

بخشوده درس:

قواعد فقه ۲

کرد آورنده:

جناب آقای فرساد دارایی

موسسه آموزش عالی فروردین قائم شهر

✓ در تاریخ فقه شیعه از زمانی که عقل به عنوان یکی از منابع فقهی به حساب آمده (زمان ابوعلی بن جنید) قاعده قبح عقاب بلا بیان در رأس اصول عقلی قرار گرفته است ولی با وجود این اصل اباحه قبل از پیدایش قاعده مزبور وجود داشته و طبق نظر شیخ طوسی اصل، اباحه است و هر منعی محتاج دلیل است ✓ تعابیر و اظهارات:

1- سید مرتضی: تکلیف کردن بدون اماره مشخص و قبلی، امر قبیح است

2- میرزای قمی: هیچ تکلیفی نیست مگر بعد از بیان

✓ مفاد قاعده مذکور ظاهراً نخستین بار در متون شیخ طوسی به چشم می خورد و از طرفی نزد قدمای شیعه نه تنها اصل وجود حکم در مقام واقع رای تکلیف لازم است بلکه اعلام به شخص و آگاهی او نیز شرط تکلیف است ✓ مفاد اجمالی قاعده: عبارت است از اینکه مادام که عملی توسط شرع نهی نشده و آن نهی به مکلف ابلاغ نشده، چنانچه شخصی مرتکب گردد مجازات او قبیح و زشت است

باید دانست قلمرو این قاعده وسیع تر از اصل قانونی بودن جرم و مجازات است زیرا مراد از بیان در این قاعده بیان و اصل است نه صادر

✓ مقایسه قاعده قبح با اصل عدم رافعی: اصل جهل به قانون رافع مسئولیت نیست، یک فرض قانونی و قضائی است البته در علم اصول به هیچ وجه خطاب شرع نمی تواند مشروط به علم شود از این رو جهل به قانون در فقه عذر موجه محسوب است و رافع مسئولیت به عبارت دیگر علم شرط تشجیز تکلیف است نه شرط فعلیت، بنابراین در فرض جهل تکلیف فعلیت دارد

✓ بیان صادر یا بیان واصل: به عقیده فقهای شیعه تشجیز تکلیف شرعی متوقف به وصول به مکلف است از اینرو بیان به کار رفته در قاعده را بر بیان و اصل تفسیر کرده اند

✓ تعابیر و اظهارات فقها:

1. طباطبائی و بهبهانی: هرگاه حکم واصل نشود عقابی نخواهد بود

2. میرزای قمی: آنچه از بیان مثمرتر است بیان و اصل است نه مطلق بیان

3. ضیاء الدین عراقی: حکم عقل به برائت به هیچ کس پوشیده نیست چرا که عقل، عقاب بدون بیان و اصل را زشت می داند.

مبحث دوم- مستندات فقهی قاعده:

* دلیل عقلی:

فقها این قاعده را عقلی می دانند بدین معنا که معتقدند عقاب و مواخذة نسبت به فعل یا ترک فعلی که واصل نشده قبیح است.

✓ یکی از احکام مستقل عقلی، حسن عدل و قبح ظلم است و بیشتر کارهای خوب و بد با این دو سنجیده می شوند از طرفی عقاب و مؤاخذة بر فعل یا ترک فعل که به مرتکب هیچ گونه بیانی در مورد ممنوعیت و اصل نشده از مصادیق ظلم است.

✓ آیت الله خویی در این باب می گوید: مجازات کردن نسبت به مخالفت با تکلیفی که به مرتکب واصل نشده از واضح ترین مصادیق ستم است.

✓ نظریه مخالف:

در قرن اخیر عقلی بودن این قاعده مورد تردید واقع شده چنین آمده که چنانچه احتمال وجود تکلیف و عدم وصول به خویش را بدهد مقتضای حکم عقل، تأمین خواسته و امتثال منویات الهی است ✓ سید باقر صدر نیز معتقد است که خداوند بر بندگان حق اطاعت دارد و مقتضای این رابطه آن است که بندگان نسبت به تکالیف احتمالی نیز موظف به انجام اند.

✱ دلایل نقلی:

اصولیین در تأیید حکم عقل، به دلایل نقلی نیز تمسک نموده که مفاد آنها را اصل برائت شرعی اصطلاح کرده اند و به موجب آن انجام یا ترک هر فعلی مادام که حکمی در مورد آن وارد نشده باشد مباح است ✓ مقتضای این اصل آن است که هیچ کس را نمی توان به جرمی که ممنوعیت آن به افراد واصل نشده مجازات نمود.

مبحث سوم- مجاری قاعده قبح عقاب بلا بیان

✱ اباحه و خطر

✓ خطر به معنای منع، متضاد اباحه است اصالت خطر بدین معناست که تا دلیل شرعی به جواز ارتکاب یک فعل وجود نداشته باشد باید از آن اجتناب کرد و اصالت اباحه خلاف آن است

در این میان اشعریان معتقدند که تنها این خطاب شارع است که به افعال، صفت حسن یا قبح می بخشد در مقابل معتزله که معتقد به حسن و قبح ذاتی می باشند معیار تشخیص آن را عقل می دانند ولی طبق نظر مشهور فقهای امامیه حکم عقل و شرع، هر دو به اصالت اباحه قائم است

✓ از امام صادق (ع) نیز نقل شده است که همه چیز مباح اند مگر آنکه مورد نهی واقع شده باشند

نک: اصل اباحه در شبهات موضوعیه مورد استناد قرار می گیرد.

✱ اصل برائت

✓ در شبهات حکمیه، چنانچه مکلف بدو شک داشته باشد که عملی بروی واجب است یا نه، اصل بر برائت است همچنین اگر تردید در حرمت داشته باشد اصل بر برائت است

✓ به شبهات دسته اول، شبهات حکمیه وجوبیه و به شبهات دسته دوم حکمیه تحریمی می گویند.

