

رسائل

مجله علمی دانش پژوهان مرکز آموزش های تخصصی فقه

شماره ۱، زمستان ۹۳

صفحات ۹۴ تا ۱۱۱

فاضل حدادی*

HADADYFAZEL1390@gmail.com

حکم تعدی جنسی به میّت با تأکید بر دیدگاه مرحوم خوئی

چکیده

تعدی جنسی به میّت یکی از رفتارهای شنیع است. این پدیده در شرع به شدت مورد تقبیح قرار گرفته، فاعل آن در برخی صور مستوجب حد زنا شمرده شده است. این تجاوز می تواند به صور مختلفی من جمله دخولی غیر همجنس (شامل زوج و غیر زوج) و دخولی همجنس انجام شود که حکم هر یک از این موارد با هم متفاوت است. برای اثبات چنین تجاوزی همانند زنا و لواط به چهار شاهد یا چهار بار اقرار نیاز داریم. همچنین در جریان حد و تعزیر در این جرم افزایش عقوبت وجود ندارد.

کلیدواژگان

تعدی جنسی، میّت، تعدی دخولی، تعدی به همجنس، تعدی به غیر همجنس، طرق اثبات، افزایش عقوبت.

مقدمه

یکی از رفتارهای شنیع و پستی که متأسفانه در جوامع مختلف انجام می‌پذیرد، تجاوز به میّت است. شارع مقدس برای چنین عملی مجازات سختی تعیین کرده، فاعل آن را مستوجب حدّ زنا دانسته است. با این حال در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ اثری از تعرض قانون‌گذار به این مسأله دیده نمی‌شود. لکن در قانون مجازات مصوّب ۱۳۹۲ در قالب یک ماده (ماده ۲۲۲) به این بحث پرداخته شده و نظریه مشهور فقها مبنی بر زنا بودن تجاوز به میّت پذیرفته شده است. همچنین این ماده، تعدّی زوج به زوجه میّت‌ناش را از مصادیق زنا خارج کرده، مستوجب تعزیر دانسته است. علاوه بر این، مواد ۱۹۹ و ۱۷۲، طریق اثبات تجاوز به میّت را برای غیر زوجه همان چهار شاهد و یا چهار بار اقرار زنا دانسته و برای زوجه دو شاهد و یا یک بار اقرار به تعدی را کافی می‌دانند.

با توجه به موضوعیت نوع تعدی بر حکم آن، در این مقاله، در آغاز، اقسام تعدی بر شمرده شده و در قسمت دوم طرق اثبات آن بررسی خواهد شد. همچنین برای تکمیل این مسأله در انتهای این مقاله، امکان افزایش عقوبت چنین عملی مورد بررسی قرار گرفته است.

الف: اقسام تعدی

۱- تعدی دخولی غیر همجنس

تعدی غیر زوج

اگر غیر از زوج، شخص دیگری به میّت تجاوز کند، بین این تجاوز و سایر تجاوزات که به شخص زنده صورت می‌گیرد، هیچ فرقی وجود ندارد و تمامی احکام مربوط به زنا در مورد تجاوز به میّت نیز جاری است. تمامی فقهاء تجاوز به میّت را زنا دانسته و

فرموده‌اند که این فعل ماهیتاً هیچ فرقی با زنا ندارد. به همین دلیل است که تمامی احکام مربوط به زنا را در این مورد جاری می‌دانند.

مرحوم خوئی در مسأله ۱۷۹ مبانی تکملة المنهاج می‌فرماید:

• «لا فرق فیما ذکرناه من الأحكام المترتبة على الزنا بين الحي و المیت، فلو زنی بامرأة میته فإن كان محصناً رجم، وإن كان غیر محصن جلد.» (۳۷۷:۴۱)

طبق فرمایش ایشان تمامی احکام مرتبط به زنا بین شخص زنده و مرده مشترک است، همان‌گونه که اگر شخص محصنی با شخص زنده‌ای زنا کند، به رجم محکوم می‌شود، اگر همین شخص با میت نیز این عمل را انجام دهد باز هم به رجم محکوم خواهد شد.

بسیاری از فقهاء همین دیدگاه را داشته، برخی از عبارات ایشان در زیر آمده است:

- «و یثبت بما یثبت به الزنا بالحيّة» (فقعانی، الدر المنضود ۲۹۹)
- «و وطء المرأة الميتة كوطء الحيّة في الحدّ و اعتبار الإحصان و غیر ذلك و بالجمله: لا فرق بین و طئها حیةً و میتةً في الحدّ و غیره» (حائری، ریاض المسائل ۱۶: ۱۷۵-۱۷۶)
- «و أما كون و طئ الميتة كالحيّة فالظاهر عدم الخلاف فيه» (خوانساری، جامع المدارک ۱۷۹:۷)
- «قال المحقق رحمه الله: «و وطء الميتة من بنات آدم كوطء الحيّة في تعلق الإثم و الحدّ، و اعتبار الإحصان و عدمه» (اردبیلی، فقه الحدود و التعزیرات ۲: ۲۱۱)

سه دلیل عمده برای این قول ذکر شده است:

