

سورة الاحقاف





فصلنامه علمی-تخصصی

## مطالعات حقوق اسلامی

سال ششم- شماره یازدهم- فزات و زمستان ۱۳۹۸

صاحب امتیاز: جامعه المصطفی (ص) العالمیه- دانشگاه بین المللی المصطفی (ص)

افغانستان

مدیر مسئول: داکتر سید عبدالحمید ثابت

سر دبیر: داکتر محمد پناهی

مدیر اجرایی: محمدعلی نظری

طراح جلد: داکتر نصرالله نظری

هیأت تحریریه: داکتر محمدعلی حاجی ده آبادی. داکتر غلام حیدر علامه. داکتر عبدالحکیم سلیمی، داکتر حسین گلستانی، داکتر عبدالخالق فصیحی. داکتر علی اکبر فیاض، داکتر جمعه علی حقانی.

● فصلنامه علمی-تخصصی «مطالعات حقوق اسلامی» مقالات صاحب نظران،

پژوهشگران و دانش پژوهان حوزه حقوق را برای نشر، می پذیرد.

● مقالات، منعکس کننده آراء نویسندگان آنها است و لزوماً بیانگر دیدگاه فصلنامه

«مطالعات حقوق اسلامی» نمی باشد.

● آدرس: کابل- کارته ۳- دهبوری- چهارراه شهید- دانشگاه بین المللی المصطفی- امریت

نشرات.

● تلفن: ۰۷۸۹۰۱۷۸۱۵

● ایمیل: [Ls.chiefeditor@miu.edu.af](mailto:Ls.chiefeditor@miu.edu.af)

## شیوه‌نامه تنظیم مقاله علمی

### ویژگی‌های ساختاری مقاله علمی

- مقاله علمی دارای چکیده، کلیدواژه، مقدمه، متن دارای ساختار، ارجاع‌دهی، استنتاج و منابع است.
- مقاله علمی، باید روشمند، مستند، توصیفی، تحلیلی، مستدل و برخوردار از ساختار منطقی، دارای انسجام محتوا و قلم روان باشد.
- فایل مقاله در قالب «word»، ارائه گردد و حجم آن کمتر از ۱۵ صفحه و بیشتر از ۲۰ صفحه نباشد (هر صفحه ۳۰۰ کلمه).

### روش تنظیم شکلی مقاله علمی

۱. قلم و فونت مقالات ارسالی باید از شیوه زیر تبعیت نماید:
۲. عنوان مقاله: با فونت B Nazanin ۱۶ و بولد (پررنگ) (Heading 1) با این فونت تعریف شود، مؤلف یا مؤلفان با فونت B Nazanin 12 پررنگ (Heading 3) با این فونت تعریف شود.
۳. در پاورقی همان صفحه اول این اطلاعات باید ذکر شود:  
✓ عنوان وظیفه مؤلف اول و با ذکر وابستگی به دانشگاه محل تحصیل یا محل کار، شماره تماس و ایمیل (B Nazanin 10).
- ✓ اگر مقاله دو مؤلف دارد: عنوان وظیفه مؤلف دوم و با ذکر وابستگی به دانشگاه محل تحصیل یا محل کار، شماره تماس و ایمیل.
۴. عنوان چکیده با فونت B Nazanin 11 پررنگ
۵. متن چکیده بین ۱۲۰ تا ۲۵۰ کلمه و با فونت B Nazanin 11 معمولی
۶. واژگان کلیدی: حداقل ۴ و حداکثر ۶ واژه که به صورت ایتالیک (مورب) نوشته و با کامه از هم جدا شده باشند و در یک خط قرار گیرند. واژگان کلیدی باید با فونت (B Nazanin 10) ایتالیک باشند.
۷. در متن اصلی تیترها و عناوین با فونت‌های زیر مشخص گردد:  
✓ تیتر اصلی با فونت B Nazanin ۱۴ و بولد (پررنگ) (Heading 2) با این فونت تعریف شود  
✓ تیتر فرعی با فونت B Nazanin ۱۲ و بولد (پررنگ) (Heading 3) با این فونت تعریف شود  
✓ متن مقاله با فونت B Nazanin 13 معمولی تایپ شده باشد. (Normal) با این فونت تعریف شود

### راهنمای نگارش مقاله علمی

۸. «چکیده»: با استفاده از جملات خبری به شرح زیر، در دو پاراگراف تنظیم می‌گردد: پاراگراف اول؛ با نگاه به عنوان مقاله تدوین گردیده و در آن امور زیر بیان می‌شود:  
تعریف موضوع تحقیق؛ بیان مجهول یا مشکل، بیان اهمیت تحقیق، اشاره به فرضیه یا راه حل مشکل یا طرح سوال اصلی، اشاره به نوع تحقیق، نوع منابع مورد استفاده، روش گردآوری اطلاعات، روش پردازش اطلاعات (توصیفی یا تحلیلی). در پاراگراف دوم، به مهم‌ترین نتایج تحقیق به صورت مختصر و مفید پرداخته می‌شود، چکیده از ۲۵۰ کلمه فراتر نرود.
۹. مقدمه: به ترتیب به بیان مسئله، سوال‌ها (و در مواردی به فرضیه)، پیشینه، ضرورت، هدف و ارائه تصویر کلی ساختار، می‌پردازد.
۱۰. بدنه مقاله: متنی است، دارای ساختار منطقی و متشکل از عناوین اصلی و فرعی و برخوردار از انسجام محتوایی که در آن، مدعا، استدلال، شواهد، تحلیل، استنتاج و مانند آن، آورده می‌شوند.
۱۱. نتیجه مقاله: متنی است که به دستاوردهای تحقیق که عبارتند از پاسخ به سوال‌های اصلی و فرعی و وضعیت فرضیه که اثبات یا رد گردیده، به صورت مختصر و به دور از عبارت‌پردازی، آورده می‌شود.
۱۲. هم ارجاع‌دهی در متن به صورت داخل متنی به شیوه APA باشد (مثال: مرادی، ۱۳۸۹، ص. ۵۴)، و هم ذکر منابع و مأخذ در پایان مقاله (مثال: کامکاری، کامبیز (۱۳۸۸) توصیف/اماری. تهران: انتشارات بال.

## فهرست مقالات

سخن سردبیر / ۱

محمد پناهی

تحلیل جنایت ناشی از ترک فعل در قانون مجازات ایران / ۳

محمد پناهی

شیوه اجرای قصاص از دیدگاه فقه حنفی و امامیه / ۳۷

حسین گلستانی

محمد اسماعیل نیازی

ازدواج با غیر مسلمان در فقه امامیه و حقوق افغانستان / ۵۷

محمد داود حیدری

رانت و رانت خواری به لحاظ احکام وضعی / ۸۳

رجب علی فهیمی بامیانی

موضوعیت و طریقت ابزار و روش مجازات در اسلام / ۱۱۵

محمد هاشم مسعودی



## سخن سردبیر

خداوند را شاکر و سپاس‌گزاریم که توفیق ارزانی داشت تا شماره‌ی دیگری از فصلنامه علمی پژوهشی مطالعات حقوق اسلامی به زیور طبع آراسته و راهی محافل فقهی و حقوقی گردد. پژوهشگران و محققان بر فترت و غربت حوزه پژوهش در سرزمینی که خاستگاه مشاهیر و فرهیختگان بی‌شماری بوده است، بارها نالیده و گریسته‌اند. دانشگاه بین‌المللی المصطفی (ص) افغانستان با درک نقش بنیادین پژوهش در تولید علم و پیشرفت و با هدف بیرون آوردن پژوهش از رکود و انزوا، معاونت پژوهش را در سطح دانشگاه تعریف و ایجاد نموده است.

فصلنامه علمی پژوهشی مطالعات حقوق اسلامی از برکات تعامل میان معاونت پژوهش و اساتید فرهیخته و دانشجویان فاضل دانشکده فقه و حقوق دانشگاه بین‌المللی المصطفی (ص) افغانستان است که در فواصل زمانی منظم به جامعه حقوقی کشور ارائه می‌گردد. کلیه دست‌اندرکاران فصلنامه، ارتقای شکلی و ماهوی و کسب اعتبار منطقه‌ای و بین‌المللی مجله را در رأس اهداف خود قرار داده و از هیچ کوششی در این راستا فروگذار نیستند. امید می‌رود در آینده نزدیک فصلنامه مطالعات حقوق اسلامی در

زمره مجلات دارای رتبه ISI و ISC قرار گیرد و از این طریق بخشی از مشکلات دانشجویان جامعه حقوقی کشور رفع گردد.

این شماره از فصلنامه علمی پژوهشی مطالعات حقوق اسلامی، با مقالاتی پیرامون مسؤولیت جزایی مرتکب در جنایات مادون نفس در فقه حنفی، امامی و کود جزای افغانستان، جرم تخریب آثار تاریخی و فرهنگی در کود جزای افغانستان، تقابل حقوق فردی و ملی در جرائم علیه امنیت داخلی و خارجی در نظام حقوقی افغانستان، خسارت ناشی از به هم خوردن نامزدی منظر فقه و حقوق افغانستان، سیاست جنایی تقنینی افغانستان در قبال جرائم نظامی و تعزیر شرعی از دیدگاه فقه و تفاوت آن با تعزیر حقوقی مزین شده است.

فصلنامه علمی پژوهشی مطالعات حقوق اسلامی، از آثار و مقالات علمی استادان و دانشجویان در زمینه فقه و حقوق استقبال نموده و دست‌یاری و همکاری به‌سوی جامعه حقوقی کشور دراز می‌نماید.





## تحلیل جنایت ناشی از ترک فعل در قانون مجازات ایران

محمد پناهی\*

### چکیده

موضوع امکان و عدم امکان ارتکاب جرم از طریق ترک فعل از مسائل مهم و چالش برانگیز حقوق جزاست که از گذشته مورد بحث فقها و حقوق دانان بوده است که آیا عنصر مادی جرائم علیه اشخاص که معمولاً با افعال مثبت ارتکاب می‌یابد، ممکن است در شرایط خاص با ترک فعل نیز تحقق پیدا کند یا خیر. برای تحلیل و بررسی قابلیت ایجاد جنایت با ترک فعل، ترک فعل را می‌توان به دودسته تقسیم کرد: ترک فعلی که تأثیری در وقوع جنایت ندارد و دسته دوم ترک فعلی که در وقوع جنایت تأثیر دارد. در قسم اول در رابطه با عدم ضمانت تارک هیچ اختلافی مابین فقها و حقوق دانان وجود ندارد و بدون تردید تارک را نمی‌توان مرتکب جنایت دانست

اگرچه تارک در پیشگاه خداوند مسئول است. اما در قسم دوم، اگر تارک، فعلی را که طبق قانون یا قرارداد موظف به انجام آن بوده را ترک کند و جنایتی رخ دهد مابین حقوق دانان و فقها در ضمان یا عدم ضمان تارک اختلاف نظر وجود دارد منشأ اختلاف این است که آیا می‌توان میان ترک فعل و جنایت رابطه علیت برقرار دانست یا خیر. گرچه برخی حقوق دانان با این استدلال فلسفی که «ترک فعل امری عدمی است و امر عدمی نمی‌تواند منشأ امری وجودی همچون مرگ و تلف عضو شود»، تارک را مسئول جنایت نمی‌دانند.

واژگان کلیدی: ترک فعل، جنایت، مسئولیت کیفری، تعهد، عنصر مادی

---

\* دکترای حقوق جزا و جرم‌شناسی، عضو هیئت علمی دانشگاه بین المللی المصطفی (ص) افغانستان

## مقدمه

برای جرم دانستن عمل ارتکاب یافته توسط مرتکب سه عنصر لازم است عنصر مادی، عنصر قانونی و عنصر معنوی. عنصر مادی هر جرمی تجلی خارجی قصد مجرمانه مجرم است که به شکل رفتار خارجی نمود پیدا می‌کند. در جرم قتل عمدی هم مثل هر جرم دیگری رکن مادی شامل اجزاء و شرایط متعددی است که در صورت جمع شدن همه آنها جرم قتل عمدی تحقق پیدا می‌کند. آنچه مسلم و یقینی است تحقق عنصر مادی با ارتکاب «فعل» است مانند زدن، کشتن و تحقق عنصر مادی با «ترک فعل» مانند مادری که فرزندش را شیر نمی‌دهد و کودک جان می‌سپارد، نجات غریقی که شناگری را که دچار گرفتگی عضله پا شده و در حال غرق شدن است را نجات نمی‌دهد و شناگر غرق می‌شود، سوزن‌بان قطار خطوط راه‌آهن را جابه‌جا نمی‌کند و در نتیجه دو قطار به هم برخورد می‌نمایند و عده‌ای جان خود را از

دست می‌دهند، مورد اختلاف بین حقوق‌دانان و فقها می‌باشد برخی از حقوق‌دانان و فقها قائل به عدم ضمان تارک و عدم انتساب نتیجه حاصله به وی می‌باشند و برخی دیگر باوجود شرایطی قائل به ضمان تارک و نتیجه حاصله را منتسب به وی می‌دانند.

اهمیت بحث آنجا آشکار می‌شود که در شریعت اسلام و قانون، مجازات قتل نفس، سلب حیات یا اعدام است در نتیجه اگر ترک فعل جزء عنصر مادی قلمداد شود تارک با مجازات سلب حیات روبرو خواهد شد اما اگر ترک فعل را جزء عنصر مادی ندانیم تارک فقط با یک مجازات تعزیری روبرو خواهد شد. با توجه به اهمیت موضوع، که ممکن است منتج به سلب حیات شود لازم است موضوع ترک فعل به‌طور دقیق‌تری مورد بحث و تحلیل قرار بگیرد.

در این تحقیق در پی یافتن جواب این سؤال هستیم که آیا ترک فعل می‌تواند جزء عنصر مادی قلمداد شود یا خیر؟ و اگر پاسخ

مثبت است باید چه شرایطی را دارا باشد؟

ابتدا به تعریف ترک فعل و بیان انواع ترک فعل می‌پردازیم و سپس دیدگاه‌های موافق و مخالف در رابطه با وقوع جنایت با ترک فعل را همراه با استدلال هردو گروه بیان می‌کنیم و در پایان هم به تحلیل دیدگاه قانون‌گذار در این رابطه می‌پردازیم.

### ۱. تعریف ترک فعل

ترک در لغت به معنای ول کردن، رها کردن، (عمید، ۱۳۸۴، ج ۱، ص ۵۶۵) گذاشتن چیزی یا کسی را (دهخدا، ۱۳۷۷، ج ۵، ص ۶۶۴۸) و دست برداشتن و دست کشیدن (معین، ۱۳۸۳، ج ۱، ص ۱۰۷۱) آمده است.

در اصطلاح حقوقدانان برای ترک فعل تعاریف مختلفی را ذکر شده است که به چند نمونه اشاره می‌کنیم:

الف: منظور از ترک فعل آن است که به موجب قانون یا قرارداد یا عرف مسلم وظیفه‌ای صریح یا ضمنی به عهده شخصی گذاشته شود و آن

شخص از انجام وظیفه خودداری ورزد و مقنن چنین رفتار منفی‌ای را مستوجب مجازات اعلام کرده باشد (سلطانی، ۱۳۹۱، ج ۱، ص ۱۳۹).

ب: ترک فعل در اصطلاح علم حقوق جزا، عبارت است از: امتناع از ایفای تکلیفی که موضوع حکم قانون‌گذار بوده است (اردبیلی، ۱۳۹۳، ج ۱، ص ۳۰۴)؛ بنابراین، جرائمی مانند امتناع رؤسای برخی دستگاه‌های دولتی از اعلام جرائمی که به وسیله کارکنان تحت اداره یا نظارت آن‌ها انجام شده است (موضوع ماده ۶۰۶ ق.م.آ. تعزیرات و نیز خودداری مقامات قضایی از انجام وظایف قانونی (موضوع ماده ۵۹۷ ق.م.آ. تعزیرات) شامل این تعریف می‌باشند.

ج: به نظر می‌رسد کامل‌ترین و جامع‌ترین تعریف از ترک فعل این تعریف باشد: جرم ترک فعل عبارت است از: امتناع ارادی شخص از انجام فعل ایجابی معین که قانون‌گذار در شرایط خاص مکلف را در صورت توانایی ملزم به انجام آن نموده است (کریمی، ۱۳۹۲، ص ۳۹).

این تعریف از سه عنصر اصلی تشکیل شده است:

الف: امتناع از انجام دادن فعل ایجابی معین: منظور از امتناع این نیست که شخص به طور کلی موضع سلبی اختیار کند، بلکه مقصود آن است که فعل معین واجب را انجام ندهد، اعم از اینکه در هنگام ترک آن فعل دست به اعمال دیگر بزند یا مشغول انجام هیچ کاری نشود. در هر دو مورد، امتناع صورت گرفته است؛ یعنی در زمانی که باید عمل ایجابی مورد نظر قانون گذار را انجام می داد، سرگرم کارهای دیگر بشود یا اقدام به هیچ کاری نکند. ولی اگر کاملاً موضع سلبی اتخاذ کند، اما تنها خواسته قانون گذار را انجام دهد ممتنع محسوب نمی شود.

ب: تکلیف قانونی: امتناع درجایی معنا دارد که عمل ایجابی از نظر قانون بر ممتنع الزامی باشد، وگرنه امتناع مفهوم ندارد. لازم نیست که منشأ این الزام، تنها نص و ماده خاص قانون جزایی یا قانون تکمیلی باشد؛ چون ممکن است مبدأ آن تعهد یا قرارداد باشد؛ مثل قرارداد

نجات غریق با مسئولان استخر به منظور نجات شناگران.

ج: امتناع ارادی: چون امتناع نوعی از رفتار انسانی است، دارای ویژگی ارادی می باشد و متهم به منظور رسیدن به هدفی خاص آن را انجام می دهد. اگر خودداری شخص ارادی نباشد، امتناع قانونی محقق نمی شود؛ مانند اینکه بی هوش شود یا اگره مادی مانع انجام عمل مثبت مورد تعهد گردد. برای مثال، اگر مادری در زمانی که باید به نوزادش شیر دهد، بی هوش گردد یا توسط کسی زندانی شود، از نظر قانونی امتناع محقق نشده است.

## ۲. انواع ترک فعل

تقسیم رایج برای ترک فعل در کتب حقوقی بدین قرار است: ترک فعل محض، فعل ناشی از ترک فعل؛ اما با توجه به وجود ابهامات و اشکالات این تقسیم که مخالفت بعضی از حقوقدانان بیانگر این مطلب است مانند اینکه بعضی از حقوقدانان با عنوان فعل ناشی از ترک فعل مخالفند و آن را نوعی فعل می دانند (میلانی، ۱۳۹۳: ۷۹) و برخی دیگر

جرم فعل ناشی از ترک فعل را «ترک فعل مقید» می‌دانند (سلطانی، ۱۳۹۱، ج ۱، ص ۱۴۳).

برخی حتی قائلند برای این عنوان در نظام کیفری نمی‌توان هیچ مصداقی را پیدا کرد (صانعی، ۱۳۸۲، ص ۳۲۳) و برخی دیگر علاوه بر اینکه قائل به اختلاف در مصداق و مفاهیم این عنوان هستند قائلند این اصطلاح جایگاهی در نظام قانونی و فقهی ما ندارد (آقایی نیا، ۱۳۸۵، ص ۳۵). حتی برخی دیگر قائلند به علت

عدم تعیین مصداقی برای «فعل ناشی از ترک فعل» در قانون این موضوع قابلیت بحث در حقوق جزا را ندارد (نوربها، ۱۳۸۹، ص ۱۶۵)؛ زیرا این اصطلاح از نظام حقوقی کشورهای دیگر از جمله فرانسه اقتباس شده و حقوقدانانی که این عنوان را پذیرفته‌اند در تعیین مصداق آن دارای اختلاف نظر هستند و این اختلاف در مصداق نشان‌دهنده عدم وجود تعریف و مبنای صحیح برای فعل ناشی از ترک فعل است. مضاف بر اینکه این عنوان مخالف متن قانون است؛ زیرا

قانون (در ماده ۲) از فعل و ترک فعل سخن می‌گوید و نشانی از «فعل ناشی از ترک فعل» نیست لذا برای درک و شفافیت بهتر مصداق ترک فعل تقسیم ذیل بهتر به نظر می‌رسد ترک فعل به دو قسم تقسیم می‌شود: نخست ترک فعلی که علت و سبب به وجود آمدن جنایت نیست. قسم دوم ترک فعلی که به همراه شرایط دیگر، سبب جنایت و مرگ قربانی شده و انجام آن وظیفه تارک بوده است.

الف: ترک فعلی که به هیچ‌وجه در به وجود آمدن جنایت تأثیری ندارد. در این حالت قتل مقتول در اثر علت خاص خود روی داده است. نهایت امر آن بود که شخص تارک می‌توانست با اقدام خویش از مرگ قربانی جلوگیری کند ولی این کار را نکرده است فرض کنید کسی در حال غرق شدن است و شخص «الف» نظاره‌گر این صحنه است، حتی اگر شخص «الف» با قصد قتل از نجات وی خودداری کند، باز هم در قبال مرگ وی مسئول نیست، چون از یک‌طرف وظیفه‌ای برای

نجات وی نداشته و از طرف دیگر در وقوع حادثه نقشی نداشته است، اگرچه تارک فعل، در اینجا گناهکار قلمداد می‌گردد (نجفی، بی تا، ۴۳، ص ۱۵۳).

در خصوص این نوع از ترک فعل بین فقها و حقوقدانان اختلاف خاصی دیده نمی‌شود و اکثر آنها تارک را از باب مرگ قربانی مسئول نمی‌دانند. بنابراین هر کس انسانی را در حال هلاکت ببیند و با قدرت بر نجات اقدام نکند، هیچ‌گونه ضمانی نخواهد داشت (حسینی عاملی، بی تا، ج ۱۰، ص ۳۴۳).

البته در این فرض بعضی از فقها به تعزیر تارک فعل قایلند، بدین معنی کسی که ناظر بر قتل است و با توان کمک به مقتول از هر اقدامی خودداری کند، تعزیر می‌شو (طباطبائی، ۱۴۱۸، ج ۱۶، ص ۶۲). حقوقدانان نیز در این فرض به مجازات تارک قایلند، بعضی عمل تارک را مخالف تکلیف اخلاقی و در نتیجه، مضر مصالح عمومی می‌دانند (پاد، ۱۳۸۱، ص ۴۱)؛ و برخی با توجه به اینکه تارک فعل از حفظ

نفس دیگران که امر واجبی است خودداری کرده است او را مستحق مجازات تعزیری می‌دانند (پوربافرانی، ۱۳۸۸، ص ۲۵) و برخی دیگر بجای استفاده از واژه تعزیر به دلیل عدم مسئولیت کیفری تارک فعل را قابل سرزنش می‌دانند (سبزواری نژاد، ۱۳۹۲، ص ۲۱۴).

دکتر گرجی در این خصوص می‌گوید: مادامی که کسی مباشرتا یا تسبیباً گناهی را مرتکب نشده است، بدون شک نمی‌توان او را به کیفر آن گناه مجازات کرد ولو اینکه بتواند با انجام عملی از آن گناه جلوگیری کند... در مورد قتل، خرابکاری، اخلال در نظم جامعه و مانند این گناهان کسی که می‌تواند از آنها جلوگیری کند چنانچه سکوت کند و از آنها جلوگیری نکند به یقین مسئول است و حاکم می‌تواند او را مجازات کند، لیکن نه به مجازات این گناهان بلکه به مجازات خاصی که خود صلاح می‌داند (گرجی، ۱۳۷۲، ج ۱، ص ۳۰۱).

این نظر منطقی و منطبق بر عدالت است، چون یکی از اهداف

حقوق جزا و مجازات، آن است که انجام رفتارهای اجتماعی را ترغیب کند، بنابراین تحمیل مسئولیت جزایی در چنین مواردی مردم را تشویق به اقدام مناسب خواهد کرد.

قانون‌گذار در مواد ۲۹۰-۲۹۲-۵۳۵-۵۳۶ و مانند آن با استفاده از تعبیری هم چون «ارتکاب فعل» «انجام کاری» «کار ارتكابی» «فعل» واقع شده و ... درصدد نفی تأثیر این نوع از ترک فعل در جنایت است.

ب: ترک فعلی که در به وجود آمدن جنایت تأثیر دارد و انجام آن وظیفه مکلف بوده است: در این نوع ترک فعل، عدم اقدام تارک سبب مرگ قربانی می‌شود به نحوی که اگر تارک فعل را انجام می‌داد، این حادثه اتفاق نمی‌افتاد. بیشتر مباحث روی این نوع ترک فعل و نقش آن در جنایت است. وظیفه تارک نسبت به انجام فعل در چنین مواردی ممکن است ناشی از قانون، قرارداد یا عرف باشد.

وظیفه قانونی: در مواردی شخص به موجب قانون، موظف به مراقبت از

دیگری است. مثلاً برابر ماده ۱۱۷۶ قانون مدنی مادر مجبور نیست به بچه خود شیر بدهد مگر در صورتی که تغذیه طفل به غیر از شیر مادر ممکن نباشد. بنابراین طبق قسمت اخیر این ماده، مادر مکلف به شیر دادن به فرزندش است؛ یا طبق ماده ۱۱۶۸ قانون مدنی، نگهداری اطفال هم حق و هم تکلیف پدر و مادر است.

وظیفه قراردادی: در این موارد، شخص تارک به موجب قرارداد ایجاد شده موظف به حفظ حیات دیگری است. مثلاً نجات‌گریقی که در یک استخر استخدام شده تا شناگران را در مواقع بروز خطر نجات دهد و چنانچه با ترک فعل او جنایتی رخ دهد اگر با قصد قتل توأم باشد و یا اینکه قصد ابتدایی قتل وجود نداشته اما این نوع از اهمال نوعاً کشنده تلقی می‌گردد جنایت حاصله عمدی و موجب قصاص خواهد بود.

وظیفه عرفی و اخلاقی: گاهی عرف، شخصی را مکلف به حفظ حیات دیگری می‌داند. فرض کنید

شخص «الف» شخص «ب» را در زیرزمین خانه‌ای زندانی کرده و شخص «ج» را برای حفاظت و دادن آب و غذا به وی در آنجا می‌گمارد. ممکن است «ج» عمداً از دادن آب و غذا به «ب» خودداری کند. از نظر عرف این شخص مسئول است (شاکری، ۱۳۸۸، ص ۱۱۰).

اگرچه بعضی از حقوقدانان و محققین این مورد سوم را هم به انواع ترک فعل اضافه نموده‌اند ولی به نظر نگارنده این قسم سوم، درواقع مصداقی از قسم دوم (وظیفه قراردادی) است و علت مسئول دانستن تارک فعل توسط عرف، وجود قرارداد است و اگر قراردادی در میان نباشد و تارک صرفاً یک وظیفه اخلاقی را ترک گفته باشد همان‌طور که در قسم اول گذشت تارک هیچ‌گونه ضمان و مسئولیتی نخواهد داشت مانند کسی که نظاره گرغرق شدن شناگری است و به او کمک نمی‌کند. شاهد بر مدعی این است تمام مصدیق و مثال‌های ذکرشده در کلام فقها و حقوقدانان که دلالت بر مسئولیت تارک می‌کند حاکی از وجود یک وظیفه قانونی یا

قرارداد است (قیاسی، ساریخانی، خسروشاهی، ۱۳۸۹، ج ۲، ص ۱۱۴). به این مثال‌ها دقت شود:

هرگاه سوزن‌بان راه‌آهن که وظیفه‌اش بستن به‌موقع جاده است. عمداً از بستن به‌موقع خط عبور اتومبیل‌ها خودداری کرده و باعث تصادف اتومبیل با قطار شده و افرادی کشته شوند یا مادری که قانوناً موظف به دادن شیر به فرزندش است با قصد قتل او از دادن شیر به او خودداری کند؛ و او بمیرد یا نجات‌غریقی که متعهد به نجات افراد در معرض خطر است عمداً از نجات دادن آن‌ها خودداری کند یا پزشکی که متعهد به حفظ جان انسان‌هاست عمداً از معالجه مجروحی که نزد اوست خودداری کند، همه این افراد قاتل محسوب می‌شوند. بدیهی است که این افراد، در صورت وجود قصد قتل، قتل واقع‌شده قتل عمدی خواهد بود (گلدوزیان، ۱۳۸۸، ص ۱۷). وجه مشترک همه مثال‌های ذکرشده که باعث ایجاد مسئولیت می‌شد وجود تعهد یا قرارداد است.



طبق نظر رایج بین علماء و حقوقدانان درجایی که تارک، فعلی را ترک کند که نه از حیث قانون و نه از حیث قرارداد موظف به انجام آن نبوده است ضامن نخواهد بود. بنابراین منظور ما و محل اختلاف فقها و حقوقدانان در ترک فعل آن ترک فعلی است که عادتاً با قتل ملازمه دارد و دارای سه شرط است:

۱: تارک فعل قانونا یا به موجب ضوابط اجتماعی (قرارداد یا قانون) موظف به انجام فعلی باشد که آن را ترک کرده است.

۲: تارک فعل بداند و آگاه باشد که عملی را ترک می کند که با قتل ملازمه دارد (ولیدی، ۱۳۸۵، ص ۷۷)

۳: رابطه علیت مابین ترک فعل و جنایت وجود داشته باشد (گلدوزیان، پیشین، ص ۱۶).

### ۳. نظر فقهاء

بعد از ذکر تعریف و انواع ترک فعل به بررسی و بیان دیدگاه‌های فقها در رابطه با ترک فعل می پردازیم:

### ۱-۳. نظر موافقان

فقهاء در مورد ارتکاب جنایت با ترک فعل اختلاف نظر دارند و این اختلاف نظر حتی در بین قائلین به وقوع جنایت با ترک فعل نیز دیده می شود که در شرایط و مبانی وقوع جنایت با ترک فعل با یکدیگر اختلاف نظر دارند.

برخی از فقهاء ملاک ضمان یا عدم ضمان در ترک فعل را تعهد می دانند و می فرمایند: اگر کسی شخصی را برای انجام دادن عملی اجیر کند و او نیز متعهد به انجام دادن آن کار شود و سپس به عمد یا از روی سهل انگاری از انجام دادن عمل مورد تعهد خودداری کند ضامن خسارات و تلفاتی خواهد بود که از ترک تعهد او ناشی می شود.

صاحب کتاب «مذهب الأحكام» می نویسد: اگر کسی برای اطفاء حریق یا درمان بیمار یا محافظت از اماکن و مانند این موارد اجیر شود و پس از تمکن در انجام دادن عمل، آن را ترک کند و ضرری از این ترک ناشی شود ضامن است (سبزواری، ۱۴۱۳، ج ۲۹، ص ۱۵۸).

برخی دیگر از فقهاء در وقوع جنایت با ترک فعل علاوه بر تعهد قصد وقوع جنایت را نیز معتبر می‌دانند که دو مثال ذیل بیانگر نظر آیت‌الله مرعشی می‌باشد

آیت‌الله مرعشی در مورد سؤال در رابطه با کارمندان راه‌آهن (سوزن‌بان قطار) می‌گویند: «...اگر سوزن‌بان قطار علامت مشخصه را نگذارد و موجب تصادف در قطار شود، آیا وی قاتل محسوب می‌شود؟ در این مورد ملاک توجه و عدم توجه است. اگر توجه نداشته فقط به خاطر عدم رعایت نظامات دولتی مجازات می‌شود و انتساب سببیت به او مشکل است؛ زیرا انسان غافل یا ساهی را نمی‌توان مسئول دانست. کبرای مسئله اینکه اگر سبب باشد مسئول است و این مسلم است (مرعشی، ۱۳۷۹، ص ۱۶۰).

و در جای دیگر می‌فرمایند: «چنانچه جانی فعلی را ترک کند که حیات قربانی بر انجام آن فعل مترتب است، قتل ارتكابی عمدی خواهد بود. مثلاً مادر در مدتی بچه خود را شیر نداده و این مدت به

میزانی است که کودک معمولاً در آن مدت می‌میرد و یا جانی شخصی را در اتاقی زندانی می‌کند و به وی آب و غذا نمی‌رساند به نحوی که این شخص معمولاً در اثر نرسیدن آب و غذا در آن مدت تلف می‌شود» (همان، ص ۵۰۱).

برخی دیگر از فقهاء در مسئله مذکور تارک را حتی بدون داشتن قصد نتیجه، مسئول قتل واقع شده می‌دانند و قائلند:

اگر جانی محبوس را از طعام و شراب منع کند، چنانچه مدت حبس وی به گونه‌ای باشد که معمولاً افراد محبوس در آن مدت زنده نمی‌مانند، در صورت وقوع مرگ، قتل عمدی خواهد بود، هر چند جانی قصد قتل نداشته باشد (موسوی خمینی، ۱۳۶۸، ج ۲، ص ۵۱۰). طبق این نظر ترک فعل نه تنها می‌تواند رکن مادی قتل عمد باشد که حسب مورد می‌تواند نوعاً کشنده باشد و در این صورت نیازی به اثبات قصد قتل تارک نیست.

برخی دیگر از فقهاء خطای جزایی را ملاک ضمان در ترک فعل می‌دانند. شهید اول در لمعه ترک

نگهداری حیوان متعلق به خود را که منجر به جنایتی شود موجب ضمان می‌داند و می‌نویسد:

«اگر کسی در نگهداری ستور خود تقصیر کند سپس آن ستور بر ستور دیگر وارد شود و بر آن جنایت کند، ضامن است و اگر به جنایت شود هدر است. بر مالک واجب است نگهداری شتر تیز شهوت و سگ گزنده و بدون نگهداری ضامن است هر چه به سبب آن‌ها واقع شود، هرگاه بداند حال سگ را و در نگهداری آن سستی کند» (عاملی، ۱۴۱۰، ص ۲۷۷).

از چهار فقیه بزرگ اهل سنت مالک، شافعی و احمد قتل با ترک فعل را در صورت وجود قصد قتل، قتل عمد تلقی نموده‌اند.

و گفته‌اند: اگر متهم کسی را حبس کند و به او آب و غذا ندهد یا در شب‌های سرد وسایل گرما را از او دریغ ورزد و از این راه زندانی در اثر گرسنگی و تشنگی و سرما بمیرد چنانچه قصد قتل داشته باشد قاتل عمد خواهد بود (عوده، ۱۳۹۰، ج ۱، ص ۹۹).

## ۲-۳. نظر مخالفان

در مقابل نظر موافقین وقوع جنایت با ترک فعل، گروهی از فقهاء قائل به عدم وقوع جنایت با ترک فعل می‌باشند.

برخی، از جمله آیه‌الله خویی، ترک را امر عدمی و حصول نتیجه وجودی را از آن غیرممکن تلقی می‌کنند. ایشان در مسئله ترک فعل، نتیجه مجرمانه را مستند به فعل می‌داند و می‌نویسد: فان الموجود انما ینشأ من الموجود و یترتب علیه ولا یستند الی امر عدمی (خویی، بی تا، ج ۴۲، ص ۶۰).

البته ایشان برخلاف اصل کلی مزبور، در موارد متعدد دیگر، همانند سایر فقهاء، تارک را مسئول می‌دانند. برای نمونه، ایشان صاحب حیوان را که در حفظ آن تفریط و کوتاهی کرده و علم به وضعیت خطرناک آن داشته است، مسئول جنایت و تلفاتش تلقی می‌کند (همان، ص ۳۰۵) نیز مربی شنا را که در نجات شاگردش کوتاهی کرده، ضامن می‌داند و در صورتی که در این مورد تعمد داشته باشد، او را مستحق

قصاص می‌داند (همان: ۳۰۱) همچنین در مسئله دیوار، در صورتی که آن را در ملک خودش مایل به ملک دیگران بنا کرده باشد یا آن را در ملک غیر بسازد یا در ملک خود و بدون میل به یک طرف بسازد و به تدریج متمایل به سمت دیگری شود و صاحب آن، عالم به خطر ریزش آن باشد و در عین حال که بر اصلاح و تعمیر آن توانایی دارد از انجام اقدامات مقتضی خودداری ورزد، اگر در اثر سقوط موجب خسارت و تلفاتی گردد، مالک آن را ضامن تلقی می‌کند (همان، ص ۳۰۳).

صاحب جواهر هم ترک فعل را ضمان آور نمی‌داند. ایشان در کتاب شهادت جواهر الکلام ناظر به سخن علامه در مسئله ترک ادای شهادت می‌نویسد کتمان شهادت ضمان آور نیست گرچه شاهد مرتکب گناه شده است (نجفی، بی تا، ج ۴۱، ص ۲۵۳)؛ و در کتاب دیات جواهر با ارائه ضابطه‌ای کلی می‌نویسد: «بل التروک جمیعاً لا یترتب علیها ضمان اذا کان علّة التلّف غیرها» (همان، ج ۴۳، ص

۱۵۳). صاحب جواهر علت را آن می‌داند که ترک فعل نه مباشرت در تلف است و نه تسبیب در آن؛ ترک فعل تنها شرط تلف به شمار می‌رود و تلف مستند به شرط نمی‌باشد.

شیخ طوسی در «المبسوط» درباره فردی «که دیواری در ملک خود با پایه محکم و بدون میل به یک طرف بسازد و سپس دیوار کج شود و صاحب آن با علم به ریزش و با تمکن به تعمیر از انجام دادن مقتضی خودداری می‌ورزد» قولی را بازگو می‌کند که به طور مطلق صاحب دیوار را ضامن نمی‌داند (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۷، ص ۱۸۷).

این گروه از فقهاء برای اثبات نظریه خود به دو دلیل تمسک کردند:

۱: ترک فعل امر عدمی است و جنایت امر وجودی و عدم نمی‌تواند علت برای وجود باشد، با این توضیح، مرگ که یک امر وجودی است، نمی‌تواند ناشی از یک امر عدمی باشد. بر اساس این نظر فقط فعل می‌تواند رکن مادی قتل باشد و ترک فعل این توانایی و قابلیت را ندارد که

سبب یک امر وجودی یعنی قتل شود، حتی اگر شخص تارک عملی را ترک کرده باشد که موظف به انجام آن بوده است.

۲. باید بین فعل و نتیجه رابطه سببیت برقرار باشد و رابطه سببیت در ترک فعل و جنایت را مخدوش دانسته‌اند (نجفی، بی تا، ۴۲، ص ۱۵۳). در این حالت به علت خدشه در رابطه سببیت، انتساب قتل به تارک فعل محل تردید است.

### ۳-۳. نظر حقوقدانان

بعد از بررسی دیدگاه فقهاء به تحلیل و بررسی دیدگاه حقوقدانان می‌پردازیم:

#### ۳-۳-۱. نظر موافقان

حقوقدانان نیز مانند فقهاء در رابطه با وقوع جنایت با ترک فعل با یکدیگر اختلاف نظر دارند. گروهی از حقوقدانان معتقدند: در صورتی که تارک فعل، قانونا یا به موجب قرارداد و توافق مکلف به انجام فعل باشد و به قصد سلب حیات از دیگری از انجام آن خودداری کند، آن ترک فعل عنصر

مادی جرم قتل محسوب می‌شود (گلدوزیان، ۱۳۸۴، ص ۶۴).

بر این اساس چنانچه فردی به هر نحو حیات دیگری را به خود وابسته ساخته و متعهد به انجام وظایفی در حفظ زندگی وی شود اگر با ترک فعل خویش به طور غیرمستقیم حیات متعهد له را به مخاطره افکند در صورتی وقوع جنایت و احراز عمد، به قصاص محکوم می‌گردد اگرچه عبارت بعضی از حقوقدانان دارای ابهام است مثلاً آقای دکتر پاد از واژه «مسئول» استفاده کرده‌اند «اگر تارک فعل قانونا یا به موجب توافق و قرارداد مکلف به انجام فعل بوده و از انجام آن خودداری کرده باشد مسئول خواهد بود (پاد، پیشین، ص ۳۸) زیرا واژه «مسئول» چندان مقصود ایشان را روشن نمی‌سازد که آیا منظورشان مجازات قتل است و یا مجازات‌های اداری، انضباطی و...، لیکن مقصود ایشان تحمیل مجازات قتل عمد است زیرا، در پایان این موارد را قتل عمد بالتسبیب دانسته

که به استناد ماده ۸۸۰ قانون مدنی،  
 مانع از ارث است.

به نظر برخی دیگر از حقوقدانان،  
 انجام جنایت توسط ترک فعل و  
 نسبت دادن فعل به تارک یک امر  
 عقلی است و قائلند منطق سلیم  
 رابطه علیّت میان نتیجه  
 مجرمانه (مرگ کودک) و ترک فعل  
 (امتناع مادر از شیر دادن) را تأیید  
 می‌کند (باهری، ۱۳۸۴، ص ۲۰۵).

و برخی دیگر علاوه بر قبول  
 مسئولیت برای ترک‌کننده فعلی که  
 ناشی از وظیفه قانونی یا قراردادی  
 اوست قلمرو مسئولیت تارک را  
 در صورتی که فعل ترک شده وظیفه  
 عرفی او بوده است نیز گسترش  
 داده‌اند و ترک فعل را در صورت  
 اجتماع سه شرط عنصر  
 تشکیل‌دهنده قتل و محقق جرم  
 قتل عمدی می‌دانند:

۱. ترک فعل عامداً و به قصد  
 قتل انسانی زنده باشد.

۲. رابطه علیّت بین ترک فعل و  
 فوت مجنی علیه وجود داشته  
 باشد.

۳. عامل ترک فعل به موجب  
 قوانین و مقررات یا قراردادها یا عرف

و عادات مسلم موظف به انجام فعلی  
 باشد که عامداً ترک کرده است.  
 (محسنی، ۱۳۸۲، ج ۲، ص ۱۳۹).

و به نظر برخی از حقوقدانان با  
 احراز شرایط گفته‌شده اتهام عمدی  
 بودن جنایت قابل بررسی است و اگر  
 شرایط ذکرشده منتفی بود اتهام نیز  
 منتفی است (آقایی نیا، ۱۳۸۵، ص  
 ۴۱).

کسانی که قائلند عنصر مادی  
 جنایت می‌تواند با ترک فعل هم  
 حاصل شود به دلایلی استدلال  
 کردند که در ذیل بیان می‌کنیم

استدلال اول: ترک فعل صرف  
 عدم نیست بلکه کف نفس و  
 جلوگیری از انجام عمل می‌باشد.  
 توضیح اینکه ترک فعل گاهی ناشی  
 از صرف عدم است، مثلاً شخصی به  
 فکر سرقت نیست و سرقتی هم انجام  
 نمی‌دهد و گاهی ناشی از اراده  
 درونی است یعنی شخصی به فکر  
 انجام عملی است اما آن را ترک  
 می‌کند مثلاً قصد ارتکاب قتل دارد  
 اما به‌رغم اراده و میل درونی، آن را  
 انجام نمی‌دهد. این دو حالت یکسان  
 نیستند و حالت دوم از جهت اینکه  
 امری ارادی است مانند فعل مثبت

می‌باشد و حتی در خارج نیز دارای اثر مادی است، ترک شیر دادن به کودکی که باید شیر داده شود مانند آن است که با چاقویی به قتل برسد. ترک فعل، اراده مانعی است یعنی از کاری که باید انجام شود جلوگیری می‌کند، اما فعل مثبت، اراده دافعی است یعنی مرتکب را وادار به انجام کاری می‌کند که نباید انجام دهد، بنابراین فعل و ترک فعل از نظر عمل ارادی بودن باهم تفاوتی ندارند.

