

این مقاله با مشخصات کتاب شناختی زیر در منبع زیر به چاپ رسیده است:

دائرة المعارف علوم جنایی، زیر نظر: علی حسین نجفی ابرندآبادی، چاپ دوم، تهران، بنیاد حقوقی میزان، ۱۳۹۵، صص ۶۰۵-۶۳۶

بازخوانی انتقادی نهاد ضمان عاقله در پرتو اصل شخصی بودن مجازات‌ها

رحیم نوبهار^۱

چکیده

این مقاله با مروری بر مستندات اصل شخصی بودن مجازات‌ها یا قاعده وزر در دیدگاه اسلامی استدلال می‌کند که محتوای این اصل استثنا نمی‌پذیرد. مقاله به طرح استدلال‌هایی می‌پردازد که بر پایه آن‌ها می‌توان ضمان عاقله را به مثابه عرفی رایج در محیط پیدایش اسلام دانست؛ عرفی که اکنون در نوع جوامع بشری که فاقد نظام قبیله‌ای هستند وجود ندارد و بنا بر این ضمان عاقله فاقد موضوع است. مقاله همچنین به نفع نظریه قراردادی بودن ضمان عاقله در محیط شکل‌گیری اسلام استدلال نموده است. بر پایه این نظریه نیز در جوامعی همچون نوع جوامع عصر ما که قرارداد نوشته یا نانوشته ضمان عاقله وجود ندارد، ادله ضمان عاقله اصولاً فاقد موضوع است.

واژگان کلیدی: قاعده وزر، اصل شخصی بودن مجازات‌ها، ضمان عاقله، احکام تأسیسی، احکام امضایی.

مقدمه

با پیروزی انقلاب اسلامی در ایران و تصمیم نظام سیاسی به اسلامی کردن قوانین، بسیاری از مفاهیم و نهادهای فقهی هم به قوانین کشور بویژه قوانین جزایی راه یافت. در برخی موارد اقتباس قوانین از فقه، دقیق و مبتنی بر مطالعات عمیق نبوده است. یکی از این موارد ضمان عاقله در برابر جنایت‌های خطایی است. ضمان عاقله در متون فقهی شیعه و سنی آمده است و فقیهان امامیه نوعی اجماع بر آن دارند. با این حال، نبود پیوندهای قبیلگی در جامعه ایرانی و نامأنوس بودن مفاهیمی مانند: عصبه و عاقله همواره این پرسش را در میان جامعه حقوق‌دانان، پژوهش‌گران حقوقی و حتی فقیهانی که به واقعیت‌های اجتماعی بیشتر توجه دارند برانگیخته است که: آیا حکم ضمان عاقله آن گونه که در منابع فقهی کهن آمده است از احکام جاویدان و جهان‌شمول شریعت است، یا آن که این حکم از مختصات جوامع و ساختارهای قبیله‌ای است؟ آنچه به این پرسش دامن زده است این واقعیت تاریخی انکارناپذیر است که نظام معاقله یا پرداخت متقابل دیه جنایت‌های خطایی توسط کسان و خویشاوندان قاتل پیش از اسلام هم در میان مردم شبه جزیره عربستان رایج بوده و در اسلام استمرار یافته است. همزمان تأکید مبانی

^۱. عضو هیئت علمی دانشکده حقوق - دانشگاه شهید بهشتی

فقهی بر اصل شخصی بودن مجازات‌ها یا قاعده وزر به این پرسش دامن زده است: که آیا ادله ضمان عاقله آن اندازه استوار است که بتواند مفاد قاعده وزر را تخصیص بزند؟

برای پاسخ‌گویی به پرسش‌های یادشده این مقاله به روش تحلیلی-انتقادی در بخش نخست به تبیین دیدگاه‌های اسلامی درباره قاعده وزر پرداخته است. بخش دوم مقاله چپستی ضمان عاقله و تبیین نسبت آن با قاعده وزر را واکاوی نموده است.

۱. دیدگاه‌های اسلامی و اصل شخصی بودن مجازات

۱.۱. مفهوم و معنای قاعده وزر یا اصل شخصی بودن مجازات

برابر قاعده وزر، مجازات تنها به مجرم تعلق می‌گیرد نه بستگان یا مرتبطان با وی. مقصود از تعلق مجازات به شخص مجرم، نفی آثار وضعی و طبیعی مجازات نیست؛ زیرا این آثار به طور طبیعی، نزدیکان و خویشان مجرم را در برمی‌گیرد. مجازات به عنوان یک واقعیت گاه آثاری وضعی دارد که نمی‌توان آن را با وضع قانون تغییر داد. به طور طبیعی وقتی مجرم مجازات می‌شود بخشی از آثار مجازات بر نزدیکان مجرم اثر می‌گذارد. این اثر تکوینی از قلمرو حقوق جزا خارج است. با این حال نظر به اعتبار "اصل شخصی بودن کیفر"، در حقوق جزا از راه‌های گوناگون تلاش می‌شود تا آثار جانبی مجازات بر نزدیکان و کسان مجرم هر چه کمتر شود. حتی در انتخاب نوع مجازات هم به این عنصر توجه می‌شود. هم از این روی در مقام شمارش معایب جزای نقدی گاه گفته می‌شود: آثار این مجازات تنها مجرم را در بر نمی‌گیرد، بلکه خانواده او را نیز شامل می‌شود. هرچند اغلب به ایرادهایی از این دست پاسخ داده می‌شود که این اشکال به جزای نقدی اختصاص ندارد؛ همه مجازات‌ها به گونه‌ای بر نزدیکان و کسان بزهکار که علی‌القاعده بی‌گناهند اثر می‌گذارد. زندانی کردن مجرم، خانواده وی را از دیدارش محروم می‌کند، اما این اثر، قهری و تکوینی است و به دشواری می‌توان از آن گریزی پیدا کرد. هرچند اغلب می‌توان ساز و کارهایی را طراحی کرد تا آثار کیفر بر خویشان و نزدیکان بزهکار هرچه کمتر شود.

اصل شخصی بودن مجازات بدین معنا کاملاً با اصل فردی کردن یا شخصی کردن مجازات متفاوت است. مقصود از شخصی کردن مجازات آن است که در کنار تعیین چارچوب کلی چند و چون مجازات، اختیاراتی هم به دادرسان داده شود تا آن‌ها با توجه به ویژگی‌های فرد محکوم، مجازاتی متناسب با خصوصیات و احوال او تعیین کنند. به اصل شخصی کردن مجازات‌ها در این معنا گاه اصل فردی کردن مجازات هم گفته می‌شود. برخی از استادان حقوق جزا برای این اصل، عنوان شخصی کردن را ترجیح داده‌اند، از آن روی که عنوان شخصی کردن در مورد اشخاص حقوقی هم راست می‌آید.^۱ اصل

۱. استاد دلماس مارتی می‌گوید: اصل فردی کردن یا بهتر است بگوییم اصل شخصی کردن مجازات [زیرا بدین‌سان اشخاص حقوقی را نیز شامل می‌شود] که در متون قانونی چندی پیش‌بینی شده است، به قاضی اختیار می‌دهد که در محدوده پیش‌بینی شده در قانون، مجازات‌ها و نیز رژیم اجرایی آن‌ها را تعیین کند. (نک: دلماس مارتی، می‌ری، نظام‌های بزرگ سیاست جنایی، ترجمه: علی حسن نجفی ابرندآبادی، صص ۱۵۵-۱۵۶، میزان، چاپ دوم، تهران، ۱۳۹۳). برخی نویسندگان هم اصل شخصی کردن را تعبیر

شخصی بودن مجازات را می‌توان از نتایج و آثار اصل شخصی بودن مسئولیت دانست.^۱

اصل شخصی بودن مجازات با مسئولیت ناشی از فعل غیر که امروزه در موارد زیادی پذیرفته شده است، ارتباطی ندارد. در موارد مسئولیت ناشی از فعل غیر مانند مسئولیت کارفرما در برابر افعال زیان‌بار کارگران و کارکنان یا مسئولیت مدیر مسؤول روزنامه در برابر مندرجات روزنامه در مواردی که جرمی رخ می‌دهد و در عین حال کارفرما یا مدیر مسؤول نقشی نداشته است، نوعی خطا از جنس تقصیر وجود دارد. این مسئولیت به دلیل تقصیر مفروضی است که در مورد وجود دارد و با اصل شخصی بودن کیفر منافات ندارد. به همین ترتیب، جبران برخی خسارت‌ها از منابع عمومی مانند پرداخت دیه از بیت‌المال از استثنای اصل شخصی بودن مجازات نیست؛ پرداخت دیه از بیت‌المال مبنای خاص خود را دارد؛ مثلاً تقصیر یا کوتاهی دولت و جامعه در شناسایی قاتل و جانی یا دستگیری او؛ یا این‌که به هر حال خون محترم هیچ انسانی نباید به هدر رود؛ یا این اصل عقلایی که ضرر بویژه ضرر به جان انسان تا جای امکان باید جبران شود.

به لحاظ تاریخی، اصل شخصی بودن مجازات‌ها در دوران گذشته چندان مورد توجه نبود. برعکس در دوران گذشته مفهوم مسئولیت جمعی و این‌که فرد در برابر اعمال خویشاوندان، نزدیکان و هم‌قبیله‌ها و حتی در مواردی هم‌وطنان خود مسؤول باشد امری شناخته شده بود. برای نمونه در قانون‌نامه حمورابی می‌خوانیم که: اگر معماری برای شخصی خانه‌ای ساخت، اما در استحکام کار خود دقت نکرد و در نتیجه خانه‌ای که او ساخته بود فرو ریخت و موجب مرگ پسر صاحبخانه شد آنان باید پسر معمار را به قتل برسانند.^۲ بدین‌سان فرزندی که بنا به فرض هیچ گناهی نداشت، تاوان تقصیر پدر را می‌پرداخت. در قوانین هیتی‌ها هم گاه اصل شخصی بودن کیفر نقض می‌شد. برابر بند الف ماده ۴۴ این قانون: هر گاه کسی دیگری را داخل آتش انداخته و موجب مرگ او گردد، باید یکی از پسرانش را در ازای آن بدهد.^۳ در شبه جزیره عربستان پیش از اسلام در مواردی، صاحبان زمینی که جرم قتل در آن رخ داده بود در صورتی که قاتل شناخته نمی‌شد، مسئول شناخته می‌شدند.^۴

در نوع نظام‌های بیگانه از اصل کرامت انسان، آزار دادن نزدیکان و کسان بزهکار برای وادار کردن متهم و

امروزی تر اصل فردی کردن کیفر دانسته‌اند. (نک: پرادل، ژان، تاریخ اندیشه‌های کیفری، ترجمه: علی حسین نجفی ابرندآبادی، ص ۷۸، سمت، چاپ نهم، تهران، ۱۳۹۳).

۱. نک: نوربها، رضا، زمینه حقوق جزای عمومی، ص ۳۷۹، گنج دانش، چاپ ۳۴، تهران، ۱۳۹۱.

۲. قانون‌نامه حمورابی، بندهای ۲۳۰ و ۲۳۱؛ به نقل از: بادامچی، حسین، قانون حمورابی، ص ۱۴۸، نگاه معاصر، تهران، ۱۳۹۲.

۳. هافتر، هری، قوانین هیتی‌ها، ترجمه: فرناز اکبری رومنی، ص ۴۸، انتشارات حقوقی، چاپ اول، تهران، ۱۳۸۴.

۴. علی، جواد، المفصل فی تاریخ العرب قبل الاسلام، ج ۵، ص ۵۹۹، بیروت، دارالعلم للملایین، چاپ دوم، ۱۹۷۰ م.

فرد تحت تعقیب به اقرار، بسیار رایج بود. زندانی کردن کسان مجرم یا متهم فراری برای وادار کردن وی به معرفی خود در بسیاری از جوامع و کشورها رایج بوده است. وسترماترک^۱ صدها مثال از مسئولیت جمعی را در میان یونانیان باستان، یهودیان، مسیحیان، ژاپنی‌ها، کره‌ای‌ها، ایرانیان، هندوها، تیوتن‌ها و شمار دیگری از اقوام ابتدایی گزارش کرده است.^۲ در فرانسه مسئولیت افراد خانواده مجرم پذیرفته شده بود. قضات پادشاهی حق داشتند علاوه بر شخص مجرم، کسان و نزدیکان وی را هم تعقیب و محاکمه نمایند. بوتلیه در کتابی که در قرون وسطی نوشته آورده است که: هر گاه کسی مرتکب گناه بزرگی علیه پادشاه یا ولیعهد شود نه تنها خودش بایستی به شدیدترین وضع مجازات و محکوم به مرگ شود، بلکه فرزندان وی نیز باید نابود شوند. وی این مجازات را مستند به قوانین رم می‌داند.^۳

در دوران مدرن اما دیدگاه‌ها در این باره تغییر کرد. با اهمیت یافتن فرد و فردیت، خود شخص مسؤول اعمال خویش شناخته شد. ایمانوئل کانت در نوشته‌های خود تأکید کرد که مسئولیت کیفری بر خلاف بدهی مالی غیر قابل انتقال است.^۴ این اندیشه در بسیاری از قوانین از جمله قانون جزایی فرانسه بازتاب یافت. در ایران هم در ماده ۷ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۰ ش. مقرر شد که: «تعقیب امر جزایی و حفظ حقوق عمومی فقط نسبت به مرتکب جرم و کسانی خواهد بود که شرکت در آن جرم داشته اند.» در ماده ۵ لایحه آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب آمده است که: «تعقیب امر جزایی فقط نسبت به مباشر، شریک و معاون جرم خواهد بود.» در بند ج ماده ۱۹ اعلامیه اسلامی حقوق بشر (۱۴۱۱ ق) هم آمده است که: مسئولیت در اصل شخصی است. هرچند به نظر می‌رسد لحن این ماده به نوعی راه را برای مسؤول شناختن کسی به استناد فعل دیگری کاملاً نبسته است؛ زیرا گویی در مسئولیت، اصل بر شخصی بودن آن است، اما راه برای عدول از آن بسته نیست.

