

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

در زیارت جامعه به ما گفتند وقتی به بارگاه اهل بیت علیهم السلام رسیدید بگویید من آمدم محقق بشوم. اینکه آدم بخواد جهنم نرود که هنر نیست چرا که خیلی ها هستند در قیامت به جهنم نمی روند مانند کودکان، دیوانه ها و کفاری که در روستاهای دورستاند و کفار مستضعف فکری اند و بیانات الهی به آنها نرسیده است. آنوقت آدم برود بارگاه امام هشتم و بگوید ما را نجات بده تا ما جهنم نرویم؟! به ما گفته اند وقتی رفتید اینها را بخوانید «مُحَقِّقٌ لِّمَا حَقَّقْتُمْ مُبْطِلٌ لِّمَا أَبْطَلْتُمْ» من آمدم دانشمند برگردم، اهل تحقیق بشوم پژوهنده بشوم کار من پژوهش باشد و معارف را تحقیق کنم؛ آنچه شما تحقیق کردید من دنباله رو راه شما باشم، آنچه شما ابطال کردید من دنباله رو راه شما باشم، من نیامدم بی سواد برگردم اینها در زیارت جامعه هست.

(بیانات آیت الله جوادی آملی رحمته الله علیه در درس اخلاق - ۱۳۹۴/۹/۲۵)



مرکز آموزش‌های تخصصی فقه
وابسته به مدرسه علمیه ولی عصر (عج)



مجله علمی دانش پژوهان مرکز آموزش‌های تخصصی فقه
شماره دو - بهار ۱۳۹۴

صاحب امتیاز: مرکز آموزش‌های تخصصی فقه

مدیر مسئول: مهدی محقق فر

سر دبیر: مهدی طهماسبی

دبیر تحریریه: مصطفی کاویانی

هیأت تحریریه: حسین صبوری، مهدی طهماسبی، مهدی عطار کاشانی، مصطفی کاویانی، مهدی محقق فر

مدیر داخلی: حسین صبوری

مترجم چکیده‌ها: محسن شیری

مشاور علمی این شماره: حجت الاسلام والمسلمین محمد هادی فاضل

مشاور روشی: مهدی طهماسبی، مهدی عطار کاشانی، مهدی محقق فر

ویراستار: محمد صادق دهقان

طراح و گرافیسیت: محمد صداقت

حرفچین: علی جواد دهقان

قیمت: ۵۰۰۰ ریال

آدرس: قم، بلوار امین، کوچه ۱۷، پلاک ۲۰، مرکز آموزش‌های تخصصی فقه

تلفن: ۰۲۵ - ۳۲۶۱۷۴۰۶

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

۵ سرمقاله

مقالات

- ۸ نظارت بر دادرسی؛ نقض حکم و رسیدگی مجدد از دیدگاه فقه امامیه / علی ابو حسینی درزی
- ۳۰ ارزیابی دلالت آیه محاربه بر بغی و افساد فی الارض / پوریا جوکار
- ۵۲ دادرسی غیابی؛ تحلیل مبانی فقهی ماده ۳۰۳ قانون آیین دادرسی مدنی / حسین حاجی حسینی
- ۷۸ تعدی جنسی به بیهوش؛ نقد ماده ۲۲۴ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ / فاضل خنلادی
- ۹۸ قصاص مکروه در فقه امامیه / عبدالله محمودی

اطلاعات علمی

- ۱۱۸ گزارش نشست بررسی فقهی حقوقی ضمان درک با یع در برابر مشتری / بهمن سام خانیانی
- ۱۲۸ آشنایی اجمالی با مرکز آزمایشگاهی پزشکی قانونی کهریزک / پوریا جوکار

۱۳۴ 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 نظریهٔ بدیع باشد، صرف تدوین و جمع‌بندی کافی نیست.
- ۳- شیوهٔ تدوین مقالات علمی با پایان‌نامه و سایر مقالات و گزارش‌های علمی تفاوت‌هایی دارد، لذا با دقت شیوه‌نامه ذیل را مطالعه بفرمائید:

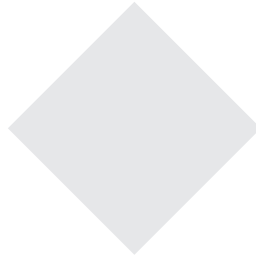
نحوه نگارش علمی مقاله

الف: نحوه حروف چینی

مقاله باید بر یک روی کاغذ (A۴) با حاشیهٔ ۲/۵ سانتی متر از چهار طرف و فاصله سطور ۱۲ میلی متر با رایانه تایپ و تمام صفحات مقاله پشت‌سر هم شماره‌گذاری 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 صفحهٔ دوم به بعد مقدمه و سپس متن مقاله و نهایتاً نتیجه و بعد از آن منابع نوشته شود.
- ۲- ارجاع منابع و مأخذ، 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، دو 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.



سرمقاله

چهارم دور از انتظار می‌نمود که یک مرکز آموزش تخصصی وابسته به یک مدرسه علمیه، بتواند دومین شماره مجله از مقالات علمی طلاب خود را، هرچند با تأخیر، منتشر سازد. به‌ویژه اینکه پایه اولیه مقالات طلاب، غالباً در تحقیقات کلاسی و کلاس‌ها و کارگاه‌های مرکز بنا گذاشته می‌شود و مجله موظف است مقالات خود را از طریق مراقبت و حیا از همین فعالیت‌های آموزشی استحصال نماید. البته در شماره نخست بسیار محتاط بودیم و آثار طلاب را بیشتر «تمرینی» و آموزشی تلقی می‌کردیم - که البته هنوز هم همین نگاه را داریم - و اگر اذعان و تحریض برخی استادان آشنا به پژوهش و مجلات علمی نبود که «برخی مقالات این مجله، دست کمی از مقالات منتشر شده در مجلات حوزه و دانشگاه، حتی بارتبه علمی پژوهشی، ندارد»، کار به شماره دوم رسائل نمی‌رسید. چرا که بسیار مجلات وزینی دیده‌ایم که نشرشان در شماره نخست متوقف شد و از ادامه مسیر بازماند. ان‌شاءالله شماره سوم نیز، به لطف صاحب نام این مدرسه، تا چند ماه دیگر به زیور نشر آراسته خواهد شد.

یادآور می‌شود که تعمیق آموزه‌های فقهی برای حل مسائل فقهی معاصر و زمینه‌سازی برای تربیت پژوهشگران در حوزه‌های فقهی و فقهی - حقوقی و برنامه‌ریزی جهت تربیت قضات دارای تراز علمی معیار در کشور از جمله سیاست‌ها و اهداف این مرکز می‌باشد. از این رو تربیت طلابی که در زمینه قضاوت، دارای توانایی و مهارت تحلیل فقهی و حقوقی باشند رسالت اصلی این مرکز قلمداد شده است.

تحقق رسالت فوق، مستلزم ارائه تصویری دقیق‌تر از منصب قضاء می‌باشد. قضاوت، به عنوان یکی از مناصب حکومتی که قاضی در آن انشاء حکم می‌نماید، از حیث عمق و اتقان علمی بسیار حائز اهمیت است. اگر این انشاء حکم، مبتنی بر تحلیل صحیح و جامع قاضی از

مسئله باشد، این امکان برای قاضی وجود دارد که با مراجعه به منابع فقهی و حقوقی، شروح و حواشی، آراء وحدت رویه و مطالعه پرونده‌هایی که قضات چیره‌دست نسبت به آن رأی صادر کرده‌اند، مسئله اصلی پرونده را به سوالات فرعی و فرعی‌تر تبدیل نماید، عناصر مسئله را تحلیل کند و پاسخی شایسته برای آن تدارک نماید. در چنین قضاوتی، در صورت مواجهه با یک چالش و گره علمی، که مواد قانونی نسبت به آن ساکت است، قاضی در رسیدگی به مسئله و فیصله پرونده دچار مشکل نمی‌شود؛ چرا که قادر است با استفاده از منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر (اصل ۷۶۱ قانون اساسی) و سایر منابع و آثار پژوهشی فقهی و حقوقی، مقالات و پایان‌نامه‌ها، مسئله خود را تحلیل نماید و حکم شایسته را متناسب با ادله و شواهد انشاء نماید.

بر همین اساس، طلاب این مرکز تمرین می‌نمایند که پژوهش را طی سه مرحله طراحی، اجرا و ارائه به انجام برسانند. تفکیک بین این سه مرحله و زمان‌بندی پژوهش، طلاب را ملزم می‌سازد که در عین تفریع فروع و بررسی تفسیرهای متنوع از مواد قانونی و متون فقهی و مطالعه آراء وحدت رویه و مرور آراء قضات خبره، در مسئله خود به جمع‌بندی نهایی برسند و رأی خود را نسبت به پرونده صادر نمایند. در عین حال، شرکت در نشست‌های نقد رأی، جلسه با قضات مجرب و کارآموده، استفاده از نرم‌افزارها و سایت‌های فقهی، اصولی و حقوقی، مهارت تشکیل پرونده علمی و نگارش مقاله علمی از جمله برنامه‌هایی است که طلاب مستعد و فاضل را در قدم نهادن در مسیر خلق یک قضاوت تحلیلی و مستدل یاری خواهد رساند.

چه بسا، اگر فعالیت‌های فوق‌الذکر بصورت یک مجموعه به هم پیوسته و با رویکرد پژوهشی در مدارس علمیه انجام گیرد، انتشار مجلات علمی، رو به تزاید خواهد گذاشت و طلاب و اساتید، کارایی تلاش علمی خود را در حل مشکلات جامعه، از جمله محاکم قضایی، لمس خواهند کرد.

سردبیر



مقالات

رسائل

مجله علمی دانش پژوهان مرکز آموزش های تخصصی فقه

شماره ۲، بهار ۹۴

صفحات ۸ تا ۲۹

علی ابو حسینی درزی*

A.aboohoseini@yahoo.com

نظارت بر دادرسی نقض حکم و رسیدگی مجدد از دیدگاه فقه امامیه

چکیده:

حکم قاضی در غالب نظام های حقوقی قطعی و دارای اعتبار است به گونه ای که قاضی دیگر نمی تواند آن را نقض کند. حقوق ایران نیز احکام دادگاه ها را معتبر و قطعی دانسته است. اما این اعتبار، مطلق نیست و در مواردی برابر قانون، تجدید نظر و نقض حکم لازم شمرده است و به قاضی دیگر اجازه نقض حکم را داده است. علاوه بر این در ماده ۳۴۸ قانون آیین دادرسی مدنی، جهاتی که به استناد آنها می توان درخواست تجدید نظر داد، ذکر گردیده است. از طرف دیگر مطابق اصل ۱۶۱ قانون اساسی نظارت بر اجرای صحیح قوانین در محاکم به عهده دیوان عالی کشور گذاشته شده است که ممکن است منجر به نقض حکم گردد. در بررسی مقایسه ای موضوع در فقه امامیه ملاحظه می شود که فقها نیز حکم قاضی را معتبر و غیر قابل نقض می دانند و در عین حال نظارت بر عملکرد قضات را برای قضات دیگر جایز می شمارند و مصادیقی برای وجوب نقض حکم بر می شمارند.

کلیدواژگان:

نظارت بر دادرسی، تجدید رسیدگی، نقض حکم، تجدید نظر

* دانش آموخته ی مرکز آموزش های تخصصی فقه و طلبه سطح سه حوزه علمی قم.

مقدمه

در هر دادرسی، پس از صدور حکم این سؤال مطرح می‌شود که حکم صادره چه مقدار اعتبار دارد و آیا دارای اعتباری مطلق است به طوری که هرگز قابل نقض و رسیدگی مجدد نباشد؟ یا اینکه امکان نقض آن و رسیدگی مجدد وجود دارد؟ در فرض دوم، آیا با صرف مراجعه به قاضی دیگر رسیدگی و نقض حکم بر او جایز می‌باشد؟ یا ساز و کاری برای آن تعریف شده است؟ آیا نظارت بر حکم جایز است؟ موارد رسیدگی مجدد و نقض حکم کدامند؟ آنچه ما به دنبال آن هستیم یافتن پاسخ این پرسش‌ها از نگاه فقه امامیه است تا در نهایت به آن نظام قضایی که فقها تعریف می‌نمایند دست یابیم و همچنین دریابیم در نظام جمهوری اسلامی ایران آنچه در اصل ۱۶۱ قانون اساسی تحت عنوان نظارت بر اجرای صحیح قوانین بر عهده‌ی دیوان عالی کشور گذاشته شده و نیز آنچه در قانون آیین دادرسی مدنی امروز ما در باب چهارم و طی پنج فصل ذیل عنوان تجدید نظر آمده است چه مقدار با فقه شیعه مطابقت دارد.

فقها بحثی را به جواز یا عدم جواز نظارت بر دادرسی و حکم صادره و بحثی را هم به جواز و عدم جواز تجدید رسیدگی و نقض حکم اختصاص داده‌اند. ما نیز این بحث را ذیل دو گفتار مرتب نموده‌ایم.

گفتار اول: نظارت بر دادرسی

فقهای امامیه نظارت بر دادرسی را امری جایز می‌دانند. به این معنی که قاضی می‌تواند عملکرد قاضی رسیدگی کننده به پرونده و حکم صادره را زیر نظر بگیرد تا اگر احیاناً تخلفی صورت گرفت حکم را نقض کرده خود به رسیدگی مجدد آن پردازد که تفصیل مطلب در نقض حکم در ادامه خواهد آمد. از نظر ایشان این نظارت بر قضات دیگر واجب نیست مگر در مواردی که در ادامه به آن‌ها اشاره خواهد شد.

مرحوم صاحب جواهر در این مورد می‌فرماید: «لیس علی الحاکم تتبع حکم من کان قبله ولا غیره حملاً لفعله علی الوجه الصحیح و إن جاز له ذلك للأصل و غیره» (جواهرالکلام ۴: ۱۰۳) ایشان نظارت بر دادرسی را بر قاضی دوم واجب نمی‌داند ولی این نظارت را برایش جایز می‌داند و دلیل واجب نبودن را استصحاب عدم وجوب بیان می‌نمایند.

شیخ انصاری (ره) نیز تعبیری مشابه در این مورد دارند ایشان می‌فرمایند: «و لایجب بمجرد تشهی المترافعین تتبع الحکم السابق، نعم له أن یتتبع بلا خلاف یظهر: للأصل» (القضاء و الشهادت ۱۵۴) ملاحظه می‌شود که ایشان در این جواز اختلافی بین فقهاء نیافته‌اند و دلیل عدم وجوب را استصحاب عدم وجوب دانسته‌اند. محقق رشتی (ره) نیز در توضیح عبارت شرایع، نظارت بر حکم را چه قبل از صدور حکم، و چه پس از آن جایز می‌داند چرا که دلیلی بر منع وجود ندارد. (کتاب القضاء ۱: ۱۱۶).

مرحوم آشتیانی (ره) برای جواز نظارت، دو دلیل ذکر کرده‌اند دلیل اول اجماع بر این مطلب است و دلیل دیگر اصل براءت است به این بیان که در شک در وجوب نظارت، اصل براءت از وجوب جاری کرده و در شک در حرمت این نظارت، اصل براءت از حرمت جاری می‌کنیم. همچنین ایشان دلیل این عدم وجوب را جریان اصله الصحه در فعل مسلمان ذکر نموده‌اند. (کتاب القضاء ۵۹)

دفع یک شبهه

مرحوم آشتیانی (ره) در کتاب القضاء ابتدا توهمی را مطرح نموده و سپس به آن پاسخ می‌دهند. اما آنچه از توهم بیان شده آن است که نظارت بر حکم سابق مستلزم تجسس از فسق حاکم می‌باشد که این خود مستلزم تفحص از عیوب مردم است و از آنجا که کتاب و سنت، فحص از عیوب مردم را حرام می‌دانند، نظارت بر حکم سابق نیز حرام خواهد بود. اما

جوابی که ایشان به این توهّم می‌دهند آن است که اولاً قبول نداریم صرف تفتیش از واقع فحص از عیب کسی باشد ثانیاً اگر بپذیریم این تفتیش مستلزم فحص از خطای حاکم در اجتهادش باشد دیگر مستلزم فحص از عیب او نیست چرا که خطای در اجتهاد عیب نیست چون بنا بر اعتقاد ما مجتهد در صورت خطا نیز معذور است. حتی اگر خطای در اجتهاد هم عیب محسوب شود قبول نداریم فحص از هر عیبی حتی این عیب حرام باشد.

اگر فرض کلام این باشد که حاکم دیگر پس از فحص، به فسق حاکم به اینکه در اجتهادش مرتکب تقصیر شده اطلاع یابد گوییم؛ اولاً صرف اینکه بطور اتفاقی بر فسق حاکم اطلاع حاصل شود، فحص از عیب اطلاق نمی‌شود چرا که عنوان «فحص» از چیزی (مثلاً عیب)، زمانی اطلاق می‌گردد که غرض شخص از همان ابتدا رسیدن به آن چیز (عیب) باشد نه آنکه احیاناً به آن برسد. ثانیاً حتی اگر در اینجا نیز فحص از عیب صدق کند، ما قبول نداریم که این فحص حرام باشد چرا که همانند فحص از احوال رجال حدیث و شهود در محکمه است که حرمتی ندارد. (۵۹) البته محقق رشتی (ره) با قسمت اخیر بیان ایشان مخالف است و فحص از عیب را در صورتی که غرض از آن اطلاع از عیوب قاضی باشد، حرام می‌داند. (کتاب القضاء: ۱: ۱۱۶)

به نظر می‌رسد سخن محقق رشتی (ره) بجاست و میان تجسس از عیب حاکم و فحص از احوال رجال حدیث و شهود در محکمه تفاوت وجود دارد. چرا که در دو مورد اخیر، فحص و احراز عدم فسق واجب است ولی نظارت بر دادرسی همان طور که گفته شد به خاطر جریان اصل عدم وجوب و اصالة الصحة در فعل مسلمان واجب نیست چه رسد به اینکه غرض، تجسس از عیب حاکم باشد. به هر حال قاضی دیگر می‌تواند بر دادرسی و حکم صادره نظارت داشته باشد و در مواردی که در ادامه خواهد آمد می‌بایست حکم صادره را نقض نموده، اقدام به تجدید دادرسی نماید. مگر اینکه غرض از نظارت، تجسس از عیب حاکم باشد که جایز نبوده بلکه حرام است.

گفتار دوم: تجدید رسیدگی و نقض حکم

در مورد رسیدگی مجدد نسبت به پرونده‌ای که قبلاً حکمش از جانب قاضی دارای صلاحیت، صادر شده، سه دیدگاه وجود دارد. این سه دیدگاه و ادله‌ی هر یک به شرح ذیل است:

الف. دیدگاه مشهور

بنا به نظر مشهور، حکمی که قاضی دارای شرایط قضاوت براساس موازین قضاء و مطابق اجتهاد خود صادر می‌نماید حکمی است که نزد دو طرف دعوا و نزد قاضی دیگر یا شخص ثالث، معتبر و غیر قابل نقض می‌باشد. (آشتیانی، کتاب القضاء ۵۴؛ سبزواری، مهذب الاحکام ۲۷: ۳۲؛ خوئی، مبانی تکمله المنهاج-موسوعه ۲۶: ۴۱؛ تبریزی، أسس القضاء و الشهادة ۸۵؛ رشتی، کتاب القضاء ۱: ۱۰۷).

پنج دلیل قول مشهور به شکل زیر قابل صورت‌بندی می‌باشد:

۱. انتفای خصومت

یکی از ادله‌ای که مشهور بیان کرده‌اند این است که وقتی حاکم جامع شرایط حکمی صادر کرد دیگر خصومت باقی نمی‌ماند تا بتوان به حاکم دیگر رجوع کرده، رسیدگی مجدد نمود. محقق رشتی (ره) با تأکید بر معنای لفظ «حکم» اینگونه استدلال می‌کند که حکم به معنای فصل خصومت و نزاع است و همان طور که که یک شیء متصل با یک بار قطع شدن، منفصل می‌شود و دیگر انفصال بی معناست دو بار فصل شدن برای نزاع نیز محال است و اگر یک بار نزد حاکم جامع شرایط فصل خصومت و نزاع محقق شد دیگر چیز قابل فصلی باقی نخواهد ماند تا حاکم دیگر عهده‌دار رسیدگی به آن گردد. (کتاب القضاء ۱: ۱۰۷-۱۰۸)

مرحوم آشتیانی این دلیل را اینگونه تقریر می‌نماید: قاعده‌ی اولیه آن است که هیچ کس بر دیگری حکومت ندارد حال که ما حاکم جامع شرایط را استثنا نمودیم و حکم او را نافذ دانستیم اگر حکم نمود و خصومت را فیصله داد وصل مجدد آن خصومت نیازمند دلیل است که این دلیل در اینجا موجود نیست بلکه طبق قاعده‌ی اولیه به همان حکم اکتفا نموده و فصل خصومت و رسیدگی مجدد را بر نمی‌تابیم. در نتیجه با از بین رفتن نزاع و خصومت بواسطه این حکم، دیگر موضوعی برای حکم و رسیدگی مجدد باقی نمی‌ماند. (کتاب القضاء ۵۴)

این دلیل برای اثبات جواز نقض حکم تام بوده و با وجود آن دیگر نیاز به بیان ادله‌ی دیگر نیست.

۲. روایت عمر بن حنظله

روایت عمر بن حنظله از میان روایات مطرح شده بیشتر مورد استناد مشهور واقع شده است. (نجفی، الکافی ۷: ۴۱۲)

از این روایت، دو فقره مورد استدلال مشهور قرار گرفته است. فقره اول «فَارْضُوا بِهِ حَكَمًا فَإِنِّي قَدْ جَعَلْتُهُ عَلَيْكُمْ حَاكِمًا» می‌باشد. که در آن امام صادق (ع) دستور به پذیرش حکم حاکم نموده، آن را نافذ می‌دانند و چون امام (ع) در مقام بیان بوده و نافذ بودن حکم را به صورت مطلق آورده‌اند برای همه یعنی دو طرف دعوا، حاکم دیگر و شخص ثالث نافذ بوده، حق تجدید دادرسی و نقض حکم را ندارند.

اما فقره دوم «فَإِذَا حَكَمَ بِحُكْمِنَا فَلَمْ يَقْبَلْهُ مِنْهُ فَإِنَّمَا بِحُكْمِ اللَّهِ قَدْ اسْتَخَفَّ وَ عَلَيْنَا رَدُّ وَ الرَّأدُّ عَلَيْنَا الرَّأدُّ عَلَى اللَّهِ وَ هُوَ عَلَى حَدِّ الشُّرْكِ بِاللَّهِ.» می‌باشد. که در آن امام صادق (ع) رد حکم حاکم جامع شرایط را به مثابه رد حکم ائمه دانسته‌اند و رد ائمه (ع) هم رد بر خداست که در حد شرک به او (جل ثنائه) است.

این دو فقره از این روایت با دو تعبیر از سوی فقها بکار گرفته شده است، بدون آنکه اصل روایت را ذکر نمایند. یکی اطلاق دلیل نفوذ حکم است که از فقره اول بدست می‌آید و دیگری آن است که رد حکم حاکم به معنای رد ائمه (ع) می‌باشد که از فقره دوم بدست آمده است. مرحوم تبریزی با توجه به فقره‌ی اول می‌فرماید: «إِذَا تَحَقَّقَ الْحَكْمُ مِنَ الْحَاكِمِ الْأَوَّلِ عَلَى طَبَقِ مَوَازِينِ الْقَضَاءِ عِنْدَهُ يَعْمَهُ مَا دَلَّ عَلَى نَفُوذِ الْحَكْمِ» یعنی وقتی حکمی از سوی قاضی بر طبق موازین قضا و اجتهادش صادر شد عموم دلیل نفوذ حکم شامل آن می‌شود. و با توجه به فقره‌ی دوم می‌فرماید: «بَلْ لَا يَجُوزُ لَهُ إِيقَافُهُ، فَإِنَّ إِيقَافَ تَنْفِيذِهِ رَدٌّ لِلْحَكْمِ الْمَشْرُوعِ» یعنی قاضی دیگر باید حکم صادره را نافذ بداند و گرنه رد حکم که در روایات آمده صدق می‌کند. (اسس القضاء والشهادة ۸۵) مرحوم عبد الاعلی سبزواری نیز با توجه به این دو فقره به اطلاق دلیل نفوذ و رد حکم ائمه اشاره کرده‌اند. (مهذب الاحکام ۱: ۱۰۲ و ۲۷: ۳۲) مرحوم آشتیانی این دو فقره را به عنوان دو دلیل مستقل ذکر نموده‌اند. (کتاب القضاء ۵۴ - ۵۵) اما مرحوم نجفی تنها به فقره‌ی دوم عنایت فرموده‌اند و اطلاق نفوذ حکم را نمی‌پذیرد. (جواهر الکلام ۴: ۹۷) از اینجا اعتقاد ایشان به جواز نقض حکم در صورت تراضی دو طرف دعوا فهمیده می‌شود چرا که در این فرض رد حکم صدق نمی‌کند. همان طور که در ادامه جداگانه به آن خواهیم پرداخت.

همان طور که ملاحظه شد این روایت نقض حکم را جایز ندانست لکن در مورد سند روایت با اینکه مرحوم خوبی آن را تضعیف می‌کنند (مبانی تکملة المنهاج - موسوعه ۱۰: ۴۱) اما عمل اصحاب به این روایت ضعف آن را جبران می‌کند.

۳. اجماع منقول

مرحوم آشتیانی اجماع منقول بر عدم جواز رد حکم را به عنوان دلیل بیان نموده است؛ اجماعی که به حد استفاضه رسیده و معتضد به شهرت عظیمه و عدم خلاف است. (کتاب القضاء ۵۴)

فقه‌های دیگر نیز به وجود چنین اجماعی اذعان دارند. به عنوان مثال مرحوم رشتی (ره) که با وجود دلیل اول خود را بی نیاز از ادله‌ی دیگر می‌داند، به وجود اجماع نیز اشاره می‌نماید. (کتاب القضاء ۱: ۱۰۸)

در خصوص اعتبار این دلیل، حتی اگر حجیت اجماع منقول مستفیض را بپذیریم ولی با وجود نص در این مورد و احتمال اینکه منشأ این اجماع، روایت مذکور باشد می‌توان گفت این اجماع، مدرکی است و اعتباری ندارد.

۴. بنا و سیره‌ی عقلا

مرحوم عبدالاعلی سبزواری عدم جواز دادرسی مجدد و نقض حکم را مبتنی بر بنای عقلا دانسته و این بنا را مستند به سیره‌ی معتبر نزد همه می‌داند نه اینکه مختص مسلمین باشد. (مذهب الاحکام ۱: ۱۰۱)

رجوع به حقوق عرفی مهر تأییدی بر وجود این بنا بین عقلاست، چرا که ایشان با وجود اختلاف در مبانی، اعتبار حکم صادره را پذیرفته‌اند و آن را در قوانین خود گنجانده‌اند از جمله در قوانین مدنی: ایتالیا ماده ۳۵۱، هلند ماده ۱۹۵۴، اسپانیا ماده ۱۲۵۲، مراکش ماده ۴۵۱، فرانسه ۱۳۵۱ (محسنی، «اعتبار امر قضاوت شده و مبانی آن» ۱۷۸)

۵. لزوم هرج و مرج و اختلال نظام

مرحوم آشتیانی یکی از ادله‌ی عدم جواز را لزوم هرج و مرج بیان می‌نماید. (کتاب القضاء ۵۵) مرحوم سبزواری لزوم هرج و مرج را اینگونه تبیین می‌کنند که اکثر احکام صادره در دادگاه همانند فتاوی مستند به ظواهر هستند و در ظواهر احتمال خطا وجود دارد. اگر به استناد این احتمال خطا در فرض اختلاف نظر در اجتهاد، تجدید دادرسی و نقض این همه حکم جایز باشد اختلال نظام و هرج و مرج لازم می‌آید (مذهب الاحکام ۱: ۱۰۲) و به حکم عقل حفظ نظام واجب است.

