

اجماع و نقش آن در استنباط احکام کیفری^۱

عادل ساریخانی *

اسماعیل آقابابائی **

سعید عطارزاده ***

چکیده

بر خلاف اهل سنت، فقهای شیعه اجماع را به دلیل کشف از قول معصوم حجت دانسته و بدین ترتیب آن را یکی از مصادیق سنت در کنار کتاب و عقل، از راه‌های دست‌یابی به حکم شرعی به شمار آورده‌اند. این مسأله می‌تواند شأن اجماع را بر فرض پذیرش آن، در حد خبر واحد تنزل دهد و استناد به چنین ادله‌ای را در احکام کیفری به دلیل مسلم‌بودن مسأله احتیاط در دماء و نفوس و ظنی‌بودن این ادله، با چالش‌هایی روبرو سازد. این نوشته درصدد است با نقد استناد به اجماع در استنباط احکام کیفری، برخی مصادیق مبتنی بر اجماع را نقل و بررسی کند.

کلید واژه‌ها: اجماع، استنباط، احکام کیفری، ادله احکام.

۱- تاریخ وصول: ۹۱/۴/۴ تاریخ پذیرش: ۹۲/۴/۲۸

* استادیار حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه قم

** دانشجوی دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه قم و عضو هیأت علمی پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی

*** دانشجوی دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه تهران پردیس قم atarzadeh@qc.ut.ac.ir

۱- مقدمه

آوردن «اجماع» در کنار کتاب، سنت و عقل به عنوان یکی از منابع استنباط احکام شرعی و تحولاتی که در طرح اجماع به عنوان مستند احکام رخ داده، به اضافه اختلاف آرای جدی میان اهل سنت و فقهای شیعه در کاشف بودن اجماع از حکم شرعی، بحث‌هایی را برانگیخته و به تفصیل در کتب مختلف از نقل و نقض و ابرام آن سخن به میان آمده است. با همه‌ی اختلاف‌ها در تفسیر اجماع و مصادیق آن، برخی از احکام شرعی کیفری را می‌توان یافت که گاه فقها به استناد اجماع و حتی اجماع در مقابل روایت در کتب فقهی مطرح و به عنوان یکی از احکام شرعی قلمداد کرده‌اند. در این نوشته ابتدا کلیاتی را راجع به اجماع و میزان اعتبار آن در اثبات امور کیفری مطرح و سپس نمونه‌هایی از مصادیق آن را پی می‌گیریم.

۲- تعریف لغوی و اصطلاحی اجماع

اجماع در لغت به معانی آماده شدن و قصد انجام کار، اتفاق و جمع کردن چیزی پس از متفرق شدن به کار رفته است (هلال، ۲۰۰۳: ۱۰) و تعریف اصطلاحی آن را در کلمات اهل سنت (همان) و پس از آن فقهای امامیه می‌توان یافت (مبلغی، ۱۳۸۳: ۱ / ۳۷ - ۳۹). از آن جمله است:

۱. اتفاق گروهی که از آن، نظر معصوم (ع) به دست می‌آید (قمی، بی تا، ۳۴۹).

۲. اتفاق تعداد قابل توجهی از اهل نظر و فتوا بر حکم به گونه‌ای که این اتفاق موجب دستیابی به حکم شرعی گردد (صدر، ۱۴۰۶: ۱ / ۲۴۳).

بنابراین، استناد به اجماع برای اثبات مسأله‌ای غیر شرعی، مانند مسأله‌ای اصولی یا لغوی و امثال آن در این نوشته مدنظر ما نیست. هم چنین اجماع بر فرض تحقق و قبول همانند خبر واحد حاکی از نظر معصوم خواهد بود و میزان اعتبار آن به اعتبار خبر واحد بستگی دارد (سبزواری، ۱۴۱۷، ۲ / ۸۱).

۳- الفاظ مربوط به اجماع در روایات و تعابیر فقهی

اجماع در روایات با تعابیر زیر به کار رفته است: «اجماع الامه علی الضروره»، «الاجماع المجمع علیها»، «اجماع الامه»، «لا تجتمع امتی علی ضلاله»، «جمیع ما اجتمعت علیه الامه کلها حق» (حر عاملی، ۱۴۱۴، ۲۷ / ۱۰۳ - ۱۰۴). فقها نیز در مناظره با اهل سنت گاه از تعبیر «اجماع المسلمین» استفاده می-

کردند و مقصود آنها این بود که علاوه بر روایات اهل سنت، لازم است مطلب در روایات شیعه نیز آمده باشد و در واقع با تعبیر اجماع مسلمانان، به صحیح بودن مطلب اشاره داشتند (مبلغی، ۱۳۸۳). در این کاربرد، مراد از اجماع، وجود روایتی در میان شیعه است که مضمون اجماع را تأیید می‌کند و از این نظر مطلب مورد اجماع را شیعه و اهل سنت قبول دارند.

علاوه بر لفظ اجماع عبارات زیر نیز در کلمات فقها به کار رفته است که تعدادی از آنها به لحاظ مفهومی می‌تواند همان معنای اجماع مصطلح را تداعی کند: بلا خلاف بین الطائفه، بلاخلاف، لاخلاف، هو مذهب اهل العلم، احد لم یخالف فیه، اجمعت العصابه، بغیر خلاف بین المحصلین، صح اتفاقاً، وفاقاً، اجمع علماؤنا، هذا مذهب الاصحاب، لا اعلم فیه خلافاً، بغیر خلاف، لا خلاف بیننا، هذا مجمع علیه، من دین الامامیه الذی علیه علماؤنا، اجمع العلما کافه، عندنا، مذهب فقہاننا اجمع، اتفاقاً، علی ما صرح به الاصحاب من غیر خلاف یعرف بینهم، متفق علیه، هو مذهب الشیعه الامامیه، اجمع اصحابنا، اطبق علمائنا، انه من دین الامامیه، لتصریح الاصحاب، و بلا خلاف معتد به (همان).

۴- راه‌های دستیابی به اجماع

برای اجماع به معنای اتفاق نظر گروهی که مشتمل بر قول معصوم باشد، راه‌هایی را برای کشف قول معصوم به ترتیب زیر ارائه دادند:

۱- مسلک لطف: طبق این مسلک هنگامی که عده‌ای بر امری اتفاق کردند، چنانچه عقیده آنان نادرست باشد لطف خداوند اقتضا می‌کند معصوم میان آنان اختلاف انداخته و بدین وسیله آنها را راهنمایی کند. بنابراین هنگامی که اختلافی نبود، کشف می‌شود که معصوم آن امر مورد اتفاق را تأیید می‌کند (مظفر، بی‌تا، ۹۶/۲).

این روش منوط به آن است که:

اولاً، هیچ کس با آن مخالفت نکرده باشد.

ثانیاً، آیه یا روایتی بر خلاف آن نباشد.

این اجماع را صاحب کفایه به صراحت باطل می‌داند (خراسانی، ۱۴۰۹: ۳۳۴).

۲. مسلک دخول یا تضمن: بر اساس این مسلک، اجماعی حجت است که انسان قطعاً بدانند معصوم

میان اجماع‌کنندگان هست، هر چند شخص وی را نشناسد (مظفر، بی‌تا، ۹۶/۲).

با دستیابی به آرای اجماع‌کنندگان در زمان معصوم این شیوه پاسخگوست ولی امکان تحقق آن بعید است و در عصر غیبت هم بعد آن بیشتر آشکار می‌شود و به تعبیر صاحب کفایه دستیابی به آن نزد اصحاب، بسیار نادر است (خراسانی، ۱۴۰۹: ۳۳۵). برخی نیز تحقق آن را عادتاً ممتنع دانسته‌اند (سبزواری، ۱۴۱۷: ۲/۸۲).

