

# بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

امروز، حوزه‌ی علمیه از زمان خودش خیلی عقب است. حساب یک ذره و دودزه نیست. مثل این است که دونفر سوار بر اسب، دروادی ای همراه یکدیگر بروند و یکی اسبش از دیگری تندتر باشد و آن که اسبش کندتر است، بعداً به اتومبیل دست پیدا کند. طبیعی است آن که اسبش تندتر است، به گرد او هم نمیرسد. الان وضعیت این گونه است. در حال حاضر، امواج فقه و فلسفه و کلام و حقوق، دنیا را فرا گرفته است. ما وقتی به خودمان برگردیم، خیلی فاصله داریم. (بیانات مقام معظم رهبری در دیدار جمعی از نخبگان حوزوی ۱۳۷۴/۹/۱۳)



مجله علمی دانش پژوهان مجتمع فقه، حقوق و قضای اسلامی  
سال ششم، شماره اول، پیاپی نهم، پاییز و زمستان ۱۳۹۹

صاحب امتیاز: مجتمع فقه، حقوق و قضای اسلامی

مدیر مسئول: جواد رفیعی

سر دبیر: ابراهیم ابراهیمی

هیأت تحریریه: ابراهیم ابراهیمی، حسین صبوری، مهدی طهماسبی، مصطفی کاویانی، مهدی محقق فر،

مهدی عطار کاشانی

مدیر داخلی: رضا اسکری

مترجم چکیده‌ها: یعقوب مددی

مشاور علمی این شماره: حجت الاسلام والمسلمین یوسف غلامی

ویراستار: محمد صادق دهقان

طراح و گرافیک: محمد صداقت

حروف چین و صفحه‌آرا: علی جواد دهقان

قیمت: ۱۰۰۰۰ تومان

آدرس: بلوار شهید صدوقی، کوچه ۵، پلاک ۴۰، مجتمع فقه، حقوق و قضای اسلامی

تلفن: ۰۲۵-۳۲۹۴۱۰۵۲

وب‌گاه: [www.mfeqh.ir](http://www.mfeqh.ir) رایانامه: [info@mfeqh.ir](mailto:info@mfeqh.ir)

این مجله در پایگاه مجلات تخصصی نور مگزنمایه می‌شود

[www.noormags.ir](http://www.noormags.ir)

سرمقاله	۵
<b>مقالات</b>	
ماهیت‌شناسی مرگ مغزی در فقه امامیه و حقوق ایران / احمد اسماعیلیان	۱۳
قلمرو ضمان درک بایع با تأکید بر جبران غرامات ناشی از کاهش ارزش پول / عبدالله محمودی	۳۹
مبانی فقهی جرم‌انگاری حدی افساد فی الارض در ماده ۲۸۶ قانون مجازات اسلامی مصوب ۹۲ / رضا عسکری	۶۳
مقایسه شروط مقدوف در فقه و قانون مجازات اسلامی مصوب ۹۲ / امین خدیری امیریان	۹۱
قصاص پدر توسط فرزندى كه ولى دم است / میثم مرادی	۱۰۷
<b>اطلاع‌رسانی علمی</b>	
نشست علمی «قلمرو نفوذ شرط در عقود قصاص» / رضا عسکری	۱۲۲
نشست علمی «بررسی فقهی-حقوقی کیفیت اجرای شلاق» / سقراط کلینی	۱۳۳
الملخصات	۱۴۱

## شیوه‌نگارش مقالات علمی

### نکات کلی

۱. مقاله علمی و ادعاهایی که در آن ارائه می‌شود باید مستند و مستدل باشد. فرض آن است که مخاطب هیچ مطلبی را قبول نمی‌کند، لذا تمام مطالب حتی اگر نزدیک به بداهه باشد باید مدلل و مستند باشد.
۲. مقاله علمی پژوهشی حداکثر باید ۲۰ صفحه و حتماً مشتمل بر یک سخن تازه و نظریه بدیع باشد. صرف تدوین و جمع بندی کافی نیست.
۳. شیوه‌تدوین مقالات علمی با پایان نامه و سایر مقالات و گزارش‌های علمی تفاوت‌هایی دارد، لذا با دقت شیوه‌نامه ذیل را مطالعه بفرمائید:

### نحوه‌نگارش علمی مقاله

#### الف: نحوه حروف چینی

مقاله باید بریک روی کاغذ (A4) با حاشیه ۲/۵ سانتی متر از چهار طرف و فاصله سطور ۱۲ میلی متر با رایانه تایپ و تمام صفحات مقاله پشت سر هم شماره‌گذاری و تهیه شود. در هر صفحه حدوداً ۳۰۰ تا ۳۳۰ کلمه و حداکثر ۲۲ خط.

#### ب: شیوه‌نگارش و ارجاع دهی

۱. در صفحه اول اسم محققین و رتبه علمی محقق و آدرس ایمیل به همراه چکیده مقاله و کلمات کلیدی و در صفحه دوم به بعد مقدمه و سپس متن مقاله و نهایتاً نتیجه و بعد از آن منابع نوشته شود.
۲. ارجاع منابع و مآخذ، در متن مقاله در پایان نقل قول یا موضوع استفاده شده داخل پرانتز به شکل زیر آورده شود:  
منابع فارسی: (نام خانوادگی مؤلف، نام کتاب، شماره جلد و نقطه صفحه)؛
۳. فهرست منابع در آخر مقاله و براساس استاندارد MLA آورده شود.
۴. در صورت تکرار اسناد از کلمه «همان» استفاده شود.
۵. توضیحات اضافی و اصطلاحات در پاورقی آورده شود.

## درآمد

### تقوای قضاوت

قضاوت به عنوان یکی از خطیرترین و موثرترین شئون حوزویان در تحقق دین در جامعه اسلامی، همواره از جوانب مختلف مورد مذاقه بزرگان و عالمان دینی بوده است. عهدنامه مالک اشتر، یکی از ماندگارترین آنهاست که امیرمومنان علیه السلام در آن، به برخی صفات، توانمندی‌ها و مهارت‌های مورد نیاز قاضی طراز اسلامی اشاره می‌کنند. از سایر منابع روایی و سیره اهل بیت علیهم السلام و عبارات فقهای بزرگ نیز می‌توان مواردی را یافت که به این امور اشارتی دارند. نوشته حاضر - که برگرفته از سخنرانی استاد گرانقدر حجه الاسلام و المسلمین یوسف غلامی جلیسه (زیدعزه) و با عنوان تقوای قضاوت در مرکز آموزش‌های تخصصی فقه ایراد شده است - به برخی از اموری می‌پردازد که قضات اسلامی باید در امر قضا، نصب العین خود قرار دهند.

#### لزوم صدور حکم بر اساس موازین شرعی

حکمی که صادر می‌شود باید هم از نظر حکم و هم از نظر موضوع در چارچوب شرع و بر مبنای تأمین حجت شرعی باشد. اگر قانون مورد تمسک، برای قاضی صادر کننده حکم، حجیت شرعی نداشته باشد، مثلاً خلاف نظر مرجع تقلید او باشد، نمی‌تواند به آن استناد کند. تطبیق آن قانون بر محل نزاع هم باید با دقت تمام باشد. این دو مرحله می‌بایست در چارچوب موازین شرعی اجرا شود. در آیه ۱۰۵ سوره نساء آمده است: «إِنَّا أَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَاكَ اللَّهُ وَلَا تَكُنْ لِلْخَائِنِينَ خَصِيمًا». در آیه ۴۴ سوره مائده نیز می‌فرماید: «... وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ».

## لزوم رعایت احتیاط در صدور حکم

شیخ مفید در کتاب المقنعه صفحه ۷۲۱ از پیامبر اسلام ﷺ نقل می‌کند: «و روي عن النبي ﷺ أنه قال من جعل قاضيا فقد ذبح بغير سكين» یعنی کسی که در مسند قضاوت قرار می‌گیرد، مانند این است که بدون کارد سرش بریده شده است! کنایه از اینکه حفظ این امر کار سختی است. چون دو مشکل وجود دارد. یکی حفظ دین خود قاضی و دیگری حفظ امانات دیگران است که هر دو امر دشواری هستند.

فخر المحققین در ایضاح النافع جلد چهارم صفحه ۲۹۴ در شرح این روایت می‌گوید: «المراد اشتماله على المشقه والخطر العظيم ومن ثم امتنع السلف منه». بزرگان ما، از قضاوت و صدور حکم امتناع می‌کردند. البته یکی از احتیاطات اینست که صدور حکم فقط در حدّ ضرورت باشد. تا امکان دارد باید منازعات را با مصالحه رفع کرد. قاضی باید زیرک و توانمند باشد و تنها در مقام ضرورت و به صورت حداقلی حکم صادر کند. شیخ صدوق در باب قضای کتاب الهدایه فی الاصول والفروع صفحه ۲۸۶، به این مطلب اشاره کرده است.

### تفریق شهود و تعدد مشورت، موثر در رعایت احتیاط

اگر جایی چاره‌ای جز صدور حکم نیست، رعایت دو نکته مفید فایده است. اولاً اگر مطلب از امری است که متوقف بر شهادت شهود است، از شهود به طور جدا جدا نظر خواهی کنید. البته بحث‌های شکلی قضا و تشخیص مدارک و تمییز جعلیات، روش خود را دارد. با این حال در مسئله شهود، به خصوص در جایی که موضع شک و شبهه است، تفریق شهود مفید است. «ومن الاحتیاط تفریق الشهود» (شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام ۴: ۱۴۰). البته باید بر رعایت عقلانیت در امر قضا به خصوص در امور شکلی تحفظ داشت. مثلاً ممکن است در برخی موارد و در مورد برخی افراد، تفریق، جسارت به حساب بیاید. همچنین قاضی در مسائل مشتبه و مشکوک، مفید است که مشورت متعدد داشته باشد. هر چند که در آینده با کسب تجربه، بسیاری از امور قابل تشخیص است ولی در عین حال، باز هم از مشورت نباید غافل شد. به این امر در کتب قضا و روایات اشاره شده است.

## رعایت دقت و حوصله در موضوعات عرفی

بسیاری از موضوعات مورد قضاوت، عرفی هستند. گاهی عرف یک منطقه با منطقه دیگر فرق می‌کند. یکی از دستورهایی که در کتاب القضاء داریم این است که قاضی وقتی وارد شهری می‌شود به معمرین و معتمدین آن شهر مراجعه کند و موضوعات مورد نظرش را از آنها جویا شود تا بتواند به یک تصویر درست از موضوعات آن منطقه دست پیدا کند. مرحوم فیض در مفاتیح الشرایع جلد سوم صفحه ۲۴۸، می‌گوید این امور را باید از معتمدین و کسانی که آن امور را می‌دانند، سؤال کند. مثلاً، «مَنْ» در برخی شهرها سه کیلو گرم است ولی در برخی شهرهای دیگر معادل نه کیلوگرم است. بنابراین ضروری است قاضی وقتی وارد شهری می‌شود موضوعات عرفی را در آن شهر پیگیری بکند. اگر می‌خواهد بر اساس یک موضوع عرفی حکم صادر کند به خودش باید زمان بدهد. ممکن است عرف معنایی غیر از سایر معانی معهود ذهنی او داشته باشد.

## مراقبت در برابر دواعی نفسانی

سه چیز انسان را وسوسه می‌کند: هوای نفس، شیطان، انسان‌های دیگر؛ وسوسه هم به سمت چیزهایی است که فطرتاً انسان به آنها تمایل دارد. البته وسوسه، نسبت به مصادیق حلال نیست؛ بلکه نسبت به مصادیق حرام است. در سوره آل عمران آیه ۱۴ می‌فرماید: «زَيْنَ لِلنَّاسِ حُبُّ الشَّهَوَاتِ مِنَ النِّسَاءِ وَالْبَنِينَ وَالْقَنَاطِيرِ الْمُقَنْطَرَةِ مِنَ الذَّهَبِ وَالْفِصَّةِ وَالْخَيْلِ الْمُسَوَّمَةِ وَالْأَنْعَامِ وَالْحَرْثِ ذَلِكَ مَتَاعُ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا وَاللَّهُ عِنْدَهُ حُسْنُ الْمَآبِ» در این امور فطری که در این آیه آمده است، هیچ کس نمی‌تواند ادعا کند که من خودم را می‌توانم حفظ کنم. حتی مراجع هم احتیاط می‌کنند. عرفای بزرگ هم احتیاط می‌کنند. چون منشاء این امور توسط خداوند در فطرت ما قرار داده شده است و مدیریتش به ما سپرده شده است. چیزی که در فطرت ما نباشد مدیریتش کار سهلی است.

یکی از علمای بزرگ ما می‌گوید از کودکی آرام آرام علاقه‌هایی در دل کودک شکل می‌گیرد. کودک، علاقه به اسباب بازی دارد. عشق این را در دلش جامی دهد. وقتی بزرگ شد، ملکه وجودش

می شود و به صورت علاقه به مال و علایق مختلف، بروز می کند. خداوند در این آیه می گوید دیگر تکلیف دارید. باید مدیریت کنید. خطراین بخش بسیار جدی است. من اسم این عنوان را حیا از مال و ناموس دیگران می گذارم. باید انسان حیای جدی داشته باشد. روایت بسیار زیادی داریم که در مورد رشوه تحذیر می کنند. بلکه هدیه را هم نهی می کنند. حالا چه نهی تنزیهی، چه تحریمی فرق ندارد. اصلش منهی عنه است. و خطر اخذ آن برای شغل قضا، فوق العاده است. به میزان درآمدهای رسمی باید اکتفا کرد. حتی در فقه نسبت به برخی مشاغل مهم توصیه شده است و علما فتوا داده اند که خریدهای روزمره شان را خودشان انجام ندهند یا از جایی بخرند که کسی آنها را نمی شناسد. این برای تحفظ بر این مطلب است که کسانی نخواهند طمعی پیدا کنند.

نسبت به ناموس دیگران هم باید کاملاً محتاط بود. حتی خودمان را در معرض امتحان هم نباید قرار دهیم. خطرش بسیار جدی است. گاهی تصویری در جایی دیده می شود و دل شخص می لرزد. اگر این مصداق خارجی پیدا کند و نیاز شما هم باشد دیگر محل خطر است.

باید در برخوردها مودب بود. مجادله نکرد. مجادله با متهم یا شاکی شرعاً مطلوب نیست. حرف اطراف دعوا را با حوصله و حلم استماع کرد. فرصت کافی به آنها داد. شاید جمله ای بگویند و باعث شود اصل حکم عوض شود. باید پاسخ حکم را فردای قیامت داد. پس حوصله باید به خرج داد و لو حرف ها تکراری می شود ولی باید صبور بود. حلم از ضروریات این شغل است.

### **برنامه عبادی منظم و روزانه**

داشتن برنامه عبادی و توسل منظم و روزانه از ضروریات این شغل است. بسیار کمک می کند. حتی در فقه درست بسیاری از امور موثر است. از جمله نظم نماز اول وقت است. دلواپس تمام شدن جلسه دادگاه نباشید. وقت نماز وسط جلسه دادگاه است، تنفس اعلام کنید و اقامه نماز کنید. در نماز هم به خداوند باید احترام گذاشت. باید مودب و با حضور قلب حاضر شد. نماز طولانی لزوماً منظور نیست. برخی آداب، زمان نیاز ندارد. خضوع در ظاهر و خشوع در قلب رعایت شود. این اموری از

آداب الصلاه که وقت زیادی هم نمی‌گیرد رعایت شود. مثلاً دست‌ها فلان طور باشد یا چشم‌ها به مسجد متوجه باشد. امام سجاد علیه السلام می‌فرمایند خشوع و خضوع یعنی اینکه به مسجدت نگاه کنی. برای یک قاضی نسبت به دیگران ضروری‌تر است که خدا را روزی چند بار حاضر ببیند. توسل و روضه و اشک و ماندن زیر سایه اهل بیت علیهم السلام هم انسان را محفوظ نگاه می‌دارد.

از آثار تکوینی آیات هم می‌توان کمک گرفت. بنده خودم از مرحوم آیت الله العظمی بهجت پرسیدم، که برای فهم و درک صحیح مطلب چه کاری انجام دهم؟ یکی از کارهایی که نیازمند درک صحیح است، قضاوت است. ایشان فرمود قبل از شروع، آیات ۲۵ تا ۳۵ سوره طه را قرائت کنم. معمولاً هم مشاهده می‌کنید که بخشی از آن را قرائت می‌کنند. این درست نیست. باید تمام این آیات خوانده شود. «رَبِّ اشْرَحْ لِي صَدْرِي (۲۵) وَ يَسِّرْ لِي أَمْرِي (۲۶) وَ اخْلُلْ عُقْدَةً مِنْ لِسَانِي (۲۷) يَفْقَهُوا قَوْلِي (۲۸) وَ اجْعَلْ لِي وَزِيْرًا مِنْ أَهْلِي (۲۹) هَارُونَ أَخِي (۳۰) اشْدُدْ بِهِ أَزْرِي (۳۱) وَ اشْرِكْهُ فِي أَمْرِي (۳۲) كَيْ نُنسِخَكَ كَثِيْرًا (۳۳) وَ نَذْكُرَكَ كَثِيْرًا (۳۴) إِنَّكَ كُنْتَ بِنَا بَصِيْرًا (۳۵)» خداوند هوشیاران می‌کند. ابهامات را رفع می‌کند. همچنین قبل از صدور هر حکمی ولو خیلی ساده، دقایقی را می‌توان با خدا خلوت کرد اگر هنوز صدور حکم سخت بود، پس هنوز پرونده ابهام دارد. یاد قیامت باید بود. خانه قبر را به یاد آورد. باید دید این حکم را می‌توان صادر کرد یا نه؛ قیامت می‌توان جواب داد؟ حجت وجود دارد یا خیر؟ در خانه قبر کسی به دادمان نمی‌رسد. آنجا تنها خودمان هستیم. روز قیامت کسی به دادمان نمی‌رسد. خودمان باید جواب بدهیم. کار فوق العاده سخت است. والسلام.



# مقالات



## رسائل

مجله علمی دانش پژوهان مجتمع فقه، حقوق و قضای اسلامی  
سال ششم، شماره اول، پیاپی نهم، پاییز و زمستان ۱۳۹۹  
صفحات ۱۳ تا ۲۷

احمد اسماعیلیان\*

mohammadta@mailfa.org

# ماهیت‌شناسی مرگ مغزی در فقه امامیه و حقوق ایران

## چکیده

مرگ مغزی از موضوعات مستحدثی است که تعیین آثار فقهی مرتب بر آن منوط به تشخیص الحاق فرد مبتلا، به انسان زنده و یا مرده است. ارث، تزویج مجدد زوجه، بطلان وکالت، پیوند اعضا، قصاص، دیه، تعیین نوع جنایت وارد بر فرد مبتلا و ده‌ها اثر دیگر منوط به این است که مرگ مغزی را موت یا حیات بدانیم. از نظر پزشکی مرگ مغزی پایان حیات است؛ اما در قانون تعریفی برای آن مشاهده نمی‌شود؛ اگرچه در ماده واحده قانون پیوند اعضا مصوب ۱۳۹۷، حکم پایان حیات بر آن جاری شده است. اما در فقه، با توجه به عرفی بودن موضوع موت شرعی، در تحلیل فهم عرف و تطبیق حقیقت جدایی روح از بدن بر مرگ مغزی، بین فقها اختلاف شده است؛ لذا برخی آن را موضوعاً و برخی حکماً پایان حیات و برخی به همین ترتیب آن را استمرار حیات می‌دانند. برخی نیز بین حالات و دیگرانی بین احکام تفصیل قائل شده‌اند. در این مقاله ضمن بررسی این اختلافات، قول بقای حیات ترجیح داده شده است.

**کلیدواژگان:** مرگ مغزی، ازهاق روح، موت مشتبه، حیات غیرمستقر، حیات حیوانی، حیات نباتی

\*فارغ‌التحصیل مدرسه عالی قضاوت و طلبه سطح سه حوزه علمیه قم.

پدیده مرگ مغزی از مسائل جدید و موضوعات نو ظهوری است که امروزه در جامعه پزشکی، مطرح و به تبع آن، به دلیل لزوم بحث فقهی درباره آن، وارد عرصه فقه اسلامی شده است. اهمیت این بحث از آنجائناشی شده که مرگ و حیات از نظر فقهی، موضوع بسیاری از احکام واقع می شود. به همین دلیل، باید پرسید: آیا انسان مبتلا به مرگ مغزی صرف نظر از مفهوم پزشکی آن، در نظر فقیهان، انسانی مرده است تا موضوع احکام اموات قرار گیرد و یا اینکه حیات دارد و احکام فقهی زندگان بر وی بار می شود؟ از موارد چالش برانگیز و مورد تأمل در این بحث، وضعیت جنایت بر انسان مبتلا به مرگ مغزی، است. اگر شخص مبتلا به مرگ مغزی آسیبی ببیند که منجر به مرگ حتمی شود، آیا چنین جنایتی مورد ضمان است و جانی، مستحق قصاص است و یا جنایت بر مرده تلقی می شود؟ در پرونده ای که در دادگاه کیفری استان تهران تشکیل شد، آقای «الف» با چاقو به سر آقای «ب» زده و «ب» دچار مرگ مغزی شده است. اولیای دم از «الف»، شکایت و تقاضای قصاص می کنند. اکثریت قضات محکمه کیفری به محکومیت جانی به قصاص نفس رأی می دهند، اما قضات دیگر شعبه رسیدگی کننده به این پرونده می گویند اولیای دم قبل از وقوع مرگ حتمی و جدا کردن وسایل تنفس مصنوعی، اعضای مجنی علیه را اهدا کرده اند. در واقع به فردی که در حالت مرگ مغزی قرار می گیرد، میّت گفته نمی شود و احکامی نظیر غسل میّت، نماز میّت و دفن میّت مترتب نمی گردد. بنابراین، اولیای دم با عمل اهدای عضو موجب فوت مجنی علیه شده اند. در این صورت «ب» نیز به جای قتل عمد، تنها به ایراد ضرب و جرح عمدی متهم می شود. بررسی وضعیت مرگ مغزی از این نظر که آیا چنین انسانی، زنده هست یا مرده، تأثیر بسزایی در این گونه پرونده ها دارد و برای حل این چالش ناگزیر باید با مراجعه به نظر فقها، به رویکرد آنها در این مسئله دست یافت.

از دیگر موضوعات مرتبط، مسئله پیوند اعضای بدن بیماران مرگ مغزی است. امروزه با پیشرفت تکنولوژی و علم پزشکی این امکان فراهم شده است تا اعضای بدن مبتلایان به مرگ مغزی را قبل از بروز مرگ کامل برداشته و به بیماران نیازمند پیوند بزنند و بدین وسیله، جان افراد زیادی را نجات

دهند. جواز پیوند اعضا در قانون ایران نیز پذیرفته شده است و در ماده واحده قانون «پیوند اعضای بیماران فوت شده یا بیمارانی که مرگ مغزی آنها مسلم است» (مصوب ۱۷ فروردین ۱۳۷۹) چنین آمده است: «بیمارستان‌های مجهز برای پیوند اعضا پس از کسب اجازه کتبی از وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی می‌توانند از اعضای سالم بیماران فوت شده یا بیمارانی که مرگ مغزی آنها بر طبق نظر کارشناسان خبره، مسلم باشد، به شرط وصیت بیمار یا موافقت ولیّ میّت، جهت پیوند به بیمارانی که ادامه حیاتشان به پیوند عضو یا اعضای فوق بستگی دارد، استفاده نمایند».

بی شک، ترتّب یا عدم ترتّب این قبیل از احکام و احکام دیگری مانند ارث، عدّه وفات، قصاص، دیه، بطلان وکالت، جواز ازدواج زوجه و مانند آن متوقف بر این است که از نظر فقهی و شرعی، مرگ مغزی را پایان حیات تلقی کنیم یا خیر. آیا فقهای شیعه همسو با نظر پزشکان، مبتلایان به مرگ مغزی را انسان‌هایی مرده دانسته و احکام اموات را بر آنان جاری می‌کنند و یا اینکه آنها را دارای حیات حیوانی دانسته و منشأ احکام و آثار حیات قرار می‌دهند؟

در این قانون تعریفی از مرگ مغزی نیامده است و به طور صریح نمی‌توان گفت قانون، مرگ مغزی را پایان حیات تلقی می‌کند، اما با پذیرش پیوند عضو، تلویحاً به این امر اشاره می‌کند. فقها درباره ماهیت مرگ مغزی، نظرات متضادی دارند. در فقه و اعتقاد فقها، ماهیت مرگ مغزی با تضارب آرا روبه‌روست و بسیاری از فقهای معاصر که متعرض موضوع شده‌اند، عقیده دارند که فرد مبتلا به مرگ مغزی، انسانی زنده است. این گروه از فقها در مواجهه با حکم پیوند عضو بیماران مبتلا به مرگ مغزی، دو نظر را برگزیده‌اند. برخی به دلیل اعتقاد به زنده بودن فرد مبتلا به مرگ مغزی اجازه پیوند عضو نمی‌دهند. اما برخی دیگر با توجه به برگشت ناپذیری سلامت بیمار مبتلا به مرگ مغزی، از قاعده تراحم بین وجوب حفظ نفس فرد مبتلا به مرگ مغزی و وجوب حفظ نفس افرادی که نیازمند پیوند عضو هستند، پیوند عضو را مجاز می‌دانند. در واقع این گروه از فقها به عنوان ثانوی با این حکم موافقت کرده‌اند. نظیر این حکم در بحث غرق غرقی مطرح است. فقها معتقدند در صورتی که دو نفر در حال غرق شدن هستند و فرد تنها می‌تواند یکی از آنها را نجات دهد، بر او واجب است که همان فرد را نجات دهد. در بحث مرگ مغزی نیز، از یک سو فرد مبتلا به مرگ مغزی به دلیل

عدم بازگشت سلامتی مغزی اش، بعد از سپری شدن یک دوره زمانی، در نهایت جان خود را از دست خواهد داد ولی در مقابل برخی از بیماران نیازمند به پیوند عضو، با انجام عمل پیوند عضو، سلامتی خود را به دست خواهند آورد، در این صورت با اجرای قاعده تزاحم، حفظ نفس افراد نیازمند به پیوند عضو، واجب خواهد شد.

پژوهش پیشرو، ابتدا به ماهیت پزشکی مرگ مغزی و شناسایی موضوع می پردازد. در ادامه، به صورت اجمالی، وضعیت مرگ مغزی را با نظایر فقهی آن مانند «موت مشتبّه» و «حیات غیر مستقر» که در کتب فقهی گذشته آمده، مقایسه می کند. سپس آرای فقهای معاصر که به صورت مشخص از مرگ مغزی بحث کرده اند، بیان خواهد شد. عده ی زیادی بر این باورند که مرگ مغزی پایان حیات نیست و حیات حیوانی همچنان ادامه دارد و عده ای عقیده دارند مرگ مغزی پایان حیات حیوانی است. هر کدام برای اثبات مدعای خود، ادله ای اقامه می کنند. در مقابل گروه سومی از فقها قائل به تفصیل شده و برخی از احکام انسان حی و برخی از احکام اموات را بر فرد مبتلا به مرگ مغزی جاری می کنند. برای تصمیم گیری در مورد نظر صحیح، ادله هریک از انظار مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

### ماهیت پزشکی مرگ مغزی

مرگ مغزی از موضوعات تازه ای است که از عرصه پزشکی وارد بحثهای فقهی شده و به دلیل پیچیدگی و تخصصی بودن آن، طبیعی است که باید آن را از نگاه متخصصان و پزشکان موضوع شناسی کرد. بر همین اساس می توان با مراجعه به تعریف پزشکی مرگ مغزی به شناخت واضح تری از آن دست یافت. در علم پزشکی، از مرگ مغزی و مصداق آن سه تعریف ارائه شده است. به طور کلی، از نظر پزشکان به اختلال عملکرد قسمتهای مختلف مغز و توقف آنها از ایفای وظایفشان، مرگ مغزی گفته می شود. اما اختلاف در اینکه اختلال باید به چه میزان باشد و شامل کدام یک از اجزای مغز می شود، سه نظر وجود دارد.

«نظریه اول: مرگ مغزی به توقف برگشت ناپذیر فعالیت قشر مغز اطلاق می شود که در این

حالت، شخص، هوشیاری خود را برای همیشه از دست می دهد.

نظریه دوم: طبق این نظریه، مرگ مغزی به مرگ ساقه مغز گفته می شود که بعد از مرگ ساقه

مغز، قشر مغز نیز از کار می افتد و در نتیجه، بیمار علائم حیاتی خود را از دست می دهد. تمام کسانی که مبتلا به چنین وضعیتی می شوند، در فاصله زمانی کمی دچار ایست قلبی می شوند و می میرند. نظریه سوم: ملاک در تحقق مرگ مغزی، از کار افتادن و مرگ تمام مغز شامل قشر مغز، ساقه مغز و مخچه است. بنا بر این، از بین رفتن حیات در دو سطح پوسته و ساقه با هم ملاک مرگ مغزی است». (اکبری و شاملی، «پژوهشی فقهی پیرامون پیوند اعضا» ۱۸۷)

پزشکان معاصر می پذیرند که مرگ مغزی به معنای توقف عملکرد قسمت‌های مختلف مغز (قشر، ساقه و مخچه) است که آثار جریان ناپذیری به دنبال دارد و در دو تعریف دیگر یعنی شناسایی مرگ مغزی به مرگ فقط ساقه یا مرگ قشر مغز تردید شده است. برای شناخت بهترین پدیده و آشنایی با ویژگی‌های آن به دو نمونه از تعریف‌های مندرج در نوشته‌های علمی اشاره می‌کنیم:

تعریف اول: «در اصطلاح پزشکی، مرگ مغزی به صدمه قطعی و غیر قابل بازگشت مغز اطلاق می‌گردد که طی آن، قشر مغز و ساقه مغزی به طور کامل از کار افتاده و هیچ گونه فعالیتی نداشته و جریان خون داخل مجسمه قطع شده باشد. به اختصار، مرگ مغزی توقف غیر قابل بازگشت کلیه اعمال مغز دانسته شده است؛ یعنی فرد، مغز خودش را از دست داده و مرگ قطعی رخ داده است». (ستوده، مرگ مغزی: پردازش فقهی حقوقی ۲۷)

تعریف دوم: «با ظهور این نظر [مرگ تمام مغز]، دو نظریه قبلی قویاً مورد تردید قرار گرفته است. پزشکی معاصر، مرگ مغزی را معادل توقف غیر قابل برگشت کلیه اعمال قسمت‌های مختلف مغز شامل ساقه مغز، قشر مغز و مخچه می‌داند. بیمار دچار مرگ مغزی به دلیل ضایعات برگشت ناپذیر، فعالیت‌های قشر مغز و نیز ساقه را از دست می‌دهد و در حالت اغمای کامل است و به تحریکات داخلی و خارجی پاسخ نمی‌دهد. بیمار فاقد هرگونه قدرت فهم و درک و آگاهی است. قلب وی به علت خاصیت خودکار بودن حرکت عضلات آن و مقاوم تر بودن مرکز تنظیم اعمال، برای مدتی به کار خود ادامه می‌دهد، لیکن این ضربان، موقتی است و تداوم آن تنها به کمک دستگاه تنفس مصنوعی امکان پذیر است». (حاتمی و مسعودی، «آثار حقوقی مرگ مغزی» ۶۴)

در نتیجه، در علم پزشکی معاصر، مرگ مغزی به توقف برگشت ناپذیر همه قسمت‌های مغز اعم

از قشر، ساقه مغز و مخچه اطلاق می‌شود که در این حالت، بیمار، شعور، احساس و حرکت ارادی ندارد و عملکرد قلب نیز پس از مدت کوتاهی متوقف می‌شود و ایست قلبی رخ می‌دهد.

### **مقایسه مرگ مغزی با موت مشتبه و حیات غیرمستقر**

با توجه به جدید بودن موضوع، طبیعی است که پیشینه فقهی چندانی نداشته و پس از پیدایش، کانون توجه فقه‌های معاصر قرار گرفته باشد. با این حال، مواردی در کتب فقهی به چشم می‌خورد که ارتباط نزدیکی با مرگ مغزی دارد مثل «موت مشتبه» یا «حیات غیر مستقر». «موت مشتبه»، موردی است که شخص در ظاهر، مرده است، اما به مرگ او اطمینان نداریم و وضعیت، مشکوک است. «حیات غیر مستقر»، حالتی است که فرد حیات ناپایدار دارد؛ یعنی از یک طرف، بعضی از علایم حیات را دارد و از سویی، قابلیت بقای روح را از دست داده و از نظر عرفی، مرده‌ای متحرک و مثل حیوان مذبح است. این دو حالت با مرگ مغزی ارتباطی نزدیک و وضعیتی مشابه دارند. با این حال، انطباق داشتن یا نداشتن این عنوان‌ها با مرگ مغزی به بررسی بیشتر نیاز دارد.

### **الف. مقایسه مرگ مغزی با موت مشتبه**

در بحث مربوط به احکام احتضار و تجهیز میت، فقها به استناد روایات، به استحباب تعجیل در امر تجهیز و کفن و دفن میت فتوا می‌دهند. این حکم مخصوص موارد غیر مشکوک است و در موارد مشکوک مثل شخص صاعقه‌زده، غریق، کسی که آوار بر او خراب شده و نظیر آن، به استناد روایات دیگر، به انتظار و صبر تا سه روز حکم می‌کنند مگر اینکه قبل از آن، نشانه‌های مرگ ظاهر و علم به وقوع مرگ حاصل شود.

شیخ مفید و شیخ طوسی مدت سه روز را مدت انتظار برای موارد مشکوک می‌دانند. (المقنعه ۸۶ و النهایه ۴۰) محقق حلی نیز تأخیر در تجهیز مشکوک الممات را معلق به حصول علم می‌دانند. یعنی هر زمان که از طریق نشانه‌های مرگ، علم حاصل شود از آن زمان تجهیز و تسریع مستحب است. (المعتبر ۱: ۲۶۲) البته فقها حکم و جواب انتظار را به موارد مشکوک منصوص در روایات منحصر ندانسته و به موارد مشکوک دیگر نیز سرایت داده‌اند، اما مرگ مغزی را از این قبیل نمی‌توان به شمار آورد. چرا که امروزه با پیشرفت علم پزشکی، تعریف مشخصی از مرگ مغزی وجود دارد و فقها باید درباره این موضوع

مشخص اظهار نظر کنند که آیا چنین شخصی، زنده و متعلق احکام زندگان است و یا به پیروی از نظر پزشکان، تنها دارای حیات نباتی بوده و متعلق احکام مردگان است. در گذشته به دلیل معلوم نبودن وضعیت در موارد یادشده، توصیه می‌شد تا معلوم شدن وضعیت صبر کنند. در این صورت اگر فقیهی نظر پزشکان در مورد جاری کردن احکام اموات بر فرد مبتلا به مرگ مغزی را بپذیرد، موت مستقر بوده و از موضوع موت مشتبه خارج است. و اگر فقیهی شخص مبتلا به مرگ مغزی را میت نداند، احکام و آثار فرد زنده بر او بار شده و در این صورت نیز، موضوع موت مشتبه منتفی خواهد بود.

### ب. مقایسه مرگ مغزی با حیات غیر مستقر

یکی دیگر از مسائل فقهی که با مرگ مغزی ارتباط نزدیکی دارد، موضوع «حیات غیر مستقر» است. حیات غیر مستقر که گاهی به حرکت مذبوح و سربریده تشبیه می‌شود، حالتی بین مرگ و حیات است که شخص در این حالت، آخرین رمق حیات را داراست و به تعبیری، اگر چه ارتباط روح و جسم به طور کامل قطع نشده و آثار حیات موجود است، اما بدن قابلیت بقا و ادامه زندگی را از دست داده و مثل انسان مرده است. از این موضوع در ابواب مختلفی مثل ارث، وصیت، دین، زوجیت و جنایت سخن به میان آمده و در برخی از احکام، شخص دارای حیات غیر مستقر در حکم مرده تلقی شده و احکام مردگان بر او جاری شده است.

صاحب جواهر می‌گوید: «اگر بر شخص جنایتی وارد کند و او را در حکم مذبوح قرار دهد؛ یعنی حالتی که شخص حیات مستقرش را از دست داده و ادراک و نطق و حرکت اختیاری نداشته باشد و در این حالت، فرد دیگری، مجنی علیه را سرببرد، شخص اول [جانی اول] مستحق قصاص است؛ چون او قاتل است و شخص دوم [جانی دوم] باید دیه جنایت بر میت را بپردازد؛ چون سر کسی را که در حکم میت است، قطع کرده است». (جواهر الکلام ۴۲: ۵۸) ملاحظه می‌شود که موضوع قصاص، از هاق نفس است؛ یعنی شخصی مستحق قصاص است که با تجمیع شرایط دیگر موجب از هاق نفس محترمه و مرگ انسان شود. در این مثال، فرد اول یعنی کسی که با جنایت خود، مجنی علیه را در حالت حیات غیر مستقر قرار داده، محکوم به قصاص شده و نشانه این است که فقها انسان دارای حیات غیر مستقر را در باب جنایت، ملحق به انسان مرده کرده‌اند.

قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ نیز در این باره در ماده ۳۷۲ می‌گوید: «هرگاه کسی آسیبی به شخصی وارد کند، به گونه‌ای که وی را در حکم مرده قرار دهد و تنها آخرین رمق حیات در او باقی بماند و در این حال، دیگری با انجام رفتاری به حیات غیر مستقر او پایان دهد، نفر اول قصاص می‌شود و نفر دوم به مجازات جنایت بر میت محکوم می‌گردد...».

ملاک‌های متفاوتی در لسان فقها برای استقرار و عدم استقرار حیات بیان شده است. ملاک‌های حیات مستقر عبارتند از: قابلیت زیستن به مدت یک یا دو روز (شیخ طوسی، المبسوط ۲۰۳: ۷ و عاملی، مفتاح الکرامه ۸: ۴۶) و داشتن حرکت قوی (شیخ طوسی، الخلاف ۳: ۲۵۸) و ملاک‌های حیات غیر مستقر عبارتند از: وضعیت جسمانی مثل زوال ادراک، نطق و حرکت اختیاری (نجفی، جواهر الکلام ۴۲: ۵۸؛ شهید ثانی، مسالک الأفهام ۱۵: ۹۳ و خویی، مبانی تکملة - موسوعه ۴۲: ۲۱)

با ذکر این موارد، وضعیت مرگ مغزی به حیات غیر مستقر بسیار نزدیک و قابل تطبیق بر آن است، اما حق این است که باید بین این دو نیز فرق گذاشت؛ چون حیات غیر مستقر به معنای زندگی فردی است که در آن، بدن قابلیت تعلق روح و ادامه حیات را از دست داده است. هر چند بعضی از عوارض حیات را داراست، اما مرده به حساب می‌آید و به همین دلیل است که در فرض جنایت بر شخصی که حیات غیر مستقر دارد، جانی محکوم به قصاص نمی‌شود، بلکه کسی که حیات مستقر فرد را سلب کرده است، قصاص می‌شود. در حالی که در مرگ مغزی، هر چند (در فرض مرگ تمام مغز) عملیات احیا با دستگاه صورت می‌گیرد و گردش خون مصنوعی است، اما بدن قابلیت بقای حیات و تعلق روح را از دست نداده است. پس روزهای زیادی می‌تواند زنده بماند بدون آنکه نشانه‌های فساد در بدن ظاهر شود. قابلیت بقا و ادامه حیات، ملاکی برای تشخیص مرگ و حیات و فارقی برای این دو عنوان است، چنانکه شیخ طوسی درباره جواز و عدم جواز تذکیه حیوانی که آسیب ببیند، از این ملاک استفاده می‌کند. (المبسوط ۶: ۲۷۵) این امر به خوبی نشان می‌دهد که ملاک در حیات و مرگ، قابلیت بقاست.

با این اوصاف، حمل کلام برخی از بزرگان - که در مسئله مرگ مغزی قائل به تفصیل در احکام

مربوط به مرگ و حیات شده است. بر حیات غیر مستقر نادرست است. شاهد این ادعا آن است که تفصیل دهندگان، شخص مبتلا به مرگ مغزی را در احکام مربوط به ارث و زوجیت و عده وفات، ملحق به زنده می دانند، در حالی که فرد دارای حیات غیر مستقر در احکام مذکور، ملحق به مرده است.

بنابراین، هیچ یک از عناوین «موت مشتبّه» و «حیات غیر مستقر» بر مرگ مغزی قابل تطبیق نیست و برای شناسایی ماهیت این امر تنها به کلام فقیهانی بسنده می کنیم که متعرض این مسئله شده و به طور مشخص به این امر پرداخته اند. در بین فقهای معاصر، عده زیادی بر این باورند که مرگ مغزی پایان حیات نیست و حیات حیوانی همچنان ادامه دارد و عده ای عقیده دارند مرگ مغزی پایان حیات حیوانی است که هر کدام برای اثبات مدعای خود، ادله ای اقامه می کنند.

### **بررسی فقهی مرگ مغزی**

اظهار نظر در خصوص مرگ مغزی و اینکه آیا مبتلا به مرگ مغزی، انسانی زنده تلقی می شود یا مرده، نیازمند موضوع شناسی و نگاه دقیق به ماهیت پزشکی این پدیده است. بی شک، احکامی نظیر جواز یا عدم جواز قطع دستگاه های تنفسی و حیات بخش یا اهدای عضو بیماران مرگ مغزی به بیماران نیازمند دیگر، به بررسی این مسئله بستگی دارد که آیا از منظر فقهی، مبتلا به مرگ مغزی، انسانی زنده تلقی می شود یا مرده و فاقد حیات است؟ آیا مرگ مغزی از نگاه دینی به منزله پایان حیات است یا خیر؟ به تعبیر دیگر، آیا زنده نگه داشتن فرد مرگ مغزی شده، به معنای استمرار حیات است و یا به معنای طولانی نمودن ممات اوست؟

فقه های شیعه در مواجهه با این سؤال، دیدگاه های متفاوتی دارند. عده ای به وجود حیات در این گونه افراد معتقدند و مرگ مغزی را پایان حیات نمی دانند و احکام مردگان را درباره آنان جاری نمی کنند. در مقابل، عده ای قائل به پایان حیات در مبتلایان به مرگ مغزی هستند و همسو با نظر پزشکان، مرگ مغزی را مساوی با پایان حیات می دانند. در مقابل این دو رویکرد عمده که به صورت مطلق، به حیات یا ممات حکم می کند، رویکرد سومی وجود دارد که نظری تفصیلی در احکام مبتلایان به مرگ مغزی، درپیش می گیرد.

