

احسان جعفری عراقی

گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد مشهد، دانشگاه آزاد اسلامی، مشهد، ایران.

علی واعظ طبسی^۱

گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد مشهد، دانشگاه آزاد اسلامی، مشهد، ایران.

محمد رضا کاظمی گلوردی

گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد مشهد، دانشگاه آزاد اسلامی، مشهد، ایران.

نقدی بر نظریه اشتراط توبه برای جواز عفو حاکم در صورت اقرار مرتکب حد

چکیده

یکی از عوامل سقوط یا تخفیف مجازات در نظام کیفری اسلام، عفو شدن مجرم است. با توجه به انواع مجازاتهای اسلامی و دسته‌بندی مختلف این مجازات‌ها به مواردی چون قصاص، دیات و حدود، نظرات مختلفی در این خصوص ابراز گردیده است. در پژوهش حاضر که به بررسی عدم لزوم توبه در عفو مرتکب جرم حدی در صورت اقرار وی می‌پردازد، به این سؤال پاسخ می‌دهیم که در صورت اثبات جرم حدی با اقرار، آیا توبه مرتکب نیز برای اینکه مشمول عفو حاکم اسلامی قرار بگیرد ضروریست یا خیر؟ مشهور فقها در پاسخ به سؤال مزبور، توبه مرتکب را یکی از ارکان عفو دانسته‌اند لکن بعضی از متاخران چنین دیدگاهی را برنناییده‌اند. قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ نیز در ذیل ماده ۱۱۴ با عبارت «اگر جرائم فوق غیر از کذب با اقرار ثابت شده باشد، در صورت توبه مرتکب حتی پس از اثبات جرم، دادگاه می‌تواند عفو مجرم را توسط رئیس قوه قضائیه از مقام رهبری درخواست نماید»، موافقت خود را با دیدگاه مشهور، نمایان ساخته است. نوشتار حاضر در روشی کتابخانه‌ای با نگاه مسئله محور به

^۱ .avt.vaez@yahoo.com

نقدی بر نظریه اشتراط توبه برای جواز عفو حاکم در صورت اقرار مرتکب حد

بازخوانی ادله طرفین و نقد و تحلیل و نقد آنها پرداخته است. نتیجه پژوهش نشان می‌دهد مستندات قائلان به شرط دانستن توبه برای شمول عفو، شامل اجماع، شهرت، قیاس اولویت و بعضی روایاتی که در خصوص مواردی خاص از ائمه صادر گردیده‌اند، برای اثبات مدعای ایشان از قوت چندانی برخوردار نیست و ادله ایشان اخص از مدعای ایشان می‌باشد و مدافعه در متن روایات که در آن صرفاً به بیان شرطیت اقرار پرداخته‌اند و ذکری از توبه مرتکب به میان نیاورده‌اند به استظهار ادله‌ای چون مذاق شرع و نیز قاعده درأ و تفسیر مضیق قوانین جزایی، عدم اشتراط عفو حاکم به توبه مرتکب را در فرض ثبوت حد با اقرار، قوی‌تر می‌نمایاند. بدین جهت در پژوهش حاضر پیشنهادی نیز برای اصلاح قانون مجازات اسلامی در زمینه مقررات توبه مطرح می‌گردد.

واژگان کلیدی: عفو، توبه مجرم، حد، عفو در حدود، حدود حق اللهی.

غاطبه فقها از متقدمین تا معاصرین بحث تاثیر توبه را بر اجرای مجازات‌ها بررسی نموده‌اند و در ابواب مختلف حدود به فراخور حال از آن سخن به میان آورده اند. در این میان بحثی مطرح است که آیا تاثیر توبه منوط به ثبوت جرم حدی با اقرار است یا خیر؟ غالب فقهای شیعه تاثیر توبه را منوط به فرضی دانسته‌اند که جرم حدی با اقرار ثابت شده باشد. برخی نیز تاثیر توبه را در صورت اثبات جرم با شهادت شهود و بینه نیز پذیرفته‌اند و برخی از متاخرین نیز برای توبه در فرض اثبات جرم با اقرار اثری قائل نگردیده‌اند. این عده بر آنند که چنانچه جرم حدی با اقرار مرتکب ثابت شود نیازی به اثبات و احراز توبه نیست و به صرف اثبات حد با اقرار حاکم مخیر است که مجرم را عفو نماید و یا وی را مجازات نماید. قانون مجازات اسلامی به عنوان اساسی‌ترین سند حقوق جزا در جمهوری اسلامی ایران، در ماده ۱۱۴ نظر خود را همسو با مشهور فقها بیان داشته است.

همانطور که در تمام ادوار تاریخی، ارتکاب جرم و نقض هنجارهای اجتماعی، واکنش شدید جامعه را در برداشته و حاکمیت برای مجازات مجرم و تنبیه هنجارشکن، مجازات‌هایی را وضع نموده است، به موازات قدمت مجازات در طول تاریخ، عفو از مجرم نیز مد نظر بوده است و مجرمین تحت شرایطی خاص مشمول آن می‌شده‌اند. در نظام حقوق کیفری ایران نیز در کنار تاسیس‌هایی همچون آزادی مشروط (ساده، مراقبتی)، تعویق صدور حکم (ساده، مراقبتی)، تعلیق مجازات (ساده، مراقبتی)؛ عفو محکومین و مجرمان مد نظر مقنن قرار گرفته است. نظام حقوق جزای ایران که بر گرفته از شرع انور اسلام است، عفو را بر پایه آموزه‌های اسلام در قانون اساسی و قانون مجازات اسلامی گنجانده است.

هرچند در خصوص عفو و شرایط آن و تقسیمات عفو، آثار ارزشمندی نگاشته شده است که مورد اقبال نگارندگان نیز بوده است لکن در آثار مزبور پاسخ روشنی به این سؤال داده نشده است که در صورت اثبات جرم حدی با اقرار مرتکب، آیا توبه، شرط جواز عفو توسط حاکم است یا بدون توبه نیز عفو جایز است و در صورت اشتراط توبه، ملاک توبه و ضوابط احراز آن چگونه خواهد بود؟ پژوهش پیش رو در صدد است که بدین سؤال پاسخ داده و موضع مقنن را در این خصوص بازخوانی نماید. در پاسخ به این سؤال لازم به یاد آوری است که عفو به دو قسم کلی تقسیم می‌گردد یکی عفو عمومی بدین تعریف که «عفو عمومی تصمیم و اقدامی است از طرف قدرت عمومی اجتماعی به منظور فراموش کردن بعضی جرایم و منع تعقیب آنها و ترک اجرای احکامی که برای مجازات صادر گردیده است»

(عباس زراعت، شرح قانون مجازات اسلامی، ۱۷۷؛ محمد باهری، حقوق جزای عمومی، ۴۸۲؛ ایرج گلدوزیان، بایسته های حقوق جزای عمومی، ۴۱۱؛ پرویز صانعی، حقوق جزای عمومی، ۳۲۲/۲؛ حسین آقایی جنت مکان، حقوق کیفری عمومی، حقوق کیفری عمومی، ۳۵۲/۲) این نوع عفو که در تکاپوی انقلابات و اغتشاشات رخ می نماید راهی برای رفع التهابات اجتماعی است. نوع دیگر، عفو عفو خصوصی است که در تعریف آن گفته شده: «عفو خصوصی تصمیمی است که به ابتکار و با پیشنهاد قوه قضاییه و موافقت عالی ترین مقام اجرایی کشور، یعنی رهبری گرفته می شود و به موجب آن تمام یا قسمتی از مجازات محکومان بخشوده و یا به مجازات خفیف تری تبدیل می شود» (محمد علی اردبیلی، جزای عمومی، ۲۶۱؛ عباس زراعت، شرح قانون مجازات اسلامی، ۱۷۷)

آنچه در نوشتار حاضر بدان پرداخته می شود، عفو خصوصی و آن هم در صورت ارتکاب جرم حدی می باشد، ارتکاب جرم حدی در فرضی مد نظر پژوهش حاضر است که حد با اقرار مرتکب ثابت گردیده باشد. در فقه پویای شیعه در این خصوص نظرات مختلفی مطرح گردیده است که حسب استقراء نگارندگان پنج نظر قابل ذکر است. در اغلب این نظریات، صرف نظر از تفاوت های آنها، «توبه» مرتکب شرط دانسته شده است، در مقابل این نظر غالب، برخی از فقهای معاصر بر این عقیده اند که چنانچه حد با اقرار مرتکب ثابت گردد، نیازی به توبه وی نیست و در هر صورت بر حاکم جایز است که وی را از مجازات عفو نماید.

قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ ذیل ماده ۱۱۴ در خصوص مسئله فوق از نظر مشهور فقها تبعیت نموده است و جواز عفو حاکم را مشروط به توبه مرتکب دانسته است. که در ادامه دلایل استحکام یا ضعف این موضع مقنن را به نقد می نشینیم.