با این حال، برخی از این شیوه دفاع کرده‌اند (شریف مرتضی، ۱۴۰۵: ۱/۱۹ - ۲۰؛ همان، ۲۰۵ و ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰، ۱/۴۹). برخی نیز فقط اجماع‌های موجود در کتاب موطأ مالک از اهل سنت را به دلیل اشتغال بر نظر امام صادق (ع) از اقسام اجماع دخولی دانسته‌اند (مددی: ۱۳۸۹: ۲۱۸) که البته به سبب شرایط حاکم بر آن زمان و مسأله تقیه (صفری، ۱۳۸۱: ۵۰۶) قابل انتقاد به نظر می‌رسد.

۳. مسلک حدس: طرفداران این مسلک معتقدند هنگامی که همه مجتهدان در همه زمان‌ها بر عقیده‌ای اتفاق نظر دارند معلوم می‌شود که آن را از امام معصوم گرفته‌اند و نیز به درستی آن عقیده دارد و گرنه میان آنان اختلاف دیده می‌شود (مظفر، بی‌تا، ۲، ۹۷).

این شیوه را اکثر متأخران مطرح کرده‌اند و لازمه آن این است که در همه زمان‌ها اتفاق بین فقها مشهود باشد و کسی اعم از معلوم النسب یا مجهول النسب با آن مخالفت نکرده باشد. صاحب کفایه چنین مبنایی را نپذیرفته و معتقد است غالباً چنین کشفی رخ نمی‌دهد (خراسانی، ۱۴۰۹، ۳۳۴ و سبزواری، ۱۴۱۷، ۸۳).

۴. مسلک تقریر: به باور ارائه‌کنندگان این دیدگاه وقتی گروهی بر امری اتفاق کردند و امام (ع) با امکان تذکر دادن سکوت کرد، معلوم می‌شود که آن عقیده را امام قبول دارند (خراسانی، ۱۴۰۹، ۳۳۴). این شیوه در صورت وجود شرایط، می‌تواند واقعاً کاشف از قول معصوم باشد ولی سؤال مهم این است که آیا در زمان غیبت می‌توان گفت امام معصوم (ع) با امکان ردع هر چند به صورت القای خلاف، از آن دست برداشته و بدین طریق می‌توان به نظر حضرت دست یافت؟ پاسخ مثبت به این سؤال بسیار مشکل است (خراسانی، ۱۴۰۹، ۳۳۵).

۵. مسلک تراکم ظنون: این مسلک بر این باور است که هیچ فقیهی بدون دلیل شرعی فتوا نمی‌دهد و هنگامی که انبوهی از فقیهان بر فتوایی اتفاق نظر داشتند، احتمال نادرستی آن کاهش یافته و به حساب احتمالات ممکن است به صفر برسد و آدمی یقین پیدا کند که نظر معصوم (ع) نیز چنین است.^۱

با توجه به سیر تاریخی ورود اجماع در نوشته‌های فقهای شیعه که شرح آن خواهد آمد، غالب این اجماعات هم به اجماع بر مضمون روایت به دلیل داشتن قراین یا شهرت فتوایی بر می‌گردد و با وجود به کارگیری لفظ اجماع و حتی پذیرش تراکم ظنون، از اجماع کاشف از قول معصوم فاصله می‌یابد و نمی‌توان این مسلک را هم برای کشف قول معصوم (ع) در پیش گرفت.

از این رو، دست‌یابی به نظر معصوم جز بر مسلک دخول و تقریر با تردیدهای جدی همراه است و به دست آوردن اجماعی که با دخول یا تقریر معصوم همراه باشد نیز به سختی به دست می‌آید. تحقق اجماع بر این اساس که خبری در اختیار گذشتگان بوده و بر مبنای آن ادعای اجماع کرده‌اند هم منوط به آن است که هیچ مستند محتمل دیگری در بین نباشد و برخی محقق شدن آن را هم به صراحت بعید دانسته‌اند (سبزواری، ۱۴۱۹، ۸۱-۸۵).

به هر حال، اجماع بر فرض تحقق و حجیت از دو راه به دست می‌آید: تحصیل اجماع و نقل اجماع که تحصیل آن برای فقها خصوصاً در عصر حاضر تقریباً بعید است و اجماع منقول هم در نهایت ملحق به خبر واحد می‌گردد و برخی تصریح دارند که از فروع خبر واحد است (همان: ۸۱).

این نکته نیز قابل توجه است که فراوانی به کارگیری اجماع با وجود توجیهاتی که برای آن ذکر کرده‌اند (مبلغی، ۱۳۸۳، ۶۹-۷۱)، اعتماد به آن را به شدت ضعیف می‌سازد و یک نمونه از آن ادعای اجماع در مقابل اجماع است که در بخش دوم از آن سخن خواهیم گفت.

۵- میزان حجیت اجماع

الف) اجماع به عنوان مستند حکم شرعی

اجماع بر دو قسم است: محصل و منقول. در این میان، تحصیل اجماع، اولاً به سادگی ممکن نیست و ثانیاً بر فرض دستیابی به آن، عده‌ای ممکن است با آن مخالفت نموده باشند که در این صورت توجیهاتی

۱- برای مطالعه در خصوص مسلک‌های فوق و نقض و ابرامها ر. ک: صدر، ۱۴۰۶: ۲/ ۱۴۵؛ نائینی، ۱۴۰۴: ۱۵۱/۳ و مظفر: ۹۳/۲ - ۹۸.

را آورده‌اند مثل آن که: (۱) این عده معلوم النسب اند و مخالفت آنان مضر نیست (۲) مخالفت آنان بر اساس شبهه ای بوده است که برای ما حاصل نشده (۳) در مبنای متأخرین اتفاق همگی لازم نیست (انصاری، بی- تا، ۱/ ۱۴۵).

بنابراین، اجماع محصل فقط برای تحصیل کننده‌ی آن و طبق مبنای خود او حجت خواهد بود و نقل آن به دیگران، همانند اجماع منقول به خبر واحد می‌شود که حجیت آن در نهایت به حجیت و اعتبار خبر واحد بستگی خواهد داشت.

به لحاظ سیر تاریخی چند دوره را به شرح زیر برای به کارگیری اجماع می‌توان در نظر گرفت که توجه به هر یک از مراحل و انتظاری که از کاربرد این اجماع وجود داشته می‌تواند میزان حجیت آن را مشخص سازد:

۱- دوره نقل روایت: در روایات کلمه «اجماع» یا «ما لا اختلاف فیه» از زمان امام کاظم تا امام هادی (ع) به کار رفته شده و در واقع نوعی جدل با اهل سنت است و نه تمسک به آن به عنوان دلیل (مددی، ۱۳۸۹، ۲۰۰).

۲- دوره تنقیح روایات: در این دوره خبرهایی پذیرفته می‌شد که با شواهدی از کتاب و سنت همراه باشد و از آن به «تلقی به قبول» یاد می‌کردند که کم‌کم به همین کاربرد، اجماع اطلاق شد (همان، ۲۰۳ - ۲۰۵). روشن است که این گونه اجماعات «ارزش علمی ندارد، بلکه حاکی از قول اصحاب هم نیست... مراد از اجماع ... به معنای قرآینی است که بین شان ثابت شود» و ما هم می‌توانیم خیلی از آن قراین را پیدا کنیم (همان: ۲۱۳).

۳- دوره تفریح فقه: با پرداختن به فقه تغریبی توسط شیخ طوسی و نگارش کتاب مبسوط، فروعاتی مطرح شد که در روایات نیامده است و حدود دویست سال فقهای دیگر هم آنها را تلقی به قبول کردند و نتیجه این شد که معنای دیگری از اجماع وارد فقه گردد (همان، ۲۱۵).