استدلال دوم: اینکه مصادیق ترک فعل به صورت احصائی بیان شده است نه تنها نقضی بر امکان تحقق رفتار فیزیکی در قالب ترک فعل نمی‌باشد بلکه دلیلی بر امکان تحقق آن است زیرا بهترین دلیل بر امکان چیزی، وقوع آن در عالم خارج می‌باشد حتی اگر در قالب یک فرد رخ دهد... علاوه بر این، در مواردی که قانون‌گذار، تحقق جرم در قالب ترک فعل را بیان می‌کند تأکید بر ترک فعل خاص ندارد، مثلاً در جرم قتل وسیله خاصی را بیان نمی‌کند و تنها به نتیجه عمل که همان خارج کردن روح است توجه دارد یعنی

آنچه از نظر قانون‌گذار در جرم قتل اهمیت دارد آن است که روح از جسم دیگری خارج گردد اما تفاوتی ندارد که خارج کردن روح در قالب فعل مثبت باشد یا فعل منفی... (زراعت، ۱۳۸۵، ج ۱، ص ۶۶).

استدلال سوم: در مورد رابطه سببیت نیز باید گفت که امکان برقراری رابطه سببیت میان ترک فعل و نتیجه وجود دارد و این مسئله یک امر عرفی است و عرف ممنوعیتی در این زمینه نمی‌بیند و حتی گاهی عرف در بعضی از موارد جنایت به وسیله ترک فعل را بیشتر از انجام فعل مستحق مجازات می‌داند مثلاً در جایی که مادر قصد کشتن نوزادش را دارد به دو روش می‌تواند انجام دهد اول اینکه او را از بلندی پرت کند و یا اینکه آن قدر از شیر دادن به او خودداری کند تا طفل بر اثر گرسنگی جان دهد به طور قطع عرف مادری را که با روش دوم اقدام به کشتن فرزند خود نموده است بیشتر مستحق سرزنش و مجازات می‌داند (شامبیاتی، ۱۳۹۳، ج ۱، ص ۵۵).

### ۲-۳-۳. نظر مخالفان

در مخالفت با نظریه‌ی وقوع جنایت از طریق ترک فعل، بعضی از حقوقدانان معتقدند: به جز در موارد مخصوص و استثنایی برای انجام قتل یک عمل مادی یعنی یک فعل لازم است. این عمل را مرتکب باید بخواهد (سوءنیت عام) و تا عمل را نخواهد، نمی‌تواند نتیجه را بخواهد به عبارت دیگر، نمی‌توان نتیجه را خواست ولی عمل را انجام نداد (آزمایش، ۱۳۸۰، ص ۹۱). عقیده این گروه بر این است که عنصر مادی جنایت باید همواره عملی مثبت و مادی باشد به نحوی که با جسم مقتول رابطه فیزیکی برقرار نماید (سپهوند، ۱۳۸۸، ص ۴۰).

و حتی برخی نسبت جنایت به تارک را در صورتی که فعل ترک شده وظیفه قانونی یا قراردادی او بوده است را هم منتفی می‌دانند «سلب حیات از یک انسان قتل محسوب می‌شود ولی متهم باید عمل مادی مثبت انجام داده باشد. از لحاظ تئوری هر ترتیبی را می‌توانیم بپذیریم یا رد کنیم. از لحاظ قانونی در قتل عمدی، فعل قاتل باید عمل

مادی و مثبت باشد. اگر سکوت کنیم و کاری انجام ندهیم تا در کنارمان مرگی حادث شود، به عنوان قتل عمدی مسؤولیت نداریم. حتی اگر به موجب قرارداد یا قانون تکلیف انجام کار را داشته باشیم» (سپهوند، ص ۱۹).

و برخی دیگر برخلاف گروه قبلی (موافقین) که وقوع جنایت توسط ترک فعل را امری عقلانی و منطقی می‌دانستند عدم وقوع جنایت توسط ترک فعل را منطقی می‌دانند:

«منطقی آن است که ترک فعل نمی‌تواند جرائم فعلی را ایجاد کند.» (صانعی، ۱۳۸۲، ص ۳۲۱).

این گروه از حقوقدانان هم برای نظریه خود به دلایلی استناد کردند که در ذیل به آن‌ها اشاره می‌شود:

۱. امتناع یک امر عدمی است و عدم فقط می‌تواند عدم را باوجود آورد، به وجود نمی‌تواند از عدم باوجود آید در حالی که جرم، امر عدمی نیست بلکه تغییر وضعیتی است که در خارج به وجود می‌آید. قتل و صدمات بدنی از امور وجودی‌اند در حالی که ترک، یک امر عدمی است و بدیهی است که



می‌باشد (زراعت، ۱۳۸۵، ج ۱، ص ۶۶).

#### ۴. موضع قانون گذار ۱۳۹۲

##### در رابطه با ترک فعل

علی‌رغم اختلاف نظرهای بیان شده در خصوص امکان وقوع و یا عدم وقوع جرم ترک فعل، ماده ۲ و ۲۹۵ قانون مجازات اسلامی، به صراحت امکان تحقق عنصر مادی جرم در قالب ترک فعل را پذیرفته و وجاهت قانونی به آن داده است چنانکه در ماده ۲ می‌گوید: «هر رفتاری اعم از فعل یا ترک فعل که در قانون برای آن مجازات تعیین شده است، جرم محسوب می‌شود» و فرقی هم بین آن‌ها قائل نشده است یعنی همانطوریکه فعل می‌تواند عنصر مادی جرم قرار گیرد ترک فعل نیز می‌تواند و معنای تفاوت قائل نشدن میان آن‌ها این است که یکی را قاعده و دیگری را استثنا قرار نداده است. به نظر می‌آید درست هم همین باشد چراکه اصل، برقراری رابطه سببیت میان ترک فعل و جرم است که امکان آن وجود دارد، ولی

جنایت به‌عنوان یک پدیده موجود منحصرأ می‌تواند از یک امر وجودی دیگر ناشی شود زیرا هرگز وجود از عدم منتج نمی‌گردد. رابطه بین رفتار و نتیجه رابطه‌ای علمی و مادی است و نه اعتباری و قراردادی. از این رو نمی‌توان به موجب عرف یا قانون، امر غیرواقعی را واقع محسوب کرد و یک امر وجودی مانند جنایت را به ترک نسبت داده شخصی را که فعلی انجام نداده است جانی و قاتل قلمداد کرد (صادقی، ۱۳۹۳: ۱۰۸).

۲. برای تحقق جرم لازم است میان رفتار فیزیکی و نتیجه مجرمانه، رابطه سببیت وجود داشته باشد درحالی‌که تحقق این رابطه میان ترک فعل که یک امر عدمی است و نتیجه که یک امر وجودی است امکان ندارد زیرا همان‌گونه که گفته شد عدم نمی‌تواند وجود را در پی داشته باشد.

۳. از نظر عنصر معنوی نمی‌توان سوءنیت و قصد مجرمانه را نزد کسی که مرتکب ترک فعل شده است به دست آورد زیرا تنها رفتار مثبت است که اماره قصد و روان نیز

قانون گذار در ماده ۲۹۵ ترک فعل را به طور مطلق جزء عنصر مادی نمی داند بلکه حصول آن را منوط به تحقق شرایطی نموده که در ذیل به تفصیل بیان خواهیم کرد.

«ماده ۲۹۵ می گوید: هرگاه کسی فعلی که انجام آن را برعهده گرفته یا وظیفه خاصی را که قانون بر عهده او گذاشته است، ترک کند و به سبب آن، جنایتی واقع شود، چنانچه توانایی انجام آن فعل را داشته باشد جنایت حاصل به او مستند می شود و حسب مورد عمدی، شبه عمدی یا خطای محض است، مانند این که مادر یا دایه ای که شیر دادن را برعهده گرفته است، کودک را شیر ندهد یا پزشک یا پرستار وظیفه قانونی خود را ترک کند»

## ۵. شرایط مسئولیت

### کیفری تارک فعل طبق ماده

۲۹۵

#### ۵-۱. وجود تعهد به انجام فعل

وجود تعهد به انجام فعل «باید تعهد و التزام قانونی یا قراردادی برای

ترک کننده فعل وجود داشته باشد تا بتوان وی را مرتکب جرم دانست» به عبارتی دیگر صرف ترک فعل و وقوع نتیجه، برای انتساب جرم به مرتکب در همه موارد کافی نیست. قانون با تصریح به ضرورت وجود تعهد بر این امر تأکید کرده است: «هرگاه کسی فعلی را که انجام آن را به عهده گرفته».

تعهد به انجام فعل در تمام اشکال از قبیل قراردادی، غیر قراردادی، کتبی، شفاهی، با اجرت یا بدون اجرت، حسب مورد قابل استناد است. کافی است اثبات شود که ممتنع متعهد به انجام فعلی بوده که از انجام آن سرباز زده است؛ بنابراین دایه ای که تعهد به مراقبت از طفل می کند (کارکنان مهدکودکها)، شخصی که متعهد بر مراقبت از نابینایی می شود، مربی شنا که اجازه ورود طفل به استخر خود را می دهد و پزشکی که بیمار را در بخش مربوطه بستری می کند، همگی مصادیق تعهد به انجام فعل (مراقبت) هستند، بنابراین تا تعهد به انجام فعل از سوی تارک احراز نگردد، نمی توان او را مرتکب جنایت

دانست. به‌عنوان مثال اگر «الف» مشاهده کند که «ب» روی ریل قطار افتاده و قطار در فاصله کوتاهی از محل در حال رسیدن است و از جابجایی «ب» خودداری و حادثه منتهی به مرگ «ب» شود، نمی‌توان «الف» را مرتکب جنایت دانست، اگرچه با اقدام او «ب» نجات می‌یافت. همچنین است اگر احراز شود که «الف» یقین به وقوع جنایت داشته و یا حتی خواهان چنین نتیجه‌ای بوده است. همچنین پزشک یا بیمارستانی که به‌عنوان شخص حقوقی از پذیرش بیمار اورژانسی به هر دلیلی خودداری نماید و بیمار در راه رسیدن به بیمارستان دیگری فوت کند، از شمول ماده ۲۹۵ خارج است؛ زیرا با عدم پذیرش، تعهد به درمان صورت نپذیرفته است. ولی چنانچه بیمار را پذیرش کنند و در واقع تعهد به انجام فعل (درمان) نمایند، خودداری آن‌ها از انجام تعهد، چنانچه منتهی به صدمه به بیمار شود، جنایت محسوب می‌گردد.

## ۲-۵. ترک وظیفه ناشی از قانون یا قرارداد

انجام فعل، از نظر قانون یا قرارداد یا التزام شخصی بر تارک لازم و واجب باشد؛ چون اصولاً جرم ترک فعل درجایی قابل تصور است که تارک ملزم به انجام فعل باشد. معنا ندارد که از یک طرف انسان، ملزم به مساعدت دیگران نباشد و از طرف دیگر، ترک مساعدت و همکاری موجب قتل، جرم محسوب شود.

البته منظور از قانون تنها قانون جزا نیست، بلکه شامل قوانین لازم‌الاجرای دیگر نیز می‌شود. برای مثال، طبق ماده ۱۱۶۸ قانون مدنی «نگهداری اطفال، هم حق و هم تکلیف ابوبین است.» همین‌طور بر اساس ماده ۱۱۷۶ قانون مدنی، هرچند مادر مجبور نیست به طفل خود شیر بدهد، ولی در صورتی که تغذیه طفل به غیر شیر مادر ممکن نباشد، به انجام آن ملزم است. در مواردی که دولت یا اشخاص حقوقی یا حقیقی قراردادهایی را برای انجام وظیفه خاصی با افرادی مثل پزشک، پرستار، سوزن‌بان قطار،

نگهبان زندان و ناجی غریق منعقد می‌کنند، می‌توان گفت که این افراد، به‌موجب ماده ۱۰ قانون مدنی ملزم به اجرای تعهدات ناشی از قراردادهای مذکور خواهند بود (کریمی، ۱۳۸۷، ص ۱۶۴).

این دیدگاه که مبتنی بر آرای فلسفی نیز می‌باشد بر رابطه میان وجود و ضد عام متکی است. خلاصه تئوری آن است که ترک فعل، ضد عام برای فعل مثبت است یعنی اگر فعل مثبتی بتواند مانع قتل شود پس ترک آن می‌تواند سبب قتل باشد به‌عنوان مثال وقتی دادن دارو به بیمار بتواند مانع قتل بیمار شود پس ترک دارو می‌تواند سبب قتل شود چون میان این دو ملازمه وجود دارد (زراعت، ۱۳۹۲، ص ۶۶).

گرچه عده‌ای معنای وظیفه قانونی را توسعه داده‌اند و شامل وظیفه دینی، اخلاقی و اجتماعی می‌دانند که حفظ جان دیگران نیز یکی از وظایف اخلاقی و دینی است و معتقدند لازم نیست قانون وظیفه‌ای را بر عهده اشخاص قرار داده باشد مانند پدری که در تأمین غذای فرزند ناتوان خود کوتاهی

کرده و موجب مرگ وی می‌شود؛ اما این وسعت بخشیدن نارواست زیرا حقوق از مردم انتظار ندارد فداکاری کنند و مسئولیت کیفری، نیاز به تکلیف قانونی دارد (همان، ص ۶۷).

بنابراین، همان‌طور که در قسمت انواع ترک فعل به‌طور مفصل بیان کردیم درجایی که تارک ملزم به انجام فعل نجات‌بخش نباشد، ترک آن، جرم محسوب نمی‌شود، بخصوص اگر انجام فعل، ملازم با خطر و فداکاری و یا ضرر مالی باشد. برای مثال، عابری که دیگری را در شرف غرق شدن و یا در محاصره آتش مشاهده می‌کند و از اقدامات لازم به‌منظور نجات او امتناع می‌ورزد، قاتل قلمداد نمی‌شود، هرچند آرزوی مرگ او را بنا به دلایلی داشته باشد؛ چون طبق قانون ملزم به اقدامات نجات‌بخش نیست.

### ۳-۵. ترک انجام فعل به‌صورت

#### ارادی

رفتار مرتکب به استناد ماده ۲۹۵، ترک انجام تعهد یا ترک انجام وظیفه خاص قانونی است. منظور از ترک، خودداری از انجام یا امتناع و یا هر

اقدامی است که متضمن معنای امتناع است بنابراین حضور در محل و خودداری از انجام تعهد یا وظیفه و یا ترک محل و یا انجام کاری که موضوع تعهد یا وظیفه قانونی است، می‌تواند مفهوم عبارت «ترک کند» مذکور در ماده را متبادر نماید. با این استدلال باید بپذیریم که شکل ترک کردن مؤثر در مسئولیت مرتکب نخواهد بود کما اینکه گاهی ترک فعل با انجام فعل محقق می‌شود (آقائی نیا، ۱۳۹۲، ص ۴۲).

مسئله‌ای که در اینجا مطرح می‌شود و باید به آن توجه شود بحث ارادی بودن و یا ارادی نبودن ترک فعل است که باید گفت: ترک فعل از جهت ارادی بودن تفاوتی با فعل مثبت ندارد بنابراین ترک فعل نیز باید ناشی از اراده باشد و پرستاری که تحت اجبار مادی یا قوه قاهره، دارو به بیمار نمی‌دهد، مرتکب جرم نشده است اما فقدان اراده زمانی تأثیر دارد که منتسب به اراده و اختیار قبلی نباشد مثلاً شخصی که وضعیتی را پیش‌بینی می‌کند اما توجهی به آن ندارد و در وضعیتی

قرار می‌گیرد که اراده خود را از دست می‌دهد، شخص با اراده محسوب می‌شود «الامتناع بالاختیار لا ینافی الاختیار» مانند به کار انداختن وسیله نقلیه معیوب که شخص را در حالت اجبار و بی‌ارادگی قرار می‌دهد و هنگام بروز سانحه نمی‌تواند از ترمز اتومبیل استفاده کند یا سوزن‌بانی که استراحت کافی نمی‌کند و هنگام ورود قطار به ایستگاه به خواب می‌رود. (زراعت، ۱۳۸۵، ج ۱، ص ۱۵۰).

#### ۴-۵. وجود رابطه سببیت میان ترک فعل و جنایت حاصله

شرط دیگری که در ماده ۲۹۵ بر آن تصریح گردیده احراز رابطه سببیت میان ترک فعل و نتیجه حاصله اعم از سلب حیات و یا آسیب به اعضا است: «جنایت حاصل به او مستند باشد». رابطه سببیت منحصر به جرائم ایجابی نیست بلکه در جرائم سلبی نیز لازم است هرچند رابطه سببیت در تمام مصادیق جرائمی که نتیجه در آن شرط می‌باشد ضروری است اما این رابطه در مورد ترک فعل

از معضلات بیشتری برخوردار است. در واقع اثبات رابطه میان یک امر عدمی و یک امر وجودی (مرگ، جرح) به ویژه اگر علل و اسباب دیگری نیز موجود باشد کار ساده‌ای نیست.

گاهی تنها سبب وقوع نتیجه، ترک فعل مرتکب است و سبب دیگری در بین نیست مانند آنکه مادر به قصد سلب حیات از نوزاد به او شیر نمی‌دهد یا پزشک از انجام عمل جراحی روی بیمار خودداری می‌کند. در این موارد پاسخ به این پرسش که اگر مادر به نوزاد شیر می‌داد زنده می‌ماند و یا اگر عمل جراحی واقع می‌شد بیمار نجات می‌یافت، مثبت است و چون عامل دیگری در میان نیست، احراز رابطه سببیت با مشکلی مواجه نخواهد بود ولی گاهی سبب یا اسباب دیگری با ترک فعل مرتکب همراه است که برای احراز رابطه سببیت میان ترک فعل و مرگ یا آسیب نیاز به تعیین نقش آنهاست مانند آنکه ثابت شود حتی با انجام عمل جراحی به بهترین شکل، بیمار به علت وخامت حال

نجات نمی‌یافت (آقائی نیا، پیشین «۴۳»).

معذک در صورتی می‌تواند تارک فعل را به دلیل مرگ یا صدمه جسمانی که به دیگری وارد شده است مسئول دانست که این نتیجه از ترک فعل وی ناشی شده باشد؛ بنابراین در صورت وجود یک عامل مستقل دیگر که مرگ قابل استناد به آن باشد، تارک فعل را نمی‌توان مسئول نتیجه حاصله دانست. به همین دلیل نمی‌توان پزشک یا پرستاری را که به‌رغم وظیفه‌ای که طبق قانون دارند، از پذیرش بیمار یا مصدومی در بیمارستان خودداری می‌کند و در نتیجه مصدوم می‌میرد قاتل (اعم از عمد یا غیر عمد) دانست.

دلیل این امر آن است که مرگ مذکور ناشی از بیماری یا مصدومیت بوده است و نه ناشی از عدم پذیرش در بیمارستان. لیکن هرگاه بیماری که در بیمارستان بستری است و دوران نقاهت را می‌گذراند نیاز به تنفس مصنوعی پیدا کند و پزشک یا پرستار وظیفه خود را برای ارائه تنفس

مصنوعی به وی انجام ندهد وی، حسب مورد و بر اساس عنصر روانی خود، قاتل عمد یا غیر عمد خواهد بود، چون مرگ ناشی از ترک فعل پزشک یا پرستار بوده است. (شامبیاتی، ۱۳۹۳، ج ۱، ص ۵۹).

لذا به دلیل شرط لزوم رابطه سببیت، غذا ندادن مادر به نوزاد شیرخوار، همان‌طور که قبلاً اشاره شد، موجب مسئول شناخته شدن مادر در قبال مرگ نوزاد خواهد بود. لیکن هرگاه شخص بالغ رشیدی از پدر و مادر خود درخواست پول برای خرید غذا کند ولی آنان، به‌رغم وظیفه‌ای که در مورد دادن نفقه به وی دارند، به او پول یا غذا ندهند و او از گرسنگی بمیرد، نمی‌توان پدر و مادر را قاتل (چه عمد و چه غیر عمد) دانست، زیرا مرگ فرزند در این حالت ناشی از گرسنگی بوده است که عدم اقدام پدر و مادر باعث ایجاد آن نبوده بلکه آن‌ها تنها مانع تأثیر آن نشده‌اند و عدم ایجاد مانع برای مسئول شناخته شدن فرد در قبال نتیجه حاصله کافی نیست. از این‌روست که به قول صاحب جواهر

«ترک فعل‌ها در صورتی که علت تلف غیر آن‌ها باشد موجب ضمان نمی‌گردند...». از سوی دیگر، در مورد نوزاد شیرخوار، به علت وابستگی تام وی به مادر، نمی‌توان گرسنگی و عدم رفع آن را دو عامل مجزا دانسته و به تبع آن مادری را که با عدم اقدام به رفع گرسنگی نوزاد موجب مرگ وی شده است از مسئولیت در قبال مرگ نوزاد مبرا دانست (صادقی، ۱۳۸۵، ص ۱۵۳).

یکی از دلایل مخالفان استناد به عدم وجود رابطه سببیت بین مرگ قربانی و رفتار متهم است (نجفی، بی‌تا، ۴۲، ص ۱۵۳) این نظر درجایی که شخص، وظیفه‌ای در برابر حفاظت از دیگری ندارد، صحیح است ولی درجایی که تارک در قبال دیگری متعهد به اقدام است، پذیرفتنی نیست. یک طفل یا یک نوزاد هیچ‌وقت قادر به محافظت از خویش نیست و چه‌بسا به طریق مختلف خود را معرض خطر قرار دهد. شاید پدر و مادر این فرزند در وقوع خطر نقشی نداشته باشند اما اگر از وقوع خطر آگاه باشند و مانع

از تأثیر آن به طفل نشوند تا کشته شود، مسئول اند، یعنی از نظر عرف بین عدم اقدام والدین و مرگ فرزند رابطه وجود دارد درجایی که شخص با اتکاء و امید به اقدام نجات‌غریق وارد استخر می‌شود، لکن بر اثر عدم اقدام وی خفه می‌شود، هرچند از نظر علت و معلول مادی بین عمل تارک و مرگ قربانی رابطه‌ای نیست، اما عرف، این رابطه را برقرار می‌کند و جنایت را به تارک نسبت می‌دهد.

در مورد رابطه سببیت چند نکته لازم به ذکر است:

الف: ترک فعل باید غیرقانونی و برخلاف تعهدات مرتکب باشد. بنابراین ترک یک فعل مباح و مشروع هرگز نمی‌توان موجب ضمان مرتکب گردد، مثلاً درجایی که شخص در مقام دفاع مشروع از خویش، مهاجم را در موقعیت مرگباری قرار می‌دهد، تعهدی در قبال حفظ حیات وی ندارد.

ب: نقش ترک فعل در قتل زمانی محقق است که ثابت شود تارک قادر به انجام فعل عهده خویش بوده است. فرض کنید دریا

به قدری طوفانی است که عملاً امکان نجات قربانی توسط نجات‌غریق مسئول در آن قسمت از ساحل دریا وجود ندارد و چه بسا این عمل برای خود نجات‌غریق خطرات جانی داشته باشد.

ج: هرزمانی شبهه حاصل شود که قربانی خود در وقوع حادثه نقش داشته است حصول این شبهه را باید به نفع تارک فعل دانسته، قتل عمدی را مردود شمرد، مثلاً قربانی علی‌رغم هشدار نجات‌غریق به قسمت عمیق استخر رفته باشد. (شاکری، پیشین، ص ۱۲۰).

#### ۵-۵. توانایی انجام فعل برای

##### تارک

برای مسئول شناختن تارک فعل در قبال مرگ یا صدمه جسمانی حاصله از ترک فعل، توانایی او برای انجام اقدام، موردنیاز می‌باشد بنابراین پدری که فرزند خردسالش را جهت آموزش شنا به درون استخر وارد می‌سازد و با مشاهده غرق شدن وی او را نجات نمی‌دهد تنها در صورتی قاتل محسوب خواهد شد که توانایی نجات دادن وی را داشته و باین حال



این کار را نکرده باشد؛ بنابراین مسئولیت، شامل پدری که خود اساساً شنا بلد نیست تا بتواند فرزندش را نجات دهد، نمی‌شود.

قانون مجازات خودداری از کمک به مصدومین و رفع مخاطرات جانی مصوب سال ۱۳۵۴ نیز مجازات شدن فرد خودداری کننده از کمک را منوط به «متوجه نبودن هیچ خطری به خود او یا دیگران» کرده است. همین‌طور اگر بیماری که تمایل به مردن دارد، خود مانع گذاشته شدن دستگاه تنفس مصنوعی از سوی پزشک یا پرستار خود شود، مسئولیتی متوجه آنها در قبال مرگ بیمار نخواهد بود. در صورت «تداخل وظایف» مثلاً اینکه ناجی غریق تنها قادر به نجات دو طفل غریق باشد و از آن میان طفلی را که موردعلاقه بیشتر وی است یا با وی رابطه خویشاوندی نزدیک‌تری دارد نجات دهد، مسئولیتی در قبال غرق شدن و مرگ طرف دوم متوجه او نخواهد بود» (صادقی، ۱۳۹۳، ص ۴۶).

لذا در ماده ۲۹۵ قانون گذار تعهد به انجام فعل و یا داشتن وظیفه خاص قانونی به انجام آن و امتناع از انجام فعل را کافی برای تحقق رفتار مرتکب در مصداق ترک فعل ندانسته است (و شرط دیگری آورده و بیان داشته است): چنانچه توانایی انجام فعل را داشته است... توانایی به شرح مندرج در ماده ۲۹۵ قانون مجازات اسلامی متضمن مفهوم وسیعی است که خسب مورد باید لحاظ شود، با فقدان توانایی به انجام فعل، نوبت به بررسی رکن معنوی مرتکب نمی‌رسد عدم توانایی می‌تواند در مصادیق بدنی، مهارتی، امکاناتی و امثال آنها بروز کند.

نکته‌ای که باید به آن اشاره شود این است که چنانچه تارک فعل «گمان کند» و یا «احتمال دهد» که اقدام وی در جهت کمک به فرد در معرض خطر مؤثر واقع نخواهد شد و در نتیجه از انجام وظیفه خویش کوتاهی کند در این حالت متعهد مشمول ماده ۲۹۵ نخواهد شد (الهی منش، ۱۳۹۲، ص ۶۸).

## ۵-۶. وجود عنصر روانی در تارک فعل

جرم ترک فعل می‌تواند عمدی یا غیرعمدی باشد. ترک فعل تارک، با دارا بودن ۲ شرط، عمدی تلقی می‌شود.

۱. قصد ترک فعل: شخص تارک باید از روی عمد یعنی با علم و اراده، ترک فعل کند. به عبارت دیگر عدم انجام وظیفه باید خواست تارک باشد. درجایی که عدم اقدام، ناشی از خطای کیفری (بی احتیاطی، بی‌مبالاتی، عدم مهارت، عدم رعایت نظامات دولتی) متهم باشد، در وقوع قتل عمدی تردید است. مثلاً در فرضی که نجات‌غریق برای نوشیدن چای منطقه استحضایی خود را ترک می‌کند یا پرستار به واسطه جواب دادن به گوشی تلفن در مراقبت از بیمار غفلت کند، در صورت وقع قتل، قابل تطبیق با قتل عمد نیست. در چنین مواردی که اشخاص نه از روی عمد، بلکه با ارتکاب خطای کیفری سبب قتل دیگری می‌شوند، قتل ارتكابی عمدی تلقی نمی‌شود.

۲. قصد نتیجه: در جرمی مثل قتل عمدی که مقید است صرف داشتن سوءنیت عام یعنی قصد رفتار منتهی به سلب حیات از دیگری کافی نیست بلکه متهم به تبع قصد رفتار، باید قصد نتیجه نیز داشته باشد. قصد نتیجه بدین معناست که مرگ قربانی مطلوب و مقصود متهم باشد، یعنی هدف نهایی متهم بر سلب حیات از یک انسان زنده استوار باشد. بنابراین در قتل ناشی از ترک فعل، صرف عمد در عدم انجام وظیفه دلیل بر وقوع قتل عمدی نیست، چراکه تارک به تبع عمد در ترک فعل باید قصد سلب حیات از قربانی را نیز داشته باشد؛ اما درجایی که ترک فعل خیلی خطرناک بوده به نحوی که مرگ قربانی نتیجه قطعی آن باشد، صرف اثبات عمد جانی در ترک فعل، باید کافی برای تحقق قتل عمد باشد. فرض کنید قسمتی از یک جاده در مسیر یک پیچ تند که مشرف به دره‌ای عمیق است ریزش کرده و اداره راه شخصی را برای هشدار به رانندگان برای عدم تردد از آن مسیر در آنجا گمارده است.

اگر این شخص عمداً از هشدار دادن به راننده‌ای خودداری کند، آیا این ترک فعل وی نوعاً کشنده نیست؟ یا پرستاری مسئول مراقبت از یک بیمار قلبی است و باید در مواقع حملات قلبی که خطرناک‌اند داروی معینی را به وی تزریق کند. اگر این پرستار در موقع بروز حمله قلبی از تزریق دارو به بیمار خودداری کند و درعین حال آگاه باشد که این عدم تزریق دارو به مرگ بیمار منتهی می‌شود، آیا عمل پرستار را نمی‌توان مشمول ماده ۲۹۵ ق.م.آ دانست؟ بنابراین ترک فعل علاوه بر اینکه می‌تواند با قصد قتل موجب قتل عمد شود، حسب مورد می‌توان نوعاً کشنده باشد که در این صورت صرف اثبات عمد مرتکب در ترک فعل برای تحقق قتل عمد کافی است و نیازی به اثبات قصد مجرمانه وی نیست.

برخی از حقوق‌دانان گفته‌اند: همه جرائم ترک فعلی، غیرعمدی است و اثبات جرم ترک فعل عمدی محال است؛ چون قصد، امر باطنی

است و تنها به وسیله مظهر خارجی که فعل ایجابی باشد قابل اثبات است، نه امتناع.

در پاسخ می‌توان گفت: اثبات عمد مشکلی است که به وجود و عدم وجود ترک فعل عمدی ربطی ندارد؛ چون اگر مادری در عالم واقع عمداً از شیر دادن به نوزادش خودداری کند و سبب فوت او گردد، جرم قتل عمدی موجب قصاص را مرتکب شده است. اینکه ما راهی به اثبات تعمد او نداریم، مسئله دیگری است. در واقع، این دسته از حقوق‌دانان بین مرحله اثبات و ثبوت خلط کرده‌اند. به علاوه، در جرائم ترک فعلی نیز می‌توان در مواردی مظهر خارجی قصد و تعمد را پیدا کرد؛ مثل اینکه کسی متعهد به دادن آب و غذا به فرد زمین‌گیری شده باشد، اما در اثر امتناع از این کار، مجنی‌علیه جان خویش را از دست بدهد؛ حال آنکه در کنار او آب و غذای فراوانی یافت شود و مشخص شود وی بر نجات مجنی‌علیه توانایی داشته است.

در مورد مسئول شناخته شدن تارک فعل، وجود عنصر روانی برای

تحقق وی لازم است. این که در این ماده عنوان شده «... حسب مورد عمدی، شبه عمدی یا خطای محض است» مربوط به شرط تحمیل مسئولیت به تارک فعل است، به طوری که اگر تارک فعل دارای سوءنیت عام و سوءنیت خاص باشد، جنایت وی عمدی محسوب می شود؛ در غیر این صورت حسب مورد و بر اساس مفاد مواد ۲۹۱ و ۲۹۲ جنایت وی شبه عمد یا خطای محض محسوب می شود.

#### ۷-۵. تارک زمینه دخالت دیگران را از بین برده باشد

این شرط اساسی در «باعث مرگ دانستن تارک» است و در واقع مقوم علیت عرفی است. در نتیجه مادری که وظیفه شیر دادن به نوزاد را دارد در صورتی که به این وظیفه عمل نکند و به پدر کودک این جریان را اعلام کند یا پدر مطلع شده و پدر توانایی جایگزین کردن دایه ای را به جای مادر داشته اما بچه مرده است، نمی توان مادر را قاتل دانست. اما مادری که شیر دادن به نوزاد را برعهده گرفته و بچه

را با خود به مسافرت برده اما در سفر از شیر دادن خودداری می کند و بچه می میرد یا پدر به سفر رفته و مادر تلفنی به پدر اطلاع داده است که از شیر دادن بچه خودداری ورزیده است ولی پدر نمی تواند از راه دور چاره ای برای نجات فرزندش بیندیشد و بچه می میرد، قاتل به شمار می رود (ده آبادی، ۱۳۹۱، ص ۳۰۷)

نتیجه آنکه می توان ترک فعل را بر مبنای علیت عرفی ضمان آور دانست، چنانکه برخی مراجع معاصر در پاسخ به استفتاء نویسنده که پیش تر گذشت مبنی بر اینکه اگر پزشک به قصد کشته شدن و مردن مریض یا مصدوم وی را معالجه نکند، آیا قاتل محسوب می شود و نسبت به قصاص یا دیه ضامن است؟ نیز مادری که بچه را به قصد کشتن شیر نمی دهد آیا قاتل است و چه نوع قتلی انجام داده است؟ همچنین پدری که مشاهده می کند عقرب یا ماری به سمت فرزند خردسالش در حال حرکت است ولی جلوی مار یا عقرب را نمی گیرد و بچه در اثر نیش زدن

حیوان می‌میرد آیا پدر قاتل محسوب می‌شود، چنین پاسخی داده‌اند: در فرض اول، فعل مستند به پزشک نیست مگر در هنگامی که امکان معالجه و نجات از مرگ توسط دیگران وجود دارد، پزشکی معالجه او را تقبل نماید به نحوی که امکان معالجه توسط دیگران را سلب نماید. همان‌طور که در فرض دوم در صورتی که مادر مسئولیت حفظ او را تقبل کرده است قتل عمد است و هم‌چنین است در مورد پدر.

### جمع‌بندی و نتیجه‌گیری

در پایان با توجه به مطالب ذکر شده می‌توان گفت علی‌رغم این که در قانون سابق مجازات اسلامی به‌صراحت در مورد شناسایی ترک فعل به‌عنوان عنصر مادی جرم قتل سخن به میان نیامده بود و این موضوع یکی از مباحث بحث‌برانگیز در حوزه مباحث قتل به شمار می‌رفت که نظرات مختلفی در مورد آن مطرح می‌شد، خوشبختانه در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ به‌وضوح به این مسئله پرداخته شده

است و ترک فعل باوجود شرایط ذکر شده در ماده ۲۹۵ به‌عنوان عنصر مادی جرم قتل مورد پذیرش قانون‌گذار قرار گرفته است که می‌توان این موضوع را به‌عنوان یکی از نوآوری‌های قانون جدید به شمار آورد.

در خصوص مطلق ترک فعل هم بدون تردید تارک فعل قاتل محسوب نمی‌شود؛ چون ترک فعل، امری عدمی است و امر عدمی نمی‌تواند علت موجه یک امر وجودی «قتل» به شمار آید. درعین‌حال، در این حالت، تارک فعل هرچند قاتل نیست؛ اما هم از لحاظ فقهی و هم از لحاظ قانونی مجرم است و مستحق مجازات تعزیری است.

## منابع

- آقایی نیا، حسین، ۱۳۸۵، حقوق کیفری اختصاصی، تهران، انتشارات میزان.
- بهری، محمد، ۱۳۸۴، نگرشی بر حقوق جزای عمومی، تهران، انتشارات مجد.
- پاد، ابراهیم، ۱۳۸۱، حقوق کیفری اختصاصی، تهران، انتشارات دانشور.
- پوربافرانی، حسن، ۱۳۸۸، جرائم علیه اشخاص، تهران، نشر جنگل.
- حاجی ده ابادی، احمد، ترک فعل به مثابه عمل کشنده، مجله تحقیقات حقوقی، بهار ۱۳۹۱، شماره ۵۷.
- حسینی عاملی، سیدمحمد جواد، بی تا، مفتاح الکراره فی شرح قواعد العلامه، بیروت، دار إحياء التراث العربی، جلد ۱۰.
- خویی، سیدابوالقاسم، بی تا، مبانی تکلمه المنهاج، قم، اردبیلی، محمد علی، ۱۳۹۳، حقوق جزای عمومی، تهران، نشر میزان.
- آزمایش، علی، ۱۳۸۰، تقریرات حقوق جزای اختصاصی، جزوه دوره کارشناسی ارشد، تهران، دانشگاه تهران.
- آقایی نیا حسین ۱۳۹۲، حقوق کیفری اختصاصی (جرائم علیه اشخاص-جنایات)، تهران، نشر میزان.
- مؤسسه احیاء آثار امام خویی، ج ۴۲.
- دهخدا، علی اکبر، ۱۳۷۷، لغت نامه دهخدا، تهران، نشر روزنه، ج ۵.
- زراعت عباس، ۱۳۸۵، حقوق جزای اختصاصی، تهران، انتشارات فکر سازان، ج ۱.
- سبزواری نژاد، حجت، ۱۳۹۲، حقوق جزای عمومی، تهران، نشر جنگل.
- سبزواری، سید عبدالاعلی، ۱۴۱۳ ه.ق، مهذب الأحكام فی

بین الحلال و الحرام، قم،  
موسسه المنار، ج ۲۹.

سپهوند، امیر خان، ۱۳۸۸،  
حقوق کیفری اختصاصی (۱)،  
تهران، انتشارات مجد.

سپهوند، امیر، تقریرات درس  
حقوق جزای اختصاصی، ویژه  
کارآموزان قضایی و  
دانش پژوهان حقوق، به اهتمام  
حسین نظری.

سلطانی، مهدی، ۱۳۹۱، حقوق  
جزای عمومی، تهران، انتشارات  
دادگستر.

شاگری، ابوالحسن؛ مرادی  
کندلاتی، اسفندیار، بررسی  
امکان ارتکاب قتل عمدی از  
طریق ترک فعل در فقه و حقوق  
کیفری ایران، مجله فقه و مبانی  
حقوق اسلامی، پاییز و زمستان  
۱۳۸۸، شماره ۱

شامبیاتی، هوشنگ، ۱۳۹۳،  
حقوق جزای اختصاصی، تهران،  
انتشارات مجد، ج ۱.

صادقی، حسین، مطالعه  
تطبیقی ترک فعل به عنوان

عنصر مادی جرائم علیه  
اشخاص، مجله تحقیقات  
حقوقی، ۱۳۸۵، شماره ۴۳ میر  
محمد صادقی، حسین، مطالعه  
تطبیقی ترک فعل به عنوان  
عنصر مادی جرائم علیه  
اشخاص، مجله تحقیقات  
حقوقی، شماره ۴۳، بهار ۱۳۸۵،  
ص ۱۵۳.

صادقی، محمد هادی، ۱۳۹۳،  
جرائم علیه اشخاص (صدمات  
جسمانی)، تهران، نشر میزان.

صادقی، حسین، ۱۳۹۳، حقوق  
کیفری اختصاصی جرائم علیه  
اشخاص، تهران، نشر میزان.

صانعی، پرویز، ۱۳۸۲، حقوق  
جزای عمومی، تهران،  
انتشارات طرح نو.

طباطبائی، سید علی، ۱۴۱۸  
ه.ق، ریاض المسائل فی تحقیق  
الأحكام بالدلائل، قم، موسسه  
آل البیت، ج ۱۶.

طوسی، محمدبن حسن،  
۱۳۸۷، المبسوط فی فقه

الإمامیه، تهران، المكتبة  
الرضویه، ج ۷.

عاملی، محمدبن مکی، ۱۴۱۰،  
اللمعة المشقیه، بیروت،  
دارالتراث الإسلامیه.

عمید، حسن، ۱۳۸۴، فرهنگ  
عمید، تهران، انتشارات امیر  
کبیر، ج ۱.

عوده، عبدالقادر، ۱۳۹۰، بررسی  
تطبیقی حقوق جزای اسلامی و  
قوانین عرفی، ترجمه حسن  
فرهودی نیا، تهران، نشر  
یادآوران، ج ۱.

قیاسی، جلال الدین؛ ساریخانی،  
عادل؛ خسروشاهی، قدرت الله،  
۱۳۸۹، مطالع تطبیقی حقوق  
جزای عمومی، قم، پژوهشگاه  
حوزه و دانشگاه، ج ۲.

کریمی، عبدالوهاب، ۱۳۹۲،  
بررسی فقهی - حقوقی ترک  
فعل در تحقق عنصر مادی جرم،  
قم، موسسه آموزشی و پژوهشی  
امام خمینی.

کریمی، عبدالوهاب، ترک فعل  
به عنوان رفتار مجرمان، مجله

معرفت، ۱۳۸۷، سال ۱۷،  
شماره ۱۳۴

گرچی، ابوالقاسم، ۱۳۷۱،  
مقالات حقوقی، تهران،  
انتشارات دانشگاه تهران، ج ۱.

گلدوزیان، ایرج، ۱۳۸۴، حقوق  
جزای اختصاصی، تهران،  
انتشارات دانشگاه تهران.

گلدوزیان، ایرج، ۱۳۸۸،  
بایسته‌های حقوق جزای  
اختصاصی، تهران، نشر میزان.

محسنی، مرتضی، ۱۳۸۲،  
دوره حقوق جزای عمومی،  
تهران، گنج دانش، ج ۲.

مرعشی، سید محمد حسن،  
دیدگاه‌های نو در حقوق کیفری  
اسلام، تهران، نشر میزان.

معین، محمد، ۱۳۸۳، فرهنگ  
فارسی، تهران، انتشارات امیر  
کبیر، ج ۱.

موسوی خمینی، روح الله،  
۱۳۶۸، تحریر الوسیله، قم،  
موسسه مطبوعات دارالعلم، ج  
۲.



میلانی، علیرضا، ۱۳۹۳، حقوق  
جزای عمومی (۱)، تهران، نشر  
میزان.

نجفی، محمد حسن، بی تا،  
جواهر الکلام فی شرح شرائع  
الإسلام، بیروت، داراحیاء تراث  
العربیة، ج ۴۱.

نجفی، محمد حسن، بی تا،  
جواهر الکلام فی شرح شرائع  
الإسلام، بیروت، داراحیاء تراث  
العربیة، ج ۴۳.

نوربها، رضا، ۱۳۸۹، زمینه  
حقوق جزای عمومی، تهران،  
انتشارات گنج دانش

ولیدی، محمد صالح، ۱۳۸۸،  
بایسته‌های حقوق جزای  
عمومی، تهران، نشر جنگل.

ولیدی، محمد صالح، ۱۳۸۵،  
جرائم علیه اشخاص، تهران،  
انتشارات امیر کبیر

الهی منش، محمدرضا؛ مرادی  
اوجقاز، محسن، ۱۳۹۲، حقوق  
کیفری اختصاصی (۱)، تهران،  
انتشارات مجد.



این مجازات‌ها در کتب فقهی پرداخته است. شرایط حاکم در جوامع فعلی و قوانین و مقررات بین‌المللی، گسترش رسانه‌ها و سایر عوامل دیگر سبب شده که اجرای برخی از مجازات‌ها به شیوه‌های منصوص شرعی موجب وهن اسلام و واکنش سریع افکار عمومی و نهادهای بین‌المللی بشود. علاوه بر این شیوه‌های مطرح در فقه طریقیّت داشته و هدف اصلی شارع ازهاق نفس می‌باشد، بنابراین می‌توان به تناسب زمان و رشد فناوری، از شیوه‌ها و ابزار جدید بهره برد و قانون‌گذار نه تنها متهم به عدم رعایت احکام اسلامی نمی‌باشد، بلکه مستحق تایید و تحسین می‌باشد.

