

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

شناختن نقش هر زمان و هر مکان، همواره باید با پایبندی به اصول فقاہت که روش علمی و تخصصی است، همراه باشد. و این است معنای سخن امام راحل رحمۃ اللہ علیہ که فقه پیونده و منطبق بر نیازهای همیشه و همه جا را همان فقه سنتی دانسته و بر این پای فشرده اند. (پیام مقام معظم رهبری به کنگره نقش زمان و مکان در اجتهاد، ۱۳۷۴/۱۲/۲۵)



مجله علمی دانش پژوهان مجتمع فقه، حقوق و قضای اسلامی
سال هفتم، پیاپی دهم، شماره اول، بهار و تابستان ۱۴۰۰

صاحب امتیاز: مجتمع فقه، حقوق و قضای اسلامی

مدیر مسئول: جواد رفیعی

سرمدیر: ابراهیم ابراهیمی

هیأت تحریریه: ابراهیم ابراهیمی، حسین صبوری، مهدی طهماسبی، مصطفی کاویانی، مهدی محقق فر،

مهدی عطار کاشانی

مدیر داخلی: رضا اسکری

مترجم چکیده‌ها: یعقوب مددی

مشاور علمی این شماره: حجت الاسلام والمسلمین یوسف غلامی

ویراستار: مجید مفید بجنوردی

طراح و گرافیسیت: محمد صداقت

حروف چین و صفحه‌آرا: علی جواد دهقان

قیمت: ۱۰۰,۰۰۰ ریال

آدرس: بلوار شهید صدوقی، کوچه ۵، پلاک ۴۰، مجتمع فقه، حقوق و قضای اسلامی

تلفن: ۰۲۵-۳۲۶۱۱۷۴۰۶

وب‌گاه: www.mfeqh.ir رایانامه: info@mfeqh.ir

این مجله در پایگاه مجلات تخصصی نورمگز نمایه می‌شود

www.noormags.ir

مقالات

- ۷ ضمان قهری صدور چک بین بانکی بلاوجه و طرق اعاده خسارات از منظر فقهی-حقوقی / محمد رضا حسینی نژاد
- ۳۱ مفهوم‌شناسی تسبیب و مبنای اجتماع اسباب از منظر فقهای امامیه / عبدالله محمودی
- ۵۷ بررسی فقهی حقوقی ماده ۲۱۵ قانون نحوه اجرای محکومیت های مالی باتکیه بر رأی وحدت رویه ۷۴۴ / محمد حسین شریفی
- ۷۷ مقایسه تطبیقی ماهیت و ارکان قذف از منظر فقه امامیه و قانون مجازات دو کشور ایران و مصر / علی ابو حسینی درزی
- ۱۱۱ طریقت یا موضوعیت روش اجرای مجازات های سالب حیات (قسمت اول) / کریم رئیسی

اطلاع رسانی علمی

- ۱۵۱ نشست علمی «آسیب شناسی و روش شناسی پژوهش های فقهی، حقوقی دستگاه قضا» / علیرضا غلامی
- ۱۶۷ الملخصات

شیوه‌نگارش مقالات علمی

نکات کلی

۱. مقاله علمی و ادعاهایی که در آن ارائه می‌شود باید مستند و مستدل باشد. فرض آن است که مخاطب هیچ مطلبی را قبول نمی‌کند، لذا تمام مطالب حتی اگر نزدیک به بداهه باشد باید مدلل و مستند باشد.
۲. مقاله علمی پژوهشی حداکثر باید ۲۰ صفحه و حتماً مشتمل بر یک سخن تازه و نظریه بدیع باشد. صرف تدوین و جمع بندی کافی نیست.
۳. شیوه‌تدوین مقالات علمی با پایان نامه و سایر مقالات و گزارش های علمی تفاوت هایی دارد، لذا با دقت شیوه نامه ذیل را مطالعه بفرمائید:

نحوه نگارش علمی مقاله

الف: نحوه حروف چینی

مقاله باید بریک روی کاغذ (A۴) با حاشیه ۲/۵ سانتی متر از چهار طرف و فاصله سطور ۱۲ میلی متر با رایانه تایپ و تمام صفحات مقاله پشت سر هم شماره گذاری و تهیه شود. در هر صفحه حدوداً ۳۰۰ تا ۳۳۰ کلمه و حداکثر ۲۲ خط.

ب: شیوه نگارش و ارجاع دهی

۱. در صفحه اول اسم محققین و رتبه علمی محقق و آدرس ایمیل به همراه چکیده مقاله و کلمات کلیدی و در صفحه دوم به بعد مقدمه و سپس متن مقاله و نهایتاً نتیجه و بعد از آن منابع نوشته شود.
۲. ارجاع منابع و مآخذ، در متن مقاله در پایان نقل قول یا موضوع استفاده شده داخل پرانتز به شکل زیر آورده شود:
- منابع فارسی: (نام خانوادگی مؤلف، نام کتاب، شماره جلد و نقطه صفحه)؛
۳. فهرست منابع در آخر مقاله و براساس استاندارد MLA آورده شود.
۴. در صورت تکرار اسناد از کلمه «همان» استفاده شود.
۵. توضیحات اضافی و اصطلاحات در پاورقی آورده شود.

مقالات

ضمان قهری صدور چک بین بانکی بلاوجه و طرق اعاده خسارات از منظر فقهی- حقوقی

چکیده

امروزه با وجود سامانه‌هایی همچون «ساتنا» و «پایا» برای تراکنش‌های بین بانکی، همچون گذشته، از «چک رمزاربین بانکی» استفاده نمی‌شود؛ با وجود این، این چک‌ها به دلیل کوتاه بودن زمان انتقال وجه توسط آنها، همچنان مورد اقبال مشتریان بانکی بوده و از سوی دیگر، ابزار مناسبی نیز برای بزهکاران بانکی قرار داده است تا در کوتاه‌ترین زمان ممکن، اقدام به انتقال وجه نامشروع نمایند؛ لذا بررسی ابعاد فقهی و حقوقی این چک‌ها، موضوع بااهمیتی است که این پژوهش، به یکی از این ابعاد، یعنی بررسی ضمان قهری ناشی از صدور چک بین بانکی بلاوجه و طرق اعاده خسارات ناشی از آن، می‌پردازد.

پژوهش حاضر در گام نخست، به تحلیل ماهیت چک بین بانکی می‌پردازد که با توجه به دیدگاه فقها و متون قانونی دو نظریه در خصوص ماهیت چک بین بانکی به دست آمده است که عبارتند از: «سند دین در ذمه بودن چک» و «اعتبار مالی داشتن آن». از آنجا که قانون‌گذار در این خصوص، نظر روشنی ارائه نکرده است، با استفاده از برخی قرائن، نظریه اول صحیح به نظر می‌رسد. در گام دوم، با توجه به ماهیت چک مذکور، ضمان افراد مختلف دخیل در صدور چک، بررسی می‌گردد که براساس نظریه «سند دین در ذمه بودن بودن» چک بین بانکی، مسئولیت آن بر عهده «متقاضی چک مذکور» و «اشخاص ثالث معامله‌کننده با دارنده پول غصبی» است و براساس نظریه «اعتبار مالی دانستن»

*فارغ التحصیل مدرسه عالی قضاوت و کارشناس ارشد حقوق زن در اسلام و دانش‌آموخته سطح سه حوزه علمیه قم.

چک، علاوه بر افراد ذکر شده، «متصدی بانک صادرکننده چک» نیز ضامن خواهد بود. در نهایت، این پژوهش به بیان شیوه‌های اعاده حق و جبران خسارات این بحث می‌پردازد که طبق نتیجه آن، مال باخته، علاوه بر دریافت عین مال خود از ذوالید و در صورت تلف شدن آن، بدل یا مثل آن از همه غاصبین یا هریک از آنها، می‌تواند عوض منافع را نیز از غصب‌کنندگان دریافت نماید.

کلیدواژگان: ضمان قهری، مسئولیت مدنی، غصب عین، غصب منفعت، چک بین بانکی، مالباخته، استرداد اموال مغضوبه.

مقدمه

صدور چک بین بانکی از جمله موضوعات مهم بانکی است که دارای ابعاد و جنبه‌های مختلف فقهی و حقوقی بوده و پیامدهای فراوانی نیز در این حوزه دارد که یکی از این مسائل، صدور چک بین بانکی بلاوجه است. گرچه امروزه با وجود سامانه‌هایی همچون «ساتنا» و «پایا»، همچون گذشته تراکنش‌های بین بانکی با «چک رمزدار بین بانکی» انجام نمی‌شود، اما کوتاه بودن زمان انتقال وجه توسط چنین چک‌هایی، سبب شده است تا این چک‌ها همچنان مورد استقبال مشتریان بانکی قرار گیرد و از طرف دیگر، ابزار مناسبی نیز برای بزهکاران بانکی فراهم کرده است تا در کوتاه‌ترین زمان، اقدام به انتقال وجه نامشروع نمایند.

از جمله پیامدهای این مسأله، سوء استفاده برخی متصدیان بانکی از اختیارات قانونی خود و صدور غیر قانونی چک بین بانکی است که سبب می‌شود تا دارنده چک، مبالغ نامشروع عمدتاً کلانی را دریافت کرده و به وسیله آن با اشخاص ثالثی معامله نماید و نتیجه این فرایند، شکل‌گیری سلسله‌ای از افراد غاصب در یک سو و افراد مال باخته در سوی دیگر است که برای احقاق حق خود، به دادگاه مراجعه می‌کنند. با توجه به آیه شریفه «لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ» (بقره ۱۸۸)، تعیین چنین غاصبانی و نیز تعیین مسئولیت مدنی آنان، جهت جلوگیری از اکل مال به باطل، از اهمیت فراوانی برخوردار است و دقت و تعمق در این موضوع، مراجع قضایی ما را به اجرای عدالتی نزدیک‌تر می‌کند که مورد تأکید آیه ۵۸ سوره مبارکه نساء^۱ است. همچنین با بررسی مسئولیت مدنی صدور چک بین بانکی بلاوجه از منظر فقهی و حقوقی، کمک شایانی به قضات در پرونده‌های مربوطه یا موضوعات مشابه آن می‌شود.

۱. «إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ إِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ»

از میان آثار و کتب فقهای امامیه اگرچه برخی از معاصرین در مورد چک تضمینی اظهار نظر نموده‌اند، اما با توجه به درون بانکی بودن قواعد و قوانین چک بین بانکی، فقهای امامیه به طور خاص، به بحث از چک یادشده نپرداخته‌اند و مباحث معاصرین نیز در واقع، شامل چک بانکی می‌شود؛ به همین جهت، باید ماهیت چنین چکی را بر اساس مبانی فقهی علما درباره اموال، بررسی نمود. در متون قانونی نیز قانون‌گذار هیچ نامی از چک بین بانکی نبرده و ماهیت حقوقی آن را روشن نکرده است و به همین دلیل، در مطالعه حقوقی این موضوع و تعیین حقوق مدنی چنین چک‌هایی نیز باید مصوبه شورای عالی بانک‌ها، آیین‌نامه داخلی بانک مرکزی در خصوص چک مذکور و قواعد عمومی را مورد مطالعه و ملاحظه قرار دهیم.

بر این اساس به دلیل عدم صراحت فقها و قانون‌گذاران درباره ماهیت چک بین بانکی، نویسندگان و پژوهشگران فقهی و حقوقی، به ندرت به این موضوع پرداخته‌اند و بنابراین، پژوهش پیرامون موضوع «ضمان قهری صدور چک بین بانکی بلاوجه و طرق اعاده خسارت‌های آن» می‌تواند نتایج مفیدی برای قانون‌گذاران به دنبال داشته باشد تا ماهیت چک بین بانکی و لوازم آن را قانون‌مند و از اختلاف آراء قضایی در خصوص این موضوع، جلوگیری نمایند.

پژوهش حاضر، سه مبحث مهم را بررسی می‌کند. با توجه به اینکه چک بین بانکی همانند چک بانکی از ضمانت اجرای بالایی برخوردار است، ممکن است این سؤال مطرح شود که این چک چه تفاوتی با پول دارد؟ ممکن است برخی، این چک را همچون پول تلقی کنند که عرفاً مال محسوب می‌شود؛ اما با توجه به مصوبه شورای عالی بانک‌ها در مورد چک بین بانکی، قرآنی وجود دارد که چک مزبور، مال نبوده و تنها سندی بر دین در ذمه است؛ بنابراین، جهت پاسخ به سؤال فوق، در ابتدا به بررسی ماهیت چک بین بانکی می‌پردازیم. بررسی‌ها در مورد ادله و فرض مذکور، بیانگر صحت قول دوم خواهد بود. با توجه به ماهیت چک بین بانکی و سوء استفاده‌های ناشی از آن، همچون خالی بودن حساب مشتری درخواست‌دهنده چک، در ادامه پژوهش، به بررسی این مسأله می‌پردازیم که از منظر فقهی و حقوقی، ماهیت چک بین بانکی چه تأثیری بر تعیین غاصبین دارد و با توجه به این بررسی است که می‌توان غاصبین را معین نمود. بر اساس سند بودن چک بین

بانکی، تنها دارنده چک مزبور و اشخاص ثالثی که با آن معامله کرده‌اند، غاصب خواهند بود؛ اما بر اساس مال بودن این چک، علاوه بر افراد یادشده، متصدی بانک نیز غاصب خواهد بود. در نهایت، مسأله تعاقب غاصبین مطرح می‌شود که باید ببینیم بر اساس نظریات فقهی و حقوقی، مال باخته از چه شیوه‌هایی می‌تواند جهت دریافت خسارت، استفاده کند؟

۱- ماهیت فقهی - حقوقی چک بین بانکی

نوظهور بودن چک بین بانکی و عدم پرداختن به آن در قوانین موضوعه، سبب شده است تا موضع روشنی از سوی فقها و حقوقدانان در خصوص ماهیت این چک در دست نباشد؛ با این وجود، می‌توان با نظر به قواعد عمومی حقوقی (بند ۳ ماده ۱ قانون جدید صدور چک)، مبانی فقها در مورد اموال و فتاوی‌ای آنها درباره ماهیت چک بانکی را - با توجه به این نکته که ماهیت چک بین بانکی به دلیل تضمین پرداخت وجه آن توسط بانک، با ماهیت چک بانکی، یکسان است - به دو دسته تقسیم نمود. تعدادی از فقها، همچون امام خمینی و آیت‌الله منتظری چک تضمینی را همانند پول، دارای «اعتبار مالی» دانسته و آن را به عنوان مصداقی از مصادیق اموال، تلقی می‌کنند؛ بنابراین، خرید و فروش آن را صحیح دانسته و تلف‌کننده چک مذکور را ضامن می‌شمرند (تحریر الوسیله ۲: ۶۱۹ و رساله استفتاءات ۲: ۲۷۳). همچنین رأی شماره ۷۴ هیئت عمومی دیوان عالی کشور مورخ ۱۳۴۶/۱۰/۲۷ بر همین نظر تأکید دارد. اما در مقابل، با تعمق و تفحص در مصوبات شورای عالی بانک‌ها، آیین‌نامه بانک مرکزی در این خصوص و قرائن حقوقی، می‌توان چک بین بانکی را مانند چک عادی، تنها «سند دین در ذمه» دانست.

۱-۱. نظریه «مال» بودن چک بین بانکی و ادله آن

امروزه حساب‌های بانکی، همچون درهم و دینار قدیمی، به مثابه «مال» در معاملات استفاده می‌شوند؛ اما ظاهراً برخی از فقها، همچون امام خمینی و آیت‌الله منتظری، مالی که در مقابل دریافت کالا پرداخت می‌شود را منحصر در درهم و دینار یا حساب بانکی ندانسته و چک‌های تضمینی - که با توجه به قوانین اسناد تجاری کشور، شامل چک‌های بانکی و بین بانکی می‌شوند - را نیز جزو اموال و قابل خرید و فروش می‌دانند (تحریر الوسیله ۲: ۶۱۹ و رساله استفتاءات ۲: ۲۷۳). شاید تنها دلیل این گروه از فقها،

صدق عرفی مال بر چک بین بانکی باشد که البته این نظر و فتوای آنان، به وسیله رأی هیئت عمومی دیوان عالی کشور نیز مورد تأیید قرار گرفته و این امر نیز می‌تواند دلیل یا مؤید دیگری باشد.

شرع مقدس از تعریف مال خودداری کرده و جز در پاره‌ای از موارد،^۱ تعریف آن را به عرف واگذار نموده است. تقریباً همه فقهای امامیه نیز این موضوع را پذیرفته‌اند؛ از جمله آیت‌الله گلپایگانی، پس از نقد و تحلیل معانی گوناگونی که از مال ارائه شده است، در نهایت، می‌گوید: «الأمر ارجعُ إلى نظر العرف» (موسوی گلپایگانی، بلغة الطالب فی التعليق علی بیع المکاسب ۱۴، تحریر المجله ۱: ۱۲۸). بنابراین، شاید فقهای که چک بین بانکی را مال می‌دانند، این چک را به دلیل ضمانت اجرایی که بانک در قبال پرداخت آن برعهده گرفته است، از نظر عرفی به مثابه اسکناس‌های رایج و حساب‌های بانکی تلقی می‌کنند؛ همچنان که امام خمینی درباره چک تضمینی^۲ می‌فرماید: «نعم الصک الذي یسمى فی ایران بالصک التضمینی یكون من الأوراق النقدية کالدینار والاسکناس فیصح بیعه وشرائه، و من ألتفه ضمن لمالکة کسائر الأموال». ایشان چک تضمینی را از اقسام اوراق نقدی می‌دانند و چنین چکی در ایران وجود ندارد، اما در ماده ۱ قانون «چک‌های تضمینی» مصوب ۱۳۳۷/۴/۲۲، قانون‌گذار، پرداخت این نوع چک را از طرف بانک، تعهد نموده است؛ بنابراین، باید عبارت فوق را حمل بر این معنا نمود که قطعی بودن پرداخت وجه، سبب می‌شود تا چک تضمینی، همچون اسکناس، دارای اعتبار مالی باشد و گرچه این دو با یکدیگر تفاوت‌هایی دارند، اما در حکم و اعتبار مالی، یکسان هستند. طبق این بیان، یگانه دلیل کسانی که چک بین بانکی را مال محسوب می‌کنند، صدق عرفی مال بر چنین چک‌هایی است.

دلیل دیگری که برخی از حقوقدانان به آن تمسک کرده‌اند، رأی اصراری شماره ۷۴ هیئت عمومی دیوان عالی کشور^۳ است که به موجب آن، چک تضمینی، مشمول بلیت بخت‌آزمایی قرار گرفته است و جعل آن در حکم جعل اسکناس تلقی شده است. گرچه این رأی در خصوص چک تضمینی صادر شده است، اما بند ۳ ماده ۱ قانون صدور چک، چک تضمینی را چنان تعریف می‌کند

۱. مثل انسان حر، سگ و خوک برای مسلمان که علی‌رغم مال دانستن آن نزد برخی از مردم، شرع مقدس مال بودن موارد مذکور را امضا نکرده است.

۲. همچنان که بیان شد چک بین بانکی یکی از اقسام چک تضمینی است.

۳. مورخه ۱۳۴۶/۱۰/۲۷.

که منطبق بر چک بانکی و بین بانکی بوده و پرداخت وجه هر دو توسط بانک، تضمین شده است؛ بنابراین، می توان آراء صادر شده در مورد چک تضمینی را به چک بانکی و بین بانکی نیز تسری داد. بدین لحاظ، می توان گفت حقوق دانان نیز با استناد به رأی صادر شده از دیوان عالی کشور، چک بین بانکی را مال تلقی می کنند.

۱-۲. نظریه «سند بودن» چک بین بانکی و ادله آن

به نظر می رسد چک بین بانکی از جمله موضوعات تخصصی است که استناد به عرف عام برای تعیین ماهیت آن - که دلیل نظریه پیشین بود - چندان دقیق نبوده و باید ماهیت این چک را با توجه به نظرات عرف خاص بررسی نمود؛ همچنان که افرادی همچون دکتر ربیعا اسکینی و بهروز پروون نیز رأی هیئت عمومی دیوان عالی کشور را به دلیل اصراری و مشورتی بودن آن، لازم الاجرا ندانسته و به درستی، چک بین بانکی را فقط سند دین در ذمه می دانند (حقوق تجارت ۲۲۳ و بررسی حقوقی چک در قانون تجارت ۳۹). این نظریه دارای امارات مختلفی نیز است که از جمله می توان به موارد زیر اشاره کرد: سازوکارهای قانونی برای صدور چک بین بانکی المثنی، ممنوعیت صدور چک مذکور در وجه حامل، مقایسه چک بین بانکی با چک عادی صادره از سوی شخص حقیقی موثق و توجه به تفاوت پشتوانه اسکناس و چک تضمینی. در ادامه به بررسی هریک از این امارات خواهیم پرداخت.

سازوکارهایی که از سوی قانون گذار برای صدور چک المثنی وضع شده است، عبارتند از: اطلاع رسانی کتبی صاحب چک درباره مفقود شدن چک بین بانکی به شعبه صادرکننده، کنترل مهر و امضاهای مربوطه توسط بانک صادرکننده و اخذ تعهدنامه اعلام مفقودشدگی و نهایتاً صدور چک بین بانکی المثنی (چک های بین بانکی، برگرفته از سایت <http://www.banksepah.ir>). این سازوکارها دلالت بر این دارند که قانون گذار، چک بین بانکی را به مثابه مال لحاظ نموده است؛ چرا که اگر این چک، مال تلقی می شد، مفقود شدن آنی نیز باید براساس قاعده اقدام، به مثابه تلف مال تلقی شود و بانک اقدام به صدور چک المثنی ننماید؛ همچنان که بانک برای پول های نقدی مفقودی نیز اقدام به صدور المثنی نمی کند. علاوه بر این، شعبه صادرکننده در صورتی حق صدور

چک المثنی را دارد که چک مفقود شده، نقد نشده باشد که این خود، قرینه دیگری است بر اینکه چک مذکور، مال نبوده و به مثابه یک سند لحاظ می‌گردد.

ممنوعیت صدور چک‌های مذکور در وجه حامل، دومین نشانه سند بودن چک بین بانکی و نیز چک تضمینی است. طبق شرایط و مقررات عمومی صدور چک بین بانکی، بانک‌ها باید چک را به نام کسی صادر نمایند که متقاضی چک، آن را درخواست کرده است و صدور آن در وجه حامل، ممنوع است (چک‌های بین بانکی، برگرفته از سایت <http://www.bmi.ir>). اگرچه این شرایط و مقررات تا چندی پیش، در خصوص چک‌های تضمینی وجود نداشت و صدور آن در وجه حامل، ممنوع نبود، اما بانک مرکزی در بخشنامه مورخ ۱۳۹۷/۹/۱۱، چک‌های تضمینی ظهرنویسی شده را فاقد اعتبار خواند و صدور این نوع چک‌ها را تنها در وجه ذی نفع، امکان پذیر دانست (به نقل از سایت بانک مرکزی به آدرس <http://www.cbi.ir>).

امام خمینی (ره) در خصوص یکی از لوازم مال بودن چک‌های تضمینی فرمودند: «فیصح بیعه و شرائه» (خمینی، تحریر الوسیله ۲: ۶۱۹)؛ در حالی که بر اساس بخشنامه فوق، امکان نقل و انتقال و خرید و فروش چنین چک‌هایی به هیچ عنوان، وجود ندارد. بنابراین، به نظر می‌رسد اگر این بخشنامه در زمان حیات امام خمینی (ره) و مرحوم آیت‌الله منتظری ابلاغ می‌شد، ایشان فتوا به مالیت این چک‌ها نمی‌دادند.

البته قانون‌گذار در ماده ۳۱۲ قانون تجارت با عبارت «چک ممکن است در وجه حامل... باشد»، اجازه صدور چک در وجه حامل را به صاحب چک داده است؛ اعم از اینکه چک مزبور، تضمینی باشد یا غیر تضمینی. همچنین ماده ۳۱۴ قانون تجارت، رعایت مقررات مربوط به ظهرنویسی برات را در مورد چک، الزامی دانسته است. بنابراین، بخشنامه بانک مرکزی، خلاف قانون و فاقد اعتبار بوده و رعایت آن برای مشتریان بانکی و کارمندان بانک، الزامی نیست.

سومین اماره بر سند بودن چک بین بانکی، مقایسه آن با چک عادی است که از سوی یک شخصیت حقیقی مطمئن، صادر می‌شود. اگر چک بین بانکی صادره از سوی بانک را دارای اعتبار مالی بدانیم، لازم است چک عادی را که یک شخص حقیقی قابل اطمینان، صادر کرده است را نیز دارای اعتبار مالی

بدانیم؛ چراکه در هر دو صورت، اطمینان به وصول چک از ناحیه صادرکنندگان وجود دارد. این در حالی است که هیچ فرد یا نهادی، مال بودن چک عادی مذکور را تایید نمی‌کند و بنابراین، چک بین بانکی نیز همچون چک عادی مورد اشاره، اعتبار مالی نداشته و صرفاً یک سند محسوب می‌شود.

آخرین اماره در مورد سند بودن چک بین بانکی که برخی از حقوقدانان نیز آن را مطرح نموده‌اند، توجه به تفاوت پشتوانه اسکناس و چک‌های تضمینی است. از آنجا که پشتوانه اسکناس، بانک مرکزی و دولت است، مردم به عنوان مال به آن اعتماد می‌کنند؛ اما پشتوانه چک‌های تضمینی، بانک‌هایی هستند که حداقل به لحاظ نظری، امکان ورشکستگی آنان وجود دارد و بنابراین، اعتبار مالی چک‌های صادره از سوی این بانک‌ها نیز خدشه‌دار می‌شود. همچنان که در سال‌های اخیر نیز برخی از مؤسسات مالی و اعتباری که دارای مجوز از سوی بانک مرکزی بوده‌اند نیز دچار ورشکستگی شده‌اند؛ اما امکان ورشکستگی دولت و بانک مرکزی به این معنا، وجود ندارد.

نتیجه آنکه با مراجعه به عرف خاص همانند بسیاری از حقوقدانان، سند بودن چک بین بانکی بلاوجه قابل اثبات است و اماراتی که بیان شد نیز ادعای مال بودن چک مذکور از نظر عرف و رأی اصراری هیئت عمومی دیوان عالی کشور را نیز رد می‌نماید؛ لذا می‌توان گفت از منظر فقه امامیه، چک بین بانکی، تنها به عنوان سندی است که بیانگر دین در ذمه است.

۲. ضمان قهری دریافت‌کنندگان چک بین بانکی و پول حاصل از آن

اهمیت تعیین ماهیت چک بین بانکی زمانی روشن می‌شود که به نقش آن در تعیین غاصبین توجه کنیم؛ چراکه بر اساس قوانین موضوعه کشور و فقه امامیه، اگر چک بین بانکی به عنوان سند شناخته شود، رئیس شعبه بانکی که چک مزبور را صادر نموده است، عهده‌دار هیچ‌گونه ضمانتی نخواهد بود و علت آن، عدم تعلق ید او بر مال مغضوبه است. اما اگر چک مذکور به عنوان مال تلقی شود، وی واجد مسئولیت مدنی و ضمان قهری خواهد بود. در این میان، دارنده چک و اشخاص ثالثی که پولی را از طریق چک دریافت کرده‌اند، در هر دو صورت، به علت دریافت پول حاصل از چک، ضامن استرداد پول دریافتی و جبران خسارات ناشی از آن به مال باخته خواهند بود.

۱-۲. ضمان قهری «متصدی بانک» و «متقاضی صدور چک در وجه شخص دیگر»

براساس بند «پ» ماده ۱۲۶ قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۹۲، می‌توان رئیس متخلف بانکی را که چک بین بانکی را صادر نموده است، به جرم «معاونت در خیانت در امانت»، مورد تعقیب کیفری قرار داد و به همین صورت، متقاضی صدور چک بین بانکی در وجه شخص ثالث نیز قابل تعقیب است؛ با این وجود، از منظر فقهی و قانونی، ضمان قهری این دو فرد، براساس ماهیت چک بین بانکی، متفاوت است. براساس نظریه‌ای که چک بین بانکی را مال می‌داند، این دو فرد، واجد مسئولیت مدنی هستند؛ اما براساس نظریه‌ای که این چک را سند می‌داند، آنان ضامن استرداد پول غصب شده و جبران خسارات ناشی از آن نیستند.

برخی از فقها، با استناد به مال بودن چک بین بانکی، دو فرد مورد بحث را واجد ضمان قهری می‌دانند؛ چراکه وقتی چک بین بانکی به عنوان مال، محسوب شود، رئیس بانک که به صورت غیرقانونی، چک را صادر کرده و در اختیار متقاضی صدور چک قرار داده است، اولین یدی است که به صورت عدوانی، به مال غیر، تعلق گرفته است و متقاضی چک نیز آن را به دارنده، تحویل داده است. فقها غصب را چنین تعریف می‌کنند: «هو الاستقلال بإثبات الید علی مال الغير عدواناً» (حلی، شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام ۳: ۱۸۴). علاوه بر این، می‌توان با تمسک به ادله‌ای، ضمان قهری را برای رئیس شعبه و متقاضی صدور چک مذکور، احراز نمود. از جمله این ادله، اولاً روایاتی همچون «الغصب کلّه مردوده» (وسائل الشیعه ۹: ۵۲۴)، ثانیاً قواعدی همچون قاعده «علی الید ما أخذت حتی تؤدی» (عوالی اللئالی ۱: ۲۲۴، سنن البیهقی ۶: ۹۰، و کنز العمال ۵: ۲۵۷) است که با توجه به شهرت عملی آن، بسیاری از علما، همچون سید جواد عاملی، سید علی طباطبایی، محقق نراقی و شیخ انصاری، آن را پذیرفته‌اند (مفتاح الکرامة ۶: ۲۲۸، ریاض المسائل ۸: ۲۵۴، عوائد الأيام ۳۱۵ و کتاب المکاسب ۳: ۱۸۱) و ثالثاً مؤیداتی مانند ادعای اجماع منقول و محصل از سوی صاحب جواهر (۳۷: ۷۵) است.

۱. فاضل آبی، شهید اول، شهید ثانی، میرزا حبیب‌الله رشتی و محقق خوبی (ره) از جمله علمایی هستند که چنین تعریفی را از غصب ارائه داده‌اند (کشف الرموز ۲: ۳۸۰، الدرر ۳: ۱۰۵، الروضة البهیة ۷: ۱۳ و مسالک الأفهام ۱۲: ۱۴۵، کتاب الغصب: ۶ و منهاج الصالحین ۲: ۱۴۶).

علاوه بر ادله فقهی، از منظر قانونی نیز ماده ۳۰۸ قانون مدنی که سلطه ابتدایی بر حق مالی غیر، بدون رضایت مالک را غصب محسوب می‌کند، مسئولیت مدنی این افراد را ثابت کرده و قانون‌گذار، تکلیف آنان را در ماده ۳۱۱ قانون مزبور، روشن نموده است. بنابراین، طبق ادله فقهی یادشده و مواد قانون مدنی که اشاره شد، رئیس بانک صادرکننده چک مذکور و متقاضی آن در وجه شخص ثالث، مسئول استرداد مال باخته بوده و باید خسارات حاصل از آن را جبران نمایند.

اما بر اساس نظریه سند بودن چک بین بانکی، هیچ‌گونه ضمانتی از منظر فقهی و حقوقی، متوجه متصدی بانک صادرکننده و متقاضی صدور چک در وجه غیر نمی‌شود؛ چراکه در صورت صدور چنین چکی، دو شخص مذکور، تنها بر چکی تسلط یافته‌اند که سندی بیش نبوده و بر اساس تعریف فقهی و قانونی غصب، بدین دو نفر، تعلق بر مال غیر نگرفته است و در نتیجه، مشمول تعریف غصب و تکالیف ناشی از آن نمی‌شود. تنها چیزی که می‌توان درباره آنان گفت این است که رئیس بانک، چک را به صورت غیر قانونی در اختیار متقاضی قرار داده و او نیز آن را به شخص ثالث واگذار نموده است. بنابراین، ضمان قهری و استرداد پول غصب شده از دو فرد مورد بحث، منتفی است. بنابراین تعیین ماهیت چک بین بانکی، تأثیر اساسی در مسئولیت مدنی ضمان قهری آن داشته و بر اساس فقه امامیه و قوانین موضوعه، دو فرد مورد بحث، زمانی ضامن ارجاع اموال و خسارات وارده بر مال باخته هستند که چک ذکر شده، مال محسوب شود؛ همچنان که در هر صورت، رئیس بانک ناگزیر از تحمل مسئولیت کیفری است. اما در صورتی که چک بین بانکی به عنوان سند معرفی شود، هیچ‌گونه ضمانتی متوجه متصدی بانک و متقاضی صدور چک ذکر شده در وجه ثالث نخواهد بود.

۲-۲. ضمان قهری «دارنده چک بین بانکی» و «اشخاص ثالث»

تأثیری که نظریات مربوط به ماهیت چک بین بانکی بر ضمان رئیس بانک و متقاضی چک می‌گذاشتند، در خصوص دارنده این چک صادق نیست و به عبارت دیگر، دارنده چک بین بانکی، در هر صورت، در برابر مال باخته دارای ضمان قهری و مسئولیت مدنی است؛ چه قائل به نظریه مال بودن چک بین بانکی باشیم و چه نظریه سند بودن آن را بپذیریم و در این خصوص، تفاوتی

نمی‌کند که دارنده چک، متقاضی چک یا غیر او باشد. به همین صورت، اشخاص ثالثی که پول حاصل از چک مزبور را از دارنده چک، دریافت نموده‌اند نیز ضامن استرداد اموال و جبران خسارات حاصل از آن هستند.

دارنده چک به این دلیل بر اساس نظریه مال بودن چک بین بانکی، ضامن است که پس از واریزوجه چک به حساب دارنده آن، ید او بر مال غیر، مسلط شده و مفهوم غصب، محقق می‌شود. همچنین پذیرش نظریه سند بودن چک بین بانکی نیز منجر به پذیرش ضمانت دارنده چک می‌گردد؛ چون ید غاصبانه او بر چک، به عنوان مال، مستولی شده است و در فرض تعاقب ایادی نیز فقها نظر بر ضمانت هر ید به صورت علی‌البدل دارند.^۱ بنابراین، مال یا سند بودن چک بین بانکی، تاثیری در ضمانت دارنده چک ندارد و وی بر اساس ضوابط فقهی و قانونی، مسئول بازپرداخت پول غصب شده به مال باخته بود و خسارات ناشی از آن را باید جبران نماید.

اما در خصوص اشخاص ثالث نیز اصل ضمانت قهری آنان، بنا بر فرض تعاقب ایادی، ثابت است؛ علاوه بر این، ماده ۳۱۶ قانون مدنی نیز بر این امر دلالت دارد. همچنین طبق اطلاق کلام فقها و تصریح قانون‌گذار در ماده ۳۲۷ قانون مدنی، تفاوتی در سبب حصول مال تحت ید آنان در ایجاد ضمانت قهری وجود ندارد. بنابراین، با توجه به منابع فقهی و قانونی، اشخاص ثالث، بدون توجه به اسباب انتقال این پول به آنان و با قطع نظر از ماهیت چک بین بانکی، دارای مسئولیت مدنی در مقابل مال باخته هستند.

همچنین عنوان ضمانت قهری در مسأله مذکور، به این معناست که اشخاص ثالث، حتی در فرض جهل به غصبی بودن عمل دارنده چک نیز ضامن هستند. برخی از فقهای امامیه، همچون ابن حمزه، یحیی بن سعید حلی، علامه حلی، مرحوم سبزواری، امام خمینی (ره) و آیت‌الله مکارم، با حذف واژه «عدوانی» از تعریف غصب و ارائه تعریفی دقیق‌تر از آن با عنوان «الغصب هو الاستیلاء علی حقّ الغير بغیر حقّ»، اذعان می‌کنند که علم و جهل در یافت‌کننده پول، نسبت به غصبی

۱. فرض ضمانت همه غاصبین در تعاقب ایادی به ادعای صاحب جواهر، مورد اتفاق همه فقهای امامیه است و در آثار بسیاری از فقها، از جمله شهید اول و شهید ثانی، محقق عاملی، محقق سبزواری و محقق خویی یافت می‌شود. (جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام ۲۲: ۱۷۸، الدروس الشرعية فی فقه الإمامیة ۳: ۱۰۸، الروضة البهیة ۷: ۲۵، مفتاح الکرامة فی شرح قواعد العلامة ۱۸: ۳۴ و ۹۲، کفایة الأحکام ۲: ۶۴۹ و منهاج الصالحین ۲: ۱۴۶)

بودن مال دریافتی، هیچ تاثیری در غاصب بودن وی ندارد. (الوسيله الى نیل الفضيله ۲۷۶، الجامع للشرايع ۳۴۶، تلخیص المرام ۱۶۷، مهذب الأحكام ۲۱: ۲۸۷، منهاج المومنین ۲: ۱۴۸، زبدة الاحكام ۱۹۰ و القواعد الفقهية ۲: ۲۳۷). ماده ۳۲۵ قانون مدنی نیز حاکی از آن است که ملاک مسئولیت مدنی دارنده چک، تعلق ید او بر اموالی است که غصب شده است؛ صرف نظر از اینکه غاصبین، علم به غصب داشته باشند یا خیر. بنابراین، ضمانت اشخاص ثالث، تنها محدود به صورتی نیست که آنان علم به غصبی بودن عمل دارنده چک داشته باشند و به عبارت دیگر، جهل این افراد به غصب، رافع مسئولیت مدنی آنان نخواهد بود.

طبق آنچه بیان شد، برخلاف «رئیس بانک صادرکننده چک بین بانکی» که فقط طبق نظریه مالی بودن چک بین بانکی ضامن بود، «دارنده چک بین بانکی» و «اشخاص ثالث دریافت کننده پول ناشی از آن»، طبق هر دو نظریه درباره ماهیت چک بین بانکی، ضامن بوده و این افراد، بر اساس روایات، قواعد فقهی و قوانین موضوعه، در مقابل مال باخته دارای مسئولیت مدنی هستند.

۳. شیوه‌های اعاده حق و جبران خسارات

پس از تشخیص و تعیین غاصبین، ضروری است تا شیوه‌ها و راه‌های جبران اموال و خسارات مال باخته را بیان نماییم. مال باخته از یک سو به دنبال تدارک اموالی است که از دست داده است و از سوی دیگر، منفعی را طلب می‌کند که در مدتی که عین مال در اختیار غاصب بوده است، از وی فوت شده است. در صورتی که عین پول در تسلط ذوالید باشد، مال باخته تنها می‌تواند به غاصب ذوالید مراجعه کند؛ اما اگر عین پول، تلف شود یا به علت اختلاط با سایر پول‌ها در حکم تلف، تلقی شود، مالک می‌تواند جهت دریافت عوض یا بدل حیلوله، به هریک از غاصبین مراجعه کند و جهت دریافت منافع پول مغضوب نیز به شرحی که خواهد آمد، به هریک از غاصبین رجوع نماید.

۳-۱. فرض وجود عین مال مغضوب

در فرض بقای عین، مال باخته برای به دست آوردن مال خود، هم می‌تواند به غاصب ذوالید رجوع نماید و هم به هریک از غاصبینی که خود بخواهد؛ با این وجود، بر اساس فقه امامیه و حقوق موضوعه، رجوع به غاصب ذوالید، منطقی‌تر، سریع‌تر و راحت‌تر خواهد بود. در صورتی که اشخاص

ثالث، از دارنده چک بین بانکی، وجه نقد دریافت کرده باشند، بقای عین آن، امر معقول و روشنی است؛ اما اگر انتقال وجه از طریق حساب های بانکی به وسیله دستگاه کارت خوان یا عابر بانک محقق شود، تصور بقای عین پول، به راحتی میسر نمی شود؛ بنابراین، حکم مسأله در مورد پول نقد و حساب بانکی متفاوت خواهد بود و اولاً مال باخته با توجه به فتاوی فقها و حقوق موضوعه، می تواند به اختیار خود، به هریک از غاصبین مراجعه نماید و ثانیاً اگر انتقال وجه از طریق پول نقد باشد، گیرنده این پول، غاصب ذوالید خواهد بود و اگر به وسیله دستگاه عابر بانک یا کارت خوان صورت پذیرد، در صورتی که پول موجود در حساب های بانکی را مال عینی بدانیم، سپرده گذار، غاصب خواهد بود.

رجوع به همه غاصبین راهکاری است که فقهای امامیه و قوانین موضوعه در صورت بقای عین مال مغضوب، پیش روی مال باخته قرار داده اند. فقهای بسیاری، همچون شهید ثانی، آیت الله مکارم شیرازی و سید تقی طباطبایی قمی در صورت وجود عین در فرض تعاقب ایادی، معتقد به رجوع مال باخته به هریک از غاصبین هستند (الروضه البهیه ۷: ۳۶، أنوار الفقاهة - کتاب البیع: ۳۷۹ و عمدة المطالب فی التعلیق علی المکاسب ۲: ۴۲۰). ماده ۳۱۷ قانون مدنی نیز هم سو با فتوای فقهای امامیه، تکلیف مال باخته را در فرض مسأله، چنین بیان می کند: «مالک می تواند عین... را از غاصب اولی یا از هریک از غاصبین بعدی که بخواهد، مطالبه کند». بنابراین نظر به فقه امامیه و قوانین موضوعه، مال باخته در صورت بقای عین می تواند به هریک از غاصبین رجوع نماید.

انتقال وجه نقد از سوی دارنده چک بین بانکی به اشخاص ثالث، آنان را در صورت بقای پول، تبدیل به غاصب ذوالیدی می کند که مال باخته می تواند همچون دیگر غاصبین، به ایشان مراجعه کند. ضمانت غاصب ذوالید از جمله احکام مسلم فقه است؛ به گونه ای که شهید اول درباره آن ادعای اجماع نموده (الدروس الشرعية فی فقه الإمامیه ۳: ۱۰۹) و فقهایی همچون محقق حلی، شهید ثانی و مرحوم سبزواری نیز به ضمان غاصب ذوالید، تصریح نموده اند (شرائع الإسلام فی مسائل الحلال والحرام ۳: ۱۸۸، الروضة البهیه ۷: ۳۶ و کفایة الأحکام ۲: ۶۳۸). قانون گذار نیز ناظر به فقه امامیه در صدر ماده ۳۱۱ قانون مدنی، تأکید کرده است که مسئولیت رد عین غصب شده به مال باخته، بر عهده غاصب ذوالید قرار دارد.

انتقال وجه از طریق دستگاه عابربانک یا کارت خوان در صورتی موجب ذوالید بودن اشخاص ثالث می‌شود که وجه موجود در حساب بانکی را همانند پول فیزیکی، عین موجود محسوب کنیم. در نظر عرف موجود، پول تحریری موجود در حساب، همچون پول فیزیکی، مالیت و عینیت دارد؛ به‌گونه‌ای که هر فردی، پول‌های موجود در حساب‌های بانکی خود را جزء اموال خود و به‌عنوان مال عینی محسوب می‌کند. شاید به همین خاطر است که امام خمینی (ره) از سپرده‌های بانکی به‌عنوان ودیعه و امانت نزد بانک یاد می‌کند (توضیح المسائل ۲: ۷۹۱). اما آیت‌الله مکارم شیرازی سپرده‌های بانکی را نوعی اقتراض به بانک می‌داند که در نتیجه آن، پول‌های موجود در حساب‌های بانکی، در زمره اموال دینی سپرده‌گذار قرار دارد و نه اموال عینی او (بحوث فقهیه هامة ۳۴۵). بنابراین، در صورتی که حساب‌های بانکی به‌عنوان اموال عینی محسوب شوند، می‌توان اشخاص ثالثی که پول ناشی از چک بین بانکی را از طریق انتقال از دستگاه عابربانک یا کارت‌خوان به حساب خود، دریافت نموده‌اند را به‌عنوان غاصب ذوالید معرفی نمود.

به نظر می‌رسد قول به پذیرش مال بودن وجوه موجود در حساب‌های بانکی، صحیح‌تر باشد. اگرچه در خصوص ماهیت چک بین بانکی، اعتقاد عرف عام، مبنی بر مال بودن چک مزبور به علت مخالفت آن با عرف خاص و پاره‌ای از امارات قانونی، پذیرفته نشد، اما در بحث حاضر، از آنجا که تشخیص اموال در فقه (جز در مواردی خاص که شارع، استثناء نموده است) به عرف واگذار شده و دلایلی مخالف با عرف عام نیز وجود ندارد، قول صحیح آن است که برای حساب‌های بانکی، اعتبار مالی قائل شده و به آثار و لوازم آن ملتزم شویم؛ از جمله اینکه رجوع مال باخته به اشخاص ثالثی که از طریق انتقال پول غصبی به حساب آنان بر این پول مسلط شده‌اند را ممکن بدانیم.

بنابراین، طبق بررسی فقهی و قانونی که انجام دادیم، مال باخته در صورت بقاء عین و تعاقب ایادی، می‌تواند به هر یک از غاصبین که بخواهد، رجوع نماید؛ اگرچه ساده‌ترین و سهل‌ترین راه برای وی، مراجعه به غاصب ذوالید است. بنابراین، اگر پول‌های حاصل از چک بین بانکی به صورت وجه نقد یا با انتقال به حساب بانکی از طریق دستگاه کارت خوان یا عابربانک دریافت شود، طبق نظریه مال بودن پول موجود در حساب‌های بانکی، اشخاص ثالث به‌عنوان غاصب ذوالید، مسئول بازگرداندن عین پول هستند.

۲-۳. فرض تلف شدن عین مال مغضوب

در صورتی که پول غصب شده، تلف شود یا در حکم تلف قرار گیرد، در نگاه ابتدایی، تنها راه مال باخته برای تدارک اموال خویش، رجوع به غاصب تلف کننده است؛ چراکه وی مال مغضوب را تلف نموده است. اما نظر دقیق تر این است که بگوییم در صورت تلف شدن یا عدم امکان استرداد عین پول غصب شده، وی می تواند با وجود نکاتی به هر یک از غاصبین که قبل از حکم به تلف، پول در اختیار آن ها بوده است برای دریافت مثل آن مراجعه کند؛ بنابراین، اولاً؛ در فرض تلف، غاصبین ضامن استرداد مثل مال مغضوب هستند و در صورت عدم امکان رد عین، باید بدل حیلوله را پرداخت نمایند، ثانیاً مال باخته اگر برای تدارک اموال خود، به غاصب متلف عالم رجوع کرد، حق مراجعه به دیگران را ندارد؛ اما اگر به غیر متلف مراجعه کرد، وی می تواند یا به متلف و یا به لاحقین بعد از خود رجوع کند و ثالثاً ضامن بر عهده کسی است که مال در دست او تلف شده و وی عالم به غصب بوده است.

در واقع، استرداد مثل پول غصب شده در صورت تلف و استرداد بدل حیلوله در فرض عدم امکان رد آن به مال باخته، ضمانت اجرای مسئولیت مدنی غاصبین است. با از بین رفتن وجه نقدی حاصل از چک بین بانکی، تلف مال محقق می شود و در نتیجه، غاصبین، ضامن استرداد مثل اموال تلف شده هستند؛ همچنان که قریب به اتفاق فقهای امامیه، همچون فاضل آبی، محقق حلی، علامه حلی، شیخ انصاری و امام خمینی (ره) به این امر معتقد بوده و صدر ماده ۳۱۱ قانون مدنی^۱ نیز بر آن تصریح می کند (کشف الرموز ۲: ۳۸۱، شرائع الإسلام ۳: ۱۸۹، تلخیص المرام ۱۶۸، کتاب المکاسب ۳: ۲۰۹ و زیادة الأحکام ۱۹۱). در فرضی دیگر، ممکن است مال تلف نشود، اما به جهت عدم امکان رد آن به مالک، در حکم تلف تلقی شود؛ مانند موردی که وجه چک بین بانکی از طریق دستگاه خودپرداز یا کارت خوان به حساب اشخاص ثالث منتقل شده است که طبق نظر فقهای همچون آیات عظام خوئی، تبریزی و سیستانی که پول های واریز شده در بانک را مجهول المالک و در حکم تلف می دانند (به نقل از استاد محمدتقی شهیدی در درس خارج فقه، مورخ ۹۷/۰۴/۰۴، برگرفته از سایت www.eshia.ir)، این وجوه

۱. «... اگر عین تلف شده باشد باید مثل یا قیمت آن را بدهد...»

در حکم تلف خواهند بود. در چنین فرضی، مطابق فتوای تعدادی از فقها، همچون امام خمینی (ره) و تصریح قانون‌گذار در ماده ۳۱۱ قانون مدنی، غصب‌کنندگان، موظف به پرداخت بدل حیلوله خواهند بود (تحریر الوسیلة ۲: ۱۸۳ و کتاب البیع ۳۴۴).

در صورتی که مال باخته جهت دریافت مثل اموال خود به متلف عالم به غصب، رجوع کند، وی (متلف عالم) حق مراجعه به سایر غاصبین را ندارد؛ اما در صورت مراجعه مال باخته به غیرمتلف، وی (غیرمتلف) می‌تواند یا به متلف عالم یا به هریک از غاصبین بعد از خود مراجعه کند و آنان نیز به همین صورت، می‌توانند به غاصبین بعد از خود رجوع کنند تا این سلسله به کسی منتهی شود که مال در دست او قرار دارد. شهید ثانی، مرحوم سبزواری و امام خمینی (ره) معتقد به رجوع مال باخته به غاصبین از طرق مذکور هستند (روضه البهیه ۷: ۲۵، کفایة الأحکام ۲: ۶۴۹، زبدة الأحکام ۱۹۱ و ۱۹۲)؛ همچنان که قانون‌گذار نیز در ماده ۳۱۸ و ۳۲۵ قانون مدنی به این حکم تصریح دارد. با این وجود، مال باخته می‌تواند جهت استرداد مثل اموال خود، به جای متلف عالم، به غاصبین غیرمتلف نیز مراجعه نماید و در این صورت، آنان نیز پس از پرداخت اموال، حق مراجعه به متلف عالم را دارند.

از جمله آثار تلف مال مغضوب، استقرار ضمان بر عهده کسی است که مال در دست او تلف شده است. در میان فقها شهید اول و مرحوم سبزواری از جمله افرادی هستند که تصریح به استقرار ضمان بر ذمه متلف عالم نموده‌اند (الدروس الشرعية فی فقه الإمامیة ۳: ۱۰۸، کفایة الأحکام ۲: ۶۴۹). ماده ۳۱۸ و ۳۲۵ قانون مدنی نیز استقرار چنین ضمانی را پذیرفته است.

بنابراین با مراجعه به آثار فقها و مطالعه قوانین موضوعه، اگر امکان استرداد اموال غصب‌شده وجود نداشته باشد، افراد غاصب باید بدل حیلوله را پرداخت کنند و در صورت تلف نیز مکلف به پرداخت مثل اموال غصب‌شده به مال باخته هستند و گرچه مال باخته می‌تواند به هریک از غاصبین رجوع نماید، اما در نهایت، فقط غاصبی ضامن است که مال غصبی در دست او تلف شده و وی عالم به غصب بوده است.

۳-۳. منافع مال غصب‌شده

در این بخش، به بررسی وضعیت منافع مال غصب‌شده در زمان غصب می‌پردازیم. این منافع به سه بخش تقسیم می‌شوند: منافع مستوفاه، منافع غیرمستوفاه و خسارات ناشی از افزایش تورم و

کاهش ارزش پول. قانون‌گذار در مورد ضمان منافع مستوفاه و غیر مستوفاه، از فقهای امامیه تبعیت کرده است؛ اما در خصوص قسم سوم، با مشهور فقها مخالفت کرده و محکوم علیه را ضامن جبران خسارات ناشی از کاهش ارزش پول می‌داند، اما کمتر فقیه‌ی پیدامی‌شود که قائل به ضمان افزایش قیمت بدهی ناشی از تورم در پول باشد. در ادامه، به بررسی حکم این سه قسم خواهیم پرداخت. منافع مستوفاه، منافی هستند که شخص پس از استیلاء بر مال دیگری، از آن بهره‌مند می‌گردد (محقق داماد، قواعد فقه ۱: ۷۰)؛ مثل آن که غاصبین، پول حاصل از چک بین بانکی را به مضاربه گذاشته و از سود آن بهره‌مند شوند. شهید ثانی، محقق خویی و مرحوم سبزواری و بسیاری از فقهای دیگر، غاصبین را نسبت به منافع مستوفاه مسئول می‌دانند (الروضه البهیة ۷: ۲۷، منهج الصالحین ۲: ۱۴۶ و مهذب الأحکام ۲۱: ۳۱۳) و ماده ۳۲۰ قانون مدنی نیز این نظر را می‌پذیرد؛ بنابراین، ضمان منافع مستوفاه، از جمله منافی است که فقه و قانون مسئولیت آن را به طور مسلم، بر عهده غاصبین نهاده است.

منافع غیر مستوفاه، منافع ممکن‌الوصولی هستند که شخص با استیلاهی بر مال، مالک را از آن محروم کرده و خود نیز از آن بهره‌ای نبرده است (محقق داماد، قواعد فقه ۱: ۷۰). گرچه ممکن است غاصبین تنها عین پول ناشی از چک بین بانکی را غصب کنند، اما از آنجا که سرمایه در بانک، همیشه سودآوری دارد، منافع غیر مستوفاتی نیز برای این پول، قابل تصور است. مشهور فقهای امامیه و نیز قوانین حقوقی موجود، ضمان این نوع منافع را نیز بر عهده غاصبین قرار داده‌اند. البته برخی از فقها، همچون شیخ انصاری که ضمان این منافع را قول مشهور فقها می‌داند و در میان فقهای معاصر نیز آیت‌الله فاضل لنکرانی، ضمان این منافع را نمی‌پذیرند (کتاب مکاسب ۳: ۲۰۳؛ جامع المسائل ۲: ۴۲۷). در مقابل، بسیاری از فقهای معاصر، همچون امام خمینی (ره) و آیت‌الله مکارم شیرازی، این ضمان پذیرفته‌اند (کتاب البیع ۱: ۴۷۵ و القواعد الفقهية ۲: ۲۴۰) و ماده ۳۲۰ قانون مدنی نیز آن را معتبر دانسته است.

البته به لحاظ قانونی، علاوه بر ماده فوق، بر اساس ماده ۱۷ قانون آیین دادرسی کیفری نیز هر رفتاری که توأمان واجد جنبه عمومی و خصوصی باشد،^۱ شاکی می‌تواند طبق ماده ۱۴ قانون مذکور

۱. ماده ۹ قانون آیین دادرسی کیفری: «ارتکاب جرم می‌تواند موجب طرح دو دعوا شود: الف - دعوای عمومی برای حفظ حدود و مقررات الهی یا حقوق جامعه و نظم عمومی

و تبصره ۲ آن، علاوه بر تقاضای صدور کیفرخواست و محاکمه کیفری، منافع غیر مستوفاه ناشی از انجام جرم را نیز مطالبه نماید؛ بدین ترتیب، در بحث ما نیز مال باخته می‌تواند علاوه بر تقاضای محاکمه کیفری،^۱ بر اساس مواد ذکر شده، منافع غیر مستوفاه ناشی از جرم مذکور را نیز مطالبه نماید. بنابراین، بر اساس فتوای مشهور فقها و متون قانونی، می‌توان مسئولیت جبران منافع غیر مستوفاه را نیز همچون منافع مستوفاه، بر عهده غاصبین قرارداد.

آنچه در خصوص منافع مستوفاه و غیر مستوفاه بیان شد، اختصاصی به مئمن نداشته و ضمانت یاد شده، شامل هر مال مغضوبی که ثمن و هر آنچه از جنس ثمن باشد، مانند پول حاصل از چک بین بانکی، نیز می‌شود. یکی از مستندات فقها برای ضمان منافع مستوفاه و غیر مستوفاه، قاعده «علی الید» است و از آنجا که موضوع قاعده مزبور، «مال» و توابع آن، یعنی دو منفعت مذکور است، در جبران خسارات وارده بر مال باخته، تفاوتی نمی‌کند که مال غصب شده ثمن باشد یا مئمن؛ همچنانکه اطلاق کلام قانون‌گذار در ماده ۳۲۰ قانون مدنی نیز دلالت بر همین ادا دارد و عبارت «مال مغضوب» در این ماده، اعم از منافع ثمن و مئمن بوده و شامل هر دو می‌شود.

