



جامعه المصطفی (ص) العالیة

مجتمع آموزش عالی مشهد

رساله دکترای رشته فقه قضایی

عنوان

عقل و بنای عقلا در فقه جزایی و حقوق کیفری

استاد راهنما: حجت الاسلام والمسلمین دکتر محمدباقر گرایلی

استاد مشاور: حجت الاسلام والمسلمین دکتر مرتضی نوروزی

دانش پژوه: حمیدالله حسینی

خرداد ۱۴۰۱



Jamiatolmostafa

Mashhad Higher Education Complex

Doctoral dissertation in jurisprudence

Title:

Reason and the construction of reason in criminal
jurisprudence and criminal law

Supervisor:

Hojjat-ul-Islam and Muslims Dr. Mohammad Baqir Graili

Consultant Professor:

Hojjat-ul-Islam and Muslims Dr. Morteza Norouzi

Scholar:

Hamidullah Hosseini

June 2022



مادآوری

➤ مسئولیت این رساله به عهده

نگارنده است.

➤ استفاده از آن با ذکر منبع و نام

جامعة المصطفی العالمیه بلامانع است.

تقدیم

این تحقیق را تقدیم می‌کنم به روح پاک و مقدس گل‌سرسبد موجودات، پیامبر گرامی اسلام ﷺ و اهل بیت پاک و مطهرش علیهم‌السلام که منادیان واقعی حق و عدالت‌اند و نیز به تمام فقها و عالمان و حقوق دانان راستین که در نگارش این تحقیق از تألیفات و دیدگاه‌های آنان بهره برده‌ام.

تقدیر

از تلاش های دلسوزانه و ارزشمند استاد راهنما جناب حجت الاسلام والمسلمین دکتر گرایلی و حجت الاسلام و المسلمین دکتر نوروزی قدردانی می کنم که در تدوین این تحقیق بنده را یاری نمودند.

همچنین بر خود لازم می دانم که از مسئولان محترم جامعه المصطفی العالمیه و اساتید و گروه حقوق که به خوبی زمینه آموزش را برای این جانب فراهم نمودند، سپاسگزاری نمایم.

عنصر عقل و بنای عقلا در فقه و حقوق جزا جزء منابعی است که از گذشته تاکنون مورد توجه دانشمندان بوده است به گونه‌ای که در ابواب مختلف جزایی مانند باب قصاص، حدود، تعزیرات و دیات از دلیل عقلی و بنای عقلا بهره فراوانی برده‌اند. مفاد قاعده $\text{كُلُّ مَا حَكَمَ بِهِ الْعَقْلُ حَكَمَ بِهِ الشَّرْعُ}$ و $\text{كُلُّ مَا حَكَمَ بِهِ الشَّرْعُ حَكَمَ بِهِ الْعَقْلُ}$ اشاره به این نکته مهم دارد که مقررات اسلام از جمله مقررات جزایی خارج از دسترس عقل نبوده بلکه بر اساس یک سلسله مصالح و مفاسدی در زندگی بشر است که از نظر عقل قابل مطالعه است در غیر این صورت محال بود که عقل در ردیف شرع قرار بگیرد. با توجه به این که استنباط احکام و مقررات جزایی اسلام، غیرقابل فهم برای عقل نیست لذا در این تحقیق درصدد بیان اثبات تأثیرگذاری و کیفیت بهره‌برداری از دلیل عقلی و بنای عقلا در راستای استنباط احکام جزایی در فقه می‌باشیم. عقل با توجه به قاعده درأ، اصالت البرائه و ادله عقلی دیگر اغلب شرایط و احکام مقرر در این حوزه را تأیید کرده و زیان‌های فردی و اجتماعی ارتکاب جرائم را درک می‌کند. بنای عقلا نیز یکی از پایه‌های استدلال در مباحث جزایی به شمار می‌آید. استقرا نشان می‌دهد مجازات‌های اسلامی از قبیل حدود، قصاص و تعزیرات، قبل از اسلام و در عصر پیامبر (ص) و ائمه (ع) بین عقلا عالم رایج بوده است، اسلام ضمن ضابطه‌مند کردن مجازات‌های موجود، آنها را تأیید و امضا کرده است. واضح است اگر رواج و شیوعی نبود چیزی بنام حکم امضایی هم وجود نداشت. بنابراین ابواب جزایی نه تنها تعارضی با سیره عقلا ندارد بلکه تشریع قصاص، حدود، تعزیرات و دیات با اصول مورد پذیرش عقلای عالم کاملاً تطابق دارد، اصولی مانند اصل عدالت، اصل شخصی بودن مجازات‌ها، اصل انسانی کردن مجازات‌ها، اصل کیفر زدایی و اصل تناسب بین جرم و مجازات. برای این اساس شبهات وارده نسبت به مقررات جزایی اسلام - که این دستورات را در تعارض با دلیل عقل و بنای عقلا، خشن، مخالف کرامت انسانی و عدم انطباق با زمان تلقی کرده‌اند - وارد نبوده و ناشی از ناآگاهی درباره فلسفه بسیار با عظمت احکام مقرر در حوزه جزایی می‌باشد. این رساله به روش توصیفی - تحلیلی و با مراجعه به منابع کتابخانه‌ای به نگارش در آمده است.

واژگان کلیدی: فقه جزایی، حقوق کیفری، دلیل عقلی، بنای عقلا

فهرست مطالب

مقدمه.....	۱
بیان مسئله.....	۱
اهمیت و ضرورت.....	۳
سابقه تحقیق.....	۴
جنبه جدید بودن و نوآوری و نظریه پردازی تحقیق.....	۵
سؤال اصلی تحقیق.....	۵
سؤال های فرعی تحقیق.....	۵
هدف تحقیق.....	۶
روش تحقیق.....	۷
سرفصل های تحقیق.....	۸
بخش اول: کلیات.....	۱۰
۱-۱- مفهوم شناسی عقل، گونه ها و دلیل عقلی.....	۱۲
۱-۱-۱- مفهوم عقل و دلیل عقلی در لغت و اصطلاح.....	۱۲
۱-۱-۱-۱- مفهوم عقل در لغت.....	۱۲
۱-۱-۲- مفهوم عقل در اصطلاح.....	۱۳
الف: مفهوم عقل در قرآن، سنت.....	۱۴

- ب: مفهوم عقل در اصطلاح فقه و حقوق ۲۰
- ج: مفهوم عقل در اصطلاح متکلمین ۲۴
- د: مفهوم عقل در اصطلاح فلسفه ۲۷
- ۱-۱-۳- مفهوم دلیل عقل ۳۰
- ۱-۱-۲- مفاهیم گونه های عقل ۳۵
- ۱-۲-۱- عقل فطری و عقل اکتسابی ۳۵
- الف: عقل فطری ۳۵
- ب: عقل اکتسابی ۳۶
- ۱-۲-۲- عقل نظری و عملی ۳۸
- ۱-۲-۳- مستقلات عقلیه و غیر مستقلات ۴۱
- ۱-۲- مفهوم بنای عقلا، تفاوت آن با دلیل عقل و مفاهیم مرتبط ۴۶
- ۱-۲-۱- مفهوم بنای عقلا و تفاوت آن با دلیل عقل ۴۶
- ۱-۲-۱-۱- مفهوم بنای عقلا در اصطلاح «مراد از سیره عقلا در فقه و اصول» ۴۶
- ۱-۲-۱-۲- تفاوت بنای عقلا با دلیل عقل ۴۹
- ۱-۲-۲- مفاهیم مرتبط و تفاوت آنان با بنای عقلا ۵۲
- ۱-۲-۲-۱- اجماع در لغت و اصطلاح ۵۲
- ۱-۲-۲-۱- اقسام اجماع «قولی، عملی» و تفاوت آن با بنای عقلا ۵۴
- الف: مفهوم اجماع قولی ۵۴
- ب: مفهوم اجماع عملی ۵۵
- ۱-۲-۲-۲- مفهوم سیره متشرعه و تفاوت آن با سیره عقلا ۵۶
- الف: مفهوم سیره متشرعه ۵۶

- ب: تفاوت سیره عقلایی و سیره متشرعه..... ۵۸
- ۱-۲-۳- مفهوم عرف و تفاوت آن با بنای عقلا..... ۶۲
- الف: مفهوم عرف در لغت..... ۶۲
- ب: مفهوم عرف در اصطلاح..... ۶۳
- ج: تفاوت عرف و بنای عقلا..... ۶۶
- ۱-۳- مفاهیم جزایی، تاریخچه و جایگاه عقل و بنای عقلا..... ۶۹
- ۱-۳-۱- مفاهیم جزایی..... ۶۹
- ۱-۳-۱-۱- قصاص در لغت و اصطلاح..... ۷۰
- ۱-۳-۱-۲- حد در لغت و اصطلاح..... ۷۱
- ۱-۳-۱-۳- تعزیر در لغت و اصطلاح..... ۷۲
- ۱-۳-۱-۴- دیات در لغت و اصطلاح..... ۷۴
- ۱-۳-۲- تاریخچه و جایگاه..... ۷۵
- ۱-۳-۲-۱- تاریخچه استناد فقها به حکم عقل و بنای عقلا..... ۷۵
- ۱-۳-۲-۲- اعتبار و جایگاه عقل و بنای عقلا در فقه و حقوق..... ۸۵
- الف: جایگاه عقل..... ۸۶
- ب: جایگاه بنای عقلا..... ۹۲
- بخش دوم: تأثیر عقل و بنای عقلا در فقه جزایی و حقوق کیفری..... ۹۸
- ۱-۲- بررسی تأثیر عقل در حدود، قصاص و تعزیرات « شرایط و احکام »..... ۱۰۰
- ۱-۲-۱- حدود « گناهان جنسی، مجازات جرائم مالی »..... ۱۰۱
- ۱-۲-۱-۱- گناهان جنسی و لواحق « شرایط و احکام »..... ۱۰۱
- ۱-۲-۱-۱-۱- شرایط جرائم جنسی و ادله عقلی آن..... ۱۰۱

- ۱۱۱-۲-۱-۱-۱-۲ احکام جرائم جنسی و ادله عقلی آن.....
- ۱۲۲-۲-۱-۱-۲ مجازات‌های جرائم مالی «شرایط و احکام».....
- ۱۲۳ الف: شرایط سرقت حدی و دلیل عقلی آن.....
- ۱۲۶ ب: احکام سرقت حدی و دلیل عقلی آن.....
- ۱۳۳-۲-۱-۲ قصاص.....
- ۱۳۴-۱-۲-۱-۲ شرایط قصاص و دلیل عقلی آن.....
- ۱۳۵ الف: شرط انتفای رابطه ابوت.....
- ۱۳۸ ج: شرط تساوی در دین.....
- ۱۴۰-۲-۲-۱-۲ احکام قصاص و دلیل عقلی آن.....
- ۱۴۱-۱-۲-۲-۱-۲ تساوی در جنسیت.....
- ۱۴۴-۲-۲-۲-۱-۲ اکراه در جنایت عمد.....
- ۱۵۱-۳-۱-۲ تعزیرات.....
- ۱۵۱-۱-۳-۱-۲ شرایط تعزیر از نظر نوع و میزان «اقوال و ادله عقلی آن».....
- ۱۵۱ الف: قول اول: «انحصار تعزیر در نوع و میزان».....
- ۱۵۳ ب: قول دوم «عدم انحصار تعزیر در نوع و میزان» و ادله عقلی آن.....
- ۱۵۶-۲-۳-۱-۲ احکام تعزیر و دلیل عقلی آن.....
- ۱۵۶-۲-۱-۳-۲-۱ تساوی جرم و گناه، اقوال و ادله.....
- ۱۵۸ الف: قول اول: تساوی جرم و گناه «قول مشهور» و دلیل عقلی آن.....
- ۱۶۳ ب: قول دوم.....
- ۱۶۴ ج: قول سوم.....
- ۱۶۵-۲-۲ تأثیر بنای عقلا در قصاص، دیات، تعزیرات «شرایط و احکام».....

- ۱-۲-۲- بنای عقلا در باب قصاص و دیات ۱۶۵
- ۱-۲-۲-۱- بنای عقلا و انواع قصاص ۱۶۵
- الف: انواع قصاص «عقلایی و غیر عقلایی» ۱۶۶
- ب: مقایسه قصاص در اسلام و ادیان دیگر ۱۶۶
- ج: رابطه قصاص در اسلام با بنای عقلا ۱۶۹
- ۲-۱-۲- بنای عقلا در باب دیات ۱۸۰
- ۲-۱-۲-۱- بنای عقلا و حکم دیه قبل از اسلام ۱۸۱
- ۲-۱-۲-۲- بنای عقلا و حکم دیه در اسلام ۱۸۳
- ۲-۲-۲- بنای عقلا در باب تعزیرات «شرایط و احکام» ۱۸۷
- ۲-۲-۲-۱- شرایط تخفیف یا تشدید کیفر تعزیر ۱۸۷
- الف: اشکال «تعزیر و تفویض قدرت مطلق قاضی» ۱۸۸
- ب: نقد اشکال ۱۸۹
- پاسخ اول «تعیین جرم با توجه به امور فردی و اوضاع و احوال» ۱۸۹
- پاسخ دوم «تعیین نوع و میزان کیفر توسط حکومت اسلامی نه قاضی» ۱۹۰
- ۲-۲-۲-۲- رابطه احکام تعزیر و بنای عقلا ۱۹۲
- الف: اصل فردی کردن مجازات ۱۹۲
- ب: اصل فردی کردن مجازات و تشکیل پرونده شخصیت ۱۹۳
- ۳-۲- بررسی و نقد شبهات در احکام جزایی فقهی حقوقی از نگاه عقل و بنای عقلا ۱۹۸
- ۳-۲-۱- بررسی و نقد شبهه خشونت در مجازات سالب حیات ۱۹۹
- ۳-۲-۱-۱- بیان شبهات بر مجازات سالب حیات ۲۰۱
- الف: شبهه اول «قصاص و امضاء قبایل وحشی» ۲۰۱

- ب: شبهه دوم «ارتکاب جرایم سنگین و عدم تعادل روانی» ۲۰۲
- ج: شبهه سوم «نادیده گرفتن اهداف کیفر» ۲۰۲
- ۲-۱-۳-۲ نقد عقلایی شبهه خشونت در کیفر سالب حیات ۲۰۳
- الف: نقد شبهه اول ۲۰۴
- ب: نقد شبهه دوم ۲۰۶
- ج: نقد شبهه سوم ۲۰۸
- ۲-۳-۲- بررسی و نقد شبهات در مجازات‌های جرائم مالی «سرقت» ۲۱۲
- ۲-۳-۲-۱ بیان شبهه «کیفر قطع دست و پا خشن و مخالف کرامت انسانی» ۲۱۳
- ۲-۳-۲-۲ پاسخ شبهه در مجازات‌های جرائم مالی «سرقت» ۲۱۴
- الف: نقد اول ۲۱۴
- ب: نقد دوم ۲۱۵
- ج: نقد سوم ۲۱۶
- ۲-۳-۲- بررسی و نقد شبهه خشونت در مجازات گناهان جنسی «شلاق» ۲۱۹
- ۲-۳-۲-۱ بیان شبهات «خلاف کرامت و معیارهای بشردوستانه» ۲۲۱
- ۲-۳-۲-۲ نقد عقلایی شبهه ۲۲۲
- الف: «وجود شلاق در جوامع قبل از اسلام» ۲۲۳
- ب: «اصل تناسب بین جرم و مجازات» ۲۲۴
- ج: «شلاق، طرق اثبات و توجه به اثرات زیانبار جرایم» ۲۲۶
- د: اجرای یا عدم اجرای کیفر با توجه به اوضاع و احوال ۲۲۸
- نتیجه‌گیری کلی تحقیق ۲۳۱
- منابع ۲۳۶

- قرآن کریم..... ۲۳۶
- نهج البلاغه..... ۲۳۶
- منابع عربی..... ۲۳۶
- منابع فارسی..... ۲۴۳
- منابع مجازی، مقاله و پایان نامه..... ۲۵۰

مقدمه

مجازات و کیفر از مسائل اساسی در جامعه انسانی بوده و کسی نمی‌تواند ضرورت وجود آن را نادیده بگیرد، از موضوعات مهم در مباحث فقه جزایی و حقوق کیفری در اسلام کارکرد و تأثیر عقل و بنای عقلا در مسائل جزایی است. تصور صحیح نخواهد بود که بگوییم اسلام تنها دین تعبد و تقلید محض بوده و برای عقل و دیدگاه عقلی و ادراکات آن ارزشی قائل نیست و در استنباط حکم شرعی «حقوقی و جزایی» تنها به مدلولات الفاظ ادله شرعیه توجه داشته و چیزی خارج از آن مدلولات لفظی ملاک و مرجع نیست، چنانچه اشاعره اهل حدیث، در میان عامه و اخباریون در بین شیعه مدرکات عقل بشری را فاقد ارزش و اعتبار می‌دانند. اما فقها و حقوقدانان در ابواب مختلف کیفری از قبیل باب قصاص، حدود، تعزیرات و دیات همانطوری که از آیات و سنت کمک گرفته‌اند، با استدلال و تحلیل عقلی و تمسک به بنای عقلا به تبیین مسائل جزایی و کیفری پرداخته و عقل را جزء منابع اصلی استنباط احکام در کنار کتاب و سنت می‌شمارند.

با توجه به اهمیت جزا و تأثیرگذاری عقل و بنای عقلا بر آن شدم که با کمک استاد راهنما، ارجمند آقای دکتر گرایلی «دامه ظلّه» و استاد مشاور جناب دکتر آقای نوروزی «دامه ظلّه العالی» موضوعی را در رساله انتخاب نمایم که تا حدودی عنوان بکری بوده و کمتر به صورت مستقل و جامع و منسجم مورد تحقیق و تفحص قرار گرفته باشد تا از تکرار مکررات خودداری کرده باشم. البته این جانب خود را در سطحی نمی‌داند که بتواند درباره مسائل ارائه نظر نماید، لذا در اکثر موارد سعی نمودم که مطالب در حد ارائه نظرات و استدلالات فقها و حقوقدانان و تحلیل آن مطالب باشد.

بیان مسئله

داشتن شریعتی که جامع باشد به‌طوری‌که در همه زمان‌ها و مکان‌ها و همه انسان‌ها جریان داشته باشد این خصوصیت، جزء مسلمات دین مبین اسلام بوده و علم فقه تنها علمی است که بیان این شریعت را با این خصوصیت بر عهده دارد. دانشمندان اسلام در طول تاریخ با کوشش فراوان و در سخت‌ترین موقعیت‌ها بر اجتهاد و استنباط احکام من جمله احکام کیفری و جزایی، از منابع آن همت گمارده‌اند. مهم‌ترین عاملی که علمای دین را در رسیدن به شریعت اسلام یاری می‌دهد توجه به منابع و برخورداری از اصول منسجم در استخراج احکام است چنانچه نداشتن منطق صحیح فقهی و حقوقی روشن، مؤثرترین عامل خطا و

هرج و مرج فقهی و حقوقی به شمار می آید؛ لذا قبل از اجتهاد و استنباط احکام، شناخت روش صحیح اجتهاد است که بدون شناخت نمی توان به شریعت دست یافت.

از طرف دیگر قوه عاقله یکی از قوای انسانی است که خداوند در نهان انسان به ودیعت گذاشته است به طوری که عقل سبب امتیاز و برتری انسان از سایر مخلوقات است. دانشمندان علوم مختلف با استمداد این نیروی فاخر و توانا توانسته اند جریان علم را پیش ببرند. فقه جزایی و حقوق کیفری نیز از این مقوله استثنا نبوده و همواره در فقه و حقوق به عنصر عقل و بنای عقلا توجه نشان داده شده است. به گونه ای که در کنار منابع استنباط احکام، منبعی است که مورد قبول اسلام بوده و لذا قاعده کلمات حکم به العقل حکم به الشرع تأسیس شده است، بنابراین هیچ دانشمندی دست کم عملاً برای استنباط برخی از احکام با آن مخالفت نکرده است، البته جهت بهره برداری از عقل گاه دانشمندانی در کشاکش افراط و تفریط گرفتار شده اند.

ما در این تحقیق درصدد بیان جایگاه عقل در استنباط احکام جزایی در فقه و حقوق و تبیین ابعاد دخالت عقل در این امور هستیم. آنچه محل بحث در این تحقیق قرار می گیرد کیفیت بهره وری از عقل در احکام جزایی و احیاناً تأیید احکام جزایی از قبیل مجازات های سالب حیات یا مجازات های مالی یا بدنی به وسیله عقل و اثبات عدم تعارض عقل و شرع در زمینه احکام جزایی است. به گونه ای که آنچه را شرع به طور قطع حکم می کند عقل نیز حکم می کند، به این معنا که مصلحت و مفسده ای وجود دارد که اگر عقل به آن پی ببرد حکم شرع را تصدیق خواهد کرد، بنابراین مقررات اسلام بر اساس یک سری مجهولات خارج از دسترس اندیشه و عقل نیست، بلکه بر اساس یک سلسله مصالح و مفاسد در زندگی بشر است که برای عقل قابل درک است.

تلاش این تحقیق بر این است که عقل و بنای عقلا در کشف و استنباط حکم شرعی در فقه و حقوق جزایی از چه جایگاهی برخوردار است و موردی که بین عقل و بنای عقلا تفاوتی وجود دارد را مورد بررسی قرار دهد و در نتیجه جایگاه راستین عقل به دور از هرگونه افراط و تفریطی شناخته شود. به عنوان نمونه در باب حدود در تعریف زنا، اقسام «زنا» موجب اعدام، رجم، جلد و... و نیز شرایط و احکام آن، از دید عقل و بنای عقلا بررسی می شود.

این که برخی از علماء، کیفر مانند تازیانه یا سنگسار را با توجه به محذوراتی، منتفی دانسته و عقیده دارند کیفر مجرم به نحو دیگر انجام شود، این مسئله تحقیق می شود که از نظر عقل و بنای عقلا شیوه های یاد شده در اجرای کیفر موضوعیت دارد یا نه؟ یا مثلاً در باب قصاص مسئله عقلانیت قصاص و عقلایی بودن حق قصاص، مشروعیت اجرای آن و نیز برتری قصاص بر سایر کیفرها از قبیل اعدام و حبس و.. از نظر عقل و بنای عقلا مورد تحقیق قرار می گیرد، البته با توجه به ادله دیگر «قرآن، سنت و اجماع» به گونه ای که مجازات های اسلامی همانند قصاص نه تنها کیفر خشونت بار و غیر انسانی نیست بلکه عقل حکم می کند که در این مجازات اصل تساوی میان مجازات و جرم رعایت شده است.

مسئله مهم این است که ما نه عقل را از آن جایگاهی که دارد نادیده می گیریم به گونه ای که نسبت به توانایی دلیل عقل و بنای عقلا بی توجه باشیم و نه به گونه افراطی و یگانه محوری عقل توجه می کنیم که حجیت احکام عقلی در زمینه جزایی را بی قید و شرط بدانیم و هیچ حدود مرزی برای آن ننشاسیم به طوری که بر دیگر منابع فقه و حقوق جزایی خط بطلان کشیده شود.

اهمیت و ضرورت

ضرورت ایجاب می کند که:

۱. جایگاه بالا و والای عنصر عقل و عقلانیت را به طور ویژه در دستگاه فقه جزا و حقوق کیفری اسلامی تبیین نموده و میزان کارایی و بهره وری از عقل در زمینه استنباط احکام در مسائل فقه جزایی و حقوقی کیفری در این نوشتار پرداخته شود.
۲. این موضوع را اثبات نماییم که بدون به کارگیری عنصر عقلانیت، دستگاه استنباط احکام کیفری و فقهات اسلامی مختل و تعطیل می گردد.
۳. در حقوق طی دهه های اخیر در خصوص مجازات سالب حیات «مثل قصاص و..» و نیز کیفرهای بدنی «مثل زدن صد تازیانه بر بدن زن و مرد زناکار و دستور به قطع انگشتان دزد با شرایط ویژه و غیر از این موارد» با انتقادات شدیدی از طرف صاحب نظران جرم شناس روبرو شده است، این مسئله از دیدگاه عقل و بنای عقلا مورد تحقیق و بررسی قرار گیرد که آیا کیفرهای سالب حیات با حقوق بشر تطابق دارد یا تنازع دارد؟ و اثبات این مطلب که این گونه مجازات ها با نگاه به عقل و بنای

عقلا هیچ گونه تعارضی با حقوق بشر ندارد. ما درواقع با کمک عقل و بنای عقلا به ریشه‌یابی و آگاهی از دلایل تشریع این مجازات‌ها «سالب حیات و مجازات‌های بدنی» به این مهم دست می‌یابیم که سیستم جزایی اسلام واقع‌بین، دارای انعطاف و هماهنگی با مقتضیات زمان و مبتنی بر کرامت انسانی است و به مصلحت فرد و جامعه اهتمام می‌ورزد.

سابقه تحقیق

یکی از موضوعات مهم اصلاتی است که اسلام برای عقل قائل شده است. به‌طوری‌که فقها عقل را به‌عنوان منبعی در عرض کتاب و سنت و اجماع قرار می‌دهند و در ابواب مختلف در فقه و اصول و نیز در حقوق به آن تمسک کرده‌اند چه در باب قصاص یا حدود و تعزیرات. به‌عنوان مثال صاحب جواهر و دیگران در کنار آیات و روایات در ابواب جزایی به استدلالات عقلی پرداخته‌اند و در مواردی هم به بنای عقلا تمسک کرده است و نیز کتب متعددی در این موضوع نوشته شده است با عناوین از قبیل فقه و عقل، جایگاه عقل در استنباط احکام، ادله و منابع فقه، عقل و استنباط فقهی، اهداف مجازات‌ها در جرایم جنسی و...

همین‌طور مقالات و تحقیقات گوناگونی با عناوین متعددی به رشته تحریر درآمده است مثل مقاله «تعقل و تعبد در معارف اسلامی» که در این تحقیق رابطه عقل و دین و حدود دخالت عقل در احکام اسلامی و نیز مقدار ارزش مدرکات عقلی در استنباط شرعی بررسی شده است. یا مقاله «رابطه عقل و دین» که یکی از فصل‌های این تحقیق سیر نزولی براهین عقلی در فقه امامیه تبیین شده است. یا مقاله‌ای با عنوان «نقش زمان و مکان در احکام» که موضوع اثبات حکم شرعی و مقدار احکام ثابت شده به‌وسیله سیره متشرعه و بنای عقلا، را بررسی می‌کند. و نیز مقاله «قوانین کیفری اسلامی و عقلانی بودن آن» که دیدگاه شهید مطهری را در مباحث جزایی تبیین می‌کند. که همین مقاله انگیزه انتخاب عنوان رساله را ایجاد کرد.

نکته قابل توجه در آثار به تحریر درآمده این است که معمولاً بحث آنان عام بوده به‌طوری‌که برای استدلال مسائل جزایی تمسک به قرآن کریم و سنت و اجماع و عقل و بنای عقلا شده است. و در بسیاری از آثاری که توجه به مباحث عقلی شده است نیز شامل مقررات جزایی و غیر آن می‌شود،

و عموماً تفکیک بین مباحث حقوقی و کیفری نشده است، لذا از صدر اسلام علمای اسلام گفتند: بین عقل و شرع هماهنگی است «كُلُّ مَا حَكَمَ بِهِ الْعَقْلُ حَكَمَ بِهِ الشَّرْعُ وَ كُلُّ مَا حَكَمَ بِهِ الشَّرْعُ حَكَمَ بِهِ الْعَقْلُ» ما معتقدیم که هر جا به وسیله عقل سلیم بتوان علم قطعی به حکم شرعی و مقررات اسلام از جمله مقررات کیفری در فقه و اصول حاصل کرد بی تردید آن حکم شرعی حجت خواهد بود و لازم الاجرا.

جنبه جدید بودن و نوآوری و نظریه پردازی تحقیق

۱. با بررسی های انجام شده میزان کارایی و ضوابط و شرایط کیفیت استفاده از عقل و بنای عقلا در زمینه استنباط احکام و بخصوص در مسائل فقه و حقوق کیفری، که توجه چندانی به آن نشده، نقش مهم آن تبیین می شود.
۲. برخلاف تصور برخی که جایگاه عقل و بنای عقلا را در فقه «جزایی» و حقوق اسلامی کمرنگ می دانند، جایگاه این عنصر مهم در برخورد با یک واقعه، بسیار رفیع و بالا است.
۳. بنای عقلا گرچه در مسائل فقه جزایی مورد استناد فقها قرار گرفته، اما به نظر می رسد این سیره باید نقش گسترده تری در این حوزه داشته باشد. و برخی از کاربردهای آن در فقه جزا را می توان در: در کیفرهای امضایی، تعریف حرز، لزوم مال محسوب شدن شیء مسروق، ملاک احراز رشد، عدم ترتب مجازات بر صرف قصد مجرمانه، و غیر از این موارد تبیین نمود.

سؤال اصلی تحقیق

سؤال اصلی که در این تحقیق سعی داریم پاسخ داده شود این است که عقل و بنای عقلا در فقه جزایی و حقوق کیفری چه کاربرد و تأثیری دارند؟

سؤال های فرعی تحقیق

۱. چه تفاوتی بین عقل و بنای عقلا وجود دارد؟
۲. عقل و بنای عقلا آیا منبع مستقیم استنباط احکام بوده؟ چه جایگاهی در فقه جزایی و حقوق کیفری دارد؟

۳. عقل و بنای عقلا چگونه کیفرهای سالب حیات و کیفرهای بدنی را، با آزادی، کرامت انسانی و معیارهای بشر دوستانه تبیین می‌کند؟ .

فرضیه‌های تحقیق

۱. با نگاهی به قوانین اسلامی در حوزه امور جزایی، عقل و بنای عقلا دارای جایگاه ویژه‌ای در جرم انگاری، تعیین مجازات، تنوع‌بخشی به مجازات است و به عنوان منبع مستقیم تلقی می‌شود.

۲. مواردی که قانونگذار اسلامی برای ارتکاب برخی از جرائم، حیات مجرم را سلب می‌کند یا کیفرهای بدنی را مقرر کرده است، عقل این احکام را درک رده و بنای عقلا کیفرهای اسلامی را جزء ملازمات حقوق بشر می‌داند.

۳. انواع عقل «عقل عملی و عقل نظری و نیز عقل فطری و عقل اکتسابی» احکام کیفری اسلامی از قبیل قصاص، حدود و تعزیرات را تأیید می‌کند.

هدف تحقیق

هدف از تحقیق تبیین و ارتقاء نقش عقل و بنای عقلا در استنباط احکام جزایی در حوزه فقه جزایی و حقوق کیفری می‌باشد.

با این توضیح که در فقه و حقوق نقش عقل و دلیل عقلی را آن طوری که باید، باشد چندان مؤثر و فعال و پررنگ نمی‌بینیم با آن‌همه ستایش و فراخوانی که به‌سوی تعقل در منابع دینی شده است بخصوص در ذیل مسائل فقهی و حقوقی که عقل را به‌اندازه نقل، نجات‌دهنده و هدایت‌گر می‌دانند. برعکس گاهی تمسک به عقل در فقه مورد بی‌مهری شدید قرار گرفته است و از تحلیل‌ات عقلی و استنباطات اجتهادی پرهیز شده و بالاتر از آن، مورد سخت‌ترین حملات واقع شده است و با توجه به روایاتی با مضمون: انّ دین الله لایصاب بالعقول چنین برداشت نموده‌اند که با عقل نمی‌توان حقیقت دین و احکام دین را درک کرد. درحالی‌که چنین برداشتی باطل و مردود است. گاهی نیز علما و مجتهدانی را که به دلیل عقلی جهت اثبات ادعایشان تمسک می‌کنند مورد اتهام قرار می‌دهند که آنان به قیاس عمل می‌کنند باینکه قیاس باطل بوده و

در میان اهل سنت به عنوان چهارمین دلیل مطرح شده است. درحالی که این اتهام ناروا بوده و تمسک به عقل و دلیل عقلی یا قیاس تفاوت زیادی دارد.

حال هدف تحقیق از قرار ذیل است

۱. در این تحقیق در پی آنیم که نقش عقل و بنای عقلا در حقوق کیفری و فقه جزایی را به عنوان یک دلیل و منبع مؤثر روشن کرده جایگاه و نقش فعال آن را به عنوان منبعی از منابع هم در فقه جزایی و حقوق کیفری تبیین نماییم.

۲. هدف این است که مستقیماً در استدلال و تحلیل مباحث جزایی با عنوان دلیل عقل و بنای عقلا بیان نماییم با توجه به اینکه بزرگان از علمای اسلام در استنباطات خود در موارد متعددی به دلیل عقل و بنای عقلا تمسک کرده اند و از استدلال عقلی بهره برده اند ولی اکثراً نامی از اینکه عقل یا بنای عقلا یکی از منابع می باشد نبرده اند، یا اگر آن را به عنوان یکی از ادله ذکر کرده اند جایگاه و منزلت آنان، به گونه ای که شایسته است تبیین نشده است.

۳. هدف اثبات و کشف مواردی است که در مباحث کیفری و جزایی در فقه و حقوق توسط عقل و بنای عقلا صورت می پذیرد و سعی بر این است که مباحث جزا در فقه و حقوق با محوریت عقل و بنای عقلا بیان شود و این دلیل مهم را از وضعیت بالقوه خارج کرده و به صورت بالفعل در سازوکار استنباط احکام جزایی و تایید آن به وسیله عقل، بیان کنیم.

روش تحقیق

روش این تحقیق تحلیلی، توصیفی است. در این روش ابتدا به توصیف و تبیین مطالب موردنظر از منابع و کتب فقهی و حقوقی برآمده و سپس نقد و تحلیل نظرات موجود صورت می گیرد.

روش گردآوری

تحقیق حاضر به صورت کتابخانه ای و از منابع موجود در این زمینه انجام می شود، البته نگاهی هم به اسناد و مدارک تقنینی خواهد شد.

سرفصل‌های تحقیق

تحقیق در دو بخش تنظیم شده است که هر بخشی دارای سه فصل خواهد بود، بنابراین سرفصل‌ها از قرار ذیل است.

بخش اول: کلیات

این بخش دارای سه فصل است

فصل اول: مفهوم شناسی عقل و دلیل عقلی و گونه‌های عقل

این فصل از دو مبحث تشکیل شده است که مبحث اول با عنوان مفهوم شناسی عقل، دلیل عقلی و گونه‌های عقل است که مفهوم عقل و دلیل عقلی در لغت و اصطلاح قرآن، سنت، فقه و اصول، فلسفه و کلام را بیان می‌کند. با توجه به این مباحث دو نکته قابل توجه است اولاً تفاوت بین ماهیت عقل با دلیل عقلی و ثانیاً مفهوم عقل در اصطلاح فقه و اصول غیر از معنایی است که فلاسفه و متکلمین بیان کرده‌اند. در مبحث دوم برخی از اقسام و گونه‌های عقل که نقش مهم‌تری در استدلال مباحث فقهی حقوقی «جزایی» دارد از نظر مفهوم بررسی می‌شود.

فصل دوم: مفهوم بنای عقلا و مفاهیم مرتبط

در فصل دوم مفهوم بنای عقلا در اصطلاح فقه و اصول و تفاوت آن با دلیل عقلی در مبحث اول بررسی خواهد شد. مفاهیم مرتبط با بنای عقلا در اصطلاح دانشمندان وجود دارد از قبیل مفهوم اجماع عملی و قولی، سیره متشرعه و مفهوم عرف که در مبحث دوم ضمن تبیین این مفاهیم، تفاوت بنای عقلا با این مفاهیم بیان می‌شود

فصل سوم: مفاهیم جزایی، جایگاه و تاریخچه کاربرد عقل و بنای عقلا

این فصل دارای سه مبحث است که به تبیین مفاهیم جزایی «حدود، قصاص، دیات و تعزیرات» در مبحث اول، تاریخچه استناد فقها به حکم عقل و بنای عقلا در مبحث دوم و اعتبار و جایگاه عقل و بنای عقلا در فقه و حقوق در مبحث سوم می‌پردازد.

بخش دوم: تأثیر عقل و بنای در فقه جزایی و حقوق کیفری که دارای سه فصل است. در فصل اول توجه ما به دلیل عقلی و در فصل دوم تحلیل مباحث با توجه به بنای عقلا و در فصل سوم از استدلال عقل و بنای عقلا بهره برده می شود.

فصل اول: بررسی تأثیر عقل در حدود، قصاص و تعزیرات « شرایط و احکام ».

در این فصل شرایط و احکام مجازات حدود از قبیل جرائم جنسی و جرائم مالی در مبحث اول و سپس شرایط و احکام قصاص در مبحث دوم بررسی خواهد شد و در مبحث سوم شرایط و احکام تعزیرات بیان خواهد شد. البته عنایت ویژه در این فصل بهره بردن از عقل و دلیل عقلی در تحلیل و استدلال مباحث است. این که در این مباحث توجه به عناوینی مثل شرایط و احکام شده است به این دلیل است که دانشمندان فقه و حقوق مباحث جزایی را با این عناوین « شرایط و احکام » بررسی و تبیین نموده اند.

فصل دوم: تأثیر بنای عقلا در قصاص و دیات و تعزیرات « شرایط و احکام »

در این فصل در مبحث اول شرایط و احکام قصاص و دیات و در مبحث دوم شرایط و احکام تعزیرات با توجه به بنای عقلا بررسی می شود. نکته قابل ذکر این است که مباحث فصل دوم تکرار فصل اول نخواهد بود؛ زیرا جهت بحث در فصل اول از نگاه دلیل عقلی و جهت بحث در فصل دوم از نگاه بنای عقلا می باشد و واضح است که بین دلیل عقلی و بنای عقلا تفاوت های اساسی وجود دارد.

فصل سوم: بررسی و نقد شبهات در احکام جزایی « فقهی، حقوقی » از نگاه عقل و بنای عقلا

این فصل در ضمن سه مبحث به بررسی و نقد شبهات وارده نسبت به احکام جزایی فقهی حقوقی « کیفر سالب حیات، مجازات جرائم مالی و جرائم جنسی » می پردازد و اثبات می کند که عقل و عقلای عالم بماهم عقلا احکام کیفری موجود در شریعت را قبول داشته و مورد نظر آنان بوده است.

بخش اول: کلیات

هنگامی که سخن از عقل و بنای عقلا و نقش و ارزش این دو به میان می‌آید به این باور می‌رسیم که عقل مهم‌ترین سرمایه جامعه‌ی بشری است به گونه‌ای که شناخت حق و باطل، راست و دروغ، نیک و بد، سود و زیان فرد و جامعه در شرایط و حوادث مختلف و نیز شناخت ارزش‌ها و ضد ارزش‌ها، شناخت نیازها و اولویت‌بندی نیازها، شناخت مبدأ و معاد، شناخت منابع فرهنگی زلال و آلوده و صدها مسئله دیگر به وسیله عقل صورت می‌گیرد. با نگاهی گذرا به ظواهر قرآن و روایات اسلامی درمی‌یابیم اسلام بیش از هر مکتب دیگری پیروان خود را به تفکر و تعقل دعوت کرده است.

بنای عقلا همیشه و تقریباً از قدیم‌ترین ایام مورد توجه قرار گرفته و به‌طور مستمر نقش‌آفرینی کرده است. از طرفی در پاسخگویی به نیازهای روزافزون جوامع و از سوی دیگر در دین مقدس اسلام در پویایی و انطباق فقه با زندگی نوین اجتماعی تأثیر بسیار مهم و ارزنده‌ای داشته است.

حال این سؤال و سؤالات دیگر به ذهن انسان متبادر می‌شود که مفهوم عقل چیست، و مراد از بنای عقلا چیست؟ چه تفاوتی بین این دو مفهوم وجود دارد؟ چه مفاهیمی با این دو مرتبط است؟ از آنجاکه هدف اصلی این تحقیق، کارکرد و تأثیر عقل و بنای عقلا در فقه جزایی و حقوق کیفری است ناگزیر به مفهوم این دو و مفاهیم مباحث مرتبط و واژگانی مباحث جزایی همانند قصاص، حدود، تعزیرات و دیات پرداخته می‌شود.

۱-۱- مفهوم شناسی عقل، گونه‌ها و دلیل عقلی

به دلیل این که عنوان این رساله با واژه عقل آغاز شده و در کلام دانشمندان فقه و حقوق اصطلاح دلیل عقلی بکار رفته است ابتدا دو کلمه عقل و دلیل عقلی از نظر لغت و اصطلاح بررسی می‌شود تا مشخص شود این دو واژه باهم تفاوت دارد و آشکار گردد مراد دانشمندان از این که یکی از ادله استنباط احکام را عقل قرار داده است چیست. همین‌طور اقسام و گونه‌های عقل که در تبیین مسائل جزایی نقش اساسی دارد باید از نظر مفهوم شناسی مورد کاوش قرار گیرد و تفاوت هر کدام از دیگری به‌طور اختصار تبیین می‌گردد. لذا در این فصل مفهوم عقل، مفهوم گونه‌ها و اقسام عقل و دلیل عقل بررسی می‌گردد.

۱-۱-۱- مفهوم عقل و دلیل عقلی در لغت و اصطلاح

شناخت مفهوم عقل «با توجه به معانی متعدد آن» و مفهوم دلیل عقل از نظر لغت و اصطلاح فقها و متکلمین و فلاسفه ضروری به نظر می‌رسد تا تفاوت معنای مراد از عقل و دلیل عقل و نیز فرق عقل در متون فقهی بامعنای آن در اصطلاح متکلمین و فلاسفه آشکار گردد.

۱-۱-۱-۱- مفهوم عقل در لغت

در کتب لغت برای عقل معانی متعددی ذکر شده است، مانند رشد، خرد، علم، قلب، تأمل در کارها و.. که در معانی حدیثی، اسم ذات و اسم معنا بکار رفته است. گاهی عقل در مقابل جهل قرار گرفته است، العقل

نقیض الجهل^۱ چون جهل نقیض علم است پس عقل مساوی با علم است. گاهی عقل به معنای حجر و نهی آمده است الحِجْرُ، بالكسر: العقل^۲، گاه به معانی قلب، تمیز، قلعه، حصن و دیه و قوه آمده است^۳

لغت شناسان عرب ضمن بررسی مفصل مفهوم عقل چنین عقیده دارند که ریشه تمام این معانی را می‌توان در جامعی به معنای «جلوگیری و نهی» جمع کرد^۴ یا به معنای «توقف و ایست». بنابراین به قلعه و حصن واژه عقل اطلاق می‌شود؛ چون مانع ورود دشمن می‌شود، دیه را عقل می‌گویند چون مانع خونریزی می‌شود و انسان را از حرکت انتقام‌جویانه^۵ که جزا و کیفر را در پی دارد، باز می‌دارد، به تمیز و فهم، عقل گفته می‌شود چون این دو با نوعی از ایست و تأمل همراه است و انسان ممیز غالباً در کارها ایست و توقف دارد، یا به علم، عقل اطلاق می‌شود؛ زیرا علم و آگاهی نادانی را متوقف کرده و آن را باز می‌دارد.

با عنایت به مطالب فوق می‌توان نتیجه گرفت که ریشه اصلی عقل همان منع و بازداشتن است^۵. چه این واژه به معنای حدی مثل حبس، بستن، حفظ، حصن، دادن دیه و تثبیت در امور استعمال شود، چه در اسم ذات مثل حبل و دیه، یا در اسم معنا مثل نیروی تمیز و فهم و علم^۶.

۱-۱-۲- مفهوم عقل در اصطلاح

پس از بیان اجمالی مفهوم عقل در لغت به بررسی اصطلاحی مفهوم عقل می‌پردازیم، زیرا در متون دینی «مانند قرآن و سنت» در اثبات آموزه‌های دینی از جمله در مبحث جزایی در موارد متعدد انسان‌ها را به تعقل فراخوانده است. همین‌طور دانشمندان فقه و اصول، عقل و دلیل عقلی را یکی از منابع استنباط بر شمرده‌اند. لذا جادارد مفهوم عقل در اصطلاح بررسی شود. و این که مراد دانشمندان از واژه عقل در اصطلاح علم فقه و اصول همان معنا و مفهومی است که لغت شناسان و علمای علم کلام و فلسفه تعریف نموده‌اند یا نه این

۱ - خلیل بن أحمد فراهیدی، العین، ج ۱ ص ۱۵۹

۲ - جمال‌الدین أبی الفضل محمد بن مکرم بن علی الأنصاری، المعروف بابن منظور، لسان العرب، ج ۴ ص ۱۷۰

۳ - حسن مصطفوی، التحقيق فی کلمات القرآن الکریم ج ۹ ص ۳۰۳

۴ - رک، سعیدقماش، جایگاه عقل در استنباط احکام، ص ۲۵

۵ - رک محمدحسن عرب، فرهنگ نمونه، ج ۱ ص ۵۳۰

۶ - رک، سعیدقماش، همان و ابوالقاسم علی دوست، فقه و عقل ص ۲۷

واژه در هر علمی اصطلاح خاصی دارد؟ برای رسیدن به پاسخ مناسب نگاهی به اصطلاح دانشمندان علم کلام و فلسفه در تبیین معنای عقل مفید خواهد بود. بنابراین مفهوم عقل در قرآن، سنت، اصطلاح فقه و اصول، علم کلام و فلسفه تبیین می‌شود.

الف: مفهوم عقل در قرآن، سنت

در قرآن کریم از کلمه عقل در آیات متعددی استفاده شده و اغلب آن‌ها درباره منافقین و کفار است که این دو گروه به عنوان کسانی توصیف شده‌اند که حتی پایین‌ترین مرتبه عقل را نیز دارا نبوده و به‌طور کلی از نعمت عقل بهره نمی‌برند.^۱

خداوند در قرآن مجید بشر را به تعقل و تفکر در تمام ابعاد هستی دعوت می‌کند و در بیش از سیصد مورد با تعبیرات متنوع صاحبان فکر و خرد و فهم و درک و بصیرت و درایت و ذکر را ستوده است.^۲ این ستایش به این معناست که نیرویی «عقل» که این عمل پسندیده با آن صورت می‌گیرد نیز موردستایش هست، درعین حال علاوه بر تعقل به تقوا هم سفارش فراوانی می‌کند تا از این طریق تفکر و تعقل از شوایب اوهام حیوانی و القائنات شیطانی مصون بماند؛ با این بیان که عقل نور است ولی انسان از آن غفلت می‌کند و سخت در ظلمات جهل و نادانی گمراه می‌گردد و در خواب عمیقی فرو می‌رود. باتقوا است که عقل از خواب عمیق خود بیدار شده و نیروهای درونیش بکار می‌افتد و صاحب آن در حد زیادی از اشتباهات اساسی و گمراهی‌های خود در امان خواهد بود.

لذا در قرآن خداوند می‌فرماید: این قرآن کتابی است که ما به تو فرستادیم تا مردم را از ظلمات بیرون آوری و به عالم نور برسانی. در آیه شریفه دیگر می‌فرماید: در حقیقت ما کتابی به‌سوی شما نازل کردیم که وسیله تذکر و بیداری شماست، آیا نمی‌اندیشید؟^۳ یا می‌فرماید: خداوند آیات خود را بر شما بیان می‌کند، باشد که بیندیشید.^۴ و نیز آیاتی است که این مضمون را قطعاً بدترین جنبندگان نزد خداوند افراد کر و لالی

۱ - انفال ۲۲

۲ ابراهیم - آیه ۱

۳ - انبیا آیه ۱۰

۴ بقره آیه ۲۴۲

هستند که اندیشه و تعقل نمی‌کنند^۱ و آیات فراوان دیگر که این گوهر گرانبهای عقل را برای انسان یادآوری می‌کند.

از بررسی آیات راجع به واژه عقل با توجه به آیات فراوانی که انسان را به طرف نظر و تفکر و تعقل و تدبیر و مانند این‌ها سوق می‌دهد، به دست می‌آید که مراد از اندیشه و ادراک عقلی از نظر قرآن یعنی طریقه صحیح فکر کردن.

واژه عقل در قرآن کریم ذکر نشده است ولی مشتقات آن مانند تعقلون و یعقلون بیان شده است و نیز از واژه‌های مثل حجر و نهی و نُهی و لُب والباب به معنای عقل یاد می‌کند.

آیه مربوط به حجر در سوره فجر است^۲. حجر در اصل به معنای منع است و چون عقل انسان را از کارهای نادرست و ناروا منع می‌کند از آن تعبیر به حجر شده است^۳. آیه مربوط به واژه نهی در سوره مبارکه طه آمده است که خداوند متعال به یک سری از نعمت‌های الهی اشاره کرده است و در پایان می‌فرماید «در این امور نشانه‌های روشنی است برای صاحبان عقل و اندیشه^۴». نهی "جمع" نُهی «بر وزن کیه» در اصل از ماده "نهی" نقطه مقابل امر» گرفته شده و به معنی عقل و دانشی است که به سبب جنبه عملی‌اش انسان را از زشتی‌ها و ارتکاب قبایح که موجب کیفر می‌شود، نهی می‌کند. درواقع اشاره به این نکته دارد که: هرگونه فکر و اندیشه برای پی بردن به اهمیت این آیات کافی نیست، بلکه عقل و اندیشه‌های مسئول می‌تواند به این واقعیت پی‌ببرد^۵.

آیاتی که از عقل و صاحبان آن از واژه اولوالالباب استفاده شده از تعبیر بسیار بلند قرآنی است در موارد متعددی آمده است^۶. واژه «لُب» به حقیقت خالص هرشیئی اطلاق می‌شود. در باب کیفر قصاص قرآن

^۱ انفال آیه ۲۲

^۲ -فجر، آیه ۵

^۳ -ناصرمکارم شیرازی، تفسیر نمونه، ج ۲۶، ص: ۴۴۸

^۴ -طه، آیه ۵۴

^۵ -همان، ج ۱۳، ص: ۲۲۳

^۶ مثل سوره آل عمران آیه ۷، رد آیه ۱۹

کریم صاحبان خرد و عقل را خطاب قرار داده و می‌فرماید: «ای خردمندان! قصاص برای شما مایه حیات و زندگی است، باشد که تقوا پیشه کنید^۱». درواقع این آیه شریفه در مقام پاسخ به یک سری شبهات و ایراداتی است که از سوی روشن‌فکر نمایانینی نسبت به حکم جزایی مطرح شده است. آیه شریفه می‌فرماید: حکم کیفر قصاص برای جامعه انسانی تأمین‌کننده حیات و زندگی است. این آیه شریفه با این تعبیر زیبا و رسا انسان را به تعقل درباره این امر مهم دعوت می‌کند که عقل درک می‌کند قصاص یک برخورد و انتقام شخصی نیست، بلکه تأمین‌کننده امنیت اجتماعی است که حیات انسان‌ها را تأمین می‌کند.

بنابراین از آیات قرآنی استنباط می‌شود که در وجود انسان یک نیروی قدسی است که راهنمای انسان‌هاست با همین نیروی قدسی خدای متعال و رسول خدا ﷺ و ائمه علیهم‌السلام را می‌شناسیم، از آنان اطاعت می‌کنیم و در امور دنیایی راه درست را از راه ناصواب می‌توان با آن نیروی بسیار مهم تشخیص داد که در لغت و اصطلاح از این نیرو تعبیر به عقل شده است.

از بررسی آیات شریفه چنین استفاده می‌شود که از نظر قرآن کریم عقل یکی از بهترین و برترین موهبت و عطیه‌های خداوند به انسان است که فارق میان انسان و حیوان بوده و به‌عنوان یکی از والاترین تکیه‌گاه برای انسان معرفی شده است^۲. به‌واسطه همین نیرو بنی‌آدم صلاح و فساد، عاقبت و آینده را ترسیم می‌کند^۳، عبرت می‌گیرد، درک، تدبیر و تفکر می‌کند، علم می‌آموزد، هشدار می‌دهد و گیرنده تذکره است و مترادفات آن در قرآن عبارت است از «لُب، قلب، حلم، فؤاد، و حِجَر».

مفهوم عقل در روایات

روایات متعددی از عقل به عنوان سرمایه ارزشمند و سودآور برای انسان تعبیر نموده اند به‌گونه‌ای که عقل یک اصل محوری در ارزشمندی شخصیت انسان محسوب شده تا حدی که در کتب روایی مثل کتاب شریف کافی و بحارالانوار مجموعه‌ای از روایات را درباره عقل گردآورده کرده و نام آن را کتاب عقل و

۱ - بقره، آیه ۷۹

۲ - انفال آیه ۲۲

۳ - ملک آیه ۱۰

جهل گذاشته است، کلینی کتاب حدیث کافی را از مبحث عقل آغاز کرده است. امامیه نیز «به جز اخباری» اهمیت فراوانی به عقل داده است.

رسول خدا ﷺ اولین مخلوق خداوند را عقل برشمرده با این توصیف که خداوند چیزی را برتر از عقل در میان مردم تقسیم نکرده است.^۱ روایاتی زیادی عقل را در ردیف انبیا قرار داده است، دسته‌ای از روایات صراحتاً عقل را به عنوان حجت میان خداوند و انسان معرفی کرده است. به گونه‌ای که خداوند بر مردم دو حجت دارد یکی حجت پنهان و دیگری حجت آشکار. مراد از حجت آشکار پیامبران و امامان علیهم‌السلام و مراد از حجت پنهان عقل است.^۲ چنانچه امام کاظم علیه‌السلام در پاسخ از سؤالی که امروز چه حجتی بر خلق وجود دارد؟ فرمود: «عقل».^۳ دسته دیگری از روایات صراحتاً عقل را حجت معرفی نکرده‌اند ولی مضمون آن‌ها حجیت عقل را می‌رساند در روایت امام صادق علیه‌السلام «وَقَتِي خَدَاوَنَدَ عَقْلَ رَا اَفَرِيْدُ اَوْ رَا بَه سَخَن دَر اَوْرَد و سِپَس بَه اَوْ فَرَمُوْد پِيَش بِيَا پِيَش اَمَد پَس فَرَمُوْد بَر گَرْد پَس بَر گِشْت، خَدَاوَنَد فَرَمُوْد بَه عَزْت و جَلَال خُوْد مَوْجُوْدِي دُوْسْت دَاشْتَنِي تَر اَز تُو نِيَا فَرِيْدَم.. و تَنَهَا تُو رَا كِيْفَر مِي دَهْم و بَه تُو پَا دَاش مِي دَهْم».^۴ در این حدیث شریف عقل ملاک پاداش و جزا و کیفر قرار گرفته است.

روایاتی وجود دارد که عقل را آفریده مجرد و از موجودات روحی می‌داند و خداوند از نور خود از جانب راست عرش آفریده است.^۵ ضمیمه این روایت با آیه شریفه‌ای که درباره پرسش از روح وجود دارد^۶ و پاسخی که خداوند می‌دهد بیانگر نفهمیدنی موجودات روحی است. به نظر می‌آید بهترین

۱ - محمدباقر بن محمدتقی مجلسی، بحار الأنوار، ج ۱ ص ۹۷

۲ - محمد بن یعقوب بن اسحاق کلینی، الکافی (ط - الإسلامية) ج ۱ کتاب العقل و الجهل .. ص: ۱۶

۳ - همان ص ۵۶

۴ - همان، ص: ۱۰

۵ - همان، ص: ۲۱

۶ اسراء، آیه ۸۵

توصیف از عقل و عاقل را مولی علی «ع» نموده است، وقتی از حضرت در باره عاقل سؤال می شود که عاقل کیست؟^۱ فرمود کسی که هر چیزی را در جای خود قرار دهد^۱.

شاید بتوان ادعا کرد در سنت با اینکه توجه زیادی به عقل شده است و از عقل تعبیر به حجت باطنی و اصل محوری شخصیت انسان نموده است ولی این گونه تعبیرات را نمی توان تعریف ماهیت عقل دانست. بنابراین ماهیت عقل در سنت تعریف نشده است؛ به این دلیل که بشر با توان بشری خود نمی تواند ماهیت عقل را به طور دقیق درک کند و از طرفی مخاطبان معصومین توان درک ماهیت عقل را نداشتند. مرحوم مجلسی بعد از نقل روایاتی راجع به عقل در شرح آن روایات، شش معنا را بیان می کند و این معنا را برای عقل می پذیرد که عقل عبارت است از «نیروی شناخت و تشخیص نیکی و بدی که همین نیرو آدمی را به سوی انجام نیکی ها و پرهیز از بدی ها فرامی خواند. در ادامه می گوید «عقل به این معنا ملاک تکلیف، ثواب و عقاب است»^۲.

گرچه حقیقت عقل نافهمیدنی است ولی با نگاه به جلوه های آن می توان کم و بیش آن را شناخت. با این بیان که عقل امر یا قوه روحانی است که همه آگاهی ها، ارزش ها و خوبی ها در بُعد اندیشه و عمل از جلوه آن به شمار می آید به ویژه اموری مانند فهم، فکر، فقه و.. که به نوعی با ادراک انسان ارتباط دارد. در بُعد اندیشه، امام صادق (ع) می فرماید «عقل پایه انسان است و فطانت، فهم و علم از عقل ناشی می شود»^۳. یا روایاتی که درک همه خوبی ها را تنها با ابزار عقل دانسته^۴. اما در بُعد عمل انسان مانند زهد و حیا و عفاف و وقار و.. رسول خدا (ص) در یک کلام زیبا جلوه عقل را حلم و جلوه حلم را علم و جلوه علم را رشد و جلوه رشد را عفاف و حیا و.. می داند که همه این ها از ویژگی روشن عقل پدید می آید^۵. بنابراین در روایت متعدد عقل در همان معنایی بکار رفته است که مورد نظر اهل لغت هست.

۱ - محمد بن حسین شریف الرضی، نهج البلاغه (للصباحی صالح) حکمت ۲۳۵ ص ۵۱۰

۲ - محمد باقر بن محمد تقی مجلسی، مرآة العقول فی شرح أخبار آل الرسول، ج ۱، ص: ۵

۳ - محمد بن یعقوب بن اسحاق کلینی، کافی (ط - دارالحدیث)، ج ۱، ص: ۵۷

۴ - محمد باقر بن محمد تقی مجلسی، بحار الأنوار (ط - بیروت)، ج ۱، ص: ۱۰۸

۵ - همان، باب ۴ علامات العقل و جنوده، ص: ۱۱۷

در انتهای این بخش لازم به ذکر است در سنت همانگونه که عقل مورد ستایش قرار گرفته است ولی روایاتی وجود دارد که نه تنها عقل را تمجید نکرده است بلکه به نکوهش عقل می‌پردازد، به این مضمون که «باعقل نمی‌توان به دین خدا رسید، و عقل نمی‌تواند حقیقت دین را دریابد»^۱. به این دلیل از ناحیه علما ایراداتی راجع به عقل و حکم عقل وارد شده است که عقل را تخطئه کرده و از ورود به محدوده شرع بازداشته‌اند که اگر انسان‌ها با تمسک به عقل احکام شرعی را می‌دانستند دیگر نیازی به وحی و نبوت و امامت ائمه علیهم‌السلام نبود.

پاسخی که می‌توان در نقد اشکال بیان کرد این است که مراد از روایات مذکور و ایراداتی که شده است را ما قبول داریم اما روایات تخطئه عقل راجع به دلیل عقلی ظنی و قیاسات بی‌اساس مردم بی‌اطلاعی است که هیچ‌گونه اعتباری برای استنباط احکام شرعی ندارد. این مسلک علمای اهل سنت است که به اجتهادات و آراء شخصی و قیاسات و استحسانات اعتماد می‌کنند که همه جزء مصادیق دلیل عقلی ظنی هستند که روایات مذمت کرده‌اند؛ لذا این روایات روی سخن شان صاحب‌نظران نیست و نزد همه فقهای شیعه اعم از اصولیین و اخباریین ادراکات عقلی ظنی حجت نبوده و اعتماد بر هر ظن و گمان عقلی در راه کشف احکام شرع، کار بسیار خطرناکی است. آیات هم از عمل به ظن نهی کرده است که شاهد بر این مطلب است.^۲

از بررسی آیات و روایات به دست می‌آید که ماهیت واژه عقل در متون اسلامی اصطلاح خاصی به عنوان حقیقت شرعیه نیست و از معانی لغوی هم چندان فاصله نگرفته است، باین‌حال معنای وسیع و کاملی دارد که حاکی از اهمیت این مفهوم در اسلام می‌باشد. باین‌حال می‌توان گفت از روایات به دست می‌آید عقل اولاً قوه و نیرویی است دارای ادراک، ثانیاً حجت پنهان خداوند در مقابل حجت آشکار «رسولان و پیغمبران و امامان» است که انسان را به نیکی و صلاح وادار داشته و از شر و فساد باز می‌دارد. ثالثاً به واسطه همین قوه تشخیص‌دهنده و ادراک‌کننده است که خداوند عبادت می‌شود و سعادت و بهشت به دست می‌آید و کیفر پاداش مردم در روز جزا به مقدار عقل مردم است.

^۱ - همان، ج ۲ ص ۳۰۳

^۲ - رضا اسلامی، مدخل علم فقه « ادوار، منابع، مفاهیم، کتاب‌ها و رجال فقه مذاهب اسلامی ص ۱۷۱

ب: مفهوم عقل در اصطلاح فقه و اصول و حقوق

دانش فقه و اصول به عنوان بخشی از معارف دینی تأثیرات عینی و ملموسی در زندگی انسان‌ها داشته و فقه یک علم تبیینی و توصیفی است که وظیفه استنباط احکام شریعت و بیان آن را دارد. اکثر قریب به اتفاق علمای علم فقه و اصول مانند شیخ مفید، سید مرتضی، شیخ طوسی و... منابعی را برای دستیابی شریعت و اجتهاد نام برده‌اند که یکی از آن منابع را «عقل» می‌دانند. شیخ مفید به منبع بودن کتاب و سنت در کتاب اصولی خود تصریح کرده ولی نسبت به منبع بودن عقل سخنی نیاورده است، لکن بامطالعه آثار فقهی ایشان و مواردی که به عقل استشهاد کرده است می‌توان پی برد که عقل و دلیل عقلی در نزد وی ارزش فراوانی دارد، باینکه فصل مستقلی برای عقل در نظر نگرفته است ولی دلیل عقل را جزء منابع می‌داند، به عنوان نمونه چنین می‌فرماید «هر حکمی را که سمع یا عقل برای اشیا مشخص نماید ما همان را اخذ می‌کنیم»^۱. با این بیان احکام عقلی را در کنار احکام سمعی فرار داده است.

شیخ طوسی اولین اصولی است که عقل را مجموعه‌ای از علوم دانسته «که اگر جمع شود، انسان عاقل می‌شود»^۲. بعد توضیح می‌دهد مثل علم به کثیری از محسنات مانند وجوب رد و دیعه، شکر نعمت، یا علم به قبح کثیری از چیزهایی که قبیح است، مثل ظلم محض، یا کذبی که عاری از نفع و ضرر باشد. سید مرتضی «حکم عقل» را در کنار ادله استنباط قرار داده است، در خلال مباحث فقهی خود از عقل سخن گفته و به آن استناد کرده است و برای اولین بار عقل را در طول کتاب و سنت و اجماع قرار داده است. می‌فرماید: اگر فرض کنیم که حکم این حادثه در هیچ‌یک از دلایل گذشته «کتاب، سنت، اجماع» یافت نشود در این مسئله به حکم اصل عقلی مراجعه می‌شود و درواقع حکم الهی در این حالت همین است^۳.

واقعیت این است که علمای اصول و فقه و حقوق به مسئله عقل و دلیل عقلی پرداخته و بدان تمسک نموده‌اند، باینکه به تعریف و بیان دلیل عقلی توجه شایانی داشته‌اند ولی از واژه عقل تعریف منضبط و

۱ - محمدبن محمدبن نعمان، مفید، المسائل الصاغانیه ص ۴۳

۲ محمدبن حسن طوسی - شیخ طوسی، العدة فی أصول الفقه، ج ۱، ص ۲۲

۳ - به نقل از محمد رضا ضمیری، دانشنامه اصولیان شیعه، ج ۱ ص ۱۶۷

روشنی نیاورده و معنا و مفهوم آن را بیان نکرده‌اند برخلاف لغت شناسان که به معنای ماهیت عقل توجه ویژه‌ای داشته‌اند.

شاید حداقل دو دلیل بر این نگاه در مسئله وجود دارد.

دلیل اول: معنا و مفهوم عقل در نزد آنان پذیرفته‌شده، بدیهی و روشن بوده است لذا به تعریف واژه عقل نپرداخته‌اند.

دلیل دوم: دانشمندان مباحثی را دنبال می‌کنند که تعریف واژه عقل در آن مباحث دخالتی نداشته و به جای مفهوم عقل از دلیل عقل یا حکم عقل یاد کرده و به آن اهتمام داده و آن را تجزیه و تحلیل و تعریف می‌کنند؛ زیرا بحث فقها در ارتباط با منابع احکام شرع بوده است، این نکته آشکار است که بین عقل و دلیل عقل تفاوت است عقل نیرو و ابزار فهم است و نمی‌تواند دلیل و جزء منابع استنباط احکام باشد. آنچه که به عنوان منابع حساب می‌شود حکم و دلیل عقل است.

به عنوان مثال همان‌طوری که کلام سید مرتضی بیان شد شیخ مفید نیز هنگامی که منزلت عقل در فقه و اصول اسلامی را خاطر نشان نموده است در موارد متعددی به حکم عقل استشهاد می‌کند از قبیل باب نسخ و جواز نسخ، به گونه‌ای که دلیل آن را حکم عقل می‌داند.^۱ یا در باب حجیت خبر واحد که یکی از دلایل حجیت را حکم عقل می‌داند.^۲

فقها و حقوقدانان معاصر نیز مانند مرحوم مظفر در اصول فقه^۳، شهید صدر در کتاب دروس فی علم الاصول^۴، محمدتقی حکیم در الاصول العامة للفقهاء المقارن^۵، سید جلال الدین مدنی در کتاب مبانی و کلیات علم حقوق^۶ و دیگران بدون این که بیانی راجع به واژه ماهیت عقل داشته باشند، به دلیل عقلی

۱ - محمدبن محمدبن نعمان، مفید، التذکره بأصول الفقه، ص ۴۳ «و العقول تجوز نسخ الكتاب بالكتاب»

۲ - همان ص ۴۴ «ربما كان الدليل حجة من عقل»

۳ - محمد رضا مظفر، اصول الفقه، ج ۲ ص ۱۲۱

۴ - سید محمد باقر صدر، دروس فی علم الاصول ج ۲ ص ۳۹

۵ - سید محمدتقی حکیم، الاصول العامة للفقهاء المقارن، ص ۲۶۳ «القسم الرابع دليل العقل»

۶ = سید جلال الدین مدنی، مبانی و کلیات علم حقوق، ص ۱۶۱

تصریح کرده و به تعریف آن پرداخته‌اند. به عنوان نمونه یکی از حقوقدانان که عقل را از منابع ریشه‌ای حقوق معرفی می‌کند، تصریح نموده است «عقل عبارت است از ادراک عقل که بتواند زمینه یک حکم شرعی یا قاعده حقوقی را فراهم سازد^۱». با توجه به کلام دانشمندان این دلیل و حکم عقل است که منبع دست‌یابی مستقیم به حکم شرع است نه خود ماهیت عقل، چه در راستای اثبات مسائل علم اصول مانند بحث استلزامات عقلی، و چه در علم فقه یا حقوق مانند ابواب جزایی.

مراد ما نیز در این تحقیق از عقل، دلیل عقلی بوده و استدلال ما در مباحث جزایی با متابعت از فقها و حقوقدانان براساس دلیل عقل خواهد بود. این هم مسلم است که دلیل عقلی با تلاش و تحلیل‌های نیروی عقل صورت می‌پذیرد و اگر عقل و تحلیل عقلی دخالت نداشته باشد دیگر دلیل و حکم عقل بر آن اطلاق نمی‌شود.

از مطالب مذکور و جستجوی در کتب فقه و اصول می‌توان به این نتیجه دست‌یافت که در فقه برای ماهیت واژه عقل اصطلاح خاصی و تعریف ویژه‌ای بیان نشده است، همان‌طوری که همین نتیجه از بررسی آیات و روایات به دست می‌آید چه در مواردی که عقل در استنباط حکم منبع مستقل از قرآن و حدیث شمرده شود، که اگر عقل در انجام کاری مصلحت قطعی دید آن کار واجب شرعی باشد، و اگر مفسده دید حرمت شرعی آن عمل را اعلام کند.

در فقه هنگامی که عقل به عنوان منبع استنباط ذکر می‌شود مراد دلیل عقل است. ولی در مواردی نیز همان معنی عرفی و عام عقل موردنظر است، مثلاً زمانی که گفته می‌شود جنایت بر عقل موجب دیه است. مراد از عقل همان نیرویی است که فارق انسان از حیوان است، یا وقتی می‌گویند: عقل شرط تکلیف است. روشن است که عقل در برابر جنون بکار رفته است^۲. در این صورت عقل همان گوهر قدسی و نیروی نفس انسانی است که می‌تواند خیر و لزوم انجام آن را، شر و لزوم ترکش را درک کند که این تعریف برای عقل اصطلاح خاصی در فقه شمرده نمی‌شود و همگان حتی غیر علمای فقه و اصول نیز برای عقل این معنا را

۱ - سید جلال الدین مدنی، همان، ص ۱۶۱

۲ - سید محمد اصغری، عدالت و عقلانیت در فقه و حقوق، ص ۸۸

پذیرفته‌اند. و چه درجایی که عقل به عنوان ابزار باشد و در خدمت قرآن و سنت و سایر منابع، و به کمک عقل حکم شرعی را از منابع چون قرآن و سنت استنباط کرد.^۱

جمهور علمای اهل سنت چون از عقل به عنوان منابع یاد نکرده‌اند، منابع و ادله احکام را چهارتا می‌دانند که از نظر آنان کتاب، سنت، اجماع و قیاس است. و ادله‌ای که مورد اختلاف است نزد آنان مثل استحسان، مصالح مرسله و... طبیعی است که واژه عقل را تعریف نکرده‌اند، به جز غزالی که دلیل عقل را جزء منابع می‌داند بدون آنکه از عقل تعریفی ذکر کرده باشد.^۲

همچنین علمای معاصر اهل سنت مثل وهبه زحیلی ادله احکام را دو چیز می‌داند عقلی و نقلی. قیاس، مصالح مرسله، استحسان و استصحاب را جزء ادله عقلی می‌داند که مجتهد در تکوین و ایجاد آن‌ها نقش دارد به عنوان مثال در باب قیاس با مقایسه اصل و فرع با کمک عقل در نصوص حکم موضوع مورد نظر به دست می‌آید، که ادله نقلی چنین تصرفات عقلانی را نیاز ندارد.^۳ لذا علمای اهل سنت نیز واژه عقل را تعریف نکرده‌اند بلکه ادله و احکام عقلی را مورد نظر داشته‌اند.^۴ که می‌توان همان ادله «بدهات مفهوم عقل نزد آنان و عدم دخالت مفهوم عقل در مباحث فقه و اصول» را نیز برای عدم بیان آنان اینجا نیز ذکر کرد.

لذا عقل «حکم عقل» در فقه «امامیه» علاوه بر این که از منابع مستقل از قرآن و سنت در استنباط به شمار می‌آید، گاهی مانند ابزاری در خدمت سایر منابع قرار می‌گیرد، ابزاری که می‌توان به کمک آن حکم شرعی را از منابعی چون قرآن و حدیث استنتاج کرد. ولی به نظر می‌آید با اینکه کارکرد حکم عقل در فقه و استنباط از مباحث فاخر اصول و فقه است، با وجود این علم فقه و اصول در خود واژه «عقل» اصطلاح خاص ندارد؛ از این رو با بررسی در کتب آنان چنین نتیجه به دست می‌آید که هیچ یک اصولیان و از فقیهان با این که حکم عقل را تعریف کرده‌اند از واژه عقل تعریفی ارائه نداده‌اند... تنها سخن موجود در این باره کلام شهید صدر است درباره کاربرد استقلالی عقل واژه حکم عقل را به معنای حکم قوه عاقله به معنای فلسفی

^۱ - ک، ابوالقاسم علی دوست، فقه و عقل ص ۳۳

^۲ - محمدغزالی، المستصفی من علم الاصول، ج ۱ ص ۱۰۰

^۳ - وهبه زحیلی، اصول الفقه الاسلامی ج ۱ ص ۴۱۸

^۴ سعید قماش، پیشین، ص ۴۲

ندانسته و مراد حکمی می‌داند که عقل به‌طور جزم و یقین بدون استناد به قرآن و سنت صادر می‌کند، در این تعریف نیز مشاهده می‌شود بجای پرداختن به عقل از حکم عقل یاد می‌کند. می‌توان چنین تعریف کرد عقل یک نیروی است درک کنند که به مسائل کلی دست‌یافته و موجب انتقال از امور معلوم به امر دیگر می‌شود.

ج: مفهوم عقل در اصطلاح متکلمین

متکلمین در علم کلام که وظیفه آنان پرداختن به چهار مسئله استنباط، توضیح، تنظیم و توجیه عقاید اسلامی است، درباره عقل نظرات گوناگونی دارند به گونه‌ای که هرگاه در این علم سخن از واژه عقل به میان می‌آید، واژه‌های مانند تفکر، نطق، تعقل، ابزار شناخت، و تمیز میان اشیاء به ذهن تبادر می‌کند. برخی مانند معتزله به شدت عقل‌گرا هستند و به عقل ارزش بیش از اندازه می‌دهند تا حدی که گاهی بعضی از آیات و روایات روشن را بر اساس پندارهای نادرست عقلی خویش کنار گذاشتند. برعکس سلفی‌ها که ماهیت فکری آن‌ها به اهل حدیث برمی‌گردد این عقیده را دارند که کلیه عقاید دینی را باید از ظواهر آیات قرآن کریم و روایات رسول خدا صلی‌الله علیه و آله و سلم استخراج کرد، عقل حق دخالت در این امور را ندارد. بسیاری از متکلمانی نیز هستند که برای عقل جایگاه ویژه‌ای قائل‌اند و به اصطلاح کلام جدید یعنی عقل‌گرایی معتدل که مبتنی بر عقل سلیم و متعارف هست و دستگاه ادراکی بشر را قابل اعتماد دانسته که می‌تواند واقع را نشان بدهد.^۱

به هر حال در علم کلام برای عقل به طور کلی دو گونه تعبیر وارد شده است، گاه از عقل به «علم خاص» تعبیر شده و در تعبیر دیگر عقل به قُوّه و غریزه و جوهر تعریف شده است.

علامه حلی عقل را زیرمجموعه علم قرار داده و می‌فرماید «عقلی که مناط تکلیف است یعنی علم به وجوب واجبات و استحاله مستحیلات؛ زیرا اگر عقل از قبیل علوم نباشد باید ممکن باشد از علوم جدا شود پس باید صحیح باشد که عقل وجود داشته باشد بدون علم و علم وجود داشته باشد بدون عقل و این محال

۱- هادی صادقی، درآمدی بر کلام جدید، ص ۵۴

است؛ محال است که عاقل باشد ولی اصلاً علم به چیزی نداشته باشد و یا برعکس عالم باشد به جمیع اشیاء ولی عاقل نباشد. عقل یعنی علم به امور کلیه ضروریه^۱. بنابراین عقل مدرک کلیات است.

همین تعبیر را شیخ طوسی در تمهید الاصول و ابوالحسن اشعری و برخی از معتزله^۲ داشته که عقل را مجموعه‌ای از علوم خاص می‌دانند و مراد از علم خاص معرفت‌های بدیهی و فطری عقل است. مراد ابوالحسن اشعری از علم خاص فقط معرفت‌های بدیهی عقل نظری مانند امتناع اجتماع دو نقیض، و محال بودن ارتفاع نقیضین است ولی شیخ طوسی و معتزله علاوه بر آن معرفت‌های عقل عملی^۳ مانند مورد شکر منعم حسن است و کفران نعمت قبیح هست را نیز جز علم خاص می‌دانند^۴.

از معاصرین «شیخ مجتبی قزوینی از قائلین مکتب تفکیک» همان تعبیر نخست را به کار برده و چنین می‌گوید «علم و عقل از حیث ذات، نور و ظهورند. حقیقت علم و عقل یکی است^۵». لذا در این تعبیر حقیقت عقل همان حقیقت نوری علم بوده و تفاوت این دو در متعلق است؛ در متعلق عقل این امر مورد عنایت است که اگر امر ناپسند است از ارتکابش منع می‌شود و اگر امر راجحی است بر انجامش ترغیب گردد، درحالی‌که در متعلق علم چنین عنایتی نیست مانند علم به اجتماع نقیضین. به عبارت دیگر متعلق علم اگر حسن و قبح ذاتی برای ماهیت افعال باشد، از آن تعبیر به عقل می‌شود^۶.

تعبیر دوم از واژه عقل به قوه، غریزه و جوهر تعبیر شده است. آن قوه و جوهر انسان را از ارتکاب زشتی‌ها و شرور بازداشته و به سوی سعادت سوق می‌دهد. متکلمین بزرگی مثل شیخ مفید و بزرگان دیگر این معنا را از مفهوم عقل بیان کرده‌اند، چنانچه بیان شد علامه حلی نیز این معنا را در کنار قول مشهور بیان کرده است. این‌که عقل به معنای مجموعه‌ای از علوم خاص باشد، قائلین به معنای دوم این معنا را قبول

۱ - حسن ابن یوسف ابن مطهر حلی، نه‌ایه المرام فی علم الکلام ج ۲ ص ۲۲۵

۲ - همان ص ۳۲

۳ - همان. ص ۳۲

۴ - جمال سروش، عقل در حکمت متعالیه و مکتب تفکیک، ص ۱۱۶

۵ - همان

۶ - محمد بن محمد بن نعمان، مفید، النکت فی مقدمات الأصول من علم الکلام، ص ۲۲

ندارند. لاهیجی از متکلمانی است که موجودات عالم را به دو قسم جوهر و عرض تقسیم کرده و ضمن تعریف هر یک جوهر را بر سه قسم می‌داند؛ عقل، نفس، و جسم. در تعریف عقل می‌فرماید «جوهری است مجرد از ماده هم به حسب ذات و هم به حسب فعل. و مراد از ماده در این موضع قابل اشاره حسّی است، مراد از مجرد از ماده به حسب ذات آن است که اشاره به ذات او نتوان کرد که اینجاست یا آنجا و مراد از مجرد بودن از ماده به حسب فعل آن است که در صدور فعل از او محتاج نباشد به آلتی و جارحه‌ای و به جهت این قسم مثالی نتوان نمود^۱».

همین تعبیر از ویژگی‌های عقل در نزد مکتب تفکیک است^۲ که به شدت به روش معرفتی حکمت متعالیه ملاصدرا می‌تازد^۳ که فقط خداوند متعال و انوار قدسی مانند علم و عقل و قدرت نور مجرد هستند^۴.

در راستای همین معنا و تعبیر دوم عقل و کارکرد آن در ارتباط با دین، عقل چنین تعریف شده «عقل نیروی دراکه آدمی است که هم به کار فهم می‌آید و هم استدلال‌گر است، عقل نیروی نقاد هم هست^۴». درباره کارکرد عقل در ارتباط دین که بیشتر این معنا را روشن می‌کند شش کارکرد برای عقل متصور شده است که عبارت است از فهم معنای گزاره‌های دینی، استنباط گزاره‌های دینی از متون مقدس، انتظام بخشیدن به آن‌ها، تعلیم گزاره‌های دینی، اثبات گزاره‌های دینی و دفاع از آن‌ها^۵.

بنابراین تعریف عقل در نزد متکلمین یا به معنای قضایای ضروری که مورد قبول همه یا اکثر بوده و مدرک کلیات است که به خصلتی از خصلت‌های انسانی مربوط می‌شود. اما برخی از دانشمندان معاصر بادید کلامی خودش چنین عقیده دارند که عقل نه تنها مدرک کلیات است، بلکه از درک جزئیات نیز عاجز

^۱ - فیاض لاهیجی، گوهر مراد» ص ۶۸

^۲ - جمال سروش، پیشین، ص ۴۸

^۳ - همان، ص ۱۲۰

^۴ هادی صادقی، پیشین، ص ۳۰

^۵ - همان ص ۳۱

نیست عقل مسئله بزرگی مانند قبح ظلم و حسن احسان را درک می‌کند و مسئله کوچک مثل باز کردن قفل به وسیله کلید را نیز درک می‌کند، بنابراین نباید معنا و میدان حقیقت‌یابی عقل را محدود کرد.^۱

یا عقل به معنای قوه مدرکه ای از قوای نفس آدمی است که کار آن، تفکر و نطق و تمیز بین اشیا است و انسان را از انجام کارهای ناپسند باز می‌دارد، لازمه چنین بازداشتن این است که خوب و بد را بشناسد تا بتواند از انجام کار ناپسند پیش‌گیری کند، بدون شناخت، عقل هیچ‌گونه منعی از کار ناپسند و امری به انجام خوبی‌ها نمی‌کند و عاقل کسی که دارای این قوه مدرکه است کسی است که راه حق را بی‌یابد.^۲

د: مفهوم عقل در اصطلاح فلسفه

در فلسفه که جزء سردمداران عقل شمرده شده‌اند عقل به چند معنا آمده است.^۳ در معنای اول که بزرگان فلاسفه تصریح کرده‌اند عقل جوهری است مجرد که در کار خود نیاز به ماده ندارد» همان تعبیری که از متکلمین بیان شد «. این اصطلاح با عبارت‌های مختلفی آمده است. گاه به این عبارت بیان شده که عقل جوهر مجرد از ماده است با این توضیح که عقل را جزء اقسام ماهیت و از مقولات آن و به معنای ذات می‌دانند، درجایی که اقسام ماهیت را بیان می‌کنند که ماهیت بر دو قسم است عرض و جوهر، عرض «مانند سیاهی، سفیدی، شجاعت و... که ماهیت وجودش در موضوعی است که آن موضوع بی‌نیاز از آن هست»^۴. لذا جسم مثلاً در وجود خود نیازمند سفیدی نیست اما برعکس سفیدی در وجود خود نیازمند جسم است. اما جوهر «مانند ماده، صورت، جسم، نفس، و عقل» ماهیتی است که اگر در خارج موجود شود وجودش در موضوعی که بی‌نیاز از آن است، نیست.

به عبارت دیگر در فلسفه، جوهر «که عقل یکی از گونه‌های آن است» جنسی است مجرد که در وجود خود احتیاج به هستی موجود دیگری ندارد. به خلاف عرض که به موجود دیگری نیازمند است. گاه مثل

^۱ - سید محمد تقی مدرسی، قانون‌گذاری در اسلام، ترجمه سید محمد علوی

^۲ - ر ک مهدی نصیریان اهور، روش شناسی استنباط در علم کلام، ص ۱۳۰

^۳ - هادی بن مهدی السبزواری، محقق سبزواری، اسرار الحكم، ص ۴۸۷

^۴ علی شیروانی، ترجمه و شرح بدایه الحکمه «علامه سید محمد حسین طباطبائی» ج ۲ ص ۱۲۳

فلاسفه مشاء که ریشه در سخنان ارسطو شاگرد افلاطون، دارد عرض را نه قسم و جوهر را یک قسم می‌دانند که همان اصطلاح مقولات عشر هست. عقل که جزء جواهر پنج گانه است «جوهری است که هم ذاتاً مجرد از ماده است و هم فعلاً؛ نه تنها در مقام ذات وابسته به ماده نیست و در ماده حلول نمی‌کند بلکه در مقام فعل نیز نیازمند به ماده نیست»^۱ و «به هیچ وجه از جسم منفعل نمی‌شود و بدون واسطه در جسم تصرف نمی‌کند، جوهر عقلانی، ابعاد مکانی و زمانی ندارد، با حواس پنج گانه قابل ادراک نیست و هیچ تعلقی به موجود مادی و جسمانی ندارد»^۲.

بنابراین در تعریف عقل گفته شده است «از جمله وجود که نه مادی است و نه متصرف در ماده و هر چه چنین باشد ما او را «عقل» گوئیم»^۳. و نیز گفته شده «عقل مجرد است از اجرام و از تصرفات اجرام»^۴.

