

The Impact of Non-Muslim Adulterer Expressing Being Muslim on Abolition of Hadd Punishment

Qasem Eslaminia

Assistant professor, department of law, Zabol University, Iran.
eslaminia@uoz.ac.ir.

Adel Sarikhani

Associate professor, department of law, Qom University, Iran.
adelsari@yahoo.com.

Abstract

The effect of the Non-Muslim adulterer expressing being Muslim after committing the hadd crime on the feasibility of abolition of hadd punishment in the form of absolute or the feasibility of its turning into ta'zir punishment (punishment for offenses at the discretion of the judge (Qadi) or ruler of the state), is one of the complex jurisprudential issues that Article 224 of the Islamic Penal Code of Islamic Republic of Iran has not dealt with. Many jurists have generally refrained from raising this important issue. However, some have also examined the issue, and there have been viewpoints for and against it. From the collection of arguments, it is clear that the expansion and mitigation of non-Muslim adulterer expressing being Muslim is due to the moral sanctity of the Islamic society. The non-Muslim person has violated the sanctity of Islam with his criminal behavior and has been sentenced to death; and when they become Muslims at the appropriate time, due to the sanctity of Islam, the hadd punishment for him will be abolished and he can be penalized at the discretion of the lawmaker. Therefore, by an analytical-critical examination of the documented arguments of these theories and considering other religious and intellectual arguments that have been typically neglected from the point of view of some jurists in this field in order to collect the most opposing and agreeing jurisprudential viewpoints, this study has come to the theory of murder hadd punishment with the feasibility of turning into ta'zir, only if Islam is expressed before the crime is proven in criminal courts, and has made it necessary to specify it in the Islamic Penal Code.

Keywords

Adulterer, non-Muslim, Islam, Hadd, abolition.





فصلنامه علمی - پژوهشی
سال بیست و ششم، شماره چهارم (پیاپی ۱۰۰)، زمستان ۱۳۹۸

Feqh

A Quarterly Scientific-Research Journal

Vol. 26, No. 4, Winter, 2019

(صفحات ۳۱-۵۴)

Doi: 10.22081/jf.2019.68475

تأثیر اسلام زانی غیرمسلمان بر سقوط مجازات حدی

قاسم اسلامی نیا*

عادل ساریخانی**

چکیده

تأثیر اظهار اسلام زانی غیرمسلمان بعد از ارتکاب جرم حدی بر امکان سقوط مجازات حدی به صورت مطلق یا امکان تبدیل آن به مجازات تعزیری یکی از موضوعات پیچیده فقهی به شمار می‌رود که ماده ۲۲۴ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ نیز به آن نپرداخته است. بسیاری از فقها اصولاً از طرح این مسئله مهم خودداری کرده‌اند؛ اما بعضی نیز موضوع را بررسی کرده‌اند و نظریات موافق و مخالفی در این موضوع وارد شده است. از جمع‌آوری مجموعه ادله ناظر بر بحث برمی‌آید که تغلیظ و تخفیف مجازات زانی غیرمسلمان، ناشی از حرمت اخلاقی جامعه اسلامی است. غیرمسلمان با رفتار ارتكابی خود حرمت اسلام را شکسته و مستحق مجازات اعدام گردیده و آن‌گاه که در موعد مناسب مسلمان می‌شود؛ به پاس حرمت اظهار اسلام، مجازات حدی از وی ساقط و در صورت صلاح‌دید مقام قانونگذاری قابل تعزیر است؛ بنابراین نوشتار بر بررسی تحلیلی - انتقادی ادله استنادی نظریات مزبور و با عنایت به ادله شرعی و عقلی دیگری که نوعاً از نظرگاه بعضی از فقها در این زمینه مغفول مانده، در جهت تجمیع حداکثری بین آرای فقهی موافق و مخالف، به نظریه سقوط مجازات حدی قتل با امکان تبدیل به تعزیر، فقط در صورت احراز اسلام پیش از اثبات جرم در دادگاه‌های کیفری رسیده است و تصریح به آن را در قانون مجازات اسلامی ضروری می‌داند.

کلیدواژه‌ها

زانی، غیرمسلمان، اسلام، حد، سقوط.

تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۴/۴

* استادیار گروه حقوق دانشگاه زابل، ایران (نویسنده مسئول).

** دانشیار گروه حقوق دانشگاه قم، ایران.

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۱/۱۶

esliminia@uoz.ac.ir

adelsari@yahoo.com



یکی از مجاری مهم تهدید ارزش محوری عفت و حیای ممدوح جامعه اسلامی (نهج البلاغه: ص ۶۰۶) به عنوان یکی از ضرورت‌های پنج‌گانه تشکیل دهنده نظم و امنیت اجتماعی (لاری، ۱۴۱۸: ص ۴۷۹)، از طرف غیرمسلمانانی است که به دلایل مختلفی، بعضاً جایگاه بی‌بدیل و محوری ارزش مزبور را ناچیز و خنثی تلقی می‌کنند؛ پس حقوق کفیری اسلام با در نظر داشت اصل فردی بودن مجازات‌ها و به جهت ایجاد بازدارندگی، برخورد شدیدتری با آنان کرده و زناي مرد غیرمسلمان با زن مسلمان را که نوعی تجاوز به حریم عفت و غیرت مسلمانان است، مستوجب قتل دانسته است. اکنون نیز ماده ۲۲۴ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ ناظر بر این نوع زنا و مجازات آن است.

موضوع مسکوت در این بند از قانون مجازات اسلامی (که ناشی از اختلافات متعدد فقهی در این زمینه است)، تأثیر تشرف به آیین مسلمانی از سوی زانی غیرمسلمان بر وضعیت اجرای مجازات حدی قتل است. با وجود سکوت قانون مجازات اسلامی در مورد وضعیت حقوقی فرد مذکور، مسئله تا حدودی از نظر فقیهان ریزین مسکوت نمانده است و در بین بعضی از فقها به تفصیل و در حالت‌های مختلفی بحث و بررسی شده است. با توجه به پیشینه و نظریات متعدد و متنوع فقهی در این زمینه که به صورت غیرمنسجم و پراکنده به بحث گذاشته شده است و فقدان یک تحقیق منسجم و علمی که حاوی مقایسه و تضارب آرای مختلف و انتخاب مناسب‌ترین نظریه باشد، احساس می‌شود؛ بنابراین نوشتار برای اولین بار با رویکردی تحلیلی و انتقادی رویکردهای مختلف فقهی در موضوع گفته شده و علاوه بر آن بعضی از موضوعات مسکوت مرتبط را مطرح کرده است تا از خلال آن درست‌ترین و متقن‌ترین راهکار فقهی کشف گردد.

گفتنی است از نظر فقهی در موضوع مفروض تفاوتی بین کافر ذمی، مستأمن، معاهد و مهادن وجود ندارد و همه آن‌ها مشمول احکام واحدی‌اند (مکارم شیرازی، ۱۳۹۸: makarem.ir). سؤال اصلی این نوشتار آن است که در صورتی که زانی غیرمسلمان بعد از ارتکاب جرم زنا، ادعای تشرف به آیین مسلمانی کند، وضعیت جدید او چه تأثیری بر



مجازات وی دارد؟ راجع به این موضوع در بین منابع فقهی و البته به صورت پراکنده و غیرمنسجم و بدون طرح ادله مکفی و قانع کننده، دست کم سه نظریه فقهی ارائه شده است و این نوشتار در صدد طرح نظریات مزبور و ادله هریک، ارزیابی و نقد آنها و همچنین تعیین وضعیت حقوقی فرد تازه‌مسلمان بعد از سقوط مجازات حدی تنظیم گردیده است.