به هر روی در دوران مدرن در قوانین نوع کشورها بر شخصی بودن مسئولیت و در نتیجه مجازات تأکید شده است. پذیرش اصل شخصی بودن کیفر به لحاظ نظری البته نافی واقعیت‌های تلخی نیست که همچنان این جا و آن جا در جریان است؛ بسیاری کسانی که در عمل به دلیل ارتکاب جرم توسط خویشان‌شان مجازات می‌شوند، یا از بسیاری از حقوق اجتماعی محروم می‌شوند؛ امری که به لحاظ فقهی، مصادق سلب ناروای حقوق دیگران و تعدی به حق الناس است. باید یادآور شویم که علت نفی مسئولیت جمعی در دوران مدرن، وجه اخلاقی آن است. مسئولیت

^۱. Westermatrk

^۲. Hall, Jerome, "Biblical Atonement and Modern Criminal Law" in: Vojcanin, Sava Alexander (ed.), Law, Culture, and Values: Essays in honor of Gray L. Dorsey, p. 97, Transaction Publisher, New Brunswick, N.J., U.S.A., 1990.

^۳. محسنی، مرتضی، دوره حقوق جزای عمومی، جلد اول، کلیات حقوق جزا، ص ۱۶۹، دانشگاه ملی ایران، تهران، [بی تا].

^۴. Hall, Jerome, Supra, p. 97.

جمعی بدین معنا که کسی هیچ گونه تقصیر یا نقشی در جرمی نداشته باشد و با این حال برای آن مسؤول شناخته شود، فاقد توجیه اخلاقی است. با این حال هرگاه جمع در پدیده مجرمانه یا نتایج مجرمانه نقش و یا تقصیر داشته باشند، مسؤولیت جمعی گروه را از راه‌های گوناگون می‌توان به لحاظ اخلاقی توجیه نمود.^۱ هم از این روی در دوران ما گاه از مسؤولیت نهاد حزب به دلیل اتخاذ تصمیم‌های جمعی سخن به میان می‌آید.

۱.۲. مستندات قاعده وزر یا اصل شخصی‌بودن مسؤولیت

اصل یا قاعده شخصی‌بودن مسؤولیت در فقه اسلامی زیر عنوان "قاعده وزر" به رسمیت شناخته شده است. این قاعده همچون دیگر قواعد فقهی، مستندات خاص خود را دارد. در ادامه مستندات این قاعده را مرور می‌کنیم.

۱.۲.۱. قرآن مجید

از جمله مستندات قاعده وزر، قرآن مجید است. قرآن می‌فرماید:

«ولاتزر وازره وزر آخری»

«هیچ باربری بار دیگری را بر دوش نمی‌کشد.»

این آیه در قرآن مجید پنج بار تکرار شده است.^۲ ظاهر آیه شریفه آن است که کسی مسؤولیت دیگری را به دوش نمی‌کشد. البته این که در دیدگاه‌های اسلامی، انسان در برابر کسان، نزدیکان، هم‌کیشان و حتی هم‌نوعان خود مسؤولیت‌هایی بر عهده دارد با این - که مسؤولیت داشته باشد از سوی آنان بار مجازاتشان را به دوش بکشد متفاوت است. آموزه‌های اسلامی اغلب بر اخلاق مراقبت و انسان‌دوستی نسبت به دیگران بویژه کسان و نزدیکان تأکید نموده است. قرآن می‌فرماید:

«ای اهل ایمان! خود و خویشاوندانتان را از آتش نگه دارید.»^۳

مسؤولیت داشتن در برابر دیگران به معنای تلاش برای کمک به آنها با مسؤولیت از طرف دیگران به معنای تحمل کیفر از سوی آنها متفاوت است. در قاعده وزر چنان که گذشت صحبت از تحمل مجازات از طرف دیگری است و این با اصل مسؤولیت در برابر دیگران متفاوت است.

گاه لحن و آهنگ برخی مواردی که آیه شریفه در آن ذکر شده عام است. مثلاً در سوره نجم آیه ۳۸

^۱. C.f. Smiley, Marion, "Collective Responsibility", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2011 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <<http://plato.stanford.edu/archives/fall2011/entries/collective-responsibility/>>.

^۲. انعام(۵): ۱۶۴؛ اسرا(۱۷): ۱۵؛ فاطر(۳۵): ۱۸؛ زمر(۳۹): ۷؛ نجم(۵۳): ۳۸.

^۳. یا ایها الذین آمنوا أنفسکم و أهلیکم نارا [تحریم(۶۶): ۶].

می‌خوانیم که:

«أَمْ لَمْ يَنْبَأْ بِمَا فِي صُحُفِ مُوسَىٰ وَابْرَاهِيمَ الَّذِي وَفَّىٰ أَلَّا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ وَأَنْ لَّيْسَ لِلْإِنْسَانِ إِلَّا مَا سَعَىٰ وَأَنْ سَعِيَهُ سَوْفَ يَرَىٰ.»
 «آیا انسان بدان چه در کتاب موسی و ابراهیم که به پیمان خویش وفا کرد در باره این که کسی بار دیگری را بر دوش نمی کشد، آگاه نشده است؟ آیا او در نیافته است که برای انسان جز نتیجه سعی و تلاش خودش چیزی نخواهد بود و او به زودی نتیجه سعی خود را خواهد دید؟»

لحن این آیات می‌فهماند که قاعده یادشده امری الهی است و در دیگر ادیان ابراهیمی نیز مطرح بوده است. به همین ترتیب، مضمون این آیات، متضمن حکمی انشایی است نه اخبار از یک واقعیت. حمل این آیات بر اخبار مستلزم کذب خواهد بود؛ زیرا به لحاظ واقعیت‌های بیرونی می‌بینیم که افراد بیش و کم برای کاری که نکرده‌اند مؤاخذه می‌شوند.

ممکن است بر دلالت این آیات بر اصل شخصی بودن مسؤولیت ایراد شود که این مضامین مختص به آخرت است و خداوند متعال از جریان اصل و قاعده‌ای مربوط به ثواب و عقاب در جهانی دیگر سخن می‌گوید. چنان که خداوند می‌فرماید:

«وَقَالَ الَّذِينَ كَفَرُوا لِلَّذِينَ آمَنُوا اتَّبِعُوا سَبِيلَنَا وَلْنَحْمِلْ خَطَايَاكُمْ وَ مَا هُمْ بِحَامِلِينَ مِنْ خَطَايَاهُمْ مِنْ شَيْءٍ إِنَّهُمْ لَكَاذِبُونَ. وَلِيَحْمِلْنَ أَثْقَالَهُمْ وَاتَّقُوا لِيَوْمَ الْقِيَامَةِ عَمَّا كَانُوا يَفْتَرُونَ.»^۱

«برخی کفار به مؤمنان می‌گفتند: شما از راه ما پیروی کنید ما خطاها و گناهان شما را به دوش می‌کشیم؛ حال آن که آن‌ها نمی‌توانند چیزی از بار گناهان دیگران را به دوش بکشند؛ آن‌ها در این باره دروغ می‌گویند. آن‌ها بار خود و بارهایی افزون بر بار خویش را به دوش می‌کشند»^۲ و روز قیامت از آن‌ها در باره افتراهایی که بسته‌اند سؤال خواهد شد.

این ایراد درست نیست؛ زیرا تأکید آیه شریفه بر اصل شخصی بودن عقاب در کیفرهای اخروی، به معنای اختصاص مفاد این اصل به آخرت نیست. برای این که امری در مورد ثواب و عقاب اخروی مورد پذیرش قرار گیرد باید در این جهان نیز همچون امری عقلانی پذیرفتنی باشد. درست است که نظام ثواب و عقاب اخروی با نظام تشویق و تنبیه دنیوی از تمام جهات با یکدیگر یکسان نیستند؛ اما مانعی ندارد که بعضی از اصول عقلی و بدیهی بر هر دو نظام حاکم باشد. ضمن این که سیاق برخی از آیاتی که این مضمون در آن‌ها ذکر شده ناظر به ثواب و عقاب اخروی نیست. از همین روی به شرحی که به زودی خواهد آمد فقها در مسائلی چند به این آیه استناد کرده‌اند تا مسؤولیت دنیوی و این جهانی فرد

^۱. عنکبوت (۲۹): ۱۲-۱۳.

^۲. مضمون آیه اول و دوم ناسازوار نیست. مقصود از این که کافران افزون بر بار خویش باری دیگر را هم به دوش می‌کشند، بار گناهانی است که دیگران مرتکب شده‌اند اما آنان در ارتکابشان نقش داشته‌اند؛ مانند این که سبب گمراهی و کز رفتاری گروهی شده باشند. بنا بر این مضمون هر دو آیه در هر حال تأکید بر شخصی بودن مسؤولیت است.

برای رفتار دیگری را نفی کنند.

همچنین قرآن می‌فرماید:

«کلّ نفس بما کسبت رهینه»^۱

«هر انسانی در گرو آن چیزی است که انجام داده است.»

نیز قرآن می‌فرماید:

«کلّ إمريء بما کسب رهين»^۲

«هر شخصی در گرو کارهای خود است.»

البته لحن این آیات به اصل شخصی بودن مسئولیت در حوزه امور کیفری اختصاص ندارد؛ بلکه مسئولیت مدنی را هم در بر می‌گیرد.

قرآن مجید همچنین آزار و اذیت دیگری برای کاری که انجام نداده است را بهتان و گناهی آشکار قلمداد نموده، فرموده است:

«آنان که مردان و زنان با ایمان را برای کاری که انجام نداده‌اند، اذیت نمایند، بهتان و گناهی آشکار را بر دوش کشیده‌اند.»^۳

پیداست که قید ایمان در این گناه آشکار مدخلیت اساسی ندارد؛ اذیت و آزار هر کسی برای کاری که انجام نداده است گناهی بزرگ است. نهایت این‌که این رفتار با مؤمن ممکن است نزد خداوند مبعوض‌تر باشد.

قرآن کریم همچنین در آیاتی چند مسئول بودن در برابر جرم و کار ناروای دیگری را مردود دانسته می‌فرماید:

«آنچه هر کس انجام داده برای خود اوست و آنچه شما انجام داده‌اید برای خود شماست و شما درباره آنچه دیگران انجام داده‌اند، مؤاخذه نمی‌شوید.»^۴

قرآن همچنین می‌فرماید:

«بی‌گمان از شما در باره آنچه انجام داده‌اید، پرسش می‌شود.»^۵

مفهوم آیه آن است که انسان برای کار دیگران مؤاخذه نمی‌شود.

همچنین در قرآن کریم می‌خوانیم که:

«نه از شما در باره جرایم ما پرسیده می‌شود و نه از ما نسبت به آنچه شما انجام می‌دهید، پرسش

^۱. مدثر (۷۴) / ۳۸.

^۲. طور (۵۲) / ۲۱.

^۳. والذین يؤذون المؤمنين و المؤمنات بغير ما اكتسبوا فقد احتملوا بهتاناً و اثمأً مبیناً. [احزاب (۳۳): ۵۸].

^۴. لها ما کسبت و لکم ما کسبتم و لاتسئلون عما کانوا یعملون. (بقره (۲): ۱۳۴).

^۵. و لتسئلن عما کنتن تعلمون. [نحل (۱۶): ۹۳]

می‌شود.^۱

۱.۲.۲. روایات

شماری از روایات نیز بر مضمون قاعده وزر دلالت می‌کند. بنا بر نقل، فردی به نام ابورمته گفته است: همراه با پدرم به دیدار پیامبر(ص) رفتیم. پیامبر(ص) به پدرم فرمود: آیا این شخص فرزند توست؟ پدرم گفت: آری سوگند به خانه کعبه. به راستی این چنین است و من به آن گواهی می‌دهم. راوی می‌گوید: پیامبر(ص) به علت شباهت میان من و پدرم و تأکید پدرم بر این که من فرزند اویم تبسم نمود و فرمود:

«أما إنه لا یجنى علیک و لا تجنى علیه و قرأ: و لا تزر وازره وزر أخرى»^۲

«نه او به تو آسیبی می‌رساند و نه تو به او آسیب می‌رسانی و این گفتار خداوند را که می‌فرماید: «و هیچ کس بار دیگری را به دوش نمی‌کشد» تلاوت فرمود.»

در واقع حمل حدیث بر معنای حقیقی ممکن نیست؛ زیرا در واقعیت بیرونی، جنایت پسر بر پدر یا عکس آن ممکن است؛ بنا بر این بر معنای مجازی مناسب حمل می‌شود؛ یعنی ضمان و مسؤولیت ناشی از جنایت پدر بر عهده پسر نیست؛ چنان که عکس آن نیز به همین گونه است. استناد پیامبر(ص) به این آیه در نفی مسؤولیت پدر در برابر پسر و عکس آن تأیید می‌کند که مضمون آیات یادشده به ثواب و عقاب اخروی اختصاص ندارد.

