

بررسی فقهی بند ۶ ماده ۲۶۸ قانون مجازات اسلامی

حسین جاویر^{۱*}، علیمراد حیدری^۲، محدثه اصولی یامچی^۳

۱. استادیار دانشگاه تهران (پردیس فارابی)

۲. استادیار دانشگاه حضرت معصومه (س)

۳. دانش‌آموخته سطح چهار حوزه علمیه قم

(تاریخ دریافت: ۹۴/۷/۱۲؛ تاریخ پذیرش: ۹۴/۱۱/۱۷)

چکیده

بر اساس اجماع فقیهان، مجازات سارق در صورت اجتماع شرایط سرقت حدی، قطع ید است، با این حال، در صورتی که بین سارق و مالباخته رابطه پدر-فرزندی وجود داشته باشد، حد قطع بر پدر اجرا نمی‌شود. در هر دو قسم اجماع، روایت نبوی «انت و مالک لایبک» و فحواى عدم قصاص پدر به دلیل قتل فرزند، از جمله ادله‌ای است که در این مقام به آن استناد شده است. علاوه بر مباحثی که در دامنه حکمی و مفهومی بحث یادشده ضروری به نظر می‌رسد، این سؤال مطرح می‌شود که حکم عدم قطع ید، در مورد جدی که از مال نوه‌اش سرقت کند نیز جاری است یا خیر؟ بر عدم اجرای حد قطع ید بر جد پدری، به علت سرقت از اموال «فرزندزاده» به ادله گوناگونی، از جمله اجماع، صدق اطلاق پدر بر جد پدری، تقدم قول جد بر پدر در عقد همزمان بر دختر و نیز قاعده درء استناد می‌شود که باید دلالت هر کدام بررسی شود. همچنین رویکرد قانونی نسبت به این قضیه در قوانین سابق و لاحق و میزان تطابق آن با مبانی فقهی نیز شایسته توجه است.

واژگان کلیدی

احتیاط در دماء، اُبوت، بُنوت، سرقت، فحواى دلیل، قطع ید.

مقدمه

مطابق نظریه فقهای امامیه از جمله شیخ مفید (العکبری البغدادی، ۱۴۱۳: ۸۰۳)؛ سلار (حمزه بن عبدالعزیز، ۱۴۰۴: ۲۵۸)؛ ابن ادریس (ابن ادریس حلی، ۱۴۱۱، ج ۳: ۴۸۳)؛ شیخ طوسی (الطوسی، ۱۴۰۰: ۷۱۶)؛ علامه حلی (الحلی، ۱۴۱۳، ج ۹: ۲۳۳)؛ محقق حلی (الحلی، ۱۴۲۱، ج ۴: ۱۶۰)؛ قاضی ابن البراج (الطرابلسی، ۱۴۰۶، ج ۲: ۵۴۴) و بسیاری دیگر از فقها، در صورتی که بین سارق و مالباخته، رابطه پدر- فرزند وجود داشته باشد، حتی با اجتماع سایر شرایط، حد قطع بر پدر اجرا نمی‌شود.

حکم مذکور در قانون‌های موضوعه کشور نیز راه یافته و بند ج ماده ۲۶۸ قانون مجازات اسلامی از جمله شرایط تحقق سرقت حدی را به این نحو بیان کرده است که: «سارق پدر یا جد پدری صاحب مال نباشد» نظر به اینکه در مستندات مربوط به این بحث، واژه‌های «والد» و «ولد» یا «اب» و «ابن» استعمال شده است و از یک سو واژه‌های «والد» و «اب» هم در معنای پدر صلبی و هم اعم از آن و در مورد جد پدری هم استعمال دارد و از سوی دیگر، واژه‌های «ولد» و «ابن» هم به همین ترتیب هم به فرزند بی‌واسطه و هم به فرزند با واسطه دلالت دارد، این سؤال مطرح می‌شود که آیا صرفاً سرقت پدر صلبی از فرزند بلاواسطه‌اش مشمول این ادله قرار می‌گیرد یا مفهوم ابوت و بنوت در این ادله، در دایره وسیع‌تری، پدر غیرصلبی (جد پدری) و فرزند باواسطه (فرزندزاده) را نیز شامل خواهد شد. از این رو شایسته است که دامنه این بحث در دو مقام و از جنبه فقهی و حقوقی پیگیری شود.

۱. بررسی فقهی

بررسی فقهی موضوع، در دو مقام، به ترتیب به سرقت پدر از اموال فرزند و سرقت جد از اموال فرزندزاده اختصاص دارد.

۱.۱. سرقت پدر از مال فرزند

۱.۱.۱. عدم جریان حکم قطع در سرقت پدر (صلبی) از فرزند

در صورتی که سارق، پدر صلبی مالباخته باشد و به عبارتی بین سارق و مالباخته، رابطه پدر-فرزندی به معنای اخص کلمه وجود داشته باشد، حد قطع بر پدر اجرا نمی‌شود. در توجیه این نظریه، به ادله گوناگونی استناد شده است که از جمله می‌توان به موارد زیر اشاره کرد:

۱.۱.۱.۱. اجماع فقیهان

عمده‌ترین دلیلی که بر انتفای حد قطع اقامه شده، اتفاق نظر و اجماع فقها در این زمینه است. صاحب جواهر پس از نفی وجدان خلاف در این زمینه، وجود هر دو قسم اجماع را ادعا کرده است (نجفی، ۱۳۷۴، ج ۴۱: ۴۸۷). برخی دیگر، از جمله مرحوم سبزواری نیز به اجماع استدلال کرده‌اند (سبزواری، ۱۴۱۳، ج ۲۷ و ۲۸). شیخ طوسی، در میان فقهای امامیه، تنها به یک مخالف به نام داوود اشاره کرده است (الطوسی، ۱۴۰۷، ج ۵: ۴۴۸). واضح است که مخالفت فقیه معلوم‌النسب، به اجماع خللی وارد نمی‌کند؛ اما در عین حال، از آنجا که این نظریه فقهی، با روایت و قراین موجود در اخبار مدلل شده، اجماع مزبور، در اصطلاح، اجماع مدرکی است و در نتیجه به‌عنوان دلیل مستقل و در عرض سایر دلایل مطرح نمی‌شود. بنابراین ادله اصلی، در حقیقت، همان اخبار و روایاتی است که در این زمینه وارد شده‌اند که به ترتیب بررسی خواهند شد.

۲.۱.۱.۱. روایت نبوی انت و مالک لایبک

روایت انت و مالک لایبک (العاملی، ۱۳۶۷، ج ۱۲: ۱۹۵) به‌عنوان یکی دیگر از مستندات انتفای حد قطع، از سوی برخی از فقیهان مطرح شده که در صورت تمام بودن دلالت آن در این مقام، اموال فرزند یا در معنای حقیقی کلمه، متعلق به پدر است که در نتیجه، قطع

دست وی، به دلیل سرقت اموال فرزند، بی‌معنا خواهد بود یا دست‌کم، اموال فرزند در حکم اموال پدر محسوب می‌شود^۱ که باز هم در عدم صدق سرقت و عدم ترتب حکم قطع ید، فرقی با فرض پیش‌گفته ندارد. در هر حال، نظر به اینکه سرقت، ماهیتاً ربودن مال غیر است و مال فرزند، بنابر دو مبنای یادشده، تحقیقاً یا تنزیلاً، در زمره اموال پدر محسوب می‌شود، اساساً، عمل پدر، از سرقت اصطلاحی، خروج موضوعی دارد و مآلاً، اجرای حد قطع بر وی، محمل صحیح شرعی و عقلایی نخواهد داشت.

هر چند مشهور به عمومیت روایت «انت و مالک لایبک»، بر انتفای قطع ید، استناد جسته‌اند، استنباط این حکم، با توجه به ادله، قراین و شواهد برخلاف، دشوار به نظر می‌رسد. چه اینکه، اولاً، الفاظ این روایت عرفاً در اثبات ملکیت طلق پدر بر فرزند و مایملک وی ظهور ندارد تا مآلاً، حق طلق تصرف، از جمله ربودن، و حلّیت آن را نتیجه دهد؛ به نحوی که عرفاً نمی‌توان گفت، اموال فرزند، حقیقتاً یا تنزیلاً متعلق به پدر است. دوم اینکه، این استنباط، مستلزم اجتماع دو ملکیت طلق، بر مملوک واحد خواهد بود که به لحاظ عقلایی محال است (اللازم باطل فالملزوم مثله).

