

کاوشی فقهی در دیه ایراد جرح بر نرمه گوش با رویکردی انتقادی به قانون مجازات اسلامی

روح‌الله اکرمی*

استادیار؛ دانشگاه قم، قم، ایران

(تاریخ دریافت: ۹۵/۱۱/۳؛ تاریخ پذیرش: ۹۷/۱/۱۹)

چکیده

از نظر بسیاری از فقهای امامیه ایراد جرح بر نرمه گوش، چنانچه به سوراخ شدن یا شکاف و پارگی آن منجر شود، دیه مقدر دارد، که البته میان ایشان در مقدار آن اختلاف نظر وجود دارد. عده‌ای به یک‌ششم دیه کامل و برخی به یک‌هفتم دیه کامل قائل هستند. در نوشتار حاضر، با روشی تحلیلی - توصیفی از طریق تتبع در ادله موجود به این نتیجه رهنمون شدیم که مستند تقدیر دیه در جنایت مورد بحث، برخی روایات و نیز اجماع است که بررسی آنها نشان می‌دهد هیچ‌کدام قابلیت اثبات مقدر بودن دیه چنین جراحی را ندارند، و از این رو باید همسو با برخی از معاصران به ارش نظر داد. قانونگذار مجازات اسلامی در سال ۱۳۹۲، طی ماده (۶۰۱) به شکلی ناقص صرفاً پاره کردن نرمه گوش را مورد توجه قرار داده و طی اقدام تأمل‌برانگیزی برای آن یک‌نهم دیه کامل تعیین کرد، حکمی که هیچ پشتوانه فقهی ندارد.

واژگان کلیدی

ارش، دیه جرح بر گوش، فقه جزایی، قانون مجازات اسلامی، نرمه گوش.

مقدمه

گوش از مهم‌ترین اعضای است که در قالب اندامی حسی، کارکرد شنوایی دارد. گوش از سه قسمت خارجی،^۱ میانی^۲ و داخلی^۳ تشکیل می‌شود. قسمت خارجی گوش که عهده‌دار گرفتن امواج صوتی و تبدیل آن به ارتعاشاتی است تا برای گوش میانی بفرستد، از دو قسمت لاله^۴ و مجرای تشکیل شده است که به پرده گوش منتهی می‌شود. لاله گوش ساختاری غضروفی دارد، که به شکل منحنی از بیرون مشاهده‌شدنی است. جزء پایین لاله گوش که از چربی تشکیل شده است را نرمه^۵ می‌نامند.

جنایت بر نرمه گوش در یکی از سه شکل ضرب، جرح و قطع آن قابل تصور است. ایراد جرح بر نرمه شاید در قالب سوراخ کردن و شکافتن آن نمود یابد. در مقررات موضوعه تا پیش از سال ۱۳۹۲ دیه ایراد جرح بر نرمه مورد توجه قرار نگرفته و صرفاً به قطع آن تصریح شده بود. دلیلش این نکته بود که قسمت ناظر بر دیه گوش از دو قانون دیات مصوب ۱۳۶۱ و متعاقب آن قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ دقیقاً متضمن فتاوی امام خمینی (ره) در تحریرالوسیله بود که در چهار مسئله از قسمت چهارم مقصد نخست ذیل مبحث «القول فی جنایه علی الأطراف» کتاب دیات منعکس شده‌اند؛ و از آنجا که حضرت امام (ره) متعرض دیه جرح بر نرمه نشده بودند، به تبع با سکوت قانونی مواجه بودیم. لذا در آن ادوار محاکم ناگزیر بودند که در راستای قاعده مقرر در اصل (۱۶۷) قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و مقررات عادی ذی‌ربط جهت تعیین حکم دیه این شکل از جنایت بر نرمه، به منابع معتبر فقهی مراجعه کنند.^۶ اختلاف در فتاوا، که

1. Outer ear
2. Middle ear
3. Inner ear
4. Auricle / Pinna
5. Earlobe

۶. البته در مواد (۹۶) و (۳۸۶) به ترتیب از قانون دیات مصوب ۶۱ و قانون مجازات اسلامی مصوب ۷۰ به دیه پاره کردن گوش تصریح شده بود، لکن چون از منظر فقهی پاره کردن گوش، که در واقع همان شکافتن لاله گوش است، جنایتی مستقل از پاره کردن نرمه آن است، مواد مزبور در مورد بحث قابل استناد نبودند.

در مقاله حاضر بررسی خواهد شد، زمینه بروز تشتت در رویه قضایی را فراهم می‌کرد، تا اینکه در سال ۱۳۹۲ قانونگذار مجازات اسلامی این خلأ قانونی را مورد توجه قرار داد و در ماده (۶۰۱) مقرر داشت: «پاره کردن لاله یک گوش، موجب یک‌ششم دیه کامل، و پاره کردن نرمه یک گوش، موجب یک‌نهم دیه کامل است؛ و در هر دو مورد در صورت بهبودی کامل، ارزش ثابت است».

در نوشتار حاضر تلاش شده تا موضع قانون مجازات اسلامی از منظر فقهی مورد بررسی قرار گیرد تا میزان موفقیت مقنن در پایان دادن به خلأ قانونی ناظر بر ایراد جرح بر نرمه ارزیابی شود. بدین منظور در ابتدا با بیان نکاتی به تحریر محل نزاع می‌پردازیم، آنگاه آرای فقهای امامیه در خصوص موضوع مورد بحث را مطالعه و تحلیل خواهیم کرد و در پایان موضع قانون مجازات اسلامی نقد خواهد شد.

تحریر محل نزاع

برای تبیین دقیق موضوع مورد بحث، باید به نکاتی توجه داشت:

نکته اول. بحث این نوشتار منصرف از ایراد ضرب و قطع نرمه گوش است. زیرا ایراد ضرب بر نرمه، حسب آنکه به تورم یا تغییر رنگ پوست منجر شود، همانند ایراد ضرب به اعضای دیگر مشمول حکم مواد (۷۱۴) و (۷۱۵) قانون مجازات اسلامی است و از این جهت خصوصیتی ندارد. قطع نرمه گوش نیز مطابق ماده (۹۵) قانون دیات مصوب ۱۳۶۱، ماده (۳۸۷) قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ و نهایتاً تبصره ماده (۶۰۰) قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ مستوجب یک‌سوم دیه آن گوش است که معادل یک‌ششم دیه کامل خواهد بود. حکمی که مبتنی بر نصوص وارده بوده^۱ و کسی نسبت به آن مخالفت نکرده است و حتی برخی آن را اجماعی دانسته‌اند (شیخ طوسی، [ب] ۱۴۰۷: ۲۳۴؛ ابن‌زهیره حسینی حلبی، ۱۴۱۷: ۴۱۷؛ حسینی عاملی، بی‌تا، ج ۱۰: ۳۹۵).

۱. «عن غیث، عن جعفر عن ابیه عن علی علیه‌السلام أنه قضی فی شحمة الاذن بثلث ديه الاذن» (حر عاملی، ۱۴۰۹: ۳۵۱)؛ و نیز «عن مسمع عن أبی عبدالله علیه‌السلام أن علیاً علیه‌السلام قضی فی شحمة الاذن، ثلث ديه الاذن» (حر عاملی، ۱۴۰۹: ۲۹۷).

نکته دوم. در میان جراحات وارد بر نرمه گوش، باید توجه داشت که تنها سوراخ کردن و شکافتن (پاره کردن) نرمه در عداد جراحاتی هستند که حکم خاص فقهی دارند و از این‌رو مقاله بر بررسی آنها متمرکز شده است. اما سایر جراحات، مشمول مقررات عمومی ایراد جرح بر سر و صورت بوده که در ماده (۷۰۹) قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، خصوصاً با در نظر گرفتن تبصره آن مورد توجه قرار گرفته است و در اینجا به آنها نمی‌پردازیم.

نکته سوم. اینکه دقیقاً کدام جراحی بر نرمه، دارای حکم خاص است که باید از دیگر جراحات تمایز داده شود، همان‌طور که بررسی خواهد شد، عنوان مورد بحث بسیاری از فقها ناظر بر «خرم» نرمه گوش است، که برخی آن را معادل «ثقب» و به معنای سوراخ کردن آورده‌اند (ابن حمزه طوسی، ۱۴۰۸: ۴۴۶؛ صیمری بحرانی، ۱۴۲۰: ۴۰۹؛ سبزواری، ۱۴۱۳: ۱۷۷) و عده‌ای در مفهوم «شق» یعنی شکافتن استعمال کرده‌اند (حسینی عاملی، بی‌تا، ج ۱۰: ۳۹۶)^۱ لکن حق با کسانی است که آن را در مفهومی اعم که شامل سوراخ کردن و شکافتن باشد به کار برده‌اند (فیض کاشانی، ۱۴۰۶: ۱۱۲۲؛ علامه مجلسی، ۱۴۰۶: ۵۵۱) برداشتی که با نگاه علمای لغت سازگارتر است، زیرا ایشان «خرم» را در معنای سوراخ کردن و شکافتن استعمال کرده‌اند (ابن‌اثیر جزری، بی‌تا: ۲۷؛ ابن‌منظور افریقی، ۱۴۱۴، ج ۱۲: ۱۷۰) و ادله مورد استناد فقها در این فرع نیز بر اراده چنین معنای موسعی دلالت دارد، که در مقاله بررسی خواهد شد.