قبل از پرداختن به موضوع مورد بحث و آوردن اقوال فقها ذکر پاره ای از مفاهیم پایه ای و اصلی برای ورود به بحث ضروری است. هر چند ممکن است در ابتدای امر بعضی از این مفاهیم بدیهی به نظر برسد لکن با عمیق شدن در معانی این واژگان خلاف این مطلب به اثبات می رسد.

بررسی لغوی و اصطلاحی مفردات تحقیق

برای این منظور ابتدا به تعریف حد پرداخته و مشخص می نماییم کدامیک از حدود در این مقاله مورد نظر می باشد و سپس به تعریف لفظ قاضی و اقسام آن پرداخته و این مفهوم مورد کوشش قرار

می گیرد و در ادامه به بررسی مفهوم عفو و انواع عفو پرداخته و در نهایت به تبیین مفهوم توبه و ارکان و شرایط آن می پردازیم.

الف) حد: حد در لغت: حد در لغت به معنای مرز، مانع و حاجز بین دو چیز است که مانع اختلاط آن ها با یکدیگر می شود. (راغب، مفردات، ۲۲۱؛ واسطی، تاج العروس من جواهر القاموس، ۴/۴۱۰؛ نشوان بن سعید، شمس العلوم، ۳/۱۲۴؛ ابوالحسین، ابن فارس، معجم مقاییس اللغة، ۲/۳؛ قرشی، قاموس قرآن، ۲/۱۱۲) و حد منزل آن چیزی است که به وسیله ی آن از منزل های دیگر متمایز می شود (راغب، همان، ۲۲۱) اصل حد به معنای مانع قرار دادن و جدایی بین دو چیز می باشد. (ابن اثیر، النهایه، ۱/۳۵۲) و جمع آن حدود است و منتهای هر چیزی حد آن می باشد. (ابن منظور، لسان العرب، ۳/۱۴۰) حدود شرعی نیز از این جهت حد نامیده شده اند که مانع مردم از ارتکاب گناهان می شوند. (فیومی، المصباح المنیر، ۲/۱۲۵)

حد در اصطلاح: محقق حلی در تعریف حد چنین می نگارد: «هر چیزی که دارای عقوبت مقدر و تعیین شده باشد حد و آنچه دارای مجازات مقدر نباشد، تعزیر نامیده می شود» (محقق حلی، شرائع، ۴/۱۳۶) صاحب جواهر و برخی دیگر حد را به عقوبت خاصی که باعث وارد شدن آزار بر بدن فرد به خاطر انجام دادن معصیت خاصی که مرتکب شده است و شارع مقدار آن را بیان کرده است تعریف نموده است. (نجفی، جواهر الکلام، ۴۱/۲۵۴؛ سبزواری، مهذب الأحکام، ۲۷/۲۲۴؛ تبریزی) صاحب ریاض در این زمینه می نگارد: «حدود جمع حد است، و حد در لغت به معنی منع، و از دیدگاه شرع، عقوبت و مجازات معین و مخصوصی است که باعث آزار بدن می گردد» (طباطبایی، ریاض المسائل، ۲/۴۵۹)

حدود به دو قسم حق اللهی و حق الناسی تقسیم می گردند

حدود به دو دسته تقسیم می شوند حدود حق اللهی و حدود حق الناسی. حدود حق اللهی شامل زنا، لواط، سحاق و حدود حق الناسی که تنها مصداق آن حد قذف است. (مرعشی نجفی، السرقه علی ضوء القرآن و السنة، ۱۴۲۴، ۲۷۰؛ تبریزی، أسس الحدود و التعزیرات، ۱۸۳) و گروهی دیگر این دو قسم را به آثار آن تعریف نموده و گفته اند: «هر آنچه که بنده می تواند آن را ساقط کند حق الناس و هر آنچه که بنده حق اسقاط آن را ندارد حق الله است» (اردبیلی، فقه القضا، ۲/۱۸۸؛ ابن ادریس، السرائر، ۳/۴۹۵؛ علامه حلی، مختلف الشیعه، ۸/۴۷۳) از نظر کمیسیون استفتائات شورای عالی قضایی «هر جرمی که موجب تضرر شخص یا اشخاص

خاص بشود حق الناس و هر جرمی که باعث اخلال و اختلال در نظم گردد و موجب لطمه بر مصالح اجتماعی و حقوق عمومی باشد حق الله محسوب می‌شود» (مجموعه جرایم و مجازات‌ها، معاونت پژوهش، ۶۰۵/۲)

آنچه در این جستار بدان پرداخته می‌شود و مطمح نظر است حدود حق اللهی است چرا که در حدود حق الناسی نیاز به گذشت و عفو صاحب حق است.

ب) حاکم: حاکم، اصطلاحی است که در فقه، حقوق و اصول فقه معانی متفاوتی دارد این لغت به معنی قاضی، داور، فرمانروا، اجراکننده حکم است. در قرآن لغت حاکم به صورت مفرد استعمال نشده است، ولی به صورت جمع بکار رفته است. در جایی «حُکام» (بقره، ۱۸۸) و چندین مورد نیز با عنوان «خیرالحاکمین» (اعراف: ۸۷؛ یونس: ۱۰۹؛ یوسف: ۸۰) و «احکم الحاکمین» (هود: ۴۵؛ تین: ۸) در مورد خداوند آمده است.

این عبارت در اصل ۵۶ و ۵۷ قانون اساسی نیز به معنای حکمران آمده است و در مواد قانون مجازات اسلامی به عنوان قاضی آمده است بنابراین برای پی بردن به مفهوم حاکم باید در معنای قاضی واکاوی و جستجو گردد.

قاضی برگرفته از ماده قضاء است و اسم فاعل است. بنابراین چنانچه معنای قضاء را تبیین نماییم مفهوم قاضی نیز مشخص می‌گردد. معانی مختلفی برای مفهوم قضا ذکر گردیده است. (انیس، معجم الوسیط، ۷۴۳؛ ابن منظور، همان، ۲۰۹/۱۱؛ طریحی، مجمع البحرین، ۱۴۸۹/۳؛ فیومی، همان، ۵۰۷۵۴۰/۱) می‌توان از تمامی تعاریف ذکر شده در کتب به این تعریف رسید که قضا در لغت به معنای قطع کردن، حتمی نمودن، تمام کردن امری خاص می‌باشد.

متقدم از فقها تعریف در خصوص قضا را بیان ننموده‌اند. این عدم ذکر تعریف نیز یا بدین علت بوده است که بین تعریف لغوی و اصطلاحی قرابت و نزدیکی است و یا به علت مشخص بودن تعریف آن نزد عموم مردم بوده است.

آنچه از تعاریف فقهای معظم در بحث قضا استقصا می‌گردد آن است که فقها بر یک تعریف مشخص اتفاق نظر ندارند. برخی آنرا صرف حکم کردن، ختم دعوا و ختم اختلاف دانسته‌اند. (فاضل آبی، بی‌تا، ۴۹۲؛ زحیلی، ۱۴۱۸، ۴۸/۶؛ خویی، ۱۴۰۷، ۳/۱؛ مروارید، ۱۴۱۰، ۵۱۴؛ ابن عابدین، ۱۴۰۵، ۳۵۲؛ خمینی، بی تا، ۵۳۵/۴؛ کاشانی، ۱۴۰۹، ۳/۷) گروه دیگر فقها این تعریف را

برای قضا پسندیده اند: «ولایت شرعی، خواه ولایت خاص و خواه ولایت عام، بر حکم و مصالح عامه» (شهید اول، ۱۴۱۴، ۱۶۸/۲؛ خوانساری، ۱۴۰۵، ۳/۲؛ طباطبایی، ۱۴۰۴، ۳۸۵/۲؛ سیوری حلی، ۱۴۰۴، ۲۳۱/۴؛ شهید ثانی، ۱۴۱۶، ۳۵۲/۱۳؛ اصفهانی، ۱۴۰۵، ۲۵۳/۲؛ میلانی، بی تا، ۱۱/؛ موسوی اردبیلی، ۱۴۰۸، ۳۸) در مجموع می توان قضا را چنین تعریف کرد: «فصل خصومت بین متداعیین و تطبیق احکام کلی بر موارد جزئی خواه برای فصل خصومت بین طرفین و خواه مصالح کلی مانند امور حسبیه»

