

محمد رضا حسینی نژاد*

Mohammadreza7494@gmail.com

اعتبار علم قاضی در جرایم حدی منافی عفت از منظر فقه امامیه

چکیده

«علم قاضی» در قانون مجازات جدید بر خلاف قانون قدیم، یکی از ادله اثبات جرم در امور کیفری شناخته شده است. در این بین، بررسی اعتبار علم قاضی در جرایم حدی منافی عفت به علت صراحت نداشتن قانون در برخی مواد و وجود اختلافات فقهی اهمیت زیادی دارد. علم قاضی نسبت به مدلول ادله خاص اثبات این جرایم، چهار فرض را تشکیل می دهد. در فرض مخالفت علم قاضی با ادله خاص، برخی فقها، علم قاضی را بر ادله خاص مقدم دانسته اند. در فرضی که ادله خاص معین شده برای اثبات این جرایم در کنار علم قاضی اقامه نشده باشد یا با وجود ادله خاص کم تر از نصاب شرعی، علم قاضی مستند به آن ادله نباشد، فقها به دو دسته تقسیم می شوند. دسته اول به حجیت نداشتن علم قاضی در حدود قائل هستند و دسته دوم، علم قاضی را در حدود و غیر حدود مطلقاً حجت دانسته اند که با بررسی، ادله دسته اول، مخصّص ادله دسته دوم دانسته شد. در نهایت، اگر علم قاضی مستند به دلیل خاص کم تر از نصاب شرعی باشد، در این فرض، تعدادی از فقهای معاصر علم قاضی را حجت نمی دانند. فقهای نیز که علم قاضی را مطلقاً حجت می دانند، در مقابل این نظر قرار می گیرند که با نقد و بررسی دلایل هر دو قول، اعتبار نداشتن علم قاضی ترجیح داده شده است.

کلیدواژگان

ادله اثبات، علم قاضی، جرایم حدی، اعمال منافی عفت، تعارض ادله اثبات.

*دانش پژوه مرکز آموزش های تخصصی فقه و طلبه سطح دو حوزه علمیه قم.

یکی از دغدغه‌های قضات محاکم این است که با موضوعاتی روبه‌رو می‌شوند که قانون در مورد آن‌ها ساکت است یا به صراحت به آن‌ها نپرداخته است و مطابق اصل ۱۶۷ قانون اساسی موظفند برای حل دعوا به منابع معتبر فقهی مراجعه کنند. در این میان، مشغله‌های کاری فرصت کافی برای مراجعه به نظر فقها و بررسی آن‌ها باقی نمی‌گذارد. افزون بر آن، بررسی آرای فقها نشان می‌دهد قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۹۲ در ماده ۲۱۱ از نظریه مقام معظم رهبری در مورد علم قاضی تبعیت نکرده است که این کار می‌تواند قضات مقلد ایشان را هنگام صدور رأی به مشکلات زیادی دچار کند.

تحلیل و بررسی اعتبار علم قاضی در جرایم حدی منافی عفت در دستگاه قضا ضروری به نظر می‌رسد. این بحث و فروع آن را میان آثار فقهای امامیه می‌توان پیدا و ارزیابی کرد، ولی در منابع، به ندرت اثری یافت می‌شود که علم قاضی را در دایره جرایم حدی منافی عفت به شکل مبسوط و گسترده بررسی کرده باشد. با تتبع در مقالات و مجلات موجود نیز می‌توان چنین نتیجه گرفت که نویسندگان این مقالات، به شکل وسیع‌تری، موضوع را در قالب بررسی اعتبار علم قاضی در دعوی کیفری مطرح کرده‌اند، در حالی که به نظر می‌رسد باید به شکل محدودتری به طرح دعوا پرداخت. حلّ این دغدغه می‌تواند مشکلات بیان شده را تا حدودی برطرف کند و پیشنهادی است که به قانون‌گذار تا هنگام اصلاح این قانون به مبانی فقهی ماده یاد شده و مشکلات موجود، بیش‌تر توجه و این ماده را با دقت بیش‌تر بررسی کند. در منابع فقهی، از یک طرف، یک سری ادله خاص برای اثبات جرایم حدی منافی عفت ذکر شده است و از طرفی، برخی مواضع فقهی، از علم قاضی به عنوان یکی از ادله مثبت جرم نام برده‌اند. هم‌چنین فقها علم را با توجه به منشأ آن به سه دسته علم حسی، قریب به حس و حدسی تقسیم کرده‌اند که بر اساس آن، علمایی که علم قاضی را حجت می‌دانند، در حجیت دو قسم اول از اقسام علم یا اعتبار هر سه قسم علم قاضی با هم اختلاف دارند. بنا بر این، باید پرسید که در صورت تعارض علم قاضی با ادله خاص، کدام یک بر دیگری مقدم می‌شود؟

فقه‌ها در این مورد، علم قاضی را بر ادله خاص مقدم کرده‌اند. هم‌چنین از طرفی تا آن ادله خاص به نصاب کامل شرعی نرسند، مثبت جرم نخواهند بود، ولی از طرفی دیگر، اگر با همین ادله کم‌تر از نصاب شرعی برای قاضی، علم به حصول جرم به دست آمد، قاضی چه تکلیفی خواهد داشت؟ تعدادی از فقهای معاصر، به حجیت نداشتن چنین علمی قائل هستند، اما در مقابل، با توجه به اطلاق کلام تعداد دیگری از فقها می‌توان آن‌ها را به حجیت علم قاضی در چنین فرضی معتقد دانست. هم‌چنین دیدگاه و ادله فقهای شیعه را در فرض نبود شهود یا اقرار بررسی خواهیم کرد. بنا بر این، مباحث ذیل سه فرض تنظیم می‌شود: یا جرم حدی منافی عفت تنها با استناد به علم قاضی ثابت می‌شود یا در تنافی با علم قاضی، ادله خاص ثابت‌کننده جرایم حدی یادشده اقامه می‌شود. در فرضی دیگر، علم قاضی در حالی که منشأ آن بینه یا اقرار کم‌تر از نصاب شرعی است، حاصل می‌شود.