براساس همین معنا قطب‌الدین رازی «متوفی ۷۶۶» عقل را قوه‌ای می‌داند برای نفس ناطقه انسانی که به کمک آن شایسته است انسان آنچه را از عمل کردن یا دانستن آگاه شود^۵. یا جرجانی برای عقل نه تعریف آورده، و تعریف موردنظر خود را بیان کرده است. گاه عقل به معنای جوهر روحانی تعبیر شده است که خداوند او را خلق نموده و تعلق به بدن انسان دارد. و گاه به معنای نوری آمده است که در قلب انسان وجود دارد که به واسطه آن می‌توان حق را از باطل شناخت.^۶ و ابن‌سینا ۸ معنا را که حکما برای عقل ذکر کرده‌اند برشمرده است که عبارت است از ۱- عقل به معنای تصورات و تصدیقات که در نفس حاصل می‌شود، همان معنای است که ارسطو در کتاب برهان از آن یاد کرده است که فرق است بین عقل و علم. ۲- عقل نظری است که به معنای نیروی است که برای نفس حاصل می‌شود؛ پذیرنده‌ای ماهیات امور کلی است

۱ - همان ص ۱۳۷

۲ - همان

۳ - شهاب‌الدین سهروردی، مجموعه مصنفات شیخ اشراق، ج ۳ ص: ۴۰

۴ - همان، ص: ۴۶

۵ - قطب‌الدین الرازی، المحاکمات بین شرحی الاشارات، ج ۲ ص ۳۵۲

۶ - علی بن محمد الجرجانی، التعریفات، ص ۶۵

به اعتبار کلیت آن. ۳- عقل عملی است که مایه برانگیختن نیرو در نفس می‌گردد، و نیز اقسام دیگر آن که عبارت است از عقل هیولایی، عقل ملکه، عقل بالفعل، عقل مستفاد و عقل فعال.^۱

در معنای دوم از واژه عقل به معنای علم تعبیر شده است «صورت علمیه» که برای عالم حاصل می‌شود. علامه طباطبایی که از فلاسفه معاصر و جریان حکمت متعالیه است «که از ملاصدرا آغاز شد و فلاسفه معاصر مانند علامه طباطبایی و شاگردانش، یعنی شهید مطهری، علامه مصباح یزدی، علامه حسن‌زاده آملی و آیت‌الله جوادی آملی است» در مرحله یازدهم کتاب نهاییه عنوانی دارد به این عبارت که مرحله یازدهم در عقل و عاقل و معقول است که در ذیل این عنوان به تعریف و تبیین از عقل و عاقل و معقول می‌پردازد که در فصل اول این مرحله به تعریف علم و اقسام آن و بعضی از خواص آن پرداخته است.^۲

بنابراین عقل از دیدگاه فلاسفه جوهری است که هم ذاتاً و هم فعلاً مجرد است به این معنا که خودش جوهر مادی و جسمانی نیست و برای انجام دادن کارهایش احتیاج به ارتباط با بدن یا جسمی همانند بدن ندارد تا آن را به‌منزله ابزاری بکار گیرد. نفس به‌تدریج از حس و خیال عبور کرده و به مرتبه عقل می‌رسد. چیزی که مسلم است به نظر فلاسفه مقصود از عقل انسانی، عقل به معنایی موجود مستقل از انسان نیست.^۳ بنابراین عقل و ادراکات عقلی به‌تدریج شکل‌گیری و تکون می‌یابند. برای اطلاع بیشتر به آدرس مراجعه شود.^۴

خلاصه سخن در مفهوم عقل این است عقل در لغت به معنای رشد، خرد، علم، دیه، تمیز، فهم، حبس، بستن، حفظ، حصن هست که ریشه تمام این معانی را می‌توان در جامعی جمع کرد به معنای جلوگیری و نهی. در اصطلاح قرآنی عقل نیروی است درک‌کننده، دارای تدبیر و تفکر، آموزنده علم، هشداردهنده و گیرنده تذکره که همین نیرو راهنمای انسان‌هاست، با همین نیروی قدسی خدای متعال و رسول خدا ﷺ و

^۱ - حسین بن عبدالله ابن‌سینا، الحدود ص ۲۴۰

^۲ - سیدمحمدحسین طباطبایی، نهاییه الحکمه، ص ۲۹۱

^۳ - جمال سروش، پیشین، ص ۶۸

^۴ - سیدجعفر سجادی، فرهنگ اصطلاحات فلسفی ملاصدرا، ص ۳۳۷. و محمد حسن قدردان قراملکی، معجزه در قلمرو عقل و دین،

ائمہ علیہ السلام را می‌توان شناخت و از آنان اطاعت کرد. در سنت این واژه به معنای حجت پنهان در مقابل حجت آشکار و یا نیروی شناخت دانسته شده است که آدمی نیکی و بدی را تشخیص داده و انسان را به‌سوی انجام نیکی‌ها و پرهیز از بدی‌ها فرامی‌خواند.^۱

در فقه بیشتر همان معنی عرفی و عام عقل مورد نظر است که عقل گوهر قدسی و نیروی نفس انسانی است که می‌تواند خیر و لزوم انجام آن را، و شر و لزوم ترکش را درک کند. و بالاخره طبق تعریفی که متکلمان ارائه داده‌اند واژه عقل را به معنای قوه و غریزه و جوهر بدانیم یا مراد از عقل، علم به امور کلیه ضروریه باشد؛ و نیز عقل نیروی دراکه آدمی است که هم به کار فهم می‌آید و هم استدلال‌گر است، و عقل نیروی نقاد نیز هست.»

باوجود این تعبیر از سوی دانشمندان اسلامی می‌توان گفت عقل نوری است در وجود انسان که به‌واسطه آن حق را از باطل تشخیص داده و راه درست به انسان نشان می‌دهد تا جایی که برخی معتقدند یکی از مصادیق همان نعمت بس بزرگی است که در قرآن کریم از آن به امانت تعبیر شده است که خداوند به انسان عرضه کرده است.^۲ چنانچه گفته شده است مراد از امانت همان عقل است که ملاک تکلیف و مناط ثواب و عقاب است.^۳

۱-۱-۳- مفهوم دلیل عقل

پس از بررسی واژه عقل به مفهوم دلیل عقل پرداخته می‌شود؛ زیرا چنانکه گذشت فقها و اصولیین شیعه و حقوقدانان با این که هنگام برشمردن ادله و منابع احکام، عقل را به عنوان چهارمین منبع ذکر می‌کنند ولی در حقیقت چهارمین دلیل از ادله احکام را دلیل عقل می‌دانند نه خود واژه عقل به‌گونه‌ای که همان دلیل عقل در عرض سه ادله دیگر به‌عنوان دلیل مستقل برای کشف احکام تلقی شده است.

۱ - محمد بن یعقوب بن اسحاق کلینی، پیشین (ط - دارالحدیث)، ج ۱، ص: ۵۷

۲ - احزاب آیه ۷۲

۳ - سید محمد حسین طباطبائی، ترجمه تفسیر المیزان ج ۱۶، ص: ۵۳۰ و تفسیر نمونه ج ۱۷ ص ۴۵۳

قسمت اول این واژه «مفهوم دلیل» است که جمع آن ادله و در لغت به معنای برهان و راهنما و آنچه که موجب راهنمایی می شود آمده است^۱ یعنی چیزی که با تأمل و دقت در آن، انسان به مطلوب خود می رسد^۲. دلیل در اصطلاح علم اصول یعنی هر چیزی که بتواند مارابه مجهول برساند و مجهولی را بر ما معلوم کند چه قیاس منطقی باشد که مجموع چند قضیه است که از تألیف آن ها مجهولی معلوم گردد و چه عقل، قرآن، سنت و اجماع باشد^۳.

دلیل عقل یعنی مجموعه ای از علوم و احکام بدیهی و نظری عقل که انسان را دریافتن پرسش هایش راهنمایی می کند. با این توضیح که اگر آموزه های شرع را انسان از طریق سمع و نقل بگیرد دلیل شرع اطلاق می شود، ولی اگر از آموزه ها و معارف عقل باشد که مستند به بدهات یا استدلال باشد، دلیل عقل نامیده می شود، به این خاطر است که فقها و اصولیین وقتی عقل را در کنار کتاب و سنت به عنوان دلیل مطرح می کنند معتقدند در صورتی که هیچ دلیلی از کتاب و سنت بر حکم شرعی اقامه نشود به حکم عقل «نه خود عقل» مراجعه شود و حکم عقل را حکم الهی می دانند.

دلیل عقل در گفتار قدمای اهل سنت ناظر به استصحاب است و بعداً به جای دلیل عقل، قیاس و امثال آن را اضافه کرده اند^۴؛ چون قیاس یک دلیل ظنی است امامیه آن را باطل می دانند.

در برخی از منابع شیعه واژه دلیل عقل تعریف شده است که به چند نمونه اشاره می شود. شیخ طوسی در تبیین دلیل عقلی به طور کلی معلومات را بردو قسم می داند، قسم اول معلومات اکتسابی؛ معلوماتی که از طرق مختلف عقلی فراهم می شود. قسم دوم معلومات ضروری یعنی واقعیت هایی که به خودی خود وجود دارند و انسان آن ها را بدون هرگونه استدلالی می پذیرد مثل حسن عدل و قبح ظلم. «مثلاً قبح قتل و جنایت را هر انسانی می پذیرد و نیازی به استدلال ندارد. وی بیشتر از این مقدار درباره حکم عقل اظهار نظر نکرده است»^۵.

۱ - معلوف لوئیس، ترجمه المنجد، ج ۱ ص ۳۰۳، مترجم، مصطفی رحیمی اردستانی

۲ رک- مرتضی انصاری، مطارح الأنظار، ص ۲۲۹،

۳ - ابوالحسن محمدی، مبانی استنباط حقوق اسلامی یا اصول فقه، ص ۲۱۹

۴ - وهبه زحیلی، پیشین، ج ۱ ص ۴۱۸

۵ - به نقل از، علی رضا فیض، مبادی فقه و اصول، ص ۴۴

طبق نظر مرحوم مظفر، اولین دانشمندی که به دلیل عقل تصریح کرده ابن ادریس است که در تعریف دلیل عقلی می‌فرماید «مجموعه‌ای از علوم و احکام بدیهی و نظری عقل که انسان را در رسیدن به سؤال‌های راهنمایی می‌کند و گرفتن آموزه‌های شرع را از طریق معارف عقل که مستند به بدهات یا استدلال باشد دلیل عقل می‌گویند»^۱.

مرحوم حلی در توضیح معنای دلیل عقلی اقسام دلیل عقلی را دو قسم دانسته و قسم دوم از دلیل عقلی را دلیلی می‌داند که به‌طور مستقل، عقل بدون خطاب شارع دلالت می‌کند که این عمل واجب است یا قبیح است و یا حسن است؛ مانند درک حسن و قبح اشیاء^۲.

شهید اول در مقدمه کتاب ذکر همین تقسیم‌بندی مرحوم حلی را کمی تفصیل داده و به‌عنوان مثال در قسم اول علاوه بر مفاهیم از مقدمه واجب و مسئله ضد و نیز اباحه چیزهای سودمند و حرمت چیزهای زیان‌بخش و در قسم دوم علاوه بر وجوه حسن و قبح، حکم برائت عقلی و استصحاب را نیز اضافه کرده است^۳. مرحوم محقق قمی به تفصیل دلیل عقلی را توضیح داده که مفاد کلام ایشان این است که در علم اصول، حکمی عقلی است که به وسیله آن به حکم شرعی دست یافت و از علم به حکم عقلی، علم به حکم شرعی حاصل شود «حکم عقلی یوصل به إلی الحكم الشرعی»^۴.

این مسلم است که وظیفه عقل حکم کردن نیست لذا مراد از حکم عقل در این عبارت و عبارات اصولیین قطعاً درک عقل است. تمام علماء بر این مسئله اجماع دارند که حکم کردن فقط از ناحیه مولی و شارع است وظیفه و شأن عقل فقط ادراک و درک احکام است نه بیشتر و نمی‌شود در مقابل الله «عز و جل» حاکم دیگری را قرارداد. شهید صدر دلیل عقلی را چنین تعریف می‌کند «مراد از حکم عقل حکم قوه عاقله به معنای فلسفی آن نیست بلکه مراد از حکم عقل حکمی که عقل صادر می‌کند به نحو جزم و یقین که مستند به کتاب و سنت نیست»^۵.

^۱ - عباس زراعت، کاملترین ترجمه و تبیین اصول الفقه العلامه محمدرضا مظفر، ج ۳ ص ۲۳۸

^۲ - همان، ص ۳۳۸

^۳ - به نقل از علی‌رضا فیض، پیشین، ص ۴۴

^۴ - ر-ک سیدمحمدتقی حکیم، الأصول العامة، صفحه ۲۶۷

^۵ - سیدمحمدباقر صدر، پیشین، ج ۴ ص ۱۱۹

مرحوم مظفر که در باب دلیل عقل عنوان مستقلى دارد پس از ذکر عبارات اصولیین می‌فرماید «به هر ترتیب دلیل عقلی یعنی حکم عقلی که موجب قطع به حکم شرعی شود. به عبارت دیگر هر قضیه عقلی که به وسیله آن، به علم قطعی در مورد حکم شرعی دست یافته می‌شود»^۱. بعد اشاره نموده است که این تعریف تا اندازه‌ای مجمل بوده و وارد توضیح این دلیل می‌شود.

در علم حقوق دلیل عقل جزء منابع برشمرده شده است و چنین تعریف شده است «قضایایی که عقل به طور قطعی آن‌ها را درک می‌کند و صلاحیت قرار گرفتن در مسیر استنباط حکم شرعی را دارد و موجب اکتشاف و رسیدن به قاعده حقوقی یا حکم شرعی را دارد»^۲.

ذکر این مطلب در تبیین دلیل عقلی نیز خالی از فایده نیست که زیربنای دلیل عقلی و شیوه معروف طرفداران دلیل عقل در وجوه حسن و قبح است که آنان از دروازه‌ای به نام حسن و قبح عقلی و یا حسن و قبح ذاتی بهره می‌برند لذا با ذکر دو مسئله کلی، نتایجی را نیز گرفته‌اند؛ یکی مسئله تشخیص حسن و قبح ذاتی افعال به وسیله عقل و دوم تشخیص سود و زیان افعال به وسیله عقل.

بنابراین طرفداران این نظریه که به آن‌ها مکتب عقلیون نیز می‌گویند چهار مطلب را قبول دارند؛ مطلب اول: افعال انسان ذاتاً «با قطع نظر از امرونی شارع» یا خوب‌اند و یا بد و این خوبی و بدی تابع مصلحت و مفسده است. بر این نظرشان ادله فراوانی ارائه کرده‌اند^۳. به عنوان مثال در باب جزا ارتکاب قتل و جنایت، انجام گناهان جنسی مانند زنا و لواط آن و جرایم مالی از قبیل سرقت ذاتا بد و قبیح است، اما واکنش در مقابل این جرائم، دارای حسن بوده و خوب است.

مطلب دوم: امرونی شارع بی‌قاعده نبوده و بدون جهت امرونی نمی‌کند بلکه تابع همان مصالح و مفاسد است. این دو مطلب را امامیه و معتزله «عدلیه» و تا حدودی حنفیه پذیرفته‌اند^۴. لذا امر شارع به اجرای قصاص، حدود یا تعزیرات و یا نهی شارع از ارتکاب قتل، زنا، لواط، سرقت و ممنوعات متعددی که در اسلام تشریع شده دارای مصلحت یا مفسده می‌باشد.

۱ - عباس زراعت، پیشین، ج ۳ ص ۲۳۳

۲ - غفور خوئینی، فلسفه حقوق، ص ۸۷

۳ - محمدجعفر جعفری لنگرودی، مکتب‌های حقوقی در حقوق اسلام، ص ۱۱۹ ص ۱۲۱

۴ همان ص ۱۱۴

مطلب سوم: عقل در پاره از افعال انسان از عهده ادراک حسن و قبح ذاتی برمی آید و لو اینکه در همه افعال انسان چنین توانایی را ندارد.^۱

مطلب چهارم: قاعده ملازمه است و با این توضیح که اگر عقل انسان در مورد سکوتِ شارع «قانون» پی به نیکی یک عملی معینی ببرد حتماً آن فعل از نظر شارع واجب خواهد بود یعنی حکمی که عقل به دست می آورد همان حکم شرعی است؛ لذا گفته اند عقل ما هر فعلی را نیک یا بد بداند شریعت آن را واجب یا حرام می داند. به این خاطر است که دلیل عقل را مستقلاً جزء منابع می دانند. قاعده ملازمه را حنفیه قبول ندارد و مجالی را برای فعالیت عقل ندانسته و از عدلیه جداشده اند. به همین دلیل حنفیه مانند اشاعره عقل را جزء منابع احکام نمی دانند و عقیده دارند شارع از راه نص و قیاس و اجماع احکام افعال انسان را بیان کرده است.^۲

طرفداران مکتب تعبّد «اشاعره» هر چهار مطلب را قبول نداشته و چنین عقیده دارند که ذاتاً هیچ فعلی نه بد است و نه خوب و اگر شارع مقدس نهی کند از عملی از حیث که نهی کرده بد است و الا اگر نهی یا امر شارع نباشد آن عمل نه خوب بوده و نه بد.^۳ از نظریه حسن قبح عقلی در مسائل متعددی استفاده شده مثل اصل برائت، اصل آزادی اراده و...^۴

بنابراین از مطالب فوق به دست می آید که در علم فقه و حقوق بین عقل و دلیل عقلی تفاوت است در حالی که عقل یک ابزار و نیروی درک کننده است دلیل عقل عبارت است از حکم عقل قطعی که موجب قطع به حکم شارع شود مراد از حکم عقلی همان ادراک عقلی است که بتواند زمینه حکم شرعی قرار گرفته و به کمک آن به یک حکم شرعی دست یافت.^۵

^۱ همان

^۲ - همان ص ۱۱۵

^۳ - همان ص ۱۲۳

^۴ - همان، ص ۱۲۱

^۵ - ر-ک ابوالحسن محمدی، مبانی استنباط حقوق اسلامی یا اصول فقه ص ۱۵۷ و حسین قانی، سعید شریعتی، «ادله و منابع فقه» اصول

فقه کاربردی، ج ۲، ص ۱۳۶

۱-۲-۱- مفاهیم گونه‌های عقل

عقل با ملاحظات گوناگونی به عقل فطری و عقل اکتسابی، عقل نظری و عقل عملی، مستقلات عقلیه و غیر مستقلات عقلیه، عقل معاش و عقل معاد و گونه‌های دیگر تقسیم شده است. از میان این گونه‌ها برخی از اقسام آن در تحلیل مسائل فقهی حقوقی نقش داشته است که می‌بایست مفهوم شناسی شود به همین دلیل در این مبحث در ضمن سه گفتار گونه‌های از عقل بررسی می‌شود.

۱-۲-۱-۱ عقل فطری و عقل اکتسابی

در یک تقسیم عقل بر دو قسم است عقل فطری و عقل اکتسابی، در روایات نیز به این تقسیم اشاره شده است که بیان خواهد شد.

الف: عقل فطری

عقل فطری همان عقل غریزی در وجود انسان است که سبب تمایز انسان از موجودات دیگر می‌شود که در افراد مختلف، بر اساس فطرت نخستین متفاوت است. به واسطه عقل غریزی و فطری است که انسان، آمادگی پیدا می‌کند برای به دست آوردن علوم نظری و دارای قدرت می‌شود بر ادراک حقایق. این گونه ای از عقل باینکه همراه غریزه بوده، جزء از نفس انسان و مشترک بین همه انسان‌هاست. امام علی «ع» اشاره‌ای به این قسم از عقل دارد و می‌فرماید «عقل را بر دو قسم یافتیم عقل سرشتی «مطبوع» و عقل شنیدنی» مسموع، اکتسابی «خرد اکتسابی بدون خرد فطری سودمند نیست همان‌گونه که نور خورشید، بدون فروغ چشم سودمند نیست»^۱ همین‌طور در روایات بر این مسئله تأکید شده که «در قیامت، پاداش هر کس به اندازه عقل و خرد اوست»^۲. از روایات به یقین به دست می‌آید که عقل طبیعی و فطری دارای مراتب و درجات است.

ملاصدرا در ارتباط عقل فطری با پاداش اخروی به تفصیل سخن گفته است که انسان‌ها به حسب هویات عقلی، باهم اختلاف زیادی در کمال و نقص، بلندی و پستی دارند و مشخص است که حالات، تابع

۱ - سیداحمد علوی عاملی، الحاشیه علی أصول الکافی، ص ۷۰

۲ - محمدبن یعقوب بن اسحاق کلینی، پیشین (ط - الإسلامیه) ج ۱ ص ۱۱

ذات‌اند. پس زیبایی و تابناکی آن‌ها تابع نیکویی ذات و شرف و برتری آن است. پس در این صورت، عاقل بر کسی اطلاق می‌شود که غریزه‌اش در طبیعت انسانی از علم و تقوا، یعنی احاطه به معقولات و رهایی از جسمانیات و شهوات حیوانی، کمال‌یافته باشد، و این تفاوت در افراد مردم «یعنی اختلاف بین ناقص و کامل آن‌ها» تفاوت بزرگی است.^۱

وی با توجه به روایات پس از برشمردن معانی اساسی عقل به عقل فطری، عقل نظری، عقل اخلاقی، عقل به معنای زیرکی، و عقل مجرد؛ وظایف هرکدام را بیان کرده و درباره وظیفه عقل فطری چنین می‌گوید عقل فطری «زمینه‌ساز کسب علوم بدیهی و ضروری است که موجب تحصیل علوم نظری می‌شوند»^۲.

ب: عقل اکتسابی

عقل اکتسابی عقلی است که در روایات به عنوان «عقل مسموع» از آن یاد شده است. عقلی که در اثر آموختن و شنیدن، انسان آن را کسب می‌کند؛ زیرا عقول افراد بشر در اصل جوهر از جهت قوه و ضعف باهم متفاوت است. پس عقل‌هایی که فرامی‌گیرند نیز از جهت کمال و نقص، بر یکدیگر برتری دارند. به نظر می‌رسد در روایاتی که عقل را به عنوان راهنمای انسان، دوست انسان، منشأ فهم و هوش و حافظه دانش، معرفی کرده است، در صورتی که صحیح و منطقی پرورش یابد مراد همین عقل اکتسابی است.

امام صادق علیه‌السلام می‌فرماید «انسان، بر پایه خرد استوار است و هوش و فهم و حافظه و دانش از خرد سرچشمه می‌گیرند. انسان، باخرد به کمال می‌رسد و خرد، راهنما و روشنگر و کلید گشایشگر کار اوست»^۳. منظور از عقل در کتب اخلاقی نیز عقل اکتسابی است؛ زیرا عقل با افزایش عمر انسان، زیاده‌تر و بیشتر می‌شود، البته با توجه به قوت و ضعف عقل فطری‌اش. راغب اصفهانی معتقد است در هر جا که خداوند کفّار را به دلیل نداشتن عقل، مورد مذمت قرار داده، منظور از آن فقط اشاره به عقل مسموع «اکتسابی

۱ - سیدمحمدعلی ایازی، کافی پژوهی (گزارش پایان نامه‌های مرتبط با کلینی و الکافی) ص ۵۰۰

۲ - همان، ص ۵۶۲

۳ - محمدبن یعقوب بن اسحاق کلینی، پیشین (ط - الإسلامیة) ج ۱ ص ۲۵

«است. مانند» کسانی که کفر می‌ورزند ...» تا آنجا که می‌گوید: «صُمُّ بُكْمٌ عُمَىٰ فَهُمْ لَا يَعْقِلُونَ»^۱ و آیاتی از این قبیل همه به «عقل مسموع اشاره دارند»^۲.

بنابراین همانگونه که عقل به اعتبارات مختلف قابل تقسیم است، مثلاً به اعتبار توجه عقل به دنیا و آخرت به عقل «معاد» و «معاش». به اعتبار متعلق آن، به «عملی» و «نظری». به اعتبار درجات کمال به عقل «کامل»، «ناتمام» و «منحرف‌شده». همین‌طور به اعتبار منشأ به عقل «فطری» و «اکتسابی» قابل تقسیم است. قسم اول به‌طور بالقوه در انسان موجود بوده و در ساختمان مغزی انسان این نیروی اولی وجود دارد و عقل هیولای از مراتب عقل فطری است که در آن نفس انسان دارای استعداد محض برای درک حقایق است. اما عقل اکتسابی باتجربه و تعقل از تجربیات و مشاهدات برای انسان حاصل می‌شود و حاصل آموختن و شنیدن است که در طول حیات انسان این نوع از عقل آدمی زیاد می‌شود به‌گونه‌ای که می‌توان چنین ادعا کرد؛ مصداق علم حصولی و عقل اکتسابی یکی است؛ زیرا علم حصولی هم از طریق فراگیری و آموزش به دست می‌آید.

به‌هرحال در مقایسه این دو نوع از عقل این نکته مفید به دست می‌آید که عقل فطری مبدأ ادراک و مبدأ تحریک است در صورتی که بر اساس تعالیم پیامبران الهی احیا و رشد کند، انسان می‌تواند از سایر معارفی که از طریق تحصیل و تجربه اندوخته است بهره گیرد و به حیات طیبه دست یابد. در واقع عقل فطری نقش شمع را دارد و عقل اکتسابی و تجربه نقش خورشید را، برای دیدن حقایق هم چشم لازم است و هم نور خورشید، همان‌طوری که نور خورشید نمی‌تواند جلو لغزش نابینا را بگیرد، عقل اکتسابی هم نمی‌تواند مانع لغزش و انحطاط کسانی گردد که عقل طبع یا فطری آن‌ها مرده است.

در فقه و حقوق جزا در باب قصاص می‌توان این نوع از تقسیم عقل را چنین تحلیل کرد که عقل فطری و غریزی واکنش و انتقام در باب جنایات را درک می‌کند؛ زیرا حب انتقام‌جویی غریزی و فطری در وجود انسان است هر انسانی اگر به او ظلم شود در صدد انتقام گرفتن برمی‌آید، اما کیفیت واکنش و انتقام گرفتن را که به مصلحت فرد و اجتماع باشد، می‌بایست از طریق تحصیل و تجربه کسب کرد، به این خاطر است

^۱ - بقره، آیه ۱۷۱

^۲ - سیدمحمد علی ایازی، پیشین، ص ۵۰۱

که فقه جزا ایده انتقام را نفی نکرده و قصاص را امضا کرده است؛ زیرا این خصوصیت را ذاتی و غریزی هر موجود زنده مخصوصاً فطری انسان می‌داند. با توجه به دارا بودن انسان از قوه عقل و تجزیه و تحلیل عقلی ظلم یا جنایت که صورت گرفته است. چنانکه بسیاری از جوامع مقابله به مثل در باب جنایات را نفی کرده‌اند ولی اسلام راه انتقام را از طریق باب قصاص با تبیین شرایط و احکام آن ممکن دانسته است.

۱-۲-۲- عقل نظری و عملی

یکی از معروف‌ترین گونه‌های عقل که مورد بحث فلاسفه و اصولیان قرار گرفته است تقسیم آن به نظری و عملی است. در تبیین ماهیت این دو نوع نظرات مختلفی وجود دارد و در کل می‌توان چهار نظر را به دست آورد که دو نظر آن معروف و دو نظر غیر معروف است.

نظر اول: هر دو یک نیرو برای درک است تفاوت این دو به متعلق درک بازمی‌گردد. قضیه‌ای که به عمل مربوط شده و متعلق درک عقل واقع شود، عقل را عقل عملی می‌خوانند مثل حسن عدل و قبح ظلم. اما اگر به عمل مربوط نباشد عقل نظری می‌گویند.

از کلام مرحوم مظفر این نظریه به دست می‌آید. آنجا که اشاره می‌کند، حکما بجای اینکه مدرکات انسان را به دو قسم تقسیم کند مستقیماً آن را به عقل نسبت داده و گفته‌اند عقل بر دو قسم است حال آنکه نیروی درک کننده یک نیرو بیشتر نبوده و این معقولات است که به دو بخش تقسیم می‌شود. در حقیقت باید گفت معقول نظری و عملی نه عقل نظری و عملی. ایشان در تبیین این نظر چنین می‌فرماید «اگر آنچه را باید انجام داد یا آنچه را باید ترک کرد، اگر این مورد درک عقل قرار گرفت این را عقل عملی می‌گویند ولی اگر مورد درک عقل آن چیزی بود که باید دانست مثلاً کل بزرگ‌تر است از جزء، این قسم را عقل نظری می‌گویند^۱». پس می‌توان گفت که عقل یک گوهر بیش نیست و ما دو گونه عقل نداریم بلکه تفاوت گونه‌ای یادشده از جهت نوع مسائلی است که عقل درک و دریافت می‌کند.

نظر دوم: هر دو را یک را یک نیرو می‌داند مانند نظر اول، ولی با این تفاوت که تمام مراحل عقل نظری، با تحقق مدرک در خارج، عقل عملی نامیده می‌شود. با این توضیح که «انسان دارای دو قوه مستقل از هم

۱ - عباس زراعت، پیشین، ج ۲ ص ۱۶۷

نیست بلکه عقل نظری در شرایط خاص عقل عملی نامیده می‌شود، هر نوع ادراکی چه مربوط به عمل باشد و چه مربوط به نظر در حوزه عقل نظری است حتی ادراکات جزئی «مانند باید به این فقیر کمک کرد» هم در حیطه عقل نظری است، اما زمانی که شخص در عالم واقع و خارج به فقیر کمک کرد و این عمل محقق شد، در آن هنگام عقل عملی نامیده می‌شود^۱. بنابراین وقتی ادراکات عقل نظری به مرحله عمل و اجرا رسید عقل عملی است.

نظر سوم: عقل نظری و عملی را نیز یک نیرو است ولی تفاوت این دو به متعلق درک بازمی‌گردد «مثل نظر اول». تمام مراحل از درک جزء عقل نظری است، تنها درک ناگزیر پدیدآوران یا ترک فعل که نفس را برای فعل یا ترک تحریک می‌کند به عقل عملی مربوط می‌شود. بنابراین حسن عدل یا قبح ظلم مصداق عقل نظری است اما براساس نظر اول آن را عقل عملی می‌دانستند^۲.

نظر چهارم: عقل نظری و عملی را دونیرو است یکی مبدأ درک و دیگری مبدأ تحریک و فعل نفس^۳. این عقیده یکی از معروف‌ترین نظرات است که اگر عقل مسائلی را درک کند که ارتباطی به عمل انسان ندارد و شایسته دانستن باشد به آن عقل نظری می‌گویند مثل «اجتماع نقیضین محال است». اما اگر عقل مسائلی را درک کند که مربوط به عمل انسان بوده و شایستگی انجام یا ترک را دارد آن را عقل عملی می‌گویند.

کلام حکیم قطب‌الدین رازی به این نظر اشاره دارد. ایشان نفس انسان را دارای دو قوه می‌داند یکی را مبدأ ادراک و دیگری را مبدأ فعل. می‌فرماید «نفس انسان دو قوه دارد یکی مبدأ ادراک نفس است مثل علم به آسمان و زمین و دیگری مبدأ عقل است، نیروی اول عقل نظری و نیروی دوم عقل عملی است^۴». وی چنین عقیده دارد که به سبب اشتراک لفظی یا مشابهت آن‌ها در قوه نفس بودن، واژه عقل بر هر دو اطلاق می‌شود. ایشان عقل نظری را به دو قسم تقسیم می‌کند که گاهی عقل نظری منشأ امر دانستنی است که مربوط به عمل انسان نیست مثل علم به آسمان و زمین، گاهی عقل نظری به عمل مربوط می‌شود مثل علم

۱ - سیدمحمد اصغری، پیشین، ص ۱۰۱

۲ - ابوالقاسم علی دوست، پیشین، ص ۴۲

۳ - ر-ک، همان

۴ - قطب‌الدین الرازی، المحاکمات بین شرحی الاشارات، ج ۲ ص ۳۵۴

به حسن عدل. اما عقل عملی همواره از عقل نظری استمداد می‌جوید؛ به این دلیل که عمل بدون علم محقق نمی‌شود.

سپس مثال می‌زند به اینکه انسان از طریق عقل عملی درک می‌کند که هر عمل نیکویی سزاوار است که انجام شود و از این مقدمه به یک مقدمه دیگری نیز که با عقل نظری درک می‌شود می‌رسد که صدق و راست‌گویی سزاوار است که انجام شود و حتی تا زمانی که انسان اراده راست‌گویی را دارد باز هم عقل نظری است وقتی که صدق جزئی تحقق پیدا کرد این تحقق بعد از علم به رأی کلی است.^۱ نتیجه این‌که وی درک را از شئون عقل نظری می‌داند و عقل عملی چنین شأنی نداشته و فقط اجراکننده مدرکات عقل نظری است. برخی از دانشمندان این نوع برداشت را قبول نداشته و کلام ایشان را نقد کرده‌اند.^۲

از بیان رسا و با محتوایی شهید صدر نظر چهارم استنباط می‌شود، وی در ابتدا احکام عقلیه را بر دو قسم تقسیم می‌کند، عقل نظری یعنی درک عقل چیزی را که واقعیت دارد» مثل محال بودن اجتماع نقیضین، یا اعظم بودن کل از جزء و...». قسم دوم عقل عملی یعنی درک عقل چیزی را که سزاوار است واقع شود» تحقق خارجی آن چیز^۳. ایشان در ادامه چنین بیانی دارد که عقل عملی نیز باید مانند عقل نظری تعریف شود و گفته شود که درک کردن عقل چیزی را که واقعیت دارد؛ زیرا شأن عقل درک کردن واقعیات است و آنچه واقعیت دارد و در لوح واقع ثابت است این لوح واقع وسیع‌تر است از لوح وجود. حسن و قبح» که معمولاً برای عقل عملی مثال زده شده است «همان‌طوری که در لوح وجود هستند در لوح واقع نیز ثابت هستند. فرقی که وجود دارد این است که امر واقعی که عقل درک می‌کند اگر آن امر به گونه‌ای باشد که ذاتاً مستدعی برای عمل و سلوک معین بر طبق آن نباشد، و عمل را قبول نکند به آن مدرک نظری گفته می‌شود. اما اگر ذاتاً استدعا و قبول عمل را بکند به آن امر مدرک عملی اطلاق می‌شود.

۱ - همان، ص ۳۵۳

۲- ر ک ابوالقاسم علی دوست، پیشین، ص ۴۰

۳ - سیدمحمدباقر صدر، بحوث فی علم الأصول، ج ۴ ص ۱۱۹

شهید صدر استحاله اجتماع امرونی و ملازمه بین وجوب ذی المقدمه و وجوب مقدمه آن و نیز ادراک عقل علت و ملاک تام حکم را از راه دلیل عقل نظری می‌داند. به عنوان مثال در باب جرائم جنسی ملاک حرمت یا حکمت وجوب کیفر مرتکب جرائم جنسی چیست؟ درک آن از راه عقل نظری امکان دارد. در ادامه از بیان شهید صدر «ره» راجع به عقل عملی چنین به دست می‌آید: عقل عملی در صورتی حکم شرعی را ثابت می‌کند که عقل نظری به او ضمیمه شود، به عنوان مثال این که عقل حکم می‌کند «که دروغ قبیح است» این نیاز دارد به حکم عقل نظری که عبارت است از ملازمه بین حکم عقل و شرع. با این توضیح که بگوییم، به حکم عقل، دروغ‌گویی کار ناپسند و قبیح است «صغرا» و هر چه به حکم عقل ناپسند باشد، به حکم عقل حرام شرعی است، یعنی قبیح عقلی هر چیزی مستلزم حرمت شرعی آن است «کبرا» پس دروغ‌گویی به حکم عقل حرام شرعی است «نتیجه». یا این که عقل قبیح می‌داند تکلیف انسان عاجز و غیرمقدور را، در صورتی حکم شرعی را استنباط می‌کند که عقل نظری به آن اضافه و ضمیمه شود به این عبارت که بگوییم به حکم عقل، تکلیف عاجز و غیرمقدور محال است، هر چیزی که به حکم عقل محال باشد به حکم شرع واجب یا حرام نمی‌گردد، نتیجه می‌دهد حکم شرعی را که به حکم عقل هر امری که غیرمقدور باشد به حکم شرع واجب یا حرام نمی‌گردد. مثال اول «قیح کذب» حکم منطبق بر فعل عبد است و مثال دوم «قیح تکلیف عاجز» متعلق به فعل مولا است.^۱

به هر حال عقل نظری به کشف حقایق نظری، واقعیت‌ها، هست و نیست‌ها می‌پردازد مثل خداشناسی، انسان‌شناسی و.. در حالی که عقل عملی در پی ادراک بایدها و نبایدها است.^۲

۱-۲-۳- مستقلات عقلیه و غیر مستقلات

کارایی عقل در یک تقسیم به استقلال و غیر استقلال منقسم می‌شود این گونه از عقل یکی از پرکاربردترین اصطلاح در مباحث فقه و اصول است.^۱ مستقلات عقلیه به این معناست که عقل بدون وابستگی به چیزی حکمی را درک کرده و عقل به خطاب وابسته نیست به گونه ای که عقل در صغرا و کبرا قیاس مدرک و حاکم است. اما درک غیر مستقلات عقلیه به خطاب شرعی یا قانونی بازمی‌گردد. عقل

^۱ - سیدمحمدباقر صدر، همان، ص ۱۲۱

^۲ - مهدی نصیریان اهور، روش شناسی استنباط در علم کلام، ص ۱۳۲

تنها کبرای قیاس را در اختیار دارد ولی مقدمه اول و صغرای قیاس باید از ناحیه شارع و قانون‌گذار وارد شود. در علم حقوق مستقلات عقلیه چنین تعریف شده است: «نتایج حقوقی حاصله از اعمال نظر خرد» عقل «در میدان‌های آزاد حقوقی که ملهم از نصوص قانون نباشد»^۱.

با این توضیح که عقل در سه جایگاه کاربرد استقلالی دارد؛ در صغرا و کبرای مستقلات عقلیه و در کبرای غیر مستقلات. علمای علم اصول «مثل مرحوم مظفر در کتاب اصول فقه»^۲ عقیده رادارند که این بحث مربوط به باب ملازمات هست. یعنی اثبات کبرا در هر دو مورد بر پذیرش ملازمه میان حکم عقل و حکم شرع توقف دارد. اما اگر ملازمه میان حکم عقل و شرع را قبول نکردیم و قائل نشدیم که هرآن چه عقلا لازم باشد شرع آن را واجب می‌سازد؛ بر فرض که عقل لزوم انجام دادن یا ترک کاری را درک کند، یا بین وجوب انجام یا ترک عملی و وجوب انجام و ترک مقدماتش ملازمه بداند، نمی‌توان از آن حکم شرعی را استنباط کرد.^۳

مرحوم مظفر «ره» در بیان مراد خودشان این مسئله را در سه مرحله توضیح می‌دهد که بیان این مراحل در تبیین مفهوم مستقلات و غیر مستقلات عقلی خالی از لطف نیست.

مرحله اول: افعال انسان منهای بیان شارع دارای ارزش‌های عقلی است، البته برخی از افعال هستند که فی‌نفسه به هیچ‌یک از خوبی و بدی متصف نمی‌باشند اما برخی افعال متصف به خوبی و بعضی متصف به بدی هستند و امر و نهی شارع با توجه به معیارها و ملاک‌های عقلی تعلق می‌گیرد؛ هر جا که شارع امری دارد آن عمل خوب بوده که متعلق امر شارع «و قانون‌گذار» قرار گرفته است. هر جا نهی می‌کند، آن کردار زشت و ناپسند بوده است که شارع از آن نهی کرده است. این همان نظر معروف امامیه و معتزله و اقلیت اشاعره است که در علم کلام تحت عنوان مسئله حسن و قبح عقلی مطرح است. لذا درک حسن و قبح ذاتی و عقلی را امامیه معتقد است و انکارش را خلاف وجدان می‌داند. ؛ به‌راستی کدام عاقل است «هرچند

^۱ - محمدجعفر جعفری لنگرودی، ترمولوژی حقوق، ج ۵، ص ۳۳۴۷

^۲ - عباس زراعت، پیشین، ج ۲ ص ۱۴۱

^۳ - ابولقاسم علی دوست، پیشین، ص ۶۷

معتقد به هیچ آیینی نباشد «فاعل عدل و فاعل ستم را به یک چشم ببیند و در برابر نیکوکار و خطاکار یک نظر داشته باشد؟ البته اشاعره نظر مخالف داشته و معتقدند که خوبی و بدی افعال و کردار آدمی منوط به امرونی شارع است و تابع اعتبار شارع.

مرحله دوم «نقاط معروف اختلاف بین اصولیان و گروه از اخباریان» با توجه به این که افعال دارای ارزش های ذاتی و عقلی هستند آیا عقل قادر به ادراک وجوه حسن و قبح، مستقلاً بدون تعلیم شارع را دارد یا نه؟ برفرض اگر چنین ادراکی برای مکلف حاصل شد، حق دارد طبق مدرکات خویش عمل کند یا نه؟ اصولیین نظر اول و اخباری نظر دوم را دارند. بنابراین در صورتی که قائل نشویم به قادر بودن درک عقل وجوه حسن و قبح را، صغرای قیاس در مستقلات عقلیه شکل نمی گیرد؛ زیرا فرض بر این است صغرا یک قضیه عقلی محض است.

مرحله سوم با توجه به پذیرش مرحله اول و دوم می باشد: آیا عقل پس از درک حسن و قبح اعمال می تواند حکم کند که بین مدرکات عقلی و بین حکم شارع ملازمه است؟ به این معنا که در هر موردی که عقل حسن یا قبح عملی را درک کرد عقلاً لازم است که شارع نیز در آن مورد، مطابق آنچه عقل درک کرده است، حکم نماید یا اینکه چنین ملازمه ای برقرار نیست و چه بسا عقل به خوبی و بدی عملی آگاه گردد ولی نتوان به حکم شارع جزم پیدا کرد؟ این همان مسئله اصولی است که در اصول فقه از آن به مسئله ملازمه یاد می شود و میان اخباری و اصولی و نیز میان قائلین به حسن قبح عقلی اختلاف نظر وجود دارد. اخباری ها و برخی از اصولیین مثل صاحب فصول منکر ملازمه هستند^۱. محققان علم اصول این ملازمه را قبول دارند، که در جای خودش مراجعه شود^۲.

بنابراین مفهوم مستقلات عقلیه عبارت است از احکامی که توسط عقل درک می شود و از انواع ملازمات عقلی «در مقابل غیر مستقلات عقلیه» که یک سلسله احکامی است عقلی، که عقل به تنهایی و بدون کمک شرع آن ها را درک می کند. در این سلسله از احکام جهت رسیدن به حکم شرع و قانون، یک قیاس و استدلال منطقی شکل می گیرد به این صورت که ۱- حکمی که عقل آن را به طور مستقل درک می کند ۲-

۱ - گروهی از نویسندگان، منابع فقه و زمان و مکان: ج ۱ ص ۳۷۳

۲ - عباس زراعت، پیشین، ج ۲ ص ۱۴۱

هرچه را که عقل به طور مستقل درک کند شرع نیز به آن حکم می‌کند «کبرا»^۳ - نتیجه این می‌شود که سرقت مثلاً چون عقل قبیح آن را درک کرده است در نزد شارع نیز قبیح و حرام است.^۱

اما مفهوم غیر مستقلات عقلی این است که حاکم علی الاطلاق عقل نیست، عقل همواره صغرای قیاس را از شرع می‌گیرد و بعد حکم به ملازمه عقلی، میان حکم صغرا و حکم شرعی دیگر می‌کند. این گونه دلیل عقلی را چون عقل به تنهایی به حکم شرعی و قانونی وجوب انجام یا لزوم ترک مقدمه دست نیافته است بلکه به کمک قانون‌گذار و شارع که ذی المقدمه را واجب یا حرام کرده، دست یافته است به آن غیرمستقل عقلی می‌گویند. به عنوان مثال خرید و فروش شراب در شرع حرام و موجب کیفر است، عقل حکم می‌کند اجاره منزل و دکان به کسی که اقدام به فروش می‌کند نیز حرام و ترک آن لازم است؛ زیرا چنین اجاره‌ای مقدمه حرام و اعانه بر اثم و به اجماع علما کمک بر گناه بوده چون مقدمه می‌شود برای وجود آمدن گناه پس حرام است.^۲

در حقوق نیز رفتار معاونت در جرم «کسی که غیر از مباشر و یا شریک در تحقق جرم نقش دارد به گونه‌ای که نمی‌توان در تحقق جرم نقش آنان را نادیده گرفت» را طبق مبانی جزایی، جرم به حساب می‌آورد و قابل مجازات می‌داند و آن را ذیل عنوان قاعده اعانه بر اثم و عدوان مورد بررسی قرار می‌دهند.^۳

به عبارت دیگر برای اثبات یک حکم شرعی «حقوقی یا کیفری» باید یک قیاس منطقی تشکیل شود که عبارت است از دو مقدمه «صغرا و کبرا». با همین دو مقدمه نتیجه مطلوب به دست می‌آید، گزاره‌هایی که به عنوان این دو مقدمه در قیاس استنباط مورد استفاده قرار می‌گیرد ممکن است یا هر دو مقدمه غیر عقلی است یعنی نقلی و شرعی می‌باشد در این صورت آن را دلیل شرعی می‌نامند. یا هر دو مقدمه عقلی هستند. به گونه‌ای که به وسیله آن مقدمات، حکم شرعی «قانونی» استنباط می‌شود. مثلاً عقل درک می‌کند ظلم قبیح و ناپسند است «صغرا» هر آن چه که عقلاً قبیح است شرع آن را ممنوع می‌داند «کبرا». این مقدمه از باب ملازمه بین حکم عقل و شرع؛ به این دلیل که شارع مقدس رئیس عقلا است. یا گزاره غیر عقلی به عنوان

۱ - جمعی از محققان، فرهنگ نامه اصول فقه، ص ۷۳۳

۲ - سید محمد حسن بجنوردی، قواعد فقهیه، ج ۱ ص ۳۶۲

۳ - عباس منصوری آبادی، حقوق جزای عمومی، ۲، ص ۵۶

مقدمه اول و حکم عقلی به عنوان مقدمه دوم قیاس قرار گیرد این نوع قیاس را دلیل عقلی غیرمستقل یا غیر مستقلات عقلیه می نامند که کاربرد و موضوعات فراوانی دارد مراجعه شود^۱.

با تتبع در کلمات اصولیین چنین به دست می آید که تنها دلیل مستقل عقلی یا مستقلات عقلیه که بتوان از آن حکم شرعی را استنباط کرد مسئله حسن و قبح است که البته عناوین و موضوعات کیفری و جزایی متعددی داخل در مسئله حسن و قبح می باشد از قبیل موضوعات مثل ترور، سرقت، خیانت درامانت، کلاهبرداری و تجاوز به حقوق دیگران و عناوین دیگری که از مصادیق ظلم بوده و ظلم شرعاً ممنوع بوده و عقل آن را قبیح می داند.

برخی از علما و حقوقدانان چند مسئله دیگر را نیز جزء مستقلات عقلیه و تحت عنوان مستقلات عقلیه در حقوق موضوعه می دانند مانند قاعده لاضرر، قاعده اباحه عقلی، دفاع مشروع، قاعده اصل برائت و قاعده ضرورت و اضطرار که هر کدام این مسائل با توجه به مستقلات عقلیه تبیین شده است^۲. به عنوان نمونه ارتباط مستقلات عقلیه با قاعده اضطرار چنین توضیح داده شده: فرد یا جامعه دچار اضطرار شوند و ناگزیر شوند برخلاف یک الزام قانونی عمل کنند. چنانکه در میان فقها نظری وجود دارد که هر حرامی بر مضطر حلال است جز قتل مسلمان و یکی از مواردی را که از این قاعده استخراج کرده اند نفوذ اقدامات وکیل قبل از رسیدن خبر عزل به او می باشد. این قاعده از مصادیق دلیل عقل و نظریه حسن و قبح عقلی به شمار می آید، زیرا آنچه به مصلحت جامعه است حسن و نیک است و آنچه به ضرر جامعه در آن است، بد است. به هر حال مستقلات عقلیه عبارت است از شناخت های بشری که بر خواسته از عقل است بدون واسطه از شرع، اما غیرمستقلات عقلیه عبارت است از احکامی که عقل با توجه به حکم شارع بیان می کند.

۱ - حسین قانی، سعید شریعتی، پیشین، ج ۲، ص ۱۴۴

۲ - عباس زراعت، پیشین، ج ۲، ص ۲۱۹

۱-۲- مفهوم بنای عقلا، تفاوت آن با دلیل عقل و مفاهیم مرتبط

دومین عناوین در این تحقیق اصطلاح بنای عقلا است ضرورت ایجاد می‌کند قبل از بررسی مباحث جزایی از نگاه سیره عقلا، مفهوم بنای عقلا و تفاوت آن با دلیل عقل موردتوجه قرار گیرد. از سویی دیگر یک سری واژه‌های دیگری در اصطلاح فقهی، حقوقی بکار برده شده است که معنای نزدیک و مشابهی با بنای عقلا دارد لذا جا دارد آن اصطلاحات مفهوم شناسی شده و وجه افتراق آنان بررسی شود در این فصل در ضمن سه مبحث به تبیین مفهوم بنای عقلا، تفاوت آن با مفهوم دلیل عقل و مفاهیم مرتبط با بنای عقلا پرداخته می‌شود.

۱-۲-۱- مفهوم بنای عقلا و تفاوت آن با دلیل عقل

بنای عقلا یکی از ادله مهم در باب فقه «جزایی» تلقی شده است لذا قبل از استدلال به بنای عقلا مفهوم و تفاوت آن با دلیل عقل در دو گفتار پی گیری می‌شود.

۱-۱-۲-۱- مفهوم بنای عقلا در اصطلاح «مراد از سیره عقلا در فقه و اصول»

واژه «بنا» به فتح باء از «بنی» در لغت دارای معانی متعددی است از جمله به معنای تأسیس کردن، برپا داشتن، بنیاد نهادن، عمل کردن^۱. عقلا جمع عقل هست و بنای عقلا یعنی عمل عقلا که همین معنای با معنای اصطلاحی نیز سازگاری دارد چنانچه بیان خواهد شد.

بنای عقلا در اصطلاح عبارت است از پایبند بودن استمرار عادت عقلا از آن‌رو که عاقل اند بر انجام یا ترک یک‌چیزی البته با توجه به شیوه عملی و یا ارتکازات درونی همه عقلای عالم. مرحوم مظفر در تعریف سیره عقلا می‌فرماید «منظور از سیره، رویه مستمره و بنای عملی مردم نسبت به انجام یا ترک کاری است»^۲. در توضیح کامل‌تری چنین تبیین می‌کند: منظور از مردم، یا تمام عقلا و عرف است از هر دین و فرقه‌ای که

۱ - عبدالنبی قیم، فرهنگ معاصر عربی-فارسی، ج ۱ ص ۴۰۰

۲ - عباس زراعت، کامل‌ترین ترجمه و تبیین اصول الفقه العلامه محمدرضا مظفر، ج ۳ ص ۳۲۴

باشند که در این صورت شامل مسلمانان و غیرمسلمانان می‌شود، و سیره در چنین حالتی سیره عقلانیه نامیده می‌شود و تعبیر رایج از نظر اصولیین متأخر این است که آن را بنای عقلا می‌نامند. یا منظور تمام مسلمانان هستند از آن جهت که مسلمان هستند یا فقط اهل یک فرقه‌ای خاصی از مسلمانان که سیره متشرعه نامیده می‌شود.

به عبارت دیگر بنای عقلا یعنی هنگامی که همه عقلا به یک واقعه‌ای برخورد می‌کنند از خودشان رفتار معینی نشان می‌دهند بدون این که اختلاف زمان، مکان، فرهنگ، دین و مذهب آنان تأثیر داشته باشد. مثل عمل به ظاهر کلمات در محاورات و گفتگو ولو احتمال خلاف هم بدهد، که دلالت بر انجام کار می‌کند. یا ترک کار مانند زنا مخصوصاً با محارم، که با ارتکاب چنین عملی عقلا واکنش نشان داده و مرتکب را سزاوار کیفر می‌دانند.^۱ صاحب جواهر در کتاب حدود ابتدای باب زنا می‌فرماید «همه ادیان در حرام بودن زنا اجماع دارند و زنا یکی از اصول ۵ گانه ای است که رعایت آن‌ها در هر شریعتی لازم است».^۲ یا مثل بنای عقلا بر عدم جواز کیفر مکلفی که تکلیف به او نرسیده است که لازمه آن، مذمت کردن عقاب مکلف به دلیل مخالفت با دلیل مشکوک هست.^۳ مرحوم نائینی سیره عقلا را چنین تعریف می‌کند «استمرار عملی که در قریحه و سرشت عقلا بما هم عقلا وجود دارد و عقلا با صرف نظر از آیین و مذهبشان، در همه زمان‌ها و مکان‌ها طبق آن عمل می‌کنند».^۴

سؤالی که پیش می‌آید این است که آیا بنا و سیره عقلا در فعل و عمل عقلا محصور است یا علاوه بر فعل، مرتکبات عقلایی را نیز شامل می‌شود؟ شهید صدر بحث گسترده‌تری راجع به بنای عقلا دارد معنای سیره را به گونه‌ای توسعه داده است که شامل ارتکازات عرفی و موارد عقلانیه‌ای که به شکل فعل و سلوک خارجی بروز نمی‌کند را نیز در برمی‌گیرد. به این خاطر می‌فرماید «مراد از سیره عقلا چیزی است که اعم از

۱ - حسین قانی، سعید شریعتی، پیشین، ج ۲، ص ۱۸۷

۲ - محمدحسن نجفی، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام ج ۴۱ ص ۲۵۸ «المجمع علی تحریمه فی کل مله حفظاً للنسب، و لذا کان

من الأصول الخمسة التي يجب تقریرها فی کل شریعة»

۳ - جمعی از محققان، فرهنگ‌نامه اصول فقه، ص ۳۳

۴ - محمدحسین نائینی، فواید الاصول ج ۳ ص ۱۹۳

سلوک خارجی است که شامل مرتکبات عقلانیة نیز می‌شود و لو طبق آن، سلوک خارجی صادر نشود بالفعل؛ چون موضوعش محقق نشده است^۱.

طبق بیان شهید صدر سیره عقلا دو گونه تحقق می‌یابد؛ گونه اول رفتار عقلایی ظهور یافته در خارج. گونه دوم ارتکاز ذهنی عقلایی بدون قالب بیرونی، به این بیان که تا موضوعش در خارج محقق نشود ظهور نمی‌یابد، وقتی موضوعش بیاید سیره دیگری از سیره‌های عقلا شکوفا می‌شود. تفاوت این بیان نسبت به تعریف نخست که بنای عقلا محصور در فعل عقلایی باشد چنانچه از ظاهر کلام بزرگان علم اصول من جمله مرحوم مظفر برمی‌آید این است که بر اساس دیدگاه شهید صدر دامنه سیره گسترش می‌یابد و مسائلی را شامل می‌شود که هیچ دلیلی بر طرح آن‌ها در بحث سیره عقلایی جز زمانی که این تفسیر را برای سیره ذکر کنیم وجود ندارد.

مضافاً این تعریف که شهید صدر از سیره عقلایی نموده است، عرف با سیره عقلایی تفاوتی ندارد. چنانچه مرحوم نایینی ابراز می‌کند که «گاهی از سیره عقلا به بنای عرف» در کلام علماء «تعبیر می‌شود که مراد از بنای عرف، عرف عام است مثلاً می‌گویند بنای عرف در معامله کذایی بر این است، لذا با این تعبیر عرف یک اصطلاح خاصی در مقابل طریقه عقلا نیست^۲». این نظر را برخی علما دیگر نیز ابراز کرده است مانند محمدجواد مغنیه، که عقیده دارد، سیره عقلا همان عرف عام است، عرف عام پیروان از هر دین و هر مذهبی، که دانشمندان از آن به بنای عقلا تعبیر می‌کنند. شارع مقدس رئیس و پیشوای اهل عقل و عرف است^۳. البته برای عرف تعاریفی ذکر شده که به تعریف سیره بسیار نزدیک است؛ به عنوان نمونه در تعریف عرف آمده «آنچه مردم به آن عادت کرده و بر اساس آن رفتار می‌کنند؛ خواه کاری باشد که میان آن‌ها رایج است و خواه لفظی باشد که استعمال آن در معنایی معروف شده است، به گونه‌ای که با شنیدن آن لفظ، چیز دیگری غیر از این معنا به ذهن آن‌ها خطور نمی‌کند^۴» که در جای خود بیان خواهد شد.

۱ - سید محمدباقر صدر، بحوث فی علم الأصول، ج ۴، ص ۲۳۴

۲ - محمدحسین نائینی، فواید الاصول ج ۳ ص ۱۹۲

۳ - محمدجواد مغنیه، علم الاصول الفقه فی ثوبه الجدید) قم: دارالکتاب الاسلامی، ص ۲۲۲

۴ - جمعی از نویسندگان، مجله: فقه اهل بیت (ع) ۴۵ ص ۲۵۲

از مطالب گذشته به دست می‌آید که مراد از اصطلاح بنای عقلا این است که عقلای عالم به‌طور مستمر عمل و یا روشی را یکسان انجام بدهند باینکه مذهب و یا فرهنگ یکسانی ندارند، یا در زمان‌ها و مکان‌های مختلفی زندگی می‌کنند، فرقی نمی‌کند که انجام این عمل با توافق یا بدون توافق قبلی باشد. مثل رجوع جاهل به عالم یا رجوع به خبره و کارشناس. لذا بنای عقلا یعنی روش عموم مردم در گفتگو و معاملات و روابط اجتماعی آنان؛ که علمای فقه و اصول در مباحث متعدد به بنای عقلا استدلال کرده‌اند؛ به‌عنوان نمونه مباحثی مانند رجوع به اهل لغت برای شناخت معنای کلمه‌ای یا در باب قضاوت اگر قاضی نیازی به همکاری و معاونت به کارشناس داشته باشد مثلاً برای بررسی اینکه آیا سقوط هواپیما اتفاقی بوده یا مشکل فنی داشته یا خرابکاری در کار بوده که باید به کارشناس آن فن مراجعه کرد یا رجوع به مترجم درجایی که به او نیاز شود که اعتماد به قول کارشناس یا مترجمی مورد وثوق و آگاه به لغت و زبان را از باب رجوع به خبره و کارشناس تلقی کرده‌اند، دلیل این رجوع و اعتماد را بنای عقلا می‌دانند.^۱ و موارد گوناگون دیگر. البته همان‌طوری که بیان شد علمایی نیز هستند «مثل شهید صدر» که عقیده دارند بنای عقلا محصور به عمل نیست و احکام عقلایی که در ادراک و فطرت عقلا و خردمندان «مرتکرات عقلایی» وجود دارد را نیز شامل می‌شود.

۱-۲-۱- تفاوت بنای عقلا با دلیل عقل

با توجه به تعریفی که در فصل گذشته از دلیل عقل و در این فصل از بنای عقلا بیان شد هرچند در مواردی از جمله مباحث جزایی در بسیاری از مسائل کیفری میان بنای عقلا و دلیل عقل سازگاری وجود دارد چنانچه خواهد آمد، اما واقعیت این است که بین بنای عقلا و دلیل عقل در همه جا سازگاری وجود نداشته و تفاوت اساسی بین این دو اصطلاح وجود دارد که به چهار وجه افتراق اشاره می‌شود.

فرق اول: بنای عقلا چنانچه تعریف آن گذشت بر رفتار و مشی خردمندان در عرصه‌های مختلف زندگی نظر دارد. به عبارت دیگر بنای عقلا از مقوله رفتار بوده و نامی برای عملکرد عقلا است مثل عمل به ظواهر یا عمل به خبر واحد ثقه.^۲ اما دلیل عقل یک استنتاج و تحلیل عقلی و از سنخ علم و دانش و آگاهی

^۱ - سیدعبدالکریم موسوی اردبیلی، فقه القضاء، ج ۱، ص ۳۶۳

^۲ - ابوالقاسم علی دوست، پیشین ص ۲۱۸

بوده و ناظر به درک عقل است. مثلاً علم به اینکه ظلم قبیح است یا عدل نیکوست. به عبارت دیگر این دو از نظر خواستگاه باهم متفاوت هستند خواستگاه دلیل عقل یک امر ذهنی و از مقوله آگاهی و علم است اما خواستگاه بنای عقلا روش و سلوک عقلا است.

لکن اگر بپذیریم بنای عقلا شامل ارتکازات عقلایی هم می‌شود که هنوز به مرحله عمل نرسیده و تنها مرکوز در اذهان و آرای عقلا است «نظر شهید صدر»، در این صورت بنای عقلا فقط یک عملکرد نخواهد بود و این تفاوت قابل مناقشه است.

فرق دوم: در شکل‌گیری بنای عقلا همان‌گونه که از مقوله رفتار است که در سرشت انسان وجود دارد، رفتار و عمل باید تکرار شود؛ قوام بنای عقلا به تکرار عمل است؛ دلیل این شرط این است که معمولاً بنای عقلا عناصر عمل، تکرار عمل، رسیدن این تکرار به حد غلبه، مفید و مستحسن بودن را در بردارد. ولی دلیل عقل دربردارنده عناصر تکرار نیست؛ مانند قبول دلالت ید بر ملکیت که مبتنی بر عمل ارادی مکرر می‌باشد. چنانچه در تعریف قاعده ید فقها گفته‌اند ذی الید یعنی استیلا و سیطره خارجی و اگر تکرار و سیطره نباشد بلکه صرف تمکن برای تحصیل سیطره باشد، ذی الید صدق نمی‌کند و دلیل اعتبار این قاعده را در کنار ادله دیگر بنای عقلا می‌دانند.^۱

فرق سوم: سیره عقلا مبتنی بر سرشت و طبیعت انسانی است اما دلیل عقل «نظری» مبتنی بر پایه یک رشته مقدمات ذهنی نظری است. به این خاطر است که گاه بین سیره عقلا و دلیل نظری عقلی ناسازگاری به وجود می‌آید؛ گاه شخصی در ترکیب و مقدمات نادرست و نتیجه‌گیری بر پایه یک دلیل نظری عقلی دچار اشتباه می‌شود و براین اساس به گرایشی عقیده پیدا می‌کند که با بنای عقلا که مبتنی بر طبیعت انسانی است، در تعارض و ناسازگاری است.^۲

به عنوان نمونه در حقوق جزا گرایش عقلا و بنای عقلا به سوی پذیرش دولت و حاکمیت و قانون بوده و اصل قانونی بودن جرائم و مجازات مورد احترام عقلا است. ولی آنارشیست‌ها عقیده بر رد وجود هرگونه

^۱ - سید محمدحسن بجنوردی، قواعد فقهیه ج ۱ ص ۱۳۲

^۲ - سعید قماش، پیشین، ص ۲۴۶

دولت و حکومت دارند حتی اگر ناشی از آراء عمومی باشند و معتقدند شر و بدی در خود ذهنیت حکومت و اصل سلطه و حاکمیت نهفته است. می‌گویند برای تأسیس رژیم آزادی نامحدود، حذف دولت ضروری است. لذا با ترکیب مقدماتی چنین نتیجه می‌گیرد که آنارشی «هرج و مرج» سازمان‌یافته همراه آزادی و اخلاق و برابری مرادف است بانظم، که این نظم خیلی بهتر است از نظم تحمیلی که نظم تحمیلی گاهی سر از شورش و طغیان درمی‌آورد و در نتیجه بی‌نظمی رخ می‌دهد اما نظم آزادانه مورد احترام است و در مقابل آن هیچ‌گونه دلیل و دستاویزی برای سرکشی وجود ندارد.^۱ همان‌طوری که ملاحظه می‌شود این اندیشه مبتنی بر دلایل عقلی است. این نظریه از نظر سیاست جنایی رد شده چون این جنبش می‌تواند به شکل‌های از تروریسم سوق دهد.

فرق چهارم «دیدگاه دانشمندان شیعه»: بنای عقلا در صورتی اعتبار دارد که به امضای معصوم رسیده باشد یا عدم ردع از ناحیه معصوم را اثبات کنیم «بنابر دو قولی که وجود دارد»؛ زیرا عمل عقلا از آن جهت که صرف عمل است دارای اعتبار نیست، بنابراین مشهور علمای اصول بنای عقلا را از باب تقریر عام شارع و یا از باب عدم ردع از ناحیه شارع حجت می‌دانند، لذا امضاء شارع یا عدم ردع شارع حاکی از حجیت است. چنانچه علماء فرموده‌اند «سیره یا بنای عقلا، استمرار عادت همه مردم اعم از مسلمان و غیرمسلمان برانجام یا ترک عملی است و در صورتی دلیل بر حکم شرعی است که امضای معصوم علیه‌السلام نسبت به آن ثابت شود و برای به دست آوردن امضای معصوم، مجرد عدم ردع و عدم نهی شارع نسبت به آن سیره کافی است»^۲.

دلیل وجود این شرط در بنای عقلا را چنین بیان کرده‌اند؛ در بنای عقلا انسان مطابقتش را با واقع به علم حضوری درک نمی‌کند لذا به یک حجت باید برگردد؛ حجتی که بنای عقلا را معتبر کند و آن حجت معصوم است. به همین دلیل یکی از ادله تشریع قصاص یا حدود را علاوه بر کتاب و سنت می‌توان بنای عقلا دانست با این تحلیل که این کیفر قبل از زمان معصوم بوده است، معصوم ضمن ضابطه‌مند کردن این مجازات‌ها آن را امضا کرده است.

^۱ - سیدمحمدحسین حسینی، سیاست جنایی در اسلام و در جمهوری اسلامی ایران، ص ۳۷

^۲ - ناصرمکارم شیرازی، دائرةالمعارف فقه مقارن ص: ۱۷۳ و غفور خوئینی، پیشین ص ۹۸

اما در دلیل عقل چون نفس مدرک، علم حضوری دارد به مطابق بودن آن دلیل عقل با واقع نیازی به امضای معصوم ندارد؛ بنابراین ادراک عقل از آن جهت که ادراک است قابل استناد بوده و امضای شارع لازم نیست بلکه تصور نهاد و گزاره در آن کافی است^۱. البته تفاوت‌های دیگری نیز بیان شده که مراجعه شود از قبیل این که بنای عقلا یک دلیل لُبی است و....^۲.

نتیجه سخن در این مبحث این که با توجه به تعریف بنای عقلا و دو نظری که وجود دارد، درست است که گاه بنای عقلا و دلیل عقل یکسان است به گونه‌ای که برخی از اندیشمندان فقه و حقوق عقیده دارند که اساس بنائات عقلایی در نهایت به عقل برمی‌گردد^۳. اما واقعیت این است که بنای عقلا و دلیل عقل باهم تفاوت دارند چنانچه بیان شد.

۱-۲-۲- مفاهیم مرتبط و تفاوت آنان با بنای عقلا

مفاهیم اجماع، سیره متشرعه و عرف اصطلاحاتی هستند که در مباحث فقهی، حقوقی مورد استفاده قرار گرفته است با توجه به اینکه این مفاهیم تفاوت اساسی با واژه بنای عقلا دارند در این مبحث با عنوان مفاهیم مرتبط با بنای عقلا واژه‌شناسی شده و وجه افتراق هر کدام با بنای عقلا بررسی خواهد شد.

۱-۲-۲-۱- اجماع در لغت و اصطلاح

اجماع در لغت به دو معنا آمده است؛ یکی به معنای عزم، تصمیم، دوم به معنای اتفاق وقتی گفته می‌شود اجمعوا القوم یعنی اتفاق کردن بر فلان امری^۴.

اجماع در اصطلاح با توجه به مبانی و مسلک متعددی که در باب اجماع وجود دارد یک تعریف جامعی که همه مبانی را در برگیرد ممکن نیست، ولی به‌طور اجمال و کلی می‌توان چنین تعریف کرد که

۱ - حسین صابری، عقل و استنباط فقهی، ص ۴۹

۲ - حسین قانی، سعید شریعتی، پیشین، ج ۲، ص ۱۸۷

۳ - سیدمحمد اصغری، پیشین ص ۱۷۲

۴ - المعلم بطرس البستانی، محیط المحيط، ج ۱ ص ۲۸۵

اجماع یک نوع خاصی از اتفاق است که می‌تواند دلیل بر حکم شرعی باشد. حال اتفاق چه کسانی چنین شأنی دارد که به‌عنوان دلیل بر حکم شرعی باشد اقوال متعددی وجود دارد.

یک نظر این است که مراد اتفاق همه مسلمانان و امت اسلامی است. نظر دوم این است که اجماع یعنی اتفاق مجتهدان در هر عصری، چنانکه این نظر مشهور علمای اهل سنت می‌باشد، غزالی از اصولیان اهل سنت نیز عقیده دارد که به اتفاق امت محمد «ص» بر امری از امور شرعی را اجماع می‌گویند. بعد توضیح می‌دهد که مراد از امت پیامبر «ص» تنها علما و مجتهدین امت می‌باشد نه توده مردم. نظر سوم این است که اجماع یعنی اتفاق اهالی شهر مدینه. نظر چهارم اتفاق اهالی مکه و مدینه را اجماع می‌دانند. نظر پنجم بر اتفاق خلفای راشدین، اجماع را اطلاق می‌کنند.^۱

نظر علمای امامیه این است که اجماع یعنی اتفاق عده‌ای و لو اینکه آن عده اندک بوده به‌طوری‌که یکی از آن‌ها معصوم باشد و کاشف از قول معصوم و سنت باشد. اگر اتفاق صدنفر از فقهای ما خالی از قول معصوم باشد حجت نیست و اگر بین دو نفر از آنان قول معصوم وجود داشته باشد قول آن دو نفر حجت است.^۲

به عبارت دیگر اتفاق تعدادی از علما که کاشف از دلیل شرعی باشد، به گونه‌ای که اگر آن دلیل معتبر به دست ما می‌رسید ما را با مجمعان موافق می‌ساخت و آن دلیل شرعی فقط می‌تواند سنت باشد و آن دلیل قرآن نیست چون قرآن کریم در اختیار ماست. آن دلیل اجماع نیست؛ چون اگر اجماع دیگری باشد نقل کلام می‌کنیم به آن اجماع تا بالاخره به دلیل غیر از اجماع برسیم. آن دلیل عقل هم نیست؛ زیرا حکم عقل چیزی نیست که فرض کنیم بر ما مخفی مانده و مجمعين به آن رسیده است و نیز آن دلیل، قیاس و استحسان و عمل اصحاب هم نمی‌تواند باشد؛ چون می‌دانیم اجماع کنندگان بر چنین ادله غیر معتبری استناد نمی‌کنند؛ لذا آن دلیل چیزی جز سنت نیست؛ یعنی اجماع کنندگان به حدیثی که تام السند و دلالت است تمسک کرده‌اند که به دست ما نرسیده است. به این خاطر است که اجماع نزد امامیه جزئی از سنت

۱ - ر-ک رضا اسلامی، مدخل علم فقه، پیشین، ص ۱۴۷

۲ - عباس زراعت، پیشین، ج ۳، ص ۱۸۷، و ۲۰۵

است و به اصطلاح منطقیین قسم از سنت است نه قسیم آن و کاشف و حاکی از قول معصوم. تفاوت بین اجماع و سنت این است که اجماع دلیل لبی و غیرلفظی است که رأی و نظر معصوم را بیان می‌کند.

اما اهل سنت مفهوم اجماع را قسیم سنت می‌داند و در نزد آنان اجماع حجیت ذاتی و استقلالی دارد در عرض سنت که اجماع را به معنای اتفاق همه مسلمانان یا مجتهدان آنان می‌دانند و همین اتفاق نظر می‌تواند ملاک عمل قرار بگیرد^۱.

۱-۲-۱-۲-۱ اقسام اجماع «قولی، عملی» و تفاوت آن با بنای عقلا

در یک تقسیم اجماع بر دو قسم است؛ اجماع قولی و اجماع عملی. به نظر می‌آید که اجماع عملی شباهت بیشتری با بنای عقلا دارد نسبت به اجماع قولی زیرا عنصر عمل در هر دو بکار برده شده است لذا بیان مفهوم دو قسم اجماع مفید خواهد بود.

الف: مفهوم اجماع قولي

اجماع قولی به معنای اتفاق علمای فقه و اصول است بر فتوا دادن بر حکم فقهی و یا مسئله اصولی، راه به دست آوردن این اجماع به وسیله جستجو در کتب و رساله‌های آنان است. به عنوان نمونه در علم اصول باب حجیت خبر واحد به اجماع قولی تمسک شده است.^۲ مرحوم نائینی در توضیح اجماع قولی می‌فرماید «اجماع قولی عبارت است از اتفاق ارباب فتوا بر فتوای به حکم فرعی یا اصولی و راه احراز این اجماع تتبع آراء و اقوال آنان است در کتب و رساله‌های آن‌ها»^۳. مثلاً در فقه جزا فقها تصریح کرده‌اند که اجماع منقول و محصل وجود دارد، اگر ارتکاب زنا با زور «عنف و اکراه» واقع شود، مجازات مرتکب قتل است.^۴

۱- حسین قانی، سعید شریعتی، پیشین، ج ۲، ص ۱۲۱

٢ - محمد حسين نائيني، اجود التقريرات ج ٢ ص ١١٤

٣ - محمد حسين نائيني، فوائد الاصول ج ٣ ص ١٩١

٢- محمد حسن نجفی، پیشین، ج ٤١ ص ٣١٥» و کذا يقتل من زنی بامرأه مکرها لها بلا خلاف أجده فيه، بل الإجماع بقسمیه علیه»

ب: مفهوم اجماع عملی

اجماع عملی یعنی عمل مجتهد در یک امر شرعی بدون فتوا دادن به آن، و اتفاق عملی مجتهدان در یک مسئله اصولی به گونه‌ای که در مقام استنباط به آن مسئله اصولی تمسک کنند؛ مثل اجماع عملی بر استفاده از اصل استصحاب در بخش‌های مختلف ابواب فقه که گاهی از آن به سیره عُلما تعبیر می‌شود. اجماع عملی تنها در قواعد فقهی و مسائل اصولی استفاده می‌شود که در طریق استنباط احکام شرعی قرار می‌گیرد نه در فروع فقهی^۱.

مثلاً در توضیح ادعای اتفاق عملی علماء بر عمل به خبر واحد شارح کفایه می‌فرماید: «مراد مرحوم آخوند همان اجماع عملی است که از آن به سیره متشرعه تعبیر شده است»^۲. در ادامه تصریح می‌کند که اجماع قولی و عملی در صورتی معتبر است که از آن قول یا فعل یا تقریر معصوم کشف شود. یا به عنوان مثال تمسک فقها و حقوقدانان به اجماع عملی در باب جزا به قاعده درأ. به طوری که تمام فقهای امامیه حتی فقهای اسلام به این قاعده استناد کرده‌اند و بر اساس آن در مسائل کیفری هرگاه شبهه‌ای پیش آمده است فتوا داده‌اند که حد جاری نمی‌شود و یا قصاص و تعزیر ساقط می‌شود^۳.

ظاهر کلام برخی از علما این است که اجماع عملی همان سیره متشرعه است، مرحوم مظفر می‌فرماید: «سیره مسلمانان متشرع نسبت به انجام دادن یا ترک کاری، در حقیقت شعبه‌ای از اجماع بلکه بالاترین نوع اجماع است، زیرا این سیره یک اجماع عملی از جانب علما و غیر علماست درحالی که اجماع در فتوا و نظریه، اجماع قولی بوده و فقط از جانب علما بر اموری از امور دینی است»^۴. همین طور از فقهای معاصر چنین نقل شده: «سیره مسلمین: روش کسانی که پایبند به دین هستند، نسبت به فعل یا ترک، نوعی اجماع عملی مسلمین شمرده شده است. این سیره اگر متصل به زمان معصوم باشد، حجت است. چراکه کاشف از

^۱ - همان

^۲ - سید محمد جعفر مروج، منتهی الدرایه شرح کفایه ج ۱ ص ۵۱۱

^۳ - احمد حاجی ده آبادی، قواعد فقه جزایی، ص ۵۳

^۴ - عباس زراعت، پیشین، ج ۳ ص ۳۲۸

این است که از قول یا فعل صادرشده از جانب معصوم علیه السلام نشأت گرفته است^۱. اما از ظاهر بعضی دیگر از علما به دست می‌آید که بین سیره و اجماع عملی تفاوت قائل است^۲.

به نظر می‌آید اجماع عملی یعنی اجماع و اتفاق تمام مجتهدان در مقام عمل، به عنوان نمونه تمام فقها به قاعده‌ای مثل «استصحاب» عمل کنند، حتی اگر بعضی از آنان حجیت چنین قاعده‌ای را در کتب و نظرات خود اعلام هم نکرده باشند، گفته می‌شود در مورد این قاعده «اجماع عملی» وجود دارد. از طرفی اگر عقیده کسانی را بپذیریم که اجماع عملی و سیره متشرعه را یکی می‌دانند بین اجماع عملی و سیره عقلا تفاوت زیادی است همانگونه که در گفتار بعدی تفاوت بین سیره عقلا و سیره متشرعه بیان خواهد شد. در غیر این صورت بین اجماع و بنای عقلا نیز تفاوت اساسی وجود دارد؛ زیرا بنابر نظر فقها اجماع قسمی از سنت و کاشف از آن می‌باشد و حال آن که این عنصر در اصطلاح بنای عقلا وجود ندارد.

۱-۲-۲- مفهوم سیره متشرعه و تفاوت آن با سیره عقلا

از مفاهیم مرتبط با سیره عقلا سیره متشرعه است. از نظر مفهومی سیره متشرعه چیست؟ چه تفاوتی بین مفهوم سیره متشرعه و بنای عقلا است؟ در این گفتار جواب این دو پرسش بررسی می‌شود.

الف: مفهوم سیره متشرعه

سیره از ماده سیر بر وزن فعله، اسم مصدر است که بر نوع دلالت می‌کند مثل لفظ جلسه «نشستن» و جلسه «سبک و نوع نشستن». لذا سیره در لغت یعنی رفتار، سیره یعنی نوع رفتار، روش، طریقه، هیئت، حالت باطنی، و سبک رفتار^۳.

در اصطلاح منظور از سیره متشرعه سیره «مسلمانان» است نه سیره پیامبر «ص»؛ زیرا سیره انواع متعددی دارد مثل سیره صحابه ائمه «ع» سیره صحابه، سیره عقلا، سیره عملی اهل مدینه، سیره غیر معاصر

^۱ - ناصر مکارم شیرازی، دائرةالمعارف فقه مقارن، ص ۱۷۳

^۲ - محمدحسین نائینی، فوائداصول، ج ۳، صفحه ۱۹۲ «فالإجماع العملى لا یکاد یتحقق فى المسائل الفرعیة، بل یختص بالمسائل الاصولیة»

^۳ - الویس معلوف، پیشین، ج ۱ ص ۵۱۱

معصوم و سیره متشرعه. لذا می‌گوییم: اگر این سیره و بناء، مال عموم مردم و همه عقلا باشد از هر دین و هر مسلکی از آن تعبیر به بنای عقلا می‌کنند، اما اگر این سیره مال همه مسلمانان بماهم مسلمون باشد و از اسلام نشئت گرفته باشد یا از پیروان مذهب خاصی باشد به آن سیره اسلامی یا سیره متشرعه می‌گویند.^۱ پس سیره متشرعه یعنی استمرار شیوه عملی میان پیروان دین و مذهب یا گروه خاصی بر انجام عملی یا ترک آن عمل. مثل اثبات جرائمی مانند زنا با چهار شاهد، یا اتفاق بر عمل و حجیت خبر ثقه یا جواز مسح پا با بخشی از کف دست در وضو.^۲ در تبیین سیره متشرعه چنین آمده است «روش عموم انسان‌های متدین - نه عوام بی‌باک - نسبت به مسائل شرعی؛ مانند سیره متشرعه بر اقامه نماز ظهر در روز جمعه^۳».

در تعریف دیگری از اصطلاح سیره متشرعه چنین گفته شده است «سلوک و رفتار عمومی متدینین در عصر معصومین (ع)»^۴ به این معنا که از عصر معصوم تا الآن «مثل اتفاق متدینین بر اقامه نماز ظهر بجای نماز جمعه در روز جمعه یا عدم پرداخت خمس از مالی که به ارث رسیده است»^۵.

در توضیح مفهوم سیره متشرعه این نکته مفید است که اگر به سلوک تک‌تک متدینین مستقلاً ملاحظه شود رفتار خاص هر کدام قرینه ناقصه می‌شود برای صدور بیان شرعی و احتمال خطا و غفلت و تسامح و عدم حکم شرعی هم داده می‌شود، اما باملاحظه نفر دوم با همان رفتار «مثلاً خواندن نماز ظهر به جای جمعه در روز جمعه» اثبات حکم شرعی قوی‌تر می‌شود ولی وقتی عده زیادی از متدینین همان سلوک را دارند به دست می‌آید که اولاً همه این رفتارها نمی‌تواند از روی خطا یا غفلت یا تسامح ناشی شده باشد و ثانیاً این سلوک عام مستند به یک بیان شرعی است؛ این سیره در اغلب موارد منجر می‌شود به جزم انسان به وجود داشتن بیان شرعی در صورت داشتن شرایطی که علماء بیان کرده‌اند.^۵

^۱ - عباس زراعت، پیشین، ج ۳ ص ۳۲۴

^۲ - جمعی از محققان، همان، ص ۴۹۴

^۳ - جمعی از نویسندگان، مجله: فقه اهل بیت (ع) ۴۵ ص ۲۵۲

^۴ - سیدمحمدباقر صدر، دروس فی علم الاصول، ج ۱ ص ۹۶

^۵ - همان، ص ۹۶

مرحوم مظفر تصریح کرده است سیره بر دو قسم است. در برخی از موارد رویه عملی مسلمانان به گونه‌ای است که اتصال آن را به زمان معصوم احراز می‌کنیم و یقین می‌کنیم که در زمان معصوم این رویه جاری بوده است و خود معصوم یکی از عمل‌کنندگان بوده یا آن سیره را تقریر کرده است لذا سیره‌هایی است که اولاً به‌طور جزم به زمان معصوم علیه‌السلام می‌رسد و ثانیاً خود معصوم علیه‌السلام هم به آن عمل نموده است. یا سیره‌هایی است که خود معصوم علیه‌السلام به آن عمل نکرده ولی آن سیره را امضا نموده است.

ولی برخی از رویه‌هایی وجود دارد که به‌طور قطع بعد از عصر معصومان «ع» پیداشده مثلاً برخی از افراد بانفوذ از روی هوا و هوس یا انگیزه‌های دیگر، کاری را انجام داده‌اند و در دوره‌های بعدی افراد و شخصیت از آنان در عمل تقلید کرده و به تدریج بین مردم شیوع پیدا کرده و در نتیجه سیره مسلمین تلقی شده است. سیره اگر از قسم اول باشد معتبر است. اما اگر از قسم دوم باشد چون ناشی از مسامحه و کمی مبالغت در دین است معتبر نیست^۱.

نتیجه این که سیره متشرعه یعنی روش عملی و بنای دینی مسلمانان و یا پیروان مذهب خاص مثل شیعیان بر انجام یا ترک عملی در امور که این سیره از مسلمان بودن آن‌ها نشأت گرفته باشد، به عبارت دیگر «سیره متشرعه» یعنی روش اهل شرع بر انجام دادن یا ترک کاری.

ب: تفاوت سیره عقلایی و سیره متشرعه

با توجه به مفهوم سیره عقلایی و سیره متشرعه حداقل سه تفاوت بین آن دو وجود دارد.

۱- سیره متشرعه نتیجه، کاشف و آشکارکننده بیان شرعی است؛ پس اولاً لازم است اثبات شود بنای عملی متشرعین بر یک امری، ثانیاً لازم است اثبات شود جریان داشتن این سیره عملی در زمان معصوم علیه‌السلام. همین مقدار که سیره متصل به زمان معصوم «علیه‌السلام» باشد این کفایت می‌کنند. مثلاً سیره مسلمین بر این است که هرکسی که مسلمان می‌شود از او نمی‌خواهند که عقد زنش را تجدید کند. در تمام تاریخ پیامبر و امامان «ع» نمی‌توان یافت که آنان عقد کسانی را که مسلمان می‌شدند دوباره بخواند، مضافاً

^۱ - عباس زراعت، پیشین، ج ۳ ص ۳۲۸

اگر این‌ها عقد قبل از پذیرش اسلام از ناحیه آنان فاسد بوده، مقاربت شان زنا محسوب شده فرزندان آنان نامشروع می‌شوند. درحالی‌که حکم چنین نیست و صحابه پیامبر صلی‌الله علیه و اله را نمی‌توان گفت که حلال‌زاده نبودند.^۱

اما سیره عقلا تنها در صورت سکوت معصوم «به شرطی که کاشف از رضایت او باشد» چنین ویژگی دارد. کافی است اثبات شود طبع عقلا چنین سیره‌ای را ردع نمی‌کند و طبیعت عقلایی اقتضای جری عملی «اقدام» طبق آن را داشته باشد اگرچه دانسته شود در میان اصحاب ائمه چنین سیره‌ای جاری نبوده است. به عبارت دیگر بنای عقلا چیزی است که قبل از اسلام بوده و یا اگر قبل از اسلام نبوده در میان اقوام غیرمسلمان هم بوده است حتی اگر از معصوم هم متأخر باشد - به شرطی که از طبایع عقلا که انسان به آن میل دارد، نشأت گرفته باشد - کفایت می‌کند.

در مقایسه بین این دو مفهوم، با توجه به تفاوت اول «که سیره عقلایی نیاز به امضای شارع دارد و یا لااقل شارع ردعی نکرده باشد اما سیره متشرعه نیاز به امضا عدم الردع ندارد»^۲. سیره متشرعه از این جهت مزیت بیشتری دارد و قوی‌تر از سیره عقلاست.

۲- سیره متشرعه اگر شرایط آن کامل باشد «اثبات عملی متشرعین بر یک امری جریان داشتن این سیره عملی در زمان معصوم علیه‌السلام و معصوم عمل‌کننده به این سیره یا تقریرکننده آن سیره باشد» احتمال ردع این سیره معنا ندارد؛ زیرا این سیره نتیجه و معلول بیان شرعی بوده و از بیان شرعی متولدشده است.. چنانچه مرحوم نائینی می‌فرماید «سیره که عبارت است از عمل مسلمین بما هم مسلمین بدون اشکال این سیره کشف می‌کند رضایت صاحب‌شریعت را البته در صورتی که علم داشته باشیم که این سیره از زمان معصوم استمرار داشته است»^۳.

۱ - ناصر مکارم شیرازی، کتاب النکاح (مکارم)، ج ۴ ص ۱۳۳

۲ - جواد فاضل لنکرانی، سایت Official Website of Ayatollah Mohammad Javad Fazel Lankarani تاریخ ۹۹-۱۱-۱۹

۳ - محمدحسین نائینی، فوائدالاصول، ج ۳، ص ۱۹۲

اما در سیره عقلا احتمال ردع شارع از آن وجود دارد؛ به عبارت دیگر، سیره عقلا به طور مستقل حجت نیست بلکه نیاز به دلیل دیگری دارد که بر موافقت شارع دلالت کند. چنانچه شهید صدر چنین عقیده دارد که اگر چیزی با اقتضای طبع عقلایی مطابق باشد طوری که از آن ردع و منع نشود و عقلا به مقتضای طبع عقلایی خودشان آن را انجام می دهند و بر طبق آن مشی می کنند، چنین سیره ای معتبر است و لو در زمان معصوم این طبیعت عقلایی در خارج بالفعل محقق نشده باشد. بنابراین در چنین مواردی نفس ثبوت قضیه طبیعی عقلائیه به ضمیمه عدم وصول ردع از جانب شارع مقدس نسبت به آن در کشف رضایت او کافی بوده و به تحقق فعلی سیره در زمان شارع نیازی نیست^۱.

در خصوص بنای عقلا ظاهر کلام مرحوم نائینی این قول را می رساند که مراد از سیره، سیره های عقلائیه زمان معصوم یا سیره های مستحدثه ای است که سابقه داشته «مثل پذیرفته شدن اقرار اشخاص علیه خودشان چه در امور حقوقی یا در امور کیفری». لذا حجیت بنای عقلا تنها در صورتی است که اثبات شود امتداد تاریخی آن تا زمان معصوم «ع» و اثبات شود هم مسلک بودن با آن ها و معاصرت بنای عقلا با عصر معصوم به عنوان یکی از شروط حجیت بنا عقلا است^۲. پس اولاً سیره عقلائیه در زمان معصوم موجود باشد. ثانیاً ردعی به ما واصل نشده باشد، در چنین حالتی کشف می شود امضاء شارع. اما سیره های که سابقه ندارد و متصور هم نبوده است و حتی در عصر متقدم مصداق نداشته است «مانند تشخیص هویت آزمایش DNA برای اثبات نسب، یا انگشت نگاری برای احراز جرم، یا شخصیت حقوقی در شرکت های سهامی ..» این سیره ها مراد نیست؛ این بیان که نظر مشهور علمای اصول است. به استمرار سیره عقلا و امکان ردع آن از ناحیه شارع، اشاره دارد.