اما در خصوص خسارت ناشی از افزایش تورم و کاهش ارزش پول غصب شده، قانون‌گذار بر خلاف نظر مشهور فقها، افراد غصب شده را ضامن جبران این خسارات می‌داند. در شرایط اقتصادی کنونی، معمولاً ارزش پول غصب شده در روز غصب در مقایسه با روز بازپرداخت آن، متفاوت است و بر همین اساس، مال باختگان از این اختلاف ارزش نه به عنوان سود، بلکه به عنوان منفعت یاد نموده و خواهان جبران آن توسط غاصبین هستند. قانونگذار نیز در صورت وجود اختلاف ارزش پول در زمان‌های مذکور، در ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی، ضمان ناشی از کاهش ارزش پول را با شرایطی تأیید نموده است. همچنین هیأت عمومی دیوان عالی کشور در رأی وحدت رویه شماره ۷۳۳، کاهش ارزش پول را جزء غرامات دانسته است.^۲ در میان فقها نیز سید یزدی از معدود

ب - دعوی خصوصی برای مطالبه ضرر و زیان ناشی از جرم و یا مطالبه کیفرهایی که به موجب قانون حق خصوصی بزه دیده است مانند حد قذف و قصاص»

۱. مبنی بر تحصیل مال از طریق نامشروع، موضوع ماده ۲ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشا و اختلاس و کلاهبرداری.
۲. «... بایع ضامن است و باید ثمن را مسترد دارد و در صورت جهل مشتری به وجود فساد، از عهده غرامات وارد شده بر مشتری نیز برآید و چون ثمن در اختیار بایع بوده است، در صورت کاهش ارزش ثمن و اثبات آن، با توجه به اطلاق عنوان غرامات در ماده ۳۹۱ قانون مدنی، بایع قانوناً ملزم به جبران آن است...»

افرادی است که مطلقاً چنین ضمانی را پذیرفته است (سؤال و جواب ۲۷۹)؛ اما آیت‌الله مکارم شیرازی تورم را در صورت افزایش فاحش، ضمان آورمی داند (استفتائات جدید ۲: ۲۹۴). در مقابل، مطابق ادعای آیت‌الله شاهرودی، مشهور علمائ قائل بر عدم ضمان این نوع خسارات هستند (مجله فقه اهل بیت ۲: ۴۸)؛ همچنان که فقهای هم‌چون آیات عظام بهجت، تبریزی و سیستانی به صراحت ضمان ناشی از تورم را نمی‌پذیرند (استفتائات ۳: ۱۰۱). پاسخ‌نامه شماره ۲۵۲۸ مورخه ۷۵/۷/۲۴ به پرسش کمیسیون امور قضایی و حقوقی مجلس شورای اسلامی و پاسخ‌نامه مورخ ۱۵/۲/۷۵ ق. به کمیسیون امور قضایی و حقوقی مجلس شورای اسلامی). با این وجود، با توجه به نظر قانون‌گذار، ضمان قهری افزایش ارزش پول غصب‌شده بر ذمه غاصبین قرار می‌گیرد؛ اگرچه مشهور فقهای امامیه چنین ضمانی را نمی‌پذیرند.

نتیجه

- این پژوهش با بررسی ماهیت چک بین بانکی و تعیین غاصبین بر اساس آن و بیان شیوه‌های اعاده حق و جبران خسارات مال باخته، نتایج به دست آمده را چنین بیان می‌دارد:
۱. از منظر فقهی و حقوقی، ماهیت چک بین بانکی، نوعی سند دین در ذمه است.
 ۲. در صورتی که چک بین بانکی را مال بدانیم، ضمان قهری «کارمندی که اقدام به صدور غیرمجاز چنین چکی نموده است» ثابت خواهد شد؛ اما در صورتی که این چک را سند بدانیم، این ضمانت، منتفی است. در مقابل، «دارنده چک بین بانکی» و «اشخاص ثالث دریافت‌کننده پول حاصل از چک مذکور» طبق هر دو نظریه مذکور درباره ماهیت چک بین بانکی، (سند یا مال بودن چک بین بانکی)، در مقابل مال باخته، مسئول هستند.
 ۳. در صورت وجود مال مغضوب در دست ذوالید، تنها کسی که مال در دست اوست، مکلف به ارجاع مال به مال باخته است.
 ۴. در فرض تلف پول غصب‌شده، غاصبین مکلف به استرداد مثل آن هستند و در صورتی که استرداد مال غصب‌شده موجود، امکان‌پذیر نباشد، باید بدل حیلولة را بپردازند.
 ۵. اگر مال باخته جهت دریافت خسارات به غاصب متلف عالم به غصب رجوع نماید، وی

(غاصب عالم) حق مراجعه به هیچ یک از غاصبین را ندارد؛ اما اگر به غیر متلف مراجعه نمود وی (غاصب غیرمتلف) می‌تواند یا به غاصب متلف یا به غاصبین بعد از خود جهت دریافت خسارات ناشی از تلف مال، مراجعه نماید.

۶. ضمان ناشی از تلف مال مغضوب بر عهده کسی است که عالم به غصب بوده است.

۷. براساس قانون، مال باخته جهت دریافت عوض منافع مستوفاة و غیر مستوفاة و افزایش ناشی از کاهش ارزش پول غصب شده خود، می‌تواند به غاصبین رجوع نماید؛ اگرچه مشهور فقهای امامیه، ضمان ناشی از تورم و کاهش ارزش پول را نمی‌پذیرند.

فهرست منابع

۱. ابن ابی جمهور، محمد بن علی. عوالي اللئالی العزیزیه. قم: دارسید الشهداء للنشر، چاپ ۱۴۰۵ هـ. ق.
۲. اسکینی، ربیعا. حقوق تجارت، تهران: سازمان سمت، چاپ ۲۴، ۵۱۳۹۶ هـ. ش.
۳. انصاری، مرتضی بن محمد امین. کتاب المکاسب. قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، چاپ ۱، ۱۴۱۵ هـ. ق.
۴. بهجت، محمد تقی. استفتاءات. قم: دفتر حضرت آیت الله بهجت، چاپ ۱، ۱۴۲۸ هـ. ق.
۵. پرون، بهروز. بررسی حقوقی چک در قانون تجارت. تهران: نشر قانون یار، چاپ ۱، ۱۳۹۵ هـ. ش.
۶. جمعی از مؤلفان. مجله فقه اهل بیت (علیهم السلام). قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام، چاپ ۱، بی تا.
۷. حرّ عاملی، محمد بن حسن. وسائل الشیعة. قم: مؤسسه آل البيت (علیهم السلام)، چاپ ۱، ۱۴۰۹ هـ. ق.
۸. حلّی، یحیی بن سعید. الجامع للشرائع. قم: مؤسسه سید الشهداء العلمیه، چاپ ۱، ۱۴۰۵ هـ. ق.
۹. رشتی، میرزا حبیب الله. کتاب الغصب. چاپ ۱، بی تا، بی نا، بی تا.
۱۰. سبزواری، سید عبد الأعلى. مهذب الأحكام. قم: مؤسسه المنار، چاپ ۴، ۱۴۱۳ هـ. ق.
۱۱. سبزواری، محمدباقر. کفایة الأحكام. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ ۱، ۱۴۲۳ هـ. ق.
۱۲. شهید اول، محمد بن مکی. الدروس الشرعية فی فقه الإمامیه. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ ۲، ۱۴۱۷ هـ. ق.
۱۳. شهید ثانی، زین الدین بن علی. الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة. قم: کتاب فروشی داوری، چاپ ۱، ۱۴۱۰ هـ. ق.
۱۴. _____ . مسالك الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام. قم: مؤسسه المعارف الإسلامیه، چاپ ۱، ۱۴۱۳ هـ. ق.
۱۵. طوسی، ابو جعفر محمد بن علی. الوسيلة إلى نیل الفضیلة. قم: انتشارات کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی، چاپ ۱، ۱۴۰۸ هـ. ق.
۱۶. عاملی، سید جواد. مفتاح الكرامة فی شرح قواعد العلامة. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه، چاپ ۱، ۱۴۱۹ هـ. ق.

۱۷. علامه حلّی، حسن بن یوسف. تلخیص المرام فی معرفة الأحکام. قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، چاپ ۱، ۱۴۲۱ ه.ق.
۱۸. فاضل آبی، حسن بن ابی طالب یوسفی. کشف الرموز فی شرح مختصر النافع. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه، چاپ ۳، ۱۴۱۷ ه.ق.
۱۹. قمی، سید تقی طباطبایی. عمدة المطالب فی التعليق علی المکاسب. قم: کتاب فروشی محلاتی، چاپ ۱، ۱۴۱۳ ه.ق.
۲۰. محقق حلّی، نجم الدین جعفر بن حسن. شرائع الإسلام فی مسائل الحلال والحرام. قم: مؤسسه اسماعیلیان، چاپ ۲، ۱۴۰۸ ه.ق.
۲۱. محقق داماد، سید مصطفی. قواعد فقه. تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ ۱۲، ۱۴۰۶ ه.ق.
۲۲. مرعشی نجفی، سید شهاب الدین. منهج المؤمنین. قم: انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی، چاپ ۱، ۱۴۰۶ ه.ق.
۲۳. مکارم شیرازی، ناصر. استفتائات جدید. قم: انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب (علیه السلام)، چاپ ۲، ۱۴۲۷ ه.ق.
۲۴. _____ . القواعد الفقهية. قم: انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب (علیه السلام)، چاپ ۳، ۱۴۱۱ ه.ق.
۲۵. _____ . أنوار الفقاهه. قم: انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب (علیه السلام)، چاپ ۱، ۱۴۲۵ ه.ق.
۲۶. _____ . بحوث فقهية هامة. قم: انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب (علیه السلام)، چاپ ۱، ۱۴۲۲ ه.ق.
۲۷. منتظری، حسین علی. رساله استفتاءات. قم، چاپ ۱، بی نا، بی تا.
۲۸. موسوی خمینی، سید روح الله. تحریر الوسيلة. قم: مؤسسه مطبوعات دار العلم، چاپ ۱، بی تا.
۲۹. _____ . توضیح المسائل (محشی امام خمینی «ره»). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ ۸، ۱۴۲۴ ه.ق.
۳۰. _____ . زبدة الأحکام. تهران: سازمان تبلیغات اسلامی، چاپ ۱، ۱۴۰۴ ه.ق.
۳۱. _____ . کتاب البیع. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، چاپ ۱، ۱۴۲۱ ه.ق.

۳۲. موسوی خویی، سید ابوالقاسم. منهاج الصالحین. قم: نشر مدینه العلم، چاپ ۲۸، ۱۴۱۰ هـ.ق.
۳۳. موسوی گلپایگانی، سید محمدرضا. بلغة الطالب فی بیع المکاسب. قم: چاپخانه خیام، چاپ ۱، ۱۳۹۹ هـ.ق.
۳۴. نجفی، محمد حسن. جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام. بیروت: دار احیاء التراث العربی، چاپ ۷، ۱۴۰۴ هـ.ق.
۳۵. نراقی، احمد بن محمد، عوائد الأيام فی بیان قواعد الأحکام، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، چاپ ۱، ۱۴۱۷ هـ.ق.
۳۶. یزدی، سید محمد کاظم طباطبایی. سؤال و جواب. تهران: مرکز نشر العلوم اسلامی، چاپ ۱، ۱۴۱۵ هـ.ق.
۳۷. موسوی گلپایگانی، بلغة الطالب فی التعليق علی بیع المکاسب، قم، چاپخانه خیام، چاپ ۱، ۱۳۹۹ هـ.ق.
۳۸. نجفی (کاشف الغطا)، محمد حسین بن علی بن محمدرضا، تحریر المجلة، نجف: المكتبة المرتضوية، چاپ اول، ۱۳۵۹ هـ.ق.
۳۹. شهیدی، محمد تقی، چک بین بانکی؛ برگرفته از سایت مدرسه فقاہت به آدرس: www.eshia.ir/feqh
۴۰. چک های بین بانکی؛ برگرفته از سایت بانک سپه به آدرس: www.banksepah.ir
۴۱. چک بانکی بین بانک ها؛ برگرفته از سایت بانک ملی به آدرس: bmi.ir/fa/services
۴۲. چک های بین بانکی؛ برگرفته از سایت بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران به آدرس: www.cbi.ir/showitem

مفهوم‌شناسی تسبیب و مبانی اجتماع اسباب از منظر فقهای امامیه

چکیده

مفهوم «سبب» در کنار مفاهیمی همچون مفهوم «مباشر» و «معاون»، از جمله مفاهیمی است که در شناخت مسئولیت در حوادث، تأثیر زیادی دارد. از این رو، شناخت این مفهوم و همچنین مبانی و دیدگاه‌های مختلف فقهای امامیه در زمان اجتماع اسباب، حائز اهمیت است. مشهور فقهای امامیه معتقدند که در زمان اجتماع اسباب باید یک سبب را بر سایر اسباب ترجیح داد؛ در حالی که تلف، متناسب به همه اسباب است. در مقابل، دسته‌ای از فقها نظریه تسهیم در ضمان و دسته دیگر، نظریه تساوی در ضمان را پذیرفته‌اند که سازگاری بیشتری با قواعد دارند. این مقاله، مبانی و ادله نظر مشهور درباره اجتماع اسباب، را نقد نموده و در نهایت، نظریه تساوی در دیه را برمی‌گزیند. این مقاله ضرر مالی را بررسی نمی‌کند؛ بلکه به اجتماع اسباب در ضرر جانی پرداخته و فروض مختلف مسأله را از جهت قصد اسباب، علم به اینکه فعل مورد نظر نوعاً کشنده است، تقصیر و انجام فعل غیر مجاز، به دقت بررسی می‌کند.

کلیدواژگان: ترجیح سبب، اجتماع اسباب، مباشر، تساوی در ضمان، تسهیم.

بحث حوادث، یکی از مباحث مهم فقهی - حقوقی است که مسأله‌های گوناگونی را شامل می‌شود. تعیین مسئول حادثه از میان عوامل گوناگون و متعدد، یکی از مسائل دشوار در وقایع حقوقی است؛ یعنی در بررسی فقهی و حقوقی پدیده‌هایی که دارای اسباب و عوامل مختلف غیرمباشری هستند، باید ابتدا سبب را از غیر سبب تشخیص و تفکیک نمود و سپس اگر حادثه دارای اسباب مختلفی بود، باید بر اساس مبنایی مشخص، مسئول حادثه را معین کرد. یکی از بحث‌های مهمی که کمک شایانی در این موضوع به ما می‌کند، مفهوم‌شناسی سبب و نیز شناخت مبانی مختلفی است که فقها در فرض اجتماع اسباب، اتخاذ می‌کنند. نوشتار حاضر، این مسأله را از منظر فقه‌های امامیه، بررسی نموده و مبانی آنان را به صورت طبقه‌بندی شده، ارائه می‌کند و در نهایت نیز سعی دارد تا با بررسی مبانی اجتماع اسباب، نظر صحیح در این مسأله را تبیین و اثبات نماید.

نکته حائز اهمیت در بحث اجتماع اسباب، شناخت دقیق محل نزاع فقها در این بحث است؛ چراکه ضرر ناشی از تسبیب، در دو ناحیه ضرر جانی (اعم از نفس و اطراف و منافع) و ضرر مالی مطرح می‌شود که این مقاله به بیان حکم اجتماع اسباب در ضرر جانی می‌پردازد. این فرض نیز خود دارای شقوق مختلفی است. اگر اسباب تلف، هر دو قصد داشته و یا علم به این داشته باشند که فعل آنان نوعاً کشنده است، در چنین فرضی اسباب در حکم مباشر بوده و مجازات مشارکت در قتل برای آنها ثابت خواهد شد؛ اعم از اینکه تقصیر یا فعل غیرمجاز، توسط هر دو سبب یا یکی از آنها انجام شود یا خیر. نتیجه آنکه درباره آنان، همانند مباشرت در قتل محکوم به، حکم مساوی قصاص یا دیه صادر می‌شود. اما اگر تنها یکی از اسباب، قصد قتل داشته و یا علم به این داشته است که فعل وی نوعاً کشنده است، شخص عامد، ضامن بوده و حکم قصاص یا پرداخت دیه در حق او جاری می‌گردد. در صورتی که همه اسباب، فاقد قصد باشند و یا علم به این نداشته باشند که فعل آنان نوعاً کشنده است نیز بحث از قصاص معنا ندارد و در چنین فرضی، اگر فعل یکی از اسباب، غیرمجاز یا از روی تقصیر باشد، همان سبب، ضامن دیه است و در صورتی که فعل هر دو مجاز بوده

و تقصیری نیز نداشته باشند، در حکم تلف با عوامل طبیعی است و ضمانی بر عهده اسباب نمی آید. محل نزاع اصلی بحث اجتماع اسباب، ناظر به مواردی است که فعل همه اسباب غیرمجاز بوده و یا از روی تقصیر باشد. در این صورت، اگر اسباب به صورت عرضی باشند، یعنی هر یک از آنها فی نفسه قابلیت کشتن فرد را داشته باشد، تمام اسباب به صورت مساوی در دیه شریک هستند؛ اما اگر اسباب به صورت طولی باشند، سه احتمال در مسأله وجود دارد: تسهیم که کمترین طرفدار را داشته و به این معناست که هر یک از اسباب بر اساس میزان تأثیرگذاری در تلف، ضامن هستند. نظر دوم، تساوی در پرداخت دیه نسبت به همه اسباب است و نظر سوم و مشهور، ترجیح یکی از اسباب نسبت به سایر سبب‌ها است که در میان فقها بر اساس پنج مبنا دسته‌بندی می‌شود که به تفصیل مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

۱. مفهوم سبب

روایات شیعه هیچ اشاره‌ای به اصطلاح «تسبیب» نداشته‌اند و به تبع آن، در کتاب‌های فقه‌های قدیم نیز مطلبی درباره این اصطلاح وجود ندارد؛ با این وجود، فقه‌های قدیم، تمام مسائلی که امروزه تحت عنوان «تسبیب و مباشرت» مطرح می‌شود را بحث کرده‌اند. به عنوان مثال، می‌توان به کتاب الکافی فی الفقه در قرن پنجم اشاره کرد. ابوالصلاح حلبی در بحث دیات، بدون ذکر اصطلاح «مباشرت» و «تسبیب»، این دو عنوان را از موجبات ضمان دیه می‌داند (۳۹۳). بعد از وی، شیخ طوسی در بررسی یکی از فروع فقهی، برای نخستین بار به مسأله اجتماع سبب و مباشر اشاره می‌کند (المبسوط ۷: ۱۵۹)، اما ایشان نیز تعریفی از تسبیب ارائه نمی‌کند. فقه‌های امامیه از قرن هفتم به بعد، علاوه بر تعریف این اصطلاح، صور مختلف تسبیب را نیز به طور مفصل، بیان می‌کنند. اقوال این دسته از فقها با توجه به تفاوت ملاک آن‌ها در سه دیدگاه دسته‌بندی می‌شود.

۲. دیدگاه‌های فقها در تمییز سبب از مباشر

تمییز سبب از مباشر از جمله موضوعاتی است که شارع، تعریف یا ضابطه‌ای برای آن ارائه نکرده است. در چنین مواردی که امکان معرفت تفصیلی، یعنی دست‌یابی به تعریفی جامع و مانع از طریق جنس و فصل که مانع از تحیر در موارد شک باشد، وجود ندارد و نیز ضابطه و علائمی نیز برای تعیین تکلیف موضوع و خروج از حالت شک در دسترس نیست، ناگزیر باید موضوع له تفصیلی را از طریق

عرف و لغت کشف نموده و با استفاده از تمییز نوعی عرف، سبب را مشخص کرد.

۱-۲. دیدگاه اول: کشف موضوع له تفصیلی از دیدگاه عرف و لغت

براساس دیدگاه اول، فقها از طریق بیان قیود و ضوابط، معرفت تفصیلی به سبب پیدا می‌کنند. این دیدگاه با نگاه به عوامل مؤثر در تحقق تلف، عامل سببیت را از عوامل دیگر، مثل علت (مباشر تلف)، تفکیک می‌کند و آن را تحت ضابطه مشخص قرار می‌دهد. با بررسی نظرات فقها، برای این دیدگاه می‌توان دو ضابطه بیان کرد. براساس ضابطه اول، سبب، عامل تحقق تلف است و براساس ضابطه دوم، سبب، ملازم با علت تلف است.

۱-۱-۲. ضابطه ۱: ایجاد هر آنچه تلف را به دنبال داشته باشد

این ضابطه در سه دسته بیان شده است. دسته اول، «تسبیب» را بدون اضافه کردن قید «ایجاد هر آنچه تلف را به دنبال داشته باشد»، مشخص می‌کند. امام خمینی^۱ معتقد است که تسبیب، عبارت است از ایجاد چیزی که به سبب وقوع آن، تلف بر آن مترتب می‌شود (تحریر الوسیله، غصب ۲: ۱۹۰). مرحوم خوانساری نیز با اشاره به تأثیر عرف در انتساب سبب، تسبیب را عبارت از ایجاد فعل یا ترک فعلی می‌داند که از نظر عرفی، وسیله تلف می‌شود (جامع المدارک ۵: ۲۰۵). همچنین مرحوم کاشف الغطا می‌فرماید: سبب عبارت است از انجام امری که تلف، حتی به صورت نادر، به واسطه آن محقق می‌شود (کشف الغطاء عن مبهمات الشریعة الغراء ۴: ۶۰۰). علامه حلی^۲ و شهید ثانی نیز با اشاره به قصد حفظ شیء در تعریف تسبیب می‌فرمایند: تسبیب عبارت است از انجام امری که تلف، حتی به صورت نادر، به همراه آن محقق می‌شود؛ هر چند قصد حفظ داشته باشد (قواعد ۱: ۶۳ و فوائد القواعد ۴۳۰). با توجه به تعریف مرحوم کاشف الغطاء و تعریف علامه حلی و شهید ثانی، معلوم می‌شود که تلف اگر به صورت نادر هم به واسطه سبب محقق گردد، اخلاقی به سببیت آن وارد نمی‌کند.

دسته دیگر، این ضابطه را همراه با قید «لولا له لَمَا اثر للعلّة» بیان می‌کند. در واقع، به اعتقاد این دسته از فقها، سببی که در تحقق تلف، مؤثر است، به گونه‌ای است که علت بدون آن، هیچ اثری

۱. در کتاب تحریر الوسیله، دیات (۲: ۵۶۴)، قید «لولا له لما حصل التلف» را بیان می‌کند.

۲. در کتاب قواعد الأحکام (۳: ۶۵۱)، قید «لولا له لما اثر للعلّه» را بیان می‌کند.

ندارد. محقق حلی، مقدس اردبیلی، فخرالمحققین و امام خمینی می‌فرمایند: تسبیب عبارت است از هر فعلی که تلف مسبب به دنبال آن محقق می‌شود، ولی علت تلف چیز دیگری است؛ البته به طوری که اگر این سبب نبود، اثر علت حاصل نمی‌شد (شرائع الإسلام ۳: ۱۸۶ و ۴: ۲۳۷؛ مجمع الفائده ۱۴: ۲۵۷؛ ایضاح الفوائد ۲: ۱۶۷ و تحریر الوسیلة، ۲: ۵۶۴). اما برخی از فقها نظیر شمس الدین حلی و علامه حلی معتقدند که سبب عبارت است از هر چیزی که تلف به دنبال آن محقق می‌شود؛ در حالی که علت تلف، چیز دیگری است (معالم الدین ۲: ۵۷۸ و قواعد الأحکام ۳: ۶۵۱). این دو فقیه فقط به این امر اشاره می‌کنند که علت تلف، چیز دیگری است، ولی اشاره‌ای به این موضوع ندارند که علت در صورت فقدان سبب، بی‌اثر خواهد بود.

دسته سوم، قید «اذا كان السبب مما يقصد لتوقع تلك العلة» را بیان می‌کند. بر اساس این قید، سبب باید به گونه‌ای باشد که بتوان از آن، توقع وقوع علت تلف را قصد کرد. بر همین اساس، علامه حلی می‌فرماید: تسبیب عبارت است از ایجاد هر چیزی که تلف به دنبال آن محقق می‌شود، ولی علت تلف، چیز دیگری است؛ البته به شکلی که بتوان با سبب انتظار، وقوع علت تلف را قصد کرد (علامه حلی، قواعد الاحکام ۲: ۲۲۱). به اعتقاد محقق کرکی نیز بهتر است تسبیب را چنین تعریف کرد: «ایجاد هر رفتاری که به همراه آن، تلف حاصل می‌شود، ولی علت تلف، چیز دیگری است. البته به طوری که سبب، شأن همراهی با علت تلف را داشته باشد؛ به این صورت که موارد تحقق علت تلف با چنین سببی، زیاد باشد» ایشان در ادامه می‌فرماید: «در توجیه قید (قصد انتظار وقوع علت) گفته شده است که گویا وجود این قید برای خارج کردن مواردی است که به طور نادر، منشأ ایجاد تلف می‌شوند؛ زیرا این موارد سبب شمرده نمی‌شوند. البته شاید منظور از قصد انتظار وقوع علت، شأن وقوع علت باشد» (جامع المقاصد ۶: ۲۰۷).

همچنین در مفتاح الکرامه چنین آمده است: «منظور از قصد در تعریف تسبیب، دارا بودن شأن حصول علت است» (مفتاح الکرامة ۱۸: ۱۶). شهید ثانی در مسالک الافهام با ارائه یک تقسیم‌بندی، به این مطلب، اشاره می‌کند: رفتاری که در تلف شیء، مؤثر است، دو حالت دارد: گاهی نسبت دادن تلف به این رفتار معمولاً یک نسبت واقعی است که در این صورت، رفتار یادشده، علت تلف نامیده می‌شود؛

در مقابل، گاهی با آنکه این نسبت واقعی نیست، اما شأن چنین رفتاری ایجاب می‌کند که نسبت تلف به آن، قصد شود که در این صورت، به این رفتار، سبب گفته می‌شود (۱۲: ۱۶۳). محقق سبزواری نیز مانند قسم دوم تسبیب در کلام شهید ثانی می‌فرماید: تسبیب عبارت است از ایجاد رفتاری که در تلف شدن شیء دخالت دارد؛ به طوری که معمولاً نسبت دادن تلف به آن رفتار، واقعی نیست، بلکه شأن چنین رفتاری ایجاب می‌کند که نسبت تلف به آن قصد شود (کفاية الأحكام ۲: ۶۳۵).

میرزا حبیب‌الله رشتی با تفصیل دادن افعالی که سبب تلف هستند، به تبیین تسبیب پرداخته و می‌فرماید: سبب، عبارت است از انجام فعلی که انتظار تلف، ولو احياناً، از آن می‌رود؛ یعنی بعید نیست که تلف بر آن فعل مترتب شود، هر چند سبب شأنی هم نباشد. به این بیان که افعالی که سبب تلف می‌شوند، چند دسته‌اند؛ یک دسته، افعالی هستند که به حسب نوع آن افعال یا موارد غالب آن، سبب تلف می‌شوند. دسته دوم به لحاظ خصوصیت فعل یا موقعیت آن فعل، سبب تلف می‌شوند و دسته آخر، افعالی هستند که گاهی در برخی اوقات - البته نه به صورت نادر - تلف بر آنها مترتب می‌شود. منظور از سبب در اینجا، فقط دسته سوم است؛ زیرا دسته اول و دوم، مباشر تلف شمرده می‌شوند (کتاب الغصب ۲۹).

۲-۱-۲. ضابطه ۲: ملازمه بین سبب و علت تلف

این ضابطه در دو دسته بیان شده است. دسته اول بدون اضافه کردن قید، «ایجاد هر آنچه ملازم با علت تلف است» را تسبیب می‌نامد. علامه حلی، شهید اول و صاحب ریاض در مقام تعریف تسبیب گفته‌اند: تسبیب یعنی انجام دادن چیزی که ملازم با علت است (إرشاد الأذهان ۱: ۴۴۴؛ الدروس ۳: ۱۰۷ و ریاض المسائل ۱۴: ۱۹). در توضیح قید «ملازمه» گفته شده است: «منظور از ملازمه این نیست که در وجود، ملازم یکدیگر باشند؛ بلکه مراد از آن، توقف بر یکدیگر است. به عبارتی، تا سبب محقق نشود، علت نیز محقق نمی‌شود» (عاملی، مفتاح الكرامة ۱۷: ۱۸). همچنین میرزا حبیب‌الله رشتی می‌نویسد: «ملازمه سبب با علت، ملازمه خارجی است، نه ملازمه واقعی و دائمی» (کتاب الغصب ۲۹). دسته دوم، این ضابطه را همراه با قید «قاصداً لتوقع تلك العلة» بیان می‌کند؛ یعنی قائلین این دسته معتقدند که سبب عبارت است از ایجاد چیزی که ملازم با علت است، به طوری که انتظار

وقوع علت، قصد شده باشد (عاملی، غایة المراد ۲: ۳۹۱). قید «قاصداً لتوقع تلك العلة»، به چند صورت تفسیر شده است. برخی، قصد را به شأن، تفسیر کرده‌اند (کرکی، جامع المقاصد ۶: ۲۰۷). عده‌ای آن را به معنای حصول گرفته‌اند (عاملی، مفتاح الکرامه ۱۹: ۱۸) و برخی دیگر نیز این قید را به عنوان شرط اغلیبیت سبب در ایجاد تلف می‌شمارند (نجفی، أنوار الفقاهة، کتاب الغصب ۱۶). با بررسی ضوابط مختلفی که در تعریف سبب بیان شده است و اختلافات عدیده‌ای که در قیود لازم برای احراز سبب وجود دارد، نمی‌توان به ضابطه‌ای دقیق دست یافت که جامع و مانع تمام صور سبب بوده و مانع از شک و تحیر در مصادیق گردد؛ در این صورت، چاره‌ای جز رجوع به تمییز عرفی وجود ندارد.

۲-۲. دیدگاه دوم: تشخیص استناد تلف از طریق ارجاع تمییز به عرف

این دیدگاه با نگاه به منشأ ضمان و قطع نظر از عامل تحقق تلف، ملاک سببیت را استناد تلف دانسته و مرجع آن را نیز عرف می‌داند. میرزای نائینی در کتاب مکاسب خود می‌گوید: تسبیب، عبارت است از استناد حقیقی تلف به فعل مسبب، همانند استناد فعل به مباشر، به شرطی که رابطه بین فعل مسبب و تلف، توسط فاعل مختار، قطع نشود (المکاسب ۱: ۵۶). مرحوم بروجردی با ارائه معنایی موسع از انتساب تلف، اتلاف سببی را به معنای هر چیزی می‌داند که تلف به آن نسبت داده شود؛ اعم از اینکه آن چیز علت یا شرط تلف باشد و یا مانع تلف را از بین ببرد (تقریرات ثلاث ۱۷۲). طرفداران این دیدگاه معتقدند که عنوان‌های مباشرت و تسبیب، شرط در صدق استناد تلف نیست؛ بنابراین، هدف از تقسیم به مباشرت و تسبیب، عبارت است از ضابطه مند کردن ملاک استناد. بر همین اساس، مرحوم حسینی مراغه‌ای در العناوین الفقهیه می‌فرماید: «در صدق نسبت تلف به شخص، مباشرت در اتلاف یا سبب بودن و مانند آن شرط نیست؛ زیرا مباشرت و سبب، اختصاص به مرتبه خاصی ندارد، بلکه تلف‌کننده گاهی سبب یا سبب سبب است یا در سلسله اسباب قرار دارد. از این رو، چون منشأ ضمان - طبق نصوص و فتاوا - تحقق اتلاف است، ملاک و معیار آن، صدق عرفی خواهد بود و اینکه فقها متلف را به مباشر و مسبب و مانند آن تقسیم می‌کنند، به منظور ضابطه مند کردن همین تصدیق عرفی است و گر نه هیچ دلیلی بر عنوان مباشرت و تسبیب و همچنین تقدّم یکی از آن دو در هنگام اجتماع وجود ندارد. پس باید گفت معیار، صدق عرفی است و تشخیص متلف در نظر عرف، گاهی

بر هر دو عنوان سبب و مباشر منطبق می شود، گاهی فقط بر مباشر و گاهی نیز فقط بر سبب» (۲: ۴۳۵).
آیت الله مکارم شیرازی نیز با پذیرش همین نظر، معتقد است که احکام فقهی، دایر مدار عناوین
تسبیب و مباشرت نیست، بلکه ملاک سببیت، صدق اسناد عرفی عنوان اتلاف است؛ چه به صورت
مباشرت یا تسبیب باشد و یا غیر آن (القواعد الفقهية ۲: ۲۰۶).

مرحوم تبریزی می پذیرد که ضابطه «ما لولاه لَمَا حصل التلف» گاهی در تشخیص سبب،
پاسخگو است، اما معتقد است که این ضابطه به صورت مطلق، صحیح نبوده و برای تشخیص
موضوع ضمان دیه باید ابتدا به ادله این موضوع، مراجعه شود؛ در غیر این صورت، ملاک استناد
حقیقی تلف به فاعل، سبب خواهد بود (تنقیح مبانی الأحكام، کتاب الدیات ۸۵).

برخی از فقها نیز معتقدند که عنوان تسبیب در روایات، بیان نشده و حکم ضمان نیز دایر مدار تحقق
این عنوان قرار نگرفته است؛ به همین دلیل، آنان ملاک تسبیب را مصادیق مندرج در روایات می دانند.
در واقع، این دیدگاه، مسئولیت سبب را به تحقق مصادیقی محدود می کند که در روایات بیان شده است
و سرایت این مسئولیت به دیگر مصادیق را تحت عنوان تسبیب نمی پذیرد. صاحب جواهر در جواهر
الکلام این دیدگاه را پذیرفته و معتقد است که لفظ سبب، عنوان برای حکم شرعی واقع نشده است؛
از این رو، انگیزه ای برای تعریف آن وجود ندارد و باید به مصادیق ذکر شده در روایات، اکتفا نمود. به
عبارت دیگر، ملاک تسبیب، همان چیزی است که در روایات بیان شده است و نه صدق عنوان سبب.
بدین جهت، تمام قیودی که برای تعریف سبب بیان شده است، مثل قصد توقع علت یا اغلیبیت و نظیر
آن، هیچ اعتباری ندارد؛ زیرا روایات از این جهت، مطلق هستند. برای تعدی به مصادیقی که شبیه به
مصادیق ذکر شده در روایات هستند نیز باید با رجوع به اجماع یا فهم عرفی، دید که آیا این دو مصداق
از یک سنخ هستند یا خیر (نجفی، جواهر الکلام ۳۷: ۵۰). مرحوم آیت الله فاضل لنکرانی نیز این نظر را
پذیرفته و معتقد است که ضمان شرعی، نیازمند دلیل شرعی است؛ از این رو، باید به مصادیق ذکر شده در
روایات و نیز مواردی اکتفا نمود که به استناد فتاوا به آن ملحق شده است (تفصیل الشریعة، الدیات ۷۸).
با دقت در نظر صاحب جواهر و مرحوم آیت الله فاضل می توان دریافت که آنان نیز ارجاع به عرف را پذیرفته اند؛
چراکه با الغاء خصوصیت موارد ذکر شده در روایات، این موارد را به سایر موارد مشابه عرفی نیز تسری داده اند و

بنابراین، این دو فقیه، دیدگاه جدیدی ارائه نکرده و فقط ارجاع به عرف را با بیان متفاوتی مطرح کرده‌اند.

۳. مبانی اجتماع اسباب با فرض ترتب و تساوی در عدوان

با توجه به مباحثی که در خصوص مفهوم‌شناسی سبب مطرح کردیم و نیز تصویری که از محل نزاع اجتماع اسباب در مقدمه ارائه نمودیم، این سؤال مطرح می‌شود که اگر اسباب متعددی با یکدیگر جمع شده و با ارتکاب فعلی غیرمجاز و یا از روی تقصیر و به صورت مترتب بر یکدیگر، زبانی را به شخص دیگری وارد نمایند، کدام سبب، ضامن است و تعیین آن براساس چه مبانی صورت می‌پذیرد؟

در این مسأله، شناخت دقیق محل نزاع فقها از اهمیت زیادی برخوردار است و قبلاً بیان کردیم که در این پژوهش، به بررسی حکم اجتماع اسباب در ضرر جانی می‌پردازیم و مباحث مربوط به ضرر مالی، مجال دیگری می‌طلبد. اما در خصوص موضوع بحث باید گفت که این مسأله صورت‌های مختلفی پیدا می‌کند که جهت تعیین محل نزاع مسأله، آنها را بیان می‌کنیم:

۱. اگر همه اسباب تلف، قصد قتل را داشته و یا علم به این داشته‌اند که فعل مورد نظر نوعاً گشوده است، اسباب در حکم مباشر بوده و مجازات مشارکت در قتل برای آنها ثابت خواهد شد؛ اعم از اینکه تقصیر یا فعل غیرمجاز، توسط یکی از اسباب یا همه آنان انجام شده باشد. بنابراین، اسباب در چنین فرضی، همانند مباشرت در قتل، به صورت مساوی، محکوم به حکم قصاص یا دیه خواهند شد.

۲. اما اگر تنها یکی از اسباب، قصد قتل را داشته یا علم به این موضوع داشته است که فعل مورد نظر، نوعاً گشوده است، وی ضامن بوده و حکم قصاص یا پرداخت دیه در حق او جاری می‌شود.

۳. در صورتی که همه اسباب، فاقد قصد باشند و یا علم به این نداشته باشند که فعل مورد نظر، نوعاً گشوده است، بحث از قصاص معنایی ندارد و در چنین فرضی اگر فعل یکی از اسباب، غیرمجاز یا از روی تقصیر باشد، وی ضامن دیه خواهد بود و اگر فعل همه اسباب، مجاز بوده و تقصیری نیز نداشته باشند، مسأله دارای حکم تلف با عوامل طبیعی بوده و ضمانی برعهده اسباب قرار نمی‌گیرد. محل نزاع اصلی بحث اجتماع اسباب، مواردی است که فعل همه اسباب، غیرمجاز بوده و یا

از روی تقصیر باشد که در این صورت، اگر اسباب به صورت عرضی باشند، یعنی هر کدام فی نفسه قابلیت کشتن فرد را داشته باشند، تمام اسباب به صورت مساوی، در دیه شریک هستند؛ اما اگر اسباب به صورت طولی قرار گیرند، سه احتمال و سه نظریه وجود دارد: نظریه اول، تسهیم است که کمترین طرفدار داشته و به این معناست که هر یک از اسباب، بر اساس میزان تأثیرگذاری در تلف، ضامن خواهند بود. نظریه دوم، تساوی در پرداخت دیه نسبت به همه اسباب را برمی‌گزیند و نظریه سوم، ترجیح یکی از اسباب نسبت به سایر سبب‌ها را مطرح می‌کند که این نظریه، مطابق دیدگاه مشهور فقها بوده و بر اساس پنج مبنای دسته‌بندی می‌شود.

در ادامه، به تفصیل این سه نظریه می‌پردازیم و آنها را در دو دسته کلی قرار می‌دهیم؛ یعنی دو نظریه اول را با عنوان عدم ترجیح یکی از اسباب، دسته‌بندی می‌کنیم و نظریه سوم را با عنوان ترجیح یکی از اسباب مطرح می‌کنیم که خود، دارای مبانی پنج‌گانه‌ای است که آنها را بیان خواهیم کرد.

۳-۱. دسته اول: عدم ترجیح یکی از اسباب

همانگونه که بیان شد، این دسته، شامل دو نظریه اول است که هر یک را به صورت مجزا بررسی می‌کنیم.

۳-۱-۱. نظریه اول: تسهیم در ضامن

بر اساس این نظریه، از آنجا که تمام اسباب، در تلف دخالت داشته‌اند، همه آنها در آن سهیم بوده و هر یک، بر اساس میزان جنایت و خسارتی که وارد کرده است، ضامن دیه خواهد بود. این نظریه گرچه از جهت میزان مسئولیت ناشی از دخالت در جرم با بنیاء عقلا سازگاری دارد، ولی مخالف نظر مشهور فقها، مبنی بر ترجیح یکی از اسباب بر سایر سبب‌ها، است. به نظر می‌رسد مشهور فقها به این دلیل تلف را منتسب به یک سبب می‌دانند که معتقدند در فرض طولی بودن اسباب، قید «لولا له لما وقع التلف» فقط بر یکی از اسباب صادق است نه همه اسباب؛ اما این ضابطه مردود بوده و قول مشهور، برخلاف مبانی مسئولیت است. ما قرائن و شواهد ردّ این قول را در ذیل دسته سوم به تفصیل بررسی و نقد خواهیم نمود.

بنابراین، اگر در مواردی، قرائن و شواهدی بر انتساب عرفی تلف به یک سبب وجود نداشته و به تبع آن، دلیلی بر ترجیح یک سبب نیز در بین نباشد، فعل، منتسب به تمام اسباب بوده و هر یک از

آنها باید به میزان خسارتی که وارد کرده است، ضامن باشد. در این صورت، نحوه محاسبه خسارت، یک مشکل اساسی است که به نظر می‌رسد این مشکل، سبب شده است تا برخی از فقها علی‌رغم پذیرش عدم ترجیح اسباب، نظریه تسهیم را نپذیرفته و نظریه تساوی در ضمان را قبول کنند. در این میان، آیت‌الله مکارم شیرازی معتقد است که اگر درصد خسارت‌هایی که هر یک از اسباب وارد نموده‌اند، توسط کارشناس، قابل محاسبه باشد، این نظر کارشناسی در صورتی که اطمینان‌آور باشد، حجت بوده و پذیرفته می‌شود.

متن یکی از استفتائاتی که خدمت آیت‌الله مکارم تقدیم شده است، به این شرح است:

«در مسأله اجتماع اسباب، میان فقهای امامیه نظراتی به شرح ذیل مشهود است:

۱. ضمان سبب مقدم در تأثیر (این قول به مشهور نسبت داده شده است)؛ ۲. ضمان سبب

اقوی؛ ۳. ضمان سبب مقدم در وجود؛ ۴. ضمان سبب مؤخر در وجود؛ ۵. ضمان هر دو سبب.

مستدعی است بفرمایید:

الف. در صورت استناد حادثه‌ای به دو یا چند سبب، آیا تمامی اسباب ضامن‌اند و یا یکی از آنها؟ هرگاه تمامی اسبابی که حادثه به آنها مستند است، ضامن باشند، آیا ضمان بالسویه است و یا به میزان تأثیر هر یک از آنها؟ به عنوان مثال: هرگاه مسئول خرید قطعات یک شرکت خودروسازی، در هنگام خرید، مسامحه و سهل‌انگاری کرده و قطعات غیر استاندارد تهیه نماید و مسئول بازرسی خدمات نیز بی‌دقتی کرده و به غیر استاندارد بودن قطعات توجهی نکند و مسئول قرار دادن قطعات نیز علی‌رغم وظیفه‌ای که در چک کردن قطعات دارد، آنها را اجاسازی نموده و سرانجام به دلیل نقص قطعه مزبور، اتومبیلی واژگون شده و راننده و سرنشینان آن فوت نمایند، چه کسی ضامن است؟

ب. هرگاه برخی از اسباب، عدوانی و برخی غیر عدوانی باشند و تلف به هر دو عامل مستند باشد،

چه کسی ضامن خواهد بود؟»

آیت‌الله مکارم شیرازی در پاسخ به این استفتاء می‌فرماید: معیار در تمام فروض بالا اسناد عرفی است و با توجه به اینکه اسناد عرفی در مثال مذکور به همه اسباب داده می‌شود، همه، مسئولیت مشترک دارند و اگر از نظر اهل خبره، تأثیر بعضی از اسباب بیشتر باشد، به همان نسبت، سهم او در

ضمان بیشتر است (گنجینه استفتائات قضایی، سؤال ۶۹۵۸).

ایشان با توجه به اسناد عرفی به همه اسباب، معتقد است که همه اسباب، در مسئولیت شریک هستند و با صائب دانستن نظر اهل خبره در سنجش درصد خسارات، به صراحت، نظریه تسهیم را پذیرفته اند. هر چند این دیدگاه منطبق با قواعد فقهی است، ولی در نهایت با این سؤال مواجه می شویم که کارشناس بر اساس کدام ضابطه شرعی اقدام به سنجش و تعیین درصد خسارات می نماید؟

در استفتاء دیگری از ایشان چنین سؤال شده است که در یک نزاع بر اثر ضربه عمدی ضارب، مجنی علیه دچار شکستگی جمجمه و خونریزی مغزی شده است که پس از انتقال به بیمارستان، تحت عمل جراحی قرار گرفته و پس از حدود دو هفته، دچار خونریزی دستگاه گوارش می گردد که مجدداً تحت عمل جراحی (زخم خونریزی دهانه اثنی عشر) قرار می گیرد و بعد از عمل، علی رغم عدم اجازه پزشک معالج، بیمار با رضایت همراهان، مرخص و به بیمارستان دیگری منتقل می شود و پس از دو روز در بیمارستان اخیر فوت می نماید. کمیسیون پزشکی، علت تامه مرگ را عفونت منتشر شده خون ناشی از آبنه چرکی در فضای شکم، تعیین نموده و اضافه نموده است که در پیدایش عارضه یاد شده عوامل مختلفی از جمله:

الف. ضربه وارده به ناحیه جمجمه که سبب خونریزی گردیده، هفتاد درصد؛

ب. زمینه قبلی موجود در بیمار، پانزده درصد؛

ج. و انتقال بی مورد و مکرر بیمار از بیمارستان، پانزده درصد دخالت داشته است. نظر مبارک را در مورد عمل جانی در خصوص عمدی یا غیر عمدی بودن قتل یا پرداخت دیه نفس یا عضو بیان فرمایید؟

آیت الله مکارم شیرازی در پاسخ به این استفتاء می فرماید: اگر نظریه کارشناسان مورد اطمینان چنین باشد که اگر این شخص را جابه جانی کردند، نمی مرد، بلکه نجات می یافت، کسی که ضربه مغزی وارد کرده است، تنها دیه شکستگی جمجمه را باید بدهد و دیه قتل خطاء بر عهده کسانی است که جابه جا کرده اند و اگر هر دو کار، مؤثر در مرگ او بوده است، هر کدام باید سهمی از دیه یک انسان را به نسبت مذکور بدهند؛ مگر اینکه تفاوت میان آن دو زیاد نباشد که در این صورت، می توانند مساوی بدهند.

در متن سؤال مذکور، کارشناس، درصد مشارکت اسباب را معین کرده است، اما مشخص نیست این کار، با چه ضابطه‌ای صورت گرفته است؛ به همین جهت، ایشان در ادامه می‌فرماید: در صورتی که تفاوت زیادی در سهم اسباب وجود نداشته باشد، می‌توان تساوی در ضمان را پذیرفت. به نظر می‌رسد با توجه به اینکه مشخص نیست نظر کارشناسان چه میزان بر مدار واقعیت است و به تبع آن، اطمینان‌آوری نظر آنها با مشکل مواجه می‌شود، نظریه تساوی در ضمان در فرضی که درصد مشارکت هر یک از اسباب با اجمال روبه‌رو است، به قواعد نزدیک‌تر است. (گنجینه استفتائات قضایی، سؤال ۲۳۴۴)

۳-۱-۲. نظریه دوم: تساوی در ضمان

این نظریه با انتساب حادثه به تمام اسباب، هیچ ترجیحی بین اسباب قائل نمی‌شود و ضمان را به طور مساوی بین آنها تقسیم می‌کند؛ اعم از اینکه اسباب به طور مساوی، تأثیر گذاشته باشند یا آنکه تقدم و تأخر داشته باشند. مرحوم فیض کاشانی معتقد است که در فرض اجتماع اسباب، احتمال دارد هر دو سبب به طور مساوی، ضامن باشند؛ زیرا تلف به واسطه هر دو سبب، پدید آمده است. البته ایشان در ادامه، این احتمال را نیز مطرح کرده است که سبب اقوی ضامن باشد (مفاتیح الشرائع ۲: ۱۱۵). همچنین سید محمدسعید حکیم (منهاج الصالحین ۳: ۳۳۸)، فیاض کابلی (منهاج الصالحین ۳: ۴۰۴)، آیت‌الله وحید خراسانی (منهاج الصالحین ۳: ۵۶۰)، آیت‌الله سیستانی (منهاج الصالحین ۲: ۲۷۵)، آیت‌الله مکارم شیرازی (القواعد الفقهية ۲: ۲۰۷) و آیت‌الله صادق روحانی (منهاج الصالحین ۳: ۳۹۰) این نظر را پذیرفته‌اند.

مشهور فقها معتقدند اگر سبب مقدم در تأثیر وجود داشته باشد، ضمان بر عهده او است، اما به اعتقاد برخی از فقها، احتمال قوی وجود دارد که در این فرض، هر دو سبب به طور مطلق، ضامن باشند (گلیایگانی، هدایة العباد ۲: ۲۶۲ و ۳۳۹، خمینی، تحریر الوسيلة ۲: ۱۹۳) آیت‌الله فاضل لنکرانی برای تقویت این احتمال می‌فرماید: هر چند اثر سبب اول، زودتر از دیگری بوده است، اما اگر سبب دوم، یعنی حفر چاه نبود، تلف محقق نمی‌شد؛ در نهایت، تلف به هر دو سبب استناد دارد، اما ظاهراً همان سبب اول، ضامن است (تفصیل الشریعة - الغصب، إحياء الموات، المشتركات واللقة ۱۶۲).

۱. ایشان در جای دیگر نیز با عبارت «ظاهراً»، ضمان را بر عهده سببی می‌داند که زودتر از دیگری جنایت را ایجاد کرده است؛ هر چند بعد از سبب دیگر، حادث شده باشد (خمینی، کتاب الديات ۲: ۵۶۹).

ادله نظریه دوم

طرفداران این نظریه، سه دلیل بر ادعای خود، اقامه کرده‌اند که به آن اشاره خواهیم کرد.

عدم جریان استصحاب اثر سبب اول

محقق خوبی معتقد است که هر چند بر اساس قول مشهورتر، ضمان بر عهده واضع سنگ است، اما اظهر این است که ضمان بر عهده هر دو سبب است. تنها دلیلی که مشهور به آن استناد کرده است، استصحاب اثر سبب اول و در نتیجه، ترجیح آن بر سبب دوم است. این در حالی است که در اینجا مجالی برای اجرای استصحاب وجود ندارد؛ زیرا برای سبب اول، قبل از تحقق سبب دوم، اثری وجود ندارد تا بتوان آن را استصحاب کرد و اثر موجود، مستند به هر دو سبب است. بنابراین، وقتی ضمان، نسبتی مساوی با هر دو سبب دارد، ترجیحی بین سبب اول و دوم وجود ندارد (خوبی، مبانی تکملة المنهاج - موسوعه ۴۲: ۳۲۲)

تحقق سببیت به صورت فی الجمله

به اعتقاد مرحوم سبزواری، احتمال قوی وجود دارد که هر دو سبب به طور مطلق، ضامن باشند. به نظر ایشان در این مسأله، سه حالت وجود دارد: حالت اول و دوم این است که بدون اشکال و تردید، ضمان را مختص به سبب اول یا سبب دوم بدانیم و حالت سوم این است که با نبود قرینه بر اختصاص، هر دو سبب را ضامن بدانیم. در اینجا از یک سو، هیچ دلیل معتبری بر دو حالت اول و دوم وجود ندارد و از سوی دیگر، نسبت به تحقق سببیت اجمالی هر دو سبب، هیچ شکی وجود ندارد؛ زیرا در مثال گذشته، همان طور که اگر سنگ وجود نداشت، تلف محقق نمی‌شد، به همین صورت، اگر چاه نیز وجود نداشت، تلف اتفاق نمی‌افتاد. در نتیجه، انتساب تلف به هر دو سبب، صحیح است. بنابراین، در صورت عدم قرینه بر اختصاص، حکم به اشتراک ضمان خواهد شد (مهذب الأحكام ۲۱: ۳۶۰).

استناد تلف به همه اسباب

آیت الله تبریزی بعد از ذکر نظر مشهور درباره اجتماع اسباب، به نظر متفاوت خود اشاره کرده و می‌فرماید: مقتضای استناد تلف به همه اسباب، این است که ضمان، به صورت مشترک باشد. به همین صورت، در جایی که شخص، چاهی حفر کند و شخص دیگری در آن چاقویی قرار دهد، ضمان

به طور مساوی بر عهده هر دو سبب است؛ زیرا اگر هر کدام از این دو سبب وجود نداشت، جنایت محقق نمی شد. اگر قرارداد چاقو هیچ اثری در تحقق جنایت نداشته باشد، اصلاً تلف به او مستند نیست. در نتیجه، ضمان فقط بر عهده حفرکننده چاه است (تنقیح مبانی الأحكام، کتاب الدیات (۱۱۰).

ملاک اصلی این نظریه، انتساب تلف به تمام اسباب است؛ بنابراین، قائلین به این نظریه معتقدند که اسباب در ضمان مساوی هستند. با توجه به اینکه هر یک از اسباب باید متناسب با درصد خسارتی که وارد می کند، ضامن باشد و در اجتماع اسباب، میزان مشارکت هر یک از اسباب مجمل است، به نظر می رسد عدم امکان محاسبه میزان خسارت، دلیل مشارکت در ضمان است؛ هر چند فقها به این دلیل، اشاره ای نکرده اند.

در استفتائی از مرحوم آیت الله فاضل سؤال شده است که در یک نزاع دسته جمعی، فردی بر اثر ورود ضربه چاقو به ران پا مجروح و به بیمارستان منتقل می شود و دو بار، مورد عمل جراحی قرار می گیرد و پس از گذشت ۱۵ ساعت از عمل جراحی اول، فوت می کند. پزشکی قانونی علت مرگ را دو چیز دانسته و اعلام می کند: «آقای... به علت اصابت آلت برنده نوک تیز به ران چپ و پارگی عروق اصلی ران و خون ریزی بعدی از محل عمل جراحی دوم، فوت نموده است و... از نظر علمی، جراحی اول، کامل و درست انجام نگرفته و عمل جراحی دوم، نه تنها کاربرد علمی نداشته، بلکه جان بیمار را نیز به خطر انداخته است. در دشواری کار و بدی حال مجروح، شکی وجود ندارد، ولی اگر عمل جراحی و مراقبت های پزشکی به نحو صحیح و اصولی انجام می گرفت، می توانست از مرگ بیمار جلوگیری نموده و به نجات او منجر شود و یا در نهایت، به قطع یک پامی انجامید؛ بنابراین پزشکان معالج در امر درمان، مرتکب قصور شده اند و...». اگر طبق اعلام متخصصین، درصد تقصیر پزشکان ۲۰ درصد باشد، کیفیت تقسیم دیه بین ضارب و پزشکان چگونه است؟ ایشان در پاسخ این استفتاء فرموده اند: چنانچه قتل، مستند به هر دو باشد، دیه به طور مساوی تقسیم می شود و در صورتی که پزشکان قبل از عمل، برائت جسته باشند، باید ضارب، سهم خود را بپردازد (گنجینه استفتائات قضایی، سؤال ۵۷۳۰).

براین اساس، آیت الله فاضل لنکرانی، نظر متخصصین در درصد و میزان تأثیر در قتل را نپذیرفته و معتقد است که دیه باید به طور مساوی بین اسباب، تقسیم شود.

۳-۲. دسته دوم: ترجیح یکی از اسباب

این دسته از فقها تلاش دارند تا با بیان ملاک‌هایی، مانند تقدّم در اثربا تقدّم و تأخر در وجود، تأثیر یکی از اسباب را در ورود زیان، بیشتر جلوه داده و آن را بر سایر اسباب، ترجیح داده و مسئول حادثه قلمداد کنند. به عبارت دیگر، در نظر آنها در فرض طولی بودن اسباب، قید «لولا له لَمَّا وقع التلف» فقط بر یکی از اسباب، صادق است و نه همه اسباب. این دسته از فقها، به دلیل تفاوت در ملاک‌ها، مبانی مختلفی دارند که در پنج دسته قرار می‌گیرند.

