

Abstract

The debate about women and the injustices inflicted on them is a very important one, and the growing unfairness of girls and women all over the world shows the importance of paying attention to it and the need to develop an effective and efficient criminal policy in this field. However, the law seems to have taken general measures against violent crimes against women in most cases. Therefore, it is necessary to take principled measures for legal and criminal protection without discrimination and taking into account the gender of women for legal issues related to women, in order to ensure the necessary effectiveness of the law against women. Considering that women's rights are one of the most important fields of human rights and the position of women's rights in any society is the best indicator and level for measuring the position of human rights in that society, therefore, this research is descriptive-analytical. It examines Iran's criminal-legislative political approaches to the vulnerability of women victims. The purpose of this study is to answer the question of whether there is adequate legal, civil, financial and ... support for women victims or not? It has been concluded that the victimization of women in its specific meaning has not been adequately accepted by the Iranian legislature, and that women in a few cases enjoy a criminal justice system, and only some laws have been enacted and protected against them. Has been mostly in the form of a criminal and is not sufficient and convincing.

Keywords: Legislative criminal policy, victimized women, protection, law

بررسی اختلاف مبانی فقهی صاحب مسالک (ره) و صاحب جواهر در مسائل جزائی (حدود و قصاص و دیات)

سیده فاطمه حسن پور چنارستان علیاء^۱

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۴/۱۰

هرمز اسدی کوه باد^۲

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۶/۰۷

محمد رسول آهنگران^۳

چکیده

برای این که یک «سیاست کیفری» همزمان، کارآمد، عادلانه و انسانی باشد، لازم است در پیش بینی و اجرای ضمانت اجراهای کیفری، متناسب با تنوع جرایم، گوناگونی مجرمان و تفاوت شرایط ارتکاب بزه، از انواع و مقادیر مختلف مجازات ها بهره جوید. هدف از مقاله پیش رو به بررسی تطبیقی نظرات و استنباطات فقهی و اجتهادی دو فقیه برجسته و اثر گذار شیعی یعنی: شیخ زین الدین مقلب به صاحب مسالک (ره) متوفی ۹۶۶ ق و شیخ محمد حسن نجفی (صاحب جواهر) متوفی ۱۲۶۶ ق می باشد. سوال تحقیق: چگونگی بر طرف کردن اختلافات فقهی صاحب مسالک (ره) و صاحب جواهر (ره) در زمینه احکام مجازاتها است در فقه شیعه مجازات جرائم کیفری به سه بخش اصلی حدود، قصاص و دیات تقسیم بندی گردیده است که در مقاله حاضر به چهار مورد اختلاف فقهی و اجتهادی پرداخته شده با ذکر استدلالات و مبانی اجتهادی هر کدام بیان شده است. واژگان کلیدی: صاحب مسالک (ره)، صاحب جواهر (ره) احکام جزایی اسلام، حدود، قصاص، دیات.

^۱ دانشجوی دکتری گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد رامهرمز، دانشگاه آزاد اسلامی، رامهرمز، ایران.

HASANPOOR.MZ6@GMAIL.COM

^۲ استادیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد رامهرمز، دانشگاه آزاد اسلامی، رامهرمز، ایران.

^۳ استاد گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشگاه تهران، تهران، ایران. ahangaran@ut.ac.ir

شریعت اسلام با درک درستی از نیازها و مصالح انسان، زمینه های مشروعی را برای ارضای آنان فراهم آورده است، زیرا لجام گسیختگی در برآوردن حوایج انسان در نهایت تعدی و تجاوز به حقوق دیگر شهروندان را موجب خواهد شد. نظر به اهمیت حفظ ارزش ها در تحقق سعادت انسان و تداوم انسجام اجتماعی، نظام فکری اسلام اهمیت بسیاری برای آن ها قائل شده است. از همین رو هرگونه تجاوز به ارزش های اخلاقی که موجب تضعیف این، انسجام می گردد؛ با پاسخ های شدید کیفری مواجه می شود. در سیاست کیفری اسلام متناسب با شدت تجاوز به ارزش های اجتماع، بر میزان شدت مجازات نیز افزوده می ود. بنابراین جرایم مستوجب حد که شدیدترین اشکال تجاوز به اخلاق، به عنوان مبنای انسجام اجتماعی، هستند؛ با سخت ترین کیفرها پاسخ داده می شوند. این منطق کیفری اسلام، انتقادات بسیاری را موجب شده است. بعضی با خشن دانستن و غیر انسانی برشمردن این مجازات ها، آن ها را قرون وسطایی خوانده اند. بعضی نیز بر این باورند که: «اجرای برخی از این حدود... حیثیت اجتماعی افراد مجرم را به کلی از بین می برد، طوری که در آینده نخواهند توانست کمر راست کنند تا چه رسد به این که خویشان را اصلاح کرده و به جامعه بازگردند؟» (مکارم شیرازی، ۱۳۸۷، ۱۴) و اختلاف نظر اجتهادی از دیرباز بین علمای شیعه معمول بوده است چه در بین فقهای متقدم و چه در بین فقهای متأخر و معاصر، به هر شکل این اختلاف نظر فقهی به مبانی فقهی و اصولی و به تعبیری روش اجتهادی فقها بر می گردد. لذا این مقاله بر آن است تا به تطبیق و بررسی اختلاف نظر فقهی صاحب مسالک (ره) و صاحب جواهر در ابواب حدود، قصاص و دیات پردازد و به بررسی دیدگاه هر یک از این دو عالم بزرگ شیعه و استدلالهای هر کدام را بیان کند. لذا احکام جزائی و کیفری در فقه شیعه در این سه باب تشریح گردیده و از آنجا که در این ابواب و احکام مجازتها مورد بررسی قرار می گیرد و به شکل فراگیری مورد ابتلای قاطبه جوامع اسلامی می باشد.

بیان مساله

اختلاف نظر و اختلاف آراء از دیرباز بین دانشمندان علوم مختلف به خصوص علوم انسانی متداول بوده است و همین اختلاف اقوال موجب پیشرفت و بلوغ علم شده است. علم فقه و احکام نیز از قاعده مستثنا نبوده است. همانطور که اختلاف در بین فقهای متأخر و معاصر، به هر شکل این اختلاف نظر فقهی به مبانی فقهی و اصولی و به تعبیری روش اجتهادی فقها بر می گردد. این اختلافات ممکن است بین یک فقیه با فقیه دیگر و یا در میان چند فقیه یا بین فتاوی یک فقیه در طول زمان اتفاق بیفتاد. نجم الدین شیخ جعفر معروف به محقق حلی، فقیه بزرگ در سایه استعداد قوی و وسعت نظر که داشت به تحکیم مبانی فقه شیعه و اساس مکتب اجتهاد پرداخت. و با شهامت و دقت کاملی که داشت دایره المعارف فقه را توسعه داد شرایع الاسلام کتابی مهم در کلیه ابواب فقه شیعه امامیه به زبان عربی در قرن هفتم هجری است، که به صورت یک دوره کامل احکام اسلام و مسائل حلال و حرام است به رشته تحریر درآمده است (ایمانی، ۱۳۸۲، ۴۱). شروح بسیاری بر این اثر شده که بیشتر از ۲۰ شرح بیان شده است که از جمله آنها «مسالک الافهام فی شرح شرایع» از شهید ثانی است. شهید ثانی برخلاف فقهای متقدم و حتی از علامه حلی در مبانی فقهی بسیاری می اندیشد و از تمسک به هر روایتی پرهیز می کرده، سخت گیرانه تر بود. او در

