



فصلنامه علمی پژوهشی جستارهای فقهی و اصولی

سال پنجم، شماره پیاپی ۱۴، بهار ۱۳۹۸

صاحب امتیاز: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم - شعبه خراسان رضوی
(مرکز تخصصی آخوند خراسانی)

مدیر مسئول: مجتبی الهی خراسانی

سر دبیر: حسین نصری مقدم

اعضای هیئت تحریریه (به ترتیب حروف الفبا):

مجتبی الهی خراسانی (مدیرس خارج حوزه و استادیار مرکز تخصصی آخوند خراسانی)

محمدحسن حائری (استاد دانشگاه فردوسی مشهد)

سیدعباس صالحی (استادیار پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی)

سعید ضیائی فر (مدیرس خارج حوزه و دانشیار پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی)

ابوالقاسم علیدوست (مدیرس خارج حوزه و استاد پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی)

احمد مبلغی (مدیرس خارج حوزه و دانشیار دانشگاه مذاهب اسلامی)

مهدی مهریزی (دانشیار دانشگاه آزاد اسلامی - واحد علوم و تحقیقات تهران)

حسین نصری مقدم (استاد دانشگاه فردوسی مشهد)

مدیر اجرایی: هادی مصباح الهدی

دبیر تحریریه: سیدمصطفی اختراعی طوسی

ویراستار: عبدالله غلامی (استادیار دانشگاه رازی کرمانشاه)

برگردان چکیده (عربی): شبکه بین المللی اجتهاد

برگردان چکیده (انگلیسی): ابراهیم داودی شریف آباد (استادیار دانشگاه باقرالعلوم)

صفحه آرا: حامد امامی

چاپ و صحافی: مؤسسه بوستان کتاب

فصلنامه جستارهای فقهی و اصولی، به استناد مصوبه ۳۳۷ شورای اعطای مجوزها و امتیازهای علمی

به نشریات حوزوی، در تاریخ ۱۳۹۸/۰۱/۲۸ تمدید اعتبار رتبه علمی پژوهشی گردید.

فصلنامه جستارهای فقهی و اصولی در پایگاه‌های زیر نمایه می‌شود:

پایگاه استنادی جهان اسلام (ISC)، نورمگز (Noormags.ir)، سیویلیکا (CIVILICA.com).

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی (Ensani.ir)، بانک نشریات کشور (Magiran) و

پایگاه نشریات دفتر تبلیغات اسلامی (Journals.dte.ir)

نشانی پستی: مشهد مقدس، چهارراه خسروی، خیابان آیت‌الله خزعلی، دفتر تبلیغات اسلامی خراسان رضوی

مرکز تخصصی آخوند خراسانی، فصلنامه جستارهای فقهی و اصولی؛

کد پستی: ۹۱۳۴۶۸۳۱۸۷ - تلفکس: ۰۵۱۳۲۲۱۳۳۲۵

رایانامه: jostar.feqhi@gmail.com | سامانه الکترونیکی: jostar-fiqh.maalem.ir

ISSN: 2476-7565

ارزیابان علمی این شماره (به ترتیب حروف الفبا):

مجتبی الهی خراسانی (مدّرس خارج حوزه و استادیار مرکز تخصصی آخوند خراسانی)

صالح حائری (مدرس سطوح عالی حوزه علمیه قم)

رضا دانشور ثانی (استادیار دانشگاه علوم اسلامی رضوی)

محمد تقی رفیعی (دانشیار حقوق خصوصی پردیس فارابی دانشگاه تهران)

عادل ساریخانی (دانشیار حقوق جزا و جرم شناسی دانشگاه قم)

محمد ابراهیم شمس ناتری (دانشیار حقوق جزا و جرم شناسی پردیس فارابی دانشگاه تهران)

عباس شیخ الاسلامی (استاد تمام حقوق دانشگاه آزاد اسلامی مشهد)

محمد باقر گرایلی (استادیار جامعة المصطفی العالمیه)

محمد رضا علمی سولا (استادیار فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد)

ابوالفضل علیشاهی قلعه جوقی (دانشیار فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه یاسوج)

هادی مصباح (مدرس سطوح عالی حوزه علمیه مشهد)

حسین ناصری مقدم (استاد فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد)

سعید نظری توکلی (دانشیار فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه تهران)

محمد نوروزی (مدرس سطوح عالی حوزه علمیه مشهد)

جستارهای

فقهی و اصولی

سال پنجم، شماره پیاپی ۱۴

بهار ۱۳۹۸

۲

اولویت‌های جستارهای فقهی و اصولی

۱. فلسفه فقه و اصول فقه: به خصوص: ساختار و روابط درونی اصول فقه، تعاملات و کارکردهای بیرونی اصول فقه؛
 ۲. فقه و اصول فقه مقارن: به ویژه: بازشناسی و نقد فقه سلفیه، قواعد فقهی مقارن؛
 ۳. فقه فرهنگ و تمدن: با تأکید بر: فقه شهر و شهرنشینی، فقه ارتباطات فرهنگی؛
تذکر: صرفاً مقالاتی دریافت و ارزیابی می‌شود که مطابق «ضوابط مقالات» (صفحات بعد) تدوین و ارسال شده باشد.
- نقل و اقتباس از مقاله‌های فصلنامه، با ذکر منبع آزاد است.

ضوابط ارسال مقالات علمی پژوهشی

ضوابط محتوا:

۱. مقاله باید نتیجه تحقیقات نوآمد نویسنده، و برخوردار از محتوا و یافته‌های غنی علمی در یکی از انواع زیر باشد:
الف) نظریه جدید؛ ب) تقریر و تبیین جدید از یک نظریه؛ ج) اثبات و استدلال جدید برای یک نظریه؛ د) ارزیابی و نقد جدید از یک نظریه؛ ه) مقایسه دو یا چند نظریه؛ و) کاربرد و تطبیقات جدید برای یک نظریه.
۱. مقاله، فقط برای یک شماره آماده شود و دنباله‌دار نباشد.
۲. مقاله، پیشتر یا همزمان به مجله‌های دیگر ارائه نشده باشد و نویسنده به نشر آن در جای دیگر متعهد نباشد.

۳. مسؤلیت مقاله به لحاظ علمی و حقوقی به عهده نویسنده است. چنانچه مقاله‌ای چند نویسنده داشته باشد و نویسنده مسئول مشخص نشده باشد، ارائه مقاله و تمام مکاتبات و مسؤلیت مقاله با نویسنده اول است. درج نشانی الکترونیک در پایین صفحه اصلی مقاله، فقط به نویسنده اول اختصاص دارد.

ضوابط نشر:

۱. نویسنده مسئول لازم است مقاله خود را از طریق پایگاه اینترنتی مجله به نشانی: jostar-fiqh.maalem.ir ارسال نماید و اطلاعات ضروری (*) را تکمیل نماید.
۲. حق قبول، رد و ویرایش مقاله برای مجله محفوظ است. هر مقاله ارسالی به مجله، به صورت ناشناس توسط دو داور متخصص، داوری هم‌تراز (peer review) می‌شود و در صورت اختلاف نظر داوران، توسط داور سوم ارزیابی می‌شود. تأیید نهایی مقاله برای چاپ در فصلنامه، پس از نظر داوران با هیئت تحریریه است.
۳. ترتیب مقالات هر شماره، بر اساس اقتضانات مورد نظر فصلنامه صورت می‌گیرد.

ضوابط نگارش:

۱. رعایت دستور خط زبان فارسی مصوب فرهنگستان زبان و ادب فارسی، الزامی است.
۲. حجم مقاله حداکثر ۷۵۰۰ کلمه باشد.
۳. مقاله روی کاغذ A4 با نرم‌افزار Word فرمت Doc و متن با قلم IRZAR ۱۳، و Times New Roman برای انگلیسی، چکیده، پاورقی و منابع با همان نوع قلم‌هادر اندازه ۱۱ حروفچینی شود. همچنین صفحه‌آرایی دارای حاشیه بالا ۵cm و پایین ۳cm، چپ و راست ۲/۵cm و میان سطور ۱cm باشد.
۴. هر مقاله باید به ترتیب شامل بخش‌های اصلی زیر باشد:

جستارهای

فقهی و اصولی

سال پنجم، شماره پیاپی ۱۴

بهار ۱۳۹۸

۳

- **عنوان:** به طور فشرده و گویا، مسئله تحقیق را مشخص کند.
- **چکیده:** حداکثر در ۳۰۰ کلمه به طور صریح، موضوع، هدف، ابعاد، روش، و نتیجه تحقیق را بیان کند و فاقد جزئیات، جدول، شکل یا فرمول باشد. و همچنین ارائه چکیده انگلیسی الزامی است.
- **کلیدواژه:** بین ۳ تا ۷ کلیدواژه و ترجیحاً بر اساس اصطلاحنامه علوم اسلامی (به نشانی: thesaurus.islamicdoc.org) باشد.

- **مقدمه:** به ترتیب شامل بیان کلیات موضوع، خلاصه‌ای از تاریخچه موضوع و کارهای انجام شده و ویژگی‌های هر یک، بیان فعالیت متمایز مقاله و برای گشودن گره‌ها و حرکت به سمت یافته‌های نوین.
- **متن اصلی:** مشتمل بر مطالب اصلی یعنی: تعریف مفاهیم مورد نیاز، طرح مسأله، استدلال‌ات و نقدها، به صورت مرتبط و دنباله‌وار.

- **نتیجه‌گیری:** یافته‌های نهایی تحقیق و کاربردهای آن، و احیاناً طرح نکات مبهم و پیشنهاد گسترش تحقیق به زمینه‌های دیگر.

- **منابع:** فهرست کامل منابع مورد ارجاع در متن اصلی، به ترتیب حروف الفبا (ابتدا منابع فارسی و عربی، سپس انگلیسی).

۱. منابع در انتهای مقاله، به شیوه زیر (بسته به نوع منبع) درج شود:

- **کتاب:** نام خانوادگی/لقب، نام. (سال انتشار). عنوان کامل اثر شامل عنوان اصلی و فرعی (ایتالیک). نام مترجم یا مصحح. نوبت چاپ. محل نشر: نام ناشر.

- **مقاله:** نام خانوادگی، نام. «عنوان اصلی و فرعی مقاله»، نام مجله (ایتالیک)، سال نشر، جلد/ دوره / سال، شماره مجله، شماره صفحات مقاله در مجله.

- **پایان‌نامه:** نام خانوادگی، نام. سال انتشار. عنوان پایان‌نامه (ایتالیک). نام دانشگاه یا سایت اینترنتی که پایان‌نامه یادشده در آن قابل دسترسی است.

- **سایت اینترنتی:** نام خانوادگی، نام. سال انتشار و یا روزآمد شدن. «عنوان مطلب» (ایتالیک). آدرس سایت به صورت کامل.

- **همایش و کنفرانس‌ها:** نام خانوادگی، نام. سال انتشار. «عنوان مقاله» (ایتالیک و سیاه). عنوان کتاب مجموعه مقالات، محل نشر: نام ناشر.

ضوابط استناددهی:

۱. ارجاعات استنادی مطالب به کتاب یا مقاله بصورت درون متنی و در پرانتز، به ترتیب شامل: (نام مؤلف، سال انتشار، جلد / صفحه) آورده شود؛ مانند: (مطهری، ۱۳۸۸، ۲/۴۰) در صورت استناد مقاله به دو یا چند اثر از یک نویسنده، نام خلاصه اثر نیز آورده شود.

۲. ارجاعات توضیحی (مانند صورت لاتین کلمات، شرح اصطلاحات و مانند آن) در پانویس هر صفحه آورده شود و منابع مستند آن‌ها نیز، مثل متن مقاله روش درون‌متنی درج شود.

۳. در صورت تکرار ارجاع، باید مثل بار اول بیان شود و از کاربرد کلمات همان و پیشین خودداری گردد.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال پنجم، شماره پیاپی ۱۴
بهار ۱۳۹۸

فهرست

۷ ترجیح روایت به سبب احداثیت
ابوالقاسم ولی زاده / محمد مهدی ولی زاده

۳۹ بازکاوی اجتماع امر و نهی
علیرضا هوشیار / حسن قنبری شیخ شسانی

۶۱ تأملی تطبیقی بر دیات صدمات خطایی مسری و غیر مسری در فقه و حقوق کیفری
(نقد و پیشنهاد اصلاح ماده ۵۳۹ ق.ا.م.ا.)
احمد حاجی ده آبادی / اعظم مهدوی پور / طه زرگریان

۸۹ بررسی فقهی برخی ادله شورای نگهبان در ردّ معاهدات استرداد مجرمان میان
ایران و سایر دولت‌ها

رضا محمدی (کرجی) / علی عندلیبی / ابراهیم شمس ناتری

۱۱۷ بازاندیشی در مبانی فقهی دیه لب‌ها (موضوع ماده ۶۰۷ ق.ا.م.ا.): از نظریه تنصیف
تا نظریه تغلیب

مجید قورچی بیگی / محمد جعفر صادق پور / سهراب بهادری

۱۴۳ موقعیت توبه در نظام حقوقی کیفر تعزیرات
حمیدرضا زجاجی / محمود مال میر

۱۶۷ تحلیل تفکیک بین محاربه و افساد فی الارض در نظام کیفری جمهوری اسلامی ایران
با تکیه بر قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲
امیر حمزه سالارزائی / جمیله افروشته

۱۹۱ چکیده‌های عربی و انگلیسی

جستارهای

فقهی و اصولی

سال پنجم، شماره پیاپی ۱۴

بهار ۱۳۹۸

۵

ترجیح روایت به سبب احديث^۱

ابوالقاسم ولی زاده^۲

محمد مهدی ولی زاده^۳

چکیده

پسین بودن صدور یک روایت نسبت به روایت دیگر یا همان احديث، مسئله‌ای است که عده‌ای از فقیهان و اصولیان در باب تعارض به آن پرداخته‌اند. برخی آن را از مرجحات تعدی باب تعارض اخبار می‌شمارند و استدلال آن‌ها به پنج روایت است که مشهور دانشیان علم اصول در این روایات مناقشه کرده و دلالت آن‌ها را نپذیرفته‌اند. از این دسته، برخی قائل به مرجح عقلایی بودن شده‌اند و در مقابل، اغلب فقیهان و اصولیان مرجح بودن آن را مطلقاً انکار کرده‌اند.

در پژوهش حاضر با رویکرد انتقادی ضمن یاد کردن از وجوه محتمل در مدلول این روایات و نیز تقسیم مناقشات به سندی، دلالی و موردی و سپس تقسیم دلالی به خاص (مفهوم متنی) و عام (مفهوم مشترک)، برخی از مناقشات، رد شده و از برخی وجوه دلالت، دفاع شده است، ولی با وجود قرائن و شواهد درون‌متنی و برون‌متنی و نیز قابل رد نبودن

۱. تاریخ دریافت: ۱۳۹۷/۰۵/۲۵؛ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۷/۱۲/۰۹.

۲. دانش‌آموخته سطح چهار حوزه علمیه قم و استادیار معارف اسلامی دانشگاه ارومیه (نویسنده مسئول)؛ رایانامه: a.valizadeh@urmia.ac.ir

۳. دانش‌پژوه مرکز فقهی ائمه اطهار (ع) و طلبه سطح سه حوزه علمیه قم، رایانامه: montazere14@gmail.com

اکثر مناقشات، مدلول این روایات مغایر با ترجیحِ احداث برای کشف حکم واقعی در باب تعارض دانسته شده است.

کلیدواژه‌ها: تعارض اخبار، مرجحات منصوصه، احداثیت، ترجیح احداث، تقیه، نسخ.

مقدمه

در باب تعارض اخبار، آنچه قبل از تکافؤ، تساقط، توقف و تخییر مطرح است، بحث ترجیح است. در این بحث، برای حل تعارض اخبار یک سری مرجحات منصوصه وجود دارد که در اقسام، شمار و ترتیب آن‌ها میان علما اختلاف شده است، ولی عمده دلیل آن مرفوعه زراره^۱ و مقبوله ابن حنظله^۲ می‌باشد.

با گذر از این مرجحات، با روایاتی برخورد می‌کنیم که مزیت دیگری را عامل ترجیح روایت بر روایت معارض خود معرفی می‌کنند. این عده روایات که شمار آن را دو، چهار، پنج و یا شش مورد گفته‌اند، دلالت بر این امر دارند که جدیدتر بودن روایت و تأخر زمان صدور آن نسبت به روایت معارض، مزیت و عامل تقدیم است. از این مرجح به احداثیت تعبیر می‌شود و روایت راجح را «احداث» می‌گویند.

در مواردی که دو روایت معارض از دو معصوم^{علیه السلام} نقل شود یا اینکه از یک معصوم^{علیه السلام} نقل شود ولی زمان صدور آن‌ها متفاوت باشد، روایت جدید و متأخر مقدم می‌شود.

نزاع در این موضوع، کبروی است و در اعتبار خبر احداث می‌باشد؛ به این معنا که آیا روایات یادشده دلالت بر مرجح بودن احداثیت خبر دارند و احداثیت دخیلی در تقدیم دارد؟ یا اینکه مفاد و مقصود از آن‌ها نکته جدیدی نیست و عامل تقدیم، امر دیگری است که ملازم با احداثیت خبر است؟ به عبارت دیگر، اگر احداثیت مرجح باشد، مراد این است که خبر احداث از همان حیث احداث بودن، به عنوان امر ارتکازی یا تعبدی، راجح است نه از حیث ناسخ بودن یا از باب تقیه بودن.

۱. ر.ک: ابن ابی‌جمهور، ۱۴۰۵، ۱۳۳/۴.

۲. ر.ک: کلینی، ۱۴۰۷، ۶۷/۱ و ۶۸؛ حر عاملی، ۱۴۰۹، ۱۰۶/۲۷ و ۱۰۷.

تا به حال، به این موضوع هیچ کتاب، پایان‌نامه و مقاله مستقلی اختصاص داده نشده است و فقط برخی از اصولیان در خلال مباحث تعادل و ترجیح یا در مقام حل تعارض روایات در فروع فقهی، اشاره کوتاهی نسبت به این مسئله و روایات آن نموده‌اند. نیز برخی از مدرسان خارج فقه و اصول حوزه تا حدودی در اطراف این موضوع بحث کرده‌اند.

به باور نویسندگان، یکی از مباحث پر ثمر باب تعادل و ترجیح، اثبات یا رد ترجیح به سبب احديث خبر است، به خصوص اگر تعارض میان اخبار فروع فقهی باشد؛ زیرا صدور همزمان در اخبار متعارض بسیار کم واقع شده است و از آنجا که دسته‌ای اخبار در باب حل تعارض، متضمن تقدیم احداث شده‌اند، گمان می‌رود که خود احديث، موضوعیت دارد و خبر احداث از حیث احداث بودن راجح است. با این وجود، تمامی وجوه و احتمالات در مدلول این روایات و همچنین جنبه‌های تقدم احداث بررسی نشده است. همچنین تمامی اشکالات و دفع آن‌ها ذکر، دسته‌بندی و اعتبارسنجی نشده است؛ لذا ضروری می‌نماید با تعیین قلمرو دلالت این روایات و مشخص کردن وجه تقدم احداث، از این مهم، پرده برداشت تا مرجحیت یا عدم مرجحیت احديث روشن شود.

ترجیح روایت به
سبب احديث

۹

آرادر مسئله

مشهور دانشیان علم اصول، احديث را به‌عنوان مرجح نمی‌پذیرند (مروجی، ۱۴۱۰، ۱۲/۱۲۰). البته بسیاری از جمله شیخ انصاری (انصاری، ۱۴۱۶، ۲/۷۷۵ و ۷۷۶) ، آخوند خراسانی و محقق نائینی اصلاً متعرض این مرجح نشده‌اند و گویا سر این امر، عدم دلالت روایات یا عدم التفات به آن‌ها می‌باشد (همدانی، ۱۳۷۷، ۲/۱۲۵؛ قزوینی، ۱۴۱۰، ۷/۶۴۷).

ولی در این میان، شیخ صدوق (۱۴۱۳، ۴/۲۰۳)، صاحب حدائق (بحرانی،

۱. شیخ انصاری در رسائل، دو مورد از روایات احديث را ذکر کرده ولی نامی از ترجیح به احديث نبرده است (انصاری، ۱۴۱۶، ۲/۷۷۵ و ۷۷۶)، البته در مطارج الأنظار تصریح به عدم پذیرش ترجیح به احديث نموده است (انصاری، ۱۳۸۳، ۴/۶۲۶).

۱۳۸۰، ۱/۱۰۵؛ ۱۱/۴۵۱)، فاضلین نراقی (۱۴۱۵، ۱۰/۱۱۸؛ ۲/۹۸۵) و محقق سیستانی (بی تا، ۵۲۶) ترجیح به احادیث را می پذیرند، بلکه برخی از معاصران مانند طباطبایی قمی مرجح را منحصر در احادیث دانسته و هیچ یک از مرجحات دیگر را مورد پذیرش قرار نمی دهد (طباطبایی قمی، ۱۳۷۱، ۳/۲۰۰).

تحقیق مسئله

مستند اکثر قائلان به ترجیح، روایات دال بر اخذ به خبر احداث است.^۱ این گروه ترجیح به احادیث را یک حکم تبعدی می دانند که مطابق قواعد عقلایی ارتکازی نیست؛ لذا باید به مدلول روایات اکتفا نمود.^۲ در مقابل، برخی مانند محقق سیستانی با اینکه دلالت روایات را نمی پذیرد، احادیث را یک مرجح عقلایی می داند نه یک مرجح تبعدی؛ لذا نیازی به استدلال به روایات و دفع مناقشات ندارد (سیستانی، بی تا، ۵۲۶). با استقرایی که انجام شد، به طور کلی، کسانی که دلالت این روایات را نمی پذیرند، از سه جنبه در این روایات مناقشه کرده اند:

۱- مناقشات **سندی**: برخی از روایات مشکل ضعف یا مجهول بودن راوی یا مشکل ارسال دارند.

۲- مناقشات **دلالتی (عام و خاص)**: دلالت روایات مغایر با بحث ترجیح و کشف حکم واقعی است.

۳- مناقشات **موردی**: مورد روایات یا خارج از محل نزاع یا اخص است. این قسم از مناقشات در ضمن مناقشات دلالتی ذکر می شود.

روایات احادیث

۱- روایت کنانی

«ما رواه هشام بن سالم عن ابی عمرو الکنانی قال: قال لي ابو عبد الله عليه السلام: يا ابا عمرو أ رأيت لو حدثتک بحديث أو أفتيتک بفتيا ثم جتني بعد ذلك فسألتنی عنه

۱. این روایات در بخش بعدی بررسی خواهد شد.

۲. ر. ک: صدر، ۱۴۱۷، ۳۶۵/۷؛ طباطبایی، ۱۲۹۶، ۶۹۴.

فأخبرتك بخلاف ما كنتُ أخبرتك أو أفيتتك بخلاف ذلك بأيهما كنت تأخذ؟ قلت: بأحدثهما و أدع الآخر، فقال: قد أصبت يا با عمرو، أباي الله إلا أن يُعبد سراً، اما والله لئن فعلتم ذلك انه لخير لي و لكم أباي الله عزّ و جل لنا في دينه الا التقية))؛ «کنانی نقل کرده است که امام صادق علیه السلام خطاب به من فرمود: مرا خبر ده که اگر حدیثی برایت گویم یا تو را فتوایی دهم، سپس در زمان دیگری از همان واقعه پرسش کنی و خلاف آنچه پیش از این گفته بودم پاسخ دهم به کدام یک عمل می کنی؟ گفتم: به خبر پسین عمل می کنم و دیگری را ترک می کنم. آنگاه حضرت فرمود: درست یافتی، خداوند جز اینکه در نهان عبادت شود، نخواسته است. به خدا سوگند، اگر به خبر پسین عمل کنید هم برای من و هم برای شما بهتر است. خداوند از برای ما در دینش از غیر تقیه ابا فرموده است» (کلینی، ۱۴۰۷، ۲/۲۱۸؛ حرّعاملی، ۱۴۰۹، ۱۱۲/۲۷).

بیان دلالت

حضرت در این فرمایش از میان دو خبر متعارض، عمل به خبر احدث را صحیح دانسته و آن را بهتر برای خود و شیعیان وصف نموده است؛ بنابراین، احداثیت روایت، مرجح قرار داده شده است.

ترجیح روایت به
سبب احداثیت

۱۱

بررسی سندی

با وجود اینکه محقق خوبی این روایت را صحیح دانسته است (خوبی، ۱۴۱۷، ۲/۴۱۶) ولی به نظر می رسد این روایت ضعیف است؛ زیرا هر چند اکثر روایات آن امامی ثقه و جلیل اند ولی در سند آن کنانی آمده که توثیق نشده است (طباطبایی قمی، ۱۳۷۱، ۳/۲۲۶؛ صدر، ۱۴۱۷، ۷/۳۶۲). علامه مجلسی هم در *مرآة العقول* این حدیث را مجهول دانسته؛ چون کنانی در کتب رجالی مجهول است^۱ (مجلسی، ۱۴۰۴، ۹/۱۷۱).

۱. ر.ک: بسام، ۱۴۲۶، ۲/۶۳۹؛ مامقانی، بی تا، ۳/۲۹.

البته ضعف سندی را می‌توان از جهت نقل شدن روایت در کافی یا از اصحاب جماع بودن حسن بن محبوب یا با تواتر اجمالی حل نمود؛ ولی این راه‌حل‌ها بستگی به مبنای فقیه دارد و تواتر اجمالی هم متوقف بر تمامیت دلالت این دسته روایات است، در حالی که در دلالت هر یک از روایات مناقشات متعددی شده است.

بررسی دلالتی

مناقشه یک:

به نظر می‌رسد اشکال وارد بر این روایت این است که خاص مورد تقیه عملی راوی است؛ چون امام علیه السلام در مقام بیان سرّ اختلاف حدیثین، در ذیل روایت فرموده است: «أبی الله لنا فی دینه إلا التقیة»، که معلوم می‌شود مراد این بوده که اگر احتمال تقیه در یکی از دو روایت باشد، باید به روایت اخیر عمل کنید؛ چه روایت قدیم تقیه‌ای باشد چه روایت جدید (خوبی، ۱۴۱۷، ۴۱۷/۲؛ آملی، ۱۳۸۶، ۴۷۱). همچنین مرحوم کلینی این روایت را در باب تقیه از کتاب کافی ذکر کرده است^۱ و برداشت این محدث جلیل‌القدر مؤید این مدعاست.

پاسخ:

ممکن است اشکال شود که این روایت مربوط به تقیه است، ولی تقیه بیانی (گفتاری) خود امام نه تقیه عملی (رفتاری) مخاطب^۲؛ چون امام فرمود: «أبی الله لنا» که ظهور در صدور تقیه از امام علیه السلام دارد که بیانی است.

نقد این پاسخ:

به باور نویسندگان از مجموع عبارت «لئن فعلتم ذلك انّه لخیر لی و لکم أبی الله عزّ و جل لنا فی دینه الا التقیة» چنین استفاده می‌شود که تقیه به وسیله فعل مخاطب انجام می‌شود؛ بنابراین، تقیه عملی صادر از راوی است و از آنجا که صدور هر یک

جستارهای

فقهی و اصولی

سال پنجم، شماره پیاپی ۱۴

بهار ۱۳۹۸

۱۲

۱. کلینی، ۱۴۰۷، ۲/۲۱۸.

۲. تقیه دارای روش‌ها و مصادیق گوناگونی است؛ گاهی با کتمان و گاهی با اظهار خلاف است و در شکل دوم ممکن است در قول یا در عمل باشد و هر یک از موارد می‌تواند از امام یا از اصحاب و شیعیان صادر شود (ر.ک: صدری، ۱۳۹۶، ۱۲۷ تا ۱۸۵).

از دو روایت مطابق مصالح و شرایط آن زمان است، باید به روایت جدیدتر عمل نمود و لو تقيه‌ای باشد.

بر اساس این اشکال، باید مدلول این روایت خاص زمان حضور امام علیه السلام و خاص مخاطب باشد؛ چون در سایر افراد و زمان‌ها باید طبق شرایط به احکام عمل نمود و نیز حکم واقعی را کشف کرد، در حالی که احديث نه دخلی در تشخیص شرایط دارد نه دخلی در کشف حکم واقعی.

مناقشه دو:

وجه تقدیم احداث، تقيه‌ای بودن خبر پیشین است؛ چون فرض روایت بر قطع به صدور هر دو خبر است، چون مخاطب مباشرةً از امام شنیده نه به واسطه روایت؛ بنابراین، تنافی بین دو خبر از حیث دلالت و ظهور است نه از حیث سند؛ لذا خبر اول حمل بر تقيه می‌شود (روحانی، ۱۴۱۳، ۴۱۳/۷). همچنین عبارت «أبی الله...» قرینه بر این وجه است، به‌ویژه اگر از باب تعبد شرعی بود، سؤال امام علیه السلام از راوی به نحو «بأیها کنت تأخذ» وجهی نداشت (انصاری، ۱۳۸۳، ۶۲۶/۴).

در مناقشه نخست احتمال تقيه‌ای بودن در هر دو وجود دارد، ولی در مناقشه دوم فقط تقيه‌ای بودن خبر پیشین مطرح است. نقد این مناقشه پس از مناقشه ششم از مناقشات مشترک می‌آید.

مناقشه سه:

این روایت ظهور در بیان وظیفه فعلی مکلف دارد؛ چون تعدد استفتای شخص واحد از واقعه واحد با حکم واقعی بودن سازگار نیست (حکیم، ۱۴۱۴، ۱۹۹/۶). تفصیل این اشکال و دفع آن، ذیل مناقشه دوم در روایت ابن مختار می‌آید.

۲- روایت حسین بن مختار

«علي بن إبراهيم عن أبيه عن عثمان بن عيسى عن الحسين بن المختار عن بعض أصحابنا عن أبي عبد الله عليه السلام قال: أرايتك لو حدثتك بحديث العام ثم جئتني من قابل

فحدَّثْتُكَ بخلافه بَأَيْهِمَا كُنْتَ تَأْخُذُ؟ قَالَ: كُنْتُ أَخْذُ بِالْأَخِيرِ فَقَالَ لِي: رَحِمَكَ اللَّهُ.
راوی می گوید: امام صادق علیه السلام فرمود: مرا خبر ده که اگر امسال به تو حدیثی
بگویم، سپس سال آینده از همان واقعه پیرسی و خلاف سال پیشین سخن گویم،
به کدامیک عمل می کنی؟ راوی عرضه داشت: به روایت متأخر عمل می کنم.
حضرت فرمود: خدا بیامرزدت (کلینی، ۱۴۰۷، ۱/۶۷؛ حرعاملی، ۱۴۰۹، ۲۷/۱۰۹).

بیان دلالت

حضرت پاسخ مخاطب را به دلیل مقدم دانستن خبر احدث تأیید نموده‌اند و این
کاشف از این است که احادیث، سبب ترجیح است.

بررسی سندی

این روایت مرسل است: چون در سند آن تعبیر به «عن بعض اصحابنا» شده
است؛ لذا اعتبار ندارد (طباطبایی قمی، ۱۳۸۱، ۱۳۸). می‌توان از این جهت که روایت
در کافی آمده یا عثمان بن عیسی از اصحاب اجماع است سند را تقویت کرد ولی
باید گفت که این توجیهات مبنایی است و کبرای آن مورد پذیرش همه نیست. علاوه
بر این محقق سیستانی حسین بن مختار را مجهول (مردد) دانسته است (سیستانی،
بی تا، ۵۲۱) که عامل دوم ضعف سند خواهد بود ولی به نظر می‌رسد این مختار
انصراف به راوی معروف یعنی ابو عبدالله قلانسی دارد (مازندرانی، ۱۳۸۲، ۲/۴۰۴؛
شیرازی، ۱۳۸۳، ۲/۳۶۶) البته وی توثیقی ندارد^۱ بنابراین روایت ضعیفه خواهد بود.

جستارهای
فقهی و اصولی
سال پنجم، شماره پیاپی ۱۴
بهار ۱۳۹۸
۱۴

بررسی دلالی

مناقشه یک:

شیخ حر عاملی در دو کتاب وسائل الشیعة و الفصول المهمة ذیل این روایت
می نویسد: «ظاهر عبارت شیخ صدوق این است که حکم را بر خصوص زمان امام

۱. ر.ک: نجاشی، ۱۳۶۵، ۵۴؛ طوسی، ۱۴۰، ۱۴۲۰. البته شیخ مفید در الارشاد، حسین بن مختار را چنین معرفی نموده
است: «مِنْ خَاصَّتِهِ (امام کاظم علیه السلام) وَ تَقَاتِهِ وَ أَهْلِ الْوَرَعِ وَ الْعِلْمِ وَ الْفِقْهِ مِنْ شِيعَتِهِ» (مفید، ۱۳۷۲، ۲/۲۴۸).

حمل نموده زیرا در توجیه تقدیم اُحدث گفته است: هر امامی اعلم به احکام زمانش است». سپس آن را تأیید نموده و گفته است: «این وجه موافق با ظاهر حدیث است لذا نمی‌توان احدث را همیشه حتی در زمان غیبت امام ترجیح داد» (حرعاملی، ۱۴۰۹؛ باب صفات القاضی، حدیث ۷؛ حرعاملی، ۱۴۱۸، ۱/۵۴۱).

دفاع از دلالت روایت:

برخی خواسته‌اند به این مناقشه چنین پاسخ دهند که شهادت شیخ صدوق روایت نیست یا روایتی غیر از روایت ابن مختار است، علاوه بر اینکه ظاهر این روایت، اطلاق دارد و خاص زمان حضور امام علیه السلام نیست. نقد: اما با قطع نظر از روایت صدوق، توجیه او برای خدشه در دلالت حدیث، کافی به نظر می‌رسد؛ چون اگر وجه اخذ احدث، اخذ به حکم امام زمان علیه السلام باشد، مانع اطلاق روایات احدثیت و موجب اختصاص به زمان حضور امام علیه السلام می‌باشد، ولی اشکال اینجاست که این روایت ظهوری در این توجیه برای اخذ احدث ندارد، اما این توجیه در روایت کنانی و معلی قابل دفاع است و قرائنی بر آن وجود دارد؛ چنان که مجلسی ذیل روایت معلی ذکر کرده است (مجلسی، ۱۴۰۴، ۱/۲۲۱).

ترجیح روایت به
سبب احدثیت

۱۵

مناقشه دو:

حکم این دو روایت (کنانی و ابن مختار) به تقدیم احدث، مختص مخاطب امام علیه السلام و بیان وظیفه فعلی اوست، نه برای عامه مکلفان تا از مرجحات باب تعارض قرار داده شود؛ زیرا به مقتضای اطلاق روایت، خبر اخیر چه بیان حکم واقعی باشد و چه از روی تقیه، مقدم می‌شود، در حالی که اگر از باب مرجحات عامه مکلفان و در عموم زمان‌ها باشد، باید روایت اخیر کاشف از تقیه‌ای بودن روایت پیشین باشد یعنی احدثیت، قرینه بر حکم واقعی بودن روایت اخیر باشد، در حالی که شاهدی بر آن وجود ندارد (اصفهانی، ۱۳۷۴، ۳/۳۶۵).

۱. شیخ صدوق در من لایحضره الفقیه روایت مرسله‌ای را نقل کرده که صاحب وسائل آن را بر روایت حسین بن مختار تطبیق نموده است (صدوق، ۱۴۱۳، ۴/۲۰۳).

شهید صدر نیز عبارت «جئتی من قابل فحدثک بخلافه» در روایت ابن مختار را شاهد بر معاصر بودن مخاطب با امام علیه السلام گرفته و تعدی از مورد روایت را بی وجه دانسته است (صدر، ۱۴۱۷، ۵/۶۹۸؛ ۷/۳۶۵).

در نقد این مناقشه باید گفت این اشکال نسبت به روایت کنانی وارد است، ولی به باور نویسندگان، اسد روایات از حیث مورد و دلالت، روایت ابن مختار است؛ زیرا تأیید اخذ احداث، اطلاق دارد و هیچ قرینه‌ای بر مورد تقیه یا نسخ نیست و تعلیلی هم ذکر نشده تا سبب تقیید شود؛ بنابراین، این روایت در مرجح بودن احداثیت، ظهور بیشتری دارد. با وجود این، تنها وجهی که برای ایراد اشکال نسبت به این روایت وجود دارد، اطلاق حکم به اخذ احداث است، چه واقعی باشد و چه تقیه‌ای. شاهد بر این که اخذ احداث از باب اخذ به مقتضی زمان و صلاح حال مخاطب است، نه از جهت ترجیح اصطلاحی که فقط کاشف از حکم واقعی است.

۳- روایت معلی بن خنیس

«عن علی بن ابراهیم عن ابيه عن إسماعیل بن مرار عن یونس عن داود بن فرقد عن المعلی بن خنیس، قال: قلت لابی عبد الله علیه السلام: إذا جاء حدیث عن أولکم و حدیث عن آخرکم بأیهما نأخذ، فقال: خذوا به حتی یبلغکم عن الحی فان بلغکم عن الحی فخذوا بقوله قال: ثم قال أبو عبد الله علیه السلام: انا و الله لا ندخلکم إلا فیما یسعکم»^۱. ابن خنیس نقل کرده است: به امام صادق علیه السلام عرض کردم: اگر حدیثی از امام سابق و حدیث دیگری (معارض آن) از امام لاحق صادر شود، به کدام یک عمل کنیم؟ فرمود: به حدیث امام متأخر (یا به هر یک) عمل کنید، تا زمانی که از امام زنده بیانی برسد (و زمانی که بیان برسد) به آن عمل کنید؛ سپس حضرت فرمود: به خدا سوگند، ما شما را جز در امری که وسعتش را داشته باشید داخل نمی کنیم (کلینی، ۱۴۰۷، ۱/۶۷؛ حرّ عاملی، ۱۴۰۹، ۲۷/۱۰۹).

جستارهای

فقهی و اصولی

سال پنجم، شماره پیاپی ۱۴
بهار ۱۳۹۸

۱۶

۱. کلینی ذیل این روایت افزوده است: «و فی حدیث آخر خذوا بالأحدث». برخی کلام کلینی را روایت ششم از روایات احداثیت برشمردند که مرسل است (طباطبایی، ۶۹۴، ۱۲۹۶؛ یزدی، بی تا، ۳۹۱؛ حکیم، ۱۴۱۴، ۶/۱۹۶؛ طباطبایی قمی، ۱۳۸۱، ۱۳۸ و مکارم، ۳/۴۷۸).

بیان دلالت

اگر ضمیر «خُدوا به» به «حدیث عن آخر» باز گردد، پاسخ امام علیه السلام بر این امر دلالت می‌کند که به خبر احدث عمل کنید، بنابراین، امام احدثیت را مرجح خبر دانسته‌اند.

بررسی سندی

در سند این روایت از دو جهت می‌توان خدشه نمود: اولاً برخی اسماعیل بن مزار را ضعیف دانسته‌اند^۱، ثانیاً اقوال رجالیان در تضعیف و توثیق معلی بن خنیس متعارض است که غالباً ضعیف شمرده‌اند.^۲

بررسی دلالتی

مناقشه یک

استدلال به این روایت متوقف بر این است که ضمیر «خُدوا به» به اخیر (احداث: حدیث عن آخرکم) باز گردد. در این صورت، دو فقره از روایت مورد استدلال است: «خُدوا به و حتی یبلغکم عن الحی».

ترجیح روایت به
سبب احدثیت
۱۷

ولی به نظر می‌رسد در مرجع ضمیر «به» احتمال دیگری نیز وجود دارد و آن بازگشت به «ایهما» است؛ در این صورت، مراد از روایت، تخییر در اخذ به روایات می‌باشد. پس وقتی در حال تردید هستید، امر بر شما توسعه دارد تا وقتی که امام زمانتان علیه السلام را ملاقات کرده و از تحیر خارج شوید.^۳ بازگشت ضمیر به واژه «ایهما» خالی از قوت نیست؛ زیرا اولاً این واژه به ضمیر نزدیک‌تر است، ثانیاً مناسب با حال تحیر آن است که مخاطب در حال تحیر باقی بماند تا امام را ملاقات کند ولی با

۱. شیخ انصاری در مطرح‌الأنظار می‌گوید: توثیق و تضعیف خاصی درباره او گفته نشده ولی برخی ثقه دانسته‌اند (انصاری، ۱۳۸۳، ۶۲۶/۴؛ ر.ک: شوشتری، ۱۴۱۰، ۱۱۷/۲؛ بسام، ۱۴۲۶، ۲۰۲/۱).

۲. تضعیف‌کنندگان برای نمونه ر.ک: نجاشی، ۱۳۶۵، ۴۱۷، حلی، ۱۳۴۲، ۵۱۶، اردبیلی، ۱۴۰۳، ۲۴۷/۲، مازندرانی، ۱۴۱۶، ۴۷۶/۷، این‌غضائری، ۱۴۲۲، ۸۷ و مجلسی، ۱۴۰۴، ۲۲۱/۱ و توثیق‌کنندگان برای نمونه ر.ک: کشی، ۱۴۲۴، ۳۸۰/۱ تا ۳۸۲، طوسی، ۱۴۱۷، ۳۴۷، خوبی، ۱۴۱۰، ۲۴۶/۱۸ و ۲۴۷.

۳. در این صورت مفاد این روایت مانند مفاد روایت هفتم این باب از کافی (کلینی، ۱۴۰۷، ۶۶/۱) است: و فی روایة آخری بأیهما أخذت من باب التسلیم وسبعک.

ترجیح حدیث آخر نیازی به انتظار رسیدن امام نیست. همچنین تتمه‌ای که مرحوم کلینی ذیل روایت ذکر کرده، شاهد آن است که ایشان بازگشت ضمیر به «احداث» را فهمیده‌اند.

حتی اگر تخیر اقرب به ذهن نباشد، روایت مجمل است و قرینه‌ای بر تعیین احتمال نخست وجود ندارد.

مناقشه دو:

این روایت بر تقدیم احداث دلالت می‌کند و از آنجا که این حکم به حسب مقتضیات و مصالح زمان و طبق حال امام علیه السلام و شیعیان از حیث تقیه صادر شده است، وظیفه عملی خاص شخصی است که خبر احداث برای او صادر شده است، عبارت «إِنَّا وَاللَّهِ لَنَدْخُلُكُمْ إِلَّا فِيمَا يَسْعَكُمْ» نیز مؤید این امر است. همچنین این حکم به قرینه عبارت «حتی یبلغکم عن الحی» خاصّ زمان حضور امام است.

مؤید دیگر این مدعا این است که مورد روایت خارج از باب تعارض و ترجیح مصطلح است؛ چون نزاع ما در تعیین تعبدی حجت از میان دو خبر متعارض به وسیله مرجح واقع شده است، در حالی که سائل، صدور هر دو روایت را از دو امام قطعی فرض کرده و این با باب تقیه سازگار است؛ بنابراین، سایر مکلفان اعمّ از اینکه در زمان حضور یا غیبت امام باشند نمی‌توانند به احداث عمل نمایند؛ بلکه باید با به کارگیری قرائن و مرجحات، خبر اقرب به واقع را برای بیان حکم واقعی تمیز داده و اخذ نمایند (همدانی، ۱۳۷۷، ۱۲۵/۲؛ اصفهانی، ۱۳۷۴، ۳/۳۶۶؛ صدر، ۱۴۱۷، ۶۹۹/۵؛ امام خمینی، ۱۳۷۵، ۱۹۸-۱۹۹؛ روحانی، ۱۴۱۳، ۴۱۵/۷).

مرحوم حکیم هم حمل این روایت بر زمان حضور امام را پذیرفته، ولی با این تفاوت که از باب وجود مانع از اطلاق دانسته نه از باب عدم مقتضی برای اطلاق. وی گفته است: روایت معلی بن خنیس اطلاق دارد و شامل احادیث ظاهر در بیان حکم اولی نیز می‌شود و از آنجا که عمل به احداث در احادیث متعارض ظاهر در بیان وظیفه فعلی، امری ارتکازی است و نیاز به پرسش ندارد و با این حال، راوی اقدام به پرسش نموده است، منشأ پرسش باید ظهور احادیث در حکم اولی بوده باشد

جستارهای

فقهی و اصولی

سال پنجم، شماره پیاپی ۱۴
بهار ۱۳۹۸

۱۸

که موجب گمان تعارض در ذهن راوی شده است و پاسخ امام به وجوب عمل به
احداث، کاشف از ورود احادیث برای بیان وظیفه فعلی است.

بنابراین، از این روایت مرجح اثباتی بودن احداثیت (به لحاظ حکم واقعی اولی)
استفاده نمی‌شود. علاوه اینکه دو اشکال دیگر، مانع از مرجح ثبوتی بودن (به لحاظ
وظیفه فعلی) نیز می‌شود: اولاً نصوص ظاهرند در حجیت اخبار در معرفت حکم
اولی و لزوم عمل به آن؛ ثانیاً سیره ائمه علیهم‌السلام بیان وظیفه فعلی ثانوی برای تمام شیعیان
نبوده، بلکه تشخیص آن بر عهده مکلف بوده است و فقط در برخی از مواقع و
خطاب به بعضی از اشخاص وظیفه فعلی را مشخص نموده‌اند (حکیم، ۱۴۱۴،
۲۰۰/۶-۲۰۱). نویسندگان بر این باورند که اخبار، ظهور منحصر در معرفت حکم
اولی ندارند. همچنین سیره همیشگی ائمه علیهم‌السلام اگر چه بر بیان وظیفه فعلی مکلفان
نبوده است، چنان که گفته شد در اخبار احداثیت شواهدی موجود است که به واسطه
آن اظهاریت آن‌ها در بیان وظیفه فعلی مکلف ثابت می‌شود. وجهی برای ایراد بالا
باقی نمی‌ماند.

ترجیح روایت به
سبب احداثیت

۱۹

۴- روایت محمد بن مسلم

«ما رواه محمد بن مسلم عن أبي عبد الله علیه‌السلام قال: قلت له: ما بال أقوام يروون
عن فلانٍ و فلانٍ عن رسول الله صلی‌الله‌علیه‌وآله‌وسلم لا يثبتون بالكذب فيجيء منكم خلافة، قال:
إن الحديث يُنسخ كما يُنسخ القرآن» (کلینی، ۱۴۰۷، ق، ۱/۶۴؛ حر عاملی، ۱۴۰۹،
۱۰۸/۲۸). این مسلم می‌گوید: به امام صادق علیه‌السلام عرض کردم: چیست شأن کسانی که
به واسطه از حضرت رسول صلی‌الله‌علیه‌وآله‌وسلم می‌کنند و متهم به کذب هم نیستند، سپس خلافت از
شما صادر می‌شود؟ حضرت فرمود: هم چنان که گاهی قرآن نسخ می‌شود، حدیث
هم نسخ می‌شود.

بیان دلالت

حضرت وقوع نسخ در احادیث را راه حل مشکل تعارض دانسته‌اند، چون حدیث
متأخر، ناسخ حدیث پیشین خود به شمار می‌رود؛ بنابراین، تأخر و احداثیت خبر، وجه

تقدیم خواهد بود.

طباطبایی قمی و مروجی قزوینی از میان اخبار فقط دلالت این حدیث را تام دانسته‌اند (به نقل از مروجی، ۱۴۱۰، ۱۲/۱۲۲)، ولی با وجود مناقشات متعددی که ذکر می‌شود، وجهی برای این مدعا باقی نمی‌ماند.

بررسی سندی

همه روایات در این سند، امامی ثقة هستند به جز عثمان بن عیسی کلابی که واقفی است و در سنن پیری توبه نموده.^۱ از این رو علامه مجلسی و محقق خویی این روایت را موثقه دانسته‌اند (مجلسی، ۱۴۰۴، ۱/۲۱۵؛ خویی، ۱۴۱۷، ۲/۴۱۷).

بررسی دلالی

مناقشه یک:

دو احتمال در مراد از نسخ وجود دارد که طبق هر دو احتمال، مورد روایت خارج از محل کلام است؛ زیرا کلام در متعارضینی است که اولاً هیچ کدام قطعی الصدور نباشند و ثانیاً جمع عرفی بین هر دو ممکن نباشد، در حالی که طبق احتمال اول، ناسخ قطعی الصدور است و طبق احتمال دوم، جمع عرفی ممکن است. اگر مراد نسخ اصطلاحی باشد، خارج از محل کلام است؛ چون اولاً ناسخ، مرجح در باب تعارض نیست، بلکه از پایان یافتن زمان حکم پیشین پرده بر می‌دارد و فعلیت حکم پسین را کشف می‌کند. ثانیاً به اجماع علما ناسخ باید قطعی الصدور باشد، در حالی که بحث در تعارض ظنی الصدور است. همچنین خبر واحد با خبر قطعی الصدور توان تعارض ندارد. اگر مراد نسخ لغوی باشد، به معنای توضیح و تبیین به وسیله تخصیص و تقیید است که در این صورت، مربوط به مورد جمع عرفی خواهد بود، در حالی که بحث در متعارضینی است که جمع عرفی آن‌ها ممکن نباشد (خویی، ۱۴۱۷، ۲/۴۱۷).

جستارهای

فقهی و اصولی

سال پنجم، شماره پیاپی ۱۴
بهار ۱۳۹۸

۲۰

نقد مناقشه اول

در ردّ اشکال نخست، پاسخ‌های متعددی داده شده است؛ طباطبایی قمی گفته است که معقد اجماع مذکور، در صورت قطعی‌الصدور بودن منسوخ است، ولی اگر منسوخ ظنی‌الصدور باشد ناسخ هم می‌تواند ظنی‌الصدور باشد و از آنجا که حدیث منسوخ در این روایت مطلق است؛ چون معیار جواب امام است و جواب امام مطلق است؛ یعنی قطعی‌الصدور بودن و همچنین عن النبی بودن روایت قید زده نشده است؛ لذا اجماع، مقداری از مدلول روایت را که خلاف مذهب است تخصیص می‌زند و در نتیجه روایت خاص مورد ظنی‌الصدور بودن منسوخ می‌شود و شامل محل بحث خواهد بود (طباطبایی قمی، ۱۳۷۱، ۳/۲۷۷؛ طباطبایی قمی، ۱۳۸۱، ۱۳۶).

برخی نیز چنین پاسخ داده‌اند: ناسخ بودن خبر ظنی‌الصدور خلاف ضرورت مذهب نیست، بلکه نسخ مثل تخصیص است و چنان‌که خبر ظنی می‌تواند مخصّص باشد، می‌تواند ناسخ هم باشد و تنها فرقی‌شان در این است که تخصیص در افراد و نسخ در ازمان است (مروجی، ۱۴۱۰، ۱۲/۱۲۱).

همچنین برخی از معاصران گفته‌اند: تنها احتمالی که در تفسیر ضرورت المذهب می‌توان داد، این است که مراد محقق خوبی، عدم قابلیت نسخ قرآن با خبر ظنی است، ولی پاسخ می‌دهیم که قرآن با خبر قطعی هم قابل نسخ نیست و محل بحث روایت، نسخ حدیث با حدیث است که ممکن است و این ربطی به نسخ قرآن ندارد (درس خارج فقه فاضل لنکرانی، ۱۳۹۵/۱۰/۱۲ ش).

ترجیح روایت به
سبب احدیث
۲۱

مناقشه دو:

مراد از این روایت یا نسخ حکم واقعی است که در این صورت ناسخ باید قطعی‌الصدور باشد و یا نسخ حکم ظاهری است که در این صورت روایت اگر چه دالّ بر ترجیح به احدیث است، ولی مورد آن تقیه می‌باشد. پس اخذ به ظاهر حدیث ممکن نیست (مکارم شیرازی، ۱۴۲۸، ۳/۴۹۶).

شَقّ اول این اشکال مورد پذیرش است، ولی به نظر می‌رسد شَقّ دوم آن وارد نیست؛ چون این روایت اطلاق دارد و ادعای تقیه بلاوجه است.

مناقشه سه:

این روایت گرچه دال بر احتمال ناسخ بودن خبر متأخر است، به لسان عام و در مقام تأسیس قاعده کلی در علاج تعارض نیست تا مخاطب موظف به حمل بر ناسخیت خبر احدث باشد (مؤمن، ۱۴۱۹، ۴۶۷/۲).

به نظر می‌رسد این اشکال وارد است؛ چون در این روایت فقط اشاره به علت اختلاف دو حدیث شده و امام امری به اخذ احدث نکرده تا بتوان تعمیم داد.

مناقشه چهار:

اگر دلالت این روایت را بپذیریم، اخص از مدعاست؛ چون خاص نبوی متقدم و غیر نبوی متأخر است، در حالی که نزاع ما در اخبار همه معصومان علیهم السلام است (انصاری، ۱۳۸۳، ۶۲۶/۴). ولی باید گفت، خصوصیت مورد دخلی ندارد خصوصاً که الف و لام در الحدیث جنس یا استغراق است نه عهد.

مناقشه پنج:

روایات ترجیح با روایات نسخ متعارض اند؛ زیرا اولاً ترجیح به معنای عدم وجود نسخ است. ثانیاً روایات ترجیح دلالت بر حجیت فعلی دارای مزیت است؛ اگرچه خبر متقدم باشد، ولی مدلول روایات نسخ، حجیت فعلی خبر متأخر است. گرچه متقدم دارای مزیت باشد؛ بنابراین، در صورت مزیت داشتن متقدم، میان این روایات تعارض هست. در پاسخ برای حل تعارض دو راه وجود دارد: یا اخبار نسخ را به مورد عدم مزیت خبر متقدم تخصیص می‌زنیم، چون اگر در مورد مزیت متقدم نیز به روایات نسخ عمل کنیم، روایات ترجیح لغو می‌شوند یا اخبار نسخ را بر دو خبر معلوم التاریخ حمل می‌کنیم، چون تقدم و تأخر در نسخ دخالت دارد نه در مزیت (درس خارج اصول شب‌زنده‌دار، ۹۲/۷/۲۸ و ۹۲/۷/۲۹ ش).

مناقشه شش:

روایات نسخ خارج از ترجیح سندی است؛ چون در ترجیح بین متعارضین، هر

جستارهای

فقهی و اصولی

سال پنجم، شماره پیاپی ۱۴

بهار ۱۳۹۸

۲۲

دو متعارض شأنیت حجت را دارند، ولی در باب نسخ فقط ناسخ حجت است (مروجی، ۱۴۱۰، ۱۲/۱۲۳ و ۱۲۴).

مناقشه هفت:

چنان که در مقدمه گفته شد، محلّ نزاع، ترجیح روایت احدث بما هو ناسخ نیست، چون در این صورت ناسخ بودن مدخلیت دارد نه مجرد احدثیت، بلکه نزاع در ترجیح احدث بما هو احدث است به صورت مستقل، در حالی که مورد این روایت، نسخ است.

مناقشه هشت:

عبارت «یجیء منکم خلافه» ظاهر در قطع به صدور است. همچنین ظاهر پرسش از امام علیه السلام این است که ناشی از وجود شبهه در مخالفت ائمه علیهم السلام با پیامبر صلی الله علیه و آله می باشد. نه شک در صدور خبر؛ لذا مورد روایت خارج از محل نزاع است (روحانی، ۱۴۱۳، ۷/۴۱۴).

ترجیح روایت به
سبب احدثیت

۲۳

مناقشه نه:

قرائنی وجود دارد بر اینکه نسخ در این روایت به معنای تخصیص و تقیید است؛ چون قید «کما ینسخ القرآن» بیان کیفیت نسخ است و از آنجا که نسخ اصطلاحی در قرآن با خبر واحد ممکن نیست، بلکه تخصیص با خبر است، در حدیث نیز همین گونه مراد است.

همچنین نسخ اصطلاحی در شریعت نادر است و طبق مبنای برخی، امام علیه السلام حافظ شریعت است نه مُسَرِّع تا بتواند نسخ کند و اگر مراد امام این باشد که در هر دو خبر متعارض، یکی نسخ شده دیگر اعتباری برای قوانین شریعت باقی نمی ماند و عرف آن را بعید می شمارد؛ لذا اطلاقی در این روایت منعقد نمی شود و احتمال دارد که امام فقط در مقام بیان احتمال وجود نسخ در اخبار متعارض باشد (درس خارج اصول شب زنده دار، ۲۳/۷/۹۲ ش) یا اینکه امام علیه السلام تقیة فرموده اند حدیث

متأخر (کلام امام) را از باب ناسخ بپذیرید تا بفهمانند که نبویات را از غیر طریق ما اخذ نکنید.

برخی نیز مراد از حدیث ناسخ را چنین دانسته‌اند که راوی علم به نسخ روایت نداشته و آن را نقل کرده است، در حالی که ائمه علیهم‌السلام عالم به ناسخ‌اند و خلاف آن از ایشان صادر شده است (فیض کاشانی، ۱۳۴۹، ۹۰).

بنابراین، با اینکه هیچ‌یک از این احتمالات ثابت نیست، ولی موضوع روایات نسخ غیر از باب مرجّحات است.

۵- روایت منصور بن حازم

«ما رواه منصور بن حازم قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام ما بالي أسألك عن المسألة، فتُجيبني فيها بالجواب؛ ثم يجيئك غيري فتُجيبه فيها بجواب آخر؟ فقال: إنا نُجيب الناس على الزيادة و النقصان، قال: قلتُ فأخبرني عن أصحاب رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم صدقوا على محمد صلى الله عليه و آله و سلم أم كذبوا؟ قال: بل صدقوا. قال: قلتُ: فما بالهم اختلفوا؟ فقال: أما تعلم إن الرجل كان يأتي رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم فيسأله عن المسألة فتُجيبه فيها بالجواب ثم يُجيبه بعد ذلك ما ينسخ ذلك الجواب فنسخت الأحاديث بعضها بعضاً».

ابن حازم نقل کرده است: به امام صادق عليه السلام عرض کردم: چگونه است که به من در مسئله‌ای پاسخی می‌دهید و در همان مسئله به شخص دیگری پاسخ دیگری می‌دهید؟ حضرت فرمود: ما مردم را به زیاد و کم پاسخ می‌دهیم، عرض کردم: پس کسانی که از حضرت رسول صلى الله عليه و آله و سلم روایت کرده‌اند، راست گفته‌اند یا دروغ بسته‌اند؟ فرمود: بلکه راست گفته‌اند. گفتم: پس سرّ اختلافشان چیست؟ فرمود: مگر نمی‌دانی که مردی از پیامبر صلى الله عليه و آله و سلم پرسش می‌کرد و پیامبر پاسخی می‌داد و پس از آن پاسخ دیگری می‌داد که ناسخ سخن پیشین بود. پس بعض احادیث بعض دیگر را نسخ کرده است (کلینی، ۱۴۰۷، ۱/۶۵؛ حرعاملی، ۱۴۰۹، ۲۷/۲۰۸).

بیان دلالت

وجه دلالت این روایت مانند روایت پیشین است.

طباطبایی قمی دلالت این روایت بر ترجیح به احدث را پذیرفته و اخذ احدث را قاعده کلی برای علاج تعارض دانسته است. وی در ادامه گفته است: ادعای عهد ذکری بودن الف و لام در لفظ الاحادیث و اختصاص آن به اخبار نبوی، دلیلی ندارد و روایت، ظاهر در عموم است؛ چون مورد سؤال راوی خاص اخبار نبوی نیست (طباطبایی قمی، ۱۳۸۱، ۱۳۷).

بررسی سندی

همه روایات این روایت، امامی ثقه و جلیل اند^۱ و جای مخالفت و خدشه‌ای وجود ندارد، بنابراین روایت صحیح است.

بررسی دلالتی

هفت اشکال نخست در روایت پیشین، نسبت به دلالت این روایت هم وارد است.

ترجیح روایت به
سبب احدیث

۲۵

بررسی اشکالات عام روایات

با قطع نظر از سند و متن خاص و شواهد درون متنی هر یک از روایات، مدلول و مضمون مشترک این روایات مورد مناقشه است:

مناقشه یک:

ترجیح در دو باب مطرح است: ترجیح در باب وصول به واقع و ترجیح در باب وصول به وظیفه فعلی.

آنچه از روایات احدیث استفاده می‌شود امر ارتکازی ترجیح ثبوتی بین حکم دو حجت است از حیث وظیفه فعلی مکلف، نه ترجیح اثباتی به لحاظ طریقت و

۱. برای نمونه: توثیق منصور بن حازم، ر.ک: حسینی حلی، ۱۴۲۸، ۳۸۱/۱، اردبیلی، ۱۴۰۳، ۲۶۴/۲، مازندرانی حائری، ۱۴۱۶، ۳۳۴/۶.

کاشفیت از واقع، در حالی که محل کلام، دومی است.^۱
ترجیح اثباتی در فرض وحدت حکم است که حججین دلالت بر آن می‌کنند و
آن حکم، حکم اولی واقعی است؛ لذا بین دو دلیل تکاذب وجود دارد، ولی ترجیح
ثبوتی در فرض تعدد حکم است که هر یک وظیفه فعلی مکلف است؛ چه اولی
باشد و چه ثانوی و بین دلیلین تکاذب وجود ندارد (حکیم، ۱۴۱۴، ۱۹۷/۶).

مناقشه دو:

این روایات منافی با تمامی مرجحات اند^۲ و تمامی مرجحات را ساقط می‌کنند؛
زیرا در هر دو خبر متعارض یکی احدث است و صدور همزمان آن‌ها ثابت نشده و
نادرست و اگر بنا باشد خبر احدث ترجیح داشته باشد، موردی برای اخبار ترجیح
نمی‌ماند و لغویت مرجحات دیگر لازم می‌آید و این لغویت، قرینه بر عدم صدور
روایات احدثیت می‌شود؛ زیرا دلیل حجیت خبر واحد شامل آن نمی‌شود؛ زیرا اعتماد
عرف عقلا و عدم اطمینان به خلاف، شرط حجیت خبر واحد است^۳ (همدانی، ۱۳۷۷،
۱۲۵/۲؛ مغنیه، ۱۹۷۵، ۴۴۲؛ خویی، ۱۴۱۷، ۴۱۷/۲-۴۱۸).

جستارهای
فقهی و اصولی
سال پنجم، شماره پیاپی ۱۴
بهار ۱۳۹۸

۲۶

پاسخ مناقشه دو:

می‌توان میان روایات احدثیت و سایر مرجحات چنین جمع نمود که روایات
احدثیت را بر مورد علم به تقدم و تأخر صدور و روایات سایر مرجحات را بر مورد
جهل به تاریخ حمل کرد؛ چنان که محقق خویی و شهید صدر (خویی، ۱۴۱۷،
۳۹/۲؛ صدر، ۱۴۱۷، ۷/۳۶۳) اشاره کرده‌اند.

۱. ذیل روایت کنانی و معلی بن خنیس قرآنی بر این مدعا شمرده شد و همچنین اشاره شد که محقق حکیم حتی مرجح
ثبوتی بودن احدثیت به لحاظ وظیفه فعلی را نمی‌پذیرد.

۲. به گفته شهید صدر در بحوث فی علم الاصول ۷/۳۶۳: اگر تعارض در احکام ظاهر به به مجرد ثبوت واقعی، قابل وقوع
باشد بین اخبار تخییر و ترجیح و بین اخبار احدثیت همیشه تعارض می‌شود ولی اگر فقط در مرحله وصول به ما تعارض شود
تعارض فقط در صورت علم تفصیلی به احدث خواهد بود.

۳. محقق همدانی گفته است: لیس علی المکلف الأخذ بالأحدثیة، بل علیه التحری و الأخذ بما هو أقرب إلی الواقع
باستعمال سائر المرجحات، کیف لا؟ و إلا لم یبق للتراجیح المنصوصة موقع فی سائر الروایات (همدانی، ۱۳۷۷، ۱۲۵/۲).

نقد این پاسخ

این جمع، شاهی ندارد و صرفاً تبرعی است؛ زیرا چنان که گذشت، این روایات خاص مخاطب امام هستند؛ لذا شامل سایر مکلفان نمی‌شوند تا لغویت مرجحات منصوص لازم آید. همچنین ترجیح احداث در خصوص مخاطب نیز منافاتی با سایر مرجحات ندارد؛ زیرا وجه حکم این روایات به اخذ احداث (چه تقیه‌ای باشد و چه حکم واقعی) این است که روایات احداثیت در مقام بیان وظیفه عملی فعلی مکلف است نه مقام علم و اعتقاد؛ لذا منافاتی با ترجیح مخالف عامه ندارد؛ چون مربوط به مقام علم و اعتقاد است و گاهی ترک آن در مقام عمل واجب است (فیض کاشانی، ۱۳۴۹، ۸۹).

مناقشه سه:

مورد روایات خارج از ما نحن فیه است؛ زیرا اولاً در وجه و حیث صدور این روایات چند احتمال وجود دارد. احتمال در باب استنباط حکم شرعی، در باب تدبیر جامعه شیعه و نشر شریعت^۱، در باب انجام وظیفه عملی^۲، از حیث موازین تقیه و شرائط مخصوص زمان^۳.

ترجیح روایت به
سبب احداثیت
۲۷

در صورتی این روایات مربوط به ما نحن فیه خواهند بود که صدور آن‌ها در باب استنباط، اظهر باشد؛ چون بحث ترجیح در ادله به سبب استنباط حکم واقعی از دلیل است در حالی که ظهور آن در احتمال اول ثابت نیست؛ چون قرآنی بر خلافش وجود دارد؛ از جمله اینکه سیره و ارتکاز عقلاً در تعارض دو طریق به واقع، تساقط است نه اخذ احداث؛ چون تقدّم و تأخر دخلی در کشف حکم واقعی ندارد (صدر، ۱۴۰۸، ۵/۶۹۸).

ثانیاً در سؤال امام علیه السلام فرض بر وجود دو ویژگی است: قطعیت صدور و حضور

۱. این احتمال را محقق مؤمن در جلد دوم تسدید الاصول صفحه ۴۶۵ ذکر کرده است.

۲. این احتمال را آغا رضا همدانی در حاشیه جلد دوم رسائل، صفحه ۱۲۵ و شهید صدر در جلد هفتم از کتاب بحوث فی علم الاصول صفحات ۳۶۶ و ۳۷۷ ذکر کرده است.

۳. این احتمال را سید یزدی در التعارض صفحه ۳۹۲ و امام خمینی در التعادل و التراجیح صفحات ۱۴ و ۱۹۹ ذکر کرده است.

سامع در مجلس صدور حدیث؛ لذا از آنجا که قطع، موضوعیت دارد و در مانحن فیه تعبد به صدور خبر شده است و حکم به اخذ احداث، حکم ظاهری تعبدی است، تعدی به غیر ممکن نیست، خصوصاً که سایر مکلفان علم به صدور ندارند و فرضاً اگر هر دو واقعاً صادر شده باشند، معلوم نیست کدام یک برای بیان حکم واقعی باشد.

شاهد ادعای قطعیت صدور این است که در روایت کنانی و ابن مختار خود امام علیه السلام تعبیر به حدیث نموده اند نه خبر (خویی، ۱۴۱۷، ۴۱۷/۲؛ صدر، ۱۴۰۸، ۶۹۸/۵؛ صدر، ۱۴۱۷، ۳۶۵/۷).^۱

ثالثاً علاوه بر این، قرائنی در خصوص متن برخی از روایات وجود دارد؛ در روایت کنانی عبارت «أبی الله إلا التقیة» ظهور در احتمال چهارم و در روایت معلی عبارت «لاندخلکم إلا فیما یسعکم»، ظهور در احتمال دوم دارد (مؤمن، ۱۴۱۹، ۴۶۵/۲). در این راستا شهید صدر گفته است: در ظهور این اخبار دو احتمال است: بیان حکم واقعی عام و بیان وظیفه فعلی سامع. ظاهراً مقصود امام علیه السلام احتمال دوم است به قرائنی از جمله اینکه خود سائل جواب به اخذ احداث داده است، پس امری ارتکازی است. همچنین ذیل روایت کنانی آمده: «أبی الله عزّ وجل لنا و لکم فی دینه إلا التقیة» که صریح در قصد وظیفه فعلیه سامع است ولو تقیة (صدر، ۱۴۱۷، ۳۶۶/۷ و ۳۶۷).