قائل شدن به سلسله مراتب و تقدم پدر بر فرزند در فرض تراحم در مقام تصرف، اگر چه شاید محذور عقلی یادشده را مرتفع کند، سخن بی‌دلیلی است و بلکه دلیل بر خلاف آن وجود دارد؛ چرا که از یک سو، عرف، در مقام تراحم، هیچ‌کس را بر مالک مقدم نمی‌شمارد و از سوی دیگر، این سخن، برخلاف مفاد روایاتی است که به لسان ارشاد به حکم عقل و عرف، مالک را در هر حال، در مقام تراحم و تعارض منافع، بر دیگران مقدم شمرده‌اند؛ حتی اگر معارض حق مالکیت، پدر مالک باشد (کل احد احق بماله من ولده و والده و الناس اجمعین) (العاملی، باب ۱۷ من ابواب کتاب الوصایا، حدیث ۸).

۱. لان مال ولده فی حکم ماله (ابن‌حمزه، ۱۴۰۸: ۴۱۹).

سوم اینکه، مشهور فقیهانی که به عدم قطع دست پدر حکم داده‌اند، صرف‌نظر از اینکه قاعده درء، صرفاً، حد(و نه تعزیر) را ساقط می‌کند، به دلیل «حرمت عمل» تعزیر پدر را جایز دانسته‌اند، در حالی که، اگر الفاظ روایت محمول بر معنای اصطلاحی و متعارف «ملکیت» باشد، اساساً فعل حرامی رخ نداده است تا تعزیر مرتکب فعل جایز باشد.^۱

مؤید این مطلب روایت صحیحه محمدبن یحیی است که در آن از امام صادق (ع) سؤال شده است که چه چیزی از مال فرزند برای پدر حلال است؟ ایشان فرمودند: غذای او هنگامی که به آن محتاج باشد؛ بدون اینکه در آن اسراف کند. راوی سؤال می‌کند پس فرمایش پیامبر (ص) چه می‌شود که به مردی که با پدرش نزد پیامبر (ص) آمده بود،

۱. البته تعدادی از فقها بر همین عقیده‌اند، کما اینکه پرسش و پاسخ زیر بیانگر این مطلب است: اگر سارق، پدر صاحب مال یا جد پدری وی باشد، آیا سرقت او تنها موجب حد نمی‌شود یا هیچ مجازاتی ولو تعزیر بر وی جاری نمی‌شود؟

- آیت‌الله العظمی ناصر مکارم شیرازی: "نه حد دارد و نه تعزیر، مگر اینکه عناوین ثانویه‌ای در اینجا مطرح گردد."

- آیت‌الله العظمی سید عبدالکریم موسوی اردبیلی: "با توجه به مضمون بعضی از روایات که الابن و ماله لایبه تعزیر نیز خلاف احتیاط است، مگر آنکه مصلحت عمومی ایجاب نماید."

با این حال، عقیده مذکور نظر مشهور فقهی نیست و مشهور فقها به جواز تعزیر پدر به دلیل ارتکاب فعل حرام معتقد هستند. کما اینکه در پاسخ همین سؤال آمده است:

- آیت‌الله العظمی لطف‌الله صافی گلپایگانی: "در فرض سؤال سارق ضامن خسارت است و ظاهراً تعزیر هم دارد و الله العالم."

- آیت‌الله العظمی حسین نوری همدانی: "در صورتی که سارق پدر باشد، فقط حد سرقت بر وی جاری نمی‌شود، ولی می‌توان وی را تعزیر کرد (گنجینه آرای فقهی - قضایی، همان، کد سؤال: ۵۸۲۸). بدیهی است در صورتی که چنین اثر تامی برای روایت مورد بحث قائل شویم، استدلال به روایت پذیرفتنی است. لکن نتیجه‌ای که بر این اثر مترتب می‌شود آن است که لازمه استناد به این روایت، عدم تحقق هیچ‌یک از جرایم مالی علیه پدر مالباخته است و اختصاص آن به سرقت توجیهی ندارد."

فرمود: تو و مالت از آن پدرت هستی؟ امام (ع) فرمود: همانا آن مرد پدرش را نزد پیامبر (ص) آورد و گفت یا رسول‌الله این پدر من است و در مورد میراث من از مادرم به من ظلم کرده و پدر به پیامبر (ص) خبر داد که آن میراث را صرف نفقه خود و پسرش کرده است و پیامبر (ص) فرمود: تو و مالت از آن پدرت هستی و این در حالی بود که نزد پدر چیزی موجود نبود. آیا پیامبر (ص) پدر را به دلیل پسر به زندان می‌انداخت؟ (عاملی، پیشین: ۱۹۶).

پس این روایت، به علت وضعیت خاص پدر صادر شده و از «خصوص» این روایت «حکم کلی مالکیت قابل استخراج و استنباط نیست و بر اساس آن، پدر فقط برای غذای خود حق دارد از مال فرزند بردارد و اگر پیامبر به فرزند فرمود: «تو و اموات از آن پدرت هستی» به دلیل وضعیت خاص پدر بوده و نمی‌توان از آن حکم کلی مالکیت پدر بر اموال فرزند را استخراج کرد. در حقیقت، در آن بخش که به صرف اموال فرزند برای هزینه‌های مربوط به خود فرزند است و در آن بخش که مربوط به برداشتن نفقه خود پدر است، از ظاهر روایت، حاجتمندی پدر، مجوز این اقدام تلقی می‌شود که باز هم ملکیت را برای پدر افاده نمی‌کند.

چهارم اینکه، بقای حکم وضعی در مسئله، خود مؤید عدم ملکیت پدر بر اموال فرزند است؛ چه اینکه کسی به دلیل تصرف در اموال خود، ضامن تلقی نمی‌شود. پنجم اینکه، برای انتفای عنوان سرقت، اثبات مالکیت لازم نیست و صرف وجود اباحه تصرف هم کافی است و همین مقدار، می‌تواند ملاک استفاده فقیهان، برای حکم به انتفای عنوان سرقت قرار گیرد و مآلاً، انتفای حکم سرقت را نتیجه دهد.

ششم اینکه، بر فرض عدم دلالت روایت بر ملکیت مطلق یا اباحه تصرف، دست‌کم شبهه‌ای برای اعمال عموم جریان حد، در خصوص پدر به وجود می‌آید که برای جریان قاعده درء و معافیت پدر از حد قطع کفایت می‌کند.

۳.۱.۱.۱. فحواى عدم قصاص پدر به دليل قتل فرزند

هنگامی که پدر، به دلیل قتل فرزند یا قطع ید فرزند (که اهمیت بیشتری دارد) قصاص نمی‌شود، به طریق اولی، قطع دست او به علت سرقت از مال فرزند (که به مراتب نسبت به جان او ارزش و اهمیت کمتری دارد) جایز نخواهد بود. محقق اردبیلی، در این زمینه می‌نویسد: «لأنه لو قتلَهُ لایُقْتَلُ به فلا یُقطع یده بیده فکیف یُقطع یده بماله؟ (مقدس اردبیلی، ۱۴۲۱، ج ۱۳: ۲۲۶). آنچه استدلال به اولویت را تقویت می‌کند، روایت صحیح‌ه‌ای است که محمدبن مسلم نقل کرده است که از امام باقر (ع)، در مورد مردی که پسرش را قذف کرده بود، سؤال کردم و امام فرمود: «اگر پسرش را بکشد، قصاص نمی‌شود و اگر او را قذف کند، به خاطر او حد قذف نمی‌خورد»^۱ (عاملی، پیشین، ج ۱۸: ۴۴۷).

استناد و شاهد آوردن امام برای عدم ثبوت حد قذف برای فرزند، به عدم ثبوت قصاص در حق وی، بر عمومیت عدم ثبوت قطع در مورد پدر دلالت دارد و عمومیت حکم، شامل سرقت نیز می‌شود (خویی، ۱۴۲۲، ج ۴۱: ۳۵۱) چه اینکه ذکر قذف در این روایت، خصوصیتی ندارد و علت تصریح به قذف، به دلیل سؤال راوی بوده است؛ بلکه از جنبه اولویتی که قطع نسبت به جلد دارد، عدم قطع، به طریق اولی از این روایت استفاده می‌شود.