۱. تبیین رویکردهای سه‌گانه راجع به تأثیر اسلام زانی غیرمسلمان

ظاهراً مشهور فقها معتقدند اظهار اسلام زانی غیرمسلمان مطلقاً در وضعیت حقوقی او تأثیری ندارد (نظریه عدم سقوط مجازات) (حلی، ۱۴۱۳، ج ۹: ص ۱۴۶؛ حلی، ۱۴۰۸، ج ۴: ص ۱۴۱؛ دیلمی، ۱۴۰۴؛ ص ۲۵۱؛ صدوق، ۱۴۱۸؛ ص ۲۹۲؛ مفید، ۱۴۱۳؛ ص ۷۸۳؛ حرعاملی، ۱۴۱۲، ج ۸: ص ۴۵۱). گروهی از فقها معتقدند اظهار اسلام زانی غیرمسلمان بر وضعیت حقوقی و کیفری او مؤثر است (گلبایگانی، ۱۴۱۲، ج ۳: ص ۳۵۱؛ فاضل هندی، ۱۴۱۶، ج ۱۰: ص ۴۳۷)؛ اما راجع به کیفیت تأثیر مزبور، در دسته دوم اتفاق نظر وجود ندارد و در این زمینه نظریات متنوع فقهی ارائه شده است. درحالی که اکثریت فقهای گروه دوم معتقدند اسلام زانی غیرمسلمان پیش از اثبات جرم حدی موجب سقوط مجازات حدی می‌شود (نظریه تفکیکی)، بعضی از فقها نیز با استناد به ادله فقهی و شرعی قائل به سقوط مجازات حدی فرد تازه‌مسلمان در همه حالت‌های آن‌اند (گلبایگانی، ۱۴۱۲، ج ۱: ص ۲۶۸) (نظریه سقوط مطلق مجازات). یادآوری می‌شود حکم زانی غیرمسلمان در هر حال قتل است و تفاوتی بین انواع آن اعم از زناى محصن و غیرمحصن و زناى به عنف یا همراه با رضایت وجود ندارد. در نتیجه ادله ناظر بر سقوط مجازات زانی تازه‌مسلمان، تفاوتی بین انواع زنا (محصن و غیرمحصن و زناى به عنف یا رضایت) قائل نشده است و آنجا که این نوشتار به امکان تعیین مجازات جایگزینی تعزیر رسیده است، در مواردی همانند زناى محصن و زناى به عنف امکان تشدید مجازات او نسبت به زناى غیرمحصن و زناى به عنف وجود دارد.



۲. عدم سقوط مجازات

معمولاً نظریات متفاوت فقها در یک موضوع معین ناشی از برداشت‌های متفاوت راجع به یک یا چند مستند نقلی در موضوع مفروض است که بعضاً در مورد اصالت سندی، مدلول و محدوده شمول اسناد مزبور ممکن است بین فقها اتفاق نظر وجود نداشته باشد. در حالت عادی اگر مرد غیرمسلمان با زن مسلمان زنا کند بر اساس روایت‌های موثق که مورد قبول و اجماع قاطبه فقها است، مرد غیرمسلمان زانی که در روایات با عنوان ذمی از او یاد شده ولی اصولاً شامل هر غیرمسلمانی می‌شود، به قتل می‌رسد (خمینی، ۱۴۰۹، ج ۲: ص ۴۶۲؛ حلی، ۱۴۱۳، ج ۹: ص ۱۴۶)؛ اما در فرضی که مرد غیرمسلمان بعد از ارتکاب زنا مسلمان می‌شود با وجود سکوت بعضی از فقها (صدوق، ۱۴۱۸: ص ۲۹۲؛ شریف مرتضی، ۱۴۱۵: ص ۵۲۶)، در بین فقهای که فرض مزبور را با استناد به روایات و اصولی چند مطرح کرده‌اند اختلاف نظر وجود دارد.

بر اساس روایت صحیح‌های از امام صادق علیه السلام در صورتی که شخصی یهودی با زن مسلمان زنا کند، به قتل می‌رسد (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۷: ص ۲۳۹؛ طوسی، ۱۴۰۷، ج ۱۰: ص ۳۸). روایت گفته شده دارای اطلاق است و بسیاری از فقها با توجه به اطلاق روایت، مدلول آن را در تمامی حالات جاری می‌دانند.

بر اساس روایت دیگری یک شخص نصرانی مرتکب عمل زنا با زن مسلمان شد و زمانی که نوبت به اقامه حد بر او رسید اسلام آورد. حکومت جائز وقت راجع به حکم شرعی مفروض از امام هادی علیه السلام طلب راهنمایی و مشاوره کرد. معصوم علیه السلام در پاسخ به استعلام فرمودند مورد ضرب قرار می‌گیرد تا بمیرد (کنایه از اینکه مجازات او اعدام است). یحیی بن اکثم و بیشتر فقهای وابسته به حکومت، با توجه به اظهار اسلام شخص نصرانی و ظاهراً با یک تفسیر موسع از قاعده جب، حکم امام علیه السلام را راجع به این قضیه برناتفتند و با توجه به اینکه به عقیده آنان حکم مزبور فاقد ادله شرعی معتبر است (قمی، ۱۴۲۲: ص ۱۹۸)، از متوکل خواستند که مستندات شرعی نظر امام هادی علیه السلام را جویا شود. امام هادی علیه السلام نیز در جواب به این آیه شریفه قرآنی استدلال فرمودند: «فَلَمَّا رَأَوْا بَأْسَنَا قَالُوا آمَنَّا بِاللَّهِ وَحَدَّةً وَكَفَرْنَا بِمَا كُنَّا بِهِ مُشْرِكِينَ فَلَمْ يَك يَنْفَعُهُمْ إِيْمَانُهُمْ لَمَّا رَأَوْا بَأْسَنَا



فقه

سُنَّتَ اللّٰهِ الَّتِي قَدْ حَلَّتْ فِي عِبَادِهِ وَحَسِرَ هُنَالِكَ الْكَافِرُونَ؛ آن هنگام که مجازات ما را ببینند می گویند به خدای واحد ایمان آورده و نسبت به آنچه بدان شرک می ورزیدیم، کافر می گردیم؛ لیکن ایمانی که در نتیجه مشاهده عذاب باشد، برای آنان نفعی ندارد و این امر جزو سنت‌های خداوند محسوب می شود» (غافر: ۸۴-۸۵)؛ (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۷: ص ۲۳۸). بعضی از فقها با در نظر داشت روایات مذکور و به دلایلی که می آید، معتقدند اظهار اسلام زانی غیرمسلمان بعد از ارتکاب رفتار مجرمانه در هر صورت، تأثیری در سرنوشت او از نظر سقوط مجازات ندارد.

۲.۱. اطلاق روایات

روایت صحیحی منقول از امام صادق علیه السلام به طور مطلق و بدون لحاظ اظهار اسلام زانی ذمی، اشاره به قتل زانی غیرمسلمان کرده است (تبریزی، ۱۴۱۷: ص ۱۰۲). ظاهراً بر اساس اطلاق روایت مذکور بسیاری از فقها همانند محقق، شیخ مفید و شیخ صدوق نیز به طور مطلق و بدون توجه به ضرورت مهم و محوری بحث اظهار اسلام و چگونگی تأثیر آن بر سرنوشت متهم، حکم به قتل او داده و مخصوصاً بر این نظر با عبارت سرشار از اطمینان و استحکام «علی کل حال» تأکید کرده‌اند (حلی، ۱۴۰۸: ص ۱۴۶؛ دیلمی، ۱۴۰۴: ص ۲۵۱؛ صدوق، ۱۴۱۸: ص ۲۹۲؛ مفید، ۱۴۱۳: ص ۷۸۳؛ عاملی، ۱۴۱۲: ص ۴۵۱). حتی پاره‌ای از فقها پا را فراتر گذاشته و جهت رفع کوچک‌ترین روزنه شک و تردید بر این نظر ادعای اجماع کرده‌اند (شریف مرتضی، ۱۴۱۵: ص ۵۲۶). به نظر می‌رسد قانون مجازات اسلامی در ماده ۲۲۴ که به صورت مطلق به قتل زانی غیرمسلمان اشاره کرده است برگرفته از چنین دیدگاهی است.

لازم است گفته شود فقهای گفته شده، روایت منقول از امام هادی علیه السلام را به علت ضعف یکی از راویان آن معتبر ندانسته و معتقدند تنها روایت صحیحی امام صادق علیه السلام قابل اتکای فقهی است که این روایت نیز به صورت مطلق به قتل غیرمسلمان حکم داده است. اما بر فرض پذیرش روایت جعفر و جبران ضعف آن به وسیله استناد مکرر فقها، عقیده دارند که تعلیل مزبور در روایت (آیه ۸۴ و ۸۵ سوره غافر) در جواب یحیی بن اکثم و





همکیشان او وارد شده است. مفهوم این برداشت آن است که حتی اگر اسلام آوردن یهودی موصوف قبل از اثبات حد بود، باز هم نظر امام علیه السلام بر عدم سقوط مجازات حدی قتل بود (قمی، ۱۴۲۲: ص ۲۰۰)؛ به عبارتی تصریح روایت به عدم پذیرش اسلام فرد مزبور که در هنگام روئیت مجازات اظهار شده است، فاقد مفهوم مخالف است و دلالتی بر این ندارد که اگر زمان اظهار اسلام وی پیش از اثبات جرم بود، مجازات حدی ساقط می شد (تبریزی، ۱۴۱۷: ص ۱۰۴).