* جهل به حکم

ممکن است در مورد امری، حکم شرعی وضع شده باشد ولی اشخاص نسبت به آن جاهل باشند در اینصورت حکم مزبور منجز نمی شود.

✓ اصولیین گفته اند که اصل وضع احکام متوقف بر علم و آگاهی مکلفین نیست و تنها تخلف و سرپیچی از آن دسته از تکالیف قابل مواخذه است که منجز و قطعی باشد و قطعیت و ثبوت تکلیف منوط به اطلاع و آگاهی فرد است.

✓ منتهی این جهل صرفاً محدود به جهل نثری از قصور است و به هیچ وجه ناشی از تقصیر را شامل نخواهد شد. نک: هرچند مقتضای استصحاب، عدم علم است اما ظاهر اوضاع و احوال می تواند اماره ی قضائی حاکم بر استصحاب محسوب شود اصل بر علم گذاشته شود و بار اثبات جهل بر دوش مدعی آن قرار گیرد

مبحث چهارم- اصل قانونی بودن جرم و مجازات در حقوق موضوعه

مشهورترین قانون قدیم مجموعه حمورابی است. در این قانون با پذیرش مسئولیت فردی مجرمین سیستم دلایل قانونی پذیرفته شده بود و علی رغم شدت مجازاتها، پایه آن در خصوص جرائم خصوصی بر قصاص استوار بود ✓ در قرن هفتم قبل از میلاد یونان به تدوین قوانین بشری توجه خاص داشت ✓ ارسطو معتقد بود هر حکومت باید سه قوه داشته باشد ✓ سقراط نیز معتقد بود که قوانین موضوعه بر پایه قرار داد اجتماعی ضمنی است که اتباع با رضایت خود آن را وضع کرده اند.

تدوین کتابچه قانونی کنت و دفتر قانونی میرزا ملک خان ، مقدمه ای برای ورود تفکری شده که بر اساس آن اصل قانونی بودن جرم و مجازات در قوانین وارد شد

* تبیین حدود اصل قانونی بودن جرم و مجازات

این اصل پایه و اساس حقوق کیفری است که شامل کلیه مراحل تحقیق، تعقیب ، محاکمه و اجرای حکم نیز می شود.

✓ منظور از قانون، مقررات لازم الاجرائی است که وضع آن مستلزم رعایت تشریفات خاص است لذا در اصل مذکور معنای مضیق قانون مد نظر است

✓ منظور از جرم رفتاری است که محل نظم عمومی است و ارتکاب آن منع شده است و منظور از مجازات نیز کلیه ضمانت های اجرای کیفری دنیوی است که مقنن برای مرتکبین جرائم، تعیین و اعلام کرده است

✓ منظور از اصل قانونی بودن جرم و مجازات این است که تعیین عناوین مجرمانه و میزان مجازات برای آن بر عهده قوه مقننه است که باید قبل از ارتکاب جرم صورت بگیرد. با توجه به این توضیح هر رفتاری توسط افراد

مباح است و جرم تلقی نمی شود هر چند که خلاف اخلاق یا مضربه مصالح عمومی باشد مگر اینکه قانون انجام آن را جرم اعلام کرده و برای آن مجازات تعیین کرده باشد

*** اصل قانونی بودن جرم و مجازات در قوانین ایران**

از نظر تاریخی سابقه این اصل در حقوق موضوعه به سال 1325 هـ ق بر می گردد.

بر اساس اصل 12 متمم ق. 1 حکم به اجرای هیچ مجازاتی نمی شود مگر به موجب قانون

در سال 1304 نیز این اصل پذیرفته شده و با اصلاح در سال 1352 به طور صریح قاعده عدم عطف بما سبق در قوانین کیفری وارد شد. پس از پیروزی انقلاب در مورد این اصل بحث و مناقشه ایجاد شد تا سرانجام قانون اساسی این اصل را پذیرفت.

بنابراین در حقوق موضوعه ایران پذیرفته شده است که قوانین باید براساس قانون اساسی در مرجع قانونگذاری تصویب شود در نتیجه منابع فقهی و فتاوی معتبر حکم قانون ندارند و نمی توان گفت منظور از قانون اعم از قوانین مدون و غیر مدون است.

✓ از نظر اصولی، الفاظ عبارات بر معنای عرفی حمل می شود و در عرف حقوقی نیز منظور از قانون، مصوبات قوه مقننه است.

از این رو شکی باقی نمی ماند که منظور از قانون مقرراتی است که بر اساس منابع از طریق قوه مقننه تصویب می شود.

فصل دوم- قاعده درأ

*** مقدمه**

✓ مفاد اجمالی این قاعده آن است که در مواردی که وقوع جرم یا انتساب آن به متهم و یا مسئولیت و استحقاق مجازات وی، به جهتی محل تردید باشد مجازات منتفی می شود.

✓ این قاعده از قواعد تفسیری است و با قاعده تفسیر به نفع متهم سازگاری دارد

مبحث اول- مستندات فقهی

*** روایات**

الف: منابع روایی اهل سنت:

1. ترمذی: ادرئوا الحدود عن المسلمین

2. ابن ماجه: ادفعوا الحدود ما وجدتم له مدفعا

3. سیوطی: ادرئوا الحدود بالشبهات

ب: منابع حدیثی امامیه:

1. شیخ صدوق در المقنع

2. مرحوم محدث نوری در مستدرک الوسائل

✓ احادیثی که در منابع حدیثی وجود دارند یا مسند هستند یا مرسل

احادیث مسند: آنهایی هستند که نام کلیه ناقلان حدیث ذکر شده باشد

احادیث مرسل: آنهایی را گویند که تمام راویان و ناقلان حدیث یا اصلاً ذکر نشده اند که آنرا مرسل به حذف واسطه می گویند و یا اگر هم ذکر شده اند به صورت مبهم است که به آن مرسل به ابهام در واسطه می گویند.

* روایات سند از نظر فن حدیث

1- خبر صحیح: کلیه ناقلان حدیث ذکر می شوند و همه آنها امامی مذهب و عادل اند.