ب. دیدگاه صاحب جواهر

مرحوم نجفی در کتاب جواهر تجدید دادرسی و نقض حکم را، گرچه به سبب اختلاف نظر در اجتهاد باشد، در صورت رضایت دو طرف دعوا لازم دانسته‌اند: «أن الحكم ینقض و لو بالظن إذا تراضی الخصمان علی تجدید الدعوی و قبول حکم الحاکم الثانی.» (۹۷:۴۰) همان طور که در ذیل بحث از روایت عمر بن حنظله گفته شد مرحوم نجفی (ره) رد حکم قاضی را رد حکم ائمه دانسته و آن را جایز نمی‌داند و در استدلال به عدم جواز رد و نقض حکم به همین دلیل اکتفا می‌نماید. پس اگر ایشان در صورت رضایت طرفین دعوا، تجدید رسیدگی و نقض حکم را جایز می‌دانند باید به این نتیجه طبیعی برسیم که ایشان معتقدند با رضایت طرفین دیگر عنوان رد حکم صدق نمی‌کند.

نقد این دیدگاه

این نظر مورد توجه و انتقاد بیشتر فقها قرار گرفته است، در ذیل به اشکالاتی که فقها، بویژه شیخ انصاری که هم عصر ایشان نیز بوده‌اند اشاره می‌شود:

دلیلی بر اینکه امر دائر مدار رضایت دو طرف دعوا باشد نداریم و رضایت ایشان تأثیری در تجدید دادرسی و نقض حکم ندارد. و در صورت شک در تأثیر رضایت، استصحاب بقاء اثر حکم اول می‌کنیم (انصاری، القضاء والشهادات ۱۵۳؛ آشتیانی، کتاب القضاء ۵۵)

تبعیت از رضایت دو طرف با ادله‌ای که رضایت به حکم فقیه را واجب می‌شمرد منافات دارد. (انصاری، القضاء و الشهادات ۱۵۳)

همان طور که در ادله‌ی مشهور بیان شد با صدور حکم، خصومت شرعاً از بین می‌رود بنابراین رضایت طرفین دعوا بی‌فایده می‌باشد و نمی‌تواند خصومت متفی شده را برگرداند. (آشتیانی، کتاب القضاء ۵۵؛ رشتی، کتاب القضاء ۱: ۱۰۸).

ارزش حکم حاکم و عمل به آن در یک واقعه‌ی مشخص از فتوای مفتی و عمل به آن در یک واقعه‌ی مشخص کمتر نیست. حال آنکه ادعای اجماع شده که در نفس آن واقعه که استفتاء شده نمی‌توان از فتوای مفتی رجوع کرده آن را نقض نمود. بنابراین حکم حاکم نیز نباید با وجود رضایت طرفین دعوا نقض گردد. (انصاری، القضاء و الشهادات ۱۵۳)

ادله‌ای که نقض و رد حکم را جایز نمی‌داند شامل این فرض می‌شود. چراکه در فرض رضایت طرفین دعوا نیز نقض و رد صدق می‌کند. (سبزواری، مهذب الاحکام ۲۷: ۳۲)

در مقابل، مرحوم یزدی با مرحوم نجفی هم نظر شده‌اند با این استدلال که در این فرض، خصوصاً اگر احتمال خطای حاکم داده شود، نقض و رد حکم صدق نمی‌کند، تجدید دادرسی را جایز می‌دانند. (تکملة العروة الوثقی ۲: ۲۶) در واقع ایشان دلیل اصلی عدم جواز تجدید رسیدگی و نقض حکم را روایت عمر بن حنظله و عدم جواز رد حکم می‌دانند و چون از نظر ایشان در صورت رضایت دو طرف دعوا دیگر رد حکم صدق نمی‌کند، رسیدگی مجدد و احیاناً نقض حکم را جایز می‌دانند.

بنابراین می‌توان نزاع را لفظی دانست به این معنی که اگر گفتیم با وجود رضایت طرفین دعوا همچنان عنوان رد و نقض حکم صدق می‌کند، تجدید دادرسی را جایز ندانیم و اگر گفتیم با وجود رضایت، دیگر این عنوان صدق نمی‌کند، تجدید دادرسی را جایز خواهیم دانست همچنانکه مرحوم سبزواری به این تفصیل اشاره نموده‌اند. (مهذب الأحکام ۱۰۳: ۱)

البته ایشان و اکثر فقها می‌فرمایند عنوان رد و نقض در این فرض نیز صدق می‌کند به همین دلیل تجدید دادرسی را جایز نمی‌دانند که سخنی نیکوست.

ج. دیدگاه مرحوم سبزواری

مرحوم سبزواری در صورت اختلاف در اجتهاد، از باب احتیاط راهی مطرح نموده، می‌فرمایند: به نظر ما احتیاط حکم می‌کند اگر حاکم اول زنده باشد و حاکم ثانی بخواهد

در صورت وجود دلیل معتبر بر خطای او - طبق اجتهاد خود - حکمش را نقض کند، حاکم ثانی باید حاکم اول را به خطایش آگاه کند شاید از حکمش برگردد چرا که بدون شک رجوع از حکمش جایز است. اما اگر حاکم اول مرده باشد اگر دو طرف دعوا به حاکم ثانی رجوع نکنند دعوا و موضوع حکم وجود نداشته باشد، آنگاه نقض حکم وجود نخواهد داشت ولی اگر به او رجوع کنند و به حکم او راضی شوند و حاکم ثانی همان حکم سابق را تأیید کند، موضوع منتفی می‌شود و گرنه آن دو را به رضایت به حکم سابق و مصالحه ترغیب کند. (مهذب الأحكام ۱: ۱۰۳)

با اینکه دلیلی بر وجوب این احتیاط نداریم ولی از آنجا که عمل به احتیاط در هر حال نیکوست منعی بر این احتیاط نیست.

بنابراین چاره‌ای جز پذیرش قول مشهور نیست. اکنون این سؤال مطرح می‌شود که آیا این عدم جواز رسیدگی مجدد مطلق است؟ یا مواردی یافت می‌شود که در آن اجازه‌ی رسیدگی مجدد داده شده است؟

موارد وجوب تجدید رسیدگی

گرچه فقها تجدید دادرسی را جایز نمی‌دانند، ولی در مواردی تجدید رسیدگی را استثناً واجب دانسته‌اند. در ذیل به این موارد اشاره خواهیم کرد؛

الف. ادعای جور و بطلان حکم از سوی مدعی علیه

اگر مدعی علیه ادعای جور نماید و حکم سابق را فاسد بداند، طبق نظر اکثر فقهای امامیه بر حاکم دیگر رسیدگی به آن واجب است؛ چرا که این خود دعوایی مستقل است و دلیلی بر عدم پذیرش آن وجود ندارد چنانکه صاحب جواهر (۳: ۱۰۳) و مرحوم آشتیانی (کتاب القضاء، ص ۵۹) استدلال نموده‌اند اطلاق ادله قبول دعوا آن را در بر می‌گیرد.

اگر مراد از جور و بطلان حکم، فساد در اجتهاد و فساد در کیفیت فصل خصومت باشد در اینجا دو دیدگاه وجود دارد:

۱. وجوب رسیدگی

مرحوم شیخ انصاری می‌فرماید چه مراد از جور، فساد در اجتهاد باشد و چه فساد در کیفیت فصل خصومت، ما در واقع با دو دعوی دیگر مواجهیم که دلیلی برای عدم پذیرش آن نداریم. بنابراین همانند همه‌ی دعاوی، اگر مدعی بینه آورد که حرفی نمی‌ماند اما اگر بینه نیابد بر حاکم اول لازم است قسم بخورد. (القضاء والشهادات ۱۵۵)

۲. قول به تفصیل

ولی برخی تفصیل داده‌اند به اینکه اگر ادعای فساد در اجتهاد شود، اقامه‌ی بینه واجب نیست به دو دلیل:

۱. چون ممکن است مورد این دعوا از موارد اقامه بینه نباشد به اعتبار اینکه بینه در موضوعات اقامه می‌شود نه در مثل فساد اجتهاد و امثال آن که نظر به حکم دارند.
۲. به جهت وجود اختلاف مبنا در اجتهاد، تحقق فساد در اجتهاد یا عدم تحقق آن برای هر قاضی مجتهد متفاوت خواهد بود. بنابراین بینه برای اثبات وقوع فساد در اجتهاد هیچ کمکی نمی‌تواند بکند.

بر اساس این، فرض نظارت بر دادرسی سابق بر حاکم دیگر که به او مراجعه شده، واجب می‌باشد و اگر لازم دانست آن را نقض نموده مجدداً به رسیدگی آن می‌پردازد. (اردبیلی، فقه القضاء ۱: ۳۴۱)

و اگر ادعای فساد در کیفیت فصل خصومت شود به اینکه مثلاً بینه فاسق بوده‌اند یا از مدعی مطالبه‌ی قسم شده و...، اقامه‌ی بینه لازم می‌باشد و اگر بینه نیابد به این دعوا رسیدگی نمی‌شود. (عراقی، کتاب القضاء ۵۱؛ اردبیلی، فقه القضاء ۱: ۳۵۱)

بر اساس این فرض پس از اقامه‌ی بینه، رسیدگی مجدد بر حاکم دیگر لازم می‌گردد. کما اینکه از ظاهر عبارت محقق رشتی (ره) اینگونه بر می‌آید. (کتاب القضاء ۱: ۱۱۶)

اما اگر مدعی علیه حکم را خلاف واقع بداند و ادعای فساد حکم نماید همان طور که مرحوم آقا ضیاء عراقی فرموده‌اند به این شکایت ترتیب اثر داده نمی‌شود چون مستلزم آن است که دعوای مدعی که خود را بر حق می‌داند هیچ‌گاه به انتها نرسد و حاکم‌های دیگر را نیز به خطا رفته پندارد و علیه آن‌ها طرح دعوا نماید و این مستلزم تسلسل محال است. مذاق شارع نیز بر عدم پذیرش چنین دعوایی است که هیچ‌گاه به پایان نمی‌رسد. بعلاوه می‌توان ادعا کرد بنای عقلا بر عدم پذیرش چنین شکایتی است. (کتاب القضاء ۵۱)

بنابراین اگر ادعای فساد در اجتهاد شود یعنی ادعا شود حکم کلی‌ای که بر اساس آن حکم صادر شده فاسد است اینجا محل وجوب نظارت حاکم دیگری است که به او رجوع شده، نه تجدید دادرسی. و اگر ادعای فساد در کیفیت فصل خصومت و میزان شود با آوردن بینه، دیگر جایی برای نظارت باقی نمی‌ماند بلکه با اثبات فساد حکم، نوبت به تجدید رسیدگی می‌رسد.

و اگر هیچ‌یک از این دو مورد نباشد بلکه ادعا شود موضوع خارجی بر حاکم مشتبه شده، به خلاف واقع رسیده و حکم فاسد صادر کرده است، به این دعوا رسیدگی نمی‌شود چرا که به تسلسل می‌انجامد.

قول مختار

به نظر می‌رسد این گفته که: «ادعای فساد در کیفیت فصل، فقط در صورت آوردن بینه مسموع است و گرنه به آن رسیدگی نمی‌شود» کلامی بی‌دلیل است و نمی‌توان آن را پذیرفت. چراکه در پذیرش دعوا و رسیدگی به آن شرط نیست مدعی بینه بیاورد بلکه تحت اطلاق ادله پذیرش دعوا قرار می‌گیرد. حال اگر مدعی بینه آورد، رسیدگی می‌شود و اگر

بینه نداشت، قاضی سابق قسم میخورد.

با توجه به این مطلب بهتر است بگوییم با ادعای جور و فساد حکم از سوی مدعی علیه، و خوب نظارت بر حاکمی که به او رجوع شده ثابت می‌شود نه تجدید دادرسی. البته اگر ادعای مخالفت حکم با واقع نشود چرا که در این صورت دعوا را به دلیل تسلسل محال، مسموع نمی‌دانیم.

ب - ادعای عدم صلاحیت قاضی سابق

اگر یکی از دو طرف دعوا مدعی شود حاکم اول هنگام قضاوت شرایط قضاوت مانند عدالت یا اجتهاد را نداشته است شکایتش پذیرفته می‌شود چرا که نقض حکم صدق نمی‌کند و شکایتی است که مقتضی پذیرش در آن موجود و مانع از پذیرش آن مفقود است. در این فرض بر حاکم ثانی جایز است در حکم نظر کند؛ اگر برایش علم حاصل شد که حاکم اول صلاحیت قضاوت نداشته حکم او را نقض نموده و پس از نقض به رسیدگی مجدد دعوا می‌پردازد چرا که حکمش بر خلاف موازین قضاء بوده و بی اعتبار است. (سبزواری، مهذب الاحکام ۲۷: ۳۳؛ خوئی، مبانی تکملة المنهاج - موسوعه ۴۱: ۲۶)

نقد و نظر

این ادعا، نظارت را بر حاکمی که به او رجوع شده، واجب می‌سازد. اگر دعوی صادق بود، حکم نقض می‌شود و رسیدگی مجدد بر او واجب می‌گردد و گرنه حق رسیدگی مجدد را نخواهد داشت. بنابراین صرف ادعای عدم وجود شرایط قضاوت موجب لزوم رسیدگی مجدد نمی‌شود.

همان طور که ملاحظه شد این مورد و مورد قبلی دو ادعا هستند که وجوب نظارت را برای حاکم دیگر ثابت می‌کنند نه وجوب رسیدگی مجدد را، البته اگر این دو ادعا ثابت شد، تجدید رسیدگی بر حاکم دیگر لازم می‌گردد. بنا بر این صرف این دو ادعا تجدید رسیدگی

را واجب نمی‌کند.

به طور کلی می‌توان گفت هر ادعایی که با اثبات آن، نقض حکم لازم می‌آید با ارائه‌ی آن به حاکم دیگر نظارت بر حکم سابق بر او واجب می‌گردد.

ج - موارد وجوب نقض

در کلمات فقهای امامیه مواردی به چشم می‌خورد که در آن نقض حکم لازم دانسته شده است، این‌ها مواردی است که حاکم دیگر با نظارت بر حکم سابق و یا به هر دلیلی به خطای حاکم سابق علم می‌یابد. با نقض حکم سابق، زمینه برای تجدید رسیدگی فراهم می‌شود. گرچه می‌توان گفت در حقیقت نقض حکم نیست بلکه حکم سابق از ابتدا لغو و باطل بوده است. (رشتی، کتاب القضاء ۱: ۱۰۸) دلیل وجوب نقض آن است که حکم ظنی حاکم نمی‌تواند در مقابل علم به خطا تاب بیاورد. (انصاری، القضاء و الشهادات ۱۵۴) در صورتی که علم به فساد حکم، ناشی از موارد زیر باشد، از نگاه فقها نقض حکم ضروری است:

۱. تعارض حکم با ضروریات فقه و کتاب و سنت

وقتی حکم سابق مخالف با ضروری فقه و قطعیات کتاب و سنت باشد به طوری که اجتهاد بردار نباشد این حکم، نقض شده بلکه از ابتدا لغو و معدوم می‌باشد. (خوئی، مبانی تکمله المنهاج - موسوعه ۴۱: ۲۷؛ آشتیانی، کتاب القضاء ۵۵؛ تبریزی، أسس القضاء و الشهاده ۸۵ و ۸۷) دلیل این وجوب نقض یکی آن است که حکم از جمله‌ی امارات ظنی است که در صورت جهل به واقع حجیت دارند نه مثل فرض ما که علم به واقع وجود دارد و ظن در مقابل علم تاب ندارد. (آشتیانی، کتاب القضاء ۵۵؛ رشتی، کتاب القضاء ۱: ۱۰۸)

دلیل دیگر اینکه چون حکم صادر شده لغو و معدوم است از ابتدا حکم شرعی محقق نشده تا رد و نقضش حرام باشد. بنابراین مانعی از این نقض حکم و تجدید رسیدگی وجود ندارد. (سبزواری، مهذب الاحکام ۲۷: ۳۴)

حال فرق نمی‌کند این مخالفت با حکم واقعی به دلیل تقصیر حاکم در رعایت موازین قضا باشد و یا به دلیل قصور و کوتاهی حاکم، به اینکه دچار سهو و خطا و نسیان شود. (سبزواری، مهذب الاحکام ۱: ۱۰۱ - ۱۰۲)

۲. فساد در اجتهاد حاکم سابق

وقتی به دلیل فساد در اجتهاد حاکم سابق، به فساد حکم علم حاصل شود؛ مثل اینکه بدانیم حاکم سابق به خاطر اینکه فکر می‌کرده در مسأله اجماع وجود دارد حکم داده ولی مسأله اجماعی نبوده است یا اینکه به صحت کتابی روایی اعتقاد یافته و به مضمون روایتی که در آن آمده بود، عمل نموده و حکم صادر کرده است، حال آنکه کتاب صحیح نبوده است. در این فرض حق آن است که بگوییم نقض حکم واجب است و حاکم ثانی باید آنرا نقض کند. چرا که با این علم، کشف می‌کنیم شارع این حکم را تایید نکرده است بلکه حکم از ابتدا فاسد می‌باشد و ادله عدم جواز نقض حکم شامل این فرض نمی‌شود؛ چرا که این ادله اختصاص به اجتهاد صحیح دارد نه اجتهاد فاسد. (آشتیانی، کتاب القضاء ۵۴ و ۵۶؛ نجفی، جواهرالکلام ۴۰: ۹۷؛ رشتی، کتاب القضاء ۱: ۱۰۹)

در حکم به وجوب نقض، فرق نمی‌کند این اجتهاد ناصحیح از روی تقصیر حاکم باشد یا اینکه از روی قصور و غفلت حاکم باشد. (آشتیانی، کتاب القضاء ۵۶؛ نجفی، جواهرالکلام ۴۰: ۹۷؛ رشتی، کتاب القضاء ۱: ۱۰۹)

همچنین در این فرض فرقی نمی‌کند که این حکم مخالف با حکم واقعی باشد یا اینکه اتفاقاً موافق با واقع درآید چرا که در این فرض آنچه علت تامه نقض حکم است، اجتهاد فاسد و ناصحیح است نه مخالف حکم واقعی بودن. از آنجاکه اجتهاد در حکم کردن به صورت موضوعی اخذ شده است نه طریقی، بنابراین حکم صادر شده باید از روی اجتهاد صحیح باشد و اگر خللی در شرایط صحت اجتهاد به وجود آید ولو حکم صادر شده موافق با حکم واقعی در آید این حکم نافذ نبوده نقض می‌شود. (رشتی، کتاب القضاء ۱: ۱۱۰)

۳. تعارض حکم با دلیل معتبر نزد همه‌ی فقها

مرحوم محقق رشتی (ره) می‌فرماید: اگر به مخالفت حکم با دلیل معتبری نزد همه‌ی فقها علم حاصل شود مثل اینکه حکم صادره مخالف باشد با روایت صحیحی که فقها به آن عمل کرده‌اند و در کتب معتبر روایی آمده و بدون معارض است. در این صورت به تصریح کثیری از فقها حکم سابق نقض می‌شود.

اما دلیلی که مطرح می‌کنند آن است که با علم و قطعی که از وجود دلیل معتبر نزد همه‌ی فقها حاصل می‌شود نمی‌توان خالف کرد همچنانکه با علم به واقع نمی‌توان مخالفت کرد. (کتاب القضاء ۱: ۱۰۹)

اما مرحوم آشتیانی به گونه‌ی دیگری این فرض را مطرح می‌کنند ایشان می‌فرمایند: «اما مقام ثالث: جایی است که به مخالفت حکم با دلیل معتبری نزد همه یا اکثر فقهاء علم حاصل شود در این صورت اگر این علم از قصور و تقصیر در اجتهاد حاکم پرده بردارد برگشت به مقام ثانی دارد یعنی فرض علم به فساد حکم به خاطر فساد در اجتهاد. و حکمش همان است که آنجا گفته شد یعنی وجوب نقض حکم و تجدید رسیدگی. و گرنه قضیه مشکل می‌شود چون از یک طرف ادله حرمت نقض حکم شامل این فرض می‌شود و از طرف دیگر علم داریم مودای دلیل خاص، تکلیف ظاهری برای همه از جمله حاکم است. بنابراین علم به مخالفت حکم با دلیل معتبر برمی‌گردد به مخالفت حکم با تکلیف ظاهری بنابراین اثری برای حکمش نیست». (کتاب القضاء ۵۶)

محقق رشتی (ره) این مطلب را که «ادله‌ی حرمت نقض شامل این فرض می‌شود»، نمی‌پذیرد و می‌فرماید این ادله مختص مسائل اختلافی است نه اتفاقی. بلکه مورد مقبوله‌ی عمر بن حنظله که از مهم‌ترین این ادله است، فرض اختلاف است. (کتاب القضاء ۱: ۱۰۹) با پذیرش سخن محقق رشتی (ره) می‌گوییم در صورت حصول علم به مخالفت حکم با دلیل معتبر نزد همه فقها نقض حکم بر قاضی دیگر لازم می‌گردد.

۴. عدم وجود شرایط قضاوت برای حاکم سابق

دلیل عدم نفوذ حکم قاضی فاقد شرایط قضاوت یکی اصل عدم نفوذ حکم است به این تقریر که از یک طرف قضاوت واجب کفایی است و از طرف دیگر اصل، عدم نفوذ حکم کسی نسبت به دیگری است به ناچار به قدر متیقن اخذ می‌کنیم که همان قاضی دارای شرایط قضاوت باشد. دلیل دیگر ادعای اجماع است. و در نهایت ادله‌ای که وجود شرایط قضاوت را برای صحت حکم لازم می‌دانند. (سبزواری، مهذب الاحکام ۳۷: ۳۵)

۵. فساد در کیفیت فصل خصومت

ظاهر عبارت کسانی که در مورد ادعای فساد حکم به سبب فساد در کیفیت فصل خصومت، نظارت را بر حاکم دیگر واجب می‌دانند، آن است که در صورت علم قاضی به فساد در کیفیت فصل خصومت نقض حکم واجب می‌گردد. (آشتیانی، کتاب القضاء ۵۹؛ رشتی، کتاب القضاء ۱: ۱۱۶)

مقایسه تجدیدنظر در فقه و آیین دادرسی مدنی

در نظام مورد نظر فقها، حکم صادره از سوی قاضی دارای احترام و اعتبار است. البته برای جلوگیری از تضییع حقوق، نظارت عمومی قضات بر عملکرد یکدیگر و نیز بر احکام صادره مجاز دانسته شده، حتی در مواردی نظارت بر دادرسی را بر قاضی واجب شمرده شده است و آن در جایی است که یکی از طرفین دعوا ادعایی مطرح کند که در صورت اثبات ادعایش حکم سابق نقض می‌شود. بعلاوه اگر به هر طریقی برای قاضی، علم به خطای قاضی صادر کننده حکم حاصل شود موظف است آن حکم را نقض نموده به رسیدگی مجدد آن بپردازد.

آنچه گفته شد را می‌توان به عنوان مواد اولیه آیین دادرسی مطلوب فقه امامیه تلقی نمود. به طوری که با شرایط کنونی ما از حیث محدودیت قضات مجتهد و کثرت پرونده‌ها

و عوامل دیگر متناسب باشد. در این صورت، اگر قرار باشد طبق نظر فقها عمل شود و با توجه به جواز نظارت قضات نسبت به عملکرد یکدیگر، در قوانین می‌بایست این حق به قضات داده شود. حتی اگر مأذون بودن قضات فعلی را در نظر بگیریم می‌توان برای تعدادی محدود از افراد شاخص که در میان آنها مجتهد نیز وجود دارد، این حق را به رسمیت بشناسیم. چنانکه در اصل ۱۶۱ قانون اساسی نظارت بر اجرای صحیح قوانین به عهده‌ی دیوان عالی کشور سپرده شده است که در رأس آن مطابق اصل ۱۶۲ قانون اساسی مجتهد عادل قرار دارد.

به علاوه، وقتی فقها در مواردی نظارت را واجب می‌شمردند و با در نظر گرفتن حجم عظیم پرونده‌های قضایی، نهادی مستقل باید عهده دار رسیدگی به این موارد باشد. همچنانکه در نظام قضایی امروز ایران، دادگاه تجدید نظر مسؤلیت این امر را بر عهده دارد. و اگر فقها نظارت واجب را ادعاهایی می‌دانند که اثبات آن، نقض حکم را به همراه دارد باید در قانون آیین دادرسی مصادیق آن ذکر شود.

در نظام اجتهاد محور، که قاضی لازم است مجتهد عادل باشد، موارد وجوب نظارت یا

جهات درخواست تجدید نظر عبارتند از:

۱. ادعای فساد در کیفیت فصل خصومت
 ۲. ادعای فساد در اجتهاد حاکم سابق
 ۳. ادعای عدم وجود شرایط قضاوت برای حاکم سابق
 ۴. ادعای مخالفت حکم با حکم واقعی نفس الامری (مخالف با ضروری فقه و کتاب و سنت)
 ۵. ادعای مخالفت حکم با دلیل معتبری نزد همه‌ی فقها
- و در نظام قضایی کنونی ما در ماده ۳۴۸ قانون آیین دادرسی مدنی آمده است:

«جهات درخواست تجدیدنظر به قرار زیر است:

الف - ادعای عدم اعتبار مستندات دادگاه.

ب - ادعای فقدان شرایط قانونی شهادت شهود.

ج - ادعای عدم توجه قاضی به دلایل ابرازی.

د - ادعای عدم صلاحیت قاضی یا دادگاه صادر کننده رأی

هـ - ادعای مخالف بودن رأی با موازین شرعی و یا مقررات قانونی.»

سه مورد اول از این موارد جزء مصادیق ادعای فساد در کیفیت فصل خصومت است. و دو مورد دیگر نیز قابل تطبیق با موارد دیگر و خوب نظارت در نظام اجتهاد محور است. ولی چون در نظام قضایی کنونی ما اجتهاد قضات به هر دلیلی شرط نیست و قضات موظفاند بر طبق قانون حکم نمایند ادعای فساد در اجتهاد قاضی جزء این موارد گنجانده نشده است و بجای آن ادعای مخالفت حکم با مقررات قانونی در بند هـ قید گردیده است. بنابراین ملاحظه می‌گردد آنچه در قانون آیین دادرسی مدنی به عنوان جهات درخواست تجدید نظر آمده است ظاهراً بر گرفته از فقه شیعه می‌باشد.

اما اینکه در نظام قضایی امروز ما طبق ماده ۳۳۱ (ق آ د م) نوع احکامی که قابل تجدید نظر خواهی‌اند محدود شده و نیز طبق ماده ۳۳۶ (ق آ د م) برای درخواست تجدید نظر مهلت معین گردیده است به سبب حجم زیاد پرونده‌ها و نیروی اندک قضایی است و در اصطلاح نظم قضایی اقتضا می‌کند که مرور زمان را بپذیریم و در رسیدگی به پرونده‌ها محدودیت قائل شویم نه اینکه او را محق ندانیم و گرنه در عبارات فقها هیچ محدودیتی ملاحظه نمی‌شود.