۱) اعتبار علم قاضی در فرض نبود ادله خاص

دیدگاه فقها در مورد تشکیل علم قاضی در فرض نبود طرق خاص اثبات جرایم حدی جنسی به سه گروه تقسیم می‌شود. تعدادی از فقها مانند امام خمینی و محقق خویی علم قاضی را به شکل مطلق اعم از حدود و غیر حدود حجت می‌دانند. (تحریر الوسیله ۲: ۴۶۸ و مبانی تکمله المنهاج ۴۱: ۲۷۶) هم‌چنین از میان قدما، سید مرتضی (انتصار ۴۹۱)، شیخ طوسی (خلاف ۳: ۳۰۹) و ابن زهره (غنیه ۴۳۶) بر همین نظرند. در مقابل، مقام معظم رهبری (گنجینه استفتائات قضایی: سؤال ۹۰۴۳) و آیت‌الله سیستانی (گنجینه استفتائات قضایی: سؤال ۱۲۲) حجیت علم قاضی را در جرایم حدی جنسی نمی‌پذیرند. تعدادی دیگر هم چون آیت الله مکارم شیرازی (انوار الفقاهه - کتاب الحدود ۴۴۴) و مرحوم آیت الله موسوی اردبیلی (فقه الحدود و التعزیرات ۱: ۲۴۶) علم حسی و قریب به حس را حجت می‌دانند، اما برای علم حدسی قاضی اعتباری قائل نیستند که در ادامه، دلایل آن‌ها تشریح می‌شود.

۱-۱) ادله اعتبار علم قاضی در فرض نبود شهود یا اقرار

به نظر می‌رسد فقها با توجه به ذکر طرقی خاص برای اثبات جرایم حدی منافی عفت، به علم قاضی به عنوان یکی از ادله مثبتة این جرایم حدی در کنار طرق خاص اعتقادی نداشته باشند، اما

این طور نیست، بلکه چون حجیت علم ذاتی است، علما آن را در کنار طرق خاص بیان نکرده و جداگانه بدان تصریح کرده‌اند. بنا بر این، قول مشهور فقهای صاحب نظر، اعتبار علم قاضی به طور مطلق (در حدود و غیر آن) است. ایشان ادعای خود را همراه با چهار دلیل و دو مؤید مطرح کرده‌اند که عبارتند از: آیات قرآن کریم، روایات، مقتضای اصل، ادله و جوب امر به معروف و نهی از منکر، اجماع منقول و شهرت.

اولین دلیل و شاید مهم‌ترین دلیل مشهور فقها مبنی بر حجیت علم قاضی، تمسک به چند آیه از قرآن کریم است. موافقین در این دلیل به آیه ۲ سوره نور^۱ تمسک می‌کنند. با توجه به آیه شریفه، حکم جلد بر عنوان هایش یعنی «زانیه و زانی» بار شده است و با علم به تحقق عنوان، حکم باید جاری شود. البته مفروض این است که برای قاضی علم حاصل شده است. از دیگر آیات مورد نظر استدلال‌کنندگان، آیه ۲۶ سوره ص^۲ است. مقتضای قسط و عدلی که طبق آیه شریفه، رعایتش در امر قضا واجب است، و جوب حکم به چیزی است که خدای متعال واجب کرده است و وقتی علم به موضوع احکام احراز شد، عمل به حکم واجب است. به نظر مشهور فقها با بررسی این دو آیه می‌توان به این نتیجه رسید که علم قاضی به مورد دعوا، خود، می‌تواند از مستندات قضاوت باشد. ادله روایی، قوی‌ترین مدرک بسیاری از فقها برای اثبات مدعای خود در مورد اعتبار علم قاضی به طور مطلق در محکمه، است. روایات فراوانی وجود دارد که بر وجوب حکم به حق در صورت علم به آن دلالت می‌کند، مثل روایتی که قضا را بر چهار دسته تقسیم می‌کند که از جمله آن، قضاتی هستند که به حق حکم می‌کنند؛ چون علم به حق دارند و به سبب آن، جایگاهشان، بهشت خواهد بود.^۳ (عاملی، وسائل الشیعه ۲۷: ۲۲) دسته دیگری از روایات هست که پیامبری از فرستادگان خدا از خدای متعال سؤال می‌کند در صورت علم نداشتن به واقعه در مقام قضاوت به چه مستنداتی روی آورم؟ خدای متعال ایشان را به بیّنه و قسم راهنمایی می‌کند. (همان ۲۲۹) این روایت، گویای این مطلب است که در صورت علم به مورد دعوا، به بیّنه و قسم نیازی نیست. پس با نظر به این دو روایت و ده‌ها روایت دیگر نظیر این احادیث، به علت ادعای مشهور پی می‌بریم.

۱. «الرَّائِيَةُ وَ الرَّائِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ».

۲. «يَا دَاوُدُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ».

۳. القضاة أربعة ثلاثة في النار و واحد في الجنة [...] رجل قضى بالحق و هو يعلم فهو في الجنة.