نظر مخالف مشهور نیز وجود دارد که سیره های مستحدثه «سیره های عقلائی که در زمان های بعدی و به طور کلی بعد از زمان معصوم یا در زمان ما به وجود آمده» را نیز دارای اعتبار می داند و عدم منع از

^۱ - سید محمد باقر صدر، بحوث فی علم الأصول، ج ۴، ص ۲۴۷

^۲ - محمد حسین نائینی، فوائد الاصول، ج ۳، ص ۱۹۲

معصوم را کافی دانسته که در راستای منبع استنباط حکم قرار می‌گیرد. چنانچه نظر شهید صدر، مرحوم محقق اصفهانی و حضرت امام دلالت دارد بر عدم لزوم معاصرت سیره عقلا با زمان معصوم^۱.

لکن می‌توان نقدی بر عقیده مخالف مشهور وارد کرد به این بیان که سکوت و عدم ردع در قبال اقتضای طبع عقلا و بنای عقلایی که اثری از آن در زمان شارع نبوده و مورد التفات و توجه شارع مقدس و معاصرین معصوم بالفعل نبوده است، و بعد از زمان معصوم به وجود آمده، نه نقض غرض از تشریع است و نه آنکه ظهور حال معصوم را در رضایت به آن در پی دارد. و راهی برای کشف اینکه شارع آن را امضا کرده است وجود ندارد؛ لذا نمی‌توان به‌طور مطلق سیره‌ها و اعتبارات جدید را با استدلال فوق پذیرفته تلقی کرد.

۳- درواقع بین این دو واژه فرق جوهری وجود دارد «حیثیت متشرعه و یا عقلایی بودن این دو»؛ زیرا در سیره متشرعه حیثیت متشرعه بودن و التزام به شریعت ملاک بوده و سلوک متشرعین مستند به نظر شارع است و شارع علت این نحوه از سلوک است. اما در سیره عقلا حیثیت عقلایی و سلوک اجتماعی مردم که بر خواسته از حیثیت عقلایی آن‌ها است ملاک بوده که طبع عقلایی آنان هدایتگر است به سوی این رفتار خاص. مثل اعتنا به ظهور کلام، عمل به اخبار اشخاص مورد اطمینان که این‌گونه موارد قطعاً معلول شرع نیست و قبل از شرع نیز وجود داشته.

با توجه تفاوت سوم کسانی که معاصرت معصوم را در سیره عقلا شرط می‌دانند «مشهور» چنانچه همین معاصرت در سیره متشرعه شرط است، نباید موجب خلط بین این دو سیره شود، حتی باوجود چنین شرطی بازهم بین این دو سیره تفاوت جوهری وجود دارد. به همین خاطر است که وجه اعتبار سیره متشرعه از سیره عقلا متفاوت است. سیره عقلا نیازمند عدم الردع است اما سیره متشرعه نیاز به عدم الردع نداشته و صرفاً ثبوت آن در زمان شارع کافی است^۲.

^۱ - گروهی از نویسندگان، منابع فقه و زمان و مکان: ج ۲، ص ۱۶، فقه و عقل ص ۲۱۸، پاورقی

^۲ - گروهی از نویسندگان، منابع فقه و زمان و مکان: ج ۲، ص ۵۱

به هر حال سیره متشرعه عبارت است از سیره‌ای که مال همه مسلمانان بماهم مسلمون باشد ولی بنا و سیره عقلا مال عموم مردم و همه عقلا است از هر دین و هر مسلکی باشند. و تفاوت آن دو در این است که: سیره متشرعه نتیجه بیان شرعی و کاشف و آشکارکننده بیان شرعی است ولی سیره عقلا اقتضای جری عملی «اقدام» طبق آن را دارد اگرچه دانسته شود در میان اصحاب ائمه چنین سیره‌ای جاری نبوده است. سیره متشرعه چون نتیجه و معلول بیان شرعی است، احتمال ردع آن معنا ندارد به خلاف سیره عقلا که احتمال ردع شارع از آن وجود دارد. در سیره متشرعه حیثیت متشرعه بودن آن ملاک است ولی در سیره عقلا حیثیت عقلایی آن ملاک است.

۱-۲-۳- مفهوم عرف و تفاوت آن با بنای عقلا

اهمیت شناخت مفهوم عرف از این حیثیت است که قسمت معظم از فقه را ماهیات عرفی تشکیل داده است به گونه‌ای که فقه با متن جامعه و عرفیات مردم پیوند محکمی دارد. لذا فقهی که عرفی‌تر و آشنای بیشتری از عرفیات داشته باشد استنباطات او به واقع نزدیک‌تر خواهد بود و درک صحیح مفاهیم و موضوعات و متون فقهی بستگی به شناخت هرچه بهتر عرف دارد. در مواردی که شارع مقدس معنای خاصی را از لفظی اراده نکرده است باید به عرف مراجعه کرد. در میان حقوقدانان نیز عرف به عنوان یکی از مهم‌ترین منابع حقوق بعد از قانون شناخته می‌شود.^۱ از طرفی عرف با بنای عقلا ارتباط تنگاتنگی دارد به این دلیل در این گفتار مفهوم عرف، و تفاوت آن با سیره عقلا بررسی و تبیین می‌شود.

الف: مفهوم عرف در لغت

عرف «بر وزن قفل» از معرفت و عرفان به معنای شناسایی و امر نیکو آمده است برعکس نُکر از نکره که به معنای نامعلوم و مجهول استعمال می‌شود. در لغت، عرف به چند معنی آمده از جمله به معنی معروف و شناخته شده، و کار خوب.^۲ قرآن کریم می‌فرماید «عفو را عادت کن و امر به معروف کن و از جاهلان اعراض نما.»^۳ و آن مقابل منکر است.^۱ البته معنای دیگر عرف، پیاپی بودن شیء، مکان مرتفع و به معنای یال

۱ - رضا نوربها، زمینه حقوق جزای عمومی، ص ۴۹

۲ - خلیل بن أحمد فراهیدی، پیشین، ج ۲ ص ۲۱

۳ - اعراف: ۱۹۹

اسب است^۲ که مناسبت با معنای مورد نظر ما ندارد. برخی در توضیح واژه عرف چنین عقیده دارند اگر عرف به معنای معرفت و شناسایی باشد در مقابل مجهول خواهد بود و اگر عرف به معنای امر پسندیده و مستحسن باشد در مقابل منکر خواهد بود و لو اینکه منکر مجهول و ناشناخته نیست^۳.

ب: مفهوم عرف در اصطلاح

عرف بابیان های متعددی تعریف شده و دانشمندان در تعریف عرف اختلاف نظر دارند، برخی عرف را شامل مرتکبات ذهنی دانسته است، گروهی عرف و عادت را از نظر مصداق یکی می دانند. در اینجا برای تبیین واژه عرف به چند تعریف اشاره می شود.

غزالی از علمای اهل سنت در تعریف عرف می گوید: عرف چیزی است که از راه عقول در جانها استقرار یابد و طبیعت های سالم آن را بپذیرد^۴.

تعریف دوم از شهید صدر هست که می فرماید «عرف میل و گرایش عمومی انسان» دین دار یا بی دین « به امری است در مسیر معین که مخالف شرع نباشد»^۵.

در تعریف سوم که عمید زنجانی در فقه سیاسی بیان کرده است «عرف عبارت است از عملی که اکثریت مردم آن را به طور مکرر و ارادی و بدون احساس نفرت و کراهت انجام می دهند و گاه در تعبیرات فقها آن را بنا عقلا می خوانند و گاهی نیز به آن سیره عملی اطلاق می شود»^۶.

در حقوق، عرف به معنای مجموع آداب، رسوم و سنت های یک قوم تعریف شده^۱ و عرف با عادت مساوی دانسته شده است «عرفی که ناشی از عادت تمام یا مردمان بخشی از کشور باشد»^۲.

۱ - سیدعلی اکبر فرشی، قاموس قرآن، ج ۴ ص ۳۲۷

۲ - محمدحسن عرب، پیشین، ج ۱ ص ۲۵۰

۳ - گروهی از نویسندگان، منابع فقه و زمان و مکان: ج ۲ ص ۳۲

۴ - سیدمحمد واسعی، جایگاه عرف در فقه، ص ۱۵

۵- همان ص ۱۹

۶ - همان ص ۱۵

اما چهارمین تعریفی که ادعا شده که هم واضح و هم جامع همه اقسام عرف است این است «عرف یعنی جریان مستمر و سلوک همگانی یا اختصاصی گروه از افراد جامعه بر انجام یا ترک کاری، خواه گفتار یا کرداری که پیروی از آن را بر خود لازم می‌داند»^۱.

تعاریفی که برای عرف ذکر شده شرح الاسمی هستند و عناصر آن به‌طور دقیق مراد نظر علماء در تعریف نیست؛ با این که اشکالاتی که براین تعبیرات شده است وارد نیست ولی ذکر کردن آن برای تحلیل و تبیین واژه عرف و اقسام آن مفید است که به آن اشاره می‌شود.

به تعریف اول این اشکال وارد است که جامع افراد نیست و شامل عرف فاسد نمی‌شود؛ ذکر قید پذیرش طبیعت‌های سالم و قید «عدم مخالف عرف با شرع و قید سامان یافتن عرف برای حفظ فرد و جامعه نظم» شامل عرف صحیح می‌شود حال آنکه عرف به اعتبار مشروعیت بر دونوع است عرف صحیح است که با دلیل شرعی تعارض ندارد و عرف فاسد که عبارت است از روش گفتاری یا کرداری رایج میان مردم که با احکام شرع مخالفت داشته و موجب از بین رفتن مصلحتی و یا به وجود آمدن مفسده‌ای می‌گردیده که با قانون سازگار نیست و اسلام آن را رد و منع کرده است. مثل تداول برخی از عقود و معاملات ربوی در میان مردم یا بازی با گونه‌های از آلات قمار یا مصرف چیزهای ممنوع که کیفر را به دنبال دارد^۲.

یا تعریف سوم که شامل عرف لفظی و قولی نمی‌شود؛ که در یک تقسیم به اعتبار مظهر، عرف یا لفظی است و یا عملی^۳. در عرف عملی عمل جوارح از عناصر آن است و در برخی از کارها و تصرفات ویژه مردم خودنمایی می‌کند و مردم بر اساس آن مشی می‌کند. گونه‌های آن عبارت است از سیره عقلا، سیره

۱ - رضا نوربها، پیشین، ص ۴۹

۲ - محمدجعفر جعفری لنگرودی، ترمولوژی حقوق، ج ۴، ص ۲۵۲۲

۳ - سیدمحمد واسعی، پیشین، ص ۲۳

۴ - جمعی از محققان، فرهنگ‌نامه اصول فقه، ص ۵۷۴

۵ - مصطفی الزملی، خاستگاه‌های اختلاف در فقه مذاهب، مترجم، دکتر حسین صابری، ص ۵۲۷

مشرعه، عرفهای معاملاتی خاص مثلاً در برخی از مناطق اجناس را به صورت عددی معامله می کنند درحالی که همان جنس در منطقه دیگر به وزن معامله می شود.^۱

عرف لفظی در مورد کاربرد الفاظ است؛ مثلاً قانون گذاران از استعمالات مترادفات خودداری می کنند پس هر کلمه در قانون باید معنای مستقل داشته باشد.^۲ عرف لفظی گونه های متعددی دارد از قبیل حقیقت عرفیه «مثل کاربرد دابه در حیوان مخصوص». یا انصراف لفظی مثل انصراف حرام گوشت به غیر انسان در عبارت های از قبیل این بیان که در لباسی که از اجزای حرام گوشت تهیه شده نماز نخوانید، حقیقت شرعیه، عرف لفظی محلی، عرف صنفی.^۳ نیز تعریف سوم شامل عرف خاص نمی شود؛ زیرا منشأ آن گروهی از مردم هستند؛ یعنی روشی که گروه خاصی از مردم دارند و به آن عمل می کنند. مثلاً وقتی گفته می شود مجازات جرائم سازمان یافته یا قاچاق عمده مواد مخدر قابل تعلیق نیست برای معنای واژه ها باید به عرف حقوق دانان مراجعه کرد. یا عرف خاص مثل عرف قاضیان و موارد دیگر.^۴

با توجه به مطالب فوق در تعریف اصطلاحی واژه عرف می توان گفت: روش مستمر و سلوک همگانی یا اختصاصی گروه از افراد جامعه است که فقه و حقوق اسلام در برخی موارد مٌهر تأیید بر آن زده و بعضی را هم مردود دانسته است. مثل اثبات جرائم جنسی با چهار اقرار یا عدم اثبات این گونه از جرائم با اقرار واحد. پس عرف ابزار استنباط است نه منبع استنباط و اسناد کاربردی برای کشف مفاهیم و معانی تلقی می شود.

عناصر عرف عبارت است از گفتار یا رفتار معین در بین مردم و استمرار و تکرار آن ها^۵، ارادی بودن، نباید غریزی و ناشی از عوامل طبیعی باشد، لذا اگر مردم مرتکب جرائم مانند قتل یا سرقت و.. نمی شوند این عرف نیست بلکه فطرت انسان ها این گونه جرائم را ناپسند می داند. بنابراین حقوق طبیعی خارج از

۱ - محمدجعفر جعفری لنگرودی، ترمولوژی حقوق، ج ۴، ص ۲۵۲۷

۲ - همان، ص ۲۵۲۸

۳ - محمدغزالی، پیشین ج ۱ ص ۳۲۵

۴ - گروهی از نویسندگان، منابع فقه و زمان و مکان: ج ۲، ص ۱۸۱ - عباس زراعت، مبانی استنباط حقوق، ص ۳۰۳ پاورقی

۵ - حسین قانی، سعید شریعتی، پیشین، ج ۲، ص ۱۹۷

حوزه عرف بوده، یا استصحاب چون ناشی از فطرت است پس عرف شمرده نمی‌شود. یا بلوغ زودرس و دیررس در آب‌وهوای مختلف ناشی از طبیعت آن‌ها است و عرف حساب نمی‌شود، از عناصر عرف این است که عمل صورت قانونی نیافته باشد به همین خاطر عرف را در مقابل قانون و جزء منابع مستقل از قانون در حقوق مطرح می‌کنند^۱ و الزام‌آور بودن عرف صحیح؛ به این معنا که مراعات آن در تشریع و در قضاوت لازم و واجب است^۲.

فقهایی ما با توجه به عرف فتوا داده‌اند که نشان‌دهنده توجه و نگرستن ایشان به عرف صحیح است؛ مثل فتاوی حضرت امام «ره» در مسئله ولایت فقیه و حدود و اختیارات این مقام، مسئله شطرنج و جواز آن، مسئله اختیارات حکومتی مثل جلوگیری از ورود و خروج ارز و یا منع احتکار در غیر موارد منصوص و یا منع حمل اسلحه، یا جواز فروش اسلحه به دشمنان دین در صورتی که به تقویت بنیه مالی و مصلحت کلی مسلمانان بینجامد و موارد دیگر^۳.

ج: تفاوت عرف و بنای عقلا

خوب است بدانیم سیره عقلا مساوی با عرف نیست همان‌طوری که مبایعتی بین این دو نیست. ولی سیره عقلا یکی از مصادیق عرف است، به این دلیل که عرف همان‌طوری که بیان شد معنای وسیعی دارد به به‌طوری که شامل عادات و رسوم اندیشه حقوقی می‌شود.

یکی از گونه‌های عرف عملی سیره عقلا است یعنی عملی که نزد عقلای جهان مفید و نیکو شمرده شود به وجود می‌آید. مثال معروف آن رجوع جاهل به عالم می‌باشد. به همین دلیل علما اصول تصریح می‌کنند که گاهی از طریقه عقلا تعبیر به عرف می‌شود که مراد عرف عام است و عرف چیزی در مقابل سیره عقلا نیست^۴.

۱ - محمدجعفر جعفری لنگرودی، همان ج ۴، ص ۲۵۲۳

۲ - حسین صابری، عقل و استنباط فقهی، ص ۲۳۷

۳ - همان، ص ۲۶۹

۴ - محمدحسین نائینی، فواید الاصول ج ۳ ص ۱۹۳

علمای حقوق در حقیقت در ارتباط عرف و سیره عقلا عقیده دارند سیره عقلا از مصادیق عرف است^۱ در علم حقوق قانون‌گذار به‌صراحت از سیره عقلا نام نبرده و به‌جای آن از عرف نام برده است، مراد آنان عرف خاص است مثل عرفی که میان قضات به وجود می‌آید که یکی از نمونه‌های سیره عقلایی است؛^۲ به این خاطر تعریفی که حقوق‌دانان از عرف ارائه کرده‌اند ناظر به عرف عملی است، به‌عنوان مثال برای به دست آوردن مفهوم تجرّی که در قوانین جزایی ذکر شده دادگاه با عنایت به عرف باید حکم کند.^۳

تفاوت اول بین سیره عقلا و عرف: سیره عقلا امری از مقوله رفتار بوده و روش آنان بر انجام یا ترک چیزی است؛ چنانچه در تعریف بنای عقلا مفصلاً بیان شد عبارت است از کنشی که در قریحه و ذات آنان وجود دارد.^۴ در تبیین بنای عقلا چنین گفته شده «مقصود از سیره عقلا یعنی استمرار عادت و تباین عملی مردم بر انجام یا ترک چیزی، و مراد از مردم جمیع عقلا یا عرف عام است»^۵. اما عرف هم شامل عمل و هم غیر عمل می‌شود. در تعریف از عرف تعبیر به واژه‌هایی شده که عمومیت دارد از قبیل «روش عمومی، جریان مستمر، یا قاعده‌ای که به تدریج میان همه یا گروهی از مردم مرسوم شده است».

به نظر این جانب، این که عمل معین و استمرار آن عمل جزء عناصر عرف و نیز جزء عناصر سیره عقلا شمرده شده^۶، موردنقد و اشکال است؛ زیرا عمل از عناصر سیره عقلا است و عرف با توجه به گستردگی حوزه‌اش می‌تواند عمل و یا غیر عمل باشد.

تفاوت دوم: مبدأ سیره عقلا ممکن است فطرت ناخودآگاه آدمی باشد نه سیره ناشی از مبادی دیگری مثل اجبار حاکمی زورمند یا دستور پیامبری الهی و می‌تواند مبدأ آن ارادی و بر نکته‌ها و دلایل عقلایی استوار باشد، چنانچه از تعریف بنای عقلا این ویژگی به دست می‌آید^۷ اما عرف، غریزی و ناشی از عوامل

۱ - عباس زراعت، مبانی استنباط حقوق، ص ۳۰۳

۲ - رضا نوریها، پیشین، ص ۴۹

۳ - سعیدقماش، پیشین ص ۲۴۵

۴ - گروهی از نویسندگان، منابع فقه و زمان و مکان: ج ۲، ص ۱۸۰

۵ - همان، ص ۹۱

۶ - محمدحسین نائینی، فواید الاصول ج ۳ ص ۱۹۳

طبیعی نبوده بلکه ارادی بودن از ویژگی‌های عرف است. لذا استصحاب چون ناشی از فطرت است از حوزه عرف خارج است.^۱

تفاوت سوم: بنای عقلا عملی است مفید، نیک و حافظ نظام اجتماعی؛ به این خاطر است که مفید و نیکو بودن عمل از عنصر تشکیل‌دهنده‌ی بنای عقلا شمرده شده است.^۲ اما عرف هم شامل مواردی می‌شود که مفید، نیک و حافظ نظام اجتماعی باشد و یا چنین نباشد. از اقسام آن، عرف فاسد است که عبارت است از روشی که شارع یا قانون آن را رد می‌کند؛ دلیل رد شارع این است که آن روش مفید نبوده و موجب از بین رفتن مصلحت یا به وجود آمدن مفسده‌ای می‌گردد.^۳

تفاوت چهارمی که برخی از علما به آن اشاره کرده است^۴ عبارت است از این که آن دو در کمیت باهم اختلاف دارند نه در کیفیت؛ به این بیان که موضوع بنای عقلا همواره احکام کلی است، احکامی که از فطرت اجتماعی عقلا سرچشمه می‌گیرد. مثل عمل به ظاهر کلام یا عمل به خبر ثقه «بنای عقلا در حکمی محقق می‌شود که مستند به چیزی غیر خودش نیست به عبارت دیگر بنای عقلا حکم کبروی و کلی را بیان می‌کند اما اگر مسئله‌ای باشد که مردم به آن عمل می‌کنند و جنبه عمومی دارد اما صغروی است در این صورت از مصادیق عرف است؛ مانند انصراف لفظ به معنای غیر لغوی مثلاً خمر را واضع برای مطلق مایع مست‌کننده وضع کرده اما طبق فرض در زمان نزول آیات، خمر را از انگور می‌گرفتند، حال آیات مربوط خمر به سبب عرف زمان منصرف به شراب متخذ از انگور انصراف دارد. چنانچه آیت خویی فرموده در مصادیق دیگر آن شک در ثبوت تکلیف است.^۵

۱ - محمدجعفر جعفری لنگرودی، ترمولوژی حقوق، ج ۴، ص ۲۵۲۳

۲ - ابوالقاسم علی دوست، پیشین، ص ۲۱۸

۳ - جمعی از محققان، فرهنگ‌نامه اصول فقه، ص ۵۷۴

۴ - سید محمدحسین طباطبایی، حاشیه الکفایه ج ۲ ص ۲۰۵

۵ - ابوالقاسم موسوی خویی، مصباح الاصول ج ۳ ص ۱۴۸، و منابع فقه و زمان و مکان: گروهی از نویسندگان ص ۱۸۰

۱-۳- مفاهیم جزایی، تاریخچه و جایگاه عقل و بنای عقلا

سومین اصطلاح این تحقیق «فقه جزایی و حقوق کیفری است». فقه در لغت به معنای علم و ادراک چیزی^۱ و در اصطلاح عبارت است از علم به احکام شرعی فرعی از روی دلیل‌های تفصیلی^۲. حقوق جمع حق در لغت ضد باطل به معنای عدل، بهره، نصیب، مال و امر ثابت و لازم^۳ و در اصطلاح به مجموعه قواعد و مقررات الزام‌آوری آمده است که بر روابط حقوقی یک جامعه حاکم است^۴.

از مباحث مهم فقه و حقوق، فقه جزایی و حقوق کیفری است که دارای ابواب همچون قصاص، حدود، تعزیرات و دیات است که این اصطلاحات نیاز به مفهوم شناسی دارد. از طرف دیگر چون مباحث فقه جزایی و حقوق کیفری در این تحقیق از نگاه عقل و بنای عقلا بررسی می‌شود، می‌بایست تاریخچه استفاده از عقل و بنای عقلا و نگاه دانشمندان فقه و حقوق به جایگاه این دو که آیا می‌تواند از منابع استنباط قرار بگیرد یا نه، آشکار گردد. این فصل در دو مبحث به مفاهیم واژگان جزایی و تاریخچه و جایگاه عقل و بنای عقلا اختصاص داده شده است.

۱-۳-۱- مفاهیم جزایی

قصاص، حدود، تعزیرات و دیات چهار بابی است که فقها و حقوقدانان احکام مباحث جزایی را در قالب این ابواب بیان نموده‌اند حال چه با عنوان شرایط یا با عنوان احکام و مسائل. لذا شناخت این مفاهیم قبل از ورود به بررسی شرایط و احکام آن، ضروری به نظر می‌رسد.

۱ - معلوف لویس، پیشین، ۸۳۲

۲ - حمید مسجد سرائی، ترمینولوژی فقه ص ۴۵۷

۳ - معلوف لویس، همان ص ۱۹۱

۴ - حشمت الله یوسفی و جمعی از کارشناسان حقوقی کانون اصفهان، آشنایی با مفاهیم حقوقی و قضایی: ص ۱۳

۱-۱-۳-۱- قصاص در لغت و اصطلاح

قصاص در لغت اسم مصدر است از «قَصَّ يَقْصُ» به معانی متعددی آمده است از قبیل مساوات^۱ به این دلیل است که باجانی همان‌گونه که جنایت را مرتکب شده از قتل و جرح قطع انجام می‌شود، قطع^۲ «یقال: قَصَصْتُ ما بینهما أی قطعْتُ^۱»، پیگیری نمودن اثر چیزی^۲، داستان دنباله‌دار و پی‌درپی قصه و نیز پی‌گیری قتل تا مجازات قاتل را، قصاص می‌گویند.

در اصطلاح فقه قصاص عبارت است از استیفا و انجام دادن اثر جنایت، قتل باشد یا قطع یا ضرب یا جرح. «قص أثره إذا تبعه» گویا که قصاص کننده پیروی می‌کند اثر جانی را تا مثل همان جنایت را باجانی انجام دهد^۳. در علم حقوق با پیروی از فقها قصاص چنین تعریف شده است: قصاص کیفری است که جانی به آن محکوم می‌شود و باید با جنایت او برابر باشد^۴. سبب و موجب قصاص جنایت عمدی است که در ماده ۱۶ ق.م.ا مقرر داشته است «قصاص مجازات اصلی جنایات عمدی بر نفس، اعضاء و منافع است».

جنایت عمدی عبارت است از عمد در فعل و عمد در قصد^۵. مقصود از عمد در فعل آن است که جنایتی که انجام‌شده از روی غفلت و بی‌توجهی سر نزده بلکه با آگاهی مرتکب به انجام رسیده است. مقصود از عمد در قصد، قصد جنایت هست چه جنایت قتل باشد یا قطع یا منافع. مرحوم محقق در تعریف قتل عمدی می‌فرماید «قتل عمد درجایی محقق می‌شود که انسان بالغ و عاقل قصد قتل را داشته باشد با چیزی که غالباً کشته می‌شود، اما با چیزی که ندرتاً موجب قتل می‌شود قصد زدن را داشته باشد و قتل اتفاق بیفتد، شبهه قصاص است، صاحب جواهر در ذیل این عبارت محقق می‌فرماید «این که قتل عمد

۱ - محمدبن مکرّم ابن منظور، پیشین، ج ۷ ص ۷۳

۲ - حسن مصطفوی، التحقيق فی کلمات القرآن الکریم، ج ۹ ص ۲۷۴

۳ - زین‌الدین بن علی عاملی، شهید ثانی، الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة (المحشی - کلانتر)، ج ۱۰ ص ۱۱ و حمید مسجد سرایی، پیشین ص ۴۸۰

۴ - محمدحسین شاملو احمدی، فرهنگ اصطلاحات و عناوین جزایی، ص ۳۶۵

۵ - نجم‌الدین جعفر بن حسن محقق حلّی، شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام، ج ۴ ص ۲۲۸

حساب می‌شود و قصاص دارد؛ به این دلیل است که این فعل ولو این‌که آلت نادر را کشنده است مانند قصد قتل است^۱.

۱-۳-۲- حد در لغت و اصطلاح

حدود: جمع حد به معنای متعددی آمده است، که بعضی از معانی را به برخی دیگر می‌توان ارجاع داد. اصل حد در لغت به معنای مرز و مانع و فاصله انداختن دو چیز است و نیز به معنای عقوبت هم آمده است^۲. در اصطلاح فقه حد مجازاتی است که از سوی شرع میزان آن تعیین و مقدر شده است و بدون کم و زیاد جاری می‌شود، حکام شرع حق دخل و تصرف در آن را ندارند و چون این کیفر مردم را از ارتکاب گناه و جرم منع کرده و باز می‌دارد به آن حد اطلاق شده است^۳. در قانون مجازات اسلامی ماده ۱۵ حد چنین تعریف شده «حد مجازاتی است که موجب، نوع، میزان و کیفیت اجرای آن در شرع مقدس، تعیین شده است». این‌که وصف معین بودن در قانون آمده، به متابعت از فقه است که آن را در مقابل تعزیر قرار داده‌اند که نوع و مقدار آن در شرع تعیین نشده است.

بنابراین حدود موانعی است که شارع مقدس وضع نموده جهت جلوگیری از ارتکاب گناه و جرم. اسباب و موجبات حد عبارت است از جرائم و گناهان جنسی «مثل زنا، و لواط آن و لواط» قذف، شرب خمر، سرقت، محاربه و ارتداد، برخی از فقها محارب و ارتداد را از انواع تعزیر دانسته است که این نظر در میان فقها سابقه ندارد^۴.

در اینکه چه جرائمی حدی هستند در فقه بین فقها اختلاف است. آیت‌الله خویی هفده مورد را جرم حدی دانسته است^۵. برخی از فقهای سه مورد دیگر را نیز را اضافه کرده است^۶. در حقوق جرائم و گناهان

۱ - محمدحسن نجفی، پیشین، ج ۴۲ ص ۱۲

۲ - خلیل بن أحمد فراهیدی، پیشین، ج ۳ ص ۱۹

۳ - حمید مسجد سراسی، ترمینولوژی فقه، ص ۲۴۰ و سید عبدالکریم موسوی اردبیلی، فقه الحدود و التعزیرات، ج ۱ ص ۷

۴ - محمدحسن نجفی، پیشین، ج ۴۱ ص ۲۵۸

۵ - سیدابوالقاسم خوئی، مبانی تکملة المنهاج «القضاء و الحدود» ص ۳۰

۶ - حسین علی منتظری نجف‌آبادی، کتاب الحدود، ص ۴

جنسی را با عنوان جرائم علیه نظام اخلاقی و عفت عامه و محاربه را عنوان جرائم بر ضد امنیت کشور و قذف را با عنوان جرائم علیه شرافت و حیثیت اشخاص و سرقت را با عنوان جرائم علیه اموال و مالکیت معرفی می‌کنند.^۱

به‌هرحال در یک تقسیم کلی این اسباب و جرائم برخی حواله هستند «جرائمی که صرفاً متضمن نقض یک دستور الهی است و به‌طور مستقیم جنبه عمومی ندارد و نیز جرائمی که علیه منافع و مصالح عمومی بوده یا مخالف نظم عمومی باشد» و برخی حق الناس «جرائمی که بیشتر حقوق و منافع اشخاص را تضییع و تفویت می‌کند و کمتر جنبه عمومی و اجتماعی دارد» می‌باشند.^۲

قسمت بیشتر حدود را گناهان و جرائم جنسی که حواله‌ای هستند دربرمی‌گیرد که عبارت است از زنا، لواط، قیادت «جمع کردن میان مرد و زن برای زنا» و مساحقه «عملیات جنسی دو مؤنث».

۱-۳-۱- تعزیر در لغت و اصطلاح

تعزیرات از مباحث مهم در فقه جزایی و حقوق کیفری هست. تعزیر در لغت از جمله اضداد بوده و به معنای تعظیم، تأدیب، نصرت و منع آمده است.^۳

تعزیر در فقه تعاریف متعددی شده است، در کل می‌توان گفت: تعزیر به کیفری گفته می‌شود که برخلاف مجازات حدی، شارع مقدس اندازه‌ای برای آن تعیین نکرده و تعیین آن به صلاح‌دید قاضی هست.^۴ البته اندازه بیشتر قریب به همه مجازات‌های تعزیری نامعین است اما گاه مقدار و نوع آن‌ها در شرع معین شده است چنانکه فقها روایاتی را آورده‌اند که در پنج مورد مقدار آن را معین کرده است.^۵

۱ - هوشنگ شامیباتی، حقوق کیفری اختصاصی، ج ۳ ص ۳۸ و ۲۰۶

۲ - سیدمحمد حسینی، پیشین، ص ۱۸۷

۳ - محمدبن مکرم ابن منظور، پیشین، ۴ ص ۵۶۱

۴ - حمیدمسجد سرایی، پیشین ص ۱۸۹

۵ - محمدحسن نجفی، پیشین، ج ۴۱ ص ۲۵۴

در تعریف تعزیر برخی قید غالباً را اضافه کرده‌اند «مجازات‌ی که مقدار آن غالباً از سوی شرع مشخص نشده است»^۱. بعضی از علما قید غالباً را نیاورده‌اند «مجازات‌ی که شرعاً مقدار آن معین نشده است»^۲. در هر صورت مهم نیست آن پنج مورد تکلیفش مشخص است چه آن‌ها را تعزیر بدانیم یا حد.

در حقوق تعزیر به گونه‌های زیر تعریف شده است «تعزیر به معنای تأدیب غیر مجرم یا کیفر جرم‌هایی که نصّ برای آن‌ها حدّ معین نکرده است»^۳. ق.م.ا ماده ۱۸ چنین تعریف کرده است «تعزیر مجازاتی است که مشمول عنوان حد، قصاص یا دیه نیست و به موجب قانون در موارد ارتکاب محرمات شرعی یا نقض مقررات حکومتی تعیین و اعمال می‌گردد»^۴.

در اصطلاح فقه این تعریف مناسب است تعزیر یعنی «مجازات‌ی که غالباً میزان و نوع آن در شرع معین نشده و غالباً برای اعمالی حرام غیرجنایی است»^۵. قید «غالباً» دومرتبه تکرار شد به این دلیل که گاه تعزیر است ولی در شرع مقدار آن معین است مثل پنج مورد از موارد جرائم جنسی که در فقه ذکر آن آمده است^۶. قید غالباً دوم به این خاطر آورده شده است؛ جرائمی که مستوجب تعزیر هستند بر دو گونه‌اند: گونه اول اعمالی که بالذات معصیت به شمار می‌روند و در قرآن و تعالیم دینی مورد نهی قرار گرفته و گناه به شمار می‌آیند مثل حرمت قمار، غنا و یا مثل جرائم که فاقد شرایط حدی هستند و امثال آن. گونه دوم اعمالی که برای حفظ منافع جامعه و تأمین نظم عمومی و امنیت آن از طرف مراجع قانون‌گذاری در جامعه اسلامی ممنوع شناخته شده و برای آن مجازات ویژه‌ای از انواع تعزیر در نظر گرفته شده است، این اعمال گرچه به خودی خود معصیت محسوب نمی‌شوند ولی از آن جهت که موجب خدشه دار شدن نظم عمومی و امنیت جامعه می‌شوند توسط قانون یا ولی امر مسلمین جرم شناخته شده و ارتکاب آن مستوجب تعزیر خواهد بود. به عبارت دیگر اعمالی که حکم اولی آن‌ها غیر از حرمت است ولی به دلیل مصالحی فعلاً از طرف حکومت حرام و مستوجب مجازات دانسته شده است. مانند تعزیر برای مقدمات حرام که فی حد نفسه

۱ - همان، ص ۲۵۴

۲ - سیدعلی بن محمد طباطبایی حائری، ریاض المسائل فی تحقیق الأحکام بالادلة (ط - الحدیثه) ج ۱۵ ص ۴۳۳،

۳ - محمدجعفر جعفری لنگرودی، ترمولوژی حقوق، ج ۲، ص ۱۲۸۷

۴ - احمدحاجی ده آبادی، پیشین، ص ۵۰

۵ - محمدحسن نجفی، پیشین، ص ۲۵۴

مباح است از باب مصلحت و جلوگیری از وقوع در حرام و مانند تخلف از مقررات شهرسازی و محیط زیست و مقررات رانندگی که در زمان شارع وجود نداشته و به لحاظ حفظ نظم و مراعات مصلحت اجتماعی در این زمان به موجب قوانین حکومتی وضع شده است که به تعزیرات حکومتی شهرت دارد.

قانون گذار در یک تقسیم ابتکاری در ماده ۱۹ ق.م.ا این گونه تعزیرات را به هشت درجه طبقه بندی کرده است. لذا در باب تعریف تعزیر ویژه گیهای ذیل باید توجه شود. ۱- مجازات عمل حرامی که قصاص یا حد نباشد. ۲- میزان تعزیر می تواند کمتر از حد باشد. ۳- میزان آن در شرع معین نشده است. ۴- تعیین میزان و نوع آن به دست قاضی است، قاضی می تواند برای هر جرمی مجازاتی را انتخاب کند که مفید به حال مجرم بوده و سبب اصلاح وی گردد.

۱-۳-۱- دیات در لغت و اصطلاح

دیات جمع دیه است و کلمه دیه در اصل مصدر وَدَى دیدی و ودياً است مثل وعد یعد عده و ودی در اصل به معنای پرداخت دیه است عرب می گوید: ودیت القتل ای اعطیت دیت، دیه مقتول را پرداختم یا به معنای مالی است که بدل نفس است و درازای جنایت به ولی دم داده می شود.^۱ به دیه عقل هم می گویند؛ زیرا عقل به معنای منع است و دیه مانع از اقدام بر قتل می شود. و به معنای بستن و پابند زدن به شتر است، از این رو پرداخت کنندگان دیه قتل خطئی را عاقله می گویند، وجه تسمیه آن این است که میان اعراب وقتی کسی مرتکب قتل می شد اهل و عشیره او شترانی فراهم می کردند آن ها را به سرای اولیاء مقتول می آوردند و آنجا می بستند.^۲

دیه در اصطلاح فقها عبارت است از مقدار معینی از مال که واجب است جانی به مجنی علیه یا اولیای او بابت جنایتی که بر نفس یا عضو وارد کرده است بپردازد.^۳ بنابراین دیات در اصطلاح فقه شامل مالی می شود که درازای نفس و مادون نفس به مجنی علیه و ولی دم پرداخت می شود. صاحب جواهر می فرماید «دیه مالی است که در عوض کشتن شخص حر یا صدمه جانی دیگری پرداخت می شود چه

۱ - محمدبن مکرّم ابن منظور، پیشین، ج ۱۵ ص ۳۸۳

۲ - ابوالقاسم گرّجی، دیات، ص ۱۶

۳ - علی محمدی خراسانی، شرح تبصره المتعلمین (محمدی)، ج ۲ ص ۴۴۷ و حمید مسجد سرائی، پیشین ص ۲۹۰

مقدار آن معین باشد یا معین نباشد، معمولاً به آنچه مقدارش معین است دیه و به آنچه مقدارش معین نیست ارش و یا حکومت می‌نامند^۱.

ق.م.ا ماده ۴۴۸ در تعریف دیه می‌گوید «دیه مقرر، مال معینی است که در شرع مقدس به سبب جنایت غیر عمدی بر نفس، عضو یا منفعت یا جنایت عمدی در مواردی که به هر جهتی قصاص ندارد مقرر شده است». در ماده ۴۴۹ در تعریف ارش مقرر می‌کند «ارش، دیه غیر مقرر است که میزان آن در شرع تعیین نشده است و دادگاه با لحاظ نوع و کیفیت جنایت و تأثیر آن بر سلامت مجنی علیه و میزان خسارت وارده با در نظر گرفتن دیه مقرر و با جلب نظر کارشناس میزان آن را تعیین می‌کند. مقررات دیه مقرر در مورد ارش نیز جریان دارد مگر اینکه در این قانون ترتیب دیگری مقرر شود».

مقدار دیه در فقه از طرف شارع معین شده است از ناخن تا موی سر و از سیلی زدن تا کشتن، در کشتن کسی و آنچه در حکم کشتن است مثل از بین بردن منافع اعضا و حواس از قبیل مایل کردن چشم و شنوایی گوش و... که در کتب فقهی و حقوقی باب دیات مراجعه شود.

۱-۳-۲- تاریخچه و جایگاه

همان‌گونه که بیان شد با توجه به اینکه در این تحقیق مبحث جزایی با رویکرد عقل و بنای عقلا مورد بررسی قرار می‌گیرد، در آخرین مبحث بخش اول ابتدا تاریخچه استفاده دانشمندان مسلمان از حکم عقل و بنای عقلا در حوزه معارف اسلامی و استنباط احکام و در ادامه اعتبار و جایگاه این دو مفهوم در فقه و حقوق تبیین خواهد شد که آیا این دو اصطلاح آن‌طوری که باید در استنباط احکام نقش مؤثر دارند یا نه؟

۱-۳-۲-۱- تاریخچه استناد فقها به حکم عقل و بنای عقلا

به‌طور کلی از سیر تاریخی عقل و دلیل عقلی روشن می‌شود که مسئله عقل در سده‌های آغازین اسلام حتی از زمان پیامبر اسلام «ص» و نزول قرآن و در زمان اهل بیت «ع» از ارزش و اعتبار برخوردار بوده است. هنگامی که پیامبر «ص» معاذ بن جبل را به‌عنوان قاضی و مبلغ دینی به یمن اعزام کرد به او فرمود: در هنگام داوری چه خواهی کرد؟ معاذ جواب داد مطابق کتاب خدا حکم خواهم کرد. حضرت فرمود: اگر حکم آن

^۱ - محمدحسن نجفی، پیشین، ج ۴۳ ص ۲

را در کتاب خدا پیدا نکردی چه می‌کنی؟ گفت مطابق سنت رسول خدا حکم خواهم کرد. فرمود اگر در کتاب و سنت حکمش را نیافتی..؟ معاذ گفت با مراجعه به عقل و رأی خود اجتهاد خواهم کرد. حضرت نظر او را تأیید کرد.^۱ از این روایت و روایات مشابه به دست می‌آید که استمداد از عقل در استخراج احکام در زمان پیامبر «ص» مجاز بوده و صحابه می‌توانستند زمانی که از معصوم دور بودند با عقل خود اجتهاد کنند. اگرچه این برداشت از این روایات مورد مناقشه علمای بزرگی مانند شیخ طوسی «ره» قرار گرفته است.^۲

نیکو است تاریخچه عقل و دلیل عقلی و بنای عقلا و نیز سیر تطور آن را از صدر اسلام جستجو شود تا نقش آن در حوزه معارف اسلامی به‌خصوص در استنباط احکام بیشتر روشن شود.

در اعتبار و اصالت قرآن و سنت در نزد تمام مسلمانان هیچ‌گونه اختلافی نیست. در منابع اهل سنت کتاب و سنت دو منبع اصلی احکام و دیگر منابع بعد از آن دو به‌عنوان منابع فرعی مطرح است. در منابع شیعه دو منبع که عبارت است از کتاب و سنت، دو ردیف نخست را از آن خود کرده است اما درباره دلیل عقلی و منبع بودن آن برای استنباط برخی از احکام «مانند وجوب یادگیری احکام و ..» را شیعه و سنی، اخباری و اصولی، اشعری و غیر اشعری پذیرفته‌اند. جای تردیدی نیست که بیشتر مذاهب اسلامی هم در مباحث اعتقادی و هم در حوزه فقه دلیل عقل را قبول داشته‌اند.

سؤال این است که عقل به‌عنوان منابع از کجا به وجود آمد و چه دوره‌هایی را سپری نمود؟

در دوره اول که از رحلت پیامبر اسلام «ص» تا آغاز غیبت کبرا «۳۲۹» ادامه دارد شیعه به دلیل حضور معصوم و مجاورت با ائمه هدا «ع» به اجتهاد نیازی پیدا نکرد و اگر احیاناً دسترسی به معصوم نداشتند به‌صورت ساده در مسائل، اجتهاد کرده که کاری چندان دشواری نبوده البته اجتهاد صحیحی که معصوم به آن‌ها تعلیم داده بودند و دلیل عقل و روش عقلا برای به دست آوردن حکم مسئله کفایت می‌کرد. اما بیشتر به بهره‌گیری از علوم اهل بیت و حفظ و نقل سنت اهتمام می‌کردند تا تمسک به عقل و بنای عقلا.

۱ - محمدبن حسن حر عاملی، وسائل الشیعه، ج ۲۷ ص ۵۳

۲ - گروهی از نویسندگان، منابع فقه و زمان و مکان: ج ۱ ص ۳۶۱

زمان ائمه «ع» به خصوص در قرن دوم وقتی پرتو اسلام از مرز عربستان گذشت، از طرف امامان معصوم «ع» افرادی معرفی شدند تا احکام دین را به دست مردم برسانند، اصحاب ائمه «ع» از لحاظ ظرفیت علمی و استعداد، مختلف بودند برخی اهل تحلیل و استدلال، برخی تعبد و تسلیم در برابر نصوص، حتی گروه از شاگردان آن بزرگواران روشی بر اساس نظام عقلی داشتند مثل فضل بن شاذان یا یونس بن عبدالرحمن یا زراره که اجتهاد با روحیه این افراد سازگارتر بود این روش مورد تأیید امام نیز قرار می گرفت به طوری که وقتی سؤال می شد در صورتی که به شما دسترسی ندارم احکام دین را از چه کسی فرابگیرم؟ امام می فرمود: به فضل بن شاذان یا یونس بن عبدالرحمن مراجعه کن.^۱

در این دوره «حضور معصوم» دو گونه فقه در جامعه شیعی وجود داشت، یک جنبش استدلالی و عقلی که با در نظر گرفتن احکام و ضوابط کلی قرآنی و حدیثی به اجتهاد معتقد بودند. و در عین حال از دلیل عقلی و بنای عقلا بنام یک مأخذ نام برده نشده. و جنبش دیگر خط سنت گراتر که به نقل حدیث تمرکز داشتند.^۲

ولی اهل سنت چون این دوره را سرآمد نصوص می دانستند طبعاً باب اجتهاد وسیع بر روی آنان باز بوده در ابتدا برای استنباط احکام به نصوص قرآن و یا احادیث نبوی یا اجماع و در صورت فقدان این سه، مفتی به رأی خود فتوا می داد؛ مراد از رأی این است که هرگاه دلیلی از کتاب و سنت یا بیده نشود، بر مبنای آنچه شارع مقدس معین کرده و با رعایت اهداف و مقاصد کلی شرع فتوا می دهند. البته اگر این رأی به حجت معتبر مستند باشد از نظر شیعه نیز معتبر است ولی اگر از راه ظن حاصل شود «از راه شهرت، قیاس و...» بدون شک از نظر شیعه ارزشی ندارد.^۳ لذا در دوره اول با این که از عقل و دلیل عقلی استفاده می شد اما به عنوان منبع استنباط در کنار آیات و روایات شمرده نمی شدند.

بعد از زمان ائمه «ع» و در دوران غیبت صغرا و بعد از آن تا اواخر قرن چهارم به دلیل نزدیکی به عصر ائمه «ع» هنوز بازار حدیث رونق داشت و غلبه با محدثانی مثل مرحوم کلینی «ره» متوفی ۳۲۹ و علی بن

^۱ - محمدباقر بن محمدتقی مجلسی، پیشین، ج ۲، ص ۲۵۱

^۲ - رضا اسلامی، پیشین، ص ۲۷۷

^۳ - ابوالقاسم گرجی، تاریخ فقه و فقها، ص ۵۱

بابویه قمی متوفی ۳۲۹، و محمدبن علی بن بابویه قمی «شیخ صدوق» متوفی ۳۸۱ بود که با تحلیل‌های عقلی مخالفت کرده و معتقد به نقل حدیث و عمل به مضمون حدیث بودند. در این دوره هم به صورت آشکارا نامی از دلیل عقلی به عنوان یکی از ادله استنباط احکام و نیز بنای عقلا در مقابل کتاب و سنت برده نشده است؛ اگرچه گرایش ضعیفی به سوی تفکر عقلی در فقه وجود داشته است.

اما در اوایل و اواسط قرن چهارم هجری بود که دو فقیه بزرگ، سخت از روش عقلی حمایت کردند که گاهی موجب دردسر آن‌ها می‌گردید، که به عنوان قدیمین در علم اصول و فقه معروف و مشهورند که عبارت است از ابن ابی عقیل عمانی «معاصر کلینی» و ابن جنید اسکافی که نزدیک یک قرن و نیم دوام یافت، علم فقه که در دوره قبل در واقع جمع نصوص بود، در این دوره به صورت اجتهاد درآمد و به برکت علم اصول از عرف و لغت و عقل و سیره عقلا نیز یاد می‌شد.^۱ به طوری که ابن جنید را گاه متهم می‌کردند که گرایش سنی‌گری دارد و در اجتهاد خود به قیاس عمل می‌کرده و قیاس را حجت می‌داند، به همین دلیل نظر مخالف او در فقه اهمیت داده نمی‌شود.^۲

شیخ طوسی در کتاب فهرست خود درباره ابن جنید می‌گوید «نویسنده خوبی است جز آن که قائل به قیاس است لذا نمی‌شود به کتب او اعتماد کرد».^۳ اما برخی این اتهام را نسبت به ابن جنید بی‌اساس دانسته و چنین دلیل آورده‌اند که اخباریان تصورشان از دلیل عقلی امری فراتر از آن چیزی بود که اصولیین بر آن پافشاری می‌کردند. تصور آنان از دلیل عقل شامل قیاس و استحسان و مانند آن‌ها نیز می‌شود به این خاطر اصولیین و به خصوص ابن جنید را متهم می‌کردند که روش اهل سنت را پیش گرفته و به تفکرات عقلانی و ظنی روی آورده‌اند؛ به این دلیل است که محمدامین استرآبادی می‌گوید «ابن جنید و ابن عقیل عمانی، نخستین کسانی بودند که شیوه اصحاب ائمه «ع» را رها کرده و به افکار عقلانی چون قیاس و اجماع روی آوردند»^۴ در حالی که فقهای ما عمل به قیاس را باطل دانسته و می‌فرمایند لیس من مذهبنا قیاس. و مراد از

۱ - ابوالقاسم گرگی، همان ص ۱۳۷

۲ - همان

۳ - رضا اسلامی، پیشین، ص ۲۸۸

۴ - سعید قماش، پیشین ص ۴۹

قیاس باطل همان تمثیل منطقی است که اهل سنت به عنوان چهارمین دلیل احکام از آن نام می‌برند. ولی بازهم در زمینه دلیل عقلی از آنان چیزی نقل نشده است.

پس از قدیمین «اوائل و اواسط قرن چهارم» در میان فقها و علمای علم اصول در اواخر قرن چهارم و اوایل قرن پنجم از عقل برای درک احکام شرعی سخن به میان آمده است. به عنوان مثال شیخ مفید^۱ «مُحمّد بن مُحمّد بن نُعمان» معروف به ابن معلم، فقیه و متکلم برجسته، که یکی از اساتید برجسته ایشان ابن جنید اسکافی است. عصر شیخ مفید عصر شکوفایی علم بود، این عالم نامدار و برجسته استاد علمای بزرگواری مانند سید مرتضی و شیخ طوسی و دارای کتاب‌های متعددی است.

شیخ مفید مشرب فقهی جدیدی را بر اساس قواعد و اصول پایه‌گذاری کرده و عقل را به عنوان راه رسیدن به احکام شرعی معرفی کرده است و برای عقل جایگاه بلندی قائل شد^۲ که شاگردانش راه او را ادامه دادند «ولی در عین حال راه میانه‌ای را در برابر دو عملکرد عقل‌گرایی افراطی و اکتفا کردن به روایات بدون توجه به عقل، به ارمغان آوردند به گونه‌ای که پس از وی از عقل به عنوان یکی از منابع حکم شرعی یاد می‌شود، اما خود ایشان همانند دوره‌های قبل از عقل به عنوان یک دلیل مستقل فقهی، به طور روشن سخن نگفته است. شیخ مفید می‌فرماید «اصول احکام، کتاب، سنت و اقوال ائمه معصوم» ع «است، از این سه راه می‌توان به این اصول دست یافت»^۳. عقل را اولین شیوه برای استنباط احکام ذکر می‌کند و آن را راه معرفت و شناخت قرآن و دلایل اخبار می‌داند.

همان‌طور که بیان شد قبل از شیخ مفید دو روش فقهی «یعنی افراطی بر روایات متنی و روش که بیش از حد بر قواعد عقلی تأکید می‌کرد» وجود داشت اما شیخ مفید راه میانه را انتخاب کرد و روش فقهی جدیدی بنا کرد که در ابتدا به کمک عقل اصول و قواعدی برای استنباط احکام تدوین می‌شد سپس به وسیله این اصول، استنباط احکام از متون دینی انجام می‌گرفت. به گفته دکتر گرجی «شیخ مفید با همان صلابت و قدرتی که در برابر اندیشه حدیث‌گرایی ایستاد با کسانی که قیاس را ملاک استنباط احکام قرار داده بودند نیز به مقابله پرداخت. در کتاب مقنعه در یکجا روش قیاسی را نکوهش می‌کند در مورد دیگر

^۱ - محمد بن محمد بن نعمان، مفید، التذکره بأصول الفقه، ص ۲۸

روش شیخ صدوق «ره» را در عین احترام به آنها، که بر هر خبری اعتماد می‌کند بازگو کرده است و کتاب‌هایی در رد ابن جنید نگاشت مانند نقض رساله الجندی الی اهل مصر و کتاب والنقض علی ابن جنید فی اجتهاد الرأی^۱.

پس از شیخ مفید شاگردانش مثل علی بن حسین ملقب به سید مرتضی و علم الهدی «۴۳۶ هـ» در کتاب الذریعه الی اصول الشریعه و محمد بن الحسن بن علی بن طوسی ملقب به شیخ طوسی در العده الاصول راه استاد را ادامه دادند. سید مرتضی در کتاب الذریعه به حجیت عقل تصریح کرده و مطالب مفصلی در رد قیاس می‌آورد، روش او در اصول پیروی از دلیل عقل بود در فقه به خبر واحد عمل نمی‌کرد و تعبد به خبر واحد را عقلاً جایز و شرعاً غیرواقع می‌دانست. چنانچه شیخ انصاری می‌فرماید «سید مرتضی تصریح کرده به استقلال عقل به اباحه چیزی که دلیلی بر مفسده آن چیز وجود ندارد در مسئله خبر واحد^۲». در استنباط احکام از ادله لفظیه و عقلیه استفاده می‌کرد. بنابراین سید مرتضی همانند استادش شیخ مفید در عقل‌گرایی، معتدل و مخالف روش محدثان و اخباریان بود، باین حال اختلاف‌نظرهایی با استادش داشت که نشانگر اجتهاد قوی او در اصول و فروع است.

قطب‌الدین راوندی کتابی نوشته بنام الاختلاف الواقع بین الشیخ المفید و السید المرتضی و ۹۵ مورد اختلافی میان این دو را برشمرده است. خلاصه این که از آغاز غیبت تا ظهور شیخ الطائفه اهل اجتهاد دو گروه بودند. دسته‌ای متهم به عقل‌گرایی افراطی مانند ابن ابی عقیل و ابن جنید و دسته دیگر کسانی مثل شیخ مفید و سید مرتضی که اجتهاد آنان معتدل‌تر بود و قابل قبول^۳. در این دوره نیز نامی از این که عقل یا دلیل عقلی از منابع استنباط است به میان نیامده است.

اما ارزشی که شیخ طوسی «ره» متوفی سال ۴۶۰ هـ ق نسبت به کاربرد عقل در همه معارف دینی قائل شد، قبل از او سابقه نداشت به طوری که برخی از شرح حال‌نگاران، این عالم برجسته را به عنوان مجتهد

۱ - ابوالقاسم گرگی، پیشین ۱۴۱

۲ - مرتضی انصاری، رسایل، جلد ۱ ص ۳۳۳

۳ - رضا اسلامی، پیشین ص ۲۸۶

عقل گرا معرفی کرده‌اند.^۱ وی توانست اجتهاد شیعه را در برابر اجتهاد اهل سنت عملاً استقلال داده و به قلم فقه شیعه نیز اعتدال بخشد، نه مثل اخباریان بود که فقط اخبار را مبنای استنباط قرار دهد و نه مثل قدما بود که تحت تأثیر اهل رأی قرار گیرد و نه از قیاس در استنباط استفاده می‌کرد، بلکه در مواردی از کتاب و سنت و در موارد دیگر از ادله عقلیه استفاده می‌کرد.^۲ در تفسیر تبیان با کمک از آیاتی که راجع به عقل آمده است به کسانی که از عقل در فروع فقهی استمداد نمی‌جویند و به‌ظاهر نصوص شرعی تمسک و بسنده می‌کنند، اعتراض می‌کند.^۳

شیخ طوسی در عده الاصول بسیاری از علوم که در ماهیت عقل به آن اشاره کرده است را برشمرده و به دو دلیل، عقلی بودن آن‌ها را اثبات نموده است.^۴ وی با تقسیم معلومات انسان به ضروری و اکتسابی «معلوماتی که از طرق مختلف عقلی و نقلی فراهم می‌شود» باینکه مستقلات عقلی را صریحاً مطرح کرده و آن را حجت می‌داند، از دلیل عقلی به‌عنوان یک دلیل مستقل یاد نمی‌کند. ولی از همین جاست که جرقه قاعده ملازمه را در ذهن اصولیین می‌زند که در دوره‌های بعدی قاعده ملازمه پی‌ریزی می‌شود.^۵

بعد از شیخ طوسی حدود یک قرن تنها آراء علمی ایشان مطرح می‌شد «با احترام به عظمت علمی شیخ». هیچ فقیهی به خود اجازه نمی‌داد که در برابر آراء وی مخالفتی ابراز کند که به دوره عصر تقلید مشهور است، لذا دلیل عقلی از رشد و شکوفایی بازماند. باینکه علمای بزرگی مانند قاضی ابن براج، شیخ طبرسی صاحب مجمع‌البیان، قطب‌الدین راوندی صاحب کتاب احکام الاحکام و خیلی از علمای دیگر در آن زمان بوده است.^۶

۱ - گروهی از نویسندگان، منابع فقه و زمان و مکان: ج ۱ ص ۳۶۷

۲ - ابوالقاسم گرگی، پیشین، ص ۱۷۶

۳ - محمدبن حسن طوسی، التبیان فی تفسیر القرآن، ج ۹ ص ۳۰۳

۴ - محمدبن حسن طوسی، العدة فی أصول الفقه، ج ۱ ص ۲۳

۵ - محمدبن حسن طوسی-همان، ص ۱۳

۶ - ک ابوالقاسم گرگی، پیشین، ص ۲۱۷

از علمای طراز اول اهل سنت غزالی متوفی ۵۰۵ نخستین کسی است که آشکارا عقل را به عنوان چهارمین دلیل فقهی معرفی می کند و عبارت ایشان به مسئله قبح عقاب بلایان دلالت دارد.^۱

در اواخر قرن ششم فقیه نامور محمد بن ادریس «متوفی ۵۹۸» شاگرد ابن زهره، این رکود را از بین برده و تحول بزرگی به وجود می آورد به طوری که برخی مثل مرحوم مظفر عقیده دارد در مذهب شیعه ابن ادریس نخستین شخصیتی است که دلیل عقلی را به صورت گذرا که بعد از او به تکامل رسید، مطرح کرد و به صورت ساده و مبهم از دلیل عقل نام برده است.^۲ از کتاب سرائر به دست می آید که دلیل عقلی را در عرض سه دلیل دیگر نمی داند بلکه رتبه طولی قائل بوده که اگر سه دلیل دیگر «کتاب، سنت، اجماع» وجود نداشت عقل دلیل می شود.^۳ ابن ادریس حوادث زمان را به حکم الهی با دلیل عقل مستند ساخته و مشکلات زیادی را حل کرد برخلاف اخباری ها که به سراغ احتیاط می روند. به همان مدرک مراجعه شود.

بعد از ابن ادریس، نجم الدین جعفر بن حسن المطهر معروف به محقق حلی «متوفی ۶۷۶ ه ق» دلیل عقل را به دو قسم تقسیم کرد. شهید اول «متوفی ۷۸۶» این تقسیم را گسترش داد و شهید ثانی «متوفی ۹۶۶» در آغاز کتاب قضاء شرح لمعه دلیل عقل را به استصحاب و برائت اصلی و نیز قیاس منصوص العله تفسیر کرده است.^۴

در اوایل قرن یازدهم که عصر پیدایش اخباریان است یکی از فقهای امامیه و محدثین شیعه بنام ملا محمد امین استرآبادی «متوفی ۱۰۲۶ ه ق» با انتشار کتاب فوائد المدینه سخت با حجیت عقل مخالفت کرده و برهان عقلی را در فقه خطای بزرگ شمرد. کسانی مثل سید نعمت الله جزایری، شیخ یوسف بحرانی، صاحب کتاب مستدرک الوسائل و الحدائق الناصره و محمد بن حسن حر عاملی معروف به شیخ حر عاملی مؤلف کتاب شریف مسائل الشیعه از جانب داران این نحله و مکتب اخباری بودند. البته برخی از آن ها مانند

۱ - محمد غزالی، پیشین، ج ۱ ص ۲۱۷

۲ - علی رضا فیض، مبادی فقه و اصول، ص ۴۴ و منابع فقه و زمان و مکان: گروهی از نویسندگان، ج ۱ ص ۳۷۰

۳ - محمد بن منصور بن احمد حلی، ابن ادریس، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، ج ۱ ص ۱۸

۴ - زین الدین بن علی عاملی، شهید ثانی، پیشین، ج ۳ ص ۶۲

شیخ حر عاملی احکام قطعی عقل را قبول داشته گرچه عقیده داشت برای استنباط احکام شرع نمی‌توان از مقدمات عقلی، یقین حاصل کرد.^۱

در این عصر مجتهدان بزرگی برای مقابله با این مکتب و تفکر به میدان آمدند و در همین دوره بود که فاضل تونی «متوفی ۱۰۱۱ ه ق» در عصر استیلای اخباریان می‌زیست که حملات شدیدی بر ضد عقل و بهره‌گیری از آن داشتند «وی از کسانی است که به تفصیل از دلیل عقل بحث کرده است درحالی‌که توجهی از صاحب معالم «متوفی ۱۰۱۱ ه ق» درباره دلیل عقل دیده نمی‌شود.^۲

در قرن ۱۳ که عصر جدید استنباط نامیده شده است پس از شکست مکتب اخباری، دانشمندانی بودند که دلیل عقل را بیان و از حجیت آن حمایت و به گونه مبسوط‌تری بحث کرده‌اند. که این بیان باملاحظه کتاب‌های از قبیل فصول، قوانین، به‌ویژه رسائل و کفایه در علم اصول، ریاض، حدائق، «سید علی طباطبایی جواهر، مکاسب و مصباح الفقیه در علم فقه بیشتر آشکار می‌شود. برای تحقیق بیشتر و موارد اختلاف اصولیین و اخباریین به آدرس ذیل مراجعه شود.^۳ لذا دانشمندانی مانند محقق قمی «متوفی ۱۲۳۱» در قوانین و شیخ محمدتقی برادر صاحب فصول در هدایه المسترشدين فی شرح معالم الدین در بحث قیاس^۴. و بحث‌های دیگر، زیربنای دلیل مستقل عقلی را در وجوه حسن و قبح و ملازمه بین حکم عقل و حکم شرع تبیین کرده‌اند.

برخلاف مرحوم آخوند خراسانی و شیخ انصاری «متوفی ۱۲۸۱» که باب مستقلی برای دلیل عقل قرار نداده‌اند، مرحوم مظفر «متوفی ۱۳۸۴ ه ق» به بهترین صورت به بیان دلیل عقل پرداخته و باب مستقلی را برای دلیل عقل و سیره عقلا اختصاص داده است.^۵ بعد از مرحوم مظفر شهید صدر «ره» به مسئله دلیل عقل

۱ - سعیدقماش، پیشین، ص ۴۸

۲ - رضا اسلامی، پیشین ص ۱۶۵

۳ - ابوالقاسم گرجی، پیشین، ص ۲۳۴

۴ - محمدتقی اصفهانی، هدایه المسترشدين، ص ۴۳۱

۵ - عباس زراعت، کامل‌ترین ترجمه و تبیین اصول الفقه العلامه محمدرضا مظفر، ج ۳، ص ۲۳۳ و ۳۲۳

پرداخته هرچند که مباحث مرحوم مظفر گسترده‌تر بوده اما دقت و عمق مباحث در کلام شهید صدر خصوصاً در غیر مستقلات عقلیه بی‌نظیر است.^۱

بنابراین در زمان ما نیز بحث از دلیل عقلی و بنای عقلا در کتب علمای معاصر مشهود است؛ دانشمندانی از قبیل آیت‌الله خویی «ره» در کتاب اجود التقریرات، مبانی تکمله المنهاج و نیز دروس فقه و اصول ایشان که به قلم شاگردان برجسته وی تقریر شده است مثل کتاب محاضرات فی اصول الفقه، نگارش آیت‌الله محمد اسحاق فیاض و امام خمینی «ره» در آثار متعدد خودشان مثل تهذیب الاصول، مناهج الوصول الی علم الاصول، الرسائل، المکاسب المحرمه در ۲ جلد و تحریر الوسیله در ۲ جلد. که برای آشنا با علمای معاصر و آثار آنان مراجعه شود به کتاب تاریخ فقه و فقها.^۲

بنای عقلا و استفاده از آن نیز در هر جامعه‌ای صرف‌نظر از دین، مذهب، نژاد و ملیت خاصی به وجود آمده و استقرار پیدا کرده و در طول زمان استمرار یافته‌اند که با مرور آیات شریفه و تأمل در آنها حکایت از توجه به روش‌ها و سیره‌های عقلایی دارد. احکام امضایی از قبیل کیفر سالب حیات، قطع دست مجازات تازیانه، دلیل بر این مدعا هست. سیره‌های پسندیده‌ای که آیات شریفه اهمیت بناهای عقلایی را یادآوری کرده و انسان را به رعایت و تبعیت آنها در زندگی اجتماعی و فردی دعوت می‌کند.

درست است که مبحث بنای عقلا نسبت به مبحث عقل از پیشینه کمتری برخوردار است گویا این‌که این عنوان با عناوین دیگری در فقه مطرح بوده است. در فقه شیعه اولین فقهی که بنای عقلا را تحت عنوان «العاده» مطرح کرد شهید اول بود و تمسک به سیره عقلا زمانی پا گرفت که بعضی از منابع فقهی از قبیل اجماع، اعتبار خود را از دست داد.^۳

نتیجه‌ای که از بررسی تاریخچه استفاده از عقل و بنای عقلا به دست می‌آید این است که عقل و استفاده از آن در پیشینه خود فراز و فرودهایی همراه داشته است. گاه به عقل نظر شایسته که حق آن بوده

۱ - رضا اسلامی، پیشین، ص ۱۶۶

۲ - ابوالقاسم گرجی، همان، ص ۲۸۶

۳ - سیدمحمد اصغری، عدالت و عقلانیت در فقه و حقوق، ص ۱۶۸

نشده است و در زمانی دلیل عقلی با توجهی که به آن شده است سیر تکاملی خود را ادامه داده است، مانند گلوله برف کوچکی از قله‌ای سرازیر شد و در اواسط قرن چهارم هجری در صحنه استنباط به عنوان یک وسیله معتبر وارد شد و پس از گذر از سال‌های متمادی مانند بهمن بزرگی به دست ما رسیده است. البته این مطلب به این معنا نیست که عقل و دلیل عقلی قبل از قرن چهارم نقشی در استنباط نداشته است.

۱-۳-۲- اعتبار و جایگاه عقل و بنای عقلا در فقه و حقوق

قبل از بیان جایگاه عقل و بنای عقلا این نکته قابل توجه است که عقل در اصول عقاید و اعتقادات دخالت تامه و نقش محوری دارد بلکه راهی جز عقل برای شناخت آن‌ها وجود ندارد، برای مثال در اثبات وجود خداوند به ادله شرعی مثل کتاب و سنت نمی‌توان استدلال کرد؛ زیرا دور لازم می‌آید؛ گرچه در این مورد عقل می‌تواند از وحی و قرآن و رهبران دینی کمک بگیرد.

اما حدود دخالت عقل در فقه و استنباط احکام چه گونه بوده و از چه جایگاهی برخوردار است. این که عقل و دلیل عقلی در استنباط برخی از احکام به عنوان منبع قرار می‌گیرد به عنوان ابزار و وسیله، علمای شیعه و سنی، اخباری و اصولی و اشعری و غیر اشعری قبول دارند. مستنبط با کمک عقل به سراغ دیگر منابع «کتاب، سنت و اجماع» رفته و حکم شرعی را استخراج کند.

به عنوان مثال مجتهد با روایتی برخورد می‌کند که حکم عامی را بیان می‌کند مبنی بر شلاق و رجم، کیفر مخصوص پیرزن و پیرمرد زانی است. این روایت عام است شامل زانی متأهل و مجرد می‌شود. بعد در روایت دیگری بباید که در مورد برخی از افراد عام، حکم مخالفی بیان شده که کیفر را فقط شلاق می‌داند. در اینجا است که عقل به عنوان ابزار استنباط به کمک فقیه می‌آید که وی دلیل عام را به وسیله دلیل خاص تخصیص می‌زند تعارض ظاهری میان دو دلیل را رفع کرده و به دو دلیل عمل می‌کند و می‌گوید صد شلاق مخصوص پیرهای مجرد است، اما جلد و رجم کیفر متأهل و محصن و محصنه است.

حتی کسانی که از مخالفان سرسخت کاربرد استقلالی عقل است مثل محدث بحرانی «که معتقد است احکام فقهی عبادی و غیر عبادی توقیفی است و باید از شریعت برسد اگر عقل در این زمینه استقلال داشته

باشد فرستادن رسولان و کتب آسمانی بی وجه است «وقتی سخن از کاربرد ابزاری عقل به میان می آید آن را پذیرفته و مصادیقی را برای آن ذکر می کند»^۱. این نوع از کارایی عقل را به اخباری نیز می توان نسبت داد.

الف: جایگاه عقل

سؤال اساسی این است که آیا عقل به عنوان منبع مستقیم در کنار سه منبع و به عنوان چهارمین منبع استفاده می شود یا نه؟ به طور اجمال و کلی سه نظریه در این مورد وجود دارد.

نظریه اول: نظر فقهای اهل سنت است که به طور مطلق ادراکات و احکام عقلی را جهت استنباط احکام شرعی معتبر دانسته و حتی بالاتر از این، ملاک های از قبیل قیاس، استحسان، مصالح مرسله و... را نیز حجت می دانند. شاطبی مالکی غرناطی در ارتباط با قیاس با صراحت بیان می کند «در عبادات نباید دنبال حکمت و معنی قانون رفت و قیاس کرد. اما در خارج از عبادات باید دنبال حکمت و معنی قانون رفت و قیاس باید کرد»^۲.

در استدلال خود «عمل به قیاس» گرچه می گویند ما علت وضع قانون را از خود قانون استخراج کردیم و درواقع به قانون عمل کرده و پا را فراتر از قانون نمی گذاریم، ولی این یک توجیه و صورت سازی است. درواقع قیاس کننده بر مرکب عقل خود سوار است. یا در ارتباط با مصالح مرسله که عبارت است از مصالح و یا مضاری که خطاب خاص یا عام ندارد، ولی از مذاق شرع چنین به دست می آید، مانند اینکه کفار هنگام جنگ، عده ای از اسرای مسلمان را سپر خود قرار دهند و در پناه آنان قصد صدمه زدن به مسلمین را داشته باشند. در اینجا مصالح مرسله اقتضا می کند که کشتن اسرای مسلمان جایز باشد؛ از مذاق شرع به دست می آید که این کار نزدیک تر به مصالح مسلمین است. در رد نظر قائلان مصالح مرسله گفته شده: مسلماً مصالح قطعی یعنی ادله و نصوص معتبر یا مستقلات عقلی قطعی حجت است، ولی اگر مصلحت به گونه ای

۱ - ابوالقاسم علی دوست، پیشین، ص ۱۶۲

۲ - محمدجعفر جعفری لنگرودی، مکتب های حقوقی در حقوق اسلام ص ۱۱۴

باشد که دلیلی بر اعتبار یا الغای آن موجود نیست و صرفاً ظن به حکم شرعی است، بدون دلیل قطعی بر اعتبار این ظن، این تمسک به دلیل عقلی ظنی است و «إِنَّ الظَّنَّ لَا يُغْنِي مِنَ الْحَقِّ شَيْئاً»^۱.

نظریه دوم «برخلاف نظر اول» ادراکات عقل را حجت ندانسته و عقل را به عنوان یکی از ادله احکام شرع نمی‌دانند. که به مکتب تعبد، در حقوق از آنان یاد می‌شود. اشاعره و اصحاب حدیث از اهل سنت و اخباری‌ها از شیعیان پیرو این نظریه هستند. نقطه مشترک آنان اعتنای شدید به اخبار و روایات و بی‌مهری به توانایی و آگاهی‌های عقلانی است.

اشاعره عقیده دارند که ما از امرونی‌های شارع به نیکی و بدی اشیاء پی می‌بریم حتی اگر شارع اصل آزادی اراده را اعلان نکند ما توانایی عقلی برای اعلان چنین اصلی در قلمرو حقوق نداریم. از میان اهل سنت حنفیه و معتزله مخالف مکتب تعبد هستند^۲.

اخباری‌ها که رئیس آنان میرزا محمد استرآبادی از علمای قرن یازدهم است حسن و قبح عقلی را منکرند و مبنای فکری‌شان این است که با عقل، انسان به واقع نمی‌رسد و یا اگر قبول هم داشته باشند منکر وجود رابطه مستقیم و تلازم عقل و حکم شرع هستند و اگر این را هم قبول کنند، لزوم پیروی از حکم شرعی که از طریق ملازمه بین حکم عقل و شرع به وجود آمده را انکار می‌کنند. گرچه ایشان در مواردی به دلیل عقل استناد کرده است^۳؛ مثلاً در مقام تعارض ادله وقتی استدلال می‌کند بر رد مرجحات می‌گوید: دلیل عقلی قطعی بر مرجحات نداریم. یا استدلال می‌آورد که دلیل عقلی قطعی بر حجیت اجماع نداریم^۴. ولی باز هم به نظر می‌رسد که آنان عقل را دلیل مستقل به حساب نمی‌آورند.

اخباری‌ها بر این نظریه خود که نمی‌توان دلیل عقل را جزء منابع قرارداد و آن را معتبر دانست چند دلیل ارائه کردند. دلیل اول: به کارگیری عقل در امر شریعت و دین به شهادت تاریخ، مسلک اهل سنت و بدعتی از جانب آن‌ها بوده که کم‌کم شیعه را متأثر کرده است.

^۱ - جمعی از نویسندگان، مجله: فقه اهل بیت (ع)، ۵۵، ص ۱۸۶

^۲ - محمدجعفر جعفری لنگرودی، پیشین، ص ۱۱۲

^۳ - گروهی از نویسندگان، منابع فقه و زمان و مکان: ج ۱ ص ۳۴۴

^۴ - ابوالقاسم گرجی، پیشین، ص ۲۴۶

دلیل دوم: روایاتی است که در ارتباطِ تخطئه عقل وارد شده است به این مضمون «انّ دین الله لایصاب بالعقول»^۱.

دلیل سوم: ادله معتبری است که دلالت بر کمال شریعت تا روز قیامت می‌کند، بنابراین جایی برای تمسک به دلیل عقل نمی‌ماند.^۲

پاسخ از ادله اخباری‌ها چندان مشکل نیست؛ زیرا اصولیین و فقهای شیعه قبول دارد که دلیل عقلی ظنی معتبر نبوده و این مرام و مسلک اهل سنت را که به اجتهادات و آراء شخصی و قیاسات و استحسانات اعتماد می‌کنند، رد کرده و معتبر نمی‌دانند؛ زیرا از مصادیق دلیل عقلی ظنی است که در روایات ما مذمت شده است. در اندیشه علمای شیعه مراد از دلیل عقلی به معنای دلیل قطعی عقلی است که در مقام تحلیل کار شرع و کشف قوانین بکار می‌رود.^۳

اگر علمای اخباری از دیدگاه رایج مکتب اصولی، به‌خوبی آگاه بودند چنین راه دشواری را در برابر تفکر اصولی نمی‌پیمودند. فرق است بین آن رأی و گمانی که کاشف از حقیقت نیست و بین حکم قطعی عقل. مضافاً بر این‌که در مقابل روایاتی که عقل را تخطئه کرده‌اند ما روایات بی‌شماری داریم که از عقل تمجید شده و آن را به‌عنوان حجت باطنی می‌داند که قبلاً روایات بیان شد. به‌عبارت‌دیگر همان ادله‌ای که دلالت بر کمال دین تا روز قیامت می‌کند دلالت بر اعتبار عقل به‌عنوان حجت باطنی هم دارد و منافاتی بین کمال شریعت و اعتبار و حجیت عقل نیست.

به‌هرحال تذکر این نکته مفید خواهد بود که اخباریان در عدم اعتنا به دلیل عقلی در یک سطح نیستند بلکه گرایش‌های متعددی دارند. برخی از آنان به‌هیچ‌وجه روی خوشی به معارف عقلی نشان ندادند مانند ملا محمدامین استرآبادی، برخی از آنان مثل شیخ حر عاملی احکام قطعی عقل را قبول داشته ولی عقیده

۱ - محمدباقر بن محمدتقی مجلسی، پیشین، ج ۲ ص ۳۰۳

۲ - رضا اسلامی، پیشین، ص ۱۷۱

۳ - عباس زراعت، کامل‌ترین ترجمه و تبیین اصول الفقه، العلامه محمدرضا مظفر، ج ۳ ص ۲۳۵

دارد که اساساً نمی‌توان در استنباط احکام از معارف عقلی، یقین به دست آورد. اما برخی از آنان عقل فطری خالی از اوهام را قبول دارد و حتی دربرتری نقل بر آن تردید دارد.^۱

نظریه سوم که به بزرگان علمای شیعه نسبت داده شده است، آنان نه مثل نظر اول مطلق مدرکات عقل را در استنباط احکام شرعی معتبر می‌دانند و نه مثل نظر دوم به‌طور مطلق حجیت احکام عقلی را نفی می‌کنند، آن دسته از احکام عقلی که ریشه در عقل سلیم دارد را پذیرفته، لکن احکام مبتنی بر تمایلات نفسانی را غیر سلیم دانسته و رد می‌کنند و معتبر نمی‌دانند.

پیروان این مکتب را در مقابل مکتب تعبد، مکتب تعقل نامیده‌اند که شرع را مرکب از معقول و منقول می‌دانند البته به همان بیانی که ذکر شد. عده‌ای از بزرگان فقهای شیعه مثل شیخ مفید و شیخ طوسی با اینکه به دلیل عقلی بهاداده‌اند اما عقل را به‌عنوان منابع در کنار سه منبع دیگر قبول ندارند با لااقل روشن نیست که عقیده بر منبع بودن دلیل عقلی داشته باشند. شیخ طوسی که گرایش غالب او در اجتهاد، عقلی است و بر این باور است که گاهی دلیل عقلی می‌تواند موجب تصرف در ظاهر کلام شود و کلام را از حقیقت به مجاز سوق دهد^۲ دسته دوم که مشهور علمای فقه و اصول شیعه هستند اعتقاد دارند که عقل یکی از منابع چهارگانه در فقه است.^۳ البته همان‌طوری که بیان شد دلیل عقل را به‌عنوان یکی از منابع قبول دارند به خاطر قطعی و یقینی بودن احکام آن و حجیت قطع را نیز ذاتی می‌دانند.

سید مرتضی اولین کسی است که دلیل عقل را در کنار کتاب و سنت مطرح کرد است.^۴ شهید صدر ادله را بر دو قسم ادله محرز «ادله‌ای که واقع را احراز می‌کند» و ادله عملیه «که وظیفه انسان شاک را بیان می‌کند»^۵ تقسیم کرده است. ایشان دلیل عقلی را در کنار دلیل شرعی جزء ادله محرز می‌داند و در باب حجیت دلیل عقلی چنین تبیین می‌کند اگر حکم عقلی، قطعی باشد بدون شک این دلیل عقلی حجت است؛

۱ - سعیدقماش، پیشین، ص ۴۸

۲ - محمدبن حسن طوسی، العدة فی اصول الفقه، ج ۱ ص ۳۳۷

۳ - عباس زراعت، پیشین، ج ۲ ص ۱۲۰

۴ - ابوالقاسم علی بن حسین موسوی، معروف به سید مرتضی علم الهدی، الذریعه، ج ۲ ص ۳۲۷

۵ - سیدمحمدباقرصدر، دروس فی علم الاصول ج ۲ ص ۳۹

زیرا حجیت قطع ذاتی است و جای بحث نیست. آنچه که نیاز به بحث دارد آن دلیل عقلی است که ظنی بوده و قطعی نباشد مثل قیاس که باید بر حجیت یا عدم حجیت آن دلیل آورد و بحث کرد.^۱ و ما دلیل نداریم بر حجیت چنین ظنی بلکه دلیل داریم بر عدم اعتنا به حدس و گمان و قیاس. در ادامه نظر مخالف را بیان می‌کند که عقیده دارند درست است که قطع به‌طور کلی معتبر است ولی مراد قطعی است که از غیر دلیل عقلی به وجود آید، اما قطعی که از دلیل عقلی ناشی شود معتبر نخواهد بود و دارای اثر نیست. شهید صدر در مقام جواب می‌فرماید «این حرف شما صرف ادعاست و ما دلیلی نداریم بر اینکه فقط قطعی که از راه غیر دلیل عقلی حاصل شده باشد حجت است»^۲.

مرحوم مظفر با تعریف و توضیح دلیل عقلی به اینکه دلیلی عقلی یعنی هر قضیه عقلی که به‌وسیله آن، به علم قطعی در مورد حکم شرعی دست‌یافت در بیان حجیت دلیل عقلی و منبع بودن آن در کنار قرآن و سنت و اجماع، حدود ۳۰ صفحه بحث کرده و چنین می‌فرماید «بحث ما به اینجا رسید که دلیل عقلی آن است که موجب قطع به حکم شرعی شود وقتی چنین شود ما بالاتر از قطع، حجتی نداریم؛ زیرا که حجیتی هر حجتی به قطع منتهی می‌شود و قطع ذاتاً حجت است و سلب حجیت از قطع معقول نیست»^۳.

بنابراین دلیل عقلی از آن جهت معتبر و حجت است چون مفید قطع است و اعتبار قطع نیز ذاتی است و نمی‌شود اعتبار و حجیت را از قطع گرفت؛ چون ذات شیء از خود شیء قابل انفکاک و جدایی نیست. یکی از لوازم حجت و اعتبار بودن دلیل عقل، منجزیت و معذرت دلیل عقلی است؛ یعنی اگر مکلف مخالف با قطع رفتار کرد، در صورتی که قطع و حجت با حکم واقعی برابری داشته باشد، عقل حکم می‌کند به حسن عقاب برای آن مکلف «منجزیت حکم» ولی اگر مکلف برابر حجت و قطع و دلیل قطعی عقلی رفتار کرد، چه این که آن حجت و قطع با حکم واقعی برابری داشته باشد و چه نداشته باشد، مکلف بر اساس قطع

۱ - همان، ص ۱۴۸

۲ - همان، ص ۱۹۸

۳ - عباس زراعت، پیشین، ج ۳ ص ۲۵۰

خود عمل کرده ولی قطع وی مخالف با واقع بوده است عقل حکم می‌کند به قبح عقاب چنین مکلفی «معذرت» این از آشکارها و پذیرفته‌های علم اصول است.^۱

نکته‌ای قابل تأمل این است که علمای اصول از قطع تعبیر به علم کرده‌اند و علم و قطع را عین هم دانسته‌اند و قطع را مانند علم، نوراً لنفسه و نوراً لغيره دانسته^۲. اما نقدی که وارد است «چنانچه برخی از اساتید درس خارج کفایه این نقد و سؤال را مطرح کرده‌اند» این است، اگر قطع عین علم و یقین است پس چرا اولاً بجای علم، قطع را بکار می‌برید؟ به چه دلیل خود واژه علم را بکار نمی‌برید؟ ثانیاً چرا درباره قطع قائل به خطا و اشتباه هستید؟ زیرا علم همان‌طوری که می‌گویید در او خطا نیست، علم نور است عین حقیقت است. و اگر قطع غیر علم است پس چرا از قطع تعبیر به علم کرده و آثار علم را بر او بار می‌کنید؟ باینکه واژه علم در آیات فراوان و روایات آمده است ولی قطع حتی یک مرتبه به معنای قطع به حکم شرعی در هیچ آیه و روایتی نیامده است.^۳ این اشکال درخور توجه است مخصوصاً راجع به کتب درسی متداول که در اکثر آن‌ها مثل کفایه مرحوم آخوند و رسائل مرحوم شیخ انصاری و اصول فقه مرحوم مظفر و... که مباحث قطع یکی از مباحث اصلی آن‌ها است.

اما دلیل عقل در حقوق موضوعه میان حقوقدانان بدون اختلاف اعتبار دارد. حقوقدانان خودشان را نیازمند دلیلی عقلی دانسته و همواره در استنادها و استدلالات آنان ردّ پای دلیل عقلی دیده می‌شود. در نظام قانون‌گذاری جمهوری اسلامی ایران که برگرفته از احکام حقوقی و کیفری دین مبین اسلام است اگر شورای نگهبان که مرجع تشخیص قوانین با شرع مقدس می‌باشد، استدلال عقلی را مخالف صریح شرع بداند و مجلس بر این امر پافشاری کند موضوع به مجمع تشخیص مصلحت نظام ارجاع می‌گردد و بسیار دیده شده است که مجمع به این مخالفت راضی شده است. استدلال‌های عقلی در رویه قضایی نیز چنین است؛ به عنوان نمونه در مواد از قانون مجازات اسلامی، مطالبه مازاد بر دیه، شرعی نیست که این طبق موازین شرع نیز می‌باشد. اما هیئت عمومی دیوان عالی کشور در رأی اصراری شماره ۵ در تاریخ

۱ - محمدکاظم خراسانی، کفایه الاصول ص ۲۵۸

۲ - همان، ص ۲۶۳

۳ - تقریرات درس خارج اصول، استاد محترم نصرتی، تاریخ ۱۶-۹-۱۳۹۹ ص ۹۲ جزوه خارج اصول

۱۳۷۵/۴/۵ برخلاف آن نظر داد و علاوه بر صدور حکم دیه در حق مجنی علیه دادگاه، خواندگان را به پرداخت ضرر و زیان محکوم نمود. که این حکم و امثال این حکم بر اساس دلیل عقل صادر می‌شود.^۱

ب: جایگاه بنای عقلا

پس از بررسی جایگاه عقل به تبیین جایگاه سیره عقلا پرداخته می‌شود، این واژه از اصطلاحاتی است در فقه و اصول که جزء ادله احکام شرعی معرفی شده است و بسیار مورد استفاده قرار گرفته و کاربرد متعددی دارد. مسلم است که در مقایسه واژه بنای عقلا با کلمه دلیل عقل، بنای عقلا در اهمیت از درجه کمتری برخوردار بوده و در نوشته‌های دانشمندان شیعی جزء دلایل و منابع احکام شمرده نشده است، اما نقش اساسی و انکارناپذیری درباره دو منبع اصلی فقه یعنی قرآن مجید و سنت ایفا می‌کند؛ زیرا بخش عمده از احکام شرع با ظاهر قرآن و سنت اثبات می‌شود و دلیل مهم حجیت ظواهر قرآن و روایات، سیره عقلا است.