نتیجه

نظارت بر عملکرد قاضی صادر کننده حکم و حکم صادره بر قاضی دیگر در فقه امامیه جایز، بلکه در مواردی واجب می‌گردد که در صورت اثبات آن، نقض حکم لازم می‌آید. مانند: ادعای جور و فساد حاکم، ادعای عدم وجود شرایط قضاوت در حاکم سابق، البته اگر غرض قاضی دیگر از نظارت، تجسس از عیب قاضی صادر کننده حکم باشد چنین نظارتی برایش جایز نیست و حرام است. مقایسه جهات درخواست تجدیدنظر در ماده ۳۴۸ آیین دادرسی مدنی با موارد لزوم تجدید دادرسی در فقه نشان می‌دهد که ظرفیت تدوین نظام دادرسی بر پایه موازین فقهی در منابع فقهی موجود است.

فهرست منابع

۱. آشتیانی، میرزا محمد حسن بن جعفر. کتاب القضاء (للآشتیانی ط - القديمة). تهران: چاپخانه رنگین، ۱۳۶۹ هـ. ش.
۲. تبریزی، جواد بن علی. أسس القضاء و الشهادة. قم: مؤسسه امام صادق (ع)، ۱۴۱۵ هـ. ق.
۳. خویی، سید ابو القاسم موسوی. مبانی تکملة المنهاج. قم: مؤسسه إحياء آثار الإمام الخوئی ره، ۱۴۲۲ هـ. ق.
۴. دزفولی، مرتضی بن محمد امین انصاری. القضاء و الشهادات (للشیخ الأنصاری). قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵ هـ. ق.
۵. سبزواری، سید عبد الأعلى. مهذب الأحكام (للسبزواری)، چاپ ۴، قم: مؤسسه المنار - دفتر حضرت آية الله، ۱۴۱۳ هـ. ق.
۶. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم. تکمله عروه الوثقی. قم: داوری، بی تا.
۷. عراقی، آقازیاء الدین. کتاب القضاء. قم: مؤسسه معارف اسلامی امام رضا (ع)، ۱۴۲۱ هـ. ق.
۸. کلینی، محمد بن یعقوب بن اسحاق. الکافی (ط - الإسلامیة). چاپ ۴، تهران: دار الکتب الإسلامیة ۱۴۰۷ هـ. ق.
۹. گیلانی، نجفی، میرزا حبیب الله رشتی. کتاب القضاء (للمیرزا حبیب الله). قم: دار القرآن الکریم، ۱۴۰۱ هـ. ق.
۱۰. محسنی، سعید. «اعتبار امر قضاوت شده و مبانی آن». حقوقی دادگستری ۳۱ (۱۳۷۹) ۱۷۷-۲۰۸.
۱۱. موسوی اردبیلی، عبدالکریم. فقه القضاء. چاپ ۲، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۳ هـ. ق.
۱۲. نجفی، صاحب الجواهر، محمد حسن. جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام. چاپ ۷، بیروت: دار إحياء التراث العربی، ۱۴۰۴ هـ. ق.

رسائل

مجله علمی دانش پژوهان مرکز آموزش های تخصصی فقه

شماره ۲، بهار ۹۴

صفحات ۳۰ تا ۵۱

پوریا جوکار*

Pouryajokar1994@gmail.com

ارزیابی دلالت آیه محاربه بر بغی و افساد فی الارض

چکیده

مشهور، بلکه قاطبه فقها، مجازات های چهارگانه مذکور در آیه محاربه (مائده/۳۳) را مختص به تشریح حد محاربه دانسته اند. با این حال بعضی از فقها با استدلال به قید «یحاربون الله و رسوله»، محاربه با مسلمانان را منحصر در بغی یا شامل آن دانسته، مجازات بغی را از این آیه استنباط کرده اند. همچنین بعضی دیگر از فقها با استدلال به قید «یسعون فی الارض فساداً»، افساد فی الارض را علت تشریح حد محاربه دانسته، مجازات افساد فی الارض را از آن استنباط کرده اند. در این مقاله، در پرتو روایات و کلام بزرگان فقها و مفسرین امامیه، نظر مشهور فقها تقویت و دلالت آیه شریفه مختص به تشریح حد محاربه دانسته شده است.

کلیدواژگان:

آیه محاربه، محاربه، بغی، افساد فی الارض.

مقدمه

تشریح مجازات برای محاربه، بغی و افساد فی الارض، همانند شمشیر دو لبه است؛ از طرفی با اهداف و ارزش‌های والای جامعه اسلامی هم‌چون عدالت ارتباط دارد و از سوی دیگر، ممکن است وسیله‌ای برای سوء استفاده خلفا و سلاطین حاکم قرار گیرد. خداوند سبحان در آیه شریفه ۳۳ سوره مائده می‌فرماید: «إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَ يَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خِلَافٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ؛ كَيْفَرِ أَنَا نَ كِه با خدا و پیامبرش می‌جنگند و در زمین به فساد و تباهی می‌کوشند، فقط این است که کشته شوند یا به دار آویخته شوند یا دست و پایشان به صورت مخالف بریده شود یا از محل زندگی خود تبعید شوند».

در گفتمان مشهور فقهای امامیه، آیه ۳۳ سوره مائده به عنوان مستند کتابی در مسیر تشریح محاربه تفسیر شده است. از این رو، در کتب فقهی و تفسیری به «آیه محاربه» و «آیه حرابه» تعبیر شده است. با جست‌وجو در اقوال فقها دیده می‌شود که بعضی از فقها برای مجازات بغی و جرم افساد فی الارض به این آیه شریفه استناد می‌کنند و حتی آیه شریفه را مختص به آن می‌دانند. در این مقاله ابتدا در بخش نخست، مفاد آیه محاربه از حیث دلالت بر مجازات بغی و در بخش دوم، از نظر دلالت بر مجازات افساد فی الارض بررسی می‌شود تا در نتیجه قوت ادله قائلین در برابر ادله قول مشهور ارزیابی گردد.

آیه محاربه و مجازات بغی

۱. تحریر محل نزاع

یکی از قیود آیه ۳۳ سوره مائده، جمله «یحاربون الله و رسوله» است. «یحاربون» از ماده

«حرب» مشتق شده است. لغت «حرب» در صورت مفتوح بودن حرف «راء» به معنای «سلب و اخذ مال» است. در صورت ساکن بودن، در مقابل معنای «السلم» است. (فراهیدی، کتاب العین ۳: ۲۱۳؛ ابن عباد، المحيط فی اللغة ۳: ۵۸؛ ابن منظور، لسان العرب ۱: ۳۰۲؛ فیومی، مصباح المنیر ۲: ۱۲۷؛ طریحی، مجمع البحرین ۲: ۳۸؛ زبیدی، تاج العروس ۱: ۴۰۹) «السلم، السلم و السلم» در لغت به معنای «صلح» است. (فراهیدی، کتاب العین ۷: ۲۶۶؛ ابن عباد، المحيط فی اللغة ۸: ۳۳۳؛ جوهری، الصحاح ۵: ۱۹۵۱؛ ابن فارس، مقاییس اللغة ۳: ۹۱؛ راغب، مفردات الفاظ قرآن ۴۲۳؛ حمیری، شمس العلوم ۵: ۳۱۵۰؛ زمخشری، الفائق فی غریب الحدیث ۲: ۸) از این رو، به مفهوم تقابل، لغت «حرب» به سکون راء به معنای «قتال و نزاع» و «محاربه» به معنای «مقاتله» است.

با توجه به این که کاربرد لغت «حرب» در باب مفاعله، بیشتر از لغت «حرب» است و ماده «حرب» در آیات قرآن همانند «كُلَّمَا أَوْقَدُوا نَارًا لِلْحَرْبِ أَطْفَأَهَا اللَّهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا»^۱ و «فَإِنْ لَمْ تَفْعَلُوا فَأْذَنُوا بِحَرْبٍ مِنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ»^۲ به سکون راء آمده است، اطمینان حاصل می‌شود که کلمه «یحاربون» در آیه محاربه نیز از ماده «حرب» گرفته شده است. این مفهوم در زبان فارسی به «جنگ و ستیز» تعبیر می‌شود. (مصطفوی، التحقیق ۲: ۱۸۴) حال که معنای «جنگ و مقاتله» برای «یحاربون» پذیرفته شد، باید گفت که مراد از جنگ با خدا و حضرت رسول (ص) طبق برداشت مشهور فقها، جنگ با مسلمانان است. فاضل مقداد در کنز العرفان^۳ و محقق کاظمی در مسالک الافهام^۴ الی آیات الاحکام^۵ به این

۱. «هر زمان، آتشی را برای جنگ افروختند، خدا آن را خاموش کرد و همواره در زمین برای فساد می‌کوشند.» (مائده/۶۴)
۲. «حال اگر انجام ندهید، باید بدانید که در حقیقت، با خدا و رسول اعلان جنگ کرده‌اید.» (بقره/۲۷۹)
۳. «محاربة الله و رسوله محاربة المسلمين، جعل محاربتهم محاربة الله و رسوله تعظيماً للفعل.» (فاضل مقداد، کنز العرفان فی فقه القرآن ۳: ۳۵۱)
۴. «أى يحاربون أوليائهما و هم المسلمون جعل محاربتهم محاربتهم تعظيماً لشأنهم.» (شهید ثانی، مسالک الأفهام ۴: ۲۰۹)

مطلب تصریح کرده‌اند، هر چند بعضی از مفسرین امامیه، مراد از جنگ با خدا و پیامبر اکرم (ص) را مخالفت با احکام الهی می‌دانند. (طباطبائی، المیزان ۵: ۳۲۶)

جنگ با مسلمانان هم انواع گوناگونی دارد. گاهی جنگ بین کافران و مسلمانان و گاهی بین خود مسلمانان اتفاق می‌افتد. در صورتی که کفار با مسلمانان بجنگند، یعنی جنگ به خاطر اسلام و کفر باشد، بدون شک و اختلاف بین فقها، آیه شریفه شامل این نوع محاربه نمی‌شود. اگر جنگ میان خود مسلمانان صورت گیرد، گاهی گروهی از آن‌ها علیه حکومت اسلامی قیام می‌کنند و با آن می‌جنگند. گاهی هم گروهی از آن‌ها به قصد ایجاد ناامنی، ارباب، غارت و خون‌ریزی با گروهی دیگر از مسلمانان جنگ می‌کنند. حال باید بررسی شود که با توجه به اختلاف نظر فقها، مراد از قید «یحاربون الله و رسوله»، کدام نوع از این دو قسم است؟ اگر قول اول و دوم اثبات شود، برای مجازات بغی می‌توان به این آیه شریفه استناد کرد.

۱. بیان اقول

۱.۲. قول اول: اختصاص آیه به بغات

قول اول این است که قید «یحاربون الله و رسوله»، مخصوص مسلمانانی است که در مقابل دولت اسلامی به قیام مسلحانه برخیزند و شامل کسانی نمی‌شود که به قصد سلب امنیت مسلمانان، دست به اسلحه ببرند. طبق این قول، محاربه علیه دولت اسلامی، مصداق حقیقی موضوع آیه بوده و اگر دلیل خاصی، محاربه به قصد ارباب و سلب امنیت مسلمانان را محاربه با پیامبر (ص) بشمارد، به منزله مصداق ادعایی موضوع آیه است. ضمن این که می‌دانیم توسعه دایره عموم به صورتی که شامل مصادیق ادعایی نیز شود، خلاف ظاهر و نیازمند قرینه است و در این آیه، چنین قرینه‌ای وجود ندارد.

دلیل این قول، تمسک به اصالة الحقیقه است به این بیان که محاربه از ریشه حرب و

به معنای جنگ است. مقتضای قاعده آن است که محاربه بر معنای حقیقی اش حمل شود. در معنای حقیقی: محاربه با خدا و پیامبر(ص) زمانی قطعی می‌گیرد که محارب، با لشکر خدا و رسول(ص) درگیر شود و آن زمانی است که شخص محارب در مقابل دولت اسلامی، که حضرت رسول(ص) آن را به فرمان خدا تأسیس کرده است، سلاح بکشد. بر این اساس، نکته اسناد محاربه با حضرت رسول(ص) به این دلیل است که او مؤسس دولت اسلامی بوده و در تأسیس این دولت پیش قدم است. از این رو، هرگونه حرکت در تشکیل حکومت اسلامی پس از او نیز به موجب خواست و اوامر اوست. اسناد محاربه به خداوند نیز به این جهت است که پیامبر اکرم(ص) هیچ کاری را بدون امر خداوند و جز برای تنفیذ اوامر الهی و اراده او انجام نمی‌دهد. (مؤمن قمی، کلمات سدیدة ۳۷۶)

۱.۲. قول دوم: اشتراک آیه به محارب و باغی

بر اساس قول دوم، قید «یحاربون الله و رسوله» هم شامل مسلمانانی است که در مقابل دولت اسلامی به قیام مسلحانه برخیزند و هم شامل کسانی که به قصد ارباب و سلب امنیت مسلمانان، دست به اسلحه ببرند. از این رو، فقط محاربه با کفار از قید «یحاربون الله و رسوله» خارج می‌شود و محاربه با مسلمانان به هر دو نوعش (محاربه با دولت اسلامی و محاربه به قصد ارباب مسلمانان)، تحت این قید باقی می‌ماند.

دلیل این قول، اطلاق آیه و عدم اختصاص آن به شأن نزول است. تقریب این ادعا آن است که قید «یحاربون الله و رسوله»، هر چند به صورت مجازی، بر هر دو نوع محاربه صادق است. از این رو، اختصاص دادن «یحاربون الله و رسوله» به یکی از این دو مصداق، بی وجه است، هر چند یکی از این دو، مورد آیه باشد؛ چون مورد آیه، هیچ‌گاه مخصّص مدلول آیه نخواهد بود. بر این اساس، به استناد اطلاق آیه، محارب با دولت اسلامی (بنی) را می‌توان مشمول موضوع آیه دانست و مجازات محاربه را بر او اثبات کرد. (مؤمن قمی،

کلمات سدیدة ۳۷۹)

۱.۲. قول سوم: اختصاص آیه به محاربین

قول سوم که موافق نظر مشهور فقهای امامیه است، این است که مراد از قید «یحاربون الله و رسوله»، مخصوص کسانی است که به قصد سلب امنیت مسلمانان، دست به اسلحه ببرند و شامل محاربه علیه دولت اسلامی نمی‌شود. دلیل این قول، روایات بسیاری است که به بیان تشریح مراتب مجازات چهارگانه پرداخته‌اند. این بیان، قرینه‌ای است بر این که تمامی این روایات، به تفسیر مراد آیه و تجزیه تمام مراتب موضوع آن، بر حسب مجازات‌های چهارگانه نظر دارند. بر این اساس، وقتی ظاهر این روایات در مقام تفسیر تمام مراتب و اقسام محاربه هستند و فقط محاربه به قصد ارباب و سلب امنیت مسلمانان را بیان کرده و نسبت به بغات و محاربه علیه دولت اسلامی سکوت کرده‌اند، فهمیده می‌شود که موضوع آیه، فقط همین قسم از اقسام محاربه است. با توجه به بیان عرفی بودن روایات، چگونه ممکن است آن‌ها را بر بیان ادعایی موضوع آیه حمل کرد، در حالی که اصلاً متعرض بیان مصداق حقیقی آن نشده‌اند. در نتیجه، قید «یحاربون الله و رسوله» به کسانی اختصاص دارد که به قصد ارباب و سلب امنیت مسلمانان، سلاح بکشند. (هاشمی شاهرودی، بایسته‌های فقه جزا ۲۱۳)

از جمله این روایات، روایت مدائنی از امام رضا (ع) است: «از امام رضا (ع) درباره آیه محاربه پرسیده شد که چه کاری است که اگر کسی مرتکب آن شود، مستوجب یکی از این مجازات‌های چهارگانه است؟ امام فرمود: هرگاه کسی به محاربه با خدا و پیامبر (ص) برخیزد و بکوشد که زمین را فاسد کند و در این راه مرتکب قتل شود، مجازات او این است که به سبب ارتکاب قتل، به قتل برسد و اگر هم مرتکب قتل شود و هم مال مردم را اخذ کند، مجازات او این است که به قتل برسد و به دار آویخته شود. اگر اخذ مال کرد، ولی مرتکب قتل نشد، به قتل نمی‌رسد، ولی یک دست و یک پای او به صورت مخالف قطع می‌شود. اگر کسی شمشیر کشید و به محاربه با خدا و پیامبر برخاست و کوشید تا زمین را تباه کند،

ولی مرتکب قتل و أخذ مال نشد، مجازات او این است که تبعید شود»^۱.
مؤید این قول آن است که وقتی در روایات و پرسش‌های راویان و اصحاب از ائمه معصومین (ع) در مورد آیه شریفه و حکم محارب تتبع می‌کنیم، فهمیده می‌شود که حتی یک سؤال هم درباره احتمال این که لفظ محارب شامل کافران و باغیان باشد، مطرح نشده است. اگر چنین سؤالی می‌شد، عادتاً باید در روایاتی انعکاس می‌یافت که به دست ما رسیده است. بنابراین، گویا اختصاص آیه شریفه به معنای خاصی از محارب، یعنی کسانی که به قصد سلب امنیت مسلمانان سلاح می‌کشند، نزد اصحاب، امری روشن و بدیهی بود.

۱. بررسی اقوال و نظر مختار

باید دانست بغات احکام خاصی در مجازات و توبه دارند که فقها از آن در «کتاب الجهاد» بحث می‌کنند و با آنچه در آیه ۳۳ و ۳۴ سوره مائده در مورد محاربین بیان شده، کاملاً متفاوت است. (حلی، شرایع الاسلام ۱: ۳۰۷؛ نجفی، جواهرالکلام ۲۱: ۳۲۲؛ شهید ثانی، مسالک الافهام ۳: ۹۱) تفاوت در این نوع احکام موجب می‌شود تا نتوان به آیه محاربه، برای اثبات حکم بغی استدلال کرد. مجازات بغات با توجه به آیه شریفه ۹ سوره حجرات، متعین در قتل است.^۲ این در حالی است که مجازات محاربین با توجه به آیه ۳۳ سوره مائده، تخییر یا ترتیب در چهار مورد کشته شدن، به صلیب کشیده شدن، قطع دست و پا به صورت مخالف و تبعید از محل زندگی‌شان است. در نتیجه، مجازات بغات با مجازات محاربین متفاوت است.

۱. «قال: سُئِلَ عَنْ قَوْلِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ - وَ يَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا - الْآيَةَ فَمَا الَّذِي إِذَا قُتِلَ اسْتَوْجِبَ وَاحِدَةً مِنْ هَذِهِ الْأَرْبَعِ فَقَالَ إِذَا حَارَبَ اللَّهُ وَرَسُولَهُ - وَسَعَى فِي الْأَرْضِ فَسَادًا قُتِلَ بِهِ وَ إِنْ قُتِلَ وَ أَخِذَ الْمَالُ قُتِلَ وَ صُلِبَ وَ إِنْ أَخِذَ الْمَالُ وَ لَمْ يَقْتُلْ يَدُهُ وَ رِجْلُهُ مِنْ خِلَافٍ وَ إِنْ شَهَرَ السَّيْفَ وَ حَارَبَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ - وَسَعَى فِي الْأَرْضِ فَسَادًا وَ لَمْ يَقْتُلْ وَ لَمْ يَأْخُذِ الْمَالَ نَفَى مِنَ الْأَرْضِ الْحَدِيثَ».

(کلبینی، الکافی ۱۴: ۲۰۸؛ طوسی، تهذیب الاحکام ۱۰: ۱۳۲؛ عاملی، وسائل الشیعه ۲۸: ۳۰۹)

۲. «وَ إِنْ طَانَفْتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأْضَلُّوا بَيْنَهُمَا فَإِنْ بَغَتْ إِحْدَاهُمَا عَلَى الْأُخْرَى فَقَاتِلُوا الَّتِي تَبْغِي حَتَّى تَفِيءَ إِلَى أَمْرِ اللَّهِ فَإِنْ فَاءَتْ فَأْضَلُّوا بَيْنَهُمَا بِالْعَدْلِ وَ أَقْسَطُوا إِنْ لَمْ يَحِبِّ الْمُقْسِطِينَ».

پذیرش توبه بغات، با توجه به اطلاق «حتی تفی» در آیه ۹ سوره حجرات، مطلق است؛ یعنی با توبه کردن از سرپیچی اطاعت ولی امر و رجوع به اطاعت وی، چه قبل از تسلط بر آن‌ها باشد و چه بعد از آن، مجازات قتل از آن‌ها برداشته می‌شود. این در حالی است که پذیرش توبه محاربین با توجه به مفهوم وصف «من قبل» در آیه ۳۴ سوره مائده،^۱ مقید به زمانی است که هنوز دستگیر نشده باشند و اگر پس از تسلط بر آن‌ها توبه کنند، تأثیری در رفع عقوبت اعمال گذشته آنان ندارد.

همچنین با توجه به عبارت «تفیء الی امر الله» در آیه ۹ سوره حجرات، تسلیم امر خدا شدن بغات، به توبه کردن و برگشتن به اطاعت از ولی امر است. به عبارت دیگر، مجرّد این که بغات دست از محاربه با مسلمانان دیگر بردارند و توبه کنند، کافی نیست، بلکه توبه آن‌ها وقتی پذیرفته می‌شود که از امام اطاعت کنند. این در حالی است که آیه ۳۴ سوره مائده ظهور در این دارد که محاربین به مجرّد این که قبل از تسلط بر آن‌ها، دست از محاربه بردارند و توبه کنند، دیگر احکام مسلمانان در مورد آنان اجرا می‌شود. در نتیجه، حکم توبه بغات با حکم توبه محاربین متفاوت است.

برای اشکال به قول اول، علاوه بر این مطالب می‌توان گفت هر چند محاربه در معنای حقیقی خود به کار رفته است، ولی این معنای حقیقی نسبت به خدا و رسول (ص)، هرگز مراد استعمالی نیست. تعیین کاربرد مجازی «یحاربون الله و رسوله» به دو بیان تقریر شده است. تقریر اول این است که با عنایت به صفات جلالیه خداوند سبحان و قدرت و اراده مطلق او، محاربه با خداوند عقلاً ناممکن است. پس «یحاربون الله» باید بر معنای مجازی حمل شود، ولی محاربه با پیامبر اکرم (ص) استحاله عقلی نداشته و ممکن است. بنابراین، «یحاربون الرسول» در همان معنای حقیقی خود به کار رفته است. در نتیجه، لازم می‌آید که

۱. «إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ قَبْلِ أَنْ تَقْدِرُوا عَلَيْهِمْ فَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ».

لفظ «یحاربون» در آیه شریفه، هم در معنای حقیقی و هم در معنای مجازی به کار رود. چنین کاربردی، استعمال لفظ در اکثر از معنای واحد است و طبق نظر مشهور علمای اصول جایز نیست. بنابراین، معنای حقیقی «یحاربون» نسبت به خدا و پیامبر اکرم(ص)، مراد استعمالی نیست. (فخر رازی، مفاتیح الغیب ۱۱: ۳۴۵)

بر اساس تقریر دوم، محاربه با خداوند سبحان از نظر عقل محال است و در حمل «یحاربون الله» بر معنای مجازی شکی نیست. محاربه با پیامبر اکرم(ص) هم اگرچه از نظر عقل محال نیست، معنای حقیقی آن در آیه شریفه قطعاً مراد نیست؛ زیرا جنگ و ستیز با شخص پیامبر اکرم(ص)، به زمان حیات ایشان اختصاص دارد. با مرور تاریخ اسلام روشن می‌شود که در زمان حیات پیامبر اکرم(ص)، فقط کافران با ایشان می‌جنگیدند. این در حالی است که کفار قطعاً مشمول آیه محاربه نیستند؛ زیرا چه اهل کتاب باشند و چه غیر اهل کتاب، احکام خاصی در مجازات و توبه دارند که فقها از آن در «کتاب الجهاد» بحث می‌کنند و با آنچه در آیه ۳۳ و ۳۴ سوره مائده در مورد محاربین بیان شده، کاملاً متفاوت است. در نتیجه، معنای حقیقی «یحاربون» نسبت به خدا و پیامبر اکرم(ص)، مراد استعمالی نیست. (طباطبائی، المیزان ۵: ۳۲۶؛ ابن عربی، احکام القرآن ۲: ۵۹۳؛ قرطبی، الجامع لأحكام القرآن ۶: ۱۵۰)

حال با توجه به این توضیحات، بیان می‌شود که به صرف این که نخستین بنیان‌گذار دولت اسلامی، شخص پیامبر(ص) بوده است، نمی‌توان گفت اگر کسی امروز هم علیه دولت اسلامی قیام کند، حقیقتاً محارب با پیامبر(ص) است. از این رو، محاربه با مسلمانان، به صورت مجازی، هم شامل محاربه علیه دولت اسلامی و هم شامل محاربه به قصد سلب امنیت مسلمانان می‌شود؛ چرا که امت اسلامی نیز از دستاوردهای پیامبر(ص) بوده و تحت ولایت اوست. در نتیجه، قید «یحاربون الله و رسوله» به بغات اختصاص ندارد.

دومین اشکالی که به این قول مطرح می‌شود، استدلال به شأن نزول آیه شریفه است. در مورد شأن نزول باید گفت که به طور کلی، چهار گزارش مهم در آن مطرح شده

است. (طوسی، التبیان ۳: ۵۰۵؛ طبرسی، مجمع البیان ۳: ۲۹۱؛ طبری، جامع البیان ۶: ۱۳۳؛ ابن عربی، احکام القرآن ۲: ۵۹۴؛ فخر رازی، مفاتیح الغیب ۱۱: ۳۴۵؛ قرطبی، الجامع لاحکام القرآن ۶: ۱۴۸؛ ابن کثیر، تفسیر القرآن العظیم ۳: ۸۵) بر اساس اولین گزارش، شأن نزول آیه شریفه، اهل کتابی هستند که با پیامبر اکرم (ص) پیمان بستند و سپس عهد خویش را شکستند و در زمین فساد کردند. گزارش دیگر این است که آیه شریفه در شأن مشرکان نازل شده است. طبق گزارش دیگری، مرتدان شأن نزول هستند؛ زیرا آیه شریفه در شأن گروهی از قبیله عرینه یا عکل نازل شده است. بر اساس گزارش چهارم نیز مسلمانان فاسق، شأن نزول آیه شریفه هستند؛ زیرا آیه شریفه در شأن عده‌ای از قبیله بنی ضبه نازل شده است. بیشتر مفسران، با فرض تمام دانستن روایات گزارش اول، دوم و سوم از نظر سند و دلالت، اشکال‌هایی را مطرح کرده‌اند که در این مقال، مجال بیان آن‌ها نیست.