البته ناگفته نماند، در مورد فحواى عدم قصاص پدر به دلیل فرزند، برخی، اساساً منکر چنین اولویتی شده‌اند؛ با این استدلال که قصاص، قتل و امحای از صحنه وجود است، برخلاف قطع که همانا جدا کردن دست است و از سوی دیگر اشکال کرده‌اند که عدم جواز قصاص، مستلزم عدم جواز اجرای مطلق حد بر پدر است. در پاسخ به اشکال اول باید گفت آری! اگر با لحاظ «نوع مجازاتی» که بر سرقت حدی مترتب است نگاه شود، از این جنبه، قطع بر قصاص اولویتی ندارد، در حالی که اگر «نوع جرم» محور اولویت قرار

۱. لو قتلَهُ ما قتل به و ان قذفه لم یجلد له

گیرد، وقتی پدر برای کشتن و از بین بردن فرزند قصاص نمی‌شود، به‌علت برداشتن مال فرزند و ربودن آن، نباید حد قطع بر او جاری شود.

در پاسخ به اشکال دوم، اجمالاً باید گفت که این فحوا، با لحاظ مورد روایات، صرفاً در دایره جرایم مربوط به حق الناس جاری می‌شود؛ به‌ویژه اینکه، برخی حدود از جمله زنا با محارم و... که بر محور خویشاوندی استوار است، اساساً خویشاوندی از محورهای محقق موضوع است و با تمسک اولویت این قبیل ادله، نادیده گرفته نخواهد شد؛ مضافاً اینکه اگر دلیل اولویت تمام باشد، تمام ثمرات مترتب بر آن را باید پذیرفت و صرف استبعاد، مانع جریان فحوای دلیل نمی‌شود.

نکته شایان ذکر اینکه، رابطه ابوت مانع مجازات پدر به‌دلیل فرزند است و در این حکم تفاوتی نمی‌کند که فرزند، پسر باشد یا دختر و ذکر واژه «ولد» و «ابن» در روایات، به‌معنای انحصار حکم به پسر نیست، بلکه تمام منظور، بیان ابوت به‌عنوان مانع مجازات است و نه انحصار حکم به پسر. این مطلب از این نظر تقویت می‌شود که بسیاری از خطابات شرعی، ناظر به جنس مذکر است، لکن فقها مخاطب آن را عموم انسان‌ها یا عموم مسلمین اعم از مرد و زن دانسته‌اند.

سؤالی که در پایان این قسمت طرح شدنی است اینکه آیا در انتفای عقوبت از پدر، میزان مال مسروقه دخالته دارد یا خیر؟ که در پاسخ باید گفت:

هر چند، در معقد مورد اجماع، قیدی در میزان مال مسروقه یا سایر شرایط دیده نمی‌شود و اجماع مذکور به‌نحو مطلق منعقد شده^۱، لکن در بعضی از روایات، اختیار پدر از حیث نوع مال و شرایط اخذ آن، محدود شده است. از جمله، در روایتی، از امام صادق (ع) سؤال شد که چه چیزی از مال فرزند، برای پدر حلال است؟ امام (ع) فرمود: «اگر

۱. در غنیه النزوع، در مورد شرایط سرقت حدی آمده است: «ومنها: ان لایکون ولداً من ولده، و ان کان غنیا عن ماله».

فرزند به نحو احسن نفقه پدر را بپردازد، پدر حق ندارد از مال فرزند چیزی بردارد» (عاملی، ۱۳۶۷: ۱۹۵).

در روایت دیگری امام باقر (ع) فرمودند که پیامبر (ص) به مردی فرمود: تو و مالت از آن پدرت هستی. سپس امام باقر (ع) فرمودند: دوست ندارم که کسی از مال فرزندش بردارد، مگر مقداری که به آن احتیاج دارد و ناگزیر از آن است، چرا که خداوند فساد را دوست ندارد (همان). در روایت دیگری از امام صادق (ع) در مورد مردی که از اموال فرزندش برمی دارد، سؤال شده است که امام (ع) فرمودند: خیر، مگر با اجازه فرزند یا اینکه مضطر شود که به طور متعارف از آن می خورد یا استقراض می کند تا هنگام گشایش به او بدهد (همان، ۱۹۶). محمدبن مسلم از امام صادق (ع) در مورد کسی سؤال کرد که مالی دارد و پدرش «محتاج» به آن مال می شود؛ امام در پاسخ فرمودند: از آن مال می خورد، اما مادر نمی تواند بخورد مگر به صورت قرض (همان، ج ۵: ۱۹۶).

ظاهر روایات این است که پدر تنها در صورت «احتیاج و اضطرار» مجاز است از مال فرزندش «بخورد» و به نظر می رسد واژه «اکل» در این قبیل روایات، به قرینه وجود واژه هایی چون «نفقه»، «قوت»، «احتیاج» و «اضطرار» منصرف به همان معنای خوردن عرفی است و به اطلاق خود و مشتمل بر معنای بردن و اخذ کردن دلالت نمی کند. مرحوم شیخ حر عاملی نیز، در همین زمینه، پس از ذکر روایات، در پایان باب «حکم الاخذ من مال الولد و الأب» آنچه را که متضمن جواز اخذ برای پدر بوده، محمول به میزان نفقه واجب یا اخذ بر وجه قرض یا استحباب نسبت به فرزند دانسته و آنچه را که متضمن منع فرزند بوده، بر عدم حاجت فرزند یا اخذ در غیر مورد نفقه واجب حمل کرده است (همان، ج ۱۲: ۱۹۸). اما به نظر می رسد هیچ کدام از این روایات، در انتقای حد قطع تأثیری ندارد، چرا که ظاهر روایات مذکور صبغه اخلاقی دارد و حداکثر مفید حکم وضعی ضمان در فرض تعدی از مورد روایت است؛ چه اینکه، نفقه پدر نیازمند، جزو تکالیف فرزند اوست و از سوی دیگر، حمل «اخذ» بر «قرض» و امثال آن هم نشان می دهد که لسان این روایات

و مفاد آن از بحث مجازات و اعمال مستوجب مجازات منصرف است یا دستکم امکان اخذ به این روایات برای محدود کردن ادله منع مجازات، با تردید روبه‌روست و از این جنبه معروض ادله یادشده محسوب نمی‌شود، بنابراین، روایات مانع، کماکان شامل مورد خواهد بود و پدر، علی‌الاطلاق، مجازات‌شدنی نخواهد بود؛ اعم از اینکه در موضع حاجت یا غیرموضع حاجت به سرقت مبادرت کرده باشد و اعم از اینکه مال مسروقه کم باشد یا زیاد باشد.

به‌علاوه این احتمال نیز وجود دارد که روایات مورد اشاره در باب نفقه وارد شده و برای بیان مقدار نفقه است و در بحث حد سرقت که سخن از قطع دست بوده، موضوعاً خارج از این روایات است، برخی قیود روایات هم این سخن را تأیید می‌کند، از جمله اینکه محمدبن مسلم از امام صادق (ع) نقل می‌کند که فرمود: «در کتاب علی (ع) نوشته شده که فرزند از مال پدر بر نمی‌دارد مگر با اجازه‌اش، ولی پدر هر چه بخواهد برمی‌دارد».

۲.۱.۱. دیدگاه دوم: نظریه قطع دست پدر به دلیل سرقت از اموال فرزند

برخلاف دیدگاه نخست، برخی به مستثنا شدن پدر از حکم قطع دست قائل نیستند و معتقدند که پدر نیز با دیگران در شرایط برابری قرار دارد و در صورت اجتماع شرایط، حد قطع بر وی جاری می‌شود. این دیدگاه اگرچه در اقلیت قرار دارد، استدلال‌هایی که در این دیدگاه مطرح می‌شود، بسیار تأمل‌پذیر و درخور توجه است و چه بسا بتوان در سایه توجه به استدلال‌های طرح‌شده، تفصیلاتی را در مقام مطرح کرد که در جای خود مطرح خواهند شد.