همچنین امام علی(ع) در وصیت خود پس از ضربت خوردن به دست ابن ملجم مرادی خطاب به فرزندان از جمله امام حسن و امام حسین(ع) فرمود:

«ای فرزندان عبدالمطلب! مبدا ببینم به خون مسلمانان دست بیازید و بگویید: امیرالمؤمنین کشته شده است. آگاه باشید که نباید در برابر خون من جز قاتل مرا قصاص کنید»^۳

به شرحی که خواهد آمد گاه روایاتی که مضمون آن با قاعده وزر مخالف است به عنوان روایات مخالف با قرآن به شمار آمده و مردود شناخته شده است.

۱. قل لا تسألون عما أجرنا و لا تسئل عما تعملون. [سبأ(۳۴): ۲۵].

۲. سجستانی، سلیمان بن أشعث، سنن أبي داود، ص ۶۳۴، حدیث ۴۴۹۵، دارالسلام، طبع اول، ریاض، ۱۴۲۰ق؛ همچنین نک: احصائی، محمد بن أبی جمهور، عوالی(غوالی) اللئالی العزیزیه، ج ۳، ص ۶۶۵، دار سید الشهداء، چاپ اول، قم، ۱۴۰۵ق.

۳. یا بنی عبدالمطلب لا الفیتکم تخوضون دماء المسلمین خوضا تقولون: قتل امیرالمومنین! ألا لا تقتلنّ بی الا قاتلی(موسوی، سیدمحمد(الشریف الرضی)، نهج البلاغه، ص ۵۸۳، تحقیق: صبحی الصالح، دار الاسوه، چاپ اول، قم، ۱۴۱۵ق.

۱.۲.۳. حکم عقل و بنای عقلا

آیا حکم عقلی بدیهی و روشن بر اصل شخصی بودن مسئولیت دلالت می‌کند؟ دور نیست که ادعا شود عقل بر این مضمون دلالت مستقل و روشنی دارد. لازمه این که شخصی بودن مسئولیت را از احکام بدیهی عقل عملی قلمداد کنیم آن است که آن را گزاره‌ای مطلق و استثنا ناپذیر بدانیم؛ زیرا احکام بدیهی عقل عملی مانند قبح ظلم و حسن عدالت و قبح خیانت در امانت و نیکویی امانت - داری استثنا بر نمی‌دارد. اگر در دلالت عقل بر این مضمون شک کنیم، تردید نمی‌توان کرد که بنای نوع عقلای عالم در زمان ما بر پذیرش اصل شخصی بودن مسئولیت است. بعید است که در آموزه‌های دینی بتوان گزاره یا مضمونی را مثال زد که این بنا و شیوه عقلایی را صریحاً یا ضمناً نفی کرده باشد. بدین سان مضمون قاعده وزر یا از احکام بدیهی و مستقل عقل است، یا دست کم از بناهای عقلایی پذیرفته شده است. این که در عمل، مفاد این امر عقلی و انسانی نقض می‌شود هرگز به معنای غیر بدیهی بودن آن نیست؛ بسیاری از آموزه‌های اخلاقی روشن و بدیهی هم روزانه در جریان زندگی اجتماعی آدمیان نقض می‌شوند. شماری از فقیهان از جمله محقق اردبیلی به این که مفاد قاعده وزر، عقلی و حکم بر خلاف آن، مغایر با عقل و نقل است تصریح نموده‌اند.^۱

تأکید می‌کنیم که امروزه در نوع نظام‌های حقوقی اصل مسئولیت ناشی از فعل غیر در چارچوبی پذیرفته شده است. مانند این که کارفرما در باره همه اقداماتی که در قلمرو مسئولیت او رخ می‌دهد مسؤول است؛ حتی اگر خطا توسط کارگران تحت امر او صورت گرفته باشد و او به ظاهر در این باره هیچ گونه تقصیر نداشته باشد. مسئولیت ناشی از فعل غیر به کلی با اصل شخصی بودن مجازات و مسئولیت متفاوت است. در موارد مسئولیت ناشی از فعل غیر مانند مسئولیت مدیر مسؤول نشریه در برابر همه مضامین یک نشریه حتی اگر او به ظاهر در تهیه آن‌ها نقشی نداشته باشد کسی برای عمل دیگری مجازات نمی‌شود. بر عکس در این موارد برای شخص مسئول مانند کارفرما و مدیر مسئول روزنامه مسئولیتی مفروض قلمداد شده است. مثلاً مدیر مسؤول روزنامه موظف شده است تا همه مطالب و مضامین نشریه را بررسی کند. حال هرگاه او این وظیفه را ترک کند و اتفاقاً یکی از مطالب نشریه واجد عنوان مجرمانه باشد او برای تقصیر خود مجازات می‌شود، نه تقصیر دیگری. به طور کلی امروزه در مواردی که دلیل پیچیدگی‌های اجتماعی، شخص یا نهاد خاصی در برابر اعمال دیگران مسؤول قلمداد می‌شود تا در صورت رخداد جرم یا زیان و آسیب مدنی به وی مراجعه شود؛ مانند این که امروزه تمایلی وجود دارد که در عملیات جراحی پزشکی، به جای آن که پزشک مسؤول قلمداد شود، بیمارستان به عنوان شخصیت حقوقی مسئول شناخته می‌شود. این موارد به لحاظ ماهیت هرگز برخلاف اصل شخصی بودن مسئولیت نیست. در واقع در این موارد هر گاه کسی مثلاً برای قرار گرفتن در موقعیتی برتر یا داشتن شرایط مناسب‌تر برای تصدی جبران خسارت یا نقش مؤثرتر در پیشگیری از جرم یا ورود آسیب مدنی مسئول شناخته می‌شود به علت فعل خود مؤاخذه می‌شود نه رفتار دیگران.

^۱ این مؤاخذه غیر الجانی بجنایته مخالف للقوانین، للعقل والنقل کتابا و سنه و اجماعا، فلا یخرج عنها بالتخصیص الا بنص أو إجماع... (اردبیلی، احمد، مجمع الفائدة والبرهان

فی شرح إرشاد الاذهان، ج ۱۴، ص ۲۸۲، مؤسسه النشر الاسلامی، چاپ اول، قم، ۱۴۰۳ ق.)

ضمن این که در برخی از این موارد نقش فرد یا شخصیت حقوقی مسئول همچون سببی است که از مباشر اقوی است. به هر حال مدیر بیمارستانی که در به کارگیری پزشک و تیم جراحی مناسب اقدام نمی کند مسئول است. به همین ترتیب حتی در دوران ما که اصولاً بر مسئولیت شخصی تأکید می شود در مواردی که جمع اخلاقاً مسئول عملی باشد همه آنها مسئولند. مسئولیت جمعی یا گروهی به این معنا با گوهر اصل شخصی بودن مسئولیت منافات ندارد؛ هم از این روی گاه از مسئولیت نهادهایی که اصولاً جمعی اند و به طور جمعی تصمیم می گیرند مانند احزاب سخن به میان می آید. آنچه در هر حال به لحاظ اخلاقی ناموجه است این است که ناکرده بزه بجای بزهکار مسئول باشد یا سیاست شود.

۱.۲.۴. اجماع

در باره‌ی مضمون قاعده وزر، نوعی اجماع و اتفاق نیز میان فقیهان وجود دارد. هر چند این اجماع از آن دست اجماع‌هایی نیست که همچون امری تعبدی از معصومان (ع) به دست ما رسیده باشد. در واقع اجماع در این مسئله بیشتر از نوع اجماع مدرکی است؛ یعنی اجماع فقیهان مستند به روایات است. حتی فاضل مقداد روایات مستند این حکم را متواتر دانسته است.^۱ اجماع ناشی از نص، دلیل مستقلى نیست؛ بلکه تابع دلالت متن و نص مربوط خواهد بود. لازمه حجت دانستن اجماع مدرکی، انسداد باب اجتهاد است. اگر بنا باشد فهم و استنباط پیشینیان از متون برای آیندگان حجت معتبر و لازم‌الاتباع باشد، باب اجتهاد برای آیندگان بسته خواهد بود. باید یادآور شویم که آنچه اجماعی است اصل ضمان عاقله است، اما جزئیات مسائل ضمان عاقله سخت مورد اختلاف و مناقشه است.

۱.۳. استناد به قاعده وزر در مسائل فقهی

نظر به ادله استوار پیش گفته در مورد مضمون قاعده وزر، فقیهان در مسائل گوناگونی به مضمون آن استناد جسته‌اند. برای نمونه برابر برخی فتاوا اگر ذمی مسلمانی را بکشد برخی گفته‌اند: افزون بر آن که ذمی قصاص می شود مال و فرزند نابالغ او هم به ملکیت ولی مقتول مسلمان درمی آید.^۲ شماری از فقیهان از جمله ابن ادریس و محقق حلی این فتوا را از آن روی که با آیه: «ولاتزر وازره وزر آخری»

^۱. سیوری، مقداد بن عبدالله، التفتیح الرائع لمختصر الشرایع، ج ۴، ص ۵۳۱، تحقیق: عبداللطیف حسینی کوه‌کمری، مکتبه آیه الله المرعشی، چاپ اول، قم، ۱۴۰۴ق.

^۲. جدا از این که این احکام مربوط به دورانی بوده است که بردگی همچون امری عقلایی و عرفی پذیرفته شده بوده است، به نظر می‌رسد ملاحظات سیاسی نیز در چنین سخت‌گیری‌هایی مد نظر بوده است؛ این ملاحظات را که نظایر آن در احکام جزایی وجود دارد نمی‌توان احکام ابدی شرع دانست. آن‌ها ممکن است در شرایط متفاوت احکام مختلفی داشته باشند.

ناسازگار است نقد کرده‌اند.^۱ صاحب "جواهر الکلام" نیز در مخالفت با فتوای شیخ مفید، سلار و ابن حمزه که به جواز استرقاق فرزندان نابالغ ذمی نظر داده‌اند گفته است: این تبعیت را نمی‌پذیریم. آثار جنایت پدر تنها شامل حال خود او خواهد شد؛ زیرا قرآن می‌فرماید: «ولاتزر وازره وزر آخری»^۲

به همین ترتیب برخی فقیهان در توجیه این که زن زانیه جدا از مجازات تازیانه تبعید نمی‌شود گفته‌اند: تبعید وی مستلزم آن است که محرمی نیز به همراه زن از محل زندگی عادی خود دور شود؛ و این مخالف است با این گفتار خداوند است که می‌فرماید: «ولاتزر وازره وزر آخری»^۳

با آن که فقیهان با استناد به روایات پذیرفته‌اند که عاقله در شرایطی مسؤول جنایت‌های خطایی است، هر زمان در دامنه دلالت این روایات تردید کرده‌اند به قاعده و اصل که عدم مسؤولیت کسی در برابر فعل دیگری است استناد جسته‌اند. برای نمونه در فرضی که کسی در جریان حمل کالا اختیار خویش را از دست بدهد و کالا به انسانی اصابت نماید و باعث مرگ او شود خود حمّال را ضامن دانسته‌اند؛ زیرا کسی را ضامن جنایت دیگری دانستن، خلاف قواعد عقلی و نقلی است.^۴

به همین ترتیب چون در باره ضمان عاقله نسبت به جراحات خطایی تردید شده با استناد به آیه: «ولا تزر وازره وزر آخری» به ضمان خود مرتکب فتوا داده شده است.^۵

هر گاه کسی با استناد به شهادت دیگری قصاص شود سپس شاهد یا کسی که شاهد را تزکیه نموده و به عدالت وی گواهی داده است از شهادت یا گواهی خود به درستکاری شاهد برگردد، ضمان و مسؤولیت تنها بر کسی است که از شهادت یا گواهی به درستکاری شاهد برگشته است.^۶ این به معنای آن است که اگر شهود متعدد باشند تنها شهادتی که رجوع کرده ضامن خواهد بود و گناهی بر شاهد یا شاهدان دیگر نیست.

دامنه استدلال به مضمون قاعده وزر، ضمان مدنی را هم در بر می‌گیرد. حتی گاه محتوای برخی روایات با استناد به قاعده وزر مردود شناخته شده است. برای نمونه مضمون روایتی که می‌گوید: «مردی برای گریه خویشاوندانش عذاب می‌شود.» مخالف با مضمون قاعده وزر که از قرآن مجید استنباط شده ارزیابی شده و در نتیجه رد شده است.^۷ در خبر سعید کندی آمده است که به

۱. نک: نجفی، محمدحسن، جواهر الکلام، ج ۴۲، ص ۱۵۸، دار إحياء التراث العربی، چاپ هفتم، بیروت، ۱۹۶۱.

۲. همان.

۳. همان، ج ۴۱، ص ۳۲۸.

۴. وتضمنین شخص جنایه شخص غیره خلاف القواعد العقلیه والنقلیه» (همان، ج ۴۳، ص ۵۶).

۵. نک: همان، ج ۴۳، ص ۴۲۶.

۶. همان، ج ۴۱، ص ۲۴۰.

۷. همان، ج ۴، ص ۳۶۵.

امام صادق(ع) گفتیم:

«زمینی را به گروهی اجاره داده‌ام؛ پس از اجاره، سلطان مالیات آن‌ها را افزایش داده است. امام (ع) فرمود: اختلاف قیمت را به آنان بپرداز! به امام گفتیم: من به آنان ستمی نکرده‌ام و اجرت زیادی از آنان نگرفته‌ام. امام(ع) فرمود: آنان در واقع مالیات اضافی را از زمین تو گرفته‌اند.»^۱

سیدعلی طباطبایی در نقد این حدیث گفته است: افزون بر ضعف سند حدیث، مضمون آن با قاعده ولا تزر وازره وزر آخری ناسازگار است.^۲ هرچند اگر آن گونه که از ظاهر حدیث بلکه صریح آن هم برمی‌آید مالیات اضافی در واقع بر زمین بوده است، محتوای روایت بیان‌گر امری مطابق با اصل و قاعده است و ناظر به مسؤولیت کسی در برابر دیگری نیست تا مخالف با آیات نافی مسؤولیت کسی در برابر عمل دیگری قلمداد شود.

