

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



دانشگاه آزاد اسلامی واحد علوم و تحقیقات شاهرود

پایان نامه برای دریافت درجه کارشناسی ارشد «M.A.»

دانشکده علوم انسانی گروه حقوق

گرایش: جزا و جرم شناسی

عنوان:

## جایگاه اصل قضایی بودن مجازات ها در حقوق ایران

استاد راهنما:

سرکار خانم دکتر عسل عظیمیان

استاد مشاور:

جناب آقای دکتر غلامرضا عبدلی

نگارش:

مهسا تاجیانی



دانشگاه آزاد اسلامی

واحد شاهرود

تاریخ:

شماره:

### تعهدنامه‌ی اصالت رساله یا

#### پایان‌نامه

اینجانب: اینجانب مهسا تاجیانی دانش آموخته‌ی مقطع کارشناسی ارشد ناپیوسته‌ی در رشته‌ی حقوق جزا و جرم‌شناسی که در تاریخ: ۲۲ شهریور ۹۳ از پایان‌نامه خود تحت عنوان: «جایگاه اصل قضایی بودن مجازات‌ها در حقوق ایران» با کسب نمره به عدد ۱۹.۵ و به حروف نوزده و نیم تمام و درجه‌ی عالی دفاع نموده ام بدینوسیله متعهد می‌شوم:

۱) این پایان‌نامه/ رساله حاصل تحقیق و پژوهش انجام شده توسط اینجانب بوده و در مواردی که از دستاوردهای علمی و پژوهشی دیگران (اعم از پایان‌نامه - کتاب - مقاله و ...) استفاده نموده‌ام. مطابق ضوابط و رویه موجود، نام منبع مورد استفاده و سایر مشخصات آن را در فهرست مربوطه ذکر و درج کرده‌ام.

۲) این پایان‌نامه/ رساله قبلاً برای دریافت هیچ مدرک تحصیلی (هم سطح. پایین تر یا بالاتر) در سایر دانشگاه‌ها و موسسات آموزش عالی ارائه نشده است.

۳) چنانچه بعد از فراغت از تحصیل قصد استفاده و هر گونه بهره برداری اعم از چاپ کتاب، ثبت اختراع و... از این پایان‌نامه داشته باشم. از حوزه‌ی معاونت پژوهشی واحد مجوزهای مربوطه را اخذ نمایم.

۴) چنانچه در هر مقطع زمانی خلاف موارد فوق ثابت شود در صورت ابطال مدرک تحصیلی‌ام هیچگونه ادعایی نخواهم داشت.

نام و نام خانوادگی: مهسا تاجیانی

تاریخ و امضاء



دانشگاه آزاد اسلامی واحد علوم و تحقیقات شاهرود

پایان نامه برای دریافت درجه کارشناسی ارشد «M.A.»

دانشکده علوم انسانی گروه حقوق

گرایش: جزا و جرم شناسی

عنوان:

## جایگاه اصل قضایی بودن مجازات ها در حقوق ایران

استاد راهنما:

سرکار خانم دکتر عسل عظیمیان

استاد مشاور:

جناب آقای دکتر غلامرضا عبدلی

نگارش:

مهسا تاجیانی

تابستان ۹۳

## سپاسگزاری

---

پروردگارا تورا سپاس برای مهربانیت، چراکه بهترین مخلوقات را در مسیر زندگیم قرار دادی و این بنده حقیر را از نعمت وجودشان بهره مند ساختی. و بر خود لازم میدانم از اساتید گرانقدرم:

سرکار خانم دکتر عسل عظیمیان

جناب آقای دکتر غلامرضا عبدلی

جناب آقای دکتر سید محمود مجیدی

و جناب آقای دکتر سلمان کونانی

برای دلگرمی ها، تشویق، و راهنمایی های این بزرگواران نهایت تقدیر و تشکر را بجای آورم که بدون وجودپر برکتشان طی این مسیربرایم رویایی بیش نبود.