استدلال های خود شیوه علمی بسیار محدود و سخت گیرانه داشته که از علامه حلی هم شدیدتر بوده است. بی تردید شهید ثانی در مصادره فقه بر کتاب و سنت تکیه داشته و همچون سایر فقیهان آن دو را از مصادر فقهی بر می شمرده است و حتی عقل نیز در مواردی مورد احتجاج شهید بوده که در مورد خاص است و باید بررسی شود، اما تمایل چندانی به اجماع نداشته و آن را از مصادر به حساب نمی آورد. و یکی دیگر از شروح بر شرایع الاسلام، که از مهم ترین آنهاست «جواهر کلام فی شرح شرایع اسلام» از فقیه اعظم شیخ محمدحسن نجفی، صاحب جواهر است مهم ترین مبانی فقهی صاحب جواهر در جواهر کلام عبارتند از قرآن، سنت، اجماع یا شهرت منقول و محصل، سیره متشرعه و سیره (بنای عقلا) و اصول عملی مانند: اصل براءت و استصحاب است (شاه ملک پور، ۱۳۴۳، ۱۱۲). بهره گیری از عرف به ویژه برای شناخت موضوعات احکام نیز در جواهر شیوع دارد البته اعتبار عرف از دیدگاه صاحب جواهر منوط به وجود شرایطی است. و استثنا به قواعد فقهی از جمله قاعده لاضرر نیز در این کتاب چشمگیر است. بنابراین باتوجه به اهمیت احکام و ادله فقهی در بحث فقه قضایی و اینکه در دستگاه های قضایی بسیاری از پرونده ها بلامتکلیف باقی مانده اند و با توجه به اینکه ادله و استدلالات فقهی می تواند آن ها را به نتیجه برساند، بنابراین بررسی تطبیقی مبانی فقهی فقها می تواند راه گشای بسیاری از این پرونده ها باشد، بنابراین بر خود دیدم این تحقیق را انجام دهم.

آنچه در این مقاله به آن می پردازیم، بررسی تطبیقی مبانی فقهی دو فقیه بزرگ شهید ثانی و صاحب جواهر در ابواب حدود، قصاص و دیات می باشد. احکام جزایی و کیفری در فقه شیعه در این سه باب تشریح گردیده است و از آنجا که در این ابواب، احکام مجازات ها مورد بررسی قرار می گیرد و به شکل فراگیری، مورد قاطبه جوامع اسلامی می باشد. در نتیجه بررسی مبانی فقهی مطالعات و پژوهش های علمی در این خصوص همیشه از جایگاه ویژه ای برخوردار بوده است.

سوالات تحقیق

سوال اصلی

مبانی فقهی اختلافی صاحب مسالك و صاحب جواهر در مسایل جزایی فقه اسلام کدام است؟

سوالات فرعی

در موارد اختلافی آرای شهید ثانی و صاحب جواهر آرای کدام یک به آرای مشهور فقها نزدیک تر است؟

رویکرد عمده صاحب جواهر با آرای شهید ثانی چگونه است؟

فرضیه ها

اختلاف مبانی فقهی صاحب جواهر و شهید ثانی مبتنی بر اختلاف دیدگاه آنها در ادله ای همچون اجماع و در مواردی روایات است. در موارد اختلافی، آراء صاحب جواهر به آرای مشهور فقها نزدیک تر است.

پیشینه تحقیق

اختلاف نظر در رای فقها پیشینه ای به درازای تاریخ فقه شیعه دارد. یعنی از زمان آغاز اجتهاد و تفقه تا کنون تاریخ فقه همیشه بستر این اختلافات بوده است. باید گفت اصولاً عناصر مختلفی در شیوه استنباط احکام و مسائل فقهی موثر است. و باعث

تمایز نظرات دو فقیه می‌گردد. که اجمالاً در اینجا به بعضی از آنها اشاره می‌نماییم. یکی از آشکارترین علل اختلاف فتاوی اختلاف در منابع و ادله شرعی است. مثلاً برخی از فقها اجماع و یا اجماع منقول و شهرت را حجت دانسته‌اند و بر اساس آن فتوا می‌دادند در حالی که برخی دیگر به استنباط احکام آنرا کنار می‌گذارند. اختلاف در دلیل بودن دلیل موجود نیز باعث اختلاف فتوا می‌گردد. با توجه به نیاز جامعه و نیاز دستگاه قضایی به بررسی مبانی فقهی فقها در ابواب جزائی و کیفری بر خودم دیدم تحقیقی در این مورد ارائه دهم. از جمله مقاله و کتاب‌ها که پیرامون موضوع بررسی تطبیقی مبانی فقهی صاحب مسالک و صاحب جواهر در حدود و قصاص و دیات مورد بحث و بررسی صورت گرفته است. از جمله آنها عبارتند از:

۱- در مقاله دکتری فقه و مبانی حقوق با موضوع (بررسی مکتب فقهی صاحب جواهر) به بیان سبک شناسی و مبانی نظری و کلی صاحب جواهر پرداخته است و اینکه شیوه استنباطی صاحب جواهر علاوه بر کتاب، سنت، اجماع و عقل را قبول دارد. (همدانی، ۱۴۱۶: ۹۶)

۲- کتاب دیگری که در این مورد است حسن شاه ملک پور در کتابی با عنوان (فقه جزائی استدلالی) دیدگاه شهید ثانی در مورد قصاص انسان مست بیان کرده است، که اظهر این است که نباید مست را قصاص کرد و بیان می‌کند به این علت که از شرایط معتبر قصاص نفس عامد بودن جانی می‌باشد که این شرط به قصد فعل و نتیجه‌ی تحقق می‌یابد. در حالی که سکران به دلیل عدم اختیار و عدم شعور، نه قصد فعل دارد و نه قصص فعل از او می‌شود. لذا چگونه می‌توان کسی را که عامل نیست قصاص کرد. (شاه ملک پور، ۱۳۸۹: ۲۰۷)

۳- فاضل مقداد بن عبدالله (رحمت) در کتاب التتقیح به ذکر دلایل موافقین و مخالفین و وجوب حضور مردم در اجرای حد زنا می‌پردازد. ظاهراً دلیل قائلین به استحباب را می‌پذیرد و می‌گوید ابن ادریس (رحمت) به دلیل امری که در آیه وجود دارد، صیغه‌ی امر نیز دلالت بر وجوب دارد و حضور مردم را واجب می‌داند. (حاجی ده‌آبادی، ۱۳۴۹: ۲۴۰).

