

بررسی فقهی و حقوقی حکم شهادت بر سرقت پیشین

پس از اجرای مجازات حدی^۱

احمد حاجی‌ده‌آبادی *

محمدعلی افشاری **

مرضیه گنجعلی دارانی ***

چکیده

ماده‌ی ۲۰۲ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ بیان می‌کند: (هرگاه انگشتان دست سارق بریده شود و پس از اجرای این حد، سرقت دیگری از او ثابت گردد که سارق قبل از اجرای حد مرتکب شده است پای چپ او بریده می‌شود). مستند فقهی این ماده قانونی روایتی از امام باقر (ع) است. گروهی از فقهاء با تمسک به این حدیث، حکم به قطع پای سارق و به نوعی حکم به مراتب اجرای بعدی حد سرقت نموده‌اند. در مقابل، گروهی از فقهاء نیز روایت را ضعیف و خبر واحد قلمداد کرده‌اند و از باب قاعده درأ، که تخیل بین دو حد را لازم می‌دانند و یا از باب حفظ دماء، حکم به برائت از مراتب بعدی سرقت داده‌اند. قانون‌گذار در قانون جدید مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، ماده‌ی ۲۰۲ را حذف نموده که در ظاهر این حذف، نسخ می‌باشد ولی نظر مختار، سکوت قانونگذار می‌باشد و این سکوت اعم از نسخ است. همچنین نظر مختار در مسئله تحقیق نیز حکم به برائت از اجرای مراتب بعدی حد سرقت می‌باشد.

کلید واژه‌ها: حد سرقت، تخیل بین دو جرم حدی، قاعده‌ی درأ، شهادت بر سرقت پیشین.

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی

رتال جامع علوم انسانی

۱- تاریخ وصول: ۱۳۹۸/۰۹/۱۲ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۰۵/۲۸

* دانشیار گروه حقوق، دانشگاه پردیس فارابی، دانشگاه تهران، تهران، ایران (نویسنده مسؤول)

adehabadi@ut.ac.ir

** دانش‌آموخته حوزه علمیه قم و مدرس واحد قم، دانشگاه آزاد اسلامی، قم، ایران

*** دانشجوی دکتری فقه و مبانی، دانشکده الهیات، دانشگاه تهران، تهران، ایران

۱- مقدمه

آیه ۳۸، سوره مبارکه مائده بیانگر یکی از مجازات‌های حدی مربوط به سرقت (قطع دست دزد) می‌باشد. این حکم به عنوان یکی از مجازات حدی برای سارقین است. از آنجائی که از برخی امور مربوط به اجرای حد سرقت، همچون شرایط سارق، شرایط مال مسروقه و به خصوص شهادت علیه سارق مطلبی در قرآن بیان نشده است، لازم است تا با جستجو و کنکاش در سنت (دیگر منبع فقه اسلامی)، به بیان و تبیین برخی جزئیات شهادت و اقامه آن در حد سرقت پرداخته شود.

مسأله اصلی در این تحقیق به این صورت مطرح می‌شود:

۱. در ماده‌ی ۲۰۲ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰، چنین آمده است: «هرگاه انگشتان دست سارق بریده شود و پس از اجرای این حد، سرقت دیگری از او ثابت گردد که سارق قبل از اجرای حد مرتکب شده است پای چپ او بریده می‌شود». این مطلب یکی از موضوعات پر بحث و اختلافی است که در آراء و اندیشه فقها در باب حدود و اقامه بینه بر علیه سارق به چشم می‌خورد و مورد بحث فراوان قرار گرفته و مستند آن روایتی است که مفاد آن چنین می‌باشد: در صورتی که شهود بر علیه سارقی شهادت دهند و دست سارق قطع شود و بعد از اجرای حد، همان شهود و یا شهود دیگر در همان مجلس، بدون اینکه سرقت جدیدی از دزد سر بزند، به سرقت حدی دیگری که مربوط به قبل از زمان اجرای حد بوده است شهادت دهند، پای دزد قطع می‌شود.

میرمحمدصادقی (۱۳۷۹، ۲۹۴) در ذیل این ماده به توجیه آن پرداخته است که اسلام شیوه مناسبی برای مالباختگان در دسترسی به عین اموالشان یا قیمت و مثل آنها پیش گرفته است. به شکلی که اگر فردی به اتهام سرقت دستگیر و جرمش ثابت می‌شود، اما قاضی نمی‌داند آیا وی مرتکب سرقت‌های دیگری شده است یا خیر. در اینجا قاضی به وی گوشزد می‌کند که اگر مرتکب سرقت دیگری شده است اقرار کند تا در نتیجه یک حد بیشتر اجرا نشود. هرچند که این توجیه خالی از ایراد نمی‌باشد و نقد این توجیه در ادامه مقاله خواهد آمد.

^۱ وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جَزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالًا مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ (دست مرد دزد و زن دزد را، به کیفر عملی که انجام داده‌اند، بعنوان یک مجازات الهی، قطع کنید! و خداوند توانا و حکیم است. [مائده: ۳۸])

^۲ تقطع یده بالسرقه الاولى ولا تقطع رجله بالسرقه الاخره. فقيل له: وكيف ذاك؟ قال: لأن الشهود شهدوا جميعاً في مقام واحد بالسرقه الاولى والاخره قبل أن يقطع بالسرقه الاولى، ولو أن الشهود شهدوا عليه بالسرقه الاولى ثم أمسكوا يقطع ثم شهدوا عليه بالسرقه الاخره قطعت رجله اليسرى.

حال در این مسأله مورد بحث، آیا مرتبه دوم حد سرقت (که همان قطع پای چپ می‌باشد یا مرتبه-های دیگر حد سرقت مثل حبس و اعدام) بایستی اجرا شود؟ در حقیقت آیا این اقامه شهادت جدید که مربوط به سرقت‌های دزد قبل از اجرای حد می‌باشد و بعد از اجرای حد در مجلس واحد اقامه شده است، عطف بر همان سرقت‌های قبل از اجرای حد سارق می‌گردد و اسباب تداخل می‌کنند؟ و یا اینکه به عنوان یک سرقت حدی جدید به شمار رفته و مقتضی اجرای مرتبه دیگر حد نیز می‌شود (عدم تداخل اسباب)؟ در این زمینه اقوال فقهاء چه متقدمین و متاخرین و معاصرین، مختلف است. در حقیقت دو قول در مسأله وجود دارد که گروهی به براءت از اجرای مرتبه دوم حد حکم داده‌اند و گروه دوم از فقهاء به اجرای مرتبه دوم حد حکم کرده‌اند.

۲. با توجه به اینکه ماده مذکور در مورد این مسئله تحقیق، که در قانون مجازات اسلامی جدید (مصوب ۱۳۹۲) حذف شده است، آیا حکم این مسأله در قانون نسخ می‌باشد؟ آیا بایستی حکم به براءت از چنین مسئله ای داد؟ یا با استناد به اصل ۱۶۷ قانون اساسی، به بررسی متون فقهی و فتاوی مشهور پرداخت؟ بنابر این قضات موظف اند کوشش کنند حکم هر دعوا را در قوانین مدون بیابند و اگر نیابند با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر حکم قضیه را صادر نمایند و به بهانه سکوت، نقص، اجمال یا تعارض قوانین مدون نمی‌توانند از رسیدگی به دعوا و صدور حکم خود داری ورزند (الهام و زهروی، ۱۳۹۶، ۴۴۶).

در این مقاله، به دو مطلب خواهیم پرداخت: ۱. بحث از ثبوت مسأله تحقیق، که آیا در چنین موضوعی، حد بایستی اجرا گردد یا خیر؟ ۲. بحث و بررسی از نسخ و یا عدم نسخ و سکوت قانون گذار در ماده ۲۰۲ قانون مجازات سابق، که در قانون مجازات مصوب ۱۳۹۲ حذف شده است.

- واژه و مفهوم‌شناسی مفردات تحقیق

در این بخش مفردات تحقیق از منظر لغت و مفهوم فقهی مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۱-۲- حد

حد در لغت، دارای سه معنا می‌باشد که یک معنای آن حاجز و جدایی بین دو چیز است (طریحی، ۱۳۷۵، ۳، ۳۵). یک معنای دیگر حد، منع و جلوگیری می‌باشد لذا به دربان و نگهبان حداد نیز می‌گویند، چرا که مانع عبور و مرور افراد می‌گردد و معنای سوم آن پایان و انتهای هر چیزی است (جوهری، ۱۴۱۰،

۲، ۴۶۲).