در بسیاری از ابواب در استنباط قواعد فقهی و احکام شرعی، دانشمندان این رشته به بنای عقلا تمسک نموده و تقریباً از قدیم‌ترین ایام حیات فقه شیعه مورد توجه فقها قرار گرفته است مخصوصاً در قرون اخیر در عبارات علماء نمود پررنگی داشته است، به عنوان مثال از کاربردهای بنای عقلا در فقه جزا که نشانگر جایگاه آن است عبارت است از تعریف حرز، لزوم مال محسوب شدن شیء مسروق، ملاک احراز رشد، مترتب نشدن مجازات بر صرف قصد مجرمانه، و تحدید آزادی‌ها، مجازات جریمه مالی و وجود کیفرهایی از قبیل سلب حیات، حبس، تازیانه^۲ و رابطه بنای عقلا و احکام جزایی امضایی^۳ حکمی که قبلاً توسط عقلا مورد عمل بوده و شارع آن را تأیید کرده است^۴ و مباحث متنوع دیگر که در بخش دوم خواهد آمد.

حال باید دید که بنای عقلا در فقه و در حقوق از چه جایگاهی برخوردار است؟ در تبیین این سؤال باید گفت که بنای عقلا چون از ادله غیر قطعی و ظنی می‌باشد ذاتاً حجت نبوده و عمل بر طبق ظن و دلیل

^۱ - رک، عباس زراعت، پیشین، ج ۲ ص ۱۳۶

^۲ - پرویز صانع، حقوق جزای عمومی، ص ۶۱۵

^۳ - حمید بهرامی احمدی، قواعد فقه، ص ۲۳

غیرقطعی حرام است.^۱ اگر دلیل لفظی معتبری بر تأیید سیره عقلایی وجود داشته باشد بدون شک آن سیره حجت خواهد بود. اما اگر چنین دلیل لفظی وجود نداشته باشد مشهور اصولیین روش تقریر را حاکی از موافقت شارع مقدس بر اعتبار سیره عقلا بیان کرده‌اند که عبارت است از سکوت و عدم ردع و منع شارع. پس باید احراز شود وجود چنین بنای عقلا در زمان شارع، و نیز امکان ردع داشته است ولی ردع نکرده باشد. در این صورت است که کشف می‌شود موافقت شارع؛ مثل عمل به ظهورات الفاظ که مردم در عصر رسالت و امامت نیز معانی الفاظ را از آنان می‌شنیدند و در حیطه احکام و مسائل دینی نیز به ظاهر کلام آنان عمل می‌کردند و شارع آنان را از این عمل نکرده است.^۲

برای روشن شدن جایگاه بنای عقلایی این مطلب مفید خواهد بود که در باب اعتبار و حجیت بنای عقلا دو مبنا وجود دارد.

مبنای اول در حقیقت بنای عقلا را یک دلیل شرعی می‌داند به این معنا که بنای عقلا در صورتی اعتبار دارد که به نحو قطعی مورد تأیید شارع باشد؛ این مبنا دو مرحله را مورد توجه قرار داده است.

مرحله اول: اتصال سیره عقلا با زمان معصوم «ع». مرحله دوم: عدم منع معصوم از این سیره. این مبنای مشهور و اکثریت قریب به اتفاق فقها و اصولیین شیعه است که اساس حجیت بنای عقلا سنت است.

ولی در عین حال به نظر اکثر اصولیین برای اعتبار بنای عقلا اثبات امضا و تأیید صریح و خاص شارع ضروری نیست بلکه صرف احراز عدم منع «ردع» شارع از یک بنای عقلایی، بیانگر رضایت شارع بوده و امضای او به حساب می‌آید. لذا اگر سیره‌ای در زمان معصوم ثابت نشده و بعد از آن به وجود آمده باشد «مثل اعتبار قول لغوی و رجوع به لغت شناسان در فهمیدن معنای واژه‌ای» نمی‌توان موافقت معصوم و شارع را احراز کرد؛ چون در عصر معصوم وجود خارجی نداشته تا گفته شود سکوت نسبت به آن، با رسالت وی در هدایت مردم ناسازگار است.^۳ بعد ایشان دلیل مهم را بنای عقلا می‌داند و در جواب از این دلیل

^۱ - ابوالقاسم موسوی خویی، مصباح الاصول، ج ۱ ص ۱۳۱

^۲ - حسین قانی، سعید شریعتی، پیشین، ج ۲، ص ۱۸۹ و غفور خوئینی، پیشین، ص ۹۸

^۳ - جعفرین میرزا محمدحسین سبحانی تبریزی، تهذیب الأصول تقریر درس خارج اصول امام روح موسوی خمینی قدس سره ج ۲ ص

می‌فرماید: این‌که در این قرن عقلای عالم به قول لغوی رجوع می‌کند معلوم نیست که این سیره در زمان معصوم هم وجود داشته باشد لذا نمی‌توان به بنای عقلا تمسک نمود و کشف کرد از سکوت شارع اعتبار قول لغوی را. اما این‌که چگونه و از چه راهی می‌توان احراز کرد که این سیره در زمان معصوم وجود داشته دانشمندان راه‌هایی را مطرح کرده‌اند که در جای خودش مراجعه شود.^۱

براساس این مبنا نتیجه‌ای که به دست می‌آید این است که فقط سیره‌های معتبر است که همزمان با معصوم باشد و نسبت به بناهای مستحدثه نمی‌توان به بنای عقلا تمسک کرد.

مبنای دوم در حجیت سیره عقلا این است که آن را ارجاع داده‌اند به حکم عقل، نظر دسته‌ای از علما این است که در حجیت و اعتبار بنای عقلا امضاء شارع لازم نیست؛ زیرا بنای عقلا همان حکم عقل است و ریشه در آن دارد. این دیدگاه را نسبت داده‌اند به کلام محقق اصفهانی^۲. ایشان بنای عقلا را طریقی می‌دانند برای رسیدن به حکم عقل و از طریق ملازمه، امضاء و تقریر شارع به دست می‌آید.

تفاوت مبنای دوم با مبنای اول در این است که مشهور عقیده دارند بنای عقلا از باب کشف از سنت معتبر است ولی مبنای دوم بنای عقلا را از باب کشف حکم عقل معتبر می‌دانند. لذا سیره‌های مستحدث‌های که بعد از زمان معصوم به وجود آمده‌اند، نیز معتبر می‌دانسته؛ به این دلیل که بر اثر گذشت زمان عقل بشر رشد کرده و به شکوفایی می‌رسد و کامل‌تر می‌شود و شیوه‌های جاری زندگی خود را بر زیرساخت‌های عقلایی بنا می‌کند تا جنبه‌های دیگری^۳.

در انتهای این بحث نظر و عقیده کسانی که نزاع بین قائلین این دو مبنا را لفظی و غیرواقعی دانسته، قابل‌توجه است؛ با این بیان که برخی از بناهای عقلا ریشه در عقل داشته و نیازی به امضاء شارع ندارد. اما برخی از بناهای عقلا ریشه در عقل داشته که در این صورت اعتبار آن نیاز به امضاء شارع دارد^۴.

۱ - حسین قانی، سعید شریعتی، همان، ج ۲، ص ۱۹۲

۲ - ابوالقاسم علی دوست، پیشین، ص ۲۲۰

۳ - حسین قانی، سعید شریعتی، همان ص ۱۹۴

۴ - ابوالقاسم علی دوست، همان، ص ۲۲۰

با توجه به این دو مبنا علما راه‌ها و نظراتی برای اعتبار و بنای عقلا مطرح کرده‌اند که به برخی از این نظرات اشاره می‌شود.

علامه طباطبایی «ره» خلاصه کلامشان در باب حجیت بنای عقلا این است که بناهای عقلا در ظرف اجتماع صورت می‌گیرد که انسان با فطرت طبیعی و اجتماعی خود آن را درک کرده و نمی‌تواند با آن مخالفت کند لذا از ناحیه شارع قابل ردع نیست؛ زیرا مخالفت شارع با این احکام بنای عقلا درواقع مخالفت با اجتماع و تکوّن آن است. ایشان معتقد است فقط مواردی را می‌توان بنای عقلا برشمرد که احدی از عقلا در آن اختلاف نکنند، لذا عرفهای عامی که به تسامح از آن‌ها بنای عقلا تلقی می‌شود خارج از بنای عقلا است.^۱

ولی این بیان چنین نقد و جواب داده‌شده است که بنابر نظر شما براینکه اصل بناء عقلا فطری است، این فطری بودن مانع از این نمی‌شود که شارع قیودی را اضافه کند یا محدودیتی را اعمال کند بنابراین قلمرو اعمال این احکام عقلایی نیازمند امضاء شارع است ولو اصل حجیت این امور نیاز به امضاء نداشته باشد.^۲

مرحوم نایینی «ره» بیانی شبیه کلام مرحوم طباطبایی داشته و سه احتمال را برای تکوّن احتمالی طریقه عقلا ذکر می‌کند و راه سوم را می‌پذیرد که بنای عقلا نتیجه فطرت راسخ در اذهان آنان است، فطرتی که خداوند در سرشت انسان‌ها به ودیعت نهاده برای حفظ نظام. ایشان عقیده دارد سیره‌های عقلا در حجیت خود نیازمند احراز رضایت شارع است و لو به سکوت و عدم منع شارع، لذا معاصرت بنای عقلا بازمان شارع شرط است. و لو اینکه این سیره‌ها محتاج امضای صریح شارع نیستند.^۳

۱ - سیدمحمدحسین طباطبایی، حاشیه الکفایه، ج ۲ ص ۲۰۶

۲ - گروهی از نویسندگان، منابع فقه و زمان و مکان، ج ۲ ص ۵۵

۳ - محمدحسین نائینی، فواید الاصول، ج ۳ ص ۱۹۲

کلام ایشان دارای این اشکال است: اگر بنای عقلا ودیعه الهی در نهاد انسان است پس باید امکان ردع و منع را نداشته و اعتبار آن‌ها ذاتی باشد چنانچه علامه طباطبایی به این مطلب معتقد است. پذیرفتن این مطلب که این بناها ناشی از فطرت است و درعین حال رضایت شارع هم لازم است این دو باهم نمی‌سازد.

شهید صدر^۱ «ره» درباره حجیت و جایگاه بنای عقلا بیانی دارد و سیره‌های غیر معاصر معصوم^۲ «ع» را نیز حجت می‌داند. ایشان عقیده دارد در سیره‌های عقلا یک نکته عقلایی وجود دارد که وسیع‌تر از آن عمل خارجی و سلوک رفتاری عقلا است، شارع به آن نکته عقلایی توجه داشته و سیره را امضاء کرده است نه اینکه به آن عمل خارجی و سلوک خارجی فقط توجه داشته باشد و همان را امضا کرده باشد؛ مثلاً در زمان شارع حیات سبب ملکیت بوده که شارع آن را امضا کرده، حیات در آن زمان با وسایل معمولی و ابتدایی بوده ولی نکته عقلایی این است که حیاتی که سبب ملکیت است محدود به آلات خاصی نیست بلکه بسیار وسیع است و امروزه حیات با ابزار نوین نیز سبب ملکیت می‌شود. بنابراین نکته عقلایی به این معناست که اگر چیزی به‌گونه‌ای با طبع عقلایی مردم مطابق باشد که ردع و منع نشود و عقلا به آن عمل کنند به مقتضای طبع عقلایی خودشان، چنین سیره‌ای حجت خواهد بود ولو در زمان شارع مقدس متجسد نشده و به آن عمل نمی‌کردند. لذا اگر در مواردی ثابت شود که قضیه طبیعی عقلایی است و از جانب شارع هم منعی نرسیده باشد، نتیجه می‌گیریم که شارع راضی بوده و لو این بناء در زمان شارع نبوده باشد^۱.

نقدی که می‌شود بر کلام شهید صدر وارد کرد این است که حداقل برای ما ظن به امضاء شارع پیدا می‌شود نسبت به حجیت نکته عقلایی ماوراء عمل خارجی، و این ظن بدون دلیل است و ظن بلا دلیل معتبر نیست.

خلاصه سخن این‌که با توجه به کاربرد وسیعی که بنای عقلا در فقه^۲ «جزا» دارد و مورد استناد و توجه فقها در ابواب و مسائل متعددی قرار گرفته است، شاید بتوان به عنوان منبع پنجمی در کنار ادله اربعه از آن یادکرد. چنانچه در حقوق و قانون نیز از سیره عقلا و عرف به عنوان منبع غیرمستقیم استفاده شده است و در موارد متعددی ردپای عرف یا سیره عقلا مشاهده می‌شود هم در امور حقوقی و هم در امور کیفری^۳ چنانچه

^۱ - سیدمحمدباقر صدر، بحوث فی علم الأصول، ج ۴ ص ۲۴۵

^۲ - ر ک، عباس زراعت، پیشین، ج ۳ ص ۳۳۴

در حقوق تصریح شده است «در حجیت و اعتبار حقوقی سیره عقلا تردید قابل اعتنایی وجود ندارد و به طور عموم حجیت آن پذیرفته شده است»^۱.

نتیجه‌ای که از بخش اول به دست می‌آید این است که عقل و دلیل عقلی در قلمرو دین و به تبع آن در فقه و مباحث حقوقی و کیفری یکی از پرکاربردترین واژه‌هاست، به این دلیل که دین اسلام تنها دین تعبد و تقلید نبوده بلکه برای عقل و ادراکات آن ارزش قائل است. به گونه‌ای که عقل از نخستین مخلوقات معنوی آفرینش شمرده شده و سعادت و شقاوت آدمی را در گرو رشد و شکوفایی عقل است. ارزش عقل تاحدی است که در فقه یکی از منابع و جزء ادله اربعه قرار گرفته است و حجیت آن، بالذات است؛ نه از طریق عقل قابل اثبات است و نه از طریق نقل؛ زیرا اثبات عقل از طریق عقل، نامعقول است چون فرض بر این است که حجیت آن، هنوز ثابت نشده است و اثبات آن از طریق نقل مستلزم دور است، به این دلیل که اعتبار نقل از راه عقل ثابت می‌شود، تأکید و ترغیب اسلام نسبت تعقل و رجوع به عقل در آیات بی‌شمار قرآن مجید و روایات متعدد.

لذا در مباحث جزا اکثر قریب به اتفاق ابواب آن را چه در باب حدود یا قصاص و یا تعزیرات بر اساس مدرکات عقلی می‌توان استدلال عقلایی کرده و ثابت نمود که نه تنها هیچ گونه تعارضی میان متون دینی در مباحث جزایی با ادراکات عقلی وجود ندارد، بلکه عقل و ادله عقلی درک کننده و مؤید مسائل مقرر کیفری اسلام هست چنانچه در بخش دوم نمونه‌های آن تبیین می‌شود.

بنای عقلا و جایگاه ویژه‌ای آن نیز همانند عقل در استنباط احکام «از جمله احکام جزایی» بر کسی پوشیده نیست به گونه‌ای که احکام امضایی را با آن می‌توان توجیه کرده و نسبت به مسائل مهم فقهی از جمله فقه کیفری از قبیل باب قصاص، حدود، تعزیرات می‌توان به بنای عقلا تمسک نمود.

^۱ غفور خوئینی، پیشین، ص ۹۸

بخش دوم: تأثیر عقل و بنای عقلا در فقه جزایی و حقوق کیفری

در مقایسه بین عقل «دلیل عقلی» و فقه این نکته حائز اهمیت است که این دو نه تنها تعارضی باهم نداشته و همدیگر را تخطئه نمی‌کنند بلکه فقه در عین آسمانی بودن زمینی هم هست. در باب جزا می‌توان به‌طور قطع ادعا کرد آن‌قدر ارتباط پیوسته میان فقه و عقلانیت وجود دارد که تنها فقه کیفری عقل محور می‌تواند در امور کیفری پاسخگوی امروز باشد، عقلی را که اسلام به‌عنوان پیامبر باطنی معرفی کرده است. لذا همان‌گونه که عقل یکی از مبانی تحول در فقه و حقوق است، برعکس شرایط و احکام موجود در فقه و حقوق کیفری اسلام با مبانی عقلی کاملاً تطابق داشته و عقل مهر صحت بر آن زده است. پس نظام فقهی، حقوقی معقول است که پاسخ برتر و جامع‌تر و جذاب‌تر برای مسائل جزایی و کیفری می‌دهد. این ویژگی مهم از استدلال‌های قرآن و سنت و دانشمندان فقه و حقوق در امور جزایی کاملاً پیداست که بیان خواهد شد.

همچنین در تعامل فقه و حقوق کیفری با بنای عقلا این مطلب مهم است مجازات‌هایی که در اسلام وجود دارد از قبیل حدود، قصاص، و تعزیرات، استقرا نشان می‌دهد قبل از اسلام و در عصر پیامبر «ص» و ائمه «ع» سیره‌های زیادی در روابط اجتماعی عقلا وجود داشته و رایج بوده است، اسلام ضمن ضابطه‌مند کردن مجازات موجود، آنان را تأیید و امضا کرده است. روشن است اگر رواج و شیوعی نبود چیزی بنام حکم امضایی هم وجود نداشت.

با توجه به نقش عقل و سیره عقلا در آموزه‌های جزایی در اسلام، ضرورت ایجاب می‌کند مباحث جزایی همان‌گونه که از نظر متون دینی «آیات، روایات و اجماع» و قوانینی جزایی موجود، در بسیاری تألیفات دانشمندان بررسی شده است، بارویکرد عقلانی هم بررسی شود. از طرفی اشکالات و شبهاتی بر مجازات‌های اسلامی مطرح شده است که کیفرهای اسلامی را مخالف و در تعارض با عقل و بنای عقلا و حقوق بشر برشمردند که می‌بایست بادی عقلی این اشکالات بررسی و نقد گردد.

لذا بخش دوم در سه فصل جداگانه مباحث جزایی اسلام را تبیین می‌کند با توجه خاصی به عقل و بنای عقلا که در فصل اول با رویکرد عقل و در فصل دوم با نگاه بنای عقلا. در فصل سوم شبهاتی که برخی با عدم اطلاع یا احیاناً کم‌اطلاع بر سیاست کیفری اسلام وارد کرده‌اند بادی عقلایی بررسی و نقد خواهد شد.

۲-۱- بررسی تأثیر عقل در حدود، قصاص و تعزیرات «شرایط و احکام»

احکامی که در حدود، قصاص و در خیلی از موارد در تعزیرات وجود دارد به جرائم و کیفرهای مهم و سرنوشت‌ساز مربوط می‌شود. کیفرِ جرائم گاه سالب حیات و در بسیاری از موارد مجازات بدنی^۱ از قبیل جلد و قطع^۲ و در موارد متعددی مجازات مالی، یا حبس و.. را دربر دارد، باینکه حدود و قصاص^۳ در مقایسه با تعزیرات «کیفر از قاطعیت بیشتر و انعطاف‌پذیری کمتری برخوردار است ولی باین حال مشاهده می‌شود که احکام و مجازات‌ها با توجه به شرایط و خصوصیات تغییر می‌کند. از طرفی کیفرهایی که در حدود و تعزیرات و قصاص از ناحیه شارع مقدس بیان شده است، دارای مصالح غیبی و غیرقابل فهم برای عقل بشر نیست. این معنا از قرائن و تعبیرات زیادی که درآیات روایات مربوط به حدود و قصاص و تعزیرات وارد شده است که بیان خواهد شد استفاده می‌شود. ازاین‌رو یکی از اهداف اصلی از آن‌ها همان تنبّه مجرمین و اصلاح آن‌ها هست و بعید است که مصالح غیبی غیرقابل فهم دیگری در آن‌ها باشد.

دانشمندان فقه و حقوق غالباً مباحث جزایی را در بستر شرایط و احکام بیان کرده‌اند^۴ که واقعیت هم همین است. لذا با پیروی از آنان در این فصل در هر مبحثی ابتدا شرایط و در ادامه احکام آن مبحث بیان خواهد شد. شرایط و احکام مجازات حدود^۵ «جرائم جنسی و جرائم مالی» در مبحث اول، سپس شرایط و احکام قصاص در مبحث دوم بررسی خواهد شد. در مبحث سوم شرایط و احکام تعزیرات بیان می‌شود. سعی ما در این مبحث توجه به عقل و ادله عقلی می‌باشد متفاوت از بسیاری کتب فقهی و حقوقی که بیشتر تبیین این مباحث با استدلال‌های نقلی است که البته از استدلالات عقلی هم بهره برده‌اند.

^۱ - نجم الدین، جعفر بن حسن محقق حلی، شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام، ج ۴ ص ۱۳۶، محمد هادی صادقی، جرایم علیه اشخاص،

ص ۱۶۹

۱-۱-۲- حدود «گناهان جنسی، مجازات جرائم مالی»

در این نوشتار بنا بر اهمیت موضوع جرائم جنسی که مستوجب مجازات حد می‌باشند شرایط همگانی و احکام آن که فقها و حقوقدانان بیان کرده‌اند از نگاه عقلی بررسی می‌شود.

۱-۱-۱-۲ گناهان جنسی و لواحق «شرایط و احکام»

در این گفتار ابتدا شرایط عمومی جرائم «جنسی»، در ادامه احکام این جرائم مثل حرمت ارتکاب و در صورت وقوع جرم وجوب فوری اجرای کیفر، باب توبه مرتکب، تعدد شهود و اقرار و موارد تأخیر اجرای حد با نگاه دلیل عقلی موردگفتگو قرار خواهد گرفت تا این نتیجه حاصل گردد که شرایط و احکامی که در فقه و حقوق مقرر شده است را عقل درک و تأیید می‌کند.

۱-۱-۱-۲-۱ شرایط جرائم جنسی و ادله عقلی آن

مجازات در باب حدود از جمله جرائم جنسی بر چند رکن و شرایط اساسی و همگانی استوار است که عبارت است از بلوغ، عقل، علم یا اطلاع به حرمت عمل و اختیار. لذا شخص مجنون، مست، ساهی «غافل»، فراموش‌کار» و مکره «شخصی که با تهدید یا زور مجبور به ارتکاب عملی می‌شود» در حدود، مسئولیت کیفری ندارد^۱.

الف: بلوغ و عقل

از شرایط اساسی و عمومی مسئولیت کیفری بلوغ و عقل است که در ابواب جزایی «حدود، قصاص و تعزیرات» فقها تصریح کرده‌اند. از نظر تاریخی موضوع مسئولیت کیفری کودکان و غیر عاقلان مانند امروزه مورد اهمیت زیادی نبوده است. تا پیش از ظهور اسلام دلایل روشنی در دست نداریم که ثابت کند قانون‌گذاران درباره کودک و مجنون مواد مخصوصی را به‌طور همه‌جانبه به‌عنوان قانون لازم الاجراء در نظر گرفته باشند.

قدیمی‌ترین قانونی که در دسترس ما قرار گرفته عبارت است از قانون حمورابی که در ماده ۱۹۲ می‌گوید «اگر پسر مردی که در قصر سلطنتی طرف مرحمت واقع شده یا پسر راهبه به شخصی که او را

^۱ - سیدروح الله موسوی خمینی، تحریر الوسیله، ج ۲ ص ۴۶۵

تربیت کرده یا به شخصی که در آغوش تربیت او بزرگ شده بگوید: تو پدر من نیستی، تو مادر من نیستی، زبان آن پسر را می‌برن. ماده ۱۹۵ مقرر کرده است «اگر پسری پدر خود را کتک بزند دست پسر را می‌برند».^۱ ملاحظه می‌شود که این دو ماده بسیار غیرعقلانه است.

در مورد برخورد با اعمال مجنون نیز با نگاهی به تاریخ تحولات کیفری و با دیدن تشتت آرای قضات و صاحب‌نظران در شناخت مفهوم جنون می‌توان دریافت که در دوره‌های گذشته رویه‌ای یکسان در برخورد با مقوله جنون و مسئولیت کیفری مجانین وجود نداشته است. چینی‌ها، مصری‌ها و یونانی‌ها معتقد بودند که بیماری‌های روانی مخصوصاً جنون رابطه مستقیم با شیاطین و دیوهای دارد که در درون شخص زندگی می‌کند، غارنشینان در حدود نیم میلیون سال قبل با سنگ‌ها تیز قسمت از کاسه سر آن‌ها را بیرون می‌آوردند تا ارواح خبیث از آن قسمت خارج شوند.^۲

اما شارع و قانون‌گذار دین مبین اسلام دوازده قرن قبل از قوانین موضوعه کشورهای اروپایی به دلایل انسانی چند دسته از افراد را در فقه اسلامی به‌صراحت از مجازات معاف کرده است، از جمله‌ی آن‌ها غیر بالغ و غیر عاقل است. لذا یکی از شرایط عامه تکلیف را برای مسئول شناختن افراد، بلوغ و عقل می‌داند. نکته اساسی این است که این شرایط و دو شرط بعدی را ادله عقلی تأیید می‌کند. در حقوق جزا و در متون کیفری نیز مشاهده می‌شود که در شرایط و تحت عناوین مشخصی مرتکب جرم را مسئول کیفر اعمال خود ندانسته، کودکی و جنون را در کنار اجبار، اکراه، خواب، بیهوشی، مستی، جهل و اشتباه. جزء عوامل رافع مسئولیت کیفری بیان می‌کند.^۳

ب: شرط علم

سومین شرط دارای اهمیت در خصوص کیفر «حد» برای مجرم، علم و اطلاع مرتکب از شرایط مجازات و حرمت شرعی هست. مراد از حرمت شرعی به این معناست؛ شخصی که عملی را مرتکب شده

۱ - محمدتقی جعفری تبریزی، رسائل فقهی (علامه جعفری)، ص ۲۶۳

۲ - پروین بیرجندی، روانشناسی رفتار غیرعادی، ص ۱۷

۳ - سیدابراهیم قدسی، قلمرو تأثیر جهل بر مسئولیت کیفری، ص ۱۷

از حرمت آن بر اساس دستورات شرعی آگاهی کامل داشته باشد. در کلیه جرائم مستوجب حد از جمله گناهان جنسی، تصریح شده فرد بایستی آگاهی داشته باشد رفتارش جرم و دارای حرمت شرعی هست.

در کلام فقها مراد از علم، قطع و یقین نبوده بلکه مقصود آنان حجت شرعی بر تحریم است، لذا شامل بینه و یا خبر واحد و یا اصل عملی هم می‌شود. دلیل بر این تعمیم از بررسی عبارات فقها به دست می‌آید؛ زیرا برای مقلد علم به حرمت پیدا نمی‌شود بلکه می‌گوید: مجتهد من به حرمت زنا مثلاً فتوا داده، بنابراین اگر شخص نداند که آن فعل حرام است و مرتکب شود مشمول کیفر حد نمی‌شود.

به‌عنوان مثال زنی خودش را بر مردی حلال کند و مرد خیال کند که با حلال کردن زن نزدیکی با او حلال شده و نزدیکی کند. یا با زنی ازدواج کند که ازدواجش حرام است ولی مرد باور کند که برایش حلال شده، حتی اگر در مقدمات هم کوتاهی داشته باشد مثلاً به مسائل شرعی اهمیت نمی‌دهد حد جاری نمی‌شود.^۲

در حقوق نیز باینکه اغلب حقوقدانان اعتقاد دارند جهل، بر مسئولیت کیفری تأثیر ندارد به این معنا که پس از تصویب و انتشار قانون فرض بر این است که عموم افراد از وجود آن مطلع است، ولی قانون‌گذاران برخی از کشورها از جمله در قانون مجازات اسلامی قوانین مربوط به حدود و قصاص و دیات جهل به قانون را یکی از موانع مسئولیت کیفری دانسته. در همین راستا در مورد رأی اصراری چنین اظهار شده «با توجه به اینکه متهم منکر زناست و اظهار داشته فاطمه را صیغه کرده و از حکم حرمت بین الاختین آگاه نبوده و دلیلی نیز بر اثبات خلاف این امر، این‌که عالماً و عامداً مرتکب زنا شده اقامه نگردیده، به‌طور کلی طبق ماده ۶۴ ق.م.ا. «۱۳۷۰» نیز حد زنا منوط به آگاهی زانی از موضوع و حکم است، بر این اساس صدور حکم رجم برخلاف موازین شرعی و قانونی است. رأی اصراری ۱۴- ۷۷/۸/۵-۳».

۱ - سیدروح الله موسوی خمینی، پیشین، ج ۲ ص ۴۵۶ «و العلم بالتحريم حال وقوع الفعل منه اجتهاداً أو تقليداً، فلا حد علی الجاهل بالتحريم»

۲ - محمدحسن نجفی، پیشین، ج ۴۱ ص ۲۶۴ «و لو توهم الحل به علی وجه اعتقده سقط الحد حينئذ للشبهة الدائرة له»

۳ - ایرج گلدوزیان، محشای قانون مجازات اسلامی، ص ۲۵۹، «قانون ۱۳۹۲»

ج: ادله عقلی بر اشتراط بلوغ، عقل و علم

عمده دلیل بر این شرایط «علاوه بر اجماع و روایات» قاعده درأ و اصالت البرائه است.^۱ که هر دو دلیل پشتوانه عقلی دارند.

دلیل اول: قاعده درأ

قاعده درأ که در اصطلاحات حقوقی با عنوان تفسیر به نفع متهم از آن یاد شده است^۲ مورد توجه همه فقها است و کسی منکر این قاعده نیست مگر فقهای ظاهری که معتقدند دفع حد به واسطه شبهه جایز نیست.^۳ البته این قاعده در تمام ابواب حدود از قبیل زنا، سرقت و... جاری است. این قاعده با عبارت‌های گوناگونی آمده است من جمله «الحدود تدرأ بالشبهات». شبهه در اصطلاح فقه به چیزی گفته می‌شود که وضعیت آن متلبس شده است معلوم نیست حلال است یا حرام.^۴ مفاد اجمالی قاعده این است که کیفر حدی در صورتی جاری می‌شود که هیچ‌گونه شک و شبهه‌ای در میان نباشد. اگر شک کردیم که آیا بر مجنون یا نابالغ یا جاهل به حرمت، حدی ثابت است یا نه با تمسک به این قاعده حد ساقط می‌شود. به عبارت دیگر اگر کسی ظن قوی یا قطع و علم به حلیت و اباحه فعل ارتكابی داشت و بعد از انجام عمل مشخص شد که عمل ممنوعه را انجام داده مجازات از او برداشته می‌شود.

منصوص بودن این قاعده را بزرگان از فقها مانند آیت‌الله خویی قبول ندارند.^۵ از سویی نمی‌توان با تمسک به عموم الشبهات هر شبهه‌ای را مسقط حد دانست، قاعده درأ در حد عقلایی مورد قبول است. یعنی «عقل این قاعده را قبول می‌کند». با این تحلیل که در پذیرش این قاعده نباید افراط و یا تفریط کرد؛ به گونه‌ای که هر نوع شبهه را ساقط کننده مجازات بدانیم یا راه تفریط را در پیش گرفته و در هیچ مورد به سقوط حد قائل نشویم، میزان عقلایی این است که به صرف ادعای جهل و عدم اطلاع حکم به سقوط حد نشود ولی اگر علم مرتکب به حرمت فعل ارتكابی ثابت نشد آنگاه به سقوط حد حکم شود.

۱ - محمدحسن نجفی، پیشین، ص ۲۶۱

۲ - سیدمصطفی محقق داماد، یزدی، قواعد فقه، ج ۴ ص ۴۳

۳ - سیدابراهیم قدسی، پیشین، ص ۱۷۸

۴ - حمید مسجد سرائی، ترمینولوژی فقه، ص ۳۶۰

۵ - ابوالقاسم خوئی، پیشین، «القضاء و الحدود» ص ۲۰۹ به نقل از حاجی ده آبادی، پیشین ص ۸۴

همین حد عقلایی در برخورد با شبهه از روایات هم استفاده می‌شود در برخی موارد به صرف وجود شبهه، به سقوط حد حکم نشده و در برخی از موارد حکم به سقوط حد شده؛^۱ جمع عرفی میان این گونه روایات این است که نگاه به قاعده در آگاه عقلائی باشد.^۲ با این توضیح که اگر مرتکب جرائم جنسی ادعا کند از حرمت این جرم آگاهی و اطلاعی نداشته و احتمال داده شود که وی حقیقت را می‌گوید، در این صورت ادعای متهم بدون شاهد و قسم پذیرفته شده و مجازات حدی اعمال نشود. مثلاً مرتکب تازه مسلمان باشد و در بلاد اسلامی که حدود اسلامی در آن جاری می‌گردد زندگی می‌کند یا درجایی باشد که از یادگیری احکام به دور باشد و واقعاً نمی‌توانسته است دسترسی به قانون داشته باشد و موارد از این قبیل.^۳ اما اگر مسلمان بوده و در بلاد اسلامی که حدود الهی جاری می‌گردد زندگی کند، ادعای جهل از او پذیرفته نمی‌شود. چنانچه سیوطی شافعی در این باره می‌گوید «اگر کسی در دارالاسلام میان مسلمانان بزرگ شده است و مدعی ناآگاهی از حرمت زنا شود سخن او پذیرفته نمی‌شود؛ زیرا ظاهر اوضاع، حاکی از دروغ گو بودن اوست هرچند اصل عدم آگاهی او از این امر باشد».^۴ ماده ۲۱۸ قانون مجازات اسلامی می‌گوید «در جرائم موجب حد هرگاه متهم ادعای فقدان علم یا قصد یا وجود یکی از موانع مسئولیت کیفری را در زمان ارتکاب جرم نماید در صورتی که احتمال صدق گفتار وی داده شود.. ادعای مذکور بدون نیاز به بینه و سوگند پذیرفته می‌شود».

در توضیح بیشتر کیفیت عقلی بودن قاعده در آ می‌توان چنین تحلیل ارائه کرد: این که می‌گوییم مفاد قاعده در آ با اصول عقلی مطابقت دارد به این معناست که احراز موضوع، شرط فعلیت و تنجز حکم است؛ زیرا نسبت حکم به موضوع نسبت معلول به علت است؛ ابتدا باید علت وجود پیدا کند تا معلول به وجود آید، اگر تمامی اجزاء و شرایط علت در خارج موجود نشود معلول در خارج موجود نمی‌شود. بنابراین چنانچه موضوع محرز و تمامی جزئیاتش مشخص شد، حکم به مرحله اثبات رسیده و تنجز و فعلیت می‌یابد. اما اگر موضوع احراز نشود نمی‌توان گفت که حکم ثابت است، به حکم عقل در صورت شک در

۱ - محمدبن یعقوب بن اسحاق کلینی، پیشین، (ط - الإسلامیة) ج ۷ ص ۱۹۶

۲ - حاجی ده آبادی، احمد، پیشین، ص ۸۵

۳ - سیدعبدالکریم موسوی اردبیلی، پیشین، ج ۱ ص ۱۵۰

۴ - وهبه زحیلی، نظریه ضرورت در فقه اسلامی، مترجم: دکتر حسین صابری، ص ۱۵۰

کیفر و مجازات مرتکب، قاعده درآ دلیل می‌شود بر عدم جواز کیفر^۱. پس در خصوص شبهه موضوعیه اگر موضوع احراز نشده باشد قاعده درآ قاعده مسلم است.

اگر روایتی هم در کار نباشد در خصوص شبهات موضوعیه می‌توان گفت: مادامی که موضوع «جرم» «مشتبّه است، حکم» کیفر و مجازات « ثابت نیست؛ زیرا مفاد قاعده مطابق با اصول عقلی است. به این دلیل محقق حلی «ره» در شرایع می‌فرماید «در هر موردی که شخص گمان کند عملی را که انجام داده حلال است مثلاً مرد زنی را در رختخواب خود بیابد و به خیال این که زنش یا کنیزش است با وی نزدیکی کند مرتکب زنا نشده^۲». صاحب جواهر به روایت ابی روح در ذیل این عبارت اشاره می‌کند که حضرت امیر «ع فرمودند «مرد را در خفا و پنهان حد بزن و زن را آشکارا. شرایع عقیده دارد که این روایت متروک است. صاحب جواهر هم در شرح آن می‌نویسد «اولاً این روایت سندش صحیح نیست. ثانیاً متروک است و فقهای ما به آن عمل نکرده‌اند. ثالثاً مخالف اصول و قواعد است^۳» مراد از مخالف با اصول و قواعد مخالفت با قاعده درآ هست.

دلیل دوم: اصالت البرائه

اصالت البرائه دلیل دیگری است که فقها بر این سه شرط ذکر کرده‌اند. اصل برائت را می‌توان میراث مشترک حقوقی همه ملل مترقی جهان و سنگ بنای دادرسی‌های کیفری محسوب کرد به طوری که این اصل مورد اقبال و عنایت خاص فقها و حقوقدانان و قانون‌گذاران در حقوق داخلی کشورها حتی موضوع اعلامیه‌ها و کنوانسیون‌ها در سطح بین‌المللی قرار گرفته است. در حقوق اسلام در مبحث اصول عملیه اصالت البرائه در کنار تخیر، احتیاط و استصحاب جایگاه خاصی دارد به گونه ای که اصل ۳۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران هم توجه ویژه‌ای به اصل برائت داشته و هیچ‌کس را از نظر قانون مجرم شناخته مگر جرم او در دادگاه صالح ثابت گردد.

۱ - سیدمصطفی محقق داماد یزدی، قواعد فقه، ج ۴ ص ۴۹

۲ - نجم الدین، جعفر بن حسن محقق حلی، شرائع الإسلام فی مسائل الحلال والحرام، ج ۴ ص ۱۳۷

۳ - محمدحسن نجفی، پیشین، ص ۲۶۴

اصل برائت به این معناست تا وقتی دلیل قاطع بر تکلیف نباشد مسئولیتی متوجه انسان نشده و وی بیگناه فرض می‌شود؛ زیرا عقل حکم می‌کند تکلیف موجود موقعی متوجه افراد می‌شود که دلیل بر تکلیف وجود داشته باشد.^۱ تکلیف و عواقب تخلف از تکلیف در قالب شرایط تبیین شده است و ما دلیلی نداریم بر مجازات انسانی که قاعد شرایط است «غیر بالغ، غیر عاقل و جاهل» در صورت ارتکاب جرائم حدی. دلیل اعتبار و حجیت اصل برائت در کنار آیات، روایات و اجماع، عقل می‌باشد از قبیل عبارات قبح عقاب غافل و جاهل، امتناع تکلیف جاهل، استحاله تکلیف جاهل و غافل.

در حقیقت اصل برائت یک تأسیس شرعی نبوده بلکه یک دلیل عقلی است که دلایل تعبیدی «مثل آیات و روایات» به صورت ارشادی برای اعتبار آن اقامه شده است؛ عقلا اصل برائت را به وجود آوردند، به بیان دیگر فقها برائت را به عقلی و شرعی تقسیم کرده‌اند، برائت شرعی همان تأیید شارع بر برائت عقلی است. پس می‌توان گفت اصل برائت یک اصل عقلی است که هم در شبهه حکمیه جاری می‌شود اگر منشأ شک وجود حکم قانون باشد و هم در شبهه موضوعیه اگر منشأ تردید در موضوع حکم باشد.

این اصل نتایج و آثار متعددی دارد یکی از آثارش این است که هرگونه شک باید به نفع متهم و مرتکب جرم تفسیر شود؛ زیرا حکم کیفری که از شدیدترین دخالت نسبت به حقوق انسان است و درصدد اجرای عدالت و احراز واقعیت بوده باید بر پایه یقین استوار باشد؛ لذا در صورت شک مسئولیت کیفری، نسبت به مرتکبی که علم به حرمت ندارد یا غیر بالغ و غیر عاقل است، اصل برائت دلیل می‌شود بر عدم مسئولیت کیفری مرتکب.^۲

دلیل سوم عقل

عقل می‌گوید مسئولیت کیفری وقتی متوجه انسان می‌شود که وی از مرحله خردسالی گذشته و به حدنصابی از کمال بدنی و ذهنی رسیده باشد؛ این مرحله غالباً با رسیدن انسان به سن بلوغ محقق می‌شود. و گاهی برخی افراد حتی با رسیدن به سن بلوغ به حدنصاب رشد و کمال عقل نمی‌رسد. در قانون مجازات اسلامی ماده ۹۱ چنین آمده «در جرائم موجب حد یا قصاص هرگاه افراد بالغ کمتر از هجده سال، ماهیت

۱ - محمدجعفر جعفری لنگرودی، مکتبهای حقوقی در حقوق اسلام، ص ۱۲۲

۲ - عباس زراعت، پیشین، ج ۳ ص ۶۲۸، و ۶۳۱

جرم انجام شده و یا حرمت آن را درک نکنند و یا در رشد و کمال عقل آنان شبهه وجود داشته باشد، حسب مورد با توجه به سن آنها به مجازات پیش‌بینی شده در این فصل محکوم می‌شوند». مجازات پیشین عبارت است از مجازات‌ها و اقدامات تأمینی و تربیتی اطفال و نوجوانان و نیز مکلف باید به حدی از رشد ذهنی رسیده باشد که دارای قوه تمیز رفتاری و قادر به انتخاب، اراده و قصد باشد، لذا جنون مصداق بارز فقدان قوه تمیز و انتخاب است؛ به این خاطر اگر کسی قوه تمیز و انتخاب نداشته باشد «در غیر اشتراط عقل» مثلاً در حالت خواب یا بیهوشی، مرتکب جرم شود، مسئولیت جزایی ندارد. در این مسئله هیچ‌گونه اختلافی نیست.

لذا وجود مسئولیت جزایی فرع بر وجود تکلیف است، تکلیف زمانی متصور و معقول است که شخص با رسیدن به رشد کافی جسمانی، روانی آمادگی درک و تحمل تکلیف را داشته باشد و این زمان زمان حد بلوغ شناخته می‌شود؛ بدون شک بلوغ امر تکوینی بوده و با رسیدگی جسمی و روانی حاصل می‌شود. در شرع مقدس برخی از تحولات جسمی «از قبیل خروج منی یا قاعدگی و حمل و...» یا رسیدن به سن مشخصی نشانه ورود به مرحله بلوغ دانسته شده است. و نیز وجود تکلیف و مسئولیت کیفری فرع بر وجود قوه تمیز و انتخاب است، که غیر عاقل فاقد آن است.^۱ چنانچه در ماده ۱۴۹ ق.م.ا در تعریف جنون می‌گوید «هرگاه مرتکب در زمان ارتکاب جرم دچار اختلال روانی بوده به نحوی که فاقد اراده یا قوه تمیز باشد مجنون محسوب می‌شود و مسئولیت کیفری ندارد».

به عبارت دیگر فقها تصریح کرده‌اند: وقتی شخص در قبال انجام جرائم، من جمله جرائم جنسی، کیفر می‌شود که بالغ و عاقل باشد؛ از طرفی تحقق قصد مجرمانه علاوه بر شرط سوم «علم به حرمت» مستلزم عمد و اراده در فعل مجرمانه است و عمد و اراده فرع بر وجود قوه تمیز است، عقل می‌گوید کسی می‌تواند قصد مجرمانه داشته باشد که عمد و اراده داشته باشد و چون غیر عاقل و نابالغ غیر ممیز اعمال و افعال غیر ارادی و غیر مقصود دارند، اگر مرتکب جرمی شوند از دایره مسئولیت کیفری خارج هستند، نظیر کسانی که در حالت‌های خواب یا بیهوشی مرتکب جرم شود، عدم جواز اجرای مجازات مورد اتفاق همه فقها است. یکی از حقوق‌دانان در توضیح این شرایط چنین بیانی دارد «اطفال و نابالغ در صورت ارتکاب جرم

۱- ر ک - سید محمد حسینی، پیشین، ص ۱۰۵

مطلقاً از مسئولیت مبرا هستند... دلیل آن‌هم روشن است. زیرا تازمانی که طفل درک درستی از ماهیت رفتار خود نداشته باشد نمی‌توان او را به تحمل پیامدهای رفتار مجرمانه ملزم کرد و این درک و شعور زمانی به رشد و کمال خود می‌رسد که به فرض طفل یا نوجوان به حد بلوغ رسیده باشد. تصمیم دادگاه در بعضی از موارد نسبت به طفل یا نوجوان جنبه اصلاحی و تربیتی دارد^۱.

نسبت به اشتراط علم می‌فرماید «تنجز تکلیف شرعی متوقف بر وصول تکلیف به مکلف است؛ زیرا مجازات شخصی که بر تشریع قانون آگاهی ندارد، عقلاً زشت و قبیح است از این رو بیان به‌کاررفته در قاعده قبح عقاب بلایان، به بیان واصل و نه بیان صادر تفسیر شده است. لذا نسبت به جاهل تکلیف فعلیت دارد؛ هرچند منجز نیست که مجازات داشته باشد و شخص جاهل، معذور محسوب می‌شود»^۲.

ج: شرط اختیار

از شرایط اساسی و همگانی در این نوع از جرائم حدی «گناهان جنسی» که در فقه ذکر شده عبارت است از اختیار مرتکب، اگر مرتکب جرائم جنسی عالم، بالغ و عاقل باشد بر اساس تصریح فقها و حقوق‌دانان بازهم تمام شرایط تحقق مسئولیت کیفری جمع نیست تا این‌که احراز شود ارتکاب این جرائم با اختیار بوده یا نه؟ لذا مکره «شخصی که با تهدید یا زور مجبور به ارتکاب عملی می‌شود» مسئولیت کیفری ندارد^۳.

اختیار حالتی است در انسان که آزادانه و بدون ضرر شدید به ارتکاب یک رفتار دست می‌زند. در مقابل هرگاه دلیل اصلی و اساسی انتخاب یک رفتار، احتراز از ضرر شدیدی باشد که در صورت عدم ارتکاب آن رفتار، متوجه می‌گردد «مانند اکراه دیگری» انتخاب غیر اختیاری خواهد بود^۴. لذا اکراه یعنی وادار کردن دیگری به عمل یا ترک عملی که از آن کراهت دارد، مشروط براینکه این وادار کردن با تهدید جانی یا مالی یا عرضی از جانب اکراه‌کننده توأم باشد. قانون‌گذار نیز با عنوان شرایط و موانع مسئولیت کیفری به این شرط توجه کرده و در قانون مجازات اسلامی ماده ۱۴۰ مسئولیت کیفری در حدود، قصاص و

۱ - محمدعلی اردبیلی، حقوق جزای عمومی، ج ۳ ص ۱۴۱

۲ - عباس محمدخانی، عنصر روانی جرم، ج ۱ ص ۱۳۵

۳ - محمدحسن نجفی، پیشین ص ۲۶۲ باب زنا، ص ۳۷۷ باب لواط، ص ۳۸۸ باب مساحقه

۴ - عباس محمدخانی، همان، ص ۱۷۳

تعزیرات را تنها زمانی محقق دانسته که فرد حین ارتکاب جرم، عاقل، بالغ و مختار باشد. در ماده ۱۵۱ نیز به این شرط اشاره شده است.

ه: ادله عقل بر شرط اختیار

دلیل اول عقلی: که فقها اشاره کرده‌اند^۱ این است اگر کیفر از مرتکب غیر مختار ساقط نشود تکلیف مالا یطاق است و عقلا تکلیف مالا یطاق جایز نیست؛ زیرا در صورت ارتکاب جرم «مثلاً ارتکاب زنا» مجازات می‌شود و اگر انجام ندهد تهدیدکننده تهدیدش را عملی کرده و صدمه جانی یا مالی یا شرافتی وارد می‌کند. در روایات نیز به این دلیل توجه شده است که می‌فرماید «آن زن که اکراه بر زنا شده است اگر مقاومت می‌کرد مرد مکره او را می‌کشت، بر چنین زنی تازیانه و سنگسار نیست»^۲.

دلیل دوم عقلی: اگر شک کردیم که آیا کسی که با اکراه مرتکب زنا و.. شده است مجازات ثابت است یا نه با تمسک به قاعده درأ، حد از وی ساقط می‌شود. لذا سؤالی که مطرح می‌شود این است که آیا قاعده‌ی درأ، اکراه را هم در برمی‌گیرد یا خیر؟ یعنی در صورت شبهه اکراه و عدم اختیار این قاعده جاری می‌شود یا خیر؟ جواب این است که با توجه به عمومیت قاعده و عدم وجود دلیل مخصوص، به نظر می‌آید که چنانچه شبهه حاصل شود به عمل ارتكابی از ناحیه متهم در مورد اکراه و عدم اختیار، می‌توان گفت که شامل شبهه اکراه نیز شده و در نتیجه کیفر عمل ارتكابی منتفی می‌شود. روایات و آرای فقها نیز مؤید و شاهد بر این استظهار است^۳.

روایت تصریح دارد زنی مرتکب زنا شد ولی شاهی نداشت، به امیرالمؤمنین «ع» عرض کرد: قسم به خدا زانی مرا به زنا وادار کرد، حضرت حد را از او برداشت «به نظر می‌رسد برداشتن مجازات زنا حد عقلایی قاعده درأ هست؛ نمی‌توان از زن انتظار داشت که در آن شرایط زمانی و مکانی خاص شاهی بر اکراه داشته باشد»^۴. لذا صاحب جواهر می‌فرماید «اگر زنی بدون این‌که شوهری داشته باشد حامله شود،

۱ - محمدحسن نجفی، پیشین، ص ۲۶۶

۲ - محمدبن یعقوب بن اسحاق کلینی، پیشین (ط - الإسلامیة) ج ۷ ص ۱۹۱

۳ - سیدمصطفی محقق داماد، یزدی، پیشین، ج ۴ ص ۵۸

۴ - احمدحاجی ده آبادی، پیشین، ص ۸۷

نباید او را به زنا متهم کرد و حد را جاری کرد.. چون ممکن است حامله شدن او بر اثر نزدیکی به شبهه یا اکراه یا احتمالات دیگر بوده و زن تقصیری ندارد^۱.

شهید ثانی می‌فرماید «احتمال وجود اکراه نسبت به متهم موجب شک و شبهه شده و شبهه نیز موجب رفع مجازات می‌شود»^۲. این شبهه آن‌چنان قوی است که با وجود اصل اختیاری بودن اعمال قابل‌رفع نیست.

دلیل سوم عقلی: برخی از حقوقدانان بر این شرط چنین استدلال کرده‌اند که در حالت فقدان اختیار، عنصر روانی جرم تشکیل نمی‌شود^۳؛ باینکه همین عنصر روانی جرم از ارکان جرم هست. لذا فردی که بر اثر اکراه دیگری مبادرت به ارتکاب جرم می‌کند واجد نیت مجرمانه نیست و نمی‌توان جرم را به او نسبت داد^۴. از این استدلال می‌توان چنین جواب داد که در حالت اکراه اراده مجرمانه کماکان وجود دارد و مرتکب اراده خود را هرچند تحت تأثیر اکراه، به رفتار مجرمانه معطوف می‌کند؛ زیرا زمانی که فردی رفتاری را تصور کرده و فایده آن را «که دفع خطر احتمالی باشد» تصدیق نماید و بر این مبنا اراده انجام آن را داشته باشد اراده او تشکیل شده است پس نیت مجرمانه تشکیل می‌شود. هرچند که مجازات مکره به ادله دیگری منتفی است^۵. لذا فرق بین اکراه و اجبار این است که اجبار قصد را زایل می‌کند و اکراه رضایت را از بین می‌برد با فرض اینکه مکره اراده و قصد دارد^۶.

۲-۱-۱-۲- احکام جرائم جنسی و ادله عقلی آن

جرائم جنسی دارای احکام متعددی است که فقها و حقوقدانان به تبیین آن پرداخته‌اند از قبیل حرمت ارتکاب، وجوب اجرای حدود نسبت به مرتکب جرائم جنسی، شرایط اجرای حدود «اقرار، شهادت»، شفاعت در حدود، عدم جواز اجرای آن «در برخی زمان‌ها یا مکان‌ها»، به تأخر افتادن اجرای حدود «مثل باردار بودن زانیه یا مریض بودن مجرم...». ضرورت ایجاب می‌کند که این احکام با نگاه عقلی بررسی شود

۱ - محمد حسن نجفی، همان، ص ۲۹۵

۲ - زین‌الدین بن علی عاملی، شهید ثانی، پیشین (المحشی - کلانتر)، ج ۹ ص ۲۱۰

۳ - برای شناخت تعریف عنصر روانی مراجعه شود به عباس محمدخانی، عنصر روانی جرم، ج ۱ ص ۲۰

۴ - عباس محمدخانی، پیشین، ج ۱ ص ۱۶۴

۵ - همان، ص ۱۶۴

۶ - ایرج گلدوزیان، پیشین، ص ۲۰۱، «قانون ۱۳۹۲»

که آیا عقل این احکام را درک و یا تأیید می‌کند یا نه؟ واقعیت این است همان‌گونه که برای اثبات این احکام به دلیل نقلی استدلال شده است^۱، یکی از ادله مهم احکام باب جرائم جنسی عقل و دلیل عقلی می‌باشد. لذا به برخی از احکام با نگاه عقلی پرداخته خواهد شد.

الف: حرمت ارتکاب گناهان جنسی و وجوب فوری اجرای حد

حرمت ارتکاب جرائم جنسی و وجوب فوری کیفر حدی نسبت به مرتکب جزء احکام این‌گونه جرائم است. فلسفه وجود این دو حکم «وجوب و حرمت» با تحلیل عقلی این مطلب است که از مسلمات اسلام خصوصاً امامیه است که احکام شرعی تابع یک سلسله مصالح و مفاصد واقعی هستند؛ هر امر شرعی به علت یک مصلحتی است که لازم الاستیفا و هر نهی شرعی ناشی از یک مفسده واجب الاحتراز است برای این‌که بشر از مفاصد دور بماند شارع مقدس وی را از برخی از افعال منع می‌کند، اگر آن مصلحت و مفسده نباشد امر و نهی نیست.

اصولیین در علم اصول می‌گویند: احکام شرعی دایر مدار حکمت‌ها و مصالح است چه مربوط به جسم و جان باشد یا مربوط به فرد یا اجتماع باشد. لذا اگر در مورد به خصوصی فرض کنیم که از طریق نقل حکم شرعی به ما ابلاغ نشده باشد از آن‌طرف عقل به‌طور جزم و یقین به حکمت خاص در آن پی ببرد عقل کشف می‌کند که حکم شارع چیست.

شهید مطهری در این رابطه می‌گوید: در دینی که عقل را در ردیف کتاب آسمانی قرار می‌دهند، معلوم می‌شود که اولاً این دین تضادی میان عقل و کتاب آسمانی و سنت قائل نیست والا محال بود که عقل را در ردیف کتاب قرار دهند. بلکه باید می‌گفت دین فوق عقل است، ثانیاً ملاکات احکام غالباً توسط عقل بشر کشف می‌شود^۲. در حقیقت عقل صغرا و کبرای منطقی درست می‌کند که صغرا این است: مثلاً در فلان مورد مفسده واجب الاحتراز یا مصلحت لازم الاستیفایی وجود دارد. کبرا این است هر جا که مفسده واجب الاحتراز یا مصلحت لازم الاستیفایی وجود داشته باشد قطعاً شارع بی تفاوت نیست. نتیجه این دو مقدمه این است که در مورد بالا حکم شرع این است که باید آن را ترک یا انجام داد.

^۱ = محمدحسن نجفی، پیشین، ص ۲۵۶ و ۲۵۸، و ص ۳۷۵ حرمت لواط، ص ۳۸۷ ماحقه، ص ۳۹۹ قیادت

^۲ - جمعی از نویسندگان، مجله فقه اهل بیت «ع» ۵۲، ص ۱۱۶

لذا فقها «و متکلمین» قاعده ملازمه را مطرح می‌کنند که کلاماً حکم به العقل حکم به الشرع، این امر برعکس آن چیزی است که اشاعره هرگونه غرض و حکمت را از تشریع احکام و همچنین حسن و قبح عقلی را انکار می‌نمایند. اینکه فقها و حقوقدانان در موارد فراوانی به اختلال نظام و اموری از این قبیل استناد می‌کنند بازگشت همه آن‌ها به حکمت است. چنانچه مرحوم مظفر می‌فرماید «عقلاً بین حکم عقل و شرع ملازمه وجود دارد، به این دلیل که عقل وقتی به حسن چیزی و یا قبح چیزی حکم کند؛ یعنی هرگاه چیزی به خاطر آن که موجب حفظ نظام و بقای نوع انسان بوده و مورد آراء تمام عقلا، از آن جهت که عاقل هستند، قرار گیرد.. شارع نیز به ناچار باید بر طبق حکم عقلا، حکم دهد؛ زیرا شارع نیز از جمله عقلا بلکه رئیس عقلاست^۱».

ب: ادله عقلی حکم جرائم جنسی

حرمت ارتکاب جرائم جنسی و وجوب اجرای حد در صورت ثبوت ارتکاب را عقل درک می‌کند؛ عقل می‌داند که رابطه نامشروع جنسی مفاسد و زیان‌های فردی، اجتماعی و خانوادگی فراوانی به دنبال دارد چنانچه، قرآن کریم به حکمت حرمت آن اشاره نموده و این رابطه نامشروع را در کنار شرک، قتل و سرقت بیان کرده است و در ضمن نهی از زنا یا لواط، و هم‌جنس‌گرایی فرموده «به زنا نزدیک نشوید که آن فاحشه و راه بدی است^۲» یا می‌فرماید «شما به سراغ مردان می‌روید و با آنان درمی‌آمیزید و راه توالد و تناسل را قطع می‌کنید^۳».

دلیل اول: قرآن مجید زنا را فاحشه خوانده، و این جرم را به عنوان «راه بد» توصیف کرده است؛ زیرا این‌گونه از حدود اولاً حس عاطفه و ترحم را که اساس زندگی اجتماعی و خانوادگی است از بین می‌برد؛ پیدایش هرج و مرج در نظام خانواده، و از میان رفتن رابطه فرزندان و پدران، رابطه‌ای که وجودش نه تنها سبب شناخت اجتماعی است، بلکه موجب حمایت کامل از فرزندان می‌گردد، و پایه‌های محبتی را که در تمام طول عمر سبب ادامه این حمایت است می‌گذارد.

۱ - عباس زراعت، پیشین، ج ۲ ص ۲۰۶

۲ - اسراء آیه ۳۲ «وَلَا تَقْرُبُوا الزَّوْجَ الَّذِي لَهُ كَانَ فَاحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا»

۳ - عنکبوت آیه ۲۹

دلیل دوم: گناهان جنسی سبب می‌شود که مرتکب این جرائم به سراغ گناهان زیادی برود؛ زیرا ارتکاب جنین جرائمی بدون زحمت نیست لذا زناکار برای ارضای هوس خود گاه به تهمت، ارباب و دزدی دست می‌زند حتی مرتکب قتل می‌شود؛ عمل زنا غالباً سبب سقط جنین و کشتن فرزندان می‌گردد، چراکه چنین زنانی هرگز حاضر به نگهداری این‌گونه فرزندان نبوده و اصولاً وجود فرزند مانع بزرگی بر سر راه ادامه اعمال شوم آنان می‌باشد، لذا همیشه سعی می‌کنند آن‌ها را از میان ببرند. داستان‌هایی را که بعضی از چگونگی وضع داخل محله‌های بدنام و مراکز فساد نقل کرده و نوشته‌اند به‌خوبی بیانگر این واقعیت است که در کنار انحرافات جنسی بدترین جنایات رخ می‌دهد.

دلیل سوم: التذاذ بیش‌ازحد در گناهان جنسی، قدرت لذت طبیعی را کاهش داده و در نتیجه مرتکب این جرائم برای جبران این نقیصه به مواد مخدر و مشروبات الکلی روی می‌آورد. اشاعه تخدیر خود بلای بزرگ‌تری برای جامعه خواهد بود که کسی منکر زیان‌بار بوده آن نیست. جمله "ساءَ سَبِيلًا" راه زنا بدراهی است «که به دنبال نهی از ارتکاب زنا آمده است بیانگر این واقعیت است که این عمل راهی به مفاسد دیگر در جامعه می‌گشاید. علاوه بر این که ارتکاب جرائم جنسی بیماری‌های مقاربتی را زیاد کرده که نتیجه آن، فساد نسب انسان است. تجربه نشان داده و علم ثابت کرده است این عمل باعث اشاعه انواع بیماری‌ها است، با تمام تشکیلاتی که برای مبارزه با عواقب و آثار آن امروز فراهم شده است باز آمار نشان می‌دهد که تا چه اندازه افراد از این راه، سلامت خود را ازدست‌داده و می‌دهند.

دلیل چهارم: گناهان جنسی سبب کاهش تشکیل خانواده از طریق ازدواج و موجب به وجود نیامدن ارتباط‌های فامیلی و قطع صلہ‌رحم است؛ روابط نامشروع باعث می‌شود که انسان‌ها از قبول مسئولیت تشکیل خانواده سرباز زنند که این امر به ارکان جامعه لطمه می‌زند؛ با باز شدن راه زنا روزه‌روز میل و رغبت افراد به ازدواج کمتر می‌شود، باینکه می‌تواند از راه زنا حاجت جنسی خود را برآورد داعی ندارد اگر مرد است محنت و مشقت نفقه عیال، اگر زن است زحمت حمل جنین و تربیت او را تحمل نموده و با محافظت و قیام به واجبات زندگی‌اش، جانش به لب برسد، باینکه غریزه جنسی که محرک و باعث همه این‌ها است از راه دیگر هم اکتفا می‌شود، بدون اینکه کمترین مشکل و تعبی تحمل کند.

هم چنان که دختر و پسر جوان غربی همین کار را می‌کند و حتی از بعضی جوان‌های غربی سؤال شده است که چرا ازدواج نمی‌کند؟ پاسخ داده‌اند: چکار به ازدواج دارم، تمام زن‌های این شهر از آن‌من است! دیگر ازدواج چه نتیجه‌ای دارد؟ تنها خاصیت آن مشارکت و همکاری در کارهای جزئی خانه است که آن‌هم مانند سایر شرکت‌ها است که با اندک بهانه‌ای منجر به جدایی شریک‌ها از همدیگر می‌شود این مسئله امروزه به‌خوبی در جوامع غربی مشهود است.^۱ این ادله^۲ و دلیل‌های دیگر^۳ «علت حرمت و وجوب کیفر مرتکبین گناهان و حدود جنسی هست».

روایات نیز به این علل عقلی اشاره کرده است، امام رضا علیه‌السلام در علت تحریم روی آوردن مردان به مردان «لواط» و زنان به زنان «مساحقه» چنین استدلال می‌کنند «یکی ساختار وجودی زنان و سرشت وجودی مردان است که هر یک برای جنس مخالف آفریده شده است، و دیگر این که روی آوردن مردان به مردان و زنان به زنان سبب از بین رفتن نسل بشر و برهم خوردن نظم و تدبیر جامعه و نابودی دنیا می‌شود».^۴ بنابراین در کنار ادله نقلی، عقل به‌درستی حکمت تحریم و فلسفه وجوب اجرای کیفر مجرمین این دسته از جرائم حدی را درک کرده و احکام فقهی و حقوقی را تأیید می‌کند.

ج: دلیل عقل بر تعدد شهود و اقرار در جرائم جنسی

از شرایط اثبات جرائم جنسی شهادت شهود یا اقرار مرتکب این جرائم است، اما می‌توان تعدد شهود یا تعدد اقرار را از احکام اثبات این گناهان دانست که عبارت است از چهار مرتبه اقرار یا چهار بار شهادت در باب زنا، و مساحقه، و لواط. همان‌گونه که فقها دلیل از کتاب^۵ و سنت^۶ ارائه کرده‌اند^۷ که اثبات این دسته از حدود برای متهم مانند اثبات سایر حقوق نیست که در آن به دو یا یک مرتبه اقرار یا دو شاهد اکتفا شود. از نگاه عقلی این سخت‌گیری در باب اقرار و شهادت نسبت به جرائم جنسی نیز قابل توجیه می‌باشد. زیرا

۱ - سیدمحمدباقر همدانی موسوی، ترجمه تفسیر المیزان، ج ۱۳، ص: ۱۲۱

۲ - محمدمحمدی گیلانی، حقوق کیفری در اسلام، ص ۳۱

۳ - محمدبن علی بن بابویه، صدوق، قمی، علل الشرائع؛ ج ۲، ص: ۵۴۷

۴ - سویه نسا آیه ۱۵

۵ - محمدبن یعقوب بن اسحاق کلینی، پیشین (ط - الإسلامية) ج ۷ ص ۲۱۹

۶ - محمدحسن نجفی، پیشین، ص ۲۸۰ و ص ۳۷۶ و ق.م.ا ماده ۲۳۲

نسبت دادن زنا و لواط و... در واقع تهمت زدن به یک انسان است که قرآن کریم واژه «يَرْمُونَا» را به کار می‌برد.^۱ به این معنا که تهمت به منزله ای پرتاب تیر و هجوم به آبروی مردم است. و چه بسا که آن انسان پاک‌دامن باشد و بی‌گناه. از طرفی در زمینه این اتهامات زبان بسیاری از مردم باز بوده و همواره عرض و حیثیت افراد را با سوءظن و بدون سوءظن جریحه‌دار می‌کنند ولی در مسائل دیگر حتی قتل نفس، زبان‌ها تا این حد آلوده نیست که قتل با وجود دو شاهد عادل اثبات می‌شود.

با این تحلیل که عقل سختگیری اسلام را در زمینه اثبات جرائم جنسی تأیید می‌کند تا به این وسیله حافظ اعراض مردم باشد، اگر کمتر از چهار مرد عادل یا کمتر از نصاب لازم برای اثبات جرم شهادت دهند هریک از شهود به خاطر افترا و تهمت حد قذف می‌خورند و شهادت قاذف ابداً قبول نمی‌شود تا جایی که قرآن قاذف را فاسق معرفی کرده است.^۲ اسلام وی را به دروغ‌گویی و عدم قبول شهادت محکوم می‌کند.

این‌گونه احکام جهت حفظ آبروی مردم است تا کسی جرئت نکند وقتی شرایط فراهم نیست علیه او شهادت داده و آبروی کسی را ببرد. همان‌گونه که ملاحظه می‌شود از ارزش‌های والای انسانی که همیشه در انواع قوانین به پاسداری از آن برخاسته، حفظ نوامیس، حیثیت، شرف و اعتبار امت اسلامی است. از نظر اسلام قابل قبول نیست کسی به صرف این که با کسی اختلاف پیدا کرد با اتهامات واهی و بی‌اساس آبرو و شرف او را لکه‌دار کند.

بنابراین هم چنان که زنا و لواط و مساحقه از شدیدترین عوامل نابودی خانواده است چنانچه بیان شد، اتهام بدان نیز تقریباً به همان نتیجه منجر می‌شود؛ زیرا این‌ها از جرائمی هستند که خیلی زود و به آسانی ممکن است مردم را بدان متهم ساخت، این جرائم غریزه مردم به‌ویژه صاحبان عقده‌های جنسی را برمی‌انگیزد و مانند جنایت قتل و جز آن نیست. به این دلیل اسلام از سویی بر مجازات آن سختگیری کرده^۳ که در برخی از اقسام آن، کیفر مرتکب سلب حیات است «از سوی دیگر برای اثبات آن شدت عمل نشان داده است، و این هر دو امر هدفی واحد دارد که همانا حفظ و نگهبانی از آبروی انسان‌ها و خانواده و پاسداری نسبت به پاک‌دامنی و شرف در زندگی اجتماعی است.

۱ - سوره نور آیه ۴

۲ - سوره نور آیه ۲۳

به این دلیل است که در ماده ۲۴۱ ق.م.ا تصریح می‌کند که با فقدان ادله اثبات قانونی چون اقرار و شهادت و کارشناسی و غیره بر وقوع جرائم منافی عفت و انکار متهم، انجام هرگونه تحقیق و بازجویی در جهت کشف امور پنهان و مستور از انظار با ممنوعیت قانونی مواجه است حتی علم قاضی، هم که از نظر قانونی و شرعی ملزم به تصریح و ذکر مستندات و دلیل تصمیم خود است نمی‌تواند دارای اثر باشد.^۱

از مواردی که از مستثنیات علم قاضی شمرده شده که نمی‌تواند به علم خود عمل کند و باید تعدد شهود یا اقرار را رعایت کند کیفر زنا و لواط و مساحقه است. چه‌بسا برای قاضی با یک شاهد یا یک اقرار علم به ثبوت جرم حاصل شود ولی برای اجرای حد این علم کافی نبوده و کیفر جایز نیست مگر با چهار شاهد و یا چهار مرتبه اقرار.^۲ چنانکه در مورد علم قاضی در حدود یکی از حقوقدانان چنین می‌نویسد «به نظر می‌رسد جرائمی را که راههای اثبات آنها در مواد قانونی منجزا احصا شده و در آنها اشاره‌ای به علم قاضی نشده است مشکل بتوان با استناد به علم قاضی اثبات کرد».^۳

از این گذشته اکثر قریب به اتفاق از جرائم من جمله قتل نفس درواقع یک‌طرف دارد، یعنی مجرم «قاتل» یکی است درحالی‌که در مسئله زنا برای دو نفر اثبات جرم می‌شود، و قرار است دو نفر کیفر داده شوند و اگر برای هرکدام دو شاهد بطلبیم چهار شاهد می‌شود. این سخن مضمون حدیثی است که از امام صادق ع نقل شده، آنجا که ابوحنیفه فقیه معروف اهل تسنن می‌گوید: از امام صادق ع پرسیدم: آیا زنا شدیدتر است یا قتل؟ فرمود: «قتل نفس» گفتم: اگر چنین است پس چرا در قتل نفس دو شاهد کافی است، اما در زنا چهار شاهد لازم است؟ فرمود «شما درباره این مسئله چه می‌گویید؟» ابوحنیفه پاسخ روشنی نداشت بدهد، امام فرمود «این به خاطر این است که در زنا دو حد است حدی بر مرد جاری می‌شود و حدی بر زن، لذا چهار شاهد لازم است، اما در قتل نفس تنها یک حد درباره قاتل جاری می‌گردد».^۴ البته مواردی وجود دارد که در زنا تنها بر یک‌طرف حد جاری می‌شود (مانند زنای به عنف و امثال آن) ولی این‌ها جنبه استثنایی دارد،

۱ - ایرج گلدوزیان، پیشین، ص ۲۶۷

۲ - سیدعبدالکریم موسوی اردبیلی، فقه القضا، ج ۱، ص ۳۰۲

۳ - حسین میرمحمد صادقی، حقوق کیفری اختصاصی، جرایم علیه اموال و مالکیت، ص ۲۸۵

۴ - ناصر مکارم شیرازی، پیشین، ج ۱۴، ص ۳۷۴

آنچه معمول و متعارف است آن است که با توافق طرفین صورت می‌گیرد، و می‌دانیم همیشه فلسفه احکام تابع افراد غالب است.

د: توبه مرتکب جرائم جنسی و دلیل عقلی بر عدم جواز کیفر

توبه مجرم از جمله احکام حدود است که در فقه و حقوق بیان شده است^۱ اگر زانی یا زانیه قبل از اقرار و یا پیش از قیام بینه توبه کند این توبه سبب اسقاط حد می‌شود خواه رجم باشد یا جلد، حکم این مسئله بین فقها اجماعی است^۲. در حقوق توبه مرتکب جرائم جنسی تحت عنوان مصونیت از مجازات آمده است. اصل حذف یا استفاده حداقلی از مجازات^۳ «سالب حیات و سالب آزادی» مسئله‌ای است که مورد پذیرش همه حقوق‌دانان بوده و از زیرمجموعه‌های این اصل این است، اگر مرتکب قبل از اثبات جرم در دادگاه صالح توبه نماید و توبه واقعی وی احراز شود دادگاه رسیدگی‌کننده مکلف است ضمن پذیرش توبه وی، حکم به معافیت وی از مجازات را صادر کند^۴. مسئله توبه مجرم فقط اختصاص به حد که با اقرار ثابت شده است، ندارد بلکه شامل موردی هم می‌شود که به وسیله شهادت شهود یا علم قاضی جرم ثابت شده باشد^۵.

ماده ۱۱۴ ق.م.ا می‌گوید «در جرائم موجب حد به استثنای قذف و محاربه هرگاه متهم قبل از اثبات جرم، توبه کند و ندامت و اصلاح او برای قاضی محرز شود، حد از او ساقط می‌گردد. همچنین اگر جرائم فوق غیر از قذف با اقرار ثابت شده باشد در صورتی توبه‌ی مرتکب حتی پس از اثبات جرم، دادگاه می‌تواند عفو مجرم را توسط رییس قوه قضاییه از مقام رهبری درخواست نماید». در تبصره ۲ این ماده، حکم زنا و لواط را هرگاه جرم به عنف، اکراه و یا با اغفال بزه دیده انجام گیرد، مقرر کرده و مرتکب را در صورت توبه و سقوط مجازات به شرح مندرج در این ماده به حبس یا شلاق تعزیری درجه شش یا هر دو آن‌ها محکوم نموده است.

۱ - سیدروح الله موسوی خمینی، پیشین ج ۲، ص ۴۶۲ و ۴۷۰ «يسقط الحد لو تاب قبل قيام البینه رجما كان أو جلدا»

۲ - مجیدمرادی زیر نظر محمد جواد لاریجانی، کاظم غریب آباد، موازین حقوق بشری در قوانین کیفری جمهوری اسلامی ایران، ص ۴۰۳

۳ - هوشنگ شامیباتی، حقوق کیفری اختصاصی، ج ۳ ص ۵۱۱

ادله عقلی بر عدم جواز کیفر

دلیل اول عقلی: بر عدم جواز کیفر با تحقق توبه قاعده درآ می‌باشد چنانچه قبلاً به تفصیل گذشت که این قاعده با اصول عقلی مطابقت دارد؛ با این توضیح که با وجود توبه قبل از قیام بینه یا اقرار شک می‌کنیم که آیا حد و کیفر واجب است یا نه؟ مصداق قاعده محقق بوده و حد ساقط است. به عبارت دیگر با توبه، حدی ثابت نمی‌ماند تا بعداً ساقط شود. بنابراین برای بینه یا اقرار هیچ نقش و تأثیری نیست.

دلیل دوم عقلی: کیفرهای جزایی در اسلام به عنوان رحمت الهی مطرح است «همان‌گونه که عقل نیز این مطلب را تأیید می‌کند». فقها در مباحث جزایی اسلام از کیفر به عنوان احسان و لطف الهی به جامعه بشری نام برده و آن را با سخت‌گیری پدر در تربیت فرزندان و یا تلاش پزشک برای معالجه بیمار، همانند دانسته‌اند. این رحمت ویژه جامعه نبوده بلکه فرد بزهکار را نیز در برمی‌گیرد، هرچند ممکن است برای بزهکار با درد و رنج همراه باشد همان‌گونه که در هنگام معالجه، بیمار ممکن است درد بسیار بکشد. لذا در کنار اهداف که در اجرای مجازات وجود دارد «مثل اجرای عدالت، دفاع از مصالح جامعه، اصلاح جامعه، تشفی خاطر ستم‌دیده» تأدیب و اصلاح بزهکار و پیشگیری از جرم را نیز باید یاد آورشد.

بنابراین فلسفه حدود بهترین سازوکار «اصلاح»، «بازپروری» و «بازگشت» مجدد مجرم به اجتماع هست. حال با احراز توبه مرتکب این هدف که اصلاح و عدم تکرار جرم باشد محقق شده است دیگر نیازی به اجرای مجازات نیست. در روایات چنین آمده است «اذا صلح و عرف منه امر جمیل لم یقم علیه الحد»^۱ یعنی در اثر توبه انسان صالحی و شایسته‌ای گشته و آثار صلاح و نیکی در رفتارش هویدا شود به گونه‌ای که معلوم گردد در او تغییر حالت پیدا شده و اهل تکرار جرم و خلاف نیست. در ماده ۱۱۴ ق.م.ا این جمله وجود دارد که «ندامت و اصلاح او برای قاضی محرز شود، حد از او ساقط می‌گردد». پس توبه یعنی بازگشت از گناه و پشیمان شدن از جرمی که مرتکب شده است، یکی از ارکان مهم آن تصمیم به ترک آن عمل در آینده است. علی‌الاصول احراز تحقق توبه با قاضی است ولی در صورت احراز آن قبل از ثبوت جرم، حد ساقط می‌شود؛ زیرا هدف از مجازات اصلاح مجرم بوده که بدون مجازات محقق شده است.^۲

۱ - محمد بن یعقوب بن اسحاق کلینی، پیشین، (ط - الإسلامية) ج ۷، ص ۲۵۰

۲ - ایرج گلدوزیان، پیشین، ص ۱۵۲

ه: موارد و ادله تأخیر اجرای کیفر جرائم جنسی

از جمله احکام حدود، به تأخیر افتادن حدود^۱ از قبیل باردار بودن زانیه یا مریض بودن مجرم... می‌باشد. باینکه اسلام در مسئله اجرای حد کمال اهمیت را داده است به گونه‌ای که در باب حدود تأخیر یک ساعت را جایز ندانسته و این اهمیت از روایات استفاده می‌شود که پیامبر «ص» و امامان معصوم «ع» برای لحظه‌ای تأخیر در اجرای آن را جائز نمی‌دانستند. با وجود این همه تأکیدات در قضاوت‌های پیامبر اکرم (ص) و حضرت علی (ع) مواردی وجود دارد که به دلایلی اقامه حد را موقتاً به تأخیر انداخته یا آن را اجرا ننموده‌اند و یا مجرم را مورد عفو قرار داده‌اند، در این موارد مصالحی وجود داشته که بر اجرای فوری حد مقدم بوده که عقل نیز آن مصالح را درک می‌کند مثلاً در مورد «زانیه حامله» مصلحت سلامت بزهکار و نیز سلامت و تربیت بچه بر مصلحت اجرای فوری حد، مقدم شده است ولو اینکه طفل ناشی از زنا باشد.

بنابراین تا هنگام بی‌نیازی طفل و یا بیم ضرر، مادر از مجازات مصون است و «محکوم به حد یا قصاص تا پایان مدت زایمان کیفر بر او اجرا نمی‌شود و اگر در تازیانة احتمال بدهیم که ممکن است بچه صدمه ببیند، بدون اشکال و بدون خلاف از نظر روایت و فتوا نباید به او تازیانه زد؛ زیرا بچه بی‌گناه است نباید از مجازات زانیه صدمه ببیند و گناه یکی را بر عهده دیگری نمی‌اندازند^۲». یا در کیفر مجرم مریض، سلامتی وی بر اجرای فوری حد مقدم دانسته شده تا این که مبدا اجرای مجازات در صورتی که کیفر مجرم رجم و قتل نباشد سرایت کرده و بیماری او بدتر شود. اگر مجازات قتل یا رجم باشد همان گونه که بر فرد سالم این حدود اجرا می‌شود نسبت به مجرم مریض و یا مجروح و یا زن مستحاضه نیز اقامه می‌شود؛ زیرا پای سلامتی وی در میان نیست. به این دلیل است اگر مسئله سلامتی مجرم در میان باشد باید حال وی مراعات شود و حد به تأخیر انداخته می‌شود در روایتی مردی در حال بیماری محکوم به حد شده بود، امام علی (ع) فرمود: «او را ببرید، وقتی بهبودی حاصل نمود، برای اجرای حد حاضر کنید، چون ممکن است اجرای حد در حال بیماری او را از بین ببرد^۳».

^۱ - محمدحسن نجفی، پیشین، ص ۳۳۷

^۲ - محمدبن یعقوب بن اسحاق کلینی، پیشین، (ط - الإسلامیة) ص ۲۴۴

یکی از احکام این گونه جرائم خصوصیت زمان و مکان جهت اقامه حد می باشد. مثل عدم جواز اجرای حد «در برخی زمان ها یا مکان ها، یا در سرزمین دشمنان اسلام». لذا در زمان خیلی گرم یا خیلی سرد مقاومت بدن انسان کم شده و اجرای کیفر سلامتی او را به خطر می اندازد و ممکن است منجر به مرگ انسان شود. یا در برخی از مکان ها مثل اجرای حد در سرزمین غیر اسلامی جایز نیست؛ اجرای کیفر سبب می شود که وی دچار عصبانیت و روی گردان از دین شود و به اردوی دشمنان اسلام ملحق شود، اجرای حد به جای اینکه به صلاح مجرم باشد برعکس وسیله گمراهی او می شود. حتی در این زمینه قاعده ای داریم با عنوان ناروا بودن اجرای حد در سرزمین دشمن^۱.

پس از بررسی شرایط و احکام کیفری جرائم جنسی به این نتیجه می رسیم که در سیستم کیفری، اسلام تأکید و اصراری بر اجرای کیفر بر اشخاص را ندارد باینکه هرگاه وقوع جرم حدی ثابت شود دلیل ویژه ای برای کیفر زدایی وجود ندارد مجازات با قاطعیت اجرا شده و لحظه ای درنگ و تأخیر جایز نیست. اما مواردی وجود دارد که نشان می دهد اسلام به کیفر زدایی و آثار مثبت آن که عقل آثار آن را درک می کند توجه دارد مثل شرایط اثبات زنا، یا چهار شاهد، یا چهار اقرار آن هم با شرایط سخت «از قبیل این که توصیف مشاهده در شهادت مانند میل در سرمه دان باشد، اتفاق شهود بر یک فعل در یک زمان و یک مکان، اتفاق در خصوصیت زنا که مثلاً زن راضی بوده یا نبوده و^۲ «سقوط مجازات بزهکار با توبه و بازگشت او به مسیر صحیح، با سفارشی که اسلام به توبه و ترجیح خطاپوشی دارد.

فقها با توجه به روایات فتوا می دهند: مستحب است زانی و هرکس دیگر که گناهی مرتکب شده است خطای خود را مخفی بدارد و از طریق توبه و بازگشت به راه درست در اصلاح خود بکوشد. روایتی است از حضرت علی «ع» پس از استماع چهار بار اقرار شخص زانی فرمود: چه عاری است یکی از شما این اعمال زشت مرتکب می شود آنگاه آبروی خود را نزد مردم می برد، آیا نمی توانست در خانه خود توبه کند؟ به خدا قسم اگر بین خود و خدای خود توبه می کرد بهتر از این بود که من حد بر او جاری کنم^۳. بنابراین سقوط اجرای حد با مطرح شدن شبهه، مباحثی مربوط به باب قذف و مباحث دیگر دلالت بر عدم اصرار

۱ - احمد حاجی ده آبادی، پیشین، ص ۲۴۵

۲ - فهیمه ملک زاده، دانشنامه حقوقی «حقوق جزا» ص ۴۴۳

۳ - سید محمد حسینی، پیشین، ص ۱۶۰

اجرای کیفر را می‌رساند که نگاه عقلایی نیز همین است. همان‌گونه که جرم به طرف مقابل ضرر می‌زند، کیفر نیز به مجرم ضرر وارد کرده و آثار سوء متعددی دارد هم به شخصیت وی و کسانی که وابسته با مجرم هستند هم به اجتماع^۱. لذا در حقوق جزایی اسلام در موارد متعددی کیفر زدایی پیش‌بینی شده است.

۲-۱-۱-۲- مجازات‌های جرائم مالی «شرایط و احکام»

وجه مشترک جرائم مالی مانند سرقت، کلاهبرداری، خیانت در امانت این است که حقوق مالکانه اشخاص را نقض کرده و به رابطه میان اشخاص و اموال صدمه وارد می‌کند «همانطوریکه اگر صدمه به شخصیت فیزیکی یا معنوی اشخاص وارد شود جرائم علیه اشخاص هستند». مالکیت شخصی امروزه یکی از پایه‌های بنیادی بسیاری از جوامع را تشکیل داده و لازمه حقوق و آزادی‌های مدنی اشخاص شمرده می‌شود.

بنابراین در جرائم مالی حق مالی مهم‌ترین موضوعی است که جرم علیه آن انجام می‌شود و حقوق دیگر جنبه فرعی و ثانوی دارد. همانطوریکه افراد جامعه از آزادی‌های فیزیکی برخوردارند مثلاً در مورد نوع شغل یا محل اقامت خود آزادانه تصمیم می‌گیرند، حقوق و منافع مالی آنان نیز باید مورد حمایت قرار گرفته شود تا از تعرض مجرمین مصون بماند.

جرائم مالی مانند سرقت، کلاهبرداری و.. چند خصوصیت دارد که عقل آن ویژگیها را درک می‌کند. ۱- زیاد واقع می‌شود. ۲- بسیاری از جرائم مالی در مقایسه با سایر جرائم ارتکاب آن‌ها سهل و آسان است. ۳- محسوس بودن منفعت حاصله از آن‌ها برای مجرمین که حسابگرند و قبل از ارتکاب جرم منافع و مضار ناشی از آن را باهم مقایسه می‌کنند که بیشتر به ارتکاب این نوع از جرائم ترغیب می‌شوند. ۴- علاوه بر متزلزل کردن پایه‌های اقتصادی نظام اجتماعی، موجب می‌شود که منابع عظیمی صرف جلوگیری از جرم و تعقیب مجرمین علیه اموال شود و خسارت واقعی نهایتاً به جامعه یا بخشی از آن وارد می‌شود مثلاً هزینه جلوگیری از سرقت در مغازه‌ها بالاخره توسط مشتریان پرداخت می‌شود که اگر این هزینه‌ها نباشد درصدی ارزان‌تر به دست خریدار می‌رسد. پس برای شکوفایی اقتصاد و احساس آسایش و آرامش اعضای جامعه، باید امنیت مالی حاکم باشد، مالکیت خصوصی مورد احترام واقع شود و از هرگونه تعدی به اموال دیگران

۱- ر-ک ولی اله صادقی، کیفر زدایی در ایران، نظریه و رویه، ص ۷۹

به شدت جلوگیری گردد، همین ویژگی‌ها سبب شده که توجه ویژه و اهمیت خاصی در فقه و حقوق نسبت به جرائم مالی شود.^۱

سرقت تنها جرمی است که «در کنار زنا، لواط و...» از جرائم مالی جزء حدود شمرده شده است چنانچه فقها بیان کرده‌اند.^۲ حقوق در مباحث متفرقه جرائم مالی مورد بحث قرار گرفته است اما در حال حاضر قانون اصلی در زمینه سرقت مثل سایر جرائم قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ است که آثار فقهی شیعه و بیشتر از همه شرائع الاسلام، جواهر الکلام و تحریر الوسیله منابع تدوین آن است. این قانون دارای پنج کتاب است کتاب دوم درباره حدود از ماده ۲۱۷ تا ۲۸۶ مربوط به جرائم با مجازات حد است که یک فصل آن به جرائم علیه اموال «سرقت» تعلق دارد از ماده ۲۶۷ تا ماده ۲۷۸.