از آن‌جا که مستند گزارش چهارم، موثقه ابی صالح از امام صادق (ع) است که شیخ کلینی در کافی (۲۰۳: ۱۴) و شیخ طوسی در تهذیب (۱۰: ۱۳۴) آن را نقل کرده‌اند، شأن نزول آیه شریفه، عده‌ای از قبیله بنی ضبه بودند که به علت بیماری، پیامبر اکرم (ص) به آن‌ها دستور دادند به محل نگه‌داری شتران زکات روند و از شیر و بول آن‌ها برای درمان استفاده کنند. آن‌ها همین که بهبود یافتند، سه نفر از شتربانان پیامبر اکرم (ص) را به قتل رساندند. حضرت علی (ع) مأمور دستگیری آن‌ها شد و پس از اسیر کردنشان نزد پیامبر اکرم (ص) آورد. سپس آیه شریفه نازل شد. در نتیجه، آیه محاربه در شأن مسلمانان فاسق نازل شده است. حال در اشکال به این قول، به شأن نزول چنین استدلال می‌شود که شأن نزول، قدر متیقن موردی است که حکم شامل آن می‌شود. محاربه قوم بنی ضبه هم از نوع محاربه با مسلمانان به قصد کشتن نگهبانان و غارت شتران بوده است. در نتیجه، قید «یحاربون الله و رسوله» شامل محاربه به قصد سلب امنیت مسلمانان نیز می‌شود و به بغات اختصاص ندارد. البته شاید به این اشکال بتوان چنین پاسخ داد که محاربه قوم بنی ضبه مسلم نیست

از مصادیق سلاح کشیدن برای ترساندن مردم باشد؛ چون طبق روایت اُبی صالح، شترها جزو صدقات و زکات بود و شتربانان نیز از عمال دولت اسلامی بودند. بنابراین، به یکی از دوایر حکومت اسلامی تعرض شده بود، نه به مسلمانان! در ظاهر، این اقدام از باب حمله مسلحانه به دولت اسلامی به منظور تضعیف آن محسوب می‌شود. در نتیجه، شأن نزول هم از مصادیق قیام مسلحانه در مقابل حکومت اسلامی است. (مؤمن قمی، کلمات سدید ۳۸۲) در مورد قول سوم هم باید گفت که استدلال به اطلاق آیه شریفه در این مسئله تمام نیست. زمانی می‌توان به اطلاق برای شمولیت قید «یحاربون الله و رسوله» استناد کرد که قرینه و شاهدی مبنی بر اختصاص آیه محاربه به کسانی وجود نداشته باشد که به قصد سلب امنیت مسلمانان سلاح می‌کشند. این در حالی است که با توجه به روایاتی که در مقام شرح و تفصیل آیه محاربه هستند و با عنایت به فهم مشترک بیشتر فقها از این آیه روشن می‌شود که «یحاربون الله و رسوله» به کسانی اختصاص دارد که به قصد ارباب و سلب امنیت مسلمانان، سلاح بکشند؛ زیرا فهم معنای الفاظ، از مسائل دقیق عقلی نیست که احتمال داده شود بر همه پیشینیان پوشیده مانده باشد. همین طور این فقها به اقسام محاربه توجه داشته و در جای خود، به بیان احکام آن نیز پرداخته‌اند تا احتمال داده نشود که دیگر اقسام از مصادیق مستحذره هستند. در نتیجه، محاربه با دولت اسلامی هرگز مشمول قید «یحاربون الله و رسوله» نیست. (صدوق، المقنع ۴۰۵؛ طوسی، المبسوط ۸: ۴۷؛ حلی، السرائر ۳: ۵۰۵؛ حلی، المختصر النافع ۱: ۲۲۶؛ حلی، تحریر الاحکام ۵: ۳۷۹؛ نجفی، جواهر الکلام ۴۱: ۵۶۴؛ خمینی، تحریر الوسیله ۲: ۴۹۲)

با توجه به توضیحاتی که در انواع محاربه با مسلمانان بیان شد، روشن می‌شود که قید «یحاربون الله و رسوله» فقط شامل کسانی می‌شود که به قصد ایجاد ناامنی، ارباب، غارت و خون‌ریزی، با گروهی دیگر از مسلمانان به جنگ می‌پردازند و شامل محاربه با بغات نمی‌شود. در نتیجه، برای مجازات باغی نمی‌توان به این آیه استناد کرد.

آیه محاربه و جرم افساد فی الارض

۲. تحریر محل نزاع

یکی دیگر از قیود آیه ۳۳ سوره مائده، جمله «یسعون فی الارض فسادا» است. قبل از تحریر محل نزاع شایسته است که واژگان این قید روشن شود تا تحلیل دقیق تری از آن ارائه گردد. «یسعون» از ماده «سعی» مشتق شده است. واژه سعی و مشتقات آن در قرآن کریم، ۲۶ بار به کار رفته است. «سعی» در لغت به معانی «عمل»، «کسب»، «تصرف در چیزی» و «راه رفتن»، «دویدن آهسته»، «راه رفتنی که بین دویدن و راه رفتن عادی باشد» و «قصد کردن»، نقل شده است. (فراهیدی، العین ۲: ۲۰۲؛ ابن عباد، المحيط فی اللغة ۲: ۱۱۵؛ جوهری، الصحاح ۶: ۲۳۷۷؛ راغب، مفردات الفاظ قرآن ۴۱۱؛ حمیری، شمس العلوم ۵: ۳۰۸۸؛ ابن اثیر، النهاية ۲: ۳۷۰؛ ابن منظور، لسان العرب ۱۴: ۳۸۵؛ رافعی، المصباح المنیر ۲: ۲۷۷؛ طریحی، مجمع البحرین ۱: ۲۱۸؛ زبیدی، تاج العروس ۱۹: ۵۲۴) این واژه در معنای «جدیت و کوشش در هر کاری» نیز به کار رفته (راغب، مفردات الفاظ قرآن ۴۱۱) و در هر موردی به حسب خودش به کار می‌رود. (مصطفوی، التحقیق ۵: ۱۳۲) در نتیجه، با تأمل در این معانی و فهم عرف از واژه سعی، «یسعون» در آیه شریفه به معنای «تلاش مستمر و جدی برای ایجاد فساد در زمین» به کار رفته است.

«فی الأرض» جار و مجرور، متعلق به «فساداً» است. با وجود روشن بودن معنای این عبارت، در مورد تقييد «فساداً» به «فی الأرض»، سه احتمال وجود دارد: احتمال اول این است که این تقييد صرفاً برای بیان ظرف فساد است. در نتیجه، عنوان «فساد فی الأرض»، همه مفاسدی را در برمی‌گیرد که در زمین رخ می‌دهد. طبق احتمال دوم، این تقييد بر گستردگی و شیوع فساد در میان مردم دلالت می‌کند. در نتیجه، نقطه مقابل فسادهای فردی و جزئی است. سومین احتمال این است که محل حلول فساد، زمین است. در نتیجه،

فساد زمین به معنای تباه شدن آن است. البته به این معنا که زمین، به عنوان محل زندگی و استقرار انسان، حالت اصلاح و سامانی خود را از دست می‌دهد و تباه می‌شود. این احتمال با برداشت فقها و مفسران و فهم عرف از این عبارت مناسب‌تر است. (هاشمی شاهرودی، بایسته‌های فقه جزا ۲۳۶)

«فساد» مصدر فعل لازم «فَسَدَ» است. در ۴۹ آیه از آیات قرآن کریم، مشتقات واژه «فسد» به کار رفته است. «فساد» در لغت به معنای «نقیض و ضد صلاح» نقل شده است، (فراهیدی، کتاب العین ۷: ۲۳۱؛ ابن عباد، المحيط فی اللغة ۸: ۲۸۸؛ جوهری، الصحاح ۲: ۵۱۹؛ راغب، مفردات الفاظ قرآن ۶۳۶؛ حمیری، شمس العلوم ۸: ۵۱۸۸؛ ابن منظور، لسان العرب ۳: ۲۳۵) همان گونه که «فساد» در بسیاری از آیات قرآن کریم، در مقابل «اصلاح» ذکر شده است. ۱. معانی دیگری که نقل شده است، همانند: «تغییر»، «بطلان»، «اضمحلال» (زبیدی، تاج العروس ۵: ۱۶۴) و «گرفتن مال به صورت ظالمانه» (فیروزآبادی، القاموس المحيط ۲۷۷) و «فحطی»، «خشکی»، (ابن منظور، لسان العرب ۳: ۳۳۵) همگی از مصادیق معنای نخست هستند. اشتقاق کبیر این معانی «بیرون رفتن چیزی از حالت اعتدال» است (راغب، مفردات الفاظ القرآن ۶۳۶) که با توجه به انواع فساد در امور تکوینی و تشریحی، در هر موردی به حسب خودش معنا می‌شود. (مصطفوی، التحقيق ۹: ۸۴) در نتیجه، «فساد» در آیه شریفه به معنای «ایجاد اختلال در احکام الهی و مقررات اسلامی» به کار رفته است. حال پس از تبیین واژگان، در مورد جمله «یسعون فی الأرض فسادا»، این سؤال مطرح می‌شود که آیا این قید، بر جرم‌انگاری افساد فی الارض دلالت دارد؟ پاسخ به این سؤال، به روشن شدن این مسئله بستگی دارد که موضوع مجازات‌های چهارگانه در آیه شریفه چیست؟ به عبارت دیگر، آیا محاربه و افساد فی الارض، دو موضوع مستقل مجازات‌های چهارگانه هستند یا این که این مجازات‌های چهارگانه فقط یک موضوع مستقل دارد؟ در

صورت دوم، آیا این موضوع مستقل، عنوان افساد فی الارض است یا عنوان محاربه تمام الموضوع است یا این که هر کدام از این دو عنوان، جزء الموضوع هستند و با هم یک موضوع مستقل را تشکیل می‌دهند؟ در نتیجه، چهار احتمال متصور می‌شود که مورد اختلاف نظر فقه‌هاست. این اختلاف اقوال می‌تواند از کیفیت فهم رابطه و نسبت دو عنوان محاربه و افساد فی الارض، نقش ترکیبی «فساداً» و معنای «واو» در آیه شریفه ناشی شده باشد.

همان طور که در تبیین واژگان آیه شریفه گذشت، قید «یحاربون الله و رسوله» به معنای جنگ و مقاتله با مسلمانان و قید «یسعون فی الارض فساداً» به معنای اختلال در احکام و مقررات اسلامی به صورت پیاپی و گسترده در نظر گرفته شده است. با توجه به این معانی باید گفت که نسبت دو عنوان محاربه و افساد فی الارض مسلماً تباین نیست؛ زیرا بدیهی است که در بعضی موارد، محاربه، مصداق افساد فی الارض است و افساد فی الارض نیز در برخی موارد، از طریق محاربه محقق می‌شود. در نتیجه، چهار احتمال تساوی، اعم مطلق بودن محاربه، اعم مطلق بودن افساد فی الارض و عموم و خصوص من وجه متصور می‌شود.

در مورد نقش ترکیبی «فساداً» نیز سه احتمال وجود دارد. (فاضل مقداد، کنز‌العرفان ۲: ۳۵۲؛ محیی‌الدین، اعراب القرآن ۲: ۴۶۳) احتمال اول آن است که مفعول مطلق تأکیدی باشد؛ به گونه‌ای که معنای فساد، در «یسعون» اشراب شده است (یفسدون فی الارض فساداً). طبق این احتمال، معنای آیه این گونه است: «فساد می‌کنند در زمین، فساد کردنی!» دومین احتمال این است که مفعول لأجله باشد؛ یعنی همین که کسی برای ایجاد فساد در زمین تلاش کند، آیه شریفه شامل او خواهد شد. احتمال سوم نیز آن است که حال باشد؛ یعنی مصدری است که به تأویل مشتق رفته (مفسدین) و به عنوان حال به کار رفته است. بیشتر مفسران نیز همین نقش را پذیرفته‌اند. (طبرسی، مجمع البیان ۳: ۲۹۱؛ کاظمی، مسالک الأفهام الی آیات الاحکام ۴: ۲۱۰؛ طباطبائی، المیزان ۵: ۳۲۶) در این صورت، معنای

آیه چنین می‌شود: «تلاش می‌کنند در زمین، در حالی که فساد می‌کنند». «واو» در آیه شریفه، از نوع «واو» عطفی است. در معنای این واو عطفی، چهار احتمال وجود دارد. اولین احتمال آن است که به معنای «أو» باشد. طبق احتمال دوم و سوم، «واو» عطف تفسیری بوده و در مقام بیان حکمت یا علت است. چهارمین احتمال نیز این است که به معنای مطلق جمع باشد. ظهور «واو» عطف، همین معنای مطلق جمع را اقتضا می‌کند.

۲. بیان احتمالات

۱.۱. احتمال اول: تمام الموضوع بودن محاربه و افساد فی الارض

احتمال اول این است که هر کدام از دو عنوان «محاربه» و «افساد فی الارض»، موضوع مستقل احکام چهارگانه هستند. دلیل این قول آن است که عطف در آیه شریفه، برای سرایت دادن حکم معطوف علیه به معطوف است. بنابراین، مقتضای عطف در این جا آن است که هم «محاربه» و هم «مفسد فی الارض»، همانند آیه «أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولَى الْأَمْرِ مِنْكُمْ» هر کدام، جداگانه، موضوع حکم و مجازات هستند. از این رو، واو عاطفه در این آیه شریفه به معنای «أو» است. به علاوه، این قول با نقش ترکیبی مفعول مطلق بودن «فساداً» نیز سازگاری دارد. طبق این قول، نسبت بین این دو عنوان، عموم و خصوص من وجه است؛ یعنی در بعضی موارد، یک عمل هم می‌تواند مصداق محاربه باشد، هم افساد فی الارض، اما در مواردی هم عنوان محاربه بر عمل افساد فی الارض و عنوان افساد فی الارض بر عمل محاربه صادق نیست.

۲.۲. احتمال دوم: تمام الموضوع بودن افساد فی الارض

بر اساس دومین احتمال، مجازات‌های چهارگانه، فقط یک موضوع مستقل دارد و آن هم عنوان «افساد فی الارض» است. تقریر دلیل این قول، چنین است که جمله «یسعون فی الأرض فساداً» در حکم تعلیل برای محاربه بوده و ذکر جمله «یحاربون الله و رسوله»

از باب مصداق بارز یا زمینه سازی و تمهید برای بیان قبح شدید جرم افساد فی الارض است، همانند آیه «فَإِنْ لَمْ تَفْعَلُوا فَأْذَنُوا بِحَرْبٍ مِنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ». از این رو، «واو» عاطفه در آیه شریفه، تفسیری بوده و در مقام بیان علت است. این قول با نقش ترکیبی مفعول لأجله بودن «فساداً» سازگاری دارد. طبق این قول، نسبت بین این دو عنوان، عموم و خصوص مطلق است؛ یعنی هر افساد فی الارضی، محاربه است، ولی هر محاربه‌ای، افساد فی الارض نیست. در نتیجه، ذکر افساد فی الارض پس از محاربه، از باب ذکر عام بعد از خاص است.

۳.۲. احتمال سوم: تمام الموضوع بودن محاربه

بر اساس سومین احتمال، فقط عنوان «محاربه» موضوع مستقل مجازات‌های چهارگانه است. تقریب این احتمال چنین است که جمله «یحاربون الله و رسوله»، در عقد الوضع آیه شریفه آمده است. بنابراین، محاربه موضوع مستقل مجازات‌های چهارگانه است و جمله «یسعون فی الأرض فساداً» در مقام تفسیر و تبیین معنای «یحاربون الله و رسوله» است. از این رو، «واو» عاطفه در آیه شریفه، تفسیری بوده و در مقام بیان حکمت است. این قول با نقش ترکیبی حال بودن «فساداً» سازگاری دارد. طبق این قول، نسبت محاربه و افساد فی الارض، تساوی یا عموم و خصوص مطلق است؛ یعنی احتمال دارد گفته شود هر محاربه‌ای، افساد فی الارض و هر افساد فی الارضی، محاربه است. هم‌چنین احتمال دارد بگوییم: هر محاربه‌ای، افساد فی الارض است، ولی هر افساد فی الارضی، محاربه نیست.

۴.۲. احتمال چهارم: جزء الموضوع بودن محاربه و افساد فی الارض

چهارمین احتمال آن است که هر کدام از دو عنوان محاربه و افساد فی الارض، جزء الموضوع هستند. به عبارت دیگر، دو عنوان یادشده، با هم موضوع مستقل احکام چهارگانه هستند. دلیل این احتمال، عطف جمله «یسعون فی الأرض فساداً» به جمله «یحاربون الله و رسوله» است. مقتضای چنین عطفی این است که افساد فی الارض، وصف یا وجه عملی باشد که از محاربین سر می‌زند، نه شخص محارب. در نتیجه، دو فعل و دو فاعل مستقل وجود ندارد،

بلکه یک فعل است که مصداق هر دو عنوان یادشده است. از این رو، معنای «واو» عطفی در آیه شریفه، مطلق جمع است. این قول با نقش ترکیبی حال بودن «فساداً» سازگاری دارد. طبق این قول، نسبت محاربه و افساد فی الارض، عموم و خصوص من وجه است.

۳. بررسی احتمالات و نظر مختار

تمامی احتمالات غیر از احتمال چهارم، خلاف ظاهر است. احتمال اول خلاف ظاهر است؛ زیرا ظاهر آیه شریفه این است که در مقام بیان مجازات یک نوع جرم باشد؛ زیرا اسم موصول «الذین»، موضوع احکام چهارگانه بوده و جمله «یحاربون الله و رسوله»، صله این موضوع است؛ یعنی در جایگاه وصف یا قیدی برای موضوع قرار گرفته است. جمله «یسعون فی الأرض فساداً» هم عطف به جمله صله شده است. بنابراین، معطوف نیز همانند معطوف علیه، قید و وصفی برای موضوع حکم است نه خود موضوع؛ زیرا خود معطوف علیه، موضوع حکم نیست تا معطوف نیز موضوع باشد بر خلاف آیه «أَطِيعُوا اللَّهَ وَ أَطِيعُوا الرَّسُولَ وَ أُولَى الْأَمْرِ مِنْكُمْ» (نساء/ ۵۹) که معطوف علیه در جمله، موضوع حکم واقع شده است. در نتیجه، اگر جمله دوم، موضوع مستقل باشد، لازم می‌آید که بر سر آن هم، اسم موصول «الذین» تکرار شود، در حالی که تکرار نشده است. پس جمله دوم، موضوع مستقل نیست. احتمال دوم خلاف ظاهر است؛ زیرا ظاهر آیه شریفه این است که عنوان محاربه در موضوع آیه شریفه اخذ شده است و جمله «یحاربون الله و رسوله»، صله «الذین» است. در نتیجه، اخذ عنوان محاربه در موضوع، مفروغ عنه است. حال که جمله «یسعون فی الأرض فساداً» به سبب «واو» به آن عطف شده است، طبق ظهور معنای «واو» در مطلق جمع اقتضا می‌کند که میان معطوف و معطوف علیه جمع شود. در نتیجه، عنوان مفسد فی الأرض به تنهایی برای ترتب مجازات‌های چهارگانه کافی نیست. قیاس آیه محاربه با آیه ربا مع الفارق است؛ زیرا در آیه محاربه، محاربه با خدا و

رسول(ص) در عقد الوضع آیه ذکر شده است؛ گویا چنین گفته شود: «المحارب لله ورسوله جزائه كذا». در آیه ربا، محاربه با خدا و رسول(ص)، در عقد الحمل آیه شریفه آمده است. در نتیجه، تشبیه و تنزیل این دو آیه با هم تناسبی ندارد، بلکه اگر غرض، بیان تشبیه و تنزیل بود، باید عنوان محاربه در محمول جمله آورده می‌شد و بدین گونه بیان می‌شد: «من فعل كذا فهو محارب لله و للرسول»، در حالی که چنین بیان نشده است. در نتیجه، قیاس این دو آیه، مع الفارق است.

احتمال سوم نیز خلاف ظاهر است؛ زیرا همان طور که گفته شد، جمله «يسعون في الأرض فسادا» به سبب «واو» به «يحاربون الله ورسوله» عطف شده است. حال با توجه به ظهور معنای «واو» در مطلق جمع، میان معطوف و معطوف علیه جمع می‌شود. در مورد احتمال چهارم، بیان این نکته ضروری است که با توجه به احتمالات گوناگون در آیه شریفه و اجمال آن، قدر متیقن که موافق احتیاط است، این است که آیه شریفه شامل عملی شود که مصداق دو قید محاربه و افساد فی الارض باشد. علاوه بر آن، این قول، با ظهور آیه شریفه موافق است؛ زیرا ظهور آیه شریفه این است که در مقام بیان یک نوع جرم باشد. حال با توجه به ظهور معنای «واو» در مطلق جمع و حال بودن «فسادا»، فهمیده می‌شود که موضوع احکام چهارگانه، محاربه‌ای است که به قصد و انگیزه افساد در زمین باشد.

نتیجه

استدلال به آیات شریفه برای استنباط حکم شرعی زمانی مقبول است که با مجموع روایاتی که در مقام بیان تفسیر آن آیه شریفه هستند، بررسی شوند. توجه به برداشت قدمای فقه‌های امامیه نیز موجب اتقان استظهار از آیات و روایات شریفه می‌شود. این سخن در آیاتی که در مقام بیان حدود الهی و تشریح مجازات هستند، بیشتر مورد نظر است. مشهور فقه‌های امامیه آیه ۳۳ سوره مائده، که مشتمل بر دو قید «یحاربون الله و رسوله» و «یسعون فی الأرض فسادا» است، را در مقام بیان یک نوع جرم دانسته‌اند و معتقدند این آیه فقط حدّ محاربه را تشریح کرده است. در مقابل، بعضی از فقها با استظهار از قید اول، در صدد استنباط مجازات بغی و با استدلال به قید دوم سعی دارند جرم افساد فی الارض اثبات کنند. با توجه به روایاتی که در مقام شرح و تفصیل آیه محاربه هستند و با عنایت به فهم مشترک بیشتر فقها و مفسران از این آیه، روشن شد که قید «یحاربون الله و رسوله» به کسانی اختصاص دارد که به قصد ارباب و سلب امنیت مسلمانان، سلاح بکشند. همچنین با تحلیل نسبت دو قید یادشده بیان شد که موضوع احکام چهارگانه در آیه شریفه، محاربه‌ای است که به قصد و انگیزه افساد فی الارض باشد. در نتیجه، استدلال به این آیه برای استنباط مجازات بغی و جرم افساد فی الارض دچار اشکال است، اما چه بسا بتوان با بررسی ادله شرعی دیگر، مجازات بغی و جرم افساد فی الارض را اثبات کرد.

فهرست منابع

١. قرآن كريم
٢. ابن اثير جزرى، مبارك بن محمد. النهاية فى غريب الحديث والأثر. قم: مؤسسه مطبوعاتی اسماعيليان، بی تا.
٣. ابن ادريس حلی، محمد بن منصور بن احمد. السرائر الحاوی لتحرير الفتاوى. قم: دفتر انتشارات اسلامى وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم، چاپ دوم، ١٤١٠ هـ. ق.
٤. ابن بابويه (شيخ صدوق)، محمد بن على. المقنع (للشيخ الصدوق). قم: مؤسسه امام هادی عليه السلام، ١٤١٥ هـ. ق.
٥. ابن عربی، محمد بن عبدالله بن ابی بكر. احكام القرآن. بيروت: دار الجیل، ١٤٠٨ هـ. ق.
٦. ابن كثير، اسماعيل بن عمر. تفسير القرآن العظيم. بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤١٩ هـ. ق.
٧. ابن منظور، ابو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم. لسان العرب. چاپ ٣، بيروت: دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع - دار صادر، ١٤١٤ هـ. ق.
٨. ابو الحسين، احمد بن فارس بن زكريا. معجم مقائيس اللغة. قم: انتشارات دفتر تبليغات اسلامى حوزه علميه قم، ١٤٠٤ هـ. ق.
٩. اسدى (علامه حلی)، حسن بن يوسف بن مطهر. تحرير الأحكام الشرعية على مذهب الإمامية. قم: مؤسسه امام صادق (عليه السلام)، ١٤٢٠ هـ. ق.
١٠. جوهرى، اسماعيل بن حماد. الصحاح - تاج اللغة و صحاح العربية. بيروت: دار العلم للملايين، ١٤١٠ هـ. ق.
١١. حرّ عاملى، محمد بن حسن. وسائل الشيعة. قم: مؤسسه آل البيت (عليهم السلام)، ١٤٠٩ هـ. ق.
١٢. حميرى، نشوان بن سعيد. شمس العلوم و دواء كلام العرب من الكلوم. بيروت: دار الفكر المعاصر، ١٤٢٠ هـ. ق.
١٣. راغب اصفهانى، حسين بن محمد. مفردات ألفاظ القرآن. لبنان: دار العلم - الدار الشامية، ١٤١٢ هـ. ق.
١٤. زمخشري، ابو القاسم محمود بن عمر. الفائق فى غريب الحديث. بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤١٧ هـ. ق.

۱۵. سیوری حلی، مقداد بن عبدالله. کنز العرفان فی فقه القرآن. قم: مرتضوی، ۱۳۷۳هـ. ش.
۱۶. صاحب بن عباد، اسماعیل. المحيط فی اللغة. بیروت: عالم الكتاب، ۱۴۱۴هـ. ق.
۱۷. طباطبایی، سید محمدحسین. المیزان، ترجمه: سید محمدباقر موسوی، چاپ ۲۵، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۳۸۷هـ. ش.
۱۸. طبرسی، فضل بن حسن. مجمع البیان فی تفسیر القرآن. چاپ ۳، تهران: ناصر خسرو، ۱۳۷۲هـ. ش.
۱۹. طریحی، فخرالدین. مجمع البحرین. چاپ ۳، تهران: کتاب فروشی مرتضوی، ۱۴۱۶هـ. ق.
۲۰. طوسی، محمد بن حسن. التبیان فی تفسیر القرآن. بیروت: دار احیاء التراث العربی، بی تا.
۲۱. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن. المبسوط فی فقه الإمامیه. چاپ ۳، تهران: المكتبة المرتضویة لإحياء الآثار الجعفریة، ۱۳۸۷هـ. ق.
۲۲. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن. تهذیب الأحکام. چاپ ۴، تهران: دار الکتب الإسلامیة، ۱۴۰۷هـ. ق.
۲۳. عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی. مسالک الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام. قم: مؤسسه المعارف الإسلامیة، ۱۴۱۳هـ. ق.
۲۴. فخررازی، محمد بن عمر. مفاتیح الغیب. چاپ ۳، بیروت: دار احیاء التراث العربی، ۱۴۲۰هـ. ق.
۲۵. فراهیدی، خلیل بن احمد. کتاب العین. چاپ ۲، قم: نشر هجرت، ۱۴۱۰هـ. ق.
۲۶. فیروزآبادی، محمد بن یعقوب. القاموس المحيط. تهران: دار الفکر، ۱۴۱۵هـ. ق.
۲۷. قرطبی، محمد بن احمد. الجامع لاحکام القرآن. تهران: ناصر خسرو، ۱۳۶۴هـ. ش.
۲۸. کاظمی، جواد بن سعید. مسالک الافهام الی آیات الاحکام. چاپ ۲، تهران: کتاب فروشی مرتضوی، بی تا.
۲۹. کلینی، ابوجعفر محمد بن یعقوب. الکافی. قم: دار الحدیث للطباعة و النشر، ۱۴۲۹هـ. ق.
۳۰. محقق حلی، نجم الدین جعفر بن حسن. شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام. چاپ ۲، قم: مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۰۸هـ. ق.

٣١. محقق حلّي، نجم الدين. جعفر بن حسن. المختصر النافع في فقه الإمامية. چاپ ٦، قم: مؤسسة المطبوعات الدينية، چاپ ششم، ١٤١٨ هـ. ق.
٣٢. محيي الدين، درويش. اعراب القرآن و بيانه. چاپ ٤، دمشق: دار الارشاد، ١٤١٥ هـ. ق.
٣٣. مصطفوي، حسن. التحقيق في كلمات القرآن الكريم. تهران: مركز الكتاب للترجمة و النشر، ١٤٠٢ هـ. ق.
٣٤. مقرئ فيومي، احمد بن محمد. المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي. قم: منشورات دار الرضي، بي تا.
٣٥. موسوي خميني، سيد روح الله. تحرير الوسيلة. قم: مؤسسه مطبوعات دار العلم، بي تا.
٣٦. مؤمن قمي، محمد. كلمات سديده في مسائل جديدة. قم: دفتر انتشارات اسلامي وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم، ١٤١٥ هـ. ق.
٣٧. مؤمن قمي، محمد. مباني تحرير الوسيلة - كتاب الحدود. تهران: مؤسسه تنظيم و نشر آثار امام خميني (ره)، ١٤٢٢ هـ. ق.
٣٨. نجفي، محمد حسن. جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام. چاپ ٧، دار إحياء التراث العربي، ١٤٠٤ هـ. ق.
٣٩. واسطي، زبيدي، حنفي، محب الدين، سيد محمد مرتضى حسيني. تاج العروس من جواهر القاموس. بيروت: دار الفكر للطباعة و النشر و التوزيع، ١٤١٤ هـ. ق.
٤٠. هاشمي شاهرودي، سيد محمود. بايسته های فقه جزا. تهران: ميزان و دادگستر، ١٤١٩ هـ. ق.