اما در شرع، چیزهایی که حرام و حلال آن بیان شده است و از طرف شارع مقدس نیز امر شده است تا از آنها تعدی نشود. بایستی گفت که این تعریف از حد، هر سه معنای لغوی تعریف حد را نیز در بر می‌گیرد. چون با توجه به معنی اول، حد میان فرد و گناه حجاز و حائل می‌شود، و بنابر معنای دوم، حد شرعی افراد را از انجام گناه منع می‌کند و بنا بر معنای سوم، حد عقوبتی است که اندازه آن مشخص شده است و تعدی از آن جایز نمی‌باشد (الازهری، ۲۰۰۱، ۳، ۲۷۰؛ فیومی، ۱۴۱۴، ۱، ۱۲۵).

در اصطلاح، نیز تعاریف زیادی برای حد شده است که می‌توان آن را چنین بیان کرد (حاجی‌ده آبادی، ۱۳۹۱، ۲۶):

«حد، مجازاتی است که شارع برای ارتکاب معصیتی غیر جنایی، مقدار و نوع آن را مشخص نموده است و اجرای آن پس از اثبات، تنها بوسیله حکومت صورت می‌گیرد و تعزیر نیز همان گونه است با این تفاوت که مقدار و نوع آن مشخص نمی‌باشد».

در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، ماده ۱۵، حد چنین تعریف شده است: حد مجازاتی است که موجب، نوع، میزان و کیفیت اجرای آن در شرع مقدس، تعیین شده است.

۳- سرقت

سرقت از ماده سرقت و به معنی پنهانی دزدیدن چیزی است که برای او (یعنی دزد) نمی‌باشد (راغب، ۱۴۱۲، ۱، ۲۳۱). پس سارق کسی است که مال را پنهانی می‌دزد، چون اگر دزدی پنهانی نباشد، به آن شخص مستلب یا مختلس می‌گویند. این کلمه، اصطلاح خاصی که شارع و یا متشرعه آن را تعیین کرده باشند نمی‌باشد، بلکه از منظر شرع، احکامی همچون ضمان و حرمت نیز بر آن معانی لغوی و عرفی مترتب شده است (مشکینی، ۱۳۷۷، ۳۰۴).

ماده ۲۶۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، در تعریف سرقت چنین بیان می‌کند: سرقت عبارت از ربودن مال متعلق به غیر است. در این ماده قانونی، به خلاف ماده ۱۹۷ قانون مجازات اسلامی سابق، عبارت به طور پنهانی حذف گردیده است. لذا این تعریف مطلق بوده و شامل سرقت حدی و تعزیری نیز می‌گردد.

۴- شهادت

اصل این کلمه از "شهد" می باشد. راغب می گوید: حاضر بودن و گواه بودن یا با مشاهده چشم و یا با اندیشه و بصیرت. واژه- شَهَادَةٌ- در معنی حضور بصورت مفرد بکار می رود، مثل آیه: (عَالِمُ الْغَيْبِ وَ الشَّهَادَةِ). ولی بکار بردن واژه- شُهُود- یعنی حضور یافتن، بطور مجرد- شایسته تر است و- شهادت با مشاهده شایسته تر می باشد (راغب، ۱۴۱۲، ۴۵).

ماده ۱۷۴ قانون مجازات اسلامی جدید شهادت را چنین تعریف می کند: شهادت عبارت از اخبار شخصی غیر از طرفین دعوی به وقوع یا عدم وقوع جرم توسط متهم یا هر امر دیگری نزد مقام قضائی است.

۵- چارچوب نظری و اصولی تحقیق

پیش از بحث و بررسی ادله می توان پرسید که اصل در این تحقیق چه چیزی را اقتضا می کند تا در صورتی که در بررسی ادله به نتیجه خاصی نرسیدیم، به آن اصل مراجعه کنیم؟ در فرضی که شخص مرتکب چند حد شده است، چند مجازات باید بشود؟ باید میان دو فرض تفصیل قرار دهیم. فرض اول آن است که حدود ارتکاب یافته مختلف باشند. مثلاً، شخص مرتکب سرقت و شرب خمر و قذف می شود و دستگیر شده است. در اینجا چون اسباب مختلف است، حدود هم مختلف است. در ماده ۱۳۲ قانون مجازات اسلامی چنین آمده است: ((در جرائم موجب حد، تعدد جرم، موجب تعدد مجازات می باشد مگر در مواردی که جرائم ارتكابی و مجازات آنها یکسان باشد)).

اما فرض دوم آن است که شخص مرتکب چند حد یکسان شده است. مثلاً چند بار شرب خمر و یا سرقت حدی انجام داده است و اینک دستگیر شده است. در این فرض، آیا به تعداد هر حد، مجرم باید مجازات شود، یا یک مجازات کافی است؟ که در این فرض دوم، باید گفت اصل بر تداخل اسباب است و اجرای یک مرتبه حد، کفایت می کند. ادله ای که برای این مطالب دلالت می کند به شرح زیر است:

۵-۱- اصل تداخل اسباب در تعدد جرم حدی

یک دلیل عام و کلی که بر قاعده مورد بحث دلالت کند وجود ندارد، از این رو باید با استقرا و جمع

آوری شواهد و قرائن در باب حدود، پیرامون قاعده، بحث و بررسی کرد (حاجی‌ده‌آبادی، ۱۳۹۱، ۱۴۲). برای بررسی این اصل، به موارد زیر استدلال شده است:

۲-۵- اطلاق ادله

ادله حدود اطلاق دارد و مقتضای اطلاق ادله این است که فرقی نمی‌کند این اعمال یک بار یا چند بار انجام گیرد. بنابراین در آیه مورد بحث نیز می‌توان چنین استدلال نمود که آیه، بین اینکه یک بار سرقت صورت بگیرد و یا دو بار، تفصیلی قائل نشده است. یعنی خداوند نفرموده است که اگر یک بار دزدی کرد، دستش را قطع کنید و دو بار دزدی کرد پایش را قطع نمایید (خویی، ۱۳۹۶، ۱، ۲۱۲).

۳-۵- تعلق حکم به طبیعت

ابتدا بایستی گفت، موضوع ادله حدود، طبیعت مجرمان است و دیگر اینکه طبیعت هم بر واحد و هم بر متعدد صادق می‌باشد؛ به عبارت دیگر اینکه در صدق طبیعت فرقی میان واحد و متعدد نیست. در نتیجه با تعدد حدود تنها یک بار حد واجب می‌شود. در اینجا برخی از فقهاء ادعا کرده‌اند که موضوع ادله، صرف الطبیعه است (نجفی، ۱۹۸۱، ۴۱؛ خوانساری، ۱۳۶۶، ۷، ۳۳؛ گلپایگانی، ۱۴۱۲، ۱، ۳۴۵، ۲، ۳۸۰-۳۸۱). دلیل این دسته از فقهاء نیز آن است که در ادله باب حدود، حکم بر روی عنوان (یعنی بر فاعل) تعلق گرفته است و به فعل تعلق نگرفته است. بنابراین تکرار جرم حدی مثل سرقت، باعث تکرار عنوان سرقت، نمی‌شود و در نتیجه مستوجب تکرار حد نیز نمی‌گردد.

۴-۵- صحیح محد بن مسلم

محمد بن مسلم از امام باقر (ع) در مورد مردی که چند بار دیگری را قذف کرده نقل کرده است: وَ اِنْ قَذَفَهُ بِالزَّانَا بَعْدَ مَا جُلِدَ فَعَلَيْهِ الْحَدُّ وَ اِنْ قَذَفَهُ قَبْلَ اَنْ يُجْلَدَ بِعَشْرِ قَذَفَاتٍ لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ اِلَّا حَدٌّ وَّاحِدٌ (حر عاملی، ۱۴۰۹، ۲۸، ۱۹۱).

مفاد روایت چنین است که اگر قبل از اجرای حد قذف، ده بار، دیگری را قذف کند تنها یک حد بر او جاری می‌گردد. بنابر این، آنچه از روایت استفاده می‌شود این است که صرف چند بار قذف، باعث تعدد مجازات جرم حدی نمی‌شود. همچنین می‌توان با الغای خصوصیت از این روایت، حکم آن را به موارد دیگری از حدود نیز تسری داد. به دلیل اینکه در قذف خصوصیتی وجود ندارد که باعث چنین حکمی

شود. پس می‌توان گفت وضعیت حدود دیگر نیز به همین گونه است (حاجی ده آبادی، ۱۳۹۱، ۱۴۸). ذکر این نکته ضروری است که علاوه بر صحیح محمد بن مسلم، روایات دیگری نیز در باب حدود وجود دارد، مستفاد از آنها نیز عدم تعدد مجازات جرم حدی است.

