

## ماهیت عفو مشروط حق قصاص

زهره نیک عمل\* / سید مصطفی محقق داماد\*\* / احمد باقری\*\*\*

تاریخ دریافت: ۱۳۹۷/۰۸/۰۴ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۷/۱۰/۱۹

### چکیده

عفو حق قصاص، عملی ناشی از اراده و دارای اثر حقوقی است. اعمال حقوقی طبق نظر مشهور به دو دسته عقد و ایقاع تقسیم می شوند. عفو در یک تقسیم بندی، به مطلق و مشروط تقسیم شده و عفو مطلق، بی گمان ایقاع محسوب شده، و با اراده صاحب حق قصاص به تنهایی به عالم اعتبار وارد می گردد، اما ماهیت عفو مشروط، مردد است. به جهت اهمیت عفو و تأثیر ماهیت آن در احکام و آثار حاصله، تشخیص ماهیت عفو مشروط امری ضروری می نماید. فرض عقد بودن عفو مشروط با دلایلی نظیر عدم رکن بودن رضایت جانی، اقاله ناپذیری، عدم امکان قرار دادن خیار شرط در آن و عدم تصرف عفو کننده در سلطنت جانی بر مال و جانش منتفی شده و طبیعتاً با رد دلایل عقد بودن، فرض ایقاع بودن آن ثابت می گردد. به علاوه، بر اساس اصل عدم ولایت افراد بر یکدیگر و عدم تنافی شرط با مقتضای ایقاعی عفو، ایقاع بودن آن قابل اثبات است، هرچند به جهت لزوم رضایت عفو شونده در عفو مشروط، می توان آن را ایقاع خاص یا ایقاع شبیه به عقد دانست. بنابراین با ایقاع دانستن عفو مشروط، احکام و آثار حاصله از آن، از احکام عمومی ایقاعات تبعیت می نماید و از عقود نظیر صلح حق قصاص متمایز خواهد شد.

**کلیدواژه:** عفو، شرط، عفو کننده، عفو شونده، حق قصاص.

\* دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه تهران، تهران، ایران (نویسنده مسئول)

z.nikamal@ut.ac.ir

\*\* استاد فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران

\*\*\* استاد فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه تهران، تهران، ایران

## ۱- طرح مسأله

گذشت از حق قصاص، عملی ارادی محسوب می شود که دارای اثر حقوقی بوده و موجب سقوط مجازات قصاص جانی می شود. اعمال حقوقی طبق نظر مشهور فقیهان امامیه، به دو دسته عقد و ایقاع تقسیم می شوند. تحقق عقد، نیازمند انشای اراده طرفینی (ایجاب و قبول) بوده و ایقاع با اراده موقع به تنهایی محقق می شود. در متون فقهی، عفو حق قصاص به دو شکل: مطلق و مشروط مطرح شده است. عفو مطلق بی-گمان ایقاع محسوب شده، و مجنی علیه یا اولیای دم می توانند حتی بدون رضایت طرف مقابل (جانی) اقدام به گذشت بی قید و شرط او کنند؛ زیرا از طرفی، طبق تصریح فقیهان، قصاص و عفو بدون شرط، حق اولیای دم مجنی علیه یا اولیای دم بوده و از طرف دیگر، چنین گذشتی، تصرف در سلطنت جانی بر مال یا جانس نیست تا نیازمند دخالت اراده او هم باشد. اگرچه عفو مشروط هم می تواند به عنوان نوعی حق برای مجنی علیه یا اولیای دم تلقی شود اما در عفو مشروط، جانی باید متعهد به امری - که مطلوب مجنی علیه یا اولیای دم است - شود؛ از اینرو نیازمند رضایت او بوده و با عفو مطلق متفاوت می شود. در پی اعتبار رضایت جانی به موارد شرط، در تشخیص ماهیت عفو مشروط، اختلاف و تردید به وجود می آید. در ماده ۲۳ قانون مصوب سال ۱۳۷۶، گذشت مشروط و معلق به صورت مطلق، بی اثر تلقی شده بودند، در حالی که طبق ماده ۱۰۱ قانون مجازات ۹۲، بر گذشت مشروط یا معلق در صورت تحقق شرط یا معلق علیه، آثار گذشت مترتب می شود؛ بنابراین طبعاً در قانون سابق سخنی از برگشت حق قصاص به سبب تخلف از شرط، وجود نداشته، چون گذشت مشروط، از اساس، مورد پذیرش نبوده است، در حالی که ماده ۳۶۲ قانون کنونی، تخلف از شرط یا عدم تمکن جانی از وفای به شرط را عامل برگشت حق قصاص برای مجنی علیه یا اولیای دم دانسته است. بنابراین از طرفی به جهت این که اصل عفو مشروط و احکام حاصل از آن، چیزی است که اخیراً به قانون اضافه شده، و از طرف دیگر، به جهت

کم بودن آمار جنایات منجر به قصاص - نسبت به سایر جرائم به صورت عام - و نیز محدود بودن انتخاب عفو مشروط توسط صاحبان حق، که حق انتخاب پنج گزینه برای آنها مفروض است - قصاص، عفو مطلق، عفو مشروط، صلح بدون عوض و صلح معوض که گذشته از برخی اشتراکات، هر یک ماهیت و آثار خاص خودشان را دارند - دیوان عالی کشور، هنوز اقدام به صدور رأی وحدت رویه در مورد آن ننموده است؛ علاوه بر آن، بر اساس نوظهور بودن عفو مشروط در قانون مجازات اسلامی و معدود بودن دعاوی مرتبط با آن در دادگاه های کیفری مراکز استان ها، چیزی به عنوان رویه قضایی بین قضات ایجاد نشده است، هر چند در بعضی دادگاه ها، پرونده - های جنایی با تصمیم صاحبان حق قصاص، مبنی بر عفو مشروط مورد رسیدگی قرار گرفته است.<sup>۱</sup>

از آنجا که احکام و آثار مترتب بر عقود و ایقاعات متفاوت است، ثمره بحث تشخیص ماهیت عفو مشروط، در آثار حاصله و احکام مرتبط با آن متجلی می شود. برخی مسائل نظیر این که قبول جانی چه جایگاهی در عفو مشروط دارد؟ قراردادن خیارات مختلف ضمن عفو، امکان شرعی و قانونی دارد یا خیر؟ توافق طرفین بر انحلال عفو چه حکمی دارد؟ از جمله مسائل مهمی هستند که با داشتن ماهیت عقدی یا ایقاعی عفو مشروط پاسخ متفاوتی خواهند داشت. اما رسیدن به پاسخ سؤالات مذکور نیازمند پاسخ به این سؤال است که اساساً عفو مشروط حق قصاص چه ماهیتی دارد؟ چنین گذشتی در زمره عقود جای می گیرد تا احکام عقود در آن جاری شود،

---

۱- به عنوان نمونه: پرونده کلاسه ۹۵۰۰۷۸/۱۱/۹۵ که در شعبه ۱۱ دادگاه کیفری یک استان تهران، مورد بررسی قرار گرفت و در آن، اولیای دم در مقابل عفو خویش از قاتل، خواستار پرداخت مال معین و نیز کوچ کردن قاتل از شهر محل سکونت می شوند، که جانی از انجام دومی اظهار ناتوانی می کند، لذا حکم قصاص او تثبیت می گردد.

- در پرونده کلاسه ۹۶۰۱۶۰/۱۱/۹۷ که در همان شعبه از دادگاه کیفری یک مورد بررسی قرار گرفت، جانی، همسر خویش را به قتل رسانده بود؛ اولیای دم، پدر و مادر همسر او بودند که عفو مشروط به خرید خانه برای فرزندان خردسال مقتول را انتخاب نمودند. جانی به شرط مذکور، عمل نکرد و حکم قصاص او تثبیت گردید.

یا در زمره ایقاعات؟ از آنجا که از طرفی، وقوع جنایات عمدی در جامعه کم نیست و از طرف دیگر، عفو نیز مورد ستایش و تأکید شارع مقدس قرار گرفته، احکام و آثار آن اهمیت ویژه ای می یابند؛ از اینروست که تحقیق حاضر به دنبال کشف ماهیت اصلی عفو مشروط است. گرچه تحقیقات متعددی در زمینه عفو حق قصاص صورت گرفته ولی بیشتر آنها به سقوط مجازات از طریق گذشت و آثار حاصله از آن پرداخته اند بدون این که در آنها، ماهیت گذشت مشروط حق قصاص - که بررسی آن مطلوب این جستار است - مورد توجه قرار گرفته باشد؛<sup>۱</sup> در تحقیقات دیگر عفو جانی از قصاص نفس توسط خود مجنی علیه و در بعضی دیگر، نقش رضایت مجنی علیه در تعیین مجازات مورد بررسی قرار گرفته که این پژوهش ها با هدف تحقیق حاضر، زاویه بیشتری پیدا کرده اند.<sup>۲</sup> وجه امتیاز این تحقیق، تعیین ماهیت اصلی عفو مشروط بوده که با روش توصیفی تحلیلی انجام و اطلاعات آن از طریق کتابخانه ای جمع-آوری شده است.