با توجه به این که بحث ما در جرائم حدی است و تنها سرقت در جرائم مالی از جرائم حدی مالی به حساب می‌آید شرایط و احکام آن را در این گفتار با توجه به نگاه عقلی بررسی می‌کنیم.^۳

الف: شرایط سرقت حدی و دلیل عقلی آن

شرایط سرقت حدی در فقه عبارت است از ۱- بلوغ^۲ - عقل^۳ - اختیار^۴ - مضطر و مشتبّه نبودن^۵ - خارج کردن مال از حرز^۶ - نبودن سارق، پدر مسروق منه^۷ - شریک مال نبودن^۷ - سرقت از حرز^۸ - آنچه را دزدیده شرعاً مال و قابل ملکیت باشد. اگر چیزی را سرقت کند که مال نباشد مانند بچه آزاد، حد جاری نمی‌شود^۹ - وصول مال مسروقه به حدنصاب «ربع دینار طلای خالص سکه‌دار»^{۱۰} - آنچه دزدیده طعام و خوراکی در سال قحط نباشد. و شرایط دیگر که به کتب و منابع فقهی مراجعه شود^۵ که در برخی از شرایط بین فقها اختلاف نظر وجود دارد لذا مرحوم محقق حلی هشت شرط^۶ شهید ثانی یازده شرط^۷ را بر شمرده‌اند.

۱ - حسین میرمحمد صادقی، حقوق کیفری اختصاصی، جرایم علیه اموال و مالکیت، ص ۱۹

۲ - محمدحسن نجفی، پیشین، ص ۲۵۵ «أسباب الأول سته: الزناء، و ما يتبعه، و القذف، و شرب الخمر، و السرقة، و قطع الطريق»

۳ - برای شناخت واژه سرقت رک فهمیه ملک‌زاده، پیشین «حقوق جزا» ص ۴۴۹

۴ - همان، برای آگاهی از نظر فقها در تعریف حرز ص ۳۶۷

۵ - سیدروح الله موسوی خمینی، پیشین، ص ۴۸۲

۶ - نجم الدین جعفر بن حسن حلی، پیشین، ج ۴، ص ۱۶۰

۷ - زین الدین بن علی عاملی، شهید ثانی، پیشین، ج ۹ ص ۲۲۱ «القطع بسرقة البالغ العاقل المختار من الحرز بعد هتکه و إزالته بلا شبهة...»

برخی از این شرایط هرگونه مجازات را ساقط می‌کند و برخی فقط مانع مجازات حدی می‌شود. با توجه به کثرت شرایط حدی و لزوم تحقق همه آن‌ها سرقت حدی به ندرت اتفاق می‌افتد.

در حقوق شرایط سرقت حدی در مباحث جزای اختصاصی تحت عنوان جرائم علیه اموال و مالکیت بیان شده و با تقسیم سرقت به سرقت ساده و سرقت مشدد، سرقت حدی جزء اقسام مشدد تلقی شده است.^۱ قانونگذار در ماده ۲۶۷، چهارده شرط را مشخص کرده است و شرایط عمومی مثل بلوغ و... را حذف نموده که در ماده ۱۳۹ بیان شده است.

با اجتماع شرایط سرقت، کیفر حدی که قطع چهار انگشت دست راست و باقی گذاشتن انگشت ابهام و کف دست، باشد اجرا می‌شود» ماده ۲۷۸.

دلیل عقلی

با تحلیل عقلایی از بررسی باب شرایط و مجازات سرقت که در شریعت اسلام وجود دارد نکاتی برداشت می‌شود.

نکته اول: بازدارندگی مجازات جزایی اسلام است. کیفر قطع دست برای مجرم و سارق عامل هشدار دائمی و مایه‌ی جلوگیری از لغزش مجدد او و دیگران است. قطع دست آن‌چنان رعبی در دل بزه‌کاران بالفعل یا بالقوه ایجاد می‌کند که به هیچ وجه برای زیاده‌طلبی و منفعت‌جویی دست به سرقت نخواهد زد.

همان عاملی که در قرآن کریم به آن اشاره شده است «دست مرد دزد و زن دزد را به کیفر عملی که انجام داده‌اند به عنوان یک مجازات الهی قطع کنید، و خداوند توانا و حکیم است»^۲. در آیه شریفه واژه نکال بکار رفته است در حقیقت در این جمله اشاره به آن است که هدف از آن پیشگیری و بازگشت به حق و عدالت است «زیرا» نکال «به معنی کیفری است که به منظور پیشگیری و ترک گناه انجام می‌شود، کلمه نکال در اصل به معنی لجام و افسار است و سپس به هر کاری که جلوگیری از انحراف کند گفته شده است»^۳. در

^۱ عباس زراعت، حقوق جزای اختصاصی ۲، جرایم علیه اموال و مالکیت، ص ۲۰۵

^۲ - سوره مایده آیه ۳۸ «جَزَاءُ بِمَا كَسَبَا نَكَالًا مِنَ اللَّهِ»

^۳ - ناصر مکارم شیرازی، تفسیر نمونه، ج ۴ ص ۳۵۷

پایان آیه می‌فرماید: خداوند هم توانا و قدرتمند است و هم حکیم است و کسی را بی‌حساب مجازات نمی‌کند

نکته دوم: با نظر به ارکان و شرایطی که شریعت مطهره جهت تحقق عنوان سرقت منتهی به حد «بریدن دست» معین کرده است این مطلب به دست می‌آید که شارع مقدس به کیفر زدایی توجه دارد، همان‌گونه که بیان خواهد شد کیفر زدایی آثار مثبت فراوانی دارد. این نوع نگاه فقه و حقوق اسلامی به جرم سرقت حدی درواقع به منزله شمشیر برهنه‌ای است که به دست فرشته چشم‌بسته عدالت بالا رفته است بدون آنکه برسر کسی فرود آید؛ شریعت مقدس اجرای حد «بریدن دست» را معلق کرده است بر اجتماع ارکان و شرایطی متعددی که اجتماع آن ارکان و شرایط در حکم قریب امر محال بوده و از این ره گذر در متن واقع ارتکاب سرقت از نظر اسلام فاقد مجازات است.^۱

یکی از حقوقدانان در ذیل بند خ ماده ۲۶۸ که مقرر داشته «سرقت در زمان قحطی صورت نگیرد» اشاره به اطلاق این بند کرده و می‌گوید «بنابراین در سال قحطی نه‌تنها خوراکی بودن یا نبودن مال مسروقه تغییری در حکم سقوط حد ایجاد نمی‌کند بلکه مضطرب‌بودن یا نبودن سارق نیز تأثیری در مقام ندارد. درواقع این حکم «شرط» یکی دیگر از مصادیق مسامحه‌های است که شارع مقدس در راستای جلوگیری از اجرای حدود بر مردم اعمال کرده است.^۲ مخصوصاً این‌که در سرقت حق تعقیب مجرم و سارق و مطالبه صدور حکم و نیز مجازات سارق به مجنی علیه و متضرر از جرم واگذار شده است و در اکثر موارد شاکی خصوصی طرح شکایت نمی‌کند. چنانکه جواهر می‌فرماید «به عقیده ما قطع دست سارق موقوف به درخواست مالباخته است و بدون شکایت شاکی اصل عدم قطع است اگر مالباخته شکایت نکند هرچند سرقت باینه حسبه» بدون درخواست شاکی و قربتاً الی الله «یا به علم حاکم و یا با دو بار اقرار خود سارق ثابت‌شده باشد، دست سارق قطع نمی‌شود».^۳

۱ - محمدتقی جعفری تبریزی، پیشین، ص ۱۲۵

۲ - حسین میرمحمد صادقی، حقوق کیفری اختصاصی، جرایم علیه اموال و مالکیت، ص ۲۵۷

۳ - محمدحسن نجفی، پیشین، ص ۵۵۰

نکته سوم: پشتوانه یکایک شروط حد سرقت «علاوه بر ادله‌ای نقلی که فقها و حقوقدانان بیان کرده‌اند»^۱ «عقل و دلیل عقلی نیز است. با این بیان که حد سرقت در صورتی جاری می‌شود که هیچ‌گونه شک و شبهه‌ای در میان نباشد اگر شکی در اجرای مجازات حدی سرقت داریم» (شک در قطع دست سارق غیر بالغ یا سارق غیر عاقل یا سارقی که از غیر حرز سرقت کرده است و بقیه شرایط «با تمسک به قاعده درأ» که این قاعده با اصول عقلی تطابق دارد) و نیز با اصل برائت «همان‌گونه که بیان شد اصل برائت یک تأسیس شرعی نیست بلکه اصل عقلی است و دلایل تعدی به صورت ارشادی برای اعتبار آن اقامه شده است» حد ساقط می‌شود؛ با این توضیح که قبلاً گذشت نسبت حکم به موضوع مانند نسبت معلول به علت است که اگر موضوع احراز نشود نمی‌شود گفت حکم ثابت است پس مادامی که موضوع «جرم سرقت» مشتبه است، حکم «کیفر و مجازات» ثابت نیست. لذا به حکم عقل در صورت شک در کیفر، قاعده درأ و اصل برائت دلیل است بر عدم جواز اجرای حد.^۲

فقها نیز در برشمردن شرایط حد سرقت برای عدم جواز قطع دست سارق فاقد شرایط به قاعده درأ و اصل برائت تمسک کرده‌اند.^۳ در حقوق در ذیل این شرط که سارق پدر صاحب مال نباشد چنین استدلال شده «فلسفه وضع چنین حکم» شرط «شاید وجود این شبهه باشد که با توجه به وجوب انفاق فرزند توسط پدر، اموال فرزند درواقع از پدر ناشی شده است و بنابراین حد را باوجود چنین شبهه‌ای نباید اجرا کرد» یا در ذیل اشتراط سرقت در سال قحطی نبودن، استدلال می‌کنند که این شرط «باقاعده تدرء الحدود بالشبهات هماهنگ است»^۴.

ب: احکام سرقت حدی و دلیل عقلی آن

پس از بررسی شرایط اساسی حد سرقت با توجه به احکام متعددی که سرقت دارد سه حکم آن که عبارت است از ۱- نقش شاکی خصوصی در سرقت حدی، ۲- حدنصاب در این جرم حدی. ۳- تکرار سرقت حدی در این مرحله بررسی می‌شود. .

۱ - حسین میرمحمد صادقی، حقوق کیفری اختصاصی، جرایم علیه اموال و مالکیت، ص ۲۹۵، نجم الدین جعفر بن حسن حلی، پیشین، ج ۴، ص ۱۶۴

۲ ر ک صالح ولیدی، جرایم علیه امنیت اقتصادی، ج ۲ ص ۱۳۳

۳ - محمدحسن نجفی، همان، ص ۴۸۰، و ص ۵۰۷، و ۵۰۱

۴ - میرمحمد صادقی حسین، پیشین، ص ۲۵۴

ج: سرقت و شاکی خصوصی

از احکام مهم سرقت حدی این است که حق تعقیب سارق، مطالبه صدور حکم و مجازات حدی وی، به مجنی علیه و متضرر از جرم واگذار شده است. بنابراین اجرای حد بر مطالبه مالباخته بستگی دارد و سرقت حدی جزء جرائمی است که تعقیب آن نیاز به شکایت شاکی خصوصی دارد برخلاف سرقت تعزیری که تعقیب آن نیاز به شکایت شاکی خصوصی ندارد. لذا اگر سرقتی دارای شرایط حدی باشد اما صاحب مال شکایت نکند چنین سرقتی به عنوان سرقت تعزیری تعقیب می شود و دست سارق را بدون مطالبه مسروق منه نمی توان برید^۱. لذا در فقه بنابر نظر مشهور فقها باب سرقت برخلاف باب جرائم جنسی بوده که حالت انتظاری ندارد و به مجرد ثبوتش جرائم جنسی حد جاری می شود «تا مالباخته مطالبه حد نکند حد سرقت پیاده نمی شود».

البته نظر غیر مشهور «آیت الله خویی» این عقیده را دارد که جاری شدن کیفر سرقت حدی واجب بوده و اجرای مجازات سرقت حدی توقف به مطالبه مالباخته ندارد^۲. در روایت از امام صادق (ع) چنین دارد «اگر حاکم ببیند مردی زنا می کند یا شراب می خورد بر او واجب است که حد را جاری کند... اما اگر دید کسی سرقت می کند بر امام و حاکم است که او را نهی از منکر کند از آنجا بگذرد. راوی گفت آن چگونه است؟ امام فرمود: اگر حق الله است امام وظیفه دارد که اقامه حد کند» با اجتماع تمام شرایط «ولی اگر حد حق الناس است اقامه حد مال مردم است» که اگر مطالبه کردند حد اقامه می شود و اگر مطالبه نکردند اقامه نمی شود^۳.

در علم حقوق نظر بر این است درجایی که گذشت نمی تواند موجب موقوفی تعقیب شود گذشت شاکی خصوصی نیز مؤثر شمرده شده است که موجب تخفیف مجازات می شود، دادگاه می تواند مجازات را

^۱ - سیدروح الله موسوی خمینی، پیشین

^۲ - سیدابوالقاسم موسوی خوئی، پیشین، ج ۴۱ ص ۳۸۰ «فهل للإمام أن یقیم الحدَّ علیه من دون مطالبه المسروق منه؟ فیه خلاف، و الأظهر جواز إقامة الحدَّ علیه»

^۳ - محمد بن یعقوب بن اسحاق کلینی، پیشین (ط - الإسلامیه) ص ۲۶۲

تخفیف داده و در سرقت مجازات حد را تبدیل به تعزیر نماید هرچند این جرم به نظم عمومی لطمه وارد کرده است.^۱ در ماده ۲۶۸ ق.م.ا.بند «د» آمده است «صاحب مال از سارق نزد مرجع قضایی شکایت کند».

ادله عقلی بر عدم جواز اجرای حد با عدم مطالبه شاکی

دلیل اول عقلی: «علاوه بر ادله نقلی و ادعی اجماع» دو قاعده اصل عدم جواز اجرای حد «اصل براءت» و قاعده درأ می باشد. اصل براءتی که مبنایش حکم عقل است به ضرورت وجود دلیل برای ثبوت امر مشکوک التحقق و در این موارد با عدم مطالبه صاحب مال، دلیل بر جواز مجازات حدی نداریم همین حکم موافق با احتیاط می باشد؛ زیرا اجرای حد در موردی که مال باخته مطالبه حد را ندارد، اجرای حد به معنای آزار و اذیتی است بدون دلیل شرعی و آزاری که مجوز شرعی نداشته باشد معصیت کبیره شمرده می شود. مضافاً بر اینکه این حکم به نفع متهم است چنانچه قبلاً گذشت که این از آثار و نتایج اصل براءت می باشد.

دلیل دوم عقلی: وجود چنین حکمی در باب سرقت «اجرای حد منوط به رضایت و مطالبه مالباخته» منافع صاحب مال در جهت جبران ضرر و زیان وارده بهتر تأمین می کند؛ به این دلیل که سارق برای این که از این مجازات سخت نجات پیدا کند مجبور می شود منافع مسروق منه را بهر صورت ممکن تأمین کرده و رضایت او را تحصیل کند.^۲ اما اگر چنین حکمی وجود نداشت و مجازات سرقت به هر صورتی به صرف جرم سرقت اجرا می شد دیگر سارق به فکر تدارک جبران ضرر شاکی و کسب رضایت صاحب مال نمی افتاد.

د: حدنصاب در سرقت

یکی از احکام حد سرقت وصول مال مسروق به حدنصاب معینی است که در متون فقهی و حقوقی مختلف ذکر شده است. به این معنا اگر مال طلا باشد نصاب قطع دست، ربع دینار طلای خالص سکه دار خواهد بود، اگر غیر آن باشد باید قیمت آن به اندازه ربع دینار طلای خالص سکه دار برسد، در این جهت فرقی میان انواع و اقسام مال مسروق نیست. لذا مال مسروق می تواند از قبیل لباس یا اشیاء معدنی یا

^۱ - رضانوربها، پیشین، ص ۳۸۷

^۲ - حجت الله فتحی، تحت اشراف، آیت الله سید محمود هاشمی شاهرودی، شرح مبسوط قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، ج ۲ «حدود»

میوه‌های تازه یا غیر آن بوده یا چیزی که در اصل برای همه مردم مباح است یا غیر آن، چیزی که تباهی و فساد بر آن سریع باشد مانند میوه‌های تازه یا غیر آن. به‌طور خلاصه هر چیزی که در ملکیت مسلمان باشد اگر قیمت آن به حدنصاب برسد در صورت تحقق شرایط سرقت قطع دست بر آن مترتب می‌شود.^۱

در لزوم حدنصاب بین تمام فقه‌های شیعه و اهل سنت اتفاق نظر بوده و هیچ‌یک از فقه‌های اسلام حد را بر مطلق سرقت نگفته است هرچند در اندازه نصاب بین شیعه و سنی و حتی بین فقه‌های هردو مذهب اختلاف است که هرکدام برای نظر خود به روایاتی تمسک کرده‌اند، برای اهل سنت چهار قول و برای خاصه هفت قول نقل شده است مثلاً حنفیه از اهل سنت نصاب سرقت را یک دینار یا ده درهم مضروب غیر مغشوش یا قیمت یکی از آن دو می‌داند. یا مالکیه نصاب را سه درهم مضروب خالص می‌داند.^۲

مشهور فقه‌های شیعه و اهل سنت حدنصاب را همان ربع دینار طلای خالص مسکوک گفته‌اند یا قیمت آن اگر مال مسروق غیر طلا باشد. آیت‌الله خویی برخلاف نظر مشهور نصاب حد سرقت را خمس یعنی یک‌پنجم دینار می‌داند.^۳

در حقوق به متابعت از فقه این حکم بیان شده است. ق.م.ا. ماده ۲۶۸ بند چ «ارزش مال مسروق در زمان اخراج از حرز، معادل چهار و نیم نخود طلای مسکوک باشد». نکته مهم این است «اگر کسی در سرقت‌های مختلف اموالی را برپایه که ارزش مجموع آن‌ها به حدنصاب می‌رسد، لیکن ارزش هریک به تنهایی کمتر از حدنصاب است، وی مرتکب چند سرقت مستوجب تعزیر شده است نه یک سرقت مستوجب حد».^۴

ادله عقلی

۱ - سیدروح الله موسوی خمینی، پیشین، ص ۴۸۴

۲ - سیدعبدالکریم موسوی اردبیلی، فقه الحدود و التعزیرات، ج ۳ ص ۱۳۴

۳ - سیدابوالقاسم موسوی خوئی، پیشین، ص ۳۵۵

۴ - حسین میرمحمد صادقی، پیشین، ص ۲۴۴

دلیل اول: درست است که عقل در تعیین مقدار مال مورد سرقت حدی نمی‌تواند دخالت کند و میزان ارزش مال مورد سرقت را شارع مقدس تعیین نموده است^۱ اما واقعیت این است اصل مسئله تفکیک حکم اموال کم‌ارزش از سایر اموال را عقل تأیید می‌کند. باینکه در برخی از نظام‌های حقوقی «مثل انگلستان» تفاوت در این زمینه دیده نمی‌شود مثلاً سرقت یک سنجاق کاغذ توسط کارمند با ربودن میلیون‌ها پول نقد از بانک در حکم کیفری مساوی است؛ استدلال آنان این است مهم تهدیدی است که سارق به وسیله ارتکاب سرقت علیه ارزش‌های جامعه انجام داده است. ولی می‌توان چنین پاسخ داد که هم‌طراز دانستن مال کم‌ارزش «یک سنجاق کاغذ یا یک قوطی کنسرو مثلاً» با سرقت میلیون‌ها وجه نقد، این نادرست و غیر معقولانه است به دلیل غیرعقلانه بودن چنین حکمی برخی از حقوقدانان آن‌ها چنین پیشنهاد داده‌اند که سرقت اموال به ارزش کمتر از بیست پوند هیچ‌گاه در دادگاه بالاتر مورد محاکمه قرار نگیرد، برخی از حقوقدانان انگلیس معتقدند که این پیشنهاد نه تنها باید در محدوده حقوق شکلی «تعیین صلاحیت دادگاه» به کار گرفته شود بلکه باید به حقوق ماهوی نیز تعمیم داده شود^۲. لذا این که در تعیین حد سرقت ارزش مال دخالت داشته و مؤثر در قطع دست باشد این را عقل انسان هم به درستی درک می‌کند و این حکم شارع مقدس مطابق فطرت و عقل می‌باشد.

دلیل دوم: این حکم نمونه و مصادیق مسامحه‌ای دیگری است که شارع مقدس در راستای جلوگیری از اجرای حدود بر مردم اعمال کرده است چنانچه در روایات نیز به این نکته اشاره شده است در صحیح مسلم از امام صادق «ع» وقتی سؤال می‌کند که اگر کسی کمتر از ربع دینار را سرقت کند آیا به او دزد گفته می‌شود یا نه؟ امام «ع» فرمود «هرکسی از مسلمان چیزی را که در حرز است بدزد به او دزد گفته می‌شود ولی دستش قطع نمی‌شود مگر در سرقت ربع دینار و بیشتر. اگر دست دزد را در کمتر از ربع دینار قطع می‌کردند همه را می‌دید که دستشان قطع شده است»^۳.

۱ - محمدبن یعقوب بن اسحاق کلینی، پیشین (ط - الإسلامية) ص ۲۲۱

۲ - حسین میرمحمد صادقی، پیشین، ص ۲۴۲

۳ - محمدبن حسن حر عاملی، وسائل الشیعة، ج ۲۸ ص ۲۴۳

ه: تکرار سرقت

از احکام مربوط به سرقت « بلکه تمام جرائم حدی و غیر حدی » بحث تکرار جرم است. تکرار جرم حدی به این معنا که اگر کسی جرمی را که مستوجب حد است تکرار کند و در هر مرتبه حد بر او جاری شود در مرتبه سوم یا در مرتبه چهارم کیفرش قتل خواهد بود. این حکم در منابع فقهی و هم در منابع حقوقی با شرایط ذکر شده است.

امام « ره » در تحریر الوسیله در باب سرقت می‌فرماید « اگر کسی چند بار سرقت کرد و پس‌از آن دستگیر شد یک حد کافی است » تعدد جرم « اما اگر پس از اجرای حد دزدی دوباره مرتکب سرقت شد، پایش را می‌برند؛ اگر باز هم مرتکب سرقت شد او را زندانی می‌کنند؛ اگر در مرتبه چهارم سرقت کرد او را می‌کشند^۱ » دلیل بر این مسئله روایات متعددی است که فقها بیان کرده‌اند^۲.

تکرار جرم حدی در غیر باب سرقت نیز وجود دارد، چه در باب تکرار مساحقه^۳. یا در باب زنا باوجود اختلاف در این که آیا در مرتبه سوم یا در مرتبه چهارم کشته می‌شود، مشهور گفته‌اند در مرتبه چهارم حکم زانی قتل است؛ زیرا در ریختن خون احتیاط لازم است^۴. یک روایت می‌گوید « مرتکب گناه کبیره بار سوم کشته می‌شود^۵ ». در روایت موثق از امام صادق « ع » چنین این است « اگر زانی را سه بار حد زدند بار چهارم کشته می‌شود^۶ ». راه جمع بین این دو روایت این است که روایت اول عام بوده و روایت دوم خاص روایت دوم تخصیص می‌زند روایت اول را، نتیجه این می‌شود که اصحاب کبائر در مرتبه سوم کشته می‌شود مگر در زنا که در مرتبه چهارم کشته می‌شود. اما در باب سرقت نص داریم بر حکم قتل در مرتبه چهارم^۷.

۱ - سیدروح الله موسوی خمینی، پیشین، ص ۴۸۹

۲ - محمد بن یعقوب بن اسحاق کلینی، پیشین، (ط - الإسلامية) ص ۲۲۴،

۳ - سید ابوالقاسم موسوی خوئی، پیشین، ص ۳۰۲

۴ - محمد حسن نجفی، پیشین، ج ۴۱ ص ۳۳۱

۵ - محمد بن یعقوب بن اسحاق کلینی، پیشین (ط - دارالحدیث)، ج ۱۴ ص ۵۶،

۶ - همان، ص ۵۵

۷ - سید ابوالقاسم موسوی خوئی، پیشین، ص ۲۵۹

در حقوق حکم تکرار جرم حدی از جمله تکرار سرقت یکی از علل تشدیدکننده مجازات شمرده شده است. تشدید مجازات موجباتی دارد که به واسطه آنها موقعیت مرتکب جرم را از نظر مجازات تشدید می‌کند یکی از آن موجبات تکرار و تعدد جرم است؛ زیرا هردو دلالت بر حالت خطرناک بزهکار و آمادگی او برای ارتکاب جرائم دیگر را دارد، در تبیین حالت خطرناک چنین تصریح شده است «کسی که سوابق و خصوصیات روحی و اخلاقی او و کیفیت ارتکاب و جرمی که مرتکب شده او را در مظان ارتکاب جرم در آینده قرار می‌دهد»^۱. به این خاطر است که در قوانین جزایی کشورهای مختلف با تکرارکنندگان جرم به نحو شدیدتری برخورد می‌کنند. «تکرار جرم از ناحیه بزهکار زمانی محقق می‌شود که پس از محکومیت اول و یا اجرای آن مجدداً حالت خطرناک خود را نشان می‌دهند و به جرم تازه‌ای دست می‌زنند که ممکن است مشابه یا مانند جرم قبلی یا غیر آن باشد»^۲.

ادله عقلی بر کیفر تکرار سرقت

دلیل اول: «علاوه بر روایات و اجماع که فقها و حقوقدانان ذکر کرده‌اند» این است تکرار جرم بعد از اجرای مجازات نشانه وجود حالت خطرناک در شخص است. درواقع تکرار جرم این مطلب را می‌فهماند که تکرار حداقل دومرتبه مجازات بر محکوم‌علیه تأثیر نداشته و مجرم با مجازات تعیین شده قابل اصلاح نبوده و نیازمند تشدید مجازات است. از طرف دیگر حالت خطرناک چنین مجرمی ناشی از آن است که قباحت عمل مجرمانه از قبیل سرقت، زنا و... از نظر وی از بین رفته است، چنین مجرمی نسبت به مجرمین که حالت تکرار جرم ندارد جری‌تر شده به همین جهت بیش از سایر مجرمان نیاز به ضمانت اجراهای دیگر کیفری دارد.

علاوه بر این که در اعمال مجازات هدف‌های دیگری فراتر از سرکوب، تنبیه و یا اصلاح مجرم دنبال می‌شود از قبیل عبرت‌آمیزی و ارعاب انگیزی کیفر. گرچه درمانگری مجرم مانند «اصلاح»، «بازپروری» و «بازگشت» مجدد مجرم به اجتماع یکی از بهترین و کارکردهای والای مجازات به شمار می‌آید اما تنهاترین هدف نبوده؛ به این دلایل حکم تکرار جرم حدی در مرتبه سوم یا چهارم سلب حیات است.

^۱ - فهمیه ملک‌زاده، پیشین، ص ۵۸۸

^۲ - رضانوربها، پیشین ص ۴۰۲

دلیل دوم: در حکم تکرار سرقت هدف کیفر زدایی دنبال می‌شود؛ بسیار بعید به نظر می‌رسد جرائم حدی مثل سرقت یا زنا یا لواط با آن شرایط و قیود متعدد حتی یک مرتبه اثبات شود چه برسد که مرتبه دوم اثبات شده و حد جاری شود و مرتبه سوم اثبات شده و حد جاری شود و بنابر قول مختار در سرقت و زنا برای مرتبه چهارم تمام شرایط اثبات شود. به تعبیر برخی از فقها این حکم در واقع به منزله شمشیر برهنه‌ای است که به دست فرشته چشم‌بسته عدالت بالا رفته است بی آنکه به بر سر کسی فرود آید.

لذا با بررسی احکام کیفری در موارد متعدد به این نتیجه می‌رسیم که سیستم کیفری اسلام اصراری بر اجرای مجازات ندارد، باینکه اگر جرمی واقع و به‌طور قطع اثبات شود دلیل ویژه‌ای برای کیفر زدایی وجود ندارد. اما موارد متعددی وجود دارد که بر این رویکرد یعنی کیفر زدایی دلالت می‌کند از قبیل سقوط مجازات اقرار کننده به صلاح‌دید حاکم، سقوط مجازات بزه‌کار به خاطر توبه و بازگشت وی به مسیر صحیح چنانچه گذشت، تبدیل مجازات حدی به تعزیری در صورت مفقود بودن یکی از شرایط حد، سقوط اجرای حد با مطرح شدن شبهه و...^۱

۲-۱-۲- قصاص

قصاص یکی از ابواب مهم جزایی است که مجازات جنایت عمدی بر نفس یا اعضاء می‌باشد، در کیفر قصاص جنبه خصوصی «حق الناس» بر بعد عمومی «حق الله» غلبه دارد، بیشترین تأکید در قانون‌گذاری اسلامی در این مجازات اجرای عدالت، تشفی خاطر مجنی علیه و بازماندگان و نیز تا حد زیادی موجب پیشگیری از وقوع جنایت هست. قرآن کریم حکم قصاص را سبب بازدارندگی از تکرار قتل و موجب ضمانت حیات و بقا می‌داند و می‌فرماید «در قصاص حیات شماس^۲». در ادامه صاحبان عقل را مورد خطاب قرار می‌دهد «یا اُولی الْأَلْبَابِ» این تعبیر به این معنا است که تنها خردمندان هستند که با عقل خود درک می‌کنند و می‌فهمند چگونه در قصاص زندگی است. گویا ارزش و جایگاه قصاص در کیفر شناسی امری است که در عقلانیت فردی و اجتماعی قابل توجیه و تفسیر می‌باشد «ظاهر آیه مانند متناقضی به نظر می‌آید؛ زیرا قصاص، خودش قتل است پس چگونه می‌شود «قتل» را حیات بشمار آورد لیکن به حقیقت

^۱ - ر ک سیدمحمدعلی احمدی ابهری، اسلام و دفاع اجتماعی، ص ۳۸۳

^۲ - سوره بقره، آیه ۱۷۹

در این آیه شریفه آن اندازه حکمت بالغه هست که معجزه است و به یقین انسان‌ها از آوردن چنین کلامی عاجزند زیرا این آیه شریفه موجزتر و فصیح‌ترین کلام است.

براساس بیان برخی از دانشمندان این آیه شریفه نتیجه تحلیل چند مقدمه عقلی است^۱ - ۱- تشریع قصاص ردع و منع از قتل است. ۲- در ردع از قتل ارتداع و امتناع از قتل پدید می‌آید. ۳- در ارتداع، عدم قتل بحصول می‌رسد. ۴- عدم قتل همان حیات است پس نتیجه این است که قصاص، حیات است. آیه به به‌طور دلالت مطابقی بر حیات و بر عظمت حیات اشعار دارد «چون به‌طور نکره بکار رفته» به خلاف قول عرب که می‌گوید «القتل انفی للقتل»^۱.

در این مبحث دو شرط از شرایط قصاص «شرط انتفای رابطه ابوت و تساوی در دین» در گفتار اول مورد بررسی قرار می‌گیرد. در گفتار دوم احکام قصاص و در ادامه دو حکم از احکام متعدد قصاص «تساوی در جنسیت، رابطه قصاص با اکراه در قتل عمد و نظرات موجود در ارتباط با این حکم» با عنایت و توجه به عقل و دلیل عقلی تبیین می‌شود. ذکر این نمونه‌ها با این هدف صورت می‌گیرد حکم قصاص که یکی از ابواب مهم جزایی در شریعت مقدس اسلام هست را، عقل درک کرده شرایط و احکامی که در نظام جزایی اسلام نسبت به قصاص تشریع شده است را تأیید می‌کند.

۱-۲-۱-۲- شرایط قصاص و دلیل عقلی آن

اجرای کیفر قصاص متوقف بر وجود شرایطی است که فقدان هر یک از آن شرایط می‌تواند مانع اجرای قصاص گردد. به‌طور کلی پنج شرط برای قصاص «شرایط مشترک بین قصاص نفس و عضو» ذکر شده که عبارت است از عاقل و بالغ بودن قاتل و جانی، انتفای رابطه ابوت «قاتل پدر مقتول نباشد، نیز قاتل جد پدری مقتول نباشد»، محقون الدم بودن مقتول «مهدور الدم نباشد» و تساوی در دین. شرایط اختصاصی قصاص عضو عبارت است از تساوی اعضاء در سالم و اصلی بودن، تساوی در محل عضو مجروح یا مقطوع، قصاص موجب تلف جانی یا عضو دیگر نشود، قصاص بیشتر از اندازه جنایت نشود. هرکدام این شرایط مباحث متعددی دارد که در کتب فقهی و حقوقی بحث شده است.^۲

^۱ - محمودبن عبدالسلام تربتی شهابی خراسانی، ادوار فقه (شهابی)، ج ۲ ص ۲۴۳

^۲ - سیدابوالقاسم موسوی خوئی، پیشین، ج ۴۲ ص ۳۹

همان‌طوری که ذکر شد دو شرط از شرایط پنج‌گانه قصاص « شرط انتفای رابطه ابوت و تساوی در دین » با توجه به دلیل عقلی تبیین می‌شود.

الف: شرط انتفای رابطه ابوت

ازجمله شرایط اجرای قصاص این است قاتل و جانی پدر مجنی علیه نباشد. بنابراین پدر در قبال جنایت فرزند خود قصاص نمی‌شود، گرچه رتبه‌اش بالا رود « جد پدری ». البته چون قتل نفس از معاصی کبیره است پدر علاوه به پرداخت دیه مستحق تعزیر است که جنس و میزان مجازات تعزیری به تشخیص قاضی واگذار شده است تا بعد از مطالعه بزه‌کار، چگونگی ارتکاب جنایت و نیز مقتضیات اجتماعی مناسب‌ترین کیفر را اجتهاد کند و به مرحله اجرا بگذارد. اگرچه برخی از روایات تعزیر پدر را به صورت تازیانه شدید و تبعید پیشنهاد کرده است.^۱

ب: دلیل عقل بر اشتراط انتفای رابطه ابوت

بهترین دلیل که می‌توان ارائه کرد این است که عدم جواز قصاص پدر در قبال قتل فرزند در بین فقهای امامیه و حقوقدانان متفق علیه است به گونه‌ای که « در این شرط هر دو قسم از اجماع وجود دارد^۲ ». این عبارت « لا یقاد الوالد بولده ». در کتب روایی وجود^۳ که فقها به این روایات استدلال نموده‌اند. مضافاً بر این که در بین اهل سنت این حکم مشهور است ابن قدامه از عمر بن خطاب نقل می‌کند که پدر به واسطه قتل فرزند « پسر یا دختر » قصاص نمی‌شود و همین عقیده ربیع، ثوری، اوزعی، شافعی، اسحاق و اصحاب رأی است. اما از فقهای اهل سنت مانند ابن نافع و ابن منذر با تمسک به ظاهر آیات قرآن و اخبار موجب قصاص عقیده به قصاص پدر دارند^۴. در حقوق نیز حقوقدانان بیان کرده‌اند که « این امتیاز تنها مختص پدر و یا جد پدری است و مادر یا اجداد مادری از آن برخوردار نبوده^۵ ». ق.م.ا ماده ۳۰۱ تصریح به این شرط دارد.

۱ - محمد بن حسن حر عاملی، پیشین، ج ۲۹ ص ۷۹

۲ - محمد حسن نجفی، پیشین، ص ۱۶۹

۳ - محمد بن یعقوب بن اسحاق کلینی، پیشین (ط - الإسلامية) ج ۷ ص ۲۹۷

۴ - أبو محمد موفق الدین عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المغنی لابن قدامة، (المتوفی: ۶۲۰هـ) ج ۸ ص ۲۸۵

۵ - حسین آقای نیا، جرایم علیه اشخاص « جنایات »، ص ۲۲۷ حسین میرمحمد صادقی، حقوق کیفری اختصاصی، جرایم علیه اشخاص،

با توجه به مطالب فوق این شرط یکی از احکام مسلم در شریعت اسلام بوده است به گونه‌ای که هیچ‌گونه شکی باقی نمی‌ماند، از طرفی مبنای قوانین اسلام که از ناحیه شارع حکیم صادر شده است بر اساس مصالح و مفاسد واقعی پی‌ریزی شده است، عقل انسان می‌گوید شارع از روی هوا و هوس سخن نمی‌گوید و شرطی را تعیین نمی‌کند. بنابراین عقل درک می‌کند که قطعاً در این شرط حکمت‌ها و مصالحی در کار است که شریعت اسلام آن را مقرر کرده است؛ زیرا فعل بدون مصلحت و حکمت از مصادیق عبث است که از شارع خالق عقل، صادر نمی‌شود. حال ممکن است عقل بشر آن مصالح را بشناسد یا اصلاً از شناختن آن مصالح برای همیشه عاجز باشد. شاید بتوان گفت یکی از حکمت‌های عدم جواز قصاص پدر را به خاطر نقش اقتصادی وی دانست، زیرا با قصاص پدر خانواده از حیث مالی و اقتصادی با مشکلات فراوان مواجه خواهد شد به این دلیل است که راضی به قصاص قاتل نشده است.

به هر حال دانشمندان ادله عقلی دیگری را برای این شرط ذکر کرده‌اند که خالی از اشکال نبوده و بیشتر استحسانات عقلی است تا این که دلیل عقلی باشد که قابل نقد می‌باشد به طور اختصار به برخی از ادله اشاره و نقد می‌شود.

دلیل اول: گفته‌اند سبب و علت پیدایش فرزند، پدر است فرزندی که مسبب و معلول است نمی‌تواند موجب عدم سبب و علت خودش بشود.

دلیل دوم: پدر و جد پدری فطرتاً سعادت و کمال فرزند را می‌خواهد به حدی که حاضر می‌شود جان خود را در راه سعادت طلبی او فدا کند درحالی که از جانب فرزند نسبت به پدر این طور نیست. حال اگر به دلیلی مرتکب قتل فرزند شد نباید قصاص شود.

دلیل سوم: قصاص پدر هرگز با حرمت مقام پدری سازگار نیست، انسانی که سالها رنج و سختی بزرگ کردن فرزند خود را کشیده است، حال که مرتکب قتل او شده است نباید قصاص شود.

دلیل چهارم: مسئله قیم و سرپرست بودن پدر نسبت به اعضای خانواده می‌باشد، مقام سرپرستی و قیمومیت امری است که به پدر و جد پدری اختصاص دارد و حتی این مقام برای مادر نیز مقرر نشده است، از این حکم نتیجه می‌گیریم که پدر و جد پدری در عوض فرزند قصاص نمی‌شود.^۱

از این ادله می‌توان چنین پاسخ داد

جواب اول: دلیل اول و دوم و سوم همان‌گونه که شامل پدر می‌شود شامل مادر نیز می‌شود؛ زیرا پدر و مادر در پیدایش فرزند نقش داشته و سبب می‌باشند، و نیز والدین هر دو فطرتاً سعادت و کمال فرزند را می‌خواهند چه بسا مادر نقش عمده‌تری در این مورد دارد. پدر و مادر هر دو در رشد فرزند تحمل رنج و سختی می‌شوند، پس باید مادر هم مشمول این شرط بشود و در قبال جنایت بر فرزند قصاص در حق وی جاری نشود و حال اینکه شرط عدم قصاص شامل پدر می‌باشد. پس نمی‌توان این ادله را حکمت عدم جواز قصاص پدر دانست.

جواب دوم: این ادله اقتضا دارد اگر پدری با فرزند خود زنا یا عمل لواط را مرتکب شود نایستی کیفر سالب حیات در حق وی اجرا شود، حال آنکه در صورت اثبات زنا یا لواط، کیفر قتل اجرا می‌شود ولو این که مرتکب پدر باشد.

جواب سوم: کسی که مرتکب قتل فرزند خود می‌شود چگونه خواهان سعادت وی می‌باشد یا چگونه دلسوزی وی با کشتن او جمع می‌شود این اجتماع ضدین است و محال. از طرفی رعایت حرمت مقام پدری را نمی‌توان به‌طور مطلق قبول کرد که حتی شامل ارتکاب جرم بزرگی مثل کشتن انسان محقون الدم شود.

جواب چهارم: دلیل چهارم این اشکال را دارد که فرزند کبیر نیاز به قیم و سرپرست ندارد مع ذالک اگر پدر مرتکب قتل با قطع چنین فرزند می‌شود باز هم قصاص نمی‌شود.

بنابراین این ادله از استحکام برخوردار نبوده و درواقع این ادله برای توجیه ادله نقلی بر عدم قصاص پدر قاتل کاربرد داشته و نمی‌تواند دلیل مستقلی به حساب آید..

^۱ - هوشنگ شامبیاتی، پیشین، ص ۲۳۶، تعداد جلد ۳

ج: شرط تساوی در دین

از شرایط قصاص تساوی بین قاتل و مقتول در دین می‌باشد» مسلمان در قبال جنایت عمدی بر کافر قصاص نمی‌شود». البته قابل ذکر است که از نظر اکثر فقها اگر مسلمانی در کشتن کفار زیاده‌روی نموده و به این کار معتاد شود، مستحق کیفر مرگ است. در کتب فقهی و حقوقی این شرط مورد توجه قرار گرفته و فروعاً متعدد آن بررسی شده است.

شهید ثانی «ره» می‌فرماید «از شرایط قصاص این است که باید طرفین تابع دین واحد باشند. پس فرد مسلمان را نباید در مقابل کافر قصاص کرد فرقی نمی‌کند کافر حربی باشد یا ذمی، مگر این که کافر ذمی و هم‌پیمان با مسلمانان باشد که در این صورت اگر مرتکب قتل عمدی کافر ذمی شود، مسلمان تعزیر می‌شود و پرداخت دیه بر وی واجب است^۱». امام «ره» می‌فرماید «باید طرفین پیرو دین واحد باشند. پس مسلمان در قبال کافر کشته نمی‌شود. اما این در صورتی است که مرد مسلمان عادت بر قتل کافر نکرده باشد والا کشته می‌شود^۲». فقهای عامه مثل مالک، شافعی، و امام احمد بن حنبل هم بر این شرط تصریح دارند^۳.

در حقوق این شرط جزء شرایط عمومی قصاص شمرده شده است^۴. در همین راستا ق.م.ا. ماده ۳۰۱ می‌گوید «قصاص در صورتی ثابت می‌شود که مجنی علیه در دین با مرتکب مساوی باشد». مفهوم ماده ۳۱۰ که می‌گوید «... اگر مسلمان، ذمی، مستأمن یا معاهد، بر غیر مسلمانی که ذمی، مستأمن و معاهد نیست جنایتی وارد کند، قصاص نمی‌شود. در این صورت مرتکب به مجازات تعزیری مقرر در کتاب پنجم تعزیرات محکوم می‌شود». این است که با ارتکاب جنایت عمدی از سوی مسلمان علیه غیر مسلمانی اعم از ذمی، معاهد «بسیاری از دول امروز که با کشور مسلمان روابط سیاسی دارند و با آنان در حال جنگ نیستند، مصداق آن محسوب می‌شوند»، مستأمن «کسی که دین اسلام ندارد و با حکومت اسلامی عقد ذمه منعقد نکرده است ولی با اذن دولت اسلامی به منظور تجارت یا سفارت یا نیاز دیگر وارد قلمرو اسلام می‌شود و چون امان داده شده است به او مستأمن گفته می‌شود» و غیر این‌ها قصاص ثابت نمی‌شود حتی در صورتی که

۱ - زین الدین بن علی عاملی، شهید ثانی، پیشین، المحشی - کالاتر، ج ۱۰ ص ۵۳

۲ - سیدروح الله موسوی خمینی، پیشین، ص ۵۲۰

۳ - أبو محمد موفق الدین عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة، پیشین، (المتوفی: ۶۲۰هـ) ج ۸ ص ۲۷۳

۴ - حسین میر محمد صادقی، پیشین، ص ۱۴۹

مرتکب در زمان ارتکاب جنایت غیرمسلمان باشد، ولی پیش از اجرای قصاص مسلمان شود، این حکم جاری است.^۱

د: دلیل عقل

دلیل بر این شرط علاوه بر آیه شریفه نفی سبیل^۲، ادعای اجماع^۳ «محصل و منقول» و روایات متعدد^۴ که فقها به آن استناد کرده است. عقل نیز این شرط را تأیید می‌کند؛ عقل وقتی میان اسلام و آموزه‌های آن و دیگر مکاتب و ادیان مقایسه می‌کند حکم بر شرافت اسلام و برتری آن می‌دهد؛ زیرا دین اسلام آخرین دین است. عقل می‌گوید اگر دین بعدی بیاید و مکمل ادیان قبلی نباشد آمدن چنین دینی لغو است، پس همیشه آخرین دین برتری دارد بر ادیان گذشته. از طرفی معارف و قوانین اسلام^۵ حدود، قصاص، دیات و تعزیرات «از جهات مختلف در عین اینکه با براهین عقلی موافق بوده و جامعیت دارد و هماهنگ با فطرت انسان‌هاست، دربردارنده تمام قوانین مترقی است به گونه‌ای که حقوق انسانی، اجتماعی، و سیاسی را نیز در قالب احکام و شرایط در نظر دارد، درحالی‌که برخی از قوانین ادیان گذشته با براهین عقلی سازگار نیست.

لذا به حکم عقل، شخص مسلمان نیز از آن جهت که پیرو دینی هست که نسبت به دین‌های دیگر شرافت دارد، برتر است نسبت به پیروان ادیان دیگر. پیرو اسلام یعنی انسانی که معتقد به همه انبیای الهی و معتقد به دینی است که به حضرت نوح و حضرت ابراهیم تا می‌رسد به حضرت محمد^ص «تعلق دارد. چنانچه قرآن دلالت بر این مطلب دارد» شورا آیه ۱۳^۶. افزایش حیثیت ارزشی یک انسان مسلمان بر دیگران به دان جهت است که همه ابعاد عقلانی و وجدان و احکام را از حیث پذیرش عقل و فطرت و احساسات برین، برای خود برگزیده است و به درجه‌ای رسیده است که اهانت به چنین کرامتی مساوی با محاربه خداوند تلقی شده است.^۷

عقل ملاک ارزش انسان‌ها را عقیده صحیح، ایمان و تقوا می‌داند. عقل سلیم این مطلب را درک می‌کند که امکان ندارد انسان مسلمان و مؤمن که تسلیم در برابر حق است با انسان کافری که متمرّد است و پیروی

۱ - حسین آقایی نیا، پیشین، ص ۲۱۴

۲ - سوره نسا آیه ۱۴۰

۳ - محمدحسن نجفی، پیشین، ص ۱۵۰

۴ - محمدباقر بن محدثی مجلسی، پیشین، ج ۹۳ ص ۷۷

از آیینی می‌کند ناقص‌تر از دین اسلام است، در یک سطح قرار بگیرد و اگر در یک سطح قرار گرفت حق انسان مسلمان ضایع شده و کافر متمدن، در راه باطل تشویق و تکریم می‌شود این هم شرعاً و عقلاً قبیح است. علاوه بر اینکه در اسلام دستوری که موجب ذلت مسلمانان باشد مردود است، بر همین اساس است که روایات تأکید می‌کند که اعطای حق و پاداش نیکوکار، تنبیه بدکار است و مجازات و عقوبت بدکاران، پاداش نیکوکاران است.^۱

با عنایت به اختلاف مراتب بین مسلمان و کافر و برتری مسلمان بر کافر به دلیل برتری اسلام بر کفر، تساوی قرار دادن آنان در حکم قصاص و دیات برخلاف قانون عقل و شرع می‌باشد؛ تساوی قرار دادن آنان موجب تضییع حق نیکوکار و در یک سطح قرار دادن دوست و دشمن است. از طرف دیگر لازمه حق القصاص علو و سلطه بر قاتل مسلمان است لذا این حق نسبت به قاتل مسلمان نفی شده است. پس این عقیده که اختلاف دین و مذهب در شئون زندگی به‌ویژه در قوانین کیفری مانند دیات و قصاص نباید تأثیر داشته باشد بلکه باید مساوات رعایت و در نتیجه اگر مسلمانی مرتکب قتل کافری شد باید مسلمان قصاص شود، این عقیده از نظر عقل و شرع مردود و باطل می‌باشد.^۲

۲-۲-۱-۲ احکام قصاص و دلیل عقلی آن

کیفر قصاص دارای احکام متعددی است از قبیل انواع قصاص «قصاص نفس و عضو»، موانع قصاص «مثل صدمه بر دیگری، فرار قاتل»، موارد سقوط قصاص «مرگ جانی، عفو وی»، احکام قسامه و کمیت حلف در آن، احکام متولی قصاص، احکام مربوط به اجازه حاکم در اجرای قصاص، نحوه اجرای قصاص، مست بودن جانی و قاتل، جنایت هنگام خواب و... که هر کدام از این احکام مباحث مفصلی دارند که بیان همه آن در کتب فقهی و حقوقی بررسی شده است. لذا پس از بررسی دو نمونه از شرایط قصاص دو حکم از احکام قصاص در این مرحله از بحث بررسی می‌شود. ۱- تساوی در جنسیت. ۲- قصاص و مسئله اکراه در قتل عمد تا این مطلب آشکار شود که احکام قصاص هیچ تنافی با ادله و براهین عقلی ندارد.

^۱ - عبدالحمید بن هبه الله ابن ابی الحدید، شرح نهج البلاغه، ج ۱۷ ص ۴۶

^۲ - ر-ک سیدشکر الله اصغری، سیستم کیفری اسلام و پاسخ شبهات، ص ۱۲۹

۱-۲-۲-۱-۲ تساوی در جنسیت

یکی از احکام مهم باب قصاص تساوی در جنسیت بین جانی و مجنی علیه می‌باشد. مرد جانی و قاتل در مقابل زن مقتوله یا برعکس زن جانی در مقابل مرد مقتول در باب قصاص نفس چه حکمی داند؟ اگر مردی مرتکب قطع عضو زن شود حکم قصاص چیست؟ این حکم از نگاه فقه و حقوق با توجه به ادله عقلی بررسی می‌شود.

نظریه فقهای این است که مرد و زن در مقابل یکدیگر قصاص می‌شوند، ولی قصاص نفس مرد در برابر نفس زن مشروط به پرداخت نصف دیه مرد است^۱. صاحب جواهر این حکم را در ذیل شرط اول از شرایط عمومی قصاص که تساوی در حریت باشد مطرح کرده و می‌فرماید «در این مسئله که ولی دم زن مقتوله با رد نصف دیه مرد قاتل می‌تواند قصاص کند. اتفاق نظر و اجماع است و نصوص مستفیضه و متواتره بر این حکم دلالت می‌کند»^۲. ولی در قصاص عضو، زن و مرد تا زمان رسیدن دیه آن عضو به ثلث دیه کامل با یکدیگر برابرند و پس از آن قصاص عضو مرد در برابر عضو زن مشروط به پرداخت نصف دیه عضو مرد است. دیه نفس زن نیز نصف دیه نفس مرد است، لیکن مرد و زن در دیه عضو تا رسیدن آن به ثلث دیه کامل با یکدیگر مساویند و پس از آن دیه عضو زن به نصف دیه عضو مرد کاهش می‌یابد و همچنین است بحث در ایراد جراحت بر زن توسط مرد که در قصاص و دیه تا یک سوم دیه مساوی هستند و هنگامی که به یک سوم برسد، نصف می‌شود.

در حقوق با متابعت از فقه این حکم بیان شده است. در ق.م.ا. ماده ۵۵۰ دیه زن را نصف دیه مرد مقرر کرده است. ماده ۴۲۶ حکم کلی را بیان کرده است «در موارد ثبوت حق قصاص، اگر دیه جنایت وارده بر مجنی علیه کمتر از دیه آن در مرتکب باشد، صاحب حق قصاص در صورتی می‌تواند قصاص را اجراء کند که نخست فاضل دیه را به او بپردازد و بدون پرداخت آن اجرای قصاص جایز نیست». راجع به قصاص مرد مسلمانی که مرتکب قتل زن مسلمان شده ماده ۳۸۲ می‌گوید «هرگاه زن مسلمانی عمداً کشته شود، حق قصاص ثابت است لکن اگر قاتل، مرد مسلمان باشد، ولی دم باید پیش از قصاص، نصف دیه کامل را به او

۱ - سیدابوالقاسم موسوی خوئی، پیشین، ج ۴۲ ص ۳۹

۲ - محمدحسن نجفی، پیشین، ص ۸۲

بپردازد...». ماده ۳۸۸ در ارتباط قصاص عضو مقرر کرده است «زن و مرد مسلمان، در قصاص عضو برابرند و مرد به سبب آسیبی که به زن وارد می‌کند به قصاص محکوم می‌شود لکن اگر دیه جنایت وارد بر زن، مساوی یا بیش از ثلث دیه کامل باشد، قصاص پس از پرداخت نصف دیه عضو مورد قصاص به مرد، اجرا می‌شود...».

دلیل عقلی

ادله و مستندات پرداخت فاضل دیه برای اجرای قصاص مرد قاتل در قبال قتل زن، علاوه بر اجماع^۱ منقول و محصل و نصوص مستفیضه و متواتر^۲ عقل و تحلیل عقلی است. عقل این مطلب را درک می‌کند که احکام فقهی اسلام از جمله مسئله قصاص و دیات در مورد زن بر پایه مصلحت و حکمتی است از ناحیه شارع مقدس، لذا با اتکای به عقل سلیم و واقعیات خارجی موجود می‌توان به گوشه‌ای از آن حکمت پی برد و لو اینکه اگر به تمامی آن مصلحت نتوان رسید.

دلیل اول: پرداخت فاضل دیه برای اجرای قصاص مرد قاتل در قبال قتل زن به خاطر این نیست که زن از مرتبه انسانیت دورتر است و یا خون او کمرنگ‌تر از خون مرد است. پس این توهم کاملاً بیجا و غیرمنطقی است، شاید لفظ و تعبیر دیه و خون‌بها ریشه این توهم شده است. از نگاه اسلام زن همانند مرد در انسانیت مشترک است؛ انسانیت انسان به روح وی بستگی دارد نه به تن و جنسیت وی. زن و مرد از نظر مبدأ آفرینش مشترک‌اند زنان مانند مردان از آدم و حوا خلق شده‌اند. هدف آفرینش زن و مرد یکسان است^۳. علاوه بر این در قرآن کریم آیات متعددی به تساوی زن و مرد در بهره‌مندی از رسیدن به کمال و مقام بندگی یا ابتلا به انواع عذاب‌ها به دلیل مخالفت با دین تصریح نموده و سرنوشت یکسانی برای مرد و زن مؤمن و صالح و برای مرد کافر و زن کافر و مشرک ترسیم کرده است حتی زنانی مانند آسیه بنت مزاحم و حضرت مریم را به عنوان الگو و اسوه برای مردان و زنان معرفی می‌کند^۴. نیز زن و مرد از استعداد و امکانات یکسانی برخوردارند یعنی هر دو از روح الهی برخوردارند و از نظر ساختاری در نهایت اعتدال‌اند و هر دو از ابزار شناخت یکسانی برخوردارند» چنانکه در آیه ۷۸ سوره نحل دارد که قراردادیم برای شما گوش و

۱ - محمدحسن نجفی، پیشین، ص ۸۲

۲ - سوره ذاریات آیه ۵۶

۳ - سوره تحریم آیه ۱۱

چشم و قلب» و وجه مشترک فراوان دیگر. در حقوق نیز چه حقوق اقتصادی «مثل حق مالکیت، ارث بردن زنان و..» ویا حقوق فردی و اجتماعی «مثل تحصیل و..»، اصل تساوی مرد و زن مورد تأکید اسلام است.

حال با توجه به این که زن و مرد از نظر شرافت و ارزش انسانی برابر هستند. پرداخت نصف دیه از طرف اولیای دم زن در قبال قصاص مرد نمی‌تواند عامل برتری یکی بر دیگری باشد بلکه بر اساس وظایفشان در عالم آفرینش است.

این حکم به خاطر جبران خسارتی است که از قصاص گرفتن از مرد متوجه خانواده او می‌شود. با این توضیح که مردان غالباً در خانواده عضو مؤثر اقتصادی هستند و مخارج خانواده را متحمل می‌شوند. بنابراین تفاوت از بین رفتن مرد یا زن از نظر اقتصادی و جنبه‌های مالی بر کسی پوشیده نیست. اگر این تفاوت مراعات نشود خسارت بی‌دلیلی به بازماندگان مرد مقتول و زن و فرزندان بی‌گناه او وارد می‌شود، درواقع این حکم به نوعی حمایت از زنان هست؛ از همان نصف دیه‌ای که پرداخت می‌شود زن خانواده نیز همانند بقیه اولیای دم بهره می‌برد. لذا اسلام با قانون پرداخت نصف مبلغ در مورد قصاص مرد رعایت حقوق همه افراد من جمله زن خانواده را کرده و از این خلاء اقتصادی و ضربه نابخشودنی، که به یک خانواده می‌خورد جلوگیری نموده است. اسلام و عقل اجازه نمی‌دهد که به بهانه لفظ تساوی، حقوق افراد دیگری مانند زن و فرزندان شخصی که مورد قصاص قرار گرفته پایمال گردد.

البته ممکن است گفته شود زنانی در جامعه هستند که برای خانواده خود، نان‌آور تر از مردان هستند، مخصوصاً در این عصر که زنان همدوش با مردان به فعالیت‌های اقتصادی مشغول‌اند و در تأمین مخارج زندگی نقش فعالی دارند. لذا دلیلی بر کم بودن دیه زن بر مرد وجود ندارد.

در پاسخ می‌گوییم: احکام و قوانین اسلام بر محور افراد دور نمی‌زند بلکه کل مردان را با کل زنان باید سنجید. درعین حال مشاغلی با درآمد بالایی هستند که با وضعیت روحی و جسمی زن تناسب نداشته و فقط در انحصار مرد قرار دارد، حتی کشورهایی که ادعای تساوی حقوق مرد و زن را دارند اکثر مشاغل و پست‌های کلیدی از قبیل وزارت، وکالت و.. را مردان تشکیل می‌دهند. پس طبیعی است که نقش مرد در تأمین نیازهای اقتصادی پررنگ‌تر است و به‌طور کلی زنان در ایجاد حریمی مطمئن برای خانواده به‌پای مرد نمی‌رسد.

این درست نیست که بگوییم لازمه برابری زن و مرد از نظر شرافت و ارزش انسانی، تشابه حقوق آنها هست. این عقیده را عقل قبول نمی‌کند؛ چراکه هرکدام از زن و مرد بر اساس و تناسب وظایفشان در عالم، نقش به‌خصوص خودشان را دارند. یکی از حقوقدانان برجسته در ارتباط این حکم چنین می‌گوید: «این حکم ظاهراً با توجه به تعهدات مرد نسبت به تأمین نیازهای مالی خانواده و موقعیت اقتصادی وی جعل شده.. هرگز مبتنی بر رجحان ارزشی جنس مذکر نیست. چراکه اصولاً قانون‌گذار» یا شارع مقدس «در مقام تشریع دیه، شأن و منزلت انسانی را معیار و ملاک قرار نداده است تا بتواند اختلاف دیه زن و مرد را ثمره اختلاف در مقام و ارزش این دو تلقی کرد»^۱.

دلیل دوم: این حکم در بسیاری از موارد کیفر زدایی و عدم اجرای کیفر قصاص را در پی دارد؛ هنگامی که اولیاء دم ملزم شوند که در قبال قصاص مرد جانی دیه مازاد را پرداخت کنند، موجب تردید در اجرای حکم و منتهی به عفو و گذشت از قصاص می‌شود. طبق مفاد ماده ۴۲۶ صاحب حق قصاص در صورتی می‌تواند قصاص را اجرا کند که نخست فاضل دیه را بپردازد. روایت از امام صادق «ع» درباره مردی که زنی را عمداً کشته است و خانواده آن زن می‌خواهند مرد را بکشند، فرمود: «هنگامی می‌توانند قصاص کنند که نصف دیه را به خانواده مرد بپردازند»^۲.

۲-۱-۲-۲- اکراه در جنایت عمد

از جمله احکام مهم باب قصاص که در کتب فقهی حقوقی بررسی و مورد نقد و ابرام قرار گرفته شده است مسئله اکراه در جنایت هست. در فقه و حقوق تعاریف متعددی برای واژه اکراه شده است در یک عبارت کوتاه منظور از اکراه این است که یک فرد، دیگری را وادار به ارتکاب جرم نماید^۳. چه اکراه مادی باشد «شخصی با تسلط و قهر و غلبه بر پیکر و هیات مادی و فیزیکی دیگری، او را وادار به انجام کاری نماید» و یا اکراه معنوی «شخص دیگری را به ارتکاب یک عمل مجرمانه امر می‌کند و از او می‌خواهد که جرم را مرتکب شود و الا او را مورد آزار و اذیت، قتل، از بین بردن مال، تعرض به ناموس و.. قرار می‌دهد

۱ - حسین میرمحمد صادقی، پیشین، ص ۱۶۵

۲ - محمدبن یعقوب بن اسحاق کلینی، پیشین (ط - الإسلامية) ج ۷ ص ۲۹۸

۳ - عباس منصورآبادی، پیشین، ج ۲، ص ۲۶۳

«که اکراه شونده چاره‌ای برای خود جز ارتکاب جرم نمی‌بیند، با این وصف، اکراه معنوی همان تهدید و ارعاب است منتهی باید به درجه‌ای برسد که باعث سلب اراده مرتکب شود. و هر تهدیدی نمی‌تواند اکراه» معنوی «به شمار آید.

آیا اکراه موجب سقوط کیفر قصاص خواهد شد یا نه؟ با توجه به اهمیت این حکم، اقسام جنایت و نظرات موجود با نگاه عقلی موردبررسی قرار می‌گیرد.

الف: جنایت مادون نفس و ادله عقلی آن

در رابطه با جنایت مادون نفس اختیار و عدم اکراه جزء شرایط قصاص محسوب شده و اکراه رافع مسئولیت است به اتفاق همه علما. لذا اگر اکراه کننده تهدید کند که دستهای او را قطع کند در غیر این صورت او را خواهد کشت، با اکراه قصاص از مباشر ساقط و اکراه کننده قصاص می‌شود.

ادله عقلی بر عدم قصاص جانی مکره در قطع عضو

اولاً عمل به اصل است «اصل عدم جعل حکم در مورد اکراه». از این اصل فقط قتل استثنا شده است و بقیه موارد جنایت بر دون نفس داخل آن باقی می‌ماند.

ثانیاً مباشر به واسطه اکراه ضعیف شده و سبب قوی‌تر از مباشر است و نیز تحقق آن مستلزم دفع ضرر به ضرری کمتر است. صاحب جواهر مثال زده که از آن مثال فهمیده می‌شود عضو مورد جنایت باید از جنس جسم و کمتر از عضو مورد جنایت باشد می‌فرماید «اگر اکراه کننده به اکراه شونده بگوید: دست او را قطع کن و الا تو را می‌کشم، اکراه شونده می‌تواند دست مجنی علیه را قطع کند تا از اتلاف نفس جلوگیری کند...»^۱.

بنابراین عقل حکم می‌کند زمانی قصاص متوجه فرد اکراه کننده می‌شود که اهمیت عضو مورد تهدید از جنس جسم و بیشتر از عضو مورد جنایت باشد، تا بتوان فرد اکراه کننده را قصاص نمود به دلیل این که او سببی است اقوای از مباشر اکراه شونده. اما اگر عضو مورد جنایت با عضو مورد تهدید مساوی باشد مثلاً به مباشر بگوید اگر دست او را قطع نکنی دست تو را قطع می‌کنم یا موضوع تهدید با عضو مورد جنایت

^۱ - محمدحسن نجفی، پیشین، ص ۵۵

مساوی نباشد یا کمتر از آن باشد مثلاً تهدید کند اموال تو را آتش می‌زنم یا انگشت تو را قطع می‌کنم؛ در این موارد اکراه نمی‌تواند مجوز ایراد جنایت بر شخص مجنی علیه باشد؛ به این دلیل که عدم قصاص اکراه شونده در فرض تساوی دو عضو مورد جنایت، ترجیح بلا مرجح است یعنی شخص اکراه شونده عضو مجنی علیه را صرفاً به دلیل اکراه قطع کند تا عضو بدن او سالم بماند، روشن است در این میان رجحانی بین دو عضو وجود ندارد. لذا اکراه شونده باید قصاص شود.^۱

ب: اکراه و جنایت بر نفس

اما نقش اکراه در قتل عمد و جنایت بر نفس چگونه است و چه حکمی دارد؟ دو نظر در این مسئله وجود دارد «نظر مشهور و نظر غیر مشهور».

ج: نظر و ادله عقلی مشهور در باب اکراه و جنایت عمدی بر نفس

عقیده مشهور فقهای امامیه این است که اختیار و عدم اکراه در قصاص نفس از شرایط قصاص نمی‌باشد و باوجود شرایط قصاص، قاتل قصاص می‌شود و لو این که اکراه بر قتل شده باشد. این بیان در عبارات فقها مشهور است: اکراه در قتل، مجوز قتل نیست. بنابر قول مشهور، قاتل قصاص می‌شود در صورتی که بالغ و عاقل باشد اما آمر و اراه کننده به زندان ابد می‌افتد تا بمیرد.^۲ حتی بر عهده اکراه کننده دیه و كفاره هم نیست و از ارث منع نمی‌شود ولو این که داعی بر قتل در اکراه شونده سبب آن از ناحیه اکراه کننده بوده اما قاتل بر مباشر و اکراه شونده صدق می‌کند هم عرفاً و هم لغتاً.^۳

در علم حقوق با پیروی از قول مشهور فقها حکم به قصاص مباشر و مرتکب قتل شده است.^۴ در ق.م.ا ماده ۳۷۵ با توجه به عقیده مشهور مقرر شده «اکراه در قتل مجوز قتل نیست و مرتکب، قصاص می‌شود و اکراه کننده، به حبس ابد محکوم می‌گردد». این ماده منحصص ماده ۱۵۱ هست که می‌گوید «هرگاه

۱ - ر- ک سیدابراهیم قدسی، جنایت علیه جسم انسان در حقوق کیفری ایران» براساس قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، ص ۹۹

۲ - سیدروح الله موسوی خمینی، پیشین، ص ۵۱۴ و ص ۵۱۵

۳ - محمدحسن نجفی، پیشین، ص ۴۷ «أن القصاص علی المباشر الكامل دون الأمر المکروه بل ولا دیة، بل ولا كفارة، بل ولا يمنع من المیراث»

۴ - ایرج گلدوزیان، پیشین، ص ۳۳۹

کسی بر اثر اکراه غیرقابل تحمل مرتکب رفتاری شود که طبق قانون جرم محسوب می شود مجازات نمی گردد.

برخی از علمای عامه نظر مشهور را قبول نداشته و در تحلیل عقلی خودشان چنین استدلال کرده اند که «اکراه شونده در مقام دفاع از نفس، دیگری را کشته و مانند موردی است که جانوری درنده به او حمله کرده باشد که او از خود دفاع می کند. در جواب می گوییم: قیاس مکره بر جانور درنده، قیاس مع الفارق است؛ جانور درنده متجاوز است که دفاع در برابر او ممکن است و شخص ثالث در تهدید به قتل هیچ مناسبتی با جانور درنده ندارد»^۱.

ادله عقلی قول مشهور

ادله عقلی که مشهور ارائه نموده اند «علاوه بر ادعای اجماع، روایات این باب^۲ و نصوص باب تقیه که دلالت می کند «تقیه برای حفظ خون ها جعل شده است، پس اگر به حد ریختن خون برسد دیگر تقیه نیست.

دلیل اول عقلی: جنایت اکراه شونده در حقیقت دفع ضرر به ضرر مشابه است، دفع ضرر از جان خود با ضرر زدن به جان و نفس دیگری جایز نیست. مثل قتل شخصی که در سال قحطی کسی را بکشد تا این که با خوردن او سد جوع کند که در این صورت قتل از روی عمد و ظلم به حساب می آید و ارتکاب چنین جنایتی جایز نیست»^۳.

دلیل دوم عقلی: قاعده اکراه که در حدیث رفع آمده یک قاعده امتنانی است؛ یعنی به جهت توجه خاصی که برگرفتاری های افراد باید معطوف داشته شود این حکم وضع شده است؛ در مواردی که این قاعده با سایر احکام از جمله حرمت قتل نفس تعارض پیدا کند، حکم امتنانی قابل اجرا نیست و نمی تواند در حق اکراه شونده مؤثر باشد و لو این که در سایر جرائم جسمانی اکراه مؤثر در رفع مسئولیت باشد. به عبارت دیگر حدیث رفع اکراه در مقام امتنان است و اجرای آن در ما نحن فیه خلاف امتنان بر مقتول خواهد بود»^۴.

^۱ - به نقل از حسین میرمحمد صادقی، پیشین، ص ۱۴۱

^۲ - محمد بن یعقوب بن اسحاق کلینی، پیشین، (ط - دارالحدیث)، ج ۱۴ ص ۳۱۳

^۳ - سید محمد حسن مرعشی شوشتری، دیدگاه های نو در حقوق، ج ۲ ص ۱۲۳

^۴ - همان

د: نظر و دلیل عقلی غیر مشهور در باب اکراه و جنایت عمدی بر نفس

در مقابل قول مشهور برخی از فقها معتقدند تفاوتی بین اکراه در قتل و غیر قتل در باب جنایات نیست ارتکاب قتل عمد در حالت اکراه مانع قصاص اکراه شونده است. آیت الله خویی ابتدا به عقیده مشهور اشاره می کند و می فرماید «قبول چنین حکمی» عقیده مشهور «مشکل است و بعید نیست که در این صورت قتل جایز باشد. پس قاتل اکراه شونده قصاص نمی شود ولی باید دیه مقتول را بپردازد و مکره به حبس ابد محکوم می شود»^۱.

فقهائ اهل سنت در این حکم نظرات متعددی دارند. برخی از آنان عقیده دارند قصاص و دیه از هر دو ساقط است. برخی نظر به این دارند که اگر ولی دم خواهان قصاص باشد هر دو قصاص می شود و اگر دیه بخواهد دیه بین اکراه کننده و اکراه شونده نصف می شود و...^۲

دلیل عقلی غیر مشهور

اما دلیل فقیهانی که اعتقاد به عدم استحقاق قصاص اکراه شونده و لزوم پرداخت دیه، در قتل عمد دارند، تمسک به قاعده تراحم است؛ امر دایر است بین ارتکاب قتل غیر «فعل حرام» و ترک حفظ نفس خود «فعل واجب»، چون ترجیحی برای یکی از آن دو نیست عقل حکم می کند اکراه شونده اختیار دارد که قتل نفس را مرتکب شود و یا خود را به کشتن دهد، در صورت ارتکاب قتل قصاص نمی شود. پس ارتکاب قتل جایز و چنین قتلی از ناحیه اکراه شونده از روی ظلم و جور صدق نمی کند^۳. بلکه بر شخص اکراه کننده ظالم و متعدی صدق می کند.

چنانچه در مسئله مشابه «بارداری و سقط جنین» به قاعده تراحم استناد شده است با این بیان «در این جا یا باید مرتکب حرامی شد که قتل نفس باشد یا باید ترک واجب کرد که حفظ نفس از هلاکت باشد. این دوبا هم تراحم می کند و در باب تراحم و دوران بین محذورین، اگر مرجحی بر یکی از دو طرف نباشد، عقل

۱ - سید ابوالقاسم موسوی خوئی، پیشین، ص ۱۳

۲ - ر-ک محمدحسن نجفی، پیشین، ص ۴۸

۳ - سید ابوالقاسم موسوی خوئی، پیشین، ص ۱۴

حکم به تخیر می‌کند^۱». بنابراین مادر باردار مخیر بین حفظ نفس خود با سقط جنین و پرداخت دیه آن و بین خودداری از سقط و پذیرش مرگ است.

در حقوق برخی از حقوقدانان این نظر اقلیت را تأیید کرده و در توضیح ماده ۳۷۵ ق.م.ا. که اکراه در قتل را مجوز قتل ندانسته و مرتکب را مستحق قصاص می‌داند چنین می‌فرماید: «منظور از اکراه در ماده یادشده، اکراهی است که به حد سلب اراده نرسیده باشد؛ زیرا مجازات کسی که در انجام عمل از هیچ اراده‌ای برخوردار نیست با منطق و عقل سازگار نیست، چه آنکه در چنین مواردی جرم از لحاظ مادی به مرتکب قابل انتساب است ولی از لحاظ معنوی به اکراه کننده بازمی‌گردد و افزون بر این، اکراه کننده سببی است که اقوای از مباشر به حساب می‌آید. به هر روی نظر مشهور با مبانی سازگار نیست^۲».

به نظر می‌رسد تمسک مشهور به صحیح زراره خالی از اشکال نباشد، با توجه به این که از جمله شرایط اکراه این است که غیر تحمل باشد یعنی امکان مقاومت در برابر آن، برای فرد وجود نداشته باشد. و نیز از جمله شرایط اکراه که حائز اهمیت است سالب اراده بودن اکراه است؛ یعنی برای رهایی تنها یک راه وجود دارد و آن ارتکاب جرم است. به همین دلیل در صحیح زراره کلمه امر آمده است و امر اطلاق نسبت به صورت اکراه ندارد؛ زیرا هر چند در مورد اکراه امر هم وجود دارد، اما اکراه چیز دیگری است که از امر استفاده نمی‌شود و بحث ما در امر اکراهی است نه در مطلق امر و مطلق امر دلالتی بر خصوصیات مورد مانند اکراه و اضطرار ندارد.

روایات تقیه هم که مورد استناد مشهور قرار گرفته است، به نظر نمی‌آید که شامل باب اکراه شود؛ زیرا استدلال به حدیث تقیه در مواردی صحیح است که شخصی برای حفظ جان خود بخواهد دیگری را تقیه به قتل برساند و آن قتل نسبت به قاتل، قتل عدوانی و ظالمانه‌ای بوده باشد، لیکن قبلاً گفته شد در مورد اکراه از طرف مکره، ظلمی نسبت به مقتول صورت نگرفته و ظالم و متعدی مکره می‌باشد نه اکراه شونده. بنابراین روایات تقیه در مورد خود صحیح بوده و شامل قتل‌های غیر عدوانی از طرف قاتل نمی‌شود^۳.

۱ - جمعی از نویسندگان، مجله: فقه اهل بیت (ع) ۲۲ ص ۳۶

۲ - عباس منصورآبادی، پیشین، ج ۲، ص ۲۶۹

۳ - ر- ک سیدمحمدحسن مرعشی شوشتری، پیشین، ج ۱ ص ۱۲۴

برخی اشکال کرده‌اند اگر بنا باشد که حدیث رفع اکراه در مورد قتل جاری گردد و اکراه شونده مستحق قصاص نباشد، لازم است در مورد اضطرار نیز حدیث رفع جاری شود و مرتکب قتل قصاص نشود، مثلاً اگر کسی در اثر گرسنگی منجر به مرگ مضطر شود و دیگری را بکشد و گوشت او را بخورد، باید چنین عملی جایز باشد و حال اینکه هیچ‌کس آن را جایز ندانسته است» چنانچه صاحب جواهر در استدلال بر نظر مشهور به آن تمسک کرده است^۱ یا اگر زنی ناچار باشد جنینی را که در رحم دارد برای حفظ جان‌ش کورتاژ نماید، باید جایز باشد، باینکه چنین عملی جایز نیست، و مقتضای حکومت حدیث رفع بر احکام اولیه این است که چنین عملی جایز باشد.

پاسخ این اشکال این است که اکراه با اضطرار در مورد قتل نفس متفاوت هست به این دلیل که در مورد اکراه عامل قتل اکراه کننده هست نه مکره؛ عامل دیگری وجود دارد که مسئولیت از اکراه شونده برداشته می‌شود و متوجه عامل اصلی می‌گردد. قتلی را که اکراه شونده مرتکب می‌شود مصداق ظلم و عدوان از ناحیه او نیست، به این معنی که نمی‌توان به چنین کسی گفت که تو نسبت به مقتول ظلم کرده‌ای، بلکه این عمل ظلم و عدوان نسبت به مکره محسوب می‌گردد. اما در مورد اضطرار قضیه فرق می‌کند؛ عامل دیگری وجود ندارد، عمل مضطر که ارتکاب قتل باشد نسبت به مقتول ظلم و عدوان محسوب می‌گردد. دلیلی در مورد اکراه وجود ندارد که دلالت کند مکره لازم است خود را در معرض قتل قرار دهد، و عملی را که از طرف کسی دیگر ظلم و عدوان نسبت به شخص دیگری محسوب می‌شود، انجامش در حق او حرام باشد. پس نمی‌توان حکم اکراه و اضطرار را یکسان قرارداد^۲.

با توجه به مطالب فوق می‌توان گفت: مقتضای قاعده کلی باب اکراه «عدم مجازات فرد مکره» این است که اکراه در ما نحن فیه مانند سایر موارد رافع مسئولیت از مکره می‌باشد. این قاعده مورد تأیید و پذیرش شرع بوده و عقل هم بدان حکم می‌کند.

^۱ - محمدحسن نجفی، پیشین، ص ۴۸

^۲ - سیدمحمدحسن مرعشی شوشتری، همان، ص ۱۲۴

۳-۱-۲- تعزیرات

همان‌گونه که بررسی شد حدود و قصاص دارای شرایط و احکامی است که عقل حسن آن را درک می‌کند. یکی از مباحث جزایی تعزیرات است که این باب در قالب شرایط و احکام بیان شده است در گفتار اول شرایط تعزیر از نظر نوع و میزان و نظرات و ادله آنان و در گفتار دوم احکام تعزیر «قاعده قابل تعزیر بودن ارتکاب هر حرام» با نگاه عقلی بررسی می‌شود.

۳-۱-۲-۱- شرایط تعزیر از نظر نوع و میزان «اقوال و ادله عقلی آن»

. در این‌که آیا تعزیر شامل انواع و مصادیق متعددی است یا به یک نوع و میزان خاصی محدود هست؟ بین فقها اتفاق نظر وجود ندارد. عده‌ای از فقها قائل به انحصار و گروهی از فقها اعتقاد به عدم انحصار دارند.

الف: قول اول: «انحصار تعزیر در نوع و میزان»

قول اول می‌گوید: شرط تعزیر این است که از نظر نوع منحصر در تازیانه بوده و نوع دیگری برای آن متصور نیست و از نظر میزان تعداد ضربات تازیانه هم باید از میزان حد کمتر باشد.

بنابراین «اگر چهار شاهد شهادت دهند که دو مرد را تحت ازار واحد برهنه دیده‌اند آن دو مرد تعزیر می‌شوند از ده تازیانه تا نودونه ضربه بنابر رأی و نظر قاضی». یا اگر «بر مرد وزنی که شهود شهادت داده‌اند که آن‌ها را تحت ازار واحد دیده‌اند.. تعزیر می‌شوند از ده ضربه تا نودونه ضربه»^۱.

شیخ طوسی می‌فرماید «تعزیر از اختیارات امام است و در این نکته اختلاف نظری نیست، اگر امام دانست که برای جلوگیری از جرم مجرم هیچ چیز جز تعزیر مصلحت ندارد نباید از تعزیر وی صرف نظر کند. ولی اگر دانست که با جایگزین کردن روش‌های دیگری به جای تعزیر مانند شتمات و سخت‌گیری‌ها استفاده مطلوب حاصل می‌شود، می‌تواند با بکار بردن این روش‌ها از اجرای تعزیر چشم‌پوشی کند درحالی‌که اگر بخواهد می‌تواند تعزیر را نیز جاری نماید. این نظریه از جانب ابوحنیفه هم عنوان شده

^۱ - محمد بن محمد بن نعمان عکبری مفید، المقنعه، ص ۷۷۴

است^۱». از سخن شیخ چنین به دست می‌آید که تعزیر در نظر ایشان تنها اختصاص به زدن دارد و سخت‌گیری و تعنیف از مصادیق آن محسوب نمی‌شود. مشاهده می‌شود که هم نوع تعزیر و هم میزان آن را محدود کرده‌اند.

ادله قول اول

قائلین به این قول استدلال نموده‌اند به قول لغویین^۲ و روایات که از تعزیر به‌عنوان «ضرب دون الحد»^۳ تعبیر نموده‌اند. دلیل عمده قول اول به این بیان است که: مجازات غیر از ضرب و تازیانه مثل حبس و اخذ مال و تبعید و.. چون شک و تردید در مجازات غیر از ضرب وجود دارد اصل عدم جواز آن است. با این توضیح که استصحاب دلالت می‌کند بر حرمت حبس مجرم؛ زیرا قبل از ارتکاب جرم، حبس او جایز نبود بعد از ارتکاب استصحاب می‌کنیم حرمت حبس را دلیلی بر اثبات آن‌ها وجود ندارد. از طرف دیگر چون مال هر شخصی محترم است لذا گرفتن مال مجرم به‌عنوان تعزیر بدون رضایت او جایز نیست^۴

در پاسخ این ادله می‌گوییم: در کتب لغت معانی متعددی برای تعزیر بیان شده و یکی از معانی آن ضرب دون الحد است^۵. از طرف دیگر هنگامی که کلمات فقها را بررسی کنیم این نتیجه به دست می‌آید که آنان تعزیر را به معنای اعم از ضرب بکار برده‌اند چنانچه بیان خواهد شد. در جواب از دلیل سوم می‌گوییم: دلیل معتبر نقلی و عقلی بر اثبات تعزیر به صورت غیر ضرب وجود دارد که از کلمات فقها و حقوقدانان بیان خواهد شد. لذا شکی باقی نمی‌ماند تا مجالی تمسک به استصحاب شود. ادله‌ای دیگری نیز بر این نظر اقامه‌شده از قبیل اصالت التعین که مراجعه شود^۶.

لذا این گروه ادعا می‌کنند که قاضی تنها می‌تواند بین حداقل و حداکثر تعداد تازیانه حکم صادر نماید و دست قاضی تا این حد برای منطبق کردن مجازات با شرایط و خصوصیات بزه‌کار باز است. البته عقیده

۱ - ابوجعفر محمد بن حسن طوسی، الخلاف، ج ۵ ص ۴۹۷

۲ - لطف‌الله صافی گلپایگانی، التعزیر، احکامه و حدوده، ص ۲۴

۳ - محمد بن یعقوب بن اسحاق کلینی، پیشین (ط - الإسلامیه) ج ۷ ص ۱۹۹

۴ - لطف‌الله صافی گلپایگانی، همان

۵ - محمد بن مکرم ابن منظور، پیشین، ۴ ص ۵۶۱

۶ - ر ک لطف‌الله صافی گلپایگانی، پیشین، ص ۳۳

دارند که انواع دیگری از تعزیر که در بعضی از روایات آمده است مربوط به موارد خاص بوده و در همه موارد تعزیر قابل اجرا نیست.

ب: قول دوم «عدم انحصار تعزیر در نوع و میزان» و ادله عقلی آن

اکثر فقها و حقوقدانان معتقدند تعزیر به زدن اختصاص ندارد و این که در روایات عنوان زدن وارد شده به دلیل سهل الوصول بودن آن یا به دلیل تأثیر بیشتر آن بوده و قاضی باملاحظه جرم انجام شده و خصوصیات متهم و اوضاع و احوال جامعه مجازاتی را که مصلحت می‌داند اعمال می‌کند، آن مجازات می‌تواند به صورت موعظه، توبیخ، عتاب، حبس، شلاق، تبعید، جزای مالی، محرومیت از بعضی از حقوق و امتیازات و.. باشد.

این قول از کلام بزرگان از فقها به دست می‌آید. امام «ره» در موارد متعدد از تعزیر نام می‌برد ولی آن را مقید به تازیانه نمی‌کند.^۱ بنابراین تعزیر به نوع و میزان خاصی منحصر نیست همه موارد کفارات اعم از آزاد کردن بنده، صدقه دادن به مال، اطعام مساکین و.. همه این‌ها که به نوعی بار مالی دارند، نوعی تأدیب و تعزیر محسوب می‌شود اگرچه امر عبادی نیز بوده و قصد قربت در آن شرط هست.^۲

شرایع پس از برشمردن اسباب حد، تعزیرات را چهار چیز می‌داند از قبیل یاغیگری، ارتداد، عمل جنسی چهارپایان و ارتکاب حرام‌های دیگر.^۳ جواهر نیز در باب شهادت زور، تعزیر شاهد زور را مطابق صلاحدید قاضی می‌داند چه تازیانه باشد یا غیر تازیانه.^۴

فقه اهل سنت قول دوم را انتخاب نموده و تأکید می‌کنند حاکم اسلامی از نظر تعیین نوع تعزیر محدودیتی ندارد «تعزیر مجموعه عقوبات و کیفرهایی است که با نصیحت شروع شده و به حبس و تازیانه و گاه تعزیر در جرائم مهم به صورت سلب حیات و قتل منجر می‌شود».

۱ - سیدروح الله موسوی خمینی، پیشین، ص ۴۵۹ «لا تحديد فی التعزیر، بل هو منوط بنظر الحاكم علی الأثبه»

۲ - حسین علی منتظری نجف‌آبادی، پیشین، ص ۵۱۹

۳ - نجم الدین جعفر بن حسن، پیشین، ص ۱۳۶

۴ - - محمدحسن نجفی، پیشین، ص ۲۵۲ «يجب تعزیر شاهد الزور بلا خلاف أجدّه فيه بما يراه الحاكم من الجلد و النداء فی قبيلته و

محلته»

قول دوم از بیان حقوقدانان که می‌گویند «تنبيه کمتر از حد را هم تعزیر می‌گویند»^۱ به دست می‌آید تعزیر می‌تواند غیر از زدن و بیشتر از حد هم باشد. پس دست قاضی کاملاً باز است و او مجازات مناسب تعیین کند البته این اختیار قاضی با توجه به شرایط و موقعیت هر جرم و خصوصیات اخلاقی و اجتماعی مجرمین است که باید مجازات مناسب را در نظر بگیرد از قبیل «زدان، تبعید، مصادره اموال، و مجازات‌های که صرفاً جنبه توهین و شتمت اجتماعی دارد از قبیل برداشتن عمامه از سر مجرم و توبیخ»^۲. قوانین جزایی جمهوری اسلامی ایران نظریه دوم را پذیرفته و تعزیر را منحصر به تازیانه نمی‌داند در ق.م.ا. ۱۳۶۱ در ماده ۱۱ به صراحت مقرر داشته است «تعزیرات، تأدیبات و یا عقوبتی است که نوع و مقدار آن در شرع تعیین نشده و به نظر حاکم واگذار شده است از قبیل حبس و جزای نقدی و شلاق که بایستی از مقدار حد کمتر باشد» و نیز ماده ۱۸ ق.م.ا. ۱۳۹۲.