در این قسمت، نخست مهم‌ترین طرفداران و قائلان این دیدگاه و سپس مهم‌ترین دلایل مطرح‌شده، مطرح خواهند شد.

۱.۲.۱.۱. قائلان به قطع دست پدر در صورت سرقت از مال فرزند

همان‌طور که پیش‌تر بیان شد، در میان فقهای امامیه، افراد نادری به قطع دست پدر فتوا داده‌اند. در این میان، شیخ طوسی، فقیه معلوم‌النسبی را به نام داوود نام می‌برد که به این دیدگاه قائل است (طوسی، ۱۴۰۷: ۴۴۸).^۱

۱.۲.۱.۱. ادله قائلان به قطع دست پدر در صورت سرقت از مال فرزند

بر اساس این دیدگاه، دست‌اندازی و تصرف پدر در اموال فرزند بالغ خود (که بر وی ولایتی ندارد) حرام است و جز در مواردی که شرعاً، اجازه تصرف وجود دارد (مثل حق‌المارّه) یا اذن صریح یا ضمنی مستفاد از قراین حالیه و مقامیه، پدر حق تصرف در اموال فرزند خود را ندارد. چه اینکه اصل بر حرمت تصرف در مال غیر است (لایحل مال امرء مسلم الا بطیب نفسه) و آنچه تحت عنوان مخصص یاد شده است، قدرت معارضه با دلایل حرمت تصرف در مال غیر و قواعد ناشی از آن را ندارد.

شاید این پرسش مطرح شود که پس ادله‌ای که به‌عنوان مخصص مطرح شده‌اند و پیش‌تر به آنها استناد شد، چه وضعی پیدا می‌کنند؟ آیا باید آن روایات را در قبال ادله حرمت طرح یا به نحو خاصی علاج کرد؟

بر اساس این دیدگاه و از آنجا که التزام به قاعده کلی حرمت تصرف موافق مذهب خاصه و حکم خاص موافق عامه است، بر اساس مرجحاتی که در اصول بحث شده، مخالفت با عامه در زمره مرجحات محسوب می‌شود و شاید طرح روایات به‌عنوان یکی از راه‌ها و لازمه التزام به حکم کلی و اصلی مورد توجه قرار گیرد (نجفی کاشف الغطاء)، ۱۴۲۰ هـ ق، صص ۱۱۳).

۱. مسئله ۴۵: إذا سرق الرجل من مال ولده، فلا قطع علیه بلاخلاف إلا داود (المحلی، ج ۱: ۳۴۴) و ان سرق الولد من مال والديه، أو واحد منهما، أو جده، أو جدته، و جدھما أو أجداده من قبل أمه و ان علوا کان علیه القطع و قال جمیع الفقهاء: لا قطع علیه.

از دیگر راه‌های موجود که مطرح شده‌اند، تأویل دلایل خاصی بوده‌است که مختصّ مستند حکم معافیت پدر قرار گرفته‌اند. این تأویل با سیاق روایاتی که مطرح شده نیز سازگار به نظر می‌رسد.

برگرداندن روایات یادشده بر «احتیاج و اضطرار» و «نفقه» و «فرض استقراض» و نظایر آن تأویلاتی هستند که با توجه برخی همراه بوده‌اند؛ به‌طور مثال، در روایتی از امام صادق (ع) در مورد مردی سؤال شد که از اموال فرزندش برمی‌دارد و امام (ع) فرمودند: خیر، مگر با اجازه فرزند یا اینکه مضطر شود که به‌طور متعارف از آن می‌خورد یا استقراض می‌کند تا هنگام گشایش به او بدهد (عاملی، ۱۳۶۷، ج ۵: ۱۹۶). محمدبن مسلم از امام صادق (ع) در مورد کسی که مالی دارد و پدرش «محتاج» به آن مال می‌شود، سؤال کرد؛ امام در پاسخ فرمودند: از آن مال می‌خورد اما مادر نمی‌تواند بخورد، مگر به‌صورت قرض (همان).

ظاهر روایات این است که پدر تنها در صورت «احتیاج و اضطرار» مجاز است از مال فرزندش «بخورد» و به‌نظر می‌رسد واژه «اکل» در این قبیل روایات، به قرینه وجود واژه‌هایی چون «نفقه»، «قوت»، «احتیاج» و «اضطرار» منصرف به همان معنای خوردن عرفی است و به اطلاق خود، بر معنای بردن و اخذ کردن دلالت نمی‌کند. مرحوم شیخ حر عاملی نیز، در همین زمینه، پس از ذکر روایات، در پایان باب «حکم الاخذ من مال الولد و الأب» آنچه را که متضمن جواز اخذ برای پدر بوده، محمول به میزان نفقه واجب یا اخذ بر وجه قرض یا استحباب نسبت به فرزند دانسته است و آنچه را که متضمن منع فرزند بوده، بر عدم حاجت فرزند یا اخذ در غیر مورد نفقه واجب حمل می‌کند (عاملی، ج ۵: ۱۹۸).

بند اول: دیدگاه‌ها و ادله آنها

همان‌طور که ملاحظه شد، مطابق نظریه مشهور فقیهان امامیه چنانچه پدر از مال فرزند خود سرقت کند، حد قطع بر او اجرا نمی‌شود. سؤالی که مطرح می‌شود این است که آیا این امر، در مورد جدی که از مال نوه‌اش سرقت کند نیز صادق است یا خیر؟ دو دیدگاه در این زمینه وجود دارد؛ دیدگاه نخست مبتنی بر تعمیم حکم پدر به پدربزرگ که معافیت

پدربزرگ از اجرای حکم قطع دست در صورت سرقت از اموال فرزندزاده را نتیجه می‌دهد و دوم، عدم تعمیم حکم پدر به پدربزرگ و باقی ماندن وی تحت شمول عموم ادله قطع که لزوم اجرای حد قطع بر پدربزرگ در فرض سرقت وی از اموال فرزندزاده را نتیجه می‌دهد. این دو دیدگاه را به‌همراه ادله آنها بررسی خواهیم کرد.

الف) دیدگاه تعمیم حکم پدر به پدربزرگ

بر اساس دیدگاه تعمیم، همان معافیتی که برای اجرای حکم قطع دست در مورد سرقت پدر از اموال فرزند وجود دارد، در مورد پدربزرگ هم صادق است و بین پدر و پدربزرگ هیچ تفاوتی در این زمینه وجود ندارد. در حقیقت، اگر کسی به معافیت مطلق درباره پدر قائل باشد، در صورت پذیرش تعمیم، این معافیت در مورد پدربزرگ نیز مطلق خواهد بود. همین طور اگر در قلمرو معافیت پدر از حکم قطع دست، قید و شرط یا محدودیتی وجود داشته باشد، این موارد، عیناً به حکم معافیت پدربزرگ نیز منتقل می‌شود؛ چه اینکه دلیلی بر تفصیل یا تفاوت در این موضوع وجود ندارد.

بسیاری از فقیهان امامیه از جمله شیخ طوسی در مبسوط (شیخ طوسی، ۱۳۸۷، ج ۸: ۴۴) و شهید ثانی در مسالک (عاملی، پیشین، ج ۱۴: ۴۸۷) و صاحب ریاض (طباطبایی، پیشین، ج ۱۶: ۱۷۰) را باید در زمره کسانی دانست که به دیدگاه تعمیم قائل هستند.

۲. ادله قائلان به نظریه تعمیم

برای عدم اجرای حد قطع بر جد پدری، به دلیل سرقت از اموال فرزندزاده، ادله گوناگونی اقامه شده است که از جمله آنها می‌توان به موارد زیر اشاره کرد.

۱.۲. اجماع

شیخ طوسی در مبسوط، ادعای عدم خلاف کرده است مبنی بر اینکه اگر کسی از مال فرزندانش و فرزندان آنها هر قدر پایین رود، سرقت کند، حد قطع بر او اجرا نمی‌شود

(شیخ طوسی، ۱۳۸۷، ج ۸: ۴۴). شهید ثانی نیز در مسالک، در این زمینه ادعای اجماع کرده است (عاملی، ۱۴۱۳، ج ۱۴: ۴۸۷).