شاهد دیگر اینکه در روایت معلی، حکم تعلیق بر امام حیّ شده، در حالی که در باب استنباط، حیات و ممات امام دخیلی ندارد. همچنین در این روایات ثابت نیست که مخاطب امام فقیه و اهل فتوا بوده باشد؛ بنابراین، احتمال اول که مقام استنباط است، بعید به نظر می آید.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال پنجم، شماره پیاپی ۱۴
بهار ۱۳۹۸

۲۸

۱. سید زیدی از این اشکال چنین پاسخ داده است: اولاً مورد روایت معلی اعمّ از معلوم و مظنون الصدور است؛ چون «اذا جاء حدیث و حتی یبلغکم» اعم است. ثانیاً بر فرض اگر مورد روایت، اخبار معلوم الصدور باشد حکم شامل ظنی الصدور نیز می شود؛ زیرا دلیل حجیت خبر شامل هر دو می شود و وجهی در اختصاص ترجیح به معلوم الصدور وجود ندارد. همچنان که در تقدیم خاص بر عام بین معلوم و مظنون فرقی نیست (سید زیدی، ۱۴۲۶، ۴۱۵). به نظر می رسد وجهی که شهید صدر برای اختصاص به قطعی الصدور بیان نموده است مانع از تعدی به غیر و تعمیم حکم می شود.

مناقشه چهار:

اخبار ترجیح و تخییر بر اخبار احديث مقدم می‌شوند. این تقدم را با یکی از دو وجه می‌توان تقریب نمود: ۱. بعضی از این اخبار، پس از صدور اخبار احديث صادر شده‌اند؛ لذا به مقتضای خود اخبار احديث، در تعارض اخبار ترجیح و تخییر با اخبار احديث باید اخبار ترجیح و تخییر را اخذ نمود؛ ۲. از حجیت اخبار احديث، عدم حجیت آن لازم می‌آید؛ چون اطلاق آن شامل خودش که معارض با خبر احديث (اخبار ترجیح و تخییر) است، می‌شود (صدر، ۱۴۱۷، ۳۶۴/۷).

نقد تقریب اول

این تقریب در صورتی است که هر یک از اخبار ترجیح و تخییر و احديث قطعی الصدور باشند، در حالی که اینجا قطعی نیست. دوم اینکه فرضاً اگر هر دو قطعی الصدور باشند، الغای اخبار احديث و تخصیص آن به مورد تقدیم خبر احديث معارض با خودش لازم می‌آید که باطل است؛ چون به منزله تخصیص اکثر افراد است.

نقد تقریب دوم

ترجیح روایت به
سبب احديث
۲۹

آنچه از حجیت ساقط می‌شود، اطلاق و شمول اخبار احديث نسبت به خودش است، نه اصل این اخبار؛ چون منشأ تعارض، اطلاق این اخبار است (صدر، ۱۴۱۷، ۳۶۴/۷ و ۳۶۵).

مناقشه پنج

تقدیم خبر احديث از باب تقیه‌ای بودن خبر پیشین است؛ لذا اخذ به احديث، اگرچه حکم عامه مکلفان است، دخیلی در تقدیم ندارد.
قزوینی صاحب تعلیقه معالم در تقدیم احديث سه وجه را احتمال داده است:
تعبدی بودن تقدیم، ناسخ بودن احديث و تقیه عملی راوی (موسوی قزوینی، ۱۴۲۷،

۱. همه روایات پنج‌گانه احديث از امام صادق علیه السلام صادر شده است؛ لذا برخی از روایات تخییر مانند: روایت علی بن مهزیار از امام کاظم علیه السلام، توفیق حضرت حجت علیه السلام و روایت حسن بن جهم از امام رضا علیه السلام و هم چنین روایات ترجیح مانند روایت حسن بن جهم از امام کاظم علیه السلام و محمد بن عبدالله از امام رضا علیه السلام احديث از روایات احديث‌اند.

۶۴۵/۷). وی احتمال اخیر را ظاهر دانسته و به این نحو بیان کرده است: موجب تقیه عملی در حق راوی، اگر در حال صدور روایت پیشین محقق باشد، روایت اخیر واقعی است و اگر حین صدور روایت اخیر محقق باشد، تقیه‌ای است و در هر دو صورت، اتباع از اخیر واجب است. تعبد به اولی هم منتفی است؛ چون در این صورت یا باید دومی تقیه‌ی بیانی باشد که خلاف فرض است یا لغو باشد که صدور آن از امام علیه السلام، محال است.

در دو احتمال نخست، اخذ احداث، حکم عامه مکلفان است، ولی در احتمال اخیر حکم خاص مخاطب امام است و در غیر او جاری نمی‌شود. البته برای تعمیم اخذ احداث برای مکلف غیر مخاطب امام چهار وجه تقریب وجود دارد:

۱. اگر احداث حکم واقعی باشد تکلیف عام است، ولی اگر تقیه‌ای باشد شک در جهت صدور می‌شود و اصل عدم تقیه جاری می‌شود.

نقد: اگر تقیه‌ای باشد اخذ آن جایز نیست؛ چون موجب تقیه نسبت به ما محقق نشده است.

۲. جهت صدور خبر احداث از ابتدا مشکوک است و با اصل عدم تقیه، عمل به آن ثابت می‌شود.

نقد: جهت صدور خبر متقدم هم مشکوک است و اصل در آن هم جاری می‌شود و جریان در یکی ترجیح بلامرجح است.

۳. آنچه رجحانش در نظر شارع محتمل است احداث است که با قاعده اشتغال، اخذ به آن متعین می‌شود.

نقد: محل بحث ما اثبات ترجیح با احداث است نه با عامل دیگر مانند اشتغال.

۴. احداث، بیان حکم واقعی است و متقدم، امر به تقیه عملی توسط راوی است؛ چون مصلحت مقتضی امر امام علیه السلام به موافق عامه بوده تا اهل سنت، شیعه را از خودشان بدانند. سپس امام علیه السلام حکم واقعی را بیان کرده و امر به تعبد سرّی نموده‌اند که مؤید آن عبارت «أبی الله إلا أن یُعبد سرّاً» در روایت کنانی است.

قروینی با تقریب اخیر، تعمیم اخذ به احداث را می‌پذیرد و تقدیم احداث را

از باب تقیه‌ای بودن خبر پیشین می‌داند (موسوی قزوینی، ۱۴۲۷، ۶۴۵/۷ تا ۶۴۷) شیخ انصاری نیز در مطارح الأ نظار این احتمال را پذیرفته است (انصاری، ۱۳۸۳، ۶۲۶/۴).

نقد: احتمال تقیه‌ای بودن در هر یک از دو خبر پیشین و پسین وجود دارد و حکم واقعی بودن احداث ثابت و معلوم نیست و اطلاق روایت با عمل به احداث چه واقعی باشد، چه تقیه‌ای می‌سازد.

عبارت «أبی الله إلا أن یُعبد سرّاً» نیز به این نحو توجیه می‌شود که حتی اگر احداث تقیه‌ای باشد، در شرایط تقیه باید به وظیفه فعلی خود عمل کرد؛ چون اگر چه آشکارا خلاف حکم واقعی است، ولی در سرّ، تعبد به حکم الهی است. نویسندگان بر این باورند که در تقدّم خبر احداث در شرایط مکلف در زمان امام شکی نیست، ولی از پنج جنبه احتمال تقدم وجود دارد که وضعیت عموم و اختصاص این حکم را روشن می‌کند:

۱. از آن حیث که مخالف با عامه است: در این صورت، مرجح مستقلاً نیست و خود احداث دخیلی در رجحان ندارد و آنچه سبب ترجیح شده، مخالفت با عامه است.

۲. از آن حیث که ناسخ است: در این صورت، خارج از بحث ترجیح و تعارض است؛ چون در باب نسخ قطعاً فقط ناسخ حجت است در حالی که متعارضین هر دو شأنیت حجیت را دارند هر چند حجیت یکی تعیین می‌شود.

۳. از آن حیث که مرجح تعبدی شرعی است: همین جنبه محل نزاع اصولیان است و متوقف بر دلالت روایات احداث است و اگر ثابت شود، حکم عامه مکلفان می‌شود. لکن منع کنندگان ضعیف سند یا قصور دلالت (در مورد تقیه یا نسخ است) یا اخصیت مدلول (حکم فعلی مخصوص مخاطب و زمان حضور امام است) را وجه اشکال دانسته‌اند.

۴. از آن حیث که حکم تقیه است: در این صورت، احداث دخیلی در ترجیح ندارد، بلکه وظیفه فعلی مکلف در شرایط زمان صدور آن است و سایر مکلفان در سایر شرایط نمی‌توانند آن را اخذ نمایند.

۵. از آن حیث که مرجح عقلایی است: محل نزاع است و از حیث عقلی باید بررسی شود که آیا ارتکاز عقلا بر این است که در دو متعارض احداث را مقدم می‌کنند یا نه؟

شیخ انصاری نیز در مطارح الأَنْظار سه جنبه نخست را بررسی کرده و گفته است: در اخذ خبر احداث سه احتمال وجود دارد:

۱- از باب تعبد شرعی باشد: این روایات توان اثبات از این جهت را ندارند؛ چون روایات به قرینه «أبی الله...» ظاهر در اخذ احداث به سبب احتمال تقیه در خبر متقدم هستند؛ زیرا اگر از باب تعبد شرعی بود، سؤال امام از راوی با «بأیّهما کنت تأخذ» وجهی نداشت.

۲- از باب احتمال تقیه امام در روایت متقدم باشد که خود دارای دو احتمال است: صدور حدیث دوم یا قرینه واقعی بر صدور حدیث دوم تقیه است یا قرینه تعبدیه: اولی شایع نیست و دومی هم خلاف ظاهر روایت است.

۳- از باب ناسخ بودن باشد: فقط در اخبار نبوی صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قابل التزام است، در حالی که ما نحن فیه اعم است (انصاری، ۱۳۸۳، ۴/۶۲۶).

به نظر می‌رسد جدید بودن حدیث به عنوان یک ضابطه کلی و همیشگی، ملاک ترجیح نیست و ترجیح از جنبه سوم پذیرفته نیست زیرا همان گونه که محتمل است حدیث متقدم از باب تقیه و حدیث متأخر برای بیان حکم واقعی صادر شده باشد، عکس آن نیز احتمال دارد؛ یعنی روایات اگر در مقام بیان مرجحیت احداث باشند باید فقط در صورتی که روایت متقدم تقیه‌ای بوده احداث مقدم شود، در حالی که در این روایات استفاده می‌شود چه روایت قدیم تقیه‌ای باشد و جدید حکم واقعی و چه برعکس، باید به جدید عمل کرد.^۱ به بیان دیگر وظیفه مکلف را مشخص می‌کند که

جستارهای

فقهی و اصولی

سال پنجم، شماره پیاپی ۱۴
بهار ۱۳۹۸

۳۲

۱. از این رو طباطبایی یزدی در خبر متقدم و متأخر سه احتمال داده و می‌گوید: فقط طبق یک احتمال، اخذ به احداث مطابق مدعاست. «لأنّ الثانی اما ناسخ و هو باطل لانقطاع النسخ بعد النبی صلی الله او غیر ناسخ و لا یخلو حیثینذ عن احد وجوه ثلاثة لأنه اما ان یکون الصادق من الأول للحکم الواقعی و من الثانی للتقیه قولاً بمعنی انّ التکلم بهذا الخبر یرفع الخوف او فعلاً بمعنی انّ العمل بمضمونه یرفعه و اما بالعکس و علی الأول یلزم طرح الثانی اذ المفروض انه فی مقام التقیه و علی الثانی یلزم الأخذ بالأحدث فی زمان التقیه لا فی امثال زماننا الّتی لا تقیه فیها و علی الثالث یتّم الأخذ بالأحدث لکونه للحکم الواقعی فمع هذه الاحتمالات کیف یؤخذ بالأحدث مطلقاً» (یزدی، بی تا، ۴۰۲ و ۴۰۳).

الآن زمان تقیه است یا زمان تقیه نیست، چون احکام شرعی و شرایط تقیه به حسب مقتضیات زمان و مکان قابل تغییر است.

به همین دلیل شیخ صدوق، روایت حسین بن مختار را چنین توجیه نموده که امام هر زمانی احکام آن زمان را بهتر می‌داند و نسبت به آن آگاه‌تر است، آن‌گاه صاحب وسائل، توجیه صدوق را ظاهر در این دانسته که روایت خاص زمان حضور امام است و همچنین آن را تأیید کرده است (صدوق، ۱۴۱۳، ۲۰۳/۴؛ فیض کاشانی، ۱۳۴۹، ۸۹؛ محقق داماد، ۱۳۶۲، ۱۶۱/۳ و ۱۶۲).

فیض کاشانی نیز در الأصول الاصلیة این روایات را چنین توجیه کرده است: وجه حکم به اخذ احداث چه تقیه باشد چه حکم واقعی، این است که روایات احداثیت در مقام بیان وظیفه عملی فعلی مکلف است نه مقام علم و اعتقاد (فیض کاشانی، ۱۳۴۹، ۸۹).

بر همین اساس روشن می‌شود که احداثیت نمی‌تواند مرجح باشد چون ترجیح در اصطلاح به معنای کشف و تعیین حجت بالفعل در مقام علم و اعتقاد است و به لحاظ حکم واقعی است (نه صرف تعیین وظیفه عملی مکلف) در حالی که احداثیت، طریقی برای تعیین وظیفه عملی است و خارج از مقوله مرجحات است و با تعدد حکم سازگار است.

بنابراین این‌گونه روایات دلالت بر آن دارد که احکام براساس مقتضیات زمان و مکان می‌توانسته تغییر یابد، البته این معنا به مفهوم نسخ نیست؛ زیرا نسخ به معنای زوال حکم سابق است در حالی که به مقتضای این روایات در شرایط فعلی، این حکم اجرا می‌شود و در شرایط سابق، حکم سابق یعنی اگر شرایط سابق مجدداً باز گردد، حکم به همان شکل سابق، صدور خواهد یافت (محقق داماد، ۱۳۶۲، ۱۶۱/۳ و ۱۶۲). تا اینجا عدم تأثیر احداثیت در ترجیح روایت از سه جنبه نخست ثابت شد.

بررسی جنبه چهارم

تنها کسی که تصریح به پذیرش ترجیح احداث از این جنبه نموده محقق سیستانی است، وی گفته است: حکم روایات احداثیت، فتواست و فتوا خاص مستفتی و

مربوط به زمان حضور امام و افراد آن زمان است و از آنجا که ظروف و حالات و مصالح نشر و کتمان تغییر کرده لذا روایات شامل ما نحن فیه نمی‌شوند، ولی از آنجا که احدیث یک مرجح عقلایی است نه تعبدی شرعی، لذا طبق میزان عقلایی، در زمان غیبت نیز اگر امثال همان ظروف واقع شود می‌توان اخذ احدیث کرد؛ بنابراین، مرجحیث احدیث از روایات استفاده نمی‌شود (سیستانی، بی تا، ۵۲۶).

نقد جنبه چهارم

به باور نویسندگان، عقلاً فقط در جایی احدیث را مقدم می‌کنند که علم به صدور هر دو داشته باشند (مثلاً شخصی که دو سخن در دو زمان زده است به سخن اخیر او استناد و اخذ می‌کنند و فقیهی که در یک مسئله دو فتوای معارض داده است، فتوای اخیر او را لحاظ می‌کنند) در حالی که در باب تعارض ما نحن فیه، صدور هر دو قطعی نیست و بحث در تعیین تعبدی حجت از میان آن دو است، اصلاً اگر دو خبر قطعی الصدور و قطعی الدلالة باشند راهی برای جمع آن‌ها جز باب تقیه و نسخ نیست، ولی در باب ترجیح احد المتعارضین یا صدور هر دو قطعی نیست یا دلالت هر دو قطعی نیست و از آنجا که تا مدلول هر دو قطعی نباشد و متعارض قطعی (به نحو تباین یا عموم من وجه) نباشند، نوبت به مرجحات صدوری نمی‌رسد؛ چون اقوی دلالت و ظهوراً مقدم است ولو روایت مقابل، دارای مزیت باشد.

پس فرض مرجحات صدوری در جایی است که صدور هر دو مشکوک باشد و با مرجح، خبری که در واقع صادر شده کشف می‌شود. بنابراین فرض عقلاً خارج محل بحث است و احدیث از جنبه چهارم نیز مرجح نیست.

نتیجه‌گیری

با توجه به مناقشاتی که مطرح شد در میان روایات احدیث، فقط روایت اول و دوم ضعف سندی دارند و هیچ‌یک از روایات در برابر مناقشات دلالتی عام و خاص (مفهومی و متنی) مصون نمانده‌اند.

نسبت به روایت کنانی دو مناقشه، نسبت به روایت ابن‌مختار دو مناقشه، نسبت به

روایت معلی دو مناقشه، نسبت به روایت ابن مسلم پنج مناقشه و نسبت به روایت اخیر چهار مناقشه وارد دانسته شد و افزون بر این، پنج اشکال دلالتی عام نسبت به مجموع اخبار ذکر شد که به باور نویسندگان از این میان، دو اشکال قطعاً قابل رد نیست. از مجموع این مناقشات روشن شد که قلمرو دلالت روایات با بحث ترجیح و کشف حکم واقعی مغایرت دارد و نظر کسانی صحیح است که روایات را در مقام بیان وظیفه عملی فعلی مکلف و تعیین زمان حکم واقعی و تقیه عملی دانسته‌اند؛ چون احکام شرعی و شرایط تقیه به حسب مقتضیات زمان و مکان تغییر پذیرند؛ بنابراین، احدثیت، تأثیری در ترجیح ندارد و تقدیم احدث در موارد مختلف می‌تواند علل متعددی داشته باشد از جمله: عمل به وظیفه فعلی، مخالف عامه بودن احدث یا ناسخ بودن آن.

منابع

• قرآن کریم

۱. آملی، میرزا هاشم، (۱۳۸۶ق)، تحریر الأصول (چاپ اول)، قم، مکتبه‌الداوری.
۲. ابن ابی‌جمهور، محمد (۱۴۰۵ق)، عوالی اللالی العزیزة (چاپ اول)، قم، دار سیدالشهدا علیه السلام.
۳. ابن غضائری، احمد بن حسین، (۱۴۲۲ق)، الرجال (چاپ اول)، قم: مؤسسه دارالحدیث.
۴. اردبیلی، محمد بن علی، (۱۴۰۳ق)، جامع الرواة (چاپ اول)، بیروت، دار الأضواء.
۵. اصفهانی، محمد حسین، (۱۳۷۴ش)، نه‌ایة الدرایة فی شرح الکفایة (چاپ اول)، قم، سیدالشهدا علیه السلام.
۶. انصاری، مرتضی بن محمد امین، (۱۳۸۳ش)، مطارح الأنظار (چاپ دوم)، قم، مجمع الفکر الاسلامی.
۷. _____، (۱۴۱۶ق)، فرائد الأصول (چاپ پنجم)، قم، دفتر انتشارات اسلامی.
۸. بحرانی، یوسف، (۱۳۸۰ش)، الحدائق الناضرة (چاپ اول)، قم، دفتر انتشارات اسلامی.
۹. بسام، مرتضی، (۱۴۲۶ق)، زبدة المقال من معجم الرجال (چاپ اول)، بیروت، دارالمحجة البيضاء.
۱۰. حرعاملی، محمد بن حسن، (۱۴۰۹ق)، وسائل الشیعة (چاپ اول)، قم، مؤسسه آل‌ال‌بیت علیهم السلام.
۱۱. حرعاملی، محمد بن حسن، (۱۴۱۸ق)، الفصول المهمة فی أصول الأئمة (چاپ اول)، قم: مؤسسه معارف اسلامی امام رضا علیه السلام.

۱۲. حسینی حلی، حسین، (۱۴۲۸ق)، زبدة الأقوال فی خلاصة الرجال (چاپ اول)، قم، مؤسسه دارالحديث.
۱۳. حلی، تقی الدین، (۱۳۴۲ش)، الرجال (چاپ اول)، تهران، دانشگاه تهران.
۱۴. خمینی، سید روح الله، (۱۳۷۵ش)، التعادل و التراجیح (چاپ اول)، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی علیه السلام.
۱۵. خویی، سید ابوالقاسم، (۱۴۱۷ق)، مصباح الأصول (چاپ پنجم)، قم، مکتبه الداوری.
۱۶. —، (۱۴۱۰ق)، معجم رجال الحديث (چاپ چهارم)، قم، مرکز نشر آثار شیعه.
۱۷. روحانی، سید محمد، (۱۴۱۳ق)، منتقى الاصول (چاپ اول)، قم، دفتر آیت الله روحانی.
۱۸. سیستانی، سید علی، (بی تا)، تعارض الأدلة و اختلاف الحديث، بی جا، بی نا.
۱۹. شوشتری، محمد تقی، (۱۴۱۰ق)، قاموس الرجال (چاپ دوم)، قم، مؤسسه النشر الاسلامی.
۲۰. شیرازی، صدرالدین، (۱۳۸۳ش)، شرح اصول الکافی (چاپ اول)، تهران، مؤسسه مطالعات و تحقیقات فرهنگی.
۲۱. صدر، سید محمد باقر، (۱۴۱۷ق)، بحوث فی علم الأصول (چاپ سوم)، قم، موسسه دائرة المعارف فقه اسلامی.
۲۲. —، (۱۴۰۸ق)، مباحث الاصول (چاپ اول)، قم، مرکز الإعلام الاسلامی.
۲۳. صدری، مهدی، (۱۳۹۶ش)، تقيه جهادی دیگر، بی جا، بی نا.
۲۴. صدوق، محمد بن علی، (۱۴۱۳ق)، من لایحضره الفقیه (چاپ دوم)، قم، دفتر انتشارات اسلامی.
۲۵. صنقور، محمد، (۱۴۲۸ق)، المعجم الأصولی (چاپ دوم)، قم، منشورات الطیار.
۲۶. طباطبایی، محمد، (۱۲۹۶ق)، مفاتیح الاصول (چاپ اول)، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
۲۷. طباطبایی (حکیم)، سید محمد سعید، (۱۴۱۴ق)، المحکم فی أصول الفقه (چاپ اول)، قم، موسسه المنار.
۲۸. طباطبایی قمی، سید تقی، (۱۳۷۱ش)، آراؤنا فی أصول الفقه (چاپ اول)، قم، نشر محلاتی.
۲۹. —، (۱۳۸۱ش)، الأنوار البهية في القواعد الفقهية (چاپ اول)، قم، نشر محلاتی.
۳۰. طباطبایی (یزدی)، سید محمد باقر، (بی تا)، وسیلة الوسائل فی شرح الرسائل، بی جا.
۳۱. طباطبایی (یزدی)، سید محمد کاظم، (۱۴۲۶ق)، التعارض (چاپ اول)، قم، مدين.
۳۲. طوسی، محمد بن حسن، (۱۴۲۰ق)، فهرست کتب الشيعة و اصولهم (چاپ اول)، تحقیق: عبدالعزيز طباطبایی، قم، مکتبه المحقق الطباطبایی.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال پنجم، شماره پیاپی ۱۴
بهار ۱۳۹۸

۳۶

۳۳. _____، (۱۴۱۷ق)، الغيبة (چاپ دوم)، تحقیق عبدالله طهرانی، قم، مؤسسة المعارف الإسلامية.
۳۴. فیض کاشانی، محمد محسن، (۱۳۴۹ش)، الاصول الاصلية (چاپ اول)، تهران، سازمان چاپ دانشگاه.
۳۵. کشی، ابو عمرو، (۱۴۲۴ق)، اختیار معرفة الرجال (رجال الکشی) (چاپ چهارم)، تهران، مرکز نشر علامه مصطفوی علیه السلام.
۳۶. کلینی، محمد بن یعقوب، (۱۴۰۷ق)، الکافی (چاپ چهارم)، تهران، دارالکتب الإسلامية.
۳۷. مازندرانی حائری، محمد بن اسماعیل، (۱۴۱۶ق)، منتهی المقال فی احوال الرجال (چاپ اول)، قم، مؤسسة آل البيت علیهم السلام.
۳۸. مازندرانی، محمد صالح، (۱۳۸۲ق)، شرح الکافی (چاپ اول)، تهران، المكتبة الإسلامية.
۳۹. مامقانی، عبدالله، (بی تا)، تنقیح المقال فی علم الرجال، بی جا.
۴۰. مجلسی، محمد باقر، (۱۴۰۴ق)، مرآة العقول فی شرح أخبار آل الرسول (چاپ دوم)، تهران، دارالکتب الإسلامية.
۴۱. محقق داماد، سید مصطفی، (۱۳۶۲ش). مباحثی از اصول فقه (چاپ اول)، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی.
۴۲. مروجی، علی، (۱۴۱۰ق)، تمهید الوسائل فی شرح الرسائل (چاپ اول)، قم، مکتب النشر الإسلامية.
۴۳. مغنیه، محمد جواد، (۱۹۷۵م)، علم أصول الفقه فی ثوبه الجدید (چاپ اول)، بیروت، دارالعلم للملایین.
۴۴. مفید، محمد بن محمد، (۱۳۷۲ش)، الإرشاد فی معرفة حجج الله علی العباد (چاپ اول)، قم، دارالمفید.
۴۵. مکارم شیرازی، ناصر، (۱۴۲۸ق)، انوارالأصول (چاپ دوم)، قم، مدرسة الامام علی بن ابی طالب علیه السلام.
۴۶. موسوی قزوینی، علی، (۱۴۲۷ق)، تعلیقة علی معالم الأصول (چاپ اول)، قم، دفتر انتشارات اسلامی.
۴۷. مؤمن قمی علیه السلام، محمد، (۱۴۱۹ق)، تسدیدالأصول (چاپ اول)، قم، دفتر انتشارات اسلامی.
۴۸. نجاشی، احمد بن علی، (۱۳۶۵ش)، رجال النجاشی (چاپ اول)، قم، مؤسسة النشر الإسلامية.
۴۹. نراقی، احمد، (۱۴۱۵ق)، مستند الشیعة (چاپ اول)، قم، مؤسسة آل البيت علیهم السلام.

۵۰. نراقی، محمد مهدی، (۱۳۸۸ش)، انیس المجتهدین فی علم الاصول (چاپ اول)، قم، بوستان کتاب.
۵۱. همدانی، رضا، (۱۳۷۷ق)، الفوائد الرضویة علی الفرائد المرتضویة (چاپ اول)، تهران، کتابفروشی جعفری.
۵۲. گنجی، مهدی، درس خارج اصول، جلسه ۸۷، ۹۵/۱۱/۲۷، قابل دسترسی در http://www.ganjee.ir/index.php?option=com_content&view=category&id=46&Itemid=185&limitstart=50
۵۳. فاضل لنکرانی، محمد جواد، درس خارج فقه، کتاب الحج، جلسه ۴۷، ۹۵/۱۰/۱۲، قابل دسترسی در <http://fazellankarani.com/persian/lessons/20007>
۵۴. شب زنده دار، محمد مهدی، درس خارج اصول، جلسه ۱ تا ۱۶، ۹۲/۷/۱ تا ۹۲/۷/۳۰، قابل دسترسی در <http://mfef.ir/pajoo/oldtaghmenu/tagh9293/88-shbzndo.html>
۵۵. شبیری، سید محمد جواد، (۱۳۸۵ش)، نرم افزار درایة النور، قم، مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال پنجم، شماره پیاپی ۱۴

بهار ۱۳۹۸

۳۸

بازکاوی اجتماع امر و نهی^۱

علیرضا هوشیار^۲

حسن قنبری شیخ شبانی^۳

چکیده

از جمله مسائل بسیار پیچیده و قدیمی در علم اصول، بحث جواز اجتماع امر و نهی است که علاوه بر فوائد علمی فراوان در علم اصول، دارای ثمرات فقهی و عملی مانند صحت یا بطلان خواندن نماز در مکان غصبی نیز می‌باشد. پس از بررسی مفردات و تنقیح محل بحث، با سه قول در این خصوص مواجه می‌شویم که جواز، امتناع و جواز عقلی و امتناع عرفی را می‌توان نام برد. نویسندگان در ادامه به نقل اهم دلایل مثبتین و نافیین پرداخته است و سپس وارد بحث اضطرار با سوء اختیار شده که یکی از مباحث مهم در این زمینه است. اقوال و مبانی در زمینه کسی که با سوء اختیار، خود را مضطر نموده است تا شش مورد نیز گفته شده است که از آن جمله می‌توان به سقوط نهی به طور مطلق و باقی ماندن وجوب و ثبوت نهی فعلی و عدم وجوب اشاره نمود. نگارندگان پس از نقل و بسط اقوال در این خصوص، اشکالات هر یک از اقوال را با استفاده از آیات و روایات بررسی کرده و

بازکاوی اجتماع
امر و نهی
۳۹

۱. تاریخ دریافت: ۱۳۹۷/۰۳/۰۴؛ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۷/۱۲/۰۹.

۲. دانش‌آموخته سطح چهار حوزه علمیه قم و مدرس گروه معارف دانشگاه آزاد اسلامی واحد قم. ایران. (نویسنده مسئول). رایانامه: alireza112.hooshyar@yahoo.com

۳. دانش‌آموخته سطح سه حوزه علمیه قم، رایانامه hassan.67@chmail.ir

ثابت نموده که عنوان اضطرار از سوی شارع مقدس از باب حکومت تضييق گردیده است؛ از همین رو، هر اضطراری رافع حرمت نیست و در نهایت، با استفاده از ابواب دیگر فقهی، توانسته است قول به جواز اجتماع امر و نهی را ثابت نماید.

کلید واژه‌ها: اجتماع، امر، نهی، جواز، امتناع، سوء اختیار، مضطر.

مقدمه

مسئله اجتماع امر و نهی از مسائل قدیمی در علم اصول است. پیشینه این بحث به فضل بن شاذان، از اصحاب امام هادی علیه السلام بر می‌گردد که قائل به جواز آن بود و از آن زمان تاکنون سبب منازعات و مناقشات بسیاری در بین اصولی‌ها گشته است. برخی از علما قول به جواز را پذیرفته و برخی دیگر قائل به امتناع شده‌اند و کسانی نیز هستند که قول به تفصیل را اختیار کرده‌اند؛ بدین گونه که اجتماع از حیث عقلی جایز است، لکن عرف، از قبول آن امتناع می‌کند. بحث تضاد بین احکام خمسسه تکلیفیه، مراتب انشاء حکم، تعلق احکام به طبایع یا عناوین و سرایت حکم یا عدم آن به متعلق و... از مسائل مهمی است که به‌عنوان مقدمه از آن‌ها بحث می‌شود و بعضاً در انتخاب قول جواز یا امتناع تأثیرگذار هستند. بحث راجع به همه مقدمات لازم در منقح شدن بحث، در این مقال نمی‌گنجد، لکن به اختصار به بررسی مفردات و معانی آن‌ها و سپس تحریر محل نزاع پرداخته و مهمترین دلایل مثبتین و نافیین را مرور می‌کنیم.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال پنجم، شماره پیاپی ۱۴

بهار ۱۳۹۸

۴۰

مفاهیم

مشهور اصولیان در طرح عنوان بحث چنین نگاهشته‌اند: «هل يجوز اجتماع الأمر والنهی فی شیء واحد أم لا؟» بنابراین در ابتدا باید مراد از واژه‌های «جواز»، «اجتماع» و «واحد» مشخص شود تا محلّ مناقشه و اختلاف اصولیان در موضوع مورد بحث، روشن گردد.

۱. جواز

جواز در فقه و فلسفه دارای معانی متفاوتی است؛ مانند جواز که در مقابل وجوب

و حرمت شرعی است و یا به معنای احتمال. علامه مظفر مقصود از جواز را جواز عقلی فرض کرده و چنین می نویسد: «المقصود منه الجواز العقلي، أي الإمكان المقابل للإمتناع وهو واضح، و یصح أن یراد منه الجواز العقلي المقابل للقبیح العقلي؛ مقصود از جواز، جواز عقلی است؛ یعنی امکان که در مقابل امتناع قرار دارد و واضح است و صحیح است که از آن جواز عقلی که در مقابل قبیح عقلی است، اراده شود» (مظفر، ۱۳۷۵، ۱/۳۱۵)؛ بنابراین، جواز در این بحث، به معنای امکان عقلی در مقابل امتناع عقلی است.

۲. اجتماع

مرحوم مظفر در تبیین این واژه چنین می نویسد: «و المقصود منه هو الإلتقاء الإتفاقی بین المأمور به و المنهی عنه فی شیء واحد و لا یفرض ذلك إلا حیث یفرض تعلّق الأمر بعنوان و تعلّق النهی بعنوان آخر لا ربط له بالعنوان الأول و لكن قد یتفق نادراً أن یتلقى العنوانان فی شیء واحد و یجتمعاً فیهِ و حیث یجتمع أى یتلقى الأمر و النهی؛ مقصود از اجتماع، برخورد اتفاقی بین مأمور به و منهی عنه در شیء واحد است. البته فرض این تلاقی تنها در صورتی است که امر به عنوانی غیر از عنوان نهی تعلق گرفته باشد به طوری که بین دو عنوان هیچ گونه ربطی نباشد. البته گاهی به طور نادر دو عنوان در شیء واحدی با هم تلاقی و اجتماع می کنند در چنین وقتی می گویند: امر و نهی با هم اجتماع کرده اند» (مظفر، ۱۳۷۵، ۱/۳۱۵).

در تبیین این سخن علامه مظفر باید گفت که اجتماع دارای سه قسم است:

۱. **اجتماع آمری:** این قسم مربوط به جایی است که آمر و ناهی و منهی عنه و مأمور به از همه جهات یکسان باشند؛ مانند اینکه شارع امر به خواندن نماز در زمانی مشخص کند و در همان زمان نیز از خواندن نماز نهی کند (سبحانی، ۱۳۸۷، ۱/۶۶؛ صدر، ۱۴۱۷، ۳/۲۵).

۲. **اجتماع موردی:** این اجتماع جایی است که در عالم خارج حقیقتاً دو فعل است و بین آنها تباین وجود دارد، لکن تقارن و مجاورت در یک زمان داشته باشند. مثل نگاه به نامحرم در نماز که عنوان نماز بر نظر به نامحرم صادق نیست و همچنین

عنوان نظر بر نماز صدق نمی‌کند؛ بنابراین، بر یک فعل تطابق ندارند (مظفر، ۱۳۷۵، ۳۱۴/۱؛ سبحانی، ۱۳۸۷، ۶۷/۱).

۳. اجتماع مأموری: در این قسم امر و نهی به دو عنوان تعلق گرفته که یکی متعلق امر و دیگری متعلق نهی واقع گردیده است. این دو عنوان در خارج متحد هستند؛ اگرچه به تسامح عرفی (خویی، ۱۴۱۹، ۱۰۱/۲) بین دو عنوان عموم و خصوص من وجه برقرار باشد و مکلف به سوء اختیار این دو را جمع کرده است، مانند: خواندن نماز در زمین غصبی.

محلّ نزاع و اختلاف در این است که بین عنوان نماز که مأموریه بوده با عنوان غصب که منهیّ عنه می‌باشد، هیچ ارتباطی وجود ندارد، ولی به حسب اتفاق و از باب تصادف گاه می‌شود که مکلف بین آن دو را جمع می‌نماید؛ یعنی در مکان غصبی نماز می‌خواند و بدین ترتیب، دو عنوان مزبور با هم التقا و اجتماع می‌کنند؛ لذا این فعل واحد هم عنوان نماز بر آن منطبق است و هم عنوان غصب. حال، اگر مکلف در ملک غصبی نماز به جای آورد، هم مطیع امر مولاست و هم فعل منهیّ عنه را انجام داده و عاصی و مخالف به حساب می‌آید.

جستارهای
فقهی و اصولی
سال پنجم، شماره پیاپی ۱۴
بهار ۱۳۹۸

۴۲

۳. واحد

مقصود فعل واحدی است که دارای یک وجود باشد و به اعتبار آن محل اجتماع دو عنوان مأموریه و منهیّ عنه قرار گرفته باشد. در مقابل، شی‌ای که به حسب وجود متعدّد به حساب می‌آید.

واحد بر سه قسم است: شخصی، نوعی و جنسی.

واحد شخصی: در مثال «زیدٌ واحدٌ»، زید عبارت از وجود انسان به ضمیمه خصوصیات فردی است که این خصوصیات مانع از این می‌شود که صاحب آن خصوصیات تکثر پیدا کند. کلمه فرد - که در منطق به کار برده می‌شود - در مقابل تکثر است.

واحد نوعی: «الإنسان واحدٌ» مثال برای واحد نوعی است. در اینجا واحد به این معنا نیست که قابل صدق بر کثیرین نباشد؛ بلکه مراد این است که انسان، نوع

واحدی در مقابل سایر انواع حیوان است.

واحد جنسی: مثل اینکه گفته شود: «الحیوان واحد»؛ یعنی حیوان، جنس واحدی است که انواع متعددی تحت پوشش این جنس قرار دارند.

۴. مقدمات تولیدی

مقدمه تولیدی مقدمه‌ای است که به منزله علت تامه یا آخرین جزء علت تامه برای ایجاد ذی‌المقدمه است و با وجود یافتن آن، ذی‌المقدمه نیز به‌طور قهری موجود می‌شود، مانند اینکه با انداختن هیزم در آتش، سوختن نیز به‌طور قهری پدید می‌آید، یا با شلیک گلوله به مغز شخصی، قتل به‌طور قهری حاصل می‌شود. مقدمه تولیدی در اعتباریات مانند: صیغه طلاق که مقدمه جدایی بین زوج و زوجه است، یا صیغه نکاح که مقدمه محرمیت و رابطه زوجیت زن و مرد است (ر.ک: مرکز اطلاعات، ۱۳۸۹، ۷۷۷/۱؛ نائینی، ۱۳۷۶، ۶۷/۱).

۵. قید مندوحه

بازکاوی اجتماع
امر و نهی
۴۳

بعضی از اصولیان، در محلّ نزاع قید «مندوحه» را اضافه کرده‌اند. مراد این گروه از اضافه کردن این قید این است که نزاع در جواز یا عدم جواز اجتماع امر و نهی - به گونه‌ای که بعضی بتوانند قائل به جواز شوند و بعضی قائل به امتناع - در جایی امکان دارد که مکلف در ارتباط با موافقت امر، راه تخلّصی داشته باشد؛ یعنی مکلف بتواند مأمور به امر را هم در ضمن فرد حرام اتیان کند و هم در ضمن فرد غیر حرام؛ مثلاً نزاع اجتماع امر و نهی در مورد نماز در زمین غصبی، وقتی جریان پیدا می‌کند که مکلف بتواند نماز را در غیر زمین غصبی هم اتیان کند، ولی با انتخاب نادرست خودش، نماز را در زمین غصبی انجام دهد. اینجا محلّ بحث است که آیا نماز در زمین غصبی می‌تواند دارای دو حکم باشد؟ (لنکرانی، ۱۳۸۱، ۲۷۴/۵).

۶. تزاحم

تزاحم در لغت به معنای گرد آمدن گروهی بر چیزی، تلاطم امواج و راندن برخی

از آن‌ها برخی دیگر را در یک تنگنا آمده است (این منظور، ۱۴۱۴، ۲۶۲/۱۲). بیشتر اصولیان ناسازگاری و تمانع دو حکم را که ناشی از قدرت نداشتن مکلف بر امتثال آن دو باشد «تزام» نامیده‌اند، اما برخی دیگر التزام را به معنای تنافی دو حکم دانسته‌اند که هر دو دارای ملاک جعل باشند؛ چه تنافی در مرحله جعل حکم باشد و چه در مرحله امتثال و انجام آن (جلالی‌مازندرانی، ۱۴۱۵، ۴/۴۰۸).

این اصطلاح با معانی مذکور در علم اصول پیشینه طولانی ندارد؛ هر چند مباحثی که خاستگاه آن به‌شمار می‌رود، از ابتدا مطرح بوده است؛ مانند اجتماع امر و نهی، ترتب، دلالت امر بر نهی از ضد و تعارض ادله. تتبع در منابع اصولی امامیه نشان می‌دهد که نخستین بار شیخ انصاری (۱۲۸۱ق) التزام را به عنوان اصطلاحی اصولی و به معنای تنافی دو حکم دارای ملاک مطرح کرده است. اولین بار یکی از شاگردان وی به نام آخوند ملا محمد کاظم خراسانی (۱۳۲۹ق) در کفایة الاصول به‌طور گسترده و جدی بحث التزام را مطرح کرد و سپس شارحان بعدی آن کتاب مباحث دیگری بر آن افزودند و درباره آن مستقلاً بحث کردند (علم‌الهدی، ۱۳۶۳، ۱/۱۹۱). طبق نظر آخوند خراسانی التزام وقتی است که دو حکم دارای ملاک جعل و انشا باشند. اگر وجود دو ملاک جعل ثابت نشود و صرفاً یکی از دو حکم ملاک داشته باشد، از موارد تعارض به‌شمار می‌رود. بنابراین دیدگاه، التزام گاه در مرحله امتثال و ناشی از قدرت نداشتن مکلف بر اجرای دو حکم و گاه در مرحله جعل و تشریح است. التزام مربوط به مرحله جعل به شارع بر می‌گردد و ارتباطی به مکلف ندارد؛ زیرا شارع ملاک جعل احکام را در نظر می‌گیرد و ملاک اهم را بر ملاک مهم ترجیح می‌دهد (مشکینی، ۱۳۶۴، ۱/۲۴۲).

جستارهای

فقهی و اصولی

سال پنجم، شماره پیاپی ۱۴

بهار ۱۳۹۸

۴۴

۱. تحریر محل بحث

محل نزاع از بین اقسام سه‌گانه واحد، واحد شخصی است؛ زیرا منظور فعلی است واحد، به این اعتبار که دارای وجود واحدی است که مجمع دو عنوان واقع شده است. در مقابل آن، چیزی که از حیث وجودی متعدد است؛ زیرا اگر وجودها متعدد باشند اصلاً اجتماعی رخ نمی‌دهد؛ مانند: سجده برای خدا و سجده برای

بت که گرچه هر دو سجده هستند، قابلیت اجتماع را ندارند؛ بنابراین، واحد جنسی و نوعی از محل نزاع خارج است (امام خمینی، ۱۴۲۳، ۱۸/۲).

از میان اقسام سه گانه اجتماع، از منظر همه اصولیان اجتماع آمری، محال و اجتماع موردی نیز از بحث اجتماع خارج است؛ زیرا اصلاً تضادی بین دو حکم وجود ندارد؛ بنابراین، اصولیان فقط در اجتماع مأموری اختلاف نظر دارند که آیا اجتماع امر و نهی امکان دارد و یا خیر؟ به عبارت دیگر، اختلاف در این است که امکان دارد شارع به یک چیز که در عالم خارج مجمع دو عنوان واقع شده است، هم امر کند و هم از آن نهی نماید؟ دو نظریه کلی پیرامون این موضوع وجود دارد. برخی از اصولیان قائل به جواز و برخی دیگر قائل به امتناع شده اند. نظریه‌ها و ادله هر دو گروه در ادامه مورد تحریر قرار می‌گیرد.

۱.۱ امتناع

قائلان معتقدند بین احکام تکلیفی پنج گانه تضاد برقرار است (آخوند خراسانی، ۱۴۲۷، ۳۲/۲) و به همین دلیل، اجتماع امر و نهی محال است؛ با این بیان که یک چیز هر چند از یک جهت مأمور به و از جهتی دیگر منهی عنه باشد، لکن تعدد جهات کافی نیست، زیرا شارع یا باید انجام این فعل را از مکلف طلب کند یا ترک آن را و طلب هر دو محال است؛ به تعبیری دیگر این فعل یا دارای مصلحت است که امر به آن تعلق گرفته یا دارای مفسده است که مورد نهی واقع شده است و به دیگر بیان، یا این فعل مقرب است یا مبعّد و یک فعل نمی‌شود هم دارای مفسده باشد و هم مصلحت یا نمی‌تواند هم مقرب باشد و هم مبعّد.

۱.۲ اجتماع

طرفداران اجتماع امر و نهی چنین دلیل آورده‌اند که اولاً در شریعت، نظایر اجتماع امر و نهی وجود دارد و وجود این‌ها دالّ بر امکان اجتماع است؛ چرا که وقوع هر چیزی بهترین دلیل است بر امکان آن (میرزای قمی، ۱۳۷۸، ۱۴۲/۱). مضافاً

۱. لازم به ذکر است که امثال مرحوم نائینی معتقدند بحث از جواز اجتماع امر و نهی کبروی نیست؛ یعنی همه علما تضاد بین احکام را قبول دارند و فقط بر سر اینکه حکم از عنوان به معنوی سرایت می‌کند یا خیر، نزاع دارند، لکن باید گفت: برخی علما مانند مرحوم اصفهانی تضاد بین احکام را قبول ندارند یا اگر قبول دارند معتقدند در صورت تعدد جهت، دیگر تضادی وجود ندارد؛ پس در واقع نزاع کبروی است.

اینکه بعضی از جوازی‌ها تضاد بین احکام را قبول ندارند؛ مانند مرحوم اصفهانی (۱۳۷۴، ۵۲۵/۱) و امام خمینی (۱۴۱۵، ۱۳۶/۲). ثانیاً اهل عرف کسی که مأموّر به را در ضمن فرد حرام اتیان کند، هم مطیع می‌بینند و هم عاصی؛ مثلاً مولا به عبدش امر کند که لباسی بدوزد و عبد این کار را در مکان مورد نهی مولا انجام دهد (قمی، ۱۳۷۸، ۱۴۸/۱).

از آنجا که نگارندگان معتقدند که در مباحث اصولی هر چه عمیق‌تر شویم و از عرفیات فاصله بگیریم، رسیدن به حقیقت سخت‌تر و گاه ناممکن‌تر می‌شود به طوری که در بعضی موارد اصل مسئله نیز فراموش می‌شود و یا به دلیل غور بیش از حد، اشتباهات عجیبی از برخی بزرگان سر می‌زند، لذا بهتر است نقض و ایرام را درباره اینکه واقعاً بین احکام تضاد برقرار است یا خیر نادیده بگیریم و دنبال یافتن مصداقی برای این عویصه علمی باشیم تا از این طریق مشکل را حل کنیم؛ چه اینکه اگر ثابت شود اجتماع امر و نهی در عالم خارج اتفاق افتاده، کشف می‌کنیم که یا تضادی بین احکام نیست یا اگر هست تعدّد جهت، مورد را از باب تضاد خارج می‌کند و بدین گونه غائله خاتمه می‌یابد، به‌ویژه اگر کلید حل مشکل در آیات و روایات باشد.

جستارهای
فقهی و اصولی
سال پنجم، شماره پیاپی ۱۴
بهار ۱۳۹۸

۴۶

در ادامه، این توضیح ضروری است که در حقیقت، قائلان به جواز یا قائل به تضاد نیستند یا اگر هستند، تعدّد جهت را در امکان اجتماع کافی می‌دانند و قائلان به امتناع یا تضاد را قبول می‌کنند یا در مقام امتثال، امکان اجتماع را نفی می‌نمایند. پس برای متقاعد کردن قائلان به امتناع، آوردن مصداق و مثال، از مباحث صرفاً علمی و عقلی آسان‌تر خواهد بود.

متأسفانه برخی از قائلان به امتناع همچون آخوند خراسانی آن‌چنان به صحت نظریه خود اطمینان دارند که در پاسخ به قائلان به جواز که می‌گویند: «بهترین دلیل بر امکان چیزی وقوع آن است و کراهت داشتن خواندن نماز در حمام یا کراهت صوم روز عاشورا از مصادیق جواز اجتماع است چه اینکه وجوب و استحباب با کراهت اجتماع نموده است»؛ می‌نویسد که این مورد یا موارد مشابه نمی‌توانند در مقابل برهان قطعی عقلی ایستادگی کنند؛ پس باید آن‌ها را به نحوی تأویل و توجیه

نمود زیرا بر امتناع دلیل داریم! (آخوند خراسانی، ۱۴۲۷، ۳۹/۲) باید پرسید این چه برهان قطعی عقلی است که بعضی از علما آن را پذیرفته و برخی انکار کرده‌اند؟ آیا پذیرفتن تضاد بین احکام، همانند انکار استحاله، تناقض است یا اینکه به دلیل غور بیش از حد در مطلب و استمرار بر تکرار آن و برداشت‌های نادرست و غیر واقعی، قائلان به امتناع را مجبور می‌کند که هر چه قائلان به جواز آورده‌اند را توجیه کنند؟ در واقع قائلان به امتناع هر مثالی را که از سوی جوازیان آورده شده، یا به باب تعارض برده یا بین امر و نهی تراحم برقرار کرده‌اند. نتیجه هم این می‌شود که اگر به باب تعارض برگشت کند، یکی از امر یا نهی ملاک برای فعلیت یافتن اصلاً ندارد و در صورت مساوی بودن ملاک، هر دو تساقط می‌کنند و اگر برگشت آن به تراحم باشد، معتقدند ملاک در هر دو وجود دارد، لکن در یکی از آن‌ها که اهم باشد، فعلیت دارد و اگر مساوی باشند، مکلف مخیر است؛ برای نمونه، خواندن نماز در ملک غصبی را به تعارض برمی‌گردانند و می‌نویسند: اگر با استفاده از دلیل و روایات، جانب وجوب را ترجیح دادیم، مکلف در حین خواندن نماز، حرامی مرتکب نشده است و اگر نهی را ترجیح دادیم، نماز باطل است (ر.ک مظفر، ۱۳۷۵، ۲۸۷/۱؛ آخوند خراسانی، ۱۴۲۷، ۳۲/۲؛ مشکینی، ۱۴۱۳، ۸۷/۱)

بازکاوی اجتماع
امر و نهی
۴۷

مثال دیگر این است که مرحوم بهبهانی موردی را که خود حرام نفسی باشد و در عین حال مقدمه برای یک واجب نفسی دیگر باشد، از ثمرات بحث مقدمه واجب برشمرده و آن را داخل در باب اجتماع امر و نهی دانسته است (بهبهانی، ۱۴۱۶، ۲۴۱)، لکن مرحوم آخوند خراسانی در اشکال دوم خود بر این مطلب، آن را به سادگی به باب تراحم می‌برد و می‌نویسد: «در صورت انحصار، یا مقدمه وجوب ندارد به سبب عدم وجوب ذی‌المقدمه یا حرام نیست و در غیر انحصار، وجوب به مورد مباح تعلق می‌گیرد، نه به این مقدمه» (آخوند خراسانی، ۱۴۲۷، ۲۲۹/۱).

مشکل دیگر که در پیچیده‌تر شدن بحث دخلی دارد، بحث غضب است. همه مثال‌های این بحث که در فقه ثمره داشته باشد، به نحوی درگیر موضوع غضب می‌شود. در حالی که بر سر اینکه خود غضب چیست و اینکه مصادیق آن کدام است، اختلاف بسیاری وجود دارد و اتفاقاً یکی از دلایلی که سبب شده است

امتناعیان قول به جواز را رد کنند، همین تفاوت در مبانی و تشخیص موضوع است تا حدّی که مرحوم نائینی خواندن نماز در مکان غصبی را ترکیبی اتحادی نمی‌داند. (نائینی، ۱۳۷۶، ۶۷/۱) با در نظر گرفتن این توضیحات، نگارندگان تلاش کرده‌اند تا موردی را در شرع پیدا کنند که نه بتوان آن را به باب تعارض کشاند و نه تراحم و فقط مصداق اجتماع امر و نهی باشد و در بحث موضوع‌شناسی و تعلق امر یا نهی نیز اختلافی در کار نباشد. مورد مشارالیه جایی است که مکلف خود را با سوء اختیار مضطر کرده باشد. در ادامه اقوال مهم دالّ بر امتناع مورد بررسی قرار می‌گیرد و در نهایت با آوردن مثالی جدید با استفاده از آیات و روایات، اشکالات اقوال مشخص و قول مختار که جواز اجتماع باشد، اثبات می‌گردد.

۲. اقوال و مبانی در مورد اضطرار با سوء اختیار

۱. قول مختار یعنی سخن مرحوم قمی مبنی بر اینکه امر و نهی در اینجا هر دو فعلیت دارند و مصداق اجتماع امر و نهی است (قمی، ۱۳۷۸، ۱۵۳/۱).

۲. قول امام خمینی مبنی بر نهی فعلی و عدم وجوب.

ایشان در طرح بحث خود، کلی‌گویی کرده و قائل به عدم وجوب شده‌اند، لکن در ادامه به نهی فعلی متمایل شده و چنین نگاشته‌اند: «ثُمَّ إِنَّهُ لَوْ سَلَّمَ بوجوب ردّ المالِ إلی صاحبه، أو وجوب التخلّص عن التصرف، أو ترك التصرف، و کون التصرف الخارجی مقدّمة للواجب، فإن قلنا بجواز تعلق النهی بالتصرف - كما عرفت - فیقوی قول أبي هاشم وإلا فقول صاحب الفصول» (امام خمینی، ۱۴۱۵، ۱۴۵/۲). این مطلب گویای آن است که اگر وجوب به طریقی ثابت شود، قول به جواز اقواست. حضرت امام خمینی علیه السلام در اثبات قول خود معتقدند احکام متعلق به عناوین کلیه هستند و شارع حالات مکلفان را اصلاً لحاظ نمی‌کند و خطابات، مقید به انسانی که قادر، عالم و ملتفت باشد نیست و در تمامی مواردی که مکلف، سبب سلب قدرت از خود شده است، هم قابلیت خطاب را دارد و هم عقاب؛ مانند اینکه مولا امر کند به نجات غریق و عبد قدرت را از خودش سلب کند که این نزد عقل و عقلاً معذور نیست. اگر سقوط امر را نیز قبول کنیم، عدم عقاب را به هیچ‌وجه قبول

جستارهای

فقهی و اصولی

سال پنجم، شماره پیاپی ۱۴
بهار ۱۳۹۸

۴۸

نمی‌کنیم به دلیل شهادت عقل و وجدان. ایشان برای اثبات قسمت دوم معتقدند در روایات، هیچ دلیلی بر وجوب خروج نداریم (امام خمینی، ۱۴۱۵، ۱۴۳/۲ و ۱۴۵).

۳. قول شیخ انصاری و مرحوم نائینی که ارتکاب مضطرّالیه را نه حرام می‌دانند و نه مستحق عقاب و صرفاً به وجوب آن معتقدند (انصاری، ۱۳۸۳، ۷۰۹/۱؛ نائینی، ۱۳۷۶، ۴۴۷/۲). ایشان معتقدند: الف: ارتکاب مضطرّالیه، مقدمه منحصره واجب اهمّ است و مقدمه واجب، واجب است. پس ارتکاب مضطرّالیه واجب است و چون مطلقاً دارای حرمت نیست، عقاب هم ندارد. ب: اضطرار رافع تکلیف است و انسان مضطر، عقلاً تکلیف ندارد؛ زیرا چاره‌ای ندارد و متمکن نیست و شخص غیرقادر را نمی‌توان تکلیف نمود؛ هر چند با سوء اختیار باشد. شیخ در مطرح الأ نظار در اثبات تکلیف به محال بودن محل بحث، آن را به سخیف بودن رأی تعبیر کرده، می‌نویسد: «أما الثاني فلا يطابق العقلاء كافة على تخطئة من يكلف عبده بالخروج و عدمه بل هو منسوب إلى سخافة الرأي و وكافة العقل من غير فرق بين أن يكون الوجه في ذلك هو المكلف أو غيره كما يشهد بذلك حسن الذم على التكليف من غير توقف على استعلام الوجه في ذلك من أن المكلف هو السبب في إمتناع الفعل أو غيره و هو ظاهر» (انصاری، ۱۳۸۳، ۷۱۰/۱). پس روشن شد که شیخ انصاری با حرام ندانستن مقدمه به طور مطلق یعنی با نفی حرمت فعلی یا نهی سابق، این مورد را از بحث اجتماع امر و نهی خارج کرد.

۴. قول صاحب فصول و طباطبایی یزدی مبنی بر اینکه ارتکاب مضطرّالیه اگرچه حرام فعلی نیست، استحقاق عقاب دارد و مقدمه هم واجب است (اصفهانی، ۱۳۷۴، ۱۳۸/۱؛ طباطبایی یزدی، ۱۳۱۷، ۱۵۵). صاحب فصول و اتباع ایشان معتقدند تکلیف به مالا یطاق در هر حالتی محال است. پس مکلف حتی در صورت سوء اختیار هم نمی‌تواند مورد خطاب شارع قرار بگیرد؛ زیرا مقدور او نیست و مضطر است، لکن عقل به دلیل اینکه با سوء اختیار، خود را به حرام مضطر کرده است، او را مستحق عقاب می‌داند و مراد از نهی در اینجا نهی‌ای است که قبل از ارتکاب حرام وجود داشت؛ هر چند بعد از انجام فعل حرام، به دلیل اضطرار ساقط شده است.

۵. قول مرحوم آخوند که معتقد است به دلیل اضطرار، نهی سابق ساقط می‌شود،

لکن استحقاق عقاب دارد و مقدمه واجب در این مورد وجوبی ندارد (آخوند خراسانی، ۱۴۲۷، ۴۹/۲). به باور ایشان، وجوب از ذی المقدمه به سه شرط به مقدمه ترشح می‌کند: ۱- مقدمه منحصره باشد، ۲- واجب باید اهم باشد، ۳- با سوء اختیار نباشد. در محل بحث، شرط سوم مفقود است؛ زیرا ترشح وقتی اتفاق می‌افتد که مقدمه مباح باشد، لکن در صورت سوء اختیار، مقدمه حرام و مبعوض است و وجوب ذی المقدمه نمی‌تواند این حرمت و مبعوضیت را تغییر دهد و گرنه حرمت معلّق بر اراده مکلف می‌شود؛ بدین صورت که اگر غیر حرام را اختیار کرد، حرمت باشد و اگر حرام را انتخاب نمود، حرمت از بین برود در حالیکه باطل بودن این کلام از واضحات است (آخوند خراسانی، ۱۴۲۷، ۵۰/۲).

نقطه مشترک سه قول اخیر این است که در مورد مضطر با سوء اختیار، نهی به سبب اضطرار ساقط شده است. پس ابتدا باید ثابت شود علاوه بر اینکه نهی ساقط نشده، فعلیت هم دارد و مستوجب عقاب می‌شود؛ در نتیجه، هر اضطراری رافع حرمت نیست. آیات شریفه‌ای که می‌توان با آن‌ها مدعا را ثابت نمود، مربوط به جعل حرمت برای پاره‌ای از خوردنی‌هاست.

آیه اول: ﴿إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالدَّمَ وَلَحْمَ الْخِنْزِيرِ وَمَا أُهْلَ بِهِ لِغَيْرِ اللَّهِ فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ (بقره / ۱۷۳) «خداوند تنها از میان خوردنی‌ها مردار و خون و گوشت خوک و گوشت حیوانی که برای غیر خدا ذبح شده، حرام کرده است و در این‌ها هم اگر کسی ناچار به خوردن شود در صورتی که خودش خود را ناچار نکرده باشد و نیز در صورتی که در خوردن از حدّ اضطرار تجاوز نکند، گناهی بر او نیست که خدا غفور و رحیم است.» (طباطبایی، ۱۳۷۴، ۶۴۳/۱).

آیه دوم: ﴿فَمَنْ اضْطُرَّ فِي مَخْمَصَةٍ غَيْرِ مُتَجَانِفٍ لِإِثْمٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ (مائده / ۳): «اما اگر کسی در محلی که قحطی طعام است به مقداری که از گرسنگی نمیرد نه زیادتر که به طرف گناه متمایل شود می‌تواند بخورد، که خدا آمرزنده رحیم است.» (طباطبایی، ۱۳۷۴، ۲۵۶/۵).

در روایات، کلمه باغی به خروج کننده بر امام عادل و کلمه عادی بر راهزن یا

کسیکه به قصد لذت به شکار می‌رود و نه به قصد شکار برای خانواده‌اش تطبیق شده است و حکم شرعی و فقهی این موارد همان است که خوردن مردار و به‌طور کلی استفاده از حرام برای آن‌ها جایز نیست. حتی شیخ طوسی قائل است که باغی مطلقاً نباید از حرام برای نجات خود استفاده کند حتی اگر به‌سبب گرسنگی یا تشنگی جان خودش را از دست بدهد؛ زیرا باغی به‌دست خویش خود را در معرض هلاکت قرار داده است؛ همان‌طور که اگر در میدان نبرد کشته می‌شد خون او هدر بود. پس نفس این افراد محترمه محسوب نمی‌گردد و وقتی محترم شمرده نشوند، حرمت در جای خود باقی است (طوسی، بی‌تا، ۸۶/۲).

آنچه در تفسیر این آیات مهم می‌باشد، این است که مواردی که در روایات آمده است، از باب تطبیق مفهوم بر مصداق است و نه معنای حقیقی آن‌ها؛ بنابراین، اگر در استفاده از آیات، معنای لغوی آن‌ها را ملاک قرار دهیم مصادیق فراوانی را شامل می‌شود؛ در نتیجه، از آن برای ما نحن فیه می‌توان مدد گرفت؛ بدین‌سان که آنچه صریح آیات است این است که حرمت خوردن موارد مذکور شامل همه مسلمانان است و در همه حالات که از این عام، شخص مضطر استثنا گشته است و از خود شخص مضطر نیز چند مورد استثناء شده است. پس مثل باغی و عادی هنوز داخل در مستثنی منه هستند و حکم حرمت به قوت خود باقی است، گو اینکه اصلاً از اول امر استثنا نشده و داخل در مستثنی منه بوده‌اند. به عبارت دیگر، حکم مضطر عادی ﴿فلا اثم علیه﴾ می‌باشد و مضطر به سوء اختیار، همانند بقیه مسلمانان در حالت غیر اضطرار، بر او اثم می‌باشد.

در ردّ قول شیخ انصاری بنا نداریم که از قاعده «الإمتناع بالاختیار لا ینافی الإختیار»^۱ استفاده کنیم؛ چرا که بین بزرگان در نحوه و محل استفاده از این قاعده اختلاف وجود دارد. مثلاً امام خمینی این قاعده را با محل بحث اجنبی می‌داند؛ به همین دلیل در مناهج الوصول می‌گوید: «ثم إن ما نحن فیه تحت قاعدة أخرى، و هی

۱. منظور از این قاعده این است که خود مکلف به دست خودش قدرت را از خود سلب کند. در این صورت، منافات ندارد که تکلیف متوجه مکلف شود؛ زیرا مکلف عقلاً قادر است و مختار، و همین برای خطاب قرار دادن مکلف کافی است. مثلاً مقدمات حج را ترک کند. در این صورت انجام حج برای این شخص ممتنع می‌شود.

أَنَّ الإِضْطْرَارَ إِلَى فِعْلِ الْحَرَامِ أَوْ تَرْكِ الْوَاجِبِ إِذَا كَانَ بِسُوءِ الْإِخْتِيَارِ هَلْ هُوَ عَذْرٌ عِنْدَ الْعُقَلَاءِ وَ لَدَى الْعُقَلِ، وَ يَجِبُ الْعِقَابُ عَلَيْهِ، أَوْ لَيْسَ بِعَذْرٍ وَ يَصَحُّ؟ الْأَقْوَى هُوَ الثَّانِي، فَمَنْ تَرَكَ الْمَسِيرَ إِلَى الْحَجِّ بِسُوءِ اخْتِيَارِهِ حَتَّى عَجَزَ عَنْهُ، يَصَحُّ عِقَابُهُ.» (خمینی، ۱۴۱۵، ۱۴۷/۲). بنابراین، به همین بسنده می‌کنیم که اگر قول شیخ را بپذیریم، فرصتی مغتنم برای سوء استفاده گران فراهم آورده‌ایم؛ زیرا به سادگی می‌توانند خود را مضطر کنند و مرتکب حرام الهی شده و عقاب نیز نشوند! مرحوم علامه در تفسیر (إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ) می‌نویسد: «این جمله دلیلی است بر اینکه این تجویز خدا و رخصتی که داده از باب این بوده که خواسته است به مؤمنان تخفیفی دهد، وگرنه مناط نهی و حرمت در صورت اضطرار نیز هست.» (طباطبایی، ۱۳۷۴، ۱/۶۴۵). پس چگونه می‌توان گفت که در مورد مضطر عادی ملاک نهی وجود دارد، ولی در مورد سوء اختیار وجود ندارد؟

در ردّ قول نهی ساقط شده علاوه بر آیات قرآن باید گفت که در روایات نیز به صراحت از واژه‌های «حرام»، «لا تحلّ» و «لا يجوز» استفاده شده است؛ مانند روایات ذیل:

۱. عبدالعظیم حسنی می‌گوید: از امام جواد علیه السلام پرسیدم معنای آیه (فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَ لَا عَادٍ) چیست؟ ایشان فرمود: «العادي السارق، و الباغي الذي يبغى الصيد بطراً أو لهواً لا يعود به على عياله. ليس لهما أن يأكلا الميتة إذا اضطرراً، هي حرامٌ عليهما في حال الإضطرار كما هي حرامٌ عليهما في حال الإختيار، و ليس لهما أن يقصرا في صوم و لا صلاة في سفر.» (صدوق، ۱۴۱۳، ۳/۳۴۴)؛ «عادی دزد است و باغی کسی است که دنبال صید برود از روی خوشگذرانی؛ نه برای اهل خود برود. برای این اشخاص جایز نیست که از مردار بخورند اگر مضطر شدند، خوردن مردار بر آنها حرام است در حالت اضطرار؛ همان‌طور که در حالت اختیار حرام است و جایز نیست بر آنان که در سفر روزه نگیرند و نماز را شکسته بخوانند.»

۲. در روایت مشابه دیگری فرمود: «الباغي الذي يخرج على الإمام، و العادي الذي يقطع الطريق، لا تحلّ له الميتة» (حر عاملی، ۱۴۰۹، ۲۴/۲۱۶)؛ باغی کسی است که بر امام خروج کند و عادی راهزن است که خوردن مردار بر او حلال نیست.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال پنجم، شماره پیاپی ۱۴
بهار ۱۳۹۸

۵۲

۳. شیخ صدوق در معانی الأخبار می نویسد: «و قد روی أن العادي اللص، والباغي الذي يبغي الصيد لا يجوز لهما التقصير في السفر و لأكل الميتة في حال الإضطرار» (شیخ صدوق، ۱۴۰۳، ۲۱۴)؛ عادی دزد است و باغی کسی است که دنبال صید برود [از روی ستم]. بر آنان در سفر، شکستن نماز و خوردن مردار در حال اضطرار جایز نیست.

در مثالی که در ادامه می آوریم، شرب آب نجس بر این شخص حرام است؛ همان طور که بر همه مسلمانان حرام است؛ هر چند مضطر به آن شود؛ زیرا شارع از قبل در قرآن مجید فرموده است که در صورت بغی و عدوان، حرمت باقی است، تا از این تصور غلط جلوگیری شود که مطلق اضطرار رافع حکم و عقاب است، درست شبیه آنچه در بحث حکومت به توضیح وجود دارد؛ یعنی صحیح است گفته شود که آیات قرآنی یادشده، حاکم بر حدیث معروف رفع است و موضوع اضطرار را به موارد غیر اختیاری محدود و کوچک می کند، علاوه بر اینکه خود مرحوم آخوند هنگام بررسی اشکالات قول شیخ انصاری می گوید: این شخص غیرقادر محسوب نمی شود؛ زیرا از ابتدا قدرت بر ترک حرام را داشته است. حال سؤال این است چنین کسی که قادر است، چرا نباید بالفعل مورد خطاب قرار گیرد؟ به علاوه ایشان در ردّ کسانی که قائل اند در افعال تولیدی و جوب در حقیقت به مقدمه تعلق گرفته است می نویسد: «ضرورة أن المسبب مقدور المكلف وهو متمكن عنه بواسطة السبب ولا يعتبر في التكليف أزيد من القدرة، كانت بلاواسطة أو معها» (آخوند خراسانی، ۱۴۲۷، ۲۳۳/۱). پس چگونه در اینجا معتقد است تکلیف ساقط شده است؟ پس به اثبات می رسد که در بعضی موارد، شارع مقدس می تواند مکلف را به خاطر سوء اختیار، مورد خطاب قرار دهد و به خاطر ارتکاب حرام، مؤاخذه و عقاب کند. جوادی آملی می نویسد: «باغی و عادی مضطر اگرچه خودکشی برای او جایز نیست و حفظ نفس تا آخرین مرحله قدرت، تکلیف شرعی و شخصی اوست، چنین تکلیفی موجب نمی شود که حرام الهی بر او حلال شده و بدون هیچ پیامد کلامی مانند عقاب قیامت و پیامد فقهی به نام حرمت، مرتکب حرام خدا شود.» (جوادی، ۱۳۸۶، ۸/۶۴۰).