2- خبر موثق: همانند قسم اول است با این تفاوت که در میان راویان حدیث یک نفر یلبیشر، غیر امامی است

3- خبر حسن: خبرهایی که رجال سند، تماماً امامی مذهب باشند اما بر عدالت هر یک تنصیب نشده باشد

4- خبر ضعیف: خبرهایی که شرایط فوق را نداشته باشد

✓ از نظر حدیث شناسان قسم اخیر حجت نیست، احادیث مرسل نیز از مصادیق قسم اخیرند

✓ از آنچه گذشت معلوم می شود که روایات متضمن قاعده درأ، هر چند مرسل اند ولی واجد شرایط و ارزش بوده و قابل استناداند.

* دلایل دیگر

الف- تسالم اصحاب بر حجت این قاعده : یعنی اینکه تمامی فقها در موارد متعددی به این قاعده استناد کرده و بر طبق آن فتوا داده اند

ب: مطابقت قاعده با اصول عقلی : با این بیان که احراز موضوع، شرط فعلیت و تنجز حکم است، بنابراین چنانچه موضوع محرز شد و تمامی جزئیاتش مشخص شد حکم به مرحله اثبات رسیده و تنجز و فعلیت می یابد.

ج: روایات وارده در مورد معذور بودن جاهل:

1. صحیح حلی: این روایت تأثیری است بر اینکه در صورت جهل به حرمت عمل از ناحیه مرتکب نمی توان بر او حد جاری ساخت.

2. صحیح محمد بن مسلم و صحیح ابن عبیده خدء: اختصاص به شبهات حکمیه دارند

3- صحیح عبدالصمد بشیر: هر کس در اثر جهل و نادانی مرتکب امری شد چیزی بر او نیست این روایت مفید عموم است و کلیه بشهادات حکمیه و موضوعیه را شامل می شود

مبحث دوم- تحلیل کلمات قاعده

* واژه شبهه

✓ شبهه در لغت به معنای شک، بدگمان، اشتباه و همچنین واقع به مرحوم است و طبق نظر صاحبان فقه قرآن شبهه آن است که دو چیز در اثر مماثلت از همدیگر تشخیص داده نشود

✓ در اصطلاح فقهی، فقها در این باب اختلاف دارند برخی به معنای عدم العلم و عدم القطع به حرمت و بعضی دیگر هم معتقدند که شبهه یعنی قطع به حلیت و اباحه آنچه که در واقع محرم است

✓ تعابیر و اظهارات:

1. صاحب مبانی تکمله المنهاج: منظور از شبهه ای که موجب سقوط مجازات می شود عبارت از جهل قصوری یا تقصیری در مقدمات فعل ممنوع است
2. صاحب ریاض: اگر مرتکب ا عمال ممنوع، ظن بر اباحه داشته باشد مجازات از او برداشته می شود
3. سیوطی: زمانی شبهه موجب سقوط مجازات می شود که قوی باشد
4. شهید ثانی: ضابطه شبهه ای که موجب سقوط مجازات می شود این است که مرتکب عمل ممنوع، احتمال حلیت آن عمل را بدهد.
5. تحریر الوسیله: تحقق عنوان شبهه با وجود گمان غیر معتبر مشکل به نظر می رسد تا چه رسد به صرف احتمال

* اقسام شبهه

✓ از نظر فقه عامه: فقهای حنفی شبهه را به دو نوع، شافعی به سه نوع تقسیم کرده اند البته محمد ابو زهره شبهات را به چهار دسته تقسیم می کند

1- شبهه در رکن جرم: عبارت است از تحریم قانونگذار نسبت به یک عمل معین، این شبهه شبیه شبهه حکمیه است

2- شبهات مربوط به جهل نافی قصد مجرمانه

3- شبهات مربوط به مرحله اثبات جرم

4. شبهات مربوط به تطبیق نصوص قانونی بر موارد و مصادیق

✓ از نظر فقه امامیه: در فقه امامیه، شبهه گاهی مربوط به حکم است و گاهی مربوط به موضوع به عبارتی به دو قسم موضوعیه و حکمیه تقسیم می شوند

✓ منظور از شبهه حکمیه آن است که حکم کلی چیزی مورد تردید باشد

✓ جهل به حکم کلی یا ناشی از فقدان نص معتبر است یا اجمال نص یا تعارض نصوص مثلاً نمی داند که نوشیدن فحاح حرام است یا حلال

✓ مقصود از شبهه موضوعیه آن است که شخص حرمت و ممنوعیت عمل را می داند ولی جهله موضوع حکم دارد، مثلاً می داند شرب خمر حرام است ولی نمی داند مایع مزبور خمر است یا آب

✓ صاحب کتاب تکمله المنهاج می نویسد: چنانچه کسی مالی را به گمان اینکه از آن اوست، بردارد و بعد روشن شود که مالک آن نبوده حد سرقت بر او جاری نمی شود

✓ در خصوص شبهات حکمیه گروهی قائل به تفصیل شده اند و معتقدند که وقتی جهل قصوری باشد مشمول قاعده می شود ولی این امر کوتاهی و سهل انگاری کرده و بدون اینکه از حقیقت آگاه شود آن عمل را به جای آورد این ناآگاهی را جهل تقصیری می نامند و جاهل قاصر در شرایطی است که به هیچ وجه نمی تواند به قانون دسترسی و آگاهی پیدا کند این ناآگاهی را جهل قصوری می نامند. این قاعده عام است و تمام اقسام شبهات را در بر می گیرد به جهت اینکه الف و لام در الشبهات مفید عام است از این ادله مجموعاً استناد می شود که جاهل مقصر از مجازات نیست و جهل او عذر محسوب نمی شود.