۲.۲. نفی قیاس

تأثیر اسلام زانی غیرمسلمان پیش از اثبات مجازات حدی را می توان بسان توبه مسلمان پیش از اثبات جرم تلقی کنیم که موجب سقوط مجازات حدی می شود؛ لیکن به نظر می رسد مقایسه اسلام زانی و توبه فرد مسلمان و تسری احکام توبه به اظهار اسلام نوعی قیاس به شمار می رود که در مذهب شیعه پذیرفته نشده است (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۴۱: ص ۳۱۵)؛ بعضی از فقها همانند شیخ مفید نیز با اشاره به فرض اظهار اسلام غیرمسلمان معتقدند در صورتی که غیرمسلمان زانی به آیین مسلمانی درآید، نزد خداوند مقبول می شود و اثر مثبت آن را در قیامت خواهد دید؛ اما اظهار اسلام وی، مانعی در مسیر اجرای حد الهی ایجاد نمی کند (مفید، ۱۴۱۳: ص ۷۸۳).

۲.۳. خرق ذمه و هتک حرمت اسلام

زانی غیرمسلمان با ارتکاب رفتار مجرمانه زنا با یکی از زنان جامعه اسلامی و تجاوز به حریم عفاف و پاکدامنی آنان، از شرایط و قواعد اصلی حاکم بر اهل ذمه به عنوان یک پیمان اجتماعی معتبر خارج و تبدیل به کافر حربی شده (گلپایگانی، ۱۴۱۲، ج ۱: ص ۲۷۰) و مستحق قتل است. در واقع مبنای قتل او اصالتاً ناشی از خروج از شرایط ذمه است (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۳: ص ۷۶)؛ زیرا زانی غیرمسلمان با انجام رفتار مزبور به اسلام و جامعه مسلمانان جسارت و گستاخی کرده و از حصار ذمه یا عهد و پیمانی که بسته بوده، خارج شده است و همانند کافران حربی، خون وی مباح است (اردبیلی، ۱۴۲۷، ج ۱: ص ۴۲۲).

برحسب دیدگاه بالا که استنباطی فراتر از احکام عادی فقهی و نوعی تفسیر جامعه‌شناسانه از یک رفتار مجرمانه و در راستای مصلحت کلی جامعه اسلامی تلقی می‌شود، مجازات غیرمسلمان دلایل اجتماعی دارد، و گرنه مجازات غیرمسلمان از فلسفه اختصاصی مجازات مسلمان تبعیت نمی‌کند؛ زیرا زنا براساس روایات موثق برای مسلمان حرمت ذاتی دارد و موجب سلب روح ایمان و آلودگی معنوی و روحی در وجود او می‌شود (بروجردی، ۱۳۸۶، ج ۲۵: ص ۷۲۲) و تطهیر و پاکسازی او از جرم مزبور در صورت توبه نکردن و عدم پاکسازی اختیاری نفس از آلودگی ناشی از رجس آن گناه کبیره مستلزم آن است که حد الهی، به‌طور دقیق بر وی اجرا گردد؛ اما منظور از جرم‌انگاری زنا برای غیرمسلمان با زن مسلمان بیش از هر امر دیگری، پیشگیری عمومی از هتک حرمت اخلاقی مسلمانان و اشاعه فحشا و فساد بین آنان و جلوگیری از اهانت به قوانین مسلم اسلام است (مازندرانی، ۱۴۲۵، ج ۳: ص ۹۵) و اظهار اسلام او قادر نیست آثار و بازتاب‌های منفی اجتماعی مزبور را از بین ببرد.

۲.۴. اصل استصحاب

در صورت حدوث شبهه حکمیه و شک و تردید در هنگام برابری دلایل، استناد به اصل فقهی - اصولی استصحاب می‌تواند کارگشا باشد. براساس این اصل، دَوْران بین یقین سابق (استحقاق اعدام در مورد زانی غیرمسلمان) و شک لاحق (عدم استحقاق اعدام به علت اسلام او) وجود دارد که قاعدتاً باید به یقین سابق تمسک کنیم (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۴۱: ص ۳۱۴). در این مورد نیز اصل ثبوت حد بر ذمه متهم تازه‌مسلمان استصحاب می‌شود (اردبیلی، ۱۴۲۷، ج ۱: ص ۳۸۶).

۲.۵. تقدم خاص بر عام

با وجود آنکه بعضی از فقها معتقدند حدیث قاعده جب در مذهب ما پذیرفته نیست (خویی، ۱۴۲۲، ج ۴۱: ص ۲۳۵) و آن را به یک روایت منقول و مرسل از پیامبر اسلام ﷺ نسبت می‌دهند (قمی، ۱۴۲۲: ص ۱۹۸)، بیشتر فقها با در نظر داشت منابع روایی معتقدند قاعده جب





متواتر اجمالی به شمار می‌رود (مجلسی، ۱۴۰۳، ج ۶: ص ۲۳)؛ به این معنا که به صورت اجمالی به صدور مضمون این قاعده از طریق پیامبر ﷺ علم پیدا می‌کنیم (منتظری، ۱۴۳۱: ص ۴۱۳). علاوه بر این، قاعده جب یکی از مهم‌ترین قواعد فقهی است که در ابواب فقهی زیادی همانند حدود، دیات و ضمان به آن استناد می‌شود و دارای روایت‌های متعدد و معتبر شرعی است (مجلسی، ۱۴۰۳، ج ۶: ص ۲۳)؛ اما بر اساس پاره‌ای از نظریات فقهی با توجه به اینکه حدیث جب عام است و حدیث موثقه حنان که بعداً صادر شده خاص است، طبق قواعد منطقی و عقلی اصول فقه، روایت ضمان به‌عنوان خاص لاحق بر عام سابق (قاعده جب) مقدم می‌شود (فاضل هندی، ۱۴۱۶، ج ۱۰: ص ۴۳۷)؛ پس اگر کسانی قائل به تقدم حدیث جب بر حدیث (خاص) گفته شده باشند، در مقابل نص اجتهاد کرده‌اند که مقبول نیست (سبزواری، ۱۴۱۳، ج ۲۷: ص ۲۶۹). به نظر می‌رسد نظریه عدم سقوط مطلق مجازات بر ادله‌ای مبتنی است که اشکالات متعددی دارند. به عقیده نویسندگان این نوشتار مجموعه انتقادهای گفته شده می‌تواند باعث ساماندهی نظریه‌ای گردد که از آن با نام نظریه تفکیکی (سقوط مقید) یاد می‌شود که در ضمن مبحث نظریه سقوط مجازات بدان می‌پردازیم.

۳. سقوط مجازات

فقهایی که قائل به سقوط مجازات زانی تازه‌مسلمان‌اند، به دو گروه تقسیم می‌شوند: بعضی از فقها تفاوتی بین زمان اظهار اسلام متهم نمی‌بینند و در هر صورت مجازات وی را ساقط شده می‌دانند (سقوط مطلق مجازات)؛ گروه دیگری از فقها برای زمان اظهار اسلام موضوعیت قائل‌اند و آن را صرفاً تا قبل از اثبات جرم مؤثر می‌دانند (سقوط مقید مجازات).

۳.۱. سقوط مطلق مجازات

این نظریه را صاحب کشف اللثام با در نظر داشت قاعده جب به‌عنوان یک احتمال مطرح می‌کند. به نظر ایشان با عنایت به اینکه بر اساس قاعده جب، اسلام گناهان قبلی فرد را

هدم و نابود می‌کند و همچنین با توجه به قاعده فقهی احتیاط در دمأ، با اظهار اسلام در هر مرحله (اعم از قبل از اثبات جرم و یا بعد از آن) مجازات حدی با استناد به ادله ذیل از زانی غیرمسلمان تازه‌مسلمان رفع می‌شود (فاضل هندی، ۱۴۱۶، ج ۱۰: ص ۴۳۷).

۳.۱.۱. اطلاق گستره زمانی حدیث جب

در صورت پذیرش قاعده جب و با توضیحات گفته شده هیچ گونه قید و شرطی از نظر زمان برای آن تعیین نشده است. در واقع اگر شارع، اظهار اسلام در بعضی زمان‌ها را از گستره زمانی قاعده جب خارج می‌دانست، باید در ضمن قاعده و یا به شیوه‌ای دیگر به آن تصریح می‌کرد؛ اما قاعده به صورت مطلق و بدون قید صادر شده است و در لسان فقها نیز به همان شکل به آن استناد می‌شود (لنکرانی، ۱۴۲۲: ص ۱۵۳).

۳.۱.۲. سیره عملی پیامبر ﷺ

در ماجرای فتح مکه، بعد از تسلیم شدن مشرکان و کفاری که سابقه جنایت‌ها و جنگ‌های زیادی با پیامبر اسلام ﷺ داشتند، صرف اسلام ظاهری افرادی همانند ابوسفیان که ناشی از ناچاری و عدم راه‌گریز بود، برای عدم بازگشایی سوابق مجرمانه آنان در طول سال‌ها مبارزه مسلحانه و اعتقادی با جبهه اسلام کفایت کرد. امام سجاد علیه السلام با الهام از منش پیامبر ﷺ در دعای ابو حمزه ثمالی بیان می‌کند: «خدایا گروهی (همانند ابوسفیان و امثال او) با زبان ایمان آوردند تا جانیشان را در حیات دنیوی حفظ نمایند و (بر حسب قانون خداوندی) به هدف خود واصل گردیدند و ما با زبان و قلب خود ایمان آوردیم تا ما را مورد عفو و مغفرت الهی قرار دهی». نتیجه اینکه دلایل گفته شده دست‌کم باعث ایجاد شک و تردید در اجرای مجازات قتل علیه زانی تازه‌مسلمان می‌شود.