دلیل عقلی بر قول دوم

عقیده دوم به حقیقت و روح قوانین اسلامی نزدیک‌تر است «علاوه بر ادله نقلی». عقل انسان نمی‌پذیرد که مثلاً کذب یک نفر موجب حد باشد ولی جرائمی که آثار بسیار شدید و منفی بر امنیت و نظم اجتماعی دارند و صدمات و خسارات فراوان برجای می‌گذارند مانند کلاه‌برداری، سرقت از بانک، اختلاس و. مشمول تعزیر شوند آن‌هم تعزیری که فقط تازیانه و به تعداد کمتر از حد باشد، یا سرقت شیئی که ارزش آن مساوی حداقل نصاب سرقت است با اجتماع سایر شرایط سرقت، موجب حد «قطع دست» می‌شود. آیا عقل قبول می‌کند که مجازات اختلاس سرمایه‌های کلان، از بیت‌المال تنها چند ضربه شلاق باشد؟! به این دلیل که اختلاس از جرائم حدی نیست بلکه از جرائم تعزیری است، لذا باید مجازات آن کمتر از حد باشد. این با منطق شرع مقدس اسلام و عقل سلیم سازگاری ندارد. باید مجازات جرم‌هایی مثل اختلاس و امثال آن به گونه‌ای باشد که او را از تکرار جرم بازدارد و این مجازات بنابر نظر قاضی است هر مجازاتی را که صالح‌تر و بازدارنده‌تر بداند باید اعمال کند.^۳

۱ - عبدالقادر عوده، التشریع الجنائی الإسلامی مقارناً بالقانون الوضعی، ج ۱ مسئله ۹۴

۲ - محمدعلی اردبیلی، پیشین، ج ۳ ص ۶۵

۳ - پرویز صانعی، پیشین، ص ۱۴۷

۴ - قاضی عبدالعزیز ابن براج طرابلسی، المذهب (لابن البراج)، ج ۲ ص ۵۵۴

با توجه به دلیل نظریه دوم باید قلمرو مجازات تعزیری را به دلیل قیام در مقابل افساد فی الارض و رعایت مصلحت فرد و جامعه توسعه داد. به همین دلیل است که روایات ما نیز به این مسئله توجه داشته و به تناسب مجازات با خصوصیات بزهکار تأکید می‌کنند، در برخی موارد نه تنها مجازات را ضرب قرار نداده که حتی با توجه به شخصیت مجرم مجازات آن را کمتر از زدن و خبر دادن به گناه‌گار دانسته و می‌فرماید: «چه بسیار گناهانی که مجازات آن خبر دادن به گناهکار است نسبت به اطلاع از آن گناه»^۱. در خیلی از جرائم دیگر مجازات‌های شدیدتری را اعمال می‌کنند مثلاً روایت عزرمی می‌گوید امیرالمؤمنین (ع) دست کفن دزد را قطع نمود، ابن ادریس چنین عقیده دارد اگر بار اول سرقت کند در قطع دست کفن دزد رسیدن به حد نصاب شرط است ولی مرتبه دوم و سوم و بیشتر بخواهند قطع کنند؛ به این دلیل است که او مفسد فی الارض است^۲. بنابراین قطع دست او به عنوان تعزیر است نه به عنوان حد.

با توجه به همین دلیل علمای شیعه عقیده دارند که اگر کسی انسان حر صغیری را بدزد واجب است دستش قطع گردد؛ دلیل بر این حکم روایتی از امام صادق (ع است^۳). در توضیح می‌گوییم: این قطع دست نمی‌تواند حد سرقت باشد؛ در قطع دست سارق باید مال سرقت شده به حد نصاب برسد، انسان آزاد مال به حساب نمی‌آید، لذا این مجازات تعزیری می‌باشد و دلیل این حکم تعزیری هم مفسد فی الارض بودن سارق انسان بیان شده است.

با بررسی ادله دوقول نتیجه‌ای که به دست می‌آید این است که تعزیر را نمی‌توان منحصر در تازیانه دانست بلکه مصادیق متعددی دارد که هم روایات بیان کرده است و هم عقل انسان قبول نمی‌کند که تعزیر از نظر نوع منحصر در تازیانه باشد و از نظر میزان مادون حد.

^۱ - عبدالحمید بن هبه الله ابن ابی الحدید، پیشین، ج ۱۸ ص ۱۱۰

^۲ - محمد بن منصور بن احمد حلّی، ابن ادریس، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، ج ۳ ص ۵۱۲ «فان نیش ثانیة، فانه یجب علیه القطع إذا أخذ الکفن، سواء کان قیمته ربع دینار أو أقل من ذلک»

^۳ - محمد حسن نجفی، پیشین، ص ۵۱۰

۲-۳-۱-۲. احکام تعزیر و ادله عقلی آن

در این گفتار یکی از احکام و قواعد باب تعزیر با عنوان «قابل تعزیر بودن ارتکاب هر عمل حرام» بررسی و تبیین می‌شود چنانکه دانشمندان فقه و حقوق با توجه خاصی به تحلیل و نقد آن پرداخته‌اند. مراد از قاعده «قابل تعزیر بودن ارتکاب هر عمل حرام» این است که هر عمل حرامی که در شرع مقدس برای آن مجازات حدیّ پیش‌بینی نشده، قابل تعزیر است «التعزیر لکل حرام». می‌توان از قابل تعزیر بودن ارتکاب حرام چنین نتیجه گرفت که حرام جرم محسوب می‌شود و الا اگر جرم نباشد تعزیر بی‌وجه خواهد بود.

۲-۳-۱-۲. تساوی جرم و حرام؟ اقوال و ادله

با توجه قاعده «قابل تعزیر بودن ارتکاب هر عمل حرام» یک پرسش مهم و معناداری مطرح می‌شود که باید با نگاه عقلی پاسخ داده شود: آیا مجازات تعزیری که به حاکم و قاضی واگذار شده است کلیه افعال و تروک محرم را شامل می‌شود؟ به عبارت دیگر آیا ارتکاب تمامی معاصی و محرمات شرعی جرم به حساب آمده و موجب تعزیر است یا بخشی از محرمات از نظر شارع مقدس قابل تعزیر می‌باشند؟ علاوه بر اعمالی که به خودی خود جزء محرمات شرعی نیستند ولی از آن جهت که موجب مختل شدن نظم عمومی و امنیت جامعه می‌شوند توسط قانون جرم شناخته شده و موجب تعزیر «.

قبل از پاسخ این پرسش، ابتدا لازم است اولاً به معنا و مفهوم دو واژه جرم و حرام که مورد سؤال هست توجه شود. ثانیاً عناصر جرم بیان شود که با توجه به این دو مطلب می‌توان این قاعده را قبول یا نقد نمود.

لذا می‌گوییم: واژه حرام در لغت ضد واژه «حلال» است؛ «حَرَامُ اللَّهِ لَا أَفْعَلُ هَذَا» یعنی این کار را هرگز نخواهم کرد همچنان که گویند «يَمْنُنُ اللَّهُ لَا أَفْعَلُ» به معنای قَسَم به خدا آن کار را نخواهم کرد می‌باشد؛ «حَرَامٌ عَلَيْكَ»^۱. در اصطلاح فقه و حقوق مراد از حرام نقض دستورات خداوند متعال یا همان گناه کردن است که ممکن است به صورت ترک واجب یا انجام حرام باشد. کارهایی مانند نخواندن نماز واجب و روزه نگرفتن واجب، نگاه شهوت‌آمیز به نامحرم، تهمت زدن و غیبت کردن و.. خلاصه این که نقض تمام احکام

۱ - رضامهیار، فرهنگ ابجدی عربی - فارسی، ص ۳۲۳

الزامی یعنی واجبات و محرمات حرام محسوب می‌شود.^۱ باید یادآوری شود که می‌توان برای حرام انواع و اقسامی برشمرد مانند گناه کبیره و صغیره، حرام نفسی و غیری، نقض دستورات شرعی و نقض دستورهای حکومتی و...

جرم در لغت به معنای تعدی، گناه، جنایت، جریمه و خطا و جرم «بر وزن عقل» به معنای قطع آمده است.^۲ گویا مجرم عمل واجب الوصل و صالح را قطع می‌کند. گناهکار را مجرم می‌گوییم زیرا در اثر گناه، خود را از رحمت و سعادت و راه صحیح انسانیت قطع می‌کند. در نتیجه باید یادآور شد همان معنای اول «تعدی» بهتر به نظر می‌رسد، چون تعدی شامل بقیه معانی مذکور می‌شود.

جرم در اصطلاح فقها عبارت است از هر نوع عملی که دارای کیفر دنیوی همچون حد، تعزیر، قصاص، دیه و کفاره و یا اخروی باشد؛ خواه در ارتباط با خود مجرم باشد مانند نوشیدن شراب و یا در ارتباط با دیگری، همچون ضرب و جرح و کشتن کسی.^۳ بنابراین جرم در اصطلاح فقهی مرادف معصیت است «گناه» یعنی افعالی که در شرع ممنوع بوده و مغایر با احکام و اوامر و نواهی باری تعالی باشد. لذا جرم عبارت است از انجام حرام یا ترک واجبی که انجام یا ترک آن دارای مجازات است. از تعریفی که فقها نموده‌اند معلوم می‌شود که فعل یا ترک فعل در صورتی جرم شمرده می‌شود که برای آن مجازات مقرر شده باشد.

جرم در حقوق عبارت است از فعل یا ترک فعلی که از نظر خارجی به نظم، صلح و آرامش لطمه وارد کند و قانون بدین دلیل با مجازات، ضمانت اجرایی برای آن فراهم سازد. یا گفته شده فعل یا ترک فعلی است که توسط قانون پیش‌بینی شده و مجازات بر آن تعلق گرفته است.^۴ لذا عناصر جرم عبارت است از الف: عنصر قانونی «قانون‌گذار عمل را جرم شناخته و مجازات برای آن تعیین کند» که اسلام ۱۴ قرن قبل بر اصل قانونی بودن جرم تأکید کرده است.^۵ ب: عنصر مادی «عمل به مرحله ظهور و بروز یا حداقل به مرحله

^۱ احمدحاجی ده آبادی، پیشین، ص ۲۹۱، محمدحسن نجفی، پیشین، ص ۵۷

^۲ - خلیل بن أحمد فراهیدی، پیشین، ج ۶ ص ۱۱۹

^۳ - عبدالقادرعوده، حقوق جنایی اسلام، براساس مذاهب پنجگانه، ج ۱ ص ۹۱

^۴ - رضانوربها، پیشین، ص ۱۴۷

^۵ .وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّى نَبْعَثَ رَسُولًا

فعلیت برسد. بنابراین فکر یا قصد ضربه زدن جرم محسوب نمی‌شود. ج: عنصر روانی «فعل یا ترک فعل از روی علم و اختیار بوده باشد»^۱.

به هر حال در پاسخ از سؤال می‌گوییم قدر مسلم این است که بین فقهای امامیه بر مضمون «لکل معصیه تعزیر» به معنای ثبوت شرعی مجازات برای هر گناه، اتفاق و اجماع وجود نداشته و نظر واحدی در این مسئله وجود ندارد، در کل سه نظر است.

الف: قول اول: «عقیده مشهور» و دلیل عقلی آن

عده‌ای قابل توجهی فقها از قدما و متأخرین و معاصرین قائل به تساوی جرم و گناه هستند^۲، باینکه مقتضای اصل عملی عدم جواز تعزیر است؛ زیرا تعزیر جایز نیست مگر آنکه دلیل خاصی بر جواز آن وجود داشته باشد. شاید نخستین فقیهی که به تفصیل و به صراحت ارتکاب هر فعل حرام را موجب تعزیر دانسته مرحوم ابوالصلاح حلبی است^۳. شیخ طوسی^۴ و آیت الله خویی نیز همین عقیده را دارد که هرکسی حرامی را مرتکب شود و یا واجب الهی را عالماً و عامداً ترک کند حاکم حسب مصلحتی که می‌بیند او را تعزیر می‌کند^۵.

دلیل عقلی قول مشهور

می‌گویند: شرع مقدس اهمیت تام و ویژه‌ای به حفظ نظام مادی و معنوی قائل بوده و از طرفی احکام اسلامی نیز برای تحقق این هدف تشریع شده، طبیعی است که حاکم و قاضی از ناحیه شارع مقدس این اجازه و صلاحیت را داشته باشد که هرکسی با احکام شرعی مخالفت کرده و مرتکب معصیت شود او را مؤاخذه کند جهت جلوگیری از آزار مردم و اخلال در نظام، و چون برای ارتکاب اکثر معاصی و محرمات کیفر معینی از ناحیه شرع مقدس بیان نشده است پس ضرورت ایجاب می‌کند که حاکم با توجه به حال

۱- محمدعلی اردبیلی، پیشین، ج ۱ ص ۱۷۹

۲- احمد حاجی ده آبادی، پیشین ص ۲۹۵

۳- تقی الدین بن نجم الدین ابو الصلاح حلبی، الکافی فی الفقه، ص ۴۱۶ «هو» التعزیر» مستحق للإخلال بکل واجب و إیثار کل قبیح لم

یرد الشرع بتوظیف الحد علیه»

۴- محمدبن حسن طوسی، المبسوط فی فقه الإمامیه، ج ۷ ص ۶۹

۵- سیدابوالقاسم موسوی خوئی، مبانی تکملة المنهاج، ج ۴۱ ص ۴۰۷

مرتکب، کیفری را در نظر بگیرد.^۱ به عبارت دیگر اسلام به حفظ نظام مادی و معنوی و جریان احکام در مجاری خود اهتمام ویژه‌ای دارد، طبیعی است این اهتمام اقتضا دارد که حاکم هرکه را با نظام مخالفت کند و مرتکب معصیت شود تعزیر نماید «». آیت‌الله خویی نیز به این دلیل اشاره کرده است.^۲

پس ترک واجب و انجام حرام چون معصیت است با استحقاق مجازات ملازمه وجود دارد اما مستحب که طلب فعل از مکلف، و مکروه که طلب خودداری مکلف از فعل به صورت غیرقطعی است و تخلف از مستحب و یا مکروه مستحق سرزنش است ولی موجب مجازات نیست.

نظر و دلیل مشهور از جهات مختلف قابل نقد می‌باشد

جواب اول: هر گناهی «ارتکاب حرام و ترک واجب» جرم به حساب نمی‌آید تا اینکه مستحق تعزیر باشد؛ زیرا تفاوت‌های مهم و اساسی بین دو مفهوم حرام و جرم وجود دارد که مانع از این می‌شود که هر حرامی جرم و مستحق تعزیر باشد.

اختلاف در قلمرو و اهداف یکی از تفاوت بین حرام و جرم هست. اوامر و نواهی شارع یا جنبه عمومی دارد اهدافی مثل حفظ انفس، عقول، عقاید، اعراض و اموال و.. یا جنبه خصوصی و فردی دارد. باین حال بخشی از محرمات شرعی چون قابل تحمل و قابل اغماض است شارع بر ضمانت اجرای درونی افراد اکتفا کرده است از قبیل تقوا «خودکنترلی» ورع و پرهیزگاری مخاطبان معتقد به روز جزا و ثواب و عقاب روز قیامت در قبال طاعت و عصیان در این دنیا. ولی بخشی از ممنوعات شرعی دارای تبعات غیرقابل تحمل بوده به نحوی که شارع علاوه بر ضمانت اجرای درونی برای مرتکبان آن‌ها ضمانت اجرای بیرونی یعنی کیفر نیز پیش‌بینی کرده است این نوع از محرمات است که عنوان مجرمانه به خود می‌گیرد و مستلزم کیفر خواهد بود «نه هر حرامی». یعنی رفتاری که به لحاظ شدت و وخامت خطر و ضرر مادی یا معنوی نسبت به شخص مرتکب یا دیگران، یا نسبت به مصالح و نظم عمومی، قابل تحمل و اغماض نباشد و ضمانت اجرای کیفری برای پیشگیری یا سرکوب آن رفتار ضروری باشد.

۱ - ر ک سیدعبدالکریم موسوی اردبیلی، فقه الحدود و التعزیرات، ج ۱ ص ۳۷

۲ - سیدابوالقاسم موسوی خوئی، پیشین، ص ۴۰۷

لذا نمی‌توان این عقیده را قبول کرد که هر حرامی موجب تعزیر است؛ قلمرو حرام بسیار گسترده است. در بخشی از محرمات چون اهمیت مفسده فردی یا اجتماعی مترتب بر عمل ارتكابی قابل تحمل و اغماض نیست باهدف حفظ نظم و تأمین مصالح عمده و نظم عمومی و دفع مفسده مهمه فردی و اجتماعی شارع مقدس ضمانت اجرای کیفری بر ای آن پیش‌بینی نموده و علاوه بر تحریم مجازات نیز شده است.

اختلاف در عناصر تشکیل‌دهنده بین حرام و جرم یکی دیگر از تفاوت بین این دو مفهوم است. نمی‌توان هر حرامی را موجب تعزیر دانست درحالی‌که مصادیق محرمات متعدد است، مثل نیت سوء^۱ از قبیل گناهان قلبی که با صرف قصد ارتكاب آن بدون تحقق خارجی محقق می‌شود^۲ آیه ۲۲۵ سوره بقره «...» مثل سوءنیت^۳ از قبیل ریا در اعمال که از محرمات بزرگ به شمار می‌آید^۴. یا مثل رضایت به عمل بد دیگران و حب فاحشه^۵ که تحقق مادی در آن شرط نیست و مستوجب عقاب اخروی است^۶. یا مثل سنت سیئه نهادن که در عقوبت اخروی عمل‌کنندگان شریک است. این موارد حرام به حساب می‌آیند ولی جرم شمرده نمی‌شود؛ برای تحقق جرم تحقق عنصر مادی ضروری است و خیلی از مصادیق محرمات فاقد این عنصر بوده و به همین دلیل این‌گونه محرمات باینکه عقاب اخروی دارند ولی بر اساس فقه جزایی مجازات دنیوی نداشته و موجب تعزیر نیست.

جواب دوم: اینکه مشهور ادعا می‌کند دلیل شرعی بر قابل تعزیر بودن ارتكاب هر فعل حرام دلالت می‌کند پس باوجود دلیل جایی برای نفی کیفر تعزیر بر هر گناهی نیست^۷.

در جواب می‌گوییم هیچ دلیلی اجتهادی یا فقهاتی وجود ندارد. در قرآن تکرار معنادار غفار بودن خداوند، تشویق بی‌شمار به توبه و انابه، نهی از یأس از رحمت خداوند، بیان تفصیلی مجازات دنیوی برای برخی از معاصی که نشان می‌دهد کتاب خدا در مقام بیان بوده است و سکوت آن در موارد دیگر^۸ اگر در سنت بیانی نیامده باشد^۹ نمی‌تواند بی‌معنا باشد. شواهد روشنی در قرآن کریم دیده نمی‌شود که مستقیم یا غیرمستقیم بر کیفر دنیوی هر گناهی دلالت کند، بلکه برعکس تصریح قرآن به اثر پاک‌کنندگی اعمال نیک، مقرر کردن کفارات و نظیر این‌گونه آیات شواهد روشنی بر عدم کیفر دنیوی هر گناه دلالت دارد.

۱ - سوره نور آیه ۱۹

۲ - سیداحمد بن یوسف خوانساری، جامع المدارک فی شرح مختصر النافع، ج ۷ ص ۹۶

در سنت نیز کلامی که دلالت کند بر ثبوت کیفر و تعزیر بر هر فعل حرامی یا ترک واجبی، وجود ندارد. فقهای که متعرض این مسئله شده‌اند از وجود دلیل نقلی بر کیفر هر گناهی ذکری به میان نیاورده‌اند.

جواب سوم: برخی از دانشمندان دلیل بر تعزیر را در مانحن فیه عموم ادله نهی از منکر و ادله اعانه بربرّ و تقوا ذکر کرده‌اند.^۱ که صرف سکوت شارع در مورد برخی از معاصی و عدم تعیین کیفر برای آنها دلیل برگذشت از آن معاصی بدون کیفر نیست.

همان‌گونه که ملاحظه می‌شود این استدلال قابل مناقشه است؛ ادله امر به معروف و نهی از منکر به مقوله قضا و جزا ندارد به این دلیل که اولاً ادله امر به معروف و نهی از منکر مربوط به مرحله پیشگیری است. ثانیاً جواز تعزیر به این گستردگی بدون دلیل این از مصداق بارز اثم و عدوان است که با ادله بر و تقوا قابل اثبات نیست.

جواب چهارم: این که استدلال آیت الله خویی به عمل حضرت امیرالمؤمنین «ع» هست که آن حضرت در موارد متعددی مرتکب حرام را تعزیر نمودند و نیز استدلال ایشان به نصوص خاصی که در موارد ویژه‌ای وارد شده که حاکم حق تعزیر و تأدیب «حتی نابالغ و مملوک» را دارد و نیز تمسک به روایاتی که مضمونشان این است خدا برای هر چیزی حدی قرارداده‌است مانند روایات تحدید^۲.

این استدلال دارای اشکال است؛ زیرا ما قطع داریم که آن حضرت در موارد بی‌شمار دیگر مرتکبین محرمات را تعزیر نکرده‌اند. این که در برخی از موارد تعزیر نموده‌اند دلالت بر خصوصیتی می‌کند؛ مثلاً این که حضرت مردی را که با دستش استمنا می‌کرد تعزیر نمودند^۳ با دقت در متن روایت شاید بتوان گفت این صرف استمنا نیست که موجب تعزیر است بلکه آن مرد در کنار کوچه و در ملا عام مشغول ارتکاب این فعل حرام بوده و به این وسیله اخلاق و عفت عمومی را زیر پا نهاده و یا جهات دیگر باعث شده که حضرت وی را تعزیر نموده است. مضافاً بر این که تعزیر در بعضی موارد دلالت بر مشروعیت تعزیر کل محرمات نمی‌کند.

۱ - میرعبدالفتاح الحسینی المراغی، العناوین الفقہیة، ج ۲ جزء ۴ ص ۴۱

۲ - سیدابوالقاسم موسوی خوئی، مبانی تکملة المنهاج، ج ۴۱ ص ۴۰۷

۳ - محمد بن یعقوب بن اسحاق کلینی، پیشین، ص ۲۶۵

اما نصوص خاص که دلالت بر حق تعزیر حتی نسبت به نابالغ دارد، این معنا از آن استنباط می‌شود که حاکم اختیار دارد در مواردی که مصالح حکومتی و اداره نظم و نظام اقتضا کند تعزیر نماید حتی اگر معصیت شرعی هم شمرده نشود. این معنا کجا و قائل شدن به گستردگی تعزیر بر هر حرام کجا.

اشکال تمسک به روایات تحدید این است که تعبیر «کل شیء» و «حد» در این روایات مجمل بوده و به هیچ وجه مفید تعزیر بر هر حرام نیست. عبارت کل شیء نمی‌تواند به معنای همه اعمال و رفتار باشد؛ زیرا اولاً مباحات، مستحبات و مکروهات بخش زیادی از اعمال را تشکیل می‌دهد. ثانیاً مراد همه محرمات نیز نمی‌تواند باشد؛ به این دلیل که ارتکاب قابل توجهی از محرمات فاقد جنبه کیفری است یا این که شارع علاقه‌ای به اعمال کیفر ندارد. از سوی دیگر کلمه «حد» نیز معنای واحد و واضحی ندارد و می‌تواند ناظر به احکام عبادی یا وضعی و مدنی باشد می‌تواند ناظر به حساب و کتاب و ثواب و عقاب اخروی اعمال باشد.

چنانچه فقیهانی مثل آیت‌الله خوانساری به اجمال این روایات عقیده دارند که منظور از حد در قسمت اول روایت که می‌گوید «هر چیزی حدی دارد» آیا مراد آن است که هر چیزی عقوبت و مجازات دارد؟ یا هر چیزی مرزی و انتهایی دارد؟ یا مراد چیز دیگری است^۱. حتی می‌توان از این روایات نتیجه برعکس گرفت و چنین استفاده کرد که ارتکاب هر گناهی کیفر ندارد؛ به این دلیل که اذیت مردم بدون دلیل حرام است، لذا اعمال مجازات مرتکب هر معصیتی دلیل شرعی ندارد و از مصادیق بارز این تجاوز به شمار می‌آید. خلاصه قدر مسلم این است که نصوص قرآنی و روایی بر مشروعیت تعزیر بر هر حرامی دلالت ندارد. باقی می‌ماند اجماع که آن مسئله اجماعی نیست.

جواب پنجم: پاسخ از استدلال عقلی جواز تعزیر «بر ارتکاب هر عمل حرامی» برای حفظ نظام مادی و معنوی که مورد اهتمام شارع مقدس است. این دلیل دلالتی بر تعزیر هر حرامی ندارد؛ لازمه اهتمام شارع مقدس به حفظ نظام و اجرای احکام این نیست که حاکم هر مرتکب حرامی را به عنوان مخالف نظام تعزیر نماید. ارتکاب هر حرامی چه ترک واجب باشد یا فعل حرام، باعث اختلال نظام نمی‌شود.

^۱ - سیداحمد بن یوسف خوانساری، جامع المدارک فی شرح مختصر النافع، ج ۷ ص ۹۸

مضافاً این که هر چه که باعث مخالفت با نظام شد این طور نیست که مجازاتش فقط تعزیر باشد. برخی از فقها تصریح کرده اند که از این دلیل نمی توان یک قاعده کلی را استنباط کرد؛ گناهان بی شماری وجود دارد که محل نظام نیستند^۱، مثلاً تارک جواب سلام، حسد، تکبر، سوءظن و.. را نمی توان به عنوان مخالف نظام کیفر نمود. بلکه پذیرفتن این نظر که هر عمل حرام یا ترک واجب موجب تعزیر هست، این خود موجب اختلال نظام و باعث هرج و مرج می شود؛ زیرا روزانه میلیون ها نفر را باید مجرم و قابل مجازات بدانیم که با انبوه از پرونده ها مواجه شده و نظام جامعه بهم می خورد. بنابراین این قاعده در عمل ناکارآمد خواهد بود.

ب: قول دوم

عده ای از فقها کلیت قاعده را قبول ندارند، برخی از علما تعزیر بر حرام فاقد مجازات مصرح در شرع را به قید کبیره بودن حرام مقید نموده و می فرمایند: از نظر نص و فتوا اختلافی بین علما نیست^۲ «مثل جواهر». چنین استدلال می کنند: کسی که از گناهان کبیره اجتناب کند بر انجام گناه صغیره، تعزیر نمی گردد؛ اجتناب از گناهان کبیره از بین برنده گناهان صغیره است^۳.

عده ای دیگری از فقها «الشیخ لطف الله صافی» جواز تعزیر را مقید کرده اند در خصوص اعمالی که موجب آزار مردم، اخلال در نظام، هتک حیثیات، فساد امور، اخلال در امنیت عمومی و اعتماد مردم به یکدیگر و به طور کلی اعمالی که رسیدگی به آنها در صلاحیت حاکم است و در مواردی که در صورت رخ دادن خلاف شرع، از ولی امر انتظار می رود برخورد کند ولی در مواردی که جواز تعزیر مسلم و مقطوع به نیست و مشکوک است اصل مقتضی عدم جواز است^۴.

۱ - سید عبدالکریم موسوی اردبیلی، فقه الحدود و التعزیرات، ۱ ص ۳۷

۲ - محمدحسن نجفی، پیشین، ص ۴۴۸، «لا خلاف ولا إشکال نضا وفتوی فی أن کل من فعل محرماً أو ترک واجباً وکان من الکبائر فلإمام تعزیره بما لا یبلغ الحد وتقديره إلى الإمام»

۳ - به نقل از سید محمد حسینی، پیشین، ص ۱۴۷

۴ - همان

ج: قول سوم

مرتکب گناهان کبیره تعزیر می‌شود بدون هیچ شرطی اما مرتکب گناهان صغیره در صورتی تعزیر می‌شود که از گناهان کبیره اجتناب نکند و الا تعزیر نمی‌شود. این نظر را جواهر ذکر کرده است ولی قائل آن را بیان نکرده است.^۱ در میان اهل سنت نیز فقهایی هستند که چنین نظر می‌دهند «به اتفاق همه فقها تعزیر مجازات هر گناهی است که حد و کفاره‌ای برای آن مقرر نشده است خواه گناه حق‌الله باشد یا حق‌الناس^۲».

نتیجه این که نظر مشهور را که همه معاصی «اعم از فعل حرام و ترک واجب» را موجب تعزیر می‌داند نمی‌توان با گستردگی آن قبول کرد فقط معاصی را می‌توان جرم تلقی کرد و برای آن حکومت می‌تواند مجازات تعزیر در نظر بگیرد که دارای جهات ویژه‌ای باشد. عملی باشد که باعث اذیت دیگران، یا اخلال نظام و هتک حرمت‌ها و فساد امور و تضعیف امنیت و اعتماد مردم به یکدیگر شود و اگر در مواردی شک در جواز تعزیر شد اصل اقتضا عدم جواز را دارد.

در حال حاضر در جمهوری اسلامی ایران برای جرم دانستن فعل یا ترک فعل ارتكابی، ملاک قانون جزاست، که قوه مقننه متصدی امر تقنین بوده و جرم انگاری پاره‌ای از افعال و تروک از جمله کارهای این قوه قانون‌گذاری هست که با تشریفات خاص وضع می‌شود البته با الهام گرفتن از منابع فقهی و با نظر داشتن به واقعیت‌های بعضاً متغیر روز، جرم انگاری یا جرم‌زدایی می‌کند و یا عالماً و عامداً نسبت به برخی از رفتارها «از جمله بعضی از محرمات شرعی» سکوت می‌کند. برای بررسی بیشتر مراجعه شود به کتب فقهی و حقوقی.^۳

۱ - محمدحسن نجفی، همان، ص ۴۴۸

۲ - عبدالقادر عوده، التشریع الجنائی الاسلامی مقارناً بالقانون الوضعی، ص ۱۹۰

۳ - احمدحاجی ده آبادی، پیشین، ص ۲۹۰، سیدمحمد حسینی، پیشین ص ۱۲۲، عبدالقادر عوده، حقوق جنایی اسلام براساس مذاهب

پنجگانه، ج ۱ ص ۱۷۲،

۲-۲- تأثیر بنای عقلا در قصاص، دیات، تعزیرات «شرایط و احکام»

در مباحث جزایی شرایط و احکامی که از ناحیه شارع مقدس مقرر شده است مانند قصاص، تعزیرات و دیات، بنای عقلا می‌تواند یکی از پایه‌های استدلال آن مباحث قرار گیرد. استقرا نشان می‌دهد که در عصر پیامبر «ص» و ائمه معصومین «ع» سیره‌هایی در حوزه جزایی میان عقلا وجود داشته است که شارع مقدس با تثبیت و یا وضع شرایط و احکام خاصی آن را امضا کرده است. ادعای ما این است که ابواب جزایی در اسلام مطابق بنای عقلا بوده و هیچ‌گونه تعارضی با سیره عقلا بماهم عقلا ندارد. برای اثبات این ادعا در این فصل شرایط و احکام قصاص و دیات، شرایط و احکام تعزیرات با توجه به دلیل بنای عقلا تبیین می‌شود. البته بحث قصاص و تعزیرات در فصل اول با توجه به دلیل عقل بیان شد و از این جهت بیان آن در این مقام تکرار نخواهد بود.

۲-۲-۱- بنای عقلا در باب قصاص و دیات

در این مبحث در گفتار اول شرایط و احکام قصاص قبل از دوران نظام کیفری اسلام «نظام‌های کیفری باستان و ادیان»، سپس بنای عقلا و قصاص در شریعت اسلام و ارتباط آن با اصول پذیرفته شده بین عقلای عالم بررسی می‌شود. در گفتار دوم شرایط و احکام و جرائم موجب دیه با نگاه بنای عقلا تبیین می‌شود.

۲-۲-۱-۱- بنای عقلا و انواع قصاص

مجازات قصاص در میان اقوام و ادیان مختلف و نظام‌های فکری باستان و میان عقلای عالم حتی قبل از اسلام وجود داشته است و می‌توان آن را کهن‌ترین کیفر بدنی در جامعه انسانی قلمداد کرد، با اینکه قصاص در اسلام با قصاص بقیه اقوام و ادیان و نظام‌های فکری تفاوت بسیاری دارد اسلام آن را حفظ و امضا کرده است. ولی در عین حال احساسات انسان دوستی را با عدالت فردی آمیخته بجای مجازات‌های بسیار سخت و شدید دوران‌های اولیه، قانون قصاص را جاری ساخته است.

الف: انواع قصاص «عقلایی و غیر عقلایی»

بنای عقلا باینکه قصاص را برای قربانی به عنوان حق قانونی و فطری می‌شناسد ولی درعین حال دو نوع قصاص در عالم مطرح بود است.

۱. قصاص کورکورانه: یعنی کیفری که هیچ‌گونه اصولی در آن مراعات نمی‌شود. در این نوع قصاص هدف آن بود که خشم به وجود آمده فروکش نماید حال این فرونشاندن خشم با قصاص و تنبیه مجنی علیه یا خانواده او محقق می‌شد. این نوع از قصاص را باید در بین سلاطین و حکام جستجو کرد؛ قصاص کیفر قتل نفس است که شدیدترین جرم دانسته می‌شود، نه تنها قاتل که حتی ممکن بود برای خطای فردی از اعضای افراد خانواده کلیه اعضای خانواده مورد مجازات قرار گیرند. بوتیله در کتابی در قرون وسطی متذکر این مطلب شده: هرکسی جرمی علیه پادشاه و ولیعهد مرتکب می‌شد نه تنها باید خودش با شدیدترین وضع شکنجه ببیند و به مرگ محکوم گردد بلکه فرزندان وی نیز باید معدوم شوند با این توجیه که باید نطفه افراد بدکار و فرزندان آنان که جنایت را از پدر به ارث برده‌اند، از میان برداشته شود.^۱

۲. قصاص عقلانی: به این معناست که هر جنایتی را مقابله به مثلی است. باید اصول تساوی و عدالت مورد توجه قرار گرفته و قاطعیت همراه عطفوت لازم است «سوره بقره آیه ۱۷۸». این گونه قصاص دارای شرایط و ضوابط است که بیان خواهد شد.

ب: مقایسه قصاص در اسلام و ادیان دیگر

با بررسی نظام‌ها و ادیان مختلف حقوقی کیفری از دوران باستان تاکنون اهمیت کیفر قصاص معلوم می‌شود. به عنوان نمونه در آیین یهود جرم انگاری در جرائم بر ضد اشخاص بسیار شدیدتر و مجازات‌های شدیدی هم مقرر شده است و قتل نفس را به عنوان شدیدترین و نکوهیده‌ترین جرم دانسته‌اند.

در کتاب مقدس عبری حدوداً ۴۰۰ مرتبه کلمه «خون» به کار رفته است. در «پیدایش ۴:۸» ریختن خون به عنوان اولین گناه روی زمین دانسته شده است که قابیل برادر خود هابیل را کشت. بر طبق برخی از تفاسیر یهود، منظور از ظلم و شرارت که در سفر پیدایش ۶:۱۳ آمده است «وقتی خدا فساد و شرارت بشر را

^۱ - مجیدآقایی، مکاتب کیفری، ص ۵۳

مشاهده کرد، به نوح فرمود: تصمیم گرفته‌ام تمام این مردم را هلاک کنم؛ زیرا زمین را از شرارت پر ساخته‌اند «قتل عمد است. در کتاب مقدس اولین گناهی که دارای ماهیت کیفری شناخته شده است خون‌ریزی است در پیدایش» ۹:۶ «آمده است خدا می‌گوید» هرآینه انتقام خون شمارا برای جان شما خواهم گرفت... از دست انسان انتقام جان انسان را از دست برادرش خواهم گرفت». در پیدایش» ۴: ۱۰ «آمده است» خون زمین را ملوث می‌کند و زمین را برای خونی که در آن ریخته شود کفاره‌ای نمی‌توان کرد، مگر به خون کسی که آن را ریخته است».

از مجازات‌هایی که در تورات در نظر گرفته است مجازات سالب حیات است. به گفته ابن میمون مجازات اعدام برای سی‌وشش جرم قرار داده شده است، یکی از آن جرائم ارتکاب قتل است^۱. شیوه‌های مجازات اعدام که در واقع معادل قصاص نفس می‌باشد و چگونگی اجرای هر شیوه در تورات و تلموت تا حدودی متفاوت است؛ تورات دو شیوه «سنگسار و سوزاندن» را برای اعدام صراحتاً ذکر می‌کند» تثنیه، ۱۳: ۱۵». ولی عالمان تلمود که حاصل مباحثات و شروح چند نسل از عالمان و فقهای یهود برمیشا در مدارس بابل و فلسطین در طی سالهای ۲۲۰ و ۵۰۰م. عالمان فلسطینی تلمود فلسطینی و عالمان بابلی تلمود بابلی را پدید آوردند»، دو قاعده را در اجرای مجازات اعدام ملاک عمل قرار داده‌اند با توجه به این دو قاعده بود که در چگونگی اجرای این مجازات اصلاحاتی را معمول داشتند: الف) اصل اخلاقی تورات این است» هم‌نوع را دوست بدار «لاویان، ۱۹:۱۸؛ عالمان تلمودی این قاعده را در جرائم مستوجب اعدام نیز لازم دانستند و می‌گویند» چنین مجرمی را به این صورت دوست بدار که انسانی‌ترین و به تعبیر تلمود زیباترین مرگ را برای او بخواهی. ب) اعدام باید به میراندن خدا شبیه باشد. همان‌گونه که وقتی خدا آدمی را می‌میراند ظاهر و شکل بدن سالم و بدون تغییر باقی می‌ماند، آنگاه نیز که اعدام می‌کند بدن نباید خراب یا مثله شود. برخی از نویسندگان راجع به شیوه اعدام قاتلان در تورات چنین عقیده دارند که تورات شیوه خاصی را بیان نکرده است، احتمال دارد که اعدام آنان به صورت قصاص بوده است یعنی به همان شیوه که بزه دیده کشته می‌شد قاتل نیز کشته می‌شد^۲.

۱ - ر ک حسین سلیمانی، عدالت کیفری در آیین یهود، ص ۲۸۲

۲ - همان، ص ۲۸۹

ویژگی‌های مکتب کیفری یهود در خصوص قصاص نفس به این صورت است که اولاً اصل شخصی بودن مجازات‌ها رعایت شده است چنانچه در اسفار خمس در سفر تثبیه، آیه ۱۶ ذکر گردیده است: هرکس باید به گناه خود کشته شود. اصل مسئولیت جمعی در مکتب یهود منتفی است. ثانیاً اصول قصاص و دیه کاملاً رعایت شده است قصاص نفس بیشتر در جرائم عمدی است.

اما در خصوص قصاص عضو، تورات صراحتاً آن را پذیرفته و در چند مورد قانون چشم در برابر چشم را تأکید کرده است «خروج، ۲۱: ۲۳-۲۵؛ لاویان ۲۴: ۱۹-۲۰». باین حال رویکرد تلمود در این مورد کاملاً متفاوت است و در سنت شفاهی آن به این مطلب پرداخته است که بجای مجازات مرتکب باید وی به تاوان و غرامت پولی به نفع طرف آسیب‌دیده محکوم شود. اما چنین برداشتی مخالف جدی هم دارد. بیشتر دانشمندان در الغای این مجازات به توافق رسیده‌اند مثلاً ربی شیمعون بن یوحا می‌گوید «چه می‌گویید در آنجا که کوری چشم انسان دیگری را درآورد یا جایی که چلاقی دست دیگری را ببرد یا انسان لنگی پای دیگری را قطع کند؟ در اینجا چگونه می‌توان اصل چشم در برابر چشم را اجرا کرد؛ و حال‌آنکه تورات می‌گوید: شمارا یک حکم خواهد بود، که به این معناست که قانون در همه موارد باید یکسان باشد^۱».

درحالی‌که شدت و حدت مجازات کردن از بارزترین ویژگی‌های قبل از ظهور مسیح بود مسیحیت با شعار مسیحیت از خون نفرت دارد ظهور کرد تا جایی که دیگر از سخت‌گیری مکاتب و دوران قبلی خبری نبود. شریعت عیسی برخلاف آنچه در بنی‌اسرائیل می‌گذشت امر به عفو و حلم و بردباری می‌دهد. در انجیل آمده است «شنیده‌اید که گفته‌شده باید چشم به چشم و دندان به دندان، لیک به شما می‌گویم مقاومت نکنید بلکه هرگاه به رخساره راست تو زد، دیگری را نیز سوی او گردان^۲». به نظر می‌آید یهود در سخت‌گیری و مسیحیت در گذشت و مهربانی راه افراط را در پیش گرفته‌اند؛ سخت‌گیری یهود انسان را از دین‌گريزان می‌کند و مهر و عطوفت افراطی مسیحیت انسان را به‌سوی خفت و خواری و ظلم و استبداد پذیری سوق می‌دهد.

۱ - همان، ص ۲۹۱

۲ - مجیدآقایی، پیشین، ص ۹۸

اما اسلام عزیز نه مانند یهود است که تنها راه جزای قتل را قصاص می‌داند و نه مانند مسیحیت است که بهترین راه را عفو و پرداخت دیه می‌شناسد، بلکه رعایت اعتدال را کرده است و راه‌های مختلفی مثل قصاص، خون‌بها و عفو را مطرح می‌کند که با اهداف و اصول و شیوه‌های نوین برخورد با مرتکب جرم و قضا گرای که موافق با بنای عقلا هست، سازگار است

ج: رابطه قصاص در اسلام با بنای عقلا

تشریع قصاص در شریعت اسلام دارای خصوصیتی است که موافق با اصول پذیرفته شده سیره عقلای عالم می‌باشد از قبیل اجرای عدالت، اصل فردی کردن مجازات، شخصی بودن مجازات‌ها، اصل انسانی کردن مجازات، کیفر زدایی و.. که با توجه به شرایط و احکام قصاص به برخی از این موضوعات اشاره می‌شود.

اجرای عدالت

این نکته که عدالت دارای حسن است قضیه بدیهی و اولی بوده که انکار آن خلاف وجدان و ضرورت است. عقلا بماهیم عقلا این قضیه را قبول دارند، معانی و ملاکهای مختلفی برای ترسیم حسن عدالت یا قبح ظلم در اندیشه دانشمندان ذکر شده است. حسن به معنای ستایش و قبح به معنای نکوهش. در این معنا حسن یعنی کاری که مورد ستایش عقلای عالم قرار بگیرد و فاعل آن را مدح کنند^۱. از طرف دیگر هر جا صحبت از عدالت در احکام کیفری است به معنای سازگاری کیفر با جرم مورد نظر بوده و اگر سخن از ظلم در حکمی جزایی مطرح شده به معنای عدم تطابق مجازات با جرم مورد نظر توجه شده است.

با توجه به شرایط و احکام قصاص در شریعت اسلام اجرای عدالت و جلوگیری از ظلم و بی‌عدالتی به‌خوبی آشکار می‌شود هم نسبت به معنای عدالت و هم نسبت به سازگاری جنایت و راه مجازات آن، مثل شرایط ثبوت قصاص «از قبیل تساوی در دین، تساوی در عقل، و انتفاء ابوت». شرایط اجرای قصاص «تقاضای اولیاء دم، یا مجنی علیه»^۲. شرایط ویژه قصاص عضو «از قبیل تساوی اعضا در سالم بودن، در اصلی

۱ - سیدمحمد اصغری، پیشین ص ۱۱۴

۲ - محمدحسن نجفی، پیشین، ج ۴۲ ص ۸۱ و ۳۰۳

بودن و بیشتر نشدن قصاص از اندازه جنایت و...». و احکام آن مانند موانع قصاص^۱ از قبیل صدمه بر دیگری یا فرار جانی^۲ یا موارد سقوط قصاص^۳ مرگ قاتل یا عفو جانی^۴.

درواقع قانون‌گذار با وضع شرایط و احکام متعدد در باب قصاص در پی آن است که به‌وسیله اجرای حکم قصاص، عدم تعادل و توازنی که در جامعه در نتیجه ارتکاب جرم به وجود آمده است را ترمیم نماید، این هدف به معنای اجرای عدالت بوده که در نزد تمام عقلای عالم حسن است و می‌تواند متضمن فواید بسیاری در جامعه باشد.

آنچه در ارتباط احکام قصاص باید مورد توجه قرار گیرد این است که قصاص به‌عنوان یک حق قابل اسقاط در دین اسلام مطرح است نه حکم قطعی تکلیفی و یگانه حکم برای جانی^۵ « ماده ۳۴۸ ق.م.ا.». به عبارت دیگر اگر ولی دم عفو نکند و راضی به دیه هم نشود، قصاص جانی حتمی می‌شود^۶. لذا اجرای قصاص دو ویژگی دارد

ویژگی اول: اجرای قصاص منوط به اذن ولی یا اولیاء دم هست، اجرای قصاص بدون اذن ولی دم موجب قصاص اقدام کننده هست. به این دلیل است که قاتل، مهدورالدم بودن او نسبی است و قتل مباح کننده خون قاتل نیست مگر برای ولی مقتول.

ویژگی دوم: ولی دم بعد از ثبوت قصاص با اذن ولی امر می‌تواند شخصاً قاتل را قصاص نماید. البته به شرط این‌که استیفای قصاص تحت نظر حاکم باشد و ولی دم قادر بر استیفا باشد و در امر قصاص مراعات احسان را بنماید^۷. درواقع قانون‌گذار اسلام قاتل و جانی را در اختیار مجنی علیه یا بازماندگان مجنی علیه قرار می‌دهد و بدین‌سان بر احیای عدالت در جامعه پافشاری می‌کند، از سوی دیگر همان‌طوری که حق قصاص را به ولی دم و مجنی علیه اعطاء نموده حق دیگری را نیز به آنان بخشیده است و آنان را به

۱ - حسین میرمحمد صادقی، حقوق کیفری اختصاصی، جرایم علیه اشخاص، ص ۱۶۷

۲ - محمدتقی جعفری تبریزی، حقوق جهانی بشر از دیدگاه اسلام و غرب، ص ۲۵۷

۳ - عبدالقادر عوده، التشریع الجنایی الاسلامی، حقوق جزای اسلامی، ج ۲ ص ۲۵۹

عفو و بخشش ترغیب می‌نماید» کیفر بدی، مجازاتی همانند آن است در این گونه موارد عفو کنید چراکه هر کس عفو و اصلاح کند اجر و پاداش او بر خداست^۱».

اصل فردی کردن مجازات در قصاص

این اصل که یکی از اصول مترقی حاکم بر مجازاتها است با این که اسلام قرن‌ها قبل به این اصل توجه داشته است ولی کمتر از یک قرن است که در متون کیفری وارد شده است. اصل فردی سازی مجازاتها به این معناست که کیفر با توجه به شخصیت و خصوصیات روانی و اجتماعی مجرم و خصوصیات مجنی علیه یا ماهیت جرم ارتكابی از سوی قانون‌گذار پیش‌بینی شده است.

همان‌طوری که در باب فردی کردن تعزیرت بیان خواهد شد، امروزه فردی کردن مجازاتها یکی از هدف‌های اساسی حقوق جزا را تشکیل داده و از سیره مسلم عقلا در حقوق جزا به شمار می‌آید که با توجه به همین اصل به تدریج از جمود و قاطعیت کامل اصل قانونی بودن مجازاتها که پس از پیروزی انقلاب کبیر فرانسه در قوانین بسیاری از کشورهای غربی ظاهر شد، کاسته می‌شود. قانون‌گذاران با الهام گرفتن از عقاید بکار یا و بتنام نظام مجازات‌های ثابت را برقرار کردند که همان اصل قانونی بودن جرم و مجازات است.

قانون فرانسه در ابتدا نسبت به اجرای این اصل سختگیری زیادی نشان داد بدون این که حق عفو را در موارد به خصوص بپذیرد وظیفه قاضی این بود که اگر متهم را گناهکار می‌دانست به مجازات حکم می‌کرد، اگر گناه ثابت نمی‌شد حکم برائت دهد بدون این که شرایط متهم یا جرم تأثیر در مجازات داشته باشد. این امر باعث مشکلاتی شد تا این که در قانون جزای سال ۱۸۱۰ فرانسه ناچار شد از این اصل عدول کند به قاضی اختیار داد با توجه به خصوصیات و شرایط حال مجرم مجازات مناسبی را برای او انتخاب کند. این امر توسط قانون‌گذاران دیگر کشورها نیز مورد استقبال قرار گرفت و در قوانین کیفری بسیاری از ممالک جهان گنجانده شد. ولی باین حال عدم توجه کامل به بزهکار و مسائل و مشکلات او از انتقادات اصولی

^۱ - شورا آیه ۴۰

مکتب تحقیقی حقوق جزا نسبت به عقاید مکتب کلاسیک است، با توجه به همین انتقادات است که امروز فردی کردن مجازات موردپذیرش همگان قرار گرفته و به اشکال گوناگون مقرر می‌شود.^۱

فردی کردن مجازات در باب قصاص در فقه و حقوق کیفری اسلام به شیوه فردی کردن تقنینی است که در میان حقوقدانان مختلف کاربرد دارد و این شیوه به این صورت انجام می‌شود که قانون‌گذار با توجه به شرایط و اوضاع و احوال متفاوت، مجازات‌های گوناگونی برای اعضای طبقات خاصی از مجرمین تعیین می‌کند، لذا در این شیوه فردی کردن توسط خود قانون‌گذار برقرار می‌گردد مثلاً می‌توان از تشدید مجازات مرتکبان جرائم در قوانین نام برد.

در باب قصاص اگر جانی و قاتل مجنون باشد، دو حالت در او متصور است اگر مقتول به او تعرضی کرده و مجنون او را کشته است خون مقتول هدر است، اگر متعرض مجنون نشده دیه مقتول بر عاقله وی خواهد بود، اگر عاقله ندارد بیت‌المال باید پرداخت کند. مجنون به خاطر کسی قصاص نمی‌شود و حد بر وی جاری نمی‌شود.^۲

همان‌گونه که قبلاً بیان شد فقها چنین عقیده دارند اگر فرزند پدر خود را عمداً بکشد قصاص می‌شود ولی اگر پدر فرزندش را بکشد به قصاص محکوم نشده و باید دیه بپردازد. اگر طفل یا مجنون یکی از مسلمانان یا زن یا عبد یا کافر را بکشد دیه ثابت می‌شود نه قصاص^۳. لذا درست است که از دیدگاه اسلام قصاص عمداً با حقوق مجنی علیه و یا اولیا دم مرتبط است و به همین دلیل متناسب کردن آن با شرایط مجرم بیشتر در حدود اختیارات و حقوق آنان است و قاضی دخالت کمتری در آن دارند، ولی باین‌همه در این مجازات نیز همانند تعزیرات، مواردی از فردی کردن مجازات به شیوه تقنینی دیده می‌شود.

اصل شخصی بودن مجازات در قصاص

اصل شخصی بودن مجازات از قواعد اولیه شریعت اسلام و قانون‌گذاران است، منظور از این اصل این است که هیچ کس بار گناه و جرم دیگری را بردوش نمی‌کشد و غیر از جانی و شریک و معاون جرم،

^۱ - پرویز صانعی، پیشین، ص ۶۲۴

^۲ - محمد بن محمد بن نعمان عکبری بغدادی، مفید، المقنعه، ص ۷۴۸

^۳ - قاضی عبدالعزیز ابن براج طرابلسی، المذهب (لابن البراج)، ج ۲ ص ۴۵۹

دیگران» خانواده و نزدیکان وی «که در ارتکاب رکن مادی جرم مداخله عالمانه و عامدانه یا توأم با تقصیر جزایی ندارند نباید دچار عقوبت شوند^۱. بنابراین درباره جرم تنها فاعل آن مسئول است و هیچ‌کسی به جرم دیگری مؤاخذه نمی‌شود هرچند دارای قرابت و دوستی نزدیک باشند.

قبل از برقراری نظام‌های جدید جزایی و قبل از انقلاب کبیر فرانسه و تصویب قانون جزای این کشور مجازات‌ها ضرورتاً جنبه شخصی نداشت، مسئولیت مجرمین عملاً اعضاء خانواده و بستگان را نیز دربرمی‌گرفت. وقتی شخصی مرتکب جرم خطرناکی می‌شد نه تنها خود او را مجازات می‌کردند بلکه اعضاء خانواده یا سایر اقوام نزدیک او را هم زندانی می‌نمودند و شکنجه می‌دادند تا اطلاعات لازم را به دست بیاورند، گاهی به خاطر حس انتقام‌جویی همه اعضاء خانواده به آتش جرمی که یک نفر مرتکب شده بود می‌سوخت. در روزگار حمورایی در مجموعه قوانین خود پیش‌بینی کرده بود اگر ساختمانی فروبریزد و فرزند صاحب‌خانه زیر آوار بمیرد، باید فرزند معمار کشته شود^۲. مدت‌های مدید مسئولیت جزایی جنبه جمعی و اشتراکی داشت و علاوه بر شخص مجرم سایرین را هم دربر می‌گرفت.

لذا در کشورهای حقوق مدون به همراه انقلاب فرانسه اصل شخصی بودن مجازات‌ها پذیرفته شد و در مواد قانون اساسی یا جزایی عادی منعکس گردید^۳. کنوانسیون آمریکایی حقوق بشر در ماده ۳ و ۵ یا دادگاه نظامی بین‌المللی نورمبرگ به‌عنوان اولین محکمه بین‌المللی و در بند ۲ ماده ۲۵ اساسنامه دیوان جزایی بین‌المللی به‌عنوان ICC، بر این اصل تأکید می‌کند^۴.

باین‌حال بر طبق این اصل به حدی که شریعت اسلام از سیزده قرن قبل به آن عمل می‌نماید، قوانین وضعی جدید به آن نرسیده و دایره این اصل در قانون از دایره شمول اجرای آن در شریعت محدودتر است و شخص محقق در نصوص این قوانین موارد زیادی را می‌بیند که آن قوانین از این اصل خارج شده است. به‌عنوان مثال قانون مصر کسی را که در جمعی شرکت می‌کند و از مقصود آن جمع آگاه است نسبت به هر

۱ - مجیدمرادی، زیر نظر محمد جواد لاریجانی، کاظم غریب آباد، پیشین ص ۳۹۳، محمدجعفر جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، ج ۳ ص ۲۲۵۱

۲ - پرویز صانعی، پیشین، ص ۶۳۰

۳ - حمیدبهرامی احمدی، پیشین ص ۳۳۳

۴ - غلام حیدر علامه، عدالت جزایی در افغانستان، ص ۱۶۳

جرمی که از هریک از آنان به قصد اجرای مقصود جمع واقع شود، مسئول می‌داند. طبق اصل شخصی بودن، عدم مسئولیت است مگر در صورتی که بر ارتکاب جرم توافق نموده و یا بر آن تشویق کرده باشد.^۱

این اصل عادلانه در بسیاری از آیات تثبیت شده است بارزترین این آیات آیه ۱۶۴ سوره انعام است که «وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَا» هر کس تنها کیفر کار خویش را می‌بیند. کسی بار گناه دیگری را بر دوش نمی‌کشد. زن حامله‌ای که مرتکب زنا شده بود را برای مجازات نزد عمر آوردند و او دستور سنگسار داد. حضرت علی علیه السلام فرمود: گناه طفل در رحم مادر چیست؟ سپس همین آیه شریفه را تلاوت فرمود.^۲ نیز این تعبیر در کلام دانشمندان که از روایات گرفته شده است، وجود دارد «انسان به خاطر پدر و برادر مؤاخذه نمی‌شود و یا این تعبیر: جنایت او به حساب تو نمی‌آید و جنایت تو به حساب نمی‌آید و منظور نمی‌شود».^۳

نمونه‌های اصل شخصی بودن مجازات در باب قصاص

اصل شخصی بودن در مباحث باب قصاص مورد توجه شارع مقدس است که نمونه‌های از آن ذکر می‌شود.

۱. اگر کافر ذمی مرتکب قتل عمدی مسلمانی شود، کیفر قاتل ذمی این است که او و مالش را در اختیار اولیاء دم مقتول مسلمان می‌گذارند که مخیر است او را به عنوان قصاص بکشد یا به بندگی بگیرد. برخی این عقیده را دارند که فرزند صغیر قاتل نیز به عنوان بنده به اولیاء دم تحویل می‌شود به دلیل تبعیت آنان از پدرشان در استرقاق. در پاسخ این نظر بسیاری از فقها چنین عقیده دارند که شبهه بقای فرزندان قاتل بر حریت است؛ چنین استدلال می‌کنند که تبعیت در استرقاق باطل و ممنوع بوده و جنایت پدر به فرزند او سرایت نکرده و آنان را نمی‌گیرد لذا تحویل او به اولیاء دم

۱ - عبدالقادر عوده، پیشین، ج ۲ ص ۱۳۶

۲ - محمدبن حسن حر عاملی، پیشین، ج ۲۸ ص ۱۰۸

۳ - محمدبن مکرم ابن منظور، پیشین، ج ۴ ص ۱۲۹

جایز نیست، ایشان به آیه ۱۴۶ سوره انعام تمسک می‌کنند که مفهوم آن این است که هیچ‌کس به آتش دیگری نمی‌سوزد و بار کس دیگر را بر دوش نمی‌کشد.^۱

۲. مواردی است که به‌رغم ثبوت قصاص، عروض عواملی امکان اجرای آن را به‌طور موقت متفی می‌سازد، که از آن موانع قصاص تعبیر می‌شود. یکی از موانع قصاص صدمه بر دیگری است. در صورتی که اجرای قصاص موجب صدمه بر دیگری شود اجرای آن تا رفع این شرایط به تعویق خواهد افتاد، مثل زن حامله که محکوم به قصاص شده است از وی قصاص نمی‌گیرد تا اینکه وضع حمل نماید و لو اینکه حمل بعد از جنایت پیدا شده باشد بلکه و لو اینکه حمل از زنا باشد. حتی اگر زن ادعای حاملگی نماید و چهار زن قابله بر آن شهادت دهند حمل او ثابت می‌شود. و اگر در ادعایش تنها باشد و شاهد نداشته باشد، فقها عقیده دارند احوط تأخیر قصاص است تا حال او معلوم شود؛ چون احتمال کشته شدن جنین بی‌گناه در وسط است و حاملگی علائم قابل مشاهده و علامت‌های مخفی دارد که خود زن در خود احساس می‌کند به‌گونه‌ای که نمی‌تواند برای آن شاهد بیاورد، لذا ادعای زن پذیرفته می‌شود. و نیز اگر وضع حمل نماید تا خوردن نوزاد شیر آغوز در صورتی که حیات بچه بر آن زن توقف داشته باشد، قتل او جایز نیست بلکه اگر ترس مرگ فرزند باشد قصاص جایز نبوده و تأخیر آن واجب هست؛^۲ دلیل بر این صورت‌هایی که فقها و حقوقدانان ذکر کرده‌اند این است که با قصاص زن حامله جنین و حمل هم کشته می‌شود با اینکه حمل در صورت‌های مذکور محترم است و این اسراف در قتل است و ممنوع.^۳

۳. در باب اشتراک در قتل اگر یک نفر پی‌درپی چند نفر را بکشد ولی دم هریک از مقتولین حق قصاص رادارند؛ زیرا حق همه اولیاء دم به قصاص کردن تعلق دارد اگر همه اولیاء دم برای قصاص اجتماع کردن در این صورت بر ورثه قاتل دیه واجب نیست؛ به این دلیل که آنان به‌جز در جان او حق دیگری ندارند و نمی‌توان در مجازات جرمی را که جانی مرتکب شده است، دیگری را شرکت داد.

۱ - محمدحسن نجفی، پیشین، ص ۱۵۸

۲ - سیدروح الله موسوی خمینی، تحریر الوسیله، ج ۴ ص ۳۲۳، ترجمه

۳ - حسین میرمحمد صادقی، حقوق کیفری اختصاصی، جرایم علیه اشخاص ص ۱۷۰

نظر مخالفی وجود دارد از قول عثمان بستی از اهل سنت که عقیده دارد: اگر همگی جمع شدند و او را کشتند به اندازه یک دیه از بدهکاری او کم شده و به تعداد باقیمانده از اموال او که به ورثه منتقل شده است، دیه گرفته و باهم تقسیم می کنند.^۱

صاحب جواهر می فرماید: این قول هیچ دلیلی ندارد بلکه ظاهر ادله برخلاف آن است.^۲ شاید چنانکه بعداً اشاره می کند مراد صاحب جواهر این است که تنها قاتل جانی مسئول است و باید مجازات شود و هیچ کسی از جمله ورثه مؤاخذه نمی شود لذا پرداخت دیه بر آنان لازم نیست.

صورت دیگر این است اگر یکی از اولیاء دم مبادرت به قصاص کرد و قاتل را کشت، یک نظر این است که بقیه اولیاء دم می توانند دیه بگیرند. اما فقها چنین عقیده دارند که حق اولیاء دم بقیه مقتولین ساقط می شود، این که در قصاص مساوی بودند، مقتضی ثبوت دیه نمی شود؛ قاتل تقصیری نسبت به از بین رفتن حق بقیه نداشته قصاص را بدهکار بود که آن را هم داده است. « نکته مهم این است » که مال قاتل با قصاص او به ورثه منتقل شده است و آنان مالک شده اند و از ورثه نمی شود دیه گرفت.^۳ این سه نمونه و نمونه های دیگر جلوه های اصل شخصی بودن مجازات در باب قصاص بود که شارع مقدس مقرر کرده است.

اصل انسانی کردن مجازات در قصاص

اصل انسانی کردن مجازات اصل دیگری است که مدنظر عقلای عالم هست. توجه به این اصل با تأمل به مباحث قصاص به خوبی آشکار می شود. اصل انسانی می گوید اجرای مجازات مجرم و جانی منافاتی با حفظ شئون و مقام و منزلت انسانی ندارد در عین حالی که کیفر اعمال می شود نباید به شخصیت انسان اهانت شود، مجازات هر عمل مجرمانه در قانون معین شده است که باید عین همان مجازات اجرا شود. این اصل ریشه در اصل کرامت انسان و اصل عدم تلازم بین بدن و شخصیت انسانی مجرم دارد، کرامت ذاتی

۱ - محمدحسن نجفی، پیشین، ص ۳۱۶

۲ - همان، ص ۳۱۶ « لا دلیل علیه، بل ظاهر الأدلة خلافه »

۳ - همان، ص ۳۱۸

انسان است ربطی به اعمال و رفتارهای ناشایست او ندارد. با توجه به این اصل کیفرهای غیرانسانی «مانند قطعه‌قطعه کردن بدن مجرم و...» جایز نیست و باید ارزش انسانی او را ارج نهاد و احترام گذاشت.

با لحاظ این اصل است که در کیفیت قصاص سفارش شده است آلت قصاص سمی نباشد تا مبادا بدن قاتل پس از قصاص متلاشی شود که در این صورت هم هتک حرمت میت می‌شود و هم غسل و دفن او مشکل می‌شود. قصاص نباید با وسیله کُند صورت بگیرد تا قصاص شونده زیاد اذیت نشود و نیز مثله کردن قاتل جایز نیست گرچه او قربانی خود را با خفه کردن در آب یا با سوزاندن در آتش یا با له کردن یا با کوبیدن کشته باشد.^۱ از نظر روایات مثله کردن اسراف در قتل است که از آن در قرآن کریم نهی شده، و از عذاب کردن قاتل و بازی کردن با او که مایه لذت بردن قصاص کننده باشد در روایات به شدت نهی شده است.^۲

اصل کیفر زدایی در باب قصاص

مجازات شدیدترین دخالت دولت در حقوق انسان است و باید در مواردی به کار گرفته شود که سایر تدابیر تضمین گر کارآمد نباشد، به همین علت کیفر زدایی یک سیاست عام و جنبش گونه است که به عنوان کاهش یا سقوط کیفر با توجه به آثار زیان‌بار اجرای کیفر در مقررات کیفری وجود دارد.

آثار منفی کیفر نسبت به هر مجرمی از نظر زمان، مکان، شخصیت و... متفاوت است. عقلای عالم این عقیده روانشناسان را تأیید می‌کند که با اولین مجازات که در مورد شخصی اجرا می‌شود و برچسب و انگ مجرمیت زده می‌شود و از طرفی او خود را مجرم و بزهکار می‌بیند دیگر مانع و حائلی به نام حیثیت اجتماعی و به تعبیر دیگر، آبروی برای او باقی نمی‌ماند تا برای حفظ آن از ارتکاب جرائم خودداری کند. از طرفی آنانی که در جستجوی چنین افرادی هستند همکاری تازه‌ای برای بزهکاری ساخته می‌شود؛ علاوه بر این ترس و نگرانی او از تحمل مجازات تا حدودی از بین می‌رود.

^۱ - زین‌الدین بن علی عاملی، شهید ثانی، مسالک الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام، ج ۱۵ ص ۲۳۳ «يعتبر الآلة لئلا تكون مسمومة،

خصوصا في قصاص الطرف...و يمنع من الاستيفاء بالآلة الكالة، تجنبا للتعذيب...و لا يجوز التمثيل به..»

^۲ - محمدبن یعقوب بن اسحاق کلینی، پیشین، ص ۲۷۹

لذا اجرای کیفر خود دارای آثار منفی فراوانی است مثل درگیر شدن کسانی که وابسته با مجرم هستند» خانواده و...» با انواع مشکلات روحی و جسمی در ارتباط مجازاتی که اجرا می‌شود، معطل ماندن کار یا خدمتی که مجرم در حال انجام آن بود، تنزل اجتماعی مجرم و خانواده او، از بین رفتن استعداد فرد بر اثر تحمل مجازات؛ به دلیل این آثار و آثار منفی دیگر است، در حقوق اسلام با توجه حکیمانه‌ای که دارد موارد متعددی از کیفر زدایی پیش‌بینی شده است.^۱

قرن‌ها بعد کیفر زدایی به یک سیاست عام و جنبش گونه‌ای به‌عنوان کاهش یا سقوط کیفر در مقررات کیفری نمود پیدا کرده در مکاتب مثل مکتب کلاسیک را با محوریت بکار یا و بتتام، که می‌توان این مکتب را آغازگر کیفر زدایی قلمداد کرد با روش‌های مانند عفو و تخفیف مجازات که داشت یا این که مکتب تحقیقی با محوریت فِری را در گسترش کیفر زدایی مدنظر قرارداد و نیز مکتب اجتماعی با محوریت گراماتیکا بیشترین تأثیر را در گسترش کیفر زدایی داشتند.^۲

کیفر زدایی از مباحث قصاص استنباط می‌شود همان‌گونه که این اصل از دیگر ابواب جزا به دست می‌آید. با توجه به این که قصاص حق الناس بوده و جنبه خصوصی آن غلبه دارد اجرای آن منوط به اذن ولی یا اولیاء دم در قصاص نفس و اذن مجنی علیه در قصاص عضو هست در صورتی که صاحب حق گذشت نماید کیفر قصاص اجرا نمی‌شود، مع الوصف در سیاست جنایی اسلام اصراری بر قصاص نیست و حتی بعد از شکایت و رفع الامر الی الحاکم و تحقق تعقیب اگر شاکی خصوصی گذشت کند اعمال قصاص منتفی می‌شود. در قرآن کریم نیز سفارش به عفو شده است.^۳ آنچه به دست می‌آید صاحب حق می‌تواند قصاص یا عفو یا گرفتن دیه را انتخاب کند، البته در صورتی که قاتل و جانی راضی به پرداخت دیه بشود. توجه به رابطه مسئله عفو در باب قصاص با کیفر زدایی مطب را بهتر آشکار می‌کند که به اختصار بیان می‌شود.

۱ - ر ک سید محمد علی احمدی ابهری، پیشین، ص ۳۸۲

۲ - ولی اله صادقی، پیشین ص ۷۹

۳ آیه ۱۷۳ از سوره بقره

رابطه عفو با کیفر زدایی

چنانچه بیان شد حکم قتل در تورات تنها قصاص و در انجیل تنها عفو هست. در اسلام که دینی جامعی است «دیه» و عفو را هم افزوده که این مصداقی از کیفر زدایی در شریعت اسلام است.

روایات در موارد متعددی سفارش به عفو و گذشت از قصاص کرده است. دعوای قصاص نزد پیامبر اکرم «ص» طرح نگردید مگر این که ولی دم را به عفو امر کردند. امام حسن عسکری علیه السلام فرمود «فردی مردی را که می گفت او قاتل پدرش است خدمت امام علی بن حسین علیه السلام آورد، قاتل اعتراف کرد حضرت قصاص را بر او واجب دانست ولی از آن مرد خواست قاتل را عفو کند تا خداوند ثواب او را بزرگ سازد^۱. گذشت از حق قصاص مسائل متعددی دارد به عنوان نمونه سه مسئله از مسائل عفو اشاره می شود.

۱. مواردی که ولی دم قصاص را «بدون شرط پرداخت دیه» عفو کند فقها عقیده دارند که قصاص و دیه هر دو ساقط می شود؛ آنچه اصالتاً واجب است قصاص است در فرض مذکور صرف نظر کردن اولیاء دم از قصاص هیچ چیزی بر جانی واجب نمی شود خواه جانی راضی باشد یا راضی نباشد، خواه مطلق عفو کند یا صراحتاً بگوید «مجانی عفو کردم»؛ زیرا حق اولیاء دم منحصر در قصاص بود وقتی از قصاص عفو کنند در این صورت هرانچه برای جانی واجب است عفو کرده اند.

این عقیده «اهل سنت» که بعد از عفو، دیه بر جانی واجب است بطلانش آشکار است؛ حق ولی دم منحصر در قصاص است که آن را هم عفو کرده است^۲.

۲. در باب قصاص عضو اگر جانی انگشت کسی را عمداً قطع کرد و مجنی علیه حق قصاص را عفو کرد قصاص و دیه ساقط می شود بدون هیچ خلاف و اشکالی^۳؛ به این دلیل که حق قصاص برای مجنی علیه ثابت است و خود او اهلیت عفو را دارد با عفو او قصاص ساقط می شود. اما این که چرا

^۱ - آقا حسین طباطبائی بروجردی، منابع فقه شیعه، ج ۳۱، ص: ۹۱

^۲ - محمد حسن نجفی، پیشین، ص ۲۸۲

^۳ سید ابوالقاسم موسوی خویی، پیشین، ج ۴۲: ۲۲۲ «إذا قطع إصبع رجل عمداً فعفا المجنی علیه قبل الاندمال أو بعده سقط القصاص ولا

دیه أیضاً»

دیه ساقط می‌شود؛ دلیل بر سقوط دیه این است که در جنایت عمدی مقتضی برای ثبوت دیه وجود ندارد، دیه با تراضی و مصالحه ثابت می‌شود و فرض این است که با عفو و گذشت چنین مصالحه‌ای صورت نگرفته است.

۳. مسئله دیگر عفو در قصاص این است که آیا صاحب حق قصاص قبل از اثبات قصاص، عفو او نسبت به جانی نافذ است؟ در پاسخ چنین گفته شده است که چنین عفوی نافذ نیست، این نظر را صاحب جواهر به مبسوط نسبت می‌دهد.^۱ دلیل این قول این است؛ هنوز چنین حقی ثابت نشده است که بتوان آن را عفو کرد. اما بزرگانی مثل صاحب جواهر و آیت‌الله خویی^۲ و از فقهای معاصر^۳ چنین عفو را صحیح می‌دانند با این توضیح: اگر درواقع حق قصاص داشته باشد با عفو ساقط می‌شود و لو در نزد حاکم و قاضی ثابت نشده باشد لذا اگر بعد از عفو قصاص ثابت شود ثبوت قصاص اثری ندارد چون فرض این است که ذی‌حق حق خود را ساقط کرده است.

بنابراین قصاص یک مجازات الزامی نیست و بلکه بنا به طبیعت حق الناس بودن آن نه تنها قابل عفو و مصالحه هست، بلکه بر آن تأکید فراوان نیز شده است که آیات دال بر این موضوع در مبحث تشریع قصاص را فقها و حقوقدانان بیان کرده‌اند.

۲-۱-۲-۲- بنای عقلا در باب دیات

از بررسی سوابق تاریخی جنایت علیه اشخاص برمی‌آید که دیه در میان انسان‌ها و عقلای عالم وجود داشته و تاکنون ادامه دارد. پیشینه دیه به عصر زراعت بازمی‌گردد که از جنس شتر یا گاو یا گوسفند گرفته می‌شد اما بعد از اسلام که درهم فراوان شد حضرت علی «ع» آن‌ها را به درهم تقویم نمود.^۴ لذا در این گفتار ابتدا حکم دیات در جرایم از منظر بنای عقلا با ذکر نمونه‌هایی بررسی می‌شود و در ادامه شرایط و احکام دیات در شریعت مقدس اسلام بیان می‌شود با این هدف که در اسلام ضمن امضاء سیره عقلا در باب دیات، شرایط و ضوابطی را مقرر نموده است که مطابق با سیره عقلا می‌باشد.

۱- محمدحسن نجفی، همان، ص: ۲۲۵

۲- سیدابوالقاسم موسوی خویی، همان، ص: ۱۲۳

۳- وحیدخراسانی، منهاج الصالحین (للوحد)؛ ج ۳، ص: ۵۲۹

۴- محمدبن یعقوب بن اسحاق کلینی، پیشین، ص ۳۲۹

۲-۲-۱-۲-۲-۱-۲-۲ بنای عقلا و حکم دیه قبل از اسلام

قبل از اسلام انتقام‌جویی از اصول بسیار مقبول به شمار می‌آمد هر قبیله‌ای رئیسی داشت که مورد احترام همه بود و فرمان او را می‌پذیرفتند، هر فرد عرب چنان به افراد قبیله خود وابسته بودند که اگر شخصی از آن قبیله مورد تعدی یا آزار قرار می‌گرفت همه به کین خواهی بر می‌خواست. قصد و عمد مورد توجه نبود و انتقام گیرنده به هیچ وجه میان جنایت عمدی و خطا تفاوتی نمی‌گذاشت، اصولاً هیچ حاکم و دادرسی وجود نداشت که در مورد جنایت دخالت کند و قرائن موجود نشانه محکومیت متهم بود و اگر ثابت می‌شد که فلان شخص جانی است همه افراد قبیله بر او می‌شوریدند حتی این عمل را برای خود حق مسلم می‌شمردند که خدا به آنان تفویض کرده. صلح و گذشت از انتقام در برابر دیه و عوض و مال در میان اعراب پیش از اسلام امر ناخوشایندی بود؛ گاهی مطالبه دیه را حاکی از ضعف و سستی قبیله اولیاء دم می‌دانستند ولی چون از خصومت و کشتار به ستوه آمده بودند از راه تراضی بر دیه می‌خواستند به آرامش و امنیت دست پیدا کنند. به این دلیل و ادله دیگر دیه بین آنان مرسوم شد ولی اختیاری، به طوری که اولیاء دم می‌توانست با تکیه بر اقتدار خود تقاضای جانی بر دیه را رد نموده و دست به انتقام زنند. لذا دریافت دیه یک استثنا تلقی و انتقام‌جویی و خونخواهی به عنوان یک قاعده کلی محسوب می‌شد. اما پس از ظهور قدرت‌های مرکزی و تشکیل اولین دولت‌ها پرداخت دیه درجایی که اجبار طرفین منازعه، به سازش و قبول ممکن بود، الزامی گردید.^۱

نتیجه این که صلح در ازای اخذ دیه و مال بین عقلای عالم قبل از اسلام شناخته شده بوده آن هم به خاطر عواملی که عقلایی هست از قبیل نیاز مبرم که جوامع بدوی به آحاد انسانی به منظور افزایش توانمندی خود در برابر تجاوز دیگران، نقش جدی آحاد نیروی انسانی در امر شکار و کشاورزی و همین‌طور برای رسیدن به امنیت و استقرار صلح. این عوامل در جایگزینی دیه به جای انتقام تأثیر اساسی داشت.

نمونه‌هایی از دیه در مقررات موجود از ملل ابتدایی هم در قانون‌گذاری شرقی مثل قانون‌گذاری بابل و آشور و هم در قانون‌گذاری‌های کهن غربی از قبیل قانون‌گذاری‌های یونان در قانون روم و یا نزد قبائل

^۱ - حسین میرمحمد صادقی، پیشین، ص ۲۴۹

آنگلوساکسون‌ها وجود دارد که نشان‌دهنده توجه عقلای عالم بر موضوع دیه هست که به برخی از این مقررات گذرا اشاره می‌شود.

الف: دیه در قانون اورناما

در قانون «اورناما» که مجموعه قوانین بابلی قدیم به وجود آمده سه ماده آن درباره دیه است؛ یک ماده آن نص است در این‌که «هرگاه مردی گام دیگری را قطع کند باید ده شاقل نقره بپردازد». دومین ماده درباره جنایتی است که کسی استخوان کسی را با سلاح بشکند که باید یک من نقره بدهد و ماده سوم در قطع کردن بینی دیگری است با آلتی که باید ۲۳ من نقره بدهد.^۱

ب: دیه در قوانین روم

در قانون‌گذاری‌های یونان که دارای دولت‌ها و حکومت‌های منظمی بوده دیه در قانون روم نمود دارد. قانون روم از مهم‌ترین قوانین قدیم شمرده می‌شود از مشهورترین قوانین روم قانون الواح دوازده‌گانه است که احکام جرم‌ها در لوحه‌های پنج‌گانه اخیر آن وارد شده است، در این قانون به سه نوع از جرائم تعدی و تجاوز به اشخاص تصریح می‌کند. ۱- حالت بریدن عضوی از اعضای بدن انسان که کیفر این جرم را قصاص به مثل دانسته ولی این کیفر کمتر به اجرا درآمده و به تاوان و غرامتی مبدل گردیده که میزان آن به حکمیت معین شده است ولی در لوح هشتم آمده که مجنی علیه ملزم به قبول دیه نیست. ۲- حالت شکستن استخوان که دیه معینی را مقرر کرده است در این قانون و قصاص را مقرر نداشته به خاطر صعوبت اجرای قصاص در این مورد، مقدار دیه را از طبقه آزادان و بردگان فرق گذاشته است. ۳- حالت تعدی ساده، حالتی که اثری در بدن مجنی علیه نمی‌گذارد مانند کتک زدن و سیلی زدن که قانون الواح دیه آن را بیست و پنج آس معین کرده است.^۲

ج: دیه در قانون آنگلوساکسون

در قانون آنگلوساکسون که در قرن هفتم میلادی در انگلستان تدوین شد مجنی علیه در انتقام یا گرفتن دیه مخیر است. همین‌طور نظام دیه در جزایر بریتانیا و در میان عشایر ژرمن نیز وارد گردیده است که قانون

^۱ -عوض احمد ادریس، دیه، ص ۵۴

^۲ - همان، ص ۶۹

عوض‌های ضررهای بدنی را تنظیم کرد و دیه هر جزء از اجزای بدن را معین نموده، با این قانون فهرستی یافت شده که شامل جمیع تعویضات مالی متعلق به ضررهای جسمانی می‌گردید. در جامعه انگلستان دیه مقتول میان سه گروه تقسیم می‌شد میان شاه و فئودال و خانواده مقتول^۱. می‌توان گفت «اساس تعویض از ضرر بدنی در قانون انگلیسی تاکنون دیه است، چه این که نظام تعویض در قانون آنان بر نص قانونی تکیه ندارد مگر در حالت قتل که با قانون معینی سامان یافته است و آن قانون حوادث جسمی است، در غیر قتل قانون انگلیسی متکی بر عرف و تقالید موروثه از زمانهای گذشته است»^۲.

۲-۲-۱-۲-۲- بنای عقلا و حکم دیه در اسلام

با توجه به شرایط و احکام دیات در اسلام این نکته به دست می‌آید که ثبوت دیه با معیارهایی که موردپذیرش عقلای عالم است قابل انطباق هست، معیارهایی از قبیل ضرورت جبران خسارات بزه دیده و حمایت از بزه دیدگان و غیر کیفری کردن جرائم غیرعمدی؛ چه اینکه استفاده بیش از حد از حقوق کیفری کاهش ارزش و کارایی آن را به دنبال دارد، ازاین‌رو سیاست جنایی اسلام از هر فرصت مناسب برای دوری از تمسک به مجازات بهره برده است، لذا پیش‌بینی دیات نمونه از این تمهیداتی است که موردتوجه شارع مقدس قرار گرفته است. که این رویکرد عقلایی شارع مقدس از شرایط و احکام دیات به خوبی استنباط می‌شود. به همین دلیل ابتدا شرایط دیات و در ادامه احکام آن به‌طور اختصار بیان می‌شود.

الف: شرایط وجوب دیه در اسلام

فقه اسلامی برای وجوب دیه شروطی را بیان نموده است که برخی از آن شرایط مربوط به فعل ارتكابی، برخی به ضرر پدید آمده و برخی مربوط به مجنی علیه وابسته است.

شرایط مربوط به فعل ارتكابی

۱. باید فعل موجب دیه نامشروع باشد. لذا حالاتی که فعل در آن‌ها نامشروع است معین و مشخص گردیده است؛ فعل در صورتی غیر مشروع می‌شود که با تعدی و تجاوز از حدود نص یا

^۱ - حسین میرمحمد صادقی، پیشین، ص ۲۵۰

^۲ - عوض احمد ادريس، پیشین، ص ۷۵

با تقصیر و تفریط در مراعات واجب عمومی از یک قاعده کلی باشد. اگر شخصی دست خود را از میان دندانهای گاز گیرنده می‌کشد مسئولیت ندارد؛ زیرا او در حال دفاع از خود است.

۲. آن فعل از غیر مجنی علیه صادر شده باشد؛ مثلاً دو نفر دو سر طناب را بکشند و شخص ثالث طناب را از میان ببرد، اگر آن دو بیفتند و بمیرند بُرنده مسئول دیه هردوست.

۳. آن فعل نامشروع خود موجب ضرر گردد. بنابراین اگر کودک یا شخص بالغی را در سرزمینی بگذارد که درندگان زیادی آنجا است و او قدرت بر خروج دارد و درعین حال طعمه آن درندگان شود مسئولیتی متوجه فاعل نیست؛ زیرا فعل او به‌خودی‌خود موجب هلاکت دیگری نشده است.^۱

اما شرایط ضرری که موجب مسئولیت می‌گردد

۱. رابط سببی باید میان تعدی و ضرر وجود داشته باشد، لذا اگر کسی چاهی در ملک شخصی خود حفر کند و دیگری بدون اذن او به ملک درآید و در چاه بیفتد و بمیرد کننده چاه ضامن نیست.^۲

۲. ضرر باید بدنی باشد مثل ضرب، جرح، قطع و قتل؛ زیرا دیه اسم خاص است برای عوض ضرر بدنی فقط.

۳. باید ثابت باشد، زیان‌های بدنی که ثابت و لایتغیرند مانند قتل نفس، کندن دندان از بزرگ‌سالان و.. دیه یا ارش واجب است ولی زیان‌های بدنی که ثابت نیستند مثل کندن دندان‌های شیری کودک که عادتاً بار دیگر می‌روید در این قبیل ضررها به دنبال وقوع جنایت، فوری دیه یا ارش واجب نمی‌شود بلکه مدتی که تعیین آن به دست کارشناس است باید انتظار کشید تا آنچه با جنایت از بین رفته از بازگشت آن ناامید شد. فقها اهل سنت اجماع کرده‌اند که در کندن دندان شیری کودک که هنوز نیفتاده است باید یک سال انتظار کشید قبل از آن‌که حکم به قصاص یا پرداخت ارش کرد.^۳ اما برخی از فقهای شیعه نظرشان این است اگر بعد مدتی انتظار دندان کودک

۱ - عوض احمدادریس، همان، ص ۱۲۰

۲ - نجم الدین جعفر بن حسن محقق حلّی، پیشین، ج ۲ ص ۱۳۲

۳ - ابوالبرکات، الشرح الکبیر، ج ۴ ص ۲۳۷

رویداد ارش ثابت است دلیل آنان روایتی است.^۱ برخی فرق بین دندان شیری و غیر آن نگذاشته و قائل به دیه هستند، روایت ارش را ضعیف می‌دانند.^۲

اما شروطی که در مجنی علیه وجود دارد این است

۱. مجنی علیه باید معصوم الدم باشد تا مستحق دیه یا ارش باشد، چنان چه در کتب فقهی و حقوقی متعدد تصریح شده است.

۲. جنایت موجب ضرر دائم برای مجنی علیه گردد ولی اگر ضرر پدید آمد و از میان رفت بدون آن که نشانه‌ای از عیب در بدن یا نقص در منافع به وجود آورد، مجنی علیه مستحق دیه یا ارش نیست ولی اگر جنایت بر دست مثلاً جنبش دست‌ها را از بین ببرد یا کج شود یا مرتعش شود موجب دیه می‌شود.^۳

ب: احکام دیات در اسلام

در شریعت اسلام اصولاً مجازات جنات عمدی در قتل عمد و جرح عمدی قصاص است نه دیه مگر این که ولی دم و یا مجنی علیه باجانی بر دیه یا مجانا صلح نماید.^۴ یا در مواردی از جنایات عمدی اگر اجرای قصاص مقدور نباشد به اخذ دیه مبادرت می‌شود از قبیل فرار قاتل، فوت جانی قبل از قصاص «نظر عده‌ای از فقهاء».^۵ بنابراین در جنایت عمدی نمی‌توان جانی را بر ادای دیه الزام نمود فقط در صورت تراضی قصاص به دیه تبدیل می‌شود، لکن شافعی و اوزعی و لیث می‌گویند: اختیار به دست ولی دم است و او می‌تواند دیه را اختیار کند اگرچه قاتل بدان راضی نباشد.^۶

در جنایت خطای محض دیه ثابت می‌شود که باید عاقله جانی پرداخت کند، نکته قابل ذکر این است که تحمل دیه از سوی عاقله تکلیف محض بوده لکن دیه بر ذمه قاتل خطئی است اگر عاقله نباشد یا این که

۱ - محمدبن مکی عاملی، شهید اول، پیشین، ص ۲۸۰

۲ - ر ک، ابوالقاسم گرجی، پیشین، ص ۱۷۲

۳ - عوض احمد ادريس، پیشین، ص ۱۱۷

۴ - حسین میرمحمد صادقی، حقوق کیفری اختصاصی، جرایم علیه اشخاص، ص ۳۷

۵ - محمدحسن نجفی، پیشین، ج ۴۲، ص: ۳۲۹

۶ - ابوالقاسم گرجی، پیشین، ص ۳۵

نتواند ادا کند یا از پرداخت آن امتناع کند یا اخذ دیه از آنان ممکن نباشد، آنگاه ادای دیه بر شخص قاتل واجب می‌شود.^۱ ولی اگر جنایت با اقرار جانی ثابت شود به عهده خود جانی خواهد بود. دیوانه و نابالغ و معسر هرگز به عنوان عاقله مسئول پرداخت دیه نیستند.^۲

اما در شبهه عمد دیه است که باید از دارایی جانی داده شود همان اجناس شش‌گانه که معروف است ولی آن اجناس موضوعیت نداشته و معادل تقریبی این‌ها از هر چیزی که درجایی واحد ارزش است باید پرداخت شود.^۳

از مطالبی که بیان شد این نتیجه به دست می‌آید که دیه در اسلام جنبه حقوقی دارد و نوعی از جبران خسارت به حساب آمده و از قبیل ضمان مدنی و حقوقی است. از این رو سیاست جنایی اسلام در باب دیات به دنبال فرصت مناسب است برای دوری از تمسک به مجازات مسئله‌ای که مطابق با بنای عقلا می‌باشد. حداقل به سه دلیل نمی‌توان عقیده به کیفر بودن دیه داشت.