۳-۲-۱. مبنای اول: ترجیح سبب مقدم در تأثیر

در صورتی که چندین سبب گوناگون در کنار هم جمع شوند، ضمان بر عهده سببی است که زودتر از اسباب دیگر، باعث ضمان شده است. طرفداران این دیدگاه، غالباً مصادیقی را برای این فرض، لحاظ کرده و حکم آنها را بیان می‌دارند؛ به عنوان مثال، اگر شخصی، سنگی را در مکانی قرار دهد و شخصی دیگر، چاقویی را در نزدیکی آن سنگ و یا در چاهی نصب کند و شخص سومی، بعد از برخورد با سنگ و افتادن روی چاقو فوت نماید، دیه وی فقط بر عهده واضح سنگ است؛ زیرا کسی که سنگ را قرار داده است، مانند کسی است که دیگری را روی چاقو پرت کرده است. همچنین در صورتی که شخصی، سنگی را در مسیر عبور قرار دهد و دیگری در نزدیک آن سنگ، چاهی حفر کند و شخص سومی، بر اثر برخورد با سنگ، در چاه سقوط کند، ضمان وی بر عهده واضح سنگ است. به طور کلی، می‌توان گفت واضح سنگ به منزله دافع است (طوسی، المبسوط فی فقه الإمامیة ۷: ۱۸۵؛ قاضی ابن براج، المهذب ۲: ۵۰۶؛ علامه حلی، قواعد الأحکام فی معرفة الحلال و الحرام ۳: ۶۵۸، تحریر الأحکام الشرعیة علی مذهب الإمامیة ۵: ۵۵۲؛ إرشاد الأذهان إلی أحكام الإیمان ۲: ۱۹۷؛ شمس الدین حلی، معالم الدین فی فقه آل یاسین ۲: ۵۸۰؛ احمد کاشف الغطاء، سفینة النجاة و مشکاة الهدی و مصباح السعادات ۳: ۸۷)

ادله مبنای اول

این دسته از فقها نیز به ادله‌ای استناد کرده‌اند که ذکر خواهیم نمود.

ایجاد مقتضی جنایت توسط سبب اول

صاحب جواهر در فرض اجتماع اسباب، آن سببی را ضامن می‌داند که زودتر از سایر اسباب،

جنایت را ایجاد کرده است؛ هر چند بعد از سبب دیگر یا همراه آن حادث شده باشد. دلیل ایشان این است که چنین سببی، مقتضی جنایت را زودتر ایجاد نموده است و بنابراین، حکم آن استصحاب می‌شود و نسبت به سبب دوم که به منزله شرط برای مباشر شده است، ترجیح داده می‌شود. (جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام ۱۴۶:۴۳)

انتساب فعل به سبب مقدم در اثر

آیت‌الله بروجردی معتقد است که بر اساس قول مشهور، ضمان بر عهده کسی است که فعل او، زودتر از دیگری در تلف، مؤثر باشد؛ زیرا همان طور که در مثال سنگ بیان کردیم، قرار دادن سنگ، سبب برخورد و سقوط مقتول شده است. با این ترتیب، سقوط چه بر سطح زمین باشد و چه درون چاه، تنها ناشی از قرار دادن سنگ بوده و همین عمل نیز سبب ضمان خواهد بود؛ یعنی همان طور که سطح زمین باعث هیچ ضمانی نمی‌شود، وجود چاه نیز اثری در ضمان ندارد. از طرف دیگر، حفر چاه نیز به صورت مطلق، موجب ضمان نمی‌شود، بلکه در صورتی ضمان آوراست که فعل آزادی و اختیاری دیگری در این میان، فاصله نشود؛ همان طور که در مثال مورد بحث، چنین است. با استدلال‌هایی که بیان شد، قوت نظر مشهور، مبنی بر ضمان سبب اول، بعید نیست؛ هر چند بعد از سبب دیگر، حادث شده باشد (تقریرات ثلاث ۱۸۹).

بی‌اثر بودن سبب دوم

فاضل هندی معتقد است که چاقو هر چند بُرنده باشد، نمی‌تواند باعث ضمان بشود؛ مگر آنکه کسی، دیگری را روی آن اندازد. همین طور که در این مسأله، سقوط در چاه باعث افتادن روی چاقو شده است. صاحب جواهر پس از ذکر ادله قبلی، در نهایت، با بیان اینکه سبب دوم، اثری در ضمان ندارد، به جمع بندی نظر خود می‌پردازد. ایشان برای بی‌اثر بودن سبب دوم چنین استدلال می‌کند: چاقو هر چند بُرنده باشد، تا زمانی که شخصی، دیگری را روی آن نیاندازد، باعث ضمانت نمی‌شود؛ حال آنکه در مسأله مورد بحث، کسی که سنگ را قرار داده است، مانند کسی فرض می‌شود که دیگری را در چاه انداخته است. (کشف اللثام و الإیهام عن قواعد الأحكام ۱۱: ۲۷۹ و جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام ۱۴۶:۴۳)

موافقت با قواعد

محقق حلی معتقد است اگر شخصی، چاقویی را در چاهی قرار دهد که در ملک وی نیست و شخصی با سقوط در آن چاه، روی چاقو بیافتد، ضمان بر عهده حفرکننده چاه است؛ ولی در ادامه می‌فرماید: هر چند به نظر می‌رسد که هر دوی آن‌ها ضامن باشند، اما ضمانت سبب اول، اشبه به قواعد است (شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام ۴: ۲۴۰). صاحب جواهر همین سخن را به عنوان یکی از ادله خود برگزیده و معتقد است که با وجود این احتمالات، ضمانت سبب مقدم در تأثیر، علاوه بر آنکه شهرت دارد، به اصول و قواعد مذهب، به ویژه استصحاب ضمان سبب سابق در جنایت، شبیه تر است (جواهر الکلام في شرح شرائع الإسلام ۴۳: ۱۴۶).

موافقت با شهرت

شهید ثانی نیز پس از ذکر فروض مسأله، به بررسی احتمال تساوی در ضمان می‌پردازد و معتقد است که در این مسأله، هر چند هم احتمال تساوی در ضمان و هم احتمال ضمانت سبب اقوی وجود دارد، اما ضمانت سبب اول، مشهورتر است (مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام ۱۵: ۳۸۱) میزرا حبیب‌الله رشتی نیز معتقد است که مشهور فقها در صورت اجتماع اسباب، ضمان را بر عهده سببی می‌دانند که زودتر از دیگری اثر بگذارد؛ زیرا در نظر عرف، همین سبقت در تأثیر، باعث می‌شود تلف را به سبب اول انتساب دهند و سبب دوم را ضامن ندانند. شاید دیدگاه مشهور از این جهت نظر درستی باشد که اولاً عرف با بروز اثر سبب اول، تحقق تلف را حتمی قلمداد می‌کند؛ چراکه از نظر عرف، مشرف به هلاکت به منزله هلاکت فعلی است و ثانیاً هیچ شکی در استناد تلف به فاعل آن سبب وجود ندارد (کتاب الغصب ۴۰).

نقد ادله مبنای اول

همانطور که در تبیین نظریه «عدم ترجیح یکی از اسباب» بیان کردیم، با توجه به دخالت تمام اسباب در فعل، همه آنها ضامن هستند؛ مگر اینکه تأثیر یکی از اسباب، به حدی برجسته‌تر از سایر اسباب باشد که اگر آن سبب وجود نداشت، تلف واقع نمی‌شد و تأثیر سایر اسباب در مقایسه با آن، بسیار ناچیز بود و روشن است که همه این موارد نیاز به دلیل و اثبات دارد.

اشکال دلیل نخست که مدعی است سبب اول، مقتضی جنایت را ایجاد کرده است، این است که اولاً چنین ادعایی نیازمند یک استظهار عرفی است. ثانیاً، بر فرض قبول این ادعا، صرف ایجاد مقتضی جنایت توسط سبب مقدم، دلیل بر این نیست که رابطه سبب اول و دوم به صورت شرط و مباشر باشد، بلکه در نگاه عرفی، مجموع فعل، منتسب به همه اسباب است و قرینه این ادعا این است که اگر یکی از اسباب از بین برود، چنین حادثه‌ای محقق نخواهد شد.

دلیل دوم نیز فعل تلف را به سبب مقدم در تأثیر نسبت داده و این سبب را به مثابه علت تامه عقلی لحاظ کرده است و از سوی دیگر، برای سبب دوم نیز فی نفسه قابلیت قتل نمی‌بیند. اشکال این دلیل این است که سایر اسباب را نسبت به سبب مقدم، کاملاً بی‌تأثیر و کالعدم لحاظ کرده و در نتیجه، گرچه ظاهر مسأله از باب اجتماع اسباب است، ولی درباره آن، حکم موردی را صادر کرده است که فعل توسط یک سبب تحقق یافته است؛ بنابراین، این سؤال مطرح می‌شود که آیا این دسته از فقها، حکم ترجیح سبب مقدم در تأثیر را ناظر به موردی می‌دانند که سایر اسباب کالعدم باشند یا اینکه این حکم را در تمام موارد اجتماع اسباب، جاری می‌کنند. به نظر می‌رسد پذیرش این نظریه، تنها در مواردی صحیح است که سبب مقدم در تأثیر، به حدی مؤثر باشد که سایر اسباب، کالعدم باشند؛ در غیر این صورت، فعل، منتسب به همه اسباب بوده و ترجیح یکی از آنها بر سایر اسباب، فاقد دلیل موجه خواهد بود.

دلیل سوم نیز مدعی است که قول به ترجیح، با اصول و قواعد مذهب شباهت دارد؛ ولی در مورد این اصول و قواعد توضیحی نمی‌دهد و تنها به استصحاب ضمان سبب سابق در جنایت اشاره می‌کند. به نظر می‌رسد استعمال تعبیر اصول و قواعد مذهب برای استصحاب که جزء اصول عملیه بوده و برای رفع تکلیف موضوعات احکام به کار می‌رود، استعمال مناسبی نیست؛ علاوه بر این، قبلاً اشاره کردیم که در موضوع اجتماع اسباب، امکان استصحاب وجود ندارد.

اما آخرین دلیل، یعنی موافقت با مشهور نیز صرفاً می‌تواند مؤید این نظریه قرار گیرد و به عنوان دلیلی مستقل پذیرفته نمی‌شود. موافقت با مشهور، زمانی که در کنار ادله روایی قرار می‌گیرد، تأثیر بیشتری داشته و در پذیرش ادله روایی، تأثیرگذار است؛ در حالی که ادله تسبیب، صرفاً در مورد استظهار عرفی است.

نتیجه آنکه نظریه مشهور، به صورت کلی، یکی از اسباب را بر دیگری ترجیح می‌دهد؛ ولی ادله‌ای که بیان شد، قابلیت اثبات این ادعا را ندارند و تنها اگر قرائنی حاکی از این باشند که تأثیر سبب مقدم آنچنان برجسته بوده که سایر اسباب، کالعدم تلقی می‌شوند، سبب مقدم در تأثیر، در چنین صورتی ترجیح پیدا می‌کند و در غیر این صورت، نظریه تساوی اسباب در ضمان، ادله محکم‌تری دارد.

۳-۲-۲. مبنای دوم: ترجیح سبب مؤخر در وجود

علامه سید محمد جواد عاملی در مفتاح الکرامه می‌فرماید: احتمال ضمان سبب مؤخر در فرض اجتماع اسباب، توسط فاضل هندی در کشف اللثام مطرح شده است (۱۰: ۳۱۹). میرزا حبیب‌الله رشتی نیز این احتمال را به فاضل هندی نسبت می‌دهد، اما چنین مطلبی در کتاب کشف اللثام یافت نمی‌شود. وی در مقام تبیین این احتمال می‌فرماید: هر کسی سنگی را در مکانی قرار دهد و چاه حفر کند، ضمان بر عهده سببی است که وجود آن بعد از سبب دیگر ایجاد شده است؛ زیرا از طرفی، اثر سبب اول، متوقف است بر تحقق سبب دوم؛ به طوری که گویا سبب اول به تنهایی در واقع، سبب نیست، بلکه سببیت آن از سبب دوم حاصل می‌شود. از سوی دیگر، زمانی سبب می‌تواند مؤثر در ضمان باشد که فعل اختیاری شخص دیگری بین این سبب و تلف فاصله نشود. در نتیجه، اگر فعل اختیاری بین این دو فاصله شود. چه از نوع سبب باشد و چه مباشرت - رابطه عرفی بین تلف و سبب اول از بین می‌رود. هر چند این احتمال خالی از وجه نیست، فاضل آن را به عنوان صرف یک احتمال بیان می‌کند، نه به عنوان یک قول. علاوه بر این، کسی غیر از ایشان این احتمال را بیان نکرده است (کتاب الغصب ۴۱).

۳-۲-۳. مبنای سوم: ترجیح سبب اقوی

علامه سید محمد جواد عاملی معتقد است که در فرض اجتماع اسباب، اگر کسی چاقویی را در چاهی قرار دهد که شخص دیگری آن را در غیر ملک خویش حفر کرده است، یک احتمال این است که در صورت بُرنده بودن چاقو، ضمان بر عهده سبب اقوی باشد؛ یعنی کسی که چاقو را در چاه قرار داده است. اگر قتل، مستند به چاقو باشد، نه افتادن در چاه، احتمال ترجیح سبب اقوی

۱. این احتمال را شهید ثانی (مسالک ۱۵: ۳۸۱) و فاضل هندی (کشف اللثام ۱۱: ۲۷۹) ذکر کرده‌اند. بعد از آن، فیض کاشانی (مفاتیح الشرائع ۲: ۱۱۵) نیز احتمال سبب اقوی را ذکر کرده است.

شاید موجه به نظر برسد (مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة ۱۰: ۳۱۹). همچنین فخرالمحققین در فرض اجتماع اسباب که مترتب برهم باشند، ضمان را بر عهده سبب اول می‌دانند؛ زیرا سبب اول چون نسبت به سبب دوم، اقوی است، به منزله مباشر خواهد بود. در نتیجه، کسی که سنگ را در کنار چاه قرار می‌دهد، مباشر تلف است (ایضاح الفوائد في شرح مشكلات القواعد ۴: ۶۶۸)

۴-۲-۴. مبنای چهارم: ترجیح سبب مقدم در وجود

یکی از احتمالات در مسأله اجتماع اسباب، ضمانت سببی است که زودتر از سایر اسباب در خارج ایجاد شده است؛ هر چند تأثیر آن، مؤخر باشد. البته هیچ یک از فقها این احتمال را با صراحت بیان نکرده‌اند و تنها بعضی از عبارات کتاب تذکره این توهم را ایجاد می‌کند که منظور از تقدّم یکی از دو سبب، تقدّم در وجود باشد، نه تقدّم در اثر؛ اما در نهایت، با توجه به قرائن دیگری که در عبارت علامه وجود دارد، کلام ایشان نیز بر تقدّم در اثر، حمل می‌شود (رشتی، کتاب الغصب ۴۱). با این وجود، سید حسن بجنوردی در القواعد الفقهیه معتقد است که در فرض اجتماع اسباب، اگر وجود هر کدام از اسباب مترتب برهم باشد، ضمان بر عهده سببی است که زودتر از سایر اسباب ایجاد شده است؛ زیرا با پدید آمدن سبب اول، سبب ضمان نیز محقق می‌شود و این حکم تا زمانی که فعل فاعل عاقل و مختار بین سبب اول و تلف فاصله نشود، زائل نمی‌گردد. در نتیجه، اگر کسی در مسیر عبور و مرور یا در ملک شخص دیگری، بدون اذن و رضایت وی، چاهی حفر کند و بعد از آن، شخصی در دهانه چاه، سنگی قرار دهد، سپس حیوانی با برخورد با سنگ درون چاه سقوط کند، ضمان بر عهده حفرکننده چاه است (۲: ۴۹).

۴-۲-۵. مبنای پنجم: ترجیح سببی که تلف به آن استناد داده شده است

آیت‌الله مدنی کاشانی معتقد است که در فرض اجتماع اسباب، در صورتی که شخص در مکانی سنگ بگذارد و شخص دومی کنار آن چاهی حفر کند و سپس شخص دیگری در آن چاه، چاقویی قرار دهد، در این صورت، اگر کسی با برخورد با سنگ به درون چاه سقوط کند و با افتادن روی چاقو کشته شود، ظاهراً دیه آن بر عهده کسی است که چاقو را در چاه قرار داده است؛ زیرا از یک سو، هر چند اگر چاقو نبود، قتل با سقوط در چاه اتفاق می‌افتاد، اما در اینجا قتل، مستند به کسی است که چاقو

را در چاه قرار داده است و از طرف دیگر، واضح سنگ و حفرکننده چاه، هر دو مانند کسی هستند که مقدمات قتل را مهیا کرده‌اند، نه مانند کسی که دیگری را روی چاقو پرت کند (کتاب الديات ۱۴۰).

نقد مبانی ترجیح سبب در اجتماع اسباب

تمام مبانی ترجیح سبب در اجتماع اسباب، مبتنی بر ترجیح یکی از اسباب بوده و هر یک از آنها به دنبال یافتن ضابطه‌ای برای استناد تلف به یکی از اسباب هستند. این در حالی است که فرض کلی مسأله این است که تلف، مستند به تمام اسباب است؛ به استثنای مواردی که یکی از اسباب، دارای شرایطی باشد که تلف، تنها منتسب به آن بوده و سایر اسباب، در تحقق فعل، کالعدم و بی‌تأثیر باشند. با توجه به این موضوع، نمی‌توان ترجیح سبب را به‌عنوان قاعده کلی برای اجتماع اسباب، بنا بر هریک از مبانی مطرح شده، پذیرفت؛ در نتیجه، قول به انتساب فعل به تمام اسباب، نظریه صحیح خواهد بود.

اما با پذیرش نظریه عدم ترجیح یکی از اسباب نیز باید از میان نظریه تسهیم یعنی ضمان اسباب به تناسب خسارتی که وارد می‌کنند و نظریه تساوی در ضمان، یکی را برگزینیم که نظریه تسهیم گرچه مطابق با قاعده است، اما به دلیل اجمال میزان و درصد مشارکت اسباب در تلف و نحوه محاسبه آن، ناگزیر باید نظریه تساوی در ضمان را بپذیریم.

به نظر می‌رسد ریشه نظریه ترجیح یکی از اسباب، مقایسه مسأله اجتماع اسباب با مسأله اجتماع سبب و مباشر است؛ چراکه در مسأله اجتماع سبب و مباشر نیز در نهایت، فعل، منتسب به مباشر است؛ مگر اینکه سبب، اقوی باشد که در این صورت، سبب، مقدم خواهد شد. اما باید توجه داشت که مسأله اجتماع اسباب، در واقع، نظیر مسأله مشارکت در قتل است که در آن، ولی دم حق دارد با پرداخت فاضل دیه، همه قاتلین را قصاص نماید. در اینجا بحثی از ترجیح یکی از مباشرین در قتل، مطرح نشده است؛ در حالی که ممکن است درصد تأثیرگذاری قاتلین در قتل، متفاوت باشد. بر همین اساس، در اجتماع اسباب نیز که تلف، منتسب به تمام اسباب است، نظریه تساوی در ضمان مناسب‌تر به نظر می‌رسد.

نتیجه

اقوال فقها در معنای تسبیب در دو دیدگاه دسته بندی می شود: دیدگاه اول عبارت است از کشف موضوع له تفصیلی از دیدگاه عرف و لغت و دیدگاه دوم، تشخیص استناد تلف از طریق ارجاع تمییز به عرف است. در اجتماع اسباب، اگر اسباب تلف هر دو، قصد قتل داشته و یا علم داشته باشند که فعل مورد نظر، نوعاً است، اسباب، در حکم مباشر بوده و مجازات مشارکت در قتل برای آنها ثابت خواهد شد؛ اعم از اینکه تقصیر یا فعل غیر مجاز توسط یکی از اسباب یا هر دو سبب انجام شده باشد. در صورتی که تنها یکی از اسباب، قصد قتل داشته یا علم به این داشته است که فعل مورد نظر، نوعاً کشنده است، عامد، ضامن بوده و حکم قصاص یا پرداخت دیه در حق او جاری می شود؛ اما در صورتی که همه اسباب، فاقد قصد قتل باشند و یا علم به این نداشته باشند که فعل مورد نظر، نوعاً کشنده است، بحث از قصاص معنا نداشته و در چنین صورتی، اگر فعل یکی از اسباب، غیر مجاز یا از روی تقصیر باشد، تنها همان سبب، ضامن دیه خواهد بود و در صورتی که فعل هر دو، مجاز بوده و تقصیری نیز در میان نباشد، مسأله دارای حکم تلف با عوامل طبیعی بوده و ضمانی بر عهده اسباب نمی آید. در صورتی که فعل همه اسباب، غیر مجاز و یا از روی تقصیر باشد، اگر اسباب به صورت عرضی باشند، یعنی هر کدام فی نفسه قابلیت کشتن فرد را داشته باشد، تمام اسباب به صورت مساوی در دیه شریک هستند؛ اما اگر اسباب به صورت طولی باشند، سه احتمال در مسأله وجود دارد: تسهیم که کمترین طرفدار داشته و به این معناست که هر یک از اسباب بر اساس میزان تأثیرگذاری در تلف، ضامن هستند. نظر دوم، تساوی در پرداخت دیه نسبت به همه اسباب است و نظر سوم که مطابق با مشهور است، ترجیح یکی از اسباب نسبت به سایر سببها است که در میان فقها بر اساس پنج مبنای دسته بندی می شود. اما نظر مشهور، یعنی ترجیح یکی از اسباب، مخالف قاعده است و ادله آن نیز مخدوش است. نظر تسهیم نیز گرچه مطابق با قاعده است، اما با مشکل نحوه محاسبه میزان خسارت برای هر یک از اسباب، مواجه است. اما بر اساس نظر تساوی در دیه، تلف منتسب به همه اسباب بوده و همه به صورت مساوی در ضمان، شریک هستند؛ در این صورت، مشکل نحوه محاسبه خسارت هر یک از اسباب نیز مرتفع خواهد شد.

فهرست منابع

۱. اردبیلی، احمد بن محمد. مجمع الفائدة والبرهان في شرح إرشاد الأذهان. چاپ ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۰۳ هـ. ق.
۲. اصفهانی فاضل هندی، محمد بن حسن. كشف اللثام والإبهام عن قواعد الأحكام. چاپ ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۶ هـ. ق.
۳. اصفهانی، سید ابوالحسن. وسيلة النجاة (مع حواشي الإمام الخميني). چاپ ۱، قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی قدس سره، ۱۴۲۲ هـ. ق.
۴. تبریزی، جواد بن علی. تنقیح مباني الأحكام. کتاب الديات. چاپ ۱، قم: دار الصديقة الشهيدة عليه السلام، ۱۴۲۸ هـ. ق.
۵. حسینی روحانی قمی، سید صادق. منهاج الصالحين، بی نا، بی تا.
۶. حسینی سیستانی، سید علی. منهاج الصالحين. چاپ ۵، قم: دفتر حضرت آية الله سیستانی، ۱۴۱۷ هـ. ق.
۷. حسینی عاملی، سید جواد بن محمد. مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلماء. چاپ ۱، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
۸. حکیم طباطبایی، سید محمد سعید. منهاج الصالحين. چاپ ۱، بیروت: دار الصفوة، ۱۴۱۵ هـ. ق.
۹. حلبی، ابوالصلاح تقی‌الدین بن نجم‌الدین. الکافی فی الفقه. چاپ ۱، اصفهان: کتابخانه عمومی امام امیرالمؤمنین عليه السلام، اصفهان، ۱۴۰۳ هـ. ق.
۱۰. حلّی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی. إرشاد الأذهان إلى أحكام الإيمان. چاپ ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۰ هـ. ق.
۱۱. _____ . تحرير الأحكام الشرعية على مذهب الإمامية (ط. الحديثة). چاپ ۱، قم: مؤسسه امام صادق عليه السلام، ۱۴۲۰ هـ. ق.
۱۲. _____ . قواعد الأحكام في معرفة الحلال و الحرام. چاپ ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۳ هـ. ق.
۱۳. حلّی، شمس‌الدین محمد بن شجاع‌القطان. معالم‌الدین فی فقه آل یاسین. چاپ ۱، قم: مؤسسه امام صادق عليه السلام، ۱۴۲۴ هـ. ق.
۱۴. خوانساری، سید احمد بن یوسف. جامع المدارك في شرح مختصر النافع. چاپ ۲، قم: مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۰۵ هـ. ق.

۱۵. رشتی، میرزا حبیب الله. کتاب الغصب، بی نا، بی تا.
۱۶. سبزواری، سید عبدالاعلی. مهذب الأحكام. چاپ ۴، قم: مؤسسه المنار، ۱۴۱۳ هـ. ق.
۱۷. صافی گلپایگانی، لطف الله. هدایة العباد. چاپ ۱، قم: دار القرآن الکریم، ۱۴۱۶ هـ. ق.
۱۸. طباطبایی بروجردی، آقاسین. تقریرات ثلاث. چاپ ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۳ هـ. ق.
۱۹. طباطبایی حائری، سید علی بن محمد. ریاض المسائل. چاپ ۱، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام، ۱۴۱۸ هـ. ق.
۲۰. طرابلسی، قاضی عبدالعزیز بن براج. المهذب. چاپ ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۰۶ هـ. ق.
۲۱. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن. المبسوط فی فقه الإمامیة. چاپ ۳، تهران: المکتبة المرتضویة لإحياء الآثار الجعفریة، ۱۳۸۷ هـ. ق.
۲۲. عاملی (شهید اول)، محمد بن مکی. غایة المراد فی شرح نکت الإرشاد. چاپ ۱، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، ۱۴۱۴ هـ. ق.
۲۳. عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی. فوائد القواعد. چاپ ۱، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، ۱۴۱۹ هـ. ق.
۲۴. _____ . مسالك الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام. چاپ ۱، قم: مؤسسه المعارف الإسلامیة، ۱۴۱۳ هـ. ق.
۲۵. عاملی کرکی (محقق ثانی)، علی بن حسین. جامع المقاصد فی شرح القواعد. چاپ ۲، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام، ۱۴۱۴ هـ. ق.
۲۶. غروی نایینی، میرزا محمد حسین. مکاسب و البیع. چاپ ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۳ هـ. ق.
۲۷. فاضل موحدی لنکرانی، محمد. تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسیلة - الغصب، إحياء الموات، المشترکات واللقطة. چاپ ۱، قم: مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام، ۱۴۲۹ هـ. ق.
۲۸. فخر المحققین حلّی، محمد بن حسن بن یوسف. ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد. چاپ ۱، قم: مؤسسه اسماعیلیان، ۱۳۸۷ هـ. ق.
۲۹. فیاض کابلی، محمد اسحاق. منهج الصالحین، بی نا، بی تا.
۳۰. فیض کاشانی، محمد محسن بن شاه مرتضی. مفاتیح الشرائع. چاپ ۱، قم: انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی، بی تا.

۳۱. نرم افزار گنجینه استفتائات قضایی، مرکز تحقیقات فقهی حقوقی قوه قضائیه.
۳۲. مالکی نجفی (کاشف الغطاء)، جعفر بن خضر. کشف الغطاء عن مبهمات الشريعة الغراء. چاپ ۱، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، ۱۴۲۲ هـ. ق.
۳۳. محقق حلی، نجمالدین جعفر بن حسن. شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام. چاپ ۲، قم: مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۰۸ هـ. ق.
۳۴. محقق سبزواری، محمدباقر بن محمد مؤمن. کفاية الأحكام. چاپ ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۲۳ هـ. ق.
۳۵. مدنی کاشانی، رضا. کتاب الدیات. چاپ ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۰۸ هـ. ق.
۳۶. مکارم شیرازی، ناصر. القواعد الفقهية. چاپ ۳، قم: مدرسه امام امیرالمؤمنین (علیه السلام)، ۱۴۱۱ هـ. ق.
۳۷. موسوی بجنوردی، سید حسن بن آقابزرگ. القواعد الفقهية. چاپ ۱، قم: نشر الیهادی، ۱۴۱۹ هـ. ق.
۳۸. موسوی خمینی، سید روح الله. تحرير الوسيلة. چاپ ۱، قم: مؤسسه مطبوعات دارالعلم، بی تا.
۳۹. موسوی خویی، سید ابوالقاسم. مباني تکملة المنهاج. چاپ ۱، قم: مؤسسه إحياء آثار الإمام الخوئي، ۱۴۲۲ هـ. ق.
۴۰. موسوی گلپایگانی، سید محمدرضا. هداية العباد. چاپ ۱، قم: دار القرآن الکریم، ۱۴۱۳ هـ. ق.
۴۱. نجفی (صاحب الجواهر)، محمد حسن. جواهر الکلام في شرح شرائع الإسلام. چاپ ۷، بیروت: دار إحياء التراث العربي، ۱۴۰۴ هـ. ق.
۴۲. نجفی (کاشف الغطاء)، احمد بن علی بن محمدرضا. سفينة النجاة و مشکاة الهدی و مصباح السعادات. چاپ ۱، نجف اشرف: مؤسسه کاشف الغطاء، ۱۴۲۳ هـ. ق.
۴۳. نجفی (کاشف الغطاء)، حسن بن جعفر بن خضر. أنوار الفقاهة. کتاب الغصب. چاپ ۱، نجف اشرف: مؤسسه کاشف الغطاء، ۱۴۲۲ هـ. ق.
۴۴. وحید خراسانی، حسین. منهاج الصالحين. چاپ ۵، قم: مدرسه امام باقر (علیه السلام)، ۱۴۲۸ هـ. ق.

بررسی فقهی حقوقی ماده ۲۱ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی باتکیه بر رأی وحدت رویه ۷۴۴

چکیده

حقوقدانان درباره ماده ۲۱ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی، این اختلاف نظر را دارند که انتقال مال باید در چه زمانی صورت پذیرد تا این جرم تحقق یابد. این اختلاف سبب شده است تا محاکم قضایی نیز بعضاً آراء مختلفی صادر نمایند؛ از این رو، هیأت عمومی دیوان عالی کشور، اقدام به صدور رأی وحدت رویه ۷۴۴ نموده است که تأکید بر اختصاص ماده مذکور به مواردی دارد که انتقال مال بعد از اثبات دین باشد. پژوهش حاضر اثبات می‌کند که ماده ۲۱ دارای اطلاق بوده و شامل موارد انتقال قبل و بعد از اثبات دین می‌شود؛ زیرا اولاً حقوق دانانی که قائل به تقیید ماده مذکور هستند، دلیل قابل قبولی بر ادعای خود ارائه نکرده و ادله آنان مخدوش است و ثانیاً معیار و مبنای فقهی تعزیر در این ماده، یعنی حرمت فرار از دین، اختصاصی به موارد بعد از اثبات دین نداشته و این معیار در انتقال مال قبل از اثبات دین نیز وجود دارد. البته می‌توان برای موارد انتقالی که بعد از اثبات دین و حکم حاکم بوده است، مجازات شدیدتری در نظر گرفت. همچنین با توجه به مبنای فقهی به نظر میرسد اتلاف و اختفاء مال نیز حکم انتقال مال را دارد، چون انتقال در قالب معامله، شکل قانونی و مشروع به خود گرفته است، حاکم برای حفظ و جاهت و اعتبار معاملات حقوقی، تعزیراً فقط در این موارد بیان کرده است؛ هرچند می‌توانست در موارد دیگر نیز تعزیر، تعیین کند.

کلیدواژگان: معامله به قصد فرار از دین، انتقال مال، معامله صوری، محکومیت مالی، رأی وحدت رویه ۷۴۴، ماده ۲۱ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی.

*فارغ التحصیل مدرسه عالی قضاوت و طلبه سطح سه حوزه علمیه قم.

در ماده ۲۱ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی آمده است: «انتقال مال به دیگری به هر نحو، به وسیله مدیون با انگیزه فرار از ادای دین، به نحوی که باقی مانده اموال برای پرداخت دیون کافی نباشد، موجب حبس تعزیری یا جزای نقدی درجه شش یا جزای نقدی معادل نصف محکوم به یا هر دو مجازات می‌شود و در صورتی که منتقل‌الیه، با علم به موضوع، اقدام کرده باشد، در حکم شریک جرم است. در این صورت، عین مال و در صورت تلف یا انتقال، مثل یا قیمت آن از اموال انتقال‌گیرنده به‌عنوان جریمه‌أخذ و محکوم به، از محل آن استیفاء خواهد شد».

حقوقدانان در خصوص زمان انتقال مال در این ماده، دچار اختلاف شده‌اند؛ چراکه زمان انتقال مال می‌تواند هم به صورت مطلق و هم به صورت مقید، لحاظ گردد. در صورتی که زمان انتقال را به صورت مطلق لحاظ کنیم، این ماده حقوقی، هم انتقال مال قبل از اثبات اصل دین و هم بعد از اثبات دین را در برمی‌گیرد و در هر دو فرض، ناقل مال - که قصد فرار از ادای دین را دارد - باید مجازات گردد. اما اگر ماده مورد بحث، به صورت مقید لحاظ گردد، فقط فرض انتقال مال بعد از اثبات اصل دین را شامل شده و در فرضی که انتقال مال، قبل از اثبات اصل دین باشد، نمی‌توان با استناد به این ماده، بدهکار را مستحق تعزیر و مجازات دانست. به عبارت دیگر، هر دو دیدگاه فوق، اتفاق نظر دارند که ماده مذکور، شامل انتقال مال بعد از اثبات دین می‌گردد و محل اختلاف آنان در فرضی است که انتقال مال قبل از اثبات دین باشد که برخی معتقدند ماده، اطلاق داشته و شامل این فرض نیز می‌شود و در این صورت، شخص مرتکب باید تعزیر گردد، اما برخی دیگر، این شمول رانفی می‌کنند.

این اختلاف نظر، سبب شده بود تا محاکم قضایی، در خصوص این موضوع، آراء مختلفی صادر نمایند؛ اما صدور رأی وحدت رویه شماره ۷۴۴، دادگاه‌ها را موظف کرد تا این ماده را به صورت مقید لحاظ و تفسیر نمایند. با این حال، پذیرش این تفسیر نیز منشأ بروز مشکل دیگری می‌گردد؛ چراکه در حال حاضر، زمان رسیدگی به دادخواست‌های حقوقی و صدور حکم قطعی، بسیار طولانی بوده و در برخی موارد، چندین سال به طول می‌انجامد و در این فاصله زمانی تا صدور حکم قطعی، بدهکار

بدون هرگونه واهمه‌ای از مجازات کیفری، اموال خود را منتقل می‌کند تا خود را معسر نشان دهد و بدون هرگونه مجازات بازدارنده‌ای، از ادای دین خود فرار نماید؛ علاوه بر این، در مواردی نیز بدهکار، اقدام به اتلاف یا اختفاء مال خود می‌نماید که قانون برای پیشگیری از چنین عملی نیز پیش‌بینی خاصی ندارد.

در میان منابع موجود، مقاله یا منبعی که به اختلاف مورد بحث پرداخته و ادله طرفین را به طور کامل جمع‌آوری و بیان کرده باشد، وجود ندارد. حقوقدانان نیز در آثار خود یا متعرض این موضوع نشده‌اند و یا به صورت سطحی و بدون ورود به مباحث فقهی، صرفاً با ذکر چند دلیل، موضع خود را بیان نموده‌اند. پژوهش حاضر، با هدف رفع اختلاف مورد بحث و تنقیح نظر صحیح در این موضوع، ابتدا جرم مندرج در این ماده را از منظر فقهی مورد بررسی قرار داده و سپس به تحلیل حقوقی این ماده می‌پردازد و در پایان، با توجه به رویکرد صحیح فقهی و حقوقی به دست آمده از مباحث پیشین، رأی وحدت رویه ۷۴۴ را مورد نقد و بررسی قرار می‌دهد.

تحلیل فقهی جرم انتقال مال به قصد فرار از دین

بررسی فقهی این مسأله و قضاوت درباره دو دیدگاه مذکور، منوط به طرح سه مبحث فقهی است که در ادامه بیان خواهیم کرد.

مبنای فقهی تعزیرات

مبحث اول، مبنای فقهی مجازات‌ها و تعزیرات حقوقی است. گرچه در نظام قانون‌گذاری ایران، اشاره‌ای به این موضوع نشده است، اما مبنای مجازات‌های تعزیری که سبب پذیرش اصل وجود تعزیر در فقه و به تبع آن در نظام قانون‌گذاری شده است، قاعده مشهور و پذیرفته شده «التعزیر لکلِّ عملٍ محرّمٍ» یا «لکلِّ معصیةٍ تعزیرٌ» است (عسکری، «ضابطه جرم‌انگاری در متون فقهی و مواد قانونی با تکیه بر قاعده التعزیر»، مجله رسائل ۵ و ۶: ۵۱).

اما مسأله اساسی که در اینجا مطرح می‌شود این است که آیا تعزیر صرفاً شامل اعمالی می‌شود که حرمت شرعی دارند یا صرف وجود مفسده در عمل، گرچه آن عمل شرعاً حرام هم نباشد، قابلیت تعزیر را ایجاد می‌کند. با توجه به بخش تعزیرات قانون مجازات اسلامی می‌توان گفت که بسیاری از

موارد مجازات‌های تعزیری، دارای حرمت شرعی بوده و فقط برخی از جرائم هستند که صرف وجود مفسده در آنها و به سبب اخلال در امور، مشمول مجازات تعزیری شده‌اند. البته با توجه به فتوای اکثر مراجع عظام، همچون آیات عظام خامنه‌ای، مکارم شیرازی، صافی گلپایگانی و نوری همدانی، مبنی بر وجوب رعایت قوانین جامعه اسلامی^۱ می‌توان مجازات‌های نوع اخیر را نیز مشمول حرمت شرعی دانست؛ چراکه شخص با عدم رعایت این قوانین، مرتکب عمل حرام شده و برای وی تعزیر معین شده است (برهانی و الهام، درآمدی بر حقوق جزای عمومی ۲: ۹۴). در نتیجه، علت قابلیت تعزیر برای اعمال تعزیری از دو امر خارج نیست: ۱- حرمت شرعی عمل ۲- مفسده‌انگیز بودن عمل.

مبنای فقهی مجازات مندرج در ماده ۲۱ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی

با توجه به آنچه بیان شد، مینا و علت فقهی مجازات مندرج در ماده مذکور یا از باب مفسده‌انگیز بودن معامله به قصد فرار از دین یا به جهت حرمت تکلیفی عمل مذکور است، و یا هر دو عامل همراه هستند.

مراجع عظام تقلید در پاسخ به استفتائاتی که در خصوص این موضوع شده است، این عمل را به جهت حرمت تکلیفی آن، قابل تعزیر می‌دانند. به عنوان مثال، مرحوم آیت‌الله بهجت در مورد تصرفاتی که بدهکار به قصد فرار از دین انجام می‌دهد، فرموده‌اند: چون ادای دین واجب شرعی است و شخص این عمل را ترک کرده و موجب تاخیر در آن شده است، معصیت کرده و امکان تعزیر برای حاکم وجود دارد (گنجینه استفتائات قضایی، سؤال شماره ۶۴۸۲، ۳۹۲ و ۵۸۶۳). آیت‌الله مکارم شیرازی در پاسخ به استفتاء فرموده‌اند که شخص به دلیل عدم پرداخت دیون، مرتکب عمل حرام شده و حاکم می‌تواند او را تعزیر کند (گنجینه استفتائات قضایی، سؤال شماره ۶۰۵۳، ۳۹۲۷ و ۷۱۹۱). دفتر آیت‌الله تبریزی نیز در پاسخ به این استفتاء فرموده‌اند که تصرفات بدهکار به قصد فرار از دین، حرام است (گنجینه استفتائات قضایی، سؤال شماره ۶۴۸۲). بنابراین، این سه مرجع بزرگوار، به صورت صریح، حکم به حرمت عمل مذکور نموده‌اند.

آیت‌الله صافی گلپایگانی نیز درباره معامله صوری به قصد فرار از ادای دین فرموده‌اند: اگر این کار را جهت فرار از حقوقی که پرداخت آن واجب است، انجام دهد، جائز نیست و در مورد معامله به

۱. استفتاء فقهای مذکور در سایت اسلام کوئیس به آدرس www.islamquest.net به نقل از دفاتر مراجع، ثبت شده است.

قصد فرار از دین نیز می‌فرمایند: اگر دیون، مستغرق باشد و به قصد فرار از ادای دین این معاملات را انجام دهد، این کار جائز نیست و قابل تعزیر است (گنجینه استفتائات قضایی، سؤال شماره ۶۴۸۰ و ۳۹۲). آیت‌الله موسوی اردبیلی نیز در پاسخ به استفتائی، فرموده‌اند: هر گونه اقدام و دخل و تصرف به نیت از بین بردن حق طلبکاران، جائز نیست و باطل است (گنجینه استفتائات قضایی، سؤال شماره ۳۹۲ و ۶۴۸۲). این دو مرجع معظم نیز اصطلاح عدم جواز را به کار برده‌اند که دلالت بر حرمت معامله به قصد فرار از دین دارد.

آیت‌الله سیستانی در پاسخ به سؤالی درباره حکم وضعی معامله به قصد فرار از دین، فرموده‌اند: هبه و مانند آن صحیح است؛ گرچه شخص، مرتکب خلاف شده است. بله اگر معامله به قصد فرار از دین باشد، صحت آن محل اشکال است (گنجینه استفتائات قضایی، سؤال شماره ۶۵۱۰). واژه «ارتکاب خلاف» که ایشان استفاده نموده‌اند نیز ظهور در حرمت این عمل دارد. آیت‌الله نوری همدانی فرموده‌اند که این‌گونه معاملات اگر پیش از حکم به محجوریت باشد، قابل تعزیر نیست؛ اما اگر بعد از حکم به محجوریت باشد، مرتکب، قابلیت تعزیر را دارد (گنجینه استفتائات قضایی، سؤال شماره ۳۹۲). اینکه ایشان تعزیر را فقط در جایی جائز می‌شمرند که حاکم، حکم به محجوریت طلبکار را صادر کرده باشد، ناشی از حرمت این عمل است، نه اینکه این عمل، صرفاً دارای مفسده بوده است؛ زیرا زمانی که حاکم به محجوریت کسی حکم می‌نماید، معاملات وی، به‌ویژه اگر به قصد فرار از ادای دین باشد، مخالفت با حکم حاکم شرع بوده و حرام خواهد بود. همچنین تفصیل ایشان دلالت بر این دارد که این تعزیر به جهت حرمتی است که ناشی از نقض حکم حاکم بوده است و نه از باب تصرف در مال غرماء؛^۱ چراکه اگر حرمت از باب تصرف در مال غیر بود، وجهی نداشت که تعزیر فقط در فرض صدور حکم حاکم لحاظ گردد.

۱. متن استفتاء آیت‌الله نوری همدانی به این شرح است:

«آیا مدیونی که عمدتاً و به قصد فرار از دین، معامله می‌کند، قابل تعزیر می‌باشد؟ شخصی که با علم به قصد مدیون با او معامله کرده است، چطور؟
پاسخ: اگر پیش از حکم حاکم شرع به محجوریت وی بوده، حد تعزیر بر وی جاری نمی‌شود.» (گنجینه استفتائات قضایی، سؤال شماره ۳۹۲).
ظاهر عبارت ایشان دلالت بر این ندارد که شخص از باب تصرف در حق غرماء، قابل تعزیر است؛ چراکه اگر این‌گونه بود، این علت، قبل از حکم به محجوریت نیز وجود دارد و ایشان باید در اینجا نیز تعزیر را جایز می‌دانستند.

بنابراین، مراجع عظام برای عمل مورد بحث، یا با صراحت، از لفظ حرام و معصیت استفاده کرده‌اند یا از لفظ عدم جواز و خلاف، که این مطلب دلالت بر این دارد که مراجع معظم، تعزیر در این عمل را نه از آن جهت که این عمل صرفاً دارای مفسده است، بلکه از باب حرمت آن، جائز می‌دانند.

علت حرمت معامله به قصد فرار از دین

از نقطه نظر فقهی، برای حرمت این عمل می‌توان چهار دلیل اقامه نمود؛ دلیل اول آنکه پرداخت یا ادای دین، واجب است و بدهکار با این عمل خود، ادای دین را ترک کرده است و ترک واجب نیز حرام است (مناسک الحج ۲۴؛ حقوق زندانی و موارد زندان در اسلام ۳۸۱؛ زبدة البیان فی احکام القرآن ۴۵۴؛ مجمع الفائده والبرهان فی شرح ارشاد الاذهان ۵۰:۹؛ والحدائق الاضرة فی احکام العترة الطاهرة ۲۰:۱۷۸). دلیل دوم اینکه این عمل را از مصادیق ایذاء مومن بدانیم که حرمت آن یکی از مسلمات شریعت اسلامی است (مجمع المسائل ۳: ۲۱۴؛ رسائل فقهی علامه جعفری ۳۲۹ و مصباح الفقیه ۳: ۲۶۷) و دلیل سوم اینکه معامله به قصد فرار از دین، ایراد ضرر به طلبکار است و طبق قاعده لاضرر، ضرر زدن به دیگران مورد نهی شرعی واقع شده است؛^۱ بنابراین، بدهکار با این عمل خود، با این نهی شرعی، مخالفت کرده و مرتکب حرام شده است (العناوین الفقهیه ۱: ۳۱۱؛ قاعده لاضرر لشیخ الشریعه ۲۴ و تعزیر و گستره آن ۶۰).

دلیل چهارم اینکه اساساً معامله به قصد فرار از دین توسط شخصی که به حکم حاکم، محجور شده است، مخالفت با حکم حاکم بوده و وی مرتکب حرام شده است. البته در این صورت، حرمت این عمل فقط بعد از حکم به محجوریت بدهکار محقق می‌شود (الغایة القصوی فی ترجمه العروة الوثقی ۱: ۱۴؛ مدارک العروة ۱: ۱۱۱؛ و رساله توضیح المسائل فیاض ۷۳۷).

جمع بندی مباحث فقهی

با توجه به مطالبی که ذکر شد، از منظر همه فقها، علت مجازات تعزیری برای معامله به قصد فرار از دین، حرمت این عمل است. البته آیت الله نوری همدانی بین زمانی که شخص از سوی حاکم شرع، محجور واقع شده است و قبل از آن، تفاوت قائل شده و معتقدند که این نوع معاملات فقط بعد از حکم

۱. البته بنابر این مبنا که «لا» در قاعده لاضرر، نفی به معنای نهی باشد.

به محجوریت شخص، قابل تعزیر است (گنجینه استفتائات قضایی، سؤال شماره ۳۹۲)؛ اما دیگر فقها چنین تفاوتی قائل نشده و در هر دو صورت، مرتکب این عمل را قابل تعزیر می دانند (گنجینه استفتائات قضایی، سوالات شماره ۶۴۸۰، ۳۹۲، ۶۴۸۲، ۳۹۲، ۵۸۶۳، ۶۰۵۳، ۳۹۲۷ و ۷۱۹۱).

البته یادآوری شود که حرمت عمل مورد بحث، مشروط به تحقق سه شرطی است که هم در کلام فقها وجود دارد و هم این مقاله وجود آنها را در همه مباحث بعدی، مفروض می گیرد و نزاع مورد بحث نیز با چنین فرضی جاری است: شرط اول آنکه دین، در واقع ثابت باشد؛ دوم آنکه بدهکار از آن مطلع باشد و سوم آنکه أجل دین، رسیده باشد یا اگر دین، مؤجل نیست، طلبکار آن را مطالبه کرده باشد.

این مطلب روشن می کند که نظر اکثر مراجع تقلید، مطابق با قول به اطلاق ماده است؛ زیرا این معامله و انتقال، چه قبل از اثبات دین صورت پذیرد و چه بعد آن، مشمول حکم حرمت بوده و معامله قبل از اثبات دین، فاقد هر نوع خصوصیتی است که حرمت و به تبع آن، تعزیر را از میان بردارد. حتی دیدگاه آیت الله نوری همدانی که جواز تعزیر این عمل را مقید به حکم به محجوریت قبل از آن، نموده اند نیز مطابق با قول به تقیید زمان انتقال مال (یعنی قول به اینکه جواز تعزیر تنها در صورتی است که انتقال، بعد از اثبات دین باشد) نیست؛ زیرا بین قید محکومیت به حجر با قید محکومیت به مدیون بودن، رابطه تساوی برقرار نیست، بلکه رابطه این دو با یکدیگر، عموم و خصوص مطلق است؛ به این بیان که در حکم به حجر، دیون شخص، مستغرق است، ولی در حکم به مدیون بودن شخص، ممکن است دیون وی هم مستغرق باشد و هم غیر مستغرق. بنابراین نمی توان نظر آیت الله نوری همدانی را منطبق با دیدگاهی دانست که تعزیر را مقید به انتقال اموال توسط مدیون بعد از اثبات دین و محکومیت می نماید.

حتی اگر ما علت فقهی تعزیرات را صرف مفسده انگیز بودن عمل هم بدانیم، همان عاملی که در انتقال اموال بعد از اثبات دین، موجب مفسده می شود، در انتقال قبل از اثبات دین نیز وجود دارد و تعزیر و مفسده انگیز بودن، مختص به انتقال بعد از اثبات نخواهد بود؛ بنابراین، نه تنها هیچ یک از مبانی فقهی این ماده، دلالتی بر تقیید زمان انتقال به بعد از اثبات دین ندارند، بلکه این مبانی، دلالت بر اطلاق زمان انتقال دارند.

عدم موضوعیت «انتقال» در حرمت فرار از ادای دین

مباحث فقهی پیشین، نقدی را متوجه جرم‌انگاری عمل مورد بحث می‌نماید؛ به این بیان که اگر سیستم قانون‌گذاری ایران در جرم‌انگاری اعمال از فقه تبعیت می‌کند، با توجه به فتوای فقها و عللی که برای حرمت این عمل ذکر شده است، در فرضی که شخص مدیون، به قصد فرار از ادای دین، اموال خود را تلف می‌کند، باید دارای ضمانت اجرامی بود؛ زیرا بدهکار در صورت اتلاف مال به قصد فرار از دین، مرتکب عمل حرام شده است و باید تعزیر گردد؛ همچنان که انتقال یا اخفای مال به قصد فرار از دین نیز در قانون، دارای ضمانت اجرایی است (ماده ۲۱، ۱۶ و ۳ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی و ماده ۵۴۹ قانون تجارت و مجتبی جهانیان، قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی در نظم حقوق کنونی ۱۴۴).

البته ممکن است ادعا شود که قانون‌گذار در جرم‌انگاری اعمال، قائل به وجوب تعزیر در اعمال حرام نیست؛ بلکه طبق فتوای برخی از فقها، آن را حقی می‌داند که در صورت صلاح دید می‌تواند از آن استفاده کند. (محقق حلی، شرایع ۴: ۱۵۵؛ علامه حلی، تحریر الاحکام ۵: ۳۹۸؛ شهید ثانی، مسالک ۱۴: ۴۵۷؛ فیض کاشانی، مفاتیح الشرایع ۲: ۱۰۶؛ مرحوم سبزواری، مهذب الاحکام ۲۸: ۳۵ و فاضل لنکرانی، تفصیل الشریعه الحدود ۴۱۷). بنابراین، هر چند حرمت این عمل مسلم باشد، اما برای قانون‌گذار الزامی وجود ندارد که اتلاف مال به قصد فرار از دین را جرم‌انگاری نماید.

در پاسخ باید گفت ملاکی که موجب شده است تا قانون‌گذار این عمل را در صورت انتقال یا جعل اقدام تأمینی در صورت اختفا، جرم‌انگاری نماید - یعنی ملاک حمایت از حق طلبکار - در اتلاف مال به قصد فرار از ادای دین نیز به طریق اولی وجود دارد؛ زیرا در انتقال و اخفاء، هنوز مال برای استیفای حق طلبکار موجود است؛ اما در صورت اتلاف، دیگر مالی وجود ندارد تا حق طلبکار از آن استیفا گردد. بنابراین، مناسب‌تر آن بود که قانون‌گذار یا برای این عمل به صورت مستقل، ضمانت اجرایی قرار دهد و یا آنکه در این ماده، به جای استعمال لفظ انتقال، از لفظی استفاده می‌نمود که اتلاف را نیز شامل شود.

تحلیل حقوقی جرم انتقال مال به قصد فرار از دین

همان‌گونه که قبلاً اشاره کردیم، حقوق‌دانان در مساله مورد بحث، اختلاف نظر داشته و برخی از آنان معتقدند که ماده مذکور، شمولیت وسیعی دارد و اگر شخص، اموال خود را به نحوی انتقال

دهد که باقیمانده آن برای پرداخت دین وی کافی نباشد، مجرم بوده و مشمول مجازات می‌گردد؛ چه این انتقال قبل از زمانی باشد که دادگاه وی را مدیون دانسته است و چه بعد از آن. در مقابل، برخی دیگر معتقدند که فقط در صورتی می‌توان شخص را طبق ماده ۲۱ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مجازات نمود که وی بعد از اثبات اصل دین توسط دادگاه، اقدام به انتقال اموال خود نماید. در ادامه، هریک از دو دیدگاه مذکور را همراه با ادله آنان بررسی خواهیم نمود.

قائلین به اطلاق ماده

عده‌ای از حقوقدانان معتقدند که حتی اگر شخص قبل از محکومیت به پرداخت دین، اموال خود را منتقل کند، مشمول ماده ۲۱ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی شده و باید مورد مجازات قرار گیرد (علی‌مراد حیدری، جرائم علیه اموال و مالکیت ۳۷۶). اولین استدلال این دسته از حقوقدانان این است که هدف قانون‌گذار در جرم انتقال مال برای فرار از ادای دین این است که از حقوق طلبکار حمایت نموده و از سوء استفاده بدهکار از حق مالکیت خویش و ایجاد ضرر برای فرد طلبکار با فرار از ادای دین و انتقال مال جلوگیری نماید و در تحقق جرم معامله به قصد فرار از دین، لازم است به احراز وجود واقعی اصل دین و قصد فرار از ادای دین به موقع انعقاد معامله توجه نمود؛ فارغ از اینکه در این زمان، حکم محکومیت به پرداخت دین علیه مدیون صادر شده باشد یا نشده باشد. بنابراین، انحصار حکم مقرر در ماده ۲۱ قانون به زمانی که صدور حکم محکومیت صادر شده باشد، خلاف روح قانون و حکمت وضع آن است؛ چراکه علت وضع این ماده (اجتناب از سوء استفاده مدیون از حق، به قصد ایراد ضرر به طلبکار) در انتقال مال قبل از زمان محکومیت شخص نیز وجود دارد. (مجتبی‌جهانیان، قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی در نظم حقوق کنونی ۱۴۱ و ماده ۲۱ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب ۱۳۹۳).

استدلال دوم این است که التزام به تفسیر مقتصد از ماده ۲۱، سبب می‌شود تا ما در سیستم قانون‌گذاری ایران، برای معاملات غیر صوری که به قصد فرار از دین و قبل از اثبات دین صورت می‌پذیرند، هیچ‌گونه حمایت مدنی یا کیفری از طلبکار نداشته باشیم و در مقابل، بدهکار بتواند قبل از طرح دعوی طلبکار، تمامی اموال خود را برای فرار از ادای دین و بدون هیچ‌گونه منع مدنی یا کیفری، منتقل نماید. به عبارت دیگر، از

مقایسه میان اختلاف موجود در ماده ۲۱ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی با ماده ۲۱۸ قانون مدنی برای جرم معامله به قصد فرار از دین، چهار فرض به دست می‌آید: ۱. جایی که معامله به قصد فرار از دین، صوری بوده و این معامله بعد از اثبات دین باشد؛ ۲. جایی که معامله به قصد فرار از دین، صوری بوده و این معامله قبل از اثبات دین باشد؛ ۳. جایی که معامله به قصد فرار از دین، صوری نبوده و معامله بعد از اثبات دین باشد؛ ۴. جایی که معامله به قصد فرار از دین، صوری نبوده و معامله قبل از اثبات دین باشد.