## تقدیم به

---

تقدیم به سبزترین نگاه زندگیم

به روح پدر عزیزم

و به استوارترین تکیه گاهم، به فرشته مهربان زندگیم،

به دستان پر مهر

مادرم

که دعای خیرشان همواره همراه من است

و همه عزیزانی که دوستشان دارم.

## فهرست مطالب

۱	چکیده
۲	مقدمه
۲	الف : اهمیت تحقیق
۲	ب : اهداف تحقیق
۳	ج : پرسش تحقیق
۳	د : فرضیه تحقیق
۳	و : روش تحقیق
۳	ی : سازماندهی تحقیق

## فصل نخست: مفاهیم ، مبانی ، پیشینه و درآمدی بر تحلیل قاعده اقامه الحد

۵	مبحث نخست : مفاهیم و پیشینه فقهی اصل قضایی
۵	گفتار نخست : واژه شناسی
۵	الف : اصل
۵	ب : قضایی بودن
۷	ج : حکم
۷	د : حاکم
۸	گفتار دوم : پیشینه فقهی
۸	الف : فقهای متقدم

- ب : فقهای متأخر ..... ۹
- مبحث دوم : مبانی ..... ۱۱
- گفتار نخست : مبانی عرفی ..... ۱۱
- الف : حفظ نظم و امنیت عمومی ..... ۱۱
- ب : حفظ حقوق بزه دیدگان ..... ۱۲
- گفتار دوم : مبانی شرعی ..... ۱۴
- الف : آیات ..... ۱۴
- ب : روایات ..... ۱۶
- ج : اجماع ..... ۱۷
- د : عقل ..... ۱۷
- مبحث سوم : تحلیل قاعده اقامه الحدود ..... ۱۸
- گفتار نخست : تحلیل الفاظ قاعده ..... ۱۸
- الف : اقامه ..... ۱۸
- ب : حکم ..... ۱۸
- ج : حاکم ..... ۲۰
- د : حدود ..... ۲۱
- گفتار دوم : تحلیل قاعده در متون دینی ..... ۲۲

فصل دوم :شمول قاعده ، علل و مصادیق خدشه به اصل قضایی در  
حقوق کیفری ایران



مبحث نخست : شمول و مصادیق قاعده .....	۲۵
گفتار نخست : در قلمرو حدود .....	۲۵
الف : از نظر فقه اهل سنت .....	۲۵
ب - از نظر فقه شیعه .....	۲۵
۱ - نظر آیه الله خوئی : .....	۲۵
۲ - نظر علامه حلی .....	۲۶
۳ - نظر آیت الله خوانساری .....	۲۶
گفتار دوم : در قلمرو تعزیرات .....	۳۱
گفتار سوم : در قلمرو قصاص و دیات .....	۳۳
مبحث دوم : علل خدشه به اصل قضایی بودن .....	۳۸
گفتار نخست : تلقی فرد گرایانه از عدالت .....	۳۸
گفتار دوم : تلقی عوامانه از اجرای مجازات .....	۳۹
مبحث سوم : مصادیق خدشه به اصل قضایی بودن .....	۴۱
گفتار نخست : قتل به اعتقاد مهدورالدم .....	۴۱
گفتار دوم : قتل در فراش .....	۴۲
گفتار سوم : تقاص .....	۴۶
گفتار چهارم : اجرای مجازات قتل دشنام دهنده به پیامبر (ص) .....	۵۱
الف - قتل دشنام دهنده بدون نیاز به اذن امام .....	۵۱
ب - قتل دشنام دهنده با اذن امام .....	۵۲

- ج - موارد قتل دشنام دهنده به پیامبر (ص) ..... ۵۳
- الف : عدم قصد ..... ۵۳
- ب : شبهه در دشنام ..... ۵۴
- ج : وجود غصب ..... ۵۴
- د : اختیار ..... ۵۵
- ه : تقیه ..... ۵۶
- ۱ - آیات ..... ۵۶
- ۲ - احادیث ..... ۵۷
- ۳ - عقل ..... ۵۷
- ی - وجود خوف بر جان و مال و آبرو ..... ۶۰
- نتیجه گیری ..... ۶۳
- پیشنهادات ..... ۶۷
- فهرست منابع و مآخذ ..... ۶۸
- الف - منابع فارسی ..... ۶۸
- ب - منابع عربی ..... ۷۰
- ج - منابع انگلیسی ..... ۷۲