واژه های کلیدی: قتل، قصاص، مجازات، شیوه‌ها، فقه، امامیه و حنفی

## شیوه اجرای قصاص از دیدگاه فقه حنفی و امامیه

دکتر حسین گلستانی\*

محمد اسماعیل نیازی\*\*

### چکیده

شیوه اجرای قصاص ذیل فروع متعددی در فقه، مانند اجرای قصاص به شیوه وقوع جنایت، به وسیله مسموم یا به شیوه مثله کردن قاتل مورد بحث قرار گرفته است. در این نوشتار بعد از بررسی فقهی این فروع، نتایج متعددی به دست آمده‌اند، از جمله این‌که استفاده از شیوه‌های جدید برای اجرای قصاص نفس که کم‌ترین آزار را به محکوم‌علیه می‌رساند، مانند اجرای قصاص نفس به شیوه اهدای عضو، نه تنها منع شرعی ندارد، بلکه دارای فواید عقلایی بسیار است. این پژوهش با روش توصیفی تحلیلی به بررسی شیوه‌ها و طرق اجرای

\*\* ماستری رشته فقه قضایی

\* دکترای فقه قضایی

## مقدمه

سلب حیات آدمی از گناهان کبیره است و در آیات و روایات به وفور حرمت آن اعلام شده است. از گذشته تا امروز تمام ادیان آسمانی، خصوصاً اسلام، برای مقابله با این جنایت و جبران خسارت ناشی از آن، موضع جدی گرفته‌اند. یکی از نهادهای مؤثری که در نظام کیفری اسلام برای مبارزه با جرائم علیه تمامیت جسمانی افراد جامعه مد نظر قرار گرفته، نهاد قصاص می‌باشد.

اگر چه پیش از اسلام در جامعه عرب و جوامع دیگر نیز قصاص وجود داشته است، اما در اسلام به اوج تکامل و بایستگی خود رسیده است. قصاص در اسلام در عین حال که بزهکار را به کیفر رفتار غیرانسانی‌اش و بازماندگان را به حق طبیعی‌شان می‌رساند و نقش پیشگیرانه کیفر را به خوبی ایفا می‌کند، بر جنبه‌های انسانی و اخلاقی مانند سفارش به بخشش، ملاحظه عنصر برابری در صدمات و پاسداشت اصل مشخص بودن مجازات نیز تأکید می‌ورزد.

امروزه مکاتب حقوقی جدید به ویژه مکاتب غربی در قانونی کردن الغاء مجازات قتل عمد یعنی اعدام اصرار می‌ورزند و اجرای آن را ضد انسانی و مخالف حقوق بشر معرفی می‌کنند. قرآن کریم اهمیت مرگ و حیات یک انسان را همانند مرگ و حیات جمیع انسان‌ها می‌داند و عظمت و فلسفه حیات انسان که رشد و تعالی است را بازگو می‌کند.

بنابراین، اصل اولی در باره انسان‌های دیگر، احترام به خون آن‌ها است و در موردی که جان انسانی به ناحق از بین می‌رود، قصاص اصل و تخفیف و رحمت حکمی فرعی است تا دست اولیای دم برای عقوبت باز باشد. قصاص اصل است؛ زیرا اجرای آن حیات جامعه، جانی و منجی علیه را تأمین می‌کند.

### ۱. شیوه‌های اجرای قصاص

#### در فقه امامیه

در این قسمت به بیان شیوه‌های پیشنهادی اجرای قصاص، بررسی ابعاد و بیان نظرات فقهای شیعه پرداخته می‌شود:

## ۱-۱. عدم رعایت مماثله

مشهور فقهای امامیه بر این باورند که شیوه اجرای قصاص نفس، موضوعیت ندارد و باید به گونه‌ای اجرا گردد که کمترین آزار را بر جانی تحمیل نماید. به همین جهت از یک سو بر اجرای قصاص نفس از طریق شمشیر برنده تاکید نموده‌اند و از سوی دیگر، شیوه‌های نوینی را که با معیار ارائه شده مطابق باشد مورد پذیرش قرار داده‌اند. اینک به بیان دیدگاه‌های فقها در این زمینه می‌پردازیم:

**صاحب جواهر:** بدون خلاف حاکم شرع اجازه نمی‌دهد که با وسیله گند قصاص بکنند چون باعث آزار و اذیت فرد می‌شود. پیامبر گرامی ص فرمودند: وقتی حیوانی را می‌کشید نسبت به او احسان کنید، یعنی او را با ابزار تیز، بکشید تا حیوان زود راحت شود و انسان‌ها به این کار سزاوارترند؛ اما اگر ولی دم از این دستور سرپیچی کرد و به دور از چشم حاکم شرع قاتل را با ابزار گند قصاص بکند، فقط گناه کرده و تعزیر می‌شود. ظاهر بیان فقها این است که

در این مسئله فرقی نیست که قاتل قربانی خود را با وسیله گند کشته است یا با وسیله تیز؛ قاتل را جز با شمشیر نمی‌کشند. پس از کشتن، قطعه قطعه کردن بدن او جایز نیست، هرچند او قربانی خود را با خفه کردن در آب، سوزاندن در آتش، له کردن و یا با کوبیدن کشته باشد، فقط او را با شمشیر گردن می‌زنند. (نجفی، ۱۳۹۲، ج ۱، ص. ۸۵).

**علامه حلی:** قصاص جز با شمشیر و خنجر و کارد و امثال آن جایز نیست و کشتن به روش دیگر مانند خفه کردن، دار زدن، غرق کردن در آب و... جایز نیست؛ چون قتل با شمشیر آزارش کمتر است و جان انسان با خروج خون زودتر از بدن خارج می‌شود و انواع دیگر کشتن مدت‌ها فرد را زجر می‌دهد؛ زیرا خون در بدن می‌ماند و قدرت حیات با وجود خون باقی است. باید به گردن زدن اکتفا شود و انواع دیگر که آزارش بیشتر است جایز نیست (محمدی، ۱۳۷۱، ج ۲، ص ۴۴۲).

این دسته، جهت اثبات ادعای خود به تعدادی از روایات استناد کرده‌اند که ما در ذیل مورد بررسی قرار می‌دهیم.

۱- حضرت علی (ع) در مورد ابن ملجم که قاتل او بود، سفارش کرد که اگر او را قصاص کردید مثله نکنید (لنکرانی، ۱۴۲۸، ص. ۳۵۷).

۲- اسحاق بن عمار سباطی می‌گوید: از امام صادق (ع) در باره معنای اسراف در آیه «فلا یسرف فی القتل» سؤال کردم، امام فرمود: اسراف آن است که شخصی غیر از قاتل قصاص شود یا قاتل مثله شود (حرعاملی، ۱۳۸۷، ج ۱۹، ص. ۹۵).

در روایت موسی بن بکیر از امام کاظم (ع) سؤال شده که مردی، مرد دیگر را با عصا زیر کتک گرفت، آن قدر زد تا او مرد، امام فرمود: قاتل را در اختیار اولیاء مقتول قرار می‌دهند (تا قصاص کنند) ولی به آنان اجازه نمی‌دهند که عذاب کردن قاتل را مایه لذت خود قرار دهند؛ بلکه باید با شمشیر قصاص او را تمام کنند.

مانند این روایت، روایت حسن حلبی و روایت صحیح کنانی است که از امام صادق (ع) سؤال می‌کنند:

مردی دیگری را با چوب دستی آن قدر زد تا مُرد، آیا آن قاتل را به اولیا دم می‌دهند تا او را بکشد؟ امام فرمود: آری ولی اجازه نمی‌دهند که با او بازی کنند و با گردن زدن باید کار او را تمام کنند (حرعاملی، ۱۳۸۷، ج ۱۹، ص. ۹۹).

## ۲-۱. درخواست ولی یا اولیاء دم و اذن آن‌ها در اجرای قصاص

در فقه امامیه دو دیدگاه متفاوت در مورد ولی مقتول و کسی که حق قصاص برای او به وجود می‌آید، وجود دارد. یک نظریه این است که متولی قصاص، کسی است که وارث اموال مقتول می‌باشد، اعم از مرد و زن و خویشاوندان بدون واسطه و حتی کسانی که به واسطه والدین با مقتول مرتبط هستند. تنها زن و شوهر علی‌رغم این که از اموال یکدیگر ارث می‌برند، حق قصاص ندارند، این دیدگاه بین فقهای امامیه مشهور است.

نظریه دیگر که خلاف مشهور است، حق قصاص را فقط برای خویشاوندان ذکور پدری قائل است و خویشاوندان مادری، چه مرد باشند

و چه زن، حق قصاص ندارند. نتیجه این قول در واقع این است که زنها حق قصاص و طبعاً حق عفو ندارند، فرق نمی‌کند که خویشاوند پدری باشند یا مادری. بر اساس این قول نیز زن و شوهر و همچنین مادر و آن که از طریق او به مقتول مرتبط می‌شود، حق قصاص نخواهد داشت. تنها تفاوت این دو نظریه در مورد مادر و کسانی است که از طریق او به مقتول مرتبط می‌شوند و از او ارث می‌برند. (عاملی، بی‌تا، ج ۱۰، ص. ۹۴).

### ۳-۱. حضور دو شاهد

یکی از شرایطی که به صورت ارشادی و استحبابی برای اجرای قصاص بیان گردیده، حضور دو شاهد هنگام اجرای قصاص می‌باشد. شایسته است که امام هنگام اجرای قصاص دو شاهد آگاه را به جهت رعایت احتیاط حاضر کند تا در صورت بروز اختلاف، شهادت بدهند. صاحب جواهر در توضیح عبارت شرایع می‌گوید: برخی از فقها تعبیر به استحباب نموده و ممکن است

مراد صاحب شرایع هم استحباب باشد؛ ولی ما دلیل بر استحباب نداریم. تعلیل که محقق بیان داشته است، فقط مفید ارشاد به این امر است که برای جلوگیری از نزاع، شاهد بگیرد؛ نه این که استحباب شرعی داشته باشد (نجفی، ۱۳۹۲، ج ۴۲، ص. ۲۹۴).

### ۴-۱. اجرای علنی قصاص نفس

در مورد اجرای علنی قصاص گاهی چنین گفته می‌شود که چون حکمت تشریح قصاص حفظ دمای مسلمین است: «و لکم فی القصاص حیات یا اولی الالباب» (بقره، آیه ۱۷۹)، بنابراین لازم است که قصاص به‌طور علنی اجرا شود. ولی این سخن صحیح نیست؛ چون حکمت‌هایی که برای احکام بیان می‌شود موجب الزام نمی‌شود، مگر این‌که علت بودن آن برای حکم ثابت شود. البته حکمت مذکور در مورد قصاص می‌تواند جواز اجرای علنی قصاص را ثابت بکند، به ویژه آن‌که در خصوص اجرای علنی قصاص، منعی صورت نگرفته است. ممکن

است گفته شود که اگر غیرعلنی هم قصاص کنند و بعد اعلام کنند که قصاص کردیم همین حکمت حاصل خواهد شد، اما روشن است که اجرای قصاص با این شیوه و صرف شنیدن اجرای قصاص، همانند اجرای علنی آن ارباب‌آمیز نمی‌باشد.

#### ۵-۱. آسان‌گیری قصاص و اهداء

##### اعضاء

واگذاری اعضای بدن شخص مبتلا به مرگ مغزی در قالب وصیت متوفی و اجازه وی قبل از مرگ مؤثر می‌باشد. در صورت نبود وصیت، اهداء عضو با اجازه اولیاء به جهت ضرورت حفظ حیات مسلمان زنده دیگر مقدور می‌باشد.

در مورد محکومین به اعدام بعضی از مراجع اهدای عضو را اجازه نداده‌اند؛ اما تعدادی از فقهاء با توجه به ضرورت حفظ حیات مسلمان زنده دیگر و این‌که فرد محکوم باید بر مبنای قوانین حقوقی و اسلامی به مجازات اعدام برسد و در اسلام مقرر گردیده که محکوم حین اعدام نباید زجر بکشد و باید سریع به مجازات برسد و این که اعضا حیاتی

محکومین منابع بزرگ انسانی محسوب می‌شوند و می‌توان از آن‌ها به نحو شایسته استفاده کرد و حداقل زندگی یک یا چند نفر را نجات داد...، با توجه به این موارد، پیشنهاد شده است که به‌جای دیگر اشکال سالب حیات، از اهداء اعضا استفاده شود و اجازه استفاده از اعضا حیاتی آن‌ها داده شود.

برای جواز اهدای عضو محکومین می‌توان به شواهد قرآنی هم اشاره کرد: «مِنْ أَجْلِ ذَلِكَ كَتَبْنَا عَلَىٰ بَنِي إِسْرَائِيلَ أَنَّهُ مَنْ قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا وَلَقَدْ جَاءَتْهُمْ رُسُلُنَا بِالْبَيِّنَاتِ ثُمَّ إِنَّ كَثِيرًا مِنْهُمْ بَعَدَ ذَلِكَ فِي الْأَرْضِ لَمُسْرِفُونَ» (مائده، آیه ۳۲)، به همین جهت، بر بنی اسرائیل مقرر داشتیم که هر کس، انسانی را بدون ارتکاب قتل یا فساد در روی زمین بکشد، چنان است که گویی همه انسان‌ها را کشته؛ و هر کس، انسانی را از مرگ رهایی بخشد، چنان است که گویی همه مردم را زنده کرده است؛ و رسولان ما، دلایل روشن برای بنی‌اسرائیل آوردند، اما



بسیاری از آن‌ها، پس از آن در روی زمین، تعدی و اسراف کردند. با توجه به مفاد آیه فوق می‌توان گفت این موضوع در مورد محکومیت به قصاص که نادم و خواستار جبران هستند، اهمیت بیشتری پیدا می‌کند و محکوم به قصاص در عین آن‌که مصداق ابتداء آیه است می‌تواند مصداق انتهای آن نیز قرار گیرد و با امید به رحمت الهی به یک آرامش نسبی برسد.

۱-۶. مزایای بهره‌گیری از شیوه اهدای عضو در اجرای قصاص نفس مزایای زیر در شیوه اهدای عضو در اجرای قصاص نفس وجود دارد:

۱. رنج آوری کمتر در مقایسه با دیگر شیوه‌های اجرای قصاص نفس.  
۲. نوعی آرامش معنوی و تشفی خاطر را برای محکومیت به قصاص به همراه خواهد داشت و از پاداش اخروی عمل خویش نیز بهره مند خواهند گردید.

۳. تأثیر اقتصادی اجرای کیفر از این طریق نیز مسئله کم اهمیتی نیست، زیرا در بسیاری از موارد و به

خصوص در آن هنگام که جانی نقشی ویژه در حیات اقتصادی خانواده ایفا می‌نماید، اجرای کیفر قصاص نفس موجبات اختلال در این حیات اقتصادی را فراهم خواهد آورد. به بهره‌گیری از شیوه اهدا عضو و نیز پرداخت ما به ازای اعضای اهدایی به خانواده جانی، در حقیقت در مسیر مرتفع نمودن بخشی از این مشکلات اقتصادی گام برداشته‌ایم.

۴. استفاده از این شیوه اجتماع را نیز مزایای قابل توجهی برخوردار خواهد نمود. چرا که در حال حاضر تعداد اعضای دریافتی از داوطلبان اهدای عضو، درخواست‌های نیازمندان و متقاضیان دریافت عضو نمی‌باشد.

۱-۷. جایگاه رضایت اولیای دم

#### در اجرای قصاص

قصاص نمودی از یک سیاست کیفری متعالی است که در قلمرو آن نقش بزه‌دیده از اهمیت بسزا برخوردار می‌باشد. با پذیرش شیوه‌هایی از اجرای کیفر همچون قصاص از طریق اهدای عضو با این

پرسش مواجه خواهیم شد که اولیای دم در این مقوله از چه جایگاهی برخوردارند؟ آیا در اجرای کیفر قصاص نفس با بهره بردن از این شیوه اخذ رضایت از اولیای دم الزامی است؟

از بررسی مباحث مطروحه در خصوص قلمرو شرط مماثلت و نیز شیوه اجرا در کیفر قصاص نفس می‌توان دریافت که آنچه از آن به عنوان اختیار اولیای دم در قصاص جانی یاد می‌گردد، همان اختیار ایشان در درخواست اجرا یا عدم اجرای قصاص است و اولیا دم اختیار در برگزیدن شیوه اجرای قصاص نخواهند داشت، بنابراین اختیار آنها صرفاً در محدوده درخواست اجرا یا عدم اجرای قصاص تعریف گردیده است و برگزیدن شیوه اجرا با لحاظ نمودن ضوابط مطروحه با حاکم شرع خواهد بود.

علاوه بر آنکه تدقیق در معنای لغوی واژه قصاص دیدگاه فوق را تائید می‌نماید، روایات نیز بر این نکته تاکید کرده‌اند که نمی‌توان در اثر وقوع جنایت قتل، تمامیت جسمانی قاتل را در اختیار اولیای دم

قرار داد تا ایشان به هر صورت مایل‌اند در استیفای قصاص عمل نمایند. باید به این نکته مهم نیز اشاره شود که بر اساس مقررات فقهی و حقوقی این اختیار به اولیای دم اعطا گردیده است که پس از صدور حکم به قصاص نفس، خود کیفر قصاص را اجرا نمایند اما این اختیار اولیای دم را باید از مقوله‌ای اختیار یا عدم اختیار ایشان در برگزیدن شیوه اجرا تفکیک نمود. (ساداتی، جواد، ص ۱۲).

#### ۸-۱. جایگاه رضایت جانی در

##### اجرای قصاص

علاوه بر آنچه مطرح گردید ممکن است با این پرسش مواجه گردیم که آیا در اجرای قصاص نفس به این شیوه اخذ رضایت از جانی الزامی است؟

در این حالت اگرچه بنا بر دلایل پیش گفته نیازی به اخذ رضایت از جانی نیست، لیکن نظر به این‌که مقصود از اعمال این شیوه (اهدای عضو) در اجرای قصاص، خارج نمودن اعضای بدن جانی می‌باشد،

لازم است تا رضایت وی در اجرای این شیوه اخذ گردد.

نکته‌ی ظریف در این کلام نهفته است؛ در آن صورت که هدف قصاص از طریق کشتن صرف، پس از بی هوش کردن باشد بدون اینکه مقصود برداشتن اعضا باشد به اعتقاد ما جانی هیچ اختیار در مخالفت با این شیوه ندارد. چرا که بر اساس آنچه گذشت، قصاص به کم‌ترین رنج و و آسان‌ترین شیوه‌ها صورت می‌یابد و در این شیوه اجرا، نه اولیا دم و نه جانی، هیچ اختیاری نخواهند داشت. ولی فرض مطروحه در خصوص حالتی است که علاوه بر کشتن قصاص تمامیت جسمانی قاتل نیز اعضا و جوارح وی مدنظر بوده و این مسئله امری فراتر از حفظ اثر جنایت و قلمرو اصل مماثلت می‌باشد. به همین دلیل نسبت به زیاده از مماثلت اخذ رضایت از جانی الزامی است.

آیا ما به ازای عضو برداشته شده باید به بازماندگان جانی پرداخت گردد؟ آیا بین فرضی که گیرنده

عضو از اولیا دم باشد تفاوت وجود دارد؟

سوالات فوق نیز در گستره مسائل مستحدثه ای است که به تبع موضوع اصلی مطرح می‌گردد و تاکنون نیز در این باره دیدگاهی ارائه نشده است. به نظر می‌رسد برای پاسخ به پرسش‌های مذکور نیز می‌توان از استدلال‌های پیشین بهره برد...، نظر به این که مقصود از اصل مماثلت در قصاص، خروج نفس جانی به تبعیت از اثر جنایت اوست، آنچه جانی مستحق آن است صرفاً خروج نفس بوده و برداشتن اعضای بدن او اثری زیاده بر مقتضیات اصل مماثلت است.

بنابراین شاید بتوان گفت که نسبت به این زیادت، اخذ رضایت از جانی الزامی است. لذا جانی نسبت به این زیاده محق بوده و این اختیار را دارا است که ما به ازای عضو برداشته شده را طلب نماید. در این حالت، ما به ازایی، از سوی گیرنده عضو به بازماندگان جانی پرداخت می‌گردد. در صورت قبول چنین فرضی اصولاً تفاوت نمی‌کند که

گیرنده از اولیای دم بوده و یا غیر ایشان باشد، چرا که در هر حال اولیای دم نیز اختیاری نسبت به تمامیت جسمانی قاتل نداشته و ما به ازای عضو برداشته شده که اثری مازاد بر استحقاق ایشان را پرداخت می‌نماید (ساداتی، جواد، ص ۱۶).

## ۲. شیوه‌های اجرای قصاص در فقه حنفی

### ۲-۱. قتل و آلات آن

آلات و ابزار قتل از جهت قوت و ضعف تأثیر بر جسم از یکدیگر متفاوت‌اند. بر همین اساس علماء فقه اهل سنت برای هر یک حکم و تأثیر خاصی در نظر گرفته‌اند و در این‌که کدام یک، ابزار قتل عمد و کدام یک شبه عمد می‌باشد، اختلاف نظر دارند. فقهای حنفی به استثنای صاحبین می‌گویند:

آلت قتل عمد، همان است که دارای این دو خصوصیت باشد:

۱. غالباً کشنده باشد؛ یعنی هنگام به کار بردن آن گمان غالب بر این باشد که باعث مرگ می‌شود.

۲. آماده شده برای قتل باشد؛ مانند سلاح، شمشیر، کارد و غیره و یا شبیه آهن آلات بوده و واجد خصوصیت برندگی باشد، مانند شیشه، آتش، سنگ، چوب تیز و غیره. (ابن نجم، شرح کنز الدقائق، ج ۲۲، ص ۶۹).

آلت قتل شبه عمد، عبارت از آلتی است که در قتل و کشتن به کاربرده شود و هم در غیر آن؛ مانند سنگ و چوب بزرگ و سنگین، عصا و تازیانه که می‌تواند هدف از به کار بردن آن‌ها، تنبیه و تأدیب باشد نه قتل.

فقهای حنفی، معتقدند که قصاص تنها با شمشیر انجام می‌شود و با آن گردن جانی را می‌زنند. البته، اگر جانی سر مجنی‌علیه را از تن جدا کرده باشد و آلا در جواز آن تأمل است؛ خواه قاتل با شمشیر مقتول را کشته باشد یا با وسایل دیگر مانند ضربه با سنگ یا عصا و غیر آن. دلیل این امر روایتی است که ابن ماجه و البزار از نعمان بن بشیر و او هم از پیامبر (ص) نقل کرده است: «لا قود الا بالسيف» (جمل، شرح المنهج، ج ۲۰، ص ۲۴).

## ۲-۲. قصاص قتل با مباشرت

قتل با مباشرت آن است که جانی، شخصی را مورد ضرب قرار دهد که بالذات و بدون واسطه باعث مرگ مضروب شود؛ مانند جرح، ذبح با کارد، فشار دادن گلو و حبس جریان تنفس و ... که مستقیماً باعث مرگ می‌گردد. این نوع قتل، در صورت تحقق، به اتفاق فقها و همه مذاهب قتل عمد محسوب شده و موجب قصاص می‌باشد.

## ۲-۳. قصاص قتل بالسبب

قتل بالسبب عبارت از قتلی است که به صورت غیر مستقیم و با واسطه به وقوع می‌پیوندد؛ مانند شهادت دروغ بر بی‌گناه مبنی بر این که او قاتل است؛ زیرا با این شهادت سبب قتل فرد بی‌گناه شده است. اگرچه مذهب حنابله، شافعی و مالکی در مورد قتل بالسبب عقیده دارند که چون باعث هدر رفتن خون انسان بی‌گناهی شده است، در این جا سبب مانند مباشر و مستوجب قصاص است، ولی عالمای احناف قصاص را در قتل بالسبب واجب نمی‌دانند.

استدلال‌شان این است که قتل بالسبب، قتل معنوی است و قتل به مباشرت مادی و معنوی است (کاسانی، البدائع، ج ۷، ص ۲۳۵).

## ۲-۴. قصاص در قتل به سبب

### هلاکت

این نوع قتل دارای اشکال متعددی می‌باشد که به طور نمونه چند شکل آن ذکر می‌شود:

۱- یکجا نمودن فردی را با شیر و پلنگ در جای تنگ.

۲- انداختن مار یا کژدم در بستر

کسی.

۳- پیش نمودن انسانی به دیوانه که او را به قتل برساند.

۴- هل دادن کسی به جلو موتور یا ماشین در حال حرکت و ...

این نوع از قتل نیز مورد اختلاف قرار گرفته است. عمدتاً نظر فقهای حنفی آن است که قتل با این شیوه‌ها نه موجب قصاص است و نه دیه و مجرم در این صورت‌ها، تنها تعزیر می‌شود، یعنی مورد لت و کوب قرار گرفته و تا مرگ زندانی می‌شود. اگر انسانی را با حیوان درنده‌ای در محل

تنگی قرار بدهد که او را به قتل برساند، قتل عمد بوده و موجب قصاص می‌باشد؛ زیرا گمان اغلب بر این است که مجنی‌علیه در چنین حالتی توسط آن حیوان به قتل می‌رسد ولی اگر او را در جنگل و یا محل وسیعی نزد حیوان درنده‌ای قرار دهد که به قتل برسد، قصاص لازم نمی‌شود؛ چون این عمل یک نوع تسبب ناقص است که مستلزم قصاص نیست شمرده می‌شود (ابن عابدین، ج ۵، ص ۳۸۵).

## ۵-۲. برابری قاتل و مقتول در آزادی و بندگی

فقه‌های احناف تساوی در اسلام و حریت را میان قاتل و مقتول شرط ندانسته‌اند بلکه تساوی در انسانیت را میان آنان کافی بیان کرده‌اند. طبق این دیدگاه، آزاد در برابر برده قصاص می‌شود. دلیل احناف این است که آیات قصاص عام‌اند و میان انسان‌ها هیچگونه فرق و تفاوتی نمی‌گذارند، مانند آیات: «كَتَبَ عَلَيْكُمْ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ» (بقره، آیه ۱۷۸)، درباره کشتگان قصاص بر شما فرض شده است؛ و در آیه دیگر

آمده: «وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ» (مائده، آیه ۴۵) و در تورات بر آنان مقرر داشتیم که نفس در برابر نفس کشته می‌شود.

اما هدف از آیه: «الْحَرُّ بِالْحَرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالْأَنْثَى بِالْأُنْثَى» (بقره، آیه ۱۷۸)، آزاد در برابر آزاد و برده در برابر برده و زن در برابر زن کشته می‌شود؛ {که بعد از «كَتَبَ عَلَيْكُمْ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ» (بقره، آیه ۱۷۸)، آمده است}، رد عملکرد بعضی از قبایل است که اگر برده از آنان کشته می‌شد، در برابر آن به کشتن برده‌ای قناعت نمی‌کردند، بلکه کشتن فرد آزادی را تقاضا می‌نمودند، یا اگر زنی از آنان توسط افراد قبیله‌ای دیگری به قتل می‌رسید، در برابر آن مردی را می‌کشتند و به کشتن زنی قناعت نمی‌کردند. برای رد این رویه ظلمانه، آیه فوق نازل شد و آن را از میان برداشت و فرضیت اجرای قصاص را فقط بر شخص قاتل محدود و مؤکد گرداند.

بنا براین، آیه مبارکه فوق دلیل بر این نیست که آزاده در برابر برده و یا مرد در برابر زن کشته نمی‌شود،

زیرا خدای متعال در جای می‌فرماید: «كَتَبَ عَلَيْكُمْ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ» (سوره بقره، آیه ۱۷۸) کشتن قاتل را فرض گردانیده که مفهوم عام است و هر قاتلی را شامل می‌شود اعم از این‌که قاتل فرد آزادی باشد که برده را به قتل رسانیده است یا غیر آن را؛ اما انسان آزاد در قبال کشتن برده نیز قصاص می‌شود به شرط این‌که مقتول، برده قاتل نباشد. ایشان دلیل این حکم را از عمومیت روایت می‌داند. روایت از رسول الله نقل شده است «لا یقاتل السید والعبیده» (کاسانی، الباب فی شرح الکتاب ج ۷، ص ۲۳۵)، در این روایت تصریح شده است که مولا در برابر برده‌اش مؤاخذ نمی‌شود، ولی در برابر کشتن مولایش عبد قصاص می‌گردد. (کاشانی، بدایع الصنایع، ج ۷، ص ۲۳۷).

## ۲-۶. برابری قاتل و مقتول در

دین

فقه‌های حنفی، حکم عدم قصاص مسلمان در برابر قتل کافر را برای کافر حربی و مستأمن قابل اجرا

می‌داند. به دلیل «لایقتل مسلم بکافر»، مسلمان در مقابل کافر کشته نمی‌شود و کافر ذمی را از این حکم مستثنی می‌دانند (کاشانی، همان، ج ۷، ص ۲۳۷، سرخسی، المبسوط، ج ۷، ص ۲۶، ابن، قدامه، ج ۹، ص ۳۴).

اگر مسلمان، کافر ذمی را در دارالاسلام به قتل برساند مسلمان قصاص می‌گردد. رسول اکرم (ص) فرد مسلمان را در برابر فرد ذمی قصاص نموده و بعد از آن فرمودند: «من سزاورترین کسی هستم که به عهد و ذمی خویش وفا کند». از حضرات عمر و علی (رضی الله عنه) نیز روایت شده است که این دو خلیفه اسلام، مسلمان را در برابر ذمی قصاص می‌کردند و حضرت علی (رضی الله عنه) در این باره فرمود: ما داده‌ایم، آنچه را که به آنان داده‌ایم یعنی عهد و امان را تا خون‌هایشان همچون خون‌هامان و دیه‌هایشان همچون دیه‌هامان باشد». استدلال صاحب هدایه این گونه است «و لان المسوات فی العصمت سابتة نظر علی تکلیف ولداری و المباح کفر المحارب

دون المسلم» این متن نشان می‌دهد که مسلمان در برابر ذمی قصاص می‌گردد ولی مسلمان در برابر مستأمن قصاص نمی‌گردد. به دلیل «لانه غیرمحقون الدم علی التادیه» و ذمی در برابر مستأمن به قتل نمی‌رسد چون مستأمن در حکم کافر حربی است (کنزالدقایق، ج ۱، ص ۵۵).

البته در کتاب هدایه قتل بیان شده فقط قتل مسلمان را در برابر ذمی درست می‌دانست چون از رسول الله روایت شده بود که مسلمان در برابر ذمی کشته می‌شود علت هم این است که از نظر ایشان مسوات عصمت در زندگی مسلمان بخاطر دین و دارموجود است پس بین قاتل و مقتول در هنگام جنایت تکافو و برابری در دین برقرار بوده است لذا با توجه به این شرط قصاص تکافو قاتل و مقتول در دین با وجود آن که کافر بعد از قتل مسلمان شده است او را به قتل می‌رسانند. (کاسانی، همان، ج ۱۶، صص ۲۳۷ و ۲۳۸، شیخ نظام، الفتاوی الهندیه، ج ۶، ص ۳. شربینی، همان، ج ۴، ص ۱)

بنابراین رأی احناف است که خون برده را مساوی با خون شخص آزاد و خون ذمیرا مساوی با خون مسلمان و خون زن را مساوی با خون مرد می‌شناسد.

#### ۷-۲. نبودن پیوند پدری و

##### فرزندی

در نزد فقهای احناف اگر پدر، فرزندش را عمداً به قتل برساند، قصاص نمی‌شود بلکه در برابر قتل فرزند خود تعزیر می‌شود و ملزم به پرداخت دیه می‌گردد؛ به دلیل آن که خون مسلمان هیچگاه هدر نمی‌رود، دیه بر پدر به نفع دیگر ورثه واجب می‌شود. دلیل این حکم را علاوه بر روایت، سبب بودن پدر در وجود فرزند و ولایت پدر بر فرزند و همچنین علاقه و محبت بیش از حد پدر به فرزند می‌دانند (ابن نجیم مصری، البحرالرائق، ج ۹، ص ۲۱، کاسانی، همان، ج ۷، ص ۲۳۵، أنصاری، فتح الوهاب، ج ۲، ص ۲۲۳، شربینی، همان، ج ۴، ص ۱۸، ابن قدامه، همان، ج ۹، ص ۳۵۹).

از نظر ایشان مادر، جد، جده خواه از طرف پدر باشد و یا مادر وارد



در عموم نص «لایقتل والد بولده» هستند زیرا اطلاق لفظ (اب) شامل آنها نیز می‌شود، لذا مادر نیز در برابر قتل فرزند و جد و جده در برابر قتل نوه قصاص نمی‌شوند (کاسانی، همان، ج ۷، ص ۲۳۵، ابن رشد، همان، ج ۲، ص ۳۲۷، أنصاری، فتح الوهاب، ج ۲، ص ۲)؛ اما به علت حرام دانستن نکاح متعه، قائل به رابطه پدری و فرزندی میان فرد و فرزند حاصل از عقد متعه نیستند؛ لذا پدر در برابر قتل چنین فرزندی قصاص می‌شود. (سرخسی، همان، ج ۵، ص ۱۵۲، مزنی، همان، ص ۱۷۵، نووی، المجموع ۲۵۴ - ج ۱۶، صص ۲۴۹)

#### ۲-۸. قصاص قاتل بالغ

در نزد فقها احناف قاتل وقتی مستوجب قصاص است که بالغ باشد و در صورتی که فرد در حین ارتکاب قتل عمدی، صبی (نابالغ) باشد قصاص نمی‌شود؛ چه مقتول بالغ یا نابالغ باشد و چنین قتلی خطا محسوب می‌شود (کاسانی، همان، ج ۷، ص ۲۳۴، دسوقی، حاشیة

الدسوقی، ج ۴، ص ۲۳۷ أذهری، الثمرالدانی، ص ۵۸۲).

از نظر فقهای اهل سنت، مساوی بودن در جنسیت، عقل، بلوغ، شرافت، فضیلت و سلامت اعضا در قصاص شرط نشده است و مرد در برابر زن، کبیر در برابر قتل صغیر و عاقل در برابر قتل مجنون و عالم در برابر قتل جاهل، قصاص می‌شود (زحیلی، فقه و ادلته الاسلامی، ج ۷، ص ۵۶۷).

#### ۲-۹. قصاص قاتل عاقل

به اعتقاد حنفی، اگر مجنون پس از افاقه مرتکب قتل شود، قصاص می‌شود و اگر بعد از افاقه دوباره دچار جنون شود در صورتی قصاص ساقط می‌شود که او دچار جنون شدید شده باشد در غیر این صورت در برابر قتل که مرتکب شده است قصاص می‌شود.

امام ابوحنیفه معتقد است عاقل در برابر قتل مجنون قصاص می‌شود؛ اما اگر قاضی به قصاص قضاوت کرد و او را تحویل اولیای دم، برای قصاص داد و در این حال، قاتل دچار

جنون شد استحساناً حکم قصاص اجرا نمی‌شود و دیه واجب می‌شود. برخی از فقهای حنفی معتقدند که او را در حالی که مجنون است قصاص کنند (شیخ نظام، همان، ج ۶، ص ۴).

#### ۱۰-۲. قصاص اعضا

اگر جنایت باعث از بین رفتن زیبای شود دیه کامل باید پرداخت شود. دیه از بین بردن اعضای جفت مانند چشم، گوش، لب و ... در صورت یکی از این‌ها از بین برود و دیگر قابل ترمیم و برگشت نباشد، دیه کامل است. اصل در این اعضا، روایتی است که از ابن مسیب نقل شده که بر اساس آن، پیامبر فرمود: در دو گوش دیه است و در دو چشم دیه است و در دو پا دیه است و قطع هر یک از این اعضا باعث از بین بردن منافع بینایی، حرکت و راه رفتن می‌شود و جنایت بر دو گوش و دو ابرو در صورتی که موهای آن دیگر نروید باعث از بین رفتن زیبایی می‌گردد زیرا شنوایی بدون گوش ممکن نیست در نتیجه ممکن است اصل بماند مانند این که اگر دو گوش

بریده شود قوه شنوایی باقی است و یا بینی همین گونه، چون این باعث تخریب زیبای می‌شود باید دیه کامل پرداخت شود.

از منظر فقهای اهل سنت اگر ناقص شدن و یا از بین رفتن عضوی به‌طور کامل باشد دیه کامل آن عضو باید پرداخت گردد و در غیر صورت اگر منفعتی نرسد باید ارزش جنایت پرداخت شود و از این مطلب به خوبی فهمیده می‌شود فقهای حنفی به اتفاق از بین بردن عضو را موجب دیه کامل دانسته و قصاص آن را همان جدا کردن و قطع کردن عضو می‌دانند. (ابن قدامه، عبدالله بن احمد، الکافی فی الفقه ابن حنبل، ۱۳۸۷).

#### نتیجه‌گیری

با توجه به این که از آغاز پیدایش انسان هنجارشکنی و جرم پدید آمد، به دنبال آن کیفر و مجازات نیز ظهور یافت و واکنش جامعه در برابر رفتار ضد اجتماعی، جزا دادن و مجازات بزهکار بوده است. یکی از این مجازات‌ها قصاص قاتل است. قصاص قانون الهی است که از سوی

خداوند حکیم و آشنا به حقیقت انسان و مصالح و مفسد واقعی تأثیرگذار در تکامل وضع شده است. این قانون اختصاص به زمان و مکان ندارد؛ چون مبتنی بر فطرت انسانی است. گذشت زمان و پیشرفت علم و دانش از اعتبار قانونی و تحصیل اصلاحی آن نمی‌کاهد و هیچ تدبیر دیگری تأثیر آن را نخواهد داشت.

فلسفه قصاص در اسلام پاسداری از کل حیات انسانی، برپایی عدالت، امنیت اجتماعی، التیام روحی اولیای دم و در یک کلام اجرای فرمان الهی است. اگر به خوبی اجرا شود، سعادت دنیوی و اخروی بشر را تأمین می‌کند.

فقه امامیه و حنفی، قانون قصاص را به جای انتقام کور و عمل بدون محاکمه، به حوزه قاضی و قضاوت کشاند و از این طریق آن را از رفتاری غیر حقوقی به عملی تبدیل کرد که برای شناخت جرم، مجرم و میزان جرم نخست باید دادگاهی تشکیل شود تا هر نوع جزایی برحسب آن و با عدالت صورت گیرد و از سویی دیگر آن را

از صورت انتقام خارج ساخت و به وضع حقوقی نابسامانی که جوامع آن زمان گرفتارش بودند، پایان داد.

فقه امامیه و حنفی حکم شرعی قصاص و برخی احکام و جزئیات آن را به آیات ده‌گانه قرآن کریم که برخی به‌صراحت و برخی به‌مقابله به مثل بر قصاص دلالت دارند، مستند میکنند. روایات از پیامبر اعظم و ائمه معصومین در فقه شیعه و روایات متصل به پیامبر و برخی صحابه در فقه حنفی، اجماع و سیره عقلاء، دیگر ادله‌ی این حکم و سازوکاری جزایی در فقه امامیه و فقه حنفی راه شکل می‌دهند.

فقه امامیه قتل‌های را که موجب قصاص می‌شوند به سه دسته قتل عمد، شبه عمد و فقه حنفی آن را به پنج نوع عمد، شبه عمد، خطاء، در حکم خطاء و قتل به سبب تقسیم کرده‌اند؛ بنابراین، دیدگاه این مذهب فقهی نسبت به اجرای قصاص این گونه قتل‌ها تفاوت زیادی ندارد و میزان اتفاق نظر شان زیاد است

## منابع

الشیعه، ج ۱۹، قم، آل البيت (ع).

حصفکی، علاء الدین محمد بن علی، الدر المختار، بیروت، دار الفکر، ج ۷، ۱۴۱۵.

زحیلی، محمد، (بی تا) القواعد الفقه و تطبیقاتها فی المذهب الاربعه، دمشق، دارالفکر.

زین الدین، ابن نجم، (۱۴۰۷)، الحر الرائق شرح کنز الدقائق، بی جا، دار الكتاب الاسلامی.

العاملی، زین الدین بن علی، الروضه البهیة فی شرح اللمعه دمشقیه، ج ۱۰.

فاضل لنکرانی، محمد، (۱۴۲۸)، تفصیل الشریعه، کتاب قصاص، مرکز فقهی ائمه اطهار.

کاسانی، علاء الدین، (۱۴۰۶)، الباب فی شرح للکتاب، ج ۷، بیروت، دار الکتب العلمیه.

کاشانی، ابن مسعود، (۱۴۰۹)، بدایع الصنایع فی ترتیب الشرایع، المکتبه الحبیبه، پاکستان.

ابن قدامه، عبدالله بن احمد، (۱۳۸۷)، الکافی فی الفقه ابن حنبل، بیروت، دارالفکر.

ابن نجیم مصری، زین الدین بن ابراهیم، (۱۴۱۸)، البحر الرائق شرح کنز الدقائق، ج ۹، بیروت، دار الکتب العلمیه.

ابویی مهریزی، حسین، (۱۳۸۴)، بررسی عوامل پویایی و رکود فقه و اجتهاد در مکتب امامیه، یزد، انتشارات دانشگاه یزد.

احمدوند، محمدطاهر، (۱۳۸۴)، حرکت‌های معکوس: جرم سیاسی بغات و محاربان در فقه و قوانین موضوعه، بی جا، آل طاهر.

جمل، سلیمان بن عمر بن منصور، (۱۳۸۹)، حاشیه الحمل علی شرح المنهج، ج ۲۰، مکتبه الاسکندریه، مصر.

الحر العاملی، محمد بن الحسن، (۱۳۸۷)، وسائل

محمدی، علی، (۱۳۷۱)، شرح  
تبصره علامه حلی، ج ۲، قم،  
دارالفکر.

نجفی، محمد حسن، (۱۳۹۲)  
جواهر الکلام، قصاص، ج ۱،  
خرسندی، تهران.

جمل، سلیمان بن عمر بن  
منصور، (۱۳۸۹)، حاشیه الحمل  
علی شرح المنهج، مکتبه  
الاسکندریه، مصر.



شیعه به خصوص متأخرین هر دو قسم ازدواج را با زن اهل کتاب جایز دانسته‌اند.

واژگان کلیدی: ازدواج، کافر، اهل کتاب، مرتد، فقه امامیه، حقوق افغانستان

## ازدواج با غیر مسلمان در فقه امامیه و حقوق افغانستان

محمد داود حیدری\*

### چکیده

گسترش مهاجرت و توسعه روابط بین الملل و در نتیجه اختلاط ملل در سراسر جهان، بحث ازدواج فرد مسلمان با پیروان سایر ادیان را به یک بحث مهم تبدیل کرده و این پرسش را مطرح نموده است که حکم ازدواج یک نفر مسلمان با یک غیر مسلمان در فقه امامیه و حقوق افغانستان چگونه است. بر اساس فقه امامیه و حقوق افغانستان به این نتیجه دست پیدا کردیم که زن مسلمان نمی‌تواند با مطلق کافر و مرد مسلمان هم نمی‌تواند با زن کافر غیر کتابی ازدواج کنند؛ ازدواج دائم مرد مسلمان با زن کتابی بالاتفاق در فقه اهل سنت و حقوق افغانستان پذیرفته شده است؛ اما در فقه امامیه اکثر فقهاء ازدواج دائم را ممنوع و ازدواج موقت را اجازه داده‌اند. در مقابل جمع زیادی از فقهای

---

\* ماستری حقوق خصوصی، ایمیل:  
mdhmdh1354@gmail.com

## مقدمه

ازدواج در اسلام از جایگاه و اهمیت فوق العاده‌ای برخوردار است و می‌تواند در جامعه امنیت و آرامش روحی و روانی را به ارمغان آورده و سلامت جامعه را تضمین نماید. هم‌چنین، ترویج فرهنگ ازدواج در جامعه جوانان را از دام وسوسه‌های شیطانی و فساد و فحشا دور خواهد نمود و آنان را در برابر طوفان سهمگین هوا و هوس بیمه خواهد کرد. به همین دلیل است که در منابع دینی، آیات و روایات از ازدواج به بهترین و محبوب‌ترین بنا یاد شده است که ثلث و یا دو سوم ایمان جوان را حفظ می‌کند. البته از این نکته هم نباید غافل ماند که ازدواج با معیارهای عقلانی و اسلامی و پرهیز از معیارهای کاذب، می‌تواند ضامن آرامش و نشاط و سلامت جامعه باشد؛ در غیر این صورت، گاه نه تنها ازدواج مشکلی را حل نکرده، بلکه باعث افزایش آن خواهد شد.