از سوی دیگر، قانون‌گذار در اصلاحات قانون مدنی در سال ۱۳۷۰ با تغییر ماده ۲۱۸، موجب ایجاد ابهام در این ماده شده و در واقع، حکم معامله صوری به قصد فرار از دین را مسکوت گذاشته است و این مسأله سبب شده است تا بسیاری از حقوقدانان، معامله غیر صوری به قصد فرار از دین را صحیح بدانند (نظریه مشورتی شماره ۲۴۳۷/۷ مورخه ۱۳۷۷/۵/۳۱ و نظریه مشورتی کمیسیون حقوقی ۱۳۴۸۳۴ مورخه ۱۳۹۶/۲/۱۲). با توجه به این مسأله، اگر تفسیر مقید از ماده ۲۱ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی را بپذیریم و عمل مذکور را فقط زمانی جرم تلقی کنیم که انتقال مال بعد از اثبات دین صورت پذیرد، در این صورت، در دو فرض نخست، از شخص طلبکار در مقابل عمل مدیون، هم حمایت مدنی و هم حمایت کیفری صورت پذیرفته است و در فرض سوم، فقط از طلبکار حمایت کیفری شده است؛ اما در فرض چهارم، هیچ‌گونه حمایتی از طلبکار در مقابل عمل مدیون برای فرار از پرداخت دین، صورت نگرفته است. در حالی که می‌توان با تفسیر اطلاق زمانی انتقال در ماده ۲۱ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی، از این خلأ قانونی جلوگیری کرده و هر چهار صورت راتحت پوشش حمایت قانونی از طلبکار قرار دهیم (حسن محسنی، اجرای مؤثر رأی و آیین اجرای محکومیت مالی ۱۸۳ و ۱۸۲). استدلال سوم این دسته از حقوقدانان، استناد به فتوای مشهور فقها است که در بخش پیشین، مورد بررسی قرار گرفت.

قائلین به تقیید ماده

دسته دوم از حقوقدانان معتقدند که ماده ۲۱ فقط شامل مواردی است که انتقال اموال توسط بدهکار پس از اثبات مدیون بودن وی توسط دادگاه صورت پذیرد؛ بنابراین، اگر انتقال اموال قبل از این زمان باشد، مجازاتی در پی نخواهد داشت. این گروه نیز دلایلی برای ادعای خود بیان کرده‌اند.

دلیل اول این است که الفاظ محکوم له، محکوم علیه و محکوم به، در مواد پیش از این ماده و پس از آن به طور مکرر، استعمال شده است. همچنین قانون‌گذار در صدر این ماده یک بار از کلمه مدیون و دو بار از کلمه محکوم به استفاده کرده است. این موضوع دلالت بر این دارد که مجازات مورد نظر ماده فقط صورتی را شامل می‌شود که انتقال مال بعد از محکومیت شخص باشد. (حسن محسنی، اجرای موثر رای و آیین اجرای محکومیت مالی ۱۷۹؛ مجتبی جهانیان، قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی در نظم حقوق کنونی ۱۴۲ و ماده ۲۱ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب ۱۳۹۳). استدلال دوم ایشان این است که عنوان قانون صرفاً در محکومیت مالی ظهور و انصراف دارد. (همان) دلیل سومی که بیان می‌شود، این است که در خود این ماده نیز بر شمول قانون به کلیه محکومیت‌های مالی اشاره شده است؛ نه هرگونه دینی که بر عهده شخص باشد. (همان) دلیل چهارم ایشان این است که قانون‌گذار در تبصره ماده ۱۹ این قانون، حکم مقرر در ماده مزبور را درباره تأمین خواسته و اسناد لازم الاجرای ثبتی، استثنائاً قابل اعمال و اجرایی دانده؛ بنابراین، وی در اینجا در مقام بیان بوده و چنانچه بر تسری کلیت قانون، از جمله حکم مقرر در ماده ۲۱ را به این‌گونه موارد نظر داشت، این نظر خود را نیز باید با صراحت بیان می‌داشت؛ بنابراین، سکوت قانون‌گذاری که در مقام بیان است، دلالتی جز بر انصراف شمول حکم بر استثنائات موضوع ماده ۱۹ ندارد. (همان) دلیل پنجم ایشان این است که ماده ۲۷ قانون نیز به گزارش‌های اصلاحی و آراء مدنی سایر مراجع اشاره می‌کند. این موضوع نیز دلیل دیگری بر این مطلب است که دین مدیون باید به موجب رأی صادر شده از مرجع ذی صلاح، محرز و معلوم شده باشد. (همان)

استدلال دیگر این دسته از حقوق دانان این است که همه قوانین کیفری، قابل استثناء هستند و از سوی دیگر، اصل در اعمال نیز اباحه است؛ بنابراین، در مواردی که تردید در مجرمانه بودن یک عمل داریم، اصل عدم آن را جاری می‌سازیم. در بحث فعلی نیز طبق همین اصل، انتقال اموال قبل از اثبات دین را از وصف مجرمانه بودن خارج دانسته و تفسیر به نفع متهم نیز نتیجه همین استدلال است (مجتبی جهانیان، قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی در نظم حقوق کنونی ۱۴۲ و فریدون نهرینی، «مفهوم دین و دایره شمول آن در ماده ۲۱ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی»، به نقل از سایت قضاوت آنلاین).

هفتمین دلیل بر این مطلب، از مقایسه ماده ۲۱ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب سال ۱۳۹۴ با ماده ۴ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب سال ۱۳۷۷ به دست می‌آید. در قانون مصوب سال ۱۳۷۷، قانون‌گذار در سه حالت، رفتار مرتکب را واجد وصف جزایی می‌داند؛ حالت اول موقعیتی بود که دین به صورت مطلق وجود داشت، بدون آنکه مسیر قضایی یا غیر قضایی در مورد مطالبه آن را طی نماید؛ حالت دوم موقعیتی بود که دین، مستند به اسناد لازم‌الاجرا باشد و به عبارتی، یک سند رسمی، موجود باشد و متهم از پرداخت دین موضوع آن سند، خودداری نماید و حالت سوم نیز موقعیتی بود که دادگاه، حکم به محکومیت خوانده به پرداخت دین را صادر کرده باشد و به عبارت دیگر، موضوع دین و وجود آن و لزوم پرداخت آن، مستند به حکم قطعی دادگاه باشد. در هر یک از این سه حالت، چنانچه مدیون به قصد فرار از دین، اقدام به انتقال اموال خویش می‌نمود، به گونه‌ای که باقیمانده اموال وی برای پرداخت بدهی او کفایت نمی‌کرد، مشمول حکم جزایی مندرج در ماده ۴ قانون سابق قرار می‌گرفت. اما در قانون جدید، سیاق عبارت قانون‌گذار در ماده ۲۱ به نحوی است که باید گفت حکم قانون‌گذار صرفاً مربوط به محکوم به بوده و وصف مجرمانه از دور رفتار دیگر که در بالا اشاره کردیم، برداشته شده است (فریدون نهرینی، «مفهوم دین و دایره شمول آن در ماده ۲۱ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی»، قضاوت آنلاین).

همچنین نظریات مشورتی شماره ۹۳۷۷/۷ مورخ ۱۳۹۷/۹/۲۶ و شماره ۹۹/۹۵/۷ مورخ ۱۳۹۵/۱/۲۴ اداره کل حقوقی قوه قضائیه با صراحت، این مطلب را تأیید می‌کنند. در نظریه مشورتی شماره ۹۳۷۷/۷ مورخ ۱۳۹۷/۹/۲۶ آمده است که: «مستفاد از عنوان و مفاد قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی... آن است که احکام و مقررات آن قانون، خاص محکومین دادگاه‌ها و سازمان تعزیرات حکومتی است و در غیر محکومین این مراجع جاری نیست».

در نظریه مشورتی شماره ۹۹/۹۵/۷ مورخ ۱۳۹۵/۱/۲۴ نیز آمده است که: «با عنایت به اینکه قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب ۱۳۹۴، همان طور که از عنوان آن پیدا است و در ماده ۲۲ آن نیز تصریح شده است، ناظر به اجرای محکومیت‌های مالی است و با عنایت به اینکه در ماده ۲۱ این قانون، جزای نقدی معادل نصف محکوم به، به عنوان یکی از دو مجازات مقرر در این

ماده، پیش بینی شده است و در ذیل آن نیز جریمه مدنی انتقال گیرنده به منظور استیفای محکوم به پیش بینی شده است، به نظر می رسد در مورد دینی که راجع به آن رأی مبنی بر محکومیت صادر نشده است، امکان اعمال ماده یاد شده وجود ندارد و اصولاً با توجه به اینکه ماده یاد شده، در مقام جرم انگاری است، نمی توان کسی را که مدیونیت وی به موجب رأی مرجع ذی صلاح مسجل نشده است، به اتهام انتقال مال به انگیزه فرار از دین، تحت تعقیب قرار داد؛ زیرا چه بسا که وی اصولاً خود را مدیون نداند و در مدیون بودن وی اختلاف باشد. به هر حال، اصل لزوم تفسیر مضیق نصوص جزائی نیز مؤید این نظر است، ضمناً به کار بردن کلمه مدیون و (نه محکوم علیه) در صدر ماده ۲۱ مورد بحث، با عنایت به ماده ۲۷ این قانون، قابل توجیه است» (مجتبی جهانیان، قانون نحوه اجرای محکومیت های مالی در نظم حقوق کنونی ۱۴۲).

مؤید دیگری که می توان برای این برداشت از ماده مورد بحث، ارائه کرد، آراء مختلف محاکمی است که می توان گفت باعث بروز رویه قضایی شده است. از جمله این آراء، رأی شعبه ۱۹ دیوان عالی کشور است که می گوید «درخواست اعاده دادرسی آقای م. ع. از رأی شماره ۸۸/۱۱/۲۹۰۰۰۲۴۰۳۰۳۰۹۹۷۰۳۰۹۱ شعبه ۴ دادگاه تجدید نظر استان، وارد است؛ زیرا حسب مندرجات پرونده، محکوم علیه در آبان ماه سال ۸۸ با شاکیه، ازدواج نموده و در ۸۸/۱۱/۲۹ زمین خود را که دارای بنای نیمه ساز بوده، فروخته است. در آن تاریخ، زوجه، مطالبه مهریه خود را که معمولاً عندالمطالبه است، ننموده و متعاقب آن در اسفند ۸۸ دادخواستی به خواسته مطالبه مهریه به دادگاه داده که در سال ۸۹ منتهی به رأی گردیده است. لذا با عدم مطالبه مهریه از ناحیه زوجه، سوء نیت او برای فرار از پرداخت مهریه ثابت نشده، مستنداً به بند ۶ ماده ۲۷۲ قانون آیین دادرسی دادگاه های عمومی و انقلاب در امور کیفری درخواست اعاده دادرسی پذیرفته شده و رسیدگی مجدد به شعبه دیگر دادگاه های تجدید نظر استان محول می گردد».

نقد ادله قائلین به تقیید ماده

در این بخش به نقد ادله ای می پردازیم که از سوی قائلین به تقیید ماده ۲۱ در بالا بیان کردیم. در خصوص دلیل اول باید گفت که استعمال الفاظ محکوم له، محکوم علیه و محکوم به قبل و بعد

از این ماده، هیچ‌گونه دلالتی بر این مدعا ندارد که انتقال مال باید صرفاً بعد از محکومیت شخص باشد و لفظ مدیون نیز در این ماده به صورت مطلق ذکر شده و اشاره به مطلق دین دارد؛ گرچه هنوز دعوی حقوقی علیه مدیون طرح نشده باشد. بنابراین، این استدلال صحیح نیست که بگوییم قانون‌گذار در مجازات این جرم از لفظ محکوم به استفاده نموده و اگر لفظ مدیون، شامل کسی شود که هنوز دینی بر علیه او ثابت نشده است، دیگر محکوم به‌ای وجود ندارد و نمی‌توان مدیون و شریک وی را به مجازات‌های مقرر در ذیل ماده محکوم نمود و در نتیجه، مدیون فقط ناظر به کسی که دین بر علیه او نزد محاکم ثابت شده، خواهد بود. دلیل ردّ این استدلال این است که در اینجا طرح دعوی کیفری شخص طلبکار یقیناً باید بعد از محکومیت مدیون باشد تا بتوان مدیون و انتقال‌گیرنده را به مجازات‌های مقرر در ذیل ماده محکوم نمود، و بحث ما فقط بر روی زمان انتقال مال است و نه طرح دعوا؛ بنابراین، روشن است که زمان انتقال مال در ماده، مطلق بوده است؛ چه این انتقال قبل از محکومیت مدیون و اثبات دین باشد و چه بعد از آن، اما زمان طرح دعوی مدیون یا حکم دادگاه به مجازات وی باید حتماً بعد از زمان اثبات دین باشد.

دومین دلیل برد استدلال این دسته از حقوقدانان این است که عنوان قانون و بلکه عناوین فصل‌های قانون نمی‌تواند دلیلی برای یک نوع برداشت و تفسیر ماده تحت آن باشند؛ زیرا گرچه لازم است قانون‌گذار در انتخاب عناوین برای مواد قانونی، کمال ارتباط میان مواد را لحاظ نماید؛ اما گویا در نگارش قوانین کیفری، همچون قانون مجازات اسلامی، موارد بسیاری وجود دارد که بین عنوان و ماده قانونی، ارتباط کمی وجود دارد و قانون‌گذار برای آن ماده، عنوانی که کاملاً مطابق با محتوا باشد را لحاظ ننموده و به همین مقدار، بسنده کرده است.

دلیل سوم بردّ قائلین به تقیید این است که در ماده مورد بحث، هیچ‌گونه اشاره‌ای بر شمول قانون به محکومیت‌های مالی وجود ندارد؛ بلکه در این ماده، از الفاظ مدیون، دین و دیون به صورت مطلق استفاده شده و قرینه‌ای که موجب تقیید آن گردد، ذکر نشده است.

دلیل چهارم این است که با اثبات اطلاق ماده مذکور، خود این اطلاق، بیان و تصریح قانون‌گذار محسوب شده و نیازی نیست که تصریح دیگری از سوی وی صادر شود.

علاوه بر این و به عنوان دلیل پنجم باید گفت که منافاتی بین ماده ۲۷ و ماده ۲۱ در صورت اطلاق، وجود ندارد؛ زیرا همان گونه که بیان شد، اجرای ماده ۲۱ زمانی است که دین مدیون محرز و معلوم شده باشد و نیز از آنجا که اطلاق کلام، خود نوعی دلیل و آماره است، دیگر تردیدی در جرم بودن این عمل باقی نمی ماند تا نوبت به اصل اباحه در اعمال و تفسیر به نفع متهم برسد. در رد دلیل هفتم نیز با توجه به سیر تاریخی نگارش این قانون، باید گفت که خواسته قانون گذار در قانون جدید، استفاده از الفاظ مختصر بوده است؛ زیرا لفظ «مدیون» شامل هر سه حالت مذکور در قانون قبلی می شود و قانون گذار با توجه به عمومیت لفظ مدیون و برای جلوگیری از اطاله ماده، از ذکر سه صورت مذکور در قانون قبلی، صرف نظر کرده است.

همچنین با توجه به اینکه در نظریه های مشورتی، به ادله ای استناد شده است که پاسخ آنها را بیان کردیم و با توجه به اینکه این نظریه ها صرفاً جنبه تاییدی داشته و نمی توانند دلیل بر یک برداشت باشند، جایی برای استناد به آنها باقی نمی ماند. درباره رویه دادگاه ها نیز باید گفت که اولاً در این مبحث، رویه قضایی متقنی وجود ندارد تا مورد استناد واقع شود و ثانیاً، اغلب آراء مراجع بر عدم محکومیت شخصی که قبل از اثبات اصل دین، اموال خود را منتقل کرده است، ناشی از این نیست که محاکم، انتقال مال، قبل از اثبات دین را جرم نمی دانند؛ بلکه این آراء ناشی از عدم احراز سوء نیت و انگیزه شخص بوده است؛ یعنی از آنجا که زمان انتقال هنوز دینی ثابت نشده است یا این امر برای دادگاه محرز نشده است، ناقل در زمان انتقال مال، علم به بدهکار بودن خود نداشته است تا سوء نیت خاص ناقل محقق شود و یا اینکه انگیزه فرار از دین برای دادگاه ثابت نشده است.

بررسی و نقد رأی وحدت رویه شماره ۷۷۴- مورخه ۱۳۹۸/۱/۲۰ هیأت عمومی دیوان عالی کشور

نظریه نماینده دادستان کل کشور

«موضوع درخواست صدور رأی وحدت رویه از هیأت عمومی دیوان عالی کشور از این قرار است:
الف. شعبه سی و چهارم دیوان عالی کشور معتقد است که اجرای ماده ۲۱ قانون نحوه اجرای محکومیت های مالی منوط به محکومیت مدیون به پرداخت دین نیست؛ بلکه صرف احراز بدهکاری متهم و عدم کفایت اموال وی برای تأدیه دین، برای صدور حکم محکومیت انتقال دهنده

مال به قصد فرار از ادای دین، کافی است و نیازی به محکومیت وی به پرداخت دین وجود ندارد. ب. شعبه سی و هشتم دیوان عالی کشور در مورد مشابه، در صورتی موضوع را در اجرای ماده ۲۱ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب ۱۳۹۴ قابل تعقیب کیفری می‌داند که معامله به قصد فرار از دین، بعد از محکومیت قطعی مدیون در دادگاه واقع شده باشد؛ به تعبیر دیگر، جرم‌انگاری موضوع ماده ۲۱ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مربوط به موردی است که بدهکار، پس از محکومیت قطعی خویش، مال خود را به دیگری منتقل نماید در غیر این صورت، انتقال مال موضوع این ماده، جنبه کیفری نخواهد داشت.

به نظر می‌رسد با توجه به قرائن و امارات زیر، نظر شعبه سی و هشتم دیوان عالی کشور صائب و منطبق با موازین حقوقی است:

۱- این قانون که ماده ۲۱ نیز یکی از مواد آن است، با عنوان «قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی» نام نهاده شده و قانون‌گذار در این عنوان، از کلمه «محکومیت» استفاده کرده است؛ بنابراین، در اجرای مفاد این ماده نیز محکومیت به ادای دین، ضرورت دارد.

۲- در ماده ۲۱ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی، جزای نقدی معادل نصف محکوم به برای مرتکب موضوع این ماده، به عنوان مجازات، پیش‌بینی شده است و اگر متهم، محکومیت قضایی قبلی نداشته باشد، دادگاه چگونه می‌تواند برای وی مجازات تعیین نماید؟

۳- در ذیل ماده ۲۱ مقرر شده است: «... در صورتی که منتقل‌الیه نیز با علم به موضوع، اقدام کرده باشد، در حکم شریک است؛ در این صورت، عین آن مال و در صورت تلف یا انتقال، مثل یا قیمت آن از اموال انتقال‌گیرنده به عنوان جریمه اخذ و محکوم به از محل آن استیفاء خواهد شد». در اینجا قانون‌گذار مجدداً از کلمه «محکوم به» استفاده کرده است؛ در حالی که در ماده ۴ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی سابق که ماده ۲۱ جایگزین آن شده است، از کلمه «محکوم به» استفاده نشده بود و این نشانگر آن است که قانون‌گذار، وجود محکومیت قضایی را در اجرای این ماده الزامی می‌داند.

۴- در موارد تردید، لازم است به اصول مسلم حقوقی و شرعی مراجعه شود که اصل صحت معامله، اصل اباحه و جرم نبودن رفتار ارتكابی و اصل تفسیر مضیق قوانین جزایی، مؤید نظر شعبه

سی و هشتم دیوان عالی کشور است.

«نظر به اینکه قانون‌گذار در ماده ۲۱ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب ۱۳۹۴/۴/۲۳، در مقام تعیین مجازات برای انتقال دهندگان مال با انگیزه فرار از دین، به تعیین جزای نقدی معادل نصف محکوم به و استیفای محکوم به از محل آن تصریح کرده است و نیز سایر قرائن موجود در قانون مزبور، کلاً بر لزوم سبق محکومیت قطعی مدیون و سپس، انتقال مال از ناحیه وی با انگیزه فرار از دین، دلالت دارند که در این صورت، موضوع، دارای جنبه کیفری است؛ لذا با عنایت به مراتب مذکور در فوق و اصل قانونی بودن جرائم و مجازات‌ها، به نظر اکثریت اعضای هیأت عمومی دیوان عالی کشور، رأی شعبه سی و هشتم دیوان عالی کشور که مستدعی اعاده دادرسی را قبل از محکومیت قطعی به پرداخت دین، غیرقابل تعقیب جزائی دانسته است، در حدی که با این نظر انطباق دارد، صحیح و منطبق با قوانین موضوعه تشخیص می‌گردد. این رأی در اجرای ذیل ماده ۴۷۱ قانون آیین دادرسی کیفری، در موارد مشابه برای کلیه مراجع قضایی و غیرقضایی لازم‌الاتباع است.»

باتوجه به مباحث فقهی و حقوقی که پیرامون این ماده انجام شد به نظر می‌رسد که این رأی وحدت رویه دارای هیچ پشتوانه فقهی یا حقوقی متقنی نبوده و صرفاً براساس یک نظرخواهی و رأی‌گیری در هیئت عمومی دیوان عالی کشور صادر شده است.

نتیجه

مبنای اصلی تعزیرات در نظام تقنینی جمهوری اسلامی ایران، قاعده (التعزیر لکل عملٍ محرّم) است و معامله به قصد فرار از دین نیز یکی از جرائمی است که طبق همین مبنا جرم‌انگاری شده است. حقوقدانان در اینکه این معامله و انتقال باید در چه زمانی رخ دهد تا این جرم تحقق یابد، دچار اختلاف شده‌اند. مبانی فقهی ماده‌ای که معامله به قصد فرار از دین با استناد به آن جرم‌انگاری شده است و نیز اطلاق خود این ماده، اقتضای آن را دارد که این معامله و انتقال چه قبل از اثبات اصل دین صورت پذیرد و چه بعد از آن، جرم خواهد بود؛ زیرا اولاً علت مجازات و تعزیر در این عمل، عبارت است از حرمت شرعی این انتقال و این حرمت، چه انتقال قبل از اثبات دین باشد یا بعد از

آن، باقی است. ثانیاً بر فرض که ما مبنای تعزیرات را صرف مفسده‌انگیز بودن عمل هم بدانیم، مفسده‌ای که در انتقال مال بعد از اثبات دین وجود دارد، در انتقال آن قبل از اثبات اصل دین نیز وجود دارد و ثالثاً در ماده ۲۱ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی، ادله لفظی و تفاسیر منطقی متقن و غیر قابل خدشه‌ای وجود ندارد که بتوان با استناد به آن، انتقال مذکور در ماده را مقید به بعد از اثبات اصل دین نمود.

البته انتقال مال قبل از اثبات اصل دین در صورتی جرم محسوب می‌شود که ثابت شود شخص ناقل در زمان انتقال اولاً علم به مدیون بودن خود داشته و ثانیاً معامله را با انگیزه فرار از ادای آن دین انجام داده است.

فهرست منابع

۱. اردبیلی، احمد بن محمد. زبده البیان فی احکام القرآن. تهران: المکتبه الجعفریه لاحیاء الآثار الجفریه، چاپ ۱، بی تا.
۲. _____ . مجمع الفائدة و البرهان فی شرح ارشاد الاذهان . قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ ۱، ۱۴۰۳ ق .
۳. اشتهاودی، علی پناه. مدارک العروة. تهران: دارالاسوة للطباعة والنشر. چاپ ۱، ۱۴۱۷ ق .
۴. اصفهانی، شیخ الشریعه، فتح الله بن محمد جواد نمازی. قاعده لاضرر (لشیخ الشریعه). قم: انتشارات اسلامی وابسته به جامع مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ ۱، ۱۴۱۰ ق .
۵. الهام، غلامحسین و محسن، برهانی. درآمد بر حقوق جزای عمومی. تهران: انتشارات میزان، چاپ ۴، ۱۳۹۷ ش .
۶. بحرانی، آل عصفور، یوسف بن احمد بن ابراهیم. الحدائق الناضره فی احکام العترة الطاهره. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامع مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ ۱، ۱۴۰۵ ق .
۷. تبریزی، جعفری، محمدتقی. رسائل فقهی. تهران: موسسه منشورات کرامت، چاپ ۱، ۱۴۱۹ ق .
۸. حسینی مراغی، سید میر عبدفتاح. العناوین الفقهیه. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامع مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ ۲، ۱۴۱۷ ق .
۹. حلی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی. تحریر الاحکام الشرعیه علی مذهب الامامیه. قم: موسسه امام صادق علیه السلام، چاپ ۱، ۱۴۲۰ ق .
۱۰. حلی، نجم الدین جعفر بن حسن. شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام. قم: موسسه اسماعیلیان، چاپ ۲، ۱۴۰۸ ق .
۱۱. حیدری، علی مراد. جرائم علیه اموال و مالکیت. قم: دانشگاه حضرت معصومه علیها السلام. چاپ ۱، ۱۳۹۶ ش .
۱۲. جهانیان، مجتبی. قانون نحوه اجرای محکومیت های مالی در نظم حقوق کنونی. تهران: انتشارات مجد، چاپ ۱، ۱۳۹۵ ش .
۱۳. سبزواری، سید عبد الاعلی. مهذب الاحکام. قم: موسسه المنار، دفتر آیت الله سبزواری، چاپ ۴، ۱۴۱۳ ق .
۱۴. طبسی، نجم الدین. حقوق زندانی و موارد زندان در اسلام. قم: بوستان کتاب، چاپ ۱، بی تا.
۱۵. عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی. مسالک الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام. قم: موسسه المعارف الاسلامی، چاپ ۱، ۱۴۱۳ ق .

۱۶. عسکری، رضا. «ضابطه جرم‌انگاری در متون فقه و مواد قانونی با تکیه بر قاعده التعزیر». رسائل ۵ و ۶ (۱۳۹۵)، ۷۹-۵۱.
۱۷. فاضل لنکرانی، محمد. تفصیل الشریعه فی شرح تحریر الوسيله - حدود. قم: مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم‌السلام، چاپ ۱، ۱۴۲۲ق.
۱۸. فیاض کابلی، محمد اسحاق. رساله توضیح المسائل. قم: انتشارات مجلسی، چاپ ۱، ۱۴۲۶ق.
۱۹. _____ . مناسک حج. قم: مکتب سماحه آیت‌الله‌العظمی الحاج الشیخ محمد اسحاق فیاض، چاپ ۱، ۱۴۲۶ق.
۲۰. فیض کاشانی، محمد محسن. مفاتیح الشرایع. قم: انتشارات کتابخانه آیت‌الله مرعشی نجفی، چاپ ۱، بی‌تا.
۲۱. محدث قمی، شیخ عباس. الغایة القصوی فی ترجمه العروة الوثقی. قم: منشورات صبح پیروزی، چاپ ۱، ۱۴۲۳ق.
۲۲. محسنی، حسن. اجرای مؤثر رأی و آیین اجرای محکومیت مالی. تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ ۴، ۱۳۹۸ش.
۲۳. مکارم شیرازی، ناصر. تعزیر و گستره‌آن، قم، انتشارات مدرسه امام علی ابن ابی طالب علیه‌السلام، چاپ ۱، ۱۴۲۵ق.
۲۴. موسوی گلپایگانی، سید محمد رضا. مجمع المسائل: قم: دار القرآن الکریم، چاپ ۲، ۱۴۰۹ق.
۲۵. همدانی، آقارضا بن محمد هادی. مصباح الفقیه. قم: موسسه الجعفریه لاحیاء الآثار الجفریه و موسسه انتشارات اسلامی، چاپ ۱، ۱۴۱۶ق.
۲۶. نرم‌افزار گنجینه استفتائات قضایی، مرکز تحقیقات فقهی حقوقی قوه قضائیه.
۲۷. نهرینی، فریدون. «مفهوم دین و دایره شمول آن در ماده ۲۱ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی»، به نقل از سایت: <https://www.ghazavatonline.com>
۲۸. جهانیان، مجتبی. ماده ۲۱ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب ۱۳۹۳، به نقل از سایت: <http://nasserzangbari.com>
۲۹. استفتائات در مورد تخلف از قانون و مقررات، به نقل از سایت: <https://www.islamquest.net>

علی ابو حسینی درزی*

a.aboohoseini@yahoo.com

مقایسه تطبیقی ماهیت و ارکان قذف از منظر فقه امامیه و قانون مجازات دو کشور ایران و مصر

چکیده

قذف از جمله جرایم حدّی است که پس از انقلاب اسلامی، وارد قوانین جزائی ایران شده است و در لغت، بیشتر به معنای «انداختن» بوده و در اصطلاح، عبارت است از نسبت دادن زنا یا لواط به دیگری از طریق گفتار یا نوشتار. حدّ قذف در حق کسی که زنا به او نسبت داده شده، ثابت می‌شود؛ بنابراین، در مواردی که شخصی شکایت قذف را مطرح می‌کند، باید صحت نسبت دادن قذف به شاکی بررسی گردد و در نتیجه، دقت در مصادیق قذف و تبیین حدود و ثغور آن، اهمیت می‌یابد. با توجه به اینکه محدوده جرایم حدّی را شارع، معین می‌نماید، منشأ مقررات مربوط به آن را نیز باید در فقه جستجو کرد. قوانین جزائی ایران پس از انقلاب اسلامی منطبق با فقه امامیه شکل گرفته است؛ اما در قانون مجازات کشور مصر، مجازات حدّی وجود ندارد و معنایی که این قانون از قذف در نظر می‌گیرد، با اندکی تفاوت، مشابه معنای افترا در قوانین جزائی ایران است.

پژوهش حاضر در سه بخش تنظیم شده است: در بخش اول، به ماهیت، ارکان و شرایط قذف از منظر فقه امامیه و قانون مجازات ایران می‌پردازد؛ در بخش دوم، مجازات قذف از منظر فقه امامیه و قانون مجازات ایران را بررسی کرده و در بخش سوم، موضوعات فوق را از منظر قانون مجازات کشور مصر، بحث می‌نماید.

کلیدواژگان: قذف، حد قذف، ارکان قذف، نسبت زنا، نسبت لواط، قوانین مصر، فقه امامیه.

* فارغ التحصیل مدرسه عالی قضاوت، کارشناس ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی و طلبه سطح سه حوزه علمیه قم.

مجازات‌هایی که برای جرایم مختلف لحاظ می‌گردد، براساس نوع جرائم، به چهار دسته تقسیم می‌شوند: قصاص، دیات، حدود و تعزیرات. تفاوت عمده حدود با تعزیرات این است که سبب، نوع، میزان و نحوه اجرای حدود، توسط شارع مشخص شده و قاضی هیچ اختیاری در تغییر آن ندارد. جرائمی چون زنا، لواط، مساحقه، تفخیز، قذف، مصرف مسکر، محاربه، سرقت، ارتداد، سب‌النبی، بغی و افساد فی الأرض، جرایم حدی هستند که در قانون مجازات اسلامی ذکر شده است و در خصوص برخی از آنها اختلاف نظرهای فقهی وجود دارد؛ همان‌گونه که برخی از فقها نیز موارد دیگری را به عنوان جرم حدی ذکر می‌کنند.

مطابق ماده ۲۵۵ قانون مجازات اسلامی، تمایز حد قذف از سایر حدود این است که این حد به‌گونه‌ای قابل گذشت است که حتی بر تعزیر نیز مترتب نخواهد شد. قذف در تعریفی اجمالی، نوع خاصی از افترا است که مستوجب حد خواهد بود؛ اما برای بازشناسی دقیق آن، باید به مصادیق بارزی از آن پردازیم که مرز میان قذف و توهین (فحاشی) را روشن نماید. این امر به نوبه خود، نیازمند بررسی ماهیت قذف است؛ بنابراین، ابتدا به ریشه یابی و تعریف لغوی این واژه می‌پردازیم و سپس، تعریف اصطلاحی آن را بررسی نموده و برای روشن شدن مبادی تصویریه موضوع پژوهش، اجزای این تعریف را تبیین خواهیم کرد.

در حقوق جزای اختصاصی، عناصر تشکیل‌دهنده بزه و رکن قانونی، مادی و معنوی آن به صورت مجزا و جدای از هم، تشریح و بررسی می‌شود. در کتب حقوقی که متضمن بحث از حقوق جزای اختصاصی هستند نیز عناصر تشکیل‌دهنده همه جرایم مورد بررسی قرار نگرفته است. جرم قذف نیز از جمله جرایمی است که شاهد بررسی تفصیلی ارکان آن هستیم؛ به‌گونه‌ای که می‌توان گفت پژوهش حاضر، به صورت منحصر به فردی به این موضوع می‌پردازد. این پژوهش، علاوه بر ارائه تصویری روشن از مصادیق قذف، به بررسی تطبیقی این بزه از منظر فقه امامیه، قوانین کیفری ایران و قوانین مصر نیز می‌پردازد. دلیل انتخاب این دو کشور این بوده که این دو کشور ممتاز در عرصه حقوقی، در تدوین قوانین خود، متأثر از فقه‌های شیعه و اهل سنت هستند. بداعت پژوهش

حاضر در این است که هیچ یک از کتب فقهی به این سبک به موضوع این پژوهش نپرداخته‌اند و کتب حقوقی نیز بیشتر جرایم تعزیری را بررسی می‌کنند.

پژوهش حاضر در راستای هدف ذکر شده، نظر مشهور فقهای شیعه، که به عنوان منشأ قانون مجازات اسلامی حاکم در ایران است و نیز قوانین حاکم در دو کشور ایران و مصر را در خصوص قذف، مورد کنکاش و تحقیق قرار می‌دهد. در ایران، قوانین مربوط به قذف، قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ شمسی است و در کشور مصر نیز قانون العقوبات المصری مصوب ۱۹۳۷ میلادی است که با اصلاحات مصوب ۲۰۰۳ همراه بوده است.

بنابراین، مقاله حاضر، در سه بخش تنظیم شده است: در بخش اول، به بررسی ماهیت جرم قذف در فقه امامیه و قانون مجازات اسلامی می‌پردازد؛ در بخش دوم، نوع و میزان مجازات مترتب بر قذف و نحوه اجرای آن و نیز موارد سقوط حد قذف را بررسی نموده و در بخش پایانی نیز جرم قذف و مجازات مترتب بر آن از منظر قانون مجازات کشور مصر را مورد بحث قرار می‌دهد.

۱. ماهیت، ارکان و شرایط قذف در فقه امامیه و قانون مجازات اسلامی

برای بررسی جرم قذف ابتدا لازم است به بررسی ماهیت قذف بپردازیم و در این راستا، باید تعریف لغوی و اصطلاحی قذف را بیان نموده و سپس، ارکان این بزه را به تفکیک عناصر قانونی، مادی و معنوی آن تبیین نماییم.

۱-۱. تعریف لغوی

«قذف» واژه‌ای عربی است که در چندین معنی به کار رفته است. احمد بن فارس در کتاب معجم مقاییس اللغة، ریشه واژه «قذف» را این‌گونه تبیین می‌کند: «قذف به معنای انداختن و جای دور دلالت دارد. وقتی کسی چیزی را بیاندازد، گفته می‌شود: قَذَفَ الشَّيْءَ. بلدةٌ قَذُوفٌ، یعنی شهر دور (که) به خاطر دوری آن، قصد سفر به آنجا نمی‌کنند. منزلٌ قَذْفٌ و قَذِيفٌ، یعنی منزل دور. قِذَافٌ به معنای سرعت حرکت می‌باشد. القذيفة چیزی است که پرتاب می‌شود.

قذيفةٌ شیطانٍ رجیمٍ رمی بها فصارت ضواةً فی لهازمٍ حِریرم

یعنی چیزی که شیطان رانده شده پرتاب کرد، برجستگی زیر گلوی شتر پیر گردید.

قَذَفَ به معنای قی کردن و بالا آوردن نیز به کار می‌رود؛ کَأَنَّ غِذَارًا به بیرون می‌اندازد (۶۸:۵). فیومی در کتاب المصباح المنیر، معانی قَذَف را چنین بیان می‌کند: «قَذَفَ بِالْحَجَارَةِ از باب فَعَلَّ یَفْعِلُ و به معنای سنگ پرتاب کردن است. قَذَفَ الْمُحَصَّنَةَ یعنی به اودشنام داد. الْقَذِیْفَةُ به معنای زشت بوده و دشنام محسوب می‌شود. قَذَفَ بِقَوْلِهِ، به معنای سخن گفتن بدون اندیشیدن و در نظر گرفتن عواقب آن است. قَذَفَ بِالْقِیِّءِ، به معنای بالا آوردن می‌باشد. تَقَادَفَ الْفَرَسُ فی عَدْوِهِ، یعنی باشتاب اسب را به سمت دشمن تاخت. قِذَافٌ به معنای سرعت در حرکت می‌باشد. «قَذُوفٌ» معادل فرستاده‌ای است که در حرکت خود، پیشاپیش شتر است. تَقَادَفَ الْمَاءَ، به معنای جریان سریع آب می‌باشد. قَذَفْتُهُ در زبان اهل عمان، به معنای با کف دست آب برداشتن و خوردن می‌باشد؛ البته بعضی آن را قَذَفْتُهُ گفته‌اند. «قِذَافٌ» به معنای چیزی است که کف دست را پر کرده و پرتاب می‌شود» (۴۹۴:۲).

ابن منظور نیز چند معنی برای واژه قَذَف ذکر نموده است: «قَذَفَ بِالشَّيْءِ، به معنای انداختن است و قَذَفَ الرَّجُلُ، یعنی مرد بالا آورد و قَذَفَ الْمُحَصَّنَةَ، یعنی زن پاک دامن را سب و دشنام داد و قَذَفَ امْرَأَتَهُ بِشَرِيكٍ، یعنی به همسرش زنا یا هر آنچه در معنای آن است، نسبت داد. اصل و ریشه قَذَف، رمی و انداختن است. سپس در این معنا (نسبت زنا دادن) استعمال شده است تا اینکه در این معنا غلبه پیدا کرده است. «إِنِّي حَشِيْتُ أَنْ يَقْذِفَ فِي قُلُوبِكُمْ شَرًّا» که در روایت آمده است، یعنی می‌ترسم شر و بدی در قلوب شما قرار گیرد» (لسان العرب ۹: ۲۷۶ و ۲۷۷).

در کتب دیگر لغت نیز معانی متعددی برای واژه قَذَف ذکر شده است که در مجموع می‌توان گفت قَذَف با مشتقات آن، دارای معانی زیر است: انداختن، جای دور، بالا آوردن، دشنام دادن، نسبت زنا دادن، سخن بدون اندیشه و بدون در نظر گرفتن عواقب آن، سرعت در حرکت، زشت، و کناره (ابن فارس، معجم مقاییس اللغة ۵: ۶۸؛ فیومی، المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر للرافعی ۲: ۴۹۴؛ ابن منظور، لسان العرب ۹: ۲۷۶ و ۲۷۷؛ صاحب بن عباد، المحیط فی اللغة ۵: ۳۷۶؛ واسطی، تاج العروس من جواهر القاموس ۱۲: ۴۲۴ و ۴۲۵؛ فراهیدی، کتاب العین ۵: ۱۳۵ و ۱۳۶؛ طریحی، مجمع البحرین ۵: ۱۰۷ و ۱۰۸). مفردات ألفاظ القرآن ۶۶۱ و ۶۶۲). در این میان، معنای «انداختن» که از

آن تعبیر به «رمی» می‌شود، به‌عنوان معنای اصلی قذف، تلقی می‌شود که با استعمال در جملات مختلف، معانی دیگری پیدا کرده است.

۲-۱. تعریف اصطلاحی

فقه‌ها در تعریف قذف گفته‌اند: «الرمی بالزنا، أو اللواط» (شیخ طوسی، النهاية ۷۲۲؛ اردبیلی، مجمع الفائدة والبرهان ۱۳: ۱۲۹؛ طباطبایی، ریاض المسائل (ط- الحدیث) ۱۶: ۳۱؛ روحانی، فقه الصادق علیه السلام ۷: ۲۸؛ سبزواری، مهذب الاحکام ۲۵: ۶۳ و شهید ثانی، الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة (المحشی- کلانتر) ۹: ۱۶۶)؛ یعنی «تہمت زنا یا لواط زدن». بنابراین، تعریف اصطلاحی قذف، از سه جزء تہمت زدن، زنا و لواط تشکیل شده است و ما هر یک را به‌طور جداگانه، بررسی خواهیم کرد.

الف) تہمت: این عمل در قانون این‌گونه تعریف شده است: اتهام زدن و افترا به دیگری، عرفاً همان نسبت دادن ارتکاب امری خلاف و ناشایست به دیگری است. فقه‌ها نیز این تعریف را پذیرفته و معتقدند: «اگر عیبی یا صفتی که در کسی وجود ندارد، به او نسبت داده شود، گناه تہمت محقق شده است» (منتظری، معارف و احکام نوجوانان ۱۰۸؛ نجفی، جواهر ۴۱: ۵۹ و شاهرودی، فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام ۲: ۶۷۳). امری که نسبت داده می‌شود، می‌تواند خلاف اخلاق یا خلاف قانون باشد و چون بحث ما جنبه فقهی- حقوقی دارد، مراد از تہمت در این پژوهش نیز نسبت دادن امری است که برای آن در شرع یا قانون، مجازات تعیین شده است؛ همان‌گونه که این تعریف، در ماده ۶۹۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵ نیز آمده است.

ب) زنا: عبارت است از داخل کردن مقدار معینی از آلت تناسلی مرد در فرج (قُبُل یا دُبُر) زنی که اصالتاً بر او حرام بوده (نه عارضی) و بین آن دو، هیچ رابطه زوجیتی نیست و همچنین وطی به شبهه نیز نشده باشد (خویی، مبانی تکملة المنهاج- موسوعه ۴۱: ۲۰۳ و ۲۰۴). زنا اقسام مختلفی را شامل می‌شود که از جمله آنها، زنا با محارم نسبی، زنا با محارم واکراه، زنا با محصنه، زنا با زین‌پدر، زنا با مرد غیرمسلمان یا زین‌مسلمان و جماع با میت است که با توجه به تعیین مجازات متفاوت برای آنها، همه این اقسام، زنا محسوب می‌شوند.

ج) لواط: عبارت است از دخول آلت تناسلی مرد در دُبُر مرد دیگر (خوبی، مبانی تکملة المنهاج - موسوعه ۴۱: ۲۷۸) که همانند زنا، لواط اقسامی دارد که هریک، مجازات خاص خود را داشته و همه آنها لواط محسوب می شوند.

پیش از این، ماده ۱۳۹ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵ قذف را این گونه تعریف می کرد: «قذف نسبت دادن زنا یا لواط است به شخص دیگری» و در ماده ۲۴۵ قانون مجازات اسلامی جدید، تعریف آن چنین است: «قذف عبارت است از نسبت دادن زنا یا لواط به شخص دیگر؛ هر چند مرده باشد».

۳-۱. عناصر تشکیل دهنده قذف

هر جرمی از سه عنصر قانونی، مادی و معنوی تشکیل می یابد که برای تحقق آن جرم، ضروری است تا وجود هر سه عنصر مذکور، برای قاضی اثبات گردد. در ادامه، هریک از این عناصر را درباره قذف، بررسی می کنیم.

۱-۳-۱. عنصر قانونی

به ماده یا مواد قانونی که عناصر مادی و معنوی یک جرم و میزان مجازات آن را دربردارد، عنصر قانونی آن جرم گفته می شود. حد قذف، در حقوق کیفری ایران، نخستین بار پس از انقلاب اسلامی در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ مطرح شد. در ابتدا، مواد ۱۳۹ و ۱۴۰ این قانون، عنصر قانونی قذف محسوب می شد؛ اما با تصویب قانون مجازات اسلامی جدید در سال ۱۳۹۲، مواد ۲۴۶ و ۲۵۰ این قانون، عنصر قانونی جرم قذف در حقوق کیفری ایران محسوب می شوند.

۲-۳-۱. عنصر معنوی

عنصر معنوی شامل دو بخش می شود؛ سوء نیت عام که عبارت است از قصد رفتار و درباره قذف، به این معناست که مجرم قصد دارد تا اموری که قذف محسوب می شود را با اراده و اختیار خویش، به دیگری نسبت دهد. سوء نیت خاص در قذف، با توجه به مطلق بودن این بزه، شرط نیست.

۳-۳-۱. عنصر مادی

عنصر مادی جرم به پیکره خارجی جرم اطلاق می شود که از سه بخش تشکیل می شود: الف) رفتار

مادی فیزیکی؛ ب) اوضاع و احوال و شرایط لازم برای تحقق جرم؛ ج) نتیجه حاصله (اردبیلی، حقوق جزای عمومی ۱: ۱۷۸). در ذیل به بررسی این سه بخش در خصوص جرم قذف پرداخته خواهد شد.

الف) رفتار مادی فیزیکی

رفتار مجرمانه‌ای که مجرم، مرتکب آن می‌شود، گاهی فعل و گاهی ترک فعل خاص است. رفتار مادی قذف، عبارت است از نسبت دادن زنا یا لواط به دیگری که این نسبت دهی می‌تواند با لفظ یا کتابت (گفتار یا نوشتار) باشد (بهجت، استفتائات ۴: ۶۱ و تبریزی، استفتائات جدید ۱: ۴۲۶)؛ بنابراین، جرم قذف با ترک فعل، محقق نمی‌شود. در کتب فقها از رفتاری که موجب قذف می‌گردد، با عبارت «الرمی بالزنا او اللواط» تعبیر شده است (نجفی، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام ۴: ۴۰۲؛ محقق حلی، المختصر النافع فی فقه الإمامیه ۱: ۲۲۰؛ محقق حلی، شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام ۴: ۱۴۹؛ علامه حلی، قواعد الأحکام فی معرفة الحلال و الحرام ۳: ۵۴۳؛ فاضل هندی، کشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحکام ۱۰: ۵۱۸؛ سبزواری، مهذب الأحکام ۲۸: ۷؛ خمینی، تحریر الوسیله ۲: ۷۲ و خوبی، مبانی تکملة المنهاج - موسوعه ۴۱: ۳۰۶) و از ماده ۱۳۹ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ و ماده ۲۴۵ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ نیز این مطلب، قابل استنباط است.

در خصوص رفتار مادی قذف، دو مسأله مطرح است؛ مسأله اول، انواع تعابیری است که در نسبت دادن زنا یا لواط، مشخص می‌کند ذی‌حق چه کسی است و مسأله دوم، انحصار قذف در نسبت زنا و لواط به دیگری است که شامل مقدمات آنها نمی‌شود. در ادامه، این دو مسأله را بررسی خواهیم کرد.

صاحب حق قذف

نسبت دادن زنا و لواط به دو شکل صورت می‌گیرد؛ شکل اول آن است که به شخص مخاطب، زنا یا لواط نسبت داده می‌شود؛ مثلاً به او گفته می‌شود: «تو زنا کردی یا تو لواط کردی یا با تو لواط شده است یا تو زنا کار هستی یا تو لواط‌کننده هستی یا تو جماع شده از پشتی» و اگر کسی به فرزند خود که اقرار به فرزندگی او کرده است، بگوید «تو فرزندم نیستی»، حد قذف بر او واجب می‌شود.

همچنین اگر کسی به دیگری بگوید «تو فرزند پدرت نیستی» (محقق حلی، شرائع الإسلام فی مسائل الحلال والحرام ۴: ۱۴۹ و ۱۵۰). شکل دوم قذف این است که نسبت زنا یا لواط به غیر مخاطب داده می‌شود؛ مثلاً اگر گفته شود «مادرت در مورد تو زنا کرده یا ای پسر زن زناکار» در این صورت، قذف مادر خواهد بود و همچنین اگر گفته شود «پدرت در مورد تو زنا کرده یا ای پسر مرد زناکار» در این صورت، قذف پدر خواهد بود و اگر گفته شود «ای پسر دو زناکار» در این صورت، قذف پدر و مادر خواهد بود. همچنین اگر گفته شود «ای شوهر زن زناکار» در این صورت، حد قذف در حق زوجه ثابت می‌گردد و اگر گفته شود «ای پدر زن زناکار یا ای برادر زن زناکار» در این صورت، حد در حق کسی که زنا به او نسبت داده شده است، ثابت می‌گردد نه مخاطب آن (همان).

محقق حلی دو مثال دیگر برای انتساب زنا یا لواط، مطرح می‌کند که محل اشکال و تردید واقع شده است. فرض اول این است که به کسی گفته شود «تو از زنا به دنیا آمدی». محقق حلی در این خصوص می‌گوید: در وجوب حد قذف در حق مادر مخاطب، تردید وجود دارد؛ چراکه احتمال دارد نسبت زنا تنها به پدر داده شده باشد و با وجود این احتمال، حد در حق مادر ثابت نمی‌گردد (همان) صاحب جواهر در این باره، نظر دیگری دارد و می‌فرماید: این احتمال وجود دارد که زنا تنها به پدر نسبت داده شده باشد و مادر اقرار شده یا امر، بر او مشتبه شده باشد و در این حالت، «به دنیا آمدن از زنا» صدق می‌کند. همچنین احتمال دارد زنا تنها به مادر نسبت داده شده باشد و پدر، اقرار شده یا امر بر او مشتبه شده باشد و با وجود احتمال و تردید، حد قذف، نه در حق مخاطب ثابت می‌شود؛ چراکه چیزی به او نسبت داده نشده است و نه در حق پدر و مادر؛ چراکه احتمالی که ذکر شد، پابرجاست. بنابراین زمانی که در لفظ به کار رفته درباره هر یک از پدر و مادر، احتمالات متعددی وجود داشته باشد، روشن نیست که چه کسی مقذوف است. در نتیجه، شبهه حاصل شده و با وقوع شبهه، حد برداشته خواهد شد (جواهر الکلام ۴: ۴۰۲). محقق حلی در همین فرض با تغییر در تعبیر چنین می‌گوید: اگر گفته شود «مادرت تو را از زنا به دنیا آورد» در این صورت، قذف در حق مادر ثابت می‌گردد و احتمال بالا در این تعبیر، ضعیف‌تر است. به نظر وی، در این فرض، شبهه واقع، قول به توقف است؛ چراکه احتمال فرض قبلی، هر چند ضعیف، در اینجا نیز وجود دارد (شرایع الإسلام ۴: ۱۵۰).

فرض دوم محقق حلی این است که اگر گفته شود: «تو با فلانی زنا کردی یا تو با فلانی لواط کردی»، قذف در حق مخاطب، ثابت می‌گردد و در ثبوت قذف در حق کسی که زنا به او نسبت داده شده است، تردید وجود دارد. شیخ طوسی (ره) در کتاب نه‌هایه و مبسوط می‌فرماید: (در خصوص این مسأله) دو حد قذف، ثابت می‌گردد؛ چراکه زنا، فعل واحد است و وقتی درباره یکی از طرفین، دروغ باشد، درباره طرف دیگر نیز دروغ است؛ چراکه زنا بین دو نفر واقع می‌شود و وقتی به یکی از آن دو، نسبت فاعل زنا (زناکننده) و به دیگری نسبت مفعول زنا (زناشونده) داده شود، قذف هر دو محقق شده است. اما محقق حلی (ره) می‌گوید: ما قبول نداریم که زنا فعل واحد است؛ چراکه آنچه موجب ثبوت حد زنا در مورد فاعل زنا و مفعول آن می‌شود، متفاوت است؛ چون ممکن است یکی از دو طرف زنا، مختار باشد و طرف دیگر، مختار نباشد (همان).

انحصار قذف در انتساب زنا و لواط

آنچه در مواد ۱۳۹ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵ و ۲۴۵ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ آمده است، قذف، تنها شامل نسبت دادن زنا و لواط می‌شود؛ در نتیجه، نسبت دادن مساحقه و تفخیذ و مانند آنها قذف محسوب نمی‌شود. امام خمینی (ره) در این خصوص، می‌فرماید: «نسبت دادن زنا و لواط، موجب قذف بوده و نسبت دادن مساحقه و کارهای زشت دیگر، موجب حد قذف نمی‌گردد. البته امام علیه السلام این اختیار را دارد که مرتکب را تعزیر نماید» (تحریر الوسیلة ۲: ۴۷۲).

یکی از ادله انحصار قذف در نسبت دادن لواط و زنا، اجماع فقها است (سبزواری، مهذب الأحكام ۷: ۲۸) و دلیل دیگر، نصوصی است که در این خصوص، وجود دارد؛ از جمله روایتی از امام علی علیه السلام که می‌فرماید: «ان الفریة ثلاث - یعنی ثلاث وجوه - إذارمی الرجل الرجل بالزنا، وإذا قال: إن أمه زانیة، وإذا دعا لغير أبيه، فذلك فيه حد ثمانون»؛ یعنی بهتان زدن بر سه وجه است: اول آنکه مردی به مرد دیگر نسبت زنا دهد؛ دوم آنکه به مرد دیگر بگوید مادر وی زناکار است و سوم آنکه مادر وی را برای غیر پدر او بنامد، در این موارد، ۸۰ ضربه شلاق، حد ثابت است» (عاملی، وسائل الشیعة ۲۸: ۱۷۶). در این روایت، وجوه مختلف قذف با زنا را فقط ذکر می‌کند و حضرت در روایت دیگری می‌فرماید: «إذا قال الرجل للرجل: یا معفوج [مفتوح] یا منکوح فی دبره، فإن علیه حد القاذف»؛ یعنی

وقتی مردی به مرد دیگری بگوید: ای کسی که پشت وی گشوده شده یا جماع شده است، در این صورت، حد قذف بر او جاری می‌شود» (همان ۱۷۸) در این روایت، تنها نسبت دادن لواط، موجب قذف است. روایات دیگری نیز وجود دارد که در آنها، قذف منحصرأدر نسبت دادن زنا و لواط بیان شده است (سبزواری، مهذب الأحکام ۷: ۲۸ و فاضل هندی، کشف اللثام ۱۰: ۵۱۸). اما دلیل سوم این انحصار، اصل عدم می‌باشد؛ یعنی حد قذف در مورد نسبت دادن زنا و لواط به دیگری قطعی است، اما درباره اینکه نسبت دادن مساحقه یا مانند آن به دیگری نیز قذف محسوب شود، شک وجود دارد که اصل عدم آن، جاری شده و جرایم دیگر، از شمول قذف خارج می‌شوند (سبزواری، مهذب الأحکام ۷: ۲۸).

صاحب جواهر در مورد مساحقه، تردیدی از علامه حلی نقل کرده و آن را چنین تبیین می‌کند: علامه حلی در کتاب قواعد الاحکام در اینکه مساحقه موجب قذف گردد، تردید کرده است. شاید علت تردید ایشان این باشد که از یک سو، مساحقه مانند زنا است و به همین جهت، در مورد مساحقه، حد زنا جاری می‌شود و شهادت چهار مرد و چهار مرتبه اقرار به آن نیز شرط است؛ بنابراین آیه رمی، شامل مساحقه نیز می‌شود. از ابی علی و محقق حلی پذیرش این نظر نقل شده است. از سوی دیگر، اصل عدمی و حصر موجود در قضاوت امام علی علیه السلام در مورد وجوه تهمت، دلالت بر انحصار قذف در مورد زنا و لواط دارد و نظر اقوی نیز همین انحصار در زنا و لواط است که موافق با قولی است که از سرائر و مختلف نقل شده است (جواهر الکلام ۴۱: ۴۰۳-۴۰۲).

ب) شرایط تحقق قذف

جرم‌انگاری قذف، مشروط به شرایط خاصی است که به مهم‌ترین آنها اشاره می‌کنیم.

صراحت و ظهور عرفی الفاظ در معنای قذف

یکی از شرایط ذکر شده در ماده ۱۴۱ قانون مجازات اسلامی سابق و ماده ۲۴۶ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، عبارت است از اینکه: «قذف باید روشن و بدون ابهام بوده...» امام خمینی در این خصوص می‌فرماید: «در قذف معتبر است که به لفظ صریح یا ظاهری باشد که بر آن اعتماد شود» (تحریر الوسيلة ۲: ۴۷۲). سخن «صریح»، در لغت، سخنی است که نیاز به اضمار و تأویل

ندارد و در اصطلاح، به کلامی گفته می‌شود که به جهت کثرت استعمال حقیقی یا مجازی، معنای اراده شده از آن، واضح باشد. سیوطی نیز می‌گوید: «صریح» لفظی است که برای معنایی وضع شده است؛ به گونه‌ای که در هنگام استعمال، معنایی غیر از آن به ذهن نمی‌آید. کنایه، نقطه مقابل لفظ صریح است (جریح، معجم المصطلحات والالفاظ الفقهية ۲: ۳۶۸ و ۳۶۹).