## ۲- مفهوم شناسی

**عفو:** معانی عفو در لغت شامل بخشش (زیبیدی واسطی، ۱۴۱۴: ۳۱۴/۷)، محو کردن گناهان بندگان توسط خداوند (ابن منظور، ۱۴۱۴: ۷۳/۱۵) تعدی نکردن شخصی که

۱. به عنوان مثال: شهریاری، اکبر، بررسی مبانی، آثار و شرایط انواع عفو با نگاهی به قانون مجازات جدید، مجله قانون یار، تابستان ۹۶، شماره ۲؛ بلوری، اکبر، عفو و بخشودگی، مجله کانون و کلا، خرداد و تیر ۱۳۳۷، شماره ۵۹.

۲. به عنوان نمونه: مرادی، حسن، تحلیل فقهی حقوقی عفو جانی توسط مجنی علیه از مرگ، مجله پژوهش حقوق کیفری، پاییز ۱۳۹۵، شماره ۱۶؛ آقایی نیا، حسین، عالمی، محمد مهدی، تأثیر رضایت پیشین مجنی علیه در سقوط قصاص و دیه، مجله حقوق اسلامی، تابستان ۱۳۹۰، شماره ۲۹؛ رحیمی رکنی، ابراهیم، (راهنما: گلدوزیان، ایرج)، نقش رضایت مجنی علیه در تعیین مجازات و اقدامات تأمینی و تربیتی، دانشگاه تهران، پایان نامه کارشناسی ارشد، ۱۳۷۸.

۳۴۹ \_\_\_\_\_ مطالعات فقه و حقوق اسلامی - سال ۱۱ - شماره ۲۱ - پاییز و زمستان ۹۸

مورد تعدی واقع شده (زبیدی واسطی، ۱۴۱۴: ۶۸۶/۱۹) است. از واژه عفو در زبان فارسی نیز به معانی بخشودن و گذشت استفاده می شود (معین، ۱۳۶۰: ۲/۲۳۱۹). در این تحقیق عفو با همان معنایی که در فارسی نیز کاربرد دارد مورد نظر است.

در متون فقهی برای عفو معانی متعددی ذکر شده که می توان به موارد زیر اشاره کرد: بخشش (محقق حلی، ۱۴۰۸: ۲/۲۷۴)؛ مسقط حقوق (راوندی، ۱۴۰۵: ۲/۱۰۹)؛ اما فقیهان از واژه عفو هم در مسائل مدنی نظیر نکاح (شریف مرتضی، ۱۴۱۵: ۲۷۱) و هم در مسائل کیفری مانند حدود و قصاص (کلینی، ۱۴۰۷: ۷/۲۵۱)؛ شیخ طوسی ۱۴۰۷: ۱۵۸/۵) استفاده کرده اند. وجه اشتراک عفو در هر دو حیطه، جنبه اسقاطی بودن آن است. در امور مدنی که از اسقاط با عنوان ابراء یاد شده، متعلق اسقاط حقوق مالی است. در امور کیفری نیز در مباحث حدود و قصاص، از اسقاط حق حد قذف (ماده ۲۵۵) و حق قصاص (مواد ۳۵۹، ۳۶۱، ۳۶۲، ۳۶۳ و ۳۶۴) یاد شده که همان عفو اصطلاحی محسوب می شوند. عفو می تواند هم به جرائم عمدی تعلق بگیرد و هم به جرائم غیر عمدی؛ در هر دو صورت، صاحب حق حق مجازات خویش را ساقط می کند.

**شرط:** در لغت به معنای الزام و التزام ضمن عقد بیع و مانند آن است (ابن منظور، ۱۴۱۴: ۷/۳۲۹) و در اصطلاح فقیهان به معنای جعل و تقریر (مدرسی یزدی، ۱۴۱۰: ۱۰۵)، الزام و التزام در ضمن معامله (خمينی، ۱۴۲۱: ۱/۱۳۴) آمده است.

**عفو مشروط:** عفو مشروط در قرآن کریم بعد از بحث قصاص آمده است: «فمن عفی له من أخیه شیء فاتباع بالمعروف و اداء الیه باحسان» (بقره: ۱۷۸). فراز «اتباع بالمعروف» اشاره به عفو مشروط جانی در مقابل دیه است (فاضل مقداد، ۱۴۱۹: ۲/۳۵۶). در کلام فقیهان نیز در بحث قصاص، گاهی از اصطلاح عفو مشروط استفاده شده (خمينی، بی تا: ۲/۵۳۳) و گاه در مقابل عفو مطلق و با عناوین عفو «علی مال و علی غیر مال» بیان شده است (شیخ طوسی، ۱۳۸۷: ۷/۵۳)؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۲۶/۱۰۸) که هر دو مورد مجاز اما منوط به رضایت جانی شده است (ابن فهد حلی، ۱۴۰۷: ۵/۱۴۱)؛

منتظری، ۱۴۱۳: ۶۳). عفو مشروط که همان اسقاط حق مجازات است می تواند به جرائم عمد و غیر عمد تعلق بگیرد. بعد از قتل عمد با انتخاب عفو مشروط توسط مجنی علیه یا اولیای دم، حق ایشان در قصاص جانی در برابر تعهدی که از او می - گیرند ساقط می شود. ق.م.ا. در فصل یازدهم (سقوط مجازات) و مبحث سوم (گذشت شاکی) در ماده ۱۰۱ به مقوله عفو مشروط پرداخته است.

**حق:** حق در لغت عرب، معانی متعددی از جمله: نصیبی که برای کسی مفروض شده است (زبیدی واسطی، ۱۴۱۴: ۸۰، ۸۷/۱۳)؛ ثبوت، خلاف باطل (ابن منظور، ۱۴۱۴: ۴۹/۱۰) داراست. از کلمه حق در زبان فارسی نیز به معنای شایستگی استفاده می شود (معین، ۱۳۶۰: ۱۳۶۳/۱). از میان معانی مذکور، معنای نصیبی که برای کسی مفروض شده، مورد نظر این نوشتار قرار دارد. برای حق در فقه اسلامی معانی مختلفی ذکر شده است؛ از جمله نوعی سلطنت که زمام آن در اعمال و اسقاط به دست صاحب حق است (بحر العلوم، ۱۴۰۳: ۳۵/۱)؛ سلطنت ضعیف بر چیزی و مرتبه ضعیفی از ملک که تمام اقسام آن قابل اسقاط هستند (نائینی، ۱۳۷۳: ۴۱/۱)؛ در حقوق موضوعه، حق به معنای خاص در یک تعریف عبارت است از «توانایی خاص برای انجام دادن عملی که گاهی به عین و گاهی به شخص تعلق می گیرد؛ مانند حق تحجیر، حق خیار و حق قصاص» (محقق داماد، ۱۳۸۸: ۱۹).

**قصاص:** کلمه ای است در معنای به تدریج دنبال اثر چیزی رفتن (فیومی، بی تا: ۵۰۵/۲)؛ انجام عملی از قبیل قتل، قطع، ضرب و جرح با کسی در مقابل عملی مشابه که او انجام داده است (زبیدی واسطی، ۱۴۱۴: ۳۳۷/۹). این واژه در زبان فارسی به معنای پاداش دادن به نحوی که کشنده را بکشند و ضارب را به ضرب و جرح را به جرح تنبیه کنند آمده است (معین، ۱۳۶۰: ۲۶۷۹/۲). منظور از قصاص در اصطلاح فقهی، پیگیری اثر جنایت است به گونه ای که قصاص کننده عین عمل جانی را نسبت به او انجام دهد (نجفی، ۱۴۰۴: ۷/۴۲)؛ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ (ماده ۱۶)

اعلام داشته است که قصاص، مجازات اصلی جنایات عمدی بر نفس، اعضاء و منافع است.