۵-۵- سیره قطعیہ قضات شرع

با بررسی سیره قضاوت در اسلام می‌بینیم که در هیچ زمان و مکانی دیده نشده که قضات و حاکمان شرع از مرتکبین جرائم حدی بپرسند که چند مرتبه مرتکب این عمل شده‌اند، تا حد را تکرار کنند (مکارم شیرازی، ۱۴۱۶، ۱، ۳۱۵). به دیگر سخن می‌توان سیره قضات را چنین بیان نمود که قضات شرع محاکم اسلامی (چه در عصر ائمه (ع) و چه فقهای امامیه بعد از عصر غیبت)، گاهی زن و مرد بیگانه‌ای را که مدت زمانی با یکدیگر در ارتباط بوده و مرتکب فحشا شده‌اند یا کسی را که مدت زمان طولانی به شرب خمر مشغول بوده، تنها به یک مجازات محکوم کرده‌اند. شاید این سیره بدان جهت است که متفاهم از ادله، همین است که تعدد جرم حدی، موجب تعدد مجازات نمی‌باشد و براساس همین متفاهم سیره نیز عمل نموده است.

۶- آرا و نظرات فقها

گروهی از فقهای امامیه چه متقدمین (شیخ طوسی، ۱۴۱۰، ۳، ۳۳؛ شیخ طوسی، ۱۴۰۷، ۵، ۴۴۱؛ شیخ صدوق، ۱۴۱۳، ۴، ۶۵) و چه معاصرین (خمینی، ۱۴۳۴، ۲، ۵۲۴؛ فاضل لنکرانی، ۱۳۸۱، ۱۶۶؛ سبزواری، ۱۴۱۳، ۲۸، ۱۱۱؛ روحانی، ۱۴۱۴، ۲۵، ۴۰۷؛ نجفی، ۱۹۸۱، ۴۱، ۵۵۰) فتوا داده‌اند.

زمانی که شهود صبر کنند و پس از اجرای حد سرقت، همان شهود و یا شهود دیگر، به سرقتی دیگر از همان سارق شهادت دهند، مرتبه بعدی حد سرقت بایستی اجرا شود. این گروه از فقهاء به روایتی استناد کرده‌اند که به طور صریح حکم به قطع پای سارق کرده است.

همچنین گروهی از فقهاء متقدم و متاخر همچون (علامه حلی، ۱۴۱۳، ۹، ۲۳۰؛ شیخ طوسی، ۱۳۸۷، ۳۸، ۸؛ ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰، ۳، ۴۹۴؛ محقق حلی، ۱۴۱۲، ۴، ۱۷۸؛ ابن فهد حلی، ۱۴۰۷، ۵، ۱۱۹؛ شهید ثانی، ۱۴۱۲، ۲، ۳۸۴) قائل به عدم اجرای مرتبه دوم حد در چنین مسأله‌ای می‌باشند. در میان فقهای معاصر، طباطبایی (صاحب ریاض)، (۱۴۱۲، ۱۳، ۶۱۱) و گلپایگانی (۱۴۱۲، ۳، ۱۸۱) و خویی (۱۴۱۰، ۱، ۳۰۵) را

میتوان در جرگه قائلین به عدم اجرای مرتبه دوم حد سرقت دانست.

۶-۱- مبانی نظری موافقین اجرای مرتبه دوم حد

فقهای که موافق اجرای مرتبه دوم حد هستند، به ادله ای استناد کرده اند که در ذیل بیان می‌شود. مطالب موافقین و اشکالات و پاسخ به اشکالات نیز در هر گروه از موافقین و مخالفین خواهد آمد.

۱-۱-۶- استناد روایی

مستند این قول دو روایت زیر است که علیرغم ضعف در سند و مرسله بودن روایت اول، مشهور بر اساس آن فتوا داده اند :

۱. محمد بن یعقوب، عن عدة من أصحابنا، عن سهل بن زياد و عن علي بن إبراهيم، عن أبيه جميعاً، عن ابن محبوب، عن عبدالرحمن بن الحجّاج و [عن] بكير بن أعين، عن أبي جعفر عليه السلام في رجل سرق فلم يقدر عليه، ثم سرق مرة أخرى ولم يقدر عليه وسرق مرة أخرى فاخذ فجاءت البيه فشهدوا عليه بالسرقه الاولى والسرقه الأخيرة.

فقال: تقطع يده بالسرقه الاولى ولا تقطع رجله بالسرقه الأخيرة. فقيل له: وكيف ذاك؟ قال: لأنّ الشهود شهدوا جميعاً في مقام واحد بالسرقه الاولى والأخيرة قبل أن يقطع بالسرقه الاولى، ولو أنّ الشهود شهدوا عليه بالسرقه الاولى ثمّ أمسكوا يقطع ثمّ شهدوا عليه بالسرقه الأخيرة قطعت رجله اليسرى (شيخ حر عاملی، ۱۴۰۹، ۲۱، ۲۶۳)

۲. وَ رَوَى الْحَسَنُ بْنُ مَحْبُوبٍ عَنْ عَلِيِّ بْنِ الْحَسَنِ بْنِ رِبَاطٍ عَنْ ابْنِ مُسْكَانَ عَنِ الْحَلْبِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع قَالَ إِذَا أُقِيمَ عَلَى السَّارِقِ الْحَدُّ نَفِيٌّ وَإِنْ سَرَقَ رَجُلٌ فَلَمْ يَقْدِرْ عَلَيْهِ حَتَّى سَرَقَ مَرَّةً أُخْرَى فَأُخِذَ فَجَاءَتْ الْبَيْتَةَ فَشَهِدُوا عَلَيْهِ بِالسَّرْقَةِ الْأُولَى وَ الْأَخِيرَةِ فَإِنَّهُ تُقَطَعُ يَدُهُ بِالسَّرْقَةِ الْأُولَى وَ لَا تُقَطَعُ رِجْلُهُ بِالسَّرْقَةِ الْأَخِيرَةِ لِأَنَّ الشُّهُودَ شَهِدُوا عَلَيْهِ جَمِيعاً فِي مَقَامٍ وَاحِدٍ بِالسَّرْقَةِ الْأُولَى وَ الْأَخِيرَةِ قَبْلَ أَنْ تُقَطَعَ يَدُهُ بِالسَّرْقَةِ الْأُولَى وَ لَوْ أَنَّ الشُّهُودَ شَهِدُوا عَلَيْهِ بِالسَّرْقَةِ الْأُولَى فَقَطَّعَتْ يَدُهُ ثُمَّ شَهِدُوا عَلَيْهِ بَعْدَ بِالسَّرْقَةِ الْأَخِيرَةِ قُطِعَتْ رِجْلُهُ الْيَسْرَى (صدوق، ۱۴۱۳، ۴، ۶۵).

سند حدیث اول: اگر عبدالرحمان بن حجّاج این روایت را از بکیر بن اعین روایت کرده باشد، همان طور که بعضی از نسخه‌ها «عبدالرحمن بن الحجّاج عن بکیر بن اعین» دارد، یک روایت محسوب می‌شود به

دلیل اینکه عبدالرحمن الحجاج از اصحاب امام صادق و موسی بن جعفر (ع) می باشد و روایت ابن حجاج از امام باقر (ع) ثبت نشده است (نجاشی، ۲۳۷، شماره ۶۳۰).؛ ولی اگر عبدالرحمان به طور مستقیم از امام باقر علیه السلام نقل کرده دو روایت هست. ذکر این نکته ضروری است که روایت اول، در حقیقت دو طریق دارد که طریق اول که سهل بن زیاد در آن واقع شده، قابل خدشه است (خویی، بی تا، ۹، ۳۵۶). ولی طریق دوم آن که به واسطه علی بن ابراهیم نقل شده است حسنه می باشد.

سند روایت دوم: این روایت از حیث سند صحیحه می باشد. علی بن حسن بن رباط که در روایت ذکر شده است، شیخ طوسی او را، از اصحاب امام رضا (ع) شمرده است (طوسی، ۱۳۴۸، ۳۸۷-۳۸۸). نجاشی نیز به تبعیت از اختیار معرفه الرجال شیخ طوسی، علی بن حسن بن رباط را فردی ثقه و قابل اعتماد می داند که از اصحاب امام رضا (ع) می باشد (نجاشی، ۱۴۳۶، ۲۵۱). اما بایستی گفت فقهای که به قطع پا، حکم داده اند، مستندشان روایت اول بوده است و روایت دوم را علیرغم صحیح بودنش، طرح نموده اند و در مستند فقهی خودشان این روایت را حتی بیان نکرده اند (شیخ طوسی، ۱۴۱۰، ۳، ۳۳؛ شیخ طوسی، ۱۴۰۷، ۵، ۴۴۱، شیخ صدوق، ۱۴۱۳، ۴، ۶۵؛ خمینی، ۱۴۳۴، ۲، ۵۲۴؛ فاضل لنکرانی، ۱۳۸۱، ۶۱۶؛ سبزواری، ۱۴۱۳، ۲۸، ۱۱۱؛ روحانی، ۱۴۱۴، ۲۵، ۴۰۷؛ خویی، ۱۴۱۰، ۱، ۳۰۵؛ نجفی، ۱۹۸۱، ۴۱، ۵۵۰).