رسائل

مجله علمی دانش پژوهان مرکز آموزش های تخصصی فقه

شماره ۲، بهار ۹۴

صفحات ۵۲ تا ۷۷

حسین حاجی حسینی*

H.hosiny64@gmail.com

دادرسی غیابی

تحلیل مبانی فقهی ماده ۳۰۳ قانون آیین دادرسی مدنی

چکیده

«القضا علی الغایب» عنوانی است که اکثر قریب به اتفاق فقها در کتب خویش در باب قضا به آن پرداخته‌اند. در این میان، آنچه مورد اختلاف است، صحت استناد به برخی ادله و نحوه استدلال به آن‌هاست. تمام فقهای شیعه و فقهای عامه به جز ابوحنیفه، قائل به صحت حکم غیابی هستند. این گروه به عموم نص قرآن، اطلاق ادله بینة، نفی ضرر، اجماع و برخی از روایات استناد می‌کنند. در مقابل، ادله‌ای که برای عدم صحت حکم غیابی اقامه شده، دفع ضرر و تعدادی از روایات است. در این نوشتار، ادله طرفین با توجه به قائلین و نحوه استدلال هر یک از آن‌ها بررسی شده است.

کلیدواژگان:

قضا علی الغایب، دادرسی غیابی، دفع ضرر از غایب، ماده ۳۰۳ آیین دادرسی مدنی، تحلیل مبانی فقهی.

مقدمه

ماده ۳۰۳ قانون آیین دادرسی مدنی مقرر می‌دارد: «حکم دادگاه حضوری است مگر این که خوانده یا وکیل یا قائم مقام یا نماینده قانونی وی در هیچ یک از جلسات دادگاه حاضر نشده و به طور کتبی نیز دفاع ننموده باشد و یا اخطاریه، ابلاغ واقعی نشده باشد». طبق این ماده، اصل بر دادرسی حضوری است مگر به دلیل وجود شرایط خاص. در واقع، این ماده از قانون مطابق است با ادله برخی از فقها که قائل به اصل عدم جواز دادرسی غیابی و در نهایت، حکم غیابی هستند که جواز آن به دلیل ادله خاصی است که از ذیل این اصل خارج می‌شوند. کسانی که قائل به صحت حکم غیابی هستند، در مقام استدلال به عموم نص، اطلاق ادله حجیت بینة، انتفای ضرر، اجماع و در مقام استناد به برخی از روایات همچون صحیحہ جمیل، روایت محمد بن مسلم، روایت ابوموسی اشعری و روایت هند زوجه ابی سفیان تمسک کرده‌اند. در مقابل، برای عدم صحت حکم غیابی به دفع ضرر و برخی روایات از جمله خبر قرب الاسناد، روایت محمد بن مسلم عن ابی جعفر (ع) و خبر عبدالله محمد الرازی عن الرضا (ع) استناد شده است.

مسئله اصلی این نوشتار، تحلیل مبانی فقهی ماده ۳۰۳ آیین دادرسی مدنی درباره حکم غیابی و نحوه استدلال طرفین به ادله خود است. پرسش‌های فرعی پژوهش نیز این است که در مورد مفهوم «غایب» بین فقها چند نظر وجود دارد؟ در نفی و اثبات جواز قضا بر غایب چه ادله‌ای مطرح شده است و ارزیابی آن‌ها چگونه است؟ قائلین به صحت و عدم صحت حکم غیابی چه کسانی هستند؟ آیا استدلال‌های طرفین قابل نقد است؟

در این زمینه، تحقیقات زیادی صورت گرفته، اما وجه متمایز این تحقیق، بررسی ادله و نقد وارد شده بر برخی از آن‌ها بر اساس اقوال فقهاست. از آن‌جا که بیشتر نوشته‌ها در این زمینه تنها بر اساس ادله است و عبارت فقها را به صورت دقیق بیان نکرده‌اند، این تحقیق با ذکر ادله و بیان دقیق عبارت فقها و نقد این ادله با عبارات خود آن‌ها در فقه امامیه و

عامه می‌تواند تصویر دقیقی از موضوع را در برابر مخاطب قرار دهد. این پژوهش از روش کتابخانه‌ای و توصیفی بهره برده است. به دلیل وجود اختلاف در استدلال به ادله عقلی و نقلی، ساختار نگارش بر اساس ادله، نحوه استدلال و سپس در برخی موارد، نقد آن ادله قرار گرفته است. بنابراین، هر کدام از ادله با توجه به ذکر قائلان آن نقد و بررسی می‌شود.

طبقه‌بندی مفهوم غایب در کلام فقها

«غایب» در موضوع قضا مفهوم وسیعی دارد. در این زمینه هم به کسی که فقط در محکمه حضور ندارد، اما در بلد حضور دارد، غایب اطلاق می‌شود و هم به کسی که نه در محکمه و نه در شهر حضور ندارد، اطلاق می‌شود؛ چه بلد نزدیک باشد و چه دور باشد. در این زمینه، فقها در مفهوم آن اختلاف کرده‌اند. اقوال فقها را در چهار نظریه می‌توان بیان کرد.

۱. غیبت مطلق: در این نظریه که قول اکثر فقها نیز می‌باشد، به اطلاق غیبت تمسک شده است و قائلین معتقدند غایب کسی است که از مجلس حکم غایب باشد و فرقی بین حضور در بلد یا مسافر بودن او نیست. ملاک این است که او در محکمه حضور نداشته باشد. قائلین این گروه به عموم ادله بینه و هم‌چنین انتفای ضرر تمسک جسته‌اند. از این فقها می‌توان به محقق حلی (شرائع الاسلام ۴: ۷۷)، علامه حلی (ارشاد الازدهان ۲: ۱۴۷؛ الايضاح الفوائد ۴: ۳۵۹)، شهید اول (الدروس الشرعیه ۲: ۹۱؛ غایه المراد ۴: ۵۳)، شهید ثانی (مسالك الافهام ۱۳: ۴۶۷)، صیمری (غایه المرام ۴: ۲۳۵)، محقق سبزواری (کفایه الاحکام ۲: ۶۹۷)، محمدحسن نجفی (جواهرالکلام ۴۰: ۲۲۱)، فاضل هندی (کشف اللثام ۱۰: ۱۵۲)، عبدالاعلی سبزواری (مهذب الاحکام ۲۷: ۶۷)، سید علی طباطبایی (ریاض المسائل ۱۵: ۱۷۲) و سبحانی (نظام القضاء و الشهاده ۱: ۴۵۵) اشاره نمود.

۲. غیبت مقید به بعد مسافت: گروهی از فقها، مسافت را شرط می‌دانند و فرد، تنها در صورت بعد مسافت، غایب محسوب می‌شود. بنابراین، اگر فرد در محکمه حضور نداشته،

اما در شهری نزدیک به محکمه باشد که امکان حضور برای او میسر بوده است، غایب محسوب نمی‌شود. این قول یحیی بن سعید حلّی در الجامع للشرایع است. صاحب مفتاح الکرامه در تعلیل دلیل این گروه می‌گوید: «شاید از ظاهر عبارت «اذا قدم» در اخبار جمیل و محمد بن مسلم این گونه استنباط کرده‌اند یا این که نزد یحیی بن سعید، اسم مسافر تنها در مورد کسی که مسافت شرعی را قطع کرده باشد، صدق می‌کند (مفتاح الکرامه ۲۵: ۴۲۸). شیخ حر عاملی نیز در توجیه روایت قرب الاسناد «لا یقضی علی الغایب» به همین نظریه استناد می‌کند و قضا علیه غایب را در جایی می‌داند که در محکمه، غایب نیست، اما در بلد یا بلد نزدیک حضور دارد» (وسائل الشریعه ۲۷: ۲۹۶).

۳. غیبت مقید به تعذر حضور: از منظر این گروه از فقها، تعذر حضور در حاضر شرط است؛ یعنی قضا علیه غایب از موضع نیاز و هم‌چنین تعذر احضار است. بنابراین، اگر فرد بدون تعذر در محکمه حاضر نشود، غایب محسوب نمی‌شود. این قول شیخ طوسی در المبسوط است که فیض کاشانی آن را در مفاتیح الشرایع تقویت کرده است. (المبسوط ۸: ۱۶۲؛ مفاتیح الشرایع ۳: ۲۵۴)

۴. غیبت مقید به امتناع حضور است. بر اساس این نظریه، علیه غایب حکم نمی‌شود مگر زمانی که غایب از حضور امتناع ورزد و بداند که علیه او حکم می‌شود. بنابراین، اگر غایب از حضور امتناع نرزد و به دلایل دیگر نتواند حاضر شود، غایب محسوب نمی‌شود و نمی‌توان علیه او حکم غیابی صادر کرد. صاحب این قول، احمد بن محمد اردبیلی است. دلیل این قول آن است که وقتی غایب به حکم علیه خودش علم دارد، در واقع، با غیبتش، ضرری را بر خود وارد می‌کند (مجمع الفائده و البرهان ۱۲: ۲۰۴).

با توجه به اقوال و ادله فقها و بر اساس قول اکثر فقها که قائل به اطلاق مفهوم غایب هستند، این پژوهش نیز بر پایه مفهوم مطلق غایب ارائه می‌شود.

ادله جواز حکم غیابی

در اصل قضا و حکم غیابی، تمام فقهای شیعه و فقهای عامه به جز ابوحنیفه با هم توافق دارند، اما در مبانی و ادله آن‌ها اختلاف وجود دارد. موافقان ادله‌ای را مطرح می‌کنند که حتی برخی علمای شیعه هم در آن مناقشه می‌کنند. این ادله شامل عموم نص، اطلاق ادله حجیت بینه، نفی ضرر و اجماع و برخی از روایات است. چنان که آقای فاضل هم فرموده است تفکیک بین استدلال و استناد لازم نیست و چه بسا موجب سوء برداشت هم بشود. در بیان ادله موافقین، ابتدا ادله و سپس قائلین آن‌ها و در نهایت، نقد وارد بر هر دلیل بررسی می‌شود.

۱. عموم نص (آیه ۲۶ سوره ص)

اولین دلیل موافقان، آیه ۲۶ سوره مبارکه ص می‌باشد که می‌فرماید: «... در میان مردم به حق قضاوت کن...»^۱. موافقان حکم غیابی با استناد به این قسمت از آیه این گونه استدلال کرده‌اند که اگر حکم علیه غایب را جایز ندانیم، ممکن است حق مدعی ضایع شود. بنابراین، نص آیه جهت حکم کردن به حق و جلوگیری از این تضییع حق، حکم علیه غایب را هم شامل می‌شود. از فقهایی که به این دلیل استناد کرده‌اند، به فاضل هندی می‌توان اشاره کرد که ذیل این موضوع با ذکر این آیه می‌نویسد: «و دلیل المختار عموم النص.» (کشف اللثام و الإبهام ۱۰: ۱۵۳) عبدالکریم موسوی اردبیلی نیز در بیانی به همین دلیل تمسک جسته است: «لقضاء علی الغایب فی الجملة ثابت بالنص و الاجماع.» (فقه القضا ۲: ۱۷۵) از فقههای معاصر هم چنین سید محمدرضا موسوی گلپایگانی در عبارتی، قضا علیه غایب را مسلم دانسته است و می‌نویسد: «لاریب فی سماع الدعوی و نفوذ الحکم علیه و قد يستدل لذلك بالادلة التالية: اطلاق ادله القضاء کقوله تعالی [فاحکم بین الناس بالحق]» (کتاب القضا ۱: ۳۶۵) در مورد این

۱. «يَا دَاوُدُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ...» (ص/ ۲۶)

دلیل، نقدی از سوی فقها دیده نشده است. البته نمی‌توان ادعای اجماع بر این مورد داشت، هر چند ممکن است ادعای عدم خلاف شود؛ زیرا با تتبع در اقوال، بسیاری از فقها به این دلیل متعرض نشده‌اند و این اعم است از این که آن را رد یا تأیید کرده باشند.

۲. اطلاق ادله حجیت بینه

گروهی از فقها برای اثبات صحت حکم غیابی به روایت ابن ابی عمیر از امام صادق (ع) استدلال کرده‌اند. در بخشی از این روایت آمده است که رسول خدا (ص) فرمودند: «من در بین شما با بینات و قسم‌ها حکم می‌کنم.»^۱ استدلال فقهای که به این دلیل تمسک کرده‌اند، این است که هرگاه بینه‌ای اقامه شد، مطابق آن، حکم صادر می‌شود و اطلاق آن شامل موردی هم می‌شود که مدعی علیه غایب است. سید کاظم حسینی حائری می‌فرماید: «حکم علیه غایب که با استناد به بینه مدعی باشد، نافذ است و دلیل آن، اطلاق ادله حجیت بینه است و اگر فرد غایب، حاضر شد و بینه‌ای آورد که با بینه مدعی تعارض داشت و آن را باطل کرد، حکم باطل می‌شود»^۲.

مرحوم آقا ضیاء عراقی در کتاب القضاء (۲۵۸)، سید محمدرضا گلپایگانی در کتاب القضاء (۱: ۳۶۵) و سید عبدالکریم موسوی اردبیلی در فقه القضاء (۴: ۱۷۵-۱۷۸) همگی به اطلاق ادله حجیت بینه بر جواز حکم علیه غایب نظر داده‌اند.

۳. انتفاء ضرر

فقهای که به نفی ضرر استدلال کرده‌اند، می‌گویند اگر برای مدعی که علیه غایب اقامه دعوا کرده است، حکمی صادر نشود، ممکن است مدعی نسبت به ادعای خود صادق باشد و در نتیجه عدم صدور حکم، ضرری به مدعی وارد شود. بنابراین، به خاطر دفع ضرر از مدعی، حکم علیه غایب صادر می‌شود و اگر بعد از مدتی غایب حاضر شود و بینه‌ای معارض

۱. «إِنَّمَا أُقْضَىٰ بَيْنَكُمْ بِالْبَيِّنَاتِ وَالْأَيْمَانِ». (عاملی، وسائل الشیعه ۲۷: ۲۳۲)
۲. «الحکم علی الغایب بالبینه نافذ بدلیل اطلاق حجیه البینه...» (القضا فی الفقه الاسلامی، ۷۸۱).

با بینه مدعی اقامه کند، در این صورت، حکم قبلی نقض می‌شود. از فقهایی که به این دلیل به عنوان یکی از دلایل صحت حکم غیابی اسناد کرده‌اند، می‌توان به میرزا حبیب‌الله رشتی اشاره کرد که می‌فرماید: «فلا اشکال و لا خلاف أيضا فی القضاء علیه، و دلیلہ جمیع أدلۃ القضاء مع قاعدة نفی الضرر.» (کتاب القضاء ۱: ۲۶۵) محمدحسن اصفهانی، فقیه دیگری است که یکی از علل قضا علیه غایب را نفی ضرر می‌داند. (کشف اللثام ۱۰: ۱۵۳)

همان‌طور که می‌دانیم، قاعده نفی ضرر در همه جا کاربرد ندارد؛ زیرا مخصص‌های زیادی دارد. پس برای اثبات این قاعده در جایی باید دلیل داشته باشیم. این دلیل موافقان قابل مناقشه است. بر همین اساس، میرزا حبیب‌الله رشتی بر این دلیل نقد وارد کرده است. ایشان در کتاب القضا ذیل این دلیل می‌گویند: «به قاعده نفی ضرر در این جا عمل نمی‌شود؛ زیرا این قاعده مخصص‌های زیادی دارد، مگر در صورتی که از عدم تخصیص اطمینان داشته باشیم و در مورد قضا، اطمینانی وجود ندارد که تخصیص نخورده باشد، هر چند مشهور بدان استناد کرده‌اند.» (کتاب القضاء ۱: ۲۶۶) به نظر می‌رسد این قاعده در این جا کاربرد دارد؛ زیرا مدعی با آوردن بینه فعلاً ذی‌حق محسوب می‌شود و باید به ادعای او رسیدگی شود تا از ضرر در امان بماند، هر چند در واقع، ذی‌حق نباشد که آن هم با حضور فرد غایب قابل اثبات است.

۴. اجماع

نظر فقها در مورد ادعای اجماع بر حکم علیه غایب متفاوت است. در برخی موارد، صریحاً ادعای اجماع شده است (اجماع محصل). در بعضی موارد نیز ادعای اجماع از سوی فقهای دیگر (اجماع منقول) صورت گرفته است و برخی دیگر به ادعای عدم خلاف و بعضی هم به عبارت «و هو ثابت عندهم» بسنده کرده‌اند. این اجماع به عنوان یکی از اجماعات فقهای شیعه در کتب متعدد ذکر شده است که کتاب اجماعات فقهای امامیه از آن جمله است.^۱

۱. «ان القضا علی الغایب جائز بلا خلاف و دلیلنا اجماع الفرقه». (موسوی روضاتی، اجماعات فقهای امامیه ۲: ۶۳۸).

مرحوم سید عبدالاعلی سبزواری از جمله کسانی است که بر این امر ادعای اجماع کرده است و می‌فرماید: «لا يعتبر حضور المدعی علیه فی سماع الدعوی فتسمع الدعوی علی الغائب مطلقاً للاجماع». (مهذب الاحکام ۲۷: ۶۷) میرزا محمدحسین آشتیانی می‌فرماید: «الحکم علی الغائب فی الجملة مما لا اشکال بل لا خلاف فيه عندنا بل الاجماع بقسمیه علیه». (کتاب القضا ۱۶۱) از فقهای که تنها ادعای اجماع را از سوی دیگران مطرح کرده‌اند، می‌توان به سید محمد کاظم طباطبایی اشاره کرد که می‌فرماید: «تسمع الدعوی علی الغائب و يجوز الحکم علیه مع البینه اذا لم یکن فی البلد علی المشهور المدعی علیه الاجماع». (العروه الوثقی ۶: ۴۷۷) شیخ انصاری از عبارت «ثابت عندهم» استفاده کرده است: «أَنَّ الْقَضَاءَ عَلَی الْغَائِبِ عَنِ مَجْلِسِ الْحُكْمِ ثَابِتٌ عِنْدَهُمْ». (القضا و الشهاده ۱۶۳) سید علی طباطبایی در ریاض المسائل (۱۵: ۱۷۱) فاضل لنکرانی در تفصیل الشریعه (تفصیل الشریعه - القضاء و الشهادات ۱۰۵) و عبدالکریم موسوی اردبیلی در فقه القضا (۲: ۱۷۵) از جمله فقهای هستند که از تعبیر «لا خلاف» استفاده کرده‌اند.

در مورد دلیل اجماع، نقدی از سوی فقها دیده نشده است، اما بدیهی است که ادعای اجماع از سوی برخی فقها و ادعای نقل اجماع از سوی عده‌ای دیگر و همچنین ادعای عدم خلاف، خود گواهی است بر این که در این دلیل، اختلاف نظر وجود دارد، اما قدر متیقن از آن‌ها این است که حداقل مسئله به صورت «عدم نقل خلاف» باشد؛ یعنی فقها خلاف آن را نقل نکرده‌اند. در نهایت، نمی‌توان به این دلیل استدلال کرد؛ زیرا اولاً با وجود این اختلافات نمی‌توان گفت مسئله اجماعی است. ثانیاً در صورت وجود اجماع، اجماع منقول است که حجیت ندارد. ثالثاً اگر هم محصل باشد، مدرکی است که آن هم در نظر اکثر قریب به اتفاق فقها ارزش و حجیت ندارد.

روایات

آن چه گفته شد، ادله فقها در صحت حکم غیابی بود، اما مهم ترین دلیلی که باعث شده حکم غیابی از اصل اولی عدم نفوذ حکم غیابی خارج شود، روایاتی است که فقها به آن ها استناد کرده اند. البته برخی از این روایات به صراحت، دال بر جواز حکم غیابی است و برخی دیگر، دلالت صریح بر این مطلب ندارند. طبیعتاً برخی از این روایات قابل مناقشه هستند. این مناقشه ها یا از نظر سندی است یا از لحاظ دلالتی. در این جا به ذکر این روایات، قائلین و مناقشه های آن می پردازیم.

۱. روایت جمیل عن جماعه من اصحابنا عن الباقر و الصادق (علیهما السلام)

این روایت که از جمیل بن دراج نقل شده، مورد استناد بسیاری از فقها قرار گرفته و مهم ترین روایتی است که در این زمینه به آن استناد شده است. در این روایت آمده است که هرگاه علیه غایب بینه اقامه شود، علیه او حکم می شود و مال او فروخته و از آن مال، دین او ادا می شود. این در حالی است که فرد غایب است و غایب هرگاه برگشت، می تواند ادله خود را اقامه کند.^۱ در ادامه، امام فرمود: «و اما مال او به مدعی داده نمی شود مگر این که کفیلی را معین کنند و آن مال تا روشن شدن وضعیت غایب به کفیل سپرده می شود».^۲ از فقهاییی که به این روایت استناد کرده اند، می توان به سید محمد کاظم طباطبایی اشاره کرد که در تکمله عروه الوثقی، دعوا و حکم علیه غایب را در صورت داشتن بینه مسموع می داند و قول خود را به این روایت استناد می دهد. ایشان از این روایت، با تعبیر «مرسله» یاد کرده است، نه «صحیحه».^۳ خوبی نیز در مبانی تکمله المنهاج خود این مسئله را ظاهراً

۱. «الغائبُ يُقْضَى عَلَيْهِ إِذَا قَامَتْ عَلَيْهِ الْبَيِّنَةُ - وَ يُسَاعَ مَالُهُ وَ يُقْضَى عَنْهُ دَيْنُهُ وَ هُوَ غَائِبٌ - وَ يَكُونُ الْغَائِبُ عَلَى حُجَّتِهِ إِذَا قَدِمَ». (عاملی، وسائل الشیعة ۲۷: ۲۹۵)
۲. «قَالَ - وَ لَا يُدْفَعُ الْمَالُ إِلَى الَّذِي أَقَامَ الْبَيِّنَةَ إِلَّا بِكِفَالٍ». (همان)
۳. «تسمع الدعوى على الغائب و يجوز الحكم عليه مع البينة و يدل عليه مرسل جمیل». (خوئی، تکملة العروة الوثقی ۲: ۴۵)

اختلافی نمی‌داند و از عبارت «بلا خلاف ظاهر» استفاده کرده و سپس این روایت را به عنوان مسند آورده است. البته ایشان از این روایت به عنوان صحیحه نام برده است. (مبانی تکمله المنهاج - موسوعه ۴۱: ۲۷) شیخ طوسی در نهاییه به همین روایت استناد می‌کند. (۳۵۲)

میرزا محمدحسین آشتیانی، فقیه دیگری است که حکم علیه غایب را ابتدا بدون اشکال دانسته است و روایت جمیل را دلیل بر قول خود می‌داند.^۱ فاضل لنکرانی نیز همچون آشتیانی، حکم علیه غایب را بدون اشکال دانسته است و به همین روایت استناد می‌کند. (تفصیل الشریعه - القضاء و الشهادات ۱۰۵) از فقهای دیگر می‌توان از سید کاظم حسینی حائری نام برد که این روایت را صحیحه می‌داند؛ زیرا سند آن را تام می‌شمارد. (القضا فی الفقه الاسلامی ۷۸۱) سید محمدرضا موسوی گلپایگانی در کتاب القضا (۱: ۳۶۵)، عبدالکریم موسوی اردبیلی در فقه القضا (۲: ۱۷۵ - ۱۷۷) و میرزا جواد تبریزی در اسس القضا و الشهاده (۱۷۷) به این روایت استناد کرده‌اند.

نقد روایت

با این که این روایت از مهم‌ترین ادله صحت حکم علیه غایب است و اکثریت قریب به اتفاق فقها به آن استناد کرده‌اند، برخی آن را صحیحه و بعضی، مرسله دانسته‌اند. بنابراین، با این اختلاف تعبیر از این روایت، احتمال ارسال آن وجود دارد؛ یعنی از جهت سندی قابل مناقشه است، هر چند از جهت دلالتی بسیار محکم است. در همین راستا، صاحب مجمع الفائده و البرهان در این روایت مناقشه کرده است. احمد بن محمد موسوی اردبیلی هر چند به صحت دلالت این روایت اقرار می‌کند، آن را از جهت سند خدشه‌دار می‌داند. ایشان بعد از این که سند روایت هند زوجه ابوسفیان را غیر ظاهر می‌داند، در مورد سند روایت دوم که همین صحیحه جمیل است، می‌گوید سند دوم هم مانند روایت اول غیر ظاهر است و دلیل

۱. «الحکم علی الغایب فی الجملة مما لا اشکال بل لاخلاف فیہ عندنا بل الاجماع بقسمیه علیه مضافا الی رویت جمیل بن دراج». (آشتیانی، کتاب القضا ۱۶۱)

آن را هم ارسال و هم حال مجهول جعفر بن محمد و عبدالله بن نهیک می‌داند و اسناد این روایت را به معصوم، مجهول می‌شمارد. بنابراین، ایشان در مورد این روایت هم احتمال اسناد و هم ارسال را نسبت به یکی از دو امام باقر (ع) و امام صادق (ع) می‌دهد: «فإنه یحتمل الإرسال و الإسناد إليهما عليهما السلام». (مجمع الفوائد و البرهان ۱۲: ۲۰۴-۲۰۵) از نظر ایشان، با وجود احتمال ارسال نمی‌توان به راحتی به این روایت استناد کرد؛ زیرا «إذا جاء الاحتمال بطل الاستدلال». از آن جا که خوبی این روایت را صحیح می‌داند، احتمال ارسال در آن نادیده گرفته می‌شود و در نتیجه، استناد به آن صحیح است.

۲. روایت محمد بن مسلم عن ابی جعفر (ع)

این روایت همچون صحیح جمیل بن دراج است مگر فراز آخر آن که عبارت «إِذَا لَمْ يَكُنْ مَلِيًّا» به آن افزوده شده است. مفهوم روایت با عبارت اخیرش این است که در صورت اقامه بینه از سوی مدعی، مال غایب به مدعی داده نمی‌شود و به کفیل داده می‌شود، اگر غایب، توانگر نباشد.^۱ فقهایی که به روایت جمیل بن دراج استناد کرده‌اند، در ادامه، به این روایت نیز استناد جسته‌اند.

صاحب جواهر در جواهر الکلام (۴۰: ۲۲۰)، سید محمد کاظم طباطبایی در تکمله عروه الوثقی (۲: ۴۵)، سید محمدرضا موسوی گلپایگانی در کتاب القضا (۱: ۳۶۵)، فاضل لنکرانی در تفصیل الشریعه (تفصیل الشریعه - القضاء و الشهادات ۱۰۵) و میرزا محمدحسین آشتیانی در کتاب القضا (۱۶۱) به این روایت استناد کرده‌اند.