شاید این پرسش مطرح شود که چرا مثل مورد قتل نوه توسط پدر بزرگ عمل نمی‌کنیم و در اینجا هم به معافیت پدر بزرگ حکم نمی‌دهیم؟ در پاسخ می‌توان گفت، تفاوت این مورد با قتل نوه توسط جد پدری، این است که در بحث قتل، تحقق اجماع بر انتفای قصاص قطعی نیست، به نحوی که کسی مثل شهید ثانی که در ما نحن فیه به عدم مجازات قائل است، در بحث قتل به عدم قصاص جد پدری به دلیل جنایت بر فرزندزاده حکم نداده‌اند و حتی تصریح به تحقق اجماع بر امکان قصاص جد پدری، که در کلمات برخی محققان منعکس شده است (عاملی، ۱۴۱۳، ج ۱۵: ۱۵۶) به استناد به اجماع در بحث انتفای حد قطع ضرر نمی‌رساند؛ زیرا بین قتل و سرقت تفاوت جدی وجود دارد. در سرقت، موضوع، «اموال» است که بین جد پدری و نوه، تعامل مالی قوی وجود دارد، به طوری که جد پدری، در صورت نبودن پدر یا تنگدست بودن وی، موظف به دادن نفقه نوه پسر است و در این امر، وظیفه جد، بر تکلیف مادر و سایر خویشاوندان مقدم خواهد بود؛ در حالی که موضوع قتل «جان» است و احتمال دارد عدم قصاص جد پدری، زمینه تهجم بر دماء را فراهم کند.

در عین حال باید توجه داشت که حتی بر فرض انعقاد اجماع در این مقام، استناد به اجماع با همان اشکال معروف مدرکی بودن مواجه است. زیرا از آنجا که این نظریه فقهی، با روایت و قراین موجود در اخبار مدلل شده، اجماع مزبور، در اصطلاح اجماع مدرکی است و در نتیجه، أصالت و استقلال ندارد و به‌عنوان دلیل مستقل و در عرض سایر دلایل مطرح شود. بنابراین ادله اصلی، در حقیقت، همان اخبار و روایاتی است که در این زمینه وارد شده و به‌نوعی منطوق یا مفهوم آنها، مستند فتاوی فقهی قرار گرفته است.

۲.۲. صدق اطلاق پدر بر جد پدری

قائلان به عدم اجرای مجازات قطع بر جد پدری، از جمله به اطلاق «والد» و «اب» (پدر)، بر جد پدری استناد می‌کنند که به موجب آن، ادله‌ای که اجرای مجازات را بر «والد» یا «اب» نفی می‌کنند، به اطلاق خود، نافی مجازات از جد پدری هم هستند، حتی صاحب کشف الرموز (الیوسفی، ۱۴۱۷، ج ۲: ۶۱۰) معتقد است اطلاق «اب» بر جد، از ظاهر کلام خداوند، تبارک و تعالی و سخن ادیبان برمی‌آید و شاید مراد وی از فصحا، همان نکته‌ای بوده که در «القصاص علی ضوء القرآن و السنه» آمده است که در نزد عرب، العریاء که به کلامشان استشهاد می‌شود، همانند خضرمیین، در اشعار و تعابیرشان «اب» بر «جد» هم اطلاق می‌شود، همان‌گونه که «پسر» به «نوه» اطلاق می‌شد (مرعشی نجفی، بی تا، ج ۱: ۳۵۴).

مدعی‌ای یادشده تا جایی پیش می‌رود که برخی، اطلاق «اب» بر «جد» را «حقیقت» می‌دانند (مدنی الکاشانی، ۱۴۱۰: ۸۶). زیرا «أب» یعنی کسی که دیگری از او متولد می‌شود، همان‌گونه که در اقرب‌الموارد آمده است، تردیدی نیست که نوه از جد به واسطه پدر متولد می‌شود و از جمله شواهد ایشان بر مدعی‌ای یادشده، اطلاق «پسر آدم» به فرزندان آدم و اطلاق فرزندان پیامبر (ص)، به امام حسن و امام حسین (ع) در آیه مباهله است. بنابراین، به عقیده این گروه، هم در لغت و هم در عرف، واژه «پدر» به جد پدری هم اطلاق می‌شود و در این صورت با توجه به ادله‌ای که در آنها واژه‌های «والد» و «اب» ذکر شده بود، قطع دست جد پدری به دلیل سرقت از فرزندزاده‌اش منتفی است، به نحوی که در بحث قول عدم قصاص اجداد پدری صاحب جواهر می‌گوید: «بناء» علی تناول الاطلاق له لغتاً و عرفاً (همان: ۱۷۰).

۳.۲. اولویت ولایت جد بر ولایت پدر

از فروع نکاح و در باب لزوم اذن پدر در عقد دختر باکره، این سؤال مطرح می‌شود که اگر پدر، دخترش را به عقد کسی درآورد و در همان حال، جد پدری او را به عقد کس دیگری درآورد، عقد کدام مقدم است؟

در پاسخ، گفته می‌شود که عقد جد پدری مقدم بر عقد پدر است. برای تأکید بر نظر مشهور، مبنی بر عدم قصاص جد پدری به این فرع نیز استدلال می‌شود (طباطبایی، پیشین، ج ۱۶: ۲۵۰) که به دلیل عدم خصوصیت در ناحیه قصاص، در بحث انتفای حد قطع از پدر به دلیل سرقت از فرزندزاده نیز طرح شدنی است. بنابراین استناد به اولویت حق ولایت جد بر پدر در عقد دختر باکره، یکی دیگر از ادله‌ای است که طرفداران انتفای حد قطع بر آن استناد می‌کنند و به همین لحاظ، مرحوم صاحب جواهر، در قبال تردید محقق حلی، به طور جزم، به انتفای مجازات جد پدری نظر می‌دهد (همان: ۱۷۰).

۴.۲. قاعده درء

در نهایت، شاید آخرین دلیلی که در توجیه عدم قطع جد، به آن تمسک شود، قاعده درء است، چه اینکه، عدم قطع پدر به دلیل فرزند قطعی است و در مورد قطع جد پدری به خاطر سرقت از نوه تردید وجود دارد. بنابراین باید احتیاط کرد و با تحقق شبهه، کیفر قطع را درء کرد. صاحب مفتاح‌الکرامه، البته در برخی استدلال‌های خود در عدم قصاص جد پدری می‌نویسد: «ولانه احوط لابتناء ازاقه الدماء علی الاحتیاط فیکفی الشک فینھض أصل البراءة واصل عصمه دم الجدة» (عاملی، پیشین، ج ۱۱: ۲۵). این استدلال، به دلیل وجود وحدت ملاک، در مقام دفاع از انتفای مجازات قطع بر جد پدری نیز طرح شدنی است.

ب) دیدگاه عدم تعمیم حکم پدر به پدر بزرگ

بر اساس دیدگاه عدم تعمیم، حکم خاص معافیت، ویژه پدر صلبی و بی‌واسطه است و شامل پدر باواسطه (پدر بزرگ) نمی‌شود و در صورتی که وی از اموال فرزندزاده سرقت کند، با اجتماع شرایط، مشمول قاعده عمومی اجرای حد قطع خواهد شد و در حقیقت، این قسم از خویشاوندی تأثیر کاهنده یا معاف‌کننده بر مجازات نخواهد داشت.

۱. «...ويعضدهم تقديم الشارع عقده علی ابنة الابن علی عقده علیها اذا تقارنا».

۱. ادله قائلان به عدم تعمیم

در اینجا مهم‌ترین دلایل قائلان به عدم تعمیم حکم پدر به پدربزرگ بررسی خواهند شد.