۳.۱.۳. نقد نظریه سقوط مطلق مجازات

۱. در صورتی که ادعای اسلام فرد را در هر مرحله، حتی لحظات مشرف به اقامه حد، مقبول بدانیم، این امر باعث سوءاستفاده مفسدان غیرمسلمان می‌شود و هیچ گونه اثر





پیشگیرانه‌ای بر آن مترتب نمی‌گردد؛ زیرا با این تفسیر هر غیرمسلمانی می‌تواند بدون هیچ‌گونه نگرانی به ارتکاب فسق و فجور پردازد و موجب اشاعه فحشا در جامعه اسلامی گردد و در صورت بازداشت و محاکمه و هنگام اجرای حد، اسلام بیاورد و کلاً از مجازات معاف شود؛ بنابراین قاعده جب نباید در راستای ارتکاب بدون دغدغه فساد و فحشا از سوی غیرمسلمان در جامعه اسلامی و عاملی در جهت وهن اسلام تفسیر گردد.

۲. برخورد پیامبر ﷺ با مشرکان در فتح مکه بعد از اولین پیروزی قطعی اسلام در شبه‌جزیره عربستان اتفاق افتاد. بدون شک عفو مزبور در آن برهه خاص زمانی، دارای آثار متعدد مثبتی برای اسلام از نظر تأثیرگذاری بر افکار عمومی بشریت بوده است؛ درحالی‌که پذیرش مطلق سقوط مجازات به صرف اظهار اسلام فرد، حتی بعد از اثبات حد، موجب تمسخر قوانین اسلام توسط غیرمسلمانان می‌گردد.

۳. دین اکراهی نه تنها پذیرفتنی نیست، بلکه اصولاً به دینی که از سر اکراه بیرونی پذیرفته شود، دین گفته نمی‌شود. در نگرش عرفی و عمومی مردم در مورد اظهار اسلام فرد در هنگام گرفتارشدن در دستگاه عدالت کیفری، اکراهی بودن اسلام مفروض است و نه اختیاری بودن آن. با استناد به این تلقی عمومی، سقوط مجازات وی با استناد به اسلامی که در هنگام اقامه حد اظهار شده، با انتظارات اجتماعی و اصول حاکم بر مجازات‌های کیفری همانند قطعیت همخوانی ندارد.

۴. شرط تأثیر و پذیرش توبه، واقعی بودن آن است. به عبارتی فرد خطاکار باید قلباً به خطای خود معترف و عملاً نیز التزام خود را به مدلول توبه نشان دهد. رکن اصلی توبه همان پشیمانی قلبی است و اعمال خارجی قرینه‌ای بر وجود آن. باین حال از آنجا که اطلاع از خواطر قلبی و درونی افراد امکان‌ناپذیر است، ناگزیر تنها ملاک و معیار وجود آن، اعمال بیرونی و ظاهری است که یکی از قرائن مهم آن زمان تحقق توبه است. در صورتی که فرد قبل از اثبات جرم توبه کند، دلالت واضح‌تری بر پشیمانی قلبی وی دارد؛ لیکن بعد از اثبات جرم که نوبت به اجرای مجازات است، توبه نمی‌تواند گویای ضمیر صادق فرد باشد؛ پس مورد قبول دستگاه قضایی واقع نمی‌شود؛ هرچند اگر وی در

همان هنگام نیز قلباً توبه کند، مورد عفو و غفران الهی واقع می‌شود؛ اما به استناد روایت «إنما أفضى عليكم بالبينات و الأيمان» که منقول از پیامبر ﷺ است (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۷: ص ۴۱۴)، مبنای کار قاضی و دادگستری بر اموری قرار می‌گیرد که در حیطه درک و فهم ظاهری قرار گیرد و قابل محاسبه، سنجش و ارزیابی باشد. رعایت اقتضائات نظم و امنیت عمومی جامعه نیز همین فرایند را می‌طلبد (خویی، ۱۴۲۲، ج ۴۱: ص ۲۳۴)، پس نظام توبه و قاعده جب به‌عنوان یکی از برایندهای احتمالی آن نیاید به‌گونه‌ای تبیین گردد که باعث اختلال در نظام اجتماعی گردد یا متجاوزان به عرض و ناموس مردم از ایمان و اسلام به‌عنوان سپری در جهت رسیدن به خواسته‌های نامشروع خود بهره بگیرند. با اشکالات مترتب بر دو نظریه پیش گفته باید به دنبال ساماندهی و ارائه نظریه‌ای به نام سقوط مقید مجازات باشیم.

۳.۲. سقوط مقید مجازات

برحسب این نظریه نمی‌توان از کنار اسلام فرد تازه‌مسلمان که مهم‌ترین واقعه فردی - اجتماعی در زندگی یک غیرمسلمان به‌شمار می‌رود بی‌اعتنا گذشت و اجر و ثواب او را بر فرض استحقاق، تنها به آخرت حواله داد و هیچ‌گونه اثر دنیوی اجتماعی و حقوقی بر اسلام او بار نکرد، بلکه باید با هوشیاری و دقت، به تحول مهم زندگی او توجه و آن را تحلیل کرد تا شاید بتوان با استفاده از وضعیت نوین او حکم کیفر حدی را نیز تغییر داد. از طرفی رعایت اقتضائات نظم و امنیت اجتماعی و اهمیت عفت و پاکدامنی جامعه اسلامی از چنان اهمیتی برخوردار است که نمی‌توان بدون لحاظ زمان اظهار اسلام، مجازات فرد را ساقط شده پنداشت. نظریه تفکیکی که با یک رویکرد انتقادی دلایل هر دو نظریه گفته‌شده را ناقص و ناتمام می‌داند، بر ادله ذیل مبتنی است.

۳.۲.۱. دلیل قرآنی

سنت خداوند در مورد امت‌های گذشته و حال این بوده است که ندامت ناشی از دیدن عذاب که یک امر قهری و غیرارادی است، موجب منتفی شدن قهر و عذاب خداوند نمی‌شود (گلبایگانی، ۱۴۱۲، ج ۱: ص ۲۶۷)؛ باین حال این بدان معنا نیست که اظهار ایمان





هیچ گاه نفعی ندارد؛ زیرا در قصه قوم یونس علیه السلام مردم با دیدن نشانه‌های اولیه عذاب الهی توبه کردند و خداوند توبه‌شان را پذیرفت (یونس: ۹۸). به صورت کلی عدم پذیرش توبه و بازگشت به سمت خداوند به عنوان یک استثنا و پذیرش آن به عنوان یک اصل مهم و عمومی در قرآن تلقی شده است (نسا: ۱۸).

۳.۲.۲. مفهوم روایت

در روایت پیش گفته هر چند که معصوم علیه السلام ظاهراً به طور مطلق حکم کرده است که نصرانی زانی، علی‌رغم اظهار اسلام باید به قتل برسد، اما با توجه به اینکه تعلیل حکم مزبور به دو آیه شریفه گفته شده مستند شده، دال بر این است که علت عدم سقوط مجازات حدی در عین اظهار اسلام آن است که اسلام فرد در شرایط اضطراری مذکور که متهم با چشم ظاهر و به طور ملموس عذاب الهی را مشاهده می‌کند مورد پذیرش واقع نمی‌گردد؛ حتی بر فرض اثبات واقعی بودن اسلام فرد بعد از اثبات مجازات حدی به جهت مصالح اجتماعی مترتب، مجازات وی قابل اسقاط نیست. همچنان که احراز اثبات توبه واقعی بعد از اثبات جرم اصولاً موجب سقوط مجازات نیست و به عبارت بهتر نظام قضایی بعد از اثبات جرم حدی اصولاً به دنبال احراز توبه یا فقدان آن نیست.

۳.۲.۳. تشبیه به توبه و قیاس اولویت

اسلام زانی غیرمسلمان بعد از ارتکاب جرم را می‌توان نوعی توبه و بازگشت از شرایط و اعمال پیشین دانست؛ حتی می‌توان گفت اظهار اسلام فردی که سابقه کفر داشته است، به مراتب جامع‌تر و شامل‌تر از توبه است؛ زیرا توبه اعلام پشیمانی قلبی از یک یا چند گناهی است که فرد انجام داده است؛ اما اظهار اسلام، اعلام پشیمانی از تمامی یا بیشتر برنامه‌ها و عملکرد گذشته فرد است (گلپایگانی، ۱۴۱۲، ج ۱: ص ۲۶۷). همچنین بر حسب ادله مکفی که به صورت اطلاق صادر شده است و تنها به مسلمان اختصاص ندارد، توبه قبل از آوردن بینه و اثبات جرم، موجب سقوط مجازات حدی می‌شود که این وضعیت شامل زانی غیرمسلمان توبه‌کننده نیز می‌گردد (همو، ۱۴۰۵: ص ۲۱۹).