علاوه بر کتاب‌ها که در پیشتر بدان اشاره رفت که خود پیشینه‌ی تحقیق و اهمیت این مسئله را می‌رساند متون فقهی ما از صدر اسلام تاکنون نیز مباحث مختلفی را با دقت در این خصوص داشته است که می‌توان به برخی از آن در زیر اشاره کرد:

- احمد حاجی ده‌آبادی در کتاب مبانی تکمیل المنهاج
- سید ابوالقاسم، خویی، در کتاب مبانی تکمیل المنهاج
- ابوالقاسم، گرجی در کتاب تاریخ فقه و فقها
- ابوالقاسم گرجی در کتاب حدود و قصاص و دیات

مبانی نظری و مفهوم پژوهش

حدود جمع حد بوده و در لغت به معنای منع آمده است. «حد را حائل میان دو چیز و نهایت و کناره‌ی چیزی» نیز دانسته‌اند که تعبیر دیگری از همان معنای نخست است، زیرا موجب فاصله و حائل میان دو چیز گشته و از اختلاط آن دو ممانعت به عمل می‌آورد. اطلاق حد بر کیفر نیز از آن روست که مجرم را منع کرده و موجب بازداشتن او و دیگران از ارتکاب رفتار مجرمانه می‌گردد (نجفی، ۱۳۹۴، ۲۵۴). شهید ثانی در مسالک الافهام می‌نویسند: «حد در لغت به معنای منع و جلوگیری کردن است و حد شرعی نیز از همین معنا گرفته شده، چون وسیله‌ای است برای جلوگیری از کاری که موجب آن است؛ از

ترس گرفتار شدن به عقوبت آن» (ج ۲/۴۲۳). در تحریرالروضه نیز حد کیفری دانسته شده است که موجب رنج و تادیب فاعل گردیده و او را از ارتکاب رفتار مجرمانه باز میدارد.

شرایط اثبات و اجرای حدود

بر اساس آن چه پیشتر گذشت؛ جرایم مستوجب حد شدیدترین نوع تجاوز به مقدس ترین ارزش های اجتماعی تلقی می شوند. از همین روست که در سیاست کیفری اسلام مجازات های حدی از شدت بسیاری برخوردارند. سلب حیات بزهکار از طریق سنگ سار وی به واسطه ی ارتکاب زنا ی محصنه، قطع دست در نتیجه ی سرقت مستوجب حد، اعدام فرد محارب و ... از این نمونه اند. به رغم این شدت عمل در مقابله با گونه های شدید تجاوز؛ مسیر خاص اثبات این جرایم (موانع اثباتی) و نیز عواملی که موجب سقوط مجازات می گردند؛ نشان از نگرش خاص اسلام در خصوص حدود دارد. برای دستیابی به درکی صحیح از این نگرش ابتدا به بررسی روش اثباتی این جرایم پرداخته و سپس موانعی که موجب عدم اجرای مجازات می گردند را بررسی می کنیم. نخست این که جرایم مستوجب حد اصولاً دارای نصاب اثباتی خاص بوده و حتی برخی فقها معتقدند که روش اثبات نیز در این جرایم دارای موضوعیت است. برای درک بهتر این مهم به بررسی روش اثبات یکی از جرایم حدی می پردازیم. در سیاست کیفری اسلام بزه زنا با چهار مرتبه اقرار ثابت می گردد و در این خصوص اقرارکننده باید بالغ، عاقل، مختار و قاصد (شهید اول، ۱۳۸۶، ص ۲۲۰). اقرار نیز لازم است تا «صریح یا حداقل ظاهر باشد؛ یعنی خلاف ۱ باشد ظاهرش به احتمال عقلایی محتمل نباشد» (خمینی، ۱۴۰۹، ج ۲/۴۱۴). همچنین به اعتقاد فقهای امامیه در صورتی که بزهکار اقرار به جرمی مستوجب حد نموده؛ لیکن عنوان بزه را معین نکند؛ حاکم شرع نمی تواند وی را تکلیف به ادای توضیح کند و حد نیز از وی ساقط میگردد (حرعاملی، پیشین، ۱۴۱۴، ۳۱۸).

دوم این که؛ در کنار این سخت گیری در پذیرش اقرار، قواعدی دیگر نیز در این زمینه تکلیف شده اند که بیش از پیش اثبات زنا از طریق اقرار را دشوار می کنند. توضیح این که حتی برخی فقه ای امامیه تعدد مجالس اقرار را شرط نموده و چهار مرتبه اقرار را در یک مجلس فاقد اعتبار دانسته اند (علامه حلی، بی تا، ج ۲/۲۲؛ خمینی، همان). همچنین به رغم قاعدهی مشهور «منع انکار پس از اقرار»، در زنا ی مستوجب رجم، انکار مقرر موجب سقوط حد رجم از وی می گردد (خمینی، همان). همچنین؛ در روایات و کتب فقهی نیز شواهدی دال بر این مهم وجود دارد که پیامبر و امیرالمومنین علی (ع) در مواجهه با زناکارانی که نزد ایشان اقرار به جرم خویش نمودند؛ در پی آن بوده اند تا مجرم را از تکمیل نصاب اقرار منصرف نمایند. در این خصوص می توان به یکی از قضاوت های امام علی (ع) در مورد زنی حامله اشاره نمود که در نزد امیرالمومنین اقرار به زنا کرده بود. حضرت به او فرمودند: «آیا شوهر داشتی؟ گفت: آری. فرمود: وقتی زنا کردی شوهرت در سفر بود یا حضر؟ گفت: در حضر بود. فرمود: برو و پس از وضع حمل بازگرد. زن رفت و پس از زاییدن بازگشت... و درخواست کرد که با اجرای حد او را پاک گردانند. امام فرمود: از چه چیز تو را پاک گردانم؟ گفت: من زنا کرده ام. حضرت دوباره پرسش های خود را مطرح نموده و پس از اصرار زن به اقرار، فرمودند تا آن زن برود و دو سال فرزند خود را شیر بدهد». این جریان دو مرتبه ی دیگر نیز تکرار شد و در نهایت بزهکار چهار مرتبه اقرار به زنا نمود. امیرالمومنین همچنین در خصوص مردی که چهار مرتبه اقرار به زنا کرد؛

فرمودند: «برای مرد چه زشت است که پاره‌های از این گناهان زشت را مرتکب می‌شود. و آن گاه (با اقرار) در میان مردم، خود را رسوا می‌کند. او چرا در خانگی خود توبه نکرد؟ سوگند به خدای تعالی که توبه‌ی او بین خود و خدایش، با فضیلت تر است از این که حد بر او جاری گردد» (همان، ص ۴۰۳).

مفهوم دیه

«دیه» در لغت به معنی مالی است که در ازای نفس مقتول پرداخته می‌شود (مشکینی، ۱۴۳۱ ص ۹۹) و در اصطلاح فقیهان به مالی گفته می‌شود که پرداخت آن در صورت جنایت بر نفس یا غیر آن واجب است، خواه میزان آن از قبل شارع معین شده یا نشده باشد؛ البته در صورتی که میزان مال مزبور به وسیله شارع معین نشده باشد، بدان «ارش» یا «حکومت» نیز اطلاق می‌شود. (النجفی، ۱۳۸۴، ج ۴۳، ص ۲) بنابراین، معنی اصطلاحی این واژه از معنی لغوی آن چندان دور نشده است.