«ظاهر» در لغت، به معنای وضوح و آشکار است و در اصطلاح، لفظی است که دلالت ظنی بر معنی داشته باشد؛ یعنی اولین چیزی که به ذهن شنونده آن می‌رسد، همان معنایی است که لفظ برای آن معنی وضع شده و مانعی برای علم به این معنی از جهت خود لفظ، وجود ندارد. به تعبیر دیگر، معنایی که متبادر به ذهن شنونده است و نیازی به دلیل ندارد و همان معنایی است که ترجیح دارد. تعریف دیگری از «ظاهر» چنین بیان شده است: آنچه احتمال معنای مقابل آن، مرجوح باشد. لفظی که به طور واضح، بر معنای خود، دلالت دارد؛ به گونه‌ای که برای رسیدن به معنای خود، نیازی به قرینه خارجی ندارد. در تعریف دیگر، «ظاهر» آن چیزی است که بر معنایی مرجح، دلالت دارد؛ به گونه‌ای که معنای اراده شده، از خود لفظ برای شنونده، روشن شود، در حالی که احتمال تأویل و تخصیص خوردن نیز دارد (همان ۴۴۶). «تعریض» نقطه مقابل «صریح» است و در اصطلاح، به کلامی گفته می‌شود که دارای دو وجه صحیح و غلط یا ظاهر و باطن باشد. به آنچه شنونده از کلام غیر صریح گوینده می‌فهمد نیز تعریض گفته می‌شود (همان ۱: ۴۷۱).

یکی از شرایط قذف که کتب فقهی لحاظ می‌کنند، عبارت است از صراحت لفظ در معنای قذف و ظهور عرفی آن در این معنی؛ به گونه‌ای که مردم در محاورات خود، بر آن اعتماد و اتکا می‌کنند (نجفی، جواهر الکلام ۴۱: ۴۰۳؛ علامه حلی، شرائع الإسلام ۴: ۱۴۹؛ محقق حلی، قواعد الأحكام ۳: ۵۴۳؛ فاضل هندی، کشف اللثام ۱۰: ۵۱۸؛ سبزواری، مهذب الأحكام ۲۸: ۷ و خمینی، تحریر الوسیلة ۲: ۴۷۲).

گرچه کتب فقهی «صراحت» را شرط قذف می‌دانند، اما شاید مراد از آن، ظهور عرفی است. گرچه در این صورت، این اشکال پدید می‌آید که ظهور عرفی احتمال دارد حد را ساقط نماید؛ اما ظاهر عبارات فقها، اجماع بر ثبوت حد در این فرض است و دلیل این مطلب روایاتی است که پیش از این بیان کردیم و نیز روایتی از امام صادق علیه السلام که می‌فرماید: «إِنَّ عَلِيًّا عليه السلام لَمْ يَكُنْ يَحْدِثُ فِي التَّعْرِيفِ، حَتَّى يَأْتِيَ

بالفریة المصرحة، مثل یا زانی یا بن الزانیة و لست لأبیک؛ یعنی امام علی علیه السلام در صورت تعریض به زنا، حد جاری نمی‌کرد، مگر اینکه تهمت صریح، محقق شود؛ مثل «ای زناکار» و «ای پسرزن زناکار» و «تو برای پدرت نیستی». این روایت، عبارت «لست لأبیک» را به عنوان نمونه‌ای از تهمت صریح، ذکر کرده است که موجب حد قذف می‌گردد؛ در حالی که تصریح اصطلاحی نبوده و عرفاً ظهور در قذف دارد و بنابراین، تصریح، شامل ظهور عرفی نیز می‌گردد (نجفی، جواهر الکلام ۴۱: ۴۰۳).

به طور کلی، مناط در تمام موضوعات احکام، ظهور عرفی است؛ بنابراین، این موضوع، اختصاص به صراحت محض ندارد و به همین صورت، بر الفاظ مجمل نیز هیچ اثری مترتب نمی‌شود. بنابراین هر لفظی که ظهور عرفی در قذف داشته باشد، اثر بر آن مترتب خواهد شد و قذف محقق می‌گردد (سبزواری، مهذب ۲۸: ۸-۹).

از جمله الفاظی که در معنای آن مورد بحث واقع شده است، الفاظ عربی «دیوث»، «کشخان» و «قرنان» است. این الفاظ، صراحت در قذف ندارند؛ بنابراین، اگر در عرف گوینده، افاده قذف نمایند، قذف ثابت خواهد شد و در غیر این صورت، قذف ثابت نمی‌شود. برخی این سه لفظ را دارای معنای واحد «بی‌غیرت» می‌دانند؛ یعنی شخصی که نسبت به زنا، همسر و محارم خود، بی‌تفاوت است. برخی دیگر، «قرنان» را نسبت زنا به خواهر دیگری دانسته و «کشخان» را نسبت زنا به مادر دیگری و «دیوث» را نسبت زنا به همسر دیگری می‌دانند. در معنایی دیگر، «دیوث» به معنای کسی است که مردان دیگر را بر همسر خود، وارد می‌کند و «قرنان» کسی است که مردان دیگر را بر دختران خویش وارد می‌کند و «کشخان» کسی است که مردان دیگر را بر خواهران خود وارد می‌کند (نجفی، جواهر الکلام ۴۱: ۴۰۹؛ فاضل هندی، کشف اللثام ۱۰: ۵۲۰ و شهید ثانی، مسالك الأفهام ۱۴: ۴۳۳).

تعریض به سخنی که برای شنونده ناخوشایند باشد و در لغت، برای قذف، وضع نشده باشد، قذف محسوب نمی‌شود؛ مثل اینکه شخصی به زن خود بگوید تو را باکره نیافتم (محقق حلی، المختصر النافع فی فقه الإمامیة ۱: ۲۲۰؛ نجفی، جواهر الکلام ۴۱: ۴۰۹ و علامه حلی، قواعد الأحکام ۳: ۵۴۴). در خصوص این حکم، بین فقهای شیعه، اختلافی وجود ندارد؛ اما از مالک نقل شده است که «تعریض به زنا در هنگام خشم، قذف محسوب می‌شود و در هنگام خوشی، قذف محسوب

نمی‌گردد». شاید منظور وی مواردی است که عرفاً بر قذف دلالت می‌کند و نه غیر آن. مگر آنکه گفته شود تعریضی که درباره آن، حد قذف را نمی‌پذیرند، با دلالت تعریضی، عرفاً بر قذف دلالت می‌کند؛ ولی این دلالت در ثبوت حد قذف، معتبر نمی‌باشد و دلیل آن، علاوه بر اصل عدمی و روایاتی که تصریح را شرط می‌دانند، این است که بنای حدود (در نگاه دینی) بر تخفیف است. به همین دلیل، صاحب ریاض به عدم اعتبار چنین تعریضی، تصریح نموده است (نجفی، جواهر الکلام ۴۱: ۴۱۰).

نمونه‌هایی از تعریض

در ادامه، به چند نمونه از نمونه‌های تعریض اشاره می‌کنیم.

۱. تو حرام زاده هستی یا تو حلال زاده نیستی

این عبارت بدون وجود قرینه، قذف محسوب نمی‌شود؛ چرا که این احتمال وجود دارد که منظور از آن، مواردی غیر از زنا باشد که جماع در آن حرام محسوب می‌شود؛ همچون جماع در زمان حیض یا در زمان روزه و یا در حال احرام. کلامی که از ابن ادریس مبنی بر اینکه «حرام زاده عرفاً با فرزند زنا مساوی است» نقل شده است نیز حمل بر صورتی می‌شود که قرائنی وجود داشته یا بر اینکه وی ادعای وجود دلالت عرفی بر تهمت زنا در این مورد را دارد (نجفی، جواهر الکلام ۴۱: ۴۱۱).

۲. تورا باکره نیافتم

وقتی مردی با قصد تحقیر و خوار نمودن، به همسر خود بگوید: تورا باکره نیافتم، قذف ثابت نمی‌شود. روایت در این باره می‌فرماید: «ان العذرة قد تسقط من غير جماع، و قد تذهب بالنكبة و العثرة و السقطه» (شیخ صدوق، من لا یحضره الفقیه ۴۹: ۴۰۰)؛ یعنی بکارت گاهی بدون نزدیکی از بین می‌رود، و گاهی در اثر حوادث، پریدن و یا افتادن، زایل می‌گردد. در این خصوص، روایات دیگری نیز وجود دارند که دلالت بر این مطلب دارند (نجفی، جواهر الکلام ۴۱: ۴۱۱).

آگاهی قذف‌کننده از معنای لفظ

یکی دیگر از شرایط قذف، آگاهی قذف‌کننده از معنای الفاظی است که با آن به دیگری نسبت زنا یا لواط می‌دهد؛ یعنی وی معنای لفظی را که به کار می‌برد بداند. ماده ۱۴۱ قانون مجازات اسلامی سابق می‌گوید: «قذف باید روشن و بدون ابهام بوده و نسبت‌دهنده به معنای لفظ، آگاه باشد؛ گرچه

شنونده، معنای آن را نداند». ماده ۲۴۶ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ نیز تصریح می‌کند که: «قذف باید روشن و بدون ابهام بوده، نسبت‌دهنده به معنای لفظ، آگاه و قصد انتساب داشته باشد؛ گرچه مقذوف یا مخاطب در حین قذف، از مفاد آن آگاه نباشد». بنابراین، شرط تحقق قانونی قذف، علم و آگاهی قاذف به معنای الفاظ است؛ حتی در صورتی که مخاطب قذف یا کسی که زنا یا لواط به او نسبت داده شده است، در هنگام قذف، از معنای لفظ بی‌اطلاع باشد؛ مثلاً اگر شخصی ترک‌زبان به شخصی که این زبان را متوجه نمی‌شود، با زبان ترکی، نسبت زنا دهد، در صورتی که نسبت‌دهنده، معنای الفاظی که به‌کار می‌برد را بداند، قذف تحقق می‌یابد، هرچند مخاطب هنگام شنیدن این الفاظ، معنای آن را نداند.

امام خمینی در این مورد می‌فرماید: «أن يكون القائل عارفاً بما وضع له اللفظ و مفاده في اللغة التي يتكلم بها، فلو قال عجمي أحد الالفاظ المذكورة مع عدم علمه بمعناها، لم يكن قاذفاً، ولا حد عليه و لو علم المخاطب، و على العكس، لو قاله العارف باللغة لمن لم يكن عارفاً، فهو قاذف و عليه الحد» (خمینی، تحریر الوسيلة ۲: ۴۷۲)؛ یعنی گوینده باید به معنای لفظ و مفاد آن در زبانی که با آن صحبت می‌کند، آگاهی داشته باشد؛ بنابراین، اگر یک شخص غیر عرب، یکی از الفاظ ذکر شده را بدون آگاهی از معنای آن به‌کار ببرد، قاذف محسوب نمی‌شود و حدی بر او جاری نمی‌شود، حتی اگر شنونده معنای آن را بداند و برعکس، اگر کسی که شناختی نسبت به زبان عربی دارد، این الفاظ را به کسی که شناختی از این زبان ندارد، بگوید، گوینده، قاذف محسوب شده و حد بر او جاری می‌شود. ادله مختلفی وجود دارد که به اعتبار این شرط، دلالت دارند؛ از جمله اینکه فقها این شرط یاد شده را پذیرفته، درباره اعتبار آن اجماع داشته و در کتب فقهی خود به آن اشاره کرده‌اند (علامه حلی، قواعد الاحکام ۳: ۵۴؛ نجفی، جواهر الکلام ۴۱: ۴۰۳؛ سبزواری، مهذب الأحکام ۲۸: ۸؛ محقق حلی، المختصر النافع ۱: ۲۲۰ و فاضل هندی، کشف اللثام ۱۰: ۵۱۸). علاوه بر این، سیاق روایات و محاورات بین مردم نیز دلالت بر اعتبار این شرط دارد. دلیل دیگر اعتبار این شرط این است که اعتبار آن، موافق اصل است؛ چرا که قدر متیقن از قذف، فرضی است که گوینده، علم به معنای لفظ دارد و در فرض عدم علم، هم اصل عدم تحقق قذف جاری می‌شود و هم با ایجاد شبهه در ثبوت حد قذف، طبق

قاعده درآ، حد قذف ساقط می‌گردد. همچنین در فرض عدم علم گوینده به معنای لفظی که به کار می‌برد، اصل، عدم ترتب اثر بر عبارات وی و در نتیجه، عدم ثبوت حد قذف است؛ بنابراین، اگر گوینده، لفظی را به کار ببرد که فحش محسوب می‌شود، اما وی اصلاً آن زبان را نمی‌داند، کسی او را ملامت نکرده و به خاطر جهلی که دارد، عذروی پذیرفته می‌شود (سبزواری، مهذب الأحكام ۲۸: ۸).

شرایط مقذوف

آنچه که جرم بر آن واقع می‌شود، موضوع جرم محسوب می‌شود و در بحث ما، موضوع قذف، انسانی است که قذف بر آن واقع می‌شود. طبق آیات قرآنی، یعنی آیه «إِنَّ الَّذِينَ يَزْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ الْغَافِلَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ لَعُنُوا فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ وَلَهُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ» (نور ۲۳) و آیه «وَالَّذِينَ يَزْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَبْتَعَةٍ شَهْدَاءَ فَاخْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً» (نور ۴)، مقذوف باید محصن باشد (طوسی، المبسوط ۸: ۱۵). «احصان» مشترک لفظی است که دارای معانی گوناگونی، از جمله ازدواج کردن، آزاد بودن و اسلام داشتن به کار رفته است. در بحث ما، احصان عبارت است از بلوغ، عاقل بودن، آزاد بودن، اسلام داشتن و عقیف بودن (نجفی، جواهر الکلام ۴: ۱۷)؛ بنابراین، موضوع قذف، احصان است که تحقق آن در بحث قذف، منوط به وجود شرایط مذکور است (محقق حلی، المختصر النافع في فقه الإمامية ۱: ۲۲۰؛ علامه حلی، شرائع الإسلام ۴: ۱۵۲؛ علامه حلی، قواعد الأحكام ۳: ۵۴۵؛ فاضل هندی، کشف اللثام ۱۰: ۵۲۷؛ سبزواری، مهذب الأحكام ۲۸: ۱۷؛ خویی، مبانی تکملة - موسوعه ۴۱: ۳۱۲؛ طوسی، المبسوط في فقه الإمامية ۸: ۱۵ و خمینی، تحریر الوسیلة ۲: ۴۷۴).

مرحوم خویی معنای دیگری برای احصان مطرح کرده و آن را یکی از شرایط مقذوف، در عرض دیگر شرایط و به معنای عفت و پاکدامنی می‌داند. ایشان استدلال می‌کند که احصان در برخی از آیات قرآنی و روایات در این معنی استعمال شده است و در تعدادی از روایات نیز مقذوف، مقید به احصان شده است؛ از جمله در معتبره سماعه از امام صادق علیه السلام آمده است: «فی الرجل اذا قذف المحصنة یجلد ثمانین؛ حرّاً کان أو مملوکاً» (عاملی، وسائل الشیعة ۲۸: ۱۷۸)؛ یعنی امام صادق علیه السلام در خصوص مردی که به زن محصنه‌ای نسبت زنا داد، فرمودند: هشتاد ضربه شلاق خورده می‌شود؛ چه آزاد باشد چه بنده (خویی، مبانی تکملة - موسوعه ۴۱: ۳۱۲).

علامه حلی احسان را به معنای اول می‌داند و شرایط مذکور را در آن معتبر می‌داند؛ اما غیر از احسان، دو شرط دیگر نیز به شرایط مقذوف، اضافه می‌کند که اولی، منتفی بودن رابطه پدر-فرزندگی میان طرفین است، یعنی قاذف، پدر مقذوف نباشد و دومی، منتفی بودن تقاذف است، یعنی طرفین یکدیگر را قذف نکنند (علامه حلی، قواعد الأحكام في معرفة الحلال و الحرام ۳: ۵۴۵). کشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام ۱۰: ۵۲۷). به نظر می‌رسد فقدان این دو شرط، مجازات حد را ساقط می‌کند؛ همان‌گونه که از عبارات ایشان چنین برداشت می‌شود: «ولو قذف الأب ولده، عزّرو لم یحدّ» و «وإذا تقاذف المحصنان عزّرا ولا حدّ» (علامه حلی، قواعد الأحكام في معرفة الحلال و الحرام ۳: ۵۴۶). بنابراین، در این دو فرض، قذف تحقق می‌یابد، اما حدّ جاری نمی‌شود؛ به عبارت دیگر، در مقذوف، فقط احسان شرط است که آن نیز با فراهم بودن شرایطی که اشاره کردیم و در ادامه به توضیح آنها می‌پردازیم، سبب تحقق قذف می‌شود.

۱. بلوغ

طبق این شرط، اگر به کودکی نسبت زنا یا لواط داده شود، قذف ثابت نمی‌شود. ادله اعتبار این شرط عبارتند از اجماع فقها و روایات مربوط به آن که از جمله این روایات، صحیح‌ه ابی بصیر از امام صادق علیه السلام است: «في الرجل يقذف الصبيّة، یجلد؟ قال: لا، حتی تبلغ» (عاملی، وسائل الشیعة ۲۸: ۱۸۶). در این صحیح‌ه، از امام صادق علیه السلام سؤال می‌شود که آیا بر مردی که به دختر بچه‌ای، نسبت زنا داده است، حدّ قذف جاری می‌شود؟ امام می‌فرماید: نه تا وقتی که دختر، بالغ شود. در صحیح‌ه مشابهی از ابی بصیر آمده است که از امام صادق علیه السلام درباره مردی که به دوشیزه صغیری نسبت زنا داده است، سؤال شد و حضرت در جواب فرمودند: «لا یجلد إلا أن تكون أدركت أو قاربت (قارنت)» (عاملی، وسائل الشیعة ۲۸: ۱۸۵)؛ یعنی حدّ جاری نمی‌شود، مگر اینکه درک کند یا نزدیک شود. مراد از «ادراک»، دیدن حیض است و مراد از «قرب»، تمام کردن نُه سال است و بنابراین، مراد امام، بالغ شدن دختر بچه است (خوبی، مبانی تکملة المنهاج - موسوعه ۴۱: ۳۱۰).

۲. عقل

طبق این شرط، نسبت دادن زنا یا لواط به انسان مجنون، سبب ثبوت حدّ قذف نمی‌شود. دلیل اعتبار این شرط نیز صحیح‌ه فضیل بن یسار است که می‌گوید از امام صادق علیه السلام شنیدم که فرمود: «لا

حدّ لمن لا حدّ عليه، یعنی: لو أنّ مجنوناً قذف رجلاً لم أر عليه شيئاً، ولو قذفه رجل فقال: يا زان، لم يكن عليه حدّ؛ یعنی کسی که هیچ حدی بر او جاری نمی شود هیچ حدّی به نفع وی نخواهد بود (خوبی، مبانی تکملة المنهاج - موسوعه ۴۱: ۳۰۶). باضمیمه «حدیث رفع قلم» که تکلیف را از مجنون برداشته است، به صحیحه مذکور، نه حدّی بر مجنون جاری می شود و نه حدی به نفع وی خواهد بود.

۳. آزاد بودن

طبق این شرط نیز در صورت نسبت دادن زنا یا لواط به عبد یا کنیز، قذف ثابت نمی شود. دلیل اعتبار این شرط نیز روایات متعددی است که از جمله، امام صادق علیه السلام در روایت صحیحیه ای می فرماید: «من افتری علی مملوک، عزیر لحرمة الإسلام» (عاملی، وسائل الشیعة ۲۸: ۱۸۲)؛ یعنی کسی که به بنده ای تهمت بزند، تعزیر می شود به حرمت مسلمانی بنده. در معتبره عبید بن زراره نیز امام صادق علیه السلام می فرماید: «لو أتیت برجل قذف عبداً مسلماً بالزنا لا نعلم منه إلا خيراً، لضربته الحدّ، حدّ الحرّ إلا سوطاً» (همان ۱۷۸)؛ یعنی اگر مردی را به نزد تو آوردند که به بنده مسلمانی که از او جز خوبی نمی دانیم، نسبت زنا داده است، او را با یک ضربه شلاق مجازات می کنی (سبزواری، مهذب الأحکام ۲۸: ۱۷-۱۸).

۴. اسلام

مطابق این شرط نیز اگر مقذوف، غیر مسلمان باشد، قذف ثابت نمی شود. دلیل اعتبار این شرط نیز علاوه بر ادعای اجماع، روایات متعددی است که از جمله در صحیحیه عبد الله بن سنان از امام صادق علیه السلام آمده است: «أنه نهی عن قذف من لیس علی الإسلام إلا أن یطلع علی ذلك منهم و قال: أیسر ما یکون أن یکون قد کذب» (وسائل الشیعة، عاملی ۲۸: ۱۷۳)؛ یعنی امام صادق علیه السلام از قذف غیر مسلمان نهی نمودند، تا زمانی که از مسلمان نبودن آنها آگاهی حاصل شود و فرمودند: آسان ترین چیز این است که دروغ باشد. همچنین صحیحیه حلبی از امام صادق علیه السلام، مضمونی مشابه روایت پیشین دارد: «أنه نهی عن قذف من کان علی غیر الإسلام إلا أن تکون قد اطلعت علی ذلك منه» (همان). این دو روایت به طور واضح، بر جواز قذف غیر مسلمان در صورت آگاهی بر مسلمان بودن وی دلالت دارند (خوبی، مبانی تکملة المنهاج - موسوعه ۴۱: ۳۱۱ و سبزواری،

مذهب الأحكام ۲۸: ۱۸). در روایت اسماعیل بن فضیل نیز آمده است: «سأل الصادق عليه السلام عن الافتراء على أهل الذمة وأهل الكتاب هل يجلد المسلم الحد في الافتراء عليهم؟ قال: لا، ولكن يعزر» (عاملی، وسائل الشیعة ۲۸: ۲۰۰)؛ یعنی از امام صادق عليه السلام سوال شد که آیا شخص مسلمان به دلیل تهمت زدن به اهل ذمه و اهل کتاب، حدّ قذف می خورد یا خیر؟ امام عليه السلام فرمودند: خیر، ولی تعزیر می شود (نجفی، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام ۴۱: ۴۱۸).

۵. عقیف و پاکدامن بودن

مراد از عفت در اینجا نقطه مقابل تظاهر به زنا و لواط است. اگر کسی تظاهر به زنا و لواط کند، اگر چیزی را به او نسبت دهند که وی تظاهر به آن می کند، حدّ قذف و تعزیر ثابت نمی شود؛ چرا که در این صورت، تهمت موضوعیتی ندارد. اما اگر نسبت زنا و لواط به فردی داده شود که تظاهر به زنا و لواط نکند، هر چند تظاهر به سایر فسوق و منکرات نماید، به مقتضای اطلاقات و عمومات روایات، حدّ قذف ثابت می شود (سبزواری، مذهب الأحكام ۲۸: ۱۸؛ نجفی، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام ۴۱۸: ۴ و خمینی، تحریر الوسیلة ۲: ۴۷۴).

در قانون مجازات اسلامی سابق در ماده ۱۴۶ به جز شرط آزاد بودن، باتوجه به اینکه در حال حاضر بحث از بنده و کنیز در دنیا منتفی است، چهار شرط بلوغ، عقل، اسلام و عقیف بودن ذکر شده است و در ماده ۱۴۸ این قانون، چنین بیان شده است که «اگر قذف شونده به آنچه به او نسبت داده شده است، تظاهر نماید، قذف کننده حد و تعزیر ندارد». در ماده ۲۵۱ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، نسبت به ماده ۱۴۶ قانون سابق، شرط معین بودن را نیز اضافه کرده است. پیش از این نیز در مسأله اول از بحث رفتار مادی فیزیکی، دو مثال بیان شد که قذف در آنها مردّد بوده و ثابت نمی شود و در تبصره ۱ این ماده قانونی مذکور نیز چنین آمده است: «قذف متظاهر به زنا یا لواط، مجازات ندارد».

شرایط قاذف

در خصوص قاذف، شرط احسان، اعتباری ندارد؛ چرا که آیات ۴ و ۲۳ سوره نور، احسان را وصف برای مقذوف قرار می دهد نه قاذف (طوسی، المبسوط فی فقه الإمامیة ۸: ۱۶). اما اعتبار شرایط

عام تکلیف، یعنی بلوغ، عقل، اختیار و قصد درباره قاذف، مانند هر مکلف دیگری، قطعی بوده و از ضروریات و امور اجماعی فقه است. البته روایاتی نیز وجود دارد که به اعتبار این امور درباره قاذف، دلالت می‌نماید که از جمله آنها، صحیح‌ه فضیل است که پیش از این نقل کردیم. همچنین روایت رفع قلم، مهم‌ترین دلیلی است که اعتبار بلوغ، عقل و اختیار را ثابت می‌کند و دلیل اعتبار قصد نیز حکم عقلی است که قذف کسی که قصد قذف ندارد رابی اثر می‌داند (سبزواری، مهذب الأحکام ۲۸: ۱۴؛ نجفی، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام ۴۱: ۴۱۳؛ فاضل هندی، کشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحکام ۱۰: ۵۲۴ و خویی، مبانی تکملة المنهاج - موسوعه ۴۱: ۳۰۶).

در قانون مجازات اسلامی سابق در ماده ۱۴۶ آمده است: «... قذف‌کننده، بالغ و عاقل و مختار و دارای قصد باشد...» و ماده ۲۱۷ از مواد عمومی حدود قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، شرایط مرتکب جرم حدی را چنین بیان می‌دارد: «در جرایم موجب حد، مرتکب در صورتی مسئول است که علاوه برداشتن علم، قصد و شرایط مسئولیت کیفری، به حرمت شرعی رفتار ارتکابی، آگاه باشد». با توجه به اینکه شروط ذکرشده در ماده ۱۴۶ قانون سابق، همان شرایط عمومی تکلیف و مسئولیت است، این شروط در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، در اقدامی به جا و صحیح، از مواد تحت بحث جرم حدی قذف، حذف شده و در بخش مستقل مواد عمومی حدود قرار گرفته است.

ج) نتیجه مجرمانه

دقت در شروطی که برای قذف لحاظ شده است، نشان می‌دهد که قذف از جمله جرایم مطلقه است که ثبوت و تحقق آن، مقید به حصول نتیجه مورد نظر از آن، نیست. یکی از شروط تحقق قذف که به آن اشاره کردیم، آگاهی قاذف از معنای الفاظی است که برای قذف به کار می‌برد و تفاوتی نمی‌کند که شنونده معنای آن را بداند یا خیر؛ بنابراین، در تحقق قذف، لازم نیست شنونده معنای لفظ را متوجه شده و از شنیدن آن، اذیت شود و صرف اینکه گوینده با علم به معنای لفظ، آن را به کار ببرد، با حصول شرایط دیگر، کافی است. به عبارت دیگر، در محرمات نفسی محض، نتیجه مجرمانه امر ثالثی نیست؛ بلکه نفس رفتار مادی است.

۱-۴. مجازات قذف در فقه امامیه و قانون مجازات اسلامی

با روشن شدن ماهیت، ارکان و شرایط قذف از منظر فقه امامیه و قانون مجازات اسلامی، ضروری است تا به مجازات این جرم از منظر فقه و قانون بپردازیم.

۱-۴-۱. نوع و میزان مجازات

مطابق کتاب، سنت و اجماع، مجازات قذف هشتاد ضربه شلاق، به عنوان حدّ است. خداوند متعال در آیه ۴ سوره نور می فرماید:

«وَالَّذِينَ يَزُمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَبْوَابِ بَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ»؛ یعنی کسانی که نسبت زنا به زنان شوهردار می دهند، سپس چهار گواه نمی آورند، هشتاد تازیانه به آنان بزنید و هیچ گاه شهادتی از آنها نپذیرید و اینان، خود فاسق هستند. همچنین امام صادق علیه السلام در صحیح حریز می فرماید: «القاذف یجلد ثمانین جلده، و لا تقبل له شهادة أبدا، إلا بعد التوبة، أو یکذب نفسه» (عاملی، وسائل الشیعة ۲۸: ۱۷۷)؛ یعنی قذف کننده هشتاد ضربه تازیانه می خورد و شهادت وی هرگز قبول نمی شود، مگر اینکه توبه کند یا خود را تکذیب نماید. در معتبره ابی بصیر نیز از امام باقر علیه السلام درباره زنی که مردی را قذف نمود، نقل شده است که فرمود: «تجلد ثمانین جلده» (عاملی، وسائل الشیعة ۲۸: ۱۷۵)؛ یعنی هشتاد ضربه تازیانه می خورد (سبزواری، مهذب الأحکام ۲۸: ۲۴؛ نجفی، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام ۴۱: ۴۲۹ و فاضل هندی، کشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحکام ۱۰: ۵۳۶).

ماده ۱۴۰ قانون مجازات اسلامی سابق نیز می گوید: «حد قذف برای قذف کننده مرد یا زن، هشتاد تازیانه است» و قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ می گوید: «حد قذف هشتاد ضربه شلاق است».

۱-۴-۲. نحوه اجرای حد قذف

درباره کیفیت اجرای حد قذف باید گفت که اولاً ضربات تازیانه آن، متوسط خواهد بود؛ یعنی شدت آن به میزان شدت تازیانه حد زنا نمی رسد. ثانیاً این حد، از روی لباس متعارف شخص زده می شود و لباس وی در آورده نمی شود. دلیل مطلب اول، سخن امام صادق علیه السلام در معتبره اسحاق بن عمار است که می فرماید: «المفتري یضرب بین الضربین» (عاملی، وسائل الشیعة ۲۸: ۱۹۷)

یعنی افترازننده، بین دو ضربه (ضعیف و شدید) تازیانه خورده می‌شود. ایشان همچنین در سخنی دیگر می‌فرماید: «قال رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ: الزَّانِي أَشَدُّ ضَرْبًا مِنْ شَارِبِ الْخَمْرِ، وَ شَارِبِ الْخَمْرِ أَشَدُّ ضَرْبًا مِنْ الْقَاذِفِ، وَالْقَاذِفُ أَشَدُّ ضَرْبًا مِنَ التَّعْزِيرِ» (همان ۸)؛ یعنی رسول خدا ﷺ فرمود: زناکار، شدیدتر از شراب‌خوار تازیانه می‌خورد و شراب‌خوار شدیدتر از قذف‌کننده تازیانه می‌خورد و قذف‌کننده شدیدتر از شلاق تعزیری تازیانه می‌خورد. روایات متعدد دیگری نیز وجود دارد که برای این مطلب دلالت دارند (همان).

دلیل مطلب دوم نیز عبارت است از اجماع، اصل عدم تجرید لباس و روایات متعدد؛ از جمله سخن امام صادق عليه السلام در معتبره سکونی که می‌فرماید: «قال أمير المؤمنين عليه السلام: أمر رسول الله صلى الله عليه وآله أن لا ينزع شيء من ثياب القاذف إلا الرداء» (همان)؛ یعنی امام علی عليه السلام فرمودند: رسول خدا صلى الله عليه وآله امر فرمود که به جز عبا، چیزی از لباس قذف‌کننده درآورده نشود. روایات دیگری نیز بر این امر دلالت دارند که جهت اختصار از ذکر آن خودداری می‌شود. (خمینی، تحریر الوسیلة ۲: ۴۷۶؛ سبزواری، مهذب الأحكام ۲۸: ۲۴؛ نجفی، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام ۴۱: ۴۳۰-۴۲۹؛ فاضل هندی، کشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام ۱۰: ۵۳۶؛ خویی، مبانی تکملة المنهاج - موسوعه ۴۱: ۳۲۰-۳۱۹).

در ماده ۱۵۵ قانون مجازات اسلامی سابق نیز به همین دو مطلب اشاره شده است: «تازیانه بر روی لباس متعارف و به‌طور متوسط زده می‌شود».

۱-۵. موارد سقوط حد قذف

حد قذف در صورت اثبات، ساقط نمی‌گردد؛ مگر در مواردی که بیان می‌کنیم.

۱-۵-۱. تصدیق قاذف توسط مقذوف

اگر مقذوف، به نسبتی که به او نسبت داده شده است، اقرار کند، موضوعی برای قذف باقی نمی‌ماند و اطلاق «إقرار العقلاء علی أنفسهم جائز» که اقرار انسان متعارف عاقل را علیه خود نافذ می‌داند، کافی است تا حد قذف را ساقط نماید (فاضل هندی، کشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام ۱۰: ۵۴۰؛ سبزواری، مهذب الأحكام ۲۸: ۲۷؛ خمینی، تحریر الوسیلة ۲: ۴۷۶؛ خویی، مبانی تکملة المنهاج - موسوعه ۴۱: ۳۱۸ و نجفی، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام ۴۱: ۴۲۸).

۱-۵-۲. اثبات تحقق زنا با بیئنه

دلیل این مطلب این است که ادله حجیت بیئنه در زنا، عمومیت دارد و آنچه که موجب حد قذف می‌گردد، نسبت ناروا به زنا یا لواط است.

۱-۵-۳. گذشت مقذوف یا ورثه او

اگر مقذوف از حد قذف، گذشت نماید، این حد ساقط می‌شود و دلیل آن، اجماع و نص است؛ از جمله امام صادق علیه السلام در معتبره ضریس می‌فرماید: «لا یعفی عن الحدود التي بيد الإمام، فأما ما كان من حق الناس في حدّ فلا بأس أن يعفی عنه دون الإمام» (عاملی، وسائل الشیعة ۲۸: ۲۰۶) حدودی که اختیار آن به دست امام علیه السلام است، قابل گذشت نیست؛ اما حدی که حق الناس شمرده می‌شود، اشکالی ندارد که از سوی غیر امام علیه السلام بخشیده شود. علاوه بر این دلیل، اصل اولی در حق الناس، قابل اسقاط بودن آن است؛ مگر مواردی که با دلیل خارج شود که در بحث ما چنین دلیلی وجود ندارد (فاضل هندی، کشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام ۱۰: ۵۴۰؛ سبزواری، مهذب الأحكام ۲۸: ۲۶؛ خمینی، تحریر الوسیلة ۲: ۴۷۶؛ خویی، مبانی تکملة المنهاج - موسوعة ۴۱: ۳۱۸ و نجفی، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام ۴۱: ۴۲۸).

طبق اجماع فقهای امامیه، حد قذف در صورتی که با درخواست مقذوف، جاری نشده باشد یا مقذوف نسبت به آن اعلام گذشت نکرده باشد، به ورثه منتقل می‌شود (فاضل، تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسیلة - الحدود ۱: ۴۰۱)؛ علاوه بر اجماع فقها، عمومات ارث بردن حقوق الناس و روایاتی که در خصوص قذف وارد شده است نیز بر این مطلب دلالت دارند؛ از جمله از امام باقر علیه السلام که در صحیح محمد بن مسلم می‌فرماید: «ان کان قال لابنه یا ابن الزانیة و امه میتة - و لم یکن لها من یأخذ بحقها منه الا ولدها منه - فانه لا یقام علیه الحدّ - لانّ حقّ الحدّ قد صار لولده منها - فان کان لها ولدٌ من غیره فهو ولیها یجلده - و ان لم یکن لها ولدٌ من غیره - و کان لها قرابةٌ یقومون باخذ الحدّ جلد لهم» (عاملی، وسائل الشیعة ۲۸: ۱۹۶)؛ یعنی اگر به پسر خود بگوید: ای پسر زن زناکار؛ در حالی که مادری مرده باشد و آن زن جز این پسری که از این شوهر قذف کننده به دنیا آورده است، کس دیگری نداشته باشد تا حق وی را بگیرد، در این صورت، بر این مرد، حد قذف جاری نمی‌شود؛

چراکه حق حد قذف برای پسر این مرد از آن زن ثابت گردیده است، در این صورت، اگر آن زن، فرزند دیگری از غیر این شوهر داشته باشد، آن فرزند، صاحب حق حد قذف بوده و حد جاری می‌شود و اگر فرزند دیگری از شخص دیگر نداشته باشد، ولی خویشانی داشته باشد که درخواست اجرای حد قذف نمایند، قاذف حد قذف می‌خورد (نجفی، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام ۴۱: ۴۲۳ و خوبی، مبانی تکملة المنهاج - موسوعه ۴۱: ۳۱۶)

حد قذف با گذشت برخی از ورثه، ساقط نمی‌شود و بقیه ورثه می‌توانند حد قذف را به صورت کامل، مطالبه کنند؛ حتی اگر آن باقی مانده، یک نفر باشد. این مطلب بین فقها اختلافی نیست و بلکه ادعای اجماع بر آن شده است. اما اگر همه ورثه، گذشت کنند یا اینکه مستحق درخواست اجرای حد قذف، یک نفر باشد و او گذشت کند، حد قذف بدون هیچ اختلافی، ساقط می‌گردد؛ چراکه حد قذف جزء حق الناس است و از ضروریات دین این است که این نوع حقوق، با گذشت یا مانند آن، ساقط می‌گردد (فاضل هندی، کشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام ۱۰: ۵۳۷-۵۳۸؛ نجفی، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام ۴۱: ۴۲۳ و خوبی مبانی تکملة المنهاج - موسوعه ۴۱: ۳۱۶).

۱-۵-۴. لعان زن به زنا

اگر مردی، همسر خود را قذف کند و سپس او را لعان کند، حد قذف از آن مرد ساقط می‌شود (علامه حلی، قواعد الأحكام ۳: ۱۹۰؛ فخر المحققین حلی، ایضاح الفوائد ۳: ۴۵۱ و شهید ثانی، الروضة البهية (المحشى - سلطان العلماء) ۲: ۳۶۵).

۱-۵-۵. تقاذف

اگر دو نفر یکدیگر را قذف کنند، حد ساقط می‌شود و دلیل این مطلب اجماع و نص روایات است؛ از جمله در صحیح ابن سنان چنین آمده است: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجلين افتريا كل واحد منهما على صاحبه؟ فقال: يدرأ عنهما الحدّ و يعزّران» (عاملی، وسائل الشیعة ۲۸: ۲۰۱)؛ یعنی از امام صادق علیه السلام در مورد دو مرد که یکدیگر را افترا زدند، پرسیدم، پس حضرت فرمودند: حدّ از آنها ساقط می‌شود و تعزیری می‌شوند. در صحیح حنط آمده است: «سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول أتى أمير المؤمنين عليه السلام برجلين قذف كل واحد منهما صاحبه بالزنا في بدنه، قال: فدرأ»

عنهما الحدّ وعزّهما» (همان ۲۰۲)؛ یعنی شنیدم که امام صادق علیه السلام می فرمود: دو مرد را که هریک دیگری را نسبت زنا داده بود، نزد امام علی علیه السلام آوردند. حضرت فرمودند: حد از آنها ساقط شده و آن دو تعزیر می شوند.

در فرض مذکور، تفاوتی نمی کند که طرفین به طور مشابه یکدیگر را قذف کنند یا غیر آن باشد؛ یعنی چه هر دو طرف به یکدیگر نسبت زنا یا لواط دهند و چه اینکه یکی به دیگری نسبت زنا و طرف مقابل به او نسبت لواط دهد، حد، ساقط می شود. دلیل مطلب، اطلاق روایات است که هر دو فرض را شامل می شود (سبزواری، مهذب الأحكام ۲۸:۲۸؛ خمینی، تحریر الوسیلة ۲: ۴۷۶؛ خویی، مبانی تکملة المنهاج - موسوعه ۴۱: ۳۲۰ و نجفی، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام ۴۱: ۴۳۱).

ماده ۱۶۱ قانون سابق، چهار مورد اول از موارد سقوط حد قذف را ذکر کرده و ماده ۱۶۲ این قانون نیز مورد پنجم را مستقلاً بیان نموده است. ماده ۲۶۱ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ نیز موارد پنج گانه ذکر شده را بیان کرده است.

۲. قذف در قانون مجازات کشور مصر

قانون مجازات مصر یا «قانون العقوبات المصری» با آخرین اصلاحات خود مشتمل بر ۳۸۰ ماده است که در آن، جرایم بر سه دسته تقسیم می شوند: جنایات، جنحه و خلاف. ماده ۹ این قانون می گوید: «الجرائم ثلاثة أنواع: الأول: الجنایات؛ الثاني: الجنح؛ الثالث: المخالفات». مشابه این تقسیم بندی در ماده ۷ قانون مجازات عمومی ایران مصوب ۱۳۰۴ نیز وجود داشته است.

مواد ۱۰ تا ۱۲ قانون مجازات مصر به تعریف این جرایم می پردازد. ماده ۱۰ این قانون می گوید: «جنایات، جرایمی هستند که مجازات ذیل را به همراه دارند: الاعدام، السجن المؤبد، السجن المشدد، السجن». ماده ۱۴ این قانون درباره سجن مؤبد و سجن مشدد می گوید: «السجن المؤبد و السجن المشدد، هما وضع المحكوم علیه فی احد السجون المخصصة لذلك قانوناً و تشغیله داخلها فی الأعمال التي تعینها الحكومة»؛ یعنی زندان (سجن) ابدی و مشدد، این است که محکوم علیه در یکی از زندان هایی قرار گیرد که قانون برای این موارد، تخصیص داده و وی را مشغول به کارهایی کنند که حکومت مشخص می کند. طول مدت زندان مشدد، ۳ تا ۱۵ سال است. ماده ۱۶

نیز درباره سجن می‌گوید: «العقوبة السجن هي وضع المحكوم عليه في احد السجون العمومية و تشغيلة داخل السجن او خارجه في الاعمال التي تعينها الحكومة المدة المحكوم بها عليه»؛ یعنی مجازات «سجن» این است که محکوم علیه در یکی از زندان‌های عمومی قرار گیرد و وی را در داخل زندان یا خارج از آن، مشغول به کارهایی کنند که حکومت در مدت محکومیت او تعیین می‌کند. در همین ماده مدت سجن را ۳ تا ۱۵ سال ذکر کرده است.

طبق ماده ۱۱ این قانون، «جنحه» به جرایمی گفته می‌شود که مجازات آنها حبس یا جزای نقدی تا ۱۰۰ لیره است. در ماده ۱۸ می‌گوید: «عقوبة الحبس هي وضع المحكوم عليه في احد السجون المركزية او العمومية المدة المحكوم بها عليه»؛ یعنی مجازات «حبس» این است که محکوم علیه در مدت محکومیت، در یکی از زندان‌های مرکزی یا عمومی قرار گیرد. مدت این حبس ۲۴ ساعت تا ۳ سال تعیین شده است. در این قانون، مجازات حبس شامل دو قسم می‌شود: حبس ساده و حبس با کار. ماده ۲۰ قاضی را مکلف نموده تا در مواردی که مجازات محکوم علیه، یک سال و بیشتر باشد، به حبس با کار حکم نماید. ماده ۱۲ قانون فوق، «مخالفات» را جرایمی می‌داند که مجازات آنها از ۱۰۰ لیره بیشتر نیست. بر مبنای این تقسیم‌بندی، قانون مجازات مصر در چهار کتاب تدوین شده است. کتاب اول، کلیاتی را شامل می‌شود که در ۱۱ باب تنظیم شده است و عبارتند از: قواعد عمومی، انواع جرایم و مجازات‌ها (اصلی و تبعی)، تعدد (معنوی و مادی)، شرکت، شروع به جرم، تکرار جرم، تعلیق، اسباب اباحه و موانع مجازات، عفو. این ابواب، در مواد ۱ تا ۷۶ جای گرفته‌اند.

کتاب دوم، به «جنحه و جنایات مضر نسبت به مصلحت عمومی و بیان مجازات آنها» می‌پردازد که در ۱۷ باب تنظیم شده و عبارتند از: جنحه و جنایات مضر به حکومت از جهت خارجی و داخلی، رشوه، اختلاس، تقصیرات مقامات و مأمورین دولتی، تمرد نسبت به مقامات و مأمورین دولتی و توهین به آنها، فرار محبوسین و اخفای مجرمین، شکستن مهر (پلمپ) و سرقت اوراق رسمی، غصب عناوین و القاب دولتی، جرایم مربوط به ادیان، از بین بردن اموال عمومی، تعطیل کردن ارتباطات، جرایمی که از طریق نوشته‌جات تحقق می‌یابد، سکه‌های تقلبی غیر رایج، جعل، تجارت در اشیاء ممنوعه و تقلید علامت‌های پستی و تلگرافی. این ابواب، در مواد ۷۷ تا ۲۲۹ جای گرفته‌اند.

کتاب سوم مربوط به «جنحه و جنایاتی که بر آحاد مردم حاصل می‌شود» است که در ۱۶ باب تنظیم شده و عبارتند از: قتل و ضرب و جرح، احراق عمدی، سقط جنین و فروش مایعات یا جوهرهای ناخالص که مضر برای سلامتی است، هتک آبرو و فساد اخلاقی، حبس غیر قانونی و سرقت کودکان و ربودن دختران، شهادت دروغ و قسم کذب، قذف و سب و افشای اسرار، سرقت و غصب، ورشکسته با تقصیر، کلاهبرداری و خیانت در امانت، تعطیل کردن مزایده‌ها و غشی که در معاملات تجاری حاصل می‌شود، قماربازی و بخت‌آزمایی و خرید و فروش نشان معروف لاتاری، تخریب و معیوب کردن و اتلاف، هتک حرمت ملک دیگری، متوقف کردن عملی که مصلحت عمومی دارد و تجاوز به آزادی عمل، تهدید و ترساندن دیگری. این ابواب نیز در مواد ۲۳۰ تا ۳۷۵ از کتاب سوم مجازات مصر آمده است. کتاب چهارم نیز درباره «اخلاقیات» است که به راه‌های عمومی تعلق می‌گیرد» و در مواد ۳۷۶ تا ۳۸۰ بیان شده است.

در تمامی ابواب این قانون، مجازات اصلی، منحصر در اعدام، انواع حبس و جزای نقدی است و حتی در کتاب سوم این قانون، در باب قتل و جرح و ضرب از ماده ۲۳۰ تا ماده ۲۵۱ نیز سخن از اعدام، حبس و جزای نقدی در فرض مختلف آمده است و سخنی از قصاص و دیه وجود ندارد؛ بنابراین، در تبیین مجازات‌ها در قانون مجازات مصر، به طور کلی، سخنی از حد و شلاق به میان نیامده است.

۱-۲. بررسی جرم قذف در قانون مجازات کشور مصر

برای بررسی جرم قذف در قانون مجازات مصر، ابتدا باید ماهیت قذف در قانون مزبور را روشن نماییم و سپس عناصر تشکیل دهنده این جرم را تبیین نماییم.

۱-۱-۲. تعریف قذف در قانون مجازات مصر

ماده ۳۰۲ قانون مجازات کشور مصر قذف را چنین تعریف کرده است: «یعد قاذفاً کل من أسند غیره بواسطة إحدى الطرق المبینة بالمادة ۱۷۱ من هذا القانون أموراً لو كانت صادقة لأجوبت عقاب من أسندت الیه بالعقوبات المقررة لذلك قانوناً أو أوجب احتقاره عند أهل وطنه»؛ یعنی قاذف کسی است که به واسطه یکی از راه‌های بیان شده در ماده ۱۷۱ این قانون، امری را به دیگری نسبت دهد

که اگر این امور صحیح می‌بود، موجب می‌شد تا کسی که این امور به او نسبت داده شده است، به مجازاتی که در قانون برای این عمل تعیین گردیده، مجازات شود یا موجب تحقیر این فرد نزد هم‌وطنان او می‌شد. ماده ۱۷۱ قانون مجازات مصر که در باب چهاردم از کتاب سوم قرار دارد، ناظر به جرائمی است که به واسطه مکتوبات و مانند آن واقع می‌شود. بنابراین می‌توان قذف را طبق این قانون، چنین تعریف نمود: «نسبت دادن جرم یا امور تحقیرکننده به دیگری از طریق گفتار و نوشتار».

۲-۱-۲. عناصر تشکیل دهنده قذف در قانون مجازات مصر

در قانون مجازات مصر نیز قذف به عنوان یک جرم، شامل عناصر قانونی، مادی و معنوی است. عنصر قانونی قذف، مرکب از دو ماده ۳۰۲ (که در تعریف بزه آن را نقل نمودیم) و ۳۰۳ این قانون است که این ماده نیز در بررسی مجازات قذف، بیان خواهد شد.

عنصر مادی جرم، شامل رفتار ارتكابی، اوضاع و احوال و شرایط جرم و نتیجه حاصل از آن است. بر اساس ماده ۳۰۲ قانون مجازات مصر، رفتار ارتكابی جرم قذف، همان «نسبت دادن» جرم یا امور تحقیرکننده به دیگری است. اوضاع و شرایط آن عبارت است از اینکه اولاً آنچه نسبت داده می‌شود، جرم یا امور تحقیرکننده باشد، ثانیاً صحت امور نسبت داده شده، ثابت نشده باشد. شرط اخیراً تعبیر «لو كانت صادقة لأوجبت...» استنباط می‌شود. در این مورد، تأیید یا رد صحت انتساب در مورد جرایم بر عهده دادگاه است؛ اما درباره امور تحقیرکننده، قانون به عرفی حواله داده است که سازوکار مشخصی در این خصوص ندارد. با این وجود، می‌توان رفتارهای خلاف اخلاق و خلاف شرع که در قانون، جرم‌انگاری نشده است را از مواردی دانست که در عرف کشور مسلمان مصر، انتساب آن به دیگری تحقیرکننده محسوب شود. تفاوت «قذف به واسطه تحقیرکننده» با «توهین» در همین مطلب است که در صورتی این امور، موجب تحقیر می‌شود که صحت انتساب آنها ثابت شود.

شرط سوم این است که انتساب از طریق یکی از راه‌های بیان شده در ماده ۱۷۱ این قانون، صورت پذیرد. گرچه ماده ۱۷۱ به موضوع معاونت در جرم از طریق مکتوبات و مانند آن می‌پردازد، اما راه‌هایی که این ماده برای تحریک و تشویق دیگری به ارتكاب جنحه و جنایت ذکر نموده است، در فرض قذف نیز موضوعیت می‌یابد. این راه‌ها چنین بیان شده است: «بقول أو صياح جهر به علناً»

أو بفعل أو إيماءٍ صدر منه علناً أو بكتاتيبٍ أو رسومٍ أو صورٍ أو صور شمسيةٍ أو رموزٍ أو أية طريقةٍ أخرى من طرق التمثيل جعلها علنيةً أو بأية وسيلةٍ أخرى من وسائل العلانية؛^۱ یعنی گفتن یا فریاد زدن علنی یا رفتار یا اشاره کردن علنی یا نوشتن یا نقاشی یا عکس یا فتوکپی یا علائم یا همراه قابل نمایش دیگر به صورت علنی.

این ماده، گفتن و فریاد زدن را زمانی علنی می‌داند که یا با یکی از وسایل مکانیکی در اجتماعی عمومی یا در راه عمومی یا هر مکان دیگری که آشکار گردد که رفت و آمد مردم زیاد است و یا به گونه‌ای باشد که کسی که در آن محل است، بتواند آن را بشنود یا از طریق بی‌سیم یا هر وسیله دیگری، آن را انتشار دهد. رفتار و ایما و اشاره نیز زمانی علنی محسوب می‌شود که در اجتماعی عمومی یا راه عمومی یا هر مکان دیگری واقع شود که رفت و آمد مردم زیاد است، یا زمانی که واقع می‌شود، به گونه‌ای باشد که کسی که در مانند این مکان‌ها هست، بتواند آن را ببیند. نوشتن، نقاشی، عکس، فتوکپی، علائم یا همراه قابل نمایش دیگر نیز زمانی علنی است که بین تعداد نامعینی از مردم پخش شود و یا به گونه‌ای عرضه شود که افرادی که در مکان‌ها یا راه‌های عمومی رفت و آمد دارند، بتوانند آن را ببینند و یا برای فروش در هر مکانی، عرضه شود.

در خصوص نتیجه حاصله جرم قذف نیز باید گفت این جرم در قانون مجازات مصر، جرمی مطلق بوده و تحقق آن، مقید به امری نشده است؛ به همین دلیل، صرف نسبت دادن جرم یا امور تحقیق‌کننده به دیگری که صحت آن ثابت نشده باشد، در تحقق این قذف، کفایت می‌کند؛ هر چند مقذوف از چنان طیب نفسی برخوردار باشد که از شنیدن آن ناراحت نشود.

مجازات قذف در قانون مجازات مصر

ماده ۳۰۳ قانون مجازات مصر، مجازات قذف را بیان چنین بیان می‌کند: «يعاقب على القذف بالحبس مدة لا تتجاوز سنة و بغرامة لا تقل عن الفين و خمسمائة جنيه و لا تزيد على سبعة آلاف و خمسمائة جنيه أو باحدى هاتين العقوبتين»؛ یعنی شخص به واسطه قذف، به حبس به مدتی که از یک سال تجاوز نمی‌کند (تا یک سال حبس) و به جزای نقدی از ۲۵۰۰ تا ۷۵۰۰ لیره یا به یکی از این دو مجازات، محکوم می‌شود.

این ماده در ادامه، درباره تشدید مجازات قذف نسبت به اشخاص خاص می‌گوید: «فإذا وقع القذف في حق موظف عام أو شخص ذي صفة نيابية عامة أو مكلف بخدمة عامة و كان ذلك بسبب أداء الوظيفة أو النيابة أو الخدمة العامة كانت العقوبة الحبس مدة لا تجاوز سنتين و غرامة لا تقل عن خمسة آلاف جنية و لا تزيد على عشرة آلاف جنية أو إحدى هاتين العقوبتين»؛ یعنی زمانی که قذف در حق کارمند دولت یا شخص دارای صفت نمایندگی عمومی یا ملتزم به خدمات عمومی واقع شود و این قذف به سبب انجام وظیفه یا نمایندگی یا خدمت عمومی باشد، مجازات آن تا ۲ سال حبس و جزای نقدی از ۵۰۰۰ تا ۱۰۰۰۰ لیره یا یکی از این دو خواهد بود. در این مواد، هیچ اشاره‌ای به قابل گذشت بودن این بزه نشده است؛ بنابراین، رضایت بزه‌دیده، مجازات رامتفی نخواهد کرد.

طبق آنچه تاکنون بیان کردیم، قذف در قانون مجازات کشور مصر، در معنایی مشابه افترا در قانون مجازات اسلامی ایران در نظر گرفته شده است؛ با این تفاوت که علاوه بر انتساب جرم به دیگری، شامل انتساب امور تحقیق‌کننده نیز بوده و با توجه به مجازاتی که برای آن در نظر گرفته شده است، این جرم، از جرایم جنحه خواهد بود که مجازات آن، حبس و جزای نقدی است. اما در قانون مجازات اسلامی ایران، قذف که طبق شریعت اسلامی، نوع خاصی از افترا محسوب می‌شود، به صورت مستقل، جرم‌انگاری شده و از جرایم حدّی شمرده می‌شود که مجازات آن نیز شلاق است.

نتیجه

نتایج این پژوهش در چند بند، به طور خلاصه ارائه می‌شود:

۱. قذف با مشتقاتی که دارد، دارای معانی ذیل است: انداختن، جای دور، بالا آوردن، دشنام دادن، نسبت زنا دادن، سخن بدون اندیشه و بدون در نظر گرفتن عواقب آن، سرعت در حرکت، زشت، کناره. در میان این معانی، «انداختن» که از آن تعبیر به «رمی» می‌شود، به عنوان معنای اصلی قذف تلقی می‌شود که با استعمال در جملات مختلف، معانی دیگری یافته است.
۲. معنای اصطلاحی قذف عبارت است از: «الرمي بالزنا، أو اللواط»؛ یعنی تهمت زنا یا لواط زدن.
۳. در قانون کیفری ایران، مواد ۲۴۵ و ۲۴۶ و ۲۵۰ این قانون، عنصر قانونی قذف، محسوب می‌شوند.