۳.۲.۴. اصل احتیاط در دماء

برای تشخیص شمول روایت امام هادی علیه السلام باید به این سؤال مهم و محوری پاسخ داده شود که آیا حضرت علیه السلام در موضوع عدم امکان سقوط مجازات حدی فرد نصرانی زناکار قصد داشته‌اند وضعیت حقوق زانی تازه‌مسلمان را در تمامی مصادیق مورد شمول مشخص سازند یا مقصود حضرت با توجه به مورد خاص پرونده قضایی مربوطه، تعیین تکلیف حکم قضایی در مواردی همانند ماجرای اتفاق افتاده در زمان آن حضرت بوده است. به نظر می‌رسد تفسیر منطقی روایت در حیثه سؤال پیش‌گفته آن است که معصوم علیه السلام با در نظر داشت موضوع مفروض، حکم شرعی دال بر عدم سقوط مجازات حدی زانی تازه‌مسلمان را در همان وضعیت خاص اعلام فرمودند؛ بنابراین با توجه به اینکه ما مطمئن نیستیم که امام علیه السلام در مقام بیان وضعیت زانی غیرمسلمان در تمامی موارد اعم از اظهار اسلام قبل از اثبات مجازات یا بعد از آن بوده است تا به اطلاق آن تمسک نماییم (اردبیلی، ۱۴۲۷، ج ۱: ص ۴۲۶)، در تفسیر دایره شمول روایت مزبور با استمداد از قاعده احتیاط در دماء، به قدر متیقن که همانا اظهار اسلام بعد از اثبات مجازات حدی است، اکتفا می‌کنیم (عمیدی، ۱۴۱۶، ج ۳: ص ۶۰۵؛ اردبیلی، ۱۴۲۷، ج ۴: ص ۱۵۲). سؤال مهم قابل طرح در این زمینه آن است که اگر مقام قضایی به این احتمال برسد که انگیزه فرد تازه‌مسلمان شده قبل از اثبات جرم، نه اعتقاد به حقانیت اسلام که استفاده از مزیت سقوط مجازات حدی باشد، تکلیف چیست؟ به نظر می‌رسد در صورت قرائن محکمه‌پسند در این خصوص لازم است تصمیم‌گیری در مورد اجرا یا عدم اجرای حد را مدت معقولی به تأخیر انداخت تا بتوان با شیوه‌هایی همانند تحقیقات محلی، در مورد ادعای وی به نتیجه‌ای نسبتاً اطمینان‌آور رسید و به قول یکی از فقهاء «قاضی برای صدور حکم تبرئه و سقوط مجازات، نباید تحقیق و تفحص را نسبت به ادعای مسلمان شدن او رها نماید، تا نسبت به وجود یا عدم فریب فرد تازه‌مسلمان به اطمینان برسد» (سبزواری، ۱۴۱۳، ج ۲۷: ص ۲۶۹). در واقع هرچند اصل بر اجرای فوری حد است (عاملی، ۱۴۲۷، ج ۹: ص ۲۲۳)، در مواردی که نسبت به استحقاق متهم شک و تردید وجود دارد، در



فقہ



راستای هماهنگی و تناسب با قاعده درء، تأخیر در اجرای حد به انگیزه تحقیق راجع به صداقت مدعی اسلام موجه تر است (لاری، ۱۴۱۸: ص ۴۸۲).

۴. تحلیل ادله و ارائه نظریه مختار

تشبیه اسلام به توبه و برداشت قیاس اولویت از مقایسه آن دو از قوت چندانی برخوردار نیست؛ زیرا بین اظهار اسلام فرد و توبه و پشیمانی از تمامی اعمال دوران کفر ملازمه تام وجود ندارد. صرف نظر از این ایراد با عنایت به دلایل متقن و غیر قابل نقض دیگری که در مورد امکان پذیرش اسلام واقعی تبیین گردید، به نظر می رسد علاوه بر آن، استناد به قاعده جب و تحلیل عقلانی آن می تواند در این زمینه راهگشا باشد؛ با این توضیح که نظریه تقدم خاص بر عام، ظاهراً واجد اشکال است؛ زیرا ملاک حاکمیت، توجه به دلیل موجود در قاعده و روایت است. مبانی شرعی و عقلی که قاعده جب بر آن مبتنی است و در مبحث فعلی بدان خواهیم پرداخت، مقتضی آن است که این قاعده بر تمامی وضعیت شخص تازه مسلمان مؤثر است، مگر آن چیزی که به صراحت از آن استثنا شده باشد. روایت منقول از یک راوی به نام جعفر در صورت اثبات صحت آن دال بر آن است که امام علیه السلام موضع گیری فقهای اهل سنت را از بابت استدلال صرف به قاعده جب انکار نمی کند، بلکه امام علیه السلام صرفاً قرائت و تفسیر فقهای آنان از قاعده جب را راجع به پذیرش اسلام بعد از ظهور عذاب و مجازات نمی پذیرد. در نتیجه حاکمیت اطلاق قاعده جب بر اطلاق روایت موقفه حنان بدون ایراد است (لنکرانی، ۱۴۲۲: ص ۱۵۳)؛ زیرا حدیث مزبور به معنای ناکارآمدی قاعده جب در تمامی حالات نیست (همان). در حقیقت قاعده مزبور در مقام امتنان بر کسانی است که از عقیده به کفر خارج می شوند و اسلام را انتخاب کنند و جنبه تشویقی و ترغیبی در جهت پذیرش دینی دارد که صلاح دنیا و عقبای فرد به آن وابسته است (همان: ص ۲۶۱).

همچنین اگر شخص کافر بعد از اظهار اسلام در مورد ریز و درشت رفتارهای قبل خود مؤاخذه شود، دچار عسر و حرج و تنگنای شدیدی در عرصه اجتماعی می شود و

این موضوع باعث کاهش شدید انگیزه و تمایل کافران در زمینه تشریف به آیین مسلمانی است. از طرفی نباید فراموش کرد بسیاری از قبیح و گناهان در دوران ظلمانی کفر به واسطه عدم تربیت دینی و زندگی در محیط کفر و جهل برای هر کافری امری عادی و معمولی بوده است، پس با عنایت به عمومی بودن قاعده عسر و حرج که همزمان دارای مستندات شرعی و عقلی فراوانی است، می توان به طور قاطع از سقوط مجازات حدی زانی تازه مسلمان در هنگامی سخن گفت که اظهار اسلام او در معرض اتهام و احتمال ظاهر سازی نباشد که قاعدتاً بازه زمانی آن مربوط به قبل از اثبات حکم شرعی می شود. افزون بر دلایل گفته شده با یک نگاه جامع نگر و کلی که از مجموعه دین به عنوان یک حقیقت واحد برداشت می شود چنین برمی آید که اسلام یک نظام جامع و در عین حال سیستماتیک است که بین اجزای آن از نظر اعتقادی - کارکردی ارتباط متقابل و چندجانبه قوی و غیرقابل چشم پوشی وجود دارد. اگر اسلام احکامی مقرر کرده و مردم را به تبعیت از آن فرا خوانده است، مقدم بر آن یک نظام اعتقادی و اخلاقی قوی به آنان ارائه داده است تا در پرتو زندگی در سایه سار آن، تدریجاً آماده تقید به احکام شرعی گردند؛ در حالی که کافر در حالت کفر از نظام عقیدتی و اخلاقی مزبور که عامل بازدارنده او از معاصی همانند جرم های جنسی باشد، محروم بوده است؛ پس وضعیت او در ابتدای اظهار اسلام نباید با مسلمانان مقایسه شود و همانند آنان به سبب جرایم قبل از تشریف به اسلام مورد مواخذه واقع گردد (مازندرانی، ۱۴۲۵، ج ۲: صص ۲۹۳ و ۲۹۸).