ماهیت دیه

در مورد ماهیت حقوقی دیه سه دیدگاه در میان صاحب‌نظران وجود دارد: دیدگاهی که دیه را دارای ماهیتی کاملاً کیفری می‌داند، دیدگاهی که آن را یک‌سره دارای ماهیتی مدنی و در مقام جبران خسارت ارزیابی می‌کند و نظریه‌ای که ماهیتی دوگانه برای دیه قائل است. پذیرش هر کدام از این دیدگاه‌ها آثار مهمی در جهت‌گیری‌ها و تحلیل‌های حقوقی دارد. از آن جمله می‌توان به امکان یا عدم امکان «مطالبه خسارت زاید بر دیه به وسیله مجنی علیه یا وراثت وی» اشاره کرد که در سال‌های پس از انقلاب به بحث‌های زیادی در محافل دانشگاهی، قضایی و حوزوی دامن زده است، ولی متأسفانه به اتخاذ رویه واحدی از سوی دادگاه‌ها در مقام فصل منازعات منجر نشده است. از سوی دیگر در صورتی که دیه مجازات باشد، حسب اصول مندرج در قانون اساسی، رسیدگی قضایی در دعاوی راجع بدان باید طبق اصول حاکم بر دادرسی‌های کیفری انجام شود؛ در حالی که اگر دیه را وسیله جبران خسارت بدانیم، درخواست دیه و حکم بدان می‌تواند خارج از ضوابط رایج در دادرسی‌های کیفری انجام گیرد و به صورت مستقل در دادگاه‌های مدنی قابل طرح و رسیدگی است. در این مجال، ضمن نقد دیدگاه‌های مطرح شده در خصوص ماهیت دیه به بیان دیدگاه مختار خواهیم پرداخت.

کیفر بودن دیه

چنان‌که گفته شد، بنا بر یک دیدگاه دیه دارای ماهیتی کیفری است و هدف از تشریح آن تنبیه جانی است و از این رو با مجازات‌های مالی (جزای نقدی) که در نظام‌های حقوقی وجود دارد، قابل مقایسه است، ولی بنا بر ادله زیر دیه را نمی‌توان حداقل در همه موارد، جزای نقدی دانست: وجوب تأدیه دیه منوط به وقوع جرم نیست و در موارد عدید، به رغم این‌که جرمی واقع نشده است، مقنن پرداخت دیه به مجنی علیه را لازم می‌داند که از آن جمله جنایات خطایی محض و نیز شبه عمد است. حال با توجه به این‌که حسب مسلمات حقوقی، مجازات تنها در برابر وقوع جرم قابل اعمال است، چگونه می‌توان دیه را در جنایات خطایی محض، کیفر عمل جانی دانست؟! با این توضیح که جانی در خطای محض، حسب تعریف، نه قصد انجام فعلی را نسبت به مجنی علیه دارد و نه خواستار ورود جنایت و ترتب نتیجه بر فعل خویش است، ولی فعل او اتفاقاً موجب قتل، جرح و یا نقص عضو مجنی علیه شده است. علی‌هذا در هیچ کدام از مصادیق خطای محض، به علت فقدان عنصر معنوی جرم (سوء نیت عام و خاص)، نمی‌توان به مجرم بودن جانی و لزوم مجازات وی قائل شد. این اشکال کم و بیش، در جنایات شبه عمد نیز وجود دارد. در جنایت شبه عمد، حسب تعریف، جانی قصد انجام فعلی را بر روی مجنی علیه دارد که نوعاً سبب جنایت نمی‌شود، لکن خواستار ورود جنایت و ترتب نتیجه بر فعل خویش نیست؛ به عبارت دیگر، در شبه عمد، جانی سبب

را قصد نموده است، بدون آن که مسبب را قصد کرده باشد؛ ولی فعل او اتفاقاً موجب جنایت شده است. در این موارد نیز دیه را نمی‌توان مجازات جنایت (نتیجه فعل) دانست؛ چه، جنایت مقصود جانی نبوده است و کیفر فرد برای فعلی که خارج از اختیار او بوده است، مباح نیست. بنابراین، در صورت اصرار بر ماهیت کیفری دیه در این موارد ناچار باید آن را مجازات فعل انجام شده، دانست. این نیز نمی‌تواند مورد پذیرش باشد؛ زیرا حداقل در نظام حقوقی کنونی انجام فعلی که نوعاً کشنده نیست، نسبت به اشخاص، در تمام موارد جرم محسوب نشده است. توجه بدین نکته ضروری است که در جنایات عمدی، مجرم محکوم به قصاص است و پرداخت دیه جز در صورت عدم ثبوت یا عدم امکان استیفای قصاص، جنبه اصالی ندارد. (النجفی، ۱۳۷۴، ج ۴۲، ص ۸۲) در غیر مورد استثناء، وجوب پرداخت دیه منوط به تصالح میان جانی و مجنی علیه یا ورثه او است که مبلغ آن می‌تواند از میزان دیه کم‌تر یا بیش‌تر باشد. (الحرّ العاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۹، صص ۵۲-۵۶) بنابراین، حتی می‌توان گفت در این موارد اطلاق دیه به مال تأدیه شده خالی از تسامح نمی‌باشد.

مفهوم قصاص

قصاص از ماده "قص" (بر وزن سد)، به معنی جستجو و پی‌گیری از آثار چیزی است و هر امری که پشت سر هم آید عرب آن را "قصه" می‌گویند و از آنجا که قصاص، قتلی است که پشت سر قتل دیگری قرار می‌گیرد این واژه در مورد آن به کار رفته است. قصاص در لغت فارسی به معنای مجازات، عقاب، سزا، جبران، تلافی و رفتار با فاعل مثل آنچه او مرتکب شده، یا معامله به مثل آمده است (دهخدا، ۱۳۷۷: ۲۴۱). در فرهنگ المنجد آمده است: «القصاص، الجزاء علی الذنب، ان یفعل بالفاعل مثل ما فعل؛ یعنی قصاص، کیفر گناه را گویند، با مرتکب جنایت آن شود که با دیگری کرده است». طریحی در مجمع البحرین در رابطه با لغت قصاص گفته است: «القصاص بالكسر اسم الستیفاء و المجازاة قبل الجنایة من قتل او قطع او ضرب او جرح و أصله اقتفاء الثر فکان المقتص یتبع أثر الجانی فیفعل مثل فعله؛ یعنی گرفتن حق و کیفر دادن جنایتکار را در برابر قتل یا بریدن یا ضرب و جرح، قصاص گویند (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۰: ۵۴۵). اصل این کلمه از ردیابی و پیگیری است، مثل این است که قصاص کننده جنایتکار را تعقیب کرده و او را به کیفر پاداش میرساند. در اصطلاح فقهی، قصاص پیگیری و دنبال نمودن اثر جنایت است. به گونه ای که قصاص کننده عین عمل جانی را نسبت به او انجام دهد. به عبارت دیگر، قصاص انجام عملی مثل عملی است که فاعل آن انجام داده است.

ماهیت قصاص

برای تشخیص حق از حکم از سوی صاحب نظران اسلامی مالکها و ضوابط محتلفی ارائه شده برخی عقیده دارند برای تشخیص باید به آثار آن توجه کرد چنانچه این آثار قابل نقل و انتقال باشد این سلطه و توانایی حق است و در غیر اینصورت حکم است و برای تشخیص عالوه بر معیار فوق باید به امر دیگر که همان مفاد ادله است توجه کرد چون حق و حکم هر دو نتیجه ادله شرعی و قانونی است گاهی ادله بیانگر این معنی است که اراده شخص در نتیجه حاصل از آنها تأثیری ندارد و در اینصورت این نتیجه حکم است و در غیر اینصورت حق است و با توجه به اینکه قصاص از شئونات و اختیارات من له الحق است (آیتی، ۱۳۶۱: ۱۶۶) و شارع مقدس در قصاص حکم به جواز آن نکرده بلکه جعل سلطنت از برای صاحبان حق کرده

است لذا می توان گفت که قصاص از مصادیق حق است و قصاص یک حق غیرمالی است چون با اجرای آن نفع مادی و قابلیت تقویم به پول برای اولیای دم از بین می رود و حقی است که قابل اسقاط است و از حق الناس است.