برای منقح شدن بیشتر بحث مناسب است به بحث تزامم اشاره کنیم که علما معتقدند از آنجا که مکلف قدرت بر تکلیف ندارد، اگر مساوی باشند مخیر است و اگر اهم و مهم باشند اهم را باید اختیار کند که دو صورت دارد؛ یا مکلف از جهت فیزیکی قادر نیست هر دو را اتیان کند مانند اینکه دو نفر در حال غرق شدن هستند و او فقط می‌تواند یک نفر را نجات دهد یا شرعاً قادر نیست بدین معنی که مثلاً شارع ورود به زمین غصبی بدون اذن مالکش را بر او حرام کرده است و از آن طرف نجات شخص غریق متوقف بر عبور از این زمین است. در اینجا شارع قدرت را از مکلف سلب کرده و الا او قادر است از زمین عبور کند؛ بنابراین، عقل می‌گوید که شارع باید حرمت را بردارد تا مکلف قدرت پیدا کند بر اتیان اهم، لکن در بحث ما هیچ‌یک از موارد دوگانه بالا نیست؛ یعنی مکلف خود را به حرام گرفتار کرده است؛ بنابراین، به هیچ عنوان حرمت از او برداشته نمی‌شود. پس اضطرار ضرورتاً رافع حرمت نیست.

تا اینجا مشکل از جانب نهی حل گردید. پس لازمه قول شیخ انصاری و همه کسانی که قائل به وجوب مقدمه هستند، جواز اجتماع امر و نهی است. البته صاحب فصول با اینکه مقدمه را واجب می‌داند، در عین حال امتناعی است. دلیل ایشان این است که چون زمان امر و نهی متفاوت است، اجتماع لازم نمی‌آید و البته مرحوم آخوند و دیگران به ایشان اشکالاتی وارد کرده‌اند که این اختلاف زمان دردی را دوا نمی‌کند؛ لذا طبق این قول باید قائل به اجتماع شد که آن هم محال است. پس اگر اشکالات مرحوم آخوند به صاحب فصول درست باشد که هست، قول ایشان نیز مانند قول شیخ انصاری می‌باشد. مرحوم آخوند و تابعان ایشان نیز معتقد بودند مقدمه، وجوب غیري ندارد؛ لذا در این قول نیز اشکالی وجود ندارد. تنها موضوعی که برای اثبات امکان اجتماع امر و نهی نیاز است، تصحیح امری نفسی است که به همان متعلق نهی تعلق گرفته باشد.

برای تصحیح امر نفسی راه حل‌هایی وجود دارد و در ادامه به دو مورد اشاره می‌کنیم:

الف) مقدمات تولیدیه

بعضی از علما مانند مرحوم نائینی (نائینی، ۱۳۷۶، ۶۷/۱) معتقدند در مواردی که

اتیان مقدمه سبب اتیان ذی‌المقدمه می‌شود، امر یا نهی در حقیقت به ذی‌المقدمه تعلق نگرفته است؛ زیرا امثال ذی‌المقدمه مقدور مکلف نیست و شارع نمی‌تواند به چیزی‌هایی که مقدور مکلف نیست، امر یا نهی کند. پس امر یا نهی در واقع به مقدمه آن‌ها تعلق گرفته است. طبق این مبنا کسی که مضطر به نوشیدن شراب شود و اضطرار هم به سوء اختیار باشد، با نوشیدن شراب از این جهت که شرب آن حرام است، مستحق عقاب است و از این جهت که این نوشیدن مقدمه حفظ نفس است، واجب نفسی است. البته گرچه ایشان ترکیب اتحادی را مانند شرب آب غصبی از بحث اجتماع امر و نهی خارج می‌داند، لکن همین دلیل می‌شود بر اینکه علاوه بر دخول ترکیب اتحادی در محل نزاع، جواز اجتماع نیز ثابت شود.

ب) نذر، امر پدر، شرط ضمن عقد و ...

اگر پدری پسرش را امر کند که روزانه باید یک لیوان مایع برای حفظ سلامتی و پیشگیری از یک نوع بیماری ارثی بنوشد و گرنه پدرش او را عاق می‌کند، حال اگر این شخص با سوء اختیار خود را مضطر کرد و مجبور شد که یک لیوان آب نجس بنوشد، خود این نوشیدن آب، هم حرام است؛ زیرا نوشیدن آب نجس حرام است و هم واجب است؛ زیرا امر پدر به نوشیدن یک لیوان مایع تعلق گرفته که تنها مصداق آن همین یک لیوان آب نجس است. بنابراین به حکم آیه شریفه، حرمت را به هیچ عنوان نمی‌توان نادیده گرفت و هیچ دلیلی هم نداریم که وجوب امر پدر در اینجا ساقط شود. مضافاً اینکه وجوب حفظ نفس که نسبت به شرب آب نجس، اهم نیز هست، در اینجا جاری است. پس گریزی از نوشیدن ندارد و عقاب نیز می‌شود.

چند نکته

۱. تمامیت تعدد جهت در حلّ مشکل تضاد

پذیرش جواز اجتماع امر و نهی، به معنای آن نیست که بپذیریم بین احکام شرعی تضاد وجود ندارد، بلکه ممکن است کسی بعد از ثابت شدن جواز، قائل به تضاد بین احکام باقی بماند؛ زیرا نهایت چیزی که از آیات و روایات استفاده می‌شود، این

است که در صورت سوء اختیار، مولا می‌تواند به یک چیز در صورتی که عناوین آن‌ها متفاوت باشد، هم امر نماید و هم نهی و این تعدد عناوین با اثبات فراگیر نبودن حکم اضطرار در همه موارد، مشکل را حل می‌کند؛ بنابراین، لزوماً قائل به جواز، تضاد بین احکام را انکار نمی‌کند.

۲. عدم لزوم آوردن قید مندوحه

مرحوم آخوند در مقدمه ششم می‌نویسد: قید مندوحه در محل نزاع مدخلیتی ندارد؛ زیرا محل نزاع، در مرحله جعل است و مندوحه مربوط به مرحله امثال. باید گفت، تقسیم فروض به منحصره و غیرمنحصره، با کلام ایشان نمی‌سازد؛ چرا که یا محل نزاع در مرحله جعل است که نیازی به آن نیست و اگر مربوط به مرحله امثال است، ایشان معتقد است این قید معتبر است به سبب شرط بودن قدرت در امثال و اشکال ما اینست که اگر این شخص با سوء اختیار، خود را مضطر کرد و مندوحه هم ندارد، پس قدرت ندارد و اگر قدرت ندارد، چرا باید مستحق عقاب باشد؟ بنابراین، استحقاق عقاب جایی است که شخص قدرت دارد؛ هر چند با واسطه و همین تنجیز و تعذیر کافی است. بنابراین قید مندوحه در هیچ فرضی شرط نیست؛ حتی در صورت عدم مندوحه باز هم مکلف، قادر است و الا خداوند حرمت را برای باغی و عادی جعل نمی‌نمود. امام خمینی در مناهج الاصول از قول قائلی نقل می‌کند که در بحث اجتماع، اگر نزاع کبروی باشد قید مندوحه معتبر است؛ زیرا نزاع، درباره دو حکم فعلی است نه انشائی؛ چرا که در انشائیات تنافی وجود ندارد. پس محل بحث درباره جواز اجتماع یا امتناع، دو حکم فعلی هست و امتناع هم یا به دلیل تکلیف به محال است یا خود تکلیف غیرممکن است و دو حکم فعلی، زمانی می‌توانند اجتماع کنند که مندوحه در کار باشد. اما اگر مندوحه در کار نباشد امتناع می‌شود از باب تکلیف به محال (امام خمینی، ۱۴۱۵، ۲/۱۱۳). در ردّ این قول، صرف وجود این مثال کافی است، چرا که در این مثال هیچ مندوحه‌ای وجود ندارد و در عین حال مولا مکلف را به دو حکم فعلی، مورد خطاب قرار داده است. پس معلوم می‌شود که این مورد از باب تکلیف به محال نمی‌باشد.

۳. ترتب بین احکام

مرحوم مشکینی در تبیین ترتب چنین می نویسد: «مراد از ترتب، اجتماع دو حکم فعلی در یک یا دو موضوع در وقت واحد است؛ به طوری که مکلف قادر به امتثال هر دو آنها نباشد و یکی از دو حکم مطلق و دیگری مشروط به عصیان امر مطلق باشد؛ مثلاً امر مردّد باشد بین ازاله نجاست از مسجد و خواندن نماز عصر در وقت مخصوص آن» (مشکینی، ۱۴۱۳، ۵/۱۰۴). مرحوم آخوند با وارد ساختن اشکال به مسئله ترتب بین احکام، اجتماع امر و نهی را با چالش مواجه ساخته و آن را ممتنع دانسته است. وی معتقد است استحقاق دو عقاب در صورت مخالفت دو امر ممکن نیست؛ زیرا عقاب نمودن مکلف در صورت عدم قدرت قبیح است (آخوند خراسانی، ۱۴۲۷، ۱/۱۳۵). بنا بر نظریه ایشان، اجتماع امر و نهی از قبیل تراحم است؛ لذا اجتماع امر و نهی ممتنع است و دو خطاب «صلّ» و «لا تغصب» نسبت به نماز در مکان مغضوب جمع نمی شود.

طبق این فرمایش، ترتب بین احکام محال است و مولا در مقام جعل حکم، امر به ضدین نمی کند؛ یعنی غرض مولا این نیست که مکلف در آن واحد هم نماز بخواند و هم نجاست را از مسجد زائل نماید؛ لذا اگر مکلف هر دو امر را ترک کرد، مستحق یک عقاب است و به سبب ترک نماز و ازاله نکردن نجاست مستحق دو عقاب نیست.

به نظر می رسد اشکال مرحوم آخوند وارد نباشد؛ زیرا اثبات شد که مولا در صورت سوء اختیار می تواند مکلف را هم خطاب نماید و هم عقاب کند؛ زیرا شارع در مقام جعل حکم، مکلف را قادر می بیند و با توجه به قدرت، او را تکلیف می نماید؛ لذا سوء اختیار مربوط به مقام امتثال و اجرای حکم از سوی مکلف است و ربطی به مقام جعل حکم از ناحیه شارع ندارد.

باید توجه داشت برخی از نکات این بحث، مختص بحث اجتماع امر و نهی نیست و در ابواب دیگر اصول نیز کاربرد دارد.

نتیجه‌گیری

قائلان به امتناع اجتماع امر و نهی در بحث اضطرار با سوء اختیار، سه گروه هستند: گروهی نهی شرعی را به‌طور کلی زیر سؤال برده‌اند. گروهی دیگر تلاش نموده‌اند تا عقاب را ثابت، ولی فعلیت نهی را از کار بیندازند و گروه سوم، با اینکه وجوب مقدمه را در جای خود قبول کرده‌اند با گذاشتن شرط، وجوب آن را انکار نموده‌اند. پس بر قائل به جواز لازم است که از طرفی نه تنها حرمت، بلکه فعلی بودن آن را و از طرفی دیگر، وجوب را برای یک فعل اثبات کند که در این نوشتار با استفاده از نصوص صریح قرآنی و روایی ثابت شد که عنوان اضطرار از سوی شارع مقدس از باب حکومت تضییق گردیده و شامل جایی که مکلف خودش را با سوء اختیار مضطر نماید، نمی‌شود؛ بنابراین، اضطرار به‌صورت مطلق در همه جا رافع حرمت نیست و مضطر با سوء اختیار، حکم مضطر عادی را ندارد و مورد خطاب و عقاب قرار می‌گیرد؛ چرا که شارع مقدس این مکلف را قادر می‌بیند و در صورت قدرت داشتن مکلف، مشکلی از جهت خطاب قرار دادن او وجود ندارد. پس کسی که با سوء اختیار، خود را به نوشیدن شراب مضطر سازد، هم مورد خطاب شارع قرار می‌گیرد و هم مستحق عقاب از جانب شارع می‌باشد. بدین صورت مشکل از جانب نهی حل می‌گردد. از آنجا که مشهور اصولیان قائل به وجوب شرعی مقدمه نیستند، باید وجوب را به نحوی برای متعلق منهی عنه ثابت کنند.

این امر یا از راه مقدمات تولیدیه یا با استفاده از برخی ابواب فقهی همانند: نذر و امر والد... محقق می‌گردد و تعلق وجوب به منهی عنه در یک زمان اثبات می‌شود، در حالی که هر کدام از وجوب و حرمت دارای دو عنوان جداگانه هستند. پس بدین گونه می‌توان جواز اجتماع امر و نهی را در فعل واحد با دو عنوان متفاوت ثابت کرد.

منابع و مأخذ

• قرآن کریم.

۱. آخوند خراسانی، محمد کاظم بن حسین. (۱۴۲۷ق). کفایة الاصول. عباس علی سبزواری. چ سوم. قم. مؤسسه نشر اسلامی.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال پنجم، شماره پیاپی ۱۴

بهار ۱۳۹۸

۵۸

۲. ابن بابویه، محمد بن علی. (۱۴۰۳ ق). معانی الأخبار. مصحح: غفاری، علی اکبر. چ اول. قم. دفتر انتشارات اسلامی.
۳. ابن بابویه، محمد بن علی. (۱۴۱۳ ق). من لایحضره الفقیه. چ دوم. قم. دفتر انتشارات اسلامی.
۴. ابن منظور، محمد بن مکرم. (۱۴۱۴ ق). لسان العرب. چ سوم. بیروت. دار الفکر للطباعة و النشر و التوزیع - دار صادر.
۵. اصفهانی، حسین بن محمد راغب. (۱۴۱۲ ق). مفردات الفاظ قرآن. چ اول. لبنان - سوریه. دارالعلم - دار الشامیه.
۶. اصفهانی، محمد حسین. (۱۳۷۴ ق). نهاية الدراية في شرح الكفاية. چ اول. قم. سید الشهداء.
۷. انصاری، مرتضی بن محمد امین. (۱۳۸۳ ش). مطارح الأنظار. تقریرات ابوالقاسم کلانتری. چ دوم. قم. مجمع الفکر الاسلامی.
۸. بهبهانی، محمد باقر بن محمد. (۱۴۱۶ ق). الرسائل الأصولية. چ اول. قم. مؤسسه علامه وحید بهبهانی.
۹. جلالی مازندرانی، محمود. (۱۴۱۵ ق). المحصول في علم الأصول (تقریر البحوث آیه الله جعفر سبحانی). قم.
۱۰. جوادی آملی، عبدالله. (۱۳۸۶ ش). تسنیم. چ دوم. بی جا. مرکز نشر اسراء.
۱۱. جوهری، اسماعیل بن حماد. (۱۴۱۰ ق). الصحاح. چ اول. بیروت. دار العلم للملایین.
۱۲. حرّ عاملی، محمد بن حسن. (۱۴۰۹ ق). وسائل الشیعه. چ اول. قم. مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
۱۳. خویی، سید ابوالقاسم. (۱۴۱۹ ق). دراسات في علم الأصول. تقریرات علی شاهرودی. چ اول. قم. مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی.
۱۴. سبحانی تبریزی، جعفر. (۱۳۸۷ ش). الموجز في أصول الفقه. چ چهاردهم. قم. مؤسسه امام صادق علیه السلام.
۱۵. صدر، سید محمد باقر. (۱۴۱۷ ق). بحوث في علم الاصول. تحقیق سید محمود شاهرودی. چ سوم. قم. مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی.
۱۶. طباطبایی، محمد حسین. (۱۳۷۴ ش). المیزان. ترجمه محمد باقر موسوی. چ پنجم. قم. دفتر نشر اسلامی.
۱۷. طوسی، محمد بن حسن. (بی تا). التبیان في تفسير القرآن. مصحح: عاملی، احمد حبیب. چ اول. بیروت.
۱۸. علم الهدی، علی بن حسین. (۱۳۶۳ ش). الذريعة الى اصول الشريعة. چ اول. تهران. چاپ گرجی.

۱۹. فاضل موحدی لنکرانی، محمد (۱۳۸۱ش). اصول فقه شیعه. چ اول. قم. مرکز فقهی ائمه

اطهار علیه السلام

۲۰. فراهیدی، خلیل بن احمد. (۱۳۱۰ق). العین. چ دوم. قم. هجرت.

۲۱. قیومی، احمد بن محمد مقرئ. (بی تا). المصباح المنیر فی غریب الشرح الكبير للرافعی. چ اول. قم. دار الرضی.

۲۲. قمی، علی بن ابراهیم. (۱۳۶۳ش). تفسیر القمی. محقق: موسوی جزایری، طیب. چ سوم. قم. دار الکتاب.

۲۳. کلینی، محمد بن یعقوب. (۱۴۰۷ق). الکافی. چ چهارم. تهران. دار الکتب الإسلامیة.

۲۴. مرکز اطلاعات و مدارک اسلامی (۱۳۸۹ش). فرهنگ نامه اصول فقه. چ اول. قم. پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی.

۲۵. مشکینی، ابوالحسن. (۱۳۶۴ش). کفایة الأصول باحوالی ابوالحسن مشکینی. تهران. چاپ سنگی.

۲۶. مشکینی، علی. (۱۴۱۳ق). اصطلاحات الاصول. چ پنجم. قم. الهادی

۲۷. مظفر، محمدرضا. (۱۳۷۵ش). اصول الفقه. چ پنجم. قم. اسماعیلیان.

۲۸. موسوی خمینی، سیدروح الله. (۱۴۱۵ق). مناهج الوصول إلى علم الأصول. چ اول. قم. مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی علیه السلام.

۲۹. ———. (۱۴۲۳ق). تهذیب الاصول. تقریرات جعفر سبحانی. چ اول. تهران. مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.

۳۰. میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمدحسن. (۱۳۷۸ق). قوانین الأصول. چ دوم. تهران. مکتبة العلمیة الاسلامیة.

۳۱. نائینی، محمدحسین. (۱۳۷۶ش). فوائد الأصول. محمد علی کاظمی خراسانی. چ اول. قم. جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

۳۲. نجفی، محمدحسن. (۱۴۰۴ق). جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام. چ هفتم. بیروت. دار إحياء التراث العربي.

۳۳. یزدی، سید کاظم (طباطبایی). (۱۳۱۷ش). رسالة في اجتماع الامر و النهی. چ اول. تهران. چاپ سنگی.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال پنجم، شماره پیاپی ۱۴
بهار ۱۳۹۸

۶۰

تأملی تطبیقی بر دیات صدمات خطایی مسری و غیر مسری در فقه و حقوق کیفری (نقد و پیشنهاد اصلاح ماده ۵۳۹ قانون مجازات اسلامی)^۱

احمد حاجی ده‌آبادی^۲

اعظم مهدوی پور^۳

طه زرگریان^۴

تأملی تطبیقی بر
دیات صدمات خطایی
مسری و غیر مسری
در فقه و حقوق کیفری

۶۱

چکیده

صدمات متعدد می‌تواند ناشی از ضربه واحد یا ضربات متعدد باشد که در فرض سرایت و عدم سرایت از چهار فرض پیش‌رو خارج نخواهد بود: (۱) هیچ‌یک از صدمات سرایت نکند. (۲) همه صدمات باهم سرایت کرده و منجر به جنایت جدید شوند. (۳) برخی از صدمات سرایت کرده و موجب آسیب بزرگتر شوند. (۴) برخی از صدمات سرایت کرده و موجب مرگ معینی علیه شوند. قانونگذار در مقام وضع تعیین دپه‌ی فرض اول و دوم، هم‌مسو با مبانی فقهی به ترتیب، حکم به تعدد دیات (۵۳۸ ق.م.ا) و تداخل دیات (صدر

۱. تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۱۲/۱۴؛ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۷/۱۲/۰۹.

۲. دانشیار حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه پردیس فارابی دانشگاه تهران. قم: رایانامه: adehabadi@ut.ac.ir

۳. استادیار حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه تهران. رایانامه: amahdavidpor@yahoo.com

۴. پژوهشگر مرکز مطالعات فقه پزشکی قانونی و دانش‌آموخته فقه و حقوق جزای دانشگاه خوارزمی تهران. (نویسنده

مسئول): رایانامه: tahazargariyan93@gmail.com

بند «ب» ۵۳۹ ق.م.ا. کرده است، همچنین برای چگونگی تعیین دیه در فرض سوم و چهارم در ادامه بند (ب) ماده ۵۳۹ مقرر کرده است: «اگر مرگ یا قطع عضو یا آسیب بزرگتر در اثر سرایت برخی از صدمات باشد، دیه صدمات مسری در دیه نفس یا عضو یا آسیب بزرگتر تداخل می‌کند و دیه صدمات غیر مسری، جداگانه محاسبه و مورد حکم واقع می‌شود»، هرچند حکم قانون‌گذار در مورد فرض سوم، مطابق با مبانی فقهی است اما تقنین قانونگذار در مورد فرض چهارم با نقدهای جدی مواجه است. مقاله حاضر درصدد آن است که بر اساس روش توصیفی-تحلیلی، اصل مباحث را پیرامون فرض چهارم بر اساس تفکیک میان ضربه واحد و ضربات متعدد-متوالی و غیرمتوالی- طرح نموده و بر خلاف ماده قانونی اثبات نماید که در فرض سرایت برخی از صدمات و مرگ مجنی علیه تنها دیه نفس لازم بوده و نیازی به محاسبه صدمات غیر مسری نیست مگر در مواردی که ضربات متعدد با فاصله زمانی باشد.

کلید واژه‌ها: تداخل جنایات، سرایت، مرگ، ماده ۵۳۹ ق.م.ا.

بیان مسئله

مهم‌ترین موضوعات فقه جزایی بحث دیات است که قواعد و ضوابط آن به شکل قوانین موضوعه در قانون مجازات اسلامی با عنوان کتاب چهارم انعکاس یافته است. قاعده تداخل و عدم تداخل دیات از مباحث بسیار پیچیده باب دیات است که محل بسیاری از اختلاف نظرها میان صاحب نظران فقه جزایی قرار گرفته است. موضوع تداخل و عدم تداخل دیات در فروض مختلف صدمه قابلیت طرح دارد، مانند آنکه صدمه واحد باشد یا متعدد یا اینکه صدمه یا صدمات متعدد حاصل ضربه واحد باشد یا ناشی از ضربات متعدد. همچنین حکم تداخل و عدم تداخل دیات می‌تواند با فروض متفاوت وضعیت جسمانی ناشی از صدمات وارده، متفاوت گردد؛ مانند اینکه صدمه وارد بر مجنی علیه منجر به قطع عضو، آسیب بزرگ‌تر یا مرگ مجنی علیه گردد. قانون‌گذار تلاش کرده در ماده ۵۳۹ ق.م.ا. به موضوع تداخل و عدم تداخل دیات بپردازد و از این طریق حکم فروض مختلف بحث مورد نظر را روشن نماید. ماده ۵۳۹ ق.م.ا. چنین مقرر می‌دارد: «هرگاه مجنی علیه در اثر سرایت صدمه یا

جستارهای

فقهی و اصولی

سال پنجم، شماره پیاپی ۱۴
بهار ۱۳۹۸

۶۲

صدمات غیر عمدی فوت نماید یا عضوی از اعضای او قطع شود یا آسیب بزرگ‌تری ببیند، به ترتیب ذیل دیه تعیین می‌شود:

الف) در صورتی که صدمه وارده یکی باشد، تنها دیه نفس یا عضو یا آسیب بزرگ‌تر ثابت می‌شود.

ب) در صورت تعدد صدمات چنانچه مرگ یا قطع عضو یا آسیب بیشتر، در اثر سرایت تمام صدمات باشد، تنها دیه نفس یا عضو یا آسیب بزرگ‌تر ثابت می‌شود و اگر مرگ یا قطع عضو یا آسیب بزرگ‌تر در اثر سرایت برخی از صدمات باشد، دیه صدمات مسری در دیه نفس یا عضو یا آسیب بزرگ‌تر تداخل می‌کند و دیه صدمات غیر مسری، جداگانه محاسبه و مورد حکم واقع می‌شود».

هرچند قانونگذار در این ماده تلاش کرده صور مختلف سرایت صدمات را در فرض ضربات خطائی تشریح کند و به بیان حکم دیات بپردازد، دو بحث جالب توجه پیرامون تقنین ماده مذکور وجود دارد؛ نخست آنکه قانون‌گذار بدون هیچ تفکیکی میان ضربه واحد و ضربات متعدد به وضع قانون پرداخته و ابهام‌گونه تعیین حکم کرده است، در حالی که عقلاً و نقلاً لازم است احکام ضربه واحد و ضربات متعدد مستقل از هم بیان گردد. بحث دوم پیرامون حکمی است که قانون‌گذار در بخش آخر بند «ب» وضع کرده است: «اگر مرگ یا قطع عضو یا آسیب بزرگ‌تر در اثر سرایت برخی از صدمات باشد، دیه صدمات مسری در دیه نفس یا عضو یا آسیب بزرگ‌تر تداخل می‌کند و دیه صدمات غیر مسری، جداگانه محاسبه و مورد حکم واقع می‌شود.»، اینکه قانون‌گذار دیه صدمات غیر مسری را به‌طور مطلق در سه فرض مرگ، قطع عضو یا آسیب بزرگ‌تر جداگانه مورد محاسبه قرار داده، مورد نقد جدی است؛ چه بسیاری از فقها و صاحب‌نظران عرصه فقه جزایی، حکم قانون‌گذار را مبنی بر محاسبه دیات صدمات غیر مسری در فرض مرگ مجنی‌علیه نمی‌پذیرند. در مقاله حاضر تلاش شده تا ارزیابی دیات صدمات متعدد خطایی در فرض حیات مجنی‌علیه صورت پذیرد، و به این پرسش پاسخ دهد که هرگاه در اثر سرایت برخی از صدمات متعدد، جنایت بر نفس اتفاق افتاد، آیا دیه صدمات غیر مسری مستقل از دیه نفس محاسبه می‌شود یا به حکم تداخل دیات، فقط دیه نفس لازم می‌گردد؟

لازم به ذکر است که طرح همه مباحث در مقاله حاضر، پیرامون صدمات خطایی بالاصاله است؛ زیرا احکام تداخل دیات در صورت دیه بالتصالح جاری نیست (نجفی، ۱۴۰۴، ۶۲/۴۲).

مفهوم‌شناسی

۱. جنایت

واژه «جنایت»، لغتی عربی و معنای اصیل و حقیقی آن نزد اهل لغت، چیدن میوه از درخت است (اصفهانی، ۱۴۱۲: ۲۰۷). این واژه در معنای عام خود، معادل واژه ذنب یا معصیت است (کلینی، ۱۴۰۷، ۳۰۸/۷؛ ۳۶۴/۷) و در اصطلاح خاصّ فقهی به معنای وارد کردن صدمهٔ بدنی به فرد دیگر است؛ اعم از کشتن، ایراد جراحت یا شکستگی و مانند این‌ها (هاشمی‌شاهرودی، ۱۴۲۶، ۱۲۰/۳؛ عوده، بی تا، ۶۷/۱).

۲. سرایت

واژه «سرایت» از ریشه «سری، یسری، سُری و سَریاً» به معنای سیر شبانه است (اصفهانی، ۱۴۱۲، ۴۰۸؛ مجموعه من المؤلفین، ۱۴۲۷، ۲۸۴/۲۴؛ شنقیطی، بی تا، ۳/۳۵۸). واژه «سری» در قرآن کریم به معنای حرکت کردن آمده است (اسراء، ۱؛ هود، ۸۱؛ مریم، ۲۴؛ طه، ۷۷). علمای لغت در معنای واژه سرایت به تأثیر و اثر کردن چیزی در چیزی و درگذشتن از چیزی اشاره کرده‌اند (دهخدا، ۱۳۴۱، ۲۳۴۵) هرچند برای اصطلاح سرایت در منابع فقهی تعاریف متفاوتی صورت گرفته است (صدر، ۱۴۲۰، ۲۵۷/۹؛ شنقیطی، بی تا، ۳/۳۵۸؛ عوده، بی تا، ۲۵۲/۲؛ مجموعه من المؤلفین، ۱۴۲۷، ۲۸۴/۲۴)، لکن به‌رغم اختلافی که در الفاظ تعاریف نمایان است، همه آن‌ها در بیان دو محور اساسی مشترک هستند: یکی وجود دو جنایت است؛ جنایت اول همان است که در قالب جرح یا ضرب وارد آمده و جنایت دوم همان است که در اثر جنایت اول حادث می‌گردد. دومین قدر مشترک تعاریف مد نظر، کشف رابطه سببیت است؛ چه همه تعاریف فقهای امامیه و عامه بیانگر آن است که جنایت اولیه لازم است در اثر عوامل مختلف، سبب در جنایت ثانویه

جستارهای

فقهی و اصولی

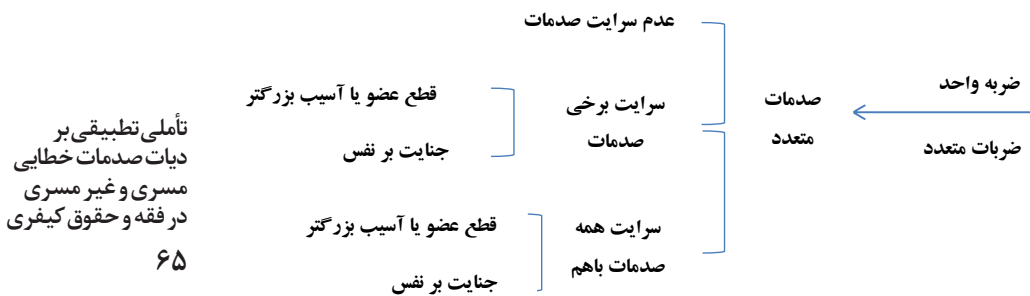
سال پنجم، شماره پیاپی ۱۴
بهار ۱۳۹۸

۶۴

گردد. بنابراین، می‌توان معنای ماهیت سرایت جنایت را از دیدگاه فقهای اسلامی چنین تعریف کرد: «سرایت جنایت یعنی جنایت اولیه که ممکن است ناشی از جرح یا ضرب باشد که به علل مختلف، نفوذ و توسعه پیدا کرده و اثر خود را به نقاط دیگر بدن برساند و سبب جنایتی جدید گردد»^۱ (صدر، ۱۴۲۰، ۲۵۷/۹؛ مجموعه من المؤلفین، ۱۴۲۰، ۲۸۴/۲۴؛ عوده، بی‌تا، ۲۵۲/۲؛ شنقیطی، بی‌تا، ۳/۳۵۸).

ارزیابی دیات صدمات متعدد خطایی در فرض حیات مجنی علیه

گاهی صدمات متعدد، ناشی از ضربه واحد یا ضربات متعدد است. همچنین گاهی به دنبال صدمات متعدد، برخی از صدمات سرایت می‌کند و موجب جنایت قطع عضو، آسیب بزرگ‌تر یا جنایت بر نفس می‌گردد.



یک: عدم سرایت صدمات (حیات مجنی علیه)

در فرض مورد بحث، صدمات متعدد در عرض یکدیگر هستند و هیچ یک از آنها متأثر از صدمه دیگر نیست. فقهای امامیه به علت اصل عدم تداخل دیات که ناشی از اصل عدم تداخل اسباب و مسببات شرعی است (اردبیلی، ۱۴۰۳، ۴۷۳/۱۴؛ خراسانی، ۱۴۳۶، ۱۱۳/۲) بر این باورند که در فرض مذکور به ازای هر صدمه، یک دیه لازم می‌شود؛ خواه صدمات متعدد ناشی از ضربه واحد باشد یا از ضربات

۱. قانون‌گذار برای انتقال مفهوم وازه سرایت از واژگانی مانند «منجر شدن» و «موجب شدن» بهره جسته است (مواد ۲۹۷ و ۲۹۸ کتاب قصاص).

متعدد (طوسی، ۱۳۸۷، ۱۲۷/۷؛ علامه حلی، ۱۴۲۰، ۶۰۸/۵؛ فاضل مقداد، ۱۴۰۴، ۵۱۰/۴). همچنین روایت معروفی از ابراهیم بن عمر آمده که امام علی علیه السلام دربارهٔ مردی که با عصا مردی را زده است و شنوایی، بینایی، زبان و عقل و فرج او را از بین برده و نمی‌تواند آمیزش بکند ولی او زنده است، حکم به شش دیه کامل کردند.^۱ روایت مزبور حاکی از آن است که در اثر ضربه واحد یا ضربات متعدد^۲، جنایات متفاوتی اعم از زوال شنوایی، زوال بینایی، زوال جماع و... اتفاق افتاده است که هیچ کدام از جنایات مذکور در اثر جنایت دیگر رخ نداده است، بلکه هر یک مستقلاً در اثر ضربه واحد عصا ایجاد شده است. امام علی علیه السلام در این حال، ناظر بر حیات مجنی علیه، حکم به شش دیه نمودند. بر اساس اصل عدم تداخل دیات و روایت مذکور و دیدگاه فقها، قاعده کلی آن است تا وقتی مجنی علیه در قید حیات است دیه همه صدمات که در عرض هم بوده و سرایت نکرده‌اند به‌طور جداگانه محاسبه می‌شود (نجفی، ۱۴۰۴، ۲۹۴/۴۳-۲۹۲؛ سبزواری، ۱۴۱۳، ۳۵۵/۵؛ مجموعه من المؤلفین، ۱۴۰۴، ۸۶/۲۱)؛ از این‌رو، قانونگذار طی ماده ۵۳۸ ق.م.ا با توجه به مبانی فقهی مقرر داشته است: «در تعدد جنایات، اصل بر تعدد دیات و عدم تداخل آنهاست مگر مواردی که در این قانون خلاف آن مقرر شده است».

جستارهای

فقهی و اصولی

سال پنجم، شماره پیاپی ۱۴
بهار ۱۳۹۸

۶۶

دو: سرایت برخی صدمات (حالت نخست)

در فرض مذکور که برخی از صدمات متعدد سرایت کرده و موجب قطع عضو یا آسیب بزرگ‌تر می‌گردد، دو وضعیت جهت تعیین دیه در فرض مذکور وجود دارد؛ نخست تعیین وضعیت دیه صدمات مسری که به قطع عضو یا ایجاد آسیب بزرگ‌تر منجر گردیده است. دوم، تعیین وضعیت دیه صدمات غیر مسری. پیرامون وضعیت تعیین دیه عضو مسری باید گفت که فقهای امامیه اختلاف

۱. عَلِيُّ بْنُ إِبْرَاهِيمَ... عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام قَالَ: قَضَى أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ عليه السلام فِي رَجُلٍ صَرَبَ رَجُلًا بَعْصًا فَذَهَبَ سَمْعُهُ وَبَصَرُهُ وَ لِسَانُهُ وَ عَقْلُهُ وَ فَرْجُهُ وَ انْقَطَعَ جَمَاعُهُ وَ هُوَ حَيٌّ بِسِتِّ دِيَّاتٍ (کلینی، ۱۴۰۷، ۳۲۵/۷).

۲. روایت از جهت ایراد ضربه واحد و ضربات متعدد، مطلق است و فقها به هر دو احتمال اشاره کرده‌اند (حلی، ۱۴۰۴، ۵۱۱/۴).

نظر دارند؛ به گونه‌ای که سه دیدگاه متفاوت در این باره قابل ملاحظه است. مشهور فقها قائل به عدم تداخل مطلق دیات هستند (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ۱۵/۴۴۴) و گروهی دیگر از فقها قائل به تداخل دیات به طور مطلق هستند (طوسی، ۱۴۰۰، ۷۷۱)، لکن دیدگاه سومی قائل به تفصیل در این باره است؛ بدین بیان که هرگاه جنایت جدید در طول جنایت سابق باشد، دیه خفیف‌تر در دیه شدیدتر تداخل می‌کند (خویی، ۱۴۲۲، ۴۲۸/۴۲ مدنی، ۱۴۰۸، ۲۶۵؛ تبریزی، ۱۴۲۶، ۲۴۴).

دیدگاه سوم با نقض ادله دو دیدگاه قبلی و ارائه دلیل روایی^۱ که دلیل خاص برای خروج از اصل عدم تداخل دیات است، دیدگاه منتخب قانون‌گذار طی بند «ب» ماده ۵۳۹ می‌باشد:^۲ «... و اگر مرگ یا قطع عضو یا آسیب بزرگ‌تر در اثر سرایت برخی از صدمات باشد، دیه صدمات مسری در دیه نفس یا عضو یا آسیب بزرگ‌تر تداخل می‌کند ...». لکن پیرامون وضعیت تعیین دیه در صدمات غیر مسری باید با استناد به اصل عدم تداخل دیات و روایت ابراهیم بن عمر، حکم به ضمان دیات صدمات غیر مسری کرد؛ زیرا خروج از اصل مذکور، نیازمند دلیل خاص است و در فرض مذکور هیچ گونه دلیل خاصی وجود ندارد. قانون‌گذار با اتخاذ همین مبنا، طی بند «ب» ماده ۵۳۹ مقرر داشته است: «... دیه صدمات غیر مسری، جداگانه محاسبه و مورد حکم واقع می‌شود ...». بر اساس آنچه گذشت، می‌توان گفت، هرگاه برخی از صدمات متعدد خطایی سرایت کرده و موجب قطع عضو یا آسیب بزرگ‌تر گردد، دیات همه صدمات به صورت جداگانه محاسبه شده و فقط دیه عضو مسری در دیه جنایت جدید تداخل می‌کند و دیه اغلظ حاکم می‌شود.

۱. مُحَمَّدُ بْنُ يَحْيَى... عَنْ أَبِي عُبَيْدَةَ الْحَدَّاءِ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا جَعْفَرٍ ع عَنْ رَجُلٍ صَرَبَ رَجُلًا بِعَمُودٍ فُسَطَّاطٍ عَلَى رَأْسِهِ صَرْبَةً وَاحِدَةً فَأَجَافَهُ حَتَّى وَصَلَتِ الصَّرْبَةُ إِلَى الدِّمَاغِ فَذَهَبَ عَقْلُهُ... قُلْتُ لَهُ فَمَا تَرَى عَلَيْهِ فِي السَّجَةِ شَيْئًا قَالَ لَا لِأَنَّهُ إِنَّمَا صَرَبَهُ صَرْبَةً وَاحِدَةً فَجَنَبَ الصَّرْبَةَ جَنَابَتَيْنِ فَأَلْزَمَهُ أَغْلَظَ الْجَنَابَتَيْنِ... (کلینی، ۱۴۰۷، ۷/۳۲۵).

۲. لازم به ذکر است که هرگاه ضربه واحد باشد و صدمه واحد ایجاد کند، در صورت سرایت صدمه، همین سه دیدگاه فقهی که ذکر گردید برای تعیین حکم دیه موجود است، لکن همانطور که گذشت دیدگاه تداخل دیات در فرض طولی بودن جنایات حاکم بوده و دیه خفیف‌تر در دیه شدیدتر تداخل می‌کند. از این رو است که قانون‌گذار طی بند (الف) ماده ۵۳۹ ق.م.ا مقرر داشته است: «در صورتی که صدمه وارده یکی باشد، تنها دیه نفس یا عضو یا آسیب بزرگ‌تر ثابت می‌شود».

سه: سرایت برخی صدمات (حالت دوم)

گاه ممکن است برخی از صدمات متعدد سرایت کرده، به فوت مجنی علیه منجر گردد و برخی دیگر سرایت نکنند و در حد صدمات اولیه خود باقی بمانند. این صدمات متعدد ممکن است ناشی از ضربه واحد یا ضربات متعدد باشد. سؤال مورد نظر که فلسفه اصلی شکل گیری پژوهش حاضر است، از این قرار است که هرگاه در اثر سرایت برخی از صدمات متعدد خطایی، جنایت بر نفس اتفاق افتاد، آیا دیه صدمات غیر مسری، مستقل از دیه نفس محاسبه می شود یا به حکم تداخل دیات، فقط دیه نفس لازم می گردد؟

بیان دیدگاهها

۱. تداخل مطلق دیه اعضا در دیه نفس (اعم از ضربه واحد و ضربات متعدد)

بسیاری از فقها که در این باره بحث و بررسی نموده اند، وقتی به موضوع مورد نظر یعنی ایجاد صدمات متعدد خطایی می رسند، با این عبارت بحث را مطرح می نمایند: «و لو قطع عدة من أعضائه خطأ» یا «و لو قطع شخص أعضاء كثيرة من شخص خطأ». مضمون هر دو عبارت حاکی از آن است که «صدمات متعدد خطائی بر شخصی وارد گردیده است». همان طور که از این عبارات بر می آید، کلام فقها اطلاق دارد و اعم از ضربه واحد یا ضربات متعدد است. مشهور فقها تفکیکی میان ضربه واحد و ضربات متعدد قائل نشده، بر این باورند که هرگاه برخی از صدمات سرایت کرده، به مرگ مجنی علیه منجر گردند و برخی دیگر از صدمات سرایت نکنند و در حد اولیه خود باقی بمانند، در فرض مذکور فقط دیه نفس لازم می گردد (محقق حلی، ۱۴۰۸، ۲۲۰/۴ و ۱۸۶/۴؛ نجفی، ۱۴۰۴، ۳۶۰-۳۵۸/۴۲؛ ۶۲/۴۲؛ علامه حلی، ۱۴۲۰، ۵۰۹/۵؛ فاضل مقداد، ۱۴۰۴، ۵۱۰/۴؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳، ۲۷۴/۱۵؛ خمینی، بی تا، ۵۴۲/۲؛ مجموعه من المؤلفین، ۱۴۰۴، ۹۴/۱۱؛ هیتمی، ۱۳۵۷، ۴۸۳/۸؛ زرکشی، ۱۴۰۵، ۲۷۵/۱).

جستارهای

فقهی و اصولی

سال پنجم، شماره پیاپی ۱۴

بهار ۱۳۹۸

۶۸

۲. تداخل دیه عضو در دیه نفس در ضربه واحد و تعدد دیه در ضربات متعدد

بر اساس تحقیقات صورت گرفته می توان گفت از قائلان جدی به تفکیک میان

حکم ضربه واحد و ضربات متعدد، محقق خوبی^۱ در کتاب مبانی تکملة المنهاج است. آن گاه بسیاری از شاگردان ایشان به تبع استاد خویش، اقدام به تفکیک میان حکم ضربه واحد و ضربات متعدد کرده‌اند. بر اساس باور ایشان، اگر فردی با ضربات متعدد، چند عضو از اعضای بدن کسی را به خطا قطع کند و برخی از صدمات سرایت کند و به فوت مجنی علیه منجر گردد، در صورتی که قطع بر اعضای مختلف و به صورت جداگانه وارد شده باشد، باید دیه هر عضو را جداگانه و مازاد بر دیه نفس پرداخت کند، به غیر از عضوی که به آن سرایت کرده و مرگ در اثر آن رخ داده است؛ زیرا دیه آن عضو در دیه نفس تداخل می‌کند،^۱ لکن ایشان در ضربه واحد می‌فرماید: اگر قطع اعضا با ضربه واحد باشد، دیه اعضای مسری و غیر مسری در دیه نفس تداخل می‌کند و تنها دیه نفس لازم می‌شود.^۲

۳. تداخل دیه در ضربه واحد و ضربات متعدد متوالی و تعدد دیه در ضربات

متعدد با فاصله زمانی

گروهی از فقهای امامیه بر این باورند که هرگاه صدمات متعدد خطائی، ناشی از ضربه واحد باشد و در اثر سرایت برخی از صدمات، مرگ اتفاق بیفتد، دیه اعضای مسری و غیر مسری در دیه نفس تداخل می‌کند (اردبیلی، ۱۴۰۳، ۴۴۶/۱۳). اینان همچنین معتقدند هرگاه ضربات متعدد به صورت متوالی وارد آید و صدمات متعدد ایجاد شود، همچنان دیه اعضای مسری و غیر مسری در دیه نفس تداخل می‌کند (اردبیلی، ۱۴۰۳، ۴۴۶/۱۳؛ خوانساری، ۱۴۰۵، ۱۹۰/۷؛ فیاض کابلی، بی تا، ۳/۳۳۳). لکن این گروه از فقها بر این باورند که اگر صدمات متعدد ناشی از ضربات متعدد با فاصله زمانی باشد، دیه اعضای غیر مسری جداگانه محاسبه می‌شود (اردبیلی، ۱۴۰۳، ۴۴۶/۱۳).

تأملی تطبیقی بر
دیات صدمات خطایی
مسری و غیر مسری
در فقه و حقوق کیفری
۶۹

۱. «لو قطع عدة أعضاء شخص خطأ... وإن سرى فإن كان القطع متفرقاً، فعليه دية كل عضو إلا الأخير زائدة على دية النفس» (خویی، ۱۴۲۲، ۲۷۱/۴۲).

۲. «لو قطع عدة أعضاء شخص خطأ... إن كان قطعها بضربة واحدة، دخلت دية الجميع في دية النفس؛ فعلى الجاني دية واحدة وهي دية النفس» (خویی، ۲۷۱/۱۴۲۲، ۴۲. ر.ک: حلی، ۱۴۰۴، ۵۱۰/۴).

۴. دیدگاه قانون گذار

قانون گذار، محاسبه دیه صدمات غیرمسری را در دو فرض ضربه واحد و ضربات متعدد، مستقل از دیه صدمات مسری لازم می‌داند: «اگر مرگ... در اثر سرایت برخی از صدمات باشد، دیه صدمات مسری در دیه نفس... تداخل می‌کند و دیه صدمات غیرمسری، جداگانه محاسبه و مورد حکم واقع می‌شود».

بر اساس دیدگاه‌های مذکور، چهار حکم متفاوت درباره فرض سرایت برخی از صدمات متعدد خطایی و مرگ مجنی علیه به شرح ذیل تصور وجود دارد:

الف) دیدگاه مشهور: تداخل دیه صدمات مسری و غیرمسری در دیه نفس، خواه در ضربه واحد یا خواه در ضربات متعدد.

ب) دیدگاه محقق خوبی: تداخل دیه صدمات مسری و غیرمسری در دیه نفس در ضربه واحد و تعدد دیات در ضربات متعدد.

ج) دیدگاه محقق اردبیلی: تداخل دیه صدمات مسری و غیرمسری در دیه نفس در ضربه واحد و ضربات متعدد متوالی و تعدد دیات در ضربات متعدد با فاصله زمانی.

د) دیدگاه قانون گذار: تعدد دیات، خواه در ضربه واحد یا خواه در ضربات متعدد. قابل تأمل است که دیدگاه قانون گذار با هیچ یک از دیدگاه‌های فقهی موجود هم‌خوانی ندارد و مقنن اقدام به تأسیس دیدگاهی جدید کرده است.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال پنجم، شماره پیاپی ۱۴

بهار ۱۳۹۸

۷۰

بیان ادله

۱. ادله دیدگاه مشهور (تداخل مطلق دیه اعضای مسری و غیرمسری در دیه نفس)

عمده‌ترین دلیل ارائه شده از جانب دیدگاه مشهور، اجماع است، این اجماع با واژگانی از قبیل وفاقاً، اجماعاً و معتمداً در کلام مشهور فقها ملاحظه می‌شود (محقق حلی، ۱۴۰۸، ۴/۲۲۰؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳، ۱۵/۲۷۵؛ صیمری، ۱۴۲۰، ۴/۴۰۸). صاحب جواهر در مقام بیان ویژگی‌های اجماع مذکور بیان داشته است: «وفاقاً محکیماً مستفیضاً بل محصل» (نجفی، ۱۴۰۴، ۴۲/۳۵۹). همچنین شیخ طوسی در کتاب الخلاف خویش به دلیل اصل برائت استناد می‌کند (طوسی، ۱۴۰۷، ۵/۱۶۳).

۲. ادله دیدگاه محقق خویی

(تداخل دیه اعضای مسری و غیر مسری در ضربه واحد و تعدد دیه در ضربات متعدد)

۲-۱. دلیل تداخل دیه در ضربه واحد

۲-۱-۱. اجماع

محقق خویی دلیل اجماع را برای تداخل دیه در ضربه واحد در دو بخش از کتاب مبانی تکملة المنهاج اقامه می کند. نخست در فرضی که جراح و قاتل واحد باشند. ایشان در این فرض می فرماید: اجماع بر این است که تداخل دیه صورت می گیرد (خویی، ۱۴۲۲، ۲۴/۴۲) و دوم فرضی است که شخصی با ضربه واحد، تعدادی از اعضای فرد دیگری را به صورت خطایی قطع کند که در این فرض می فرماید: اجماع بر این است که دیه همه جراحات‌ها در دیه نفس تداخل می کند (خویی، ۱۴۲۲، ۲۷۱/۴۲).

۲-۱-۲. صحیحہ ابو عبیدہ حذاء

مقصود محقق خویی از استناد به روایت ابو عبیدہ حذاء، صدر روایت است که امام محمد باقر علیه السلام میان دو دیه جراحات سر و دیه عقل جمع کرده و حکم به اغلظ دیات می کنند: «فألزمته أغلظ الجنایتین». ^۱ همچنین محقق خویی متذکر می شود که هر چند روایت مذکور درباره تداخل دیه عضو در دیه منفعت است، تعلیل مذکور در حدیث عام است و اقتضای عموم تعلیل آن است که تداخل دیه عضو در دیه نفس راهم در بر بگیرد (خویی، ۱۴۲۲، ۲۴/۴۲): از این رو، گروهی از فقها برای تداخل دیات در ضربه واحد به روایت ابو عبیدہ حذاء استناد کرده اند (حلی، ۱۴۰۵، ۵۹۵).

۲-۲. دلیل تعدد دیه در ضربات متعدد

۲-۲-۱. اصل عدم تداخل دیات

محقق خویی بر این باور است که اصل بر تعدد دیات است و تا هنگامی که دلیل خاصی مبنی خروج از اصل یافت نگردد، پایبندی به اصل مذکور لازم است

۱. مُحَمَّدُ بْنُ يَحْيَى... عَنْ أَبِي عُبَيْدَةَ الْحَدَّاءِ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا جَعْفَرٍ عَنْ رَجُلٍ ضَرَبَ رَجُلًا بِعُمُودٍ فَسَطَّطَ عَلَى رَأْسِهِ ضَرْبَةً وَاحِدَةً فَأَجَافَهُ حَتَّى وَصَلَتْ الضَّرْبَةُ إِلَى الدَّمَاغِ فَدَهَبَ عَقْلُهُ... قُلْتُ لَهُ فَمَا تَرَى عَلَيْهِ فِي السَّجَةِ شَيْئًا قَالَ لَا لِأَنَّهُ إِنَّمَا ضَرَبَهُ ضَرْبَةً وَاحِدَةً فَجَنَّتِ الضَّرْبَةُ جِنَايَتَيْنِ فَأَلَزَمْتُهُ أَغْلَظَ الْجِنَايَتَيْنِ... (كليني، ۱۴۰۷، ۳۲۵/۷).

(خویی، ۱۴۲۲، ۲۵/۴۲). وی معتقد است اجماع اقامه شده از سوی مشهور فقها مبنی بر تداخل دیات، قابل اعتماد نیست و چنین اجماعی محقق نشده است؛ زیرا برخی از فقها در کتاب‌های خود اساساً به مسئله تعدد جنایات و تعدد دیات پرداخته‌اند که بتوان از این طریق به دیدگاه آن‌ها پی برد (خویی، ۱۴۲۲، ۲۵/۴۲). همچنین محقق خویی در ردّ دلیل اجماع از سوی مشهور فقها می‌فرماید: جناب محقق اردبیلی تداخل دیات را در فرضی که ضربات متعدد با فاصله زمانی وارد آید، صحیح نمی‌داند و این از نظر محقق خویی، نقضی بر اجماع مورد ادعای مشهور است (خویی، ۱۴۲۲، ۲۵/۴۲).

۲-۲-۲. صحیح ابو عبیده حذاء

محقق خویی بر این باور است، صحیح ابو عبیده حذاء بر عدم تداخل دیات دلالت دارد؛ زیرا این روایت دلالت دارد بر اینکه جانی ملتزم است به پرداخت دیه هر جنایتی که وارد کرده است. البته این حکم تا هنگامی است که ضربات وارده به مرگ منجر نشود، لکن اگر به مرگ منجر شد، ضارب فقط قصاص می‌گردد و باقی صدمات کنار گذاشته می‌شود. لازم به ذکر است که حکم مذکور، در صورت استناد مرگ به یکی از دو ضربه است (خویی، ۱۴۲۲، ۲۵/۴۲)؛ زیرا در صورتی که مرگ مستند به هر دو ضربه باشد، تردیدی در تداخل دیات وجود ندارد.

جستارهای
فقهی و اصولی
سال پنجم، شماره پیاپی ۱۴
بهار ۱۳۹۸
۷۲

۳. ادله دیدگاه سوم

(تداخل دیه عضو مسری و عضو غیر مسری در ضربه واحد و ضربات متعدد متوالی و تعدد دیه در ضربات متعدد با فاصله زمانی)

۳-۱-۱. ادله تداخل دیه در ضربه واحد

۳-۱-۱-۱. اجماع

محقق اردبیلی در مقام بیان دلیل برای تداخل دیات در فرضی که ضربه واحد، صدمات متعدد خطایی ایجاد کند و به مرگ بینجامد، می‌نویسد: «علی ما تقرّر عندهم»^۱ (اردبیلی، ۱۴۰۳، ۱۴/۱۲۹). مراد ایشان از تقریر مذکور، مباحث مربوط به

۱. عبارت محقق اردبیلی از این قرار است: «لو قطع شخص أعضاء كثيرة من شخص خطأ...» (اردبیلی، ۱۴۰۳، ۱۴/۱۲۹).

حکم دیات است که در باب قصاص به بحث و بررسی گذارده‌اند. ایشان در بخشی از آن مباحث با در نظر گرفتن فرض ضربه واحد و جنایات متعددی که به مرگ می‌انجامد، حکم دیه را با استناد به دلیل اجماع، تداخل دیات می‌داند (اردبیلی، ۱۴۰۳، ۴۴۶/۱۳). ذکر دلیل اجماع از سوی ایشان در بخش دیگری از کتابشان دیده می‌شود: «فلیس علیه إلا دية نفس كاملة، لدخول الأطراف و الجراحات في النفس ... للإجماع» (اردبیلی، ۱۴۰۳، ۱۲۹/۱۴).

۳-۱-۲. روایت ابو عبید حذاء

محقق اردبیلی برای حکم به تداخل دیات در فرض ضربه واحد، علاوه بر دلیل اجماع به دلیل نص هم اشاره می‌نماید (اردبیلی، ۱۴۰۳، ۱۲۹/۱۴)، اما بعد از ذکر واژه «النَّص» شرح و توضیحی در اینکه کدام روایت مورد نظر ایشان است، مرقوم نفرموده است، لکن به نظر می‌رسد مقصود ایشان از «النَّص» با توجه به بحث‌های ایشان در کتاب قصاص، صدر روایت ابو عبیده حذاء باشد (اردبیلی، ۱۴۰۳، ۴۴۳/۱۳).

۳-۲. ادله تداخل دیه در ضربات متوالی و تعدد دیه در ضربات با فاصله زمانی

۳-۲-۱. تداخل دیه در ضربات متوالی

محقق اردبیلی بر این باور است که باید میان حکم ضربات متعدد به صورت متوالی و غیر متوالی تفکیک قائل شد؛ بدین شرح که هرگاه ضربات متعدد به صورت متوالی باشد، تداخل دیات لازم می‌آید (اردبیلی، ۱۴۰۳، ۴۴۶/۱۳). ایشان در مقام بیان ادله به دو دلیل اجماع و نص استناد می‌جویند (اردبیلی، ۱۴۰۳، ۱۲۹/۱۴). همان‌طور که گفته شد مقصود ایشان از «نص»، روایت ابو عبیده حذاء است؛ زیرا مدلول این روایت در جایی که ضربات متعدد است، منصرف به ضربات متوالی است (تبریزی، ۱۴۲۶، ۲۴۷). صاحب جواهر همین کلام را در بحث قصاص و دیات مطرح کرده و ضمن غیر منضبط دانستن آن بر این باور است که برای اینکه در

تأملی تطبیقی بر
دیات صدمات خطایی
مسری و غیر مسری
در فقه و حقوق کیفری

ضربات متعدد، قصاص تداخل بکند و فقط قصاص نفس یا دیه نفس ثابت شود، باید شرط شود که ضربات متعدد در یک زمان یا در زمان‌های نزدیک به هم اتفاق بیفتد (نجفی، ۱۴۰۴، ۶۵/۴۲؛ همچنین ر.ک: روحانی، ۱۴۱۲، ۲۶/۲۶).

۳-۲-۲. تعدد دیه در ضربات با فاصله زمانی

محقق اردبیلی در فرض ورود ضربات متعدد با فاصله زمانی، قائل به تعدد دیات است و دلیل ایشان، اصل عدم تداخل و عمومات ادله‌ای است که در بحث قصاص مبنی بر تعدد قصاص است (اردبیلی، ۱۴۰۳، ۱۳/۴۴۶؛ ر.ک: روحانی، ۱۴۱۲، ۲۶/۲۶).

نقد و بررسی ادله

به جهت نظم در بحث و رعایت تدقیق شقوق مسئله، نخست به ارزیابی ادله ضربه واحد و سپس به ارزیابی ادله ضربات متعدد می‌پردازیم.

۱. نقد و بررسی ادله ضربه واحد

بر اساس طرح دیدگاه‌ها و ذکر دلایل، معلوم شد که همه فقها نسبت به فرضی که ضربه واحد منجر به صدمات متعدد خطائی گردد و آنگاه برخی از صدمات سرایت کند و به مرگ مجنی علیه منجر گردد، اتفاق نظر داشته و حکم به تداخل دیات و ثبوت دیه نفس می‌کنند، لکن دلایل همه فقها، در دو دلیل اجماع (محقق حلی، ۱۴۰۸، ۴/۲۲۰؛ اردبیلی، ۱۴۰۳، ۱۴/۱۲۹؛ خویی، ۱۴۲۲، ۴۲/۲۷۱) و صحیحه ابو عبیده حذاء (خویی، ۱۴۲۲، ۴۲/۲۴؛ اردبیلی، ۱۴۰۳، ۱۳/۴۴۳) خلاصه می‌شود. ذکر سه نکته در خصوص دلایل مذکور لازم است:

الف) نخست آنکه هرچند اصل بر عدم تداخل دیات است، فقها دلیل اجماع و روایت ابو عبیده حذاء را دلیل خاص دانسته و در فرض سرایت برخی از صدمات و مرگ مجنی علیه، حکم به تداخل دیات می‌کنند.

ب) با اینکه روایت ابو عبیده اساساً پیرامون جنایات عمدی است، چگونه می‌توان به این روایت در مقام صدمات خطایی استناد کرد؟ نکته مزبور از نگاه فقها دور

نمانده و در این باره گفته شده است: کلام امام باقر^{علیه السلام} در روایت ابو عبیده حذاء اطلاق دارد؛ بدین بیان که علت بیان شده در روایت، کلی است و می‌توان آن را از مورد جنایات عمدی به جنایات خطایی تعمیم داد (خویی، ۱۴۲۲، ۲۷۲/۴۲).

ج) از آثار محقق خویی دریافت می‌شود که ایشان حکم تداخل دیات را در فرضی جایز می‌دانند که صدمات ایجاد شده در طول یکدیگر باشند نه در عرض هم (خویی، ۱۴۲۲، ۴۲۸/۴۲). بر این اساس چگونه ممکن است که ایشان، تداخل دیه اعضای غیر مسری را در دیه نفس در ضربه واحد بپذیرند؟

در پاسخ باید گفت که اولاً فرض محقق خویی در حکم به تداخل دیات با شرطیت طولی بودن جنایات، مربوط به صورتی است که مجنی علیه زنده است، مستند محقق خویی در این مورد همان روایت ابو عبیده حذاء است که بدان اشاره شد (کلینی، ۱۴۰۷، ۳۲۵/۷). در حالی که بحث حاضر منصرف به فرض مرگ مجنی علیه است؛ بنابراین، این تعارض نیست که محقق خویی در فرض مرگ مجنی علیه، دیدگاهی غیر از فرض زنده ماندن مجنی علیه داشته باشد.

ثانیاً همان‌طور که ذکر شد، محقق خویی یکی از ادله تداخل دیات را در ضربه واحد به هنگام مرگ مجنی علیه، اجماع دانستند (خویی، ۱۴۲۲، ۲۷۱/۴۲). حال باید دانست که منظور از اجماع در کلام ایشان، کدام اجماع است؟ جستجوهای فقهی در این باره حاکی از آن است که این اجماع، همان اجماعی است که مشهور فقها و محقق اردبیلی برای تداخل دیات به هنگام سرایت برخی از صدمات و مرگ مجنی علیه اقامه می‌کنند (محقق حلی، ۱۴۰۸، ۲۲۰/۴؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳، ۲۷۵/۱۵؛ صیمری، ۱۴۲۰، ۴۰۸/۴؛ حسینی شیرازی، ۱۴۲۵، ۴۷۷/۲) و موضوع آن عبارت از این است که هر گاه ضربه واحد منجر به صدمات خطایی گردد و برخی از آنها موجب مرگ شوند، حکم به تداخل دیات می‌شود. در اجماع مذکور سخنی از طولی بودن یا عرضی بودن جنایات نیست، بلکه هرگاه مرگ در اثر برخی از جنایات حاصل گردد، حکم به تداخل دیات و لزوم دیه نفس می‌گردد و محقق خویی با التفات به مفاد این اجماع به دلیل اجماع حکم می‌کند. بر این اساس معلوم می‌گردد که شرطیت طولی بودن جنایات در باور محقق خویی منصرف به فرض

تأملی تطبیقی بر
دیات صدمات خطایی
مسری و غیر مسری
در فقه و حقوق کیفری

حیات مجنی علیه است نه فرض مرگ وی.

ثالثاً لازم به توجه است که مصداق عبارت «لو قطع عدّة أعضاء شخص خطأ» در کلام فقها آن است که جانی، دست‌ها، پاها، گوش‌ها، بینی و زبان مجنی علیه را به خطا قطع کند (حسینی شیرازی، ۱۴۲۵، ۴۷۷/۲). از مثال مذکور واضح است که ملازمه قوی میان بریدن گوش با مرگ نیست و یا ملازمه قوی میان بریدن بینی با مرگ نیست (حلی، ۱۴۰۴، ۵۱۱/۴)، لکن شاید با توجه به مهارت‌ها و تجهیزات پیشرفته امروزی در عرصه پزشکی، بتوان ملازمه‌ای میان صدمات مذکور و مرگ کشف نمود، اما دریافت این ملازمه در عصر حاضر هیچ گونه پیوند فقهی با کلام فقها در اعصار گذشته ندارد.

نکته حائز اهمیت آن است که فقها با التفات به اینکه برخی از صدمات هیچ گونه نقشی در سرایت بر نفس نداشته‌اند، به تداخل دیات همه اعضا حکم کرده و فقط دیه نفس را لازم دانسته‌اند. محقق خوبی حکم به تداخل دیات و فقط لزوم دیه نفس در ضربه واحد را حول عبارت «لو قطع عدّة أعضاء شخص خطأ» صادر می‌نماید؛ یعنی ایشان به مصداق عبارت مذکور که حاکی از سرایت و عدم سرایت برخی از صدمات در جنایت نفس است، التفات داشته و با این حال، حکم تداخل دیات و فقط لزوم دیه نفس را صادر نموده‌اند. بر این اساس، معلوم می‌شود که وقتی محقق خوبی برای تداخل دیات و حاکم شدن دیه اغلظ، شرط طولی بودن جنایات را مطرح می‌نمایند، مقصود ایشان منصرف به فرض زنده ماندن مجنی علیه است.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال پنجم، شماره پیاپی ۱۴
بهار ۱۳۹۸

۷۶

نظر برگزیده

بر اساس مطالب پیش گفته، هرچند عدم تداخل دیات به عنوان یک اصل، پذیرفتنی است، به نظر می‌رسد بر اساس دلیل اجماع و دو روایت ابراهیم بن عمر و صدر روایت ابو عبیده حذاء، اصل مذکور منصرف به وجود قید حیات در مجنی علیه است، و در فرض مرگ مجنی علیه می‌توان خلاف اصل مذکور عمل کرد؛ از این رو، هیچ یک از فقها با تداخل دیه اعضای مسری و غیر مسری در دیه نفس در فرض ضربه واحد مخالفت نکرده است؛ بنابراین، هرگاه ضربه واحد منجر به صدمات

متعدد خطائی گردد و برخی از آن صدمات سرایت کند و موجب مرگ شود و برخی دیگر از صدمات بدون سرایت، در حد اولیه خود باقی بماند، تنها دیه نفس لازم می‌شود و محاسبه صدمات غیر مسری به‌طور جداگانه لازم نیست.

۲. نقد و بررسی ادله ضربات متعدد

بر اساس طرح دیدگاه‌ها و ذکر دلایل، معلوم شد گروهی از فقها برای حکم به تداخل دیات در فرض سرایت برخی از صدمات در ضربات متعدد متوالی به دو دلیل اجماع و روایت ابو عبیده حذاء استناد می‌جویند. ضمن ارزیابی این دو دلیل باید گفت که گروهی از فقها جهت حکم به تداخل دیات در ضربات متعدد متوالی به دلیل عرف استناد کرده‌اند که شرح آن می‌آید.

۲-۱. دلیل اجماع

مشهور فقها جهت حکم به تداخل دیات در ضربات متعدد به دلیل اجماع استناد می‌کنند (محقق حلی، ۱۴۰۸، ۲۲۰/۴)، اما محقق خوئی حکم به تداخل دیات را در فرض سرایت برخی از صدمات که منجر به مرگ می‌گردد قبول ندارد، ایشان بر این باور است که دلیل اجماع از سوی مشهور فقها با اشکال مواجه بوده و غیر قابل اعتماد است؛ زیرا برخی از فقها اصلاً در کتاب‌های خود به موضوع تعدد جنایات نپرداخته‌اند که گفته شود دیدگاه آن‌ها تعدد دیات بوده است یا تداخل دیات (خوئی، ۱۴۲۲، ۲۵/۴۲). همچنین محقق خوئی برای ردّ دلیل اجماع به دیدگاه محقق اردبیلی اشاره کرده و می‌نویسد: «محقق اردبیلی حکم به تداخل دیات را در فرضی که ضربات متعدد با فاصله زمانی وارد آیند، نمی‌پذیرد» (خوئی، ۱۴۲۲، ۲۵/۴۲).

بر نقد محقق خوئی درباره ردّ اجماع مشهور اشکالاتی وارد است که در ذیل به آنها اشاره می‌کنیم.

الف) خود محقق خوئی برای استناد به حکم تداخل دیات در ضربه واحد به همین دلیل اجماع استناد می‌کند (خوئی، ۱۴۲۲، ۲۷۱/۴۲ و ۲۴/۴۲). اگر نپرداختن برخی از فقها به موضوع تعدد و تداخل جنایات، دلیل بر بی‌اعتمادی به اجماع در حکم تداخل دیات در ضربات متعدد است، دقیقاً به همین دلیل باید دلیل بر ردّ

اجماع در حکم به تداخل دیات در ضربه واحد باشد؛ زیرا آن گروه از فقها که اساساً به این موضوع نپرداخته و بحثی نکرده‌اند، نه به موضوع ضربات متعدد پرداخته‌اند و نه به موضوع ضربه واحد. بر این اساس محقق خوبی هم نمی‌تواند در حکم به تداخل دیات در ضربه واحد به دلیل اجماع استناد کند، در حالی که دلیل اجماع، مهم‌ترین دلیل ایشان برای حکم به تداخل دیات در ضربه واحد است.

از طرفی نیازمند دقت است که تعداد منابعی که اساساً به بحث تعدد یا تداخل جنایات نپرداخته‌اند، بسیار بسیار اندک است و در مقابل، دیدگاه حکم به تداخل در ضربات متعدد در بسیاری از منابع فقهی معتبر دیده می‌شود تا آنجا که مشهور فقهای امامیه پیرامون حکم مذکور ادعای اجماع کرده‌اند. نباید فراموش کرد که صاحب جواهر اجماع مورد بحث را مستفیض و بلکه محصل می‌داند (نجفی، ۱۴۰۴، ۳۵۹/۴۲)؛ از این رو، گروهی از فقهای معاصر در پاسخ به اشکال محقق خوبی درباره اجماع یاد شده چنین متذکر شده‌اند: «در برابر آن سعه اطلاعی که محقق و صاحب جواهر، شهید و امام از فقه و کلمات فقها داشته‌اند و گفته‌اند هر دو اجماع منقول و محصل وجود دارد، این سخن صحیحی نیست که ما در مقابل بگوییم «لم یتحقق» (اجماع محقق نشد)، یا بگوییم که «لا اعتماد بنقله» و آنگاه در مقام دلیل بگوییم که چون یک عده‌ای از فقها این اجماع را نقل نکردند یا متعرض نشدند و ما نمی‌دانیم فتوای آنها چیست پس نمی‌توانیم اعتماد به این نقل بکنیم یا بگوییم اجماع محقق نشده است. لذا می‌گوییم اجماع دلیل لئی است باید قدر متیقن آن را بگیریم نه مطلق و می‌گوییم فقط در آنجایی که دیه بالاصالة ثابت است، به دلیل اجماع تداخل می‌شود» (مقتدایی، درس خارج فقه، ۱۳۸۸/۱۲/۸).