بنابراین آنچه گفته شد مبنای قاعده جب نیز شرافت و ارزش والای اسلام و تأثیرات شگرف آن در سرنوشت دنیوی و خصوصاً اخروی و ابدی فرد است؛ پس اسلام از هر فرصتی برای ترغیب و تشویق کافران به پذیرش این دین بهره می برد. یکی از این موارد می تواند در گذشت از مجازات زانی غیرمسلمان برای تشویق او به پذیرش اسلام تجلی پیدا کند (گلبایگانی، ۱۴۱۲، ج ۳: ص ۳۵۱). در همین راستا به نظر می رسد دامنه عبارت قرآنی «قولوا للناس حسنا؛ با مردم به نیکویی سخن بگویید» (بقره: ۸۳) گفتار فتوایی را هم شامل





می‌شود؛ زیرا اساساً انسان‌ها همه بر فطرت الهی به دنیا می‌آیند و کفر و آلودگی یک امر عرضی به‌شمار می‌رود؛ پس در موارد شک، مناسب‌ترین و نیکوترین تفسیر ممکن در مورد فرد تازه‌مسلمان روا است. در این خصوص تفسیری نیکوتر است که به او فرصت زندگی در ذیل اسلام و تعلیمات آن را بدهد؛ افزون بر اینکه این نوع تصمیم به هدف خلقت که عبودیت و رحمت است (ذاریات: ۵۶ و هود: ۱۱۹) نزدیک‌تر است. به‌نظر می‌رسد بحث فعلی در مورد لواط غیرمسلمان با مسلمان نیز کاربرد دارد؛ به عبارتی هر نتیجه‌ای که از تأثیر اظهار اسلام بر زانی غیرمسلمان مترتب گردد، به موضوع مزبور نیز تسری پیدا می‌کند (مفید، ۱۴۱۳: ص ۷۸۶)؛ باین حال بعد از پذیرش قول سقوط مجازات حدی قتل، بررسی وضعیت حقوقی زانی تازه‌مسلمان‌شده پس از سقوط مجازات حدی از نظر امکان تعیین مجازات جایگزین و تعزیری واجد اهمیت است.

۵. وضعیت حقوقی زانی غیر تازه‌مسلمان پس از سقوط مجازات حدی

موضوع مهم قابل طرح در این قسمت که تقریباً فقها به‌طور مستقیم به آن اشاره‌ای نکرده‌اند، آن است که آیا گذشت مزبور در قالب هریک از نظریه‌های سقوط مجازات (اعم از مرحله قبل از اثبات جرم یا بعد از آن) به مفهوم اسقاط کلی هر مجازات دیگری نیز است یا بعد از سقوط مجازات حدی، مخصوصاً با در نظر داشت مصالح اجتماعی، امکان تعیین مجازات تعزیری و جایگزین وجود دارد؟

۵.۱. تعیین مجازات جایگزین

برحسب احتمال مفروض با پذیرش هریک از نظریه‌های مربوط به سقوط مجازات، امکان تعیین مجازات تعزیری وجود دارد؛ زیرا ادله ناظر بر سقوط مجازات حدی تازه‌مسلمان، فقط به سقوط مجازات حدی پرداخته و در مورد امکان تعیین مجازات تعزیری جایگزین سکوت کرده است. از طرفی ممکن است در بعضی از شرایط سقوط کلی مجازات با انتظارات و مصالح اجتماعی همخوانی نداشته باشد.

۵.۲. عدم تعیین مجازات جایگزین

۵.۲.۱. قاعده جب

نارسایی قاعده جب در سقوط مطلق مجازات حدی بدون لحاظ زمان اظهار اسلام زانی غیرمسلمان در ضمن ادله تبیینی پیش گفته به اثبات رسید. در ضمن اثبات کردیم که مفهوم قاعده جب و دیگر ادله شرعی مقتضی آن است که مجازات حدی زانی تازه مسلمان در صورتی ساقط می شود که موعد اظهار تشریف به آیین اسلام قبل از اثبات جرم حدی باشد. در صورت اثبات شمول این قاعده، رواترین تفسیر ممکن آن است که با توجه به عمومیت قاعده جب، مجازات حدی موسوم به حق الهی را بدون اینکه جایگزینی بر آن متصور باشد، ساقط شده بدانیم.

۵.۲.۲. قیاس اولویت

اگر اسلام زانی را به مثابه توبه در نظر بگیریم، توبه پیش از اثبات جرم حدی (در زمینه حق الله) موجب سقوط مطلق آن و تبدیل نشدن به مجازات جایگزین دیگری می شود (گلباگانی، ۱۴۰۵: ص ۲۱۹)؛ علاوه بر این زمانی که عذاب ابدی و اخروی با توبه قابل اسقاط است، می توان به طریق اولی رفع کلی عذاب دنیوی را از طریق توبه برداشت کرد (اردبیلی، ۱۴۲۷، ج ۱: ص ۳۸۸)

۵.۲.۳. شبهه درء

با توجه به استدلال پیش گفته دست کم در مورد اثبات یا عدم اثبات مجازات حدی شک و شبهه به وجود می آید و غالب فقها معتقدند در صورت حصول شبهه، اعم از شبهه موضوعیه یا حکمی، مجازات حدی در امور حق الهی که مبتنی بر مسامحه و تخفیف است، به کل ساقط می شود.

۵.۲.۴. اصل عدم جایگزین مجازات

هنگامی که به علت حدوث عارضه ای همانند توبه، حد اولیه ساقط و شک و تردید ایجاد



فقہ

می‌شود که آیا مجازات دیگری جایگزین آن می‌شود یا خیر، به اصل عدم (مجازات جایگزین) استناد می‌کنیم.

۵.۳. نقد ادله و رأی مختار

برای پاسخ به سؤال مفروض باید دید آیا سقوط مجازات به واسطه اظهار اسلام، مطابق با اصل است یا یک امر استثنایی به‌شمار می‌رود. به نظر می‌رسد با توجه به اینکه بعد از احراز و اثبات عناصر سه‌گانه جرم به صورت طبیعی و معمول نوبت به اجرای مجازات می‌رسد و سقوط مجازات به واسطه عوارضی همانند اظهار اسلام، مخالف اصول کلی فقهی و حقوقی و یک امر استثنایی است؛ پس باید به قدر متیقن اکتفا کرد. قدر متیقن در موضوع مفروض سقوط مجازات حدی است. گفتنی است اصل عدم جایگزین مجازات در صورت فقدان هرگونه دلیل (از جمله عدم مخالفت آن با اصول کلی حقوق کیفری و فقه) قابل استناد است؛ پس اصل اکتفا به قدر متیقن، مقدم بر اصل عدم جایگزینی مجازات است. حصول شبهه در صورتی موجب انتفای کلی مجازات می‌شود که با حصول شبهه در اصل جرم بودن عمل خدشه وارد گردد؛ لیکن اگر شبهه درء متوجه نوع مجازات گردد نه اصل رفتار مجرمانه، معمولاً مجازات حدی را ساقط می‌کند؛ برای مثال در صورت عدم اجرای مجازات قطع ید به واسطه شبهه در تحقق شرایط سرقت حدی (همانند سرقت از حرز) در صورتی که تحقق سرقت محرز گردد، امکان تعیین مجازات تعزیری وجود دارد. سقوط مجازات اخروی نیز به معنای سقوط حتمی مجازات دنیوی نیست که فلسفه آن احیای نظم مختل شده اجتماعی است و هر یک از فلسفه‌ای متفاوت تبعیت می‌کنند؛ پس نمی‌توان از آن قیاس اولویت برداشت کرد.

در مورد قاعده جب نیز باید گفت شمول قاعده مزبور مطلق نیست و در مواردی تخصیص خورده است. گفتنی است امکان تبدیل مجازات تعزیری با توجه به اینکه بعضی از فقها حتی قائل به عدم سقوط مجازات حدی‌اند، یک نظریه معتدل به‌شمار



می‌رود که مخصوصاً با توجه به اینکه بعضی از فقها قائل به عدم اجرای مجازات حدی در عصر غیبت و تبدیل آن به تعزیرند، می‌تواند تا حدودی انتظارات آنان را نیز برآورده سازد. در واقع این نوع برداشت به حکم قاعده اصولی «الجمع مهما امکن اولی من الطرح» به نوعی تجمیع آرای موافق و مخالف فقهی در این زمینه است؛ علاوه بر این قانونگذار جمهوری اسلامی ایران در قانون مجازات ۱۳۹۲ در راستای لحاظ اقتضائات زمانی و انتظارات اجتماعی، تأثیر توبه پیش از اثبات جرم بر سقوط کلی مجازات را تعدیل کرده است؛ به عبارتی قانونگذار در ماده ۱۱۴ قانون مزبور براساس منابع شرعی مرتبط، توبه قبل از اثبات جرم را موجب سقوط مجازات حدی اعلان کرده است؛ لیکن براساس تبصره ۲ همان ماده، در زنا و لواط به عنف، اکراه یا اغفال بزه‌دیده، مجازات حبس یا شلاق تعزیری یا هر دو را جایگزین مجازات ساقط‌شده حدی کرده است. با پذیرش نظریه سقوط مقید مجازات زانی ذمی، شمول تبصره ۲ مزبور در مورد زنا و لواط به عنف، اکراه و اغفال بزه‌دیده، در مورد زانی تازه‌مسلمان شده امری موجه است. به هر حال با عنایت به اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها تعیین مجازات تعزیری جایگزین در مورد زانی تازه‌مسلمان، فاقد منع شرعی و لیکن منوط به پیش‌بینی صریح آن در قوانین جزایی است. باین حال اگر توبه از گناه زنا نیز به صورت اختصاصی ضمیمه اظهار اسلام زانی تازه‌مسلمان گردد، می‌توان به سقوط مجازات تعزیری نیز قائل شد؛ زیرا توبه پیش از اثبات مجازات حدی زنا موجب سقوط مجازات حدی و تبدیل نشدن آن به مجازات دیگر می‌گردد و ظاهراً در این موضوع فرقی بین فرد تازه‌مسلمان و فردی که از دیرباز سابقه مسلمانی داشته است، وجود ندارد؛ البته مشروط بر اینکه زانی غیرمسلمان در شرایط عنف، اکراه یا با اغفال بزه‌دیده (منطبق با تبصره ۲ ماده ۱۱۴) ارتکاب نیافته باشد.