۲.۱. عدم شمول یا تردید در شمول ادله معاف‌کننده بر پدربزرگ

از آنجا که ادله‌ای که حرمت مالاشخاص را محترم می‌شمارد و نیز ادله‌ای که به‌عنوان ضمانت اجرای سرقت، حکم قطع دست را افاده می‌کنند، عموم و اطلاق دارند و نظر به اینکه با وجود عمومات جریان حد قطع، عمومیت ادله قطع هم امر ثابتی است، اصل بر شمول دلیل بر تمام مصادیق است، مگر مواردی که با دلیل خاص خارج شود و نظر به اینکه در بحث‌های پیشین ثابت شد که اصل بر عدم تأثیر خویشاوندی در حکم قطع دست بوده، در این صورت، اصل بر جریان قواعد عمومی قطع دست سارق است و دلایل معاف‌کننده، باید از چنان صراحتی برخوردار باشند که به‌راحتی عمومات یادشده را تخصیص بزنند و چنانچه در دلالت آنها تردید باشد، عمومات از تخصیص ادعایی مصون می‌ماند و مواردی که خروج آنها از تحت عموم مشکوک باشد، همچنان مشمول حکم عام خواهند بود.

از سوی دیگر، نقض این قواعد در پرتو دلیل خاص، باید با لحاظ دو نکته صورت گیرد. نخست اینکه در صورت شک در اصل تخصیص، اصل بر عدم تخصیص و جریان حکم قطع دست است؛ دوم آنکه اگر بدانیم موردی با دلیل خاصی از عموم قاعده قطع ید، تخصیص خورده است، اما در دامنه آن تردید داشته باشیم، اصل بر عدم تخصیص زائد از قدر متیقن است.

در مباحث اصولی مربوط به عام و خاص گفته شد که در دلیل خاص (منفصل) اگر تردد بین اقل و اکثر باشد، نسبت به اکثر، عام بر حجیت خود باقی است و اجمال آن به عام سرایت نخواهد کرد، زیرا در خاص منفصل، دلیل عام در عموم ظهور یافته است و حجیت دارد، مگر آنکه حجیتی قوی‌تر از آن، ظهورش را از بین ببرد (بروجردی، ۱۳۶۴: ۵۱۴ و ۵۱۵؛ مظفر، ۱۳۹۷: ۱۴۹؛ حسینی، ۱۳۶۳: ۲۶۰).

در مورد قطع ید نیز قدر متیقن از تخصیص، مقدار اقل است و تا این حد، حجیت عام از بین می‌رود، اما نسبت به اکثر، شک در اصل تخصیص وجود دارد و تخصیص در مورد اکثر، هیچ‌گونه ظهوری ندارد تا با ظهور عام معارضه کند. بنابراین ظهور عام و اصله‌العموم، شک در تخصیص مقدار زائد بر قدر متیقن را دفع می‌کند و در آن می‌توان به عام تمسک کرد. در واقع در تردد بین اقل و اکثر، علم اجمالی به علم تفصیلی و شک بدوی تبدیل می‌شود که نسبت به مقدار زائد بر قدر متیقن، اصله‌العموم جاری می‌شود تا شک بدوی (که همان شک در اصل تخصیص است) رفع شود.

بنابراین، رفع ید از عمومات قطع ید سارق، جز در موارد منصوص و جز در قدر متیقن از مقدار منصوص میسر نخواهد بود.

همان‌طور که بیان شد، روایات یادشده به لفظ «اب» یا «ولد» مقید شده است و تعمیم حک آن به پدربزرگ، در گرو این است که این دو لفظ لغتاً و عرفاً، بر پدربزرگ هم اطلاق شود. اما در مقابل دیدگاه نخست، بر اطلاق یادشده ایرادهایی وارد شده است.

نخست، از لحاظ لغوی، این پرسش مطرح می‌شود که آیا اطلاق اب و والد بر جد حقیقت است یا مجاز؟ در صورتی که اطلاق «اب» را بر جد حقیقت بدانیم، در فرض ثبوت عدم قطع دست پدر، عدم این حکم در ناحیه جد پدری هم ثابت شده است و به دلیل دیگری نیاز نداریم، اما به حقیقت بودن این اطلاق، از چند جنبه ایراد شده است.

دوم، از نظر عرفی نیز شاید همین ایراد وارد شود، زیرا از جنبه عرفی نیز، مفهوم واژه «اب» با مفهوم لغوی آن، تفاوتی ندارد و حتی برداشت عرف در این مورد، صراحت بیشتری دارد؛ چه اینکه عرف، به هیچ‌وجه، از واژه پدر، مفهوم پدربزرگ را نمی‌فهمد.

بنابراین، با اجمالی که در ناحیه دلیل خاص به وجود می‌آید، امکان جریان قواعد دلیل خاص منفصل وجود ندارد یا دستکم در شمول دلیل خاص بر موارد مشکوک تردید به وجود می‌آید که در نتیجه آن، عموم قطع ید محل توجه و تمسک قرار می‌گیرد.

۲.۲. تبادل

هنگامی که واژه «اب» در عربی و واژه «پدر» در فارسی استعمال می‌شود، اولین معنای متبادر به ذهن، پدر بدون واسطه است و نه کس دیگر؛ بنابراین لازمه اطلاق آن بر «جد»، وجود قرینه‌ای است تا این اطلاق صحیح باشد و این خود دلیل بر آن است که اطلاق «اب» بر «جد» «مجاز» است نه «حقیقت».

۳.۲. صحت سلب

سلب عنوان پدر از جد، با تصدیق همراه است، به‌طور مثال، اگر گفته شود «جد، پدر نیست» با همراهی و تصدیق شنونده همراه می‌شود و صحت سلب، علامت مجاز است؛ بنابراین از لحاظ لغوی، اطلاق «أب» بر «جد» اطلاق حقیقی نیست، اما استعمال «أب» در مورد جد اعم از حقیقت است و در موارد بسیاری، به افراد دیگر هم «أب» اطلاق شده، مثلاً در آیه ۳۸ سوره یوسف، از حضرت ابراهیم که عموی حضرت یعقوب است به «أب» تعبیر شده است (طباطبایی، پیشین: ۱۶۴) و حتی معروف است که پدران پنج گروهند: «اب ولدک و اب ارضعک و اب یزوجک و اب علمک و اب ادبک» (مرعشی نجفی، پیشین، ج ۱: ۳۳۹). این مطالب در مورد واژه «اب» است، اما اگر کسی بخواهد واژه «والد» را که در روایات وارد شده است، بر جد اطلاق کند، اساساً غلط خواهد بود، چرا که بر خلاف «أب» که به غیر پدر هم گفته می‌شود، «والد جز بر پدر صلبی اطلاق نمی‌شود» (طباطبایی، ۱۴۲۲: ۱۶۴) و حتی به‌صورت مجاز هم نمی‌توان بر جد اطلاق والد کرد.

در حقیقت، اگرچه به‌لحاظ بحث‌های اصولی، عدم تعمیم حکم پدر به پدربزرگ اقوی به‌نظر می‌رسد، اشکالی که در نوع این استدلال‌ها وجود دارد این است که در تبیین حکم و تنقیح بحث، حرکت ذهن، صرفاً در مدار مباحث الفاظ و دقت‌های اصولی حرکت می‌کند؛ در حالی که به‌نظر می‌رسد، در کنار مباحث الفاظ که در جای خود لازم و قوام‌بخش استدلال هستند، باید به سایر عناصری توجه کرد که در استنباط از حکم دخالت دارد و اصول و قواعدی که در هر کدام از ابواب فقهی به‌صورت خاص وجود دارد نیز به‌صورت

ویژه باید مورد عنایت قرار گیرد، چه بسا این قواعد، به دلیل خاص بودن، بر سایر شیوه‌های استدلال مقدم شود.

در این مقام که بحث اجرای حدود الهی است، با قاعده درء مواجه هستیم که ضمن حفظ اصل اجرای حدود، در مقام احراز و اثبات، همت شارع را بر ارفاق و رأفت نشان می‌دهد. اگر به سایر ابواب حدود و روایات آن به درستی دقت شود، معلوم خواهد شد که مذاق شارع، قبل از اثبات حدود، بر ارفاق و دفع سایه حد بر متهم است؛ هرچند در صورت اثبات جرم حدی، کمترین رأفت و ارفاقی بر مجرم روا داشته نمی‌شود.