ازدواج گرچه یک سنت مؤکد به شمار می‌رود، اما در صورتی که خطرگناه، جوان را تهدید نماید یک وظیفه شرعی محسوب می‌شود. حال

پرسش این است جوانی که از کشور خود آواره شده و پناهجو کشورهای غربی است و ممکن است زمینه ازدواج با یک مسلمان برایش فراهم نباشد و بخواهد با غیر هم‌کیش خود مانند مسیحی و یهودی ازدواج کند، نگاه فقه امامیه و حقوق افغانستان در این مورد چگونه است؟ آیا یک مسلمان می‌تواند با غیر مسلمان، کتابی یا غیر کتابی ازدواج نماید؟

### ۱. مفهوم شناسی

در این بخش به تعریف و توضیح مفاهیم کلیدی بحث می‌پردازیم:

#### ۱-۱. ازدواج

در فقه پرکاربردترین واژه راجع به ازدواج، مفهوم نکاح است. نکاح در لغت به معنای آمیزش است و گاهی به معنای عقد هم استفاده می‌شود (جوهری، ۱۴۰۴، ص ۴۱۳). در مورد معنای اصطلاحی نکاح مشهور در میان فقها این است که این کلمه حقیقت در عقد است. شیخ طوسی حتی ادعای اجماع نموده و اجماع علما را در معنای عقد نقل کرده است و ابن ادریس نیز هر گونه نظر



مخالف را منکر شده است (نجفی، بی‌تا، ج ۲۹، ص. ۶-۵).

یکی از صاحب نظران فقهی و حقوقی ازدواج را چنین تعریف کرده: «نکاح رابطه‌ای است حقوقی - عاطفی که بوسیله عقد بین زن و مرد حاصل می‌گردد و به آن‌ها حق می‌دهد که با یکدیگر زندگی کنند و مظهر بارز این رابطه حق تمتع جنسی است» (محقق داماد، ۱۳۸۱، ص. ۲۲). حقوقدان دیگری در این مورد می‌نویسد: «نکاح رابطه‌ای است بین زن و شوهر برای تشکیل خانواده» (امامی، ۱۳۸۳، ج ۴، ص. ۳۲۶).

تعریف نخست از این امتیاز برخوردار است که هر دو قسم نکاح یعنی نکاح دائم و موقت را شامل می‌شود؛ اما تعریف دوم، تنها ازدواج دائم را دربر می‌گیرد و ازدواج موقت را شامل نمی‌شود.

قانون مدنی افغانستان تعریف مشابهی از ازدواج مطرح نموده و در ماده ۶۰ این قانون آمده است: «ازدواج عقدی است که معاشرت زن و مرد را به مقصد تشکیل فامیل

مشروع و واجبات طرفین را بوجود می‌آورد.» تعریف قانون مدنی افغانستان از نکاح تنها ازدواج دائم را شامل می‌شود؛ زیرا قوانین افغانستان مبتنی بر فقه حنفی است و در فقه حنفی ازدواج موقت مشروعیت ندارد.

بنابراین، ازدواج دارای خصوصیات و ویژگی‌های ذیل می‌باشند: اولاً، ازدواج با عقد صورت می‌گیرد بر همین اساس، نمی‌توان تنها رضایت طرفین و توافق آن‌ها را برای یک زندگی مشترک، بدون اجرای عقد، کافی دانست. ثانیاً، قصد طرفین از در ازدواج و معاشرت زن و مرد، تشکیل خانواده است. ثالثاً، ازدواج مسؤلیت و وظایفی را به وجود می‌آورد که طرفین باید به آن ملتزم شوند.

## ۲-۱. غیر مسلمان

غیرمسلمان مصداق‌های گوناگونی دارد و جامع‌ترین مفهوم در ادبیات دینی که بیشتر این مصداق را دربرمی‌گیرد، واژه کافر است. کفر در لغت به معنای پنهان کردن چیزی

است و این که به شب کافر گفته می‌شود برای آن است که اشخاص را در تاریکی خود می‌پوشاند؛ و نیز به کشاورز کافر اطلاق می‌شود چرا که دانه را در زمین پنهان می‌کند (راغب، ۱۴۱۶، ص. ۷۱۴).

بنابر این، ریشه لغوی کفر عبارت است از پوشاندن، یا پنهان کردن به طور کامل؛ و کسی که چیزی را پنهان می‌کند، کافر نامیده می‌شود. پنهان کردن بر دو گونه است: پنهان کردن مادی (عینی) مثل پنهان کردن دانه در زیر خاک و پنهان کردن معنوی (اعتباری) مثل پوشاندن سخن حق با سخن باطل.

کفر در اصطلاح فقهی به معنای خارج بودن از اسلام است. محقق حلی در تعریف کافر می‌نویسد: «ضابطه کلی در شناخت کافر این است که کافر کسی است که از دین اسلام خارج باشد یا این که خود را مسلمان می‌داند یکی از ضروریات دین را انکار کند، مثل خوارج و یا غالیان» (حلی، ۱۴۱۸، ج ۱، ص. ۷۲).

مرحوم سید محمد کاظم یزدی تعریف واضح‌تر از کافر ارائه می‌کند:

«و المراد بالكافر من كان منكراً للألوهية أو توحيد، أو الرسالة، أو ضرورياً من ضروریات الدین مع الالتفات إلى كونه ضرورياً، بحيث يرجع إنكاره إلى انكار الرسالة»؛ منظور از کافر کسی است که منکر خدا یا توحید یا رسالت باشد یا یکی از ضروریات دین را با این که می‌داند ضروری دین است، به گونه‌ای انکار کند که به انکار رسالت برگردد (یزدی، ۱۳۷۸، ج ۱، ص ۱۳۸). بسیار از فقهاء، مانند مرحوم خوئی، شهید صدر، امام خمینی، این تعریف سید طباطبائی یزدی یا شبیه آن را پذیرفته‌اند.

به هر حال کافر در برابر مسلمان مطرح می‌شود، مسلمان کسی است که اقرار به وحدانیت خداوند و رسالت پیامبر اسلام (ص) داشته باشد. در مقابل غیر مسلم کسی است که چنین اقراری نداشته باشد. کسانی که یکی از ضروریات دین اسلام را منکر شوند، ملحق به غیر مسلمان هستند (امامی، ۱۳۸۳، ج ۴، ص. ۴۰۳).

### ۳-۱. انواع غیرمسلمان

غیرمسلمان یا کافر اقسام مختلفی دارد. از جمله اصناف کفار، پیروان اهل کتاب‌اند. اهل کتاب پیرو یکی از ادیان الهی می‌باشند. ادیان آسمانی که به ادیان ابراهیمی نیز معروفند به ادیانی گفته می‌شود که از طرف خداوند برای هدایت بشر بر محور توحید، نبوت و معاد فرستاده شده‌اند. این ادیان که عبارت‌اند از دین اسلام، مسیحیت و یهودیت، پیامبر و کتاب آسمانی مخصوص به خود دارند. چنین کافری چون دارای کتاب است به او کافر کتابی گفته می‌شود؛ اما در مقابل کسانی که پیرو ادیان الهی نبوده و دارای کتاب آسمانی نباشند، آن‌ها کافر غیر کتابی نامیده می‌شود.

مصدق دیگر غیرمسلمان، مشرک است و به افرادی گفته می‌شود که برای خدا شریک قرار بدهد و یا این که از هیچ دینی الهی پیروی نکند، اعم از این که به هیچ مذهبی اعتقاد نداشته و یا این که معتقد به مکاتب الحادی باشد.

نکته‌ی قابل ذکر در مورد کافر و مشرک این است که آیا اصطلاح مشرک، اهل کتاب را نیز شامل می‌شود یا نه. در این مورد دو دیدگاه وجود دارد؛ بعضی می‌گویند مشرک شامل کسانی می‌شود که کتابی نباشند و بعضی دیگر مشرک را شامل تمامی کفار، حتی کتابی، می‌دانند (السیوری، ۱۴۳۱، ج ۲، ص. ۱۶۸).

اگر شمول را بپذیریم، ادله‌ای که ما را از ازدواج با مشرک باز می‌دارند، شامل اهل کتاب نیز خواهد شد؛ اما در صورتی که مباینت مشرک و اهل کتاب را معتقد شویم، آن ادله به مشرک اختصاص پیدا خواهد کرد. به هر حال این مسئله مورد اختلاف فقهاء و مفسران است. اکثر فقهاء و مفسران، لفظ مشرک را شامل اهل کتاب نیز می‌دانند. سید مرتضی و شیخ طوسی از این دسته‌اند؛ اما در مقابل عده‌ای دیگر از دانشمندان مانند ابو الصلاح حلبی، جصاص، اعلمی حائری اهل کتاب را مشرک نمی‌دانند (حائری، بی‌تا، ج ۱۵، ص. ۲۰۰).

صنف دیگر کفار، افراد مرتد هستند. کافر شدن بعد از اسلام را ارتداد می‌گویند (شهید ثانی، بی‌تا، ج ۹، ص. ۳۳۳).

مرتد بر دو قسم فطری و ملی تقسیم می‌شود. مرتد فطری به کسی گفته می‌شود که در حال انعقاد نطفه او یکی از پدر و مادر یا هر دو مسلمان باشند و او پس از بلوغ اسلام را پذیرفته و پس از آن کافر شده باشد. مرتد ملی آن کسی است که در حین انعقاد نطفه هیچ یک از والدین او مسلمان نبوده‌اند و او پس از بلوغ اظهار اسلام نموده و سپس کافر گردیده است.

## ۲. ازدواج با غیر مسلمان

### در فقه امامیه

همانگونه که اشاره شد، از جمله موضوعات بسیار مهم و مورد ابتلا به ویژه در شرایط کنونی، موضوع «جواز یا عدم جواز ازدواج با غیر مسلمان» است که در بخش‌های بعدی به ابعاد و فروع آن از منظر فقهی و حقوق افغانستان، پرداخته می‌شود.

## ۱-۲. ازدواج زن مسلمان با مرد

### غیر مسلمان

این فرض، به دلیل وجود اجماع و اتفاق نظر میان فقیهان فریقین، به صورت مفصل مورد بحث و بررسی قرار نگرفته است. فقها در این مورد معتقدند ازدواج زن مسلمان با مرد غیر مسلمان جایز نیست. میان فقهای فریقین اتفاق نظر وجود دارد که کفر زوج از موانع نکاح برای زن مسلمان است و زن مسلمان نمی‌تواند با مرد غیر مسلمان ازدواج نماید؛ چنانچه اقدام به این عمل کند، عقد نکاح وی باطل است. در عدم جواز، فرقی نمی‌کند که زوج غیر مسلمان، کافر کتابی باشد یا غیر کتابی، کافر حربی باشد یا غیر حربی، کافر اصلی باشد یا مرتد، ازدواج موقت باشد یا دائم (امام خمینی، ۱۴۰۷، ج ۲، ص. ۲۵۹).

فلسفه منع این ازدواج، خوف و ترس از تأثیرپذیری زنان از عقاید غیر اسلامی بیان شده است؛ زیرا زنان از موقعیت ضعیف‌تری نسبت به مردان برخوردارند و سریع‌تر و آسان‌تر تحت تأثیر عقائد و افکار شوهرش قرار می‌گیرد.

برای تحریم چنین ازدواجی علاوه بر آیات قرآن و اجماع، به دلیل عقلی نیز استدلال شده است. با تحلیل عقلی می‌توان گفت اگر میان زن مسلمان با مرد کافر علقه زوجیت ایجاد شود، ممکن است زن تحت تأثیر همسر خود ایمانش را از دست بدهد و یا ناچار شود در طول زندگی مشترک تقیه نموده و اعتقادات خود را کتمان نماید که در هر دو صورت مطلوب و پسندیده به نظر نمی‌رسد. اگر زن شجاعت ابراز ایمان خود را داشته باشد و علی‌رغم میل شوهر غیر مسلمان، به تکالیف دینی خود پایبند باشد، چه بسا مورد آزار و اذیت شوهر خود قرار گیرد. در هر حال، به احتمال زیاد چنین ازدواجی عاقبت خوشی نخواهد داشت و زمینه‌ساز مشکلات فراوان برای زوجین و فرزندانشان خواهد بود. مرد ممکن است تلاش نماید که فرزند را با اعتقادات غیر دینی پرورش دهد و در مقابل زن سعی کند فرزند را مسلمان تربیت نماید و همین مسأله باعث کشمکش و نزاع می‌شود، لذا عقلاً سست بودن بنیان چنین

نکاحی قابل پیش‌بینی است و شاید به همین دلیل اسلام چنین ازدواجی را تحریم کرده است.

مستند این حکم علاوه بر دلیل عقلی ذکر شده، اجماع و آیات شریفه زیر است:

۱. «وَلَا تُنْكَحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤْمِنُوا وَ لَعَبْدٌ مُّؤْمِنٌ خَيْرٌ مِّنْ مُّشْرِكٍ» (بقره، آیه ۲۲۱)؛ یعنی زن به مشرکین ندهید؛ و به تعبیر دیگر زن آنان نشوید. کلمه مشرک به عموم کفار تفسیر شده است (طبرسی، ۱۴۰۸، ج ۱، ص ۵۶۰).

۲. «وَلَا تُمَسِّكُوا بِعَصَمِ الْكُوفِرِ» (ممتحنه، آیه ۱۰)؛ یعنی به پیوندهای کفار متمسک نشوید. ازدواج نوعی برقراری پیوند با کفار است که در این آیه مورد نهی قرار گرفته است.

۳. «وَ لَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا» (نساء، آیه ۱۴۱)؛ خداوند برای کافران بر مؤمنان سلطه‌ای قرار نداده است.

زن دادن به مشرکین و با آنان پیوند برقرار کردن نوعی سلطه

کافران بر مؤمنان است که خداوند از آن‌ها منع کرده است.

## ۲-۲. ازدواج مرد مسلمان با زن

### غیر مسلمان

موضوع دوم، ازدواج مرد مسلمان با زن غیر مسلمان است؟ آیا مرد مسلمان می‌تواند با زنان غیر مسلمان ازدواج کند؟

در حقوق اسلامی زنان کافره بر دو دسته هستند: کتابیه و غیر کتابیه.

زن کتابیه، آن زن غیر مسلمانی است که پیرو یکی از ادیانی می‌باشد که اسلام برای آن پیغمبر و کتاب آسمانی شناخته است؛ مانند یهودیت و نصرانیت. زن غیر کتابیه، زنی غیر مسلمانی است که یا پیرو یکی از ادیان آسمانی نیست و یا این که اساساً به هیچ دینی معتقد نباشد (امامی، ۱۳۸۳، ج ۴، ص. ۴۰۵).

فقه‌های فریقین، به اتفاق عقیده دارند که ازدواج مرد مسلمان با زن کافر غیر کتابی، چه به صورت دائم و چه منقطع، باطل و ممنوع است (مقدسی، بی‌تا، ج ۶، ص. ۵۹۲؛ جزیری، ۱۹۸۸، ج ۴، ص. ۷۵؛

نجفی، بی‌تا، ج ۳، ص. ۲۷؛ طوسی، ۱۴۱۷، ج ۴، ص. ۳۱۱؛ اما در مورد ازدواج مرد مسلمان با زن کتابی میان فقها اختلاف نظر وجود دارد که خلاصه اقوال در این جا ذکر می‌شود:

### دیدگاه فقه‌های شیعه

فقه‌های شیعه در این مورد اختلاف نظر داشته و آراء مختلفی را مطرح کرده‌اند که به چند مورد از آن‌ها به اختصار اشاره می‌گردد:

الف) عده‌ای معتقدند که ازدواج موقت مرد مسلمان با زن کتابیه جایز است؛ ولی ازدواج دائم آنان ممنوع و باطل است. این نظر توسط مشهور فقه‌های امامیه ابراز شده که مستند آن جمع بین نصوص است؛ یعنی جمع بین ادله که ظهور در منع نکاح به طور مطلق دارند با ادله که دلالت بر جواز نکاح به طور مطلق دارند (نجفی، بی‌تا، ج ۳۰، ص ۳۱؛ امام خمینی، ۱۴۰۷، ج ۲، ص. ۲۹۵).

جمع زیادی از فقهاء در مورد ازدواج با اهل کتاب بر این باورند که ازدواج دائمی با اهل کتاب ممنوع است، اما ازدواج موقت با آنان اشکال ندارد. شیخ انصاری در کتاب مکاسب

به این موضوع اشاره نموده است. ایشان بعد از اینکه ازدواج مسلمان با زنان غیر کتابی را حرام دانسته، چه به صورت دائم و چه به صورت موقت، در مورد ازدواج با زنان کتابی از میان اقوال گوناگون این قول را انتخاب کرده که ازدواج دائم با آنان حرام اما ازدواج موقتی جایز است (انصاری، ۱۴۱۵، ص. ۳۹۲).

امام خمینی در این زمینه می‌فرماید: در ازدواج با اهل کتاب اقوال مختلف وجود دارد، اشهر آنها این است که ازدواج دائمی ممنوع ولی ازدواج انقطاعی با آنها جایز می‌باشد. در ادامه می‌فرماید: اقوی آن است که در منقطع جایز است ولی در ازدواج دائم احوط منع آن است (امام خمینی، ۱۴۰۷، ج ۲، ص. ۲۵۹).

آیت الله محقق کابلی در رساله‌اش چنین تحریر کرده است که زن مسلمان نمی‌تواند به عقد کافر درآید، مرد مسلمان هم نمی‌تواند با زن‌های کافره غیر اهل کتاب ازدواج کند، ولی صیغه کردن زن‌های اهل کتاب مانند یهود و

نصاری مانعی ندارد، بنابر احتیاط واجب عقد دائمی با آنها ننماید. آیت الله سیستانی نیز دقیقاً همین نظر را دارد.

دلیل حرام بودن ازدواج دائمی، آیه شریفه است که می‌فرماید: «ولا تنکحوا المشرکات» (بقره، آیه ۲۲۱) و همچنین آیه «ولا تمسکوا بعصم الکوافر» (ممتحنه، آیه ۱۰) و نیز بعضی از روایات، مثل روایت حسن بن جهم است که نوادر راوندی نقل کرده است؛ اما جایز بودن ازدواج منقطع در بعض روایات تصریح شده است.

ب) از نظر بعضی ازدواج موقت مرد مسلمان با زن کتابیه، مطلقاً جایز است؛ ولی ازدواج دائم با آنان فقط در صورت اضطرار جایز است (طوسی، بی تا، ص. ۴۵۷).

ج) عده‌ای ازدواج مرد مسلمان با زن کتابیه را چه به صورت دائم و چه به صورت موقت جایز دانسته‌اند. از فقهای متقدم طرفدار این قول را می‌توان به شیخ صدوق اشاره کرد (صدوق، ۱۴۱۵، ص. ۳۰۸). این قول

در میان فقهای قدیم امامیه طرفداران زیادی نداشته است.

شماری از فقهای متأخر، قائل به جواز مطلق ازدواج با اهل کتاب هستند که مرحوم صاحب جواهر (نجفی، بی تا، ج ۳۰، ص ۳۱)؛ مرحوم سید ابوالحسن اصفهانی (اصفهانی، ۱۳۹۷، ج ۲، ص ۳۸۷)؛ مرحوم محقق خوانساری (خوانساری، ۱۴۰۵، ج ۴، ص ۲۶۳) از این دسته هستند.

عده زیادی از فقهای امامیه نظر بر جواز نکاح دائم با زن کتابیه داده‌اند و خصوصاً این گرایش در میان متأخرین بیشتر دیده می‌شود. مرحوم آیت الله خویی در این مسأله، بعد طرح دو نظر می‌گوید بهتر این است که هر دو نوع ازدواج با کتابی جایز است: «اظهرهما الجواز فی المنقطع بل فی الدائم ایضاً» (خویی، ۱۳۵۳، ج ۲، ص ۲۸۱).

آیت الله فیاض نیز در رساله‌اش معتقد است که جایز نیست مرد مسلمان با زن کافر غیر کتابی به طور دائم یا موقت ازدواج کند اما ازدواج موقت و دائم با زن کتابی جایز است

ولی ازدواج با مجوسیه - هرچند کتابی است - جایز نیست.

۴. ازدواج مرد مسلمان با زن کافر مطلقاً (چه دائم و چه موقت و چه در حالت اختیار و چه در حالت اضطرار و چه به صورت دائم و چه به صورت موقت) ممنوع و باطل است. شیخ مفید (مفید، ۱۴۱۰، ص ۵۰۰)، سید مرتضی (سید مرتضی، ۱۴۱۵، ص ۲۷۹) و ابن ادریس (ابن ادریس، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۵۴۱)، قائل به این نظریه بوده‌اند. مستند ایشان ظواهر و عموم بعضی از آیات و عدم وجود مخصص و تأیید نصوص خاصه روایی است.

۵. در حالت اختیار ازدواج مرد مسلمان با زن کتابیه چه به صورت دائم و چه به صورت موقت ممنوع و باطل است. ولی در حالت اضطرار هر دو قسم ازدواج آنان جایز است (ابن جنید، ۱۴۱۱، ص ۱۳۳).

همانگونه که قبلاً گفته شد در مورد عدم جواز ازدواج یک مسلمان با زن غیرکتابی، میان فقهاء اجماع وجود دارد، اما در ارتباط با ازدواج با زن کتابی در فقه امامیه میان فقهاء اختلاف نظر است، بعضی قائل به



جواز و بعضی هم قائل به عدم جواز شده‌اند. در این جا به اختصار به دلایل مجوزین و مانعین اشاره می‌شود:

#### ادله مانعین

کسانی که به طور مطلق ازدواج با اهل کتاب را منع کرده‌اند، به ادله و مستندات از جمله به این آیات و روایات استناد کرده‌اند:

۱ «وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّىٰ يَأْمَنَ» (بقره، آیه ۲۲۱)، با زنان مشرک و بت پرست تا ایمان نیآورده‌اند ازدواج نکنید. خداوند در این آیه ازدواج با زنان مشرک را نهی کرده و نهی نیز دلالت بر تحریم می‌کند. خطاب و منع این آیه شامل کفار کتابی مثل یهودی و نصرانی نیز می‌شود زیرا آن‌ها نیز مشرک محسوب می‌شوند؛ چراکه خداوند در قرآن کریم می‌فرماید یهود عَزِيزٌ و مسیحیت حضرت عیسی مسیح (ع) را فرزند خدا می‌دانند. «وَقَالَتِ الْيَهُودُ عَزِيزٌ ابْنُ اللَّهِ وَقَالَتِ النَّصَارَى الْمَسِيحُ ابْنُ اللَّهِ» (توبه، آیه ۳۰). با توجه به این اعتقاد، یهودیان و مسیحیان مشرکند و ازدواج با آنان

جواز ندارد؛ بنابر این ازدواج با زنان کتابی هم حرام است.

۲ «وَلَا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الْكَوَافِرِ» (ممتحنه، آیه ۱۰)، به علاقه زنان کافر چنگ نزنید. در این آیه خداوند ما را از چنگ زدن به علاقه کافران نهی کرده است، زوجیت مصداق «عِصَم» بوده و تحت نهی قرار می‌گیرد. به این ترتیب در این آیه نیز مثل آیه قبلی ازدواج با زنان مشرک و از جمله زنان کتابی منع شده است.

یکی از روایاتی که برای منع ازدواج مورد استناد قرار گرفته، روایت زراره از امام باقر (ع) است که حضرت فرمود ازدواج با زنان اهل کتاب سزاوار نیست. حضرت دلیل حرمت این ازدواج را آیه شریفه فوق ذکر نموده است: «لَا يَنْبَغِي نِكَاحِ أَهْلِ الْكِتَابِ. قُلْتُ جَعَلْتَ فِدَاكَ وَ أَيْنَ تَحْرِيْمُهُ؟ قَالَ: قَوْلُهُ «وَلَا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الْكَوَافِرِ».

#### ادله مجوزین نکاح

در مقابل قول منع کنندگان ازدواج، بعضی ازدواج با اهل کتاب را اجازه

داده است که دلائلی را برای خود آورده‌اند:

یکی از دلائل آن‌ها این آیه شریفه است: «وَ الْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ» (مائده، آیه ۵). در این آیه ازدواج با اهل کتاب اجازه داده شده، زیرا عبارت «أَحِلَّ لَكُمْ» که در معطوف علیه استفاده شده، در این عبارت نیز به کار می‌رود. معنی آیه چنین می‌شود که ازدواج با زنان پاکدامن از اهل کتاب برای شما حلال است؛ بنابراین، با توجه به این آیه ازواج با زنان کتابی بلامانع بوده و می‌توان با آن‌ها ازدواج کرد.

روایتی را محمد بن مسلم از امام باقر (ع) برای جواز نکاح با کتابی، نقل نموده است که از حضرت در مورد این ازدواج سؤال شد و امام باقر (ع) فرمود چنین ازدواجی اشکال ندارد: «سَأَلْتَهُ عَنِ نِكَاحِ الْيَهُودِيَّةِ وَ النَّصْرَانِيَّةِ، قَالَ: لَا بَأْسَ بِهِ أَمَا عَلِمْتَ أَنَّهُ كَانَ تَحْتَ طَلْحَةَ بْنِ عُبَيْدِ اللَّهِ يَهُودِيَّةً عَلَى عَهْدِ النَّبِيِّ (ص)» (طوسی، ۱۴۱۳، ج ۷، ص ۲۶۸).

دسته اول و قائلین به منع، استدلال به آیه پنجم سوره مائده را

نپذیرفته و قائلند که نمی‌توان به این آیه استدلال کرد، زیرا این آیه، توسط آیه ولا تمسکوا بعصم الکوافر نسخ شده است. در مقابل گروه دوم و قائلین به جواز نکاح، ادعای نسخ آیه را منع کرده و گفته‌اند اصل عدم نسخ است.

قائلین به جواز می‌گویند بین دو آیه «و لا تنکحوا المشرکات» و آیه «و المحصنات...» منافات وجود ندارد، زیرا آیه اول دلالت بر نهی از نکاح مشرکات می‌کند به صورت عموم و آیه دوم دلالت بر جواز نکاح با زنان کتابی می‌کند به صورت خاص. این آیات عام و خاص هستند و جمع بین عام و خاص، با تخصیص عام و ابقاء حکمش در غیر مورد خاص، ممکن است. نهی و منع در آیه اول مربوط به ازدواج دائم است و جواز نکاح، در آیه دوم شامل نکاح موقت می‌شود. به این ترتیب جمع زیادی از فقهاء میان ادله منع و ادله جواز نکاح به این طریق جمع کرده‌اند که ادله منع مربوط به ازدواج دائم و ادله جواز هم مربوط به ازدواج موقت است. هم چنین قائلین به جواز، دلالت آیه «ولا تمسکوا

بعصم الکوافر» را صریح در اراده نکاح نمی‌دانند و به این دلیل منع آیه را نپذیرفته‌اند (شهید ثانی، ۱۴۱۶، ج ۷، ص ۳۵۸-۳۶۳).

به هر صورت در مورد حل تعارض آیات قرآن و این که کدام آیه ناسخ و کدام یک منسوخ است، در کتاب‌های فقهی و تفسیری مباحث مبسوط مطرح شده‌اند، برخی، آیه پنجم سوره مائده را ناسخ آیات ۲۲۱ سوره بقره و آیه ۱۰ سوره ممتحنه دانسته‌اند و برخی دیگر آیه ۲۲۱ سوره بقره و آیه ۱۰ سوره ممتحنه را ناسخ آیه پنجم سوره مائده دانسته‌اند.

مفصل‌ترین و بهترین تحقیق در این مورد در کتاب وزین جواهر الکلام انجام شده که خلاصه آن، برای جمع‌بندی از مباحث گذشته در این جا آورده می‌شود. نویسنده کتاب جواهر پس از آن که حرمت نکاح مسلمان با زن غیر کتابی را مورد اجماع فقهای مسلمان می‌داند، در مورد ازدواج با زنان اهل کتاب می‌فرماید: مقتضی تحقیق این است که ازدواج با آنان جائز است، چه به

صورت دائم و چه منقطع. سپس در تبیین جواز ازدواج می‌افزاید: اولاً خداوند در آیه پنجم سوره مائده به صورت مطلق ازدواج با زنان اهل کتاب را جایز دانسته است و فرض بر این است که سوره مائده، آخرین سوره قرآن است و احکام آن قابل نسخ به آیات دیگر نیست؛ از پیامبر (ص) روایت شده است که «سوره المائده آخر القرآن نزولاً فأحلوا حلالها و حرّموا حرامها؛ سوره مائده، آخرین بخش قرآن است که نازل شده، پس حلال آن را حلال شمارید و حرامش را تحریم کنید.» از امامان معصوم (ع) نیز نقل گردیده که فرموده‌اند: از سوره مائده چیزی نسخ نشده است.

آنگاه صاحب جواهر در رد ادعای نسخ آیه پنجم سوره مائده می‌فرماید: بعضی از فقها مدعی نسخ آیه پنجم سوره مائده، به آیه ۲۲۱ سوره بقره و آیه دهم سوره ممتحنه می‌باشند و روایاتی نیز حاکی از این نسخ از معصومین روایت شده است، ولی حقیقت این است که آیه ۲۲۱ سوره بقره که می‌فرماید: «و لا

تنکحوا المشركات» اصولاً نمی‌تواند شامل اهل کتاب باشد، زیرا اهل کتاب در اصطلاح قرآنی، مشرک نیستند؛ بنابر این، این آیه نمی‌تواند ناسخ آیه پنجم سوره مائده باشد؛ اما آیه دهم سوره ممتحنه که می‌فرماید: «و لا تمسکوا بعصم الکوافر»، هر چند می‌تواند شامل اهل کتاب نیز بشود، ولی فرض این است که سوره مائده از حیث نزول متأخر است و لحن آیه سوره مائده نیز موهم ناسخ بودن آن نسبت به آیات دیگر است؛ چه این‌که در آیه پنجم سوره مائده می‌خوانیم: «الیوم احل لکم الطیبات»، واژه «الیوم» حاکی از آن است که در گذشته حکم به گونه دیگری بوده و بر اساس این آیه، حکم قبلی عوض شده است.

بنابر این آیه پنجم سوره مائده می‌تواند ناسخ آیه و لا تمسکوا بعصم الکوافر باشد و لا اقل مخصّص آن خواهد بود و قاعده اصولی نیز همین اقتضا را دارد، چون آیه «و لا تمسکوا بعصم الکوافر» عام است و آیه «والمحصنات من الذین اوتوا الکتاب» خاص است وقتی امر دائر مدار بین نسخ و تخصیص باشد،

تخصیص مقدم خواهد بود (نجفی، بی‌تا، ج ۳۰، ص ۲۸-۳۵).

یهودیان و مسیحیان مصداق بارز اهل کتابند؛ اما در مورد این‌که آیا مجوسی اهل کتاب است یا خیر؟ در میان فقهاء اختلاف نظر وجود دارد. برخی مثل شهید ثانی و مرحوم اصفهانی، مجوسیان را اهل کتاب می‌دانند (شهید ثانی، بی‌تا، ج ۵، ص ۲۲۸)؛ ولی فقهاء متأخر از جمله امام خمینی با این نظر مخالف است و نکاح با آنان را مطلقاً باطل می‌داند (امام خمینی، ۱۴۰۷، ج ۲، ص ۲۸۵). شیخ صدوق در کتاب المقنع می‌فرماید: «و تزویج المجوسیة محرّم» ازدواج با زن مجوسی حرام است (صدوق، ۱۴۱۵، ص ۳۰۸).

و حتی بعضی از فقهاء با وجود اینکه مجوسیان را اهل کتاب می‌دانند، اما ازدواج با آنان را حرام دانسته‌اند. آیت الله فیاض معقّد است ازدواج با مجوسیه - هرچند کتابی است - جایز نیست.

از نظر فقهای امامیه ازدواج پیروان این مذهب با سایر مذاهب اسلامی بلا مانع است. ولی از این عموم دو گروه استثناء شده و نکاح با

آنان ممنوع و در حقیقت ملحق به کفار شده‌اند:

### الف: ناصبیان

ناصبی کسی است که با یکی از اهل بیت رسول خدا (ص) دشمنی دارد و به این مطلب تظاهر می‌نماید و به آنان ناسزا می‌گوید. ناصبیان گرچه از فرق اسلامی می‌باشند ولی به دلیل دشمنی با اهل بیت و انکار محبت اهل بیت به‌عنوان یکی از ضروریات دین اسلام، در حکم کفار محسوب شده و ازدواج با آنان حرام دانسته شده است (صدوق، ۱۴۱۵، ۳۰۷).

### ب: غالیان

غالی کسی است که نسبت به معصومین و امامان غلو نماید؛ یعنی آنان را در حدّ خدائی بپرستد و یا اعتقاد به نبوت آنان داشته باشد. این دو گروه ملحق به کفار غیر کتابی هستند و ازدواج مردان مسلمان با آنان جائز نمی‌باشد (امام خمینی، ۱۴۰۷، ج ۲، ص ۲۸۵).

### ۳. تغییر عقیده زوجین

همانطوری که در مباحث قبل گفته شد ازدواج زن مسلمان با شخص کافر ممنوع و حرام است. حرام بودن چنین ازدواجی باعث می‌شود که اگر نکاحی بدون در نظر گرفتن چنین منعی روی دهد، باطل باشد. حال اگر بعد از نکاح، یکی از طرفین تغییر عقیده دهد، وضعیت نکاحی که مقدم بر آن واقع شده چه خواهد شد؟

البته عمده احکام زوجینی که تغییر عقیده داده‌اند، از احکام ازدواج زن و مرد مسلمان با شخص کافر که گفته شد، قابل درک و فهم است؛ اما برای شفافیت هرچه بیشتر موضوع به فروضی که در این مورد وجود دارد در ادامه پرداخته خواهد شد.

#### ۳-۱. اسلام آوردن زن یا شوهر

#### کافر

در صورتی که زن و شوهر کافر اصلی باشند و پس از نکاح اسلام آورند؛ یکی از چهار فرض ذیل در مورد آنها قابل تطبیق است:

۱. اگر شوهر اسلام آورد، چه کتابی باشد یا غیر کتابی و زن او کتابیه باشد، نکاح آنان به حال خود باقی خواهد ماند. فرقی نمی‌کند که اسلام آوردن او قبل از نزدیکی آنان باشد یا بعد از آن، زیرا قبلاً گفته شد که نکاح مرد مسلمان با زن کتابیه ابتدأً نیز جایز است، پس ادامه آن به طریق اولی جایز خواهد بود.

۲. هر گاه شوهر اسلام آورد و زن او غیر کتابیه باشد، چنانچه این امر قبل از نزدیکی بین آنان باشد نکاح به خودی خود منحل می‌گردد و هر گاه پس از نزدیکی باشد، انتظار کشیده می‌شود تا عده منقضی گردد. در صورتی که قبل از انقضای عده، زن اسلام آورد نکاح آنان به حال خود باقی می‌ماند؛ اما اگر زن اسلام نیاورد، کشف می‌شود که نکاح آنان از زمان اسلام شوهر منفسخ شده است؛ بنابراین، در مدت عده مادام که زن مسلمان نشده است نزدیکی شوهر با او حرام است.

۳. اگر زن اسلام آورد و شوهر او کافر باشد، نکاح آنان منفسخ می‌گردد؛ زیرا ازدواج زن مسلمان با مرد غیر مسلمان جایز نیست. در

صورتی که این امر قبل از نزدیکی باشد نکاح به خودی خود منحل می‌گردد و اما اگر بعد از نزدیکی باشد انفساخ آنان متوقف بر انقضای عده است. هر گاه در عده زن، شوهر او مسلمان گردید نکاح آنان همچنان ادامه پیدا می‌کند و هر گاه عده زن منقضی شد و شوهر به کفر خود باقی ماند، کشف می‌شود که از زمان اسلام آوردن زن نکاح منفسخ شده است (شهید ثانی، ۱۴۱۶، ج ۷، ۳۶۷).

۴. زن و شوهر هر دو باهم مسلمان شوند؛ در این صورت لازم نیست مجدداً عقد نکاح مطابق با مقررات اسلامی بین آنان جاری گردد، بلکه به همان عقد سابقشان باقی خواهند ماند. دین مقدس اسلام به مقررات ازدواج ادیان و مذاهب دیگر به دیده احترام می‌نگرد و برای ازدواج و طلاق که بین پیروان ادیان و مذاهب دیگر واقع می‌شود، همان آثار و احکامی را می‌شناسد که در آن ادیان و مذاهب آن آثار و احکام مراعات می‌شود.

در فقه امامیه قاعده‌ای است تحت عنوان قاعده «الزام» که این

قاعده مستند است به حدیث «أَلْزَمُوهُمْ بِمَا أَلْزَمُوا عَلَي أَنْفُسِهِمْ». به این معنی که کفار را به همان مقرراتی که خودشان ملتزم هستند، الزام نمائید. بر اساس همین قاعده کفار در محاکم اسلامی به مقرراتی که در مذهب خودشان وجود دارد، ملزم می‌گردند.

البته این در صورتی است که ازدواج یا طلاق از نظر مذهب خودشان صحیح و منطبق با شرائط مذهبی آنان انجام شده باشد و در این جهت فرق میان کفار کتابی و غیر کتابی وجود ندارد. هم چنین در عقد آنها موانعی که از نظر اسلامی ابتدائاً و استدامتاً موجب بطلان نکاح است وجود نداشته باشد؛ در غیر این صورت نکاحشان محکوم به بطلان است و باید مجدداً عقد مطابق با موازین اسلامی برقرار گردد مثل این که نکاح بین اقربای نسبی یا رضاعی صورت گرفته باشد (اصفهانی، ۱۳۹۷، ج ۲، ص ۱۹۲).

## ۲-۳. ارتداد زن یا شوهر مسلمان

برای زن مسلمانی که مرتد شده، جایز نیست با مرد مسلمان ازدواج کند؛ و همین طور برای مرد مسلمان که مرتد شده نمی‌تواند با زن مسلمان ازدواج کند؛ اما در مورد ارتداد زن و مردی که در علقه زوجیت هستند، به زمان ارتداد باید توجه کرد. ارتداد یا قبل از عمل نزدیکی صورت می‌گیرد و یا بعد از آن؛ چنانچه قبل از نزدیکی احد زوجین یا هر دوی آنان مرتد، فطری یا ملی، شوند نکاح آنان بلا فاصله منفسخ می‌گردد؛ و در مورد ارتداد پس از نزدیکی، چنانچه زوج به ارتداد فطری مرتد گردد همانند فرض قبل نکاح منفسخ می‌گردد؛ ولی اگر ارداد او ملی باشد و یا زوجه مرتد گردد، خواه فطری یا ملی، فسخ نکاح منوط به انقضاء عدّه و عدم توبه خواهد بود؛ یعنی از لحظه ارتداد بین آنان جدایی برقرار می‌گردد و بر آنان عرض توبه می‌شود، اگر قبل از انقضاء عدّه توبه کنند نکاح محکوم به صحت و کماکان ادامه خواهد یافت،

ولی اگر عدّه منقضی شود و به ارتداد خود باقی باشند کشف از بطلان نکاح از حین ارتداد خواهد شد (نجفی، بی تا، ج ۳۰، ص ۴۹).

لازم به ذکر است که از نظر فقهی اگر مرد به ارتداد فطری مرتد گردد، دیگر توبه او قبول نمی‌شود، بلکه چهار حکم انتقال اموال او به ورثه، عدم قبول توبه، جدائی همسر و اعدام بر او بار می‌گردد. شیخ طوسی در این مورد چنین آورده است: «و المسلم الذی وُلِدَ علی الإسلام، ثم ارتدّ فقد بانت منه امرأته و وجب علیها عدّه المتوقی عنها زوجها، و قَسِمَ میراثه بین اهله و لا یُستتاب بل یقتل علی کُلِّ حال.» (طوسی، بی تا، ص ۶۶۶).

ولی مرتد ملی، چه زن و چه مرد و نیز زنی که به ارتداد فطری مرتد شود، قابل توبه می‌باشند و بر آنان عرض توبه می‌گردد، اگر به اسلام عودت یابند پذیرفته می‌شوند و گر نه احکام مرتد بر آنان جاری می‌گردد (خمینی، ۱۴۰۷، ج ۲، ص ۴۵۰؛ شهید ثانی، بی تا، ج ۹، ص ۳۳-۳۴۴).

#### ۴. ازدواج با غیر مسلمان در حقوق افغانستان

یکی از مباحث بسیار مهم و کلیدی در بحث حقوق خصوصی، ازدواج با غیر مسلمان از نگاه حقوقی است. در این میان آنچه مورد نظر و توجه ما در این مقاله بوده دیدگاه حقوق افغانستان در این مورد است. باید دید که نگاه حقوقی در قانون افغانستان در مسأله ازدواج با غیر مسلمان چگونه است؟

قانون مدنی افغانستان در مورد ازدواج مسلمان با کافر، تنها به یک ماده اکتفا نموده و در ماه ۹۲ این قانون چنین آورده است که: «ازدواج زن مسلمان با مرد غیرمسلمان باطل است. مرد مسلمان می‌تواند با زن اهل کتاب ازدواج نماید.» با توجه به متن و تعبیراتی که قانون‌گذار در این ماده به کار برده است، چند نکته را باید مورد توجه قرارداد:

این ماده دارای دو فقره است که در فقره اول به ازدواج زن مسلمان با مرد کافر اشاره نموده و چنین ازدواجی را به صراحت منع کرده و باطل دانسته است. حال فرق



نمی‌کند که این ازدواج زن مسلمان، با کافر کتابی باشد یا کافر غیر کتابی، ازدواج دائم باشد یا موقت؛ زیرا تعبیر به «غیر مسلمان» که در این ماده به کار رفته است، هر دو مورد را شامل می‌شود. به هر حال فقره اول این ماده تکلیف ازدواج زن مسلمان را روشن کرده که او نمی‌تواند به هیچ وجه با مرد کافر چه کتابی و چه غیر کتابی ازدواج نماید. حقوق افغانستان بر اساس فقه حنفی تدوین شده است. بنابر این عدم جواز ازدواج زن مسلمان با کافر هم در فقه جعفری پذیرفته شده و هم در فقه حنفی. در این مورد اشتراک نظر وجود دارد.

فقره دوم ماده ۹۲ ق مدنی به ازدواج مرد مسلمان با زن غیر مسلمان پرداخته و در این مورد آورده که مرد مسلمان می‌تواند با زن اهل کتاب ازدواج نماید.