ب) اما دلیل دیگری که محقق خوبی مبنی بر ردّ اجماع از سوی مشهور فقها اقامه می‌کند، دیدگاه محقق اردبیلی است که فرموده است: «حکم تداخل دیات را در فرضی که ضربات متعدد با فاصله زمانی وارد آید، نمی‌پذیرد» (خویی، ۱۴۲۲، ۲۵/۴۲)، اما به نظر می‌آید دیدگاه محقق اردبیلی نمی‌تواند دلیلی بر ردّ اجماع باشد؛ زیرا هر چند کلام فقها در تداخل دیات در ضربات متعدد، مطلق است و صراحتاً تفکیکی میان ضربات متوالی و ضربات با فاصله زمانی قائل نشده‌اند، لکن به

نظر می‌آید مقصود مشهور فقها از حکم به تداخل دیات در ضربات متعدد، دقیقاً منصرف به همان دیدگاهی است که محقق اردبیلی به صراحت آن را بیان می‌کند؛ یعنی تداخل دیات در ضربات متعدد متوالی. این مقصود را می‌توان از مثال‌هایی که مشهور فقها جهت شرح بحث ارائه می‌کنند، دریافت کرد؛ مانند آنجا که اگر جانی در مرحله اول دست مجنی‌علیه را از مچ قطع کند، سپس اقدام به قطع دست از ناحیه آرنج نماید و مجنی‌علیه فوت نماید (محقق حلی، ۱۴۰۸، ۱۸۶/۴؛ خمینی، بی‌تا، ۵۱۶/۲). همچنین مشهور فقها در بحث قصاص به صراحت بیان می‌کنند که حکم در تعدد ضربات، عدم تداخل است، مگر آنکه ضربات متعدد به صورت متوالی باشد که در این صورت قائل به تداخل قصاص هستند (خمینی، بی‌تا، ۵۱۶/۲؛ فاضل لنکرانی، ۱۴۲۱، ۹۱). بر این اساس با توجه به قرائن مذکور برداشت می‌شود که دیدگاه مشهور فقها نسبت به حکم تداخل دیات در فرض ضربات متعدد، منصرف به ضربات متعدد متوالی است؛ از این رو، می‌توان گفت که نه تنها دیدگاه محقق اردبیلی دلیلی بر رد دیدگاه مشهور فقها نیست، بلکه دیدگاه ایشان مفسر و مبین این دیدگاه است.

تأملی تطبیقی بر
دیات صدمات خطایی
مسری و غیر مسری
در فقه و حقوق کیفری

۷۹

۲-۲. دلیل روایت ابو عبیده حذاء

دلیل دیگری که گروهی از فقها جهت حکم به تداخل دیات در ضربات متعدد به آن استناد می‌کنند (اردبیلی، ۱۴۰۳، ۱۲۹/۱۴؛ فاضل لنکرانی، ۱۴۲۱، ۹۰)، روایت ابو عبیده حذاء است؛ هر چند محقق خوبی این روایت را دلیلی برای رد تداخل دیات در ضربات متعدد می‌داند، استدلال به این روایت برای عدم تداخل به صورت مطلق، امری غیر واضح و باور نکردنی است؛ زیرا روایت مذکور به صراحت بیانگر تداخل دیات یا تداخل قصاص در فرضی است که نتیجه ضربات متعدد به مرگ بینجامد؛ چه در این روایت امام باقر علیه السلام فرموده‌اند: «... اگر جانی دو ضربت به او زده بود و دو ضربت، دو جنایت وارد ساخته بود، من او را ملزم به جنایتی که دو ضربه کرده بود، می‌دانستم؛ هرچه آن دو جنایت باشد مگر اینکه در این دو، مرگ باشد که در این صورت ضارب بدان قصاص و جنایت دیگر نادیده گرفته

می‌شود...»^۱ (کلینی، ۱۴۰۷، ۳۲۵/۷). نص روایت بیانگر آن است که هرگاه جانی هر تعداد ضربات متعدد را به مجنی علیه وارد سازد، در صورتی که مرگ حاصل شود، فقط مجازات قصاص برای جانی خواهد بود نه قصاص ضربات به صورت جداگانه. هر چند روایت ابو عبیده حذاء پیرامون جنایات عمدی است و بحث پژوهش حاضر، جنایات خطایی است، لکن همچنان که گفته شد، کلام امام باقر علیه السلام اطلاق دارد و می‌توان آن را از مورد جنایات عمدی به جنایات خطایی تعمیم داد (خویی، ۱۴۲۲، ۲۷۲/۴۲). بر این اساس نه تنها این روایت دلیل بر عدم تداخل دیات نیست، بلکه دلیل بسیار محکمی است برای حکم به تداخل دیات در ضربات متعدد متوالی در فرض مرگ مجنی علیه (اردبیلی، ۱۴۰۳، ۱۴/۱۲۹)؛ زیرا مدلول روایت در جایی که ضربات متعدد است، منصرف به ضربات متوالی است (تبریزی، ۱۴۲۶، ۲۴۷).

قطعیت استناد به روایت مذکور نزد گروهی از فقها چنان واضح است که بر این باورند که حتی اگر دلیل اجماع قابل مناقشه باشد، صحیححه ابو عبیده مستند دیدگاه تداخل دیات خواهد بود (فاضل لنکرانی، ۱۴۲۱، ۹۰)؛ از این رو، بسیاری از فقها احکام دیات و قصاص را در بحث ضربه واحد و ضربات متعدد با توجه به روایت ابو عبیده حذاء به طور مشترک بیان کرده‌اند^۲ (طوسی، ۱۴۰۷، ۱۶۳/۵؛ فاضل مقداد، ۱۴۰۴، ۵۱۰/۴؛ حلی، ۱۴۰۵، ۵۹۵؛ اردبیلی، ۱۴۰۳، ۱۴/۴۷۳؛ نجفی، ۱۴۰۴، ۶۵/۴۲).

جستارهای

فقهی و اصولی

سال پنجم، شماره پیاپی ۱۴

بهار ۱۳۹۸

۸۰

۲-۳. عرف

همچنین علاوه بر دلیل اجماع و صحیححه ابو عبیده حذاء برای حکم به تداخل دیات در فرض مورد بحث، می‌توان به دلیل عرف هم اشاره نمود؛ زیرا عرف مجموع ضربات متوالی را در حکم یک ضربه می‌داند، علی‌الخصوص اگر در این میان

۱. مُحَمَّدُ بْنُ يَحْيَى... عَنْ أَبِي عُبَيْدَةَ الْحَدَّاءِ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا جَعْفَرٍ علیه السلام عَنْ رَجُلٍ... وَ لَوْ كَانَ ضَرْبُهُ صَرْبَتَيْنِ فَجَنَبَ الصَّرْبَانِ جَنَائَتَيْنِ لَأَكْرَمْتُهُ جَنَايَةً مَا جَنَّتَا مَا كَانَتَا إِلَّا أَنْ يَكُونَ فِيهِمَا الْمَوْتُ فَيَقَادَ بِهِ صَارِيَهُ... (کلینی، ۱۴۰۷، ۳۲۵/۷).

۲. لازم به ذکر است که هر چند در بحث قصاص، دو روایت حفص بن البختری (طوسی، تهذیب الأحکام، ۲۵۳/۱۰) و محمد بن قیس (کلینی، الکافی، ۳۲۶/۷)، صراحت در تعدد قصاص حتی در فرض قتل مجنی علیه دارند، فقها در مقام جمع میان دو روایت مذکور با روایت ابو عبیده حذاء، همچنان قائل به تداخل قصاص و فقط لزوم قصاص نفس هستند؛ زیرا حکم تعدد قصاص را در دو روایت حفص بن البختری و محمد بن قیس، منصرف به صورتی می‌دانند که ضربات متعدد با فاصله زمانی باشد (سبحانی، درس خارج فقه، ۹۰/۶/۲۳).

برخی صدمات سرایت کرده و موجب مرگ شوند؛ چرا که عرف، سرایت را یک جنایت برشمرده و حکم را در مجموع، یک تعدی در مقابل یک تعدی می‌داند (نجفی، ۱۴۰۴، ۶۴/۴۲).

نظر برگزیده

صحیح‌تر آن است که گفته شود، پیرامون حکم دیات در ضربات متعدد خطائی و مرگ مجنی‌علیه در اثر سرایت برخی از صدمات، دو دیدگاه در فقه اسلامی وجود دارد؛ نخست دیدگاه مشهور فقها در ضربات متعدد متوالی که حکم به تداخل دیات می‌کنند و دوم دیدگاه محقق خویی و شاگردانشان که در فرض مذکور، حکم به تعدد دیات می‌کنند. به نظر می‌رسد ادله دیدگاه مشهور اعم از اجماع، صحیح‌ه ابو عبیده و عرف، غیر قابل‌خدشه است و تکاپوی ستودنی محقق خویی جهت نقض این ادله یارای طرح و طرد آنها نیست. بنابراین باید گفت هرگاه برخی از صدمات متعدد ناشی از ضربات متعدد متوالی سرایت کند و منجر به مرگ شود، حکم به تداخل دیات می‌شود و تنها دیه نفس لازم می‌آید. لکن اگر ضربات متعدد با فاصله زمانی باشد و تنها برخی از آنها سرایت کند و منجر به مرگ گردد، با حکم به تعدد دیات، دیه هر یک از صدمات به غیر از دیه صدمه مسری که داخل در دیه نفس می‌شود، به طور مستقل محاسبه می‌گردد.

چهار: ضربه واحد یا ضربات متعدد

هرچند پاسخ به نوع دیات در فرض مذکور از ارزیابی‌های فروض فوق قابل تشخیص است، لکن به جهت رعایت نظم و تفکیک شقوق مسئله، پاسخ فرض مذکور مستقلاً لحاظ می‌گردد. در خلال بررسی‌های پیشین اشاره گردید که پیرامون وضعیت تعیین دیه عضو مسری سه دیدگاه فقهی وجود دارد (طوسی، ۱۴۰۰، ۷۷۱؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳، ۴۴۴/۱۵؛ خویی، ۱۴۲۲، ۴۲۸/۴۲)، لکن دیدگاه برگزیده از جهت تحقیقی و همچنین نگاه مقنن، دیدگاه منتسب به محقق خویی است. شرح این دیدگاه همان‌طور که با بیان ادله (کلینی، ۱۴۰۷، ۳۲۵/۷) گذشت، از

این قرار است که هرگاه جنایت جدید در طول جنایت سابق باشد، دیه خفیف‌تر در دیه شدیدتر تداخل می‌کند (خوبی، ۱۴۲۲، ۴۲/۴۲۸؛ تبریزی، ۱۴۲۶، ۲۴۴؛ مدنی، ۱۴۰۸، ۲۶۵)؛ از این رو، قانون‌گذار به درستی طی بند «ب» ماده ۵۳۹ مقرر داشته است: «... در صورت تعدد صدمات چنانچه مرگ یا قطع عضو یا آسیب بیشتر، در اثر سرایت تمام صدمات باشد، تنها دیه نفس یا عضو یا آسیب بزرگ‌تر ثابت می‌شود ...». حائز اهمیت است که در حکم مذکور تفاوتی میان اینکه ضربات متعدد، متوالی باشد یا با فاصله زمانی، وجود ندارد؛ زیرا هر دو صورت مذکور، مقتضی حکم تداخل دیات است؛ مانند آنکه جانی صبح دست مجنی‌علیه را قطع کند و بعد از ظهر پای او را، حال اگر مرگ مجنی‌علیه مستند به سرایت هر دو جنایت باشد، حکم قضیه مشمول شرط جنایات طولی می‌شود و تداخل دیات لازم می‌گردد.

۷- نتیجه‌گیری

بر اساس تحقیقات انجام شده می‌توان گفت حکم تعدد و تداخل دیات ناظر بر مرگ و حیات مجنی‌علیه کاملاً متفاوت از یکدیگر است. گاه صدمات متعدد، خواه ناشی از ضربه واحد باشند یا از ضربات متعدد در عرض یکدیگر هستند و هیچ یک از آنها متأثر از صدمه دیگر نیست؛ به سخن دیگر هیچ‌گونه سرایت جنایتی حادث نشده است. در فرض مذکور که مجنی‌علیه در قید حیات است به علت اصل عدم تداخل دیات، حکم به تعدد دیات شده و به ازای هر صدمه، یک دیه لازم می‌شود. لکن در همین فرض که مجنی‌علیه در قید حیات است برخی از صدمات متعدد سرایت کرده و موجب قطع عضو یا آسیب بزرگ‌تر می‌شود، در این فرض دیات همه صدمات به صورت جداگانه محاسبه شده و فقط دیه عضو مسری در دیه جنایت جدید تداخل می‌کند و دیه اغلظ حاکم می‌شود. اما فرض دیگری که حکم دیات را کاملاً متفاوت از فروض پیشین می‌نماید موضوع فوت مجنی‌علیه است. گاه ممکن است برخی از صدمات متعدد وارد بر مجنی‌علیه سرایت کرده، به فوت مجنی‌علیه منجر شود و برخی دیگر سرایت نکنند و در حد صدمات اولیه خود باقی بمانند. این صدمات متعدد ممکن است ناشی از ضربه واحد یا ضربات متعدد باشد.

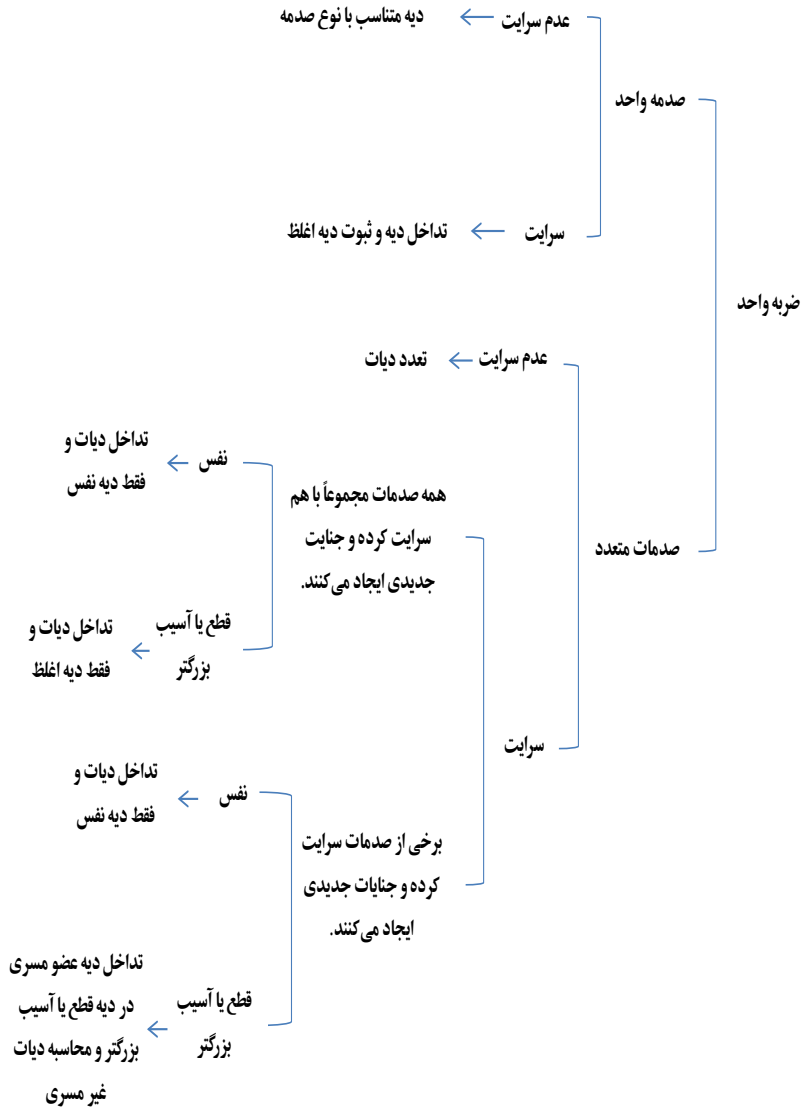
در این فرض باید گفت، هرچند عدم تداخل دیات به عنوان یک اصل، پذیرفتنی است. اما به نظر می‌رسد بر اساس دلیل اجماع و دو روایت ابراهیم بن عمر و صدر روایت ابو عبیده حذاء، اصل مذکور منصرف به وجود قید حیات در مجنی علیه است و در فرض مرگ مجنی علیه می‌توان خلاف اصل مذکور عمل کرد. بر این اساس هرگاه ضربه واحد یا ضربات متعدد متوالی منجر به صدمات متعدد خطایی شود و برخی از آن صدمات سرایت کند و موجب مرگ شود و برخی دیگر از صدمات بدون سرایت، در حد اولیه خود باقی بماند تنها دیه نفس لازم می‌شود و محاسبه صدمات غیر مسری به طور جداگانه لازم نیست. لکن اگر ضربات متعدد با فاصله زمانی باشد و تنها برخی از آن‌ها سرایت کند و منجر به مرگ شود با حکم به تعدد دیات، دیه هر یک از صدمات به غیر از دیه صدمه مسری که داخل در دیه نفس می‌شود به طور مستقل محاسبه می‌شود.

پیشنهاد اصلاح ماده

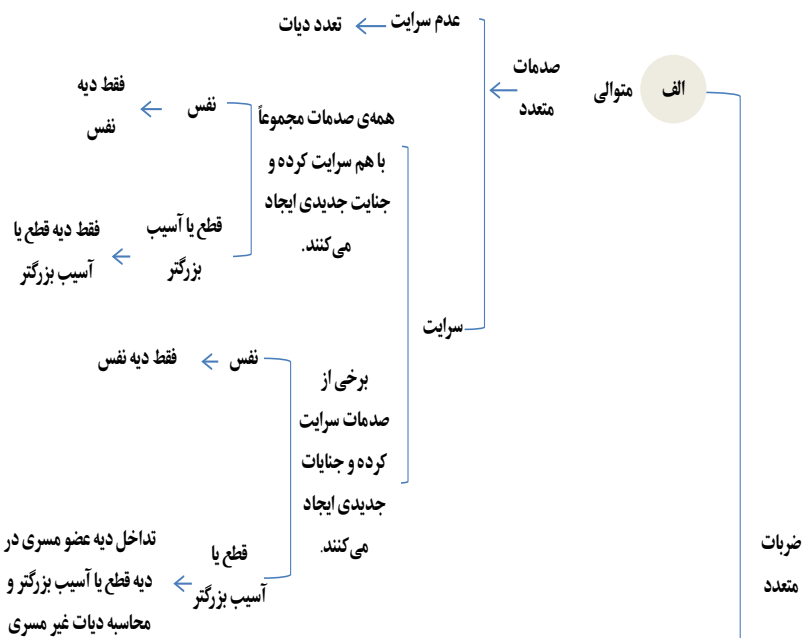
بر اساس تحقیقات صورت گرفته به نظر می‌رسد لازم است بند «ب» ماده ۵۳۹ ق.ا.م.ا. به شرح ذیل اصلاح شود: «...هرگاه برخی از صدمات متعدد خطایی سرایت کند و منجر به مرگ مجنی علیه شود، تداخل دیه رخ می‌دهد و فقط دیه نفس لازم می‌شود، خواه صدمات متعدد ناشی از ضربه واحد باشد یا ناشی از ضربات متعدد متوالی».

تأملی تطبیقی بر
دیات صدمات خطایی
مسری و غیر مسری
در فقه و حقوق کیفری

پیوست‌ها: نمودار علمی نتایج

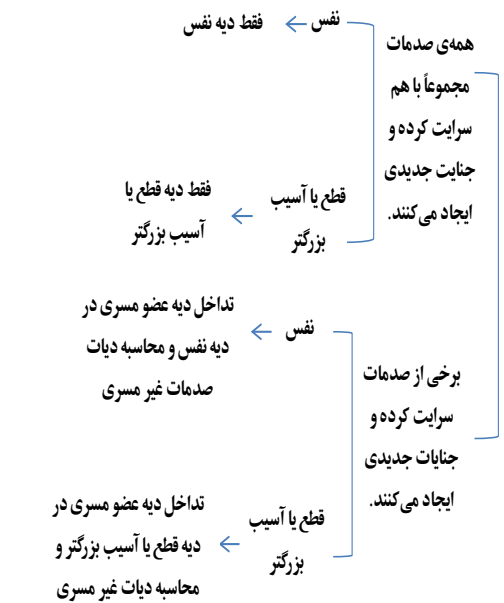


جستارهای
فقهی و اصولی
سال پنجم، شماره پیاپی ۱۴
بهار ۱۳۹۸
۸۴



ب فاصله زمانی

صدمات متعدد



تأملی تطبیقی بر دیات صدمات خطایی مسری و غیر مسری در فقه و حقوق کیفری

منابع

۱. اردبیلی، احمد (۱۴۰۳)، مجمع الفائدة و البرهان، قم، دفتر انتشارات اسلامی.
۲. اصفهانی، راغب (۱۴۱۲)، مفردات الفاظ القرآن، لبنان، دار العلم - الدار الشامیه.
۳. تبریزی، جواد (۱۴۲۶)، تنقیح مبانی الأحكام، قم، دار الصدیقة الشهیده علیها السلام.
۴. حسینی شیرازی، صادق (۱۴۲۵)، التعليقات علی شرائع الإسلام، قم، استقلال.
۵. حلّی، علامه، حسن (۱۴۲۰)، تحریر الأحكام الشرعية علی مذهب الإمامیه، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام.
۶. محقق حلّی، نجم الدین (۱۴۰۸)، شرائع الإسلام، قم، اسماعیلیان.
۷. حلّی، مقداد (۱۴۰۴)، التنقیح الرائع لمختصر الشرائع، قم، انتشارات کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی.
۸. حلّی، یحیی (۱۴۰۵) الجامع للشرائع، قم، مؤسسه سید الشهداء العلمیه.
۹. خراسانی، محمد کاظم (۱۴۳۶)، کفایة الاصول، قم، مؤسسه نشر اسلامی.
۱۰. خمینی، سید روح الله (بی تا)، تحریر الوسیلة، قم، مؤسسه مطبوعات دار العلم.
۱۱. خوانساری، احمد (۱۴۰۵)، جامع المدارک فی شرح مختصر النافع، قم، اسماعیلیان.
۱۲. خویی، سید ابوالقاسم (۱۴۲۲)، مبانی تکملة المنهاج، قم، مؤسسه إحياء آثار الإمام الخوئي علیه السلام.
۱۳. دهخدا، علی اکبر (۱۳۴۱)، لغت نامه دهخدا، تهران، نشر مدیریت و برنامه ریزی کشور.
۱۴. روحانی، صادق (۱۴۱۲)، فقه الصادق علیه السلام، قم، دار الكتاب - مدرسه امام صادق علیه السلام.
۱۵. زرکشی، أبو عبد الله بن بهادر (۱۴۰۵)، المثنوی فی القواعد الفقهیه، وزارة الأوقاف الكويتیه.
۱۶. سبحانی، جعفر، درس خارج فقه، پایگاه اطلاع رسانی آیت الله سبحانی.
۱۷. سبزواری، عبد الأعلى (۱۴۱۳)، مهذب الأحكام، قم، مؤسسه المنار.
۱۸. شنیطی، محمد (بی تا)، شرح زاد المستقنع، الشبكة الإسلامية.
۱۹. صدر، سید محمد (۱۴۲۰)، ما وراء الفقه، بیروت، دار الأضواء.
۲۰. صیمری، مفلح (۱۴۲۰)، غایة المرام فی شرح شرائع الإسلام، بیروت، دار الهادی.
۲۱. طوسی، محمد (۱۳۸۷)، المبسوط فی فقه الإمامیه، تهران، المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية.
۲۲. _____ (۱۴۰۰)، النهایة فی مجرد الفقه و الفتاوی، بیروت، دار الكتاب العربي.
۲۳. _____ (۱۴۰۷)، الخلاف، قم، دفتر انتشارات اسلامی.
۲۴. عاملی، (شهید ثانی)، زین الدین بن علی (۱۴۱۳)، مسالك الأفهام، قم، مؤسسه المعارف الإسلامية.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال پنجم، شماره پیاپی ۱۴
بهار ۱۳۹۸

۸۶

٢٥. عودة، عبد القادر (بى تا)، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، بيروت، دار الكاتب العربي.
٢٦. فياض كابل، محمد اسحاق (بى تا)، منهاج الصالحين.
٢٧. كليني، محمد (١٤٠٧)، الكافي، تهران، دار الكتب الإسلامية.
٢٨. لنكراني، محمد فاضل (١٤٢١)، تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة، قم، مركز فقهي ائمه اطهار عليهم السلام.
٢٩. مجموعة من المؤلفين (١٤٠٤)، الموسوعة الفقهية الكويتية، مصر، مطابع دار الصفوة.
٣٠. مدني كاشاني، رضا (١٤٠٨)، كتاب الدييات، قم، دفتر انتشارات اسلامي.
٣١. مقتدايي، مرتضى، درس خارج فقه، پاىگاه اطلاع رسانی آيت الله مقتدايي.
٣٢. نجفي، محمد حسن (١٤٠٤)، جواهر الكلام، بيروت، دار إحياء التراث العربي.
٣٣. هيشمى، أحمد بن حجر (١٣٥٧)، تحفة المحتاج في شرح المنهاج، المكتبة التجارية الكبرى.

تأملی تطبیقی بر
ديات صدمات خطایی
مسرى وغير مسرى
در فقه و حقوق كیفى

بررسی فقهی برخی ادله شورای نگهبان در ردّ معاهدات استرداد مجرمان میان ایران و سایر دولت‌ها^۱

رضا محمدی (کرجی)^۲

علی عندلیبی^۳

ابراهیم شمس‌ناتری^۴

بررسی فقهی برخی
ادله شورای نگهبان در
ردّ معاهدات استرداد
مجرمان میان ایران و
سایر دولت‌ها

۸۹

چکیده

بررسی مستندات شورای نگهبان در خلاف شرع اعلام کردن برخی معاهدات می‌تواند در سیر مطالعات فقهی تأثیر شگرفی ایجاد نماید. مسئله استرداد مجرمان یکی از مواردی است که اکثر معاهدات مربوط به آن از سوی شورای نگهبان خلاف شرع اعلام شده است. این مسئله از چهار زاویه مجرم، جرم و دو کشور طرف استرداد، ظرفیت بررسی

۱. تاریخ دریافت: ۱۳۹۷/۰۶/۲۶؛ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۷/۱۲/۰۹.

۲. استادیار مؤسسه آموزشی پژوهشی امام خمینی (ره) قم - ایران؛ (نویسنده مسئول) (متخذ از رساله سطح چهار حوزه علمیه قم با عنوان: «بررسی استرداد مجرمان در فقه و حقوق» و حوزه علمیه قم حامی این اثر می‌باشند)؛ رایانامه: Rbnmw@yahoo.com

۳. مدرس خارج فقه و اصول حوزه علمیه قم و عضو هیئت علمی جامعه المصطفی؛ رایانامه: Andalibi3@yahoo.com

۴. دانشیار حقوق خصوصی پردیس فارابی دانشگاه تهران، قم؛ رایانامه: Eshams@ut.ac.ir

را دارد و با عنایت به انواع هر یک از زوایای فوق مانند جنسیت، تابعیت، سن، ملیت، دین و مذهب مجرم؛ جرایم حدّی و غیر حدّی، جرایم سیاسی، نظامی، عادی؛ وضعیت جرم‌انگاری در دو کشور طرف استرداد؛ اسلامی و غیراسلامی بودن کشورهای طرف استرداد و با در نظر گرفتن اعمال مختلفی که در استرداد مجرمان صورت می‌گیرد، فروع این بحث از دید فقهی متعدّد و مختلف است. یکی از فروعی که در مستندات فقهی شورای نگهبان به عنوان مانع انعقاد قرارداد استرداد مجرمان، تکرار شده، مسئله «تحویل مسلمان به کشورهای دیگر» است. در این تحقیق به بررسی این مسئله و ادله فقهی آن - به غیر از قاعده نفی سبیل - حرمت تأیید قوه قضاییه کفار و همچنین قاعده حرمت اعانه بر اثم و استدلال به صلح حدیبیه برای اثبات جواز استرداد، پرداخته شده است.

کلید واژه‌ها: استرداد مجرمان، تحویل مسلمان، همکاری قضایی، ادله فقهی استرداد مجرمان.

طرح مسئله

اکثر کشورهای جهان از جمله ایران به ضرورت انعقاد قرارداد استرداد مجرمان در عصر حاضر باور دارند. قانونگذار ایران در سال ۱۳۳۹ شمسی برای اولین بار قانونی مربوط به استرداد مجرمان در ۲۶ ماده تصویب کرد که تا کنون طبق آن عمل می‌شود.^۱

جستارهای
فقهی و اصولی
سال پنجم، شماره پیاپی ۱۴
بهار ۱۳۹۸

۹۰

شورای نگهبان تمامی قراردادهای استرداد مجرمان بین ایران و کشورهای غیراسلامی و برخی از قراردادهای استرداد با کشورهای اسلامی، مصوب مجلس شورای اسلامی را خلاف موازین شرع تشخیص داده است که بررسی ادله و مستندات فقهی این شورا دارای اهمیت می‌باشد.

جنبه‌های مختلف حقوقی استرداد مجرمان کما بیش مورد بررسی و تبیین قرار گرفته است، ولی جنبه‌های فقهی آن چندان مورد توجه نوشته‌های علمی قرار نگرفته است. در کتاب‌های فقهی قدما و متأخران بحثی راجع به استرداد مجرمان یافت نمی‌شود، اما می‌توان از لابه‌لای مباحثی چون «مهاده»، قاعده نفی سبیل و صلح

۱. قانون راجع به استرداد مجرمان ایران، مصوب سال ۱۳۳۹ ش مجلس شورای ملی.

حدیبیه به مطالب بسیار اندکی دست یافت و با توجه به قواعد و ادله کلی به تبیین فقهی مسئله پرداخت.

با توجه به اینکه استرداد مجرمان از چهار زاویه مختلف مجرم، جرم و دو کشور طرف استرداد (متقاضی و متقاضی عنه) ظرفیت بررسی دارد و با عنایت به انواع هر یک از زوایای بالا مانند جنسیت، تابعیت، سن، ملیت، دین و مذهب مجرم؛ جرایم حدی و غیر حدی، جرایم سیاسی، نظامی و عادی؛ وضعیت جرم‌انگاری در دو کشور طرف استرداد؛ اسلامی و غیر اسلامی بودن کشورهای طرف استرداد و با در نظر گرفتن اعمال مختلفی که در استرداد مجرمان صورت می‌گیرد؛ مانند تقاضای استرداد، تعقیب، توقیف احتیاطی، بازداشت موقت، تسلیم مجرم به کشور دیگر، محاکمه، اجرای مجازات، بازگرداندن مجرم از کشور دیگر فروع این بحث بسیار گسترده است.

تبیین، تحلیل و ارزیابی تمامی فروع استرداد مجرمان و ادله فقهی و مستندات فقهی آن لازم و ضروری است، ولی برای اختصار ناگزیر باید به بخشی از این مباحث در این نوشتار اکتفا کرد. یکی از فروعی که در مستندات فقهی شورای نگهبان به عنوان مانع انعقاد قرارداد استرداد مجرمان تکرار شده، مسئله «تحویل مجرم مسلمان به کشورهای دیگر» (فاتحی‌زاده، ۱۳۹۴، ۴-۵) است. در این نوشتار، به بررسی این مسئله و ادله فقهی آن به غیر از قاعده نفی سییل - که بررسی خصوص این قاعده در استرداد مجرمان در نوشتار دیگری از نگارنده انجام شده است - می‌پردازیم.

در این تحقیق بعد از مفهوم‌شناسی، نظر و رویه شورای نگهبان در مورد قراردادهای استرداد مجرمان و مستندات آن شورا مطرح می‌شود. سپس مسئله تسلیم مسلمان به کشورهای اسلامی در قالب استرداد مجرمان و ادله جواز یا عدم جواز آن بررسی می‌شود. آن‌گاه مسئله تسلیم مسلمان به کشورهای غیراسلامی و اقوال و ادله جواز یا عدم جواز آن مورد کنکاش قرار می‌گیرد.

۱. «آیه نفی سییل و استرداد مجرم مسلمان به کشور غیرمسلمان»، دوفصلنامه قرآن، فقه و حقوق اسلامی، بهار و تابستان ۱۳۹۵، سال دوم، شماره ۴، صص ۶۱-۸۸.

مفهوم استرداد مجرمان

برای تعبیر «استرداد مجرمان»^۱ (آریان‌پور، ۱۳۸۸، ۴۹۳) در اصطلاح حقوق تعریف‌های متعددی ذکر شده است که بررسی تمامی این تعاریف مجال واسعی می‌طلبد؛ به همین دلیل، به ذکر یک تعریف و اشکال آن و در نهایت تعریف مدّ نظر بسنده می‌کنیم.

«استرداد روش قضایی و در برخی کشورها اداری است که به موجب آن فرد فراری از عدالت (متهم یا محکوم) توسط کشوری که فرد در آن حضور دارد به کشوری که فرد از آن فرار کرده است، تسلیم می‌شود» (بلدسو، ۱۳۷۵، ۱۴۳). این تعریف و تعاریف مشابه به دلیل عدم شمول نسبت به حالتی که مجرم از کشور فرار نکرده، بلکه به صورت غیراختیاری به کشور دیگر منتقل شده است و همچنین استرداد متهمان و اشکالات دیگر نمی‌تواند تعریف جامع و مانعی باشد، ولی بهترین تعریفی که برای استرداد مجرمان به ذهن می‌رسد عبارت است از: «تحویل مجرم یا متهم (بدون توجه به رضایت وی) که در کشوری به سر می‌برد به کشور دیگری که صالح برای محاکمه یا مجازات وی است، به غرض محاکمه یا اجرای حکم».

اگر فردی در قلمرو کشوری یا علیه مصالح عالی آن کشور مرتکب جرم شود و به کشور دیگر فرار کند یا به هر دلیلی در کشور دیگر به سر برد و بدین وسیله از چنگال عدالت بگریزد. در این حالت کشور اول واجد صلاحیت تقنینی و صلاحیت قضایی برای رسیدگی به جرم وی می‌باشد و می‌تواند او را که در کشور خارجی به سر می‌برد، غیابی محاکمه و به مجازات خاصی محکوم نماید، اما صلاحیت اجرایی ندارد؛ یعنی نمی‌تواند نیروهای خود را برای اجرای حکم یا دستگیری شخص، وارد آن کشور نماید، اما در صورت انعقاد قرارداد «استرداد مجرمان» بین دو کشور، می‌تواند از کشوری که مجرم در آن به سر می‌برد، تقاضای استرداد او را نماید و آن کشور طبق قرارداد، مجرم را برای مجازات و متهم را برای محاکمه و رسیدگی بازگرداند.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال پنجم، شماره پیاپی ۱۴

بهار ۱۳۹۸

۹۲

برای تبیین بهتر محدوده بحث ذکر نکات ذیل ضروری است:

۱. فرض این نوشتار جایی است که مسلمانی در کشور دیگر (یا علیه مصالح آن کشور) مرتکب جرم شده (یا متهم به ارتکاب آن است) و فعلاً در کشور اسلامی حضور دارد. سپس آن کشور از کشور اسلامی تقاضای استرداد آن مسلمان را نماید، در حالی که عمل ارتكابی او طبق قانون کشور اسلامی نیز جرم می‌باشد. حال در چنین حالتی سؤال این است که از لحاظ احکام اولیه اسلام تحویل این مسلمان به کشور متقاضی (اعم از اینکه آن کشور اسلامی یا غیر اسلامی باشد) چگونه ارزیابی می‌شود؟

۲. از باب حکم ثانوی و احکام حکومتی، انعقاد قرارداد استرداد مجرمان و تحویل و بازگرداندن مجرم (حتی اگر مسلمان باشد) جایز و صحیح است، اما از نظر احکام اولیه اگر عمل تحویل دادن مجرم یا متهم (خصوصاً اگر مسلمان یا زن باشد) به کشورهای دیگر (اعم از اسلامی و غیر اسلامی) و نیز بازگرداندن وی از کشورهای دیگر به کشور اسلامی فی نفسه جایز نباشد، انعقاد قرارداد استرداد نیز عقد قرارداد بر عمل حرام است و صحیح نیست؛ ولی اگر این عمل فی نفسه جایز باشد، انعقاد قرارداد استرداد مجرمان از این جهت مانعی ندارد؛ اگر چه موانع فقهی دیگری نیز برای انعقاد قرارداد استرداد مجرمان مطرح است که این مقاله به آن‌ها اشاره می‌شود.

۳. معاهده استرداد مجرمان هم شامل بازگرداندن مجرم از کشور دیگر و هم شامل تحویل دادن مجرم به کشور متقاضی می‌شود که هر کدام می‌تواند حکم خاص خود را دارا باشد. اما عمده بحث در «تحویل دادن» مجرم و متهم به کشورهای دیگر و نه «بازگرداندن» وی است.

۴. شخص مورد نظر برای استرداد یا مسلمان است یا کافر. کافر نیز تقسیمات مختلفی دارد: کافر از جهتی به اهل کتاب و غیر اهل کتاب و از جهتی به ذمی و حربی تقسیم شده است، ولی می‌توان دو واژه مستأمن و معاهد را به تقسیم دوم اضافه نمود؛ بنابراین، اصول و قواعد مربوط به استرداد مسلمان، کافر ذمی، کافر حربی، کافر مستأمن و کافر معاهد هر کدام جداگانه می‌تواند مورد بررسی قرار بگیرد. در این مقاله، صرفاً بازگرداندن مسلمان به کشورهای دیگر را به دلیل اهمیت بیشتر با روشی استنباطی بررسی می‌نماییم.

۵. اصطلاح استرداد مجرمان در منابع حقوقی و همچنین در این مقاله با تسامح شامل استرداد متهمان نیز می‌شود.

نظر و رویه شورای نگهبان

نظر شورای نگهبان در مورد معاهدات استرداد مجرمان ایران متفاوت بوده است. این شورا برخی از معاهدات استرداد را تأیید و برخی دیگر را رد و در برخی موارد اندک اعلام نظر ننموده است. شورای نگهبان معاهدات استرداد مجرمان بین جمهوری اسلامی ایران و برخی کشورهای اسلامی مانند جمهوری آذربایجان (مصوب ۲۵/۱/۱۳۷۸، مجلس شورا)، ترکمنستان^۱ و امارات متحده عربی را تأیید نموده است.^۲ اما قرارداد استرداد مجرمان بین ایران و ازبکستان،^۳ جمهوری دموکراتیک الجزایر^۴ و قرقیزستان،^۵ را خلاف موازین شرع شناخته است. برخی از این قراردادها مانند قرارداد استرداد مجرمان با قطر^۶ و موافقت‌نامه همکاری قضایی با کویت^۷ و سوریه^۸ که مشتمل بر استرداد مجرمان بوده، به تصویب مجمع تشخیص مصلحت نظام رسیده است.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال پنجم، شماره پیاپی ۱۴
بهار ۱۳۹۸

۹۴

۱. قانون «موافقت‌نامه معاضدت قضایی متقابل در امور کیفری بین دولت جمهوری اسلامی ایران و دولت ترکمنستان»؛ مصوب ۱۳۸۶/۱/۲۸ مجلس که به تأیید شورای نگهبان رسیده است. www.nazarat.shora-rc.ir
۲. قانون «موافقت‌نامه استرداد مجرمین بین جمهوری اسلامی ایران و امارات متحده عربی»، مصوب مجلس شورای اسلامی و تأیید ۲۲/۱۰/۱۳۸۹؛ شورای نگهبان. www.nazarat.shora-rc.ir
۳. قانون «موافقت‌نامه استرداد مجرمان بین جمهوری اسلامی ایران و جمهوری ازبکستان»؛ مصوب ۱۳۸۱/۱۰/۲۸ مجمع تشخیص مصلحت نظام. www.nazarat.shora-rc.ir
۴. قانون «موافقت‌نامه استرداد مجرمان بین دولت جمهوری اسلامی ایران و دولت جمهوری دموکراتیک مردمی الجزایر»؛ مصوب ۲۱/۸/۱۳۸۴ مجمع تشخیص مصلحت نظام. www.nazarat.shora-rc.ir
۵. قانون «موافقت‌نامه استرداد مجرمان بین دولت جمهوری اسلامی ایران و دولت جمهوری قرقیزستان»؛ مصوب ۱۳۸۵/۱۰/۲۴ مجمع تشخیص مصلحت نظام و قانون «موافقت‌نامه استرداد مجرمان بین دولت جمهوری اسلامی ایران و دولت جمهوری قرقیزستان»؛ مصوب ۱۳۸۶/۳/۱۲ مجمع تشخیص مصلحت نظام. www.nazarat.shora-rc.ir
۶. لایحه «موافقت‌نامه استرداد مجرمین بین دولت جمهوری اسلامی ایران و دولت قطر» در تاریخ ۱۳۸۹/۲/۱۸ مورد تأیید مجمع تشخیص مصلحت نظام قرار گرفت. www.nazarat.shora-rc.ir
۷. قانون «موافقت‌نامه همکاری‌های حقوقی و قضایی در امور مدنی، تجاری، احوال شخصیه و جزایی بین دولت جمهوری اسلامی ایران و دولت کویت»؛ مصوب ۱۳۸۴/۱۱/۲۹ مجمع تشخیص مصلحت نظام. www.nazarat.shora-rc.ir
۸. قانون «موافقت‌نامه همکاری قضایی در زمینه‌های حقوقی، بازرگانی، کیفری، احوال شخصیه، استرداد مجرمان و انتقال محکومان به زندان و تصفیه ترک‌ها بین جمهوری اسلامی ایران و جمهوری عربی سوریه»؛ مصوب ۱۳۸۱/۴/۱۵ مجمع تشخیص مصلحت نظام. www.nazarat.shora-rc.ir

معاهدات جمهوری اسلامی ایران با کشورهای غیر اسلامی نیز به تأیید شورای نگهبان نرسیده، لکن برخی از آنها بعد از ردّ شورای نگهبان به تأیید مجمع تشخیص مصلحت نظام رسیده است؛ مانند قراردادهای استرداد مجرمان با کشورهای جمهوری بلاروس، روسیه،^۲ اوکراین،^۳ ارمنستان^۴ و چین.^۵

همچنین کنوانسیون سازمان ملل متحد برای مبارزه با فساد (مریدا، ۲۰۰۳)^۶ که بر خلاف «کنوانسیون ۲۰۰۰ پالمو»^۷ به تصویب مجلس شورای اسلامی رسید، به دلیل اینکه پذیرش تقاضای استرداد از کشورهای بیگانه و اعطای معاضدت قضایی به آنان و استرداد اموال و دارایی‌ها مستلزم قبول صلاحیت مسئولان مربوط در آن کشورهاست، از سوی شورای نگهبان خلاف موازین شرع شناخته شد و در نهایت به تأیید مجمع تشخیص رسید.^۸ ضمناً قانون الحاق دولت جمهوری اسلامی ایران به کنوانسیون سازمان کنفرانس اسلامی جهت مبارزه با تروریسم بین‌المللی^۹ که قسمت اول از فصل دوم آن مربوط به استرداد مرتکبان جرایم تروریستی است، به تصویب مجمع تشخیص مصلحت نظام رسیده است؛ بنابراین، کنوانسیون پالمو و

۱. مصوب ۱۳۹۱/۲/۲۰ مجلس شورای اسلامی که در تاریخ ۱۳۹۱/۱۰/۲ به تأیید مجمع تشخیص مصلحت نظام رسید. www.nazarat.shora-rc.ir

۲. قانون «موافقت‌نامه بین دولت جمهوری اسلامی ایران و دولت فدراسیون روسیه جهت معاضدت در پرونده‌های مدنی و جزایی» مصوب ۱۳۷۸/۹/۲۰ مجمع تشخیص مصلحت نظام. www.nazarat.shora-rc.ir

۳. قانون «معاهده استرداد مجرمان بین دولت جمهوری اسلامی ایران و دولت اوکراین» مصوب ۱۳۸۶/۳/۱۲ مجمع تشخیص مصلحت نظام. www.nazarat.shora-rc.ir

۴. قانون «موافقت‌نامه استرداد مجرمان بین جمهوری اسلامی ایران و جمهوری ارمنستان» مصوب ۱۳۸۶/۸/۲۶ مجمع تشخیص مصلحت نظام. www.nazarat.shora-rc.ir

۵. لایحه «موافقت‌نامه استرداد مجرمان بین جمهوری اسلامی ایران و جمهوری خلق چین» در تاریخ ۱۳۹۲/۸/۱۲ به تصویب مجلس شورای اسلامی رسید ولی شورای نگهبان در جلسه ۱۳۹۲/۸/۲۰ برخی از مفاد آن را مغایر با موازین شرع اعلام نمود. (سایت مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی). «قانون معاهده استرداد مجرمان بین جمهوری اسلامی ایران و جمهوری خلق چین» در تاریخ ۱۳۹۳/۶/۲۹ به تصویب مجمع تشخیص مصلحت نظام رسیده است. www.nazarat.shora-rc.ir

۶. مصوب ۱۳۸۵/۳/۲۱ مجلس شورای اسلامی که در تاریخ ۱۳۸۷/۷/۲۰ به تأیید مجمع تشخیص مصلحت نظام رسید و ماده ۴۴ آن با ۱۸ بند مربوط به استرداد مجرمان است. www.nazarat.shora-rc.ir

۷. Palermo مرکز سبسیل ایتالیا است که کنوانسیون ملل متحد بر ضدّ جنایات سازمان یافته فراملی در سال ۲۰۰۰ در این شهر امضا و به این نام مشهور شد.

۸. نظر شماره ۸۵/۳۰/۱۵۱۴۹: مورخ ۱۳۸۵/۲/۱۳ شورای نگهبان.

۹. مصوب ۱۳۸۰/۳/۲۰ مجمع تشخیص مصلحت نظام. www.nazarat.shora-rc.ir

قانون الحاق فوق نیز از مواردی است که تأییدیه شورای نگهبان را ندارد. بعضی از لوایح معاهده استرداد با کشورهای غیر اسلامی بعد از اینکه توسط شورای نگهبان خلاف شرع شناخته شد، مطرود شده است؛ مانند: لایحه موافقت نامه استرداد مجرمان بین جمهوری اسلامی ایران و جمهوری تاجیکستان^۱. معاهدات جمهوری اسلامی ایران با کشورهای غیر اسلامی بعضاً بدون اعلام نظر شورای نگهبان و با استناد به اصل ۹۴ قانون اساسی به دلیل اتمام مهلت اظهار نظر شورای نگهبان لازم الاجرا شده است؛ مانند: «قانون الحاق دولت جمهوری اسلامی ایران به کنوانسیون بین‌المللی علیه گروگان‌گیری» و «قانون معاهده استرداد مجرمان بین جمهوری اسلامی ایران و جمهوری قزاقستان».

بنابراین شورای نگهبان هیچ‌یک از قراردادهای استرداد جمهوری اسلامی ایران با کشورهای غیر اسلامی را تأیید ننموده و تنها برخی قراردادهای استرداد با کشورهای اسلامی را تأیید کرده است. از آنجا که اغلب ادله شورای نگهبان در ردّ قراردادهای استرداد مجرمان با کشورهای دیگر جنبه فقهی دارد، بررسی این ادله با رویکرد فقهی حائز اهمیت است.

جستارهای
فقهی و اصولی
سال پنجم، شماره پیاپی ۱۴
بهار ۱۳۹۸

۹۶

ادله شورای نگهبان

شورای نگهبان برای مخالفت با مصوبات مجلس در زمینه قراردادهای استرداد مجرمان غالباً به ادله مشابهی استناد کرده است که به ذکر یک متن اکتفا می‌کنیم: شورای نگهبان در ردّ لایحه معاهده استرداد مجرمان بین ایران و دولت جمهوری چین این‌طور بیان کرده: «همان‌گونه که در موافقت‌نامه‌های مشابه دیگر اظهار نظر شده است، این لایحه از این جهت که اطلاق برخی از مواد آن... اعمال مقررات غیر منطبق با موازین شرعی دولت طرف متعاقد را لازم‌الاجرا دانسته و نیز مواد متعددی مستلزم تأیید صحت قوانین و صحت آیین دادرسی قوه قضائیه کشور چین و نیز ارجاع کارهای قضایی به دادگاه‌های کشور طرف متعاقد می‌باشد که

۱. مصوب ۱۳۹۱/۱/۱۵ مجلس که در تاریخ ۱۳۹۱/۲/۳۰ از طرف شورای نگهبان خلاف موازین شرع شناخته شد.

خود موجب اثر دادن بر احکامی است که در آن دادگاه‌ها ولو برخلاف ضوابط اسلامی صادر می‌گردد [خواهد بود]، خلاف موازین شرع شناخته شد.» (جلسه مورخ ۱۳۹۲/۸/۲۰، nazarat.shora-rc.ir).^۱

با توجه به متن فوق و دیگر نظرات استدلالی شورای نگهبان، عمده مستندات فقهی این شورا برای مخالفت با مصوبات مجلس در مورد استرداد مجرمان به قرار ذیل است:

۱- باعث لازم‌الاجرا دانستن اعمال مقررات غیر منطبق با موازین شرعی دولت طرف متعاقد می‌شود که این خلاف شرع است (جلسه مورخ ۱۳۹۲/۸/۲۰، nazarat.shora-rc.ir).

۲- موجب تأیید صحت قوانین و صحت آیین دادرسی قوه قضائیه کشور طرف قرارداد می‌باشد که این تأیید نیز خلاف شرع است (جلسه مورخ ۱۳۹۲/۸/۲۰، nazarat.shora-rc.ir).

۳- مستلزم ارجاع کارهای قضایی به دادگاه‌های کشور طرف متعاقد می‌شود که خود موجب اثر دادن بر احکامی است که در آن دادگاه‌ها ولو برخلاف ضوابط اسلامی صادر می‌گردد (جلسه مورخ ۱۳۹۲/۸/۲۰، nazarat.shora-rc.ir).

۴- اگر چه استرداد صرفاً در مورد جرایمی پذیرفته شده است که به موجب قوانین هر دو طرف، قابل مجازات باشد، ممکن است مجازاتی که برای آن در دولت طرف متعاقد در نظر گرفته شده، مغایر با موازین شرعی باشد (فاتحی‌زاده، ۱۳۹۴، ۴-۵).
۵- تحویل شخص مسلمان به کفار برای محاکمه وی، مصداق بارز تسلط و تفوق کفار بر مسلمانان است. قرارداد استرداد از این جهت نقض قاعده نفی سبیل و مخالف شرع است (فاتحی‌زاده، ۱۳۹۴، ۴-۵).

۶- در نظام حقوقی اسلام قضاوت و اجرای حکم از شئون حاکم و ولی امر مسلمین است؛ لذا قضات باید مأذون و منصوب از جانب وی باشند. قضات دادگاه‌های کشور طرف متعاقد از ناحیه ولی امر نصب نشده‌اند و نیز فاقد شرایط

۱. همچنین ذیل لایحه موافقت‌نامه استرداد مجرمان بین دولت جمهوری اسلامی ایران و دولت جمهوری هند.

شرعی لازم برای قضاوت از جمله عدالت، اسلام و ... هستند و نمی‌توان مجرم خارجی، خصوصاً مسلمان شیعه را به ایشان تحویل داد (فاتحی‌زاده، ۱۳۹۴، ۴-۵).^۱
۷- برخی مواد این نوع قراردادها در موردی که شخص مجرم، واقعاً مرتکب جرم شده مانع اجرای حکم الهی می‌گردد.

۸- بعضاً باعث تأخیر در اجرای حدود در فرض تحویل شخص به دولت مقابل می‌شود.

۹- راه‌های اثبات جرم در آن کشور بر اساس موازین اسلامی نمی‌باشد.

۱۰- شرعاً حق اجرای مجازات را ندارند.^۲

در دلیل پنجم و ششم تحویل مسلمان به کشورهای دیگر مطرح شده است.

تحلیل برخی از ادله

همان‌طور که اشاره شد، تحلیل و بررسی همه‌ادله بالا و مبانی و منابع فقهی آن و تطبیق آن بر قراردادهای استرداد مجرمان و بررسی فقهی و حقوقی کلیه فروع این مسئله لازم است، ولی در این اثر صرفاً تحویل مسلمان به کشورهای دیگر مورد مذاقه قرار می‌گیرد. از آنجا که ممکن است کشور طرف قرارداد استرداد با کشور ایران، کشوری اسلامی یا غیراسلامی باشد بحث را در دو بخش ادامه می‌دهیم؛ یکی تحویل مسلمان به کشورهای اسلامی و دیگری تحویل مسلمان به کشورهای غیراسلامی.

جستارهای
فقهی و اصولی

سال پنجم، شماره پیاپی ۱۴
بهار ۱۳۹۸

۹۸

یک: تحویل مسلمان به کشورهای اسلامی

درباره استرداد مسلمان به کشورهای اسلامی قولی پیدا نشد، اما ادله‌ای را می‌توان برای جواز یا عدم جواز آن ارائه کرد. در صورت عدم تمامیت ادله عدم جواز استرداد باید سراغ اصول عملیه جاری در این باره مانند اصل برائت برای حکم جواز رفت.

۱. همچنین ر. ک: گزارش ششصد و پنجاه و هشتمین جلسه مجمع مشورتی فقهی شورای محترم نگهبان در سال ۱۳۹۲ در ردّ لایحه معاهده استرداد مجرمان بین جمهوری اسلامی ایران و جمهوری خلق چین ۲۰/۰۸/۱۳۹۲.

۲. از دلیل ۱۰ تا ۷ از گزارش دویست و هشتاد و هشتمین جلسه مجمع مشورتی فقهی شورای محترم نگهبان در ۱۴/۰۹/۱۳۸۵ در مورد لایحه موافقت‌نامه استرداد مجرمان بین دولت جمهوری اسلامی ایران و دولت جمهوری قرقیزستان.

بررسی ادله عدم جواز

برای عدم جواز استرداد مسلمان به کشورهای اسلامی دیگر دو دلیل ذیل به ذهن خطور می‌کند، ولی این ادله برای اثبات عدم جواز کفایت نمی‌کنند. در ادامه، به تبیین و نقد این دو دلیل می‌پردازیم.

۱. نقد تمسک به عدم ولایت حاکم بر اخراج مسلمان

برای اثبات عدم جواز استرداد مسلمان به کشورهای اسلامی نمی‌توان به «عدم ولایت حاکم بر اخراج مسلمان» تمسک کرد. توضیح اینکه حاکم اسلامی نمی‌تواند مسلمان را به کشورهای اسلامی دیگر بازگرداند؛ زیرا در فقه مطرح است که امام در شرایط عادی حق ندارد مسلمانی را از شهری به شهر دیگر در دارالاسلام اخراج کند. علامه حلی درباره استرداد مسلمان به دارالحرب می‌فرماید: «حاکم اسلامی حتی در صورت جواز استرداد هم نباید او را به دارالحرب مجبور کند؛ زیرا امام حق ندارد مسلمانی را از یکی از شهرهای دارالاسلام به شهر دیگر اخراج کند، تا چه رسد به اینکه بخواهد او را به دارالحرب بازگرداند» (حلی، ۱۴۱۲، ق، ۱۵/۱۴۲). این کلام علامه حلی دلالت دارد بر اینکه بازگرداندن مسلمان به کشورهای اسلامی دیگر ممنوع است. ولی این مطلب خارج از موضوع است؛ زیرا:

اولاً همان‌طور که گفته شد، مسئله استرداد مجرمان در جایی است که جرمی اتفاق افتاده باشد یا متهم به آن باشد، در حالی که عدم جواز اخراج مسلمان مربوط به مسلمان غیرمجرم است.

ثانیاً استرداد مجرم یا متهم برای محاکمه و اجرای مجازات است، نه اخراج به نحو کلی؛ یعنی در استرداد بعد از اتمام محاکمه و مجازات، شخص حق دارد به کشور خود بازگردد.

۲. نقد تمسک به تحاکم به طاغوت و سلطان جائر

همچنین برای اثبات عدم جواز استرداد مسلمان به کشورهای اسلامی دیگر نمی‌توان به ممنوعیت تحاکم به طاغوت و سلطان جائر که از ادله‌ای چون مقبوله

عمر بن حنظله و روایت ابی خدیجه برخوردار است، تمسک نمود. چرا که مسلمانان حق ندارند برای رسیدگی به امور قضایی خود به دستگاه قضایی که مشروعیت ندارد، مراجعه نمایند. با توجه به ذیل روایت عمر بن حنظله (کلینی، ۱۴۰۷، ۶۷/۱) مراجعه به قضاتی که از طرف معصوم نصب شده‌اند که همان فقها باشند، جایز و حکم آن‌ها صحیح و نافذ است، اما مراجعه به غیر از این قضات طبق صدر روایت «لِأَنَّه أَخَذَهُ بِحُكْمِ الطَّاغُوتِ وَقَدْ أَمَرَ اللَّهُ أَنْ يُكْفَرَ بِهِ...» تحاکم به طاغوت و سلطان جور است که جایز نمی‌باشد؛ در نتیجه حکم آن‌ها نیز نافذ نیست؛ چرا که می‌فرماید: حتی اگر حق خود را با حکم این نوع قضات بگیرد در حقیقت به طور حرام می‌گیرد؛ زیرا آن را به حکم و با رأی طاغوت و آن قدرتی گرفته که خدا دستور داده به آن کافر شود.

از طرفی، بازگرداندن مسلمان به کشورهای اسلامی یا برای محاکمه است یا مجازات که هر دو از امور قضایی است. دیگر اینکه قضات کشورهای اسلامی منصوب از طرف امام زمان علیه السلام نیستند، چون فقیه نیستند و منصوب از طرف فقیه هم نیستند؛ به همین دلیل، قضات جور به‌شمار می‌روند و احکام صادره آن‌ها از نظر اسلام نافذ نیست؛ در نتیجه، بازگرداندن مسلمان به کشورهای اسلامی برای محاکمه یا اجرای مجازات نوعی تحاکم به طاغوت است که حرام می‌باشد.

استدلال فوق ناتمام است؛ زیرا درست است که تحاکم به طاغوت جایز نیست، ولی باید دید که تحاکم به چه معناست؟ آیا شامل استرداد مجرمان و متهمان می‌شود؟ به نظر می‌رسد که هیچ‌یک از دو روایت عمر بن حنظله و ابی خدیجه شامل مسئله استرداد نمی‌شود؛ زیرا تحاکم یعنی بردن شکواییه نزد قاضی و درخواست صدور حکم از او، ولی در استرداد مجرمان، تحاکم نه نسبت به خود مجرم صدق می‌کند و نه حاکم و حکومت.

نسبت به خود مجرم تحاکم نیست؛ زیرا وی نمی‌خواهد با رضایت خود به قوه قضاییه کشور دیگر مراجعه کند، چرا که استرداد وقتی است که فرد را به‌رغم میل او به کشور دیگر تحویل دهند. نسبت به حاکم و حکومت اسلامی نیز تحاکم صدق

نمی‌کند؛ زیرا حکومت با عمل استرداد، تحاکم به قضات یا قوه قضاییه کشور دیگر نمی‌کند و به هیچ عنوان درخواست صدور حکم از آن‌ها نمی‌کند، بلکه صرفاً فردی را به آن‌ها طبق قرارداد تحویل می‌دهد.

بنابراین، دو روایت مورد نظر تخصصاً خارج هستند و شامل استرداد مجرمان نمی‌شوند.

ولی به بخش پایانی آیه ﴿وَقَدْ أَمَرُوا أَنْ يَكْفُرُوا بِهِ﴾ (نساء / ۶۰) که طبق همه مکلفند که به طاغوت کافر باشند، می‌توان برای حرمت استرداد استناد کرد؛ چون استرداد مجرم یا متهم به آن‌ها با کفر به طاغوت منافات دارد.

۳. قبول حکومت جائز

همان‌طور که اشاره شد، قبول حکومت جائز در قرآن کریم مورد نهی قرار گرفته است. ﴿يُرِيدُونَ أَنْ يُتَحَاكَمُوا إِلَى الطَّاغُوتِ وَقَدْ أُمِرُوا أَنْ يَكْفُرُوا بِهِ وَيُرِيدُ الشَّيْطَانُ أَنْ يُضِلَّهُمْ ضَلَالًا بَعِيدًا﴾ (نساء / ۶۰)؛ می‌خواهند برای داوری نزد طاغوت و حکام باطل بروند؟! با اینکه به آن‌ها دستور داده شده که به طاغوت کافر شوند. اما شیطان می‌خواهد آنان را گمراه کند، و به بیراهه‌های دور دستی بیفکند. این آیه بر تکلیف به کفر به طاغوت و عدم قبول حکومت جور و طاغوت دلالت دارد.

سؤال مطرح این است که منظور از قبول و عدم قبول طاغوت چیست؟ در پاسخ می‌توان گفت: این آیه اطلاق دارد و شامل قبول امور سیاسی، نظامی، اقتصادی، قانون‌گذاری و قضایی مانند قضاوت، محاکمه، صدور حکم و مجازات می‌شود. یعنی قبول و تأیید طاغوت و حکومت جور در امور ذکر شده و مانند آن مشمول نهی در آیه است.

نکته دیگر اینکه حکومت‌های کشورهای اسلامی منصوب و مشروع نیستند، همچنان که در استنادات شورای نگهبان در ردّ برخی قراردادهای استرداد ذکر شد و اشاره داشت: «در نظام حقوقی اسلام قضاوت و اجرای حکم از شئون حاکم و ولی امر مسلمین است و لذا قضات باید مأذون و منصوب از جانب او باشند. قضات دادگاه‌های کشور طرف معاهد از ناحیه ولی امر نصب نشده‌اند.» (فاتحی‌زاده،

بررسی فقهی برخی
ادله شورای نگهبان در
ردّ معاهدات استرداد
مجرمان میان ایران و
سایر دولت‌ها

با توجه به این مطلب، بازگرداندن مسلمان به این کشورها برای محاکمه یا اجرای مجازات نوعی قبول و تأیید این حکومت‌هاست. چنان‌که در ادله شورای نگهبان، تأیید صحت قوانین و صحت آیین دادرسی قوه قضائیه، ارجاع کارهای قضایی به دادگاه‌های کشور طرف متعاقد اشاره شده بود. بنابراین، استرداد مجرم یا متهم به آن‌ها با کفر به طاغوت منافات دارد.

دو: تحویل مسلمان به کشورهای غیراسلامی

حق امتناع دولت مورد تقاضا، از استرداد اتباع خود در اکثر اسناد بین‌المللی^۲ و قوانین مربوط به استرداد مانند قانون استرداد^۳ ایران پذیرفته شده است؛ زیرا هر دولتی خود را موظف به حمایت از اتباع خود می‌داند و اتباع خود را مسترد نمی‌کند.

استرداد و تسلیم اتباع داخلی به کشورهای دیگر عملی خلاف حق حمایت سیاسی افراد است. بنابراین، اکثر دولت‌ها با استرداد اتباع خود موافقت نمی‌کنند. زیرا حمایت از اتباع خود را در اولویت قرار داده و صلاحیت شخصی را مقدم بر صلاحیت سرزمینی می‌دانند (آل‌حبیب، ۱۳۷۸، ۱۷۶-۱۷۷).

اما در قوانین و اسناد مربوط به استرداد در مورد عقیده، دین و مذهب قاعده خاصی وجود ندارد. اینکه فرد مورد نظر جهت استرداد چه دین و مذهبی دارد از دید اسناد بین‌المللی اهمیتی نداشته است.

حال اگر مرزهای دارالاسلام، عقیدتی باشد و تمام مسلمانان اتباع دارالاسلام

جستارهای

فقهی و اصولی

سال پنجم، شماره پیاپی ۱۴

بهار ۱۳۹۸

۱۰۲

۱. ر.ک: گزارش ششصد و پنجاه و ششمین جلسه مجمع مشورتی فقهی شورای محترم نگهبان در سال ۱۳۹۲ در رد لایحه معاهده استرداد مجرمان بین جمهوری اسلامی ایران و جمهوری خلق چین ۲۰/۰۸/۱۳۹۲.
۲۳. بند ۲ ماده ۶ کنوانسیون اروپایی استرداد مقرر می‌دارد که: «چنانچه دولت مورد تقاضا با استرداد تبعه خود موافقت ننماید می‌بایستی بنا به درخواست دولت تقاضاکننده موضوع را به منظور رسیدگی قضایی به مقامات صلاحیت‌دار ارجاع نماید...».

۲. بند ۲ ماده ۶ کنوانسیون اروپایی استرداد مقرر می‌دارد که: «چنانچه دولت مورد تقاضا با استرداد تبعه خود موافقت ننماید می‌بایستی بنا به درخواست دولت تقاضاکننده موضوع را به منظور رسیدگی قضایی به مقامات صلاحیت‌دار ارجاع نماید...».

۳. ماده ۸ قانون استرداد مجرمان یکی از شرایط استرداد را چنین بیان می‌کند که شخص مورد تقاضای استرداد نباید ایرانی باشد.

باشند، عدم استرداد مسلمان به کشورهای دیگر مصداقی از قاعده رایج است؛ ولی در وضعیت فعلی مرزهای رایج مورد پذیرش است و تابعیت نیز معنای خاص خود را دارد؛ لذا باید دید نظر اسلام در مورد تحویل مسلمان به کشورهای دیگر در وضعیت فعلی چه حکمی دارد؟

اقوال در مسئله

در منابع فقهی شیعی، در خصوص مسئله بازگرداندن مسلمان به کشور غیراسلامی فتوایی یافت نشد، اما به فقهای اهل سنت سه قول جواز و عدم جواز و تفصیل در مسئله استرداد مسلمان، نسبت داده شده (عوده، بی تا، ۳۰۰/۱) که این نسبت‌ها نارواست. یکی از نویسندگان اهل سنت ذیل عنوان: «تسلیم مجرمان به دولت غیر اسلامی» نظرات فقهای اهل سنت را به سه دسته تقسیم نموده است: دسته‌ای (احمد و برخی از فقهای مالکی) قائل به جواز تسلیم مسلمان به کفار هستند. دسته‌ای دیگر (ابوحنیفه و برخی از فقهای مالکی) قائل به عدم جواز و دسته سوم (شافعی) قائل به تفصیل هستند؛ با این بیان که اگر مسلمان در کشور کافر دارای قوم و عشیره‌ای باشد که از او حمایت کنند، تسلیم او جایز و در غیر این صورت جایز نیست. علت این حکم را جلوگیری از فتنه معرفی می‌کند (عوده، بی تا، ۳۰۰/۱)، یعنی اگر مسلمان در کشور کفر دارای حامی نباشد، استرداد او باعث وقوع فتنه است و با این استرداد معاونت و وقوع فتنه صدق می‌کند.

آنچه این نویسنده به فقهای اهل سنت نسبت داده، نادرست است؛ زیرا آنچه فقهای اهل سنت بیان کرده‌اند درباره استرداد مجرمان نیست، بلکه صرفاً تسلیم مسلمان غیر مجرم به کفار را مطرح کرده‌اند که اگر دارای عشیره و حامی نباشد تحویل داده نمی‌شود (أبو یحیی السنکی، بی تا، ۲۲۷/۴؛ ر.ک: ابن قدامه، ۱۳۸۸، ۳۰۱/۹). هیچ اشاره‌ای نه در عنوان مطلب و نه در خلال مطلب و نه در پایان بحث به مجرم بودن این مسلمان نکرده‌اند. مگر اینکه ایشان از اطلاق عبارت فقها به این نتیجه رسیده باشد که این هم صحیح نیست؛ زیرا این فتاوا در مقام بیان این جهت نبوده‌اند و اطلاق ندارند؛ بنابراین، این عبارات اهل سنت ارتباطی با مسئله استرداد

مجرمان ندارد؛ چنان که همین فتوا در کتب فقهی شیعه نیز وجود دارد، ولی هیچ‌یک از عبارات آن‌ها از جهت مجرم بودن یا نبودن مسلمان مورد نظر اطلاق ندارند؛ برای مثال، شیخ طوسی می‌فرماید: «مسلمانی که به کشور اسلامی هجرت کرده تنها در صورتی می‌توان او را بازگرداند که در دارالکفر دارای حامیان قدرتمندی مانند قوم و قبیله بزرگ و مانند آن باشد تا از او در مقابل دیگران دفاع کنند تا بتواند دین خود را حفظ کند و آزادانه به وظایف دینی خود بپردازد و مشکلی برای او پیش نیاید.» (طوسی، ۱۳۸۷، ۲/۵۲؛ نجفی، ۱۴۰۴، ۲۱/۳۰۸؛ علامه، ۱۴۱۲، ۱۵/۱۴۲).

