

مطالعات فقه و حقوق اسلامی
سال ۱۴ - شماره ۲۹ - زمستان ۱۴۰۱
صفحات ۳۴۵ - ۳۷۲ (مقاله پژوهشی)

تأملی در شرطیت «هتک حرز» در سرقت حدّ (نقد ماده ۲۶۸ ق.ا.م.)

سید مجتبی حسین نژاد*

تاریخ: دریافت: ۱۳۹۹/۰۷/۱۳ بازنگری: ۱۳۹۹/۰۹/۱۵ پذیرش: ۱۳۹۹/۰۹/۱۷

چکیده

با جستجو در عبارات فقها روشن می‌شود که بسیاری از آنها علاوه بر اعتبار محرز بودن مال مسروقه به عنوان یکی از شرایط مال مسروقه در سرقت مستوجب حدّ، هتک حرز توسط سارق را نیز از جمله شرایط سارق در سرقت مستوجب حدّ دانسته‌اند. آن دسته از فقهای هم که متذکر این شرط در سرقت مستوجب حدّ نشده‌اند اصلاً متعرض هیچگونه نقدی نسبت به سخنان قائلین به شرطیت هتک حرز نشده‌اند. قانونگذار نیز از نظریه اکثریت فقها پیروی کرده و پس از اعتبار محرز بودن مال مسروقه به عنوان یکی از شرایط سرقت حدّی در ماده ۲۶۸ ق.ا.م. مصوب ۱۳۹۲ ذیل همین ماده، هتک حرز توسط سارق را نیز از جمله شرایط سرقت مستوجب حدّ دانست. نگارنده پس از بررسی ماهیت هتک حرز و ادله فقها بر اعتبار این شرط، با استناد به یک دسته از دلایلی همچون الغای خصوصیت از موارد موجود در روایات، نتیجه می‌گیرد که هیچ دلیلی بر اعتبار این شرط در سرقت مستوجب حدّ وجود ندارد بلکه صرف محرز بودن مال مسروقه و اخراج مال مسروقه توسط سارق از حرز، در سرقت مستوجب حدّ کافی است و نیازی به اعتبار هتک حرز توسط سارق نیست.

کلیدواژه: حرز، هتک حرز، مقسم هتک حرز، مقسم حرز، الغای خصوصیت.

* دانشیار فقه و حقوق اسلامی مؤسسه آموزش عالی پارسا، بابلسر، ایران

مقدمه

قبل از هر چیز برای روشن شدن محلّ بحث و تعلیق آن بر تبیین موضوع شناسی حرز و اعتبار محرز بودن اموال مسروقه در سرقت مستوجب حدّ، باید دانست که علیرغم اجماع فقها بر اعتبار محرز بودن اموال مسروقه (شریف مرتضی، ۱۴۱۳: ۵۳۰؛ شیخ طوسی، ۱۴۱۳: ۴۱۸/۵) به عنوان یکی از شرائط اموال مسروقه در سرقت مستوجب حدّ و مراجعه به عرف (فاضل مقداد، ۱۴۰۴: ۳۷۷/۴؛ راشد صیمری، ۱۴۲۰: ۳۴۵/۴؛ ایزدی فرد و حسین نژاد، ۱۳۹۸: ۳۸)، در موضوع شناسی حرز از جهت وجود نداشتن حقیقت شرعیّه برای آن، در تبیین ماهیّت و مفهوم و مصادیق حرز با یکدیگر اختلاف نظر شدیدی دارند که البته مطرح نمودن این اقوال به همراه نقد و بررسی آن بسی طولانی است، ولی به صورت خیلی خلاصه باید گفت: قول صحیح در تبیین مفهوم و مصادیق حرز عبارت است از «هر مکانی که اموال در آن مکان به خاطر قفل بودن یا بسته بودن یا مدفون بودن، از دستبرد دیگران محفوظ است - البته بنابر تفصیل در مدفون بودن اشیاء بین دفن کردن آن در آبادی یا غیر آبادی - یا غیر از این امکانه از مکان های دیگری که عرفاً حفاظتگاه برای آن اموال محسوب می شود» (جبعی عاملی، ۱۴۱۳: ۴۹۴/۱۴؛ اردبیلی، ۱۴۰۳: ۲۴۰/۱۳؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۴۹۹/۴۱؛ خمینی، بی تا: ۴۸۵/۲)؛ زیرا از آنجایی که ملاک و مناط در حرز به اجماع فقها، رجوع به عرف می باشد با مراجعه به عرف دانسته می شود که قضاوت عرف در تبیین مفهوم و مصادیق حرز، انحصار آن به موارد سه گانه ای همچون مکان های قفل شده یا بسته شده یا مکانی که مال در آن دفن شده است، نمی باشد آنگونه که بسیاری از فقها و حتی اجماع فقها بنابر ادعای ابن ادریس، حرز را منحصر به این موارد دانسته اند (ابن ادریس، ۱۴۰۶: ۴۸۳/۳؛ محقق حلّی، ۱۴۰۸: ۱۶۲/۴؛ علامه حلّی، ۱۴۱۳: b۱۶/۹) بلکه غیر از این موارد همچون مخفی کردن چیزی از انظار و دیده گان مردم در زیر فرش یا کتاب و یا مراقبت و مراعی مالک از گوسفندان و شتران در بیابان و غیره نیز از نظر عرفی حرز محسوب می شوند -

خصوصاً با توجه به این که جوامع بشری در سیر تکاملی خود دائماً در امور عرفی تغییراتی ایجاد کرده و قادر به آن است که اشکال آن را تغییر دهد - لذا موارد و مصادیق حرز به مراتب با توجه به مقتضای عرف می‌تواند بیشتر از موارد سه گانه فوق در نظر گرفته شوند و آوردن این موارد در روایات دالّ بر اعتبار حرز، همچون روایت مؤثقه سکونی^۱ تنها از باب مثال بوده و هیچ خصوصیتی ندارند؛ نه این که حرز منحصر به موارد مذکور و در نتیجه، اخذ به این روایات از باب تعبد باشد (جبعی عاملی، ۱۴۱۳: ۵۰۶/۱۴؛ اردبیلی، ۱۴۰۳: ۲۳۹/۱۳؛ فاضل لنکرانی، ۱۴۲۲: ۵۳۳-۵۳۴). در نتیجه، با توجه به عرفی بودن معنای حرز می‌توان از موارد داخل در این روایات، الغاء خصوصیت نموده و آن را به موارد دیگری که عرفاً حرز تلقی می‌شوند، توسعه داد.

۱- موضوع شناسی هتک حرز

با جستجو در کتب لغوی روشن می‌شود که «واژه هتک» (با فتحه هاء و سکون تا) به معنای بریدن، دریدن و پاره کردن پرده است (فراهیدی، ۱۴۱۰: ۳۷۴/۳؛ جوهری، ۱۴۱۸: ۱۶۱۶/۴؛ ابن اثیر، بی تا: ۲۴۳/۵؛ ابن منظور، ۱۴۱۴: ۵۰۲/۱۰). اما باید در نظر داشت که با جستجو در عبارات فقها روشن می‌شود که تمامی آنها در عباراتشان هتک حرز را تعریف نکرده و تنها تعداد اندکی از آنها به ذکر مثال هایی برای آن اکتفاء کرده اند؛ مانند علامه در قواعد (علامه حلی، ۱۴۱۳: ۵۶۴/۳) و شهید ثانی در مسالک (جبعی عاملی، ۱۴۱۳: ۴۸۵/۱۴) و روضه (جبعی عاملی، ۱۴۱۲: ۲۲۱/۹) که در بیان هتک حرز به مثال هایی همچون سوراخ کردن دیوار یا گشودن درب یا شکستن آن اکتفاء نموده اند.

۱. «لَا يَطْعُ إِلَّا مَنْ نَبَّ يَنْبَأُ أَوْ كَسَرَ فُقُلًا» (شیخ طوسی، ۱۴۰۷: ۱۰/۱۰۹؛ شیخ طوسی، ۱۳۹۰: ۲۴۳/۴؛ حرّ

یکی از محققین در این زمینه می‌نویسد: «هتک چگونه واقع می‌شود؟ تا آنجا که در متون دقت کرده‌ایم فقها هتک حرز را تعریف نکرده‌اند و فقط به ذکر مثال اکتفاء کرده‌اند؛ در کتب اخیر مثل کتب معاصرین، اصلاً چنین چیزی مطرح نیست. به نظر می‌رسد که روش خاصی مورد نظر آنان نیست، بلکه هر نوع دستیابی به مال محرز، هتک است؛ یعنی هتک، دستیابی به مال محرز است. شکستن خاصی وجود ندارد؛ شکستن قفل، یا سوراخ کردن و نقب زدن، مصادیقی از هتک است. به هر حال، خود هتک گویای مفهوم خود است؛ در عین حال این موضوع در کلام فقها هست که هتک و بیرون آوردن مال باید یکی باشد. این بیان افاده می‌کند که به هر نوع دستیابی به مال محرز (و به هر نحو)، هتک صادق و منطبق نیست؛ مثلاً در حالتی که مال مقفل یا مغلق باشد ممکن است حرز به وسیله یکی هتک شود و مال به وسیله دیگری خارج گردد. به عبارت دیگر، در این موارد دستیابی به مال محرز به دو عمل هتک و زاحراج نیاز دارد؛ به هر حال، بودن مال در حرز، ملازم با هتک داشته و برداشتن چنین مالی مستلزم هتک است ولی هتک، همیشه مستلزم شکستن قفل یا مانند آن نیست (محقق داماد، ۱۴۰۶: ۲۶۵/۴).