به هر حال، توجه بیش از حد به بحث‌های لفظی روایات در باب حد سرقت و جریان یا عدم جریان آن در مورد پدربزرگ، نباید ما را از این نکته غافل کند که نفس همین بحث‌ها و احتمال‌ها و ارتکازات عرفی و عقلایی، در نهایت نوعی شبهه عقلایی و عرفی را در مقام ایجاد می‌کند. به نظر می‌رسد که این شبهه به اندازه‌ای است که در نهایت، مجرای برای قاعده درء ایجاد شود و معافیت پدربزرگ را همچون پدر نتیجه دهد.

۳. بررسی حقوقی

در قانون مجازات عمومی در مواد ۲۲۶ و ۲۲۷ قانون مجازات عمومی ۱۳۰۴ دو نوع سرقت با شرایط متفاوت مقرر شده بود. در سال ۱۳۱۲ مقنن با الحاق ماده ۲۲۷ مکرر به قانون مجازات عمومی مقرر داشت: «در مورد دو ماده فوق، هر گاه مدعی خصوصی با متهم سرقت قرابت نسبی درجه اول، دوم یا سوم و یا قرابت سببی درجه اول یا دوم داشته باشد، تعقیب با گذشت مدعی خصوصی موقوف می‌شود، اگرچه میزان مال بیش از ۱۵۰ هزار ریال بوده و عین یا قیمت آن به صاحب یا صاحبانش مسترد نشده باشد». بنابراین در قانون مجازات عمومی، نه تنها رابطه پدر-فرزندی در سرقت مؤثر بود، بلکه وجود پیوند خویشاوندی در سطح گسترده‌تری سبب می‌شد که اگر شاکی خصوصی از سارق گذشت کرد، تعقیب متهم موقوف شود.

حقوقدانان در آن زمان معتقد بودند که حکم ماده ۲۲۷ مکرر از علل موجهه نیست و صرفاً نوعی معافیت قانونی است، بنابراین حتی با گذشت شاکی خصوصی، معاون از این معافیت برخوردار نخواهد بود (علی آبادی، ۱۳۸۵، ج ۲: ۲۳۶). بعضی دیگر از حقوقدانان نیز عدم مجازات سارق به علت گذشت خویشاوند (مالباخته) را از مصادیق معاذیر قانونی معاف‌کننده مشروط می‌دانستند و آن را از مواردی که خویشاوندی به‌طور مطلق و بدون نیاز به گذشت شاکی خصوصی، موجب معافیت از مجازات بود، تفکیک می‌کردند (باهری، ۱۳۸۰: ۴۰۶).

از سوی دیگر، تبصره ۲ ماده ۸ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب شهریور ۱۲۹۰ مواردی را اعلام کرده بود که در آنها تعقیب جزایی جز با شکایت شاکی خصوصی شروع نمی‌شد و در صورت گذشت او، تعقیب یا اجرای حکم موقوف می‌شد، مگر اینکه متهم سابقه محکومیت مؤثر کیفری به علت ارتکاب جرم مشابه آن داشت. در تاریخ ۱۳۵۲/۱۱/۲ بند دیگری به موارد این تبصره اضافه شد که به موجب آن در این جرایم نیز جز با شکایت شاکی خصوصی تعقیب شروع نمی‌شد و در صورت گذشت شاکی، تعقیب یا اجرای حکم موقوف می‌شد: «سرقت و خیانت در امانت و کلاهبرداری و جرایمی که در حکم کلاهبرداری است و جرم‌های موضوع ماده ۲۳۳ و ۲۳۴ قانون کیفر عمومی و ماده ۵ قانون تشدید مجازات رانندگان که ناظر به نقص عضو است و آن قسمت از ماده ۱۷۲ قانون کیفر عمومی که ناظر به شکستن یا نقص عضو می‌باشد بدون اینکه منتهی به نقص عضو کامل گردد، مشروط به اینکه مرتکب این جرایم همسر و یا از اقربای نسبی تا درجه سوم و یا اقربای سببی تا درجه دوم شاکی خصوصی باشد».

در قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰ به عنوان یکی از شرایط سرقت حدی اعلام شده است که سارق «پدر صاحب مال نباشد». اما در فصل ۲۱ کتاب پنجم قانون مجازات اسلامی (تعزیرات و مجازات بازدارنده) که مربوط به سرقت‌های تعزیری است، اثری از تأثیر خویشاوندی دیده نمی‌شود.

مطابق بند ج ماده ۲۷۰ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، یکی از شرایط سرقت حدی آن است که «سارق پدر یا جد پدری صاحب مال نباشد» بنابراین در مقام مقایسه با قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰، در قانون ۱۳۹۲، جد پدری نیز در کنار پدر از حد قطع دست معاف شده است.

از بعد تطبیقی، ماده ۳۱۱-۳۱۲ قانون مجازات فرانسه مقرر می‌کند: «سرقت ارتكابی به وسیله اشخاص زیر نمی‌تواند مستوجب تعقیب‌های کیفری باشد: ۱. سرقت به زیان فرزندان یا پدران و مادران در خط مستقیم اقارب؛ ۲. سرقت به زیان همسر، جز به هنگامی که از وی جدا شده یا مجاز به سکونت به‌طور جداگانه گشته باشد». به این ترتیب، در حقوق فرانسه فقط پدر یا جد پدری نیست که مانع تعقیب کیفری سارق است، بلکه در دو حیطة ابوت (در معنای اعم از پدر، مادر و اجداد) و زوجیت، سرقت هر کدام از دیگری نمی‌تواند تعقیب کیفری در پی داشته باشد.

همچنین ماده ۶۷۴ قانون العقوبات اللبنانی مقرر کرده است: «مرتکبین جرایمی که در فصل‌های قبل ذکر شد (سرقت، کلاهبرداری، خیانت در امانت و جرایم در حکم آن) هنگامی که به واسطه ارتکاب جرم به یکی از اصول یا فروع یا پدر یا مادر یا فرزندخوانده یا همسری که قانوناً از زوجه‌اش جدا نشده، ضرری وارد نمایند، از مجازات معاف می‌شوند». در قانون لبنان نیز همانند قانون فرانسه ابوت و زوجیت در جرایم علیه اموال از جمله سرقت مانع تعقیب کیفری سارق است.

نتیجه‌گیری

در صورتی که بین سارق و مالباخته، رابطه پدر- فرزند وجود داشته باشد، حتی با اجتماع سایر شرایط، حد قطع بر پدر اجرا نمی‌شود. از حیث فقهی، مفهوم ابوت، اعم از رابطه پدر- فرزند بلافصل و پدر- فرزند با واسطه (جد و فرزندزاده) است و در صورتی که جد پدری نیز از اموال نوه خود سرقت کند، حد قطع بر وی جاری نمی‌شود. از آنجا که در ادله مبنای این حکم فقط به سرقت پدر از فرزند اشاره شده و به لحاظ اکتفای

به قدر متیقن در خروج از عمومات ادله سرقت، به پدر و پدربزرگ اکتفا شده و در مورد سرقت برخی از خویشاوندان مثل مادر، موضوع اختلافی است. مشهور فقیهان به عدم معافیت و برخی از بزرگان مانند علامه حلی به معافیت مادر از حکم قطع نظر داده‌اند.

اگرچه به لحاظ بحث‌های اصولی، عدم تعمیم حکم پدر به پدربزرگ اقوی به نظر می‌رسد، اما اشکالی که در نوع استدلال‌های مذکور وجود دارد، این است که در تبیین حکم و تنقیح بحث، حرکت ذهن، صرفاً در مدار مباحث الفاظ و دقت‌های اصولی حرکت می‌کند؛ در حالی که به نظر می‌رسد، در کنار مباحث الفاظ که در جای خود لازم و قوام‌بخش استدلال است، باید به سایر عناصری توجه شود که در استنباط از حکم دخالت دارند.

در این مقام که بحث اجرای حدود الهی است، مذاق شارع، قبل از اثبات حدود، بر ارفاق و دفع سایه حد بر متهم است. توجه بیش از حد بر بحث‌های لفظی روایات در باب حد سرقت و جریان یا عدم جریان آن در مورد پدربزرگ یا مادر، نباید ما را از این نکته غافل کند که نفس همین بحث‌ها و احتمال‌ها و ارتکازات عرفی و عقلایی، در نهایت نوعی شبهه عقلایی و عرفی را در مقام ایجاد می‌کند. به نظر می‌رسد این شبهه به اندازه‌ای است که در نهایت، مجرای برای قاعده درء ایجاد شود و معافیت پدربزرگ را همچون پدر نتیجه دهد.