خوبی هم از فقهایی است که به این روایت استناد کرده است و می‌فرماید: «اگر مدعی مطالبه حقش را بکند و مدعی علیه غایب باشد و فعلا احضار او ممکن نباشد، اگر مدعی اقامه بینه بر ادعای خود بکند، حاکم به نفع مدعی حکم صادر می‌کند و حق مدعی را از

۱. «الغائب يُقضى عليه إذا قامت عليه البينة - و يُباع ماله و يُقضى عنه دينه و هو غائب - و يكون الغائب على حجة إذا قدم قال - و لا يدفع المال إلى الذي أقام البينة إلا بكفلاء إذا لم يكن مالياً». (عاملی، وسائل الشیعة ۲۷: ۲۹۵)

اموال مدعی علیه می‌پردازد، اما از او کفیل می‌گیرد و غایب هرگاه برگشت، می‌تواند بینه اقامه کند. پس اگر عدم استحقاق مدعی را ثابت کرد، حاکم، مال او را از مدعی می‌گیرد و به او باز می‌گرداند.» ایشان این امر را «بلا خلاف ظاهر» می‌دانند و از جمله روایاتی که به آن استناد می‌کند، همین روایت محمد بن مسلم است. (مبانی تکمله المنهاج - موسوعه ۴۱: ۲۷) از جمله فقهای معاصر می‌توان به مؤمن قمی اشاره کرد که به این روایت استناد کرده است. (مبانی تحریر الوسیله - القضاء و الشهادات ۱۴۴ - ۱۴۵)

۳. روایت ابوموسی اشعری

شهید ثانی این روایت را در مسالک الافهام آورده و به آن استناد کرده است. در این روایت آمده است که هرگاه دو طرف خصم خدمت پیامبر اکرم (ص) می‌رسیدند، حضرت موعده را برای آن‌ها معین می‌کرد. اگر تنها یکی از آن‌ها در آن موعده حاضر می‌شدند، پیامبر به نفع کسی که حاضر می‌شد و به ضرر کسی که حاضر نمی‌شد، حکم صادر می‌فرمود.^۱ با فرض این که این روایت از لحاظ سندی مشکلی نداشته باشد، دلالت آن بر مدعی قائلین به حکم غیابی، فراز آخر روایت است که می‌گوید: «قضى للذی وفى علی الذی لم یف»؛ یعنی مراد از «الذی لم یف»، همان غایب است که علیه او حکم صادر شده است.

شهید ثانی، خبر ابوموسی اشعری را دلیل بر جواز می‌داند و در ادامه می‌فرماید: «مراد از قضا علیه کسی که به وعده‌اش وفا نکرده (مدعی علیه/غایب)، با استناد به بینه، کسی است که به وعده وفا کرده و حاضر شده است (مدعی/حاضر)؛ زیرا به مجرد ادعا، حکم دادن محال است و با این شرایط، حضور یک طرف خصم، وکیلش یا شریکش یا نبودن او یکسان است» (مسالک الافهام ۱۳: ۴۶۷).

از فقهای بی که به این روایت بر جواز حکم علیه غایب استناد کرده‌اند، می‌توان به سید محمد کاظم

۱. عن أبی موسی الأشعری قال: «كان النبی صلی الله علیه و آله إذا حضر عنده خصمان فتواعد الموعد، فوفی أحدهما و لم یف الآخر، قضی للذی وفى علی الذی لم یف». (عاملی، مسالک الافهام ۱۳: ۴۶۸)

طباطبایی در تکملة العروة الوثقى (۲: ۴۵)، محمدحسن نجفی در جواهر الکلام (۴۰: ۲۲)، فاضل لنکرانی در تفصیل الشریعة (تفصیل الشریعة - القضاء و الشهادات، ۱۰۴)، عبدالکریم موسوی اردبیلی در فقه القضا (۲: ۱۷۵ - ۱۷۷) و سبحانی در نظام القضاء و الشهادة (۱: ۴۵۴) اشاره کرد.

نقد روایت

آشتیانی در کتاب القضاء، این روایت را دال بر قضا علیه غایب نمی‌داند و مربوط به جایی می‌داند که مدعی علیه از حضور در دادرسی امتناع ورزد که در این صورت، حکم علیه او اجماعی است و در این جا عنوان غایب به او اطلاق نمی‌شود؛ زیرا عمداً حاضر نشده است.^۱ به نظر می‌رسد این روایت با نظریه‌های دیگر در مورد مفهوم غایب سازگار باشد و دلیلی بر مدعا محسوب شود.

۴. روایت مستفیض هند زوجه ابی سفیان عن النبی

این روایت در مورد هند زوجه ابوسفیان است که شکایتی از ابوسفیان نزد پیامبر اکرم (ص) برد و حضرت در غیاب ابوسفیان به شکایت او رسیدگی کرد. قضیه این گونه است که هند خدمت حضرت رسید و عرض کرد: «ابی سفیان، مردی بخیل است که نفقه من و فرزندم را به طور کامل نمی‌دهد. پیامبر فرمود: به اندازه آنچه برای تو و فرزندت کفایت می‌کند، از مال ابوسفیان بردار».^۲ این حکم در حالی از پیامبر صادر شده که ابوسفیان در مجلس حضور نداشته است. به این روایت استناد شده است که پیامبر در مورد ابوسفیان حکم کرد در حالی که ابوسفیان در مجلس حاضر نبود و فعل پیامبر نیز همانند قول ایشان حجت است. این روایت در بیشتر منابع اهل سنت نقل شده است و به آن استناد کرده‌اند.^۳

۱. «و اما عدم دلالة المروى عن ابی موسی فبانه ظاهر فیما اذا امتنع المدعی علیه عن الحضور و الحكم فیہ اجماعی کما سیجی و لادخل له بالغایب من حیث هو غایب بل هو عنوان آخر فتامل». (آشتیانی، کتاب القضا ۱۶۱)
۲. «فنی الخبر المستفیض عنه أنه قال لهند زوجه ابی سفیان - و قد قالت: إن أبا سفیان رجل شحیح لا یعطینی ما یکفینی و ولدی - : «خذی ما یکفیک و ولدک بالمعروف» و کان أبوسفیان غائباً عن المجلس».
۳ - عوالی اللئالی ۱: ۴۰۲ ح ۵۹؛ مسند أحمد ۶: ۳۹؛ صحیح البخاری ۷: ۸۵؛ سنن الدارمی ۲: ۱۵۹؛ سنن أبی

روایت هند مورد قبول بسیاری از فقهای شیعه نیز بوده است و موافقان حکم غیابی به آن استناد کرده‌اند، هر چند این روایت، بیش از روایات دیگر قابل مناقشه است. شهید ثانی این روایت را مورد قبول اکثر عامه مانند شافعی، مالکی و حنبلی به جز ابوحنیفه می‌داند و می‌فرماید: «مذهب أصحابنا جواز القضاء على الغائب في الجملة. و هو مذهب أكثر العامة، كالشافعي و مالك و أحمد و جماعة من الفقهاء، و خالف فيه أبو حنيفة...» ایشان بعد از بیان روایت هند، نظریه غیبت مطلق را نتیجه می‌گیرد؛ یعنی غیبت از محکمه، چه غایب در بلد باشد، چه نباشد و چه بلد دور باشد و چه نزدیک با این استدلال که در آن روز، ابوسفیان داخل مکه بوده، هر چند در محکمه حضور نداشته است. (مسالك الأفهام ۱۳: ۴۶۷) سید محمد کاظم طباطبایی بعد از ذکر و استناد به این روایت، در حکم صادر شده از پیامبر اکرم (ص) تشکیک می‌کند و احتمال فتوا بودن آن را نیز می‌دهد با این استدلال که غایب بودن ابوسفیان از شهر معلوم نیست. در عبارت ایشان آمده است: «فیه آنه لیس من باب الحکم، بل بیان الفتوی مع کون أبی سفیان غائبا عن البلد غیر معلوم». (تکمله العروه الوثقی ۲: ۴۵) فاضل لنکرانی نیز نظری مشابه دارند: «بأنه لا یکون من باب بیان الحکم بل بیان الفتوی، مع أن غیبة أبی سفیان من البلد غیر معلومة». (تفصیل الشریعه - القضاء و الشهادات ۱۰۵-۱۰۶).

از فقهای دیگری که به این روایت استناد کرده‌اند، می‌توان به صاحب جواهر در جواهر الکلام (۴۰: ۲۲۰)، سید علی طباطبایی در ریاض المسائل (۱۵: ۱۷۱-۱۷۲) و عبدالکریم موسوی اردبیلی در فقه القضا (۲: ۱۷۵-۱۷۷) اشاره کرد.

نقدروایت

دو اشکال بر این روایت وارد است:

اول از نظر دلالت، این روایت تام نیست و ظهور در حکم ندارد، بلکه ممکن است از باب

داود ۳: ۲۸۹، ح ۳۵۳۲؛ سنن النسائی ۸: ۲۴۶-۲۴۷؛ سنن ابن ماجه ۲: ۷۶۹، ح ۲۲۹۳؛ سنن البیهقی ۷: ۴۷۷.

فتوا باشد. میرزا محمدحسین آشتیانی بعد از ادعای عدم دلالت روایت هند بر مسئله قضا و حکم علیه ابوسفیان می‌فرماید: «ظاهر روایت، بیان حکم اصل مسئله یا جواز مقاطعه برای هند است و به همین دلیل است که برخی از اصحاب قائلند که این روایت بین حکم تقاض و فتوا مردد است». (کتاب القضاء ۱۶۱-۱۶۲) سید یزدی نیز همین اشکال را وارد می‌کند. (تکمله العروه الوثقی ۲: ۴۶؛ عروه الوثقی ۶: ۴۷۷) سبحانی با فرض صحت سند، در دلالت آن مناقشه می‌کند و می‌فرماید: «پیامبر اکرم (ص) در این روایت به یک مسئله فقهی جواب داده است بدون این که این‌جا نزاعی باشد و این که جایز است برای زوجه تا از اموال شوهر خود، نفقه‌اش را بردارد، اما این که آیا زوجه در ادعای خود صادق است یا نه یا آیا بینه دارد یا نه؟ این امور در ضمن سؤال مطرح نشده است. بنابراین، استدلال آن در مورد قضا صحیح نیست». (نظام القضاء و الشهادات ۱: ۴۵۵-۴۵۶)

دوم این که سند این روایت، تام نیست؛ زیرا بیشتر بین اهل سنت نقل شده است. سید محمدرضا گلپایگانی هم از مستشکلین سندی و دلالتی این روایت است. ایشان ذیل این حدیث می‌گوید: «استدلال به این حدیث تمام نیست؛ زیرا در این حدیث، ظهوری در این که از باب حکم باشد، وجود ندارد. مضافاً این که سند آن هم تام نیست.» (کتاب القضا ۱: ۳۶۵)

۵. صحیح زرارہ عن ابی جعفر (ع)

شیخ حر عاملی این روایت را در وسائل الشیعه با سند صحیح از زرارہ و امام صادق (ع) نقل کرده است که در آن، امام صادق (ع) از علی (ع) نقل می‌کند که ایشان در مورد دین، حکم به حبس نمی‌دادند مگر سه گروه را (غاصب، کسی که از روی ظلم، اکل مال یتیم کند و امانت گیرنده‌ای که خیانت در امانت می‌کند) و حضرت علی (ع) اگر مالی را نزد مدیون می‌یافت، آن مال را می‌فروخت و از آن مال، حق مدعی را ادا می‌نمود چه مدیون غایب بود

و چه حاضر.^۱ صاحب جواهر در جواهر الکلام (۴۰: ۲۲۰)، فاضل لنکرانی در تفصیل الشریعه (تفصیل الشریعه - القضاء و الشهادات ۱۰۵) و موسوی اردبیلی در فقه القضا (۲: ۱۷۵-۱۷۷) به آن استناد کرده‌اند.

ادله عدم جواز حکم غیابی

ادله مخالفان حکم غیابی شامل دلیل عقلی دفع ضرر و چند دلیل نقلی از روایات است. هر چند دلیل عقلی دفع ضرر از ادله قائلین به جواز هم بود، در این جا، قائلین به عدم جواز، این ضرر را متوجه فرد غایب می‌دانند و از این دلیل برای اثبات مدعای خود بهره می‌برند. نکته قابل ذکر این است که ادله عدم قضا علیه غایب، قائلین زیادی ندارد و تنها ابوحنیفه به برخی از آن‌ها استناد می‌کند. از فقهای شیعه، کسی قائل به این ادله نیست، اما تمامی این ادله را نقد و بررسی کرده‌اند. اکنون به این ادله می‌پردازیم.

۱. دلیل عقلی، دفع ضرر

دلیل عقلی مخالفان حکم غیابی، دفع ضرر است. این گروه می‌گویند اگر فرد، غایب باشد و علیه او حکم صادر شود، ممکن است واقعا ذی‌حق بوده و مدعی ادعای کذب داشته باشد و در نتیجه، حق او ضایع و وی متضرر شود. ضرر هم در اسلام نفی شده است. از جمله فقیه‌هایی که به این دلیل استدلال کرده است، به احمد بن محمد اردبیلی می‌توان اشاره کرد. ایشان ضمن تأکید بر نظریه خود در مفهوم غایب که به غیبت مقید به امتناع حضور تأکید داشت، استدلال می‌کند که شاید فرد غایب ادله‌ای داشته باشد که بعد از صدور حکم، به دلیل عذری نتواند بدان استناد کند؛ زیرا ممکن است به دلیل موت مدعی یا فقر او یا موت و فقر کفیل نتواند حق خود را استیفا کند. بنابراین، باید به موضع وفاق بسنده کنیم و آن

۱- أَبِي جَعْفَرٍ (ع) قَالَ: «كَانَ عَلَيَّ عَ لَا يُحْبِسُ فِي الدِّينِ إِلَّا ثَلَاثَةً: الْغَائِبُ وَمَنْ أَكَلَ مَالَ الْيَتِيمِ ظُلْمًا - وَمَنْ أُوْتِمِنَ عَلَيَّ أَمَانَةً فَدَهَبَ بِهَا - وَإِنْ وَجَدَ لَهُ شَيْئًا بَاعَهُ غَائِبًا كَانَ أَوْ شَاهِدًا». (عاملی، وسائل الشیعة ۲۷: ۲۴۸)

در جایی است که فرد غایب از دادرسی غیابی علیه خود آگاهی یابد و در این صورت، اگر حاضر نشد، حتی اگر ضرری متوجه او باشد، بعید نیست که حکم علیه او صحیح باشد؛ زیرا خود غایب این ضرر را بر خود وارد کرده است. (مجمع الفائده و البرهان ۱۲: ۲۰۵) این دلیل در مورد مدعی واضح‌تر است؛ زیرا مدعی با بینه علیه غایب اقامه دعوا کرده است و فی الجمله از وجود حق برای وی اطمینان داریم. هر چند می‌توان احتمال داد که بینه غایب ممکن است مقدم باشد، فعلاً نمی‌توان بینه احتمالی غایب را بر بینه اطمینانی مدعی ترجیح داد. در واقع، اگر بنا بر بینه مدعی حکم نشود، ضرر از سوی حاکم متوجه او می‌شود که در اسلام نفی شده است. این در حالی است که اگر با صدور حکم به نفع مدعی، ضرری متوجه غایب شود، این ضرر از ناحیه حاکم نبوده، بلکه به واسطه غیبت خود شخص است و به ناچار باید تحمل کند.

۲. دلایل نقلی روایات

۱- ۲. خبر قرب الاسناد

در خبری که عبدالله بن جعفر در قرب الاسناد از امام صادق (ع) نقل می‌کند که آن حضرت از علی (ع) نقل می‌فرماید که فرمود: «علیه غایب حکم نمی‌شود.»^۱ شاید بتوان گفت مهم‌ترین دلیل مخالفان حکم غیابی - اعم از دلیل عقلی و نقلی - همین روایت باشد. مخالفان حکم غیابی از اطلاق این روایت استفاده کرده‌اند و می‌گویند اگر عدم قضا علیه غایب در موارد و شرایط خاصی معتبر بود، باید آن را مقید به آن موارد و شرایط می‌کرد. همان طور که ذکر شد، تنها ابوحنیفه از فقهای اهل سنت قائل به این قول است. در مقابل این روایت، قائلین به صحت قضا علیه غایب، درباره این روایت به صورت‌های گوناگون مناقشه کرده‌اند.

۱. «لَا يُقْضَى عَلَى غَائِبٍ». (حمیدی، قرب الإسناد ۱۴۱؛ عاملی، وسائل الشیعه ۲۷: ۲۹۶)

نقدروایت

روایت قرب الاسناد به دلیل دلالت صریح و مطلق بر عدم قضا علیه غایب، مناقشه‌ها و توجیه‌های زیادی را از سوی موافقان حکم غیابی به همراه داشته است که تمام آن‌ها بررسی می‌شود. ۱. این روایت حمل می‌شود برای جایی که مدعی نسبت به قضا علیه غایب جزم ندارد

که در این صورت، باید کفیلی معین شود. این توجیه را شیخ حر عاملی در وسائل الشیعه ذیل این روایت آورده است: «أَقُولُ: هَذَا مُحْمُولٌ عَلَى أَنَّهُ لَا يُجْزَمُ بِالْقَضَاءِ عَلَيْهِ بَلْ يَكُونُ عَلَى حُجَّتِهِ وَلَا بُدَّ مِنَ الْكَفِيلِ لِمَا مَرَّ». (عاملی، وسائل الشیعه ۲۷: ۲۹۶) صاحب جواهر نیز توجیهی شبیه شیخ حر عاملی دارد. ایشان این روایت را حمل می‌کند به جایی که مدعی نسبت به ادعای خود علیه غایب جزم ندارد، به گونه‌ای که اگر برگردد، به هر دلیلی، بینه او مسموع نباشد: ««لا يقضى على غائب» محمول على إرادة عدم الجزم بالقضاء عليه على وجه لا تسمع حجته إذا قدم أو غير ذلك». (جواهرالکلام ۴۰: ۲۲۰) صاحب عروه نیز هم‌چون صاحب وسائل الشیعه و صاحب جواهر، این روایت را حمل می‌کند بر جایی که مدعی نسبت به ادعای خود جزم نداشته باشد.^۱ فاضل لنکرانی همین احتمال را داده است: «لكنها مضافاً إلى إمكان حملها على صورة عدم جزم المدعى، و كون الجزم شرطاً في سماع الدعوى». (تفصیل الشریعه - القضاء و الشهادات ۱۰۶)

۲. ممکن است این روایت حمل شود بر جایی که فرد از مجلس غایب است، اما در همان بلد حضور دارد. به عبارت دیگر، فاصله او دور نیست و امکان حضور او میسر است. بنابراین، روایت می‌گوید در مورد چنین فردی نمی‌توان حکم غیابی صادر کرد. در واقع، ایشان نظریه غیبت مقید به بعد مسافت را در این جا جاری می‌داند. شیخ حر عاملی این توجیه را نیز در ذیل روایت بیان کرده است: «وَيُمْكِنُ الْحُجْمُ عَلَى الْغَائِبِ عَنِ الْمَجْلِسِ وَ هُوَ

۱. «فهو محمول على إرادة عدم الجزم في الحكم بحيث لا يكون على حجته فلا إشكال في المسئلة في الجملة». (خوئی، تکملة العروة الوثقى ۲: ۴۶)

حَاضِرُ فِي الْبَلَدِ وَتَقَدَّمَ مَا يَدُلُّ عَلَى ذَلِكَ عُمُومًا وَتَقَدَّمَ مَا يَدُلُّ عَلَى بَيْعِ مَالِهِ فِي أَحَادِيثِ الْحَبْسِ فِي الدَّيْنِ». (عاملی، وسائل الشیعه ۲۷: ۲۹۶)

۳. این روایت به دلیل ضعف سند آن قابل معارضه با روایت صحت قضا علیه غایب نیست. این اشکال خوبی به روایت است: «فهو غیر قابل للمعارضة، لضعف سنده». (مبانی تکمله المنهاج - موسوعه ۴۱: ۲۷) از نظر عبدالکریم موسوی اردبیلی نیز سند این روایت به دلیل وجود ابی البختری ضعیف است: «و سند الروایه ضعیف لوجود ابی البختری وهب بن وهب الذی کان قاضیا عامیا و لایوثق باحادیثه و عن ابی شاذان انه من الکذب البریه». (فقه القضاء ۱۸۰)

۴. احتمال دارد اطلاق این روایت با صحیحه جمیل مقید شود به زمانی که علیه غایب بینهای اقامه نشود که در این صورت، علیه او حکم نمی‌شود. این احتمال از سوی مرحوم خوبی وارد شده است.^۱

۵. این روایت برای جایی حمل می‌شود که در اصل دعوا قصور باشد. موسوی سبزواری در مذهب الاحکام این احتمال را ممکن دانسته است: «و ما یظهر منه الخلاف کقول علی علیه السلام «لا یقضى علی غائب»، محمول علی ما إذا کان قصور أصل الدعوی.» (۲۷: ۶۷) ۶. ممکن است مراد از قضا در این روایت، قضایی باشد که غایب بعد از حضور، امکان ارائه ادله خود را نداشته باشد: «احتمال کون المراد بالقضاء القضاء الذی لا یتعقبه کون الغائب علی حجتہ إذا قدم». (فاضل لنکرانی، تفصیل الشریعه - القضاء و الشهادات ۱۰۶)

۷. احتمال دارد مراد از غایب، غایب از مجلس مراغه است، نه غایب از بلد. این احتمال نیز از فاضل لنکرانی است: «کون المراد الغائب عن مجلس المراغة». (فاضل لنکرانی، تفصیل الشریعه - القضاء و الشهادات ۱۰۶)

۱. «و لأنه مطلق یمکن تقييده بالصحيحة المتقدمة». (خوئی، مبانی تکمله المنهاج - موسوعه ۴۱: ۲۷)

۸. این روایت در جایی حاکم است که غیبت غایب طولانی نیست یا غایبی که اعلام به او برای حضور در دادرسی، آسان است: «لا یقضی علی غائب» محمول علی من لا تطول غیبتہ، أو یسهل إعلامه للحضور». (تبریزی، نظام القضاء و الشہادہ ۱: ۴۵۷)

۹. این روایت بر فرض صحت سند و دلالت، قدرت معارضه با ادله و روایات جواز حکم غیابی را ندارد؛ زیرا روایات جواز دارای شهرت فتوایی هستند که از اولین و مهم‌ترین مرجحات هنگام تعارض است. فاضل لنکرانی نیز ذیل این روایت به این امر اذعان دارد: «یکون علی تقدیر التعارض ترجیح مع الطائفة الأولى للشہرة الفتوائیة، التي هي أول المرّجات» (تفصیل الشریعہ - القضاء و الشہادات ۱۰۶)

۲-۲. روایت محمد بن مسلم عن ابی جعفر (ع)

محمد بن مسلم از امام صادق (ع) نقل می‌کند که فرمودند: «هرگاه دو مرد (نفر) برای قضاوت نزد پیامبر (ص) می‌آمدند، قبل از این که کلام دیگری را بشنود، در مورد اولی قضاوت نمی‌کرد». نحوه استدلال به این روایت روشن است؛ یعنی پیامبر علیه غایب حکم صادر نمی‌کرد؛ زیرا کلام او را هنوز نشنیده است. این روایت نیز هم‌چون روایت قرب الاسناد نقد و توجیه شده است. البته این روایت اهمیت روایت قرب الاسناد را ندارد. به همین دلیل، در توجیه آن تلاش زیادی صورت نگرفته است.

ابی بکر بن مسعود حنفی، از فقهای اهل سنت در ذیل این روایت می‌گوید که این روایت از قضاوت برای یک طرف خصم قبل از شنیدن کلام طرف دیگر خصم نهی می‌کند.

۱. «مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ بِإِسْنَادِهِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عَلِيٍّ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ الْحُسَيْنِ عَنْ ذُبْيَانَ بْنِ حَكِيمِ الْأَوْدِيِّ عَنْ مُوسَى بْنِ أَكْبِيلِ التَّمِيمِيِّ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ مُسْلِمٍ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ (ع) قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ (ص) إِذَا تَقَاضَى إِلَيْكَ رَجُلَانِ فَلَا تَقْضِ لِلأَوَّلِ - حَتَّى تَسْمَعَ مِنَ الآخِرِ - فَإِنَّكَ إِذَا فَعَلْتَ ذَلِكَ تَبَيَّنَ لَكَ الْقَضَاءُ». (عاملی، وسائل الشیعة ۲۷: ۲۱۶)

از طرف دیگر، قضاوت به نفع مدعی با وجود غیبت مدعی علیه همان قضاوت علیه غایب قبل از شنیدن کلام اوست که در این روایت نهی شده است؛ زیرا قاضی، مأمور به قضاوت به حق است و قضاوت به حق تنها با شنیدن کلام طرفین خصم است: «لا تقض لاحد الخصمین ما لم تسمع کلام الآخر، نهاء عن القضاء لاحد الخصمین قبل سماع کلام الآخر القضاء بالحق للمدعی حال غیبه المدعی علیه قضاء لاحد الخصمین قبل سماع کلام الآخر فكان منهیا عنه و لان القاضی مأمور بالقضاء بالحق». (بدائع الصنایع ۲۴۰-۲۴۱)

عبدالحمد محمود طهماز، از فقهای اهل سنت در کتاب خود، الفقه الحنفی، کلام ابن بطلال را نقل می کند که در آن، ابن بطلال به قول ابوحنیفه چنین می گوید: «ابوحنیفه با کسانی که حدیث «لا تقض لاحد الخصمین...» را رد می کنند، احتجاج می کند و می گوید: «و احتج من منع بحدیث علی رفعه «لا تقض لاحد الخصمین...» و هو حدیث حسن اخرجه ابو داود و الترمذی و غیرهما و بحدیث «الامر بالمساواه بین الخصمین» و بانه لو حضر لم تسمع بینه المدعی حتی یسال المدعی علیه، فاذا غاب فلا تسمع». (الفقه الحنفی ۳: ۱۴۳) ملاحظه می شود که ابوحنیفه در احتجاج خود با مخالفان روایت، آن را حسن و از مصادیق «الامر بالمساواه بین الخصمین» دانسته است.

در مقابل، برخی فقهای امامیه این روایت را نقد و توجیه کرده اند. چند توجیه در مورد آن وارد شده است که عبارتند از:

۱. بر این روایت از لحاظ سندی خدشه وارد شده است. مؤمن قمی به این که کدام یک از روایات آن علت ضعف سند است، اشاره ای نمی کند. تنها از عبارت «لکن فیه مضافا الی ضعف سند هذه الاخبار» استفاده می کند. (مبانی تحریر الوسیله - القضاء و الشهادات ۱۴۳) موسوی اردبیلی بعد از این که روایت را از نظر صدوق مرسل می داند، وجه آن را عدم توثیق ذیبن ذکر می کند: «رواه الصدوق مرسلا... و السند غیر تام لعدم توثیق ذیبن».

۲. بعید نیست وجه این روایت، سؤال از طرف دیگر خصم باشد تا واقعیت برای قاضی روشن شود و به مجرد اظهارات یک طرف خصم، به دیگری ضرری وارد نشود. این احتمال

از سوی محمد مؤمن قمی در مبانی تحریر الوسیله وارد شده و دلیل ایشان، تعلیل «فما شککت فی قضاء بعد ذلک» در خبر عبدالله بن محمد الرازی از امام رضا (ع) از امام علی (ع) است. طبق این تعلیل، مراد از سماع کلام طرفین، تعلیم و ارشاد برای کیفیت قضا و لزوم فحوص به مقداری است که موضوع روشن شود، نه این که شنیدن کلام طرفین خصم موضوعیت داشته باشد. ایشان در ادامه می فرماید: «فإذا راعی القاضی جمیع الجهات و تبین له مورد النزاع إمّا بالعلم و إمّا بالبیّنة و لم یبق إلا أن المحکوم علیه غائب عن مجلس القضاء، فلا دلیل فی هذه الأخبار علی المنع عن القضاء بعد ما کان المفروض تبیین القضاء للقاضی» (مبانی تحریر الوسیله - القضاء و الشهادات ۱۴۳)

۳. ظهور این روایت در جایی است که طرفین خصم در مجلس حضور دارند. اطلاق «عدم قضا فقط بعد از سماع» هم شامل عدم حضور در مجلس قضا می شود و هم شامل حضور در مجلس، اما بدون سماع. ظهور این روایت تنها شامل حضور طرفین می شود. بنابراین، شامل مواردی نمی شود که یکی از طرفین در مجلس حکم حضور ندارد. این قول عبدالکریم موسوی اردبیلی در فقه القضاست. (فقه القضاء ۱۸۱)

در خصوص روایات مورد استدلال مخالفان، چند روایت دیگر نیز وجود دارد، اما به دلیل این که دلیل اصلی مخالفان نبود و تنها مؤیدی بر ادعای آنها بود، ذکر نشد. به جز آن، باید دانست موافقان هم به این روایات مؤید قول عدم جواز، اهمیت چندانی نداده و به آن نپرداخته اند که می توان به خبر عبدالله بن محمد الرازی عن الرضا (ع) و صحیح هاشم بن سالم عن ابی عبدالله (ع) اشاره کرد.