بعد از تبیین اینکه در مورد استرداد مجرم مسلمان به کشورهای غیراسلامی قول مشخصی وجود ندارد و آنچه که استناد شده اصلاً مربوط به بحث استرداد مجرمان نیست، اکنون ادله‌ای که می‌تواند در این باره مستمسک قرار بگیرد را مورد کنکاش قرار می‌دهیم.

الف) دلیل جواز

با توجه به اینکه برخی برای جواز استرداد به «صلح حدیبیه» استناد کرده‌اند (عباسی، ۱۳۷۳، ۲۹-۳۴)؛ برای بررسی این دلیل لازم است ابتدا توضیحاتی راجع به خود «صلح حدیبیه» و نحوه استدلال به آن ارائه، سپس مورد نقد و بررسی قرار گیرد. برخی در بحث مورد نظر به صلح حدیبیه چنین استدلال کرده‌اند: «[اسلام در صلح حدیبیه] اولین قرارداد مکتوب استرداد مجرمان را ارائه داده است و دولت اسلامی را مجاز ساخته است که در صورت اقتضای مصلحت اسلام و مسلمین به انعقاد قرارداد استرداد مجرمان حتی با عدم شرط معامله متقابل... بپردازد» (عباسی، ۱۳۷۳، ۳۴). در صلح حدیبیه، لزوم بازگرداندن هر فراری از قریش به مدینه توسط حاکم اسلامی، مورد امضای پیامبر ﷺ قرار گرفت. علاوه بر اینکه پیامبر اکرم ﷺ به آن عمل می‌کرد و عمل پیامبر ﷺ نیز حجّت است؛ زیرا هنوز در حال نوشتن بودند که پسر سهیل بن عمرو به نام ابوجندل که از دست کفار مکه گریخته و برای پناهنده شدن به اسلام به سمت مدینه در حرکت بود، سر رسید. سهیل گفت: قبل از اینکه او به اینجا برسد، قرارداد ما به پایان رسیده بود. پیامبر ﷺ فرمود درست می‌گویی و طبق مفاد این صلحنامه او را به مشرکان مکه مسترد نمود» (ر.ک: طبری، ۱۸۷۹، ۲/۲۷۱-۲۸۱).

جستارهای

فقهی و اصولی

سال پنجم، شماره پیاپی ۱۴
بهار ۱۳۹۸

۱۰۴

این اثیر، ۱۳۸۶، ۲/۲۰۰-۲۰۵).

اگر گفته شود استرداد مجرمان در جایی مطرح است که عمل مورد نظر از دید هر دو طرف قرارداد استرداد، جرم‌انگاری شده باشد، در حالی که در جریان صلح حدیبیه، عمل افراد مورد نظر یا اصلاً جرم نبود یا تنها از دید متقاضی (قریش) جرم محسوب می‌شد و جرم‌انگاری نهایتاً یک‌طرفه بوده است نه متقابل.

در پاسخ می‌توان گفت وقتی در جایی که عمل ارتكابی تنها از دید کفار جرم باشد و از دید اسلام جرم نباشد، استرداد جایز باشد، به طریق اولی در جایی که اسلام نیز آن را جرم بداند، جایز است؛ زیرا حالت دوم وضعیت بدتری نسبت به حالت اول دارد؛ چرا که کاری را مرتکب شده که نه تنها کفار، بلکه اسلام نیز آن را جرم می‌داند؛ یعنی وقتی پیامبر ﷺ کسی را که کار جایزی را انجام داده، به قریش باز می‌گرداند، به طریق اولی، کسی که کار حرامی مرتکب شده را می‌توان به کفار بازگرداند.

نقد و بررسی

با قطع نظر از اینکه آیا صلح حدیبیه و امثال آن از جهات مختلف می‌تواند مرجع حقوق بین‌الملل با تعاریف امروزی آن باشد یا خیر، به نظر می‌رسد استدلال به صلح حدیبیه برای اثبات جواز استرداد مسلمان به کفار با اشکالاتی مواجه است که به اختصار بیان می‌نماییم:

۱. استرداد مجرمان با هدف محاکمه و اجرای مجازات صورت می‌گیرد، ولی در صلح حدیبیه این احتمال وجود دارد که هدف از استرداد، محاکمه و مجازات نباشد، بلکه هدف، بازگرداندن آن‌ها به خانواده و عشیره بوده باشد. حتی این احتمال نیز وجود دارد که این صلح در مورد پناهندگی باشد و نه استرداد؛ بنابراین، با وجود این احتمالات نمی‌توان به صلح حدیبیه استناد کرد؛ چرا که صرف احتمال باعث بطلان استدلال می‌شود.

۲. این صلح‌نامه حتی اگر به‌عنوان دلیل پذیرفته شود، اخص از مدعاست؛ زیرا عبارت «من اُتی من قریش» در این معاهده از حیث افراد مورد نظر برای استرداد، مطلق است و در بدو امر چنین به نظر می‌رسد که حتی شامل مردان مسلمانی که

حامی خاصی ندارند و خوف آزار و اذیت و قتل آنها وجود دارد نیز می‌شود، ولی چنین نیست و یقیناً این عبارت مطلق نیست؛ زیرا اگر مطلق اراده شده بود، باید شامل زنان نیز می‌شد، در حالی که همان‌طور که ذکر شد، مراد از این معاهده زنان نبوده‌اند؛ به همین دلیل پیامبر ﷺ زنانی را که از دست قریش فرار کرده بودند به قریش بازنگرداند.

بنابراین، باید قدر متیقن آن را اخذ کرد که با توجه به ادله دیگر قدر متیقنی که مشمول این معاهده باشد، استرداد مردان مسلمانی است که حامی قدرتمندی برای دفاع از خود در بین کفار دارند و خوف آزار و اذیت و قتل آنها وجود ندارد.

۳. بر فرضی هم که مفاد این صلح با مبانی استرداد مجرمان سازگار باشد، این احتمال وجود دارد که قبول استرداد مسلمانان از سوی پیامبر ﷺ در صلح حدیبیه از باب حکم حکومتی در یک قضیه خارجی بوده باشد نه حکم اولیه و تشخیص احکام حکومتی به دست حاکم اسلامی است. در حالی که بحث این نوشتار بررسی مسئله از جهت حکم اولیه است نه حکم حکومتی؛ بنابراین، نمی‌توان برای اثبات جواز استرداد مسلمان به دارالکفر به صلح حدیبیه و مفاد آن استناد کرد. همچنین، نمی‌توان در حالت‌های عادی به جریان صلح حدیبیه استدلال کرد.

جستارهای
فقهی و اصولی
سال پنجم، شماره پیاپی ۱۴
بهار ۱۳۹۸
۱۰۶

ب) ادله عدم جواز

با توجه به اینکه شورای نگهبان هیچ‌یک از قراردادهای استرداد مجرمان ایران با کشورهای غیر اسلامی را به‌خاطر خلاف شرع بودن تأیید نکرده است، در راستای بررسی دلایل این نظر و در محدوده این نوشتار، ادله احتمالی عدم جواز استرداد مسلمان به کشورهای غیراسلامی را بیان و بررسی می‌نماییم:

۱. قاعده نفی سبیل

قاعده نفی سبیل یکی از مهمترین ادله‌ای است که می‌تواند به‌عنوان دلیل عدم جواز تحویل مسلمان مجرم به کشورهای غیر اسلامی مورد بررسی قرار گیرد. چنان که ذکر شد، در ادله شورای نگهبان در عدم تأیید قراردادهای استرداد، تحویل شخص مسلمان به کفار جهت محاکمه وی، مصداق بارز تسلط و تفوق کفار بر مسلمانان

است، قرارداد استرداد از این جهت نقض قاعده نفی سبیل و خلاف شرع است (فاتحی زاده، ۱۳۹۴، ۴-۵). به دلیل گستردگی مطالب این بحث، چنان که گفتیم بررسی خصوص این قاعده در استرداد مجرمان در نوشتار دیگری از نگارنده انجام شده است.^۱

۲. حرمت تأیید قوه قضاییه کفار

ذیل آیه ﴿أَلَمْ تَرَ إِلَى الَّذِينَ يَزْعُمُونَ أَنَّهُمْ آمَنُوا بِمَا نُزِّلَ إِلَيْكَ وَمَا نُزِّلَ مِنْ قَبْلِكَ يُرِيدُونَ أَنْ يَتَحَاكَمُوا إِلَى الطَّاغُوتِ وَقَدْ أُمِرُوا أَنْ يَكْفُرُوا بِهِ﴾ می تواند دلیل دیگری برای عدم جواز استرداد مسلمان به کفار باشد. چنان که در بحث قبل (تحویل مسلمان به کشورهای اسلامی) گذشت ذیل همین آیه امر به کفر به طاغوت نموده است: ﴿وَقَدْ أُمِرُوا أَنْ يَكْفُرُوا بِهِ﴾ یعنی نباید طاغوت را تأیید کرد و این غیر از تحاکم و ترافع به طاغوت است؛ چرا که تسلیم مجرم یا متهم به کفار به معنای تأیید قوه قضاییه آنهاست، در حالیکه در این آیه به عدم تأیید کفار امر شده است، و امر به کفر به معنی نهی است و دلالت بر حرمت تأیید کفار می کند.

برخی اشکال و جواب‌هایی که نسبت به تمسک به قاعده نفی سبیل^۲ مطرح است، در مورد حرمت تأیید قوه قضاییه نیز قابل طرح می باشد.

۳. قاعده حرمت اعانه بر اثم

برای اثبات عدم جواز استرداد مسلمان به کفار می توان به قاعده حرمت اعانه بر اثم تمسک نمود. مفاد این قاعده این است که «مساعدت گنهکار در جهت تحقق معصیت چه مساعدت عملی و چه مساعدت فکری» (فاضل لنکرانی، ۱۴۱۶، ۴۵۱) حرام است و این مساعدت با فراهم کردن تمام یا بعضی از مقدمات کار حرام محقق

۱. محمدی کرجی، رضا، «آیه نفی سبیل و استرداد مجرم مسلمان به کشور غیرمسلمان»، دوفصلنامه قرآن، فقه و حقوق اسلامی، بهار و تابستان ۱۳۹۵، سال دوم شماره ۴، صص: ۶۱-۸۸.

۲. ر.ک: محمدی کرجی، رضا، «آیه نفی سبیل و استرداد مجرم مسلمان به کشور غیرمسلمان»، دوفصلنامه قرآن، فقه و حقوق اسلامی، بهار و تابستان ۱۳۹۵، سال دوم شماره ۴، ص ۷۰ به بعد.

می‌شود.

فارغ از مباحثی که در مورد مستندات و دلالت این قاعده مطرح است، بر مبنای کسانی که این قاعده را تعمیم می‌دهند چه اینکه مساعدت‌دهنده قصد وقوع آن حرام را داشته باشد یا نداشته باشد و چه اینکه آن حرام واقع شود یا نه^۱، استرداد مسلمان به کفار مقدمه محاکمه ظالمانه و اجرای مجازات می‌شود؛ در نتیجه، اعانه بر اِثمِ صدق می‌کند.

اگر چه طبق فرض، جرمی که این مسلمان مرتکب شده از نظر اسلام نیز جرم است و صرفاً برای اجرای مجازات و در صورت متهم بودن با وجود ادله کافی وی را برای محاکمه و اجرای مجازات به کشور کفر تحویل می‌دهند، ولی ارجاع کارهای قضایی به دادگاه‌های کشور طرف متعاقد موجب اثر دادن بر احکامی است که در آن دادگاه‌ها حداقل در آیین دادرسی بر خلاف ضوابط اسلامی صادر می‌گردد.^۲

به علاوه، کفار هم مکلف به فروع هستند و از طرفی، شرایط قضاوت و اجرای احکام را ندارند؛ بنابراین، اگر نفس قضاوت و اجرای حکم توسط کفار گناه باشد، استرداد مسلمان مجرم برای رسیدگی قضایی و اجرای احکام توسط کفار نیز اعانه بر اِثم محسوب می‌شود.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال پنجم، شماره پیاپی ۱۴
بهار ۱۳۹۸

۱۰۸

۴. آیه لاتر جعوهن الی الکفار

برخی از نویسندگان (عوده، بی تا، ۱/ ۲۹۹) برای عدم جواز استرداد زنان مسلمان به کفار به این آیه استناد کرده‌اند که می‌فرماید: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا جَاءَكُمْ الْمُؤْمِنَاتُ مُهَاجِرَاتٍ... فَلَا تَرْجِعُوهُنَّ إِلَى الْكُفَّارِ﴾ (ممتحنه/ ۱۰) با این توضیح که کلمه

۱. برای بحث اعتبار یا عدم اعتبار قصد در اعانه ر. ک به: (شیخ انصاری، ۱۴۱۱، ۶۸/۱ - ۷۱).

۲. شورای نگهبان در ردّ لایحه معاهده استرداد مجرمان بین ایران و دولت جمهوری خلق چین در جلسه مورخ ۱۳۹۲/۸/۲۰ چنین می‌نویسد: «همان گونه که در موافقت‌نامه‌های مشابه دیگر اظهار نظر شده است. این لایحه از این جهت که اطلاق برخی از مواد آن... اعمال مقررات غیر منطبق با موازین شرعی دولت طرف متعاقد را لازم الاجرا دانسته و نیز مواد متعددی مستلزم تأیید صحت قوانین و صحت آیین دادرسی قوه قضائیه کشور چین و نیز ارجاع کارهای قضایی به دادگاه‌های کشور طرف متعاقد می‌باشد که خود موجب اثر دادن بر احکامی است که در آن دادگاه‌ها ولو بر خلاف ضوابط اسلامی صادر می‌گردد، خلاف موازین شرع شناخته شد.» (www.shora-rc.ir).

﴿لَا تَرْجِعُوهُنَّ﴾ به معنای بازنگرداندن فعل نهی است و ظهور در حرمت دارد. بنابراین، این آیه می‌رساند زنانی که مسلمان بوده یا مسلمان شده‌اند بازگرداندنشان به کفار حرام می‌باشد. عبدالقادر عوده در کتاب التشریح الجنایی ذیل بحث تسلیم مجرمان به دولت غیر اسلامی همین برداشت را از آیه نموده است و می‌نویسد: «تسلیم زن مسلمان به دولت غیر اسلامی در هیچ حالتی جایز نیست... به دلیل آیه ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا جَاءَكُمُ الْمُؤْمِنَاتُ مُهَاجِرَاتٍ...﴾» (عوده، بی‌تا، ۱ / ۲۹۹).

نقد و بررسی

آیه مورد بحث به دلایل زیر خارج از موضوع است:

اولاً فارغ از اشکال اختصاص آیه به زنان و عدم شمول استرداد مردان، این آیه ربطی به استرداد مجرمان ندارد. زیرا خداوند می‌فرماید: «آن‌ها را بازنگردانید» و دلیل اینکه بازگرداندن این زنان به کفار را ممنوع می‌کند، این است که با اسلام آوردن این زنان علقه زوجیت بین آن‌ها و همسرانشان باطل شده است. بر این اساس این آیه در مورد زنان مؤمنی است که از نظر اسلام مرتکب جرمی نشده‌اند؛ در حالی که استرداد مجرمان، مربوط به جایی است که فردی مرتب جرم شده باشد یا متهم به آن باشد. بنابراین، آیه فوق ربطی به استرداد مجرمان ندارد و استدلال به آن برای اثبات حرمت استرداد زنان مسلمان به کفار بی‌مورد است.

با توجه به آنچه ذکر شد، معنای تعبیرات برخی فقها در مورد حرمت بازگرداندن زنان به کفار روشن می‌شود. مثلاً نگاشته‌های شیخ طوسی (طوسی، ۱۳۸۷هـ.ق، ۵۳/۲) و صاحب جواهر (نجفی، ۱۴۰۴، ۳۰۱/۲۱) و علامه در منتهی المطلب (حلی، ۱۴۱۲، ۱۵/۱۳۲) و در تذکره (حلی، بی‌تا، ۳۶۲/۹)، همگی در مورد زنان مهاجر غیر مجرم است، در حالی که بحث این نوشتار در مورد مجرم است.

ثانیاً این احتمال وجود دارد که این آیه در مورد پناهندگی باشد و با وجود احتمال دیگر در مورد آیه نمی‌توان به آن استناد کرد. اگر اسلام آوردن و الحاق به مسلمانان

از دید کفار جرم باشد و عمل زنانی که به کشور اسلامی پناهنده شده‌اند، پناهندگی سیاسی باشد، در این صورت نمی‌توان به این آیه استناد کرد؛ زیرا پناهنده سیاسی و جرایم سیاسی از موارد استثنای استرداد مجرمان است. اینک‌آیه مورد نظر بر کدام‌یک از مطالب بالا دلالت دارد در جای دیگری باید بررسی شود، ولی با توجه به آنچه گذشت هر کدام که باشد، نمی‌توان به آیه برای استرداد مجرمان استدلال کرد.

۵. ادله و جوب هجرت از دارالحراب

برای اثبات عدم جواز استرداد مسلمان به کفار نمی‌توان به ادله دال بر وجوب هجرت از دارالحراب استناد کرد. توضیح اینکه اگر مسلمانی در دارالحراب زندگی می‌کند، نتواند احکام و شعائر اسلام را در آنجا اجرا کند، ادله‌ای وجود دارد که می‌گویند واجب است دارالحراب را رها کرده و به دارالاسلام هجرت نماید. بین مسئله هجرت و مسئله استرداد مجرمان از لحاظ موضوع، رابطه عموم و خصوص من‌وجه است. نقطه اشتراک این دو جایی است که مسلمانی مرتکب جرمی شود و بخواهد به دارالاسلام هجرت کند.

مفهوم «هجرت» دارای دو جنبه است؛ یکی هجرت از مبدأ و دیگری هجرت به مقصد؛ یعنی هجرت امکان ندارد مگر از یک مبدأ شروع و به یک مقصد پایان یابد. حال اگر قرار باشد، در مبدأ هجرت واجب باشد و در مقصد هم استرداد او جایز باشد، نقض غرض پیش می‌آید؛ زیرا هدف از وجوب هجرت این است که با دور شدن از دارالکفر و ورود به دارالاسلام بتواند شعائر و احکام دین خود را حفظ نماید، حال اگر قرار باشد به محض ورود به کشور اسلامی، حکومت اسلامی به سبب انعقاد قرارداد استرداد مجرمان او را به دارالکفر بازگرداند، این هدف محقق نمی‌شود، بلکه نقض غرض می‌شود.

نقد و بررسی

اولاً موضوع این ادله با موضوع استرداد متفاوت است؛ زیرا این ادله در مورد مسلمان غیر مجرمی است که می‌خواهد دین خود را حفظ کند، ولی در دارالکفر

این امکان برای او وجود ندارد؛ لذا دستور داده می‌شود که از دارالکفر به دارالاسلام هجرت کند، ولی بحث این نوشتار در مورد مسلمانی است که مرتکب عملی شده که از نظر اسلام هم جرم است و برای فرار از مجازات به کشور اسلامی آمده است. ثانیاً بر فرض اینکه جواز تحویل دادن مسلمان به کفار، نسبت به وجوب هجرت، نقض غرض محسوب شود، پاسخ این است که با شرط استرداد مجدد (که غالباً در معاهدات و قوانین استرداد مجرمان وجود دارد) در معاهده استرداد می‌توان این مشکل را حل کرد. کشور متقاضی استرداد، بعد از اجرای مجازات، باید مجرم را مجدداً طبق معاهده به کشور متقاضی عه تحویل دهد. مجرم مسلمان نیز پس از اجرای مجازات، طبق همین نکته به کشور اسلامی عودت داده می‌شود. افزون بر این، در خیلی از موارد پس از اجرای مجازات، منعی برای مهاجرت مجدد وی به کشور اسلامی وجود ندارد.

۶. دلیل ترکیبی

با توجه به برخی نکات حقوقی و فقهی، می‌توان استدلالی برای عدم جواز استرداد مسلمان به شرح ذیل ارائه داد:

۱. استرداد اتباع جزو استثنائات استرداد مجرمان است.
۲. نحوه اعطای تابعیت به اشخاص و وضع قوانین در این باره برای دولت‌ها اختیاری است. یعنی هر دولتی طبق شرایط و اقتضائات خود، سیستم خاصی را برای اعطای تابعیت انتخاب می‌کند.
۳. در قوانین و اسناد مربوط به استرداد در مورد عقیده، دین و مذهب، قاعده خاصی وجود ندارد. حال اگر مرزهای دارالاسلام را عقیدتی و تمام مسلمانان را اتباع دارالاسلام بدانیم، عدم استرداد مسلمان به کشورهای دیگر مصداقی از قاعده رایج بالا می‌باشد.

بنابراین، طبق این دیدگاه استرداد مجرم یا متهم مسلمان به کشورهای غیر اسلامی جزو استرداد اتباع محسوب شده و استرداد اتباع با توجه به استثنای آن در معاهدات استرداد مجرمان، قابل اعمال نیست.

نتیجه‌گیری

بررسی مستندات شورای نگهبان در مورد ردّ قراردادهای استرداد مجرمان مدّ نظر این نوشتار قرار گرفت و به دلیل تکثر ادله و مستندات و تکثر جنبه‌های مختلف حقوقی استرداد مجرمان، از جمله زوایای مختلف مجرم، جرم، و دو کشور طرف استرداد (متقاضی و متقاضی عنه) و فروض مختلف هر یک از زوایای آن (مانند جنسیت، تابعیت، سن، ملیت، دین و مذهب مجرم؛ جرایم حدّی و غیر حدّی، جرایم سیاسی و نظامی و عادی، و وضعیت جرم‌انگاری در دو کشور طرف استرداد؛ یا اسلامی و غیراسلامی بودن کشورهای طرف استرداد و اعمال مختلفی که در استرداد مجرمان صورت می‌گیرد (مانند تقاضای استرداد، تعقیب، توقیف احتیاطی، بازداشت موقت، تسلیم مجرم به کشور دیگر، محاکمه، اجرای مجازات، بازگرداندن مجرم از کشور دیگر)، تبیین، تحلیل و ارزیابی تمامی فروع استرداد مجرمان و ادله فقهی و مستندات فقهی آن مجال وسیعی را می‌طلبد؛ به همین دلیل، ناگزیر بخشی از این مباحث یعنی یکی از فروعی که در مستندات فقهی شورای نگهبان به‌عنوان مانع انعقاد قرارداد استرداد مجرمان تکرار شده، مسئله تحویل مجرم مسلمان به کشورهای دیگر مورد تأکید قرار گرفت.

اگر از لحاظ احکام اولیه اسلام تحویل دادن مسلمان به کشور متقاضی فی نفسه جایز نباشد، انعقاد قرارداد استرداد نیز عقد قرارداد بر عمل حرام است و صحیح نخواهد بود.

در این تحقیق با توجه به آنچه گذشت، دلیلی بر حرمت تحویل مسلمان به کشورهای اسلامی وجود ندارد و نمی‌توان به ادله‌ای چون عدم ولایت حاکم بر اخراج مسلمان و تحاکم به طاغوت و سلطان جائر برای اثبات حرمت استناد کرد؛ اگر چه حرمت قبول حکومت جائر قابل در این زمینه قابل استناد است.

در مورد استرداد مجرم یا متهم مسلمان به کشورهای غیر اسلامی قول مشخصی وجود ندارد و آنچه هست مربوط به بحث استرداد مجرمان نیست. با توجه به اینکه تسلیم مجرم یا متهم به کفار به معنای تأیید قوه قضاییه آنهاست، ادله حرمت تأیید قوه قضاییه کفار و همچنین قاعده حرمت اعانه بر اثم می‌تواند مانع محسوب شود.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال پنجم، شماره پیاپی ۱۴

بهار ۱۳۹۸

۱۱۲

اما ادله دیگری چون آیه (لا ترجعوهن الی الکفار) و ادله وجوب هجرت از دارالحرب نمی تواند دلیلی بر حرمت استرداد محسوب شود. هم چنان که صلح حدیبیه نیز نمی توانست دلیلی بر جواز استرداد باشد.

بنابراین، انعقاد قرارداد استرداد با کشورهای غیراسلامی اگر مستلزم استرداد مسلمان به آنها برای اجرای مجازات یا قضاوت باشد، از لحاظ حکم اولیه ممنوع است، مگر اینکه قرارداد طوری نوشته شود که این لازمه را نداشته باشد.

منابع و مآخذ

• قرآن کریم

۱. آریان پور کاشانی، منوچهر، (۱۳۸۰ش)، فرهنگ بزرگ یک جلدی پیشرو آریان پور، چاپ دوم، جهان رایانه.
۲. آل حبیب، اسحاق، (۱۳۷۸ش)، دیوان کیفری بین المللی و جمهوری اسلامی ایران، چاپ اول، تهران، مرکز چاپ و انتشارات وزارت امور خارجه.
۳. این الاثیر، (۱۳۸۶ ش - ۱۹۶۶م)، الکامل فی التاریخ، بیروت، دار صادر للطباعة والنشر.
۴. این قدامه الجماعی المقدسی ثم الدمشقی الحنبلی، أبو محمد موفق الدین عبدالله بن أحمد بن محمد، (۱۳۸۸هـ - ۱۹۶۸م)، المغنی لابن قدامة، ۱۰ج، بدون طبعه، مصر، مکتبه القاهرة.
۵. اردبیلی، محمد علی، (۱۳۸۲ش)، معاضدت قضایی و استرداد مجرمین با تأکید بر جرایم مواد مخدر، چاپ اول، تهران، میزان.
۶. اردبیلی، سید عبدالکریم موسوی، (۱۴۲۷ هـ ق)، فقه الحدود و التعزیرات، ۴ جلد، چاپ دوم، ایران، قم، مؤسسه النشر لجامعة المفید.
۷. انصاری، مرتضی، (۱۴۱۱ هـ ق)، کتاب المکاسب المحرمة و البیع و الخیارات، چاپ اول، قم، منشورات دار الذخائر.
۸. امینی زاده، محمد، نظرات استدلالی شورای نگهبان در بررسی لایحه موافقت نامه استرداد مجرمین بین دولت جمهوری اسلامی ایران و دولت جمهوری هند، در nazarat.shora-rc.ir.
۹. بجنوردی، حسن بن آقا بزرگ موسوی، (۱۴۱۹ هـ ق)، القواعد الفقهیة، چاپ اول، قم، نشر الهادی.
۱۰. بلدسو، رابرت و بولسلاو بوسچک، (زمستان ۱۳۷۵)، فرهنگ حقوق بین الملل، ترجمه بهمن آقایی، چاپ اول، تهران، گنج دانش.

بررسی فقهی برخی
ادله شورای نگهبان در
ردّ معاهدات استرداد
مجرمان میان ایران و
سایر دولت‌ها
۱۱۳

۱۱. بوشهری، جعفر، (بی تا)، حقوق جزا، اصول و مسائل، ج ۱، چاپ دوم، تهران، شرکت سهامی انتشار.
۱۲. پوربافرانی، حسن، (۱۳۸۸)، حقوق جزای بین الملل، چاپ دوم، تهران، انتشارات جنگل.
۱۳. تریانگ ساک، کیتی شیایزدی، (زمستان ۱۳۸۳)، حقوق بین المللی کیفری، ترجمه بهنام یوسفیان و محمد اسماعیلی، چاپ اول، تهران، سمت.
۱۴. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، (۱۳۸۱)، ترمینولوژی حقوق، چاپ ۱۲، تهران، گنج دانش.
۱۵. جمیلی، خالد رشید، احکام البغاة و المحاربین فی الشریعة و القانون، ج ۱، بغداد، دار الحرية للطباعة.
۱۶. حرّ عاملی، محمد بن حسن بن علی، (۱۴۰۹ ه ق)، تفصیل وسائل الشیعة إلى تحصیل مسائل الشریعة، چاپ اول، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
۱۷. حلی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی (علامه)، (۱۴۱۲ ه ق)، منتهی المطلب فی تحقیق المذهب (ط - الحدیثة)، چاپ اول، مشهد، مجمع البحوث الإسلامية.
۱۸. ———، (بی تا)، تذکرة الفقهاء، ج ۹، آل البيت علیهم السلام، چاپ اول.
۱۹. رشید، استاد احمد، اسلام و حقوق بین الملل عمومی، ترجمه سید حسین سیدی، نشر مطالعات عالی بین المللی.
۲۰. الزغبی، القاضی فرید، (۱۹۹۵ م)، الموسوعة الجزائية، ج ۶، چاپ سوم، بیروت، دار صادر.
۲۱. زین الدین أبو یحیی السنیکي، زکریا بن محمد بن زکریا الأنصاري، (بی تا)، أسنى المطالب فی شرح روض الطالب، ج ۴، بدون طبعه، دار الكتاب الإسلامي.
۲۲. سبزواری، سید عبدالأعلى، (۱۴۱۳ ه ق)، مهذب الأحكام فی بیان الحلال و الحرام، چاپ چهارم، قم، دفتر آية الله سبزواری علیه السلام.
۲۳. شمس ناتری، محمد ابراهیم و دیگران، (زمستان ۱۳۹۲)، قانون مجازات اسلامی در نظم حقوقی کنونی، ج ۱، چاپ اول، تهران، نشر میزان.
۲۴. شیرازی، ناصر مکارم، (۱۴۱۸ ه ق)، أنوار الفقاهة - كتاب الحدود و التعزیرات (لمکارم)، در یک مجلد، چاپ اول، ایران - قم، انتشارات مدرسة الإمام علي بن أبي طالب علیه السلام.
۲۵. ضیایی بیگلدی، محمد رضا، (۱۳۸۵)، اسلام و حقوق بین الملل، چاپ هشتم، تهران، گنج دانش.
۲۶. طبرسی، فضل بن حسن، (۱۳۷۲ ش)، مجمع البیان فی تفسیر القرآن، تهران، انتشارات ناصر خسرو.
۲۷. الطبری، محمد بن جریر، (۱۸۷۹)، تاریخ الطبری، بیروت - لبنان، مؤسسة الأعلمي

جستارهای

فقهی و اصولی

سال پنجم، شماره پیاپی ۱۴
بهار ۱۳۹۸

۱۱۴

للمطبوعات، (این نسخه با نسخه منتشره از انتشارات «بریل در لندن» در سال ۱۸۷۹ م مقابله شده است).

۲۸. طریحی فخرالدین، (۱۳۷۵ش)، مجمع البحرين، چاپ سوم، تهران، کتابفروشی مرتضوی.

۲۹. طلوعی، محمود، (۱۳۷۷)، فرهنگ جامع سیاسی، چاپ دوم، نشر علم.

۳۰. طوسی، محمد بن حسن، (۱۳۸۷ ه ق)، المبسوط فی فقه الإمامیة، ج ۲ و ۳، چاپ سوم، المكتبة المرتضویة لإحياء الآثار الجعفریة علیه السلام.

۳۱. عباسی، محمود، (۱۳۷۳)، استرداد مجرمین، چاپ اول، تهران، گنج دانش.

۳۲. عبدالعزیز مبارک، هشام، (۱۴۲۷ق-۲۰۰۶م)، تسلیم المجرمان بین الواقع و القانون، الطبعة الأولى، القاهرة، دار النهضة العربیة.

۳۳. علی بابایی، غلامرضا، (بهار ۱۳۸۳)، فرهنگ روابط بین الملل، چاپ سوم، تهران، انتشارات وزارت امور خارجه.

۳۴. عوده، عبدالقادر، (بی تا)، التشريع الجنایی الاسلامی مقارناً بالقانون الوضعی، ج ۱ و ۲، دارالکاتب العربی، بیروت.

۳۵. فاتحی زاده، حسین، (۱۳۹۴/۳/۱۱)، نظرات استدلالی شورای نگهبان لایحه معاهده

استرداد مجرمین بین جمهوری اسلامی ایران و جمهوری خلق چین، شماره مسلسل: ۱۳۹۴۰۰۳۴، تهران پژوهشکده شورای نگهبان، از nazarat.shora-rc.ir/.

۳۶. فاضل لنکرانی، محمد، (۱۴۱۶ه-ق)، القواعد الفقهیة، چاپ اول، قم، چاپخانه مهر.

۳۷. فراهیدی، خلیل بن احمد، (۱۴۱۰ق)، کتاب العین، چاپ دوم، قم، انتشارات هجرت.

۳۸. فیومی، احمد بن محمد مقرئ، المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر للرافعی، در یک جلد، چاپ اول، قم - ایران، منشورات دار الرضی.

۳۹. کلینی، محمد بن یعقوب، (۱۴۰۷ ه ق)، الکافی، ج ۱، چاپ چهارم، تهران، دار الکتب الاسلامیة.

۴۰. نجفی، محمد حسن بن باقر (صاحب جواهر)، (۱۴۰۴ ه ق)، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، چاپ هفتم، تحقیق و تصحیح: شیخ عباس قوچانی، بیروت - لبنان، دار إحياء التراث العربی.

۴۱. نوربها، رضا، (۱۳۸۸ش)، زمینه حقوق جزای عمومی، چاپ ۲۷، تهران، گنج دانش.

سایت‌ها:

۱. سایت شورای نگهبان (<http://www.shora-gc.ir>)

۲. سایت مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی (<http://rc.majlis.ir/fa>).

بازاندیشی در مبانی فقهی دیه لب‌ها (موضوع ماده ۶۰۷ ق.ا.م.ا): از نظریه تنصیف تا نظریه تغلیب^۱

مجید قورچی بیگی^۲

محمد جعفر صادق پور^۳

سهراب بهادری^۴

بازاندیشی در مبانی
فقهی دیه لب‌ها
(موضوع ماده ۶۰۷
ق.ا.م.ا): از نظریه تنصیف
تا نظریه تغلیب

۱۱۷

چکیده

فقیهان امامیه بر این باورند که از بین بردن هر دو لب، موجب ثبوت دیه کامل است، اما پیرامون مقدار دیه هر یک از لب‌ها به‌طور جداگانه و در حالت انفرادی، اختلاف نظر دارند. با احصای تمامی دیدگاه‌های مطرح شده در این زمینه می‌توان دریافت همه این اختلاف‌نظرها در قالب دو نظریه کلی قابل ارائه است. در نظریه نخست که می‌توان با نام نظریه تنصیف از آن یاد کرد، لب بالا و پایین، در میزان دیه با هم برابرند و به هر یک نصف دیه کامل تعلق می‌گیرد. این انگاره در ماده ۶۰۷ قانون مجازات اسلامی (مصوب ۱۳۹۲) مقبول قانون‌گذار ایران نیز قرار گرفته است. در نظریه دوم که نظریه تغلیب خوانده شده،

۱. تاریخ دریافت: ۱۳۹۷/۰۳/۳۱؛ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۷/۱۲/۰۹.

۲. استادیار حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه خوارزمی؛ رایانامه: majid.baygi@khu.ac.ir

۳. دانشجوی دکتری فقه و حقوق جزا دانشگاه خوارزمی و پژوهشگر مرکز مطالعات فقهی پزشکی قانونی (نویسنده مسئول)؛ رایانامه: jafar.samen.1367@gmail.com

۴. دانشجوی دکتری فقه و حقوق جزا دانشگاه خوارزمی؛ رایانامه: bahadori.sohrab@alumni.ut.ac.ir

میزان دیه لب پایین، نسبت به لب بالا افزون‌تر است. معتقدان به نظریه اخیر، در مقدار این فزونی، بر یک رأی نیستند و هر یک بنا به دلایلی، میزان خاصی برای آن در نظر گرفته‌اند. در این پژوهش، با روش توصیفی و تحلیلی و با مراجعه به اسناد معتبر، نظریه تغلیب ترجیح داده شده است و از میان سه دیدگاهی که ذیل این نظریه در زمینه میزان فزونی دیه لب پایین ارائه گشته، دیدگاهی برگزیده شده که وفق روایت ظریف، دیه لب بالا را نصف دیه کامل و دیه لب پایین را دو سوم دیه کامل تعیین کرده است.

کلید واژه‌ها: لب بالا، لب پایین، نظریه تصنیف، نظریه تغلیب، کارکرد بیشتر، روایت ظریف.

مقدمه

لب‌ها دو چین عضلانی هستند که جلوی دهان قرار دارند. آن‌ها از خارج به وسیله پوست و از داخل توسط مخاط پوشیده شده‌اند (حجازی، ۱۳۹۲، ۱۶۶). لب‌ها که از اندام جفت (دوتایی) انسان به‌شمار می‌روند، متشکل از عضله حلقوی دور دهان، بافت‌های عصبی عروقی و غدد لبی می‌باشند (درک و همکاران، ۱۳۹۲، ۸-۲۹۳). این عضو کارکردهای متفاوتی دارد که مساعدت در خوردن و آشامیدن، سخن گفتن و برقراری حالت‌های ارتباطی از مهم‌ترین آن‌ها به‌شمار می‌رود (مسچر، ۱۳۹۵، ۳۹۶-۳۹۵). این کارکردهای اساسی موجب شده تا در فقه و حقوق اسلامی در قبال جنایتی که بر لب‌ها وارد می‌آید، کیفر دیه تعیین شود. البته در این دانش، حدود و ثغور خاصی برای لب‌ها تعیین شده است؛ بدین بیان که عرض لب پایین از لثه تا چانه و عرض لب بالا از لثه تا سوراخ‌های بینی را در برمی‌گیرد. طول لب‌ها نیز تا گنج دهان که در واقع ناحیه زیر گونه به‌شمار می‌رود، امتداد دارد (طوسی، ۱۳۸۷، ۷/۳۳؛ ابن‌ادریس، ۱۴۱۰، ۳/۳۸۳؛ علامه حلی، ۱۴۱۳، ۳/۶۷۳). آنچه در قانون مجازات اسلامی لب خوانده می‌شود و برای آن دیه در نظر گرفته شده نیز دارای حدود و ثغور بالاست. تبصره ماده ۶۰۷ در این‌باره مقرر می‌دارد:

«حدود لب بالا از نظر عرض، مقداری است که لثه را می‌پوشاند و به دو روزنه و دیواره بینی متصل و طول آن همان طول دهان است و حدود لب پایین از نظر عرض،

جستارهای

فقهی و اصولی

سال پنجم، شماره پیاپی ۱۴

بهار ۱۳۹۸

۱۱۸

مقداری است که لثه را می‌پوشاند و طول آن همان طول دهان است. حاشیه گونه‌ها جزء لب‌ها محسوب نمی‌شود».

باری، وفق دیدگاه تمامی فقهای اسلامی، از بین بردن هر دو لب، مجموعاً یک دیه کامل دارد. در این حکم، هیچ اختلافی نیست و به‌طور جزم امری اجماعی است (جزیری، ۱۴۲۴، ۳۰۲/۵؛ نجفی، ۱۴۰۴، ۲۰۳/۴۳). با وجود این، جای این پرسش باقی است که اگر به مجموع دو لب، دیه کامل تعلق می‌گیرد، آیا دیه هر یک به تنهایی نیز نصف دیه کامل است؟ مثلاً اگر در پی جنایتی تنها لب بالا یا پایین از بین برود، دیه آن نصف دیه مجموع دو لب است یا حکم دیگری دارد؟ فقیهان اسلامی به این پرسش پاسخ یکسانی نداده‌اند. این ناهمگونی در پاسخ، در فقه امامیه بیشتر از فقه اهل سنت دیده می‌شود؛ زیرا فقیهان عامه، به ندرت دیدگاهی جز تصنیف دیه کامل برگزیده‌اند، اما فقیهان امامیه به علت وجود روایات متفاوت، نظرهای گوناگونی در این باره ابراز داشته‌اند. چه بسا انگاره تفاوت میزان دیه لب پایین و بالا پس از اختلاف نصوص روایی، برآیند تفاوت کارکرد و حتی حجم لب‌ها باشد؛ چرا که لب پایین به علت تحرک پذیری فراوان‌تر، کارکرد بیشتری در نگه‌داشتن خوردنی‌ها و آشامیدنی‌ها دارد و در عین حال دارای حجم بیشتری نسبت به لب بالا است. بنابراین، باید اذعان داشت که تعیین نصف دیه کامل برای هر یک از لب‌ها، علاوه بر اینکه با عموماً و قواعدی همچون «قاعده اعضای زوج و فرد» سازگاری دارد، حکمی بی‌آلایش‌تر و به عبارتی، روان‌تر به نظر می‌رسد. شاید همین امر موجب شده تا قانونگذار، در ماده ۶۰۷ ق.م.ا، برای هر یک از لب‌ها نصف دیه کامل تقریر نماید:

«از بین بردن دو لب، دیه کامل و هر یک، نصف دیه کامل دارد و دیه از بین بردن مقداری از لب به نسبت تمام لب سنجیده می‌شود».

با این حال، اهمیت، کارکرد و کارایی بیشتر لب پایین از سویی و برخی روایات واصله ناظر بر فزونی دیه لب پایین نسبت به لب بالا از سویی دیگر، به همراه نظر داشت اصل تناسب جرم و مجازات، موجب می‌شود تا هر محقق منصفی در مسلم انگاشتن گزاره تصنیف دیه لب‌ها تشکیک کند؛ از این رو، در این نوشتار تلاش می‌شود متکی به منابع اصیل فقهی، به واکاوی دیه لب‌ها پرداخته شود و در پایان، دیدگاهی ارائه

گردد که از هر جهت استوارتر و متقن تر باشد. پیش از هر چیز باید دانست در فقه امامیه، دو رویکرد عمده در خصوص دیه هر یک از لب‌ها وجود دارد؛ گروهی قائل به تساوی دیه لب‌ها و گروهی دیگر معتقد به فزونی دیه لب پایین شده‌اند. این دو دیدگاه را می‌توان تحت دو عنوان کلی «نظریه تنصیف» و «نظریه تغلیب» پی‌جویی کرد. در همین راستا، برای بررسی دقیق موضوع، تمامی دیدگاه‌ها را ذیل این دو محور کلی بررسی می‌کنیم و پس از نقد و ارزیابی هر یک از آن‌ها، دیدگاه برگزیده خویش را به صورت روشن، ارائه می‌نماییم.

۱. نظریه تنصیف

برای درک درست مفاد نظریه تنصیف، ابتدا سخنان فقیهان معتقد به این دیدگاه را بررسی و آنگاه ادله آنان را از نظر می‌گذرانیم.

۱-۱. قائلان به نظریه تنصیف

وفق نظریه تنصیف، به هر یک از دو لب، نصف دیه کامل تعلق می‌گیرد که مجموعاً یک دیه کامل می‌شود. ظاهراً نخستین فقیهی که بدین دیدگاه معتقد شده، ابن ابی عقیل عمانی (زنده در ۳۲۹ق) است (عمانی، ۱۴۱۳، ۵۳۸؛ بی‌تا، ۱۷۱) و فقیهان بسیاری پس از او نیز به چنین دیدگاهی گرویده‌اند (محقق حلّی، ۱۴۰۸، ۲۴۷/۴؛ محقق حلّی، ۱۴۱۸، ۳۰۸/۲؛ سیوری حلّی، ۱۴۰۴، ۴۹۸/۴؛ علامه حلّی، ۱۴۲۱، ۳۶۳؛ علامه حلّی، ۱۴۱۳، ۶۷۳/۳؛ بی‌تا، ۲۷۲/۲؛ ۱۴۱۰، ۲۳۷/۲؛ ۱۴۱۱، ۲۰۱؛ شهید اول، ۱۴۱۰، ۲۸۰؛ شهید ثانی، ۱۴۱۴، ۵۲۹/۴؛ شهید ثانی، ۱۴۱۰، ۲۰۹/۱۰؛ ۱۴۱۳، ۴۱۴/۱۵؛ کاشانی، بی‌تا، ۱۴۸/۲؛ خویی، ۱۴۲۲، ۳۵۳/۴۲. و ر.ک: عمیدی، ۱۴۱۶، ۷۷۹-۷۷۸/۳؛ فقحانی، ۱۴۱۸، ۳۲۴؛ صیمری، ۱۴۰۸، ۱۶۰/۳).

۱-۱-۱. دلایل

مهمترین دلایل نظریه تنصیف عبارت است از اخبار و نصوص شرعی. این اخبار به دو گونه عام و خاص، تقسیم می‌شوند:

۱-۱-۱-۱. روایات عام

الف) روایت هشام

نص روایتی که به روایت هشام بن سالم شهره است، چنین است:

«كُلُّ مَا كَانَ فِي الْإِنْسَانِ اثْنَانِ فَبَيْنَهُمَا الدِّيَةُ وَ فِي أَحَدِهِمَا نِصْفُ الدِّيَةِ وَ مَا كَانَ وَاحِدًا فَبَيْنَهُ الدِّيَةُ»؛ هر آنچه در انسان دو تا باشد، در مقابل هر دوی آن‌ها، دیه کامل پرداخت می‌شود و در قبال یکی از آن دو، نصف دیه؛ و هر آنچه در وجود انسان یکی باشد، در قبال آن یک دیه کامل قرار می‌گیرد (صدوق، ۱۴۱۳، ۱۳۳/۴).

ناگفته پیداست که لب‌ها، از اندام زوج بدن به‌شمار می‌روند و وفق فراز اول و دوم روایت در قبال سلب هر دوی آن‌ها دیه کامل و در ازای قطع یکی از آن دو، نصف دیه کامل ثابت می‌گردد.

تنها مسئله تأمل برانگیز در اینجا، مقطوعه بودن روایت بالا، بر اساس گزارش تهذیب الأحکام است (طوسی، ۱۴۰۷، ۲۵۸/۱۰) که موجب اقامه توجیهاً (علامه حلی، ۱۴۲۰، ۵۸۷/۵؛ اسدی حلی، ۱۴۰۷، ۳۲۰/۵) یا ایراد انتقاداتی بر آن (شهید ثانی، مسالک، ۴۰۳/۱۵) شده است. وجود چنین مجادلاتی در حالی رخ نموده که رجوع به گزارش شیخ صدوق در من لا یحضره الفقیه می‌توانست مانع آن‌ها شود؛ چه او به صورت متصل از قول امام صادق علیه السلام این روایت را نقل نموده (شیخ صدوق، ۱۴۱۳، ۱۳۳/۴) و بر این پایه، مشکل عدم اتصال در نقل او وجود ندارد. با اثبات سستی و غیرقابل اعتنا بودن توهم مقطوعه بودن روایت، از آنجایی که روایت موجود در سند آن همگی امامی و ثقة هستند، روایت صحیح السند (مجلسی، ۱۴۰۶، ۵۵۴/۱۶) است و می‌توان به طور یقین، عمل به آن را خالی از هرگونه مناقشه دانست.

ب) روایت ابن سنان

کیفیت استدلال به روایت ابن سنان، دقیقاً همانند روایت پیشین است. در این روایت آمده است:

«مَا كَانَ فِي الْجَسَدِ مِنْهُ اثْنَانِ فَبَيْنَهُمَا الدِّيَةُ»؛

هر آنچه در بدن انسان دو تا از آن‌ها باشد، در قبال یکی از آن دو، نصف دیه تعلق می‌گیرد (کلینی، ۱۴۰۷، ۳۱۵/۷).

چنان‌که در نحوه دلالت این روایت خدشه‌ای نیست، بر سندیت آن نیز نمی‌توان

خرده گرفت؛ زیرا به رغم «حَسَن» خواندن آن از سوی برخی علما (مجلسی، ۱۴۰۴، ۹۵/۲۴؛ مجلسی، ۱۴۰۶، ۵۳۳/۱۶). گروهی آن را «کالصحیح» (مجلسی، ۱۴۰۶، ۳۹۰/۱۰) یا «صحیح» دانسته‌اند (خوبی، ۱۴۲۲، ۳۳۸، ۳۵۱/۴۲، ۳۸۹).

۱-۱-۱-۲. روایات خاص

الف) روایت زراره

وفق روایتی از زراره از قول امام صادق علیه السلام، با مقدماتی می‌توان تساوی دیه لب بالا و پایین را استنباط کرد. در این روایت که برخی آن را قوی مانند صحیح (مجلسی، ۱۴۰۶، ۳۸۹/۱۰) و عدّه‌ای مجهوله دانسته‌اند (مجلسی، ۱۴۰۴، ۸۹/۲۴؛ مجلسی، ۱۴۰۶، ۵۲۳/۱۶) آمده است:

«... فِي الشَّفَتَيْنِ الدِّيَةُ وَ فِي الْعَيْنَيْنِ الدِّيَةُ وَ فِي إِحْدَاهُمَا نِصْفُ الدِّيَةِ»؛

در قبال دو لب، یک دیه کامل و در دو چشم، یک دیه کامل است و به هر کدام از آن‌ها، نصف دیه کامل تعلق می‌گیرد (کلینی، ۱۴۰۷، ۳۱۲/۷).

آشکار است که استدلال به این روایت، منوط به ارجاع ضمیر «إحداهما» در عبارت «فِي إِحْدَاهُمَا نِصْفُ الدِّيَةِ» به «الْعَيْنَيْنِ» و نیز «الشَّفَتَيْنِ» است و در صورت رجوع آن به «الْعَيْنَيْنِ» به تنهایی، هیچ دلالتی بر نظریه تنصیف لب‌ها وجود نخواهد داشت (نجفی، ۱۴۰۴، ۲۰۵/۴۳؛ خوانساری، ۱۴۰۵، ۲۲۶/۶؛ لنگرانی، ۱۴۱۸، ۱۴۰).

ب) روایت یونس بن عبدالرحمن

در روایتی از یونس بن عبدالرحمن از قول امام رضا علیه السلام آمده است: «الشَّفَتَيْنِ إِذَا اسْتَوْصَلْنَا أَلْفَ دِينَارٍ» (کلینی، ۱۴۰۷، ۳۱۱/۷). با توجه به اینکه در این روایت میان لب بالا و پایین تفصیلی قائل نشده و برای هر دو، هزار دینار یعنی دیه کامل تقریر شده است، معلوم می‌شود که لب بالا و پایین در میزان دیه برابر هستند (محقق اردبیلی، ۱۴۰۳، ۳۷۰/۱۴). علاوه بر روایت یونس، در روایتی از حلبی از قول امام صادق علیه السلام آمده است: «فِي الشَّفَتَيْنِ الدِّيَةُ» (کلینی، ۱۴۰۷، ۳۱۱-۳۱۲/۷) که ضمن ترک تفصیل میان لب‌ها برای هر دو به صورت مجموعی، دیه کامل تقریر نموده است.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال پنجم، شماره پیاپی ۱۴
بهار ۱۳۹۸

۱۲۲

۱. گفتنی است که راوی این روایت در برخی از جوامع روایی ظریف بن ناصح است و از این رو، عموماً به عنوان روایت یا کتاب ظریف شناخته می‌شود (ر.ک: مجلسی دوم، ۱۴۰۴، ۸۶/۲۴).

لکن از آنجایی که فراز یادشده مطابق گزارش الکافی است و در برخی جوامع روایی همچون التهذیب، از عبارت «فِي الْبَيْضَتَيْنِ الدِّيَّةُ» به جای آن استفاده شده (طوسی، ۱۴۰۷، ۲۵۴/۱۰)، لذا نگارندگان اشاره بدان را در همین حد کافی دانسته‌اند.

ج) روایت سماعه

روایت سماعه در التهذیب به صورت مضمّر آمده و به هیچ کدام از ائمه علیهم السلام اسناد داده نشده (طوسی، ۱۴۰۷، ۲۴۶/۱۰)، اما در نسخه الاستبصار به شکل مسند و از قول امام صادق علیه السلام گزارش شده است (طوسی، ۱۳۹۰، ۲۸۸/۴). از این رو، بسیاری آن را موثق دانسته و بدان اعتماد کرده‌اند (مجلسی اول، ۱۴۰۶، ۳۹۲/۱۰؛ مجلسی دوم، ۱۴۰۶، ۵۲۴/۱۶؛ طباطبایی، ۱۴۱۸، ۴۴۷/۱۶؛ تبریزی، ۱۴۲۸، ۲۸۵؛ لنگرانی، ۱۴۱۸، ۱۴۰). در این روایت آمده است: «الشَّفَتَانِ الْعُلْيَا وَالسُّفْلَى سَوَاءٌ فِي الدِّيَّةِ»؛ لب‌های بالا و پایین در دیه برابر هستند (طوسی، ۱۴۰۷، ۲۴۶/۱۰).

۲. نظریه تغلیب

فقیهان معتقد به فزونی دیه لب پایین، به چهار گروه مختلف تقسیم می‌شوند. نظریه‌ها و ادله این چهار گروه به شرح ذیل است:

۱-۲. نظریه دوسوم و یک‌سوم

برخی از فقیهان که عموماً از فقیهان متقدم امامیه هستند، معتقدند در قبال لب پایین، دوسوم دیه و در ازای لب بالا، یک‌سوم دیه ثابت است. شاید نخستین فقیه شهره‌ای که به این دیدگاه معتقد شده، شیخ مفید باشد (مفید، ۱۴۱۳، ۷۵۵). پس از ایشان، فقیهان دیگری نیز بدین نظریه گرویده‌اند (شیخ طوسی، ۱۳۸۷، ۱۳۲/۷؛ دیلمی، ۱۴۰۴، ۲۴۴؛ ابن زهره، ۱۴۱۷، ۴۱۷؛ کیدری، ۱۴۱۶، ۵۰۵؛ ابن شجاع حلّی، ۱۴۲۴، ۵۸۶/۲؛ حلبی، ۱۴۰۳، ۳۹۸). دلایلی که معتقدان به نظریه یادشده ارائه نموده‌اند عبارتند از:

الف) کارکرد بیشتر لب پایین

چون لب پایین در زیبایی چهره نقش مهمتری ایفا می‌کند و نقص و عیب آن، وقیح‌تر به نظر می‌آید و نیز جهت نگه داشتن غذا در فضای دهان نسبت به لب بالا،

کارکرد بیشتری دارد، دیه بیشتری نیز بدان تعلق می‌گیرد (مفید، ۱۴۱۳، ۷۵۵؛ علامه حلی، ۱۴۱۳، ۶۷۳/۳؛ حلی، ۱۴۰۷، ۳۲۱/۵). برخی نیز در راستای این تحلیل‌ها، بیان داشته‌اند که لب پایین هم در خوردن و هم در آشامیدن مؤثر است؛ در نتیجه دو منفعت مجزا برای آن تصور می‌شود، در حالی که لب بالا تنها یک منفعت دارد و آن هم کارایی در خوردن است. بدیهی است وفق این تفاوت، دیه بر حسب منافع تقسیط شود و لب پایین دیه بیشتری داشته باشد (تبریزی، ۱۴۲۸، ۱۵۳).

(ب) اجماع

برخی فقیهان از ظاهر عبارات شیخ طوسی در المبسوط و ابن‌زهره در الغنیة، جماعی بودن نظریه دوسوم و یک‌سوم را استنباط کرده‌اند (عاملی، بی‌تا، ۳۹۷/۱۰؛ طباطبایی، ۱۴۱۸، ۴۴۴/۱۶؛ روحانی، ۱۴۱۲، ۲۵۶/۲۶).

۲-۲. نظریه سه پنجم و دو پنجم

چنان‌که گذشت، شیخ طوسی در المبسوط نظریه دوسوم و یک‌سوم را پذیرفته است (شیخ طوسی، ۱۳۸۷، ۱۳۲/۷) اما در دیگر آثار فقهی‌اش برای لب پایین سه پنجم دیه کامل قائل است و برای لب بالا، دو پنجم دیه کامل (شیخ طوسی، ۱۴۰۷، ۲۱۱/۵؛ ۱۴۰۰، ۷۶۶). وی همچنین در کتب روایی خود بر مدعای خویش اصرار نموده است (شیخ طوسی، ۱۴۰۷، ۲۴۶/۱۰، ۱۳۹۰، ۲۸۸/۴). علاوه بر شیخ طوسی، بسیاری از فقیهان نامدار شیعه نیز به دیدگاه او پایبند شده‌اند (ابن‌ادریس، ۱۴۱۰، ۳۸۳/۳؛ صدوق، ۱۴۱۵، ۵۱۱؛ و ۱۴۱۸، ۲۹۹؛ علامه حلی، المختلف، ۱۴۱۳، ۳۸۱/۹؛ ابن‌حمزه، ۱۴۰۸، ۴۴۳؛ یحیی بن سعید، ۱۳۹۴، ۱۳۹؛ نجفی، ۱۴۰۴، ۲۰۶/۴۳؛ همچنین ضمن جریان احتیاط، ر.ک: عاملی، بی‌تا، ۳۹۷/۱۰؛ موسوی خمینی، بی‌تا، ۵۷۴/۲؛ لنکرانی، ۱۴۱۸، ۱۴۰).

قائلان نظریه سه پنجم و دو پنجم به ادله مختلفی برای اثبات مدعای خویش استناد جسته‌اند:

(الف) روایت ابان بن تغلب

ابان بن تغلب از امام صادق علیه السلام روایت می‌کند:

جستارهای
فقهی و اصولی
سال پنجم، شماره پیاپی ۱۴
بهار ۱۳۹۸
۱۲۴

«فِي الشَّفَةِ السُّفْلَى سِتَّةُ آلَافٍ وَ فِي الْعُلْيَا أَرْبَعَةُ آلَافٍ لِأَنَّ السُّفْلَى تُمَسِّكُ الْمَاءَ»؛
در قبال لب پایین شش هزار درهم و در مقابل لب بالا چهار هزار درهم ثابت
است؛ زیرا لب پایین آب را نگه می‌دارد (صدوق، ۱۴۱۳، ۱۳۲/۴؛ طوسی، ۱۳۹۰،
۲۸۸/۴).

روشن است که خواه میزان دیه شش هزار و چهار هزار درهم عنوان شود و خواه
ششصد و چهارصد دینار و خواه سه پنجم و دو پنجم دیه کامل، جملگی مفید میزان
واحدی از دیه هستند.

ب) کارکرد بیشتر لب پایین

مشابه آنچه در خصوص دیدگاه قبل مبتنی بر فزونی کارکرد و منافع لب پایین
گذشت، در بیان قائلان به دیدگاه حاضر هم آمده است؛ به بیان دیگر، ایشان نیز
نظریه خود را با کارکرد بیشتر لب پایین در نگه‌داری آب و غذا معلّل ساخته‌اند
(صدوق، ۱۴۱۸، ۲۹۹؛ طوسی، ۱۴۰۰، ۷۶۶؛ ۱۴۰۷، ۲۱۱/۵؛ علامه‌حلی، ۱۴۱۳،
۳۸۱/۹) که در روایت أبان نیز مورد توجه قرار گرفته است.

ج) اجماع

برخی در راستای تقویت نظریه سه‌پنجم و دوپنجم به اجماع امامیه احتیاج
کرده‌اند. شاید نخستین بارقه‌های این ادعا، در کتاب الخلاف شیخ طوسی قابل
رهیافت باشد (طوسی، ۱۴۰۷، ۲۱۱/۵، ۲۳۹). از این رو، فقیهان پس از شیخ، عمدتاً
در این زمینه به اجماع وی ارجاع داده‌اند (ابن‌ادریس، ۱۴۱۰، ۳۸۳/۳؛ فاضل‌هندی،
۱۴۱۶، ۳۴۴/۱۱؛ طباطبایی، ۱۴۱۸، ۴۴۶/۱۶).

۳-۲. نظریه دوسوم و نصف

ابن جنید اسکافی (۳۸۱ق) از فقیهان متقدم امامیه بر این باور بوده که اگر لب بالا
از ریشه کنده شود، نصف دیه و اگر لب پایین از ریشه کنده شود، دوسوم دیه ثابت
می‌شود (ابن جنید، ۱۴۱۶، ۳۶۰). برخی، این نظریه را به مرحوم صدوق نیز نسبت
داده‌اند (محقق حلی، ۱۴۱۸، ۳۰۸/۲؛ ۱۴۰۷، ۲۴۷/۴؛ علامه حلی، بی تا، ۲۷۲/۲؛
عمیدی، ۱۴۱۶، ۷۷۹/۳؛ فخرالمحققین، ۱۳۸۷، ۶۹۰/۴؛ حلی اسدی، ۱۴۰۷،

۳۱۹/۵؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳، ۱۵/۴۱۴؛ نجفی، ۱۴۰۴، ۴۳/۲۰۵)، اما چنین انتسابی درست نیست؛ زیرا شیخ صدوق هم در المقنع و نیز در الهدایه به صراحت نظریه سه پنجم و دوینجم را برگزیده است (صدوق، ۱۴۱۵، ۵۱۱؛ ۱۴۱۸، ۲۹۹)؛ بنابراین، به نظر می‌رسد تنها قائل برجسته این نظریه، ابن جنید اسکافی باشد.

مهمترین دلایلی که از سوی معتقدان به نظریه فوق ارائه شده، به قرار ذیل است:

الف) روایت ظریف بن ناصح

در فقره‌ای از روایت ظریف آمده است:

«إِذَا قُطِعَتِ الشَّفَّةُ الْعُلْيَا وَ اسْتُصِلَتْ فَلَيْتَهَا خَمْسُ مِائَةِ دِينَارٍ... وَ دِيَّةُ الشَّفَّةِ السُّفْلَى إِذَا اسْتُصِلَتْ ثَلَاثًا الدِّيَّةِ سِتُّ مِائَةٍ وَ سِتَّةٌ وَ سِتُّونَ دِينَارًا وَ ثَلَاثًا دِينَارًا»؛

اگر لب بالا قطع گردد و کنده شود، دیه آن ۵۰۰ دینار است... و دیه لب پایین آن گاه که کنده شود، دوسوم دیه یعنی ۶۶۶ دینار و دوسوم یک دینارست (کلینی، ۱۴۰۷، ۷/۳۳۲-۳۳۳).

چنان که از عبارات بالا پیداست، هرگاه لب بالا قطع گردد و از ریشه کنده شود، دیه آن ۵۰۰ دینار یعنی نصف دیه کامل است و دیه لب پایین هرگاه از بُن کنده شود، ۶۶۶ دینار و دوسوم یک دینار؛ معادل با دوسوم دیه کامل می‌باشد.

ب) کارکرد بیشتر لب پایین

امام صادق علیه السلام در فرازی از روایت ظریف با اشاره به کارکرد بیشتر لب پایین فرموده‌اند: «به ما چنین رسیده که حضرت امیرالمؤمنین علیه السلام لب پایین را از حیث دیه تفضیل می‌داده است؛ زیرا این لب به کمک دندان‌ها خوردنی‌ها را در دهان نگه می‌دارد» (کلینی، ۱۴۰۷، ۷/۳۳۲). همین تصریح، موجب شده چنین تعلیلی یکی از مستندات نظریه بالا قرار گیرد (حلی، ۱۴۱۳، ۹/۳۷۹؛ ۱۴۱۳، ۳/۶۷۳).

۳. نظریه احتیاطی

از برجسته‌ترین فقیهانی که معتقد به احتیاط شده، می‌توان به محقق سبزواری و حائری طباطبایی اشاره کرد. البته ایشان در نحوه جریان احتیاط با یکدیگر هم رأی نیستند؛ زیرا محقق سبزواری احتیاط را در «تصالح» دیده (سبزواری، ۱۴۱۳،

جستارهای

فقهی و اصولی

سال پنجم، شماره پیاپی ۱۴

بهار ۱۳۹۸

۱۲۶

۱۸۴/۲۹) ولی صاحب ریاض، با درآمیختن دو نظریه مختلفِ دوسوم و یک سوم و سه پنجم و دو پنجم، معتقد شده مؤدای جریان اصل احتیاط و قدر متیقن، ثبوت یک سوم دیه در لب بالا و سه پنجم دیه در لب پایین است و نسبت به مازاد بایستی مصالحه صورت گیرد (طباطبایی، ۱۴۱۸، ۴۴۸/۱۶؛ ۱۴۰۹، ۴۸۷/۳).

۴. ارزیابی دیدگاه‌ها

۱-۴. نقد ادله نظریه تنصیف

با توجه به اینکه دلایل اقامه شده توسط معتقدان به نظریه تنصیف، به دو گونه روایات عام و روایات خاص تقسیم می‌شد، به نظر می‌رسد مناسب‌تر این باشد که نقد این ادله نیز در قالب همین تقسیم‌بندی ارائه گردد.

۱-۱-۴. نقد روایات عام

با توجه به اقوال رجالیان و فتاوی فقیهان، در معتبر بودن روایات عام به سختی می‌توان خدشه کرد. با این حال، تا زمانی که روایات خاص معتقدان به نظریه تغلیب مردود اعلام نگردد، بی‌تردید جایی برای تمسک به عموم روایات هشام و ابن سنان نیست؛ زیرا معتقدان به نظریه تغلیب در حقیقت معتقدند مفاد روایت هشام و ابن سنان به واسطه روایات خاص وارده در خصوص تفضیل دیه لب پایین بر لب بالا تخصیص خورده‌اند (ر.ک: عاملی، بی‌تا، ۳۹۷/۱۰؛ مدنی کاشانی، ۱۴۰۸، ۱۹۲).

۲-۱-۴. نقد روایات خاص

روایات خاص عبارت بودند از: سه روایت زراره، یونس و سماعه. در یک نقد کلی، به علت موافقت مفاد این روایات با دیدگاه فقیهان عامه (طوسی، ۱۴۰۷، ۲۱۱/۵)، برخی چنین روایاتی را برآمده از تقیه دانسته‌اند (عاملی، بی‌تا، ۳۹۷/۱۰) از همین رو، فاقد قابلیت استناد قلمداد کرده‌اند؛ لکن با توجه به هم‌گرایی نظریه تنصیف با نصوص عام امامیه، اثبات چنین ادعایی، اندکی دشوار است. در عین حال، چون این اشکال، تنها پس از اثبات دلالت سه روایت یادشده بر تساوی دیه لب‌ها قابل طرح است، بی‌آنکه خود را در بند چنین اشکالی گرفتار سازیم، به نقد دلالت روایت زراره، یونس و سماعه می‌پردازیم.

الف) روایت زرارہ

گذشته از ضعف سندی روایت زرارہ کہ ناشی از مجهولہ خواندن آن است (مجلسی دوم، ۱۴۰۴، ۸۹/۲۴؛ ۱۴۰۶، ۵۲۳/۱۶)، استناد بہ این روایت، منوط بہ ارجاع ضمیر «إحداہما»، علاوہ بر «العینین» بہ «الشفقتین» است. اثبات ادعای اخیر، با چالش روبہ روست؛ زیرا اولاً قاعدۂ متداول زبانی و دستوری این است کہ ضمیر ہموارہ بہ مرجع نزدیک تر بہ خود بازمی گردد و بازگشت آن بہ دو مرجع متفاوت در آن واحد، نیازمند دلیل استوار است. ثانیاً ظاہر روایت زرارہ حاکی از این است کہ ضمیر «إحداہما»، تنها بہ «العینین» برمی گردد؛ از ہمین رو، ارجاع آن بہ «الشفقتین» خلاف ظاہر روایت است (نجفی، ۱۴۰۴، ۲۰۶/۴۳).

ب) روایت یونس

اینکہ بتوان از ترک تفصیلی کہ در روایت یونس و همانند آن همچون روایت حلبی، نظریۂ تنصیف را بہ اثبات رساند، بسی دشوار بہ نظر می رسد؛ زیرا چنین نصوصی، تنها بیانگر ثبوت دیہ کامل برای قطع ہر دو لب ہستند، اما اگر یکی از این دو لب قطع شود، آیا دیہ کامل کہ برای دو لب است، نصف می شود یا بہ نحوی دیگر تصمیم گرفتہ می شود، از ہیچ یک از این روایات قابل برداشت نیست و بی شک از این حیث ساکت ہستند. بنابراین، همان طور کہ روایت یونس و نصوص قرین آن نمی توانند نافی نظریہ تنصیف باشند، نمی توانند مثبت آن نیز باشند.

ج) روایت سماعہ

اشکالاتی کہ بر روایت سماعہ شدہ، دوگونہ سندی و دلالی است. از حیث سندی انکارناپذیرست کہ در سلسلہ سند روایت سماعہ، زرعہ قرار دارد کہ واقفی مذبہ بودہ و رجالیان بر فساد اعتقادی اش تصریح نمودہ اند (علامہ حلبی، ۱۳۸۱، ۲۷۷؛ شبیری زنجانی، ۱۴۱۹، ۳۲۸/۱). با توجہ بہ اینکہ اکثر علما، وی را ثقہ دانستہ اند (نجاشی، ۱۴۰۷، ۱۷۶)، نمی توان بہ صرف واقفی بودن او، از تمامی روایاتش رویگردان شد، بلکہ علی القاعدہ روایات وی موثقہ می باشند. اما این گزارہ، تنها در صورتی صحیح است کہ همچون بسیاری از علما، بہ ثقہ بودن زرعہ قائل شویم، اما حقیقت این است کہ پابندی بہ این نظریہ پرآوازہ، با یک مانع بزرگ

جستارہای

فقہی و اصولی

سال پنجم، شمارہ پیاپی ۱۴

بہار ۱۳۹۸

۱۲۸

روبه‌روست. این مانع، تصریح امام رضا^{علیه السلام} بر تکذیب زرعه است (کشی، ۱۴۹۰، ۴۷۷) که برخلاف نظریه مشهور عالمان مبنی بر توثیق زرعه، ثقه قلمداد کردن او را با چالش مواجه می‌سازد.