از میان فقها، تنها محقق اردبیلی به روایت دوم که از طریق شیخ صدوق نقل شده، تمسک کرده است (محقق اردبیلی، ۱۴۰۳، ۱۳، ۲۷۹).

با بررسی متون روایی از جمله کافی و تهذیب شیخ طوسی، این مطلب برداشت می شود که تنها بخش اول روایت «إِذَا أُقِيمَ عَلَى السَّارِقِ الْحَدُّ نَفِيٌّ» در این کتب نقل شده است (کلینی ۱۴۲۹، ۱۴، ۱۶۲، طوسی، ۱۴۰۷، ۱۰، ۱۱). همانطور که از متن روایت نیز ظاهر است، شیخ صدوق (صدوق، ۱۴۱۳، ۴، ۶۵) سند روایت اول (روایت بکیر بن اعین) را حذف کرده است، و آن را به عنوان فتوا در ادامه صحیح حلبی، قرار داده است. و موید ما نیز، قول عراقی و دیگران در حاشیه مجمع الفائده محقق اردبیلی می باشد که تصریح کرده اند که شیخ صدوق، با حذف سند روایت اول، این حدیث را به عنوان فتوا در ادامه صحیح حلبی قرار داده است (محقق اردبیلی، ۱۴۰۳، ۱۳، ۲۷۹). بنابراین، تنها روایت اول است که مستند فقهی علما قرار گرفته است و دو طریق دارد. از امام باقر علیه السلام درباره‌ی مردی که دزدی کرد و نتوانستند او را دستگیر کنند، فرار کرد و بار دوم نیز مرتکب دزدی شد و فرار کرد، پس از سرقت در مرتبه‌ی سوم او را گرفتند، بینه نزد حاکم شرع بر سرقت مرتبه‌ی اول و مرتبه‌ی سوم شهادت داد- (هرچند سه بار دزدی کرده بود لیکن نزد حاکم مرتبه‌ی اول

و آخر ثابت شد) - سؤال شد. امام باقر علیه السلام فرمود: دستش را برای سرقت اول می‌برند، ولی پایش را برای سرقت دوم قطع نمی‌کنند. اعتراض شد، دلیلش چیست؟ بینه بر دو سرقت شهادت داده است؟ امام علیه‌السلام فرمود: شهود در یک مجلس بر هر دو سرقتش شهادت دادند، تخلل حدی بین دو شهادت نبود. اگر شهود پس از شهادت اولشان صبر می‌کردند تا حدّ دربارهاش اجرا گردد سپس بر سرقت اخیر شهادت می‌دادند، پای چپش نیز قطع می‌شد (ترابی شهرضایی، ۱۳۹۰، ۳، ۲۴۶).

شیخ طوسی در یکی از اقوالش، با استناد به روایت اول قطع پا را واجب می‌داند (شیخ طوسی، ۱۴۱۰، ۷۱۹). آیت الله فاضل لنکرانی نیز با استناد به روایت بکیر بن اعین، شهرت را جابر ضعف سند روایت می‌داند و بیان می‌دارد مخالفت متاخرین آسیبی به شهرت روایی نمی‌زند (فاضل لنکرانی، ۱۳۸۴، ۶۱۶). با توجه به روایت، دلالتی که از حدیث فوق می‌توان برداشت نمود این است که:

نکته اول: از آنچه در ذیل روایت در مقام تعلیل بیان شده، می‌فهمیم تا زمانی که به سبب سرقت اول حدّ جاری نگردد، نوبت به مراتب دیگر نمی‌رسد؛ باید مراتب حفظ گردد. نمی‌توان با جاری‌نشدن حدّ مرتبه اول حدّ مرتبه‌ی دوم را اجرا کرد. نکته‌ای که از روایات حدّ سرقت استفاده می‌شود، این است که زمانی نوبت به قطع پا می‌رسد که دست قطع شده باشد. قطع پا مقدم بر حبس ابد، و زندان مقدم بر قتل است؛ یعنی مراتب بر یکدیگر تقدّم دارد.

نکته دوم: هرچند روایت در خصوص موردی رسیده که شهود در یک مجلس به سرقت‌های مکرر سارقی شهادت داده‌اند، ولی از تعلیل در ذیل روایت می‌فهمیم اگر دو شاهد بر سرقت اول شهادت دادند و رفتند، قبل از اجرای حدّ، دو شاهد دیگر نیز بر سرقت دوم شهادت دهند، فقط یک حدّ، یعنی قطع دست اجرا می‌گردد؛ زیرا، کلام امام علیه السلام: «قبل أن یقطع بالسرقة الاولى» بیانگر این ملاک و ضابطه است که اگر شهادت همان شهود یا شهود دیگر، پس از قطع دست به سبب سرقتی دیگر باشد، جای قطع پا هست؛ ولی اگر شهادتشان قبل از اجرای حدّ باشد، با آن که شهود دوم غیر از شاهدان اول هستند، پای سارق قطع نمی‌شود؛ زیرا، هنوز دستی قطع نشده تا نوبت به قطع پا برسد.

میرمحمدصادقی (۱۳۷۹، ۲۹۴) در توجیه این حکم بیان می‌دارد که اسلام در این زمینه شیوه مناسبی برای دستیابی مالباختگان به عین اموالشان یا قیمت و مثل آنها پیش گرفته است. برای مثال، فردی به اتهام سرقت دستگیر و جرمش ثابت می‌شود، اما قاضی نمی‌داند آیا وی مرتکب سرقت‌های دیگری شده است یا خیر. در اینجا قاضی به وی گوشزد می‌کند که اگر مرتکب سرقت دیگری شده است اقرار کند تا در نتیجه

یک حد بیشتر اجرا نشود. در غیر این صورت اگر دستش قطع شود، و سپس معلوم شود که بیشتر سرقت دیگری نیز انجام داده است، پایش نیز قطع می شود. بنابر این، به نفع سارق است که قبل از اجرای حد به سرقت های قبلی خود اقرار نماید.

۲-۱-۶- عدم تداخل اسباب در مسأله از منظر موافقین اجرای مرتبه دوم حد

سه نظریه کلی در باره مبحث تداخل اسباب مطرح گردیده است: ۱. مشهور فقهاء، اصل را بر عدم تداخل اسباب گذاشته‌اند (علامه حلی، ۱۴۱۰، ۱، ۲۲۱؛ ابن فهد حلی، ۱۴۰۹، ۵۴؛ محقق کرکی، ۱۴۱۵، ۱، ۷۸).

۲. گروهی از فقهاء تداخل اسباب را اصل می دانند (شهید اول، ۱۴۱۳، ۴۴ و ۱۶۶؛ بحرانی، ۱۳۶۴، ۲، ۱۹۷؛ سبزواری، ۱۲۷۴، ۸).

۳. تفصیل و تفکیک میان اسبابی که از جنس‌های مختلف هستند و اسبابی که از یک جنس هستند (ابن ادریس حلی، ۱۴۱۱، ۳، ۷۱)، به این نحو که در اسبابی که از جنسهای مختلف هستند، اصل عدم تداخل و در اسبابی که از یک جنس هستند، تداخل آنها پذیرفته شده است.

درباره نظر مشهور یعنی عدم تداخل اسباب، استدلالهای مختلفی شده است. ولی به طور کلی چنین استدلال کرده اند که در یک قضیه شرطیه که دارای شروط متعدد است، هر شرط، ظهور در استقلال در سببیت دارد و جزء بر هر یک از آنها مترتب می شود. بنابراین، جزای شرط (مسبب) نیز متعدد خواهد بود (غروی نائینی، ۱۴۰۴، ۱، ۴۹۳ - ۴۹۵؛ مظفر، ۱۴۰۳، ۱، ۱۱۰). گرچه مشهور فقهاء، مقتضای اصل لفظی را عدم تداخل اسباب و نیز عدم تداخل مسببات می دانند، ولی مواردی را که دلیل خاصی وجود داشته باشد، استثناء می کنند.

حال در مسأله مورد نظر تحقیق، بنا بر این که روایت را معتبر ندانیم - خواه آن را تضعیف کنیم یا روایات حسنه را برای فتوا کافی ندانیم - می‌گوییم: سارقی که در یک مجلس، بینه به دو سرقتش شهادت داده است، بنا بر قاعده باید گفته شود: به سبب سرقت اول دستش را و به سبب سرقت دوم پایش را می‌برند. بنابراین، در مقام ما که شهود بر دو سرقت شهادت داده‌اند، اول دست سارق را و سپس پایش را قطع می‌کنند.