## چکیده

دخالت مقام صالح قضایی در حکم به مجازات و نیاز به آن و همچنین ضرورت اجرای آن بسان یک قاعده امری استثنا ناپذیر است. همچنین اصل قضایی بودن مجازات‌ها پیوند ریشه دار و محکمی با اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها دارد.

مقتضای این اصل، دو نتیجه دارد: اول آنکه «اصل بر عدم ولایت است.» و دوم آنکه «اصل بر عدم صلاحیت در تصدی امور عمومی است.» و در این معنا، اصل عدم صلاحیت افراد برای قضاوت به معنای صدور حکم درباره دیگران و اجرای آن است.

در حقیقت برای حکم به مجازات لازم است نوعی اطمینان عمومی به مجرمیت فرد وجود داشته باشد. البته با آنکه بسیاری از اصول و قواعد عام دچار تخصیص می‌شوند، اصل لزوم مداخله مقام صلاحیت‌دار قضایی در حکم به مجازات و اجرای آن همچون اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها از اصولی است که به لحاظ طبع خود، هیچ‌گونه استثنا و تخصیصی را بر نمی‌تابد و حتی در مواردی که بر مبنای فقه رایج، مداخله افراد عادی در اجرای مجازات جایز تلقی شده نیز نمی‌توان حکم به استثنا پذیری اصل قضایی بودن مجازات‌ها داد.

واژگان کلیدی: اصل قضایی بودن - مجازات - قتل در فراش - ساب النبی

## مقدمه

### الف : اهمیت تحقیق

اصل قضایی بودن در دو معنا به کار رفته است : نخست آنکه اصل قضایی بودن مجازات‌ها به معنای مداخله مقام صلاحیت‌دار همراه با اختیارات مناسب برای تعیین میزان مجازات‌ها در راستای اصل فردی کردن کیفر است . و در معنای دوم می‌توان این گونه فهمید تنها مقام صلاحیت‌دار قضایی است که می‌تواند به مجازات و اجرای آن حکم نماید و این امر به معنای آن است که افراد خودسر و فاقد صلاحیت قضایی ، به هیچ رو حق ندارند حکم به مجازات نمایند ، یا به اجرای مجازات دستور دهند . این معنا از اصل قضایی بودن مجازات‌ها پیوند استواری با اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها نیز دارد ؛ و در حقیقت اصل قانونی بودن بدون اصل قضایی بودن تنها نقشی بر آب خواهد بود . از این اصل در معنای نخست می‌توان چنین نتیجه گرفت که در صورت اجازه قواعد قضایی ، دادرسان می‌توانند به جای مجازات معمولی به مجازات متناسب رأی دهند . این امر به قضات اجازه می‌دهد تا مجازات را بر پایه مسوولیت مقصر درجه‌بندی کنند .

بی‌اعتنایی به اصل قضایی بودن مجازات‌ها و استناد به برخی مفاهیم برای کمرنگ کردن آن سبب شده است تا هر از چند گاه افراد عادی به گمان اینکه اقدامات خودسرانه ، مشروع ، بلکه مطلوب است ، دست به اعمالی بزنند که مصداق روشن تعدی به جان و عرض و ابروی دیگران است . برخی از این اقدامات به تشکیل پرونده‌هایی می‌انجامد که نمونه‌های فراوان از آن در دست است . این وضعیت به سهم خود چهره‌ای نامطلوب از کشور و اسلام به جهانیان ارائه می‌نماید .

مفروض بودن اصل قضایی بودن مجازات‌ها از یک سو و ابهام‌های قانونی موجود از سوی دیگر ، همچنین زمینه‌ساز صدور آراء متضادی در این رابطه از سوی دادگاهها شده است .