اقسام قاضی: پس از آنکه تعریف قضا و به تبع آن قاضی مشخص شد، می بایست مشخص نماییم قاضی بر چند قسم است. به صورت کلی دو قسم قاضی قابل برشمردن است: الف) قاضی معصوم: یکی از مناصبی که پیامبر (ص) و امامان معصوم (ع) علاوه بر سایر مناصب الهی داشته اند قضاوت بین مردم بوده است. (خمینی، بی تا، ۸۱/۴) ب) قضاوت غیر معصوم (چه مجتهد باشند و چه ماذون از قبل مجتهد): آنچه مسلم است و مورد اتفاق فقهای امامیه است آن است که در عصر غیبت قضاوت مجتهد جامع الشرایط پذیرفته شده است و اجماع از هر دو نوع آن بر آن قائم شده است. (محقق حلی، ۱۳۷۷، ۱۶۴۸/۴) البته در خصوص اینکه آیا قاضی حتما می بایست مجتهد باشد و یا مقلد آگاه به امور و ماذون از سوی مجتهد نیز حق قضاوت دارد یا خیر؟ نظراتی ذکر شده است که چهار نظر قابل طرح است: اول) گروهی به اعتبار علم در قاضی نظر داشته اند لکن حدود و ثغور این آگاهی و علم را مشخص نکرده اند. (ابن بابویه، ۱۴۱۵، ۱۴۷) دوم) گروه دیگر هر چند اسمی از اجتهاد نبرده اند لکن علم را چنان تفسیر نموده اند که با اجتهاد قابل تطبیق است (طوسی، ۱۳۵۱، ۱۰/۸) سوم) گروه سوم صریحا اجتهاد را در قاضی معتبر دانسته اند. (محقق حلی، ۱۳۷۷، ۵۹/۴؛ حلی، ۱۴۱۹، ۲۰۱/۲؛ سبزواری، بی تا، ۲۶۱/۲؛ آشتیانی، ۱۳۶۳، ۴؛ عراقی، بی تا، ۱۰) چهارم) النهایه این گروه از فقها بالصراحه منکر اشتراط اجتهاد می باشند. (نجفی، ۱۳۶۲، ۱۵/۴)

هر چند این موضوع خود نیازمند پژوهشی مجزا می باشد و در جستار حاضر به دنبال ذکر مطلب دیگری هستیم لکن می توان گفت در بین فقهای معاصر امام خمینی (ره) نیز به گونه ای قائل به اشتراط اجتهاد گردیده است (خمینی، تحریر الوسیله، ۴۰۷/۲)

ج) عفو و اقسام آن: عفو به معنای بخشودن، گذشت کردن، گذشت. در لغت به معنی از کنار کسی گذشتن، بخشودن و گذشت کردن است. (معین، فرهنگ معین، ۲۳۱۹/۲) راغب در مفردات این معنی را ریشه اصلی نمی داند و معتقد است که عفو به معنای

قصد گرفتن چیزی است و به همین مناسبت به وزش بادهایی که منجر به ویرانی و گرفتن چیزی می‌شود، این واژه اطلاق شده است. (ابن منظور، لسان العرب، ۲۹۴/۹) و اگر به محو کردن عفو اطلاق می‌گردد بخاطر این است که آن هم نوعی قصد برگرفتن چیزی است. (راغب، مفردات، ذیل ماده عفا) در علم حقوق اعطای عفو بر حسب مرجع اعطا کننده به عفو عمومی یا عام و عفو خصوصی یا خاص قابل تقسیم است. در عفو، صاحب حق، حق خود را ساقط کرده و مطالبه نمی‌کند، مانند عفو اولیای دم از قاتل، عفو مجروح از جراح و عفو مظلوم از ظالم. عفو در اصطلاح حقوقدانان، در معانی زیر نیز آمده است: اسقاط مجازات به وسیله رئیس یک کشور و یا امام، قدر مشترک ابراء و هبه و نیز در علم اصول به معنای اباحه و براءت است. (لنگرودی، ترمینولوژی، ۲۵۵۳) عفو، اقدامی مبتنی بر اغماض و مصالح جامعه و فرد است، که با تصویب نهادهای حکومتی اعم از نهاد رهبری یا مجلس قانونگذاری، به منظور متوقف ماندن تعقیب متهمان و یا بخشودن تمام یا قسمتی از مجازات محکومان، صورت می‌گیرد. (اردبیلی، جزای عمومی، ۲۶۱) به نظر می‌رسد این تعریف جامعتر و کاملتر از سایر تعاریف باشد. بنابراین از طرفی عفو، گذشت شخص متضرر از جرم، از شخص مرتکب جرم است و از طرف دیگر، گذشت امام یا حاکم مسلمین (قاضی جامع الشرایط) از شخص یا اشخاصی، که ممکن است به شکلهای عفو عام، عفو خاص، یا عفو بعد از گذشت متضرر از جرم محقق گردد. مراد از عفو در این پژوهش، با توجه به موارد فوق صورت دوم آن می‌باشد که منوط به عفو حاکم، و عفو بعد از گذشت متضرر از جرم است.

(د) توبه: در لغت به معنای پشیمانی و بازگشت از معصیت به سوی طاعت خداوند است. (حمیری، همان، ۲/ ۷۸۱؛ نشوان بن سعید، همان، ۳۲۸/۱) خداوند در قرآن کریم علاوه بر تشویق مرتکبین گناه به توبه، آن را راهی برای جبران گذشته از سوی خود اعلام نموده است.^۱ از این رو، در روایات، توبه به عنوان والاترین طهارت معرفی شده است.^۱ البته توبه به

^۱ اَلْأَيْهَا الَّذِيْنَ آمَنُوا تَوْبُوا إِلَى اللَّهِ تَوْبَةً نَّصُوحًا عَسَىٰ رَبُّكُمْ أَن يُكَفِّرَ عَنْكُمْ سَيِّئَاتِكُمْ وَ يُدْخِلَكُم جَنَّاتٍ تَجْرِي مِن تَحْتِهَا

معنای صرف پشیمانی و بازگشت از گناه نمی‌باشد، بلکه این پشیمانی در صورتی معتبر بوده و توبه به حساب می‌آید که همراه با اصلاح گذشته باشد، چنانکه در قرآن کریم آمده است: «من تاب من بعد ظلمه و أصلح فإن الله يتوب عليه» (مائده ۳۹) همچنین در روایتی در ارتباط با تأثیر توبه در سقوط حد آمده است: «إذا صلح و عرف منه أمر جميل لم يقم عليه الحد» (حر عاملی، وسایل الشیعه، ۳۷/۲۸) بنابراین ممکن است توبه را امری مرکب از ندامت درونی و اصلاح عملی دانست؛ نیز محتمل است توبه را به معنای ندامت و پشیمانی دانست که اصلاح عملی و رفتاری، مبرز این ندامت درونی است. پس از بیان مقدمات بحث در ادامه به بیان اقوال فقها در زمینه شرطیت توبه برای تاثیر عفو حاکم پرداخته شده است.

اقوال فقها در باب اشتراط توبه

الف) نظریه جواز عفو در صورت توبه پس از ثبوت جرم

در این زمینه نظرات فقها را می‌توان به سه دسته تقسیم نمود:

۱- جواز عفو در صورت توبه پس از ثبوت جرم با اقرار

برخی از فقها جواز عفو حاکم در صورت ارتکاب جرم حدی را منوط به دو شرط دانسته‌اند: اول آنکه طریق اثبات جرم اقرار مرتکب باشد، دوم آنکه مجرم پس از اقرار، توبه کرده باشد. شیخ طوسی در خصوص فردی که مرتکب جرم مستوجب حد می‌گردد و به ارتکاب آن اقرار و بعد از آن توبه می‌نماید، در صورت وجود مصلحت، امام را مخیر در اجرای مجازات حد بر مرتکب یا عفو از وی می‌داند (طوسی، النهایه، ۶۹۶). مشهور فقهای متقدم و متاخر بر این نظریه فتوا داده‌اند. (مقداد حلّی، التنقیح الرائع لمختصر الشرائع، ۴/ ۳۳۴؛ شهید ثانی، الروضة البهیة،

۱. مُحَمَّدُ بْنُ عَلِيٍّ بْنِ الْحُسَيْنِ بِإِسْنَادِهِ عَنْ سَعْدِ بْنِ طَرِيفٍ عَنِ الْأَصْبَغِ بْنِ نُبَاتَةَ قَالَ: أَتَى رَجُلٌ أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ عَ فَقَالَ يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ - إِنِّي زَنَيْتُ فَطَهَّرْنِي فَأَعْرَضَ عَنْهُ بَوَجْهِهِ - ثُمَّ قَالَ لَهُ اجْلِسْ فَقَالَ - أَيْعِزُّ أَحَدَكُمْ إِذَا قَارَفَ هَذِهِ السَّيِّئَةَ - أَنْ يَسْتُرَ عَلَيَّ نَفْسِيهِ كَمَا سَتَرَ اللَّهُ عَلَيْهِ فَقَامَ الرَّجُلُ - فَقَالَ يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ إِنِّي زَنَيْتُ فَطَهَّرْنِي - فَقَالَ وَ مَا دَعَاكَ إِلَى مَا قُلْتَ - قَالَ طَلَبْتُ الطَّهَّارَةَ - قَالَ وَ أَيُّ طَهَّارَةٍ أَفْضَلُ مِنَ التَّوْبَةِ (حر عاملی، وسایل الشیعه، ۲۸، ۳۸)

۳۶۱/۲؛ محقق حلی، المختصر النافع، ۱/ ۲۱۴؛ حلی، المهدب البارع، ۲۰/۵؛ مکارم، أنوار الفقاهة، ۱۷۷؛ علامه حلی، تبصره، ۱۸۴؛ همو، تحریر الاحکام، ۵/ ۳۱۰؛ خمینی، تحریر الوسیله، ۲/ ۴۶۰؛ لنکرانی، تفضیل الشریعه، ۱۰۹؛ خوانساری، جامع المدارک، ۷/ ۱۹؛ محقق حلی، شرایع الاسلام، ۴/ ۱۳۹؛ موسوی، فقه الحدود، ۱/ ۳۱۱؛ علامه حلی، مختلف الشیعه، ۹/ ۱۶۲؛ محقق اردبیلی، مجمع الفائدة و البرهان، ۱/ ۱۲۴؛ منتظری، کتاب الحدود، ۴۳؛ فاضل آبی، کشف الرموز، ۲/ ۵۴۴؛ مجلسی، مرآه العقول، ۲۳/ ۳۳۹؛ همو، ملاذ الخبار، ۱۶/ ۸۷؛ شهید ثانی، مسالک الافهام، ۱۴/ ۳۵۰؛ روحانی، منهاج الصالحین، ۳/ ۲۶۲؛ طوسی، موارد السجن، ۴۹/ ۵. برخی بر این دیدگاه ادعای اجماع کرده‌اند (نجفی، جواهر الکلام، ۴۱/ ۲۹۳).