به نظر می‌رسد ظاهر کلام فقها همان طور که گذشت با توجه به مثال‌های علامه حلی و شهید ثانی خصوصاً با در نظر گرفتن معنای لغوی «حرز» می‌تواند گویای آن باشد که مراد از هتک حرز در عباراتشان، هر گونه برخورد فیزیکی با مکان حرز است به طوری که منجر به از بین رفتن حرزیت آن مکان شود. یعنی آن چه که در اینجا موضوعیت دارد خصوص هر گونه برخورد فیزیکی با حرز در رسیدن به مال مسروقه می‌باشد، نه هر گونه دستیابی به مال محرز اگر چه همراه با برخورد فیزیکی نیز نبوده باشد.

البته ثمره این مطلب و تبیین بیشتر این بحث در آینده خواهد آمد.

۲- ثمره بحث

فقها اگر چه هتک حرز را تعریف نکرده و فقط به ذکر مثال‌هایی برای آن اکتفاء کرده‌اند ولی در عین حال، این موضوع در کلام فقها مطرح هست که هتک حرز و

بیرون آوردنده مال از حرز باید یکی باشند؛ لذا با معتبر دانستن این شرط در ثبوت حدّ سرقت بر سارق، چنان چه هاتک حرز، غیر از شخص اخراج کننده مال از حرز باشد در این صورت، دست هیچ کدام از آن دو قطع نمی‌شود. اما عدم قطع دست شخص هاتک حرز به خاطر آن است که وی اخذ کننده مال از حرز نمی‌باشد، و عدم قطع دست شخص آخذ و خارج کننده مال به خاطر آن است که سرقت وی در این صورت از حرز نمی‌باشد اگرچه این شخص بنا بر فرض مسأله، خارج کننده مال نیز می‌باشد، اما باید در نظر داشت که بعد از هتک کردن موضعی که حرز برای مال محسوب می‌شود توسط غیر این شخص، آن موضع حرزیت خود را نسبت به اموال از دست داده و دیگر نمی‌تواند بعد از هتک، به عنوان حرز برای آن اموال محسوب شود؛ لذا سرقت شخص غیر هاتک از آن موضع، دیگر نمی‌تواند سرقت از حرز تلقی شود (طرابلسی، ۱۴۱۱: ۲۲۷؛ شیخ طوسی، ۱۳۸۷: ۲۹/۸؛ محقق حلی، ۱۴۰۸: ۱۶۰/۴).

البته در این مقام چنان چه بعداً نیز روشن خواهد شد، ممکن است گفته شود: با ملاحظه دلیلی که از ناحیه فقها در حکم این مسأله بیان شد روشن می‌شود که نیازی به اعتبار هتک حرز در ثبوت حدّ سرقت بر سارق نمی‌باشد بلکه صرف اعتبار محرز بودن مال مسروقه در ثبوت حدّ سرقت بر سارق کفایت می‌کند؛ زیرا اگر هتک حرز توسط شخص دیگری غیر از سارق مال انجام گیرد در این صورت، به خاطر از بین رفتن حرزیت آن موضع توسط هاتک، سرقت سارق از حرز صورت نمی‌گیرد، بلکه سرقت از حرز در صورتی می‌تواند صادق باشد که شخص سارق، هاتک حرز نیز بوده باشد از جهت این که فقط در این صورت است که سرقت وی از حرز صورت می‌گیرد.

در جواب از مناقشه فوق همان طوری که در قسمت نقد و بررسی اقوال و ادله نیز خواهد آمد، باید گفت: فقهایمانند محقق حلی - که به اعتبار هتک حرز در سرقت مستوجب حدّ تصریح کرده اند - در مقام بیان شرایط سرقت مستوجب حدّ، این شرایط را به دو قسم تقسیم کرده‌اند که عبارتند از: قسم اول: شرایط مربوط به سارق؛ قسم دوم:

شرائط مربوط به مال مسروقه؛ و ذکر کردن اشتراط هتک حرز، مربوط به شرائط سارق در سرقت مستوجب حدّ می‌باشد، در حالی که اشتراط محرز بودن مال مسروقه، به شرائط مال مسروقه در سرقت مستوجب حدّ مربوط می‌شود؛ لذا ذکر این دو شرط توسط فقها از باب متفاوت بودن مقسم هر یک از این دو شرط و بیان شرائط مربوط به آن مقسم می‌باشد؛ در نتیجه، از باب متفاوت بودن مقسم هر یک از آن دو شرط، ذکر کردن هر یک از آن دو شرط در مقسم خودش بلامانع است.

در این فرض، هیچگونه تفاوتی نمی‌باشد بین صورتی که این دو شخص از اول برای قصد و نیت دزدی و کمک در آن به یکدیگر آمده باشند و بین صورتی که این طور نباشد؛ زیرا صرف نیت و قصد هیچگونه اثری نمی‌تواند بر آن مترتب باشد بلکه آن چه که معیار می‌باشد ملاحظه عمل است؛ در حالی که با توجه به فرض مسأله، عمل هیچ کدام از این دو شخص واجد شرایط ثبوت حدّ سرقت نیست (فاضل لنکرانی، ۱۴۲۲: ۴۹۶)، بلکه فقط در این مسأله کسی که هتک حرز نموده، ضامن هتک و تلف حرز است و شخص اخذ کننده مال نیز ضامن مال اخذ شده به خاطر نفی ضرر و ضمان ید می‌باشد (طباطبائی، ۱۴۱۸: ۹۲/۱۶؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۴۸۷/۴۱؛ خمینی، بی تا، ۱۴۰۴: ۴۸۲/۲).

صاحب جواهر در حکمی که برای این مسأله بیان شد ادعای اجماع محصل و منقول می‌کند (نجفی، ۱۴۰۴: ۴۸۶/۴۱). البته ممکن است اشکال شود که حکم به عدم اجرای حدّ در این مسأله، وسیله و ذریعه‌ای برای فرار از اجرای حدّ و فراوانی سرقت می‌شود، چنان که بعضی از پیشوایان فقهای عامّه با توجه به این اشکال، به قطع دست شخص اخذ کننده مال، و بعضی دیگر همچون ابوحنیفه و مالک نیز به قطع دست هتک کننده حرز حکم داده اند (عوده، بی تا: ۵۲۹/۲).

شهید ثانی و صاحب جواهر در جواب از این اشکال نگاشته‌اند: این اشکال بنابر اصول مذهب ما واضح الفساد می‌باشد؛ زیرا با توجه به دلیلی که در حکم این مسأله

گذشت این بهانه نمی‌تواند به عنوان مستند قطع دست شخص اخذ کننده و یا شخص هتک کننده حرز باشد (جبعی عاملی، ۱۴۱۳: ۱۴/۴۸۵؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۴۱/۴۸۶) و چه بسا این که گاهی سارق به خاطر اجرا نشدن حد بر وی، حتی حيله‌ها و فنون دیگری فراتر از حيله فوق به کار می‌برد، به طوری که حتی بعضی از فقهای عامه عبارتی را به حضرت علی (ع) نسبت داده‌اند که حضرت (ع) می‌فرماید: «إذا كان اللصّ ظریفاً لا یقطع: زمانی که دزد زرنگ و آگاه به فنون خلاصی از حدّ قطع باشد، دستش قطع نمی‌شود» (الزحیلی، ۱۴۰۹: ۱۱۱/۶).

علاوه بر این که اگرچه اجرای حدّ قطع در اینجا منتفی است منتها تعزیر، ضمان مال، حکم تکلیفی حرمت تصرف در مال غیر، به جای خود محفوظ است و جاری نشدن حدّ سرقت نمی‌تواند مستلزم انتفای حکم تکلیفی و وضعی باشد. البته از میان فقهای معاصر نیز آیه الله موسوی اردبیلی در این فرض معتقد است که این حکم تنها در صورتی است که جرم مذکور به طور هماهنگ شده شکل نگیرد، ولی گاهی این جرم به شکل گروهی و هماهنگ شده و به صورت شبکه‌ای و سازمان یافته می‌باشد، به طوری که هر یک از افراد این گروه به حسب زیرکی و تخصصش، دارای وظیفه خاصی بوده است؛ همان - طوری که در شبکه‌های اربابی و تروستی و جاسوسی این طور می‌باشد. به طوری که در واقع، این گروه به منزله زنجیر بزرگی است که هر یک از افراد آن به منزله حلقه‌ها در آن زنجیر محسوب می‌شوند که در این صورت، بعید نمی‌باشد که با این شبکه و گروه نظم یافته شده با تمامی افرادی که در آن می‌باشند همانند برخوردی که با فرد واحدی که سرقت می‌کند، مقابله شود. لذا زمانی که مجموع افراد شبکه - بما هو مجموع - هتک حرز کنند حدّ قطع بر جمیع آنها اجرا می‌شود اگرچه گیرنده مال، غیر هتک حرز باشد و هتک حرز نیز گیرنده مال نباشد (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۷: ۳/۵۳-۵۴).