قانون مجازات اسلامی جدید با برداشتن یک گام به جلو برای اقدام به مجازات خودسرانه ، مجازاتی نه چندان متناسب پیش بینی نموده است . اما پاره‌ای از موادی که همچنان اقدامات خودسرانه را تجویز می‌نماید ، یا دستکم می‌توان از آنها چنین برداشت کرد ، ابقا شده است . بدین سان اصل قضایی بودن مجازات‌ها همچنان مورد بی‌مهری قانونگذار است .

### ب : اهداف تحقیق

تحقیق در زمینه اصل قضایی بودن مجازات‌ها تعیین آثار آن بیش از هر چیز راه را برای تبیین یک سیاست کیفری دقیق ، در جهت شناخت و رفع نواقص قانون هموار می‌کند . بنابراین آشنایی دقیق با تمام زوایای موضوع پایان‌نامه علاوه بر اینکه امکان این را می‌دهد که در دستگاه قضایی بخصوص در موارد

سکوت قانون ، مورد استفاده قضات محترم قرار گیرد ، در مباحث آموزشی نیز مورد استفاده دانش پژوهان قرار خواهد گرفت .

### ج : پرسش تحقیق

- ۱ - آیا اصل قضایی بودن مجازات ها در همه ابواب قانون مجازات اسلامی رعایت شده است ؟
- ۲ - آیا اصل قضایی بودن مجازات ها دارای مبنای فقهی می باشد ؟

### د : فرضیه تحقیق

- ۱ - خیر ، این قاعده در بعضی ابواب دارای استثنائاتی می باشد .
- ۲ - بله این قاعده متکی به بعضی آیات و روایات می باشد و از کلام فقها نیز می توان این قاعده را استنباط نمود .

### و : روش تحقیق

روش تحقیق بصورت توصیفی است .

### ی : سازماندهی تحقیق

این تحقیق در دو فصل انجام شده است که فصل نخست به بیان مفاهیم ، مبانی ، پیشینه و درآمدی بر تحلیل قاعده اقامه الحد می پردازد و فصل دوم ، شمول قاعده علل و مصادیق خدشه به اصل قضایی در حقوق کیفری ایران را مورد بررسی قرار خواهد داد .

# فصل تحت

مفاهیم، مبانی، پیشینه و درآمدی بر تحلیل قاعده اقامه الحد

## مبحث نخست : مفاهیم و پیشینه فقهی اصل قضایی

### گفتار نخست : واژه شناسی

#### الف : اصل

فقهها در تعریف اصل مواردی را متذکر شده اند که عبارتند از :

۱. اصل فقط حکم کلی یا وظیفه کلی را نتیجه می‌دهد، و از آن حکم جزئی به دست نمی‌آید .  
۳. اجرای اصل از وظایف مجتهد است ؛ زیرا ارتباطی به عمل عامی ندارد ، شیخ اعظم انصاری در نخست گفتار استصحاب ، برای آن که روشن کند : استصحاب ، اصل اصولی است یا قاعده فقهی ، مسئله اصولی را ابزاری در دست مجتهد برمی شمرد که تنها مجتهد از آن بهره می‌برد و آن را به کار می‌گیرد ، اما قاعده فقهی را مجتهد و مقلد ، به کار می‌بندند و آن را بر مواردش بار می‌کنند. محقق نائینی نیز افزون بر یاد کرد این نکته<sup>۱</sup> ، قواعد اصولی را کلی و عام برمی شمرد و آنها را واسطه در ثبوت احکام یاد می‌کند؛ چنان که ملاک مسئله اصولی نیز همین است. وی ، کاربرد قاعده فقهی را در موارد جزئی و شخصی می‌داند، هرچند آن قاعده عام باشد.<sup>۲</sup>

۴. اصل ، اختصاص به باب یا موضوع معینی ندارد و همه موضوعات در ابواب فقهی را به حسب ذات شامل می‌شود .