## انظار فقها در مورد مرگ مغزی

آیت الله تبریزی از جمله کسانی هستند که مرگ مغزی را پایان حیات نمی دانند. ایشان در پاسخ به استفتائی که در این خصوص شده است بیان می کنند که خاموشی کامل بدن معیار در ترتب احکام موت است و موت طبی که صرفاً مرگ قوه عاقله است، معیار نیست. (صراط النجاة - محشی ۵۵۲:۲) به همین دلیل جدا کردن تجهیزات را جایز نمی دانند چون سبب تسریع در مرگ بیمار است. (همان ۵۵۲:۲ و فقه الأعدار الشرعیه و المسائل الطبیه ۱۹۸) مرحوم آیت الله فاضل لنکرانی نیز معیار در مرگ را تعریف عرفی آن می دانند و صریحاً بیان می کنند که انسان مبتلا به مرگ مغزی از لحاظ فقهی و عرفی، میت محسوب نمی شود و احکام حیات حتی قصاص و دیه شرعاً بر او مترتب می شود. (جامع المسائل فارسی ۱۱۳:۲ و احکام پزشکان و بیماران ۱۴۸-۱۴۹) مرحوم آیت الله منتظری نیز از قائلین به این نظر هستند. مطابق نظر ایشان، شخص مبتلا به مرگ مغزی تا زمانی که قلب او کار می کند میت محسوب نمی شود و اگر اعضای وی قطع شود قتل عمد صادق است و اگر حکم به قصاص نشود؛ لاقلاً دیه دارد. (رساله استفتائات ۳: ۳۴۳)

آیت الله سیستانی نیز از جمله فقهای هستند که مرگ مغزی را پایان حیات نمی دانند و معتقدند که مرگ مغزی به شرطی پایان حیات محسوب می شود که ریه و قلب حتی با تجهیزات پزشکی نتوانند کار کنند. (مسائل المنتخبه ۵۷۵) مرحوم آیت الله بهجت نیز رسیدگی به بیماران مرگ مغزی را لازم می دانند و معتقدند تا زمانی که از تمام جهات مرگ حاصل نشود، میت نیستند و احکام میت بر آنها مترتب نمی شود. (استفتائات ۱: ۳۴۲ و ۳۳۵)

آیت الله آصف محسنی از دیگر قائلین به این نظر هستند. ایشان پس از اینکه حقیقت مرگ و نهایت حیات انسانی را با توجه به مضامین قرآنی، زهاق روح و قطع کامل اتصال و تعلق آن به جسد می دانند، به این امر معتقد می شود که حقیقت مذکور، نه محسوس است تا بتوان به کمک دانش پزشکی آن را درک کرد و نه عقل توان درک آن را دارد و نه در شرع از لحظه انقطاع روح از بدن سخنی آمده است. (الفقه و مسائل طبیه ۱: ۱۲۹-۱۳۱؛ ۲: ۲۰۷-۲۰۸)

مرحوم آیت الله خویی معتقدند متوقف کردن تجهیزات، فی حدّ نفسه و به خودی خود، جایز

نیست، اما اگر با مورد اهم، در تراجم بود، اهم مقدّم می‌شود. (فقه الأعدار الشرعية والمسائل الطیبه ۱۹۹-۲۰۰) آیت الله صافی گلپایگانی و موسوی اردبیلی نیز معتقدند برداشتن اعضای بیمار مرگ مغزی چون موجب تسریع در مرگ او می‌شود، جایز نیست. بنابراین اگر پزشکی اقدام به پیوند اعضای وی بکند؛ جنایت او عمدی محسوب می‌شود. (استفتائات پزشکی ۵۰-۵۱ و گنجینه استفتائات قضایی سؤال ۲۳۷ و ۸۰۱۶) همچنین آیت الله خامنه‌ای معتقدند اگر پیوند اعضای بدن بیمار مرگ مغزی، باعث تسریع در مرگ و قطع حیات آنان شود، جایز نیست. در غیر این صورت به شرطی پیوند جایز است که بیمار قبلاً اذن داده باشد یا اینکه نجات نفس محترمی متوقف بر این پیوند باشد. (أجوبه الإستفتائات فارسی ۲۸۶)

در مقابل آیت الله فیاض کابلی از جمله کسانی هستند که بیمار مرگ مغزی را مرده می‌داند. به عقیده ایشان چون اعضای بدن قادر به انجام فعالیت‌های طبیعی خود نیستند، این فرد مرده به حساب می‌آید. هر چند که قلب چنین شخصی به وسیله تجهیزات پزشکی عمل می‌کند اما این عمل طبیعی قلب نیست بلکه به واسطه دستگاه است. (المسائل المستحدثه ۱۸۰)

آیت الله نوری همدانی از فقهای هستند که پیوند اعضای بیمار مرگ مغزی را با وصیت فرد یا اذن فقیه جامع الشرایط جایز می‌داند. بنابراین هر چند ایشان تصریحی ندارند که بیمار مرگ مغزی مرده است اما پذیرش وصیت وی منوط به این است که او را مرده محسوب کنیم. به بیان دیگر، یکی از احکام میت این است که وصیت او پذیرفته شود که ایشان برای فرد مرگ مغزی پذیرفته است. (گنجینه استفتائات قضایی سؤال ۲۳۷)

آیت الله مکارم شیرازی اعتقاد به تفصیل احکام در مبتلایان به مرگ مغزی داشته و می‌گوید: «با توجه به اینکه پزشکان تصریح می‌کنند این گونه افراد [مبتلا به مرگ مغزی]، مانند شخصی هستند که مغز او به کلی متلاشی شده [است] یا سرازتن او جدا کرده‌اند که با کمک وسایل تنفس مصنوعی و تغذیه ممکن است تا مدتی به حیات نباتی ادامه دهد، يك انسان زنده محسوب نمی‌شوند، در عین حال، يك انسان کاملاً مرده هم نیستند. بنابراین، در احکام مربوط به حیات و مرگ باید تفصیل داده شود...». (احکام پزشکی ۱۱۳، گنجینه استفتائات قضایی سؤال ۲۳۷)

## ادله عدم تحقق مرگ به واسطه مرگ مغزی

### دلیل اول: تحقق نیافتن مفهوم حقیقی موت

مرگ پدیده‌ای در عالم واقع و سبب حقیقی آن براساس آیات و روایات جدایی روح از بدن است. در آیات قرآن و روایات به ملائکه قبض روح و نحوه‌ی تحقق آن اشاره شده است. در آیه ۴۲ سوره زمر بیان شده است که خداوند متعال در زمان مرگ، روح را قبض می‌کند. «اللَّهُ يَتَوَفَّى الْأَنْفُسَ حِينَ مَوْتِهَا وَالَّتِي لَمْ تَمُتْ فِي مَنَامِهَا فَيُمْسِكُ الَّتِي قَضَىٰ عَلَيْهَا الْمَوْتَ وَيُرْسِلُ الْأُخْرَىٰ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى إِنَّ فِي ذَٰلِكَ لَآيَاتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ»

اولین دلیل و دیدگاهی که در توجیه نظر قائلین به زنده بودن بیمار مرگ مغزی، بیان شده این است که معنای واقعی و دینی مرگ - مفارقت روح از جسد - تحقق نیافته است. در مقابل برخی از فقها و محققین معتقدند که مفهوم حقیقی مرگ در مرگ مغزی محقق شده است. آیت الله خرازی از فقهای است که رجوع به عرف را در تحقق عنوان موت و حیات موجه می‌داند، اما در تحلیلی، احتمال رجوع به نظر کارشناس را مطرح کرده است و می‌گوید: «اگر بگوییم موت و حیات از امور واقعی هستند، در این صورت، اگر عرف، یقین به مرگ شخصی پیدا کند، ولی پزشکان بگویند زنده است، نمی‌توان این شخص را دفن کرد؛ چون مرگ، امری واقعی است و حکم دفن برواقع مرگ بار می‌شود، نه بر صدق مفهوم عرفی آن. [موضوع دفن ثابت نشده و حکم نیز مترتب نخواهد شد]... همچنین اگر پزشکان به وقوع مرگ خبر دهند [موضوع احراز خواهد شد] نه به این خاطر که مفهوم مرگ، صادق است، بلکه به خاطر اینکه حقیقت مرگ واقع شده است؛ چون هر چند عرف عام در تحقق مرگ شک دارد، اما به دلیل اینکه پزشکان، در وقوع و عدم وقوع مرگ، تخصص دارند، اعتماد به قول آنها جایز است [و با شهادت آنها می‌توان گفت: واقع مرگ محقق شده است]». (مجله فقه اهل بیت ۹۰: ۱۹) ایشان روایاتی را که درباره تخطئه عرف و لزوم به تأخیر انداختن دفن در موارد مشتبّه تا ظهور نشانه‌های مرگ یا گذشت زمان وارد شده است، مؤیدی برواقعی بودن مرگ و حیات می‌داند، هر چند در نهایت می‌گوید: مسئله مرگ مغزی، خالی از اشکال نیست. (همان ۹۱: ۱۹)

همچنین مسعودامامی پس از بررسی زمان دمیده شدن روح در جنین به این نتیجه می‌رسد که ولوج

روح که حرکت ارادی و ادراک و احساس از مهمترین آثار آن است، محقق‌کننده حیات انسانی و حیات حیوانی است، اما حیات نباتی که به موجب حرکت غیر ارادی عضلات و ضربان قلب و به وجود آمدن استخوان‌ها حاصل می‌شود، هیچ ارتباطی با حیات حیوانی و انسانی ندارد. در نتیجه، جنین با داشتن حیات نباتی، انسان شمرده نمی‌شود. («زمان دمیده شدن روح»، ۵۱: ۱۱۱-۱۱۲) بنابراین نظر، با نبودن این آثار یعنی حرکت ارادی و احساس در حالت مرگ مغزی، به خروج روح از بدن پی می‌بریم و خروج روح از بدن به معنای پایان حیات حیوانی و انسانی است، هر چند بعضی از آثار حیات نباتی مثل ضربان قلب باقی باشد، همان گونه که در جنین، وجود حیات نباتی و آثار آن، از حیات انسانی حکایت نمی‌کند. اما در مقابل گروهی از فقها معتقدند معنای واقعی مرگ در مرگ مغزی محقق نشده است. دو دلیل برای این نظر ذکر شده است. دلیل اول عدم حصول علم و اطمینان به تحقق این حقیقت است. این عدم علم ناشی از این است که لحظه تعلق روح به بدن و لحظه قطع اتصال روح از بدن نه محسوس است، نه معقول و نه منصوص. دلیل دوم عدم ملازمه مرگ عضوی از بدن با خروج روح از تمام بدن است که در ادامه بدان اشاره می‌شود.

#### **اول: نامحسوس، نامعقول و غیر منصوص بودن تعلق و انقطاع روح**

آیت الله آصف محسنی در موارد مختلفی از کتاب خویش به این امر اشاره و استناد می‌کند که لحظه انقطاع روح از بدن و حصول موت، به دلیل محسوس نبودن و خارج بودن از حیطة تعقل و تعبد قابل درک نیست و نمی‌توان بدان علم پیدا کرد. (الفقه و مسائل طبیه ۲: ۲۰۷، ۲۰۸) ایشان در تشریح این نکته که پزشک نمی‌تواند به طور یقینی مدعی شود که روح از بدن جدا شده است بیان می‌کنند که قبول این نکته مستلزم این است که دوا دعا توسط علم پزشکی ثابت شود؛ اول اینکه ثابت شود مرگ ساقه مغز فقط به دلیل جدایی روح است نه دلیل دیگر. دوم اینکه ثابت شود مغز بعد از اینکه از کار افتاد به هیچ وجه قابل بازگشت یا تعویض نیست. اما از آن جایی که علوم تجربی نمی‌توانند این دو نکته را به شکل قطعی اثبات کنند، پس نمی‌توان حکم به مرگ کرد. (همان ۱: ۱۳۰)

#### **دوم: عدم ملازمه مرگ عضوی از بدن با خروج روح از تمام بدن**

دومین دلیلی که برای اثبات عدم تحقق موت حقیقی در بیمار مرگ مغزی اقامه شده این است

که مرگ عضوی از بدن ملازمه با خروج روح از تمام بدن ندارد. آیت الله سید محمد صدر از فقهایی هستند که مرگ را خروج کامل روح از بدن تعریف کرده اند و معتقدند تا زمانی که روح هرچند به میزان خیلی کمی با بدن ارتباط دارد؛ مرگ محقق نشده است. (ماوراء الفقه ۱۰: ۴۱۴۰)

آیت الله سند بحرانی نیز معتقد است مرگ یک عضو هرچند که عضوی حیاتی باشد؛ ملازمه با خروج روح از تمام بدن ندارد چرا که احتمال دارد مرگ در بقیه اعضا منتشر نشده باشد و قابلیت احیای مجدد مغز نیز وجود داشته باشد. البته ممکن است گفته شود بعد از مرگ مغز، اجزای آن فاسد می شود، بنابراین محال است مغز مجدداً احیا شود. در پاسخ به این نکته ایشان این گونه پاسخ می دهند که بین قضیه مبتنی بر غلبه و کثرت و قضیه ممتنعه دائمه فرق است. [کثرت فساد مغز و عدم حیات مجدد آن در مرگ مغزی به معنای امتناع و استحاله تجدید حیات در مغز نیست]. بنا بر این، در صورت شک در بقای استمرار حیات یا زوال آن، مرده دانستن مرگ مغزی، حکمی بدون مجوز است. (فقه الطب والتضخم النقدي ۷۱)

با توجه به غیر محسوس بودن جدایی روح از بدن و عدم تشخیص یقینی آن در واقع، فقها به بررسی ملاک صدق مرگ از نظر عرف پرداخته اند. در این صورت اگر ملاک و ضابطه عرفی مرگ در مرگ مغزی صادق باشد، مرگ شرعی نیز محقق بوده و احکام آن باری می شود.

#### دلیل دوم: صدق نکردن مفهوم عرفی موت

در میان اهل لغت مرگ در مقابل حیات در نظر گرفته شده و تعریف دقیق یا ضابطه خاصی برای آن بیان نشده است. جوهری در الصحاح (۱: ۲۶۷) و ابن منظور در لسان العرب (۲: ۹۰) موت را ضد حیات معنا کرده اند. ابن فارس در معجم مقاییس اللغة نیز موت را ضد حیات معنا کرده و آن را دال بر ذهاب و خارج شدن قوه ای از یک شیء دانسته است. (۵: ۲۸۳) راغب اصفهانی در مفردات الفاظ قرآن (۷۸۱) و طریحی در مجمع البحرین (۲: ۲۲۳) انواع موت را به حسب انواع حیات دانسته و اولین نوع آن را به ازاء قوه ی نامیه موجود در انسان و حیوان و نبات بیان کرده اند. با این وجود فقهای معاصر در مقام بررسی مرگ مغزی، به بیان ضابطه مرگ از نظر عرف اقدام کرده اند.

#### الف. شاخص های عرفی مرگ و حیات

بنابر نظر کسانی که موت عرفی را معیار می‌دانند، از سویی، معیار موت و ترتب آثار، صدق مفهوم عرفی آن است و از سوی دیگر، مفهوم عرفی موت با تعریف فقهی آن یعنی مفارقت روح از بدن تفاوتی ندارد. پس عرف، کسی را مرده می‌پندارد که روح از بدنش جدا شود. حال سؤال این است که این معنای عرفی و فقهی با چه شاخص و نشانه‌ای تحقق می‌یابد و به تعبیر دیگر، عرف چه زمانی و با چه ملاک و شاخصی، به علم یا اطمینان می‌رسد که این امر نامحسوس (جدایی روح از بدن) حاصل شده است؟

برخی از فقها برای تشخیص زمان مرگ و تفکیک دو مقوله حیات و مرگ، شاخص‌هایی بیان کرده‌اند که به نظر می‌رسد همگی از مؤلفه‌های عرفی مرگ و حیات است و به دیگر بیان، با این شاخص‌ها، مفهوم عرفی موت و موضوع احکام مرده احراز می‌شود:

#### **اول: توقف کامل و نهایی حرکت قلب**

یکی از شاخص‌هایی که فقها برای تشخیص زمان مرگ بیان می‌کنند، توقف کامل و بدون بازگشت قلب است که در این نگاه، در صدق عنوان زنده، تفاوتی بین حرکت طبیعی قلب و حرکت با کمک دستگاه تنفس مصنوعی نیست. مرحوم آیت الله فاضل از فقهایی است که تصدیق عرفی را در احراز موضوع احکام مرده، ملاک و مبنا قرار می‌دهد و به نظر می‌رسد بر این باور است که اطمینان عرف در تصدیق مفهوم موت در صورت توقف قلب حاصل می‌شود: «برداشتن اعضای افرادی که به علت سگته مغزی یا تصادف از لحاظ پزشکی، امیدی به زنده ماندن آنها نیست، ولی قلب آنها از کار نیافتاده است، مشکل است، خصوصاً قلب را که هنوز از کار نیافتاده، اگر بردارند، بعید نیست که صدق قتل کند». (جامع المسائل فارسی ۱: ۵۷۳، ۵۷۴)

در مقابل گروهی از فقها معتقدند از نگاه عرف، زمانی مرگ شخص فرامی‌رسد و به او مرده اطلاق می‌شود که قلب از حرکت طبیعی و خود به خودی متوقف شود و به دنبال آن، حرکت نبض و جریان خون باز ایستند. حرکت طبیعی معیار حیات است و اگر قلب به مرحله‌ای برسد که حرکت طبیعی را از دست بدهد و به کمک دستگاه تنفس دهنده به حیات خود ادامه دهد، از نظر عرفی، چنین انسانی، زنده تلقی نمی‌شود. باید بین حالات مختلف مرگ مغزی تفاوت گذاشت؛ در حالتی که قلب دارای

حرکت طبیعی و ذاتی خود است، شخص از نظر عرف، زنده است و در حالتی که این حرکت طبیعی متوقف شود، معنای عرفی موت محقق می‌گردد. (مؤمن، کلمات سدید ۱۹۴-۱۹۵ و خرازی، مجله فقه اهل بیت ۱۹: ۸۹-۹۰)

در این نگاه، حرکت ذاتی و طبیعی قلب به عنوان شاخص حیات مورد توجه است. تا زمانی که این حرکت، متوقف نشده است، باید به حیات حکم کنیم و اگر مبتلا به مرگ مغزی به مرحله‌ای برسد که حرکت طبیعی قلب را از دست بدهد و ادامه ضربان قلب به کمک دستگاه حمایتی صورت بگیرد، از نظر عرفی، شخص، مرده خواهد بود. تفاوت بین دیدگاه دوم و دیدگاه اول در تشخیص ملاک عرفی مرگ است.

#### دوم: توقف نهایی اعمال قلبی و ریوی

دومین معیاری که برای اطمینان عرف به موت بیان شده است؛ توقف نهایی اعمال قلبی و ریوی است. آیت الله سیستانی می‌گوید: «مقصود از شخص مرده [...] کسی است که اعمال ریوی و قلبی او متوقف شده و این توقف، نهایی و غیر قابل بازگشت باشد، اما فرد مرگ مغزی در حالی که ریه و قلب او در انجام وظایف شان استمرار داشته، مرده به شمار نمی‌آید، هر چند این تحرک و استمرار به وسیله دستگاه‌ها و تجهیزات تنفس مصنوعی صورت پذیرد». (المسائل المنتخبة ۵۷۵)

#### سوم: مرگ از جمیع جهات (حصول موت در همه اعضا)

آیت الله منتظری و بهجت تحقق مرگ را تنها در صورتی می‌دانند که نشانه‌های حیات در همه اعضای بدن از بین برود. (احکام پزشکی ۱۲۰؛ رساله استفتائات ۲: ۳۸۱ و استفتائات ۱: ۳۴۲ و ۳۹۵) به نظر می‌رسد این ضابط چندان روشن نیست. ولی گویا مقصود این دسته از فقها از مرگ کامل و همه سویه این باشد که هیچ یک از اعضای بدن دارای حیات نباشد و پس از قطع اعضای رئیسی بدن، بقیه اعضا نیز دچار توقف شود و در این حالت، مفهوم عرفی موت محقق می‌گردد.

در مقابل بعضی از فقها می‌گویند مبتلا به مرگ مغزی چون دچار توقف اعضا از عملکرد طبیعی و حرکات معمولی شده است، از نظر پزشکی، امیدی به حیات مجدد او نیست و از نظر طبیعی، مرده

به حساب می‌آید. (فیاض، المسائل المستحدثه ۱۸۰) با این حال، دلیل این گفتار را بیان نکرده‌اند و معلوم نمی‌کنند آیا ملاک در تحقق موضوع احکام مرده، نظر کارشناس است یا اینکه از نظر عرفی، مفهوم مرگ با توقف عملکرد طبیعی اعضا حاصل می‌شود؟

فارق بین این دو نظر در این است که از نظر عرف، مرگ اعضا از جمیع جهات ملاک صدق موت است و یا این که اگر اعضا به گونه‌ای متوقف شوند که از عملکرد طبیعی و حرکات معمولی خارج شده و امیدی به حیات مجدد آن نباشد، مرگ اعضا و به تبع آن مرگ بیمار محقق شده است؟ نتیجه بررسی برداشت فقها از ملاک عرفی صدق مرگ، این است که با توجه به تعدد ملاکات و عدم اشاره به نشانه مشخصی از این برداشت عرفی در لغت و سیره عقلا، نمی‌توان ترجیحی برای انتخاب یکی از ملاکات و به تبع آن تشخیص عرفی صدق مرگ در مرگ مغزی حکم نمود. با وجود اجمال در موضوع و عدم امکان ترجیح یکی از ملاکات، نمی‌توان به طور قطع در مورد زنده یا مرده بودن شخص مبتلا به مرگ مغزی قضاوت نمود. در این صورت باید به سراغ اصول عملیه مراجعه کرده و از این طریق حکم مسئله را روشن کرد.

#### **دلیل سوم: استصحاب**

سومین دلیل و دیدگاه درباره نظر زنده بودن بیمار مرگ مغزی استصحاب حیات است که در بیان فقها به دو صورت مطرح شده است؛ عده‌ای استصحاب موضوعی بقاء حیات و عده‌ای دیگر استصحاب حکمی حیات را بیان می‌کنند. ذیلاً به تقریر هر دو بیان پرداخته می‌شود.

#### **اول: استصحاب موضوعی (استصحاب بقاء حیات)**

بعضی از فقها در فرضی که شک در تحقق موت داشته باشیم، استصحاب بقاء حیات را اصل جاری می‌دانند. به عقیده این عده از فقها اگر مرگ مغز بعد از مرگ ساقه، حادث شود، در این فاصله زمانی، مبتلا به مرگ مغزی را نمی‌توان مرده به حساب آورد، بلکه مقتضای استصحاب، حیات شرعی اوست. بنابراین در صورت شک، باید رجوع به استصحاب کنیم؛ یعنی تا زمانی که اطمینان به خلاف این حالت پیدا نشود، باید حکم به بقای حیات انسانی کنیم». (آصف محسنی، الفقه و مسائل طبیه ۲: ۲۰۹-۲۱۰ و سند بحرانی، فقه و التضخم النقدي (۷)

آیت الله فاضل و آیت الله منتظری نیز به صراحت به این اصل اشاره نمی‌کنند، اما لزوم احتیاط که در کلامشان آمده، نتیجه جریان استصحاب و از آثار آن است. (جامع المسائل فارسی ۲: ۱۱۳؛ احکام پزشکی ۱۲۰؛ رساله استفتائات ۲: ۳۸۱)

### دوم: استصحاب حکمی

آیت الله خرازی نیز پس از اینکه جواز اعتماد به نظر کارشناس و خبره را در تحقق موت یا عدم آن در بحث مرگ مغزی به صورت احتمال مطرح می‌کند، به آن اشکال کرده است و می‌گوید: «زمانی به قول متخصصین می‌توان اعتماد کرد که با عرف در مفهوم مرگ، اتفاق نظر داشته و شک در تحقق مصداق باشد، در حالی که در مورد مرگ مغزی چنین نیست؛ چون آنچه مورد اختلاف است، مفهوم مرگ است [نه مصداق آن]... و در این گونه موارد، شهادت کارشناسان بر تحقق مرگ کفایت نمی‌کند؛ چون آنها بر تحقق مرگ مغزی شهادت می‌دهند، در حالی که این، خود، اول کلام است که آیا مرگ مغزی همان مرگ واقعی که موضوع احکام موت واقع می‌شود، هست یا نه؟ در این صورت، [اختلاف در مفهوم و اخبار کارشناس به تحقق مرگ] آنچه مورد تبعیت قرار می‌گیرد، شک در تحقق مرگ و احتمال بقای حیات است که مجرای استصحاب حکمی است نه موضوعی؛ نظیر شک در غروب و مغرب و مقتضای استصحاب حکمی، عدم جواز قطع اعضا قبل از توقف قلب و مغزو سکون نفس و خاموشی بدن است». (مجله فقه اهل بیت ۱۹: ۸۹)

### نظر تفصیلی در مرگ مغزی

عده‌ای دیگر بدون ارائه شاخص و با تمسک به نظر کارشناس و پزشک و بدون اینکه به مرده یا زنده بودن اشاره کنند، در احکام مربوط به زندگان و مردگان تفصیل داده‌اند و بعضی از احکام مربوط به مردگان را در مورد مبتلایان به مرگ مغزی جاری می‌کنند. آیت الله مکارم شیرازی به این نظر معتقد است و می‌گوید: «با توجه به اینکه پزشکان تصریح می‌کنند این گونه افراد [مبتلا به مرگ مغزی]، مانند شخصی هستند که مغز او به کلی متلاشی شده [است] یا سراز تن او جدا کرده‌اند که با کمک وسایل تنفس مصنوعی و تغذیه ممکن است تا مدتی به حیات نباتی ادامه دهد، یک انسان زنده محسوب نمی‌شوند، در عین حال، یک انسان کاملاً مرده هم نیستند. بنابراین، در احکام مربوط به حیات و مرگ باید تفصیل داده شود...». (احکام پزشکی ۱۱۳؛ گنجینه استفتائات قضایی سؤال ۲۳۷)

ایشان به طور کامل مشخص نکرده‌اند که در چه مواردی چه حکمی از اموات و چه حکمی از زندگان بر بیمار مرگ مغزی جاری می‌شود. اما در جایی می‌گوید: «در موارد مرگ مغزی، اگر موضوع، قطعی و یقینی باشد، چنان فردی در این گونه احکام مانند میّت است (هر چند پاره‌ای از احکام میّت مانند غسل و نماز و کفن و دفن و غسل مسّ میّت بر او جاری نمی‌شود). بنابراین، برداشتن اعضای او برای نجات جان مسلمانان مانعی ندارد». (احکام پزشکی ۱۱۵؛ الفتاوی الجدیدة ۱: ۴۱۱)

بر این اساس باید بین احکام مربوط به مرگ و حیات، تفصیل داده شود، اما مسلّم است که حیات حیوانی این گونه افراد به پایان رسیده است و تنها حیات نباتی دارند. البته بعضی از احکام مرده مثل غسل و کفن و عده وفات جاری نمی‌شود. (مکارم، احکام پزشکی ۱۱۳)

به عقیده ایشان، تشخیص مصادیق برخی از موضوعات مثل مرگ و حیات به نوعی تبخّر و تخصص نیاز دارد. پس برای تشخیص این گونه امور نمی‌توان به فهم عرف عام و توده مردم اعتماد کرد، بلکه باید به متخصص آن فن مراجعه کرد. بنا بر این، پزشک باید بگوید که آیا مرگ مغزی مصداق حیات حیوانی یا مصداق مرگ و حیات نباتی است.

در دایرةالمعارف فقه مقارن چنین آمده است: «شکی نیست که تعیین و تشخیص موضوعات به طور کلی و بیان خصوصیات، اجزا، شرایط و موانع آن به عهده فقیه است؛ یعنی فقیه باید معلوم کند که در لسان ادلّه، حکم بر چه موضوعی وارد شده و اگر موضوع، یک عنوان مرگبی مثل نماز است، از چه اجزا و شرایط و موانعی برخوردار است؟... ولی هنگامی که به مصادیق این موضوعات می‌رسیم و بحثی تطبیقی به میان می‌آید... مشاهده می‌کنیم که موارد، سه گونه است: یک، موضوعاتی که تطبیق و تشخیص مصادیق آن نیاز به نوعی تخصّص دارد و باید آن را از متخصصان آن موضوع گرفت. مثلاً فقیه می‌گوید: روزه بر بیماری که روزه گرفتن برای او ضرر دارد، واجب نیست. در اینجا گاه شخص بیمار خودش می‌تواند تشخیص دهد که روزه برای او زیان بار است و گاه ناچار است از طبیب کمک بگیرد یا اینکه مثلاً مرگ مغزی آیا مصداق مرگ حیوانی است و تنها حیات نباتی او باقی است یا نه؟ یا فلان مرگ مغزی آیا قابل بازگشت است یا نه؟ همه‌ی اینها در شأن پزشکان متخصص است...». (همان)

مرحوم نراقی قائل است که روش فقها در موضوعات، مراجعه به اهل خبره و متخصص آن موضوعات است. (مستند الشیعه ۲: ۱۲۱) سبزواری در مذهب الأحکام می‌گوید: مرجع در تشخیص معدن، خبرگانی هستند که در این امر، دانش آموخته‌اند مخصوصاً در عصر حاضر که مردم، اهتمام جدی برای شناخت این گونه امور دارند و کرسی درس و بحث در این باره تشکیل می‌شود. (۱۱: ۳۸۶) نتیجه آنکه در مواردی که نیاز به تشخیص جزئیات و مصادیق باشد و آنها مبهم باشند، فقیه با رجوع به اهل تخصص در آن فن، مشکل را حل می‌کند و نیازی نیست که خود، همه‌ی آن علوم را فرا بگیرد. در مقام بررسی این نظر دو نکته حائز اهمیت است. اولین نکته در مورد مشخص نشدن موضوع مرگ شرعی از منظر آیت الله مکارم است. بی شک عرف خاص و متخصص در مقام تطبیق باید ملاکات و ضوابط موضوع شرعی را بر مصداق تطبیق دهد، ولی با این وجود مشخص نیست ملاک صدق مرگ از منظر آیت الله مکارم چیست و پزشکان چگونه و با چه ضابطه شرعی باید صدق عنوان مرگ یا حیات را بر مبتلایان بر مرگ مغزی تشخیص دهند؟ نکته دوم در مورد دلیل نظر تفصیلی آیت الله مکارم است. با توجه به اینکه عرف خاص در نهایت یا حکم به موت مبتلایان به مرگ مغزی می‌کنند و یا این که آنها را زنده و در قید حیات می‌پندارند، با این وجود چرا باید برخی از احکام احیاء و برخی از احکام اموات را بر آنها بار نمود؟

### نتیجه

نظرات متعددی در مورد حیات یا ممات مبتلایان به مرگ مغزی مطرح شده است. بسیاری از پزشکان مرگ مغزی را پایان حیات می‌دانند. اما از نظر فقهی هرچند که مرگ مغزی شباهاتی با عناوین فقهی «موت مشتبّه و حیات غیرمستقر» دارد اما حق اینست که آنها را یکی ندانیم و بین آنها فرق گذاشته شود. به همین دلیل در میان فقها عده زیادی بر این باورند که مرگ مغزی پایان حیات نیست و حیات حیوانی همچنان ادامه دارد و عده‌ای عقیده دارند مرگ مغزی پایان حیات حیوانی است که هر کدام برای اثبات مدعای خود، ادله‌ای اقامه می‌کنند. گروهی هم قائل به تفصیل هستند؛ در پاره‌ای از موارد او را مرده و در پاره‌ای دیگر او را زنده محسوب می‌کنند. با توجه به اختلاف آراء در ملاک سلب حیات از نظر عرف و همچنین عدم درک جدایی روح از بدن در عالم

واقع، لاجرم با تمسک به استصحاب بقای حیات، حکم به حیات مبتلایان به مرگ مغزی خواهد شد. بر این اساس احکام مترتب بر آن از جمله پیوند عضو، ارث، کفن و دفن، متناسب با حکم به حیات یا ممات مبتلایان به مرگ مغزی جاری خواهد شد. از نظر معتقدین به مرگ در مرگ مغزی، پیوند اعضا جایز و پس از آن، احکام ارث و کفن و دفن جاری خواهد شد. اما بنا بر اعتقاد قائلین به ادامه حیات در مرگ مغزی، پیوند عضو جایز نخواهد بود، مگر اینکه از نظر فقیه قاعده تراحم بین حفظ نفس مبتلایان به مرگ مغزی و افراد نیازمند به عضو جاری شده و فقیه حکم به حفظ نفس بیماران نیازمند به عضو، صادر کند.

## فهرست منابع

۱. ابن اثیر جزری، مبارک بن محمد. النهاية فی غریب الحدیث والأثر، چاپ ۱، قم: مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، بی تا.
۲. ابن منظور، ابو الفضل، جمال الدین، محمد بن مکرم، لسان العرب، دار الفکر للطباعة و النشر و التوزیع - دار صادر، بیروت
۳. ابن منظور، جمال الدین محمد بن مکرم. لسان العرب. چاپ ۳، بیروت: دار الفکر للطباعة و النشر و التوزیع و دار صادر. ۱۴۱۴ هـ. ق.
۴. اصفهانی، حسین بن محمد راعب، مفردات ألفاظ القرآن، دار العلم - الدار الشامیة، لبنان - سوریه، اول، ۱۴۱۲ هـ ق
۵. امامی، مسعود. «زمان ولوج الروح فی الجنین». فقه اهل البيت (علیهم السلام)، ۵۱ (۱۴۲۹)، ۸۷ - ۱۱۲.
۶. بهجت فومنی گیلانی، محمد تقی. استفتانات. چاپ ۱، قم: دفتر حضرت آیت الله بهجت، ۱۴۲۸ هـ. ق.
۷. تبریزی، جواد بن علی. استفتانات جدید. قم. بی تا.
۸. جوهری، اسماعیل بن حماد، الصحاح - تاج اللغة و صحاح العربية، دار العلم للملایین، بیروت - لبنان، اول، ۱۴۱۰ هـ ق
۹. حاتمی، علی اصغر و ندا مسعودی. «آثار حقوقی مرگ مغزی». مطالعات حقوقی دانشگاه شیراز، ۱ (۱۳۸۹)، ۶۱ - ۸۳.
۱۰. حسینی خامنه ای، سید علی. أجوبة الإستفتانات. چاپ ۱، قم: دفتر آیت الله خامنه ای، ۱۴۲۴ هـ. ق.
۱۱. حسینی سیستانی، سید علی. المسائل المنتخبة، چاپ ۹، قم: دفتر حضرت آیت الله سیستانی، ۱۴۲۲ هـ. ق.
۱۲. حسینی عاملی، سید جواد بن محمد. مفتاح الكرامة فی شرح قواعد العلامة، چاپ ۱، بیروت: دار احیاء التراث العربی، بی تا.
۱۳. حکیم، سید محمد سعید. مصباح المنهاج: کتاب الطهارة، چاپ ۱، قم: مؤسسه المنار، بی تا.
۱۴. حمیری، نشوان بن سعید. شمس العلوم و دواء کلام العرب من الکولم، چاپ ۱، بیروت: دار الفکر المعاصر، ۱۴۲۰ هـ. ق.

۱۵. خرازی، سید محسن. «پیوند اعضا». فقه اهل البيت عليهم السلام ۱۹ (۱۴۲۱)، ۶۰-۱۰۷.
۱۶. سبزواری، سید عبدالاعلی. مهذب الأحكام، چاپ ۴، قم: مؤسسه المنار، ۱۴۱۳ هـ.ق.
۱۷. ستوده، حمید. مرگ مغزی: پردازش فقهی. حقوقی، قم: مرکز فقهی ائمه اطهار عليهم السلام، ۱۳۹۱.
۱۸. سند بحرانی، محمد. فقه الطب والتضخم النقدي، چاپ ۱، بیروت: مؤسسه أم القرى للتحقیق والنشر، ۱۴۲۳ هـ.ق.
۱۹. صاحب بن عباد، کافی الکفاة اسماعیل. المحيط فی اللغة، چاپ ۱، بیروت: عالم الكتاب، ۱۴۱۴ هـ.ق.
۲۰. صادقی، سید عباس. «استفاده از پاسخ های شنیداری ساقه مغز در تأیید مرگ مغزی». علمی پزشکی قانونی، ۲۲ (۱۳۸۰)، ۱۲-۲۰.
۲۱. صافی گلپایگانی، لطف الله. استفتائات پزشکی، چاپ ۱، قم: دار القرآن الکریم، ۱۴۱۵ هـ.ق.
۲۲. صدر، سید محمد. ماوراء الفقه، چاپ ۱، بیروت: دار الأضواء للطباعة و النشر و التوزیع، ۱۴۲۰ هـ.ق.
۲۳. طریحی، فخر الدین، مجمع البحرین، کتابفروشی مرتضوی، تهران - ایران، سوم، ۱۴۱۶ هـ.ق.
۲۴. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن. الخلاف، چاپ ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۰۷ هـ.ق.
۲۵. \_\_\_\_\_ . المبسوط فی فقه الإمامیه، چاپ ۳، تهران: المکتبه المرتضویة لإحياء الآثار الجعفریة، ۱۳۸۷ هـ.ق.
۲۶. \_\_\_\_\_ . النهاية فی مجرد الفقه و الفتاوی، چاپ ۳، بیروت: دارالکتاب العربی، ۱۴۰۰ هـ.ق.
۲۷. عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی. مسالک الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام، چاپ ۱، قم: مؤسسه المعارف السلامیة، ۱۴۱۳ هـ.ق.
۲۸. علی اکبری، احسان و نصرالله شاملی. «پژوهشی فقهی پیرامون پیوند اعضا در اشخاص مبتلا به مرگ مغزی»، پژوهش نامه حقوق اسلامی، ۳۳ (۱۳۹۰)، ۱۷۷-۱۹۹.
۲۹. فاضل موحدی لنکرانی، محمد. احکام پزشکان و بیماران، بی تا.
۳۰. \_\_\_\_\_ . جامع المسائل، چاپ ۱۱، قم: امیر قلم، بی تا.

۳۱. فیاض کابلی، محمد اسحاق. المسائل المستحدثة، چاپ ۱، کویت: مؤسسه مرحوم محمد رفیع حسین، ۱۴۲۶ هـ.ق.
۳۲. قوه قضاییه، گنجینه استفتائات قضایی (نگارش ۲)، قم: دفتر آموزش روحانیون و تدوین متون فقهی، ۱۳۹۰.
۳۳. محسنی قندهاری، محمد آصف. الفقه و مسائل طبیه، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، ۱۴۲۴ هـ.ق.
۳۴. محقق حلی، نجم الدین جعفر بن حسن. المعترفی شرح المختصر، چاپ ۱، قم: مؤسسه سید الشهداء علیه السلام، ۱۴۰۷ هـ.ق.
۳۵. محمدی کرجی، رضا. «ماهیت مرگ مغزی و آثار فقهی و حقوقی آن» فقه اهل بیت. ۶۴ (۱۳۸۹) ۱۲۰-۷۴.
۳۶. مفید بغدادی، محمد بن محمد بن نعمان عکبری. المقنعه، چاپ ۱، قم: کنگره جهانی هزاره شیخ مفید، ۱۴۱۳ هـ.ق.
۳۷. مقری فیومی، احمد بن محمد. المصباح المنیر فی غریب الشرح الكبير للرافعی، چاپ ۱، قم: منشورات دارالرازی، بی تا.
۳۸. مکارم شیرازی، ناصر. احکام پزشکی، چاپ ۱، قم: انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام، ۱۴۲۹ هـ.ق.
۳۹. \_\_\_\_\_ . الفتاوی الجديدة، قم: انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام، ۱۴۲۷ هـ.ق.
۴۰. \_\_\_\_\_ . دائرة المعارف فقه مقارن، چاپ ۱، قم: انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام، ۱۴۲۷ هـ.ق.
۴۱. منتظری نجف آبادی، حسینعلی. احکام پزشکی، چاپ ۳، قم: سایه، ۱۴۲۷ هـ.ق.
۴۲. منتظری نجف آبادی، حسینعلی. چاپ ۱، رساله استفتائات، قم: بی تا.
۴۳. موسوی خویی، سید ابوالقاسم و جواد بن علی تبریزی. فقه الأعداء الشرعیه والمسائل الطبیة: المحشی، چاپ ۱، قم: دار الصدیقة الشهيدة علیه السلام، ۱۴۲۷ هـ.ق.
۴۴. \_\_\_\_\_ . صراط النجاة: المحشی، چاپ ۱، قم: مکتب نشر المنتخب، ۱۴۱۶ هـ.ق.
۴۵. \_\_\_\_\_ . مبانی تکملة المنهاج، بی تا.
۴۶. مؤمن قمی، محمد. کلمات سدیة، چاپ ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به

- جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۵ هـ. ق.
۴۷. نجفی، محمدحسن. جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، بیروت: دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ هـ. ق.
۴۸. نراقی، مولی احمد بن محمد مهدی. مستند الشیعة فی أحكام الشریعة، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام، چاپ اول، ۱۴۱۵ هـ. ق.
۴۹. نظری توکلی، سعید. «مقایسه مرگ مغزی با حیات غیر مستقر». مقالات و بررسی ها. ۷۳ (۱۳۸۲) ۸۷-۱۰۵.



## رسائل

مجله علمی دانش پژوهان مجتمع فقه، حقوق و قضای اسلامی  
سال ششم، شماره اول، پیاپی نهم، پاییز و زمستان ۱۳۹۹  
صفحات ۲۹ تا ۶۱

عبدالله محمودی\*

a.mahmodi110@yahoo.com

# قلمرو ضمان درک بائع با تاکید بر جبران غرامات ناشی از کاهش ارزش پول

## چکیده

یکی از معضلات دعاوی حقوقی در شرایط تورم این است که ارزش پول و سرمایه تغییر می‌کند و به همین دلیل مدعی معمولاً این مطالبه را دارد که علاوه بر اصل مال، خسارت ناشی از تورم را نیز از طرف مقابل بگیرد. مطابق ماده ۳۹۱ قانون مدنی اگر مشتری از وجود فساد مطلع نباشد، بائع باید علاوه بر استرداد ثمن، غرامات وارده بر مشتری را نیز پرداخت کند. طبق رأی وحدت رویه شماره ۷۳۳ مورخ ۹۳/۷/۱۵ دیوان عالی کشور، یکی از مصادیق غرامت در این ماده، کاهش ارزش پول است. البته در این خصوص نظرات مختلفی از فقها مطرح شده است. عده ای اساساً جبران کاهش ارزش پول را جایز نمی‌دانند. عده ای دیگر قائل به احتیاط و مصالحه هستند. اما عده ای دیگر قائل به لزوم جبران کاهش ارزش پول هستند که همین قول صحیح به نظر می‌رسد. این گروه از فقها عموماً کاهش ارزش پول را نوعی غرامت و خسارت می‌دانند و به همین دلیل می‌توان گفت ماده ۳۹۱ و رأی وحدت رویه مطابق نظر این گروه از فقهاء و موجه است.

**کلیدواژه‌گان:** ماهیت پول، تورم، جبران خسارت، ضمان درک، غرامت، ماده ۳۹۱ ق.م. رأی وحدت رویه.

\*فارغ التحصیل مدرسه عالی قضاوت و طلبه سطح سه حوزه علمیه قم.

ماده ۳۹۱ قانون مدنی مقرر داشته است: «در صورت مستحق للغير درآمدن کل یا بعض از مبیع، بایع باید ثمن مبیع را مسترد دارد. و در صورت جهل مشتری به وجود فساد، بایع باید از عهده غرامات وارد شده بر مشتری نیز برآید.» بر این اساس، می‌توان گفت بایع در برابر مشتری دو تکلیف دارد؛ یکی، استرداد ثمن معامله و دیگری، جبران غرامت‌های وارد شده به مشتری. به علت اختلافات موجود بین فقها، حقوق دانان و آراء قضائی در خصوص مصادیق غرامت، دیوان عالی با صدور رأی وحدت رویه در آذرماه ۱۳۹۳، این اختلافات را حل کرده است.