با توجه به این که مشهور فقهاء حنفی ازدواج موقت را حرام دانسته‌اند، جزیری در کتاب الفقه علی المذاهب الأربعة در مورد حرمت ازدواج موقت در فقه حنفی چنین می‌نویسد: «وهو (نکاح الموقت)

باطل علی کل حال، فلو قال لها: تزوجتک شهرا و أو سنه أو قال: متعینی بنفسک و لم یذکر مده فقالت: قبلت، کان النکاح باطلا»؛ به هر حال نکاح موقت باطل است پس اگر مرد بگوید: با تو یک ماه یا یک سال ازدواج نمودم یا بگوید: به من متعه شو و مدت را ذکر نکنند زن بگوید: قبول کردم، نکاح باطل است (جزیری، ۱۹۸۸، ج ۴، ص ۷۵).

و از طرفی دیگر، همانگونه که قبلاً نیز یاد آوری شد، قانون مدنی افغانستان بر اساس فقه حنفی تدوین شده است و در فقه حنفی ازدواج مسلمان با زن کافر کتابی مجاز شمرده شده است. آقای اُبی بکر بن مسعود حنفی نویسنده کتاب بدائع الصنائع در ارتباط با ازدواج با کافر کتابیه چنین اظهار نظر کرده است: «فلا يجوز للمسلم أن ینکح المشرکة و یجوز أن ینکح الکتابیة»؛ برای مسلمان جایز نیست که با یک زن مشرک ازدواج کند اما می‌تواند با یک زن کتابی ازدواج کند (الکاسانی، ۱۴۲۰، ج ۲، ص ۴۲۶).

در ادامه ایشان در مورد ازدواج زن مسلمان با کتابی می‌گوید: زن مسلمان نمی‌تواند با یک کافر کتابی ازدواج کند: «لا يجوز إنکاح المسلمة الكتابی» (همان، ۴۲۸).

شیخ محمد جواد مغنیه در این مورد می‌گوید مذاهب اربعه اهل سنت در جواز ازدواج مرد مسلمان با زن کتابی اتفاق نظر دارند؛ به این ترتیب یک مسلمان می‌تواند با زن مسیحی و یهودی ازدواج نماید؛ اما ازدواج یک زن مسلمان با کافر کتابی جایز نیست: «و اتفقوا الاربعة ایضاً علی أن للمسلم أن یتزوج الكتابیة و هی النصرانیة و الیهودیة و لا يجوز للمسلمة أن تتزوج کتابیاً. اما فقهاء الإمامیة فقد اتفقوا علی تحريم زواج المسلمة من کتابی، كما قالت المذاهب الأربعة و اختلفوا فی زواج المسلم من کتابیة» (مغنیه، ۱۴۲۸، ج ۲، ص ۴۸).

تمام فقهاء اهل سنت ازدواج دائم مرد مسلمان با زن اهل کتاب را جایز می‌دانند؛ در میان مذاهب چهارگانه اهل سنت در این مسأله اختلافی وجود ندارد، ابن قدامه و ابن رشد بر جواز این ازدواج ادعای

اجماع کرده‌اند (مقدسی، بی‌تا، ج ۶، ص ۵۸۹؛ قرطبی، ۱۴۱۶، ج ۲، ص ۴۴).

قرطبی در کتاب جامع الاحکام تعدادی از صحابه و تابعین را که قائل به جواز نکاح زنان یهود و نصاری بودند، نام برده است که عبارت است از: عثمان، طلحه، ابن عباس، جابر و حذیفه و از تابعین سعیدبن مسیب (قرطبی، ۱۴۲۶، ج ۳، ص ۶۸).

باتوجه به تأسی قوانین افغانستان از فقه حنفی و هم چنین عدم مشروعیت ازدواج موقت در میان فقه اهل سنت؛ منظور از فقره دوم ماده ۹۲ قانون مدنی افغانستان که گفته است مسلمان می‌تواند با زن کافر کتابی ازدواج نماید، منظور جواز ازدواج دائم است. به این ترتیب بر اساس قانون افغانستان یک مسلمان می‌تواند با زن مسیحی یا یهودی به صورت دائم ازدواج نماید؛ اما ازدواج موقت از دایره شمول این ماده خارج بوده، زیرا ازدواج موقت در فقه اهل سنت مشروعیتی ندارد.

اما شیعیان افغانستان که در مباحث احوال شخصیه از جمله ازدواج باید به «قانون احوال شخصیه

اهل تشیع افغانستان» مراجعه نمایند. قانون احوال شخصیه اهل تشیع افغانستان را ماده ۱۳۱ قانون اساسی افغانستان به رسمیت شناخته، در این ماده چنین آمده است: «محاکم برای اهل تشیع، در قضایای مربوط به احوال شخصیه، احکام مذهب تشیع را مطابق به احکام قانون تطبیق می‌نماید.» پیرو اجرائی کردن این ماده قانون اساسی، قانون احوال شخصیه اهل تشیع افغانستان در بهار سال ۱۳۸۸ شمسی مراحل قانونی خود را سپری نموده و در ضمن ۲۳۶ ماده با فرمان رئیس جمهوری در جریده رسمی کشور نشر گردید.

این قانون با پیروی از فقه جعفری، بازگوکننده دیدگاه‌های فقهاء شیعه است. در مورد ازدواج با کافر در ماده ۹۲ این قانون چنین آورده شده است: «عقد نکاح مرد مسلمان با زن غیر کتابی و عقد نکاح زن مسلمان با غیر مسلمان باطل است و در این حکم فرق بین کفر اصلی و ارتداد نیست. هرگاه زن و

مرد غیر مسلمان یک جا مسلمان شوند، نکاح آن‌ها باقی می‌باشد.» باتوجه به دیدگاه فقه جعفری که قبلاً توضیح داده شد و توجه به این ماده، ازدواج پیروان این مذهب با زنان اهل کتاب، (مسیحی و یهودی)، منعی ندارد. باتوجه به شمول این ماده و جواز ازدواج موقت در شیعه، این ماده می‌تواند هر دو قسم را شامل شود.

اما ازدواج مرد مسلمان با زن کافر کتابی به صورت موقت بر اساس فقه حنفی جایز نیست؛ زیرا آن‌ها اساساً برای ازدواج موقت مشروعیتی قائل نیستند.

در مورد فقره دوم ماده ۹۲ که باتوجه به عدم مشروعیت ازدواج موقت در میان اهل سنت، دیدگاه فقه حنفی و مذهب جعفری باهم اختلاف دارند. عده‌ای قابل توجه از فقهاء شیعه قائل به جواز ازدواج موقت مسلمان با زن کافر کتابی شده و در این مورد تقریباً اتفاق نظر نیز دارند اما در مورد ازدواج دائم با کتابی دو قول وجود دارد بعضی قائل

به جواز و بعضی نیز قائل به عدم جواز شده‌اند.

### نتیجه گیری

با توجه به مطالب و مباحثی که پیرامون ازدواج یک مسلمان با کافر در فقه امامیه و حقوق افغانستان مورد بحث و بررسی قرار گرفت؛ نتایج ذیل به دست آمده که به صورت فشرده و به عنوان نتیجه بحث به خدمت علاقه مندان ارائه و تقدیم می‌شود:

۱. ازدواج زن مسلمان با مرد کافر و غیر مسلمان جایز نیست. این مسئله در فقه شیعه و سنی و حقوق افغانستان مورد اتفاق بوده و اختلافی در آن وجود ندارد. در این عدم جواز کافر کتابی یا غیر کتابی فرقی نمی‌کند.

۲. فقهای شیعه و سنی و هم چنین حقوق افغانستان ازدواج مرد مسلمان با زن کافر غیر کتابی را، چه به صورت دائم و چه منقطع، باطل و ممنوع دانسته‌اند.

۳. تمام فقهاء اهل سنت و مذاهب اربعه و هم چنین حقوق افغانستان در جواز ازدواج دائم مرد

مسلمان با زن کتابی اتفاق نظر دارند؛ اما بحث ازدواج موقت اساساً در میان اهل سنت به دلیل عدم مشروعیت در نزد آن‌ها منتفی بوده و مشروعیتی ندارد.

۴. در میان فقهای شیعه در مورد ازدواج مرد مسلمان با زن کتابی اختلاف نظر وجود دارد، مشهور فقهاء امامیه قائل ممنوعیت ازدواج دائمی مرد مسلمان با زن کافر کتابی و جواز ازدواج موقت شده‌اند. در مقابل عده زیادی از فقهای امامیه خصوصاً متأخرین نظر بر جواز نکاح دائم نیز با زن کتابی داده‌اند.

۵. برای زن مسلمانی که مرتد شده، جایز نیست با مرد مسلمان ازدواج کند؛ و همین طور برای مرد مسلمان که مرتد شده نمی‌تواند با زن مسلمان ازدواج کند؛ اما در مورد ارتداد زن و مردی که در علقه زوجیت هستند، به زمان ارتداد باید توجه کرد. اگر قبل از نزدیکی یکی از زوجین یا هر دوی آنان مرتد، شوند نکاح آنان بلا فاصله منفسخ می‌گردد؛ و در مورد ارتداد پس از نزدیکی، چنانچه زوج به ارتداد فطری مرتد گردد همانند فرض قبل

نکاح منفسخ می‌گردد؛ ولی اگر ارداد او ملی باشد و یا زوجه مرتد گردد، خواه فطری یا ملی، فسخ نکاح منوط به انقضای عدّه و عدم توبه خواهد بود.

## منابع

قرآن كريم.

٢، تهران، المجمع العالمي للتقريب بين المذاهب الاسلاميه.

حائري، اعلمى، (بى تا)، دائرة المعارف الشيعيه العامه، ج ١٥، بى جا.

حلى، محقق، (١٤١٨)، شرائع الاسلام فى مسائل الحلال و الحرام، ج ١، بيروت، دار الاضواء. حلى، محمد بن إدريس، (١٤١٠)، كتاب السرائر، ج ٢، مؤسسه النشر الاسلامي، قم.

خمينى، روح الله، (١٤٠٧)، تحرير الوسيله، ج ٢، بيروت، سفارة الجمهوريه الاسلاميه الايرانيه.

خوانسارى، احمد، (١٤٠٥)، جامع المدارك فى شرح المختصر النافع، ج ٤، چاپ دوم، تهران، مكتبه الصادق.

خويى، سيد ابوالقاسم، (١٣٥٣)، منهاج الصالحين، المعاملات، جزء الثانى، چاپ چهارم، بى جا.

اسماعيل بن حماد الجوهري، (١٤٠٤)، الصحاح: تاج اللغة و صحاح العربيه، الطبعة الثالثه، بيروت، دار العلم للملايين.

اصفهانى، راغب، (١٤١٦) مفردات ألفاظ القرآن، الطبعة الأولى، دمشق، دار القلم.

اصفهانى، سيد ابوالحسن، (١٣٩٧)، وسيله النجاه، ج ٢، الطبعة الثانيه، بيروت، دار التعارف للمطبوعات.

امامى، سيد حسن، (١٣٨٣)، حقوق مدنى، ج ٤، چاپ هفدهم، تهران، اسلاميه.

انصارى، شيخ مرتضى، (١٤١٥)، كتاب النكاح، قم، مؤسسه الهادى.

جزيرى، عبد الرحمن، (١٩٨٨)، الفقه على المذاهب الاربعه، ج ٤، بيروت، دار الكتب العلميه.

جمال الدين ابو عبدالله المقداد بن عبدالله السيورى، (١٤٣١)، كنز العرفان فى فقه القرآن، ج

سيد مرتضى، على بن الحسين  
الموسوى، (١٤١٥)، الانتصار،  
مؤسسة النشر الاسلامى، قم.

شهيد ثانى، (بى تا)، الروضة  
البيهية فى شرح اللمعة  
الدمشقية، ج ٥، بيروت، احياء  
التراث العربى.

شهيد ثانى، زين الدين بن على  
العاملى، (١٤١٦)، مسالك  
الافهام إلى تنقيح شرائع  
الاسلام، ج ٧، مؤسسة المعارف  
الاسلامية، قم.

شيخ صدوق، محمد بن على بن  
بابويه، (١٤١٥)، المقنع،  
مؤسسة الامام الهادى، قم.

شيخ طوسى، ابى جعفر  
محمد بن الحسن بن على  
الطوسى، (بى تا)، النهايه فى  
مجر الفقه و الفتاوى، دارالكتاب  
العربى، بيروت.

شيخ طوسى، محمد بن حسن،  
(١٤١٧)، كتاب الخلاف، ج ٤،  
چاپ سوم، قم، مؤسسة النشر  
الإسلامى.

شيخ طوسى، محمد بن الحسن،  
(١٤١٣)، التهذيب الاحكام، ج  
٧، الطبعة الثانية، بيروت، دار  
الاضواء.

شيخ مفيد، محمد بن نعمان،  
(١٤١٠)، المقنعه، قم، مؤسسة  
النشر الاسلامى.

طباطبائى يزدى، سيد محمد  
كاظم، (١٣٧٥)، العروة الوثقى،  
ج ١، كتاب الطهارة، مؤسسة  
النشر الاسلامى، قم.

طبرسى، فضل بن حسن،  
(١٤٠٨)، مجمع البيان، ج ١،  
الطبعة الثانية، بيروت، دار  
المعرفة.

قانون احوال شخصيه شيعيان  
افغانستان.

قانون اساسى افغانستان.

قانون مدنى افغانستان.

قرطبى، ابن رشد، (١٤١٦)،  
بداية المجتهد، ج ٢، چاپ اول،  
بيروت، دار احياء التراث العربى.

بدائع الصنائع، ج ۲، چاپ اول،  
دارالمعرفة، بیروت.

محقق ثانی، شیخ علی بن  
حسین کرکی، (۱۴۱۱)، جامع  
المقاصد فی شرح .

قرطبی، محمد بن احمد،  
(۱۴۲۶)، الجامع لاحکام القرآن،  
ج ۳، بیروت، دارالکتب العربی.  
کاسانی حنفی، علاء الدین أبی  
بکر بن مسعود، (۱۴۲۰)، کتاب  
القواعد، ج ۱۲، قم، مؤسسه آل  
البيت لإحياء التراث.

محقق داماد، دکتر سید  
مصطفی، (۱۳۸۱)، بررسی  
فقهی حقوق خانواده: نکاح و  
انحلال آن، تهران، مرکز نشر  
علوم اسلامی.

مغنیه، محمد جواد، (۱۴۲۷)،  
الفقه علی المذاهب الخمسه،  
جزء الثانی (الاحوال الشخصیه)،  
مؤسسه دارالکتب الاسلامی،  
چاپ سوم.

مقدسی، عبد الله بن احمد بن  
قدامه، (بی تا)، المغنی، ج ۶،  
بیروت، عالم الکتب.

نجفی، شیخ محمد حسن،  
(بی تا)، جواهر الکلام، ج ۲۹،  
الطبعة السابعة، بیروت، دار  
احیاء التراث العربی.



## رانت و رانت‌خواری به لحاظ احکام وضعی

رجب‌علی فهیمی بامیانی\*

### چکیده

موضوع این تحقیق بررسی پدیده رانت به لحاظ احکام وضعی است. رانت در اقتصاد رایج، یک معنای مالی دارد که بیشتر با همین مفهوم، مورد ابتلا می‌باشد، در این معنا رانت به سودی گفته می‌شود که ناشی از کار مفید و خطرپذیری در راستای تولید و خدمات نیست؛ بلکه یک نوع سود بادآورده و بدون ارزش افزوده است. این پژوهش با رویکرد توصیفی-تحلیلی به معرفی و تبیین احکام وضعی رانت و رانت‌خواری پرداخته و در نهایت ادعان یافته است که با توجه به اصل اولی حاکم بر قراردادها و نیز با استناد به نمونه‌های روایی و فقهی عدیده هرچند رانت‌خواری حرام باشد، موجب بطلان مبادلات نمی‌شود؛ به جز مواردی که مبادلات رانتی از نظر حقوقی خلاف قانون، نظم عمومی و اخلاق حسنه تشخیص داده شود و از نظر فقهی متعلق نواهی شرعی قرار گرفته، یا

فاقد شرایط لازم و اساسی باشد. اما رانت‌خواری‌های اطلاعاتی بر لزوم قراردادها تأثیر داشته و در مواردی که به شکل ساده و در ضمن یک مبادله حاصل شود، موجب خیار غبن و تدلیس می‌شود. لکن رانت‌های که در ضمن یک فرایند و دراز مدت کسب گردد، حق خیار ایجاد نمی‌کند.

واژگان کلیدی: رانت، رانت‌خواری، قرارداد، صحت، بطلان، لزوم.

---

\* دکترای فقه اسلامی، ایمیل:  
mp1152672@mail.com

## مقدمه

پدیده رانت اجمالاً به درآمدها و سودهای بدون ارزش افزوده و بدون زحمت اطلاق می‌شود که محصول کار مفید و تلاش در راستای تولید و خدمات نیست، بلکه یک ارزش غیر واقعی برای اشیاء و خدمات می‌باشد (جمعی از نویسندگان، ج ۱، ص ۳۷)، در این نوشتار رانت به همین معنا مورد توجه است.

البته در یک معنای عمومی‌تر رانت و رانت‌خواری به هرگونه اقدام تبعیض‌آمیز، امتیازدهی و امتیازخواهی نابجا گفته می‌شود (رفیعی، ۱۳۸۴: ۳۷؛ سبحان‌اللهی، ۱۳۷۵، ص ۳۲). این مفهوم از رانت در حوزه احکام وضعی جای بحث و تحلیل ندارد.

پیشینه نگارشی موضوع رانت در حدود دو قرن پیش به دوران اقتصاد کلاسیک بازمی‌گردد؛ برای نخستین بار آدم اسمیت (Adam Smith) میان مفهوم رانت و دیگر درآمدهایی چون دستمزد و سود تمایز قائل شد. بعد از آن، نظریه رانت به وسیله متفکران اقتصادی در اوایل سال ۱۸۱۵ پیگیری شد و در

رساله‌های جداگان‌های انتشاریافت (جمعی از نویسندگان، ۱۳۸۲، ج ۲، ص ۳۴-۳۵).

ضرورت تحقیق از این‌جا آشکار می‌شود که قراردادهای تجاری مهم‌ترین منبع ثروت و درآمد اجتماعی در کنار صنعت و کشاورزی محسوب می‌شود، اگر احکام وضعی آن در موارد رانت روشن نباشد سبب به هم خوردن توزیع عادلانه ثروت شده و به دنبال آن سرمایه‌گذاری، رشد اقتصادی و اشتغال در جامعه تضعیف می‌شود (جمعی از نویسندگان، ۱۳۸۲ ج ۲، ص ۶۰-۶۱).

در یک اقتصاد رانتی مناسبات بین دولت و مردم حالت تخصیصی و مقابله‌جویانه به خود گرفته، سبب بی‌اعتمادی مردم نسبت به دولت می‌شود، این امر مشروعیت دولت را کاهش داده و توانایی آن را در اجرای سیاست‌ها به شدت تضعیف می‌کند؛ بنابراین، تحقیق در این موضوع گام مؤثری در جهت تبیین وظایف شرعی، ایجاد آرامش اجتماعی، تحقق عدالت اقتصادی تلقی می‌شود.

اینک در راستای تبیین این مهم، سؤالات ذیل مطرح می‌شود: آیا رانت موجب بطلان قراردادها می‌شود؟ آیا رانت بر لزوم قراردادها نیز تأثیر دارد؟

## ۱. مفهوم‌شناسی

در فرهنگ‌های لغت، رانت به هرگونه بهره مالکانه، کرایه و اجاره گرفتن اشیاء به کار می‌رود (آشوری، ۱۳۸۴، ۳۴۹)؛ اما در خصوص معنای اصطلاحی رانت، تعریف فراوانی صورت گرفته است، به طوری که می‌توان گفت مفهوم رانت یکی از مفاهیم اجتماعی است که گرفتار بحران تعریف و آشفتگی معنایی می‌باشد (اسحاقی، ۱۳۸۴، ص ۲۱-۳۲) و در نهایت می‌توان گفت: پدیده رانت درآمد و سود خارج از عرصه فعالیت‌های مولد اقتصادی است (همان) در ادبیات اقتصادی به درآمد مازاد بر هزینه فرصت‌های از دست‌رفته و نیز به اضافه درآمد یک عامل تولید نسبت به درآمد همان عامل تولید در شرایط رقابتی کامل تعریف شده است (می‌دری، ۱۳۷۳، ۴۳-۶۲).

این چنین سودی در اصطلاح فقهی موسوم: «به سود نا متعارف و فاحش است» که خردمندان در مقابل آن واکنش نشان داده و غالباً یک طرف را زیان دیده به حساب می‌آورد.

به طور کلی رانت مالی چند ویژگی دارد:

- غالباً سود رانته ناشی از ریسک و مخاطره تجاری و اقتصادی نبوده، بلکه به دنبال کمیابی طبیعی یا ساختگی کالا ایجاد می‌شود.
- سودی است که از مسیر تولید و ارائه خدمات به دست نیامده باشد.
- سودی است که از ارزش افزوده در کالا حساب نمی‌شود.
- این سود یک درآمدی بیش از قیمت واقعی کالا و خدمات می‌باشد.
- معمولاً سود غیر استحقاقی و ناعادلانه است.

حال برابر این معنا سودهای فراوانی در فقه، رانتی محسوب می‌شود؛ به عنوان مثال، سود مبتنی بر تبانی قیمت، سود حاصل از نجش، تلقی رکبان، احتکار، ربا، سود ناشی از تضمین عامل و بیع عینه و سودهای دیگری که در اثر بیع مباحه ممکن است به دست آید.

## ۲. رانت بلحاظ احکام

### وضعی

در ابتدا توجه به چند نکته ضروری است. نخست این که احکام وضعی مانند صحت و بطلان یا لزوم و عدم لزوم، بر خلاف احکام تکلیفی، از عوارض ذاتی رانت و رانت‌خواری نیست. به عبارتی، عروض آن‌ها بر رانت از قبیل اسناد حقیقی و اسناد الی ما هو له نیست که نیاز به واسطه در عروض نداشته و از قبیل اسناد مجازی و اسناد الی غیر ما هو له است؛ در این نوع واسطه ذهن بشر حکم احد المتحدین را به نحوی از مجاز به متحد دیگر سرایت می‌دهد؛ دو شیء که با همدیگر نوعی یگانگی دارند و حکم که مال یکی از آن‌ها

است، به شیء مجاورش سرایت می‌دهد.

بدین قرار احکام وضعی رانت و رانت‌خواری حقیقتاً به خود واسطه، یعنی قرارداد و عقود اسناد داده شده است، اما مجازاً به ذی الواسطه و رانت تعلق می‌گیرد، نظیر اسناد حرکت به کشتی و سرنشینان کشتی است که حرکت حقیقتاً مال کشتی بوده و مجازاً به مسافران کشتی نسبت داده می‌شود.

نکته دوم این که مهم‌ترین اسباب کسب رانت عقد و قرارداد است، چون قرارداد از عمده‌ترین وسیله مبادله اموال و کسب منافع رانتی، با رضایت دو طرف می‌باشد (جمعی از پژوهشگران، ۱۴۲۶، ج ۱، ص ۶۷۷).

نکته دیگری که باید متذکر شد، رانت‌آوردن قراردادهای است. برخی از قراردادهای به صورت بالفعل و نوعاً رانت تولید می‌کند و سود ناشی از آن‌ها رانتی است. قراردادهایی نیز هستند که بالفعل سود معمولی دارد، ولی بالقوه می‌تواند رانت و سود غیر نرمال تولید بکند؛ به عنوان مثال، قرارداد به صورت مباحه‌یی

صورت بگیرد به گونه که سود فاحش و نامتعارف ایجاد کند و یا محصول کمیاب شود به گونه که مشتریان حاضر باشد به قیمت گزاف خرید نماید.

بعد از توجه دادن به نکات ضروری فوق، پرسش این است که معاملات رانتی از نوع معاملات شرعی مجاز و صحیح است یا ممنوع و باطل؟ حال پاسخ هرچه باشد، آیا رانت بر لزوم مبادلات نیز تأثیر دارد یا نه؟

### ۳. تأثیر رانت بر صحت

#### قراردادها

در آغاز لازم می دانم به مفهوم صحت و بطلان در قراردادها اشارتی داشته باشم، واژه بطلان در لغت بر امر «خلاف و نقیض حق» معنا شده است (فراهیدی، ۱۴۱۰، ج ۷، ص ۴۳۱). واژه صحیح در باب قرارداد به مفهوم ترتیب اثر دادن می باشد (ملکی، ۱۳۷۹، ج ۱، ص ۱۰۴)؛ فساد و تباهی به معنای عدم ترتب اثر مورد انتظار یعنی عدم انتقال مبیع

به مشتری و ثمن به بایع است (ولایی، ۱۳۷۸، ص ۲۳۱).

بنابراین، عقد باطل در اصطلاح حقوقی و فقهی بر آن دسته از اعمال و رفتار مغایر با قانون دلالت دارد که دارای اثر و اعتبار قانونی نباشد؛ عقد باطل به این معنی است که وفای به مدلول و مضمونش امکان پذیر نیست (محقق داماد، ۱۴۰۶، ج ۲، ص ۱۳۸).

عقود باطل به صورت کلی شامل دو بخش از درآمدها و قراردادهای ذیل می باشد:

الف) وقتی شارع مقدس از ابتدا و در قالب نواهی شرعی یک قرارداد یا درآمد را باطل اعلام می کند مانند: «و حرّم الربا» (بقره، آیه ۲۷۵)، «و لا تأکلوا أموالکم بینکم بالباطل و تدلوا بها الی الحکام...» (بقره، آیه ۱۸۸) و نیز مانند نواهی که راجع به بطلان و حرمت درآمد ربوی، غرری و درآمدهای باطل مثل رشوه و غیره وارد شده است؛ به این قراردادها به اصطلاح «محال بذاته» یا «ممتنعاً بذاته» گفته می شود.

ب) هنگامی که شارع مقدس، بطلان و حرمت درآمدها و قراردادهای را مستقل جعل نکرده است و مدلول مطابقی و صریح دلیل شرعی اشارت به آن ندارد، بلکه بطلان یک عمل یا قرارداد از نتایج جعل شرعی بوده و به حکم عقل از آن انتزاع می‌شود؛ مانند قرارداد و یا عملی که به لحاظ اجزاء و شرایط مطابق با اجزاء و شرایط عمل یا قرارداد تعیین شده از سوی شارع نیست. این گروه از قراردادهای باطل نام‌گذاری شده‌اند، یعنی قراردادهای که «کان مشروعاً باصله، ممتنعاً بوصفه»؛ ذاتاً مشروعیت دارد، ولی به دلیل یک وصف عارضی آثار حقوقی خودش را از دست داده است (محقق داماد، ۱۴۰۶، ج ۲، ص ۱۳۸).

#### ۴. اصل اولی در قراردادهای

##### رانتی

در صورت عدم دخالت عوامل خارجی اصل اولی براین است که قراردادهای به طور عام و قرارداد رانتی به صورت خاص، صحیح باشد، حال قاعده یا اصل نام برده را می‌توان در هردو

حوزه حقوق و فقه به بحث و بررسی گرفت.

#### ۱-۴. اصل اولی حقوقی

اصل اولی در قراردادهای بلحاظ حقوقی، اصل آزادی قراردادی است؛ چون آزادی همگام با مصالح اجتماعی است، لهذا مبنای این اصل ملاحظات اجتماعی، مصلحت اندیشی اقتصادی، طریق عادلانه تأمین نظم در روابط مالی تلقی شده است، قانون‌گذار ترجیح می‌دهد که به جای وضع قاعده برای تمام روابط نامحدود اجتماعی توافق اشخاص را محترم شمارد، تنها در مواردی که نظم عمومی و منافع جامعه ایجاب می‌کند این آزادی را محدود بسازد (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ج ۱، ص ۱۴۲-۱۸۴).

#### محدودیت‌های اصل حقوقی

اصل آزادی به عنوان یک وسیله مفید اجتماعی تازمانی پذیرفته است که بتوان از آن استفاده مطلوب برد؛ اما در مواردی که چنین استفاده ممکن نباشد محدود می‌گردد، گذشته از خود اشخاص عواملی

خارجی که آزادی قراردادها را محدود می‌سازد یکی از عناوین ذیل است.

#### الف) قانون

در ماده ۱۰ قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران ضمن تأیید اصل آزادی قراردادی، نفوذ و صحت قرارداد را موکول به مخالفت نداشتن با قانون کرده است، بدین ترتیب حکومت‌ها قانون را برتر از تراضی اشخاص می‌پندارد. البته به این شرط که این قوانین از سنخ قوانین تکمیلی باشد، چون خیارات نباشد و گرنه مخالفت با آن امکان دارد (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ج ۱، ص ۱۴۲-۱۸۴).

#### ب) نظم عمومی

از شرایط صحت قرارداد رانتهی موافقت با نظم عمومی است. اگر قرارداد در تقابل با آن قرارگرفت از نظر حقوقی باطل محسوب می‌شود (همان، ص ۱۶۰-۱۵۹). وقتی گفته می‌شود که قاعده‌ای مربوط به نظم عمومی است مقصود این است که آن قاعده در شمار اصول و قواعدی است

که مسیر حرکت دولت را تعیین می‌کند. در یک جامعه منظم اشخاص نباید توانایی آن را داشته باشد که با تراضی خود به‌طور مستقیم یا غیر مستقیم این نظم را برهم بزنند. بنا براین می‌توان گفت یکی از مهم‌ترین اوصاف نظم عمومی این است که رعایت آن به پیروی همگان وابسته است (همان، ص ۱۸۰).

تصور مفهوم کلمه نظم عمومی ساده و آسان نبوده و تطبیق آن به موضوعات خارجی مشکل است؛ اما قراردادهای را می‌توان موافق نظم عمومی تلقی کرد که انجام آن هیجان و تشنج اجتماعی ایجاد نکند و موجب اختلال در نظم جمعی نگردد. چنانکه نقل شد به عقیده کاتوزیان، اوصاف نظم عمومی این است که برقراری آن، به پیروی همگانی وابسته باشد، از این رو هر قانون که تأمین‌کننده نظم و منافع عمومی بوده و عدم اجرای آن باعث اختلال شدید در سیاست عمومی دولت شود، موافق نظم عمومی است

(همان، ص ۱۵۹-۱۶۰؛ آشتیانی، ۱۳۶۹، ص ۵۵).

این که منبع نظم عمومی چیست؟ فردگرایان نظم عمومی را فقط ناشی از قانون می‌داند، ولی گروه مخالف آنان نظم عمومی را دارای منبعی چون اخلاق حسنه، عرف و عادت قلمداد می‌کنند. قانون مدنی ایران در ماده ۹۷۵، امور دیگری مانند اخلاق حسنه و احساسات جامعه را منبع اصلی نظم عمومی بیان داشته است (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ج ۱، ص ۱۵۸-۱۸۴).

نظم عمومی از نظر قلمرو، به سیاسی و اقتصادی تقسیم شده است. منظور از نظم سیاسی این است که اشخاص در قراردادهای خصوصی خود نمی‌تواند به نهادهای اساسی جامعه تجاوز کند. دادرسان با استناد به این چهره از نظم می‌تواند از اجرای پاره قراردادها و شروط زیانبار و غیر اخلاقی جلوگیری کند. مبنای نظم عمومی سیاسی این است که شخص در زندگی اجتماعی به‌طور کامل آزاد نیست و باید در برابر پاره‌ای از نهادهای اساسی محدود شود؛

نهادهایی که لازمه زندگی اجتماعی و تمدن است و باید از آن‌ها در برابر خواست‌های فردی دفاع شود.

در نظم عمومی اقتصادی، دولت در پی آن است که اقتصاد را رهبری کرده، قراردادهای خصوصی را به‌عنوان عامل توزیع ثروت تحت نظارت خود قرار دهد. در نتیجه، دولت آزادی پیمان بستن یا خودداری از آن را از اشخاص می‌گیرد؛ در واقع پیمان‌های پیش‌ساخته دولتی به عنوان چهار چوب روابط قراردادی می‌باشد (همان)

#### ج) اخلاق حسنه

از دیگر شرایط صحت این است که قراردادهای رانتهی در تقابل با اخلاق حسنه نباشد. اخلاق حسنه اموری است که افراد جامعه رعایت آن را لازم دانسته و رفتار بر خلاف آن را تقبیح می‌کنند؛ اگر چه بدرجه نرسد که موجب تهیج احساسات جمعی و افکار عمومی گردد.

اخلاق حسنه در دیگر مکاتب باعتبار زمان و مکان متفاوت است و ملاک تشخیص آنکه کدام رفتار از



اخلاق حسنه به حساب آمده و کدام یک بر خلاف اخلاق حسنه است به عرف هر جامعه واگذار شده است و قانون در مورد آن ساکت است؛ اما در اسلام اخلاق حسنه هر آن چیزی است که وجدان انسان به خوبی آن حکم می‌کند (همان، ص ۱۸۰).

حال اگر قرارداد رانتی مخالف اخلاق حسنه باشد، به عقیده حقوق‌دانان از اساس باطل است (همان، ص ۱۶۳) ماده ۹۷۵ قانون مدنی، اخلاق حسنه را یکی از منابع نظم عمومی قرار داده است، ولی ماده ۶ قانون آیین دادرسی مدنی آن را در کنار نظم عمومی نهاده است. در این صورت، به عقیده کاتوزیان اخلاق حسنه یک چهره خاصی از نظم عمومی می‌باشد؛ چون اموری که خلاف اخلاق حسنه باشد نظم عمومی را نیز برهم می‌زند. به اصطلاح رابطه این‌ها عموم و خصوص مطلق است، هر چیزی که با اخلاق حسنه منافات دارد با نظم عمومی نیز مخالف است ولی امکان دارد قراردادی که با نظم عمومی در

تعارض است از نظر اخلاقی ناپسند نباشد (همان، ص ۱۸۴-۱۸۵).

چنانکه معلوم است این سه عامل را نباید مستقل از دیگری محسوب کرد؛ حتی در قانون نیز برای تمیز قوانین امری و تکمیلی به مفهوم نظم عمومی توسل جسته می‌شود. بر عکس، نظم عمومی نیز در موارد بسیاری ناشی از قانون است، از سوی دیگر اخلاق حسنه گاهی به عنوان منبع نظم عمومی و زمانی به عنوان چهره ویژه از نظم عمومی در نظر گرفته می‌شود (همان، ص ۱۴۲-۱۸۴).

به صورت کلی، هرگاه قانون مدون موجود بوده و از رانت‌خواری نهی کرده باشد، قرارداد رانتی باطل است. اگر چنین قانونی وضع نشده باشد، بر اساس نظم عمومی و اخلاق حسنه باید سنجش شود، در صورت وجود مخالفت مبادلات رانتی با این امور نیز باطل محسوب می‌شود، البته چنین تشخیصی به عهده مجری نظم و اخلاق عمومی، یعنی دولت‌ها و نیز بر عهده عرف عمومی می‌باشد.

## ۲-۴. اصل اولی فقهی

در خصوص پیشینه اصل اولی در فقه، شیخ اعظم انصاری می‌گوید: تا زمان محقق ثانی، در میان فقیهان با استناد به استصحاب عدم ترتب اثر، اصل فساد رایج و رسمی بوده است؛ ولی پس از آن روزگار اصل صحت و سلامت در عقود، پذیرفته شده است. دستاویز صاحبان این نظریه، عمومات لفظی نظیر «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» و «تِجَارَةٌ عَنِ تَرَاضٍ» است که آن‌ها را حاکم بر استصحاب اشاره شده می‌دانند (شیخ انصاری، ۱۴۱۵، ج ۳، ص ۱۹-۵۰).

منظور از اصل صحت در این مورد اصله الصحه به معنای اصطلاحی نیست، بلکه به این مفهوم است که با فرض عدم ورود عمومات از سوی شارع و با فرض عدم دلیل بر صحت قراردادها، اگر در صحت عقدی شک می‌کردیم، استصحاب عدم ترتب اثر جاری بود ولی اینک به مقتضای «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» هر عقد عقلایی، محکوم به صحت و لزوم است.

بنابر این از منظر مشهور فقیهان با توجه به دلیل لفظی چون: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»؛ «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ»، «الصَّلْحُ خَيْرٌ» و «الْمُؤْمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ»، در تمام عقود و معاملاتی که دارای شرایط عامه شرعی باشد، حتی در عقود مستحدثه، اصل اولی سلامت و صحت است چون احکام اسلام معمولاً در قالب قضایای حقیقه عرضه شده است، چنین قضیه اختصاص به افراد موجود و بالفعل ندارد؛ بلکه حکم شرعی برماهیت موضوع بار می‌شود (مکارم شیرازی، بی تا، ص ۴۷۶).

حال قضایای شرعی چه خبریه باشد مانند «الْمُؤْمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ» یا انشائیه مانند «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»، تمام این‌ها به صورت قضایای حقیقه است (همان، ۴۸۱). راه دیگری که از سوی فقهاء برای جریان قاعده صحت در مطلق معاملات پیموده شده، توسل به سیره عقلاء است. به این بیان که اگر معامله‌ای در بین عقلای دنیا رایج بود و شارع مقدس نیز از آن معامله منع و ردعی نکرده بود، همین عدم الردع برای صحت معامله کفایت

می‌کند و نیاز به امضای جدا ندارد. به اذعان صریح برخی از محققان، دلیل عمدهٔ اصحاب شهرت همین سیرهٔ عقلا است که اسلام با سکوت و عدم ردع، آن را امضا نموده است و سراسر فقه را از آغاز تا آخر شامل می‌شود (همان، ص ۷۰).

#### محدودیت‌های اصل اولی فقهی

حال که معلوم شد مقتضای اصل اولی صحت و سلامت قراردادهای رانتی است، اکنون هنگام بررسی عواملی است که احتمالاً موجب بطلان قراردادهای رانتی می‌شود، به نظر می‌رسد آن عوامل محدود به امور ذیل است:

#### الف) نواهی شرعی

اولین عامل که احتمال می‌رود موجب بطلان قرارداد رانتی باشد، نواهی شرعی است. فقیهان و اصول‌دانان اذعان بلکه اتفاق نظر دارند بر این که نهی مولوی هر گاه به خود معامله تعلق بگیرد، مانند نهی از بیع خمر و یا به اثر و درآمد معامله پیوست خورده باشد، مثل نهی از اکل ثمن در: «ثمن العذرة

سحت»، ملازمه با فساد دارد (سبحانی، ۱۴۲۳، ص ۱۷۴). اگر نهی به ارکان معامله ضمیمه شده باشد در آن صورت نیز غالب اندیشمندان اذعان به بطلان آن کرده‌اند.

علت بطلان در مورد اخیر را محقق ثانی در حاشیه قواعد، برگشت نهی را به نهی از دو عوض یا از دو عاقد دانسته است. دلیل بطلان را محققان در این مورد گزینه‌هایی چون گرایش معظم اصحاب، اجماع منقول، استقراء از معاملات باطل معرفی می‌کند؛ و نیز ورود نهی از لسان ائمه در زمینهٔ بطلان برخی از مبادلات مورد استناد قرار گرفته است (مراغی، ۱۴۱۷، ج ۲، ص ۳۷۵-۳۸۲). حال برخی از معاملات رانتی چون بیع غرری و ربوی که نهی شرعی بر آن تعلق گرفته است باطل می‌باشد.

#### ب) فقدان اجزا و شرایط لازم

عنصر دومی که محتمل است از اسباب بطلان قراردادهای رانتی باشد فقدان اجزاء و شرایط لازم در

صحت قراردادها است. هرگاه یک قرارداد رانتی فاقد شرایط عمومی قراردادها باشد فقهاء به اتفاق، حکم به بطلان آن داده‌اند. شرایط نامبرده اجماً عبارتند از:

الف) قصد و رضایت: معامله می‌بایستی با تراضی طرفین همراه باشد تا نافذ و مؤثر واقع شود.

ب) فراهم بودن شرایط متعاقدين و اهلیت عاقد: دو طرف دادوستد می‌بایستی هم اهلیت تمتع و قابلیت برای استحقاق را داشته باشد که این استعداد با حیات افراد فرد شروع و با مرگ آنها تمام می‌شود و هم اهلیت استیفاء و قدرت اعمال حق خودش را دارا باشد؛ چون صغیر و مجنون و محجورعلیه نباشد که قدرت اعمال حقوق خویش را ندارد.

پ) وجود شرایط عوضین: در دادوستدها برای اموال در حال مبادله، شرایطی چون وجود مبیع، مالیت مبیع و ثمن، قابلیت برای خرید و فروش، داشتن منفعت عقلایی، امکان تسلیم کردن و نیز مشخص و معین بودن لازم است. قراردادهای رانتی اگر بخواهد نافذ

واقع شود، می‌بایست واجد این شرایط باشد. بنابراین، هرگونه مبادلات رانتی که فاقد اجزاء و شرایط نام برده باشد باطل تلقی می‌شود.

### ج) رانت و رانت‌خواری

در آغاز احتمال داده می‌شود که پدیده رانت‌خواری با توجه به اثرات منفی اقتصادی که دارد موجب بطلان عقود شرعی می‌شود؛ اما با استناد به دو دسته از دلایل روایی و نمونه‌های فقهی نشان خواهیم داد که قراردادهای رانتی متنوعی در لسان روایات مورد سؤال و جواب واقع شده است. باوجودی که درآمدهای حاصل از آن قراردادها نوعاً رانتی است، یعنی محصول کار مفید نبوده و در راستای تولید، خدمات و ایجاد ارزش افزوده نیست، یا مالک با هیچ خطر تجاری و اقتصادی در کسب آن سودها نقش نداشته است، بلکه درآمدهای مفت و باد آورده‌ای است که اکثراً حرام یا مکروه می‌باشد، با این حال موجب بطلان معامله نمی‌باشد.

#### د) شواهد روایی

در ابتدا به دلیل این که روایات منبع فقه و احکام فقهی به حساب می‌آید، نمونه‌های روایی را مقدم بر شواهد و نظریات فقهی بیان می‌کنیم:

#### • رانت حاصل از بیع متاع با دو قیمت

یک نمونه خارجی برای قراردادهای رانتی درآمدهایی است که در قضاوت امیرمؤمنان (ع) در خصوص نهی از سودطلبی و رانت‌خواهی به این مضمون رسیده است که فرد واسطه، متاعی را از همان ابتدا نقداً با پول خودش با توافق قبلی برای دیگران بخرد؛ اما بدون بستن قرارداد، با دریافت پول بیشتر به صورت نسیه به آنان واگذار نماید. این مضمون در ضمن دو روایتی که حدیث‌شناسان آن‌ها را صحیحه معرفی کرده‌اند؛ از امام باقر (ع) واصل شده است. یکی با این محتوایست که: «گروهی از شخصی خواستند تا شتری را برای آنان به طور نقد بخرد و آنان با مهلت بیشتر به او بپردازند. او نیز به همراهی یکی از آنان شتری خرید. امیرمؤمنان

علیه السلام او را از گرفتن بیش از بهایی که پرداخته است، بازداشت» (بحرانی، ۱۴۲۱، ص ۵۳۲).