۵ . اصل ، کبرای قیاسی قرار می‌گیرد که از آن یک حکم کلی فرعی الهی به دست می‌آید. وقتی گفته می‌شود: مقدمه واجب، از مسائل اصولی است، یعنی مقدمه واجب، کبرای قیاسی است که از آن حکم کلی استنباط می‌شود. هر مقدمه واجب، واجب است، کبرای قیاسی ماست. در نتیجه وضو ، یا غسل که مقدمه نمازند واجب خواهند بود.<sup>۳</sup>

#### ب : قضایی بودن

در ادبیات حقوق کیفری، از اصل قضایی بودن مجازات ها دو معنا اراده می‌شود؛ در معنای نخست، اصل قضایی بودن مجازات ها به معنای مداخله مقام صلاحیت دار همراه با اختیارات مناسب برای تعیین میزان مجازات ها در راستای اصل فردی کردن کیفر است. در واقع، پیش بینی کیفرهای ثابت ، مانع اصل فردی کردن مجازات ها به معنای متناسب کردن مجازات با ویژگی های بزهکار است. آموزه های فقهی این مفهوم از اصل قضایی بودن مجازات ها را می‌پذیرد. درست است که در روایات و متون فقهی، تعیین میزان

<sup>۱</sup> . انصاری ، مرتضی فرائد الاصول ، انتشارات دارالعلم ، ۱۴۱۲ ق ، ج ۳ ، ص ۱۸

<sup>۲</sup> . همان

<sup>۳</sup> . حکیم ، محمدتقی ، فوائد الاصول العامه ، ص ۴۳

تعزیر بیشتر به نظر «امام» یا «والی» به عنوان مدیر جامعه، موکول شده است، اما این روایات، اختیار و صلاحیت قاضی در تعیین چند و چون کیفر تعزیری را نفی نمی کند. مطمئناً قاضی هم اختیار دارد تا با توجه به میزان خطرناکی جرم و خصوصیات بزهکار در چارچوبی که قانون برای او ترسیم نموده است، میزان مجازات را تعیین کند.

در معنای دوم، مقصود از اصل یا قاعده قضایی بودن مجازات ها این است که تنها مقام صلاحیت دار قضایی است که می تواند به مجازات و اجرای آن، حکم نماید.<sup>۱</sup> این به معنای آن است که افراد خودسر و فاقد صلاحیت قضایی به هیچ رو حق ندارند حکم به مجازات نمایند، یا به اجرای مجازات دستور دهند. مقصود از مجازات، معنای عامی است که اقدامات تامینی و تربیتی را هم در بر می گیرد. از همین رو برخی حقوق دانان از محتوای اصل قضایی بودن مجازات ها با عنوان اصل لزوم دادرسی کیفری برای تعیین مجازات یا اقدام های تامینی نام برده اند.<sup>۲</sup>

مقام صلاحیت دار قضایی الزاماً قاضی دادگاه کیفری به معنای اصطلاحی آن نیست. هرگاه براساس قانون، رسیدگی به تخلفات اداری و حکم به اجرای مجازات به فرد یا افراد خاصی واگذار شده باشد، آنان نیز مقام صلاحیت دار محسوب می شوند.

اصل قضایی بودن مجازات ها به این معنا نیز پیوند استوار و معناداری با اصل قانونی بودن جرایم و مجازات ها دارد. در نوشته حقوق دانان کیفری این ارتباط با تعبیر گوناگونی بیان شده است. برخی از استادان حقوق جزا اصل قضایی بودن مجازات ها را مکمل اصل قانونی بودن مجازات ها دانسته اند.<sup>۳</sup> برخی، حاکمیت قانون بر نحوه اجرای مجازات ها را از نتایج و جلوه های قانونی بودن جرایم و مجازات ها شمرده اند.

اصل قضایی بودن مجازات ها با اصل برائت هم ارتباط دارد، اگر نگوئیم جلوه ای از آن است؛ زیرا بر پایه اصل برائت هیچ کس از نظر قانون مجرم شناخته نمی شود، مگر اینکه جرم او در دادگاه صالح ثابت شود. اقدام به مجازات افراد بدون محاکمه آنان، نقض آشکار فرض برائت است.