۱. «و عن مُحَمَّدِ بْنِ عُمَرَ الْجَعْفَابِيِّ عَنِ الْحَسَنِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ مُحَمَّدِ الرَّازِيِّ عَنْ أَبِيهِ عَنِ الرَّضَا عَنْ أَبِيهِ عَنِ عَلِيِّ ع قَالَ: قَالَ النَّبِيُّ ص لَمَّا وَجَّهَنِي إِلَى الْيَمَنِ - إِذَا تُحَوِّكُم إِلَيْكَ فَلَا تُحَكِّمُوا لِأَحَدٍ الْخُصْمَيْنِ - دُونَ أَنْ تَسْأَلَ مِنَ الْآخَرِ - قَالَ فَمَا شَكَّكَ فِي قَضَاءِ بَعْدِ ذَلِكَ». (عاملی، وسائل الشیعة ۲۷: ۲۱۷)

۲. قال ابی عبدالله (ع): «کان امیر المومنین (ع) لا یأخذ باول الکلام دون آخر». (عاملی، وسائل الشیعة ۲۷: ۲۱۷)

نتیجه

طبق ماده ۳۰۳ قانون آیین دادرسی مدنی و مبانی فقهی آن، قضا علی الغایب امری است که حکم به جواز آن داده شده است. مبانی فقهی این ماده قانونی، اتفاق نظر فقهای شیعه و سنی به جز ابوحنیفه است که برای جواز آن به ادله عقلی و نقلی استناد کرده‌اند. ادله آن‌ها انتقای ضرر، عموم نص آیه ۲۶ سوره ص، اطلاق ادله حجیت بینة، اجماع، صحیحہ جمیل، روایت محمد بن مسلم، خبر ابوموسی اشعری، خبر هند، صحیحہ زراره، روایت ابی عبدالله و روایت محمد بن علی بن محبوب است. تمامی این ادله برای اثبات جواز قضا علیه غایب است، اما برخی فقهای شیعه به همین ادله نقد وارد کرده‌اند.

در مقابل، ادله‌ای نیز بر عدم جواز قضا علیه غایب دلالت دارند که از نظر دلالت و سند در آن‌ها مناقشه است. مهم‌ترین دلیل عقلی عدم جواز، انتقای ضرر و مهم‌ترین دلیل نقلی آن‌ها، خبر قرب الاسناد است که صریحاً قضا علیه غایب را نفی می‌کند. روایت محمد بن مسلم نیز از ادله عدم جواز است. در نهایت، با چند وجه می‌توان ادله جواز حکم غیابی را حاکم دانست: وجه اول این است که سند روایات عدم جواز مخدوش است. وجه دوم این که با فرض صحت سند روایات دو گروه، روایات عدم جواز، قدرت تعارض و مقابله با روایات جواز را ندارد. وجه سوم این است که در صورت وجود تعارض، شهرت فتوایی روایات جواز از مرجحاتی است که باعث ترجیح روایات جواز می‌شود. بنابراین، با توجه به عدم قدرت مقابله و معارضه اخبار دال بر عدم جواز با اخبار جواز و نیز مناقشه فقها در سند یا دلالت اخبار عدم جواز می‌توان به جواز قضا علیه غایب به صراحت حکم کرد.

فهرست منابع

۱. قرآن کریم
۲. ابن ابی جمهور، محمد بن علی بن ابراهیم. عوالی اللئالی العزیز فی الاحادیث الدینیہ. قم: مطبعہ سیدالشہدا، ۱۴۰۳ هـ. ق.
۳. اردبیلی، احمد بن محمد. مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان. چاپ ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۰۳ هـ. ق.
۴. اصفهانی، فاضل ہندی، محمد بن حسن. کشف اللثام و الإیہام عن قواعد الأحکام. چاپ ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۶ هـ. ق.
۵. آشتیانی، میرزا محمد حسین. کتاب القضاء، قم: دارالہجرہ، بی تا.
۶. بخاری، محمد بن اسماعیل. صحیح البخاری. بیروت: دار الاحیاء التراث العربی، ۱۴۲۲ هـ. ق.
۷. تبریزی، جواد بن علی. أسس القضاء و الشهادة. قم: مؤسسہ امام صادق (ع)، ۱۴۱۵ هـ. ق.
۸. جمیل العطار، صدقی محمد. مسند احمد. بیروت: دار الفکر، ۱۴۱۱ هـ. ق.
۹. حائری، سید علی بن محمد طباطبایی. ریاض المسائل (ط - الحدیثہ). چاپ ۱، قم: مؤسسہ آل البیت علیہم السلام، ۱۴۱۸ هـ. ق.
۱۰. حسینی حائری، سید کاظم. القضاء فی الفقہ الاسلامی. قم: انتشارات مجمع فکر الاسلامی، ۱۴۱۵ هـ. ق.
۱۱. حلّی، علامہ، حسن بن یوسف بن مطہر اسدی. إرشاد الأذهان إلی أحكام الإیمان. چاپ ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۰ هـ. ق.

۱۲. حلّی، فخر المحققین، محمد بن حسن بن یوسف. ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد. چاپ ۱، قم: مؤسسه اسماعیلیان، ۱۳۸۷ هـ. ق.
۱۳. حمیری، عبدالله بن جعفر. قرب الإسناد. قم، مؤسسه آل البيت عليهم السلام، ۱۴۱۳ هـ. ق.
۱۴. حنفی، ابی بکر ابن مسعود. بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع. بیروت: دارالفکر، ۱۴۱۷ هـ. ق.
۱۵. خطیب شریبئی، شمس الدین محمد. مغنی المحتاج الی معرفة معانی الفاظ المنهاج. بی جا، مکتبه التوفیقیه، بی تا.
۱۶. رشتی، میرزا حبیب الله. کتاب القضاء. قم: انتشارات دارالقرآن الکریم، ۱۴۰۱ هـ. ق.
۱۷. سبحانی، جعفر. نظام القضاء و الشهاده. قم: مؤسسه امام صادق (ع)، ۱۴۱۸ هـ. ق.
۱۸. سبزواری، محمدباقر بن محمد مؤمن. کفایة الأحکام. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۲۳ هـ. ق.
۱۹. سجستانی، ابی داود سلیمان بن اشعث. سنن أبی داود. بیروت: دارالفکر، ۱۴۲۵ هـ. ق.
۲۰. صیمری، مفلح بن حسن (حسین). غایة المرام فی شرح شرائع الإسلام. بیروت: دار الهادی، ۱۴۲۰ هـ. ق.
۲۱. طباطبایی یزدی، سید محمدکاظم. العروه الوثقی. قم: مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۲۵ هـ. ق.
۲۲. طباطبایی یزدی، سید محمدکاظم. تکمله عروه الوثقی. قم: داوری، بی تا.
۲۳. طوسی، ابو جعفر، محمد بن حسن. النهاية فی مجرد الفقه و الفتاوی. چاپ ۲، بیروت: دار الكتاب العربی، ۱۴۰۰ هـ. ق.
۲۴. عاملی (شهید اول)، محمد بن مکی. الدروس الشرعية فی فقه الإمامیة. چاپ ۲، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۷ هـ. ق.
۲۵. عاملی (شهید اول)، محمد بن مکی. غایة المراد فی شرح نکت الإرشاد. قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، ۱۴۱۴ هـ. ق.
۲۶. عاملی، حرّ، محمد بن حسن. وسائل الشیعة. چاپ ۱، قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام، ۱۴۰۹ هـ. ق.

۲۷. عاملی، سید جواد بن محمد حسینی. مفتاح الكرامة فی شرح قواعد العلامة (ط - الحدیثة). چاپ ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۹ هـ. ق.
۲۸. عاملی، شهید ثانی، زین الدین بن علی. مسالك الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام. چاپ ۱، قم: مؤسسه المعارف الإسلامیة، ۱۴۲۵ هـ. ق.
۲۹. عراقی، آقا ضیاء الدین. کتاب القضاء. قم: مؤسسه معارف اسلامی امام رضا (ع)، ۱۴۲۱ هـ. ق.
۳۰. فاضل لنکرانی، محمد. تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسیلة - القضاء و الشهادات. قم: مرکز فقهی ائمه اطهار، ۱۴۲۰ هـ. ق.
۳۱. قزوینی، محمد بن یزید. سنن ابن ماجه. بیروت: دارالفکر، ۱۴۲۱ هـ. ق.
۳۲. کاشانی، فیض، محمد محسن ابن شاه مرتضی. مفاتیح الشرائع. چاپ ۱، قم: انتشارات کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی ره، بی تا.
۳۳. محمود طهماز، عبدالحمید. الفقه الحنفی فی ثوبه الجدید. دمشق: دارالعلم، ۱۴۳۰ هـ. ق.
۳۴. موسوی اردبیلی، عبدالکریم. فقه القضا. چاپ ۲، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۳ هـ. ق.
۳۵. موسوی روضاتی، سید احمد. اجماعات فقهای شیعه. بیروت: شرکه الاعلمی للمطبوعات، ۱۴۳۲ هـ. ق.
۳۶. موسوی سبزواری، سید عبدالاعلی. مهذب الاحکام فی بیان الحلال و الحرام. نجف: دار التفسیر، ۱۴۳۰ هـ. ق.
۳۷. موسوی گلپایگانی، سید محمدرضا. کتاب القضاء، به قلم: سید علی حسینی میلانی، قم: خیام، ۱۴۰۱ هـ. ق.
۳۸. موسوی خوئی، سید ابوالقاسم. مبانی تکملة المنهاج. قم: مؤسسه احیاء آثار الإمام الخوئی، ۱۴۲۲ هـ. ق.
۳۹. مؤمن قمی، محمد. مبانی تحریر الوسیله. قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، بی تا.
۴۰. نجفی، صاحب الجواهر، محمد حسن. جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام. چاپ ۷، بیروت: دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ هـ. ق.

رسائل

مجله علمی دانش پژوهان مرکز آموزش های تخصصی فقه

شماره ۲، بهار ۹۴

صفحات ۷۸ تا ۹۷

فاضل حدادی*

HADADYFAZELI390@gmail.com

تعدی جنسی به بیهوشی نقد ماده ۲۲۴ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲

چکیده

قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ بر خلاف سکوت قانون مجازات قدیم، به مسئله زناى به بیهوشی پرداخته، آن را زناى به عنف تلقی کرده است. رویه قانون گذار در این قانون و سایر قوانین نیز، تمسک به صرف وجود رضایت می باشد و به قیود دیگر مانند قهر و غلبه اعتناء نشده است. اما در این باره از منظر فقهای امامیه سه نظریه وجود دارد که تنها یکی از آنها با قانون همخوانی دارد. این مقاله ضمن تبیین این سه نظریه، رابطه تقابلی میان دو مفهوم رضایت و بی هوشی را تقابل ملکه و عدم ملکه دانسته، نشان خواهد داد مفهوم بیهوشی اساساً شأنیت ملکه رضایت را ندارد و عدم ملکه رضایت نیز در آن صادق نمی باشد. بر همین اساس، در مورد فرد بی هوش، موضوع غصب و عدم غصب قابل طرح نیست؛ چراکه در مفهوم غصب، عنصر رضایت و عدم آن صادق است. بنابراین، تمامی تعدی های انجام شده به بی هوش بطور مطلق از موضوع عنف خارج می گردد و در صورت عدم

احسان، تنها به تازیانه حکم می‌شود. اما اگر تقابل میان این دو مفهوم به گونه‌ای دیگر تحلیل شود، حکم تعدی به بی‌هوش از حالت مطلق درآمده، بعضی موارد از موضوع عنف خارج می‌شود.

کلیدواژگان:

جنایت بر بی‌هوش، تعدی جنسی، عدم رضایت، اغتصاب فرج.

مقدمه

قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰، متعرض حکم تجاوز به بی‌هوش نشده، پرداختن به حکم این مسئله از اختصاصات قانون جدید است. در قانون مصوب ۱۳۹۲ در تبصره ۲ ذیل ماده ۲۲۴ آمده است: «هرگاه کسی با زنی که راضی به زنا یا او نباشد، در حال بی‌هوشی، خواب یا مستی زنا کند، رفتار او در حکم زنا یا به عنف است».

طبق این تبصره، رضایت و عدم رضایت در بی‌هوش قابل تصور بوده و تجاوز به بی‌هوش در صورت عدم رضایت در حکم زنا یا به عنف است. هم‌چنین صرف عدم رضایت باعث می‌شود عمل متجاوز، عنف محسوب شود و دیگر به وجود قهر و غلبه نیازی نیست. با ملاحظه مواد دیگر این قانون و دیگر قوانین موجود در کشور به خوبی روشن می‌شود که رویه قانون‌گذار این است که در این مسائل به صرف وجود رضایت یا عدم آن اکتفاء کرده، از سایر قیود صرف نظر نماید.

چنانکه بیان خواهد شد، روایات تنها مدرک موجود برای صدور حکم اعدام هستند که در هیچ کدام یک از این احادیث، لفظ «عنف» به کار نرفته و از الفاظ و مفاهیمی مانند «اغتصاب» و «مکابره» استفاده شده است. فقها به پیروی از روایات، از موارد قتل زانی را اغتصاب فرج زن دانسته‌اند. البته تعابیر فقها در طول زمان دست‌خوش تغییر شده و از تعبیر

به «اعتصاب» در زبان فقهای متقدم به تعبیر «اکراه» در فقهای متأخر و تعبیر به «عنف» در فقهای حاضر رسیده است. ارتکاز بیشتر فقها این بوده که این «اعتصاب» یا «اکراه» یا «عنف» در مورد زنی است که از سلامت و ادراک کامل برخوردار است. به همین دلیل در کتب فقهی، فرع فقهی «تجاوز به بی‌هوش» مطرح نشده و به تبع آن، یافتن دلیل برای هر یک از انظار دشوار است. ضمن اینکه، طبق این مقدار بررسی صورت گرفته مقاله‌ای یافت نشد که به طور روشن به این موضوع پرداخته باشد.

با توجه به استفتائاتی^۱ که از مراجع معظم تقلید شده است، می‌توان گفت که در این مسئله، سه نظر وجود دارد.

نظر اول که قانون نیز همین نظر را پذیرفته، معتقد است زنا با بی‌هوش در حکم عنف است و زانی باید اعدام گردد و فرقی نمی‌کند که زانی عامل بی‌هوش کردن باشد یا نه. حضرات آیات مکارم شیرازی، شبیری زنجانی و موسوی اردبیلی، قائل به این نظریه هستند. طبق نظر دوم، در هیچ یک از موارد، چه زانی، عامل بی‌هوش کردن باشد و چه نباشد، اعتصاب و عنف محقق نیست و باید شرایط دیگر مانند احصان و عدم احصان را بررسی کرد. حضرت آیت الله صافی گلپایگانی قائل به این نظریه است.

مطابق نظر سوم، میان حالات زانی و زانیه فرق وجود دارد و تنها در صورتی که زانی عامل بی‌هوش کردن زن باشد، عنف صادق است و در غیر این صورت، فقط صد ضربه تازیانه زده می‌شود. همچنین عنف را در صورتی صادق دانسته‌اند که امتناع زن احراز شود و این امتناع در فرضی که زانی عامل بی‌هوش کردن نباشد، احراز نمی‌شود. همچنین صدق عرفی اکراه و عنف در فرض قبل مشکل است. حضرات آیات سیستانی، نوری همدانی و بهجت از جمله طرفداران این نظریه هستند.

۱. متن استفتائات بطور کامل به پیوست مقاله آمده است.

نظر سوم از میان این نظرها، مستدل تر است و اگر نظر سوم را نپذیریم، نظر دوم قابل قبول تر است و التزام به نظر اول سخت و دشوار است، هر چند شاید به دلیل این که این نظر از جهت حاکمیت، نظم بیشتری به جامعه می‌دهد، قانون‌گذار تمایل بیشتری به آن دارد. این مقاله در صدد توجیه و تبیین نظر سوم است. بنابراین، اولین کلامی که در بیان ادله نظر سوم می‌توان گفت، این است که با توجه به مفهوم و تعریف غصب، غصب مال با غصب منافع بضع متفاوت است و تعریفی که فقها از غصب در کتاب الغصب ارائه کرده‌اند، با مفهوم اغتصاب در زناى به عنف متفاوت است. شهید ثانی در کتاب غصب، با تمسک به قید دیگری که در تعریف غصب لحاظ شده، غصب «بضع» را داخل در معنای غصب و احکام آن ندانسته و از تعریف غصب خارج کرده است. ایشان با توجه به قید «مال»، مال را به عین و منفعت تقسیم کرده و معتقد است مطلق العین و مطلق المنفعت مراد نیست، بلکه عین و منفعت خاص مراد است و منفعت بضع در این منفعت خاص که در غصب معتبر است، داخل نیست: «و خرج بالمال إثبات اليد على ما ليس بمال كالحجر، فلا يتحقق فيه الغصب ولا يضمن. ويشمل المال العین و المنفعة المجردة عنها، كما لو أجر داره ثم استولى عليها، فإنه يكون غاصبا للمنفعة. و يخرج منه منفعة البضع، فإنها و إن دخلت في المنفعة لكن لا تدخل في المال الذي ينقسم إليه العین و المنفعة، فالداخل هنا في المال هي منفعة المال خاصة لا مطلق المنفعة، كما أن المراد بالعین عین خاصة و هي عین المال لا مطلق العین.» (مسالك الافهام ۱۲: ۱۴۶)

این کلام، ابهامی را ایجاد می‌کند که چرا امام معصوم از لفظ اغتصاب برای بحث زنا به عنف استفاده کرده است، در حالی که در این بحث، غصب اصطلاحی جاری نیست؟ چرا بیشتر لغویین، اغتصاب را از مشتقات غصب و به یک معنا دانسته‌اند؟ مقاله پیش رو، فارغ از این نکته به تبیین و تشریح ادله پرداخته و این نکته را مفروض دانسته که مفهوم غصب با اغتصاب واحد است.

در این مقاله ابتدا مفاهیم مرتبط با مباحث تصویری تعریف خواهد شد. سپس نوع تقابل میان رضایت و بی‌هوشی، که تاثیر مستقیمی در تعیین حکم تعدی به بیهوش دارد، تعیین می‌گردد. بعد از آن به دنبال این هستیم که آیا در تمام موارد و حالات، عنوان اغتصاب صادق است یا نه؟ آیا می‌توان گفت که بعضی موارد - فارغ از این که مطلوب در فصل اول اثبات شود یا نه - از شمول روایات خارج است؟

۱. تعریف مفاهیم

برای دستیابی به حکم تجاوز به بی‌هوش، تعریف مفاهیم مرتبط با موضوع و تعیین رابطه میان این مفاهیم تأثیر بسزایی در تعیین حکم دارد. به همین دلیل، ابتدا مفاهیم «بی‌هوش»، «رضایت» و «غصب» را تعریف و سپس رابطه میان این دو را بیان می‌کنیم.

۱. رضایت: انجام کار با میل و رغبت و طیب نفس که مخالف سخط و نارضایتی است.

أَنَّ الْأَصْلَ الْوَاحِدَ فِي هَذِهِ الْمَادَّةِ هُوَ مُوَافَقَةُ الْمِيلِ بِمَا يَجْرِي عَلَيْهِ وَ يُوَاجِهَهُ. (مصطفوی، التحقيق ۴: ۱۵۱)

۲. بی‌هوش: با توجه به این که کلمه «بی‌هوش»، فارسی است، معادل این کلمه در زبان عربی، کلمات «مغمی علیه» و «غشی» است.

تعاریف متعددی برای «مغمی علیه» ارائه شده است:

عده‌ای، «مغمی علیه» و «غشی علیه» را به یک معنا دانسته و به «ستر و پوشیده شدن عقل» معنا کرده‌اند.

أُغْمِيَ [عليه]، كَأَنَّهُ غُطِّيَ عَلَى عَقْلِهِ؛ مَنْ غَمَرْتُ الشَّيْءَ إِذَا سَتَرْتَهُ، وَ غُشِيَ عَلَيْهِ، وَ أُغْمِيَ عَلَيْهِ؛ مِنْ مَعْنَى السِّتْرِ أَيْضًا. (زمخشری، الفائق ۲: ۴۴۵)

أُغْمِيَ عَلَى الرَّجُلِ: أَيُ غُشِيَ عَلَيْهِ فَهُوَ مَغْمِيٌّ. (حمیری، شمس العلوم ۸: ۵۰۱۱)

بدلً علی تعطیة شیء بشی. (ابن فارس، مقاییس اللغة ۴: ۴۲۵)

عده‌ای میان این دو واژه فرق گذاشته و تعاریف دیگری ارائه داده‌اند:

غشى عليه: يُقَالُ إِنَّ (الْعَشْيَ) يُعْطِلُ الْقُوَى الْمُحَرَّكَةَ وَالْأَوْرِدَةَ الْحَسَّاسَةَ لِضَعْفِ الْقَلْبِ بِسَبَبِ وَجَعٍ شَدِيدٍ أَوْ بَرْدٍ أَوْ جُوعٍ مُفْرِطٍ.
 معمى عليه: قِيلَ الْإِعْمَاءُ امْتِلَاءُ بَطُونِ الدَّمَاعِ مِنْ بَلْغَمٍ بَارِدٍ غَلِيظٍ وَ قِيلَ الْإِعْمَاءُ سَهْوُهُ يَلْحَقُ الْإِنْسَانَ مَعَ فُتُورِ الْأَعْضَاءِ لِعِلَّةٍ. (فيومي، مصباح المنير ٢: ٤٤٨)

به نظر می‌رسد تمامی این معانی به معنای واحدی باز می‌گردند و آن معنا را می‌توان این گونه توضیح داد: «عدم توانایی پاسخ به محرک‌های حسی^۱ با وجود دارا بودن علایم حیاتی». این معنا را در معنای ستر و هم‌چنین تعطیلی قوای محرکه و رگ‌های حساس بدن می‌توان به خوبی مشاهده کرد.

همین معنا در کتاب «فرهنگ پزشکی دورلند» و «فرهنگ جامع و کاربردی اختصارات و اصطلاحات پزشکی» آمده است.

٣. غضب

الف - معنای لغوی: واژه «اغْتِصَاب» از ریشه «غصب» مشتق شده و واژه «غصب» در کتب لغت به معنای «چیزی را با زور و غلبه گرفتن» آمده است. واژه «اغْتِصَاب» نیز در این معنا استفاده شده و به معنای «اکراه کردن شخصی به عملی» است.

عَصَبَ الرَّجُلُ الْمَرْأَةَ نَفْسَهَا إِذَا زَنَى بِهَا كُرْهًا وَ اغْتَصَبَهَا نَفْسَهَا كَذَلِكَ (همان)
 فی الحدیث: أَنَّهُ غَصَبَهَا نَفْسَهَا: أَرَادَ أَنَّهُ وَاقَعَهَا كُرْهًا، فَاسْتَعَارَهُ لِلْجَمَاعِ. (ابن منظور، لسان العرب ١: ٤٤٨)

الْغَصْبُ: أَخَذَ الشَّيْءَ ظُلْمًا. تَقُولُ: غَصَبَهُ مِنْهُ، وَ غَصَبَهُ عَلَيْهِ، بِمَعْنَى. وَ الْاِغْتِصَابُ مِثْلُهُ. (جوهری، الصحاح ١: ١٩٤)

الْغَصْبُ: أَخَذَ الشَّيْءَ ظُلْمًا وَ قَهْرًا. (فراهیدی، کتاب العين ٤: ٣٧٤)

١ منظور از محرک‌های حسی، محرک‌های صوتی، لمسی، درد و نور است.

ب - معنای اصطلاحی: فقها معنای غضب را وسیع‌تر از معنای لغوی آن دانسته و قید «قهر و غلبه» را در تحقق غضب لازم ندانسته و فرموده‌اند که اگر صاحب مالی نسبت به استفاده از مال خود رضایت نداشته باشد و گیرنده مال، مال را بدون حق تصرف، از مالک یا در حکم مالک بگیرد، غضب محقق است، هر چند آن مال بدون قهر و غلبه از مالک گرفته شده باشد.

الغضب هو الاستيلاء على مال الغير بغير حق. (حلی، تحریر الاحکام ۲: ۱۳۷)

أصل الغضب أخذ الشيء ظلماً هذا تعريفة بحسب مفهومه شرعاً، و هو قريب من معناه اللغوي. (شهید ثانی، مسالک الأفهام ۱۲: ۱۴۵)

أن معنى الغضب واحد لغة و عرفاً و شرعاً، و هو الاستيلاء على مال الغير دون اذن المالك (روحانی، فقه الصادق ۵: ۳)

به همین مناسبت، عده‌ای از لغویین وجود قید «قهر و غلبه» را در مفهوم غضب دخیل ندانسته و گفته‌اند آنچه از معنای غضب فهمیده می‌شود، «تصرف در چیزی [است] بدون اجازه و بدون این که در آن حق تصرف داشته باشد» و قیدهایی «زور و غلبه» در معنای آن دخیل نیست و غضب بدون زور نیز محقق می‌شود.

أن الأصل الواحد في المادّة: هو تصرف في شيء بدون حق و ظلماً. و هذا المعنى يصدق على مفاهيم أخذ الشيء قهراً، أو ظلماً، و نزع الشعر قسراً للظلم على الحيوان، و الزنا ... مفهوم القهر: فهو غير مأخوذ في معنى المادّة، فقد يكون الغضب متحققاً من دون قهر، كما في تصرف شيء من دون غلبة و تفوق. (مصطفوی، التحقيق ۷: ۲۳۹)

در برخی از عبارات فقها قید «عدوانا» لحاظ شده است که دو احتمال دارد: احتمال اول این است که منظور از عدوان، علم و توجه غاصب نسبت به غضب باشد. در این صورت، جاهل به مغضوب بودن مال از دایره غضب خارج می‌شود. احتمال دوم این است که مراد از عدوان، عدوان حقیقی است که جاهل را نیز شامل می‌شود. در این صورت، مراد از قید «عدوان»، اخذ بدون حق و بدون رضایت مالک است.

الغضب هو: الاستيلاء عدواناً على مال الغير أو حقه. (سيستانی، منهاج الصالحين ۲: ۲۵۳)

يرد على قيد العدوان أنه إن كان المراد هو توجه المستولي إلى كون استيلائه عن ظلم و عدوان، فيرد على التعريف أن لازمه عدم صدق الغاصب على الأخذ من الغاصب مع جهله بالحال؛ لأنه لا يتصور العدوان في صورة الجهل ... وإن كان المراد من قيد العدوان ثبوت العدوان الواقعي و إن كان الشخص جاهلاً به، فيصدق عنوان الغضب في الفرض، و يؤيده ما ذكره في مسألة تعاقب الأيدي من ثبوت الضمان فيها بأجمعها. (فاضل لنكراني، تفصيل الشريعة - الغضب، إحياء الموات، المشتركات و اللقطه ۱۰)

با توجه به این که در مقام توضیح واژه «غضب» از واژه‌های «اکراه» و «عنف» نیز استفاده شد، ناگزیر به بیان معانی این کلمات می‌پردازیم:

۴. اکراه

هنگامی که انسان را به انجام دادن کاری اجبار بکنند، در حالی که شخص راضی به انجام آن نباشد، یعنی طیب نفس و رضایت خاطر نداشته باشد، از عنوان «اکراه» استفاده می‌کنند.