۲- نظریه جواز عفو در صورت توبه پس از شهادت شهود

شیخ مفید می‌نویسد: «اگر (زانی) پس از اقامه شهادت توبه کند، امام با در نظر گرفتن مصلحت فرد و جامعه اسلامی، اختیار عفو یا اجرای مجازات را دارد»^۱ (شیخ المفید، المقنعه، ۷۷۷) ابوالصلاح حلبی نیز این قول را اختیار کرده با این تفاوت که به جای واژه شهادت، بینه را به کار برده است.^۲ (حلبی، الکافی فی الفقه، ۴۰۷)

البته ممکن است مراد شیخ مفید و ابوالصلاح، شهادت به تنهایی نباشد، بلکه اقرار را نیز شامل شود؛ یا به دلیل اینکه اقرار نوعی شهادت است که شخص علیه خویش ابراز می‌دارد و یا به دلیل اولویت. با این بیان، این نظریه با نظریه سوم یکی خواهد بود و ادله آن نیز مشترک است.

۳- جواز عفو در صورت توبه پس از ثبوت جرم به طور مطلق

ابن زهره و ابوالصلاح حلبی از جمله کسانی هستند که این دیدگاه را برگزیده‌اند. (ابن زهره، غنیة النزوع، ۴۳۴؛ الکافی فی الفقه، ۴۰۹؛ حر عاملی، وسایل الشیعه، ۲۸/ ۴۱)

(ب) نظریه انحصار عفو، به حد موجب اذهاق نفس

۱. فإن تاب بعد قیام الشهادة علیه کان للإمام الخیار فی العفو عنه أو إقامة الحد علیه حسب ما

یراه من المصلحة فی ذلك له و لأهل الإسلام فإن لم یتب لم یجز العفو عنه فی الحد بحال

۲. و ان تاب بعد قیام البینه للإمام العادل مخیر بین العفو و الإقامة

در میان فقهای امامیه تنها ابن ادریس معتقد است که عفو حاکم تنها در فرضی اسقاط کننده حد است که حد سالب حیات باشد. وی مانند مشهور فقها جواز عفو حاکم را مقید به حالت ثبوت جرم با اقرار کرده و توبه را نیز شرط می داند، ولی برخلاف مشهور، جواز عفو را محدود به جایی دانسته که اجرای حد موجب مرگ است و در سایر حدود جواز عفو برای امام وجود ندارد. (ابن ادریس، السرائر، ۳/ ۴۴۴) ایراد نظریه ابن ادریس وجود روایت هایی است که اطلاق دارند و مقید به حد موجب مرگ نیستند، بنابراین مقید نمودن اطلاعات یاد شده نیاز به دلیل دارد و چنین دلیلی یافت نشد.

ج) نظریه جواز عفو در صورت ثبوت جرم با اقرار و عدم اعتبار توبه

در اقوال گذشته، توبه به عنوان شرط جواز عفو مطرح شده است. بعضی از فقها به این نکته تصریح کرده اند: در صورتی که مرتکب توبه نکرده باشد، امام حق عفو ندارد. (المهذب، ۵۲۱/۲ و النهایه، ۶۹۶) و برخی بر آن ادعای اجماع کرده اند (الدرالمنضود، ۱/ ۱۷۶). در مقابل محقق خویی می نویسد: «مشهور جواز عفو را مقید به توبه کرده است، ولی دلیل این تقييد معلوم نیست. اگر اجماعی باشد حرفی نیست، ولی چنین اجماعی وجود ندارد و مقتضای روایاتی که بر جواز عفو امام دلالت داشتند، اعم از توبه و عدم توبه از سوی اقرار کننده می باشد» (خویی، مبانی تکلمة المنهاج، ۱/ ۱۷۷)، بعضی از فقهای معاصر نیز بر همین عقیده اند. (فیاض، منهاج الصالحین، ۳/ ۲۸۱؛ وحید خراسانی، منهاج الصالحین، ۳/ ۴۷۷). یکی دیگر از فقهای معاصر می گوید: «مشهور عفو امام را مقید به فرض توبه کرده اند، ولی این تقييد وجهی ندارد؛ به ویژه وقتی که عفو از مجازات موجب توبه و اصلاح مرتکب باشد» (اسس الحدود و التعزیرات، ۷۳).

ادله نظریات بیان شده در مسئله

در این قسمت به برخی از ادله که فقهای امامیه در جواز اعمال عفو در مجازات های حدی ارائه کرده اند اشاره نموده و سپس دلایل هر گروه از فقها را تبیین می نماییم. عموم ادله ای که بدان در خصوص مسئله لزوم توبه مرتکب پس از اثبات جرم با اقرار و جواز عفو

امام ذکر شده است به چهار دلیل اجماع و شهرت فتوایی و و قیاس اولویت و روایات خلاصه می‌گردد.

یک - اجماع

فقه‌های امامیه درباره اصل جواز عفو کسی که مرتکب جرم مستوجب حد شده است، از سوی امام، هم رأی‌اند. محقق حلی می‌نویسد: «اگر شخصی به موجب حدی اقرار و سپس توبه کند، امام در اجرای حد مخیر است، چه حد رجم (سنگسار) باشد و یا جلد» (محقق حلی، شرائع الإسلام، ۴/ ۱۳۹) صاحب جواهر در ذیل عبارت بالا، ضمن تأیید نظر محقق چنین نگاشته است: «در رابطه با رجم مخالفی ندیدم، بلکه ابن ادریس در سرائر بر آن ادعای اجماع کرده است، بلکه شاید حکم نسبت به دومی (جلد) نیز این گونه باشد، اگر چه ابن ادریس مخالفت کرده است» (نجفی، جواهر الکلام، ۴۱/ ۲۹۳). البته باید توجه داشت که اجماع فقها بر اصل جواز عفو، به معنی اتفاق نظر داشتن بر شرایط جواز عفو از سوی امام و سعه و ضیق آن نیست.

دو - شهرت فتوایی از جمله دلایلی که در جواز عفو امام در صورت توبه مقرر در کتب فقهی بدان اشاره رفته است شهرت عظیم فتوایی بدین بیان که هرچند در روایات دلالتی بر شرط بودن توبه برای اختیار امام در عفو حدود قید نگردیده است لکن فتوای اکثر فقها بدان منجبر این نقیصه بوده و این مورد را جبران می‌کند. (نجفی، جواهر الکلام، ۴۱/ ۲۹۳)

سه - قیاس اولویت

دلیلی که در کشف اللثام نیز بدان اشاره رفته است قیاس اولویت است بدین صورت که بواسطه توبه مجازات و عقاب اخروی گناه موجب حد ساقط می‌شود و مشمول رحمت الهی قرار می‌گیرد با وجود اینکه عقاب اخروی بسیار سخت تر و مدت آن طولانی تر از عقاب و مجازات دنیوی (اجرای حدود) است بنابراین به طریق اولی مجازات دنیوی نیز ساقط می‌گردد. البته این دلیل تمام نیست و مورد خدشه است چراکه اولاً در فقه موارد بسیاری وجود دارد که با توبه عقاب اخروی ساقط می‌شود لکن باز هم حد بر مرتکب جاری می‌شود از جمله توبه مرتد فطری که بین مرتد و خداوند پذیرفته می‌شود لکن باز هم حد بر وی جاری می‌گردد و یا در موردی که مرتکب حدود بعد از قیام بینه توبه می‌کند که در این خصوص نیز بنابر نظر مشهور فقها حد بر وی جاری می‌گردد. ثانیاً اجرای حدود و مجازات

دنیوی برای حفظ نظام بشری و حفظ شئون و نظامات آن است لکن فلسفه عقاب اخروی تجاوز از حدود الهی است. (مکارم، انوار افقاهه، ۱۷۸)

چهار - روایات

بعضی از روایاتی که مستند رأی فقها قرار گرفته، به قرار زیر است:

اول - روایت معتبره طلحة بن زید

امام جعفر صادق (ع) فرمود: «برخی کسان من، برایم چنین نقل کرده‌اند که جوانی نزد امیرالمؤمنین (ع) آمد و به دزدی اعتراف کرد. علی (ع) به او فرمود: می‌بینم که جوانی و اشکالی در بخشیدن تو نیست (به خاطر جوان بودن) آیا چیزی از قرآن می‌خوانی؟ گفت: بله، سوره بقره. فرمود: دست تو را به سوره بقره بخشیدم. [سپس امام صادق (ع) فرمود:] حضرت از آن روی دست او را نبرید که بینهای بر او اقامه نشده بود. (وسائل الشیعه، ۲۵۱/۲۸)^۱ دلالت روایت بر جواز عفو روشن است، ولی از نظر سند، مورد اشکال قرار گرفته است. البته بعضی از فقها از جمله محقق خویی آن را معتبر دانسته‌اند. بعضی آن را عمده دلیل روایی حکم مذکور دانسته‌اند. (مبانی تکملة المنهاج، ۳۰۹/۱؛ أسس الحدود و التعزیرات، ۷۲ - ۳۶۴).