امروزه این اصل عموماً استثنای پذیر قلمداد می شود؛ زیرا از اهداف حقوق جزا منحصر نمودن حق واکنش به جرم به دولت است.<sup>۴</sup>

۱. دلماس مارتی، می ری، پیشین، ج ۱، ص ۱۱۲

۲. آخوندی، محمود، آیین دادرسی کیفری، ج ۱، دانشگاه قم، ۱۳۸۱، ص ۴۲

۳. همان، ص ۱۱۶

۴. محسنی، مرتضی، دوره حقوق جزای عمومی، ج ۱، تهران، دانشگاه ملی، بی تا، ص ۲۵



## ج : حکم

کلمه " حکم " در لغت عرب به معنای متعددی آمده است که از آن جمله است :

- ۱- قضاء : خواه قضاء الزام آور باشد یا نباشد و در « حَكَمَ بَيْنَهُمْ ... » ای " قضی " <sup>۱</sup> و اسم فاعل آن ، حاکم است و جمع آن " احکام " است . و حکم و حکیم از اسماء خداوند است . و بعضی از اهل لغت ، مثل ازهری ، سیبویه و سلار ، حکم را به قضاء و به عدل تعبیر نموده اند نه مطلق قضاء . <sup>۲</sup>
- ۲- فهم و درک : همانطور که خداوند منان در شان حضرت یحیی می فرماید : ( و اتیناه الحکم صبیا) <sup>۳</sup>

۳- رجوع : " حکم فلان عن الشی " یعنی رجوع کرد . <sup>۴</sup>

- ۴- حکمت : و آن از جمله علوم است و به معنای محکم و متقن بودن فعل و قول است . <sup>۵</sup>
- و راغب اصفهانی در این مورد می گوید : حکم اعم از حکمت است پس هر حکمتی حکم است ولی هر حکمی ، حکمت نیست ، پس حکم گاهی خطا می کند و گاهی درست است ولی حکمت همیشه مطابق حقیقت است به خاطر علم و عقل . <sup>۶</sup>

## د : حاکم

حاکم در لغت به معنای قاضی، داور، فرمانروا، اجراکننده حکم و متصدی اداره یک ایالت یا بخش از جانب حکومت است . کاربرد این کلمه در منابع فقهی و متون قانونی به برخی معانی یاد شده، رایج است. با وجود این، به سبب قیود و شروطی که برای برخی مصادیق آن، به ویژه در فقه امامی، ذکر شده، به گونه‌ای اصطلاح تبدیل شده است ، همچنان که در اصول فقه نیز معانی اصطلاحی خاصی دارد . در قرآن کریم واژه حاکم به صورت مفرد به کار نرفته، ولی به صورت جمع با تعبیر «حُكَّام» <sup>۷</sup> و چندین بار نیز با تعابیر «خیرالحاکمین» <sup>۸</sup> و «احکم‌الحاکمین» <sup>۹</sup> در مورد خداوند ذکر شده است. به نظر مفسران، مفهوم این واژه در آیات مذکور ، داور یا قاضی است .

<sup>۱</sup> . حکم کرد بین آنها یعنی قضاوت نمود .

<sup>۲</sup> .الازهری ، تهذیب اللغه ، ج ۴ ، ص ۱۱۱

<sup>۳</sup> . سوره مریم ، آیه ۱۲ ( خداوند در کودکی به وی فهم و درک داد )