با توجه به مطالب گفته شده ممکن است در ابتدا این طور به نظر برسد که وجهی برای تفصیل بین گروه‌های هماهنگ نشده و بین گروه‌های هماهنگ شده و شبکه‌ای

نیست؛ خصوصاً با توجه به این که در فرض سرقت های سازمان یافته، مجموع بما هو مجموع هیچگونه وجودی در خارج ندارد و لذا نمی تواند محکوم به حکم نیز بوده باشد. آن چه که در خارج وجود دارد تک تک افراد است و تک تک افراد نیز به حسب فرض، دارای خصوصیات معتبره در اجرای حدّ قطع بر سارق نمی باشند؛ زیرا به حسب فرض این طور نیست که تمامی افراد، هم هاتک حرز بوده و هم مُخرج اموال از حرز باشند. ولی از نظر نگارنده، در مقام دفاع از سخنان آیه الله موسوی اردبیلی و در جواب مناقشه فوق می توان گفت:

همان طوری که قبلاً نیز گذشت بحث حرز و همچنین شرایط مربوط به آن، به عنوان بحث تشریحی در نظر گرفته نمی شود، بلکه این بحث پیش از آن که بحث تعبّدی شمرده شود به عنوان بحث عرفی نیز محسوب می شود. حال با حفظ این مطلب، از نظر عرفی در فرض دوم (سرقت های سازمان یافته) سرقت از حرز، بر تک تک افراد صدق می کند. تبیین مطلب مذکور از این قرار است که ادعای ما نیز این نیست که به «مجموع»، سارق از حرز گفته شود ولی به تک تک افراد، سارق از حرز گفته نشود چون مجموع بما هو مجموع، وجودی در خارج ندارد؛ چیزی که وجود دارد تک تک افراد است و تک تک افراد نیز به حسب فرض، هاتک و آخذ از حرز نمی باشند، ولی این نکته را باید در نظر داشت که در بعضی از فروض سرقت های سازمان یافته عرفاً بر تک تک افراد، سارق از حرز صدق می کند هر چند آن شخص فقط قفل را باز کرده و دیگری نیز فقط متاع را از حرز و گاو صندوق خارج کرده باشد. البته این مدعا فقط به صورت تعلیقی از ناحیه عرف می باشد؛ یعنی از نظر عرفی اگر تک تک افرادی که در سرقت های سازمان یافته شرکت دارند سارق از حرز محسوب شوند، حدّ قطع بر آنها ثابت است.

البته مسأله فوق که در کلام فقها ذکر شده است نمی تواند به عنوان ثمره بحث در نظر گرفته شود، زیرا چنان که گذشت اگر هاتک حرز غیر از شخص اخراج کننده مال از

حرز باشد، عدم اجرای حدّ قطع بر هاتک حرز به خاطر آن است که وی هیچ مالی را از حرز خارج نکرده و عدم اجرای حدّ قطع بر آخذ و خارج کننده مال به خاطر آن است که سرقت وی در این صورت از حرز نمی‌باشد؛ لذا اجرا نشدن حدّ قطع بر این دو شخص، ارتباطی به اشتراط هتک حرز ندارد بلکه ثمره‌ایی که می‌توان برای اشتراط هتک حرز تصور نمود این که سارق، هاتک حرز نباشد ولی در عین حال، با به کار بردن یک سری از تاکتیک‌ها از حرز سرقت نماید. البته نه از باب این که شخص دیگری غیر از سارق، هاتک حرز باشد بلکه اصلاً هتک حرز نه توسط سارق و نه توسط غیر آن، واقع نشود که در این صورت، بنابر قول اشتراط هتک حرز به عنوان یکی از شرایط سرقت مستوجب حدّ، حدّ قطع بر رباینده مال جاری نمی‌شود، در حالی که بنابر شرط نبودن هتک حرز، حدّ قطع بر رباینده مال جاری می‌شود. البته تبیین این ثمره و مثال آن در قسمت نقد و بررسی اقوال و ادله فقها خواهد آمد.

۳- اقوال فقها در اشتراط هتک حرز در سرقت

فقها در این خصوص بر چند قول هستند:

قول اول- برخی از فقهای متقدم (محقق حلی، ۱۴۰۸: ۱۶۲/۴؛ علامه حلی، ۱۴۱۰: ۱۸۱/۲؛ شهید اول، ۱۴۱۰: ۲۶۱؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۴۸۵/۱۴ و ۱۴۱۲: ۲۲۱/۹) و برخی از فقهای معاصر (خمینی، بی تا: ۴۸۲/۲؛ گلپایگانی، ۱۴۱۴: ۴۳/۳) و بسیاری از فقهای دیگر از جمله قائلین به اعتبار این شرط در ثبوت حدّ سرقت بر سارق می‌باشند، به طوری که حتّی بعضی از فقها در مورد اعتبار این شرط ادّعای اجماع نیز دارند (خوانساری، ۱۴۰۵: ۱۳۵/۷).

قول دوم- باید دانست که از میان فقهای شیعه تنها ابن ابی عقیل عمّانی (علامه حلی، ۱۴۱۳: ۲۴۶/۹) قائل به اشتراط محرز بودن اموال در سرقت مستوجب حدّ نبوده و در نتیجه، از باب سالبه به انتفاء موضوع، قائل به اشتراط هتک حرز نیز نمی‌باشد؛ البته

بسیاری از فقها نیز در این مقام همان طوری که در کلام محقق داماد گذشت، متذکر این شرط نشده‌اند.

۴- ادله فقها پیرامون اشتراط هتک حرز در سرقت

دلیل قول اول: به نظر می‌رسد دلائل این گروه از فقها روایاتی است که در مقام بیان مثال برای راه های منتهی شدن به اموال محرز می‌باشد که عبارتند از:

۱- روایت سکونی از امام صادق(ع) که فرمود: حدّ قطع بر سارق اموال اجرا نمی‌شود مگر این که دیوار خانه‌ای را سوراخ کند یا قفلی را بشکند (شیخ طوسی، ۱۴۰۷: ۱۰۹/۱۰؛ شیخ طوسی، ۱۳۹۰: ۲۴۳/۴؛ حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۲۷۷/۲۸).

همان طور که ملاحظه می‌شود امام(ع) حدّ قطع را مشروط به تخریب دیوار خانه یا شکاندن قفل آن کرد، لذا مقتضای ظاهر این روایت آن است که حدّ قطع تنها در صورت شکستن و از بین بردن حرز و بر خورد فیزیکی با آن بر سارق اجرا می‌شود.

سند این روایت در تهذیب و استبصار عبارت است از: محمد بن الحسن عن أحمد بن محمد عن البرقی عن النوفلی عن السکونی عن ابي عبد الله(ع) قال ...؛ که بنابر مذهب تحقیق، موثق می‌باشد؛ زیرا طریق شیخ در تهذیب و استبصار به احمد بن محمد بن عیسی اشعری قمی با در نظر گرفتن مشیخه اش صحیح است (علامه حلی، ۱۳۸۱: ۲۷۶). حال با حفظ این مطلب، احمد بن محمد بن عیسی اشعری امامی ثقه جلیل و همچنین شیخ و فقیه قمیین و معتمد بین اصحاب می‌باشد (نجاشی، ۱۴۰۷: ۸۳ و ۵۹؛ شیخ طوسی، ۱۴۲۷: ۳۵۱). اما در مورد محمد بن خالد برقی نیز باید گفت که قرار گرفتن وی در طریق سند این روایت نمی‌تواند موجب شمرده شدن این روایت از گونه روایات ضعیف شود؛ زیرا محمد بن خالد اگرچه از نظر نجاشی ضعیف می‌باشد (نجاشی، ۱۴۰۷: ۳۳۵) و احادیث زیادی از افراد ضعیف نقل کرده و به احادیث مرسله نیز اعتماد کرده است (ابن الغضائری، بی تا: ۹۳/۱) اما بسیاری از دانشمندان رجالی (شیخ طوسی، ۱۴۲۷: ۳۶۳؛