✓ شبهه خطا و شبهه اکراه: با توجه به توضیحات چنانچه شبهه حاصل شود که عمل ارتكابی عمد بوده یا شبهه عمد و خطا، بر اساس قاعده مزبور شبهه عمد و خطا را اختیار کرده و حد جرم عمدی را ساقط می کنیم همچنین در مورد اکراه و اختیار، چنانچه شبهه اکراه باشد می توان گفت که شامل شبهه اکراه شده و در نتیجه کیفر عمل ارتكابی منتفی می شود

✓ تقسیم بندی بر اساس حقوق جزای عرفی: این تقسیم بندی از لحاظ عملی مفیدتر و کلرانی بیشتری دارد. طبق این ممکن است شبهه در یکی از عناصر سه گانه جرم حاصل شود یعنی

- 1- شبهه در عنصر قانونی: یعنی تردید در این است که آیا قانونگذار برای فلان عمل، مجازات مقرر داشته یا خیر؟ در حقیقت اینجا شبهه در حکم فعل است به عبارتی تردید در عنصر قانونی همان شبهه حکمیه در فقه است
 - 2- شبهه در عنصر معنوی: منظور این است که قصد مجرمانه داشتن از ناحیه متهم مورد تردید باشد.
- ✓ در صورتی که در اصل وجود قصد و اراده از طرف متهم تردید وجود داشته باشد مجازات ساقط می شود اما اگر اصل قصد و اراده درباره متهم محقق بوده ولی توجه نداشته که عمل مزبور جرم بود هست در صورت جهل به موضوع مطلقاً معاف است و در صورت جهل به حکم اگر قصوری باشم معاف است و گرنه، نیست
- ✓ شبهه در عنصر مادی:

منظور مواردی است که به علت فقدان ادله اثبات دعوی، وقوع عمل مجرمانه از ناحیه متهم اثبات نشده و در نتیجه برای حاکم تردید حاصل می شود که آیا این عمل منتسب به متهم است یا خیر؟

✓ واژه الحدود:

حد مجازاتی است که نوع و میزان آن را شرع معین و مقدر کرده است در کتب لغت حد به معنای مرز، پایان و خاتمه است.

✓ راغب می گوید حد عبارت است از واسطه میان دو چیز که از اختلاط آن دو جلوگیری می کند

✓ در قرآن این لفظ اساساً به صورت مفرد ذکر نشده اما در چهارده مورد به صورت جمع آمده است که در این موارد به معنای احکام و مقررات آمده است

✓ استعمال حد در روایات:

1- در معنای لغوی: یعنی به معنای ردع، منع و تأدیب

2- در معنای مطلق عقوبت

3- در معنای عقوبت غیر معین

4. در معنای عقوبت معین

نک: در صحیح: اذا اخذ الرجلین فی لحاف واحد ضربها حدائم ثل: غیر سوط: مقصود از حد، تعزیر است.

در صحیح: یحلدون حداً لیس له وقت فذلک الی الامام مقصود از حد همان تعزیر است.

همچنین در روایت امام جعفر (ع): اصحاب الکبائر کلها اذا قیم علیهم الحد مرتین قتلوا فی الثالثه

✓ واژه تدرا:

این کلمه از ریشه درأ در لغت به معنی دور کردن و رد کردن است و با توجه به قرآن، لغت تدراء یعنی بواسطه شبّهات مجازات از اشخاص دفع و دور می شود

مبحث سوم- ملاک در عروض شبّه

منظور این است که در اینجا شبّه برای چه کسی باید ایجاد شود، قاضی یا متهم؟ خطابه‌های قرآن و سنت در اجرای مجازاتهای اسلامی متوجه حکومت است و منظور حاکم و ولی امر مسلمین است بنابراین مخاطب فعل ادرنوا، حاکم یا قاضی شرع است اما این بدان معنا نیست که ملاک در عروض شبّه نیز او باشد، بنابراین نتیجه می گیریم در اینجا نفس شبّه ملاک است نه شبّه نزد شخص یا صنف خاصی ، یعنی با توجه به عام بودن الشبّهات چه شبّه نزد متهم باشد چه نزد قاضی، مجازات از متهم برداشته می شود

مبحث چهارم- دایره شمول قاعده درأ

سؤال مطروحه این است که آیا قاعده مختص حدود است یا شامل دیگر مجازاتهای اسلامی هم می شود؟ به طور کلی هر جرمی که مستوجب حد به معنای اخص باشد مشمول قاعده خواهد شد و پس از قبول شمول قاعده در خصوص آثار آن می توان گفت که اگر عمل ارتكابی به عنوان جرم دیگری قابل مجازات باشد مرتکب به مجازات همان جرم محکوم شده و گرنه مرتکب آزاد می شود

✓ در خصوص تعزیرات نیز می توان گفت که معنای لفظ الحدود مطلق مجازات الهی است، زیرا از آنجا که این لفظ جمع همراه با الف و لام بوده و مفید عموم است شامل مجازاتهای تعزیری نیز می شود

✓ در خصوص قصاص نیز علی رغم نظرات مخالف می توان گفت قصاص نیز مشمول قاعده درأ می شود زیرا در اینجا پای جان و نقص عضو در میان است از این جهت حاکم باید در آن دقت نماید.

✓ از نظر شهید ثانی نیز: اولاً قصاص نوعی حد شرعی است و عنوان حد بر آن صادق است

ثانیاً ظن حاصل برای قاتل که به گمان بقای مرتد بر حال ارتداد او را به قتل رسانده حد و قصاص را ساقط می کند. اما در خصوص دیات مسلم است که قاعده مزبور شامل دیات نمی شود زیرا در ماهیت حقوقی دیه بحث است و اگر ابتدا دیه واجب شود مانند جنایات شبه عمدی و خطائی، پر واضح است که شبهه به دلیل هیچ تأثیری ندارد.