بررسی فتاوی فقهی

تبع در آثار فقهی موجود حکایت از آن دارد که بحث از دیه شکافتن نرمه گوش تا پیش از شیخ طوسی (ره) مطرح نشده است. ایشان برای نخستین بار در نهاییه می‌فرمایند: «فی شحمه الاذن ثلث ديه الاذن، و كذلك فی خرمها ثلث ديتها» (شیخ طوسی، ۱۴۰۰: ۷۶۶)؛ نرمه گوش یک‌سوم دیه گوش را دارد و همچنین سوراخ و پاره کردن آن مستوجب یک‌سوم دیه‌اش است.

۱. بعضی نیز بدون آنکه تلاش کنند «خرم» را در معنایی اعم از «شق» به کار برند، هر دو را در کنار هم موضوع حکم یکسان قرار داده‌اند (طباطبایی، ۱۴۱۸: ۴۴۲).

فراز اخیر کلام شیخ از این جنبه که دقیقاً مشخص نیست منظور ایشان شکافتن خود گوش است یا نرمه آن، دارای اجمال است. همین اجمال عبارتی در آثار بسیاری از فقهای متأخر بر ایشان نیز وجود دارد (ابن حمزه طوسی، ۱۴۰۸: ۴۴۶؛ کیدری، ۱۴۱۶: ۵۰۴؛ علامه حلی، ۱۴۱۱: ۲۰۱؛ شهید اول، ۱۴۱۰: ۲۷۹؛ کاشف الغطاء نجفی، ۱۴۲۳: ۹۰).

برخی معتقدند متعلق این حکم، خود گوش است. (علامه حلی، ۱۴۱۳: ۳۷۹؛ مدنی کاشانی، ۱۴۰۸: ۱۸۹) چه بسا دلیلش این نکته باشد که اگر کلام شیخ طوسی ناظر بر دیه نرمه گوش باشد، آنگاه پذیرش یکسوم دیه گوش در پاره کردن نرمه، دقیقاً معادل دیه از بین بردن نرمه می شود که به نظر برخی پذیرفتنی نیست (طباطبایی، ۱۴۱۸، ج ۱۶: ۴۴۳؛ فاضل لنکرانی، [ب] ۱۴۱۸: ۱۳۷). از این رو بسیاری از فقها صریحاً متعرض دیه شکافتن نرمه نشده و بحث خود را بر شکافتن گوش متمرکز کرده اند (امام خمینی، بی تا: ۵۷۴؛ موسوی خویی، ۱۴۲۲: ۴۸۲؛ تبریزی، ۱۴۲۸: ۱۵۱؛ طباطبایی حکیم، ۱۴۱۵: ۲۹۹؛ وحید خراسانی، ۱۴۲۸: ۵۸۵؛ فیاض، بی تا: ۴۳۷)^۱ عده ای نیز با اختیار یک قول تفصیلی ضمن اینکه ثبوت دیه یکسوم گوش را ناظر بر شکافتن گوش دانسته اند، در شکافتن نرمه به یکسوم دیه نرمه (ترحینی عاملی، ۱۴۲۷: ۶۱۸) یا ارش نظر داده اند (بهجت، ۱۴۲۶: ۵۲۵؛ سبزواری، ۱۴۱۳: ۱۸۰ - ۱۸۱).^۲

در نقطه مقابل برخی حکم بیان شده را ناظر بر پاره کردن نرمه و نه خود گوش دانسته اند. البته قائلان به برداشت حاضر، به نوبه خود بر دو دسته اند. عده ای معتقدند که سوراخ کردن نرمه گوش، یکسوم دیه نرمه را دارد (ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰: ۳۸۲؛ محقق حلی، ۱۴۱۸: ۳۰۸؛ ابن سعید حلی، ۱۴۰۵: ۵۹۳؛ نظر شهید ثانی در روض الجنان به نقل از: حسینی عاملی، بی تا، ج ۱۰: ۳۹۶؛ ابن طی فقحانی، ۱۴۱۸: ۳۲۴؛ طباطبایی، ۱۴۱۸، ج ۱۶: ۴۴۲ - ۴۴۴؛ خوانساری، ۱۴۰۵: ۲۲۵؛ مدنی کاشانی، ۱۴۰۸: ۱۸۹؛ حسینی شیرازی، ۱۴۰۹: ۳۰۵؛ سبحانی، ۱۳۹۱) از آنجا که دیه خود نرمه نیز معادل یکسوم از دیه یک گوش است

۱. گفتنی است عده ای مقصود از گوش را در همان موضوع نرمه آن در نظر گرفته اند (فاضل لنکرانی، [ب] ۱۴۱۸: ۱۳۷).

۲. البته برخی از متأخرین نیز سابقاً بر ثبوت ارش نظر داده بودند (مقدس اردبیلی، ۱۴۰۳: ۳۶۹).

لذا دیه سوراخ کردن نرمه یک گوش معادل یک‌هجدهم دیه کامل خواهد شد. ایشان برای همراهی شیخ طوسی با عقیده خود دست به تأویل بیان شیخ در نهایی زده و عبارت ایشان مشعر بر «ثلث دیتها» را به یک‌سوم دیه نرمه تفسیر کرده‌اند. اصل چنین استظهاری توسط نوه دختری شیخ طوسی یعنی ابن‌ادریس حلی صورت پذیرفته است (شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۱۰؛ نجفی، ۱۴۰۴، ج ۴۳: ۲۰۲) لیکن به نظر می‌رسد انتساب قول ثبوت یک‌سوم دیه نرمه در سوراخ کردن آن به شیخ طوسی قابل دفاع نیست، زیرا با نادیده گرفتن این احتمال که متعلق «خرم» در بیان ایشان خود گوش باشد، باید گفت عبارت «کذلک» حکایت از برابری حکم دیه سوراخ کردن نرمه با از بین بردن آن دارد (حسینی عاملی، بی‌تا، ج ۱۰: ۳۹۵) از طرف دیگر بیان شیخ در خلاف مؤید این موضع است، ایشان در آنجا فرموده‌اند: «فی شحمه الاذن، ثلث دیه الاذن و کذلک فی خرمها» (شیخ طوسی، [ب] ۱۴۰۷: ۲۳۴) با توجه به تأخر تصنیف کتاب خلاف نسبت به نهاییه و وضوح تعبیر شیخ در خلاف، مشخص است که مقصود ایشان آن است که دیه سوراخ کردن نرمه، یک‌سوم دیه گوش است. با توجه به همین استظهار برخی تفسیر ابن‌ادریس از کلام شیخ را بلا دلیل دانسته‌اند (علامه حلی، ۱۴۱۳: ۳۷۹؛ فاضل اصفهانی، ۱۴۱۶: ۳۴۳).

دسته دوم از قائلان رویکرد اخیر، اساساً سوراخ کردن نرمه گوش را دارای دیه‌ای برابر یک‌سوم دیه گوش می‌دانند (قطان حلی، ۱۴۲۴: ۵۸۶؛ فاضل اصفهانی، ۱۴۱۶: ۳۴۳؛ حسینی عاملی، بی‌تا، ج ۱۰: ۳۹۶؛ نجفی، ۱۴۰۴، ج ۴۳: ۲۰۲؛ موسوی گلپایگانی، ۱۴۰۹: ۲۵۵؛ حسینی روحانی، ۱۴۱۲: ۲۵۵) بدون آنکه برابری دیه آن با دیه اصل جدا کردن نرمه را موجب تخدیش موضع خویش قلمداد کنند.

بررسی مستندات فقهی

مستندات فقهای امامیه در زمینه دیه شکافتن نرمه گوش را می‌توان در دو دلیل روایات و اجماع خلاصه کرد.

ادله نقلی

فقها در خصوص دیه پاره کردن نرمه به سه روایت به شرح زیر احتجاج کرده‌اند.

اول) روایت مسمع. روایت با این تعبیر نقل شده است: «عن عده من أصحابنا عن سهل بن زیاد عن محمد بن الحسن بن شمون عن عبدالله بن عبدالرحمن عن مسمع، عن أبي عبدالله عليه السلام: ان أمير المؤمنين عليه السلام قضى في خرم الأنف ثلث ديه الأنف»^۱ (حر عاملی، ۱۴۰۹: ۲۹۳).