دوم - روایت مرسله برقی

این روایت به ظاهر همان روایت سابق است. با قدری اضافه در متن روایت، که از ابو عبدالله برقی به صورت مرسله از امام باقر یا امام صادق (ع) نقل شده است. در این روایت آمده است که پس از بخشیده شدن سارق، به خاطر سوره بقره، یکی از حاضران به نام اشعث به امام اعتراض کرد و گفت: آیا حدی از حدود الهی را تعطیل می‌کنید؟ امام فرمود: تو از این

^۱. عن جعفر علیه السلام قال: حدّثنی بعض اهلئ انّ شابّا اتی امیرالمؤمنین علیه السلام فاقرّ عنده بالسرقة، قال: فقال له علی علیه السلام: انّی اراک شابّا لا بأس بهیتک، فهل تقرأ شیئا من القرآن؟ قال: نعم، سورة البقرة، فقال: قد وهبت یدک لسورة البقرة، قال: و انما منعه ان یقطعه لانه لم یقم علیه بیته

مسئله چه می‌دانی؟ اگر بینه‌ای اقامه شود، امام حق عفو ندارد و در صورتی که راه اثبات، اقرار شخص باشد، اختیار با امام است؛ اگر بخواهد می‌بخشد و اگر بخواهد قطع می‌کند. (وسائل الشیعه، ۲۸ / ۴۱). دلالت این روایت بر جواز عفو مجرم از سوی امام، در صورت ثبوت جرم با اقرار روشن است، ولی از نظر سند، هر چند روایت در وسائل الشیعه به صورت مرسله نقل شده است، خود صاحب وسائل بر این باور است که این روایت از جمله قضایای امیرالمؤمنین (ع) است که مرحوم صدوق در مشیخه کتابش سند معتبری به این قضایا دارد. وی همچنین می‌نویسد: «روایتی نظیر این روایت به صورت مسند از طریق شیخ نقل شده است. از این رو بعضی فقهای معاصر، این روایت را با عنوان «معتبره طلحه» نقل کرده‌اند. (أسس الحدود و التعزیرات، ۷۲) البته اگر حدیث را معتبر ندانیم و روایت طلحه غیر از روایت برقی باشد، باز هم عمل مشهور جبران کننده ضعف آن است.

سوم - صحیحہ ضریس کناسی

از امام باقر (ع) نقل شده است که فرمود: از حدود الهی غیر از امام عفو نمی‌کند، ولی در حق الناس، اشکالی در عفو از سوی غیر امام نیست. (وسائل الشیعه، ۲۸ / ۴۰).^۱ این روایت از نظر سند ایرادی ندارد، ولی از نظر دلالت، اگر فعل «لایعفی» به صورت معلوم خوانده شود و «دون الامام» به معنی «غیر از امام» و فاعل آن باشد، روایت بر اختیار عفو امام در مورد حقوق الهی به طور مطلق - چه جرم با اقرار ثابت شده باشد چه با بینه و یا علم قاضی - دلالت می‌کند. بیشتر فقها روایت را این گونه معنی کرده‌اند. (مبانی تکملة المنهاج، ۱ / ۱۷۷ و اسس الحدود و التعزیرات، ۷۳ و ، تفصیل الشریعه، ۸۷) از این رو، گفته‌اند غیر اقرار به دلیل روایات خاص از تحت این اطلاق خارج می‌شود. در مقابل، برخی بر این باورند که روایت چنین دلالتی ندارد، زیرا «لایعفی» فعل مجهول است و مراد از «دون الامام» یا نزد امام است و یا پیش از امام. بنابراین، معنای این روایت این است: «حدودی که حق الله هستند، پیش از امام

^۱ عن ابی جعفر علیه السلام قال: لا یعفی عن الحدود التی لله دون الامام. فاما ماکان من حق الناس فی حد فلا بأس

عفو نمی‌شوند، ولی حدودی که حق الناس باشند، اشکالی ندارد که پیش از امام بخشیده شوند». بنابراین، روایت در مقام بیان جواز عفو از سوی صاحبان حق است، نسبت به حدودی که حق الناس هستند و ربطی به بحث ما ندارد. (سید محمود هاشمی، «کاوشی درباره اختیار ولی امر در عفو کیفرها»، فقه اهل بیت، سال دوم، شماره ۷، ۱۳۷۵، ص ۴۸) البته به نظر می‌رسد در این صورت نیز به نوعی اشعار به مطلب دارد.

چهارم - روایت مالک بن عطیه

این روایت که مالک بن عطیه از امام صادق (ع) نقل کرده است و برخی آن را معتبر می‌دانند. (سید محمود هاشمی، کاوشی درباره اختیار ولی امر در عفو کیفرها، فقه اهل بیت، شماره ۷، ص ۵۱) بیان یکی از قضاوت های حضرت علی (ع) است. بر اساس این روایت، مردی نزد حضرت آمد و چهار بار به لواط اقرار کرد، حضرت او را در گزینش نوع کیفرهای سه گانه (کشته شدن با شمشیر، پرتاب از بلندی با دست و پای بسته و در آتش سوختن) مخیر گذاشت. او سوختن در آتش را به عنوان شدیدترین مجازات انتخاب کرد. پس از این که مقدمات اجرای حکم فراهم شد و گودالی پر از آتش برپا کردند، آن شخص برخاست و با حالت گریان در حالی که به زبانه های آتش نگاه می کرد، به داخل گودال آتش رفت؛ به گونه ای که امیرالمؤمنین (ع) و همه اصحاب ایشان که حاضر بودند، گریستند. سپس امیرالمؤمنین (ع) فرمود: برخیز ای مرد! تو فرشتگان آسمان و زمین را به گریه انداختی، خداوند توبهات را پذیرفت. برخیز و از این پس هرگز آن چه را انجام دادی، تکرار مکن. (وسائل الشیعه، ۱۶۱ / ۲۸) این روایت نه تنها جواز عفو امام، در صورت ثبوت جرم با اقرار و توبه مرتکب را بیان می‌کند، بلکه این مطلب را می‌رساند که امام پس از صدور حکم و شروع به اجرای حد نیز با وجود شرایط و اقتضای مصلحت، می‌تواند مجرم را ببخشد. پس از بررسی روایات، می‌توان گفت جایی برای تردید و اشکال در اصل جواز نیست؛ به ویژه اینکه، افزون بر اعتبار بعضی از روایات یاد شده از نظر سندی، مشهور فقها به آنها استناد کرده و بر پایه آنها فتوا داده‌اند. (فاضل لنکرانی، تفصیل الشریعه، کتاب الحدود، ۸۸)

پنجم - روایت حسن بن علی بن شعبه

امام هادی (ع) فرمود: «ولی مردی که به لواط اعتراف کرده، بینه‌ای بر او اقامه نشده است و خود او از روی اختیار به گناه خویش اقرار کرده است و اگر امام به خاطر منت خداوند بر او، حق مجازات کردن از طرف خدا را دارد، اختیار منت گذاردن (عفو کردن) او را نیز از سوی خداوند خواهد داشت. آیا سخن خدا را نشنیده‌ای که فرمود: این بخشش و عنایت ماست، خواهی منت بگذار و خواهی نگاهدار بدون حساب» (وسائل الشیعه، ۴۱/۲۸)^۱. این روایت نیز بر اختیار عفو امام روشن است، ولی به دلیل مرسل بودن آن، تنها می‌تواند مؤید بر مدعا باشد. مقصود از امام در روایات یاد شده: ممکن است گفته شود هر چند با توجه به روایات استناد شده، تردیدی در جواز عفو از سوی امام نسبت به مجازات‌های حدی باقی نمی‌ماند، اما ظاهر از لفظ امام، امام معصوم است، هم چنان که بعضی از فقها به آن تصریح کرده‌اند. (الدر المنضود فی احکام الحدود، ۶۹ / ۲) در حالی که هدف اصلی از این بحث، اثبات جواز عفو از سوی ولی امر غیر معصوم، در عصر غیبت امام معصوم است. در پاسخ می‌توان گفت: بیشتر کسانی که به این مسئله اعتراض کرده‌اند، نخست احتمال اختصاص حکم به امام معصوم را داده‌اند، ولی در نهایت لفظ امام را به ولی امر و فقیه جامع شرایط تعمیم داده و آن را تقویت کرده‌اند. (تحریر الوسیله، ۵۹۰ / ۲) اغلب فقها، تعطیلی حدود در عصر غیبت را نمی‌پذیرند و فقیه جامع شرایط را از باب حسبه یا نیابت عام از امام معصوم، متولی اجرای حدود می‌دانند. بنابراین، در مواردی که شرایط مقتضی باشد، حق عفو نیز با ایشان است. و سرانجام برخی از فقهای معاصر ظهور واژه امام در امام معصوم و اختصاص داشتن به آن را در روایات باب، حتی به عنوان یک احتمال نیز نپذیرفته‌اند. یکی از فقهای معاصر می‌نویسد: «این احتمال که این حق امام معصوم از آن روی که معصوم است، نه از آن روی که امام و ولی امر است می‌باشد، خلاف ظاهر واژه امام در روایات است که ظاهرش همان معنای لغوی و عرفی است و نه مخصوص معصوم». (دراسات فی ولایة الفقیه، ۷۹۶ / ۲) به