علامه حلی، (۱۳۸۱: ۱۳۹) به صورت صریح وی را ثقه دانسته اند. همچنین این راوی از ناحیه شیخ صدوق نیز به نقل از مجلسی اول (۱۴۰۶: ۴۲/۱۴) توثیق شده است. در مقام تحقیق باید گفت: کلام نجاشی، ظاهر در تضعیف محمد بن خالد برقی نمی‌باشد بلکه ظاهر سخن وی مقتضی تضعیف در احادیث وی می‌باشد، از جهت این که همان طور که در کلام ابن الغضائری گذشت وی احادیث زیادی را از افراد ضعیف نقل کرده و به مرسلات نیز اعتماد نموده است؛ و از واضحات است که تضعیف در احادیث و کثرت روایت از ضعفاء نمی‌تواند ملازم با تضعیف راوی و منافات با وثاقت وی باشد، زیرا اگر کثرت روایت از ضعفاء، با وثاقت راوی منافات داشته باشد چه بسا این که بسیاری از ثقات و راویان ثقه باید ضعیف شمرده شوند از جهت این که بسیاری از آنها از افراد غیر ثقه - بیش از آن چه که قابل شمارش باشد - روایت نقل می‌کنند؛ لذا توثیق شیخ دارای معارض نمی‌باشد (عاملی، ۱۴۱۹: ۹۵/۱؛ خوئی، بی تا: ۶۷/۱۶) در نتیجه، این روایت از جهت محمد بن خالد برقی هیچگونه مشکلی ندارد ولی با توجه به وجود اسماعیل بن ابی‌زیاد سکونی به عنوان راوی عامه موثق (محقق حلی، ۱۴۰۷: ۲۵۲/۱؛ مجلسی، ۱۴۰۶: ۵۸/۱۴؛ نوری، ۱۴۱۷: ۱۶۱/۴-۱۶۳) و همچنین حسین بن یزید نوفلی البته بنابر این که وی نیز در اواخر عمر خودش غالی شده باشد (اردبیلی، ۱۴۰۳: ۴۹۲/۷) موثق می‌باشد (جهت تبیین وثاقت نوفلی، ر.ک: خوئی، بی تا: ۱۱۴/۶؛ تبریزی، ۱۴۱۷: ۱۸۶/۱).

۲- روایت جمیل بن درّاج از امام باقر یا امام صادق (علیهما السلام) نیز به همین مضمون وارد شده است (سلمی سمرقندی، بی تا: ۳۱۹/۱؛ حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۲۷۷/۲۸-۲۷۸) اما این روایت به دلیل ارسال در سند، ضعیف است.

نکته‌ای که در اینجا حائز اهمیت است این که با در نظر گرفتن ضعف روایت دوم، اگرچه بر حسب ظاهر در روایت اول، سکونی متفرد به نقل است - و بنا بر نظر فقهای بزرگواری همچون شیخ صدوق (مجلسی، ۱۴۰۶: ۳۴۴/۴) روایتی که سکونی متفرد به

نقل باشد، حجّت نیست - ولی توجه به این نکته لازم است که روایت مذکور، یکی از مهم ترین مستندات فقها بر اعتبار حرزیت اموال به عنوان یکی از شرایط سرقت مستوجب حدّ می باشد و روایات صحیحهای همچون روایت صحیحه ابوبصیر (کلینی، ۱۴۰۷: ۲۲۸/۷؛ شیخ طوسی، ۱۴۰۷: ۱۱۰/۱۰؛ حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۲۷۶/۲۸) پشتیبان آن است؛ لذا سکونی در این روایت، متفرد به نقل نیست.

با حفظ این مطلب، اگرچه این روایت موثقه است اما باید دانست که بنابر مذهب تحقیق، دلیلی بر حجیت خبر واحد جز سیره عقلا که شارع آن را امضاء کرده، نداریم و سیره همان طوری که دلالت بر حجیت قول امامی ثقه می کند بر حجیت هر خبری که وثوق و اطمینان به صدورش از معصوم حاصل شود نیز دلالت می نماید؛ خواه وثاقت آن راوی احراز شود یا خیر، و خواه این که راوی دارای مذهب انحرافی باشد یا نه؛ بلکه احراز وثاقت راوی، مقدمه حصول وثوق به صدور خبر است و مراد از وثوق، وثوق شخصی نیست بلکه وثوق نوعی است و بنابر همین اساس، به صحیح و موثق عمل می - شود، ولی عمل به حسن و ضعیف مبتنی بر حصول وثوق به صدورش است که گاهی تضافر حدیث - اگرچه آن حدیث حسن و یا ضعیف است - سبب حصول وثوق می شود (سبحانی، بی تا: ۶۰-۶۱). در بحث فوق نیز با وجود عمل طائفه بنابر ادعای شیخ طوسی به روایت سکونی مبنی بر این که روایات یا فتاوی فقها برخلاف وی نباشد (شیخ طوسی، ۱۴۱۷: ۱۴۹/۱-۱۵۰) به خاطر عمل تمامی فقها به روایت سکونی (البته در باب شرطیت حرز در سرقت مستوجب حدّ) و نبودن روایاتی برخلاف آن - بلکه تمامی روایات وارده در مورد حرز موافق با آن می باشند - وثوق نوعی به صدور روایت از معصوم می شود؛ زیرا این روایت - همان طور که در آینده خواهد آمد - هرچند نمی تواند بر مدّعی قائلین به شرطیت هتک حرز به عنوان یکی از شرایط سرقت مستوجب حدّ دلالت کند ولی توجه به این نکته لازم است که روایت مزبور به عنوان یکی از مهم ترین مستندات اعتبار حرزیت اموال در سرقت مستوجب حدّ می باشد؛ لذا بسیاری از روایات وارده در

باب حرز بلکه تمامی آنها و همچنین فتاوی تمامی فقها، مطابق با این روایت بوده است. بر این اساس، با توجه به عمل طائفه بنا بر ادّعی شیخ طوسی به روایت سکونی مبنی بر این که روایات یا فتاوی فقها برخلاف وی نباشد، وثوق نوعی به صدور این روایت از معصوم حاصل می شود؛ در نتیجه، این روایت بنا بر مذهب تحقیق، از حیث سند نمی تواند مشکلی داشته باشد.

دلیل قول دوم: دلیل این قول، روایات دالّ بر عدم اشتراط محرز بودن مال مسروقه در سرقت مستوجب حدّ (حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۳۹/۲۸ و ۳۰۳-۳۰۴ و ۲۸۷) می باشد که از باب سالبه به انتفاء موضوع (محرز بودن مال مسروقه)، بر عدم اشتراط هتک حرز دلالت می کنند. از جمله این روایات، روایت صحیحه حلبی می باشد که می گوید: از امام صادق (ع) پرسیدم در مورد کسی که دزد را می گیرد، پیش حاکم ببرد یا رهایش کنند؟ امام صادق (ع) فرمودند: صفوان ابن ابی امیه در مسجد الحرام خوابیده بود و بعد از این که از خواب بیدار شد رداء خود را داخل مسجد گذاشت و برای تجدید وضو به بیرون رفت؛ وقتی که برگشت دید ردائش دزیده شده! گفت چه کسی رداء من را برداشته است؟ دنبال آن دزد رفت و دزد را پیدا کرد، آن را خدمت حضرت برده و گفت این شخص رداء من را دزدیده است؛ حضرت فرمود: دستش را قطع کنید، صفوان یک دفعه دید که می خواهند دست این شخص را قطع کنند، گفت می خواهید دستش را به خاطر رداء من قطع کنید؟! حضرت فرمود: بله، گفت آقا من بخشیدم، حضرت فرمود: چرا قبل از این که او را پیش من بیاورید، نبخشیدید؟ راوی می گوید آیا امام هم به منزله نبی است؟ حضرت می فرماید: بله؛ راوی می گوید اگر قبل از این که مجرم را پیش امام ببرند، او را ببخشند چه حکمی دارد؟ حضرت فرمود نیکوست (کلینی، ۱۴۰۷: ۲۵۱/۷؛ شیخ طوسی، ۱۴۰۷: ۱۰/۱۲۳؛ همو، ۱۳۹۰: ۴/۲۵۱؛ حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۳۹/۲۸).

از آنجا که مسجد الحرام به عنوان یک مکان عمومی و محلّ رفت و آمد مسلمانان است، لذا ردای صفوان قطعاً در حرز نبوده است. بر این اساس، این روایت می تواند دلیل

بر آن باشد که سارق از هر مکانی که سرقت کند - چه مکان های محرز و چه غیر محرز - حدّ قطع بر وی اجرا می شود. در نتیجه، با معتبر نبودن حرزیت اموال به عنوان یکی از شرائط سرقت مستوجب حدّ، هتک حرز نیز از باب سالبه به انتفاء موضوع (حرز) نمی-تواند در زمره شرائط سرقت مستوجب حدّ قرار گیرد.

اما به نظر می رسد دلیل فقهایی که متذکر این شرط نشده اند همان دلیلی است که در قسمت نقد و بررسی اقوال و ادله بیان خواهد شد.