نتیجه‌گیری

با توجه به اینکه بعضی از فقهای امامیه وارد موضوع اظهار اسلام زانی غیرمسلمان نشده‌اند، نمی‌توان با قاطعیت مخالفت با سقوط مجازات حدی زانی تازه‌مسلمان را به





مشهور فقهای امامیه نسبت داد؛ باین حال تعداد نسبتاً زیادی از فقهای امامیه تنها حکم متصور برای زانی غیرمسلمان را قتل او دانسته‌اند و اظهار اسلام بعد از ارتکاب جرم را به صراحت خارج از قاعده عمومی و فقهی جب فرض کرده‌اند، بلکه اظهار اسلام را بر اساس روایات خاص مؤخرالصدور فاقد هرگونه تأثیر حقوقی بر سقوط مجازات تلقی کرده‌اند و تنها اثر اسلام را برای مرتکب، باطنی و اخروی دانسته‌اند. همچنین این دسته از فقها نظریه خود را بر دلایلی همانند اصل استصحاب حکم سابق یقینی در موارد حدوث شک، خرق ذمه و خروج ذمی از پیمان صلح و مودت با جامعه اسلامی و هتک حرمت آن و عدم امکان تسری احکام توبه به اظهار اسلام به علت حدوث قیاس بنا کرده‌اند.

درعین حال بعضی از فقها که تعدادشان قابل توجه است، معتقدند اظهار اسلام زانی غیرمسلمان در زمان مناسب خود (قبل از اثبات حد) موجب سقوط مجازات حدی قتل و عدم امکان تبدیل آن به شلاق می‌گردد. دلایل این نظریه فقهی عبارت‌اند از: عدم امکان اطلاق‌گیری از آیات قرآنی و روایات مذکور و فتاوی فقها در این باب، توسل به قیاس اولویت به علت جامع‌الشمول بودن اظهار اسلام نسبت به توبه، موافقت با فلسفه خلقت (عبودیت و رحمت) و اصل سمحه و سهله در دین اسلام و شرافت ذاتی پذیرش آن، موافقت با قاعده درء و احتیاط در دماء. درعین حال قول سقوط مطلق مجازات بدون توجه به زمان اظهار اسلام به علت تنافی با نظم و امنیت عمومی، وهن اسلام، تجری غیرمسلمانان و قواعد حاکم بر نظام توبه، مقبول این نوشتار نیست. اما بر فرض پذیرش نظریه تفکیکی، این نوشتار امکان تعیین مجازات جایگزین (تعزیری) البته به شرط تصریح قانونی را در جهت پاسداری نظم و امنیت عمومی جامعه، تأمین نسبی نظر فقهایی که قائل به عدم سقوط مجازات حدی‌اند و رویه قانونگذار کیفری ایران در تبصره ۲ ماده ۱۱۴، امری نزدیک به صواب می‌بیند؛ باین حال اگر توبه از گناه زنا نیز به صورت اختصاصی ضمیمه اظهار اسلام زانی تازه‌مسلمان گردد، می‌توان (در صورت حاکم‌نبودن شرایط تبصره ۲ ماده ۱۱۴ قانون مجازات اسلامی) هم‌زمان به سقوط مجازات تعزیری نیز قائل شد.

در نهایت هر چند تشدید مجازات زانی غیرمسلمان به دلایل اجتماعی توجیه پذیر است، به استناد قالب ادله متقن شرعی که در نظریه فقهی تفکیکی به تفصیل بحث شده، ضرورت دارد قانون مجازات اسلامی به صراحت اظهار اسلام پیش از اثبات مجازات حدی را جزو مسقطات مجازات حدی غیرمسلمان قرار دهد و توبه زانی تازه مسلمان را (به جز شرایط تبصره ۲ ماده ۱۱۴) نیز مسقط کلی هرگونه مجازات بداند و در صورت اظهار اسلام بدون تحقق توبه از گناه زنا، مجازات متناسب تعزیری دیگری تعیین کند. در عین حال تا پیش از ورود معافیت مذکور به عرصه تقنینی، دادگاه‌های کیفری می‌توانند با استناد به فتوای فقهی معتبر پیش گفته و ادله اقناع آور مزبور در این نوشتار و به استناد اصل ۱۶۷ قانون اساسی، در صورت اثبات اسلام فاقد هرگونه خدعه و نیرنگی مرتکب پیش از بازداشت و یا قبل از اثبات مجازات حدی، حکم به سقوط مجازات قتل زانی یا لائط غیرمسلمان را صادر کنند.



کتابنامه

۱. قرآن کریم
۲. نهج البلاغه
۳. اردبیلی، سید عبدالکریم موسوی (۱۴۲۷ق)، فقه الحدود و التعزیرات، ج ۱، چ ۲، قم: مؤسسه النشر لجامعة المفید رحمه الله.
۴. بروجردی، آقا حسین (۱۳۸۶)، جامع احادیث الشیعة، ج ۲۵، چ ۱، تهران: انتشارات فرهنگ سیز.
۵. تبریزی، جواد بن علی (۱۴۱۷ق)، أسس الحدود و التعزیرات، ج ۱، قم: دفتر مؤلف.
۶. حرّ عاملی، محمد بن حسن (۱۴۱۲ق)، هداية الأمة إلى أحكام الأئمة - منتخب المسائل، ج ۸، چ ۱، مشهد: مجمع البحوث الإسلامية.
۷. حرّ عاملی، سید محمد حسین ترحینی (۱۴۲۷ق)، الزبدة الفقهية فی شرح الروضة البهية، ج ۹، چ ۴، قم: دارالفقه للطباعة و النشر.
۸. حلی، علامه حسن بن یوسف بن مطهر اسدی (۱۴۱۳ق)، مختلف الشیعة فی أحكام الشریعة، ج ۹، چ ۲، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۹. حلی، محقق نجم الدین جعفر بن حسن (۱۴۰۸ق)، شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام، ج ۴، چ ۲، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۱۰. خمینی، سیدروح الله موسوی (۱۴۰۹ق)، تحرير الوسيلة، ج ۲، چ ۱، قم: مؤسسه مطبوعات دارالعلم.
۱۱. خوئی، سید ابوالقاسم موسوی (۱۴۲۲ق)، مبانی تکملة المنهاج، ج ۴۱، چ ۱، قم: مؤسسه إحياء آثار الإمام الخوئی.
۱۲. دیلمی، سلار حمزة بن عبدالعزیز (۱۴۰۴ق)، المراسم العلوية و الأحكام النبوية، چ ۱، قم: منشورات الحرمین.
۱۳. سبزواری، سید عبدالأعلى (۱۴۱۳ق)، مهذب الأحكام، ج ۲۷، چ ۱، قم: مؤسسه المنار - دفتر حضرت آیت الله.
۱۴. شریف مرتضی، علی بن حسین (۱۴۱۵ق)، الانتصار فی انفرادات الإمامية، چ ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.