دلیل اول: اجماع

مرحوم خوئی در این مسئله، می‌فرماید: «من دون خلاف بین الفقهاء» (مبانی تکمله ۲۷۷:۴۱) ایشان در اینکه بین زنده و مرده در اجرای احکام فرقی نیست ادعای اجماع کرده

و می‌فرمایند این مسئله از مسائل اجماعی است و بین فقهاء در این زمینه اختلافی نیست. برخی دیگر از فقهاء نیز به همین شکل نظر داده‌اند:

• «ثمَّ إنَّه لا خلاف بين الأصحاب في أنَّ من وطأ امرأة أجنبية ميّنة فإنَّ حكمه حكم من وطأها وهي حيّة، بل ادّعي عليه الاتّفاق في كلام الفاضل الأصفهاني،» (اردبیلی، فقه الحدود و التعزیرات ۲: ۲۱۲-۲۱۳)

• «مضافاً إلى كونه زناً إجماعاً كما في الانتصار و السرائر» (حائری، ریاض المسائل ۱۶: ۱۷۵)

دلیل دوم: اطلاقات ادله

مرحوم خوئی در مبانی تکملة این دلیل را ذکر کرده، می‌فرماید: «و تدلّ علی ذلك إطلاقات أدلة الزنا من الكتاب و السنّة» (۴۱: ۳۷۷)

طبق فرمایش ایشان وقتی در مورد زنا و احکام آن بحث و گفتگو می‌شده و امام در مورد زنا صحبت می‌کردند تمامی این بحث و گفتگوها به طور مطلق بوده و در هیچ یک از آنها قیدی مبنی بر اینکه این احکام مختص به زنده است آورده نشده است.

این بیان در کلام سایر فقهاء نیز یافت می‌شود:

• «و استدلّ علی كون حكم الواطئ بالميّنة كحكم الزاني بالحيّة بإطلاقات أدلة الزنا من الكتاب و السنّة.» (اردبیلی، فقه الحدود و التعزیرات ۲: ۲۱۳)

• «فیدخل فی عموم ما دلّ علی أحكامه.» (حائری، ریاض المسائل ۱۶: ۱۷۵)

علی‌رغم این سخن بعضی از فقهاء اطلاق ادله را نپذیرفته، فرموده‌اند: می‌توان ادعای انصراف نمود و گفت که ادله‌ی باب زنا منصرف از میّت است و مختص به زنده است و شاهد این انصراف، سؤال از حکم تجاوز به میّت و تعلیل امام مبنی بر اینکه حرمت میّت مانند حرمت زنده است، می‌باشد و اگر ادله باب زنا اطلاق داشت و میّت را هم در بر

می‌گرفت، این روایات و سؤال و جواب و تعلیل امام بی‌معنا می‌شد.^۱ (خوانساری، جامع المدارک ۷: ۱۸۰)

صرف اینکه از حکم به مسئله‌ای از امام سؤال شده باشد، دلیل بر وجود انصراف نیست و این سؤال و جواب تأکیدی و به خاطر اعظم بودن عمل صورت گرفته است. از طرفی این حرف شما بازی با روایات است زیرا از طرفی روایات را دلیل بر عدم وجود اطلاعات دانسته و از طرفی قاصر السند می‌دانید زیرا اگر قاصر السند هستند دیگر توانایی استدلال برای رفع اطلاعات ادله را ندارد.

دلیل سوم: روایات خاص

سومین دلیل اقامه شده، روایات خاص این باب است. مرحوم خوبی این روایات را به عنوان دلیل نمی‌پذیرد و فقط به دو دلیل اول اکتفا می‌کند و روایات این باب را به عنوان مؤید می‌پذیرد.

ایشان می‌فرماید:

• «تؤیّد به روایتان: إحداهما: رواية عبد الله بن محمد الجعفی عن أبي جعفر (عليه السلام): في رجل نبش امرأة فسلبها ثيابها ثم نكحها» قال: إن حرمة الميتة كحرمة الحي، تقطع يده لنبشه و سلبه الثياب، و يقام عليه الحد في الزنا إن أحسن رجم، و إن لم يكن أحسن جلد مائة»
• و ثانیتهما: رواية إبراهيم بن هاشم، قال: لما مات الرضا (عليه السلام) حججنا فدخلنا على أبي جعفر (عليه السلام) و قد حضر خلق من الشيعة إلى أن قال: فقال أبو جعفر (عليه السلام): «سئل أبي عن رجل نبش قبر امرأة فنكحها، فقال أبي: يقطع يمينه للنبش و يضرب حدّ الزنا، فإن حرمة الميتة كحرمة الحيّة... الحديث» (مبانی تکمله ۴۱: ۲۷۷)

۱. «لكن شمول الإطلاع لعله لا يخلو عن الإشكال لاحتمال الانصراف والشاهد عليه السؤال عن الحكم وما في كلام الإمام عليه الصلاة والسلام التعليل بأن حرمة الميتة كحرمة الحيّة و تعرض الفقهاء بالخصوص».