۴. رفتار مادی فیزیکی قذف، عبارت است از نسبت دادن زنا یا لواط به دیگری با گفتار یا نوشتار.
۵. نسبت دادن زنا و لواط به دو شکل، صورت می‌گیرد: یا به شخص مخاطب، نسبت زنا یا لواط داده می‌شود و یا به غیر مخاطب.
۶. ادله انحصار قذف در نسبت دادن زنا و لواط و عدم شمول آن بر سایر رفتارهای منافی عفت، عبارت است از اجماع و نصوص و اصل عدم.
۷. اوضاع و احوال و شرایط لازم برای تحقق جرم عبارتند از: ۱- صراحت و ظهور عرفی الفاظ در معنای قذف؛ ۲- آگاهی قذف‌کننده از معنای لفظ؛ ۳- شرایط مقذوف؛ یعنی احسان که شامل بلوغ، عقل، آزاد بودن، اسلام و عقیف بودن است؛ ۴- شرایط قاذف که شامل بلوغ، عقل، اختیار و قصد است.
۸. تعریض، قذف محسوب نمی‌شود و نمونه‌ای از آن به این صورت است که کسی به دیگری بگوید: تو حرام‌زاده هستی یا تو حلال‌زاده نیستی و یا مردی به همسر خود بگوید: تو را باکره نیافتم.
۹. جرم قذف از جمله جرایم مطلق بوده و مقید به حصول نتیجه نیست.
۱۰. سوء نیت عام در جرم قذف، عبارت است از قصد استعمال الفاظی که صراحت یا ظهور عرفی در نسبت دادن زنا یا لواط به دیگری دارد و با توجه به اینکه جرم قذف مقید به نتیجه نیست، سوء نیت خاص نیز جزء شروط آن محسوب نمی‌شود.
۱۱. طبق کتاب و سنت و اجماع، مجازات قذف، هشتاد ضربه شلاق به عنوان حدّ است.
۱۲. در اجرای حدّ قذف اولاً شدت ضربات تازیانه، متوسط است؛ به‌گونه‌ای که به شدت تازیانه‌های حد زنا نمی‌رسد و ثانیاً ضربات تازیانه از روی لباس متعارف شخص زده می‌شود.
۱۳. موارد سقوط حدّ قذف عبارتند از: ۱- تصدیق قذف توسط مقذوف؛ ۲- اثبات تحقق زنا به وسیله بیّنه؛ ۳- گذشت مقذوف یا ورثه او؛ ۴- لعان زن به زنا؛ ۵- تقاذف.
۱۴. معنای قذف در قانون مجازات مصر عبارت است از: نسبت دادن جرم یا امور تحقیرکننده به دیگری از طریق گفتار یا نوشتار
۱۵. عنصر قانونی قذف در قانون مجازات مصر مواد ۳۰۲ و ۳۰۳ است.

۱۶. عنصر مادی قذف در قانون مجازات مصر به این شرح است: ۱- رفتار ارتكابی شامل نسبت دادن جرم یا امور تحقیرکننده می‌شود؛ ۲- اوضاع و احوال و شرایط قذف عبارت است از اینکه اولاً آنچه نسبت داده می‌شود، جرم یا امور تحقیرکننده باشد؛ ثانیاً صحت امور نسبت داده شده، ثابت نشده باشد و ثالثاً نسبت دهی از طریق یکی از راه‌هایی صورت گیرد که در ماده ۱۷۱ بیان شده است؛ ۳- نتیجه حاصله این است که قذف، جرمی مطلق بوده و مقید به نتیجه نیست.
۱۷. عنصر معنوی قذف در قانون مجازات مصر عبارت است از: ۱- سوء نیت عام که همان قصد انتساب است و ۲- سوء نیت خاص که شرط در قذف نیست.
۱۸. قذف در قانون مجازات کشور مصر، از جمله جرایم جنحه است و مجازات حبس و جزای نقدی به همراه دارد. در قانون مزبور، جرم حدی و مجازات شلاق اساساً وجود ندارد.

فهرست منابع

۱. ابن منظور، ابو الفضل، جمال الدين، محمد بن مكرم. لسان العرب. بيروت: دار الفكر للطباعة و النشر و التوزيع - دار صادر، چاپ ۳، ۱۴۱۴ ق.
۲. ابو الحسين، احمد بن فارس بن زكريا. معجم مقائيس اللغة. قم: انتشارات دفتر تبليغات اسلامي حوزه علميه قم، چاپ ۱، ۱۴۰۴ ق.
۳. اردبيلي محمد علي. حقوق جزای عمومي. تهران: ميزان، چاپ ۲، ۱۳۷۸ ش.
۴. اردبيلي، احمد بن محمد. مجمع الفائدة و البرهان في شرح إرشاد الأذهان. قم: دفتر انتشارات اسلامي وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم، چاپ ۱، ۱۴۰۳ ق.
۵. اصفهاني، حسين بن محمد راغب. مفردات ألفاظ القرآن. لبنان: دار العلم - سوريه: الدار الشامية، چاپ ۱، ۱۴۱۲ هـ ق.
۶. اصفهاني، فاضل هندی، محمد بن حسن. كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام. قم: دفتر انتشارات اسلامي وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم، چاپ ۱، ۱۴۱۶ ق.
۷. بهجت، محمد تقی، استفتائات، قم: دفتر آیت الله بهجت، چاپ ۱، بی تا.
۸. تبریزی، جواد بن علی. استفتائات جدید. قم، چاپ ۱، بی تا.
۹. جمعی از پژوهشگران. فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت (علیهم السلام) (زیر نظر سید محمود هاشمی). قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (علیهم السلام)، چاپ ۱، ۱۴۲۶ ق.
۱۰. حائری، سید علی بن محمد طباطبایی. ریاض المسائل (ط - الحديثة). قم: مؤسسه آل البيت (علیهم السلام)، چاپ ۱، ۱۴۱۸ ق.
۱۱. حلّی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی (علامه حلّی). قواعد الأحكام في معرفة الحلال و الحرام. قم: دفتر انتشارات اسلامي وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم، چاپ ۱، ۱۴۱۳ ق.
۱۲. حلّی، فخر المحققين، محمد بن حسن بن یوسف. إيضاح الفوائد في شرح مشكلات القواعد. قم: مؤسسه اسماعيليان، چاپ ۱، ۱۳۸۷ ق.
۱۳. حلّی، محقق، نجم الدين، جعفر بن حسن. المختصر النافع في فقه الإمامية. قم: مؤسسة المطبوعات الدينية، چاپ ۶، ۱۴۱۸ ق.
۱۴. _____ . شرائع الإسلام في مسائل الحلال و الحرام. قم: مؤسسه اسماعيليان، چاپ ۲، ۱۴۰۸ ق.
۱۵. خمینی، سید روح الله موسوی. تحرير الوسيلة. قم: مؤسسه مطبوعات دار العلم، چاپ ۱، بی تا.
۱۶. خوبی، سید ابو القاسم موسوی. مباني تکملة المنهاج. قم: مؤسسه إحياء آثار الإمام

- الخوئي رحمته الله عليه، چاپ ۱، ۱۴۲۲ ق.
۱۷. سبزواری، سید عبد الأعلى. مهذب الأحكام (للسبزواری). قم: مؤسسه المنار - دفتر حضرت آیت الله، چاپ ۴، ۱۴۱۳ ق.
۱۸. صاحب بن عباد، کافی الكفاة، اسماعیل بن عباد. المحيط في اللغة. بيروت: عالم الكتاب، چاپ ۱، ۱۴۱۴ ق.
۱۹. ابن بابويه، محمد بن علی. من لا يحضره الفقيه. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ ۱، ۱۴۱۳ ق.
۲۰. طریحی، فخرالدین. مجمع البحرين. تهران: کتاب فروشی مرتضوی، چاپ ۳، ۱۴۱۶ ق.
۲۱. طوسی، ابو جعفر، محمد بن حسن. المبسوط في فقه الإمامية. تهران: المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية، چاپ ۳، ۱۳۸۷ ق.
۲۲. _____ . النهاية في مجرد الفقه و الفتاوى. بيروت: دارالكتاب العربي، چاپ ۲، ۱۴۰۰ ق.
۲۳. عاملی، حرّ، محمد بن حسن. وسائل الشيعة. قم: مؤسسه آل البيت عليه السلام، چاپ ۱، ۱۴۰۹ ق.
۲۴. عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی. الروضة البهية في شرح للمعة الدمشقية (المحشى - كلانتر). قم: کتاب فروشی داوری، چاپ ۱، ۱۴۱۰ ق.
۲۵. فراهیدی، خلیل بن احمد. کتاب العین. قم: نشر هجرت، چاپ ۲، ۱۴۱۰ ق.
۲۶. فیومی، احمد بن محمد مقرئ. المصباح المنیر في غریب الشرح الكبير للرافعي. قم: منشورات دار الرضوي، قم، ایران: چاپ ۱، بی تا.
۲۷. حسینی روحانی قمی، سید صادق. فقه الصادق عليه السلام (لروحانی). قم: دارالكتاب - مدرسه امام صادق عليه السلام، چاپ ۱، ۱۴۱۲ ق.
۲۸. لنکرانی، محمد فاضل موحدی. تفصیل الشریعة في شرح تحرير الوسيلة - الحدود. قم: مرکز فقهی ائمه اطهار عليه السلام، چاپ ۱، ۱۴۲۲ ق.
۲۹. محمود عبد الرحمان. معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية. بی تا، بی نا، بی تا.
۳۰. منتظری نجف آبادی، حسین علی. معارف واحكام نوجوانان. قم: نشر ساری، چاپ ۱، ۱۴۲۳ ق.
۳۱. نجفی (صاحب الجواهر)، محمد حسن. جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام. لبنان: دار إحياء التراث العربي، چاپ ۷، ۱۴۰۴ ق.
۳۲. واسطی، زبیدی، حنفی، محب الدین، سید محمد مرتضی حسینی. تاج العروس من جواهر القاموس. بيروت: دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، چاپ ۱، ۱۴۱۴ ق.

طریقت یا موضوعیت روش اجرای مجازات‌های سالب حیات (قسمت اول)

چکیده

یکی از مهم‌ترین سؤالاتی که در رابطه با شیوه اجرای احکام سالب حیات؛ اعم از حدود و قصاص نفس مطرح است، طریقت یا موضوعیت روش‌های اجرای این احکام است. در قانون مجازات جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۹۲ احکام سالب حیات حدی با تبعیت از فقه امامیه به سه بخش تقسیم شده است: بخش اول شامل حدودی است که در مرتبه چهارم به مجازات اعدام منجر می‌شوند. بخش دوم شامل همه حدود باقیمانده به جز صلب و رجم می‌شود که این دسته نیز خود، به دو قسمت تقسیم می‌شوند؛ چراکه در یک قسم از آن، شمشیر به عنوان وسیله استیفای حد معین شده و در قسم دیگر هیچ‌گونه وسیله‌ای معین نشده است. در بخش سوم نیز صلب و رجم مورد بررسی قرار می‌گیرد.

این پژوهش، با بررسی قول فقها و ادله روائی و قرآنی در نهایت اثبات می‌کند که به جز صلب و رجم، در قصاص و سایر حدود، ابزارها و وسایل اجرای احکام طریقت داشته و قابل تبدیل به ابزارهای جایگزین است. البته طریقت داشتن به این معنا نیست که هر روشی را بتوان استفاده کرد؛ بلکه باید با توجه به سایر ادله، از جمله غرض شارع و اموریقینی، از جمله نفی مثله، محدوده و میزان طریقت را روشن کرد. در بحث صلب و رجم نیز طبق ادله این دو جرم، ابزار و وسایل ذکر شده موضوعیت دارند.

* فارغ التحصیل مدرسه عالی قضاوت و طلبه سطح سه حوزه علمیه قم.

در این شماره از مجله رسائل به بخش اول مقاله در جرایم حدی پرداخته شده است و در شماره بعد قصاص نفس پرداخته خواهد شد.

کلیدواژگان: اعدام، مجازات‌های سالب حیات، قصاص نفس، حدود، مجازات‌های جایگزین، روش اعدام، ابزارهای اعدام، موضوعیت، مماثلت در قصاص.

مقدمه

یکی از فروع فقهی و حقوقی مطرح در اجرای حدود سالب حیات، این مسأله است که آیا ابزار و شیوه‌های اجرایی حدود، مانند شمشیر که در متن روایات آمده است، موضوعیت دارند یا صرفاً طریقی برای انجام قتل هستند؟ پاسخ به این سؤال، هم در مرحله اجرای این احکام، بسیار مؤثر بوده و مشخص می‌کند که مجریان احکام در حدود مختلف، از چه ابزاری برای سلب حیات استفاده کنند و هم در حل مسأله مشروعیت اعدام بدون درد، بسیار اثرگذار خواهد بود. سؤال فوق به همان صورت، در شیوه اجرای قصاص، به ویژه قصاص نفس نیز مطرح است؛ یعنی آیا برای اجرای قصاص نفس باید از شیوه خاصی بهره جست یا خیر؟

با توجه به لسان ادله مربوط به این نوع مجازات‌ها و ماهیت متفاوت آنها، باید گفت سؤال مذکور، در همه موارد، پاسخ یکسانی نداشته و به حسب نوع مجازات، متفاوت خواهد بود؛ به همین جهت، پژوهش حاضر، در صدد بررسی فقهی مسأله قصاص نفس و نیز همه حدودی است که در قانون مجازات اسلامی حکم به اعدام آنها شده است تا به این سؤال، پاسخ دهد که ابزار مجازات و قصاص در کدام یک از این موارد، به عنوان بخشی از حد اخذ شده و به عبارتی، موضوعیت دارد و در کدام یک از آنها طریقیت داشته و صرفاً به عنوان وسیله مطرح است و آنچه برای شارع مقدس موضوعیت دارد، نفس «قتل» مجرم است؟ برای پاسخ به این سؤال، نخست، حدود سالب حیات را به سه دسته تقسیم نموده و مورد بررسی قرار می‌دهیم و سپس، بحث قصاص نفس، به عنوان یکی دیگر از مجازات سالب حیات را بررسی می‌کنیم. در بررسی هر یک از این موارد نیز از ادله قرآنی و روایی، اجماع و کلام فقها استفاده می‌کنیم.

۱. با توجه به اینکه هدف این مقاله، کمک به سیستم کیفری جمهوری اسلامی است که مبتنی بر فقه امامیه نگارش یافته است، حدودی را بررسی می‌کنیم که در قانون مجازات اسلامی ذکر شده است و تقسیم‌بندی سه‌گانه نیز براساس این قانون صورت گرفته است.

۱. انواع حدود سالب حیات

تقسیم‌بندی سه‌گانه‌ای که حدود سالب حیات را در قالب آن بررسی می‌کنیم، به این شرح است: دسته اول، شامل حدودی است که به علت اجرای در مرتبه چهارم حد، به مجازات سلب حیات (بدون اینکه نوع سلب حیات تحت عنوان خاصی قرار بگیرد) تبدیل می‌شوند؛ مانند برخی موارد زنا، لواط و تفریض. دسته دوم، حدودی هستند که سلب حیات (بدون اینکه نوع سلب حیات تحت عنوان خاصی قرار بگیرد) در مرتبه اول ارتکاب، مشخص شده است؛ همچون اعدام محاربه و افساد فی الارض و دسته سوم، حدودی هستند که مجازات صلب و رجم برای آنها تعیین شده است؛ همچون زناى محصنه.

۱-۱. قسم اول و حدود آن؛ حدودی که در مرتبه چهارم، مجازات اعدام دارند

طبق ماده ۱۳۶ قانون مجازات اسلامی، هرگاه کسی یک نوع جرم موجب حد را سه مرتبه مرتکب شود و در هر مرتبه نیز حد آن جرم بر او جاری گردد، مجازات وی در مرتبه چهارم، اعدام خواهد بود. این حدود عبارتند از: ۱. زنا (به جز زناى با محارم نسبی، زناى مرد غیر مسلمان با زن مسلمان، زناى بازن پدر، زناى با اکراه و عنف از سوی زانی و زناى محصنه موضوع ماده ۲۲۵ ق.م.ا.؛ ۲. لواط برای فاعل در صورتی که طبق ماده ۲۳۴ قانون مجازات اسلامی، محکوم، فاعل و غیر محصن بوده و لواط از سوی وی به عنف یا اکراه صورت نگیرد؛ ۳. قوادی؛ ۴. قذف؛ ۵. مصرف مسکر؛ ۶. سرقت. حال باید این مسأله را بررسی کنیم که آیا فقه اسلامی، روش خاصی برای اعدام مذکور، معین نموده است یا خیر و اگر روش معینی دارد، آیا این روش، موضوعیت دارد یا صرفاً طریقی برای اجرای حکم اعدام است؟ طبیعی است اگر روش مشخصی مطرح نباشد، صحبت از طریقیّت و موضوعیت داشتن ابزار اعدام، بحثی لغو خواهد بود؛ چراکه وسیله‌ای وجود ندارد تا ادعای موضوعیت آن مطرح شود. برای پاسخ به سؤال مذکور، باید ادله مجازات مورد بحث را بررسی نماییم. ادله مورد استناد حدود مذکور، به دو بخش تقسیم می‌گردد: بخش اول، روایاتی است که حکم عام در مسئله را بیان می‌کنند؛ همان‌گونه که قانون ماده ۱۳۶ ق.م.ا.، نیز این حکم را بیان کرده است و بخش دوم، روایاتی است که حکم مختص به یکی از این حدود را بیان نموده‌اند؛ بنابراین، در دو بخش

مذکور، به بررسی این ادله خواهیم پرداخت تا پاسخ سؤال مذکور، روشن گردد.

الف) روایات بیانگر حکم عام

در روایتی صحیح، از امام رضا علیه السلام با این سند نقل شده است: یونس عن أبي الحسن الماضي علیه السلام قال: اصحاب الكبائر كلها اذا اقيم عليهم الحد مرتين قتلوا في الثالثة (شیخ طوسی، تهذیب الأحکام ۱۰: ۹۶)؛ امام رضا علیه السلام می فرماید: اصحاب کبائر اگر دو مرتبه حد بر آنها اجرا گردد، در مرتبه سوم، کشته خواهند شد (مکارم، أنوار الفقاهة ۳۳۰). شاهد مثال ما در این روایت، عبارت (قتلوا) است که فقط حکم به کشته شدن این افراد داده و آن را به شیوه خاص یا تحت عنوان معینی محدود نکرده است؛ بنابراین، این روایت فقط این نکته را اثبات می کند که این افراد باید کشته شوند و این استیفاء حد باید به وسیله ای صورت پذیرد که تمام غرض شارع را تأمین کند «که [این امر] در زمان صدور این روایات به وسیله گردن زدن استیفاء می شده است» (بروجردی، جامع احادیث شیعه ۳۰: ۸۸۰) و از آنجا که این روش می توانست تمام غرض شارع را در اذهاق روح محکوم علیه، تأمین کند، به عنوان وسیله استیفاء تعیین گردیده است.^۱

۱. در رابطه با غرض شارع باید به چند سوال اساسی برای به دست آوردن تمام غرض پاسخ داد: اولاً اینکه خصوصیت عرفی شمشیر چیست؟ ثانیاً اینکه منظور از سلب حیات که در ادله آنها «قتل» به کار رفته است یا شمشیر به عنوان وسیله استیفاء معین شده است، مطلق اذهاق روح است یا تعذیب نیز شرط است؟ و ثالثاً هم اینکه آیا غرض شارع از تعیین شمشیر این بوده است که این کار اسهل و آسان تر بوده است؟ پاسخ به این سوالات در مقاله دیگر از نویسنده با عنوان مشروعیت اعدام بدون درد در فقه امامیه و قانون جمهوری اسلامی ایران به طور مفصل، مورد بررسی قرار گرفته است؛ لکن به علت ارتباط تنگاتنگ این بحث با مبحث غرض شارع، به طور اجمالی، به آن اشاره می کنیم.

از منظر عرفی، شمشیر و گردن زدن در زمان صدور روایات، نسبت به دیگر ابزارهای متداول برای سلب حیات اسهل بوده است؛ چنانچه حقوق عرفی فرانسه در قرن نوزدهم، گردن زدن را اسهل دانسته و گیوتین را به عنوان وسیله استیفاء تعیین کرد. در رابطه با سوال دوم نیز بررسی ادله و سخنان فقها این نتیجه را به دست می دهد که مراد شارع از حکام سلب حیات، مطلق اذهاق نفس است و به جز رجم و صلب، چیز بیشتری در آن شرط نیست. (هاشمی شاهرودی، «حکم بی حس کردن اعضاء هنگام اجرای کیفهای جسمانی»، مجله فقه اهلیت شماره ۱۵: ۱۴)، شیخ طوسی (تهذیب ۱۰: ۲۴) و شهید ثانی (الروضة البهیة فی شرح اللمعة المدمشقیة ۱۰: ۶۷) (رضوان الله تعالی علیهم) چنین نظری دارند و در این خصوص، تحلیل هایی بیان فرموده اند. در رابطه با سؤال سوم نیز ظاهر ادله، گویای این واقعیت است که اساساً شمشیر تیز با این غرض ساخته شده است که هر چه سریع تر و با کمترین آزاری، به زندگی محکوم خاتمه دهد. آیه ۳۱ سوره اسراء، آیه ۴۵ سوره مائده، صحیحی ابی صباح کنانی و صحیحی حلبی نیز دلیل بر این برداشت هستند.

البته کلمات فقهای بزرگوار ما نیز می تواند مؤید این برداشت از ادله باشد؛ از جمله، عبارات شیخ حر عاملی (وسائل، ۲۹: ۱۶۲)، شیخ طوسی (المبسوط، ۸: ۳۶)، شهید ثانی (مسالك ۱۰: ۲۳۵)، مقدس اردبیلی (مجمع الفائدة ۱۴: ۱۳۲) و آیت الله فاضل لنکرانی (تفصیل الشریعہ - حدود ۸۹۴). در راستای همین برداشت، برخی فقها تبدیل ابزار اجرای حد با وسیله اسهل را تجویز فرموده اند. برخی از این فقها عبارتند از امام خمینی (رحمه الله) (تحریر ۲: ۵۳۵)، آیت الله حکیم (رحمه الله) (مسائل معاصره فی فقه القضاء ۴۳) و آیت الله موسوی اردبیلی (فقه الحدود و التعزیرات ۱: ۴۰۸). این ادله و کلمات به طور مفصل، در مقاله

ب) روایات بیانگر حکم خاص حدود

این نوع از روایات، به طور خاص، اعدام در جرم خاصی را بیان کرده‌اند که به عنوان نمونه، امام صادق علیه السلام می‌فرماید: «الزانی اذا زنى جلد ثلاثاً و يقتل في الرابعة يعني إذا جلد ثلاث مراتب» (شیخ طوسی، الاستبصار فیما اختلف من الأخبار ۴: ۲۱۲)؛ یعنی زانی اگر زنا کرد و سه مرتبه شلاق بر او زده شد، در مرتبه چهارم کشته می‌شود؛ یعنی اگر سه مرتبه مجازات شلاق بر او جاری شد. پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله نیز در روایتی می‌فرماید: «إذا شرب الخمر فاجلدوه، فإن عاد فاجلدوه، فإن عاد فاقتلوه» (شیخ طوسی، الأمالی ۳۹۴)؛ یعنی اگر کسی شراب خورد، او را شلاق بزنید، اگر تکرار کرد، شلاق بزنید و اگر تکرار کرد، او را بکشید.

در این ادله به طور کامل مشهود است که هیچ‌گونه وسیله‌ای برای استیفاء این نوع از حدود، مشخص نشده است. البته برخی روایات، گردن زدن را مطرح نموده‌اند (بروجردی، جامع احادیث الشیعة ۳۰: ۸۸۰)؛ ولی صرف نظر از اشکالی که متوجه سند این احادیث است، نمی‌توان از این روایات، موضوعیت داشتن این شیوه را اثبات کرد؛ چراکه در این روایات، هیچ سخنی از وسیله مطرح نمی‌کنند، بلکه سخن از یک «فعل» بوده و در نهایت، می‌توان گفت استیفاء قتل در آن زمان با چنین عملی، یعنی گردن زدن، صورت می‌گرفته است و این فعل را مقید به وسیله خاصی نمی‌کند؛ به ویژه آنکه روایت، حکم را بیان نمی‌کند، بلکه فقط گزارشی از عمل رسول خدا در مواجهه با این جرم ارائه می‌دهد؛ یعنی این‌گونه روایات، در نهایت، داده‌ای تاریخی هستند که ما را به عمل رسول خدا صلی الله علیه و آله آگاه می‌کند، اما اثبات نمی‌کند که استیفاء حد با شمشیر، از آن جهت بوده است که این ابزار، موضوعیت داشته و وجود آن، واجب است. نهایتاً می‌توان گفت این کار در آن زمان با

مشروعیت اعدام بدون درد در فقه امامیه و قانون جمهوری اسلامی ایران بررسی شده و مورد تحلیل و بررسی قرار گرفته‌اند بنابراین، غرض شارع در این حدود، ازهاق روح به سهل‌ترین شکل ممکن است و با توجه به عرف و وسائل در دسترس آن روز، شمشیر و گردن زدن، به عنوان وسیله تحقق این هدف، معین شده است. بنابراین، اگر قصد جایگزینی ابزاری دیگر را داشته باشیم، باید وسیله‌ای معین شود که این غرض را به شکل بهتری تحصیل می‌کند.

۱. مقدس اردبیلی (رحمه‌الله) در سند روایت ابی صباح کنانی خدشه کرده است و معتقد است محمد بن فضیل در سند این روایت، مشترک است (محقق اردبیلی، مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان؛ ۱۳: ۱۹۲). مرحوم نجاشی (رحمه‌الله) نیز معنی بن خنیس که در روایت ابوبصیر قرار گرفته است را ضعیف می‌داند و می‌فرماید: «اعتمادی به روایات او نیست» (رجال النجاشی - فهرست أسماء مصنفی الشیعة: ۴۱۷).

شمشیر صورت می‌گرفته است؛ به‌ویژه آنکه روایاتی که در ادامه بیان خواهیم کرد، دلیل این عمل را نیز مشخص می‌کنند. بنابراین، روایات مورد بحث، نمی‌توانند مقید بوده و قتل با شمشیر اثبات کنند و در این امر، قاصر هستند. با استفاده از صریح روایات صحیح، می‌توان ثابت کرد که مراد از اجرای حد، صرف ازهاق نفس از محکوم بوده و از آنجا که بهترین وسیله برای این کار، گردن زدن با شمشیر بوده است، این شیوه در برخی از روایات، نشانه‌ای بر این موضوع است که مراد، صرف کشتن محکوم بوده است؛ یعنی روایت، گردن زدن که فرد غالب و شیوه بهتر برای تحصیل غرض شارع بود را بیان می‌دارد تا این واقعیت را بیان کند که محکوم، فقط مستحق ازهاق نفس است.

بررسی قول فقها

عبارات و سخنان فقهای امامیه نیز که متخذ از روایات است، برداشت فوق را تأیید نموده و مشابه آن است؛ یعنی آنان نیز از تعبیر قتل، بدون تعیین شیوه یا ابزار خاصی، استفاده کرده‌اند (ابن ادریس، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی ۳: ۴۷۳؛ حلی، الجامع للشرائح: ۵۵۵ و شیخ صدوق، الهدایة فی الأصول و الفروع: ۲۹۹). اگر این فقهای بزرگوار، شمشیر را دارای موضوعیت برای استیفاء قتل می‌دانستند، باید به این مسأله اشاره می‌کردند؛ در حالی که آنان با مشاهده این روایات، چنین برداشتی نداشته و این موضوع، نشانگر آن است که در این حدود، مسأله اصلی «قتل» بوده و شمشیر موضوعیتی ندارد. البته بعضی از علما، گردن زدن با شمشیر را به فقهای امامیه نسبت داده‌اند (حلی، تذکره الفقها ۲: ۳۹۳) که ممکن است این نسبت، موضوعیت داشتن شمشیر در استیفاء این حدود را القاء نماید؛ در حالی که اولاً در اصل استناد به فقهای امامیه، اشکال جدی وجود دارد و فقهای بزرگی از امامیه بر خلاف این نسبت، فتوا داده‌اند و ثانیاً ادله ذکر شده برای این حدود نیز به این نکته رهنمون می‌سازند که حد، فقط شامل «قتل» بوده و شمشیر موضوعیتی در آن ندارد. بنابراین، شاید علامه در این انتساب، قتل به وسیله شمشیر را به فقهای امامیه نسبت نمی‌دهد؛ بلکه آنچه اجماع بر آن به درستی منعقد شده است، نفس عنوان قتل است. به نظر می‌رسد علامه حلی در تقابل با دیدگاه شافعی، شمشیر را ذکر نموده است. وی می‌فرماید: «ظاهر از فقهای امامیه این است که چنین شخصی گردن زده می‌شود» و سپس می‌فرماید: «شافعی نیز همین نظر را پذیرفته است؛ لکن

بعضی از شافعیه گفته‌اند به قدری شلاق باید زده شود که یا توبه کند و نماز بخواند یا بمیرد». (تذکره الفقها ۳۹۳: ۲) در واقع، این گروه استیفای حد سالب حیات را به وسیله شلاق زدن می دانستند و از آنجا که چنین چیزی در فقه امامیه وجود ندارد، علامه در مقابل این قول شافعیه، وسیله متداول را ذکر کرده است. به عبارتی، می توان گفت اجماع بر قتل مجرم، انعقاد یافته است و حد این شخص، صرف قتل و ازهاق روح است؛ اما وقتی سخن از صرف ازهاق روح می شود، وسیله نیز اهمیت پیدا می کند و باید وسیله ای متناسب با آن نیز معین گردد. بنابراین، استفاده از وسیله ای که حدود الهی در استیفاء حد را رعایت نکند و آزار بیشتری را تحمیل نماید (که در محل مورد بحث، شلاق این گونه است) جایز نخواهد بود؛ به همین جهت، علامه هم اصل حد، یعنی قتل را بیان می کند و هم عدم جواز استفاده از شلاق برای استیفاء حد را ذکر می نماید.

۲-۱. حدود سالب حیات به غیر از رجم و صلب

این دسته از حدود، شامل اکثر حدود سالب حیات بوده و در اینجا آنها را مورد بررسی قرار خواهیم داد و عبارتند از: زنا با محارم نسبی، زنا با زن پدر، زنا با مرد غیر مسلمان با زن مسلمان، زنا با اکراه و عنف از سوی زانی، لواط برای فاعل اگر محصن باشد یا با اکراه و عنف عمل لواط را انجام داده باشد، مفعول مطلقاً، تفخیز در صورتی که فاعل غیر مسلمان و مفعول مسلمان باشد، محاربه در صورت محکومیت به اعدام، افساد فی الارض، بغی و سب النبى.

این حدود دوازده گانه، خود، به اعتبار شباهت ها و تفاوت هایی که در لسان ادله و نتیجه گیری آن وجود دارد، به دو دسته تقسیم می شود؛ قسم اول از این حدود عبارتند از: ۱. زنا با کافر با مسلمان ۲. زنا با محارم نسبی ۳. تفخیز کافر با مسلمان ۴. بغی ۵. افساد فی الارض ۶. محاربه ۷. سب النبى و قسم دوم نیز عبارتند از: ۱. زنا با محارم نسبی ۲. زنا با زن پدر ۳. لواط با اکراه ۴. لواط محصن ۵. لواط مفعول مطلقاً (اعم از محصن و غیر محصن).

۲-۱-۱. حدود قسم اول

در بررسی این قسم، نخست، ادله روایی یا قرآنی این دسته از حدود را ذکر می کنیم و پس از آن، بحث طریقیّت یا موضوعیت داشتن ابزار اجرای حد را مطرح خواهیم نمود.

یکم) زناى به عنف

ادله این حد به دو دسته تقسیم می‌شود؛ دسته اول، روایاتی هستند که دلالت بر کشتن زانی به عنف دارند و در آنها کلمه «قتل» وارد شده و مستند برخی از فقها واقع شده است (مؤمن، مبانی تحریر الوسيلة ۲۰۱). از جمله این روایات، صحیحه برید العجلی از امام باقر علیه السلام است که فاضل هندی در کشف اللثام (۱۰: ۴۳۸) آن را صحیحه دانسته است. متن روایت چنین است: «سئل ابو جعفر علیه السلام عن رجل اغتصب امرأة فرجها؟ قال: «يقتل، محصناً كان أو غير محصن» (کلینی، الکافی ۱۴: ۵۰)؛ یعنی از امام باقر (علیه السلام) درباره مردی سوال شد که فرج زنی را غصب کرده بود. یعنی به اکراه با وی زنا کرده بود. که حضرت فرمودند: کشته می‌شود، چه محصن باشد و چه غیر محصن. دسته دوم نیز روایاتی هستند که دلالت بر کشتن زانی به وسیله شمشیر دارند و برخی دیگر از فقها بدان استناد کرده‌اند (خویی، مبانی تکملة المنهاج، ۴۱ موسوعه: ۲۳۶)؛ مانند معتبره ابو بصیر از امام صادق علیه السلام: قال: إذا كابر الرجل المرأة على نفسها، ضرب ضربةً بالسيف مات منها أو عاش (عاملی، وسائل الشیعة ۲۸: ۱۰۹)؛ یعنی اگر مردی به قصد نفس زنی بروی سخت گرفت، به وسیله شمشیر ضربه‌ای به او زده می‌شود، چه زنده بماند یا بمیرد.

طبق ظاهر روایات فوق، در روایات دسته اول که مستند فقها قرار گرفته است، هیچ طریق و وسیله‌ای برای استیفا قرار داده نشده است؛ لکن در دسته دوم، شمشیر به عنوان وسیله استیفاى حد تعیین شده است. هیچ یک از فقهای امامیه به دسته دوم از روایات عمل نکرده‌اند. این روایات در تعارض با روایات دسته اول هستند؛ چراکه روایات دسته اول، حد را قتل می‌دانند و روایات دسته دوم، حد را یک ضربه شمشیر بیان کرده‌اند. در این تعارض، روایات دسته اول مقدم می‌شود؛ زیرا علاوه بر ترجیح سندی، عبارت «إذا كابر الرجل المرأة على نفسها» در معتبره ابو بصیر، صراحت در زنا ندارد و از این حیث، این روایت، مجمل بوده و امکان اینکه مربوط به باب غیر زنا باشد نیز وجود دارد و به عبارتی، اجمال در موضوع روایت وجود دارد (خویی، مبانی تکملة المنهاج، ۴۱ موسوعه: ۲۳۶)؛ بنابراین، روایات دسته اول از حیث دلالتی، سندی و عمل فقها مقدم بوده و مستند حکم قرار می‌گیرد. با توجه به مطالب بیان شده، معتبره ابو بصیر و مانند آن را کنار نهاده و در واقع، چون مستند

فقها در مسئله مورد بحث، روایاتی هستند که حکم به قتل می‌کنند، بدون تعیین روش مشخص، و چون هیچ یک از فقها به روایات دسته دوم عمل نکرده‌اند، طبق مدلول روایات صحیح دسته اول، حد «قتل» است نه ضربه شمشیر (نجفی، جواهر الکلام ۴۱: ۳۱۵ و ۳۱۶).

دوم) زناى كافر با مسلمان

فقهای امامیه اجماع دارند که اگر کافری با زنی مسلمان زنا کرد، باید کشته شود و کسی در این حکم مخالفت نکرده است (گلیایگانی، الدر المنضود فی أحكام الحدود ۱: ۲۶۲؛ خوبی، مبانی تکلمه المنهاج ۴۱ موسوعه: ۲۳۴ و مکارم، أنوار الفقاهة ۲۶۸). البته برخی از فقها، از عبارت «یضرب عنقه» استفاده کرده‌اند که با توجه به دلیلی که ذکر کرده‌اند، منظور آنان قتل است. این فقها دلیل قتل ذمی را خروج از ذمه و مباح الدم شدن کافر می‌دانند (شریف، الانتصار فی انفرادات الإمامیه، ۵۲۶) و مشخص است که کافر حربی مباح الدم است و در کشتن وی، گردن زدن شرط نبوده و فقط کشتن او مورد نظر است. البته از آنجا که این حد، از حدود خاصی نیست که رجم، صلب یا احراق در آن باشد، فقها وسیله‌ای را ذکر کرده‌اند که برای استیفای حدود فاقد شرایط خاص، از آن استفاده می‌گردید.

در این خصوص، روایتی نیز وجود دارد که مرحوم خوبی آن را صحیح دانسته است (مبانی تکملة المنهاج؛ ۴۱ موسوعه: ۲۳۴) و طبق آن، سدید به سند صحیح از امام صادق علیه السلام روایت می‌کند: «سألته عن يهودى فجر بمسلمة قال يقتل.» (شیخ طوسی، تهذیب الأحکام ۱۰: ۳۸)؛ یعنی از امام صادق علیه السلام درباره مردی یهودی سؤال کردم که با زن مسلمانی زنا کرده بود، حضرت فرمودند: کشته می‌شود.

با توجه به سه دلیل ذکر شده، یعنی حربی شدن و خروج کافر از شرایط ذمه، اجماع امامیه و روایات، می‌توان گفت آنچه از دلیل لفظی به دست می‌آید، مجرد «قتل» است؛ چنانکه در روایت سدید ذکر شده است. اجماع نیز به عنوان دلیل لبی، فقط کشته شدن را اثبات می‌کند و بر کیفیت خاصی دلالت نمی‌کند. خروج از ذمه نیز فقط مثبت مباح الدم شدن کافر بوده و دلالتی بر شیوه خاصی برای اعدام وی ندارد؛ بنابراین، در این فرض نیز آنچه از ادله ثابت می‌شود، فقط «قتل» است.

سوم) تفخیز کافر یا مسلمان

فقها با استناد به دو دلیل، برای این جرم نیز حد قتل را بیان فرموده‌اند. مهم‌ترین دلیل، اجماع فقها است (نجفی، جواهر الکلام: ۴۱: ۳۷۹) که اگر درست باشد، نهایت چیزی که این دلیل لبی برای ما اثبات می‌کند، مجرد قتل است. دلیل دوم نیز هتک حرمت اسلام توسط کافر ذمی است که باعث خروج وی از شرایط ذمه و در نتیجه، مباح‌الدم شدن وی می‌گردد (لنکرانی، تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسيلة - الحدود، ۳۰۲). روشن است که این دلیل نیز فقط مجرد «قتل» را اثبات می‌کند و دلیل لفظی دیگری نیز وجود ندارد که وسیله خاصی را تعیین نماید.

چهارم) سب النبی

دلیل اثبات حد قتل برای سب النبی نیز اجماع و روایات است. صاحب جواهر هر دو قسم از اجماع را برای این حد ثابت می‌داند (نجفی، جواهر الکلام: ۴۱: ۴۳۲) این اجماع نیز فقط بر کشته شدن سب النبی واقع شده و بیش از آن را اثبات نمی‌نماید. در میان روایات نیز صحیح هاشم بن سالم که مرحوم خوبی آن را صحیح می‌داند (مبانی تکملة المنهاج، ۴۱ موسوعه: ۳۲۱)، مورد استناد فقها برای اعدام سب النبی واقع شده است. هاشم می‌گوید: از امام صادق علیه السلام درباره مردی سوال شد که به رسول خدا صلی الله علیه و آله دشنام می‌هد. امام علیه السلام در پاسخ می‌فرماید: یقتله الأبی قبل أن یرفعه إلی الإمام (کلینی، الکافی ۷: ۲۵۹)؛ یعنی او را ادنی و سپس ادنی می‌کشد،^۱ قبل از این که ترافعی نزد امام صورت بگیرد. این دلیل، مورد استناد برخی از فقها قرار گرفته است (خویی، مبانی تکملة المنهاج ۴۱ موسوعه: ۳۲۱؛ مجلسی دوم، ملاذ الأخیار فی فهم تهذیب الأخبار ۱۶: ۲۸۲؛ حلبی، غنیة النزوع إلی علمی الأصول و الفروع ۴۲۸؛ کیدری، إصباح الشیعة بمصباح الشریعة ۵۲۰ و فاضل آبی، کشف الرموز فی شرح مختصر النافع ۲: ۵۶۷).

این روایت نیز سخنی از وسیله خاص اعدام مطرح نکرده و فقط بیان می‌دارد که حد سب النبی «قتل» است؛ بنابراین، نه دلیل لبی، یعنی اجماع، دلالتی بر موضوعیت داشتن وسیله‌ای خاص در اجرای این حد دارد و نه دلیل لفظی، یعنی صحیح هاشم.

۱. مراد این است که شخص نزدیک‌تر به سب النبی، او را می‌کشد و اگر او که نزدیک‌تر است او را نکشد، شخصی که در مرتبه بعدی نزدیک‌تر است، می‌کشد.

پنجم) محاربه

ماده ۲۸۲ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، به تبعیت از شرع، چهار عنوان مجازات را برای محاربه بیان کرده است که دو مورد اول، یعنی اعدام و صلب، قابلیت طرح در مجازات‌های سالب حیات را دارند. مجازات صلب در بخش سوم از حدود همراه با حد زناى محصنه بررسی خواهد شد و در اینجا فقط مجازات اعدام یا همان قتل در محاربه را بحث می‌کنیم.

مهم‌ترین دلیل مجازات قتل در محاربه، آیه ۳۳ سوره مائده است که می‌فرماید: «إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا»؛ یعنی جزای کسانی که با خداوند و رسول او محاربه می‌کنند و سعی در فساد در زمین دارند، این است که کشته می‌شوند. این آیه، اولین مجازات محارب را قتل تعیین نموده و هیچ وسیله‌ای برای این مجازات، مشخص نمی‌کند که نشان می‌دهد حد محارب، فقط کشته شدن است و وسیله خاصی، موضوعیت ندارد.

روایتی نیز در کافی (کلینی ۵: ۳۲) وجود دارد که از این روایت در مسئله حرب استفاده کرده. در این روایت آمده است: «اگر جنگ قائم بود و از دشمن اسیر گرفته شد، امام مخیر است که او را گردن بزند، یا دست و پایش را قطع کند تا بمیرد و یا تبعید کند.» ممکن است این اشکال مطرح شود که روایت مذکور، «یقتلوا» را که در آیه آمده است را به گردن زدن تفسیر می‌فرماید؛ بنابراین، مراد از قتل در آیه، گردن زدن است. گرچه موضوع روایت، جنگ است و با محاربه فقهی و اصطلاحی، تفاوت دارد، لکن تعلیل به آیه در هر دو مشترک بوده و این امکان را فراهم می‌کند که تفسیر موجود در آیه از حکم، به محل بحث ما، یعنی محاربه نیز سرایت نماید و بنابراین، این اشکال، وارد است.

در پاسخ به این اشکال می‌توان گفت. علاوه بر اینکه روایت برای کافر حربی وارد شده است - مستشکل، قتل و صلب را از اقسام قتل قلمداد کرده است و در نتیجه، قتل اول را به گردن زدن و قتل دوم را به صلب معنا کرده است؛ اما چنانچه بیان خواهیم کرد، صلب، از احکام سالب حیات نبوده و از اقسام قتل شمرده نمی‌شود و نهایت این است که سلب حیات، ممکن است در آن اتفاق بیفتد. علاوه بر این، قیاس آیه با محل بحث ما دچار اشکال است؛ زیرا اولاً متن روایت مضطرب بوده و در حالی قطع از خلاف را نیز از اقسام قتل تفسیر کرده است که هیچ یک از فقهای امامیه در

باب محاربه، قائل به این فتوا نیستند که باید دست و پای محارب را قطع کنیم و صبر کنیم تا وی بمیرد. این اضطراب در متن، مانع از آن می‌شود که ما به همه لوازم این روایت، پای بند باشیم. ثانیاً این احتمال وجود دارد که روایت گردن زدن را به عنوان بیان وسیله غالب، مطرح کرده باشد و به عبارت دیگر، روایت، موضوعیت داشتن وسیله را با صراحت بیان نفرموده است؛ با این بیان که روایت، ابتدا گردن زدن را برای امام جایز شمرده است و سپس قتل به وسیله قطع دست و پا و تبعید را بیان می‌نماید و روشن است که این بیان، نمی‌تواند موضوعیت داشتن قتل و گردن زدن را اثبات نماید، بلکه چون روایت، قتل به وسیله قطع دست و پا را نیز ذکر کرده است، می‌توان گفت ابتدا قتل به شیوه متداول را ذکر کرده و موضوعیتی برای وسیله و عمل قائل نیست. نتیجه آنکه روایت از حیث تفسیر آیه مضطرب است و قطع دست و پا را از اقسام قتل بیان کرده است؛ علاوه بر اینکه این روایت، وسیله و ابزار قتل را بیان نفرموده است و در مقابل، روایت محمد بن مسلم (رضوان الله تعالی علیه) که در این خصوص، صراحت دارد، مورد عمل فقها واقع شده است؛ در نتیجه، قول به طریقت داشتن وسیله، به قوت خود باقی بوده و روایت کافی نمی‌تواند خللی بر آن وارد نماید و چون وسیله‌ای را ذکر نکرده است، نمی‌تواند با روایت محمد بن مسلم معارضه نماید.

دلیل دیگری که برخی از فقها، همچون مرحوم خوبی و مرحوم امام خمینی (ره) به آن تمسک کرده‌اند، صحیحه محمد بن مسلم از امام باقر علیه السلام است و مرحوم خوبی از آن به صحیحه تعبیر کرده است (مبانی تکملة المنهاج؛ ۴۱ موسوعه: ۳۸۵ و تحریر الوسیله ۲: ۴۹۳). محمد بن مسلم می‌گوید: امام باقر علیه السلام فرمودند: «من شهر السلاح فی غیر الامصار فضرِب و عقر و أخذ المال و لم یقتل فهو محاربٌ جزاؤه جزاء المَحارِب و أمره إلى الامام إن شاء قتله...» (مجلسی، بحار الانوار، ۷۶: ۱۹۶)؛ یعنی کسی که در بیرون از شهر سلاح بکشد و مرتکب ضرب و جرح و غارت شود، ولی مرتکب قتل نشود؛ محارب است و کیفر او کیفر محارب است و امر او به اختیار امام است، اگر خواست او را می‌کشد.

این روایت نیز وسیله خاصی برای کیفر محارب، معین نکرده و حاکم اختیار دارد مجازات قتل را به هر شیوه‌ای که خواست، اجرا کند؛ به عبارت دیگر، در این روایت، وسیله‌ای ذکر نشده است تا

تعدی از آن، نیاز به دلیل داشته باشد یا پای بندی به آن، واجب یا احوط باشد و قول بر موضوعیت داشتن آن وسیله، مطرح شود.

ششم) افساد فی الارض

حد افساد فی الارض، در کتب قدیم ما نیز بوده و برخی، همچون ابی نجم حلبی، به آن تصریح کرده‌اند و عنوانی را به آن اختصاص داده‌اند (إشارة السبق إلى معرفة الحق ۱۴۴). برخی دیگر نیز، مانند ابن حمزه طوسی، بدون اینکه عنوان خاصی را به آن اختصاص دهند، این بحث را ذیل بحث محارب مطرح کرده‌اند (الوسيلة إلى نیل الفضيلة ۴۲۳). برای این جرم نیز ممکن است به آیه پیشین تمسک شود؛ علاوه بر روایتی که در این خصوص مطرح است (گلیایگانی، الدر المنضود فی أحكام الحدود: ۳: ۳۱۹). در خصوص آیه مذکور، بحث مفصلی صورت دادیم و ثابت شد که این آیه وسیله خاصی برای استیفای قتل، معین نفرموده و بحث موضوعیت داشتن وسیله، از اساس، مطرح نیست.

در دلیل روایی نیز فضل ابن شاذان از امام رضا (علیه السلام) روایتی نقل کرده است که مرحوم بحرانی آن را متعبره می‌داند (سند العروة الوثقی - کتاب الطهارة ۲: ۱۶۵). طبق این روایت، حضرت می‌فرماید: «فلا یحلّ قتل أحد من النصاب والكفار فی دار التقیة - إلا قاتل أو ساع فی فساد - و ذلك إذا لم تخف علی نفسك و علی أصحابک» (عاملی وسائل الشیعة: ۱۵: ۸۲)؛ یعنی قتل هیچ یک از نصاب و کفار در دار تقیه جایز نیست؛ مگر قتل قاتل یا ساعی در فساد و این زمانی است که بر نفس خود یا اصحابت خوف نداشته باشی.

این روایت نیز مانند آیه، اگر مستند حد افساد فی الارض قرار بگیرد، بیش از حد «قتل» چیزی را اثبات نمی‌کند تا بحث موضوعیت داشتن وسیله، مطرح شود و حاکم، مکلف به ازهاق نفس محکوم بوده و برای استیفای حد، مخیر است که با احراز اغراض شارع و همچنین استفاده از عموماً، وسیله «مناسب» را اختیار کند.

فقهایی دیگر نیز قتل در حد افساد فی الارض را بیان کرده‌اند (صدر، ماوراء الفقه، ۹: ۱۲۰) و برخی نیز با تطبیق افساد فی الارض در برخی جرایم همچون سحر، حد قتل را بیان کرده‌اند که در

این موارد نیز فقط تعبیر قتل بدون بیان هر گونه وسیله یا حالت خاصی، بیان شده است (طوسی، الخلاف ۳۳۱:۵ و طرابلسی، کنز الفوائد فی حل مشکلات القواعد؛ ۳: ۶۷۵).

هفتم) بغی

مبحث بغی در کتاب قانون مجازات اسلامی در قسمت حدود ذکر شده است؛ برخلاف کتب فقهی که آن را در مبحث جهاد مطرح می‌کنند و برای کشتن بغات، به آیات و روایات تمسک می‌ورزند. قاضی ابن براج برای قتال بغات در کتاب مهذب به آیه ۹ سوره حجرات استناد کرده است (۱: ۳۲۲) که می‌فرماید: «وَإِنْ طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا فَإِنْ بَغَت إِحْدَاهُمَا عَلَى الْأُخْرَى فَقَاتِلُوا الَّتِي تَبْغِي حَتَّى تَفِيءَ إِلَى أَمْرِ اللَّهِ»؛ یعنی اگر دو گروه از مومنان با یکدیگر به ستیز برخاستند، میان آنان صلح برقرار کنید. پس اگر یکی از آن دو برد دیگری بغی کرد، با آن که بغی می‌کند، بجنگید تا به امر خداوند گردن نهد. در آیه فوق نیز وسیله‌ای برای کشتن بغات مشخص نگردیده است و نمی‌توان وسیله‌ای را دخیل در غرض شارع عنوان کرد؛ بنابراین، طبق این آیه، بنابراین فرض که بغی یکی از حدود الهی باشد، حد بغی، فقط «قتل» است و وسیله‌ای معین نشده است که بتواند موضوع بحث طریقیّت و موضوعیت قرار بگیرد.

روایات نیز فقط به وجوب قتال و جنگیدن و کشتن بغاه پرداخته‌اند (نوری، مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل ۱۱: ۶۵)؛ بنابراین، آیه و روایات اختلافی در این موضوع ندارند که وسیله مشخصی، موضوعیت در قتل باغی ندارد و می‌توان به هر وسیله‌ای این مجازات را اعمال نمود. فقها نیز در بیان مجازات باغی از تعبیر قتل به صورت مطلق استفاده کرده‌اند (شهید اول، اللمعه الدمشقیه، ۸۴؛ ابن ادریس، السرائر ۲: ۱۶ و فخر المحققین، ایضاح الفوائد، ۱: ۳۵۳).

طبق آنچه بیان شد، ادله حدود هفت‌گانه مورد بحث، بالسان کاملاً مشابهی، این نکته را بیان می‌دارند که شارع فقط «قتل» را منظور داشته است و برای این امر، وسیله‌ای معین نفرموده است. هم آیات و هم روایات مورد استناد، همین حقیقت را نمایان می‌سازند و اگر هم در برخی ادله، شمشیر ذکر شده است، آن روایت توان معارضه با روایاتی که قتل را اثبات می‌کردند را ندارد. بنابراین، در این ادله، موضوعیت هیچ وسیله‌ای اثبات نخواهد شد و طبق این بیان، از آنجا که حد در همه

این حدود، قتل است و ما برای استیفای قتل ناچار به استفاده از وسیله‌ای هستیم، می‌توانیم هر وسیله‌ای که طریق به این غرض است را به کار بندیم.

۱-۲-۲. حدود قسم دوم

این دسته از حدود را نیز از این جهت که در لسان ادله، نوع بررسی و نتیجه با یکدیگر شباهت دارند، در یک بخش بیان می‌کنیم. ادله این دسته از حدود، وسیله خاصی را برای اعدام، تعیین می‌کنند و اگر در بررسی این ادله، به این نتیجه برسیم که وسیله تعیین شده، موضوعیت دارد، دیگر نمی‌توان طبق حکم اولی، بحث از جایگزینی این وسائل با ابزارهای دیگر را مطرح نمود. در ادامه به بررسی ادله این حدود پنج‌گانه می‌پردازیم تا اولاً به شباهت و اشتراکات در لسان ادله آنها پی ببریم و ثانیاً طریقت یا موضوعیت داشتن وسیله اعدام را مورد بررسی قرار دهیم. این پنج نوع از حدود در دو دسته کلی قرار می‌گیرند؛ دسته اول، مربوط به زنا است که شامل زنا با محارم نسبی و زنا با زن پدر می‌شود و دسته دوم، مربوط به سه نوع لواط است؛ یعنی لواط فاعل مکروه، لواط فاعل محسن و لواط مفعول (اعم از محسن و غیر محسن).

دسته اول: زنا

لسان ادله در تعیین مجازات این دو نوع زنا، مطرح در اینجا، متفاوت است؛ اما به صورت کلی، می‌توان همه آنها را به دو حالت طریقت و موضوعیت وسیله ارجاع داد. در ادامه، این روایات را مورد بررسی قرار داده و به دو دسته تقسیم می‌کنیم:

الف: روایات زنا با محارم نسبی که خود، به سه بخش قابل تقسیم است:

۱. ادله‌ای که حکم به قتل شخص زناکننده با محارم را می‌دهند. این ادله، خالی از شمشیر و گردن زدن بوده و فقط به قتل حکم می‌کنند؛ مانند روایت نبوی صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ که می‌فرماید: «من وقع علی ذات محرم فاقتلوه» (بروردی، جامع أحادیث الشيعة ۳۰: ۶۶۶)؛ یعنی هر کس با محرم خود زنا کند، او را بکشید. صاحب جواهر این روایت را معتبر دانسته و با اعتقاد به امکان جبران ضعف سند آن، در این مسئله نیز از آن استفاده می‌کند (جواهر الکلام ۴۱: ۳۱۱).

۲. روایاتی که حکم را به این صورت بیان کرده‌اند: «با شمشیر به او ضربه می‌زنند». صحیح‌ه

ابی ایوب از این سنخ روایات است که می‌فرماید: «ضرب ضریة بالسيف» (عاملی، وسائل ۲۸: ۱۱۳).
۳. ادله‌ای که دستور به گردن زدن با شمشیر می‌دهند؛ مانند صحیحه جمیل بن دراج که راوی در آن، از کیفیت ضرب به وسیله شمشیر از امام علیه السلام سؤال می‌کند و امام پاسخ می‌هد: «تضرب عنقه. أو قال: تضرب رقبتة»؛ یعنی گردن او زده می‌شود (عاملی، وسائل ۲۸: ۱۱۳).
(ب) زنا با زن پدر که دو نوع ادله را شامل می‌شود:

۱. ادله‌ای که زنا با زن پدر را ملحق به زنا با محارم نسبی می‌کند. مدعیان این نظریه چنین استدلال می‌کنند که ادله زنا با محارم، اختصاص به محارم نسبی نداشته و حکم کلی این است که اگر کسی با محارم خود زنا کرد، کشته می‌شود (شهید ثانی، روضه البهیة، ۹: ۶۴)؛ در این صورت، زن پدر نیز داخل در محارم شخص بوده و همان‌گونه که اصل قتل از ادله زنا با محارم نسبی اخذ می‌شود، کیفیت قتل نیز تابع همان دلائل خواهد بود (لنکرانی، تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسیلة - الحدود، ۱۵۱).

پشتوانه این دلیل این است که نه تنها مشهور فقها طبق آن فتوا داده‌اند، بلکه سید بن زهره، ادعای اجماع درباره آن را دارد (غنیة النزوع: ۴۲۱) که به نظر می‌رسد این اجماع با استفاده از همان روایات زنا با محارم است؛ زیرا خواهیم دید که تنها مستند صحیح در این مسئله، مورد اعراض قرار گرفته و فتوا مطابق با آن صادر نشده است.

۲. دومین دلیلی که برای قتل زانی بازن پدر اقامه شده است، معتبره سکونی است که می‌گوید: اباجعفر عن ابيه عن أميرالمؤمنين علیه السلام انه رفع إليه رجل وقع على امرأة ابيه فرجمه - و كان غیر محصن. (عاملی، وسائل الشیعه ۲۵: ۱۱۵) امام باقر علیه السلام از پدر بزرگوار خود، از امیرالمؤمنین علیه السلام نقل می‌کند که مردی را خدمت ایشان آوردند که بازن پدر خود زنا کرده بود، پس امام علی علیه السلام او را رجم کرد و (آن شخص) غیر محصن بود.

اشکال عمده‌ای که برای استدلال به این روایت بیان شده است، این است که فتوای مشهور - بلکه طبق ادعای صاحب غنیة اجماع علمای امامیه - این است که زانی بازن پدر کشته می‌شود، نه اینکه رجم می‌شود و این دو حد با یکدیگر تفاوت ماهوی دارند و به همین دلیل، فقهای امامیه از

این دسته از روایات اعراض کرده و فتوایی طبق آن صادر نموده‌اند (لنکرانی، تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسیلة - الحدود ۱۵۱). بنابراین ادله ما در این حد همان ادله ثابت در زنا با محارم نسبی است و نتیجه آن بحث در اینجا نیز تسری داده می‌شود.