مبحث پنجم- رابطه قاعده درأ با اصول و قواعد فقهی

1- رابطه با اصل برائت: چنانچه قاعده درأ بر مبنای شبهه در عنصر مادی و معنوی باشد این قاعده هیچ رابطه ای با برائت ندارد زیرا قاعده برائت منحصرأ برای برداشتن تکلیف است اما اگر جریان قاعده در عنصر قانونی جرم باشد با قاعده برائت وحدت مجرا پیدا می کند و تفاوت بین این دو آن است که در اجرای برائت تکلیف واقعی مشکوک اعلام شده، حکم ظاهری اباحه وضع می شود. اما در قاعده ی درأ بحث از تکلیف نیست بلکه این است که آیا بر این شخص باید مجازات شرعی را اجر نمود یا خیر؟

2- رابطه با اصل احتیاط: اصل احتیاط در شبهات مربوط به عنصر مادی و عنصر معنوی جرم صادق است به عبارتی در این موارد با قاعده درأ وحدت مجرا پیدا می کند بدین صورت که هرگاه قاضی تردید کند که آیا متهم مرتکب عمل ممنوعی شده باشد یا خیر، باید مجازات از متهم، برداشته شود

فصل سوم

* قاعده اکراه

✓ مقدمه: اینکه این قاعده تحت عنوان «رفع ما استکر هوا علیه» بیان شده است.

مبحث اول- کلیات

اکراه در لغت: اکراه از ماده ی کره است و در لسان العرب آمده است

کره: آنچه نفس از آن کراهت دارد و کوه آنچه که دیگری تو را بر آن وادار کند.

✓ راغب نیز می گوید: کوه مشتقی است که از خارج به انسان می رسد و کره کراهتی است که از درون انسان را آزار می دهد.

✓ اما خود لفظ اکراه که از باب افعال و از مصادر متعددی است به معنای واداشتن شخصی به انجام کاری است که برای وی ناخوشایند باشد البته این اجبار واداشتن باید مقرون به قهر و جبر باشد.

✓ اکراه در اصطلاح فقه: معنی اصطلاحی اکراه با معنی لغوی آن چنان تفاوتی ندارد و در این معنا عبارت است از واداشتن دیگری به کاری که بدان مایل نیست

در این میان شافعی معتقد است اکراه آن است که شخص، اسیر دست کسی شود که قادر به مخالفت با او نباشد.

✓ سرخسری: اکراه نام کاری است که شخص نسبت به غیر خود روا می دارد، تا رضایت او را منتهی ساخته یا اختیارش را سلب کند.

وق

✓ عبدالقادر: اکراه تهدید شخصی است که از سوی دیگری به تحمیل شکنجه و آزار جسمی یا روحی، به گونه ای که یک شخص عاقل برای دفع آن اقدام به انجام عمل مورد نظر تهدید کننده بنماید

✓ مقایسه اضطرار، اکراه و اجبار

در اجبار اراده به طور کلی از شخص سلب می شود در حالی که در اضطرار و اکراه عنصر اراده وجود دارد. ✓ شباهت های میان مکره و مضطر: 1- هر دو در معرض تهدید هستند 2- راه رهایی از خطر در هر دو اقدام به انجام عملی است که در شرایط عادی نامشروع و نارو است 3- هر دو شخص را به موضوع ناچاری و اضطرار می اندازد 4- هر دو از عناوین ثانویه بوده و سبب تغییر حکم شرعی عمل ارتكابی می شود 5- هر دو موجب فقدان رضا و طیب خاطر هستند

✓ از تفاوت های میان آن دو: 1- در موقعیت مضطر و مکره و منشأ خطری که آن دو را تهدید می کند

2- اضطرار موجب فساد اختیار و اراده مضطر نمی شود اما اراده و اختیار مکره محدود است از طرفی در اضطرار، مضطر خود را در شرایط و موقعیتی می بیند که خروج از آن مستلزم ارتکاب فعلی حرام است و انسان در بروز آن دخالت ندارد اما در اکراه منشأ تهدید همیشه یک فرد انسانی است که عاملی خارج محسوب می شود ✓ به طور خلاصه اکراه: فعل اکواه کننده است و اضطرار صفت مضطر 3- تفاوت در انگیزه و داعی است در اکراه، داعی یا انگیزه رفع ضرری است که مکره با آن مستقیماً مواجه است در حالی که در اضطرار رفع ضرورتی است که مضطر در آن واقع شده است

مبحث دوم- مستندات و ادله فقهی قاعده

1- کتاب: از قبیل آیه، من کفر بالله من بعد ایمانه الا من اکراه و قلبه مطمئن بالایمان: این آیه در شأن عمار یاسر است و عمومی این آیه در جهت رفع مسئولیت از مکره در امور جزائی واقع شده است همچنین آیه: وانفقوا فی سبیل الله و لا تلقوا بایدیکم الی التهلكه که این آیه نیز در جهت رفع مسئولیت از مکره است

2- سنت: فقها در بحث اکراه روایاتی را بر شمرده اند که مشهورترین این روایات حدیث رفع است. اصولیین امامیه مراد از رفع و ارفع مؤاخذة و عقاب دانسته اند نه رفع امور 9 گانه مذکور در روایات. به اعتقاد آنها رفع آثا در ظاهر مورد نظر است نه رفع اوصاف مذکور در واقع. به علاوه مای موصوله در «ما اکرها یا ما استکرها» تمامی احکام تکلیفی و وضعی و احکام موضوعات را در بر می گیرد و اختصاصی به حکم تکلیفی یا وضعی ندارد

3- اجماع : مورد و موضوع اجماع جایی است که در خصوص آن نصی شرعی وارد نشده باشد یا اگر شده مبهم و مجمل بوده باشد به عبارتی چنانچه حکم قضیه ای خاص، مستند به کتاب و سنت باشد دیگر اجماع در خصوص آن لزومی ندارد. در صورت انعقاد، این اجماع، مستند و مدرکی است که دلیل مستقلی به شمار نمی رود

4- عقل: در صورتی که شخص فاقد اختیار و اراده آزاد باشد نمی توان قائل به مسئولیت وی شد به عبارتی صرف نظر از ضوابط شرعی با تکیه بر استدلال عقلی می توان شخص را در این موارد مبری از مسئولیت دانست