فقها در بحث ضمان درک مبیع، به اتفاق، استرداد ثمن را از طرف بایع لازم می‌دانند. در تکلیف بایع به استرداد ثمن فرقی نمی‌کند که مشتری به بطلان بیع، آگاه بوده یا بدان جاهل بوده است، هم‌چنان‌که در علم و جهل بایع به بطلان بیع نیز تفاوتی نیست.

به تبع اقوال فقهی، قانون مدنی در ماده ۳۹۱ نیز به نحو مطلق ذکر شده است. همان‌طور که مشخص است، در این ماده، واژه «غرامات» بدون ذکر مصادیق آن آمده و این مسئله باعث اختلاف بین حقوق دانان در مصادیق غرامت شده است. آن‌چه از متون فقهی نیز برمی‌آید، بیانگر اختلاف فقها در این زمینه است. در رویه قضات، مواردی هم‌چون هزینه‌های مربوط به معامله مانند ثبت و دلالی، هزینه‌های دادرسی، وکالت و غیره از مصادیق غرامت دانسته شده است، اما در خصوص کاهش ارزش پول و نرخ روز مبیع اختلاف وجود دارد. عده‌ای از قضات در راستای جبران غرامت وارده به مشتری، بایع را به جبران کاهش ارزش پول یا نرخ روز مبیع محکوم می‌کنند، ولی عده‌ای دیگر، این دو مورد را از مصادیق غرامت نمی‌دانند.

نوشته حاضر با تأکید بر رأی وحدت رویه که در مورد کاهش ارزش پول تعیین تکلیف کرده است، بحث را تنها در مورد این مصداق پیگیری می‌کند. برای بررسی دقیق موضوع، ابتدا اصل جواز جبران کاهش ارزش پول از منظر فقها بحث شده است، سپس بر فرض جواز آن، در مورد غرامت بودن یا نبودن آن بحث ادامه پیدا می‌کند. در آخر نیز رأی وحدت رویه دیوان عالی کشور بیان شده است.

## ۱- اصل جواز جبران کاهش ارزش پول

به طور کلی، فقهای که درباره جواز جبران کاهش ارزش پول اظهار نظر کرده‌اند، سه گروه هستند. دسته اول، کسانی هستند که جبران کاهش ارزش پول را غیر مجاز می‌دانند و برای قول مختار خود چهار دلیل اقامه کرده‌اند. دسته دوم، کسانی هستند که جبران کاهش ارزش پول را نه تنها مجاز، بلکه آن را لازم می‌دانند. این گروه نیز برای نظر خود نه دلیل اقامه کرده‌اند. دسته آخر از آن جایی که دلایل هر دو قول را نسبتاً موجه دانسته‌اند و بر هیچ کدام نقد جدی وارد ندانسته‌اند، درباره جبران کاهش ارزش پول احتیاط به مصالحه کرده‌اند و هیچ کدام از دو قول را ترجیح نداده‌اند. در ادامه، دیدگاه‌های فوق و ادله هر یک از آنها مطرح می‌شود.

### ۱-۱- عدم جواز جبران کاهش ارزش پول

#### ۱-۱-۱- دلیل اول: مثلی بودن پول

اولین دلیلی که برای عدم جواز جبران کاهش ارزش پول بیان شده مثلی بودن پول است. آیت الله تبریزی و آیت الله سیستانی بر اساس همین دلیل، در پاسخ به پرسش کمیسیون حقوقی و قضایی مجلس شورای اسلامی درباره مسئله پرداخت قیمت روز مهریه، جبران کاهش ارزش پول را غیر مجاز اعلام کرده‌اند. ایشان معتقدند که پول سند مال نیست بلکه خودش مال است و اموال مثلی هم محسوب می‌شود. بنابراین در فرضی که پول رایج مورد بدهی باشد نمی‌توان بیشتر از همان مبلغ را مطالبه کرد. (پاسخ شماره ۲۵۲۸، مورخه ۱۳۷۵/۷/۲۴ هـ. ش به پرسش کمیسیون امور قضایی و حقوقی مجلس شورای اسلامی و پاسخ مورخه ۱۴۱۷/۲/۷ هـ. ق به کمیسیون امور قضایی و حقوقی مجلس شورای اسلامی)

ممکن است این سؤال پیش بیاید که چرا در اموال مثلی نمی‌توان وجه مازاد مطالبه کرد؟ آیت الله سید کاظم حائری در پاسخ به این سؤال اینگونه می‌گویند: «اشیای مثلی ویژگی‌های متفاوتی دارند. باید ملاحظه شود که کدام نوع ویژگی در مثلثیت آنها دخیل است. اولین وصف از آن‌ها صفات ذاتی شیء مثلی هستند. یعنی ویژگی‌هایی که در مقایسه با منشأ نیاز انسان، یا سایر اموال در شیء مثلی شکل نگرفته است، مثل سیاهی و سفیدی. دومین وصف از آنها صفات نسبی هستند که با ملاحظه

منشأ نیازهای انسان در شیء مثلی شکل می‌گیرد، مثل این وصف لباس که باید انسان را از سرما حفظ کند. سومین وصف هم اوصاف نسبی هستند که با مقایسه با سایر کالاها و اموال در شیء مثلی محقق می‌شود، مثل گرانی و ارزانی و قدرت خرید. از نظر عرفی فقط ویژگی‌های ذاتی (نوع اول) در مثلثیت شیء دخیل هستند. بنابراین، ارزش و قدرت خرید پول که از اوصاف نسبی آن است، هیچ مدخلیتی در مثلی بودن آن ندارد و در صورت کاهش، ضمان آور نیست.» (مجموعه سخنرانی‌ها و مقالات چهارمین سمینار بانک داری اسلامی ۲۶-۳۰)

### ۲-۱-۱- دلیل دوم: جبران کاهش ارزش پول، مصداق ربا

دومین دلیلی که برای عدم جواز جبران کاهش ارزش پول بیان شده این است که چون پول ارزش اعتباری مستقل دارد باید در دیون و روابط پولی ارزش اسمی آن را ملاک قرار داد نه قدرت خرید. چرا که اگر قدرت خرید را ملاک قرار دهیم موجب ربا خواهد شد. مرحوم آیت الله فاضل لنکرانی این دلیل را مطرح کرده و می‌گوید: «چون پول‌های اعتباری رایج دارای ارزش اعتباری مستقل هستند، باید در دیون و سایر روابط پولی، ارزش اسمی مستقل آن را ملاک قرار داد، نه قدرت خرید پول را وگرنه مواجهه با ارتکاب ربای محرم خواهیم شد.» (جامع المسائل ۱: ۳۹۳؛ پاسخ به نامه پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، شماره ۲۰۹۵، مورخه ۷۵/۱/۱۸؛ پاسخ به نامه کمیسیون امور قضایی و حقوقی مجلس شورای اسلامی، شماره ۵/۵۶/۶۱۹، مورخه ۱۳۷۵/۷/۱۸)

### ۳-۱-۱- دلیل سوم: عدم افزایش و کاهش پول

برخی ممنوعیت جبران کاهش ارزش پول را به این دلیل می‌دانند که پول ارزش واقعی و ذاتی ندارد که افزایش یا کاهش در ارزش آن ایجاد شود. بلکه یک ارزش اعتباری دارد که معتبر اعم از دولت و غیردولت. در افزایش و کاهش آن دخیل است نه افزایش و کاهش اموال خارجی معادل آن. بنابراین کاهش ارزش خرید که به معنی افزایش قیمت اموال خارجی است، ربطی به افزایش و کاهش ارزش اعتباری پول ندارد که بتوانیم آن را مطالبه کنیم. برخی از نویسندگان این دلیل را اینگونه بیان کرده‌اند: «کاهش ارزش پول ضمان ندارد؛ چون کاهش و افزایش در خود پول نیست، بلکه در معادل آن یعنی در اموال خارجی است. مال بودن آن هم اعتباری است و تا وقتی

که اعتبارکننده آن را معتبر بداند، پول جایگاه خود را دارد و مقدار ارزش و توان خرید آن هم باقی است و هیچ تغییری نمی‌کند؛ مگر با تغییر نظر اعتبارکننده، آن هم چه دولت باشد و چه غیر دولت. پول امروزی ارزش ذاتی و واقعی ندارد تا قابل کاهش یا افزایش باشد، بلکه اعتباری محض است و زیادی و کمی آن مانند اصل وجودش بسته به اعتبار اعتبارکننده است نه میل و رغبت مردم و در این فرض، بین کاهش و افزایش فاحش یا غیر فاحش فرقی نیست.» (شمس، مجله فقه اهل بیت ۹: ۳۲)

#### ۴-۱-۱- دلیل چهارم: صحیحہ اسحاق بن عمار

آخرین دلیلی که برخی متعرض آن شده‌اند، صحیحہ اسحاق بن عمار است: «و یاسنادہ عن الحسن بن سعید عن فضالۃ عن أبان عن إسحاق بن عمار قال: قلت لأبي إبراهيم ع الرجل یکون له علی الرجل الدنانیر فیأخذ منه دراهم ثم یتغیر السعر قال فہی له علی السعر الذی أخذها یومئذ وإن أخذ دنانیر و لیس له دراهم عنده فدنانیرہ علیہ يأخذها برء و سہامتی شاء.» (عاملی، وسائل الشیعہ ۱۸: ۱۸۴)

اسحاق بن عمار به امام موسی بن جعفر علیہ السلام می‌گوید: شخصی از کسی دینارهایی طلب کار است و از او درهم‌هایی می‌گیرد. سپس قیمت تغییر می‌کند. حضرت فرمود: او به قیمت روزی که گرفته است، حق دارد و اگر درهم ندارد، حق خود را فقط به همان مقداری که طلب دارد، به دینار می‌گیرد. طبق این حدیث باید گفت جبران کاهش ارزش پول صحیح نیست چرا که امام فرموده است باید قیمت همان روزی که گرفته را پس بگیرد.

#### ۴-۱-۵- نقد و بررسی ادله مخالفین

از میان چهار دلیلی که مطرح شد همه قابل نقد و مناقشه هستند. دلیل اول و دوم فرض را این گرفته‌اند که پول فی نفسه مال است در حالی که باید گفت پول صرفاً یک سند حاکی از مال است. مثلی یا قیمی بودن متفرع بر مالیت یک شیء است، در حالی که اسکناس‌های موجود که از جنس طلا و نقره نیستند هیچ‌گونه مالیتی ندارند. از همین رو، تحقق ربا نیز مخدوش است. چرا که تحقق ربا منوط به این است که پول واقعی که ارزش ذاتی دارد رد و بدل شود. اما در مورد اسکناس‌های موجود، مالی که ارزش واقعی داشته باشد وجود ندارد که جبران کاهش ارزش آن مصداق ربا باشد.

اما درباره دلیل سوم نیز باید گفت این دلیل به خوبی گویای همان مطلبی است که گفته شد. در این دلیل آمده است که افزایش و کاهش در خود پول نیست که نیاز به جبران داشته باشد بلکه در معادل خارجی آن است که ربطی به پول ندارد. اگر در این دلیل به خوبی دقت شود می‌توان این نتیجه را گرفت که پول ارزش ذاتی و مستقل ندارد بنابراین در استفاده از آن به عنوان مهریه یا هرامر دیگری، باید معادل خارجی آن را ملاحظه کرد؛ چرا که در غیر این صورت پول به عنوان چیزی که مالیت ندارد مهریه قرار گرفته است در حالی که مهریه باید مال باشد. از این رو جبران کاهش ارزش پول که در واقع جبران کاهش جبران خرید است لازم است.

در نهایت در خصوص استدلال به روایت نیز باید گفت هرچند روایت به لحاظ سند صحیح است اما اولاً معارض با روایت صحیح السند یونس است. ثانیاً این روایت ادعای مخالفین را اثبات نمی‌کند؛ چون موضوع روایت درهم و دینار است که ارزش واقعی و مالیت دارند و با اسکناس‌های موجود متفاوت‌اند. قطعاً درهم و دینار از اموال مثلی هستند و در پرداخت دین باید مثل همان را بپردازد، اما همانطور که گفته شد اسکناس‌های موجود ارزش واقعی ندارند و با درهم و دینار قابل مقایسه نیستند. پس حکم مذکور در روایت را نمی‌توان به پول و اسکناس‌های امروزی سرایت داد.

## ۱-۲- لزوم جبران کاهش ارزش پول

دومین قولی که درباره جبران کاهش ارزش پول بیان شده است؛ جواز است. عده‌ای از فقها این نظر را بیان کرده‌اند و برای اثبات مدعای خود دلایل متعددی اقامه کرده‌اند. هرچند که این ادله بعضاً شبیه به هم هستند. محور کلی ادله این گروه سه مسئله است: اول مسئله مال نبودن اسکناس، دوم مسئله مال قیمی بودن اسکناس، سوم هم مسئله مثلی بودن اسکناس و حاکمیت قاعده لاضرر. ذیلاً این ادله بیان و بررسی می‌شوند.

### ۱-۲-۱- دلیل اول: ملاحظه قدرت خرید پول

چون فلسفه وجودی پول، بیان ارزش‌ها و مشخص شدن نسبت‌های مختلف ارزش بین کالاها و خدمات است، در دیون، مهریه و امثال آن‌ها باید به ارزش و قدرت خرید حقیقی پول توجه کرد.

آیت الله نوری همدانی در پاسخ به پرسش کمیسیون امور قضایی و حقوقی مجلس شورای اسلامی در این خصوص می‌گوید: «از آنجا که پول رایج هر عصر و زمان مبین ارزش‌ها و نشانگر نسبت‌های مختلف بین کالاها و خدمات است و اساساً فلسفه وجودی پول نیز از همین اصل نشئت می‌گیرد، لذا به نظر حقیر لازم است به طور کلی در باب دیون و جنایات و ضمانات ارزش‌ها و قدرت خریدها را - که در زمان‌های مختلف متفاوت می‌شود - همیشه در نظر بگیریم و به حساب بیاوریم تا راه توجه ضرر و زیان را نسبت به داین و مجنی علیه و مضمون له مسدود سازیم. البته تعیین کمیّت و مقدار آن در زمان تأدیه باید با نظر متخصص باشد.» (پاسخ به نامه شماره ۸/۶۱۹/۵۶/د، کمیسیون امور قضایی و حقوقی مجلس شورای اسلامی)

برخی دیگر نیز در این خصوص گفته‌اند: «به نظر ما پول نه مثلی است و نه قیمی، هر چند مال است؛ زیرا ضابطه مثلی و قیمی که فقها بیان می‌کنند مربوط به اموال و کالاهایی است که ارزش ذاتی دارند. فقهای ما کالا را به دو قسم قیمی و مثلی تقسیم نموده‌اند، ولی اسکناسی که صرفاً مال اعتباری است، این تقسیم در او راه ندارد و به تعبیر اصطلاحی، پول تخصصاً و موضوعاً از بحث مثلی و قیمی خارج است؛ زیرا امروز کسی پول را کالا نمی‌داند، بلکه آن را تنها نشانه قدرت خرید به حساب می‌آورد، نه چیز دیگر. این یک مسئله کارشناسی است که باید ببینیم آن‌ها پول را چه می‌دانند.» (موسوی بجنوردی، «مجله فقه اهل بیت» ۷: ۴۰)

#### ۲-۱-۲- دلیل دوم: اسکناس سند پشتوانه

آیت الله هاشمی شاهرودی معتقدند که اسکناس سندی از پشتوانه است به همین دلیل باید ملاحظه ارزش واقعی و پشتوانه واقعی را کرد نه اینکه خود اسکناس را دید. ایشان در تقریر این نظر می‌گویند: «پول‌های اعتباری تنها برگه‌ای هستند که سازمان صادر کننده، آن‌ها را اعتبار و ارزش بخشیده است و به اندازه بهای آن، عهده‌دار پرداخت طلا و نقره از محل پشتوانه می‌گردد که بیشتر وقت‌ها از جنس طلاست. بدین سان آن چه بر عهده می‌آید، طلای به اندازه همان پول است. پس ناگزیر ضامن باید همین اندازه طلا یا همسانش را به پول بپردازد. بنابراین، تورم و کاهش ارزش پول، بدین گونه مورد ضمان است.» (مجله فقه اهل بیت ۲: ۵۶)

### ۳-۲-۱- ابراء ذمه عرفی؛ جبران کاهش ارزش پول

استدلال به نظر عرف دلیل دیگری است که برخی از فقها برای لزوم جبران کاهش ارزش پول اقامه کرده‌اند. در بیان این دلیل چنین آمده است: «ادای دین يك امر عرفی است. در جو توڑمی و هنگامی که ارزش پول کاهش پیدا می‌کند، باید دید عرف چه چیزی را ادای دین می‌داند. اگر کاهش ارزش پول شدید باشد، یقیناً عرف وقتی مدیون را بری‌الذمه می‌شمارد که ارزش حقیقی پول را ملاک قرار دهد و آن را به دائن پرداخت نماید. در غیر این صورت، یعنی اگر مدیون ارزش اسمی را پرداخت کند، عرف عام او را بری‌الذمه نمی‌داند. این امر در عرف دنیا در مورد سپرده‌های بانکی و سایر پرداخت‌های پولی مالی نیز مورد توجه است.» (مکارم شیرازی، مجموعه استفتائات جدید ۱۶۱؛ پاسخ به نامه شماره ۸/۶۱۹/۵۶/د، کمیسیون امور قضایی و حقوقی مجلس شورای اسلامی)

### ۴-۲-۱- دلیل چهارم: پول ارزش دیگر کالا

دلیل دیگری که بر این نظر اقامه شده این است که: «پول، همان بها و ارزش خالص دیگر کالاها و اموال است. از همین رو، ضمان اموال و کالاهای قیمی به وسیله پول است؛ چرا که پول، خود، بها است. پس چگونه ممکن است که ضمان آن، قیمی نباشد؟ بله، اگر ضمان چیزهای قیمی به بهای آن‌هاست، پس ضمان خود قیمت که همان پول است، ناگزیر قیمی خواهد بود. با این نکته که ماهیت پول چیزی جز قیمت و ارزش بودن برای چیزهای دیگر نیست؛ پس چون باید ضمانش نیز هم چون دیگر کالاهای قیمی بر حسب قیمت باشد، بلکه این سزاوارتر از کالاهاست.» (هاشمی شاهرودی، «مجله فقه اهل بیت» ۲: ۵۵)

### ۵-۲-۱- دلیل پنجم: صحیحه یونس

استدلال به برخی از روایات نیز از جمله ادله قائلین به این نظریه است. در صحیحه یونس آمده است: «عنه عن سهل بن زیاد عن محمد بن عیسی قال قال لی یونس کتبت الی الرضا ع أن لی علی رجل ثلاثة آلاف درهم و كانت تلك الدراهم تنفق بین الناس تلك الايام و لیس تنفق الیوم الی علیه تلك الدراهم باعیانها أو ما ینفق الیوم بین الناس فکتب ع الی لک أن تأخذ منه ما ینفق بین الناس کما اعطیته ما ینفق بین الناس.» (شیخ طوسی، تهذیب الاحکام ۷: ۱۱۶)

به امام رضا علیه السلام نوشتیم: از شخصی، سه هزار درهم طلب دارم و آن درهم‌ها در آن زمان بین مردم در جریان بود، اما امروز در جریان نیست. آیا همان درهم‌ها را طلبکارم یا درهم‌هایی که امروز در جریان است؟ حضرت برای من نوشت: تو حق داری درهم‌هایی که امروز میان مردم در جریان داد و ستد است، بازپس‌گیری، همان‌گونه که درهم‌های در گردش را به او داده بودی.

سند این روایت معتبر است و به متن آن برای اثبات مدعا چنین استدلال شده است: «این روایت این نکته را می‌رساند که صفات انتزاعی و غیر حقیقی مال بر عهده می‌آید؛ چرا که دلالت بر ضمان ویژگی پول بودن درهم و در گردش بودن و داد و ستدش می‌کند. این که اگر درهم‌های داده شده از گردش افتادند، بریده‌کار است که درهم‌های در گردش را بپردازد؛ زیرا او نیز نخستین بار پول‌های در گردش به او داده بود. بدین سان، صفت در گردش بودن و پول بودن به عهده می‌آید، در حالی که یک صفت نسبی است، نه حقیقی. این پدیده به طور معمول، کاهش بهای درهم‌های پیشین را نسبت به درهم‌های در گردش به دنبال دارد و روایت چنین می‌رساند که بهای بیشتر هنگام در گردش بودن درهم داده شده به عهده ضامن می‌آید.» (هاشمی شاهرودی، «مجله فقه اهل بیت» ۲: ۷۸)

#### ۶-۲-۱- دلیل ششم: قیمی بودن پول‌های فعلی

آیت الله معرفت معتقدند پول‌های فعلی قیمی هستند، نه مثلی. بنابراین، در هر زمانی باید قیمت آن را محاسبه کرد. پس جبران کاهش ارزش پول لازم است. ایشان در تقریر این استدلال گفته‌اند: «اساساً پول قیمی است، نه مثلی؛ زیرا آن چه در پول معتبر است، مالیت آن است؛ یعنی ارزش کاربردی و توان خرید آن.» (معرفت، «مجله فقه اهل بیت» ۷: ۱۴)

#### ۶-۲-۲- دلیل هفتم: قیمی و مثلی بودن پول‌های فعلی

یکی دیگر از دلایل اقامه شده برای نظریه لزوم جبران کاهش ارزش پول این است که: «مانعی ندارد که افراد عرضی یک مال، مثلی باشند و افراد طولی آن، قیمی. می‌توانیم افراد طولی پول را در صورتی که زمان، نسبتاً طولانی باشد و اختلاف ارزش (قدرت خرید) آن، فاحش باشد و از نظر عرف قابل اغماض نباشد، قیمی به حساب آورد، اگر چه افراد عرضی آن مثلی باشد. البته این در صورتی است که اختلاف ارزش و قدرت خرید پول در دو زمان مختلف، در بازار قابل اغماض نباشد، و گرنه

مثلی خواهد بود. بنابراین، فقها اگر «پول» را از مقوله مثلیات می‌دانند نظر آنها یا باید به افراد عرضی (هم‌زمان) پول باشد یا به افراد طولی آن در صورتی که اختلاف فاحشی نداشته باشد.» (أصفی، «مجله فقه اهل بیت» ۷: ۲۲)

#### ۸-۲-۱. دلیل هشتم: قاعده لا ضرر

آیت الله هاشمی شاهرودی در بیان لزوم جبران کاهش ارزش پول چنین می‌گوید: «عدم بازپرداخت مبلغی توسط ضامن افزون بر معادل اسمی آنچه از طرف دیگر دریافت شده، زیان و ضرر اشخاص را در پی خواهد داشت و چنین ضرری با قاعده «لا ضرر و لا ضرار» نفی می‌شود.» (مجله فقه اهل بیت ۲: ۷۱)

به تعبیر دیگر، در زمینه پول، «از آن جا که حقیقت پول و قوام آن به ارزش مبادله‌ای آن در بازار وابسته است و بهره‌دیگری در آن یافت نمی‌شود، تنها با کاهش ارزش در هنگام بازپرداخت نسبت به زمان دریافت، زیان نزد عرف عام صادق است.» (همان ۷۲)

همان طور که ذکر شد، آیت‌الله نوری همدانی نیز در این باره گفته بودند: «به نظر حقیر لازم است به طور کلی در باب دیون و جنایات و ضمانات، ارزش‌ها و قدرت خریدها را - که در زمان‌های مختلف، متفاوت می‌شود - همیشه در نظر بگیریم و به حساب بیاوریم تا راه توجه ضرر و زیان را نسبت به دائن و مجنی‌علیه و مضمون له مسدود سازیم.» (پاسخ به نامه شماره ۸/ ۶۱۹/ ۵۶/ د، کمیسیون امور قضایی و حقوقی مجلس شورای اسلامی)

#### ۹-۲-۱. دلیل نهم: قاعده عدل و انصاف

دیون غیر نقدی در بازار روز با کاهش ارزش مواجه می‌شود، لذا اقتضای عدالت این است که راهی برای تأمین حقوق افراد متضرر اتخاذ شود. مرحوم آیت‌الله مشکینی در این باره می‌نویسند: «در رابطه با مطلب مورد سؤال، به نظر این جانب، در مهریه‌های قدیمی و بلکه در تمام دیون پولی غیر نقدین [درهم و دینار] که پرداخته نشده و در بازار روز به حکم زوال مالیت است، باید راه عادلانه‌ای برای تأمین حقوق پیدا شود. مهریه همسر مؤمنی قبل از چهل سال، چهارصد تومان بود و آن وقت قیمت یک باغ بود و فعلاً در حدود ۱۶ عدد تخم مرغ طبیعی است. به نظر می‌رسد

باید وجه رایج آن زمان را با طلا تعیین کنند و امروز طلا یا قیمت امروز طلا را بدهند و اولی آن که به قیمت کار کارگر حساب کنند که مثلاً چهارصد تومان آن روز، قیمت کار چند روز کارگر بود و قیمت آن به مقدار کار اخذ شود.» (پاسخ به پرسش کمیسیون امور قضایی و حقوقی مجلس شورای اسلامی، مورخ ۱۳۷۵/۷/۲۲)

بعضی دیگر از فقها نیز به همین قاعده استدلال کرده‌اند: «برای اثبات ضمان، راه‌ها و استدلال‌های دیگری [مانند] بهره‌جستن از «قاعده عدل و انصاف» برای اثبات حق شخص زیان دیده [مضمون له] و این‌که بی بهره ساختن او از توان خرید پیشین پول، برخلاف عدل و انصاف است [مطرح شده است].» (هاشمی شاهرودی، «مجله فقه اهل بیت» ۷۰:۲)

#### ۱-۲-۱۰- نقد و بررسی ادله موافقین جبران

همانطور که گفته شد این ادله نه‌گانه بعضاً شباهت زیادی به هم دارند. به طور کلی این دلایل را در سه رتبه می‌توان تحلیل کرد که در هر سه رتبه جواز جبران کاهش ارزش پول اثبات می‌شود اما با مقداری تفاوت در مباحث مبنایی آن.

رتبه اول: پول و اسکناس‌های امروزی اصلاً مال نیستند. پنج دلیل اول در مقام بیان این مدعا هستند که مالیت پول را از بین ببرند و به همین دلیل با ملاحظه قدرت خرید یا ملاحظه طلای پشتوانه آن، جبران کاهش ارزش را مجاز بدانند. حتی استدلال به عرف که بیان شد نیز گویای همین مطلب است؛ در واقع عرف چون برای پول ارزش ذاتی قائل نیست ابراء ذمه را با ارزش واقعی می‌سنجد نه ارزش اسمی. این خود نیز مؤید این مطلب است که پول اصلاً مال نیست. از همین رو در صحیح‌ه یونس نیز صفات حقیقی برای پول بیان نشده است بلکه صفاتی اعتباری همچون در گردش بودن معیار قرار گرفته بود. در حالی که اگر پول ارزش و مالیت واقعی داشته باشد چنین معیارهایی نباید در ادای دین مطرح می‌شد.

رتبه دوم: پول و اسکناس‌های امروزی مال هستند اما از اموال قیمی نه مثلی. در این ادله سعی شده است ضمن پذیرش مالیت پول، آن را از اموال قیمی بدانند. هرچند اصل مالیت پول در نظر ما مخدوش است اما این بیان نیز به شکل مبنایی می‌تواند ادعای ما را ثابت کند؛ یعنی در فرضی که ما

پول را مال بدانیم باز هم کاهش ارزش آن مجاز است چون ازاومال قیمی است. از میان ادله مذکور، دلیل ششم و هفتم در این رتبه جای دارند.

رتبه سوم: پول و اسکناس های امروزی می توانند مال مثلی باشند اما قاعده لاضرر و عدل و انصاف حاکم است. این بیان هرچند از مبنای مختار ما که عدم مالیت پول و اسکناس های امروزی است فاصله دارد، اما همچون ادله رتبه قبل به شکل مبنایی می تواند ادعای ما را اثبات کند؛ یعنی حتی در فرضی که پول را از اموال مثلی بدانیم مقتضای لاضرر و عدل و انصاف که از ادله حاکمه هستند، جواز جبران کاهش ارزش پول است.

### ۳-۱- نظریه مصالحه

سومین و آخرین نظر مصالحه است. برخی از فقها در مسئله جبران کاهش ارزش پول روش مصالحه را در پیش گرفته و بیان داشته اند که فرد بنا بر احتیاط مصالحه کند. آیت الله سیستانی در پاسخ به استفتایی در مورد مستحق للغير درآمدن آپارتمانی که قیمت مورد تبادل آن ۵۰ میلیون تومان است، فرموده اند: «همان مبلغ پنجاه میلیون را ضامن است. بلی اگر دچار توژم شدید شده، مثلاً ۲۰ برابر، ارزش پول کم شده، بنا بر احتیاط واجب، با هم مصالحه می کنند.» (استفتای کتبی مرکز آموزش های تخصصی فقه از دفتر معظم له)

آیت الله شبیری زنجانی نیز در پاسخ به همین پرسش گفته اند: «قیمت فعلی ساختمان لحاظ نمی شود. البته بنا بر احتیاط نسبت به کاهش ارزش این مقدار پول (ثمن معامله) مصالحه شود.» (استفتای کتبی مرکز آموزش های تخصصی فقه از دفتر معظم له)

آیت الله صالحی مازندرانی نیز همین نظر را داشته و گفته اند: «در اینجا بدهکار با پرداخت مبلغ مورد قرارداد که اکنون ارزش آن کاهش فاحش یافته است، در واقع، تمام دین خود را ادا نکرده است. افزون بر این، مسئله اجحاف و ضرر نیز مطرح می شود. از این رو، باید به گونه ای با یکدیگر مصالحه کنند.» (مجله فقه اهل بیت ۹: ۴۶۴۵)

در نقد و بررسی این نظریه به دو نکته باید توجه کرد: نکته اول اینکه با وجود نقد و بررسی ادله گروه اول و دوم جایی برای احتیاط باقی نمی ماند خصوصاً اینکه ادله گروه اول به طور کلی مخدوش

بود. نکته دوم هم اینکه هرچند ممکن است احتیاط به طور کلی مطلوب باشد اما در منازعات معمولاً مصالحه رخ نمی دهد و نیاز به نظر قطعی و نهایی قانونی داریم. مصالحه در موردی کاربرد دارد که امکان آن وجود داشته باشد. اما در محل بحث، طرفین مصالحه نمی کنند. اما در فرض منازعه که مصالحه صورت نمی گیرد چه باید کرد؟ قطعاً مصالحه نمی تواند راهکار عمومی و قانونی قرار بگیرد. بنابراین و با توجه به نقدهای وارد شده بر نظریه اول و سوم، نظریه دوم؛ یعنی جواز جبران کاهش ارزش پول نظریه موجه و صحیح به نظر می رسد.

## ۲- کاهش ارزش پول مصداق غرامت

### ۲-۱- دیدگاه فقها

پس از اینکه اقوال فقها درباره جواز یا عدم جبران کاهش ارزش پول روشن شد؛ باید به این سؤال پاسخ داد که آیا کاهش ارزش پول غرامت محسوب می شود که مشمول ماده ۳۹۱ قانون مدنی بشود یا نه؟ بدیهی است با توجه به اقوالی که بیان شد، قول کسانی که جبران کاهش ارزش پول را مجاز نمی دانند، مطلق است و جبران آن، عنوان غرامت را نیز شامل می شود. هم چنین باید گفت طبق قول کسانی که احتیاط به مصالحه کرده اند، بحث غرامت بودن کاهش ارزش پول از اساس مطرح نمی شود. بنابراین، بررسی موضوع مورد نظر فقط طبق قول کسانی است که جبران کاهش ارزش پول را لازم می دانند. در تعبیر این دسته از فقها، تصریح به غرامت بودن کاهش ارزش پول نشده است. با این حال، با دقت در استدلال های ایشان می توان این موضوع را به آنها نسبت داد. هرچند برخی از فقها همچون آیت الله سبحانی، مرحوم آیت الله بهجت و مرحوم آیت الله موسوی اردبیلی به این مسأله تصریح کرده اند که طلبکار می تواند مبلغ مازاد را به عنوان خسارت و جبران کاهش ارزش پول مطالبه کند. (استفتای کتبی مرکز آموزش های تخصصی فقه از دفاتر مراجع معزز آیات عظام سبحانی، بهجت و موسوی اردبیلی)

### ۲-۲- نظر قانون گذار

قانون گذار در سال ۱۳۷۶، تعدیل دیون پولی را بر مبنای نرخ تورم و متناسب با تغییر شاخص قیمت سالانه در مورد مهریه پذیرفته و با تصویب ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب سال

۱۳۷۹، این حکم را به تمام دعاوی که موضوع آن دین و از نوع وجه رایج است، با ذکر شرایطی تسری داده است.

در این خصوص، تبصره الحاقی ماده ۱۰۸۲ قانون مدنی مصوب ۱۳۷۶/۴/۲۹ بیان داشته: «چنان چه مهریه وجه رایج باشد، متناسب با تغییر شاخص قیمت سالانه زمان تأدیه نسبت به سال اجرای عقد که توسط بانک مرکزی جمهوری اسلامی تعیین می‌گردد، محاسبه و پرداخت خواهد شد. هم‌چنین ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹ نیز می‌گوید: در دعاوی که موضوع آن، دین و از نوع وجه رایج بوده و با مطالبه دائن و تمکن مدیون، مدیون امتناع از پرداخت نموده، در صورت تغییر فاحش شاخص قیمت سالانه از زمان سررسید تا هنگام پرداخت و پس از مطالبه طلبکار، دادگاه با رعایت تناسب تغییر شاخص سالانه که توسط بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران تعیین می‌گردد، محاسبه و مورد حکم قرار خواهد داد. مگر این که طرفین به نحو دیگری مصالحه نمایند.»

### ۳-۲- رویه قضایی

برخی از محاکم با توجه به مثلی بودن پول و وجود شبهه ربا در اخذ مبلغی مازاد بر ثمن، تنها به محکومیت بایع به استرداد مقدار ثمن قراردادی اعتقاد دارند؛ چنان که شعبه ۲۱ دیوان عالی کشور در رأی شماره ۱۲/۶۱۹ مورخ ۱۳۷۲/۱۱/۷، حکم دادگاه بدوی را که بایع فضولی (خواننده) را علاوه بر برد ثمن به پرداخت مبلغی مازاد بر آن محکوم کرده است، دارای ایراد قضایی تشخیص داده و به نقض آن حکم کرده است.

در مقابل این رأی، شعبه ۳۳ دادگاه عمومی مشهد در دادنامه شماره ۱۴۷/۱۴۷ مورخ ۱۳۸۳/۷/۲۶ با این استدلال که مبلغ پرداخت شده از سوی خواهان در زمان وقوع عقد بیع، نماینده ارزش پول زمان معامله بوده و با ابطال بیع، خواهان استحقاق دریافت همان مبلغ را با توجه به تغییر ارزش وجه رایج دارد، با اخذ ملاک در نحوه پرداخت (وجه رایج)، دعوی خواهان را وارد تشخیص داده و مستنداً به مواد ۳۲۵، ۳۹۰ و ۳۹۱ قانون مدنی و مواد ۱۹۸، ۵۱۵ و ۵۱۹ قانون آیین دادرسی مدنی، خواننده را به پرداخت نود و دو میلیون ریال ثمن مبیع با توجه به شاخص بهای تورم بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران در یوم الاداء محکوم کرده است.

## ۴-۲- رأی وحدت رویه

بعد از اختلافات یادشده در آراء قضائی، دیوان عالی کشور در رأی وحدت رویه شماره ۷۳۳ مورخ آذر ۹۳، کاهش ارزش پول را مطابق نظر برخی از فقها؛ از مصادیق غرامت دانست و بایع را به پراخت آن ملزم کرد. روند صدور رأی وحدت رویه بدین شرح است: «جلسه هیئت عمومی دیوان عالی کشور در مورد پرونده وحدت رویه ردیف ۳۰/۹۳ رأس ساعت ۹ روز سه شنبه مورخ ۱۳۹۳/۷/۱۵ به ریاست حجت الاسلام والمسلمین جناب آقای حسین کریمی، رئیس دیوان عالی کشور و حضور حجت الاسلام والمسلمین جناب آقای سید ابراهیم رئیسی، دادستان کل کشور و شرکت جنابان آقایان رؤسا، مستشاران و اعضای معاون کلیه شعب دیوان عالی کشور، در سالن هیئت عمومی تشکیل و پس از تلاوت آیاتی از کلام الله مجید و قرائت گزارش پرونده و طرح و بررسی نظریات مختلف اعضای شرکت کننده درباره موضوع و استماع نظریه دادستان کل کشور که به ترتیب ذیل منعکس می گردد، به صدور رأی وحدت رویه قضایی شماره ۷۳۳. ۱۳۹۳/۷/۱۵ منتهی گردید.»

### ۴-۱-۲- گزارش پرونده

با احترام، به استحضار می رساند: بر اساس گزارش شماره ۵۰۰۰۲/۸۱۱/۵۰۲۲/۹۰ الف مورخ ۱۳۸۹/۱۱/۱۷ رئیس حوزه قضایی شهرستان ماکو از شعب سوم و یازدهم دادگاه های تجدیدنظر استان آذربایجان غربی در مورد غرامات موضوع ماده ۳۹۱ قانون مدنی، طی پرونده های کلاسه ۵۲۰۰۲۹۶ و ۸۹/۸۹۰۰۸۶ آرای مختلف صادر شده است که خلاصه جریان هریک از آن ها به شرح ذیل منعکس می گردد:

الف) طبق محتویات پرونده کلاسه ۵۲۰۰۲۹۶ شعبه سوم دادگاه تجدیدنظر استان، مرقوم در پرونده کلاسه ۲/۷۳۳/۸۸ ح ۲، شعبه دوم دادگاه حقوقی ماکو در مورد دعوی آقای سلیمان قاسم زاده فرزند محمد علی علیه آقای علی مقدسی فرزند فتح الله، دادنامه شماره ۹۱۴/۸۸ ع ۹۱۴/۸/۳۰ ر ۱۳۸۸/۸ ر به این شرح صادر نموده است:

«در خصوص دعوی آقای س. ق. فرزند محمد علی به طرفیت آقای ع. م.، فرزند فتح الله به خواسته بطلان معامله دو قطعه زمین خالی قطعات تفکیکی به شماره های ۱۴/۲۳ به مساحت

هفتصد مترمربع از پلاک ۱۰۱۹. اصلی به علت مستحق للغیر در آمدن مبیع مقوم به ده میلیون ریال و استرداد ثمن به مبلغ سی و پنج میلیون ریال و استرداد غرامات (افزایش قیمت) به مبلغ سیصد و نود میلیون ریال جمعاً پانصد و پنجاه و پنج میلیون ریال با اعسار از پرداخت هزینه دادرسی اولاً، در خصوص اعسار سابق بر این حکم بر قبول اعسار صادر که قطعیت یافته است. ثانیاً، در خصوص ماهیت امر توجهاً به شرح دادخواست تقدیمی، مبیعه نامه مورخ ۱۳۸۶/۶/۱۳ استعلام واصله از منابع طبیعی پیوست پرونده که مبین وجود پلاک ۱۰۹۱ - اصلی در محدوده ثبتی پلاک ۱۰۸ فرعی از ۱۰۶ اصلی قاسم آغلی و خارج نویسی پرونده کلاسه ۱۲۰۴/۸۷ و ۹۶۵/۸۷ که بر مملی اعلام شدن رقبه مذکور اشعار دارد و این که خواننده دفاعیات موجهی که بطلان دعوای خواهان را مدلل سازد، ارائه نداده است؛ لذا دادگاه بالحاظ نظریه کارشناس مصون مانده از تعرض، دعوی خواهان را وفق نظریه مذکور، محمول بر صحت تلقی به استناد ماده ۳۴۸ قانون مدنی و ماده ۱۹۸ قانون آیین دادرسی دادگاه های عمومی و انقلاب در امور مدنی حکم بر بطلان مبیعه نامه مورخ ۱۳۸۶/۶/۱۳ مربوط به قطعات ۲۳ و ۱۴ جمعاً به مساحت هفتصد مترمربع از پلاک ۱۰۹۱ - اصلی و الزام خواننده به پرداخت مبلغ سی و پنج میلیون ریال ثمن معامله در حق خواهان محکوم و اعلام می دارد. مضاف بر آن در خصوص مطالبه غرامات (افزایش قیمت ملک) توجهاً به این که از غرامات مندرج در ماده ۳۹۱ قانون مدنی صرفاً هزینه های دلالی و مخارج مصروفه بر رقبه موضوع مستحق للغیر مستفاد نمی گردد، چه این که عبارت «غرامات» به صورت مطلق به کار برده شده و حسب استفتائات معموله از آیات عظام مندرج در نشریه پیام آموزش شماره ۳۴ پیوست پرونده غرامات شامل افزایش قیمت نیز خواهد بود. لذا دادگاه بالحاظ مراتب فوق و نظریه کارشناسی، خواننده را به پرداخت مبلغ دویست و ده میلیون ریال از بابت افزایش قیمت در حق خواهان محکوم و اعلام می دارد. خواسته مازاد بر محکوم به، به جهت عدم اتکا [به] دلیل اثباتی محکوم به رد است. لذا دادگاه به استناد ماده ۱۹۷ قانون اخیرالذکر [حکم] بر بی حقی خواهان در این خصوص صادر و اعلام [می نماید]. نظر به محکوم له واقع شدن خواهان، هزینه دادرسی در مرحله اجرای حکم وصول خواهد شد. رأی صادره حضوری تلقی، ظرف مهلت بیست روز از تاریخ ابلاغ قابل تجدیدنظر در محاکم محترم تجدیدنظر استان می باشد.»

پس از تجدیدنظرخواهی معموله، شعبه سوم دادگاه تجدیدنظر استان، طی دادنامه شماره ۳۷۰۰۷۰۵ مورخ ۱۳۸۹/۸/۲۷ چنین اتخاذ تصمیم کرده است:

در مورد تجدیدنظرخواهی آقای ع.م. به طرفیت آقای س.ق. از دادنامه شماره ۸۸/۹۱۴ صادره در پرونده کلاسه ۸۸/۷۳۳ دادگاه محترم شعبه دوم دادگاه عمومی حقوقی ماکو، مبنی بر صدور حکم به بطلان معامله موضوع قرارداد عادی مورخ ۱۳۸۶/۶/۱۳ (دو قطعه زمین خالی قطعات تفکیکی به شماره‌های ۲۳ و ۱۴ به مساحت ۷۰۰ مترمربع از پلاک ۱۰۹۱ اصلی) به علت مستحق لغیردرآمدن مبیع و پرداخت ثمن معامله به مبلغ سی و پنج میلیون ریال در حق تجدیدنظرخوانده و پرداخت غرامات به مبلغ دویست و ده میلیون ریال از بابت افزایش قیمت در حق تجدیدنظرخوانده، اولاً، نظر به این که در خصوص بطلان معامله و استرداد ثمن ایراد و اعتراض مؤثر و موجهی از ناحیه تجدیدنظرخواه که موجبات نقض دادنامه موصوف را فراهم آورد، به عمل نیامده و با ارجاع امر از سوی این دادگاه به هیئت سه نفره کارشناسان نیز مشخص شده که قطعات مورد معامله خارج از مالکیت فروشنده آقای ع.م. قرار داشته و اعتراض موجه و مؤثری از سوی تجدیدنظرخواه به این نظریه معمول نگردیده و نظریه کارشناسان با احوال مسلم قضیه مغایرتی ندارد. لذا دادنامه تجدیدنظرخواسته در این موارد، صحیح و منطبق با موازین قانونی تشخیص می‌گردد و به استناد ماده ۳۵۸ قانون آیین دادرسی [دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور] مدنی آن را تأیید می‌نماید. اما در خصوص قسمت دیگر دادنامه یعنی پرداخت غرامات به مبلغ دویست و ده میلیون ریال، چون این مبلغ به عنوان افزایش قیمت در نظر گرفته شده و غرامات شامل هزینه‌هایی است که مربوط به معامله می‌شود و از انجام معامله به خریدار وارد می‌شود و توژم موجود در جامعه که موجب افزایش قیمت می‌شود، نمی‌تواند داخل در غرامت تلقی گردد. بنا به مراتب، این قسمت از دادنامه را موجه و قانونی تشخیص نداده، به استناد ماده ۳۵۸ قانون آیین دادرسی [دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور] مدنی آن را نقض و در خصوص دعوی خواهان آقای س.ق. به طرفیت خوانده آقای ع.م. به خواسته مطالبه غرامت (ناشی از افزایش قیمت ملک) در توجه به موارد فوق الذکر و به استناد ماده ۱۹۷ قانون آیین دادرسی [دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور] مدنی حکم به بی‌حقی

خواهان صادر و اعلام می‌شود. صدور این حکم مانع از مطالبه مخارجی که خریدار به سبب انجام معامله نموده و غرامت به آن مخارج شامل می‌شود، نخواهد بود. رأی صادره از سوی این دادگاه قطعی است.

