛ شهید ثانی، الروضة البهية، ۲۵۱/۹ تا ۲۵۴؛ فاضل هندی، ۵۷۳/۱۰؛ شوشتری، ۱۶۸/۱۱) و «لو مسروق حراً» (علامه حلی، تحریر الأحكام، ۳۵۷/۵؛ طباطبائی، ۱۱۲/۱۶؛ صاحب‌جواهر، ۵۱۰/۴۱) و «لو سرق حراً» (سبزواری، ۸۳/۲۸؛ خمینی، تحریر الوسيلة، ۴۸۶/۲؛ فاضل موحدی لنکرانی، ۵۴۸؛ نجفی مرعشی، ۱۹۳) و «فی سرقة الحرّ» (کلیپایگانی، ۱۰۷/۳) و «انه سرقة عرفاً و شرعاً...» (مقدس اردبیلی، ۲۴۴/۱۳) و «والحقّ أنّه لا یبعد الصدق عرفاً و السارق عند العرف أعمّ ممّن سرق مالاً أو إنساناً» (موسوی اردبیلی، ۲۱۲/۳)، این جرم را سرقت بیان می‌کنند.

ب. مفسدفی الارض: شیخ طوسی در کتاب نهایی ضمن بیان این جرم در زمره سرقت، در کنار



سرق‌پنداشتن این جرم، عنوان مفسد در زمین بودن سارق حر^۱ را نیز برای آن بر می‌گزیند (۷۲۲). دیگر فقها نیز در کتب فقهی خویش عنوان مفسد فی الارض را برای این جرم برگزیده‌اند (قطب راوندی، ۳۸۸/۲؛ ابن‌ادریس، ۴۹۹/۳؛ قطب‌الدین کیدری، ۵۲۵؛ محقق حلّی، نکت‌النهاية، ۳۳۶/۳؛ علامه حلّی، قواعد الأحکام، ۲۴۹/۹؛ نجفی مرعشی، ۱۹۶؛ موسوی اردبیلی، ۲۰۸/۳).

ج. بیع الحر: اولین فقیهی که صحبت از بیع الحر می‌کند، ابوصلاح حلّبی در الکافی است. ایشان ذیل فصل «فی السرق و حده» درباره فروش زن آزاد توسط زوجش، این بحث را با عبارت «من باع حره» بیان می‌کند (۴۱۲). پس از ایشان، دیگر فقها تحت عنوان بیع الحر (خوانساری، ۱۴۷/۷؛ خویی، مبانی تکملة المنهاج، ۳۸۴/۴؛ همو، تکملة المنهاج، ۵۱؛ فاضل موحّدی لنکرانی، ۵۵۱؛ وحید خراسانی، ۴۹۸/۳؛ روحانی، ۲۹۲/۳؛ فیاض، ۳۱۰/۳؛ طبسی، ۱۴۳) و بیع الحرّ المسروق (نجفی مرعشی، ۲۱۰)، این عنوان را به فعل مذکور تسری می‌دهند و ذیل این عنوان آن را بیان می‌کنند.

د. آدم‌ربایی: اولین فقیهی که عنوان آدم‌ربایی را برای جرم مذکور به‌استناد روایت مذکور به کار برده است، محقق داماد در کتاب قواعد فقه می‌باشد (۲۷۰/۴) و پس از ایشان صاحب فقه الحدود و التعزیرات تحت عنوان خطف^۲ الاشخاص یا خطف الحر و... (موسوی اردبیلی، ۲۰۴/۳) این عنوان را برای جرم مذکور بیان کرده است.

۲.۲. مجازات

مبحث دومی که در این خصوص در آراء فقها تجلی پیدا کرده و فقها به آن پرداخته‌اند مربوط به مجازات و دلایل این جرم نسبت به هریک از عناوین فوق است که شامل قطع، تأدیب، عقوبت، تعزیر و... است. راجع به این مجازات چند حالت در کتب فقهی فقها به چشم می‌خورد: مجازات به ملاک سرق؛ مجازات به ملاک مفسدبودن؛ مجازات به ملاک دفع فساد: ۱. مجازات قطع ۲. مجازات تعزیر؛ مجازات به ملاک بیع حر که در خصوص هریک، فقها آرا و ادله مختلفی به شرح ذیل بیان کرده‌اند.

أ. مجازات به ملاک سرق: برخی گفته‌اند: «اگر فرد آزاد صغیری را بدزدد، حکمش قطع دست نیست و اصحاب ما عدم قطع را روایت کرده‌اند. دلیل ما این است که اجماع فرقة امامیه و اخبار ایشان بر این است که قطع دست در ربع دینار به بالا است، درحالی که نمی‌توان برای حر قیمتی تعیین کرد و گفته پیامبر که قطع در ربع دینار است نیز بر این دلالت دارد؛ زیرا مراد ایشان چیزی است که ارزش آن ربع دینار باشد و شخص آزاد [آن قدر والا است که] قیمتی ندارد» (طوسی، تهذیب الأحکام، ۴۲۸/۵). برخی دیگر بیان می‌دارند: «دست سارق حر صغیر قطع نمی‌شود، اگر او را نفروشد، تأدیب و مجازات می‌شود» (علامه حلّی، قواعد الاحکام،

۱. لآئه من المفسدین فی الارض.

۲. ربودن (قرشی بنایی، ۲۶۳/۲).



برخی دیگر گفته‌اند: اگر حر را بدزدند و بفروشند، به آنچه حاکم تشخیص دهد تأدیب می‌شود (نجفی مرعشی، ۱۹۴؛ صاحب‌جواهر، ۵۱۰/۴۱؛ فاضل هندی، ۵۷۳/۱۰). برخی دیگر با همین فرض بیان داشته‌اند که به آنچه حاکم تشخیص دهد تعزیر می‌شوند (سبزواری، ۸۳/۲۸).

برخی دیگر بیان داشته‌اند که به واسطه سرقت قطع ید نمی‌شوند (شوشتری، ۱۶۷/۱۱؛ ترحینی عاملی، ۳۶۶/۹)؛ زیرا حر، مال نیست و سرقت مال شرط ثبوت حد قطع است (همان).

ب. مجازات به ملاک مفسدبودن: در این زمینه برخی گفته‌اند: «اگر کسی حری را بدزدد، سپس بفروشد بر او قطع ید واجب می‌شود؛ زیرا او از مفسدان در زمین است (طوسی، النهایة، ۷۲۲؛ علامه حلی، ۲۴۹/۹؛ ابن‌ادریس، ۴۹۹/۳). در همین مورد بیان شده است که «قول مشهور، همین قول است؛ زیرا علت وجوب قطع در دزدی مال، صیانت و حفاظت آن است، درحالی‌که حفاظت نفس اولی است؛ لذا به طریق اولی باید در آن، قطع واجب باشد، نه از این جهت که او دزد مال است، بلکه از این رو که مفسد فی الارض است».

ج. مجازات به ملاک دفع فساد: در این خصوص ضمن بیان این موضوع که قطع به سبب دفع فساد است نه مفسد فی الارض بود؛ سخن فقها این فساد را ناشی از چهار حالت به تصویر می‌کشاند که در سه حالت اول آن، مجازات قطع ید و در حالت چهارم، مجازات تعزیر است که به این شرح بیان می‌شود: فساد ناشی از بیع حر؛ فساد ناشی از سرقت و بیع؛ فساد به صورت مستقل؛ فساد ناشی از سرقت.

مجازات قطع: در حالت اول که فساد ناشی از بیع حر است برخی بیان کرده‌اند: «کسی که زنی آزاد را، چه زن خودش باشد چه بیگانه، بفروشد دستش بریده می‌شود؛ زیرا در زمین فساد ایجاد کرده است» (ابوالصلاح حلبی، ۴۱۲). برخی دیگر با همین ملاک و بدون مقیدکردن آن به جنسیت خاصی (زن یا مرد)، بیان کرده‌اند: «در بیع حر به سبب دفع فساد، دست بایع قطع می‌شود» (خوانساری، ۱۴۷/۷). برخی دیگر این‌گونه بیان کرده‌اند که «اگر مسروق حر باشد و سارق او را بفروشد، به دلیل فساد ناشی از بیع دستش قطع می‌شود (صاحب‌جواهر، ۵۱۰/۴۱).

در حالت دوم فساد ناشی از سرقت و بیع، برخی بیان کرده‌اند که «دست سارق حر قطع نمی‌شود، پس اگر حر را بفروشد به سبب ایجاد فساد در زمین مجازاتش قطع است (شهید اول، ۲۶۲) و دست سارق حر صغیر قطع نمی‌شود و اگر او را بفروشد به دلیل ایجاد فساد دستش قطع می‌شود (علامه حلی، قواعد الأحکام، ۵۵۵/۳) و دست سارق فروشنده حر به سبب ایجاد فساد قطع می‌شود (محقق حلی، المختصر النافع، ۲۲۴/۱) و اگر حری را بدزدند سپس بفروشند به سبب دفع فساد، مجازاتش قطع است (همو، شرایع الاسلام، ۱۶۲/۴) و سارق فروشنده حر صغیر دستش به سبب ایجاد فساد قطع می‌شود (فاضل هندی، ۵۷۳/۱۰) و اگر سارق حر، حر را بفروشد، مجازاتش قطع دست است و این به سبب ایجاد فساد است (نجفی مرعشی،



در حالت سوم که مستقلاً مجازات به دفع فساد بر می‌گردد، برخی گفته‌اند که «اگر کسی حری را بدزدد، مجازاتش قطع نیست؛ زیرا سرقت حر نه عرفاً و نه شرعاً سرقت تلقی نمی‌شود و اگر مجازات قطع گفته شده، از باب دفع فساد است» (مقدس اردبیلی، ۱۳/۲۴۳).

مجازات تعزیر: در حالت آخر که فساد ناشی از سرقت حر است، برخی بیان کرده‌اند که «اگر حرّ کبیر یا صغیر را، مرد باشد یا زن، بدزدد از نظر حد قطع نمی‌شود. پس آیا جهت دفع فساد، قطع می‌شود (یا نه)؟ بعضی گفته‌اند: بلی و برای آن به روایتی استناد کرده‌اند؛ ولی احوط ترک قطع و تعزیر او است به آنچه که حاکم صلاح می‌داند (خمینی، تحریر الوسیله، ۴/۲۲۹).

د. مجازات به ملاک بیع حر: در خصوص مجازات از جانب بیع حر و نه فساد ناشی از بیع حر، برخی بیان کرده‌اند: «کسی که انسان آزادی را بفروشد، صغیر باشد یا کبیر، مرد باشد یا زن، دستش بریده می‌شود (خویی، مبانی تکملة المنهاج، ۳۸۴/۴). برخی دیگر بیان کرده‌اند: «فروشنده مملوک و حر دستش قطع می‌شود» (طبسی، ۱۴۳).

بر اساس مطالب مذکور بیان می‌شود که استناد به روایت «انّ أميرالمؤمنین (ع) أتى برجل قد باع حراً، فقطع يده» بر فرض صحت سند آن، نیاز به پیچیدگی‌های فوق نیست و می‌توان این‌گونه بیان کرد که به علت جرم‌انگاری و تعیین مجازات، این جرم از سوی فقهای متقدم در قالب جرم سرقت با مجازات قطع یا تعزیر؛ جرم مفسده الارض و تعیین مجازات قطع ید؛ جرم دفع فساد با مجازات قطع یا تعزیر بیان و از سوی فقهای متأخر جرم‌انگاری تحت عنوان جرم آدم‌ربایی و عدم تعیین مجازات آن بیان شده است؛ این در حالی است که صراحت روایت جرم‌انگاری آن را «بیع حر» بیان کرده و مجازات «قطع ید» را برای آن بیان کرده است؛ از این رو آنچه به نظر می‌رسد مددگرفتن فقها از آراء فقهای متقدم (عمل فقها) و توجه نکردن به روایت فوق بوده است.

این تقید فقها به آراء فقهای متقدم بالاخص فتوای شیخ طوسی و ادله مطرح شده از سوی ایشان و دیگر فقها سبب شده است که فقهای بعد از ایشان در توجیه رأی ایشان برآمده و به بسط نظر ایشان و دیگر فقها بپردازند. حال آنکه در عصر جدید جرایمی که نسبت به حقوق انسان‌ها بالاخص جرایم نافی اراده انسان و محدود و محصورکننده اختیار او نیاز به بازدارنده محکمی همچون قطع ید؛ آن هم بدون اعمال شروط زیادی که در سرقت مال مدنظر است، می‌باشد و کثرت احیای به بردگی گرفتن انسان‌ها که بیشتر ناشی از تجارت انسان است، می‌توان این جرم را تحت عنوان تجارت انسان با مجازات قطع ید قلمداد کرد و از این قوه قاهره به عنوان بازدارنده‌ای برای ایجاد آسایش روانی و اجتماعی در جوامع بشری استفاده کرد.



نتیجه‌گیری

۱. فقها در نظرات اصولی خود قائل به عدم اطلاق احادیث حاکی از سنت فعلی هستند و بیشتر بر قدر متیقن آن تأکید دارند؛ اما در عمل علاوه بر توجه‌نکردن به این نظر در بُعد حکم و مصداق، قائل به اطلاق روایت «أن أمير المؤمنين (ع) أتى برجل قد باع حرّاً، فقطع يده» هستند و تنها موردی که اطلاق مصداقی را به بیان و فروش حر را مقید به صغر می‌داند، شیخ طوسی در کتاب مبسوط است که در کتاب نهاییه از این نظر خود عدول می‌کند.

۲. بیشتر فقها قائل به ضعف در سند راویان این حدیث بالاخص نوفلی هستند و به سبب عمل فقها به این حدیث نتوانسته‌اند از این حدیث چشم‌پوشی کنند و برخی به صراحت ضمن پذیرش ضعف در حدیث، دلیل نظر فقهی خود را این حدیث بیان می‌کنند.

فقهای معاصر به رأی متفاوت از رأی فقهای متقدم رسیده‌اند؛ اما در بیان فتوا محطاطانه برخورد و در کنار نظر خویش نظر فقهای متقدم را نیز بیان کرده‌اند. درباره جرم‌انگاری این روایت، عملکرد فقها چندین سیر تاریخی دارد:

أ. اولین دوره که از زمان شیخ طوسی شروع شده و با تکیه بر رابطه علت و معلولی آن هم با برهان آنی از مجازات قطع به جرم سرقت رسیده‌اند.

ب. دوره دوم که دسترسی به منابع گسترده‌تر و تعارض جرم‌انگاری با نص برخی ادله شرعی و نقلی مشخص شده و با قیاس و دیگر برهان‌ها؛ جرم‌انگاری از سرقت به فساد تغییر کرده است که برخی به سبب صراحت تعارض تخیر امام در مجازات مفسد فی الارض و تعیین مجازات در این جرم، عنوان مفسد فی الارض را برای این جرم بیان نکرده و فقط سخن از فسادانگیز بودن جرم به میان آورده‌اند.

ج. دوره دیگری که در جرم‌انگاری روایت شکل گرفته است، دوره بیان جرم بر اساس نص روایت است. این دوره که با ابوصلاح حلبی شروع می‌شود، به جای دسته‌بندی جرم جدید، در ذیل دیگر جرایم به بیان جدیدی از این جرم آن هم با تکیه بر نص روایت می‌پردازد و بیع الحر را جرم جدیدی پنداشته که مجازاتی نیز برای آن بیان می‌دارد.

د. آخرین دوره جرم‌انگاری این روایت که مربوط به فقهای معاصر است و تفاوت بسیاری از نظر استفاده از برهان‌ها و اتکای به نص با دوره‌های قبل دارد. این امر باعث ورود ادبیات جرم‌انگاری جدیدی در فقه شده است. در این دوره جرم روایت مذکور را آدم‌ربایی بیان می‌کنند، هرچند از بیان آراء فقهای متقدم نیز چشم‌پوشی نشده است و گاهی در ترمیم ادله آن فقها نیز اقدام شده است.

در بُعد مجازات، عملکرد فقها بدین شرح است:

أ. فقهای متقدم بالاخص و برخی از فقهای معاصر کاملاً نص‌گرا بوده و ضمن بیان فوق در خصوص



جرم‌انگاری، مجازات این جرم را قطع بیان کرده‌اند.

ب. پس از دوره سوم که جرم‌انگاری را با تکیه بر نص بیع حر بیان کرده‌اند، در خصوص مجازات، این نص‌گرایی رعایت نشده و مجازات را تعزیری یا تأدیب بیان کرده‌اند و دلیل عمده این امر گنجانده نشدن مجازات این جرم در سرقه و مفسد فی الارض است؛ از این رو به دلیل جدید بودن جرم، مجازات آن نیز متفاوت بیان شده است.

منابع

- ابن‌ادریس، محمد بن احمد، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، چاپ دوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ق.
- ابوالصلاح حلبی، تقی بن نجم، الکافی فی الفقه، چاپ اول، اصفهان: کتابخانه عمومی امام امیرالمؤمنین (ع)، ۱۴۰۳ق.
- تبریزی، جواد، أسس الحدود و التعزیرات، چاپ اول، بی‌جا: دفتر مؤلف، ۱۴۱۷ق.
- ترحینی عاملی، محمد حسن، الزیة الفقهیة فی شرح الروضة البهیة، چاپ چهارم، بی‌جا: دارالفقه، ۱۴۲۷ق.
- جمعی از مؤلفان، مجله فقه أهل البيت عليهم السلام، چاپ اول، بی‌جا: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (ع)، بی‌تا.
- جوهری، اسماعیل بن حماد، الصحاح؛ تاج اللغة و صحاح العربية، چاپ اول، بیروت: دارالعلم للملایین، ۱۴۱۰ق.
- حمیری، نشوان بن سعید، شمس العلوم و دواء کلام العرب من الکلام، چاپ اول، بیروت: دارالفکر المعاصر، ۱۴۲۰ق.
- خمینی، روح‌الله، تحریر الوسیلة، چاپ اول، بی‌جا: مؤسسه مطبوعات دارالعلم، بی‌تا.
- خوانساری، احمد، جامع المدارک فی شرح مختصر النافع، چاپ دوم، بی‌جا: اسماعیلیان، ۱۴۰۵ق.
- خویی، ابوالقاسم، تکملة المنهاج، بی‌جا: نشر مدینة العلم، ۱۴۱۰ق.
- _____، مبانی تکملة المنهاج، چاپ اول، مؤسسه احیاء آثار الإمام الخوئی (ره)، ۱۴۲۲ق.
- سبزواری، عبدالاعلی، مهذب الأحکام، چاپ چهارم، بی‌جا: المنار، ۱۴۱۳ق.
- شوشتری، محمد تقی، النجعة فی شرح اللمعة، چاپ اول، بی‌جا: کتاب فروشی صدوق، ۱۴۰۶ق.
- شهید اول، محمد بن مکی، اللمعة الدمشقیة فی فقه الإمامیة، چاپ اول، بیروت: دار التراث، ۱۴۱۰ق.
- شهید ثانی، زین‌الدین بن علی، الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة (المحشی کلانتر)، چاپ اول، بی‌جا: کتاب فروشی داوری، ۱۴۱۰ق.
- _____، مسالک الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام، چاپ اول، بی‌جا: مؤسسه المعارف الإسلامیة، ۱۴۱۳ق.
- صاحب‌جواهر، محمد حسن بن باقر، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، چاپ هفتم، بیروت: دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ق.
- طباطبائی، علی بن محمد علی، ریاض المسائل، چاپ اول، بی‌جا: آل‌البیوت (ع)، ۱۴۱۸ق.
- طبسی، نجم‌الدین، حقوق زندانی و موارد زندان در اسلام، چاپ اول، بی‌جا: بوستان کتاب، بی‌تا.



طریحی، فخرالدین بن محمد، مجمع البحرين، تهران، کتابفروشی مرتضوی، ۱۴۱۶ هـ ق
طوسی، محمد بن حسن، الخلاف، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۷ ق.
_____، المبسوط فی فقه الإمامیة، چاپ سوم، بی جا: المكتبة المرتضویة لإحياء الآثار الجعفریة،
۱۳۸۷.

_____، النهاية فی مجرد الفقه و الفتاوی، چاپ دوم، بیروت: دارالکتب العربی، ۱۴۰۰ ق.
_____، تهذیب الأحکام، چاپ چهارم، بی جا: دارالکتب الإسلامیة، ۱۴۰۷ ق.
عثمان، محمود حامد، القاموس المبین فی اصطلاحات الأصولیین، ریاض، ۱۴۲۳ ق
علامه حلّی، حسن بن یوسف، تبصرة المتعلمین فی أحكام الدین، چاپ اول، بی جا: مؤسسه چاپ و نشر وابسته به
وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۴۱۱ ق.
_____، تحریر الأحکام الشرعیة علی مذهب الإمامیة، چاپ اول، مؤسسه امام صادق (ع)،
۱۴۲۰ ق.

_____، قواعد الأحکام فی معرفة الحلال و الحرام، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی،
۱۴۱۳ ق.

_____، مختلف الشیعة فی أحكام الشریعة، چاپ دوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق.
فاضل موحدی لنکرانی، محمد، تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسیلة-الحدود، چاپ اول، بی جا: مرکز فقهی ائمه
اطهار (ع)، ۱۴۲۲ ق.
فاضل هندی، محمد بن حسن، كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحکام، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی،
۱۴۱۶ ق.

قرشی بنابی، علی اکبر، قاموس قرآن، چاپ ششم، بی جا: دارالکتب الإسلامیة، ۱۴۱۲ ق.
قطب راوندی، سعید بن هبة الله، فقه القرآن، چاپ دوم، بی جا: انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی (ره)، ۱۴۰۵ ق.
قطب الدین کیدری، محمد بن حسین، إصباح الشیعة بمصباح الشریعة، چاپ اول، بی جا: مؤسسه امام صادق (ع)،
۱۴۱۶ ق.