با کنار گذاشتن روایت، دلیلی بر وحدت حد وجود ندارد؛ دو مرتبه دزدی ثابت شده و دو سبب برای حد

آمده است، هر دو را باید اجرا کرد. لذا، تسلّم این معنا که یک حدّ بیشتر نیست و نزاع در این که قطع در رابطه با سرقت اول است یا دوم با قواعد نمی‌سازد.

در صورتی که چنین اشکال شود که اسباب در این فرض تداخل می‌کنند. در تداخل اسباب نیز اسباب متعدد، مقتضی یک مسبب می‌باشند، به طوری که گویا یک سبب پدید آمده است. در جواب گفته می‌شود: تداخل در جایی است که امکان تکرار نباشد و در این مقام، یک قطع بر دست و دیگری بر پا اجرا می‌شود؛ پس قطع قابل تکرار است. علاوه بر این که دلیل به تعدّد سبب، و در نتیجه، به تعدّد مسبب حکم می‌کند. یک سبب برای قطع دست و سبب دوم برای قطع پا؛ و تداخل جایی است که اسباب مختلف، ولی مسبب واحد باشد؛ مانند نواقض وضو.

در صورتی که چنین اشکال شود که سبب حد، واحد است، زیرا یک بینه بر دو سرقت شهادت داده است نه اینکه دو بینه وجود داشته باشد. در پاسخ گفته می‌شود بینه سبب قطع نیست؛ بلکه بینه موجب ثبوت سرقت است و جنبه‌ی اثباتی دارد؛ لذا گفته می‌شود به علت سرقت دستش را بریدند و نه اینکه به سبب بینه دستش را قطع کردند. بینه همانند اقرار سارق یا علم حاکم راهی برای ثبوت سرقت است (ترابی شهرضایی، ۱۳۹۰، ۳، ۲۸۴).

تا اینجا نظرات موافقین اجرای مرتبه دوم حد مورد بررسی و تبیین قرار گرفت و در بخش بعدی به نظرات مخالفین خواهیم پرداخت.

۶-۲- ادله و مبانی نظری مخالفین اجرای مرتبه دوم حد

فقهایی که مخالف اجرای مرتبه دوم حد به سبب شهادت در مجلس واحد بعد از اجرای مرتبه اول حد می‌باشند به ادله‌ی ای تمسک جسته‌اند که در ذیل می‌آید.

۶-۲-۱- ضعف سندی در روایت

همانطور که در ذیل روایات در بخش قبلی آمد، اشکال سندی یکی از دلایل بسیار مهم در مخالفت با این حکم است. بسیاری از فقهاء از جمله (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ۱۴، ۵۳۰؛ ابن ادریس، ۱۴۱۰، ۳، ۴۹۴؛ علامه حلی، ۱۴۱۳، ۹، ۲۳۰؛ فخرالمحققین، ۱۳۸۹، ۴، ۵۴۲) در حکم توقف و یا مخالفت کرده‌اند. شیخ طوسی آنطور که از کلامش برداشت می‌شود انجام سرقت دوباره را بعد از اجرای حد جهت اجرای مرتبه دوم حد

لازم می‌داند و به صورت جزم حکم به عدم قطع داده است (شیخ طوسی، ۱۳۸۷، ۸، ۳۸).

محقق حلی در کتاب نکت النهایه ذیل این روایت بیان می‌دارد که سند روایت به سبب وجود سهل بن زیاد ضعیف است؛ و با قواعد مطرح شده در باب حد سرقت - که اجرای مرتبه دوم حد سرقت مشروط به تکرار سرقت بعد از اجرای حد می‌باشد- تضاد و مخالفت دارد. زیرا سارق در همان مجلس دزدی را تکرار نکرده است؛ همچنین این روایت، خبر واحدی است که صحت آن معلوم نمی‌باشد و همین مقدار ظن، برای اجرای قاعده درأ و عدم قطع کافی می‌باشد (محقق حلی، ۱۴۱۲، ۳، ۳۳۳).

شهید ثانی نیز در مسالک به دلیل ضعف سند، احتیاط در حدود الهی را لازم می‌داند و به سبب اختلاف نظرات حول سند روایت و به خاطر شبهه در أماره، از باب قاعده درأ، حکم به سقوط مرتبه دوم حد کرده است (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ۱۴، ۵۳۰).

همچنین علامه مجلسی دو قول کاملاً متعارض در دو کتاب خودش، یعنی مرآة العقول و ملاذ الاخیار، بیان نموده است. در کتاب مرآة العقول که شرح اسناد کتاب شریف کافی می‌باشد، حدیث اول که در آن سهل بن زیاد وجود دارد را، روایت حسنه دانسته است (مجلسی، ۱۴۰۴، ۲۳، ۳۴۷) و در کتاب ملاذ الاخیار، که شرح سندی تهذیب الاحکام شیخ طوسی است، این روایت را ضعیف می‌داند (مجلسی، ۱۴۰۶، ۱۶، ۲۱۰).

برخی فهرست‌نگاران تاریخ شروع تالیف مرآة العقول را در سال ۱۰۷۶ و تاریخ پایان آن را میان سال‌های ۱۱۰۲ یا ۱۱۰۶ قمری تخمین زده‌اند و کتاب ملاذ الاخیار را قبل از کتاب مرآة العقول به پایان رسانده است. (آستان قدس رضوی فهرست کتب خطی کتابخانه مرکزی و مرکز اسناد، ۱۳۷۰، ۱۴، ۴۸۳). لذا این احتمال وجود دارد که از نظر خود نسبت به سهل بن زیاد برگشته باشد. ولی دلیلی بر این مدعا در دست نمی‌باشد و لذا قول علامه مجلسی در این باره نیز تناقض دارد.

محقق خوبی نیز در کتاب تکمله خود، وقتی به این مسأله می‌رسد، بخش اول روایت را که با تکرار سرقت قبل از اجرای حد، تنها یک حد جاری می‌شود از طریق علی بن هاشم است صحیح دانسته ولی ذیل روایت را که شهود بعد از اجرای حد به سرقت‌های قبلی شهادت می‌دهند مورد اختلاف دانسته است (خوبی، ۱۴۱۳، ۴۱، ۳۰۵).

۳-۶- ادله فقهی (اصل برائت)

بسیاری از فقهاء از جمله (علامه حلی، ۱۴۱۲، ۹، ۲۳۰؛ علامه حلی، ۱۴۱۳، ۳، ۵۶۷؛ فخرالمحققین،

۱۳۸۹، ۴، ۵۴۲؛ شهید اول، ۱۴۱۴، ۴، ۲۶۶) حکم به برائت از اجرای مرتبه دوم حد فتوا داده‌اند. مجرای اصل برائت در این مسأله، ضعیف بودن و یا در نهایت حسنه بودن روایت است. لذا از منظر این گروه از فقهاء به دلیل نبودن آماره ای مستدل و قابل اعتنا، مجرای اصل برائت حاصل می‌گردد. علامه حلی در کتاب مختلف الشیعه بیان می‌دارند که سهل بن زیاد فردی ضعیف است و لذا این حکم، مجرای اصل برائت است (علامه حلی، ۱۴۱۲، ۹، ۲۳۰). شهید اول نیز با ضعیف شمردن سهل بن زیاد، اصل برائت را حاکم می‌داند و با استناد به روایت «ادرووا الحدود بالشبهات^۱» همین مقدار شبهه را برای قاعده درأ کافی می‌داند (شهید اول، ۱۴۱۴، ۴، ۲۶۶).

حال سوال این است که شهادت آیا طریقت دارد یا موضوعیت؟ باید گفت که شهادت طریقت دارد و روایاتی که به آنها چنین استدلال شده است که ادله اثبات دعوا را، (به ویژه در شهادت)، منحصر می‌دانند (شیخ حرعاملی، ۱۴۰۹، ۱۸، ۷۰) و بر این باورند که شهادت موضوعیت دارد (نجفی، ۱۹۸۱، ۴۰، ۹۰)، استدلال تامی نیست؛ زیرا در این روایات صحبتی از اقرار و یا علم قاضی نمی‌باشد و با توجه به ذیل این روایات می‌توان چنین برداشت نمود که ادعاهای بدون دلیل پذیرفتنی نمی‌باشند (حق وردیان و پورقهرمان، ۱۳۹۶، ۳۹).

حال که شهادت موضوعیت ندارد، بنابر این نمی‌تواند به تنهایی حکمی را تغییر دهد؛ لذا در مسئله مورد نظر، نمی‌توان با استناد به اینکه شهود صبر کرده اند و پس از اجرای مرتبه اول حد، همان شهود، یا شهود دیگر در همان مجلس، به سرقت دیگری شهادت داده اند، بدون اینکه سرقتی از طرف سارق انجام شده باشد، حکم به قطع پای سارق نمود.