١٥. شهيد ثانی، زين الدين بن علی (١٤١٣ق)، مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام، ج ٣،
چ ١، قم: مؤسسة المعارف الإسلامية.
١٦. طوسی، ابو جعفر محمد بن حسن (١٤٠٧ق)، تهذيب الأحكام، ج ١٠، چ ٤، تهران: دارالکتب
الإسلامية.
١٧. عميدى، سيد عميد الدين بن محمد اعرج حسيني (١٤١٦ق)، كنز الفوائد فى حل
مشكلات القواعد، ج ٣، چ ١، قم: دفتر انتشارات اسلامى وابسته به جامعه مدرسين حوزه
علميه قم.
١٨. فاضل هندی، محمد بن حسن (١٤١٦ق)، كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ١٠،
چ ١، قم: دفتر انتشارات اسلامى وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم.
١٩. قمى، صدوق، محمد بن علی بن بابويه (١٤١٨ق)، الهداية فى الأصول و الفروع، چ ١، قم:
مؤسسه امام هادى ٧.
٢٠. قمى، محمد مؤمن (١٤٢٢ق)، مبانى تحرير الوسيلة - كتاب الحدود، چ ١، تهران: مؤسسه
تنظيم و نشر آثار امام خمينى ٤.
٢١. كلينى، ابو جعفر محمد بن يعقوب (١٤٠٧ق)، الكافي، ج ٧، چ ٤، تهران: دارالکتب
الإسلامية.
٢٢. گلپايگانى، سيد محمد رضا موسى (١٤٠٥ق)، كتاب الشهادات، چ ١، قم: بى نا.
٢٣. گلپايگانى، سيد محمد رضا موسى (١٤١٢ق)، الدر المنضود فى أحكام الحدود، ج ٣، چ ١،
قم: دارالقرآن الكريم. پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
٢٤. لارى، سيد عبد الحسين (١٤١٨ق)، التعليقة على رياض المسائل، ج ٢، چ ١، قم: مؤسسة
المعارف الإسلامية.
٢٥. لنكرانى، محمد فاضل موحدى (١٤١٦ق)، القواعد الفقهية، چ ١، قم: چاپخانه مهر.
٢٦. لنكرانى، محمد فاضل موحدى (١٤٢٢ق)، تفصيل الشريعة فى شرح تحرير الوسيلة - الحدود،
چ ١، قم: مركز فقهى ائمه اطهار:.
٢٧. مازندرانى سيقى، على اكبر (١٤٢٥ق)، مبانى الفقه الفعال فى القواعد الفقهية الأساسية، ج ٣،
چ ١، قم: دفتر انتشارات اسلامى وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم.
٢٨. مجلسى، محمد باقر بن محمد تقى (١٤٠٣ق)، بحار الأنوار، ج ٦، چ ١، بيروت: [بى نا].



۲۹. مفید (۱۴۱۳ق)، المقنعة، ج ۱، قم: کنگره جهانی هزاره شیخ مفید ۴.
۳۰. مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۹۸/۱۱/۱)، «اقسام کافر و احکام آنان»، makarem.ir
۳۱. نجفی، محمدحسن (صاحب الجواهر) (۱۴۰۴ق)، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، ج ۲۱، چ ۷، بیروت: دار إحياء التراث العربی.



References in Arabic / Persian

1. The Holy Quran
2. Nahj al-Balaghah
3. Ardabili, Seyyed Abdul Karim Mousavi (1427 AH), *Fiqh al-Hudood wa al-Ta'zirat*, vol. 1, second print, Qom: Muasisat al-Nashr le Jame'at al-Mofid Rahmat Allah.
4. Boroujerdi, Agha Hossein (1386 SH), *Jame' al-Ahadith Shia*, Vol. 25, first print, Tehran: Farhang Sabz Publications.
5. Tabrizi, Javad Ibn Ali (1417 AH), *Asas al-Hudood wa al-Ta'zirat*, first print, Qom: Author's Office.
6. Horr Ameli, Muhammad ibn Hassan (1412 AH), *Hedayat al-Ummah ila Ahkam al-A'emah – Montakhab al-Masa'el*, vol. 8, first print. Mashhad: Majma' al-Bahouth al-Islamiyah.
7. Horr Ameli, Seyyed Mohammad Hussein Tarhini (1427 AH), *Al-Zobdah al-Fiqhiyyah fi Sharh al-Rawdha al-Bahiyyah*, vol. 9, fourth print, Qom: Dar al-Fiqh le Taba'at va al-Nashr.
8. Heli, Allameh Hassan Ibn Yusuf Ibn Motahar Asadi (1413 AH), *Mokhtalaf al-Shia fi Ahkam al-Shari'at*, vol. 9, second print, Qom: Islamic Publications Office, Society of teachers of Qom Seminary.
9. Heli, Mohaghegh Najmuddin Jafar Ibn Hassan (1408 AH), *Sahra'e al-islam fi Masa'el al-halal va al-haram*, vol.4, second print, Qom: Esm'a'ilian Institute.
10. Khomeini, Seyyed Ruhollah Mousavi (1409 AH), *Tahrir al-Waseelah*, vol. 2, first print, Qom: Dar al-Ilm Press Institute.

11. Khoei, Seyyed Abolghasem Mousavi (1422 AH), *Mabani Takmelat Al-Minhaj*, vol. 41, first print, Qom: Institute for the Revival of the Works of Imam Khomeini.
12. Deylami, Salar Hamzeh bin Abdul Aziz (1404 AH), *Al-Marasim Al-Alawiyyah wa Al-Ahkam Al-Nabawiyyah*, first print, Qom: Al-Haramain Publications.
13. Sabzevari, Seyyed Abd al-Ali (1413 AH), *Mahdhab al-Ahkam*, vol. 27, first print, Qom: Al-Minar Foundation - Ayatollah's office.
14. Sharif Morteza, Ali Ibn Hussein (1415 AH), *Al-Intisar fi infradat al-Imamiyyah* Qom, first print, Qom: Islamic Publications Office affiliated to the Society of Teachers of Qom Seminary.
15. Shahid Thani, Zayn al-Din ibn Ali (1413 AH), *Masalak al-Afham al-Tanqih Shari'a al-Islam*, vol. 3, first print, Qom: al-ma'arif al-Islamiyah Institute.
16. Tusi, Abu Ja'far Muhammad ibn Hassan (1407 AH), *Tahdhib al-Ahkam*, vol. 10, fourth print, Tehran: Dar al-Kotob al-islamiyah.
17. Amidi, Seyyed Omid al-Din ibn Muhammad Araj Hussein (1416 AH), *Kanz al-Fawa'ed fi Hal Moshkelat al-Qava'ed*, vol.3, first print, Qom: Islamic Publications Office affiliated to the Society of Teachers of Qom Seminary.
18. Fazil Hindi, Mohammad Ibn Hassan (1416 AH), *Kashf al-Lutham wa al-Ibham an Qava'ed al-Ahkam*, vol. 10, first print, Qom: Islamic Publications Office affiliated to the Society of Teachers of Qom Seminary.
19. Qomi, Saduq, Muhammad ibn Ali ibn Babuyeh (1418 AH), *Al-Hidayat fi al-Usul wa al-Furu*, first print, Qom: Imam Hadi Institute.
20. Qomi, Mohammad Mo'men (1422 AH), *Mabani Tahrir Al-Waseelah - Kitab al-Hudood*, first print, Tehran: Institute for Preparation and Publications of Imam Khomeini's Works.

21. Kelini, Abu Ja'far Muhammad ibn Ya'qub (1407 AH), *Al-Kafi*, vol. 7, fourth print, Tehran: Dar al-Kotob al-Islamiyah.
22. Golpayegani, Seyyed Mohammad Reza Mousavi (1405 AH), *Kitab al-Shahadat*, first print, Qom.
23. Golpayegani, Seyyed Mohammad Reza Mousavi (1412 AH), *Al-Dor Al-Manzood Fi Ahkam Al-Hudood*, vol. 3, first print, Qom: Dar Al-Quran Al-Karim.
24. Lari, Seyyed Abdul Hussein (1418 AH), *Al-Taliqah Ali Riyadh Al-Masa'eil*, vol. 2, first print, Qom: al-Ma'arif al-Islamiyah Institute.
25. Lankarani, Mohammad Fazel Movahedi (1416 AH), *The Rules of Jurisprudence*, first print, Qom: Mehr Publications.
26. Lankarani, Mohammad Fazel Movahedi (1422 AH), *Tafsil al-Shari'ah fi Sharh Tahrir al-Waseelat - Al-Hudood*, first print, Qom: The Jurisprudential Center of the Holy Imams.
27. Mazandarani Seifi, Ali Akbar (1425 AH), *mabani al-Fiqh al-Fa'al fi al-Qava'ed al-Fiqhiyah al-Asasiyah*, Vol. 3, first print, Qom: Islamic Publications Office affiliated to the Society of Teachers of Qom Seminary.
28. Majlisi, Mohammad Baqir bin Mohammad Taqi (1403 AH), *Bihar Al-Anwar*, vol. 6, first print, Beirut.
29. Mofid (1413 AH), *Al-Muqna'a*, first print, Qom: Sheikh Mofid World Millennium Congress 4.
30. Makarem Shirazi, Nasser (11/1/1398 SH), "*Types of infidels and their rulings*", makarem.ir.
31. Najafi, Mohammad Hassan (Sahib al-Jawahir) (1404 AH), *Jawahar al-Kalam fi Sharh Shara'e al-Islam*, vol. 21, seventh print, Beirut: Dar Ihya Al-Torath Al-Arabi.