این روایت که هم مورد استناد قائلان به ثبوت یکسوم دیه گوش (حسینی عاملی، بی تا، ج ۱۰: ۳۹۶) و هم طرفداران نظریه ثبوت یکسوم دیه نرمه (طباطبایی، ۱۴۱۸، ج ۱۶: ۴۴۳؛ حسینی شیرازی، ۱۴۰۹: ۳۰۶) قرار گرفته است، به دلیل حضور محمد بن حسن بن شمون در سند آن ضعیف است، زیرا در مصادر رجالی به عنوان فردی که واقفی بود، سپس به غالیان می پیوندد، و دچار فساد در مذهب و تهافت بوده که نمی توان به او اعتنا کرد، توصیف شده است (نجاشی، ۱۴۰۷: ۳۳۵؛ ابن غضائری، بی تا: ۹۵؛ شیخ طوسی، ۱۴۲۷: ۴۰۲؛ ابن داوود حلی، ۱۳۸۳: ۵۰۲ - ۵۰۳). برخی قائل به جبران ضعف سند حدیث به واسطه عمل مشهور شده اند (حسینی عاملی، بی تا، ج ۱۰: ۳۹۶)، این در شرایطی است که صرفاً اقلیتی از فقها به طور واضح بر ثبوت یکسوم دیه گوش در پاره کردن نرمه فتوا داده اند و از این رو شهرت فتوایی محقق نیست. از همین رو است که برخی از جبران ضعف خبر مسمع از طریق استناد به شهرت خودداری کرده (خوانساری، ۱۴۰۵: ۲۲۵) و به عنوان یک مؤید به روایت استناد کرده اند (طباطبایی، ۱۴۱۸، ج ۱۶: ۵۴۴؛ نجفی، ۱۴۰۴، ج ۴۳: ۲۰۲؛ خوانساری، ۱۴۰۵: ۲۲۴؛ تبریزی، ۱۴۲۸: ۱۵۱؛ فاضل لنکرانی، [ب] ۱۴۱۸: ۱۳۶؛ ترحینی عاملی، ۱۴۲۷: ۶۱۸).

از نظر دلالت نیز روایت قابلیت اثبات مدعا را ندارد، زیرا موضوع روایت شکافتن بینی و نه نرمه گوش است، که قیاس آن دو با هم وجاهتی ندارد. استنادکنندگان به این روایت نیز به همین نکته توجه داشته اند و احتجاج بر آن را تنها در صورت اختیار مبنای عدم فرق بین این دو موضوع قابل طرح دانسته اند (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۴۳: ۲۰۲؛ خوانساری، ۱۴۰۵: ۲۰۲).

۱. مسمع از حضرت امام صادق (ع) نقل می کند که فرمودند: حضرت امیرالمؤمنین (ع) در سوراخ کردن بینی به یکسوم دیه بینی حکم دادند.

۲۲۴؛ تبریزی، ۱۴۲۸: ۱۵۱؛ فاضل لنکرانی، [ب] ۱۴۱۸: ۱۳۶) که چنین بنایی نیز پذیرفتنی نیست. به علاوه در این استدلال قیاسی، برخی گوش و عده‌ای نرمه گوش را به‌عنوان «مقیس» در نظر گرفته‌اند که نتیجه آن به ترتیب ثبوت یک‌سوم دیه گوش و یک‌سوم دیه نرمه است.

دوم) روایت معاویه بن عمار. متن روایت حاضر بدین شکل است: «محمد بن یعقوب عن علی بن ابراهیم عن محمد بن عیسی عن یونس عن صالح بن عقبه عن معاویه بن عمار قال: تزوج جار لی امرأه فلما أراد موافعتها رفسته برجلها ففتقت بیضتیه فصار آدر، فکان بعد ذلک ینکح و یولد له، فسألت أباعبدالله (علیه‌السلام) عن ذلک، و عن رجل أصاب سرّه رجل ففتقتها، فقال علیه‌السلام: فی کلّ فتق ثلث الدیه»^۱ (حر عاملی، ۱۴۰۹: ۳۳۷).

از جهت سند هرچند علی بن احمد عقیقی از علمای رجالی که اثرش مورد اعتماد بزرگانی چون علامه حلی بوده است، در حق معاویه بن عمار گفته‌اند که: «لم یکن معاویه بن عمار عند اصحابنا بمستقیم، کان ضعیف العقل...» (علامه حلی، ۱۳۸۱: ۱۶۶) و از این رو برخی روایت را ضعیف دانسته‌اند و برای جبران ضعف سند آن به عمل مشهور استناد کرده‌اند (طباطبایی، ۱۴۱۸، ج ۱۶: ۴۴۳) بزرگان امامیه ایشان را توثیق کرده (نجاشی، ۱۴۰۷: ۴۱۱؛ ابن داوود حلی، ۱۳۸۳: ۳۵۰)، و سخن عقیقی در حق وی را رد کرده‌اند (بحرالعلوم بروجردی، ۱۴۰۵: ۳۹۴). از همین رو از روایت با عنوان صحیح (موسوی خویی، ۱۴۲۲: ۴۸۲) یا معتبره (مدنی کاشانی، ۱۴۰۸: ۱۹۰) یاد شده است.

بر دلالت این فراز روایت «فی کلّ فتق ثلث الدیه» بر نظریه ادعایی که مورد استناد قائلان به ثبوت دیه مقدر واقع شده، ایراداتی گرفته شده است. نخست آنکه گفته‌اند روایت ناظر بر «فتق» و نه «خرم» و «شق» در معنای سوراخ کردن و شکافتن است و این‌ها با هم تفاوت دارند (سبزواری، ۱۴۱۳: ۳۰۳؛ سبحانی، ۱۳۹۱) در پاسخ ممکن است گفته شود که اصل «فتق» همان

۱. معاویه بن عمار می‌گوید: همسایه ما با زنی ازدواج کرد، زمانی خواست با او نزدیکی کند، زن با پا به او زد و شوهر دچار فتق بیضه شد، بعد از آن با زن نزدیکی کرد و برایش فرزند به دنیا آورد؛ از حضرت امام صادق (ع) در مورد آن قضیه و نیز مردی که به ناف مردی آسیب زده و او را به فتق مبتلا کرده بود، پرسیدم، حضرت (ع) فرمودند: در هر فتقی یک‌سوم دیه ثابت است.

«شق» به معنای پاره کردن است (طباطبایی، ۱۴۱۸، ج ۱۶: ۴۴۳) و اینکه فقها در این زمینه به روایت مزبور استناد کرده‌اند، به معنای آن است که میان «خرم» و «فتق» مابیتی ندیده‌اند. با توجه به معنای لغوی «فتق» که در شکافتن و جدا کردن دو چیز متصل به هم استعمال شده است (جوهری، ۱۴۱۰، ج ۴: ۱۵۳۹؛ راغب اصفهانی، ۱۴۱۲: ۶۲۳) برداشت اخیر توجیه‌پذیر به نظر می‌رسد. با وجود این در اینجا متعلق فتق بیضه است که مورد سؤال راوی قرار گرفته و با توجه به تناسب پاسخ با سؤال، قابلیت تعمیم به موارد دیگر را ندارد (موسوی خویی، ۱۴۲۲: ۴۸۲) شاید گفته شود که با توجه به بیان حضرت (ع) که قاعده‌ای را در سیاق عام مطرح فرموده‌اند، اشکال وارد نیست؛ لکن باید توجه کرد که حضرت هر نوع شکافتنی را، مستوجب «ثلث الدیه» دانسته‌اند که مقتضای اطلاق واژه دیه محلی به لام آن است که مراد ثبوت دیه نفس بوده و این حکم جز در خصوص پاره کردن بیضه‌ها که مورد سؤال بوده است، به سایر جنایات تعمیم‌پذیر نیست (موسوی خویی، ۱۴۲۲: ۴۸۲؛ تبریزی، ۱۴۲۸: ۱۵۱) و فقها نیز به ثبوت یک‌سوم دیه کامل در هر شکافتنی ملتزم نشده‌اند و از این جهت از روایت اعراض کرده‌اند. با چشم‌پوشی از این اشکال و اینکه دیه موضوع روایت را دیه عضو و نه نفس بدانیم، باز این بحث مطرح است که نتیجه استظهار بر روایت ثبوت یک‌سوم دیه عضوی خواهد بود که پاره شده است و در اینجا در خصوص عضوی که دیه آن ملاک است، اختلاف نظر وجود دارد، به گونه‌ای که بعضی دیه گوش (حسینی عاملی، بی تا، ج ۱۰: ۳۹۶؛ نجفی، ۱۴۰۴، ج ۳: ۴۳: ۲۰۲) و عده‌ای دیه نرمه گوش را معیار قرار داده‌اند (مدنی کاشانی، ۱۴۰۸: ۱۹۰ - ۱۸۹؛ حسینی شیرازی، ۱۴۰۹: ۳۰۵) دسته اخیر برای تقویت استدلال خویش بیان کرده‌اند: «ظاهر روایت مقتضی ملاحظه مکان جرح و نه کل عضوی که مکان ایراد جرح در آن عضو وجود دارد می‌باشد، لذا اگر همین جرح بر انگشت وارد شود، باید بر اساس دیه انگشت و نه دست سنجیده شود و به همین ترتیب در سایر اعضا عمل می‌شود» (حسینی شیرازی، ۱۴۰۹: ۳۰۵) بنا بر این امر برخی مجمل بودن روایت (طباطبایی، ۱۴۱۸، ج ۱۶: ۴۴۴) را به عنوان خدشه‌ای بر استشهاد بر آن مطرح و بیان کرده‌اند که این روایت هم شاید بر یک‌سوم دیه گوش و هم بر یک‌سوم دیه نرمه آن تطبیق کند (خوانساری، ۱۴۰۵: ۲۲۵).