۵- نقد اقوال و ادله فقها در اشتراط هتک حرز در سرقت حدّی

به نظر می رسد که نیازی به اعتبار هتک حرز نیست؛ زیرا چنان که قبلاً گذشت هیچ از یک فقها در عباراتشان هتک حرز را تعریف نکرده و فقط به ذکر مثال هایی برای آن اکتفاء نموده اند؛ لذا ظاهر کلامشان می تواند گویای آن باشد که مراد از هتک حرز، هرگونه برخورد فیزیکی با مکان حرز است به طوری که منجر به از بین رفتن حرزیت آن مکان شود. حال با توجه به این مطلب می توان گفت که لازمه اعتبار این شرط آن است که اگر سارق از حرز سرقت کند ولی هیچگونه برخورد فیزیکی با حرز همچون شکستن و سوراخ کردن آن نداشته باشد، در این صورت، حدّ قطع بر وی اجرا نمی شود؛ در حالی که این مطلب نمی تواند صحیح باشد بلکه امروزه با توجه به پیشرفت علم، سرقت از حرز بدون هتک و برخورد فیزیکی و مادی با آن از جمله کارهای دشوار محسوب نمی شود.^۱ همچنین با فرض بودن مراعات مالک به عنوان حرز - همان طوری

۱. فرض کنید خانه ای که درب آن قفل و بسته است و دیوارهایش هم بلند است، بالای دیوارش نیز سیم خاردار دارد، یک مالی هم در آنجاست که در این مکان محرز است ولی سارق با یک عدد هواپیمای کوچک قابل کنترل که دورین هم دارد روی آن مال این هواپیما را می نشانند و با آن هواپیما آن مال را بر می دارد و در نتیجه، آن مال را از داخل آن خانه بیرون می آورد و اصلاً به هیچ چیز دست نمی زند ولی در عین حال، مال را از حرز بیرون می آورد؛ طبق این فرض، مال در حرز بوده است و هیچ شکّ و شبهه ای در حرز بودنش نیست ولی سارق، هتک

که تعدادی از فحول فقها آن را پذیرفته اند (شیخ طوسی، ۱۳۸۷: ۲۳/۸-۲۵ و ۴۶؛ علامه حلی، ۱۴۱۳: ۵۶۱/۳-۵۶۳) - سرقت در این فرض با هتک حرز قابل جمع نمی‌باشد و هتک حرز در این سرقت نمی‌تواند هیچگونه معنایی داشته باشد؛ اگرچه مراعات مالک، توسط بسیاری از فقهای قائل به اعتبار هتک حرز در سرقت مستوجب حد، به عنوان حرز تلقی نمی‌شود ولی بنابر مذهب تحقیق، مراعات مالک در بسیاری از مواقع به عنوان حرز تلقی می‌شود؛ لذا با اثبات حرزیت مراعات مالک، اشتراط هتک حرز مشکل است و چه بسا این که پذیرفتن این شرط از ناحیه قائلین به حرزیت مراعات مالک همچون صاحب قواعد الاحکام (علامه حلی، ۱۴۱۳: ۵۶۱/۳-۵۶۳) جای تعجب است؛ البته بسیاری از فقهای قائل به اشتراط هتک حرز، مراعات مالک را حرز نمی‌دانند، لذا با توجه به استنتاجی که از روایات دارند هتک حرز را شرط می‌دانند.

وانگهی با توجه و تأمل در روایات دلیل قول دوم همچون روایت مؤثقه سکونی (شیخ طوسی، ۱۴۰۷: ۱۰/۱۰۹؛ شیخ طوسی، ۱۳۹۰: ۲۴۳/۴؛ حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۲۸/۲۷۷)، عدم موضوعیت هتک حرز نیز فهمیده می‌شود؛ به طوری که می‌توان از هتک حرز و هرگونه برخورد فیزیکی با حرز همچون سوراخ کردن دیوار یا شکستن قفل و ... الغای خصوصیت کرده و بگوئیم روایات فقط در مقام اعتبار محرز بودن مال مسروقه در سرقت مستوجب حد می‌باشند و عناوینی از قبیل شکستن و سوراخ کردن و ... که در روایات وارد شده است، فقط به عنوان مثال برای تبیین راه‌های منتهی شدن به اموال در حرز بوده و هیچگونه خصوصیتی ندارند. آن چه که در اینجا جای سؤال می‌باشد این است که بعضی از فقهای قائل به اعتبار این شرط، در تعریف و تبیین موضوع حرز، از موارد موجود در این روایات الغای خصوصیت کرده و آن را به تمامی موارد مشابه تسری داده‌اند و در مقام تبیین مفهوم و مصادیق حرز، نظریه پنجم را پذیرفته‌اند (جبعی

حرز نبوده و اصلاً به حرز دست زده است و هیچگونه تماس بدنی و برخورد فیزیکی با حرز نداشته است بلکه ساختمان همچنان محفوظ است؛ نه سیم خاردار آن را دست زده است و نه برقش را و نه قفل و دیوار آن را.

عاملی، ۱۴۱۳: ۴۹۴/۱۴؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۴۹۹/۴۱؛ خمینی، بی تا: ۴۸۵/۲)، اما موارد دستیابی به مال مسروقه را منحصر به این موارد و یا کمی بالاتر از آن (هرگونه برخورد و تماس فیزیکی با حرز مانند بالا رفتن از دیوار) دانسته و در نتیجه، هتک حرز را شرط نموده‌اند؛ در حالی که مقتضای سخنان این دسته از فقها از جمله صاحب جواهر (نجفی، ۱۴۰۴: ۴۹۹/۴۱) که در شرح عبارت شرائع (و من شرطه أن یکون محرراً بقفل أو غلق أو دفن) می نویسد: «أو نحوها مما یعدّ فی العرف حرراً لمثلها»، آن است که سرقت از حرز نیز به اعتبار عرفی بودن حرز، اعم از برخورد مادی و غیر مادی با آن است؛ لذا مقتضای سخنان این دسته از فقها در تبیین مفهوم حرز می تواند مؤید برای عدم انحصار اجرای حدّ قطع در هتک حرز و به تبع آن، عدم اشتراط هتک حرز در اجرای حدّ قطع باشد. در نتیجه روشن نیست که چرا این دسته از فقها با این اوصاف، قائل به هتک حرز و برخورد فیزیکی و مادی با آن شده اند؛ بنابراین، در حال حاضر با توجه به تحوّل که در موضوع و مصادیق حرز ایجاد شده و راهها و ابزارهای جدیدی تحت عنوان حرز برای نگهداری اموال پدید آمده است، سرقت از حرز بدون برخورد فیزیکی و مادی با آن میسر است. در نتیجه، در صورتی که سرقت از حرز بدون برخورد فیزیکی با آن و با وجود سائر شرائط سرقت مستوجب حدّ صورت گیرد می توان گفت که حدّ قطع بر سارق اجرا می شود.

البته ممکن است گفته شود که روایاتی همچون روایت مؤثقه سکونی (لا یقطع الّا من نقب بیتاً أو کسر قفلاً) با توجه دلالت «الّا» بعد از نفی بر انحصار، تنها بر اجرای حدّ قطع در صورت سوراخ کردن و خراب کردن و از بین بردن قسمتی از خانه و یا شکناندن قفل، دلالت می کنند.

ولی باید در نظر داشت که اگرچه «الّا» مسبوق به نفی، دلالت بر حصر می کند ولی باید دانست که استنباط فقاهتی، خصوصیتی را در سوراخ کردن یا شکستن قفل احراز نمی کند، بلکه آن چه مقتضای حصر در نظر گرفته می شود این است که قطع دست در

خارج از مکان بسته شده یا قفل شده و امثال اینها یعنی مکان های محرز، مجاز نیست. از اینرو این دسته از روایات تنها بر انحصار اجرای حدّ قطع در صورت سرقت از حرز دلالت می کنند، چنان که حتّی بعضی از طرفداران نظریه اشتراط هتک حرز، پس از آوردن این روایت صراحتاً می گویند: «بناءً علی آنه لا خصوصیه للنقب و الکسر بل یعمّ مثلهما، کما إذا فتح القفل أو رفع علی الجدار و نحوهما، و مقتضی الحصر عدم جریان القطع فی غیر ذلك، فإذا کان الدار لا باب لها أو غیر مغلقه و لا مقفله فلا یجری فیہ القطع و إن کان لا یجوز الدخول إليها إلّا یاذن مالکها (فاضل لنکرانی، ۱۴۲۲: ۵۳۳).

همان طور که ملاحظه می شود صریح عبارت آیه الله فاضل لنکرانی بیانگر آن است که روایت، دلالتی بر حصر اجرای حدّ قطع در موارد نقب و شکاندن ندارد، بلکه هیچ خصوصیتی برای نقب و شکستن نیست و تنها دلالت بر حصر اجرای حدّ قطع در صورت سرقت از حرز می کند.