ب) در پرونده کلاسه ۸۹۰۰۸۶/۸۹ شعبه یازدهم دادگاه تجدیدنظر استان مذکور در فوق، شعبه دوم دادگاه عمومی حقوقی شهرستان ماکو درباره دعوی آقای ب. ح. ع. فرزند پرویز به طرفیت آقای ه. ف. فرزند میکائیل، طی دادنامه ۱۳۸۸/۹/۱۱.۹۵۰/۸۸ اعلام داشته است:

«در خصوص دعوی آقای ب. ح. ع.، فرزند پرویز با وکالت ع. م. م. وکیل پایه یک دادگستری به طرفیت آقای ه. ف. فرزند میکائیل به خواسته فسخ معامله مورخ ۱۰۲۵ مورخ ۱۳۸۳/۱۲/۵ به علت مستحق‌الغیر بودن مبیع مقوم به یازده میلیون ریال، استرداد ثمن معامله مقوم به هفت میلیون و چهارصد و سیهزار ریال و مطالبه غرامات و افزایش قیمت ملک مرقوم طبق نظریه کارشناسی و خسارات دادرسی پرونده کلاسه ۶۷۹/۸۶ این دادگاه مقوم به سه میلیون ریال با احتساب حق الوکاله و هزینه‌های دادرسی که در اولین جلسه دادرسی خواسته راز فسخ به بطلان تغییر داده است، توجهاً به شرح دادخواست تقدیمی، مبیعه‌نامه مورخ ۱۳۸۳/۱۲/۵ پیوست پرونده نظریه کارشناسی موضوع پرونده کلاسه ۶۷۹/۸۶ از دادگاه این که خوانده دفاعیات موجهی که بطلان دعوی خواهان را مدلل سازد، ارائه نداده است، چه این که:

۱- عدم اطلاع بایع از مستحق‌الغیر بودن تلقی مسئولیت مدنی وی را فراهم نخواهد آورد.

۲- علی‌رغم ادعا مبنی بر طرح دعوی جلب ثالث به این دادگاه در پرونده مطروحه ارائه نشده

است.

۳- غرامات مقرر در ماده ۳۹۱ قانون مدنی به صورت مطلق آورده شده، عدم تسری آن به افزایش قیمت ملک با توجه به تورم و کاهش ارزش پول و تلقی آن صرفاً هزینه‌های دلالتی و نگه‌داری و امثال آن مستفاد نمی‌شود بالاخص این که حسب استفتای اخیر از مراجع عظام، به اکثریت، معتقد به پرداخت روز ثمن یا براساس تورم بوده‌اند. بنا به مراتب، دادگاه دعوی خواهان را محمول بر صحت تلقی به استناد مواد ۳۹۰، ۳۹۱ و ۳۴۸ قانون مدنی، مواد ۱۹۸ و ۵۱۵ قانون آیین دادرسی

دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی، ضمن صدور حکم بر بطلان بیع مورخ ۱۳۸۳/۱۲/۵ فیما بین متداعیین، پرونده خوانده را به پرداخت مبلغ هفت میلیون و چهارصد و پنجاه هزار ریال از بابت ثمن معامله، مبلغ یکصد و چهل میلیون و هفتصد و پنجاه هزار ریال از بابت غرامات (افزایش قیمت) و مبلغ پنج میلیون و هفتصد و سی و یک هزار و دویست ریال از بابت شصت درصد حق الوکاله وکیل در مرحله نخستین دادرسی و مبلغ سه میلیون و یکصد و سی و پنج هزار و یکصد ریال از بابت هزینه دادرسی در حق خواهان، محکوم و اعلام می‌دارد. خسارت دادرسی پرونده کلاسه ۶۷۹/۸۶ این دادگاه به جهت صدور حکم بر بطلان دعوی و قطعیت آن مردود است. لذا دادگاه به استناد ماده ۱۹۷ قانون ماژالذکر حکم بر بی‌حقی خواهان در این خصوص صادر و اعلام می‌دارد. رأی صادره، حضوری تلقی، ظرف مهلت بیست روز از تاریخ [ابلاغ] قابل تجدیدنظر در محاکم محترم تجدیدنظر استان می‌باشد.»

با اعتراض محکوم علیه، شعبه یازدهم دادگاه تجدیدنظر استان مربوطه دادنامه ۱۴۵۰۰۳۶۰. ۱۳۸۹/۳/۳۱ را به این شرح صادر کرده است:

«تجدیدنظرخواهی آقای ه. ف. نسبت به دادنامه شماره ۸۸/۹۵۰ صادره در پرونده کلاسه ۸۸/۳۶۷ شعبه دوم دادگاه محترم حقوقی ماکو که به موجب آن، حکم به بطلان بیع مورخ ۱۳۸۳/۱۲/۵ قرارداد شماره ۱۰۲۵ و پرداخت ثمن مورد معامله به نرخ روز صادر شده است، به لحاظ عدم ایراد و اعتراض مؤثر در راستای نقض دادنامه وارد نبوده، به استناد ماده ۳۵۸ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی، ضمن رد تجدیدنظرخواهی، عین دادنامه بدوی تأیید می‌گردد. رأی صادره قطعی است.»

همان طور که ملاحظه می‌شود، برداشت شعب سوم و یازدهم دادگاه‌های تجدیدنظر استان آذربایجان غربی از عبارت «غرامات» مذکور در ماده ۳۹۱ قانون مدنی متفاوت بوده که منجر به تصمیمات صدراالشعار گردیده، به طوری که شعبه سوم دادگاه تجدیدنظر، تورم موجود در جامعه را که موجب افزایش قیمت‌ها می‌شود، غرامت تلقی نکرده و دادنامه ۹۱۴/۸۸ شعبه دوم دادگاه عمومی حقوقی ماکو را در این قسمت، نقض و حکم بر بی‌حقی خواهان بدوی صادر کرده، ولی

شعبه یازدهم این دادگاه، افزایش قیمت ناشی از تورم موجود در جامعه را غرامت تلقی و دادنامه ۹۵۰/۸۸ شعبه دوم دادگاه عمومی حقوقی ماکورا تأیید نموده است که برای جلوگیری از صدور آرای متهافت، طرح قضیه را برای صدور رأی وحدت رویه قضایی موضوع ماده ۲۷۰ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری تقاضا دارد.

### ج) نظریه دادستان کل کشور

با احترام، در خصوص پرونده وحدت رویه شماره ۳۰/۹۳ موضوع اختلاف بین شعب سوم و یازدهم دادگاه‌های تجدیدنظر استان آذربایجان غربی، نظر خود را به شرح ذیل اعلام می‌دارم. قبلاً ذکر چند نکته را ضروری می‌دانم:

۱- آن چه ملاک در جبران خسارت مشتری است، کاهش قدرت خرید وی در اثر تورم و به عبارتی کاهش قیمت ثمن است، نه آن چه در نظریه اداره حقوقی با عبارت «افزایش قیمت ملک» آمده است. در فتاوی مراجع عظام، حضرات آیات بهجت، شبیری زنجانی، مکارم شیرازی، نوری همدانی و هم‌چنین مقام معظم رهبری، نظر به مصالحه در برخی از موارد و توجه به کاهش قدرت خرید در موارد دیگری، حضرت امام رحمته‌الله علیه در مورد غصب بودن آن دارایی‌ها فرموده‌اند که از جهت وحدت ملاک قابل استناد است که جبران خسارت مشتری را فتوا داده‌اند و نیز اشاره به قیمت ثمن یا نرخ تورم شده است.

۲- مستفاده از مواد ۳۹۲ و ۳۹۱ قانون مدنی و فتاوی غالب مراجع عظام این است که خسارت وارده بر مشتری نباید بلاجبران و حتی در صورت کسر قیمت ملک، بایع مکلف شده اصل ثمن را استرداد نماید. لذا حمل لفظ غرامات فقط بر هزینه‌های مشتری در ملک مورد معامله، خلاف ظاهر و اطلاق آن است.

۳- نظر به این که در سؤال مورد استفتاء، اشاره‌ای به افزایش قیمت نشده است، شاید بتوان فتاویایی که اصل ثمن را تصریح دارد، حمل بر فرض کسر قیمت ملک دانست به این معنا که حتی در صورت کسر قیمت ملک، بایع موظف است اصل ثمن را مسترد دارد.

علی‌هذا با توجه به مراتب فوق، نتیجتاً رأی شعبه یازدهم دادگاه تجدیدنظر استان آذربایجان

غربی مبنی بر این که غرامات شامل افزایش قیمت با توجه به تورم اقتصادی می‌شود، را صائب دانسته و تأیید می‌نمایم.

د) رأی وحدت رویه شماره ۷۳۳/۷/۱۵۱۳۹۳ هیئت عمومی دیوان عالی کشور به موجب ماده ۳۶۵ قانون مدنی، بیع فاسد اثری در تملک ندارد؛ یعنی مبیع و ثمن کماکان در مالکیت بایع و مشتری باقی می‌ماند و حسب مواد ۳۹۰ و ۳۹۱ قانون مرقوم، اگر بعد از قبض ثمن، مبیع کلاً یا جزئاً مستحق للغیر درآید، بایع ضامن است و باید ثمن را مسترد دارد و در صورت جهل مشتری به وجود فساد، از عهده غرامات وارد شده بر مشتری نیز برآید و چون ثمن در اختیار بایع بوده است، در صورت کاهش ارزش ثمن و اثبات آن، با توجه به اطلاق عنوان غرامات در ماده ۳۹۱ قانون مدنی، بایع قانوناً ملزم به جبران آن است. بنابراین، دادنامه شماره ۳۶۰ مورخ ۱۳۸۹/۳/۳۱ شعبه یازدهم دادگاه تجدیدنظر استان آذربایجان غربی در حدی که با این نظر انطباق دارد، به اکثریت آراء، صحیح و قانونی تشخیص می‌گردد. این رأی طبق ماده ۲۷۰ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری مصوب ۱۳۷۸ در موارد مشابه برای شعب دیوان عالی کشور و دادگاه‌ها لازم‌الاتباع است.

### نتیجه

ماده ۳۹۱ قانون مدنی مقرری دارد که اگر مشتری به وجود فساد جاهل باشد، بایع باید غرامات وارده بر مشتری را نیز پرداخت کند. فقها نیز این نظر را پذیرفته‌اند لیکن با این تفاوت که مقید به حالت جهل نمی‌دانند. علاوه بر این فقها در اینکه کاهش ارزش پول را باید جبران کرد یا خیر چند نظر دارند؛ نظریه عدم جواز، نظریه مصالحه و نظریه جواز که صحیح به نظر می‌رسد. به تبع اختلافات موجود فقهی، رویه قضات نیز متفاوت بوده است به همین دلیل دیوان عالی کشور برای رفع اختلاف در آراء، رأی وحدت رویه مبنی بر جواز جبران را صادر کرده است. بنابراین از آن جایی که کاهش ارزش پول نوعی غرامت است، شمول ماده ۳۹۱ قانون مدنی آن را در بر می‌گیرد و جبران کاهش ارزش پول لازم است.

۱. استفتای کتبی مرکز آموزش های تخصصی فقه از دفتر آیت الله بهجت
۲. استفتای کتبی مرکز آموزش های تخصصی فقه از دفتر آیت الله سبحانی
۳. استفتای کتبی مرکز آموزش های تخصصی فقه از دفتر آیت الله سیستانی
۴. استفتای کتبی مرکز آموزش های تخصصی فقه از دفتر آیت الله شبیری زنجانی
۵. استفتای کتبی مرکز آموزش های تخصصی فقه از دفتر آیت الله موسوی اردبیلی
۶. آیت الله تبریزی، پاسخ به پرسش کمیسیون امور قضایی و حقوقی مجلس شورای اسلامی مورخه ۱۳۷۵/۷/۲۴ ه.ش؛
۷. آیت الله سیستانی، پاسخ به پرسش کمیسیون امور قضایی و حقوقی مجلس شورای اسلامی مورخه ۱۷/ جمادی الثانی / ۱۴۱۷ ه.ق؛
۸. آیت الله مشکینی، پاسخ به پرسش کمیسیون امور قضایی و حقوقی مجلس شورای اسلامی، مورخ ۱۳۷۵/۷/۲۲؛
۹. آیت الله نوری همدانی، پاسخ به نامه شماره ۸/ ۶۱۹ / ۵۶-د، کمیسیون امور قضایی و حقوقی مجلس شورای اسلامی؛
۱۰. طوسی، ابو جعفر، محمد بن حسن، تهذیب الأحکام، تهران: دارالکتب الإسلامیه، چاپ چهارم، ۱۴۰۷ ه.ق؛
۱۱. عاملی، حرّ، محمد بن حسن، وسائل الشیعة، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام، چاپ اول، ۱۴۰۹ ه.ق؛
۱۲. فاضل لنکرانی، محمد، جامع المسائل (فارسی)، قم: انتشارات امیر قلم، چاپ یازدهم، بی تا.
۱۳. مجموعه سخنرانی ها و مقالات چهارمین سمینار بانک داری اسلامی، مؤسسه عالی آموزش بانک داری، چاپ اول، ۱۳۷۳ ه.ش؛
۱۴. مجموعه سخنرانی ها و مقالات هفتمین سمینار بانک داری اسلامی، مؤسسه عالی آموزش بانک داری، چاپ اول، ۱۳۷۵ ه.ش؛
۱۵. مصاحبه با جمعی از اساتید، «احکام فقهی پول»، مجله فقه اهل بیت علیهم السلام، ۷ (۱۳۷۵)، ۹-۴۳؛
۱۶. مصاحبه با جمعی از حضرات آیات، «گفتگو احکام فقهی پول (۲)»، مجله فقه اهل بیت علیهم السلام، ۷ (۱۳۷۵)، ۳۱-۵۵.

- 
۱۷. مکارم شیرازی، ناصر، مجموعه استفتائات جدید، قم: انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام، چاپ دوم، ۱۴۲۷ ه.ق؛
۱۸. هاشمی شاهرودی، سید محمود، «ضمنان کاهش ارزش پول»، مجله فقه اهل بیت علیهم السلام، ۲ (۱۳۷۴) ۸۸-۴۸.



## رسائل

مجله علمی دانش پژوهان مجتمع فقه، حقوق و قضای اسلامی  
سال ششم، شماره اول، پیاپی نهم، پاییز و زمستان ۱۳۹۹  
صفحات ۶۳ تا ۸۹

رضاعسکری\*

R.askari5803@yahoo.com

# مبانی فقهی جرم‌انگاری حدی افساد فی الارض در ماده ۲۸۶ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲

## چکیده

یکی از عناوین مجرمانه، مذکور در ماده ۲۸۶ قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۹۲ «افساد فی الارض» است. در خصوص مفهوم و حکم این عنوان بین فقها اختلاف است. فساد در لغت ضد صلاح معنا شده است و می‌توان از منظر اصطلاحی نیز افساد فی الارض را خرابکاری شایع و گسترده در زمین معنا کرد. اما نسبت به حکم آن نیز علی‌رغم اینکه بسیاری از فقها این عنوان حدی را مستقلاً نپذیرفته‌اند اما می‌توان به استناد دلالت آیه ۳۲ و ۳۳ سوره مائده، برخی روایات و ارتکاز عقلائی، اطمینان یافت که افساد، یک عنوان حدی مستقل و مجازت آن اعدام است. بنابراین ماده ۲۸۶ قانون مجازات اسلامی موجه به نظر می‌رسد.

**کلیدواژگان:** افساد فی الارض، محاربه، حد محارب، ماده ۲۸۶ ق.م.ا، سوره مائده آیه ۳۲ و ۳۳.

یکی از عناوین مجرمانه مذکور در قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۹۲ «افساد فی الارض» است. در ماده ۲۸۶ این قانون آمده است: «هرکس به طور گسترده، مرتکب جنایت علیه تمامیت جسمانی افراد، جرائم علیه امنیت داخلی یا خارجی کشور، نشر اکاذیب، اخلال در نظام اقتصادی کشور، احراق و تخریب، پخش مواد سمی و میکروبی و خطرناک یا دایر کردن مراکز فساد و فحشا یا معاونت در آنها گردد به گونه‌ای که موجب اخلال شدید در نظم عمومی کشور، ناامنی یا ورود خسارت عمده به تمامیت جسمانی افراد یا اموال عمومی و خصوصی، یا سبب اشاعه فساد یا فحشا در حد وسیع گردد مفسد فی الارض محسوب و به اعدام محکوم می‌گردد.» مطابق این ماده افرادی که مرتکب فساد گسترده مذکور در ماده شوند، مجرم محسوب و اعدام می‌شوند.

وجود چنین عنوانی در بین عناوین مجرمانه حدی از چند سو محل تردید و مناقشه واقع شده است. از سویی در چند ماده قبل یعنی ماده ۲۷۹ عنوان مجرمانه محاربه به کار برده شده است. همچنین در ماده ۲۸۲ یکی از امور چهارگانه اعدام، نفی بلد، قطع دست و پا و صلیب، به عنوان مجازات بیان شده است. با وجود این عنوان مجرمانه که ریشه قرآنی و مباحث فقهی مختص خود را دارد، این سؤال مطرح شده که آیا افساد فی الارض یک عنوان مستقل از محاربه است که قانون دو عنوان با دو تعریف و مجازات متفاوت ذکر کرده است؟ از سویی دیگر قانون مجازات این عنوان را ذیل جرائم حدی و نه تعزیری مطرح کرده است. بنابراین باید جرم و مجازات هر دو در شرع وارد شده باشد. آنچه شایسته است محل توجه واقع شود، پیشینه فقهی عنوان مجرمانه «افساد فی الارض» است. بنابراین باید بررسی کرد که چه دلیل فقهی بر این عنوان وجود دارد که قانون‌گذار توانسته است برخلاف قانون مجازات قدیم که این دورا موضوعاً و حکماً در کنار هم قرار دهد، مستقل از محاربه در قانون ذکر کند. به لحاظ فقهی نیز پذیرش «افساد فی الارض» به عنوان یک جرم حدی مستقل از محاربه محل اختلاف واقع شده است. برخی از فقهاء آن را پذیرفته‌اند، اما مشهور فقها منکر آن هستند. در این موضوع برخی از فقها همچون آیت الله شاهرودی و آیت الله مؤمن، اقدام به نگارش مقاله فقهی در اثبات یا نفی این دوگانگی کرده‌اند، اما از سویی ادله طرفین به شکل کامل بررسی نشده‌اند و از

سویی دیگر تحلیل مواد قانون مجازات را در خود جای نداده‌اند. این در حالی است که ماده ۲۸۶ برای احکام متعددی از جمله قاچاق مواد مخدر مستند قانونی شده است.

لازم به ذکر است که عمده دلیل و نزاع طرفین در تفسیر آیه ۳۳ سوره مائده است. بنابراین برای پاسخ به سؤال فوق، باید با در نظر گرفتن این آیه و روایات مربوط به آن، و وجه تشابه و تمایز این دو عنوان را بررسی و تحلیل کرد تا روشن شود آیا به لحاظ فقهی «افساد فی الارض» یک عنوان مستقل از محاربه است یا خیر؟ در این مقاله ابتدا معنای لغوی و اصطلاحی این دو عنوان بررسی و مقایسه و در ادامه با توجه به ادله قرآنی و روایی، حکم افساد فی الارض بیان می‌شود. همچنین برای توجیه نظریه قانون‌گذار با توجه به مبانی فقهی، مواد قانونی نیز بررسی خواهند شد.

### ۱- مقایسه لغوی محاربه و افساد فی الارض

در کتب لغت معانی متعددی برای محاربه بیان شده است که عموماً معنای استعمالی و مراد آیه محاربه هستند. اما برخی دیگر سعی در تبیین معنای لغوی داشته‌اند. این گروه از لغویون معنای اصلی این واژه را شدت عمل یا ستیزه بیان کرده‌اند. به گفته ایشان، واژه «حرب» در مقابل واژه «سلم» یعنی صلح، قرار دارد. (فیومی، مصباح‌المنیر: ۱۲۷؛ و مصطفوی، التحقیق ۲: ۲۱۴) سایر کتب لغت معنای لغوی اصلی این واژه را بیان نکرده و معنای اصطلاحی و یا استعمالی آن در آیه همچون معصیت و جنگ با خدا و رسول را ذکر کرده‌اند. (سعدی، القاموس ۸۴؛ ابن سیده، المخصص ۶: ۸۴؛ طریحی، مجمع‌البحرین ۲: ۳۶؛ زبیدی، تاج‌العروس ۱: ۴۰۹؛ و صاحب، المحيط ۳: ۸۵)

بنابراین آنچه در معنای لغوی محاربه می‌توان بیان کرد همان معنای ستیزه و در مقابل سلم است. همین معنا نیز در معنای استعمالی قرآنی و غیر قرآنی وجود دارد. به جنگ و نزاع - اعم از اینکه جنگ فیزیکی باشد یا غیر آن - حرب و محاربه گفته می‌شود. چون ستیزه است و در این حالت سلم و صلح وجود ندارد.

اما در مورد معنای لغوی افساد، صاحبان کتاب‌های العین، جمهره اللغة، المحيط فی اللغة، لسان‌اللسان و المحکم، به معنای «ما یقابل الصلاح» اشاره کرده‌اند. در این کتب عموماً معنای صریحی برای فساد نیامده است. بلکه تعریف به مقابل شده است. اما برخی دیگر همچون راغب

در مفردات، صاحب کتاب قاموس قرآن و زبیدی در تاج العروس، مقداری این مقابله را روشن کرده و گفته اند فساد ضد صلاح است و به معنای خروج شیء از حالت اعتدال و اصلی خود است. (۱۶۶)؛  
(۲:۱۷۵ و ۱۶۴:۵)

با توجه به آنچه بیان شد می توان دو نکته را دریافت. اول اینکه افساد به معنی خراب کاری و نوعی دست کاری و جابجایی در حالت اصلی و اولیه هر چیزی است. نکته دوم هم اینکه در مقایسه این معنا با معنای لغوی محاربه باید گفت یکی از اسباب فساد، حرب است. یعنی ستیزه و حرب سبب می شود که یک محیط یا جامعه یا رابطه از حالت اولیه خود خارج شود. بنابراین هر چند که این دو واژه، دو معنای مستقل از یکدیگر دارند اما رابطه سبب و مسببی بین آنها برقرار است. البته از این نکته نیز نباید غافل بود که خود حرب و ستیزه نیز مصداق فساد است. یعنی علاوه بر اینکه ستیزه سبب ایجاد فساد است، خود نیز مصداق فساد هم است. بدین معنا که چون حالت اولیه و اصل در روابط سلم و صلح است، پس ستیز که مقابل آن است خروج از حالت اولیه است. بنابراین می توان هر حرب و ستیزی را فساد و هر محاربه را مفسد دانست. دقت شود که این جنبه غیر از جنبه نتیجه حرب است. از این جنبه دائماً هر حربی، مصداق فساد است. اما از جنبه نتیجه حرب، لزوماً اینگونه نیست. یعنی ممکن است حرب باشد اما نتیجه فساد ایجاد نشود.<sup>۱</sup> اگر حرب موجب تغییر در حالت روابط بشود؛ در این فرض، حرب سبب فساد دیگری نیز بوده است. بنابراین در این فرض حرب، هم مصداق یک فساد - چون اصل سلم است نه نزاع و ستیزه - و هم سبب برای فساد دیگری به نام تغییر در یک رابطه اولیه است. اما گاهی نیز حرب این نتیجه را ندارد. یعنی ستیزه رخ می دهد اما تغییری در روابط ایجاد نمی کند. در این فرض حرب مصداق فساد است اما سبب برای تولید فساد دیگری نیست.

## ۲- مقایسه اصطلاحی و حکمی محاربه و افساد فی الارض

همانطور که اشاره شد، در غالب کتب فقهی، عنوان «محاربه» به عنوان یکی از حدود مسلم و قطعی، به کار برده شده و مباحث مفصلی در تبیین مفهوم، شرایط و حکم آن طرح شده است.

۱. در فرق بین این دو جهت می توان به فرق بین مصدر و اسم مصدر اشاره کرد که یکی خود فعل و دیگری نتیجه فعل است.

بر خلاف عنوان «افساد فی الارض» که جز در برخی کتب فقهی قداماء و برخی معاصرین، چنین عنوانی در حدود مطرح نبوده است. البته در برخی حدود همچون سرقت و محاربه یا برخی تعزیرات همچون روزه خواری، ویژگی «افساد» به عنوان وصف مشعر به علیت آمده، اما خود به عنوان یک حد مستقل دارای شرایط و حکمی خاص مطرح نبوده است. همانطور که قانون مجازات قدیم نیز افساد را به عنوان یک وصف در کنار محاربه قرار داده و آن را مستقل از محاربه ملاحظه نکرده بود. در مقابل گروهی از معاصرین برای افساد یک معنا و مفهومی مستقل از محاربه در نظر گرفته‌اند و به همین دلیل آن را حد مستقلی ذکر کرده‌اند. برای اینکه مشخص شود محاربه و افساد دو عنوان هستند یا یک عنوان و چه ارتباطی بین این دو برقرار است باید معنای اصطلاحی هر دو واژه به شکل دقیق بررسی شود. بررسی این مسأله در تبیین حکم هر یک از این دو عنوان اثر بسزایی دارد چرا که احکام تابع عناوین خود هستند.

#### ۲-۱- اقوال در تعریف اصطلاحی محاربه

عموم فقها در تعریف محاربه به کار بردن سلاح را ذکر کرده‌اند، هرچند در برخی قیود دیگر اختلافاتی وجود دارد. نظرات مطرح شده در تعریف محاربه را در شش نظر می‌توان خلاصه کرد. در دو نظر اول، دو قید ایفای نقش می‌کند که هر یک از این دو قید برای تحقق محاربه کافی است. نظر اول را برخی همچون شهید اول و شیخ طوسی مطرح کرده‌اند که صرف استفاده از سلاح را محاربه دانسته‌اند. (الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة محشی سلطان العلماء ۲: ۳۸۴ و الجمل و العقود فی العبادات ۱۶۰) در نظر دوم، برخی دیگر همچون علامه حلی صرف اخذ مال به شکل قهری و علنی را محاربه می‌دانند اعم از اینکه سلاح به کار برده باشد یا نه. (قواعد الاحکام ۳: ۵۶۸؛ تحریر الاحکام ۵: ۳۷۹ و ارشاد الاذهان ۲: ۱۸۵)

اما در سایر نظرات، قیود بیشتری اخذ شده است. در نظر سوم، عده‌ای دیگر از فقهاء محارب را اینگونه تعریف کرده‌اند که: اهل دزدی و غارت که به قصد گرفتن مال، از سلاح استفاده می‌کنند. (مفید، المقنعة ۸۰۴، ابن ادریس، السرائر ۳: ۵۰۵؛ طوسی، المبسوط ۸: ۴۷ و اقتصاد الیهادی الی طریق الرشاد ۳۱۵ و الخلاف ۵: ۴۵۷) چهارمین نظر متعلق به ابن براج در المذهب و شیخ طوسی در

التهایه است که محارب را به اهل ربه‌ای که سلاح به کار بگیرد، تعریف کرده‌اند. اهل ربه یعنی کسانی که مشهور به فساد و شرّ هستند و به عبارت دیگر دارای سوء پیشینه هستند و به همین دلیل همیشه انگشت نما و در معرض اتهام فساد و شرّ هستند. (۲: ۵۵۳ و ۷۲۰)

و اما نظر مشهور فقها که نظر پنجم در تعریف محاربه است، هر چند استفاده از سلاح و ترس مردم را شرط می‌دانند، اما قصد اخذ مال و از اهل ربه بودن را شرط ندانسته‌اند. (محقق حلی، شرایع ۴: ۱۶۷؛ مختصر النافع ۱: ۲۲۶؛ شهید اول، الدرر ۲: ۵۹؛ شهید ثانی، مسالک ۱۵: ۵؛ حائری، ریاض ۱۶: ۱۵۰؛ خمینی، تحریر ۲: ۹۲؛ مکارم، استفتائات ۲: ۵۰۲؛ فاضل، جامع المسائل ۲: ۴۴۲؛ شاهرودی، مقالات فقهیه ۱۰۴؛ گلپایگانی، الدر المنصود ۳: ۲۲۲) هم چنان که مرحوم صاحب جواهر نیز به عنوان ششمین نظر، همین نظر را پذیرفته‌اند اما با این تفاوت که خوف الناس را بالفعل شرط نمی‌دانند بلکه خوف بالقوه را نیز کافی می‌دانند. بدین معنا که اگر فعل او شأنیت این را داشته باشد که جمعی از مردم را بترساند، این فرد محارب محسوب می‌شود هر چند که بالفعل فقط یک نفر ترسیده باشد. (جواهر الکلام ۴۱: ۵۶۴)

## ۲-۲- اقوال در تعریف اصطلاحی افساد فی الارض و رابطه آن با محاربه

در مورد عنوان «افساد فی الارض» و رابطه آن با عنوان «محاربه» نیز نظرات متعددی مطرح شده است. به طور کلی چهار نظر را می‌توان بیان کرد: برخی از فقهاء، افساد و محاربه را دو عنوان حدی مستقل نمی‌دانند. این گروه خود دو دسته هستند. عده‌ای محاربه و افساد را مترادف و دو عنوان غیر متغایر می‌دانند. عده‌ای دیگر برای افساد معنای مستقلی از محاربه ذکر کرده‌اند و رابطه آنها را عموم و خصوص مطلق می‌دانند. به این صورت که افساد، عام مطلق و محاربه، خاص مطلق است. البته هر یک از این فقهاء، تعریف خاصی از افساد ارائه می‌دهند. در این مسأله نیز اختلافی وجود دارد که آیا افساد موضوع است و محاربه قید آن است یا بالعکس. اما به هر حال، این دسته در این جهت که افساد، عام مطلق و موضوع مجازات چهارگانه، یک عنوان حدی است و نه دو حد مستقل، اشتراک دارند. ولی برخی عنوان اصلی را محاربه و برخی افساد می‌دانند.

در مقابل برخی دیگر از فقها معتقدند که «افساد» و «محاربه» دو عنوان حدی مستقل هستند و هر یک مجازات مربوط به خود را دارد. این گروه نیز به دو دسته تقسیم می‌شوند. گروهی از آنها،

رابطه بین افساد و محاربه را عموم و خصوص من وجه می‌دانند. یعنی مصادیقی هستند که فقط محارب هستند و هیچگونه فسادی ایجاد نکرده‌اند. حکم اینگونه مصادیق، یکی از مجازات چهارگانه است. مصادیقی نیز هستند که فقط مفسد هستند و محاربه‌ای صورت نگرفت است. حکم این مصادیق به مقتضای ادله، اعدام است. اما برخی مصادیق هم محارب و هم مفسدند. این مصادیق نیز به مقتضای آیه محاربه محکوم به یکی از مجازات چهارگانه می‌شوند. گروهی دیگر، رابطه بین افساد و محاربه را عموم و خصوص و مطلق می‌دانند اما با این تفاوت که در نقطه تمایز محاربه و افساد، یعنی مصادیقی که فقط مفسد هستند؛ با توجه به ادله، حد مستقلى با عنوان «افساد» را پذیرفته‌اند و لذا برای مفسدینی که محارب نیستند مجازات اعدام را صادر کرده‌اند. در ادامه تفصیلاً نظر و ادله این چهار گروه بررسی می‌شوند.

#### الف) قائلین به نظراول و ادله آنها

شیخ طوسی در التبیان از جمله کسانی است که محارب و مفسد را یکی دانسته است و برای هر دوی آنها همان معنای استفاده از سلاح و ترساندن مردم را ذکر کرده است. (۶: ۵۰۲) مقدس اردبیلی نیز اینگونه معتقدند که «یسعون فی الارض» تأکید و بیان حقیقت یفسدون است. ایشان در کتاب زبده البیان اینگونه می‌گویند: «وَيَسْعُونَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا» کأنه بیان لتحقق معنی المحاربة، و تأکید لثبوت حقیقت». (۶۶۴) برخی دیگر از مفسران نیز همین گونه نظر داده‌اند. (طباطبایی، میزان ۵: ۳۵۴؛ طیب، اطیب القرآن ۴: ۳۵۴؛ راوندی، فقه القرآن ۱: ۳۶۵؛ طبرسی، مجمع البیان ۳: ۳۶۴)

یکی دیگر از قائلین به این نظر، آیت الله موسوی اردبیلی است. ایشان ضمن اینکه محاربه را به هر عملی که به امنیت اجتماعی خلل وارد کند، معنا کرده‌اند (فقه الحدود و التعزیرات ۳: ۴۹۶) صراحتاً بیان کرده‌اند که محاربه و افساد دو واژه هستند ولی هر دو همین معنا را دارند. نه افساد اعم از محاربه است و نه بالعکس. این دو واژه یک معنای واحد دارند. ایشان دلیل نظر خود را اینگونه بیان می‌کنند: «عطف یسعون بریحاریون به وسیله «او» بیان گرایست که این دو عنوان یک چیز هستند و در واقع عطف در اینجا عطف تفسیری است. در غیر اینصورت باید به وسیله «او» عطف

می‌شدند. همچنین اگر دو عنوان مستقل بودند، باید کلمه «الذین» تکرار می‌شد و آیه اینگونه می‌شد: «الذین یحاربون... والذین یسعون فی الارض». (فقه الحدود والتعزیرات ۳: ۴۹۸ و ۴۹۹)

#### ب) قائلین به نظر دوم و ادله آنها

فقهایی همچون آیت الله فاضل، آیت الله شاهرودی، آیت الله گلپایگانی و آیت الله مؤمن از جمله قائلین به نظر دوم هستند. آیت الله فاضل معتقدند محارب از مصادیق مفسد فی الارض است. (فاضل، جامع المسائل ۲: ۴۴۲) ایشان در تحقق عنوان محارب، این شرط نتیجه را قرار داده‌اند که استفاده از سلاح منجر به ترس مردم یا فساد و اخلال در نظم عمومی یا غارت اموال مردم شود. پس قاعدتاً ایشان باید رابطه این دو عنوان را عموم و خصوص مطلق بدانند و مفسد را اعم از محارب در نظر بگیرند.

آیت الله شاهرودی نیز رابطه بین این دو عنوان را عموم و خصوص مطلق می‌دانند. اما تعریف ایشان از فساد متفاوت است. ایشان فساد را اینگونه تعریف کرده‌اند: عملی که اخلال به صلاح و وضع طبیعی زمین وارد کند. (مقالات فقهیه ۱۰۹) چند نکته در تعریف ایشان وجود دارد که باید مدنظر باشد. اول اینکه ایشان برخلاف دیگر فقها در تحقق عنوان فساد، شیوع فساد را شرط نمی‌دانند. بلکه آنچه شرط در تحقق عنوان فساد قرار گرفته، این است که آن عمل به وضع طبیعی زمین ضربه زند نه به یک رأی یا دین یا عقیده و فکر خاصی. به عقیده ایشان در تعبیر آیه محاربه که می‌فرماید: «یسعون فی الارض فساداً» قید «فی الارض» متعلق به «یسعون» است نه متعلق به «فساد». اگر این قید متعلق به فساد بود، در تحقق عنوان فساد شیوع و گستردگی شرط می‌شد. اما اینگونه نیست. این قید متعلق به «یسعون» است و معنای آیه چنین می‌شود: در زمین اخلال ایجاد می‌کنند و آن را از وضع طبیعی خود خارج می‌کنند.

نکته دومی که در تعبیر ایشان وجود دارد این است که ایشان فساد را با اعمالی می‌دانند که ذاتاً بتوانند زمین را از حالت و وضع طبیعی خارج کنند نه طبق یک رأی یا مذهب خاص. به تعبیر دیگر در نگاه ایشان افعالی که طبق همه انظار و ادیان بتوانند زمین را فاسد کنند، فساد الارض محسوب می‌شوند نه افعالی که یک دین یا حزب خاص آن را فساد می‌داند. بنابراین فقط موارد تجاوز به مال و جان و عرض و سلب امنیت فساد فی الارض محسوب می‌شود.

طبق نظر ایشان در این آیه دو عنوان مستقل وجود ندارد بلکه یک عنوان وجود دارد که مجازات چهارگانه را به خود اختصاص داده است. ایشان در تبیین آیه محاربه می‌گویند: «أَنَّ موضوع الحدّ المذكور هو الإفساد في الأرض، بمعنى سلب الأمن عن الأرض بالمحاربة، وهذا هو الذي عبّر عنه المفسرون والفقهاء معا بشهر السلاح لإخافة الناس وسلب الأمن عن أموالهم أو أعضائهم أو نفوسهم، وان هذا فعل واحد وجريمة واحدة، لا فعلان وجريمتان مستقلتان، فضلا من أن يكون في موضوع الآية فاعلان مستقلان.» (مقالات فقهیه ۱۱۳) بنابراین در نظر ایشان موضوع اصلی برای مجازات چهارگانه افساد فی الارض است مشروط به اینکه با حالت محاربه باشد. یعنی سلب امنیت از اجتماع به وسیله استفاده از سلاح و ترساندن مردم، صورت بگیرد. پس می‌توان گفت رابطه محاربه و افساد، عموم و خصوص مطلق است. یعنی هر محاربه مفسد هست و محارب اتمّ مصادیق مفسد است. اما هر مفسدی محارب نیست، بلکه مفسدینی وجود دارند که محارب نیستند اما از زمین سلب امنیت کرده‌اند.

آیت الله گلپایگانی نیز رابطه عموم و خصوص را پذیرفته‌اند. اما به عقیده ایشان نیز مراد از فساد عنوان عامی و مفهوم وسیعی که شامل تمام معاصی بشود نیست. بلکه مراد اعمالی است که آرام و قرار را از نظام اجتماعی سلب بکند. به عبارت دیگر، هر عملی که اگر زیاد اتفاق بیافتد و رواج پیدا کند، نظام را منحل کند. بنابراین رابطه محاربه و افساد، عموم و خصوص مطلق است، یعنی هر محاربه مفسد هست و محارب اتمّ مصادیق مفسد است. اما هر مفسدی محارب نیست، بلکه مفسدینی وجود دارند که محارب نیستند اما سبب اخلال در آرام و قرار اجتماع شده‌اند. (الدر المنضود ۳: ۳۱۶)

آیت الله مؤمن نیز از دیگر فقهای هستند که از قائلین به نظر دوم محسوب می‌شوند. ایشان ضمن اینکه افساد را عنوان اصلی و تمام الموضوع برای حکم می‌دانند، عطف آن بر محاربه را از نوع عطف عام بر خاص می‌دانند که حکم برای عام است و خاص به دلیل اتمّ مصادیق ذکر شده است و هیچ انحصاری ندارد. (کلمات سدیدة ۳۹۹) همچنین به عقیده ایشان در معنای افساد و محاربه جنگ و ستیزه به مسلمین شرط نیست بلکه هر نوع جنگی است که موجب فساد و اخلال در امنیت

شود، اعمّ از اینکه با مسلمین باشد و موجب خوف آنها شود یا اینکه در مقابل دولت اسلامی باشد و موجب خوف مردم نشود. همچنین چون ایشان تمام الموضوع را افساد می‌دانند، برای جنگ و ستیزه نیز خصوصیتی قائل نیستند بلکه مطلق افساد به هر شکلی که باشد موضوع برای حکم مذکور در آیه است. (کلمات سدیّه ۴۱۲) البته ذکر این نکته نیز لازم است که هرچند ایشان افساد را تمام الموضوع می‌دانند اما از سوی دیگر روایات متعددی که در آن تعبیر افساد به کار برده شده است را نیز بررسی می‌کنند و می‌گویند در این موارد حکم قتل صادر شده است و این از باب اختیار یکی از مجازات چهارگانه است. همانطور که در مواردی حکم قطع یا تبعید به کار برده شده است. بنابراین طبق این روایات نمی‌توان گفت دو عنوان حدی وجود دارد، یکی محاربه که در آیه آمده است و دیگری افساد که در روایات آمده و حکمش قتل است. (کلمات سدیّه ۴۱۶)

#### ج) قائلین به نظر سوم و ادله آنها

آیت الله مکارم شیرازی از جمله قائلین به نظر سوم هستند. در رساله استفتائات ایشان آمده است: «کسانی که به خاطر تکرار جنایاتی همچون هواپیماربایی، آشوب، دزدیدن کودکان و غیره، سبب ناامنی و خوف اجتماعی شوند، مصداق مفسد هستند. ولی عنوان محارب مشروط به کشیدن اسلحه به روی مردم است.» (۲: ۵۰۲) همچنین در جایی دیگر صراحتاً، افساد را یک جرم حدی می‌داند و رابطه آن با محاربه را عموم و خصوص من وجه می‌داند. در استفتائات جدید ایشان آمده است: «محاربه و افساد فی الارض دو عنوان حدی مستقل در کتاب و سنت است که در بین آنها عموم و خصوص من وجه می‌باشد و مترادف ندارند.» (۲: ۴۹۹)

#### د) قائلین به نظر چهارم و ادله آنها

آیت الله منتظری از جمله فقهای هستند که قائل به نظر چهارم هستند. ایشان در پاسخ به استفتائی در بیان ملاک افساد فی الارض اینگونه پاسخ داده‌اند: «ظاهراً ملاک، فسادی است که از ناحیه شخص یا اشخاص و یا قدرتی متوجه کیان جامعه اسلامی و یا حیثیت عمومی اسلام و مسلمین باشد و یا قصد افساد مرتکب نسبت به کیان فرهنگی یا سیاسی یا اقتصادی جامعه اسلامی وجود داشته باشد. در تحقق عنوان افساد، کشور و منطقه خاص، ملاک نیست بلکه ملاک، حیثیت

عمومی و کیان اسلام و مسلمین است. با این ملاک، در مواردی که بدانیم یا احتمال دهیم عمل شخص ناشی از انگیزه‌های اقتصادی و یا فقر فرهنگی شخص بوده و تصمیم او بر افساد جامعه و ضربه زدن بر حیثیت عمومی و کیان اسلام و مسلمین محرز نباشد صدق عنوان مفسد معلوم نیست و در صورت شك، اعدام جایز نیست چون الحدود تدرأ بالشبهات.» (استفتائات ۱: ۲۵۴) همانطور که ملاحظه می‌شود ایشان برای نفی حد در موارد شك به قاعده الحدود تدرأ بالشبهات استناد کرده‌اند و این نشان می‌دهد که افساد را از جمله حدود می‌دانند. اصولاً نیز با این مجازات اعدام که برای افساد بیان شده است، راهی جز حد دانستن آن باقی نمی‌ماند. چرا که مسلماً از شرایط مجازات تعزیری این است که کمتر از میزان حد مشابه آن جرم و گناه باشد، در حالی که قتل مساوی با میزان حد مشابه آن است.