البته درباره زانی با زن پدر، فتوای دیگری از برخی معاصرین نیز مطرح شده است که طبق معتبره سکونی، حکم به رجم این مجرم داده‌اند (خویی، مبانی تکملة المنهاج - موسوعه ۴۱: ۲۳۳)؛ اما از آنجا که مطمئن هستیم که در قانون مجازات، حد زنا با زن پدر قطعاً رجم نیست و قانون به فتوای مشهور و مطابق با احتیاط اخذ کرده است، از بحث درباره آن خودداری می‌کنیم و اگر این فتوای ما هم بپذیریم، با حکم زنا محصنه یکی بوده و هر آنچه آنجا گفته شود، در اینجا نیز مطرح می‌شود.

اقوال در مسأله

در بررسی روایات مربوط به این دو نوع زنا، به دو نظریه دست پیدا می‌کنیم. برخی از این روایات، دلالت بر موضوعیت شمشیر زدن می‌کنند و برخی دیگر، فقط قتل را مطرح کرده‌اند و وسیله خاصی را تعیین نکرده‌اند. فقها نیز حد این نوع زنا را با تعبیر قتل مطرح کرده‌اند. اکثر فقها عبارت «یقتل» را به کار برده‌اند و حد را کشته شدن محکوم علیه دانسته‌اند. از جمله این فقها عبارتند از: علامه حلی در تحریر (۲: ۲۲۲)، شهید اول در لمعه (۲۵۴)، شیخ طوسی در مبسوط که حکم به قتل را به امامیه نسبت داده است (۸: ۸)، صاحب جواهر در جواهر الکلام (۴۱: ۳۱۱)، آیت الله میرزا جواد تبریزی در اسس الحدود و التعزیرات (۹۷)، آیت الله مکارم شیرازی در انوار الفقاهه (۲۵۵)، امام خمینی (ره) در تحریر الوسیله (۲: ۴۶۲) و همچنین شهید ثانی در روضه البهیة که می‌فرماید: قتل به وسیله شمشیر یا مانند آن (۹: ۶۲). ظاهر عبارات این فقها این است که شمشیر یا هر وسیله دیگری، طریقت دارد. ممکن است اشکال شود که نمی‌توان این گزارش را درست دانست؛ چرا که عبارات علما، منصرف به معهود است و معهود این است که شمشیر در استیفای قتل، موضوعیت دارد و هر جا که قتل به کار برده شود، منظور شمشیر است. بنابراین در اینجا ما با دو قول مواجه نیستیم.

در پاسخ می‌توان گفت اولاً آنچه بیان شد، ظاهر عبارات علما است و اگر آنان قیدی را لازم بدانند،

حتماً آن را وارد کلمات خود می‌کنند؛ همان‌گونه که برخی دیگر از فقها، قید «سیف» را وارد کرده و بر آن تأکید کرده‌اند. این ادعا نیز که معهود فقها استیفاءی حد به وسیله شمشیر است نیز نمی‌تواند قیدی را برای عنوان قتل اثبات نماید؛ یعنی نمی‌توان طبق آن گفت حد، قتل بالسیف است و قید «بالسیف» به علت ارتکاز فقها آورده نشده است. ثانیاً برخی از همین علما با صراحت، از شمشیر سلب موضوعیت کرده‌اند و این تصریح، مانع از این می‌شود که کلام آنان را بر امر مغایر با آن حمل نماییم و در واقع، این کار، نوعی اجتهاد در مقابل نص است. ثالثاً اینکه آنچه موافق با اصول لفظی است، این است که ما کلمات فقها را بر ظاهر آن تفسیر نماییم؛ بنابراین، این ادعا که کلام آنان، منصرف به معهود است، نیازمند دلیل بوده و بدون دلیلی خاص، پذیرفتنی نیست و با توجه به تصریح برخی از همین علما بر عدم موضوعیت وسیله‌ای خاص و نیز عدم اعتماد برخی دیگر از علما به چنین ارتکازی و ذکر صریح وسیله، چنین دلیلی وجود ندارد. بنابراین در این مسأله، دو قول وجود دارد که به نظر می‌رسد علمای ذکر شده، به قول اول تمایل دارند.

ممکن است اشکال دیگری نیز به برداشت نویسنده‌ی مقاله از دلالت بر طریقت داشتن، وارد بشود که شهید ثانی فرمودند: شمشیر و مانند آن. این عبارت دلالت بر انحاء قتل ندارد بلکه مقصود بریده شدن گلو است. و هر وسیله‌ای که این غرض را برآورده کند وسیله‌ی مد نظر خواهد بود.

پاسخی که ممکن است به این اشکال داده شود این است که اولاً عبارت «و مانند آن» القاء می‌کند که شمشیر هم خصوصیت و موضوعیتی ندارد و آنچه متعلق غرض شارع است، شمشیر نبوده و هر وسیله‌ای که بتواند آن غرض را تأمین کند، جایگزین آن خواهد شد. بنابراین، کلام شهید ثانی بر طریقت داشتن وسیله دلالت دارد. ثانیاً تعیین اینکه غرض شارع، بریده شدن گلو است، نیازمند دلیل است و به عبارتی، غرض، بریده شدن گلو نیست؛ بلکه خود بریده شدن گلو، وسیله‌ای برای نیل به غرضی معین است.^۱

نظریه دومی که برخی از فقها بیان کرده‌اند، تعبیر «یقتل بالسیف» یا «یضرب بالسیف فی عنقه» است که به وسیله‌ای، همچون شمشیر، موضوعیت می‌بخشد. شهید اول در بعضی از نسخه‌های

۱. این مسأله به صورت تفصیلی در مقاله دیگر این نویسنده با عنوان مشروعیت اعدام بدون درد در فقه امامیه و قانون جمهوری اسلامی ایران، بررسی شده است.

کتاب الروضة البهية که شهید ثانی از وی حکایت کرده است (الروضة البهیه ۹: ۶۹) به این قول قائل است و علامه مجلسی (حدود و قصاص و دیات مجلسی ۱۴)، آیت الله فاضل لنکرانی در تفصیل الشریعه (الحدود ۱۴۶)، محقق خوئی در مبانی تکلمه المنهاج (موسوعه ۴۱: ۲۲۹) و برخی دیگر از فقهای بزرگوار امامیه نیز این قول را اختیار کرده اند.

بررسی ادله زنا

دسته دوم و سوم از روایات، صراحت در قتل ندارند (طباطبایی، ریاض المسائل، ۱۵۶: ۴۷۵) و ما از آنها نمی توانیم حد را قتل بدانیم؛ بلکه نهایت چیزی که ثابت می کنند، این است که حد، ضربه شمشیری است که به گردن محکوم علیه زده می شود (مکارم، انوار الفقاهه ۲۵۹) و این ضربه ممکن است باعث کشته شدن او بشود یا نشود. طبیعی است که چون حد، قتل نیست، نمی توان آن ضربه را تکرار کرد تا محکوم علیه کشته شود. اجمال این روایات با این نکته تأیید می شود که برخی از فقهای که طبق این دسته از روایات فتوا داده اند، برای رفع این ابهام، ناگزیر از روایت سلیمان بن هلال استفاده کرده اند (خویی، مبانی تکلمه المنهاج ۴۱ و موسوعه ۲۳۰). علاوه بر این، باید اجماعی که طبق روایات دسته اول وجود دارد را نیز ملاحظه نماییم؛ یعنی ما اجماع داریم که زانی با محارم کشته می شود (نجفی، جواهر الکلام، ۴۱: ۳۱۱) و طبق این دلیل اجماع، وسیله استیفا هر چه باشد، باید باعث مرگ زانی با محارم شود و شاید به همین علت است که برخی گفته اند اگر در ضربه اول کشته نشد، این ضربه باید تکرار گردد (فاضل لنکرانی، تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسیلة - الحدود، ۱۴۶).

در اینجا یکی از مشکل ترین مسائل فقهی شکل می گیرد؛ چرا که از یک سو، ادله دسته دوم و سوم، صحیحه بوده و دلالتی نیز بر قتل ندارند و از سوی دیگر، فقه امامیه، اجماع بر قتل دارد و این مسأله، اختیار حد در این مورد را با مشکل مواجه می کند (مکارم شیرازی، انوار الفقاهه ۲۵۹)؛ زیرا از سویی فقهای که به موضوعیت فتوا داده اند، می خواهند طبق روایات صحیحه عمل کنند و از نبوی اعراض نموده اند یا آن را حمل بر روایات صحیحه کرده اند؛ در صورتی که این روایات، حد قتل را اثبات نمی کنند و در نتیجه، فتوایی طبق مدلول روایات صحیحه دسته دوم و سوم وجود ندارد و

این روایات به دلیل اجمالی که دارند، نمی‌توانند مورد استناد فتوای به قتل واقع شوند.

موضوعی که در ارتباط با این بحث، حائز اهمیت است، یافتن ماهیت حد است؛ یعنی آیا ماهیت حد، قتل است یا ضربه شمشیر و یا ضربه شمشیر در محل گردن؟ روایات دسته اول دلالت بر این دارند که قتل، ماهیت حد است، اما روایات دسته دوم، ضربه شمشیر را ماهیت حد می‌داند و روایات دسته سوم نیز دلالت بر این دارند که ضربه شمشیر در محل گردن، ماهیت حد را شکل می‌دهد؛ در نتیجه، دو طرف با جمع این روایات به دست می‌آید. یک طرف قتل است، و یک طرف «یک ضربه شمشیر به محل گردن». بنابراین نمی‌توان گفت که «یک ضربه شمشیر در محل گردن»، همان قتل است و یا قتل، همان «یک ضربه شمشیر در محل گردن» است. و این دو ماهیتاً متفاوت هستند.

حال که دانسته شد قتل، ماهیت حد در زنا با محارم است، این سؤال پیش می‌آید که شیوه اعدام محکوم علیه باید چگونه باشد؟ آیا در این قتل، وسیله، خصوصیت دارد یا آنچه موضوعیت دارد، اعدام مجرم بوده و این اعدام می‌تواند به وسیله شمشیر زدن به گردن، یا غیر گردن و یا با غیر شمشیر اتفاق افتد؟ پاسخ این مسئله، فرع بر معنای عبارت «یقتل بالسیف» است که آیا منظور از این عبارت این است که شمشیر، موضوعیت دارد یا آنکه آنچه موضوعیت دارد، قتل و از هاق نفس است و شمشیر، طریقت داشته و ذکر آن در روایت نیز با انگیزه دیگری صورت گرفته است؟

محقق خوئی در تکلمه المنهاج می‌فرماید: «زانی با محارم، به وسیله شمشیری کشته می‌شود که با آن گردن وی زده خواهد شد» (خوئی، موسوعه ۴۱: ۲۲۹). بعضی دیگری از فقها نیز به همین مضمون فتوا داده‌اند (لنکرانی، تفصیل الشریعه. الحدود ۱۴۶) که هم قتل را اثبات می‌کنند و هم ضربه زدن با شمشیر را بیان می‌دارند.

با توجه به اشکال ابهام در ادله قول به شمشیر زدن، از این حیث که این روایات دلالت بر مرگ ندارند و در نهایت، ثابت می‌کنند که یک ضربه شمشیر به محل گردن محکوم علیه وارد بیاید و نیز با توجه به اینکه ماهیت حد در این دو نوع از زنا، قتل است، به نظر می‌رسد فتوای قتل به وسیله شمشیر زدن، دچار اشکال است؛ چرا که قائلین به این فتوا سعی دارند تا از یک سو به روایات صحیحه عمل

کنند و از سوی دیگر، با اجماع نیز مخالفت نکرده باشند؛ در حالی که می‌توان گفت روایات صحیح‌ه چون دلالتی بر قتل ندارند، این فتوایز منطبق بر آنها نیست و صحت آن نیازمند انضمام امر دیگری است. در واقع، فتوا باید به این شکل می‌بود: حد، عبارت است از یک ضربه شمشیر بر محل گردن محکوم علیه.

مرحوم محقق خوئی و مرحوم لنکرانی (رضوان الله تعالی علیهما) در پاسخ به این اشکال بیان کرده‌اند که اولاً حکم مسئله مورد بحث، به اجماع فقها، قتل است و طبق روایات صحیح‌ه، این قتل باید به وسیله شمشیر در گردن باشد. بنابراین، اشکال به این صورت حل می‌شود که ضربه شمشیر به گردن در اغلب موارد، کشنده است و طبیعی است که طبق عادت، تخلف از آن امکان ندارد؛ علاوه بر این، صحیح‌ه جمیل که می‌گوید «گردن او زده می‌شود» ظهور در قتل دارد (مبانی تکملة المنهاج موسوعه ۴۱: ۲۲۹ و تفصیل الشریعه فی شرح تحریر الوسیله - الحدود ۱۴۴).

اشکال پاسخ فوق، این است که حتی اگر ضربه شمشیر به گردن را غالباً کشنده بدانیم، باز هم دلیلی بر این مطلب نیست که مراد شارع در اینجا کشتن باشد؛ مانند بحث صلب که غالباً کشنده است، اما چنانچه خواهد آمد، دلالت بر این نمی‌کند که غرض شارع نیز کشته شدن محکوم علیه است. بنابراین، چگونه می‌توانیم ادعا کنیم که منظور از این حد، کشتن است؟

یک پاسخ ممکن به این اشکال این است که بگوییم عرف از این روایات، قتل را می‌فهمد؛ اما چنین فهم عرفی، محل تأمل و اشکال است؛ علاوه بر اینکه احراز ارتکاز عرفی آن زمان، نیاز به دلیل دارد و نمی‌توان آن را با عرف زمان خود یکی دانسته و طبق آن حکم نمود. در واقع، مخاطب این روایات، مردم آن زمان بوده و باید اوضاع و احوال زمان صدور روایت بررسی شود. اگر آن گونه که ادعا می‌شود، ارتکاز عرفی این گونه بود و معصوم علیه السلام به علت این ارتکاز قوی، از بیان ملزوم خودداری نموده است، طبق قاعده، نباید کسی در این مطلب، شک می‌کرد؛ در حالی که روایت سلیمان بن هلال، مخالف این تلقی از عرف آن زمان است. این روایت از امام معصوم علیه السلام طلب تفسیر می‌نماید و اگر این موارد، نزد عرف، مسلم بود، سؤال از آنها توجیهی نداشت. بنابراین گزارشات و داده‌های تاریخی در مورد این موضوع، خلاف این ادعا را ثابت می‌کند که عرف از این روایات، قتل را درک

می‌کرد. علاوه بر آن، می‌توان گفت مراد امام در صحیحه جمیل این است که این ضربه در این ناحیه زده شود؛ چراکه راوی از همین موضوع سوال می‌کند و امام نیز در همین موضوع، پاسخ می‌دهد. بنابراین، روایت ظهوری در کشتن ندارد و محل ورود ضربه شمشیر را بیان می‌دارد (مکارم شیرازی، أنوار الفقاهة ۲۵۹ و ۲۵۸). بنابراین اگر در روایت صحیحه را بر نبوی شریف، حمل نکنیم، این اشکال همچنان باقی است که ادله مذکور به ما حکم قتل را نمی‌دهند و در نتیجه، باید گفت با توجه به اجماعی که مطابق با نبوی شریف است، مجازات در این حدود، اعدام و قتل است؛ همان‌گونه که قانون مجازات اسلامی نیز این نظریه را در متن خود آورده است (ماده ۲۲۴ ق. م. ا. مصوب ۱۳۹۲).

تاکنون با توجه به اجماع و روایت نبوی، حد قتل را برای این دو نوع از زنا بیان کردیم؛ اما روایاتی که بیانگر نظریه شمشیر زدن هستند نیز صحیحه بوده و نمی‌توان به سادگی از آنها دست کشید. برای خودداری از طرح و ترک این روایات، توجیهاتی بیان شده است که به آنها اشاره می‌کنیم. یکی از این توجیهات این است که این روایات نیز در مقام بیان قتل هستند و ناظر به شیوه و ابزار قتل نبوده‌اند؛ همان‌گونه که روایت سلیمان بن هلال نیز مؤید این برداشت است که امام صادق علیه السلام در این روایت می‌فرماید: «با شمشیر به محکوم ضربه زده می‌شود». راوی سپس سؤال می‌کند که آیا منظور شما قتل است؟ ایشان می‌فرماید: بله همین است (عاملی، الوسائل ۲۸: ۱۵۴). واضح است که لسان این روایت با روایات محل بحث، یکی بوده و تفاوتی جز از حیث موضوع ندارد. به عبارت دیگر، حکم در هر دو روایت یکی بوده و موضوعات آنها متفاوت هستند. حال امام علیه السلام در توضیح سخن خود می‌گوید: منظور من از ضربه شمشیر، کشتن است. بعضی از فقها نیز این روایت را قرینه خارجی بر تفسیر و رفع ابهام از روایات قرار داده‌اند (مکارم، أنوار الفقاهة ۲۵۹).

ممکن است به این گفته اشکال شود که در اینجا راوی می‌خواهد از ظهور به نص برسد؛ یعنی روایت ظهور در قتل دارد، ولی راوی می‌خواهد از این موضوع، مطمئن شود و به همین علت، طلب صراحت از امام علیه السلام می‌کند و امام علیه السلام هم به صراحت پاسخ می‌دهند و این به معنای طریقت داشتن شمشیر نیست. پاسخ به این اشکال این است که گرچه راوی از امام می‌خواهد که کلام خود

را تفسیر نموده و مقصود خود از ذکر گردن زدن را بیان نماید؛ اما امام نیز با صراحت، بیان می‌کنند که منظور ایشان از این کلام «قتل» است؛ یعنی آنچه مقصود شارع است، کشتن محکوم علیه بوده و شمشیری که قبل از آن بیان شده است، طریق وصول به این مقصود بوده و موضوعیتی ندارد و لذا نمی‌توان آن را جزء ماهیت حد دانست. مؤید این ادعا این است که امام علیه السلام در تفسیر کلام خود نفرمودند: ضربه شمشیری که منجر به مرگ شود و در پاسخ راوی، شمشیر را بیان نکردند. این پاسخ دلالت بر این دارد که اصل، کشتن مجرم بوده و وسیله، فقط طریق به این مقصود است. البته می‌توان گفت نام بردن از وسیله، به عنوان وسیله متداول بوده است. طبق آنچه تاکنون بیان کردیم، به نظر می‌رسد توجیه روایات محل بحث این است که قیودی نظیر «یضرب بالسيف» یا «یضرب بالسيف فی عنقه»، هیچ خصوصیتی ندارند و با استناد به این توجیه، این دو عبارت، مترادف با «قتل» یا «اقتلوه» هستند؛ در نتیجه، هر سه دسته از روایات فقط یک معنا را منتقل می‌کنند و ذکر شمشیر، می‌تواند دلیل دیگری داشته باشد.

توجیه دیگری که برای عدم طرح روایات صحاح می‌توان بیان کرد این است که بگوییم این گروه از فقها، گردن زدن با شمشیر را در روایات، قید قتل گرفته‌اند و به همین علت، ناچار شده‌اند تا در فتوای خود، قتل را مقید به گردن زدن با شمشیر نمایند. اما آیا این تنها احتمال در روایات دارای ابهام بود که ناچار شدند قول به موضوعیت شمشیر را بپذیرند؟ به نظر می‌رسد احتمال دیگری نیز وجود دارد. در زمان ائمه علیهم السلام مجازات‌های اعدام به صورت‌های گوناگونی انجام می‌شد؛ از جمله، اعدام به وسیله رجم، احراق، پرتاب از بلندی و... و گردن زدن با شمشیر فقط یکی از آنها و به عنوان متداول‌ترین شیوه بوده است. در واقع، فقط در موارد خاصی از سایر شیوه‌ها استفاده می‌شد که آن موارد نیز به طور قطع، خصوصیتی داشتند که باعث می‌شدت تا مجازات آنها نیز با شیوه متداول، تفاوت داشته باشد. با این تفصیل، آیا نمی‌توان نتیجه گرفت که امام علیه السلام در مقام احتراز از دیگر شیوه‌های غیر متداول بوده است؟ به‌ویژه آنکه در فرض ما، بحث زنا مطرح است و در زنا می‌تواند مجازات رجم وجود دارد که بسیار شدیدتر و دردناک‌تر از گردن زدن است. آیا این احتمال، بعید است که امام علیه السلام این قید را به منظور احتراز از مجازات زنا معمولی بیان کرده باشند؟ با این توضیح

که روایات در اینجا مطلق هستند و هم زانی محصن و هم غیر محصن را شامل می‌شوند. حال اگر شخص محصن با محارم نسبی زنا کند، ممکن است این توهم پدید آید که باید رجم شود؛ زیرا هم زانی و هم محصن بوده و شرائط رجم نیز موجود است. امام با ذکر شیوه متداول، این توهم را دفع می‌کند و مشخص می‌نماید که حکم و حد زانی با محارم، قتل است نه رجم. به این ترتیب، غرض مولا از ذکر شیوه متداول نیز همین مطلب خواهد بود.

مؤید این برداشت این است که فقهای بزرگوار این فرض را خارج از باب زنا می‌معمولی با اجنبیه مطرح کرده‌اند و به هیچ عنوان و حتی در محصنه هم حکم زنا می‌معمولی را بر آن بار نکردند و حتی از روایتی که حکم هر دو باب را یکی می‌دانست، اعراض کرده و فقط حکم به قتل به شمشیر داده‌اند و به گفته مرحوم لنکرانی، هیچ فتوایی بر طبق این روایات صادر نشده است (لنکرانی، تفصیل الشریعه ص ۱۴۳). با این فرض آیا نمی‌توان گفت امام علیه السلام فقط در مقام بیان این مطلب است که این حد، فقط قتل است و برای اجرای آن، از شیوه متداول استفاده کنید و نه از شیوه‌های زنا با اجنبیه؟ به نظر می‌رسد این احتمال، قوی‌تر از سایر احتمالات است؛ به ویژه اینکه امام علیه السلام خود، گردن زدن را به قتل معنا کرده‌اند و نفرمودند که قتل، مقید به گردن زدن، بلکه فرمودند: منظور من از گردن زدن، کشتن است.

مطلب دیگر اینکه ظاهر روایت سلیمان بن هلال، با این نظریه هم‌خوانی ندارد که منظور امام علیه السلام قتل خاصی است که باید به وسیله گردن زدن اتفاق افتد و می‌توان گفت مطلق قتل به جای اجرا نشسته و این کشتن باید به شیوه متداول با غرض از میان برداشتن محکوم باشد نه به شیوه خاص. از میان بردن محکوم نیز باید به شرائطی باشد که غرض مولا در این‌گونه احکام که چیزی اضافه بر قتل ندارند، را تأمین کند.

توجیه سومی که برای عدم طرح روایات صحاح می‌توان مطرح کرد این است که بگوییم روایات با کمک اجماع و روایت سلیمان بن هلال، یعنی قرائن خارجی، قتل را اثبات می‌کنند و یقین وجود دارد که مراد امام علیه السلام قتل است و ادعای برخی از فقها که گردن زدن را در این قتل، دخیل می‌دانند، مستند به ظهور روایت است. در مقابل این ادعا، بعضی دیگر نیز معتقدند که ظهور روایت در این

است که حد، کشتن است و نه کشتن به شیوه‌های خاص؛ بنابراین، این دو قول، در این مسأله که آیا ظاهر روایت این است که وسیله، قید قتل است یا خیر، اختلاف پیدا می‌کنند و با تعارض هر دو ظهور با یکدیگر، حکم به سقوط و عدم حجیت هر دوی آنها می‌دهیم؛ یعنی روایت ظهوری در قید بودن یا قید نبودن شمیر در قتل ندارد. در این صورت، باید به اصل رجوع کنیم که به نظر می‌رسد اصل، عدم مداخلیت قید در عنوان است؛ با این توضیح که آنچه از این روایات برداشت می‌شود و قدر متیقن در مسئله است، این است که محکوم علیه باید کشته شود (مطلق ازهاق نفس) و در قیدیت وسیله اختلاف وجود دارد. در چنین موقعیتی باید به قدر متیقن اخذ نموده و حکم کنیم که وسیله، قید قتل نیست؛ یعنی مطلق قتل مورد حکم قرار بگیرد و برای تعیین وسیله باید به غرض شارع رجوع کرد و وسیله مناسب را برای استیفاء حد به کار برد.

در مجموع، آنچه از ادله، عبارات فقها، اشکالات و ابهامات موجود در ادله و همچنین توجیحات بالا به دست می‌آید این است که در زانی با محارم نسبی و زانی با زن پدر، نمی‌توان ثابت نمود که گردن زدن با شمشیر، موضوعیت دارد و نهایت چیزی که در این خصوص به دست می‌آید این است که حد زانی با محارم قتل است و وسیله‌ای که در روایات بیان شده است، به عنوان طریق و به منظور احتراز از مابقی شیوه‌های غیرمتداول در آن زمان بوده است؛ بنابراین، اگر در هر عصری، وسیله‌ای نزدیک‌تر به غرض شارع وجود داشت، می‌تواند به عنوان طریق به تحصیل مقصود شارع، جایگزین شمشیر گردد.

دسته دوم: لواط

برای مجازات فاعل در لواط، چندین مجازات یش‌روی حاکم قرار داده شده و حاکم مخیر است هر یک از آنها را که صلاح دید، اجرا نماید. قانون مجازات اسلامی برای لواط فقط اعدام را پذیرفته است (ماده ۲۳۴ قانون مجازات اسلامی مصوب ۹۲)؛ بنابراین طبق همین مبنا، ما در حد لواط، فقط قتل به وسیله شمشیر را بررسی خواهیم کرد و از احراق و... بحث نمی‌کنیم. روایات مربوط به این حکم نیز به سه دسته تقسیم می‌شوند:

دسته اول: این دسته از روایات، دلالت بر این مطلب دارند که حد فاعل لواط، ضربه شمشیر یا

گردن زدن است؛ از جمله این روایات، صحیحہ مالک بن عطیہ است کہ مرحوم خوبی بہ عنوان صحیحہ از آن یاد کردہ است (خوبی، مبانی تکلمہ منہاج، ۴۱ موسوعہ: ۲۸۰). این روایت می گوید: «مردی نزد امیرالمؤمنین بہ لواط اقرار کرد، در مرتبہ چہارم، امام علیہ السلام بہ وی فرمودند: یا ہذا، إن رسول اللہ (صلی اللہ علیہ وآلہ وسلم) حکم فی مثلک بثلاثۃ أحکام فاختر آئیہن شئت، قال: و ما ہنّ یا أمیر المؤمنین؟ قال: ضربۃ بالسيف فی عنقک بالغۃ ما بلغت... (عاملی، الوسائل ۲۸: ۱۶۱)؛ یعنی رسول خدا صلی اللہ علیہ وآلہ وسلم در امثال تو بہ سه شکل حکم کردند، پس ہر کدام را خواستی انتخاب کن. گفت: آنها چہ هستند یا امیرالمؤمنین؟ فرمود: ضربہ شمشیری در گردنت، بہ ہر جا کہ رسید.

دستہ دوم نیز روایاتی هستند کہ فقط حکم قتل فاعل محصن را بیان کردہ اند؛ مانند معتبرہ حماد بن عثمان کہ مرحوم خوبی آن را معتبرہ توصیف کردہ اند (خوبی، مبانی تکلمہ المنہاج ۴۱ و موسوعہ: ۲۸۱): «قلت لأبي عبد الله علیہ السلام: رجل أتى رجلاً «قال: علیہ إن کان محصناً القتل...» (عاملی، وسائل الشیعہ، ۲۸: ۱۵۴)؛ یعنی بہ امام صادق علیہ السلام عرض کردم: مردی با مرد دیگری لواط کرد. فرمود: اگر محصن باشد، کشتہ می شود.

دستہ سوم نیز روایاتی هستند کہ حکم بہ گردن زدن فاعل می کنند، اما این گردن زدن را تفسیر بہ قتل می نمایند؛ مانند روایت سلیمان بن ہلال کہ از امام صادق علیہ السلام درباره مردی سوال می کند کہ با مرد دیگری لواط می کند و امام علیہ السلام می فرماید: اگر ایقاب نکرده باشد، شلاق زدہ می شود و اگر ایقاب کردہ باشد، او را در حالت ایستادہ با ضربہ شمشیر مورد اصابت قرار می دهند تا ہر کجا کہ برسد. سپس می گوید: بہ او گفتم: «هو القتل قال هو ذاک» (عاملی، وسائل الشیعہ ۲۸: ۱۵۳)؛ یعنی آیا این کشتن است؟ فرمود: بلہ همان است.

بنابراین در اینجا نیز مانند حد زنا یا محارم با دو دستہ از روایات مواجہ هستیم کہ برخی حکم بہ گردن زدن و برخی دیگر، حکم بہ صرف کشتن می دهند؛ با این تفاوت کہ در اینجا روایتی وجود دارد کہ گردن زدن را تفسیر می کند و ہمین می تواند قرینہ ای در آن حدود و حدود مشابہ قرار بگیرد. بنابراین دستہ سوم از این روایات نیز در این مسئلہ دارای اهمیت هستند.

در رابطہ با لواط مفعول نیز حکم وادلہ مشابہ با همان ادلہ لواط فاعل است؛ با این تفاوت کہ در

اینجا، احسان یا عدم احسان مفعول، فرقی در تبدیل حکم ندارد. روایت معتبره حماد بن عثمان که در بالا ذکر کردیم، در ادامه می‌گوید: «قال قلت: فما على المؤتي قال - عليه القتل على كل حال محصناً كان أو غير محصن» (خویی، مبانی تکلمه منهج - موسوعه ۲۸۰: ۴۱)؛ یعنی گفتم: بر کسی که با او لواط شده است، چه حکمی ثابت است؟ فرمودند: بر او قتل است، چه محصن باشد و چه غیر محصن. برای این قتل نیز بنا بر روایات گذشته، همان گردن زدن با شمشیر تعیین می‌گردد و از این حیث، مفعول با فاعل تفاوتی ندارد.

با توجه به انواع روایات مذکور در سه نوع از لواطی که مطرح شد نیز می‌توان نتیجه گرفت برخی از آنها به مجرد قتل، حکم می‌کنند و برخی دیگر، حکم به گردن زدن می‌کنند. عبارات فقها نیز ناظر به همین دو نوع است؛ یعنی اکثر فقها، ابتدا حد لواط را «قتل» اعلام می‌کنند و سپس با بحث از کیفیت اجرای این حد، روش‌های استیفا را منحصر در چند مورد می‌دانند که اولین آنها گردن زدن با شمشیر است (صاحب جواهر، جواهر الکلام ۴۱: ۳۸۱؛ شهید ثانی، المسالک ۱۶: ۴۰۵؛ امام خمینی (ره)، تحریر الوسیله ۲، ۴۷۰؛ محقق خوئی، مبانی تکلمه منهج، موسوعه ۲۸۶: ۴۱ و وحید خراسانی منهج ۳: ۴۸۵).

فتوای برخی دیگر از فقها، صراحت دارد که گردن زدن با شمشیر، موضوعیت نداشته و این موضوع، نشان می‌هد که آنان این موضوع را طریقی برای ازهاق روح می‌دیدند که قابل جایگزینی است. آیت‌الله شبیری زنجانی در رساله توضیح المسائل در مورد این مسئله می‌فرماید: «کیفیت قتل، وابسته به نظر حاکم شرع است که وی آن را به شیوه‌ای که در بازداشتن جامعه از گناه مؤثر است، اجرا می‌کند» (۶۳۰). واضح است که ایشان برای کیفیات ذکر شده در روایات، خصوصیت و موضوعیتی قائل نیستند و آنچه در نظر ایشان ملاک تعیین وسیله می‌گردد، بازدارنده بودن آن است. به عبارت دیگر، ایشان غرض شارع از تعیین کیفیات مختلفه برای حد لواط را بازدارنده بودن آنها فهم کرده است و طبق همین فهم نیز فتوا داده‌اند که حاکم می‌تواند وسیله‌ای را جایگزین کند که بازدارندگی بهتری داشته باشد. روایاتی نیز در تأیید این نظریه وجود دارد (عاملی، وسائل الشیعه، ۲۸: ۱۶۰). آیت‌الله روحانی نیز در فقه الصادق می‌فرماید: «اگر لواط ثابت شد، پس یک بار با ایقاب

است و یک بار بدون ایقاب. اگر همراه با ایقاب بود، کشته می شود یا رجم می گردد یا از بلندی به زیر افکنده می شود یا آتش زده خواهد شد بدون خلاف» (۴۴۸: ۲۵). از عبارات ایشان چنین به دست می آید که ایشان نیز «یقتل بالسیف، یا یضرب عنقه بالسیف» که در روایات و عبارات فقها آمده است را مطلق از هاق نفس می داند؛ به همین علت، در اولین حد که به طور معمول، گردن زدن با شمشیر تعبیر می گردد، ایشان مجرد قتل را ذکر کرده اند. مؤید این برداشت ما از عبارات ایشان، کلمه «بلا خلاف» است که در آخر عبارت ذکر شده است؛ زیرا اکثر عبارات، این گونه نگارش نیافته اند، بلکه با صراحت، شمشیر را ذکر کرده اند و حال که ایشان مجرد «قتل» را در اولین مورد از موارد چندگانه، ذکر کرده اند، مشخص می گردد که فهم ایشان از عبارات فقها این بوده که شمشیر، طریقت به غرض شارع دارد؛ زیرا در غیر این صورت، عبارت از این جهت دچار تهافت خواهد بود که اولاً حد را فقط «قتل» ذکر کند و سپس بگوید خلاقی در این مسئله نیست.

بررسی ادله لواط

با توجه به بحث هایی که در زنای با محارم گذشت و آنچه از شباهت میان ادله این دو حد وجود دارد، بحث در اینجا نیز مشابه با آن بحث پیش خواهد رفت و نتیجه بحث زنای با محارم که طریقت داشتن شمشیر بود در اینجا نیز جاری خواهد بود؛ به ویژه اینکه روایت سلیمان بن هلال که در زنای با محارم، ضربه با شمشیر را تفسیر می نمود، در باب لواط وارد شده است و حد گردن زدن با شمشیر را در لواط به قتل تفسیر می کند. با توجه به عبارات فقها باید گفت حد در این مسئله، قتل است. همان گونه که هر دو گروه از فقها چنانچه ذکر شد، در مرحله اول حد را قتل ذکر کرده اند و سپس روش های استیفا را در آن ذکر نموده اند که یکی از این روش ها، گردن زدن با شمشیر بود. حال که حد در مسئله قتل است، بحث از موضوعیت یا طریقت داشتن وسیله مطرح می شود.

در پاسخ به این مسأله می توان گفت اولاً نمی توان عبارت همه فقها در مسئله را حمل بر موضوعیت داشتن گردن زدن کرد؛ به ویژه اینکه برخی از فقها موضوعیت (منتظری، کتاب الحدود ۱۵۸) و برخی دیگر طریقت (روحانی، فقه الصادق، ۴۴۸: ۲۵) را از گردن زدن متوجه شده اند و ثانیاً روایت سلیمان بن هلال که در بخش زنا از آن استفاده کردیم، در اینجا با صراحت، «گردن زدن با

شمشیر» را به قتل تفسیر می‌کند و ثالثاً با توجه به اینکه در این حد، روش‌های متعددی وجود دارد؛ به طوری که فقط صلب از آن استثناء شده است نیز می‌توان گفت همه این راه‌ها به عنوان نمونه و طرق تحقق قتل بوده‌اند. قتل با شمشیر نیز چنانچه پیش از این نیز اشاره شد، اشاره به فرد غالبی دارد که برای مطلق ازهاق نفس و تحصیل غرض شارع در این نوع سلب حیات، کاربرد داشت. با توجه به سه مطلب فوق، گردن زدن با شمشیر در اینجا نیز مانند زنای با محارم، طریقت دارد و در واقع، همان‌گونه که از فقه الصادق نقل کردیم، در اینجا چند روش وجود دارد که نخستین آنها، صرف کشتن محکوم است. البته اگر امام این کشتن را بازدارنده نبیند و بخواهد روش دیگری معین کند، می‌تواند از بین رجم، احراق، پرتاب از بلندی، یا خراب کردن دیوار بر روی محکوم، یکی را انتخاب نماید. در حال حاضر، حاکم طبق قانون مجازات اسلامی، صرف کشتن را بازدارنده تشخیص داده و حکم به اعدام فاعل و مفعول در لواط نموده است.

با توجه به آنچه درباره ادله زنای با محارم و لواط بیان کردیم، اگر نپذیریم که همه روش‌ها در مجازات لواط طریقت دارند، حداقل این است که اولین روش از روش‌های چندگانه در محل بحث، طریقت دارد و منظور از بیان آن، مطلق ازهاق نفس است. به عبارتی، در محل بحث، مجازات یا مطلق قتل است یا قتل به علاوه یک روش معین که قانون‌گذار در حال حاضر، فقط قتل را تعیین کرده است؛ بنابراین، برای مطلق ازهاق نفس محکوم باید غرض شارع در این‌گونه سلب حیات بررسی شود و در صورت اقدام به جایگزینی نیز غرض شارع ملاک تعیین وسیله جدید خواهد بود.

جمع‌بندی حدود قسم دوم

نتیجه‌ای که تاکنون درباره حدود بحث شده به دست آمد، این است که یا وسیله‌ای برای استیفا ذکر نشده است که در این صورت، باید وسیله‌ای با توجه به موارد مورد اهمیت برای شارع در استیفا این نوع از احکام، تعیین گردد و یا اینکه شمشیر یا گردن زدن تعیین شده است که همان‌گونه که اثبات نمودیم، این وسیله نیز طریقت دارد و قابل جایگزینی با وسائل دیگر است.

۱-۳. حد رجم و صلب در زنای محصنه و محاربه

یکی از مجازات‌های محاربه، طبق قوانین کیفری جمهوری اسلامی و همچنین شرع مقدس

اسلام، «صلب» یا به دار آویختن است. مجازات زنا با اجنبیه در صورت دارا بودن شرایط احصان نیز رجم است. این دو مجازات در قانون مجازات اسلامی ذکر شده‌اند. در اینجا این سؤال پیش می‌آید که آیا این روش‌ها طریق برای رسیدن به غرض معینی هستند یا موضوعیت دارند؟ اگر این روش‌ها طریق به غرض خاصی باشند، قابل جایگزینی با روش‌هایی هستند که غرض مورد نظر را بهتر و کامل‌تر به دست می‌دهند؛ اما اگر موضوعیت داشته باشند، طبق حکم اولی نمی‌توان آنها را با روش‌های دیگر جایگزین کرد.

الف) محاربه

اولین دلیل برای حکمی که برای محاربه بیان کردیم، آیه ۳۳ سوره مبارکه مائده است که می‌فرماید: «تَمَا جَزَاءَ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَ يَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خِلَافٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ»؛ یعنی جزای کسانی که با خدا و رسول او محاربه می‌کنند، و سعی در فساد بر زمین می‌کنند، این است که کشته شوند، یا به دار آویخته شوند، یا دست‌ها و پاها را از آن بر خلاف قطع گردند، یا از آن سرزمین تبعید شوند. در این آیه، مجازات صلب یا به دار آویختن، یکی از مجازات‌های محاربه شمرده شده است. در این روش، محکوم به مدت سه روز بر روی چوب بسته می‌شود (حلی، معالم‌الدین فی فقه آل یاسین ۲: ۵۱۸).

دلیل روایی این حد نیز که فقها به آن تمسک کرده‌اند، صحیحه محمد بن مسلم (رضوان الله تعالی علیه) از امام باقر علیه السلام است (خویی، مبانی تکملة المنهاج - موسوعه ۴۱: ۳۸۵) که می‌گوید: امام باقر علیه السلام فرمودند: «من شهر السلاح في غير الأمصار فضرب وعقرو وأخذ المال ولم يقتل فهو محاربٌ جزاؤه جزاء المحارب وأمره إلى الإمام إن شاء قتله و صلبه» (مجلسی، بحار الانوار ۷: ۱۹۶)؛ یعنی کسی که در بیرون از شهر سلاح بکشد و مرتکب ضرب و جرح و غارت شود؛ ولی مرتکب قتل نشود، محارب است و کیفر او کیفر محارب است و امر او به اختیار امام است، اگر خواست او را می‌کشد و به دار می‌آویزد.

ظاهر این است که اختلافی میان امامیه وجود ندارد که صلب، یکی از حدود محاربه است (گلبایگانی، الدر المنضود، ۳: ۲۴۷) و همه فقها نیز قبول دارند که به دار آویختن، یکی از حدود

محرابه است. شهید ثانی در مسالک می‌فرماید: «به دار آویختن محارب بنا بر قول به تخییر، در صورت زنده بودن وی است؛ زیرا صلب، یکی از افراد حد و قسیم قتل است و همین، اقتضاء دارد که محکوم زنده باشد؛ اما بنا بر قول به تفصیل، حتماً در صورت کشته شدن او و بردن مال باید به دار آویخته شود و گذشت که محارب باید اول کشته شود و سپس به دار آویخته شود (مسالک الافهام، ۱۶: ۱۵). صاحب جواهر نیز به همین مطلب اشاره دارد (جواهر الکلام، ۴۱: ۵۸۹).

بنابر ادله و اقوال فقها، اولاً به دار آویختن، به عنوان مجازات محاربه، به طور قطعی در شریعت ثابت است؛ ثانیاً این حد در صورت انتخاب باید به طور حتمی اجرا شود و نمی‌توان جایگزینی برای آن قرار داد؛ زیرا قسیم قتل است و ثالثاً این سخن شهید ثانی که می‌فرماید: «بنا بر قول به تفصیل در صورت قتل به دار آویخته می‌»، دلالت کاملی بر این مطلب دارد که مجازات صلب، طریقی برای کشتن صرف محارب نیست؛ بلکه اگر قتل را با آن اراده کرده باشند، قتل به علاوه چیزی زائد بر قتل است و اگر مقتول به دار آویخته شود، فقط آن زیاده قصد شده است. بنابراین خود به دار آویختن در مجازات محارب، موضوعیت دارد.

ب) زناى محصنه

علاوه بر اجماعی که در «رجم» زناى محصنه وجود دارد (طبرسی، المؤتلف من المختلف بین أئمة السلف ۲: ۳۸۶)، روایات صحیحه و صریحه نیز بر این حد دلالت دارند؛ از جمله روایت صحیحه محمد بن قیس از امام باقر علیه السلام: «قال: قضی أمير المؤمنين علیه السلام فی الشیخه و الشیخه أن یجلدا مائة، و قضی للمحصن الرجم» (کلینی، الکافی ۷: ۱۷۸)؛ یعنی امیرالمؤمنین علیه السلام درباره شیخ و شیخه به صد ضربه شلاق حکم کردند و درباره محصن حکم به رجم کردند. صحیحه محمد بن مسلم از امام باقر علیه السلام (مجلسی، ملاذ الاخیار، ۱۶: ۱۳ ح ۱۳) و موثقه سماعه از امام صادق علیه السلام (کلینی، الکافی ۷: ۱۷۷) نیز بر همین مطلب دلالت دارند. فقها نیز بدون هر گونه اختلافی، رجم را برای زناى محصنه ثابت می‌دانند. فقهایی همچون ابن ادریس (سرائر ۳: ۴۳۸)، شیخ طوسی (النهایه: ۶۹۹)، امام خمینی (ره) (تحریر الوسیله، ۲: ۴۳۶) و صاحب جواهر (جواهر الکلام، ۴۱: ۳۱۸) از جمله فقهایی هستند که این حد را به صراحت بیان کرده‌اند.

بنابراین با توجه به ادله که در زناى محصنه به حد رجم دلالت دارند و همچنین با توجه به عبارت فقها که بدون اختلاف، حد زناى محصنه را رجم می‌دانند، حد ما در این مسئله، مجرد قتل و ازهاق نفس نیست؛ بلکه خصوصیتی در رجم وجود دارد که شارع آن را بیان کرده است و حدی که در اینجا ثابت می‌شود، سنگسار کردن است که به طور قطعی، برای غرضی از سوی شارع بیان شده است. مؤید این مطلب که سنگسار کردن، خصوصیتی برای شارع دارد و این حکم باید برای زانی محصن اجرا شود، این است که زانی در صورت اجرای حکم سنگسار، اگر قبل از اجرای حکم از حفره فرار کند، مطلقاً چه حد با اقرار ثابت شده باشد و چه باینه، برگردانده می‌شود تا سنگ به سراواصابت کند. البته اگر با اقرار ثابت شده باشد، بعد از اصابت سنگ به وی و فرار او از حفره، برگردانده نمی‌شود؛ لکن همین مقدار که تعیین شده است باید سنگ به او اصابت کند (شیخ طوسی، النهایه: ۷۰۰) و این مطلب به این معنا است که سنگسار، خصوصیتی در حد دارد که نمی‌توان از آن چشم‌پوشی کرد.

البته برخی از فقها بیان می‌دارند این مجرم سنگسار می‌شود تا کشته شود (دیلمی، المراسم العلویه: ۲۵۲). لکن این عبارت، دلالت بر این ندارد که حد این جرم، قتل است و رجم، وسیله‌ای برای قتل زانی بوده و ممکن است طریقت داشته باش؛ بلکه حد زانی، رجمی است که به قتل می‌انجامد و این وسیله که در لسان ادله اخذ شده است، موضوعیت دارد. مؤید این برداشت از لسان ادله، تفاوتی است که بین این حد و قتل در زناى با محارم وجود دارد. در زناى با محارم ادعا کردیم که در برخی از ادله قتل به کار رفته است و در برخی دیگر، گردن زدن و این گردن زدن، فرد غالبی بود که برای مطلق ازهاق نفس استفاده می‌شد. حال آنچه در ادله زناى محصنه وجود دارد، رجم است و مشخص است سنگسار کردن، عبارت است از قتل به علاوه چیزی دیگر که غرض شارع به آن تعلق گرفته است. بنابراین معلوم نیست جایگزین کردن آن با وسیله دیگری که بتواند غرض شارع را تأمین کند، صحیح باشد و در نتیجه، سنگسار در زناى محصنه موضوعیت دارد.

نتیجه‌گیری

با بررسی انواع حدود سالب حیات و نیز قصاص نفس، درباره طریقت یا موضوعیت داشتن شبیه استیفای مجازات‌های اعدام، نتایج ذیل به دست آمده است:

۱. حدود دسته اول که در مرتبه چهارم، منجر به قتل می‌شدند، خالی از تعیین وسیله بودند و بنابراین، هیچ وسیله‌ای در استیفای آنها موضوعیت ندارد.
۲. حدود دسته دوم که اکثریت حدود منجر به سالب حیات، به استثنای صلب در محاربه و رجم به علت زناى محصنه، را شکل می‌داند نیز نتیجه مشابه با حدود دسته اول به دست آمد و در قسم دوم نیز که شمشیر و گردن زدن که در ادله آنها تعیین شده بودند، طریقت داشتند و می‌توان آنها رت با وسائل نزدیک‌تر به غرض شارع، جایگزین نمود.
۳. در دسته سوم از حدود، صلب در محاربه و رجم به علت زناى محصنه بررسی شدند که نتیجه گرفتیم که رجم و صلب در استیفای این گونه از حدود، موضوعیت دارند و جایگزینی آنها با وسائل دیگر، به حکم اولی، صحیح نیست.
۴. در قصاص نیز جواز مماثلت، محل اشکال است و برای استیفای قصاص نفس، شمشیر تیز و گردن زدن بیان شده است که این روش، طریقت دارد و می‌توان وسیله‌ای را جایگزین آن کرد.

فهرست منابع

القرآن الكريم

۱. ابن ادریس، محمد بن منصور بن احمد، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم - ایران، دوم، ۱۴۱۰ هـ ق
۲. اردبیلی، احمد بن محمد، مجمع الفائدة و البرهان في شرح إرشاد الأذهان، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم - ایران، اول، ۱۴۰۳ هـ ق.
۳. اسکافی، ابن جنید، محمد بن احمد کاتب بغدادی، مجموعة فتاوی ابن جنید، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم - ایران، اول، ۱۴۱۶ هـ ق.
۴. بروجردي، آقا حسین طباطبائی، جامع أحاديث الشيعة، انتشارات فرهنگ سبز، تهران - ایران، اول، ۱۴۲۹ هـ ق.
۵. بغدادی، مفید، محمد بن محمد بن نعمان عکبری، المقنعة (للسیخ المفید)، کنگره جهانی هزاره شیخ مفید - رحمة الله عليه، قم - ایران، اول، ۱۴۱۳ هـ ق.
۶. تبریزی، جواد بن علی، أسس الحدود و التعزیرات، دفتر مؤلف، قم - ایران، اول، ۱۴۱۷ هـ ق.
۷. حائری، سید علی بن محمد طباطبائی، ریاض المسائل (ط - الحدیثة)، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، قم - ایران، اول، ۱۴۱۸ هـ ق
۸. حلبی، ابن ابی المجد، علی بن حسن، إشارة السبق إلى معرفة الحق، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم - ایران، اول، ۱۴۱۴ هـ ق
۹. حلبی، ابن زهره، حمزة بن علی حسینی، غنية النزوع إلى علمي الأصول والفروع، مؤسسه امام صادق علیه السلام، قم - ایران، اول، ۱۴۱۷ هـ ق.
۱۰. حلبی، ابو الصلاح، تقی الدین بن نجم الدین، الکافی فی الفقه، کتابخانه عمومی امام امیر المؤمنین علیهم السلام، اصفهان - ایران، اول، ۱۴۰۳ هـ ق.
۱۱. حلّی، شمس الدین محمد بن شجاع القطن، معالم الدین فی فقه آل یاسین، مؤسسه امام صادق علیه السلام، قم - ایران، اول، ۱۴۲۴ هـ ق
۱۲. حلّی، علامه، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، إرشاد الأذهان إلى أحكام الإيمان، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم - ایران، اول، ۱۴۱۰ هـ ق.
۱۳. -----، تحریر الأحكام الشرعية علی مذهب الإمامية (ط - الحدیثة)، مؤسسه امام صادق علیه السلام، قم - ایران، اول، ۱۴۲۰ هـ ق.

١٤. -----، قواعد الأحكام في معرفة الحلال والحرام، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم - ایران، اول، ١٤١٣ هـ ق.
١٥. -----، مختلف الشیعة فی أحكام الشریعة، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم - ایران، دوم، ١٤١٣ هـ ق.
١٦. حلّی، فخر المحققین، محمد بن حسن بن یوسف، ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد، مؤسسه اسماعیلیان، قم - ایران، اول، ١٣٨٧ هـ ق.
١٧. حلّی، محقق نجم الدین جعفر بن حسن، المختصر النافع فی فقه الإمامیة، مؤسسة المطبوعات الدینیة، قم - ایران، ششم، ١٤١٨ هـ ق.
١٨. حلّی، محقق، نجم الدین، جعفر بن حسن، شرائع الإسلام فی مسائل الحلال والحرام، مؤسسه اسماعیلیان، قم - ایران، دوم، ١٤٠٨ هـ ق.
١٩. حلّی، مقداد بن عبد الله سیوری، التنقیح الرائع لمختصر الشرائع، انتشارات کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی - ره، قم - ایران، اول، ١٤٠٤ هـ ق.
٢٠. حلّی، یحیی بن سعید، الجامع للشرائع، مؤسسة سید الشهداء العلمیة، قم - ایران، اول، ١٤٠٥ هـ ق.
٢١. خراسانی، حسین وحید، منهج الصالحین (للوحید)، مدرسه امام باقر علیه السلام، قم - ایران، پنجم، ١٤٢٨ هـ ق.
٢٢. خمینی، سید روح الله موسوی، تحریر الوسیلة، مؤسسه مطبوعات دار العلم، قم - ایران، اول، هـ ق.
٢٣. خویی، سید ابوالقاسم موسوی، مبانی تکملة المنهاج، مؤسسة إحياء آثار الإمام الخوئی ره، قم - ایران، اول، ١٤٢٢ هـ ق.
٢٤. دیلمی، سلار، حمزة بن عبد العزیز، المراسم العلویة و الأحكام النبویة، منشورات الحرمین، قم - ایران، اول، ١٤٠٤ هـ ق.
٢٥. روحانی قمی، سید صادق حسینی، فقه الصادق علیه السلام (لروحانی)، دارالکتاب - مدرسه امام صادق علیه السلام، قم - ایران، اول، ١٤١٢ هـ ق.
٢٦. زنجانی، سید موسی شبیری، رساله توضیح المسائل (شبیری)، انتشارات سلسبیل، قم - ایران، اول، ١٤٣٠ هـ ق.

۲۷. سبزواری، سید عبد الأعلى، مهذب الأحكام (للسبزواری)، مؤسسه المنار - دفتر حضرت آية الله، قم - ايران، چهارم، ۱۴۱۳ هـ.ق.
۲۸. شريف مرتضى، على بن حسين موسى، الانتصار في انفرادات الإمامية، دفتر انتشارات اسلامي وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم، قم - ايران، اول، ۱۴۱۵ هـ.ق.
۲۹. شيرازي، ناصر مكارم، أنوار الفقاهة - كتاب الحدود و التعزيرات (لمكارم)، انتشارات مدرسة الإمام علي بن أبي طالب عليه السلام، قم - ايران، اول، ۱۴۱۸ هـ.ق.
۳۰. صدر، سيد محمد، ما وراء الفقه، دار الأضواء للطباعة و النشر و التوزيع، بيروت - لبنان، اول، ۱۴۲۰ هـ.ق.
۳۱. طبرسي، امين الإسلام، فضل بن حسن، المؤلف من المختلف بين أئمة السلف، مجمع البحوث الإسلامية، مشهد - ايران، اول، ۱۴۱۰ هـ.ق.
۳۲. طرابلسي، ابن براج، قاضي، عبد العزيز، المهذب (لابن البراج)، دفتر انتشارات اسلامي وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم، قم - ايران، اول، ۱۴۰۶ هـ.ق.
۳۳. طوسي، ابو جعفر، محمد بن حسن، الأمالي (للشيخ الطوسي)، دار الثقافة، قم - ايران، اول، ۱۴۱۴ هـ.ق.
۳۴. -----، الخلاف، دفتر انتشارات اسلامي وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم، قم - ايران، اول، ۱۴۰۷ هـ.ق.
۳۵. -----، المبسوط في فقه الإمامية، المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية، تهران - ايران، سوم، ۱۳۸۷ هـ.ق.
۳۶. -----، النهاية في مجرد الفقه و الفتاوى، دار الكتاب العربي، بيروت - لبنان، دوم، ۱۴۰۰ هـ.ق.
۳۷. -----، تهذيب الأحكام، دار الكتب الإسلامية، تهران - ايران، چهارم، ۱۴۰۷ هـ.ق.
۳۸. طوسي، محمد بن علي بن حمزه، الوسيلة إلى نيل الفضيلة، انتشارات كتابخانه آية الله مرعشي نجفی - ره، قم - ايران، اول، ۱۴۰۸ هـ.ق.
۳۹. عاملي، حرّ، محمد بن حسن، وسائل الشيعة، مؤسسه آل البيت عليه السلام، قم - ايران، اول، ۱۴۰۹ هـ.ق.
۴۰. عاملي، شهيد اول، محمد بن مكي، اللمعة الدمشقية في فقه الإمامية، دار التراث - الدار الإسلامية، بيروت - لبنان، اول، ۱۴۱۰ هـ.ق.