البته حقوقدانان هتک حرز را به دو قسم تقسیم کرده اند که عبارتند از:

۱. مادی؛ یعنی به طور فیزیکی حرز را از بین ببرد؛ مثل این که آن را بشکنند.
۲. معنوی؛ یعنی بدون انجام عملیات فیزیکی و استفاده از عنف و با استفاده از سائر راه ها و ابزارهای غیر مادی به حرز دسترسی پیدا کند، مانند باز کردن در صندوقی که قفل آن رمزدار است و یا باز کردن قفل با استفاده از کلید ساختگی. آنگاه پس از بیان فوق در مقام نقد کتاب های فقهی می نویسند: ظاهراً در کتاب های فقهی تنها هتک حرز مادی مورد توجه قرار گرفته است و به طور صریح، حکم سرقت در صورت هتک حرز معنوی بیان نشده است، در حالی که این تصوّر و استنباط صحیح نیست. سپس بعد از مؤید آوردن سخن علامه حلّی در کتاب قواعد^۱ بر گفتار خودشان (منحصر کردن هتک حرز در هتک مادی توسط فقها) تقریباً به قسمتی از مطلبی که ما به آن اشاره کردیم

۱. علامه حلّی در کتاب قواعد در مقام موضوع شناسی هتک حرز می نویسد: «و هو (أی هتک الحرز)

بالنقب أو فتح الباب أو القفل» (علامه حلّی، ۱۴۱۳: ۵۶۴/۳).

یعنی عدم انحصار سرقت از حرز در برخورد فیزیکی با آن، اشاره می کنند (حیب زاده، ۱۳۸۵: ۲۰۹-۲۱۰).

از نظر نگارنده، اگرچه مقتضای سخن علامه منحصر کردن هتک حرز در قسم اول از تقسیم بندی حقوقدانان است اما باید در نظر داشت که تقسیم بندی حقوقدانان نیز صحیح نیست؛ زیرا قسم دوم از تقسیم آنها نیز از جهت تماس بدن با حرز مادی و فیزیکی محسوب می شود؛ علاوه بر این که شرط قرار دادن هتک حرز و سپس تقسیم کردن آن به دو قسم فوق، مورد مناقشه است؛ زیرا از این دو قسم نیز (با توجه به معیارشان) می توان الغای خصوصیت نمود و اگر بر فرض این که تقسیم به غیر این دو قسم ممکن نباشد باز هم با توجه به اشتراط اخراج متاع از حرز (همان طور که در آینده خواهد آمد) نیازی به اعتبار این شرط (هتک حرز) نمی باشد؛ گذشته از این که - همان طور که در ابتدای بحث گذشت - مبنای ما در تبیین مفهوم و مصادیق عرفی حرز، سخن فقهای همچون شهید ثانی و صاحب جواهر و آیه الله فاضل می باشد، نه سخن علامه که از جمله فقهای است که حرز را در کتبش (علامه حلی، ۱۴۱۱: ۱۸۸؛ ۱۴۱۰: ۱۸۳/۲؛ ۱۴۱۳: b: ۲۱۶/۹) منحصر در مواضع مقفل و مغلق و مکان هایی که مال در آن دفن شده باشد، می داند که طبیعتاً هتک حرز نیز منحصر در شکاندن و دیگر برخوردهای مادی و فیزیکی با حرز است؛ لذا مناقشه حقوقدانان نیز باید نسبت به فقهای همچون شهید ثانی و صاحب جواهر و آیه الله فاضل صورت گیرد که همان طوری که با صراحت هتک حرز را پذیرفته اند، با صراحت نیز در کتاب های فقهی خود آن را منحصر در قسم اول ندانسته، بلکه اعمّ از قسم اول و قسم دوم دانسته اند؛ لذا مرادشان هر گونه برخورد فیزیکی و تماس مادی می باشد، نه برخورد فیزیکی منحصر در قسم اول همچون شکستن و نقب ... (ر.ک: فاضل لنکرانی، ۱۴۲۲: ۵۳۳).

البته مناقشه از این جهت می تواند بر این دسته از فقها وارد باشد که با وجود عدم انحصار حرز به موارد مذکور در روایت و همچنین عدم انحصار هتک حرز به موارد

اعمالی همچون نقب و شکستن، پس چرا هتک حرز و برخورد فیزیکی با آن را شرط دانسته و نتوانسته اند از آن الغای خصوصیت کنند؟ لذا با توجه به این مطالب، وجه اشکال در کلام حقوقدانان نیز ظاهر می‌شود.

قانون معجزات اسلامی مصوب سال ۱۳۹۲ در ماده ۲۶۸ پس از این که علاوه بر اعتبار حرزیت اموال مسروقه در سرقت حدی، هتک حرز توسط سارق را نیز از جمله شرایط سرقت مستوجب حد دانسته است در ادامه ضمن ماده ۲۷۱ در مقام تبیین مفهوم هتک حرز چنین نگاه شده است: «هتک حرز عبارت از نقض غیر مجاز حرز است که از طریق تخریب دیوار یا بالا رفتن از آن یا باز کردن یا شکستن قفل و امثال آن محقق می‌شود». همان‌طور که ملاحظه می‌شود قانونگذار نیز پس از اعتبار هتک حرز در ادامه برحسب ظاهر، هتک حرز را منحصر در دو قسم مذکور در سخنان حقوقدانان دانسته است، لذا مناقشه ای که بر کلام حقوقدانان وارد شد بر قانونگذار نیز وارد است. البته بعضی از حقوقدانان از دو قسم فوق که در تقسیم بندی حقوقدانان ذکر شد، الغای خصوصیت کرده و هتک حرز را به معنای شکستن حرمت حرز دانسته اند و در این مقام با حالت تردید معتقدند که از کلیه موارد برخورد فیزیکی با حرز می‌توان الغای خصوصیت کرد؛ زیرا در تمامی این موارد، حرمت حرز شکسته می‌شود (میر محمد صادقی، ۱۳۷۴: ۲۴۰) ولی باید در نظر داشت که مقتضای ظاهر این سخن، مترادف بودن هتک حرز با هرگونه دستیابی به مال است؛ زیرا هر نوع دستیابی به مال محرز، شکاندن حرمت حرز تلقی می‌شود؛ لذا نظریه این دسته از حقوقدانان نیز مطابق با رأی محقق داماد می‌باشد مبنی بر این که مراد از هتک حرز، هر نوع دستیابی به اموال محرزه باشد، نه خصوص هرگونه برخورد فیزیکی با مکان حرز به طوری که منجر به از بین رفتن حرزیت آن مکان شود؛ بر این اساس، با توجه به این مطلب مناقشهایی که ذکر شد، وارد نیست.

در جواب از مطلب فوق گفته می‌شود:

اولاً: همان‌طور که گذشت، عدم تعریف هتک حرز توسط فقها و اکتفا کردن آنها بر ذکر مثال‌هایی همچون سوراخ کردن دیوار یا گشودن درب یا شکستن آن خصوصاً با در نظر گرفتن معنای لغوی آن می‌تواند مبین آن باشد که مراد آنها از هتک حرز در نهایت می‌تواند خصوص هرگونه برخورد فیزیکی (و منحصر نبودن برخورد فیزیکی به این چند مورد) با مکان حرز باشد به طوری که منجر به از بین رفتن حرزیت آن مکان شود، نه هر نوع دستیابی به اموال محرز.

ثانیاً: در این صورت با توجه به ذکر کردن اخراج متاع از حرز از ناحیه فقها به عنوان یکی از شرایط سارق در سرقت مستوجب حدّ، نیازی به ذکر کردن هتک حرز به عنوان شرط دیگر سارق در سرقت مستوجب حدّ نبود؛ زیرا اخراج متاع از حرز در این صورت، لازمه‌اش هتک حرز به این معنا (هر نوع دستیابی به مال محرز) می‌باشد؛ بنابراین، ذکر کردن هتک حرز به عنوان یکی از شرایط سارق در سرقت مستوجب حدّ در صورتی می‌تواند صحیح بوده و موضوعیت داشته باشد که شرط کردن اخراج متاع از حرز، به عنوان یکی از شرایط سارق ملازم با آن نباشد و این تنها در صورتی است که مراد از حرز فقط خصوص برخورد فیزیکی با حرز باشد که در این صورت، اشتراط اخراج متاع از حرز، از هتک حرز تفکیک شده و ملازم با آن نمی‌باشد؛ زیرا خارج کردن مال می‌تواند همراه با خصوص برخورد فیزیکی با حرز نباشد.