در دورانی که برده‌داری رایج بود هرگاه برده در حال احرام مرتکب عملی می‌شد که موجب پرداخت کفاره یا قربانی می‌شد فقیهان با استناد به آیه ولا تزر وازره وزر آخری خود برده را مسؤول پرداخت کفاره می‌دانستند.^۳

۲. نسبت میان قاعده وزر و ضمان عاقله

۲. ۱. استثنا بودن ضمان عاقله بر اصل شخصی بودن مسؤولیت

برابر فتوایی که نوعی اجماع بر آن وجود دارد، در قتل خطایی و دیگر جنایت‌های خطایی که بالاتر از موضعه باشد، عاقله جانی با شرایطی مسؤول پرداخت دیه است. اصل این حکم، اجماعی قلمداد شده و تنها اَصَم از فقیهان اهل سنت و خوارج با آن مخالفت نموده‌اند.^۴ در دیدگاه رایج این حکم، استثنایی بر قاعده وزر به شمار آمده است. البته سخن گفتن از استثنا زمانی معنا پیدا می‌کند که دیه را مجازات بدانیم. این در حالی است که احکام و مقررات دیه بیشتر از مدنی بودن آن حکایت دارد.^۵

جدا از این که دیه مجازات باشد یا نه، ضمان عاقله با توجه به مضمون قاعده وزر نیاز به توجیه دارد؛ زیرا اگر محتوای اصل شخصی - بودن عقلی باشد چگونه می‌توان با استناد به نص، حکم عقل را تخصیص زد؟ این که حکم ضمان عاقله ناظر به لزوم مواسات و تعادل و همیاری است، ناسازواری آن با قاعده وزر را نفی نمی‌کند؛ زیرا معنای واژه "وزر" به گناه محدود نمی‌شود. آشکارا پیداست

۱. عاملی، محمد، وسائل الشیعه، ج ۱۳، ص ۲۱۱، باب ۱۶، حدیث ۱۰، کتاب المزاعه.

۲. همان، ج ۲۷، ص ۴۳.

۳. همان، ج ۱۷، ص ۲۴۴.

۴. همان، ج ۴۳، ص ۲۵.

۵. به نظر ما دیه را از مجازات قلمداد کردن از خطاهای قانون‌گذاری پس از پیروزی انقلاب اسلامی است. دیه در گوهر ذات خود برای جبران خسارت مدنی وضع شده و آثار و لوازم ضمان مدنی را دارد. قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ هم بویژه در ماده ۴۵۲ به این نظریه میل نموده است.

که الزام افراد به جبران خسارت دیگران مصداق بار دیگری را به دوش کشیدن است. به علاوه الزام نمودن عاقله به پرداخت دیه قتل خطایی توسط عاقله در همه موارد، مصداق تعاون بر نیکی و مواسات نیست؛ چه بسا قاتل خود توانمند و عاقله ناتوان باشد، یا آن که عاقله در مقایسه با قاتل، ضعیف‌تر باشند. مواسات بدان نیست که ضعیف بار توانمند را بر دوش بکشد. با آن که اصل حکم ضمان عاقله مورد اتفاق است در باره آن ابهام‌ها هم کم نیست. نخستین ابهام به خود معنای عاقله مربوط می‌شود؛ در حالی که برخی از فقیهان عاقله را عصبه یعنی خویشاوندان پدری می‌دانند و حتی در شمول آن نسبت به پدر و فرزند تردید می‌کنند، گروهی دیگر عاقله قاتل را وارثان بالفعل او می‌دانند.^۱ حتی از ظاهر عبارت شیخ مفید برمی‌آید که او در تفسیر عاقله نوعی مقابله و تناظر میان پرداخت دیه و دریافت ارث برقرار می‌نماید.^۲ ظاهر روایت سلمه بن کهیل دامنه عاقله را چندان توسعه می‌دهد که اهالی قبیله و شهر قاتل را هم در بر می‌گیرد.^۳ ابن‌فهد حلی شمارگان اقوال در تفسیر عاقله را به پنج رسانیده است و افزون بر موارد پیش‌گفته به ابن‌ادریس نسبت داده است که او عاقله را عصبه از میان مردان می‌داند، خواه وارث باشند یا نباشند. قول دیگری عاقله را عصبه ذکوری که مستحق میراث قاتل باشند می‌داند؛ خواه خویشاوند پدری باشند یا مادری.^۴ دوم: روشن نیست که آیا پرداخت دیه قتل خطایی وظیفه عاقله است؛ حتی اگر آنان خود نیارمند باشند یا این وظیفه مختص به خویشاوندان توان‌گر است؟^۵

سوم: روشن نیست که آیا پرداخت دیه در هر شرایطی بر عاقله توزیع می‌شود حتی اگر شمارگان آن‌ها کم باشد؛ یا آن که هر یک از افراد عاقله تنها موظفند نصاب معینی از دیه را بپردازند؟

چهارم: در باره ماهیت ضمان و مسئولیت عاقله ابهام وجود دارد. آیا عاقله صرفاً مکلف به ادا و پرداخت دیه هستند، یا آن که دیه، دین و تعهد آنهاست؟ اگر ماهیت ضمان عاقله صرفاً تکلیف به ادا باشد، در فرض اعسار و ناتوانی مسئولیتی نخواهند داشت. در واقع، اگر در مدت زمان متعارف پس از حکم به ضمان عاقله آن‌ها توانایی پرداخت نداشته باشند، تکلیف از آنان ساقط خواهد شد. اما اگر این مسئولیت از جنس ضمان و دین باشد، با اعسار ساقط نخواهد شد؛ بلکه همچنان بر ذمه عاقله خواهد ماند. حتی شماری اندک از فقیهان از جمله شیخ مفید مسئولیت عاقله را صرفاً به پرداخت دیه و جواز رجوع به

۱. نک: موسوی خویی، سید ابوالقاسم، مبانی تکملة المنهاج، ج ۴۲، صص ۴۰۵-۴۰۶، مؤسسه احیاء آثار الامام الخوئی، چاپ سوم، قم، ۱۴۲۸ق.

۲. نک: بغدادی، محمد بن محمد (شیخ مفید)، المقنعه، ص ۷۳۵، مؤسسه النشر الاسلامی، چاپ پنجم، قم، ۱۴۳۰ق.

۳. نک: عاملی، محمد، وسائل الشیعه، ج ۱۹، ص ۳۰۱، اسلامیه، چاپ پنجم، تهران، ۱۴۰۱ق.

۴. نک: حلی، ابوالعباس ابن فهد، المذهب البار، ج ۵، ص ۴۰۸، تحقیق: مجتبی عراقی، مؤسسه النشر الاسلامی، قم، ۱۴۱۳ق.

۵. نک: موسوی سبزواری، سید عبد الاعلی، مذهب الاحکام فی بیان الحلال و الحرام، ج ۲۹، ص ۳۴۴، دفتر آیت الله سبزواری، چاپ چهارم، قم، ۱۴۱۷ق.

قاتل برای بازپس‌گیری آن فرو کاسته‌اند.^۱ این نظریه البته با تکلیفی بودن پرداخت دیه توسط عاقله سازگارتر است.^۲ ضمن این‌که ضمان عاقله به این معنا با اصل شخصی بودن مسئولیت سازگارتر است. برابر این فتوا گویی مسئولیت عاقله صرفاً تسهیل در پرداخت دیه است و آن‌ها مسؤول نهایی پرداخت دیه نیستند.

جدا از این ابهام‌ها با آن‌که رویکرد غالب هم در فقه شیعی و هم در فقه سنی پذیرش تعبدی محتوای متون دینی است در مورد ضمان عاقله بسیاری از فقیهان که به نص‌گرایی و تعبد به نص، شهره‌اند، هم به خلاف اصل بودن حکم ضمان عاقله تصریح نموده‌اند، و هم در پی توجیه و عقلایی‌نمایاندن آن برآمده‌اند. برای نمونه شهید ثانی گفته است:

«علما گفته‌اند: ضامن داشتن شخصی جز جانی، خلاف قیاس‌های ظاهری است؛ اما قبایل در زمان جاهلیت به یاری جانیان قبایل خود می‌پرداختند و مانع خونخواهی اولیای دم و رسیدن آنان به حقشان می‌شدند. شریعت اسلام در مواردی که قاتل، عاقد و گناهکار نباشد، به جای آن شیوه از یاری‌رسانی، کمک مالی را قرار داد. گاه پرداخت دیه از جانب خویشان به پرداخت سهمی از زکات توسط بیگانگان برای اصلاح ذات‌البین تشبیه شده است.»^۳

این توجیه و تبیین ضعیف است و نمی‌تواند ضمان عاقله را به مثابه حکم همیشگی شرع اثبات کند؛ بویژه بر مبنای خود شهید علیه‌الرحمه این سخن، نوعی قیاس و تشبیه است؛ زیرا پرداخت زکات به قرض‌داران، واجب و متعین است. آن‌ها یکی از موارد اختیاری مصرف زکات‌اند که پرداخت‌کننده زکات می‌تواند آن‌ها را به عنوان مورد مصرف برگزیند. حال آن‌که ضمان عاقله، حکم الزامی و تعینی است. به علاوه از ظاهر نقل شهید برمی‌آید که این شیوه همیاری در اسلام ابداع شده است؛ حال آن‌که برابر شواهد، پیش از اسلام هم همیاری در پرداخت دیه یک سنت و شیوه قبیله‌ای بوده است و در اسلام استمرار یافته است. گاه استدلال می‌شود که دلیل مسئولیت عاقله، مسئولیت خانواده در تربیت بد و میراث‌خاندگی

۱. بغدادی، محمدبن محمد (شیخ مفید)، پیشین، ص ۷۳۷.

۲. قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰ در این باره به نوعی سکوت کرده بود. دادرسان در این باره اختلاف تفسیر و تعبیر داشتند. اداره حقوقی قوه قضائیه در نظریه‌ای گفته بود: «مسئولیت عاقله به پرداخت دیه از امور تکلیفی و فاقد خصیصه کیفری و دارای جنبه حقوقی است و ناشی از مسئولیت کیفری عاقله نیست؛ [پس] اعمال مقررات بازداشت موضوع ماده ۶۹۶ قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۵ نسبت به عاقله صحیح نیست. لذا در صورتی که عاقله مسئول پرداخت دیه باشد و نپردازد، اگر ممکن باشد دیه از مال عاقله اخذ می‌شود و اگر ممکن نداشته باشد دیه از بیت‌المال پرداخت می‌شود.» نظریه شماره ۷/۶۴۰۷ مورخه ۱۳۷۶/۱۰/۴. در حال حاضر این مسأله در ماده ۴۷۰ روشن شده است. برابر این ماده: در صورتی که مرتکب دارای عاقله نباشد یا عاقله او به دلیل عدم تمکن مالی نتواند دیه را در مهلت مقرر بپردازد دیه توسط مرتکب و در صورت عدم تمکن از بیت‌المال پرداخت می‌شود.

۳. جبعی عاملی، زین الدین، مسالک الأفهام، ج ۱۵، ص ۵۰۸، مؤسسه المعارف الاسلامیه، چاپ اول، قم، ۱۴۱۳ق.

شخص است.^۱ این استدلال، بسی ضعیف است. اگر چنین باشد، ضمان باید به مواردی محدود باشد که تقصیر یا قصور خانواده در تربیت اثبات شده باشد. ضمان و مسئولیت، امری موردی است و موجب و سبب آن باید به طور موردی احراز شود. در باره ضمان و مسؤولیت- مدنی باشد یا کیفری- احکام کلی از این دست نمی‌توان صادر کرد. به علاوه اگر تربیت بد، علت و مبنای حکم باشد چرا باید در این حکم میان مسلمان و غیرمسلمان تفاوت وجود داشته باشد؟

نیز گفته می‌شود: نظام خانواده و اجتماع بر اساس همیاری و تعاون است و پرداخت دیه، موجب همبستگی بیشتر خانواده‌ها و شکل‌بخشیدن به نظام تعاون میان بستگان می‌شود.^۲ پیدا است که این گفته نه دلیل بر لزوم ضمان عاقله است، و نه حتی مؤید آن. احکام شرع را با استحسان‌هایی از این دست نمی‌توان اثبات کرد. هر آنچه سبب تعاون میان بستگان شود الزامی نمی‌شود و صورت حکم ابدی شرع به خود نمی‌گیرد. ضمن این‌که اسباب گسترش تعاون میان بستگان به ضمان عاقله محدود نیست. به شکل و گونه‌های دیگر هم می‌توان تعاون میان خانواده‌ها را استحکام بخشید.