کلینی، محمد بن یعقوب، کافی، چاپ چهارم، بی جا: دارالکتب الإسلامیة، ۱۴۰۷ ق.
گلپایگانی، محمدرضا، الدر المنضود فی أحكام الحدود، چاپ اول، بی جا: دارالقرآن الکریم، ۱۴۱۲ ق.
مجلسی اول، محمد تقی بن مقصود علی، روضة المتقین فی شرح من لا یحضره الفقیه، چاپ دوم، بی جا: مؤسسه
فرهنگی اسلامی کوشانبور، ۱۴۰۶ ق.
محقق حلّی، جعفر بن حسن، المختصر النافع فی فقه الإمامیة، چاپ ششم، بی جا: مؤسسه المطبوعات الدینیة،
۱۴۱۸ ق.

_____، شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام، چاپ دوم، بی جا: اسماعیلیان، ۱۴۰۸ ق.



- _____، نکت النهایة، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ١٤١٢ق.
- محقق داماد، مصطفی، قواعد فقه، چاپ دوازدهم، بی جا: مرکز نشر علوم اسلامی، ١٤٠٦ق.
- مقدس اردبیلی، احمد بن محمد، مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ١٤٠٣ق.
- موسوی اردبیلی، عبدالکریم، فقه الحدود و التعزیرات، چاپ دوم، مؤسسة النشر لجامعة المفید رحمه الله، ١٤٢٧ق.
- نجفی مرعشی، شهاب الدین، السرقة علی ضوء القرآن و السنة، چاپ اول، بی جا: انتشارات کتابخانه و چاپخانه آیت الله مرعشی نجفی (ره)، ١٤٢٤ق.
- وحید خراسانی، حسین، منهاج الصالحین، چاپ پنجم، بی جا: مدرسه امام باقر (ع)، ١٤٢٨ق.
- هاشمی شاهرودی، محمود، قراءات فقهیة معاصرة، چاپ اول، بی جا: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (ع)، ١٤٢٣ق.
- _____، بایسته های فقه جزاء، چاپ اول، بی جا: میزان-دادگستر، ١٤١٩ق.
- _____، مقالات فقهیه، چاپ اول، بیروت: مرکز الغدیر للدراسات الإسلامیة، ١٤١٧ق.

سال ۵۴ - شماره ۱ - شماره پیاپی ۱۲۸ - بهار ۱۴۰۱، ص ۱۳۷ - ۱۵۶	HomePage: https://fjiqh.um.ac.ir/	
شاپا چاپی ۹۱۳۹-۲۰۰۸	شاپا الکترونیکی ۳۸۹۲-۲۵۳۸	
تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۰۶/۲۴	تاریخ بازنگری: ۱۳۹۹/۱۰/۰۵	تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۱۰/۲۰
نوع مقاله: پژوهشی	DOI: https://doi.org/10.22067/fjiqh.2021.88350	

بررسی اعتبار دلایل نظر مشهور فقهای امامیه در قتل اکراهی

دکتر کیومرث کلانتری

استاد دانشگاه مازندران

دکتر رضا هادیزاده (نویسنده مسئول)

دکترای حقوق جزا و جرم شناسی دانشگاه مازندران

Email: hadizadehr@yahoo.com

چکیده

نوشته حاضر ضمن بررسی اعتبار دلایل نظر مشهور فقها در خصوص قتل اکراهی، به شرح دلایلی که عدم قصاص مباشر را تقویت می‌کند و همچنین راهکارهایی که به‌عنوان جایگزین نظر مشهور مطرح‌شدنی است، می‌پردازد. در این راستا نشان داده شده است که روایت زراره از حیث سند و دلالت آن بر قتل اکراهی با اشکال مواجه است و احادیث باب عدم جواز تقیه در دماء نیز از قتل ناشی از اکراه منصرف است. استناد به اجماع نیز صحیح نیست؛ زیرا افزون بر اینکه برخی از فقهای متأخر از جمله آیت‌الله خوئی نظری متفاوت دارند، اجماع به دلیل روایات مذکور مدرکی و غیرقابل استناد است. برابر بودن دو خطر نیز مانع تمسک به اکراه در قتل عمد و موجب قصاص مرتکب مکروه نیست. قیاس اکراه با اضطرار در قتل دیگری نیز به دلیل تفاوت آن‌ها مع الفارق و نامعتبر است. دلایل عدم قصاص اکراه‌شونده از جمله عدوانی نبودن قتل، وجود شبهه دارئه حد نظیر قصاص و تراحم دو حکم و در نتیجه جاری بودن تخییر به سبب هم‌سنگ بودن آن‌ها نیز ذکر‌شدنی است.

واژگان کلیدی: اکراه، قتل عمد، تقیه، قصاص، عوامل رافع مسئولیت کیفری.



HomePage: <https://jfiqh.um.ac.ir/>

Vol. 54, No. 1: Issue 128, Spring 2022, p.137-156

Online ISSN: 2538-3892



Print ISSN: 2008-9139

Receive Date: 14-09-2020

Revise Date: 25-12-2020

Accept Date: 09-01-2021

DOI: <https://doi.org/10.22067/jfu.v53i4.86677>

Article type: Original Research

An Examination of the Validity of the Proofs of the Famous Opinion of Imamia Jurists about Murder under Duress

Kiumars Kalantari

Ph.D.Professor, University of Mazandaran

Reza Hadizadeh

Ph.D. Graduate, Criminal Law and Criminology, University of Mazandaran (Corresponding Author)

Email: hadizadehr@yahoo.com

Abstract

The present paper, while examining the validity of the proofs of the famous opinion of jurists concerning murder under duress, explains the evidences which strengthen non-retaliation of the perpetrator as well as the solutions that may be raised as substitutes for the famous opinion. For this purpose, it has been shown that the Zorara's Narration is defective in terms of hierarchy of its narrators and signification for murder under duress and the traditions of the chapter of impermissibility of taqiyyah (precautionary dissimulation) about bloods do not include murder under duress. Citing idjma (consensus) is not correct either; since in addition to the different views of some later jurists such as Ayattollah Khoei, due to the above said narrations, idjma is madraki (consensus whose sources are known) and may not be cited. Neither does the equality of the two risks preclude the resort to duress in murder, nor does it cause the retaliation of the perpetrator who was victim of duress. Comparison of duress with necessity in murder is paralogism and invalid due to their difference. The following may be cited among the reasons for non-retaliation of the victim of duress: the murder not being violent, the existence of repelling dubiety as to Hadd like retaliation and the interference of the two precepts and consequently, application of the principle of option because of their equivalence.

Keywords: Duress, Murder, Taqiyya, Retaliation, Causes of the Removal of Criminal Liability



مقدمه

در برخی از شرایط، ارتکاب جرم حتی به صورت عمدی مستلزم مجازات مباشر نیست. یکی از موارد مؤثر بر رفع مسئولیت کیفری، اکراه است که در حقوق کشورهای جهان با اختلاف در شرایط قابل اعمال، پذیرفته شده است.^۱

فقهای امامیه نیز باتوجه به برخی از آیات قرآن از جمله آیه ۱۰۶ سوره نحل و روایات که حدیث رفع مهم‌ترین آن است، مباشر مکروه را در صورت وجود شرایط آن که در کتب فقهی غالباً در بحث طلاق و ضمن شرط اختیار برای طلاق‌دهنده بیان می‌شود (نک: صاحب‌جواهر، ۱۱/۳۲؛ فاضل‌هندی، ۸/۸)،^۲ فاقد مسئولیت می‌دانند.^۳ علی‌رغم عمومیت دلایل باب اکراه، نظر مشهور فقها در خصوص قتل، قصاص مرتکب است که به نوعی در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ استفاده شده است و به موجب ماده ۳۷۵ (اکراه در قتل، مجوز قتل نیست و مرتکب، قصاص می‌شود و اکراه‌کننده، به حبس ابد محکوم می‌گردد.)^۴

نظر مشهور فقها بر دلایلی چند استوار است که مهم‌ترین آن‌ها روایت زراره و احادیث در خصوص حرمت تقیه در دماء است. در مقابل، برخی از فقها نظر مشهور فقهی درباره قصاص مرتکب مکروه را پذیرفته‌اند که برای نخستین بار توسط آیت‌الله خویی (۱۴/۲) به بیان دلیل آن پرداخته شده است.

از سویی شناخت قتل عمد و قداست نفس و از سوی دیگر قصاص مباشر به‌عنوان شدیدترین مجازات، سبب مضاعف شدن اهمیت موضوع قتل اکراهی می‌شود. افزون بر این، باتوجه به اینکه نظام حقوقی ایران در باب اکراه در قتل برگرفته از نظر مشهور فقها است، تردید در مبانی شرعی پذیرفتن اکراه در قتل عمد به نوعی به معنای به چالش کشیدن رویکرد قانونگذار و امکان تغییر آن خواهد بود. نوشتار حاضر به دو منظور پاسخ به این پرسش اصلی که آیا نظر مشهور، واجد دلایل شرعی معتبر است و نیز اینکه چه جایگزین‌هایی برای آن وجود دارد، می‌کوشد در کنار مقایسه اکراه با نهادهای اجبار و اضطرار به بررسی اعتبار دلایل ابرازشده توسط فقها با عناوین روایت زراره، عدم جواز تقیه در قتل، اجماع، برابری دو خطر و عدم جواز قتل در حالت اضطرار (کشتن دیگری و خوردن او) بپردازد.

۱. مفهوم شناسی؛ مقایسه با نهادهای مشابه (اضطرار و اجبار)

اکراه در لغت به معنای به ناخواه و ستم بر کاری داشتن، به کار خلاف میل واداشتن، ناپسند داشتن، فشار و زور آمده است (دهخدا، ۳۱۴۷). روش فقها بر این است که اکراه و شرایط آن را در بحث طلاق و ضمن شرط

۱. نک: ماده ۱۷ قانون کیفری کانادا و ماده ۱۲۲ تا ۱۲۴ قانون کیفری فرانسه.

۲. در این میان به اینکه خطر باید راجع به چه کسی وجود داشته باشد، احتمال وقوع تهدید و توانایی مکروه در عملی ساختن تهدید اشاره می‌شود.

۳. در واقع، اکراه رافع مسئولیت کیفری مباشر جرم است. در خصوص مسئولیت مدنی نیز چنانچه به دلیل اکراه به اموال دیگری زیان وارد شود، اکراه‌کننده که سبب اقوی از مباشر است، ضامن خواهد بود. همچنین به موجب ماده ۲۰۳ قانون مدنی، اکراه سبب عدم نفوذ معامله است.



اختیار برای طلاق‌دهنده بررسی کنند؛ اما در خصوص این شرایط که در سایر ابواب فقهی از جمله اکراه بر جرایم نیز قابل استفاده است، بین آن‌ها اتفاق نظر وجود ندارد.

از شباهت‌های اکراه و اضطرار، داشتن قصد و نبودن رضایت در هر دو حالت است. همچنین در معرض خطر قرار داشتن، دیگر وجه مشترک اکراه و اضطرار است؛ به عبارتی، در هر دو حالت اکراه و اضطرار در صورت عدم ارتکاب رفتار حرام، خطر علیه مضطر یا مکروه یا اشخاص ثالث واقع خواهد شد.

بین اکراه و اضطرار تفاوت‌هایی وجود دارد؛ از جمله آنکه در اکراه، خطر همواره ناشی از تهدید اعم از صریح یا ضمنی انسان دیگری است، در حالی که در اضطرار در معرض خطر قرار گرفتن غالباً ناشی از اوضاع و احوال (نظیر سیل، زلزله، طوفان و گرسنگی) است که منشأ ایجاد اوضاع و احوال می‌تواند انسان باشد؛ البته در اضطرار خطر می‌تواند به‌طور مستقیم از انسان ناشی شود؛ برای مثال اگر فردی قصد به قتل رساندن دیگری را داشته باشد و فرد برای رهایی از خطر، مبادرت به ارتکاب رفتار حرامی مثلاً سرقت خودرو کند، مورد در چهارچوب اضطرار درخور بررسی است و نمی‌توان آن را اکراه دانست. دلیل اینکه حالت اخیر با اینکه خطر به‌طور مستقیم از انسان ناشی شده است، اکراه تلقی نمی‌شود، در یکی دیگر از تفاوت‌های اضطرار و اکراه؛ یعنی لزوم وجود درخواست ارتکاب رفتار حرام توسط ایجادکننده خطر در اکراه و فقدان آن در اضطرار است. در این قسمت پاسخ به این پرسش ضروری است آیا اکراه در مقاله حاضر به معنای اجبار یعنی حالت فقدان قصد یا در معنای اصطلاحی (داشتن قصد و فقدان رضایت) یا اعم از آن دو استفاده شده است؟ به‌ویژه آنکه در فقه گاهی فقها لفظ اکراه را در معنای عام که شامل اجبار و اکراه اصطلاحی است به کار برده‌اند (نک: صاحب‌جواهر، ۲۶۹/۲۲؛ ۱۵۹/۲۵؛ ۴۵۴/۴۱؛ علامه حلی، ۱۷۲/۱؛ شهید ثانی، الروضة البهیه، ۲۸/۱۰)،^۱ اما در بسیاری از موارد اکراه در معنای خاص استعمال شده است و در برخی از آثار فقهی (نک: مشکینی، ۸۳؛ خویی، ۳۷۲/۲۱) به تفاوت بین اکراه اصطلاحی و اجبار اشاره و وجه تمایز آن‌ها اختیار به معنای قصد دانسته شده است.

برخی از عبارات فقها نشانگر آن است که در حالتی که فرد فاقد قصد باشد نیز ضمان برعهده اکراه‌شونده است؛ از جمله به اعتقاد شهید اول (۴۵۶/۴) در مثال افتادن دختری از پشت دختر دیگر در نتیجه تحریک دیگری مثلاً با قلقلک، بر تفصیل تمایز بین حالت اختیاری و الجایی با توجه به اینکه اکراه در قتل، ضمان را ساقط نمی‌کند، اشکال وارد است. شهید ثانی در تمهید القواعد الاصولیه (۷۶) نیز بیان داشته است که با اکراه در صورتی که به حد الجا نرسیده باشد، قصاص و در غیر این صورت، دیه وجود دارد.

۱. در اثر اخیر، عبارت «خصوصاً لو بلغ الإكراه حد الإلجا» به کار برده شده است. در کتب فقهای شیعه، گاهی واژه الجا به معنای ناچارکردن و اضطرار به کار برده شده (نک: فاضل هندی، ۲۴۳/۱۱) و گاهی از آن، معنای اجبار اراده شده است (نک: شهید ثانی، الروضة البهیه، ۱۳۶/۱۰). اگر الجا را به معنای فقدان قصد و اجبار بدانیم، می‌توان گفت عبارت مذکور نشان می‌دهد که در اکراه لزومی به زایل شدن قصد نیست و به عبارتی اکراه اعم از اجبار است و اگر به حد الجا رسید نیز اکراه نام دارد (اکراه ملجی).



در حالتی که فرد کاملاً بدون قصد مرتکب قتل دیگری شود، پرداخت دیه نیز برعهدهٔ اکراه‌شونده نیست و در این حال، اکراه‌کننده مسئول جنایتِ رخ داده خواهد بود. دلیل آن است که انتساب عرفی جنایت به مباشر برای ضمان او شرط است و هرچند در ارتکاب قتل برای حفظ خویش تناسب و انتساب جنایت به اکراه‌کننده محل تردید است، عدم استناد عرفی جنایت به شخص فاقد قصد و استناد آن به سبب و اقوی بودن او، مسلم است و در صورت وجود سایر شرایط، اکراه‌کننده درخور قصاص خواهد بود. افزون بر آن، برخی از فقها تصریح دارند به اینکه اکراهی که ضمان را در قتل ساقط نمی‌کند، اکراهی است که در آن مکزه قصد دارد و در صورت الجا (اجبار) ضمان ساقط می‌شود و مکزه همچون ابزاری در دست اکراه‌کننده است (نک: شهید ثانی، الروضة البهیة، ۱۰/ ۱۳۶). در پاسخ به استفتایی که از یکی از فقها^۱ توسط نگارندگان به عمل آمد نیز بیان شد: در قتل عمد «اگر شخص اکراه‌شونده هیچ‌گونه اراده‌ای نداشته باشد، اکراه‌کننده قصاص خواهد شد.»^۲

فاضل هندی در کشف اللثام (۳۹ تا ۳۸/۱۱) ضمن بیان حالت‌های سه‌گانه‌ای که برای مباشر و سبب وجود دارد؛ یعنی غلبهٔ مباشر، غلبهٔ سبب و برابری آن دو، اکراه در قتل را مشمول حالت سوم دانسته است و بیان می‌کند: در این حالت قصاص بر مباشر است که مطابق اصل است، ولی در صورتی که تسبیب بر مباشرت غلبه کند به مسبب یعنی اکراه‌کننده منتقل می‌شود. این مطلب نیز به‌طور ضمنی نشان می‌دهد که احتمال غلبهٔ سبب در اکراه بر قتل و در نتیجه، ضمان مسبب وجود دارد. اما سؤال این است که چه عاملی موجب انتساب جنایت به اکراه‌کننده خواهد بود؟ در پاسخ باید گفت: عامل انتساب جنایت به اکراه‌کننده یا اکراه‌شونده عرف است و ممکن است عرف میزان ترس ناشی از اکراه را دخیل کند؛ اما این عامل، تنها عامل نیست. در اضطرار که ماهیتاً مشابه اکراه است، می‌توان حالاتی را تصور کرد که فرد از روی ناچاری اما بدون ترس مرتکب قتل بی‌گناهی شود، اما عرف، جنایت حاصله را به وی مستند نکند؛ نظیر حالتی که در قضیهٔ ۱۱ سپتامبر رخ داد و هواپیمای چهارم به دلیل اینکه علاوه بر سرنشینان بی‌گناه هواپیما که در حال کشته می‌شدند، افراد دیگری از بین نروند قبل از اصابت به محل منهدم شد.

عواملی نظیر شدت ضرری که درخواست شده، میزان خطری که فرد بدان تهدید شده، شدید‌تر بودن خطر وعده داده شده از خطر درخواست شده^۳ و شرایط هر یک از اکراه‌شونده و اکراه‌کننده از جمله سن، در قضاوت عرف مؤثر خواهد بود.

۱.. آیت‌الله مکارم شیرازی.

۲. ایشان (مکارم شیرازی، ۵۴۰/۲) در پاسخ به استفتایی دیگر مبنی بر اینکه اگر انسان فرد دیگری را اجبار کند که شخص ثالثی را بکشد، چه کسی قصاص می‌شود؟ بیان داشته‌اند: «قصاص مربوط به قاتل است و شخص اکراه‌کننده حبس ابد دارد.» باتوجه به استفاده از واژهٔ اکراه‌کننده، در پاسخ می‌توان گفت: موضوع پاسخ، حالت اکراه و نه اجبار بوده است.

۳. قابل قصاص دانستن مکزه در اکراه بر خودکشی با تهدید به قتل همراه با تعذیب، توسط برخی از فقها (نک: شهید ثانی، مسالک الأفهام، ۹۰/۱۵) به سبب آن است که رفتاری که از اکراه‌شونده خواسته شده است شدیدتر از خطری است که فرد بدان تهدید شده است.



بین اکراه (اصطلاحی) و اجبار تفاوت‌هایی وجود دارد: ۱. در اکراه، فرد فاقد رضایت و دارای قصد و اراده است، اما در اجبار، قصد و اراده وجود ندارد؛ ۲. برخلاف اجبار، اکراه لزوماً با تهدید (صریح یا ضمنی) همراه است، اما در اجبار نیازی به وجود تهدید نیست؛ ۳. در اکراه باید ارتکاب جرمی درخواست شده باشد، اما در اجبار نیاز به درخواست ارتکاب جرم توسط دیگری نیست؛ ۴. در اکراه لزوماً انسان دیگری در ایجاد خطر نقش دارد، اما در برخی از مصادیق اجبار، بی‌اراده‌بودن می‌تواند ناشی از عاملی درونی باشد (مثلاً خواب) یا در صورت بی‌رونی‌بودن عامل، انسان در آن نقش نداشته باشد؛ ۵. در اجبار، وجود شرایط ذکر شده توسط فقها برای اکراه از جمله شرط ضرورت و رعایت سهولت، بی‌معنا و بالتبع غیر ضروری است؛ برای مثال اگر کسی با شکنجه شدید و تهدید به مادون نفس، ارتکاب قتل دیگری را بخواهد، چنانچه در حالتی باشد که قصد به‌طور کامل زایل شده باشد، مسئولیت کیفری ندارد و هر چند بین تهدید صورت گرفته و قتل تناسبی وجود ندارد، اما جرم مستند به سبب است؛ ۶. اجبار در تمامی جرایم، شخص مجبور را از مسئولیت کیفری مبرا می‌کند، اما اکراه در قتل عمد به دلایل زیر توسط اکثریت فقهای شیعه پذیرفته نشده است.