### ۳- ماهیت عفو مشروط

فرآیند های حقوقی به دو دسته کلی: اعمال حقوقی و وقایع حقوقی تقسیم می - شوند. عفو حق قصاص، جزو وقایع حقوقی محسوب نمی شود؛ چراکه در واقع حقوقی، انشاء و اراده مرتکب، سبب اصلی آثار آن نیست (کاتوزیان، ۱۳۷۱: ۱) در حالی که به جهت سلطنت مجنی علیه و اولیای دم در قصاص، عفو حق قصاص نیازمند قصد انشای ایشان است و از طرفی مجنی علیه یا اولیای دم، در ایجاد این رویداد حقوقی (عفو جانی) ملزم و مجبور نمی شوند تا بتوان آن را در زمره وقایع حقوقی دانست. بنابراین، عفو حق قصاص، جزو اعمالی قرار می گیرد که شخص با اراده خویش آنها را برای حصول اثر حقوقی انجام می دهد (همان). مشهور فقیهان، ابواب فقهی را به چهار قسم: عبادات، احکام (قصاص، حدود و دیات)، عقود و ایقاعات تقسیم نموده اند (محقق حلی، ۱۴۱۸: ۲۶؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۳/۱). از آنجا که از بین این چهار قسم، فقط عقود و ایقاعات دارای آثار حقوقی ناشی از اراده افراد هستند می توان گفت که اعمال حقوقی از نظر مشهور فقیهان امامیه، محصور در عقود و ایقاعات است. گرچه برخی از حقوقدانان قائل به طبیعت سومی در اعمال حقوقی شده و اعمالی نظیر عاریه، ودیعه و جعاله را برزخ بین عقد و ایقاع دانسته اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۰: ۲/۲۳۱)، اما این دیدگاه حتی مورد تردید خود ایشان قرار گرفته، به طوری که در جای دیگری، برزخ بین عقد و ایقاع را مولود تخیلات ظریف بعضی حقوقدانان دانسته اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۰: ۱۴). در کلام برخی فقیهان هم در مواردی نظیر وصی F تملیکی و جعاله از این عنوان (برزخ بین عقد و ایقاع) یاد شده (اصفهانی کمپانی، ۱۴۱۸: ۲۹۴/۱) که به معنای خلق ماهیت جدید، علاوه بر عقد و ایقاع نیست بلکه مراد ایشان آن است که با وجود این که برخی عناصر عقد و ایقاع در

آن عمل موجود است، عمل مذکور سازگاری کامل با عقد یا ایقاع ندارد؛ همان طور که در نمونه های دیگری از مسائل فقهی و اصولی عنوان برزخ بین این و آن، به کار رفته است.<sup>۱</sup> پس عفو حق قصاص، یا جزو عقود است که انشاء آنها نیازمند اراده طرفینی است (اردبیلی، ۱۴۱۴: ۲۰۳) و یا جزو ایقاعات که یک اراده برای تحقق انشای آنها کافی است (عاملی کرکی، ۱۴۰۹: ۱۷۶/۱؛ قمی، ۱۴۱۵: ۲۰۵).

جنایت عمدی، موجب ایجاد دو نوع حق می شود: یکی حق مجازات جانی (قصاص)، و دیگری حق عفو او.

عفو مشروط، گذشته است که برای جانی تعهد ایجاد می کند و روش غالب در سقوط تعهدات وفای به عهد است (ابوعطا، ۱۳۹۲: ۸). عقد یا ایقاع بودن، مقوله ای تأثیر گذار در وفای به عهد و آثار ناشی از آن است. در ماهیت عفو مشروط دو فرضیه متصور است: فرضیه عقد بودن عفو مشروط، و فرضیه ایقاع بودن آن؛ که در ادامه، این دو فرضیه مورد بررسی قرار گرفته و نهایتاً نظر مختار بیان خواهد شد.

### ۱-۳- فرضیه عقد بودن عفو مشروط

عقد به دلیل نیاز به انشای اراده از سوی طرفین، دارای دو رکن ایجاب و قبول بوده، به گونه ای که بدون قبول طرف مقابل محقق نمی شود (یزدی، ۱۴۲۱: ۶۱/۱؛ خمینی، ۱۴۲۰: ۲۰۹). پس طبق این فرضیه، تحقق عفو مشروط، منوط به اراده انشای عفوکننده و عفو شونده است که هر دو دارای شرایط اهلیت هستند تا ایجاب و قبول ایشان معتبر واقع شود (بحرانی، ۱۴۰۵: ۱۲/۴۵۸)؛ عفوکننده که صاحب حق قصاص است با قرار دادن شرط یا شرایطی برای گذشت، ایجاب عفو نموده و جانی نیز بعد از شنیدن شرایط، صیغه قبول را جاری می نماید. عقد عفو مشروط را می توان با در نظر گرفتن اثری که از آن ناشی می شود تملیکی پنداشت یا عهدی. در فرض تملیکی

۱- نظیر استصحاب که اصولیان (کلاتر، ۱۴۱۰: ۴۳۵/۲) آن را برزخ بین اصول و امارات و نکاح که فقیهان (سبحانی، بی تا: ۲۰۷/۲) آن را برزخ بین عبادات و معاملات دانسته اند.



بودن عفو حق قصاص، لزوماً باید تملیک مالی از طرف جانی به مجنی علیه یا اولیای دم، موضوع عقد قرار بگیرد؛ اما با فرض عهدی بودن آن، الزاماً نیاز به تملیک مال نیست بلکه صرف این که موضوع عقد، ایجاد تعهد برای جانی باشد کفایت می کند؛ خواه این تعهد، جنبه مالی داشته باشد یا غیر مالی (انجام یا ترک کار).

استدلال به عقد بودن عفو مشروط در این فرضیه بدین صورت است که عفو نوعی ابراء محسوب می شود (فیض، بی تا: ۱۶۰/۳؛ اردبیلی، ۱۴۰۳: ۱۴/۱۴۴) در فرض تملیکی بودن ابراء، به جهت تصرف مثبت در سلطنت مدیون بر اموالش، قبول او لازم می شود (ابن ادریس، ۱۴۱۰، ۱۷۶/۳) و در فرض اسقاطی بودن ابراء، به جهت رد احتمال منت بر مدیون، قبول او به ایجاب مبرء، اعتبار بخشیده و نقشی هموزن آن ایفا می کند (شیخ طوسی، ۱۳۸۷: ۳/۳۱۴). در عفو طبعاً فرض تملیکی بودن ابراء جایگاهی ندارد، زیرا برای صدق عنوان تملیکی بودن یک عقد، ایجاد ملکیت - نسبت به مالی - دستکم برای یکی از طرفین، از سوی طرف مقابل، الزامی است؛ اگرچه ممکن است عفو شونده، مالی را به ملکیت عفو کننده در آورد، اما چنین تملیکی از مقتضیات ذات عفو نیست؛ بلکه ذات عفو فقط اقتضای سقوط حق قصاص را می کند و شرایط خاص مورد توافق بین طرفین، جزو عوارض عفو محسوب می شوند. به طور مسلم، از طرف عفو کننده نیز چیزی به ملکیت عفو شونده اضافه نمی شود؛ اما فرض اسقاطی بودن ابراء، قابل طرح است؛ چه این که مبرء با عفو، حقی را که به دنبال جنایت برای او پدید آمده ساقط می کند و به جهت عدم ایراد منت بر جانی، قبول او به عفو صادره از سوی مجنی علیه یا اولیای دم اعتبار می بخشد. پس، طبق فرض اسقاطی بودن ابراء، تحقق عفو، نیازمند اراده صاحب حق به همراه اراده جانی است؛ و این لزوم اراده طرفینی در تشکیل عفو، به آن ماهیت عقدی می بخشد.

در صورت پذیرش فرضیه مذکور، احکامی از قبیل اعتبار اهلیت طرفین، امکان جریان خيارات مختلف ضمن آن و اقاله پذیری در عفو مشروط جاری می شوند، اما فرضیه مذکور به روش های مختلف قابل نقد است. به دلایلی که در ادامه به آنها

پرداخته می شود عفو مشروط نه می تواند جزو عقود تملیکی به شمار آید، و نه جزو عقود عهدی.