مبحث سوم- اقسام اکراه

1- اکراه ملجی یا اکراه تام: این اکراه موجب زوال رضا و محدودیت اختیار و آزادی اراده شده و در آن خوف تلف وجود دارد. تهدید به ایراد ضرب منتهی به مرگ یا حبس طولانی مدت نیز موجب بروز اکراه ملجی می شود

2- اکراه ناقص یا غیر ملجی: این اکراه تنها سبب زوال رضا شده و محدودیتی در اراده و آزادی انتخاب ایجاد نمی کند و در آن تنها خوف ایراد ضرب خفیف یا حبس کوتاه مدت مطرح است

✓ تفاوتهای این دو قسم 1- از جهت شدت و ضعف خطر، صدم و زیان حاصل از عملی شدن تهدید

2- از جهت زوال یا بقای رضا و اختیار 3- در حوزه تأثیر آنها

✓ اکراه ناقص تأثیری در مسئولیت جزائی شخص ندارد و تنها در اعمال حقوقی وی مؤثر است اما اکراه تام به واسطه محدودیتی که ایجاد می کند در تمامی موارد مؤثر است

نک: از میان فقها، شیخ انصاری در مکاسب، تنها اکراهی را که شخص دچار اضطرار و الجاء می شود را رفع مسئولیت دانسته است و از وجوه مشترک این دو نوع اکراه می توان به زوال رضا و تأثیر در تصرفات حقوقی اشاره کرد.

✓ از حیث موضوع تهدید و فعلیت یا عدم فعلیت آن نیز اکراه را به دو قسم مادی یا حسی و معنوی یا نفسی تقسیم کرده اند.

✓ اکراه مادی مستلزم ایراد ضرب یا اذیت و آزاری است که عملاً مکره متحمل شده و جنبه فعلیت به خود گرفته باشد اما در اکراه معنوی یا نفسی، تهدید صورت وقوع به خونگرفته و فعالیت نیافته است و خطری که مکره را تهدید می کند قریب الوقوع است

مبحث چهارم - عناصر اکراه

1- تهدید اکراه کننده : اصولاً بروز حالت اکراه در شخص اکراه شده ناشی از تهدیدی است که از سوی اکراه کننده نسبت به وی به عمل می آید ولی این تهدید باید دارای شرایطی باشد:

1- وعید و تهدید باید معتدا به باشد به عبارتی ملجی باشد به نحوی که بتوان مکره را به موضع اضطرار کشاند.

2. تهدید باید در حال انجام یا قریب الوقوع باشد به نحوی که در صورت امتناع و مقاومت مکره، عملی شدن آن هر لحظه متوقع باشد

نک: صرف نفوذ معنوی و سلطه قانونی برای تحقق اکراه، اصولاً اکراه محسوب نمی شود اما در حقوق اسلامی گاهی اکراه از طریق چنین سلطه و نفوذی قابل تحقق است

2- ترس ناشی از تهدید و تأثیر روانی مکره: عنصر اصلی و رکن اساسی اکراه تأثیر روانی مکره و بیم و هراسی است که در نتیجه تهدیدات اکراه کننده ایجاد می شود و باید ترس از فعلیت یافتن تهدید، علت اقدام مکره باشد به طوری که میان آن دو رابطه سببیت دایر باشد

3- شرایط تحقق اکراه: الف: تهدید مکره از سوی اکراه کننده ب: فعلیت داشتن یا قریب الوقوع بودن تهدید ج: قدرت و توانایی اکراه کننده برای عملی ساختن تهدیدات خود و: عدم توانایی مکره در دفع تهدیدات اکراه کننده و به تعبیر فقها فاقد مندوحه باشد ی: عدم مشروعیت تهدید د: غلبه ظن مکره در خصوص اینکه در صورت امتناع، تهدید اکراه کننده علیه وی عملی خواهد شد

مبحث پنجم- موضوع تهدید

1- تهدید شخص مکره: تهدید اکراه کننده متوجه نفس، تمامیت جسمی یا عرض یا مال شخص باشد

✓ مالک، شافعی و امام محمد تهدید به اتلاف مال را اکراه دانسته اند
باور فقهای امامیه بر این است که برای صحت استناد به تهدیدات به عمل آمده علیه اموال نصی در دست نیست اما در جواهر الکلام آمده است: بی تردید با تهدید نسبت به گرفتن مال قابل توجه اکراه محقق می شود

2- تهدید شخص ثالث: در این خصوص در مذهب مالکی با وجود تردید و اضطرابی که در این خصوص وجود دارد اعتقاد بر این است که تهدید به ایراد ضرب یا شکنجه، آزار و قتل غیر نیز مطلقاً می تواند اکراه تلقی شود ✓ از میان فقهای امامیه، محقق حلی می نویسد: شرط اکراه این است که مورد تهدید به شخص مکره یا به شخصی که به منزله ی اوست زیان آور باشد ✓ در این خصوص به طور کلی می توان دایره اشخاص ثالث را اندکی تضییق نمود و به خویشاوندان نزدیک محدود ساخت.

مبحث ششم- قلمرو اکراه و دایره تأثیر آن

در حقوق اسلام، اکراه در پاره ای از جرائم تأثیری نداشته و موجب اباحه عمل نمی شود از جمله این جرائم قتل، قطع عضو و ایراد ضرب منتهی به مرگ است

✓ از دید مشهور فقهای اسلامی، اصل، تأثیر اکراه در کلیه جرائم و سقوط مجازات و نهایتاً معافیت مکره است اما جرم قتل استثناً شده است. از نظر فقها در اکراه با بقای ممنوعیت اصل عمل و نامشروع بودن ارتکاب آن وجود اکراه موجب سقوط مجازات می شود

✓ در مجموع می توان گفت که جز در اتهام به ارتکاب قتل عمد، قطع عضو و ایراد ضرب منتهی به مرگ و حبس دراز مدت، عذر اکراه پذیرفتنی است

مبحث هفتم - اکراه در قوانین موضوعه

در قوانین جزائی ایران قبل از انقلاب، اجبار مادی یا معنوی که عادتاً قابل تحمل نباشد از عوامل رافع مسئولیت معرفی شده است. در سال 1370 قانون مجازات اسلامی در ماده 54 این موضوع را در جرائم تعزیری و بازدارنده پذیرفته است.