سوم) روایت یونس. یکی دیگر از روایاتی که مستند قول ثبوت یک‌سوم دیه گوش در

شکافتن نرمه واقع شده، راجع به فرازی است که در کتاب فرائض (ظریف) به نقل از تهذیب شیخ طوسی وجود دارد و مطابق آن یونس بن عبدالرحمان و حسن بن علی بن فضال تأییدیه اصالت کتاب فرائض را از حضرت امام رضا (ع) گرفته‌اند. در این فراز آمده است: «فی قرحه لا تبرأ، ثلث دیه ذلک العضو الذی هی فیهِ»^۱ (شیخ طوسی، [الف]: ۱۴۰۷: ۲۹۷).^۲

در این روایت زخمی که بهبودی نیابد، مستوجب یک‌سوم دیه عضو است که در آن ایجاد شده است. در روایت واژه «قرحه» دیده می‌شود. از منظر واژه‌دانان «قرح» به معنای زخم و جراحت است (جوهری، ۱۴۱۰، ج ۱: ۳۹۵؛ حمیری، ۱۴۲۰: ۵۴۵۵). راغب اصفهانی «قرح» را به فتح قاف به معنای اثر جراحی می‌داند که به وسیله اصابت شیئی از خارج به وجود می‌آید و گاه برای مطلق جراحت استعمال می‌شود و «قرح» به ضم قاف در مفهوم اثر جراحت از داخل نظیر جوش و بعضاً در معنای درد به کار می‌رود (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲: ۶۶۵) همچنین گفته شده که واژه مزبور به ضم، اسم و به فتح مصدر است (ابن منظور افریقی، ۱۴۱۴، ج ۲: ۵۵۷). برخی از فقها «قرحه» را منصرف از سوراخ و ایجاد شکاف و پارگی می‌دانند (سبحانی، ۱۳۹۱)، اما عده‌ای آن را شامل «خرم» نیز دانسته‌اند. (فاضل اصفهانی، ۱۴۱۶: ۳۴۲؛ طباطبایی، ۱۴۱۸، ج ۱۶: ۴۴۳) به نظر می‌رسد با توجه به معنای لغوی «قرحه» دیدگاه اخیر مقرون به صواب است و شامل ایجاد شکاف و سوراخ نیز خواهد شد.

روایت مطابق سندی که به یونس برمی‌گردد، صحیح بوده و در سندی که به ابن فضال نیز ختم می‌شود، معتبر است (موسوی خویی، ۱۴۲۲: ۴۰۵؛ حسینی روحانی، ۱۴۱۲: ۲۵۴) اما باید توجه داشت که فراز مورد استناد در نقل شیخ کلینی در کافی (کلینی، ۱۴۲۹: ۴۲۴) و نیز شیخ صدوق در فقیه (شیخ صدوق، ۱۴۰۹، ج ۴: ۷۹) به این شکل آمده است: «فی قرحه لا تبرأ، ثلث دیه ذلک العظم الذی هی (/هو) فیهِ»^۳ که در این صورت مورد روایت منصرف از نرمه گوش خواهد بود.

۱. در مورد زخمی که بهبود نمی‌یابد، یک‌سوم دیه آن عضو که جراحت در آن ایجاد شده، ثابت است.
 ۲. بعضی از فقها با توجه به مفاد روایت یونس، حکم ثبوت دیه را منحصر به حالتی کردند که جنایت بهبودی نیابد و در غیر این صورت قائل به ارش شده‌اند. (فاضل اصفهانی، ۱۴۱۶: ۳۴۳؛ حسینی عاملی، بی‌تا: ۳۹۶؛ حسینی شیرازی، ۱۴۰۹: ۳۰۶).
 ۳. در مورد زخمی که بهبود نمی‌یابد، یک‌سوم دیه آن استخوانی که جراحت در آن ایجاد شده، ثابت است.

در این زمینه باید توجه داشت که نظر بر ضبط و دقت بالاتر شیخ کلینی نسبت به شیخ طوسی، به لحاظ کثرت اشتغال و ذوفنون بودن ایشان از یک سو،^۱ تقدم زمانی عصر شیخ کلینی و اینکه کتاب کافی از مصادر تهذیب شیخ طوسی است از سوی دیگر، و همچنین کثرت ایرادات موجود در متن کتاب تهذیب^۲ سبب شده است که عمدتاً فقها بر ترجیح نقل شیخ کلینی به جهت اضطراب بودن ایشان نظر دهند (بهبهانی، ۱۴۱۷: ۲۳۰؛ طباطبایی، ۱۴۱۸، ج ۲: ۱۰۰؛ کاشف الغطاء، بی تا: ۲۳۷؛ حسینی عاملی، بی تا، ج ۱: ۳۴۴؛ نجفی، ۱۴۰۴، ج ۴۱: ۳۷؛ شریف کاشانی، ۱۴۲۸: ۲۸۸) در خصوص روایت مورد بحث تأیید نقل کافی در فقیه شیخ صدوق دیگر جای شبهه‌ای بر فقدان قابلیت استناد نقل شیخ طوسی باقی نمی‌گذارد،^۳ زیرا نه تنها از منظر فقها شیخ صدوق خود نیز اضطراب از شیخ طوسی است، در جایی که این

۱. آیت الله بروجردی در مقایسه نقل شیخ کلینی با شیخ طوسی ضمن تأکید بر ترجیح نقل کافی علت آن را «کثره اشتغالات الشیخ رحمه الله و وفور تألیفات و تصنیفات» می‌دانند. (طباطبایی بروجردی، ۱۴۲۶: ۱۷۷)؛ آیت الله فاضل لنکرانی نیز در تفصیل الشریعه نقل شیخ طوسی را مرجوح دانسته‌اند و در تأیید موضع خود می‌فرمایند «لکثره اشتغالاته و تألیفات فی الفنون المختلفه الإسلامیه بل له تألیفات متعدده فی فن واحد کالفقه» (فاضل لنکرانی، [الف] ۱۴۱۸: ۲۳۴).

۲. محدث بحرانی در حدائق هنگام بحث از کتاب تهذیب، بارها بر این نکته تأکید کرده‌اند، در یک جا می‌فرمایند «لا یخفی علی من راجع التهذیب و تدبر اخباره ما وقع للشیخ (رحمه الله) من التحریف و التصحیف فی الاخبار سنداً و متنأ و قلمأ یخلو حدیث من أحادیثه من عله فی سند أو متن» (بحرانی، ۱۴۰۵: ۱۵۶)؛ و نیز ر.ک: شیخ الشریعه اصفهانی، ۱۴۱۰: ۱۰۲). برخی از معاصران ضمن مبالغه‌آمیز خواندن دیدگاه صاحب حدائق، کلیت بیشتر بودن اشتباه در نقل شیخ در تهذیب را در مقایسه با محدثین مقدم بر ایشان تصدیق کرده‌اند (موسوی خویی، ۱۴۱۰، ج ۴: ۲۵۴؛ صافی گلپایگانی، ۱۴۲۳: ۳۷۲).

۳. در مفتاح الکرامه جهت ترجیح نقل تهذیب این گونه آمده است: «انفرد الفقیه لأن کان فیہ العظم الذی هو فیہ فلا ینهض دلیلاً لما نحن فیہ لکن فیما فی الکافی و التهذیب، و ما حکوه عنه بلاغاً فالأخبار قابله للأمرین و لعلها فیما علیه الشیخ أظهر» (حسینی عاملی، بی تا: ۳۹۶)، لکن همان‌طور که در متن مذکور افتاد، نقل کافی و فقیه همسان و برخلاف نقل تهذیب است. برخی از معاصران نیز جهت تقدمدهی به نقل تهذیب فرموده‌اند «فی روایه الکلینی: و فی قرحه لا تبرأ ثلث دیه العظم الذی هو فیہ. و لکن المناسب ما فی التهذیب حیث إن تصحیح معنی ما فی الکافی یحتاج إلی تکلف بعید» (تبریزی، ۱۴۲۸: ۱۵۱)، که ظاهراً عبارت کافی در نسخه‌ای که در دست این فقیه عظیم‌النسب بوده، اشکال نگارشی داشته است و با توجه به عبارت مندرج در متن و خصوصاً تصحیح آن با نقل کتاب فقیه، دیگر به تصحیح توأم با تکلف معنای نقل کافی نیازی نخواهد بود.

دو در نقل روایتی متفقاً مقابل نقل شیخ طوسی قرار گیرند، دیگر آن نقل اعتباری نخواهد داشت.^۱ مضافاً به اینکه ابن سعید حلی در الجامع للشرایع روایت را مطابق همان نقل کافی و فقیه از استادش ابن زهره و ایشان نیز با سند خود از شیخ طوسی نقل کرده‌اند (ابن سعید حلی، ۱۴۰۵: ۶۱۱).

صرف نظر از بی‌اعتباری نقل تهذیب در تعارض با نقل کافی و فقیه، اساساً دقت در مفاد روایت بنا بر نقل شیخ طوسی، مخدوش بودن استدلال بر آن جهت حکم بر تقدیر دیه در سوراخ کردن یا شکافتن نرمه گوش را روشن کند. نخست آنکه شیخ طوسی همین فراز را در جای دیگر با تعبیر متفاوتی بیان می‌کند: «فی دیه الأبر، ثلث دیه ذلک العظم الذی هو فیه» (شیخ طوسی، [الف] ۱۴۰۷: ۲۹۲)؛ با توجه به آنکه فراز مذکور متعلق به خبر دیگری نبوده و با همان روایت یونس یکی است، ضمن آنکه مؤید نقل کافی بوده، در تعارض با تعبیر خود شیخ در چند صفحه بعد است؛ دوم آنکه اساساً در ادامه فراز مورد بحث در روایت یونس که مورد استشهاد قائلان به ثبوت ثلث دیه در شکافتن یا سوراخ نمودن نرمه گوش قرار گرفته، بحث از دیه استخوان‌ها آمده است، و در این زمینه بارها بر ثبوت ثلث دیه در ایراد زخم و جراحت بر استخوان که بهبودی نیابد، تأکید شده است، نظیر «فإن صارت فیها قرحة لا تبرأ فديتها ثلث ديه الساعد ثلاثة و ثلاثون ديناراً و ثلث ديناراً فذلك ثلث ديه ألتی هی فیه»، «فإن كان فی الكف قرحة لا تبرأ فديتها ثلاثة و ثلاثون ديناراً و ثلث ديناراً»، «الفخذ... فإن كانت قرحة لا تبرأ فديتها ثلث ديه كسرهما سته و ستون ديناراً و ثلثا ديناراً»، «و فی الساق... و فی قرحة لا تبرأ ثلاثة و ثلاثون ديناراً و ثلث ديناراً» و «و ديه قرحة لا تبرأ فی القدم ثلاثة و ثلاثون ديناراً و ثلث»، حقیقتاً این تعبیر در روایت یونس، حکایت از آن دارد که جنایت قرحه‌ای که موجب ثبوت یک‌سوم دیه شود، ناظر بر آسیب بر استخوان است و اعضای فاقد استخوان مانند نرمه گوش را دربر نمی‌گیرد. اگر گفته شود واژه «قرحه» اطلاق دارد، و مصادیق مذکور سبب تحدید آن نمی‌شود، چنین پاسخ داده خواهد شد که صرف نظر از آنکه موارد مزبور در کنار نقل کافی و فقیه

۱. محقق خوبی در این زمینه می‌فرماید: «أن الصدوق و الكلینی كلاهما أضبطن من الشیخ فی النقل، فلا وثوق بنقله خصوصاً فیما إذا اتفق الكلینی و الصدوق علی خلافه» (موسوی خوبی، ۱۴۱۰، ج ۳: ۳۷۱).

حکایت از بی‌اعتباری چنین اطلاقی دارد، قدر مسلم آن است که فقها از عمل به این اطلاق اعراض کرده‌اند و این خود از مرجحات نقل کافی است، زیرا این اطلاق مقتضی آن خواهد بود که تمامی جراحات در صورت عدم بهبودی، مثبت یک‌سوم دیه عضو مربوط باشند، در حالی که فقها در دیه «شجاج» به چنین امری ملتزم نشده‌اند. برخی در فتاوایشان صراحتاً بر ثبوت یک‌سوم دیه استخوانی که جراحی در آن به وجود آمده است، فتوا داده‌اند (حر عاملی، ۱۴۱۲: ۵۳۵)^۱ که مطابق آن روایت منصرف از مطلق اعضاست. عده‌ای نیز بدون آنکه در جراحات وارد بر غیراستخوان بر ثلث دیه نظر دهند، در برخی موارد مانند شکافتن لب بدون آنکه بهبودی بیابد، بر ثبوت یک‌سوم دیه نفس و نه دیه عضو به استناد فراز دیگری از روایت فتوا داده‌اند (شیخ مفید، ۱۴۱۳: ۷۶۷؛ سلار دیلمی، ۱۴۰۴: ۲۴۴؛ ابن‌ادریس حلی، ۱۴۱۰: ۴۱۱). حتی بزرگانی که عمل مشهور یا اعراض ایشان را مؤثر در استنباط شرعی خود از نصوص نمی‌دانند، و به رغم اینکه خود مطابق نقل تهذیب هم به شکل مطلق (موسوی خویی، ۱۴۲۲: ۴۲۷) و هم در مورد جراحات وارد بر استخوان (موسوی خویی، ۱۴۲۲: ۴۱۲، ۴۱۸ و ۴۲۳) فتوا داده‌اند، از استناد به آن در مورد جراحی وارد بر نرمه گوش خودداری کرده‌اند. روایت یونس در خصوص نرمه گوش مورد اعراض فقها قرار گرفته و این نیز مؤیدی برای ترجیح نقل کافی است.^۲

در پایان بررسی این روایت تأکید می‌شود که همان اشکال اجمال موجود در روایات سابق در اینجا نیز وجود دارد، چه در اینکه مقتضای روایت، ثبوت یک‌سوم دیه نرمه یا خود گوش باشد، اختلاف شده است و این اختلاف اجمال روایت را در پی دارد. نتیجه آنکه روایت مزبور نیز قابلیت اثبات نظریه تقدیر دیه را ندارد.

۱. همان‌طور که فقها معتقدند، عناوین ابوابی که شیخ حر عاملی برای تبویب روایات اختیار کرده و احادیث ذیل باب متضمن فتوای ایشان است، ایشان عنوان باب را «فی قرحه لا تبرأ ثلث دیه العظم الذی هی فیهِ» بیان کرده و ذیل آن صرفاً نقل شیخ کلینی را آورده است که حکایت از فتوای ایشان منطبق با این نقل دارد.
۲. تتبع انجام‌گرفته نشان می‌دهد که فاضل اصفهانی در کشف‌اللتام اولین کسی است که در بحث کنونی مطابق روایت یونس فتوا داده و ایراد جراحی بر نرمه گوش را در صورت عدم بهبودی مثبت یک‌سوم دیه دانسته و در فرض بهبودی به دلیل عدم شمول نص به ارش نظر داده است (فاضل اصفهانی، ۱۴۱۶: ۳۴۳) دیدگاهی که مغایر فتاوی‌ای اصحاب محسوب می‌شود.

اجماع

دلیل دیگری که در مورد ثبوت دیه مقدر در جنایت پاره کردن نرمه گوش مورد استناد قرار گرفته، اجماع است. (طباطبایی، ۱۴۱۸، ج ۱۶: ۴۴۲؛ فاضل اصفهانی، ۱۴۱۶: ۳۴۲؛ نجفی، ۱۴۰۴، ج ۳: ۴۳) منظور از اجماع در نظر قائلان، اجماعی است که صرفاً توسط شیخ طوسی در خلاف مورد استناد قرار گرفته است (شیخ طوسی، [ب] ۱۴۰۷: ۲۳۴).

در این زمینه چند نکته شایان ذکر است: اولاً با توجه به اجمال عبارت شیخ، که قبلاً هم مذکور افتاد، دقیقاً مشخص نیست که منظور ایشان اجماع پیرامون شکافتن گوش است یا نرمه آن، به علاوه در اینکه اجماع بر ثبوت یکسوم دیه گوش است یا یکسوم دیه نرمه نیز اختلاف وجود دارد. همین امر سبب شده است که برخی با لحاظ این اختلافات، اجماع را در اصل حکم و صرف نظر از اقوال مطرح شده مورد استناد قرار دهند (طباطبایی، ۱۴۱۸، ج ۱۶: ۴۴۲)؛ ثانیاً تمامی اجماعات مورد استناد شیخ طوسی از سوی بسیاری از علما حجت به شمار نمی‌آید، چه اینکه اجماع مورد ادعای ایشان اجماع محصلی نبوده، بلکه مقتضای قاعده را حکمی می‌دانسته که باید اجماعی باشد، لذا گاه بعد از اینکه در امری حکم منطبق بر قاعده را اجماعی معرفی کرده، بعداً با دیدن نظر مخالف، از استناد به اجماع دست کشیده‌اند. از همین رو است که محقق خوانساری اجماع مورد استناد در بحث حاضر را مورد اشکال قرار داده‌اند (خوانساری، ۱۴۰۵: ۲۲۴) و محقق خوبی نیز اجماع مورد استناد در اینجا را با این عبارت رد کرده‌اند «ضروره أن الإجماع الکاشف عن قول المعصوم غیر موجود جزماً» (موسوی خویی، ۱۴۲۲: ۴۸۲). از این امور که بگذریم، چون قائلان به ثبوت دیه مقدر در کنار اجماع، به تعدادی از روایات نیز استناد کرده‌اند، اجماع مدرکی یا دستکم محتمل‌المدرکیه است و لذا به این اعتبار نیز حجیت ندارد.

با ارزیابی مجموع دلایل مورد استناد فقها در نظریه تقدیر دیه شکافتن و پاره کردن نرمه گوش، مشخص می‌شود که ادله مزبور اجمال دارند و در اینکه بتواند بر یکسوم دیه گوش یا نرمه آن دلالت کنند، وضوح کافی را ندارند، شاید همین امر سبب شده است که برخی از فقها، بدون آنکه برای نرمه موضوعیتی قائل شوند، بحث خود را بر شکافتن و سوراخ کردن گوش متمرکز کرده‌اند. به هر ترتیب این اجمال موجب شده است که بعضی با استناد به اصل برائت و

لزوم اخذ به قدر متیقن بر ثبوت یکسوم دیه نرمه فتوا دهند (طباطبایی، ۱۴۱۸، ج ۱۶: ۴۴۳؛ خوانساری، ۱۴۰۵: ۲۲۵) با وجود این نباید از نظر دور نگه داشت که اصل ادله مورد استناد ضعیف بوده و اساساً نمی‌توانند بر ثبوت دیه مقدر دلالت کنند؛ چه مقدار آن را یکسوم دیه گوش (معادل یک‌ششم دیه کامل) و چه یکسوم دیه نرمه (معادل یک‌هفدهم دیه کامل) در نظر بگیریم، از این رو حق با کسانی است که به ارش نظر داده‌اند.

نقد رویکرد قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲

برای نخستین بار در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ حکم ایراد جرح به‌طور خاص در مورد نرمه گوش مورد توجه قانونگذار قرار گرفت تا سکوت قانونی سابق در این زمینه مرتفع شود. در این راستا ماده (۶۰۱) اشعار می‌دارد: «پاره کردن لاله یک گوش، موجب یک‌ششم دیه کامل و پاره کردن نرمه یک گوش، موجب یک‌هفدهم دیه کامل است و در هر دو مورد، در صورت بهبودی کامل، ارش ثابت است».

موضع قانون مجازات اسلامی در خصوص جنایت بر نرمه گوش متضمن تأملاتی است: اولاً) قانونگذار صرفاً موضوع پاره کردن نرمه را به‌طور خاص مورد حکم قرار داده است، و به سوراخ کردن آن نپرداخته، این در حالی است که مصداق برجسته جراحتهی که مورد توجه خاص اغلب فقها قرار گرفته «خرم» است که ظهور در سوراخ کردن نرمه دارد و لازم بود قانونگذار این مسئله را نیز مطمح نظر قرار می‌داد.

ثانیاً) مقنن در مورد دیه جراحتهی مورد بحث به دیدگاهی تفصیلی روی آورده که میان دو حالتی که جراحتهی بهبودی می‌یابد یا خیر، قائل به تفکیک شده است و صرفاً در جایی که جراحتهی التیام نمی‌یابد، به دیه مقدر نظر داده است. اصل تفصیلی که مبتنی بر روایت یونس بوده و توسط اقلیتی از فقها پذیرفته شده بود، در حالی که فتوای اغلب فقها در این زمینه اطلاق داشت.^۱

۱. صاحب ریاض در این زمینه می‌فرماید: «إن إطلاق أكثر النصوص و الفتاوی يقتضى عدم الفرق فی الخرم الموجب لثالث الدیه بین الملتئم منه و غیره، و عن ابن حمزه التخصیص بالنانی، و قال فی الأول بالحکومه، و هو ظاهر روایه ظریف المتقدمه، و ربما یعضده الاستقراء لما مر فی الشعر و نحوه، و یمكن تنزيل الإطلاقات علیه» (طباطبایی، ۱۴۱۸: ۴۴۴).

ثالثاً) قانونگذار در حالت عدم بهبودی جراحات، فائل به ثبوت یک‌نهم دیه کامل است. قولی که هیچ‌یک از فقهای شیعی آن را نپذیرفته‌اند و تنها می‌توان گفت ظاهراً این سهو، ناشی از اشتباه در محاسبه ریاضی قانونگذار بوده است. توضیح آنکه مصوبه اولیه کمیسیون به این ترتیب تحریر یافته بود که: «پاره کردن لاله یک گوش، موجب یک‌ششم دیه کامل و پاره کردن نرمه یک گوش، موجب یک‌هجدهم دیه کامل است؛ و در هر دو مورد، در صورت بهبودی کامل، ارش ثابت است». پس از ارسال مصوبه به شورای محترم نگهبان، این نهاد در مورخ ۱۳۸۹/۹/۱ اشکال گرفت که «یک‌هجدهم دیه برای پاره کردن نرمه گوش خلاف موازین شرع است» (پژوهشکده شورای نگهبان، ۱۳۹۵: ۲۰۶). لذا این ایراد سبب شد تا «یک‌هجدهم دیه کامل» جای خود را به «یک‌نهم دیه کامل» بدهد! و با وجود این تأیید مطابقت شرعی را نیز از سوی شورا تحصیل کند. این در حالی است که وفق آنچه معروض افتاد، اقوال فقها در مورد چنین جراحاتی از سه دیدگاه خارج نبود: یک‌سوم دیه گوش معادل یک‌ششم دیه کامل، یک‌سوم دیه نرمه معادل یک‌هجدهم دیه کامل و در نهایت ارش. مصوبه اولیه از این جهت که منطبق با دیدگاه دوم بود، هر چند بنا بر تحقیق، پشتوانه فقهی محکمی ندارد، با ملاحظه اختیار مقنن در فتواگزینی در عرصه تقنین جای دفاع داشت. اما مصوبه نهایی که به ثبوت «یک‌نهم دیه کامل» نظر داده است، به دلیل عدم بهره‌مندی از هر گونه مستند و مستظهر نبودن به هیچ فتوای فقهی، هر چند شاذ، توجیه ندارد و نیازمند اصلاح است.

اکنون این سؤال مطرح می‌شود که تکلیف مراجع قضایی در برخورد با چنین حکم خلاف شرعی چیست؟ شاید گفته شود که در یک نظام حقوق مدون، قاضی به‌عنوان مجری قانون، مکلف به اجرای دقیق حکم مندرج در مقررات موضوعه است. اما با توجه به اصل (۴) قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران مبنی بر اینکه: «کلیه قوانین و مقررات مدنی، جزایی، مالی، اقتصادی، اداری، فرهنگی، نظامی، سیاسی و غیر اینها باید بر اساس موازین اسلامی باشد. این اصل بر اطلاق یا عموم همه اصول قانون اساسی و قوانین و مقررات دیگر حاکم است» و از طرفی ملاحظه سیره تقنینی در طول ادوار بعد از انقلاب اسلامی مشخص می‌شود که نهاد نظارتی شورای نگهبان، اراده تأیید قانون برخلاف موازین شرعی را نداشته است و اساساً چنین اختیاری ندارد. به قرینه موجود باید تلاش کرد در راستای اجرای اراده قانونگذار در معنای عام،

در برخورد با چنین مقرراتی موازین اسلامی را در عمل رعایت کرد.

با این توضیح به دو صورت می‌توان با مسئله برخورد کرد:

راهکار نخست) پذیرفتنی‌ترین طریق آن است که ضمن پاسداشت ظواهر قانونی، به گونه‌ای به تفسیر دست بزنیم که مقررات شرعی در راستای اراده مقنن تضمین شود. در موضوع حاضر از یک طرف اطمینان داریم که مقنن نخواست است قائل به ارش شود و مسیر تقدیر دیه را در نظر داشته و مقدار «یک‌نهم دیه کامل» را مطمح نظر داشته است. لذا می‌توان با تشکیک در صراحت ماده و مجمل‌انگاری آن، عبارت «دیه کامل» را به «دیه کامل آن گوش» تفسیر کرد تا به این وسیله ضمن احتراز از توالی ناپذیرفتنی این مقرر در نقض احکام شرعی، مبنای قانونگذار در تقدیر دیه نیز تأمین و چندان از ظاهر قانون دور نشویم. با وجود این باید اذعان کرد که چنین تفسیری با توجه به ظهور و وضوح عبارات قانون، به نوعی اجتهاد در مقابل نص است، خصوصاً آنکه از یک طرف در همین ماده، دو مرتبه عبارت «دیه کامل» به کار رفته است، که باید اولی در معنای «دیه نفس» و دومی که مورد بحث ماست، در مفهوم «دیه عضو» به کار رود. از طرف دیگر نتیجه چنین تفسیری تعیین نظریه ثبوت «یک‌هجدهم دیه کامل» می‌شود که در مصوبه نخستین آمده است و شورای نگهبان و متعاقباً مجلس شورای اسلامی در صدد تغییر آن بودند.

راهکار دوم) اشکالات ناظر بر راه‌حل قبل می‌تواند زمینه رفع ید از نص قانونی مغایر شرع را فراهم کند و از این رو مراجع قضایی را به استفاده از سازوکار مطرح در اصل (۱۶۷) قانون اساسی سوق دهد. چون اجمال قانون در خصوص فراز «یک‌نهم دیه کامل» که از یک سو ممکن است «یک‌نهم دیه کامل گوش» را به ذهن متبادر کند که خلاف سوابق لایحه است و از طرفی «یک‌نهم دیه کامل نفس» را تداعی کند که مغایر موازین شرعی است که خود قانونگذار تخطی از آنها را برنمی‌تابد، لذا می‌توان مستند به اصل (۱۶۷) قانون اساسی از طریق مراجعه به منابع یا فتاوی معتبر اسلامی، حکم قضیه را صادر کرد.^۱ هر چند قضات در گزینش فتوای معتبر

۱. ممکن است گفته شود استناد به اصل (۱۶۷) محدود به موارد فقدان نص یا وجود اجمال، تعارض و نقص قانونی و منصرف از مواردی مانند مصداق مورد بحث است. با نگاهی که در نوشتار به موضوع کنونی شد،

مخیر هستند و این امر می‌تواند زمینه بروز تشتت در رویه قضایی را فراهم کند و به این مناسبت اصلاح قانون گریزناپذیر به نظر می‌رسد، ولی تا آن زمان مراجعه به فتاوی متضمن ثبوت ارش از پشتوانه محکم‌تری برخوردار است.

نتیجه‌گیری

نرمه گوش از اعضایی است که از بین بردن آن دیه مقدر معادل یک‌ششم دیه‌ی کامل را دارد. با وجود این در مورد دیه ایراد جراح بر نرمه، به شکل سوراخ کردن یا شکافتن آن، بین فقها اختلاف نظر وجود دارد. مشهور قائل به مقدر بودن دیه هستند، لکن به جهت عدم وضوح و صراحت در ادله نقلی که شامل سه روایت مسمع، معاویه بن عمار و یونس است، فتاوی برخی از قداما اجمال دارد و متأخرین نیز در برداشت خود در خصوص مقدار دیه دچار دودستگی هستند، به نحوی که برخی به یک‌ششم دیه کامل و عده‌ای به یک‌هفدهم دیه کامل نظر داده‌اند.

بررسی ادله مورد استناد، حکایت از آن دارد که قابلیت اثبات مقدر بودن دیه را ندارند، لذا باید همانند اقلیت بر ارش نظر داد.

با وجود این، قانون مجازات اسلامی در ماده (۶۰۱) ضمن تبعیت از قول مشهور در مقدر دانستن دیه، ضمن حصر حکم خویش در پاره کردن نرمه، مقدار آن را به میزان یک‌نهم دیه کامل معین کرده که هیچ فقیهی به آن ملتزم نشده است، و باید آن را ناشی از سهو مقنن دانست. از این رو پیشنهاد می‌شود مادام که قانون اصلاح نشده است، تعبیر

قانون دارای اجمال تشخیص داده شده و از این رو مراجعه به منابع و فتاوی معتبر اسلامی تجویز شده است. اما حتی چنانچه انتساب اجمال به قانون را نیز نپذیریم، نمی‌توان از این حقیقت چشم پوشید که رویه قضایی در کشور بر مبنای احتراز از عمل به مقررات مغایر شرع سیره مستمری داشته و مطابق فتاوی معتبر از اجرای قانون سر باز زده است. نمونه آن حکم مواد (۲۴۸) و (۲۴۹) قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ بود که تکرار سوگند شاکی در قسامه در قتل پذیرفته شده بود، که رویه قضایی، همان‌طور که در بخشنامه شماره ۱/۱۲۹۹۰ به تاریخ ۱۳۷۷/۱۲/۱۰ قوه قضاییه نیز منعکس شده است، تا زمان اصلاح قانون در سال ۱۳۸۰ وفق فتاوی مقام معظم رهبری عمل می‌کرد.

کاوشی فقهی در دیه ایراد جرح بر نرمه گوش با رویکردی انتقادی به قانون مجازات اسلامی ۲۹۹

«یک‌نهم دیه کامل» را در معنای یک‌نهم دیه کامل یک گوش تفسیر کنند یا به جهت اجمال قانون، به منابع و فتاوای معتبر اسلامی استناد شود تا از عمل به یک حکم مغایر شرع احتراز شود.

کتابنامه

۱. ابن‌اثیر جزری، مبارک‌بن محمد (بی‌تا). *النهایه فی غریب الحدیث و الأثر*، جلد ۲، قم: نشر اسماعیلیان.
۲. ابن‌ادریس حلی، أبوجعفر محمد (۱۴۱۰ ق). *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*، جلد ۳، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
۳. ابن‌حمزه طوسی، أبوجعفر محمد بن علی (۱۴۰۸ ق). *الوسیله الی نیل الفضیله*، قم: منشورات مکتبه آیة‌الله المرعشی النجفی.
۴. ابن‌داوود حلی، تقی‌الدین حسن (۱۳۸۳). *رجال*، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
۵. ابن‌زهره حسینی حلبی، ابوالمکارم سید عزالدین حمزه بن علی (۱۴۱۷ ق). *غنیة النزوع الی علمی الاصول و الفروع*، قم: مؤسسه امام صادق علیه‌السلام.
۶. ابن‌سعید حلی، أبوزکریا نجیب‌الدین یحیی (۱۴۰۵ ق). *الجامع للشرایع*، قم: مؤسسه سیدالشهداء (ع) العلمیه.
۷. ابن‌طی فقحانی، زین‌الدین علی بن علی (۱۴۱۸ ق). *الدر المنضود فی معرفه صیغ النیات و الايقاعات و العقود*، قم: مکتبه الإمام العصر عج العلمیه.
۸. ابن‌غضائری، أبوالحسین أحمد (بی‌تا). *رجال*، قم: بی‌نا.
۹. ابن‌منظور افریقی، أبوالفضل جمال‌الدین محمد (۱۴۱۴ ق). *لسان‌العرب*، جلد ۲ و ۱۲، بیروت: دارالفکر للطباعه و النشر و التوزیع.
۱۰. اردبیلی [مقدس]، أحمد بن محمد (۱۴۰۳ ق). *مجمع الفائده و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان*، جلد ۱۴، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۱۱. بحرانی، یوسف بن احمد (۱۴۰۵ ق). *الحدائق الناضره فی أحكام العترة الطاهره*، جلد ۳، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۱۲. بغدادی [شیخ مفید]، محمد بن محمد (۱۴۱۳ ق). *المقنعه*، قم: کنگره جهانی هزاره شیخ مفید (ره).

۱۳. بهبهانی، محمد باقر (۱۴۲۸ ق). *حاشیه مجمع الفائده و البرهان*، قم: مؤسسه علامه المجدد الوحيد البهبهانی.
۱۴. بهجت، محمد تقی (۱۴۲۶ ق). *جامع المسائل*، جلد ۵، قم: نشر مؤلف.
۱۵. پژوهشکده شورای نگهبان (۱۳۹۵). *قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲* همراه با کتاب پنجم در پرتو نظرات شورای نگهبان، تهیه و تنظیم فهیم مصطفی زاده، تهران: پژوهشکده شورای نگهبان.
۱۶. تبریزی، میرزا جواد (۱۴۲۸ ق). *تنقیح مبانی الأحكام: کتاب الديات*، قم: دارالصدیقه الشهيده سلام الله عليها.
۱۷. ترحینی عاملی، سید محمد حسین (۱۴۲۷ ق). *الزیده الفقهیه فی شرح الروضه البهیة*، جلد ۹، قم: دارالفقه للطباعه و النشر.
۱۸. جوهری، اسماعیل بن حماد (۱۴۱۰ ق). *الصحاح*، جلد ۱ و ۴، بیروت: دارالعلم للملایین.
۱۹. حسینی روحانی، سید صادق (۱۴۱۲ ق). *فقه الصادق علیه السلام*، جلد ۲۶، قم: دارالکتاب.
۲۰. حسینی شیرازی، سید محمد (۱۴۰۹ ق). *الفقه: کتاب الديات*، جلد ۹۰، بیروت: دارالعلوم.
۲۱. حسینی عاملی، سید جواد (بی تا). *مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه*، جلد ۱ و ۱۰، بیروت: دارالاحیاء التراث العربی.
۲۲. حلی [علامه]، حسن بن یوسف (۱۴۱۱ ق). *تبصره المتعلمین فی أحكام الدین*، تهران: مؤسسه چاپ و نشر وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
۲۳. حلی [علامه]، حسن بن یوسف (۱۳۸۱). *رجال*، نجف: منشورات المطبعه الحیدریه علیه السلام.
۲۴. حلی [علامه]، حسن بن یوسف (۱۴۱۳ ق). *قواعد الاحکام*، جلد ۳، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.

۲۵. حلی [محقق]، نجم‌الدین جعفر بن حسن (۱۴۱۸ ق). *مختصر النافع*، جلد ۲، قم: مؤسسه المطبوعات الدینیه.
۲۶. حمیری، نشوان بن سعید (۱۴۲۰ ق). *شمس العلوم و دواء کلام العرب من الکلام*، جلد ۸، بیروت: دارالفکر المعاصر.
۲۷. خوانساری، سید احمد (۱۴۰۵ ق). *جامع المدارک فی شرح المختصر النافع*، جلد ۶، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۲۸. راغب اصفهانی، حسین بن محمد (۱۴۱۲ ق). *مفردات ألفاظ القرآن*، بیروت - سوریه: دارالعلم - الدار الشامیه.
۲۹. سبحانی، شیخ جعفر (۱۳۹۱). *تقریرات خارج فقه دیات*، جلسه ۱۳۹۱/۶/۲۷.
۳۰. سبزواری، سید عبدالاعلی (۱۴۱۳ ق). *مهذب الاحکام فی بیان الحلال والحرام*، جلد ۲۹، بی‌جا: دفتر آیت‌الله سبزواری.
۳۱. سلار دیلمی، حمزه بن عبدالعزیز (۱۴۰۴ ق). *المراسم العلویه و الأحکام النبویه*، قم: منشورات الحرمین.
۳۲. شریف کاشانی، ملا حبیب‌الله (۱۴۲۸ ق). *منتقد المنافع فی شرح المختصر النافع*: کتاب الطهاره، جلد ۲، قم: دفتر تبلیغات اسلامی.
۳۳. صافی گلپایگانی، لطف‌الله (۱۴۲۳ ق). *فقه الحج*، جلد ۳، قم: مؤسسه حضرت معصومه سلام‌الله علیها.
۳۴. صیمری بحرانی، مفلح بن حسن (۱۴۲۰ ق). *غایه المرام فی شرح شرائع الاسلام*، جلد ۴، بیروت: دارالهادی.
۳۵. طباطبایی، سید علی (۱۴۱۸ ق). *ریاض المسائل فی تحقیق الأحکام بالدلائل*، جلد ۲ و ۱۶، قم: مؤسسه آل‌البتیت (ع).
۳۶. طباطبایی بروجردی، آقا حسین (۱۴۲۶ ق). *تبیان الصلاه*، جلد ۴، قم: گنج عرفان.
۳۷. طباطبایی بروجردی [بحرالعلوم]، سید محمد مهدی (۱۴۰۵ ق). *الفوائد الرجالیه*، جلد ۱، تهران: مکتبه الصادق علیه‌السلام.

۳۸. طباطبایی حکیم، سید محسن (۱۴۱۵ ق)، *منهاج الصالحین*، جلد ۳، بیروت: دارالصفوه.
۳۹. طوسی [شیخ]، محمدبن حسن [الف] (۱۴۰۷ ق). *تهذیب الأحکام*، جلد ۱۰، تهران: دارالکتب الإسلامیه.
۴۰. _____ [ب] (۱۴۰۷ ق). *الخلاص*، جلد ۵، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۴۱. _____ (۱۴۲۷ ق). *رجال*، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۴۲. _____ (۱۴۰۰ ق). *النهاییه فی مجرد الفقه و الفتاوی*، بیروت: دارالکتب العربی.
۴۳. عاملی [شهید اول]، ابو عبدالله محمدبن مکی (۱۴۱۰ ق). *اللمعه الدمشقیه فی فقه الإمامیه*، بیروت: دارالتراث الدار الإسلامیه.
۴۴. عاملی [شهید ثانی]، زین الدین بن علی (۱۴۱۳ ق). *مسالك الأفهام إلی تنقیح شرائع الإسلام*، جلد ۱۵، قم: مؤسسه المعارف الإسلامیه.
۴۵. عاملی (شیخ حر)، محمدبن حسن (۱۴۰۹ ق). *تفصیل وسائل الشیعه إلی تحصیل مسائل الشریعه*، جلد ۲۹، قم: مؤسسه آل البيت (ع).
۴۶. _____ (۱۴۱۲ ق). *هدایه الأئمه إلی أحكام الأئمه*، جلد ۸، مشهد: مجمع البحوث الإسلامیه.
۴۷. فاضل اصفهانی، محمدبن حسن (۱۴۱۶ ق). *کشف اللتام و الإیهام عن قواعد الأحکام*، جلد ۱۱، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
۴۸. فاضل لنکرانی، محمد [الف] (۱۴۱۸ ق). *تفصیل الشریعه فی شرح تحریر الوسيله: الحج*، جلد ۴، قم: مرکز فقه الائمه الاطهار علیهم السلام.
۴۹. _____ [ب] (۱۴۱۸ ق). *تفصیل الشریعه فی شرح تحریر الوسيله: الدیات*، قم: مرکز فقه الائمه الاطهار علیهم السلام.
۵۰. فیاض، محمد اسحاق (بی تا). *منهاج الصالحین*، جلد ۳، بی جا: بی نا.
۵۱. فیض کاشانی، ملا محمد محسن (۱۴۰۶ ق). *الواقی*، جلد ۱۳، اصفهان: کتابخانه امام امیرالمؤمنین علی (ع).

۵۲. قطان حلی، شمس‌الدین محمد (۱۴۲۴ ق). *معالم‌الدین فی فقه آل یاسین*، جلد ۲، قم: مؤسسه الإمام الصادق علیه‌السلام.
۵۳. کاشف‌الغطاء نجفی، أحمد بن علی (۱۴۲۳ ق). *سفینه النجاه و مشکاه الهدی و مصباح السعادات*، جلد ۳، نجف: مؤسسه کاشف‌الغطاء.
۵۴. کاشف‌الغطاء نجفی، جعفر بن خضر (بی‌تا). *شرح طهاره قواعد الأحکام*، نجف: مؤسسه کاشف‌الغطاء.
۵۵. کلینی، ابوجعفر محمد بن یعقوب (۱۴۲۹ ق). *کافی*، جلد ۱۴، قم: دار‌الحديث للطباعة و النشر.
۵۶. کیدری، قطب‌الدین (۱۴۱۶ ق). *إصباح الشیعه بمصباح الشریعه*، قم: مؤسسه الإمام الصادق (ع).
۵۷. مجلسی [علامه]، محمد باقر (۱۴۰۶ ق). *ملاذ الأخیار فی فهم تهذیب الأخبار*، جلد ۱۶، قم: منشورات مکتبه آیة‌الله المرعشی‌النجفی ره.
۵۸. مدنی کاشانی، سید رضا (۱۴۰۸ ق). *کتاب‌الذیات*، جلد ۱۳، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
۵۹. موسوی خمینی [امام]، سید روح‌الله (بی‌تا). *تحریر‌الوسیله*، جلد ۲، قم: مؤسسه مطبوعات دار‌العلم.
۶۰. موسوی خویی، سید ابوالقاسم (۱۴۱۰ ق). *المعتمد فی شرح المناسک*، جلد ۳ و ۴، قم: منشورات مدرسه دار‌العلم.
۶۱. _____ (۱۴۲۲ ق). *مبانی تکمله المنهاج*، جلد ۴۲، قم: مؤسسه إحياء آثار الإمام الخویی ره.
۶۲. موسوی گلپایگانی، سید محمد رضا (۱۴۰۹ ق). *مجمع‌المسائل*، جلد ۳، قم: دار‌القرآن‌الکریم.
۶۳. نجاشی، ابوالحسن أحمد بن علی (۱۴۰۷ ق). *رجال‌النجاشی*، قم: دفتر انتشارات اسلامی.

۶۴. نجفی، محمد حسن (۱۴۰۴ ق). *جواهرالکلام فی شرح شرایع الاسلام*، جلد ۴۱ و ۴۳، بیروت: دارالاحیاء التراث العربی.
۶۵. نمازی اصفهانی [شیخ الشریعه]، فتح الله (۱۴۱۰ ق). *إفاضه القدير فی أحكام العصير*، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۶۶. وحید خراسانی، حسین (۱۴۲۸ ق). *منهاج الصالحین*، جلد ۳، قم: مدرسه امام باقر(ع).