### ۲-۳- مؤیدات و شواهد عقد نبودن عفو مشروط

#### الف: عدم تغییر ماهیت عفو در صورت مشروط شدن

عفو مطلق به جهت دارا بودن معیارها و عناصر ایقاع - از قبیل لزوم و کفایت اراده یک طرفه در تحقق آن، عدم احتیاج به قبول (شیخ طوسی، ۱۴۰۷: ۱۷۶/۵)، عدم امکان رجوع از عفو (ماده ۳۶۴ ق.م.ا.)، و عدم تصرف در سلطنت جانی بر مال یا جاننش - به محض انشای عفو کننده (مجنی<sup>۱</sup> علیه یا اولیای دم) به عالم اعتبار وارد می شود و رضایت جانی در تحقق آن کوچک ترین اثری نخواهد داشت؛ بنابراین بدون تردید، عفو مطلق که اثر حقوقی اسقاط حق، ناشی از اراده مجنی<sup>۲</sup> علیه یا اولیای دم را دارد در زمره ایقاعات قرار می گیرد.

در دایره اعمال حقوقی، اگر عملی جزو ایقاعات محسوب شود مقید کردن آن به شرایط خاص نمی تواند ماهیت آن را دگرگون کرده و به عقد تبدیل کند. شاهد مثال، ایقاعاتی چون طلاق، عتق، هبه و وصیت تملیکی (در صورت قول به ایقاعی بودن) هستند. به عنوان مثال، طلاق در صورت مشروط شدن به شرط پرداخت بذل توسط زوجه به زوج - خلع بودن طلاق - ماهیت ایقاع گونه آن متزلزل نمی شود بلکه همچنان تحت قاعده عمومی «الطلاق بید من أخذ بالساق» باقی مانده و با اراده انفرادی زوج محقق می شود (فاضل لنکرانی، ۱۴۲۱: ۲۲۹)؛ یا در هبه نیز که عقدی مجانی است (ماده ۷۹۵ ق.م.) با معوض شدن یا شرط عوض کردن، حقیقت عقدی آن تغییر نمی کند.

#### ب: عدم تصرف در سلطنت جانی

یکی از ضوابط تشخیص عقود از ایقاعات، تصرف در سلطنت افراد بر مال یا جانشان است (خمینی، ۱۴۲۰: ۲۰۹). در صورتی که نتیجه یک عمل حقوقی به ملکیت در آمدن مالی یا متعهد شدن به امری باشد، چنین حاصلی نمی تواند به تنهایی عامل

عقد دانستن آن عمل شود. به عنوان مثال، عقودی چون بیع، اجاره، عاریه، ودیعه و رهن همگی اقتضای مالکیت یا متعهد شدن به امری را داشته و در همین جهت، با انگیزه تصرف در مال یا جان دیگران محقق می شوند؛ در حالی که اعمالی نظیر نذر، عهد، قسم و عتق اگرچه ممکن است نتیجه تصرف در مال یا جان دیگری داشته باشند اما آن چه اقتضای ذات آنها را دارد تحقق هدف مندور، مقسوم، معهود یا سلب حیثیت عبد بودن است، نه تصرف در سلطنت افراد بر مال و جانشان. در عفو مشروط هم ممکن است به سبب شرط ضمن آن، تصرفی در سلطنت جانی نسبت به مال یا جانش صورت گیرد - از طریق شرط پرداخت مال یا شرط تعهد به امری - اما چنین تصرفی مقتضای ذات عفو نیست بلکه در حقیقت، مقتضای ذات آن اسقاط حق قصاص است و تصرف احتمالی در مال یا جان عفو شونده از عوارض و نتایج آن محسوب می شود. علاوه بر آن چه ذکر شد در اعمال حقوقی اگر تصرفی در حیطة اراده و سلطنت دیگری باشد حتماً نیازمند قبول اوست، اگرچه هبه بوده و منتی هم در آن نباشد و اگر مضمون یک عمل حقوقی فقط به اراده و سلطنت و حق خود متصرف محدود باشد دیگر به قبول طرف مقابل نیازی نیست، اگرچه مستلزم ورود منتی بر او باشد؛ مثل آزاد کردن بنده. در عفو به صورت مطلق، مجنی علیه یا اولیای دم، تصرفی در سلطنت جانی بر مال و جانش اعمال ننموده اند؛ بنابراین عفو مطلق، عقد نبوده و نیازمند قبول طرف مقابل نیست اگرچه فرض منت بر عفو شونده هم بشود. وقتی برای عملی با در نظر گرفتن اطلاقش، ماهیتی در نظر گرفته شود - بر خلاف آن چه برخی فقیهان اهل سنت (ابن عابدین: ۱۲۵۷، ۴/۴۵۶) قائل شده اند - با مشروط شدن آن عمل، حقیقت آن تغییر نمی کند بلکه همان ماهیت، در قالب دیگری به وجود می آید.

### ج: عدم جواز خیار شرط

اگر عفو مشروط حق قصاص در زمره عقود قرار بگیرد لاجرم باید همه احکام و آثار عقود در آن جاری شود. یکی از احکام عقود، قابلیت قرار دادن خیار از جمله خیار شرط است. عقود در یک تقسیم به: عهدی و اذنی تقسیم می شوند. در عقود

اذنی و آن دسته از عقود عهدی که لزوم و جواز در آنها حکمی است - مانند نکاح، ضمان و هبه - خیار شرط جریان پیدا نمی کند؛ اما آن دسته از عقود عهدی که لزوم و جواز در آنها جنبه حقی پیدا می کند - نظیر بیع، صلح و جعاله - قرار دادن خیار شرط جایز است (نائینی، ۱۳۷۳: ۵۵/۲). عفو مشروط را نمی توان عقدی اذنی دانست؛ زیرا این عمل حقوقی مبتنی بر اذن مجنی علیه یا اولیای دم به جانی نیست بلکه فقط به معنای سقوط حق ایشان در قصاص اوست؛ پر واضح است که عفو مشروط فی نفسه هیچ اذنی از طرف جانی به مجنی علیه یا اولیای دم هم محسوب نمی شود؛ بنابراین باید آن را عقدی عهدی دانست که تعهد موجود در این عقد، یا از نوعی است که لزوم و جواز حکمی دارد؛ و یا از نوعی که لزوم و جواز آن حقی است. دلایل نقلی دلاله بر این دارند که اختیار فسخ عفو به اعتبار خیار شرط، برای مبرء [و عفو کننده] متصور نیست (خمینی، ۱۴۲۱: ۳۷۴/۴). در برخی روایات نظیر صحیحہ معاویه بن عمّار از جمله روایاتی است که رجوع در ابراء را اجازه نداده است: «قال سألت ابا عبدالله عن الرجل یكون له علی الرجل الدرهم، فیهبها له، أ له أن یرجع فیها؟ قال: لا» (حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۲۲۹/۱۹)، در این روایت، اگرچه سؤال کننده از لفظ هبه استفاده کرده اما از کلام قبل آن، معلوم می شود که درهم به عنوان دین بر گردن مدیون بوده و طلبکار، او را ابراء نموده است که امام(ع) در جواب می فرمایند که مبرء، حق رجوع از ابراء خویش را ندارد. در صدقه نیز که به عنوان کفّاره ای برای عفو کننده ذکر شده است به تصریح فقیهان، حق رجوع برای صدقه دهنده نیست (نائینی، ۱۳۷۳: ۵۷/۲). بنابراین با اندکی تأمل می توان گفت که وقتی در هبه دین که بخشش مال است - و حتی برخی فقیهان (یزدی، ۱۴۱۴: ۱۶۱/۱) قائل به اعتبار قبول در آن شده اند - و در مطلق صدقه، رجوع جایز نیست در قصاص که بحث نفوس و جان هاست به دلیل احتیاط در دماء به طریق اولی بر مبنای قیاس اولویت که نزد امامیه حجّت است (محقق داماد، ۱۳۹۴: ۱۱۹/۱) رجوع از عفو جایز نیست، چرا که تصور رجوع از عفو مشروط، برگشت

قصاص را به دنبال خواهد داشت. بنابراین در عفو مشروط، لزوم، از نوع حکمی است که با ثبوت حکم بودن لزوم در عفو مشروط و نیز عدم جریان خیار شرط در آن، فرضیه عقد بودن آن، متزلزل، بلکه بی مبنا خواهد شد. حتی اگر دلالت روایات مذکور بر مطلوب، مورد اشکال واقع شود می توان گفت تفویض خیار شرط، هم برای عفو کننده و هم برای عفو شونده قابل قبول نیست و چه بسا با دأب شارع حکیم در تشریح عفو و تشویق به آن، منافات داشته باشد. چنین عفوی که در آن برای عفو کننده، اختیار نامحدود از جهت زمانی در رجوع از عفو تصور شود. به عبارت دیگر، اضطرابی بر عفو شونده (جانی) تحمیل می شود که این اضطراب، ناشی از همان اختیار بی حد و مرز عفو کننده در رجوع از عفو خویش است. این اضطراب اگرچه در اغلب موارد به اندازه ترس ناشی از اجرای قصاص نیست اما اثرات انکارناپذیر و تخریبی آن، بر زندگی فردی و حتی اجتماعی عفو شونده و خانواده او، با روح قانون عفو از حق قصاص سازگاری ندارد. با این وصف، وجود خیار شرط در عفو می تواند به ورود ضرر معنوی بر جانی یا خانواده او منجر شود که علاوه بر دلایل پیشین، قاعده لاضرر نیز به حمایت از جانی و منسوبین به او جاری شده و حکم عفو مشروط را رفع می نماید.