ممکن است گفته شود با معتبر بودن اشتراط اخراج متاع از حرز به عنوان یکی از شرایط سرقت مستوجب حدّ، نیازی به اشتراط محرز بودن مال مسروقه نیز در سرقت مستوجب حدّ نمی‌باشد، پس چرا فقها آن را ذکر کرده‌اند؟

در جواب گفته می‌شود فقها در مقام بیان شرایط سرقت مستوجب حدّ، این شرایط را به دو قسم تقسیم کرده‌اند که عبارتند از:

قسم اول: شرایط مربوط به سارق؛ قسم دوم: شرایط مربوط به مال مسروقه، و ذکر کردن اشتراط اخراج متاع از حرز، مربوط به شرایط سارق در سرقت مستوجب حدّ

است، در حالی که اشتراط محرز بودن مال مسروقه، مربوط به شرائط مال مسروقه در سرقت مستوجب حدّ می باشد؛ لذا ذکر این دو شرط توسط فقها از باب متفاوت بودن مقسم هر یک از این دو شرط و بیان شرائط مربوط به آن مقسم است؛ زیرا مقسم اشتراط اخراج متاع از حرز، شرائط مربوط به سارق در سرقت مستوجب حدّ می باشد، در حالی که مقسم اشتراط محرز بودن مال مسروقه، شرائط مربوط به مال مسروقه در سرقت مستوجب حدّ است و حال آن که که مقسم هریک از دو شرط اخراج متاع از حرز و هتک حرز، یکی می باشد و آن، شرائط مربوط به سارق در سرقت مستوجب حدّ است. البته در جواب از قول دوم (سخن ابن عقیل) می توان گفت: اگرچه روایت صحیحه حلبی (حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۳۹/۲۸) و امثال آن (حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۳۰۳/۲۸-۳۰۴ و ۲۸۷) در بدو نظر دلالت بر آن دارند که محرز بودن مال مسروقه نمی تواند به عنوان یکی از شرائط اجرای حدّ سرقت باشد ولی باید در نظر داشت که فقها در مقام توجیه این روایات، جواب های مختلفی ارائه نموده اند که آوردن این توجیها به همراه نقد و بررسی آنها بسی طولانی است به طوری که خود نیازمند تحقیق مستقلی می باشد، ولی به هر حال باید گفت که بسیاری از این روایات با تأمل و امعان نظر دقیق در آنها قابل توجیه بوده (برای تبیین این مطلب، ر.ک: قمی، ۱۴۱۳: ۳/۳۰۳؛ فاضل هندی، ۱۴۱۶: ۱۰/۵۹۷؛ خوئی، ۱۴۲۲: ۴۱/۳۴۷؛ فاضل لنکرانی، ۱۴۲۲: ۵۳۰-۵۳۲ و ۵۳۹-۵۴۰) و آن دسته از روایاتی که قابل توجیه نمی باشند نیز نهایتاً در اثر تعارض با روایات دالّ بر اعتبار حرز در سرقت مستوجب حدّ - با توجه به وجود شهرت فتوائی بر اعتبار حرز - از اعتبار ساقط می شوند (فاضل لنکرانی، ۱۴۲۲: ۵۳۲)؛ زیرا در بین فقهای شیعه هیچ فقیهی غیر از ابن عقیل عمّانی (علامه حلّی، ۱۴۱۳: ۲۴۶/۹) فتوا به عدم اعتبار حرز نداده است، به طوری که عدّه ایی از فقها در این زمینه ادّعای اجماع نموده اند (شریف مرتضی، ۱۴۱۳: ۵۳۰؛ شیخ طوسی، ۱۴۱۳: ۵/۴۱۸).

بنابراین با توجه به مطالب مطرح شده می‌توان گفت که هتک حرز توسط سارق نمی‌تواند از جمله شرایط سرقت مستوب حدّ محسوب شود و اگر فقها این شرط را ذکر کرده‌اند اگرچه ظاهر کلامشان موضوعیت داشتن این شرط است ولی می‌توان از تمسک به این ظاهر امتناع کرده و آن را فقط به خاطر توجه دادن به حکم مسأله ایی دانست که در ابتدای قسمت ثمره بحث بیان شد؛ زیرا در توجه به آن مسأله در کلمات فقها تأکید فراوانی شده است؛ لذا تصریح فقها بر اشتراط هتک حرز شاید مرشد و تأکید بر حکم آن مسأله باشد، نه این که هتک حرز به عنوان یکی از شرایط سرقت مستوجب حدّ، موضوعیت داشته باشد. حتی به نظر می‌رسد که ادعای اجماع از ناحیه فقهای همچون آیه الله سبزواری (۱۴۱۳: ۶۴/۲۸) نیز بر اعتبار این شرط به خاطر توجه دادن اجماع بر حکم آن مسأله است، نه این که ادعای اجماع بر موضوعیت داشتن این شرط به عنوان یکی از شرایط سرقت حدّی باشد. آن چه می‌تواند مؤید مطلب فوق در نظر گرفته شود این است که اکثریت قریب به اتفاق این فقها پس از اشتراط هتک حرز، بلافاصله در تبیین این شرط به آن مسأله اشاره کرده‌اند؛ خصوصاً با توجه به این که شرط مذکور در کلام قدما اصلاً اشار ایی به آن نشده و ظاهراً تصریح به این شرط از زمان محقق حلّی در شرائع الاسلام (یعنی از زمان متأخرین) آغاز شده است؛ علاوه بر این که از نظر تعدادی از قدما همچون شیخ طوسی، از آنجایی که مراعات مالک را حرز تلقی می‌کنند (شیخ طوسی، ۱۳۸۷: ۲۳/۸ - ۲۵ و ۴۶) هتک حرز نمی‌تواند معنایی داشته باشد؛ لذا این مطلب نیز می‌تواند به عنوان مؤیدی برای مطالب فوق در نظر گرفته شود و بر این اساس، از تمسک به ظاهر کلام فقها می‌توان با توجه به قرائن امتناع نمود. علاوه بر این که حتی اگر این شرط در کلام فقها موضوعیت هم داشته باشد باز هم شاید به خاطر

۱. مبنی بر این که هتک حرز و بیرون آوردنده مال از حرز باید یکی باشند؛ لذا چنان چه شخص هتک حرز، غیر از شخص اخراج کننده مال از حرز باشد در این صورت، دست هیچ کدام از این دو شخص قطع نمی‌شود.

امکان نداشتن اخراج متاع از حرز بدون برخورد فیزیکی با آن در آن زمان - از جهت عدم پیشرفت علم - باشد.

البته توجیه مزبور (امکان نداشتن اخراج متاع از حرز بدون برخورد فیزیکی با آن در آن زمان) در صورتی است که مراعات مالک، حرز شمرده نشود و گرنه هیچ وجهی برای این توجیه نیست.

به هر حال، ثمره اعتبار این شرط در سرقت هایی همچون سرقت از اموال به همراه نظارت و مراعات مالک ظاهر می شود، که سرقت از اموال محرز در این هنگام از آنجایی که بدون هتک حرز و برخورد فیزیکی با آن رخ می دهد نمی تواند مستوجب حدّ بوده باشد.

نتیجه گیری

با توجه به مطالب گفته شده در این تحقیق می توان گفت: از آنجایی که در هیچ از یک سخنان فقهای قائل به نظریه اعتبار هتک حرز در سرقت مستوجب حدّ، تعریفی از هتک حرز ارائه نشده و تنها به ذکر مثال هائی برای آن بسنده کرده اند ظاهر سخنان ایشان می تواند مقتضای آن باشد که مراد از هتک حرز، هر گونه برخورد فیزیکی با مکان حرز است به طوری که منجر به از بین رفتن حرزیت آن مکان شود. با حفظ این مطلب با تأمل در روایات دلیل قول دوم، عدم موضوعیت هتک حرز به عنوان یکی از شرائط سارق در سرقت مستوجب حدّ فهمیده می شود به طوری که می توان از هتک حرز و هر گونه برخورد فیزیکی با حرز همچون تخریب دیوار حرز یا شکستن قفل آن و امثال آن الغای خصوصیت کرده و بگوئیم روایات فقط در مقام اعتبار محرز بودن مال مسروقه در سرقت مستوجب حدّ می باشند و عناوینی از قبیل شکستن و سوراخ کردن و ... که در روایات آورده شده است فقط به عنوان مثال برای تبیین راه های منتهی شدن به اموال در حرز بوده و هیچگونه خصوصیتی ندارند و اگر بر فرض این که مراد از هتک حرز

در کلام فقها، هر نوع دستیابی به اموال محرز باشد - نه خصوص هرگونه برخورد فیزیکی با مکان حرز به طوری که منجر به ازبین رفتن حرزیت آن مکان شود - باید گفت که بنا بر این فرض، با توجه به ذکر کردن اخراج متاع از حرز از ناحیه فقها به عنوان یکی از شرائط سارق در سرقت مستوجب حدّ، نیازی به ذکر کردن هتک حرز به عنوان شرط دیگر سارق در سرقت مستوجب حدّ نیست؛ زیرا لازمه اخراج متاع از حرز در این صورت، هتک حرز به این معنا (یعنی هر نوع دستیابی به مال محرز) می باشد و به تبع آن، ذکر کردن هتک حرز در زمره شرائط سارق در سرقت مستوجب حدّ، لغو خواهد بود.