۲. دلایل عدم پذیرش اکراه در قتل عمد

۲.۱. روایت زراره

یکی از مهم‌ترین دلایل فقها در قابل قصاص بودن اکراه‌شونده، روایت زراره است که تنها دلیل بر حبس ابد اکراه‌کننده است؛ چراکه فقها برای قصاص اکراه‌شونده از دیگر دلایل نظیر احادیث منع تقیه در جان نیز استفاده می‌کنند؛ حال آنکه بر حبس ابد اکراه‌کننده دلیل دیگری یافت نمی‌شود. مطابق این روایت، امام باقر(ع) دربارهٔ مردی که دیگری را به قتل مردی فرمان دهد و مأمور او را به قتل رساند، فرمودند: قاتل کشته می‌شود و فرمان‌دهنده حبس می‌شود تا بمیرد.^۱

باین‌حال استناد به روایت زراره که در برخی از کتب فقهی (نک: انصاری، ۹۸/۲) در تعلیل عدم جواز قتل در حالت اکراه بدان اشاره نشده است، از دو جهت سند روایت و شمول آن به قتل اکراهی خدشه‌پذیر است. در خصوص ایراد نخست، برخی فقها از روایت زراره با عنوان صحیح یاد می‌کنند؛ باین‌حال کلام محقق حلی در شرایط حاکمی از توقف و معتبرندانستن روایت نزد اوست که مورد انتقاد برخی از فقها (نک: صاحب‌جواهر، ۴۸/۴۲) به دلیل صحیح بودن روایت و عمل برخی از اصحاب که در صورت ضعیف بودن، ضعف آن را جبران می‌کند، قرار گرفته است. منشأ توقف محقق حلی می‌تواند از دو نظر باشد؛ نخست وجود صحیحیهٔ حریر^۲ مبنی بر اینکه تنها سه تن تا ابد در زندان می‌مانند که عبارت‌اند از: ممسک، زنی که از اسلام

۱. عَنْ زُرَّارَةَ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ عَلَيْهِ السَّلَامُ فِي رَجُلٍ أَمَرَ رَجُلًا بِقَتْلِ رَجُلٍ، فَقَتَلَهُ، فَقَالَ: «يُقْتَلُ بِهِ الَّذِي قَتَلَهُ، وَ يُحْبَسُ الْآخَرُ بِقَتْلِهِ فِي السِّجْنِ حَتَّى يَمُوتَ» (کلبی، ۳۱۴/۱۴).

۲. لَا يَحْلَدُ فِي السِّجْنِ إِلَّا ثَلَاثَةٌ الَّذِي يُمْسِكُ عَلَى الْمَوْتِ يَحْفَظُهُ حَتَّى يُقْتَلَ وَ الْمَرْأَةُ الْمُؤْتَدَّةُ عَنِ الْإِسْلَامِ وَ السَّارِقُ بَعْدَ قَطْعِ الْيَدِ وَ الرَّجُلُ (نک: ابن‌بابویه، ۳/۳۴).



بازگردد و سارق پس از اینکه دست و پایش به دلیل سرقت قطع شده باشد. بر این اساس به اعتقاد یکی از فقها (فاضل لنکرانی، ۷۱) انصاف آن است که مجالی برای توقف در مسئله وجود دارد؛ چراکه جمع این دو روایت از طریق حمل حصر مذکور در روایت بر حصر اضافی یا صرف رجحان و نه وجوب، بعید است. دوم آنکه، ممکن است منشأ توقف وجود سهل‌بن‌زیاد در سلسله روایان باشد؛ آن‌چنان‌که یکی از فقها (نجفی مرعشی، ۱۱۶/۱) باتوجه‌به وجود سهل‌بن‌زیاد در سلسله روایان و با دلایلی نظیر نجاشی در حدیث، او را (سهل‌بن‌زیاد را) ضعیف می‌داند که نمی‌توان به او اعتماد کرد، احمد بن محمد بن عیسی به غلو و دروغ‌گویی او شهادت داده و او را از قم بیرون کرده است، گواهی ابن الولید، ابن بابویه و ابن نوح بر ضعیف بودن او و نادان خوانده شدن سهل از سوی فضل‌بن‌شاذان، روایت را ضعیف‌السند قرار داده است. همچنین بیان شده است عمل اصحاب به‌طور مطلق جبران‌کننده ضعف سند نیست؛ بلکه اگر منظور اصحابی باشند که به ملاقات با اصحاب امام (ع) نائل شوند و مذاق آن‌ها را از آن‌ها شناخته باشند، ضعف سند را جبران می‌کند و اگر منظور از اصحاب افرادی نظیر شیخ مفید و شیخ طوسی باشند، باتوجه‌به اینکه از متأخران هستند، ضعف سند را جبران نمی‌کند (همان، ۱۱۷). در خصوص جبران ضعف سند روایت با عمل اصحاب عقاید متفاوتی بین فقهای امامیه وجود دارد؛ در نتیجه برای بسیاری از فقها طرح استدلال فوق بی‌معنا و به‌نوعی مصادره به مطلوب است و موجبی برای عدول از عمل به روایت زراره نخواهد بود. برای این دسته از فقها نیازمند دلیل دیگری هستیم که این دلیل عبارت از عدم دلالت روایت زراره بر حالت اکراه به قتل به‌سبب استفاده از واژه امر در روایت مذکور است. هرچند بیان شده است از آنجاکه امر در بسیاری از موارد برای فرد ناخوشایند می‌شود از جمله در جایی که مأمور در صورت مخالفت با امر در معرض قتل قرار گیرد، به همین دلیل اطلاق امر شامل امر با اکراه نیز می‌شود (خوانساری، ۱۸۶/۷). با این حال این مطلب پذیرفتنی نیست؛ زیرا باتوجه‌به معنای لغوی دو واژه امر و اکراه، بین این دو تفاوت است. امر در بسیاری از موارد تداعی‌کننده وجود سلسله‌مراتب بین دو شخص و به‌عبارتی از سوی مافوقی دارای اقتدار نسبت به مادون صورت می‌گیرد که برای نمونه امر سلطان یا دستور سردسته بانده مجرمانه ذکر شدنی است؛ نظیر ارتکاب قتل توسط سیرافی (رئیس شرطه) که به‌دستور داود بن علی (حاکم زمان امام صادق (ع))، یکی از نزدیکان امام صادق (ع) یعنی معلی بن خنیس را به قتل رساند و به جرم قتل او کشته شد^۱ یا اینکه امر از طرف کسی است که نفوذ معنوی بر دیگری دارد (نظیر پدر نسبت به فرزند). ممکن است موضوع امر، مورد رضایت فرد بوده و اساساً یا تهدید وجود نداشته یا به میزانی نباشد که تأثیری قوی بر اراده مأمور داشته باشد؛ بنابراین تسری آن به اکراهی که موضوع تهدید قتل تهدیدشونده است، ناممکن است و قصاص فرد در شرع مقدس اسلام که همواره مبتنی بر احتیاط است، ایجاب می‌کند واژه امر در معنای غالب و قدر متیقن آن تفسیر شود. افزون بر آن در برخی از کتب فقهی به هر

۱. در هنگام قصاص سیرافی بیان می‌دارد: «یا عبادة الله یا مؤمنی ان اقتل نهم الناس ثم يقتلونی.»



دو حالتِ اکراه و امر به قتل اشاره شده است که نشان از تفاوت این دو واژه می‌باشد؛ برای مثال محقق حلی در مختصرالنافع (۲/۲۹۳) پس از ذکر حکم اکراه به قتل بیان می‌دارد اگر امر به قتل دیگری داده شود نیز همانند اکراه به قتل، قصاص بر مباشر و حبس ابد بر دستوردهنده است. در مبانی تکملة المنهاج (۲/۱۳) نیز به حبس ابد امر و اکراه‌کننده اشاره شده است. در تحریرالوسیلة (خمینی، ۲/۵۱۵) در حالت درخواست خودکشی، به هر دو حالت امر و اکراه اشاره و بیان شده است که اگر مأمور عاقل ممیز باشد چیزی برعهده امر نیست، بلکه ظاهر آن است که اگر او را اکراه بر آن کند نیز به همین صورت است، مگر در مواردی که اکراه صدق کند که احتمال حبس ابد وجود دارد. در کتب سرائر (۳/۳۴۹)، جواهر الفقه (۲۱۴) و الکافی فی الفقه (۳۸۷) به حکم هر دو حالت امر و اکراه اشاره شده است. بیان حکم امر و اکراه به قتل توسط برخی از فقها نشان‌دهنده تفاوت این دو است؛ چراکه در صورتی که امر به قتل، دربرگیرنده اکراه به قتل نیز باشد، بررسی حکم این دو به صورت مجزا بی معنا خواهد بود.

در زبان فارسی نیز بین امر و اکراه از نظر لغوی تفاوت وجود دارد؛ برای مثال بدیهی است اینکه در ماده ۱۵۹ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ مقرر شده است: «هرگاه به امر غیرقانونی یکی از مقامات رسمی، جرمی واقع شود، امر و مأمور، به مجازات مقرر در قانون محکوم می‌شوند»، به دلیل تفاوت لغوی دو واژه اکراه و امر، قابل تسری به حالت اکراه نیست و نیز به سبب تفاوت بین دو واژه مذکور، ماده ۲۱۱ قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰^۲ به هر دو حالت اکراه و امر در قتل اشاره داشته است.

باتوجه به مطالب مذکور، از منظر دیگری حتی می‌توان از روایت مذکور برای عدم قصاص اکراه‌شونده در قتل اکراهی استفاده کرد و آن اینکه باتوجه به تصریح شارع به قصاص مأمور در روایت زراره که قصاص او در صورت عدم بیان از عموماً نیز قابل استفاده بود، آیا نبودن روایت در باب اکراه، از آنجاکه در قصاص اکراه‌شونده تردید جدی وجود دارد، قرینه‌ای بر این نیست که در قتل اکراهی، عدم قصاص اکراه‌شونده نزدیک‌تر به صواب است.

۲.۲. عدم جواز تقیه در قتل

علی‌رغم اطلاق برخی از روایات در باب جواز تقیه،^۴ دو روایت در خصوص حرمت تقیه در دماء؛ یعنی روایت صحیح محمدبن‌مسلم از امام باقر(ع) مبنی بر «انما جعلت التقية ليحقتن بها الدماء فاذا بلغ الدم

۱. فمن قتل غيره باكره مكره له على ذلك، أو أمر أمر له به، كان على القاتل القود، دون المكره والأمر.

۲. من قتل أو جرح غيره بغير حق لأمر أمر أو إكراه فالقود و القصاص مستحق عليه دون الأمر و المكره.

۳. این ماده بیان می‌دارد: «اکراه در قتل و یا دستور به قتل دیگری، مجوز قتل نیست. بنابراین اگر کسی را وادار به قتل دیگری کنند یا دستور به قتل رساندن دیگری را بدهند مرتکب قصاص می‌شود و اکراه‌کننده و امر، به حبس ابد محکوم می‌گردند.»

۴. از جمله در دو روایت از امام باقر(ع) آمده است: «التقية في كل شيء يضطر إليه ابن آدم فقد أحله الله تعالى؛ «التقية في كل ضرورة و صاحبها أعلم بها حين تنزل عليه» (حر عاملی، ۱۶/۲۱۴).



فلا تقيه» و روایت موثقه ابی حمزه ثمالی از امام صادق(ع) با عبارتی مشابه با روایت اخیرالذکر وجود دارد.^۱ تفسیری که از این روایات می‌شود این است که تقيه به سبب حفظ خون تشریح شده است و هرگاه تقيه سبب پایمال شدن خون شود، تقيه مشروع نخواهد بود. به عبارتی این روایات موجب تخصیص حدیث رفع و روایات جواز تقيه و قاعده اکراه دانسته شده است و در قتل اکراهی که به معنای ریخته شدن خون دیگری است، تقيه جایز نیست.

به نظر می‌رسد که از احادیث مذکور به دلایلی نمی‌توان قصاص مکروه را نتیجه گرفت که به شرح زیر بیان می‌شود.

۱. اشاره به این مطلب لازم است که امکان طرح برداشت دیگری از آن‌ها وجود دارد. محقق ايرواني (۴۸/۱) منظور از آن‌ها را امر وجدانی می‌داند که عقل آن را درک می‌کند؛ یعنی تقيه برای حفظ نفس تشریح شده است و زمانی که این هدف موجود نباشد، بلکه کشته شدن شخص چه در صورت تقيه و چه در صورت نبودن تقيه اجتناب‌ناپذیر باشد، تقيه به سبب منتفی بودن غرض تشریح آن وجود ندارد. علامه مجلسی (۱۸۲/۹) نیز اشاره به این دارد که حدیث بر موردی که فرد می‌داند در هر صورت کشته خواهد شد، حمل شده است. با پذیرفتن این تفسیر، اجمال دو روایت مذکور که ناشی از احتمال حمل واژه دم تنها بر قتل یا علاوه بر آن بر ایراد جرح است، بی‌اهمیت می‌شود.

۲. می‌توان تفسیر مشهور را از روایات مذکور پذیرفت، اما آن‌ها را منصرف از مواردی دانست که قتل در هر دو صورت تقيه و ترک آن رخ خواهد داد (خاقانی نیک، ۱۳۱)؛ به عبارتی تمسک به آن‌ها برای حرمت قتل در مواردی که در صورت تقيه شخص ثالث و با ترک آن خود شخص به قتل خواهد رسید، امکان ندارد و در این صورت تنها شمول آن بر مواردی خواهد بود که تقيه نکردن سبب جلوگیری از قتل شود که برای مثال اکراه به قتل دیگری با تهدید به قطع عضو ذکرشده است.

۳. می‌توان روایات در باب منع تقيه در جان را منصرف از حالت اکراه به قتل به دلیل غیرعدوانی بودن قتل دانست. آن‌چنان‌که گفته شده است (مرعشی شوشتری، ۱۲۵/۱) حدیث تقيه در موردی صحیح است که شخصی برای حفظ جان خود، دیگری را از روی تقيه به قتل برساند و آن قتل نسبت به قاتل، قتل عدوانی و ظالمانه‌ای باشد، اما در اکراه از طرف مکروه، ظلمی در خصوص مقتول صورت نگرفته و ظالم و متعدی، اکراه‌کننده است. به عبارتی قتل در حالت اکراه، عمد است، اما به دلیل عدوانی نبودن قتل، به عنوان یکی از شرایط اشاره شده توسط فقها، امکان قصاص قاتل وجود ندارد. قید عدوانی نبودن برای عدم قصاص مرتکب در مواردی نظیر ارتکاب قتل قاتل توسط ولی دم یا قتل در مقام دفاع مشروع به کار می‌رود.^۲ هنگامی که فرد

۱. «انما جعلت التقيه ليحقت بها الدم، فاذا بلغت التقيه الدم فلا تقيه» (حر عاملی، ۲۳۵/۱۶).

۲. یکی از دلایلی که برای عدم قصاص مباشر در اکراه بر مادون نفس در برخی از کتب فقهی ذکر می‌شود نیز عدوانی نبودن جنایت است (نک: صاحب‌جواهر، ۵۵/۴۲).



در دفاع مشروع به تصریح برخی از فقها می‌تواند برای حفظ مال خود، دیگری را به قتل برساند بدون آنکه ضمانتی حتی به صورت پرداخت دیه متوجه او باشد، چگونه فردی که به قتل تهدید شده است، قابل قصاص باشد و آیا می‌توان قتل ارتكابی چنین فردی را از روی عدوان و ستم دانست یا اینکه سبب؛ یعنی تهدیدکننده، ظالم به شمار می‌آید؟

۴. در قتل اکراهی دوران امر بین حرمت کشتن دیگری و وجوب حفظ نفس خود است و همان‌گونه که اصولیان در حالت تراحم که دو ارزش با هم برابر باشند، قائل به تخییر هستند؛ در این حالت نیز به دلیل برابری آن‌ها انتخاب هریک از آن‌ها مجاز است. بر این اساس برخی از فقها با توجه به وقوع تراحم، مکره را معیر بر ارتکاب یا عدم ارتکاب قتل می‌دانند (نک: فیاض، ۳۲۸/۳؛ محسنی قندهاری، ۲۶۲/۲). در مبانی تکملة المنهاج (۱۴/۲) نیز عدم قصاص مرتکب به دلیل تراحم دانسته شده و بیان می‌شود: زمانی که امر دایر است بین ارتکاب حرام یعنی قتل نفس محترمه و ترک واجب (حفظ نفس و قراردادن آن در معرض هلاک شدن)، جایی که ترجیحی وجود ندارد، التزام به تخییر اجتناب‌ناپذیر است. در این خصوص آیه ۱۹۵ سوره بقره بیان می‌کند: «در راه خدا هزینه کنید و خود را به دست خویش به هلاکت نیفکنید و نیکیوی کنید که خدا نیکوکاران را دوست دارد.» عام بودن منع به هلاکت افکندن خویش در این آیه در رافع مسئولیت بودن اکراه در قتل عمد قابل استفاده است.^۱

۵. عام بودن دلایل اکراه از جمله حدیث رفع، تمام جرایم از جمله قتل عمد را در برمی‌گیرد و برای تخصیص آن باید دلیل معتبر و روشنی وجود داشته باشد. حال آنکه روایت زراره و احادیث حرمت تقیه در دماء، قاصر از تخصیص قاعده اکراه است که سبب ارجاع به اصل می‌شود؛ یعنی ارتفاع تکلیف در حالت اکراه ضروری شود؛ از این رو است که در مکاسب (انصاری، ۹۸/۲) ضمن پذیرش عدم جواز قتل در حالت اکراه به اینکه مقتضی عموم نفی اکراه و حرج، جواز قتل است، اشاره شده است. البته برخی از فقها (نک: خوبی، ۱۴/۲) معتقدند که حدیث رفع اکراه در مقام امتنان است و اجرای آن در اکراه بر قتل و امثال آن که به دیگری صدمه وارد می‌شود، خلاف امتنان بر ثالث خواهد بود و تنها در مواردی که با اکراه به دیگری صدمه وارد نشود می‌توان اعمال آن را پذیرفت. باین حال بسیاری از فقها اکراه را در این حالت نظیر سایر محرمات می‌پذیرند و اینکه در قتل عمد به نظر مشهور فقها ارتکاب قتل جایز نیست، به دلیل امتنانی بودن قاعده اکراه نیست، بلکه به دلیل روایات و دیگر دلایل است.

استفاده برخی از فقها در جواز اکراه در مادون نفس مثلاً قطع دست از عباراتی نظیر رفع آنچه که بر آن اکراه شده است (فاضل هندی، ۳۲/۱)، مشمول اطلاق دلیل رفع اکراه شدن و فقدان آنچه که بر استثناسدن

۱. «وَ أَقْبُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَ لَاتَقْتُلُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ وَ أَحْسِنُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُحْسِنِينَ». برخی (محقق داماد، ۹۹/۴) از نظر آنکه فحوی آیه ناظر به انفاق و بذل مال در راه خدا است و اینکه اگر آن را مربوط به اکراه بدانیم باید در قتل غیر نیز آن را قابل استفاده بدانیم، به طور کلی استناد به آیه مذکور برای مشروعیت اعمال ارتكابی در اثر اکراه را نمی‌پذیرند.



آن دلالت کند (فاضل لنکرانی، ۷۷)، عموم دلیل اکراه که در تخصیص آن به قدر متیقن (نفس) اکتفا می‌شود (صاحب‌جوهر، ۵۵/۴۲) و عمل به اصل (ارتفاع تکلیف در حالت اکراه) در جایی که نص وجود ندارد (شهید ثانی، الروضة البهیة، ۲۸/۱۰)، نشان می‌دهد که اولاً امکان استفاده از اکراه در ایراد ضرر به دیگری وجود دارد و ثانیاً اینکه در قتل عمد، اکراه پذیرفته نشده است. وجود دلیل خاص که مهم‌ترین آن‌ها روایت زراره و احادیث در خصوص حرمت تقیه در دم است، می‌باشد. بنابراین در صورت آشکارشدن ضعف دلایل، باید به اصل منتفی شدن مسئولیت کیفری در حالت اکراه رجوع کرد.

۶. آیا نمی‌توان به‌ویژه به دلیل ضعف دلایل قصاص اکراه‌شونده که سبب حصول شبهه می‌شود و باتوجه به لزوم رعایت احتیاط در دماء و قاعده درأ، در قصاص مباشر جرم تردید جدی کرد؟

مطلب اخیر یعنی استناد به قاعده درأ ممکن است از جهاتی محل ایراد قرار گیرد؛ از جمله مرسله بودن روایات مستند قاعده درأ است. باین حال روایات در باب قاعده درأ توسط بسیاری از فقها پذیرفته شده است^۲ که در این میان فقهایی که استفاده از اکراه در قتل عمد را جایز نمی‌دانند نیز وجود دارند. بنابراین یکی از دلایل عدم قصاص مرتکب برای این دسته از فقها، قاعده درأ خواهد بود.^۳ همچنین ممکن است گفته شود قاعده درأ در قصاص جاری نیست؛ زیرا نخست آنکه قصاص، حق الناس و مبنای حق الناس بر مذاقه است و چنانچه در این باب شبهه‌ای حادث شود نمی‌توان به قاعده درأ تمسک جست؛ دوم آنکه در قصاص برخلاف حدود که حق الله و بنای آن بر تخفیف و تسامح است، اصول عقلایی نظیر عدم نسیان و عدم اکراه مانع از اجرای قاعده درأ است؛ سوم آنکه در روایت «ادروا الحدود بالشبهات» از واژه حدود استفاده شده است.

باین حال باید توجه داشت برخی از حدود نیز حق الناس به حساب می‌آیند و در این موارد نیز شبهه، مسقط حد دانسته شده است که برای مثال استفاده از قاعده درأ توسط فقها در سرقت ذکرشدنی است (نک: صاحب‌جوهر، ۴۱/۴۸۱). به علاوه اصول عقلایی در قصاص نیز جاری نمی‌شود؛ زیرا درست است که حق الناس مبتنی بر مذاقه است اما این دقت نظر مربوط به مسائل حقوقی و مالی صرف است. در مسئله دماء و نفوس آنچه از روایات کثیره و تسالم اصحاب و مذاق شرع مسلم می‌شود آن است که تا جایی که امکان دارد باید احتیاط کرد (موسوی بجنوردی، ۱۸۴/۱). از سوی دیگر قصاص هم در شمار حدود الهی و مجازات مقرر شرعی است که در برابر قتل نفس و جرح تعیین شده است و استعمال انحصاری لفظ حد در تعداد معینی از مجازات‌های شرعی را هیچ حقیقت لغوی یا شرعی یاری نمی‌کند؛ چراکه در پاره‌ای موارد، استعمال این الفاظ در عصر تشریح اعم بوده است (فخلعی، ۱۵۷).