^۱ عن ابی الحسن الثالث علیه السلام فی حدیث قال: و اما الرّجل الذی اعترف باللواط، فانه لم یقم علیه بینة و انما تطوع بالاقرار من نفسه و اذا کان للامام الذی من الله ان یعاقب عن الله کان له ان یمنّ عن الله ، اما سمعت قول الله عزوجل: هذا عطاؤنا فامنن او امسک بغير حساب

اعتقاد ایشان به کار بردن لفظ امام، به خصوص در روایت «طلحه» با توجه به سنی مذهب بودن وی، نمی‌تواند امام معصوم باشد.

ارزیابی و بررسی اقوال در مسئله و انتخاب نظریه مختار

نظریه (جواز عفو در صورت توبه پس از اقرار) را مشهور فقهای امامیه پذیرفته‌اند و همانطور که ذکر شد بعضی بر آن ادعای اجماع کرده‌اند. (جواهر الکلام، ۴۱/ ۲۹۳) قانونگذار در قانون مجازات اسلامی نیز این قول را اختیار کرده است. مشهور دلیل این قول را، افزون بر اجماع، روایاتی (وسائل الشیعه، ۲۸/ ۴۰) می‌دانند که اگرچه دلالت یا سند برخی از آنها بدون اشکال نیست، ولی با کمک هم و به واسطه تأیید به عمل مشهور، مورد ادعا را اثبات می‌کنند.

اما به نظر می‌رسد روایات مورد استناد مشهور نمی‌تواند تمام ادعای ایشان را ثابت کند زیرا آنچه روایات بر آن تکیه دارند جواز عفو مجرم در صورت ثبوت جرم با اقرار است و نه توبه، اما مشهور توبه مجرم را نیز شرط جواز عفو دانسته‌اند که اعتبار این شرط نیاز به دلیل دارد و در هیچ یک از روایات مورد استناد، توبه مطرح نشده است؛ بر این اساس صاحب جواهر می‌نویسد: «در هیچ روایتی توبه اقرار کننده شرط جواز عفو دانسته نشده است و شاید اتفاق فقها بر این تقیید کافی برای تقیید باشد» (همو، جواهر الکلام، ۴۱/ ۲۹۴) اگر اجماعی در کار باشد نظریه اول را می‌پذیریم اما وجود چنین اجماعی نیز محل تردید است چراکه اجماع مدرکی است و به روایات مستظهر است و از طرفی موضوع نیز اختلافی است بنابراین اجماعی متصور نیست. خود اقرار را نیز نمی‌توان دلیل بر توبه گرفت زیرا اولاً: اقرار اعم از توبه است و همیشه اقرار حاکی از پشیمانی نیست؛ ثانیاً: مشهور که توبه را معتبر می‌داند آن را جدای از اقرار اعتبار کرده است بر همین اساس گفته‌اند توبه اگر قبل از اقرار باشد موجب سقوط حد است و اگر بعد از اقرار باشد امام جامعه می‌تواند مرتکب را مورد عفو قرار دهد.

برای نظریات (جواز عفو در صورت توبه پس از ثبوت جرم) و (جواز عفو در صورت توبه پس از شهادت شهود) علاوه بر عموم تعلیل روایت حسن بن علی بن شعبه به اصل برائت و

اولویت استدلال شده است. (ابن زهره، غنیه النزوع، ۶۲۲؛ ابوصلاح حلبی، الکافی فی الفقه، ۴۱/۲۸) در رد ادله ایشان می‌توان گفت: عموم تعلیل روایت حسن با ادله دیگر از جمله معتبره طلحه تخصیص خورده است و اصل برائت در جایی به عنوان دلیل مطرح می‌شود که دلیل اجتهادی دیگر نباشد و با وجود روایت، نوبت به اصل نمی‌رسد و اما نسبت به اولویت که گفته شده: توبه عذاب اخروی را که به مراتب شدیدتر است ساقط می‌کند بنابراین به طریق اولی عذاب و مجازات دنیوی را ساقط می‌کند، بر فرض پذیرش چنین اولویتی نتیجه آن سقوط مجازات خواهد بود و حال آنکه ادعای شما جواز عفو از سوی امام است علاوه این که پذیرش اولویت نیز با اشکال مواجه است و قیاس عذاب اخروی و عذاب دنیوی قیاس مع الفارق است. ایراد نظریه ابن ادریس (انحصار عفو، به حد موجب هلاکت) وجود روایت‌هایی است که اطلاق دارند و مقید به حد موجب مرگ نیستند، بنابراین مقید نمودن اطلاعات یاد شده نیاز به دلیل دارد و چنین دلیلی یافت نشد. صاحب ریاض المسایل چنین پاسخ می‌هد: «ابن ادریس جواز اختیار عفو در حدود را منحصر به حد رجم نموده است این فتوا صحیح به نظر نمی‌رسد چراکه اجماع بین فقها وجود دارد که در خصوص مقرّ تائب امام مخیر است که از اجرای حد عفو نماید یا حد را جاری کند و هیچ اجماعی نیز بر خلاف این فتوا وجود ندارد و هر کس ادعای چنین مطلبی را دارد باید دلیل ارائه نماید. از طرف دیگر دلیل اسقاط حد در رجم چیست؛ اعتراف مرتکب به گناه خویش و این مطلب در سایر حدود نیز موجود است و اجرای حد بر مرتکب گناه یکی از دو عقوبت (عقاب دنیوی و عقاب اخروی) وی است که توبه باعث سقوط مجازات شدیدتر (عقاب اخروی) می‌شود بنابر این حد را که مجازاتی ضعیف‌تر است قطعاً زایل می‌کند و دلیل سوم که اعتماد بیشتری بر آن است وجود نصوص معتبر بر شمول عفو در سایر حدود بجز رجم می‌باشد». (حائری، ریاض المسایل، ۴۵۸/۱۵) اما در خصوص نظریه آخر (جواز عفو در صورت ثبوت جرم با اقرار و عدم اعتبار توبه)، پیش از این گفتیم در روایات توبه شرط جواز عفو دانسته نشده است دلیل قابل قبول دیگری که بتواند شرط بودن توبه را علاوه بر اقرار ثابت کند نیز ارائه نشده است و با توجه

به این که وجود اجماع بر معتبر بودن توبه نیز محل تردید است در نتیجه می توان دیدگاه سوم را بر دیدگاههای دیگر ترجیح داد.

تفسیر مضیق قوانین و قواعد کیفری و قاعده درأ (ادراء والحدود بالشبهات)

در بیان استدلال به قاعده مذکور باید گفت متن قاعده آن است که در مواردی که وقوع جرم یا انتساب آن به متهم یا میزان مسئولیت داشتن و استحقاق مجازات وی بنا به دلایلی مشکوک باشد باید مجازات را منتفی دانست. تمامی فقهای امامیه بلکه فقهای اسلام در موارد متعددی فتوای خویش را بر طبق به این قاعده داده اند و به آن استناد کرده اند. در تمامی مسائل جزایی، هرگاه شبهه ای پیش آمده است فقهای امامیه و عامه با تعبیری مانند «لأنه من الشبهة الدارئة» به مجازات نشدن متهم قائل شده اند (نجفی، همان، ۴۱/ ۵۵۹). این قاعده از نظر حقوق دانان اسلامی از قواعد تفسیری است و با قاعده «تفسیر به نفع متهم» در حقوق جزایی عرفی، از جهاتی یکسان است. باید برای روشن شدن مطلب گفت که در فقه امامیه، شبهه گاهی مربوط به حکم است و گاهی مربوط به موضوع. بر همین اساس، شبهات به دو قسم کلی تقسیم می شوند: حکمیه و موضوعیه.

شبهات حکمیه: منظور آن است که حکم کلی چیزی در تردید و شک باشد. جهل به حکم کلی ممکن است به سه طریق باشد: ۱. یا ناشی از فقدان نص معتبر است؛ ۲. یا اجمال نص؛ ۳. یا تعارض نصوص. مثلاً، به علت فقدان نص معتبر: در ممنوعیت عملی - مانند استعمال دخانیات - تردید می شود.