* تأثیر اکراه در جرائم مختلف

- 1- زنا: ماده 67 ق.م.ا، مقرر می دارد اگر زانی یا زانیه مکره باشند حد زنا محقق نمی شود
 - 2- شرب خمر: ماده 166 ق.م.ا، مقرر می دارد حد مسکر بر کسی ثابت می شود که بالغ، عاقل، مختار باشد
 - 3- سرقت: اگر سارق با تهدید و اختیار مرتکب سرقت شده باشد، سرقتی که مستوجب حد باشد تحقق نیافته و مرتکب به مجازات قطع ید محکوم نمی شود
 - 4- قتل: اکراه مجوز قتل نیست و اگر کسی واداریه قتل دیگری شود قصاص می شود
- نک: از جمله شرایط دیگر اکراه موضوع ماده 54 این است که اکراه عادتاً قابل تحمل نباشد برای احراز این شرط موقعیت مکانی و زمانی، وقوع جرم سن متهم و... مورد ارزیابی قرار می گیرد

فصل چهارم- اضطرار

* مقدمه

ذکر این نکته لازم است که در ح قوق اسلام قاعده ی الضرورات تبیح المحظورات یا رفع ما اضطررنا، جرم اضطراری را توجیه می کن.

مبحث اول- کلیات

✓ اضطرار مصدر باب افتعال است و به معنای زیان دیدگی یا به معنای فقر و تنگدستی است
از نظر لغت شناسان قرآن ضر «ما یصیب الانسان فی نفسه» معنی می دهد و راغب اصفهانی اضطرار را از همین واژه ضر به منم دانسته است

✓ شناخت اصطلاحی مفاهیم:

- ✓ مقدس اردبیلی بیان می دارد: اضطرار آن است که صبر بر آن ممکن نباشد
- ✓ علامه حلی نیز می گویند: مضطر کسی است که از تلف خویش بیم داشته باشد

عبدالقادر عوده: اضطرار آن است، واقع شدن شخص تحت شرایط و موقعیت تهدید آمیز که خروج از آن مقتضی ارتکاب فعلی باشد.

نکته: اینکه شرایط و موقعیت مورد نظر وی اغلب ناظر به عوامل تهدید آمیز طبیعی است و شامل عامل انسانی نمی شود.

الف- مقایسه اجبار با اضطرار: تفاوت عمده میان این دو از حیث وجود عدم قصد و اراده است با این توضیح که در اجبار، قصد و اراده نسبت به تشخیص مجبور است در حالی که در اضطرار شخص مضطر با قصد و اراده دست به ارتکاب فعل حرام می زند. فرق اصلی میان مجبور و مضطر در این است که شخص مجبور فاقد قصد و اراده و اختیار است اما شخص مضطر عملی که انجام می دهد مسبوق به قصد و اراده است بطلان معاملات مجبور و عدم بطلان معاملات مضطر از همین تفاوت ناشی می شود به علاوه منشأ اجبار گاهی بیرونی و گاهی درونی است اما اضطرار دارای منشأ درونی است

ب- مقایسه اضطرار و اکراه:

تشابهات: 1- هر دو در معرض خطر بوده 2- در اضطرار شخص خود را در شرایطی می بیند که خروج از آن مستلزم ارتکاب فعل حرام است و فرد در ایجاد آن دخالتی ندارد اما در اکراه بر عکس این قضیه صادق است. 3- اکراه موجب زوال حکم وضعی نیز می شود اما در اضطرار چنین نیست و مضطر در قبال آثار وضعی خود مسئول است.

مبحث دوم- مستندات و ادله فقهی قاعده

* کتاب: آیه شریفه: انما حرم علیکم المیتة و الدم و لحم الخنزیر و ما اهل به لغیر الله فمن اضطر غیر باغ و لاعاد فلا اثم علیه

که از میان مفسدین صاحب تفسیر المیزان جمله غیر باغ و لاعاد را حال دانسته یعنی در حالی که ظالم و متجاوز نباشند

✓ از طرف دیگر شیخ طوسی در این باب سه قول را مطرح کرده که از میان آنها قول به اینکه غیر باغ برای ممانعت از زیاده روی در تلبذ است و لاعاد برای اکف به سه جوع است قولی بهتر است

✓ آیه شریفه: فمن اضطر فی مخصه غیر متجانف لاثم فان الله غفور الرحیم : اهل لغت مخصه را مجاعه و گرسنگی معنا کرده اند و تجانف را از ماده ی جنف به معنای عدول از حق و عدل دانسته اند

* روایات:

1- مامن شیء حرمه الله و قد حله لمن اضطر الیه : هیچ چیز را خداوند حرام نکرده مگر آنکه برای کسی که مضطر است حلال می شود

2- لایقطع السارق فی عام تست: دست سارق در سال قحطی قطع نمی شود

3- ما اضطر الى الميتة و الام و لحم الخنزير فعلم يأكل شيئاً من ذلك حتى يموت فهو كافر: هر کس به گوشت مردار و خون و گوشت خوک مضطر شود و از آنها تناول نکند تا بمیرد کفر ورزیده است

4- مهمترین حدیث روایی در باب اضطرار حدیث رفع است

نک: این حدیث بر ادله احکام اولیه افعالی که از روی خطا، نسیان، اکراه اضطرار واقع شده حاکم است و بر آنها مقدم است.