از این رو، با وجود به کارگیری اجماع به عنوان مستند حکم شرعی، میزان قابل توجهی از اجماعات با این بیان از معنای مصطلح اجماع دور شده و در نتیجه دستیابی به اجماع به معنای کاشف از قول معصوم را مشکل‌تر و شاید ناممکن می‌سازد.

بنابراین این سخن که «ما نمی‌توانیم اجماع را به عنوان حجت شرعی قرار دهیم و حتی اجماع قدما را نیز نمی‌توانیم کاشف از قول امام قرار دهیم» (مددی، ۱۳۸۹: ۲۱۷) سخن گزافی نخواهد بود.

ب) حجیت اجماع در امور کیفری

چنان که اشاره شد، اجماع منقول در نهایت بر فرض پذیرش به خبر واحد ملحق می‌گردد که آن هم دو صورت دارد:

۱- موردی که با قراین دیگر همراه است و در واقع به اعتبار آن قراین به آن اعتماد می‌شود.

۲- موردی که به طور خاص حکمی توسط خبر واحد بیان شده باشد.

در قسم دوم اصولیان برای اثبات حجیت خبر واحد تلاش بسیاری کرده‌اند با این حال برخی هم منکر حجیت چنین خبری‌اند تا جایی که قدما در مقام بیان حجیت نداشتن مطلبی از آن به خبر واحد تعبیر می‌کرده‌اند و اصطلاح خبر واحد نزد آنان مساوی بود با غیرقابل اعتماد بودن روایت (نائینی، ۱۳۶۹: ۲/۱۰۳). به اعتقاد اینان خبر واحد بدون قراین مفید قطع، برای استناد کافی نیست و در نهایت ظن به صدور آن داریم (فضلی، ۱۴۲۱: ۷) و همین مسأله در بحث مسائل کیفری مشکلاتی به مراتب بیشتر به همراه دارد.

توضیح این که در مسائل فقهی فقهای عظام دو مسأله را تلقی به قبول کرده‌اند:

۱- تسامح در ادله سنن به این معنا که در امور مستحب می‌توان طبق روایات ضعیف هم حکم داد و انجام آن به قصد رجا می‌تواند ثواب داشته باشد (خوانساری، مشارق، ۱، ۳۴).

۲- احتیاط در مسائل مربوط به جان و آبرو که به عکس مورد قبل، ادله‌ی کافی بر آن وجود دارد و مفاد همه‌ی آنها این است که در مسائل مرتبط با نفوس و در نتیجه مجازات‌های بدنی، بنابر احتیاط است و به سادگی نمی‌توان آن را نادیده گرفت.

حال سؤال این است آیا کسانی که حجیت خبر واحد را پذیرفته‌اند، در این موارد می‌توانند با عمل کردن به مقتضای خبری که با تحمیل مجازات و امثال آن قاعده‌ی احتیاط را نادیده می‌گیرد، هم چنان به حجیت خبر واحد پای‌بند باشند؟

پاسخ به این سؤال از دیدگاه برخی فقهای صاحب نام منفی است:

برای نمونه صاحب جواهر در بحث حدود عبارت «[هی] خبر واحد لایحکم به فی الحدود» (نجفی، ۱۳۸۴: ۴۱/۴۸۰) را به کار برده و تصریح می‌کند که به استناد خبر واحد نمی‌توان به جواز اجرای حدود در مورد خبر روی آورد و طبعاً اجماع هم که به شرح گذشته ملحق به خبر واحد است، چنین سرنوشتی را در پی خواهد داشت.

از فقهای دیگر فاضل آبی است که عبارت «هی خبر واحد فالاحسن فی الحدود الاجتناب عنه» (فاضل آبی، ۱۴۱۰، ۲، ۵۷۲) را به کار می‌برد و عمل کردن به خبر واحد و همچنین اجماع ملحق به خبر واحد را در مسائل حدود و امور کیفری مطلوب نمی‌داند.

نیز شهید ثانی در خصوص شهادت کودکان بر قتل، مطلبی را از شهید اول در دروس نقل می‌کند مبنی بر این که شهادت آنان نباید به حد قتل برسد و به بیان دیگر در حد جرح قابل پذیرش است و علت آن را با وجود روایتی مبنی بر جواز شهادت کودکان در چنین مواردی (حر عاملی، ۱۴۱۴، ۲۷ / ۳۴۲) مجرد احتیاط در نفوس می‌داند و بدین ترتیب به خبر واحد در خصوص مسأله جزایی، ترتیب اثر نمی‌دهد (شهید ثانی، ۱۴۱۹، ۱۴، ۱۵۵ - ۱۵۶؛ طباطبائی، ۱۴۲۲، ۱۳، ۲۳۵).

چنان که در مورد بازداشت متهم به قتل روایت بر جواز حبس به مدت شش روز داریم و برخی فقها آن را تنها مختص مورد قتل دانسته و اطلاق روایت را به دلیل تعارض آن با مسأله احتیاط در نفوس نپذیرفته‌اند (خوانساری، ۱۴۰۵، ۷، ۲۴۹).

نتیجه این که: به تصریح تعدادی از فقهای به نام شیعه، احتیاط در نفوس و دماء مانع از آن است که خبر واحد را مبنای مجازات قرار دهیم و از آن جا که اجماع هم بر فرض ثبوت در نهایت ملحق به خبر واحد می‌شود، استناد به آن هم در امور کیفری ناروا می‌نماید. ممکن است گفته شود: اجماع برگشت به خبر واحد با قرینه دارد و عمل اصحاب هم مؤید آن است. پاسخ آن است که:

۱. اگر مقصود قرآینی است که همراه با خبر بوده و به استناد آن ادعای اجماع شده است، چنان که گذشت و برخی هم به صراحت آورده‌اند این قرآین از قبیل شواهد کتاب و سنت است (مددی، ۱۳۸۹، ۲۰۳) که طبعاً ما نیز آنها را در اختیار داریم و در این جا مستند ما خبر واحد با قرینه است و نه اجماع و باید دید آیا این قرآین به حدی قوی است که بتواند اصل مسلم احتیاط در دماء و نفوس را نادیده بگیرد.

۲. اگر صرف وجود اجماع را قرینه نمی‌دانیم در این صورت مسأله به تحلیل اجماع و حجیت آن برمی‌گردد که ممکن است:

الف - اجماع به شهرت فتوایی اشاره داشته باشد که در جای خود ثابت شده چنین اجماع و شهرتی حجیت ندارد.

ب- اجماع به معنای اتفاق اصحاب باشد که این نوع اجماع هم به دلیل برگشت آن به برداشت و نقادی روایات، خارج از اجماع مصطلح است و حجت نیست (مددی، ۱۳۸۹، ۲۱۲).

ج- اجماع ناظر به اجماع مصطلح باشد که تنها نوع دخولی آن حجت است و در آن جا هم بر فرض پذیرش، معیار داخل بودن معصوم در بین اجماع کنندگان است و نه قراین دیگر که نتیجه‌ی آن برگشت به خبر واحد بدون قرینه می‌شود.

۳. بر فرض که اجماع برگشت به خبر واحد با قرینه هم داشته باشد، کسانی که خبر واحد را در امور کیفری حجت نمی‌دانند تفاوتی بین باقرینه و بدون قرینه ننهاده و چنان که گذشت به طور مطلق گفته‌اند خبر واحد در امور کیفری حجت نیست.

این نکته را نیز لازم است مدنظر قرار داد که اگر قراین مورد بحث به حدی اطمینان‌آور باشد که بتواند در مقابل ادله قطعی احتیاط در دماء و نفوس مقاومت کند، به واقع معیار استناد همان قراین‌اند و نه اجماع و در غیر این صورت، اجماع حتی اگر همراه قراین هم باشد توان مقاومت در مقابل ادله متقن احتیاط در نفوس و دماء را نخواهد داشت.