۱. قَالَ رَسُولُ اللَّهِ (ص): ادْرُؤُوا الْحُدُودَ بِالشُّبُهَاتِ وَ لَا تَنْتَفَعُوا وَ لَا كَفَالَةَ وَ لَا تَمِينَ فِي حَدِّ (ابن بابویه، ۷۴/۴).

۲. حتی برخی از تسالم اصحاب بر حجیت قاعده سخن به میان آورده‌اند (نک: محقق داماد، ۵۰/۴).

۳. بدیهی است استناد به قاعده درأ برای برخی از فقها که روایت دره الحدود بالشبهات را معتبر نمی‌دانند (نک: خویی، ۱۸۷/۱، ۲۰۶، ۲۰۹) قابل طرح نخواهد بود.



برخی از فقها نیز جاری بودن قاعده درأ در قصاص را پذیرفته‌اند؛ مثلاً شهید ثانی (مسالك الأفهام، ۸۹/۱۵) در موردی که شخصی به دیگری بگوید مرا بکش وگرنه کشته می‌شوی و او هم وی را بکشد، قول عدم قصاص را اشتهر می‌داند و به‌عنوان یکی از دلایل به اینکه اذن، شبهه دارنه است، اشاره می‌کند. به همین صورت در خصوص موردی که شخصی، مرتدی را پس از توبه و به اعتقاد اینکه وی هنوز بر ارتداد خود باقی است بکشد، عدم ثبوت قصاص را قوی‌تر می‌داند و در توجیه آن به اینکه قصد کشتن او را به‌طور حرام نداشته و نیز اینکه قصاص حد است و ظن، شبهه بوده و شبهه دفع‌کننده حد است، اشاره دارد (همان، ۴۰). بنابراین می‌توان گفت شبهه در قصاص نیز مشمول قاعده درأ است و از آنجا که دلایل شرعی قصاص مباشر؛ یعنی اکراه شونده ضعیف است، می‌توان با استناد به قاعده مذکور قائل به عدم قصاص او بود.

از سوی دیگر، شهید ثانی در تعلیل نظر اخیرالذکر، به وجود شبهه و اینکه قصد کشتن شخص را به‌صورت حرام نداشته است، اشاره می‌کند. در صورتی که دلایل فوق مبنی بر عدم قصاص مباشر؛ از جمله عدوانی نبودن قتل و تراحم دو حکم، پذیرفته نشود، در بسیاری از موارد ممکن است اکراه‌شونده همانند برخی از فقها که قائل به جواز قتل و عدم قصاص اکراه‌شونده هستند، خود را محق در ارتکاب قتل و آن را مباح بدانند که به نظر می‌رسد حداقل این اعتقاد او موجب انتفای قصاص خواهد بود.

۲.۳. اجماع

ادعای اجماع از سوی فقها به‌عنوان یکی از دلایل عدم تحقق اکراه در قتل عمد از دو نظر پذیرفتنی نیست؛ نخست آنکه برخی از فقهای معاصر نظری متفاوت با نظر مشهور دارند که برای نمونه می‌توان به آیت‌الله خویی (۱۴/۲) و آیت‌الله مرعشی شوشتری (۱۲۲۱ تا ۱۲۶۱) اشاره کرد. البته قبل از آیت‌الله خویی، این عبارت ابن جنید (اشتهاردی، صص ۳۵۷ تا ۳۵۸) «فان كان المأمور عبداً أو جاهلاً أو مكرهاً لا يأمن بمخالفته إتلاف نفسه أزلت القود عنه» تأمل‌برانگیز است و به نظر می‌رسد وی نیز قائل به عدم قصاص مکره است که از نظر اینکه یکی از قدیمی‌ترین فقها است به‌نحوی که از او ابن‌ابی‌عقیل با عنوان قدیمین یاد می‌شود، حائز اهمیت است.

از طرفی اجماع در صورت وجود، مدرکی و غیر معتبر است؛ هرچند عبارتی از شهید ثانی در مسالك (۱۳۲/۱۳) دال بر این است که فقط اجماع مدرکی را حجت می‌دانند. باین حال قول مشهور متأخران و معاصران، حجت نبودن اجماع مدرکی و اجماع محتمل‌المدرک است (امامی، ۱۱۶). دلیل آن است که اجماع‌کنندگان بر اساس مدرک فتوا داده‌اند و باتوجه به اینکه از یک سو احتمال برداشت اشتباه وجود دارد (محبوبی، ۱۷۱) و از سوی دیگر ممکن است سند آن محل تردید باشد، معتبر و کاشف از رأی معصوم نخواهد بود. بنابراین باتوجه به روایت زراره و روایات منع تقیه در جان، اجماع ادعاشده در اکراه به قتل عمد،



مدرکی و درخور استناد نیست.

اشاره به این مطلب نیز ضروری است که دلیل اینکه فقهای پیشین قائل به قصاص مباشر هستند، می‌تواند نقش عرف در اکراه که مستلزم لحاظ شرایط زمانی و مکانی است، باشد؛ برای مثال ممکن است اکراه با تهدید به افشای رابطه جنسی در برخی از جوامع پذیرفته نشود، ولی در جامعه‌ای دیگر مجوز ارتکاب جرایم کم‌اهمیت باشد. به همین صورت چه‌بسا در گذشته در اکراه به ارتکاب قتل عمد، عرف انتظار ایستادگی در برابر تهدید حتی اگر موضوع آن قتل باشد، داشته است، اما چنین انتظاری در حال حاضر وجود ندارد و انتقاداتی که امروزه در کشورهای مختلف راجع به نپذیرفتن دفاع اکراه در قتل عمد بیان شده است، مؤید این مطلب است.

۲.۴. برابری دو خطر

در برخی از کتب فقهی، دلیل محقق‌نبودن اکراه در قتل عمد، دفع ضرر با نظیر و مانند آن دانسته شده است (ابن‌فهد حلی، ۱۴۷/۵؛ کاشانی، بی‌تا، ۱۱۸/۲؛ صیمری، ۳۶۶/۴). نخستین مطلبی که باید به آن توجه داشت این است که آیا در اکراه، بیشتربودن صدمه‌ای که اکراه‌شونده به آن تهدید شده است از صدمه و آسیبی که از او درخواست شده است، شرط است یا اگر آن دو با هم مساوی باشند نیز اکراه محقق است؟^۱

این مسئله در صدمات مادون نفس نیز مطرح شده و محل اختلاف است. برخی از فقها (تبریزی، تنقیح مبانی الأحکام، ۴۰) در حالتی که قطع دست دیگری با تهدید به قطع دست یا تهدید به جراحت رخ داده باشد، اکراه را به دلیل اینکه امثال امر او موجب حفاظت از ضرر بزرگ‌تر نیست، محقق نمی‌دانند. بر این اساس این پرسش مطرح است که آیا در اکراه بر مادون نفس مثلاً قطع دست لازم است موضوع تهدید، قتل باشد؟ در پاسخ به نظر می‌رسد آنچه در اکراه مهم است تناسب عرفی میان مکره‌علیه و مکره‌به است و در صدمات مادون نفس به نظر نمی‌رسد لزومی به قتل‌بودن تهدید باشد؛ برای مثال اکراه به قطع انگشت دیگری متناسب با تهدید بسیار شدید بدنی است. افزون بر آن، یکسان‌بودن تهدید و آسیب خواسته‌شده، مانع تحقق اکراه در تمامی موارد نیست؛ برای مثال چه‌بسا عرف، در حالتی که فردی برای حفظ دست خود به قطع دست فردی اقدام می‌کند که اواخر عمر خویش را سپری می‌کند، اکراه را مسلم بدانند. اینکه آیا در شرایط عادی، قطع دست دیگری برای حفظ دست خود جایز است یا خیر؟ اولاً به نحوه تفسیر شرط تناسب بستگی دارد که منحصر به بیشتربودن خطر دفع‌شده از خطری که به آن تهدید شده است، دانسته شود یا علاوه بر آن تساوی دو خطر نیز مانع متناسب‌دانستن اقدام تلقی نشود و ثانیاً مرتبط است با اینکه آیا در اکراه، به شرایط و وضعیت روحی که مرتکب در آن قرار دارد، توجه شود یا نفس رفتار مرتکب‌شده لحاظ شود. درباره اکراه، وضع شرعی

۱. در حقوق کانادا با توجه به بند ۷۳ پرونده راین، بیشتربودن خطر دفع‌شده، شرط استفاده از دفاع اکراه نیست و در صورت برابری دو خطر نیز اکراه، محقق دانسته شده است.



وجود ندارد و شرایطی که فقها برای اکراه ذکر می‌کنند باتوجه به مفهوم عرفی آن است. تشخیص صدق عرفی اکراه بر حالتی که دو خطر با هم برابر است، چندان واضح نیست و همین امر موجب اختلاف فقها شده است. لزوم بیشتربودن ضرر دفع‌شده برای پذیرش اکراه در جرح و هتک عرض با تردید یکی از فقها (بهجت، ۱۴۲۶ق، ۴۸۸/۲) قرار گرفته است و بیان شده است: «جرح غیر یا هتک عرض غیر، با مساوات با مخوف در جرح نفس یا هتک عرض نفس، محل تأمل است و عدم جواز ظلم به سبب اکراه، خالی از رجحان نیست.» در مقابل شیخ انصاری در مکاسب (۸۶/۲ تا ۸۷) راجع به اینکه آیا در اکراهی که سبب اضرار به غیر می‌شود، مقایسه بین دو ضرر و ترجیح بین آن‌ها لازم است یا اینکه حتی اگر ضرری که بدان تهدید شده است کمتر باشد، ارتکاب رفتار جایز است؛ باتوجه به اطلاق ادله اکراه و اینکه ضرورت ممنوعیت را از بین می‌برد و عام بودن نفی جرح، قول دوم یعنی عدم لزوم بیشتر و حتی مساوی بودن ضرری که بدان تهدید شده است با ضرر وارده به دیگری را، اقوی می‌داند.

به نظر می‌رسد پذیرش اکراه در صورت برابر بودن دو صدمه بی‌اشکال است. بر این اساس در اکراه بر قتل دیگری با تهدید به قتل نیز هر چند دو خطر با هم برابر است، اما موجب نپذیرفتن اکراه و مرجح بودن امتناع از ایراد ضرر به دیگری نیست. به عبارتی، پذیرش اکراه در صورت برابری دو خطر منع شرعی ندارد؛ زیرا از آنجاکه برای لفظ اکراه وضع شرعی وجود ندارد، برای فهم معنای آن مانند الفاظ دیگری که موضوع حکم شرعی واقع می‌شوند، به عرف و لغت رجوع می‌شود. صاحب‌جواهر (۱۱/۳۲) بعد از بیان شرایطی که غالباً توسط فقها برای اکراه ذکر می‌شود، مشخص کردن حد و مرز اکراه به نحو جامع را ناممکن یا دشوار می‌داند و موکول کردن عنوان حکم در نص و فتوا به عرف را اولی می‌داند. در امور حقوقی نیز در پاسخ به اینکه آیا تهدید به استفاده از حق طلاق، اکراه به شمار می‌آید یا خیر، توسط یکی از فقها (مکارم شیرازی، ۲۸۷/۳) به اینکه «عرفاً مصداق اکراه است» اشاره شده است که بیانگر نقش عرف در صدق عنوان اکراه است. به عبارتی برای تشخیص اکراه و شرایط آن باید به عرف رجوع کرد و به نظر می‌رسد حالتی که فردی تحت تأثیر تهدید، اقدام به قتل دیگری برای حفظ جان خود می‌کند در دید عرف، مکروه تلقی می‌شود و در نتیجه باید از مجازات معاف باشد. حتی اگر برابر بودن دو خطر، مانع استفاده از اکراه دانسته شود، باتوجه به دلایل عدم قصاص مباشر که در مبحث عدم جواز تقیه در قتل اشاره شد، می‌توان نظر بر عدم قصاص مرتکب یعنی اکراه‌شونده داشت؛ به عبارتی، اینکه استفاده از اکراه میسر نباشد به معنای امکان قصاص مباشر نیست، بلکه می‌توان عدم قصاص را بر اساس دلایلی نظیر عدوانی نبودن قتل یا حصول شبهه پذیرفت.

فقها در بحث اکراه بر قتل نیز حالتی که ضرر دفع‌شده بیشتر باشد را مورد بحث قرار نداده‌اند و ممکن است بسیاری از آن‌ها باتوجه به اطلاق عباراتی نظیر «اکراه در قتل محقق نمی‌شود» قائل به این باشند که حتی اگر با قتل دیگری، جان چند نفر که در معرض تهدید هستند نجات یابد نیز اکراه‌شونده از قصاص معاف



نخواهد بود؛ آنچنانکه توسط یکی از فقها (مکارم شیرازی، ۵۳۹/۲) در پاسخ به استفتایی بیان شده است که مکره حق کشتن بی‌گناهی را ندارد؛ هرچند به مثله‌شدن و سپس کشتن یا کشتن او و خانواده‌اش تهدید شود. در واقع بسیاری از فقها به برابری دو خطر اشاره ندارند و برخی از عبارات فقها که در این نوشتار در خصوص دلیل پذیرش اکراه در مادون نفس اشاره شد؛ از جمله این عبارات شهید ثانی (الروضه البهیة، ۲۸/۱۰) «عملاً بالأصل فی غیر موضع النص» نشان می‌دهد که منبای عقیده بسیاری از آن‌ها در نپذیرفتن دفاع اکراه در قتل به سبب دیگر دلایل (روایات و اجماع) است، نه برابری دو خطر.

۲.۵. عدم جواز قتل در حالت اضطرار (کشتن دیگری و خوردن او)

باتوجه به اینکه پذیرش دفاع اضطرار در حالتی که شخصی برای حفظ خویش اقدام به کشتن و خوردن دیگری می‌کند غیر منطقی است، این پرسش مطرح شدنی است که آیا نمی‌توان آن را دلیل رد اکراه در قتل عمد قرار داد؛ آن‌گونه که برخی از فقها (نک: صاحب‌جواهر، ۴۸/۴۲) در خصوص نپذیرفتن اکراه در قتل عمد به قیاس آن با حالتی که فردی در مخمصه برای حفظ خویش، دیگری را می‌کشد تا با خوردن او خود را از مرگ نجات دهد، اشاره دارند؛ به عبارتی چه فرقی بین اضطرار در مثال مذکور و اکراه که فرد برای حفظ خود دیگری را می‌کشد، وجود دارد که قائل به حکم متفاوتی برای هریک از این دو حالت باشیم که از نظر منشأ خطر بین آن‌ها تفاوت وجود دارد.

پاسخ پرسش مذکور در متعارف و مناسب بودن اقدام اکراه‌شونده و فقدان آن در اقدام مضطر در مثال کشتن دیگری و خوردن او نهفته است. اکراه و اضطرار مشابه یکدیگرند؛ اما نمی‌توان دو حالت مذکور را برابر دانست. در اضطرار، تنها مضطر در خطر قرار دارد و شخص ثالث که برای رفع جوع کشته شده است، در معرض خطر نیست؛ ولی در اکراه، تهدید هرچند به نحو غیر مستقیم در خصوص شخص ثالث نیز وجود دارد.

به دلیل متفاوت بودن دو حالت مذکور، تعداد کمی از افراد اقدام به قتل دیگری برای خوردن او در شرایط اضطراری خواهند کرد، ولی در اکراه به نظر می‌رسد اکثر جامعه، جان خود را بر جان دیگری ترجیح خواهند داد که بدان معناست که عرف شناعت قتل دیگری برای خوردن او را با حالتی که فردی دیگری را تحت تأثیر اکراه می‌کشد، یکسان نمی‌داند.^۱ تفاوت بین این دو حالت سبب می‌شود قتل اضطراری در مثال کشتن دیگری و خوردن او، ظالمانه و از روی عدوان و قتل اکراهی همان‌گونه که پیشتر نیز بدان اشاره شد، غیرعدوانی باشد. به عبارتی قتلی که مکره مرتکب می‌شود، مصداق ظلم و عدوان از ناحیه او نیست؛ بلکه عدوان از ناحیه اکراه‌کننده وجود دارد؛ اما در مثال محل بحث، عمل مضطر نسبت به مقتول، ظلم و عدوان به شمار می‌رود

۱. همچنین برخی از فقها (نک: شهید ثانی، مسالك الأفهام، ۹۰/۱۵) اکراه به خودکشی با تهدید به قتل همراه با تعذیب را مجوز خودکشی دانسته و اکراه‌کننده را قابل قصاص می‌دانند. این مطلب به معنای معتبر نبودن نظر گروهی از فقهاست (نک: تبریزی، کتاب القصاص، ۴۹؛ صاحب‌جواهر، ۵۴/۴۲) که حکم اضطرار به خودکشی را به اکراه به خودکشی تسری داده و قائل به عدم جواز خودکشی در حالت اکراه به دلیل عدم جواز آن در حالت اضطرار است.



(مرعشی شوشتری، ۱۲۴/۱ تا ۱۲۵). بنابراین قیاس قتل دیگری برای خوردن او با حالت اکراه بر قتل دیگری، قیاس مع الفارق است و نمی‌توان حکم قتل برای خوردن دیگری را به قتل اکراهی تسری داد.^۱

اکنون این پرسش مطرح می‌شود چه جایگزینی برای نظر مشهور فقها در خصوص قتل اکراهی در برخورد با اکراه‌کننده و اکراه‌شونده قابل اتخاذ است؟ ابتدا اشاره به این مطلب ضروری است که برخلاف نظر برخی از فقها (نک: فاضل لنکرانی، صص ۷۷ تا ۸۱؛ خویی، ۲/۱۹ تا ۲۱) که اکراه را موجب انتساب نتیجه به اکراه‌کننده در موارد گوناگون از جمله اکراه به خودکشی و اکراه به جنایت بر عضو نمی‌دانند، به نظر می‌رسد اکراه می‌تواند موجب برداشته‌شدن مسئولیت از مکره و انتساب جرم به مکره به‌عنوان عامل اصلی و قصاص او شود؛ چراکه گرچه مکره مباشر جرم نیست، ولی ارتکاب قتل و در نتیجه قصاص یا پرداخت دیه ممکن است به‌صورت مباشرت یا تسبیب که اکراه از مصادیق آن است، صورت گیرد. بر این اساس بسیاری از فقها (نک: شهید ثانی، الروضة البهیة، ۲/۱۰؛ صاحب‌الجواهر، ۴۲/۵۵) در اکراه بر مادون نفس، قصاص اکراه‌کننده را به دلیل اقوی بودن سبب از مباشر می‌پذیرند.^۲

شرط ضمان اکراه‌کننده، استناد عرفی جنایت به اوست. در قتل اکراهی، با تهدید به قتل می‌توان برخلاف نظر مشهور فقها، قتل را به دلیل عدوانی نبودن از سوی اکراه‌شونده، به اکراه‌کننده مستند و او را قابل قصاص دانست. در این زمینه گفته شده است چنانچه اکراه‌شونده فاقد مسئولیت و قصاص متوجه اکراه‌کننده دانسته شود، حکمی خلاف عقل، منطقی و شرع نخواهد بود (قدسی، ۸۶). در پاسخ به استفتایی که از یکی از فقها^۳ توسط نگارندگان به عمل آمد نیز بیان شد: «اگر موضوع تهدید، قتل اکراه‌شونده باشد؛ قصاص بر تهدیدکننده است، نه بر مباشر و تهدیدشده و اگر با تهدیدهای دیگر باشد، قصاص بر مباشر است» که این پاسخ نشان می‌دهد از دید ایشان در قتل اکراهی با تهدید به قتل، جرم به اکراه‌کننده مستند است؛ باین حال اگر قصاص را به دلیل شبهه قابل اعمال ندانیم، می‌توان قائل به تعزیر و پرداخت دیه درباره اکراه‌کننده بود.

در صورتی که قتل را به اکراه‌کننده مستند ندانیم، می‌توان پرداخت دیه را برعهده اکراه‌شونده دانست؛ به دلیل اینکه اصل بر شبه عمده بودن جرایم در موارد مشکوک و مردد است و در صورتی که عمل فرد، مصداق فعل حرام تلقی شود علاوه بر آن، اعمال تعزیر را در خصوص او روا دانست. راجع به اکراه‌کننده نیز در حالت مذکور (چنانچه جرم به اکراه‌کننده مستند دانسته نشود) اگر روایت زراره معتبر تلقی شود، امکان حبس ابد او وجود دارد؛ زیرا زمانی که امر به تنهایی موجب حبس ابد آمر است، به طریق اولی تهدید به شدیدترین خطر،

۱. از دیگر تفاوت‌های دو حالت اکراه و اضطرار این است که در اکراه با عدم ارتکاب قتل، تهدید فوراً عملی خواهد شد، اما در اضطرار به کشتن دیگری و خوردن او زمان فوت مضطر فوری نیست.

۲. قانونگذار نیز با توجه به ماده ۳۷۷ قانون مجازات اسلامی (۱۳۹۲) در خصوص اکراه در جنایت بر عضو و ماده ۳۷۹ همان قانون درباره اکراه به رفتار موجب جنایت بر اکراه‌شونده، از نظر آن دسته از فقها تبعیت کرده است که امکان قصاص اکراه‌کننده را پذیرفته‌اند.

۳. آیت‌الله صائقی.



مانع اِعمال حبس ابد او نخواهد بود و نیز در صورت معتبرندانستن روایت زراره، تعزیر اکراه‌کننده به دلیل ارتکاب فعل حرام، ممکن است.