✓ شرایط تأثیر اضطرار در رفع مسئولیت: 1. رفع مسئولیت در اثر اضطرار جنبه امتنانی داشته باشد. 2. احکام باید بر نفس افعال اضطراری مترتب باش تا حدیث رفع آن ها را از میان بردارد بنابراین آن دسته از احکام شرعی که مستقیماً مترتب بر فعل مکلف نبوده خارج از دایره حدیث رفع هستند. 3. آثار برداشته شده به وسیله حدیث رفع نباید از آثاری باشد که عارض بر موضوعاتی هستند که شرعاً رض مترتب بر خود حالات مذکور در حدیث هستند یعنی اولاً مقید به وجود هر یک از عناوین نه گانه من جمله اضطرار نباشد

✓ حکم مقید به عدم وجود هر یک از عناوین از جمله اضطرار نباشد زیرا در اینصورت با وجود یکی از عناوین خود به خود اثر مربوط زائل می شود و نیازی به استناد به حدیث رفع نیست

* اجماع

در خصوص اضطرار فقها بر حسب مورد حکم داده اند از اینرو در خصوص مورد می توان ادعای اجماع نمود اما در مورد خود عنوان کلی حکم اضطرار که یک امر عقلی است نمی توان قائل به اجماع شد

* عقل

اضطرار قاعده عقلی است و خارج از ضوابط و مستندات شرعی مورد استناد قرار گرفته است. توجیهاتی که حقوقدانان مسلمان و غیر مسلمان از رفع مسئولیت در حالت اضطرار به عمل آورده اند نشان از عقلانی بودن مسأله است.

مبحث سوم- آثار اضطرار در احکام

1- اثر اضطرار در احکام تکلیفی: شک نیست که حدیث رفع در احکام تکلیفی جاری است آیت الله خویی نظری دارد و آن تفکیک میان اینکه متعلق حکم به نحو طبیعت ساریه باشد یا به نحو صرف الوجود بدین معنا که هرگاه متعلق حکم طبیعت ساریه باشد یعنی با تعدد مصادیق حکم متعدد پیدا آید با عروض عنوان اضطرار بر یک فرد یا مورد خاص، حکم تکلیفی به طور کلی برداشته نمی شود اما اگر متعلق به نحو صرف الوجود باشد مطلب اینگونه نخواهد بود.

2- در احکام وضعی: فقه با توجه به امتنانی بودن حدیث رفع، شمول آن را به احکام وضعی به جهت اینکه موجب مضیقه و مشقت امت می شود را جاری ندانسته ان به همین دلیل مضطر از حیث آثار وضعی مسئول است

قاعده کلی: قاعده کلی اینست که به استناد حدیث رفع، احکام تکلیفی و وضعی هر دو مرتفع می شود اما در هر مورد که رفع حکم موجب مشقت مسلمانان شود به واسطه امتنائی بودن حدیث آن حکم مرتفع نخواهد شد

3- ماهیت شرعی فعل اضطرار: اینکه اضطرار سبب اباحه فعل محرم می شود یا با بقای حرمت اصل فعل، مسئولیت ناشی از آن زائل می شود اختلاف است که از دیدگاه فقهای امامیه حرمت از اصل عمل رفع می شود و با توجه به این اضطرار از لحاظ حقوقی از عوامل موجهه جرم تلقی می شود

4- تداوم به حرام: فقهای امامیه تداوی به حرام را جز در صورت ضرورت و تعیین شی محرم جایز ندانسته اند در مقابل فقهای اهل سنت در این خصوص اختلاف دارند

حد ضرورت: در این منظور از حد ضرورت چیست و شخص به چه مقدار باید بسنده کند اختلاف نظر وجود دارد فقهای امامیه و جمهور فقهای اهل سنت به میزان سه رمق و دفع حاجت و حفظ حیات اجازه داده و تجاوز از مقدار ضرورت و حاجت را مشمول عدوان دانسته اند و بیشتر فقها در صورت استمرار ح الت اضطرار تزود (توشه بر گرفتن از حرام) را جایز دانسته اند مشروط بر اینکه شخص تا عروض مجدد حالت ضرورت بروی از خوردن یا نوشیدن آن امتناع کند

مبحث چهارم- شرایط تحقق حالت اضطرار

* شرایط واقعه ی اضطرار:

1. خطر باید مسلم الوقوع باشد
2. خطر باید شدید یا به تعبیر فقها ملجی باشد
3. خطر بوسیله خود مضطر ایجاد نشده باشد
4. مضطر به موجب شرع و قانون مکلف به تحمل ضرر نباشد

* شرایط اقدام مضطر:

1. ارتکاب فعل حرام باید تنها راه دفع ضرورت و نجات نفس باشد
 2. اقدام مضطر باید به قدر حاجت و متناسب با شرایط و اوضاع و احوال اضطراری باشد. با وجود این گاهی شدت خطر و اضطرار به حدی است که برخی از فقها ارتکاب فعل حرام را برای رهایی از خطر هلاکت نفس واجب دانسته و قائل به وجوب فعل اضطراری شده اند در تحریر الوسيله آمده است:
- اگر فردی مضطر به ارتکاب حرامی شد واجب است به مقدار رفع ضرورت مرتکب آن حرام شود

مبحث پنجم- اضطرار در حقوق جزای عرفی:

در حقوق جزای عرفی، اضطرار در کنار عناوینی همچون دفاع مشروع و امر آمر قانونی و رضایت مجنی علیه در شمار عوامل موجهه جرم به حساب آمده است. ریشه تاریخی این قاعده ضرب المثل لاتینی ضرورت قانونی نمی شناسد دیده می شود گروهی نظریه نفع اجتماعی را در این باب مطرح کرده اند نظریه تعاون اجتماعی نظریه

دیگری است که در مقام توجیه معافیت حاصل از ضرورت مطرح شده است . به هر حال مبنای اضطرار هر چه باشد با اضطرار مورد نظر حقوق اسلامی شباهت دارد و با اجتماع شرایطی از قبیل فعلیت خطر، شدت خطر، عدم دخالت مضطر، ضرورت ارتکاب فعل ممنوع و تناسب اقدام مضطر با خطر دیگر اقدام مضطر نه اقدامی ممنوع بلکه کاملاً مباح و بدون مجازات تلقی می شود.

پایان