تحلیل اختلاف دیدگاه فقه در مورد قصاص، حدود و دیات

فقه به معنای فهمیدن و درک کردن می باشد دهخدا، ۳۷۲ (ش، ص ۲۹۴) که به استنباط احکام شرع کمک می کند. منظور از فقه، قوانین الزامی و غیر الزامی است که از طرف خداوند متعال برای بشر وضع گردیده است و علم فقه علمی است که از منظرهای گوناگون و متعدد و بررسی این قوانین می پردازد و (فیروزآبادی، بی تا، ص ۲۸۹) پیرامون آن بحث می کند و موضوعات فقهی مثل حدود، قصاص و دیات و بسیاری از موضوعات دیگر را از موضوعاتی هستند که در فقه مورد بحث و بررسی قرار می گیرند. مبانی زیر ساخت ها و پایه های بنیادین یک امر است که حکایت گر واقعیت هایی است که وجود یک پدیده را ضروری و منطقی می سازد (حاجی ده آبادی، ۱۳۹۲، ص ۸۱)

بنابراین وظیفه فقیه، کشف و استنباط حکم شرعی است و فقیه در فقه شیعه، نظر و رای شخصی خود را ابراز نمی دارد بلکه کار او کشف و رای نظر الهی است که از طریق وحی به پیامبر (ص) رسیده و بسیاری از آنان بر اساس و زبان ائمه هدی (علیه السلام) تبیین یافته است این آرای الهی در منابعی نهفته است که به عنوان منابع علم فقه شناخته می شود و منابع استخراج احکام شریعت، مطابق مذهب شیعه امامیه به چهار اصل (کتاب قرآن، سنت، اجماع و عقل) منحصر بوده است. که قرآن به عنوان بیان کننده امهات و کلیات قوانین الهی و اولین و مهم ترین منبع فقهی است و پس از آن سنت (روایات و احادیث) جایگاه مهمی را از این نظر دارد و از روایات به عنوان سنت نام برده می شود و دو منبع دیگر نیز در فقه امامیه به عنوان منابع علم فقه مورد توجه هستند، اجماع و عقل: که منظور از اجماع؛ اتفاق نظر تمامی فقها بر یک حکم است و منظور از عقل: آن درکی است که عقل به نحو حتمی و قطعی آن را می یابد و برای هر کدام از این منابع شرایطی وجود دارد که تنها در صورت محقق شدن آنها صلاحیت دارند و مستند احکام فقهی قرار می گیرد. بنابراین مراجع و فقیهان شیعه که توانایی استخراج احکام از مدارک نامبرده را دارند به منظور تعیین و رفع مسئولیت از خود و دیگران بدان اشتغال می ورزند و در این باب کوشش می نمایند. و بر لزوم آن هم تاکید شده است. (طباطبایی، بحثی درباره مرجعیت و روحانیت ص ۲۶)

مبانی فقهی صاحب مسالک

صاحب مسالک بر خلاف فقهای متقدم و حتی علامه حلی در مبانی فقهی بسیار می اندیشیده و از تمسک به هر روایتی پرهیز می کرده است. او در استدلالهای خود از شیوه های علمی بسیار محدود و سخت گیرانه ای داشته که از علامه هم شدید تر بوده است. بی تردید صاحب مسالک در مصادر فقه بر کتاب و سنت تکیه داشته و همچون سایر فقیهان آن دو را از مصادر فقهی بر شمرده است حتی عقل نیز در مواردی مورد احتجاج شهید بوده که مورد خاصی است و باید بررسی شود، اما تمایل چندانی به اجماع نداشته و آن را از مصادر نمی شمرده است. (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲، ص ۲۱)

شیوه استنباط صاحب مسالک

به هر حال صاحب مسالک در شیوه استنباط احکام از روایات به نکاتی توجه داشته است.

پایبندی به تنويع روایات

روشن است که متقدمان و متاخران شیعه به گونه ای متفاوت باهم حدیث را تقسیم می کرده اند. حدیث را متقدمان به گونه ثنائی صحیح یا ضعیف می داشتند و در حالی که متاخران حدیث را به چهار قسم می شمرده اند. متقدمان تا دوره علامه های به ابراز صدور روایت از معصوم می کوشیده اند. در حالی که متاخران به سندتکیه می کرده اند و سند را بر می رسیده اند و تنها آن را راه احراز صدور روایت از معصوم می دانسته اند. و شهید رویکرد متاخران را پذیرفته بود و فقیهان بعد نیز به تقسیم بندی حدیث به چهار نوع توجه می کردند. بحرانی، الحرائق الناظره، بی تاج ۱، ص ۱۴).

سخت گیر بودن صاحب مسالک

صاحب مسالک سفرهای علمی فراوانی داشته و از آفات احادیث نادرست به خوبی آگاهی داشته است. وی با دانشمندان اهل سنت که در تنقیح احادیث می کوشیده اند و علم در آیه الحدیث را در بیان منزلت های حدیث تاسیس کرده بودند، آشنا بوده است صاحب مسالک از کار آمدی مکتب اهل بیت (ع) غافل نبوده، ولی معتقد بوده که باید احادیث را از آنچه به نظر او صحیح نیست و نمی توان آن ها را در بر دیگران عرضه نمود، پیراست. در واقع صاحب مسالک پایه گذار مکتب فقهی بوده که، چیره دستی فقیه را شناسایی سند روایات و راویان مشخص می کرد.

ضرورت تتبع درباره حدیث

گستره اطلاعات صاحب مسالک در مورد احادیث نکاتی را می نماید که کمتر در سایه کتاب ها یافت می شود و این عالم بزرگ فرموده اند که باید درباره حدیث تتبع شود و بر نقل حدیث از یک مصدر اکتفا نکرد و از قواعد مهم عمل به احادیث است.

تضعیف روایات مضمور و مشترک و موثق

در تعریف حدیث مضمور گفته اند که نام معصوم در آن مشخص نیست بلکه با ضمیر به او اشاره شده است مانند (قلت له) و (سئلت عنه) صاحب مسالک بیان می کنند که حدیث مضمور را مطلقاً حجت نمی دانند و ضمناً مطلقاً باعث ضعف سند می شود.