شبهات موضوعیه: مقصود آن است که شخص حرمت و ممنوعیت عمل را می داند، ولی به موضوع حکم، جهل دارد. مثلاً می داند که شرب خمر در اسلام حرام است؛ ولی نمی داند که مایع حاضر از مصادیق خمر است یا آب.

تردیدی نیست که قاعده مورد بحث شامل شبهات موضوعیه نیز می شود و روایاتی که جاهل به حکم را معذور می داند مطلق و عام بوده و شامل تمامی شبهات می شوند؛ بنابراین، باید گفت که کلمه «الشبهات» عام بوده و شامل تمام مصادیق شبهه می شود و در دلالت قاعده نسبت به شامل شدن اقسام شبهه، کوتاهی و نقصی وجود ندارد. (محقق داماد، ۴/ ۵۹) در بحث پیش روی نیز می توان به عام بودن قاعده مذکور استدلال کرد و در یک مثال چنین

گفت که باتوجه به اینکه در صورت اقرار مرتکب به موجب حد و عدم توبه وی شبهه ایجاد می‌شود که آیا امام یا حاکم در عفو وی جایز است یا خیر؟ و در اینجا باید گفت شبهه دارئه موجب جواز شارع از مرتکب حد حتی در صورت عدم احراز توبه وی خواهد گردید. البته پس از بیان مطالب فوق باید عنوان داشت که درباره شمول قاعده درء باید این گونه گفت که اگرچه نسبت به شبهات موضوعیه نیز غالباً نظر بر آن است که این قاعده شامل این نوع شبهه نیز می‌شود لکن محل بحث موضوع ما شبهه حکمیه است که قدر متقن شمول قاعده درء بر آن است و درباره شمول شدن قاعده بر محل بحث حاضر هیچ منعی نیست.

صعوبت احراز توبه

مطلبی که ذکر آن در اینجا ضروریست اینکه آیا ادعای توبه از سوی متهم در محکمه برای احراز آن کافیست یا اینکه می‌بایست این توبه مرتکب توسط حاکم احراز گردد؟ توبه از اموری است که «لایعلم الا من قبله» در این خصوص نظریات مختلفی از سوی فقها و محققین ابراز گردیده است که خود فصل مشبعی است. در نهایت می‌توان گفت که شرط دانستن توبه در صورتی که حد با اقرار اثبات شده باشد جز آنکه اختلاف رویه و اختلاف دیدگاه‌های قضایی و فقهی در آن دخیل بوده و مصائبی را در بر دارد خود می‌تواند ناقض حقوق متهم باشد چراکه متهم خودش به ارتکاب بزه اقرار و اعتراف نموده است و خود را در معرض مجازات قرار داده است و از طرفی عفو وی در چنین شرایطی منوط به تعیین و اختیار حاکم در عفو می‌باشد و حال واسطه قرار دادن یک مرحله بین اختیار عفو امام و اقرار مرتکب، رکن اضافه‌ای است که دلیلی بر آن نیست. پیچیدگی مکانیزم اثبات توبه خود یکی از عناصری است که عدم احراز آن را سهل تر از اثبات می‌کند. این مطلب با مذاق حقوق معاصر نیز مناسبت بیشتری دارد.

نظر پذیرفته شده توسط قانونگذار

قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ موضع خود را در خصوص عفو حاکم اسلامی در حدود ذیل ماده ۱۱۴ بیان نموده است. این ماده بیان داشته است: «در جرائم موجب حد به استثنای کذب و محاربه هرگاه متهم قبل از اثبات جرم، توبه کند و ندامت و اصلاح او برای

قاضی محرز شود، حد از او ساقط می‌گردد. همچنین اگر جرائم فوق غیر از قذف با اقرار ثابت شده باشد، در صورت توبه مرتکب حتی پس از اثبات جرم، دادگاه می‌تواند عفو مجرم را توسط رئیس قوه قضائیه از مقام رهبری درخواست نماید. دو رکن «اقرار» و «توبه» در این ماده، شرط جواز عفو دانسته شده است و بدین ترتیب مقنن در نگارش قانون از نظریه مشهور فقها تبعیت نموده است.

نتیجه گیری

در خصوص اشتراط توبه در جواز عفو حاکم نظریات مختلفی ارائه گردیده است که می‌توان آنها را در دو نظر کلی طبقه بندی نمود. اکثریت و مشهور فقها قائل به اشتراط توبه هستند گروهی که از جمله ایشان محقق خویی است، قائل به عدم اشتراط توبه هستند و صرف ثبوت جرم حدی با اقرار را برای جواز عفو حاکم کافی می‌دانند. مشهور فقها برای اثبات ادعای خود به ادله چهار گانه‌ای (اجماع، شهرت فتوایی، قیاس اولویت، روایات) استناد نموده‌اند. گروه مخالف مشهور نیز اطلاق روایات وارده را برای نفی اشتراط توبه مورد تمسک

قرار داده‌اند. با توجه به اصولی مانند تفسیر به نفع متهم و نیز قواعدی چون قاعده درء و با در نظر داشتن مواردی چون مذاق شرع و نیز با توجه به توالی فاسد پذیرش قول مشهور، باید پذیرفت که قول به عدم اشتراط توبه در جواز عفو حاکم قوی تر بوده و ادله‌ای که مشهور فقها بدان استدلال کرده‌اند توانایی اثبات مدعای ایشان را ندارد؛ چراکه روایات وارد شده در این باب هیچ دلالتی بر مدعای قائلین به شرطیت توبه ندارد و به صورت مطلق اقرار مرتکب را شرط دانسته‌اند و اجماع ادعا شده نیز منعقد نگردیده است زیرا حتی در میان قائلین به شرطیت توبه نیز در حدود و ثغور موضوع اختلاف نظر وجود دارد. مقتضای اطلاق روایات بر بنای شارع در حق الله بر گذشت و رافت است و همچنین قاعده درء نیز اقتضا دارد که توبه را در موضوع دخیل ندانسته و شرایط دشوار اثبات توبه و احراز آن را در موارد مختلف بر مرتکب و حاکم هموار نماییم. بنابر این با توجه به ابتدای قوانین جزایی بر شرع انور پیشنهاد می‌گردد مقنن در ماده ۱۱۴ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ تجدید نظر نموده و قید «در صورت توبه مرتکب حتی پس از اثبات جرم» از متن ماده حذف نماید.

- ۱- قرآن کریم ترجمه فولادوند
- ۲- ابن ادريس حلی، محمد بن منصور بن احمد، *السرائر الحاوی لتحرير الفتاوى*، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه، ۱۴۱۰ ق
- ۳- ابن زهره، حمزه بن علی حسینی، *غنیة النزوع إلى علمی الأصول و الفروع*، قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۱۷ ق
- ۴- ابن منظور، ابو الفضل، جمال الدین، محمد بن مکرم، *لسان العرب*، بیروت: دار الفکر للطباعة و النشر و التوزیع - دار صادر، ۱۴۱۴ ق
- ۵- ابو الحسین، احمد بن فارس بن زکریا، *معجم مقانیس اللغة*، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، ۱۴۰۴ ق
- ۶- ابو الصلاح حلبی، تقی الدین بن نجم الدین، *الكافی فی الفقه*، اصفهان: کتابخانه عمومی امام امیر المؤمنین علیه السلام، ۱۴۰۳ ق
- ۷- _____، *الكافی فی الفقه*، کتابخانه عمومی امام امیر المؤمنین علیه السلام، اصفهان، اول، ۱۴۰۳
- ۸- اردبیلی، احمد بن محمد، *مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان*، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۰۳ ق
- ۹- اردبیلی، سید عبد الکریم موسوی، *فقه الحدود و التعزیرات*، قم: مؤسسه النشر لجامعه المفید رحمه اله، ۱۴۲۷ ق
- ۱۰- اردبیلی، محمد علی، *حقوق جزای عمومی*، تهران: نشر میزان، ۱۳۸۸ ش
- ۱۱- اصفهانی، حسین بن محمد راغب، *مفردات ألفاظ القرآن*، سوریه: دار العلم - الدار الشامیه، ۱۴۱۲ ق
- ۱۲- انیس، ابراهیم، *المعجم الوسیط*، ترجمه محمد بندرریگی، تهران: دفتر نشر فرهنگ اسلامی، ۱۳۸۰، چاپ هشتم
- ۱۳- آبی، فاضل، حسن بن ابی طالب یوسفی، *کشف الرموز فی شرح مختصر النافع*، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۷ ق
- ۱۴- آشوری، محمد؛ عدالت کیفری (مجموعه مقالات)، تهران: کتابخانه گنج دانش، ۱۳۷۶، چاپ اول،
- ۱۵- آقای جنت مکان، حسین، *حقوق کیفری عمومی*، تهران: جنگل، ۱۳۹۴، چاپ چهارم
- ۱۶- باهری، محمد، *حقوق جزای عمومی*، تهران: نگاه نو، ۱۳۹۰، چاپ اول
- ۱۷- تبریزی، ابو طالب تجلیل، *التعلیقہ الاستدلالیة علی تحریر الوسیله*، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی قدس سره، ۱۴۲۱ ق