روشن است که برای عفو شونده نیز تصور وجود خیار شرط، باطل است؛ زیرا از یک طرف، با سلطنت عفو کننده که نص صریح قرآن کریم است «فقد جعلنا لولیة سلطانا» (اسراء: ۳۳) منافات پیدا می کند - چه این که حق رجوع برای جانی ایجاد می شود - و از طرف دیگر، رجوع جانی از عفو به معنای رضایت او به قصاص یا پرداخت فدیة است که با وجود احتمال برگشت قصاص، رجوع جانی از عفوی که سابقاً آن را پذیرفته نوعی القای به هلاکت بوده که قرآن کریم به صراحت از آن نهی فرموده است «لاتلقوا بأیدیکم الی التهلکة» (بقره: ۱۹۵) و با رجوع از عفو، رضایت به پرداخت فدیة نیز لغو و غیر عقلایی می نماید، چرا که در موقع قبول شرط ضمن عفو، چنین امکانی برای او بود.

### د: اقاله ناپذیری

اقاله یا تفاسخ، یکی دیگر از اختصاصات عقود محسوب می شود. عملی که با اراده طرفینی به عالم اعتبار وارد و آثار مختلف بر آن بار شده می تواند بدون وجود دلیل دیگری و صرفاً به خاطر تراضی متعاملین منحل شود (ر.ک: ماده ۲۸۳ ق.م.ا)؛ بنابراین توافق بر فسخ، تنها زمانی معنا می یابد که بیش از یک اراده، آن عمل حقوقی را محقق کرده باشد. اقاله در جایی معنا می یابد که در عمل مورد تقابلی، عوضینی موجود بوده باشند که با اقاله، عین و در صورت تلف عین، و مثل یا قیمت آنها به مالک اول برگردد. در عفو مشروط حتی اگر با تسامح، گذشت از حق قصاص، معوض و شرط ضمن عفو، عوض تلقی شود باز هم عفو مشروط قابل تفاسخ یا اقاله نیست، زیرا اگر عفو مشروط قابل تقابلی باشد، حق قصاص صرفاً به خاطر توافق دو طرف، به صاحب آن بر می گردد؛ در حالی که قاعده احتیاط در دماء، مانع از برگشت حقی است که ساقط شده بود، زیرا بازگشتش منجر به از دست رفتن جان کسی می شود که با عفو مجنی علیه یا اولیای دم و قبول شرط ضمن عفو توسط خود او، جانش حفظ شده بود. بنابراین اقاله عفو مشروط، نیازمند دلیل متقنی است که نه تنها در نصوص فقهی و قانونی مفقود می باشد بلکه مخالف نص صریح قانون نیز هست.

### ه: عدم شرطیت قبول

چنان چه بعد از فحص، دلیلی از نصوص، عقل یا اجماع مبتنی بر لزوم قبول در عفو یافت نشود به هنگام شک در لزوم یا عدم لزوم قبول، به اصل عدم تمسک شده و شرطیت قبول در عفو نفی می شود؛ بنابراین نفس عمل عفو به صورت مطلق، نیازمند قبول عفو شونده نیست و عدم شرطیت قبول، منجر به اثبات عدم عقد بودن آن می شود؛ چون قبول، رکن عقد است و بدون آن عقد محقق نمی شود. با عنایت به این که طبق نظر مشهور فقها، اعمال حقوقی، منحصر در عقد و ایقاع هستند پس به صورت طبیعی، نفی وقوع یکی، اثبات دیگری را به دنبال خواهد داشت. همان طور که ذکر آن رفت با مشروط شدن یک عمل، ماهیت آن تغییر نمی کند؛ بنابراین عفو مشروط هم

عقد نخواهد بود، اگرچه قبول جانی نسبت به مورد شرط در تحقق عفو شرط است اما چنین اناطه ای، اناطه معتبر در عقود نیست (سبزواری، ۱۴۱۳: ۳۰۷/۲۰). به عبارت دیگر، قبولی که رکن عمل حقوقی عقد محسوب می شود جزو عقد است، نه شرط آن (وجدانی، ۱۴۲۶: ۱۷۴/۸)؛ در حالی که قبول موردنظر ما در بحث عفو، شرط عفو محسوب می شود و از قبل وجود شرط در ضمن عفو، چنین قبولی به عفو ضمیمه شده و گرنه ذات عفو، نیازی به قبول عفو شونده ندارد.

یکی از ضوابط حقوق، قابلیت اسقاط آنهاست (محقق داماد، ۱۳۸۸، ۲۱). بی تردید اسقاط یک حق، نیازمند رضایت هیچ کس جز صاحب حق نیست. گذشت از حق قصاص اگر در قالب عقدی نظیر صلح باشد تخصصاً از دایره بحث خارج می شود ولی اگر در قالب عفو باشد از آن قاعده کلی مستثنا نبوده و برای تحقق، فقط نیازمند رضایت صاحب حق خواهد بود. این ویژگی، عفو حق قصاص را جزو ایقاعات می گرداند. گذشته از همه اینها، همان طور که پیشتر گفته شد ابراء، گستره معنایی داشته و مختص امور مالی نیست بلکه می توان احکام کلی ابراء در عفو از جنایت را به عنوان نوعی ابراء جاری دانست. اگر ابراء، مختص امور مدنی و عفو مربوط به امور کیفری دانسته شود باز هم پیکره هر دو امر، اسقاط است. در ابراء که مقتضای ذات آن اسقاط حق مالی است قبول مبرء، شرط نیست و بالاترین دلیل این حکم، صحت ابراء ذمه میت از دین است. عفو هم به دلیل دارا بودن ماهیت اسقاطی، از جهت عدم لزوم قبول عفو شونده با هیچ مانعی مواجه نیست.

### ۳-۳- فرضیه ایقاع بودن عفو مشروط

با عنایت به نظر مشهور فقیهان امامیه در تقسیم اعمال حقوقی، طبیعتاً ردّ عقد بودن عفو مشروط، به پذیرش ایقاع بودن آن منجر خواهد شد. در تحقق ایقاع، انشای موقع کفایت می کند و نیازی به قبول طرف مقابل نیست (مدرسی یزدی، ۱۴۱۰: ۶۱۱). با این وصف، عفو مطلق جانی بدون هیچ اشکالی به عنوان ایقاع تلقی و با اراده مجنی علیه یا اولیای دم محقق می شود. عفو مشروط، عفوی است که شرط یا شرایطی به آن

ملحق شده است. فرضیه ایقاع بودن عفو مشروط، بر مبنای نظر فقیهانی است که جریان شرط را در ایقاع، مجاز دانسته اند (ر.ک: اصفهانی، ۱۴۱۸: ۲۱۸/۴).

از آنجا که در ایقاعات، جریان یا عدم جریان خیرات، مورد اختلاف فقیهان است در صورت پذیرش فرضیه فوق، به راحتی نمی توان جعل خیار ضمن آن را توجیه نمود. گذشته از آن، عفو مشروط اقاله پذیر نخواهد بود و بنا به عدم اعتبار اهلیت طرف مقابل موقوع، عفو مشروط نیز نیازمند قبول جانی نخواهد شد. در جهت تثبیت فرضیه مذکور، در ادامه به نقد و بررسی دلایل محتمل در رد ایقاع بودن عفو مشروط پرداخته می شود.

### ۴-۳- دلایل مخالفان ایقاع بودن عفو مشروط

#### الف: منافات با ماهیت طرفینی شرط

طبق تصریح فقیهان، حق اولی و اصلی مجنی علیه یا اولیای دم در مجازات جانی، قصاص اوست (شیخ طوسی، ۱۴۰۷: ۱۷۶/۵)؛ اگرچه عفو مطلق جانی تقابلی با حق اصلی ایشان نداشته و هیچ تصرفی در مال یا نفس جانی محسوب نمی شود تا نیازمند قبول او باشد اما از آنجا که عفو مشروط، عبور از حق اصلی است نیازمند رضایت جانی بوده و بدون رضایت او محقق نمی شود. این رضایت دادن مشروط همان است که در کلام فقیهان از آن تعبیر به قبول شده است و با اساس ایقاع که منوط به اراده انشائی موقوع است مخالفت پیدا می کند.