<sup>۴</sup> .الازهری ، همان

<sup>۵</sup> . التهانوی ، کشف الاصطلاحات الفنون ، ج ۲ ، ص ۳۷۰

<sup>۶</sup> . راغب اصفهانی ، المفردات ، ص ۱۲۷

<sup>۷</sup> . سوره بقره ، آیه ۱۸۸

<sup>۸</sup> . سوره اعراف ، آیه ۸۷ ؛ سوره یونس ، آیه ۱۰۹ و سوره یوسف ، آیه ۸۰

<sup>۹</sup> . سوره هود ، آیه ۴۵

## گفتار دوم : پیشینه فقهی

### الف : فقهای متقدم

ملاحظه کلمات فقیهان نشان می دهد که اصل قضایی بودن مجازات ها مورد پذیرش فقیهان بوده است. حتی در کهن ترین متون فقهی مساله ای هر چند کوتاه را به بیان این نکته که به پا داشتن حدود از اختیارات امام و حاکمیت است، اختصاص داده اند.<sup>۱</sup> با این حال در متون فقهی کهن این اصل کمتر همچون قاعده ای کلی مورد بررسی قرار گرفته است. هر چند فقیهان متاخر تلاش کرده اند تا آن را برجسته تر نمایند.<sup>۲</sup> در مقدمه نگاشته های اخیر درباره حدود تلاش می شود تا اهمیت این اصل یادآوری شود. آنان به پیروی از روایات، تصریح کرده اند که اقامه حدود از شئون و اختیارات امام یا منصوب وی است که بنا بر قول فقیهان هم به سمت نیابت عامی که دارند حق اجرای آن را دارند، چنانکه تعزیر نیز به عهده حاکم است.

حتی در مورد قصاص که دارای جنبه حق الناسی است، بسیاری فقیهان از دیرباز به لزوم اذن امام و حاکم در اجرای قصاص نفس و عضو تصریح کرده اند و اقدام خود سرانه اولیای دم را حرام و مستوجب کیفر تعزیری دانسته اند. به ویژه در مورد قصاص عضو، بر این حکم، ادعای اجماع شده است.<sup>۳</sup> شیخ صدوق فتوا داده است که چنانچه مسلمان، کافر ذمی را بکشد، قصاص نمی شود، اما به علت مخالفت با امام، کیفر او قتل است.<sup>۴</sup> این نشان می دهد که حتی محدثی مانند صدوق تصویری از اصل قضایی بودن مجازات ها در ذهن داشته است.

آنچه بیشتر در این باره ابهام برانگیز شده مواردی است که فتوای مشهور فقیهان به محتوا و مضمون اصل لزوم دخالت مقام صلاحیت دار قضایی، پایبند نمی ماند. مسلماً فتوا دادن به مواردی مانند اینکه مرد می تواند همسر خود را تنبیه بدنی کند، جواز اقامه حدود بر همه اهل خانواده یا زن توسط مرد به اعتبار اینکه ریاست خانواده را عهده دار است، فتوا به جواز قتل کسی که پیامبر (ص) یا ائمه (ع) را دشنام دهد، توسط کسی که دشنام دادن را شنیده است، تجویز قتل زانیه توسط همسر وی در صورتی که او را در حال زنا مشاهده کند، به نوعی نادیده گرفتن محتوا و مضمون اصل قضایی بودن مجازات ها است.

۱. حلی، جعفر بن الحسن، شرایع الاسلام، قم، نشر اسماعیلیان، چاپ دوم، ۱۴۰۸ ق، ص ۳۱۲

۲. موسوی اردبیلی، سید عبدالکریم، فقه الحدود و التعزیرات، ج ۱، قم، موسسه النشر لجامعه المفید، الطبعة الثانیه، ۱۴۲۸ ق، ص ۷۶

۳. نجفی، محمد حسن، جواهرالکلام، ج ۴۲، بیروت، دار احیاء التراث العربی، چاپ هفتم، بی تا، ص ۲۸۷

۴. همان، ص ۱۵۳

با این حال حتی وجود این موارد را نباید دلیلی بر عدم پذیرش قاعده و اصل مزبور دانست. بلکه با ملاحظه کلمات فقیهان باید این موارد را که شمار آن اندک است و فتوای فقیهان معمولاً مستند به نص خاصی است به منزله استثنایی بر اصل یاد شده ارزیابی نمود. بسیاری از فقها خود به خلاف اصل بودن این موارد تصریح نموده اند. ضمن اینکه تمامی این موارد از مسائلی است که باب اجتهاد در آن ها باز است. در بسیاری از این موارد از جمله درباره سبب النبی فقهای برجسته نظریه ای مخالف با نظریه معروف ابراز نموده اند.