آخرین دیدگاهی که در این خصوص مطرح‌شدنی است این است که باتوجه‌به اینکه در استناد قتل اختلاف وجود دارد، قتل را هم به اکراه‌کننده و هم به اکراه‌شونده مستند بدانیم و از باب مشارکت در قتل اکراه‌کننده به‌عنوان سبب و اکراه‌شونده به‌عنوان مباشر، هر دو ضامن و قصاص هر دو ممکن است؛ نظیر حالتی که فردی غذای دیگری را مسموم کند (تسبیب) و دیگری او را مجروح سازد (مباشرت) و در نتیجه هر دو عامل، فرد فوت کند که امکان قصاص هر دو از باب مشارکت در قتل خواهد بود. در اینجا اشاره به این مطلب ضروری است که عدم قصاص اکراه‌کننده، این تالی فاسد را به‌دنبال دارد که چنانچه فردی قصد ارتکاب قتل را داشته باشد، به جای مباشرت در قتل، هدف خود را با اکراه دیگری محقق سازد و از این طریق از مجازات قصاص رهایی یابد. به‌ویژه اینکه می‌تواند هدف خود را از طریق افراد نابالغ ممیز که بیشتر تحت تأثیر قرار می‌گیرند و مجازات قصاص درباره آن‌ها به‌دلیل عدم بلوغ اجراشدنی نیست، عملی سازد.

نتیجه‌گیری

اکراه در کلام فقها گاهی در معنای عام که شامل اجبار نیز است به کار می‌رود؛ اما اکراهی که موجب رفع مسئولیت در قتل نیست، حالتی است که فرد درجاتی از قصد را دارد و از این رو با اجبار یعنی حالتی که قصد فرد زایل شده است، متفاوت و مشابه با اضطرار است.

از مهم‌ترین دلایل نظر مشهور فقها درباره قتل اکراهی، وجود روایت زراره و روایات در خصوص حرمت تقیه در دماء است که روایت نخست از نظر خدشه در سند و نیز به دلیل عدم شمول آن بر قتل اکراهی به سبب استفاده از واژه‌های امر و آمر، غیرقابل استفاده است. روایات در باب حرمت تقیه در دماء نیز به دلیل امکان تفسیر آن به صورتی متفاوت با برداشت مشهور فقها و در صورت پذیرش تفسیر مشهور فقها، به دلیل منصرف‌دانستن آن از قتل اکراهی غیرقابل استناد است. عدم جواز تقیه در دماء نیز به معنای قصاص مباشر نیست؛ چراکه برای قصاص نفس، عدوانی بودن قتل شرط است و می‌توان گفت برخلاف نظر مشهور فقها در اکراه، مکره ظالم و متعدی نیست. افزون بر آن، در اکراه به قتل با تهدید به قتل با تراحم دو حکم شرعی؛ یعنی نخست حرمت القای نفس خود در تهلکه و وجوب حفظ جان خویش و دوم حرمت قتل غیر، مواجه می‌شویم و از آنجاکه ترجیحی برای عمل به یکی از آن دو و اسقاط دیگری وجود ندارد، می‌توان قائل به تخییر بود.

از سوی دیگر، به دلیل حصول شبهه که ناشی از ضعف دلایل اثبات قصاص بر مرتکب و وجود دلایلی دایر بر عدم قصاص مرتکب است، قاعده در آن که شمول آن به قصاص توسط برخی از فقها تصریح شده است و نیز لزوم رعایت احتیاط در دماء، ایجاب می‌کند که قائل به دفع قصاص از مباشر مکره باشیم.



علاوه بر روایات مذکور، اجماع فقها به‌عنوان دلیل دیگر نظر مشهور ذکر شده است. اجماعی که به‌دلیل وجود نظر فقهای متأخر اولاً وجود ندارد و ثانیاً در صورت وجود، مدرکی و غیرقابل استفاده است. به‌علاوه توسط تعدادی از فقها گاهی به‌دلایلی نظیر برابری دو خطر و مقایسهٔ حالت اکراه با اضطرار، مثلاً کشتن دیگری برای خوردن او و نجات از مرگ به‌سبب گرسنگی اشاره شده است. برابری دو خطر مانع استفاده از اکراه یا لاقل سقوط قصاص به‌دلیل تراحم و عدوانی نبودن قتل نیست و قیاس آن با حالت اضطرار به‌دلیل تفاوت‌های قابل ذکر، قیاس مع الفارق و نپذیرفتنی است.

بنابراین در قتل اکراهی دربارهٔ مباشر، به جای قصاص، تبرئهٔ کامل، پرداخت دیه یا پیش‌بینی مجازات تعزیری در کنار پرداخت دیه و دربارهٔ اکراه‌کننده انتساب قتل و در نتیجه قصاص او، پرداخت دیه توسط او به‌دلیل شبهه در کنار تعزیر او، حبس ابد به‌سبب وجود روایت زراره یا مجازات تعزیری به‌سبب تردید در روایت مذکور، استناد قتل به هر دو شخص اکراه‌کننده و اکراه‌شونده و قصاص هر دو به‌عنوان راهکارهای جایگزین مطرح‌شدنی است.

منابع

- ابن‌ادریس، محمدبن‌احمد، السرائر الحاوی لثحریر الفتاوی، چاپ دوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ق.
- ابن‌بابویه، محمدبن‌علی، کتاب من لایحضره الفقیه، چاپ دوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ق.
- ابن‌براج، عبدالعزیز بن‌نحیر، جواهر الفقه، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۱ق.
- ابن‌فهد حلی، احمدبن‌محمد، المذهب البارع فی شرح المختصر النافع، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۷ق.
- ابوالصلاح حلبی، تقی‌بن‌نجم، الکافی فی الفقه، چاپ اول، اصفهان: کتابخانهٔ عمومی امام‌امیرالمؤمنین(ع)، ۱۴۰۳ق.
- اشتهاردی، علی‌پناه، مجموعه فتاوی ابن‌جنید، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۶ق.
- امامی، مسعود، «اجماع مدرکی»، مجله فقه اهل بیت، س ۱۳۸۸، ش ۶۰، صص ۱۱۰ تا ۱۳۲.
- انصاری، مرتضی‌بن‌محمد امین، کتاب المکاسب، چاپ اول، قم: کنگرهٔ جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵ق.
- ایروانی، علی، حاشیهٔ المکاسب، چاپ اول، تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۴۰۶ق.

بهجت، محمد تقی، جامع المسائل، چاپ دوم، قم: دفتر معظم‌له، ۱۴۲۶ق.

تبریزی، جواد، تنقیح مبانی الأحکام؛ کتاب القصاص، چاپ دوم، قم: دارالصدیقه الشهیده(س)، ۱۴۲۶ق.

_____، کتاب القصاص، چاپ اول، قم: ستاره، ۱۴۱۰ق.

خاقانی نیک، سجاد، «حکم قتل اکراهی» مقایسهٔ نظریهٔ محقق خوئی و مشهور امامیه، س ۱۳۹۳، ش ۱، صص ۱۱۲ تا ۱۳۴.



- خميني، روح الله، تحرير الوسيلة، چاپ اول، قم: دارالعلم، ۱۴۰۳ق.
- خوانساري، احمد، جامع المدارك في شرح مختصر النافع، چاپ دوم، قم: اسماعيليان، ۱۴۰۵ق.
- خويي، ابوالقاسم، مباني تكملة المنهاج، بيروت: دارالزهراء، ۱۴۳۰ق.
- دهخدا، علي اكبر، لغت نامه دهخدا، چاپ دوم، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۷.
- شهيد اول، محمد بن مكي، غاية المراد في شرح نكت الإرشاد، چاپ اول، قم: انتشارات دفتر تبليغات اسلامي، ۱۴۱۴ق.
- شهيد ثاني، زين الدين بن علي، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، چاپ اول، قم: كتابفروشي داوري، ۱۴۱۰ق.
- _____، تمهيد القواعد الأصولية و العربية، چاپ اول، قم: انتشارات دفتر تبليغات اسلامي، ۱۴۱۶ق.
- _____، مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام، چاپ اول، قم: مؤسسة المعارف الإسلامية، ۱۴۱۳ق.
- صاحب جواهر، محمد حسن بن باقر، جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام، چاپ هفتم، بيروت: دار إحياء التراث العربي، ۱۹۸۱م.
- صيمري، مفلح بن حسن، غاية المرام في شرح شرائع الإسلام، چاپ اول، بيروت: دارالهادي، ۱۴۲۰ق.
- علامه حلي، حسن بن يوسف، شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام، چاپ دوم، قم: اسماعيليان، ۱۴۰۸ق.
- فاضل لنكراني، محمد، تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة؛ القصاص، چاپ اول، قم: مركز فقهی ائمه اطهار (ع)، ۱۴۲۱ق.
- فاضل هندي، محمد بن حسن، كشف اللثام والإبهام عن قواعد الأحكام، دفتر انتشارات اسلامي، چاپ اول، قم: ۱۴۱۶ق.
- فخلعي، محمد تقی، «پژوهشی در قاعده فقهی درء الحد»، مطالعات اسلامي، س ۱۳۷۹، ش ۴۷ و ۴۸، صص ۱۶۴ تا ۱۲۱.
- فياض، محمد اسحاق، منهاج الصالحين، بی جا: بی نا، بی تا.
- قدسی، سيد ابراهيم، جنایت علیه جسم انسان در حقوق كيفری ايران، چاپ اول، تهران: گام حق، ۱۳۹۴.
- كاشاني، فيض، محمد محسن ابن شاه مرتضى، مفاتيح الشرائع، چاپ اول، قم: كتابخانه آية الله مرعشي نجفی ره، بی تا.
- كليني، محمد بن يعقوب، الكافي، چاپ اول، قم: دار الحديث للطباعة والنشر، ۱۴۲۹ق.
- مجلسي، محمد باقر بن محمد تقی، مرآة العقول في شرح أخبار آل الرسول، چاپ دوم، تهران: دارالكتب الإسلامية، ۱۴۰۴ق.
- محبوبی، سيد نصرالله، اجماع و اقسام آن، چاپ اول، قم: رواق دانش، ۱۳۸۸.
- محسنی قندهاری، محمد آصف، الفقه و مسائل طيبية، چاپ اول، قم: انتشارات دفتر تبليغات اسلامي، ۱۴۲۴ق.



- محقق حلی، جعفر بن حسن، المختصر النافع فی فقه الإمامیة، چاپ ششم، قم: مؤسسه المطبوعات الدینیة، ۱۴۱۸ق.
- محقق داماد، مصطفی، قواعد فقه، چاپ دوازدهم، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۴۰۶ق.
- مرعشی شوشتری، محمد حسن، دیدگاه‌های نو در حقوق، چاپ دوم، تهران: میزان، ۱۴۲۷ق.
- مشکینی، علی، مصطلحات الفقه، الهادی، قم: بی‌نا، بی‌تا.
- مکارم شیرازی، ناصر، استفتاءات جدید، قم: انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب (ع)، ۱۴۲۷ق.
- موسوی بجنوردی، محمد، قواعد فقهیة، چاپ سوم، تهران: عروج، ۱۴۰۱ق.
- نجفی مرعشی، شهاب‌الدین، القصاص علی ضوء القرآن و السنة، قم: بی‌نا، ۱۹۸۱م.

سال ۵۴ - شماره ۱ - شماره پیاپی ۱۲۸ - بهار ۱۴۰۱، ص ۱۵۷ - ۱۷۶	شاپا چاپی ۲۰۰۸-۹۱۳۹
HomePage: https://jfiqh.um.ac.ir/	شاپا الکترونیکی ۲۵۳۸-۳۸۹۲
تاریخ بازنگری: ۱۳۹۹/۰۷/۲۸	تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۰۶/۰۵
تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۱۰/۳۰	نوع مقاله: پژوهشی
DOI: https://doi.org/10.22067/jfiqh.2021.88337	

حکم سرایت جنایت عفوشده

دکتر مهدی موحدی محب (نویسنده مسئول)

دانشیار دانشگاه سمنان

Emil: movahedi@semnan.ac.ir

دکتر حسن پورلطف اله

دانش آموخته دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه سمنان

دکتر سید سجاد محمدی

مدرس گروه حقوق موسسه آموزش عالی غیرانتفاعی سراج تبریز

چکیده

مجازات قصاص از جمله حقوق انسانی است که از سوی صحاب حق (مجنی علیه) اسقاط شدند است. پرسش اساسی این که عفو جنایت اولیه از سوی مجنی علیه چه تأثیری بر مسئولیت کیفری جانی در قبال سرایت بعدی جنایت به نفس یا عضو دیگر دارد؟ در دیدگاه منتسب به مشهور فقها، در فرض سرایت به عضو، جانی محکوم به دیه آن و در فرض سرایت به نفس، محکوم به قصاص نفس است و در هر دو فرض باید دیه جنایت عفوشده به جانی مسترد شود. تنها تفاوت دیدگاه دوم با قول نخست عدم لزوم رد دیه جنایت عفوشده در فرض سرایت به نفس است. دیدگاه سوم، عفو از جنایت را به منزله عفو از سرایت نیز دانسته و جانی را در قبال سرایت بعدی مسئول نمی‌داند. بر اساس دیدگاه برگزیده، اگر سرایت مقصود جانی باشد یا وسیله ارتکاب جرم نوعاً سبب سرایت باشد، جانی در قبال سرایت محکوم به قصاص است، وگرنه در صورت سرایت به نفس، رد دیه جنایت عفوشده نیز واجب نیست. نوشتار حاضر ضمن تحلیل مبانی فقهی مسئله، نقد مدلل و ابتکاری اقوال و پاسخ به اشکالات مطرح شده، اصلاح مواد قانونی مربوط را بر اساس دیدگاه اخیر همراه با ملاحظات مطرح شده درباره آن پیشنهاد می‌کند.

واژگان کلیدی: گذشت، حق الناس، دیه، مسئولیت، جانی، مجنی علیه.



HomePage: <https://jfiqh.um.ac.ir/>

Vol. 54, No. 1: Issue 128, Spring 2022, p.157-176

Online ISSN: 2538-3892



Print ISSN: 2008-9139

Receive Date: 26-08-2020

Revise Date: 19-10-2020

Accept Date: 19-01-2021

DOI: <https://doi.org/10.22067/jfu.v53i4.86677>

Article type: Original Research

The Precept of Spread of the Forgiven Crime

Mahdi Movahedi Moheb

Ph.D. Associate Professor, Semnan University (Corresponding Author)

Email: movahedi@semnan.ac.ir

Hassan Pour Lotfallah

Ph.D. Graduate of Islamic Jurisprudence and Principles of Islamic Law, Semnan University

Sayed Sjad Mohammadi

Ph.D. Lecturer, Department of Law, Seraj Higher Education Institute of Tabriz

Abstract

The retaliation punishment is among individual rights which may be waived by the right holder (the victim). The essential question is that what effect does forgiving of the original crime by the victim have on the criminal's criminal responsibility for subsequent spread of the crime to the soul or other organ? According to the view attributed to the famous jurists, in case of spread to an organ, the criminal is sentenced to pay its blood money and in case of spread to the soul, he is sentenced to retaliation and in both cases, the blood money of the forgiven crime should be returned to the criminal. The only difference between the second view and the first opinion is the non-necessity of returning the blood money of the forgiven crime in case of spread to the soul. Under the third view, forgiving the crime is equal to forgiving the spread and the criminal is not responsible for subsequent spread. According to the selected view, if spread is intended by the criminal or the instrument of crime typically causes the spread, the criminal is sentenced to retaliation for spread; otherwise, in case of spread to the soul, returning the blood money of the forgiven crime is not necessary either. The present paper, in addition to analyzing the jurisprudential bases of the issue, reasoned and innovative criticism of opinions and answering the raised problems, proposes the modification of legal provisions based on the latter view with the raised considerations about it.

Keywords: Forgiveness, Individual Rights, Blood Money, Responsibility, Criminal, Victim



مقدمه

پس از وقوع جنایتی که توسط مجنی علیه گذشت شده، ممکن است جنایت اولیه به عضو دیگر یا نفس مجنی علیه سرایت کند و سبب تلف عضو یا نفس وی شود. سرایت آن است که زخم وارد بر مجنی علیه بهبود نیابد و بیش از اندازه مدنظر جانی، زیان برساند؛ مثلاً دست کسی را قطع می‌کند و او در اثر خونریزی بسیار کشته می‌شود یا انگشت کسی را قطع می‌کند و در اثر پیشرفت زخم، به ناچار دست او را قطع می‌کند (خاوری و همکاران، ۱۸۵). پرسش مطرح شده در این مقام آن است که بخشش جنایت اولیه، چه آثاری بر سرایت ناشی از آن جنایت دارد یا چه تأثیری بر مسئولیت کیفری جانی در قبال سرایت ایجاد شده دارد؟ باتوجه به آنکه وقوع این فرض در عالم خارج بسیار محتمل است، امکان طرح این مسئله در محاکم قضایی نیز بسیار زیاد خواهد بود. همچنین، باتوجه به اختلاف مبنایی فقیهان در حکم فقهی این مسئله، از سوی دیگر نگارندگان بر آن شدند تا با استقرای نظرات فقیهان و استقصا در فهم و تحلیل مبانی و ادله هریک و نیز اعتبارسنجی مبانی فقهی مسئله، حکم فقهی آن را بررسی کنند. ناگفته پیداست که اگر مجنی علیه قبل از بهبودی جنایت، آن را عفو کند، جنایت وارده نیز بدون سرایت بهبود یابد، اختلافی در این نیست که عفو در جنایت عمد سبب سقوط قصاص و در جنایات خطای محض یا شبه عمد سبب سقوط دیه است (علامه حلی، قواعد الاحکام، ۶۳۷/۳؛ مقدس اردبیلی، ۱۴۰/۱۴). این مطلب در میان فقه‌های اسلام، امری پذیرفته است، هرچند به مزنی از فقیهان اهل سنت نسبت داده شده که بخشش قبل از بهبودی جنایت، موجب اثر نیست و استقرار جنایت با بهبودی کامل آن است. از این رو، عفو قبل از بهبودی اعتباری ندارد (صاحب‌جواهر، ۴۲۴/۴۲). البته این قول چندان موجه نیست؛ از این رو که به محض وقوع جنایت، حق مقابله به مثل برای مجنی علیه ثابت می‌شود (علامه حلی، مختلف الشیعة، ۴۶۴/۹) که مجنی علیه با عفو خود، در واقع همان حق ثابت شده را اسقاط کرده و عدم بهبودی جنایت، مانع از اسقاط آن نخواهد بود. از این رو، فقیهان امامی بدون هیچ اختلافی، چنین عفو را موجب سقوط مسئولیت می‌دانند و در این زمینه ادعای اجماع نیز کرده‌اند (شهید ثانی، ۳۰۸/۱۵). صاحب‌جواهر نیز بعد از نقل دیدگاه اقلیت فقیهان عامه، با این عبارت که «این حکم، مخالف کتاب، سنت و اجماع است» آن را ناموجه دانسته است (صاحب‌جواهر، ۴۲۴/۴۲). بنابراین، بی‌تردید اگر مجنی علیه قبل از بهبودی کامل جنایت، جانی را عفو کند و جنایت نیز بدون تسری، بهبود یابد، این عفو مجنی علیه سبب سقوط مجازات جنایت و رهایی جانی از مسئولیت کیفری آن می‌شود. اما آنچه در نوشتار حاضر محور بحث قرار می‌گیرد، فرضی است که پس از عفو جنایت از سوی مجنی علیه، سرایت ایجاد شده و به تلف عضو یا نفس می‌انجامد. این مسئله در منابع فقهی امامیه راجع به جنایت بر انگشت مطرح شده است؛ شخصی انگشت کسی را قطع می‌کند و بعد از اینکه مجنی علیه او را عفو کرد، جراحت انگشت به دست مجنی علیه یا نفس وی سرایت می‌کند. درباره حکم فقهی این مسئله، دیدگاه‌های مختلفی در فقه امامیه مطرح شده است



که در این مجال پس از طرح و نقد دلایل آن‌ها و پاسخ ابتکاری به اشکالات، به جمع‌بندی مسئله می‌پردازیم. در خصوص نگاه فقه سنی به مسئله نیز در برخی منابع اهل سنت همچون کتاب «القصاص و الدیات فی الشریعة الإسلامیة»، نظر ابوحنیفه در خصوص موضوع این مقال این‌گونه ترسیم شده است: «... و إن سری الجرح إلى نفس المجنی علیه فأزهدتها و مات، فإن كان عفو المجنی علیه كان بلفظ الجنایة أو بلفظ الجراحة و ما یحدث منها صحّ العفو و لاشیء علی الجنانی، لأن لفظ الجنایة تناول القتل، و كذلك الجراحة و ما یحدث منها فکان ذلك عفواً عن القتل فیصح. و إن كان عفوه بلفظ الجراحة و لم یذكر و ما یحدث منها لم یصح العفو ...»؛ در صورت سرایت جراحات به نفس مجنی‌علیه و مرگ وی، اگر عفو به لفظ جنایت باشد (یعنی مجنی‌علیه بگوید: جنایت را عفو کردم) یا اینکه با لفظ جراحات بوده و بگوید: جراحات و آنچه از آن ایجاد می‌شود را عفو کردم، در این دو فرض، عفو صحیح بوده و جانی در قبال سرایت، مسئولیتی ندارد؛ زیرا لفظ جنایت و همچنین لفظ جراحات و آنچه از آن ایجاد می‌شود، شامل قتل هم می‌شود. بنابراین این فروض، عفو از قتل بوده و صحیح است. اما اگر عفو با لفظ جراحات بوده و آنچه از آن ایجاد می‌شود را نگوید، عفو صحیح نیست... (زیدان، ۱۱۸). دلیلی که ابوحنیفه بر این قول ارائه می‌کند آن است که مجنی‌علیه از قطع یا جراحات، عفو کرده؛ اما قطع و جرح، غیر از قتل است. بنابراین، قتل، مدنظر عفوکننده نبوده و هریک از قطع، جرح و قتل، پی‌آمد مخصوص به خود را (حسب مورد، قطع، ارش، قصاص یا دیه) دارد و عفو یکی از دو چیز متفاوت، عفو از دیگری به حساب نمی‌آید... البته به‌واسطه ایجاد شبهه، به جای قصاص، دیه واجب می‌شود (همان، صص ۱۱۸ تا ۱۱۹). از نگاه شافعیه و حنابله، اگر جنایت از مواردی است که قصاص در آن واجب است (مثل قطع کف)، در صورت سرایت پس از عفو، قصاص نفس واجب نمی‌شود؛ زیرا قصاص، تبعیض‌بردار نیست و اگر در بخشی از نفس به‌واسطه عفو، ساقط شده، در تمام آن ساقط خواهد بود و اگر جنایت از مواردی است که قصاص در آن واجب نمی‌شود (مثل جراحات جانفیه)، در صورت سرایت به نفس پس از عفو، قصاص واجب می‌شود (همان، صص ۱۲۰ و ۱۲۳).