به همین دلیل چنان که برخی هم تصریح دارند، وجود اجماع در مسأله‌ای تنها راه را برای تأمل بیشتر باز می‌کند و این مقدار به معنای وجود حجت شرعی در مقابل ادله دیگر نخواهد بود (همان).

نتیجه این که: غالب موارد کاربرد اجماع خارج از اجماع مصطلح است و حجیت ندارد مواردی هم که به اجماع مصطلح برمی‌گردد، در نهایت به خبر واحد منقول برگشت خواهد یافت که حتی با داشتن قراین، تا زمانی که خود قراین و شواهد از کتاب و سنت قطع از نظر از اجماع ما را به اطمینان نرساند، استناد به آن در امور کیفری به عنوان مستند شرعی با مانع جدی مواجه است.

بخش دوم: احکام کیفری مستند به اجماع

در بخش اول به طور خلاصه میزان اعتبار و حجیت اجماع و استناد به آن بررسی شد و در این فصل به مصادیقی می‌پردازیم که احکام کیفری شرعی به استناد اجماع در کتب فقهی بیان شده است.

با این حال مواردی هم می‌توان یافت که به استناد اجماع، مجازات برداشته شده یا عملی جرم به شمار نیامده است که از مصادیق آن خودداری و در بحث‌های مطرح هم در حد بیان عنوان به چند مثال اکتفا می‌کنیم. در این میان برخی از مصادیق حاکی از تحمیل مجازات یا تعیین جرم به استناد اجماع است و برخی مصادیق دیگر مثل استناد به اجماع مدرکی و آوردن اجماع در مقابل اجماع دیگر، حاکی از آن است که در استناد به اجماع در امور کیفری تسامح فراوان در عبارات فقهی به چشم می‌خورد و همین تسامح به دلیل احتیاط در نفوس و دماء نقش اجماع را در امور کیفری کمرنگ می‌سازد.

تحلیل و بررسی اختصاری برخی از این اجماعات هم در راستای اثبات عدم حجیت اجماع در امور کیفری است که در بخش اول به بررسی نظری آن پرداختیم و در این بخش با بیان مصادیق فرضیه تحقیق را دنبال می‌کنیم. از این رو مطالب این بخش منحصر در جایی نیست که فقط اجماع مستند حکم شرعی کیفری قرار گرفته باشد.

۶- اجماع با وجود روایت

تمسک به اجماع با وجود روایت و آیه به وفور در کتاب خلاف شیخ طوسی به کار رفته و عبارت «دلیلنا: اجماع الطائفة و اخبارهم»^۱ را در اکثر مسائل مطرح در این کتاب می‌توان دید. چند نمونه از این موارد که گاه با نقد اجماع هم همراه شده، موارد زیر است:

الف) شیخ در کتاب خلاف می‌نویسد: اگر پس از قصاص دندان، دندان جانی بروید مجنی علیه می‌تواند مجدداً قصاص کند (طوسی، ۱۴۲۰، ۵، ۲۰۴، مسأله ۷۷). سپس ادعای اجماع و وجود اخبار بر آن می‌کند که ابن ادریس به مخالفت بر آن برخاسته و منکر آن می‌شود و می‌گوید اجماع بر قصاص مجدد و اخبار، در مورد قطع گوش است^۲ چرا که گوش پیوندی نجس است و نمی‌توان با آن نماز خواند، حال آن که قیاس آن به دندان باطل است (ابن ادریس، ۱۴۱۰: ۳، ۳۸۷). علامه حلی در این جا نظر ابن ادریس را نقد کرده می‌گوید منظور شیخ آن است که چنان که دندان مجنی علیه از بین رفته، قصاص و مماثلت آن است که دندان جانی هم معدوم شود (علامه حلی، ۱۴۱۸: ۹/۳۸۹ - ۳۹۰، مسأله ۶۸).

بررسی: در این جا علت به کار رفته در روایت مربوط به قطع گوش و نیز مسأله مماثلت در قصاص می‌تواند فراتر از پیوند گوش را هم در برگیرد و در این صورت نیازی به تمسک به اجماع نیست.

۱. حلول حیات پس از پیوند، مانع نجس شمردن آن است و در روایت هم به آن اشاره نشده لذا

استدلال ابن ادریس کافی به نظر نمی‌رسد.

۱. برخی این احتمال را مطرح کرده‌اند که منظور شیخ از اجماع طائفة و فرقه، اتفاق نظر علمای بغداد باشد که متون را نقد و بررسی می‌کردند و عبارت روایات یا اخبارهم اشاره به دیدگاه علمای قم در زمان تنقیح احادیث باشد که متن‌گرا و نص‌گرا بوده‌اند. در این صورت اجماع به معنای برداشت فقهی است و نه اجماع کاشف از نظر معصوم (مددی، ۱۳۸۹: ۲۱۱).

۲. متن روایت چنین است: أن رجلاً قطع من بعض اذن رجل شيئاً، فرفع ذلك إلى علي (عليه السلام) فأقاده فأخذ الآخر ما قطع من اذنه فرده علي اذنه بدمه فالتحمت وبرئت، فعاد الآخر إلى علي (عليه السلام) فاستقاده فأمر بها فقطعت ثانية وأمر بها فدفنت، و قال (عليه السلام): إنما يكون القصاص من أجل الشين (حر عاملی: ۲۹/۱۸۵).

ب) چنان چه چند نفر یک نفر را به قتل برسانند، همه قاتلان با وجود شرایط قصاص، قابل قصاص‌اند و علت آن را اجماع دانسته‌اند. ابن ادریس مستند این نظر را اجماع اهل البیت (ع) می‌داند و پس از استناد به اجماع سراغ آیات می‌رود (ابن ادریس، ۱۴۱۰ / ۳ / ۳۴۴ - ۳۴۵).

ج) عاقل به سبب قتل مجنون قصاص نمی‌شود و دلیل آن را اجماع دانسته‌اند ولی با قتل نابالغ قصاص می‌شود به اقتضای «النفس بالنفس» (ابن ادریس، ۱۴۱۰ / ۳: ۳۶۹).

۷- اجماع بر قاعده یا اصل عملی^۱

الف) در جایی که جنایات جسمانی از نوع خطای محض بوده یا جانی مجنون یا نابالغ باشد، دیه آن توسط عاقله پرداخت می‌شود. حال در این که آیا عاقله پس از پرداخت دیه به قاتل مراجعه می‌کند یا خیر، مشهور معتقدند به قاتل نمی‌تواند رجوع کند ولی ابن ادریس از شیخ مفید خلاف آن را نقل می‌کند و سپس می‌گوید جواز رجوع عاقله به قاتل، خلاف اجماع امت است (ابن ادریس، ۱۴۱۰ / ۳، ۳۲۲). علامه حلی پس از بیان مطلب فوق به شدت ابن ادریس را متهم به جهل کرده و چنین توضیح می‌دهد که بر پرداخت دیه توسط عاقله اجماع داریم و رجوع عاقله به جانی بر مبنای عقل است و شیخ مفید با جمع بین عقل و اجماع چنین نظری داده است نه این که مطلبی خلاف اجماع بگوید (علامه حلی، همان: ۲۸۹ - ۲۹۱، مسأله ۴).

بررسی یکی از بحث‌های مطرح در اصول این است که لوازم ادله نقلی و امارات حجت است ولی در اصول عملیه به لوازم آن به دلیل باطل شمردن اصل مثبت، نمی‌توان ملتزم شد. در مورد اجماع هم به دلیل لبی بودن، بر قدر متیقن اکتفا می‌شود ولی در این جا اجماع بر قاعده‌ای است که خود از دلیل لفظی گرفته شده از این رو اجماع در این جا معیار نیست بلکه باید معیار را همان دلایل لفظی قاعده دانست. از این رو: وقتی دلیل لفظی بر رجوع مجنی علیه به عاقله داریم، به لوازم آن هم باید ملتزم بود که در این جا لازمه آن تحمیل دیه بر خود عاقله و عدم جواز مراجعه‌ی وی به جانی است.

۱. دلیل عقلی ادعاشده پذیرفته نیست، چون در این صورت باید مراجعه ابتدایی مجنی علیه یا اولیای دم به قاتل هم بی‌اشکال باشد حال آن که کسی به آن فتوا نداده است.

ب) در جایی که بعد از جنایت، جانی ادعای شل بودن و مجنی علیه ادعای سلامت کند شیخ در خلاف

۱- صاحب جواهر بسیاری از اجماعات قدما را از این دست می‌داند (نجفی، همان: ۱۳ / ۸۰).

می‌گوید: در اعضای ظاهر قول جانی و در اعضای باطن قول مجنی علیه مقدم است. ابن ادریس در هر دو صورت قول مجنی علیه را مقدم دانسته و علت آن را اجماع اصحاب می‌داند و می‌گوید اصل بر سلامت اعضاست لذا مدعی باید بینه بیاورد و تفصیل بین آن دو معنا ندارد (ابن ادریس، ۱۴۱۰: ۳/۳۴۴).

۸- اجماع در مقابل نص

الف) در اثبات دعوا با قسامه در اعضای بدن دو قول مطرح است:

۱. در اعضایی که دیه کامل دارد همانند دیه نفس ۵۰ قسم در عمد و ۲۵ قسم در غیر عمد و باقی موارد یعنی اعضایی که دیه کامل ندارد به حسب دیه تعداد قسم‌ها کم می‌شود.
 ۲. در دیه کامل شش قسم و در کمتر از دیه به تناسب، قسم لازم است.
- نظر دوم را ابن ادریس پذیرفته و می‌نویسد: اصول مذهب ما همین را اقتضا می‌کند چرا که مورد اجماع است و احتیاط هم چنین اقتضایی دارد و قول اول را مبتنی بر خبر واحد و غیرقابل پذیرش می‌داند (همان، ۳/۳۴۱).
- این در حالی است که علامه حلی از شیخ طوسی بر نظر اول نقل اجماع می‌کند (علامه حلی، ۱۴۱۸: ۳۱۱/۹، مسأله ۲۵).

البته ابن ادریس به این مطلب در جای دیگر پایبند نمانده و نظر متفاوتی ارائه می‌دهد. در خصوص دیدگاه اول، شیخ طوسی می‌نویسد: در قتل عمد ۵۰ قسم و در قتل خطائی ۲۵ قسم لازم است (طوسی، ۱۳۸۷: ۲۲۳/۷) ولی شیخ مفید در هر دو پنجاه قسم را لازم می‌داند و ابن ادریس نیز نظر شیخ مفید را پذیرفته و می‌نویسد: آنچه ما پذیرفته‌ایم، مورد اجماع مسلمین است (ابن ادریس، ۱۴۱۰: ۳/۳۳۸).

ج) در قتل شیهه عمد، چنان چه قاتل پول نداشته باشد، از مردم کمک می‌طلبد و اگر فرار کند یا بمیرد، از خویشان نزدیک گرفته می‌شود و گرنه نوبت به بیت‌المال می‌رسد. این مطلب را شیخ طوسی در نهاییه آورده ولی ابن ادریس آن را خلاف اجماع دانسته و می‌نویسد: اجماع داریم بر این که اولیاء و بیت‌المال عهده‌دار دیه نمی‌شوند مگر در مورد قتل ناشی از خطای محض و اضافه می‌کند برای مسؤؤل دانستن بیت‌المال در این جا نباید سراغ اخبار آحاد رفت این در حالی است که در جایی که کشته شده‌ای بین عده‌ای یافت شود، بیت‌المال را مسؤؤل می‌داند (ابن ادریس، ۱۴۱۰: ۳/۳۳۵).

د) در این که دیه را مطلقاً عاقله می پردازد یا در بالاتر از موضعه بر عهده‌ی عاقله است، در برخی روایات آمده است: «انها لا تحمل الا نصف العشر».

ابن ادریس می‌گوید اجماع بر آن است که همه دیه را عاقله می‌دهد و نظر شیخ هم در خلاف همین است و نباید سراغ روایت شاذ رفت (همان، ۳۳۴).

ه) ابن ادریس می‌نویسد: اگر جنین در رحم همراه مادر کشته شود، برای تعیین دختر یا پسر بودن وی قرعه انداخته می‌شود زیرا از امور مشکل است (همان، ۴۱۷) در حالی که طبق روایات، نصف دیه مونث و نصف دیه مذکر برای وی در نظر گرفته می‌شود و شیخ این را در شیعه اجماعی دانسته و ادعای اخبار بر آن می‌کند (علامه حلی، ۱۴۱۸، ۹/۴۲۵، مسأله ۹۴ و طوسی، ۱۴۲۰، ۵/۲۹۴، مسأله ۱۲۵).

و) در جایی که زن به دسیسه مرد دیگری را وارد حجله کرده و به سبب درگیری با شوهر کشته می‌شود و متقابلاً زن شوهر خود را به قتل می‌رساند، برخی روایات دارد «زن ضامن دیه‌ی مقتول است و در مقابل شوهر قصاص می‌شود» ولی ضامن دیه را ابن ادریس مخالف کتاب و سنت و اجماع می‌داند و می‌گوید دیه‌ای ندارد چون متعدی است (ابن ادریس، ۳، ۱۴۱۰، ۳۶۳).

۹- استناد به اجماع به عنوان تنها مدرک حکم شرعی

الف) زوال ملکیت و بطلان تصرفات مالی مرتد فطری را به اضافه وجوب قتل، شیخ طوسی مستند به اجماع فرقه می‌داند، ولی در بقای ملک مرتد ملی، به اصل بقای ملکیت استناد می‌کند (طوسی، ۱۴۲۰، ۵، ۳۵۸).

ب) آیه «الانثی بالانثی» مفهوماً دلالت دارد که مرد در مقابل زن کشته نمی‌شود ولی چنان که بسیاری تصریح کرده‌اند این مفهوم حجت نیست (ابن ادریس، ۱۴۱۰، ۳: ۳۲۴ - ۳۲۵). با این حال کشتن مرد منوط به پرداخت فاضل دیه است و ابن ادریس تنها با استناد به «اجماع اصحابنا» آن را لازم می‌داند. گفتنی است در این خصوص روایاتی نیز وجود دارد ولی ابن ادریس به دلیل نپذیرفتن حجیت خبر واحد آنها را مستند نمی‌داند؛ چنان که برخی دیگر با تصریح به این که حدود ده روایت صحیح در این خصوص داریم، دلالت آنها را نپذیرفته‌اند (صانعی، ۱۳۸۲: ۱۶۴ به بعد).

ج) پرداخت حله یمنی به عنوان یکی از مقادیر دیات، مستندی جز اجماع ندارد و در این خصوص تنها دو روایت نقل شده که هیچکدام از آنها هم به امام معصوم (ع) مستند نیست:

یکی روایت عبدالرحمن بن حجاج که امام با وجود سؤال قبلی راوی، در پاسخ از حله یمانی نام نمی‌برد و دیگری روایت جمیل بن دراج است که آن را هم راوی به امام نسبت نمی‌دهد.^۱

۱۰- اجماع درمقابل یک نظریه (مشهور یا غیرمشهور)

الف) با آن که طبق مبنای اهل سنت اجماع منوط به موافقت همه است و طبق برخی مسلک‌های شیعی تنها با عدم مخالفت، اجماع محقق می‌گردد، در متون فقهی جزایی مواردی را می‌توان یافت که در مقابل نظریه‌ای ادعای اجماع شده و بالاتر از آن، قول مشهور در مقابل اجماع ذکر شده است. یک نمونه که قول مشهور در مقابل اجماع ذکر و بر آن ترجیح داده شده، مسأله سرقت حر است. علامه حلی می‌نویسد: چنان چه سارق انسان آزادی را ربوده و بفروشد، چند قول مطرح است:

۱. دست او به دلیل مفسد فی الارض بودن قطع می‌شود.