در جواب چنین اشکال مقدری می توان گفت که در فرضیه ایقاع بودن عفو مشروط، قبول مذکور با قبول معتبر در عقود متفاوت بوده و مراد از آن رضایتی است که ضمیمه اراده موقوع شده، و سبب ترتب آثار بر اراده انشائی او می شود؛ نه این که خود به عنوان رکنی هم وزن ایجاب محسوب شود. قبول در ایقاع به شرط تعلق می گیرد - نه به محل شرط که خود ایقاع است - پس قبول، مستلزم ناسازگاری با ماهیت ناشی از تک اراده ای بودن ایقاع نیست (کلانتر، ۱۴۱۰: ۱۰۳/۱۵)؛ مانند قبول موصی - له بعد از فوت موصی در وصیت تملیکی در فرضی که وصیت تملیکی، ایقاع شمرده



شود. از این همین روست که عفو مشروط حق قصاص با ایقاعات مسلم دیگر نظیر طلاق رجعی و عتق مطلق، تفاوت پیدا کرده و شرط ضمن آن و رضایت طرف نسبت به مورد شرط لحاظ می شود. اما نوع دیگری از طلاق - خلع - به جهت وجود شرط، به عفو مشروط شباهت پیدا می کند؛ به این ترتیب که دادن فدیة به زوج نوعی شرط برای آن محسوب می شود و رضایت زن به شرط پرداخت بذل برای تحقق طلاق لازم بوده که آن را از نظر برخی آثار با طلاق رجعی متفاوت و با عفو مشروط متناظر می کند.

برخی فقیهان با نگاهی عمیق، امکان مشروط کردن ایقاعات را در موارد مختلف مطرح نموده اند (مراغی، ۱۴۱۷: ۱۹۵/۲). برخی فقیهان نیز در جایی که عمل حقوقی با وجود اراده یک طرفه، نیازمند رضایت طرف مقابل است، با حفظ ماهیت ایقاعی از اصطلاح ایقاع خاص یا ایقاع شبیه به عقد استفاده کرده اند.<sup>۱</sup>

صرفنظر از قبول یا عدم قبول قول فقیهان در ایقاع بودن موارد مذکور به نظر می رسد با توجه به این که با وجود لزوم رضایت جانی، ایقاع بودن عفو مشروط با مشکل جدی روبرو نیست می توان آن را مثل ایقاعاتی چون طلاق خلع، وصیت تملیکی و عتق مشروط که تحقق آنها وابسته به رضایت طرف مقابل است (سبزواری، ۱۴۱۳: ۳۰۴/۲۰)، از انواع ایقاع خاص دانست.

### ب: دلالت مفهوم شرط بر الزام و التزام ضمن عقد

---

۱- مانند طلاق خلع که اگرچه ایقاع است ولی به دلیل احتیاج به انشاء دو طرف (انشاء بذل از طرف زوجه و انشاء طلاق از طرف زوج) شبیه عقد است (فاضل لنکرانی، ۱۴۲۱: ۲۲۷)؛ وصیت تملیکی به دلیل فاصله بین انشای وصیت و قبول موصی له بعد از مرگ موصی، ایقاع شبیه به عقد است (خمینی، ۱۴۲۰: ۲۱۱)؛ عتق مشروط، نوعی ایقاع خاص شمرده می شود (مشکینی، بی تا: ۹۷)؛ عهد [ایقاعی] شبیه عقد است (مغنیه، ۱۴۲۱: ۳۲/۵). حتی برخی فقیهان پا فراتر نهاده و عقد فضولی را که نظر مشهور بر عقد بودن آن است شبیه به عقد معرفی نموده اند (مکارم شیرازی، ۱۴۲۸: ۸۶۵/۲).

شرط در معنای لغوی، عبارت از الزام و التزام ضمن عقد است و ایقاعات از این معنا بیگانه هستند، زیرا از یک سو در ایقاعات، تعهدی وجود ندارد که التزام دیگر بخواهد به آن مرتبط گردد (نائینی، ۱۳۷۳: ۵۵/۲) و از سوی دیگر، ایقاع را که با انشای یک طرف محقق می شود نمی توان مانند ظرفی دانست که شرطی را درون خویش حفظ کند؛ چه این که بلافاصله بعد از شکل گیری، عنوان و تأثیر آن زائل می شود (خمينی، ۱۴۲۱: ۳۷۴/۴). با این اوصاف، اگر شرطی ضمن یک عمل حقوقی قرار گیرد آن عمل، عقد است نه ایقاع؛ از اینروست که عفو مشروط نیز ماهیت عقدی خواهد داشت.

این استدلال در ردّ ایقاع بودن عفو مشروط، پذیرفتنی نیست؛ زیرا تحقق شرط در ضمن یک التزام هم ممکن است (اصفهانی کمپانی، ۱۴۱۸: ۲۲۱/۴) و هیچ دلیلی نیز مبتنی بر اثبات از بین رفتن قابلیت بقای ایقاع در صورت مشروط شدن آن وجود ندارد بلکه به عکس، می توان گفت که ایقاع نیز مانند عقد، قابلیت بقاء دارد که اگر چنین نبود در ایقاع مسکمی چون طلاق رجعی، رجوع زوج الغای طلاق محسوب نمی شد (تبریزی، ۱۴۱۶: ۲۶۹/۲)؛ بنابراین شرط ضمن عفو هیچ خللی به ماهیت ایقاعی آن وارد نکرده و عفو مشروط همچنان در جرگه ایقاعات باقی می ماند.

### ج: غیر معوض بودن ذات عفو

در صورت پذیرش ذات غیر معوض و ماهیت ایقاعی برای عفو مطلق، مشروط شدن آن نوعی مخالفت با مقتضای ذات محسوب می شود؛ زیرا حقیقت شرط، منوط شدن منشأ به شرط است به طوری که شرط، ضمیمه یکی از عوضین شود؛ حال آن که ایقاع با انشای یک اراده حاصل شده و عوضی وجود ندارد تا شرط به آن ملحق شود (نائینی، ۱۳۷۳: ۵۵/۲) با این حساب، عفو فقط به صورت مطلق مجاز بوده و عفو مشروط باطل است.

این استدلال از اساس باطل است، زیرا از یک طرف، اصل مشروط شدن عفو را نپذیرفته در حالی که نص صریح قرآن کریم به عفو مشروط اشاره داشته (بقره: ۱۷۸) و فقیهان نیز به صورت مبسوط به مقوله عفو مشروط پرداخته اند؛ و از طرف دیگر، برای صحیح و لازم الوفاء بودن شرط، همین که به یک عمل حقوقی پیوند بخورد کافی است، به طوری که لزوم پایبندی به شرط، تابعی از لازم الوفاء بودن آن عمل حقوقی باشد (خوئی، ۱۴۱۴: ۱۱۱/۲) بنابراین لزوم پایبندی جانی به شرط، از بطن لزوم وفای مجنی علیه یا اولیای دم به عفو بر می خیزد و چنین شرطی صحیح و به ماهیت ایقاعی عفو خللی وارد نمی آورد.

#### د: تنظیر عفو مشروط با ابراء به شرط عوض

عوض در ابراء، ماهیت این عمل حقوقی را تغییر داده و ابراء را به صلح تبدیل می کند (ابن عابدین: ۱۲۵۷: ۴/۴۵۶). در اعمال حقوقی، شرط، یک تعهد تبعی است که وجود حقوقی مستقلی ندارد بلکه انشای آن به تبع انشای عمل حقوقی که شرط به آن ضمیمه شده، امکان دارد. اراده مدیون که در تحقق خود ابراء دخالتی ندارد چگونه می تواند در پیدایش شرط ضمن ابراء دخالت داشته باشد؟ (شهیدی، ۱۳۸۳: ۷۳). بنابراین، نیاز به رضایت مدیون، ماهیت ابراء را تبدیل به ماهیت عقدی می کند. برخی فقیهان نیز شرط عوض در ابراء را به منزله نوعی تبدیل تعهد تلقی نموده اند (سنهوری، ۱۹۵۲: ۳/۹۶۵). در عفو مشروط هم از طرفی با توجه به این که عفو با اراده صاحب حق قصاص محقق می شود شرط ضمن عفو، نمی تواند انشای مستقل داشته باشد چون پذیرش شرط، وابسته به اراده جانی می شود و از طرف دیگر، طبق تصریح فقیهان در لزوم رضایت جانی در عفو مشروط، ماهیت عفو تغییر کرده و تبدیل به عقد صلح می شود.