گاه نهاد ضمان عاقله این گونه توجیه می‌شود که: اسلام خواسته است علی‌رغم سیر قهری جوامع به سوی سستی روابط خانوادگی و فامیلی که امروز شاهد آنیم، با قرار دادن پاره‌ای قوانین این روابط را استحکام بخشد؛ مانند وجوب صله رحم یا قراردادن ولایت برای جد پدری یا قوانین ارث.^۳ روشن نیست در این توجیه برای تثبیت حکم ضمان عاقله، مقصود از اسلام چیست و این خواسته اسلام از کدام نص و متن استحصال و استنباط شده است. دست‌کم نوعاً صاحبان این گونه دیدگاه‌ها سخت مخالفت می‌کنند که بر حکمت و حتی علت احکام برای بازشناسی احکام فرعی جزئی اعتماد شود. حال به راستی آنچه که ادعا شده است آیا حکمت حکم است یا علت آن؛ و در هر حال از کدام نص و متن استنباط شده است؟ به علاوه آیا به راستی راه و شیوه همیاری تنها به رسمیت شناختن استمرار نهاد ضمان عاقله است و همراهی خانوادگی از راهی دیگر به دست نمی‌آید؟ در دفاع از نهاد ضمان عاقله و امکان التزام بدان در جوامع کنونی به رغم مخالفت آن با اصل شخصی-

۱. عوده، عبدالقادر، التشریع الجنائی الاسلامی، ج ۱، ص ۶۷۵، مؤسسه الرساله، چاپ دوازدهم، بیروت، ۱۴۱۳ق. در جامع عباسی به نقل از کسی از خود شیخ بهایی آمده است که: نواب اعلی به مجلس درس شیخ بهایی حاضر شده بود و بحث در باره ضمان عاقله بود. نواب اعلی پرسیده بود: چرا کسی جنایت می‌کند و دیگری باید دیه بپردازد؟ شیخ بهایی گفته بود: «ظاهراً حکمت در این، آن است که چون ایشان دانند که هر گاه یکی از خویشان ایشان کسی را بکشد ایشان خونبها می‌دهند ایشان را نگذارند که هرزه‌گردی نمایند و همیشه در محافظت او باشند تا کسی را نکشند. ایشان در جواب گفته‌اند که: حکمت در این، این خواهد بود که چون خویشان جرمانه گناه او را می‌کشند، آن شخص همیشه شرمنده ایشان باشد و دیگر این چنین کاری نکند. (بهایی عاملی، بهاءالدین محمد، جامع عباسی با حواشی سید اسماعیل صدر، ص ۴۵۳، کانون انتشارات عابدی، تهران، افست از چاپ ۱۳۱۹ق بمبئی).

۲. عوده، عبدالقادر، التشریع الجنائی الاسلامی، ج ۱، ص ۶۷۶.

۳. شفیعی سروستانی، ابراهیم و دیگران، قانون دیات و مقتضیات زمان، ص ۴۲۱، مرکز تحقیقات استراتژیک ریاست جمهوری، چاپ اول، تهران، ۱۳۷۶.

بودن مجازات‌ها گاه عنوان می‌شود که: حکمت احکام برخلاف اصول کلی فقهی گاه حفظ مصالحی است که خلاف قاعده بودن آن را تحت تأثیر قرار می‌دهد؛ مانند مسؤولیت پدر در برابر اعمال فرزندش که از نوع مسؤولیت شخص ثالث است، ولی از حکمتی برخوردار است که عقلاً به راحتی آن را می‌پذیرند.^۱

این توجیه هم برای اثبات ضمان عاقله قانع‌کننده نیست؛ زیرا تردید نیست که احکام خلاف قاعده هم در هر حال باید مشتمل بر مصالح و مفاسد باشد؛ اما سخن در این است که آیا مصالح و مفاسد مورد نظر در احکام خلاف اصل در ظرف‌های زمانی مختلف یکسان هستند و مصالح یا مفاسد اولیه مورد نظر همچنان وجود دارند؟

گاه استدلال می‌شود که: حکمت ضمان عاقله آن است که خسارت‌های وارد به جان جبران نشده باقی نماند؛ بویژه این که جانپان نوعاً فقیران و تهیدست هستند و حکم ضمان عاقله، نوعی تأکید بر عدالت اجتماعی است. تضمین جان آدمیان نیز مصلحت و ارزش مهمی است که شارع به صیانت از آن اهتمام دارد.^۲

گاه بر عکس در تضعیف حکم ضمان عاقله و بویژه نفی توسعه دامنه آن با رویکرد جرم‌شناختی هم استدلال شده و گفته شده است: اگر بنا باشد کسان دیگری مسؤولیت همه خطاهای آدمی را بپذیرند، افزون بر آن که ممکن است سبب حرج و مشقت گروهی شود، باب مسامحه و بی‌دقتی هم گشوده خواهد شد؛ چه در این صورت انسان‌های بی‌دقت آسوده‌خاطرند که کسی خطاهای آنان را جبران می‌کند.^۳

می‌توان به آسانی گفت: این استدلال‌ها چه در جانب توجیه و چه در جهت رد ضمان عاقله، فقهی نیستند و چیزی را اثبات و نفی نمی‌کنند؛ هرچند به نظر ما توجه به ابعاد گوناگون احکام شرعی و پرهیز از حمل آنها بر تعبد و رازمندی بسیار کارساز و گره‌گشا است. با این حال برخی فقیهان با اذعان با خلاف اصل بودن ضمان عاقله، حمل آن بر تعبد را مناسب‌تر دانسته‌اند. مثلاً فاضل مقداد گفته است: عقل حکم می‌کند که تنها جانی باید تاوان جنایت خود را بپردازد. قرآن هم فرموده است: «ولا تزر وازره وزر آخری». اما در مورد ضمان عاقله به دلیل اجماع، عمل پیامبر(ص)، اخبار و آثار متواتر از امامان(ع) از این اصل عدول شده است. به علاوه ممکن است در برخی احکام، مصالح و آثاری باشد که ما بدان‌ها آگاه نیستیم؛ هرچند اجمالاً می‌دانیم که چون این حکم از سوی حکیم وضع شده و حکیم به امر قبیح فرمان نمی‌دهد، ناگزیر مشتمل بر مصلحتی است. علت تشریع چنین احکامی می‌تواند مانند

۱. نک: همان، ص ۳۸۲.

۲. عوده، عبدالقادر، پیشین، صص ۶۷۶-۶۷۷.

۳. نک: نجفی، محمدحسن، جواهر الکلام، ج ۴۳، ص ۴۲۶.

دیگر احکام دستیابی به ثواب باشد.^۱

به هر روی نه استثنای بر اصل شخصی بودن مجازات‌ها آسان است، و نه چنین توجیهاتی برای پذیرش حکم ضمان عاقله قانع‌کننده به نظر می‌رسد. هر چند مشهور فقیهان ضمان عاقله را پذیرفته و استثنایی بر قاعده وزر دانسته‌اند. اما به شرحی که خواهد آمد متون ضمان عاقله را می‌توان به گونه‌ای تفسیر کرد که با قاعده وزر ناسازوار نباشد و در نتیجه نیازی نباشد تا قاعده‌ای عقلی یا دست کم عقلایی را تخصیص بزنیم.

۲.۲. استثنا ناپذیری اصل شخصی بودن مجازات‌ها با تکیه بر تلقی ضمان عاقله به مثابه عرف جامعه قبیلگی

می‌توان ضمان عاقله را بخشی از عرف و سنت جامعه قبیلگی دانست که در جوامع امروزی مورد و موضوع ندارد. بی‌گمان مقررات مربوط به ضمان عاقله از احکام تأسیسی و ابداعی اسلام نیست. این سنت و رویه پیش از اسلام نیز در جامعه قبیلگی آن روز رایج بوده و اسلام تنها آن را تأیید و امضا نموده است. حتی آن گونه که از لحن برخی گزارش‌های تاریخی برمی‌آید در دوران جاهلیت، دامنه ضمان عاقله گسترده‌تر بود؛ اما مسلمانان توافق کردند که در موارد جنایت بردگان، جنایات‌های عمدی و مواردی که دیه با مصالحه پرداخت می‌شود، یا جنایت با اعتراف جانی اثبات می‌شود، عاقله ضامن نباشد.^۲

در این گونه احکام امضایی همواره این پرسش مطرح است که هرگاه یک شیوه و روش عقلایی که زمانی رایج بوده و مهر و امضای شرع را دریافت کرده است در میان عقلا نسخ شود آیا حکم امضاشده پیشینی همچنان باقی است؟ از نقطه نظر تحلیلی می‌توان گفت: با نسخ شدن رویه رایج در میان عقلا موضوع حکم شارع که پیش‌تر وجود داشته است اکنون به کلی از میان رفته است. وقتی موضوع حکم از میان برود، بقای حکم معنا ندارد. وجود و استمرار حکم، فرع بر بقای موضوع آن است. وقتی موضوع حکم از میان رفته است، بقای حکم بی‌معناست. حتی در مواردی که موضوع امضا شده به ظاهر همچنان وجود دارد اما مقبولیت عقلایی خود را از دست داده باشد می‌توان در استمرار تأیید شارع نسبت به آن تردید کرد؛ زیرا شارع، موضوع را به لحاظ رواج و مقبولیت عقلایی آن امضا کرده است؛ هرگاه رواج و شیوع عقلایی پدیده مورد بحث از میان رفته باشد، جزء موضوع حکم امضاشده از میان رفته است؛ حکم همچنان که با انتفای کل موضوع منتفی می‌شود با انتفای جزء موضوع هم منتفی خواهد بود.

^۱. سیوری، مقداد بن عبدالله، التنفیخ الرائع، ج ۴، ص ۵۳۱.

^۲. نک: جصاص رازی، احمد، أحكام القرآن، ج ۱، ص ۱۵۸، دارالکتاب العربی، بیروت، افست از چاپ ۱۳۳۵ق.

از چشم‌اندازی دیگر نیز این پرسش مطرح است که آیا شارع مقدس اسلام که خود حکیم و سردمدار عاقلان است رویه‌ای را که در میان عقلای پیشین رایج بوده تأیید می‌کند، اما از تأیید رویه‌های عقلایی نوپیدا خودداری می‌کند؟ عقلای زمان شکل‌گیری شرع چه ویژگی و امتیازی داشته‌اند که شارع بنای آنان را تأیید کند، اما بناهای عقلایی متأخر را رد نماید؟ پذیرش تفاوت میان عقلا از این جهت مشکل است؛ زیرا با رسالت جهان‌شمول اسلام سازگاری ندارد. بویژه این که به گواهی انبوهی از آیات قرآن مجید جامعه‌ای که اسلام در آن، شکل گرفته است، اتوپیا و مدینه فاضله اسلامی نبوده است تا رویه‌ها و عرف‌های رایج در آن، سرمشق همه مسلمانان برای همیشه باشد.

طُرفه این که برای تأیید نظریه امکان التزام به ضمان عاقله، استدلال شده است که: بعضی از محققان، عرف‌های به ظاهر نامعقول و نامأنوس قبایل را بر اساس مصالح و حکمت‌هایی می‌دانند که تنها راه حل بقای آن نوع خاص از زندگی است.^۱ پیدا است که دلالت این سخن برعکس آنچه ادعا شده، روشن‌تر است؛ زیرا در باب ضمان عاقله هم اتفاقاً سخن در این است که اگر این نهاد در نظام قبیلگی کارآمد بوده یا مایه استمرار نظام قبیلگی بوده است، آیا اکنون که آن نظام وجود ندارد یا دست‌کم در جاهایی که وجود ندارد، همچنان می‌توان از لزوم پایبندی بدان صرفاً از آن روی که روزی مورد امضای شارع مقدس قرار گرفته است، دفاع نمود؟ اگر در دوران گذشته حس بقا و نیاز به حمایت، افراد قبیله را به سوی چنین نهادی کشانیده است، چرا امروزه نهادهای نوپیدا نتوانند جایگزین آن شوند؟

گاه در رد نظریه اختصاص نهاد ضمان عاقله به نظام قبیله‌ای گفته می‌شود: «صرف این که در صدر اسلام و در میان قبایل عرب چنین عرفی وجود داشته است نمی‌تواند دلیل اختصاص این حکم به چنان نظام و شرایط خاص باشد؛ زیرا بسیاری از احکام اسلام امضایی‌اند و این گونه احکام یا به همین شکل و یا با اندک تفاوتی در جاهلیت نیز مرسوم بوده‌اند. گشودن چنین بابی بدون آن که دلیل مقتضی بر آن داشته باشیم، شیوه قانون‌گذاری اسلام را به عنوان دین جاودان به شدت مخدوش می‌سازد. زیرا اگر عرف‌های موجود در آن زمان شایستگی استمرار و جهان‌شمولی را نداشتند، چه دلیل داشت اسلام آن‌ها را به نحو مطلق امضا و به عنوان احکام الهی معرفی نماید و در عین حال هیچ اشاره‌ای به موقتی یا محلی بودن آن‌ها نداشته باشد؟»^۲

این دیدگاه که اتفاقاً به نوعی از روش‌شناسی در اجتهاد زمانه ما گزارش می‌دهد مبتنی بر خطاهای روش‌شناختی و پیش‌فرض‌های نادرستی است. پیش‌فرض نادرست اول آن است که اگر شارع مقدس اسلام سنت و رویه‌ای رایج در میان عقلا را تأیید کند، آن را برای همیشه تأیید فرموده است. حال آن که به احتمال قوی‌تر آنچه در قالب حکم امضایی تأیید می‌شود به دلیل سازواری آن با شرایط و

۱. همان، ص ۳۸۲.

۲. شفیعی سروستانی، ابراهیم و دیگران، پیشین، ص ۴۱۶-۴۱۷.