۷- نظر مختار در مسأله

پس از بیان نظرات دو گروه از فقهاء، نظر منتخب در مسأله حاضر، تأیید فرض اصل برائت و راهکاری نیز برای جمع هر دو گروه از فقهاء می‌باشد. در این بخش ضمن تقویت رأی و نظر محقق حلی، استدلال به عدم اجرای مراتب بعدی حد نیز مورد بحث قرار می‌گیرد.

۱. «الفقیه»، ۴، ۵۳، ۱۹۰، باب نوادر الحدود، ۱۲.

۷-۱- تقویت نظر محقق حلی

همانطور که در بخش سوم، ضعف سند روایت بیان گردید، محقق حلی در کتاب نکت النهایه (محقق حلی، ۱۴۱۲، ۳، ۳۳۳) به اصلی در باب حدود اشاره می کند که بایستی پس از اجرای حد، سرقت و یا جرم حدی دوباره تکرار شود تا مستوجب مرتبه بعدی اجرای حد شود. در صورتی که در روایت، به صورت مطلق، امام (ع) بیان می دارند که پای سارق بایستی قطع گردد.

در کلیه باب حدود، روایات صحیحه و موثقه ای وجود دارند که به این اصل کلی اشاره کرده اند و به نمونه ای از این روایات اشاره می گردد:

۱. یُونُسُ عَنْ سَمَاعَةَ قَالَ قَالَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ ع إِذَا أَخَذَ السَّارِقُ قُطْعَ مِنْ وَسَطِ الْكَفِّ فَإِنْ عَادَ قُطِعَتْ رِجْلُهُ مِنْ وَسَطِ الْقَدَمِ فَإِنْ عَادَ اسْتُودِعَ السِّجْنَ فَإِنْ سَرَقَ فِي السِّجْنِ قُتِلَ (شیخ طوسی، ۱۴۰۷، ۱۰، ۱۰۳).
۲. یُونُسُ عَنِ الْمُعَلَّى عَنِ أَبِي بَصِيرٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع قَالَ: كَانَ رَسُولُ اللَّهِ ص إِذَا أَتَى بِشَارِبِ الْخَمْرِ ضَرْبَهُ ضَرْبَةً ثُمَّ إِنْ أَتَى بِهِ ثَانِيَةً ضَرْبَهُ ثُمَّ إِذَا أَتَى بِهِ ثَالِثَةً ضَرْبَ عُنُقِهِ (شیخ طوسی، ۱۴۰۷، ۱۰، ۹۵).

در این روایت که در تهذیب الاحکام شیخ طوسی است با سند صحیح (روایت دوم) و سند موثق (روایت اول) از امام صادق (ع) نقل می کند که در روایت اول، در صورتی که سارق پس از قطع ید، دوباره مرتکب سرقت گردید، پای او قطع می گردد. و در روایت دوم که در باب حد شارب خمر می باشد، در صورتی که بعد از اجرای حد، دوباره شرب خمر کرد، پیامبر او را تازیانه زد. علامه مجلسی در شرح خود بر کتاب تهذیب شیخ طوسی، روایت اولی را که بیان کردیم موثق و روایت دوم را صحیحه می داند (مجلسی، ۱۴۰۶، ۱۶، ۲۰۱ و ۱۸۶).

این دو روایت به طور صریح بیان می دارند که مرتبه دوم حد، در صورتی اجرا می گردد که جرم حدی پس از اجرای مرتبه اول حد تکرار شده باشد. اما در مسئله تحقیق، اشاره ای به سرقت مجدد سارق نشده است و حکم به صورت مطلق بیان شده است. لذا در صورتی که حتی، روایت را قبول کنیم، اطلاق دارد و روایات باب می توانند آن را به موردی مقید کنند که بین مرتبه اول حد، و شهادت شهود بعد از اجرای مرتبه اول حد، سرقت دیگری انجام شده باشد.

همچنین، توجیهی که میرمحمدصادقی (۱۳۷۹، ۲۹۴) ذیل روایت بکیر بن اعین گفته است، بیان مطلوبی نیست. زیرا ما نمی توانیم ملاکات و مناطات احکام را به صورت مستقل و بدون شنیدن از مبلغ آسمانی، تشخیص دهیم. زیرا معلل بودن حکم به علت دیگری محتمل می باشد. لذا اگر شهود بعد از اجرای

مرتبه دوم و یا سوم حد سرقت که قطع پا و یا حبس ابد می‌باشد، صبر کنند و دوباره به سرقت دیگری که قبل از اجرای حد مرتبه اول و دوم بوده است در همان مجلس شهادت دهند، آیا می‌توان مرتبه بعد که اعدام است را اجرا نمود؟ و این مطلب را می‌توان چنین نقض نمود که در صورتی که شهود به قصد آزار سارق چنین کاری انجام دهند، همین مقدار می‌تواند از باب قاعده درأ، مراتب بعدی حد را ساقط کند.

۲-۷- تداخل اسباب

با توجه به اینکه مخالفین اجرای مرتبه دوم حد نیز قائل به تداخل اسباب می‌باشند، و نظر مختار در مسئله نیز، تداخل اسباب است، لذا این بحث را در همین قسمت مطرح می‌نماییم.

کسانی که حکم به اجرای مرتبه دوم حد کرده بودند، حتی در صورت نپذیرفتن دو روایت، به این قائل شدند که اصل، عدم تداخل اسباب است و لذا دو سبب که قابل تکرار هستند، نیز موجود است، و فتوا به اجرای مرتبه دوم حد داده اند.

در جواب اینچنین گفته می‌شود که عدم تداخل اسباب در جایی است که ما دلیل خاصی برای تداخل نداشته باشیم. حال آنکه در باب حدود، حتی روایت سهل بن زیاد، در صدر روایت امام (ع) فقط حکم به اجرای مرتبه اول حد نمود ولو اینکه بینه قبل از اجرای حد چند شهادت بر سرقت داده بودند. اما بخش دوم روایت که شهود صبر کنند و حد اجرا گردد و سپس دوباره همان شهود یا شهود دیگر در همان مجلس، به سرقت دیگری از سارق شهادت دهند - که آن سرقت مربوط به زمان قبل از اجرای حد است - این مورد را به جایی مقید کردیم که سارق در این میان سرقتی را دوباره انجام داده باشد. زیرا تداخل میان دو حد در صورت تکرار جرم است، و در فرض مسئله ما، سارق دزدی جدیدی که مستوجب حد باشد را انجام نداده است؛ و همچنین توضیح داده شد که خود شهادت به تنهایی موضوعیت ندارد و لذا این مورد نیز در موضوع تداخل اسباب می‌باشد.

اگر به این استدلال اشکال شود که در این صورت، قول مشهور - با توجه به اینکه شهرت عملی حجت است - کنار گذاشته می‌شود، در جواب گفته می‌شود:

اینکه گفته شود عمل مشهور به خبر ضعیف، توثیق عملی راوی خبر می‌باشد، بنا بر این به خاطر عمل مشهور، راوی نیز توثیق می‌شود، قابل پذیرش نمی‌باشد. زیرا عمل مشهور مجمل و مبهم می‌باشد و وجه عمل مشهور به این اخبار مشخص نمی‌باشد. و این احتمال نیز وجود دارد که عمل مشهور طبق اجتهاد و

نظرات خودشان شکل گرفته باشد و نه به دلیل اینکه مخبر و راوی ثقة باشند؛ و عمل اصحاب به خبر ضعیف سبب توثیق راوی آن نمی باشد، چه بسا اینکه مشهور به خبر دیگری از همین راوی شاید عمل نکنند (کبری قضیه).

اثبات صغری قضیه که استناد به مشهور در عمل و فتوا به خبر ضعیف است، بسیار مشکل تر از اثبات کبری آن می باشد. به دلیل اینکه قائلین انجبار خبر ضعیف به واسطه عمل اصحاب، عمل فقهاء متقدم مثل شیخ صدوق، سید مرتضی و شیخ مفید را به اعتبار نزدیک بودن زمان آنها به عصر معصوم (ع) را حجت می دانند. و حال آنکه این فقهاء متقدم، متعرض چنین استدلالی در کتب فقهی خود نشده اند تا دلیل استناد فتوایشان به خبر ضعیف مشخص شود و تنها چیزی که در کتب فقهی ایشان بیان گردیده است، تنها خود فتوا می باشد. البته تنها کسی که از متقدمین این مطالب را گفته است، شیخ طوسی است که در کتاب مبسوط این را گفته است و متاخرین از او نیز این مطلب را از او سینه به سینه نقل کرده اند. در صورتی که متقدمین از شیخ طوسی هرگز چنین مطلبی را نگفته اند (خویی، ۱۴۱۷، ج: ۲، ص: ۲۰۳). حال با این ویژگی ها، از کجا می توان پی به علت استناد قداماء به این اخبار ضعیف برد؟ در صورتی که تنها فتاوی ایشان که مطابق با آن خبر ضعیف است در دست است. همچنین مجرد فتوای اصحاب، به این امر دلالت نمی کند که نظر آنها مطابق با روایت ضعیف است؛ و ممکن است استناد آنها به دلیلی دیگر نیز باشد (صغری قضیه). بنابراین، آنچه از رد کردن دو مطلب بالا می توان نتیجه گرفت، این است که عمل اصحاب و شهرت عملیه جابر ضعف سند می باشد، دلیلی تام و کامل نمی باشد.