در مورد سایر خویشاوندان، بلاخلاف، به شمول ادله قطع و عمومات باب سرقت فتوا داده شده است، از جمله در سرقت مادر از فرزند، مشهور فقها به عدم قطع سارق حکم نداده‌اند. از سوی دیگر، با وجود عدم تحقق سرقت حدی در دو فرض مزبور، به دلیل حرمت عمل سارق، مشهور فقها امکان تعزیر پدر یا جد پدری به علت سرقت از مال فرزند را منتفی نمی‌دانند.

به نظر می‌رسد که تبعات اجتماعی سرقت نیز ایجاب می‌کند که از جنبه رعایت نظم عمومی، ضمانت اجرایی تعزیری برای این جرم پیش‌بینی کنند، لکن اعمال مجازات در صورت گذشت شاکی خصوصی منتفی شود. از این‌رو، حکم ماده ۲۲۷ مکرر قانون مجازات عمومی، مبتنی بر منطق حقوقی و سازگار با مصالح اجتماعی شناخته می‌شود.

منابع

١. الأردبیلی، المولی أحمد (المقدس الاردبیلی)(١٤٢١ ق). مجمع الفایده و البرهان، ج ١٣، قم، مؤسسه النشر الإسلامی، الطبعة الثالثة.
٢. الإصفهانی، محمد بن الحسن (فاضل هندی)(١٤٢٤ ق). كشف اللثام عن قواعد الأحكام، ج ١٠، قم، مؤسسه النشر الإسلامی.
٣. الامام الخمينی، آية الله العظمی السيد روح الله الموسوی (بی تا). تحرير الوسیله، ج ٢، قم، مؤسسه النشر الإسلامی.
٤. جلال الدين السيوطی (١٣٦٥ ق). الدر المنثور، ج ٧ و ١٠، بيروت، دارالمعرفه.
٥. الحلبي، أبو الصلاح تقي الدين بن نجم (١٤٠٣ ق). الكافي في الفقه، اصفهان، مكتبة الإمام أمير المؤمنين.
٦. الحلبي، حمزة بن علي حسيني (ابن زهره). غنيّة النزوع إلى علمی الاصول والفروع، قم، مؤسسه الإمام الصادق، الطبعة الاولى، ١٤١٧ ق.
٧. الحلبي، أبو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن بن سعيد (محقق حلي)(١٤٢١ ق). شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام، تهران، انتشارات استقلال.
٨. الحلبي، جمال الدين احمد بن محمد بن فهد الاسدي (١٤٠٧ ق). المهذب البارع في شرح مختصر النافع، ج ٢، قم، مؤسسه النشر الإسلامی.
٩. _____ (١٤١٠ ق). إرشاد الأذهان إلى أحكام الإيمان، ج ٢، قم، مؤسسه النشر الإسلامی.
١٠. _____ (١٤١٩ ق). قواعد الاحكام في معرفه الحلال والحرام، ج ٣، قم، مؤسسه النشر الإسلامی، الطبعة الاولى.
١١. _____ (١٤١٣ ق). مختلف الشيعه في احكام الشريعة، ج ٩، قم، مؤسسه النشر الإسلامی.

۱۲. الحلّی، محمدبن منصوربن أحمدبن إدريس (۱۴۱۱ ق). السراير الحاوی لتحرير الفتاوى، ج ۲، قم، مؤسسه النشر الإسلامی.
۱۳. الحلّی، يحيى بن سعيد (۱۴۰۵ ق). الجامع للشرائع قم، مؤسسه سيدالشهداء العلمیة.
۱۴. الخوی، سيد ابوالقاسم الموسوی (۱۴۲۲ ق). مبانی تکملة المنهاج، ج ۱، قم، مؤسسه إحياء آثار الإمام الخوی.
۱۵. الدیلمی، حمزه بن عبدالعزیز، المعروف بسنار (۱۴۰۴ ق). المراسم العلویة فی الاحکام العلویة، قم، منشورات الحرمین.
۱۶. السبزواری، سيد عبدالاعلی (۱۴۱۳ ق). مذهب الاحکام فی بیان الحلال و الحرام، ج ۲۸، ج ۴، قم، مؤسسه الناشر.
۱۷. الطباطبای، السيد علی (۱۴۲۲ ق). ریاض المسائل فی بیان أحكام الشرع بالدلائل، ج ۱۶، قم، مؤسسه النشر الاسلامی.
۱۸. الطرابلسی، قاضی عبدالعزیز بن البراج (۱۴۰۶ ق). المهذب، ج ۲، قم، مؤسسه النشر الاسلامی.
۱۹. الطوسی، أبو جعفر محمدبن الحسن (شیخ طوسی) (۱۴۰۷ ق). الخلاف، قم، مؤسسه النشر الإسلامی.
۲۰. _____ (۱۳۸۷ ق). المبسوط فی الفقه الإمامیة، ج ۵، ج ۲، تهران، الکتبه المرتضویة لإحياء الآثار الجعفریة.
۲۱. _____ (۱۴۰۰ ق). النهایة فی مجرد الفقه و الفتاوى، ج ۲، بیروت، دارالکتب العربی.
۲۲. العاملی، الشیخ محمدبن الحسن الحر (۱۳۶۷ ق). وسائل الشیعة، ج ۱۲، ۱۸، ۱۹ و ۶، تهران، المکتبه الاسلامیة.
۲۳. العاملی، زین الدین بن علی بن احمد الجبعی (الشهید الثاني) (۱۴۱۳ ق). مسالك الافهام إلی تنقیح شرایع الاسلام، ج ۱۴ و ۱۵، قم، مؤسسه المعارف الإسلامیة.
۲۴. عبدالحسین علی آبادی (۱۳۸۵). حقوق جنایی، ج ۱ و ۲، ج ۲، تهران، فردوسی.

۲۵. العکبری البغدادی، محمدبن محمدبن النعمان، المعروف بالشیخ المفید (۱۴۱۳ ق). المقتنع، قم، کنگره جهانی هزاره شیخ مفید.
۲۶. حیدری، علی مراد (۱۳۸۷). تحلیل فقهی-حقوقی تأثیر خویشاوندی در قوانین کیفری ایران، رساله دکتری رشته حقوق جزا و جرم‌شناسی، قم، دانشگاه تهران (پردیس فارابی).
۲۷. الفاضل اللنکرانی، الشیخ محمد (۱۴۲۲ ق). تفصیل الشریعه فی شرح تحریرالوسیله (الحدود). ج ۲، قم، مرکز فقه الأئمة الأطهار.
۲۸. الکریمی الجهرمی، علی (۱۴۱۲ ق). الدر المنصود فی احکام الحدود (تقریرات أبحاث السيد محمد رضا الکلایگانى). ج ۳، قم، دارالقرآن الکریم.
۲۹. گنجینه آرای فقهی - قضایی، دفتر آموزش روحانیون و تدوین متون فقهی معاونت آموزش قوه قضاییه (لوح فشرده).
۳۰. محمد باهری (۱۳۸۰). نگرشی بر حقوق جزای عمومی، تهران، انتشارات مجد.
۳۱. محمدبن علی بن الحسین بن بابویه القمی (۱۳۸۶ ق). المعروف بالصدوق، علل الشرایع، قم، کتابفروشی داوری.
۳۲. محمدبن علی بن حمزه الطوسی، المعروف بابن الحمزه (۱۴۰۸ ق). الوسیله إلی نیل الفضیله، قم، مکتبه آیه الله المرعشی النجفی.
۳۳. میرمحمد صادقی، حسین (۱۳۷۸). حقوق کیفری اختصاصی ۲ (جرایم علیه اموال ومالکیت). ج ۶، تهران، نشر میزان. علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
۳۴. نجفی، الشیخ محمدحسن (۱۳۷۴). جواهر الکلام فی شرح شرایع الإسلام، ج ۴، تهران، دارالکتب الإسلامیه. رتال جامع علوم انسانی
۳۵. النسائی، احمدبن شعيب بن علی (۱۹۳۰ م). سنن النسائی، ج ۸، بیروت، دارالفکر.