۲. در صورت نابالغ بودن فرد سرقت شده، دست سارق قطع می‌شود.

۳. دست سارق قطع نمی‌شود چون حر مال نیست.

قول سوم، اجماعی است (طوسی، ۱۴۲۰: ۵ / ۴۲۷ و ۴۲۸، مسأله‌های ۱۸ و ۱۹) ولی قول اول را علامه قول مشهور می‌داند و چنین استدلال می‌کند که قطع برای صیانت از مال است و این صیانت در نفس اولی است؛ البته نه از باب سرقت مال بلکه از آن جهت که شخص سارق مفسد است (علامه حلی، ۱۴۱۸، ۹، ۲۴۹).

۱۱- بررسی

در روایات آمده است: «ان القطع لا یجب الا فی ربع دینار فصاعداً» یا «القطع فی ربع دینار» و برخی به استناد آن اجماع بر قطع نشدن دست سارق را مطرح کرده‌اند که به دلیل مدرکی بودن اعتبار ندارد. با این حال، استدلال علامه حلی به علت حکم و استخراج نظریه بر پایه قیاس اولویت، قابل توجه است و عبارت شیخ در مبسوط نیز با آن سازگاری دارد که می‌نویسد: «اگر کسی حر نابالغی را سرقت کند، اصحاب ما روایت کرده‌اند که دست وی قطع می‌شود و عده‌ای هم طبق این روایت فتوا داده‌اند» (علامه حلی، ۱۴۱۸،

۱- حر عاملی، ۱۴۱۴: ۱۹، باب یکم از ابواب دیات نفس، حدیث ۱ و ۴. همچنین برای اطلاع بیشتر تر. ر. ک: «نظرخواهی از فقها پیرامون مسائل فقهی و حقوقی»، رهنمون، سال ۱۳۷۱، ش ۴ و ۵ پاسخ آیه الله سبحانی به سوال در خصوص مقادیر دیات.

۹، ۲۴۹).

ب) نمونه دیگر، طرح اجماع بر مبنای ظاهر قرآن و رد نظریه مخالف است، هر چند نظریه رد شده خود مستند به برخی روایات است.

در جایی که قصاص یا حد موجب قتل شود دو قول هست:

۱. ضمانی نیست به دلیل «ما علی المحسنین من سیل».

۲. بین حق الله و حق الناس به استناد روایات، قائل به تفصیل شده‌اند.

ابن ادریس قول دوم را مخالف قرآن و اجماع دانسته و رد می‌کند (ابن ادریس، ۱۴۱۰: ۳/ ۳۶۱).

چنانکه در موردی دیگر آمده است: اگر قاتل غیر مسلمان، مسلمانی را بکشد، هم قابل قصاص است و هم قابل استرقاق و دلیل استرقاق را اجماع دانسته‌اند.

اما اگر مسلمان غیرمسلمانی را بکشد، طبق روایتی در صورت اعتیاد و رد فاضل دیه قابل قصاص

است که ابن ادریس آن را مخالف قرآن و اجماع دانسته و رد می‌کند (همان، ۳۵۱).

یا این که شیخ مفید می‌نویسد: مرد و زن تا جایی که دیه مساوی دارند قصاص می‌شوند و در بالاتر از

آن قصاص نیست و ارش پرداخت می‌شود (مفید، ۱۴۱۰، ۷۶۴) که ابن ادریس به خاطر مخالف قرآن و

اجماع بودن آن را نمی‌پذیرد (ابن ادریس، ۱۴۱۰: ۳، ۳۹۱).

ج) اگر پس از قطع شدن چهار انگشت، دیگری دست را از میج قطع کند، شیخ طوسی قائل به قصاص

شده با پرداخت دیه انگشتان ولی ابن ادریس آن را مخالف اصول مذهب دانسته و می‌نویسد: عضو کامل در

مقابل ناقص قصاص نمی‌شود و به جای اجماع، عبارت اصول مذهب را به کار می‌برد (همان، ۴۰۴).

د) شیخ طوسی می‌گوید اگر دو نفر شرکت در قتل داشته باشند و یکی به عمد و دیگری به خطا

مرتکب آن شود، قصاص از عامد ساقط می‌شود (طوسی، ۱۴۲۰، کتاب جنایات، مسأله ۵۱).

ابن ادریس آن را مخالف آیه سلطنت ولی (اسراء، ۳۳) دانسته و می‌گوید اجماع داریم که قتل عمد

موجب قصاص است و تخصیص آن در این جا نیازمند دلیل می‌باشد (ابن ادریس، ۱۴۱۰: ۳/ ۴۱۳).

ه) مشهور فقها معتقدند: در قتل عمد، قصاص اصل است و تبدیل آن به دیه به توافق بین ولی دم و

جانی نیاز دارد (علامه حلی، ۱۴۱۸، ۹، ۲۸۶، مسأله ۲) اما در جایی که قاتل فرار کرده و بمیرد، بنابر اصل

بودن قصاص، دیه‌ای به اولیای دم تعلق نمی‌گیرد (علامه حلی، ۱۴۱۸، ۹، ۲۹۷، نظر ابوحنیفه) که ابن

ادریس نیز تبدیل به دیه را طبق استدلال فوق نمی‌پذیرد (ابن ادریس، ۱۴۱۰، ۳، ۳۳) و نظر شیخ را در

مبسوط بنا بر تبدیل شدن قصاص به دیه (طوسی، ۱۳۸۷: ۶۵/۷) خلاف اجماع می‌داند. علامه حلی ضمن نقد ابن ادریس می‌نویسد: سخن شیخ درست است و مخالفتی با اجماع ندارد چرا که در این جا قاتل با فرار خود، ضامن عوض شده و تبدیل قصاص به دیه مطلب درستی است.

(و) چنانچه عاقله از نظر مالی ناتوان و قاتل توانمند و دارای مکنت مالی باشد، شیخ در نهایت می‌نویسد: در این صورت قاتل ملزم به پرداخت دیه از مال خود است.

ابن ادریس این نظر را خلاف اجماع دانسته و رد می‌کند (چون اجماع بر آن است که دیه به عاقله تعلق می‌گیرد و تفاوتی بین دارا و ندار بودن عاقله نیست) و اضافه می‌کند قاتل جزء عاقله نیست و در جایی که دیه بر عهده‌ی عاقله است، هیچ‌گاه جانی از جانب خود چیزی را عهده دار نمی‌شود (ابن ادریس، ۱۴۱۰: ۳ / ۳۳۵).

(ز) قرآن کریم می‌فرماید «... فان كان من قوم عدو لكم و هو مومن فتحرير رقبه...» (نساء: ۹۲) طبق این آیه اگر مقتول مؤمن ولی متعلق به گروهی باشد که با اسلام دشمنی دارند و شخص به اعتقاد دشمن بودن وی را بکشد، آزاد کردن برده به عنوان کفاره طبق ظاهر آیه امر مسلمی است ولی جای این سؤال هم باقی است که آیا علاوه بر کفاره، پرداخت دیه به اولیای دم هم لازم است:

شیخ طوسی اصل براءت را جاری کرده ولی ابن ادریس به «لا یطل دم امرء مسلم» و «فی النفس ماء من الابل» تمسک کرده و می‌گوید هر چند در آیه دیه نیامده ولی مقتضای روایت‌ها دیه است.