۸- نسخ قانون یا اهمال قانونگذار

بسیاری از فقهاء بر این گمان اند که بعضی از احکام اسلامی که در قرآن، سنت و روایات بیان شده اند، در موضوعی واحد، دارای تناقض هستند. و در صورت ناتوانی از جمع این دو حکم، قائل به نسخ یکی از دو حکم شده اند (میرزایی، ۱۳۹۴، ۱۳۰). از متقدمین فقههای امامیه، سید مرتضی (علم الهدی) در الذریعه بیان می دارد که وقوع نسخ، جز با تضاد و تعارض در موضوعی واحد ممکن نمی باشد (علم الهدی، ۱۳۶۲، ۱، ۴۱۵).

مفهوم نسخ از منظر قانون، با تفاوت کمی، شبیه همان مفهوم نسخ از منظر فقه و فقهاء می باشد. نسخ در قانون در حقیقت سلب اعتبار از قانون معتبری می باشد که قانون گذار آن را پایه گذاری کرده است و

شامل نص صریح و ضمنی می‌باشد. در کتب حقوقی، آنچه در تعریف نسخ بیان شده است: نسخ صریح آن است که قانون گذار ضمن قانون جدیدی، منسوخ بودن قانون قبلی را اعلام کند. لیکن نسخ ضمنی در فرضی محقق است که دو قانون در یک موضوع وجود داشته باشند و جمع میان آنها میسر نباشد، قانون موخر به طور ضمنی کاشف از نسخ قانون مقدم است (کاتوزیان، ۱۳۷۷، ۲، ۳۲۶-۳۳۵).

با توجه به تعاریفی که از نسخ بیان گردید بایستی گفت که حذف ماده‌ی ۲۰۲ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰، نسخ نمی‌باشد. زیرا نسخ قانون در صورتی است که منطوق قانون دیگر بر آن دلالت داشته باشد.

همچنین ذکر این مطلب ضروری می‌باشد که در صورتی که چنین اشکال شود: منابع معتبر با یکدیگر اختلاف نظر دارند و لذا جریان اصل ۱۶۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در امور کیفری، ارجاع قضات به دلایل متعارض است که عقلاً ناپسند است.

می‌توان در جواب چنین بیان نمود: اولاً به استناد تعارض در برخی از موارد و مسائل در منابع معتبر نمی‌توان جریان اصل ۱۶۷ در امور کیفری را به طور کلی منکر شد و به اصطلاح دقیق دلیل ارائه شده اخص از مدعی است.

ثانیاً مگر اختلاف در تفسیر قوانین عادی ما را به عدم اعتبار قانون می‌رساند که در شرع چنین باشد؟ باید برای حل تعارض راه یافت نه اینکه صورت مسئله را حذف کرد.

به این ترتیب، این تصور که وضعیت جریان اصل ۱۶۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در امور کیفری ارجاع به دلایل متعارض است و عقلاً هم ناپسند است، ناشی از در نظر نگرفتن این است که این تعارضهای موردی و احتمالی چیزی بیش از نیاز به رفع تعارض از سوی شورای نگهبان که مفسر قانونی و رسمی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران است، نمی‌خواهد (الهام و زهروی، ۱۳۹۴، ۴۶۶).

بر این مبنا، فلسفه مقررۀ اصل ۱۶۷ قانون اساسی صرفاً این است که پرونده‌های قضایی بدون حل و فصل شدن باقی نمانند و طرفین دعوی بتوانند پس از تحمل زحمات اقامه و دفاع از دعوایی که مطرح شده است، ثمرۀ دعوی را ملاحظه کرده، از آن بهره مند شوند. به خصوص در مواردی که حقوق عامه جامعه در میان باشد. در حقیقت اصل ۱۶۷ قانون اساسی، به منزله یک راهنمایی می‌باشد که در موارد سکوت، اهمال، اجمال و تعارض قانون، می‌تواند ایفای نقش نماید. لذا، وضع اصل ۱۶۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران دقیقاً در راستای اعتبار بخشیدن حقیقی به شرع در محاکم دادگستری است بدون آنکه این اعتبار

نیازمند و مقید به تدوین و تصویب ماده قانونی باشد که نمایندگان مجلس آن را به تصویب رسانده‌اند (الهام و زهروی، ۱۳۹۶، ۴۴۹). ذکر این نکته ضروری است که نتیجه سکوت و یا اهمال و یا نسخ قانونگذار، همگی ارجاع به نظرات و فتاوی معتبر فقهی می باشد و در نتیجه تاثیر چندانی ندارد. همچنین با توجه به مطالبی که در مورد نسخ گفته شد، اهمال قانون گذار نیز منتفی است.

۹- نتیجه گیری

مستند ماده ۲۰۲ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ روایت بکیر بن اعین است که گروهی از فقهاء همچون شیخ طوسی -در یکی از دو قول خود- امام خمینی (ره)، شیخ صدوق، فتوا به قطع پای سارق داده- اند. و در مقابل گروهی از فقهاء متاخرین، همچون شهید اول، شهید ثانی، محقق حلی و علامه حلی، به دلیل ضعف در سند و خبر واحد بودن آن، حکم به براءت از قطع پای سارق داده‌اند. فقهایی که به این روایت استناد کرده اند، علیرغم ضعف سندی در روایت بکیر بن اعین یا حداقل حسنه بودن آن، عمل مشهور فقهاء را جابر ضعف سند دانسته‌اند.

کسانی که حکم به براءت از قطع پا داده اند، خبر را ضعیف دانسته و با استناد به قاعده تدرأ الحدود بالشبهات، به براءت از حکم قطع پا فتوا داده اند. همچنین محقق حلی نیز در تخلل میان دو حد، اجرای جرم حدی را -با توجه به اصول کلی باب حدود- برای اجرای مرتبه دوم حد لازم می داند. لذا از باب تداخل اسباب، و حفظ عصمت دماء، حکم به براءت از قطع پا می دهد. همچنین در بحث سندی روایت دوم بیان شد، که شیخ صدوق با سقط سند روایت بکیر بن اعین، آن روایت را به عنوان فتوای خود بعد از صحیح حلی بیان نموده است.

نظر مختار در مسأله‌ی پیش رو نیز، حکم به براءت از قطع پای سارق بود. به دلیل اینکه اولاً، در سند روایات افرادی بودند که رجالیون حکم به ضعیف بودن آنها نموده‌اند. ثانیاً، در مخالفت با شهرت عملی، ثابت کردیم که عمل اصحاب (به ویژه متقدمین)، جابر ضعف سند نمی‌باشد. زیرا خود متقدمین در فتاوا و آراء و نظراتشان، به چنین چیزی متعرض نشده اند. همچنین در تایید نظر محقق حلی، که در تخلل حدی میان دو حد، انجام سرقت و جرم حدی بایستی اتفاق افتد، به دو روایت صحیح و موثقه اشاره شد که تکرار جرم، بعد از اجرای حد بایستی صورت گیرد تا مرتبه بعدی اجرای حد لازم گردد.

همچنین با توجه به تعاریفی که از نسخ در قانون آمده است، حذف ماده ۲۰۲ قانون مجازات اسلامی از

نوع نسخ نمی باشد. زیرا سکوت قانون گذار اعم از نسخ می باشد و در مواردی که قانون وجود ندارد، و یا قانون گذار سکوت کرده است، بایستی با رجوع به اصل ۱۶۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی، که استناد به فتوا و قول فقها می باشد، مسأله مورد نظر را رفع و حل نمود.