البته در خصوص سابقه قانونگذاری این مسئله باید گفت: این مورد از خلأهای قوانین پیشین (قانون راجع به مجازات اسلامی، مصوب ۱۳۶۱ و نیز قانون مصوب ۱۳۷۰) به شمار می‌رفت که در مواد ۳۰۰ و ۴۴۰ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ بدان پرداخته شد. در این نوشتار، ضمن تبیین دیدگاه‌های موجود و بررسی مبانی و نقد دلایل هریک، به تبیین مستدل نظر برگزیده و پیشنهاد اصلاح مواد پیش‌گفته براساس آن می‌پردازیم.

۱. دیدگاه نخست: تفصیل بین سرایت عضوی و نفسی

گروهی از فقیهان در حکم سرایت بعدی جنایت عفو شده، میان سرایت جنایت به عضو و نفس، قائل به تفصیل شده و حکم متفاوتی برای هریک پیش‌بینی کرده‌اند که به هر دو فرض مسئله به تفکیک می‌پردازیم.



۱. ۱. سرایت به عضو

قائلان این دیدگاه بر این باورند که اگر شخصی انگشت کسی را قطع کند و مجنی علیه این جنایت را عفو کند و سپس، جنایت ارتكابی به دست مجنی علیه سرایت کند، در این صورت برای مجنی علیه دیه دست ثابت می‌شود، اما دیه انگشتی که قبلاً عفو شده است از دیه دست کم می‌شود. به دیگر سخن، مجنی علیه مستحق دریافت دیه دست بدون دیه انگشت است (شهید ثانی، ۳۰۷/۱۵؛ علامه حلی، ارشاد الاذهان، ۲۱۲/۲). عده‌ای به قدری این دیدگاه را در فقه امامیه مشهور دانسته‌اند که بر آن ادعای اجماع نیز کرده‌اند (صاحب‌جواهر، ۴۲۴/۴۲). در واقع، مطابق این دیدگاه، عفو قبلی مجنی علیه فقط در خصوص اصل جنایت (قطع انگشت) که موقع عفو ثابت شده است، مؤثر است، اما راجع به سرایت بعدی تأثیری ندارد و جانی در قبال سرایت جنایت به دست مجنی علیه، محکوم به دیه خواهد بود که البته دیه انگشتی که مجنی علیه قبل از سرایت عفو کرده است، از دیه دست کسر می‌شود.

ادله دیدگاه سرایت جنایت به عضو: عمده دلیل فقهی این دیدگاه در فرض سرایت جنایت به عضو این است که از آنجا که مجنی علیه هنگام عفو جانی، جنایتی را عفو کرده که فی الحال ثابت بوده که عبارت است از قطع انگشت، بنابراین ایجاد سرایت به عضو پس از عفو مجنی علیه، در واقع جنایتی جدید به شمار می‌آید که ارتباطی به جنایت اولیه عفو شده ندارد (همان، ۴۲۴)؛ از این رو عفو جنایت موجود، مستلزم عفو صدمات بعدی نیست؛ هر چند صدمات بعدی ناشی از آن و نتیجه سرایت همان جنایت باشد. محقق اردبیلی متأثر از همین اندیشه، در فرض سرایت به عضو می‌نویسد: «عفو از قطع انگشت، مستلزم عفو از سرایت به دست که بعداً ایجاد شده، نیست؛ زیرا مجنی علیه، جنایت واقع شده (قطع انگشت) را عفو کرده است، نه آنچه که بر آن مترتب می‌شود» (مقدس اردبیلی، ۱۴۰۱/۱۴). بنابراین، جانی در قبال این سرایت، ضامن است و باید دیه دست مجنی علیه را بعد از کسر دیه انگشت (که عفو شده) پردازد.

۱. ۲. سرایت به نفس

ممکن است شخصی عضوی از اعضای کسی را قطع کند و مجنی علیه پیش از بهبودی کامل، جانی را عفو کند، سپس جنایت به جان مجنی علیه سرایت کند و موجب مرگ وی شود. در این فرض، به مشهور فقیهان منتسب است که اگر پس از عفو مجنی علیه، سرایت ناشی از جنایت عفو شده موجب مرگ مجنی علیه شود، برای اولیای دم حق قصاص نفس ثابت است؛ اما پیش از استیفای این حق باید دیه عضو عفو شده را به جانی پردازد؛ زیرا آن از سوی مجنی علیه عفو شده است و اگر طرفین، قصاص نفس را با دیه مصالحه کنند؛ دیه عضوی که قبلاً عفو شده است از دیه نفس کسر می‌شود. نخستین بار شیخ طوسی در کتاب خلاف، این دیدگاه را مطرح ساخته و دیگر فقیهان نیز آن را پذیرفته‌اند. وی تصریح می‌کند: «اگر کسی انگشت دیگری را قطع کند و مجنی علیه آن را عفو کرده و سپس به نفس مجنی علیه سرایت کند، قصاص نفس برای ولی مقتول



ثابت شده و واجب است دیه انگشتی که مجنی علیه آن را عفو کرده به جانی پرداخت شود و اگر ولی مقتول (با مصالحه) دیه بگیرد، با کسر دیه انگشت، دیه نفس را از جانی می‌گیرد» (۲۰۸/۵). همچنین، شهید اول نیز در این باره می‌گوید: «اگر شخصی که انگشتش قطع شده، قبل از بهبودی جنایت، آن را عفو کند و سپس به نفس مجنی علیه سرایت کند، برای ولی مقتول بعد از رد دیه انگشت، حق قصاص نفس ثابت است» (۳۹۸). فقیهان دیگری نیز قائل به همین دیدگاه شده‌اند (شهید ثانی، ۳۰۹/۱۵؛ صاحب‌جواهر، ۴۲۷/۴۲؛ ابن‌شجاع قطن، ۵۷۱/۲). بنابراین، مطابق این دیدگاه، عفو مجنی علیه، تنها در خصوص جنایت موجود در حال عفو مؤثر است؛ نه جنایتی که در اثر سرایت بعدی ایجاد شده است. بر این اساس، اولیای دم پس از پرداخت دیه عضو عفو شده، استحقاق قصاص جانی را دارند.

ادله دیدگاه سرایت جنایت به نفس

الف. عموم آیات سلطنت و قصاص: عمده ادله استنادی این دیدگاه، آیات شریفه‌ای چون «وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيَّهِ سُلْطَانًا» (اسراء: ۳۳) یا آیه شریفه «وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ...» (مائده: ۴۵) است که قائلان این دیدگاه به آن‌ها استناد کرده‌اند (طوسی، ۲۰۸/۵). تبیین استدلال به این شکل است که از یک سو با قتل هر شخص، برای ولی مقتول، استیلائی مقابله به مثل را قرار داده و از سوی دیگر، برای برقراری عدالت و انصاف قضایی، در مقابل قتل نفس، قصاص نفس را برای ولی مقتول مشروع دانسته است. در مسئله پیش‌رو نیز هرچند سرایت و مرگ مجنی علیه بعد از عفو، واقع شده است، اما از آن‌رو که ناشی از جنایتی ناحق است، مسئله محل بحث مشمول آیات شریفه فوق خواهد بود که در مقابل قتل نفس، قصاص جانی را مشروع دانسته است. از این‌رو، در صورت سرایت جنایت عفو شده به نفس مجنی علیه، اولیای دم حق قصاص جانی را دارند.

ب. عدم امکان عفو ما لم یجب: تبیین این استدلال به این شکل است که قتلی که در اثر سرایت جنایت عفو شده رخ داده است، در واقع قتلی عمد به شمار می‌رود که مستوجب قصاص است و عفو سابق مجنی علیه موجب سقوط قصاص نفس نیست؛ زیرا این عفو ناظر به جنایتی است که موقع عفو ثابت بوده است؛ حال آنکه سرایت به نفس در زمان عفو ثابت نبوده و بعداً ایجاد شده است (حلی، ۶۴۰/۴؛ صاحب‌جواهر، ۴۲۷/۴۲). در واقع طبق این استدلال، قتل بعدی ناشی از سرایت، جنایتی مستقل محسوب می‌شود که به دلیل عدم وجود آن در زمان عفو، متأثر از حکم جراحت سابق نمی‌شود؛ چراکه به نوعی به اسقاط ما لم یجب می‌ماند. بنابراین، عفو جراحت قبلی در خصوص قتل بعدی مؤثر نخواهد بود.

ج. اجماع منقول: بر این دیدگاه از سوی برخی ادعای اجماع شده است. شیخ طوسی در کتاب خلاف بعد از ذکر حکم این مسئله، با عبارت «علیه اجماع الفرقة وأخبارهم» راجع به این دیدگاه ادعای اجماع کرده است (۲۰۸/۵). صاحب‌جواهر الکلام نیز راجع به این حکم، هرگونه خلاف و اشکال را نفی کرده و معتقد



است: اگر مجنی علیه بعد از قطع انگشت، جانی را عفو کند و سپس جنایت به جان مجنی علیه سرایت کند، حق قصاص نفس برای ولی مقتول ثابت است، هیچ اشکال و خلافتی در میان فقیهان امامیه در این زمینه وجود ندارد.^۱ (۴۲۷/۴۲). بنابراین، اجماع مطرح شده نیز یکی از ادله استنادی مشهور محسوب می شود که برای اثبات این دیدگاه استناد شده است.

د. تناظر عفو با قصاص پیش از سرایت: دلیل استنادی مشهور این است که حکم فقهی بخشش قبل از ایجاد سرایت، همچون حکم قصاص قبل از ایجاد سرایت است (شهید ثانی، ۳۰۸/۱۵)؛ چراکه مجنی علیه حق قصاص فوری جانی را داشته است، هر چند افضل آن است که تا بسته شدن زخم صبر کند (علامه حلی، مختلف الشیعة، ۴۶۴/۹). بر این اساس، همان طور که در فرض جنایت بر عضو در صورتی که پس از استیفای قصاص از سوی مجنی علیه، جنایت عضوی به جان مجنی علیه سرایت کرده و موجب مرگ وی شود، قصاص عضو موجب سقوط قصاص نفس نیست. در مسئله محل بحث نیز حکم عفو قبل از سرایت به نفس، عیناً نظیر قصاص قبل از سرایت است و باید گفت: عفو پیش از سرایت، موجب سقوط قصاص نفس نمی شود. البته گفتنی است که فقهای مشهور با وجود آنکه بر اساس ادله یاد شده حکم به قصاص شخص جانی در قبال قتل ناشی از سرایت کرده اند، اما از سوی دیگر، مسئله محل بحث را با مسئله قتل شخص ناقص توسط فرد کامل قیاس کرده و معتقدند: از آن رو که قصاص عضو با عفو سابق مجنی علیه ساقط شده است، این مسئله نظیر مسئله جنایت شخص کامل بر شخص ناقص است که در آن قصاص شخص کامل توسط شخص ناقص در صورتی ممکن است که مازاد دیه شخص کامل به وی پرداخت شود (حلی، ۶۴۰/۴؛ صاحب جواهر، ۴۲۷/۴۲). بنابراین، در این مورد نیز قصاص نفس جانی در صورتی جایز است که قبل از استیفای آن، دیه عضو عفوشده به جانی پرداخت شود.

۳.۱. نقد و بررسی دیدگاه نخست

بنا بر آنچه گفته شد مطابق دیدگاه منتسب به مشهور، اگر بعد از عفو مجنی علیه، جنایت اولیه به عضو یا نفس مجنی علیه سرایت کند و موجب تلف عضو یا نفس وی شود، در فرض تلف عضو، جانی محکوم به دیه و در فرض تلف نفس، محکوم به قصاص نفس خواهد بود که در هر دو فرض باید دیه عضو عفوشده به جانی مسترد شود. در واقع، این قول در حکم فقهی این مسئله، میان سرایت عضوی و سرایت جانی، قائل به تفصیل شده و گویا در فرض سرایت به عضو، جنایت را غیر عمد دانسته و جانی محکوم به دیه عضو شده است؛ اما در فرض سرایت به نفس، جنایت عمدی محسوب شده و جانی محکوم به قصاص نفس می شود. ملاحظه وارد به این دیدگاه آن است که برای این تفصیل، دلیل موجهی از سوی قائلان به آن مطرح نشده است؛ چراکه اگر سرایت ایجاد شده، عمد محسوب شود، بدون تفصیل بین سرایت عضوی و نفسی، بنا بر اصل جانی باید

۱. «و لو سرت الجنایة الإصبع التي فرض العفو عنها إلى نفسه، كان للولی القصاص فی النفس بلاخلاف وإشکال فیه عندنا» (صاحب جواهر، ۴۲۷/۴۲).



حسب مورد، محکوم به قصاص عضو یا نفس شود و اگر سرایت، غیر عمد محسوب شود، در هر دو فرض باید حسب مورد، محکوم به دیه عضو یا نفس شود.

یکی از فقیهان معاصر در این باره معتقد است: اگر سرایت وارده، به سبب اتفاقی بودن، غیر عمد محسوب شود، در هیچ یک از دو فرض (سرایت عضوی و نفسی) موجب قصاص نیست و اگر سرایت به دلیل آنکه مقصود جانی بوده یا به این دلیل که وسیله ارتکاب جرم نوعاً سرایت آور بوده، عمد محسوب شود، در هر دو فرض یادشده موجب قصاص است^۱ (تبریزی، ۳۳۶). بنابراین، محتمل صحیحی برای تفصیل یادشده در قول مشهور مطرح نشده است.

اشکال و پاسخ: ممکن است در توجیه و تعلیل تفصیل یادشده در دیدگاه نخست گفته شود: در فرض سرایت به عضو، استمرار عفو مجنی علیه همچنان مفروض است، ولی در فرض سرایت بر نفس، ولی دم وارد میدان می شود و حق قصاص را مطالبه می کند، نه آنکه استمرار عفو قبلی مطرح باشد.

چه بسا در پاسخ، بتوان گفت: فرض اینکه چه کسی در این مسئله مستحق مطالبه قصاص یا دیه است؛ فرقی در حکم مسئله ایجاد نمی کند؛ زیرا چه در فرض سرایت به عضو و چه نفس، اگر منظور مجنی علیه از عفو سابق فقط جنایت موجود باشد، نه سرایت بعدی، این پرسش مطرح خواهد شد که حکم سرایت بعدی چیست؟ اما اگر منظور مجنی علیه از عفو جنایت سابق، مجموع جنایت موجود و سرایت بعدی ناشی از آن باشد، طبعاً جانی نباید راجع به جنایات بعدی ناشی از سرایت، محکوم به قصاص باشد؛ چراکه بر اساس قاعده «الساقط لا یعود» حق قصاصی که مجنی علیه پیش تر با اختیار خود ساقط کرد، دیگر قابل مطالبه نیست. بنابراین ملاک حکم، نوع عفو مجنی علیه است و به نظر می رسد اینکه فی الحال چه کسی، خود مجنی علیه یا ولی دم در مقابل سرایت بعدی حق مطالبه دارد، نمی تواند فارق حکم مسئله باشد.

۲. دیدگاه دوم

قائلان این دیدگاه در مسئله سرایت بعدی جنایت عفوشده، در فرض سرایت به عضو، همانند دیدگاه منتسب به مشهور معتقدند که جانی در قبال سرایت ایجادشده، محکوم به دیه عضو است و دیه جنایت عفوشده از دیه عضو کسر خواهد شد. اما در فرض سرایت به نفس برخلاف نظر مشهور، اولیای دم را بدون لزوم پرداخت مقدار دیه جنایت عفوشده، مستحق قصاص جانی می دانند. علامه حلی با محل اشکال دانستن دیدگاه مشهور مبنی بر مشروط کردن قصاص نفس بر استرداد دیه جنایت مورد عفو، به این دیدگاه ابراز تمایل کرده است^۲ (قواعد الأحکام، ۳/۳۶۷). امام خمینی نیز درباره اینکه اگر کسی انگشت دیگری را قطع کند و مجنی علیه آن

۱. «لا یخفی ما فیہ، فإنہ إذا كانت السراية اتفاقية فلا توجب القصاص لا في الأطراف ولا في النفس، وإنما توجب الدية، وإن كانت الجنایة بقصد السراية أو كونها بألة تسري عادة یثبت القصاص بالسراية في الأطراف وفي النفس؛ لصدق كونها جنایة عمدية» (تبریزی، ۳۳۶).

۲. «الوسر الی النفس کان للولی القصاص فی النفس بعد رد ما عفی عنه، علی اشکال» (علامه حلی، قواعد الاحکام، ۳/۶۲۷).



را عفو کند و سپس این جنایت به نفس مجنی علیه سرایت کند، در اینکه آیا قبل از قصاص جانی، پرداخت دیه انگشت عفوشده بر اولیای دم واجب است یا خیر؟ می نویسد: «فیه اشکال بل منع» (۵۵۲/۲). در واقع این دیدگاه از یک سو مطابق دیدگاه مشهور است؛ یعنی در فرض سرایت عضوی، جانی را بعد از کسر جنایت عفوشده، محکوم به پرداخت دیه عضو می داند و از سوی دیگر، در فرض سرایت نفسی، از این رو که اولیای دم را بدون رد دیه جنایت مورد عفو مستحق قصاص جانی می داند، مخالف دیدگاه مشهور است.

۱.۲. دلیل دیدگاه دوم

عمده دلیل ارائه شده مبنی بر عدم وجوب استرداد دیه جنایت عفوشده در فرض سرایت به نفس این است که از یک سو عضو انسان، داخل در ماهیت نفس وی است؛ از این رو حکم مسئله محل بحث مثل حکم مسئله قصاص شخص کامل در مقابل ارتکاب قتل کسی است که دستش به وسیله دیگری یا آفتی قطع شده است؛ یعنی همان طور که اگر فرد سالمی کسی را که دستش در اثر جنایت دیگر یا آفتی قطع شده، به قتل برساند، در صورتی که اولیای دم قصاص را اختیار کنند، لازم نیست دیه یک دست را به وی پرداخت کنند، در مسئله محل بحث نیز همین حکم جاری است. بنابراین در دلیل عدم لزوم رد دیه عضو عفوشده گفته می شود: «فلعله من دخول الطرف فی النفس، فهو کقتل کامل بمن قطع یده غیره أو تلف بأفة» (صاحب جواهر، ۴۲۷/۴۲) و از سوی دیگر، حکم مسئله محل بحث همچون سرایت بعد از قصاص است؛ یعنی همان گونه که اگر کسی انگشت شخصی را قطع کند و پس از قصاص انگشت، جنایت اولیه سرایت به نفس مجنی علیه کند؛ به رغم ثبوت قصاص نفس برای اولیای دم، پرداخت دیه عضو قصاص شده واجب نیست؛ در مسئله محل بحث نیز چنین است^۱ (مقدس اردبیلی، ۱۴۰/۱۴). در واقع در این استدلال، مستدل مسئله محل بحث را با مسئله قصاص شخص کامل در مقابل شخص ناقص العضوی که یکی از اعضایش در اثر جنایت دیگر یا به سبب آفتی تلف شده است یا با مسئله سرایت بعد از قصاص، همسان محسوب کرده است و از آنجا که در این دو مسئله، موقع استیفای قصاص نفس برای اولیای دم رد دیه مازاد واجب نیست، به سبب تشابه نزدیک این دو مسئله با مسئله محل بحث در این ملاک کلی که عضو انسان، داخل در ماهیت نفس او است؛ در این مسئله نیز می توان حکم به عدم وجوب پرداخت دیه جنایت عفوشده قبل از استیفای قصاص نفس کرد.

۲.۲. نقد و بررسی دیدگاه دوم

این دیدگاه از آن رو که در سرایت جنایت به نفس، قصاص جانی را مشروط به پرداخت دیه جنایت مورد عفو نمی داند، قابل دفاع است؛ اما از این رو که، میان سرایت عضوی و نفسی قائل به تفصیل شده است و در سرایت به عضو، جانی را محکوم به دیه و در سرایت به نفس، محکوم به قصاص کرده، درخور نقد به نظر می رسد؛ چراکه اگر سرایت، عمد محسوب شود، در هر دو فرض (سرایت به عضو و نفس) باید موجب

۱. «لأنه بمعفو عنه كأنه اقتص منه، فكما لا يجرم لوسرى الجرح بعد اقتصاصه عوضه فيقتله بالسراية من غير رد لما استفاء فكذا المقام» (صاحب جواهر، ۴۲۷/۴۲).