اشکال دوم بر دلالت روایت سماعه این است که اساساً تعبیر «سواء فی الدیة» تنها بیانگر تساوی دو لب از حیث اصل وجوب دیه است نه میزان دیه (طوسی، ۱۳۹۰، ۲۸۸/۴). چنین برداشتی حتی اگر در حد یک احتمال باشد، پایه استدلال به روایت مذکور را سست می‌کند (نجفی، ۱۴۰۴، ۲۰۶/۴۳).

۲-۴. نقد ادله نظریه تغلیب

برای بررسی دقیق سه دیدگاهی که ذیل نظریه تغلیب مطرح شده، ضروری است هر یک از آنها به صورت جداگانه مورد تأمل و تدقیق قرار گیرند.

۱-۲-۴. نقد نظریه دوسوم و یک‌سوم

با عنایت به اینکه روایت ظریف تنها از جهتی [دوسوم در لب پایین] موافق با نظریه دوسوم و یک‌سوم است و نمی‌تواند پشتوانه روایی آن به‌شمار آید، ادعای فقیهانی چون شیخ مفید مبنی بر ابتنای نظریه حاضر بر روایاتی از ائمه^{علیهم السلام} (مفید، ۱۴۱۳، ۷۵۵) پذیرفتنی نیست، اما دیگر دلایل اقامه شده، نیازمند بررسی هستند که در ادامه می‌آیند.

الف) کارکرد بیشتر لب پایین

سخن آن دسته از فقیهان که تمسک به کارکرد بیشتر لب پایین را استحسان کرده‌اند (خویی، ۱۴۲۲، ۳۵۴/۴۲؛ روحانی، ۱۴۱۲، ۲۵۶/۲۶؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳، ۴۱۳/۱۵؛ طباطبایی، ۱۴۱۸، ۴۴۵/۱۶)؛ تنها بر مبنای عدم صدور روایاتی که در آنها تعلیل یادشده آمده، صحیح است. از آنجا که برخی از روایات مذکور، معتبر هستند، چنین نقدی پذیرفتنی نیست. لکن آنچه در اینجا به‌عنوان نقد تعلیل حاضر می‌توان گفت این است که بر فرض پذیرش اناطه فزونی دیه بر کارکرد بیشتر لب پایین، هیچ دلیلی بر تعیین میزان و مقدار فزونی مد نظر معتقدان به نظریه دوسوم و یک‌سوم وجود ندارد؛ به عبارت دیگر، درست است که کارکرد بیشتر لب پایین موجب فزونی دیه آن

است (برفرض پذیرش)، اینکه این فزونی، به میزان یک سوم نسبت به لب بالا است، با توجه به عدم وجود نص شرعی، چه دلیلی می‌تواند داشته باشد؟

ب) اجماع

ناگفته پیداست که مطابق با گزارش‌هایی که در این نوشتار از پیشینه فقهی موضوع دیده لب‌ها ارائه شد، حقیقتاً نمی‌توان بر هیچ یک از نظریه‌های مطرح شده در این خصوص، ادعای اجماع کرد؛ زیرا آشکار است که مسئله حاضر به قدری اختلافی است که تاب انعقاد اجماع را ندارد.

۲-۲-۴. نقد نظریه سه‌پنجم و دوپنجم

دلایلی که معتقدان به نظریه سه‌پنجم و دوپنجم اقامه کرده‌اند، علاوه بر روایت أبان، کارکرد بیشتر لب پایین و اجماع بود.

الف) روایت أبان

برخی فقیهان در مقام اشکال بر دلالت روایت أبان آن را بر موضعی حمل کرده‌اند که بین جانی و مجنی علیه تراضی حاصل شده باشد (سبزواری، ۱۴۱۳، ۱۸۴/۲۹)، لکن با عنایت به صراحتی که روایت یادشده دارد، به خصوص تعلیلی که در پی آن آمده، به هیچ وجه چنین حملی مقبول نیست. از حیث سندی نیز بر این روایت اشکال وارد است؛ زیرا در سلسله سند آن، شخصی وجود دارد به نام مفضل بن صالح معروف به اَبی جمیله که وفق آرای عالمان رجال، فردی «ضعیف، کذاب و وضاع الحدیث بوده و طبق نقلی، خود به جعل نامه‌ای به نام محمد بن ابی بکر به معاویه اعتراف کرده است (ابن غضائری، بی تا، ۸۸؛ علامه حلی، ۱۳۸۱، ۲۵۸؛ ابن داود، ۱۳۸۳، ۵۱۸؛ خویی، بی تا، ۱۹/۳۱۳ تا ۳۱۱). حضور چنین شخصی در سند این روایت موجب شده تا فقیهان از این روایت روی گردان شوند و به آن اعتماد نکنند (محقق اردبیلی، ۱۴۰۳، ۳۷۱/۱۴؛ خویی، ۱۴۲۲، ۳۵۵/۴۲؛ مدنی کاشانی، ۱۴۰۸، ۱۹۰).

ب) کارکرد بیشتر لب پایین

در ضمن روایت أبان، علت تفضیل لب پایین بر لب بالا، این گونه بیان شده بود: «لأنَّ السُّفْلَى تُمَسِّكُ الْمَاءَ». اگر این روایت پذیرفته شود، بی آنکه نیاز به استدلال

جستارهای

فقهی و اصولی

سال پنجم، شماره پیاپی ۱۴

بهار ۱۳۹۸

۱۳۰

بر اساس این تعلیل باشد، نظریه تغلیب با خوانش سه پنجم و دو پنجم ثابت می شود و تعلیل مذکور هم به عنوان علت یا حکمت حکم در نظر گرفته می شود. اما اگر روایت أبان به جهت ضعف سندی کنار گذارده شود، کارکرد بیشتر لب پایین به تنهایی، صرفاً می تواند کلیت فزونی دیه لب پایین را به اثبات رساند، اما اینکه میزان این فزونی چقدر است؟ از چنین تعلیلی قابل استنباط نیست؛ بنابراین، تمامی آنچه در نقد استناد به کارکرد بیشتر لب پایین در ضمن نقد نظریه پیشین گفته شد، دقیقاً در اینجا نیز صادق است.

ج) اجماع

چنان که پیش تر گفته شد، اختلافی بودن مسئله دیه لبها به گونه ای است که پذیرش استناد به اجماع را جهت اثبات هر یک از دیدگاهها با چالش مواجه می سازد. همچنین اگر هم اجماعی منعقد باشد، به علت وجود روایت أبان، مدرکی است و از این حیث نیز مردود می باشد.

۳-۲-۴. نقد نظریه دوسوم و نصف

نظریه دوسوم و نصف، متکی بر دو دلیل متفاوت بود؛ نخست روایت ظریف و دیگری کارکرد بیشتر لب پایین.

الف) روایت ظریف

این روایت با سه مشکل روبه روست:

یک: ضعف سندی

روایت ظریف با طرق مختلفی در جوامع روایی شیعه گزارش شده که برخی از طرق آن مبتلا به ضعف شدید است؛ از این رو، گروهی از فقها از این روایت إعراض کرده و از فتوا دادن بر اساس آن خودداری نموده اند (فاضل آبی، ۱۴۱۷، ۶۱۹/۲؛ شهید ثانی، ۱۴۱۰، ۲۰۳/۱۰؛ ۱۴۱۳، ۴۱۴/۱۵ تا ۴۱۵). در همین راستا، شهید صدر، به صورت مبسوط، در ماوراء فقه به نقد این روایت پرداخته و آن را از درجه اعتبار ساقط دانسته است (صدر، ۱۴۲۰، ۳۶۷/۹ تا ۳۵۷).

دو: فزونی دیه معینه از دیه کامل

اگر یک سوم دیه برای لب پایین و نصف دیه کامل برای لب بالا در نظر گرفته شود، دیه مجموع دو لب وفق تمامی نظریات فقهی، به میزان یک ششم از دیه کامل دیه دو لب است، فزونی می‌گیرد. چنین فزونی‌ای، هم فاقد مشروعیت است و هم با اصل برائت در تضاد است (محقق حلی، ۱۴۰۸، ۲۴۷/۴؛ علامه حلی، قواعد، ۱۴۱۳، ۶۷۳/۳؛ شهید ثانی، ۱۴۱۰، ۲۰۹/۱۰؛ محقق اردبیلی، ۱۴۰۳، ۳۷۱/۱۴؛ فاضل هندی، ۱۴۱۶، ۳۴۴/۱۱؛ نجفی، ۱۴۰۴، ۲۰۵/۴۳؛ خوانساری، ۱۴۰۵، ۲۲۷/۶).

سه: تعارض با اخبار

روایت ظریف لااقل با روایاتی که به صورت عام برای هر دو عضو دوتایی بدن، یک دیه کامل در نظر گرفته‌اند یا اخباری که به صورت خاص، دیه دو لب را یک دیه کامل دانسته‌اند، معارض است؛ زیرا وفق این روایت، دیه مجموع دو لب، از یک دیه کامل بیشتر خواهد بود. مضافاً اینکه اگر به روایاتی چون روایت سماعه یا أبان اعتماد شود، این دسته اخبار نیز با روایت ظریف معارض خواهند بود (محقق خویی، ۱۴۲۲، ۳۵۵/۴۲؛ روحانی، ۱۴۱۲، ۲۵۷/۲۶).

ب) کارکرد بیشتر لب پایین

اگر روایت ظریف پذیرفته شود، بی‌آنکه نیاز به استدلال بر اساس این تعلیل باشد، نظریهٔ دو سوم و نصف ثابت می‌شود و تعلیل مذکور هم به‌عنوان علت یا حکمت حکم در نظر گرفته می‌شود. اما اگر این روایت، به هر جهتی کنار گذاشته شود، این دلیل، فارغ از حجیتش، صرفاً می‌تواند کلیت فزونی دیه لب پایین را به اثبات رساند، اما اینکه میزان این فزونی چقدر است، از چنین تعلیلی استنباط نمی‌شود.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال پنجم، شماره پیاپی ۱۴

بهار ۱۳۹۸

۱۳۲

۳-۴. نقد نظریهٔ احتیاطی

چنان‌که پیش‌تر اشاره شد، فتاوای مقرون به احتیاط برخی، «مسامحتاً» در زمرهٔ نظریه‌ها آورده می‌شوند. علاوه بر این مهم، اگر در پرداخت دیه لب‌ها «تصالح» صورت نگیرد، اساساً تعیین مسیری که حقیقتاً همراه با احتیاط باشد، گاه حتی ناممکن جلوه می‌کند؛ زیرا در تعیین میزان دیه پرداختی، دو سوی ماجرا یعنی جانی و مجنی علیه به صورت دو قطب متضاد ایفای نقش می‌کنند که اعمال هر فزونی یا

کاستی در دیه، به سود یکی و به ضرر دیگری خواهد بود؛ لذا اینکه در تعیین دیه، احتیاط به گونه‌ای جریان یابد که هیچ‌یک از طرفین جفایی نکشند، در عمل با چالشی جدی مواجه است. مهمتر اینکه تلفیق دو نظریه با یکدیگر که نتیجه تفکیک فراهای مختلف روایات و مستلزم «بخشی‌نگری» و تفکیک در حجیت آنهاست، آن‌گونه که صاحب ریاض معتقد شده، به نظر نمی‌رسد روش درستی برای جمع میان روایات باب باشد و جانب احتیاط را برآورد.

۵. نظر برگزیده

تأمل و ژرف‌اندیشی در اقوال و ادله‌ای که بیان شد، ما را به نکات زیر رهنمون می‌سازد:

یک: روایات عام مستند نظریه تصیف، تنها زمانی قابلیت استناد دارند که وجود نصّی خاص در خصوص دیه لب‌ها، انکار شود. از میان روایات خاصی هم که هواداران نظریه تصیف به آن‌ها تمسک کرده‌اند، ضعف استناد به روایت زراه از جهت تعین ارجاع ضمیر در آن به «العینین» و نیز نارسایی دلالتی روایت یونس، روشن و هویدا است. در خصوص روایت سماعه نیز هر چند برخی مقصود از «سواء فی الدیه» را همگونی در اصل ایجاب دیه دانسته‌اند، چنان‌که شهید ثانی معتقد شده، حق این است که این فراز، عبارت آخرای تعبیر «سواء فی المقدار» است (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ۱۵/۴۱۲).

بنابراین از حیث دلالتی نمی‌توان خدشه‌ای بر این روایت نمود، لکن ضعف سندی آن که ناشی از حضور زرعه در سلسله سند آن است، قابل اغماض نمی‌باشد. بر این پایه و با توجه به تکذیب زرعه از سوی امام رضا علیه السلام، به نظر می‌رسد به یقین و جزم باید از پذیرش روایات او سر باز زد. نتیجه اینکه از میان مستندات نظریه تصیف، تنها روایات عام قابل رجوع هستند که استناد به آن‌ها نیز منوط به فقدان نصّی خاص است. دو: از میان ادله قائلان به نظریه تغلیب، اجماع، به دلیل عدم تحقق یا مدرکی بودن، به هیچ‌وجه قابلیت استناد ندارد. کارکرد بیشتر لب پایین نیز که در هر سه تفسیر ارائه شده از نظریه تغلیب مورد توجه قرار گرفته، به خودی خود، ارزش اثباتی ندارد

و تنها زمانی قابلیت احتجاج می‌یابد که در عرض یا ضمن یک نصّ معتبر به عنوان تعلیل، مورد اهتمام قرار گیرد. بر این اساس، آنچه در این نظریات، دلیل تعیین کننده به شمار می‌رود، روایات وارده در خصوص دیه لب‌ها و در صورت فقدان، روایات عام کتاب دیات می‌باشند.

سه: از میان دیدگاه‌های مطرح شده ذیل نظریه کلی تغلیب، نظریه دوسوم و یک‌سوم، از آن‌رو که فاقد مستند روایی است، به هیچ‌وجه پذیرفتنی نیست. اما نظریه سه‌پنجم و دوپنجم که متکی بر نص روایت اَبان است، از حیث دلالتی شایستگی استناد را داراست، با این حال، به علت ضعف شدید سندی که حاصل «کذاب و واضع الحدیث» بودن ابی جمیله است، مخدوش به نظر می‌آید. چنین وضعی متکی به اعتقاد برخی معاصران مبنی بر ثقه بودن ابی جمیله (شبییری زنجانی، ۱۴۱۹، ۳/۹۴۷-۹۴۵) بر طرف نمی‌شود؛ زیرا اوصاف طعن آلودی همچون «کذاب و وضاع» بودن که ابن غضائری در توصیف ابی جمیله آورده، تاب انصراف به موارد اختلاف فرقه‌ای یا اعتقادات خاص درون فرقه‌ای را ندارند و روایات او را به طور کلی از درجه اعتبار ساقط می‌سازند. مضافاً اینکه اعتراف ابی جمیله به جعل و وضع نامه معاویه، هر چند ممکن است به یک کنش سلیقه‌ای فروکاسته شود (شبییری زنجانی، ۱۴۱۹، ۳/۹۴۶).

جستارهای
فقهی و اصولی
سال پنجم، شماره پیاپی ۱۴
بهار ۱۳۹۸
۱۳۴

چنین سلیقه نازیبنده و خطرناکی، هر منصفی را در اخذ روایات وی، دل آشوب می‌سازد؛ بویژه در محل بحث ما که این روایت، دارای روایت معارض (روایت ظریف) است.

چهار: مستند اصلی نظریه دوسوم و نصف، روایت ظریف است. این روایت در تهذیب الاحکام، به هفت طریق، در الفقیه، با یک سند و در الکافی، به چهار طریق مختلف گزارش شده است. بررسی‌های دقیق رجالی نشان می‌دهد، از میان این طرق، پنج سند از اسناد تهذیب الاحکام، طریق واحد الفقیه و یک سند از اسناد الکافی، بدون شک، دارای ضعف شدید هستند و فاقد اعتبار قلمداد می‌شوند. در عین حال، دو سند از اسناد تهذیب، و سه سند از اسناد الکافی، صحیح یا موثق قلمداد می‌شوند (بای، ۱۳۹۴، ش ۴۴، ۴۰-۳۵). بدیهی است که به صرف ضعف برخی

از طرق روایت یادشده، نمی‌توان از آن إعراض کرد، زیرا دیگر طرق آن صلاحیت اعتماد را دارا هستند. از این‌رو، بسیاری از فقهای امامیه در طول تاریخ بر اساس مفاد این روایت در خصوص دیه اعضای مختلف، فتوا داده و بدان اعتماد کرده‌اند (نجفی، ۱۴۰۴، ۴۳/۲۰۴، ۲۷۲، ۲۸۰، ۲۶۱؛ حسینی عاملی، بی‌تا، ۱۰/۴۲۹، ۴۳۲، ۴۳۳؛ سبزواری، ۱۴۱۳، ۲۹/۲۴۲ و...). نتیجه اینکه از حیث سندی، روایت ظریف این قابلیت را دارد که تصحیح شده و مبنای عمل قرار گیرد.

آری، ممکن است برخی تعارض‌ها در متن این روایت وجود داشته باشد که با ثبوت صحت صدور حدیث یادشده، متعین است که هر جزء یا گزاره روایت را به‌عنوان روایت مستقل در نظر گرفت و مطابق مرجحات باب تعادل و ترجیح، قسمتی از روایت را بر قسمتی دیگر ترجیح داد (بای، ۱۳۹۴، ش ۴۴، ۴۰). باری، روایت ظریف از حیث سندی، استحکام کافی را داراست و نمی‌توان از این جهت بر آن خرده گرفت.

پنج: اشکال دومی که بر استناد به روایت ظریف وارد می‌شود، فزونی دیه معینه از دیه کامل بود. این اشکال پس از ثبوت صحت صدور روایت ظریف، نمی‌تواند کارگر افتد. با این حال، می‌توان در مقام توجیه آن چنین معتقد شد که ترتب نصف دیه کامل برای لب بالا و دوسوم دیه برای لب پایین هنگامی است که تنها یکی از این دو عضو از بین رفته باشد یا هر دو ضمن دو جنایت متعدّد از بین بروند؛ یعنی یا به‌صورت جداگانه توسط یک نفر، دو جنایت بر لب‌ها وارد آید و یا اینکه لب پایین توسط یک نفر و لب بالا توسط شخصی دیگر، از بین برود. اما اگر در یک جنایت و توسط یک نفر، لب بالا و پایین به‌طور همزمان و با هم از بین بروند همان دیه کامل ثابت است (ابن سعید حلی، ۱۳۹۴، ۱۴۰، عاملی، بی‌تا، ۱۰/۳۹۸؛ خوانساری، ۱۴۰۵، ۶/۲۲۷؛ مدنی کاشانی، ۱۴۰۸، ۱۹۱). این نگره از منطوق روایت ظریف نیز به‌دست می‌آید؛ زیرا در فراز نخستی که در این روایت از دیه لب‌ها سخن گفته شده، تنها به ثبوت هزار دینار (دیه کامل) برای دو لب بسنده شده و تفصیل و تفضیلی در این باره بیان نشده است (طوسی، ۱۴۰۷، ۱۰/۲۹۷). اما در فراز دومی که دیگر بار از دیه لب‌ها سخن به میان آمده، برای لب بالا، نصف دیه کامل و برای لب پایین دوسوم

دیه کامل در نظر گرفته شده است (طوسی، ۱۴۰۷، ۲۹۹/۱۰). مفاد این دو فراز اقتضا دارد که حکم تفضیل و تغلیب را به صورت تعدّد جنایت مربوط بدانیم و حکم عدم تفضیل و تفصیل را به حالت وحدت جنایت. نکته مهم در این باره این است که چون فراز دوم روایت که ناظر بر تفضیل دیه لب پایین است، معلّل به کارکرد بیشتر آن شده، وفق قواعد مسلم فقهی، دست کشیدن از حکم مصرّح آن، بسیار دشوار بلکه ناممکن است.

شش: اینکه صورت فزونی یا کاستی دیه معینه از دیه کامل معطوف به حالت تعدّد جنایت گردد، در فقه و قانون مجازات اسلامی دارای سابقه است و امر غریبی نیست. برجسته‌ترین مصداق آن، دیه پلک‌هاست. آن گونه که صاحب مفتاح‌الکرامه نیز گزارش کرده، وفق نظر أشهر فقیهان، اگر هر چهار پلک در پی ایراد یک جنایت از بین بروند، در مجموع یک دیه کامل به آن‌ها تعلق می‌گیرد، اما اگر به صورت جداگانه یا در ضمن جنایات متعدد از بین بروند، دیه پلک‌های بالایی، یک سوم دیه کامل و دیه پلک‌های پایینی، نصف دیه کامل است (عاملی، بی تا، ۳۸۶/۱۰). روشن است که مجموع این دیات، از دیه کامل به مقدار یک‌ششم کمتر است. جالب این است که مستند این دیدگاه نیز فرازی از روایت ظریف است (طوسی، ۱۴۰۷، ۲۹۸/۱۰) و جالب‌تر اینکه همین نظریه، به نوعی در ماده (۵۹۰) قانون مجازات اسلامی (م ۱۳۹۲) نیز بازتاب یافته است: «دیه مجموع چهار پلک دو چشم، دیه کامل، دیه هر یک از پلک‌های بالا، یک‌ششم دیه کامل و دیه هر یک از پلک‌های پایین، یک‌چهارم دیه کامل است».

در خصوص دیه لب‌ها نیز همین انگاره قابل طرح است؛ با این تفاوت که مجموع دیه پلک‌ها، از دیه کامل کمتر است اما در لب‌ها، مجموع دیه آن‌ها از دیه کامل فزونی می‌یابد. چنین موضعی قاعدتاً مورد انتقاد حقوق‌دانان قرار نمی‌گیرد؛ زیرا ایشان خود بر تعبیدی بودن میزان دیات در این گونه موارد واقف هستند؛ و از این رو، در خصوص توزین دیه پلک‌ها به نحوی که گذشت - هیچ خدشه و اشکالی ندیده‌اند (میرمحمدصادقی، ۱۳۹۲، ۲۲۳/۱)؛ لذا قهراً به علت طبیعت یکسان این احکام، انتظار می‌رود در این خصوص نیز موضعی مشابه اتخاذ نمایند. جالب‌تر اینکه

برخی از حقوقدانان به رغم اعتقاد بسیاری از فقیهان به نظریه تنصیف، دیه لب را به عنوان یکی از استثنائات قاعده اعضای زوج و فرد پذیرفته و بر آن خرده نگرفته‌اند (حاجی‌ده‌آبادی، ۱۳۸۳، ۱۶۰/۲).

نتیجه‌گیری

در قبال از بین بردن هر دو لب در پی جنایتی واحد، یک دیه کامل ثابت است. در این حکم هیچ اختلافی وجود ندارد. اما در اینکه دیه هر یک از لب‌ها به صورت جداگانه چه مقدار است، اختلاف نظر وجود دارد. بسیاری متکی بر نصوص عامی که برای هر یک از اندام جفت بدن، نصف دیه کامل در نظر گرفته‌اند، معتقدند هر یک از لب‌ها، دارای نصف دیه کامل هستند. این گروه، علاوه بر نصوص عام، به برخی روایات خاص نیز تمسک کرده‌اند که ضعف‌های سندی و دلالتی متعدّد، مانع اعتماد به آن‌ها می‌باشد. بدیهی است که اگر وجود روایت خاصی در زمینه دیه لب‌ها تأیید گردد، تمسک به نصوص عامی که منتج به تنصیف دیه هستند، روا نیست. گروهی از فقیهان امامیه با تأکید بر وجود چنین روایات خاصی، دیه لب پایین را بیش از لب بالا دانسته‌اند. ایشان خود به سه دسته مختلف تقسیم می‌شوند. گروهی معتقد به نظریه دوسوم و یک‌سوم شده و برخی میزان دیه را به نحو سه‌پنجم و دوپنجم توزیع کرده‌اند. عده‌ای نیز نظریه دوسوم و نصف را طرح نموده‌اند. از میان این سه باور، دیدگاه دسته نخست به علت فقدان دلیل و نظریه دسته دوم به علت ضعف شدید سند روایت مورد استناد آنان (روایت أبان بن تغلب) و نیز وجود خبر معارض، غیرقابل پذیرش است. اما دیدگاه سوم که برای لب پایین، دوسوم دیه کامل و برای لب بالا نصف دیه کامل در نظر گرفته است، قابل دفاع‌تر و استوارتر به نظر می‌رسد؛ زیرا مستفاد از روایت معتبر ظریف این است که اگر لب بالا و پایین در پی یک جنایت واحد از بین بروند، یک دیه کامل دارند و اگر به صورت جداگانه یا در پی جنایت متعدّد یا توسط دو شخص مختلف از بین بروند، برای لب بالا نصف دیه کامل و برای لب پایین دوسوم دیه کامل ثابت است. بر این پایه، شایسته است، ماده ۶۰۷ قانون مجازات اسلامی در راستای انطباق هر چه بیشتر با موازین فقهی استوار،

بدین شکل تغییر یابد: «از بین بردن دو لب، دیه کامل دارد. دیه لب پایین، دوسوم دیه کامل و دیه لب بالا، نصف دیه کامل است. تبصره: دیه از بین بردن مقداری از لب به نسبت تمام لب سنجیده می شود».

منابع

۱. آبی، فاضل، حسن بن ابی طالب یوسفی، ۱۴۱۷، کشف الرموز فی شرح مختصر النافع، ج ۲، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، سوم.
۲. ابن داود حلّی، حسن بن علی، ۱۳۸۳، رجال ابن داود، تهران، انتشارات دانشگاه تهران.
۳. ابن غضائری، احمد بن ابی عبدالله، بی تا، رجال ابن الغضائری - کتاب الضعفاء، قم، بی تا.
۴. اردبیلی، احمد بن محمد، ۱۴۰۳، مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان، ج ۱۴، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۵. اسکافی، ابن جنید، ۱۴۱۶، مجموعة فتاوی ابن جنید، چاپ اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۶. اصفهانی، فاضل هندی، محمد بن حسن، ۱۴۱۶، کشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ۱۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، اول.
۷. اصفهانی، مجلسی اول، محمد تقی، ۱۴۰۶، روضة المتقین فی شرح من لا یحضره الفقیه، ج ۱۳، قم: مؤسسه فرهنگی اسلامی کوشانپور، دوم.
۸. اصفهانی، مجلسی دوم، محمد باقر بن محمد تقی، ۱۴۰۴، مرآة العقول فی شرح أخبار آل الرسول ﷺ، ج ۲۶، تهران: دار الکتب الإسلامية، دوم.
۹. _____، ۱۴۰۶، ملاذ الأخبار فی فهم تهذیب الأخبار، ج ۱۶، قم: انتشارات کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی، اول.
۱۰. بای، حسینعلی، «تأملی در قاعده دیه شکستگی استخوانها»، ۱۳۹۴، حقوق اسلامی، سال دوازدهم، شماره ۴۴.
۱۱. بغدادی، مفید، محمد بن محمد، ۱۴۱۳، المقنعة (للشیخ المفید)، در یک جلد، قم: کنگره جهانی هزاره شیخ مفید، اول.
۱۲. تبریزی، جواد بن علی، ۱۴۲۸، تنقیح مبانی الأحكام - کتاب الديات، در یک جلد، قم: دار الصدیقة الشهيدة، اول.
۱۳. الجزیری، عبد الرحمن بن محمد عوض، ۱۴۲۴، الفقه علی المذاهب الأربعة، ج ۵،

جستارهای

فقهی و اصولی

سال پنجم، شماره پیاپی ۱۴
بهار ۱۳۹۸

۱۳۸

بيروت، دار الكتب العلمية، الطبعة الثانية.

۱۴. حاجی ده آبادی، احمد، ۱۳۸۳، قاعده ديه اعضا در فقه اماميه و اهل سنت، فقه و حقوق، شماره ۲.

۱۵. حائری، سيد علی بن محمد طباطبائی، ۱۴۰۹، الشرح الصغير في شرح مختصر النافع - حديقه المؤمنين، ج ۳، قم: انتشارات كتابخانه آية الله مرعشي نجفی، اول.

۱۶. —، ۱۴۱۸، رياض المسائل (ط - الحديثة)، ج ۱۶، قم: مؤسسه آل البيت، اول.

۱۷. حجازی، رضا، ۱۳۹۲، آناتومی سر و گردن، تهران، مؤسسه انتشارات دانشگاه تهران، چاپ سیزدهم.

۱۸. حلبی، ابن زهره، حمزة بن علی حسینی، ۱۴۱۷، غنية النزوع إلى علمي الأصول والفروع، در يك جلد، قم: مؤسسه امام صادق، اول.

۱۹. حلبی، ابوالصلاح، تقی الدین بن نجم الدین، ۱۴۰۳، الكافي في الفقه، در يك جلد، اصفهان: كتابخانه عمومی امام امير المؤمنين، اول.

۲۰. حلّی، ابن ادریس، محمد بن منصور بن احمد، ۱۴۱۰، السرائر الحاوي لتحرير الفتاوى، ج ۳، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، دوم.

۲۱. حلّی، جمال الدین، احمد بن محمد اسدی، ۱۴۰۷، المذهب البارع في شرح المختصر النافع، ج ۵، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، اول.

۲۲. حلّی، شمس الدین محمد بن شجاع القطن، ۱۴۲۴، معالم الدین في فقه آل ياسين، ج ۲، قم: مؤسسه امام صادق، اول.

۲۳. حلّی، (علامه)، حسن بن يوسف بن مطهر اسدی، ۱۴۱۰، إرشاد الأذهان إلى أحكام الإيمان، ج ۲، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، اول.

۲۴. —، ۱۳۸۱، رجال العلامة - خلاصة الأقوال. چاپ دوم، نجف اشرف، منشورات المطبعة الحيدرية، دوم.

۲۵. —، ۱۴۱۱، تبصرة المتعلمين في أحكام الدين، در يك جلد، تهران: مؤسسه چاپ و نشر وابسته به وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، اول.

۲۶. بی تا، تحرير الأحكام الشرعية على مذهب الإمامية (ط - القديمة)، ج ۲، مشهد: مؤسسه آل البيت، اول.

۲۷. —، ۱۴۲۱، تلخيص المرام في معرفة الأحكام، در يك جلد، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، اول.

۲۸. —، ۱۴۱۳، قواعد الأحكام في معرفة الحلال و الحرام، ج ۳، قم: دفتر انتشارات

بازاندیشی در مبانی
فقهی ديه لبها
(موضوع ماده ۶۰۷
ق.م.ا): از نظریه تنصیف
تا نظریه تغلیب
۱۳۹

- اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، اول.
۲۹. —، ۱۴۱۳، مختلف الشيعة في أحكام الشريعة، ج ۹، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، دوم.
۳۰. حلی، (فخر المحققین)، محمد بن حسن بن یوسف، ۱۳۸۷، ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد، ج ۴، قم: مؤسسه اسماعیلیان، اول.
۳۱. حلی، محقق، نجم الدین، جعفر بن حسن، ۱۴۱۸، المختصر النافع فی فقه الإمامیه، ج ۲، قم: مؤسسه المطبوعات الدینیة، ششم.
۳۲. —، ۱۴۰۸، شرائع الإسلام فی مسائل الحلال والحرام، ج ۴، قم: مؤسسه اسماعیلیان، دوم.
۳۳. حلی، یحیی بن سعید، ۱۳۹۴، نزهة الناظر فی الجمع بین الأشباه و النظائر، در یک جلد، قم: منشورات رضی، اول.
۳۴. خمینی، سید روح الله موسوی، بی تا، تحریر الوسيلة، ج ۲، قم: مؤسسه مطبوعات دار العلم، اول.
۳۵. خوانساری، سید احمد بن یوسف، ۱۴۰۵، جامع المدارک فی شرح مختصر النافع، ج ۷، قم: مؤسسه اسماعیلیان، دوم.
۳۶. خویی، سید ابوالقاسم موسوی، ۱۴۲۲، مبانی تکملة المنهاج، ج ۲، قم: مؤسسه إحياء آثار الإمام الخوئي، اول.
۳۷. —، بی تا، معجم رجال الحديث و تفصیل طبقات الرجال، ج ۱۹، بی جا، بی تا.
۳۸. درک، ریچارد و همکاران، ۱۳۹۲، آناتومی گری برای دانشجویان، ترجمه: محمد اکبری و همکاران، ج ۳، تهران، انتشارات ابن سینا، چاپ سوم.
۳۹. سبزواری، سید عبدالاعلی، ۱۴۱۳، مهذب الأحكام، ج ۲۹، قم: مؤسسه المنار - دفتر حضرت ایشان، چهارم.
۴۰. سیوری حلی، مقداد بن عبدالله، ۱۴۰۴، التنقیح الرائع لمختصر الشرائع، ج ۴، قم: انتشارات کتابخانه آية الله مرعشی نجفی، اول.
۴۱. شبیری زنجانی، سید موسی، ۱۴۱۹، کتاب نکاح، ج ۱، قم: مؤسسه پژوهشی رأی پرداز، اول.
۴۲. صیمری، مفلح بن حسن، ۱۴۰۸، تلخیص الخلاف و خلاصة الاختلاف - منتخب الخلاف، ج ۳، قم: انتشارات کتابخانه آية الله مرعشی نجفی، اول.
۴۳. —، غایة المرام فی شرح شرائع الإسلام، ج ۴، بیروت: دار الهادي، اول، ۱۴۲۰.
۴۴. طوسی، ابو جعفر، محمد بن حسن، ۱۳۹۰، الاستبصار فیما اختلف من الأخبار، ج ۴، تهران: دار الکتب الإسلامية، اول.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال پنجم، شماره پیاپی ۱۴
بهار ۱۳۹۸

۱۴۰

۴۵. _____، ۱۴۰۷، الخلاف، ج ۶، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، اول.
۴۶. _____، ۱۳۸۷، المبسوط في فقه الإمامية، ج ۸، تهران: المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية، سوم.
۴۷. _____، ۱۴۰۰، النهاية في مجرد الفقه والفتاوى، دريك جلد، بيروت: دار الكتاب العربي، دوم.
۴۸. _____، ۱۴۰۷، تهذيب الأحكام، ج ۱۰، تهران: دار الكتب الإسلامية، چهارم.
۴۹. طوسی، محمد بن علی بن حمزه، ۱۴۰۸، الوسيلة إلى نيل الفضيلة، دريك جلد، قم: انتشارات کتابخانه آية الله مرعشی نجفی (ع)، اول.
۵۰. عاملی، سيد جواد بن محمد حسینی، بی تا، مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ۱۱، بيروت: دار إحياء التراث العربي، اول.
۵۱. عاملی، (شهيد اول)، محمد بن مکی، ۱۴۱۰، اللمعة الدمشقية في فقه الإمامية، دريك جلد، بيروت: دار التراث - الدار الإسلامية، اول.
۵۲. _____، ۱۴۱۴، غاية المراد في شرح نکت الإرشاد، ج ۴، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، اول.
۵۳. عاملی، شهيد ثانی، زين الدين بن علی، ۱۴۱۰، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية (المحشى - كلاتر)، ج ۱۰، قم: کتابفروشی داوری، اول.
۵۴. _____، حاشية الإرشاد، ج ۴، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، اول، ۱۴۱۴
۵۵. _____، مسالك الألفهام إلى تفیح شرائع الإسلام، ج ۱۵، قم: مؤسسة المعارف الإسلامية، اول، ۱۴۱۳
۵۶. عمانی، حسن بن علی بن أبي عقيل، حياة ابن أبي عقيل و فقهه، دريك جلد، قم: مركز معجم فقهی، اول، ۱۴۱۳
۵۷. _____، مجموعة فتاوى ابن أبي عقيل، دريك جلد، قم: اول، بی تا
۵۸. عمیدی، سيد عميد الدين بن محمد، كنز الفوائد في حل مشكلات القواعد، ج ۳، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، اول، ۱۴۱۶
۵۹. فقعی، علی بن علی بن محمد، السدر المنضود في معرفة صیغ النيات والإیقات والعقود، دريك جلد، قم: مكتبة إمام العصر (ع)، العلمية، قم، اول، ۱۴۱۸
۶۰. قمی، سيد صادق حسینی روحانی، فقه الصادق (ع) (للروحاني)، ج ۲۶، قم: دار الكتاب - مدرسه امام صادق (ع)، اول، ۱۴۱۲
۶۱. قمی، صدوق، محمد بن علی بن بابويه، المقنع (للشيخ الصدوق)، دريك جلد، قم: مؤسسه امام هادی (ع)، اول، ۱۴۱۵

بازانديشی در مبانی
فقهی ديه لبها
(موضوع ماده ۶۰۷
ق.م.ا): از نظریه تنصیف
تا نظریه تغليب
۱۴۱

۶۲. _____، ۱۴۱۸، الهدایة فی الأصول و الفروع، در یک جلد، قم: مؤسسه امام هادی علیه السلام، اول، ۱۴۱۸
۶۳. _____، ۱۴۱۳، من لا یحضره الفقیه، ج ۴، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، دوم.
۶۴. کشی، محمد بن عمر بن عبد العزیز، ۱۳۹۰، رجال کشی، مشهد، مؤسسه نشر دانشگاه مشهد.
۶۵. کاشانی، حاج آقا رضا مدنی، ۱۴۰۸، کتاب الدیبات (للمدنی الکاشانی)، در یک جلد، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، اول.
۶۶. کاشانی، محمد محسن فیض، بی تا، مفاتیح الشرائع، ج ۳، قم: انتشارات کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی علیه السلام، اول.
۶۷. کلینی، ابو جعفر، محمد بن یعقوب، ۱۴۰۷، الکافی (ط - الإسلامية)، ج ۸، تهران: دار الکتب الإسلامية، چهارم.
۶۸. کیدری، محمد بن حسین، ۱۴۱۶، إصباح الشیعة بمصباح الشریعة، در یک جلد، قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام، اول.
۶۹. لنکرانی، محمد فاضل موحدی، ۱۴۱۸، تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسیلة - الدیبات، در یک جلد، قم: مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام، اول.
۷۰. مسجر، آتونی، ۱۳۹۵، بافت شناسی پایه، ترجمه: رضا شیرازی و همکاران، چاپ اول، تهران، انتشارات میرماه، اول.
۷۱. میر محمد صادقی، حسین، ۱۳۹۲، جرایم علیه اشخاص، ج ۱، تهران: نشر میزان، چاپ دوازدهم.
۷۲. نجاشی، ابو الحسن احمد بن علی، ۱۴۰۷، رجال النجاشی - فهرست أسماء مصنفی الشیعة، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه.
۷۳. نجفی، محمد حسن، ۱۴۰۴، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، ج ۴۳، بیروت: دار إحياء التراث العربی، هفتم.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال پنجم، شماره پیاپی ۱۴
بهار ۱۳۹۸

۱۴۲

موقعیت توبه در نظام حقوقی کیفر تعزیرات^۱

حمیدرضا زجاجی^۲

محمودالمیر^۳

چکیده

توبه فراتر از یک آموزه دینی، فقهی و اخلاقی به صورت قاعده نظام‌مند در سیاست حقوق کیفری ایران به عنوان یک نهاد تأسیسی - ارفاقی برای اولین بار در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ مطرح شده است. این رویکرد بدیع و تحسین‌برانگیز مقنن در بازگشت داوطلبانه مجرم به اصلاح خود و ترویج عدالت ترمیمی و اصلاحی و کیفرزدایی به جای عدالت تنبیهی با بهره‌گیری از آموزه‌های قرآنی قابل تقدیر است. بررسی مبانی فقهی و نظری راجع به این نهاد ارزشی و تبیین موضع سیاست کیفری ایران بعد از سالیان طولانی راجع به تأثیر توبه در تمامی تعزیرات که بیشترین سهم را بین جرائم دارد، مشخص گردیده است. قانونگذار در جرائم تعزیری با یک رویکرد افتراقی بین انواع و درجات جرائم تعزیری، سه سیستم جداگانه را برحسب نوع و درجه جرائم مورد پذیرش قرار داده است و تأثیر توبه در سقوط یا تخفیف مجازات را به درجه جرم تعزیری از جهت شدت و ضعف

موقعیت توبه در نظام
حقوقی کیفر تعزیرات

۱۴۳

۱. تاریخ دریافت: ۱۳۹۷/۰۹/۲۳؛ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۷/۱۲/۰۹

۲. دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه آزاد اسلامی خوراسگان؛ (نویسنده مسئول)؛ رایانامه: h.zojaji1343@gmail.com

۳. دانشیار حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه آزاد اسلامی خوراسگان؛ رایانامه: dr.malmir1@gmail.com

مجازات و منصوص شرعی یا غیر منصوص بودن تعزیر منوط دانسته است. بررسی موقعیت هشت ماده در قانون مجازات اسلامی راجع به این نهاد ارزشی با تکیه بر مبانی و منابع فقهی در جهت رفع بعضی ابهامات (نظیر محدوده تأثیر سقوط مجازات در تعزیرات منصوص شرعی) و بیان ایرادات و آسیب شناسی (نظیر شرط احراز اصلاح و ندامت توبه کننده برای پذیرش بدون تعیین ضابطه و روشی برای احراز آن) و پیشنهادات کاربردی اصلاحی در جهت تکامل این نهاد، ضرورت مقاله پیش رو را ایجاب کرده است.

کلیدواژه‌ها: توبه، تعزیر منصوص شرعی، تعزیر غیر منصوص شرعی، سقوط مجازات، تخفیف مجازات.

۱. مقدمه

توبه یکی از مباحث مشترک بین علم اخلاق، فقه و حقوق است. فقها با بهره گیری از آیات و روایات، آثار حقوقی توبه را مورد بررسی قرار داده اند. کلمه «توبه» ۸۷ مرتبه در قرآن بیان شده است که از این تعداد ۵۲ مرتبه به انسان نسبت داده شده است. توبه انسان به معنای بازگشت از گناه به منظور آمرزش الهی و زدودن آثار آن است و از انسان، خواسته شده که توبه کند و منظور بازگشت از معصیت و نافرمانی به فرمانبرداری از خداوند متعال است: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا تَوْبُوا إِلَى اللَّهِ تَوْبَةً نَّصُوحًا عَسَىٰ رَبُّكُمْ أَن يُكَفِّرَ عَنْكُمْ سَيِّئَاتِكُمْ﴾ (تحریم ۸). توبه در ۳۵ مورد به خداوند نسبت داده شده است و منظور از آن، بازگشت لطف و رحمت او به سوی انسان، برای زدودن آثار گناهان است. هر دو معنای توبه در این آیه است: ﴿فَمَنْ تَابَ مِنْ بَعْدِ ظُلْمِهِ وَأَصْلَحَ فَإِنَّ اللَّهَ يَتُوبُ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ (مائده/۳۹). توبه امروزه به عنوان یکی از مسائل مهم جرم شناسی در نظام عدالت ترمیمی و عدالت اصلاحی مطرح است که به اصلاح مجرم تأکید دارد و مورد توجه خاص جرم شناسان واقع شده است. نهاد توبه، تأسیسی در حقوق سیاست کیفری اسلام است و در راستای کیفرزدایی و در پرتو جلب همکاری و مشارکت بزهکار در فرآیند مبارزه با بزهکاری پیش بینی شده است. بدون تردید، مؤثرترین راه به منظور نیل به اهداف حقوق جزا، اقدامات

جستارهای

فقهی و اصولی

سال پنجم، شماره پیاپی ۱۴

بهار ۱۳۹۸

۱۴۴

داوطلبانه‌ای است که مجرم بدون احساس اعمال فشار از خارج، برای ترمیم آثار جرم ارتكابی و تغییر مسیر زندگی و اصلاح خویش انجام می‌دهد. قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ در تبعیت از منابع فقهی و موازین شرعی با رویکردی بدیع و نسبتاً بی سابقه و تحسین‌برانگیز، تأثیر کلی یا جزئی نهاد توبه در سقوط واکنش‌های کیفری را مورد توجه قرار داده است. این تأسیس امکان جالب توجهی به منظور اصلاح بزهکار از طریق نوسازگاری داوطلبانه وی فراهم کرده است؛ به طوری که با اظهار توبه و احراز آن، تعقیب یا ادامه پیگرد متهم یا صدور حکم و اجرای مجازات را نسبت به او منتفی می‌سازد.

قانونگذار با تفکیک تأثیر توبه در جرائم مختلف، تأثیر توبه را در سقوط مجازات حدی مورد حکم قرار داده^۱ و در ماده دیگر آن^۲ ضمن تفصیل جرائم تعزیری به اعتبار شدت و ضعف مجازات آن‌ها و با توجه به طبقه‌بندی این نوع از جرائم به تعزیرات منصوص شرعی و غیرمنصوص شرعی، احکام ناظر به تأثیر توبه در تعزیرات غیر منصوص را بیان کرده است؛ به نحوی که در درجاتی، توبه موجب سقوط کیفر قلمداد شده و گاه بر تخفیف آن حکم کرده است.

موقعیت توبه در نظام
حقوقی کیفر تعزیرات

۱۴۵

فقه‌های امامیه تحقیقاتی راجع به سقوط حدود شرعی با توبه بیان کرده‌اند، اما در خصوص تأثیر توبه در تعزیرات به اجمال سخن گفته شده است، درحالی که این موضوع در موقعیت کنونی به جهت کثرت و تراکم جرائم تعزیری از اهمیت بیشتری برخوردار است. عمده جرائم با تنوع مجازات‌ها، جرائم تعزیری هستند و متهمان این نوع جرائم پس از گرفتاری و در فرآیند دادرسی و صدور احکام اظهار توبه و ندامت می‌کنند و تعداد بسیاری از درخواست تجدیدنظرخواهی در محاکم عالی نیز متضمن اعتراف و اظهار ندامت و پشیمانی و اظهار توبه و درخواست پذیرش در این خصوص است. بنابراین، پاسخ صریح و بررسی مبانی فقهی در این خصوص برای قضات محاکم در نظام قضایی بسیار راه‌گشا است.

۱. ماده ۱۱۴ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲

۲. ماده ۱۱۵ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲

۲. ماهیت و مبانی توبه

توبه در لغت از ماده تَب و بَ و به معنای مطلق رجوع و بازگشتن است (ابن فارس، ۱۴۰۴، ۱/۳۵۷) و در اصطلاح به معنای بازگشت و ندامت از معصیت و نافرمانی و رفتارهای خلاف گذشته و حرکت به سوی طاعت و فرمانبرداری از خداوند متعال است. صاحب کتاب احیاء العلوم الدین: توبه را بازگشتن از بی‌راهه و بازآمدن به راه، تعریف کرده است؛ سپس گوید: مراد از آن رجوع و بازگشت از جرم و عصیان به سوی طاعت و فرمانبری است و توبه مرکب از سه چیز می‌باشد: علم به مضرات گناه، ندامت و اراده به عمل (غزالی، ۱۳۱۹، ۳/۴). برخی از فقها حقیقت توبه را ندامت بر گذشته زشت به سبب قبح آن و عزم بر اجتناب از مانند آن در آینده دانسته‌اند (حلی، ۱۳۶۲، ۲۴۲). امام خمینی علیه السلام گوید: بدان که برای توبه کامله ارکان و شرایطی است که تا آن‌ها محقق نشود، توبه صحیحه حاصل نشود. ایشان سپس ندامت و پیشمانی از گناهان و تقصیرات گذشته را رکن رکین توبه می‌داند و در ادامه، بر عزم برای عدم بازگشت، برای همیشه تأکید می‌کند. از نظر ایشان، این دو در حقیقت، محقق اصل توبه و به منزله مقدمات ذاتی آن هستند (خمینی، ۱۴۱۳، ۲۳۵). در واقع، توبه یک تحوّل درونی و حرکت در جهت اصلاح و نوسازی داوطلبانه‌ای است که مبتنی بر معرفت نسبت به زشتی جرم و فساد و ندامت از گذشته، همراه با عزم و اراده پرهیز از زشتی‌ها و تکرار آن جرم‌هاست و ارکان آن بر سه پایه استوار است. یک معرفت، دو ندامت و سه عزم و اراده. معرفت مقدمه است و ندامت ذی‌المقدمه و عزم، ثمره ندامت. برخی علاوه بر ارکان بیان شده انجام عمل صالح را نیز یکی از ارکان توبه برشمرده‌اند و حقیقت توبه را تبدیل رفتار مذموم به اعمال و حرکت پسندیده تعریف کرده‌اند (غزالی، ۱۳۱۹، ۴/۴۰). در توبه، گذشته از ندامت، قصد تقرب الی‌الله نیز لازم است و رأی مشهور آن است که اصلاح رفتار از آثار توبه است و از اجزا و ارکان آن نیست (مقدس اردبیلی، ۱۴۱۶، ۶۹۴؛ نجفی، ۱۹۸۱، ۱۴/۱۱۳).

جستارهای

فقهی و اصولی

سال پنجم، شماره پیاپی ۱۴

بهار ۱۳۹۸

۱۴۶

۳. آثار توبه

کسب طهارت باطنی و سقوط مجازات و عذاب آخروی و بازگشت وصف

عدالت بر شخص نادم، از آثار توبه است. شخص با ارتکاب گناهان و معاصی کبیره، وصف عدالت را از دست می‌دهد و به فسق متّصف می‌گردد؛ در نتیجه، آثاری بر این رفتار مرتکب مترتب می‌شود که از آن جمله استحقاق عذاب اخروی و مجازات دنیوی است. اثر حقوقی گناه نیز آن است که از شخص فاسق، ادای شهادت و گواهی دادن، مقبول نیست. لذا با توبه کردن عذاب اخروی و قسمت زیادی از مجازات‌های دنیوی از بین می‌رود و آثار حقوقی آن حسب مورد با شرایطی در اختیار حاکم است.

در نظام کیفری اسلام این اصل پذیرفته شده است که توبه یکی از عوامل سقوط مجازات است، مگر در موارد استثنایی که باید بررسی شود. این مقاله در مقام پاسخگویی به تأثیر واکنش‌های نهاد توبه در جرائم تعزیری است. اثر توبه نظیر قاعده فقهی «جُب» یکی از این موارد است و باید گفت که «التوبة تجب ما قبلها من الذنوب و المعاصی»، و در روایت آمده است که: «التَّائِبُ مِنَ الذَّنْبِ كَمَنْ لَا ذَنْبَ لَهُ» (حرعاملی، ۱۴۱۳، ۳۵۸/۱۱). نمود عملی و بارز توبه همانا بازگشت عدالت به شخص توبه‌کننده است؛ بنابراین، توبه آثار قبل از توبه را از بین می‌برد و با بازگشت عدالت، قبول شهادت محقق می‌شود؛ چرا که با توبه آثار آلودگی ناشی از گناه زدوده می‌شود و خود توبه ایجاد پاکیزگی می‌کند و دل را به حالت پیش از گناه بر می‌گرداند. خداوند می‌فرماید: «من توبه کنندگان را بسیار دوست می‌دارم» (آل عمران/۱۳۴) این خود یک منت و تفضّل بسیار بزرگی است که خداوند متعال بر بندگان نهاده است و هیچ کس نباید مأیوس از رحمت الهی باشد؛ چرا که این خود، گناه بزرگی است. از امام صادق (ع) چنین سؤال شد که کسی که حدّ الهی بر او جاری شد، آیا شهادتش مقبول است؟ امام (ع) فرمودند: «هنگامی که توبه نماید و توبه او این باشد که از آنچه گفته است برگردد و خودش را نزد امام و مسلمانان تکذیب کند، پس در این هنگام بر امام است که شهادت او را قبول نماید»^۱ (حرعاملی، ۱۴۱۳، ۲۴۵/۲۸). حضرت علی (ع) پس از اقرار شخصی به زنا، قبل از اقامه حد بر او فرمود: «...»

۱. إذا تاب و توبته أن يرجع ممّا قال و یکذب نفسه عند الامام و عند المسلمین، فاذا فعل فإن علی الامام ان یقبل شهادته بعد ذلک (حرعاملی، ۱۴۱۳، ۲۴۵/۲۸).

به خدا قسم توبه او میان خود و خدایش بهتر از اقامه حد از سوی من به اوست» (حرعاملی، ۱۴۱۳، ۳۶/۲۸). پیامبر ﷺ درباره شخصی که نزد آن حضرت اقرار به زنا کرد، فرمود: «اگر گناهش را می‌پوشانید و توبه می‌کرد برای او بهتر بود (حرعاملی، ۱۴۱۳، ۳۷/۲۸). این آثار و آموزه‌ها نشان می‌دهد که جایگاه توبه در سقوط مجازات و برگشت عدالت نشانه وسیله بودن مجازات و اهمیت اصلاح مرتکبان جرائم است.

۴. بررسی مبانی اندیشه‌های فقهی تأثیر توبه در تعزیرات منصوص و

غیرمنصوص شرعی

قبل از بیان اندیشه‌های فقها دو نکته لازم است. نخست اینکه فقهای امامیه، تعزیر را چنین تعریف کرده‌اند: «کُلُّ مَالِهِ عَقُوبَةُ مَقْدَرَةٍ يَسْمَى حَدًّا، وَ مَا لَيْسَ كَذَلِكَ يَسْمَى تَعْزِيرًا» (محقق حلی، ۱۳۸۹، ۹۳۲/۴). همچنین شهید ثانی در کتاب مسالک الافهام گوید: «تعزیر از جهت لغت همان ادب کردن است و از جهت شرع، مجازات یا اهانتی است که غالباً در شرع مقدار آن تعیین نشده است و در جای دیگر گوید: «یعنی اصل در تعزیر تعیین نشدن مقدار آن است و غالباً در مصادیق نیز چنین است؛ اگرچه گاهی در روایات میزان و مقدار تعزیر آمده است (عاملی، ۱۴۱۳، ۳۲۶/۱۴). بیان کلمه «غالباً» در عبارت فوق به این جهت است که این تعریف شامل گناهایی که احیاناً مجازات آن‌ها مشخص شده نیز بشود؛ مانند مباشرت مرد با همسر روزه‌دار خود یا نزدیکی با حیوانات که در شرع مقدس ۲۵ ضربه تازیانه برای آن قرار داده شده است؛ بنابراین، می‌توان گفت تعزیر آن تأدیب و نکوهش یا مجازاتی است که اندازه‌ای برای آن غالباً از طرف شارع مشخص و تعیین نشده است و امر آن بر عهده حاکم گذاشته شده است یا به تعبیر شهید ثانی در کتاب مسالک اصل در تعزیرات، عدم تعیین مقدار معلوم است و غالباً در افراد و موارد آن، مقداری مشخص نمی‌شود. در موارد غیر اغلب که در روایات تعداد ضربات در برخی از موارد تعزیری مشخص شده، به این تعبیر می‌شود که در مواردی که مقدار، تعیین و مشخص شده

جستارهای

فقهی و اصولی

سال پنجم، شماره پیاپی ۱۴

بهار ۱۳۹۸

۱۴۸

است، تعزیر مقدر شرعی یا تعزیر منصوص شرعی است و قید «غالباً» در تعریف شهید ثانی ناظر به همین است.

به علاوه، نکته ظریف این است که باید بین نوع و مقدار تفاوت قائل شد. تعاریف فقها ناظر به مقدار است. صاحب جواهر گوید: تعزیر عقوبتی است که مقدار آن در شرع معین نشده است (نجفی، ۱۹۸۱، ۲۵۴/۴۱)؛ از این رو، رکن اصلی این کیفرها «عدم مقدر بودن» آنهاست و بر این مسئله ادعای اجماع شده است (شیخ طوسی، ۱۴۱۰، ۶۹/۸) و این تعیین نشدن اندازه متفاوت از عدم تعیین «نوع» مجازات است و به تعبیر دیگر، اعم از آن است. بنابراین، چنانچه نوع مجازات مشخص شده باشد و میزان و مقدار دقیق آن تعیین شده باشد یعنی سبب آن معین است و نوع و مقدار نیز تعیین شده است، این تعزیر، مقدر شرعی است. چنانچه «نوع» تعزیر مشخص شده باشد، لکن میزان و مقدار دقیق آن تعیین نشده باشد یا به صورت نسبی (غیر ثابت) باشد، این تعزیر منصوص شرعی است و چنانچه نوع و میزانش مشخص نشده باشد، تعزیر غیر منصوص شرعی است؛ در نتیجه، تعزیر منصوص شرعی و تعزیر غیر منصوص شرعی قسیم و عدل یکدیگرند و تعزیر منصوص شرعی اعم از مقدر و غیر مقدر است. نسبت منطقی بین این دو عموم خصوص مطلق است؛ یعنی اینکه هر تعزیر مقدر یا تعزیر معین، تعزیر منصوص شرعی است، ولی هر تعزیر منصوص شرعی، تعزیر مقدر شرعی نیست. کیفرهای نامعین (تعزیرات) گاهی نوع و میزان آن به طور کلی نامعین است. در این صورت، تعزیر غیر منصوص می باشد و گاهی نوع آن، مشخص و میزان آن نامشخص است که در این صورت، تعزیر غیر مقدر می باشد و گاهی نوع، مشخص و میزان نیز مشخص است که در این صورت تعزیر مقدر می باشد. در دو نوع اخیر، برای حاکم انعطاف کمتری پیش بینی شده است و در مجموع، حاکم با توجه به مصالح فرد و جامعه و مقتضیات زمان و مکان، شدت جرم و سوابق و ویژگی های مجرم، آن مجازات تعزیری را تعیین می کند.

کلمه «منصوص» اسم مفعول از کلمه «نص» است و نص یعنی کلام صریح، شفاف و آشکاری که جز یک معنا از آن استنباط نشود. کلمه «شرعی» در تعزیر منصوص و غیر منصوص قیدی توضیحی است؛ چرا که خود کلمه منصوص ناظر

به شرعی بودن آن است. بنابراین، قید «شرعی» در تعزیر منصوص شرعی یا غیر منصوص شرعی، ناظر به کلمه منصوص یا غیر منصوص است و صرفاً جنبه تشریحی و توصیفی دارد و هر دو قسم مجازات تعزیر، شرعی و الهی و مشروع است. تعریفی در کلام فقهای متقدم از اصطلاح «تعزیر منصوص شرعی» مشاهده نشده است و فقط اشاره‌ای به «تعزیر مقدر» داشته‌اند و بر این مبنا مصادیق اندکی بر شمرده‌اند، لکن این اصطلاح در فقه معاصر مطرح شده است. خلاصه، تعزیر مقدر زیر مجموعه تعزیر منصوص است و تعزیر منصوص اعم از مقدر و غیر مقدر است و به این معناست که برای یک مجازات تعزیری نص وجود دارد نه اینکه مجازات مقدر و معین باشد. نکته دوم اینکه راه‌های اثبات جرائم حدی و تعزیری در دادگاه عبارت است از شهادت، اقرار یا علم قاضی، و تأثیر توبه قبل از اثبات و بعد از اثبات متفاوت است، به جهت مقایسه و مثال؛ چنانچه طریق اثبات در جرم حدی شهادت یا اقرار باشد و اگر، پیش یا پس از اقامه شهادت، شخص مجرم توبه کرده باشد وضعیت متفاوت است. در صورت اول (پیش از شهادت) فقهای امامیه، اتفاق نظر دارند که توبه، حد را ساقط می‌کند. در صورت دوم (بعد از شهادت)، مشهور فقهای امامیه بر این رأی هستند که حد از مجرم ساقط نمی‌شود (نجفی، ۱۹۸۱، ۳۹۴/۴۱) فقهای امامیه درباره حدود به تفصیل سخن گفته‌اند. اما این گفتار راجع به تعزیرات است از بررسی مبانی اندیشه‌های فقهی در خصوص تأثیر توبه در تعزیرات، پنج دیدگاه قابل تصور است.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال پنجم، شماره پیاپی ۱۴

بهار ۱۳۹۸

۱۵۰

اول: تأثیر نداشتن توبه در سقوط مطلق تعزیرات

اصل بر وجوب اجرای تعزیرات به عنوان یکی از کیفرهای اسلامی است و اندازه و مقدار تعزیر، نوع، کیفیت و عفو آن به اختیار حاکم می‌باشد. فقط حاکم با در نظر گرفتن مصلحت می‌تواند کسی را که گناهی کرده و یا واجبی را ترک نموده و مستحق تعزیر شده، عفو کند یا تعزیر را بر وی جاری نماید؛ چه توبه کرده باشد یا نه؛ از این رو، در واقع، توبه هیچ تأثیری در سقوط تعزیر ندارد و همه نقش و تأثیر اصلی برای نظر حاکم است. مؤلف کتاب الحدود چنین آورده است: «...اما

التعزیرات فالظاهر أن أجلها و مقدارها و حدوثها و بقائها بيد الحاكم فله العفو عنها مطلقاً» (منتظری، ۱۴۰۹، ۴۴)؛ اما تعزیرات ظاهر این است که اصل، ایجاد و بقای آن‌ها، در اختیار حاکم است و به‌طور مطلق می‌تواند آن‌ها را عفو کند. بر اساس این نظریه بود که اداره حقوقی در نظریه شماره ۵۴۲۴/۷-۱۵/۸/۱۳۶۳ راجع به اختیار عفو دادگاه در حق الله قبل از ثبوت (با اقرار) به جهت توبه در مورد تعزیرات پاسخ داده بودند که حاکم چنین اختیاری را ندارد (شهری، ۱۳۷۵، ۱۸۴/۱).

نقد نظریه اول

اولاً کیفر تعزیر از حد خفیف‌تر است؛ بنابراین، به قیاس اولویت توبه در مواردی که ساقط‌کننده حد است، ساقط‌کننده تعزیر نیز می‌باشد. فقهای امامیه در مواردی از حدود الغای خصوصیت و تنقیح مناط کرده‌اند و به قیاس اولویت عمل نموده‌اند؛ چرا که ادله ناظر بر سقوط حد با توبه، در خصوص محارب، زانی، سارق و شارب خمر است (حر عاملی، ۱۴۱۳، ۱۸/۳۲۹). و لواط، سحق، قیادت و شرب مسکر را بر اساس همین اولویت و تنقیح مناط به آن‌ها ملحق کرده‌اند و اجماع دارند که حکم توبه در همه این موارد یکسان است (مفید، ۱۴۱۰، ۳۲) در روایت از امام صادق (ع) توبه از شهادت به زور و ناحق را با همان آیه مربوط به قذف که از حدود است مقایسه می‌کند (حر عاملی، ۱۴۱۳، ۲۸/۲۴۴). می‌توان گفت، فقهای امامیه، این وحدت ملاک و تنقیح مناط را از روایات استفاده کرده‌اند.

ثانیاً اطلاق آیات و روایات زیادی بر قبولی توبه از ناحیه خداوند است: «إِنَّ اللَّهَ يَغْفِرُ الذُّنُوبَ جَمِيعًا» و مبنای کیفر تعزیر بر اساس گناه است، یکی از آیاتی که بر سقوط حد به وسیله توبه دلالت دارد، این آیه است: «وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جَزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالًا مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ. فَمَنْ تَابَ مِنْ بَعْدِ ظُلْمِهِ وَأَصْلَحَ فَإِنَّ اللَّهَ يَتُوبُ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ» (مائده/۳۹-۳۸) استدلال این است که خداوند در صدر آیه از کیفر سارق سخن می‌گوید، اما ذیل آن فقط ناظر به سارق نیست؛ لذا بر پایه ظاهر آیه، هرکس پس از ظلم توبه کند، خدا توبه او را می‌پذیرد، چه این ظلم سرقت باشد و چه غیرسرقت. ظلم معنای گسترده‌ای دارد و همه گناهان

تعزیری را نیز شامل می‌شود. دلیل بر این استدلال آن است که در موارد دیگری که توبه پس از ماده ظلم آمده است، بدون اختلاف نظر، ظلم به معنای گناه است (آل عمران/۱۳۵؛ نحل/۱۱؛ اعراف/۱۴۷، ۱۵۴). در این جهت تفاوتی بین توبه از موجب حد و توبه از موجب تعزیر نیست.

ثالثاً قاضی باید بر اساس مصلحت متهم و حقوق او تصمیم بگیرد و طبق عدالت و مصلحت عمل کند. اگر در مواردی برای او ثابت شود که متهم مستحق تعزیر، توبه کرده است، مصلحت در عفو است و این یک مصلحت ملزمه برای اوست و خروج از این موجب سلب عدالت از اوست. با احراز توبه یک حق مکاتبه برای متهم بدست می‌آید و قاضی نمی‌تواند آن را نادیده بگیرد. خلاصه، از مجموع آیات و روایات توبه می‌توان استفاده کرد که در توبه مجرم در مواردی خاص برای اسلام و شخص متهم مصلحت بزرگی نهفته است و باید به آن مصلحت ملزمه و نیز حق مکاتبه تائب توجه کرد.

رابعاً هدف، علت و حکمت تعزیر همانا باز داشتن و منع گناهکار است. چنانچه مجرم توبه کند، دیگر زمینه و موضوعی برای تعزیر نمی‌ماند؛ چرا که هدف از تعزیر ردع و منع گناهکار بوده است؛ لذا وقتی با توبه منع و تنبیه حاصل شد، دیگر جایی برای تعزیر نمی‌ماند و در واقع سالبه بانتفاء موضوع می‌شود. شیخ طوسی در النهایة درباره رباخواری می‌نویسند: «... عوقب علی ذلک حتی یتوب منه» (طوسی، ۱۴۱۰، ۹۷) و شهیدثانی در روضه می‌گوید: «و یُعزَّر کل من ترک واجباً أو فعل محرماً قبل أن یتوب، بما یراه الحاکم...» (عاملی، ۱۴۰۳، ۹/۱۹۳)؛ ... تعزیر می‌شود قبل از اینکه توبه کند. قید «قبل أن یتوب» را شهیدثانی بر کلام شهیداول اضافه کرده است و معنایش این است که اگر مجرم توبه کرده باشد، جایی برای تعزیر نیست؛ چرا که تعزیر قبل از توبه است، نه بعد از آن.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال پنجم، شماره پیاپی ۱۴
بهار ۱۳۹۸

۱۵۲

دوم: تأثیر توبه در سقوط تعزیر بر اساس ادله اثباتی

بر اساس این دیدگاه، تعزیر اعم از منصوص و غیرمنصوص مثل حدود است و ملاک تفاوت در طریق اثبات و نیز قبل یا بعد از دادگاه است؛ یعنی اگر قبل از

اثبات جرم در دادگاه، توبه کند تعزیر از وی مطلقاً ساقط است و اگر پس از اثبات جرم توبه کند، چنانچه راه احراز جرم، شهادت باشد، باید تعزیر جاری شود و اگر احراز جرم با اقرار باشد، قاضی اختیار دارد، اگر مصلحت در تعزیر وی باشد، او را مجازات کند و اگر مصلحت در عفو باشد، او را ببخشد.

شیخ در النهایة گوید: «مَنْ تَابَ مَنْ شَرَبَ الْخَمْرَ وَغَيْرَهُ مِمَّا يُوجِبُ الْحَدَّ وَالتَّأْدِيبَ قَبْلَ قِيَامِ الْبَيِّنَةِ عَلَيْهِ سَقَطَ عَنْهُ الْحَدُّ. فَإِنْ تَابَ بَعْدَ قِيَامِ الْبَيِّنَةِ عَلَيْهِ أُقِيمَ عَلَيْهِ الْحَدُّ عَلَى كُلِّ حَالٍ. وَ إِنْ كَانَ أَقْرَبَ عَلَى نَفْسِهِ وَ تَابَ بَعْدَ الْإِقْرَارِ، جَازَ لِلْإِمَامِ الْعَفْوُ عَنْهُ وَ يَجُوزُ لَهُ إِقَامَةُ الْحَدِّ عَلَيْهِ» (طوسی، ۱۴۱۰، ۹۷). کلمه «حد» در جمله «سقط عنه الحد» اعم از حد و تعزیر است. دلیل دیگر اینکه او این سخن را در باب تعزیرات آورده است و نه حدود و دیگر اینکه واژه «التأديب» در صدر عبارت به کار گرفته شده است که ناظر بر تعزیر است. صاحبان این نظریه گویند که روایات متعددی است که در آنها «حد» به معنای مطلق عقوبت آمده است و شامل تعزیر نیز می‌شود. از امام صادق علیه السلام چنین روایت شده است: «إِنَّ اللَّهَ قَدْ جَعَلَ لِكُلِّ شَيْءٍ حَدًّا، وَ لِمَنْ تَعَدَّى الْحَدَّ حَدًّا» (عاملی، ۱۴۰۳، ۳۱۰/۱۸). و در این روایت، عنوان «حد» بر تعزیر اطلاق شده است. در روایت دیگری از امام صادق علیه السلام آمده است: قال أمير المؤمنين علیه السلام، ليس يصيب أحد حدًا، فيقام عليه، ثم يتوب إلا جازت شهادته» (عاملی، ۱۴۱۳، ۲۸۳). به علاوه در بعضی از روایات، امام علیه السلام ضمن اطلاق «حد» بر تعزیر، حکم و کیفیت توبه از «حد» و «تعزیر» را به گونه‌ای یکسان مقرر می‌دارد و یک آیه از قرآن را بر هر دو مورد حد و تعزیر اطلاق می‌کند. صدوق از امام صادق علیه السلام چنین روایت می‌کند: «إِنَّ شُهُودَ الزُّوْرِ يُجْلَدُونَ حَدًّا لَيْسَ لَهُ وَقْتُ ذَلِكَ إِلَى الْإِمَامِ» (عاملی، ۱۴۱۳، ۲۴۴). ظاهر این حدیث و روایات مشابه آن، دلالت دارد که توبه شاهد دروغگو که استحقاق تعزیر دارد، از جهاتی مانند توبه قاذف بوده و نظیر قذف کننده شهادت وی پس از توبه پذیرفته است و امام علیه السلام همان آیه مربوط به قذف را که از حدود است، بر مورد شهادت زور که از تعزیرات منصوص شرعی است، تطبیق می‌دهد.