٤١. عاملى، شهيد ثانى، زين الدين بن على، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية (المحشى - كلانتر)، كتابفروشى داورى، قم - ايران، اول، ١٤١٠ هـق.
٤٢. -----، مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام، مؤسسة المعارف الإسلامية، قم - ايران، اول، ١٤١٣ هـق.
٤٣. عميدى، سيد عميد الدين بن محمد اعرج حسيني، كنز الفوائد في حل مشكلات القواعد، دفتر انتشارات اسلامى وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم، قم - ايران، اول، ١٤١٦ هـق
٤٤. فاضل أبى، حسن بن ابى طالب يوسفى، كشف الرموز في شرح مختصر النافع، دفتر انتشارات اسلامى وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم، قم - ايران، سوم، ١٤١٧ هـق.
٤٥. فاضل هندى، محمد بن حسن، كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، دفتر انتشارات اسلامى وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم، قم - ايران، اول، ١٤١٦ هـق.
٤٦. قانون مجازات اسلامى مصوب ١٣٩٢.
٤٧. قمى، صدوق، محمّد بن على بن بابويه، الهداية في الأصول والفروع، مؤسسه امام هادى عليه السلام، قم - ايران، اول، ١٤١٨ هـق.
٤٨. -----، من لا يحضره الفقيه، دفتر انتشارات اسلامى وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم، قم - ايران، دوم، ١٤١٣ هـق.
٤٩. كلينى، ابو جعفر، محمد بن يعقوب، الكافي (ط - الإسلامية)، دار الكتب الإسلامية، تهران - ايران، چهارم، ١٤٠٧ هـق.
٥٠. -----، الكافي (ط - دار الحديث)، دار الحديث للطباعة والنشر، قم - ايران، اول، ١٤٢٩ هـق
٥١. كيدرى، قطب الدين، محمد بن حسين، إصباح الشيعة بمصباح الشريعة، مؤسسه امام صادق عليه السلام، قم - ايران، اول، ١٤١٦ هـق.
٥٢. گلپايگانى، سيد محمد رضا موسى، الدر المنضود في أحكام الحدود، دار القرآن الكريم، قم - ايران، اول، ١٤١٢ هـق.
٥٣. لنكرانى، محمد فاضل موحدى، تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القصاص، دريك جلد، مركز فقهى ائمه اطهار عليهم السلام، قم - ايران، اول، ١٤٢١ هـق.
٥٤. مجلسى دوم، محمد باقر بن محمد تقى، بحار الأنوار، مؤسسة الطبع والنشر، بيروت - لبنان، اول، ١٤١٠ هـق.

۵۵. -----، حدود و قصاص و دیات (مجلسی)، مؤسسه نشر آثار اسلامی، تهران - ایران، اول، هق.
۵۶. -----، ملاذ الأخیار فی فهم تهذیب الأخبار، انتشارات کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی - ره، قم - ایران، اول، ۱۴۰۶ هق.
۵۷. -----، ملاذ الأخیار فی فهم تهذیب الأخبار، انتشارات کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی - ره، قم - ایران، اول، ۱۴۰۶ هق.
۵۸. مغربی، ابو حنیفه، نعمان بن محمد تمیمی، دعائم الإسلام، مؤسسه آل البيت عليه السلام، قم - ایران، دوم، ۱۳۸۵ هق.
۵۹. مؤمن قمی، محمد، مبانی تحریر الوسيلة - کتاب الحدود، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی قدس سره، تهران - ایران، اول، ۱۴۲۲ هق.
۶۰. منتظری نجف آبادی، حسین علی، کتاب الحدود (للمنتظري)، انتشارات دار الفکر، قم - ایران، اول، هق.
۶۱. نجاشی، ابو الحسن، احمد بن علی، رجال النجاشي - فهرست أسماء مصنفی الشيعة، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم - ایران، ۱۴۰۷ هق.
۶۲. نجفی، صاحب الجواهر، محمد حسن، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، دار احیاء التراث العربی، بیروت - لبنان، هفتم، ۱۴۰۴ هق.
۶۳. نوری، میرزا حسین، مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل، مؤسسه آل البيت عليه السلام، بیروت - لبنان، اول، ۱۴۰۸ هق.

اطلاع رسانی علمی

رسائل

مجله علمی دانش پژوهان مجتمع فقه، حقوق و قضای اسلامی

سال هفتم، شماره اول، پیاپی دهم، بهار و تابستان ۱۴۰۰

صفحات ۱۵۱ تا ۱۶۶

علیرضا غلامی*

saeed13gholami@gmail.com

نشست علمی «آسیب شناسی و روش شناسی پژوهش های فقهی، حقوقی دستگاه قضا»

مقدمه

نشست علمی «معرفی موضوعات پژوهشی فقهی - حقوقی دستگاه قضا» با حضور دکتر سید بهزاد پورسید قائم مقام سابق رئیس پژوهشگاه قوه قضائیه، توسط مدرسه عالی قضاوت برگزار شد. دکتر پورسید در ابتدای این نشست به معرفی اجمالی پژوهشگاه قوه قضائیه و بیان وظائف و فعالیت های این مرکز پرداختند. سپس چالش های پژوهشی در عرصه فقهی - حقوقی و قضایی و نیز چالش هایی که نظام حقوقی ما با آن مواجه است را مورد بررسی قرار دادند. وی در ادامه، موضوع شناسی در مسایل فقهی - حقوقی را به دو نوع پسینی و پیشینی تقسیم کردند و به طور خلاصه به بیان بایسته های تحقیق و پژوهش خصوصاً در بحث قضایی پرداختند. دکتر پورسید در بخش پایانی این نشست برخی از موضوعات که در نظام های مختلف حقوقی مانند نظام حقوقی قراردادهای یا نظام حقوقی خانواده و ... نیاز به پژوهش دارند را معرفی کردند. در این شماره، به آسیب های فقهی - حقوقی در دوران معاصر و نیز اصول کلی پژوهش های فقهی - حقوقی پرداخته شده است.

* دانش پژوه مدرسه عالی قضاوت و طلبه سطح دو حوزه علمیه قم.

۱. بسیاری از گزارش های پژوهشگاه در سایت پژوهشگاه قوه قضائیه به آدرس www.ijri.ir موجود است. همچنین می توان حدود چهل هزار رأی را در بانک داده های آرای قضایی در بخش سامانه آراء و رویه های قضایی این سایت جستجو کرده و به آن ها مراجعه کرد. در حال حاضر آراء سال های ۹۱ تا ۹۳ در این سامانه موجود است و به زودی آراء مربوط به سال های ۹۴ و ۹۵ هم در سامانه بارگزاری خواهد شد. این چهل هزار رأی از حدود یک و نیم میلیون رأی قرائت شده، انتخاب شده و چکیده و کلیدواژه های آن نوشته شده است. البته در برخی موارد مستندسازی هم انجام گرفته است. همچنین یک طرح درختواره وجود دارد که می توان آراء را به صورت دسته بندی در آن ملاحظه کرد و در هر موضوع ارتباط بین موضوعات حقوقی، کیفری و غیره را برقرار کرد.

۱. چالش‌ها و مسائل مربوط به پژوهش در قوه قضائیه

در ابتدا، دکتر پورسید به صورت اجمالی به بیان نکاتی پیرامون چالش‌های پژوهش در قوه قضائیه و نیز چالش‌های موجود در نظام حقوقی ایران پرداختند و پس از آن بحث موضوع شناسی را آغاز کردند. ایشان در ادامه به بخشی از چالش‌های موجود در راه پژوهش در حوزه قضایی اشاره کردند.

۱.۱. پدیدارشناسی موضوعات قضایی

اولین نکته در زمان ورود به مباحث تحقیقی در حوزه قضا، این است که موضوع حقوقی ابعاد قضایی متفاوتی پیدا می‌کند. موضوعی که در محیط علمی حقوقی و دانشگاه چندان مورد بحث نیست زمانی که وارد فضای قضا و صدور و اجرای حکم می‌شود با مشکلاتی مواجه می‌شود؛ یعنی پدیدارشناسی موضوع قضایی نیاز به فکر دارد. به عنوان مثال در موضوع تمکین در حقوق خانواده اصل مسئله مورد بحث نیست و در مباحث حقوقی مفصل به آن پرداخته نشده است؛ یعنی مسلماً زوج می‌تواند نسبت به زوجه طرح دعوی تمکین کند. اما اگر دادگاه رای به تمکین داد، تمکین چگونه قابل اجرا است؟ آیا می‌توان اعمال زور کرد و یا از طریق حبس اقدام نمود؟ عموماً معتقدند که رای تمکین قابل اجرا نیست و نمی‌توان در این زمینه کار خاصی انجام داد. این بحث مربوط به حیطه قضایی این موضوع بوده و چالشی است که در حال حاضر دادگاه‌های ما با آن روبرو هستند. این نوع بررسی مربوط به پدیدارشناسی موضوعات قضایی است، یعنی برخی از موضوعات از لحاظ حقوقی بدیهی است اما در موضوع قضایی‌اش می‌تواند محل بحث قرار گیرد.

۲.۱. وجود موضوعات بین رشته‌ای در مباحث حقوقی

در شرایط فعلی کشور و با توجه به توسعه و بسط دانش حقوق، عمده موضوعات ما تبدیل به موضوعات بین رشته‌ای شده است. به عنوان مثال در زمان پیگیری‌های قضایی مربوط به مفاسد اقتصادی، با توجه به تبعات اجتماعی مسئله، نباید پیگیری‌ها منجر به تعطیل شدن کارخانه‌ها شود. پس بسیاری از موضوعات ما موضوع محض حقوقی نیستند بلکه تبعات سیاسی، اجتماعی، فرهنگی... دارند، در عین حال، پیچیدگی این موضوعات هم به گونه‌ای است که نمی‌توان تنها از منظر حقوقی و قضایی به بررسی آنها پرداخت. بلکه باید به ورود علوم جدید مانند علوم پزشکی و... به مسائل قضایی توجه ویژه کرد.

۳.۱. مواجهه با موضوعات و چالش‌های جدید و عقب ماندگی محیط‌های علمی

در حوزه حقوق خصوصی دانشگاه‌ها هنوز بحث «تلف المبیع قبل القبض» مطرح می‌شود، در حالی که مادر بحث بیع با موضوعات و چالش‌های جدید بسیاری مواجه هستیم و هنوز نتوانسته‌ایم برای آنها راه حل حقوقی پیدا کنیم. در این بین برخی ادعا دارند که حقوق ما پیشرفت ندارد و منشأ آن را گره خوردن حقوق با فقه می‌دانند، در حالی که مشکل این است که در دانشگاه‌های حقوق ما، مطالبی تدریس می‌شود که از صد سال پیش تا به حال در حال تدریس است. این مطلب حاکی از این است که در دانشگاه‌های حقوق دچار جمود هستیم و این مطلب ربطی به فقه ندارد. بنابراین به دنبال چالش‌ها و نیازهای روز بودن، نکته بسیار مهمی است.

در نظام حقوقی نیز ما با پدیده‌های جدیدی مواجه هستیم. به عنوان مثال در زمان اصلاح قانون آیین دادرسی کیفری به بحث میانجی‌گری در نظام کیفری رسیدیم که یک تأسیس کاملاً جدید است. خیلی از مباحث در نظام تقنینی قانون شده است در حالی که نمی‌دانیم چیست و از کجا آمده است. از سویی دیگر با مطالعه مشروح مذاکرات متوجه می‌شویم برخی از موضوعات فی‌البداهه در جلسه علنی مجلس مطرح شده و رأی آورده است، بدون اینکه کسی در مورد آن فکر کرده باشد. بنابراین باید به ابزارهای حقوقی جدید توجه نمود. به هر حال، راه حل ما فرار از مبانی سنتی نیست و باید در دل مبانی و قواعد فقهی به دنبال راه حل باشیم، چرا که نظام حقوقی ما نظام حقوقی خاصی است.

۴.۱. توجه به روش صحیح پژوهش در مسائل حقوقی

معمولاً نگاه ما این است که روش تحقیق در علم حقوق کتابخانه‌ای است که این یک اشتباه محض است. مطالعات ما در حقوق فراتر از این بوده و نیازمند روش‌های تحلیل آماری و میدانی در دانش حقوق است. بنابراین موضوع روش تحقیق با توجه به نیازهای امروزان تغییراتی دارد و باید به اقتضات آن توجه کرد.

۵.۱. توجه به تغییرات مفاهیم نسبت به گذشته

امروزه برخی مفاهیم دچار تغییر ماهوی شده و معنای جدیدی پیدا کرده است. به عنوان مثال در مورد مفهوم «مسئولیت» یک نگاه سنتی وجود داشته و آن را فقط جبران خسارت میدانند. اما

امروزه و در نگاه‌های نو، مسئولیت فقط به معنای جبران خسارت نیست. پس در پژوهش‌های حقوقی باید به تغییرات مفاهیم نیز توجه نمود.

۶.۱. نیاز به ضمانت‌های اجرای جدید متناسب با نیاز روز

به نظر می‌رسد ضمانت‌های اجرای سنتی دیگر جواب‌گوی مسائل روز نیست. در ادامه در بحث از چالش‌های نظام حقوقی قراردادها به این بحث خواهیم پرداخت.

۶.۲. نیاز به روش‌های جدید در حل دعاوی قضایی و کاهش نقش حاکم و محاکم

سالیان سال است که از راه حل کاهش حجم پرونده‌های قضایی صحبت می‌شود و دادگستری دیگر کشش ندارد. مشکل اینجاست که آیا راه حل در اضافه کردن قضات و شعب دادگاه‌ها است یا این که باید به دنبال روش‌های دیگری برای حل و فصل اختلافات بگردیم؟ آیا باید تاسیسات حقوقی جدیدی داشته باشیم؟ هرچند شورای حل اختلاف و داوری و میانجیگری برای همین امر تاسیس شده‌اند ولی موفق نبوده‌اند و ورودی پرونده‌ها همچنان زیاد است.

۲. چالش‌های نظام حقوقی

باتوجه به نیازها و پیچیدگی مسائل جدید، قواعد سنتی به خودی خود جواب‌گوی مسائل نیست. بنابراین ما باید به دنبال استفاده از قواعد سنتی برای خلق قواعد جدید باشیم. به عنوان مثال در معاملات فضولی و تعاقب‌یادی، بر اساس قواعد فقهی در صورت عدم تنفیذ مالک، حکم به بطلان می‌شود. در حال حاضر یک بحث جدی که در چنین مسئله‌ای در نظام حقوقی غرب وجود دارد، موضوع حسن نیت است، مثلاً در یک معامله، مال صد دست چرخیده است و بسیاری از خریداران اصلاً خبر ندارند، لذا در نظام‌های غربی این بحث مطرح شده است که چرا باید با ابطال معامله حق این خریدار جاهل را ضایع کنیم؟ و قاعده‌ای به اسم «حسن نیت» را جعل کرده‌اند تا بنیان این معامله را صحیح کنند. بسیاری از حقوقدان‌های مادر کتاب‌های حقوقی به اصل حسن نیت اشاره کرده‌اند. اما آیا اصل حسن نیت در نظام حقوقی ما پذیرفته شده است؟ اگر این اصل را پذیرفته‌ایم پس در تعاقب‌یادی باید اصل را بر صحت معامله قرار دهیم نه بطلان؛ در حالی که این چنین نیست.

قاعده حسن نیت در حقوق فرانسه به صراحت پذیرفته شده است و برای خریدار جاهل حق قرار داده‌اند و حکم به صحت معامله می‌کنند. در نظام‌های غربی، قاعده سنتی کنار گذاشته شده

و اصل حسن نیت ایجاد شده و به تبع آن حقوقدان‌های ما از آن دفاع می‌کنند. اما اگر از آنها درباره مستند این قاعده سوال کنیم، پاسخی نخواهند داشت و به تبعات این قاعده در تعاقب ایادی ملتزم نیستند. با این وجود، چنین اصلی چگونه وارد نظام حقوقی ما شده است؟ البته در قوانین ما نیز در دو مورد، اصل حسن نیت مورد استناد قرار گرفته است و این امر حاکی از این است که قانونگذار نیز متوجه مستند چنین اصلی نیست. در قانون تجارت الکترونیک، قانونگذار به صراحت به اصل حسن نیت اشاره کرده است. پس باید این قاعده را بر اساس مبانی سنجید و در نهایت مشخص شود که آیا چنین اصلی در نظام حقوقی ما وجود دارد یا خیر؟

در مثال دیگری در حقوق تجارت با اصل تجریدی بودن و اصل استقلال امضاها مواجه هستیم. بر اساس چه مستندی چنین اصولی در نظام حقوقی ما وجود دارد؟ کنوانسیون ژنو به عنوان مستند این اصول ذکر می‌شود در حالی که کنوانسیون ژنو نمی‌تواند برای ما قاعده حقوقی وضع کند. همه کتاب‌های حقوقی این اصول را شمرده‌اند ولی کسی تردید نمی‌کند که آیا چنین اصولی را داریم یا خیر؟ در واقع مشکل در این است که برخی از مسائل را بدیهی می‌دانیم در حالی که این گونه نیست و می‌توان در مورد بسیاری از اصول حقوقی علامت سوال قرار داد؟

ممکن است بر اساس نظام حقوقی ما برخی از این قواعد پذیرفته نشود. در این صورت مثلاً در مورد ابطال معامله در صورت تعاقب ایادی یا باید بگوییم که ادله ما ناظر به زمان خاص و یا نوع خاصی از معاملات است و از این طریق مشکل را حل کنیم و یا این که باید شجاعت داشته باشیم و این اصل را کنار بگذاریم و برای جبران خسارت راه حل دیگری پیدا کنیم.

مثال دیگر، در نظام کیفری اسلام زندان به عنوان یک مجازات مستقل وجود ندارد، در این صورت وقتی چنین امری وجود ندارد باید به دنبال راه حل بگردیم. آیا می‌توان هر قاعده‌ای را که عقلای عالم به آن رسیدند، مورد تمسک قرار داد؟

جدای از بحث فقهی، ما با چند مبنا در نظام حقوقی روبرو هستیم نظیر نظم عمومی و اخلاق حسنه. بر این اساس آیا نظم حقوقی و اخلاق حسنه اجازه می‌دهد قاعده‌ای که در فرانسه به رسمیت شناخته شده است، ما هم به رسمیت بشناسیم؟ چرا بالعکس آن صادق نیست و آنها آیه ما را به رسمیت نمی‌شناسند، در این صورت برای چه ما قاعده آنها را به رسمیت بشناسیم؟ این موارد

چالش‌هایی هستند که با آن روبرو هستیم و باید برای آن راه حل پیدا کنیم، در حالی که در بسیاری از مواقع در مواجهه با این چالش‌ها آن را بررسی نکرده‌ایم، بلکه آن را دور زده و در نهایت گیر کرده‌ایم. در بحث از مطالعات تطبیقی آیا به صرف این که تاسیسی از غرب آورده شده و مشابه سازی شود، آیا این کار تطبیقی است؟ نظامات غربی هم این کاری که ما انجام می‌دهیم را انجام نمی‌دهند و از روش متفاوتی استفاده می‌کنند.

از سایر چالش‌هایی که نظام حقوقی ما با آنها مواجه است می‌توان به چالش‌های مفهومی، چالش سنت و مدرنیسم، چالش در تبیین نظامات اجتماعی (مثلاً تنظیم رابطه سه قوه یا بحث در مورد ساختار نظام حقوقی خانواده) و چالش در تعیین نهاد مسئول (یعنی با مشکلی مواجه هستیم که نمی‌دانیم کدام نهاد مسئول حل آن است). اشاره کرد که در همه این موارد نیاز به تبیین و کار پژوهشی احساس می‌شود.

۳. اقسام روش‌شناسی در موضوعات

پس از بیان چالش‌های موجود در راه پژوهش‌های قضایی و مشکلات نظام حقوقی، ضرورت بحث از موضوع‌شناسی در پژوهش‌های فقهی - حقوقی روشن شد. لذا دکتر پورسید به بحث اصلی نشست یعنی موضوع‌شناسی این دست از پژوهش‌ها پرداختند. ایشان در ابتدا روش‌شناسی در موضوعات فقهی - حقوقی را به دو دسته تقسیم کردند؛ پسینی و پیشینی.

۳.۱.۳. پسینی

برای روشن شدن این مورد به ذکر یک مثال می‌پردازیم: گاهی اوقات با یک پدیده اجتماعی روبرو می‌شویم نظیر مشکل زندانیان. در حال حاضر تعداد سرانه زندانیان نسبت به جمعیت کشور ما بالا است. البته بر اساس مطالعات تطبیقی ما، نسبت به سایر کشورها خیلی بالا نیست، بلکه به نظر می‌رسد مشکل ما بیشتر کمبود زندان است نه زیادی زندانی. در چنین مواردی، ما بعد از این که با این پدیده روبرو شدیم به دنبال راه حل می‌گردیم.

گاهی در قانون با مسائل عجیبی مواجه می‌شویم، مثلاً در قانون برنامه ششم ماده‌ای است که بر اساس آن قضاات در زمانی که تصمیم دارند قرار حبس صادر کنند و یا اینکه حکم به مجازات زندان را بدهند، باید از یک سامانه استعلام کنند. این سامانه تعداد زندانیان را اعلام می‌کند. یعنی اگر قاضی دید

که زندان پر است و ظرفیت ندارد نمی‌تواند حکم حبس دهد. این روش، منطق قضاوت و قانونگذار ما شده است. در این صورت قاضی باید مجازات را تبدیل کند. این چه منطقی است؟ یعنی در حال حاضر، قاضی صرف نظر از شرایط و سوابق شخص مجرم، برای صدور مجازات، باید فاکتور پُر شدن زندان را هم مورد لحاظ قرار دهد. در واقع قاضی در محذوریت غیرحقوقی قرار گرفته است. بجای این که قانونگذار در طول برنامه اول تا پنجم دولت را مکلف کند که فضای زندان را متناسب با نیاز موجود، احداث کند، جور آن را قوه قضائیه باید بکشد و این غیرعقلایی است. در واقع به یک تکلیف دولت عمل نشده است؛ در مقابل یک محذوریت اداری و غیر حقوقی برای قاضی درست کرده‌ایم. در واقع قاضی در شرایطی قرار گرفته است و باید فراتر از پرونده به یک سری امور دیگر توجه کند.

این نوع موضوعات، موضوعات پسینی است یعنی با یک چالش مواجه شده‌ایم و باید به دنبال راه حل بگردیم. این یک روش برای موضوع شناسی است که در آن به بررسی چالش‌های موجود در نظام قانونی می‌پردازیم و برای آن راه حل پیدا می‌کنیم.

۲.۳. پیشینی

در برخی از موارد باید پیش بینی کنیم، مثلاً وقتی پیش بینی می‌کنیم دهه ۹۰ با تراکم نیروی جوان در کشور مواجه می‌شویم در این صورت با افزایش نیروی جوان، احتمال ارتکاب جرایم هم افزایش پیدا می‌کند. وقتی سطح دانش بالا می‌رود به دلیل اینکه اکثر جوانان تحصیل کرده‌اند، جرایم ما پیچیده می‌شود و با جرایم ساده روبرو نیستیم؛ در واقع جرایم سازمان یافته می‌شود. این قبیل موضوعات از موضوعات پیشینی است. در زمانی که سیاست جمعیتی بر این بود که جمعیت زیاد شود، باید پیش بینی می‌کردیم که در دهه ۹۰ با تراکم جمعیت جوان روبرو هستیم. در این صورت آیا به اقتضائات حقوقی آن فکر کرده‌ایم؟ این امر به بخش سیاستگذاری ما مربوط می‌شود. سال گذشته در پژوهشگاه، مطالعاتی در مورد رمز - ارزشها آغاز شد، آن زمان ما فکر می‌کردیم در آینده با آن مواجه خواهیم شد ولی دوستان دادسرا گفتند در این زمینه پرونده مفتوح داریم و کار از کار گذشته است. در شرایط فعلی لازم است در مورد معاملات بیت کوین یا رمز - ارزشها راه حل پیدا کنیم. در هفته گذشته اعلام شد یکسری از مزارع استخراج بیت کوین تعطیل شده است اما بنده نمی‌دانم آیا تعطیلی این مزارع قانونی است یا خیر؟ آیا قانونی داریم که تولید بیت کوین را منع

کرده باشد؟ آیا اگر کسی مصرف برق بالایی دارد این امر می‌تواند دلیل تعطیلی شود؟ آیا باید مشترک پرمصرف را مجبور به تغییر کاربری به صنعتی کرد یا به طور کلی مانع فعالیت او شد؟ الان با این پدیده روبرو شده‌ایم و نظام اجرایی ما راه حل را در تعطیلی دیده است، اما راه حل حقوقی هم همین است؟ علاوه بر تولید، آیا خرید و فروش رمز-ارز قانونی است؟ آیا منع قانونی در این زمینه وجود دارد؟ بخشی از مطالعات ما می‌تواند پیشینی باشد و برای پدیده‌های جدید راه حل پیدا کنیم. مثلاً در زمانی که به دنبال باروری‌های پزشکی رفتیم، آیا قاعده حقوقی را هم تولید کردیم؟ به عنوان مثال می‌توانیم اسپرم مرد را منجمد کنیم. اگر این مرد فوت کرد و پنج سال بعد خانم او تصمیم گرفت که از او باردار شود و اسپرم را به رحم زن منتقل کردند در این صورت در نسب این بچه تردیدی داریم؟ شک نداریم که این بچه متعلق به این خانم و آن آقا است. آیا این بچه ارث هم می‌برد؟ برخی از فقها و خیلی حقوقدان‌های ما معتقدند که این بچه ارث می‌برد در حالی که برخی از فقها می‌گویند براساس کدام حجت شرعی بعد از فوت، اسپرم فرد منتقل شده است؟ چرا که بعد از فوت رابطه زوجیت قطع شده است. این یک چالش حقوقی است که نیازمند راه حل است.

پس موضوع‌شناسی گاهی پیشینی است و گاهی پسینی. در جایی که موضوع‌شناسی پسینی است می‌توان به راحتی مطالعه کتابخانه‌ای و یا میدانی انجام داد؛ با قضات در مورد مشکلات مصاحبه کرد، به بررسی آراء قضایی و نقد آنها پرداخت. اما گاهی اوقات باید به سراغ موضوع پیشینی رفت و در این صورت نیازمند آینده‌پژوهی هستیم. یعنی پیش‌بینی کرد کشور با همین نظام بانکی، اقتصادی و پزشکی و... در ده سال آینده در حوزه حقوق و قضا با چه چالش‌هایی روبرو خواهد شد؟ همه دنیا این کار را انجام می‌دهد. متأسفانه اغلب در کشور ما از روش آزمون و خطا استفاده می‌شود که باعث می‌شود هزینه مدیریت کشور بالا رود.

ما با معاملات جدید روبرو هستیم و از همین الآن می‌توان در فقه معاملات در مورد آنها فکر کرد. یکی از چالش‌های جدی ما بحث فروش «تکن» اموال است. مثلاً یک بانک در جایی ساختمان دارد و یک سهم فرضی از آن را می‌فروشد. در حال حاضر، پنج بانک ما در حال برنامه‌نویسی روی این نوع معاملات هستند و باید برای آن مطالعات پیشینی نمود. سران سه قوه در جلسه هماهنگی اقتصادی، بانک‌ها را ملزم کرده‌اند که اموال مازاد غیرمنقول خود را بفروشند. بانک می‌گوید من

«تُکن» می‌دهم یعنی یک سهم فرضی از آن را می‌فروشم، وقتی تعداد «تُکن‌ها» ده عدد شد، بانک اجازه می‌دهد که فرد یک صدم دانگ از ساختمان را مالک شود. ابتدا یک ارزش کاملاً اعتباری است و وقتی به یک سقفی رسید، تبدیل می‌شود به یک سهمی از یک مال غیرمنقول. آیا چنین معامله‌ای درست است یا خیر؟ برخی از «تُکن» به عنوان ژتون تعبیر می‌کنند. پس برای خرید این مال شرط وجود دارد. هنوز به لحاظ فقهی روی این مسئله کار نشده است، هرچند اخیراً آقای موسویان با این مسئله درگیر شده است، چرا که ایشان در شورای فقهی بورس هستند و «تُکن» در بورس عرضه خواهد شد. ولی بنده خیلی به این شورای فقهی بورس اعتماد ندارم چون فکر می‌کنم که هرچه که وارد این شورا می‌شود، به یک گونه‌ای آن را فقهی می‌کنند و کسی به دنبال راه حل اصولی نیست. در واقع قطعاً با یک معامله‌ای روبرو خواهیم شد و باید به دنبال راه حل فقهی آن بگردیم. لزومی ندارد منتظر تولید موضوع و بعد استفتاء فقهی آن باشیم بلکه الآن می‌توان به تحلیل ماهیتی که در حال محقق شدن است بپردازیم و بعد بگوییم بر اساس قواعد فقهی ما درست است یا خیر؟ حتی امکان دارد بگوییم اگر مترصد این است که چنین معامله‌ای درست باشد مسیر آن، این است و مسیر شما غلط است. سران سه قوه به دنبال تکن نبودند، بلکه با این امر مواجه شدند که بخشی از اقتصاد بلوکه شده و در عرصه تولید نیست، لذا بانک را ملزم کردند که اموال مازاد خود را بفروشند تا وارد عرصه تولید شود. دانشگاه‌ها و حوزه‌های ما باید در مورد شیوه ورود سرمایه به عرصه تولید فکر کنند.

۴. انواع مطالعات در مباحث فقهی حقوقی

دکتر پورسید پس از تقسیم مطالعات و پژوهش‌ها به پسینی و پیشینی، برخی از انواع مطالعات حول مسائل قضایی همچون مطالعات نهادی و میدانی که خود می‌توانند به صورت پسینی یا پیشینی باشند را با مثال‌هایی تبیین کردند. البته مطالعات در عرصه قضایی ممکن است به نحو کتابخانه‌ای نیز باشد که ایشان به دلیل تداول آشنایی همگان با این نوع از مطالعات از توضیح در این باره صرف نظر کردند. دکتر پورسید در ادامه از ضرورت ارزیابی آثار اجرایی قوانین و نیز چالش‌های مطالعات میان رشته‌ای به عنوان بخش مهمی از مطالعات فقهی حقوقی که مورد غفلت واقع شده است، بحث کردند.

۱.۴. مطالعات نهادی

مطالعات ما گاهی می‌تواند نهادی باشد یعنی در قانون به دنبال نهادهای حقوقی جدید بگردیم و حول آنها و آثارشان پژوهش کنیم. در این صورت مطالعه و پژوهش ما حول این نهاد، پسینی می‌شود، یا آنکه قبل از تاسیس یک نهاد روی آن مطالعه کنیم که در این صورت مطالعه ما پیشینی می‌شود. برخی از نهادها در کشور ایجاد شده است ولی هنوز نمی‌دانیم چیست؟ مثلاً قانونگذار قرارداد پیش فروش ساختمان را به تبع حقوق فرانسه به رسمیت شناخته است. در زمانی که این مسأله وارد قانون می‌شد چه کسی مطالعه کرده است که اساساً قرارداد پیش فروش ساختمان قرارداد صحیحی است یا باطل؟ در ادامه درباره قرارداد پیش فروش ساختمان بیشتر توضیح خواهیم داد. یا مانند میانجیگری در آیین دادرسی کیفری که ابتدا قانونگذار آن را نوشته است و در ادامه حقوقدان‌های ما به این فکر افتاده‌اند که با آن چه کاری باید انجام دهند؟

مثالی دیگر اینکه در زمانی که قانون بیمه شخص ثالث در مجلس در حال اصلاح بود، یکی از نمایندگان فی‌البداهه پیشنهاد داد که راننده مقصر حادثه هم مشمول بیمه باشد. چگونه به فردی که خود عامل زیان است باید خسارت تعلق بگیرد؟ بعداً که این مورد قانون شد خیلی از افراد گفتند که چنین تاسیسی در حقوق بیمه در هیچ جای دنیا نداریم که به عامل زیان هم خسارت پرداخت شود. مگر شرکت بیمه باید به کسی که مقصر است خسارت پرداخت کند؟ این مسئله با پیشنهاد فی‌البداهه یک نماینده مجلس مطرح شده و در ادامه رای آورد و الآن در قانون بیمه وجود دارد. پس گاهی قانونگذار اطلاع دقیقی از نهادی که تاسیس می‌کند، ندارد.

مثال دیگر بیمه نوسانات نرخ ارز در قانون پنجم است که شرکت‌های بیمه مکلف شدند نوسانات نرخ ارز را بیمه کنند. این تاسیس در طول قانون برنامه پنجم اجرا نشد و در قانون ششم حذف شد. هیچ کسی فکر نکرد که این چه قانونی بود که نوشته شد؟ این نهاد حقوقی به چه معناست؟ این موارد از مصادیق بررسی‌های نهادی است. برای این کار می‌توان قانون‌های جدید را تویق کرد و به نکاتی برخورد کرد که تا به حال در نظام حقوقی سابقه نداشته است و به راحتی می‌توان این نهادها را مبنای کار مطالعاتی قرار داد. بنده از تعبیر مطالعه نهادی استفاده می‌کنم. این مثال‌ها از جمله موارد پسینی است و امکان دارد با نهادهای پیشینی هم مواجه شویم؛ مثلاً در جایی که بگوییم می‌خواهیم این نهاد جدید را تاسیس کنیم.

۲. ۴. مطالعات میدانی

بخشی از مطالعات ما می‌تواند در مورد بررسی مشکلات قوانین و چالش‌های اجرایی باشد. در این زمینه می‌توان با قضاات مشورت کرد و مشکلات قوانین را جویا شد.

۳. ۴. ارزیابی آثار اجرایی قوانین

در کشور ما ارزیابی آثار اجرایی قوانین انجام نمی‌شود. مثلاً قانونی تاسیس می‌شود برای اینکه تعداد زندانیان کم شود و یا اینکه یک جرم تقلیل پیدا کند. حال پس از تصویب این قانون آیا هدف مورد نظر محقق شد یا خیر؟ آیا تا به حال قانون صدور چک یا قانون حمایت خانواده ارزیابی شده است تا نتیجه حاصل از آن بررسی شود؟ متأسفانه از این امر غافل هستیم و برای آن نیازمند مطالعات اجتماعی و میدانی هستیم. مثلاً باید بررسی کنیم که آیا آمار ورودی پرونده‌های خانواده تقلیل پیدا کرد یا خیر؟ تا در صورتی که تقلیل پیدا کرده بود اعتقاد پیدا کنیم که قانون حمایت خانواده قانون موفق بوده است.

یکی از کارهای مطالعاتی پژوهشگاه قوه قضائیه مطالعه روند دعاوی است. سال گذشته در یکی از استان‌های کشور دو ماه آمار طلاق صفر شد. احتمال دادیم که دادگستری کاری انجام داده است که آمار صفر شده است و برای ما سوال شد که علت این اتفاق چیست؟ این اتفاق به آقای لاریجانی هم منعکس شد و خود ایشان پرسیدند منشأ این آمار چیست؟ بعد از آن معلوم شد رئیس دادگستری جلوی ثبت دعاوی طلاق را برای دو ماه گرفته است. ما در تحلیل پدیده فکر می‌کنیم که اتفاق مثبتی افتاده است مثلاً مشاوره یا آموزش توسعه پیدا کرده است در حالی که آمار طلاق ثبت نشده است. این موارد از جمله اشتباهاتی است که در آثار اجرایی قوانین با آن مواجه می‌شویم.

۴. ۴. بررسی چالش‌ها در مطالعات میان رشته‌ای

ما در مباحث میان رشته‌ای دچار چالش‌های جدی هستیم که پژوهشگران باید به آن بپردازند و برای این چالش‌ها راه حل مناسب پیدا کنند. به عنوان مثال یکی از چالش‌های ما افزایش هزینه دادرسی است که سالانه بالا می‌رود. افزایش هزینه دادرسی درست است یا خیر؟ اولین نکته این است که هزینه دادرسی به چه معناست؟ در برخی از کشورهای دنیا نظیر آمریکا و انگلیس وقتی در دادگاه بدوی شکایت می‌شود و رای علیه شما صادر می‌شود، وقتی که برای تجدیدنظر خواهی به

دادگاه عالی مراجعه می‌کنید، هزینه دادرسی یکباره ده‌ها برابر می‌شود، چرا که هدف آنها این است که ورودی پرونده‌ها به دادگاه‌های عالی کم شود. این امر یکی از روش‌های کاهش ورودی است برای اینکه تقریباً یقین دارند که دادگاه‌های بدوی درست رای می‌دهند. بر اساس نظام قضایی آنها در دادگاه بدوی استانداردها رعایت می‌شود و میزان خطا کم است، بنابراین اگر می‌خواهید به سراغ دادگاه عالی بروید، باید یک هزینه‌ی هنگفتی را پرداخت کنید تا ریسک شما بالا برود و بدون دلیل دوباره شکایت نکنید. اما در کشور ما ۹۵ درصد پرونده‌های دادگاه‌های بدوی به تجدیدنظر مراجعه می‌کنند. این امر یعنی استفاده از هزینه دادرسی برای کنترل ورودی می‌تواند یک راه حل باشد، اما با یک مشکل روبرو هستیم. آیا استانداردهای دادگاه‌های بدوی مادرست است؟ اینگونه نیست و تراکم پرونده‌ها حاکی از این است که قضات مافرصت رسیدگی دقیقی ندارند. لذا نمی‌توان با افزایش هزینه دادرسی و ورودی تجدیدنظر را ببندیم. یعنی کارکرد هزینه دادرسی در کشور ما با کارکردی که در نظامات دیگر دارد؛ متفاوت است.

نکته دوم که جای تأسف دارد این است که تقریباً در همه کشورهای دنیا سهم هزینه دادرسی در تامین بودجه قوه قضائیه بسیار اندک است. در کشور ما اطلاعی ندارم. هزینه دادرسی به حساب دولت وارد می‌شود و در ادامه قوه قضائیه از دولت بودجه دریافت می‌کند. مستندی برای این سهم ندارم ولی برداشت شخصی من این است که سهم عمده‌ای از هزینه دادرسی وارد جیب دولت می‌شود. در واقع قوه قضائیه به خاطر هزینه دادرسی، مورد اعتراض مردم و وکلای است ولی بخش عمده‌ای از این هزینه دادرسی را به جیب دولت می‌ریزد. این مورد یکی از چالش‌های مدیریت و حقوق است. آیا عدالت اقتضا می‌کند که مردم هزینه دادرسی زیاد بدهند و یا این که هزینه دادرسی کم پرداخت شود؟ چرا باید قوه قضائیه تامین منابع مالی برای دولت انجام دهد؟ این مورد از جمله موارد مطالعات بین رشته‌ای است که در واقع به چالش بین دو رشته مدیریت و حقوق می‌پردازد.

۵. بایسته‌های تحقیق

در ادامه دکتر پورسید بایسته‌های تحقیق و پژوهش در موضوعات فقهی حقوقی را برشمرده و توضیحاتی پیرامون هر یک از این موارد ارائه کردند.

۱.۵. شناخت دقیق موضوع

در خیلی از مواقع با یک عنوان مواجه هستیم و فکر می‌کنیم با این عنوان، مسأله را پیدا کرده‌ایم؛ در حالی که در بسیاری از مواقع اسم عنوان یک چیز است اما وقتی تحریر محل نزاع می‌شود، با چیز دیگری مواجه می‌شویم. پس نیازمند شناخت دقیق موضوع هستیم. اساساً آیا این موضوع برای ما چالش است؟ گاهی تلقی ما این است که در یک موضوع چالش داریم ولی وقتی چند مقاله می‌خوانیم متوجه می‌شویم که اصلاً در این موضوع چالش نداریم. پس انتخاب موضوع ما غلط بوده است و ما بدو نیازمند شناخت دقیق موضوع هستیم.

۲.۵. کشف ابعاد مختلف

سایر جهات موضوع نظیر جهات اقتصادی، فرهنگی، سیاسی، امنیتی و غیره باید مورد مطالعه قرار گیرد. معمولاً پیچیدگی موضوعات در مطالعات قضایی سبب می‌شود یک موضوع دارای ابعاد مختلفی باشد. فهم موضوع بدون تبیین خاستگاه موضوع در این میان و تبیین تعاملات میان رشته‌ای بسیار دشوار است و به دلیل پیچیدگی موضوعات اجتماعی روز به روز دشوارتر می‌شود. البته در عین حال این ابعاد مختلف فقط در مورد شاخه‌های مختلف حقوق نیست، بلکه بحث اقتصادی، اجتماعی، امنیتی و سیاسی آن نیز هست و همه ابعاد آن باید مورد بررسی قرار گیرد. مثلاً در امور استخدامی با اصل تساوی در استخدام مواجه هستیم، ولی در شرایط جاری کشور که تعداد فارغ‌التحصیلان دانشگاهی خانم‌ها بیشتر از آقایان است، در این صورت فرصت برابر به چه معناست؟ در این فرصت برابر، قطعاً خانم‌ها سهم بیشتری می‌برند، چون هم تعداد آنها بیشتر است و هم مدارک تحصیلی بیشتری دارند و هم براساس تجربه در آزمون‌ها، بیشتر از آقایان قبول می‌شوند. اگر در ورود به این عرصه سیاست‌گذاری نکنیم به این معناست که در آینده نزدیک، پست‌های مدیریتی توسط خانم‌ها اشغال خواهد شد. در مورد بد یا خوب بودن این امر قضاوت نمی‌کنیم بلکه می‌گوییم این چالشی است که با آن روبرو هستیم. اگر قبول دارید به همین طریق پیش می‌رویم و اگر قبول ندارید و می‌گویید اولویت با مردان است چرا که سرپرست خانوار هستند، بلکه هدف نظام اسلامی و مکتب حقوق خانواده ما این نیست که برای خانم‌ها شغل درست کند، بلکه هدف آن تحکیم خانواده است یعنی توانایی‌های زن در حوزه خانواده تقویت شود نه فرصت اشتغال برای او ایجاد شود. به هر حال باید برای چنین مسأله و مسائلی شبیه به آن، دنبال راه حل بود.

در استان‌های حاشیه‌ای ما، خانواده‌های شیعه در اقلیت قرار می‌گیرند و مذاهب دیگر در حال زیاد شدن هستند. به این امر اشکال نمی‌گیریم و امکان دارد در یک استانی چنین باشد ولی آیا می‌توانیم در استان سیستان و بلوچستان تمام مدیران خود را از اهل سنت قرار دهیم؟ در حالی که در استان‌های مرزی خود با مشکل امنیتی با همسایه‌های مرزی مواجه هستیم. در چنین وضعیتی اگر در نظام استخدامی شعار اصل تساوی دهیم، آیا با شرایط فعلی کشور در این مناطق سازگاری دارد؟ در مثالی دیگر کنوانسیون‌های سازمان ملل در مورد تساوی قضات زن و مرد از قوه قضائیه استعلام می‌کنند که آیا فرصت مساوی به قضات مرد و زن داده می‌شود؟ آیا ادله ما تساوی در قضات مرد و زن را می‌پذیرد؟ در حالی که براساس میثاقی که قبل از انقلاب به آن پیوسته‌ایم باید به سازمان ملل پاسخ دهیم، در حالی که نمی‌توانیم چنین فرصتی را ایجاد کنیم و از جمله چالش‌هایی هست که با آن روبرو هستیم.

بنابراین باید به این نکته توجه داشت که برخی از چالش‌هایی که با آن روبرو هستیم ابعاد مختلفی دارند؛ از یک سو حقوق بشر است و از سوی دیگر چالش‌های داخلی نظیر چالش‌های امنیتی و سیاسی و اجتماعی و ...

۳.۵. بررسی ادبیات و پیشینه

متاسفانه معمولاً غافل هستیم که آیا موضوعات انتخابی پژوهشی، قبلاً کار شده است یا خیر؟ مخصوصاً در کشور ما که مراکز پژوهشی متعدد وجود دارد. در حالی که به راحتی می‌توان در سوابق و پیشینه جستجو کرد. یکی از مشکلات این بخش این است که برخی از مراکز، دسترسی استفاده به مطالعات انجام شده را نمی‌دهند، در حالی که نتیجه استفاده از پول بیت المال است و باید در دسترس عموم برای استفاده قرار گیرد.

۴.۵. بررسی موضوع در ادبیات تطبیقی

فقه و حقوق در کشور ما در هم تنیده شده است، لذا در انجام پژوهش باید الزامات و تعاملات میان فقه و حقوق را در هر مسئله‌ای سنجید و از این طریق به فهم دقیق‌تر موضوع دست یافت، البته ادبیات تطبیقی اعم از فقه است. ما نیازمند این هستیم که موضوع هم در حوزه فقه و هم در حوزه حقوق خارجی بررسی شود. بنابراین آشنایی با زبان و همچنین اندکی آشنایی با رشته‌های دیگر لازم است. مثلاً کسی که تصمیم دارد در حوزه حقوق مالی کار کند باید مقداری اقتصاد و بودجه را مطلع باشد.

۵.۵. کشف راه حل

کشف راه حل در مواقعی است که با یک مسئله مواجه شده باشیم. گاهی نیز با تحقیقات بنیادین مواجه هستیم. در تحقیقات بنیادین به دنبال راه نیستیم بلکه به دنبال اشاعه دانش و تولید ادبیات هستیم.

۶.۵. عرضه و ارزیابی راه حل در تعاملات بین رشته‌ای

مطالعه در نهایت درصدد حل یک چالش و مشکل است و لذا باید عرضه شود و درآزمون، اثر بخشی و کارآمدی آن مورد سنجش قرار گیرد. نکته مهم این است که این موضوع گاهی باید قبل از توصیه عمومی راه حل‌ها اتفاق بیافتد. البته راه حلی که فقط از منظر حقوقی پیدا می‌شود باید آزمایش و سنجیده شود. مثلاً قانونگذار ما در مورد چک از قبل از انقلاب تا سال ۹۷ که آخرین اصلاحیه قانون چک در کشور ما انجام شده است، کاملاً زیگزاگی عمل کرده است. در یک جا چک جرم انگاری شده است و به صورت کلی، کیفری در نظر گرفته شده است. بعد از مدتی استثنا زدیم و گفتیم برخی از چک‌ها مانند چک سفیدامضا و چک تضمینی کیفری نیست. بعد از انقلاب با مشکل مواجه شدیم و دوباره چک را کیفری کردیم و استثنائات حذف شد. در ادامه با این چالش روبرو شدیم که تعداد زندانی‌ها زیاد شد، لذا استثنائات برگشت و غیرکیفری شد. آیا مشکل چک حل شد؟ اساساً هدف ما از چک چیست؟ بعد از قانون‌گذاری باید ارزیابی کنیم. آیا چک را به عنوان تضمین می‌پذیریم و یا اینکه آن را ابزار معاملاتی قرار می‌دهیم؟ چک از قانون تجارت ۱۳۱۱ وارد حقوق ما شده است، هنوز نمی‌دانیم چک آیا حلال است و یا این که چک سررسید دار هم چک است یا خیر؟ اکثر چک‌ها در معاملات سررسید دارد در حالی که قانون تجارت ما چنین نگاهی به چک ندارد، بلکه چک در زمان صدور باید محل داشته باشد و مبلغ باید در حساب موجود باشد، بلکه چک تنها یک ابزار پرداخت است. به نظر، قانونگذار ما هم نمی‌داند چک چه چیزی است چرا که روش قانونگذاری ما در چک زیگزاگی است و به صورت مداوم یک چیزی را می‌پذیریم و رد می‌کنیم. در نهایت در اصلاحات قانون چک در سال ۹۷ مواردی وارد قانون چک شده است که باعث تعجب است. به هر حال نکته اینست که وقتی به یک راه حل فکر می‌کنیم ارزیابی این راه حل در تعاملات بین رشته‌ای مهم است و باید اثر آن قانون بررسی شود.

آنچه در این نوشته بیان شد؛ آسیب‌ها و روش تحقیق‌های فقهی و حقوقی است که جناب آقای دکتر پورسید بیان کردند. در ادامه نشست برخی از موضوعات مورد نیاز بیان و تحریر شده‌اند که در شماره دیگری از مجله رسائل منتشر خواهد شد.

يعقوب مددى*

madadi.0118@gmail.com

الملخصات

الضمان القهرى لصدور الشيك بلارصيد بين البنوك وطرق تعويض الخسائر من اتجاه فقه الامامية

محمد رضا حسيني نژاد

الشيك الرمزى بين البنوك وإن قل الاستفادة منه نظراً الى رواج نظامات من قبيل «ساتنا» و «پايا» لإنتظام المعاملات الواقعة بين البنوك الآن سرعة انتقال الوجه بالشيك الرمزى توجب اقبال المراجعين الى البنوك وايضاً تكون أداة جيدة للجانحين البنكى كى يُقدموا بانتقال الوجه فى اقل زمن ممكن .

لاتحرى عن الضمان القهرى الناشئ من صدور الشيك بلارصيد و طرق تعويض الخسائر من اتجاه فقه الامامية والقوانين الموضوعية يجب ابتداءً تحليل حقيقة الشيك بين البنوك و قد اذى رأينا تطبيق عقد «الحوالة» على عملية صدور الشيك وفقاً لنظريات الفقهاء و نظراً الى دوران حقيقة هذا الشيك بين كونه «وثيقة الدين فى الذمة» اى دليل ثبوت الدين و بين كونه «وثيقة المالية» و عدم تصريح القانون برأى بيّن فى هذا المجال ، قد اختير الفرض الاول من مختلف آراء الفقهاء ، استناداً الى بعض القرائن .

ثم بالنظر الى حقيقة هذا الشيك تتوجه المسؤولية بناءً على كونه «وثيقة فى الذمة» الى طالب الشيك والطرف الثالث المعامل مع ذى النقود الغصبية و بناءً على الوجه الآخر فى حقيقة هذا الشيك

*من طلاب مستوى الثالث فى الحوزة العلمية بقم المقدسه .

يتوجه الضمان القهرى الى العامل البنكى الذى قام بصدوره مضافاً الى الأطراف المذكورة فى الفرض الاول .

وأخيراً قمنا ببيان طرق اعادة الحق و تعويض الخسائر من الطرف الثالث فى هذا المجال من اتجاه الفقه و الحقوق وقد أنتج أن المغصوب منه يقدر على مراجعة الغاصبين لأخذ عوض المنافع مضافاً الى أخذ المال المغصوبة من ذى اليد ان كانت العين باقياً و من الغاصبين كلهم او بعضهم ان كان تالفاً.

المفردات الرئيسية: الضمان القهرى، المسؤولية المدنية، غصب العين، غصب المنفعة، الشيك بين البنوك، المغصوب منه، استعادة الاموال المغصوبة

التعرف على مفهوم التسبب و مبانى اجتماع الأسباب من اتجاه فقه الامامية

عبدالله محمودى

مفهوم «السبب» مع مفاهيم أخر نظير «المباشر» و «المعاون» من المفاهيم التى لها دور أكيد فى معرفة المسؤولية فى الوقائع و من ثم تبدو أهمية التعرف على هذه المفهوم و المبانى و مختلف الآراء من فقهاء الإمامية فى زمن اجتماع الأسباب .

المشهور بين الفقهاء ترجيح سبب واحد على سائر الأسباب فيما اجتمعت الأسباب مع اسناد الإلتاف الى الجميع . و هنا طائفة من الفقهاء يرون التسهيم فى الضمان و التساوى فيه و هو الأنسب بالقواعد .

قد انتقد فى هذه المقالة مبانى و ادلة المشهور فى اجتماع الأسباب و بالأخرة أختير القول بالتساوى فى الدية . محل النزاع الرئيسى فى المقالة، اجتماع الأسباب فى الإضرار النفسى و قد قمنا فيها بالتدقيق فى مختلف فروض اجتماع الأسباب من وجهة القصد و العلم بالقاتلية النوعية و التقصير و إنجاز الفعل غير المسوغ .

المفردات الرئيسية: ترجيح السبب، اجتماع الأسباب، المباشر، التساوى فى الضمان، التسهيم .

دراسة المادة ٢١ من قانون تنفيذ الإذانات المالية مستنداً إلى رأى وحدة السيرة الرقم ٧٤٤

محمد حسين شريفى

انّ فى المادة ٢١ من قانون تنفيذ الإذانات المالية خلافاً بين علماء الحقوق فى مدى أمد انتقال المال الذى يتحقق فيها الجرم و تبعاً لهذا الخلاف قد تختلف آراء المحاكم و بالأخير قد ادى هذا الخلاف الى صدور رأى وحدة السيرة ٧٤٤ من لجنة الديوان العالى مبنيةً على اختصاص المادة بالموارد التى يكون الانتقال بعد اثبات الدين .

ولكن اطلاق المادة يمنعه حيث إنها تشمل الانتقال قبل إثبات دين كما تصدق على ما بعده ولا دليل على اختصاصها بما ذكر لدم دليل مقبول من المحامين عليه ومن الوجهة الفقهية أيضاً بالنظر الى أنّ حرمة الفرار من الدين هو مبنى التفريد، لاثبتت أى خصوصية للموارد التى تكون الإنتقال بعده . نعم من الممكن الحكم بعقوبة اشدّ لما كان الانتقال بعد اثبات الدين ورأى الحاكم .

و نظراً الى آراء الفقهاء لا يبعد جريان هذه الحكم فيما أخرج المديون المال من متناول أيدي الديان كالإتلاف والاختفاء .

ولكن لما كان الإنتقال فى هيئة قانونية ومشروعة ، يحتمل أنّ الحاكم عيّن التعزير لهذه الموارد دون سائر الموارد نظراً الى التحفظ على وجهة المعاملات واعتبارها؟ وان كان له اثبات التفريد لسائر الموارد . المفردات الرئيسية: المعاملة للفرار من الدين ، انتقال المال ، المعاملة الصورية ، المحكومية المالية ، رأى وحدة السيرة ٧٤٤ ، المادة ٢١ من قانون تنفيذ الإذانات المالية .

مقارنة تطبيقية حول ماهية القذف ومقوماته من اتجاه فقه الامامية وقانون العقوبات فى

الايران و مصر

على ابو حسيني درزى

القذف من الجرائم الحدية التى وردت فى قوانين ايران الجزائية من بعد الثورة الاسلامية . وهو لغة الرمى واصطلاحاً بمعنى نسبة الزنا او اللواط الى احد كتابة او مقالة ويثبت حد القذف لمن انتسب اليه الزنا و ثم يلزم التحرى عن نسبة الزنا الى الشاكي نفسه فيما ادعى القذف ولهذا يكون تعيين مصاديقه و تبين حدوده امر مهم جداً و حيث ان تعيين ماهية الجرائم الحدية بيد الشارع يلزم

الاستقصاء عن منشأ المقررات المتعلقة بالقذف فى الفقه .

انّ هذه المقالة قامت بالمقارنة بين القوانين الكيفرية المتعلقة بالقذف فى ايران و مصر و قد تحصل منها أن القوانين الجزائية فى ايران بعد الثورة الاسلامية موافق لفقه الامامية؛ بينما لا يوجد فى قانون الجزاء فى مصر اية عقوبة حدية والقوانين المتعلقة بالقذف فى قانون عقوباتها تشبه الافتراء فى القوانين الجزائية فى ايران مع تفاوت يسير.

المفردات الرئيسية: القذف، حد القذف، مقومات القذف، نسبة الزنا، نسبة اللواط
منهج إنجاز العقوبات السالبة للحياة؛ بين الطريقية والموضوعية (الجزء الأول)

كريم رئيسى

ان من اهم المسائل حول منهج إنجاز الأحكام السالبة للحياة- من الحدود كانت ام القصاص- تعيين طريقية هذه المناهج او موضوعيتها.

قد انقسمت الأحكام الحدية السالبة للحياة فى القانون المصوب سنة ١٣٩٢ الى ثلاثة اقسام وفقاً لفقه الإمامية: القسم الاول يحتوى على حدود يؤدى فى الدور الرابع الى عقوبة الإعدام. القسم الثانى ما يشمل سائر الحدود سوى الصلب و الرجم. و هذا القسم يتوّع بنوعين حيث ان السيف قد عيّنت فى احدهما آلة انفاذ الحد؛ بخلاف الآخر الذى لم تعين آلة لإنفاذه. و فى القسم الثالث يتحرى عن الصلب و الرجم. و هذه الدراسة بعد التحرى عن آراء الفقهاء و الكتاب العزيز و الأخبار تنتهى بالأخرة الى ان طريقية الآلات فى انفاذ الأحكام هو المتعين فى الحدود و القصاص عدا الصلب و الرجم. فيصح استبدال بالة اخرى. و لكن الطريقية ليست غير منضبطة حتى يصح استخدام كل آلة؛ بل لا بدّ فى الإستبدال من ملاحظة سائر الأدلة كغرض الشارع و امور متيقنة اخرى كنفى المثلة كى يتضح رحاب الطريقية و ميزانها. اما الصلب و الرجم فقد تبين وفقاً للأدلة ان الأداة المعينة فيهما ذات موضوعية.

فى هذا العدد من مجلة رسائل يتناول الجزء الأول من المقال الجرائم المحدودة، و فى العدد القادم سيتم التعامل مع القصاص

المفردات الرئيسية: الإعدام، العقوبات السالبة للحياة، قصاص النفس، العقوبات المستبدلة،

منهج الإعدام، اداة الإعدام، الموضوعية، المماثلة فى القصاص