از دیگر برهان‌هایی که مشهور از آن به عنوان دلیل برای مشروعیت علم قاضی استفاده می‌کنند، عمل به مقتضای اصل است، باین توضیح که چون حجیت علم ذاتی است و از طرفی بر قاضی واجب است که بین مردم مطابق با واقع قضاوت کند، اصلی مبنی بر حجیت ذاتی قطع ایجاد می‌شود که در نتیجه آن، به حکم اولیه، حاکم می‌تواند به استناد آن مطابق با علمش رأی بدهد، حال آن که ادعای موافقان مطابق با اصل است. پس مخالفان باید با ذکر دلایل قانع‌کننده، مخاطب خود را به بی‌اعتباری علم قاضی مجاب کنند. در نتیجه، از فرمایش‌های فقهای مشهور متوجه می‌شویم که قطع قاضی به واقع، یکی از ادله اثبات مدعاست.

چهارمین دلیل از علل ثابت‌کننده حجیت علم قاضی نزد مشهور، ادله واجب‌کننده امر به معروف و نهی از منکر است؛ زیرا قضاوت از روی علم می‌تواند مصداقی از امر به معروف و نهی از منکر باشد. با این بیان که قاضی وقتی علم به کاذب بودن یک طرف دعوا دارد، باید بعد از روش قلبی و لسانی به روش عملی نهی از منکر روی آورد به این صورت که مطابق علمش حکم کند. پس با کمی دقت و تأمل در ادله امر به معروف و نهی از منکر می‌توان به این نتیجه رسید که برای تمسک به علم قاضی در مقام اثبات دعوا، اعتبار کافی وجود دارد.

فقها در اولین مؤید خود برای دفاع از حقانیت اعتبار علم قاضی به یک دلیل لیبی روی آورده‌اند که اجماع منقول فقهاست. سید مرتضی (انتصار ۴۹۱)، ابن زهره (غنیه ۴۳۶)، فخر المحققین (ایضاح الفوائد ۴: ۳۱۲) و شهید اول (الروضه البهیة ۳: ۸۳) مدعی اجماع فقها مبنی بر جواز عمل قاضی طبق علمش هستند. همه علما به اجماع به ابوبکر اشکال می‌گیرند که چه طور از حضرت فاطمه زهرا ع بابت مالکیت باغ فدک بی‌تنبه خواست در حالی که وی علم داشت حضرت فاطمه ع معصوم است و از گناه، بری. این فرمایش علما نشان می‌دهد آنان عمل قاضی طبق علمش را جایز می‌دانستند. پس اجماع منقول فقها تأییدی بر فرمایش علما در مورد قبول داشتن علم قاضی به عنوان سند برای ترجیح یک مدعا در محکمه است.

در پایان به شهرت فقها بر اعتبار علم قاضی در مقام قضا اشاره کرده و آن را به آن عنوان آخرین مؤید برای ثابت کردن حجیت قطع قاضی در مورد موضوع احکام، مورد بررسی قرار خواهیم داد. شاید به نظر

مستدل که تنها آیت الله گلپایگانی است، علت نسبت دادن این قول به مشهور فقها، نه اجماع علما، بلکه مخالفت عده‌ای از بزرگان شیعه با موافقان است. از جمله این افراد، آن طور که از دیگر بزرگان مثل شهید ثانی و آقا ضیاء نقل شده است، ابن جنید، اسکافی و ابن ادریس حلی هستند. پس با این توضیحات، فقهای موافق می‌توانند از شهرت به عنوان مؤیدی برای ثابت کردن مدعای خود استفاده کنند. بنا بر این، با توجه به ادله فقهای صاحب نظر، در نهایت می‌توان به این نتیجه رسید که با وجود دلایل خاص از قبیل چهار شاهد یا اقرار برای اثبات جرایم حدی منافی عفت، مشهور فقهای شیعه، علم قاضی را همراه با آن ادله خاص برای اثبات چنین جرایمی معتبر می‌دانند.

۲-۱) ادله معتبر نبودن علم قاضی در فرض نبود ادله خاص

شاید تصور شود موضع قانون‌گذار کشور ما در مورد اعتبار علم قاضی در جرایم حدی منافی عفت، تبعیت از فتاوی فقهای مقام معظم رهبری در این مورد است، اما با مقایسه ماده ۱۶۰ قانون مجازات اسلامی با فتوای مقام معظم رهبری (گنجینه استفتائات قضایی: سؤال ۹۰۴۳) متوجه می‌شویم نظر ایشان در مورد علم قاضی در این جرایم بر خلاف قانون مجازات اسلامی، معتبر نبودن علم قاضی در جرایم حدی منافی عفت است که با بررسی نظر ایشان، ادله موافقان با ایشان^۱ در میان فقها وجیه و نیکو به نظر می‌رسد. شیخ طوسی، فاضل آبی، آیت الله سیستانی و مقام معظم رهبری در کتاب‌های خود به دو دلیل اشاره کرده‌اند: اول، تخفیف شارع در حدود به ویژه جرایم حدی خلاف عفت و روایت صالح بن میثم، (کلینی، کافی ۱۸۶:۷ و عاملی، وسائل الشیعه ۱۸:۳۷۸)

اولین دلیل این فقها در مورد منع شارع از عمل به علم قاضی در حدود، بنای شارع در چنین وضعیتی است که یک اشکال دارد. عده‌ای از فقها معتقدند بنای شارع در حدود، تخفیف و تسهیل به نفع متهم است؛ زیرا جرایم در دیگر حدود با دو بار اقرار یا دو شاهد به اثبات می‌رسد^۲، ولی در زنا، لواط و مساحقه، اثبات جرم به چهار بار اقرار یا چهار شاهد نیاز دارد.^۳ پس می‌توان به این نتیجه رسید که شارع مقدس نمی‌خواهد آن جرایم به راحتی ثابت شود. هم‌چنین این مورد از مصادیق

۱. از جمله می‌توان به این فقها اشاره کرد: شیخ طوسی (مبسوط ۸: ۱۲ و نه‌ایه ۶۹۱)؛ فاضل آبی (کشف الرموز ۲: ۴۹۶)، موسوی اردبیلی (فقه القضاء ۱: ۳۰۲) و سیستانی (گنجینه استفتائات قضایی: سؤال ۱۲۲).

۲. این نظر مطابق با قول مشهور است، ولی افرادی هم چون محقق خوبی معتقدند که با یک بار اقرار هم این جرایم به اثبات می‌رسد.

۳. برای نمونه رجوع شود به: محقق خوبی (مبانی تکمله المنهاج ۴۱: ۲۱۱، ۲۷۸، ۳۰۳ و ۳۳۰).

«قاعده درء» درباره حدود است که جرایم منافی عفت از جمله آن هاست و به موجب آن، در صورت وجود اندک شبهه‌ای برای ثبوت جرم، اتهام زنا یا لواط یا مساحقه از متهم دفع می‌شود. مضاف بر این که با وجود یک سری شرایط، هر چند جرم حدّی ثابت شده باشد، در صورت توبه مرتکب جرایم حدّی منافی عفت، قاضی و حاکم شرع می‌تواند حد را از او ساقط کند. بر اساس چنین بنایی، نباید علم قاضی را در مورد این دسته از جرایم حجت دانست؛ زیرا اگر قاضی مطابق علمش، متهم را در چنین جرایمی به اجرای حدّ محکوم کند، دیگر تخفیف و تسهیلی به نفع متهم صورت نگرفته است. فاضل آبی از جمله مخالفان عمل قاضی به علمش در این جرایم است که برای اثبات ادعای خود به همین دلیل تمسّک کرده است. (کشف الرموز ۲: ۴۹۶)

ناگفته نماند با وجود صحت ادعای ردّ علم قاضی در جرایم حدّی منافی عفت، دلیل این ادعا صحیح نیست؛ چون مقام بنای شارع مبنی بر تخفیف و تسهیل در این جرایم حدّی به قبل از اثبات این جرایم مربوط است که با احکامی سخت‌گیرانه، اثبات آن‌ها را دچار مشکل کرده است. فرض ما در موضوع مورد بحث، پس از اثبات جرم به وسیله علم حاکم است. با توجه به این دلیل، تعدادی از علما معتقدند که قاضی در این جرایم حدّی نباید مطابق علمش عمل کند، اما با اشکالی که گرفته شد، تمسّک به این دلیل برای اثبات ادعا، صحیح به نظر نمی‌رسد.

روایت صالح بن میثم از جمله مهم‌ترین دلیل‌هایی است که عده‌ای از فقهای امامیه برای منع عمل به علم قاضی در جرایم حدّی جنسی مطرح می‌کنند. این روایت مشکل سندی دارد، اما چون مضمون آن در روایات صحیح السندی مثل صحیح‌ه ابی العباس (عاملی، وسائل الشیعه ۲۸: ۱۰۲) بیان شده است و فقها برای اثبات ادعای خود، روایت صالح بن میثم را توضیح داده‌اند، در این جا هم همین روایت تحلیل می‌شود.

مطابق این روایت، با وجود حصول علم به ارتکاب زنا یا زنی حامله بایک یا دو بار اقرار روی، امیرالمؤمنین علی علیه السلام حاضر به اجرای حدّ در مورد وی نشد تا این که چهار بار به ارتکاب زنا اقرار کرد. اصرار این زن به پاک شدنش از گناه به وسیله اجرای حدّ و ترس وی از آخرت و باردار بودنش اماراتی است که برای هر کس، علم به ارتکاب زنا یا زنی را به وجود می‌آورد. در میان فقها، آیت الله موسوی اردبیلی یکی از کسانی

است که به همین دلیل تمسک کرده است. (فقه الحدود و التعزیرات ۱: ۲۴۶) این روایت با حدیثی که پیامبر اکرم ﷺ در آن فرمود: «لو كنت راجما من غیر بینة لرجمتها» تأیید می‌شود. (احمد بن حنبل، مسند احمد ۵: ۲۱۸) در این حدیث، پیامبر گرامی اسلام فرمود که برای اثبات زنا اگر قرار بود بر اساس مستندی غیر از بینة بر کسی حد جاری کنم، قطعاً فلان زن را رجم می‌کردم. با ملاحظه این دو روایت و احادیث دیگر مربوط به موضوع، می‌توان به این نتیجه رسید که حکم مسئله به زنا اختصاص ندارد، بلکه قابل تسری به دیگر جرایم جنسی منافی با عفت نیز هست. ^۱ هم‌چنین وقتی امام معصوم در جرایم حدی منافی عفت، مطابق علم خود عمل نمی‌کند، به طریق اولی، دیگر قضات از غیر معصومین حق ندارند در چنین جرایمی مطابق علم خود عمل کنند مگر این که جرم فقط از طریق چهار بار اقرار یا چهار شاهد به اثبات برسد. پس بر اساس روایت صالح بن میثم و مؤید آن که روایت پیامبر گرامی اسلام در قضیه ملاعنه بود، به این نتیجه می‌رسیم که قاضی در جرایم حدی خلاف عفت نمی‌تواند مطابق علم خود عمل کند.

در نتیجه، با توجه به مطالبی که بیان شد، باید این ادله را مخصص ادله اعتبار مطلق علم قاضی دانست و این علم را در جرایم حدی جنسی بر خلاف نظر مشهور، حجت ندانست. چه بسا قانون‌گذار به تبعیت از شهرتی که در مورد اعتبار مطلق علم قاضی وجود داشت و کارآیی بیش‌تر این فتوا در عصر حاضر، این نظر را بر خلاف فتوای مقام معظم رهبری اختیار کرد.

۲- تأثیر حسی یا حدسی بودن در اعتبار علم قاضی

در یک نگاه اولیه، با مراجعه به کتب فقها در مورد اعتبار علم قاضی، آرای آن‌ها در دو گروه اعتبار و عدم اعتبار مطلق علم قاضی در جرایم حدی جنسی دسته‌بندی می‌شود، اما با مطالعه بیش‌تر در آثار فقها، دسته‌سومی هم به این دو گروه افزوده می‌شود که مدافع آن در میان فقهای معاصر، علمایی هم‌چون آیت الله مکارم شیرازی (انوار الفقاهه - کتاب الحدود ۴۴۴) و آیت الله موسوی اردبیلی (فقه الحدود و التعزیرات ۱: ۲۴۶) هستند. مطابق این نظریه، علم قاضی در فرض حسی یا قریب به حسی بودن حجت و در صورت حدسی بودنش نامعتبر است. اعتبار اجمالی علم حاکم با استفاده از روایات و اخذ به قدر متیقن از اقسام قطع یعنی علم حسی و حدسی برای حجیت این علم

۱. از دیگر روایاتی که در کنار روایت صالح بن میثم می‌توان به آن‌ها تمسک کرد، صحیح ابی الاصلاری و ابی العباس بقباک است. (وسائل الشیعه ۱۸: ۱۰۷ و ۱۰۲)

و تمسک به اصل عدم قضاوت احدی بردیگری و عدم قیام دلیلی که بتواند به علم حدسی اعتبار بخشد، احتجاج این دسته از فقها برای قائل شدن به چنین نظریه‌ای است.

یکی از دلایلی که برخی از فقها برای اثبات مدعای خود مبنی بر اعتبار علم حسی و قریب به حس در جرایم حدی جنسی از آن استفاده می‌کنند، اخذ به قدر متیقن از روایات و تأیید آن به وسیله تعدادی از احادیث است. مراد از علم حسی، رؤیت این جرم مثل مشاهده زنا یا مساحقه است و مراد از قریب به حس، تمسک قاضی به قرائنی است که دلالت بر مقصود می‌کند، به گونه‌ای که این قرائن به هر کس عرضه شود، به راحتی آن را قبول می‌کند. حال با توجه به روایاتی که سابقاً بیان شد، اجمالاً به حجیت علم قاضی می‌توان پی برد. البته برای حجیت تمامی اقسام علم قاضی چون دلایل و روایات به روشنی دلالتی بر آن ندارد، باید تنها به حجیت قدر متیقن از اقسام قطع یعنی علم حسی و قریب به حس اکتفا کرد. با تعمق و تأمل در برخی روایات به نظر می‌رسد امام علیه السلام در آن بر اساس علم قریب به حس رفع نزاع کرده است و چه بسا این نظریه تقویت شود. از جمله آن روایات، قضاوت امیرالمؤمنین علی علیه السلام در مورد دوزن بود که هر کدام مدعی بودند مادر کودکی هستند. امام دستور داد آن کودک را نصف کنند و به صورت مساوی به هر دوزن بدهند، ولی یکی از آن دوزن آن حضرت را از این کار منع کرد و از حق خود گذشت. امام هم با ملاحظه این واقعه فهمید که وی مادر کودک است. (عاملی، وسائل الشیعه ۱۸: ۲۱۲) و چنین واقعه‌ای قطعاً برای حضرت علم قریب به حس ایجاد کرد. بنا بر این، تمسک به قدر متیقن و استفاده از تعدادی روایت برای تأیید دلیل، احتجاج دسته‌ای از فقها برای اعتبار علم حسی و قریب به حس است.

از جمله دلایلی که فقهایی هم چون آیت الله مکارم شیرازی با تمسک به آن‌ها، به حجیت علم حدسی قاضی در جرایم حدی مخالف عفت اعتقادی ندارند، اصل عدم قضاوت شخصی بردیگری و مؤیدات آن و عدم نهوض دلیلی است که بتواند چنین علمی را حجت بکند. در میان فقها به استناد آیه مبارکه «إِنَّ الْحُكْمَ إِلَّا لِلَّهِ» (انعام ۵۷)، اصلی مسلم وجود دارد مبنی بر جایز نبودن قضاوت فردی بردیگری که بر اساس آن، حکومت و قضاوت شخصی بردیگری نیاز به دلیل دارد که این

۱. هم چنین روایات دیگری هم موجود است که حضرات معصومین با تکیه به علم قریب به حس، تنازع را برطرف کرده‌اند که در این جا به ذکر نشانی آن بسنده می‌شود. (وسائل الشیعه ج ۱۸: باب ۲۱).

دلیل در مورد قضاوت از روی علم حدسی مفقود است. هم چنین از جمله مواردی که بی اعتباری علم حدسی قاضی را تأیید می کند، باز کردن راه برای انحراف قضات به موجب اعتبار چنین علمی است؛ زیرا هر قاضی می تواند به ادعای حصول علم حدسی که از تراکم ظنون حدسیه به گناه به وجود آمده است و با وجود علم به خلاف واقع، رأیی صادر کند. پس علمایی مثل آیت الله مکارم شیرازی بر اساس اصل مسلم جایز نبودن قضاوت احدی بر دیگری و قیام نکردن دلیلی که بتواند علم حدسی قاضی را حجت کند و مؤیدی مثل باز کردن راه انحراف قضات در صورت حجیت علم حدسی قاضی، به حجیت نداشتن علم قاضی معتقدند.

در نتیجه، در تشریح ادله دسته سوم از فقها بیان شد که استدلال آن ها در مورد اعتبار علم حسی و قریب به حس قاضی و اعتبار نداشتن علم حدسی قاضی به دو بخش تقسیم می شود. ابتدا با توجه به اعتبار علم اجمالی قاضی که از احادیث به دست آمد و اخذ قدر متیقن از آن یعنی علم حسی و قریب به حس، حجیت این دو قسم ثابت شد و در آخر با تمسک به اصل حکومت نداشتن کسی بر دیگری و تسهیل نشدن راهی برای انحراف قضات و موجود نبودن دلیلی که بتواند علما را به اعتبار علم حدسی قاضی قانع کند، در نهایت به این ادعا رسیدند که علم حسی و قریب به حس قاضی در جرایم حدی منافی عفت معتبر است و علم حدسی وی در این جرایم اعتبار ندارد.

۳- اعتبار علم قاضی در فرض اقامه ادله خاص بر خلاف علم قاضی

در جرایمی هم چون زنا، لواط و مساحقه هم شارع مقدس در فقه (محقق خویی، مبانی تکمله المنهاج ۴۱: ۲۱۱، ۲۷۸، ۳۰۳، ۳۳۰) و هم قانون گذار در ماده ۱۷۲ قانون مجازات اسلامی طرق خاصی را برای اثبات چنین جرایمی وضع کرده اند. با این حال، در موضعی دیگر، علم قاضی را هم در کنار این طرق قرار داده اند و اگر علم قاضی از باب قطع طریقی حجت باشد، آن را مقدم بر طرق خاص می دانند. فقهایی که علم قاضی را حجت می دانند، در صورت تعارض علم قاضی با ادله خاص اثبات جرایم حدی منافی عفت، اگر علم قاضی از جهت قطع طریقی بودنش حجت باشد، آن را بر آن طرق خاص مقدم می دانند. با این توضیح، حکم واقعی را که علم قاضی است، بر حکم ظاهری که ادله خاص اثبات این جرایم است، مقدم می دانند و اگر فقیهی علم قاضی را از باب قطع

موضوعی حجت بدانند، در صورت رعایت شرایط قطع موضوعی در علم قاضی، علما آن را بر طرق خاص مقدّم می‌دانند. اگر آن شرایط رعایت نشود، به دلیل «اصاله الاحتیاط» و قاعده «درء»، اثبات جرم برای متهم مشکل خواهد بود.

تقدم حکم واقعی بر ظاهری، مهمترین دلیل فقها بر تقدم علم قاضی بر ادله خاص اثبات جرایم حدی جنسی است، این علم هم شامل علم طریقی و هم شامل علم موضوعی البته با رعایت شرایط معتبر، خواهد بود. قاضی موظف است بر اساس احکام واقعی رأی صادر کند که اگر قرار باشد اقرار یا بیّنه را بر علم قاضی مقدّم کند، این کار موجب تخصیص در ادله احکام واقعی می‌شود، در حالی که دلیلی بر این تخصیص وجود ندارد. در میان فقها، میرزا حبیب‌الله رشتی از جمله کسانی است که به این دلیل استدلال کرده است. (کتاب القضاء ۱: ۱۰۴) هم‌چنین از میان معاصران، آیت‌الله مکارم شیرازی با این نظریه موافق است. (الفتاوی‌الجدیده ۳: ۱۱۹) بنا بر این، تقدّم احکام واقعی بر ظاهری از جمله مهم‌ترین ادله‌ی مدعیان تقدّم علم طریقی قاضی بر طرق خاصّ اثبات جرایم خلاف عفت است.

اگر علم قاضی را موضوعی بدانیم، در صورتی که شرایط اعتبار قطع موضوعی در آن رعایت نشود، مطابق قواعد اصولی، با وجود تعارض علم با ادله خاص، حدّ از متهم دفع می‌شود. از جمله این قواعد، قاعده «اصاله الاحتیاط» است که به موجب آن نمی‌توان حدّ را در مورد متهم به جرایم حدی جنسی جاری کرد. هم‌چنین به مقتضای قاعده «درء» که به فرموده محقق سبزواری، یکی از قواعد مسلم فقهی است، حدّ از متهم دفع می‌شود؛ (مهذب الأحکام ۲۷: ۲۲۶) زیرا تا موضوع یک حکم ثابت نشود، حکم آن ثابت نخواهد شد، در واقع با وجود تعارض دو دلیل با هم، در احراز موضوع حکم شک می‌کنیم و در صورت چنین شکی نمی‌توان حکم را در مورد متهم جاری کرد. در نتیجه به موجب تعارض علم فاقد شرایط قطع موضوعی یا بیّنه یا اقرار، حدّ بر متهم جاری نخواهد شد.

خلاصه این‌که اگر علم قاضی از نوع دسته اول باشد، چون قطع بر دو قسم موضوعی و طریقی است، باید علم قاضی را هم با توجه به این دو معیار سنجید. اگر علم قاضی را طریقی دانستیم، چنین علمی را بر ادله خاص مقدّم می‌کنیم، اما اگر آن را موضوعی دانستیم، در صورت رعایت

شرایط قطع موضوعی، آن را بطرق خاص اثبات ترجیح می‌دهیم. اگر این شرایط رعایت نشد، حدّ از متهم به جرایم حدّی جنسی سلب می‌شود. در نتیجه، با وجود تعیین طرّقی خاص برای اثبات این جرایم، شارع مقدّس و قانون‌گذار، علم قاضی را هم در کنار این طرق قرار داده است و حتی در بعضی صور، آن را بر ادلّه خاص اثبات این جرایم مقدّم کرده است.

۳-۱) اعتبار علم قاضی در فرض استناد آن به طرق خاص کم‌تراز نصاب شرعی

این فرع بیش‌تر در بین فقهای معاصر بررسی شده است به طوری که حسب تتبع، اثری در میان قدما از آن یافت نشد. در میان معاصران، بسیاری از فقها این موضوع را در ضمن مباحثشان بررسی کرده‌اند. از جمله این افراد، حضرات آیات گلپایگانی، (الذّر المنضود فی احکام الحدود ۱: ۱۱۸) موسوی اردبیلی، (فقه الحدود و التعزیرات ۱: ۲۴۶) مکارم شیرازی، (انوار الفقاهه - کتاب الحدود ۴۶۴) و سبحانی (نظام القضاء و الشهاده ۱: ۲۱۳) هستند که با اندکی تفاوت در بیان، مخالف عمل به علم قاضی در دسته سوم هستند. در مقابل، چه بسا بتوان قائلان به اعتبار مطلق (در حدود و غیر آن) علم قاضی را در برابر این فقها قرار داد، ولی از آن‌جا که سابقاً به ذکر ادلّه این گروه از فقها پرداختیم، از ذکر مجدد ادلّه آن‌ها خودداری می‌کنیم. مخالفان عمل به علم قاضی در دسته سوم، از روایت صالح بن میثم و حدسی بودن این علم به عنوان دلیل و از حدیث بیهقی از پیامبر اسلام به عنوان مؤید برای اثبات مدعای خود استفاده کرده‌اند.

روایت صالح بن میثم مهم‌ترین دلیلی است که فقهای امامیه در جرایم حدّی منافی عفت مبنی بر جایز نبودن عمل قاضی به علمی که مستندش اقرار یا شهادت کم‌تراز نصاب شرعی است، به آن تمسک کرده‌اند. همان‌طور که قبلاً بیان شد، در این روایت، زنی نزد امیرالمؤمنین علی علیه السلام یک بار اقرار به زنا کرد که بابت اعتنایی ایشان مواجه شد. با این وجود، این زن به یک بار اقرار اکتفا نکرد و در سلامت عقل و صحت فکر و با وجود بارداری باز گریه‌کنان نزد امام علی علیه السلام رفت و اصرار بر اجرای حدّ برای پاک شدن کرد. در این روایت با وجود حصول علم به ارتکاب زنای آن زن با اقرار کم‌تراز نصاب شرعی، امام علی علیه السلام حاضر به اجرای حدّ در مورد زن اقرارکننده نشد تا این که چهار بار اقرار کرد. بنا بر این، با توجه به روایت یادشده، اگر قاضی با اقرار یا شهادت کم‌تراز چهار بار در جرایم حدّی جنسی

به ارتکاب جرم علم پیدا کرد، چنین علمی حجت نیست و قاضی نمی‌تواند مطابق آن عمل کند. از دیگر دلایلی که با توجه به اعتقاد برخی از فقها در مورد علم قاضی می‌توان برای ابطال علم مستند به اقرار یا شهادت کم‌تراز نصاب شرعی استفاده کرد، «حدسی بودن علم یادشده» است. با توجه به اصل «عدم قضاوت احدی بردیگری» (محقق خویی، مبانی تکملة المنهاج ۸: ۴۱) هنگام تحلیل حجیت علم قاضی باید به قدر متیقن از اقسام آن یعنی علم حسی و قریب به حس اکتفا کرد؛ چون برای اثبات حجیت علم قاضی مستند به حدس مثل علمی که اکنون در مورد آن تحقیق می‌شود، به دلیل معتبر نیاز است، اما مضاف بر این که دلیلی بر حجیت چنین علمی موجود نیست، قرینه برخلاف آن وجود دارد. از جمله این که در میان روایاتی که در مورد قضاوت پیامبر گرامی اسلام و ائمه معصومین علیهم‌السلام نقل شده است، روایتی مبنی بر عمل به علم حدسی در قضاوتشان وجود ندارد. افزون بر آن، در چنین مواردی، حتی اگر قضاوت بر اساس حق مستند به علم حدسی حکم صادر کنند، در موضع تهمت قرار خواهند گرفت. از طرفی دیگر، چه بسا قضاتی که معصوم نیستند و امکان صدور خطا و گناه از آن‌ها ممکن است، به لغزش افتند و با استناد به ایجاد علم از ادله خاص مستند به نصاب کم‌تر، حکمی مخالف با واقع مطابق میل نفسانی خود صادر کنند. در همین راستا، آیت‌الله مکارم شیرازی علم حدسی قاضی را حجت نمی‌داند. (کتاب الحدود ۴: ۴۴) بنا بر این، چون منشأ علم قاضی، مستند به اقرار یا شهادت کم‌تراز نصاب شرعی است و چنین علمی، حدسی است، به فرموده برخی علمای اعتبار است.

روایت بی‌هقی از پیامبر گرامی اسلام، یکی از مؤیداتی است که مخالفان عمل قاضی به علم خود در جرایم حدی منافی عفت در مورد دسته چهارم، به آن تمسک کرده‌اند. (بی‌هقی، السنن الکبری ۸: ۲۲۶ و ۷: ۷۴۰) ذکر این روایت به دلیل ضعف سندی، به عنوان مؤید است. مطابق روایت، با وجود اقرارهای پی در پی «ماعز»، حتی زمانی که اقرارش به چهار بار نرسیده بود و با وجود اصرار وی برای پاک شدنش و جلوگیری از عذاب روز قیامت، حضرت به اجرای حدّ زنا در مورد وی حاضر نشد تا این که چهار اقرارش ثابت شد. بنا بر این، دلالت حدیث برای اثبات مدعا تام است، اما چون روایت از طریق عامه نقل شده است، فقها از آن به عنوان مؤید استفاده کرده‌اند. پس بر اساس نظر فقها، این روایت مؤید خوبی برای عدم جواز استفاده از علم قاضی در جرایم حدی جنسی از قبیل

زنا، لواط و مساحقه است.

بنابراین، براساس مطالب ذکر شده، در میان کتب قدما به راحتی نمی توان نظره‌هایشان را در مورد این موضوع به دست آورد، اما در مقابل، تعدادی از فقهای معاصر در آثارشان، مخالفت خود را در مورد عمل به علمی که بر اثر اقرار یا شهادت کم‌تراز نصاب شرعی در جرایم حدی یاد شده، بیان کرده‌اند.

نتیجه

با توجه به دسته‌بندی علم قاضی در جرایم حدی منافی عفت و بررسی و تبیین هر دسته، یافته‌های تحقیق حاضر عبارتند از:

۱. اعتبار نداشتن علم قاضی در جرایم حدی منافی عفت در صورت نبود شهود یا اقرار؛
۲. ترجیح علم قاضی بر شهادت شهود یا اقرارهای چهارگانه در صورتی که علم قاضی را طریق بدانیم و یا در صورت رعایت شرایط، در فرض موضوعی بودن علم او.
۳. اعتبار نداشتن علمی که مستند به اقرار یا شهادت کم‌تراز نصاب شرعی است.

فهرست منابع

- ۱- انصاری، مرتضی بن محمد امین. القضاء و الشهادات. قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، چاپ ۱، ۱۴۱۵ ه. ق.
- ۲- حرّ عاملی، محمد بن حسن. وسائل الشیعة. قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام، چاپ ۱، ۱۴۰۹ ه. ق.
- ۳- حسینی (ابن زهره حلبی)، حمزه بن علی. غنیة النزوع إلى علمی الأصول والفروع. قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام، چاپ ۱، ۱۴۱۷ ه. ق.
- ۴- حلّی، محمد بن حسن بن یوسف. ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد. قم: مؤسسه اسماعیلیان، چاپ ۱، ۱۳۸۷ ه. ق.
- ۵- رشتی، میرزا حبیب الله. کتاب القضاء. قم: دارالقرآن الکریم، چاپ ۱، ۱۴۰۱ ه. ق.
- ۶- سبحانی تبریزی، جعفر. نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء. قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام، چاپ ۱، ۱۴۱۸ ه. ق.
- ۷- سبزواری، سید عبدالأعلی. مهذب الأحکام. قم: مؤسسه المنار، چاپ ۴، ۱۴۱۳ ه. ق.
- ۸- شریف مرتضی، علی بن حسین. الانتصار فی انفرادات الإمامیة. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ ۱، ۱۴۱۵ ه. ق.
- ۹- شهید ثانی، زین الدین بن علی. الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة. قم: کتاب فروشی داوری، چاپ ۱، ۱۴۱۰ ه. ق.
- ۱۰- طوسی، ابو جعفر محمد بن حسن. الخلاف. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ ۱، ۱۴۰۷ ه. ق.
- ۱۱- _____ . المبسوط فی فقه الإمامیة. تهران: المكتبة المرتضویة لإحياء الآثار الجعفریة، چاپ ۳، ۱۳۸۷ ه. ق.
- ۱۲- _____ . النهاية فی مجرد الفقه و الفتاوی. بیروت: دار الكتاب العربی، چاپ ۲، ۱۴۰۰ ه. ق.
- ۱۳- گنجینه استفتائات قضایی. قم: مؤسسه آموزشی پژوهشی قضاء، بی تا.
- ۱۴- پژوهشگاه قوه قضاییه. مجموعه آرای قضایی. تهران: اداره انتشارات رویه قضایی کشور، ۱۳۹۱ ه. ش.
- ۱۵- محقق حلّی، نجم الدین جعفر بن حسن. شرائع الإسلام فی مسائل الحلال والحرام. قم: مؤسسه اسماعیلیان، چاپ ۲، ۱۴۰۸ ه. ق.
- ۱۶- مکارم شیرازی، ناصر. الفتاوی الجديدة. قم: انتشارات مدرسه امام علی بن

- ابى طالب عليه السلام، چاپ ۲، ۱۴۲۷ هـ. ق.
- ۱۷- _____ . أنوار الفقاهة . كتاب الحدود و التعزيرات ، قم : انتشارات مدرسه امام علي بن ابي طالب عليه السلام ، چاپ ۱، ۱۴۱۸ هـ. ق .
- ۱۸- موسوى خمينى ، سيدروح الله . تحرير الوسيلة . قم : مؤسسه مطبوعات دارالعلم ، چاپ ۱ ، بى تا .
- ۱۹- موسوى خوبى ، سيد ابوالقاسم . مباني تكملة المنهاج . قم : مؤسسة إحياء آثار الإمام الخوئي ، چاپ ۱، ۱۴۲۲ هـ. ق .
- ۲۰- موسوى اردبيلى ، سيد عبدالكريم . فقه الحدود و التعزيرات . قم : مؤسسة النشر لجامعة المفيد ، چاپ ۲، ۱۴۲۷ هـ. ق .
- ۲۱- موسوى اردبيلى ، سيد عبدالكريم . فقه القضاء . قم : مؤسسة النشر لجامعة المفيد ، چاپ ۲، ۱۴۲۳ هـ. ق .
- ۲۲- موسوى گلپايگانى ، سيد محمدرضا . الدر المنصود في أحكام الحدود . قم : دار القرآن الكريم ، چاپ ۱، ۱۴۱۲ هـ. ق .
- ۲۳- يوسفى فاضل آبي ، حسن بن ابى طالب . كشف الرموز في شرح مختصر النافع . قم : دفتر انتشارات اسلامى وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم ، چاپ ۳، ۱۴۱۷ هـ. ق .