مبانی فقهی صاحب جواهر

فقیه هر چه برادله استنباط و مسلط تر باشد بهتر می تواند در استنباط از آن ها بهره جوید و هر چه گستره آگاهی از علوم مختلف بیشتر باشد اطمینان استخراج حکم الله فزونی خواهد یافت. فقیه و محقق بزرگ صاحب جواهر از این امتیاز برخوردار است که در قبول یا رد هر نظریه فقهی از انواع ادله، سود جسته است برخلاف برخی از فقها که تنها به آیات و روایات پرداخته و به ندرت از دلایل دیگر بهره می برند. بنابراین مهم ترین مبانی و ادله ای که مورد استناد در جواهر الکلام است

عبارتند از: قرآن، سنت، اجماع، یا شهرت منقول و محصل، سیره متشرعه، سیره عقلاء و اصول عملی مانند: اصل برائت و استصحاب و استغال. و از ادله های دیگری که استناد به آنها در کتاب جواهر الکلام وجود دارد و کم نیست این موارد شایان ذکر است. ضروری دین، ضروری مذهب، اجماع مسلمین و اجماع مرکب. البته اعتبار عرف از دیدگاه صاحب جواهر منوط به وجود شرایطی است. (نجفی، ۱۴۱۷ق، ج ۱، ص ۴۰)

احکام جزایی

احکام جزایی اسلام یک سلسله قواعد و ضوابطی است که به وجود آنها جرایم و جنایات و گناهان کبیره و اعمال مخالف نظم و امنیت و عدالت اجتماعی تشخیص داده شده و میزان و نوع مجازات آن نیز معین می گردد. و در مواردی نیز تعیین آن بر عهده حاکم شرع و ولی فقیه محول می شود. و در منابع فقهی، کتاب تحت عنوان (حقوق جزا وجود ندارد) بلکه بحث های "حقوق جزا" در متون اسلامی برنامه های حدود و تعزیرات و قصاص و دیات مشهورند. (انصاری، ۱۴۱۵، ص ۵۴)

حدود

حدود به معنی منع است: صاحب مسالک در کتاب مسالک فرموده است که حد به منع و تعزیر به معنی تادیب است. حد شرعی هم به همان معنی لغوی است چون مجازات حد مردم را از ارتکاب گناه باز می دارد و منع می کند. و در اصطلاح شرعی حد عبارت از مجازاتی است که به علت ارتکاب جرم مخصوص بر بدن مکلف اجرا می شود و مقدار آن در همه جا از سوی شرع مشخص شده است. (صاحب مسالک همان، ص ۴۲۳).

قصاص

قصاص با کسر اولش اسم مصدر و به معنی گرفتن (مقابله به مثل، جنایتی که انجام داده از قبیل قتل و قطع عضو یا زدن و پا زخم کردن است و در اصطلاح فقهی این است که جانی را دنبال کننده و در اثر جنایت را که قتل یا قطع و یا ضرب و یا جرح بوده از او وصول کنند (گرجی، ۱۳۸۵، ص ۱۱۷)

دیات

دیات جمع دیه عبارت از مالی است که در عوض کشتن شخص آزاد یا صدمه اعم از جان، اعضاء و منافع او بر ذمه جانی ثابت است و باید پرداخت شود. چه مقدار آن مشخص باشد یا معین نباشد، هر چند معمولاً به آنچه مقدارش معین است دیه و آنچه مقدارش معین نباشد ارش یا حکومت می نامند و واژه دیه گاه به معنای عام، که ارش را نیز در بر می گیرد. (همان، ص ۱۶-۱۵).

مسائل تطبیقی اختلافی در حدود

لزوم اعلام عمومی برای حضور در اقامه حد زنا

مستحب است برای اجرای سنگساری مردم را با خبر کنند تا حاضر شده و عبرت بگیرند و اگر کسی مرتکب چنین گناهی شد و یا قصد ارتکاب چنین جرمی را دارد پشیمان شود. و خبر دادن و اطلاع دادن به مردم واجب نیست زیرا اصل عدم وجوب است و همه اتفاق نظر دارند اما در حداقل افرادی که لازم است در مراسم سنگساری از مومنین واجب است یا مستحب است حضور داشته باشند اختلاف است. که صاحب مسالک (ره) قول به وجوب حضور حداقلی مردم را پذیرفته است و در مقابل صاحب جواهر قول به استحباب را پذیرفته است. برای تصریح آن به بررسی استدلال های این دو عالم بزرگ می پردازیم.

استدلال صاحب مسالک

صاحب مسالک در مسالک الافهام با ذکر دلایل موافق و مخالف، قائل به وجوب اجرای حد در ملاءعام (حداقل ۳) است. نظر خود را بیان می کند و می فرماید: (قد ورد الامر بحضور طائفة عند استيفاء الحد يقوله تعالى ((و ليشهد عذا بهما طائفة من المومنين و اختلاف فی موضعين)) احدهما: هل الامر الوجوب الاستحباب فقيل بالاول. و اختاره ابن ادریس و المصنف فی النافع و جماعه، عمله بظاهر الامر: فان الاصل فيه الوجوب و قيل ثاني، و هو الذي اختاره المصنف رحمه الله - هنا - و قبله الشيخ فی كتب الفروع، الاصله عدم الوجوب و حمل الامر على الاستحباب لانه بعض ماورد بمعناه و لا يخفى قوه الاول)). می فرماید: آیه قرآن به حضور مردم در هنگام اجرای حد امر می نماید، حال سوال اینجاست که آیا صیغه امر در این آیه دلالت بر وجوب دارد یا استحباب بعضی مانند ابن ادریس (ره) در السرائر (ابن فارس، ۱۴۱۰ق، ص ۷۰۱) و محقق حلی در مختصر النافع و دیگر فقها به دلیل اصالت ظهور صیغه امر در وجوب، قائل به وجوب می باشند. و بعضی هم این دلیل که صیغه امر در وجوب را بیان می کنند که اصالت ندارند و دلالت بر استحباب می دانند. صاحب مسالک (ره) در ادامه بیان می کند که این ادریس وعده دیگری از فقها بیان می کنند با توجه به ظاهر دستور آیه حضور عده ایاز مومنین در مراسم سنگساری کردن واجب است قابل قبول تر است.

دیدگاه صاحب مسالک (ره)

صاحب مسالک (ره) بیان می کند اگر سارق از بیت المال که برایش حق و سهمی در آن بیت المال است. نظر خود را این گونه بیان می کند در صورتی که شریک اشتباهی بیش از سهم خود از مال مشترک برداشته باشد و یا اگر از مال مشترک به اندازه سهمش سرقت کند دستش قطع نمی شود ولی اگر به اندازه نصاب زیاد تر برداشته و عمدا این کار را کرده باشد دستش قطع می شود. و این مطلب را از روایاتی که مربوط به سرقت از غنیمت است استفاده می شود و استدلال خود را این گونه بیان می کند چون در شریک بودن و جهادگر اختلافی است و معلوم نیست کی مالک غنیمت است لذا مالکیت جهادگر ضعیف تر از مالکیت شریک در مال مشترک است. پس وقتی روایت می گوید در سرقت از غنیمت دست دزد را قطع نمی کنند پس به طریق اولی در سرقت از مال مشترک نیز نباید قطع شود. (صاحب مسالک، ۱۳۹۴ص ۲۴۲).