برخی دیگر از فقهاء نیز در استناد خود به این روایات، این مطلب را پذیرفته‌اند که آنها، تنها مؤید این مطلب بوده، نمی‌توانند به تنهایی دلیل معتبر باشند:

• «و یؤید ذلك بما ورد من النصوص الخاصّة فی المقام» (اردبیلی، فقه الحدود و التعزیرات ۲: ۲۱۳)

اما عده‌ای از فقهاء استناد این روایات را پذیرفته، این روایات را دلیل این مطلب می‌دانند:

• «و لأنّ حرمة المؤمن میتاً كحرمة حیاً، كما ورد فی النصوص عموماً و خصوصاً، و منه الخبر: فی رجل نبش امرأة فسلبها ثيابها ثم نكحها، قال: «إنّ حرمة المیت كحرمة الحيّ، تقطع يده لنبشه و سلبه الثياب، و یقام علیه الحدّ فی الزناء، إن أحسن رُجم، و إن لم یكن أحسن جُلد مائة» (حائری، ریاض المسائل ۱۶: ۱۷۵)

• «تدلّ علیه أيضاً: رواية إبراهيم بن هاشم قال: «لما مات الرّضا علیه السّلام حججنا فدخلنا على أبي جعفر علیه السّلام و قد حضر خلق من السنیّة - إلى أن قال - فقال أبو جعفر علیه السّلام: «سئل أبا عن رجل نبش قبر امرأة فنكحها، فقال أبا علیه السّلام: یقیمه للنبش و یضرب حدّ الزّنی فإنّ حرمة المیتة كحرمة الحيّة - الحديث» (خوانساری، جامع المدارك ۷: ۱۷۹)

اما دلیل اینکه این روایات صلاحیت استناد ندارند و فقط می‌توانند مؤید این مطلب باشند، این است که آنها از لحاظ سندی دارای ضعف هستند. روایت اول به دلیل وجود «عبدالله بن محمد الجعفی» ضعیف است (حلی، رجال ابن داود ۱: ۴۷۱؛ حلی، رجال العلامة الحلی ۱: ۲۳۸؛ خوئی، معجم رجال ۱۰: ۳۱۴) و روایت دوم مرسله می‌باشد زیرا سلسله سند بین مفید و علی بن ابراهیم قطع شده است.

در مقابل روایات دیگری نیز وجود دارد که نفی هرگونه حد از متجاوز به میت کرده است. مانند:

• «ما رواه الشيخ الطوسی فی التهذیب یاسناده عن محمد بن علی بن محبوب، عن علی بن محمد القاسانی، عن القاسم بن محمد، عن سلیمان بن داود، عن النعمان بن عبد السلام، عن ابي

حنيفة، قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل زنى بميتة، قال: لا حدّ عليه.» (طوسی، تهذيب الاحكام ۱۰: ۶۳)

• «ورواه في الاستبصار أيضاً ولكن مع اختلاف في السند، إذ فيه: «... عن النعمان بن عبد السلام، عن أبي جعفر عليه السلام، قال: سألته عن رجل زنى بميتة؟ قال...» (اردبيلي، فقه الحدود و التعزيرات ۲: ۲۱۴)

این روایات از لحاظ سندی دارای ایراد و اشکال بوده و اصطلاحاً ضعیف السند می باشند. زیرا در سلسله سند این روایات افرادی مانند «علی بن محمد القاسانی و القاسم بن محمد الجوهري» وجود دارند که در کتب رجال تضعیف شده‌اند. ثانياً اعراض جميع اصحاب و عدم عمل آنها باعث وهن این روایات می شود. (اردبيلي، فقه الحدود و التعزيرات ۲: ۲۱۴-۲۱۵)

وقتی روایات از لحاظ سندی دچار خدشه و اشکال شد دیگر قابل اعتماد نبوده، و باید روایات کنار گذاشته شوند. به این ترتیب این روایات، نمی توانند معارضه با روایات سابق داشته باشند. ولی با این حال عده‌ای از فقهاء محمل‌هایی برای این روایات ذکر کرده‌اند.

تعدی زوج

اگر زوج به زوجه میّت خود تجاوز کند این تجاوز او حکم زنا ندارد و زوج به مجازات حدّی محکوم نمی شود. این کلام به این معنا است که تعدی زوج به زوجه میّت خود استثناً از اتصالات ادله زنا است و آن ادله منصرف از تعدی زوج می باشد.

• «و ذکر فقهاؤنا رحمهم الله أنه إذا كانت الميِّتة الموطوءة زوجة الواطئ أو أمته المحلّلة له، فعليه التعزير خاصة بما يراه الإمام مردعاً له عمّا أتاه، بل في الجواهر: «كما عن الأكثر القطع به، بل لم أجد خلافاً فيه.» (اردبيلي، فقه الحدود و التعزيرات ۲: ۲۱۷)

۱. ر.ک. (طوسی، تهذيب الاحكام ۱۰: ۶۳-۶۲ و ۱۱۶: ۱۰؛ طوسی، الاستبصار ۴: ۲۲۵ و ۴: ۲۴۶).

• «و لو كانت زوجته، اقتصر في التأديب على التعزير و سقط الحدّ» (حلی، شرایع الاسلام ۴: ۱۷۵-۱۷۴)

• «و لو كانت زوجته أو أمته المحلّلة له فلا حدّ عليه» (حائری، ریاض المسائل ۱۶: ۱۷۶)

• «و لو كانت المرأة زوجة فلا حدّ» (خوانساری، جامع المدارک ۷: ۱۸۰)

برای اثبات زنا نبودن عمل زوج دو دلیل اقامه شده است:

دلیل اول: اجماع؛ که با دقت در کلام فقهاء این مورد روشن می‌شود.

دلیل دوم: شبهه بقاء زوجیت؛ دلیل دیگری که باعث می‌شود تعدی زوج را از اطلاقات ادله سابق خارج کنیم وجود شبهه است. زیرا شبهه داریم که آیا با موت، علقه زوجیت از بین رفته است یا اینکه همچنان این علقه برقرار است؟ در چنین حالتی استصحاب وجود علقه می‌کنیم. چرا که می‌دانیم اسباب ازاله علقه نکاح منحصر است و موت از آن اسباب نیست لذا در زوج مانند غیر آن حکم به زنا و آثار آن نمی‌کنیم. از آنجا که فقهاء اتفاق دارند بر اینکه آمیزش بعد از مرگ حرام است و ادعای اجماع^۱ بر این مطلب شده است، زوج محکوم به تعزیر می‌شود. برخی در این رابطه گفته‌اند:

• «و عدم الحدّ هو للشبهة في خروج المرأة بالموت عن الزوجية بالكلیة، و ذلك لجواز تغسیله

ایّاه و النظر إلى رأسها و وجهها و أشباه ذلك» (اردبیلی، فقه الحدود و التعزیرات ۲: ۲۱۷)

• «و لو كانت زوجته، اقتصر في التأديب على التعزير و سقط الحدّ بالشبهة» (حلی، شرایع

الاسلام ۴: ۱۷۵-۱۷۶)

• «لسقوط الحدّ بالشبهة و بقاء علاقة الزوجية.» (حائری، ریاض المسائل ۱۶: ۱۷۶)

۱. رک. (نجفی، جواهر الکلام ۴۱: ۶۴۵؛ حائری، ریاض المسائل ۱۶: ۱۷۶).

۲- تعدی دخولی همجنس

اگر شخصی به میّت تجاوز کند، بین این تجاوز و سایر تجاوزات که به شخص زنده صورت می‌گیرد هیچ فرقی وجود نداشته، تمامی احکام مربوط به لواط در مورد تجاوز به میّت نیز جاری است. اکثریت قریب به اتفاق فقهاء تجاوز به میّت همجنس را لواط دانسته، فرموده‌اند این فعل ماهیتاً هیچ فرقی با لواط ندارد. به همین دلیل، تمامی احکام مربوط به لواط را در این مورد نیز جاری می‌دانند.

مرحوم سید خوبی در مسأله ۱۸۷ مبانی تکملة می‌فرمایند: «إذا لاط بمیّت کان حکمه حکم من لاط بحیّ» (۲۸۵:۴۱) طبق فرمایش ایشان تمامی احکام مرتبط به لواط بین شخص زنده و مرده مشترک است.

کلام سایر فقهاء نیز به همین ترتیب است:

- «الأولی: من لاط بمیّت، کان کمن لاط بحیّ.» (حلی، شرایع الاسلام ۴: ۱۷۵-۱۷۶)
 - «و أما اللاطی بالأموات فقد ذکر الأصحاب أنّ حکمه حکم اللاطی بالأحیاء علی السواء، و لا یختلف الحکم فی ذلك.» (اردبیلی، فقه الحدود و التعزیرات ۲: ۲۱۶)
 - «و من لاط بمیّت کان کمن لاط بحیّ.» (حائری، ریاض المسائل ۱۶: ۱۷۸)
 - «و من لاط بمیّت کمن لاط بحیّ» (خوانساری، جامع المدارک ۷: ۱۸۰)
- دلیل اینکه لواط با میّت در حکم لواط با زنده است اطلاعات ادله لواط و شمول ادله می‌باشد. مرحوم خوبی در این رابطه می‌فرماید: «ذلك لإطلاق جملة من الأدلة، و عدم قصورها عن شمول مثل ذلك.» (مبانی تکمله ۴۱: ۲۸۵)
- کلام دیگر فقهاء نیز مؤید همین مطلب است:
- «و الدلیل علی ذلك أنه لواط فیتناوله أدلته و أحكامه،..... و ما یدعی من شبهة انصراف الأدلة إلى التلوط بالأحیاء لا یعتنی به.» (اردبیلی، فقه الحدود و التعزیرات ۲: ۲۱۶)

- «أما كون اللائط بالميت كمن لاط بالحي فاستدلّ عليه بصدق اللواط الموجب للحدّ و هذا مبنيّ على عدم الاعتناء بشبهة الانصراف.» (خوانساری، جامع المدارك ۷: ۱۸۰)

ب: طرق اثبات^۱

۱- تعدی غیر زوج

در قسمت قبل گفته شد که تعدی به میت، زنا یا لواط محسوب شده، تمامی احکام مربوط به آنها را دارا می‌باشد. یکی از احکام، طریقه‌ی اثبات این عمل است که به اجماع فقهاء - چه در زنا و چه در لواط - اثبات این عمل نیاز به چهار شاهد و یا چهار بار اقرار مقرر دارد. به دلیل اینکه فقهاء بین تجاوز به زنده و تجاوز به میت فرقی قائل نشده‌اند، در تجاوز به میت نیز برای اثبات نیازمند چهار شاهد و یا چهار اقرار هستیم. در این خصوص گفته شده:

- «قال ابن إدريس رحمه الله فى بيانه ما هذا نصّ كلامه: «و الذى تقتضيه الأدلة و أصول مذهبننا أنّ الإقرار أربع مرّات و الشهادة أربع رجال؛ لأننا أجمعنا أنّه زان و زناء، و الزنا بإجماع المسلمين لا يثبت إلاّ بشهادة أربعة رجال أو إقرار الفاعل أربع مرّات. و الإجماع فغير منعقد على تخصيص ذلك، و لا يرجع فى ذلك إلى أخبار الآحاد، و لا كتاب مصنف، و إن كان قد أورد ذلك شيخنا فى نهائته إيراداً لا اعتقاداً كما أورد أمثاله من أخبار الآحاد.» و ملخص كلامه أنّ وطء الميتة زناً بالإجماع، و الأدلة تدلّ على ثبوت الزنا بأربعة من غير تخصيص بالحياة.» (اردبیلی، فقه الحدود و التعزیرات ۲: ۲۱۲)

- «و لا يثبت إلاّ بأربعة شهود ذكور عدول، وفاقاً للمشهور، بل لعلّه لا خلاف فيه بين المتأخرين؛ لأنّه زناء فى الجملة، بل أفحش كما عرفته، فيتناولها عموم أدلة توقف ثبوته

۱. مرحوم خوئی در کتاب مبانی تکملة المنهاج متعرض این بحث نشده است.

على الأربعة؛ لأنَّ شهادة الواحد قذف، و لا يندفع حدّه إلاّ بكمال أربعة شهود. فالمتحقق اعتبار الأربعة من غير تعليل، بل في كثير من النصوص ما ينافي تعليله و إن توقف الزناء على الأربعة و القتل على اثنين، مع أنّه أعظم دليل على بطلان القياس.» (حائري، رياض المسائل ١٦: ١٧٦-١٧٨)

• «و لا يثبت إلاّ بأربعة شهود أمّا عدم ثبوت الزنى بالميتة إلاّ بأربعة فمبنيّ على شمول الإطلاقات لمثل هذا الزنى.» (خوانساری، جامع المدارك ٧: ١٨٠)

در مقابل این نظریه، عده‌ای از فقهاء قائل هستند که چهار شاهد نیاز نبوده، دو شاهد کافی است. این دسته از فقهاء برای نظریه خویش دو دلیل اقامه کرده‌اند: دلیل اول: علت اینکه در تجاوز به زنده چهار شاهد لازم است این است که در تجاوز به زنده عمل تجاوز بین دو شخص انجام شده و هر یک از آنها نیاز به دو شاهد دارند که مجموعاً چهار شاهد لازم است. اما در تجاوز به میت یک طرف وجود دارد و برای همان طرف شاهد لازم است. بنابراین در تجاوز به میت دو شاهد کفایت می‌کند. ایشان برای این دلیل به عده‌ای از روایات تمسک کرده‌اند مانند:

• «إسماعيل بن أبي حنيفة، عن أبي حنيفة قال: قلت لأبي عبد الله (عليه السلام): كيف صار القتل يجوز فيه شاهدان، و الزناء لا يجوز فيه إلاّ أربعة شهود، و القتل أشدّ من الزناء؟ فقال: «لأنّ القتل فعل واحد، و الزناء فعّان، فمن ثمّ لا يجوز إلاّ أربعة شهود: على الرجل شاهدان، و على المرأة شاهدان» (عاملی، وسائل الشیعه ٢٧: ٤٠٨ و ٢٩: ١٣٧)

مرحوم صاحب ریاض در این خصوص فرموده‌اند:

• «یثبت بشهادة عدلين؛ لأنّها شهادة على فعل واحد یوجب حدّاً واحداً، كوطء البهيمّة، بخلاف الزناء بالحیّة، فإنّه یوجب حدّین، فاعتبر فيه الأربعة لأنّها شهادة على اثنين.» (رياض المسائل ١٦: ١٧٧)

دلیل دوم: روایاتی که دو شاهد را حجت شرعی می‌دانند، عمومیت داشته و حالت تجاوز

به میّت را نیز شامل می‌شوند. همچنین عموم «اقرار عقلاء علی انفسهم جایز»، نیز مؤید این مطلب است و از آنجا که شخصی قائل به این نشده که یک اقرار کافی است، اثبات تجاوز توسط دو اقرار ثابت می‌شود.

اشکالات ادله: به هر یک از دلائل بیان شده، اشکالاتی وارد است، که ذیلاً بیان می‌شود:
اشکال دلیل اول: در دلیل اول بیان شد که چون تجاوز به میّت تجاوزی یک طرفه است بنابراین دو شاهد کافی است. این دلیل در تجاوز اکراهی و تجاوز به مجنون نیز موجود می‌باشد ولی هیچ یک از فقهاء در این موارد فتوا نداده‌اند که دو شاهد کافی است.
روایتی را که مستدلین به آن استدلال کرده بودند نیز دارای اشکالاتی است:

اول: اشکال سندی

در سند این روایت شخصی به نام ابی حنیفه وجود دارد که در قیاس کردن شهره خاص و عام است.

دوم: اشکال دلالی

ظاهر این روایت آن است که امام اراده بیان حکمت کرده‌اند و در مقام بیان علّت نمی‌باشند. برخی در این خصوص گفته‌اند:

• «و أُجیب عنه: بانتقاضه بالزنا الإكراهي، و الزنا بالمجنونة، و الزنا بمن اشتبه عليها؛ فإنّ في كلّ واحد منها في الحقيقة شهادة على واحد بمعنى إثبات الحدّ عليه خاصّة مع اشتراط شهادة الأربعة في جميعها، و لأنّه لو كان كذلك لزم ثبوت زنا أحدهما لو شهد اثنان بزنا أحدهما، و الحال أنّه لا بدّ من اجتماع الكلّ على واحد، و هو ظاهر. و في إفادة الحديث الوجه المذكور إشكال و بالجملة أنّه لا يجوز أن يقاس وطاء الأموات بالقتل للحكمة المذكورة في النصّ.» (اردبیلی، فقه الحدود و التعزیرات ۲: ۲۲۷-۲۱۹)

• «هی قاصرة السند كما ترى، و إن اعتبرت برواية البنزطی المجمع علی تصحيح ما یصح عنه عن راویها، مضعفة التعلیل بانتقاضه بالوطء الإكراهی و الزنا بالمجنونة، فإنّهما

كذلك مع اشتراط الأربعة فيهما إجماعاً» (حائري، رياض المسائل ١٦: ١٧٧)

- «استشكل بأنّ الرواية قاصر السند بل الظاهر إرادة الحكمة فيها لا التعليل المنتقض بالإكراه و المجنونة و النائمة مع اشتراط الأربعة.» (خوانساری، جامع المدارك ٧: ١٨١)

اشكال دليل دوم: عمومات ادعا شده با ادله زنا و لواط تخصیص خورده است. در این خصوص گفته شده: «و فيه: أنّ العموم یخصّص بما خصّص به الزنا.» (اردبیلی، فقه الحدود و التعزیرات ٢: ٢٢١)

بنابراین با توجه به اشکالات موجود نظریه دو شاهد و دو اقرار مردود بوده و نظریه چهار شاهد و چهار اقرار مورد قبول است.

٢- تعدی زوج

به دلیل اینکه تجاوز زوج ماهیت زنا ندارد تحت ادله زنا قرار نگرفته، بلکه تحت عمومات حجیت دو شاهد قرار می گیرد و با شهادت دو شاهد، تجاوز زوج ثابت می شود اما نسبت به اقرار می توان گفت که عموم «اقرار العقلاء علی انفسهم جایز» شامل این مطلب نیز شده و با یک اقرار، تجاوز ثابت می شود.

- «الظاهر الاكتفاء في ثبوت وطء الرجل زوجته الميئة أو أمته المحللة له كذلك بشاهدين، كما عدّ ذلك صاحب الجواهر رحمه الله قولاً وجيهاً، و ذلك لعدم كون العمل زناً، فلا تشمله أدلة ثبوت الزنا.» (اردبیلی، فقه الحدود و التعزیرات ٢: ٢٢٢)

ج: افزایش عقوبت

تا به این جا مشخص شد که تجاوز به میّت احکام تجاوز به زنده را دارد و اگر فاعل، زوج میّت باشد به مجازات تعزیری محکوم می شود ولی افزایش عقوبت در زوج معنا ندارد، زیرا تعزیر زوج حسب صلاحدید حاکم است و حاکم می تواند عدد بیشتری را انتخاب کند و

دو تعزیر نیز وجهی ندارد بنابراین سؤال این است که آیا علاوه بر مجازات حدی، فاعل به مجازات دیگری محکوم می‌شود یا به همان مجازات حدی اکتفا می‌شود؟
در این باره سه نظریه وجود دارد که ذیلاً به آنها پرداخته شده است:

نظریه اول: افزایش عقوبت

عده‌ی زیادی از فقهاء معتقدند علاوه بر حدّ مقرر در شرع مجازات دیگری برای متجاوز - زنا و لواط - ثابت است. این مطلب به قدری بین فقهاء ثابت بوده که ادعای اتّفاق و حتّیّ اجماع بر این مطلب شده است. برخی از این فقها چنین فرموده‌اند:

• «ثمّ إنّه قد صرّح الأصحاب بتشديد عقوبة واطئ الميئة و تغليظها بما يراه الحاكم صلاحاً، من دون خلاف بين المتقدمين بل بين المتأخرين في ذلك، بل في كشف اللثام (فاضل هندی، كشف اللثام ۲: ۴۱۰) أنّ عليه الاتّفاق.» (اردبیلی، فقه الحدود و التعزیرات ۲: ۲۱۲)
• «یغلظ فی العقوبة هنا (زیادة علی الحدّ) اتّفاقاً ظاهراً، مصرّحاً به فی کلام بعض أصحابنا.» (حائری، ریاض المسائل ۱۶: ۱۷۶)

• «یزاد هنا فی العقوبة بحسب ما يراه الحاكم.» (فقحانی، الدر المنصود ۲۲۹)
• «هنا الجنایة أفحش، فتغلّظ العقوبة زیادة عن الحدّ، بما يراه الإمام.» (شهید ثانی، مسالک الافهام ۱۵: ۴۵ - ۴۶)

این دسته از فقهاء برای ادعای خود دلایلی را نیز مطرح کرده‌اند:

دلیل اول: مرسله^۱ ابن ابی عمیر^۲؛ در این روایت آمده است که وزر و وبال و گناه تجاوز

۱. شایان ذکر است مراسلات ابن ابی عمیر در حکم مسندات او است. زیرا در کتب رجالی آمده است که ابن ابی عمیر فقط از تقه نقل می‌کند و از غیر تقه نقل نمی‌کند. بنابراین اشکالی به روایت از حیث سند وارد نیست.
۲. وَ بِإِسْنَادِهِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عَلِيٍّ بْنِ مَخْبُوبٍ عَنْ أَيُّوبَ بْنِ نُوحٍ عَنِ الْحَسَنِ بْنِ عَلِيٍّ بْنِ فَضَّالٍ عَنِ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ بَعْضِ أَصْحَابِنَا عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع: «فِي الَّذِي يَأْتِي الْمَرْأَةَ وَ هِيَ مُيْتَةٌ فَفَسَّالَ وَ زُرَّهُ أَكْبَرُ مِنْ ذَلِكَ الَّذِي يَأْتِيهَا وَ هِيَ حَيَّةٌ.»

به میّت از تجاوز به زنده بالاتر و اعظم است. از این روایت استفاده می‌شود دلیل اینکه وزر و وبال تجاوز به میّت اعظم است، افحش بودن این عمل است. زمانی که وزر و وبال تجاوز به میّت اعظم است عقوبت و حد تجاوز به میّت نیز بالاتر است. در خصوص این مرسله گفته شده:

- «و لعلّ الوجه فی ذلك كون الفعل هنا أفحش، و قد مرّ فی مرسله ابن أبی عمیر، عن أبی عبد الله علیه السلام فی الذی یأتی المرأة و هی میّته فإذا کان وزره أعظم من الزانی بحیّته تكون عقوبته و حدّه كذلك.» (اردبیلی، فقه الحدود و التعزیرات ۲: ۲۱۵)
- «لأنّ الفعل هنا أفحش قطعاً، و ورد به المرسل كالموثق صریحاً؛ فی الذی یأتی المرأة و هی میّته.» (حائری، ریاض المسائل ۱۶: ۱۷۶)
- «یزاد هنا فی العقوبة بحسب ما یراه الحاكم، لأنّ الفعل أفحش.» (فقعانی، الدر المنضود ۲۳۹)

همین دلالت روایت شامل صورت قتل نیز شده و عمومیّت دارد و نمی‌توان موردی را از آن استثنا کرد.

- «و هذا الوجه یعمّ أيضاً ما إذا کان حدّه القتل، فیکدمّ التعزیر علی القتل، و لا وجه لما ذكره العلامة رحمه الله فی بعض كتبه من أنّه یغلّظ فی العقوبة فی غیر صورة قتل الواطئ بإحصانه.» (اردبیلی، فقه الحدود و التعزیرات ۲: ۲۱۵)

دلیل دوم: هتک حرمت میّت؛ تجاوز به میّت، فعلی است که دارای دو جنبه است؛ جنبه اول آن زنا یا لواط بودن و جنبه دوم آن هتک حرمت میّت است. بنابراین متجاوز علاوه بر مجازات زنا یا لواط - به دلیل عمل زنا یا لواط - مجازات هتک حرمت میّت را نیز باید متحمل شود.

- «ذلك لجرأته علی اللّه عزّ و جلّ فی انتهاک محارمه، و الاستخفاف بما أعظم فیهِ الزجر و وعظ به العباد.» (اردبیلی، فقه الحدود و التعزیرات ۲: ۲۱۵)

نظریه دوم: عدم افزایش عقوبت

این دسته از فقهاء دو دلیل دسته اول را تمام ندانسته و هر دو دلیل را مورد مناقشه قرار داده‌اند:

مناقشه دلیل اول: روایت ابن ابی عمیر تنها چیزی که بیان می‌کند این است که وزر و وبال و گناه این عمل بیشتر است ولی دلالت ندارد که چون وزر و وبال بیشتر است، پس عقوبت آن نیز بیشتر است. همچنین بین ثبوت گناه بیشتر و ثبوت عقوبت بیشتر ملازمه‌ای وجود ندارد. برخی فقها در این زمینه فرموده‌اند:

• «و الإثم و الجنایة هنا أفحش و أعظم، و علیه تعزیر زائدا علی الحد بحسب نظر الحاکم علی تأمل، فیه، و لو وطأ امرأته المیتة فعلیه التعزیر دون الحد، و فی اللواط بالمیت حد اللواط بالحدی و یعزر تغلیظا علی تأمل.» (خمینی، تحریر الوسیلة ۲: ۴۹۶)

• «و لعل منشأ الاستشکال فی أصل التغلیظ أنه لا دلالة للمرسله، إلا علی کون وزره و إثمه أعظم، و لا ملازمة بین ذلك و بین ثبوت التعزیر الزائد.» (اردبیلی، فقه الحدود و التعزیرات ۲: ۲۱۶)

مناقشه دلیل دوم: برای ثبوت عقوبت زائد نیاز به عنوان دیگری علاوه بر عنوان اصلی داریم ولی در موضوع بحث عنوان زائد وجود ندارد و هتک حرمت میّت صلاحیت افزایش عقوبت را ندارد زیرا حرمت شخص زنده بیشتر از میّت بوده و هتک آن نیز گناه بیشتری دارد اما هیچ فقیهی قائل نشده که در زنا یا لواط عقوبت زائد بر عمل وجود دارد.

• «ثبوت التعزیر فی بعض الموارد زیادة علی الحد إنما هو لتحقق عنوان آخر زائداً علی أصل الفعل، و لیس فی المقام عنوان آخر» (همان)

نظریه سوم: تفصیل بین قتل و غیر آن

طبق این نظریه اگر حکم متجاوز قتل بود عقوبت زائد نخواهد بود ولی اگر حکم

متجاوز غیر قتل بود عقوبت زائد وجود دارد. به نظر می‌رسد تنها دلیل موجود، ادعای انصراف روایت ابن ابی عمیر می‌باشد. در این رابطه برخی از بزرگان گفته‌اند:

• «فیزاد فی الحدّ - حیث لا یكون المطلوب قتله - بما یراه الحاکم.» (شهید ثانی، مسالک الافهام (۴۸:۱۵)

• «إذا وجب الجلد هنا زید فی العقوبة (لأنّ) الفعل هنا أفحش.» (حلی، ایضاح الفوائد (۴۹۶:۴)

به نظر می‌رسد ادعای انصراف ادعای بی دلیل است و قابلیت استدلال ندارد.

نتیجه

تجاوز به میّت حکم تجاوز به زنده را داشته و افزایش عقوبت در آن وجود ندارد. برای اثبات تجاوز همانند زنا و لواط نیازمند چهار شاهد و یا چهار مرتبه اقرار هستیم. تجاوز زوج به زوجه میّت خود در حکم زنا نبوده ولی زوج محکوم به تعزیر می‌شود. زیرا حدّ زنا با وجود شبهه علقت منتفی شده و به دلیل حرمت آمیزش حکم به تعزیر داده می‌شود.

فهرست منابع

۱. اردبیلی، سید عبد الکریم موسوی. فقه الحدود و التعزیرات. چاپ ۲، ۴، قم: مؤسسه النشر لجامعة المفید رحمه الله، ۱۴۲۷ هـ. ق.
۲. حائری، سید علی بن محمد طباطبایی. ریاض المسائل (ط - الحدیثه). چاپ ۱، قم: مؤسسه آل البیت علیهم السلام، ۱۴۱۸ هـ. ق.
۳. حلی، حسن بن علی بن داود. رجال ابن داود. تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۳ هـ. ق.
۴. حلی، علامه، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی. رجال العلامة - خلاصه الأقوال. چاپ ۲، نجف: منشورات المطبعة الحیدریة، ۱۳۸۱ هـ. ق.
۵. حلی، فخر المحققین، محمد بن حسن بن یوسف. ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات

- القواعد. چاپ ۱، ۴، قم: مؤسسه اسماعیلیان، ۱۳۸۷ هـ. ق.
۶. حلّی، محقق، نجم الدین، جعفر بن حسن. شرائع الإسلام فی مسائل الحلال والحرام. چاپ ۲، ۴، قم: مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۰۸ هـ. ق.
۷. خوانساری، سید احمد بن یوسف. جامع المدارک فی شرح مختصر النافع. چاپ ۲، ۷، قم: مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۰۵ هـ. ق.
۸. خوبی، سید ابو القاسم موسوی. مبانی تکملة المنهاج. چاپ ۱، قم: مؤسسه إحياء آثار الإمام الخوئی ره، ۱۴۲۲ هـ. ق.
۹. خوبی، سید ابو القاسم موسوی. معجم رجال الحديث و تفصیل طبقات الرجال. ۲۴، هـ. ق.
۱۰. طوسی، ابو جعفر، محمد بن حسن. الاستبصار فیما اختلف من الأخبار. چاپ ۱، ۴، تهران: دار الکتب الإسلامية، ۱۳۹۰ هـ. ق.
۱۱. طوسی، ابو جعفر، محمد بن حسن. تهذیب الأحکام. چاپ ۴، ۱۰، تهران: دار الکتب الإسلامية، ۱۴۰۷ هـ. ق.
۱۲. فقعی، علی بن علی بن محمد بن طی. الدر المنضود فی معرفة صیغ النیات و الإیقاعات و العقود. چاپ ۱، قم: مكتبة إمام العصر (عج) العلمية، ۱۴۱۸ هـ. ق.
۱۳. نجفی، صاحب الجواهر، محمد حسن. جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام. چاپ ۷، بیروت: دار إحياء التراث العربی، ۱۴۰۴ هـ. ق.