قصاص باشد و اگر غیر عمد به شمار آید، در هر دو فرض، موجب دیه. بنابراین برای تفصیل یادشده وجهی به نظر نمی‌رسد. از سوی دیگر، نمی‌توان به‌طور مطلق در فرض سرایت به عضو، جانی را محکوم به دیه کرد؛ همان‌طور که در فرض سرایت به نفس نیز نمی‌توان جانی را به‌طور مطلق محکوم به قصاص دانست، بلکه محکومیت جانی به دیه یا قصاص، در هر دو فرض مسئله، نسبی است؛ به این معنا که اگر سرایت، عمدی محسوب شود، جانی محکوم به قصاص و اگر غیر عمد به شمار آید، محکوم به پرداخت دیه است^۱ (تبریزی، ۳۳۶). بنابراین، حکم مطلق نیز خالی از اشکال نیست.

۳. دیدگاه سوم

بر اساس این نظر، اگر شخصی به عضوی از اعضای کسی جنایتی وارد کند و مجنی‌علیه، جنایت وارده را عفو کند و سپس در اثر سرایت ناشی از همین جنایت، عضو دیگر مجنی‌علیه تلف شود یا در اثر سرایت به نفس بمیرد، این احتمال هست که قصاص عضو و قصاص نفس ساقط شود (مقدس اردبیلی، ۱۴۰/۱۴)؛ یعنی نه در فرض سرایت جنایت مورد عفو به عضو دیگر، مجنی‌علیه استحقاق قصاص عضو جانی را داشته باشد، نه در صورت سرایت به نفس، اولیای دم حق قصاص داشته باشند.

۳.۱. مبانی فقهی دیدگاه سوم

الف. تبعیت ضمان سرایت از ضمان اصل: در صورتی که اصل جنایت توسط مجنی‌علیه عفو شود، آثارش نیز به تبع آن عفو می‌شود. بنابراین، جانی در قبال سرایت ناشی از جنایت اولیه ضامن نخواهد بود. از این رو، محقق اردبیلی در تعلیل عدم قصاص عضو یا نفس ناشی از سرایت بعد از عفو می‌نویسد: «لأنه قد عفا عن هذه الجنایة فصار ما ثبت بها ساقطاً و باقی اثره أيضاً معفو تبعاً، لأنه غیر مضمون حینئذ؛ از آنجاکه (مجنی‌علیه) این جنایت را عفو کرده، پس آنچه که با این جنایت ثابت شده، ساقط می‌شود و اثر به‌جامانده از این جنایت نیز به تبع اصل جنایت، مورد عفو خواهد بود؛ زیرا در آن صورت، اثر به‌جامانده از این جنایت غیر مضمون است» (همان، ۱۴۱). در واقع، این استدلال مبتنی بر این حکم فقهی است که ضمان سرایت تابع ضمان اصل جنایت است. اگر اصل جنایت، مورد ضمان باشد، سرایت ناشی از آن نیز ضمانت‌آور است و هرگاه اصل جنایت مورد ضمان قرار نگیرد، سرایت ناشی از آن نیز به تبع، محکوم به ضمان نیست (صاحب‌الجواهر، ۴۱۲/۴۲؛ مقدس اردبیلی، ۱۱۴/۱۴). در مسئله محل بحث نیز از آنجاکه اصل جنایت به دلیل آنکه عفو شده است، مضمون نیست؛ سرایت ناشی از آن نیز غیر قابل ضمان است.

۱. «من آن في الجراحة بقطع الاصبع فيما لو سرت إلى النفس يثبت القصاص على إطلاقه، غیر صحیح، فإنه إنما يكون كذلك إذا كانت السراية مقصودة للجاني أو كانت السراية إلى النفس أمراً عادياً غالباً، و إلا فعلى الجاني الدية كما أنه فيما كانت السراية إلى الكف اتفاقية يثبت ديتها و إلا ثبت القصاص في الكف» (تبریزی، ۳۳۶).

۲. و حینئذ فلا يضمنها أي السراية لو لم يضمن الجنایة لأن ما لا يضمن أصله لا تضمن سراية (صاحب‌الجواهر، ۴۱۲/۴۲)؛ ضمان سراية تابع لضمان أصله (مقدس اردبیلی، ۱۱۴/۱۴).



این استدلال، به برخی از فقیهان اهل سنت نیز نسبت داده شده است: «... و عند أبي يوسف و محمد يصح العفو ولا شيء على القاتل. وجه قوليهما أنّ السراية إلى النفس أثر الجراحة و العفو عن الشيء يكون عفو عن أثره كما إذا قال عفوت عن الجراحة و ما يحدث فيها» (زیدان، ۱۱۸).

ب. تبادر عرفی: هنگامی که مجنی علیه به اختیار خود به عفو و گذشت از جنایت وارده تصریح می کند، تبادر عرفی از این عفو، عفو از مجموع این جنایت و سرایت ناشی از آن است. بنابراین، جانی در قبال اصل جنایت و سرایت ناشی از آن ضامن نخواهد بود. محقق اردبیلی در فرض سرایت جنایت عفو شده، در مقام مدلل ساختن قول به عدم ثبوت قصاص عضو یا نفس می گوید: «لأنّ المتبادر من العفو عن الجنایة، العفو عنها وعن جميع لوازمها؛ زیرا متبادر از عفو جنایت، عفو از آن و از جمیع لوازم آن است» (مقدس اردبیلی، ۱۴۰۱/۱۴). این استدلال، حاوی این نکته است که اگر این مسئله، بر عرف و اهل زبان عرضه شود، عفو از جنایت را، عفو از خود جنایت و تمام آثار آن به شمار می آورند. بر این اساس، جانی در قبال سرایت ایجاد شده، محکوم به ضمان نخواهد بود.

۳. ۲. نقد و بررسی ادله دیدگاه سوم

ادله این دیدگاه در جای خود، مخدوش و قابل نقد به نظر می رسد.

الف. قائلان این دیدگاه برای اثبات ادعای خود به این قاعده مشهور فقهی استناد کرده اند که هرگاه اصل جنایت غیر قابل ضمان باشد، سرایت ناشی از آن نیز غیر مضمون است، حال آنکه در مسئله محل بحث وجهی برای استناد به این قاعده فقهی وجود ندارد؛ چراکه منظور از غیر قابل ضمان بودن اصل جنایت در این قاعده فقهی آن است که اصل جنایت، فی نفسه و از ابتدای ارتکاب، غیر قابل ضمان باشد؛ مانند مجازات های حدی و قصاص که از روی استحقاق صورت گرفته است؛ نه جنایاتی که در اصل، محکوم به ضمان است ولی با عفو بعدی مجنی علیه، ضمان ساقط شده است. ضمن آنکه سقوط ضمان سرایت در مسئله محل بحث به استناد ادعای اطلاق این قاعده نیز به وضوح مردود است^۱ (صاحب جواهر، ۴۲/۴۲۸)؛ به این معنا که موضوع قاعده مذکور، متفاوت از موضوع مسئله محل بحث است و به عبارتی تخصصاً از آن خارج است. بنابراین نمی توان با استناد به اطلاق این قاعده فقهی، حکم به عدم ضمان سرایت ناشی از جنایت کرد.

ب. نتیجه استناد به تبادر در این مسئله، نه همسو با مدعای مستدل، بلکه در جهت عکس آن است؛ چراکه از نگاه عرف، کاملاً روشن است که چه بسا مجنی علیه، جنایت وارده را به دلیل ناچیز بودن و عدم گمان به سرایت بعدی آن، عفو می کند و این به منزله عفو جانی راجع به سرایت ناشی از آن نخواهد بود. در واقع، اگر مجنی علیه از ابتدا بداند که جنایت اولیه، سبب سرایت به عضو یا جاننش خواهد شد، چه بسا هرگز جانی

۱. «فان كون الجرح غير مضمون بالعفو لا يقتضى عدم الضمان بالسراية و ما اشتهر من أنّ غير المضمون لا تضمن سرايته أنّما هو في غير المضمون ابتداء كالأوقع بحق مثلاً، و دعوى اقتضاء الاطلاق ذلك واضحة المنع» (صاحب جواهر، ۴۲/۴۲۸).



را عفو نمی‌کند. بنابراین، متبادر عرفی از عفو جنایت اولیه، نه تنها عفو از سرایت ناشی از آن جنایت نیست، بلکه عکس آن به ذهن متبادر می‌شود.

ج. از سوی دیگر، تعمیم اعتبار عفو از جنایت اولیه به تمام آثار آن، از جمله سرایت بعدی، در بسیاری موارد موجب هدررفتن خون یک انسان خواهد بود که با مبانی شرعی که نهایت مذاقه و احتیاط را در مسائل مربوط به نفوس و دماء مصروف دارد (کلینی، ۲۷۱/۷)، نامتناسب است.

۴. تبیین نظر برگزیده

این دیدگاه، قول به تفصیل است؛ به این بیان که اگر شخصی در خصوص عضوی از اعضای کسی مرتکب جنایت شود و مجنی علیه پیش از بهبودی کامل، جانی را ببخشد و سپس جنایت وارده به عضو یا نفس مجنی علیه سرایت کند، اگر هنگام ارتکاب جنایت، سرایت بعدی، مقصود جانی بوده یا اینکه غالباً منجر به سرایت شود، در این صورت، جانی در قبال سرایت بعدی، حسب مورد محکوم به قصاص عضو یا نفس خواهد بود. اما اگر سرایت ایجاد شده فاقد هر دو شرط مذکور باشد؛ یعنی مقصود جانی نبوده و جنایت ارتكابی هم غالباً موجب سرایت نمی‌شود؛ بلکه سرایت به عضو یا نفس به طور اتفاقی ایجاد شده باشد، در این صورت، جانی در قبال سرایت بعدی بر حسب مورد محکوم به دیه عضو یا نفس می‌شود (خویی، ۲۲۲/۲؛ تبریزی، ۳۳۶؛ وحید خراسانی، ۵۴۵/۳؛ فیاض، ۳۸۲/۳). محقق خویی در این باره می‌نویسد: «اگر شخصی انگشت کسی را قطع نموده و پس از عفو مجنی علیه، جنایت انگشت به دست او سرایت کند، در این صورت، قصاص انگشت که مورد عفو قرار گرفته، ساقط می‌شود؛ اما در مورد سرایت به دست اگر سرایت ایجاد شده، مقصود جانی بوده یا چنین جنایتی غالباً موجب سرایت می‌شود، حتی اگر مقصود جانی نبوده، قصاص دست ثابت می‌شود. اما اگر سرایت بعدی، مقصود جانی نبوده و ایجاد سرایت نیز اتفاقی بوده باشد، دیه دست ثابت می‌شود. در فرض سرایت به نفس، مجنی علیه نیز حکمش مثل حکم سرایت به عضو است»^۱ (خویی، ۲۲۲/۲؛ سبزواری، ۵۳/۲۹؛ تبریزی، ۳۳۶).^۲

اشکال و پاسخ: شاید گفته شود که در دیدگاه منتسب به مشهور که در صورت سرایت جنایت عفو شده به عضو دیگر، به خلاف فرض سرایت به نفس، حکم به ثبوت دیه علیه جانی شده است، در واقع، استمرار تمایل مجنی علیه به عفو جانی مفروض دانسته شده است. در پاسخ می‌توان گفت: با تحلیل و بازخوانی منابع فقهی به وضوح پیدا است که منظور دیدگاه منتسب به مشهور، مواردی است که عفو مجنی علیه تنها ناظر به

۱. «لو عفا عن الجنایة ثم سرت الی الکفّ سقط القصاص فی الاصح، و اما فی الکفّ فان کانت السراية مقصودة للجانی أو کانت تلک الجنایة ممّا تؤدی الی السراية غالباً و إن لم تکن مقصودة، ثبت القصاص فی الید. و اما اذا کانت غیر مقصودة و کانت السراية اتفاقیة ثبت الدية دون القصاص، و كذلك الحال اذا سرت الی النفس» (خویی، ۲۲۲/۲).

۲. «اذا کانت السراية اتفاقیة فلا توجب القصاص لا فی الأطراف و لا فی النفس و انما توجب الدية. و إن کانت الجنایة بقصد السراية أو کونها بألة تسری عاداتاً یثبت القصاص بالسراية فی الأطراف و فی النفس» (تبریزی، ۳۳۶).



جنایت موجود است؛ نه اینکه استمرار عفو سابق مجنی علیه به سرایت بعدی، مفروض باشد. مؤید مطلب این است که فقها مسئله سرایت را در دو فرض بحث کرده‌اند: فرض نخست اینکه، مجنی علیه بگوید: جنایت موجود و تمام آثار آن را که سرایت بعدی نیز از آن جمله است، عفو کردم. در این صورت، از آنجاکه عفو سابق همچنان استمرار دارد، جنایات ناشی از سرایت بعدی هم مشمول عفو قبلی خواهد بود و فرض دوم اینکه، تنها جنایت موجود را عفو کند، اما پس از عفو، جنایت اولیه به عضو یا نفس مجنی علیه سرایت کند که مسئله محل بحث است (شهید اول، ۳۹۸ تا ۳۹۹؛ ابن شجاع قطان، ۵۷۱/۲؛ علامه حلی، قواعد الأحکام، ۳/ ۶۳۷ تا ۶۳۸)؛ از این رو عفو جنایت موجود، مستلزم عفو صدمات بعدی نیست.

بر اساس این تقسیم‌بندی می‌توان دریافت که در مسئله محل بحث، استمرار عفو سابق، مفروض این نظر نیست؛ بنابراین توجیه نظر منتسب به مشهور در فرض سرایت به عضو، به اینکه این فقیهان استمرار عفو مجنی علیه را مفروض گرفته و از این رو به پرداخت دیه عضو حکم کرده‌اند نه تنها روشن نیست، بلکه با توضیحی که گذشت، دارای محملی چندان موجه و دقیق به نظر نمی‌رسد.

۴. ۱. تحلیل مبانی فقهی نظر برگزیده

تحلیل مستند این دیدگاه آن است که در صورتی که سرایت ناشی از جنایت از ابتدا مقصود جانی بوده یا چنین جنایتی نوعاً موجب سرایت باشد، به لحاظ تحقق شرایط جنایت عمد، سرایت وارده مصداق جنایت عمد بوده و بنا بر اصل، جانی در قبال سرایت، بر حسب مورد محکوم به قصاص عضو یا نفس خواهد بود. در غیر این صورت، به دلیل تحقق شرایط جنایت غیر عمد، سرایت بعدی مشمول حکم جنایت غیر عمد قرار گرفته و جانی در قبال سرایت، محکوم به دیه است (خویی، ۲۲۲/۲؛ تبریزی، ۳۳۴)؛ در فرض سرایت به عضو، محکوم به پرداخت دیه عضو و در سرایت به نفس، دیه نفس است.

توضیح آنکه، جنایت عمد بر اساس تعریف فقهی دو مشخصه دارد که با تحقق یکی از آن‌ها جنایت عمد که مستوجب قصاص است، تحقق می‌یابد: مشخصه اول اینکه جانی قصد ارتکاب جنایت ایجاد شده را داشته باشد؛ هر چند وسیله‌ای که به کار می‌برد، نوعاً کشنده یا تلف‌کننده عضو نباشد؛ مشخصه دوم اینکه وسیله‌ای که جانی برای ارتکاب جنایت به کار می‌برد، نوعاً کشنده یا سبب اتلاف عضو باشد؛ هر چند جانی قصد ارتکاب جنایت وارده را نداشته باشد. با وجود یکی از این دو مشخصه، جنایت ارتكابی، عمدی محسوب می‌شود (تبریزی، ۲۷۷؛ خمینی، ۵۴۰/۲).

قانونگذار نیز با پیروی از نظر فقیهان، در قانون مجازات اسلامی (مصوب ۱۳۹۲) جنایت عمدی را با همین چهارچوب تعریف کرده است و در ماده ۲۹۰ مقرر می‌دارد: «جنایت در موارد زیر عمدی محسوب می‌شود: الف. هرگاه مرتکب با انجام کاری قصد ایراد جنایت بر فرد یا افرادی غیر معین از یک جمع را داشته باشد و در عمل نیز، جنایت مقصود یا نظیر آن واقع شود، خواه کار ارتكابی نوعاً موجب وقوع آن جنایت یا



نظیر آن بشود، خواه نشود؛ ب. هرگاه مرتکب عمداً کاری انجام دهد که نوعاً موجب جنایت واقع شده یا نظیر آن می‌گردد؛ هر چند قصد ارتکاب آن جنایت و نظیر آن را نداشته باشد، ولی آگاه و متوجه بوده که آن کار نوعاً موجب آن جنایت یا نظیر آن می‌شود».

جنایت شبه عمد نیز در تعریف فقهی خود آن است که جانی، قصد ارتکاب فعل بر معنی‌علیه را داشته، ولی قصد جنایت وارده (نتیجه فعل) را نداشته و فعل ارتكابی نیز نوعاً موجب آن جنایت نمی‌شود؛ مثل اینکه شخصی بچه‌ای را برای تأدیب، با تازیانه یا امثال آن بزند که نوعاً کشنده نیست و اتفاقاً منجر به قتل وی شود (خمینی، ۵۵۴/۲؛ مجلسی، ۶۷). بنابراین در تعریف جنایت شبه عمد گفته می‌شود: «در قتل یا جرح یا نقص عضو شبیه عمد، مرتکب (عامداً فی فعله) و (مخطأً فی قصده) است؛ بدین ترتیب، از آن جهت که این عمل، به دلیل عمد در فعل، به جرم عمدی و به دلیل خطا در قصد، به جرم خطئی شبیه است، به آن شبه‌عمد یا خطای شبیه عمد یا عمد شبیه خطا می‌گویند» (میرمحمدصادقی، ۱۲۶). در قانون مجازات اسلامی (مصوب ۱۳۹۲) نیز در ماده ۲۹۱ به مصادیق جنایت شبه‌عمدی پرداخته است. بند الف ماده مذکور مقرر می‌دارد: «جنایت در موارد زیر شبه‌عمدی محسوب می‌شود: الف. هرگاه مرتکب نسبت به معنی‌علیه قصد رفتاری را داشته، لکن قصد جنایت واقع شده یا نظیر آن را نداشته باشد و از مواردی که مشمول تعریف جنایات عمدی می‌گردد، نباشد...».

در مجموع باید گفت: دیدگاه اخیر از آن‌رو که مسئله را باتوجه به چهارچوب جنایت عمد و شبه‌عمد تحلیل می‌کند، منطقی به نظر می‌رسد؛ چراکه ممکن است جانی با اطلاع از وضعیت جسمانی معنی‌علیه یا موقعیت زمانی و مکانی وقوع جرم، سرایت جنایت را قصد کرده یا ابزاری که در ارتکاب جرم به کار برده است، نوعاً موجب سرایت باشد؛ به‌عنوان مثال با چاقوی زهرآلود کسی را مورد ضرب قرار داده که هدفش مرگ معنی‌علیه در اثر زهر بوده است. بنابراین، نمی‌توان در حکم فقهی این مسئله تفصیل نداد؛ همان‌گونه که مشهور فقیهان، مرتکب این اطلاق شده‌اند و در فرض سرایت جنایت به عضو، به‌طور مطلق جانی را محکوم به دیه عضو و در فرض سرایت نفسی، مطلقاً محکوم به قصاص نفس کرده‌اند. حال آنکه در هریک از دو فرض مسئله (سرایت به عضو یا نفس) ممکن است با احراز دو شرط مذکور، سرایت بعدی عمد به شمار آید که در این صورت بدون تفصیل میان سرایت به عضو یا نفس، جانی بر حسب مورد محکوم به قصاص عضو یا نفس خواهد بود. همان‌طور که ممکن است با فقدان دو شرط یادشده، سرایت بعدی غیرعمد محسوب شود که در این صورت نیز بدون تفاوت میان سرایت به عضو یا نفس، جانی بر حسب مورد محکوم به دیه عضو یا نفس می‌شود. بنابراین دلیل روشنی که تفصیل میان سرایت جنایت به عضو و سرایت به نفس را توجیه کند به نظر نمی‌رسد؛ به این صورت که در فرض سرایت جنایت به عضو، به‌طور مطلق جانی محکوم به دیه باشد و در فرض سرایت به نفس، محکوم به قصاص.

۴. ۲. رد دیه جنایت عضو مورد عفو، هنگام قصاص یا دریافت دیه

پرسش مطرح شده در این بخش از پژوهش آن است که در فرض سرایت جنایت مورد عفو به نفس مجنی علیه، آیا اولیای دم هنگام قصاص نفس یا دریافت دیه آن ملزم به پرداخت دیه عضوی که از سوی مجنی علیه بخشیده شده است، هستند؟

مشهور فقیهان، پرداخت دیه عضو عفوشده را پیش از قصاص نفس یا دریافت دیه آن توسط اولیای دم لازم می دانند؛ گروه دیگری به عدم لزوم رد دیه عضو عفوشده قبل از قصاص نفس حکم کرده اند (خمینی، ۵۵۲/۲؛ تبریزی، ۳۳۶). علامه حلی نیز با محل اشکال دانستن دیدگاه مشهور مبنی بر مشروط کردن قصاص نفس به پرداخت دیه عضو عفوشده، به دیدگاه اخیر متمایل است^۱ (علامه حلی، قواعد الاحکام، ۳/۳۶۷). به نظر می رسد دیدگاه غیر مشهور مبنی بر عدم لزوم رد دیه عضو عفوشده در فرض سرایت بعدی به نفس مجنی علیه، قولی موجه و قابل دفاع است؛ چراکه اولاً در صورت سرایت جنایت مورد عفو به نفس مجنی علیه، عفو سابق او موجب رفع ضمان نیست؛ به دلیل اینکه اگر سرایت بعدی، جنایت عمد به شمار آید، موجب قصاص نفس خواهد بود که حق اولیای دم است، نه مجنی علیه. از این رو، مجنی علیه راجع به حق دیگران، امکان دخل و تصرف یا اسقاط ندارد. از سوی دیگر، اگر سرایت ایجاد شده، غیر عمد محسوب شود، موجب دیه است که گرچه ملک میت بوده و با آن معامله ماترک می شود، اما با موت مجنی علیه ثابت می شود. بنابراین، اسقاط سابق مجنی علیه، اسقاط مالم بجنب خواهد بود (تبریزی، ۳۳۶).