فهرست منابع

- قرآن کریم
- ابن ادريس حلی، ابوجعفر محمد بن منصور (۱۴۱۰). السرائر الحاوی لتحرير الفتاوی. قم: مؤسسه نشر اسلامی.
- ابن فهد، حلی جمال الدین (۱۴۰۷). المهذب البارع فی شرح المختصر النافع، محقق / مصحح: مجتبی عراقی. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم. چاپ اول
- ابن فهد، حلی جمال الدین (۱۴۰۹). الرسائل العشر. قم: چاپ مهدی رجایی.
- ازهری، محمد بن احمد (۲۰۰۱). تهذیب اللغة. محقق: عمر سلامی و عبدالکریم حامد، بیروت: احیاء التراث العربی.
- الهام، غلامحسین، زهروی، رضا (۱۳۹۶). بررسی تطبیقی چالش‌های ناشی از سکوت قانون در حقوق کیفری ایران و فقه امامیه، مطالعات حقوقی تطبیقی، دوره ۸، شماره ۲، پاییز و زمستان، صص: ۴۴۳-۴۷۳.
- بحرانی، یوسف (۱۳۶۴). الحدائق الناضره فی احکام العتره الطاهره، مصحح: محمد تقی ایروانی. قم: جماعه المدرسین فی الحوزه العلمیه، جلد ۲.
- ترابی شهرضایی، اکبر (۱۳۹۰). آیین دادرسی کیفری در اسلام. قم: ناشر: مرکز فقهی ائمه اطهار (ع). چاپ اول.
- جوهری، اسماعیل بن حماد (۱۴۱۰). الصحاح، تحقیق: احمد عبدالغفور عطار. بیروت: دارالعلم ملائین.
- حاجی ده آبادی، احمد (۱۳۹۱). قواعد فقه جزایی (حدود و تعزیرات، قصاص و دیات). قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه. چاپ سوم.
- حق وردیان، داوود، پور قهرمان، بابک (۱۳۹۷). طریقت یا موضوعیت داشتن ادله اثباتی جرم در قانون مجازات اسلامی، فصلنامه علمی - پژوهشی فقه و مبانی حقوق اسلامی، سال دهم، شماره ۳، پاییز، صص: ۳۷ - ۴۹.
- حسن بن یوسف، حلی (۱۴۱۳). مختلف الشیعۀ فی أحكام الشریعۀ. محقق / مصحح: گروه پژوهش دفتر انتشارات اسلامی. قم: مؤسسه النشر الإسلامی.
- خوانساری، سید احمد (۱۳۶۶). جامع المدارک. قم: اسماعیلیان.
- خویی، سید ابوالقاسم (۱۴۱۳). مبانی تکملۀ المنهاج. قم: مؤسسه احیاء آثار الإمام الخوئی ره.
- خویی، سید ابوالقاسم (۱۴۱۷). مصباح الأصول، تقریرات درس اصول: الواعظ الحسینی البهسودی. قم: مکتبه الدوری.
- خویی، ابوالقاسم (بی تا). معجم رجال الحدیث. بی جا: مؤسسه الخوئی الإسلامیه. چاپ دهم.

- . راغب اصفهانی، حسین (۱۴۱۲). مفردات الفاظ القرآن. لبنان: دارالفکر. چاپ اول.
- . روحانی، سید محمد صادق (۱۴۱۴). فقه الصادق (ع). قم: مؤسسه دارالکتاب. چاپ سوم.
- . سبزواری، سید عبدالاعلی (۱۴۱۳). مهذب الاحکام فی بیان حلال و الحرام. قم: دارالتفسیر، جلد ۲۸.
- . سبزواری، محمد باقر (۱۲۷۴). ذخیره المعاد فی شرح الارشاد. تهران: چاپ سنگی.
- . شهید اول، محمد بن مکی (۱۴۱۳). القواعد و الفوائد. محقق: سید عبد الهادی حکیم. قم: کتابفروشی مفید، چاپ اول.
- . شهید ثانی، زین الدین بن نور الدین علی بن أحمد (۱۴۱۲). مسالک الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام. قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه، جلد ۱۴.
- . شیخ حر عاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۹). تفصیل وسائل الشیعۀ إلى تحصیل مسائل الشریعۀ معروف به وسائل الشیعۀ. قم: مؤسسه آل البيت علیه السلام، جلد ۱۲.
- . شیخ صدوق، محمد بن علی (۱۴۱۳). من لا یحضره الفقیه، المحقق: علی اکبر الغفاری. قم: جماعۀ المدرّسین فی الحوزۀ العلمیۀ. چاپ دوم.
- . علم الهدی، سید مرتضی (۱۳۶۲). الذریعۀ الی اصول الشریعۀ. محقق: دکتر ابوالقاسم گرگی. تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
- . طباطبائی، سید علی (۱۴۱۲). ریاض المسائل فی بیان احکام الشرع بالدلائل. تحقیق و نشر: مؤسسه النشر الإسلامی. چاپ اول.
- . طریحی، فخرالدین (۱۴۱۶). مجمع البحرین. تهران: کتابفروشی مرتضوی. چاپ سوم.
- . طوسی، محمد بن حسن (۱۳۴۸). اختیار معرفه الرجال. المعروف برجال الکشی. محقق: حسن المصطفوی، مشهد: دانشگاه مشهد، دانشکده الهیات و معارف اسلامی.
- . طوسی، محمد بن حسن (۱۳۸۷). المبسوط فی فقه الإمامیۀ. محقق: محمد باقر بهبودی. تهران: مکتبه المرتضویۀ.
- . طوسی، محمد بن حسن (۱۴۰۷). لخلاف، محققین: حجۀ الإسلام والمسلمین حاج سید علی خراسانی و حجۀ الإسلام والمسلمین سید جواد شهرستانی و حجۀ الإسلام والمسلمین شیخ محمد مهدی طه نجف. قم: جماعۀ المدرّسین فی الحوزۀ العلمیۀ بقم، مؤسسه النشر الاسلامی.
- . طوسی، محمد بن حسن (۱۴۱۰). النهایۀ فی مجرد الفقه و الفتاوی. بیروت: دار الکتب العربی.
- . غروی نائینی، سید محمد حسین (۱۴۰۴). منیۀ الطالب فی شرح المکاسب. مقرر: نجفی، خوانساری. قم: مؤسسه النشر الاسلامی. چاپ اول.
- . فاضل موحدی لنگرانی، محمد (۱۳۸۱). تفصیل الشریعۀ- الحدود. قم: مرکز فقه الاثمه الاطهار(ع)، چاپ اول.
- . فخر المحققین، أبی طالب محمد بن الحسن بن یوسف بن المطهر الحلّی (۱۳۸۹). ایضاح الفوائد فی شرح

- إشکالات القواعد. قم: مؤسسه اسماعیلیان. چاپ اول.
- . فیومی، احمد بن محمد (۲۰۱۰). مصباح المنیر. قم: موسسه دار الهجرة.
- . کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۷). فلسفه حقوق. تهران: شرکت سهامی انتشار.
- . کلینی، محمد بن یعقوب (۱۴۲۹). الکافی. قم: دار الحدیث.
- . گلپایگانی، سید محمد رضا (۱۴۱۲). الدر المنضود فی احکام الحدود. مقرر: علی کریمی جهرمی. قم: دار القرآن الکریم. چاپ اول.
- . مجلسی، محمد باقر (۱۴۰۴). ملاذ الأخیار فی فهم تهذیب الأخبار، محقق / مصحح: مهدی رجایی. قم: کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی. چاپ اول.
- . محقق ثانی، عاملی کرکی (۱۴۱۴). جامع المقاصد فی شرح القواعد. مصحح: گروه پژوهش مؤسسه آل البيت علیهم السلام. قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
- . محقق حلی، ابو جعفر (۱۴۱۲). شرح نکت النهایة. قم: جماعة المدرسین فی الحوزة العلمیة بقم. مؤسسه النشر الإسلامی. چاپ اول.
- . مشکینی، میرزا علی (۱۳۷۷). مصطلحات الفقه. قم: انتشارات الهادی.
- . مظفر، محمدرضا (۱۴۰۳). اصول الفقه. بیروت: دارالتعارف. چاپ چهارم.
- . مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۱۶). انوار الفقاهه (کتاب الحدود و التعزیرات). قم: مدرسه الامام علی بن ابی طالب (ع). چاپ اول.
- . موسوی خمینی، سید روح الله (۱۴۰۹). تحریر الوسیله. قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار الإمام الخمینی قدس سره. چاپ اول.
- . میرزایی، اقبالعلی (۱۳۹۴). مفهوم و صورت های نسخ قانون، مجله حقوقی دادگستری. سال هفتاد و نهم، شماره نود، تابستان، صص: ۱۲۹ - ۱۵۴.
- . میر محمد صادقی (۱۳۷۹). جرائم علیه اموال و مالکیت. تهران: نشر میزان. چاپ اول.
- . نجاشی، ابو العباس (۱۴۳۶). رجال النجاشی. المحقق: السید موسی الشبیری الزنجانی. قم: مؤسسه النشر الإسلامی.
- . نجفی، محمدحسن (۱۹۸۱). جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام. بیروت: دار إحياء التراث العربی.