سپس اضافه می‌کند: اجماع اصحاب ما هم بر همین منعقد شده است و شیخ طوسی چون معلوم النسب است، مخالفت وی مخالف اجماع نیست. از طرف دیگر، ایشان هم سخن خود را مستند به اجماع و اخبار ندانسته است (همان، ۳، ۳۲۱).

این احتمال هم وجود دارد که به دلیل کافر بودن اولیای دم، پرداخت دیه منتفی باشد. به بیان دیگر در این جا هر چند انسان مؤمنی کشته شده، با توجه به ظاهر آیه اولیای دم وی از کفارند و می‌توان گفت به دلیل کافر بودن آنان، پرداخت دیه در آیه نیامده است (طبرسی، ۱۹۸۶، ۳، ۱۳۸).

(ح) چنانچه قاتل عاقله نداشته یا عاقله مالی نداشته باشند و خود قاتل هم مالی نداشته باشد، شیخ طوسی بیت المال را مسؤول پرداخت دیه می‌داند.

ابن ادریس آن را خلاف اجماع (بر عدم تعلق دیه بر بیت‌المال) دانسته و می‌گوید دیه را امام مسلمین باید بدهد نه بیت‌المال (ابن ادریس، ۱۴۱۰، ۳، ۳۳۵). چنان که ابن ادریس در صلح بر دیه، دیه را متعلق به امام می‌داند نه بیت‌المال (همان، ۳۳۶).

ط) شیخ در کتاب خلاف عاقله را همه‌ی خویشاوندان از ناحیه پدر و مادر و فرزندان می‌داند ولی ابن ادریس می‌نویسد این قول شافعی است و شیخ هم نگفته است «اجماع طائفتنا» و اخبار را نیز مستند نیاورده لذا خود قول دیگری را پذیرفته می‌گوید «اجماع امامیه بر این است که عاقله عبارت‌اند از مردان وارث از ناحیه پدر و نه مادر» و باقی اصحاب را هم مخالف نظر شیخ می‌داند و می‌نویسد «شیخ در این نظر تنهاست» (ابن ادریس، ۱۴۱۰، ۳، ۳۳۲).

ی) در خطای محض آیا عاقله پس از پرداخت دیه به قاتل مراجعه می‌کند؟

شیخ مفید در مقنعه، رجوع را آورده است (مفید، ۱۴۱۰، باب البینات علی القتل، ۷۳۷) ولی ابن ادریس می‌نویسد: این نظر بر خلاف اجماع امامیه است چنان که خود شیخ در مبسوط می‌نویسد: من در این مورد نص یا قائلی را نیافتم (ابن ادریس، ۱۴۱۰، ۳، ۳۲۲).

۱۲- اجماع در مقابل اجماع

در این که مرتکب کبیره چنانچه پس از تحمل مجازات مرتکب جرم گردد در مرتبه‌ی چهارم کشته می‌شود یا سوم، بین فقها اختلاف است.

شیخ طوسی با تعبیر به اجماع فرقه، مرتبه‌ی چهارم را موجب قتل می‌داند (طوسی، ۱۴۲۰، ۵، ۵۰۵) در حالی که ابن ادریس مرتبه سوم را مورد اجماع می‌داند (ابن ادریس، ۱۴۱۰، ۳ / ۴۴۲).

همچنین بحث مرتبط با این مسأله جایی است که انسان غیرآزاد مرتکب زنا گردد و پس از آن مجازات شود. در این جا برخی گفته‌اند در مرتبه ششم کشته می‌شود و علت آن را نصف‌بودن مجازات آزاد در برده دانسته و از آنجا که آزاد در مرتبه سوم کشته می‌شود، به قیاس در برده قتل را در مرتبه ششم لازم دانسته‌اند.

در پاسخ علامه حلی می‌نویسد: از آن جا که کشته‌شدن در مرتبه ششم به اجماع باطل است معلوم می‌شود که کشته‌شدن آزاد در مرتبه سوم نیز پذیرفته نیست و نتیجه می‌گیرد که زانی پس از تحمل

مجازات، در مرتبه‌ی چهارم کشته می‌شود و بدین ترتیب اجماع را دلیل بر نفی مجازات در مرتبه سوم در آزاد و به قیاس در برده می‌داند و لازمه آن را کشته شدن در مرتبه چهارم می‌شمارد. می‌توان گفت در این جا اجماع، برای نفی حکم کیفری اقامه شده و به ملازمه در مرتبه چهارم مجازاتی را ثابت می‌کند (علامه حلی، ۱۴۱۸: ۹ / ۱۵۶ و ۱۹۱).

چنانکه روشن است در این جا بر دو قاعده، دو اجماع ذکر شده است و طبعاً به مقتضای قاعده فتاوا هم متفاوت خواهند بود.

۱۳- بررسی

با وجود ادعای اجماع مذکور، شیخ طوسی به آن پایبند نمانده و در جای دیگری می‌نویسد: زانی حر پس از تحمل مجازات در مرتبه‌ی پنجم کشته می‌شود و همین طور در قذف، قتل در مرتبه-ی پنجم صورت می‌گیرد و عبد در مرتبه‌ی هشتم کشته می‌شود. روایتی هم داریم که حد در مرتبه‌ی چهارم کشته می‌شود ولی همه فقها با آن مخالفت کرده و گفته‌اند به هر میزان هم مرتکب جرم شود، هم چنان حد بر وی جاری می‌گردد. سپس دلیل سخن خود را اجماع امامیه و روایات آنان می‌داند (طوسی، ۱۴۲۰: ۵، ۴۰۸، مسأله ۵۵).

این در حالی است که آیه ذیل نیز می‌تواند مؤیدی برای قتل در مرتبه سوم به شمار آید: ان الذین آمنوا ثم کفروا ثم آمنوا ثم کفروا ثم ازدادوا کفرا لم یکن الله لیغفر لهم ولا لیهدیهم سییلا (نساء: ۱۳۷).

طبق ظاهر آیه چنان چه کسی پس از دو بار ایمان آوردن (آمنوا ثم کفروا ثم آمنوا) به کفر برگردد یعنی در مرتبه سوم، دیگر مشمول غفران الهی قرار نمی‌گیرد و از این رو ارتکاب گناه برای بار سوم مجازات سنگینی را به دنبال خواهد داشت. خود شیخ هم در جای دیگر به استناد همین آیه قتل در مرتبه‌ی سوم را قوی‌تر دانسته‌اند (طوسی، ۱۴۲۰: ۵ / ۵۰۵).

مطلب فوق علاوه بر آن که سست بودن استناد به اجماع را آشکار می‌سازد، اجماع مورد ادعا هم اجماع بر قاعده ای است که خود آن مستند به روایات می‌باشد، بنابراین در این مسأله باید به بررسی روایات پرداخت و اجماع‌های مذکور اعتباری ندارد.

۱۴- جمع‌بندی و نتیجه‌گیری

اجماع در فقه شیعه به معانی متفاوت به کار رفته که یکی از آنها اجماع مصطلح به معنای کشف قول معصوم (ع) است. چنین اجماعی هم به جهت مستند حکم شرعی بودن علاوه بر این که با اختلاف و مخالفت‌های فراوان همراه است، در نهایت اولاً تحصیل آن به سادگی ممکن نیست ثانیاً بر فرض تحصیل، تنها برای تحصیل‌کننده و طبق مبانی خود او حجت خواهد بود و با نقل آن به دیگران، همانند منقول به خبر واحد، ملحق به خبر واحد می‌شود. نهایت آن است که آن خبر واحد با قرینه بدانیم که باز هم به شرحی که در این تحقیق بیان شد در غالب موارد همان قراین برای ما قابل تحصیل است و بر فرض عدم تحصیل باید اطمینان به مدلول اجماع و قراین آن به مرتبه‌ای برسد که تاب مقاومت در مقابل ادله قطعی احتیاط در دماء و نفوس را به همراه داشته باشد ولی با توجه به کاربرهای متفاوتی که اجماع در فقه دارد، چنین اطمینانی به دست نمی‌آید.