دیدگاه صاحب جواهر

صاحب جواهر(ره) بیان می کند که سخن و نظر صاحب مسالک در مسالک الافهام این ایراد را دارد که قطع نکردن در صورت سرقت از مال مشترک هیچ الویتی نیست به سرقت از مال غنیمت ندارد. بلکه هر دو مساوی هستند. و صاحب جواهر بیان می کند که سرقت از بیت المال مطلقاً حد ندارد، خواه به مقدار سهم خود بردارد و یا بیشتر یا کمتر از سهم خود باشد زیرا هم روایت وارد شده که در سرقت از بیت المال قطع ید ندارد. چون در آن سهم دارد ((و هم در بیت المال بعینه وجود ندارد، تا به عنوان ربودن تعلق مال غیر تحقق پیدا کند. (دهقان، بی تا، ص ۶۹) و بعضی از فقها همچون آیت الله موسوی اردبیلی در این مقام معتقدند که با توجه به تعلیل و جواب در روایت محمدبن قیس که در زمره روایت دسته اول که در مورد سرقت از غنیمت وارد شده است نمی توان حد قطع را بر سارق اجرا نمود (موسوی اردبیلی، ۱۴۱۳ق، ص ۴۵/۳)

مسائل تطبیقی اختلافی در قصاص

قتل در حال مستی

شرط چهارم قصاص نفس بر خورداری از عقل کامل است بنابراین دیوانه را در برابر عاقل یا دیوانه نمی کشند خواه دیوانه دائمی باشد و یا ادواری، به شرط آن که در حال جنونش مرتکب قتل گردد. اما آیا قاتل مست را که در نوشیدن شراب گنهکار بوده در حال فقدان عمر و اختیار مرتکب قتل گردد می توان قصاص کرد یا خیر در این جا نظر اختلافی است که صاحب مسالک عدم قصاص را بیان می کند در حالی که صاحب جواهر این نظر را رد می کند و به قصاص قائل شده است که برای روشن شدن این مباحث ابتدا به بیان استدلال و دیدگاه این دو عالم بزرگ می پردازیم.

استدلال صاحب مسالک

صاحب مسالک(ره) در مسالک فرمود: اظهر این است که نباید قاتل مست را قصاص کرد و علت آن را این گونه بیان می کند که از شرایط معتبر در قصاص نفس عامد بودن جانی می باشد که این شرط با قصد فعل و نتیجه تحقق می یابد، در حالی که سکران به دلیل عدم اختیار و عدم شعور، نه قصد قتل دارد و نه قصد فعل از او می شود لذا چگونه می توان کسی را که عامد نیست قصاص کرد. (شاه ملک پور، ۱۳۴۳ش. ص ۲۰۷). همچنین فاضل هندی در کشف الثام بیان می کند اهتمام شارع به حفظ دماء مسلمین اقتضاء می کند تا زمانیکه دلیلی قطعی بر ثبوت قصاص در ریختن خون مسلمان وجود نداشته باشد، حکم به عدم ثبوت قصاص می کنیم.

دیدگاه صاحب جواهر(ره)

صاحب جواهر(ره) نظر خود را این گونه بیان می کند که اقوی قصاص است و بیان می کند اگر به عذر شرعی شراب خورده بود و مرتکب قتل شد. او را نباید قصاص کرد. زیرا وقتی عمد نیست اصل عدم قصاص است. (نجفی، ۱۳۹۴، ص ۱۳۶) همچنین صاحب جواهر (ره) در جای دیگر یکی از دلایل خود را این گونه بیان می کند که چون قاعد الامتناع بالاختیار لابنافی الاختیار را قبول دارد. نظر خود را این گونه بیان می کند این قاعده دلالت دارد بر اینکه گر چه مست، عمد و قصدی که از شرایط قصاص است ندارد ولی از آنجائیکه عامرانه و با اختیار خود راست کرده منافات با مکلف بودن او نخواهد داشت به عبارت

دیگری بی اختیاری او از زمان ارتکاب قتل چون به واسطه اختیار او مست کردن حادث شده است او را از دایره مسئولیت کیفری خارج نمی سازد. (شاه ملک پور، همان، ص ۲۰۷)

دیدگاه فقها

دیدگاه فقها در مورد قصاص قاتل در حال مستی شامل سه دیدگاه می شود.

الف: شیخ طوسی: محقق حلی، فخر الاسلام معتقد قصاص در قتل در حال مستی ثابت است.

ب: علامه حلی و فاضل مقداد و صاحب مسالک اقوی را عدم ثبوت قصاص و ثبوت دیه می دانند.

ج: آیت الله خویی قول به تفصیل و در این نظر حالات متخلف سکران، قیل از مستی، مورد توجه قرار داده مطابق هر کدام حکم قصاص و دیه متفاوت است (خویی، ۱۴۲۸، ۹۷)

بررسی تطبیقی مسائل اختلافی دیات

برائت پیش از معالجه

پزشک، مسئول تلفی است که به سبب معالجه اش پدید می آید. اگر بدون اذن ولی و دیوانه یا کودکی را معالجه کند، یا بدون اذن شخصی بالغ عاقل به درمان او بپردازد یا حتی با اذن آنان این کار را بکند لیکن در حرفه اش مهارت کافی نداشته باشد، بدون اشکال در همه ی این صور مسئول پرداخت دیه شخص متوفی خواهد بود. اما اگر بیمار عاقل و بالغ، به پزشک اذن درمان دهد و اتفاقا معالجه سبب مرگ وی می شود آیا پزشک ضامن است. یا اگر معالجه شونده پزشک را ضامن جنایت قتل از وقوع آن بری الذمه نماید درست است؟ در این حالت فقها در ضمان پزشک اختلاف دارند که صاحب مسالک در این مورد دیدگاه ایشان عدم برائت ذمه پزشک است در حالی که نظر صاحب جواهر مخالف این نظر هستند و برای روشن شدن بهتر به توضیح دیدگاه آنها می پردازیم.

دیدگاه صاحب مسالک (ره)

دیدگاه صاحب مسالک (ره) عدم برائت ذمه پزشک است و مستند نظر خود را این گونه بیان می کند: صاحب مسالک در مسالک الافهام بیان می کند این قول را که مشهور بیان کرده اند که که اولاً به چنین معالجه ای نیاز جدی و ضروری وجود دارد چون مریض هیچ راهکاری جز معالجه خودش ندارد، بنابراین از منظر عقل موجب برائت می شود بنابراین مصلحت مریض اقتضا دارد ابراء ذمه پزشک تجویز شود و این قول مشهور نیز هست. ثانیاً: تمسک به روایت سکونی از امام صادق علیه السلام آمده است که حضرت امیر المومنان علی علیه السلام فرمودند هر کس انسان یا حیوانی را درمان کند باید قبل از

معالجه از ولی‌مریض براءت ذمه اخذ نماید و گرنه پزشک و دامپزشک معالج ضامن است. ثالثاً: اگر مجنی علیه اذن با انجام جنایتی علیه خود می‌داد مثلاً (می‌گفت فلانی بیا دست مرا قطع کن، تو ضامن نیستی من راضیم) ضامن جنایت از ذمه جانی ساقط می‌گردد، چه رسد به اینکه مجنی علیه (مریض) در امر مباحی (انجام عمل جراحی) که پزشک شرعاً ماذون در انجام آن است اذن داده باشد را رد می‌کنند صاحب مسالک (ره) در رد این موارد که مشهور بیان کرده اند می‌فرمایند: که دلیل خود بر این ادله عبارتند از:

اولاً: رد دلیل اول: صرف نیاز ضروری داشتن به معالجه، مجوز شرعی بودن حکم ابراء ذمه پزشک نمی‌شود، مخصوصاً که ادله گوناگونی چون اجماع فقها و اشتغال ذمه بر خلاف آن وجود دارد. ثانیاً: (رد دلیل دوم): خبر مذکور که نقل گردید از آقای سکونی است که سنی و غیر تقه است و لذا آدم قابل اعتمادی نیست. ثالثاً: (رد دلیل سوم) براءت ذمه حقیقی تحقق پیدا نمی‌کند مگر اینکه قبلاً حقی ثابت شده باشد زیرا ابراء ذمه عبارت است از اسقاط حقی که بر ذمه شخصی مستتر شده است و در اینجا قبل از عمل جراحی، مرگ مریض، هیچ حقی برای مریض ثابت نشده بود تا بتواند ذمه پزشک را از آن حق ابراء نماید (عباسی (۱۳۸۰)، ۵۰-).