خلاصه استدلال این است که عنوان «حد» در روایات موضوع احکام متعددی از

قبیل «الحدود تدرأ بالشبهات» یا «عدم الیمین فی الحدّ» واقع شده است و روایات فوق گویای این است که «حد» به معنای اعم است؛ از این رو، در این احکام تفاوتی میان حد و تعزیر نیست و سقوط حد و تعزیر با توبه در زمره همین احکام است. پس همه ادله‌ای که دلالت بر سقوط حد با توبه می‌کرد، بر سقوط تعزیر با توبه نیز دلالت دارد (موسوی اردبیلی، ۱۴۱۳، ۵۴)؛ چرا که واژه حد، اگر بدون قرینه به کار رود، به معنای حقیقی آن همین معنای مطلق و عام است (حسینی، ۱۳۷۴، ۱۲۵).

نقد نظریه دوم

نتیجه دلیل اول این بود که عنوان «حد» بر اعم از تعزیر و حد در روایات اطلاق شده است، لکن در اینجا مؤثر نیست؛ چرا که در آن موارد قرینه‌ای است که مراد از حد در این موارد همان عقوبت خاص است و نه عقوبت عام. به علاوه، احکام توبه به جز برخی از موارد در روایات بر عنوان کلی حد مترتب نشده است، بلکه بر سرقت، زنا، لواط و شرب خمر مترتب شده است. افزون بر این، در موارد سقوط حد با توبه قرینه، بلکه تصریح داریم که مراد از حد عقوبت خاص است و اثبات استعمال حقیقی «حد» در صورتی که بدون قرینه باشد، بر معنای عام امری دشوار و بدون دلیل است.

جستارهای
فقهی و اصولی
سال پنجم، شماره پیاپی ۱۴
بهار ۱۳۹۸
۱۵۴

سؤم: تأثیر توبه در سقوط تعزیرات

توبه، تعزیراتی را که بر اساس گناهان جعل شده باشند ساقط می‌کند، چرا که دلیلی بر انحصار توبه به جرایم حدّی وجود ندارد و فقط توبه مجرم در حق الناس پذیرفته نمی‌شود، چه پیش از شهادت و اقرار باشد و چه پس از آن. شهید اول در کتاب القواعد و الفوائد می‌نویسد: «فرق دیگر حد با تعزیر این است که توبه به طور مطلق تعزیر را ساقط می‌کند ولی در مورد حد این طور نیست، زیرا سقوط حد با توبه در همه حدود مورد اتفاق نیست، افزون بر این توبه پیش از بیّنه حد را ساقط می‌کند، نه پس از آن» (عاملی، ۱۴۲/۲). در تأیید این نظریه، پاسخ‌هایی مطرح است که در نظریه اول بیان شد.

نقد نظریه سوم

به این نظریه دو ایراد وارد شده است: اول اینکه در این نظر اختیارات مهم قاضی و نقش ویژه آن در تعزیرات ملاحظه نشده است که با ادله «التعزیر بما یراه الحاکم» منافات دارد. دوم آنکه برای اثبات سقوط تعزیر با توبه ظاهراً دلیلی وجود ندارد، زیرا اگر دلیل، روایات توبه است که در خصوص حد آمده است، پس از اقامه بینه و اقرار مجرم را در بر نمی‌گیرد و اگر مراد، روایات عام باب توبه از قبیل: «التَّائِبُ مِنَ الذَّنْبِ كَمَنْ لَا ذَنْبَ لَهُ» (کلینی، ۱۴۰۱، ۲/۴۳۵) است، این روایات ظاهراً به جنبه معنوی و عقاب اخروی منصرف است و نه عقوبت دنیوی (حسینی، ۱۳۷۴، ۱۳۴).

چهارم: تأثیر توبه در سقوط تعزیرات منصوص شرعی

نظر به اینکه تعزیرات منصوص شرعی (اعم از اینکه بر مبنای نص معصوم باشد یا به جهت فقدان شرایط حد و جایگزینی قهری تعزیر) دارای یک سابقه تحریمی است که سپس توسط شارع تجریم شده است و در مقام جرم‌انگاری، نوع مجازاتش توسط شارع منصوص و مشخص شده است. بنابراین، تعزیر منصوص شرعی بسیار شبیه و قرین با حدود شرعی است؛ در نتیجه، اصل بر این است که همان آثار و احکام حدود بر این مصادیق تعزیرات منصوص نیز مترتب می‌شود مگر اینکه دلیل قطعی یا اصول و عموماً دیگری برخلاف آن باشد. در اینجا ادعا این است که همان احکام توبه که بر حدود بار می‌شود بر تعزیر منصوص شرعی نیز بار می‌شود و اصول و عموماًتی برخلاف آن در بین نیست. دلایل این نظریه به اختصار به قرار زیر است:

اول: آیات قرآنی و روایات بسیار زیادی که بر قبولی توبه از ناحیه خداوند وارد شده است؛ نظیر: ﴿وَهُوَ الَّذِي يَقْبَلُ التَّوْبَةَ عَنْ عِبَادِهِ وَيَعْفُو عَنِ السَّيِّئَاتِ وَيَعْلَمُ مَا تَفْعَلُونَ﴾ (شوری/۲۵).

دوم: روایات متعددی که در آن‌ها حد به معنای مطلق عقوبت آمده است و حد شامل تعزیر منصوص نیز است: «إِنَّ اللَّهَ قَدْ جَعَلَ لِكُلِّ شَيْءٍ حَدًّا، وَ لِمَنْ تَعَدَّى

الْحَدَّ حَدًّا» (عاملی، ۱۴۰۳، ۳۱۰/۱۸) یا روایتی که صدوق از امام صادق علیه السلام نقل کرده است: «إِنَّ شَهْوَةَ الزُّورِ يُجْلَدُونَ حَدًّا لَيْسَ لَهُ وَقْفٌ ذَلِكَ إِلَى الْإِمَامِ وَ يُطَافُ بِهِمْ حَتَّى يَعْرِفَهُمُ النَّاسُ وَ قَوْلُهُ عَزَّ وَ جَلَّ - وَ لَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَ أَوْلَيْكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا قُلْتُ بِمِ تَعْرِفُ تَوْبَتَهُ قَالَ يُكَذِّبُ نَفْسَهُ عَلَى رُءُوسِ الْأَشْهَادِ حَيْثُ يُضْرَبُ وَ يَسْتَعْفِرُ رَبَّهُ عَزَّ وَ جَلَّ فَإِنْ هُوَ فَعَلَ ذَلِكَ فَتَمَّ ظَهَرَتْ تَوْبَتُهُ» (حرّ عاملی، ۱۴۱۳، ۴۲۲/۲۸). ظاهر این حدیث و روایات مشابه آن، دلالت دارد که توبه شاهدِ دروغگو که استحقاق تعزیر دارد، از جهاتی مانند توبه قاذف بوده و نظیر قذف کننده شهادت او پس از توبه پذیرفته می شود و حضرت همان آیه مربوط به قذف را که از حدود است، بر مورد شهادت زور، که از تعزیرات منصوص شرعی است، تطبیق می کند؛ نتیجه اینکه تعزیر منصوص خود نوعی محدودیت و حدی از تعزیر است که از ناحیه شارع تعیین شده است.

سوم: یکسان بودن وحدت ملاک حدود و تعزیرات که با الغای خصوصیت و تنقیح مناط، به دست می آید که حکم حد و توبه مثل حکم تعزیر و توبه است (نجفی، ۱۹۸۱، ۲۵۹/۱).

چهارم: موضوع اولویت است مبنی بر اینکه اجماع بر این است که تعزیر عقوبتی است سبک تر از حد و آنچه مسقط حد باشد، به طریق اولی مسقط تعزیر نیز هست (نجفی، ۱۹۸۱، ۲۵۸/۴۱).

پنجم: امر به توبه به عنوان یک واجب عقلی ارشادی یا شرعی، مستلزم تأثیر پذیری آن است؛ زیرا امر به چیزی که اثری بر آن مترتب نباشد، بی فایده و لغو و از حکیم به دور است.

ششم: توجه به اهداف و فلسفه تعزیر که به منظور بازداشتن و رد و منع گناهکار است و با توبه دیگر موضوعی باقی نمی ماند که موجب تعزیر شود؛ چرا که آن فرد گناهکار سابق، دیگر تبدیل به شخص بی گناهی شده است و تعزیر شخص بی گناه، عقلاً و شرعاً جایز نیست و از عدالت به دور است و سالبه بانتفای موضوع است. بنابراین، از مجموع این دلایل، این نظریه تقویت می شود که در موارد تعزیر منصوص شرعی با توبه مجازات ساقط می شود و مؤید این دلایل اصول دیگری نظیر اصل عدم

جستارهای

فقهی و اصولی

سال پنجم، شماره پیاپی ۱۴

بهار ۱۳۹۸

۱۵۶

سلطنت افراد بر یکدیگر و در نتیجه عدم تجویز تعزیر است. دلیل مؤید دیگر قاعده درء است که طبق آن تعزیر جایز نیست. خصوصاً اینکه قاعده درء برتری بر اصل استصحاب عدم توبه به جهت تقدّم و تفوّق اماره بر اصل عملی دارد و همچنین اصل تفسیر مضیق در مجازات که از اصل برائت گرفته شده، مؤید دیگری است. ترجیح خطا در عفو بر عقاب اصل دیگری است و همچنین اصل صحت و اصل ما لا یعلم الا من قبله، مؤیدات دیگری در پذیرش توبه در همه موارد تعزیر منصوص شرعی هستند.

پنجم: عدم تأثیر توبه در سقوط تعزیرات غیر منصوص شرعی (حکومتی) و

حقوق مردم

مصادیق عمده تعزیرات غیر منصوص (چه بر مبنای حق الناس باشد یا بر مبنای حکومت و مصلحت و حقوق جامعه یا بر مبنای بازدارندگی از مفاسد) موجب نمی‌شود که با توبه مجرم، آن تعزیر معاف و ساقط گردد؛ چرا که در خصوص حق الناس باید گفت که اگر مرتکب جرم دارای جنبه حق الناسی باشد، مانند: ایراد ضرب و جرح یا توهین و سایر جرائم قابل گذشت (ماده ۱۰۴ ق.م.ا. و مجرم توبه نماید، توبه او موجب سقوط تعزیرش نمی‌گردد (حلبی، ۱۳۶۲، ۴۲۰)، خواه قبل از اثبات جرم باشد و خواه بعد از آن، مورد تعزیر با شهود ثابت شده باشد یا با اقرار. در تمام این موارد، استیفای تعزیر یا عدم آن مربوط به نظر صاحب حق است، چنان که در این موارد حتی با عفو حاکم هم ساقط نمی‌شود.

در مورد توبه محارب که به اجماع فقها، سبب سقوط مجازات می‌گردد، جنبه حق الناسی در آن با توبه از بین نمی‌رود (مقدس اردبیلی، ۱۴۱۶، ۱۳/۲۹۸). مستند این نظریه سیره عقلاست؛ چرا که این حق دیگری است و به تشخیص عقل، تصمیم در مورد آن حق، به صاحب حق وابسته است. به علاوه، روایات متعددی در این خصوص وارد شده است (عاملی، ۱۴۱۳، ۱۸/۴۵۴)؛ بنابراین، چنانچه حق الناس در بین باشد، در هیچ صورتی به مجرد توبه مرتکب، توبه ساقط‌کننده مجازات نیست. تعزیر بر مبنای حکومت و مصلحت و نظم عمومی نیز با توبه ساقط نمی‌شود؛ چرا که

این نیز از حقوق حاکمیت است و به میزان اثر آن جرم بستگی دارد که نظم عمومی را مختل کرده است.

منظور از تعزیر بر مبنای حکومت، آن مجازاتی است که به وسیله حاکم اسلامی به معنای عام کلمه، یعنی پیامبر ﷺ، امام ﷺ و در زمان غیبت، فقیه جامع الشرایط (ولی فقیه) یا مجلس قانون گذاری برای تخلف از اموری که مخالفت با آنها بر خلاف مصالح و نظم عمومی مملکت است، وضع و اعمال می شود، گرچه ممکن است این امور با عنوان اولی حتی حرام شرعی نیز نباشد؛ نظیر قوانین گمرکی، تخلفات راهنمایی و رانندگی، مقررات ورود و خروج از کشور و... و هیچ عقل سلیمی این را نمی پذیرد که در تمامی مواردی که جنبه عمومی و حاکمیتی دارد، با توبه مجازات ساقط شود. بر این اساس، حتی در مواردی توبه موجب سقوط مجازات حدی در خصوص زنا قبل از اثبات جرم یا به سبب اقرار حتی پس از اثبات جرم هم می شود، لکن مقنن به جهت اهمیت جرایمی که از نوع زنا و لواط به صورت عنف، اکراه یا اغفال بزه دیده انجام گرفته، در تبصره ماده ۱۱۴ ق.م.ا. مقرر کرده است که در صورت توبه مرتکب، مجازات اعدام از او ساقط شود و او به حبس یا شلاق تعزیری درجه شش یا هر دو محکوم گردد. قانونگذار به جهت حتمیت و تأثیرگذاری و بازدارندگی از چنین جرایم و مفساسدی این مجازات جایگزین را به رغم توبه مرتکب، پیش بینی کرده است.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال پنجم، شماره پیاپی ۱۴

بهار ۱۳۹۸

۱۵۸

۵. جایگاه توبه در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲

قانون نسبت به تأثیر توبه در جرایم تعزیری، با یک رویکرد افتراقی بین انواع و درجات جرایم تعزیری، سه سیستم جداگانه را بر حسب نوع و درجه جرایم، مورد پذیرش قرار داده است. تأثیر توبه به درجه جرم تعزیری از جهت شدت و ضعف مجازات و منصوص شرعی یا غیرمنصوص بودن تعزیر بستگی دارد.

ماده ۱۱۵- درباره جرایم تعزیری درجه شش، هفت و هشت، چنانچه مرتکب توبه نماید و ندامت و اصلاح او برای قاضی محرز شود، مجازات ساقط می شود و در سایر جرایم موجب تعزیر دادگاه می تواند مقررات راجع به تخفیف مجازات را

اعمال نماید.

تبصره یک: مقررات راجع به توبه درباره کسانی که مقررات تکرار جرائم تعزیری در مورد آنها اعمال می‌شود، جاری نمی‌گردد.

تبصره دو: اطلاق مقررات این ماده و همچنین بند (ب) ماده (۷) و بندهای (الف) و (ب) ماده (۸) و مواد (۲۷)، (۳۹)، (۴۰)، (۴۵)، (۴۶)، (۹۳)، (۹۴) و (۱۰۵) این قانون، شامل تعزیرات منصوص شرعی نمی‌شود.

باید گفت تبصره دو با متن خود ماده قرابت و انطباقی ندارد و عملکرد مقنن در تبصره به گونه‌ای است که مراد و منظور مقنن را برای مجریان قانون در هاله‌ای از ابهام قرار داده است؛ به عبارت دیگر، ظاهر تبصره به گونه‌ای تنظیم شده است که بسیاری از خوانندگان قانون و حتی برخی از شارحان آن تصور کرده‌اند که مقنن در این تبصره، شمول توبه را همچون سایر نهادها و تأسیس‌های موضوع مواد یادشده، در آن تبصره از منصوصات شرعی منع کرده است و اساساً توبه را در تعزیرات منصوص شرعی نپذیرفته است، در حالی که قطعاً مراد و منظور مقنن این نبوده است و صرفاً خواسته است که آن اطلاق، محدود شود و اینکه توبه در تعزیرات منصوص شرعی تابع احکام خاص خودش است؛ به عبارت دیگر سایر جرایم تعزیری (درجات یک تا پنج) توبه موجب تخفیف مجازات آنها می‌شود و نیز اطلاق حکم مندرج در تبصره یک این ماده مبنی بر «تکرار مانع بهره‌برداری از آثار توبه است» از شمول تعزیرات منصوص شرعی خارج است و توبه در آنها تابع احکام خاص خود می‌باشد. از منطوق ماده ۱۱۵ ق.م.ا. می‌توان گفت که تأثیر توبه در جرائم تعزیری به سه گروه ذیل تقسیم شده است:

۱. جرایم تعزیری که مجازات آنها در قوانین مختلف تا دو سال حبس پیش‌بینی شده است، در درجه تعزیرات شش و هفت و هشت هستند. در این گونه جرایم، توبه تأثیرگذار و ساقط‌کننده مجازات تعزیری است. مقنن در این قسم جرایم تعزیری شدت و ضعف مجازات‌ها را نشانه گرفته است. مقنن مجازات جرایم درجه شش و هفت و هشت را سبک و ضعیف فرض کرده است و توبه را تأثیرگذار در سقوط آن مجازات‌ها می‌داند و در صورت احراز توبه مرتکب، قاضی دادگاه باید به استناد این

ماده ناظر به بند ج ماده ۱۳ ق.ا.د.ک قرار موقوفی تعقیب صادر نماید.

۲. جرایمی که مجازات آن‌ها در قوانین مختلف برای آن‌ها بیش از دو تا بیست و پنج سال حبس پیش‌بینی شده است و در درجه یک تا پنج هستند. در این گونه جرایم توبه تأثیرگذار در حد تخفیف‌دهنده مجازات است و مجازات را اساساً ساقط نمی‌کند. این قسم جرایم در نظر مقنن، از مجازات سنگین و شدید برخوردار هستند و حاکمیت به این نوع جرایم اهمیت و حتمیت بیشتری قائل است و تأثیر توبه در حد نسبی و مخفف است و قاضی دادگاه می‌تواند در صورت احراز توبه مرتکب به استناد این ماده و با رعایت ماده ۳۷ ق.م.ا. مجازات مرتکب را تخفیف دهد.

۳. جرایمی که به عنوان تعزیرات منصوص شرعی شناخته می‌شوند. این نوع تعزیرات منصوص شرعی به مثابه حدود شرعی هستند و ملاک تأثیر توبه مرتکب، به زمان توبه قبل از اثبات جرم و یا بعد از اثبات جرم و نحوه و طریق اثبات جرم بستگی دارد. چنانچه توبه مرتکب، قبل از اثبات جرم باشد، توبه مؤثر و مجازات تعزیری منصوص شرعی را ساقط می‌کند و لو اینکه مجازات تعزیری، حبس بیش از دو سال (درجه پنج و...) باشد و چنانچه توبه مرتکب بعد از اثبات و از طریق شهود باشد، در این موقعیت، توبه تأثیرگذار نیست و مجازات تعزیری منصوص شرعی ولو اینکه حبس کمتر از دو سال پیش‌بینی مقنن باشد، ساقط نمی‌گردد و چنانچه توبه مرتکب پس از اقرار او در دادگاه باشد، در این موقعیت دادگاه می‌تواند عفو مجرم را توسط رییس قوه قضائیه از مقام رهبری درخواست کند؛ چه این امر از اختیارات رهبری نظام است و چنانچه اثبات جرم تعزیری منصوص از طریق علم قاضی باشد و سپس مرتکب توبه کند، مقنن تکلیف آن را مشخص نکرده است. دو احتمال یعنی ملحق کردن علم به بینه و ملحق کردن به اقرار، محتمل است، لکن در مجموع با عنایت به قاعده درء و اصل تفسیر به نفع متهم و تفسیر مضیق و اصل ترجیح خطا بر عفو بر خطا در مجازات، شایسته است که علم را ملحق به اقرار کنیم و توبه مرتکب را مؤثر در مقام بدانییم و او را از مجازات تعزیری منصوص معاف نماییم.

در اینجا لازم است نسبت به کوتاهی مقنن به عدم تصریح راجع به توبه مرتکب در جرائم تعزیری که مشمول حق الناس و جرایم قابل گذشت هستند، با توجه به

ملاک ماده ۱۱۶ قانون مجازات اسلامی که بیان کرده که دیه، قصاص، حد قذف و محاربه با توبه ساقط نمی‌گردد و نیز تبصره دو ماده ۱۱۴ این قانون، چنین اظهار نظر کرده که در این موارد، توبه مرتکب، موجب سقوط مجازات نخواهد شد و فقط با تأمین رضایت دارنده این حق که صاحب حق می‌باشد، مجازات مرتکب ساقط می‌گردد و کلید این تأثیرگذاری در سقوط مجازات در دست صاحب حق است. البته در صورت عدم حصول رضایت و با فرض احراز توبه مرتکب، قاضی نیز اختیار در تخفیف مجازات او را در حد تقلیل یا تبدیل دارد. بنابراین، توبه مرتکب چنانچه راجع به موارد منصوص شرعی باشد به مثابه حدود شرعی باید عمل کرد و اصل، سقوط مجازات تعزیری است و چنانچه راجع به تعزیر غیر منصوص باشد باید حسب درجات جرم تعزیری و ملاحظه مرز و جدایی بین درجه پنجم و ششم از جهت عدم سقوط و سقوط مجازات عمل کرد و چنانچه تعزیر بر مبنای جرایم قابل گذشت و حق الناسی باشد، اصل بر عدم تأثیر در سقوط مجازات و متوقف بر ادای حقوق مردم است.

ایراد دیگر به مقنن در این بخش، عدم تصریح راجع به جرایم تعزیری قابل گذشت، مصادیق مندرج در ماده ۱۰۴ ق.م.ا. است که از مصادیق حق الناس محسوب می‌شود. مقنن در ماده ۱۱۵ این قانون به نحو اطلاق راجع به تأثیر توبه حسب درجات جرایم سخن گفته است، بدون اینکه تفکیکی بین حق الله و حق الناس قائل شود و این با ضوابط و لزوم عدم تأثیر توبه در تعزیرات در موارد حق الناس تعارض دارد. به موجب اطلاق این ماده، توبه در کلیه جرایم درجه ششم و هفت و هشتم موجب سقوط مجازات است در حالی که بنا بر قواعد پذیرفته شده در فقه امامیه، پذیرش توبه در حقوق الناس، متوقف بر جلب رضایت بزه‌دیده است، خواه قبل از اثبات جرم باشد و خواه بعد از آن و خواه مورد تعزیر با بینه شرعیه ثابت شده باشد یا با اقرار یا با علم. در تمام این موارد استیفای تعزیر یا عدم آن به صاحب حق مربوط است و عفو حاکم موجب سقوط مجازات نخواهد شد. در کلیه تعزیرات منصوص شرعی که بر مبنای حق الناس هستند، به صرف توبه مرتکب تعزیر ساقط نمی‌شود و حتماً جلب رضایت بزه‌دیده لازم است؛ بنابراین، نمی‌توان قائل به این شد که به

مجرد توبه چنین مرتکبی، مجازاتش ساقط یا تبدیل یا تخفیف یا سایر نهادهای ارفاقی در باره او اعمال خواهد شد؛ بنابراین، شرط تأثیر توبه برای سقوط مجازات تعزیری آن است که رضایت و گذشت صاحب حق را کسب نماید. اگر مجرم نسبت به معاصی دارای جنبه حق الناسی، ضمن اظهار ندامت و پشیمانی و تصمیم جدی بر ترک آن در آینده، رضایت صاحب حق را نیز جلب نماید، چنین توبه‌ای موجب سقوط تعزیر می‌گردد؛ لذا با توجه به اهمیت حق الناس در فقه و قانون و جلوگیری از تعارض در توجیه و تفسیر قوانین، این قید در ماده ۱۱۵ قانون مجازات اسلامی یا ماده ۱۱۶ پیشنهادی اضافه می‌شود که توبه در جرایم قابل گذشت نیز موجب سقوط مجازات نمی‌شود و به این ترتیب ماده پیشنهادی این قید نیز اضافه می‌گردد که «به غیر تعزیرات منصوص شرعی و جرائم قابل گذشت در جرائم تعزیری درجه شش تا هشت، مجازات ساقط و در سایر درجات موجب تخفیف آن می‌گردد.» و یا در تبصره ۲ ماده ۱۱۵، باید این گونه نگارش شود: «در جرایم تعزیری منصوص شرعی، در صورت احراز توبه مجازات ساقط می‌شود مگر آنکه جرم تعزیری از مصادیق حق الناس باشد» (توجهی، ۱۳۹۳، ۱۷۱).

جستارهای
فقهی و اصولی
سال پنجم، شماره پیاپی ۱۴
بهار ۱۳۹۸
۱۶۲

۶. ادعای احراز توبه و اصلاح

آیا احراز توبه به صرف ادعای مجرم، یعنی با اظهار لفظی او کافی است یا خیر؟ به نظر می‌رسد صرف ادعا یا اظهار لفظی کافی نباشد و بر این اساس نیز قانونگذار صرف اظهار یا ادعای توبه مرتکب را کافی ندانسته است، بلکه قاضی را مکلف کرده است تا چنانچه مرتکب توبه نماید، توبه و ندامت و اصلاح او را احراز نماید. از آیات قرآن مجید و روایات و فتاوی فقها نیز همین امر برداشت می‌شود که از هر یک این دلایل به یک نمونه اکتفا می‌شود. خداوند در سوره مائده آیه ۳۹ می‌فرماید: ﴿... فَمَنْ تَابَ مِنْ بَعْدِ ظُلْمِهِ وَأَصْلَحَ فَإِنَّ اللَّهَ يَتُوبُ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ و نیز در سوره انعام آیه ۵۴، سوره فرقان آیه ۷۰، مریم آیه ۶۰، طه آیه ۸۲... شاهد کلمه «أصلح» است که بعد از ظلم و نافرمانی آمده است.

امام صادق علیه السلام در روایتی می‌فرماید: «اگر خود را اصلاح کرد و کار نیک از او

صادر شده است حد بر او جاری نمی‌شود»^۱ و در ادامه امام علیه السلام حتی زمان نیز برای این امر تعیین می‌کند و می‌فرماید: چنانچه پنج ماه یا کمتر از ارتکاب جرم به وسیله وی گذشته باشد و کار نیک از او صادر شود، هیچ حدی بر او جاری نمی‌شود^۲ (حرّ عاملی، ۱۴۱۳، ۳۲۷).

شیوه عقلایی و رعایت مصالح اجتماعی و جلوگیری از سوء استفاده از این آموزه دینی و اخلاقی همین امر را اقتضا می‌کند و این توبه و اصلاح توسط دادگاه از طریق ادله قانونی یا ادله معنوی باید احراز شود. صدر ماده ۱۱۷ ق.م.ا به این مطلب تصریح کرده است و گوید: «توبه، اصلاح و ندامت وی باید احراز گردد و به ادعای مرتکب اکتفا نمی‌شود». نکته دیگر راجع زمان و مکان اثبات توبه است و اینکه منظور از اثبات جرم زمانی است که ادله معتبر شرعی نزد قاضی رسیدگی کننده مطرح شده و قاضی علم به خلاف آن‌ها پیدا نکند (ماده ۱۶۱ ق.م.ا) و اینکه مکان احراز توبه باید در دادگاه باشد و حتی در صورت توبه مجرم در مرحله تعقیب، کیفرخواست وی باید صادر شود و توبه وی باید در مرحله رسیدگی دادگاه احراز گردد.

۷. نتیجه گیری

موقعیت توبه در نظام حقوقی کیفر تعزیرات

۱۶۳

مبانی پنج دیدگاه بیان گردید. یکی از مباحث مهمی که تاکنون پژوهشی در خصوص آن صورت نگرفته، راجع به توبه در تعزیرات منصوص شرعی است بیان شد که این نوع تعزیرات منصوص شرعی به مثابه حدود شرعی هستند و ملاک تأثیر توبه مرتکب، بستگی به زمان توبه قبل از اثبات جرم و یا بعد از اثبات جرم و نحوه و طریق اثبات جرم دارد. چنانچه توبه مرتکب، قبل از اثبات جرم باشد توبه موثر و مجازات تعزیری منصوص شرعی را ساقط می‌کند حتی اگر مجازات تعزیری، حبس بیش از دو سال (درجه یک تا پنج) باشد و چنانچه توبه مرتکب بعد از اثبات و از طریق شهود باشد در این صورت، توبه تأثیرگذار نیست و مجازات تعزیری منصوص شرعی یعنی حبس اگر کمتر از دو سال پیش‌بینی مقنن باشد، ساقط نمی‌گردد و چنانچه

۱. إِذَا صَلَحَ وَ عُرِفَ مِنْهُ أَمْرٌ جَمِيلٌ لَمْ يُقَمَّ عَلَيْهِ الْحَدُّ

۲. لَوْ كَانَ خَمْسَةَ أَشْهُرٍ أَوْ أَقَلَّ وَ قَدْ ظَهَرَ مِنْهُ أَمْرٌ جَمِيلٌ لَمْ يُقَمَّ عَلَيْهِ الْحُدُودُ

توبه مرتکب پس از اقرار او در دادگاه باشد در این موقعیت دادگاه می‌تواند عفو مجرم را توسط رییس قوه قضائیه از مقام رهبری درخواست کند و این از اختیارات رهبری نظام است. چنانچه اثبات جرم تعزیری منصوص از طریق علم قاضی باشد و سپس مرتکب توبه کند، مقنن تکلیف آن را مشخص نکرده است. در این صورت، دو احتمال ملحق کردن علم به بینه و ملحق کردن علم به اقرار وجود دارد، لکن در مجموع با عنایت به قاعده درء و اصل تفسیر به نفع متهم و تفسیر مضیق و اصل ترجیح خطا بر عفو بر خطا در مجازات، شایسته است که علم را ملحق به اقرار کنیم و توبه مرتکب را مؤثر در مقام بدانیم و او را از مجازات تعزیری منصوص معاف نماییم. در مورد تعزیر غیر منصوص، توبه در سقوط مجازات به جز حق الناس و حق حکومت، مؤثر است.

منابع

• قرآن کریم

• قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، به کوشش دکتر هوشنگ شامبیانی، تهران: مجمع علمی و فرهنگی مجد.

۱. این ادريس، حلی. (۱۴۱۰ ق)، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، قم: مؤسسه النشر الاسلامی التابعة لجماعة المدرسين بقم.

۲. این فارس، احمد. (۱۴۰۴ ق)، معجم مقایس اللغة، ۶ مجلد، قم: دفتر تبلیغات اسلامی.

۳. الجبعی العاملی، زین الدین. (شهید ثانی)، (۱۴۰۳ ق)، الروضة البهیة (شرح لمعه)، ۱۰ مجلد، با تصحیح محمد کلاتر، بیروت: دار احیاء التراث.

۴. توجهی، عبدالعلی. (۱۳۹۳)، آسیب شناسی قانون مجازات اسلامی، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضائیه.

۵. حسینی، سیدعلی. «توبه و سقوط تعزیر»، مجله دین و ارتباطات، زمستان ۱۳۹۴، شماره ۲، ۱۱۹-۱۳۸.

۶. حرّ عاملی، محمد. (۱۴۱۳ ق). وسایل الشیعة، ۲۰ مجلد، با تصحیح ربانی شیرازی، بیروت: دار احیاء التراث العربی.

۷. حلبسی. ابوالصلاح. (۱۳۶۲). الکافی فی الفقه، ترجمه رضا استادی، اصفهان: کتابخانه

جستارهای

فقهی و اصولی

سال پنجم، شماره پیاپی ۱۴
بهار ۱۳۹۸

۱۶۴

امیرالمؤمنین: 

۸. حلّی، جعفر بن حسن. (۱۳۸۹). شرایع الاسلام، نجف اشرف، مطبعة المعارف.
۹. خمینی، روح الله. (۱۴۱۳ ق). چهل حدیث، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
۱۰. شهری، غلامرضا، ستوده (سروش). (۱۳۷۵). نظریه‌های اداره حقوقی قوه قضائیه در مسائل کیفری، جلد دوم، تهران: انتشارات روزنامه رسمی.
۱۱. طوسی، محمدبن الحسن. (۱۴۱۰ ق). النهایة، قم: انتشارات قدس محمدی.
۱۲. غزالی، محمد. (۱۳۱۹). احیاءالعلوم، بیروت، مؤسسه الرساله.
۱۳. کلینی، محمدبن یعقوب. (۱۴۰۱ ق). الکافی، بیروت: دارالصعب و دارالتعارف.
۱۴. مجلسی، محمدباقر. (۱۳۶۸). حدود و قصاص و دیات، قم: موسسه نشر آثار اسلامی.
۱۵. محمد بن نعمان (شیخ مفید). (۱۴۱۰ ق). المقنعه، قم: موسسه النشر الاسلامی.
۱۶. محقق اردبیلی، احمد. (۱۴۱۶ ق). مجمع الفائدة و البرهان، قم: انتشارات جامعه مدرسین.
۱۷. محقق حلّی. (بی تا). شرایع الاسلام، کتاب الحدود و التعزیرات، ۴ مجلد، قم: دارالهدی.
۱۸. المکی العاملی، محمد. (بی تا)، القواعد و الفوائد، ۲ مجلد، با تحقیق دکتر سید عبدالهادی الحکیم، قم: مکتبه المفیده.
۱۹. منتظری، حسینعلی. (۱۴۰۹ ق). الحدود، قم: انتشارات دارالفکر.
۲۰. موسوی اردبیلی، سید عبدالکریم. (۱۴۱۳ ق). فقه الحدود و التعزیرات، قم: انتشارات کتابخانه امیرالمؤمنین .
۲۱. نجفی، محمد حسن. (۱۹۸۱ م). جواهرالکلام فی شرح شرایع الاسلام، ۴۳ مجلد، بیروت: داراحیاء التراث العربی.

موقعیت توبه در نظام
حقوقی کیفر تعزیرات

۱۶۵

تحلیل تفکیک بین محاربه و افساد فی الارض در نظام کیفری جمهوری اسلامی ایران با تکیه بر قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲^۱

تحلیل تفکیک بین
محاربه و افساد
فی الارض در نظام
کیفری جمهوری
اسلامی ایران با تکیه بر
قانون مجازات اسلامی
مصوب ۱۳۹۲
۱۶۷

امیر حمزه سالارزائی^۲
جمیله افروشته^۳

چکیده

از آنجا که تصویب قوانین و مقررات جدید به جد نیاز به پالایش و تنقیح دارد و ضرورت واکاوی این قوانین برکسی پوشیده نیست؛ مقاله پیش رو نقد مبنایی بر حکم کیفری محاربه و افساد فی الارض وارد کرده است. پرسش اصلی پژوهش این است که به چه دلیل پدیده مجرمانه محاربه و افساد فی الارض با دو عنوان مجرمانه مستقل، جرم انگاری شده است؟ فرضیه این پرسش چنین است که بر اساس اصل چهارم قانون اساسی به نظر می رسد جرم انگاری مستقل دو عنوان مذکور بدون وجهت متقن می باشد. نتیجه اینکه «انما» ی حصر در آیه محاربه و «واو» عطف و نیز وحدت فاعل در «یُحاربون» و «یسعون» و رویه

۱. تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۰۸/۲۰؛ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۷/۰۷/۱۲.

۲. استاد تمام فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشگاه سیستان و بلوچستان، ایران (نویسنده مسئول)، رایانامه: amir_hsalar@theo.usb.ac.ir

۳. دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشگاه سیستان و بلوچستان، ایران، رایانامه: N_afroushte@pgs.usb.ac.ir

تفسیر قوانین به نفع متهم و همین طور آرای بسیاری از فقها و در نهایت جمع‌بندی روایات باب محاربه جملگی اقتضای این را دارد که محاربه و افساد فی الارض از یک حکم برخوردار گردند و آن هم به تناسب پدیده مجرمانه می‌باشد.

کلید واژه‌ها: محاربه، افساد فی الارض، عدالت کیفری، دلیل، مجازات، جرم‌انگاری.

مقدمه

قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ کیفرها را بر چهار بخش مجزا تقسیم کرده و نخستین بخش آن بعد از تصویب کلیات در قالب مبادی جزای اختصاصی، به حدود اختصاص یافته است. از فقهای قدیم شیعه تا فقهای جدید و معاصر، هیچ کدام بین حکم کیفری محارب و مفسد فی الارض، آن هم در فهرست حدود، تفکیکی قائل نشده‌اند و حدّ مجزایی برای هر یک از آن دو عنوان ذکر نکرده‌اند (ر.ک شیخ مفید، ۱۴۳۰، ۸۰۲؛ خویی، ۱۳۹۵، ۱/ ۳۱۸). در بسیاری بلکه در همه آثار فقهی در دسترس، محاربه و افساد فی الارض با تکیه بر آیه محاربه، یک مقوله و یک عنوان کیفری تلقی شده است. پرسش اصلی و اساسی مقاله پیش رو این است که با چه توجیه شرعی این دو عنوان کیفری (محاربه و افساد فی الارض) از یکدیگر جدا شده است؟! از سوی دیگر، در صدر ماده ۲۷۹ قانون مجازات اسلامی، قانونگذار محاربه را چنین تعریف می‌کند: محاربه عبارت از کشیدن سلاح به قصد جان، مال یا ناموس مردم یا ارباب آنهاست به نحوی که موجب نا امنی در محیط گردد. به نظر می‌رسد این تعریف قانون‌گذار از محاربه به دقت فقهی - حقوقی اشکال دارد، چرا که از غالب فقهای که محاربه را تعریف کرده‌اند، چنین تعریفی با قیود یادشده ملاحظه نگردید. فقها با کمی اختلاف در تعبیر، محاربه را اصطلاحاً چنین معرفی کرده‌اند: «کلّ من جرّد السلاح لإخافة الناس؛ هرکس که به قصد ترساندن مردم سلاح بکشد محارب است» (طوسی، ۱۴۲۴، ۳۲/۶، حلی، ۱۴۰۳، ۴/ ۷۵۴، ۹۵۸؛ خویی، ۱۳۹۵، ۳۱۸).

دو مناقشه اساسی در وضع مواد قانونی ذیل محاربه و افساد فی الارض وجود

دارد:

جستارهای

فقهی و اصولی

سال پنجم، شماره پیاپی ۱۴

بهار ۱۳۹۸

۱۶۸

۱. تفکیک عنوان محاربه و افساد فی الارض در مجازات بدون مبنای قرآنی -
روایی و حتی فتوایی.
۲. تخییر قاضی در اعمال یکی از مجازات‌های چهارگانه مندرج در ماده ۲۸۲ ق.م.ا بدون ذکر عبارت ذیل که می‌تواند قانون را به تناسب عدالت کیفری، شفاف سازد. عبارت تکمیل‌کننده این است که: «تخییر قاضی در اعمال یکی از مجازات‌های چهارگانه با لحاظ تناسب جرم و مجازات». در این مقاله برای نخستین بار عمدتاً با تکیه بر دقت‌ها و ظرافت‌ها و قواعد مسلم ادبی موجود در مفاد آیه محاربه، مواد قانونی مصوب ذیل عنوان «محاربه و افساد فی الارض» مورد ارزیابی و مناقشه قرار می‌گیرد.

۱- مفاهیم کلیدی

چند واژه در این مقاله به لحاظ قلمرو معنایی، تأثیرگذار است که در اینجا به تعاریف اصطلاح آن می‌پردازیم:

جرم

ماده ۲ ق.م.ا. مصوب سال ۱۳۹۲ ش مقرر داشته است: «هر رفتاری اعم از فعل یا ترک فعل که در قانون برای آن مجازات تعیین شده است، جرم محسوب می‌شود». مبنای قرآنی این تعریف آیه ﴿وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّىٰ تَبْعَثَ رَسُولًا﴾ (اسراء/۱۵) قاعده عقلی قبح عقاب بلا بیان است.

مجازات

واکنش آزردهنده و محدودکننده شخص بزهکار از سوی جامعه در قالب قانون و به تناسب بزه صورت گرفته، مجازات اطلاق می‌گردد. اصل ۳۶ ق.ا. اصل قانونی بودن مجازات‌ها را چنین بیان می‌کند: «حکم به مجازات و اجرای آن باید تنها از طریق دادگاه صالح و به موجب قانون باشد». یکی از حقوقدانان معاصر مجازات را این گونه معرفی می‌کند: «مجازات (Punishment) = عقوبت مشقتی است که قانون بر متخلفان در امور کیفری تحمیل می‌کند؛ مانند حبس و اعدام و جزای نقدی» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱، ۴/۳۲۱۶).

تحلیل تفکیک بین
محاربه و افساد
فی الارض در نظام
کیفری جمهوری
اسلامی ایران با تکیه بر
قانون مجازات اسلامی
مصوب ۱۳۹۲
۱۶۹

انواع مجازات

در یک تقسیم‌بندی کلی، مجازات‌ها به چهار بخش تقسیم شده است؛ حدود، تعزیرات، قصاص و دیات. (ر.ک محقق حلی، ۱۴۰۳، ۹۳۲/۴، ۹۷۱ و ۱۰۱۶).

۲- پیشینه

بر اساس استقرایی که صورت گرفت، هیچ کدام از فقهای سلف و معاصر سه عنوان محاربه و افساد فی الارض و بغی را ذیل سه عنوان حدی ذکر نکرده‌اند (ر.ک شیخ مفید، ۱۴۳۰، ۸۰۴ و ۸۰۵؛ شیخ طوسی، ۱۴۲۴، ۳۵۵/۱ و ۳۲/۶؛ ابن‌ادریس، بی تا، ۵۰۵/۳؛ محقق حلی، ۱۴۰۳، ۹۳۲/۴؛ شهید اول و ثانی، ۱۴۱۰، ۲۹۰-۲۹۳؛ خویی، ۱۳۹۵، ۳۱۸/۱؛ موسوی خمینی، ۱۳۸۴، ۲/۶۲۲). پژوهشی با عنوان مقاله مورد تحقیق، به‌ویژه با نقادی دقیق پیرامون مبنای جرم‌انگاری محاربه و افساد فی الارض با نگاهی به قانون مجازات ۱۳۹۲ و مواد قانونی مرتبط نیز مشاهده نگردید.

۳- بیان محلّ نزاع

قانون‌گذار جمهوری اسلامی که طبق اصل چهارم قانون اساسی، باید تمام مقررات مصوّب آن بر اساس فقه اسلام^۱ باشد، معلوم نیست بر چه اساسی دو عنوان مجرمانه مستقل تحت عنوان محاربه - موضوع ماده ۲۷۹ ق.م.ا. و افساد فی الارض - موضوع ماده ۲۸۶ قانون مذکور - را جرم‌انگاری کرده است؟! لابد یک توجیه آن اینکه در آیه شریفه دو فعل مضارع با معنای متفاوت یکی «یُحَارِبُونَ» و دیگری «یَسْعُونَ فی الارض فساداً» باشد ذکر گردیده؛ پس در رفتار متفاوت‌اند و بالتبع در مجازات کم و بیش تفاوت دارند. یکی محارب است که چهار مجازات را به تناسب یدک می‌کشد و دیگری افساد فی الارض است که تنها یک مجازات و آن هم اعدام را متحمل می‌شود.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال پنجم، شماره پیاپی ۱۴

بهار ۱۳۹۸

۱۷۰

۱. کلیه قوانین و مقررات مدنی، جزایی، مالی، اقتصادی، اداری، فرهنگی، نظامی، سیاسی و غیر این‌ها باید بر اساس موازین اسلامی باشد. این اصل بر اطلاق یا عموم همه اصول قانون اساسی و قوانین و مقررات دیگر حاکم است و تشخیص این امر بر عهده فقهای شورای نگهبان است.

۴- محاربه و افساد فی الارض

اولین ماده قانونی که در نظام جمهوری اسلامی محاربه و افساد فی الارض را با چهار تبصره بیان می‌کند، ماده ۱۹۶ قانون حدود و قصاص مصوب ۱۳۶۱/۷/۲۰ می‌باشد: «هر کس که برای ایجاد رعب و هراس و سلب آزادی و امنیت مردم دست به اسلحه ببرد محارب می‌باشد». در تبصره ۴ ذیل همین ماده مقرر گردیده بود: «هر فرد یا گروه که برای مبارزه با محاربان و از بین بردن فساد در زمین دست به اسلحه ببرد محارب نیست». قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰/۱۲/۲۶ نیز در تعریف محارب و مفسد فی الارض تعریفی شبیه قانون حدود و قصاص (فوق‌الذکر) دارد. ماده ۱۸۳ همین قانون مقرر داشته است: «هرکس که برای ایجاد رعب و هراس و سلب آزادی و امنیت مردم دست به اسلحه ببرد محارب و مفسد فی الارض می‌باشد». (ر. ک همدمی خطبه‌سرا، ۷۸/۱۳۹۵). چنان که دیدیم، قانونگذار ۱۳۶۱ و ۱۳۷۰ یک عنوان مجرمانه به نام، «محارب» و یا به دقت بیشتر «محارب مفسد»، را جرم‌انگاری می‌کند، اما متأسفانه به‌رغم سیاست جرم‌زدایی، یک عنوان به سه عنوان با مجازات‌های نسبتاً متفاوت، زیر عنوان‌های، محارب، مفسد فی الارض و بغی جرم‌انگاری می‌گردد و احتمال مجازات اعدام افزایش پیدا می‌یابد که خدشه‌ناپذیرست؛ چراکه محارب عنصر معنوی جرم و افساد فی الارض و بغی، عنصر مادی جرم محاربه به‌شمار می‌روند و سه حدّ مستقل به آن‌ها اختصاص یابد، دادن با سیاست کیفری اسلام چندان سازگار به نظر نمی‌رسد.

تحلیل تفکیک‌بین
محاربه و افساد
فی الارض در نظام
کیفری جمهوری
اسلامی ایران با تکیه بر
قانون مجازات اسلامی
مصوب ۱۳۹۲
۱۷۱

۵- عناصر دخیل در صدق محاربه و خدشه بر آن

لام موجود در «إخافة الناس» در اصطلاح فقیهان و ادیبان، لام تعلیل خوانده می‌شود؛ یعنی کشیدن سلاح برای ترساندن و ناامن کردن مردم. پس در عنصر معنوی جرم که همان قصد إخافه است، اگر قید دیگری جایگزین شود (چنان که در صدر این ماده جانشین شده و گفته شده به قصد جان، مال، یا ناموس مردم...) و صف مجرمانه محاربه صدق نمی‌کند، چرا که صدق و تحقق معلول به تحقق علت آن است. در کتاب مغنی اللیب برای لام جازه بیست و دو معنا ذکر شده که

آنچه مناسب اینجاست (إخافة الناس)، مورد ششم یعنی لام قصد و تعلیل می باشد (ابن هشام، بی تا، ۲۰۹/۱). بدیهی است در این حالت، در رسیدگی قضایی کیفری، نخست باید عنصر روانی یا معنوی به طور شفاف احراز شود تا بعد به سراغ عنصر مادی و قانونی برویم، مگر اینکه متهم از مجرمان حرفه‌ای و جرم او مادی محض باشد و احراز عنصر معنوی از گفتار خود او سخت گردد که در این صورت، عنصر مادی آشکار به عنوان امارهٔ بین، عنصر معنوی او را در قالب سوء نیت عام و خاص کاملاً مفروض گرداند. پس شایسته بود صدر ماده چنین تقریر می شد که محاربه عبارت است از کشیدن سلاح به قصد ترساندن مردم.

بنابراین، قصد جان، مال یا ناموس مردم با تعریف جمهور فقها از جرم محاربه سازگار به نظر نمی رسد. دلیل بر مدعا نظر فقیهان برجسته‌ای چون صاحب جواهر است که ایشان ماهیت محاربه را «قصد الإخافة»، می داند به گونه‌ای که اگر شخص قصد اخافه نداشته باشد محارب نیست اگر چه خوف نیز ایجاد شده.^۱ اما چنان که صدر ماده یادشده (۲۷۹ق.م.ا.) نشان می دهد، توجه اولیه و اساسی در عنصر معنوی، اخافهٔ مردم نیست، بلکه قصد جان، مال یا ناموس و... موضوع اولیه و از عناصر اصلی است. در پاسخ به یک استفتا از یکی از مراجع تقلید چنین آمده است: «علاوه بر عنوان سلاح در بسیاری از روایات و فتاویٰ فقها عنوان «إخافة الناس» نیز مشاهده می شود، به این معنا که قصد اخافه نیز باید احراز شود، حتی اگر خوف محقق شده باشد ولی قصد آن احراز نشود، نمی توان محاربه را به کسی نسبت داد (منتظری، بی تا، ۵۲۰/۲). خدشه دیگر اینکه، قید «در محیط» مبهم است چرا که این محیط می تواند در یک فضای بسیار کوچک مانند یک کوچه کوتاه و بن بست هم صدق کند یا در محیط بازار مرکزی یک کلان شهر هم باشد؛ لذا قید مذکور لازم به ذکر نبوده و بهتر بود قانونگذار صدق اخافهٔ مردم و محیط اجتماعی را به عرف واگذار می کرد. می دانیم عرف غالب در هر جامعه‌ای، برای تعیین حد و مرز موضوعات، یک مقیاس و قانون نانوشته تلقی می گردد.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال پنجم، شماره پیاپی ۱۴

بهار ۱۳۹۸

۱۷۲

۱. «... المدار فی المحاربه علی قصد الإخافة، فلو اتفق خوفهم منه من غیر ان یقصدہ فلیس محارب، کما انه محارب مع القصد المزبور و ان لم یحصل معه خوف منه» (نجفی، ۱۴۲۲، ۳۱۱/۵).

۶- مهمترین مبنای جرم‌انگاری محاربه

بارزترین آیه در قرآن، که به موضوع محاربه پرداخته و مبنای اولی و اساسی جرم‌انگاری محاربه قرار گرفته، آیه سسی و سوم سوره مائده می‌باشد. تقریباً در همه روایاتی که در جوامع حدیثی، به‌ویژه وسائل الشیعه آمده،^۱ به این آیه استناد شده است. پس بهترین نقد بر مواد قانونی مصوب و مورد بحث (۲۷۹-۲۸۷ ق.م.ا.)، تکیه بر مفاد این آیه شریف می‌باشد: که نصّ آیه چنین است: ﴿إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خِلَافٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ ذَلِكَ لَهُمْ خِزْيٌ فِي الدُّنْيَا وَلَهُمْ فِي الْآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ﴾ (مائده/۳۳): «همانا کیفر آنان که با خدا و رسول به جنگ برخیزند و در زمین به فساد کوشند جز این نباشد که آنها را به قتل رسانده، یا به دار کشند و یا دست و پایشان به خلاف یکدیگر بپُرند و یا به نفی و تبعید از سرزمین (صالحان) دور کنند. این ذلت و خواری عذاب دنیوی آنهاست و اما در آخرت به عذابی بزرگ معذب خواهند بود».

۷- دلالت سیاقی آیه مذکور و اثر آن

مدعای ما در عدم وجاهت تفکیک مجازات محاربه و افساد فی الارض به دو نکته ادبی مهم بر می‌گردد که متأسفانه هنگام وضع قانون مورد توجه دقیق قرار نگرفته است؛ یکی کلمه حصر «انما» و دیگری فقدان موصول در صدر صله «يسعون في الارض فساداً» می‌باشد.

بیان مطلب این است که آیه با «انما» آغاز می‌شود و حصر (قصر) خبر را برای مبتدا می‌رساند. حال با این بیان، این آیه مجازات‌های چهارگانه برای محارب و مفسد می‌باشد نه محارب تنها یا مفسد فی الارض به تنهایی؛ لذا تفکیک دو عنوان محارب و مفسد از سوی قانونگذار موجب کنار گذاشتن این حصر می‌گردد که توجیه ناپذیر است.

۱. چنانچه خواننده محترم به ابواب حدّ المحارب کتاب وسائل الشیعه در جلد ۱۰/۱۵۴-۱۶۱ مراجعه نماید، در می‌یابد که از حدیث شماره ۳۴۸۳۱ تا حدیث ۳۴۸۶۲ که تمامی احادیث محاربه درج گردیده، به کرات به آیه مذکور استناد داده شده است.

«یسعون فی الارض فساداً» طبق قواعد مسلّم ادبی و دستوری، با حرف عطف «واو» معطوف بر «یحاربون الله» شده است؛ چنان که در یکی از منابع معتبر ادبی، یعنی اعراب القرآن الکریم آمده است: «و یسعون، عطف علی یحاربون» (محلّی الدین الدریش، ۱۴۲۸، ۲/۲۱۹). این بدین معناست که دقیقاً هر حکمی که برای «یحاربون» بار می‌شود، برای «یسعون فی الارض فساداً» هم بار می‌شود. توضیح بیشتر اینکه کیفر کسانی که با خدا و رسول خدا ﷺ می‌جنگند و در زمین به فسادگری می‌کوشند، جز این نیست که یا کشته شوند یا به دار کشیده شوند، یا یک دست و یک پای آن‌ها برخلاف یکدیگر بریده شود یا از جایی که هستند، به جای دیگر تبعید گردند. وقتی مجازات محارب، به‌عنوان معطوف علیه و متبوع، حکم آن منحصرأ یکی از مجازات‌های مذکور است، چگونه ممکن است حکم تابع آنکه «یسعون فی الارض فساداً» است، چیز دیگری باشد؟! عطف به حروف یا همان عطف به نسق، یکی از توابع پنج‌گانه محسوب می‌گردد که وقتی با واو، فاء و ثمّ عطف می‌گردد، دو تشریح و پیوستگی بین تابع و متبوع صورت می‌گیرد؛ یکی در لفظ که همان اعراب است و دوم اتحاد و پیوستگی در حکم، یعنی نمی‌توان در حکم بین آن دو تفکیک کرد و گرنه فلسفه عطف نقض می‌شود.

جستارهای
فقهی و اصولی
سال پنجم، شماره پیاپی ۱۴
بهار ۱۳۹۸

۱۷۴

در تأیید بیان بالا دو متن از قواعد عربی را از منابع معتبر ذکر می‌کنیم:

۱. در شرح ابن عقیل آمده است: «حروف العطف علی قسمین: احدهما ما یشرک المعطوف مع المعطوف علیه مطلقاً، ای لفظاً و حکماً و هی الواو نحو جاء زید و عمرو و ثم نحو جاء زید ثم عمرو و الفاء نحو جاء زید فعمرو... دَلّ ذلك علی اجتماعهما فی نسبة المجرئ الیهما» (ابن عقیل، ۱۳۸۴، ۲/۲۲۵-۲۲۶). در مثال ذکر شده حکم آمدن بین معطوف و معطوف علیه یکی است.

۲. در کتاب نحوی معروف «البهجة المرضیه فی شرح الألفیه» در باب عطف به واو آمده است: «فاعطف بواو لاحقاً فی الحکم نحو و لقد ارسلنا نوحاً و ابراهیم»: (سیوطی، ۱۲۹۷، ۱۶۴، چاپ سنگی)؛ یعنی حضرات نوح و ابراهیم: با یک کارکرد که همان رسالت است، فرستاده شدند. در کتاب الهدایة فی النحو هم با کمی تغییر در الفاظ با همین معنا چنین آمده است: «المعطوف بالحروف تابع، نُسب الیه ما نسب

الی متبوعه و کلاهما مقصودان بتلك النسبه... و حکم المعطوف هو حکم معطوف علیه فی جمیع الاحکام» (جمعی از نویسندگان، ۱۴۱۳، ۱۰۱-۱۰۲). معطوف و معطوف علیه به سبب واو عطف در همه احکام یکسان اند. علاوه بر عطف، از کلمه «انما» هم استفاده شده که یکسانی حکم دو عنوان را تأکید و منحصر می کند.

در این آیه، «جزاء» در «انما جزاء الذین..» مبتدأست و خبر آن این بخش از آیه است که می فرماید: «أن یقتلوا او یصلبوا.. ینفوا من الارض». دو جمله متتابع «یحاربون» و «یسعون» هم که صله موصول اند و محلی از اعراب ندارند. از باب عطف وقتی جزای محاربان یکی از مجازات های مندرج در آیه به تناسب جرم آنها می باشد، دقیقاً همین مجازات ها برای «یسعون فی الارض فساداً» هم خواهد بود، نکته بسیار زیبا و ظریف اینکه، صدر صله «یسعون فی الارض فساداً» موصولی به عنوان «الذین» هم تکرار نشده و این امر وابستگی و اتحاد دو حکم محاربه و افساد فی الارض را دو چندان می کند و می فرماید: «لذین یحاربون الله ورسوله ویسعون فی الارض فساداً» و فرموده «و الذین یسعون فی الارض» فساداً تا اندک شبهه ای برای استقلال حکم افساد فی الارض از محاربه پیدا نشود. در یکی دیگر از منابع معتبر فقهی چنین آمده است: «من شهر السلاح لإخافة الناس من المسلمین فهو محارب مفسد سواء كان فی بڑ او بحر، مصر او غیره» (جزائری، بی تا، ۸۸): چنانچه کسی برای اعراب مردم مسلمان سلاح بکشد، او محارب مفسد است، خواه عمل ارتکابی او در خشکی باشد یا در دریا، در شهر باشد و یا در بیرون شهر. چنان که ملاحظه می شود، مجازات یاد شده در آیه، حکم محارب مفسد است نه هر یک به تنهایی.

دو تن از مراجع معاصر تقلید نیز، محارب و مفسد را در مجازات کنار هم ذکر می کنند و مجازات های چهارگانه آیه شریفه را نسبت به آنها تجویز می کنند و می فرمایند: این قبیل افراد چنانچه بالغ، عاقل و توانا باشند و با آلت کشنده و به قصد ترساندن و بهم زدن نظم و افساد و اختلال اجتماع با کشتن و ترور اشخاص یا غارت اموال مردم، علناً به آنها حمله و یورش آورند، مفسد و محارب هستند و تحت عنوان محارب و مفسد، مجازات می شوند و احتیاط این است که مجازات هر مفسد و محاربی متناسب با جرم او باشد (لنکرانی، ۱۴۲۸، ۲/۴۴۲). مرحوم بهجت هم مفسد

تحلیل تفکیک بین
محاربه و افساد
فی الارض در نظام
کیفری جمهوری
اسلامی ایران با تکیه بر
قانون مجازات اسلامی
مصوب ۱۳۹۲
۱۷۵

و محارب را (از باب عطف) در کنار هم با یک حکم قضایی ذکر می کند (ر.ک بهجت، ۱۴۲۶، ۳۸۸/۵) مرحوم منتظری می نویسد: «إذا شهر الانسان القادر العاقل سيفه او سلاحاً آخر لإخافة الناس و الاخلال بالنظم الاجتماعي او هجم على الناس علناً لاغتيال اشخاصهم أو الاغارة اموالهم فهو محارب و مفسد (منتظری، ۱۴۱۳، ۵۵۷). ایشان در جای دیگر در پاسخ به یک استفتا این دو عنوان را در قالب یک عبارت می آورد و می نویسد: هر چند بر همه افراد محارب، مفسد نیز صادق است... (منتظری، بی تا، ۵۲۲/۲). رییس اسبق قوه قضائیه با فقاہت و تجربه چندین ساله در مقام قاضی القضاة و سپس در جایگاه مرجعیت می نویسد: «قد علم مما ذكرنا أنّ المقصود منهما (محاربة و افساد في الارض) هو امر واحد يعبر عنه بتعبيرين كما هو الظاهر عن عطف الثاني على الاول بـ و» (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۷، ۴۹۸/۳). در ادامه، ایشان از قول برخی فقهای سلف از جمله سلار بن عبدالعزیز دیلمی می نویسد: «و المجردّ للسلاح في أرض الاسلام و الساعى فيها فساداً أن شاء الامام قتله و ان شاء صلبه... والظاهر كون عبارة «و الساعى فيها فساداً» تميمياً للموضوع، لا كونها موضوعاً» (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۷، ۵۰۷/۳-۵۰۸).

جستارهای
فقهی و اصولی

سال پنجم، شماره پیاپی ۱۴
بهار ۱۳۹۸

۱۷۶

در مقالات فقهیه نیز عدم تفکیک در مجازات دو چنین آمده است: «ظاهر العطف بين عنواني المحاربة و الإفساد في آية الشريفة ﴿أما جزء الذين يحاربون...﴾ أنّ موضوع الحدّ فيها يكون مصداقاً للمحاربة و الإفساد معاً (هاشمی شاهرودی، ۱۴۲۴، ۱۱۱). باز هم در ادامه همین منبع به روشنی و مستدل ذکر می شود که در آیه شریفه هر دو عنوان محاربه و افساد به یک فاعل (نه دو فاعل) نسبت داده شده است: فکما لا يكون في موضوع الآية فاعلان مستقلان كذلك لا يوجد فيه فعلان كذلك بل فعل واحد يتصف بأنه محاربة لله و رسوله و افساد في الارض في نفس الوقت و بهذا يكون عطف البيان و أنّ محاربتهم لله و الرسول بنحو السعى في الارض فساداً و أنّ سعيهم في الارض فساداً يكون محاربة لله و الرسول، فلا يمكن ان يراد من المحاربة فيها ما يكون مستقلاً عن الإفساد في الارض؛ أنّ ظاهر الآية كونها بصدد تشريع الجزاء و الحدّ لنوع جريمة واحدة لا مجموع جريمتين مستقلتين في أنفسها (هاشمی شاهرودی، ۱۴۲۴، ۱۱۲) و می دانیم که عطف بیان همان معنای مطبوع خود را وانمود می کند،

اما به طور عینی و واضح تر مانند این کلام: «اَنَا التَّابِعُ الرَّسُولِ مُحَمَّدٍ ﷺ» من فرمانبر رسول خدا محمد ﷺ هستم؛ شاهد مثال ما محمد ﷺ می باشد که از باب عطف بیان، همان رسول خدا است.

در قرآن نمونه های فراوانی داریم که از باب عطف به او تعدد موضوع، اما وحدت در حکم داریم؛ مانند آیه ولایت که می فرماید: ﴿أَنَا وَلِيُّكُمْ اللَّهُ وَرَسُولُهُ وَالَّذِينَ آمَنُوا...﴾ (مائده/ ۵۵). درست است که خدا، رسول و اولیای خدا در موضوع و هویت متفاوت اند، اما در لزوم اطاعت مشترک اند؛ چنان که در جای دیگر خداوند می فرماید: ﴿وَمَنْ يَطْعِ الرَّسُولَ فَقَدْ اطَاعَ اللَّهَ﴾ (نساء/ ۸۰)؛ هر کس از پیامبر ﷺ فرمان برد از خدا فرمان برده است. تعدادی دیگر از عالمان فقه و حقوق نیز بر آنند که به فرد محارب، مفسد فی الارض گفته می شود (هاشمی شاهرودی، ۱۴۲۴، ۱/۵۹۱).

۸- نسبت منطقی محاربه و افساد فی الارض

اگر به فرض، رابطه دو عنوان محاربه و افساد فی الارض، عام و خاص من وجه است و حداقل در وجه اشتراک، حکم آن دو یکی است؛ چرا قانونگذار به تباین بین آن ها با دو عنوان، در دو ماده مستقل قانونی تفکیک قائل شده است؟ هر چند که از نظر نویسندگان بین دو مفهوم، عام و خاص مطلق برقرار است، بلکه به دقت بیشتر می توان گفت بین دو عنوان محاربه و افساد فی الارض از باب مفهوم و مصداق است؛ زیرا مصداقاً و عملاً کسی نمی تواند با خدا و رسول محاربه کند، بلکه همین که کسی امنیت مردم را با غارت اموالشان مورد تهاجم قرار دهد، گویا با خدا و رسول خدا محاربه کرده است. مانند آنجایی که انسان رباخواری می کند، گویا با خدا و رسول اعلان جنگ کرده است. خداوند می فرماید: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذُرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنْتُمْ مُؤْمِنِينَ. فَإِن لَّمْ تَفْعَلُوا فَأْذَنُوا بِحَرْبٍ مِنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ وَإِن تُبْتِمْ فَلَكُمْ زُؤُسٌ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ﴾ (بقره/ ۲۷۸-۲۷۹)؛ «ای کسانی که ایمان آورده اید، از خدا بترسید و زیادی ربا را رها کنید اگر به راستی اهل ایمان اید، پس اگر ترک ربا نکردید، آگاه باشید که به جنگ خدا و رسول او برخاسته اید. و اگر از این کار پشیمان گشتید، اصل مال شما برای شماست که در این صورت

به کسی ستم نکرده‌اید و از کسی ستم نکشیده‌اید». صاحب تفسیر مجمع البیان می‌فرماید: «منظور از محاربه با خدا و رسول، عداوت و دشمنی با خدا و رسول است و به‌عنوان یک گناه بزرگ تلقی می‌گردد» (طبرسی، ۱۴۰۶، ۶۷۴/۲). این مؤید مدعای ما است که محاربه با خدا و رسول، گناه بزرگی است منتها نه در حدّ شرک و کفر و گرنه خداوند متعال در قلمرو کفر و الحاد که آیه را مصدرّ به ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا﴾ نمی‌کند، چرا که با بلاغت و رصانت کلام سازگار نمی‌باشد.

۹- نگاه تفسیری

صاحب تفسیر روح المعانی هم از حضرت امیرالمؤمنین علی علیه السلام در درخواست تأمین حرثه بن بدر که محارب مفسد بود، سخنی نقل می‌کند که حاکی از آن است که مجازات محارب و مفسد فی الارض یک چیز است و آن نیز همان است که خداوند در قرآن کریم بیان کرده است: «قد أخرج ابن ابي شيبة و ابن ابي حاتم و غيرهما عن الشجعي قال: كان حارثة بن بدر التيمي من اهل البصرة، قد أفسد في الارض و حارب فكلم رجلاً من قريش أن تستأمنوا له علياً فأبوا فأتى سعيد بن قيس الهمداني علياً فقال: يا امير المؤمنين ما جزاء الذين يحاربون الله تعالى و رسوله و يسعون في الارض فساداً؟ قال عليه السلام: أن يقتلوا أو يصلبوا... (آلوسی، ۱۴۱۵، ۲۹۱/۳). در تفسیر آیات الاحکام شاهی نیز مجازات‌های مندرج چهارگانه در آیه محاربه برای محارب مفسد دانسته شده است؛ چنان که صاحب این تفسیر می‌نویسد: «حدّ محارب و مفسد به یکی از انواع چهارگانه مجاز است، بلکه مستفاد از آیه شریفه این است که حدّ محارب با خدا و رسول و مفسد در روی زمین ترتیبی است به‌قدر جنایات ایشان (جرجانی، ۱۴۰۴، ۶۷۹/۲). رأی یکی از فقهای معاصر را می‌توان در تأیید مدعای مورد بحث ذکر کرد، آن اینکه ایشان - هم‌چنان که پیشتر تحلیل گردید - می‌نویسد: «موصول یعنی الذین در جمله و يسعون فی الارض فساداً تکرار نشده، پس ظاهر آیه این است که این جمله قید یحاربون الله و رسوله می‌باشد؛ بنابراین، هر دو عنوان با هم موضوع واحدی می‌باشند برای احکام مذکوره و هر کدام جزء موضوع می‌باشند در نتیجه احکام (مجازات‌های اربعه) برای مطلق محارب نیست، بلکه برای «محارب

جستارهای

فقهی و اصولی

سال پنجم، شماره پیاپی ۱۴
بهار ۱۳۹۸

۱۷۸

مفسد» است) (منتظری، بی تا، ۵۲۲/۲). در تفسیر المیزان نیز نحوه بیان ذیل آیه چنان است که گویی محاربه و افساد فی الارض تحت یک مقوله اند: «فالمراد بالمحاربه و الافساد علی ما هو الظاهر هو الاخلال بالامن العام... و لهذا ورد فیها من السنة تفسیر الفساد فی الارض بشهر السیف و نحوه (طباطبایی، ۱۴۱۷، ۳۲۶/۵). صاحب المیزان در ادامه می نویسد: «انّ المرؤی عن ائمه اهل بیت علیهم السلام انّ الحدود الاربعه مترتبة بحسب درجات الافساد» (طباطبایی، ۱۴۱۷، ۳۲۷/۵). در یکی دیگر از منابع تفسیری با صراحت هر دو عنوان یک جا ذکر شده است: «کل من اشهر السلاح و اخاف السیبل فی بڑ او بحر فهو محارب مفسد و جزاءه علی قدر الاستحقاق ان قتل، قتل و...» (شیبانی، ۱۴۱۳، ۲۱۸/۲). در تحریر الوسیله نیز ارادة افساد فی الارض قید محاربه لحاظ گردیده است: «المحارب هو کل من جرّد سلاحه او جهّزه لاحافه الناس و ارادة الافساد فی الارض» (موسوی خمینی، ۱۳۸۴، ۶۲۲/۲). چنان که ملاحظه می شود امام خمینی هم محاربه و افساد را با یک مجازات ذکر کرده اند.