در مجموع می‌توان گفت: وقتی استناد به خبر واحد در امور کیفری، با آن که دست کم به لحاظ سند و دلالت وضعیت روشن‌تری از اجماع دارد با مخالفت‌هایی رو به رو شده است، استناد به اجماع هم در امور کیفری قابل نقد است.

حال با توجه به دسته‌بندی‌های انجام گرفته در خصوص استناد به اجماع در امور کیفری می‌توان گفت:

- ۱- در جایی که با وجود روایت به اجماع هم استناد می‌شود، تنها معیار باید روایت باشد و در واقع اجماع با وجود استناد به آن، کاربردی ندارد.
- ۲- اجماع نمی‌تواند به تنهایی مستندی برای ترجیح یا رد یک قول تلقی شود و تنها در حد مؤید پذیرفته می‌شود.
- ۳- در اجماع بر قاعده یا اصل عملی، معیار پذیرش یا عدم پذیرش قاعده است و خود اجماع ارزش استنادی ندارد.
- ۴- استناد به اجماع در مقابل نص، به دلیل عدم توازن و عدم امکان مقابله آن با نص، قابل نقد است.
- ۵- در جایی که اجماع به عنوان تنها مستند حکم کیفری است، به دلیل عدم حجیت اجماع در این موارد به شرحی که در این تحقیق بیان شد، لازم است سراغ قواعد کلی رفت.

- ۶- با اجماع نمی‌توان نظریه‌ای را که مستند قابل قبول دارد به خصوص نظر مشهور را کنار گذاشت.
- ۷- در تفسیر نص یا اصطلاح، اجماع مصطلح کاربرد ندارد.
- ۸- وجود اجماع در مقابل اجماع، خود دلیل بر تسامح در نقل اجماع است و استناد به آن در امور کیفری مخدوش به نظر می‌آید.

فهرست منابع

- ۱- آبی، فاضل، کشف الرموز، ۱۴۱۰، قم، مؤسسه النشر الإسلامی التابعه لجماعه المدرسین، چاپ اول.
- ۲- انصاری، مرتضی، بی‌تا، فرائد الاصول، قم، مؤسسه النشر الإسلامی التابعه لجماعه المدرسین.
- ۳- حر عاملی، ۱۴۱۴، وسائل الشیعه، قم مؤسسه آل‌البتیت علیهم السلام لإحیاء التراث.
- ۴- حلی، ابن‌عبدبر، السرائر، ۱۴۱۰، مؤسسه النشر الإسلامی.
- ۵- حلی، حسن بن یوسف (علامه حلی)، ۱۴۱۸، مختلف الشیعه فی احکام الشریعه، قم، مرکز النشر التابع لمکتب الاعلام الاسلامی، چاپ اول.
- ۶- خراسانی، ۱۴۰۹، کفایه الأصول، چاپ اول: قم، مؤسسه آل‌البتیت علیهم السلام لإحیاء التراث.
- ۷- خوانساری (محقق خوانساری)، بی‌تا، مشارق الشموس، مؤسسه آل‌البتیت علیهم السلام لإحیاء التراث، طبعه حجریه.
- ۸- خوانساری، ۱۴۰۵، جامع المدارک، تهران، مکتبه الصدوق، چاپ دوم.
- ۹- سبزواری، عبد‌الاعلی، ۱۴۱۹، تهذیب الاصول، مؤسسه المنار، چاپ دوم.
- ۱۰- شریف مرتضی، ۱۴۱۵، الانتصار، مؤسسه النشر الإسلامی التابعه لجماعه المدرسین.
- ۱۱- شریف مرتضی، ۱۴۰۵، رسائل المرتضی، قم، دار القرآن الکریم.
- ۱۲- شهید ثانی، ۱۴۱۹، مسالک الأفهام، قم، مؤسسه المعارف الإسلامیه، چاپ دوم.
- ۱۳- صانعی، یوسف، ۱۳۸۲، فقه الثقلین فی شرح تحریر الوسیله، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
- ۱۴- صدر، محمدباقر، ۱۴۰۶، دروس فی علم الاصول، قم، مؤسسه النشر الإسلامی.

- ۱۵- صفری، نعمت‌الله، ۱۴۱۶، نقش تقیه در استنباط، قم، بوستان کتاب، چاپ اول.
- ۱۶- طباطبائی، سید علی، ۱۴۲۲، ریاض المسائل، قم، مؤسسه النشر الإسلامی التابعه لجماعه المدرسین، چاپ اول.
- ۱۷- طبرسی، فضل بن حسن، ۱۹۸۶، مجمع البیان فی تفسیر القرآن، بیروت، دارالمعرفه، چاپ اول.
- ۱۸- طوسی، محمد بن حسن، ۱۳۶۴، تهذیب الأحکام، تهران دارالکتب الإسلامیه، چاپ سوم.
- ۱۹- طوسی، محمد بن حسن (شیخ طوسی)، ۱۴۲۰، کتاب الخلاف، مؤسسه نشر اسلامی وابسته به جامعه مدرسین، چاپ دوم.
- ۲۰- طوسی، محمد بن حسن (شیخ طوسی)، بی تا، نهاییه، قم، انتشارات محمدی.
- ۲۱- طوسی، محمد بن حسن (شیخ طوسی)، ۱۳۸۷، المبسوط، تهران، المطبعه الحیدریه.
- ۲۲- فضلی، عبدالهادی، بی تا، أصول الحدیث، بیروت، لبنان، مؤسسه أم القرى للتحقیق والنشر.
- ۲۳- قمی، میرزا، بی تا، قوانین الأصول، از نرم افزار مکتبه الفقهیه.
- ۲۴- مبلغی، احمد، ۱۳۸۳، موسوعه الاجماع فی فقه الامامیه: موسوعه فقهیه متخصصه و هادفه تعنی بشوون الاجماع و مواردھا فی فقه الامامیه، بوستان کتاب.
- ۲۵- محقق حلّی، المختصر النافع، ۱۴۱۰، تهران، قسم الدراسات الإسلامیه فی مؤسسه البعثه.
- ۲۶- محقق حلّی، شرائع الإسلام، ۱۴۰۳، قم، انتشارات استقلال، چاپ سوم.
- ۲۷- مددی، احمد، ۱۳۸۹، «جایگاه سنت، اجماع و عقل در معاملات»، فقه کاوشی نو در فقه اسلامی، شماره ۶۳.
- ۲۸- مظفر، محمد رضا، بی تا، اصول الفقه، قم، مؤسسه النشر الإسلامی التابعه لجماعه المدرسین.
- ۲۹- مفید، ۱۴۱۰، المقنعه، قم، مؤسسه النشر الإسلامی التابعه لجماعه المدرسین.
- ۳۰- نائینی، ۱۴۱۱، أجود التقریرات، (مقرر سید ابوالقاسم خوئی)، قم، مؤسسه مطبوعات دینی.
- ۳۱- نائینی، میرزا محمد حسین، ۱۴۱۰، فوائد الأصول، (مقرر: محمد علی کاظمی خراسانی)، قم، مؤسسه النشر الإسلامی التابعه لجماعه المدرسین.

۳۲- نجفی، محمد حسن، ۱۳۸۴، جواهر الکلام، تهران، دارالکتب الاسلامیه.

۳۳- نجفی، محمد حسن، « نظرخواهی از فقها پیرامون مسائل فقهی و حقوقی»، رهنمون، ش ۴ و ۵.

۳۴- هلال، هیثم، ۲۰۰۳، معجم مصطلح الاصول، بیروت، دارالجیل، چاپ اول.