این نوع استدلال نیز قابل پذیرش نیست، زیرا از طرفی می توان گفت که بدون عوض بودن، مقتضای ابراء نیست بلکه آن چه ذات ابراء اقتضا می کند فقط سقوط دین است و از طرف دیگر، ماهیت ابرائی که مبرء، قصد ابراء در آن دارد صرفاً با قرار

گرفتن شرط در ضمن آن، تغییر نکرده و تبدیل به صلح نمی شود؛ زیرا در غیر این صورت، چنین عمل حقوقی با قصد مبرء، مخالفت پیدا کرده و «ما وقع لم يقصد و ما قصد لم يقع» نمی توان ماهیت عملی را که مقصود موجب بوده با توجیه مشروط شدن، به ماهیت دیگری تبدیل کرد. در عفو مشروط هم، اشکال مزبور با همین استدلال رد می شود؛ ضمن این که در ایقاعات مسلم دیگر نظیر طلاق و عتق که اتفاق نظر فقیهان در انحصار تحقق آنها به اراده واحد است نیز مشروط شدن، ماهیت ایقاعی آنها را تغییر نمی دهد.

### هـ: مخالفت مشروط بودن عفو با مقتضای اسقاط

اسقاط به معنای صرفنظر کردن از حق است. اسقاط حق، رایگان بوده و این تبرع بدون شرط بودن و اطلاق آن را متبادر می کند و در مورد کسی که برای واگذار کردن حق خود عوض دریافت می کند صحیح نیست که گفته شود فلان کس از حق خود صرفنظر کرده است (عدل، ۱۳۴۲: ۶۳؛ شهیدی، ۱۳۸۳: ۶۹). ماهیت اسقاطی عفو نیز قابل انکار نیست؛ بنابراین این مطلب را می توان به عفو نیز تسری داد و آن را فقط به شکل مطلق دانست تا موافق مقتضای ایقاعی آن باشد؛ بنابراین مشروط شدن عفو، عامل تغییر ماهیت ایقاعی آن شده و صورت عقدی به آن می بخشد.

پاسخ این دلیل همان است که قبلاً گفته شد که مقتضای ذات ابراء، سقوط دین است نه مجانی بودن آن، تا شرط عوض با آن تنافی داشته باشد، چنان که حتی در هبه هم که یک عقد مجانی است (ماده ۷۹۵ ق.م.) و اهب می تواند شرط کند که متَّهَب، مالی را به او هبه کند یا عمل مشروعی را مجاناً بجا آورد (ماده ۸۰۱ ق.م.) و شرط عوض در آن، موجب بطلانش نخواهد شد. به همین ترتیب، در ابراء و نوع خاصی از آن که عفو مشروط است مجنی<sup>۱۱</sup> علیه یا اولیای دم، گذشت خویش را به تحقق شرط منوط می کنند، اما این مشروطیت، به ساختمان ایقاعی عفو ضرری نمی زند و در صورت پذیرش شرط توسط جانی، گذشت صرفاً با اراده مجنی<sup>۱۲</sup> علیه یا اولیای دم

محقق می شود و بر جانی وفای به تعهد خویش به سبب پذیرش شرط لازم می شود؛ به عبارت دیگر، قبول جانی، جزو و رکن عمل حقوقی نیست تا عفو، ماهیت عقدی داشته باشد بلکه شرط تحقق آن محسوب شده و عفو، ماهیت ایقاعی خویش را حفظ می کند.

### و: منافات با اصل عدم ولایت افراد بر یکدیگر

مطابق با اصل عدم حدوث حادث، در مورد فردی که سابقه ولایی بر دیگری نداشته در مقام شک در ولایت، استصحاب عدم ولایت او جاری می شود. با فرض ایقاع بودن عفو، نوعی ولایت از سوی مجنی علیه یا اولیای دم بر جانی ثابت می شود که از قبل این ولایت می توانند از قصاص جانی گذشته و به او تداوم در زندگی بخشند و در تحقق این مهم، اراده مجنی علیه یا اولیای دم کفایت نموده و اراده جانی هیچ تأثیری ندارد؛ بنابراین طبق اصل عملی مذکور، وقتی تحقق عفو مطلق با اراده منفرد مجنی علیه یا اولیای دم با اشکال روبروست، عفو مشروط به طریق اولی با چنین اشکالی دست به گریبان می شود؛ چون ضمن عمل حقوقی عفو، شرطی قرار می گیرد که جانی نسبت به آن مشروط علیه محسوب شده و قبول آن، منجر به التزام او به تعهد یا تعهداتی می شود که او را تحت ولایت فرد یا افراد دیگری قرار می دهد.

این استدلال هم با نقد جدی روبرو می شود، زیرا اتفاقاً طبق نص صریح قرآن، برای اولیای دم سلطنت و ولایتی نسبت به جانی ایجاد شده «و من قتل مظلوما فقد جعلنا لولیه سلطاناً» (اسراء: ۳۳). از آنجا که نصوص قرآنی بیانگر احکام واقعی هستند در تقابل با احکام ظاهری نظیر اصل عدم ولایت افراد بر یکدیگر، ترجیح یافته و مانع تمسک به احکام ظاهری می شوند (آخوند خراسانی، ۱۳۸۹: ۳۳۷). علاوه بر این در عفو مشروط، لزوم رضایت جانی به شرط، مورد اتفاق فقیهان است (شیخ طوسی، ۱۳۸۷: ۵۲/۷)، از اینرو حق عدم پذیرش شرط هم برای او در نظر گرفته شده و با وجود پیش بینی چنین حقی، جایی برای ولایت تام و تمام برای صاحب حق قصاص در قرار دادن شرط ضمن عفو نیست.

## نتیجه گیری

با توجه به آن چه گذشت عفو مطلق بدون تردید، جزو ایقاعات محسوب می شود. در مورد عفو مشروط، فرضیه عقد بودن قابل اثبات نیست چون از طرفی، برخی احکام و آثار مسلم عقود از قبیل قرار دادن خیار شرط برای طرفین یا قابلیت انحلال با اقاله در آن قابل جریان نیست؛ و از طرف دیگر، دلایلی نظیر منافات عفو مشروط با اصل عدم ولایت افراد بر یکدیگر، مخالفت با مقتضای ابراء و لزوم رضایت جانی در تحقق آن نمی توانند ایقاع بودن عفو مشروط را متزلزل کنند، زیرا اصل مذکور با نص قرآنی - مبتنی بر ولایت و سلطنت اولیای دم بر جانی - از درجه اعتبار ساقط می شود؛ مقتضای ابراء نیز سقوط دین است، نه غیر معوض بودن آن؛ پس شرط عوض خللی به اسقاطی بودن ابراء وارد نکرده و ماهیت ایقاعی آن را متزلزل نمی کند. لزوم رضایت جانی نیز به عنوان شرط عمل حقوقی عفو تلقی می شود نه رکن آن؛ بنابراین بر ایقاع بودن آن هیچ اشکالی وارد نیست. با توجه به این که برخی فقیهان از عنوان ایقاع خاص یا ایقاع شبیه به عقد در مواردی که عملی در حالت اطلاق با اراده موجب به تنهایی به عالم اعتبار وارد شده ولی در حالت مشروط، نیازمند رضایت طرف مقابل است، استفاده نموده اند عفو مشروط را نیز می توان در زمره چنین ایقاعاتی دانست.

## منابع

### - قرآن کریم.

- آخوند خراسانی، محمد کاظم (۱۳۸۹)، **کفایه الاصول**، قم: خرسندی.
- ابن ادریس حلی، محمد بن منصور بن احمد (۱۴۱۰ق)، **السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی**، ج ۳، ج ۲، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- ابن عابدین، محمد بن امین (۱۲۵۷ق)، **ردّ المختار علی درّ المختار**، ج ۳، بیروت: دار الطباعه العامره.

۳۶۷ \_\_\_\_\_ مطالعات فقه و حقوق اسلامی - سال ۱۱ - شماره ۲۱ - پاییز و زمستان ۹۸

- ابن منظور، ابوالفضل محمد بن مکرم (۱۴۱۴ق)، لسان العرب، ج ۷ و ۱۵ و ۱۶، ج ۳، بیروت: دار الفکر.