همچنین ایشان در جایی دیگر رابطه بیان این دو عنوان را بررسی کرده‌اند و در نهایت با تمسک به احتیاط، قدر متقین را این دانسته‌اند که حکم مجازات چهارگانه برای محارب مفسد باشد و محارب به تنهایی چنین حکمی نداشته باشد. (استفتائات ۲: ۵۲۲) اگر این بیان با نظر ایشان در حکم به اعدام مفسدین ملاحظه شود، نمایان‌گر این است که ایشان قائل به رابطه عموم و خصوص مطلق هستند و برای نقطه تمایز عام که همان مفسد غیر محارب است، حکم اعدام را بیان کرده‌اند. مرحوم امام نیز از کسانی هستند که محاربه و افساد را دو عنوان می‌دانند. (استفتائات ۳: ۶۵) ایشان در بحث قاچاق مواد مخدر گفته‌اند این عمل به شرطی افساد فی الارض محسوب می‌شود که مواد مخدره پخش شود، به طوری که موجب ابتلاء بسیاری شود یا به قصد این عمل یا با علم به این اثر انجام شده باشد. (استفتائات ۳: ۳۷) بنابراین ایشان در تحقق عنوان افساد، شیوع و رواج عمل فاسد را معیار می‌دانند. همچنین در نظر ایشان مشخص نشده است که رابطه را عموم و خصوص مطلق یا عموم و خصوص من وجه می‌دانند. تنها مؤیدی که می‌تواند نشان دهد ایشان نظر چهارم را پذیرفته‌اند این است که ایشان در فتوای به اعدام مفسدین احتیاط می‌کردند و به آقای منتظری ارجاع داده‌اند. این می‌تواند «اشعار» به این داشته باشد که نظر آقای منتظری را قبول داشته‌اند. (منتظری، استفتائات ۲: ۵۲۱)

### ۲-۳- نقد و بررسی اقوال و ادله

فقهها، برای رد یا اثبات عنوان افساد فی الارض از ادله مختلفی استفاده کرده‌اند. استناد به آیه ۳۲ و ۳۳ سوره مائده از مهمترین این ادله است. در رتبه بعد، استناد به برخی از روایات قرار دارد. در نهایت هم استناد به ارتکاز عقلائی دلیل دیگری است که برخی از فقها بدان استناد کرده‌اند. در ادامه ادله مذکور بررسی خواهد شد.

#### بررسی دلالت آیه ۳۳ سوره مائده

همانطور که گفته شد، مهمترین دلیلی که در این بحث جاری است، آیه محاربه است که در میان چهار قول مطرح شده از فقها، چند احتمال در تفسیر آیه محاربه بیان شده است. برای آنکه وضعیت مسأله روشن شود، لازم است احتمالات مذکور و سایر احتمالاتی که ممکن است وجود داشته باشد را بررسی کنیم. پس از آن به بررسی روایات و سایر ادله مذکور در این باره بپردازیم. برخی معتقدند که واو در آیه، تفسیری است. در نقد این نظر باید گفت: اصل در عطف به «واو» این است که طرفین تغایر داشته باشند نه اینکه تفسیری باشد. بنابراین اگر قرینه یا روایتی وجود داشته باشد که مؤید واو تفسیری باشد از این اصل اولیه دست برمی داریم. در حالی که روایات بعضاً مؤید عدم این معنا هستند که در ادامه خواهد آمد.

دومین احتمال این است که واو عطف عام بر خاص و حکم برای عام یعنی افساد است. طبق احتمال دوم هر جایی که افساد محقق شود، مجازات چهارگانه به دنبال آن می آید اعم از اینکه محاربه هم باشد یا نباشد. در مورد این نظر نیز همان نقد قبل مطرح است. چرا که در اینجا نیز واو از معنای اصلی خود که مطلق الجمع و تشریک الطرفین فی الحکم باشد فاصله گرفته است، در حالی که هیچ دلیلی نیز بر خروج از معنای اصلی وجود ندارد. علاوه بر اینکه آیت الله شاهرودی در نقد این احتمال اینگونه مطرح کرده‌اند: «این تفسیر خلاف ظاهر است زیرا فقط در آیه آمده است الذین یحاربون الله ورسوله وگویای اینست که محاربه نیز در حکم دخالت دارد.» (مقالات فقهیه ۱۱۳) در مقابل عده‌ای دیگر نیز عطف عام بر خاص دانسته و افساد را موضوع اصلی ولی مشروط به حالت محاربه می‌دانند. یعنی افساد اگر با حالت محاربه باشد مجازات چهارگانه را دارد. این معنای

از او هرچند که با اصل در معنای واو یعنی حکم واحد داشتن معطوف و معطوف علیه هماهنگی دارد؛ اما چه دلیلی وجود دارد که بگوییم حکم برای عام است؟ چرا گفته نشده است که حکم برای خاص است اما مشروط به اینکه آن وصف عام هم وجود داشته باشد. کما اینکه عده‌ای در احتمال چهارم از میان احتمالات معنای واو، این احتمال را جاری دانسته‌اند. در این احتمال، عنوان اصلی را محاربه می‌دانستند لیکن مشروط به اینکه با حالت افساد همراه باشد.

چه بسا بتوان در احتمال اخیر این گونه توجیه کرد که در مواردی که عام بر خاص عطف می‌شود و شک داریم که حکم برای عام است یا برای خاص، باید به قدر متیقن اخذ کرد و خاص را موضوع حکم قرار داد. پس قطعاً عنوان محاربه مشروط به افساد، موضوع حکم هست. بنابراین اگر بخواهیم فراتر از این میزان را موضوع مجازات چهارگانه بدانیم، نیاز به دلیل و قرینه داریم.

احتمال دیگر این است که واو برای تعلیل باشد. تمام احتمالات بالا در فرضی بود که سخن از عطف دو جمله در میان باشد. اما در این احتمال و دو احتمال دیگر، سخن از عطف در میان نیست. در این احتمال جمله «یسعون فی الارض فساداً» علت برای حکم مجازات محارب است. یعنی محارب چون سعی در ایجاد فساد دارد، مجازات مذکور برای او در نظر گرفته شده است. مطابق این احتمال هرچند که موضوع آیه و حکم، محاربه است اما می‌توان یک قیاس منصوص العله شکل داد و گفت هر جایی که علت حکم وجود دارد، حکم نیز به دنبال آن بیاید. پس، این احتمال به لحاظ نتیجه با احتمال دوم یکسان است. آیت الله مؤمن در بیان این وجه می‌گوید: «عنوان افساد فی الارض برای این در آیه آمده است که بگوید چرا عنوان محاربه که در ابتدا آمده بود دارای چهار مجازات است. پس این آیه دلالت بر این دارد که افساد فی الارض نقش علت دارد و تمام سبب برای ترتب چند نوع مجازات مذکور، همین عنوان است. بنابراین هرگاه این عنوان محقق شد اگرچه خالی از عنوان محاربه باشد، برای ترتب مجازات‌های مذکور بر آن، کفایت می‌کند.» (مقاله سدید ۴۰۹) اما مشکلی که در این احتمال وجود دارد این است که معنای علت در او نیازمند قرینه است. علت معنای اصلی او نیست که بتوان بدون قرینه این معنا را برای آن ذکر کرد. بنابراین این احتمال خلاف ظاهر اولیه آیه است و نمی‌توان آن را پذیرفت.

احتمال دیگر این است که او حالیه باشد. در این احتمال افساد یک شرط برای محاربه معنا می‌شود. یعنی کسانی که با خدا و رسول او محاربه می‌کنند در حالی که سعی برای فساد در زمین دارند؛ مجازات مذکور را دارند. این معنا هر چند با قواعد ادبی سازگار است اما خلاف سیاق آیه است، هر چند که در نتیجه با برخی از احتمالات سابق یک معنا دارد.

احتمال بعدی این است که او به معنای «او» باشد. این معنای می‌تواند دو عنوان مستقل را در این آیه بسازد. اما قطعاً خلاف ظاهر است و نیاز به دلیل و قرینه جدی دارد. آخرین احتمال هم این است که او استینافیه باشد. او استیناف نیز از معانی است که می‌تواند دو عنوان مستقل را در این آیه بسازد اما از چند جهت با اشکال مواجه است. اول اینکه در این صورت خبر جمله «الذین یحاربون» نیامده است و باید در تقدیر گرفت. در حالی که تقدیر خلاف اصل است. دوم اینکه نحو یون و او استیناف را در مواردی ذکر می‌کنند که به هیچ وجه نتوان معنای اصلی او را تطبیق داد. در حالی که احتمال چهارم از احتمالاتی بود که با هیچ اشکالی مواجه نبود.

در این احتمال، عطف از نوع عطف عام بر خاص و حکم به دلیل اخذ به قدر متیقن برای محاربه مشروط به حالت افساد است. با توجه به این احتمال، حکم مذکور در آیه برای محارب است مشروط به اینکه مفسد باشد. حال باید در سایر ادله روایی به دنبال این مسأله بود که آیا برای محاربه که مفسد نباشد حکم دیگری آمده است یا خیر؟ بنابراین هر چند طبق مباحث لغوی و اصطلاحی مطرح شده، معنای محاربه و افساد متفاوت هستند و از لحاظ مصداقی بین آنها رابطه عام و خاص مطلق برقرار است، اما حکم مذکور در آیه برای مابه‌الاشتراک، یعنی برای محارب مفسد است، اما مابه‌الامتیاز شامل حکم آیه نیست. پس اگر روایت یا دلیل دیگری در بین نباشد که مجازاتی را برای محارب غیر مفسد ثابت کند، ما عنوان حدی مستقلی به نام افساد فی الارض نداریم. در این مقام، چهار دلیل دیگر ذکر شده که بتواند عنوان حدی مستقل افساد را ثابت کند. اولین دلیل آیه ۳۲ سوره مائده است. دومین دلیل روایات هستند، سومین دلیل استناد به ارتکاز عقلاء و چهارمین دلیل هم استناد به قطع ریشه فساد است. در ادامه هر یک از این دلایل بررسی می‌شوند.

دومین دلیلی که ممکن است برای اثبات حد مفسد فی الارض به آن استدلال شود آیه ۳۲ سوره مائده است. در این آیه خداوند تبارک و تعالی می فرماید: «أَنَّهُ مَنْ قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا» مطابق این آیه شریفه کسی که یک نفر را بکشد - در حالی که از باب قصاص نبوده و افساد هم صورت نگرفته است - مثل کسی است که همه بشر را کشته است. می دانیم حکم کسی که شخص دیگری را به قتل برساند اعدام است. در ادامه آیه آمده است. کسی که افساد فی الارض داشته کار او نیز مثل کسی است که همه بشر را کشته است. بنابراین به قیاس اولویت باید گفت: مفسد فی الارض هم باید کشته شد. آیت الله گلپایگانی در بیان این استدلال می گوید: «تقریب الاستدلال ان قتل أحد إذا لم یکن للقصاص فهو فی حکم قتل جمیع الناس، و کذا قتله لا لأجل الفساد فی الأرض، فإِنَّه فی حکم قتل جمیع الناس و من قتل جمیع الناس فَإِنَّه یقتل لا محالة لِأَنه لو قتل واحدا کان یقتل فكیف بمن قتل جمیع الناس فلا ینکر وجوب قتله إلا من حیث إِنَّه لم ینبأ أحد حتی یقتله.» (الدر المنضود ۳: ۲۲۷)

استدلال به این آیه از جهاتی با اشکال مواجه است. اول اینکه این استدلال از نوع تمثیل است و حجیت ندارد مگر اینکه اثبات شود وجه مشابهت آنها علت حکم باشد. دوم اینکه این آیه اصلاً در مقام بیان حکم قتل و افساد نیست. سوم اینکه کشتن قاتل از باب قصاص است. چگونه کشتن از باب قصاص را به کشتن از باب حد سرایت دهیم و قیاس اولویت را شکل دهیم؟ یعنی فرضاً که بپذیریم در اینجا وجه مشابهت، علت است، اما ارکان قیاس اولویت شکل نگرفته است. چون حکمی که در یک طرف هست، قتل قصاصی است اما ما می خواهیم قتل حدی را اثبات کنیم. در حالی که در قیاس اولویت همان حکمی که در اصل هست باید به فرع سرایت داده شود.

البته از این نکته نباید غافل شد که این آیه، اصل وجود عنوان مجرمانه‌ای به نام افساد فی الارض را اثبات می کند. هرچند که مشخص نشده است که جرم از نوع حد است یا از نوع تعزیز و همچنین مشخص نشده است که مجازات آن چیست. بنابراین به مقتضای این آیه می توان اصل وجود این عنوان مجرمانه را پذیرفت. حال اگر در سایر ادله بتوانیم میزان مجازات و حدی بودن

آن را اثبات کنیم مطلوب حاصل است. در غیر این صورت افساد یک عنوان تعزیری و تابع ضوابط تعزیرات است. به همین دلیل برخی سعی کرده اند با استناد به سایر ادله، حدی بودن این عنوان را به اثبات برسانند.

### استناد به روایات

در روایات فقهی، گاه افساد به عنوان علت حکم بیان شده است، در حالی که شرایط محاربه محقق نشده است. فقها نیز در موارد متعددی در مقام استدلال بر حکم، افساد را علت حکم قرار داده اند. برخی به استناد این روایات و متون فقهی، افساد را عنوان مستقلی فرض کرده اند. در ادامه روایات و متون فقها در این باره بیان خواهد شد.

۱. اولین مورد درباره «بیع الحر» است. درباره مجازات کسی که انسان حری را بدزدد و بفروشد، فقها دو نظر دارند. برخی به استناد برخی روایات، معتقدند به دلیل مفسد فی الارض بودن، دست وی قطع می شود. در مقابل برخی دیگر معتقدند چون شرط قطع ید، سرقت به اندازه نصاب ربع دینار است، پس در این مورد دست سارق قطع نمی شود چون حرّ اصلاً مالیت ندارد. شیخ طوسی در تهذیب الاحکام روایتی در این باره نقل می کند: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام أخبرني عن رجل باع امراته قال على الرجل أن تقطع يده وترجم المرأة و على الذي اشتراها إن وطئها إن كان محصناً أن يرحم إن علم وإن لم يكن محصناً أن يجلد مائة جلدة وترجم المرأة إن كان الذي اشتراها وطئها». (تهذیب الأحكام ۱۰: ۲۴) به امام صادق عليه السلام عرض کردم مجازات مردی که همسر خود را فروخته است چیست؟ فرمودند: مرد باید دستش قطع شود و زن باید رجم شود. کسی که او را خریده اگر وطی کرده باشد چنانچه محصن و عالم بوده رجم می شود. اگر محصن نبوده ۱۰۰ تازیانه می خورد. آن زن هم چنانچه وطی شده باشد باید رجم شود. ایشان در بیان این روایت می گوید: حکم قطع ید در این روایت از باب سرقت نیست چون انسان حرّ اصلاً مالیت ندارد که سرقت در مورد آن صادق باشد. بنابراین ممکن است این حکم از باب افساد فی الارض باشد که به حکم آیه قرآن، امام مخیر بین مجازات چهارگانه است. (همان) ابن ادریس نیز در باب سرقت گفته است کسی که برای بار دوم کمتر از نصاب، چیزی را بدزدد، به دلیل افساد فی الارض دست او قطع می شود. همچنین کسی که

حزّ صغیر را بدزد و بفروشد به دلیل افساد فی الارض دست او قطع می شود. (السرائر ۳: ۵۱۲) صاحب ریاض نیز همین نظر را دارد. (۴۹۰: ۲) آیت الله مؤمن نیز همین نظر را پذیرفته اند. البته ایشان نیز در پاسخ به اشکالی که مخالفین مطرح می کنند اینگونه پاسخ می دهند که: «کلام شیخ صریح است در اینکه آیه محابه و افساد شامل کسی که زن خود را فروخته است، می شود. البته عدم ذکر قتل در این روایت - که امام مخیر در اجرای آن است - شاید به دلیل این باشد که مجازات مفسد و محارب به حسب جنایتی است که مرتکب می شود. (کلمات سدیة ۴۱۰) در مقابل شهید ثانی از مخالفین این نظر است و می گوید چون حزّ، مال محسوب نمی شود، بنابراین قطع ید صحیح نیست. البته حکم از باب افساد فی الارض هم نمی تواند باشد. چون حکم افساد، تخییر حاکم بین مجازات چهارگانه. نه خصوص قطع ید است. (الروضه البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة (المحشی - سلطان العلماء) ۲: ۳۸۰ و مسالک الأفهام ۱۴: ۵۰۱) مرحوم صاحب جواهر (۱۱۰: ۴۱)، آیت الله گلپایگانی (الدر المنضود ۳: ۱۰۷) و آیت الله موسوی اردبیلی (فقه الحدود و التعزیرات ۳: ۲۱۳) نیز همین نظر را دارند.

۲. دومین مورد احتیال است. یعنی کسی که با حیلہ گری اموال مردم را از آنها می گیرد. در این باره نیز روایتی وارد شده که او سارق است و باید دستش قطع شود. در این مورد نیز شیخ صدوق از باب افساد حکم به قطع ید داده است. (الاستبصار ۴: ۲۴۳) در مقابل مشهور فقها به دلیل فقدان شرایط سرقت، حکم به سرقت نداده اند. (فیض کاشانی، مفاتیح الشرایع ۲: ۹۶ و گلپایگانی، الدر المنضود ۳: ۳۱۰)

۳. سومین مصداقی که در کلام فقها، افساد علت حکم قرار گرفته است، مسأله سرقت کفن از قبر است. در اقوال برخی از فقها، افساد یا فساد به عنوان علت حکم به قتل یا قطع ید قرار گرفته است. ابن ادریس در باب سرقت کفن می گوید: روایات مربوط به سرقت کفن متعدد هستند. برخی قطع ید را مطلقاً واجب و برخی تعزیراً واجب می دانند. در جمع بین آنها، روایات قطع ید را یا حمل می کنیم بر اینکه کفن را از داخل قبر خارج کند و قیمت آن ربع دینار باشد، یا حمل می کنیم بر کسی که سرقت کفن را تکرار می کند و به آن عادت کرده است. روایات تعزیراً نیز حمل می کنیم بر کسی که برای اولین بار نبش قبر کرده است و به این کار عادت ندارد و قیمت کفن هم به ربع دینار نمی رسد. (السرائر ۳:

۵۱۲) برخی دیگر از فقها نیز در فرض تکرار عمل، افساد را علت برای حکم به قتل می‌دانند. (علامه حلی، مختلف الشیعة ۹: ۲۳۹؛ شهید اول، الروضه البهیة ۲: ۳۸۰؛ شهید ثانی، مسالک ۱۴: ۵۰۸؛ فیض کاشانی، مفاتیح الشرایع ۲: ۹۳؛ مؤمن، کلمات سدیة ۳۹۶ و منتظری، استفتائات ۱: ۲۵۳) برخی نیز فساد را به عنوان علت حکم بیان کرده‌اند. محقق حلی نیز می‌گوید: نباش در مرتبه سوم کشته می‌شود و این به دلیل روایت از امیرالمومنین است که حضرت نباشی را کشت. این روایت را یا باید حمل کنیم بر حالت تکرار فعل توسط نباش - همانطور که شیخ در تهذیب و استبصار و مفید در مقنعه انجام داده‌اند - یا حمل کنیم بر اینکه او بخاطر فسادش کشته شده که اختیار با حاکم است که او را بکشد یا قطع ید کند. (نکت النهایه ۳: ۳۳۷) جمال الدین حلی نیز قطع را از باب دفع فساد می‌داند. (المهذب ۵: ۱۰۲) البته برخی هم مطلقاً این مسأله را قبول ندارند و آن را خلاف ظاهر می‌دانند. نه افساد و نه حسم ماده فساد را نمی‌پذیرند. (طباطبایی، ریاض ۲: ۴۹۰ و نجفی، جواهر ۴۱: ۵۱۷)

۴. چهارمین موضعی که افساد به عنوان علت حکم قرار گرفته است جایی است که مولا عبدش را به کشتن کسی امر کند. دوروایت وارد شده که حکم به قصاص مولا و حبس ابد عبد کرده است. ولی این حکم با قواعد مخالف است. لذا شیخ طوسی این دو روایت را حمل بر صورتی کرده که مولا عادت به این کار دارد و لذا مفسد فی الارض است و از این باب کشته می‌شود. (تهذیب ۱۰: ۲۲۰) برخی دیگر همین نظر را پذیرفته‌اند هرچند که در باب حبس ابد عبد با او مخالف هستند و حکم او را قصاص می‌دانند. (جمال الدین حلی، المهذب البارع ۵: ۱۴۸؛ فیض کاشانی، الوافی ۱۶: ۶۲۸ و نجفی، جواهر ۴۲: ۴۹)

۵. مصداق دیگری که در آن فقها، افساد را علت حکم قرار داده‌اند، مربوط به کسی است که اعتیاد به قتل اهل ذمه دارد. برخی حکم چنین فردی را قتل البته نه از باب قصاص بلکه به دلیل افساد فی الارض می‌دانند. (ابن زهره، غنیة النزوع ۴۰۷ و کیدری، إصباح الشیعة: ۴۹۴) البته برخی هم در همین مورد حکم به قصاص کرده‌اند و اخذ فاضل دیه را نیز لازم می‌دانند. (علی بن حمزه طوسی، الوسیله ۴۳۱؛ سلار دیلمی، المراسم العلویة ۲۳۶ و علامه حلی، مختلف الشیعة ۹: ۳۴۳)

برخی هم هر دو عنوان را در حکم به قتل جمع کرده‌اند. یعنی قتل راهم از باب قصاص و هم از باب افساد می‌دانند. (شهید اول، الروضة البهية ۲: ۴۰۵)

۶. همین طور در مورد کسی که عادت به قتل مؤمنین داشته باشد افساد فی الارض دلیل حکم واقع شده است. (ابوالصلاح حلبی، الکافی فی الفقه ۳۸۴؛ ابن زهره، غنیه النزوع ۴۰۷؛ کیدری، اصباح الشیعه ۴۹۴ و طباطبایی، ریاض ۱۶: ۲۲۰)

۷. یکی دیگر از این موارد، مربوط به کسی است که در ملک دیگری آتش بیافروزد. قطعاً این فرد نسبت به اموالی که سوخته و تلف شده ضامن است. اما درباره خود آتش افروز برخی معتقدند چون مفسد فی الارض است، کشته می‌شود. (علامه حلی، مختلف الشیعه ۹: ۳۶۴) برخی دیگر نیز قتل او از باب افساد را در فرضی می‌دانند که عادت به انجام فعل داشته باشد. (محقق حلی، نکت النهایه ۳: ۴۱۹)

۸. مورد هشتم هم مربوط به کهانت و سحر است. در کتاب موارد السجن فی النصوص و الفتاوی آمده است که اگر بر ساحر عنوان مفسد فی الارض صدق کند، کشته می‌شود. (طبسی ۱۹۶). همچنین در استفتائات آقای تبریزی آمده است که ساحر، مفسد است. (۴۲۶:۱)

۹. جاسوسی یکی دیگر از مواردی که است که بعضی فقها عنوان مفسد فی الارض را بر آن صادق دانسته‌اند. در استفتائات آیت الله مکارم آمده است: اگر اخبار جاسوس سبب گسترش فساد در مقیاس وسیعی گردد به طوری که عنوان مفسد فی الارض به معنای قطعی اش بر او صادق شود، محکوم به اعدام است. (۳۶۱:۱)

از مجموع این موارد می‌توان عنوان مجرمانه افساد فی الارض را استنباط کرد. اما کماکان یک مسأله محل سؤال و ابهام است که آیا مجازات افساد همان مجازات محاربه است یا فقط قتل مدنظر است. برخی معتقدند که مجازات قتل که در روایات آمده از باب تخییر امام بین مجازات چهارگانه بوده است. (مؤمن، کلمات سدیدة ۴۱۶) اما به نظر می‌رسد، از مجموع روایات و اقوال فوق‌الذکر، می‌توان اطمینان عرفی کسب کرد و گفت مجازات مفسد فی الارض، قتل است. به این نکته نیز باید توجه کرد که در برخی از اقوال فوق‌الذکر از تعبیر فساد و حسم ماده فساد استفاده شده بود. این

امر موجب شده که برخی عنوان افساد فی الارض را کنار بگذارند و بگویند این موارد از باب حسم ماده فساد و از مراتب نهی از منکر است. اما این اشکال صحیح نیست. چرا که کثرت و تعدد موارد استفاده از عنوان افساد خصوصاً در برخی روایات، به حدی است که این احتمال را کنار می‌گذارد.

### ارتکاز عقلا

برخی از فقها در ادامه تفسیر آیه محاربه به ارتکاز عرفی استناد کرده‌اند و از این طریق افساد را موضوع مجازات مذکور در آیه دانسته‌اند. آیت الله مؤمن پس از آنکه افساد را علت حکم بیان می‌کند، استناد به ارتکاز عقلایی را این‌گونه مطرح می‌کند: «مخاطبان این آیه در هر صورت، عقلاء و عامه مردم هستند و آوردن عنوان اولی یعنی محاربه با خدا و پیامبر برای بیان علت مجازات‌های مذکور کافی است. اما با این وصف، عامه مردم، بزرگی این گناه را درک نمی‌کنند. ولی همین که «سعی در افساد زمین» - که در ارتکاز عقلاء جرمی است که سزاوار انواع مجازات‌های مذکور است به دنبال آن آورده شود، مردم اقرار خواهند کرد که جرم این تبهکاران به حدی رسیده است که مستحق مجازات‌های یادشده باشد. (کلمات سدیده ۳۱۰)

در نقد این دلیل می‌توان این‌گونه گفت که: اولاً وجود این ارتکاز عقلایی ادعای بدون دلیل است. به نظر می‌رسد عقلا چنین ارتکازی ندارد. ثانیاً فرضاً که چنین ارتکازی وجود داشته باشد، عقلاء به هیچ وجه مجازات چهارگانه را برای مفسد بیان نکرده‌اند. ثالثاً به نظر می‌رسد در عرف عقلای متشرعه، قبح محاربه با خدا بیشتر از افساد فی الارض باشد و چه بسا راحت‌تر درک شود، برخلاف عنوان افساد. رابعاً اگر چنین تفسیری صحیح باشد که عنوان افساد مرتکز عقلایی است و راحت فهمیده می‌شود، عنوان محاربه در آیه به چه منظوری آمده است؟ حتی نمی‌تواند مقدمه و تمهید قرار بگیرد. چون مقدمه و تمهید باید از ذی المقدمه روشن‌تر باشد. بنابراین استدلال به ارتکاز عقلا به این شکل صحیح نیست.

بله می‌توان قائل به این شد که عقلای عالم اجمالاً برای کسانی که خراب‌کاری گسترده دارند، مجازات در نظر می‌گیرند. یعنی ارتکاز عقلایی نهایتاً این را ثابت می‌کند که عنوان مجرمانه‌ای به نام افساد باید وجود داشته باشد. اما میزان مجازات و نوع مجازات را معین نکرده است. بلکه به

نظر می‌رسد اگر به ارتکاز عقلائی استدلال شود و دلیل شرعی دیگری بر نوع و میزان مجازات وجود نداشته باشد؛ بتوان گفت که افساد از جرائم تعزیزی است و عنوان مجرمانه حدی نیست. همانطور که در استدلال به آیه ۳۲ سوره مائده نیز همین میزان را می‌توانستیم اثبات کنیم. بلکه می‌توان گفت آیه ۳۲ سوره مائده به منزله امضای این ارتکاز عقلائی است که افساد شرعاً نیز جرم تلقی شود. در نهایت نیز با توجه به روایات و نظراتی که فقهاء داشتند، می‌توان این اطمینان را به دست آورد که افساد یک جرم حدی است که مجازات آن قتل است. همانطور که برخی فقهای معاصر همچون آیت الله مؤمن و آیت الله مکارم نیز به آن قائل هستند.

### ۳- بررسی مواد قانون مجازات اسلامی

در این قسمت، چند ماده قانونی را بررسی می‌کنیم. در بخش‌هایی از قوانین مدون، غیر از قانون مجازات اسلامی به این جرم پرداخته شده است. از جمله ماده ۳ قانون مبارزه با قاچاق انسان<sup>۱</sup> و ماده‌های ۱۸۰، ۱۸۱ و ۱۸۳ ق.م.ا.ق.دیم که می‌گفت هر کس برای ترساندن مردم، دست به اسلحه ببرد، مفسد فی الارض و محارب است. برای مثال، ماده ۱۸۳ این قانون می‌گفت: «هر کسی برای ایجاد رعب و هراس و سلب آزادی و امنیت مردم دست به اسلحه ببرد، محارب و مفسد فی الارض می‌باشد.» این ماده، دست به اسلحه بردن را رکن مادی جرم محاربه می‌دانست.

با توجه به این ماده باید بررسی کنیم آیا این قیود در قوانین قبل از قانون مجازات در نظر گرفته شده است یا خیر؟ یکی از قوانین، قانون مبارزه با قاچاق انسان، مصوب سال ۱۳۸۳ است که می‌گوید: «چنان چه فرد قاچاق شده کمتر از ۱۸ سال تمام باشد و عمل ارتكابی از مصادیق محاربه و افساد فی الارض نباشد...». یعنی قاچاق انسان به حمل سلاح ربطی ندارد و یک عمل مجرمانه

۱. ماده ۳: چنانچه عمل مرتکب «قاچاق انسان» از مصادیق مندرج در قانون مجازات اسلامی باشد مطابق مجازات های مقرر در قانون یادشده و در غیر این صورت به حبس از دو تا ده سال و پرداخت جزای نقدی معادل دو برابر وجوه یا اموال حاصل از بزه یا وجوه و اموالی که از طرف بزه دیده یا شخص ثالث وعده پرداخت آن به مرتکب داده شده است، محکوم می‌شود.

تبصره ۱- چنانچه فرد قاچاق شده کمتر از هجده سال تمام داشته باشد و عمل ارتكابی از مصادیق محاربه و افساد فی الارض نباشد، مرتکب به حداکثر مجازات مقرر در این ماده محکوم می‌شود.

تبصره ۲- کسی که شروع به ارتكاب جرائم موضوع این قانون نماید لیکن نتیجه منظور بدون اراده وی محقق نگردد، به شش ماه تا دو سال حبس محکوم می‌گردد.

تبصره ۳- مجازات معاونت در جرم «قاچاق انسان» به میزان دو تا پنج سال حبس حسب مورد و نیز جزای نقدی معادل وجوه یا اموال حاصل از بزه یا وجوه و اموالی که از طرف بزه دیده یا شخص ثالث وعده پرداخت آن به مرتکب داده شده است، خواهد بود.

جدید است. قانون دیگر، قانون تکثیر مواد سمعی و بصری غیر مجاز است که بر اساس آن، هر کس به صورت عمد، سی دی های غیر مجاز را توزیع کند، مفسد فی الارض شناخته می شود. حال در تمام این قوانین، افساد غیر از محاربه است، زیرا در تحقق محاربه، تجرید یا حمل سلاح شرط بود، ولی در این موارد، سلاحی وجود ندارد. در حالی که به عنوان افساد فی الارض جرم انگاری شده است. پس افساد غیر از محاربه است. برای مثال، فردی که سی دی های غیر مجاز را تکثیر کرده است، در بسیاری از موارد نه قصد اخافه داشته و نه اسلحه به کار برده است. با این حال، چه گونه می توان آن را از مصادیق محاربه به شمار آورد؟

قانون گذار قبل از قانون مجازات مصوب ۱۳۹۲، مجازات محاربه و افساد را یکی گرفته و در قوانین دیگر از این نظر عدول کرده و برای افساد، مفهومی مستقل در نظر گرفته بود. قاچاق انسان و اخلال در نظام اقتصادی به اخافه و اسلحه ربطی ندارد، ولی قانون گذار، مرتکبان این موارد را جزو مفسدین فی الارض دانسته بود.

مثال دیگری که نمی توان از مصادیق محاربه باشد، در حالی که قانون گذاران را مفسد فی الارض دانسته است، کسی است که نقشه نظامی را تسلیم دشمن کند. پس مشخص می شود محاربه و افساد دو عنوان مستقل از هم هستند، زیرا در جرم تسلیم نقشه نظامی به دشمن، نه تجرید سلاح وجود دارد و نه قصد اخافه. تنها فرد با دشمن همکاری نظامی کرده است. در نهایت می توان گفت چون اصل نظام مهم است، ممکن است از باب براندازی نظام، عنوان دیگری بر آن صادق باشد. قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ در ماده ۲۸۶ تقریباً تکلیف را مشخص کرده و افساد را به عنوان جرم مستقل در نظر گرفته است. البته این تعریف اشکال دارد، چون قاعده بیان شده در ماده کلی است و می توان هر استفاده ای از آن کرد. در اینکه مقصود از لفظ «گسترده» در ماده ۲۸۶ چیست، ابهام وجود دارد، مثل همان توزیع «عمده» مواد سمعی و بصری غیر مجاز.

در هر صورت، قانون گذار، افساد فی الارض را جرم مستقل در نظر گرفته است. قانون گذار در مورد قتل برده ها و کفار ذمی، جرایم علیه امنیت داخلی یا خارجی کشور، نشر اکاذیب، اخلال در نظام اقتصادی کشور، احراق و تخریب، پخش مواد سمی و میکروبی و خطرناک، دایر کردن مراکز فساد

و فحشا یا معاونت در آنها به گونه‌ای که موجب اختلال شدید در نظم عمومی کشور و ناامنی یا ورود خسارت عمده بشود، به افساد حکم کرده است.

### نتیجه

از نظر قانون، افساد فی الارض، جرم مستقل شناخته شده است و در این مورد، بحثی وجود ندارد. معنای افساد هم جرم عمومی و گسترده است. اما در مورد جرم انگاری حدی این عنوان، دو نظر در فقه وجود دارد. یکی، آن دسته از فقها هستند که افساد فی الارض را جرم مستقل نمی‌دانند. دسته دوم، کسانی هستند که افساد فی الارض را جرم مستقل دانسته‌اند. از مجموع آیات، روایات و دلیل ارتکازی، می‌توان دریافت که افساد فی الارض، جرمی مستقل است. روایات خاص و عام بیان شده نیز می‌توانند مستند قانون‌گذار برای مستقل دانستن جرم افساد فی الارض باشند.

قرآن کریم

۱. ابن درید، محمد بن حسن، جمهرة اللغة، دارالعلم للملایین - بیروت، چاپ: اول، ۱۹۸۸ م.
۲. ابن سیده، علی بن اسماعیل، المحکم و المحيط الأعظم، دارالکتب العلمیة - بیروت، چاپ: اول، ۱۴۲۱ هـ. ق.
۳. ابن سیده، علی بن اسماعیل، المخصص، دارالکتب العلمیة - بیروت، چاپ: اول.
۴. ابو حبیب، سعدی، القاموس الفقهي لغة واصطلاحا، دارالفکر - دمشق، چاپ: دوم، ۱۴۰۸ هـ. ق.
۵. اردبیلی، احمد بن محمد، زیدة البیان فی أحكام القرآن، المكتبة الجعفریة لإحياء الآثار الجعفریة، تهران - ایران، اول، هق
۶. اردبیلی، سید عبد الکریم موسوی، فقه الحدود و التعزیرات، مؤسسة النشر لجامعة المفید رحمته الله علیه، قم - ایران، دوم، ۱۴۲۷ هق
۷. بغدادی، مفید، محمد بن محمد بن نعمان عکبری، المقنعة (للشیخ المفید)، کنگره جهانی هزاره شیخ مفید رحمته الله علیه، قم - ایران، اول، ۱۴۱۳ هق
۸. حائری، سید علی بن محمد طباطبایی، ریاض المسائل (ط - الحدیثة)، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، قم - ایران، اول، ۱۴۱۸ هق
۹. حلبی، ابن زهره، حمزة بن علی حسینی، غنية النزوع إلى علمي الأصول والفروع، مؤسسه امام صادق علیه السلام، قم - ایران، اول، ۱۴۱۷ هق
۱۰. حلبی، ابو الصلاح، تقی الدین بن نجم الدین، الکافي فی الفقه، کتابخانه عمومی امام امیر المؤمنین علیهم السلام، اصفهان - ایران، اول، ۱۴۰۳ هق
۱۱. حلّی، ابن ادريس، محمد بن منصور بن احمد، السرائر الحاوي لتحرير الفتاوى، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم - ایران، دوم، ۱۴۱۰ هق
۱۲. حلّی، جمال الدین، احمد بن محمد اسدی، المهذب البارع فی شرح المختصر النافع، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم - ایران، اول، ۱۴۰۷ هق
۱۳. حلّی، علامه، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، إرشاد الأذهان إلى أحكام الإيمان، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم - ایران، اول، ۱۴۱۰ هق
۱۴. حلّی، علامه، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، تحرير الأحكام الشرعية على مذهب الإمامية (ط - الحدیثة)، مؤسسه امام صادق علیه السلام، قم - ایران، اول، ۱۴۲۰ هق
۱۵. حلّی، علامه، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، قواعد الأحكام فی معرفة الحلال و

- الحرام، دفترا انتشارات اسلامى وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم، قم-ايران، اول، ١٤١٣ هـ ق
١٦. حلى، علامه، حسن بن يوسف بن مطهر اسدى، مختلف الشيعة في أحكام الشريعة، دفترا انتشارات اسلامى وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم، قم-ايران، دوم، ١٤١٣ هـ ق
١٧. حلى، محقق، نجم الدين، جعفر بن حسن، شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام، مؤسسه اسماعيليان، قم-ايران، دوم، ١٤٠٨ هـ ق
١٨. حلى، محقق، نجم الدين، جعفر بن حسن، نكت النهاية، دفترا انتشارات اسلامى وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم، قم-ايران، اول، ١٤١٢ هـ ق
١٩. خمينى، سيد روح الله موسوى، استفتاءات (امام خمينى)، دفترا انتشارات اسلامى وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم، قم-ايران، پنجم، ١٤٢٢ هـ ق
٢٠. ديلمى، سلاّر، حمزة بن عبد العزيز، المراسم العلوية و الأحكام النبوية، منشورات الحرميين، قم-ايران، اول، ١٤٠٤ هـ ق
٢١. شاهرودى، سيد محمود هاشمى، مقالات فقهية، مركز الغدير للدراسات الإسلامية، بيروت-لبنان، اول، ١٤١٧ هـ ق
٢٢. شيرازى، ناصر مكارم، استفتاءات جديد (مكارم)، انتشارات مدرسه امام على بن ابى طالب عليه السلام، قم-ايران، دوم، ١٤٢٧ هـ ق
٢٣. صاحب، اسماعيل بن عباد، المحيط فى اللغة، عالم الكتب-بيروت، چاپ: اول، ١٤١٤ هـ ق.
٢٤. طباطبايى، محمد حسين، الميزان فى تفسير القرآن، مؤسسة الأعلمي للمطبوعات-لبنان-بيروت، چاپ: ٢، ١٣٩٠ هـ ق.
٢٥. طبرسى، فضل بن حسن، مجمع البيان فى تفسير القرآن، ناصر خسرو-ايران-تهران، چاپ: ٣، ١٣٧٢ هـ ش.
٢٦. طبسى، نجم الدين، موارد السجن فى النصوص والفتاوى، انتشارات دفترا تبليغات اسلامى حوزه علميه قم، قم-ايران، اول، هـ ق
٢٧. طرابلسى، ابن براج، قاضى، عبد العزيز، المهذب (لابن البراج)، دفترا انتشارات اسلامى وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم، قم-ايران، اول، ١٤٠٦ هـ ق
٢٨. طريحي، فخر الدين بن محمد، مجمع البحرين، مرتضوي-تهران، چاپ: سوم، ١٣٧٥ هـ ش.

۲۹. طوسی، ابو جعفر، محمد بن حسن، الاستبصار فيما اختلف من الأخبار، دارالکتب الإسلامية، تهران - ایران، اول، ۱۳۹۰ هـ ق
۳۰. طوسی، ابو جعفر، محمد بن حسن، الاقتصاد الهادي إلى طريق الرشاد (للمشيخ الطوسي)، انتشارات کتابخانه جامع چهل ستون، تهران - ایران، اول، ۱۳۷۵ هـ ق
۳۱. طوسی، ابو جعفر، محمد بن حسن، الجمل والعقود في العبادات، مؤسسه نشر دانشگاه فردوسی مشهد، مشهد - ایران، اول، ۱۳۸۷ هـ ق
۳۲. طوسی، ابو جعفر، محمد بن حسن، الخلاف، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم - ایران، اول، ۱۴۰۷ هـ ق
۳۳. طوسی، ابو جعفر، محمد بن حسن، المبسوط في فقه الإمامية، المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية، تهران - ایران، سوم، ۱۳۸۷ هـ ق
۳۴. طوسی، ابو جعفر، محمد بن حسن، النهاية في مجرد الفقه و الفتاوى، دارالکتب العربي، بيروت - لبنان، دوم، ۱۴۰۰ هـ ق
۳۵. طوسی، ابو جعفر، محمد بن حسن، تهذيب الأحكام، دارالکتب الإسلامية، تهران - ایران، چهارم، ۱۴۰۷ هـ ق
۳۶. طوسی، محمد بن حسن، التبيان في تفسير القرآن، دار إحياء التراث العربي - لبنان - بيروت، چاپ: ۱.
۳۷. طوسی، محمد بن علی بن حمزه، الوسيلة إلى نيل الفضيلة، انتشارات کتابخانه آية الله مرعشي نجفی رحمته الله عليه، قم - ایران، اول، ۱۴۰۸ هـ ق
۳۸. طیب، عبدالحسین، اطیب البیان في تفسير القرآن، اسلام - ایران - تهران، چاپ: ۲، ۱۳۶۹ هـ ش.
۳۹. عاملی، شهید اول، محمد بن مکی، الدروس الشرعية في فقه الإمامية، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم - ایران، دوم، ۱۴۱۷ هـ ق
۴۰. عاملی، شهید ثانی، زین الدین بن علی، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية (المحشى - سلطان العلماء)، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، قم - ایران، اول، ۱۴۱۲ هـ ق
۴۱. عاملی، شهید ثانی، زین الدین بن علی، مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام، مؤسسة المعارف الإسلامية، قم - ایران، اول، ۱۴۱۳ هـ ق
۴۲. فراهیدی، خلیل بن احمد، کتاب العین، نشر هجرت - قم، چاپ: دوم، ۱۴۰۹ هـ ق.

٤٣. فيومي، احمد بن محمد، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، موسسه دارالهجرة - قم، چاپ: دوم، ١٤١٤ هـ.ق.
٤٤. قمي، محمد مؤمن، كلمات سديدة في مسائل جديدة، دفتر انتشارات اسلامي وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم، قم - ايران، اول، ١٤١٥ هـ.ق
٤٥. كاشاني، فيض، محمد محسن ابن شاه مرتضى، مفاتيح الشرائع، انتشارات كتابخانه آية الله مرعشي نجفی رحمته الله عليه، قم - ايران، اول، هـ.ق
٤٦. كيدري، قطب الدين، محمد بن حسين، إصباح الشيعة بمصباح الشريعة، مؤسسه امام صادق عليه السلام، قم - ايران، اول، ١٤١٦ هـ.ق
٤٧. گليايگانی، سيد محمد رضا موسوی، الدر المنصود في أحكام الحدود، دار القرآن الكريم، قم - ايران، اول، ١٤١٢ هـ.ق
٤٨. لنكراني، محمد فاضل موحدی، جامع المسائل (فارسی - فاضل)، انتشارات امير قلم، قم - ايران، يازدهم، هـ.ق
٤٩. مرتضى زيبيدي، محمد بن محمد، تاج العروس من جواهر القاموس، دار الفكر - بيروت، چاپ: اول، ١٤١٤ هـ.ق.
٥٠. مهنا، عبد الله على، لسان اللسان: تهذيب لسان العرب، دار الكتب العلمية - بيروت، چاپ: اول، ١٤١٣ هـ.ق.
٥١. نجف آبادی، حسين على منتظری، رساله استفتاءات (منتظری)، قم - ايران، اول، هـ.ق.



## مقایسه شروط مقدوف در فقه و قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲

### چکیده

شارع مقدس برای مقدوف شروطی در نظر گرفته است. در قانون برخی از این شروط به طور تام از فقه اخذ شده ولی در برخی دیگر نواقص و اشکالاتی وجود دارد. شرط اول و دوم مقدوف، عقل و بلوغ است. قانون‌گذار در ماده ۹۱ قانون مجازات اسلامی جدید، رشد کیفری را می‌پذیرد که در این صورت ممکن است بر شخص بالغ زیر هجده سال، حدّ قذف به خاطر عدم رشد، اجرا نشود. بنابراین می‌بایست لازمه آن را نیز بیان می‌کرد و مقرر می‌داشت قذف کسی که رشد کیفری ندارد ولو اینکه عاقل و بالغ باشد، موجب تحقق حدّ قذف نیست. شرط سوم مقدوف، اسلام است. از منظر فقه و قانون، در صورت قذف مسلمان توسط غیر مسلمان فقط حدّ قذف اجرامی شود. همچنین در فرض قذف غیر مسلمان توسط غیر مسلمان دیگر، تعزیر اجرامی شود. تعیین، شرط چهارم مقدوف است. نوع خاصی از تعدد در حدّ قذف وجود دارد و در همه موارد موجب اجرای چند حدّی نیست. لذا تبصره ۴ ماده ۱۳۴ صحیح به نظر نمی‌رسد. شرط پنجم عدم تظاهر به زنا و لواط است؛ پس قذف شخص متظاهر به زنا یا لواط نه تنها موجب حدّ نیست بلکه تعزیر نیز ندارد. شرط آخر، انتفاء ابوت است. در صورتی که قاذف پدر یا جد پدری مقدوف باشد حدّ قذف بر او اجرا نمی‌شود. حدّ مذکور حق الناس نیست. ظاهراً در فقه آن را حق الناس و قابل عفو دانسته‌اند! بنابراین قابل گذشت دانستن آن در ماده ۱۰۴ قانون مجازات اسلامی جدید صحیح نیست.

**کلیدواژگان:** رشد کیفری، حدّ قذف، شرایط مقدوف، انتفاء ابوت، متظاهر به زنا، متظاهر به

لواط، بلوغ، عقل، اسلام، ذمّی

خداوند متعال در آیه ۲۳ سوره نور می‌فرماید «إِنَّ الَّذِينَ يَزْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ الْغَافِلَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ لَعُنُوا فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ وَ لَهُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ» بی‌تردید کسانی که زنان عقیفه پاکدامن با ایمان را (که از شدت ایمان از بی‌عفتی و گناه بی‌خبرند) متهم به زنا کنند، در دنیا و آخرت لعنت می‌شوند و برای آنان عذابی بزرگ است.

طبق این آیه شریفه قذف گناه کبیره است؛ زیرا برای آن عذاب عظیم قرار داده شده است. علاوه بر جنبه ضد اخلاقی و عذاب اخروی آن، قذف دارای جنبه کیفری نیز هست. خداوند متعال در آیه چهارهمین سوره می‌فرماید «وَالَّذِينَ يَزْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَبْوَابِ شَهَادَةٍ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً» و کسانی که زنان عقیفه پاکدامن را به زنا متهم می‌کنند، سپس چهار شاهد نمی‌آورند، پس به آنان هشتاد تازیانه بزنید.

در روایات ماثوره از معصومین (صلوات الله علیهم اجمعین) مقررات مختلفی برای جرم قذف بیان شده است. قذف در زمره‌ی جرایم حدی قرار دارد، لذا از جمله احکام ثابت و لایتغییر الهی است. به همین علت است که تک‌تک شرایط و موانع تحقق این جرم از طرف شارع مقدس بیان شده است.

تا پیش از انقلاب اسلامی ایران در سال ۵۷، قذف در قوانین جزایی کشور جرم‌انگاری نشده بود و قانون‌گذار پس از انقلاب جرم قذف را وارد قوانین و مقررات جزایی کشور کرد. از قانون حدود و قصاص سال ۶۱ تا قانون مجازات اسلامی سال ۹۲، جرم قذف، دستخوش تغییرات زیادی نشده است، اما تحولات دیگری مانند ماده ۹۱ قانون مجازات اسلامی در قانون صورت گرفته که جرم قذف را تحت الشعاع قرار می‌دهد. همچنین در برخی از شروط نیز، قانون‌گذار، حکم فروض مختلف را به صراحت بیان نمی‌کند و در مواردی به نظر می‌رسد، قانون‌گذار دچار اشتباه شده است. بنابراین بررسی مقایسه‌ای میان شروط فقهی و قانونی قذف ضروری است.

قانون‌گذار در فصل چهارم از بخش دوم کتاب حدود قانون مجازات اسلامی، شش شرط را برای مقذوف بیان می‌کند که شامل: بلوغ، عقل، اسلام، معین بودن، عدم تظاهر به زنا یا لواط و انتفاء

ابوت بین قاذف و مقذوف است. در این تحقیق، موارد خلأ و اشتباه قانونی در هر یک از این شروط، مورد بررسی قرار می‌گیرد.

## ۱ و ۲. عقل و بلوغ

قانون‌گذار به تبع فقه امامیه، در ماده ۲۵۱ قانون مجازات اسلامی عاقل و بالغ بودن مقذوف را هنگام قذف در زمره‌ی شرایط حد قذف قرار داده است.

آیت الله خوئی رحمته الله علیه دو روایت صحیح ذیل را مستند فقهی دو شرط مذکور بیان کرده‌اند. (خوئی، تکملة المنهاج، ۳۰۹: ۴۱)

الف) صحیفه فضیل بن یسار، «قال سمعت ابا عبد الله عليه السلام يقول لا حد لمن لا حد عليه، یعنی لو ان مجنوناً قذف رجلاً لم آزر عليه شيئاً ولو قذفه رجل فقال يا زان، لم يكن عليه حد.» (عاملی، تفصیل و سائل الشیعه، ۲۸: ۴۲)

امام صادق عليه السلام در ابتدا قاعده‌ای کلی در باب حدود مطرح می‌کنند که به نفع کسی که بر ضرر او حد اجرا نمی‌شود، حدی نیست. سپس در ادامه یک مصداق این قاعده‌ی کلی را تطبیق می‌دهند. یعنی اگر مجنونی، کسی را قذف کند، حد قذف بر او جاری نمی‌گردد و اگر عاقلی شخص مجنونی را قذف کند و به او بگوید ای زناکار، بر قاذف حدی نیست. البته کلمه -یعنی- در عبارت معلوم نیست از معصوم باشد. بلکه ظن قوی بر این است که از مولف کتاب یا راوی است و احتمال آن کافی است که صدور آن احراز نشود. در هر صورت احراز صدور حدی (لا حد لمن لا حد علیه) برای اثبات مدعا کافی و عدم احراز ذیل، خللی در صحت استدلال وارد نمی‌کند. بنا بر این روایت، اگر مقذوف مجنون و فاقد قوه‌ی عاقله باشد، حد قذف بر مرتکب اجرا نمی‌شود.

ب) صحیحة ابی مریم الانصاری، «قال: سالت ابا جعفر عليه السلام عن الغلام لم يحتلم يقذف الرجل هل يجلد؟ قال لا و ذلك لو ان رجلاً قذف الغلام لم يجلد.» (همان ۱۸۵)

ابو مریم انصاری می‌گوید از امام باقر عليه السلام در مورد نوجوانی که بالغ نشده و مردی را قذف می‌کند پرسیدم که آیا حد قذف بر او اجرا می‌گردد؟ حضرت فرمودند خیر، به جهت اینکه اگر کسی نوجوان نابالغ را قذف کند، حد بر قاذف اجرا نمی‌شود.

محل استناد، ذیل روایت است که امام باقر علیه السلام به صراحت، بالغ بودن مقذوف را، شرط تحقق حد قذف بیان فرموده‌اند. این روایت همچون روایت پیشین، اشاره به قاعده‌ی کلی «لا حد لمن لا حد علیه دارد». زیرا حضرت، در جواب این سؤال که چرا در صورت نابالغ بودن قذف‌کننده، بر او حد اجرا نمی‌شود؟ فرمودند: به علت آنکه اگر کسی نابالغی را قذف کند، تازیانه نمی‌خورد. یعنی همان طور که بر نابالغ حد قذف اجرا نمی‌شود به نفع نابالغ نیز، در فرضی که کسی او را قذف کند حد قذف ثابت نمی‌شود.

قانون‌گذار به تبع مشهور فقهای امامیه، نابالغ را در ماده ۱۴۷ قانون مجازات اسلامی این چنین تعریف می‌کند: «سن بلوغ، در دختران و پسران، به ترتیب نه و پانزده سال تمام قمری است.» لذا دختر و پسری که به سنین مذکور نرسیده باشد نابالغ محسوب می‌شوند و طبق ماده ۱۴۶ قانون مجازات اسلامی مسئولیت کیفری ندارند. اما مجنون، براساس ماده ۱۴۹ قانون مجازات اسلامی، کسی است که دارای اختلال روانی موجب فقدان اراده یا قوه تمییز باشد.

مساله قابل توجه در اینجا این است که نگاه قانون‌گذار به سن مسئولیت کیفری در حدود و قصاص متفاوت است. قانون مجازات اسلامی سال ۷۰، حدود مسئولیت جزایی را صرف بلوغ می‌داند. زیرا در ماده ۴۹ قانون سابق، اطفال از مسئولیت کیفری مبرا بودند و طبق تبصره ۱ همان ماده، طفل کسی است که به حد بلوغ شرعی نرسیده باشد. اما قانون‌گذار در سال ۹۲ با تصویب ماده ۹۱، علاوه بر بلوغ، رشد جزایی مرتکبین بالغ زیر هجده سال را لازم دانسته است و بیان می‌کند: «در جرایم موجب حد یا قصاص هرگاه افراد بالغ کمتر از هجده سال، ماهیت جرم انجام شده و یا حرمت آن را درک نکنند و یا در رشد و کمال عقل آنان شبهه وجود داشته باشد، حسب مورد با توجه به سن آن‌ها به مجازات‌های پیش‌بینی شده در این فصل محکوم می‌شوند.»

بررسی فقهی و حقوقی مساله رشد عقلی مرتکب در امور جزایی مجال خود را می‌طلبد. اما در اینجا لازم است، مختصراً ادله موافقین رشد جزایی بررسی شود.

برخی با تمسک به ادله روایی، از جمله روایت امام علی علیه السلام که می‌فرماید «لا حد علی مجنون، حتی یُفییق و لا علی صبیّ حتی یدرک و لا علی التائم حتی یستقیظ.» (همان ۳۲) چنین استدلال

کرده‌اند: «مساله بلوغ در رابطه‌ی آن با رشد در روایات و کلام فقها دارای اضطراب است و همین مقدار شک و تردید که آیا در سن مسئولیت کیفری، بلوغ شرط است یا علاوه بر آن احراز رشد نیز لازم است؟ با عروض شبهه حکمیة قاعده در او احتیاط در امر قضاء به ویژه احتیاط در دماء و نفوس ایجاب می‌کند که احراز رشد نیز شرط باشد.» (هاشمی، «دختران، سن رشد و مسئولیت کیفری»، ۱۳۸۳)

بنابراین طبق ماده ۹۱ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ علاوه بر بلوغ، احراز رشد را نیز برای اجرای حد و قصاص لازم است. لذا قاضی باید برای حکم به حد و قصاص در مورد متهمانی که زیر هجده سال هستند، رشد و کمال عقل آنان را حین ارتکاب جرم از طریق پزشکی قانونی یا هر طریق مقتضی دیگری احراز کند. به عبارت دیگر اصل در افراد بالغ زیر هجده سال عدم رشد و کمال عقل است و اجرای حد و قصاص برای افراد مذکور منوط به احراز رشد و کمال عقل است. برخلاف افراد بالغ هجده سال به بالا که اصل بر رشد و کمال عقل آنان است و خلاف آن نیاز به اثبات دارد.

قانون‌گذار با تصویب ماده ۹۱ قانون مجازات اسلامی قصد دارد در برابر جرم افراد بالغ غیر رشید، واکنشی مثل افراد نابالغ داشته باشد. به عبارت دیگر افراد بالغ غیر رشید مسئولیت کیفری ندارند. پرسش اینجاست که اگر کسی نابالغ زیر هجده سال را قذف کند، آیا بر قذف‌کننده، حد اجرا می‌شود؟ قانون‌گذار در ماده ۲۵۱ فقط بلوغ را در زمره‌ی شرایط مقذوف بیان کرده است و اشاره‌ای به رشد نمی‌کند. در این فرض تکلیف قاضی چیست؟

به نظر می‌رسد در صورتی که بالغ غیر رشید قذف شود، قاذف باید تعزیر گردد و نمی‌توان حد قذف بر او اجرا نمود؛ زیرا همان طور که در مباحث پیشین گفته شد، قانون‌گذار با تصویب ماده ۹۱ قانون مجازات اسلامی، بالغ غیر رشید را همچون غیر بالغ، مبرا از مسئولیت کیفری می‌داند و مقرر داشته، حد و قصاص بر او اجرا نمی‌شود. از طرف دیگر بنا بر قاعده کلی «لا حدَّ لمن لا حدَّ علیه» به نفع کسی که حد بر ضرر او اجرا نمی‌شود، حدی ثابت نخواهد شد. در نتیجه، طبق ماده ۹۱ قانون مجازات، بر بالغ غیر رشید، حد از جمله حد قذف و قصاص اجرا نمی‌شود، منطبق با قاعده‌ی فوق‌الذکر به نفع او نیز حد ثابت نخواهد شد. بر این اساس اگر کسی، بالغ غیر رشید را قذف کند، حد بر قاذف جاری نمی‌گردد. به نظر می‌رسد لازم است قانون‌گذار مضمون قاعده‌ی فوق را به شکل تبصره ماده ۹۱ یا

ماده‌ای مستقل به تصویب برساند. زیرا وقتی حد و قصاص از بالغ غیررشید دفع می‌شود باید لوازم آن نیز پذیرفته شود، چرا که لازمه‌ی دفع حد از متهم آن است که به نفع او نیز حد ثابت نشود. حال جواب سؤال ما در بحث قذف کاملاً روشن می‌شود. اگر کسی بالغ غیررشید را قذف کند، بر او حد قذف جاری نمی‌شود؛ زیرا بر بالغ غیررشید حد قذف اجرا نمی‌شود پس به نفع او نیز حد قذف ثابت نمی‌شود و قاذف طبق تبصره ماده ۲۵۱ محکوم به تعزیر می‌گردد.

### ۳. اسلام

شرط دیگری که قانون‌گذار در ماده ۲۵۱ قانون مجازات اسلامی برای تحقق قذف بیان کرده است، مسلمانان بودن مقذوف است.

در این باره مستنداتی از جمله آنچه شهید ثانی در مسالک نقل کرده، ذکر شده است. (۱۳: ۴۳۹) روایت اسماعیل بن فضیل، «قال: سألتُ ابا عبد الله (عليه السلام) عن الافتراء على اهل الذمه و اهل الكتاب، هل يُجذد المسلم في الافتراء عليهم؟ قال: لا ولكن يُعزَّر.» (حرعاملی، پیشین ۲۰۰) اسماعیل بن فضیل می‌گوید: از امام صادق علیه السلام در مورد افتراء و قذف بر اهل ذمه و اهل کتاب توسط مسلمان پرسیدم که آیا حد قذف بر مسلمان قاذف جاری می‌شود؟ حضرت فرمودند: خیر ولی قاذف مسلمان تعزیر می‌شود. شهید ثانی فلسفه‌ی تعزیر شدن مسلمان در فرض قذف غیرمسلمان را اذیت شدن غیرمسلمان می‌داند و می‌گوید: «يُعزَّر للابداء.» (مسالک الافهام ۱۳: ۴۳۸)

همچنین مرحوم خوبی ادعای اجماع بر اشتراط اسلام کرده است و علاوه بر اجماع به دور روایت نیز تمسک کرده‌اند. (تکمله المنهاج ۳۱۸: ۴۱) صحیحه عبدالله بن سنان از امام صادق علیه السلام «انه نهی عن قذف من ليس على السلام الا ان يظلل على ذلك منهم» و صحیحه حلبی از امام صادق علیه السلام: «أنه نهی عن قذف من كان على غير الاسلام الا ان تكون قد اطلعت على ذلك منه» (حرعاملی، پیشین ۱۷۳)

در هر صورت، فی‌الجمله ثابت است که مسلمان بودن مقذوف از جمله شرایط تحقق قذف است و اگر مسلمان، غیرمسلمانی را قذف کند، تعزیر می‌شود. اما دو حالت دیگر متصور است که قانون‌گذار تکلیف این دو حالت را به صراحت مشخص نکرده است. لذا لازم است مورد بررسی قرار گیرد. حالت

اول: غیرمسلمان، مسلمانی راقذف کند. حالت دوم: غیرمسلمان، غیرمسلمان دیگری راقذف کند. در حالت اول بین فقها اختلاف است. شیخ مفید می‌فرماید: «اگر ذمی، مسلمانی راقذف کند خونش هدر است.» (المقنع ۷۹۲) فقهای متقدم دیگر مثل ابوالصلاح حلبی (الکافی ۴۱۳) و سید ابن زهره (غنیة النزوع ۴۲۸) فرموده‌اند: قاذف ذمی، خونش هدر است و کشته می‌شود زیرا با قذف یک مسلمان از ذمه اسلام خارج شده است.

اما علامه حلی رحمته الله علیه در مقابل فقهای متقدم می‌فرماید: «اگر بر ذمی شرط شده بود که باید از قذف مسلمان خودداری کند ولی او قذف کرد، از ذمه اسلام خارج شده است. اما اگر چنین شرطی نشده باشد از ذمه اسلام خارج نگردیده است.» (قواعد الاحکام ۹: ۲۷۶) ایشان در ادامه روایت عباد بن صهیب را به عنوان مؤید قول خویش نقل می‌کند. «سئل ابو عبدالله ع: عن نصرانی قذف مسلماً، فقال له یا زان، فقال ع: «علیه ثمانون جلدة لحق المسلم ...». از امام صادق ع سؤال شد در مورد شخص مسیحی که مسلمانی راقذف کرده است و به او گفته زناکار، حضرت فرمودند: هشتاد ضربه شلاق به خاطر حق مسلمان می‌خورد...» (حرعالمی، پیشین ۱۹۹)

در این روایت همانطور که واضح است امام صادق ع، مجازات قاذف غیرمسلمان که مسلمان راقذف کرده است، هشتاد ضربه تازیانه و نه قتل بیان کرده‌اند.

به نظر می‌رسد دلیلی برای قول اول وجود ندارد. لذا باید به عموماًت باب قذف مثل روایت حریر از امام صادق ع که فرمود: «قال و القاذف یُجلدُ ثمانینَ جلدةً» رجوع کرد (همان ۱۷۷) ملاحظه می‌شود که قاذف مطلق است و فرقی بین قاذف مسلمان و قاذف غیرمسلمان نیست لذا هر دو محکوم به هشتاد ضربه شلاق می‌شوند.

از منظر قانون، بررسی حالت فوق نیز همین نتیجه را دارد؛ زیرا قانون‌گذار، شرایط تحقق حد قذف را به طور مطلق بیان کرده و تفاوتی بین قاذف مسلمان و غیرمسلمان قرار نداده است. بر این اساس اگر شخص ذمی، مسلمانی راقذف کند، متحمل هشتاد ضربه تازیانه می‌شود.

حالت دوم: در فرضی که غیرمسلمان، غیرمسلمان دیگری راقذف کند نیز اختلاف وجود دارد. شیخ مفید می‌فرماید: «اذا قذف ذمی ذمياً بالزنی واللواط وترافعالی سلطان الاسلام، أدب القاذف و

لم يَحُدَّهُ كَحَدِّ قَاذِفِ اَهْلِ الْاِسْلَامِ.» (همان ۷۹۷) حاکم جامعه اسلامی، قاذف ذمی را تعزیر می‌کند و حد قذف بر او جاری نمی‌کند. قاضی ابن براج (المهذب ۲: ۵۴۸) و ابن ادریس حلی (السرائر ۵۲۰: ۳) نیز قائل به این نظر هستند.

در مقابل عده‌ای دیگر از فقها از جمله ابوالصلاح حلبی با نظر فوق مخالف هستند و مقدار مجازات قاذف ذمی را برابر با مجازات قاذف مسلمان می‌دانند. ابوالصلاح در الکافی می‌گوید: «و ان کان القاذف ذمیاً لذمیٍّ او ذمیة ترافعالی حاکم المسلمین فعلیه ان یجلدَ کما یجلد المسلم للمسلم» (۴۱۴) علامه حلی رحمته الله علیه نیز قائل به این نظر است و چنین استدلال می‌کند: «زمانی که اهل ذمه برای اجرای حکم نزد حاکم اسلامی می‌آیند، ما باید احکام اسلامی را بر آنان جاری کنیم». ایشان در ادامه وجهی برای تصحیح قول شیخ مفید بیان می‌کنند که قذف ذمی موجب حد نیست و قاذف تعزیر می‌شود و فرقی نیز بین قاذف مسلمان و غیرمسلمان وجود ندارد. لذا در فرضی که مقذوف غیرمسلمان ذمی باشد، قاذف چه مسلمان باشد و چه غیرمسلمان تعزیر می‌شود. (قواعد الاحکام ۹: ۲۷۹)

برای احراز نظر قانون‌گذار باید مثل حالت اول به اطلاق تمسک کرد. زیرا در تبصره ۱ ماده ۲۵۱، غیرمسلمان بودن به طور مطلق، موجب عدم تحقق بزه قذف قرار داده شده است و تفاوتی بین قاذف مسلمان و غیرمسلمان نیست. لذا چنین نتیجه گرفته می‌شود که اگر شخص ذمی، ذمی دیگری را قذف کند تعزیر می‌شود و حد قذف بر او اجرا نمی‌گردد.

#### ۴. تعیین

شرط چهارم، معین بودن مقذوف است. ماده ۱۴۶ قانون سابق، شرط تعیین را بیان نکرده بود و برای اولین بار قانون‌گذار در سال ۹۲ معین بودن مقذوف را در زمره‌ی شرایط تحقق جرم قذف، در ماده ۲۵۱ قرار داد.

معین بودن از جمله شرایط عرفی جرایم علیه حیثیت معنوی مثل توهین و قذف است. بر همین اساس در کتب فقها دیده نشده که از این شرط به طور مستقل بحث کنند. در هر حال قانون‌گذار به دنبال تصویب قانونی جزایی، برای عرف جامعه است لذا باید همه شرایط، چه شرعی و چه عرفی را بیان کند.

همان طور که برخی حقوق دانان در بحث توهین، وجود مخاطب معین را در زمره‌ی شرایط جرم توهین قرار داده‌اند. (میرمحمد صادقی، جرایم علیه اشخاص ۴۸۶:۱) معین بودن مقذوف در جرم قذف نیز عرفاً لازم است. بر این اساس قذف یک گروه کلی بدون تعیین مصادیق جرم نیست. بدیهی است معین بودن مقذوف به این معنی نیست که فرد واحدی باشد، بلکه اگر تعداد مقذوفین به گونه‌ای باشد که بتوان قذف را متوجه تک تک آن‌ها دانست، جرم قذف محقق می‌شود. بنابراین ممکن است چند نفر مورد قذف قرار گیرند. در این صورت دو حالت قابل تصور است: تک تک افراد را جداگانه و یا چند نفر را با یک لفظ قذف کند.

حالت اول (قذف افراد به شکل جداگانه): در این فرض اختلافی نیست که برای هر قذف، یک حد باید اجرا شود. محقق حلی می‌فرماید: «اذا قذف جماعةً، واحداً بعدَ واحدٍ فلكلِّ واحدٍ حدٌّ.» (شرایع الاسلام ۱۵۲:۴)

حالت دوم (قذف چند نفر با یک لفظ): فقها در این فرض قائل به تفصیل شده‌اند. ممکن است مقذوفین با هم شکایت کنند که یک حد اجرا می‌گردد و نیز ممکن است جداگانه شکایت کنند که چند حد به تعداد شکایت اجرا خواهد شد.

شهید ثانی، در مسالک تفصیل فوق را به مشهور اصحاب منتسب می‌کند و علت آن را جمع بین دو روایت می‌داند. روایت اوّل، صحیح‌ه جمیل بن درّاج است. امام صادق علیه السلام در مورد کسی که گروهی را قذف کرده بود، فرمودند: «إن أتوا به مجتمعین، ضُربَ حدّاً واحداً و إن أتوا به متفرقین ضربَ لکلِّ واحدٍ حدّاً.» (حرعاملی، پیشین ۱۹۲) روایت دوم، روایت حسن عطار است. «قال: قلت لأبي عبد الله علیه السلام، رجلٌ قذف قوماً، قال بكلمةٍ واحدٍ؟ قلت نعم قال يُضرب حدّاً واحداً. فإن فرّق بینهم فی القذف ضُربَ لکلِّ واحدٍ منهم حدّاً.» (همان)

ایشان میان این دو روایت به ظاهر متعارض، اینگونه جمع می‌کنند که روایت اول اعم است از اینکه با لفظ واحد قذف کند یا با چند لفظ. در این صورت طبق اطلاق صحیح‌ه جمیل بن درّاج، ملاک در تعدد مجازات، این است که اگر یکجا شکایت کنند یک حد دارد و اگر جداگانه شکایت کنند چند حد دارد؛ اعم از اینکه قذف به لفظ واحد یا چند لفظ باشد. اما اطلاق این روایت با روایت

حسن عطار از بین می‌رود؛ زیرا طبق روایت دوم قذف با کلمه واحده، یک مجازات دارد و قذف جداگانه چند مجازات دارد. پس اطلاق صحیحه جمیل از جهت یک یا چند لفظ بودن قذف حمل بر روایت حسن عطار می‌شود.

صدر روایت حسن عطار، از جهت اینکه مقذوفین یکجا یا جداگانه شکایت کنند نیز مطلق است و در هر دو حالت اگر قذف با یک لفظ باشد بنا بر ظاهر روایت، یک حد وجود دارد. لذا از این حیث با صحیحه جمیل تعارض پیدا می‌کند. زیرا طبق این روایت اگر با هم شکایت کردند یک حد دارد و اگر جداگانه شکایت کردند چند حد وجود دارد. پس بنا بر قواعد اصولی در اینجا نیز مطلق - روایت حسن عطار - حمل بر مقید - صحیحه جمیل - می‌شود. نتیجه‌ای که از دو روایت فوق به دست می‌آید، قول مشهور فقها است که اگر چند نفر را به یک لفظ قذف کند و مقذوفین با هم شکایت کنند بر قاذف یک مجازات تحمیل می‌شود. ولی اگر جداگانه شکایت کنند مجازات متعدد است. قانون‌گذار حالت قذف افراد متعدد را بنا بر قول مشهور فقها در مواد ۲۵۶ و ۲۵۷ بیان کرده است. طبق ماده ۲۵۶ قانون مجازات اسلامی «کسی که چند نفر را به طور جداگانه قذف کند خواه همه آن‌ها با هم و خواه جداگانه شکایت کنند، در برابر قذف هر یک، حد مستقلی بر او جاری می‌شود.» و بنا بر صدر ماده ۲۵۷ قذف افراد متعدد در صورتی که جداگانه شکایت کنند، چند مجازات قابل اجراست: «کسی که چند نفر را به یک لفظ قذف نماید هر کدام از قذف‌شوندگان می‌توانند جداگانه شکایت نمایند و در صورت صدور حکم محکومیت، اجرای آن را مطالبه کنند ...». و منطبق با ذیل ماده ۲۵۷ قذف افراد متعدد با یک لفظ در صورتی که یکجا شکایت کنند، یک حد خواهد داشت. لذا قانون‌گذار می‌گوید: «... چنانچه قذف‌شوندگان یکجا شکایت نمایند، بیش از یک حد جاری نمی‌شود.» مشاهده می‌شود که شکل خاصی از تعدد، در جرم قذف وجود دارد. قانون‌گذار با بیان یک قاعده کلی در ماده ۱۳۲، مقرر داشته که «در جرایم موجب حد، تعدد جرم، موجب تعدد مجازات است ...». اما این قاعده در جرم قذف در همه فرض‌های جاری نیست زیرا در فرضی که قاذف با یک لفظ، افراد متعددی را قذف کرده و آنان یکجا شکایت کنند، جرم متعدد است اما مجازات متعدد نیست و فقط یک حد قابل اجراست.

قانون گذار در تبصره ۴ ماده ۱۳۲ به تعدد در جرم قذف اشاره می کند و می گوید: «چنانچه قذف، نسبت به دو یا چند نفر باشد، دو یا چند مجازات اجرا می گردد». اما به نظر می رسد تبصره فوق غلط است. زیرا طبق توضیحات ارائه شده، اگر مراد قانون گذار مطلق باشد و شامل هر سه فرض تعدد در جرم قذف شود، با ذیل تبصره ۲۵۷ تعارض پیدا می کند. همان طور که گفته شد قذف افراد متعدد سه حالت دارد.

۱. قاذف چند نفر را جداگانه قذف می کند. در این صورت طبق تبصره ۲ ماده ۱۳۲ و ماده ۲۵۶، چند مجازات بر قاذف اجرا می شود.

۲. قاذف چند نفر را با لفظ واحد قذف کند و مقذوفین جداگانه شکایت کنند. در این فرض نیز طبق تبصره ۴ ماده ۱۳۲ و صدور ماده ۲۵۷ مجازات، متعدد می گردد.

۳. قاذف چند نفر را با لفظ واحد، قذف کند و مقذوفین یکجا شکایت کنند. در این حالت، علی رغم اینکه قذف، نسبت به دو یا چند نفر است ولی بنابر ذیل ماده ۲۵۷ بیش از یک حد بر قاذف جاری نمی شود. لذا اطلاق تبصره ۴ ماده ۱۳۲ شامل فرض سوم نمی شود.

## ۵. تظاهر نکردن به زنا یا لواط

شرط پنجمی که قانون گذار برای مقذوف بیان می کند، این است که مقذوف متظاهر به زنا یا لواط نباشد. در برخی کتب فقهی، این شرط با عبارت عفت و پاکدامنی بیان شده است و ضد آن تظاهر به زنا یا لواط است. بنابراین مراد از عفت، عدم تظاهر به زنا یا لواط است. (محقق حلی، شرایع الاسلام ۱۵۲: ۴) اما برخی معتقدند عفت و پاکدامنی از زنا یا لواط، اعم است از اینکه، متظاهر به زنا یا لواط باشد یا نه، چه بسا کسی پاکدامن نباشد و مرتکب عمل زنا یا لواط شده باشد اما تظاهر به آن نمی کند. به همین جهت، برخی از فقها در توضیح عبارت فوق، قید تظاهر به زنا یا لواط را اضافه می کنند. لذا اگر مقذوف عقیف نبود اما تظاهر نمی کرد، حد قذف ثابت است. (امام خمینی، تحریر الوسیله ۴۷۴: ۲) پس قذف غیر عقیف متظاهر به زنا یا لواط حد ندارد. اما آیا مقذوف تعزیر می شود یا نه؟ به عبارت دیگر آیا قذف متظاهر به زنا یا لواط، توهین محسوب می شود تا مرتکب آن تعزیر گردد؟ در این مساله بین فقها اختلاف است.

محقق حلی در شرایط پس از بیان شروط مقذوف می‌فرماید: «و من فقدها او بعضها فلا حد و فیه التعزیر کمین. قذف صبیحاً او مملوکاً او کافراً او متظاهراً بالزنی ...» (پیشین ۱۵۲)

ایشان در مورد مقذوفی که تمام شرایط یا بعضی از شرایط را ندارد، مثلاً کودک است یا کافر است یا متظاهر به زنا است فرموده‌اند: حد قذف ندارد، اما قاذف تعزیر می‌شود. شهید ثانی در روضه، علت آن را قبیح بودن قذف و عمومات این باب می‌داند. (۹:۱۸۱)

اما در مقابل، عده‌ای دیگر مثل صاحب جواهر، قائل شده‌اند که قذف متظاهر به زنا، نه حد دارد و نه تعزیر. (۴۱۸:۴۱) شهید ثانی در روضه می‌گوید، شهید اول در بعضی از تحقیقاتش به این قول میل پیدا کرده است. (الروضه البهیة ۹:۱۸۱) امام خمینی رحمته الله علیه نیز قذف متظاهر به زنا یا لواط را موجب تعزیر نمی‌داند. (تحریر الوسیله ۲:۴۷۴) روایت برقی از امام صادق علیه السلام، دلیل قائلین به نظر دوم است: «اذا جاهر الفاسق بفسقه فلا حرمة ولا غیبة» (عاملی، تفصیل وسائل الشیعه ۲۸۹: ۱۲) اگر فاسق، فسق خود را آشکار کند، بیان آن فسق، حرمت ندارد و در غیاب او، غیبت محسوب نمی‌شود.

نظر دوم با عرف موافق تر است. زیرا عرفاً کسی که بدون هیچ ابایی، تظاهر به عمل زنا یا لواط می‌کند، در صورتی که دیگری به او بگوید زناکار، گناهی مرتکب نشده است. نه به عنوان اولی، چون بیان آن حرمت ندارد و نه به عنوان ثانوی، چون تحقیر، توهین و ایذاء حاصل نمی‌شود. لذا تعزیر منتفی است.

قانون‌گذار نیز طبق نظر دوم در تبصره ۱ ماده ۲۵۱ می‌گوید: «قذف متظاهر به زنا یا لواط مجازات ندارد». بدیهی است مراد قانون‌گذار از مجازات ندارد. مجازات تعزیری است. زیرا تبصره‌ی فوق، در مقام بیان مجازات تعزیری، برای مقذوفی است که شرایط را ندارد پس وقتی قانون‌گذار می‌گوید، قذف متظاهر مجازات ندارد، یعنی مجازات تعزیری نخواهد داشت.

## ۶. انتفاء ابوت

شرط آخری که قانون‌گذار برای مقذوف بیان می‌کند، این است که مقذوف فرزند قاذف نباشد. طبق ماده ۲۵۹ قانون مجازات اسلامی جدید، در صورتی که قاذف پدر یا جد پدری مقذوف باشد،

حد قذف بر او اجرا نمی‌شود و به ۳۱ تا ۷۴ ضربه شلاق محکوم می‌شود.

از نگاه فقه امامیه، دلیل این مساله، روایت ابن مسلم از امام باقر علیه السلام است که می‌گوید: «سألت ابا جعفر علیه السلام عن رجلٍ قَذَفَ ابْنَهَ بالزنا و قال لو قَتَلْتَه ما قُتِلَ به و ان قَذَفه لم يُجَلَد له ...» (حر عاملی، تفصیل و سائل الشیعه ۱۹۶: ۱۲)

اما جد پدری نیز به جهت اینکه عرفاً پدر محسوب می‌شود و در صورت قتل نوه، قصاص نمی‌شود، اگر نوه را قذف کند حد قذف بر او اجرا نخواهد شد. (نجفی، جواهر الکلام ۴۲۰: ۴۱)

نکته حائز اهمیت این است که تعزیر فوق چه جنبه‌ای دارد؟ آیا حق الناس است یا حق الله؟ ثمره حق الناس یا حق الله بودن، در عفو مقذوف اثر دارد. اگر حق الناس باشد، مجازات، با گذشت مقذوف، متوقف می‌شود. ولی اگر تعزیر مذکور حق الله باشد، گذشت مقذوف اثری ندارد. همچنین ثمره دیگری در توقف حکم بر شکایت ذی حق ظاهر می‌شود. اگر حق الناس باشد، بدون شکایت وی تعقیب و محاکمه مرتکب، ممنوع است. ولی اگر حق الله باشد، بدون شکایت شاکی خصوصی، تعقیب و محاکمه مرتکب، جایز است. از برخی کلمات فقها، چنین برداشت می‌شود مجازات فوق حق الناس نیست. صاحب جواهر در شرح این عبارت محقق در شرایع «لقذف الاب ولده لم یُحدَّ و عُرِّزَ»، چنین می‌نویسد: «للحرمة لا لِحَقِّ الولد» (۴۱۹: ۴۱) پس تعزیر پدر به خاطر حق ولد نیست تا قابل گذشت باشد، بلکه برای حرمت عمل است. بر این اساس تعزیر فوق حق الناس نیست و اگر فرزند گذشت کند اثری ندارد. لذا ماده ۱۰۴ قانون مجازات اسلامی که جرایم تعزیری فصل قذف را، مطلقاً قابل گذشت دانسته است صحیح نخواهد بود و بنابر تفسیر فوق ماده ۲۵۹ قابل گذشت نیست.

## نتیجه

۱. قانون‌گذار عدم اجرای حد و قصاص بر بالغ غیررشید را در ماده ۹۱ قانون مجازات اسلامی می‌پذیرد. اما لازمه آن یعنی عدم اجرای حد قذف به نفع بالغ غیررشید که از قاعده‌ی کلی «لاحدَّ لمن لا حدَّ علیه» استنباط می‌شود را بیان نمی‌کند. بنابراین لازم است مفاد این قاعده در بازنگری قانون مجازات ذکر شود.

۲. قانون‌گذار حکم دو فرض قذف مسلمان توسط غیرمسلمان و قذف غیرمسلمان توسط غیرمسلمان دیگر را به صراحت بیان نمی‌کند. گرچه مجازات دو فرض فوق از برخی اطلاقات قابل برداشت است. اما در راستای اجرای اصل قانونمندی لازم است، حکم هر مساله صریحا در قانون مجازات بیان شود.

۳. تعیین، برخلاف شروط دیگر، از جمله شروط عرفی و نه شرعی مقذوف است. این شرط به معنای واحد بودن مقذوف نیست. بلکه قذف افراد متعدد قابل تشخیص نیز ممکن است. گفته شد که نوع خاصی از تعدد، در جرم قذف وجود دارد و در همه موارد قذف دو یا چند نفر، دو یا چند مجازات ندارد. بنا بر ذیل ماده ۲۵۷ قذف افراد متعدد با لفظ واحد در صورتی که یکجا شکایت کنند، یک مجازات دارد نه چند مجازات. لذا به نظر می‌رسد اطلاق تبصره ۴ ماده ۱۳۲ صحیح نیست.

۴. در صورتی که پدر یا جد پدری، فرزند یا نوه‌ی، خود را قذف کنند، حد قذف بر آنان اجرا نمی‌شود و طبق ماده ۲۵۹ تعزیری می‌شوند. گفته شد که این تعزیر حق الناس نیست. لذا قابل گذشت دانستن آن در ماده ۱۰۴ قانون مجازات اسلامی دارای اشکال است.

## فهرست منابع

### قرآن کریم

۱. بغدادی، مفید، محمد بن محمد بن نعمان عکبری، المقنع، قم، کنگره جهانی هزاره شیخ مفید، ۱۴۱۳؛
۲. حلبی، ابوالصلاح، تقی الدین بن نجم الدین، الکافی فی النطقه، اصفهان، کتابخانه عمومی امام امیرالمؤمنین علیه السلام، ۱۴۰۳؛
۳. حلبی، ابن زهره، حمزه بن علی حسینی، غنیه النزوع الی علمی الاصول و الفروع، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۱۷؛
۴. حلی، ابن ادريس، محمد بن منصور بن احمد، السرائر الحاوی لتحرير الفتاوی، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۰؛
۵. حلی، محقق، نجم الدین، جعفر بن حسن، شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، قم، مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۰۸؛
۶. حلی، علامه، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، قواعد الاحکام فی معرفة الحلال و الحرام، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۳؛
۷. حلی، علامه، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، مختلف الشیعه فی احکام الشریعه، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۳؛
۸. حرعاملی، محمد بن حسن، تفصیل وسائل الشیعه الی تفصیل سائل الشریعه، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، ۱۴۰۹؛
۹. خمینی، سید روح الله موسوی، تحریر الوسیله، قم، مؤسسه مطبوعات دارالعلم؛
۱۰. خوبی، سید ابوالقاسم موسوی، تکمله المنهاج، قم، نشر مدینه العلم، ۱۴۱۰؛
۱۱. طرابلسی، ابن براج، قاضی، عبدالعزیز، المهذب، قم، دفتر انتشارات اسلامی، وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۰۶؛
۱۲. عاملی، شهید ثانی، زین الدین بن علی، مسالک الافهام الی تنقیح شرایع الاسلام، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۳؛
۱۳. عاملی، شهید ثانی، زین الدین بن علی، الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة (المحشى - کلاتر)، قم، کتاب فروشی داورى، ۱۴۱۰؛
۱۴. میر محمد صادقی، حسین جرایم علیه اشخاص، تهران، نشر میزان، ۱۳۹۴؛
۱۵. نجفی، صاحب جواهر، محمد حسن، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۴؛

۱۶. هاشمی، سید حسین، «دختران، سن رشد و مسئولیت کیفی»، مجله مطالعات راهبردی زنان، بهار ۱۳۸۳، ق. ۵، شماره ۲۳، از صفحه ۲۴۷ تا ۳۰۰.

## رسائل

مجله علمی دانش پژوهان مجتمع فقه، حقوق و قضای اسلامی  
سال ششم، شماره اول، پیاپی نهم، پاییز و زمستان ۱۳۹۹  
صفحات ۱۰۷ تا ۱۱۹

میثم مرادی\*

meisammoradi992@gmail.com

# قصاص پدر توسط فرزندی که ولی دم است

چکیده

انتفاء ابوت یکی از شرایط قصاص نفس و از مسلمات فقه امامیه است. اما در مورد فرزندی که خود ولی دم است میان فقهاء اختلاف نظر وجود دارد. این امر در قوانین موضوعه ایران نیز مسکوت عنه است. مشهور متأخرین از فقها به استناد اطلاقات و عمومات ادله قصاص، قائل به ثبوت حق قصاص برای فرزند و برخی دیگر به استناد قیاس اولویت، حدیث نبوی، صحیح محمد بن مسلم و عمومات ادله امر به احسان و مصاحبت به معروف با والدین، قائل به عدم ثبوت حق قصاص شده‌اند. در این نوشتار با بررسی مستندات هر دو گروه و مناقشه در برخی، قول ثبوت حق قصاص برای فرزند ترجیح داده شده است.

**کلیدواژگان:** انتفاء ابوت، قصاص پدر، موانع قصاص، موانع ارث، اولیاء دم.

---

\*فارغ التحصیل مدرسه عالی قضاوت و طلبه سطح سه حوزه علمیه قم.