دلیل اول: علمای فقه برای پاره‌ای از انواع دیه اصطلاح ارش را بکار برده‌اند چنانکه گذشت؛ ارش به معنای غرامت و جبران خسارت است.^۴

دلیل دوم: دیه در موارد خطا و شبهه عمد از جانی اخذ می‌شود نمی‌تواند جنبه کیفری داشته باشد؛ زیرا در این موارد فعل ارتكابی نمی‌تواند جرم به معنای دقیق کلمه باشد، در جرم عنصر عدوان و تجاوز و قصد آزار دادن موجود است ولی قتل یا جرمی که در آن اصلاً قصد سوئی نداشته یا حتی برخلاف میل باطنی پدید آمده هرگز نمی‌تواند از قبیل جرم و جنایت محض به شمار آید.

دلیل سوم: اگر دیه جنبه عقوبت محض داشته باشد دیگران نباید به پرداخت دیه جنایتی که از جانی سر زده محکوم گردد درحالی‌که در خطای محض دیه بر عاقله است، در عمد و شبهه عمد اگر جانی فرار

۱ - سیدابوالقاسم موسوی خوئی، پیشین، ج ۴ ص ۲۴۳

۲ - سیدابوالقاسم موسوی خوئی، همان

۳ - محمدبن حسن طوسی، ابوجعفر، الخلاف، ج ۵ ص ۲۲۱، سیدابوالقاسم موسوی خویی، پیشین، ص ۲۳۹، سیدروح الله موسوی

خمینی، پیشین، ص ۵۵۷

۴ - سیدمحمد مرتضی حسینی محب الدین واسطی، زبیدی، حنفی، تاج العروس من جواهر القاموس، ج ۹ ص ۵۴

کند یا قادر به پرداخت دیه نباشد عاقله و در مواردی بیت‌المال دیه را پرداخت می‌کند. و ادله دیگری که مراجعه شود.^۱

۲-۲-۲- بنای عقلا در باب تعزیرات «شرایط و احکام»

این مطلب در تبیین شرایط و احکام تعزیرات حائز اهمیت است که قاضی باید قبل از تعیین و صدور حکم کیفر، شخصیت مجرم و جرم ارتكابی او را در نظر بگیرد و وی را به کیفری محکوم نماید که موجب اصلاح مجرم گردد. این رویکرد مسئله‌ای است که امروزه موردتوجه عقلا در حوزه جزایی می‌باشد و اصل فردی کردن مجازات را می‌توان از آثار آن دانست. مهم‌ترین اهداف تمامی مجازات به‌خصوص تعزیر تربیت و اصلاح مجرم، ارعاب و بازدارندگی دیگران از ارتکاب جرم است، همین بازپروری و اصلاح بزهکار با مبانی ارائه‌شده از طرف عقلا و حقوقدانان حقوق کیفری مدرن نیز سازگار است. این بحث با توجه به بنای عقلا که عبارت است از «روش عمومی عقلای عالم به انجام یک عملی که در زمان‌ها و مکان‌های مختلفی زندگی می‌کنند» در ضمن دو گفتار «شرایط و احکام تعزیر» بررسی می‌شود تا روشن شود که باب تعزیرات با اصولی که امروزه در حقوق کیفری مختلف دنیا و عقلای عالم پذیرفته‌شده است کاملاً سازگاری دارد.

۲-۲-۲-۱- شرایط تخفیف یا تشدید کیفر تعزیر

فقه‌ها و حقوقدانان در کتب فقهی و حقوقی درباره مفهوم تعزیر به تفصیل سخن گفته‌اند که صرف اجرای مجازات هدف نیست بلکه شارع تنها برای اصلاح امور راه کیفر را برگزیده است. مهم‌ترین اهداف تمامی مجازات به‌خصوص تعزیر تربیت و اصلاح مجرم، ارعاب و بازدارندگی دیگران از ارتکاب جرم است، این هدف بامعنای اصلی لغوی تعزیر مطابقت دارد که همان تأدیب و بازدارندگی از خلافکاری است؛ زیرا تعزیر از ریشه «عَزَرَ» به معنای ملامت و سرزنش، منع، جلوگیری و حمایت و یاری کردن آمده است. همین بازپروری و اصلاح بزهکار با مبانی ارائه‌شده از طرف عقلا و حقوقدانان حقوق کیفری مدرن نیز سازگار است.

^۱ - ابوالقاسم گرجی، پیشین، ص ۵۱

علاوه بر این که قاضی در تعیین نوع و میزان کیفر دارای اختیار است، معنای مخیر بودن حاکم شرع در تعیین نوع و مقدار تعزیر^۱ که در روایات و کلام فقها وجود دارد «با توجه به شرایط و اوضاع و احوال است نه بر اساس هوی و هوس و امیال نفسانی وی که از هر کس بخواهد مجازات سبکی برای او در نظر گیرد، و حکم تعزیر کسانی که مورد تنفر او هستند را سنگین تر صادر کند. بر این اساس نسبت به اختیار قاضی در باب تعزیرات اشکالی وارد شده است که لازم است بررسی و نقد شود.

الف: اشکال «تعزیر و تفویض قدرت مطلق قاضی»

برخی از نویسندگان که آشنایی کافی با سیاست جنایی اسلام ندارند برداشت ناروا را از باب تعزیرات کرده و اشکال کرده اند که اختیارات قاضی در جرائم تعزیری خودسرانه بوده و دارای اختیارات گسترده ای نسبت به تعیین و اعمال کیفر است بر مبنای «التعزیر بما یراه الحاکم»؛ قاضی می تواند عملی را جرم انگاری کرده و هرگونه که بخواهد مجازات کند و اگر نخواست مجازات نمی کند.

«مادام دلماس مرتی» می گوید «تعزیر که حاکی از تفویض قدرت بی قید و شرط به قاضی است تا جرائم و مجازات ها را تعیین کند»^۱. یا حقوقدان کیفری اروپایی، ژ. واسالی، عقیده دارد که در سیستم کیفری اسلام قاضی اختیار و صلاحیت بسیار وسیع و بی سابقه ای در تعیین جرم و مجازات دارد وی چنین می نویسد «به وسیله تعزیر- که بخشی مسلمی از سیستم کیفری اسلامی است- همان اندک اصل قانونی بودن، که می توانست در نظام کیفری اسلامی سراغ داده شود منتفی است. تنها محدودیت این اختیار این است که باید کیفر تعزیری اخف از کیفر حدی باشد»^۲.

این گونه ارزیابی و برداشت ناروا سخن بی اساس و حاکی از آشنا نبودن آنان و درک نادرست از سیستم تعزیری در نظام کیفری اسلام است. برای روشن شدن این مطلب و درک درست از صلاحیت و اختیارات قاضی و حاکم در باب تعزیرات به دو پاسخ بسنده می شود.

۱ - سید محمد حسینی، پیشین، ص ۱۹۶

۲ - همان، ص ۱۹۷

ب: نقد اشکال

پاسخ اول «تعیین جرم با توجه به امور فردی و اوضاع و احوال»

در تعزیرات قاضی خودسرانه جرم انگاری و مجازات نمی‌کند بلکه لازم است با توجه به شرایطی که شرعاً موجب تخفیف یا تشدید جرم می‌شود، مقدار تعزیر را معین کند آن‌هم از انواع و میزان مجازات‌های پیش‌بینی شده در شریعت. البته با نگاهی به امور فردی و اوضاع و احوال وقوع جرمی که قبلاً جرم انگاری شده است. در صحیحۀ حماد نیز اشاره شده است امام صادق علیه السلام می‌فرماید «حاکم شرع مقدار تعزیر را بر اساس قدرت بدنی مجرم و نوع جرم ارتكابی مشخص می‌کند»^۱. روشن است که دو موضوعی که در روایت ذکر شده است خصوصیتی ندارد.

بنابراین لازم است حاکم شرع تمام شرایطی را که در تخفیف یا تشدید مجازات تعزیری تأثیر دارد مدّ نظر قرار بدهد از جمله این‌که:

۱. مقدار علم و دانش و آگاهی مجرم باید در میزان مجازات لحاظ گردد، مجازات یک انسان عالم شدیدتر و سنگین‌تر از فرد جاهل و بی‌سواد باشد.

۲. سنّ و سال مجرمین از دیگر شرایطی است که حاکم شرع باید به آن توجه کند. زیرا هر عاقلی مجازات مرد کاملی را که مرتکب جرمی شده، سنگین‌تر از جوان تازه‌بالغی می‌داند که به همان جرم آلوده شده است.

۳. محیطی که مجرم در آن زندگی می‌کند از شرایط و عوامل تشدید یا تخفیف مجازات محسوب می‌شود؛ بدون شک مجرمی که در جامعه پاکیزه و به‌دوراز عوامل و زمینه‌های فساد، آلوده گناه می‌شود، با شخصی که در جامعه آلوده به انواع مفسد زندگی نموده و لغزشی پیدا می‌کند یکسان نیست.

۴. از دیگر اموری که حاکم شرع به آن عنایت می‌کند حسن سابقه یا سوءسابقه مجرم است. تعزیر کسی که اولین بار مرتکب جرمی شده از مجازات مجرم سابقه‌داری که بارها آلوده گناه شده و مجازات گشته سبک‌تر خواهد بود.

^۱ - محمدبن یعقوب بن اسحاق کلینی، پیشین، ص ۲۴۱

۵. انگیزه‌ها علل و عواملی که بستر پیدایش جرم گردیده نیز نباید از دید حاکم شرع پنهان بماند. کسی که عوامل متعدّد گناه و انگیزه‌های فراوان معصیت او را احاطه کرده و منتهی به وقوع جرمی گردیده است باکسی که بدون عوامل و انگیزه‌های مذکور یا با عوامل و انگیزه‌های سبک‌تری دست به خلاف می‌زند متفاوت است، و مجازات آن‌ها یکسان نیست. خداوند متعال این عوامل را در نظر گرفته و بدین‌جهت پیرمرد و پیرزنی که آلوده عمل منافی عفت می‌شوند را مجازات سخت‌تری می‌کند.

آنچه ذکر شد تنها نمونه‌هایی از عوامل تخفیف یا تشدید مجازات بوده و منحصر به آن نمی‌باشد، حاکم شرع با توجه به همه این عوامل مقدار تعزیر را مشخص می‌کند. حتی اگر در مجرمی تعدادی از عوامل تخفیف دهنده و بخشی از عوامل تشدید مجازات وجود داشت حاکم با توجه به مجموعه عوامل، حکم صادر می‌کند. از مطالب بالا روشن می‌شود که در حقیقت حاکم شرع مخیر نیست بلکه ظاهراً وی نسبت به مصادیق مختلف تخییر دارد.^۱

پاسخ دوم «تعیین نوع و میزان کیفر توسط حکومت اسلامی نه قاضی»

همان‌گونه که از جواب اول آشکار شد تعزیرات در حقوق جزای اسلامی از نظر تعیین نوع و میزان مجازات در اختیار حکومت بوده و از اختیارات آن نهاد است که باید توسط گروهی متخصص و صاحب‌نظر معین شود نه قضات محاکم. به همین دلیل است که از قاضی تعبیرات مثل «سلطان الاسلام»، «امام» یا «ولی امر» و یا «اولی الامر» بکار برده‌اند^۲ و مقصود آنان از این تعبیر، امام معصوم و کسانی است که شایستگی نیابت آن مقام را در ارتباط محکومیت مرتکب جرائم تعزیری داشته باشند. در کلام فقهای اهل سنت مثل فقهای امامیه چنین تعبیراتی را دارند. از فقهای حنفی چنین عبارتی است «تعزیر در هر جرم و معصیتی وجود دارد.. تعیین آن به امام واگذار شده است تا به اقتضای جنایت مردم و احوال آنان آن را تعیین کند»^۳. دسته از روایات هم تصریح و یا دلالت بر این دارد که مقدار تعزیر در اختیار حاکم و قاضی هست.^۱

۱ - ر ک، ناصر مکارم شیرازی، تعزیر و گستره آن، ص ۹۱

۲ - محمد بن محمد بن نعمان عکبری، بغدادی مفید، المقنعة، ص ۷۹۵، محمد بن حسن طوسی، الخلاف، ج ۵ ص ۴۹۷، «التعزیر الی الامام بلا خلاف»، محمد حسن نجفی، پیشین، ص ۴۴۸

۳ - عبدالقادر عوده، حقوق جنایی اسلام، براساس مذاهب پنجگانه، ج ۱ ص ۱۹۰

لذا تعیین مجازات در جرائم تعزیری مطلقاً به دست حاکم یعنی قاضی پرونده نیست؛ اعطای اختیار نامحدود به قضات محاکم در سیستم قضایی اسلام موجب می‌شود آرای متعارض و مغایر با یکدیگر در سطح وسیعی صادر شده که این موجب بی‌اعتمادی به نظام قضایی اسلام شده و در نتیجه، چهره‌ی نظام قضایی اسلامی به گونه ناهنجاری به جامعه معرفی می‌شود، به این خاطر می‌بایست تا حدودی این اختیار را محدود نمود تا مصلحت نظام اسلامی حفظ شود.

علاوه بر این در هیچ‌یک از متون روایی معتبر عبارت «الی الحاکم» آن‌هم به معنای قاضی محکمه نیامده است؛ این عبارت نشانگر آن است که به‌طور کلی اجرای مجازات از مناصب و مسئولیت‌های ولایت مسلمین و رهبری به معنای مدیریت جامعه اسلامی است؛ به‌ویژه اینکه در دو صحیحۀ «سماعه» و «حماد بن عثمان»^۳ در مورد تعزیرات صرفاً به نظر «امام» و «والی» واگذار شده است که نشان‌دهنده‌ی آن است که این امر از جمله مسئولیت‌های مهم رهبری جامعه اسلامی است؛ چراکه از پیش، کارشناسان باید جرم‌ها را بسنجند و طبق توانایی مرتکبان، مجازات‌های بازدارنده وضع کنند.

بنابراین حکومت اسلامی می‌بایست به خاطر حفظ مصلحت و جلوگیری از صدور احکام بی‌رویه و بسیار متفاوت در خصوص تعزیرات، ضوابط، انواع مجازات و حداقل و حداکثری تعیین نماید تا قاضی در آن محدوده حکم صادر کند. این است مراد و معنای مخیر بودن حاکم شرع در تعیین نوع و مقدار تعزیر.^۴ همین برداشت از شریعت اسلام در کلام بزرگان فقه‌های اهل سنت نیز مطرح شده است.^۵ مراجعه شود.

۱ - محمد بن یعقوب بن اسحاق کلینی، پیشین، ص ۲۴۱

۲ - همان

۳ - همان

۴ - سید مصطفی محقق داماد یزدی، پیشین، ج ۴ ص ۲۳۲

۵ - عبدالقادر عوده، حقوق جنایی اسلام، ج ۱ ص ۱۹۶

۲-۲-۲-۲- رابطه احکام تعزیر و بنای عقلا

نوع نگرش در باب مجازات تعزیری در مقام قضاوت چنانچه بیان شد که قاضی توجه کند به شرایط فردی و اوضاع و احوال وقوع جرم جهت تعیین نوع و میزان مجازات، این نوع از نگرش در سیره عقلا عالم نیز قابل مشاهده است. مسئله‌ای که امروزه در حقوق کیفری مختلف دنیا پذیرفته شده است و از آن به «فردی کردن مجازات» تعبیر می‌کنند. اسلام قرن‌ها پیش آن را با تشریع تعزیرات^۱ حتی غیر تعزیرات که اشاره خواهد شد «مدنظر داشته است».

الف: اصل فردی کردن مجازات

فردی کردن مجازات مدت‌هاست مورد توجه دانشمندان حقوق کیفری^۲ که در واقع عقلای علم حقوق هستند «قرار گرفته است و همین‌طور فردی سازی نتیجه مطالعات جرم‌شناختی و آسیب‌شناسی اجتماعی و فردی است، و اهداف اساسی حقوق جزا را تشکیل می‌دهد. به وسیله همین اصل به تدریج از جمود و قاطعیت کامل اصل «قانونی بودن مجازات‌ها» کاسته می‌شود. با این بیان که روشن است وظیفه بررسی اوضاع و احوال جرم ارتكابی و مسائل اجتماعی و روانی مربوط به مرتکب آن به قاضی دادگاه واگذار شده است. از طرف دیگر اگر اختیارات قاضی در تعیین مجازات‌ها نامحدود و غیر مشخص باشد، بیم هرج و مرج و اعمال نظرهای شخصی در اجرای عدالت جزایی خواهد شد به این خاطر نظام‌های مختلف جزایی قانون‌گذار، ضمن تعیین اصول و قواعد کلی و ضوابط و هنجارهای مشخص، تعیین میزان مجازات را به قضات واگذار کرده‌اند که معمولاً حداقل و حداکثری برای مجازات‌ها تعیین شده است ولی در مورد به خصوص دادگاه می‌تواند تخفیف یا تشدید نماید.

در حقوق کشورهای مختلف^۳ مثل ایتالیا، روسیه و.. کیفیات مختلفی از قبیل خشم و غضب، ارتکاب جرم تحت تأثیر تلاطم فکری و عاطفی، ارتکاب جرم از طرف کودک یا زن حامله و.. مشمول تخفیف مجازات قرار گرفته‌اند یا علت‌های مانند تکرار جرم یا ارتکاب آن به منظور اهداف پست، یا جرم علیه مجنی علیه خردسال یا پیر و.. از علل مشدد قضایی شمرده شده است.^۴ قاضی دادگاه می‌تواند و اجازه دارد در صورت وجود این علل میزان مجازات را در حدود معیارهای تعیین حکم نماید در بعضی از موارد وقتی

^۱ - پرویز صانعی، پیشین، ص ۷۵۸

چند علت تشدید مجازات در مورد جرم ارتكابی واحد مصداق پیدا کند قاضی می‌تواند میزان مجازات را تا سه برابر حداکثر مجازات تعیین‌شده برای جرم ارتكابی تعیین نماید» ماده ۶۶ قانون جزای ایتالیا سال ۱۹۳۰.

بنابراین تشدید یا تخفیف مجازات، جلوگیری از اجرای مجازات» مثلاً در مواردی که امید اصلاح متهم می‌رود و اجرای مجازات موجب آثار منفی در شخصیت وی می‌گردد»، تبدیل مجازات به اقدامات اصلاحی و تأمینی» در مورد برخی از بزه‌کاران مثل مجرم جوان» و عفو کیفر از مظاهر فردی مجازات در حقوق پذیرفته‌شده است.^۱ چنین رویکردی به‌وفور در آموزه‌ها و یا دکترین تخصصی دانشمندان حقوق دیده می‌شود و قابل استناد است.

نتیجه عملی چنین رویکردی» فردی کردن مجازات» این است که قضات در مواردی باوجود اختیار قانونی جهت استفاده از حبس در مقام تعیین پاسخ کیفری به بزه‌کار، از سایر اختیارات خویش استفاده نماید به‌منظور تبدیل حبس به دیگر انواع پاسخ‌های متناسب کیفری ازجمله جزای نقدی، تعلیق و تعویق مجازات، خدمات عام‌المنفعه، نظارت الکترونیکی و...^۲.

این مسئله نه‌تنها در علم حقوق که حتی علوم دیگر مانند پزشکی، زیست‌شناسی، روانشناسی و روانکاوی ثابت‌شده است که افراد از نظر ساختار جسمی و روانی از یکدیگر متمایز هستند، با توجه به این اختلافات نمی‌توان برای همه بزه‌کاران یک نوع مجازات یا میزان معینی از کیفر را در نظر گرفت. گاه ممکن است کیفر خاصی یا میزان معینی از مجازات در یک مجرمی موجب بیداری و اصلاح او گردد ولی در مورد بزه‌کار دیگر هیچ‌گونه تأثیری نداشته باشد یا حداکثر تأثیر کمی داشته باشد. یا حتی مجازاتی که می‌تواند موجب اصلاح مجرمی شود گاه مجرم دیگر را به فساد می‌کشانند.

ب: اصل فردی کردن مجازات و تشکیل پرونده شخصیت

تشکیل پرونده شخصیت از آثار مهم فردی کردن مجازات است. پرونده شخصیت مجزای از پرونده عمل مجرمانه است که تشکیل آن می‌تواند کمک بزرگی در مسیر اجرا گذاری اصل فردی سازی

^۱ - سیدمحمدعلی احمدی ابهری، پیشین، ص ۱۵۷

^۲ - حسین غلامی، کیفر شناسی» کلیات و مبانی پاسخ شناسی جرم « ص ۸۲

مجازات‌های تعزیری به‌عنوان یک تکلیف رأی دادگاه‌ها به شمار آید؛ به این دلیل که دسترسی قاضی دادگاه به هنگام تعیین کیفر مناسب علاوه بر نیاز به دسترسی به پرونده کیفری متهم، درگرو تشکیل و دستیابی به پرونده شخصیت متهمان نیز می‌باشد. لذا دانشمندان حقوق بر شناخت مجرم از جهات مختلف قبل از اجرای مجازات با تشکیل پرونده شخصیت، تأکید دارند که در آن پرونده:

۱. ساختار بدنی، جسمی و زیست‌شناسی مجرم منعکس شود.
۲. وضع روانی، روحی وی و عکس‌العمل‌های روانی او به‌طور دقیق تعیین گردد.
۳. وضع شخصی، اجتماعی، فرهنگی، تعلیم و تربیت، روابط وی با فامیل و غیر آن به‌طور مشخص معلوم شده باشد. تا قاضی باشناسایی کامل تصمیم لازم را اتخاذ نماید. برای تشکیل پرونده شخصیت، همکاری پزشک، روانشناس، جامعه‌شناس، روان‌پزشک، مددکار اجتماعی و.. ضروری بوده تا این‌که قاضی با توجه به گزارش آنان بتواند به اجرای عدالت و بازسازی شایسته مجرم اقدام کند. «لذا ملاحظه می‌کنیم که اندیشه آزمایش علمی شخصیت در قانون آیین دادرسی ۱۹۵۸ فرانسه متجلی می‌گردد که این آزمایش «به آزمایش پزشکی، روان‌پزشکی و اجتماعی توصیف‌شده» در مرحله مقدماتی در امور جنحه اختیاری و در امور جنایی اجباری است»^۱.

توجه به حال مجرم از عوامل اساسی جهت تعیین نوع و میزان کیفر در مجازات‌های اسلامی است. از نظر حقوق کیفری اسلام هرگونه ابزاری که در این مسیر به قاضی کمک کند قابل‌استفاده و بلکه ضروری است اگرچه تشکیل پرونده به شکل مجزا با عنوان پرونده شخصیت که حاوی تحقیقات و اظهارنظرهای پزشک، روانشناس و.. در نظام حقوقی کیفری اسلام پیش‌بینی نشده و شاید چنین پرونده‌ای در مورد جرائم حدود و قصاص کارایی زیادی نداشته باشد، اما در مورد جرائم تعزیری برای قاضی صادرکننده حکم با خصوصیات دقیق و واقعی بزهکار نقش مؤثری دارد و می‌تواند وی را در تعیین مجازات متناسب که هم بازدارنده و هم اصلاح‌کننده باشد یاری نماید، این مسئله نه‌تنها منعی از طرف شارع نشده بلکه توجه به وضع مجرم توصیه هم شده است.

^۱ - سیدمحمدعلی احمدی ابهری، پیشین، ص ۱۵۶

در ق.م.ا در برخی از مواد به طور ضمنی نسبت به تشکیل پرونده شخصیت اشاره شده است ماده ۱۸ چنین مقرر می‌دارد: «دادگاه در صدور حکم تعزیری با رعایت مقررات قانونی، موارد زیر را مورد توجه قرار می‌دهد: الف - انگیزه مرتکب و وضعیت ذهنی و روانی وی حین ارتکاب جرم. ب - شیوه ارتکاب جرم، گستره نقض وظیفه و نتایج زیان‌بار آن. پ - اقدامات مرتکب پس از ارتکاب جرم. ت - سوابق و وضعیت فردی، خانوادگی و اجتماعی مرتکب و تأثیر تعزیر بروی». و ماده ۲۰۳ ق.آ.د راجع به جرائمی که مجازات قانونی آن‌ها سلب حیات، قطع عضو، حبس ابد و یا تعزیر درجه چهار و بالاتر است و نیز در جنایات عمدی علیه تمامیت جسمانی که میزان دیه آن‌ها ثلث دیه کامل مجنی علیه یا بیش از آن است، بازپرس را مکلف کرده است در حین انجام تحقیقات، دستور تشکیل پرونده شخصیت متهم را به واحد مددکاری اجتماعی صادر نماید. این پرونده باید حاوی مطالب زیر باشد الف- گزارش مددکار اجتماعی در خصوص وضع مادی، خانوادگی و اجتماعی متهم ب- گزارش پزشکی و روان‌پزشکی.

خلاصه مطلب اینکه تشکیل پرونده شخصیت برای متهمان امروزه در علم حقوق در جرائم مهم و در پرونده‌های اطفال و نوجوانان ضروری تلقی شده است.^۱

این نکته باینکه خارج از بحث ما ولی مفید خواهد بود که فردی سازی مجازات حتی در حدود و قصاص و دیات نیز مورد نظر شارع مقدس است کیفرهایی که مورد نظر بیشتر در آن‌ها اجرای عدالت و حفظ ارزش‌های اساسی جامعه اسلامی بوده و مجازات‌ها از قاطعیت و انعطاف‌پذیری کمتری برخوردار است، طبعاً فردی کرده مجازات که همان تناسب کیفر با شرایط و خصوصیات جسمی و روانی بزهکار باشد، در این گونه مجازات‌ها در درجه کمتری قرار گرفته است نسبت به تعزیرات که هدف اساسی آن اصلاح و تربیت بزهکار است الی بازهم در جرائم حدود و قصاص و دیات در بسیاری از موارد، مجازات با توجه به شرایط و خصوصیات مجرم تغییر می‌کند.

به عنوان مثال شهید اول هشت مورد از احکام مختلف مجازات زنا را با توجه به شرایط بزهکار بیان می‌کند. کسی که با محارم زنا کند محکوم به اعدام می‌شود یا اگر زنا کننده ذمی باشد با زن مسلمان حد او اعدام است. اگر فرد زناکار محصن است ولی با دختر نابالغ زنا کند به صد ضربه تازیانه محکوم می‌شود و

^۱ - مجیدمرادی، زیر نظر محمد جواد لاریجانی، کاظم غریب آباد، پیشین، ص ۲۸۴

بقیه موارد^۱. در ق.م.ا. ماده ۲۲۴ و مواد بعدی نیز به این موارد تصریح کرده است. امام «ره» در مورد محارب ضمن بیان اختیار حاکم بین قتل و آویختن و قطع و تبعید تصریح می‌کند «بعید نیست که بهتر باشد حاکم عمل انجام‌شده را مورد توجه قرار دهد و حکمی که با عمل او مناسبت دارد اختیار کند^۲. لازم به ذکر است که فردی کردن مجازات از پیش در قانون پیش‌بینی شده است؛ مثلاً عفو و عدم اجرای مجازات حد در موردی که خود مجرم اقرار کرده است یا کسی به زنا محصنه که موجب رجم است اقرار کند و بعد انکار نماید که حد رجم از او ساقط می‌شود^۳. در ماده ۱۷۳ ق.م.ا نیز به این مسئله تصریح کرده است.

خلاصه سخن این که در سیاست کیفری اسلام برای جرائم تعزیری مجازات متعدد و متفاوتی در نظر گرفته است که بین آن‌ها از ساده‌ترین «مانند تذکر دادن به بعضی از مرتکبین جرم^۴» تا شدیدترین مجازات‌ها وجود دارد. این اختیار به قاضی داده شده است از بین مجازات‌هایی که نوع و میزان آن‌ها توسط گروهی متخصص و صاحب نظر به وسیله حکومت مشخص شده، آن را که احساس کند در تأدیب و اصلاح بزهکار و بازدارندگی او از ارتکاب جرم و حمایت از حقوق جامعه دارای کارایی بیشتری دارد انتخاب نماید.

همان‌طوری که در نظام کیفری جمهوری اسلامی ایران قاضی حق دارد به جرائم تعزیری احصا شده در قانون و شرع رسیدگی و به انواع و مقادیر مصرح در قانون و شرع حکم بدهد. مطابق اصل یکصد و شصت و ششم قانون اساسی رأی دادگاه باید مستدل و مستند به قانون یا شرع باشد بنابراین قاضی در مرحله صدور حکم و تعیین مجازات مجاز به صدور حکم دلخواه نبوده و ملزم به رعایت قانون است.

این نوع سیاست موافق بنای عقلای عالم هم هست. از این رویکرد حقوقدانان به «فردی کردن مجازات» تعبیر می‌کنند که تا حد زیادی مورد قبول نظام‌های مختلف جزایی واقع شده و اختیارات قاضی در مورد لزوم شناخت متهم در رعایت کیفیات خاص به منظور تخفیف یا تشدید مجازات مجرمین در موارد معین افزایش پیدا کرده است. این سیاست در قوانین عرفی نسبت به موارد مختلف آشکارا قابل مشاهده است و

۱ - محمدبن مکی عاملی، شهید اول، اللمعة الدمشقیة فی فقه الإمامیة، ص ۲۵۴

۲ - سیدروح الله موسوی خمینی، پیشین، ص ۴۹۳

۳ - همان، ص ۴۶۰

۴ - عبدالحمید بن هبه الله ابن ابی الحدید، پیشین، ج ۱۸ ص ۱۱۰

به هیچ وجه درست نیست که گفته شود وجود چنین سیستم کیفری «سیستم تعزیرات» به معنای اختیار بی قید و شرط قاضی و در نتیجه فقدان اصل قانونی بودن در این قلمرو هست.

۲-۳- بررسی و نقد شبهات در احکام جزایی فقهی حقوقی از نگاه عقل و بنای عقلا

بنای عقلا براساس دلیل عقلی در طول تاریخ به درازای عمر زندگی اجتماعی خود در هر عصر و زمانی بر وضع مقررات بوده است برخی از آزادی‌ها را محدود نموده و متخلفان را مجازات می‌کردند این امر اجتناب‌ناپذیر در هر جامعه‌ای بوده است. دین اسلام با توجه به این‌که برای مایحتاج انسان در این جهان و جهان دیگر جامعیت دارد بر وضع مقررات اهتمام فراوان را لحاظ کرده است و مهر صحت بر سیره عقلا زده است؛ لذا ارتکاب محرمات و اعمالی ممنوع اعلام‌شده، تضییع و تعدی نسبت به حقوق دیگران و برهم زدن نظم عمومی گناه تلقی شده و کیفر دنیوی^۱ و مجازات اخروی^۲ در انتظار آنان خواهد بود.

اسلام با وضع مقرراتی تحت عنوان قصاص و حدود و تعزیرات به دنبال ایجاد جامعه‌ای سالم است که در آن فساد ریشه‌کن شده و از ظلم و پلیدی در میان انسان‌ها^۳ که شأن و منزلت خلیفه‌اللهی رادارند^۴ خبری نباشد. اما نسبت به مقررات جزایی در اسلام اعتراضاتی وارد شده که این‌گونه دستورات جزایی را در تعارض با دلیل عقل و بنای عقلا، خشن، مخالف کرامت انسانی و عدم انطباق بازمان تلقی کرده‌اند. براین اساس ضرورت ایجاب می‌کند این شبهات با توجه به عقل و بنای عقلا بررسی و نقد گردد.

در این فصل در مبحث اول شبهات و اشکالات وارده بر مجازات سالب حیات در فقه و حقوق بررسی و نقد می‌گردد. در مبحث دوم شبهات وارده مبنی بر خشونت نسبت به کیفر جرائم مالی^۵ قطع دست‌وپا^۶ تبیین و پاسخ داده می‌شود. در مبحث سوم اشکالاتی که نسبت به اجرای مجازات جرائم جنسی^۷ تازیانه^۸ ایرادشده است موردبررسی و نقد قرار می‌گیرد. سعی بر این است پاسخ به شبهات بر اساس دلیل

۱- سوره بقره آیه ۱۷۸

۲- سوره زلزال، آیه ۸، سبأ آیه ۴۲، یونس آیه ۱۵

۳- سوره بقره آیه ۳۰

عقل و بنای عقلا ارائه شود تا این نتیجه مهم به دست آید که اصل ایراد شبهات به احکام جزایی اسلام ناشی از ناآگاهی اعتراض‌کنندگان درباره فلسفه بسیار باعظمت احکام مقرر در این حوزه بوده و مجازات‌های اسلامی هیچ‌گونه تضادی با دلیل عقلی و بنای عقلا و حقوق بشر ندارد.

۲-۳-۱- بررسی و نقد شبهه خشونت در مجازات سالب حیات

کیفر سالب حیات برای چند دسته از جرائم در احکام جزایی اسلام تعیین شده است.

۱- مجازات قتل عمد در باب قصاص است البته با شرایطی که فقها و حقوقدانان بیان نموده‌اند و نیز

نصوص متواترند در باب وجوب قصاص^۱.

۲- جرائم جنسی از قبیل الف- لواط در صورت دخول^۲. ب- موارد اجرای اعدام در زنا که عبارت‌اند

از زنا با محارم که زانی با یکی از زن‌هایی که جزو محارم نسبی وی هستند و ازدواج کردن با

آنان ممنوع «حرام» است، زنا کند. در این حکم فرقی نمی‌کند که مرد زنا کننده مجرد باشد یا

متاهل. زنا به زور «تجاوز به عنف باشد یا نباشد، زنا محصن و محصنه^۳.

۳- محاربه و افساد در زمین^۴.

۴- عمل به سحر و جادو^۵.

۵- سب پیامبر و ائمه «ع».

۶- ادعای نبوت.

۷- ارتداد^۶.

۸- تکرار جرم در حدود «ماده ۱۳۶ ق.م.ا».

۱- محمدبن یعقوب بن اسحاق کلینی، پیشین، ص ۲۸۲

۲- محمدبن یعقوب بن اسحاق کلینی، پیشین ص ۲۰۰

۳- رک محمدحسن نجفی، پیشین، ج ۴۱، ص: ۳۰۹

۴- مایده آیه ۳۳

۵- زین‌الدین بن علی عاملی، شهید ثانی، مسالک الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام، ج ۱۴ ص ۴۵۴

۶- محمدبن حسن، طوسی، المبسوط فی فقه الإمامیه، ج ۷ ص ۲۸۱ «روی عبد الله بن عباس أن النبی صلی الله علیه و آله و سلم قال من

بدل دینه فاقتلوه»

۹- کیفر سالب حیات در تعزیرات، عده‌ای زیادی از فقها و حقوقدانان و تمام فقهای حنفی معتقدند که حاکم می‌تواند مجرم را به هر صورتی که مصلحت بداند تعزیر نماید. این گروه دودسته‌اند؛ عده‌ای از علما معتقدند که تعزیر نباید به سرحد اعدام برسد.^۱ در مقابل عده‌ای قائل به جواز اعدام‌های تعزیری هستند چنانکه تصریح نموده‌اند، جرم‌هایی که مستوجب اعدام هستند «از تعزیرات» عموماً جرم‌های بسیار خطرناک‌اند که به امنیت سیاسی و اقتصادی جامعه لطمه می‌زنند.^۲ همان‌طوری که در قوانین جمهوری اسلامی ایران یکی از نظام پاسخ‌دهی در جرائم اقتصادی را که بیان کرده‌اند مجازات اعدام است. در قانون اخلاگران در نظام اقتصادی کشور و قانون تشدید مجازات جاعلین اسکناس.. و قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء و اختلاس و کلاهبرداری مجازات سالب حیات پیش‌بینی شده است.^۳ مجازات «اعدام در تعزیرات» به‌خصوص در میان دانشمندان اهل سنت دیده می‌شود که از اعدام با ماهیت تعزیری سخن رفته است.^۴

مهم‌ترین دلیل بر کیفر اعدام در تعزیرات، قیام در مقابل افساد بر روی زمین است «در کنار ادله‌ای دیگری مانند نهی از منکر و مصلحت فرد و جامعه». این دلیل موردتوجه برخی از فقها و حقوقدانان قرار گرفته است که اعدام‌های تعزیری را با همین عنوان می‌توان توجیه کرد.^۵ قانون‌گذار جمهوری اسلامی ایران برخی از جرائم را به جرم محاربه و افساد فی الارض تعمیم داده و مرتکب را به مجازات محارب و مفسد فی الارض محکوم می‌نماید هرچند که در مورد برخی از آن‌ها جرم محارب صدق نمی‌کند مثل قیام مسلحانه علیه حکومت اسلامی، طرح براندازی حکومت اسلامی، نامزد پست حساس حکومت کودتا شده، همکاری با دول متخاصم خارجی، سوءقصد به جان رهبر و مسئولین عالی‌مقام کشور. ق.م.ا. ماده ۲۸۶ و ۱۳۰.^۶

۱ - پرویز صانعی، پیشین، ص ۱۴۷

۲ - محمدابراهیم شمس ناتری، بررسی تطبیقی مجازات اعدام، ص ۱۰۴

۳ - امیرحسن نیاز پور، سیاست جنایی در برابر بزهکار اقتصادی، ص ۶۵

۴ - حسین علی منتظری نجف‌آبادی، مبانی فقهی حکومت اسلامی ۳ ص ۴۹۶، به نقل از وهبه زحیلی

۵ - محمدبن منصور بن احمد ابن ادریس حلی، پیشین، ج ۳، ص ۵۱۲

۶ - هوشنگ شامبیاتی، پیشین، ج ۳ ص ۵۴

در باب تعزیرات این مسئله باید مورد تحقیق قرار گیرد که آیا افساد به عنوان یک مفهوم کلی مطرح است و مصادیق دیگری نیز دارد و محاربه یکی از مصادیق آن است؟ اگر این معنا برای افساد ثابت شود کیفرهای سالب حیات غیر از موارد قصاص و حدود را می توان تعزیر دانست. یا این که افساد تنها در کنار محاربه و به صورت تفسیر آن مطرح است و عنوان دیگری برای جرائم نیست؟ یا این که میان محاربه و افساد تفکیک رسمی است^۱؟ بررسی در این زمینه از حوصله بحث ما خارج است.

۲-۳-۱- بیان شبهات بر مجازات سالب حیات

اعتراضاتی و شبهاتی بر حکم سالب حیات چه در باب قصاص یا در باب حدود و یا تعزیرات شده است که این نوع از مجازات را با اعدام مقایسه کرده و وحشیانه و غیر منطقی دانسته اند. این گونه انتقادات نسبت به کیفر اعدام باعث شده است که در حال حاضر بیش از دوسوم کشورهای جهان کیفر مرگ را یا از نظر قانونی و یا در عمل لغو کرده اند، به طوری که کمیسیون عفو بین الملل سازمان ملل متحد در سال ۲۰۰۸ فهرستی را منتشر کرده که ۹۳ کشور برای کلیه مجازات و ۹ کشور برای جنایات عمومی به لغو مجازات مرگ اقدام کرده اند ۵۹ کشور به اجرای این مجازات می پردازند که هشتاد و هشت در صد آن متعلق به چین، ایران، پاکستان، عربستان سعودی و امریکا است^۲. به طور مختصر برای روشن شدن مطلب به آن شبهات اشاره می شود.

الف: شبهه اول « قصاص و امضاء رسومات قبایل وحشی »

برخی گمان می کنند تقریر مجازاتی مانند حق قصاص برای ولی دم همانا امضاء رسومات اولیه است که بین قبایل وحشی حاکم بوده و در بعضی از دوره های تاریخ خشن و وحشیانه بوده است به گونه ای که خبری از زندان و مجازات های مالی نبود. لذا این مجازات خشن به انگیزه گرفتن انتقام صورت می گرفت

^۱ - امیرحسن نیاز پور، سیاست جنایی در برابر بزهکار اقتصادی، ص ۶۵

^۲ - رضانوربها، پیشین، ص ۳۷۲ پاورقی

که موجب جریحه دار شدن عواطف و احساسات انسان می شود.^۱ امروزه که حق حیات برای همه انسانها محترم شمرده می شود مجازات اعدام با احساس بشردوستی و با روح تمدن مغایر است.

ب: شبهه دوم «ارتکاب جرایم سنگین و عدم تعادل روانی»

بسیاری از جرائم مستوجب اعدام عملاً توسط کسانی صورت می گیرد که فاقد تعادل قوای روانی بوده و دچار یک نوع بیماری روحی و اختلالات روانی می باشند.

این شبهه را سازمان عفو بین الملل «یکی از سازمان های که از سال ۱۹۶۱ در زمینه های موسوم به حقوق بشر فعالیت می کند» وارد دانسته و ادعا می کند مطالعات نشان داده است مجازات مرگ بازدارندگی بیشتری نسبت به دیگر مجازات ها نداشته و دلیل آن را چنین می نویسد «نادرست است تصور کنیم افرادی که مرتکب جرم های سنگینی همچون قتل می شوند این کار را پس از بررسی عواقب و پیامدهای منطقی آن انجام می دهند. قتل ها اغلب در لحظاتی اتفاق می افتد که احساسات فرد بر تعقلش غلبه کرده یا فرد تحت تأثیر مواد مخدر یا مشروبات الکلی است.^۲ در ادامه با تحقیقی که این سازمان در میان محکومان به مرگ در امریکا انجام داده شده اشاره می کند که حدود ده درصد از محکومان به مرگ در امریکا در سال ۱۹۷۷ آن چنان از مشکلات ذهنی رنج می بردند که از فهم عقلانی احکام مرگ خود عاجز بودند.

بنابراین ما موظفیم که آن ها را مورد رحمت و معالجه قرار دهیم نه آن که جنایت کار و مجرم را با کیفر خشن اعدام مجازات کنیم چنانکه قوانین کیفری اسلام آن ها را مؤاخذه می کند، اگر فردی تعادل روانی نداشته باشد محکوم نخواهد شد و الغای اعدام نسبت به چنین افرادی معنی ندارد.^۳

ج: شبهه سوم «نادیده گرفتن اهداف کیفر»

هدف مجازات باید اصلاح بزهکار و مقصر باشد کیفر سالب حیات به طور ذاتی او را از جامعه برای همیشه حذف می کند. بنابراین نوبت به اصلاح و بازگرداندن او به جامعه نمی رسد. جین همپتن این نکته را

۱ - عبدالقادر عوده، پیشین، ص ۲۶۱

۲ - رسول مزروعی، تحت اشراف، آیت الله سید محمود هاشمی شاهرودی، شرح مبسوط قانون مجازات اسلامی ص ۳۷

۳ - سید محمدعلی احمدی ابهری، پیشین، ص ۳۲۷

به‌خوبی بیان کرده است که «به‌دشواری می‌توان گفت کشتن کسی فنّ مناسبی برای آموزش او است» در واقع این مجازات خشن و سخت ما را از اهدافی که در کیفر دنبال آن هستیم دور می‌کند.

دانشمندانی مانند مارک آنسل^۱ از پایه‌گذاران مکتب اجتماعی «یکی از علل الغای مجازات اعدام را به همین شکل بیان می‌کند»^۲، در بعضی از کشورهایی که مجازات اعدام را لغو کردند به این نتیجه رسیدند که هیچ مجرمی حتی مرتکب جنایات مهم را نمی‌توان غیرقابل اصلاح دانست. یک فرد هرچقدر از حیث اخلاق پست باشد نمی‌توان گفت قابلیت اینکه به‌سوی اخلاق اعاده کند، را ندارد اگر به این مطلب قائل نباشیم مثل این است که امکان اصلاح و ترقی و تعالی انسان را انکار کرده باشیم. بنابراین رجال بزرگ و دانشمندان حقوق جزا مثل منتسکیو در کتاب روح القوانين و بکاریا در کتاب رساله جرائم و مجازات‌ها^۳ در فصل شانزده هم «با اعدام شدیداً به مبارزه برخاستند و مسئله الغاء کیفر سالب حیات را مورد مطالعه قرار داده و هدف اصلاح مجرم را مورد توجه خود قرار داده‌اند که به آدرس ذیل مراجعه شود»^۴.

اعتراضات و شبهات دیگری هم وارد شده است. گفته‌اند قتل در مقابل قتل موضوعی است که انسان‌های متمدن و بافرهنگ از آن متنفرند. قتل اول که موجب فقدان فردی شده قتل دوم نیز فقدان دیگری را بر آن می‌افزاید^۵. یا گفته‌اند جامعه حق سلب حیات افراد را ندارند یا گفته‌اند مجازات اعدام بی‌اثر است یا اشکال کرده‌اند که کیفر اعدام برگشت‌ناپذیر است و در صورت کشف اشتباه یا غرض‌ورزی یا جهات دیگر راهی برای جبران آن وجود ندارد^۶.

۲-۱-۳-۲- نقد عقلایی شبهه خشونت در کیفر سالب حیات

شبهات وارده از نگاه دلیل عقل و بنای عقلا مورد پذیرش نیست؛ حکم سالب حیات که ناشی از حدود و مقررات الهی در شریعت اسلام مقرر شده است با اعدامی که در نظام‌های حقوقی دنیا مطرح است تفاوت زیادی دارد، در اسلام تمرکز این حکم بر مبنای عقلایی استوار است. درست است که حق قصاص

۱ - محمدابراهیم شمس ناتری، پیشین، ص ۶۰

۲ - شمس الدین امیرعلایی، مجازات اعدام، ص ۱۳۲

۳ - محمدباقر المجلسی الثانی، حدود و قصاص و دیات، ص ۵

۴ - رسول مزروعی، تحت اشراف، آیت‌الله سید محمود هاشمی شاهرودی، پیشین، قصاص ص ۳۵

مثلاً برای ولی دم، از امضاهای رسومات اولیه است که بین قبایل وحشی حاکم بوده و امری شبیه مقابله به مثل در بین مردم جریان داشته است، لکن برای آن حدودمرز درستی شناخته نمی شد، بلکه حد آن به نیرومندی و ضعف طرفین و طبقه آن بستگی داشته و چه بسا در برابر کشتن یک مرد ده مرد کشته می شد یا در برابر مرئوس یک قبیله، رئیس قبیله قاتل کشته می شد و ادعای آنان این بود که خون مقتول از خون قاتل ارزشمندتر است.

ولی قصاص نفس و مجازات سالب حیات در حدود و تعزیرات دارای حدودمرز و ویژگی هایی بوده که در اسلام تعریف شده که حاکی از عقلایی بودن آن است از قبیل حق الناس بودن حق قصاص، قطعی نبودن اجرای کیفر سالب حیات و امکان عفو و بخشش این مجازات، یا عدم جواز اجرای آن در برخی از حالات» مثلاً اگر مرتکب جاهل به حرمت باشد و..» و مسائل بی شماری دیگری که این نکته مهم را می رساند که نباید بین مفهوم اعدام و مجازات سالب حیات در اسلام خلط کرده و آنان را مترادف هم دانست بلکه بین این دو در ماهیت بسیار تفاوت است. شبهات که در عصر کنونی بر اثر بدفهمی و تأمل نکردن و گاه کمی بضاعت علمی از حقیقت و احکام اسلام، وارد می شود کاری به شدت غیرعلمی و غیراخلاقی است لذا پاسخ شبهات به طور اختصار با بیانی که موافق با عقل و بنای عقلاست دشوار نخواهد بود.

الف: نقد شبهه اول

شبهه اول بر پایه صحیحی استوار نیست؛ عقل و عقلا عالم تأیید می کند که در انسان حب انتقام جویی وجود دارد و بیشتر می خواهد با دست خود انتقام گرفته تا با دست دیگران، نمی شود به طور همیشه و بدون استثنا بازماندگان کسی را که به شکل غیرانسانی و شقاوت آمیز کشته شده است، به صبر و فروکردن احساساتشان توصیه کرد. همچنین کسی بحث ندارد در این که انسان به حسب طبع خود اگر قادر باشد بدون هیچ مانعی به حق خود برسد و در این صورت از حق خود بگذرد، این بخشش و عفو به نیت صحیح و والا نزدیک تر است.

شارع مقدس با تشریع قصاص و حق عفو قصاص با اختیار ولی دم، از هر چیزی به طبیعت بشر و غرایز آنان و به مصلحت افراد و اجتماع توجه کرده و مصلحت و طبیعت افراد و اجتماع را در نظر داشته است. از یک طرف حق قصاص به مصلحت اجتماع است؛ زیرا قتل «قصاص» مانع قتل دیگری می شود و

تأمین‌کننده امنیت اجتماعی است، پس قصاص مایه حیات است. به این دلیل است که در شریعت مقدس اسلام بر اساس طبیعت بشری و اصول صحیح و مسلم، حق ولی دم را مقرر کرده است در این‌که اگر ولی دم یک نفر است با دست خود اقدام به قصاص نماید یا وکیل بگیرد، بدون اذن گرفتن از امام یا نایبش، بنا بر اختلاف‌نظری که در وجوب اذن و یا عدم وجوب اذن بین فقها است، ولی سزاوار است که از امام یا نایبش «قاضی» اذن بگیرد به دلیل احتیاط در خون‌ریزی. اگر ولی دم بیشتر از یک نفر است همگی در قصاص شرکت کنند به این معنا که یا اولیاء دم به یکی از خودشان یا غیر خودشان اجازه دهند و وکالت دهند که به نیابت از همه قصاص کند.^۱

لذا اگر حکم قصاص به‌هیچ‌وجه وجود نداشت افراد سنگدل احساس امنیت می‌کردن جان و مال مردم به خطر می‌افتاد همان‌گونه در کشورهایی که قصاص و اعدام به‌کلی لغو شده آمار آدم‌کشی بالاست.

از سوی دیگر به خاطر لزوم تساوی و برابری، جلو قتل‌های پی‌درپی گرفته‌شده و به سنت‌های جاهلی پیش از اسلام که اگر کسی از قبیله آنان کشته می‌شد، تا آنجا که قدرت داشتند از قبیله قاتل می‌کشتند، گاه یک قتل مایه چند قتل و آن نیز به‌نوبه خود مایه قتل‌های بیشتری می‌شد، خداوند با نازل کردن قانون قصاص^۲ خط بطلان بر آداب و سنن جاهلی کشید. اسلام، اصل «قصاص» را پذیرفت، ولی آن را محدود ساخت.

از طرف دیگر به ولی دم حق عفو را داده و او را به عفو تشویق می‌کند؛ با وعده رضایت خداوند و ثواب خوب آخرت، انسان عفو‌کننده را بهترین انسان‌ها معرفی کرده و صفت بخشندگی را از مقام انبیا و اولیاء و صلحای راستین بر شمرده است.^۳ اگر بعد از قدرت بر انتقام عفو کند با نیت صحیح بخشیده است به‌طوری‌که کینه‌ها و ناراحتی‌های درونی محو و سازش و دوستی جایگزین دشمنی می‌شود، خود جانی یا جانیان با توجه به حق عفو از ناحیه ولی دم می‌تواند در کسب رضایت قربانیان جرم نقش مهمی ایفا کند.

۱ - ر ک محمدحسن نجفی، پیشین، ص: ۲۸۶

۲ - سوره بقره آیه ۱۷۴ «كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ الْحَرْبُ بِالْحَرْبِ»

۳ - محمدبن یعقوب بن اسحاق کلینی، پیشین (ط- الإسلامیة) ج ۲ ص ۱۰۷

این عامل مؤثر برای حفظ امنیت و ایجاد نظم در اجتماعات است، علاوه بر این که با امکان عفو مجرم، قطعیت و حتمیت اجرای کیفر متزلزل می شود.

بنابراین رسومات اولیه‌ای که بین قبایل وحشی حاکم بوده و به انگیزه گرفتن انتقام صورت می گرفت دارای مشخصه‌هایی است که عقل و بنای عقلا آن مشخصه‌ها را نمی پذیرد: از قبیل حاکمیت اصل جمعی بودن مسئولیت کیفری «در مقابل اصل شخصی بودن»، نبود تناسب بین شدت جرم ارتكابی با شدت مجازات اجرایی، «چه بسا ده نفر در مقابل یک نفر کشته می شد»، عدم وجود ضابطه نظام مند و موجه در تعیین و اجرای مجازات، وجود سلیقه شخصی در تعیین نوع کیفر و روش اجرای آن، توخّش آمیز بودن نوع و شیوه اجرای کیفر و تابعیت آن از میزان خشم و انزجار مجری کیفر، بی عدالتی در تعیین مجازات و اجرای آن. مجازات‌های خشنی از قبیل چرخ، شقه کردن، سوزاندن جسد، سرداب فراموشی، خفه کردن با طناب و ده ها نوع کیفرهای جنون آمیز دیگر^۱.

درحالی که کیفر قصاص در اسلام از این مشخصه‌ها که حاکی از بی عدالتی است مبرا بوده و مطابق با معیارهای پذیرفته شده با سیره عقلا است؛ تشریع قصاص در اسلام اصل شخصی بودن مسئولیت کیفری تثبیت شده است به جای اصل جمعی بودن؛ قبل از تشریع قصاص حتی خویشاوندان و قبیله جانی در معرض خطر بودند «ماده ۲۳۰ قانون حمورابی در مورد خانه‌ای که معمار محکم نساخته و خراب شود و موجب فوت پسر صاحب خانه شود چنین مقرر می دارد که فرزند سازنده را باید کشت^۲». در کیفر قصاص رعایت تناسب بین جرم ارتكابی با مجازات رعایت شده است با توجه ویژه و دقیق در شرایط قصاص. لذا از مباحث متعدد باب قصاص چنین به دست می آید قصاص والاترین گام بشر در جهت عدالت و ضابطه مند کردن کیفر محسوب می شود و روح تازه‌ای در کالبد جامعه دمیده است.

ب: نقد شبهه دوم

قوانین کیفری اسلام مخصوصاً قوانین مربوط به کیفر سالب حیات بدون قید و شرط اجرا نمی شود دقت و اهتمام ویژه‌ای نسبت به این قوانین شده است. لذا در پاسخ این شبهه چند نکته حائز اهمیت است

^۱ - شمس الدین امیرعلایی، پیشین، ص ۱۶

^۲ - محمدابراهیم شمس ناتری، پیشین، ص ۲۳

۱- از شرایط اجرای کیفر، عاقل بودن و عدم جنون جانی و مرتکب است چنانکه فقها و حقوقدانان تصریح کرده‌اند.^۱ به گونه‌ای که ارتکاب عمل مستوجب حد یا قصاص در حالت جنون به طور کلی رافع مسئولیت است. در تبیین مفهوم جنون گفته شده است «ملا احمد نراقی به منابع پزشکی عصر خود توجه کرده» «نامی است مشترک برای تمام بیماری‌های دماغی که باعث اختلال و تباهی عقل می‌شوند و از آن به فساد عقل تعبیر شده است»^۲. ماده ۱۴۹ ق.م.تصریح نموده است «هرگاه مرتکب در زمان ارتکاب جرم دچار اختلال روانی بوده به نحوی که فاقد اراده یا قوه تمیز باشد مجنون محسوب می‌شود و مسئولیت کیفری ندارد».

۲- اگر احتمال عدم تعادل مغزی یا روانی در قاتل برود حتی اگر آن احتمال ضعیف هم باشد مطابق قانون «تدرأ الحدود بالشبهات» چه در موضوع و چه در حکم، قصاص ساقط می‌شود.^۳

مضافاً بر این که طبق قوانین کیفری در شریعت اسلام اگر جانی قدرت تصمیم‌گیری و درک صحیحی از قتل نداشته است محکوم به قصاص نمی‌شود چنانچه این مطلب از مفهوم ماده ۱۲۰ ق.م.ا به دست می‌آید که با تردید یا شبهه نسبت به هریک از شرایط مسئولیت کیفری، جرم مذکور ثابت نمی‌شود.^۴

استفتایی که از مراجع عظام شده است در موردی که مرتکب جرم قدرت عقل یا درک او زایل یا ضعیف شده به نحوی که فاقد اراده یا تمیز باشد، از فقهای معاصر «آیت الله سیستانی» نظر مبارک ایشان این است: بیمار روانی که موجب نقص یا زوال عقل و اراده گردد از نظر رافع بودن حدود و تعزیرات در حکم جنون است. لذا اگر این شرایط در کشورها رعایت نمی‌شود و افراد محکوم به اعدام می‌شوند نقص از قوانین آنان می‌باشد.^۵

۳- در مورد جنایت‌های سازمان‌یافته و نیز جنایت‌هایی که با انگیزه قبلی انجام می‌شود، میزان خطر از سوی مرتکب و جانی به طور روشن محاسبه می‌شود و تصمیم لحظه‌ای نیست.

۱ - نجم الدین جعفر بن حسن محقق حلی، پیشین، ص ۱۳۷

۲. احمد بن مهدی نراقی، عوائد الایام، ص ۵۱۳

۳ محمد تقی جعفری، پیشین، ص ۲۵۷

۴ - مواد ۱۵۴، ۳۰۷، ۱۴۰، ۱۴۹ و ۹۱

۵ تاریخ، ۲۵ ربیع الثانی ۱۴۲۳ ه. ق

ج: نقد شبهه سوم

اولاً: روش‌های جایگزین کیفر سالب حیات «اصلاح و درمان مجرم» نتایج درخشان و حتی قابل قبولی نداشته بلکه نتیجه برعکس بوده بجای کاهش جرم و جنایت، جرم رشد فزاینده‌ای داشته است. مکاتبی مانند مکتب کلاسیک یا سازمان عفو بین‌الملل پیش‌فرض آنان این است که حبس ابد گزینه مناسب‌تری نسبت به اعدام است. به دنبال جایگزین کردن زندان بجای کیفر اعدام باهدف اصلاح مجرم بودند، یا با تلاش‌های فراوان پیروان دفاع اجتماعی نوین این مجازات رفته‌رفته در تعدادی زیادی از کشورها لغو گردید ولی متأسفانه آثار منفی بر میزان جرائم و جنایات گذاشته و به‌طور وحشتناکی نرخ تکرار جرم رشد شدیدی پیدا کرده است؛ رقم سرقت مسلحانه با سلاح آتشین در میان سال‌های ۱۹۷۲ و ۱۹۸۵ از ۱۸۰۰ به ۹۰۰۰ رسید. در ایتالیا تنها طی سه ماه میزان قتل ۲۸ در صد افزایش داشته است. یا شهردار واشنگتن با اشاره‌ای که به قتل‌های ناشی از معاملات قاچاق مواد مخدر دارد، چنین می‌گوید «اگرچه من درگذشته مخالف مجازات اعدام بودم لیکن با توجه به تحولات اخیر معتقدم چنانچه رفراندومی برگزار شود ۵۰ در صد از شهروندان از مقرر شدن مجدد مجازات اعدام حمایت خواهند کرد^۱. لذا اصلاح درمان نمی‌تواند اولین هدف مجازات باشد.

این‌که در بسیاری از کشورها آمار قتل کاهش یافته این کاهش قتل مربوط به سال‌های اخیر بوده و نشان می‌دهد که عامل دیگری در این کاهش نقش داشته است نه حذف اعدام؛ به دلیل این‌که در چند سال نزدیک به سال حذف اعدام شاهد افزایش غیرعادی تعداد قتل‌ها در آن کشورها را بودیم آمار گویای افزایش جنایت قتل است که مراجعه شود^۲.

ثانیاً: لزوم کیفر قتل در برخی از جرائم موافق ذوق سلیم است که البته عقل نیز این مسئله را درک می‌کند؛ هرچه جرم بزرگ‌تر باشد «زنای با محارم و...» ناگزیر باید مجازات سخت‌تری هم داشته باشد خصوصاً صدمات و خطراتی که گاه زنده نگه‌داشتن مجرم گنه‌کار و جانی همراه دارد، آن‌قدر مفسده‌انگیز است که نمی‌توان به خاطر امید مبهم با اصلاح احتمالی او، آن را قبول کرد، به‌خصوص با آن نتیجه‌ای

^۱ - سیدمحمدعلی احمدی ابهری، پیشین، ص ۳۴۲

^۲ - رسول مزروعی، تحت اشراف، سید محمود هاشمی شاهرودی، پیشین، ص ۳۹

برعکسی که در پیامد لغو مجازات اعدام بیان شد که موجب از بین رفتن احساس عدالت و گرفتار شدن جامعه به بحران انتقام خصوصی خواهد شد.

ثالثاً: شرع مقدس اسلام با تشریع کیفر سالب حیات «در قصاص و حدود و تعزیرات» در مقابل جرائم، چندان اجرای آن مجازات موردنظر شارع نبوده است، آنچه را که قانون‌گذار در نظر دارد ارعاب و بازدارندگی مردم و قلع ماده فساد از جامعه بوده و تشریع اعدام یک ابزار قوی و مؤثر در این جهت و نظر است. به عبارت دیگر صرف تعیین مجازات اعدام برای برخی از جرائم، نمایانگر قبح این عمل در جامعه است و در صورت تبدیل مجازات سالب حیات به یک مجازات خفیف‌تر به مرور ایام قبح عمل در اذهان مردم کم و کمتر خواهد شد. گزارشی کمیسیون سلطنتی انگلستان با تحقیقاتی که در مورد مجازات اعدام انجام داده است، می‌گوید «به نظر ما معقول آن است که معتقد باشیم اثر مجازات اعدام نه تنها از این نظر که بر اندیشه افرادی که درصدد ارتکاب قتل عمد می‌باشند تأثیر ارعابی می‌گذارد بلکه از نظر آنکه در درازمدت، در اذهان افراد جامعه نفرت خاصی نسبت به جرم قتل عمد ایجاد می‌کند، از اهمیت برخوردار است، این حقیقت که افراد به دلیل ارتکاب قتل به دار آویخته می‌شوند یکی از دلایل عمده منفور شمرده شدن قتل عمد می‌باشد»^۱.

صاحب تفسیر المنار در ذیل قول خداوند «ای عاقلان، حکم قصاص برای حفظ حیات شماست تا مگر از قتل یکدیگر بپرهیزید»^۲ چنین می‌فرماید «آیه شریفه مقرر داشته است که حیات، مطلوب بالذات است و قصاص یکی از وسایل به دست آوردن آن است؛ کسی که می‌داند اگر نفسی را به قتل برساند خود نیز کشته می‌شود، از قتل بازداشته می‌شود»^۳. با وضع اعدام و قصاص در قبال جرم قتل عمد افراد جامعه در برخوردهای خصمانه خود با دیگران خواهد بود و رفتار خود را کنترل خواهد کرد تا موجبات قتل دیگران و نابودی خود را فراهم نکند. در حدود و تعزیرات نیز شارع صرفاً در مقام اجرای مجازات نیست بلکه هدف بیش‌تر ارعاب افراد است نسبت به این جرائم پلید، خطرناک و پیش‌گیری از ارتکاب آن و پاسداری

۱ - حسین میرمحمد صادقی، پیشین، ص ۲۹۹، پاورقی

۲ - سوره بقره آیه ۱۷۹

۳ - محمدابراهیم شمس ناتری، پیشین، ص ۱۸۴

از حریم عفاف و پاکدامنی. ولی درعین حال اگر جرمی ثابت شود اعمال اجرای مجازات مورد تأکید شارع است تا جایی که اقامه یک حد بهتر و سودمندتر از باران چهل شبانه روز دانسته شده است.

برای اثبات ادعای فوق که اجرای مجازات سالب حیات موردنظر اصلی شارع مقدس نبوده است، باید به حدود، شرایط و احکام قوانین جزایی در مراحل چهارگانه تعقیب مجرم، اثبات جرم، حکم به مجازات و اجرای کیفر در شریعت توجه نمود تا معلوم شود اسلام اصل اجرای کیفر سالب حیات را نپذیرفته چنانچه در ادیان گذشته مثل آیین یهود اصل قانون قصاص بدون حق عفو پذیرفته شده است

۱. در مرحله نخست «تعقیب مجرم» با توجه به این که جرائم در اسلام به حق الله و حق الناس تقسیم شده است و در حق الناس «مثل قصاص» به متضرر از جرم «ولی دم» حق تعقیب کیفری و مجازات او داده شده است ولی درعین حال به عفو مجرم ترغیب و توصیه شده است، اگر شاکی خصوصی طرح شکایت نکند مورد تعقیب کیفری قرار نگرفته و دولت ملتزم به تعقیب نیست مگر به اعتبار ثانوی و به لحاظ تبعاتی که مترتب بر عدم تعقیب مجرم باشد. ولی در این صورت هم کیفر قصاص اجرا نخواهد شد. لذا اگر ولی دم جانی را عفو کند «قبل از اثبات قصاص» عفو او نسبت به جانی نافذ است و موجب سقوط کیفر قصاص خواهد شد. بزرگانی مثل صاحب جواهر و آیت الله خویی^۱ و نیز از فقهای معاصر^۲ چنین عفوی را صحیح دانسته و حکم به عدم جواز اجرای قصاص داده اند چنانکه قبلاً بررسی شد.

در جرائم حدی با سفارشی که انسان گنه کار به ستر گناه و توبه و إنابه قلبی شده است، اگر قبل از تعقیب توبه مجرم احرار شود تعقیب کیفری به عمل نمی آید «ماده ۱۱۴ ق.م.ا». روایات می گوید: مجرم بر اثر توبه انسان صالحی و شایسته ای گشته و آثار صلاح و نیکی در رفتارش هویدا شود به گونه ای که معلوم گردد در او تغییر حالت پیدا شده و اهل تکرار جرم و خلاف نیست لذا حد بر او جاری نمی شود.^۳

۱- سیدابوالقاسم موسوی خویی، پیشین، ج ۲، موسوعه، ص: ۱۲۳

۲- وحیدخراسانی، پیشین، ج ۳، ص: ۵۲۹

۳- محمدبن یعقوب بن اسحاق کلینی، پیشین، ص ۲۵۰

در جرائم تعزیری مجازات اعدام به دست قاضی و حاکم بوده که با توجه به شخصیت مرتکب و اوضاع و احوال ارتکاب جرم تصمیم خواهد نمود؛ قاضی در تعیین مجازات این گونه از جرائم اختیار وسیعی دارد که برحسب شرایط جرم و مجرم می تواند کیفر سنگین یا سبک را انتخاب کند.

۲. در مرحله دوم «اثبات جرم» قرآینی وجود دارد که اگر شاکی نتواند ادعای خود را ثابت کند بدون درخواست قسم مشتکی عنه، اصل براءت حاکم است. و نیز حاکمیت قاعده درء حدود به شبهات در موارد متعدد موجب انتفای مجازات می شود.^۱ مثل سخت کردن اثبات جرم از قبیل شرایط مربوط به عدد، محتوا و کیفیت اقرار و شهادت، در شرع آن چنان سختگیری شده است که اثبات جرم را باید جزء اتفاقات نادر دانسته و به راحتی می توان گفت شارع مقدس اصرار و علاقه ای به اجرای مجازات در این گونه از جرائم نداشته و بیشتر به پوشیده ماندن این خطاها گرایش دارد و ارعاب کیفر مدنظر وی است. به علاوه تشویق شهود از خودداری ادای شهادت، تهدید آن ها به محکومیت قذف در صورت ادای شهادت بدون دارای شرایط، تشویق مجرم مقرر به ادامه ندادن اقرار خودش، قبول انکار بعد اقرار و سقوط رجم^۲. و.. دلیل بر مدعا است.

۳. در مرحله سوم «حکم به مجازات» و مرحله چهارم «اجرای مجازات» همین قراین قابل مشاهده است، مثل گذشت شاکی خصوصی در جرائم قابل گذشت چه در قصاص یا حدود یا تعزیرات، حکم به مجازات یا اجرای کیفر منتفی یا موجب تخفیف خواهد شد. یا مثل اختیار قاضی در توقف اجرای مجازات با توبه محکوم علیه در جرائم تعزیری یا موارد جرائم حدی^۳، یا مثل اختیارات گسترده ای که در فقه جزایی در تعزیرات به حاکم داده شده است که وی می تواند نسبت به اعمال کیفر مناسب حکم کند.

همین سیاست را که ارعاب و بازدارندگی مجازات سالب حیات موردنظر است نه اجرای اعدام، در نظام جزایی جمهوری اسلامی ایران نیز باینکه چنین مجازاتی در قوانین آن موجود است، در پیش گرفته است، دلیل بر این ادعا آمارهای نرخ توسل به اعدام در ایران است باینکه گزارش سازمان عفو بین الملل

۱ - محمدحسن نجفی، پیشین، ج ۴۱، ص: ۲۶۲

۲ - نجم الدین جعفر بن حسن محقق حلّی، پیشین، ص ۱۳۹

۳ - محمدحسن نجفی، پیشین، ص: ۲۹۳

توسل به اعدام در ایران بعد از چین همواره بسیار بالا گزارش می‌شد ولی بررسی این گزارش‌ها از سال ۲۰۱۴ برابر با ۱۳۹۲ نشان می‌دهد تعداد احکام یا تعداد اجرای کیفر سالب حیات رو به کاهش است به صورتی که احکام صادره اعدام در سال ۲۰۱۴ میزان ۲۲ در صد و در سال ۲۰۱۶ میزان ۴۲ در صد و در سال ۲۰۱۷ میزان ۱۱ در صد نسبت به سال قبل مورد تغییر قرار گرفته است، برای اطلاع بیشتر به آدرس ذیل مراجعه شود^۱.

بنابراین اساس وارد کردن شبهه در ارتباط با کیفر سالب حیات، نا آگاهی درباره حقیقت و عظمت انسان‌ها و اطلاع نداشتن از حکمت تشریع چنین کیفر است، کسانی که از مجازات‌های مانند قصاص چشم‌پوشی نموده‌اند و به بهانه ارزش قائل شدن برای حیات، عظمت و ارزش حیات انسان‌ها، کیفر سالب حیات را ساقط می‌کنند؛ به‌طور غیرمستقیم تلقین می‌کنند که نابودی حیات یک انسان معادل چند سال زندان یا مقدار مال است. برای پاسخ بیشتر مراجعه شود به آدرس^۲.

۲-۳-۲- بررسی و نقد شبهات در مجازات‌های جرائم مالی «سرقت»

جرائم مالی جرائمی هستند که به رابطه میان اشخاص و اموال صدمه وارد می‌کند؛ زیرا مال متعلق به اشخاص است و درواقع حمایت از اموال حمایت از اشخاص نیز هست. یکی از راه‌های حمایت اموال مقرر شدن مجازات است، کیفرهایی که برای جرائم مالی مقرر شده است متعدد است مثل مجازات سرقت، کلاهبرداری، خیانت‌درامانت و.. موضوع این مبحث بررسی شبهات و ایرادات مجازات این‌گونه از جرائم است، عمده شبهاتی که وارد شده است در میان مجازات‌های جرائم مالی در رابطه مجازات سرقت حدی می‌باشد.

در این مبحث ابتدا به تبیین شبهات وارده بر سرقت حدی پرداخته می‌شود و در ادامه برخی از احکام کیفر سرقت که در فقه و حقوق مقرر شده است را ذکر می‌کنیم و سپس نقد شبهات تبیین خواهد شد با توجه به «عقل» و بنای عقلا.

۱ - ولی اله صادقی، پیشین، ص ۱۲۲

۲ - محمدتقی جعفری تبریزی، پیشین ص ۲۵۶

۲-۳-۱- بیان شبهات «کیفر قطع دست و پا خشن و مخالف کرامت انسانی»

این که دست سارق به عنوان مجازات قطع می شود و آن شخص تمامی عمر اسیر پنجه ناقص خود می گردانند، این نوع از مجازات

۱. خشن و غیر عادلانه است، مجازات خشن و غیر عادلانه متعارض با دلیل عقل و بنای عقلا می باشد.

۲. فاقد سیستم معقول اجتماعی و اقتصادی بوده و مجازات معقول جزایی این نوع نیست و دنیای امروز این نوع از مجازات را نمی پسندد.

۳. این نوع از مجازات منافات با کرامت انسانی دارد و هتک حرمت انسان است. قطع اعضای بدن «دست و پا» در مقابل ربودن مالِ ناچیز منافات دارد با آن همه احترامی که در اسلام برای جان و حفظ او از گزند قائل شده است.^۱

برای تبیین شبهات کیفر سرقت ذکر فروعاتی از احکام حد سرقت که مورد اعتراض واقع شده است خالی از لطف نخواهد بود.

هیچ اختلافی بین مسلمین در اصل قطع دست سارق وجود ندارد. دلیل حد سرقت آیه ۳۸ سوره مائده و روایات است. مجازات سرقت حدی در مرتبه اول سرقت، قطع دست راست آن هم بریدن چهار انگشت و باقی گذاشتن انگشت ابهام است؛ «عده ای دزد را که سرقت کرده بودند حضور امیرالمؤمنین (ع) آوردند دست هایشان را از وسط کف برید ابهامشان را نبرید و دستور دادند آنان را در دارالضیافه نگهدارند حضرت دستور داد دست های آنها را معالجه کنند، در این روایت برخی از مستحبات بعد اجرای حد را هم بیان شده است.^۲

۱- ر ک، محمدتقی جعفری تبریزی، پیشین، ص ۱۲۵

۲- محمدبن یعقوب بن اسحاق کلینی، پیشین، ص ۲۶۶، «فَقَطَعَ أَيْدِيَهُمْ مِنْ نِصْفِ الْكَفِّ وَ تَرَكَ الْإِبْهَامَ وَ لَمْ يَقْطَعْهَا»

اگر بعد از اجرای حد، سرقت برای بار دوم تکرار شود به موجب اخبار مجازات آن، قطع پای چپ از مفصل و باقی گذاردن پاشنه پا.^۱ حبس ابد در مرتبه سوم و مجازات اعدام در مرتبه چهارم» ماده ۲۷۸ ق.م.ا.^۲

اگر سارق فقط دست راست دارد و دست چپ ندارد حد بر وی جاری می‌شود و دست راست او قطع می‌شود. به دلیل عمومات ید. در مسئله فقط اسکافی مخالف است که عقیده به عدم اجرای حد دارد.^۳

اگر سارق دست راست ندارد یا مادرزادی یا به علتی قطع شده است، نظری که موافق با ادله است این است که چون برای قطع دست و پا در حد سرقت موضع معینی تعیین شده است، سارق که مرتبه اول سرقت کرده است فاقد دست راست است، قطع دست چپ یا پای او نیاز به اذن شرعی دارد و چنین اجازه‌ای از ناحیه شارع صادر نشده است، درست است که آیه شریفه سرقت، عام بوده و شامل دست راست و چپ می‌شود ولی روایات و فتاوا آن را به دست راست تفسیر کرده‌اند پس جایی برای تمسک به عموم آیه شریفه باقی نمی‌ماند لذا سارق تعزیر می‌شود. گرچه نظر مخالفی نیز هست که چنانکه شیخ طوسی در کتاب نهاییه عقیده دارد دست چپ او بجای دست راستش قطع می‌شود و در مبسوط می‌فرماید: پای چپ او قطع می‌شود و برخی مثل مهذب از او پیروی کرده است.^۴

۲-۲-۳-۲- پاسخ شبهه در مجازات‌های جرائم مالی «سرقت»

الف: نقد اول

در پاره‌ای از جوامع پیش از اسلام این نوع از مجازات وجود داشته است، مثلاً در جاهلیت دست شخصی بنام عوف بن عبیده بن عمر را به دلیل سرقت قطع کردند وقتی او به سرقت ادامه داد، او را از طریق رجم کشتند.^۵ حتی در بعضی از قوانین کیفر سرقت، اعدام بوده است؛ در ماده ۷ قانون حمورابی راجع به خرید اموال نقره‌ای و طلایی یا حیوانات مثل گاو و گوسفند، از فرزند وی بدون حضور شاهد یا

۱ - همان، ص ۲۲۲

۲ - عباس زراعت، حقوق جزای اختصاصی ۲، جرایم علیه اموال و مالکیت، ص ۲۱۷

۳ - محمدحسن نجفی، پیشین، ص: ۵۳۷

۴ - محمدحسن نجفی، همان ص: ۵۳۸

۵ - رحیم نوبهار، اهداف مجازات‌ها در جرایم جنسی، ص ۷۱

وثیقه خریداری کند مقرر می‌کند» چنین کسی را به نام دزد باید کشت^۱. یا در ماده ۲۵ مجازات سرقت از منزل شاه یا معبد را اعدام می‌داند و در ماده ۲۱ همین قانون کسی که دیواری را سوراخ کند و وارد منزل شود مقرر کرده است» عامل را باید در جلو همان دیوار کشته و در همان سوراخ مدفون سازند^۱. از بررسی قانون حمورابی مشاهده می‌شود که دو مورد مجازات قطع دست پیش‌بینی شده است که در ماده ۲۵۳ این قانون سرقت بذر یا محصول از طرف عامل در عقد مضارعه مجازات را قطع دست مقرر کرده است.

اسلام به دلیل امنیت جامعه و جلوگیری از انحطاط اخلاق فردی و اجتماعی و تناسب مجازات با جرم سرقت، این مجازات «قطع انگشتان دزد» را امضا و قاعده‌مند نمود از قبیل اقسام سرقت به حدی و تعزیری، دقت ویژه‌ای به شرایط موجب قطع، عناصر سرقت حدی، و مباحث دیگر این جرم و مجازات بیانگر یک نوع از سیاست حکیمانه‌ای است که نگاه به این سیاست درست، هرگونه شبهه را نسبت به نادرست بودن این کیفر از انسان دور می‌کند، لذا با درست اجراشدن این سیاست کیفری فرد و جامعه از این جرم مصون خواهد ماند.

ب: نقد دوم

عقل و بنای عقلا مبنا و میزان مجازات را تنها خشن یا ملایم بودن کیفر نمی‌داند بلکه عوامل دیگری را نیز مورد نظر دارند که در باب حد سرقت لحاظ شده است از قبیل سختی یا سهولت اثبات جرم، عوامل اجتماعی، اقتصادی و نظایر آن؛ اگر مجازات ملایمی اجرا شود ولی افراد به حقوق خود نرسیده و مردم به فقر بسر ببرند گرچه دادگاه با کمترین دلیلی متهم را محکوم کند و مغری هم جهت گریز از مجازات وجود نداشته باشد، مسلم است که این نوع واکنش علیه جرم شدیدتر از مجازاتی است که ظاهراً خشن به نظر می‌رسد، که با آن مجازات به ظاهر خشن منابع ثروت عادلانه در جامعه تقسیم می‌شود، آن‌هم بعد از اثبات دقیق و کامل جرم از راهای مشخص شده در قانون.

^۱ - محمدابراهیم شمس ناتری، پیشین، ص ۲۲

ج: نقد سوم

این نوع از مجازات نه تنها فاقد یک سیستم معقول اجتماعی، اقتصادی و جزایی نیست بلکه با توجه به شرایط حد سرقت به دست می‌آید که شارع مقدس یک روش جنایی حکیمانه را در نظر داشته است. پس به صرف وقوع سرقت، این حد جاری نمی‌شود و بریدن دست سارق جایز نیست.

دلیل این روش حکیمانه از توجه به شرایط و ویژگی سرقت به دست می‌آید. نسبت به شرایط سرقت چه شرایط مربوط به مسئولیت کیفر «بلوغ، عقل، قصد، عدم اضطرار و عدم تهدید اجبار سارق». یا شرایط مربوط به اصل سرقت «مثل ملتفت و عالم بودن سارق نسبت به مال غیر و حرمت ربودن و قصد سرقت»، یا شرایط سرقت حدی «مثل قرار داشتن مال در حرز، هتک حرز، رسیدن به حدنصاب، نبودن مال از اموال دولتی و وقف، عدم سرقت در سال قحطی، و سارق پدر صاحب مال نباشد» با وجود تمام آن شرایط که علما با دقت فراوان آن را برشمرده‌اند^۱ حد جاری خواهد شد، به گونه‌ای که حتی با فقدان یکی از شرائط یا سرقت صدق نمی‌کند یا با وجود صدق سرقت، حد سرقت «قطع دست و پا» توجیه شرعی داشته و قطع دست مجاز نخواهد بود. با این که تحقق شرایط متعدد و بی‌شمار برای قطع دست سارق، بسیار نادر الوقوع یا واقع نشدن سرقت حدی است.

به عنوان نمونه از شرایط سرقت حدی قصد سرقت است. فقها حکم کرده‌اند اگر اموالی که جنس و موادش مالیت دارد اما هیئت و ترکیب آن دارای مالیت شرعی نیست، مانند آلات لهو و آلات قمار، ربودن این اموال اگر به قصد تخریب و از بین بردن آن باشد موجب حد نیست حتی ربودن ظرف‌های حرام مثل طلا و نقره^۲. یا در عدم اجرای حد سرقت در سال قحطی، صرف سال قحطی موضوعیت دارد چه سارق مضطر باشد یا نباشد به این بیان تمکن مالی داشته باشد که به قیمت بالاتر خریداری کند، لذا مطلقاً قطع جایز نیست^۳. این نمونه و نمونه‌های فراوان دیگری این مطلب را می‌رساند که: شرایط سرقت حدی به منزله

^۱ - محمدباقر بن محمد تقی اصفهانی، مجلسی دوم، حدود و قصاص و دیات، ص ۳۳

^۲ - حسن بن یوسف بن مطهر اسدی علامه حلی، قواعد الأحکام فی معرفة الحلال و الحرام، ج ۳ ص ۵۵۷، «و لو سرق آله اللهو:

کالطنبور و الملامی أو أنیه محرّمه کأنیه الذهب و الفضّة؛ فإن قصد الکسر لم یقطع»

^۳ - زین الدین بن علی عاملی، شهید ثانی، مسالک الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام، ج ۱۴، ص ۵۰۰

شمشیر برهنه‌ای است که به دست فرشته چشم‌پسته عدالت بالا رفته است بی‌آنکه به روزگارانی دراز بر سر کسی فرود آید.

علاوه، باین‌همه شرایط متعدد اگر سارقی واجد تمام شرایط باشد جهت اجرای مجازات سرقت حدی، چنین مجرمی خودش کرامت انسانی خود را از بین برده و حیثیتش را لکه دار نموده، و دستی که با امانت‌داری دارای ارزش فراوان است با سرقت، قیمت آن کاهش یافته. استدلال بزرگان اشاره به این مسئله دارد « عزت امانت آن دست را گران‌قیمت کرد اما ذلت خیانت، بهای آن را پایین آورد^۱». پس اجرای کیفر در حق وی با کرامت انسانی منافات ندارد.

علامه جعفری در این زمینه چنین عقیده دارد که خداوند متعال فقط زمینه ارزش و کرامت را در وجود انسان به وجود آورده است، اگر انسان درصدد هواپرستی و خودکامگی برآید استعدادهای که در وجودش نهاد شده است را در جهت اهداف پلید بکار گیرد حق کرامت ذاتی را از خود سلب کرده است «هیچ‌کس کرامت و شرافت کس دیگری را مورد اهانت قرار نمی‌دهد مگر اینکه نخست کرامت و شرافت خود را از دست داده است^۲».

اما ویژگی کیفر سرقت نیز دلالت بر یک سیستم حکیمانه و عاقلانه داشته و اصل استفاده حداقلی از مجازات از ویژگی‌های جرائم حدی است. باینکه مجازات سرقت جزء حدود بوده و از خصایص این نوع از کیفر این است که قابل‌تغییر، تبدیل و اسقاط نیست لکن حداقل در دو مورد قابل اسقاط شدن هست مورد اول با توبه قبل از اثبات سرقت مورد دوم با عفو.

چنانچه کراراً بیان شد حدود از جمله حد سرقت، بهترین سازوکار در جهت «اصلاح»، «بازپروری» و «بازگشت» مجدد مجرم به اجتماع است. دلیل این حکم این‌که توبه سارق قبل از اثبات سرقت مسقط حد بوده درجایی است که اصلاح سارق و عدم تکرار سرقت احراز شده باشد در این صورت نیازی به اجرای مجازات نیست. در مرسله جمیل راجع به مردی که سرقت کرده یا شراب خورده یا زنا کرده و دستگیر

^۱ - محمدباقر بن محمدتقی مجلسی، پیشین، ج ۱۰۴ ص ۹

^۲ - محمدتقی جعفری تبریزی، پیشین، ص ۲۷۹ و ۲۹۶

نشده تا این که توبه کرده و خود را اصلاح کرده؟ امام صادق «ع» می‌فرماید «وقتی خوب شد و کارهایش را اصلاح کرده و کارهایی خوبی از او دیده شد بر او حد اقامه نمی‌شود»^۱.

در عفو نیز چنین حکمتی قابل‌درک است چه مراد از این عفو بخشش حاکم باشد، این مسئله در موردی است که جرم سرقت با اقرار سارق ثابت شده است و بعد از سرقت سارق پشیمان شده و توبه نماید، اگر برای حاکم چنین حالتی نسبت به سارق ثابت شود حق عفو مجرم را دارد؛ زیرا برای حاکم و قاضی اصلاح سارق محرز شده است. چه مراد عفو شاکی خصوصی باشد که تا قبل از اثبات جرم، باگذشت صاحب‌مال حد سرقت ساقط می‌شود این هم دلیل حکیمانه‌ای دارد، باوجود چنین حکمی منافع صاحب‌مال بهتر تأمین می‌شود؛ زیرا سارق مجبور است برای رهایی از مجازات حدی رضایت صاحب‌مال را تحصیل کند، یکی از راه‌های تأمین منافع صاحب‌مال کسب رضایت مسروق منه است. امام «ره» می‌فرماید «اگر سارق مال را از حرز خارج کند و سپس آن را برگرداند در صورتی که تحت ید مالک قرار گیرد.. حد قطع ساقط می‌شود»^۲.