اشکال و پاسخ: شاید این اشکال مطرح شود که این دلیل در واقع بر اتقان دیدگاه منتسب به مشهور دلالت دارد که در فرض سرایت به نفس، قائل به ثبوت قصاص نفس است.

در پاسخ می توان گفت: در واقع، این دلیل بر اصل ضمان آوردن سرایت بعدی دلالت دارد؛ به این بیان که عفو جنایت موجود، موجب رفع ضمان از سرایت بعدی نمی شود. حال، ضمان بعدی بر حسب نوع جنایت وارده و بر مبنای دو شرط مذکور ممکن است جنایت عمدی محسوب شود که موجب قصاص نفس است و ممکن است مشمول جنایت غیر عمدی قرار گیرد که موجب دیه نفس خواهد بود.

ثانیاً، از ادله پیش از این استفاده نمی شود که تداخل مربوط به مقام اجرای قصاص و مقام استیفا است، نه ثبوت حق قصاص؛ به این معنا که در مقام ثبوت، حق قصاص عضو و نفس، هر دو ثابت است، لیکن این دو حق مادام که استیفا نشده اند، باید به شکل تداخلی استیفا شوند و گرنه در واقع امر، اگر این دو حق برای صاحب حق قصاص نباشد، لازم می آید که در فرض تداخل اگر وی عمداً اقدام به قصاص عضو و نفس کند، محکوم به قصاص عضو شود؛ حال آنکه قطعاً چنین نیست. بنابراین، تا زمانی که صاحب حق قصاص، هیچ یک از دو جنایت را استیفا نکرده است، به او اجازه داده نمی شود تا هر دو را به شکل مستقل استیفا کند؛

۱. «لوسرت الی النفس کان للولی القصاص فی النفس بعد ردّ ما عفی عنه، علی اشکال» (علامه حلی، قواعد الاحکام، ۳/۶۳۷).



ولی حال که اولی را به قصاص یا گرفتن دیه استیفا کرده، حق قصاص وی نسبت به جنایت دوم به شکل مستقل ثابت است و دلیلی نیز بر پرداخت دیه عضو مورد قصاص اول یا برگرداندن وجه المصالحة آن وجود ندارد. افزون بر آنکه، اصل بر عدم تداخل بوده و تداخل حتی در مقام اجرا نیز خلاف اصل و خلاف قاعده است و اخبار مخصوص این اصل نیز بر بیش از آنچه گفته شد، دلالتی ندارند (مزروعی، ۳۰۷/۱).

ثالثاً، هریک از اعضای انسان داخل در ماهیت نفس وی است؛ از این رو، حکم این مسئله، شبیه حکم مسئله قصاص شخص کامل در مقابل قتل کسی است که دستش به وسیله دیگری یا به سبب آفتی قطع شده است؛ یعنی همان گونه که اگر شخص سالم مرتکب قتل شخص مقطوع الید شود و اولیای دم خواهان قصاص او باشند، پرداخت دیه یک دست به وی لازم نیست، همین حکم در مسئله محل بحث نیز جاری است. صاحب جواهر دلیل عدم لزوم رد دیه عضو عفوشده را در سرایت به نفس این گونه بیان می کند: «فلعله من دخول الطرف فی النفس، فهو قتل کامل بمن قطع یده غیره أو تلف بأفة» (صاحب جواهر، ۴۲۷/۴۲). از سوی دیگر، حکم این مسئله همانند قصاص عضو پیش از سرایت به نفس است؛ یعنی، همان طور که اگر کسی انگشت شخصی را قطع کرده و مجنی علیه انگشت را قصاص کند و سپس جنایت وارده به جان مجنی علیه سرایت کرده و موجب مرگ وی شود، به رغم ثبوت قصاص نفس برای اولیای دم، پرداخت دیه عضوی که قبلاً قصاص شده است، واجب نیست. مسئله محل بحث نیز این گونه بوده و پرداخت دیه جنایت مورد عفو قبل از قصاص نفس، علی الأصول نباید لازم باشد (مقدس اردبیلی، ۱۴۰/۱۴). در واقع، مجنی علیه با گذشت از حق قصاص خود، گویا حق قصاص خویش را استیفا کرده و خود را مُجَبِّح به مطالبه قصاص نمی داند. بنابراین، حکم سرایت بعد از عفو با حکم سرایت بعد از قصاص استحقاقی، متناظر است و هنگام قصاص نفس، رد دیه عضو عفوشده به جانی لازم نیست.

رابعاً، سرایت بعد از عفو در واقع جنایتی جدید است که ارتباطی به جنایت بخشوده اولیه ندارد (صاحب جواهر، ۴۲۴/۴۲). از آنجاکه جنایت ناشی از سرایت هنگام عفو مجنی علیه وجود خارجی نداشته و بعداً ایجاد شده است، جنایتی مستقل به شمار می رود و طبعاً از حکم جنایت سابق، متأثر نیست. از این رو است که اگر بعد از قصاص عضو، جنایت به نفس سرایت کند، اولیای دم می توانند بدون رد دیه عضو عفوشده جانی را قصاص کنند. در مسئله پیش رو نیز سرایت بعدی در واقع، جنایتی مستقل است و از عفو سابق متأثر نمی شود و امکان استحقاق قصاص جانی بدون رد دیه عضو عفوشده می تواند وجود داشته باشد.

۵. موضع قانونگذار در مسئله

همان طور که پیش تر گفته شد، این مسئله در قوانین قبلی سابقه نداشته و در واقع از خلأهای قوانین پیشین (قانون مجازات اسلامی، مصوب ۱۳۶۱ و نیز قانون مصوب ۱۳۷۰) به شمار می رفت که در مواد ۳۰۰ و ۴۴۰ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ بدان پرداخته شد. اگرچه با تحلیل های ارائه شده نقدهایی به



آن وارد است. قانونگذار کیفری در ماده ۳۰۰ قانون مجازات اسلامی (مصوب ۱۳۹۲) مقرر می‌دارد: «اگر مجنی علیه به تصور اینکه جنایت وارده بر او به قتل منجر نمی‌شود و یا اگر به قتل منجر شود، عمدی محسوب نمی‌شود، قصاص کند یا گذشت یا مصالحه بر دیه یا غیر آن نماید و بعد از آن، جنایت واقع شده به نفس سرایت کند و به فوت مجنی علیه منجر شود، هرگاه قتل مشمول تعریف جنایات عمدی باشد، قاتل به قصاص نفس محکوم می‌شود و چنانچه عضو مرتکب، قصاص شده یا با او مصالحه شده باشد، ولی دم باید قبل از قصاص نفس، دیه عضو قصاص شده یا وجه المصالحه را به وی بپردازد؛ لکن اگر جنایت مشمول تعریف جنایات عمدی نگردد، به پرداخت دیه نفس بدون احتساب دیه عضو قصاص شده یا وجه المصالحه اخذ شده، محکوم می‌شود. مفاد این ماده در موردی که جنایت ارتكابی به قسمت بیشتری از همان عضو مورد جنایت سرایت کند، نیز جاری است.»

مفاد ماده ۴۴۰ قانون مجازات اسلامی نیز درباره سرایت جنایت بعد از قصاص عضو است. قانونگذار در این ماده مقرر داشته است: «(قصاص عضو را می‌توان فوراً اجرا کرد، لکن اگر علم به سرایت وجود نداشته باشد و قصاص اجرا شود و پس از آن جنایت سرایت کند و سرایت پدید آمده، عمدی محسوب شود، مرتکب حسب مورد به قصاص نفس یا عضو محکوم می‌شود، لکن پیش از اجرای قصاص نفس، ولی دم باید دیه جنایتی را که به عنوان قصاص عضو بر مرتکب وارد شده است به او بپردازد و اگر سرایت پدید آمده، غیر عمدی محسوب شود، مرتکب به دیه جنایتی که به وسیله سرایت پدید آمده است، محکوم می‌شود و دیه مقداری که قصاص شده است، کسر نمی‌شود.»

قانونگذار در این دو ماده برخلاف نظر مشهور، میان حکم سرایت به عضو و سرایت به نفس قائل به تفصیل نشده و در هر دو فرض مسئله در صورت صدق جنایت عمد، جانی را محکوم به قصاص و در صورت صدق جنایت غیر عمد، محکوم به پرداخت دیه کرده است و از این نظر قابل دفاع است. اما از این نظر که در فرض سرایت جنایت اولیه (که مورد عفو یا مصالحه قرار گرفته) به نفس مجنی علیه، در خصوص لزوم پرداخت دیه جنایت اولیه، میان جنایت عمد و غیر عمد قائل به تفصیل شده و در صورت صدق جنایت عمد، اولیای دم را قبل از قصاص نفس ملزم به رد دیه جنایت اولیه کرده و در جنایت غیر عمد به عدم لزوم آن حکم کرده و اولیای دم را مستحق دریافت تمام دیه نفس کرده است، با تحلیل‌های بیان شده قابل انتقاد است؛ چراکه با توجه به ادله عدم لزوم رد دیه جنایت مورد عفو در فرض سرایت به نفس، در عدم لزوم رد، تفاوت میان جنایت عمد و غیر عمد توجیهی ندارد؛ یعنی همان طور که اگر سرایت به نفس مشمول جنایت غیر عمد قرار گیرد، اولیای دم می‌تواند بدون احتساب دیه جنایت عفو شده، به دریافت تمام دیه نفس اقدام کند. در فرضی هم که سرایت به نفس مشمول جنایت عمد قرار گیرد، اولیای دم بنا بر اصل باید بدون رد دیه جنایت عفو شده، استحقاق قصاص نفس جانی را داشته باشند. بنابراین، بر اساس نگاه صاحبان این قلم پیشنهاد اصلاح این



قسمت از مواد ۳۰۰ و ۴۴۰ قانون مجازات اسلامی مطرح و دفاع است.

نتیجه‌گیری

از مباحث مطرح‌شده در این نوشتار، موارد زیر روشن شد:

أ. در صورت سرایت جنایت وارده به عضو یا نفس مجنی علیه بعد از ارتکاب جنایت اولیه‌ای که عفو شده است، دیدگاه‌های مختلفی مطرح شده است که در این میان، مشهور فقیهان بین سرایت به عضو و نفس قائل به تفصیل شده و بر این باورند که در فرض سرایت عضوی، جانی محکوم به دیه عضو و در فرض سرایت به نفس، محکوم به قصاص نفس است و در هر دو فرض باید دیه جنایت عفو شده به جانی پرداخت شود.

ب. دیدگاه دیگر در این باره آن است که عفو از جنایت اولیه به منزله عفو از تمامی آثار و لوازم آن است؛ از این رو، جانی در قبال سرایت ناشی از جنایت اولیه، چه سرایت عضوی و چه نفسی، هیچ‌گونه ضمانتی ندارد.

ج. در مقابل این دو دیدگاه، دیدگاه سوم مطرح است که برخلاف نظر مشهور، بین سرایت عضوی و نفسی تفصیلی قائل نشده است، بلکه بر این باور است که اگر سرایت ایجاد شده، مقصود جانی یا وسیله ارتکاب جرم باشد، بر اساس نظر کارشناس، نوعاً موجب سرایت باشد، در هر دو فرض (یعنی: چه سرایت عضوی و چه نفسی)، جانی محکوم به قصاص است و اگر فاقد این دو شرط باشد، در هر دو فرض محکوم به دیه خواهد بود؛ یعنی در سرایت عضوی، محکوم به دیه عضو و در سرایت نفسی، محکوم به دیه نفس.

د. با تحلیل و ارزیابی مبانی فقهی دیدگاه‌های مطرح شده به نظر می‌رسد که دیدگاه سوم از این نظر که تمام جوانب احتمالی مسئله را لحاظ کرده و حکم سرایت وارده را با چهارچوب شرایط و احکام جنایات عمد و غیرعمد سنجیده است، از نقطه قوت برخوردار می‌باشد. اما دیدگاه‌های دیگر به دلیل اشکالاتی که به مبانی فقهی آن‌ها وارد است که تفصیلاً بیان شد، قابل دفاع نیستند.

ه. از جمله اشکالات وارده به دیدگاه مشهور این است که میان حکم سرایت عضوی و سرایت نفسی قائل به تفصیل شده است و در فرض سرایت به عضو، به طور مطلق جانی را محکوم به دیه عضو و در فرض سرایت به نفس، محکوم به قصاص نفس کرده است؛ حال آنکه اگر سرایت ایجاد شده عمد محسوب شود، بدون تفصیل میان سرایت عضوی و نفسی، در هر دو فرض مسئله، موجب قصاص است و اگر غیرعمد به شمار آید، در هر دو فرض باید موجب ثبوت دیه باشد. بنابراین، تفصیل مطرح شده میان این دو فرض توجیه فنی ندارد و منطقی به نظر می‌رسد.

و. نمی‌توان به طور مطلق در فرض سرایت عضوی، جانی را محکوم به دیه عضو و در فرض سرایت نفسی، محکوم به قصاص نفس کرد، بلکه بستگی به این دارد که سرایت ایجاد شده مشمول جنایت عمد قرار گیرد یا غیرعمد.



ز. اگر بعد از عفو مجنی علیه، جنایت اولیه به نفس سرایت کند، برخلاف نظر مشهور فقها که معتقدند ولی دم باید قبل از قصاص نفس یا دریافت دیه نفس، مقدار دیه جنایت عفوشده را به جانی برگرداند، باتوجه به ادله ای که تفصیلاً بدان پرداخته شد معتقدیم که در فرض سرایت جنایت به نفس، رد دیه جنایت عفوشده به جانی در هیچ یک از جنایات عمد و غیرعمد واجب نیست، بلکه اولیای دم بدون پرداخت دیه جنایت عفوشده می توانند قصاص نفس یا تمام دیه آن را مطالبه کنند. از این رو، مواد ۳۰۰ و ۴۴۰ قانون مجازات اسلامی (مصوب ۱۳۹۲) که در فرض سرایت جنایت مورد عفو به نفس مجنی علیه، میان جنایت عمد و غیرعمد قائل به تفصیل شده و عدم لزوم پرداخت دیه جنایت مورد عفو را به جنایت غیرعمد اختصاص داده، قابل نقد و نیازمند اصلاح به نظر می رسد.

منابع

قرآن کریم

- ابن شجاع قطان، شمس الدین محمد، معالم الدین فی فقه آل یاسین، چاپ اول، قم: موسسه امام صادق (ع)، ۱۴۲۴ق.
- تبریزی، جواد، تنقیح مبانی الأحكام؛ کتاب القصاص، چاپ دوم، قم: دارالصدیقه الشهیده (س)، ۱۴۲۶ق.
- حلی، محمد بن حسن، ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد، چاپ اول، قم: اسماعیلیان، ۱۳۸۷.
- خاوری، یعقوب و همکاران، فقه جزا؛ واژه نامه تفصیلی، زیر نظر آیت الله عمید زنجانی، چاپ اول، مشهد: انتشارات دانشگاه علوم اسلامی رضوی، ۱۳۸۴.
- خمینی، روح الله، تحریر الوسیلة، چاپ اول، قم: مطبوعات دارالعلم، بی تا.
- خویی، ابوالقاسم، مبانی تکملة المنهاج، چاپ اول، قم: موسسه احیاء آثار الإمام الخویی (ره)، ۱۴۲۲ق.
- زیدان، عبدالکریم، القصاص والدیات فی الشریعة الإسلامیة، چاپ اول، دمشق: مؤسسة الرسالة، ۱۴۳۴ق.
- سبزواری، عبدالاعلی، مهذب الأحكام، چاپ چهارم، قم: المنار، ۱۴۱۳ق.
- شهید اول، محمد بن مکی، غایة المراد فی شرح نکت الإرشاد، چاپ اول، قم: انتشارات دفتر تبلیغات، ۱۴۱۴ق.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی، مسالک الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام، چاپ اول، قم: مؤسسه معارف اسلامی، ۱۴۱۳ق.
- صاحب جواهر، محمد حسن بن باقر، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، چاپ هفتم، بیروت: دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ق.
- طوسی، محمد بن حسن، الخلاف، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۷ق.
- علامه حلی، حسن بن یوسف، إرشاد الأذهان، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ق.
- _____، قواعد الأحكام، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ق.
- _____، مختلف الشیعة فی أحكام الشریعة، چاپ اول، قم: مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۲ق.
- فیاض، محمد اسحاق، منهاج الصالحین، بی جا: بی نا، بی تا.



- قانون راجع به مجازات اسلامی (مصوب ۱۳۶۱)، به کوشش جهانگیر منصور، تهران: دیدار، بی تا.
- قانون مجازات اسلامی (مصوب ۱۳۷۰)، به کوشش جهانگیر منصور، تهران: دیدار، بی تا.
- قانون مجازات اسلامی (مصوب ۱۳۹۲)، به کوشش جواد صادقی، تبریز: آیدین، یانار، بی تا.
- کلینی، محمدبن یعقوب، الکافی، چاپ سوم، تهران: دارالکتب الإسلامیة، ۱۳۶۳.
- مجلسی، محمدباقر بن محمدتقی، حدود و قصاص و دیات، به تصحیح و تحقیق علی فاضل قائنی نجفی، چاپ اول، قم: مؤسسه نشر آثار اسلامی، بی تا.
- مزروعی، رسول، شرح مبسوط قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ قصاص، زیر نظر آیت الله سید محمود هاشمی شاهرودی، چاپ اول، قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی، ۱۳۹۴.
- مقدس اردبیلی، احمد بن محمد، مجمع الفائدة والبرهان فی شرح إرشاد الأذهان، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۳ ق.
- میر محمد صادقی، حسین، حقوق کیفری اختصاصی؛ جرایم علیه اشخاص، چاپ بیست و سوم، تهران: میزان، ۱۳۹۶.
- وحید خراسانی، حسین، منهاج الصالحین، چاپ پنجم، قم: مدرسه امام باقر (ع)، ۱۴۲۸ ق.

Table of Contents

The Imbecile's Confession in Criminal Actions: a Criticism of Article 170 of the Islamic Penal Code	12
Ruhallah Akrami	
Optional Duress.....	30
Ahmad Bagheri	
Abedin Momeni	
Sayyed Mahmoud Hal Ataei	
Restudying the Retaliation of Mother for Murdering Her Child in the Light of the Objectives of Religion	48
Sayyede Negin Hassan Zadeh Khabbaz	
Sayyed Mohammad Javad Sadati	
Ali Elahi Khorasani	
Jurisprudential Challenges of Penalization the Repeated Crime in the Islamic Penal Code of 2014.....	66
Hassan Hassani	
Sayyed Mahmoud Majidi	
A Comparative Study of the Explanation of the Relation between Term and Meaning from the Perspective of Saussure and Mohammad Baqir Sadr	86
Sayyed Hossein Khatami Sabzevari,	
Sayyed Mohammad Hossein Mohammadi Demeneh	
An Analytical Introduction to Imam Khomeini's Legal Addresses Theory and its Implications in the Acts of Worship Jurisprudence	106
Mohammad Ali Raghebi	
Amin Sadoughi	
The Approach of Islamic Jurists to the Topic of the Sale of Free Man in the Light of the Sakuni's Narration	122
Fattah Fattahi Vanani	
Hossein Saberi	
Mohammad Taghi Fakhlaei	
An Examination of the Validity of the Proofs of the Famous Opinion of Imamia Jurists about Murder under Duress	138
Kiumars Kalantari	
Reza Hadizadeh	
The Precept of Spread of the Forgiven Crime	158
Mahdi Movahedi Moheb	
Hassan Pour Lotfallah	
Sayyed Sjad Mohammadi	

In the Name of Allah



Journal of Fiqh and Usul

Vol. 54, No. 1: Issue 128, Spring 2022

ISSN-Print:2008-9139

ISSN-Online:2538-3892

License Holder

Ferdowsi University of Mashhad

Managing Editor & Editor in Chief

Dr. M.T. Fakhla'ī

Editorial Board

Dr. A. A. Īzādīfard

Prof, Dept of Law, Māzandarān Univ

Dr. A. Baqirī

Prof, Dept of Islamic Jurisprudence, Tehrān Univ

Dr. M. H. Hā'irī

Prof, Dept of Islamic Jurisprudence, FUM

Dr. H. Sābirī

Prof, Dept of Islamic Jurisprudence, FUM

Dr. M.T. Fakhla'ī

Prof, Dept of Islamic Jurisprudence, FUM

Dr. S.M.T.Ghabooli Dorafshan

Associate Prof, Dept of Islamic Jurisprudence, FUM

Dr. J. Qanavāfi

Associate Prof, Qum Pardis, Tehran University

Dr. M. Malek Afzali Ardakani

Professor of Al-Mustafa (PBUH) International Society

Dr. S.M. Muhaqqiq Dāmād

Prof, Dept of Law, shahīd Bihishtī Univ

Dr. H. Nāsirī Moghadam

Prof, Dept of Islamic Jurisprudence, FUM

Executive Director

Hussain Zekavatizadeh

Translation of Abstracts

Dr. Sayyad Mohammad Hadi Ghabooli Editorial Board

Address:

Faculty of Theology and Islamic Studies

Ferdowsi University of Mashhad Campus

Azadi Sq. Mashhad – Iran

Zip Code: 9177948955

Tel: +98 (51) 38803863



FERDOWSI UNIVERSITY OF MASHHAD

Journal of Fiqh and Usul

Faculty of Theology and Islamic Studies

ISSN-Print: 2008-9139

ISSN-Online: 2538-3892

Vol. 54, No. 1: Issue 128, Spring 2022

FERDOWSI UNIVERSITY OF MASHHAD PRESS