- اردبیلی (محقق)، احمد بن محمد (۱۴۰۳ق)، مجمع الفائدة و البرهان فی شرح ارشاد الأذهان، ج ۱۴، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.

- ابو عطا، محمد؛ فرزاد، مسعود (۱۳۹۲)، تغییر موضوع تعهد در مقام وفای به عهد، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، ۹، ۷-۲۴.

- اصفهانی، محمدحسین کمپانی (۱۴۱۸ق)، حاشیه کتاب المکاسب، ج ۴ و ۵، قم: أنوار الهدی.

- بحر العلوم، محمد بن محمد تقی (۱۴۰۳ق)، بلغه الفقیه، ج ۱، چ ۴، تهران: مکتبه الصادق.

- بحرانی (آل عصفور)، یوسف بن احمد (۱۴۰۳ق)، الحدائق الناضره فی احکام العترة الطاهره، تحقیق محمد تقی ایروانی و سید عبدالرزاق مفرم، ج ۱۲، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.

- تبریزی، میرزا جواد (۱۴۱۶ق)، ارشاد الطالب الی التعليق علی المکاسب، ج ۲، چ ۳، قم: اسماعیلیان.

- جبعی عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی (۱۴۱۳ق)، مسالك الأفهام الی تنقیح شرائع الإسلام، ج ۱، قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه.

- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۹۰)، فلسفه حقوق مدنی، چ ۲، تهران: گنج دانش.

- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۹۰)، وصیت، ج ۲، تهران: گنج دانش.

- حرّ عاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۹ق)، وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه، ج ۱۹، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.

- حسینی مراغی، سید میر عبدالفتاح (۱۴۱۷ق)، العناوین، ج ۲، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.

- حلی (محقق)، جعفر بن حسن (۱۴۱۸ق)، المختصر النافع فی فقه الامامیه، چ ۶، قم: مؤسسه المطبوعات الدینیّه.

- حلی (محقق)، جعفر بن حسن (۱۴۰۸ق)، شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام، ج ۲، چ ۲، قم: اسماعیلیان.

- حلی (ابن فهد)، احمد بن محمد اسدی (۱۴۰۷ق)، المهذب البارع فی شرح المختصر النافع، ج ۵، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.

- خمینی (امام)، سید روح الله (بی تا)، تحریر الوسيله، ج ۲، قم: دار العلم.

- خمینی (امام)، سید روح الله (۱۴۲۱ق)، کتاب البیع، ج ۱، ج ۴، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).
- خمینی (امام)، سید روح الله (۱۴۲ق)، الرسائل العشره، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).
- راوندی، قطب الدین سعید بن عبدالله (۱۴۰۵ق)، فقه القرآن، ج ۲، ج ۲، قم: کتابخانه آیه الله العظمی مرعشی نجفی (ره) و مؤسسه النشر الاسلامی.
- سبحانی، جعفر (بی تا)، نظام النکاح فی الشریعه الاسلامیه الغرآء، ج ۲، قم: بی نا.
- سبزواری، سید عبدالاعلی (۱۴۱۳ق)، مهذب الاحکام فی بیان الحلال و الحرام، ج ۲۰، ج ۴، قم: مؤسسه المنار.
- سنهوری، عبدالرزاق (۱۹۵۲م)، الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید، ج ۳، قاهره: بی نا.
- شریف مرتضی، علی بن حسین موسوی (۱۴۱۵ق)، الانتصار فی انفرادات الامامیه، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- شهیدی، مهدی (۱۳۸۳ش)، سقوط تعهدات، ج ۶، تهران: مجد.
- طباطبائی یزدی، سید محمد کاظم (۱۴۱۴ق)، تکمله العروه الوثقی، ج ۱، قم: داوری.
- طباطبائی یزدی، سید محمد کاظم (۱۴۲۱ق)، حاشیه المکاسب، ج ۱، قم: اسماعیلیان.
- طوسی (شیخ الطائفه)، محمد بن حسن (۱۴۰۷ق)، الخلاف، ج ۵، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- طوسی (شیخ الطائفه)، محمد بن حسن (۱۳۸۷ق)، المبسوط فی فقه الامامیه، تحقیق سید محمد کشفی، ج ۷، ج ۳، تهران: المکتبه المرتضویه لاحیاء الآثار الجعفریه.
- عاملی کرکی (محقق ثانی)، علی بن حسین (۱۴۰۹ق)، رسائل المحقق کرکی، ج ۱، قم: کتابخانه آیه الله العظمی مرعشی نجفی و مؤسسه النشر الاسلامی.
- عدل (منصور السلطنه)، مصطفی (۱۳۴۲)، حقوق مدنی، ج ۷، تهران: امیر کبیر.
- فاضل لنکرانی، محمد (۱۴۲۱ق)، تفصیل الشریعه فی شرح تحریر الوسیله، قم: مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام.
- فاضل مقداد، جمال الدین مقداد بن عبدالله سیوری (۱۴۱۹ق)، کنز العرفان فی فقه القرآن، ج ۲، بی جا: مجمع جهانی تقریب مذاهب اسلامی.
- فیض کاشانی، ملا محمد محسن (بی تا)، مفاتیح الشرائع، ج ۳، قم: کتابخانه آیه الله العظمی مرعشی نجفی (ره).



۳۶۹ \_\_\_\_\_ مطالعات فقه و حقوق اسلامی - سال ۱۱ - شماره ۲۱ - پاییز و زمستان ۹۸

- قیومی، احمد بن محمد مقرئ (بی تا)، **المصباح المنیر فی غریب الشرح الكبير للرافعی**، ج ۲، قم: دار الرضی.

- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۱)، **دوره مقدماتی حقوق مدنی (وقایع حقوقی)**، تهران: یلدا.

- کلاتر، سید محمد (۱۴۱۰ق)، **حاشیه بر مکاسب**، ج ۱۵، ج ۳، قم: دار الكتاب.

- کلینی، محمد بن یعقوب (۱۴۰۷ق)، **الکافی**، ج ۷، ج ۴، تهران: دار الکتب الاسلامیه.

- مؤمن قمی، محمد (۱۴۱۵ق)، **کلمات سدیدة فی مسائل جدیدة**، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.

- موسوی اردبیلی، سید عبدالکریم (۱۴۱۴ق)، **فقه الشریکه علی نهج الفقه و القانون و کتاب التأمین**، قم: مکتبه امیر المؤمنین - دارالعلم مفید رحمه الله.

- محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۹۴)، **مباحثی از اصول فقه (دفتر اول، مباحث الفاظ)**، ج ۱، ج ۱۸، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.

- محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۸۸)، **قواعد فقه (بخش مدنی)**، ج ۲۳، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.

- مدرسی یزدی، سید عباس (۱۴۱۰ق)، **نموذج فی الفقه الجعفری**، ج ۲، قم: داوری.

- مشکینی، علی (۱۳۸۶)، **مصطلحات الفقه**، قم: الهادی.

- معین، محمد (۱۳۶۰)، **فرهنگ فارسی**، ج ۱ و ۲، ج ۴، تهران: سپهر.

- مغنیه، محمدجواد (۱۴۲۱ق)، **فقه الامام الصادق علیه السلام**، ج ۵، ج ۲، قم: انصاریان.

- مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۸ق)، **شرح العروه الوثقی**، ج ۲، قم: درسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام.

- منتظری نجف آبادی، حسینعلی (۱۴۱۳ق)، **الاحکام الشرعیة علی مذهب أهل البيت علیهم السلام**، قم: تفکر.

- نجفی خوانساری، موسی بن محمد (۱۳۷۳ق)، **منیه الطالب فی حاشیه المکاسب**، تقریرات محمدحسین نائینی، ج ۱، ج ۲، تهران: المکتبه المحمديه.

- نجفی (صاحب جواهر)، محمدحسن (۱۴۰۴ق)، **جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام**، ج ۲۶، ج ۷، بیروت: دار احیاء التراث العربی.

- واسطی زبیدی، سید محمد مرتضی (۱۴۱۴ق)، **تاج العروس من جواهر القاموس**، ج ۷ و ۹ و ۱۳ و ۱۹، بیروت: دار الفکر.

ماہیت عفو مشروط حق قصاص \_\_\_\_\_ ۳۷۰

- وجدانی فخر، قدرت اللہ (۱۴۲۶ق)، الجواهر الفخریہ فی شرح الروضہ البہیہ، ج ۸، ج ۲، قم:  
سما قلم.



پروشکاء علوم انسانی و مطالعات فرہنگی  
پرتال جامع علوم انسانی