### ب : فقهای متاخر

در میان فقهای متاخر بحث لزوم محاکمه توسط قاضی به نحو پر رنگ تری مطرح شده است ؛ تا جایی که ایشان برای قاضی شان « ولایت قائل شده اند . « ولایت » در لغت به کسر واو به معنای سلطنت داشتن و به فتح و کسر واو به معنای نصرت و یاری است<sup>۱</sup> و در اصطلاح شرعی « اذن شرعی است که به ولی قدرت تصرف در امور و شئون دیگران را می دهد »<sup>۲</sup>

صاحب بلغه الفقیه می فرماید : « ولایت در اصطلاح سلطنت عقلی یا شرعی بر نفس دیگری یا مال وی یا هر دوی آنهاست خواه آن سلطنت اصلی باشد یا عارضی »<sup>۳</sup>

یکی از اساتید نیز در این باره معنای ولایت می نویسد: « ولایت به معنای اعم به گونه ای که هم ولایت تکوینی و هم ولایت تشریحی را شامل شود عبارتست از : توانایی دخل و تصرف در چیزی حقیقتاً یا اعتباراً مثلاً چیزی را ایجاد کند یا قانونی را وضع کند چیزی را از بین ببرد یا قانونی را نسخ کند و در آن تغییر حالت دهد یا در قانون دگرگونی پدید آورد . این دخل و تصرف ممکن است در چیزی مربوط به خود انسان یا مربوط به دیگری معمولاً ولایت در مورد دوم بکار می رود. »<sup>۴</sup>

آنچه که مسلم است این است که به نظر بسیاری از دانشمندان اسلامی فقیه از سه نوع ولایت برخوردار است : ۱- ولایت در افتاء ۲- ولایت در اجراء و ۳- ولایت در قضاء بنابراین یکی از ولایتهای فقیه ولایت قضاء است . در میان فقهاء و متاخر علامه حلی در باب قضاء این ولایت را بیان می نماید.<sup>۵</sup>

۱. ابن منظور انصاری، محمد بن مکرم، لسان العرب، انتشارات ولاق مصر، ۱۴۱۲ ق، ماده ولی

۲. آلوسی، سید محمد، روح المعانی فی تفسیر القرآن العظیم والسبع المثانی، انتشارات منیریه دمشق، جلد ۱۱، ص ۳۵

۳. بحر العلوم، سید محمد، بلغه الفقیه، جلد ۲، ص ۲۸۸

۴. گرجی، ابوالقاسم، مقالات حقوقی، جلد ۲، ص ۲۸۸

۵. علامه حلی، تذکره الفقهاء، جلد اول، ص ۴۵۹

شیخ انصاری در اینباره می فرماید: « یکی از مناصب سه گانه فقیه حکومت ( قضاوت ) است و این منصب بدون اختلاف فتوایی و نصی برای فقیه جامع الشرایط ثابت است. »<sup>۱</sup>

حضرت امام (ره) نیز ولایت قضاء برای فقیه را از بدیهیات دانسته و می فرمایند: « برخلاف مساله ولایت این که منصب قضاء متعلق به فقهای عادل است که محل اشکال نیست و تقریباً از واضحات است. »<sup>۲</sup>

در عصر غیبت نیز ولایت قضاء بالنیابه به فقیه جامع الشرایط سپرده می شود و قضاوت غیر فقیه یا غیر ماذون از فقیه نامشروع و غیر نافذ است.<sup>۳</sup>

---

۱. انصاری، مرتضی، مکاسب، جلد ۲، ص ۳۰

۲. خمینی، روح الله، ولایت فقیه، موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)، ۱۳۷۸، صص ۶۴ و ۶۵

۳. نجفی، محمد حسن، جواهرالکلام فی شرح شرایع الاسلام، جلد ۴۰، دارالکتب الاسلامیه، ۱۴۲۱ ق، ص ۶۷