دیدگاه صاحب جواهر (ره)

نظر صاحب جواهر (ره) براءت ذمه پزشک است و ایشان نظر مشهور را قبول دارند. و نظر و دلایل خود را در رد نظر و دیدگاه صاحب مسالک این گونه بیان می‌کنند.

۱- روایت سکونی گرچه ضعیف و اشکالهایی بر آن وارد است، لیکن از آنجا که بسیاری از فقها بدان عمل کرده اند با عمل اصحاب جبران شده و نیاز ضروری مردم نیز از این مسائل را تأیید می‌کند و تمام اینها برای خروج از قاعده عدم اسقاط حق قبل از ثبوت آن کافی است.

۲- این ابراء می‌تواند نوعی شرط ضمن عقد به شمار آید و باید به آن ملتزم باشد. از قبیل شرط سقوط خیار حیوان یا مجلس در ضمن عقد بیع که به موجب ((المومنین عند الشروطهم)) می‌توان آن را موجب سقوط خیار دانست (گرجی، ۱۳۷۷، ص ۸۴) دیدگاه فقها نقد و تحلیل آن

نتیجه گیری

بنابراین اخذ براءت راهکاری برای توجه به حرفه طبابت و عدم کناره گیری از این حرفه خطیر است چون علم پزشکی بر پایه احتمالات بوده و دستیابی به نتیجه مطلوب و همیشگی و حتمی نیست و با شرط براءت بار مسئولیت را طرفین بین خود تقسیم می‌کنند و در قانون مجازات اسلامی نیز در ماده ۳۲۲ این قانون مانند نظر صاحب جواهر (ره) و عمومی از فقهای معاصر براءت را رافع ضمان به طور مطلق می‌داند. بنابراین نظری که اقوی تر است و به واقعیت نزدیک تر است و با قانون مجازات اسلامی همراه است قصاص قاتل مست است به طوری که در قانون و مجازات اسلامی ماده ۲۲۴ به طور کلی قتل در حال مستی را موجب قصاص دانسته است مگر در دو شرط که این ماده است یکی اینکه ثابت شود که اثر مستی به کلی

مسلوب الاختیار بوده و قصد از او سلب شده و دیگری اینکه قبلاً برای چنین عملی مست نکرده باشد و در صورتی که اقدام وی موجب اختلال در نظم جامعه و خوف دیگران شود موجب حبس تعزیری از ۳ تا ۱۰ سال خواهد بود. در نتیجه اینکه سرقت از بیت المال اگر چه در قانون مجازات اسلامی هم مستوجب حد قطع نیست منتها این نکته را باید در نظر داشت که در صورتی که این نوع از سرقت ها با توجه به دلایلی همچون رقم هایی بالایی ارزش اقتصادی اموال مسروقه موجب اختلال در آسایش عمومی مردم و نظم در جامعه شود و باعث سلب اعتماد مردم و جامعه نسبت به دولت و کارکنانش گردد. و پس از بین بردن حالت تعادل جامعه می شود و اگر هم جرم سرقت صورت نگیرد بلکه تحت عنوان جرائمی همچون اختلاس شکل بگیرد. به قرار گرفتنش تحت عنوان فساد فی الارض، مستوجب اجرای کیفر فساد فی الارض بر فرد مجرم می شود. و اشد مجازات تعزیر را برای این دسته از مجرمین در نظر گرفت.

منابع و ماخذ

قرآن

۱. انصاری، مرتضی، ۱۴۱۵، المكاسب، تحقیق مسلم قلی پور گیلانی قم علامه
۲. ایمانی، عباس، ۱۳۸۲، فرهنگ اصلاحات حقوق کیفری، تهران نشر آریان، چاپ اول
۳. حاجی ده آبادی، احمد، ۱۳۴۹ ش، مبانی تکمله المنهاج، فارسی تهران، نشر میزان، چاپ اول.
۴. خمینی، روح الله، ۱۴۰۹ ق. کتاب الطهاره، تهران موسسه تنظیم و نشر و آثار امام، ج ۳.
۵. خوبی، سید ابوالقاسم، ۱۴۲۸ ق، مبانی تکمله المنهاج، کتاب حدود، قم موسسه احیاء
۶. دهخدا، علی اکبر، بی تا، لغت نامه دهخدا، ج ۳۷.
۷. راغب اصفهانی، حسین بن محمد، ۱۴۱۲ ق، المفردات فی غریب القرآن، تحقیق صفوان عدنان داوودی، دمشق بیروت، دارالعلم، چاپ اول.
۸. شاه ملک پور، حسن، ۱۳۴۳ ش، فقه جزایی استدلالی، جلد اول، تهران، نشر میزان.
۹. شهید ثانی، زین الدین بین علی، ۱۳۸۶ ق، الروضه البهمه فی شرح المعه الدمشقیه، تحقیق سید محمود کلانتر، قم، انتشارات داوودی.
۱۰. عاملی، (شهید ثانی) زین الدین، ۱۴۱۴ هـ ق، مسالک الفهم، قم، موسسه معارف اسلامی.
۱۱. عباسی، تفسیر العیاش، ۱۳۸۰، بی جا، بی تا، ج ۱.
۱۲. گرجی، ابوالقاسم، ۱۳۷۷ ش، تاریخ فقه و فقهها، تهران، سازمان مطالعه و تدوین کتب اسلامی، دانشگاه ها.
۱۳. گرجی، ابوالقاسم، ۱۳۸۵، حدود، تعزیرات و قصاص، تهران چاپ دانشگاه تهران، چاپ دوم.
۱۴. لنگرودی، محمد جعفر، ۱۳۷۰. مبسوط در ترمینولوژی حقوق تهران، دارالکتب الاسلامیه
۱۵. محقق حلی، جعفر بن حسن، ۱۴۱۸، شرایع الاسلام، ج ۴ و ۸، نجف اشرف، مطبه الادب
۱۶. محقق داماد، مصطفی، ۱۳۸۳ ش، قواعد فقه، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی
۱۷. مکارم شیرازی، ناصر، ۱۳۸۷، تفسیر نمونه، ج ۳، تهران دارالکتب الاسلامیه
۱۸. موسوی اردبیلی، عبدالکریم، ۱۴۱۳ هـ ق، فقه الحدود تعزیرات، قم، مکتبه امیرالمومنین.
۱۹. نجفی، محمد حسن، ۱۳۹۲ ش، جواهر الکلام، کتاب دیات، اکبر نایب زاده، اول، تهران خرسندی

۲۰. نجفی، محمد حسن، ۱۳۹۴، جواهر الکلام، کتاب قصاص، اکبر نائب زاده، چاپ دوم، تهران خرسندی
۲۱. نجفی، محمد حسن، ۱۴۱۷ جواهر الکلام، جلد اول، بیروت، دارالحياء و التراث
۲۲. همدانی، رضا، ۱۴۱۶ ق، مصباح الفقيه، ج ۷، قم، موسسه الجعفریه الاحیاء، القراب اسلامي.