در پایان این گفتار این نتایج درخور توجه است؛

۱. وجود حد سرقت در دین مقدس اسلام نمایانگر ارزش مال است.
۲. صرف وجود چنین کیفری «قطع دست سارق» نقش بازدارندگی دارد.
۳. شرایط لازم برای قطع دست آن‌قدر زیاد و دقیق است که به‌ندرت مجازات قطع اتفاق می‌افتد اگر نگوییم اصلاً اتفاق نمی‌افتد. در کشوری که این مجازات اجرا شده «مثل عربستان» در عرض بیست و پنج سال فقط شانزده بار اجرا شده است ولی موجب کاهش چشمگیر وقوع سرقت شده است در حالی که در کشورهای دیگر آمار زندانیان مرتکبین سرقت به‌شدت بالا است.
۴. نمی‌توان جامعه‌ای را که برخورد ملایمی با سارقین دارند جامعه معقول و متمدن نامید باینکه آمار این نوع از جرم‌ها فراوان است و جامعه‌ای که در سایه وجود چنین حکمی در قوانین کیفری

^۱ - محمد بن یعقوب بن اسحاق کلینی، پیشین، ص ۲۵۰ «فَقَالَ إِذَا صَلَحَ وَ عُرِفَ مِنْهُ أَمْرٌ جَمِيلٌ لَمْ يُقَمْ عَلَيْهِ الْحَدُّ»

^۲ - سیدروح الله موسوی خمینی، پیشین، ص ۴۹۰

خود توانسته جرم سرقت را تقریباً ریشه کن کند» ولو این که به ندرت شرایط اجرا فراهم می شود «غیر متمدن دانست.

۵. در این سال های اخیر گاهای عقلای عالم و متفکرین غیرمسلمان نیز به حمایت از حکم سرقت» قطع دست «اذعان کرده اند، مثل یک فیلسوف آمریکایی با این استدلال که هرگاه دست انسان یکبار با بخاری داغ تماس گرفته و بسوزد، این امر باعث می شود که وی از دست زدن به بخاری برای همیشه خودداری کند، از بریدن یا سوزاندن دست سارق حمایت می کند.^۱

۲-۳-۳- بررسی و نقد شبهه خشونت در مجازات گناهان جنسی «شلاق»

جرائم جنسی مستوجب حد عبارت است از زنا، لواط، مساحقه و قیادت، و مستوجب تعزیر عبارت است از اعمال منافی با عفت کمتر از زنا، ازاله بکارت، آمیزش جنسی با حیوانات و صغار، خودارضایی و خشونت جنسی. این جرائم از مهم ترین جرائمی است که نظم عمومی و اخلاق حسنه را به خطر انداخته و به اصلی ترین کانون جامعه «خانواده» اثر زیان بار می گذارد، عواطف و احساسات عقلای عالم را جریحه دار می کند و چه بسا تا سالیان سال، قربانیانش را در دام بیماری های روحی و روانی سخت گرفتار سازد.

امروزه در کشورهای زیادی مخصوصاً کشورهای غربی از بسیاری انحرافات جنسی که با رضایت طرفین انجام می شود جرم زدایی شده و حساسیت که دارند نسبت به تجاوز به عنف، خشونت جنسی و سوءاستفاده های جنسی است. به عنوان نمونه در نظام حقوقی کامن لا در بحث جرائم جنسی تجاوز به عنف، رابطه جنسی غیرقانونی با اشخاص ناقص العقل، رابطه جنسی با دختران ۱۳ تا ۱۴ سال و...^۲ به چشم می خورد که زیر عنوان جرائم جنسی قرار گرفته اند.

در اسلام انحرافات جنسی هرچند با رضایت دو طرف یا رضایت خود مرتکب انجام شود، جرم شناخته شده و مجازات برای آن مقرر شده است که مجازات مرتکبین بیشتر این جرائم «رجم و سلب حیات،

۱ - حسین میرمحمدصادقی، حقوق کیفری اختصاصی، جرایم علیه اموال و مالکیت، ص ۲۹۹

۲ - رحیم نوبهار، اهداف مجازات ها در جرایم جنسی، ص ۲۹

تبعید « شلاق است که یکی از کیفرهای جسمانی تنبیهی، تهریبی و ترذیلی و حضوری دیرین در شریعت مقدس اسلام، مسیحیت و یهود، حتی جوامع انسانی دارد.^۱

بنابراین اگر فردی مجرد بوده یا چنانچه متأهل است اما هنوز با او زناشویی نکرده، اگر زنا کند او را صد ضربه شلاق می‌زنند.^۲ واگر کمتر از چهار بار، اقرار به زنا، لواط، و مساحقه نماید به سی و یک تا هفتاد و چهار ضربه شلاق محکوم می‌شود « ماده ۲۳۲ ق.م.ا.». دیدگاه غیر مشهور حد لواط کننده را اگر فاعل محصن نباشد صد ضربه شلاق می‌داند.^۳ همین نظر مقام معظم رهبری نیز هست. قانون م.ا. در ماده ۲۳۴ هم از نظر غیر مشهور تبعیت کرده است. در جرائم همجنس‌گرایی انسان مذکر در غیر از لواط و تفخیز از قبیل تقبیل و ملاسمه از روی شهوت سی و یک تا هفتاد و چهار ضربه شلاق تعزیری است « ماده ۲۳۷ ق.م.ا.». اگر زن بالغه و عاقله مرتکب جرم مساحقه شود، مجازات آن صد ضربه شلاق است. این قول مشهور بوده و قانون نیز در ماده ۲۳۸ از این نظر تبعیت کرده است.^۴ ازجمله عناوینی که بر تعرض به عفت عمومی و تلاش برای گسترش فساد و فحشا در جامعه صدق می‌کند قوادی است، مجازات آن بنابر قول مشهور علاوه بر تبعید هفتاد و پنج ضربه شلاق^۵.

امروزه این نوع از مجازات از سیاهه قوانین کیفری از کشورهای زیادی محو شده است، که این نوع از مجازات بدنی را سخت، خشن، مخالف دلیل عقلی و سیره عقلا تلقی می‌کنند و مغایر باکرامت انسانی می‌دانند.

۱ - سوره نور آیه ۲ و ۳ « الزَّانِي لَا يَنْكِحُ إِلَّا زَانِيَةً أَوْ مُشْرِكَةً وَالزَّانِيَةُ لَا يَنْكِحُهَا إِلَّا زَانٍ أَوْ مُشْرِكٌ وَحُرْمُ ذَلِكَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ »

۲ - سیدروح الله موسوی خمینی، پیشین، ج ۴ ص ۱۸۹، ترجمه، محمدبن یعقوب بن اسحاق کلینی، پیشین، ص ۱۷۷، ماده ۲۲۸ ق.م.ا.

۳ - سیدابوالقاسم موسوی خوئی، پیشین، ص ۲۸۰، «هل يقتل غیر المحصن؟ المشهور أنه يقتل، وفيه إشكال، والأظهر عدم القتل ولكنّه یجلد»

۴ - محمدحسن نجفی، پیشین، ج ۴۱ ص ۲۸۷، نعمان بن محمد مغربی، ابن حیون، دعائم الإسلام، ۲ ص ۴۵۶ «السَّخْقُ فِي النِّسَاءِ

كَاللَّوَاطِ فِي الرِّجَالِ وَلَكِنْ فِيهِ جَلْدٌ مِائَةً لِأَنَّهُ لَيْسَ فِيهِ إِبْلَاجٌ»

۵ - سیدروح الله موسوی خمینی، پیشین، ص ۲۰۳ و « ماده ۲۳۴ ق.م.ا. »

کیفر «تازیانه» در قوانین کیفری بسیاری از کشورهای اسلامی و در قانون جزایی جمهوری اسلامی ایران در قالب مجازات‌های حدی و تعزیری پیش‌بینی شده است. نقدها و شبهاتی بر مجازات شلاق وارد شده است که قابلیت بررسی و نقد دارد.

در این گفتار ابتدا شبهاتی وارده بر کیفر شلاق و در ادامه نقد شبهات با توجه به دلیل عقلی و بنای عقلا بررسی خواهد شد تا روشن گردد این نوع از کیفر مطابق با ادله عقلی و بنای عقلا است و این شبهات توهمی بیش نیست.

۲-۳-۱- بیان شبهات «شلاق، خلاف کرامت و معیارهای بشردوستانه»

۱. این نوع از مجازات خلاف اصول کرامت و حقوق انسانی بوده و جنبه تحقیرکنندگی دارد.
۲. نه تنها نقش بازدارندگی و اصلاحی، تربیتی ندارد بلکه موجب ترویج و تشییع خشونت می‌شود. اگر هدف اصلاح و تربیت مجرم است نباید با آزار بدنی که واکنش بیشتر بزهکاران را ایجاد می‌کند او را سرشکسته و تحقیر کرد و حس انتقام او را بیدار ساخت لذا خوب است از مجازات‌های دیگر از جمله حبس‌های کوتاه‌مدت به جای شلاق استفاده شود.^۱
۳. دوران کیفرهای سخت و خشن به پایان رسیده است. وقتی سیره عقلا و طبیعت مردمان به تمدن و ملایمت می‌گراید، نیازی به کیفرهای سخت و خشن «مانند تازیانه و شلاق» نیست، در این حالت اهداف مجازات با کیفرهای آرام و ملایم هم برآورده می‌شود. لذا این مجازات با معیارهای بشردوستانه در تعارض است.^۲

وجه مشترک این ایرادات این است که کیفر باید متوجه روح و جان مجرم باشد نه بدن آنان؛ میشل فوکو در این باره می‌گوید «اگر از نظریه پردازان که از حدود سال ۱۷۶۰ م دوره‌ای را آغاز کرده‌اند که هنوز به پایان نرسیده است، سؤال شود که کیفر بر چه چیز چنگ می‌اندازد؟ پاسخ آنان این است که کیفر را باید

^۱ - رضانوربها، پیشین، ص ۳۷۰

^۲ - سزاربکاریا، رساله جرایم و مجازات‌ها، ترجمه دکتر محمد علی اردبیلی ص ۸۰

متوجه روح و جان بزه‌کار ساخت، باید به‌جای کفاره‌ای که بر بدن وارد می‌آید، مجازاتی بنشیند که بر اعماق قلب و اندیشه و اراده و امیال تأثیر بگذارد^۱.

نتیجه این‌که در اسلام برای جرائم جنسی مجازات شدیدی تعیین نموده است و سفارش شده دلسوزی نشود و علنی بودن آن در برخی از جرائم «مثل زنا» الزامی و یا مورد تأکید شارع مقدس است^۲.

سؤال این است که این اصرار شارع مقدس بر اجرای کیفر تازیانه در جرائم جنسی با بنای عقلا و معیارهای بشردوستانه که بر اصول کرامت و حقوق انسانی تأکید داشته و با تحقیر انسان شدیداً مخالف می‌کنند در تعارض نیست؟ آیا این کیفر علاوه بر این‌که موجب اصلاح مجرم است موجب ترویج و تشیع خشونت در جامعه نمی‌شود و در مرتکب جرم حس انتقام‌جویی را بیدار نمی‌کند؟

اگر پاسخ مثبت باشد خوب است که از مجازات‌های جایگزین مثل حبس یا جزای نقدی یا هر مجازاتی غیر از تنبیه بدنی استفاده کرد چنانکه بسیاری از کشورها چنین کرده‌اند. در قوانین جزایی ایران نیز سابقه دارد که قانون مجازات لغو شلاق «مصوب ۱۳۴۴» موارد خاص و نادر مجازات مذکور را از قوانین کیفری آن زمان حذف کرد، ولی اصلاحات مجازات عمومی «مصوب خرداد ۱۳۵۲» یک‌بار برای ابد قلم بطلان بر این مجازات کشید^۳. ولی اگر پاسخ منفی است چه دلایل و توجیهاتی را می‌توان ارائه کرد که مورد قبول عقلای عالم و مطابق معیارهای بشردوستانه باشد.

۲-۳-۲- نقد عقلایی شبهه

در پاسخ شبهات وارده بر مجازات شلاق می‌توان ادعا کرد که این نوع از مجازات مخالف کرامت انسانی و تحقیرکننده نبوده و موجب ترویج و تشیع خشونت نخواهد شد در عین این‌که جنبه اصلاح و تربیت مجرم را دارد. همین‌طور این مجازات با سیره عقلا و معیارهای بشردوستانه در تعارض نیست. لذا در پاسخ از شبهات وارده می‌گوییم:

^۱ - میشل فوگو، مراقبت و تنبیه، تولد زندان، ص ۲۷

^۲ - سوره نور آیه ۲ و محمد بن یعقوب بن اسحاق کلینی، پیشین، (ط - دارالحديث) ج ۱۴ ص ۴۹ «یامعشر المسلمین، أخرجوا لیقام علی هذا الرجل الحة»

^۳ - محمدعلی اردبیلی، پیشین، ص ۸۲

الف: «وجود شلاق در جوامع قبل از اسلام»

همان پاسخی است که در باب نقد شبهات بر جرائم مالی گذشت. با این بیان که در پاره‌ای از جوامع پیش از اسلام، این نوع از مجازات «شلاق» وجود داشته و خیلی شدیدتر و هولناک‌تر بوده است. حتی مجریانی که رأفت و عطوفت نسبت به مجرمین داشتند مجازات شدیدی نسبت به آنان اعمال می‌شد.^۱ در کشورهای زیادی کیفر تازیانه برای تخلفات و جرائم کوچک بوده و برای بسیاری جرائم مجازات مرگ تعیین شده بود، که می‌توان به جوامع ژاپن در دوران امپراطور شوמו «۷۲۴-۷۵۶» اشاره کرد که مقرر کرده بودند مجرم را آنقدر تازیانه بزنند تا به هلاکت برسد.^۲ یا برخی از جرائم جنسی مثل هتک ناموس، لواط، استمنا یا نشستن با کنیزکان شاه در دوران هخامنشیان^۳ که از جهات چند این دوران به‌عنوان دوران افتخار ایران مطرح می‌شود «کیفر مرگ داشته است»^۴.

در حقوق یهود و مسیحیت مجازات شلاق وجود داشته و علمای یهود در تلمود به شرح و تفصیل آن پرداخته‌اند؛ جرائم مستوجب تازیانه، انواع، چگونگی اجرا و شرایط مأمور اجرا را بیان کرده‌اند مثلاً نقض آشکار یکی از نواهی تورات یا قسم خوردن به نام خدا یا نام خدا را به باطل بردن موجب شلاق مقرر کرده است. یا خلوت کردن زن و مرد باهم را موجب تازیانه می‌دانند، در تازیانه‌های تنبیهی صرف اتهام برای مجازات کافی نیست بلکه حداقل یک شاهد بر آن گواهی دهد و یا شیاع عمومی داشته باشد.^۵

لذا این مجازات همانند مجازات‌های دیگر از قبیل اعدام، قطع دست و پا و تبعید در متون دین اسلام تأسیسی نیست و شارع مقدس آن را ابداع نکرده است تا حکم اسلام مورد نقد قرار بگیرد. آنچه در نظام کیفری اسلام صورت گرفته این است که این نوع از مجازات پس از تعدیل و ضابطه‌مندی و تأکید بر مراعات اصول انسانی که مخالف کرامت انسانی و موجب تحقیر محکومین نشود، اجرا شود. از قبیل ممنوعیت اعمال مجازات شلاق بر زنان باردار یا عدم اجرای مجازات در ایام حیض و استحاضه^۶ ماده ۵۰۱ قانون آیین دادرسی کیفری^۷، ممنوعیت مجازات شلاق در هوای غیر معتدل^۸ ماده ۲۹ آیین‌نامه نحوه اجرای

۱ - پرویز صناعی، پیشین، ص ۶۱۵

۲ - محمدابراهیم شمس ناتری، پیشین، ص ۳۱

۳ - همان، ص ۲۴

۴ - حسین سلیمانی، پیشین، ص ۲۹۵

احکام قصاص، رجم..شلاق»، ممنوعیت اعمال مجازات بدنی بر افراد مجنون و بیمار» ماده ۵۰۲ و ۵۰۳ ق.آ.د.ک»، ارائه خدمات درمانی و پزشکی فوری پس از اجرای مجازات‌های بدنی بر محکوم‌علیه» ماده ۲۶ آیین‌نامه نحوه اجرای احکام قصاص، رجم..شلاق»، و ممنوعیت اجرای علنی مجازات بدنی جز در موارد استثنایی که دادگاه خود یا به پیشنهاد دادستان اجرای علنی مجازات را ضروری تشخیص دهد و اجرای علنی را در رأی خود تصریح کند^۱.

به‌عنوان نمونه در مجازات جرائم جنسی تساوی مرد و زن پیش‌بینی شده است ولی در بسیاری از موارد با توجه به طبیعت زن، مجازات سبک‌تر را برای او پیش‌بینی کرده است. مثلاً در مجازات زنای غیر محصن به دلیل مشکلاتی که برای زن پیش می‌آید مجازات تبعید» همراه تازیانه «تجویز نشده باینکه تبعید و تراشیدن موی سر برای مرد زانی وجود دارد^۲. ولی بر اساس قانونی که «اریک» در سال ۵۰۴ میلادی آن را صادر کرد ۳۰۰ تازیانه همراه با تبعید ابدی برای زن زناکار مقرر کرده بود^۳.

گرچه چنانکه قبلاً گذشت اگر مجرم واجد تمام شرایط باشد جهت اجرای مجازات جرائم جنسی، چنین مجرمی خودش کرامت انسانی خود را از بین برده و حیثیتش را دارای لکه نموده که مجازات وی با تازیانه، مخالف کرامت وی نخواهد بود.

ب: « اصل تناسب بین جرم و مجازات»

کیفر تازیانه هماهنگی و تناسب با جرائم جنسی دارد. اصل تناسب بین جرم و مجازات از مهم‌ترین اصول حاکم در وضع مجازات‌ها است که عدالت کیفری را تأمین می‌کند. مطلبی موردقبول همه عقلای عالم که دلیل عقلی نیز مَهر تأیید بر آن می‌زند این است که اصولاً مجازات هر جرمی باید با آن جرم تناسب داشته باشد، هم در نوع انتخاب مجازات و هم در تعیین مقدار مجازات تا بتواند جنبه اصلاحی یا بازدارندگی داشته باشد. در جرائم مالی چون تجاوز به حق یا مصلحت مالی هست، سیاست کیفری اقتضا

^۱ - مجیدمرادی زیر نظر، محمدجواد لاریجانی، کاظم غریب آباد، پیشین، ص ۲۱۵

^۲ - زین الدین بن علی عاملی، شهیدثانی، الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة (المحشی - کلانتر)، ج ۹ ص ۱۱۱ «لا جز علی المرأة، ولا تغریب»

^۳ - رحیم نوبهار، پیشین، ص ۱۳۵ پاورقی

می‌کند که از میان مجازات‌ها به جزای نقدی بیشتر توجه شود؛ زیرا ماهیت این مجازات با ماهیت جرم سازگارتر است. بنابراین تناسب جرم و مجازات از ملاک‌های جرم‌انگاری در سیاست کیفری است.^۱

بر اساس تناسب جرم و مجازات، تازیانه با جرائم جنسی تطابق دارد؛ زیرا انگیزه‌ای که مرتکب را به ارتکاب فحشا از طریق زنا یا لواط یا مساحقه یا هر انحرافات جنسی وامی‌دارد برخورداری از لذت‌های جنسی و کامیابی و نشأت شیرینی است که از این عمل به او دست می‌دهد، از نظر روانشناسی انگیزه‌ای که می‌تواند او را از این لذت‌های شیطانی و زیان بخشی که ادیان، فرهنگ‌ها و تمدن‌های گوناگون بر زشتی این جرائم تأکید دارند بازدارد و جلو ارتکاب این جرائم را بگیرد نقطه مقابل این لذت‌هاست؛ یعنی ایجاد درد و رنج در بدن، این درد و رنج به دنبال صد تازیانه بر همه اعضای او «غیر از سروصورت و عورت» حاصل می‌شود، به این دلیل است که فقها تصریح دارند تازیانه را بر تمام بدن پخش کنند؛ علت این حکم را چنین بیان می‌کنند که مرتکب با تمام بدنش احساس لذت کرده است، اما از تازیانه زدن به سروصورت و عورتین او پرهیز شود؛ زیرا ممکن است موجب نقص یا کشته شدن یا اختلال مشاعر او شود.^۲ چنانچه تازیانه کیفر زنا باشد، حکم می‌کند شلاق را محکم بزنند؛ زیرا بدن زانی زنا را مباشرت کرده و تمام بدن او از زنا لذت برده است، روایات به این دلیل اشاره کرده است.^۳

بنابراین همان بدنی که به خاطر ارضای شهوت در حالت برهنه احساس لذت کرده است باید برهنه شود و با خوردن شلاق به دردی سختی دچار شود تا در او نیروی بازدارنده از گناه پرورش یابد. به نظر می‌آید هیچ کیفری به اندازه تازیانه انگیزه بازدارندگی از این جرائم را در زناکار به وجود نمی‌آورد، مقتضای هماهنگی و تطابق بین جرم و مجازات است که اسلام آن را امضا کرده است.

البته عده‌ای از حقوق‌دانان مزایای دیگری را نیز برای مجازات شلاق برای جرائم جنسی برشمرده‌اند که عقل و سیره عقلا آن را تأیید می‌کند؛ شلاق از نظر اقتصادی کم‌خرج و آسان‌ترین وسیله است با توجه به هزینه سنگین نگهداری در زندان، این مجازات با توجه به روحیه مجرمان خطرناک تأثیر عمده‌ای در

۱ - عباس زراعت، حقوق جزای اختصاصی ۲، جرایم علیه اموال و مالکیت، ص ۱۱

۲ - محمدحسن نجفی، پیشین، ص ۳۶۱

۳ - محمدباقر بن محمدتقی مجلسی، پیشین، ج ۶ ص ۱۰۲ «وَعَلَىٰ صَرْبِ الزَّانِي عَلَىٰ جَسَدِهِ بِأَشَدِّ الصَّرْبِ لِمُبَاشَرَتِهِ الزَّانَا»

جلوگیری از وقوع جرم و اصلاح زندانیان خطرناک دارد، با توجه به این که انسان علاقه و حساسیت زیادی به حفظ حیثیت، شرف و انسانیت خود دارد فکر این مجازات باعث می شود که از ارتکاب این گناهان خودداری کند، علاوه بر رنج و تعب ناشی از ضربات شلاق^۱.

ج: «شلاق، طرق اثبات و توجه به اثرات زیانبار جرائم»

کسانی که نسبت به کیفر شلاق اشکال نموده اند تمام ابعاد و جوانب این جرائم را در نظر نگرفته اند. ابعادی از قبیل اثرات زیانبار جرائم جنسی برای جامعه، شرایط، قیود و طرق اثبات جرائم جنسی و اصولی که باید بدان توجه نمود.

اما نسبت به بُعد زیانبار این جرائم این مطلب باید توجه شود که آیا صد ضربه شلاق نسبت به جرم قوادی که اثرات زیانباری در جامعه دارد مخالف کرامت انسانی بوده یا سخت و خشن است؟ فرق است میان مجرمی که خود مرتکب یکی از جرائم علیه عفت می شود، سعی می کند مخفیانه و به دور از انتظار صورت بگیرد با کسی که برای کشاندن دیگران به فساد جنسی تلاش می کند به ویژه این که امروزه عناوینی مانند قوادی، پدیده ای پیچیده است که عنصر مادی آن را نمی توان محدود ساخت به آن معنایی که در دوران گذشته داشت.

بخش گسترده از رسانه های جهان و شرکت ها در قالب های گوناگون از قبیل مجلات و فیلم ها .. زمینه هزاران گردهمایی نامشروع را فراهم می کنند «اتفاقاً واژه قواد صیغه مبالغه بوده و مفهوم آن این است کسی که کار قیادت و رهبری را زیاد انجام می دهد». بزهکاران جرم قوادی با دایر کردن اماکن فساد و گسترش فاحشه، جامعه را به تباه و نابودی و فساد می کشند. لذا عقلای عالم هفتادوپنج ضربه تازیانه را برای عامل یا عوامل و طرحان اصلی این جرم زیانبار، مخالف کرامت انسانی ندانسته و اجرای این کیفر را ترویج خشونت حساب نمی کنند. همین بیان را می توان نسبت به آثار منفی بقیه جرائم جنسی هم تصور کرد.

^۱ - هوشنگ شامیاتی، پیشین، ج ۳ ص ۹۲

از یک طرف می‌توان قیادت را جزء جرائم تعزیری دانست تا دست قاضی برای اثبات جرم و تعیین مجازات‌های بازدارنده و متناسب برای رویارویی با تبه‌کاران سودجو و حرفه‌ای که به قوادی در سطح گسترده می‌پردازند، باز گذاشت. البته این مسئله و این عقیده نیاز به بحث و بررسی نیاز دارد که از حوصله این گفتار خارج است.

اما نسبت به ابعاد شرایط، قیود، طرق اثبات و اهداف جرائم جنسی، این نکته مهم است که اسلام در وضع مجازات حدی، تعزیری از روش سهل و ممتنع پیروی کرده است. این مطلب قابل دقت است که قوانین کیفری اسلام، درست است که به ظاهر سخت و شدید هستند اما در مقابل راه اثبات جرم به این آسانی نیست و برای آن شرایطی معین شده که در اکثر موارد تا جرم آشکارا صورت نگیرد آن شرایط حاصل نمی‌شود.

برای اثبات جرائم جنسی حدی تعداد اقرار مرتکب این جرائم، تعداد شهود به چهار نفر به قدری سنگین است که فقط افراد خاصی ممکن است مجرم شناخته شوند، نسبت به شهادت شهود به اندازه کافی سخت‌گیری شده است، رؤیت آمیزش جنسی، عدم قناعت به قرائن و هماهنگی در شهادت حتی با استناد به این که مرتکبان زنا یا لواط یا مساحقه در مکان خلوت یا اتاق در بسته و یا زیر یک پوشش بوده‌اند، جرم اثبات نمی‌شود. و نیز حد قذف برای شهود با فقدان شرایط شهادت، اثبات جرم را سخت‌تر می‌کند.

لسان روایات تعزیرات «و حدود» دلالت می‌کنند که هدف مهم شارع از تشریع آن‌ها اصلاح فرد و جامعه، تأدیب و تربیت افراد خاطی و مجرم است و چون تشریع آن‌ها برخلاف اصل اولی تسلط هر انسانی بر خود است، باید به قدر متیقن که مورد اذن قطعی شارع است اکتفا نمود و آن مواردی است که تعزیر کمتر موجب هتک وی گردد. اگر نوع تعزیر یا شکل اجرای آن موجب هتک کرامت انسانی و در تعارض با مبانی و ارزش‌های پذیرفته‌شده اخلاقی در یک جامعه باشد دلیلی بر جواز تعزیر وجود ندارد. مضافاً بر این که تعزیر برای رعایت مصالح فرد و جامعه و حفظ حقوق الهی و مردمی است و هتک حرمت و کرامت انسانی از اموری است که مبعوض و منهی عنه شارع است، چگونه با امری که مبعوض شارع است حرمت احکام شریعت و حقوق الهی و مردمی حفظ می‌گردد؟.

اما توجه به اصول، مانند اصل سقوط کیفر شلاق با توبه یا عفو مرتکب این جرائم در نظام کیفری اسلام، اصل منع جرم انگاری، اصل ترجیح خطاپوشی در جرائم جنسی مانند عدم جواز تجسس برای کشف انحرافات اخلاقی پنهانی^۱. چنانکه صاحب جواهر به این اصل اشاره می‌کند در توجیه تفاوت در تعداد شهود در قتل که دو شاهد کافی بوده ولی در جرائم مثل زنا و لواط و مساحقه چهار شاهد لازم است، می‌فرماید «شارع می‌خواهد تا آنجا که ممکن است این‌گونه کارها مستور و پوشیده باشد و افراد به آسانی هتک نشوند^۲». در حقوق هم با توجه به این اصل، انجام هرگونه تعقیب و تحقیق در جرائم منافی عفت از سوی مقامات قضایی داسراً ممنوع شمرده و پرسش از هیچ فردی در این خصوص مجاز نیست مگر در موردی که جرم در مرئی و منظر عام واقع شود یا دارای شاکی باشد که تعقیب و تحقیق فقط در محدوده شکایت و یا اوضاع و احوال مشهود توسط قاضی دادگاه انجام می‌شود و ضابطان دادگستری با محدودیت‌هایی مواجه می‌باشند^۳.

این اصول و اصول دیگر «اصل دفع حدود به شبهات» این مطلب را بیان می‌کند که از دیدگاه اسلام، اجرای مجازات موضوعیت ندارد و اگر آن اهداف که مورد نظر است در اجرای کیفر از راه دیگر تحقق پیدا کند اصراری بر اجرای مجازات نیست.

د: اجرای یا عدم اجرای کیفر با توجه به اوضاع و احوال

این‌که کیفر تازیانه در نظام جزایی اسلام هست معنایش این نیست که با تحقق جرائم جنسی حاکم و قاضی موظف است در هر اوضاع و احوالی حکم را اجرا کند بلکه حاکمیت اسلامی باید پیامدهای سیاسی، بازتابهای فرهنگی و اجتماعی مجازات‌ها را بررسی کند و با لحاظ اوضاع و احوال و رعایت صلاح فرد مجرم، صلاح اسلام و مسلمین حکم را اجرا می‌کند، مثلاً اگر اجرای حد شلاق به‌طور علنی بر زنی مستور که مرتکب زنا شده نه تنها باعث بازدارندگی و اصلاح او نمی‌شود بلکه باعث شناخته شدن وی می‌شود که در معرض تعرض افراد شرور قرار می‌گیرد در چنین مواردی حکم شده است به لزوم اجرای مجازات به‌طور

۱ - محمدباقر بن محمدتقی مجلسی، پیشین، ج ۹۷ ص ۷۵

۲ - محمدحسن نجفی، پیشین، ص ۱۵۴، «قد یقال: إن حکمته طلب الستر مهما أمکن»

۳ - مجیدمرادی زیر نظر محمد جواد لاریجانی، کاظم غریب آباد، پیشین، ص ۷۱

پنهانی ولی اگر در مورد دیگر اجرای علنی مجازات ضروری تشخیص داده شود حکم کیفر علنی اجرا می‌شود.^۱ یا اگر اطمینان داریم اجرای تازیانه موجب مرگ مجرم می‌شود معقول نیست که بگوییم شارع همچنان خواهان اجرای شلاق است درحالی‌که شارع مقدس راضی به قتل چنین مجرمی راضی نبوده و در این مورد هم شلاق به صلاح فرد نیست.

یا در مواردی که اجرای کیفر «مثل شلاق» با کیفیت ویژه آن در منطقه خاص یا در همه مناطق یا در برهه از زمان، تنفیر از دین را در پی داشته و مایه بیزاری مردم از دین یا وهن دین شود، و در نتیجه تضعیف اساس دین گردد، چون به صلاح نیست باید از اجرای مجازات خودداری کرد. البته فقه شیعی چون کمتر در معرض اجرا بوده‌اند فقیهان متقدم و متأخر این مسئله را عنوان ننموده‌اند ولی گاه اشاراتی به این بحث داشته‌اند مثلاً بر اجرای شلاق به عنوان کیفر زنا، کسانی که مجازات شدن مجرم را مشاهده می‌کنند باید مؤمن باشند؛ چنین دلیل آورده‌اند «اگر غیر مسلمان شاهد اجرا حد باشند چه بسا مانع گرویدن آنان به اسلام شود»^۲. بنابراین در مواردی که با اجرای حد نه تنها اهداف موردنظر تحقق پیدا نکند بلکه نتیجه عکس حاصل شود مثل موارد مذکور، اسلام در این موارد اصراری بر اجرای مجازات ندارد.

یا روایات و تصریح فقها مبنی بر این‌که در سرزمین غیرمسلمان حد جاری نمی‌شود؛ زیرا این نگرانی وجود دارد که مجرم پس از حد خوردن تازیانه به دشمن ملحق شود.^۳ در این مسئله حتی قاعده‌ای است بنام «قاعده ناروا بودن اقامه حد در دارالکفر»^۴، برخی اجرای حد را مطلقاً در سرزمین دشمن حرام می‌دانند.^۵ اما بزرگانی مثل شرایع و مبانی تکمله حرمت اقامه حد در سرزمین دشمن را به خوف پیوستن مشروط می‌کنند.^۶

۱ - همان، ص ۲۱۷

۲ - فاضل مقداد، کنزالعرفان فی فقه القرآن، ج ۲ ص ۲۱۸، به نقل از رحیم نوبهار، پیشین، ص ۳۳۶

۳ - محمدحسن نجفی، پیشین، ص ۳۴۴ «لا یقام ایضاً فی أرض العدو مخافة الالتحاق» و حسینعلی منتظری، رساله استفتائات ج ۲ ص ۵۱۰

۴ - احمدحاجی ده آبادی، پیشین، ص ۲۴۷

۵ - سیداحمد بن یوسف خوانساری، جامع المدارک فی شرح مختصر النافع، ج ۷ ص ۴۴

۶ - سیدابوالقاسم موسوی خوئی، پیشین، ج ۴۱ ص ۲۶۳ «إذا خیف أن تأخذ الحمیة و یلحق بالعدو»

باتوجه به مباحث فصل سوم نسبت به مجازاتی که در نظام جزایی اسلام مقرر شده است نکات ذیل را می‌توان به دست آورد.

اولاً بسیاری آن مجازات‌ها در میان عقلای عالم بماهو عقلا فارغ از هرگونه رسوم و نژاد و.. وجود داشته است که اسلام با قانونمند کردن آن مجازات‌ها آن‌ها را امضا نموده است.

ثانیاً هدف اسلام اجرای آن مجازات‌ها نبوده است آنچه مدنظر است جنبه بازدارندگی آن است.

ثالثاً شرایط و احکام موجود در تحقق جرائم و اجرای مجازات هیچ‌گونه تعارضی با عقل و سیره و روش عقلای عالم ندارد؛ زیرا که دین مقدس اسلام علاوه بر اینکه در شیوه قانون‌گذاری ازجمله قانون‌گذاری جزایی مصالح واقعی بشریت را معیار و ملاک قرار داده، احکام و دستورات عالی خود را مطابق فطرت و نیازهای ذاتی انسان‌ها پیاده نموده است و یکی از ویژگی‌های فطری انسان‌ها و عقلای عالم این است که در مقابل تهدید و تجاوز مخصوصاً جنایات نمی‌تواند بی‌تفاوت باشد، شارع مقدس با آشنایی کامل این خصیصه انسانی قانون کیفر در حدود، قصاص، تعزیرات و دیات را مقرر کرده است.

رابعاً شبهاتی که وارد شده است یا با عدم اطلاع کافی از حقیقت نظام جزایی اسلام ولی صادقانه یا اگر اطلاع کافی داشته‌اند به خاطر سوءنیت و مغرضانه بوده است.

نتیجه‌گیری کلی تحقیق

با توجه به آراء و نزاع‌های فقها درباره عقل و بنای عقلا سخن گفتن در مورد کارکرد و تأثیر عقل و بنای عقلا مخصوصاً ادراکات عقلی دچار نوع تضاد و بی‌سامانی به نظر می‌رسد؛ کسانی مانند «اشاعره» و «اصحاب حدیث» در اهل سنت و اخباری‌ها در شیعه به شدت به متون دینی وابسته بوده و به سختی با عقل و ادراکات عقلی مخالفت کرده‌اند و ادراکات عقلی را حتی اگر یقین آور هم باشد، و بر اساس مقدمات عقلی، به احکام شرعی برسانند، دارای ارزش ندانسته و آن را برای اثبات احکام شرعی دارای اعتبار نمی‌دانند. اینان به روایاتی تمسک کرده‌اند که عقل را مورد سخت‌ترین حملات قرار داده‌اند و از استناد به عقل در استنباط نهی کرده است «ان الدین لا یصاب بالعقول».

از سوی دیگر اولاً نقش مهمی که عقل در فهم و استنباط احکام دارد. ثانیاً با توجه به آیات شریفه و سنت متواتر و سخنان فقها و خردمندان عالم در تمجید عقل و بنای عقلا و تحلیلات عقلی ما اجازه نداریم که در راستای کشف حقیقت و تعمق در فهم امور از جمله مباحث جزایی و کیفری نسبت به عقل و سیره عقلا بی‌اعتنا باشیم.

در قرآن واژه تفکر و لب که مستقیماً به اعتبار عقل ارتباط دارد بارها تکرار شده است، ۴۸ مرتبه عقل، ۱۸ مرتبه تفکر ۱۶ مرتبه اولوالالباب تکرار شده آن‌هم به گونه‌ای که اگر کسی از تعقل و تفکر سرپیچی کند در قرآن کریم به شدت نکوهش شده است، به‌خصوص با بررسی روایات وارده در باب عقل و نیز آراء و اقوال فقها و حقوق‌دانان و تحلیل و استدلال آنان به عقل این نتیجه به دست می‌آید که فی‌الجمله ارزش و حجیت و سندیت عقل مورد اتفاق است.

فقها و اندیشمندان دینی «شیعه و سنی» باینکه پابند به کتاب و سنت بوده و این دو را جزء منابع درجه‌یک می‌دانند، اما برای عقل نیز جایگاه والایی را قائل‌اند به گونه‌ای که اعتبار عقل در فهم متون دینی و اثبات حجیت آنان و تطبیق نصوص بر فروع را انکار نکرده و حجیت عقل را یکی از پایه‌های شناخت احکام شرعی مطرح می‌کنند.

به عنوان مثال در اصول فقه زیربنا و پایه فقه قاعده‌ای است بنام «کل ماحکم به العقل حکم به الشرع و کل ماحکم به الشرع حکم به العقل» که حاکی از رابطه ناگسستنی بین حکم شرع و عقل است که خداوند دو راهبر قاطع برای انسان قرار داده است یکی آشکار بنام پیامبران و امامان و دیگری راهبر باطنی بنام عقل.

درواقع این قاعده خود مرکب از دو قاعده است. مفادش قاعده اول این است: هرآن چه را عقل درک کند شرع نیز آن را می‌پذیرد؛ منظور از «کل ماحکم به العقل» در قاعده اول «کل ما ادرك العقل» است؛ زیرا وظیفه عقل کشف و درک اراده الهی و قوانین است و مقام حاکمیت را ندارد. به عبارت دیگر مراد از حکم عقل یعنی جزم عقل به ثبوت یا عدم ثبوت چیزی برای چیزی؛ با این توضیح که عقل مثلاً دفاع از جان، ناموس و مال را لازم می‌شمارد و جزم دارد که این حکم را شرع هم لازم می‌داند. یا اگر عقل کاری را بد و زیان‌آور ببیند مثل تجاوز به جان و مال و حقوق دیگران شرع هم آن را منع و حرام می‌شمارد^۱.

مفادش قاعده دوم این است: هرآنچه را شرع حکم کند عقل نیز آن را تأیید می‌کند. با این تحلیل که درست است در بسیاری از موارد شرع احکامی دارد که عقل را در آن راهی نیست مثل عبادات «شرع کیفیات و شرایط خاصی را پیش‌بینی کرده است»، ولی اگر فرض کنیم دید عقل کامل بود و به مصالح و مفاسدی که شرع می‌بیند وقوف و اطلاع می‌یافت، عقل نیز مانند شرع حکم می‌کرد یا حکم آن را تأیید می‌کرد چنانچه در بسیاری از موارد عقل می‌تواند جهات مصلحت و مفسده کارها را تشخیص داده و در نتیجه آنچه را شرع حکم کرده، تأیید کند مثل باب جرائم جنسی از قبیل زنا، لواط و زنا و لواط.

عقل علت جرائم دانستن جرائم جنسی را در شرع ارتکاب را تأیید کرده و زیان‌های فردی، اجتماعی و خانوادگی فراوان این گناهان را درک می‌کند که جرم دانستن این‌گونه از اعمال به دلیل حفظ نسب و جلوگیری از اختلاط نسل است؛ باز شدن راه زنا، لواط و دیگر جرائم جنسی سبب می‌شود که روزه‌روز میل و رغبت افراد به ازدواج کمتر می‌شود و از سویی دیگر مجرم برای این که به هدف نامشروع و ارضای هوس خود دست یابد مرتکب جرائم دیگر از قبیل ارباب، تهمت، سرقت و.. حتی مرتکب قتل و سقط جنین می‌شود. که نتیجه آن از بین رفتن نسل بشر و برهم خوردن نظم و تدبیر جامعه و نابودی دنیا خواهد بود.

۱ - ر ک سعیدقماش، پیشین، ص ۱۲۲

همین‌طور عقل حکمت جرم، تعیین مجازات متناسب و شرایط متعددی که در جرائم مالی وجود دارد از قبیل کلاهبرداری، خیانت‌درامانت و سرقت را درک کرده شرایط و احکام که در فقه و حقوق پیش‌بینی شده است و اجرای کیفر را که شارع تعیین کرده است، تأیید می‌کند چنانچه ادله عقلی آن مفصل بیان شد.

به‌هر حال این‌که در باب قصاص و جنایات قرآن کریم اولوالباب را مورد خطاب قرار داده صریح است در این‌که رابطه احکام جزایی «مثل قصاص» با مصلحت و مفسده را عقل خردمندان می‌تواند بفهمد و درک کند، با این مقدمات عقلی که تشریح قصاص اولاً برای ردع و منع ارتکاب از قتل است، ثانیاً پیامد ردع از قتل با تعیین کیفر، امتناع از قتل است؛ جانی وقتی به فکر مجازات قصاص بیفتد از ارتکاب جنایت خودداری خواهد کرد. نتیجه دو مقدمه عدم وقوع جنایت است، وقتی جنایت واقع نشود این همان حیات است که قرآن مجید با کلام زیبا و جمله کوتاه بیان کرده است «ای خردمندان، قصاص برای شما مایه حیات و زندگی است»^۱.

این نکته مخفی نماند که اشاعره مسئله تبعیت را انکار می‌کنند و عقیده دارند که ضرورتی ندارد که بگوییم اوامر و نواهی خداوند تابع مصالح و مفاسد است^۲. در مقابل به اعتقاد فقهای امامیه تشخیص مصالح و مفاسد به‌وسیله عقل در صورتی است که با کمک از نص باشد یعنی هرگاه مواردی از مصلحت و مفسده برخوردار باشد امر یا نهی از ناحیه شارع مقدس به آن تعلق می‌گیرد. بنابراین نمی‌توان اندیشه تبعیت مطلق را به امامیه نسبت داد^۳ به‌گونه‌ای که معیار همه‌چیز را عقل بشمارد و تفسیر همه‌چیز را از عقل بخواهد، چنانچه قائلان به قیاس و استحسان و استصلاح معتقدند که عقل به‌تنهایی و بدون کمک از نص توان تشخیص را دارد^۴. از همین‌جاست که راه موافقان و مخالفان قیاس و متفرعات آن «استحسان و استصلاح» از هم جدا می‌شود. آنچه بیان شد نتیجه و دورنمایی از تأثیر عقل در فقه و حقوق کیفری بود.

۱ - سوره بقره، آیه ۱۷۹

۲ - ابوالقاسم علی دوست، پیشین ص ۱۰۲

۳ - همان ص ۱۰۶

۴ - ابوالحسن محمدی، پیشین ص ۱۴۶

اما سیره و بناء عقلا نیز نقش مهم و تأثیر بارزشی در مباحث جزایی دارد به گونه‌ای که اهمتامی که بنای عقلا در فقه و حقوق کیفری دارد، می‌توان آن را به عنوان پنجمین منبع دانست. با این توضیح و تحلیل که گرایش‌هایی که عقلای عالم دارد جهت انگیزه حفظ و صیانت مصالح عمومی و نظام دوام و بقای اجتماعی و کرامت انسانی، این گرایش‌ها و سیره‌ها مورد تأیید و قبول شارع تلقی شده است مانند بنای عقلا بر اصل فردی سازی مجازات، اصل انسانی کردن مجازات، اصل شخصی کردن مجازات‌ها و اصل عدالت در حوزه کیفری که نمونه‌های فراوانی از این گرایش‌ها مورد توجه دانشمندان حقوق که در واقع عقلای علم حقوق هستند قرار گرفته و در حقوق کشورهای مختلف «مثل ایتالیا، روسیه و...» این اصول پیش‌بینی شده است.^۱

به عنوان مثال از آثار اصل فردی سازی مجازات، تشکیل پرونده شخصیت است که شبیه آن در فقه جزایی بنام مجازات‌های تعزیری موجود است. تعیین نوع و میزان کیفر توسط قاضی بوده و تعزیرات با توجه به شرایط و خصوصیات جسمی و روانی بزهکار و شرایط و اوضاع و احوال وقوع جرم از انعطاف بیشتری برخوردار است.

یا اصل کیفر زدایی که یک سیاست عام و جنبش گونه‌ای است که عقلای علم حقوق به عنوان کاهش یا سقوط کیفر در مقررات کیفری توجه به این اصل دارند مثل بکاریا، بتتام، که آغازگر کیفر زدایی قلمداد شده است و گراماتیکا بیشترین تأثیر را در گسترش کیفر زدایی داشته است.^۲ در فقه و حقوق کیفری اسلام، قرن‌ها قبل توجه ویژه‌ای به این اصل شده است. دلیل بر این ادعا وجود ارکان و شرایطی است که شریعت مطهره جهت تحقق و اثبات کیفر جرائم مقرر کرده است، مثل تعدد شهود و اقرار برای ثبوت حد زنا یا لواط و بقیه جرائم جنسی، احکام و شرایط متعدد ثبوت سرقت حدی «ق.م.ا. ماده ۲۶۷»، یا احکام و شرایط ثبوت قصاص.^۳ از بررسی این مباحث در فقه و حقوق کیفری اسلامی برای محقق روشن می‌شود که شریعت اسلام اصراری بر اجرای مجازات ندارد و هدف همان کیفر زدایی است.

۱ - پرویز صانعی، پیشین، ص ۷۵۸

۲ - ولی اله صادقی، کیفر زدایی در ایران، نظریه و رویه، ص ۷۹

۳ - سید ابوالقاسم موسوی خوئی، پیشین، ج ۴۲ ص ۳۹

از سوی دیگر اهمیت بنای عقلا در کیفرهای امضایی آشکار می‌شود. با این بیان که در جوامع قبل از اسلام مجازات‌هایی از قبیل سالب حیات، قطع دست‌وپا، تازیانه و دیگر کیفرها وجود داشته که چه‌بسا شدیدتر و هولناک‌تر و بدون هیچگونه ضابطه و قانونی اجرا می‌شده است.^۱ نظام کیفری اسلام با توجه خاصی که به اصول و کرامت انسان دارد این نوع از مجازات‌ها را پس از تعدیل و ضابطه‌مندی با قیود و شروطی امضا کرده و به کار بسته است.

در خاتمه این تحقیق پیشنهاد این‌جانب این است که توجه به چند نکته در حوزه مباحث جزایی در فقه و حقوق و ارتباط آن با تأثیر عقل و بنای عقلا شایسته خواهد بود.

۱- همان‌طوری که کتاب و سنت نقش و تأثیر عمده و اساسی در حوزه مباحث جزایی در شریعت اسلام داشته و جزء منابع اصیل به شمار می‌آیند جایگاه رفیع عقل و بنای عقلا را در این حوزه نمی‌توان انکار کرد. لذا محقق باید در کنار آیات و روایات از دلیل عقل و بنای عقلا غافل نشود.

۲- در بسیار از تحقیقات و نوشته‌های مربوط به مباحث جزایی باینکه از تحلیل و استدلال عقلی بهره برده‌اند ولی از دلیل عقل یا بنای عقلا با عنوان مستقل نام‌برده نشده است.

۳- در استفاده از عقل و بنای عقلا در امور کیفری باید از افراط و تفریط پرهیز کرد. نمی‌توان نگاه عقلایی را کلاً نادیده گرفت و جمود بر متون دینی بود و نمی‌توان عقل و بنای عقلا را علت تامه دانست به گونه‌ای که نظر به متون دین نداشت.

۴- مخالفان و معاندان شریعت که احیاناً دوستان ناآگاه شریعت هم با آنان هماهنگ هستند با تبلیغات فریبنده، با وارد کردن شبهات، نظام کیفری اسلام را خشن، غیر عقلایی و عدم انطباق با زمان جلوه می‌دهند، وظیفه هر محقق است با بهره از استدلال و تحلیل که مطابق عقل و سیره عقلا باشد از آثار سوء این تبلیغات بکاهند.

^۱ - محمدابراهیم شمس ناتری، پیشین، ص ۲۴ و ۳۱

منابع

قرآن کریم

نهج البلاغه

منابع عربی

۱. - البستانی، المعلم بطرس، محیط المحيط، بیتا، کتابخانه آستان قدس رضوی.
۲. ابن أبی الحدید، عبدالحمید بن هبه الله شرح نهج البلاغه لابن أبی الحدید، محقق / مصحح: ابراهیم، محمد ابوالفضل، تعداد جلد: ۱۰ ناشر: مکتبه آیه الله المرعشی النجفی، مکان چاپ: قم، سال چاپ: ۱۴۰۴ ق، نوبت چاپ: اول
۳. ابن حیون، نعمان بن محمد مغربی، دعائم الإسلام، محقق / مصحح: فیضی، آصف، تعداد جلد: ۲، ناشر: مؤسسه آل البيت علیهم السلام، مکان چاپ: قم، سال چاپ: ۱۳۸۵ ق، نوبت چاپ: دوم
۴. ابن منظور، محمد بن مکرم، لسان العرب، محقق / مصحح: میردامادی، جمال الدین، تعداد جلد: ۱۵، ناشر: دار الفکر للطباعة و النشر و التوزیع - دار صادر، مکان چاپ: بیروت، سال چاپ: ۱۴۱۴ ق، نوبت چاپ: سوم
۵. أبو محمد موفق الدین، عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المغنی لابن قدامة، (المتوفی: ۶۲۰هـ) الناشر: مکتبه القاهرة، الطبعة: بدون طبعه، عدد الأجزاء: ۱۰، تاریخ النشر: ۱۳۸۸هـ - ۱۹۶۸م
۶. ابوالبرکات، الشرح الكبير، ۴ جلد، فقه مالکی، ناشر: دالاحیاء الکتب العربیه
۷. آخوند خراسانی، ملا محمد کاظم (۱۲۵۵ - ۱۳۲۹ هجری قمری) کفایه الاصول ناشر: مؤسسه آل البيت «ع» نوبت چاپ: اول سال انتشار: ۱۴۰۹ هجری قمری قطع: وزیری تعداد جلد: یک جلد

۸. اصفهانی، فاضل هندی، محمد بن حسن، کشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، قطع: وزیری، تعداد جلد: ۱۱، ناشر: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، تاریخ نشر: ۱۴۱۶ هـ ق نوبت چاپ: اول، مکان چاپ: قم - ایران
۹. انصاری، مرتضی، رسایل، ناشر: دفتر انتشارات اسلامی، قطع: رحلی، تعداد جلد: دو جلد، تعداد صفحات ۸۲۴ صفحه
۱۰. بجنوردی، سید محمد حسن، قواعد فقهیه، ناشر: دلیل ما، سال نشر ۱۳۹۴ هـ ق، ۷ جلد، مکان چاپ قم
۱۱. بغدادی، مفید، محمد بن محمد بن نعمان عکبری، المقنعة (للشیخ المفید)، در یک جلد، کنگره جهانی هزاره شیخ مفید - رحمه الله علیه، قم - ایران، اول، ۱۴۱۳ هـ ق
۱۲. حائری، سید علی بن محمد طباطبائی، ریاض المسائل فی تحقیق الأحكام بالدلائل (ط - الحدیثه قطع: وزیری تعداد جلد: ۱۶، ناشر: مؤسسه آل البيت عليهم السلام، تاریخ نشر: ۱۴۱۸ هـ ق، نوبت چاپ: اول، مکان چاپ: قم - ایران، محقق / مصحح: محمد بهره‌مند - محسن قدیری - کریم انصاری - علی مروارید، ملاحظات: شرح استدلالی کتاب "المختصر النافع" محقق است
۱۳. حر عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعة، زبان: عربی تعداد جلد: ۳۰ ناشر: مؤسسه آل البيت عليهم السلام، مکان چاپ: قم سال چاپ: ۱۴۰۹ ق نوبت چاپ: اول
۱۴. الحسینی المراغی، میر عبدالفتاح، العناوین الفقهیة، الناشر: الطبعة: عدد الأجزاء: ۲ تم استیراده بواسطه مؤسسه بلاغ المبین
۱۵. حکیم، سید محمد تقی، الاصول العامه للفقہ المقارن، ناشر: المجمع العالمی لأهل البيت «ع»، نوبت چاپ: دوم، سال انتشار: ۱۴۱۸ هجری قمری، قطع: وزیری، تعداد جلد: یک جلد
۱۶. حلبی، ابو الصلاح، تقی الدین بن نجم الدین، الکافی فی الفقه، در یک جلد، کتابخانه عمومی امام امیر المؤمنین علیه السلام، اصفهان - ایران، اول، ۱۴۰۳ هـ ق

۱۷. حلی، ابن ادریس، محمد بن منصور بن احمد، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، ج ۱، ص ۱۸، تعداد جلد: ۳ ناشر: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، تاریخ نشر: ۱۴۱۰ هـ ق نوبت چاپ: دوم مکان، چاپ: قم - ایران

۱۸. حلی، حسن ابن یوسف ابن مطهر، نهایت المرام فی علم الکلام ج ۲ ص ۲۲۵ موضوع: کلام شیعه امامیه، تعداد جلد: ۳ ناشر: موسسه الامام الصادق ع، مکان چاپ: قم، سال چاپ: ۱۴۱۹ ق، نوبت چاپ: اول، ملاحظات: به تحقیق فاضل عرفان

۱۹. حلی، محقق، نجم الدین، جعفر بن حسن، شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام، قطع: وزیری، تعداد جلد: ۴، ناشر: مؤسسه اسماعیلیان، تاریخ نشر: ۱۴۰۸ هـ ق، نوبت چاپ: دوم، مکان چاپ: قم - ایران، محقق / مصحح: عبدالحسین محمدعلی بقال

۲۰. خمینی، سید روح الله موسوی، تحریر الوسیله، قطع: وزیری، تعداد جلد: ۲، ناشر: مؤسسه مطبوعات دار العلم، تاریخ نشر: هـ ق، نوبت چاپ: اول، مکان چاپ: قم - ایران

۲۱. خوانساری، سید احمد بن یوسف، جامع المدارک فی شرح مختصر النافع، ۷ جلد، مؤسسه اسماعیلیان، قم - ایران، دوم، ۱۴۰۵ هـ ق

۲۲. الرازی، قطب الدین، المحاکمات بین شرحی الاشارات، تعداد جلد: ۳، ناشر: نشر البلاغه، مکان چاپ: قم سال چاپ: ۱۳۷۵ هـ ش، نوبت چاپ: اول

۲۳. سبجانی تبریزی، شیخ جعفر بن میرزا محمدحسین، تهذیب الأصول، تقریر درس خارج اصول، امام روح موسوی خمینی قدس سره، ناشر: انتشارات اسماعیلیان، سال انتشار: ۱۳۸۲ هجری قمری قطع: وزیری، تعداد جلد: سه جلد

۲۴. سهروردی، شهاب الدین «معروف به اشراق شیخ اشراق» مجموعه مصنفات شیخ، تاریخ وفات مؤلف: ۵۸۷ ق، تعداد جلد: ۴ ناشر: موسسه مطالعات و تحقیقات فرهنگی، مکان چاپ: تهران سال چاپ: ۱۳۷۵ هـ ش، نوبت چاپ: دوم، ملاحظات: به تصحیح و مقدمه هانری کربن و سید حسین نصر و نجفقلی حبیبی

۲۵. سید مرتضی علم الهدی، ابوالقاسم، علی بن حسین موسوی، (۳۵۵ - ۴۳۶ هجری قمری). الذریعه، ناشر: مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران سال انتشار: ۱۳۷۶ هجری شمسی قطع: وزیری تعداد جلد: دو جلد

۲۶. شریف الرضی، محمد بن حسین، نهج البلاغه (للصبحی صالح، محقق / مصحح: فیض الإسلام، تعداد جلد: ۱، ناشر: هجرت، مکان چاپ: قم، سال چاپ: ۱۴۱۴ ق، نوبت چاپ: اول

۲۷. شیخ انصاری، مرتضی، مطارح الأنظار، ۱ جلد، ناشر: مؤسسه آل البيت «ع»، تعداد جلد: یک جلد، تعداد صفحات متن: ۳۰۷ صفحه

۲۸. شیخ مفید، محمد بن محمد بن نعمان، المسائل الصاغانیه، تعداد جلد: ۱ ناشر: کنگره شیخ مفید، مکان چاپ: قم سال چاپ: ۱۴۱۳ ق نوبت چاپ: اول

۲۹. شیخ مفید، محمد بن محمد بن نعمان، التذکره بأصول الفقه، ناشر: کنگره شیخ مفید مکان چاپ: قم سال چاپ: ۱۴۱۳ ق، نوبت چاپ: اول

۳۰. شیخ مفید، محمد بن محمد بن نعمان، النکت فی مقدمات الأصول من علم الکلام، موضوع: عقائد تعداد جلد: ۱ ناشر: کنگره شیخ مفید، مکان چاپ: قم سال چاپ: ۱۴۱۳، نوبت چاپ: اول

۳۱. شیرازی، مکارم القواعد الفقهیه، موضوع: آثار فقهی و اصولی زبان، عربی تعداد جلد: ۲

۳۲. صدر، سید محمدباقر، بحوث فی علم الأصول، ۷ جلد، مؤسسه دائرةالمعارف فقه اسلامی، ۱۴۱۷ هجری قمری نسخه ناشر: مؤسسه دائرةالمعارف فقه اسلامی، نوبت چاپ: سوم، سال انتشار: ۱۴۱۷ هجری قمری، قطع: وزیری

۳۳. صدر، سید محمدباقر، دروس فی علم الاصول، ناشر: دار المنتظر، چاپ: اول، سال انتشار: ۱۴۰۵ هجری قمری، قطع، وزیری، تعداد جلد: دو جلد

۳۴. طباطبایی، سید محمدحسین، حاشیه الکفایه، ناشر: بنیاد علمی، فکری علامه طباطبایی قطع: وزیری تعداد جلد: یک جلد توضیحات: این کتاب دو جزء است در یک مجلد

۳۵. طرابلسی، ابن براج، قاضی، عبدالعزيز، المذهب (لابن البراج)، ۲ جلد، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم - ایران، اول، ۱۴۰۶ هـ ق

۳۶. طوسی، ابوجعفر، محمد بن حسن، الخلاف، ۶ جلد، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم - ایران، اول، ۱۴۰۷ هـ ق

۳۷. طوسی، محمد بن حسن، التبیان فی تفسیر القرآن، موضوع: کلامی و اجتهادی، قرن: پنجم ناشر: دار احیاء التراث العربی مکان چاپ: بیروت، سال چاپ: نوبت چاپ: تحقیق: با مقدمه شیخ آقابزرگ تهرانی و تحقیق احمد قصیر عاملی

عاملی، شهید اول، محمد بن مکی، اللمعۃ الدمشقیۃ فی فقه الإمامیۃ، در یک جلد، دار التراث - الدار الإسلامیۃ، بیروت - لبنان، اول، ۱۴۱۰ هـ ق

۳۸. طوسی، محمد بن حسن، المبسوط فی فقه الإمامیۃ، ۸ جلد، المكتبة المرتضویۃ لإحياء الآثار الجعفریۃ، تهران - ایران، سوم، ۱۳۸۷ هـ ق

۳۹. طوسی محمد بن حسن، العدة فی أصول الفقه، تعداد جلد: ۲ ناشر: ستاره، مکان چاپ: قم، سال چاپ: ۱۴۱۷ ق نوبت چاپ: اول

۴۰. عاملی، شهید ثانی، زین الدین بن علی، الروضة البهیة فی شرح اللمعۃ الدمشقیۃ (المحشی - کلانتر)، قطع: وزیری، تعداد جلد: ۱۰، ناشر: کتابفروشی داوری، تاریخ نشر: ۱۴۱۰ هـ ق، نوبت چاپ: اول، مکان چاپ: قم - ایران

۴۱. عاملی، شهید ثانی، زین الدین بن علی، مسالک الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام، ۱۵ جلد، مؤسسه المعارف الإسلامیۃ، قم - ایران، اول، ۱۴۱۳ هـ ق

۴۲. عوده، عبدالقادر، التشريع الجنائی الإسلامی مقارناً بالقانون الوضعی، الناشر: قسم الدراسات اسلامیه فی مؤسسه البعثه، الطبعة الثانيه سنه ۱۵۰۲هـ.ق، طهران

۴۳. غزالی، محمد، المستصفی من علم الاصول، انتشارات دار الصادر بیروت، الطبعه الاولى، بالمطبعه الامیریۃ ببولاق مصر المحمیه سنه ۱۳۲۲ هجری

۴۴. فراهیدی، خلیل بن أحمد، العین، تعداد جلد: ۹ ناشر: نشر هجرت، مکان چاپ: قم، سال چاپ: ۱۴۰۹
ق، نوبت چاپ: دوم

۴۵. کلینی، محمد بن یعقوب بن اسحاق، الکافی (ط - الإسلامية) محقق / مصحح: غفاری علی اکبر و آخوندی، محمد زبان: عربی تعداد جلد: ۸ ناشر: دار الکتب الإسلامية مکان چاپ: تهران سال چاپ: ۱۴۰۷ ق نوبت چاپ: چهارم

۴۶. کلینی، محمد بن یعقوب بن اسحاق، کافی (ط - دارالحديث) ، تاریخ وفات مؤلف: ۳۲۹ ق، محقق / مصحح: دارالحديث، تعداد جلد: ۱۵، ناشر: دار الحديث، مکان چاپ: قم، سال چاپ: ۱۴۲۹، وب
چاپ: اول

۴۷. گلپایگانی، لطف الله صافی، التعزیر، أحكامه و حدوده، قطع: وزیری، تعداد جلد: ۱، تاریخ نشر: ه ق
۴۸. لاهیجی، فیاض، گوهر مراد» ص ۶۸ موضوع: کلام شیعه امامیه تعداد جلد: ۱ ناشر: نشر سایه، مکان
چاپ: تهران سال چاپ: ۱۳۸۳ ش، نوبت چاپ: اول، مقدمه از زین العابدین قربانی

۴۹. مجلسی، محمدباقر بن محمدتقی، مرآة العقول فی شرح أخبار آل الرسول، محقق / مصحح: رسولی
محلاتی، هاشم، تعداد جلد: ۲۶، ناشر: دار الکتب الإسلامية، مکان چاپ: تهران، سال چاپ: ۱۴۰۴ ق،
نوبت چاپ: دوم

۵۰. مجلسی، محمدباقر بن محمدتقی، بحار الأنوار، محقق / مصحح: جمعی از محققان، تعداد جلد:
۱۱۱، ناشر: دار إحياء التراث العربی، مکان چاپ: بیروت، سال چاپ: ۱۴۰۳ ق، نوبت چاپ: دوم

۵۱. المجلسی الثانی، محمد باقر، حدود و قصاص و دیات، تعداد جلد: ۱، ناشر: مؤسسه النشر الآثار
الاسلامیه، مکان چاپ: قم، نوبت چاپ: اول

۵۲. محمدتقی، هدایه المسترشدين، ناشر: مؤسسه آل البيت «ع» قطع: رحلی تعداد جلد: یک جلد تعداد
صفحات متن: ۴۹۰ صفحه توضیحات: این کتاب، حاشیه معالم است که با چاپ سنگی چاپ شده است.

۵۳. مصطفوی، حسن، التحقيق فی کلمات القرآن الکریم، تعداد جلد: ۱۴، ناشر: وزارت فرهنگ و ارشاد
اسلامی، مکان چاپ: تهران، سال چاپ: ۱۳۶۸ ش، نوبت چاپ: اول

۵۴. مظفر، محمدرضا، اصول الفقه، ۲ جلد، انتشارات اسماعیلیان، نوبت چاپ: پنجم
۵۵. موسوی خوئی، سید ابوالقاسم، مبانی تکملة المنهاج، موضوع: فقه استدلالی قطع: وزیری، تعداد جلد: ۲، تاریخ نشر: ه ق
۵۶. موسوی اردبیلی، سید عبدالکریم، فقه الحدود و التعزیرات، تعداد جلد: ۴، ناشر: مؤسسه النشر لجامعه المفید رحمه الله، تاریخ نشر: ۱۴۲۷ ه ق، نوبت چاپ: دوم، مکان چاپ: قم - ایران
۵۷. موسوی اردبیلی، سید عبدالکریم، فقه القضاء، ج ۱، ناشر، مؤسسه النشر لجامعه المفید، دو جلدی، چاپ دوم ۱۴۲۳ ه ق
۵۸. موسوی خویی، سید ابوالقاسم، مصباح الاصول، ناشر: کتابفروشی داوری، نوبت چاپ: پنجم سال انتشار: ۱۴۱۷ هجری قمری قطع: وزیری، تعداد جلد: دو جلد
۵۹. موسوی خویی، سید ابوالقاسم، مبانی تکملة المنهاج «القضاء و الحدود» عدد المجلدات: ۱، الناشر: مؤسسه احیاء آثار الامام الخوئی، مکان الطبع: قم، تاریخ الطبع: ۱۴۲۲ ق
۶۰. نائینی، محمدحسین، فواید الاصول، ناشر: دفتر انتشارات اسلامی، نوبت چاپ: ششم سال انتشار: ۱۴۱۷ هجری قمری قطع: وزیری تعداد جلد: چهار جلد، توضیحات: مقرر این کتاب محقق کاظمی است و کتاب با تعالیق آقا ضیاء الدین عراقی چاپ شده است.
۶۱. نائینی، محمدحسین، اجود التقریرات، ناشر: انتشارات مصطفوی-قم نوبت چاپ: دوم سال انتشار: ۱۳۶۸ هجری شمسی قطع: وزیری تعداد جلد: دو جلد
۶۲. نائینی، محمدحسین، فوائداصول، ناشر: دفتر انتشارات اسلامی نوبت چاپ: ششم سال انتشار: ۱۴۱۷ هجری قمری قطع: وزیری تعداد جلد: چهار جلد، توضیحات: مقرر این کتاب محقق کاظمی است و کتاب با تعالیق آقا ضیاء الدین عراقی چاپ شده است.
۶۳. نجف آبادی، حسین علی منتظری، کتاب الحدود، قطع: وزیری، تعداد جلد: ۱، ناشر: انتشارات دار الفکر، تاریخ نشر: ه ق، نوبت چاپ: اول، مکان چاپ: قم - ایران

۶۴. نجفی، محمدحسن، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، تعداد جلد: ۴۳، ناشر: دار إحياء التراث العربی تاریخ نشر: هـ ق نوبت چاپ: هفتم مکان چاپ: بیروت - لبنان محقق/ مصحح: عباس قوچانی - علی آخوندی

۶۵. واسطی، زبیدی، حنفی، محب الدین، سید محمد مرتضی حسینی، تاج العروس من جواهر القاموس، ۲۰ جلد، دار الفكر للطباعة و النشر و التوزيع، بیروت - لبنان، اول، ۱۴۱۴ هـ ق

منابع فارسی

۶۶. احمد ادریس، عوض، دیه، ترجمه: دکتر علیرضا فیض، ناشر، سازمان چاپ و انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۳۷۲، تهران

۶۷. احمدی ابهری، سید محمدعلی، اسلام و دفاع اجتماعی، مرکز مطالعات و تحقیقات اسلامی (پژوهشگاه) ناشر: مرکز انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، چاپ اول بهار ۱۳۷۷

۶۸. اردبیلی، محمدعلی، حقوق جزای عمومی، نشر میزان، چاپ اول ۱۳۹۳، تهران، ۳ جلدی

۶۹. اسلامی، رضا، مدخل علم فقه « ادوار، منابع، مفاهیم، کتاب‌ها و رجال فقه مذاهب اسلامی» ناشر، انتشارات مرکز مدیریت حوزه علمیه قم، چاپ زیتون، نوبت اول چاپ تابستان ۱۳۸۴

۷۰. اصغری، سید شکرالله، سیستم کیفری اسلام و پاسخ شبهات، ناشر: مؤسسه انتشارات بعثت، چاپ اول شهریور ۱۳۶۶

۷۱. اصغری، سید محمد، عدالت و عقلانیت در فقه و حقوق، انتشارات اطلاعات، چاپ اول ۱۳۸۶، تهران

۷۲. آقای نی، حسین، جرائم علیه اشخاص « جنایات »، نشر میزان، چاپ شانزدهم، پاییز ۱۳۹۶

۷۳. امیرعلایی، شمس‌الدین، مجازات اعدام، ناشر: دهخدا، ۱۳۵۷، تهران

۷۴. آقای، مجید، مکاتب کیفری، انتشارات خرسندی، چاپ اول زمستان ۱۳۸۶، تهران

۷۵. بروجردی، آقا حسین طباطبائی - مترجمان: حسینیان قمی، مهدی - صبوری، م، منابع فقه شیعه، ۳۱ جلد، انتشارات فرهنگ سبز، تهران - ایران، اول، ۱۴۲۹ هـ ق

۷۶. بهرامی احمدی، حمید، قواعد فقه، ناشر، دانشگاه امام صادق «ع» چاپ اول زمستان ۸۸، تهران

۷۷. بیرجندی، پروین، روانشناسی رفتار غیرعادی تهران ۱۳۷۰، دهخدا

۷۸. تبریزی، جعفری، محمدتقی، رسائل فقهی (علامه جعفری)، در یک جلد، مؤسسه منشورات کرامت، تهران - ایران، اول، ۱۴۱۹ هـ ق

۷۹. جعفری تبریزی، محمدتقی، حقوق جهانی بشر از دیدگاه اسلام و غرب، ناشر، دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی جمهوری اسلامی ایران، چاپ اول، ۱۳۷۰، تهران

۸۰. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ترمولوژی حقوق، ج ۴، ناشر، کتابخانه گنج دانش، چاپ اول ۱۳۷۸، تهران

۸۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مکتب‌های حقوقی در حقوق اسلام: ناشر کتابخانه گنج دانش، چاپ خرداد ۱۳۷۰

۸۲. جمعی از محققان، فرهنگ‌نامه اصول فقه، ناشر، پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، چاپ اول ۱۳۸۹

۸۳. حاجی ده آبادی، احمد، قواعد فقه جزایی:، چاپ دوم، قم ۱۳۸۹ پژوهشگاه حوزه و دانشگاه

۸۴. حسینی، سید محمد، سیاست جنایی در اسلام و در جمهوری اسلامی ایران، ناشر مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، چاپ اول ۱۳۸۳، تهران

۸۵. خراسانی، محمود بن عبدالسلام تربتی شهابی، ادوار فقه (شهابی)، ۳ جلد، سازمان چاپ و انتشارات، تهران - ایران، پنجم، ۱۴۱۷ هـ ق

۸۶. خمینی، سید روح الله موسوی، تحریر الوسیله - مترجم: اسلامی، علی، - ترجمه، ۴ جلد، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم - ایران، ۲۱، ۱۴۲۵ هـ ق

۸۷. خوئینی، غفور، فلسفه حقوق، انتشارات مجد، چاپ اول ۱۳۹۳ تهران
۸۸. دانش‌پژوه، مصطفی. خسروشاهی، قدرت الله، فلسفه حقوق (سلسله دروس اندیشه‌های بنیادین اسلامی) ناشر انتشارات موسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی، تابستان ۱۳۸۱
۸۹. زحیلی وهبه، نظریه ضرورت در فقه اسلامی، مترجم: دکتر حسین صابری، ناشر: مؤسسه بوستان کتاب، دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، نوبت چاپ: اول ۱۳۸۸
۹۰. زراعت، عباس، حقوق جزای اختصاصی ۲، جرائم علیه اموال و مالکیت، ناشر: انتشارات جاودانه، نوبت و سال چاپ: اول، ۱۳۹۲
۹۱. زراعت، عباس، کاملترین ترجمه و تبیین اصول الفقه العلامه محمدرضا مظفر، ۳ جلد، ناشر، حقوق اسلامی، نوبت چاپ، ششم ۱۳۹۴، تیراژ، ۱۰۰۰، چاپ معراج، مکان چاپ قم
۹۲. زراعت، عباس، مبانی استنباط حقوق، نشر میزان، چاپ اول پاییز ۱۳۹۱، تهران
۹۳. الزلمی، مصطفی، خاستگاه‌های اختلاف در فقه مذاهب، مترجم، دکتر حسین صابری، ناشر، بنیاد پژوهش‌های اسلامی آستان قدس رضوی، چاپ دوم، ۱۳۸۷، مشهد
۹۴. سروش، جمال، عقل در حکمت متعالیه و مکتب تفکیک، ناشر، انتشارات مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی، چاپ اول ۱۳۹۶، قم
۹۵. سلیمانی، حسین، عدالت کیفری در آیین یهود، ناشر، مرکز مطالعات و تحقیقات ادیان و مذاهب، چاپ اول: بهار ۱۳۸۴، قم
۹۶. شامبیاتی، هوشنگ، حقوق کیفری اختصاصی، تعداد جلد ۳، انتشارات ژوبین، چاپ اول تهران ۱۳۷۶، و انتشارات مجد چاپ دوم ۱۳۹۲
۹۷. شاملو احمدی، محمدحسین، فرهنگ اصطلاحات و عناوین جزایی، ص ۳۶۵، نشر دادیار، چاپ اول ۱۳۸۰، اصفهان

۹۸. شمس ناتری، محمدابراهیم، بررسی تطبیقی مجازات اعدام، ناشر، مرکز انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، چاپ اول ۱۳۷۸، قم
۹۹. شیروانی، علی، ترجمه و شرح بدایه الحکمه «علامه سید محمدحسین طباطبائی»، ناشر: مرکز انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، قم، نوبت چاپ: پنجم، ۱۳۸۰
۱۰۰. شیرازی، مکارم، دائرةالمعارف فقه مقارن، موضوع: آثار فقهی و اصولی زبان: فارسی تعداد جلد: ۱
۱۰۱. شیرازی، ناصر مکارم، تعزیر و گستره آن، در یک جلد، انتشارات مدرسه الإمام علی بن ابی طالب علیه السلام، قم - ایران، اول، ۱۴۲۵ هـ ق
۱۰۲. شیرازی، ناصر مکارم، کتاب النکاح (مکارم)، ج ۴ ص ۱۳۳، ۶ جلد، انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام، قم - ایران، اول، ۱۴۲۴ هـ ق
۱۰۳. صابری، حسین، عقل و استنباط فقهی، ناشر، بنیاد پژوهش‌های اسلامی آستان قدس رضوی، چاپ اول ۱۳۸۱، مشهد
۱۰۴. صادقی، ولی اله، کیفر زدایی در ایران، نظریه و رویه، انتشارات مجد، چاپ اول ۱۳۹۷، تهران
۱۰۵. صادقی، هادی، درآمدی بر کلام جدید، ص ۳۰، ناشر، کتاب طه و معارف قم، سال چاپ ۱۳۸۲، نوبت اول
۱۰۶. صانعی، پرویز، حقوق جزای عمومی، طرح نو، تهران، ۱۳۸۲، ۴ جلد در یک جلد
۱۰۷. ضمیری، محمدرضا، دانشنامه اصولیان شیعه، پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، پژوهشکده فقه و حقوق، ناشر: موسسه بوستان کتاب، چاپ دوم ۱۳۷۸
۱۰۸. عرب، محمدحسن، فرهنگ نمونه، انتشارات فرهنگ مکتوب، چاپ اول ۱۳۹۰

۱۰۹. علامه، غلام حیدر، عدالت جزایی در افغانستان، ناشر: عرفانی، محمدابراهیم شریعتی افغانستانی، مجموعه مقالات، چاپ اول، ۱۳۹۰، تهران
۱۱۰. علی دوست، ابوالقاسم، فقه و عقل، ناشر مرکز نشر آثار پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، چاپ اول بهار ۱۳۸۱
۱۱۱. عوده، عبدالقادر، التشریع الجنایی الاسلامی، حقوق جزای اسلامی، مترجمان: ناصر قربان نیا، سید مهدی منصوری، نعمت‌الله الفت، نشر میزان، چاپ اول: ۱۳۷۳
۱۱۲. عوده، عبدالقادر، حقوق جنایی اسلام، براساس مذاهب پنجگانه، ترجمه اکبر غفوریان، ناشر: بنیاد پژوهشهای اسلامی آستان قدس رضوی، چاپ اول ۱۳۷۳، مشهد
۱۱۳. غلامی، حسین، کیفر شناسی (کلیات و مبانی پاسخ شناسی جرم، تهران نشر میزان، چاپ دوم تابستان ۱۳۹۶
۱۱۴. فتحی، حجت‌الله، تحت اشراف، آیت‌الله سید محمود هاشمی شاهرودی، شرح مبسوط قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، ناشر: مؤسسه دائره‌المعارف فقه اسلامی، چاپ اول ۱۳۹۷، قم
۱۱۵. فیض، علی‌رضا، مبادی فقه و اصول، ناشر، مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، سال انتشار ۱۳۶۹
۱۱۶. قانی، حسین. شریعتی، سعید «ادله و منابع فقه» اصول فقه کاربردی، ناشر: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، چاپ اول: پاییز ۱۳۹۰ قم سبحان
۱۱۷. قدردان قراملکی، محمدحسن، معجزه در قلمرو عقل و دین، ناشر: بوستان کتاب، دفتر تبلیغات اسلامی، چاپ ۱۳۸۱
۱۱۸. قدسی، سید ابراهیم، جنایت علیه جسم انسان در حقوق کیفری ایران» بر اساس قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، ناشر: گام حق، چاپ اول ۱۳۹۴، تهران
۱۱۹. قدسی، سید ابراهیم، قلمرو تأثیر جهل بر مسئولیت کیفری، ناشر، دانشگاه مازندران، چاپ اول، ۱۳۸۱، مکان چاپ بابلسر

۱۲۰. قرشی، سید علی اکبر، قاموس قرآن، قرن پانزدهم زبان: فارسی ناشر: دار الکتب الإسلامیه مکان چاپ: تهران سال چاپ: ۱۳۷۱ ش نوبت چاپ: ششم
۱۲۱. قماش، سعید، جایگاه عقل در استنباط احکام: ناشر پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، قم، چاپ اول زمستان ۱۳۸۴
۱۲۲. گرجی، ابوالقاسم، دیات» با همکاری دکتر روشنعلی شکاری، دکتر حسین فریار، محسن صفری، ناشر: مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، تاریخ انتشار: بهار ۱۳۸۰
۱۲۳. گرجی، ابوالقاسم، تاریخ فقه و فقه، ناشر، سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم اسلامی دانشگاهها «سمت» چاپ اول ۱۳۷۵، قم
۱۲۴. گلدوزیان، ایرج، محشای قانون مجازات اسلامی، «قانون ۱۳۹۲» انتشارات مجد، تهران، چاپ هفتم، ۱۳۹۶
۱۲۵. محمدخانی، عباس، عنصر روانی جرم، نشر میزان، تهران، چاپ اول زمستان ۱۳۹۵
۱۲۶. محمدی گیلانی، محمد، حقوق کیفری در اسلام، نشر سایه، چاپ اول ۱۳۷۹، تهران
۱۲۷. محمدی، ابوالحسن، مبانی استنباط حقوق اسلامی یا اصول فقه، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ سی ام، ۱۳۸۷
۱۲۸. محمدی خراسانی، علی، شرح تبصرة المتعلمین (محمدی)، دو جلد، هق
۱۲۹. مدرسی، سید محمدتقی، قانون گذاری در اسلام، ترجمه سید محمد علوی مقدم، ناشر، کتابخانه طهوری، چاپ اول بهار ۱۳۷۶، تهران
۱۳۰. مرادی، مجید، زیر نظر محمدجواد لاریجانی، کاظم غریب آباد، موازین حقوق بشری در قوانین کیفری جمهوری اسلامی ایران، ناشر: دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری، چاپ اول بهار ۱۳۹۸، تهران

۱۳۱. مرعشی شوشتری، سید محمدحسن، دیدگاه‌های نو در حقوق، دو جلد، نشر میزان، تهران - ایران، دوم، ۱۴۲۷ ه‍.ق
۱۳۲. مزروعی، رسول، تحت اشراف آیت‌الله سید محمود هاشمی شاهرودی، شرح مبسوط قانون مجازات اسلامی ناشر: مؤسسه دائره‌المعارف فقه اسلامی، چاپ اول ۱۳۹۴، قم
۱۳۳. مسجد سرایی، حمید، ترمینولوژی فقه، انتشارات پیک کوثر، چاپ اول ۱۳۹۱
۱۳۴. مطهری، مرتضی، اسلام و مقتضیات زمان: انتشارات صدرا، چاپ ۱۴ اسفند ۱۳۷۷
۱۳۵. معلوف الویس، المنجد، مترجم: مصطفی رحیمی، انتشارات صبا، چاپ دوم پاییز هشتاد، تهران، چاپ خانه بعثت
۱۳۶. ملک‌زاده، فهیمه، دانشنامه حقوقی «حقوق جزا» انتشارات مجد، چاپ اول ۱۳۹۵، تهران
۱۳۷. منتظری نجف‌آبادی، حسین‌علی، مبانی فقهی حکومت اسلامی، مترجم: صلواتی، محمود و شکوری، ابو ال، ۸ جلد، مؤسسه کیهان، قم - ایران، اول، ۱۴۰۹ ه‍.ق
۱۳۸. منصورآبادی، عباس، حقوق جزای عمومی ۲، دانشیار دانشگاه تهران، نشر میزان، چاپ اول: پاییز ۱۳۹۶
۱۳۹. منصورآبادی، عباس، کلیات حقوق جزا: «دانشیار دانشگاه تهران، نشر میزان، چاپ سوم: بهار ۱۳۹۷
۱۴۰. میرمحمد صادقی، حسین، حقوق کیفری اختصاصی، جرایم علیه اشخاص، نشر میزان، چاپ دوازدهم: زمستان ۱۳۸۶، تهران
۱۴۱. میرمحمد صادقی، حسین، حقوق کیفری اختصاصی، جرایم علیه اموال و مالکیت، نشر میزان، چاپ بیست دوم: زمستان ۱۳۸۷، تهران
۱۴۲. میشل فوگو، مراقبت و تنبیه، تولد زندان، ترجمه نیکو سرخوش و افشین جهان‌دیده، نشر نی، چاپ دوم ۱۳۷۸، تهران

۱۴۳. نصیریان اهور، مهدی، روش‌شناسی استنباط در علم کلام، ناشر: پژوهشگاه قرآن و عترت، قم ۱۳۹۵
۱۴۴. نوبهار، رحیم، اهداف مجازات‌ها در جرایم جنسی، ناشر: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، چاپ اول ۱۳۸۹، قم
۱۴۵. نوربها، رضا، زمینه حقوق جزای عمومی، نشر میزان، چاپ اول ۱۳۹۶، تهران
۱۴۶. نیاز پور، امیرحسن، سیاست جنایی در برابر بزهکار اقتصادی، ناشر: نشر میزان، چاپ اول زمستان ۱۳۹۷، تهران
۱۴۷. واسعی، سید محمد، جایگاه عرف در فقه، ناشر، انتشارات کانون اندیشه جوان، چاپ اول ۱۳۸۵، مکان چاپ تهران
۱۴۸. ولیدی، صالح، جرایم علیه امنیت اقتصادی، ناشر: انتشارات جنگل، جاودانه، چاپ اول ۱۳۹۳
۱۴۹. یزدی، سید مصطفی محقق داماد، قواعد فقه (محقق داماد)، ۴ جلد، مرکز نشر علوم اسلامی، تهران - ایران، دوازدهم، ۱۴۰۶ هـ ق

منابع مجازی، مقاله و پایان‌نامه

۱۵۰. حسینی، سید مهدی، مبانی اعدام‌های تعزیری در فقه امامیه و حنفی و حقوق افغانستان و ایران، استاد راهنما، دکتر محمدباقر گرایلی، تابستان ۱۳۹۵
۱۵۱. رسولخانی شهنازی، مرضیه، مقایسه قوانین جزایی قرآن، تورات و انجیل، استاد راهنما، دکتر محمود غفوری نژاد، زمستان ۱۳۸۸
۱۵۲. فاضل لنکرانی، جواد، سایت Official Website of Ayatollah Mohammad Javad Fazel Lankarani تاریخ ۹۹-۱۱-۱۹
۱۵۳. فصلنامه علمی پژوهشی آیین حکمت، سال نهم، زمستان ۹۸، شماره مسلسل ۳۴، صاحب‌امتیاز دانشگاه باقرالعلوم دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم

۱۵۴. کنگره بین‌المللی مجموعه مقالات فارسی تعداد جلد: ۵ ناشر: مؤسسه علمی - فرهنگی دار الحدیث مکان چاپ: قم سال چاپ: ۱۳۸۷ ش نوبت چاپ: اول
۱۵۵. گروهی از نویسندگان، منابع فقه و زمان و مکان، مجموعه آثار کنگره بررسی مبانی فقهی امام خمینی (قم: مؤسسه چاپ و نشر عروج، تاریخ انتشار زمستان ۱۳۷۴
۱۵۶. موسوی، سید علی، تأثیر کرامت انسانی در حقوق جزا، استاد راهنما، دکتر عباس شیخزاده، زمستان ۱۳۹۸

Abstract

The element of reason and the foundation of reason in jurisprudence and criminal law is one of the sources that have been considered by scholars from the past to the present, so that in various chapters of punishment such as retribution, limits, punishments and diyat, they have benefited a lot from rational reason and the construction of reason. The meanings of the rule of all of us are the rule of the intellect, the rule of the law and all of us are the rule of the Shari'ah. The intellect is readable, otherwise it would have been impossible for the intellect to be in the line of the Shari'a. Considering that the inference of the rules and penal rules of Islam is not incomprehensible to the intellect, so in this study we seek to prove the effectiveness and quality of exploiting the rational reason and rational structure in order to infer the criminal rules in jurisprudence. The intellect, according to the rule of law, the originality of acquittals and other rational arguments, often confirms the conditions and rules of regulation in this area and understands the individual and social harms of committing crimes. The construction of reason is also one of the bases of argument in criminal issues. Induction shows that Islamic punishments such as hudud, qisas and ta'zirarat were common among the wise men of the world before Islam and in the time of the Prophet (PBUH) and the Imams (AS). Islam, while regulating the existing punishments, approved and signed them. It is clear that if it were not popular, there would be no such thing as a signature sentence. Thus, the chapters of punishment not only do not conflict with the manners of the wise, but the legislation of retribution, limits, punishments and diyat are in full accordance with the principles accepted by the wise of the world, such as the principle of justice, the principle of personal punishment, the principle of humanization of punishments, the principle of punishment and proportionality. And punishment. On this basis, the suspicions raised about the penal rules of Islam - which have been considered as contradictory with reason and rational construction, are harsh, contrary to human dignity and non-compliance - and are due to ignorance of the great philosophy of the provisions of the penal code. This dissertation has been written in a descriptive-analytical method by referring to library sources.

Keywords: criminal jurisprudence, criminal law, rational reason, rational construction