- ۱۸- تبریزی، جواد بن علی، *أسس الحدود و التعزیرات*، قم: دفتر مؤلف، اول، ۱۴۱۷ ق
- ۱۹- جزری، ابن اثیر، مبارک بن محمد، *النهاية فی غریب الحدیث و الأثر*، قم: مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، ق
- ۲۰- جزیری، عبد الرحمن غروی، سید محمد یاسر مازح، *الفرقه علی المذاهب الأربعة و مذهب أهل البيت علیهم السلام*، بیروت: دار الثقلین، ۱۴۱۹ ق
- ۲۱- جمال الدین حلّی، احمد بن محمد اسدی، *المهذب البارع فی شرح المختصر النافع*، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۰۷ ق
- ۲۲- جوهری، اسماعیل بن حماد، *الصحاح - تاج اللغة و صحاح العربیة*، بیروت: دار العلم للملایین، ۱۴۱۰ ق
- ۲۳- حائری طباطبایی، سید علی بن محمد، *الشرح الصغیر فی شرح مختصر النافع*، قم: انتشارات کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۹ ق
- ۲۴- _____، *ریاض المسائل*، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام، ۱۴۱۸ ق
- ۲۵- حلّی، مقداد بن عبد الله سیوری، *التنقیح الرائع لمختصر الشرائع*، قم: انتشارات کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۴ ق
- ۲۶- حمیری، نشوان بن سعید، *شمس العلوم و دواء کلام العرب من الکلوم*، بیروت: دار الفكر المعاصر، ۱۴۲۰ ق
- ۲۷- خمینی موسوی، سید روح الله، *تحریر الوسيلة*، قم: مؤسسه مطبوعات دار العلم، ۱۴۲۰ ق
- ۲۸- خوانساری، سید احمد بن یوسف، *جامع المدارک فی شرح مختصر النافع*، قم: مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۰۵ ق
- ۲۹- خویی، سید ابو القاسم، *تکملة المنهاج*، قم: نشر مدينه العلم، ۱۴۱۰ ق
- ۳۰- _____، *مبانی تکملة المنهاج*، قم: مؤسسه إحياء آثار الإمام الخوئی ره، ۱۴۲۲ ق
- ۳۱- زمخشری، ابو القاسم، محمود بن عمر، *الفائق فی غریب الحدیث*، بیروت: دار الکتب العلمیه، ۱۴۱۷ ق
- ۳۲- شهید اول، محمد بن مکی، *الدروس الشرعیة فی فقه الإمامیة*، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۷ ق
- ۳۳- شهید ثانی، زین الدین بن علی، *الروضه البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة* (المحشی-سلطان العلماء)، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه، ۱۴۱۲ ق
- ۳۴- _____، *مسالك الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام*، قم: مؤسسه المعارف الإسلامیة، ۱۴۱۳ ق
- ۳۵- صاحب بن عباد، کافی الکفاه، اسماعیل بن عباد، *المحیط فی اللغة*، بیروت: عالم الكتاب، ۱۴۱۴ ق

فصلنامه علمی-پژوهشی فقه و تاریخ تمدن • سال پانزدهم • شماره پنجاه و هفتم • تابستان ۱۳۹۷

- ۳۶- صانعی، پرویز، **حقوق جزای عمومی**، تهران، انتشارات طرح نو، ۱۳۸۳، چاپ اول
- ۳۷- طبسی، نجم الدین، **موارد السجن فی النصوص و الفتاوی**، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، ۱۴۲۲ق
- ۳۸- طوسی، محمد بن حسن، **المبسوط فی فقه الإمامیه**، تهران: المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية، ۱۳۸۷ ق
- ۳۹- _____، **النهاية فی مجرد الفقه و الفتاوی**، بيروت: دار الكتاب العربي، ۱۴۰۰ ق
- ۴۰- عاملی، سید جواد بن محمد حسینی، **مفتاح الكرامة فی شرح قواعد العلامة**، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۹ ق
- ۴۱- عاملی، سید محمد حسین ترحینی، **الزبدۃ الفقهیة فی شرح الروضة البهیة**، قم: دار الفقه للطباعة و النشر، ۱۴۲۷ ق
- ۴۲- علامه حلّی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، **تبصرة المتعلمین فی أحكام الدین**، تهران: مؤسسه چاپ و نشر وابسته به وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۴۱۱ ق
- ۴۳- _____، **تحریر الأحكام الشرعیة علی مذهب الإمامیه**، قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۲۰ ق
- ۴۴- _____، **تذکره الفقهاء**، قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام، ۱۴۱۴ق
- ۴۵- _____، **مختلف الشیعة فی أحكام الشریعة**، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۳ ق
- ۴۶- فاضل موحدی لنگرانی، محمد، **تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسیلة - الحدود**، قم: مرکز فقهی ائمه اطهار عليهم السلام، ۱۴۲۲ ق
- ۴۷- فراهیدی، خلیل بن احمد، **کتاب العین**، قم: نشر هجرت، ۱۴۱۰ ق
- ۴۸- قاسمی، محمد علی و پژوهشگران دانشگاه علوم اسلامی رضوی، **فقیهان امامی و عرصه های ولایت فقیه**، مشهد: انتشارات دانشگاه علوم اسلامی رضوی، ۱۴۲۶ ق
- ۴۹- قمی، سید صادق حسینی روحانی، **منهاج الصالحین (لروحانی)**، ۳ جلد، ه ق
- ۵۰- قمی، محمد مؤمن، **مبانی تحریر الوسیلة - کتاب الحدود**، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی قدس سره، ۱۴۲۲ ق
- ۵۱- کابلی، محمد اسحاق فیاض، **منهاج الصالحین (للفیاض)**، ۳ جلد، ه ق
- ۵۲- گارو، رنه، **مطالعات نظری و عملی در حقوق جزا**، مترجم: ضیاءالدین نقابت، انتشارات ابن سینا، بیتا
- ۵۳- گلدوزیان، ایرج، **بایسته های حقوق جزای عمومی**، تهران، بنیان حقوقی میزان، ۱۳۹۶، چاپ چهارم

- ۵۴- مجلسی دوم، محمد باقر بن محمد تقی، *مرآة العقول فی شرح أخبار آل الرسول*، تهران: دار الکتب
الإسلامیة، ۱۴۰۴ ق
- ۵۵- _____، *ملاذ الأخیار فی فهم تهذیب الأخبار*، قم: انتشارات کتابخانه
آیة الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۶ ق
- ۵۶- مجموعه جرائم و مجازات‌ها، تهران، معاونت پژوهش، تدوین و تنقیح قوانین و مقررات، ۱۳۸۵، چاپ
سوم، ویرایش دوم، ج ۲، ص ۶۰۵ و ۶۰۶.
- ۵۷- محقق حلّی، نجم الدین، جعفر بن حسن، *المختصر النافع فی فقه الإمامیة*، قم: مؤسسه المطبوعات
الدینیة، ۱۴۱۸ ق
- ۵۸- _____، *شرائع الإسلام فی مسائل الحلال والحرام*، قم: مؤسسه
اسماعیلیان، ۱۴۰۸ ق
- ۵۹- مصطفوی، حسن، *التحقیق فی کلمات القرآن الکریم*، تهران: مرکز کتاب لترجمه والنشر، ۱۴۰۲ ق
- ۶۰- مصطفوی، سید محمد کاظم، *مائة قاعدة فقهیة*، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه
مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۲۱ ق
- ۶۱- مکارم شیرازی، ناصر، *أنوار الفقاهة* - کتاب الحدود و التعزیرات، قم: انتشارات مدرسه الإمام علی بن
أبی طالب علیه السلام، ۱۴۱۸ ق
- ۶۲- منتظری نجفآبادی، حسین علی، *کتاب الحدود (للمنتظری)*، قم: انتشارات دار الفکر، ۱۴۲۱ ق
- ۶۳- موسوی اردبیلی، عبدالکریم؛ *فقه القضاء*، قم، موسسه النشر لجامعه مفید، ۱۴۲۳ ق، الطبعة الثانية،
- ۶۴- نجفی، کاشف الغطاء، جعفر بن خضر مالکی، *کشف الغطاء عن مبهمات الشریعة الفراء* (ط -
الحدیثة)، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، ۱۴۲۲ ق
- ۶۵- نجفی، محمد حسن، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام*، بیروت: دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ ق
- ۶۶- واسطی زبیدی حنفی، سید محمد مرتضی حسینی، *تاج العروس من جواهر القاموس*، بیروت: دار
الفکر للطباعة و النشر و التوزیع، ۱۴۱۴ ق
- ۶۷- وجدانی فخر، قدرت الله، *الجواهر الفخریة فی شرح الروضة البهیة*، قم: انتشارات سماء قلم، ۱۴۲۶ ق
- ۶۸- وحید خراسانی، حسین، *منهاج الصالحین* (للوحدید)، قم: مدرسه امام باقر علیه السلام، ۱۴۲۸ ق