در آثار فقهی بسیار زیادی که از اسلاف تا معاصران از فقها به جا مانده، هیچ فقهی در فهرست حدود، حدّ محاربه و حدّ افساد فی الارض را تحت دو عنوان مجرمانه ذکر نکرده است، حال چگونه قانونگذار جرایم موجب حدّ محاربه و افساد فی الارض را با دو نوع مجازات یکی (محاربه) تخییری و دیگری (افساد فی الارض) متعیناً و به طور مستقل، مجازات اعدام، قانونگذاری کرده است؟! حاصل کلام اینکه اگر بگوئیم افساد فی الارض (به غیر از محاربه) خود حدّ مستقلی است، چه دلیل قرآنی، روایی و حتی فتوایی دارد؟ اگر بگوئیم تعزیر مستقل است، دلیل منصوص و قطعی باید اقامه شود تا موضوع و حکم آن را از تحت آیه سی و سوم سوره مانده خارج کند. هر روایت دیگری هم که بر فرض اقامه شود، نمی تواند معارض با ظهور بلکه نص آیه محاربه باشد. با فرض تعزیری بودن جرم افساد فی الارض، تفسیر به نفع متهم اقتضا می کند که مجازات تعزیری آن کمتر از سلب حیات که سخت ترین مجازات محاربه است، وضع گردد. صاحب مرآة العقول می نویسد: «... و انّما ذکر الاصحاب فیہ التعزیر مع تصریهم بانّ التعزیر یجب ان لا یبلغ الحدّ...» (مجلسی، ۱۴۰۴، ۶۹/۲۴)؛ اصحاب امامیه تصریح دارند که نباید مجازات تعزیر به میزان حد

تحلیل تفکیک بین
محاربه و افساد
فی الارض در نظام
کیفری جمهوری
اسلامی ایران با تکیه بر
قانون مجازات اسلامی
مصوب ۱۳۹۲
۱۷۹

هر مجازاتی بالغ گردد؛ اگر هم نظرات نادری باشد که مجازات تعزیر می تواند قتل باشد هر چند مناقض با فلسفه وضع تعزیر است، لکن منحصر در همان مورد خاص است و در غیر موارد منصوص نمی توان تعمیم داد. بنابراین سخت ترین مجازات مانند اعدام در مقوله حدود از جمله محاربه، ایجاب می کند که جنس تعزیر کمتر از سلب حیات باشد.

میزان مجازات تعزیری در کتاب ارزشمند القواعد و الفوائد ذیل باب الفرق بین الحد و التعزیر چنین آمده است: «الاول في عدم التقدير في طرف القلّه و لكنه في طرف الكثيرة بما لا يبلغ الحد» (عاملی، ۱۳۷۲، ۱۴۲/۲)؛ یعنی نخستین فرق بین حدّ و تعزیر این است که تعزیر در جانب قلّت میزان مشخص ندارد، اما در طرف کثرت، مجازات آن به میزان مجازات حدّ نمی رسد. می دانیم سخت ترین کیفر، سلب حیات است که مجازات تعزیری کمتر از سلب حیات می باشد و در نتیجه اعدام نخواهد بود. در المقنعه که قدیمی ترین منبع مدون و مطول فقهی شیعه است، در جای جای حدود که ذکر می کند، با فقدان شرط یا شروطی در جرم ارتكابی، تعزیر را ذکر می کند و مجازاتی کمتر از میزان مرتبط با آن جرم حدی بیان می کند، چنانچه خواننده ذیل ابواب الحدود و الآداب این اثر ماندگار مراجعه کند، به خوبی مدعای مقاله را ملاحظه می کند. از جمله مرحوم صاحب المقنعه ذیل حدّ لواط که شروط شهادت رعایت نشده، می نویسد: «فان شهد الاربعة على رؤيتهما في إزار واحد مجردين من الثياب و لم يشهدوا برؤية الفعال كان على الاثنتين الجلد دون الحد-تعزيراً من عشرة اسواط الى تسعة وتسعين سوطاً (۹۹ ضربه شلاق) بحسب ما يراه الحاكم» (شیخ مفید، ۱۴۳۰، ۷۸۵)، از شیخ الطائفه نیز تعزیر به لحاظ مقدار، مجازاتی است که از لحاظ کمیّت به مقدار حدّ نمی رسد، چنان که ذیل مقدار التعزیر می نویسد: «لا يبلغ بالتعزیر حدّاً كاملاً بل يكون دونه، و أدنى الحدود في جنبه الاحرار ثمانون، فالتعزیر فيهم تسعة و سبعون ضربة (۷۹ ضربه) و ادنى الحدود في الممالیک اربعون و التعزیر فيهم تسعة و ثلاثون (طوسی، ۱۴۲۴، ۶۹/۲) در مجموعه المعجم الفقهي لكتب الشيخ الطوسي ذیل عنوان «حدود» انواع آن را ذکر می کند که چیزی به نام مجازات افساد فی الارض از زمره حدود یاد نشد است (هاشمی شاهرودی، ۱۴۲۴، ۲۷۰/۲). جالب اینکه مرحوم شیخ

جستارهای

فقهی و اصولی

سال پنجم، شماره پیاپی ۱۴

بهار ۱۳۹۸

۱۸۰

طوسی افساد فی الارض را در فهرست تعزیرات هم ذکر نمی کند (هاشمی شاهرودی، ذیل عنوان تعزیر، ۶۷-۷۰)؛ گو اینکه ایشان مصداق محاربه را همان افساد فی الارض می داند با حکم های یادشده ذیل آیه سی و سوم سوره مائده.

باید توجه داشت که در برخی عبارات، ذیل میزان تعزیر، به جای «بما لایبلغ الحد» نوشته شده «بما دون الحد» که «دون» به معنای «غیر» نیست، بلکه به معنای «قرب و تقریب» است، راغب اصفهانی نیز از معنای «دون» همین معنای قرب را بیان می دارد و می نویسد: یقال للقاصر عن الشئ دون، لا تتخذوا بطانة من دونکم (آل عمران/۱۱۸) ای ممن لم یبلغ منزلته منزلتکم فی الدیانه و قیل القرباة (راغب اصفهانی، ۱۴۲۷، ۳۲۳ و ۳۲۴) در یکی از قدیمی ترین منابع لغت عرب که مؤلف آن متوفای سال ۳۹۵ ق است، «دون» در معنای حقیقی آن به معنای قرب و نزدیکی گرفته شده است^۱ (فارس زکریا، ۱۳۸۷، ۳۴۱)؛ در این منبع قدیمی و اصل عرب هم، معنای اصلی «دون» همان تقریب است. مؤلف کتاب اساس البلاغه که معنای حقیقی الفاظ را از معانی غیرحقیقی جدا می کند، معنای حقیقی «دون» را به صراحت ذکر می کند و می نویسد: دون- هذا دون ذلک - ای هو اخص منه و ادنی منزلة، و جلس دونه ای تحته (زمخشری، ۱۴۲۷، ۱۹۹).

برخی از فقها در جایی که رفتار مجرمانه، نقش معاونت را ایفا می کند، حکم به یکسانی مجازات معاون با مباشر نمی کنند، از این رو می نویسند: و هی تجرید السلاح براً او بحراً لیلاً او نهراً لإخافة الناس... لا الطلیع و الرّدء (عاملی، ۱۳۷۴، ۲۵۱) و همچنین: «و هو المعین له فی ما یحتاج الیه من غیر أن یباشر» (شهید ثانی، ۱۴۱۰، ۲۹۲/۹) بر مبنای عبارت ذکر شده از این دو فقیه برجسته، کسانی که به عنوان معاون به محاربان و مفسدان اطلاعات و خدمات ارائه می دهند، مجازات آنها همانند مجازات مباشران جرم نیست. جای تعجب است که قانونگذار چگونه مجازات معاونت در جرم افساد فی الارض را به میزان خود جرم افساد فی الارض قرار داده و در ماده ۲۸۶ قانون مجازات با صراحت مجازات معاون را هم اعدام دانسته

تحلیل تفکیک بین
محاربه و افساد
فی الارض در نظام
کیفری جمهوری
اسلامی ایران با تکیه بر
قانون مجازات اسلامی
مصوب ۱۳۹۲
۱۸۱

۱. دون الدال و الواو و التون اصل و واحد یدل علی المداناة و المقاربه یقال هذا دون ذلک، ای هو اقرب منه.

است، این شدت از کیفر در قانون با کدام مبنای کیفری سازگار است؟!

۱۰- جمع‌بندی روایی

با مراجعه به روایات ذیل ابواب حدّ المحارب مندرج در وسائل الشیعه ملاحظه می‌شود که در هیچ روایتی جرم محاربه و افساد فی الارض به تفکیک جرم‌انگاری نشده و مجازات مجزایی برای آن دو، لحاظ نگردیده است. در غالب روایات باب، مجازات متناسب با جرم (از میان مجازات‌های چهارگانه) مدّ نظر قرار گرفته، بلکه در برخی از روایات یادشده به صراحت تخییر حاکم شرع (قاضی) در مجازات محارب مفسد، نفی شده است، از جمله:

«و عن عدة من اصحابنا، سهل بن زیاد، عن احمد بن محمد بن ابی نصر، عن داوود الطائی عن رجل من اصحابنا، عن ابی عبدالله علیه السلام قال: سألته عن المحارب و قلت له: انّ اصحابنا یقولون: ان الامام مخیر فیہ ان شاء قطع و ان شاء صلب، و ان شاء قتل، فقال: لا ان هذه الاشياء محدودة فی کتاب الله عزوجل فاذا هو قتل و اخذ، قُتل و صلب و اذا قتل و لم یأخذ قُتل و اذا أخذ و لم یقتل، قتل و ان هو فر و لم یقدر علیه ثم اخذ، قطع الا ان یتوب، فان تاب لم یقطع».

امام صادق علیه السلام در پاسخ این پرسش که «انّ الامام مخیر ای شیء شاء صنع؟ قال لیس ایّ شاء صنع و لکنه یصنع بهم علی قدر جنایتهم...». یکی از مراجع معاصر هم ذیل روایات این باب می‌نویسد: «و هذه الروایات صریحة فی نفی التخییر و ان یکون علی کل جنایة قسماً خاصاً من العقوبات» (گلیایگانی، ۱۴۱۲، ۳/ ۲۵۰-۲۵۱). طبق این جمع‌بندی روایی لازم بود قانونگذار در ادامه تخییر قاضی چنین می‌نگاشت: «تخییر قاضی در اعمال یکی از مجازات‌های چهارگانه با لحاظ تناسب جرم و مجازات» تا تخییر مطلق قاضی، زمینه سوء استفاده احتمالی را فراهم نکند.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال پنجم، شماره پیاپی ۱۴
بهار ۱۳۹۸

۱۸۲

۱۱- کشسانی بودن برخی مفاهیم مندرج در ماده ۲۸۶ ق.م.ا.

از شرح ادبی - متنی و از بیان سیاقی آیه چنین برداشت شد که محاربه با خدا و رسول صلی الله علیه و آله، تنها مخالفات نظری و تئوری با مقررات از جانب خدا و رسول قلمداد

می‌شود، اما مصداق بارز مخالفت شدید میدانی و عملیاتی محاربه، افساد فی الارض است؛ آن هم با مجازات‌های منحصر در موارد چهارگانه و به تناسب جرم ارتکاب یافته.

مناقشه دیگر اینکه مفاهیم مندرج در ماده ۲۸۶ ق.م.ا.م. مقول به تشکیک است. یکی از آن‌ها تعبیر «به‌طور گسترده» است. این عبارت مقول به تشکیک است و احراز موضوع را برای قاضی دچار قبض و بسط می‌کند و در گزاره‌های کیفری باید موضوع مرزبندی دقیق داشته باشد؛ گرچه قاضی پرونده با این قلمرو کم و بیش وسیع و شناور سردرگم می‌شود. باز هم همین گونه می‌توان عنوان نشر اکاذیب را تحلیل کرد. اخلال در نظام اقتصادی کشور نیز همین گونه است. خلاصه بیشتر عناوین مندرج ذیل این گزاره قانونی را می‌توان کسدار تلقی کرد.

از سوی دیگر، افراد و دسته‌جات در خلاء مجرم خطرناک، حرفه‌ای و سازمان‌یافته نمی‌شوند. در یک سیستم مدنی، همه عناصر اجتماعی و سازمان‌های انتظامی و امنیتی و تربیتی از خانواده گرفته تا نهادهای کشوری، باید رسالت ذاتی و عرضی خود را به موقع و با تدبیر مناسب به‌جای‌آورند که کار جرم به اشاعه گسترده اجتماعی نکشد. آیا می‌توان ضربه قصور بلکه تقصیر همه این عناصر و مجموعه را بر سر مجرم کوبید و تنها از او انتقام سخت و جان‌سوز گرفت؟! به نظر می‌رسد این مقابله سرکوب‌گرایانه و جانکاه تنها بر افراد متأثر از محیط، تربیت و جامعه با تدابیر جنایی و سیاست کیفری مبتنی بر اسلام نمی‌خواند؛ چرا که رسول خاتم ﷺ می‌فرماید: «ألا کلکم راعٍ و کلکم مسئولٌ عن رعیتة» (نوری، بی تا، ۱۴ / ۲۴۸). این حدیث نبوی ﷺ در منابع معتبر اهل سنت همچون صحیح بخاری چنین آمده است: «... عن ابن عمر قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: کلکم راعٍ و مسئولٌ عن رعیتة و المرأه فی بیت زوجها راعیة و مسئولة عن رعیتها، و الخادم فی مال سیده راعٍ و مسئولٌ عن رعیتها» (بخاری، ۱۴۲۴، ۳ / ۱۵۰). عبدالله بن عمر از پیامبر ﷺ به سند صحیح نقل می‌کند که حضرت فرمودند: همه شما نسبت به افراد تحت تکفلتان باید پاسخگو باشید. حاکم شرع و (شاید بتوان گفت حاکمیت) نسبت به ملت باید پاسخگو باشد، مادر به‌عنوان مربی تربیتی خانواده مسئولیت ویژه دارد، نیز خادم نسبت به اموال سید خود

تحلیل تفکیک‌بین
محاربه و افساد
فی الارض در نظام
کیفری جمهوری
اسلامی ایران با تکیه بر
قانون مجازات اسلامی
مصوب ۱۳۹۲
۱۸۳

و مراقبت از آن باید جوابگو باشد، همه این‌ها به این معنا است که نباید تنها منحرف و مجرم پاسخگو باشد. حال چگونه است که ما برای به اصطلاح پاک کردن صورت مصیبت و مشکل تنها رگ حیات مجرم را که متأثر از این عوامل و عناصر است با اعدام قطع می‌کنیم؟!

در ادبیات حقوقی مطلق مسئولیت دو شاخه دارد؛ مدنی و جزایی؛ از این سخن نورانی پیامبر اکرم ﷺ استفاده می‌کنیم که همیشه نباید یک‌بعدی به جرائم نگاه کنیم، بلکه باید نگاه سیستمی و جمعی به رفتارهای پرخطر آحاد جامعه داشته باشیم. این تحلیل سبب می‌شود که در وضع چنین موادی، آن‌هم با مفاهیمی نسبتاً کشدار، مبهم و متنوع، تجدید نظر کنیم و نگاه سلبی و قهرآمیز نداشته باشیم، بلکه نگاه بازسازی، بازپروری و بازتوانی نسبت به کجروان جامعه مدنی داشته باشیم؛ اینکه نظام کیفری اسلام، از میان صدها عنوان مجرمانه تنها هفت^۱ تا ده عنوان را حد^۲ (بامجازات معین) تعیین کرده و غالب عناوین مجرمانه دیگر را در مقوله تعزیر قرار می‌دهد و تعزیر را هم به لحاظ میزان کمتر از حد^۳ (و به‌طور اطمینان کمتر از اعدام) قرار می‌دهد^۴، همان نگاه اصلاحی و سالم‌سازی نیروهای انسانی زخم خورده می‌باشد. تعزیر در معنای لغوی در کتاب اساس البلاغه که تنها منبعی است که معانی حقیقی و مجازی را به تفکیک بیان می‌کند، توقیر و احترام و نیز تنبیهی است که فرد را از ارتکاب مجدد جرم باز می‌دارد و از خطرات بعدی او را دور می‌کند (ر.ک زمخشری، ۱۴۲۷، ۴۱۸)؛ بنابراین، برای وضع غلیظ‌ترین مجازات که سلب حیات و اعدام است، جز در موارد اندک، در مجازات‌های حدی، نیازمند دلیل قطعی هستیم. با تفحص گسترده، به جز موارد تکرار جرم، چیزی یافت نمی‌شود که با قاطعیت بتوان گفت که فلان

جستارهای
فقهی و اصولی

سال پنجم، شماره پیاپی ۱۴
بهار ۱۳۹۸

۱۸۴

۱. در قدیمی‌ترین اثر فقهی مطول به‌جا مانده از فقهای سلف (المقنعه) در بحث حدود و آداب و تعزیرات هفت باب از هشت باب به حدود اختصاص یافته و خارج از عناوین مندرج ذیل حدود، تعزیر محسوب می‌گردد (ر.ک. شیخ مفید، ۱۴۳۰، ۷۷۵-۸۰۵).

۲. صاحب شرایع الاسلام در یک قاعده کلی برگرفته از سنت در مجازات و میزان تعزیر می‌نویسد: «کل من فعل محرماً او ترک واجباً فللامام تعزیره بما لا یبلغ الحد و تقدیره الی الإمام؛ و لا یبلغ به حد الحز و لا حد العبد» محقق شیرازی در پاورقی همین صفحه می‌نویسد: «اقل حد الحر ثمانون جلدة و اقل حد العبد اربعون جلدة، قال فی المسالك: فان كان الموجب کلاماً دون القذف لم یبلغ تعزیره حد القذف، و ان كان فعلاً دون الزنا لم یبلغ حد الزنا و الی ذالک اشار الشیخ و العلامة فی المختلف» (محقق حلی، ۱۴۰۳، ۹۴۸/۴).

جرم تعزیری، حکم اعدام دارد، بلکه فقها با صراحت گفته‌اند که مجازات تعزیر بما لا یبلغ الحد است (ر. ک هاشمی شاهرودی، ۱۴۲۴، ۱۹۵-۲۴۹).

معاونت در حکم مباشرت

عدالت و انصاف، پایه قانون‌نویسی است و براساس عقل، بلکه بنای عقلا مجازات باید متناسب با جرم ارتكابی باشد، بر خلاف رویه عرفی که اول مباشر جرم و مشارک جرم و آنگاه معاون جرم لحاظ می‌شود، در ماده مورد بحث، جایگاه سوم به‌خلاف سیاست کیفری، در مجازات هم ردیف جایگاه اول قرار داده شده است. اگر قانونگذار به جای معاون از عنوان مسبب استفاده می‌کرد توجیه‌پذیر بود، یعنی بیان می‌داشت: مسبب افساد فی الارض هم در جایی که اقوای از مباشر باشد محکوم به اعدام می‌گردد.

بدیهی است که به حکم عقل، مجازات معاون جرم کمتر از مباشر می‌باشد. زمانی که به فردی، اطلاق معاون جرم می‌شود که با دقت حقوقی هم عنصر مادی و هم عنصر روانی یا معنوی ارتکاب جرم در مقایسه با عنصر مادی و روانی مباشر یا مسبب جرم، متنازل باشد وگرنه تفکیک معنای مباشر و معاون، معنادار نمی‌شود. این نحوه جرم‌انگاری با سیاست جنایی، به نظر موافق نمی‌رسد. اگر کار به جایی رسیده که فساد یک فرد با یک گروه سازمان‌یافته، جامعه را به تدریج در قلمروهای سیاسی، اقتصادی و امنیتی مختل کرده، پس حافظان صلح و امنیت و انتظام چگونه به رسالت ذاتی خود پرداخته‌اند و احیاناً چرا نپرداخته‌اند؟! سیستم‌های سخت‌افزاری و نرم‌افزاری نظام مدنی چگونه عمل کرده‌اند؟ و چرا آن‌گونه مرتکب ترک اعمال و افعالی شده‌اند که ویروس فساد تمام پیکر جامعه را گرفته است؟! با فرض اختلال مذکور، همه نهادهای سخت و نرم از خانواده گرفته تا مدرسه و نهادهای عمومی اجتماعی باید با هم تاوان پس دهند نه فقط مجرم مباشر و به اصطلاح مفسد فی الارض. چنان که پیش‌تر گفتیم این همه فساد در خلاء که اتفاق نیفتاده اینکه در نظام مترقی اسلام نهاد امر به معروف و نهی از منکر از اهمیت برجسته برخوردار است، بی دلیل نیست. آنچه از آموزه‌های قرآنی فهمیده می‌شود رهنمون این حقیقت

است که وقتی فتنه و فساد جامعه را فرا گرفت همه کسانی که به نوعی در پیش گیری سهمی داشته اند باید مسئولیت (اعم از کیفری و مدنی) قبول کنند نه فقط مجرم چنان که در یکی از آیات مرتبط، خداوند می فرماید:

﴿واتقوا فتنة لا تصيبن الذين ظلموا منكم خاصة واعلموا ان الله شديد العقاب﴾ (انفال/ ۲۵) از فتنه های (فراگیر و بزرگ) بپرهیزید و در دفع آن ها بکوشید، زیرا آن به گونه ای است که نباید تنها به ستمکاران شما (فتنه انگیزان) برسد، بلکه دامن گیر همه شما خواهد شد و بدانید که خدا سخت کیفر است. اگر انگیزه فساد و فحشا فقر مالی و معنوی توان فرسای جامعه است، باید با علت ها مبارزه و مقابله کرد نه با معلول ها. ممکن است اشکال شود که خود خداوند فرموده: ﴿من قتل نفساً بغير نفس او فساد في الارض فكأنما قتل الناس جميعاً﴾ (مائده/ ۳۲) هر کس فردی را بی آنکه مرتکب قتل شده یا در زمین فساد یا بر انگیزخته باشد بکشد مانند آن است که همه مردم را کشته است. این آیه شریفه به مفهوم مخالف شرط، رهنمون آن است که حکم افساد فی الارض اعدام است. در پاسخ باید اذعان داشت که اولاً اینکه مفهوم مخالف شرط حجت باشد، محل اختلاف است، مثلاً صاحب الذریعة الی اصول الشریعة که از اقطاب اصولیان و فقهاست، مفهوم شرط را همانند مفهوم وصف حجت نمی داند (سید مرتضی، بی تا، ۴۰۶/۱) صاحب کفایة الاصول هم می نویسد: «الجملة الشرطية هل تدل على الانتفاء عند الانتفاء ام لا؟ فيه خلاف بين الاعلام» (آخوند خراسانی، ۱۴۲۳، ۲۳۱) اینکه جمله شرطیه مفهوم داشته باشد یا نداشته باشد بین بزرگان علم اختلاف است. ثانیاً بر فرض اینکه آیه سی و سوم سوره مائده که در قالب جمله شرطیه آمده مفهوم مخالف داشته و حجت نیز باشد، می بینیم که در آیه سی و یکم، قتل هاییل توسط قایل را بیان می کند که از باب قصاص تلقی می شود. در آیه سی و سوم هم قتل از باب محاربه و افساد را بیان می کند؛ یعنی بلافاصله در آیه سی و سوم، حکم و موضوع افساد فی الارض را مطرح می کند و محاربه با خدا و رسول را که جنگ با بندگان خدا و بر هم زنده امنیت آنهاست، افساد فی

جستارهای
فقهی و اصولی

سال پنجم، شماره پیاپی ۱۴
بهار ۱۳۹۸

۱۸۶

۱. عبارت ایشان در کتاب الذریعة چنین است: «ان الشرط عندنا كالصفة في أنه لا يدل على ان ما عداه بخلافه و بمجرد الشرط لا يعلم ذلك» (سید مرتضی، بی تا، ۴۰۶/۱)

الارض معرفی می کند و برای اجمال مندرج در آیه پیشین در خصوص «أو إفساد في الارض» تفصیل مجازات‌های انحصاری چهارگانه را مطرح می کند. بدیهی است که مجازات ساعی در افساد فی الارض هم که تنها اعدام نیست، بلکه به تناسب جرمی که انجام داده، قتل، صلب یا قطع دست راست و پای چپ و در نهایت تبعید است. حال به چه مبنا و دلیلی قانونگذار منحصراً حکم اعدام را برای مفسد فی الارض وضع می کند. اصل قانونی بودن جرائم و مجازات‌ها یک دکترین حقوقی و نص صریح قرآنی است که می فرماید: ﴿و ما كنا معذبين حتى نبعث رسولا﴾ (اسراء/۱۵). بعث رسول کنایه از فرامینی که در قالب رسالت و نبوت (بایدها و نبایدها) برنامه جامع زندگی مردم است، می باشد. پرسش ما (از باب استفهام انکاری) این است که کدام آیه یا روایت مستفیض را می توان دلیل متقن حکم کیفری موضوع ماده ۲۸۶ ق.م.ا. اقامه کرد؟! حاصل سخن اینکه حکم افساد فی الارض نه از باب حدّ منحصر در اعدام است و از باب تعزیر هم که جز در موارد قطعی و منصوص نمی توان به موارد دیگر تعمیم داد، از طرف دیگر، تفسیر به نفع متهم اقتضا می کند که «تعزیر بما لا یبلغ الحدّ» بوده و یقیناً مجازات کمتر از اعدام داشته باشد و با اعدام، مجازات کمتر از حدّ بی معنا می شود.

تحلیل تفکیک بین
محاربه و افساد
فی الارض در نظام
کیفری جمهوری
اسلامی ایران با تکیه بر
قانون مجازات اسلامی
مصوب ۱۳۹۲

۱۸۷

نتیجه گیری

بر خلاف نظر قانونگذار، از آنچه گذشت، این نتیجه به دست آمد که محاربان و مفسدان به لحاظ حکم یکسان اند، لکن محارب همان مفسدی است که در مقام نظر و تئوری مخالفت شدید می کند و مفسد فی الارض همان مخالف شدیدی است که در میدان عمل، ناسازگاری خود را عملی بروز می دهد. ظهور آیه محاربه و قواعد ادبی مسلم اقتضا می کند که مجازات هر دو عنوان یکی باشد. چون محاربه با خدا در معنای حقیقی که محال است و محاربه با رسول خدا ﷺ هم که منتفی است. پس معنای آیه از باب دلالت اقتضا ایجاب می کند که منظور محاربه مخالفت شدید با مقررات شرع و متشرعان باشد و اِنمای مذکور در صدر آیه و «یسعون فی الارض» از باب عطف به «یحاربون»، آن هم بدون ذکر موصول، جای هیچ شکی را باقی

نمی‌گذارد که اگر چه به ظاهر، در آیه دو چیز (یحاربون و یفسدون) به نظر می‌رسد، اما قطعاً حکم آن دو یکی می‌باشد.

منابع

• قرآن کریم

۱. آلوسی، سید محمود، (۱۴۱۵)، روح المعانی فی تفسیر القرآن العظیم، بیروت، دارالکتب العلمیه.
۲. ابن‌دریس حلّی، فخرالدین محمد، (بی‌تا)، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، قم، مؤسسه النشر الاسلامی جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۳. ابن‌عقیل مصری، عبدالله، (۱۳۸۴)، شرح ابن‌عقیل، تهران، انتشارات ناصرخسرو.
۴. ابن‌هشام، احمد بن عبدالله، (بی‌تا)، مغنی البیب عن کتاب الأعراری، قاهره، نطبعه مدنی.
۵. بخاری، محمد بن اسماعیل، (۱۴۲۲)، صحیح بخاری، دمشق، دار طوق النجاة.
۶. بهجت، محمد تقی، (۱۴۲۶)، جامع المسائل، قم، ناشر دفتر ایشان.
۷. تفتازانی، ملاسعد، (بی‌تا)، المختصر المعانی، تهران، چاپ‌خانه مصطفوی.
۸. جرجانی، سید امیرابوالفتح، (۱۴۰۴)، تفسیر شاهی، ج اول، تهران، انتشارات نوید.
۹. جزائری، عبدالله بن نور الدین، (بی‌تا)، التحفة السنیة فی شرح النخبة المحسنی، تحقیق: سید علی رضا، تهران، ناشر مدرّس.
۱۰. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، (۱۳۸۱)، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، چاپ دوم، تهران، کتاب‌خانه گنج دانش.
۱۱. حلّی، یوسف ابن علی (۱۳۹۵)، تبصرة المتعلمین، شرح ابوالحسن شعرانی، تهران، کتاب‌فروشی اسلامی.
۱۲. خوبی، سیدابوالقاسم، (۱۳۹۵)، مبانی تکملة المنهاج، بیروت، دارالزهراء ۳.
۱۳. راغب اصفهانی، حسین، (۱۴۲۷)، مفردات الفاظ القرآن، تحقیق صفوان عدنان، قم، طلیعه‌النور.
۱۴. زمخشری، جارالله، (۱۴۲۷)، اساس البلاغه، بیروت، دارالفکر للطباعة و النشر.
۱۵. شبیبانی، محمد، (۱۴۱۳)، نهج البیان عن کشف معانی القرآن، تهران، بنیاد دائرة المعارف اسلامی.
۱۶. عاملی، شمس الدین محمد، (شهید اول)، (۱۳۷۴)، اللمعة الدمشقیة، چاپ دوم، تهران، مؤسسه نشر یلدا.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال پنجم، شماره پیاپی ۱۴
بهار ۱۳۹۸

۱۸۸

۱۷. —، (۱۳۷۲)، القواعد و الفوائد، جلد دوم، مشهد، انتشارات دانشگاه مشهد.
۱۸. عاملی، زین الدین (شهید ثانی)، (۱۴۱۰)، الروضة البهية في شرح اللمعة، جلد ۱۰، چاپ اول، قم، نشر داوری.
۱۹. طبرسی، امین الاسلام، (۱۴۰۶ق)، مجمع البیان فی تفسیر القرآن، تهران، انتشارات ناصر خسرو.
۲۰. طباطبائی، محمد حسین، (۱۴۱۷) تفسیر المیزان، قم، جامع المدرسین حوزه علمیه.
۲۱. طوسی، شیخ محمد بن حسن، (۱۴۲۴)، المعجم الفقهي لكتب الشيخ الطوسي، قم، مؤسسة دائرة معارف الفقه الاسلامی.
۲۲. فارس زکریا، احمد، (۱۳۸۷)، ترتیب مقایس اللغة، چاپ اول، قم، پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.
۲۳. مجلسی، محمد باقر، (۱۴۰۴)، مرآة العقول، تهران، دارالکتب اسلامیه.
۲۴. محقق داماد، سید مصطفی، قواعد فقه (بخش جزایی)، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی.
۲۵. محقق حلی، نجم الدین جعفر، (۱۴۰۳)، شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، تهران، انتشارات استقلال.
۲۶. مفید، محمد بن نعمان، (۱۴۳۰)، المقنعه، قم، مؤسسه النشر الاسلامی جامعه مدرسین.
۲۷. موسوی خمینی، روح الله، (۱۳۸۴)، تحریر الوسیله، چاپ دوم، ج ۲، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی علیه السلام.
۲۸. هاشمی شاهرودی، محمود و دیگران، (۱۴۲۴)، مقالات فقهیه، قم، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی.
۲۹. همدی خطبه سرا، حمزه، (۱۳۹۵)، افساد فی الارض، چاپ اول، تهران، نشر نسیم مجاز.



بحوثُ فقهيةٌ وأصوليةٌ فصليةٌ محكمةٌ

السنة الخامسة الرقم المسلسل رابع عشر؛ ربيع ١٣٩٨ شمسي

مكتب التبليغ الإسلامي حوزة قم العلمية فرع خراسان رضوي
(مركز الآخوند الخراساني التخصصي)

المدير المسؤول: مجتبیٰ إلهي الخراساني

رئيس التحرير: حسين ناصري مقدم

أعضاء هيئة التحرير: (على أساس الحروف الهجائية)

مجتبیٰ إلهي الخراساني (أستاذ البحث الخارج في حوزة خراسان العلمية و الأستاذ المساعد بمركز الآخوند الخراساني التخصصي)

محمد حسن الحائري (أستاذ في جامعة فردوسي بمشهد المقدسة)

السيد عباس صالحی (الأستاذ المساعد بمعهد العلوم والثقافة الإسلامية)

سعيد ضیائی فر (أستاذ البحث الخارج والأستاذ المشارك بمعهد العلوم والثقافة الإسلامية)

أبو القاسم علیدوست (أستاذ البحث الخارج والأستاذ بمعهد الثقافة والفكر الإسلامي)

أحمد مبغی (أستاذ البحث الخارج والأستاذ المشارك بجامعة المذاهب الإسلامية)

حسين ناصري مقدم (الأستاذ في جامعة فردوسي بمشهد المقدسة)

المدير التنفيذي: هادي مصباح الهدی

سكرتير التحرير: السيد مصطفیٰ إختراعی الطوسي

المحرور: عبدالله غلامي (الأستاذ المساعد بجامعة الرازي کرمانشاه)

ترجمة الملخص (إلى العربية): فريق شبكة الإجتهد

ترجمة الملخص (إلى الانجليزية): ابراهيم داوودي (الأستاذ المساعد بجامعة باقر العلوم عليه السلام)

التصميم: حامد إمامي

الطباعة والتجليد: مؤسسة بوستان كتاب

إستناداً إلى ترخيص رقم ٣٣٧ بتاريخ ٢٨ / ٠١ / ١٣٩٨ شمسي من قبل مجلس إعطاء الرخص والمنح العلمية للمنشورات والدوريات الحوزوية، تم تمديد صلاحية فصلية بحوث فقهية وأصولية التي نالت مؤخراً على مرتبة العلمية المحكمة

ترجيح الرواية بسبب الأحدثية^١

أبو القاسم ولي زادة^٢

مهدي ولي زادة^٣

الملخص

تهدف هذه الدراسة إلى البحث حول أحد المرجحات عند تعارض الروايات، وهو ترجيح الرواية لأحدث تاريخاً. وقد أشار بعض الفقهاء والأصوليون في باب التعارض إلى مسألة تأخر صدور رواية عن رواية أخرى؛ أو الترجيح بالأحدثية؛ فعدها البعض من المرجحات التعبدية في باب تعارض الأخبار، مستدلاً بروايات خمس. والمشهور بين علماء الأصول أنهم ناقشوا هذه الروايات الخمس، ولم يقبلوا دلالتها، فمنهم من عدّ الترجيح بالأحدثية واحداً من المرجحات العقلية؛ وفي المقابل نفى أكثر العلماء هذا النوع من الترجيح مطلقاً.

يذكر الباحث ضمن بحثه؛ الذي أعده وفق الأسلوب الوصفي التحليلي وبمنهج نقدي؛ الوجوه المحتملة في دلالة الروايات الخمسة، وكذلك تقسيم المناقشات فيها إلى سندية ودلالية وحالية، ومن ثمّ تقسيم الدلالية إلى الخاص (مفهوم النص) والعام (المفهوم المشترك)، حيث نقض بعض الإشكالات الواردة على دلالة الروايات، وأيد بعض وجوه دلالتها على أرجحية الأحدث من الروايات.

ولكن مع وجود القرائن والشواهد ضمن متن الروايات وخارجه، مضافاً إلى عدم إمكانية ردّ أكثر الإشكالات؛ وجد الباحث أنّ هذه الطائفة من الروايات لا دلالة فيها على أرجحية الرواية الأحدث تاريخاً؛ فلا يفيد هذا المعيار في كشف الحكم الواقعي في باب التعارض. **الكلمات المفتاحية:** تعارض الأخبار، المرجحات المنصوصة، الأحدثية، ترجيح الأحدث، التقيّة، النسخ.

بحوثٌ فقهيةٌ واصوليةٌ

السنة الخامسة

الرقم المسلسل رابع عشر

ربيع ١٣٩٨ شمسي

١٩٢

١. تاريخ الاستلام: ١٤٣٩/١٢/٠٤ هـ، تاريخ القبول: ١٤٤٠/٠٦/٢٢ هـ.

٢. أستاذ مساعد في قسم المعارف الإسلامية بجامعة أرومية وخريج السطح الرابع في حوزة قم العلمية (المؤلف المشارك)، البريد الإلكتروني: a.valizadeh@urmia.ac.ir

٣. طالب في المركز الفقهي للأئمة الأطهار عليهم السلام وطالب السطح الثالث بحوزة قم العلمية، البريد الإلكتروني: montazere14@gmail.com

مراجعة لمسألة «اجتماع الأمر والنهي»^١

علي رضا هوشيار^٢

حسن قنبري شيخ شباني^٣

الملخص

يعدّ بحث اجتماع الأمر والنهي من البحوث المعمّقة والقديمة في علم الأصول، فلهذا البحث ثمرات علمية كثيرة في علم الأصول، مضافاً إلى ما له من نتائج فقهية وعملية، من قبيل: صحة الصلاة أو بطلانها في المكان المغصوب.

بعد دراسة المفردات وتنقيح محل البحث، تطالعنا ثلاثة أقوال في المسألة، وهي: الجواز، الامتناع، الجواز العقلي والامتناع العرفي.

يستعرض الباحث أهم دلائل المثبتين والنافين لجواز الاجتماع، متناولاً بعد ذلك إحدى أهم المسائل في هذا البحث، وهي مسألة الاضطرار بسوء الاختيار؛ فهناك ستة أقوال فيها، منها: سقوط النهي مطلقاً وبقاء الوجوب، وثبوت النهي الفعلي (الحالي) وعدم الوجوب. وبعد نقل الأقوال وشرحها، يبيّن الباحث إشكالات الأقوال مستنداً إلى الآيات الشريفة وروايات المعصومين عليهم السلام، وأثبت أنّ الشارع المقدس قد ضيّق عنوان الاضطرار من باب الحكومة؛ ولذلك لا يكون كلّ اضطرارٍ رافعاً للحرمة. وأخيراً استطاع اثبات القول بجواز «اجتماع الأمر والنهي» مستفيداً من الأبواب الفقهية الأخرى.

الكلمات المفتاحية: الاجتماع، الأمر، النهي، الجواز، الامتناع، سوء الاختيار،

المضطر.

١. تاريخ الاستلام: ١٠/٠٩/١٤٣٩ هـ، تاريخ القبول: ٢٢/٠٦/١٤٤٠ هـ.

٢. خريج السطح الرابع في حوزة قم العلمية ومدرس قسم المعارف بجامعة آزاد الإسلامية وحدة قم. إيران. (المؤلف المشارك)، البريد الإلكتروني: alireza112.hooshyar@yahoo.com

٣. خريج السطح الثالث في حوزة قم العلمية. البريد الإلكتروني: hassan.67@chmail.ir

نظرة تطبيقية على ديات الإصابة غير العمد السارية وغير السارية في الفقه والقانون الجنائي^١ (نقد المادة ٥٣٩ من قانون العقوبات الإسلامي، واقتراح تعديلها)

أحمد حاجي ده آبادي^٢
أعظم مهدي بور^٣
طه زكريان^٤

الملخص

يمكن للإصابات المتعددة أن تكون ناشئة عن ضربة واحدة أو ضربات متعددة، ومع فرض سرايتها وعدمه؛ سيكون لدينا أربع حالات لا غير: ١. عدم سراية أي من الإصابات. ٢. أن تسري الإصابات مجتمعة، وتؤدي إلى جناية جديدة. ٣. أن تسري بعض الإصابات وتؤدي إلى ضرر أكبر. ٤. أن تسري بعض الإصابات وتؤدي إلى وفاة المجني عليه. أقرّ المشرّع - وبالتوازي مع المباني الفقهية - حكم الديات في الفروض السابقة، وبالترتيب المذكور آنفاً، وفق ما يلي: تعدد الديات (المادة ٥٣٨ ق.ع.إ.)، وتداخل الديات (أول الفقرة «ب» ٥٣٩ ق.ع.إ.). وجاء في تكملة الفقرة (ب) المادة ٥٣٩ حول كيفية

بحوث فقهية واصولية
السنة الخامسة
الرقم المسلسل رابع عشر
ربيع ١٣٩٨ شمسي

١٩٤

١. تاريخ الاستلام: ١٧/٠٦/١٤٣٩هـ، تاريخ القبول: ٢٢/٠٦/١٤٤٠هـ.

٢. أستاذ مشارك بـ لجنة القانون الجنائي وعلم الإجرام بجامعة تبريز، قم فرع جامعة طهران، البريد الإلكتروني: adehabadi@ut.ac.ir.

٣. أستاذ مساعد بـ لجنة القانون الجنائي وعلم الإجرام بجامعة طهران، البريد الإلكتروني: amahdavidpor@yahoo.com.

٤. باحث في مركز الدراسات الفقهية والطبية والقانونية، دكتوراه في الفقه والقانون الجنائي بجامعة خوارزمي طهران (المؤلف المشارك)، البريد الإلكتروني: tahazargariyan93@gmail.com.

تعيين الدية في الفرضين الثالث والرابع: «إذا كانت الوفاة أو قطع العضو أو الضرر الأكبر ناتجة عن سرماية آثار بعض الإصابات، تتداخل دية الإصابات المسرية مع دية النفس أو العضو أو الضرر الأكبر، وتحسب ديات الإصابات غير المسرية ويتم الحكم عليها بشكل مستقل». ويطابق حكم المشرع القواعد الفقهية في الفرض الثالث، ولكن هناك نقد وإشكال جدي في القانون الموضوع حول الفرض الرابع.

ويعمد البحث الحالي - بناء على المنهج الوصفي التحليلي - إلى دراسة مختلف أبعاد الفرض الرابع، بناء على أساس الفصل بين الضربة الواحدة والضربات المتعددة المتوالية وغير المتوالية، ويثبت خلافًا لما هو موجود في القانون الحالي أنه في فرض سرماية بعض الإصابات ووفاة المجني عليه تثبت فقط دية النفس، وليس هناك حاجة لاحتساب الإصابات غير المسرية، إلا في حالة وجود ضربات متعددة في أزمئة مختلفة.

الكلمات المفتاحية: تداخل الجنايات، التسري، الموت، المادة ٥٣٩ من قانون

العقوبات الإسلامي.

دراسة فقهية لبعض أدلة مجلس صيانة الدستور في رفض معاهدات تسليم المجرمين بين إيران ودول العالم^١

رضا محمدي (كرجي)^٢
علي عندليبي^٣
ابراهيم شمس ناتري^٤

الملخص

يمكن لدراسة أدلة مجلس صيانة الدستور، التي يعلن على أساسها أن بعض القوانين المقررة مخالفة لأحكام الشرع، أن تكون ذات تأثير عميق في سير الدراسات الفقهية. وتعدّ مسألة تسليم المجرمين إحدى الحالات التي أعلن هذا المجلس أن أكثر المعاهدات المرتبطة بها تخالف أحكام الشرع الإسلامي.

ومن الضروري دراسة وتحليل مختلف فروع مسألة تسليم المجرمين، والأدلة الفقهية التي يستند إليها مجلس صيانة الدستور ومنها «تسليم مرتكب الجريمة المسلم إلى

١. تاريخ الاستلام: ١٤٤٠/٠١/٠٦ هـ، تاريخ القبول: ١٤٤٠/٠٦/٢٢ هـ.

٢. أستاذ مساعد في مؤسسة الإمام الخميني عليه السلام للتعليم والبحوث بقم - إيران - مستل من رسالة في السطح الرابع لحوزة قم العلمية بعنوان «بررسی استرداد مجرمان در فقه و حقوق»، كما ترعى حوزة قم العلمية هذا الأثر، (المؤلف المشارك) - البريد الإلكتروني: Rbnmw@Yahoo.com

٣. أستاذ في حوزة قم العلمية، البريد الإلكتروني: Andalibi3@yahoo.com

٤. أستاذ مشارك بكلية الحقوق، جامعة الفارابي في طهران، البريد الإلكتروني: Eshams@Ut.ac.ir

سائر الدول في إطار معاهدات تسليم المجرمين»، ويجب دراسة مباني هذا الموضوع واستخراج مصادره.

وقد أكدنا في هذا البحث بالاستناد إلى دراسة وتحليل أدلة مجلس صيانة الدستور لرفض قوانين تسليم المجرمين، ودراسة الأدلة الفقهية (باستثناء قاعدة نفي السبيل) للحكم الأولي لإعادة المسلمين إلى الدول الإسلامية وغير الإسلامية؛ أكدنا أنه إذا كانت معاهدات تسليم المجرمين إلى الدول الغير الإسلامية تستلزم تسليم المسلم إلى الكفار لمحاكمته أو تنفيذ عقوبة بحقه؛ فإنه في مجال الأحكام الأولية يمكن لبعض الأدلة أن تكون مانعة عن صحة هذه المعاهدات، ومن هذه الأدلة حرمة التصديق على أحكام الجهاز القضائي للكفار، وكذا قاعدة حرمة الإعانة على الإثم، كما أنه لا يصح الاستدلال بصلح الحديدية في إثبات جواز التسليم.

الكلمات المفتاحية: تسليم المجرمين، تسليم المسلم، التعاون القضائي، الأدلة الفقهية لتسليم المجرمين.

التحليل الفقهي لمادة (٦٠٧) من قانون العقوبات الإسلامي في تحديد مقدار دية الشفتين^١

مجيد قروجي بيكي^٢
محمد جعفر صادق بور^٣
سهراب بهادري^٤

الملخص

يرى فقهاء الإمامية أن لإصابة الشفتين دية كاملة لكنهم اختلفوا في مقدارها عند اتلاف شفة واحدة. وبعد إحصاء الآراء المعبرة عنها في هذا المجال يمكن تقديم كل هذه الخلافات في قالب نظريتين كليتين. الأولى والتي يمكن أن نسميها بـ «نظرية التنصيف»: تساوي مقدار الدية في الشفتين (العليا والسفلى) وأن لكل واحدة نصف الدية الكاملة. وقد قوبلت هذه الفكرة في المادة الـ ٦٠٧ من قانون العقوبات الإسلامي في إيران المصادق عليها في العام ٢٠١٢ م. والنظرية الثانية والتي سميت في هذه المقالة بـ «نظرية التغليب»: زيادة مقدار دية الشفة السفلى مقابل الشفة العليا. وقد اختلفوا أصحاب هذا الرأي في مقدار الزيادة ولكل منهم مقدار محدد لسبب ما.

استحسن المقال نظرية التغليب على التنصيف في هذه الدراسة والتي كُتبت بطريقة وصفية تحليلية والرجوع إلى المصادر المعتمدة.

وقد رُجِحَ من بين الآراء الثلاثة الموجودة حول مقدار زيادة دية الشفة السفلى، الرأي الذي حدد دية الشفة العليا نصف الدية الكاملة ودية الشفة السفلى ثلثا الدية الكاملة، وفقاً لرواية ظريف بن ناصح.

الكلمات المفتاحية: الشفة العليا، الشفة السفلى، نظرية التنصيف، نظرية التغليب،

كفاءة أكثر، رواية ظريف بن ناصح.

١. تاريخ الاستلام: ٠٧ / ١٠ / ١٤٣٩ هـ، تاريخ القبول: ٢٢ / ٠٦ / ١٤٤٠ هـ.

٢. أستاذ مساعد في القانون الجنائي وعلم الإجرام بجامعة الخوارزمي، البريد الإلكتروني: majid.baygi@khu.ac.ir

٣. طالب في مرحلة الدكتوراه فرع الفقه و القانون الجنائي بجامعة الخوارزمي وباحث في مركز الدراسات الفقهية والطبية والقانونية، (المؤلف المشارك)، البريد الإلكتروني: jafar.samen.1367@gmail.com

٤. طالب في مرحلة الدكتوراه فرع الفقه ولقانون الجنائي بجامعة الخوارزمي، البريد الإلكتروني: bahadori.sohrab@alumni.ut.ac.ir

مكانة التوبة في النظام القانوني للعقوبات التعزيرية^١

حميدرضا زجاجي^٢
محمود المير^٣

الملخص

دخلت التوبة للمرة الأولى كقاعدة منهجية في سياسة القانون الجنائي الإيراني بما يتجاوز العقيدة الدينية والفقهية والأخلاقية. وهي الآن مطروحة كمؤسسة قائمة - مرفقة (قانون تأسيسي - تساهلي) في قانون العقوبات الإسلامية للعام ٢٠١٣. هذا النهج المبتكر يستحق التقدير في العودة الطوعية لمرتكب الجريمة إلى إصلاح نفسه وتعزيز العدالة التصحيحية والعقابية بدلاً من العدالة العقابية باستخدام هذا التعليم القرآني. إن دراسة المبادئ الفقهية والنظرية المتعلقة بهذه المؤسسة القيمة وتبيين موقف السياسة الجنائية الإيرانية بعد سنوات عديدة تتعلق بتأثير التوبة على جميع التعزيرات التي لديها أكبر حصة من الجرائم. اعتمد المشرع ثلاثة أنظمة متميزة من حيث نوع ودرجة الجرائم مع اتباع نهج منفصل لأنواع ودرجات الجرائم التعزيرية. وتوقف تأثير التوبة على سقوط العقوبة أو تخفيفها على درجة الجريمة التعزيرية من حيث شدة العقوبة وضعفها وكون التعزير منصوص أو غير منصوص عليه. تقييم وضع ثمان مواد في قانون العقوبات الإسلامي فيما يتعلق بهذه المؤسسة القيمة بالإعتماد على مبادئ الفقه ومصادره الغنية لإزالة بعض أوجه الغموض مثل مدى تأثير سقوط العقاب في التعزيرات المنصوصة الشرعية وشرح الإيرادات ومعرفة العيوب مثل شرط إحراز الإصلاح وندامة التائب للقبول، دون تحديد معايير وطرق لاعتمادها، والإقتراحات التصحيحية لتطوير هذه المؤسسة تستوجب ضرورة هذه المقالة.

الكلمات المفتاحية: التوبة، تعزير المنصوص عليه شرعاً، تعزير غير المنصوص عليه شرعاً، سقوط العقاب، تخفيف العقاب.

ملخص

١٩٩

١. تاريخ الاستلام: ١٤٤٠/٠٤/٠٥ هـ، تاريخ القبول: ١٤٤٠/٠٦/٢٢ هـ.

٢. دكتوراه في الفقه ومباني الحقوق الإسلامية بجامعة آزاد الإسلامية وحدة خوراسكان، (المؤلف المشارك)، البريد الإلكتروني: h.zojaji1343@gmail.com

٣. أستاذ مشارك في الفقه ومباني الحقوق الإسلامية بجامعة آزاد الإسلامية وحدة خوراسكان، البريد الإلكتروني: dr.malmir1@gmail.com

تحليل الفصل بين المحاربة والإفساد في الأرض في نظام عقوبات الجمهورية الإسلامية الإيرانية بالإستناد إلى قانون العقوبات الإسلامي لعام ٢٠١٣م^١

أمير حمزة سالارزايي^٢
جميله أفروشته^٣

الملخص

بما أنّ تبني القوانين واللوائح الجديدة يحتاج إلى التنقيح والتحليل وضرورة مراجعة هذه القوانين لا يخفى على أحد، فإن المقالة التي بين أيدينا تقوم بنقد الحكم الجنائي للمحاربة والإفساد في الأرض. السؤال الأساسي للبحث ما هو السبب في تجريم ظاهرة المحاربة والإفساد في الأرض بعنوانين مستقلين؟ فرضية هذا السؤال هي: بناءً على الأصل الرابع من دستور الجمهورية الإسلامية الإيرانية يبدو أنّ التجريم المستقل للعنوانين المذكورين هو أمر غير متقن. النتيجة هي: «إنما» الحصر في آية المحاربة و «واو» العطف وكذلك وحدة الفاعل في يحاربون ويسعون والتفسير لصالح المتهم، وكذلك آراء الكثير من الفقهاء وفي النهاية نتيجة روايات باب المحاربة، تتطلب جميعها أن يكون للمحاربة والإفساد في الأرض حكم واحد بما يتناسب مع الظاهرة الجنائية.

الكلمات المفتاحية: المحاربة، الإفساد في الأرض، العدالة الجزائية، الدليل،

العقوبات، التجريم.

١. تاريخ الاستلام: ١٤٣٩/٠٢/٢١هـ، تاريخ القبول: ١٤٤٠/٠١/٢٣هـ.

٢. أستاذ الفقه ومباني الحقوق الإسلامية، جامعة سيستان وبلوشستان، إيران. (المؤلف المشارك) البريد الإلكتروني: amir_hsalari@theo.usb.ac.ir

٣. طالب في مرحلة الدكتوراه فرع الفقه ومباني الحقوق الإسلامية، البريد الإلكتروني: g.afroushte@gmail.com

Analyzing the Segregation between Declaring War against God and Corruption on the Earth in Islamic Revolution of Iran's Penal with Emphasis on Islamic Penal Code (2012)¹

Amir Hamzeh Sālārzāyee²

Jamileh Afroshteh³

Abstract

As ratification of new laws and regulations really needs refinement and expurgation and as the necessity of analyzing such laws is crystal clear, the resent paper is to level a fundamental criticism on the penal rule of declaring war against God (mohārebeh) and corruption on the earth (ifsade filardh). The main question of this research is that why the criminal acts of declaring war against God and corruption on the earth have been mentioned as two separate criminal subjects? The research hypothesis is created based on the Fourth Principal of Constitution of the Islamic Republic of Iran and seems that categorizing these two crimes under the same subject and category lacks reliable reason. Therefore, the existence of Innamā (showing limitation) and wāw (showing linking), the same subject in the word yuhāriboon and yasoon and interpreting this verse for the accused, as well as considering jurisprudents' opinions and concluding the traditions on the issue of mohārebeh all entail that these two issues enjoy the same rule which corresponds the criminal act.

Key words: Declaring war against God, Corruption on the earth, penal justice, reason, punishment, indictment.

1. Received in: 23/10/2017; Accepted in: 28/02/2019

2. Professor of Islamic Law and Jurisprudence. Sistani Baloochestan University. Iran. (Corresponding Author). E-mail: amir_hsalar@theo.usb.ac.ir

3. PhD Candidate of Islamic Law and Jurisprudence. E-mail: g.afroushte@gmail.com

the Islamic Penal Code about this ethical institution relying on jurisprudential principles and resources to disambiguate the ambiguities such as the realm of influence of crime blockage in texted clear religious ta'zir and stating the shortcomings and pathology such as the condition for making sure for the correction and repentance of the repenter, so that his repentance is accepted without determining criterion and adopting a method for its certainty and offering applied corrective suggestions to improve this institution all form the significance of this research.

Key words: Repentance, texted religious ta'zir, non- texted religious ta'zir, crime blockage, commutation.

**Justārhā-ye
Fiqhī va Uṣūlī**

Vol.5, No. 14
Spring 2019

XIII

The Position of Repentance in Legal System of Ta'zirāt Penalty ¹

Hamidreza Zojaji ²

Mahmoud Malmir ³

Abstract

Beyond a religious, jurisprudential and ethical teaching, repentance has been systematically inserted to the penal law policy of Iran for the first time. Currently, it has been proposed as a lenient institution in the Islamic Penal Code ratified in 2012. The lawmaker's such a novel and admirable approach is appreciable as it helps the criminals repent voluntarily to improve themselves, and such a decision promotes remedial and corrective justice and stopping crimes instead of punitive justice using Qur'anic teachings. Investigating jurisprudential and theoretical principles about this valuable and ethical institution and stating penal policy of Iran after a long period of time regarding the effect of repentance on tazirat which devotes the highest amount of shares to itself has been specified with this action. The legislator has approved three systems based on the type and degree of the crime in ta'ziri crimes using a differential approach between the types and degree of ta'ziri crimes. The lawmaker believes that the influence of repentance in crime amputation or commutation is subject to the degree of ta'ziri crime with respect to the strength and weakness of crimes and clear textual or non-textual identity of ta'zirat. Investigating the position of eight articles in

Abstract

XII

1. Received in: 22/11/2018; Accepted in 20/2/2019

2. PhD Holder of Islamic Law and Jurisprudence, Islamic Azad University, Khorasgan, Iran. (Corresponding Author). E-mail: h.zojaji1343@gmail.com

3. Associate Professor of Islamic Law and Jurisprudence, Islamic Azad University, Khorasgan, Iran. E-mail: dr.malmir1@gmail.com

them has considered a specific amount. Using a descriptive-analytical research method and referring to valid sources, taghlib theory is prioritized in this research, and among the three opinions under the second theory maintaining that the lower lip enjoys a higher amount adopts the one which accords with zarif tradition and has determined the upper lip ransom amount half of the lower one and has determined the ransom amount for the lower lip as two third of full amount of ransom.

Key words: The lower lip, the upper lip, taghlib theory, tansif theory, better function, zarif tradition.

**Justārḥā-ye
Fiqhī va Uṣūlī**

Vol.5, No. 14
Spring 2019

XI

A Jurisprudential Analysis of Article 607 of the Islamic Penal Code in Determining the Lips Sum of Ransom¹

Majid Qourchibeigi²

Muhammad Ja'far Sadeqpour³

Sohrab Bahadori⁴

Abstract

Abstract

X

The majority of Imāmiyah jurists are of the view that injuring two lips leads to paying a whole body ransom, but regarding determining the ransom for each lip separately and individually there are contradictions. Having extracted all of the opinions in this respect, one may claim that these opinions could be categorized under two general theories. The first theory, tansif theory, states that the upper and lower lip enjoy equal share in the sum of ransom and each shares half of the sum of full amount of ransom. Such a theory has been approved by the Iranian law-maker and stipulated in the article 607 of the Islamic Penal Code (ratified 2013). The second theory, as called taghlib theory in this research, states that the lower lip enjoys a higher amount of ransom contrary to the higher lip. As the scholars who believe that there exists a higher amount do not have the same opinions with respect to the ransom amount, each of

1. Received in: 21/06/2018; Accepted in: 28/2/2019

2. Assistant Professor

3. PhD candidate of Islamic Law and Jurisprudence Kharazmi

4. PhD candidate of Islamic Law and Jurisprudence Kharazmi

documentations and argumentations in rejecting the ratifications of criminal extradition and jurisprudential reasoning regarding the primary ruling of a Muslim criminal extradition to Islamic and non-Islamic countries (except that of Nafyi Sabil), the researcher has highlighted that to sign contract of criminal extradition with non-Islamic countries could be considered as problematic given it is required to submit a Muslim criminal to infidels for execution or trial by the virtue of some primary jurisprudential rules such as the reasons for illegality of confirming infidel's judiciary system and the principle of "hormat l'aneh bar ithm". Thus, referring to Hodaybiyah Peace Treaty is not true for proving the permissibility of extradition.

Key words: Criminal extradition, Muslim criminal, jurisprudence, the Guardian Council's Jurisprudential reasoning.

A Jurisprudential Investigation of Iranian Guardian Council's Selected Reasons in Rejecting Extradition Treaties between Iran's Government and other Ones¹

Reza Mohammadi (Karaji)²

Ali Andalibi³

Ebahim Shams Nātari⁴

Abstract

Abstract

VIII

Investigating the reasons and documentations of the Guardians Council in declaring some ratification against the shariah rules could wield remarkable influences in jurisprudential studies. The issue of extradition is among the ones whose related treaties have been declared against shariah rules by the Guardians Council. The different branches and subsidiaries of extradition and the Guardian Council's jurisprudential documentations such as "submission of a Muslim criminal to other countries under the issue of extradition" should be assessed and analyzed and its principles and sources should be studied. Having examined and analyzed the Council's Guardian

1. Received in: 23/8/2018; Accepted in: 28/2/2019

2. Assistant Professor of Imam Khomeini Research and Educational Institute. (Corresponding Author). Extracted from the fourth Level Thesis of Qom Seminary Entitled as "Investigating Extradition in Law and Jurisprudence". E-mail: Rbnmw@Yahoo.com

3.

4. Associate Professor, Law Faculty of Tehran University, Farabi Campus. E-mail: Eshams@Ut.ac.ir

ples and regarding the issue of blood money, the legislator has ruled to multiplicity of ransoms (article 538 of the Islamic Penal Code) and the interference of ransoms (on the clause B of article 538 of the Islamic Penal Code). Likewise, to enact the law for determining the method of the blood money in the assumed above-mentioned third and fourth assumptions has been stipulated in the continuation of clause B, article 539 as: " If death or amputation or any more severe injury are due to the contagion of some kind of injuries, the ransom of contagious injuries interfere with the whole body full ransom, or member ransom, or greater injury while the ransom for non-contagious injuries are calculated separately and thereupon the ruling is issued". Although, regarding the third assumption, the legislator's ruling is in accordance with jurisprudential principles, the legislator's law-making are criticized severely regarding the fourth assumption. Using a descriptive-analytical method, the present paper is to investigate the issues regarding the fourth assumption based on separation of single blow and multiple ones, either successive or no-successive. The researchers prove that contrary to the related article, if some injuries are contagious and the injured dies, the whole body full ransom is merely required to be paid and there is no obligation to calculate non-contagious injuries, unless the blows are knocked repeatedly and in some intervals.

Key words: Crime interruption, contagion, death, the article 539 of Islamic Penal Code.

A Comparative Reflection on Erroneous Contagious and non-contagious Injuries in Jurisprudence and Criminal Law ¹

(A Criticism and Correction Proposal for the article 539 of the Islamic Penal Code)

Ahmad Haji Deh Abadi ²

'Azam Mahdavi Pur ³

Tāhā Zargariyan ⁴

Abstract

Abstract

VI

Different injuries could be the result of a single blow or various ones. Assuming such blows are contagious or non-contagious, no more than four assumptions would be conceivable. 1) None of the injuries are contagious. 2) All of the injuries are contagious and lead to a new crime. 3) Some of the injuries are contagious and could end in a more severe injury. 4) Some of the injuries are contagious and could end in the injured death. In line with jurisprudential princi-

1. Received in: 5/3/2018; Accepted in: 28/2/2019

2. Associate Professor of Law and Criminology Department, Tehran University, Qom Campus; E-mail: adehabadi@ut.ac.ir

3. Assistant Professor of Law and Criminology Department, Tehran University, E-mail: amahdaviyor@yahoo.com

4. Researcher of Jurisprudential Studies Center of Forensic Medicine Organization and PhD Holder of Islamic Criminal Law and Jurisprudence. Khārazmi University of Tehran. (Corresponding Author). E-mail: tahazargariyan93@gmail.com

and expanded these opinions, the researchers have investigated the weaknesses of these opinions using the Qur'an verses and the Imam's traditions and have proved that proposing the issue of compulsion by the shariah legislator from the viewpoint of ruling the society is narrowed; therefore, any kind of compulsion cannot remove the illegality. Ultimately, they have proved the opinion to the permissibility of gathering the command and forbiddance using other jurisprudential chapters.

Key words: Togetherness, command, forbiddance, permissibility, refusal, lack of freewill, the obliged.

Analyzing the Togetherness of Command and Forbiddance¹

Alireza Hooshyar²

Hassan Qambari Sheykhshabani³

Abstract

Abstract

IV

The issue of the permissibility of togetherness of command and forbiddance is considered among the most complex and oldest issues in the knowledge of oṣūl which has jurisprudential and practical benefits such as the truth or wrongness of saying prayers in a usurped place. Having investigated the lexicon and clarifying the subject matter, the researchers have proposed three opinions in this regards such permissibility, refusal, and intellectual permissibility and customary refusal. In the next phase, the researchers have raised the most important issue of negating and confirming reasons and the issue of compulsion due to the lack of freewill. There are to six opinions and principles about the person who have doomed himself obliged due to lack of freewill among which the absolute command wavier, taking the obligation, affirming the forbiddance of act, and lack of obligation could be mentioned. Having explained

1. Received in: 22/5/2018; Accepted in: 28/2/2019

2. Graduate of Qom Seminary Level Four and Instructor Islamic Knowledge, Islamic Azad University of Qom, Iran. (Corresponding Author). E-mail: alireza112.hooshyar@yahoo.com

3. Graduate of Qom Seminary Level Three. E-mail: hassan.67@chmail.ir

lated, and cases-related, the researchers have classified the implication-related one to specific (textual concept) and general (common concept). Thus, some of the contradictions are resolved and some of the countenances of indication are supported, while due to some of the in-text and out-text indications and evidences and due to the infeasibility of resolving some contradictions, the effect of these traditions is in contradiction with the preference of ahdath to reach the true ruling regarding the issue of contradiction.

Key words: Tradition contradiction, textual preferences, ahdathiyat, preferring the ahdath, reservation, abrogation.

The Preference of Narration based on Ahdathiyat ¹

Abolqāsem Walizadeh²

Mahdi Walizādeh³

Abstract

Abstract

II

The current research is to validate the preference of tradition based on ahdathiyat. Posteriority of the issuance of a narration to another, as it is called ahdathiyat, is an issue that has been focused on by some jurists and osūli scholars regarding the contradiction of traditions. Some scholars contend that such a matter is categorized under the issue of devoted preferences of the hadith whose argument relies on the five traditions, although the majority of osūli scholars have criticized such a basis and do not confirm its indication. Among such scholars, some believe in the intellectual basis for preference while on the contrary, most of such scholars have absolutely denied and rejected its being preferable. The research method is descriptive-analytical with a critical approach. Having mentioned the tentative countenances of the effect of these traditions and classifying the contradictions into document-related, implication-re-

1. Received in: 13/7/1397; Accepted in: 28/2/2019

2. Assistant Professor of Islamic Knowledge Department at Urmia University and Graduate of Qom Seminary.

3. Student of Aimah Athar Jurisprudence Center and Qom Seminary Third Level Student.
E-mail: montazere14@gmail.com

Justārḥā-ye Fiqhī va Uṣūlī

The Iranian Journal of Islamic Law, Jurisprudence and Methodology
Vol.5 , No. 14, Spring 2019

**Concessionaire: Islamic Propagation Office of Qom Seminary
Khorāsān-e- Razavi Branch**

Director: Mojtabā Elāhi Khorāsāni

Editor-in-Chief: Hossein Nāsseri Moqadam

Editorial Board:

Mojtabā Elāhi Khorāsāni (Postgraduate Studies Instructor of Seminary and Faculty Member of Akhūnd Khorāsāni Specialized Center)

Mūḥammad Hassan Hāeri (Professor of Ferdowsi University of Mashhad)

Sayid Abbās Sālehi (Assistant Professor of the Islamic Sciences and Culture Research Centre)

Saeed Ziyāee Far (Postgraduate Studies Instructor of Seminary and Associate Professor of the Islamic Sciences and Culture Research Centre)

Abolqāsem Alidoust (Postgraduate Studies Instructor of Seminary and Professor of the Islamic Sciences and Culture Research Centre)

Ahmad Moballeghi (Postgraduate Studies Instructor of Seminary and Associate Professor of Islamic Denominations University)

Mahdi Mehrizi (Associate Professor of Islamic Azad University- Tehran Science and Research Branch)
Hossein Nāsseri Moqadam (Professor of Ferdowsi University of Mashhad)

Executive Director: Haādi Misbāholhodā

Editorial Secretary: Sayid Mostafā Ekhterāee Tousi

Editor: Abdollah Gholami (Assistant Professor of Rāzi University Kermansha)

Arabic Abstracts Translator: Ijtihad International Network Group

English Abstracts Translator: Ebrahim Davoudi Sharifabad (Assistant Professor of Bāqir-al Olum University)

Layout: Hāmed Emami

Publisher: Boustāne Ketab Publishing Company

Address: Islamic Propagation Office of Qom Seminary- Khorāsān-e- Razavi Branch, Khosravi to

By the virtue of the license No.337 extended in 17 April 2019 from the Council for Granting Scientific Licenses to Seminary Journals, this journal is qualified for promoting to Scientific-Research rank.

Shohadā Crossroads, On the Corner of Roshan Alley.

P.O. Box: 9134683187

Telefax: + 985132213325

E-mail: jostar.feqhi@gmail.com

Website: jostar-figh.maalem.ir

ISSN: 7565-2476