روایت دیگری نیز به این مضمون است که: «امیر مؤمنان (ع) از این که سه نفر یک معامله را انجام بدهند، جلوگیری کرد به این صورت که شخصی به دیگری می‌گوید: این کالا را از شخص سوم بخر و من با مهلت بیشتر پول آن را به تو می‌پردازم که هر سه شخص در نهایت یک معامله را منعقد می‌کنند. علی (ع) فرمود: بیش از بهایی که به طور نقد پرداخته، با مهلت به او نپردازد؛ و فرمود: هر کس معامله‌اش لازم و تمام گردد- پیش از آن که برای دیگری معامله را تمام بکند- می‌تواند آن را به هر مقدار که بخواهد، بفروشد» (مجلسی، ۱۴۰۶، ج ۱۰، ص ۵۵۸).

به صورت کلی، معاملاتی که این روایات حاکی از آن‌ها است، به دو صورت واقع می‌شود، زمانی صاحب نقد برای خودش نقداً خریداری کرده و سپس به صورت نسیه با قیمت بیشتر به متقاضی اصلی می‌فروشد؛

این چنین معامله بر طبق قرائن بیرونی و نیز دلالت روشنی که در ذیل روایت دوم وجود دارد، صحیح و جایز است.

هنگامی به این صورت معامله می‌شود که واسطه یا دلال، نخست با قیمت بیشتر به صورت نسیه با مشتری و متقاضی اصلی به توافق می‌رسد، سپس به دنبال متاع در بازار رفته نقداً و با قیمت کمتر آن را برایش (متقاضی) خریداری می‌کند؛ به طوری که شخص واسطه در ضمن یک معامله که برای مشتری انجام داده است، کالا را با قیمت بیشتر از آنچه خریداری کرده است به او تحویل می‌دهد.

روایات ذکر شده ناظر به همین معنای دوم است. این گونه قرارداد در ظاهر دو معامله، اما در واقع یک معامله است. متاعی نخست به صورت نقدی با بهای کمتر خریداری شده و با بهای بیشتر به صورت نسیه بر طبق توافق قبل از عقد، تحویل مشتری اصلی می‌شود. در این صورت لازم می‌آید که صاحب نقد، سود اضافی را بدون پذیرش خطر تجاری و بدون هیچ زحمت مالک

بشود، چون بعد از خرید، ثمن مسمای متاع بر ذمه صاحب نسیه تضمین شده است، اگر تلف شده یا دچار کاهش قیمت بشود از کیسه او رفته است؛ اگر قبل از خرید تلف شود یا با کاهش ارزش مواجه گردد از کیسه بایع اصلی می‌رود. این چنین سودی در حقیقت ربوی و رانتی است بدین جهت از آن منع شده است (هاشمی، ۱۴۲۳، ج ۲، ص ۲۲۸).

به روشنی معلوم است که اصل معامله باطل نیست، به علاوه اگر چنین سودی در خلال دو معامله حاصل می‌شد، حتی حرام هم نیست.

#### • رانت حاصل از تضمین تاجر

نمونه دیگری از سودهای رانتی حرام و بادآورده نیز وجود دارد که سبب آن تضمین تاجر در معامله است. در صحیح محمد بن قیس، از امام باقر (ع) آمده است: «هرکسی با مالی تجارت کرده و نصف سود را شرط بکند بر او (تاجر) ضمانی نیست؛ و نیز در ادامه فرموده است: «هرکسی تاجری را ضامن بکند، جز اصل

سرمایه، از سود چیزی برایش نیست».

روایت دیگری به همین مضمون از طریق شیخ رسیده است که در آن به عنوان مضاربه تصریح شده است. نام برده بر طبق سند صحیحی از محمد بن قیس از امام باقر (ع) چنین روایت می‌کند که علی (ع) در مورد تاجری - که با مالی تجارت می‌کرد و نصف سود را شرط کرده بود - چنین قضاوت کرد که عامل مضاربه [تاجر] ضامن نیست؛ و نیز فرمودند: هر کسی [عامل] مضاربه را ضامن بکند نصیبی جز اصل مال ندارد و از سود سهمی نمی‌برد.

سندشناسان و محدثان گفته‌اند که سند هردو صحیح است (بحرانی، ۱۴۰۵، ج ۲۱، ص ۲۰۲؛ مجلسی، ۱۴۰۶، ج ۱۱، ص ۳۴۳)؛ اما به لحاظ دلالت مضمونش این است: هرکه تاجر و عامل را ضامن سرمایه

خودش قرار بدهد، تاجر تضمین شده چه مضارب، چه اجیر و چه وکیل و هر کسی دیگری باشد هیچ فرقی نمی‌کند، تضمین تاجر و عامل صحیح نیست. تضمین تاجر بدین معنا است که اگر متاع فروخته شده تلف شود یا کاهش قیمت پیدا کند این تاجر و عامل است که در واقع ضامن و متعهد به پرداخت قیمت برای مشتریان می‌باشد.

حال بر اساس دلالت صریح روایت‌های ذکرشده، اگر سرمایه بر عامل تضمین بشود، سود حاصل از سرمایه به‌علاوه این که با چنین شرطی بدل به یک سود رانتی (بدون زحمت و خطرپذیری) می‌شود، منجر به حرمت آن نیز می‌گردد. حال این سود غیر مباح چه محصول مضاربه یا قرض یا بیع باشد، در هر صورت اصل مبادله صحیح است، همه سود به عامل می‌رسد، مالک از

<sup>۱</sup> قال امیر المؤمنین - صلوات الله علیه - من اتجر مالاً و اشترط نصف الربح فلیس علیه ضمان و قال (ع): من ضمن تاجراً فلیس له إلا رأس ماله ولیس له من الربح شیء.

<sup>۲</sup> قضی علیّ (ع) فی تاجر اتجر بمال و اشترط نصف الربح فلیس علی المضارب ضمان و قال (ع) أيضاً من ضمن مضاربه فلیس له إلا رأس المال ولیس له من الربح شیء.

آن محروم می‌شود؛ اما هیچ دلیل و یا قرینه موجود نیست که مبادلات انجام شده به وسیله شرط نام برده و حصول سود رانتی باطل می‌باشد.

#### • رانت حاصل از بیع عینه

نمونه چهارم از سودهای رانتی، محصول بیع عینه می‌باشد. نحوه بیع عینه به این صورت است که طلبکار برای وصول طلب پیشین خود از فردی که توان پرداخت بدهی خویش را فعلاً ندارد کالایی معین را به صورت نسیه به او می‌فروشد؛ سپس همان کالا را به بهایی کمتر، نقداً از او می‌خرد تا بدهکار بتواند با پول دریافتی از طلبکار، طلب پیشین او را بپردازد به علاوه این که طلبکار به سود مفت و بدون خطر نیز می‌رسد (سیفی، ۱۴۳۰، ص ۲۴۹).

در بیع عینه در صورتی که معامله نخست مشروط به انجام دادن معامله دوم نبوده و نسبت به معامله دوم، الزامی بر دو طرف نباشد، جایز و مشروع است؛ اما در صورت مشروط شدن اول به دوم به گونه‌ای که خریدار ملزم به فروختن و

فروشنده ملزم به خریدن باشد معامله، صحیح نیست (شاهرودی، ۱۴۲۶، ج ۲، ص ۱۸۹).

در صحیحہ عبدالرحمن بن حجّاج (مجلسی، ۱۴۰۶، ج ۱۰، ص ۵۶۵)، چنین آمده است: «از امام صادق (ع) درباره «بیع عینه» پرسیدم و گفتم: کسی نزد من می‌آید و می‌گوید: فلان کالا را برای من بخر و در آن، فلان مقدار سود بگیر. من بر سر اندازه سود با او چانه می‌زنم و سرانجام بر آن توافق می‌کنیم. پس می‌روم و آن کالا را برای او می‌خرم، به گونه‌ای که اگر درخواست او نبود هرگز آن کالا را نمی‌خواستم. سپس آن را نزد او می‌آورم و به او می‌فروشم. امام (ع) فرمود: در این ایرادی نمی‌بینم، بشرطی که اگر کالای خریداری شده پیش از این که آن را به وی بفروشی از بین می‌رفت، از مال مالک به شمار آید و این شخص مشتری نیز اختیار آن را داشته باشد که اگر بخواهد، آن کالا



را از تو بخرد و اگر نخواهد، نخرد، در این معامله اشکالی نمی‌بینم».

باری در روایت یحیی بن حجاج از خالد بن حجاج همین مضمون وجود دارد (مجلسی، ۱۴۰۶، ج ۱۰، ص ۵۶۳) که اومی‌گوید: «به امام صادق (ع) گفتم: کسی می‌آید و می‌گوید: این جامه را خریداری بکن، فلان مقدار تو را سود می‌دهم. فرمود: آیا چنین نیست که اگر بخواهد واگذارد و اگر نخواهد بگیرد؟ گفتم: چرا، فرمود: اشکالی ندارد، کلامی معامله را حلال می‌کند و کلامی معامله را حرام می‌کند».

بررسی دلالتی احادیث این است که روایات نظر به ممنوعیت تبدیل دو معامله به یک معامله دارد، البته این محذوریت مفاد منطوق این‌ها نیست بلکه مفاد مفهوم و شبه مفهوم

است، یعنی با اولین بیع و به مجرد خرید از بازار اگر متاع مال مشتری نهایی بشود، این به معنای یکی کردن دو معامله است لهذا اشکال شرعی دارد، دقیقاً با سود ربوی در یک حقیقت و ماهیت منحل می‌شود (شاهرودی، ۱۴۲۶، ج ۲، ص ۲۴۱). لکن اگر شخص واسطه و دلال متاع را بعد از این که خود مالک شده باشد بفروشد به علاوه صحت مبادله سود حاصل از مبادله نیز حلال است.

#### ۵) شواهد فقهی

اینک برای تکمیل مباحث گذشته به چند نمونه فقهی نیز اشاره می‌شود.

#### • بیان صریح فقیهان بر

#### صحت

منک بعد ما تأتیه وإن شاء رده فلوست أری به بأساً.

۲. قلت لأبی عبدالله علیه السلام: الرجل یجیء فیقول: اشتر هذا الثوب واربحک کذا و کذا. قال: ألیس ان شاء ترک وإن شاء أخذ؟ قلت: بلی. لا بأس به. إنما یحلّ الکلام ویحرّم الکلام.

۱. سألت أبا عبدالله علیه السلام عن العینة فقلت: یأتینی الرجل فیقول: اشتر المتاع واربح فیه کذا وکذا، فأراد منه علی الشیء من الربح فتراضی به ثم انطلق فاشتری المتاع من أجله لولا مکانه لم أرده ثم آتیه فأبیعه، فقال: ما أری بهذا بأساً لو هلک منه المتاع قبل أن تبیعه إیاه کان من مالک، وهذا علیک بالخیار إن شاء اشتره

اندیشمندان فقه معاملات رانتی زیادی را به لحاظ حکم تکلیفی مکروه تلقی کرده‌اند حتی حرام نمی‌دانند تا چه رسد به این که باطل بدانند. برخی از اندیشمندان به صحت قرارداد رانتی مثل تلقی رکبان، احتکار و نجش بیان صریح دارند؛ از جمله نویسنده فقه آل یاسین، بیع منهی را به دو دسته باطل و صحیح تقسیم می‌کند و در خصوص بیع‌های صحیح می‌گوید: «وقد نهی عن أشياء لعارض لا یفسد به العقد...» یعنی از یک سلسله مبادلات به دلیل امور عارضی نهی شده است لکن این نواهی موجب فساد قراردادها نمی‌باشد، در ادامه نجش، بیع احتکاری و تلقی رکبان را در این رده و رسته قرار می‌دهد (حلی، ۱۴۲۴، ج ۱، ص ۳۳۷).

به‌علاوه هیچ تردیدی نیست که ربای قرضی از بارزترین مصداق سود رانتی است؛ از سوی دیگر هیچ فقیهی مدعی نیست که اصل دین ربوی باطل می‌باشد، بلکه تنها سود و ربح حاصل از آن را ممنوع و حرام تلقی کرده‌اند، نه تنها قرض ربوی را باطل اعلام کرده‌اند، بلکه بر عکس

تصریح دارند که دین ربوی صحیح است (خامنه‌ای، ۱۴۲۴، ص ۴۲۰).

## • بیان صریح فقیهان بر

### وجود خیار

چنانکه گفتیم یکی از رانت‌هایی که در درون قرارداد حاصل می‌شود، رانت ناشی از تلقی رکبان است، هر وقت کاروان در اثر بی‌خبری به صورت فاحش یا غیر فاحش مغبون قرارگرفت، برابر فتوای فقیهان خیار غبن برای کاروان مغبون محقق می‌شود (عمیدی، ۱۴۱۶، ج ۱، ص ۳۷۸). طبق نقل از علامه حلی، چون حدیث نبوی مطلق است هر چند کاروان مغبون نباشد حق اعمال خیار دارد (روحانی، ۱۴۲۹، ج ۵، ص ۴۰۴). وجود خیار چنان که معلوم است ملازمت و مقارنت با قراردادی دارد که صحیح باشد.

در باب نجش نیز فقیهان باور دارند که اگر مشتری با ضرر فاحش مالی مواجه بشود حق به کارگیری خیار را دارد، علامه حلی می‌نویسد: «در معامله انجام شده در صورت بروز غبن فاحش خیار محقق می‌شود، صحنه سازی و نمایش

ظاهری برای ارزش زیاد آن متاع، چه با توافق بین بایع و بازیگر، یا بدون توافق صورت گرفته باشد، هیچ اثری در اثبات و عدم اثبات خیار ندارد».

نویسنده «جواهر» دو معامله پیش گفته را- با وجودی که حرام به حساب می‌آورد- در یک بیان آشکار نه تنها از عقود صحیح بلکه از عقود لازم به وفاء اعلام می‌کند، جز این که غبن فاحش رخ بدهد که در آن صورت وفاء واجب نیست، مغبون حق دارد خیار غبن را به اجرا بگذارد (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۲، ص ۴۷۶).

مغنیه می‌گوید: «متفکران عرصه فقه، اتفاق بر تحریم نخش [نجش] دارند، چنانکه صاحب جواهر مکتوب کرده است، چون در این پدیده غش، خدعه، تدلیس، اغراء به جهل و نیز اضرار وجود دارد از این رو ناخش [ناجش] که دروغ‌گو و صحنه‌ساز قضیه بوده‌اند در حدیث مورد لعن قرار گرفته است؛ لکن شخص ناظر

صحنه، اگر متاع را خرید کرد معامله صحیح است چون نهی در نجش به امر خارج از حقیقت عقد تعلق گرفته است، همین طور مغبون حق اعمال خیار دارد» (مغنیه، ۱۴۲۱، ج ۳، ص ۱۴۰-۱۴۱).

### • جواز اجاره زمین به بیشتر از مال الاجاره

همچنین جواز اجاره دادن زمین به بیشتر از آنچه که خود اجاره کرده است، بدون ایجاد نوآوری و ارزش افزوده، نشانه صحت اجاره رانتی و نشانه صحت مبادلات رانت‌آور است. فقیهان این چنین اجاره را به جز معدودی از آنان صرفاً به لحاظ حکم تکلیفی مکروه دانسته‌اند، کمتر کسانی هستند که به لحاظ حکم تکلیفی حرام و به لحاظ حکم شرعی باطل تلقی کرده باشند، البته اجاره زمین را متمایز از اجاره دکان و اجیر دانسته‌اند، برخی در دومورد اخیر

<sup>۱</sup> «الثالث. لا فرق فی ثبوت الخیار مع الغبن الفاحش بین أن یکون النجش بمواطأة البائع أو لم یکن».

اذعان به عدم جواز دارند (آبی، ۱۴۱۷، ج ۲، ص ۱۹).

به صورت کلی در مواردی که نهی شرعی بر مبادلات رانتی تعلق گرفته باشد و یا آن مبادلات فاقد اجزاء و شرایط لازم و اساسی برای صحت معامله باشد، آن مبادلات باطل می‌باشد، اما رانت‌خواری از اسباب بطلان تلقی نمی‌شود.

### ۵. تأثیر رانت بر لزوم قراردادهای

بعد از این که معلوم شد رانت‌خواری تأثیر سلبی بر صحت قراردادها ندارد، اینک جای تأمل است که آیا بر لزوم قراردادها تأثیر دارد یا نه؟ با توجه به این که یکی از اسباب و علل مهم رانت‌خواری، رانت اطلاعاتی یا عدم تقارن اطلاعات بین بایع و مشتری در قراردادها می‌باشد، بدین جهت زمینه برای وجود خیار در مبادلات فراهم است، از جمله در صورت وقوع رانت‌خواری اطلاعاتی، برای خیار غبن و تدلیس زمینه بیشتری وجود دارد.

حال پرسش این است که اگر در قراردادهای رانتی فروشنده در اثر

رانت‌خواری اطلاعاتی مغبون واقع شود، یعنی از حقیقت قضیه غافل بوده و اموال خودش را به یک قیمت ارزان به فروش برساند، به گونه‌ای که اگر از باطن قضیه خبرداشت به آن مقدار هرگز حاضر به فروش نبود، آیا چنین فردی حق فسخ معامله و اعمال خیار را دارد یا نه؟

از باب مثال، فردی زمین‌های خودش را که به زودی برنامه و طرح ساختمانی از سوی دولت به آن‌جا می‌رود، باقیمت ارزان به اشخاصی فروخته است که از واقع و طرح ساختمانی در آن‌جا اطلاع داشته است و یا به افرادی فروخته است که مثل خود فروشنده از واقع قضیه بی‌خبر بوده است؛ اینک آیا فروشنده نسبت به هر دو گروه حق اعمال خیار دارد؟ یا صرفاً نسبت به آنانی که از قضیه با خبر بوده حق اعمال خیار دارد یا در هر صورت حق اعمال خیار ندارد؟ این‌ها پرسشهایی است که پاسخ درخور و مناسب می‌خواهد.

به نظر می‌رسد در قراردادهای رانتی که بیشتر وابسته به اطلاعات است مراتبی وجود دارد. برخی از رانت‌خواری‌های اطلاعاتی به صورت

ساده و سنتی در قالب یک قرارداد اتفاق می افتد و برخی نیز به صورت مدرن در ضمن چند قرارداد و مراحل انجام می گیرد. در نوع اول، فقیهان وجود خیار را به اتفاق قبول دارند. اکنون از باب نمونه به چند مورد فقهی اشاره می شود:

یک. مؤلف نزهة الناظر می نویسد: بیع در هیجده مورد از جمله در تلقی رکبان مکروه است، نه تنها مکروه است بلکه اگر غبنی اتفاق افتاد و فروشنده جاهل به قیمت واقعی بود، بین فسخ معامله و امضاء آن به قیمت تعیین شده در بیع یعنی ثمن مسمّا مختار می باشد. لکن، اگر برای انجام معامله چهار فرسخ راهپیمایی کرده باشد معامله انجام شده نه مکروه است و نه خیار برای بایع وجود دارد (حلی، ۱۳۹۴، ص ۷۹). در گذشته مکرراً بیان شد که تلقی رکبان یک مصداق بارز و سنتی از رانت خواری اطلاعاتی محسوب می شود.

دو. در باب نجش که مورد دیگر از درآمدها و قراردادهای رانتی به حساب می آید، بار دیگر اصحاب فقه

وجود خیار را تأیید می کنند. از جمله طبرسی، بیان داشته است که: هرگاه نجش به دستور بایع و توافق با او انجام شود، در حالیکه مشتری به شخص بازیگر در صحنه اقتدا نموده و بر قیمت متاع بیفزاید، بیعی انجام یافته بدون منازعه صحیح است لکن مشتری از باب تدلیس و وجود عیب، حق اعمال خیار در فسخ و امضاء قرارداد انجام شده را دارد. در ادامه می افزاید که اصحاب در خیار و عدم خیار به هر دو رأی داده اند، لکن سخن محکم عدم خیار است، چون عیب یک ویژگی است که در مبیع یافت می شود، در حالیکه مورد نزاع این ویژگی را ندارد (طبرسی، ۱۴۱۰، ج ۱، ۵۲۰، مؤمنی، ۱۴۲۱، ص ۲۵۲).

لکن کسانی دیگری هستند که به جای خیار تدلیس و عیب به خیار غبن در باب نجش اذعان یافته اند: «النجش - و هو الزیادة لزیادة من واطأه البائع - حرام، لکن لا يبطل البیع بمجردہ، نعم یثبت الخیار مع الغبن» (اسکافی، ۱۴۱۶، ص ۱۶۹). چنانکه مشاهده می شود در این

جمله مغبون واقع شدن، به جای عیب و تدلیس سبب خیار معرفی شده است.

لکن در رانت خواری‌های رایج کنونی، به خصوص رانت اطلاعاتی در عصر حاضر که رانت در طی یک فرایند و در خلال چند معامله کسب می‌شود، تردید وجود دارد که از اساس در آن‌ها زمینه خیار فراهم باشد؟ چون فرض بر این است که مهم‌ترین رانت‌ها در زمان حاضر از برنامه‌ها و انحصارات دولتی به وجود می‌آید؛ از این رو پیش از وصول اطلاعات مربوطه به گوش فروشندگان و مشتریان، قیمت متاع در بازار همان است که در ظاهر مشاهده می‌شود؛ متاع نیز با همان قیمت بازاری به فروش رفته است؛ پس ظاهراً نه غبنی وجود دارد و نه تدلیسی، به این دلیل خیار نیز در ظاهر مفهوم ندارد. لکن با توجه به این حالت که مشتری بالفعل از قیمت واقعی آن متاع با توجه به برنامه‌ها و تصمیمات گرفته شده اطلاع دارد و تنها فروشنده غافل است، امکان دارد ادعای غبن و تدلیس یک ادعای صحیح و به جا

باشد، در نهایت وجود خیار نیز تأیید بشود.

به هر حال به لحاظ قیمت کنونی و حاکم در بازار، غبنی وجود ندارد؛ همین طور اگر مشتری مانند فروشنده بی‌خبر از واقع قضیه باشد تدلیسی هم در کار نیست؛ اما به لحاظ واقع قضیه و نهایی شدن برنامه‌ها و تصمیمات جدید از سوی دولت و تأثیر آن‌ها بر ارزش کالاها و اطلاع مشتری از آن طرح‌ها و مقررات، ممکن است مدعی وجود خیار شد؛ حال باید تحقیق کرد که قیمت بازار و بلد رایج معیار است یا قیمت واقعی متاع که بازار بی‌خبر از آن است؟ در برخی مکتوبات فقهی و حقوقی به صراحت قیمت معیار را، در باب غبن، همان قیمت حاکم در بازار حساب نموده است، از جمله افراد و آثار مکتوب آنان در ذیل است:

الف) علامه شعرانی در معرفی خیار غبن می‌گوید: فروشنده که به کمتر از نرخ بازار بفروشد یا مشتری که به بیش از آن بخرد مغبون است و خیار فسخ دارد (شعرانی، ۱۴۱۹، ج ۱، ص ۲۵۳).

ب) در رساله آیت الله فیاض آمده است هرگاه مغبون به گمان این که ثمن مسمیّ ده درصد با قیمت بازار تفاوت دارد خیارش را ساقط بکند و بعد معلوم شود که تفاوت صد درصد بوده است، خیار همچنان استوار است (فیاض، ۱۴۲۶، ص ۳۳۶).

پ) امام خمینی مواردی را جدا می‌کند که خیار غبن شامل آن‌ها نمی‌شود. یکی از موارد این است که بنای طرفین معامله نقل و انتقال متاع طبق قیمت بازار باشد نه بیشتر [و نه کمتر]؛ اما شخص مغبون بر ادّعی غابن در مقدار قیمت اعتماد کرده و بعد از آن معلوم می‌شود که ثمن مسمیّ مطابق قیمت بازار نیست، در این مورد غابن او را فریب داده است (خمینی، ۱۴۲۴، ج ۲، ص ۸۹۷) به نظر ایشان در این وضعیت به جای غبن تدلیس وجود دارد.

ت) مرحوم تبریزی در جواب یک پرسشگر پاسخ می‌دهد که اگر قیمت لوله‌ها در بازار در آن زمان (گذشته) بیش از مقدار طی شده بوده و شما خبر نداشتید، مغبون هستید و حق

فسخ دارید (تبریزی، بی‌تا، ج ۱، ص ۲۳۱).

ث) البته برخی چون کاشف الغطاء به جای قیمت بازاری به قیمت رایج در شهر سخن گفته است، او می‌نویسد: «و مع الغبن الثابت بحصول التفاوت (الفاحش) عرفاً حين إيقاع الصیغۀ من دون ملاحظۀ قیمۀ البلد» (کاشف الغطاء، ۱۴۲۰، ص ۸۴)؛ وجود غبن محصول تفاوت فاحش عرفی در هنگام وقوع عقد و عدم توجه به قیمت رایج در بلد است.

در نوشته دیگرش احتمالاتی را در خصوص مکان و زمان قیمت معیاری مطرح می‌کند، نخست در باره مکان می‌گوید: قیمت معتبر برای سنجش مقدار تفاوت، قیمت بلد عقد، متعاقدين و تسلیم است، اگر بلد در همه یکی بود جای بحث نیست؛ اگر بلد یکی نبود احتمالاتی وجود دارد که آیا مدار و محور بلد عقد است یا بلد متعاقدين و تسلیم، یا بلد عقد در صورتی اجتماع با تسلیم، یا بلد متعاقدين در صورتی اجتماع با تسلیم؟ هر کدام احتمالاتی

در عرض همدیگر است، هیچ مزیتی یکی بر دیگری ندارد.

هنگامی که متعاقدان در زمان عقد اصلاً در بلد نباشد و لکن تسلیم متاع در بلد باشد آیا مدار برای سنجش، قیمت بلد متعاقدان است یا غبن ساقط می‌شود، هرکدام یک احتمال است.

و یا اگر بلد متعاقدان مختلف باشد این که غبن ساقط می‌شود یا این که بلد مغبون به دلیل نفی ضرر از او ترجیح داده می‌شود یا غیر مغبون به دلیل اصالت لزوم، ترجیح داده می‌شود؟ هرکدام محتمل است، ترجیح هر احتمال نیاز به تأمل دارد. اما زمان قیمت معیاری که برای سنجش معتبر است لحظه عقد و فاصله بین ایجاب و قبول است (کاشف الغطا، ۱۴۲۲، ص ۸۵).

ج) امامی، در یک مطلب و نوشته حقوقی در خیار غبن، فاحش بودن را شرط می‌کند؛ برای تشخیص آن قضاوت و فهم عرف را میزان می‌داند، سپس ماده «۴۱۷» قانون مدنی را گزارش می‌دهد که: «اگر غبن به مقدار خمس قیمت یا بیشتر باشد فاحش است و در کمتر از مقدار

مزبور در صورتی فاحش حساب می‌شود که عرفاً قابل مسامحه نباشد». در ادامه شرح و تفسیر می‌کند که منظور از کلمه قیمت در ماده بالا ارزش مبیع در بازار است، از این رو غبن عبارت از تفاوت بین ثمن مورد معامله و ارزش آن در بازار است (امامی، بی تا، ج ۱، ص ۴۹۷).

ح) طاهری معتقد است که خیار غبن برای مغبون در صورتی جهل به قیمت عادلانه حاصل می‌شود؛ اگر مغبون عالم به قیمت عادلانه و بازار باشد، در عین حال اقدام به معامله غبنی نماید، طبق ماده ۴۱۸ قانون مدنی، خیار غبن برای فسخ معامله را ندارد (طاهری، ۱۴۱۸، ج ۴، ص ۱۴۰).

اما در تأیید احتمال مخالف، قیمت بلد رایج یا بازار، هیچ سخنی به طرفداری از آن نیافتم هرچند برخی فقهاء تعبیر به قیمت واقعی دارند (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۳، ص ۲۹۵)؛ لکن ظاهراً مقصودشان همان قیمت واقعی در بازار و بلد است نه واقع غیر بازاری، لهذا این احتمال صرفاً در همان نقطه احتمال باقی خواهد ماند.



حال که با استفاده از مطالب و نظریات بالا، معیار در وجود غبن، تفاوت فاحش بین ثمن مسمّا و قیمت بازار قرار گرفت، برداشت و حدس ما این است که در رانت‌های اطلاعاتی رایج یا مدرن این تفاوت فاحش بین ثمن مسمّا و قیمت بازار بر قرار نیست، بلکه بین ثمن مسمّا و قیمت جدیدی استوار است که آن قیمت جدید بعد از نهایی شدن تصمیمات و اعلام برنامه‌های دولتی برای همه ایجاد می‌شود؛ لهذا برابر معیار قرارگرفتن قیمت بازاری، در رانت‌خواری اطلاعاتی، بالفعل نه زمینه خیار غبن و نه تدلیس هیچ کدام وجود ندارد.

### نتیجه‌گیری

به صورت کلی احکام وضعی چون صحت و لزوم، از اوصاف با واسطه برای رانت و رانت‌خواری بوده و از اوصاف بی واسطه برای قراردادهای رانتی است؛ بر اساس احکام حقوقی اصل بر آزادی در انجام مبادلات رانتی می‌باشد، جز این که مخالف قانون مدون، نظم عمومی و اخلاق

حسنه تشخیص داده بشود، در این حالت‌ها باطل می‌شود؛ اما بر اساس اصل اولی فقهی اساس بر صحت و سلامت مبادلات رانتی است مگر این که نواهی شرعی بر یک مبادله رانتی تعلق گرفته باشد و یا آن مبادله فاقد اجزاء و شرایط لازم باشد، در این موارد باطل می‌گردد.

بر اساس نمونه‌های روایی و فقهی عدیده اثبات گردید که هر چند رانت و رانت‌خواری حرام باشد، از اسباب بطلان قرارداد تلقی نمی‌شود. اما این پدیده (رانت) در لزوم معامله تأثیر داشته و گاهی رانت‌خواری‌های اطلاعاتی موجب خیار غبن و تدلیس می‌شود، لکن رانت‌های که در طی فرایند پیچیده و در ضمن مبادلات متعدد حاصل می‌شود سبب خیار نمی‌شود، چون میزان در ادراک غبن و تدلیس، وجود تفاوت فاحش بین ثمن مسمی با قیمت بازار و بلد رایج می‌باشد، مفروض این است که در رانت‌خواری‌های پیچیده که در ضمن یک فرایند صورت می‌گیرد،

چنین تفاوتی احساس نمی‌شود، در نتیجه خیارِ نیز ایجاد نمی‌گردد.

## منابع

قرآن کریم.

اسحاقی، سید حسین، (۱۳۸۴)،  
نگاهی به پدیده رانت و  
رانت‌جویی در ایران، رواق  
اندیشه، شهریور ۱۳۸۴، شماره  
۴۵.

اسکافی، ابن جنید، محمد بن  
احمد کاتب بغدادی، (۱۴۱۶)،  
مجموعه فتاوی ابن جنید، در  
یک جلد، دفتر انتشارات  
اسلامی وابسته به جامعه  
مدرسین حوزه علمیه قم، قم -  
ایران.

اصفهانی، مجلسی دوم، محمد  
باقر بن محمد تقی، (۱۴۰۶)،  
ملاذ الأخیار فی فهم تهذیب  
الأخبار، ۱۶ جلد، قم، انتشارات  
کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی.  
امامی، سید حسن، (بی‌تا)،  
حقوق مدنی (امامی)، ۶ جلد،  
تهران، انتشارات اسلامیة.

آبی، فاضل، حسن بن ابی طالب  
یوسفی، (۱۴۱۷)، کشف الرموز  
فی شرح مختصر النافع، ۲ جلد،  
قم، دفتر انتشارات اسلامی  
وابسته به جامعه مدرسین حوزه  
علمیه.

آشتیانی، میرزا محمد حسن بن  
جعفر، (۱۳۶۹)، کتاب القضاء  
للآشتیانی ط - القدیمة، در  
یک جلد، تهران، چاپخانه  
رنگین.

آشوری داریوش، (۱۳۸۴)،  
فرهنگ علوم انسانی، تهران،  
نشر مرکز.

بحرانی، آل عصفور، حسین بن  
محمد، (۱۴۲۱)، سداد العباد و  
رشاد العباد، در یک جلد، قم،  
کتابفروشی محلاتی.

بحرانی، آل عصفور، یوسف بن  
احمد بن ابراهیم، (۱۴۰۵)،  
الحدائق الناضرة فی أحكام  
العترة الطاهرة، ۲۵ جلد، قم،  
دفتر انتشارات اسلامی وابسته  
به جامعه مدرسین حوزه علمیه.

تبریزی، جعفر سبحانی، (۱۴۲۳)، دراسات موجزة فی الخيارات و الشروط، در یک جلد، قم، المركز العالمی للدراسات الإسلامی.

تبریزی، جواد بن علی، (بی تا)، استفتاءات جدید (تبریزی)، دو جلد، قم.

جمعی از پژوهشگران زیر نظر شاهرودی، سید محمود هاشمی، (۱۴۲۶)، فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام، ۳ جلد، قم، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام.

حلی، شمس الدین محمد بن شجاع القطن، (۱۴۲۴)، معالم الدین فی فقه آل یاسین، دو جلد، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام.

حلی، یحیی بن سعید، (۱۴۳۹)، نزهة الناظر فی الجمع بین الأشباه و النظائر، در یک جلد، قم، منشورات رضی.

خامنه‌ای، سید علی بن جواد حسینی، أجوبة الاستفتاءات

(فارسی)، در یک جلد، دفتر معظم له در قم، قم - ایران، اول، ۱۴۲۴ ه.ق.

خمینی، سید روح الله موسوی، (۱۴۲۴)، توضیح المسائل (محشی - امام خمینی)، ۲ جلد، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه، هشتم.

دزفولی، مرتضی بن محمد امین انصاری، (۱۴۱۵)، کتاب المكاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ۶ جلد، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.

رفیعی حسین، (۱۳۸۴)، رانت فساد مالی - اداری، فلسفه و کلام، کتاب نقد، شماره ۳۷.

سبحان اللهی محمد علی، (۱۳۷۵)، رانت و بهره‌وری، مدیریت دولتی، شماره ۳۵.

سبزواری، علی مؤمن قمی، (۱۴۲۱)، جامع الخلاف و الوفاق، در یک جلد، قم، زمینه سازان ظهور امام عصر علیه السلام.

شاهرودی، سید محمود  
هاشمی، (۱۴۲۳)، قراءات فقهیه  
معاصره، دو جلد، قم، مؤسسه  
دائرة المعارف فقه اسلامی بر  
مذهب اهل بیت علیهم السلام.

شعرانی، ابو الحسن، (۱۴۱۹)،  
تبصره المتعلمین فی أحكام  
الدین، ترجمه و شرح، ۲ جلد،  
تهران، منشورات اسلامیة.

شیرازی، ناصر مکارم، (۱۴۲۷)،  
دائرة المعارف فقه مقارن، در  
یک جلد، قم، انتشارات مدرسه  
امام علی بن ابی طالب علیه  
السلام.

طاهری، حبیب‌الله، (۱۴۱۸)،  
حقوق مدنی (طاهری)، ۵ جلد،  
دفتر قم، انتشارات اسلامی  
وابسته به جامعه مدرسین  
حوزه.

طبرسی، امین الإسلام، فضل بن  
حسن، (۱۴۱۰)، المؤلف من  
المختلف بین أئمة السلف، ۲  
جلد، مشهد، مجمع البحوث  
الإسلامية.

عمیدی، سید عمید الدین بن  
محمد اعرج حسینی، (۱۴۱۶)،  
کنز الفوائد فی حل مشکلات  
القواعد، ۳ جلد، قم، دفتر  
انتشارات اسلامی وابسته به  
جامعه مدرسین حوزه علمیه.

فراهیدی، خلیل بن احمد،  
(۱۴۱۰)، کتاب العین، ۸ جلد،  
قم، نشر هجرت.

قمی، سید صادق حسینی  
روحانی، (۱۴۲۹)، منهاج  
الفقاهة (لروحانی)، ۶ جلد، قم،  
انوار الهدی.

کابلی، محمد اسحاق فیاض،  
رساله توضیح المسائل (فیاض)،  
(۱۴۲۶)، در یک جلد، قم،  
انتشارات مجلسی.

کاتوزیان، ناصر، (۱۳۷۶)، حقوق  
مدنی (قواعد عمومی قراردادها)،  
تهران، انتشار.

کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۲)، حقوق  
مدنی اموال و مالکیت، تهران،  
انتشار، هفتم.

مازندرانی، علی اکبر سیفی،  
(۱۴۳۰)، دلیل تحریر الوسيلة -

فقه الربا، در یک جلد، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی قدس سره.

مراغی، سید میر عبد الفتاح بن علی حسینی، (۱۴۱۷)، العناوین الفقهیة، ۲ جلد، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه. مغنیه، محمد جواد، (۱۴۲۱)، فقه الإمام الصادق علیه السلام، ۶ جلد، قم، مؤسسه انصاریان.

ملکی اصفهانی، مجتبی، (۱۳۷۹)، فرهنگ اصطلاحات اصول، قم، عالمه.

مؤسسه تحقیقاتی تدبیر اقتصاد، (۱۳۸۲)، فساد مالی و اقتصادی (ریشه‌ها، پیامدها، پیشگیری و مقابله)، ۳ ج، بی‌جا.

می‌دری احمد، (۱۳۷۲)، عدم تقارن اطلاعات منبع رانت، علوم سیاسی، راهبرد، شماره ۴.

نجفی، محمد حسن، (۱۴۰۴)، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، ۴۳ جلد، بیروت، دار إحياء التراث العربی، هفتم.

نجفی، کاشف الغطاء، جعفر بن خضر مالکی، (۱۴۲۰)، شرح الشیخ جعفر علی قواعد العلامة ابن المطهر، در یک جلد، بی‌جا، مؤسسه کاشف الغطاء - الذخائر.

نجفی، کاشف الغطاء، (۱۴۲۲)، حسن بن جعفر بن خضر، أنوار الفقاهة - کتاب البیع (لکاشف الغطاء، حسن)، در یک جلد، نجف اشرف، مؤسسه کاشف الغطاء.

ولایی، عیسی، (۱۳۸۷)، فرهنگ تشریحی اصطلاحات اصول، تهران، نشر نی، تهران.

است که ابزار نام برده در اجرای احکام جزایی خصوصیت ندارد. در مقابل این دیدگاه، برخی معتقد به طریقت بوده و برای اثبات دیدگاه خود از شواهدی چون پیشینه و رسمیت روش‌ها در جوامع غیر اسلامی و یا امضایی بودن آن‌ها، اصالت دادن به اهداف مجازات و یا نگاه مفسرمحوری به احکام کیفری اسلام استمداد جست‌اند. این نوشته با استناد به فهم فقیهان و نیز ظهور و بلکه نصوص قرآن و روایات برای مسأله طریقت و موضوعیت روش‌های مجازات را مورد بررسی قرار داده و نتیجه به دست آمده حاکی از آن است که موضوعیت روش‌ها مؤید به شواهدی بیشتری است و اکثر فقهاء بر سببیت و موضوعیت تأکید کرده‌اند، اما در مواردی که آن شیوه‌ها تراحم با حوادث مهم‌تر کرده و یا نتیجه معکوس داشته باشد و یا اجرای آن‌ها دشوار و یا ناممکن شود، بر اساس حکم ثانوی و تشخیص حاکم شرع در حق الله، بدل به تعزیر می‌شود و در حق الناس زمام اختیار به دست صاحب حق سپرده می‌شود که استیفاء بکند و یا از آن چشم‌پوشی نماید.

واژگان کلیدی: موضوعیت، طریقت، مجازات، حکم ثانوی، حکم کیفری.

## موضوعیت و طریقت ابزار و روش مجازات در اسلام

محمد هاشم مسعودی\*

### چکیده

این نوشتار طریقت و موضوعیت یا نقش دخیل بودن و نبودن روش‌های تعریف شده مجازات اسلامی را در امثال احکام کیفری بر اساس فقه جعفری به بررسی گرفته است تا زمینه باشد برای تبیین حقیقت و فهم تبدیل یا ثبات و جاودانگی این مکانیسم‌های جزایی در اسلام. در نهایت با روش تحلیلی-استنباطی به این نتیجه رسیده است که روش‌ها و ابزارهای تعیین شده برای مجازات در اسلام مانند کیفر رجم و ابزار قتل در باب لواط، موضوعیت داشته و تحول‌پذیر نیست و خود بخش از احکام جزایی را تشکیل می‌دهد. در موارد اندکی

---

\* استاد حوزه و دانشگاه، دکترای فقه قضا.

ایمیل: Erfanzahid8@gmail.com

## مقدمه

در این مقاله از طریقت و موضوعیت شیوه‌های مجازات در اسلام سخن رفته است. شیوه‌های تعریف شده، اختصاص به آن گروه از احکام کیفری اسلام دارد که در هنگام امتثال و اجرای آن‌ها به وسایل و شیوه‌های خاص توجه شده است. اگر آن ابزار و مکانیسم‌ها موضوعیت داشته باشد به این معنا است که مجرم تنها به همان طریق باید مجازات شود تا حد شرعی به اجرا درآید، چنانچه به روش دیگری او را تنبیه بدنی کرده و یا به قتل برساند هرگز حد شرعی تحقق نیافته است. در مقابل طریقت تاکید بر این دارد که هدف از اجرای حد، تحصیل شود، به هر شیوه که مجرم اعدام و یا شکنجه گرد مهم نیست، نمونه‌اش همان چیزی است که اسلام در باب اقرار و شهادت دارد، اگر کسی معتقد به موضوعیت آن‌ها باشد، به این معنا است که زنا بر طبق احکام شرعی تنها از همان دو طریق (اقرار و شهادت) قابل اثبات است. به عکس اگر آن‌ها طریق برای رسیدن به واقع باشد، قاضی از هر شیوه دیگری نیز

علم به ارتکاب جرم پیدا کرد، جرائم اثبات شده و قاضی می‌تواند شخص مورد نظر را به مجازات برساند.

ضرورت پژوهش ناشی از این است که با پیشرفت علم و تکنولوژی و با پیدایش ابزار جدید و در اثر متحول شدن آداب و رسوم زمانه و عوض شدن نگاه مردم به مجازات، از یک سو حاکم شرع و مسلمانان در اجرای این روش‌ها تحت فشارهای داخلی و خارجی قرار دارند، مخالفان و سطحی باوران به اسلام این روش‌ها را مغایر شرایط زمان می‌پندارند، از سوی دیگر روش‌های جدید برای اجرای مجازات آسان‌تر می‌نمایند، لذا، تحقیق در باره موضوعیت و طریقت، نقشی در حفظ ثبات و یا تغییر و تحول این روش‌ها دارد از این رو، نوشتار حاضر تلاش می‌کند که به پرسش‌های زیر پاسخ دهد:

آیا می‌توان به جای روش‌های سنتی تعریف شده، روش‌های نوین را در اجرای حد و کیفر در اسلام به کار گرفت و معتقد شد آنچه در این مجازات‌ها اصالت دارد، اصل اجرای شکنجه و احیاناً ازهاق روح از بدن



مجرم است و ابزار و وسایل مطرح شده در متون فقهی و روایی تنها طریقت دارد؟ در صورتی که طریقت به اثبات نرسد، در آن صورت آیا حاکم شرع، اجازه دارد که در کیفیت یا کمیت این گونه مجازات‌ها از باب حکم ثانوی و یا ولایتی دخالت کرده، آن‌ها را کم و زیاد نماید و یا به شیوه دیگر انجام دهد؟

### ۱. مفهوم‌شناسی

پیش از پرداختن به پرسش‌های یادشده، ضرورت دارد که مفاهیم اساسی تحقیق تعریف و روشن گردند.

#### ۱-۱. طریقت در لغت

طریقت مصدر صناعی واژه طریق است که در لغت مرادف با واژگانی چون نحو، وجه، روش، صراط و سبیل است. این کلمه گرفته شده از طرق به معنای کوفتن است، چون پای روندگان راه را می‌کوبد، از این رو راه را طریق گفته‌اند (دهخدا، ۱۳۷۷، ذیل و اژه طریق). در قرآن

کریم آمده است: «وَيَذْهَبَا بِطَرِيقَتِكُمُ الْمُثَلَى» (طه، آیه ۶۳)، یعنی موسی و هارون می‌خواهند طریقه و راه و روش بهتر شما را از بین ببرند.

#### ۲-۱. موضوعیت در لغت

موضوعیت مصدر صناعی واژه موضوع از وضع است که در لغت به معنای به معنای گذاردن، نهادن، ایجاد کردن، هیات و شکل می‌باشد. به پائین و منحط نیز به کاررفته است و البته معنای آن از حط و انحطاط فراگیرتر است. (راغب، ۱۴۱۲، ص ۸۷۴). در آیه قرآن آمده است: «وَ أَكْوَابٌ مَوْضُوعَةٌ» (غاشیة، آیه ۱۴) یعنی قدح‌ها و سبوه‌های در کنار نهر بهشتی نهاده شده تا بهشتیان با آن قدح‌ها از نهر بهشتی بنوشند؛ و در آیه دیگر آمده است «وَ الْأَرْضَ وَضَعَهَا لِلْأَنَامِ» (رحمن، آیه ۱۰)، خداوند زمین را برای مردم در دسترس‌شان قرار داده که آن‌را در اختیار بگیرند و بهره‌مند شوند (رحمن، آیه ۱۰).

### ۳-۱. طریقت و موضوعیت در فقه

در دانش فقه و نیز اصول، طریقت و موضوعیت بارها به کار رفته است. در عرصه اصول بیشتر به عنوان صفت قطع و اماره (ظن) استخدام شده است. در هردو مورد نزاع بر سر این است که آیا اماره و قطع طریقت دارد، یعنی طریق و راه به سوی واقع است و یا موضوعیت دارد، یعنی اصالت و سببیت داشته و دخیل در احکام شرعی است، موضوعیت را در این مورد نیز تفسیر به سببیت کرده اند (ولایی، ۱۳۸۷، ص ۱۹۲).

در هر جا حکم شرعی متوقف بر تحقق آن‌ها باشد، از آن به موضوعیت تعبیر می‌شود چنانچه قطع و ظن در حکم شرعی دخیل نبوده و تنها راهی برای کشف حکم شرعی یا واقع خارجی (موضوع خارجی)، باشد از آن‌ها به صفت طریقت نامبرده می‌شود.

از باب مثال؛ در مجال فقه راجع به اثبات هلال ماه نو، پرسش شده است که دیدن هلال موضوعیت دارد یا طریقت؟ اگر دیدن هلال،

طریقت داشته باشد بدان معنا است که با توجه به مباحث نجومی، هرگاه مکلف علم به وجود آن در آسمان داشته باشد، برای اثبات تکلیف کفایت می‌کند؛ زیرا دیدن هلال، طریقی برای اثبات وجود هلال می‌باشد او خودش موضوعیت و اصالت ندارد. بر عکس هر زمان دیدن هلال موضوعیت داشته باشد، علم به وجود هلال برای اثبات ماه نو، در انجام تکلیف کفایت نکرده و هلال باید روئیت بشود.

در باب اجرای حد و مجازات در اسلام نیز طریقت و موضوعیت به همین معنا بوده و پرسش می‌شود که آیا آن شیوه‌های خاص و تعریف شده برای اجرای مجازات و ابزارهای ویژه در اعمال احکام جرم موضوعیت دارد و دخیل در امتثال احکام کیفری اسلام است یا طریقی برای اعمال مجازات بوده و می‌توان به نحوه دیگری نیز اعمال کیفری را به اجرا گذاشت (ولایی، ۱۳۸۷، ص ۱۹۲).

#### ۴-۱. مجازات در اصطلاح فقه

در فقه تعریف مشخص از مفهوم مجازات ارائه نشده است، بلکه فقها به معرفی نوع کیفرها و مجازات مجرمان یعنی به تعریف حد و تعزیر و یا قصاص توجه کرده‌اند. فقیهان از مجازات تعبیر به عقوبت یا اهانت کرده‌اند.

در کتاب مسالک، شهید ثانی در تعریف حد و تعزیر این بیان را دارد: «الحد لغة: المنع؛ و شرعاً: عقوبة خاصة تتعلق بإيلاج البدن، بواسطة تلبس المكلف بمعصية خاصة، عين الشارع كميتها في جميع أفراد؛ و التعزير لغة: التأديب؛ و شرعاً: عقوبة أو إهانة لا تقدير لها بأصل الشرع غالباً». (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۱۴ ص ۳۲۵). حد در لغت به معنای منع بوده و در اصطلاح شرعی عقوبت ویژه‌ای است که ارتباط به ایجاد درد در بدن دارد، شارع مقدس کمیت این عقوبت را نیز در هر فردی مشخص کرده است. تعزیر نیز در لغت به معنای تأدیب است و در شریعت عقوبت یا اهانتی است که اندازه برایش شرعاً معین نیست.

برحسب این تعاریف، مجازات در اسلام: «یک سلسله عقوبت‌ها و اهانت‌های شرعی معین و نامعین است که برای مکلفین خاطی از احکام اولیه اسلام وضع گردیده است».

مرحوم مشکینی می‌گوید، بهتر است حد (مجازات) را این طور تعریف بکنیم: «و الاولى تعريفه بأنه عبارة عن الأحكام الكلية الجزائية المجعولة للمتخلف عن الأحكام الأولية غير الكفارات و تسمى تلك الأحكام العقوبات أيضا و إطلاقه عليها بملاك كونها حاضرة بين المكلف و المعاصي». (مشکینی، بی تا، ص ۲۰۱). بهتر است حد (مجازات) یک سلسله احکام کلی جزایی تعریف شود که برای متخلف از احکام اولیه جعل شده است، در حالی که این احکام غیر از کفارات است، به این احکام عقوبات نیز گفته می‌شود؛ چون مانع بین مکلف و معاصی می‌باشد.

چنانکه معلوم است، این تعریف در حقیقت تعریف احکام کیفری و یا همان مجازات در اسلام است، در این

جمله مقصود گوینده حد اصطلاحی نیست، اگر به عنوان تعریف حد اصطلاحی تلقی شود تعریف به اعم خواهد بود.

دلیل بر این که مقصود گوینده حد اصطلاحی نیست، حدیث صحیحی است که مشکینی به عنوان مستمسک تعریف خود به آن اشاره می‌کند: «ان الله قد جعل لكل شیء حدا و جعل لمن تعدی ذلك الحدّ حدا» (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۷، ص ۱۷۶). ایشان مفهوم «شیء» را به افعال مکلفین و برخی موضوعات خارجی تطبیق داده و سپس اولین واژه «حد» را به احکام شرعی تکلیفی و وضعی و دومین واژه «حد» را به احکام جزایی تفسیر کرده است.

معلوم است در این حدیث حد معنای دیگری دارد که تعزیر را نیز شامل می‌شود، بنابر این، مفهوم حد در این حدیث، مساوی با مطلق عقوبت شرعی است؛ چه اندازه‌ای برای آن مشخص باشد یا نباشد که بر طبق اصطلاح دوم شامل تعزیر نیز می‌شود. (مشکینی؛ بی تا، ص ۲۰۱).

با توجه به تعریف‌های ذکر شده، به روشنی می‌توان گفت مجازات در اصطلاح فقه عبارت است از «عقوبت شرعی یا احکام کلی شرعی که برای مکلف متخلف و متمرّد از احکام اولیه شرعی، جعل و وضع شده است».

## ۵-۱. روش مجازات

روش هرگونه ابزار مناسب برای رسیدن به مقصود و هدف است. در این نوشتار نیز منظور از روش مجازات، وسایل و ابزارهایی است که برای تنبیه و یا کشتن مجرم استفاده می‌شوند.

## ۲. روش‌های مجازات در

### احکام کیفری اسلام

مجازات در اسلام به دو گروه بزرگ تقسیم می‌شوند که عبارتند از مجازات‌های روش‌های تعریف شده و مجازات‌های بدون ابزار و مقدار و شیوه‌های معین در فقه. باور غالب براین است که حدود از روش‌های تعریف شده برخوردار است، اما تعزیر روش‌های تعریف شده ندارد و در مورد قصاص اختلاف است، برخی

قصاص را تنها با ابزار شمشیر و چیزی که کارکرد شمشیر را دارد جایز می‌داند؛ ولی عده زیادی از فقهای معاصر معتقدند که قصاص اختصاص به شمشیر ندارد، بلکه هر ابزاری که چون شمشیر سبب تسهیل و تسریع در قتل باشد کافی است، اکنون هرکدام را به گونه مختصر مورد بررسی قرار می‌دهیم.

## ۱-۲. مکانیسم اجرای قصاص در

### اسلام

در مورد قصاص به نفس، ظاهر عبارات جمع زیادی از فقیهان خصوص شمشیر را برای قصاص بیان می‌کند. در یک مورد شیخ مفید می‌گوید: «لو أن رجلا قتل رجلا بالضرب حتى مات أو شذخ رأسه أو خنقه أو طعنه بالرمح أو رماه بالسهم حتى مات أو حرقه بالنار أو غرقه في الماء و أشباه ذلك لم يجز أن يقاد منه إلا بضرب عنقه بالسيف دون ما سواه (مفید، ۱۴۱۳، ص ۷۳۷)، اگر کسی دیگری را با زدن، به قتل برساند یا سرش را بشکند، یا خفه کند یا با نیزه بزند یا تیر به سمت او

پرتاب نماید یا او را در آتش بسوزاند یا در آب غرق کند و مشابه این جنایات و شخص آسیب‌رسیده در اثر جنایت بمیرد، در تمام این موارد قصاص باید به وسیله شمشیر و قطع گردن قاتل انجام پذیرد و استفاده از ابزارهای دیگر جایز نیست.

علامه حلی نیز مشابه دیدگاه شیخ مفید را بیان می‌دارد و می‌گوید: «يثبت القصاص في الطرف لكل من يثبت له القصاص في النفس و لا يقتصّ إلا بالسيف غير الكالّ و المسموم و إن قتل بغيره و يقتصر على ضرب العنق من غير تمثيل و إن كان قد فعله (علامه حلی، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۱۹۸)، قصاص در اعضا برای کسی ثابت می‌شود که قصاص در نفس برایش ثابت باشد. قاتل فقط با شمشیری که کند و مسموم نباشد، قصاص می‌شود، هرچند او مقتول را با ابزار دیگری کشته باشد؛ تنها به گردن زدن قاتل اکتفا می‌شود و مثله کردن او روا نیست، گر چه او مقتول را مثله کرده باشد. علامه نیز در کتاب قواعد الاحکام می‌نویسد: «و لا يجوز القصاص إلا

بالسیف؛ و یحرم التمثیل به و القتل بغيره، سواء فعل الجانی ذلك أو لا. فلو غرقه أو حرقه أو رضّ دماغه اقتصر فی القصاص علی ضرب عنقه» (حلی، ۱۴۱۳، ج ۳، ص ۶۲۷)، قصاص جز با شمشیر روا نیست و نیز مثله کردن قاتل و کشتن او به غیر شمشیر مجاز نمی‌باشد؛ چه جانی این کار را با مقتول انجام داده باشد یا نداده باشد. اگر مقتول را غرق کرده یا سوزانده یا مغزش را کوبیده باشد، در قصاص تنها به ضربت شمشیر به گردن قاتل اکتفا می‌شود. شهید اول در غایه المراد همان سخن ارشاد را به شرح و توضیح گرفته است و می‌گوید: قصاص در اعضا برای کسی ثابت می‌شود که قصاص در نفس برایش ثابت باشد، هرگز قاتل قصاص کرده نمی‌شود جز با شمشیری که او کند و مسموم نباشد، هر چند او مقتول را به غیر شمشیر کشته باشد، تنها به گردن زدن قاتل اکتفا می‌شود بدون هیچ مثله کردنی، هر چند که او مقتول را مثله کرده باشد: «و یتبث القصاص فی الطرف لکلّ من یتبث له القصاص فی النفس؛ و لا یقتصّ إلّا بالسیف

غیر الکلّ و المسموم و إن قتل بغيره و یقتصر علی ضرب العنق من غیر تمثیل و إن کان قد فعله» (عاملی شهید اول، ۱۴۱۴، ج ۴، ص ۳۲۱).

برخی مانند شیخ طوسی شمشیر و نیز مشابه شمشیر را در قصاص افزوده و می‌گوید: از قاتل با شمشیر یا هر چیزی که مشابه شمشیر باشد قصاص می‌شود نه با غیر آن. (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۷، ص ۷۲).

لکن از فقهای معاصر کسانی هستند که در مجازات قصاص، به خصوصیت شمشیر معتقد نیستند. فقیه معاصر جناب حکیم در این مورد به صحیح حلبی و ابی صباح کنانی استناد می‌کند، چون در صحیح از کشتن با شمشیر سخن به میان آمده است و از امام صادق (ع) در باره کسی می‌پرسد که دیگری را با عصا آن مقدار مورد ضرب قرار داده که او جان داده است، آیا قاتلش را به ولی مقتول باید تحویل داد تا او را اعدام کند؟ حضرت در جواب گفته است: بلی. ولی نه به گونه‌ای که با کشتن او بازی کرده و لذت ببرد بلکه اجازه داده می‌شود تا با شمشیر او را به قتل

برسانند، راوی می‌گوید: «سألناه عن رجل ضرب رجلا بعصا فلم يقلع عنه الضرب حتى مات، أيدفع إلی ولی المقتول فيقتله؟ قال: نعم؛ و لكن. ثل لا يترك يعبث به و لكن يجيز عليه بالسيف» (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۷، ص ۲۷۹). آیت الله حکیم در شرح این روایت می‌گوید: به نظر می‌رسد در این حدیث ذکر از شمشیر هیچ خصوصیتی ندارد، بلکه ابزار شایع و پر استفاده در آن زمان برای کشتن بدون عذاب، همان شمشیر بوده است و لذا امام (ع) از آن نام برده است، و گرنه مانعی نیست که او را با ابزار جدیدی که در عدم تعذیب، مشابه آن باشد، تعویض بکند (حکیم، ۱۴۲۷، ص ۴۵-۴۱).

فاضل لنکرانی نیز در مورد این حدیث خصوصیت شمشیر را برای اجرای مجازات قصاص قبول نداشته و می‌گوید: دلیل نام بردن از شمشیر برای تسهیل و تسریع در قتل است و به هیچ وجه خصوصیت ندارد. (لنکرانی، ۱۴۲۱، ص ۳۱۱).

امام خمینی نیز در زمینه قصاص، ابزاری غیر از شمشیر را که

سبب تسهیل و تسریع در قتل شود جایز می‌داند. ایشان در این زمینه می‌نویسد: «هر چیزی که مثل بریدن با ارّه و مانند آن موجب تعذیب زاید بر ضربت شمشیر باشد جایز نیست؛ و اگر کسی چنین بکند گناه کرده است و تعزیر می‌شود، لیکن چیزی بر او نیست. قصاص جز با شمشیر و مانند آن انجام نمی‌شود. لکن بعید نیست با آنچه که آسان‌تر از شمشیر باشد، نیز جایز باشد، مانند شلیک گلوله بر مغز قاتل و یا متصل نمودن او به نیروی برق؛ و اگر به وسیله شمشیر قصاص شد، باید با فرود آوردن شمشیر به گردنش اکتفا شود، هر چند او مرتکب جنایت غرق کردن یا سوزاندن یا کوبیدن به سنگ شده باشد؛ و مثله کردن او نیز جایز نمی‌باشد (امام خمینی، بی‌تا، ج ۲، ص ۵۳۶).

بنابراین، در به کارگیری شمشیر به حیث ابزار دخیل در امثال قصاص اتفاق نظر نیست. فقیهان گذشته بیشتر تمایل به دخالت و اختصاص شمشیر و مشابه شمشیر در قصاص دارند لکن فقیهان متأخر

معتقد به طریقت آن برای امتثال قصاص می‌باشند.

## ۲-۲. مکانیسم اجرای حدود در اسلام

در باب مجازات حدی می‌توان مدعی بود که فقیهان به اتفاق معتقد به شیوه‌های تعریف شده در انجام حدود می‌باشند؛ به خصوص در مجازات رجم و عقوباتی که برای لواط ذکر شده است. در این گونه موارد به یقین ابزار و شیوه‌های تعیین شده برای اجرای احکام کیفری خصوصیت دارد و کسی از فقها را که معتقد به غیر رجم در زنا و یا باورمند به روش‌های دیگری به جای شیوه‌های مجازات در لواط باشند، پیدا نکردم. تعاریف و اظهار نظر فقیهان و کتب فقهی در باب حدود همین برداشت را تأیید می‌کند. محقق حلی در تفکیک حد از تعزیر می‌نویسد: «کل ما له عقوبه مقدره یسمی حدا و ما لیس كذلك یسمی تعزیرا»؛ هر عملی که دارای عقوبت معین باشد حد نامیده می‌شود، اگر چنین نباشد تعزیر است (حلی، ۱۴۰۸، ج ۴، ص ۱۳۶).

کلانتر در حاشیه کتاب لمعه در راستای معرفی حد می‌نویسد: «و معناه شرعاً: التأديب الخاص لمن يرتكب الجرائم و الفواحش المحرمه المذكوره فی هذا الباب. زجرا و تنبیها لفاعلها؛ و ردعا و منعا لمن یرید أن یوجدها و یقدم علیها (شهید ثانی، ۱۴۱۰، ج ۹، ص ۱۱). حد در شریعت تأدیب ویژه است برای کسی که مرتکب جرم و فحشاء و محرمات ذکر شده در باب حدود می‌شود، این تأدیب برای زجر و تنبیه فاعل این محرمات و ردع و منع آن از ارتکاب محرمات ذکر شده در باب حدود اختصاص دارد. ظاهراً مقصود نویسنده از تأدیب خاص، همان مجازات‌های به شیوه خاص و دارای مقدار معین است، بنابراین حدود به حیث مجازات شرعی یک شیوه مشخص دارد، از لازم مفهوم حد یعنی محدود کردن و اندازه‌گیری نمودن نیز همین معنا استنباط می‌شود.

به علاوه با شیوه‌های عقوبت و تأدیب معینی که برای هر حد شرعی در نظر گرفته شده است، نیز این حقیقت تأکید می‌شود؛ از جمله در



شیوه کشتن فردی که با زنان محارم خویش زنا کند، دستور شرع این است که با شمشیر به گردنش باید زد و اعدام نمود (شهید ثانی، ۱۴۱۰، ج ۹ ص ۶۲).

همچنین اگر کسی با زن پدرش زنا کند، باید سنگسار شود، زن و مرد همسر دار که زنا کرده است نیز حدشان این است که سنگسار شود، اما مرد بدون همسر به علاوه بر این که صد تازیانه می خورد، تراشیدن موی سر آن و نیز تبعیدش یک سال از شهر، واجب می شود (فیاض، ۱۳۹۳، ص ۷۱۳).

فردی که در لواط فاعل بوده است به حکم شرع یا از بلندی مثل کوه و دیوار مرتفع انداخته شده یا دیوار روی آن خراب می شود یا با ضربت شمشیر به گردنش اعدام می شود یا امام و مردم او را سنگسار می کند یا در آتش می سوزد. امام به از اجرای هر یک از این مجازاتها مخیر است او می تواند بعد از اعدام اگر صلاح بداند جنازه مجرم را بسوزاند تا هیبت و غلظت بیشتر برای جلوگیری از چنین امر قبیحی

را به نمایش بگذارد (طوسی، ۱۴۰۰، ج ۴ ص ۴، ص ۷۰).

اما شخصی که مفعول قرار گرفته است یا با شمشیر کشته شده و یا سنگسار می شود (فیاض، ۱۳۹۳، ص ۷۱۷)؛ و در حد تفخیز مجرم صد تازیانه می خورد (همان). حد مشروب خواری نیز هشتاد تازیانه است و در سرقت دست دزد بریده می شود و در محارب گفته اند: اگر باکشیدن سلاح مال مردم را بگیرد دست و پایش بریده می شود؛ اگر به علاوه بردن اموال، مرتکب ضرب و جرح نیز بشود امام معصوم مخیر است که او را بکشد یا دار بزند یا دست و پایش را ببرد (همان، ص ۷۳۲). چنانکه از تعاریف حد به دست آمد در باب حدود، شیوه مجازات اکثراً تعیین شده است؛ اما در مورد تعداد مصادیق، یعنی جرایمی که مرتکب آنها محکوم به مجازات معین خواهد شد، بین فقها اختلاف نظر است و رقم ثابتی را همگان قبول ندارند. شش مورد از حدود را می توان نام برد که فی الجملة ابزار معین دارند: زنا، لواط و

سحق، قذف، شرب خمر، دزدی، راهزنی، برخی حد مرتد و محارب را نیز به آنها افزوده‌اند (تبریزی، ۱۴۱۷ ص ۱۰ و ۱۱؛ جمعی از نویسندگان، بی تا، ج ۳۷، ص ۱۱۵).

سعید حکیم فقیه معاصر نیز به صورت صریح استفاده از ابزار تعیین شده در باب رجم و لواط و مشابه آنها را دارای خصوصیت می‌داند (حکیم، ۱۴۲۷، ص ۴۵-۴۱). خلاصه، در ابزار و شیوه قصاص اختلاف است که دخالت در امتثال قصاص دارد یا ندارد.

### ۲-۳. مکانیسم اجرای تعزیر در اسلام

مجازات تعزیر در اکثر موارد برایش روش خاص و مقدار مشخص تعیین نشده است، بلکه به تشخیص حاکم شرع می‌باشد. شهید اول در تبیین مجازات تعزیری و فرق آن با مجازات حدی می‌نویسد: «یفرق بین الحد و التعزیر من وجوه عشرة: الأول: فی عدم التقدير فی طرف القلة و لکنه مقدر فی طرف اکثره بما لا يبلغ الحد» (شهید اول، بی تا: ج ۲ ص ۱۴۲). بین مجازات حدی و مجازات

تعزیری ده فرق وجود دارد، نخست این که هیچ حد اقلی برای مجازات تعزیری نیست، لکن از ناحیه کثرت محدود به مرتبه پایین تر از حد اصطلاحی می‌باشد.

شهید ثانی در کتاب مسالک تعزیر را به این شیوه معرفی می‌کند: «و التعزیر لغة: التأديب؛ و شرعاً: عقوبة أو إهانة لا تقدر لها بأصل الشرع غالباً»، تعزیر از نظر لغت تأدیب و در شرع، مجازات یا اهانتی است که غالباً در شرع مقدار آن تعیین نشده است (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۱۴، ص ۳۲۵).

کلمه «غالباً» در عبارت مسالک اشاره به این است که در تعزیر نیز مواردی هستند که مجازات آنها از سوی شریعت مشخص گردیده است. از جمله در جامع عباسی، سی و پنج مورد از تعزیرات را شمارش می‌کند که در پنج مورد آن کیفیت و مقدار تعزیر تعیین شده است. وی در این زمینه می‌نویسد: «تعزیر در لغت عرب بمعنی تأدیب بوده و بحسب شرع عقوبت و یا اهانتی است متعلق به جماعتی که گناہانی مستوجب حدّ از آنان صادر نگردد؛ مقدار آنها

را شارع معین نکرده است، مگر در پنج موضع که مذکور خواهد شد، در مجموع گناهانی که سبب تعزیر می‌شود بر سی و پنج قسم است» (بهاء الدین عاملی، بی‌تا، ج ۲، ص ۴۲۷).

به هر حال، معلوم روشن است که دست کم برخی از مجازات به یقین دارای نوع معین، ابزار و مقدار مشخص و روش‌های تعریف شده می‌باشد. اکنون پرسش این است که شیوه‌های تعیین یافته در این گروه از مجازات را می‌توان عوض کرد و معتقد به طریقت آن‌ها بود و یا ابزارهای به‌کار رفته در اجرای آن مجازات موضوعیت دارد و قابل تعویض نیست، چراکه در امتثال احکام کیفری دخیل است؟ اینک ادله هریک از دو گرایش را مرور کرده و به نقد و تحلیل می‌گیریم.

### ۳. دلایل طریقت در

#### مجازات اسلامی

در این جا می‌توان به چند ویژگی به حیث دلیل و یا شاهد جهت اثبات طریقت در شیوه‌های مجازات

اسلامی استناد کرد. این استناد هم شامل احکام کیفری می‌باشد که روش‌های تعریف شده‌ای دارد و هم شامل احکامی می‌گردد که روش‌های تعریف شده ندارد. چنین ویژگی‌ها را می‌توان علائم طریقت برای شیوه‌های مجازات در اسلام قرار داد و بر این مطلب استدلال کرد که در احکام جزایی اسلامی می‌توان به جای روش‌های سنتی، از روش‌های جدید استفاده کرد.

#### ۳-۱. امضایی بودن شیوه‌های

##### مجازات اسلامی

یکی از اموری که به عنوان دلیل و یا شاهد برای طریقت شیوه مجازات اسلامی ممکن است ارائه شود، عدم تعبد و توقیفیت در مجازات اسلامی و امضایی بودن آن‌ها و نیز وجود آن‌ها در دیگر جوامع و یا سابقه آن‌ها در قبل از اسلام است. شیوه‌های مجازات اسلامی در بین جوامع گذشته وجود داشته است و از این می‌توان استفاده کرد که شیوه‌های مجازات خود

موضوعیت ندارند و امور امضایی هستند.

از جمله الواح سومری، از قدیمی‌ترین اسنادی است که قوانین بشری را در خود جای داده است. قدمت این الواح که مربوط به زمان سومریان در بین‌النهرین است، به ۲۴۰۰ سال قبل از میلاد مسیح برمی‌گردد. در بخشی از این اسناد تاریخی آمده است: «کسی را که دزدی کرده و زنی را که با دو مرد زناشویی کرده، باید سنگسار کرد» (کدخدایی، ۱۳۹۰، ش ۶۷).

در زمان هخامنشیان در ایران، مجازات سنگسار به منزله کیفر خیانت به وطن، هتک ناموس و ایجاد رابطه با کنیزان پادشاه پیش‌بینی شده است. در زمان ساسانیان نیز این مجازات وجود داشته است (همان).

در ادیان غیر اسلامی نیز همین مجازات وجود داشته است. در تورات راجع به مجازات سوزاندن این چنین سخن رفته است: هرگاه مردی با زنی و نیز با مادر آن نزدیکی بکند، گناه بزرگی کرده است و هر سه باید زنده

زنده سوزانده بشود تا این لکه ننگ از دامن شما پاک شود (عهد قدیم، کتاب لاویان، فصل ۲۰، آیه ۱۴).

در سده‌های میانه در اروپا معمولاً برای اعدام جادوگران، آن‌ها را در آتش می‌سوزاندند. همچنین کلیسا برای اعدام مخالفان خود، از این روش استفاده می‌کرد. در آلمان تعداد زیادی از کسانی که مردم به آن‌ها ظن جادوگری داشتند به این روش اعدام می‌شدند و تا قرن ۱۸ این قانون و اعدام به این روش مرسوم بوده است. در هند باستان، این نوع اعدام به نام جاوهر، ساتی، انجام می‌شده است.

به صلیب کشیدن یا صلب یکی از شیوه‌های شکنجه و اعدام در دوران باستان بوده است. در سال ۳۳۲ پیش از میلاد، اسکندر مقدونی پس از آن‌که توانست دفاع شهر صور را در هم بشکند و ارتش صور را شکست دهد. براساس آنچه در منابع تاریخی آمده است ۶ هزار مرد در آن روز به دست او کشته شدند. اسکندر دستور داد تا ۲ هزار نفر از مردان جوانی را که احتمال می‌رفت به

ارتش صور بیبوندند در طول ساحل  
صور به صلیب بکشند.

مجازات سنگسار نیز یکی از  
شیوه‌های رایج در زمان شکل‌گیری  
کتاب مقدس بوده است. برخی از  
جرایمی که در عهد قدیم مستوجب  
سنگسار می‌شده عبارت است از:

۱. قربانی فرزند برای بت‌ها:  
هرکس فرزندان خود را برای بت  
مولک قربانی کند، قوم اسرائیل باید  
او را سنگسار کنند (عهد قدیم، کتاب  
لاویان، فصل ۲۰، آیات ۱ و ۲).

۲. جادوگری: احضار کننده روح  
یا جادوگر باشد چه مرد باشد یا زن  
باید کشته شوند، آنان را سنگسار  
کنید. خون ایشان بر خود ایشان  
است (عهد قدیم، کتاب لاویان، فصل  
۲۰، آیه ۲۷).

۳. کفرگویی: هر که اسم یهوه را  
کفر گوید، هر آینه کشته شود،  
تمامی جماعت او را البته سنگسار  
کنند، خواه غریب، خواه متوطن،  
چون که اسم یهوه را کفر گفته است  
(کتاب مقدس، لاویان، فصل ۲۴  
آیات ۱۰-۲۳).

۴. زنا: برای نمونه، در عهد قدیم  
در باره زنا چنین آمده است:

اگر دختری باکره که نامزد مردی  
شده به مردی برخورد کند و آن مرد  
در آن شهر با وی جمع شود، باید آن  
دو را به طرف دروازه آن شهر بیرون  
ببرید و هردو را سنگ‌باران کنید تا  
بمیرند، آن دختر به جرم اینکه در  
شهر بود و می‌توانست فریاد بزند و  
برای حفظ ناموس خود مردم را به  
کمک طلب کند و آن مرد را به جرم  
اینکه زن صاحب شوهری را دلیل و  
بی‌آبرو کرده. پس به وسیله  
سنگ‌باران شر را از بین خود بیرون  
کنید (عهد عتیق، کتاب تثنیه، فصل  
۲۲، آیات ۲۴-۲۲). همین‌طور در  
تورات درباره دختری که در خانه پدر  
زنا کرده (آن هم نه زنا محصنه)،  
آمده است: «... آنگاه دختر را به در  
خانه پدرش آورده و مردمان شهر او  
را سنگسار نمایند تا بمیرد زیرا در  
بنی اسرائیل قباحه کرده است»  
(عهد عتیق، کتاب تثنیه، فصل ۲۲  
آیه ۲۱).

در مسیحیت نیز این گونه  
مجازات وجود دارد، در اناجیل

تحریف شده هنوز این احکام باقیست و آیاتی بر وجود حکم سنگسار و تقریر اجمالی آن از سوی حضرت عیسی (ع) وجود دارد. فصل هشت انجیل یوحنا درباره حکم زن زناکاری است که حضرت عیسی (ع) در مورد او چنین مقرر داشته است: «فریسیان زنی را که در حال زنا گرفته بودند، کشان کشان در مقابل جمعیت آوردند و به عیسی گفتند: استاد! ما این زن را به هنگام عمل زنا گرفته ایم. او مطابق قانون موسی باید کشته شود، ولی نظر شما چیست؟ عیسی سر را پایین انداخت و با انگشت بر روی زمین چیزهایی می نوشت. سران قوم با اصرار می خواستند که او جواب بدهد. پس عیسی سر خود را بلند کرد و به ایشان فرمود: بسیار خوب، آن قدر بر او سنگ بیندازید تا بمیرد. ولی سنگ اول را کسی به او بزند که خود تا بحال گناهی نکرده است» (انجیل یوحنا، فصل ۸، آیات ۴-۱۱).

اجرای گسترده سنگسار برای جرائم مختلف، از سوی حکومت هایی که به پشتوانه کلیسا و عالمان مسیحیت اجرا می شد، نیز شاهد

دیگری بر این ادعاست (کدخدایی، مقاله پژوهشی، شماره ۶۷، بهار ۱۳۹۰، صفحه ۱۳-۶۴).

اینک براساس پیشینه این مجازات در قبل از اسلام از یک سو و شیوه اسلام بر امضای سنت های مثبت و سازنده اقوام و ملل و تأکید بر حفظ مقررات و ضوابط عرفی مفید و خلاق از سوی دیگر، جای شگفت نیست که گفته شود روش های مجازات در اسلام تعدی نبوده بلکه امضایی است و صبغه طریقت دارد؛ در بخش وسیعی از قوانین شرعی بدون آنکه تأسیسی صورت گرفته باشد، قواعد عرفی جوامع گذشته تقریر و به رسمیت شناخته شده است؛ مانند احترام به ماهای حرام و تحریم جنگ در این ماها و بهره گیری از شیوه های متعارف جنگی و التزام به عدم تعرض نسبت به سفرا و نمایندگان خارجی، تمام اینها به امضای اسلام رسیده است (زنجانی، ۱۴۲۱، ج ۱، ص ۴۶۲).

مکانیسم تقسیم احکام شرعی به تأسیسی و امضایی، عرفی بودن شیوه مجازات در اسلام را تأکید

می‌کند؛ چنانکه فقیهان عقیده دارند مقررات اسلامی به دو بخش بزرگ تقسیم می‌گردد، یک بخش عبادات و حلال و حرامی است که ثابت و غیر قابل تغییر می‌باشد، چون عقل ما همه مصالح آنها را درک نمی‌کند؛ در این بخش می‌بایست مشخصاً بر اساس وحی باید عمل کرد؛ به این رشته قوانین، احکام تأسیسی گفته می‌شود. آنها احکامی است که مسبوق به سابقه‌ای نیست و از سوی شارع مقدس اسلام ابتکار شده است؛ غالب احکام عبادات و بسیاری از احکام مربوط به حلال و حرام از این سنخ است. فی المثل در شرع اسلام انواعی از گوشت‌ها تحریم گردیده و انواعی نیز حلال معرفی شده است و یا درباره مشروبات و امثال آنها که هرگز مسبوق به سابقه‌ای نیست و احکام منحصر به فرد دارد، این سلسله احکام تأسیسی می‌باشد.

دوم قوانین و مقررات مربوط به بخش امور اجتماعی است که همیشه در حال تغییر می‌باشد، می‌بایست همواره اجرا و عدم اجرای آنها با محاسبه سود و زیان صورت

بگیرد (مکارم شیرازی، ۱۴۲۷، ص ۵۶۴).

دین اسلام در سایه تقسیم احکام به دو دسته مزبور آداب و مقررات اجتماعی عقلاء را بلکه مقررات عرفی دوران جاهلیت را نیز صحه گذاشته و آنها را امضا کرده است از این رو ممکن است ادعا کرد اگر پیامبر اسلام در زمان ما ظهور می‌کرد بر بسیاری از احکام عرفی موجود در این زمان نیز صحه می‌گذاشت، زیرا قوانین عرفی عصر ما، به یقین از مقررات دوران جاهلیت پیشرفته‌تر و انسانی‌تر است. بر اساس تقسیم احکام اسلام به امضایی و تأسیسی می‌باید در غیر دایره عبادات به سراغ احکام عرفی در هر عصر و زمان برویم و آنچه را که به عنوان حقوق بشر و احکام مجامع بین‌المللی یا احکام مصوب مجالس قانون‌گذاری به رسمیت شناخته می‌شود، پذیرا بشویم.

حال احکام جزایی و کیفری اسلام نیز یک بخش از مجموعه احکام شرعی می‌باشد، در نتیجه این رشته احکام نیز به تأسیسی و

امضائی تقسیم می‌شود، ممکن است در باب شیوه اجرای مجازات در اسلام که از امور اجتماعی است معتقد شد که از سنخ احکام کیفری امضائی می‌باشد، یعنی شارع حکیم سنت و مقررات رایج در آن زمان‌ها یعنی جوامع گذشته را در باب مجازات امضاء کرده است، خود شیوه جدیدی را پیشنهاد نداده است تا قابل تبدیل نباشد، اکنون که تغییر فاحشی در ساختار اجتماعی روزگار ما رخ داده و سنت‌های گذشته کاملاً عوض شده است، نمی‌توان شیوه‌های مجازات در گذشته را برای امروز جاری و محفوظ دانست.

#### نقد و بررسی پیشینه و عرفیت قوانین کیفری اسلام

دلیل و یا شاهی که از پیشینه قوانین کیفری اسلام برای طریقی بودن شیوه مجازات در اسلام اقامه شد از چند جهت قابل نقد بوده و مخدوش است:

الف) اول این که معنای احکام امضایی در اسلام، به مفهوم عدم تعبد و عرفی بودن احکام اسلام نیست- تعبد در این جا به معنای

معلوم نبودن غرض و فلسفه احکام است نه به معنای لزوم قصد قربت در احکام- یعنی این گونه نیست که تمام مصالح و مفاسد و اغراض و فلسفه احکام جزایی اسلام برای ما معلوم باشد، چون تمام آنچه عقلای اهل عرف به آن اذعان و معرفت داشته و در میان‌شان رایج بوده از نظر اسلام مورد قبول قرار نگرفته است، بلکه احکام و مقررات نامبرده نخست مورد سنجش قرار گرفته، صلاح و فساد آن کنترل و نظارت شده تا در نهایت با دخل و تصرف و یا به صورت کامل بی هیچ تصرفی به حیث یک نظام اصلح تشریحی به امضای شارع مقدس رسیده است، شبیه آنچه که در مورد بیع و ربا دارد: «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَ حَرَّمَ الرِّبَا» (بقره، آیه ۲۷۵). بر وفق این مفاد این آیه، بیع به حیث احکام اسلام پذیرفته و ربا به عنوان اسباب درآمد اجتماعی مردود شده است. سرانجام احکام و آداب اجتماعی گذشته را اسلام با نظارتی که داشته به یکی از دو طریق صریح و سکوت تأیید کرده است؛ سکوت به این معنا که یک نوع قرارداد اجتماعی یا سنتی در میان



مردم و در محیط زندگی امامان معصوم رایج بوده و آنان نهی نکرده‌اند، این سکوت به طوری بوده که از آن رضایت و امضای عمل، مفهوم بوده است.

بنابراین احکام امضایی در اسلام احکامی است که اساس و پایه آن را عقلای اهل عرف گذاشته‌اند و لی شارع مقدّس با امضاء خویش بر آن نظارت داشته و صلاح و فساد آن را کنترل کرده است و سپس با سکوت و عدم ردع و گاه با تصریح، رضایت خویش را بر آن اعلام نموده است و یک چنین نظارتی احکام و کیفر اجتماعی را از حالت عرفیت محض بیرون آورده و صبغه تعبد داده است.

ب) دوم، این پنداشت که اسلام همان آداب و رسوم جنایی عرف را در گذشته با شرایطی که داشته تأیید کرده است و اینک آن شرایط وجود ندارد، پس می‌تواند با عوض شدن شرایط شیوه مجازات عوض شود، مخدوش است؛ زیرا قطعی نیست که سنت رایج آن زمان تمام موضوع برای حکم شرعی باشد، آری اگر فقیه از تتبع در روایات و تاریخ

بشری، قرائن قطعی به دست آورد که تمام موضوع و ملاک قطعی برای حکم کیفری مورد نظر همان سنت رایج آن زمان بوده است، با تغییر آن سنت تغییر شیوه حکم کیفری نیز قابل قبول است؛ زیرا در حقیقت موضوع حکم تغییر یافته است به تبع آن حکم نیز باید تغییر کند و لکن یافتن قرائن قطعی بر موضوعیت تامه سنت‌های گذشته برای احکام شرعی، قابل تأمل و مخدوش است (منتظری، بی‌تا، ج ۲، ص ۵۶۶).

ج) به صرف این که قبل از اسلام و در میان جوامع دیگر و یاحتی در صدر اسلام چنین عرفی و یا چنین شیوه مجازاتی وجود داشته است، دلیل نمی‌شود این حکم را از مختصات همان شرایط و عرف گذشته بدانیم و اینک در صدد عوض کردن آن باشیم. زیرا گشودن چنین بابی بدون آن که دلیل متقنی برایش داشته باشیم، منجر به آن خواهد شد تا سخن کسانی که اسلام را دین زاییده محیط آن روز عرب می‌دانند، به ثبوت برسد؛ یعنی این نظریه، شیوه قانون‌گذاری اسلام را که دین

خالد است به شدت مخدوش می‌کند؛ زیرا دینی که ادعای خاتمیت دارد و خود را شایسته اجرا در تمام زمان‌ها و مکان‌ها می‌داند، چگونه به تحولات جامعه توجهی نداشته و با این شدت و قاطعیت بر حکمی پافشاری بکند، بدون آنکه اشاره‌ای به دخالت عرف حاکم در مسأله داشته باشد (مرعشی شوشتری، ۱۴۲۷، ج ۱، ص ۲۲۳).

د) سرانجام این ایده منتهی به انکار بخش عمده احکام اسلامی و بسیاری از ضروریات دین می‌شود و چیزی برای اسلام جز محدوده عبادات باقی نمی‌ماند و این خلاف اجماع و ضرورت اسلام است و هیچ یک از علمای اسلام با آن موافق نیست. مفهوم این سخن آن است که ارسال رسل و انزال کتب و زحمات سلسله انبیا و اولیاء تنها برای این بوده است که عباداتی را به مردم بیاموزند و در بقیه امور با عقل و فکر خود، هرچه مصلحت دیدند انجام دهند. علاوه بر این که می‌دانیم فکر انسان هر قدر پیش رفته باشد همیشه به مصالح واقعی راه نمی‌یابد و در بسیاری از اوقات خطا می‌کند.

دلیل آن دگرگونی سریع قوانین بشری و تضاد قوانین در جوامع مختلف با یکدیگر است. به یقین خداوندی که انسان را برای سعادت آفریده، باید دست او را در شئون مختلف زندگی بگیرد و به راه راست هدایت کند.

احکام امضایی به این معنا نیست که اسلام همه احکام عرفی را در غیر عبادات پذیرفته است، فی المثل هیچ شاهدهی وجود ندارد که شارع، بنای عقلا را به عنوان مصداق کارهای عرف به کلی امضا کرده باشد، بلکه آنچه ثابت و مسلم است این است که بعضی از بناهای عقلا از جانب شارع طرد و ردع شده و بعضی از آنها امضا شده است. پس باید تک تک بناها و مقررات فعلی عقلا را مورد بررسی قرارداد تا روشن شود که آیا چنین بنایی معاصر معصوم بوده است یا نه؟ اگر ثابت شود که بنایی خاص با همین قالب فعلی یا جوهره آن در عصر معصوم بوده و با عدم ردع و سکوت معصوم مورد امضا واقع شده، حجت است و گرنه نمی‌توان حجیت آن را از طریق امضاء ثابت کرد.

## ۲-۳. تفکر اصالت دادن به اهداف مجازات

ممکن است گاهی برای اثبات طریقت روش‌های مجازات در اسلام استدلال شود که به یقین قصد اسلام از تشریح قوانین کیفری و چنین مجازات‌هایی انتقام جویی و یک سلسله عقوبت‌های بی هدف نیست، بلکه همانند دیگر قوانین اسلام اهداف بلندی در تعیین و اجرای چنین مجازات‌هایی مترتب است. از این رو، مهم در این باب تأمین اهداف و مقاصدی است که شارع مقدس بر شیوه مجازات بدنی مترتب کرده است، اگر این اهداف به غیر از روش و یا ابزار تعیین شده محقق شود، چه دلیلی وجود دارد که تاکید بر موضوعیت و سببیت ابزار و شیوه‌های ویژه مجازات در اسلام شود؟ از جمله اهداف و مقاصد شارع از نحوه مجازات‌ها امور زیر می‌تواند باشد و این اهداف با شیوه‌های دیگری نیز ممکن است تأمین شود.