## مقدمه

یکی از مباحث پردامنه در فقه اسلامی، قصاص است که فقهای امامیه از همان دیرباز به طور مفصل به بررسی احکام شرائط و ضوابط آن پرداخته‌اند. یکی از شروط ذکر شده در کلام فقهاء، انتفاء ابوت است. یعنی قاتل نباید پدر مجنی علیه باشد. این شرط از مسلمات فقه امامیه است و روایات صحیح و معتبری دال بر آن وجود دارد. این شرط در ماده ۳۰۱ قانون مجازات اسلامی نیز بیان شده است. اما آنچه که مورد اختلاف فقهاء و در قانون کشور هم مسکوت مانده، این است که اگر پدر، به عنوان مثال مادر یا همسر فرزند خود را به قتل برساند و ولی دمى جز فرزند او وجود نداشته باشد، آیا حق قصاص پدر برای فرزند ثابت است و فرزند می‌تواند قصاص پدر خود را طلب کند یا خیر.

طبق اصل ۱۶۷ قانون اساسی در هر مسأله‌ای که قانون در رابطه با آن سکوت کرده باشد باید به منابع معتبر فقهی و فتاوی معتبر رجوع کرد. لذا بررسی و جمع‌بندی اقوال و ادله فقهاء و اتخاذ موضع روشن و مستدل فقهی ضروری است. در این پژوهش ابتدا اقوال و سپس ادله هر یک از طرفین بررسی و در نهایت قول مختار بیان خواهد شد.

### الف: اقوال موجود در مساله

#### الف - ۱) موافقین قصاص

این نظریه در بین متأخرین مشهور است. محقق حلی در شرائع الاسلام چنین می‌گوید: «لو قيل يملك هنا أمکن اقتصاراً بالمنع علی مورد النص.» (۴: ۱۹۹). فقهای دیگری همچون صاحب جواهر (جواهر الکلام ۴۲: ۱۷۵)، مرحوم اردبیلی در مجمع الفائده (۱۴: ۲۲)، مرحوم امام خمینی در تحریر الوسیله (۲: ۵۲۲) و مرحوم فاضل لنکرانی در تفصیل الشریعه (۱۵۹) نیز قائل به این نظریه هستند. مرحوم سبزواری از دیگر موافقین قصاص است. ایشان در کتاب مهذب الاحکام می‌گوید: «لو قتل رجل زوجته یثبت القصاص علیه لولدها منه.» (۲۸: ۲۳۲) عمده دلیل این گروه از فقهاء برای قصاص پدر توسط فرزند در چنین فرضی، عمومات و اطلاقات ادله قصاص است که در ادامه بررسی خواهد شد.

## الف ۲- مخالفین قصاص

فقهائی چون شیخ طوسی در المبسوط (۷: ۱۰)، علامه حلی در قواعد (۳: ۶۰۸)، شهید ثانی در مسالک (۱۵: ۱۵۹)، فاضل هندی در کشف اللثام (۱۱: ۹۷) و صاحب مفتاح الکرامه (۱۱: ۲۶) از قائلین به عدم جواز قصاص هستند. مرحوم خوبی از دیگر مخالفین قصاص است. ایشان در کتاب مبانی تکملة المنهاج ضمن اشاره به اختلاف در این زمینه، قول مشهور اصحاب که عدم جواز است را اختیار می‌کنند: «لو قتل الرجل زوجته، و كان له ولد منها، فهل يثبت حق القصاص لولدها؟ المشهور عدم الثبوت، وهو الصحيح.» (۴۲: ۸۹) از دیگر افرادی که این نظر را پذیرفته اند می‌توان فقهای ذیل را نام برد: مرحوم تبریزی در تنقیح مبانی الاحکام (۱۵۲)، مرحوم مدنی کاشانی در کتاب القصاص للفقهاء والخواص (۹۱)، آیت الله روحانی در فقه الصادق (۲۶: ۵۵) و منهاج الصالحین (۳: ۳۲۷) آیت الله وحید خراسانی در منهاج الصالحین (۳: ۵۲۳) و آیت الله فیاض در منهاج الصالحین (۳: ۳۴۶). قائلین به نظریه عدم قصاص پدر توسط فرزند در مجموع چهار دلیل بر مدعای خود ذکر کرده اند که در این نوشتار تمامی آن دلایل بررسی خواهد شد.

### ب: ادله طرفین

موافقین قصاص عموماً قصاص را عمده دلیل خود می‌دانند. مخالفین قصاص نیز چهار دلیل بر مدعای خویش اقامه کرده اند که عبارتند از: عموماً ادله امر به احسان و مصاحبت به معروف با والدین، روایت نبوی «لایقاد والد بولده»، صحیح محمد بن مسلم و قیاس اولویت که به تفصیل بررسی می‌شوند.

### ب ۱- دلیل موافقین قصاص

عمده دلیل موافقین قصاص، عموماً و اطلاقات ادله قصاص است. آیات و روایات مربوط به قصاص به شکلی عام هستند که شامل محل نزاع هم می‌شود و هیچ دلیل و مانعی از تمسک به این عموماً و اطلاقات وجود ندارد. مرحوم سبزواری این دلیل خود در موافقت با قصاص را این‌گونه بیان می‌کنند: «لعمومات أدلة القصاص وإطلاقاتها الشاملة للمقام، ولا مانع في البين.» (مذهب الاحکام ۲۸: ۲۳۲). به عبارت دیگر مهمترین دلیل موافقین قصاص، عدم دلیل بر منع از

قصاص است. زیرا طبق عموماً و اطلاقات ادله قصاص، اصل و قاعده در قتل عمدی، قصاص است. تا وقتی که دلیلی بر عدم قصاص وجود نداشته باشد قاتل قصاص خواهد شد. در محل نزاع هیچ دلیلی وجود ندارد که اطلاقات و عموماً ادله قصاص را تخصیص بزند.

البته مرحوم سبزواری در پاسخ به این شبهه که برخی روایات دال بر منع هستند اینگونه بیان می‌کنند: «لا مانع فی البین إلا ما تقدم من قوله عليه السلام: «لا یقاد والد بولده»، وهو ظاهر فی القتل المباشري، والشك فی شموله لنظائر المقام یکفي فی عدم صحة التمسک بإطلاقه.» (همان) طبق این بیان، ادله ای که مخالفین قصاص اقامه کرده اند توانایی تخصیص یا تقييد این عموماً و اطلاقات را ندارند. در نهایت ممکن است موجب شک در تخصیص و تقييد شوند، که این شک مانع تمسک نمی‌شود. بنابراین تمامی دلائلی که مخالفین قصاص ذکر کرده اند هیچ یک توانایی تخصیص زدن عموماً قصاص را ندارند. موافقین قصاص نیز در رد آنها توضیح کافی دارند اما به جهت رعایت ساختار منطقی بحث، در ذیل دلائل مخالفین قصاص، اشکالات و رد مربوط به ادله آنها ذکر خواهد شد.

## ب- ۲) ادله مخالفین قصاص:

در ادامه هریک از چهار دلیل مخالفین قصاص بیان می‌شوند و مورد نقد و بررسی خواهند گرفت.

### ۱. عموماً ادله امر به احسان و مصاحبت به معروف با والدین

اولین دلیلی که مخالفین قصاص اقامه کرده‌اند، تمسک به عموماً امر به احسان با والدین است. طبق آیاتی از قرآن کریم از جمله: آیه ۲۳ و ۲۴ سوره اسراء که می‌فرماید: «وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا إِمَّا يَبُلُغَنَّ عِنْدَكَ الْكِبَرَ أَحَدُهُمَا أَوْ كِلَاهُمَا فَلَا تَقُلْ لَهُمَا أُفٍّ وَلَا تَنْهَرْهُمَا وَقُلْ لَهُمَا قَوْلًا كَرِيمًا\* وَاحْفَظْ لَهُمَا جَنَاحَ الذُّلِّ مِنَ الرَّحْمَةِ وَقُلْ رَبِّ ارْحَمْهُمَا كَمَا رَبَّيَانِي صَغِيرًا» و سوره لقمان آیه ۱۵ که می‌فرماید: «وَإِنْ جَاهَدَاكَ عَلَىٰ أَنْ تُشْرِكَ بِي مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ فَلَا تُطِعْهُمَا وَصَاحِبُهُمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفًا» پدر و مادر حقوقی را بر گردن فرزند خود دارند. از قبیل نیکی و احسان به پدر و مادر و عدم آزار و اذیت آنان. بنابراین باید طوری با آنان رفتار شود که این حقوق ضایع نشوند. بنابراین در مواردی که فرزند بخواد پدر و مادر خود را قصاص کند این

حقوق نادیده گرفته خواهد شد، زیرا قصاص پدر و مادر با مصاحبت به معروف و عدم آزار و اذیت آنان، منافات دارد.

البته باید در نظر داشت که مادر به وسیله نص و اجماع از این مورد خارج شده است و پدر باقی مانده است. بنابراین قصاص مادر منافاتی با این آیات ندارد ولی قصاص پدر با این آیات منافات خواهد داشت. در این جهت فرقی نمی‌کند که این حق قصاص باالصالة برای فرزند ثابت شده باشد یعنی خود فرزند مقتول باشد و یا اینکه حق قصاص بالتبع و بالارث به فرزند رسیده باشد؛ زیرا در هر دو صورت با آن عمومات آیات قرآن کریم منافات دارد. مرحوم فاضل هندی در کشف اللثام این دلیل را بیان کرده است. (۱۱: ۹۷)

#### نقد دلیل: منع دلالت عمومات امر به احسان

قائلین قصاص همچون مرحوم اردبیلی این دلیل را قبول ندارند و آن را رد کرده‌اند به دلیل اینکه این عمومات با اطلاقات و عمومات ادله قصاص تعارض دارند. ایشان در مجمع الفائدة چنین می‌گویند: «لو كان دليل عدم القصاص والحد المتعلق به هو العقوق والحقوق الثابتة له عليه ومثل قوله تعالى «فَلَا تَقُلْ لَهُمَا أُفٍّ، وَأَخْفِضْ لَهُمَا جَنَاحَ الذَّلِيلِ، وَيَا أَلِدَيْنِ إِحْسَانًا»؛ وخرج الام بالنص والإجماع بقي الأب لصح ذلك. ولكن هذا مشكل لأنها عمومات معارضة بعمومات أدلة القصاص بل الظاهر أنها أخص، فيقدم.» (۱۴: ۲۲) ایشان در رفع تعارض بین ادله امر به احسان و ادله قصاص اینگونه می‌گوید: ادله قصاص فقط مربوط به یک بخش رفتاری با پدر و مادر است. به همین دلیل خاص هستند و عمومات امر به احسان و نیکی که عام است و شامل تمامی رفتارها و برخوردها با پدر و مادر می‌باشد را تخصیص می‌زند.

#### ۲. روایت نبوی «لا یقاد والد بولده»

این روایت در کتاب شریف وسائل الشیعه در باب قصاص نفس آمده است و سند آن مشکلی ندارد. لیکن در دلالت و معنای حدیث بحث است. مخالفین ثبوت قصاص همچون شهید ثانی در مسالک قائل هستند که این حدیث شامل محل نزاع است از همین رو به استناد آن نمی‌توان پدر را قصاص کرد. اما موافقین قصاص می‌گویند این حدیث شامل محل نزاع نمی‌شود و فقط شامل جایی است که پدر فرزند خود را به قتل برساند.

شهید ثانی وجه استدلال به حدیث و قول مختار خود را این گونه بیان می‌کند: «لو قتل الرجل زوجته [...] كما لا يثبت القود للولد على والده بالأصالة، فكذا بالتبعية والإرث على المشهور. قطع بذلك الشيخ في المبسوط والعلامة في كتبه، لعموم الأدلة، وصلاحية العلة المقتضية لذلك. و المصنف - رحمه الله - مال إلى قصر الحكم على موضع اليقين و ظاهر النص، و هو ما لو قتل الأب الابن، لدلالة ظاهر النص عليه في قوله عليه السلام: «لا يقاد بالولد الوالد» فإن الباء ظاهرة هنا في السببية، و لا يكون الولد سببا للقود إلا مع كونه هو المقتول، أما إذا كان المقتول مورثه فذلك المقتول هو السبب دون الولد. و يضعف بأن استيفاء القصاص موقوف على مطالبه المستحق، و إذا كان هو الولد و طالب به كان هو السبب في القود، فيتناوله عموم النص أو إطلاقه. فالقول بالمشهور أجود. (مسالك ۱۵: ۱۵۹)

طبق نظر شهید ثانی حرف باء در این حدیث به معنای سببیت است؛ بنابراین معنای حدیث این گونه می‌شود: پدر به سبب فرزند قصاص نمی‌شود. در محل نزاع هم فرزند که حق قصاص را علیه پدر خود به ارث برده است، سبب برای قصاص پدر می‌شود؛ زیرا استیفاء قصاص موقوف بر مطالبه مستحق است و هنگامی که فرزند مستحق است و طلب قصاص می‌کند در این صورت فرزند سبب قصاص پدر خود می‌شود. بنابراین، حدیث شامل این مورد هم می‌شود و در نتیجه پسر نمی‌تواند پدر خود را قصاص کند.

#### نقد دلیل: بیگانه بودن حدیث نبوی از محل نزاع

مرحوم سبزواری و مرحوم صاحب جواهر قائل هستند که این حدیث از محل نزاع بیگانه است و فقط مربوط به جایی است که پدر فرزند خود را به قتل برساند که در این صورت پدر به سبب قتل فرزند قصاص نمی‌شود. مرحوم سبزواری در این رابطه می‌گوید: «لا يقاد والد بولده، و هو ظاهر في القتل المباشري، والشك في شموله لنظائر المقام يكفي في عدم صحة التمسك بإطلاقه» (مذهب الاحكام ۲۸: ۲۳۲). طبق این بیان، روایت نبوی اطلاق ندارد به همین دلیل فقط شامل قتل مباشری می‌شود. بنابراین طبق این نظر حرف باء در این حدیث به معنای مقابله است، پس معنای حدیث این چنین می‌شود: هیچ پدری در مقابل فرزند خود قصاص نمی‌شود. در حالیکه

در محل نزاع پدر در مقابل فرزند قصاص نمی شود بلکه در مقابل شخص دیگری غیر از فرزند قصاص می شود.

صاحب جواهر نیز این دلیل را این گونه نقد می کنند: «ما في المسالك - من أن استيفاء القصاص موقوف على مطالبة المستحق، وإذا كان هو الولد وطالب به كان هو السبب في القود، فیتناولوه عموم النص أو إطلاقه - واضح الضعف، ضرورة ظهور قوله **عَلَيْهِ** «لا يقاد والد بولد» في كون المراد عدم قتله بقتله،» (جواهر الكلام ۴۲: ۱۷۶) بنابراین حتی اگر حرف باء در این روایت به معنای سببیت باشد - چنانکه شهید ثانی معتقد بودند - باز هم از محل نزاع بیگانه است زیرا ظاهر این حدیث که می گوید پدر به سبب فرزند قصاص نمی شود این است که پدر به سبب قتل فرزند قصاص نمی شود. بنابراین اگر شک کنیم این حدیث شامل محل نزاع است یا خیر، همین شک باعث می شود که نتوانیم به اطلاق این حدیث تمسک کنیم بلکه به قدر متیقن آن که عدم قصاص پدر به سبب قتل فرزند است اکتفاء کنیم. پس این حدیث نمی تواند دلیل و مانعی برای تمسک به اطلاقات و عمومات ادله قصاص باشد. بنابراین طبق این اطلاقات فرزندی که حق قصاص را از دیگری به ارث برده است می تواند پدر خود را قصاص کند.

آیت الله روحانی نیز با شرط دانستن مطالبه، استدلال به روایت مذکور را صحیح نمی دانند. ایشان در نقد استدلال شهید ثانی و تأیید اشکال محقق حلی به شهید ثانی چنین می گویند: «انّ المطالبة من قبيل الشرط، و السبب هو القتل، فما أفاده المحقق من عدم شمول النص، تام، و صلاحية العلة بعد كونها مستتبطة لا مصرحة، ممنوعة.» (فقه الصادق ۲۶: ۵۵)

### ۳. صحیحہ محمد بن مسلم

از دیگر دلائلی که مخالفین قصاص در محل نزاع برای اثبات عدم قصاص اقامه کرده اند، عمومیت تعلیلی است که در ذیل صحیحہ محمد بن مسلم آمده است که می فرمایند: «... فإِنَّه لا یقام علیه الحد؛ لأنَّ حقَّ الحدِّ صار لولده منها.» (عاملی، وسائل ۲۸: ۱۹۶)

مرحوم مدنی کاشانی استدلال به صحیحہ را این گونه بیان کرده اند: «الأظهر عدم جواز القصاص له من أبيه حتى في الفرض، لما ورد في قذف الرجل زوجته الميتة بأنه ليس لولده حق القذف على

أبيه، وبتعبير آخر كما ورد في أنّ الأب لا يقذف بقذفه الابن ومع ذلك قد طبق الإمام عليه السلام تلك الكبرى على ما انتقل حق القذف إلى الابن لموت زوجته المقدوفة كذلك ينطبق قوله لا يقتل الأب بالابن ولا يثبت للابن القصاص من أبيه في المفروض. وفي صحيحة محمد بن مسلم: «سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل قذف ابنه بالزنا، قال: لو قتله ما قتل به، وإن قذفه لم يجلد له... إلى أن قال: - وإن كان قال لابنه يا ابن الزانية وأمه ميّنة ولم يكن لها من يأخذ بحقّها منه إلا ولدها منه فإنه لا يقام عليه الحد؛ لأنّ حقّ الحد صار لولده منها»، حيث إنّ المتفاهم منه أنّه كلّما لم يثبت للابن من أبيه فلا حقّ للابن في القصاص من أبيه. (كتاب القصاص للفقهاء والخوارج ١٥٢) بنابر این طبق ذیل این حدیث اگر پدری، مادر فرزند خود را که فوت کرده، قذف کند و منجر به حد شود، فرزند، حق اجرای حد قذف علیه پدر خود را نخواهد داشت. زیرا این حق به سبب فوت مادر به فرزند منتقل شده و فرزند صاحب این حق شده است. از سوی دیگر چون در موردی که پدر فرزند خود را قذف کند فرزند حق حد قذف علیه پدر خود را نخواهد داشت، در موردی که حد قذف به او به ارث می رسد نیز حق اجرای این حد را علیه پدر خود نخواهد داشت.

این دلیل را مرحوم خویی چنین بیان کرده اند: «والوجه في ذلك: هو أنّ ما دلّ من النصوص على أنّ الوالد لا يقتل بولده وإن لم يشمل المقام، إلا أنّ مقتضى عموم التعليل في ذيل صحيحة محمد بن مسلم المتقدمّة في مسألة قذف الوالد ولده شمول الحكم للمقام أيضا.» (مبانی تکملة ٤٢: ٨٩) طبق ذیل صحیح فرقی میان بالاصالة و بالتبع بودن این حق وجود ندارد و در هر دو صورت فرزند حق اجرای حد را نخواهد داشت. حال در محل نزاع هم طبق تعلیلی که در ذیل صحیح آمده فرزند نمی تواند پدر خود را قصاص کند. زیرا این حق به سبب فوت مادر به او به ارث رسیده است و فرزند صاحب این حق شده است. پس همانطوری که اگر این حق بالاصالة برای فرزند ثابت می شد پدر قصاص نمی شد در صورتی که بالتبع هم باشد، فرزند حق اجرای قصاص را ندارد. زیرا ذیل صحیح می گوید در هر موردی که فرزند بالاصالة توان اجرای حقی علیه پدر خود نداشته باشد بالتبع هم این توان را نخواهد داشت. آیت الله روحانی نیز همین دلیل را بیان می کنند که: «فإنّه بعموم العلة يدل على حکم المقام، و أنّه لا قصاص.» (فقه الصادق ٢٦: ٥٥)

#### نقد دلیل: عام نبودن تعلیل صحیحہ محمد بن مسلم

موافقین قصاص همچون مرحوم سبزواری این دلیل را قبول ندارند و معتقدند که این روایت همانند حدیث نبوی از محل نزاع بیگانه است. مرحوم سبزواری در این مقام می‌گویند: «و أما صحیح محمد بن مسلم المتقدم في قذف الوالد ولده بما يوجب الحدّ، وأنه لا يجزي علی الوالد الحدّ بقذف ابنه، ففي شموله للمقام إشكال.» (مهذب الاحكام ۲۸: ۲۳۲)

در توضیح اینکه چرا این روایت و تعلیلی که در آن آمده است، مربوط به باب حدود است باید گفت؛ تعلیلی که در این روایت بیان شده است - که مرحوم خوبی قائل به عام بودن این تعلیل هستند - مربوط به حدود است، زیرا صریحاً در تعلیلی که در این روایت آمده کلمه حد بیان شده است: «لان حق الحد صار لولده منها». با این وجود نمی‌توان قائل به عام بودن این تعلیل و شامل شدن آن نسبت به محل نزاع را قبول کرد. پس این حدیث ربطی به محل نزاع ندارد و نمی‌تواند دلیلی برای عدم قصاص پدر باشد.

#### ۴. قیاس اولویت

اولین دلیلی که مخالفین قصاص همچون شیخ طوسی در المبسوط (۷: ۱۰۰) و فاضل هندی (کشف اللثام ۱۱: ۹۷) برای مدعای خود آورده‌اند، قیاس اولویت است. در قیاس اولویت یک اصل و یک فرع وجود دارد و حکمی که در اصل ثابت است به فرع سرایت داده می‌شود. علت این سرایت، اقوی و اشدّ بودن مناط حکم اصل، در فرع است. بنابراین در مواردی که علت حکم اصل، در فرع به صورتی قوی‌تر باشد حکم اصل به طریق اولی بر فرع باری شود و به آن سرایت می‌کند. به عنوان مثال در آیه «لا تقل لهما اف» از گفتن کلمه «اف» به معنای «بیزارم» به پدر و مادر نهی شده است و از آنجا که ملاک و علت این نهی، بی‌احترامی و ایذاء است دلالت آیه بر نهی از ضرب پدر و مادر قوی‌تر خواهد بود. زیرا زدن پدر و مادر ایذاء و بی‌احترامی بیشتری نسبت به گفتن کلمه «اف» دارد.

شیخ طوسی می‌گوید: «رجل له زوجة وله منها ولد فقتل هذا الرجل زوجته، لم يرثها وورثها ولده ولم يرث القصاص من أبيه، لأنه لو قتله أبوه لم يملك القصاص عليه.» (المبسوط ۷: ۱۰۰) حال در محل نزاع هم در صورتی که پدری فرزند خود را به قتل برساند، حق قصاص به وجود نمی‌آید، حال

اگر پدر، شخص دیگری را که مورث فرزند خود است به قتل برساند به طریق اولی برای فرزند حق قصاص ثابت نمی شود. همانطور که ملاحظه می شود در اینجا حکم اصل که عدم ثبوت قصاص علیه پدر در صورت قتل فرزند خود است به فرع که محل نزاع است سرایت داده شده است. فاضل هندی نیز اولویت را این گونه بیان می کند: «ولو قتل زوجته و الولد هو الوارث لها أو قتل زوجة الابن و لا وارث لها سواه أو سوی ولده فإن الزوج لا يرث القصاص فلا قصاص وفاقاً للشيخ لأنه لا يقتل بقتله فأولی أن لا يستحقّ علیه القتل اقتصاصاً لمورثه.» (کشف اللثام ۱۱: ۹۷)

#### نقد دلیل: منع اولویت

همانطور که در توضیح قیاس اولویت بیان شد باید مناط حکم اصل، در فرع اقوی و اشد باشد تا بتوانیم حکم اصل را به فرع سرایت دهیم. ولی در کلام فقہائی که برای عدم ثبوت قصاص به قیاس اولویت استناد کرده اند، سخنی در رابطه با اینکه مناط حکم اصل چیست بیان نشده است. اما طبق سخن مرحوم صاحب جواهر که موافق قصاص در محل نزاع است ظاهراً این مناط، مصاحبت به معروف و رفتار نیکو با پدر و مادر است؛ یعنی علت اینکه پدر در صورت قتل فرزند خود قصاص نمی شود، مصاحبت به معروفی است که خداوند در آیات متعدد قرآن امر به آن کرده است و این علت و مناط در محل نزاع اقوی و اشد است.

موافقین قصاص، مثل مرحوم صاحب جواهر گفته اند که قیاس اولویت در اینجا ممنوع است. (جواهر الکلام ۴۲: ۱۷۵) اما توضیحی نداده اند که چرا قیاس اولویت در اینجا ممنوع است. همچنین مرحوم مدنی کاشانی در کتاب القصاص للفقهاء والخوادم می گوید: «ادعاء الأولوية ممنوعة.» (۹۰) ایشان نیز دلیلی بر منع اولویت بیان نکرده اند.

لیکن به نظر می رسد این ممنوعیت از دو جهت است: اولاً، همانطور که در توضیح قیاس اولویت گفتیم، اقوی و اشد بودن مناط و علت حکم در فرع باعث سرایت حکم اصل به فرع می شود. اما اشکالی که در اینجا مطرح است این است که مناط و علت حکم در اینجا معلوم و مشخص نیست تا اقوی و اشد بودن آن را در فرع ثابت کنیم. آنچه به عنوان مناط و علت حکم بیان شده که عبارت است از مصاحبت به معروف و نیکی به پدر و مادر، نمی تواند علت برای عدم قصاص پدر باشد زیرا

اگر مناط و علت عدم قصاص این بود، نباید امکان قصاص مادر توسط فرزند او هم وجود داشت. زیرا همین مناط و علت در قصاص مادر هم وجود دارد در حالی که هیچ فقیهی قائل به عدم قصاص مادر توسط فرزند نیست. بنابراین نمی‌توان گفت که مناط و علت عدم قصاص پدر، مصاحبت به معروف و نیکی با پدر است. ثانیاً، بر فرض که بگوییم مناط و علت حکم اصل همان مصاحبت و نیکی با پدر و مادر است ولی اقوی و اشد بودن این مناط در فرع قابل قبول نیست. بنابراین با این اشکالاتی که به قیاس اولویت در محل نزاع وارد است نمی‌توان این دلیل را قابل قبول دانست.

### **نتیجه**

درباره ثبوت حق قصاص پدر برای فرزندی که ولی دم است در فقه دو نظر مطرح است. نظر اول جواز قصاص است که مشهور متأخرین با توجه به عمومات قصاص قائل به آن هستند. نظر دوم هم مشهور اصحاب و قدما قائل به آن هستند و به آیاتی از قرآن و برخی روایات استناد داشتند. هیچ یک از دلایل مخالفین قصاص قابل قبول نیست و توانایی مقابله با دلیل موافقین یعنی عمومات و اطلاقات قصاص را ندارد بنابراین باید گفت که فرزندی که ولی دم است می‌تواند به قصاص پدر اقدام نماید.

## فهرست منابع

### قرآن کریم

۱. اردبیلی، احمد بن محمد، مجمع الفائدة والبرهان فی شرح ارشاد الازهان، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۰۳ هـ.ق.
۲. اصفهانی، فاضل هندی، محمد بن حسن. کشف اللثام والإبهام عن قواعد الأحكام چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۶ هـ.ق
۳. حلّی، محقق، نجم الدین، جعفر بن حسن. شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام، چاپ دوم، قم: مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۰۸ هـ.ق
۴. حلّی، علامه، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی. قواعد الأحكام في معرفة الحلال و الحرام، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۳ هـ.ق
۵. خویی، سید ابوالقاسم موسوی. مبانی تکملة المنهاج، چاپ اول، قم: مؤسسه إحياء آثار الإمام الخوئي رحمته الله عليه، ۱۴۲۲ هـ.ق
۶. خمینی، سید روح الله موسوی. تحریر الوسيلة، چاپ اول، قم: مؤسسه مطبوعات دارالعلم، بی تا.
۷. سبزواری، سید عبد الأعلى. مهذب الأحكام (للسبزواری)، چاپ چهارم، قم: مؤسسه المنار- دفتر حضرت آية الله، ۱۴۱۳ هـ.ق
۸. طوسی، ابو جعفر، محمد بن حسن. المبسوط في فقه الإمامية، چاپ دوم، تهران: المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية، ۱۳۸۷ هـ.ق
۹. عاملی، شهید ثانی، زین الدین بن علی. مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام، چاپ اول، قم: مؤسسه المعارف الإسلامية، ۱۴۱۳ هـ.ق
۱۰. نجفی، صاحب الجواهر، محمد حسن. جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام، چاپ هفتم، بیروت: دار إحياء التراث العربي، ۱۴۰۴ هـ.ق
۱۱. عاملی، حرّ، محمد بن حسن. وسائل الشيعة إلى تحصيل مسائل الشريعة، چاپ اول، قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام، ۱۴۰۹ هـ.ق.
۱۲. فاضل لنکرانی، محمد، تفصیل الشریعه فی شرح تحریر الوسيلة (القصاص)، چاپ دوم، قم: مرکز فقه الاثمه الاطهار عليهم السلام، ۱۴۲۲ ق.
۱۳. عاملی، سید جواد بن محمد. مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامّة، چاپ اول، قم:

- دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۹ هـ. ق.
۱۴. جواد بن علی، تنقیح مبانی الاحکام. کتاب قصاص، چاپ اول، قم: مجمع الإمام المهدی عجل الله تعالی فرجه الشریف، ۱۴۲۷ هـ ق
۱۵. روحانی قمی، سید صادق. منهاج الصالحین، چاپ اول، قم: دارالکتاب - مدرسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۱۲ هـ. ق.
۱۶. روحانی قمی، سید صادق. فقه الصادق، چاپ اول، قم: دارالکتاب - مدرسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۱۲ هـ. ق.
۱۷. وحید خراسانی حسین، منهاج الصالحین، چاپ اول، قم: مدرسه الامام الباقر علیه السلام، ۱۳۸۵ هـ. ش.



اطلاع رسانی علمی



## رسائل

مجله علمی دانش پژوهان مجتمع فقه، حقوق و قضای اسلامی  
سال ششم. شماره اول. پیاپی نهم. پاییز و زمستان ۱۳۹۹  
صفحات ۱۲۳ تا ۱۳۲

رضاعسکری\*

r.askari5803@yahoo.com

# نشست علمی «قلمرو نفود شرط در عفو از قصاص»

## مقدمه

نشست علمی «قلمرو نفود شرط در عفو از قصاص در فقه امامیه» با حضور حجت الاسلام والمسلمین عبدی از اساتید درس خارج و حجت الاسلام والمسلمین ربانی از اساتید سطوح عالی حوزه علمیه قم، با اجرای حجت الاسلام عسکری در مدرسه عالی قضاوت برگزار شد. در ابتدا، گزارشی از مقاله «قلمرو نفود شرط در عفو از قصاص در فقه امامیه» نوشته آقای محمد طاهر آسا از فارغ التحصیلان مدرسه عالی قضاوت و طلبه حوزه علمیه قم با همین موضوع ارائه شد. سپس اساتید حاضر در جلسه، به بررسی ابعاد فقهی موضوع پرداختند.

## بررسی مواد قانونی

مجری: در ماده ۳۶۱ قانون مجازات اسلامی آمده است: «اگر مجنی علیه یا ولی دم، گذشت و اسقاط حق قصاص را مشروط به پرداخت وجه المصالحه یا امر دیگری کند، حق قصاص تا حصول شرط برای او باقی است.»

در این ماده عفو به معنای اسقاط آورده شده است. آیا عفو یک عمل ایقاعی است یا می توان آن را در زمره عقود دانست؟ در صورتی که عفو را یکی از ایقاعات بدانیم، آیا می توان در آن شرط قرارداد یا خیر؟ مشروط در این ماده مطلق آمده و شامل هر نوع مشروطی اعم از وصف و فعل و نتیجه می شود. ضمناً طبق این ماده، شرطی که در قصاص قرار می گیرد، می تواند یک امر مالی یا غیرمالی باشد. در شرط مال تقریباً محل نزاع، قابل تصویر هست. اما سؤال اینست که آیا می توان مسأله ی عفو در قصاص را به مسأله ی غیرمالی مثل

\*فارغ التحصیل مدرسه عالی قضاوت و طلبه سطح سه حوزه علمیه قم.

قطع یکی از اعضای شخص جانی و قاتل مشروط کرد؟ آیا قید «امر دیگر» می‌تواند ناظر به اموری خارج از متعلقات خود جانی باشد؟ اینها سؤالاتی است که در خصوص این ماده و بررسی ابعاد فقهی آن مطرح است.

### نکاتی راجع به ماده ۳۶۱ قانون مجازات اسلامی

حجت الاسلام والمسلمین عبدی به بیان چند نکته راجع به ماده فوق پرداختند:

نکته اول: عقد یا ایقاع دانستن عفو از حق قصاص ثمره مهمی دارد. چون اگر آن را عقد بدانیم، تقریباً می‌توان گفت مسلم یا حداقل معروف و مشهور بین فقهای ما این است که شرط ضمن عقد، یک امر مرسوم و جایز است. یا حداقل اصل اولی این است که می‌توان شرط ضمن عقد گذاشت. اما اگر ایقاع بدانیم، بنا بر نظر مشهور فقهای ما، ایقاع را نمی‌توان مشروط کرد. پس عقد یا ایقاع بودن ماهیت عفو اولین مسأله مطرح در اینجاست.

نکته دوم: ابراء، اسقاط مافی الذمه است. در حالی که حق خیار، از جمله حقوقی است که به شخص تعلق پیدا می‌کند و اصلاً ذمه‌ای را مشغول نمی‌کند. لذا در حقیقت می‌توان گفت که یک نوع، حق متعلق به عین خارجی است. وقتی جانی، جنایتی را انجام می‌دهد، اگر جنایت او عمدی باشد، موجب می‌شود که حق مجنی علیه یا ورثه‌ی او به این شخص (حالا یا به نفس اش، یا به اطرافش) تعلق بگیرد. لذا اصلاً بحث ذمه مطرح نیست. بلکه بحث تعلق حق به شیء خارجی است. لذا طبق اصطلاحات فقهی ما، در اینجا نباید ابراء به کار برده شود. ولی واژه‌ی عفو، واژه‌ی مناسبی است که در ادبیات فقهی و روایی ما نیز به کار رفته است.

نکته سوم: دوا اشکال بر ماده ۳۶۱ قانون مجازات اسلامی وارد است. اشکال اول اینکه حقیقت گذشت و اسقاط، با توجه به عبارت «پرداخت وجه المصلحه» مبهم است. در اینجا تنافی وجود دارد. در صدر ماده می‌گوید: «اگر مجنی علیه یا ولی دم، گذشت و اسقاط حق قصاص...» که ظاهر در این است که مراد از «گذشت» عفو است. اسقاط هم عطف تفسیری است. یعنی این گذشت به نحو اسقاطی باشد و در این صورت عفو، خاصیت ایقاعی پیدا می‌کند. پس در صدر ماده به خاصیت ایقاعی اشاره شده است.

در ادامه ماده می‌گوید: «اگر این کار را مشروط به پرداخت وجه المصلحه بکنند...». وجه المصلحه یعنی در اینجا صلح مطرح است. مصلحه، اقتضای اثنینیت می‌کند. در صورتی که ابراء، خاصیت فردیت دارد. لذا حتی نه در صدور ذیل، بلکه در یک خط، دو امری را که حداقل به لازمه باهمدیگر، تنافی دارند را جمع کرده است. بلکه می‌توان گفت که حتی به منطوق، تنافی دارند. این ابهامی است که در این ماده وجود دارد.

اشکال دیگر این است که در ماده می‌گوید: «اگر این کار را مشروط به پرداخت وجه المصلحه یا امر

دیگری کند، حق قصاص تا حصول شرط برای او باقی است». معنای این عبارت این است که در اینجا اصلاً چیزی به نام اسقاط صورت نگرفته است. یعنی از این ماده می‌شود فهمید که اسقاطی نیست. چون اگر اسقاط بود که معنای بقاء ندارد. وقتی می‌گوید: «باقی است» یعنی آن چیزی که بوده است، هنوز هم هست. باقی بودنش هم باقی بودن استصحابی نیست. بلکه باقی بودن اماره‌ای است. یعنی نمی‌خواهد بگوید که شما استصحاب کنید که باقی است. چون در موضع شک نیست. بلکه قانون را بیان می‌کند. پس عبارت «حق قصاص باقی است» ظهور در این دارد که اصلاً ابراء و اسقاط در اینجا صورت نگرفته است. چون اگر ابراء و اسقاط صورت گرفته باشد، معنی ندارد که حق قصاص باقی بماند. لذا خود ماده جواب این سؤال را داده است که آیا اسقاط هست یا نه؟

### ماهیت عفو

در ادامه حجت الاسلام و المسلمین عبدی در تبیین ماهیت و حقیقت عفو بیان کردند: شاید خیلی از علمای ما قائل به این باشند که عفو، عقد است. دلیل قائلین به ایقاع این است: عفو، در حقیقت به سلطنت عافی بر می‌گردد، و چون سلطنت عافی بر کسی که می‌خواهد عفو کند و از آن حق بگذرد، تام است، نیازی به قبول ندارد. یعنی به یک امر طرفینی بر نمی‌گردد. چون سلطنت تماماً، یک طرفه شده است. اساساً مسأله عقد در جایی مطرح است که طرفین سود یا نفعی معاوضی داشته باشند. اعم از اینکه سود مادی باشد یا مستلزم امری مادی یا کلاً غیرمادی باشد. مهم این است که باید اراده‌ی طرف مقابل در مسأله دخیل باشد. خصوصیت عقد، التزام عندالالتزام است. یعنی باید دو تا التزام با هم مرتبط شود تا به یک عهد مؤکد تبدیل شود. مادر مسأله‌ی عفو، وقتی عرفاً تأمل می‌کنیم به هیچ وجه مسأله‌ی سلطنت دو سویه یا تضایفی مشاهده نمی‌شود. لذا ماهیت عفو ماهیت اسقاطی و ایقاعی است.

### ادله عدم صحت شرط در عفو

پس از بیان ماهیت عفو، نکته مهمی که باید بررسی شود این است که آیا می‌توان عفو و اسقاط را مشروط کرد یا خیر؟ شاید بیش از ۱۰ دلیل اقامه شده است که امور ایقاعی قابلیت اشتراط ندارند، که به برخی از این موارد اشاره می‌کنیم:

۱- اجماع: اولین دلیل اجماع قدماست. شاید چنین اجماعی واقعاً هم بعید نباشد. البته این اجماع بین قدماست. چون معاصرین، مناقشه‌های زیادی در این مسأله مطرح کرده‌اند. ولی در میان گذشتگان،

تقریباً مسلم بوده که نمی‌توان ایقاعات را مشروط کرد. مگر در مواردی که دلیل خاص وجود داشته باشد. مثلاً فرض کنید در مورد اعتناق عبد، اعتناق را مقید کردند.

از ادله‌ای که مرحوم شیخ انصاری رحمته الله علیه می‌آورند، همین اجماع است و می‌گویند: «اما الايقاع فالظاهر عدم الخلاف». ایشان «عدم الخلاف» را بیان می‌کنند. یک نکته حائز دقت این است که معمولاً می‌گویند اجماع، بالاتراز عدم الخلاف است. ولی سعیدالعلماء رحمته الله علیه کتابی به نام نفائس الاصول دارد. ایشان در آنجا می‌گوید بلاخلاف، بالاتراز اجماع است. چون در بسیاری از موارد، در اجماعات، تسامح شده است. اما در بلاخلاف تسامح نمی‌شود. مرحوم شیخ رحمته الله علیه در اینجا ادعای بلاخلاف می‌کند؛ یعنی خلاف نیست. لذا اگر بپذیریم که اجماعات تسامح شده است - مثل اجماعات غنیه، که گاهی مواقع، مخالفین زیادی دارد - «بلاخلاف»، مانند «الاتفاق» ارزش بیشتری نسبت به اجماع دارد.

۲- تحلیل مفهوم شرط: دلیل دیگری دارد که جناب شیخ انصاری رحمته الله علیه نقل می‌کند این است: مفهوم شرط بین الاثنین است. اگر اثنینیت از بین برود، شرط از بین می‌رود. از سویی دیگر هم ایقاع، اثنینیت ندارد. البته ایشان به این مطلب اشکال می‌کند و می‌گوید آنچه در تحقق مفهوم شرط مهم است، مشروط له و مشروط علیه است. لزوماً اثنینیت نمی‌خواهد و به عبارت دیگر، ایجاب و قبول نیاز نیست.

۳- اقاله پذیری: دلیل دیگر این است که اگر در چیزی اقاله امکان داشته باشد، شرط هم ممکن است. چون معنی اشتراط این است که آن معامله قابل فسخ باشد. پس اگر امری اقاله پذیر باشد یعنی فسخ پذیر است و در نتیجه شرط در آن صحیح است. در غیر این صورت با استناد به عمومیت «المؤمنون عند شروطهم» نمی‌توان خیار را در آن جاری دانست. حال سوال این است که: آیا فسخ پذیری اسقاط، ثابت شده است؟ لذا به نظر می‌رسد یکی از مسائل اصلی که در اینجا باید حل شود این است که آیا ابراء یا عفو یا اسقاط، فسخ پذیر هستند یا خیر؟ پس اگر نتوان فسخ پذیری را اثبات کرد، جعل خیار برای آن معنایی نخواهد داشت.

### صحت شرط در ابراء به دلیل ارتکاز عرفی

اگر در این مسأله دلیل خاصی وجود نداشته باشد که ظاهراً ندارد. عقلاء در ابرائاتشان شرط قرار می‌دهند. مثلاً می‌گویند اگر شما مجتهد شدی، دیونی را که به ذمه‌ی شما دارم، اسقاط می‌کنم. این شرط برای ابراء است و عقلایی است. یعنی شما وقتی مجتهد شدی، بر من لازم است که ابراء کنم. لذا به نظر از جهت

عقلایی معنی نیست که مثل اسقاط، عفو، ابراء و مانند اینها مشروط شوند. پس اجمالاً ابراء و عفو، از جهت عقلایی قابلیت مشروط شدن را دارند. البته به شرط اینکه دلیل خاصی در میان نباشد. البته احتمال دارد نظر مجمعین، این بوده که ابراء باید نتیجه بدهد. این معنا ندارد که ابراء کنید، بدون اینکه نتیجه بدهد. ما در ابراء نتیجه فعلی می‌خواهیم بر خلاف عقد که می‌تواند اثر و نتیجه‌اش معلق باشد. بنابراین چون از ابراء نتیجه‌ی فعلی می‌خواستند، گفته‌اند تعلیق و شرط محال است.

به نظر بنده این گفته شبهه مصادره است. شما پیش فرض گرفته‌اید که ما از ابراء نتیجه فعلی می‌خواهیم. اتفاقاً این خودش محل نزاع است. چه کسی گفته که مادر عفو این کار را می‌خواهیم بکنیم؟ ما می‌خواهیم یک عفو مشروط، یک ابراء مشروط، یک اسقاط مشروط درست کنیم. حاصل کار ما هم یک مُنشأ مشروط است که تا زمان حصول شرط، اثر وجود ندارد.