ساختارهای همان جامعه است که مهر تأیید دریافت می‌کند. از همین روی اگر رسم و رویه‌ای دیگر هم رایج بود شاید شارع همان را کاملاً یا همراه با تعدیل و اصلاح تأیید می‌فرمود و این در هر حال به معنای لباس ابدیت پوشانیدن بدان رسم و رویه نیست. پیش‌فرض و خطای دوم آن است که این سبک استدلال مفروض می‌گیرد که آنچه امضا شده به نحو مطلق امضا شده است؛ امری که عیناً مورد نزاع است؛ اگر مقصود از امضا، امضای مطلق بود اتفاقاً این گونه امضاست که نیاز به بیان دارد و چنین بیان و متنی که مطلق باشد در دسترس نیست. ادعای اطلاق متون موجود صرفاً ادعا است؛ زیرا نصوص ضمان عاقله اصولاً در مقام بیان فرضی که ساختار اجتماعی قبیلگی نباشد و رابطه تناسل و همیاری در این قالب از میان رفته باشد، نیستند.

خطای دیگر آن است که مفروض گرفته می‌شود که معصومان(ع) باید به موقتی یا محلی بودن احکام تصریح نمایند. هرگز شیوه امامان معصوم(ع) چنین نبوده است که جز در موارد استثنا به دایم یا موقتی و محلی بودن احکام اشاره کنند. اگر چنین بود بهتر بود آنان رسائل عملیه‌ای می‌نگاشتند و احکام را به طور منظم و دسته‌بندی شده بیان می‌فرمودند و موقت و دائم را روشن می‌ساختند. حتی با لحاظ شرایط تقیه این کار ناممکن نبود؛ اما آن بزرگواران هرگز چنین رویکرد خطرناکی که می‌تواند شریعت محمدی(ص) را اضمحلال نماید در پیش نگرفتند، بلکه در بستر تحولات زمان و مکان، و متناسب با واقعیت‌های اجتماعی و رویکردی واقع‌گرایانه، احکام الهی را بیان می‌فرمودند. آنان تشخیص دایمی یا موقتی بودن احکام را به فقیهان اهل بیت واگذار کرده‌اند تا آنان در بستر تحولات و موقعیت‌های اجتماعی ثابت را از متغیر تشخیص دهند.

پیش‌فرض و خطای دیگر این است که چون شریعت محمدی(ص) ادعای خاتمیت دارد، احکام آن هم باید ثابت باشد. حال آن‌که معنای خاتمیت شریعت این است که دینی دیگر نخواهد آمد که شریعت محمدی(ص) را نسخ کند؛^۱ نه این‌که شریعت در ذات خود فاقد هر گونه پویایی و تغییر است. گزاره‌های حقوقی راه‌حلی‌هایی هستند برای حل یک یا چند مسأله در ظرف معین. گزاره‌های فراحقوقی مانند حسن عدالت البته فرازمانی‌اند. اما گزاره‌های حقوقی راه‌حلی ناظر به زمان و مکان هستند. راه‌حلی که مشکلی را در عربستان سعودی قبل از اسلام یا در آغازین سال‌های اسلام حل و فصل می‌کند، لزوماً همان مشکل را در جوامع دیگر به همان گونه حل نمی‌کند. غنا و ژرفای مبانی شریعت محمدی(ص) توان آن را دارد که آن مشکل را در جامعه‌ای دیگر به گونه‌ای دیگر و متناسب با ساختارهای همان جامعه، حل و فصل نماید. اگر شریعت، راه‌حلی را در میان نظام قبیلگی تأیید می‌کند، معنای آن این نیست که همه جهان آن زمان و این زمان باید نظام قبیلگی داشته باشند؛ یا به رغم عدم حاکمیت نظام قبیلگی حکمی را حکم ابدی شریعت قلمداد کنند که اصولاً قبیله-بنیاد است.

۱. نک: انصاری، مرتضی، فرائد الاصول، ج ۴، ص ۹۹، مجمع الفکر الاسلامی، قم، چاپ چهارم، ۱۴۲۴ق.

گاه استدلال می‌شود: اگر حکم ضمان عاقله قابلیت استمرار ندارد، چرا شارع مقدس اسلام آن را همچون بسیاری از عرف‌های رایج در آن زمان باطل نکرد؟^۱ پاسخ به این سؤال روشن است. اسلام و اولیای آن نمی‌توانستند همه آرمان‌های نهایی خود را در ظرف جامعه‌ای به اجرا بگذارند که به لحاظ ساختارهای اجتماعی، فرهنگی و اقتصادی با انواع مشکلات و معضلات همراه بود. نه بنا بود و نه امکان داشت که همه آرمان‌های تشریعی اسلام در آن جامعه، عمومی و اجرایی شود. این فقیهان هستند که باید با توجه به آرمان‌های شارع که از نصوص قابل استنباط و استحصال است شریعت را به طور تدریجی و در شکل متکامل آن اجرایی کنند.

حتی در فرض رواج ضمان عاقله در برخی جوامع کنونی برای قلمداد کردن آن به عنوان حکم مورد تأیید شارع باید واریسی نمود که آیا ضمان عاقله امضا شده همه قیود و شروط ضمان عاقله تأیید شده را دارد؟ برای نمونه این احتمال از دیرباز در ذهن برخی فقیهان وجود داشته است که چه بسا وجود رابطه تناسر و همیاری قید حکم ضمان عاقله است. آن گونه که برخی فقیهان اهل سنت گزارش داده‌اند در صدر اسلام هم نگاه تعبدی به ضمان عاقله و تلقی آن همچون حکم ابدی شرع وجود نداشت. هم از این روی در دوران خلیفه دوم پس از تشکیل نهاد "دیوان" چون تناسر و همیاری از حالت میان‌قبیلگی به اصحاب دیوان منتقل شد، همیاری در پرداخت دیه به اصحاب دیوان انتقال یافت.^۲ در برخی روایات در منابع امامیه که البته سند آن ضعیف است نیز به تفاوت سیستم پرداخت دیه و همیاری در نظام بدوی و شهری تصریح شده است.^۳ اگر جوهر ضمان عاقله، رابطه تناسر و همیاری میان قاتل خطایی و پرداخت‌کنندگان دیه باز باشد،^۴ می‌توان گفت: اگر چنین تناسری وجود نداشته باشد، ضمان عاقله منتفی است.

هرچند تناسر را مشکل بتوان قید ضمان دانست؛ بلی ضمان عاقله، خواه عرف مسلط و مسلم زمان تشریع باشد یا همچون قراردادی نانوشته بر مبنای همیاری بوده است. تعصب و عصبیت جزء جدایی‌ناپذیری نظام قبیلگی و شرط ادامه حیات این شیوه از زندگی است. تا آن جا که برخی نویسندگان از مجموعه‌ای حقوق با عنوان حقوق عصبیت یاد کرده‌اند.^۵ اما به طور قطعی نمی‌توان گفت که تناسر قبیلگی قید واقعی حکم ضمان عاقله است.

به هر حال به لحاظ فقهی، رواج و شیوع عرفی را به طور روشن‌تری می‌توان قید موضوع ضمان عاقله

۱. همان، ص ۴۲۱. باید یادآور شوم که نویسندگان این منبع ارزشمند بسیاری از این مناقشات را نه به عنوان پذیرش بلکه به عنوان گشودن باب استدلال و مناقشه و روشن-ساختن ابعاد علمی بحث ذکر کرده‌اند.

۲. نک: شفیعی سروسستانی، ابراهیم و دیگران، پیشین، ص ۴۱۱.

۳. نک: الطوسی، محمد بن الحسن، تهذیب الاحکام، ج ۱۰، ص ۱۷۴، حدیث ۲۱، دار الکتب الاسلامیه، تهران، چاپ اول، ۱۳۸۶ ش.

۴. شفیعی سروسستانی، ابراهیم و دیگران، پیشین، ص ۴۲۶.

۵. علی، جواد، المفصل فی تاریخ العرب قبل الاسلام، ج ۵، ص ۵۹۱.

دانست و با نبود آن به عدم ضمان عاقله حکم نمود. بدین‌سان نیازی به لحاظ تناصر و همیاری به مثابه قید موضوع ضمان عاقله نیست.

به همین ترتیب گاه برای نفی ضمان عاقله در زمان ما استدلال می‌شود که در عصر تشریع، شمارگان آنان که عاقله به حساب می‌آمدند زیاد بود؛ در آن زمان برای توزیع مسئولیت و جبران زیان، معقول بود که ضمان بر عاقله، توزیع شود اما اکنون شمارگان عاقله کم است.^۱ شاهد این که در شماری از فتاوی فقیهان آمده است که: بیشترین مقدار پرداختی برای هر عاقله توانگر نصف دینار و برای افراد متوسط ربع دینار است.^۲ بنابر این احتمال، این که فراوانی عاقله قید موضوع حکم باشد، قوی است و با انتقای این وصف نمی‌توان به استمرار حکم ضمان عاقله در زمان ما نظر داد. مگر این که بر پایه روایاتی که عاقله را به قوم و قبیله تفسیر می‌کنند، دامنه عاقله را به لحاظ مصداقی توسعه دهیم؛ امری که اگر آن را به ضمان بیت‌المال و منابع عمومی برنگردانیم، مشکلات خاص خود را خواهد داشت.

با توجه به آنچه گذشت در مورد ضمان عاقله این احتمال جدی می‌شود که چه بسا اکنون که ضمان عاقله منتفی است یا قیود دخیل در آن مانند قبیلگی بودن نظام اجتماعی و رواج و مقبولیت اجتماعی ضمان عاقله منتفی است، حکم شرع به ضمان عاقله هم منتفی باشد. امکان نفی دخالت رواج عقلایی یا دخالت قیود پیش‌گفته با تکیه بر اصل عدم دخالت به نظر ما ضعیف است؛ از آن روی که در دخالت اجمالی یک یا چند قید از قیود پیش‌گفته تردید نداریم.

۳.۲. استثنای پذیرای اصل شخصی بودن مجازات‌ها در پرتو تلقی ضمان عاقله به مثابه قرارداد

بنابر تقریری دیگر می‌توان گفت ضمان عاقله نه حکم تأسیسی شرع است و نه حکم امضایی آن؛ بلکه ضمان عاقله تنها پیمانی نانوشته در جامعه قبیلگی بوده است.^۳ پیمانی که اسلام آن را به دلیل هماهنگی آن با روح همبستگی اجتماعی و نظر به نقش آن در اجرای اصل جبران خسارت امضا نموده است. اگر شارع پیمان یا پیمان‌هایی را امضا کند به معنای آن نیست که از همگان می‌خواهد تا آنها نیز چنین پیمانی را منعقد نمایند. ادله لزوم وفای به عقد از جمله آیه وفای به عقد^۴ هر پیمانی را شامل می‌شود؛ ولی این به معنای آن نیست که دیگران هم باید چنان پیمانی را منعقد نمایند. بنا بر تقریر اخیر، ضمان عاقله اصولاً در شمار حکم نیست تا از تأسیسی یا امضایی بودن آن سخن گفته شود؛ بلکه

۱. عوده، عبدالقادر، التشریع الجنائی الاسلامی، ج ۱، ص ۶۷۷.

۲. نک: الطوسی، محمد بن الحسن، المبسوط، فی فقه الامامیه، ج ۷، ص ۱۷۳، المکتبه المرتضویه، تهران، ۱۳۸۷ق.

۳. نک: بجنوردی، سیدمحمد، "دو نکته از حقوق کیفری"، فصلنامه مطالعات حقوقی و قضایی، پاییز و زمستان ۱۳۶۶، شماره ۱۱ و ۱۲، صص ۹۵-۱۱۰؛ محقق داماد،

سیدمصطفی، قواعد فقه، بخش جزایی، ج ۴، صص ۱۶۸-۱۶۹، مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ هفدهم، تهران، ۱۳۸۹.

۴. مائده (۵): ۱.

موضوع و مصداقی برای عقدی بوده است که برابر ادله وفای به عقد پابندی به آن لازم شمرده شده است. اکنون در زمان ما دیگر چنین پیمان نانوشته‌ای وجود ندارد تا مشمول وجوب وفای به عقد شود. شاهد این که در صحیحہ ابی‌ولاد از امام صادق (ع) آمده است که:

«میان اهل ذمه معاقله‌ای در مورد قتل یا جراحی که رخ می‌دهد وجود ندارد؛ در این موارد دیه از اموال خود جانی گرفته می‌شود.»^۱

این لحن و آهنگ نشان می‌دهد که علت لزوم پابندی به ضمان برای عاقله تعهدی است که آنها خود در زندگی اجتماعی خویش برگزیده‌اند. به نظر می‌رسد گزاره‌ای که در این حدیث آمده اخباری است؛ نه انشائی. مقصود امام (ع) این نیست که اهل ذمه نباید پیمان معاقله داشته باشند؛ بلکه مقصود این است که آنان چنین پیمانی ندارند تا به وفای بدان ملزم باشند. در مباحث کلامی البته این مسأله مطرح است که آیا غیرمسلمانان هم به احکام فرعی شریعت مکلفند؟ برخی برآنند که نمی‌توان غیرمسلمانی را که به اصول و مبانی اعتقادی باور ندارد، به احکام فرعی مکلف دانست. گروهی برعکس معتقدند که ادله تکالیف و احکام شرعی عام است و همگان را در بر می‌گیرد. کسی اما نظر نداده است که غیرمسلمانان نباید به احکام اسلامی ملتزم باشند. به علاوه بنا بر مبنای معتزله و امامیه که معتقدند احکام شرعی تابع مصالح و مفاسد است معنا ندارد پیشوایان دین دیگران را از تبعیت احکام منع نمایند. پس گزاره موجود در حدیث پیشین را باید بر وجه اخباری حمل کرد. در واقع معنای حدیث این است که چون این پیمان در میان آنان وجود ندارد، معنا ندارد که عاقله ضامن باشند. درست است که در متن حدیث از پیمان سخن به میان نیامده است، اما واژه معاقله که از باب مفاعله است و بیانگر افعال و رفتارهای دو طرفه است چه بسا اشاره دارد که ماهیت ضمان عاقله از جنس قرارداد است. این تفسیر البته با ظاهر متن که اخبار است نیز سازگارتر است. حمل جمله‌ای که به ظاهر اخباری است بر انشائی، به دلیل نیازمند است.