۱. محافظت از دین، جان، عقل، ناموس و مال انسان‌ها

این موضوع هدف اصلی مجازات اسلامی است. به تعبیر امام محمد غزالی مجازات اعدام کافر گمراه کننده و کیفر بدعت‌گذار برای حفظ دین مردم، مجازات قصاص برای حفظ جان مردم و کیفر می‌گساری برای حفظ عقل مردم است. همان‌طور که کیفر زنا برای حفظ نسل، نسب و حرمت نوامیس مردم و عقوبت سارق و غاصب در راستای حفظ مال مردم است (غزالی، ۱۴۲۰، ص ۱۰۳).

۲. قدرت بازدارندگی و حفظ حیات جامعه

از ویژگی‌های سیستم جزائی کارآمد اسلام بازدارندگی است، اسلام برای قتل نفس، حکم اعدام را گذاشته‌اند تا کسی مرتکب قتل نفس نشود، حکم زناى محصنه را برای این سنگین و شدید گرفته‌اند که زنان و مردان متأهل، به یک دیگر خیانت نکنند و خانواده و جامعه به کثافت و رذالت کشیده نشود.

از سویی کیفرها سخت و بی هیچ تبعیضی نسبت به مجرمین، جامعه باید اجرا بشود لهذا جامعه را

در مقابل ارتکاب کجروی‌ها مصونیت می‌بخشد. از رسول خدا (ص) نقل شده است: «اقامه حدّ خیر من مطر اربعین صباحاً» (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۷، ص ۱۷۴). «اجرای حدی (از حدود الهی) بهتر از چهل شبانه روز باران است. همان طوری که زمین بدون آب و باران قابلیت برای زندگی را از دست می‌دهد، جامعه بدون حدود الهی نیز قابلیت ادامه حیات اجتماعی را از دست می‌دهد.

۳. اجرای عدالت و تأمین حقوق فطری بشر

یکی از ویژگی‌های ممتاز مجازات اسلامی این است که هماهنگ با فطرت انسانی و در جهت تأمین حقوق فطری و الهی انسان است؛ ارتکاب جرم و گناه تجاوز به حقوق دیگران و ظلمی در حق آنان است. با اجرای مجازات عادلانه، اگر ظلمی اتفاق افتاده، برای جبران آن کیفری متناسب با آن قرار داده شده است. پس هر کیفر، دارای این محاسن است که از یک سو موجب اعمال عدالت و شفای سینه ستم دیدگان و حقوق از دست رفته آنان می‌شود و از سوی دیگر اجحاف و

ظلمی در حق مجرم نیز نکرده است، چون خداوند عادل و عالم و حکیم است حساب همه چیز را دارد.

۴. ایجاد اعتماد در جامعه

نظام کیفری اسلام تأمین کننده و ضمانت بخش اصل «اعتماد» در جامعه اسلامی است. اسلام با قوانین دقیق خود، اساس همه فعالیت‌های اجتماعی را اعتماد قرار داده است و این اعتماد سازی را از درون خانواده و همسایگان گرفته تا دیگر گروه‌های اجتماعی و در سطح وسیع‌تر اعتماد همه متدینین نسبت به یکدیگر، استمرار بخشیده است. اساس این محافظت را نظام کیفری و عقوبات اسلامی فراهم می‌کند.

۵. تطهیر فرد مجرم و آمرزش

گناهان

جرم و گناه نوعی پلیدی و آلودگی است و ارتکاب آن موجب آلودگی شخص گناه کار می‌باشد. این آلودگی تنها با مجازات متناسبی که در اسلام آمده است پاک می‌گردد، از روایات استفاده می‌شود که با اجرای عقوبت یک گناه در این دنیا، شخص گنهکار از آن گناه پاک

و تطهیر می‌شود. حمران گفته است: از امام باقر (ع) درباره مردی که در دنیا حدّ بر او اجرا شده، پرسیدم که: آیا در آخرت هم عذاب می‌شود؟ حضرت در جواب فرمود: «خداوند بزرگ‌تر از آن است» (بروجردی، ۱۴۲۹، ج ۳۰ ص ۵۰۵) و نیز از رسول خدا رسیده است که فرمود: «هرکس گناهی کند و در دنیا به مجازات آن برسد، خداوند عادل‌تر از آن است که دوباره بنده‌اش را مجازات بکند و هر کس که گناهی را مرتکب شود و خداوند آن گناه را بروی در دنیا بپوشاند، خدا بزرگوارتر از آن است که درباره چیزی که از آن عفو کرده، تجدید نظر بکند».

(همان).

به باور بعضی از محققان و نویسندگان مسلمان امور ذیل می‌تواند از مجموعه اهداف مترتب بر مجازات اسلامی باشد:

الف) زجر و منع مردم از ارتکاب جرائمی که موجب عقوبت و مجازات شود؛

ب) صیانت و حراست از جامعه در برابر فساد و منکرات؛

ج) بازداشتن متهم از وقوع در جریمه بار دیگر؛

د) اصلاح جانی و تهذیب و تربیت آن به جای تعذیب؛

ه) خشکاندن ریشه جرائم و عدم ترویج آن در جامعه؛

و) منع از عادت به خونخواهی و خونریزی جهت جلوگیری از انتشار جرائم؛

ز) خاموش کردن آتش کینه و جلوگیری از مشتعل شدن آن در نزد ستم رسیده و بستگانش؛

ح) تحصیل امنیت و تحقیق عدالت در تمام شئون زندگی اجتماعی. (التویجری، بی‌تا، ص ۲۳۵).

اینک ممکن است چنین ادعا شود که هدف در مجازات، اصل و اساس می‌باشد، از این رو آنچه اهمیت دارد تحصیل همین اهداف است به هر روش که انجام شود و چنین اهدافی با شیوه مجازات امروزی نیز قابل برآورده شدن و تأمین کردن می‌باشد، پس نیازی نیست که به شیوه سنتی و

پیشنهادی در اسلام انجام شود تا از این طریق دین اسلام منفور انسان‌ها شده و یک دین خشن جلوه نماید.

#### نقد و بررسی تفکر اصالت اهداف

یک. به صورت کلی مجازات در اسلام برای مسلمانان، یک مسئولیت و تکلیف از جانب خداوند تلقی می‌شود، از سوی دیگر علم بشر نسبت به علم خداوند محدود و ناچیز است، معلوم نیست، شیوه‌های که انسان‌ها برای مجازات در نظر می‌گیرد تمام اهداف معنوی و اجتماعی مترتب بر مجازات در اسلام را تأمین بکند، صرفاً در حد یک احتمال می‌باشد، لذا انسان شک می‌کند که مکلف باشیوه‌های پیشنهادی، بشر بریء الذمه از انجام تکلیف در پیشگاه خداوند می‌شود، یانه؟ در اینجا به اصطلاح شک در مکلف به است باید احتیاط شود، احتیاط نیز مقتضی اجرای مجازات به شیوه اسلامی آن می‌باشد، اصل و قاعده نیز در زمان شک در حجیت و اعتبار، عدم حجیت است.

دو. معلوم نیست روش‌های بشری جامع‌نگری و بازدارندگی

مناسب در مقایسه با شیوه‌های مجازات در اسلام را داشته باشد و حقوق شخص جنایت رسیده تأمین شده و این مجازات عادلانه تلقی شود، چون نگاه بشری معمولاً به شیوه کسی است که به او جنایتی نرسیده است، در حالیکه مجازات می‌بایست جامع‌نگر باشد، از منظر کسی که تجاوز به ناموس یا جان یا اموال او رفته است نیز باید نگاه شود، عواطف و احساسات و حقوق او نیز باید در نظر گرفته شود.

سه. قدرت تشخیص بشر اندک است، نمی‌داند که به چه کسی باید رحم شود و چه کسی مستحق رحم نیست، لذا قرآن در باب مجازات زن و مرد زانی و زانیه می‌گوید هرگز در اجرای مجازات آنان نباید رحمت و رأفت نشان دهید چون این رحمت و رأفت بی‌جاست، شما نمی‌فهمید که چه ضرری در پی دارد (نور، آیه ۲). این آیه تأکید بر این دارد که در اجرای این حد الهی گرفتار محبت‌ها و احساسات بی‌مورد نشوید، احساسات و محبتی که نتیجه‌ای جز فساد و آلودگی اجتماع ندارد.

باری دستور به حضور جمعی از مؤمنان در صحنه مجازات، نشان می‌دهد که هدف تنها این نیست که گنهکار عبرت بگیرد، بلکه هدف آن است که مجازات او سبب عبرت دیگران هم بشود و به تعبیر دیگر: با توجه به بافت زندگی اجتماعی بشر، آلودگی‌های اخلاقی در یک فرد ثابت نمی‌ماند و به جامعه سرایت می‌کند، برای پاکسازی باید همانگونه که گناه برملا شده مجازات نیز برملا گردد (مکارم، ۱۳۷۴، ج ۱۴، ص ۳۶۰).

در این موضوع حدیث جالبی از پیامبر (ص) نیز نقل شده است که توجه به آن در فهم این موضوع بسیار مهم می‌باشد: «یؤتی بوال نقص من الحد سوطا فیقال له لم فعلت ذاک؟ فیقول: رحمة لعبادک، فیقال له انت ارحم بهم منی؟! فیؤمر به الی النار و یؤتی بمن زاد سوطا، فیقال له لم فعلت ذلک؟ فیقول لینتهوا عن معاصیک! فیقول: انت احکم به منی؟! فیؤمر به الی النار!» (ابن أبی جمهور، ۱۴۰۵، ج ۲، ص ۱۵۳).

روز قیامت بعضی از زمامداران را که یک تازیانه از حد الهی کم کرده‌اند در صحنه محشر می‌آورند و به او گفته می‌شود چرا چنین کردی؟ می‌گوید: برای رحمت به بندگان تو! خطاب از پروردگار به او می‌رسد: آیا تو نسبت به آن‌ها از من مهربانتر بودی؟! دستور داده می‌شود او را به آتش بیفکنید! دیگری را می‌آورند که یک تازیانه بر حد الهی افزوده، به او گفته می‌شود: چرا چنین کردی؟ در پاسخ می‌گوید: تا بندگان از معصیت تو خودداری نکنند! خداوند می‌فرماید: تو از من آگاه‌تر و حکیم‌تر بودی؟! سپس دستور داده می‌شود او را هم به آتش دوزخ ببرند.

### ۳-۳. نگاه مفسر محوری در مجازات اسلامی

گاهی ممکن است ادعایی شبیه مدعای هرمنوتیک فلسفی را در زمینه مجازات اسلامی تطبیق کرد و چنین گفت که روند فهم مجازات در اسلام یک روند محدود به مؤلفه‌ها و شیوه‌های خاص نیست، بلکه تفسیر

متون به صورت مطلق و تفسیر مجازات به صورت خاص، پدیده مفسر محور است، نه متن محور و یا مؤلف محور. لذا، فهم یک متن بر ایند امتزاج افق ذهنی مفسر در هر زمان با افق معنایی متن است، از این رو که ذهنیت و پیش داوری‌های مفسر نیز مولد عمل فهم است و این پیش دانسته‌ها و پیش داوری‌های انسان هر روز جدید می‌شود و یا پیش داوری‌های جدیدی را در عملیه تفسیر خودش دخالت می‌دهد، در نتیجه، روند تفسیر مجازات به معانی، مؤلفه‌ها و شیوه‌های خاص محصور نمی‌شود، بلکه روند پویا و تغییرپذیر است و می‌توان بر حسب تغییر اوضاع و شرایط شیوه‌ها و ابزار مجازات را در اسلام به گونه دیگری تفسیر کرد.

هیچ فهمی بر فهم دیگر از شیوه‌ها و ابزار مجازات ترجیح ندارد، اگر در عرض هم چند نفر روش‌های مجازات را چند گونه بفهمند تمام این فهم متعدد، به یکسان از اعتبار برخوردار است، یعنی هیچ تفسیری بر تفسیر دیگر رجحان ندارد، عقل حکم می‌کند از میان این تفاسیر باید

آن یکی را انتخاب کرد که هزینه کمتر داشته باشد و منصفانه‌تر و سهل‌تر باشد (حسین‌زاده، ۱۳۸۳، ص ۱۱۱).

هرمنوتیک فلسفی ناظر به پدیده فهم است، فهم متن باشد یا فهم یک حالت روانی یا فهم یک رفتار اجتماعی باشد هیچ فرقی نمی‌کند، اختصاص به متن نیز ندارد، ممکن است در باب مجازات چنین گفته شود که فهم انسان از شیوه مجازات با زمان گذشته فرق کرده است. اگر در گذشته موضوعیت فهمیده می‌شد اینک از آن طریقیت می‌فهمد، یعنی اصالة الظهور که مبنای برداشت و فهم است هویت تاریخی دارد، هرکسی در دایره پیش فهم‌ها و پیش‌فرض‌ها و انتظارات خاصی که دارد ظهورگیری می‌کند، فقیهان بر اساس پیش فرض‌های خویش ظهورگیری کرده و موضوعیت را فهمیده‌اند، اما دانشمند دیگری ممکن است بر اساس پیش فرض‌های که دارد طریقیت را بفهمند.



## نقد و بررسی نگاه مفسر محوری

حرف اساسی هرمنوتیک فلسفی این بود که تفسیر مجازات یک روند تحدید یافته به معانی و شیوه‌های خاص نیست، از اعمال مجازات می‌شود قرائت‌های عدیده داشت، چون ما مراد و نیت مؤلف را نادیده می‌گیریم بلکه با متن سروکار داریم، هرمتنی این قابلیت را دارد که چند گونه فهم بشود.

چنین ادعای قابل قبول نیست، زیرا اولاً ما با متن دینی سروکار داریم که نیت مؤلف و مولی مهم است. چراکه هرگونه فهمی غیر از نیت مؤلف و مولی هرگز تکلیف آور نبوده و برای ما حجیت ندارد، ثانیاً نوشتار و گفتار دایماً وسیله‌ای برای رساندن پیام است، حتی اگر نیت مؤلف را نادیده بگیریم نمی‌توانیم قرائت دلخواهی از شیوه مجازات در اسلام داشته باشیم، زیرا میان الفاظ و معانی آن‌ها پیوندی وجود دارد که به سلیقه‌ها وابسته نیست، حتی در معانی مجازی نمی‌توان هر لفظی را معبر هرگونه معنای مجازی دانست چه رسد به معنای حقیقی مجازات‌ها

که هرگز هرگونه قرائت را پذیرا نیست، نمی‌توان گفت بر اساس هر اسباب شکنجه که امروز و فردا ابتکار شده و می‌شود یک قرائت جدید از مجازات را باید افزود.

## ۴. موضوعیت مجازات

### اسلامی و دلایل آن

از ظاهر و صریح نظریات و فتوهای فقها موضوعیت شیوه‌های مجازات فهمیده می‌شود. البته تفحص در آثار گذشتگان نشان می‌دهد که گفتگو از طریقت یا موضوعیت شیوه‌های مجازات در بین آنان مطرح نبوده، گویا موضوعیت داشتن روش‌ها و ابزار تعیین شده در نزد آنان فی الجمله مانند باب حدود یک امر قطعی بوده است. پرسش از طریقت و موضوعیت ابزارهای مجازات در عصر کنونی مطرح شده است و فقیهان متأخر برخی به صراحت و بعضی نیز به این تعبیر که ظاهر ادله مجازات تعریف شده، موضوعیت را می‌رساند، در این باب اظهار نظر کرده‌اند و بر موضوعیت روشهای تعیین شده مهر تأیید زده‌اند.

#### ۴-۱. کلام فقها در مورد موضوعیت روش‌های مجازات اسلامی

نمونه‌های از نظریات فقهی که بر موضوعیت روشها تأکید دارد، در ذیل مرور می‌کنیم:

۱. از آیه الله لنکرانی پرسش شده است که آیا حکم رجم را می‌توان به انواع دیگری از قتل تبدیل کرد؟ ایشان در جواب نوشته است: «وجهی برای تبدیل رجم به نظر نمی‌رسد» (فاضل، بی‌تا، ج ۲، ص ۴۳۶).

۲) همین موضوع را از آیه الله حکیم نیز پرسیده‌اند؛ ایشان، پاسخ می‌دهد که از ادله استفاده می‌شود که تغییر در روش تعیین شده جایز نیست: «لا یشرع تبدیل الرجم بغيره. عملاً بالأدلة الملزمة به» (حکیم، ۱۴۲۷، ص ۴۵-۴۱). سپس ایشان به ذکر دلایل شرعی آن می‌پردازد و می‌گوید که از جمله در صحیحه ابی بصیر تصریح به عدم تبدیل شده است: «ففی صحیح ابی بصیر عن ابی عبد الله علیه السلام: «قال: الرجم حدّ الله الأكبر و الجلد حدّ الله الأصغر، فإذا زنی الرجل المحصن

رجم و لم یجلد» (طوسی، ۱۳۹۰، ج ۴، ص ۲۰۱). رجم حد اکبر و جلد حد اصغر از سوی خداوند است، هرگاه مرد همسر دار زنا کند باید رجم شود تازیانه نمی‌خورد.

از ایشان سؤال شده است در مواردی که ادله شرعی متضمن شکل خاص از اجرای حدود و یا ابزار ویژه‌ای است، مثل رجم و کشتن با شمشیر، در این موارد آیا کیفیت خاص در قتل و نیز ابزار منصوصه برای حکم موضوعیت دارد یا هدف شارع تنها ازهاق روح و گرفتن جان مجرم است؟

وی در پاسخ گفته است، در مواردی که از روایات خصوصیت ابزار و شیوه خاص استفاده می‌شود مانند رجم و مجازات متعددی که در باب لواط واجب شده است و مشابه آن‌ها موضوعیت و سببیت استفاده می‌شود، به دلیل این که روایات صراحت به دخل خصوصیات و موضوعیت آن‌ها دارد (حکیم، همان).

۳. به همان مضمون از مکارم شیرازی پرسش شده است، در

مواردی که شارع مقدّس شیوه یا ابزار خاصی را در اجرای مجازات در نظر گرفته باشد؛ مانند رجم یا کشتن با شمشیر، در این موارد هدف شارع مقدّس از بین بردن مجرم است، هرچند که با استفاده از ابزار نوین باشد، یا شیوه و ابزار یادشده موضوعیت داشته و انجام کار به همان شیوه و ابزار منصوص باید انجام شود؟ در ادامه پرسیده شده است: در صورت موضوعیت داشتن آن‌ها، چنانچه اجرای رجم یا مجازات‌هایی نظیر مجازات لواط با شیوه‌های منصوص در احادیث، در شرایطی خاصّ به مصلحت اسلام و نظام مقدّس اسلامی نباشد و موجب وهن اسلام و مسلمین بگردد، یا چهره خشن از اسلام یا نظام اسلامی در دنیا نشان دهد، در آن صورت آیا می‌توان ضمن اجرای اصل حکم، شیوه اجرای آن را تغییر داد؟

مکارم در جواب نوشته است: ظاهر ادلّه موضوعیت را می‌رساند؛ ولی با عناوین ثانویه می‌توان آن را تغییر داد و در بسیاری از شرایط در عصر و زمان ما انتخاب شیوه رجم یا

حدّ لواط مشکل دارد (مکارم، بی‌تا، ج ۳، ص ۳۶۲).

۴. از صافی نیز استفتاء نیز پرسیده‌اند که آیا حکم رجم را به انواع دیگری از قتل می‌توان تبدیل نمود؟ ایشان در جواب نوشته است: «ظاهراً تبدیل جایز نیست و باید رجم شود و الله العالم». (صافی، بی‌تا، ص ۳۷۱).

۵. از آیت الله بهجت نیز همین پرسش صورت گرفته است که آیا حکم رجم را می‌توان به انواع دیگر از قتل تغییر داد؟ نام برده پاسخ داده است: «نمی‌توان این کار را انجام داد». دو باره سؤال شده است که اگر به هیچ جهت رجم ممکن نشود، حکم چیست؟ پاسخ گفته است: «حاکم شرع، حکم به تعزیر می‌دهد» (بهجت، بی‌تا، ج ۴، ص ۴۶۰).

۲-۴. دلالت آیات و روایات بر موضوعیت روش‌های مجازات اسلامی

۱. روش مجازات زنای غیر محصن

قرآن کریم راجع به مجازات بدنی زن و مرد زانی غیر محصن به صراحت ابزار و نیز مقدار مجازات بدنی آنان را که صدتازیانه باشد تعیین کرده و می‌گوید: «الزَّانِيَةُ وَ الزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِائَةً جَلْدَةً...» (نور، آیه ۲) زن و مرد زناکار را هر یک صد ضربه بزنید.

این که عذاب بدنی مقید به صد تازیانه شده است، نه کمتر از آن و نه بیشتر، می‌توان مدعی بود تمام این گونه دستورات از روی محاسبه دقیق انجام شده است، این کلام صریح است در این که تازیانه در نوع شکنجه جسمی آنان دخیل است و گرنه شارع می‌توانست به صورت مطلق بگوید شکنجه جسمی بشود، با هر ابزاری که ممکن باشد.

۲. روش مجازات زناى محصن در مورد مجازات زناى محصن از امام باقر (ع) این گونه روایت شده است: «عَنْ زُرَّارَةَ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ ع قَالَ: الْمُحْصَنُ يَرْجَمُ وَ الَّذِي قَدْ أُمْلِكَ وَ لَمْ يَدْخُلْ بِهَا فَجَلْدُ مِائَةٍ وَ نَفَى سَنَةً» (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۷، ص ۱۹۰)؛ یعنی زانی همسردار باید

سنگسار شود، اما کسی که زن داشته و مالک بضع بوده و لکن هنوز نزدیکی نکرده است باید صد تازیانه زده شده و یک سال نفی بلد شود. این که از بین اقسام قتل و شکنجه، سنگسار و صد تازیانه را همراه نفی بلد در مدت یک سال تعیین می‌کند، حاکی از خصوصیت داشتن آن شیوه‌ها در مجازات و عقوبات می‌باشد، اگر خصوصیت نداشت تعیین آن‌ها یک عمل بیهوده و عبث بود.

۳. روش مجازات زناى بامحارم بکیر بن اعین راجع به روش‌های مجازات زناى با محارم از امام باقر یا صادق (ع) نقل حدیث می‌کند که آن امام ارجمند فرموده است: «مَنْ زَنَى بِذَاتِ مَحْرَمٍ حَتَّى يُوَاقِعَهَا ضَرْبَ ضَرْبَةٍ بِالسَّيْفِ» (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۷، ص ۱۹۰) هر که با محارم زنا کند یک ضربه با شمشیر به او نواخته می‌شود.

و نیز از امام صادق (ع) در خصوص زناى با خواهر روایت شده است: «عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع قَالَ: سَأَلْتُهُ عَنْ رَجُلٍ وَقَعَ عَلَى أُخْتِهِ قَالَ يَضْرَبُ

ضَرْبَةً بِالسَّيْفِ قُلْتُ فَإِنَّهُ يَخْلَصُ قَالَ  
يَجْبَسُ أَبَدًا حَتَّى يَمُوتَ»  
(کلینی، ۱۴۰۷، ج ۷، ص ۱۹۰). از  
امام صادق (ع) در مورد مردی  
پرسیدم که با خواهر خویش زنا کرده  
است حکمش چیست؟ فرمود یک  
ضربت شمشیر به او حواله می‌شود،  
گفتم اگر از آن ضربت نجات یافت  
چه می‌شود؟ فرمود باید حبس ابد  
شود تا بمیرد.

اردبیلی در مجمع الفائده و  
البرهان می‌گوید، این روایت دلالت  
دارد که قتل آن فرد جز با شمشیر  
به گونه دیگر جایز نیست، آن هم  
یک ضربت صرفاً حواله می‌شود اگر  
نجات یافت حبس می‌شود تا بمیرد.  
(اردبیلی، ۱۴۰۳، ج ۱۳، ص ۵۱).

#### ۴. روش مجازات لواط

راجع به شیوه‌های مجازات در  
عمل لواط از امام رضا (ع) چند شیوه  
را به صورت تخییری برای آن تحدید  
کرده و فرموده است: «وَمَنْ لَاطَ  
بِعُلَامٍ فَعُقُوبَتُهُ أَنْ يَحْرَقَ بِالنَّارِ أَوْ يَهْدَمَ  
عَلَيْهِ حَائِطٌ أَوْ يَضْرَبَ ضَرْبَةً بِالسَّيْفِ»  
(امام رضا (ع)، ۱۴۰۶، ص ۲۷۸)؛  
هر که با نوجوانی لواط کند، مجازات

او این است که یا سوزانده شود یا  
دیوار روی سرش خراب گردد یا یک  
ضربت شمشیر به او حواله شود.

چنانکه مشاهده می‌شود در این  
مورد نیز شیوه‌های تعیین شده ظهور  
بلکه نص در موارد خودش می‌باشد،  
اگر آن روش‌ها دخالت در امتثال  
مجازات لواط نداشت، برای چه  
تعیین شده است، کافی بود که  
می‌گفت باید کشته شود و یا شکنجه  
شود، به یقین شیوه‌های تعریف شده  
خصوصیت دارد که تصریح به آن‌ها  
شده است.

خلاصه، از آیات و روایات و  
مجموع اقوال فقیهان شیعه خصوصاً  
فقهای متأخر، به روشنی استفاده  
می‌شود که روش‌های تعیین شده در  
باب مجازات، موضوعیت دارد و لذا  
تبدیل رجم به اسباب دیگری اعم از  
شکنجه و یا ازهاق روح، جایز نبوده  
و موجب امتثال نمی‌شود. به علاوه،  
رجم همیشه ملازم با قتل نیست، از  
سوی دیگر اگر مطلق قتل هدف  
باشد و آن را با شیوه خاص از قتل  
تعبیر بکنند در حالی که قرینه نیز  
نباشد این برخلاف حکمت است،

بنابراین زانی و یا لواط کنند که مجازات خاصی در شرع دارد، باید به همان طریق ویژه، مجازات شوند و کشتن یا شکنجه آنان به طریق دیگر جایز نیست.

### ۳-۴. امکان گذار از شیوه‌های مجازات به احکام ثانوی

اینک به این موضوع می‌رسیم که اگر در عصر ما، اجرای حدّ رجم و لواط و دیگر مجازات با روش‌های تعریف شده در پاره‌ای از موارد موانع داخلی یا خارجی داشته باشد و امکان اجرایش نباشد در آن صورت راه حل چیست؟ آیا آن مجازات تعطیل می‌شود و یا حکم اولی آن‌ها به حکم ثانوی بدل می‌شود؟

با تفحص انجام شده در فتاوی فقیهان شیعه به دست می‌آید که در صورت عدم امکان اجرای اولیه مجازات اسلامی، از باب حکم ثانوی تبدیل به تعزیر می‌شود و هیچگاه از اساس تعطیل نمی‌گردد. به عنوان نمونه به کلام برخی از فقها در این زمینه اشاره می‌شود:

۱. مکارم شیرازی

از ایشان به تفصیل سؤال شده است که با توجه به تبلیغات شدید رسانه‌های خارجی بر ضد حکومت اسلامی و دین مبین اسلام، اگر اجرای بعضی از حدود موجب وهن اسلام گردد آیا در آن صورت می‌توان از اجرای آن صرف نظر کرد؟ و در صورت جواز این عمل، تشخیص موهن بودن به عهده چه فرد یا افرادی بوده و چه مجازاتی جانشین حدّ اجرا نشده خواهد شد؟

ایشان در جواب گفته است: «در فرض مسأله، می‌توان آن را به صورتی که این اثر را نداشته باشد انجام داد و تشخیص آن با حاکم شرع و مراجع تقلید است؛ ولی نباید در برابر هر شعاری از سوی مخالفین تسلیم شد» (مکارم شیرازی، ۱۴۲۷، ج ۳، ص ۳۶۲).

۲. بهجت

از مرحوم بهجت پرسش شده است که اگر به هیچ جهت رجم ممکن نشود، حکم چیست؟ پاسخ گفته است: «حاکم شرع، حکم به تعزیر می‌دهد» (بهجت، بی‌تا، ج ۴، ص ۴۶۰).

ایشان معتقد است که اگر در مورد یا مواردی اجرای حدود باعث ضربه به اصل اسلام شود امام معصوم و ولی فقیه اختیار دارند برای حفظ منافع مهم‌تر اسلام، اجرای حدود را موقتاً تعطیل کنند یا بعضی از صورت‌ها و اشکال خاص دیگر را اجرا کنند (محقق داماد، ۱۴۰۶، ج ۴، ص ۳۳) بعد در ادامه می‌گوید: اکنون پرسش اصلی این است که چنانچه اجرای حدود تعطیل شود، با متخلفین و مرتکب جرائم مستوجب حد، چه باید کرد؟ آیا باید آنان را رها و آزاد گذارد؟ این سؤال بسیار مهم است و در پاسخ باید گفت: به هیچ وجه پیشنهاد این نیست که متخلفین و متعدیان به احکام الهی و حریم عفت جامعه نباید مجازات شوند؛ بلکه در فرض تعطیل، مجازات حد را تبدیل به مجازات تعزیری می‌کنند؛ بدین معنا که حکومت اسلامی با رعایت مصالح زمان و مکان و شخص مرتکب معصیت و سایر جوانب اجتماعی، او را تعزیر می‌کند (همان، ص ۲۹۶).

#### ۴-۴. مواضع گذار از اجرای مجازات تعریف شده به احکام ثانوی

در این جا اجمالاً مصادیق و موارد گذار از اجرای مجازات به واسطه احکام ثانوی بررسی می‌شود که به دو بخش حقوق الله و حقوق الناس تقسیم می‌گردد. ممکن است در حدودی که حقوق خداوند باشد گفته شود برای حاکم امتناع از اجرای حد، در موارد ذیل جایز است.

۱. موقف تزاحم

مقصود حالتی است که اگر حد اجرا شود ممکن است مفسد و فتنه‌های اجتماعی ایجاد شود که شارع مقدس راضی نیست با اجرای حد چنین فتنه برپا شود. به عنوان مثال، مردم از اصل اسلام برگردد یا موجب فروپاشی حکومت اسلامی گردد، یا سبب اشتعال جنگ بین یک کشور اسلامی و کشور دیگری شود که بر اتباع او حد و مجازات اسلامی اعمال شده است. البته، تشخیص چنین پیامدها نیز به عهده حاکم شرع اسلامی است (هاشمی شاهرودی، ۱۴۲۳، ج ۱، ص ۲۶۶).

۲. موقف عدم وصول به هدف مجازات

حالت دوم این است که اثر مطلوب و غرض مترتب بر مجازات حاصل نشود. تردیدی نیست که حدود الهی برای بازداشتن مجرم و دیگران از اقدام بر معاصی و اصلاح مجرم است، هرگاه از اجرای حد فساد مجرم و دورشدنش از اسلام بیشتر از گذشته و پیوستن او به دشمنان اسلام صورت بگیرد در این مورد حاکم شرع می‌تواند از اجرای حد صرف نظر کرده یا در وقت دیگری آن را موکول نماید، یا به این دلیل که ادله وجوب اقامه حد از این مورد بر اساس مناسبت حکم و موضوع انصراف دارد، یا به دلیل استفاده آن از معتبره غیاث بن ابراهیم از امام صادق (ع) که از امام علی (ع) نقل کرده که فرموده است: «لا اقیم علی رجل حدّاً بأرض العدو حتی یخرج منها؛ مخافه أن تحمله الحمیة فیلحق بالعدو» (طوسی، ۱۴۰۷، ج ۱۰، ص ۴۰).

و نیز بر اساس معتبره اُبی مریم از اُبی جعفر (ع) که از امیر مؤمنان (ع) نقل کرده است: «لا یقام علی

أحد حدّاً بأرض العدو» (همان). هر دو حدیث دلالت دارد که حد در سرزمین دشمنان اسلام جاری نمی‌شود. سبب آن را معتبره غیاث برانگیختن حمیت و پیوستن به دشمنان اسلام معرفی می‌کند. بلی اگر دشمن با پیوستن او تقویت شود و جبهه اسلام نیز تضعیف گردد در این صورت از مصداق تزاحم یعنی حالت پیشین می‌شود.

به هرحال روایت دلالت بر این دارد که حاکم شرع در اجرای حد باید ملاحظه چنین حالات و خصوصیات را داشته باشد و این حالات و پیامدها اختصاص به ارض عدو ندارد و سرزمین دشمن خاصیت ویژه ندارد. (جمعی از نویسندگان، بی‌تا، ج ۱۵، ص ۳۴).

۳. موقف دشواری و عدم امکان اقامه حدود

در مواردی که نیاز باشد تا احکام اسلام تدریجاً تطبیق شود و زمینه برای تطبیق دفعی آن نباشد فی المثل از کشورهای باشد که تازه به دین اسلام گرویده باشد یا قبلاً مسلمان بوده و لی سال‌ها



حکومت‌های مخالف اسلام بر آنان مسلط بوده و فرهنگ و احکام اسلام را اینک کاملاً فراموش کرده و از روح اسلام دور شده است، نمی‌توان فوراً احکامی چون مجازات خمر یا مجازات زنا یا لواط را برای آنان در معرض اجرا گذاشت. در موارد نیاز به گذشت زمان و زمینه‌سازی فکری و فرهنگی، رسانه‌ای و اداری برای پذیرش قانون اسلام دارد.

در نتیجه حاکم اسلامی مسئول اقامه حکم کیفری اسلام در اجتماع است بعد از این که در جای حکومت اسلامی استقرار یافت باید سیاست اجرایی مناسبی را برای اقامه حدود و مجازات اسلامی در نظر بگیرد.

#### ۴. موقف حقوق الناس

اما حدودی که از حق الناس به حساب آید مثل حد قذف و قصاص به عهده خود مردم و صاحب دم می‌باشد اگر خواسته باشد می‌تواند حق خودشان را استیفاء بکند و نیز می‌تواند عفو کند. حاکم شرعی نمی‌تواند مردم را از حق شرعی که دارد مانع شود. البته، حاکم شرع می‌تواند در صورتی که مصلحتی را

تشخیص دهد به لحاظ تکلیفی، ولی و صاحب دم را از اجرای قصاص و هرگونه حقوق شرعی دیگر منع بکند، در این هنگام بر ولی دم قصاص تکلیفاً حرام می‌باشد؛ چون مخالفت با حکم ولایی گفته می‌شود، هرچند وضعاً برای او قصاص جائز است، یعنی اگر جانی را قصاص بکند خودش دیگر قصاص نمی‌شود. گرچه ممکن است در اثر مخالفت با حکم ولایی حاکم شرع تعزیر شود (جمعی از نویسندگان، بی‌تا، ج ۱۵، ص ۳۶). این مباحث تماماً راجع به مجازاتی بود که مقدار معین و روش‌های تعریف شده در شریعت داشته باشد.

#### نتیجه‌گیری

هدف این نوشتار زمینه‌سازی برای فهم تحول و یا ثبات و جاودانگی در شیوه‌های احکام کیفری اسلام چون رجم و دیگر عقوبات تحدید یافته به روش خاص بود. از مجموع مطالب مطرح شده و نقد و بررسی آن‌ها با روش تحلیلی-استنباطی به این نتیجه دست یافتیم که روش‌های تعریف شده‌ای که برای مجازات

اسلامی وجود دارد موضوعیت داشته و تغییرپذیر نیستند. از این رو، در امتثال احکام جزایی اسلام دخیل است، اجرای احکام کیفری اسلام به شیوه دیگر هرگز رافع تکلیف نبوده و مقتضی امتثال نیست. در موارد اندکی است که ابزار نام برده در اجرای احکام جزایی خصوصیت ندارد.

در مقابل این دیدگاه برای اثبات نظریه طریقت از شواهدی چون پیشینه و رسمیت روش‌ها در جوامع غیر اسلامی و یا امضایی بودن آن‌ها، اصالت دادن به اهداف مجازات و یا نگاه مفسر محوری به احکام کیفری اسلام استمداد شده است. بعد از این‌که دلایل طریقت مورد نقد و ارزیابی قرار گرفت، با استناد به فهم فقیهان و نیز ظهور و بلکه نصوص قرآن و روایات، بر تشبیت موضوعیت شیوه‌های مجازات، استدلال گردید نشان داده شد که منابع همه تاکید بر سببیت روش‌های تعریف شده دارد؛ اما در مواردی که آن شیوه‌ها تزامن با حوادث مهم‌تر داشته و یا نتیجه معکوس به بار آورد و یا اجرای آن‌ها دشوار و یا ناممکن شود در حق

الله بر اساس حکم ثانوی و تشخیص حاکم شرع بدل به تعزیر می‌شود و در حق الناس زمام اختیار به دست صاحب حق می‌باشد که حق خویش را استیفاء بکند و یا درگذرد.

## منابع

قرآن کریم.

کتاب مقدس.

ابن أبی جمهور، محمد بن زین الدین، (۱۴۰۵)، عوالی اللثالی العزیزیه فی الأحادیث الدینیة، ۴ جلد، قم، دار سید الشهداء للنشر.

اردبیلی، احمد بن محمد، (۱۴۰۳)، مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان، ۱۴ جلد، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

جمعی از مؤلفان، مجله فقه اهل بیت علیهم السلام (فارسی)، ۵۶ جلد، قم، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام.

حسین زاده، محمد، (۱۳۸۳)، درآمدی بر معرفت شناسی و مبانی معرفت دینی، قم، مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی.

حکیم، سید محمد سعید طباطبایی، (۱۴۲۷)، مسائل معاصرة فی فقه القضاء، در یک جلد، نجف اشرف، دار الهلال، دوم.

حلی، علامه، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، (۱۴۱۰)، إرشاد الأذهان إلى أحكام الإیمان، ۲ جلد، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

حلی، علامه، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، (۱۴۱۳)، قواعد الأحكام فی معرفة الحلال و الحرام، ۳ جلد، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

حلی، محقق، نجم الدین، جعفر بن حسن، (۱۴۰۸)، شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام، ۴ جلد، مؤسسه اسماعیلیان، قم.

دهخدا، علی اکبر، (۱۳۷۷)، لغت‌نامه دهخدا، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، دوم.

زنجانی، عباس علی عمید، (۱۴۲۱)، فقه سیاسی (عمید)، ۳ جلد، تهران، انتشارات امیر کبیر.

ساروخانی، باقر، (۱۳۷۵)، روش‌های تحقیق در علوم اجتماعی، تهران، پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی.

شاهرودی، سید محمود هاشمی، (۱۴۲۳)، قراءات فقهیه معاصره، دو جلد، قم، مؤسسه دائره المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام.

شوشتری، سید محمد حسن مرعشی، (۱۴۲۷)، دیدگاه‌های نو در حقوق، دو جلد، تهران، نشر میزان، تهران.

شوشتری، سید محمد حسن مرعشی، (۱۴۲۷)، دیدگاه‌های نو در حقوق، دو جلد، تهران، نشر میزان، دوم.

شیخ حر عاملی، محمد بن حسن، (۱۴۰۹)، تفصیل وسائل الشریعه إلى تحصیل مسائل الشریعه، ۳۰ جلد، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام.

شیرازی، ناصر مکارم، استفتاءات جدید مکارم، (۱۴۲۷)، ۳ جلد، قم، انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام، دوم.

شیرازی، ناصر مکارم، (۱۴۲۷)، دائره المعارف فقه مقارن، در یک جلد، قم، انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام.

طبسی، نجم الدین، (بی‌تا)، حقوق زندانی و موارد زندان در اسلام، در یک جلد، قم، بوستان کتاب.

طوسی، ابو جعفر، محمد بن حسن، (۱۳۸۷)، المبسوط فی فقه الإمامیه، ۸ جلد، تهران، المكتبة المرتضویه لإحياء الآثار الجعفریه، سوم.

طوسی، ابو جعفر، محمد بن حسن، (۱۴۰۰) النهایة فی

مجرد الفقه و الفتاوى، در یک جلد، بیروت، دار الكتاب العربی.

طوسی، ابو جعفر، محمد بن حسن، (۱۴۰۷)، تهذیب الأحکام، ۱۰ جلد، تهران، دار الکتب الإسلامیة، چهارم.

طوسی، محمد بن الحسن، (۱۳۹۰)، الإستبصار فیما اختلف من الأخبار، ۴ جلد، تهران، دار الکتب الإسلامیة.

عاملی، بهاء الدین، محمد بن حسین و ساوجی، نظام بن حسین، جامع عباسی و تکمیل آن (محشّی، ط - قدیم)، در یک جلد، تهران، مؤسسه منشورات الفراهانی.

عاملی، شهید اول، محمد بن مکی، (۱۴۱۴)، غایة المراد فی شرح نکت الإرشاد، ۴ جلد، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.

عاملی، شهید ثانی، زین الدین بن علی، (۱۴۱۰)، الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة

(المحشّی - کلانتر)، ۱۰ جلد، قم، کتابفروشی داوری.

عاملی، شهید ثانی، زین الدین بن علی، (۱۴۱۳)، مسالک الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام، ۱۵ جلد، قم، مؤسسه المعارف الإسلامیة.

غزالی، محمد بن محمد، (۱۴۲۰)، شفاء الغلیل، بیروت، دار الکتب العلمیه.

کدخدایی، محمد رضا، (۱۳۹۰)، بررسی حکم سنگسار در اسلام، مقاله ۲، دوره ۱۸، بهار، شماره ۶۷.

کلینی، محمد بن یعقوب، (۱۳۷۵)، أصول الکافی، ترجمه محمدباقر کمره‌ای، ۶ جلد، قم، اسوه، سوم.

گلپایگانی، لطف‌الله صافی، (۱۴۱۷)، جامع الأحکام (صافی)، دو جلد، قم، انتشارات حضرت معصومه سلام الله علیها.

گیلانی، فومنی، محمد تقی بهجت، (۱۴۲۸)، استفتاءات

(بهجت)، ۴ جلد، قم، دفتر حضرت آیه الله بهجت.

لنکرانی، محمد فاضل موحدی، (۱۴۲۱)، تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسيلة - القصاص، در یک جلد، قم، مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام.

لنکرانی، محمد فاضل موحدی، جامع المسائل (فارسی - فاضل)، دو جلد، قم، انتشارات امیر قلم، یازده.

مکارم شیرازی، ناصر، (۱۳۷۴)، تفسیر نمونه، تهران، دار الکتب الاسلامیه.

منسوب به علی بن موسی، امام هشتم علیه السلام، (۱۴۰۶)، الفقه المنسوب إلى الإمام الرضا علیه السلام، ۱ جلد، مشهد، مؤسسه آل البيت علیهم السلام. اصفهانی، راغب، (۱۴۱۲)، المفردات فی غریب القرآن، دمشق، دار العلم.

بروجری، آقا حسین طباطبایی، (۱۴۲۹)، منابع فقه شیعه، ۳۱ جلد، مترجمان، حسینیان قمی،

مهدی صبوری، م، تهران، انتشارات فرهنگ سبز.

بغدادی، مفید، محمد بن محمد بن نعمان عکبری، (۱۴۱۳)، المقنعة (للشیخ المفید)، قم، کنگره جهانی هزاره شیخ مفید. تبریزی، جواد بن علی، (۱۴۱۷)، أسس الحدود و التعزیرات، در یک جلد، قم، دفتر مؤلف.

التویجری، محمد بن ابراهیم بن عبد الله، (بی تا)، موسوعة الفقه الاسلامی، بی نا، بی تا، شبکه اجتماعی ندای ایمان.