منابع

- ابن اثیر جزری، المبارک بن محمد (بی تا)، **النهایه فی غریب الحدیث و الأثر**، ج ۵، قم: اسماعیلیان.
- ابن ادریس حلّی، محمد بن منصور بن احمد (۱۴۰۶ق)، **السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی**، ج ۳، چ ۲، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- ابن برّاج طرابلسی، قاضی عبدالعزیز بن نحریر (۱۴۱۱ق)، **جواهر الفقه**، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- ابن غضائری، احمد بن ابی عبدالله (بی تا)، **الرجال**، ج ۱، بی جا: بی نا.
- ابن منظور، محمد بن مکرم (۱۴۱۴ق)، **لسان العرب**، ج ۱۰، چ ۳، بیروت: دار الفکر.
- اردبیلی (مقدّس)، احمد بن محمد (۱۴۰۳ق)، **مجمع الفائده و البرهان فی شرح ارشاد الأذهان**، ج ۷ و ۱۳، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- الزحیلی، وهبه (۱۴۰۹ق)، **الفقه الاسلامی و ادلّته**، ج ۶، دمشق: دارالفکر.
- ایزدی فرد، علی اکبر؛ حسین نژاد، سید مجتبی (۱۳۹۸)، **ماهیت سرقت های مجازی (نقد ماده ۱۲ و ۱۳ قانون جرائم رایانه ای)**، فصلنامه مطالعات فقه و حقوق اسلامی، ۲۱، ۳۱-۶۰.
- تبریزی، میرزا جواد بن علی (۱۴۱۷ق)، **ارشاد الطالب الی التعلیق علی المکاسب**، ج ۱، چ ۳، قم: اسماعیلیان.
- جبعی عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی (۱۴۱۲ق)، **الروضه البهیة فی شرح اللعنه الدمشقیه**، ج ۹، قم: دفتر تبلیغات اسلامی.

- جبعی عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی (۱۴۱۳ق)، **مسالك الافهام الى تنقيح شرائع الاسلام**، ج ۱۴، قم: مؤسسه المعارف الاسلاميه.
- جوهری، اسماعیل بن حماد (۱۴۱۸ق)، **الصّاحح**، ج ۴، بیروت: بی نا.
- حبیبزاده، محمدجعفر (۱۳۸۵)، **سرقه در حقوق کيفرى ايران**، تهران: دادگستر.
- حرّ عاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۹ق)، **تفصیل وسائل الشيعه الى تحصيل مسائل الشريعه**، ج ۲۸، قم: مؤسسه آل البيت (ع).
- حلّی (علّامه)، حسن بن یوسف (۱۳۸۱)، **الخلاصه**، نجف: المطبعه الحيدريه.
- حلّی (علّامه)، حسن بن یوسف (۱۴۱۰ق)، **ارشاد الأذهان الى أحكام الايمان**، ج ۲، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- حلّی (علّامه)، حسن بن یوسف (۱۴۱۱ق)، **تبصره المتعلّمين**، تهران: مؤسسه طبع و نشر.
- حلّی (علّامه)، حسن بن یوسف (۱۴۱۳ق a)، **قواعد الاحكام**، ج ۳، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- حلّی (علّامه)، حسن بن یوسف (۱۴۱۳ق b)، **مختلف الشيعه**، ج ۹، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- حلّی (محقّق)، جعفر بن حسن (۱۴۰۷ق)، **المعتبر في شرح المختصر**، ج ۱، بی جا: بی نا.
- حلّی (محقّق)، جعفر بن حسن (۱۴۰۸ق)، **شرائع الاسلام في مسائل الحلال والحرام**، ج ۴، چ ۲، قم: اسماعيليان.
- خمینی (امام)، سید روح الله (بی تا)، **تحریر الوسیله**، ج ۲، قم: دارالعلم.
- خوانساری، سید احمد (۱۴۰۵ق)، **جامع المدارك في شرح القواعد**، ج ۷، قم: اسماعيليان.
- خوئی، سید ابوالقاسم (۱۴۲۲ق)، **مبانی تکمله المنهاج**، ج ۴۱، قم: مؤسسه إحياء آثار الإمام الخوئی.
- خوئی، سید ابوالقاسم (بی تا)، **معجم رجال الحديث**، ج ۶ و ۱۶، بی جا: بی نا.
- راشد صیمری، مفلح بن حسن (۱۴۲۰ق) **غایه المرام**، ج ۴، بیروت: دار الهادی.
- سبحانی تبریزی، جعفر (بی تا)، **اصول الحدیث**، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- سبزواری، سید عبدالاعلی (۱۴۱۳ق)، **مهذب الاحكام**، ج ۲۸، چ ۴، قم: دفتر آیت الله سبزواری.
- سلمی سمرقندی، محمد بن مسعود بن عیاش (بی تا)، **تفسیر العیاشی**، ج ۱، تهران: المکتبه العلمیه الاسلامیه.
- سیوری حلّی (فاضل مقداد)، جمال الدین مقداد بن عبدالله (۱۴۰۴ق)، **التنقيح الرائع لمختصر الشرائع**، ج ۴، قم: کتابخانه آیه الله العظمی مرعشی نجفی (ره).
- شریف مرتضی، علی بن حسین موسوی (۱۴۱۳ق)، **الانتصار**، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.

- طباطبائی، سید علی بن محمد (۱۴۱۸ق)، **ریاض المسائل فی بیان الاحکام بالدلائل**، ج ۱۶، قم: مؤسسه آل البيت (ع).
- طوسی (شیخ الطائفه)، محمد بن حسن (۱۳۸۷)، **المبسوط فی فقه الامامیه**، ج ۸، ج ۳، تهران: المكتبه المرصویه.
- طوسی (شیخ الطائفه)، محمد بن حسن (۱۳۹۰ق)، **الاستبصار**، ج ۴، تهران: دار الکتب الاسلامیه.
- طوسی (شیخ الطائفه)، محمد بن حسن (۱۴۰۷ق)، **تهذیب الاحکام**، ج ۱۰، ج ۴، تهران: دار الکتب الاسلامیه.
- طوسی (شیخ الطائفه)، محمد بن حسن (۱۴۱۳ق)، **کتاب الخلاف**، ج ۵، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- طوسی (شیخ الطائفه)، محمد بن حسن (۱۴۱۷ق)، **العدّه فی اصول الفقه**، ج ۱، قم: چاپخانه ستاره.
- طوسی (شیخ الطائفه)، محمد بن حسن (۱۴۲۷ق)، **الرجال**، ج ۳، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- عاملی، محمد بن حسن (۱۴۱۹ق)، **استقصاء الاعتبار فی شرح الاستبصار**، ج ۱، قم: مؤسسه آل البيت (ع).
- عاملی (شهید اول)، محمد بن مکی (۱۴۱۰ق)، **اللمعه دمشقیه فی فقه الامامیه**، بیروت: دار التراث.
- عوده، عبد القادر (بی تا)، **التشريع الجنائی الاسلامی مقارناً بالقانون الوضعی**، بیروت: دار الکتب العربی.
- فاضل لنکرانی، محمد (۱۴۲۲ق)، **تفصیل الشریعه فی شرح تحریر الوسیله (الحدود)**، قم: مرکز فقهی ائمه اطهار (ع).
- **فاضل هندی، محمد بن حسن (۱۴۱۶ق)**، **کشف اللثام و الابهام عن قواعد الاحکام**، ج ۱۰، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- فراهیدی، خلیل بن احمد (۱۴۱۰ق)، **کتاب العین**، ج ۳، ج ۲، قم: منشورات الهجره.
- قمی (شیخ صدوق)، محمد بن علی بن بابویه (۱۴۱۳ق)، **کتاب من لا یحضره الفقیه**، ج ۳، ج ۲، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- کلینی، محمد بن یعقوب (۱۴۰۷ق)، **الکافی**، ج ۷، ج ۴، تهران: دار الکتب الاسلامیه.
- مجلسی (اول)، محمد تقی بن ملا مقصود (۱۴۰۶ق)، **روضه المتقین فی شرح من لا یحضره الفقیه**، ج ۴ و ۱۴، ج ۲، قم: مؤسسه فرهنگي اسلامی کوشانپور.
- محقق داماد، سید مصطفی (۱۴۰۶ق)، **قواعد فقه**، ج ۴، ج ۱۲، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.

- موسوی اردبیلی، سید عبد الکریم (۱۴۲۷ق)، **فقه الحدود و التعزیرات**، ج ۳، چ ۲، قم: جامعه المفید.
- موسوی گلپایگانی، سید محمدرضا (۱۴۱۴ق)، **الذّر المنضود فی احکام الحدود**، ج ۳، قم: دار القرآن الکریم.
- میر محمد صادقی، حسین (۱۳۷۴)، **جرایم علیه اموال و مالکیت**، تهران: میزان.
- نجاشی، احمد بن علی (۱۴۰۷ق)، **الرجال**، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- نجفی (صاحب جواهر)، محمد حسن (۱۴۰۴ق)، **جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام**، ج ۴۱، چ ۷، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- نوری (محدث)، میرزا حسین (۱۴۱۷ق)، **خاتمه المستدرک**، ج ۴، قم: مؤسسه آل البيت (ع).





پروشکاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی