

تأثیر استرداد مال مسروقه بر سقوط مجازات حدی از منظر حقوقی و فقه مذاهب اسلامی^۱

علمی - پژوهشی

قاسم اسلامی نیا *

داود سیفی **

چکیده

تأثیر استرداد مال مسروقه بر سقوط مجازات حدی از گذشته یک موضوع اختلافی بین فقهای امامیه و عامه بوده است. گروهی از فقها با استناد به عموم آیه قرآنی و بعضی از روایات مرتبط و تحلیل اصولی-فقهی "استرداد مال مسروقه قبل از اثبات سرقت" را موجبی بر سقوط مجازات حدی ندانسته‌اند. در مقابل اکثریت فقها با نقد دلایل طیف مزبور قائل به سقوط مجازات حدی در صورت استرداد مال مسروقه گردیده‌اند. اما در مورد توجیه آن نظریه و کیفیت استرداد مال مسروقه بین این دسته از فقها نیز اتحاد نظر وجود ندارد. بعضی از فقها با استفاده از اصطلاح "تحت ید مالک قرار گرفتن مال" و عدم کفایت "اعاده مال به حرز"، استرداد مال مسروقه به حوزه استیلا و تصرف مالک را موجب سقوط مجازات حدی دانسته‌اند. اما در مقابل بعضی از فقها با در نظر داشت موضوعیت حرز به عنوان جایگاه شرعی استیلا مالک بر مال، به طور ضمنی استرداد اختیاری مال مسروقه به حرز را موجب سقوط مجازات دانسته و حتی شورای نگهبان نیز در نظریه تفسیری خود استرداد همراه با توبه را واجد اثر حقوقی دانسته است. این نوشتار با واکاوی و تحلیل و نقد آراء مختلف فقهی امامیه و عامه، محدوده شمول بند ۲۶۸ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ را از منظر فقهی تبیین نموده و در راستای رفع ابهامات مربوط به بند مذکور (راجع به مفهوم تحت ید مالک قرار گرفتن و نحوه تحقق آن و استرداد اختیاری یا قهری و...) گام برداشته است.

کلید واژه‌ها: سرقت، حرز، استرداد مال، اعاده به حرز

^۱ تاریخ وصول: (۱۴۰۱/۱۰/۲۳) تاریخ پذیرش: (۱۴۰۲/۰۸/۱۰)

* استادیار، گروه حقوق، دانشگاه زابل، زابل، ایران (نویسنده مسئول). eslminia@uoz.ac.ir

** استادیار، گروه حقوق، دانشگاه زابل، زابل، ایران، dseifi@uoz.ac.ir

۱- مقدمه

قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ در بند ۲۶۸ ماده ۲۶۸ در راستای تبیین یکی از شرایط سرقت حدی اعلام نموده است که "مال مسروق قبل از اثبات سرقت، تحت‌ید مالک قرار نگرفته باشد". با توجه به پیشینه فقهی این ماده سؤالات و تفاسیر مختلفی در مورد این موضوع مطرح می‌گردد. آیا استرداد اختیاری مال مسروقه باعث سقوط حد می‌گردد و یا صرف استرداد مال، موجب سقوط مجازات می‌گردد؟ آیا باید مال به حرز مسترد گردد یا حرز فاقد موضوعیت بوده و مهم آن است که مال در سیطره مالک واقع گردد؟ آیا همچنان که شورای نگهبان در نظریه تفسیری خود اعلام نموده است استرداد مال باید همراه با توبه باشد؟ در صورت استرداد مال به حرز و قبل از تسلط و یا آگاهی مالک نسبت به آن در فرض تلف و یا سرقت مجدد مال، آیا حد ساقط می‌گردد یا خیر؟ در صورتیکه قسمتی از مال مسترد گردد تکلیف چیست؟ بر اساس غالب منابع فقهی، استرداد مال مسروقه بعد از اثبات سرقت، حدی هیچ تأثیری بر سقوط مجازات حدی ندارد. لیکن تأثیر استرداد مال مسروقه قبل از اثبات حد، موضوع مباحث اختلافی و فقهی فراوانی گردیده است. حتی موضع فقها در مورد نحوه استرداد مال مسروقه که مقدمه سقوط مجازات حدی است یکدست نیست. ظاهراً از دیدگاه بعضی از فقها اعاده مال مسروقه به حرز موضوعیت دارد و از دیدگاه بعضی از فقها مال باید در سیطره و یا تملک مالک وارد گردد بدون اینکه اعاده به حرز موضوعیت داشته و یا کافی باشد. شورای نگهبان نیز در تفسیر خود از بند مزبور استرداد اختیاری و همراه با توبه رباینده را موجب سقوط مجازات حدی می‌داند. با توجه به اینکه منبع الهام‌بخش قانونگذار دربند مزبور دیدگاه‌های فقهی بوده است آگاهی از پیشینه فقهی موضوع مفروض و رفع ابهامات قضایی در عرصه اجرا امری ضروری است. این نوشتار در بخش اول که به موضع‌گیری فقه امامیه در موضوع مفروض اختصاص پیدا نموده به نظریه عدم سقوط مطلق مجازات حدی در نتیجه استرداد مال مسروقه پرداخته است و سپس با طرح رویکرد سقوط مطلق مجازات حدی به تحلیل و نقد ادله رویکرد نخست اختصاص پیدا کرده است. در قسمت سوم نیز به رویکرد مشروط سقوط مجازات حدی می‌پردازد. در بخش دوم نیز که به فقه اهل سنت اختصاص پیدا کرده به طرح این موضوع از دیدگاه مذاهب عامه پرداخته شده است که تا حدودی قابل انطباق با رویکردهای فقه امامیه نیز است.

۲- فقه امامیه

۲-۱- نظریه عدم سقوط مطلق

بر اساس نظریه فقهایی همانند شیخ طوسی، استرداد مال مسروقه قبل از اثبات حد، تأثیری بر سقوط مجازات حدی ندارد. دلایل قائلین به این نظریه عبارت است از:

۱-۲-۱. عموم آیه قرآن

بر اساس نظر شیخ طوسی با توجه به عموم آیه "وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جِزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالًا مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ" (مائده، ۳۸) اعاده مال مسروقه تأثیری در سقوط مجازات حدی ندارد و در هر حال دست سارق قطع می‌گردد. (طوسی، ۱۴۰۷، ص ۴۲۲) در واقع آیه شریفه با اطلاق خود هم شامل حالتی می‌شود که سارق بعد از سرقت مال را به جای قبلی برمی‌گرداند و هم فرضی را در برمی‌گیرد که سارق مال را به حرز یا مالک بر نمی‌گرداند و تصاحب می‌کند. بر این اساس سرقت حدی با "رسیدن آن به حدنصاب از حرز" محقق می‌گردد و سقوط حد بعد از اثبات آن نیازمند دلیل معتبر شرعی است. مثلاً در مورد توبه سارق همراه با استرداد مال به صاحب آن که موجب سقوط حد شرعی می‌گردد دلیل معتبر شرعی داریم. (قربانی و دیگران، ۱۴۰۴، ۱۴۰) اما در مورد اینکه به مجرد استرداد مال به حرز، حد ساقط گردد دلیل شرعی وجود ندارد.

۲-۱-۲. روایت

بر اساس روایت صحیح‌های شخصی به نام سلیمان بن خالد به امام صادق (ع) عرض نموده است که: مردی دزدی کرده و انکار می‌کند، او مورد ضرب واقع می‌گردد و سپس مال را مسترد می‌نماید، آیا باید دستش را قطع کرد؟ فرمود: "آری، اما اگر اقرار به دزدی کند ولی مال مسروقه را نیاورد، قطع نمی‌شود؛ زیرا اقرار او تحت شکنجه بوده است". درواقع منظور معصوم آن است که عدم استرداد مال، قرینه‌ای بر عدم وقوع سرقت است و اصولاً معلوم نیست سرقتی اتفاق افتاده است و یا خیر. اما اگر بعد از شکنجه مال را مسترد کرد دست او قطع می‌شود زیرا با استرداد مال اصل وقوع سرقت مسلم می‌گردد هرچند اقرار او تحت شکنجه بوده است. همان‌گونه که ملاحظه می‌گردد در این روایت علی‌رغم اینکه سارق، مال را به مالک مسترد نمود معصوم (ع) حکم به قطع دست داد و این دلالت بر این امر دارد که استرداد مال تأثیری بر سقوط حد ندارد. (مرعشی، ۱۳۸۲، ص ۲۸۷)

۳-۱-۲. نظریه سبب تام: تحقق جرم تام سرقت

اگر فردی با احراز سایر شرایط به میزان نصاب از حرز سرقت نماید؛ از دیدگاه فقها سبب تام برای امکان قطع دست مرتکب فراهم شده و از دیدگاه حقوقدانان تمامی عناصر سه‌گانه جرم محقق گردیده است و اعاده مال به نوعی جبران خسارت و پشیمانی از ارتکاب جرم محسوب می‌گردد که نقشی در منتفی شدن جرم واقع شده ندارد. لذا بعد از ربایش و خارج نمودن کامل مال از سلطه و سیطره مالک جرم سرقت واقع می‌گردد. درعین حال این امکان وجود دارد که بعد از تحقق کامل سرقت، مال به طور قهری یا ارادی مجدداً به مالک مسترد گردد. استرداد مال به مالک موجب منتفی شدن سرقت محقق شده نمی‌گردد. زیرا جرم بعد از تحقق نتیجه مجرمانه واقع گردیده و به اتمام رسیده است. (شهید ثانی، ۱۴۱۳/۱۴، ص ۵۳۱)

۴-۱-۲- اصل استصحاب:

اخراج مال به میزان نصاب همراه با سایر شرایط لازم موجب ثبوت مجازات سرقت حدی می‌گردد. حال اگر بعداً به علت وقوع یک حادثه همانند استرداد مال مسروقه، شک و تردیدی حادث شود که آیا به واسطه استرداد، مجازاتی که در گذشته یقیناً ثابت شده، ساقط شده است و یا خیر؟ در اینجا با جاری شدن اصل استصحاب، مجازات ثابت شده قبلی استصحاب و بر اصل براءت مقدم می‌گردد. (حسین‌نژاد، ۱۳۹۷: ۶۵) زیرا استصحاب، اصلی تحریری محسوب می‌گردد که با نیم‌نگاهی به واقعیت، موضوع یا حکم را اثبات می‌نماید. در حالیکه مدلول اصل براءت تنها یک حکم ظاهری است. (محمودی، ۱۴۰۰، ۲۷۷)

۵-۱-۲- شرط توبه در استرداد مال

این نظریه بر روایتی مبتنی است که بین فقها شهرت زیادی دارد. بر اساس روایت مزبور "السَّارِقُ إِذَا جَاءَ مِنْ قَبْلِ نَفْسِهِ تَائِباً إِلَى اللَّهِ وَ رَدَّ سَرِقَتَهُ عَلَى صَاحِبِهَا فَلَا قَطْعَ عَلَيْهِ" (طوسی، ۱۳۶۵، ص ۱۲۲) به موجب این روایت، استرداد مال مسروقه تنها در صورتیکه دلالت بر ندامت و پشیمانی و توبه سارق نماید رافع و ساقط کننده حد است. (اردبیلی، ۱۴۲۷، ص ۳۸۳) به عبارتی استرداد مال بدون احراز توبه، موضوعیتی در اسقاط مجازات حدی ندارد.

در عین حال روایت مزبور مبنای نظر شورای نگهبان در مورد تفسیر اصطلاح "تحت ید مالک قرار گرفتن" گردیده است. مرجع مذکور در پاسخ به نامه یکی از مستشاران دیوان عالی کشور که پرسیده بود با توجه به مفهوم مخالف صحیحہ عبدالله بن سنان (فوق‌الذکر) آیا تبصره ۴ ماده ۱۹۸ «شامل آنجایی که پس از شکایت مسروق منه به آگاهی، و دستگیری سارق به وسیله آگاهی، مال مسروق تحت ید مالک قرار گیرد و سارق به سرقت اعتراف نماید می‌شود یا نه؟» پاسخ داد که "مراد از تبصره ۴ ماده ۱۹۸ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ این است که سارق از سرقت پشیمان شده توبه نماید و از این جهت پیش از آن که مسروق منه شکایت کند به اختیار خود مال را تحت ید وی قرار دهد و تأیید شورای نگهبان نسبت به تبصره مذکور مبنی بر استظهار فوق بوده است و گرنه سقوط حد به مجرد تسلیم مال به مسروق منه (مالک) خلاف موازین شرعی است" در واقع شورای نگهبان صرف استرداد و یا تحت ید فیزیکی قرار دادن را وافی برای سقوط مجازات حدی نمی‌داند. بلکه شرط محوری آن را توبه و پشیمانی سارق و اراده و اختیار او در اعاده مال می‌داند.

۳-۲- نظریه سقوط مجازات حدی

این نظریه نیز مستند به ادله قرآنی و روایی و فقهی و حقوقی است که به نحوی نیز در راستای نقد و رد نظریه پیشین مطرح گردیده است.

۱-۲-۲- استدلال قرآنی و روایی

آیه شریفه قرآنی در مقام بیان مجازات حدی سرقت است و به هیچ عنوان به دنبال بیان شرایط تحقق سرقت حدی نیست. در عین حال امکان تخصیص قرآن با توجه به روایات معتبر وجود دارد. از طرفی روایت

سلیمان بن خالد از جهات عدیده‌ای مورد بحث فقها واقع شده است. گروهی از فقها معتقدند که این روایت مخالف اصل است. زیرا بر اقراری که تحت شکنجه واقع شده است اثر قضایی بار نموده است. در حالیکه بر اساس روایات موثق اقراری که تحت شکنجه واقع گردیده است ارزشی ندارد. (مرعشی، ۱۳۸۲، ص ۲۸۸) بعضی از فقها نیز معتقدند که موضوع این روایت در مواردی است که اصل سرقت مسلم و اثبات شده است؛ اما عین مال را مسترد نمی‌کند. لذا برای استرداد عین، شکنجه می‌شود و در نتیجه مال را مسترد می‌نماید ولی دست او نیز قطع می‌گردد. درواقع بر اساس روایت مزبور سرقت امری اثبات شده است و هدف از شکنجه (صرف نظر از درستی یا نادرستی آن) استرداد مال مسروقه بعد از اثبات جرم می‌باشد. لذا با تحقق ادله اثباتی سرقت و ثبوت جرم، بالتبع، کیفر قطع ثابت می‌شود. (بروجردی، ۱۳۸۶، ص ۳۰۴)

۲-۲-۲- عدم شرطیت توبه

هرچند که نظریه شورای نگهبان با اصل استصحاب و نظریه فقهایی که اصولاً قائل به عدم تأثیر استرداد مال بر سقوط حد هستند همخوانی بیشتری دارد؛ درعین حال این نظریه با سایر مواد قانونی و آراء فقهی در تعارض است. زیرا از دیدگاه قانونگذار و نظریات فقهی، توبه سارق به عنوان یک شرط مستقل و جدا برای سقوط مجازات حدی پیش‌بینی گردیده است. در حالیکه اگر برای تحقق "تحت ید مالک قرار گرفتن" عنصر توبه و رضایت سارق نیز مدخلیتی داشت اصولاً ضرورتی به پیش‌بینی یک شرط مستقل و جدا در بند ۲۶۸ قانون مجازات اسلامی نبود. در حالیکه فقها، موضوع اعاده به حرز و یا تحت ید مالک قرار گرفتن را به عنوان یک شرط مستقل و جدای از توبه ذکر نموده‌اند و این موضوع بدین معنا است که قانونگذار شرط توبه و پشیمانی سارق را برای استرداد مال لازم نمی‌داند بلکه تنها تحقق فیزیکی استرداد مال را با هر عاملی که قابل تصور باشد ممکن می‌داند.

۲-۲-۳- عدم تحقق ارکان استصحاب

اثبات مجازات حدی مستلزم جمع شرایط ماهوی و شکلی است. در حالیکه در فرض اخراج مال از حرز، هرچند که شرایط ماهوی مجازات محقق می‌گردد؛ اما شرایط شکلی آن که عبارت است از شکایت شاکی خصوصی و ... هنوز محقق نشده است که گفته شود موضوع مجازات محقق گردیده است. لذا اصل یقین سابق (در مورد اثبات مجازات حدی) مورد سؤال و مشکوک است و یکی از ارکان استصحاب که یقین سابق است محقق نشده است.

۲-۲-۴- تفکیک بین شرایط اثباتی و ثبوتی سرقت

قائلین نظریه سقوط مطلق دیه وقوع سرقت حدی را از نظر ثبوتی قبول دارند اما تحقق سرقتی که موجب اثبات حد گردیده را قبول ندارند. در فرض مسئله، سرقت واقع شده، اما ثبوت حد بر سرقت مشروط به مطالبه‌ی مال باخته است؛ یعنی وی باید به تقدیم شکایت‌نامه به دادسرا اعلام نماید که مالش مورد سرقت واقع گردیده است. اما در فرض استرداد مال شکایت امکان‌پذیر نیست. زیرا مال به عنوان موضوع جرم

سرقت در تحت ید او قرار گرفته است. به عبارت دیگر، پس از استرداد مال مسروقه، تفاوتی بین مال مسترد شده و سایر اموال تحت ید مالک وجود ندارد. بدیهی است که اگر مال مسترد نگردد، مال باخته می‌تواند اقدام به شکایت کیفری نماید و متعاقب آن و تحقق سایر شرایط مطلوب حد سرقت اثبات گردد. اما در صورتی که مال مسترد گردد یا مالک آن را به سارق بفروشد یا هبه نماید حد سرقت نیز ثابت نمی‌گردد. (لنکرانی، ۱۳۹۰، ص ۲۹۴)

از طرفی با در نظر گرفتن تنقیح مناط به عنوان یکی از شیوه‌های استنباط و تفسیر احکام فقهی - حقوقی فقهایی که عقیده دارند که استرداد مال مسروقه تأثیری بر منتفی شدن حد سرقت ندارد در یک مساله دیگر گفته‌اند که: اگر مال باخته مال مسروقه را قبل از رجوع به حاکم، به سارق بفروشد، حد قطع منتفی می‌گردد. (محقق حلی، ۱۴۰۸، ص ۱۶۵) بدیهی است که مبنای این رأی آن است که بعد از هبه و یا خرید مال که به نحوی صلح و سازش محسوب می‌گردد امکان شکایت و مطالبه مال نیز منتفی می‌گردد. لذا از آنجاکه بر اساس نظریه شیخ طوسی امکان شکایت مالک نیز یکی از شرایط اجرای حد سرقت است لاجرم در زمینه اعاده مال مسروقه نیز باید همین نتیجه را اخذ می‌نمود. در حالیکه شرط مطالبه مال مسروق منه معدوم است. در نتیجه باید گفت که در صورتی که سارق مال مسروقه را به حرز برگرداند و تحت ید مالک قرار گیرد، به علت عدم امکان مطالبه از سوی وی، حد قطع ثابت نمی‌شود. (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ص ۵۳۱)

۲-۲-۵- خدشه در عنصر روانی جرم سرقت:

هرچند از نظر قانونی سرقت به ربایش مال دیگری تعریف گردیده است لیکن از نظر عرفی ربایشی سرقت محسوب می‌گردد که به قصد تملک عین صورت بگیرد و نه قصد انتفاع موقت و سپس استرداد آن. در واقع قصد و نیت سارق از سرقت، محروم نمودن دائمی مالک از مایملک خود است. اما اگر کسی به قصد استفاده موقت و یا به قصد استرداد مال آن را بر باید عرفاً به او سارق اطلاق نمی‌گردد. از طرفی با استرداد مال ربایش شده مشخص می‌شود که مرتکب از ابتدا قصد سرقت نداشته است و الا مال را مسترد نمی‌نمود. به عبارتی سرقت جرمی است که قصد و اراده بر ربایش مال به قصد محروم نمودن دائمی و یا لاقلاً طولانی مدت مالک از مال خود موضوعیت دارد و بدون قصد مزبور سرقت به عنوان یک موضوع عرفی نیز تحقق پیدا نمی‌کند.

لذا سرقت از جرائمی است که قصد مجرمانه در آن باید به وضوح اثبات گردد. در انجام عملیات ربایش سارق باید قصد تملک مال را داشته باشد. در حالیکه استرداد مال بعد از انجام ربایش بدین معنا است که از ابتدای ربایش سارق قصد تملک مال را نداشته است. قصد تملک بدین معنا است که رباینده قصد آن را داشته باشد که مال ربوده شده را متعلق به خود نموده و تصرفات مالکانه در آن انجام دهد. (اردبیلی، ۱۴۲۷، ص ۳۳ و مامقانی، ۱۳۲۳، ص ۴۶) لذا عرفاً به کسی سارق اطلاق می‌گردد که قصد محروم نمودن

دائمی مالک از مال ربوده شده را دارد اما با استرداد آن مشخص می‌گردد که چنین قصدی وجود نداشته است. (گلپایگانی، بیتا، ص ۲۰۹)

۲-۲-۶- شبیه قاعده در:

بعد از استرداد شک و تردید ایجاد می‌گردد که آیا هنوز امکان شکایت وجود دارد و این شبیه به این موضوع که تحقق اخراج حدنصاب موجب قطع می‌گردد سرایت می‌نماید. علاوه بر این اصل این نظریه که سرقت سبب تام قطع دست است مورد ایراد واقع می‌گردد زیرا به هر حال اجرای حد منوط به شکایت مال باخته است که با استرداد مال، موضوعیت خود را از دست داده است. (گلپایگانی، همان) از طرفی شارع برای اثبات جرائم حدی رویکردی سخت‌گیرانه دارد و رویه شارع در تمامی جرائم حدی آن است که به صرف ایجاد کوچک‌ترین شبیه معقول و منطقی نسبت به اسقاط مجازات حدی اقدام می‌نماید. (هاشمی خانباسی و احمدی، ۱۳۹۴، ۱۳۵ و میرزایی و رضوان طلب، ۱۴۰۲، ۲۴۵)

۲-۳- نظریه سقوط مشروط مجازات حدی

۲-۳-۱- شرط سقوط مجازات: "اعاده مال به حرز" یا "تحت ید مالک قرار گرفتن" ؟

اکثریت فقها در مبحث فعلی از اصطلاح "اعاده مال به حرز" سخن گفته‌اند و آن را برای سقوط حد کافی دانسته‌اند. با وجود این بعضی از فقها "اعاده به حرز" را لازم ندانسته و از اصطلاح "تحت ید مالک قرار گرفتن" استفاده نموده‌اند. رابطه اصطلاح اخیرالذکر با اصطلاح اعاده به حرز از نوع عموم و خصوص من وجه است. به عبارتی ممکن است مال تحت ید مالک قرار بگیرد بدون اینکه به حرز مسترد گردد. از طرفی ممکن است مال به حرز مسترد گردد اما تحت ید مالک قرار نگیرد و یا مالک از آن مطلع نگردد. لذا به صرف اعاده مال مسروقه به حرز حد ساقط نمی‌گردد. زیرا این امکان دارد که قبل از آنکه مال تحت ید مالک قرار بگیرد مال تلف گردد یا مجدداً سرقت گردد. در این مورد به علت اینکه ید سارق ید غاصبانه است در نتیجه ذمه غاصب تا زمانیکه مال را به مالک برنگرداند همچنان مشغول است. (مقدس اردبیلی، بیتا، ص ۳۳۲) از دیدگاه آیت‌الله خوئی استرداد به حرز در صورتی نافی حد است که عرفاً رد به صاحب آن محسوب گردد. اگر سارق مال را از حرز خارج نماید و سپس آن را به حرز برگرداند و در عین حال قصد اخراج مجدد آن را داشته باشد قطع دست محقق است. زیرا اخراج از حرز محقق شده است و اعاده آن به حرز به قصد استرداد آن مال نیست. (شهید اول، ۱۴۳۰، ص ۱۹۹)

بر اساس نظر این دسته از فقها اگر با اعاده مال به حرز، آن مال در تحت ید مالک واقع گردد مجازات حدی ساقط می‌گردد. در واقع اعاده به حرز نه موضوعیت دارد و نه کافی است (فرطوسی حویزی، ۱۴۱۶، ص ۴۲۴) به همین خاطر شیخ مرتضی معتقد است که هیچ منافاتی بین استرداد مال به حرز و شکایت مالک وجود ندارد. زیرا این امکان وجود دارد که مال بعد از رد و قبل از اینکه در تحت ید مالک واقع

گردد تلف گردد. لذا تلف مال در حرز قبل از تسلط کامل مالک بر آن که با اصطلاح تحت ید مالک قرار گرفتن از آن یاد می‌گردد مانع شکایت مالک نمی‌باشد. همان درواقع این دسته از فقهای منتقد نظر فقهای هستند که صرف اعاده به حرز را برای سقوط حد کافی می‌داند و معتقدند که این نظریه منافع مالک را تأمین نمی‌نماید.

در نتیجه در صورت استرداد و عدم اطلاع مالک از استرداد به خاطر عدم اطلاع‌رسانی توسط سارق و یا اینکه مال در حرز قبل از اینکه در اختیار سارق قرار گیرد تلف گردد باز هم حق مرافعه و شکایت وجود دارد. زیرا از آنجاکه که سرقت یکی از مصادیق غصب است، در نتیجه سرقت نیز مشمول قاعده «علی الید ما أخذت حتی تؤدی» واقع می‌گردد. درواقع تنها نقطه‌ی افتراق بین سرقت و غصب در ثبوت حد برای سرقت است. لذا با توجه به این موضوع تا آن زمان که «حتی تؤدی» عملیاتی نگردد، حق مطالبه‌ی مالک محفوظ است. از طرفی، برگرداندن مال مسروقه به حرز و تلف شدن آن قبل از آن که تحت ید مالک قرار گیرد، موجب تحقق «حتی تؤدی» نیست. هرچند سارق ممکن است در این تلف نقشی نداشته باشد، اما این تلف مربوط به دوره‌ای است که مال به دست صاحب نرسیده است. بنابراین، همان‌طور که در تلف مال غصبی به آفت سماوی غاصب ضامن است و باید قیمت را بپردازد باوجوداینکه اتلافی در کار نیست. زیرا در شمول قاعده‌ی علی‌الید فرقی بین تلف و اتلاف نیست. در اینجا نیز می‌توان گفت که سارق ضامن است و مالک حق مطالبه دارد؛ پس، شرط ثبوت حد سرقت وجود دارد.

البته در این مورد نظریات فقها یکدست نیست. بر اساس نظر یکی از فقها اگر مال به حرز مسترد گردد اما تحت ید مالک واقع نگردد مثلاً قبل از تحت ید واقع شدن مال تلف گردد شبهه اثبات قطع دست است هرچند که این نظر خالی از اشکال نیست. (مرعشی، ۱۳۸۲، ص ۴۵۰) امام راحل نیز می‌فرماید: شبهه ثبوت قطع است؛ لیکن خالی از اشکال نیست. شبهه‌ی ایشان ناشی از بیان صاحب جواهر است که فرمود: در این مورد شک داریم که آیا این نوع سرقت و با این خصوصیت، سبب ثبوت قطع دست هست یا نه؟ زیرا، از ادله نمی‌توان استفاده کرد، اگر سارقی مال مسروقه را پس از اخراج از حرز به آن ارجاع داد، لیکن قبل از آن که تحت ید مالک قرار گیرد تلف شد، سرقت حدی بر آن ثابت است یا نه؟ با فرض این که سارق هیچ نقشی در تلف مال نداشته است باوجود شک در تحقق سرقت موجب حد و عدم دلیل بر ثبوت قطع، اصل عدم جاری می‌گردد.^۱

از طرفی برای تحت ید مالک قرار دادن ضرورتی به اعاده مال به حرز نیست. بلکه ممکن است مال با هماهنگی سارق در جای محفوظی غیر از حرز قرار داده شود. حتی ممکن است بدون تحویل فیزیکی مال به مالک در مورد نحوه تحویل آن به مالک به توافق برسند. در این حالت به نظر می‌رسد که این نوع توافق کاملاً اسقاط کننده حد نیست. بلکه اگر سارق به تعهد خود عمل ننماید حق شکایت برای مالک محفوظ

است. می‌توان این مورد را به گذشت مشروط و یا معلق شبیه دانست که صرفاً یک تأثیر احتمالی و مشروط بر اسقاط مجازات حدی دارد. درهرحال به نظر می‌رسد اصطلاح تحت ید مالک قرار دادن اصطلاحی جامع‌تر و موجه‌تر است. زیرا آن چیزی که مهم است دسترسی مجدد مالک به مال خود است و مکان در آن موضوعیتی ندارد. مثلاً بر اساس رویکرد دوم حتی در صورتی که سارق با اجازه و یا رضایت بعدی مالک مال مسروقه را بفروشد و بهای آن را به حساب بانکی مالک واریز نماید عنوان تحت ید مالک قرار دادن تحقق پیدا می‌کند. باین وجود از دیدگاه قائلین به اعاده مال به حرز، درواقع حرز در تحقق سرقت حدی موضوعیت دارد و همچنانکه در سرقت از غیر حرز، حدی قابل تصور نیست در صورت اعاده مال به غیر حرز نیز حدی ساقط نخواهد شد. لذا اعاده مال به حرز نیز به اندازه نفس مال موضوعیت دارد. گویا حرز شأنی مستقل و دارای شخصیت شبه حقوقی است.

اما از دیدگاه دیگر حرز تنها در بدو ربایش موضوعیت دارد در واقع حرز تا زمانی ارزش دارد که مال را در خود نگه می‌دارد. اما با خارج شدن مال همه دغدغه مالک و جامعه بر بازیابی مال متمرکز است و دراین بین نحوه بازیابی اهمیت چندانی ندارد. درعین حال اعاده مال به حرز اوج همکاری و شاید هم دلالت واضح بر پشیمانی مالک دارد و مالک را به رضایت تام می‌رساند. اما تسلط مال در خارج از حرز شاید برحسب اتفاق و بدون اراده سارق محقق گردد. لذا پیشنهاد می‌شود در صورت استرداد مال به صورت اختیاری در مجازات تعزیری تخفیف داده شود. درعین حال هرچقدر زمان استرداد طولانی‌تر گردد مجازات تعزیری شدیدتر گردد.

۲-۳-۲- تأثیر اطلاع و یا رضایت مالک در استرداد مال

به نظر می‌رسد آگاهی مالک از استرداد مال و یا رضایت و اراده مالک در پس گرفتن مال و یا اعاده به حرز تأثیری در سقوط مجازات حدی ندارد. بلکه صرف استرداد فیزیکی و یا تحت ید مالک قرار گرفتن برای تحقق شرط مزبور کفایت می‌کند. زیرا در صورت لزوم رضایت مالک به تحت ید قرار گرفتن مالک، قانونگذار باید آن را به عنوان یک شرط صریح اعلام می‌نمود اما در حالت سکوت قانونگذار و عدم بیان آن بر اساس اصل براءت اصل بر عدم لزوم چنین شرطی برای سقوط مجازات حدی است. (قربانی و موحدی، ۱۳۹۰، ۱۳۱) لذا حتی اگر مال بالاچار و مثلاً با دخالت پلیسی و دستگیری سارق به مالک مسترد گردد برای تحقق شرط سقوط مجازات حدی کفایت می‌نماید. حتی اگر مالک از پذیرش مال مسروقه امتناع نماید سارق به عنوان یک مدیون که مکلف به بازپرداخت دین خود است می‌تواند با مراجعه به دادگستری آن را تحویل دهد. البته تأثیر این نوع استرداد منوط به آن است که ما شرط تحت ید مالک قرار دادن را برای سقوط مجازات حدی بپذیریم و نه اعاده مال به حرز.

بر اساس توضیحات پیشین این امکان وجود دارد که مال مسترد شده به حرز قبل از اطلاع مالک، تلف و یا توسط دیگری مورد سرقت یا حتی توسط نگهبان مالک مورد خیانت در امانت واقع گردد. در این حالت

هرچند مال به حرز مسترد گردیده اما درعین حال تحت ید و تسلط مالک قرار نگرفته است. زیرا تحت ید مالک قرار گرفتن اولاً تداعی بخش علم و اطلاع مالک از استرداد آن است و ثانیاً مالک باید به صورت فیزیکی و مادی حداقل برای یک ثانیه هم اقتدار و سلطه خود را بر آن مال اعمال نماید. بنابراین اگر کسی اتومبیلی را سرقت نماید و آن را در مکانی دور رها نماید ولی مالک را از آن مطلع نماید و مالک شخص ثالثی را برای اطلاع به آن مکان ارسال نماید و آن شخص ثالث آن را تأیید نماید مال تحت ید مالک واقع گردیده است. از طرفی ممکن است سارق مال را به حرز مسترد نماید ولی مالک را نسبت به آن مطلع ننماید. در این حالت شرط تحت ید مالک قرار گرفتن محقق نشده است.

لذا این امکان وجود دارد که قبل از دسترسی مالک آن مال تلف گردد. در این صورت ضمان همچنان متوجه سارق است و در نتیجه امکان شکایت مالک محفوظ است که در نتیجه آن ممکن است به قطع دست سارق منتهی گردد. بنابراین همه چیز دایره مدار ایصال مال به مالک است. در صورتی که مال تحت ید مالک واقع گردد هیچ توجیهی بر قطع دست سارق وجود ندارد و در صورت عدم دسترسی مالک به مال نیز سقوط حد سرقت فاقد هرگونه وجاهت قانونی و شرعی است. (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ص ۵۳۲) در واقع اگر سارق مال مسروقه را برگرداند به طوری که تحت ید مالک قرار بگیرد، به سقوط حدّ یقین پیدا می‌کنیم؛ اما اگر در اختیار مالک قرار نگرفت و تلف شد، نمی‌دانیم آیا مسقطی برای آن حدّ آمده است یا نه، جای استصحاب بقای حدّ است. درواقع در این مورد شک در رافعیّت رافع است که به عقیده اصولیون حجت نمی‌باشد به همین خاطر مرحوم خویی صرف استرداد به حرز را کافی نمی‌داند. بلکه استرداد به حرزی را دارای اثر حقوقی می‌داند که از نظر عرفی رد به صاحب آن محسوب گردد. (خویی، ۱۴۲۱، ۳۸۱)

با این حال رد عرفی مال به مالک به معنای رد فیزیکی نیست. بلکه رد حکمی و قانونی نیز کفایت می‌نماید. یکی از فقها در پاسخ به سؤال چنانچه قبل از طرح شکایت از طرف مالباخته نزد قاضی، اموال مسروقه توسط اداره آگاهی از سارق اخذ و جهت تحویل به مالباخته نگهداری شود به نحوی که هر موقع مالباخته تقاضا نماید اموال به او تحویل می‌گردد، ولی مالباخته با وجود علم به این موضوع قبل از تحویل گرفتن اموال نزد قاضی شکایت می‌کند آیا در این صورت نیز اجرای حدّ سرقت واجب است؟

جواب می‌دهد: حدّ سارق در اینجا اجرا نمی‌شود، و از قبیل بازگشت مال به دست صاحب آن است. از طرفی اگر مال به حرز مسترد گردد و مالک از آن مطلع نگردد و اقدام به شکایت نماید شکایت او به علت آن است که نسبت به حقیقت ماجرا جهل دارد در حالیکه در صورت اطلاع اقدام به شکایت نمی‌نمود. در نتیجه اقدام به شکایت مالک در هنگامی که مال مسترد شده است نوعی شکایت ظاهری است و ناشی از جهل مالک است لذا قطع دست در این حالت نیز اشتباه است زیرا بر مبنای یک تصور اشتباه شکل گرفته است. (گلپایگانی، بیتا، ص ۲۰۹)

۲-۳-۲- اعاده مال به صورت ناقص

سؤالی که در مورد تحت ید مالک قرار گرفتن مال مسروق پیش می‌آید این است که اگر این کار تنها نسبت به قسمتی از مال مسروقه انجام شود (مثلاً نیمی از آهن‌های ربوده شده تا قبل از اثبات به مالک بازگردانده شود) آیا سارق می‌تواند از معافیت مذکور در بندر استفاده نماید یا خیر. یک پاسخ ممکن به این سؤال آن است که بند مذکور از تحت ید مالک قرار گرفتن مال مسروق سخن می‌گوید، و این عبارت حاوی این معنا است که شرط استفاده از معافیت، تحت ید مالک قرار گرفتن، کل مال مسروق می‌باشد. پاسخ دوم، و سازگارتر با اصل تفسیر به نفع متهم، آن است که در چنین مواردی ارزش اموال مسترد شده به مالک نباید در تعیین تحقق حدنصاب به کار رود. لذا اگر ارزش اموالی که بازگردانیده نشده‌اند به حدنصاب برسد، سرقت سارق، باوجود سایر شرایط، مستوجب حد، والا تنها مستوجب تعزیر خواهد بود. البته، نباید ناگفته گذاشت که هرگاه استرداد بخشی از مال مثلاً به صورت استرداد یک لنگه از کفش ربوده‌شده باشد، چون یک لنگه کفش معمولاً فایده‌ای را در بر ندارد، باید کل قیمت کفش ربوده‌شده را برای تعیین موجب حد بودن یا نبودن سرقت حساب کرده، و درواقع، اثری را بر استرداد یک لنگه کفش مترتب نکرد. زیرا گاهی استرداد بخشی از مال از نظر عرفی به معنای از مالیت افتادن کل مال است.

۳- فقه اهل سنت

۳-۱- نظریه سقوط حد در فقه حنفی

در فقه حنفی اعاده مال مسروقه، مستقلاً درجایی که یک نفر حرز را می‌شکند و پس از خارج کردن مال از حرز، پشیمان شده و مجدد به داخل برمی‌گرداند، مطرح نشده بلکه این مبحث در موضوع شراکت در هتک حرز و اخراج مال مطرح گشته است. با تحقیقات انجام شده در کتب حنفی، ادله این نظر را میتوان به شرح ذیل احصا نمود.

۳-۱-۱- عدم تحقق سرقت

از دیدگاه فقه حنفی با برگرداندن مال به حرز، سرقت به معنای واقعی کلمه تحقق نیافته زیرا سرقت عبارت است از انتزاع مال از مالکیت و تسلط صاحب مال که در این فرض چنین شرطی منتفی است. افزون بر این «اخذ مال از حرز و اخراج کامل از آن» شرط حد قطع می‌باشد یعنی هرکسی باید مابشرتاً مال را از جای مستقرش برداشته و تا آخر حرز حمل کرده و از آن خارج سازد. لذا در صورت استرداد علی‌رغم اخراج ظاهری و اولیه، عملیات ربایش مستقر و پایدار و به بیان دیگر، کامل نمی‌شود. (فخرالدین زیلعی، ۱۳۱۳، ج ۳، ص ۲۲۳؛ شیخی زاده، بی تا، ج ۱، ص ۶۲۱ و ۶۲۲؛ مرغینانی، بی تا، ج ۲، ص ۳۶۹)

از نظر سرخسی در المبسوط هرگاه کسی حرز را بشکند و متاع را خارج کند و سپس به حرز برگرداند مقصود سارق نیز (تملک مال غیر) حاصل نمی‌شود. لذا با فقدان سبب (سرقت)، نتیجه آن (قطع ید) نیز ثابت

نمی‌گردد.^۱ ملاحظه می‌گردد از دیدگاه وی علت سقوط حد، توبه سارق نیست بلکه به دلیل عدم تحقق سرقت، قطع ید از همان ابتدا به وجود نمی‌آید. علاوه بر این سرخسی در توجیه نظر خود به وحدت ملاک و قیاس با موارد مشابه روی آورده و استدلال می‌کند همان‌گونه که هرگاه کسی مال دیگری را بردارد با این نیت که آن را به صاحبش برگرداند، سپس آن را به‌جای قبلی خود بازگرداند ضمانی مدنی بر او نیست در اینجا نیز حد ساقط می‌گردد چراکه قرارداد در مکان قبلی در حکم قرارداد در ید و تسلط مالک است و لذا برگرداندن آن به موضع قبلی به‌منزله برگرداندن آن به مالک می‌باشد (سرخسی، ۱۴۱۴، المیسوط، ج ۷، ص ۱۴۷-۱۴۸)

۲-۱-۳- زوال حق مطالبه با استرداد مال به حرز

حد سرقت مستلزم شکایت مال‌باخته است. زیرا سرقت حدی به طور همزمان دارای دو جنبه حق الهی و حق انسانی می‌باشد و جنبه ثانوی آن اقتضا می‌کند تا زمانی که صاحب مال شکایت نکند جرم سرقت قابل تعقیب در دادگاه نباشد.^۲ از این رو در حالتی که قبل از مرافعه نزد حاکم، سارق مال را به حرز برگرداند یا در اختیار و تحت تسلط مالک قرار دهد حق مطالبه صاحب مال از بین می‌رود و بالتبع حد قطع نیز ساقط می‌گردد همان‌گونه که وقتی مال از طریق هبه و بیع یا نظایر آنها تحت تملک سارق قرار می‌گرفت حق مطالبه از بین می‌رود، حتی فقه‌های حنفی از این فراتر رفته و معتقدند که بخشیده شدن مال به سارق بعد از مرافعه نزد حاکم هم مسقط حق مطالبه بوده و حد را ساقط می‌کند. چراکه در اینجا نیز سارق مالک عین مسروقه شده و در مالی که اکنون جزئی از اموال سارق است قطع وجود ندارد زیرا همانند حالت قبل از مرافعه، حق مطالبه مالک شرط، است و چنین شرطی بایستی مستمر باشد و هنگامی که عین به مالکیت سارق درآمد، شرط استمرار خود را از دست می‌دهد. (ابن قدامه، ج ۹، ص ۱۲۸؛ ابن عابدین، ۱۴۱۲، ج ۴، ص ۱۰۹؛) سمرقندی در این خصوص می‌نویسد "شکایت مسروق منه، شرط مجازت است و اگر سارق قبل از مرافعه نزد حاکم آن را به مالک برگرداند مشهور نزد ما این است که حد ساقط می‌شود اما اگر بعد از مرافعه و استماع بینه باشد حد از بین نمی‌رود خواه حکم صادر شده باشد یا نشده باشد" (سمرقندی، ۱۴۱۴، ج ۳، ص ۱۵۵؛ الحدادی، ۱۳۳۲، ج ۲، ص ۱۷۱؛ زیلعی فخرالدین، ۱۳۱۳، ج ۲، ص ۲۲۹)

نکته قابل ذکر اینکه از تعبیر برخی از صاحب نظران، برمی‌آید زمان تأثیرگذاری استرداد، می‌تواند تا پیش از اثبات سرقت هم توسعه یابد، این عده به‌جای لفظ مرافعه نزد قاضی از عبارت جایگزین *الْخُصُومَةُ* استفاده

^۱ لِأَنَّ تَمَامَ السَّرِقَةِ يَخْرُجُ الْمَالُ مِنَ الْحِزْرِ فَمَقْصُودُ السَّارِقِ لَا يَتِمُّ إِلَّا بِهِ، وَقَبْلَ تَتْمِيمِ السَّبَبِ لَا يَلْزُمُهُ الْقَطْعُ، الْبَتَّهِ مِنْ دَيْدِ الْبَتَّهِ شَافِعِي سَرَقَتْ بِأَخَذِ مَالٍ مِنْ حِزْرِ تَمَامٍ مِشْهُودٍ وَخُرُوجِ سَارِقٍ مِنْ حِزْرِ بَرَاءَتٍ كَامِلَةٍ شَدْنِ سَرَقَتِ بَلَكَةً لِرَاحَةِ دَسْتِ مَالِكٍ أَسْتَ هَمَانْدَ زَنَّا كَهْ بَهْ صَرَفِ إِيْلَاجِ ثَابِتِ مِشْهُودِ.

^۲ لِأَنَّ مِنْ شَرْطِهِ الْمَطْلَبَةُ بِالسَّرِقَةِ وَبَعْدَ مَلِكِهِ لَهُ لَا تَصِيحُ الْمَطْلَبَةُ، وَإِنْ مَلِكَهَا بَعْدَهُ، لَمْ يَنْقُطْ الْقَطْعُ. وَبِهَذَا قَالَ مَالِكٌ، وَالشَّافِعِيُّ، وَإِسْحَاقُ. وَقَالَ أَصْحَابُ الرَّأْيِ: يَنْقُطُ؛ لِأَنَّهَا صَارَتْ مَلِكُهُ، فَلَا يَنْقُطُ فِي عَيْنِ هِيَ مَلِكُهُ، كَمَا لَوْ مَلِكَهَا قَبْلَ الْمَطْلَبَةِ بِهَا؛ وَلِأَنَّ الْمَطْلَبَةَ شَرْطٌ، وَالشَّرْطُ يُعْتَبَرُ دَوَامُهَا، وَلَمْ يَنْقُطْ لِهَذِهِ الْعَيْنِ مُطَالِبٌ.

می‌کند و علت تبرئه سارق را علاوه بر از بین رفتن شرط مطالبه مالک، ظاهر احادیث وارده می‌دانند. به موجب استنباط مزبور، اگر مال در اختیار اجیر و کلیه کسانی که به نحوی وابسته به مالک‌اند قرار گیرد، یا مالی از اداره دزدیده شود و در اختیار مدیر آن قرار گیرد حد منتفی می‌شود. (ابن نجیم، ۱۴۲۲، ج ۳، ص ۱۸۹)

۴-۱-۳- فقدان شرط «حیازت مال» از مالکیت صاحب مال و ورود آن به «حیازت سارق»

هدف از سرقت تملک مال برای سارق و یا فرد موردنظر اوست که این هدف جز با خروج مال از مالکیت مالباخته و ورود آن به مالکیت سارق تأمین نمی‌شود. از نظر فقهای حنفی، با خروج مال از حرز نمی‌توان با قاطعیت گفت سارق به قصد و نیت خود «یعنی بردن مال» دست یافته است چه‌بسا سارق نیتش استفاده موقت از مال بوده یا با انگیزه نگهداری مال برای مالباخته دست به ربایش زده باشد درواقع سوءنیت خاص در سرقت حدی، که عبارت است از قصد سرقت و اضرار به مالباخته، شرط ثبوت حد می‌باشد که در ما نحن فیه مفقود است. به علاوه مجازات سارق به محض خروج مال از حرز بدون آنکه وی قربانی را برای همیشه از مال خود محروم سازد با قاعده احتیاط در اجرای حدود و دماء سازگار نیست. بر مبنای این تعلیل درجایی که سارق مال را به حرز برمی‌گرداند یا آن را تحت ید مالک قرار می‌دهد، نمی‌توان سرقت را از نظر عنصر مادی تمام شده دانست. حداقل این احتمال وجود دارد که به دلیل فقدان قصد تملک، عنصر روانی هم کاملاً محقق نشده باشد و از این منظر هم حد ساقط شود. فقهای حنفی در این باره می‌نویسند «اخذ پنهانی به عنوان شرط حد، جز با اخراج مال از حرز، اخراج از حیازت مالک و داخل کردن آن به حیازت سارق^۱. تحقق نمی‌یابند، در این میان، اخراج از حرز و حیازت مالک، لزوماً و حتماً به دخول مال در حیازت سارق منتهی نمی‌شود. برای مثالی شخصی که با هتک حرز مالی را به بیرون حرز پرتاب کند ولی وقتی بیرون آمد مال را نیابد در اینجا اخراج از حرز و خروج از حیازت مالک وجود دارد اما مال در حیازت سارق، وارد نشده است در نتیجه حدی بر او جاری نمی‌گردد اما تعزیر می‌شود (جمعی از نویسندگان، موسوعه فقهیه کویت، ج ۲۴، ص ۳۲۶؛ کاسانی، ۱۴۱۲، ج ۷، ص ۶۵؛ شوکانی، ۱۴۱۴، ج ۴، ص ۲۴۴، سرخسی، ۱۴۱۴، ج ۴، ص ۱۴۸). دمیری نیز عقیده دارد که «اگر سارق به محلی که قصد سرقت از آن را دارد وارد شود و با قصد برگرداندن چیزی را بدزد، بر او قطعی نیست و برای مثال به قصد عاریه، تبرک‌شاورزی یا با قصد استفاده موقت از هر ابزار دیگری سرقت کند». (دمیری، ۱۴۲۵، ج ۹، ص ۱۷۵)

۲-۳- فقه شافعی

از دیدگاه مذهب شافعی هرگاه سارق بعد از سرقت، مال را به حرز برگرداند مطلقاً حد جاری می‌گردد. خواه این استرداد بعد از مرافعه و خواه قبل از شکایت نزد قاضی باشد، (مختصر المزنی: ۱۴۱۰، ص ۲۶۳، غزالی، ۱۴۱۸، الوجیز ۲: ۱۷۵ و غمراوی، ۱۳۳۷، ص ۵۲۹، شربینی، ۱۴۱۵، مغنی المحتاج، ج ۵، ص ۴۸۶) از نظر

^۱ دخول المَسْروِق في حِیَازَةِ السَّارِق

اینان در این فرض علت اجرای حد، تحقق کامل شرط اخراج از حرز و وقوع کامل سرقت می‌باشد شربینی در این باره می‌نویسد «اگر شخصی مال محرز را به بیرون حرز ببندد یا مال را در دستش گرفته و از حرز خارج کند و سپس آن را به حرز برگرداند و یا متاع را برآب روانی قرار دهد و آب آنرا از حرز خارج کند، دست سارق در تمام این موارد قطع می‌شود زیرا اخراج از حرز در جمیع موارد به سارق منسوب است. (خطیب شربینی، ۱۴۱۵، ج ۵، ص ۴۸۶) درواقع از نظر شربینی اعاده مال به حرز، فقط ضمان مدنی سارق را از بین می‌برد نه حد قطع را چراکه حد در زمره حق‌الله به شمار می‌رود و به صرف استرداد مال، ساقط نمی‌شود. اما وقتی سارق مال را برگرداند الزام او به رد عین مسروقه (ضمان) به جهت انتفاع موضوع، معنا ندارد.

ادله

۱-۲-۳-تحقق سبب تام قطع

در صورتی که سارق مال را از حرز خارج کند، هرچند پشیمان شود و آن را برگرداند، سرقت به معنای واقعی تحقق پیدا کرده است. پشیمان شدن سارق و برگرداندن مال مسروقه سبب نمی‌شود سرقت محقق شده از بین برود، لذا باید دست سارق را قطع کرد. درواقع در این فرض علت تام و سبب حد که همانا سرقت می‌باشد، محقق شده و رد بعدی زیانی به علت نمی‌رساند (ماوردی، ۱۴۱۹، ج ۱۳، صص ۲۹۷-۲۹۵؛ دمیری، ۱۴۲۵، ج ۹، ص ۱۹۲؛ جمل، بی تا، ج ۵، ص ۱۵۱)

۲-۲-۳-عموم آیه و روایت

دلیل مهم طرفداران نظریه عدم سقوط حد، عموم آیه شریفه است خداوند می‌فرماید «وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا الْمَانِدَةُ: ۳۸» یعنی هرکس مرتکب سرقت شد باید دستش را برید. آیه اطلاق دارد و زیرا در آن هیچ صحبتی از شرایط مال مسروقه، نصاب و استرداد به مالک قبل از مرافعه یا عدم استرداد نیست. در نتیجه آیه با اطلاق خود هم شامل حالتی می‌شود که سارق بعد از سرقت مال را به جای قبلی برمی‌گرداند هم فرضی را در برمی‌گیرد که سارق مال را به حرز یا مالک بر نمی‌گرداند و تصاحب می‌کند. ماوردی در این باره می‌نویسد «دلیل ما علاوه بر عموم کتاب، سنت و روایت شافعی از صفوان بن امیه می‌باشد در این روایت باوجود صدقه حد ساقط نشد که دلالت دارد بر این نکته که بازگرداندن مال به مالک یا تملک مال مسروقه بعد از سرقت، مانعی برای وجوب قطع نیست.

دلیل دیگر روایت ابن جریج از عمر بن شعیب از جدش از پیامبر است که فرمودند "تَعَاوَا عَنْ الْحُدُودِ فِيمَا بَيْنَكُمْ فَمَا بَلَّغْنِي مِنْ حَدٍّ فَقَدْ وَجَبَ" یعنی در میان خودتان از گناهانی که موجب مجازات است درگذرید زیرا وقتی گناهی به اطلاع من رسید مجازات آن واجب است. در این روایت هم فرقی بین فرضی که مال را تحت ید مالک قرار می‌دهند یا نمی‌دهند، وجود ندارد. (ماوردی، ۱۴۱۹، ص ۳۰۲)

در بین فقهای امامیه شیخ طوسی هم برای نظر خود به آیه استناد کرده گفته است عموم آیه سرقت بر ثبوت قطع در سرقتها دلالت می‌کند مگر مواردی که با دلیل قطعی از عموم آیه خارج شده باشند (طوسی، بی تا، خلاف، ج ۵، ص ۴۲۳)

ذکر این نکته ضروری است که برخی از فقهای شافعی از نظر اکثریت پیروی نکرده‌اند و درجایی که سارق مال را به حرز برمی‌گرداند و یا مال را در تحت ید مال باخته قرار می‌دهند با استناد به قاعده درأ و سقوط حق مطالبه، حکم به عدم قطع می‌دهند از جمله این فقها می‌توان صاحب حاشیه جمل نام برد. ماوردی نیز در نهایت به این نظر گرایش پیدا نمود. (جمل، بیتا، ص ۱۵۱)

۳-۳- مالکیه و حنابله

قریب به اتفاق فقهای مالکی و حنابله عقیده دارند استرداد مال به حرز یا بازگرداندن آن به مال باخته حتی اگر قبل از مرافعه نزد قاضی باشد، حد قطع را ساقط نمی‌کند. هر دو مذهب برای اثبات نظر خویش علاوه بر عموم آیه سرقت و قیاس با حد زنا، به تحقق سرقت با خروج مال از حرز و سببیت تام آن برای قطع استناد می‌کنند با این حال تفاوت‌های در استدلال بین فقها به‌ویژه در ماهیت حق مطالبه و چگونگی اثر رد مال بر آن مشاهده می‌گردد. (خرشی، ۱۳۱۷ه، شرح مختصر خلیل، ج ۸، ص ۹۶ و ۹۵؛ ابن رشد الجد، ۱۴۰۸، ج ۱۶، ص ۲۲۷؛ ابن قدامه، ۱۳۸۸، ج ۹، ص ۱۲۹) ابن اسحاق برقی در این خصوص می‌گوید از اشتهب (یکی از فقهای مالکی) درباره دزدی سوال کردم که از خانه دیگری دزدی می‌کند، سپس با ظاهر شدن مالک، مال اخذ شده را به جایی که از آن برداشته، برمی‌گرداند، او جواب داد، دستش قطع می‌شود زیرا حد، قبل از بازگرداندن بر او واجب شده است. از نظر ابن رشد قرطبی مبنای این گفته روشن است چونکه بریدن دست جز حدود الهی و از جنس حق الله به حساب می‌آید، لذا بر گرداندن مال به جای خود، حتی اگر قبل از مرافعه نزد حاکم باشد، خللی در بقای حد ایجاد نمی‌کند همانطور که بخشیدن مال به سارق، حتی پیش از شکایت نزد امام، مسقط حد نیست. به‌طور کلی در این موضوع سه قول وجود دارد اول اینکه خواه مال مسروقه را به جای خود برگرداند یا به سارق ببخشد فارغ از زمان آن، دست وی قطع می‌گردد که این عقیده مالک است، دوم اینکه در این فروض قطع نمی‌شود این قول ابوحنیفه در مورد هبه است و سوم، تفضیل بین استرداد به جای خود یا هبه قبل از طرح شکایت نزد امام با بعد از مرافعه می‌باشد (ابن رشد قرطبی، ۱۴۰۸، ص ۲۲۸) از میان دیدگاه‌های سه‌گانه صاحب نوادر و زیادات، از نظریه نخست پیروی نموده و درباره علت حکم اشعار می‌دارد «سارقی که مال را از حرز خارج می‌کند و سپس به آن برمی‌گرداند دستش بریده می‌شود زیرا به محض خروج مال، سرقت محقق و حد واجب می‌شود» (قیروانی، ۱۹۹۹، ج ۱۴، ص ۴۰۲) بهوتی در شرح منهی الارادات می‌نویسد «مستعیر با بازگرداندن مال به جای قبلی تبرئه نمی‌شود همانند سارق که هرگاه مال را به حرز برگرداند از حد قطع رهایی نمی‌یابد. (بهوتی، ۱۴۱۴، ج ۲، ص ۲۹۴)

در کنار این تحلیل، فقهای حنبلی و مالکی به آیه سرقت نیز متوسل می‌شوند. خداوند در قرآن کریم به‌طور عام، حکم می‌دهد دست سارق را ببرید و چنین عموم و اطلاقی شامل موضوع مورد بحث نیز می‌شود

زیرا آیه "والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما" فرقی بین استرداد و تملک مال مسروقه قبل از مرافعه و بعد از آن نمی‌گذارد. (قاضی عبدالوهاب، ۱۴۲۰، ج ۲، ص ۹۴۵)

ادله دیگر اینان، سنت و احادیث منقول از پیامبر می‌باشد از جمله روایت صفوان که پیامبر با وجود هبه شدن مال به سارق، دستور به قطع دست داد. این امر صراحتاً نشان می‌دهد هبه، حد را ساقط نمی‌کند زیرا انتقال از ملکیت مالباخته، بعد از انجام سرقت صورت گرفته است و با وجود سبب (سرقت)، حد از بین نمی‌رود همانگونه که هبه مال مسروقه به غیر سارق کارساز نیست بر مبنای قیاس هبه به سارق هم نباید اثر بگذارد زیرا ملاک در وجوب قطع و یا سقوط آن، زمان ربودن می‌باشد نه زمان برگشت دادن و انتقال ملکیت (همان) به طور کلی فقها مزبور رد مال را با هبه مال قیاس می‌کنند.

فقه‌های حنبلی، استدلال مخالفان مبنی بر انتفاء شرط حق مطالبه با اعاده مال مسروقه یا تملک آن، را برنرفته و در جواب گفته‌اند، درست است که مطالبه مال و حد توسط مالک شرط می‌باشد ولی مطالبه شرط صدور حکم است نه شرط برای وجوب قطع. به همین خاطر هرگاه سارق عین را به مالک مسترد کند، حد قطع ساقط نمی‌شود اگرچه، حق مطالبه رد مال زایل شده است. (ابن قدامه، ۱۳۸۸، ج ۹، ص ۱۲۹؛ مقدسی، بی‌تا، شرح کبیر، ج ۱۰، ص ۲۵۴) یکی از حقوقدانان در تایید این استدلال می‌نویسد: «و به نظر مالک و شافعی و احمد، استرداد مانع از قطع نمی‌شود، زیرا از نظر مالک، منازعه مطلقاً شرط حد نمی‌باشد، و از نظر شافعی و احمد نیز چون مخاصمه، شرط صدور حکم است نه شرط قطع کردن، بنابراین اگر قربانی به‌رغم استرداد و دریافت عین، اقامه دعوا کند، قطع باید انجام شود، حتی اگر سارق مال دزدیده شده را برگرداند، حتی اگر رد قبل از دعوا باشد.» (عوده، ۱۴۳۴ ج ۲، ص ۶۳۱) درواقع از دیدگاه این عده، استرداد صرفاً دعوای حقوقی (استرداد رد مال به مالک و قیمت آن در صورت تلف) را از بین می‌برد ولی دعوای کیفری همچنان پابرجاست. اما نزد مالک بحث انتفاء حق مطالبه به دلیل استرداد، هبه، تملک موضوعاً منتفی است زیرا آنچه مهم است تملک مال مسروقه در زمان سرقت است و اگر در زمان سرقت، سارق مالک مال نشده باشد حد بر او جاری خواهد شد چون نزد مالک، مطالبه مالباخته الزامی نیست به همین جهت حتی اگر مال مسروقه قبل از شکایت مسترد شده باشد، حتی اگر شکایت از طرف خارجی باشد، حد اجرا می‌گردد. (زرقانی، ۱۴۲۲، (۸) ص ۸۹)

۴- نتیجه‌گیری:

تنوع و عدم انسجام آراء فقهی در زمینه تأثیر استرداد مال مسروقه بر مجازات حدی در بین فقه‌های مذاهب خمس به نسبت به فقه‌های امامیه بیشتر است. گروهی از فقه‌های عامه حتی اخراج مال از حرز را که بلافاصله باعث دستگیری سارق می‌گردد را موجب مجازات حدی می‌دانند. در برابر این نظریه افراطی گروهی با یک دیدگاه تفریطی حتی استرداد مال مسروقه بعد از اثبات جرم را نیز موجب سقوط مجازات حدی می‌دانند. بر

اساس توضیحات مطروحه در این نوشتار، موضع قائلین به عدم سقوط مجازات حدی بعد از استرداد مال مسروقه از استحکام و دقت کافی برخوردار نیست که دلایل و استنادات آن به تفصیل مورد بحث واقع گشت و ادله و استنادات مذکور با مبانی و ادله فقهی و سیاست‌های کلی قانونگذار کیفری که با شیوه‌های مختلف تشویقی خواستار جبران خسارت و ترمیم آثار ناشی از جرم به وضعیت ماقبل ارتکاب جرم است همخوانی دارد.

درواقع در نظام فقهی - حقوقی اسلام مال به‌عنوان یکی از مصالح پنج‌گانه در کنار سایر مصالح بنیادین همانند نفس عقل دین و نسل قرار می‌گیرد و استرداد آن در سرنوشت قضایی متهم مؤثر است. مال در نگرش قرآنی موجب قوام زندگی فردی و اجتماعی است و بعضی از اندیشمندان با الهام از آیه مذکور مال را ستون فقرات جامعه اسلامی می‌دانند. لذا نفس مال موضوعیت دارد و در صورتیکه به هر دلیلی مال قبل از اثبات جرم در سیطره مالک واقع گردد مجازات حدی اثبات نمی‌گردد. زیرا مجازات حدی به خاطر محروم نمودن مالک از مایملکی است که برای محافظت از آن تدابیر احتیاطی مقتضی را اتخاذ نموده و گویا با استرداد آن مجازات حدی مبنای خود را از دست می‌دهد. لذا جنبه حق الناسی سرقت مقوم و پایه جنبه حق‌اللهی سرقت است. بدون تکوین جنبه حق‌الناسی جنبه حق‌اللهی قابل ایجاد نیست. جنبه حق‌الناسی نیز دائر مدار ربایش مال و انتزاع آن از ید مالک به‌صورت مستمر است. منظور از استمرار نیز به طول انجامیدن فقدان مالکیت تا قبل از اثبات جرم است. اما در صورتیکه تا زمان مقرر مال ربنوده شده مجدداً تحت ید و تسلط مالک واقع گشت (بدون اینکه در تحقق آن اعاده به حرز موضوعیت داشته و یا کافی باشد و بدون اینکه در استرداد مال ضرورتی به توبه و یا اراده سارق باشد) جنبه حق‌الناسی که مقتضی اجرای حد بوده است با مانعی مواجه گردد که تأثیر مقتضی را ناکارآمد می‌نماید. هرچند که بر اساس اصول مسلم فقهی و اصولی استرداد مال مسروقه قبل از اثبات جرم موجب سقوط مجازات حدی می‌گردد و لیکن تفاوتی بین استرداد اختیاری و یا قهری و یا اعاده به حرز و یا غیر حرز وجود ندارد. ولی از آنجاکه استرداد اختیاری مال به حرز دال بر پشیمانی و همکاری به‌موقع سارق دارد پیشنهاد می‌گردد که در صورت استرداد اختیاری مال مسروقه به حرز و تبدیل مجازات حدی به تعزیری، قانونگذار با انشاء یک تبصره حداکثر تخفیف را برای سارق مزبور قائل گردد.

منابع

- (۱) ابن عابدین (بی‌تا). *رد المحتار علی الدر المختار*. بیروت: دار الفکر.
- (۲) ابن نجیم حنفی، سراج الدین (بی‌تا). *النهر الفائق شرح کنز الدقائق*. بیروت: دار الکتب العلمیه.
- (۳) ابن رشد القرطبی (بی‌تا). *البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعلیل لمسائل المستخرجه*. بیروت: دار الغرب الإسلامی.
- (۴) بهوتی، ابن إدريس حنبلی (بی‌تا). *منتهی الإرادات*. بیروت: عالم الکتب.
- (۵) بروجردی، حسین (۱۳۸۶). *منابع فقه شیعه*. تهران: فرهنگ سبز.
- (۶) حسین نژاد، مجتبی (۱۳۹۷). تأملی در عدم سقوط حد بواسطه توبه زانی پس از قیام بینة. فصلنامه پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی، ۱۴(۵۱)، ۵۳-۷۶.
- (۷) خرشی، أبو عبد الله محمد (بی‌تا). *شرح الخرشی علی مختصر خلیل*. بیروت: دار الفکر.
- (۸) خویی، سید ابوالقاسم (بی‌تا). *موسوعة الإمام الخوئی*. قم: مؤسسه إحياء آثار الامام الخوئی.
- (۹) زرقانی المصری، عبد الباقي (بی‌تا). *شرح الزرقانی علی مختصر خلیل*. بیروت: دار الکتب العلمیه.
- (۱۰) سرخسی، محمد بن أحمد (۱۴۱۴). *المبسوط*. بیروت: دار المعرفة.
- (۱۱) سمرقندی، أبو بکر علاء الدین (۱۴۱۴). *تحفة الفقهاء*. بیروت: دار الکتب العلمیه.
- (۱۲) شهید اول، محمد بن مکی (بی‌تا). *موسوعة الشهيد الأول*. قم: مرکز العلوم و الثقافة الاسلامیه.
- (۱۳) شوکانی، محمد بن علی (۱۴۱۴). *فتح القدير*. دمشق بیروت: دار ابن کثیر، دار الکلم الطیب.
- (۱۴) شربینی، شمس الدین (۱۴۱۵). *مغنی المحتاج إلى معرفة معانی ألفاظ المنهاج*. بیروت: دار الکتب العلمیه.
- (۱۵) شهید ثانی، زین الدین بن علی (۱۴۱۳). *مسالك الأفهام*. قم: مؤسسه المعارف الإسلامیه.
- (۱۶) شیخی زاده، عبد الرحمن (بی‌تا). *مجمع الأنهر فی شرح ملتقى الأبحر*. بیروت: دار التراث العربی.
- (۱۷) دمیری، کمال الدین محمد بن موسی بن عیسی بن علی (۱۴۲۵). *النجم الوهاج فی شرح المنهاج*. سعودی: دار المنهاج.
- (۱۸) فاضل لنکرانی، محمد (۱۳۹۰). *آیین کیفری اسلام*. قم: مرکز فقهی ائمه اطهار (ع).
- (۱۹) فرطوسی حویزی، حسین (۱۴۱۶). *التوضیح النافع فی شرح ترددات صاحب الشرائع*. قم: نشر اسلامی.
- (۲۰) قاضی عبد الوهاب (بی‌تا). *الإشراف علی نکت مسائل الخلاف*. بیروت: دار ابن حزم.
- (۲۱) قربانی، علی و الهیان، امین و عباسی، اصغر (۱۴۰۴). *نقد نظام کیفردهی ایران از منظر تأثیر توبه بر عفو مجازاتهای حدی*. فصلنامه پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی، ۲۱(۷۹)، ۱۲۹-۱۵۸.
- (۲۲) قربانی، علی، موحدی، جعفر (۱۳۹۰). *اصل برأث در اندیشه فقهی و فرض بیگناهی در اندیشه اروپایی*. فصلنامه مطالعات فقه و حقوق اسلامی، ۸(۲۶)، ۱۲۷-۱۵۲.
- (۲۳) القیروانی، ابن أبی زید (۱۹۹۹). *النوادر والزیادات علی ما فی المدونة من غيرها من الأمهات*. بیروت:

دارالغرب اسلامی.

- (۲۴) طوسی، محمد بن حسن (بی‌تا). الخلاف. قم: نشر اسلامی.
- (۲۵) طوسی، محمد بن حسن (۱۴۰۷). تهذیب الأحکام. تهران: دارالکتب الإسلامیة.
- (۲۶) گلپایگانی، محمدرضا (بی‌تا). الدر المنضود. قم: دارالقرآن الکریم.
- (۲۷) المزنی، أبو إبراهیم (۱۴۱۰). مختصر المزنی. بیروت: دار المعرفة.
- (۲۸) غمراوی، محمد الزهری (۱۳۳۷). السراج الوهاج علی متن المنهاج. بیروت: دار المعرفة للطباعة والنشر.
- (۲۹) عودة، عبد القادر (۱۴۳۴). التشریع الجنائی الإسلامی مقارناً بالقانون الوضعی. بیروت: دار الکاتب العربی.
- (۳۰) غزالی، محمد (۱۴۱۸). الوجیز فی فقه الإمام الشافعی. بیروت: شركة دار الأرقم بن أبی الأرقم.
- (۳۱) کاسانی، علاء الدین (۱۴۱۲). بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع. بیروت: دار الکتب العلمیة.
- (۳۲) مامقانی، محمدحسن (۱۴۲۳). غایة الآمال فی شرح مکاسب و البیع. قم: مجمع الذخائر الاسلامیة.
- (۳۳) ماوردی، حبیب البصری البغدادی (۱۴۱۹). الحاوی الکبیر. بیروت: دار الکتب العلمیة.
- (۳۴) مقدس اردبیلی، احمد (بی‌تا). مجمع الفائدة و البرهان. قم: نشر اسلامی.
- (۳۵) مرعشی، شهاب‌الدین (۱۳۸۲). احکام السرقة علی ضوء القرآن و السنة. قم: مکتبه آیه الله العظمی المرعشی النجفی (ره).
- (۳۶) موسوی اردبیلی، عبدالکریم (بی‌تا). فقه الحدود و التعزیرات. قم: نشر مفید.
- (۳۷) نسائی، أبو عبد الرحمن أحمد بن شعیب بن علی الخراسانی (بی‌تا). السنن الکبری. بیروت: مؤسسه الرسالة.
- (۳۸) مقدسی، عبد الرحمن (بی‌تا). شرح کبیر علی متن المقنع. بیروت: دار الکتاب العربی.
- (۳۹) محمودی، سمیرا (۱۴۰۰). اصول فقه به روش ساده. دادآفرین: مشاهیر.
- (۴۰) محقق حلّی، جعفر بن حسن (۱۴۱۸). شرایع الاسلام. قم: مطبعة اسماعیلیان.
- (۴۱) میرزایی، محمد و رضوان‌طلب، محمدرضا (۱۴۰۲). ضابطه‌مندی اجرای قاعده درأ در سیاست جنائی اسلام. فصلنامه پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی، ۱۹(۷۳)، ۲۴۵-۲۶۶.
- (۴۲) هاشمی خانعباسی، سیدعلی و احمدی، سیدمهدی (۱۳۹۴). بررسی فقهی و حقوقی تأثیر شبهه در رفع مجازات. فصلنامه پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی، ۱۱(۳۹)، ۱۳۵-۱۵۰.