در روایت سلمه بن کهیل نیز در مورد مردی که مسلمانی را به خطا کشته بود آمده است که:

«امیرالمؤمنین (ع) از وی پرسید: عشیره و خویشاوندان تو کیست؟ مرد گفت: من در این شهر عشیره و خویشاوندی ندارم. حضرت فرمود: اهل کجایی؟ مرد گفت: از اهالی موصل هستم، در آنجا به دنیا آمده‌ام و در آنجا خویشاوند و فامیل دارم. حضرت در باره اظهارات او تحقیق کرد و در کوفه خویشاوند و عشیره‌ای برای او نیافت. آن گاه امام (ع) نامه‌ای به کارگزار خویش در موصل نوشت و فرمود: ... اگر این مرد هیچ خویشاوند پدری و مادری ندارد دیه مقتول را بر آن دسته از مردم موصل که در آن جا به دنیا آمده باشد و بزرگ شده باشد توزیع نما و دیه را بر آن دسته از شهروندان موصل که دارای این ویژگی

۱. عاملی، محمد، وسائل الشیعه، ج ۱۹، ص ۳۰۰.

نیستند توزیع ننما.^۱

این روایت البته به این اعتبار که دیه را بر همشهری‌های جانی قرار می‌دهد به نوعی معارض است با روایاتی که دیه را صرفاً بر خویشاوندان جانی قرار می‌دهد؛ اما همزمان الهام‌بخش این اندیشه است که ضمان عاقله همچون یک پیمان در دوران گذشته نه تنها میان خویشاوندان که میان اهالی یک شهر هم وجود داشته است. روایت سلمه عموماً به دلیل ضعف سند از یک سو^۲ و ناهمخوانی آن با روایاتی که دیه را بر خصوص عاقله قرار می‌دهد از سوی دیگر مورد پذیرش فقیهان قرار نگرفته است؛ با این حال بنا بر پاره‌ای شواهد تاریخی کیفیت پرداخت دیه در جاهلیت هم همین گونه بوده است؛ یعنی دیه را ابتدا از عصبه می‌گرفتند و در صورت ناتوانی عصبه از قبیله جانی می‌گرفتند.^۳ این واقعیت تاریخی محتوای روایت سلمه را تأیید می‌کند. از دیگر روایاتی که به پیمان‌بودن ضمان عاقله ایما و اشاره‌ای دارد، روایت محمد بن مسلم از امام صادق (ع) است. در این روایت آمده است که:

«من لجأ إلى قوم فأقروا بولایته کان لهم میراثه و علیهم معقلته.»^۴

«اگر کسی به قومی پناهنده شود و آن قوم ولایت پناهنده را بپذیرند میراث وی از آن قوم خواهد بود و پرداخت معقله (خون بهای جنایت‌های خطایی وی) نیز بر عهده آن قوم خواهد بود.»

اگر پرداخت عاقله لزوماً تابع عنصر خویشاوندی باشد در این فرض نباید به ضمان جنایت‌های خطایی حکم شود؛ زیرا ظاهر آن است که در این فرض میان پناهنده و قومی که بدانان پناه برده شده، خویشاوندی و قربانی وجود ندارد. در واقع، رابطه معاقله بر نوعی پیمان ولایت استوار بوده است.

در روایت سکونی هم آمده است که علی (ع) در باره مردی که مسلمان شده، آن گاه مردی را از روی خطا کشته آمده است که:

«دیه مقتول بر افرادی مانند خود قاتل که مسلمان شده‌اند و هم پیمان (موالی) ندارند توزیع خواهد شد.»^۵

این روایات هم ضمان عاقله را بیشتر در فضای یک پیمان اجتماعی تفسیر و تعبیر می‌کنند تا یک

۱. همان، ج ۱۹، ص ۳۰۱، باب ۲ از ابواب العاقله، روایت ۱.

۲. سلمه بن کهیل اغلب هم بتری مذهب و هم مذموم شمرده شده است. (نک: جبعی عاملی، زین الدین، مسالک الافهام، ج ۱۵، ص ۵۱۰). با این حال سلمه بن کهیل در اسناد تفسیر علی بن ابراهیم قمی است که مؤلف کتاب به وثاقت راویان آن گواهی داده است. اگر این توثیق عام را کافی بدانیم و سلمه راوی حدیث مورد بحث را همین سلمه بدانیم راه برای توثیق او تا اندازه‌ای گشوده می‌شود. (برای توضیحاتی در باره سلمه نک: موسوی خویی، سید ابوالقاسم، معجم رجال الحدیث و تفصیل طبقات الرجال، ج ۹، ص ۲۲۱)

۳. نک: علی، جواد، المفصل فی تاریخ العرب قبل الاسلام، ج ۵، صص ۵۹۵-۵۹۸.

۴. عاملی، محمد، وسائل الشیعه، ج ۱۹، ص ۳۰۴.

۵. عن جعفر عن أبيه عن علي (ع) فی رجل أسلم ثم قتل رجلاً خطأ قال: أقسم الدیه علی نحوه من الناس ممن أسلم و لیس له أموال. (همان، ج ۱۹، ص ۳۰۵)

حکم شرعی الهی و همیشگی.

از دیگر شواهدی که نظریه قراردادی بودن ضمان عاقله را تقویت می‌کند ذکر و تثبیت آن در متن پیمان‌نامه‌ای است که پیامبر(ص) هنگام ورود به مدینه میان گروه‌ها و قبایل مختلف ساکن در مدینه و حوالی آن انعقاد فرمود. پیامبر(ص) اغلب نظام معاقله‌ای را که میان قبایل و گروه‌های مختلف، متفاوت بود به همان گونه‌ای که رایج بود امضا فرمود.^۱ اگر در این باره حکم شرعی لازم‌الاتباعی وجود داشت علی‌القاعده پیامبر(ص) می‌بایست دست‌کم به طور تدریجی نسبت به تغییر آن‌ها اقدام می‌فرمود. این نشان می‌دهد که موضوع، امری عرفی و یا قراردادی بوده است و نمی‌توان آن را از احکام ابدی شرع تلقی کرد. البته تثبیت نظام معاقله به طور کلی به معنای آن نیست که پیامبر(ص) ملاحظات انسانی و برابری طلبانه بر این عرف نداشته است. بنا بر نقل، پیمان پرداخت دیه میان دو طایفه یهودی بنی‌نضیر و بنی‌قریظه چنین بود که هرگاه کسی از بنی‌نضیر فردی از بنی‌قریظه را می‌کشت، نصف دیه را می‌پرداخت؛ اما هرگاه کسی از بنی‌قریظه فردی از بنی‌نضیر را به قتل می‌رسانید دیه کامل پرداخت می‌نمود. اما پیامبر(ص) پس از نزول آیه ۴۲ سوره مائده^۲ دیه آن‌ها را مساوی قرار داد.^۳ همچنان‌که به نظر نگارنده، علت حمایت پیامبر(ص) از سنت جدش عبدالمطلب در باب تعیین دیه، روح برابری خواهانه آن و تعیین دیه مساوی برای همگان بود. حتی برابر برخی گزارش‌های تاریخی، پیامبر(ص) در مواردی به زمین همان دیه مسلمان را پرداخته است.^۴ حتی شواهدی که بیان آن‌ها فرصت جداگانه‌ای می‌طلبد گواهی می‌دهد که تأکیدهای پیامبر(ص) بر عدم تغییر دیه ناظر به نگرانی از بازگشت مبالغ دیه به مقادیر تبعیض‌آمیز و نامعقول جاهلی بوده است، نه هر گونه تغییر حکیمانه‌ای.

شاهد دیگر بر قراردادی بودن ضمان عاقله این‌که مسئولیت عاقله در مورد افراد عادی و متعارف بود؛ هر گاه فردی بسیار شرور و خطرناک بود، قبیله او را از حمایت خود محروم می‌ساخت. به افراد طرد شده از قبیله که دیگر مورد حمایت قبیله نبودند، طرید یا خلیع می‌گفتند. افراد طردشده گاه به قبایل دیگر پناه می‌بردند و از حق "جوار" استفاده می‌کردند. و در این صورت حکم افراد قبیله را پیدا می‌کردند.^۵ می‌بینیم که رابطه قبیله‌ای تا چه اندازه در بود و نبود ضمان عاقله مؤثر است.

۱. نک: حمیدالله، محمد، مجموعه الوثائق السياسية، ص ۵۹، دار النفائس، چاپ پنجم، بیروت، ۱۴۰۵ق.

۲. برابر این آیه هر گاه یهودیان برای قضاوت و داوری به پیامبر(ص) مراجعه می‌نمودند، پیامبر(ص) مخیر بود که میان آنان به قسط قضاوت کند یا از پذیرش داوری و قضاوت خودداری کند و در واقع، قضیه را به خود آنان ارجاع دهد. این اختیار از چشم اندازی نشانگر مدارای اسلام با سنت‌ها و قوانین اقلیت و عدم اصرار بر یکسان سازی کامل قوانین و مقررات در جامعه‌ای است که فرهنگ‌ها و مذاهب مختلف در آن حضور دارند.

۳. جصاص رازی، احمد، أحكام القرآن، ج ۲، ص ۲۳۹، دار الكتاب العربی، بیروت، افست از چاپ ۱۳۳۵ق.

۴. به نقل از: جصاص رازی، احمد، أحكام القرآن، ج ۳، ص ۲۱۳، تحقیق: محمد الصادق قمحوی، دار إحياء التراث العربی، بیروت، ۱۴۱۲ق.

۵. نک: علی، جواد، المفصل فی تاریخ العرب قبل الاسلام، ج ۵، ص ۵۹۰.

گاه به نظریه قراردادی بودن ضمان عاقله ایراد می‌شود که این نظریه با واقعیت تاریخی سازگار نیست؛ زیرا کسانی که در آن زمان می‌زیسته‌اند، هیچ اشاره‌ای به قراردادی بودن ضمان عاقله ندارند.^۱

این ایراد درست به نظر نمی‌رسد؛ زیرا همه قراردادهای به صورت مکتوب و نوشته در نمی‌آیند. در بسیاری از جوامع بویژه جوامعی که فرهنگ نوشتاری در آن‌ها ضعیف است پیمان‌های نانوشته کم نیستند.

هم‌سو با استدلال پیش‌گفته، گاه عنوان می‌شود که: اگر پرداخت دیه توسط عاقله به علت قرارداد بود؛ باید تبری عاقله از پرداخت دیه جنایات نیز جایز باشد؛ این در حالی است که هیچ یک از فقهای شیعه و سنی این امر را قبول نکرده‌اند.^۲ در پاسخ می‌توان گفت: اولاً تبری از پرداخت دیه مسأله‌ای نادر بوده و در عمل، کمتر رخ می‌داده است؛ هم از این روی در متون دینی بدان پرداخته نشده است. ضمن این که فقیهان نیز اغلب از بیان جواز یا عدم جواز آن خودداری نموده‌اند و کمتر از عدم جواز آن سخن گفته‌اند.

اما در مورد این‌که: «حتی فقهایی که در اعصار نزدیک به عصر تشریع می‌زیسته و خود با زندگی قبیله‌ای و سنت‌های رایج در آن از نزدیک برخورد داشته‌اند و ضمان عاقله را به عنوان حکم تلقی کرده‌اند و نه عقد»^۳ می‌توان گفت: اولاً، استنباط فقیهان هر چند نزدیک به عصر تشریع باشد، به خودی خود برای فقیهان عصر بعد حجت نیست؛ مگر این‌که مستلزم اجماعی تعبدی باشد که کاشف از رأی معصوم (ع) باشد. ثانیاً، فقیهان پیشین به واقع در همان پارادایم نظام قبیله‌ای همچون بخشی از نظام اجتماعی زمانه خویش می‌زیسته‌اند. طبیعی است که آنان این نظام جبران خسارت را طبیعی تلقی نمایند و کم‌تر در آن مناقشه نمایند. اذهان آن بزرگوران به اندازه ما که امروزه از فضای نظام قبیله‌ای دور هستیم آن قدرها دل‌مشغول این مسأله نبوده است. ثانیاً تحلیل‌ها و ریشه‌یابی نهادهای اجتماعی همچون امری تاریخی و با رویکرد جامعه‌شناختی در کانون توجه فقیهان پیشین نبوده است. عادت و مشی فقیهای عظام چنان‌که می‌دانیم تفسیر و تعبیر نصوص و واکاوی معنای ظاهر آن‌هاست تا این که همچون جامعه‌شناس به واکاوی مفاهیم اجتماعی و سیر تحولات آن‌ها بپردازند. بی‌گمان یکی از فقیهان مبرز و قدیمی شیخ طوسی است. او در باره پرسش‌های متعددی که در باره چند و چون ضمان عاقله می‌شود اغلب بر همان تحلیل‌های متنی رایج تکیه می‌کند. مثلاً برای رد قول شیخ مفید و ابوحنیفه که رجوع عاقله به قاتل برای بازپس‌گیری دیه پرداختی را تجویز نموده‌اند استدلال می‌کند که چنین حکمی در اخبار نیامده است. حال آن‌که برای فهم دقیق متونی از این دست حتماً باید به لحاظ تاریخی، واقعیت‌های جاری و متعارف را هم دانست؛ چه آن واقعیت‌ها به مثابه بافت و قرینه صدور کلام

^۱. شفیعی سروستانی، ابراهیم و دیگران، پیشین، ص ۴۲.