### شرط در ابراء در منظر محقق خوئی رحمته‌الله علیه

در ادامه حجت الاسلام والمسلمین عبدی گفتند: آقای خوئی رحمته‌الله علیه قائل است شرط در ابراء به معنی توقیت در ابراء است. یعنی وقتی گفتیم: اگر شما مجتهد شدی من دیونم را اسقاط می‌کنم، معنایش این است که برای اسقاط وقت قرار داده‌اید. معنای این حرف این است که تا زمانی که مجتهد نشوی، ابراء نیست. وقتی که مجتهد شدی، ابراء محقق می‌شود. ایشان می‌گویند توقیت با ابراء، تنافی دارد. اشکال بنده به بیان آقای خوئی رحمته‌الله علیه این است که حرف شما کاملاً درست است. یعنی کسی ادعای این را ندارد که با وجود شرط، ابراء بالفعل محقق شده است. بلکه معنای آن تعلیق در ابراء و عدم تحقق بالفعل مُنشأ است. به عبارت دیگر شما یک وجود معلق ساخته‌اید که در ظرف زمانی خودش به وجود می‌آید. شبیه به بحث واجب مشروط که مرحوم آخوند گفتند: «لاوجوب و لاواجب» و فقط یک انشاء معلق داریم که وقتی شرطش محقق شود، وجوب فعلی می‌شود. پس ابراء و اشتراط هیچ منافاتی ندارند بلکه کاملاً سازگارند.

به دلیل همین بیان مرحوم خوئی بعضی می‌گویند، ابراء موقت، امهال است نه ابراء. اشکال این حرف، این است که تصور کرده‌اند ما می‌خواهیم مهلت بدهیم. خیر. امهال یک حرف دیگر است. امهال معنایش اینست که من اصلاً ابراء نکرده‌ام. حتی ابراء شأنی و مشروط هم انجام نداده‌ام. معنایش این است که به شما گفته‌ام تا زمانی که مجتهد شوی، مطالبه‌ی دین نمی‌کنم. البته می‌تواند مثل شرط ابتدائی و مثل وعده باشد. ولی بنده عرضم این است که ابراء معلق می‌کند.

یعنی یک وجود اعتباری معلق درست می‌کند که مشروط به شرط خودش است. لذا هیچ مانعی ندارد که ابراء معلق و متوقف بر شرط شود. اتفاقاً ماده ۳۶۱ قانون مجازات اسلامی که می‌گوید: اگر مجنی علیه یا ولی دم گذشت و اسقاط حق قصاص را مشروط بکند دلیل بر این است که مبنای آقای خوبی رحمته الله علیه را نپذیرفته است.

### ماهیت ابرائی یا صلحی عفو

در ادامه بحث حجت الاسلام و المسلمین ربانی در تحلیل ماهیت عفو اشکال عقلی «الساقط لایعود» را مطرح کردند و گفتند: در مورد شرط عفو در قصاص، یک مسأله این است که آیا عفو، اسقاط و ابراء است یا اینکه ماهیت صلح دارد؟ به نظر می‌آید اشکالی که برای شرط خیار در عفو مطرح شده است، یک اشکال عقلی است. آن هم اینکه «الساقط لایعود». یعنی چیزی که ساقط شد دیگر قابل برگشت نیست. ما چه عفو را اسقاط و ابراء بدانیم و چه صلح بدانیم، اشکال، مشترک الوجود است. یعنی ما حتی اگر عفو را صلح بدانیم، بعد از عقد صلح، حق قصاص اسقاط می‌شود. عفو را ابراء هم که بدانیم حق قصاص اسقاط می‌شود. یعنی اشکال عقلی که حضرت امام و همچنین مرحوم نراقی و آقای خوئی رضوان الله علیهم اجمعین وارد کرده‌اند این است که «الساقط لایعود».

### بررسی قاعده «الساقط لایعود»

حجت الاسلام و المسلمین ربانی گفتند: نکته‌ی قابل بررسی این است که به نظر می‌آید «الساقط لایعود» هیچ دلیلی ندارد. دلیل عقلی که برای آن مطرح می‌شود، به نظر، قابل استناد نیست. ما به دو دلیل می‌توانیم بگوییم این اشکال عقلی وارد نیست:

دلیل اول: در مورد عتق، روایت داریم. روایت اسحاق بن عمار است که راوی سوال می‌کند من شخصی را عتق می‌کنم. بعد از اینکه او را عتق کردم، به همسری دخترم برمی‌گزینم و شرط می‌کنم که اگر همسر دیگری بگیرد مجدداً رقی شود. این هم شرط خیار است که اگر همسری اختیار بکند، من حق داشته باشم او را مجدداً به رقیت برگردانم. حضرت می‌فرمایند: «هو علی شرطه». یعنی شرطش نافذ است. کلام این است: اگر اشکال الساقط لایعود، یک اشکال عقلی باشد، قابل نقض نیست و روایت هم آن را نقض نمی‌کند. اشکال عقلی اصلاً نقض شدنی نیست. نمی‌شود بگوییم ساقط قابل عود نیست ولی اینجا چون روایت گفته اشکال ندارد.

دلیل دوم: در امور اعتباری، جای اشکالات عقلی از این قبیل نیست. اصل این مسأله، یعنی اصل اینکه حَقِّ قصاص داشته باشد یا نه، یا همچنین در آنجا که بحث رقیّت بود، اصل مسأله یک مسأله‌ی اعتباری است. به نظر می‌آید جای اشکالات عقلی در امور اعتباری نیست.

حالا عده‌ای در اینجا یک جوابی دادند و گفتند: در بحث عتق، بنا بر تقلید و بر توسعه است. لذا در بحث عتق گفتیم اشکال نداریم. در پاسخ باید گفت: اولاً اگر اشکال عقلی داشته باشد، حتی اگر بنا بر توسعه هم باشد، باز نمی‌توانند اجازه بدهند. ثانیاً اینکه ما بگوییم با شرط، شخص می‌تواند به رقیّت برگردد، به نظر می‌آید خلاف توسعه است. یعنی این، توسعه محسوب نمی‌شود. خلاف توسعه است که بگوییم با شرط می‌تواند او را برگرداند. پس در شرط خیار، در ابراء و در اسقاط، به نظر می‌آید دلیلی غیر از بحث اجماع که بتواند مانع بشود، در کار نیست. در مورد اجماع نکته‌ای هست که اولاً اجماعی که همه‌ی فقها نظر داده باشند وجود ندارد. خیلی از فقهاء اصلاً به این مسأله ورود نکرده‌اند. علاوه بر این، مسلماً اجماع، اجماع مدرکی است چون دلیلی عقلی که آقایان فقهاء می‌آورند، پشتوانه اجماع آنهاست. پس هیچ دلیلی نداریم که بگوییم در ابراء، و ایقاع، نمی‌تواند شرط خیار گذاشت.

### بررسی شرط قطع عضو

حجت الاسلام و المسلمین ربانی مسأله شرط قطع عضو را بررسی کردند و گفتند: در مورد شرط قطع عضو به این معنا که ولی دم بگوید من به شرطی جانی را نمی‌کشم که مثلاً دست و پایش را قطع بکنید. آیا چنین شرطی نافذ هست یا نافذ نیست؟ ما نهایت مطلبی که می‌توانیم در نفوذ این شرط بگوییم این است که عفو را در ضمن صلح داخل کنیم و بگوییم که مصالحه بین طرفین ایجاد می‌شود. حالا چه مصالحه‌ی معوّض چه غیر معوّض. غیر معوّض این است که بر اسقاط حق خودش صلح ایجاد شود، و در ضمن آن شرط بگذارد که مثلاً چشم‌های طرف کور شود. مصالحه‌ی معوّض هم این است که به ازای اسقاط حق قصاص، باید مثلاً چشم‌های طرف مثلاً کور بشود. سؤال این است که آیا در ضمن صلح می‌شود چنین شرطی را گذاشت یا خیر؟

در اینجا باید به عموماًت باب شروط مراجعه کرد. اگر یک شرط بخواهد شرط مشروع باشد، قبل از اینکه شرط در ضمن صلح یا در ضمن هر عقدی گذاشته بشود، آن شرط باید مشروع باشد. شرط قطع عضو فی حدّ ذاته، یک شرط مشروعی نیست. حتی اگر از اعضای رئیسه هم نباشد. لذا

نمی‌توانیم از باب «المؤمنون عند شروطهم» یا از باب «الصلح جائز بین المسلمین» بگوییم که اگر عقد، عقد صلح باشد، می‌توان چنین شرطی را گذاشت. چون این شرط، یا ایذاء مؤمن. در اُخْف مراتبش است که نخواهند مثلاً مقداری گوشت پایش را ببرند یا شرط لغواست، یا شرط خلاف کتاب و سنت است. این در حالی است که شرط قبل از اینکه در عقد گذاشته شود باید مشروع باشد.

نکته‌ای که در اینجا ممکن است مطرح شود این است که با این شرط، جان مؤمنی نجات پیدا می‌کند یا مثلاً تشفی خاطر ولیّ دم ایجاد می‌شود، پس شرط جایز است. ولی باید گفت: نه مطلق تشفی و نه مطلق نجات جان مؤمن جایز نیست. می‌دانید فتوای همه‌ی آقایان این است که اگر قاتل را بین قصاص و پرداخت دیه مخیر کنند، واجب نیست که قاتل پرداخت دیه را انتخاب بکند، هر چند که تمکن داشته باشد. اگر چه این از باب نجات جان مؤمن است، چون اگر پرداخت دیه را انتخاب کند، جان خودش را نجات می‌دهد. ولی می‌فرمایند خیر؛ چون قصاص، حکم شرعی است. لذا حتی اگر او را بین دیه و قصاص مخیر کنند، باز هم می‌تواند قصاص را انتخاب بکند. یعنی اینطور نیست که نجات جان مومن یک امری باشد که بر این مسأله حاکم باشد و شرط غیر مجاز را تجویز کند. علاوه بر این، تشفی خاطر ولیّ دم هم یک امر مطلق نیست. مثلاً اگر ولیّ دم بگوید من به شرطی عفو می‌کنم که اجازه بدهی چند تا فحش به تو بدهم، قطعاً اجازه نمی‌دهند. چون این شرط فی حدّ ذاته یک شرط غیر مشروع است و شرط، قبل از اینکه در ضمن عقد قرار بگیرد باید مشروع باشد. پس شرط خیار در عفو از قصاص به نظر ما پذیرفتنی است اما شرط قطع عضو به نظر قابل پذیرش نیست.

### اشکال به عقلی دانستن الساقط لایعود

حجت الاسلام والمسلمین عبدی در پاسخ به عقلی بودن «الساقط لایعود» چنین بیان کردند: به نظر می‌رسد اشکال قائلین به الساقط لایعود، به مسأله‌ی تخصیص پذیر بودن یا نبودن حکم عقلی، بر نمی‌گردد. چون الساقط لایعود، امر عقلی نیست. الساقط لایعود به استصحاب عدم برمی‌گردد. یعنی چیزی که ساقط شده است، شک داریم که آیا برمی‌گردد یا خیر؟ نه اینکه عقلاً امکان برگشت دارد یا ندارد، که بخواهیم روی این نکته تکیه کنیم. یک امر ساقط، اگر بخواهد برگردد، اشکال ندارد. لذا مدرک الساقط لایعود، استصحاب است که ما اینکه مدرک «الثابت لایزول»، هم استصحاب حالت سابقه است.

در روایت هم که به برگشت رقیّت اجازه داده است، این مطلب اول کلام است. اگر امر عقلی داشته باشیم، باید روایت را توجیه کرد نه اینکه بگوییم این، ادلّ دلیل علی امکان الشیء است. یعنی اگر ما چنین دلیل عقلی داشته باشیم، نمی شود از وجود روایت، به این مسأله رسید. مگر اینکه برای ما مثل روز روشن شده باشد که مورد روایت، مصداق برای وقوع است.

### اشکال به استناد به ایذاء و لغویت

حجت الاسلام والمسلمین عبدی به عنوان آخرین نکته بیان کردند: اگر قطع عضو به نحوی باشد که مصداق عنوان حرام باشد، بله همین گونه است. بلاشک نمی شود ما شرط حرام را بیاوریم. ولی برخی از نکته هایی که عرض می کنم، به نظرم یک مقدار جای تامل دارد. یکی مسأله ای ایذاء و لغو است که محل بحث است. در مورد ایذاء نکته ای که وجود دارد این است که وقتی خود طرف یعنی جانی، می تواند قبول کند و می تواند قبول نکند، پس صدق ایذاء نمی کند. لذا مسأله ای ایذاء، وقتی که بر فعل فاعل مختار از مقابل متوقف شده است، پس ایذاء نیست. ایذاء در آن جایی است که اختیار در ناحیه ای مقابل وجود نداشته باشد.

مسأله ای لغویت هم به این صورت جواب داده می شود که تشفی، یکی از مهمترین اغراض است. اصلاً قصاص، یک دلیل مهمش قصه ای تشفی است. لذا این مسأله را هم می شود در مورد تشفی جواب داد که اصلاً لغویت ندارد. عمده این است که آیا قطع عضو، مطلقاً حرام است یا همانطور که یک اشاره ای داشتند باید از اعضای رئیسیه باشد یا حتی ممکن است از اعضای رئیسیه هم نباشد. بلکه بگوییم آن میزانی که شارع، به ما اجازه نمی دهد، یعنی میزان ضرری که می دانیم و قطع داریم که شارع راضی نیست، حرام باشد. پس آن مقدارش که مسلم است، بحثی نداریم، مثل اینکه بگوید یک پایت را قطع کن تا تورا نکشم. این مسلم است که حرام است و شرط فاسد است. ولی اگر به حدی باشد که این مقدار ضرر زدن، شرعاً جایز باشد، مثلاً فرض کنید که بگوید اگر یک تکه گوشت بدن را ببرد. ما شاید دلیلی برای حرمت این مثال، نداشته باشیم. مخصوصاً که نهایتاً شما می خواهید با قاعده لا ضرر پیش بروید. علاوه بر اینکه در لا ضرر هم مناقشه کردیم که شامل این مورد بشود. اگر در این مناقشه کرده باشیم، ظاهراً مانعی وجود ندارد که بگوییم می تواند به نحو مصالحه بیاید این کار را انجام بدهد.

در پایان حجت الاسلام و المسلمین ربانی درباره این شرط گفتند: در مورد مسأله‌ی شرط قطع عضو، به نظر می‌آید دو جور بشود بحث کرد: اول اینکه آیا اصلاً برای حاکم، قبول چنین شرطی جائز هست یا خیر. دوم هم اینکه بر فرض اینکه این شرط از لحاظ شرع، قابل قبول باشد، آن موقع وظیفه‌ی جانی چیست؟ اگر این شرط برای جانی، قابل پذیرش باشد، جانی کدامیک از آن دو طرف را باید بپذیرد؟ آیا می‌تواند مثلاً قطع عضو را نپذیرد و نفس محترمه را نجات ندهد و خودش را به کشتن بدهد؟ به نظر من در دو جهت باید بحث بکنیم. یعنی این شرط ایذاء مومن یا مثلاً لغویت که عرض کردم، در مورد اصل پذیرش در محکمه هست، قبل از اینکه نوبت به خیار جانی برسد. در ادامه، جلسه با پرسش و پاسخ شرکت‌کنندگان از اساتید به پایان رسید.

## رسائل

مجله علمی دانش پژوهان مجتمع فقه، حقوق و قضای اسلامی  
سال ششم - شماره اول - پیاپی نهم - پاییز و زمستان ۱۳۹۹

صفحات ۱۳۳ تا ۱۴۰

سقراط کلینی\*

Soghrat.koleyni@gmail.com

# نشست علمی «بررسی فقهی - حقوقی کیفیت اجرای شلاق»

## مقدمه

نشست علمی «بررسی فقهی حقوقی کیفیت اجرای شلاق» با حضور حجت الاسلام والمسلمین غلامی از اساتید درس خارج حوزه علمیه قم، و حجت الاسلام والمسلمین عابدی رئیس مرکز آموزش قضات قم با اجرای حجت الاسلام کاشانی در مدرسه عالی قضاوت قم برگزار شد. در ابتدای این نشست حجت الاسلام سقراط کلینی، فارغ التحصیل مدرسه عالی قضاوت و طلبه حوزه علمیه قم گزارشی از مقاله خود با همین موضوع را ارائه دادند. سپس اساتید حاضر در جلسه، به نقد و بررسی این موضوع پرداختند.

## جنس و کیفیت اجرای شلاق در قانون

حجت الاسلام والمسلمین عابدی در توضیح و تبیین قوانین مربوط به جنس و کیفیت اجرای شلاق گفتند: آنچه تاکنون در این باره وجود داشته، ماده ۲۹۳ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۸۲ بوده است که فقط به نحوه‌ی اجرای قصاص، رجم و اعدام اشاره دارد. با عنایت به نسخ این قانون، آیین نامه‌های مربوط به آن نیز بالتبع منسوخ شده‌اند. در آیین نامه سابق نیز بیان شده است که اجرای شلاق به وسیله نوار چرمی به هم تابیده شده، به طول تقریبی یک متر و قطر تقریبی یک و نیم سانتی متر انجام شود. در آن آیین نامه هیچ اشاره دیگری به کیفیت شلاق نشده است. در خصوص مجری شلاق نیز، دادستان می‌تواند شخصاً اجرا نماید و یا به دادیار و معاونین ارجاع

\*فارغ التحصیل مدرسه عالی قضاوت و طلبه سطح سه حوزه علمیه قم.

دهد. یا اینکه دادستان، دادیار و معاونین، اجرای حکم را به ضابطین واگذار کنند. در این صورت مرجع انتظامی به عنوان ضابط عام، مجری شلاق می‌شود. شدت و ضعف اجرا نیز منوط به نظر حاکم است و وقتی خود حاکم اجرانمی‌کند و ضابطی مثل سرباز حکم را اجرانمی‌کند، به طور طبیعی کیفیت اجرای حکم را باید به صورت کاملاً دقیق مشخص نماید.

در ادامه حجت الاسلام و المسلمین عابدی برخی از ابهامات اجرای شلاق را مطرح کردند. از جمله: کیفیت اجرای شلاق مساحقه چگونه است؟ کیفیت اجرای شلاق در لواط - با توجه به اصلاح قانون مجازات - در فرضی که لواط‌کننده محصن به عنف نباشد، چگونه است؟ و یا اینکه در اجرای شلاق تعزیری هنگامی که قانون‌گذار می‌گوید «ضربه شلاق با شدت متوسط زده شود»، متوسط نسبت به چه شاخصی مد نظر است؟ و مجری شلاق تا چه میزانی باید شلاق را بالا ببرد و چه میزان از شلاق را در دست خود بگیرد؟

ایشان متذکر شدند: تعیین شاخص‌های شدت ضربه شلاق، زمانی مورد استفاده قضات قرار می‌گیرد که تصمیم به واگذاری اجرای حکم وجود داشته باشد. در این صورت پرسش درباره کیفیت اجرای حکم و یا نظارت ایجاد می‌شود. همچنین پس از واگذاری اجرای حکم به ضابط، آیا می‌توان به صورت مطلق واگذار کرد و نیازی به نظارت حاکم نیست؟ یا آموزش ضابط کفایت می‌کند؟ یا حتماً لازم است ناظری باشد که نظارت کند؟ اگر ناظر باشد، چه کسی او را تعیین می‌کند؟ بنابراین می‌توان گفت وجود خلاء در قانون و آیین‌نامه‌ها، درباره اجرای حکم شلاق، مشهود و نیازمند بررسی و اصلاح است.

### جنس و کیفیت اجرای شلاق در روایات

حجت الاسلام والمسلمین غلامی، با بررسی عناوین مذکور در روایات گفتند: در شرع تعریفی برای شلاق وجود ندارد و بناء را عرف قرار داده است. در روایات نیز چهار عنوان برای شلاق به کار برده شده است:

۱. سوط: در رابطه با سوط، برخی از کتب لغت تفسیر خاصی ارائه نداده‌اند و گفته‌اند: «معروف» و معنای لغوی آن را ذکر نکرده‌اند. بنابراین بدین صورت شناخته می‌شود: «سوط چیزی است که

عرف آن را شلاق و تازیانه می‌نامد». اما برخی از کتب لغت درباره‌ی جنس سوط به «چرم دباغی شده» اشاره کرده‌اند.

۲. جلده: لغوین جلده را به سوط به معنای چرم تفسیر کرده‌اند.

۳. نسهه: به معنی «سیر مظفور» که در مورد زمام شتر یا برخی حیوانات دیگر بکار می‌رفته، پوستی است با جنس چرم که به درازا بریده می‌شود و به دلیل آنکه طول آن بلندتر از سوط و تابیده شده است، امیرالمؤمنین علیه السلام آن را تا نموده‌اند و برای اجرای حد شرب خمر به جای هشتاد ضربه، چهل ضربه زده‌اند.

۴. الدرہ: درباره‌ی الدرہ در کتب لغت آمده است: «آلت یضرب بها» و نگفته‌اند که جنسش چیست. البته در فتاوای حضرت امام خمینی رحمته الله علیه احتیاط آن است که شلاق از جنس چرم باشد. چون در تفسیر لغات، سه عنوان از عناوین چهارگانه، به عنوان چرم معرفی شده است. از سویی عنوان چهارم هم برخلاف آنها نیامده است. بنابراین اگر جنس شلاقی که انتخاب می‌کنیم چرم باشد، تنافی‌ای به وجود نمی‌آید.

همچنین در بررسی روایات درباره‌ی ضخامت، قطر و طول شلاق هم در لغت و روایات بیانی وجود ندارد و باید به میزان متعارف آن رجوع کرد. قطر یک و نیم سانتی متر که در حال حاضر استفاده می‌کنند برای شلاق متعارف نیست و برای زمام حیوانات نیز استفاده نمی‌شود. هر چه طول شلاق زیادتر باشد، شدت درد آن بیشتر است. از این رو ضارب باید از قدرت بدنی متوسط نسبت به سایر مردان برخوردار باشد و از مردان قوی هیکل که توانمندی نامتعارف دارند، استفاده نشود.

در تکمیل این نکته، حجت الاسلام و المسلمین عابدی افزودند: هر چه جنس شلاق تازه‌تر باشد، درد ایجاد شده توسط آن بیشتر است. بنابراین چرم تابیده که در گذشته استفاده می‌شده است علی‌القاعده نباید تازه باشد. زیرا چرم تازه، خشک، غیرقابل انعطاف و دارای لبه‌های تیز است. از سویی دیگر «نسهه» برای شتر استفاده می‌شود. قاعدتاً زبری آن نباید طوری باشد که برای شتر ایجاد زحمت کند، در غیر این صورت شتر نرم می‌کند. بنابراین لازم است به میزانی نرم باشد که بتوان چرم را به حیوان بست.

## ابهامات قانونی نحوه‌ی اجرای شلاق

پس از آن حجت‌الاسلام و المسلمین عابدی ابهامات مربوط به نحوه‌ی اجرای شلاق را مطرح کردند و گفتند: بارداری، شیردهی و استحاضه‌ی مجرم از نظر قانونی مانع اجرای حکم است. اما این قانون با بعضی از روایات موجود همسو نیست. در روایات استحاضه را خون بیماری و خون حیض را خون سلامتی معرفی می‌کند. لذا بر اساس این روایات، حیض، مانع اجرای حکم شلاق نمی‌شود. اما در قانون بین حکم خون حیض و استحاضه فرقی قائل نشده و هر دو را مانع اجرای حکم دانسته است. علاوه بر آن، وقتی می‌گوییم مجرم بیمار است و بیماری مانع اجرای شلاق است، دقیقاً منظور از بیماری چیست؟ چه کسی بیمار بودن مجرم را تأیید می‌کند؟ آنچه لازم است در قانون بررسی و مشخص شود، تعریف و تعیین انواع بیماری‌ها و اقسام دردها برای مانعیت از اجرای حکم شلاق است.

همچنین ایشان درباره ابهامات موجود در وضعیت قرار گرفتن مجرم حین اجرای شلاق و محل ضربه زدن این سؤال را مطرح کردند که: مجرم هنگام اجرای شلاق باید ایستاده باشد یا نشسته؟ آیا در تعزیرات، مجرم الزاماً باید خوابیده باشد؟ و آیا دست و پا را باید ببندیم یا باز باشد؟ از سویی دیگر، هنگام اجرای شلاق، باید مجرم را کنار ستون قرار دهیم تا ضربه شلاق به سمت سینه‌اش برنگردد و ستون مانع باشد. حال اگر مانعی موجود نبود و شلاق دور بدن مجرم تابید و جایش روی سینه او ماند، آیا دو شلاق محسوب می‌شود؟ آیا در این صورت حق اضافه برای مجرم ایجاد می‌شود؟ یعنی مجازات علی حده است و می‌تواند تقاضای دیه کند؟

یکی دیگر از ابهاماتی که باید بررسی شود این است که وقتی گفته می‌شود «ضربه همه جا اصابت کند به جز عورتین»، منظور از عورتین دقیقاً کدام محدوده بدن است؟ آیا باسن مجرم جزو عورتین محسوب می‌شود؟

ابهاماتی نیز در خصوص ناتوانی حین اجرای حکم وجود دارد. از جمله اگر مجرم در حین اجرای شلاق بی‌هوش شد یا ناظر احساس کرد که مجرم کم‌توان شده است، آیا باید اجرای حکم را تعطیل کرد یا خیر؟ یا اگر اجرای حکم را متوقف کردیم، باید مجدداً اجرای حکم را ادامه بدهیم یا به طور

کلی متوقف کنیم؟ آیا در توقف و عدم اجرا، فرقی بین شلاق‌های حدی و تعزیری وجود دارد؟ ابهام دیگر مربوط به زمان اجرای حکم است. حکم شلاق در چه زمانی باید اجرا شود؟ بلافاصله بعد از صدور حکم؟ در مواردی که احکام به صورت ترکیبی باشد - مثلاً مجرم به شلاق و حبس محکوم می‌شود - آیا باید صبر نماییم؟ شلاق را با رویه‌ی زندان‌ها بعد از حبس اجرا نمایم یا خیر؟ در مواردی که فرد محکوم به شلاق حدی و تعزیری می‌شود، اجرای کدام را مقدم بر دیگری بدانیم؟ آیا بین اجرای شلاق حدی و تعزیری فاصله زمانی قرار دهیم یا بلافاصله بعد از اجرای حکم اول، حکم دوم را اجرا کنیم؟

ابهام دیگر در مورد حضور مومنین و شلاق منصوص و غیر منصوص است. باید بدانیم طائفة المومنین چه کسانی هستند؟ حتماً افراد مؤمن خاص؟ آیا فرقی بین شلاق منصوص و غیر منصوص وجود دارد یا خیر؟ ضمناً بعضی از قضات عقیده دارند به دلیل اثرگذاری و توجه به مبحث «بازدارندگی»، اجرای شلاق باید در ملأعام باشد. حال با توجه به اصل شخصی بودن مجازات‌ها که هدفش این است که در صورت امکان عذاب و عقاب به خود فرد تحمیل شود، نه خانواده - این سؤال پیش می‌آید که حکم در ملأعام تا چه حد و چه محدوده باید اجرا شود؟ تمام موارد ذکر شده، جزو خلاءهای موجود در قانون اجرای حکم شلاق است و نیازمند بحث و بررسی و بدست آوردن مذاق شارع در آنها هستیم.

### بررسی فقهی نحوه اجرای شلاق در حدود

حجت الاسلام و المسلمین غلامی درباره‌ی کیفیت اجرای شلاق در حدود گفتند: برای شرایط اجرای شلاق، مسائل متعددی می‌توان در نظر گرفت: از جمله این مسائل، بحث ایستاده، نشسته یا خوابیده بودن مجرم در حین شلاق است. روایت موثقه زراره عن ابی جعفر علیه السلام اینگونه آورده است: «یضرب الرجل الحدّ قائماً والمرأة قاعدةً ویضرب کلّ عضوٍ یتربک الرأس والمذاکیر». (کلینی، الکافی ۷: ۱۸۳) به این روایت در باب زنا تمسک می‌کنند. ولی خود روایت اختصاص به زنا ندارد. حال با توجه به این موضوع، اگر کسی اطلاق موثقه را بپذیرد، یعنی مورد روایت اعم از زنا باشد. که به حسب ظاهر اگر تمسکشان در باب زنا را قریب‌ترین نگیریم و اطلاقش را بپذیریم. در این صورت روایت دو

موضوع را برای ما روشن می‌کند. اولاً، مرد ایستاده و زن نشسته باشد. ثانیاً، می‌توان در زمان شلاق بر «کُلِّ عَضْوٍ» به استثنای یکی دو مورد - که در روایت منع شده - ضربه زد. اگر کسی اطلاق این روایت را بپذیرد، تکلیف دو مبحث «مساحقه» و «لواط» و مواردی که در نحوه اجرای شلاق ساکت است، مشخص می‌شود. در صورتی که اطلاق روایت را نپذیریم، مجری یا حاکم شرع ناچار به تخییر است. مبحث دیگر شدت ضربه است. ضربه متوسط باید بین شدت ضربه خفیف و قوی باشد. این می‌تواند معیار ما برای اجرای حکم شلاق محسوب شود. مگر در مواردی مثل «زنا» که گفته می‌شود «اشد ضربه» اجراء شود. با این شرایط که ضارب دارای توان بدنی متوسط باشد و شدیدترین ضربه‌اش را بزند. باید توجه داشت که متوسط بودن، از دو جهت است. یکی از لحاظ شدت و ضعف و دیگری از لحاظ طول شلاق.

نسبت به رعایت سن مجرم در روایت ذکر شده است: «يَضْرِبُ بِهِ عَلَيَّ قَدْرَ أَسْتَانِهِمْ». این عبارت نشان می‌دهد که در کیفیت اجرای حکم شلاق، سن مجرم باید در نظر گرفته شود. کیفیت اجرای حکم شلاق برای مجرم دارای سن ۶۰ سال قاعدتاً با جوان دارای سن ۲۰ سال متفاوت است.<sup>۱</sup> ایشان متذکر شدند که موارد ذکر شده بر عهده مجری حکم نیست. در این شرایط قاضی - یعنی صادرکننده حکم - باید تعیین تکلیف نماید. در بحث کیفیت اجرا - خصوصاً در تعزیر - حاکم صادرکننده موظف به تعیین است. این وظیفه قابل واگذاری نیست. زیرا جزء مواردی است که قاضی باید معین و مجری اجراء نماید.

همچنین درباره جنسیت ضارب می‌توان گفت: با توجه به اینکه در روایات گفته نشده که زنان می‌توانند ضارب اجرای حکم شلاق باشند، استنباط می‌شود که برای اجرای حکم شلاق - چه برای زنان، چه مردان مجرم - فقط می‌توان از ضارب مذکر استفاده نمود.

همچنین نوع پوشش مجرم در حد «شرب خمر» تقریباً فقها اتفاق نظر دارند که مجرم باید عریان باشد. ولی درباره‌ی پوشش «کل بدن» اتفاق نظر ندارند. بلکه عقیده دارند در مردان محل ضرب‌ها

۱. فی صحیحہ الحلبي عن ابي عبد الله عليه السلام قال: «ان في كتاب علي عليه السلام انه كان يضرب بالسوط و بنصف السوط و ببعضه في الحدود و كان اذا أتى بغلام و جارية لم يدركا لا يبطل حدًا من حدود الله عزوجل قيل له و كيف كان يضرب قال كان ياخذ السوط بيده من وسطه او من ثلثه ثم يضرب به على قدر استانهم و لا يبطل حدًا من حدود الله عزوجل.

کشف بدن زن هرچند به تسبیب، حرام است و چون قاعداً مجری و ناظر اجرای حکم مرد است، در تمام موارد بدن زنان مجرم هنگام اجرای احکام شلاق باید پوشیده باشد. البته در حد زنا بین فقها اختلاف نظر وجود دارد. اگر بحث احتیاط را در باب حدود مراعات نماییم، احتیاط آن است که حکم شلاق برای مجرم با لباس اجرا بشود.

### بررسی فقهی نحوه اجرای شلاق در تعزیرات

در ادامه حجت الاسلام و المسلمین غلامی درباره نحوه‌ی اجرای شلاق در تعزیرات افزودند: اگر ملاک اجرای حکم، بازدارندگی باشد، تعیین شدت ضرب با حاکم است. این بستگی به تجربه حاکم صادرکننده حکم دارد. اینکه نشسته بیشتر درد دارد یا ایستاده، با حاکم است و باید شرایط را کاملاً مشخص کند. اگر شلاق تنها عامل بازدارندگی باشد، حتی اگر قانون اجازه بدهد، حاکم حق تبدیل حکم جزا به نوع دیگر را ندارد و حتماً باید شلاق اجرا شود.

همچنین ایشان گفتند: یکی از مسائل در اجرای حکم شلاق، بحث حضور شهود هنگام اجرای حکم شلاق در جرم زناست. در این باره در قرآن آمده است «وليشهد عذابهما طائفة من المومنین.» (نور ۲) درباره‌ی تعداد شهود بین فقها اختلاف است. نظراتی که بین فقها امامیه مطرح است، عبارتند از: «سه نفر، یک نفر و ده نفر». حداکثر حاضرین در فتاوا ده نفر است. همچنین در روایات آمده است که نیاز نیست شهود «عدول» باشند. می‌توانند «ثقه» نیز باشند.

استاد غلامی درباره‌ی بستن مجرم حین اجرای شلاق گفتند: در صورتی که مجرم حین اجرای شلاق، ایستاده باشد، بستن مجرم به دلایل عقلی ضرورت پیدا می‌کند. چرا که ممکن است موقع زدن ضربه، شلاق به مواضعی که جایز نیست اصابت کند. حجت الاسلام و المسلمین غلامی درباره‌ی وضعیت قرار گرفتن مجرم حین اجرای حکم شلاق اینگونه گفتند: در صورتی که اطلاق موثقه زرا را بپذیریم، دلیلی بر اختصاص آن به باب زنا وجود ندارد و تکلیف به عنوان یک اصل پذیرفته می‌شود. اصل این است که مرد را ایستاده و زن را نشسته شلاق بزنند. مگر در جایی که دلیل خاصی وجود داشته باشد. در واقع تفریق به تمام بدن لازم است، مگر در مواردی که دلیل خاص وجود دارد.

در خصوص شدت ضربه در اجرای حکم لواط تصریحی در قانون وجود ندارد، اما اطلاقات بر ضربه متوسط دلالت می‌کند و نمی‌توانیم از آن اشدیت استنباط کنیم. وقتی اطلاقات به متعارف حمل می‌شود، در واقع مانند باب زنا یک اصل است. بدین معنا که شارع شدت ضربه را تعیین نکرده و عنوان عرفی آن حمل به متعارف و متوسط می‌شود.

سپس حجت الاسلام والمسلمین غلامی درباره اجرای شلاق درملاء عام گفتند: اگر به دلیل مصالح اجتماعی و اقتضای شرایط موجود، نیازمند اجرای علنی حکم مجازات با هدف ایجاد احساس امنیت اجتماعی باشیم، در چنین شرایطی به عنوان حکم ثانوی، حاکم می‌تواند در بحث حقوقی تصمیم بگیرد. اما اجرای علنی مجازات در همه حدود توصیه نمی‌شود. در صورت اجرای علنی، مجازات نباید برای حضور بیشتر مردم به تأخیر بیافتد. نوعاً وقتی حکم صادر می‌شده، فوراً اجرا می‌شده است. بنابراین تأخیر جایز نیست.

ایشان در پایان، درباره مجرم بیمار گفتند: در شرایطی که از سویی تأخیر حکم به مصلحت عمومی جامعه نیست و امنیت اجتماعی را به خطر بیندازد و از سوی دیگر مجرم توان تحمل شلاق سبک را نیز ندارد، می‌توان جهت اجرای حکم یا از شاخه‌ای از درخت خرما که دارای شاخه‌های متعدد است استفاده کرد. که به آن «شمراخ» گفته می‌شود. یا از یک دسته علف، ریحان و ترکه که به آن «ضغث» هم گفته می‌شود، استفاده کرد.

در انتها، جلسه با پرسش‌های شرکت‌کنندگان و پاسخ اساتید پایان یافت.

يعقوب المددى\*

madadi.0118@gmail.com

## الملخصات

### هوية الموت الدماغي فى الفقه والقانون

احمد اسماعيليان

ان الموت الدماغي من الموضوعات المستحدثة ويتوقف تعيين آثاره الفقهية على الحاق الميت كذلك بالحى او الميت. ان الارث، تزويج الزوجة، بطلان الوكالة، اتصال الاعضاء، القصاص، الدية، تعيين نوع الجنابة الواردة على الشخص المبتلى به وكثير من آثار أخر كلفها متوقفة على اعتبار هذا الموت حياةً او موتاً. إن هذا الموت يُعتبر من وجهة النظر الطبى انتهاءً للحياة؛ لكن القانون لم يذكر له تعريفاً وتحديدأ وإن كان بمقتضى المادة الواحدة من قانون اتصال الاعضاء المصوب سنة ١٣٩٧ محكوماً بإنهاء الحياة. واما فى الفقه فنظراً الى عرفية الموضوع وقع الخلاف بين الفقهاء فى تعيين فهم العرف و تطبيق ازهاق الروح على الموت الدماغي. فأعتبره بعض موتاً مع الخلاف فى كونه موضوعاً او حكماً و آخر استمراراً للحياة مع الخلاف كذلك و فصل عدة بين الحالات وأخرى بين الأحكام. ونحن فى هذه المقالة بعد تحرى هذه الخلافات، رجحنا القول ببقاء الحياة.

المفردات الرئيسية: الموت الدماغي، ازهاق الروح، الموت المشتبه، الحياة غير المستقرة، الحياة الحيوانية، الحياة النباتية.

---

\*من طلاب مستوى الثالث فى الحوزة العلمية بقم المقدسه

## حدود ضمان درك البايع على ركيزة تعويض الغرامات الناشئة من تقلص اعتبار النقد

عبدالله محمودى

إن من معضلات الدعاوى الحقوقية في اوضاع التضخم الاقتصادي، مسألة تغيير اعتبار النقد و رأس المال، حيث ان المدعى حينئذ يطالب الخسائر الناشئة من التضخم فضلاً عن اصل المال. وفقاً للمادة ٣٩١ من القانون المدنى اذا لم يطلع المشتري على الفساد فلازم على البايع ان يجبر الغرامات الواردة على المشتري فضلاً عن رد الثمن و قد عدّ تقلص «اعتبار النقد من الغرامات. وفقاً لرأى وحدة السيرة الرقم ٧٣٣ المؤرخ ٩٣/٧/١٥ من ديوان البلد العالية. وأما من وجهة نظر الفقهاء فقد اختلف الآراء هنا. فذهب بعض الى عدم جواز تعويض نقصان اعتبار النقد وآخراً الى لزوم الاحتياط والمصالحة و هنا رأى آخر تبدو صحته و هو لزوم التعويض نظراً الى كون نقصان اعتبار النقد غرامةً و من ثم يمكن توجيه المادة ٣٩١ ورأى وحدة السيرة حيث يطابقان نظراً هذه الطائفة من الفقهاء. المفردات الرئيسية: هوية النقد، التضخم، تعويض الغرامة، ضمان الدرك، الغرامة، المادة ٣٩١ ق. م، رأى وحدة السيرة.

## المباني الفقهية لترسيم الجريمة الحدية للإفساد فى الارض من المادة ٢٨٦ من قانون المجازات الاسلامية المصوب سنة ١٣٩٢

رضاعسكرى

ان الافساد فى الارض من العناوين الاجرامية المذكورة فى المادة ٢٨٦ من قانون المجازات الاسلامية المصوب سنة ١٣٩٢. و لكن فيه خلاف بين الفقهاء مفهومأ وحكماً. اما من حيث المفهوم فإن الفساد فى اللغة ضدّ الصلاح ويمكن تحديده الاصطلاحى بالهدام الشاسع فى الارض. واما من حيث المفهوم وان لم يعتبره كثير من الفقهاء عنواناً بنفسه لكنه بالنظر الى دلالة الآيتين ٣٢ و ٣٢ من سورة المائدة و عدة من الأخبار و الإرتكاز العقلائى يحصل الاطمئنان بأنّ الافساد بنفسه عنوان حدى و أن عقوبته الإعدام. و بالتالى تبدو المادة ٢٨٦ من قانون المجازات الاسلامية و جبهةً. المفردات الرئيسية: الإفساد فى الارض، المحاربة، حد المحارب، المادة ٢٨٦ ق. م، سورة المائدة، الآية ٣٢ و ٣٣.

## مقارنة شروط المقذوف بين الفقه وقانون العقوبة الاسلامية المصوّب سنة ١٣٩٢

امين خدرى اميريان

إنّ قد اعتبر الشارع المقدّس للمقذوف شروطاً. والقانون و ان كان قد اعتبر بعضها تاماً ولكن لا يخلو اعتبار بعضها فى القانون عن خللٍ و نقصانٍ . فإنّ الشرط الأول و الثانى للمقذوف فى الشريعة العقل والبلوغ . لكنّ المقتنّ اعتبر فيه الرشد الجزائى . فإذا قد يستلزم عدم انجاز الحدّ على البالغ فيما لم يكن له ثمانية عشر سنةً لعدم الرشد المعتبر . فلا بدّ له من التصريح بهذه اللازمة من أنّ قذّف من لم يكن له الرشد الجزائية لم ينجز الحدّ وإن كان بالغاً عاقلاً . الشرط الثالث للمقذوف اسلامه . وقد ثبت من وجهة نظر الفقه والقانون انجاز حدّ القذف وحده اذا كان غير المسلم قاذفاً للمسلم ولو كان القاذف والمقذوف غير مسلمين يتعين التعزير . الشرط الرابع تعيين المقذوف . وهنا نوع خاص من التعدّد فى حد القذف و ليس فى جميع الموارد موجباً لإنجاز عدة حدود و من ثمّ يبدو عدم صحة التبصرة ٤ من المادّة ١٣٤ . ثم الشرط الخامس عدم تظاهر المقذوف بالزنا واللواط . فقذّف من يتظاهر بأحدهما لم يوجب حدّاً ولا تعزيراً . والشرط الآخر انتفاء الأبوة فإذا كان القاذف أباه او جدّه من أبيه لم ينجز الحدّ عليه . ثمّ انّ هذا الحدّ ليس من حقوق الناس حتى يصلح للعفو عنه . فما جاء فى المادّة ١٠٤ من القانون الحديث للعقوبة الاسلامية فليس بصحيح .

المفردات الرئيسية: حدّ القذف ، شرائط المقذوف ، انتفاء الابوة ، المتظاهر بالزنا ، المتظاهر باللواط ، البلوغ ، العقل ، الرشد الجزائى .

## قصاص الأب من الولد اذا كان ولياً للدم

ميثم مرادى

إنّ من مسلّمات فقه الامامية أنّ انتفاء الأبوة من شروط قصاص النفس . و لكن هنا خلافاً بين الفقهاء فيما اذا كان الولد نفسه وليّ الدم . وهذا الأمر مسكوت عنه فى القانون . ثمّ إنّ هنا بين الفقهاء إتجاهين: الاول - وهو المشهور بين متأخريهم - القول بثبوت حقّ القصاص للولد نظراً الى اطلاقات أدلّة القصاص وعموماتها والثانى القول بعدم ثبوت حق القصاص نظراً الى قياس الأولوية ، الحديث

النبيّ، صحیحة محمد بن مسلم و عمومات ادلة الأمر بالإحسان الى الوالدين و مصاحبتهما  
بالمعروف. ونحن في هذه المقالة بعد التحري عن مستندات القولين والمناقشة في بعضها، رجحنا  
القول بثبوت حق القصاص للولد.  
المفردات الرئيسية: انتفاء الأبوة، قصاص الأب، موانع القصاص، موانع الإرث، اولياء الدم.