^۲. همان، ص ۴۲۴.

^۳. همان، ص ۴۲۴.

می‌توانند راهنمای تفسیر متن باشند.

هر چند به نظر نگارنده فقدان این رویکرد و نبود نگاه تاریخی و جامعه‌شناختی کاستی‌هایی را در استنباط فقیه سبب می‌شود. بویژه در مورد موضوع بحث که لحن و آهنگ روایات موجود بیش از آن که صرفاً بیان تشریع و قانونگذاری باشد ارجاع به امور واقع و مفروض است.^۱ در این گونه امور بدون شناخت دقیق واقعیات بیرونی و مفاهیمی که مورد توافق قرار گرفته، فهم معنای متن هم میسر نیست. بسیاری از ابهامات موجود در حکم ضمان عاقله چه بسا از این واقعیت ناشی می‌شود که روایات مربوط ناظر به رویه یا قرارداد نانوشته‌ای بوده که بسیاری از ابعاد آن برای مردمی که مخاطبان اولیه این روایات بوده‌اند آشکار بوده است. امروزه فهم درست این روایت بدون تلاش برای شناخت ابعاد ضمان عاقله در جامعه عربستان زمان اسلام دشوار است.

نتیجه‌گیری

در دیدگاه اسلامی از دیرباز بر شخصی‌بودن مسئولیت تأکید شده است. با آن که "قاعده وزر" در متون قواعد فقه کهن به طور مستقل مورد توجه قرار نگرفته است، مضمون و محتوای آن مورد توجه بوده و در شماری از مسائل فقهی بر پایه آن فتوا داده شده است. در دیدگاه رایج، ضمان عاقله در برابر قتل و جنایت‌های خطایی عموماً همچون استثنایی بر قاعده وزر قلمداد شده و اغلب به طور مضیق و محدود پذیرفته شده است. با این حال از اصل ضمان عاقله که بگذریم در جزئیات مسائل مهم آن اختلاف نظر فراوان است. دور نیست که عدم ذکر بسیاری از جزئیات ضمان عاقله در متون دینی و در نتیجه، اختلاف نظر شدید فقیهان در چند و چون آن، ناشی از این است که نصوص ضمان عاقله ناظر به واقعیت‌هایی بوده‌اند که یا به عنوان عرف مسلم یا قرارداد نانوشته برای مردمی که مخاطبان اولیه این نصوص بوده‌اند کاملاً معلوم و هویدا بوده است.

توجه به محتوا و ادله قاعده وزر یا اصل شخصی‌بودن مجازات‌ها بویژه حکم عقل به شخصی‌بودن مسئولیت از یک سو و تأسیسی نبودن نهاد ضمان عاقله از سوی دیگر نشان می‌دهد که اصل شخصی‌بودن مسئولیت، استثنای پذیر نیست. ضمان عاقله آن گونه که تصور می‌شود، حکم تأسیسی و همیشگی شرع نیست. ضمان عاقله یا عرف مسلم جامعه قبیله‌ای یا همچون قراردادی نانوشته میان افراد قبیله بوده است. بنا بر این که ضمان عاقله به عنوان عرف مسلم مورد امضا قرار گرفته باشد، امروزه آن عرف اصولاً وجود ندارد و بنابر این امضای شارع مقدس، فاقد موضوع است. بلی در جوامعی که آن عرف همچنان موجود باشد، می‌توان گفت این نهاد همچنان مهر تأیید شارع را با خود همراه دارد؛ آن هم در صورتی که قیود و شرایط آن با ضمان عاقله امضا شده تفاوت ماهوی نداشته باشد.

۱. نک: الصانعی، یوسف، التعلیقہ علی تحریر الوسیلہ للامام الخمینی، ج ۲، صص ۵۹۳-۵۹۴، مؤسسه العروج، چاپ اول، تهران، ۱۳۸۹ش.

احتمال دیگر که این نوشتار برای تقویت آن تلاش نمود این است که ضمان عاقله جزء قراردادهای نانوشته از نوع قبیلگی آن باشد. بنابر این احتمال نیز در جوامعی که چنین قراردادی وجود نداشته باشد، سخن گفتن از رواج و اعتبار آن بی‌معنا است؛ زیرا بنا بر فرض، قراردادی وجود ندارد تا شارع به وفای به آن امر نماید. به نظر نگارنده شواهد تاریخی و حتی متنی با قراردادی بودن ضمان عاقله سازگارتر است. بدین‌سان در زمان ما نمی‌توان افراد را بدون آن که داوطلبانه آن را پذیرفته باشند بدان ملزم نمود.

با این حال، نهاد ضمان عاقله همچنان الهام‌بخش این اندیشه است که دیدگاه‌های اسلامی از همیاری جوامع محلی برای جبران خسارت استقبال می‌کند؛ اما این دیدگاه با الزامی قلمدادکردن ضمان عاقله به گونه‌ای که اکنون رایج است، کاملاً متفاوت است. ضمن این‌که گونه‌های همیاری برای جبران خسارت به مدل ضمان عاقله محدود نیست. شکل‌های همیاری برای جبران خسارت می‌تواند از جامعه‌ای به جامعه دیگر و از زمانی به زمان دیگر متفاوت باشد. بویژه اگر میان نظام تعادل (پرداخت متقابل دیه) و توارث پیوندی وجود داشته باشد این پرسش مطرح می‌شود که: آیا در جوامع مدرن با توجه به مالیات سنگینی که دولت‌ها بر ارث وضع می‌کنند موازنه میان توارث و تعادل تا چه اندازه برقرار است؟ توجه کنیم که در کشوری مانند کشور ما که بر اجرای مقررات اولیه شرع تأکید می‌شود مالیات بر ارث طبقه سوم گاه به ۶۵ درصد می‌رسد.

بنا بر نظریه قراردادی بودن ضمان عاقله آن گونه که در روایات و فتاوی آمده، می‌توان بیمه‌های اختیاری مشابه با نهاد ضمان عاقله را طراحی و توصیه نمود. جزئیات این قرارداد که مبتنی بر تعاون و همبستگی اجتماعی است را می‌توان در قالب قرارداد روشن نمود. نوع ضمان به لحاظ تکلیفی بودن یا دین بودن تابع محتوای قراردادی است که طرف‌های مربوط بر آن توافق می‌کنند.

والحمد لله أولاً و آخراً

فهرست منابع:

الف- منابع عربی

۱. القرآن الکریم
۲. احصائی، محمد بن أبی جمهور، *عوالی (غوالی) اللثالی العزیریہ*، ج ۳، دار سید الشهداء، چاپ اول، قم، ۱۴۰۵ ق.
۳. اردبیلی، احمد، *مجمع الفائدة والبرهان فی شرح إرشاد الاذهان*، ج ۱۴، مؤسسه النشر الاسلامی، چاپ اول، قم، ۱۴۰۳ ق.
۴. انصاری، مرتضی، *فرائد الاصول*، ج ۴، مجمع الفكر الاسلامی، قم، چاپ چهارم، ۱۴۲۴ ق.
۵. بغدادی، محمد بن محمد (شیخ مفید)، *المقنعه*، مؤسسه النشر الاسلامی، چاپ پنجم، قم، ۱۴۳۰ ق.
۶. بهایی عاملی، بهاء الدین محمد، *جامع عباسی با حواشی سید اسماعیل صدر*، کانون انتشارات عابدی، تهران، افست از چاپ ۱۳۱۹ ق بمبئی.
۷. جصاص رازی، احمد، *أحكام القرآن*، ج ۱ و ۲، دار الكتاب العربی، بیروت، افست از چاپ ۱۳۳۵ ق.
۸. جصاص رازی، احمد، *احکام القرآن*، ج ۳، تحقیق: محمد الصادق قمحاوی، دار إحياء التراث العربی، بیروت، ۱۴۱۲ ق.
۹. جبعی عاملی، زین الدین، *مسالك الأفهام*، ج ۱۵، مؤسسه المعارف الاسلامیه، چاپ اول، قم، ۱۴۱۳ ق.
۱۰. حلی، ابوالعباس ابن فهد، *المهذب البارع*، ج ۵، تحقیق: مجتبی عراقی، مؤسسه النشر الاسلامی، قم، ۱۴۱۳ ق.
۱۱. حمیدالله، محمد، *مجموعه الوثائق السياسیه*، دار النفائس، چاپ پنجم، بیروت، ۱۴۰۵ ق.
۱۲. سجستانی، سلیمان بن أشعث، *سنن أبی داود*، دارالسلام، چاپ اول، ریاض، ۱۴۲۰ ق.
۱۳. سیوری، مقداد بن عبدالله، *التنقیح الرائح لمختصر الشرايع*، ج ۴، تحقیق: عبداللطیف حسینی کوه کمری، مکتبه آیه الله المرعشی، چاپ اول، قم، ۱۴۰۴ ق.
۱۴. الصانعی، یوسف، *التعليقه على تحرير الوسيله للامام الخميني*، ج ۲، مؤسسه العروج، چاپ اول، تهران، ۱۳۸۹ ش.
۱۵. الطوسی، محمد بن الحسن، *تهذيب الاحکام*، ج ۱۰، دار الكتب الاسلامیه، تهران، چاپ اول، ۱۳۸۶ ش.
۱۶. _____، *المبسوط فی فقه الامامیه*، ج ۷، المکتبه المرتضویه، تهران، ۱۳۸۷ ق.
۱۷. عاملی، محمد، *وسائل الشيعه*، ج ۱۳ و ۱۹، اسلامیه، چاپ پنجم، تهران، ۱۴۰۱ ق.
۱۸. علی، جواد، *المفصل فی تاريخ العرب قبل الاسلام*، ج ۵، بیروت، دارالعلم للملایین، چاپ دوم، ۱۹۷۰ م.
۱۹. عوده، عبدالقادر، *التشريع الجنائي الاسلامی*، ج ۱، مؤسسه الرساله، چاپ دوازدهم، بیروت،

۱۴۱۳ق.

۲۰. موسوی، محمد(الشریف الرضی)، نهج البلاغه، تحقیق: صبحی الصالح، دار الاسوه، چاپ اول، قم، ۱۴۱۵ ق.
۲۱. موسوی خویی، سید ابوالقاسم، مبانی تکمله المنهاج، ج ۴۲، مؤسسه احیاء آثار الامام الخوئی، چاپ سوم، قم، ۱۴۲۸ق.
۲۲. _____، معجم رجال الحديث و تفضیل طبقات الرجال، ج ۲۰، قم، ۱۳۷۲، مرکز النشر للثقافه الاسلامیه.
۲۳. موسوی سبزواری، سید عبد الاعلی، مهذب الاحکام فی بیان الحلال و الحرام، ج ۲۹، دفتر آیت الله سبزواری، چاپ چهارم، قم، ۱۴۱۷ق.
۲۴. نجفی، محمدحسن، جواهرالکلام، ج ۴، ۱۷، ۲۷، ۴۱، ۴۲ و ۴۳، دار إحياء التراث العربی، چاپ هفتم، بیروت، ۱۹۶۱.

ب- منابع فارسی

۲۵. بادامچی، حسین، قانون حمورابی، نگاه معاصر، تهران، ۱۳۹۲
۲۶. بجنوردی، سیدمحمد، "دو نکته از حقوق کیفری"، فصلنامه مطالعات حقوقی و قضایی، پاییز و زمستان ۱۳۶۶، شماره ۱۱ و ۱۲.
۲۷. پرادل، ژان، تاریخ اندیشه‌های کیفری، ترجمه: علی حسین نجفی ابرندآبادی، سمت، چاپ نهم، تهران، ۱۳۹۳
۲۸. دلماس مارتی، می ری، نظام‌های بزرگ سیاست جنایی، ترجمه: علی حسن نجفی ابرندآبادی، میزان، چاپ دوم، تهران، ۱۳۹۳.
۲۹. شفیعی سروسستانی، ابراهیم و دیگران، قانون دیات و مقتضیات زمان، مرکز تحقیقات استراتژیک ریاست جمهوری، چاپ اول، تهران، ۱۳۷۶.
۳۰. محسنی، مرتضی، دوره حقوق جزای عمومی، جلد اول، کلیات حقوق جزا، دانشگاه ملی ایران، تهران، [بی‌تا].
۳۱. محقق داماد، سیدمصطفی، قواعد فقه، بخش جزایی، ج ۴، مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ هفدهم، تهران، ۱۳۸۹.
۳۲. نوربها، رضا، زمینه حقوق جزای عمومی، گنج دانش، چاپ ۳۴، تهران، ۱۳۹۱.
۳۳. هافنر، هری، قوانین هیتی‌ها، ترجمه: فرناز اکبری رومنی، انتشارات حقوقی، چاپ اول، تهران، ۱۳۸۴.

ج- منابع انگلیسی

34. Hall, Jerome, “**Biblical Atonement and Modern Criminal Law**” in: Vojcanin, Sava Alexander (ed.), *Law, Culture, and Values: Essays in honor of Gray L. Dorsey*, Transaction Publisher, New Brunswick, N.J., U.S.A., 1990.
35. Smiley, Marion, "**Collective Responsibility**", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2011 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <http://plato.stanford.edu/archives/fall2011/entries/collective-responsibility/>.