الكاف و الرءاء أصلٌ صحيحٌ واحد، يدلُّ على خلاف الرضا و المحبة. (ابن فارس، مقاييس اللغة ۵: ۱۷۲)

[كراه]: الكراهة: ضد الإرادة. (حمیری، شمس العلوم ۹: ۵۸۱۴)

نکته جالب در این است که وقتی در کتب لغت به معنای «اکراه» نگاه می‌کنیم، با عنوان اغتصاب مواجه می‌شویم و همان طور که اغتصاب را اکراه معنا کرده‌اند، بخشی از عنوان اکراه را نیز به معنای اغتصاب دانسته‌اند و آن در جایی است که زنی به عمل زنا اکراه شود.

و امرأةٌ مُسْتَكْرِهَةٌ: عُصِبَتْ نَفْسُهَا فَأُكْرِهَتْ عَلَى ذَلِكَ. (ابن منظور، لسان العرب ۱۳: ۵۳۴)

۵. عنف

عنف را ضد «رفق» شمرده‌اند و هر آنچه برای رفق گفته، نقیض آن را برای عنف دانسته‌اند. «رفق» به معنای مدارا و لطافت در انجام افعال است که ضد آن به معنای خشونت در رفتار و اذیت و آزار است. با توجه به این معنا به خوبی می‌توان زور و قهر و غلبه را در رفتار فاعل مشاهده کرد. به همین دلیل، وقتی می‌گویند کاری را به عنف انجام داد؛ یعنی به زور و غلبه انجام داد.

العنف: ضد الرفق... و الرفق: لين الجانب و لطافة الفعل و صاحبه. (فراهیدی، کتاب العین

۲: ۱۵۷ و ۵: ۱۴۹)

۲. تقابل مفاهیم «بی‌هوشی» و «رضایت»

بعد از روشن شدن معانی لغات و اصطلاحات، این سؤال مطرح می‌شود که چه رابطه‌ای از روابط تقابل میان مفهوم بی‌هوشی و رضایت وجود دارد؟ زیرا به یقین، میان این دو مفهوم، روابط متمائلین و مترادفین برقرار نیست. تقابل میان دو مفهوم به چهار صورت قابل تصور است: تناقض، تضاد، تضایف، ملکه و عدم.

برای توضیح نوع رابطه، یک بار دیگر به تعاریف نگاهی می‌اندازیم:

غصب را به گرفتن مال از مالکش بدون رضایت تعریف کردیم که در این تعریف، رابطه میان غصب و رضایت، متفرع و متفرع علیه است؛ یعنی غصب متفرع بر عدم رضایت است و برای عدم تحقق غصب، عنصر رضایت معتبر است. رضایت را نیز به موافقت میل و انجام کار با رغبت تعریف کردیم که در این تعریف، وجود میل متفرع بر ادراک است. بنابراین، با جمع دو تعریف یادشده درمی‌یابیم که صدق یا عدم صدق غصب منتهی به یک امر وجودی می‌شود و آن، امر وجودی «ادراک» است. بی‌هوش را نیز به تعطیلی قوای ادراکی مانند درد، صوت و نور تعریف کردیم. بنابراین، صدق بی‌هوش منتهی به یک امر عدمی می‌شود و آن، امر عدمی «عدم ادراک» است. تضایف و تضاد، تقابل میان دو امر وجودی را بیان می‌کنند، در حالی که در این مسئله،

یک طرف تقابل، عدمی است. رابطه تناقض نیز جاری نیست؛ زیرا متناقضین حالتی دارند که نه جمع و نه رفع می‌شوند، ولی در این مسئله، موردی را می‌توان یافت که ادراک و عدم آن رفع شده باشند، مانند دیوار که اصلاً شأنیت ادراک را ندارد. بنابراین، رابطه میان این دو ملکه و عدم ملکه است.

در تقابل ملکه و عدم ملکه، حمل عدم در صورتی صحیح است که حکم ملکه صحیح باشد و در صورتی که حمل ملکه صحیح نباشد، حمل عدم نیز صحیح نخواهد بود. یعنی در صورتی انتساب عدم رضایت صحیح است که انتساب رضایت صحیح باشد و در مورد بی‌هوش به علت عدم ادراک، انتساب رضایت - که متمشی از ادراک است - صحیح نیست و با عدم صحت انتساب رضایت، مفهوم غصب نیز محقق نمی‌شود.

بنابر این توضیحات روشن می‌شود که وصف رضایت و عدم آن در مورد بی‌هوش صادق نیست و اصلاً نمی‌توان گفت که شخص بی‌هوش نسبت به عملی ناراضی است. بنابراین، صدق غصب نسبت به بی‌هوش صحیح نیست؛ زیرا در تعریف غصب، عنوان عدم رضایت مأخوذ است.

۳. حکم تعدی جنسی به بیهوش

چنانکه گذشت، قانون مجازات اسلامی حکم تعدی جنسی به بیهوش را بطور مطلق اعدام دانسته است. در این قسمت، با در نظر گرفتن تقابل میان مفاهیم بی‌هوشی و رضایت، تفصیل‌هایی که درباره حکم تعدی جنسی به بی‌هوش مطرح است بیان می‌شود و روشن خواهد شد که حکم اعدام مطلق، بدون توجه به تفصیلات موجود در این مسئله محل تردید است.

در مورد زنا با بی‌هوش چند حالت متصور است:

۱. زانی، مزنی بها را بی‌هوش و سپس با وی زنا می‌کند.

۲. زانی، مزنی بها را بی‌هوش می‌یابد و با وی زنا می‌کند.

حالت اول نیز به دو صورت متصور است: اول این که زانی، مزنی بها را به قصد و انگیزه زنا بی‌هوش می‌کند. دوم این که زانی، مزنی بها را به قصد و انگیزه‌ای جز زنا مانند طبابت

بی‌هوش می‌کند و سپس انگیزه زنا ایجاد می‌شود. برای پاسخ‌گویی به این حالت‌ها ابتدا باید عنوان «اغتصاب» در روایات و کلام فقها از نظر موضوع و حکم بررسی و سپس نسبت به حالت‌های موجود اظهار نظر شود.

ممکن است سؤالی ایجاد شود مبنی بر این که دلیل رجوع به عنوان اغتصاب چیست و اساساً میان بی‌هوش و اغتصاب چه ارتباطی وجود دارد؟ در پاسخ به این سؤال باید گفت: ۱. هیچ شکی وجود ندارد که تجاوز به بی‌هوش در حکم زنا بوده و تمام آثار زنا بر این مورد مترتب است؛ زیرا همان‌طور که در مقاله «بررسی حکم تعدی به میت» اثبات شده، تجاوز به میت در حکم زناست و تمام آثار آن را دارد. یکی از ادله اثبات زنا بودن تجاوز به میت، اطلاقات ادله باب زناست که این اطلاقات، تجاوز به بی‌هوش را نیز شامل می‌شود. ۲. اختلاف نظر در عتف بودن یا نبودن این عمل و در نتیجه، حکم به اعدام یا عدم حکم به اعدام است و دیگر احکام زنا در این مورد طرفداری ندارد و به صورت تخصصی از موضوع خارج می‌شود.

۳. وقتی به روایات و کتب فقهی و قانون مراجعه می‌شود، حکم اعدام منحصر در چهار مورد است که از بین این چهار مورد، تنها موردی که با عنوان بی‌هوش سازگاری بیشتری دارد، عنوان اغتصاب است.

به اجماع فقها، حکم «اغتصاب فرج»، اعدام است و در بین فقها مخالفی ندارد. من یجب علیه الحد بالقتل علی کل حال..... و من غصب امرأة علی فرجها. (حلی، مختلف الشیعه ۹: ۱۴۵)

و کذا یقتل من زنی بامرأة مکرها لها بلا خلاف أجده فیه، بل الإجماع بقسمیه علیه، بل المحکی منهما مستفیض کالنصوص المعتبرة. (نجفی، جواهر الکلام ۴۱: ۳۱۵)

و کذا یقتل من زنی بامرأة مکرهاً لها. (قمی، مبانی تحریر الوسیله - کتاب الحدود ۲۰۰) دلیلنا علی صحة ما ذهبنا إليه: إجماع الطائفة. (شریف مرتضی، الانتصار فی انفرادات الإمامیه ۵۲۷)

دلیل این حکم - قبل از اجماع - وجود روایات صحیح‌السند و واضح‌الدلالة است که

به برخی از آنها اشاره می‌کنیم:

۱. مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ وَعَنْ عَلِيِّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ جَمِيعاً عَنْ ابْنِ مَحْبُوبٍ عَنْ أَبِي أَيُّوبَ عَنْ بَرِيدِ الْعَجَلِيِّ قَالَ: سُئِلَ أَبُو جَعْفَرٍ عَ عَنْ رَجُلٍ اغْتَصَبَ امْرَأَةً فَرَجَّهَا - قَالَ يُقْتَلُ مُحْصَنًا كَانَ أَوْ غَيْرَ مُحْصَنٍ.

۲. وَعَنْهُ عَنْ أَحْمَدَ بْنِ ابْنِ أَبِي نَجْرَانَ عَنْ جَمِيلِ دَرَّاجٍ وَ مُحَمَّدِ بْنِ حُمْرَانَ جَمِيعاً عَنْ زُرَّارَةَ قَالَ: قُلْتُ لِأَبِي جَعْفَرٍ عَ الرَّجُلُ يُغْصَبُ الْمَرْأَةَ نَفْسَهَا قَالَ يُقْتَلُ. (عاملی، وسائل‌الشیعه ۲۸: ۱۰۹)

در مقابل این دسته، روایت دیگری وجود دارد که با وجود صحت سندی، بر قتل دلالت ندارد و فقط بر این مطلب دلالت دارد که باید ضربه‌ای به زانی زده شود؛ خواه زانی بمیرد، خواه نمیرد، ولی فقها از این روایت اعراض کرده و با وجود صحت سندی به مضمون آن پای‌بند نشده و طبق آن فتوا نداده‌اند که این اعراض، دلیل بر وهن و ضعف سند و قابل اعتماد نبودن روایت می‌شود. صاحب جواهر به خوبی به این مطلب اشاره فرموده و اعراض اصحاب از این روایت را دلیل بی‌اعتنایی به آن دانسته است. حتی خوبی که اعراض مشهور را دلیل ضعف ندانسته، از این روایت به دلیل ناتوانی در مقابله با دیگر روایات این بخش، رفع ید کرده و این روایت را برای استناد صالح ندانسته است.

وَعَنْهُ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عَيْسَى عَنْ يُونُسَ عَنْ أَبِي بَصِيرٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَ قَالَ: إِذَا كَابَرَ الرَّجُلُ الْمَرْأَةَ عَلَى نَفْسِهَا - ضَرِبَ ضَرْبَةً بِالسَّيْفِ مَاتَ مِنْهَا أَوْ عَاشَ. (همان)

و ظاهرها کون الحد الضربة المزبورة لا القتل، إلا أني لم أجد عاملاً بهما فوجب طرحهما فی مقابل ما عرفت أو حملهما علی ما لا ینافی ذلك. (نجفی، جواهرالکلام ۴۱: ۳۱۶)

و أمّا معتبرهٔ اَبی بصیر عن اَبی عبد الله (علیه السلام) (فهی غیر قابلتة لمعارضة الروایات المتقدمة، فلا مناص من طرحها، مضافاً إلى أنَّها غیر ظاهرة فی تحقق الزنا. (خوئی، مبانی تکمله المنهاج - موسوعه ۴۱: ۲۳۶)

بعد از روشن شدن معنای اغتصاب و نظر فقها و روایات موجود در این زمینه، حالت‌های

بین زانی و بی‌هوش را بررسی می‌کنیم:

۱. بی‌هوش کردن به قصد زنا

همان طور که روشن شد، موضوع حکم اعدام در روایات و کلام فقها عبارت است از «انجام عمل زنا با زور و قهر و غلبه بر زن» که این موضوع در مورد فردی صادق است که زنی را به قصد زنا بی‌هوش می‌کند؛ زیرا عرفاً و وجدانا عنوان غصب بر چنین فردی صادق است و در تحقق این عنوان مهم نیست که مزنی بها دارای ادراک و شعور باشد یا نباشد. به بیان دیگر، در تحقق غصب، اعمال زور و قهر و غلبه بر فرد اهمیت دارد؛ خواه مغلوب در حال مغلوب شدن، عالم به مغلوب شدن باشد یا نباشد. این مطلب به خوبی از اطلاق عنوان اغتصاب فهمیده می‌شود و این اطلاق به ما می‌گوید که مزنی بها عالم باشد یا نباشد، مهم نیست و تنها چیزی که مهم است، صدق قهر، غلبه و زور است که آن هم در فردی وجود دارد که فرد دیگر را به قصد زنا بی‌هوش می‌کند و همین بی‌هوش کردن با نیت به کار بردن زور و غلبه بر این فرد است. مؤید صدق عنوان غصب در این مورد، صدق عنوان غصب در موردی است که زانی به قصد زنا مزنی بها را می‌کشد و سپس با وی زنا می‌کند که در این حالت، در عنف بودن این وضعیت تردیدی وجود ندارد و کسی نمی‌گوید که این عمل به دلیل بی‌جان بودن زن عنف نیست، بلکه به ماهیت عمل زانی نگاه می‌شود که با وجود نبود اراده و علم، به دلیل ماهیت زورگویانه و قاهرانه زانی، این عمل نزد عرف، عنف شناخته می‌شود و زانی را به حداکثر مجازات محکوم می‌کند. بنابراین، در عنف بودن این حالت هیچ اختلاف نظری وجود ندارد.

و لا محالة لا يعتبر في صدق الموضوع صدق عنوان الإكراه الذي قد يقال بتوقف صدقه على تهديد من المكره للمكره، بل كما يصدق معه كذلك يصدق على ما إذا زنى بها قهراً لها بنحو يسلب الاختيار بالمرّة عنها، فموضوع حدّ القتل في الأخبار أعمّ من الإكراه و العنف.

(قمی، مبانی تحریر الوسیله - کتاب الحدود ۲۰۲)

۲. بی‌هوش کردن به انگیزه‌های دیگر مانند طبابت

در مورد این حالت می‌توان بحث را از دو جنبه بررسی کرد. جنبه اول با حکم بی‌هوش کردن و جنبه دوم با حکم زنا ارتباط دارد. جنبه اول از محل بحث خارج است؛ زیرا بی‌هوش کردن یا دارای مجوز است یا این که بدون مجوز است. فرض اول به دلیل مجاز بودن هیچ گونه مسئولیت کیفری به دنبال ندارد و فرد بی‌هوش کننده از این نظر قابل پی‌گیری نیست. در فرض دوم یعنی بی‌هوش کردن بدون مجوز، شخص مرتکب جرم شده و از این نظر قابل پی‌گیری است، اما هنگام ارتکاب عمل زنا، این عمل مانند حالتی است که زانی، فردی را بی‌هوش می‌یابد و عمل بی‌هوش کردن با نوع زنا ارتباطی ندارد؛ زیرا اگر بی‌هوش کردن با مجوز باشد که حکم روشن است و اگر بدون مجوز باشد، چون در زمان بی‌هوش کردن، قصد و انگیزه زنا وجود نداشته، صدق عنوان «اخذ به قهر و غلبه» در این مورد دشوار است و نمی‌توان گفت که عمل زنا به زور و به واسطه اکراه شخص انجام شده است. همچنین نمی‌توان به اطلاق عنوان اغتصاب اخذ کرد و گفت که این عنوان مطلق است و شامل این مورد نیز می‌شود؛ زیرا این حرف، تمسک به عام در شبهه مصداقیه است که در علم اصول ثابت شده است این تمسک صحیح نیست؛ زیرا وقتی شک داریم که موردی داخل در موضوع است تا حکم جاری شود، نمی‌توان با تمسک به عمومیت دلیل، آن مورد را نیز داخل در موضوع دانست. به بیان دیگر، اصل ورود این نوع زنا در عنوان اغتصاب مشکوک است. غضب با نوعی استیلا و برتری ظالمانه بر شخص حاصل می‌شود و در این مورد، این برتری ظالمانه وجود ندارد؛ زیرا قصد و انگیزه و هدف از بی‌هوش کردن، چیزی غیر از عمل زنا بوده است. با وجود چنین شکی، نمی‌توان به عمومیت یا اطلاق عنوان اغتصاب تمسک کرد.

علاوه بر این، دست کم برای انسان، شبهه ثبوت حد وجود داشته و با وجود چنین شبهه‌ای، قاعده «تدروا الحدود» جاری است.

۳. بی‌هوش یافتن شخص بی‌هوش

منظور از این حالت آن است که زانی در بی‌هوش ساختن مزنی بها دخالتی نداشته است و صرفاً شخصی را می‌یابد که بی‌هوش است و از این موقعیت استفاده می‌کند. حکم این حالت از مسئله قبل روشن می‌شود، با این تفاوت که چون زانی در بی‌هوش کردن شخص دخالت نداشته، شبهه عدم صدق عنوان قوی‌تر بوده و مانند زنا با مرده است.

نکته پایانی این است که اگر در تمام موارد بالا عنوان اغتصاب را صادق بدانیم، باید در مورد مرده نیز به عنف بودن حکم کنیم؛ زیرا اغتصاب فرج در مورد مرده نیز صادق بوده و زانی به میت نیز فرج او را غصب کرده است. البته این حکم، مخالف حکم تمامی فقهاست که فرموده‌اند اگر زانی به میت، محصن نباشد، حدّ وی فقط صد ضربه شلاق است. از حکم ایشان روشن می‌شود که عنوان اغتصاب در هر مورد صادق نیست و شرایط دیگری را لازم دارد.

تمامی این مطالب مبنی بر این بود که قید «قهر و غلبه» را در معنای غصب دخیل بدانیم، اما اگر این قید را در معنای غصب دخیل ندانیم، هر سه حالت را می‌توان داخل در معنای غصب دانست؛ هر چند قائلین به این نظر باید رابطه رضایت با غصب را حل کنند.

نتیجه

با در نظر گرفتن تقابل میان مفاهیم بی‌هوشی و رضایت، روشن می‌گردد که تعدی جنسی به بیهوش بطور مطلق داخل در موضوع عنف نیست و در مسئله مذکور باید به تفصیل قائل شویم. بنابر قول به تفصیل، تنها در مورد فردی که زنی را به قصد زنا بی‌هوش کند، به دلیل ماهیت زورگویانه و قاهرانه زانی، عنوان عنف عرفاً صادق می‌کند و زانی به حداکثر مجازات محکوم می‌شود و حکم به اعدام در سایر موارد از اعتبار لازم برخوردار نیست.

متن استفتائات از مراجع معظم تقلید

سؤال اول

۱. زنا با شخصی که در حال مستی یا خواب‌آلودگی یا بی‌هوشی یا معتقد به حلیت است، آیا موجب قتل زانی است؟

۲. در بند اول، در صورتی که موجب قتل زانی گردد، آیا میان حالتی که زانی، زانیه را برای ارتکاب زنا، مست یا بی‌هوش کرده باشد و موردی که زانی در مستی یا بی‌هوشی زانیه نقشی نداشته باشد، تفاوتی وجود دارد؟ (به عبارت دیگر، آیا مراد از «عنف، اظهار نارضایتی است» (که صدور آن از مست، نائم یا بی‌هوش ممکن نیست) که در این صورت، در فرض یادشده، زانی به «عنف صادق» نخواهد بود یا صرف نبودن رضایت است که در این صورت بر چنین مواردی نیز «عنف صادق است»؟)

نظر اول

■ آیت الله مکارم

۱. در صورتی که با رضایت زن (نعوذبالله) با او زنا کند، حدّ آن، گاهی تازیانه و گاه رجم است و اگر بدون رضایت زن باشد، حدّ آن، اعدام است، خواه در حال خواب باشد یا مستی یا غیر آن.

۲. تفاوتی ندارد و توجه داشته باشید که در روایات، مسئله «عنف مطرح نیست، بلکه عنوان «غضب مطرح است که عدم احراز رضایت در آن کافی نیست».

■ آیت الله موسوی اردبیلی

۱ و ۲. حکم زنا به «عنف به مورد اکراه و اجبار اختصاص ندارد و شامل زنا به مسلوب‌الاختیار عرفی نیز می‌شود. بنابراین، حکم در مورد مست لایعقل و خواب‌آلوده جدّی و بی‌هوش جاری است، چه جانی سبب شده باشد و چه خودشان یا دیگری.

نظر دوم

■ آیت الله صافی

۱. زنا با زن بی‌هوش یا مست یا خواب‌آلود از موارد قتل به شمشیر نیست، بلکه اگر

زانی، محصن باشد، رجم می‌شود و اگر محصن نباشد، صد تازیانه می‌خورد. والله العالم.

۲. در فرض سؤال، اگر مرد، زن را مست یا بی‌هوش کرده یا داروی خواب‌آور به او داده، علاوه بر حدّ زنا، تعزیر می‌شود و چنانچه در اثر این امور، نقصی بر زن وارد شود، نقص را نیز ضامن است و مجرد عدم رضایت قلبی زن محقق اکراه نیست؛ چون ممکن است در عین آن که رضایت قلبی ندارد، جهات دیگری باعث شود که به زنا اقدام کند، در عین آن که اکراه نشده است. والله العالم.

نظر سوم

■ آیت الله سیستانی

۱. مکابره و اغتصاب و زنا به عنف صدق نمی‌کند مخصوصاً آخری.
۲. در صورتی که زن از اول راضی نبوده و او را بی‌هوش کرد، زنا به عنف صدق می‌کند. در روایت مکابره و اغتصاب آمده که صدق می‌کند در مورد فوق.

■ آیت الله نوری همدانی

۱. در صورتی که امتناع زن احراز نشود، موجب قتل نیست.
۲. از جواب قبل روشن شد.

■ آیت الله بهجت

- ۱ و ۲. باید عرفاً صدق اکراه بر زنا بکند و هر مورد که چنین صدقی مشکوک باشد، حدّ قتل ثابت نیست.

سؤال دوم

همان طور که مستحضر هستید، طبق بند د از ماده ۸۲ قانون مجازات اسلامی، زنا به عنف و اکراه موجب قتل زانی اکراه‌کننده است. از طرفی میان اکراه و اجبار تفاوت وجود دارد. (اکراه زمانی صادق است که شخص مکره اراده بر انجام فعل دارد، ولی رضایت به انجام فعل ندارد، ولی در اجبار، شخص اراده انجام فعل را نیز ندارد.) درباره اکراه در زنا بفرمایید:

الف) زنا با شخصی که در حالت مستی یا خواب‌آلودگی یا بی‌هوشی یا معتقد به حلیت می‌باشد، آیا مشمول اکراه می‌شود (تا زانی محکوم به قتل باشد)؟
ب) آیا میان حالتی که زانی، زانیه را برای ارتکاب زنا، مست یا بی‌هوش نموده باشد و حالتی که زانی نقشی در مستی یا بی‌هوشی زانیه نداشته باشد، تفاوتی وجود دارد؟
ج) آیا مراد از عنف، اظهار نارضایتی است (که صدور آن از شخص مست، نائم و... ممکن نیست. پس زنا به عنف صادق نخواهد بود) یا مراد از عنف، صرف نبودن رضایت است. پس بر چنین مواردی (زنا با مست، نائم و...) نیز عنف صادق می‌شود؟

نظر اول

■ آیت الله مکارم

الف تا ج) در صورتی که زن، حاضر به زنا نبوده، ولی مرد در حال مستی یا بی‌هوشی یا خواب به او تجاوز کرده است، زنا به عنف محسوب می‌شود و حکم اعدام دارد و فرقی در این مسئله بین اقدام زانی و عدم اقدام او در مست شدن یا بی‌هوش شدن زن و امثال آن نیست و تعبیر به زنا به عنف در روایات وارد نشده، بلکه تعبیر به غضب وارد شده که بر تمام این موارد صادق است. همیشه موفق باشید.

نظر دوم

■ آیت الله شبیری

مدرک قانون مجازات اسلامی، احادیثی است که از معصومین در این باره وارد شده و طبق روایات صحیحیه بین اکراه و اجبار فرقی نیست، حتی زنا با زنی که خود را حلال مرد می‌داند، اگر از ناحیه مرد مورد اکراه و یا اجبار شود، مرد باید کشته شود. بنابراین، اگر دست و پای زنی را ببندند و مرد با وی زنا کند، باید مرد را کشت. همچنین در خواب یا بی‌هوشی زن. (۲۹ ربیع الثانی ۱۴۲۳ هـ.ق)

نظر سوم

■ آیت الله بهجت

در تمامی موارد سؤال، زنا به عنف صادق نیست.

فهرست منابع

۱. ابن منظور، ابو الفضل، جمال الدين، محمد بن مكرم. لسان العرب. چاپ ۳، بیروت: دار الفکر للطباعة و النشر و التوزيع - دار صادر ۱۴۱۴ هـ. ق.
۲. ابو الحسين، احمد بن فارس بن زکریا. معجم مقائیس اللغة. قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، ۱۴۰۴ هـ. ق.
۳. اسدی (علامه حلی). حسن بن یوسف بن مطهر. مختلف الشیعة فی أحكام الشریعة. چاپ ۲، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۳ هـ. ق.
۴. اسدی (علامه حلی)، حسن بن یوسف بن مطهر. تحریر الأحکام الشرعیة علی مذهب الإمامیة، مشهد: مؤسسه آل البيت (علیهم السلام)، ۱۴۲۰ هـ. ق.
۵. جوهری، اسماعیل بن حماد. الصحاح - تاج اللغة و صحاح العربیة. بیروت: دار العلم للملایین، ۱۴۱۰ هـ. ق.
۶. حسینی سیستانی، سید علی. منهاج الصالحین. چاپ ۵، قم: دفتر حضرت آیت الله سیستانی، ۱۴۱۷ هـ. ق.
۷. حمیری، نشوان بن سعید. شمس العلوم و دواء کلام العرب من الکلوم. بیروت: دار الفکر المعاصر، ۱۴۲۰ هـ. ق.
۸. زمخشری، ابو القاسم محمود بن عمر. الفائق فی غریب الحدیث. بیروت: دار الکتب العلمیة، ۱۴۱۷ هـ. ق.
۹. عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی. مسالک الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام. قم: مؤسسه المعارف الإسلامیة، ۱۴۱۳ هـ. ق.
۱۰. عاملی، حرّ، محمد بن حسن. وسائل الشیعة. قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام، ۱۴۰۹ هـ. ق.
۱۱. فراهیدی، خلیل بن احمد. کتاب العین. چاپ ۲، قم: نشر هجرت، ۱۴۱۰ هـ. ق.
۱۲. فیومی، احمد بن محمد مقری. المصباح المنیر فی غریب الشرح الكبير للرافعی. چاپ ۱، قم: منشورات دار الرضی، هـ. ق.

١٣. مصطفوى، حسن. التحقيق فى كلمات القرآن الكريم. تهران: مركز الكتاب للترجمة و النشر، ١٤٠٢ هـ. ق.
١٤. مغنبيه، محمدجواد. فقه الإمام الصادق (عليه السلام). چاپ ٢، قم: مؤسسه انصاريان، ١٤٢١ هـ. ق.
١٥. موحدى لنكرانى، محمدفاضل. تفصيل الشريعة - الغصب، إحياء الموات، المشتركات و اللقطة. قم: مركز فقهى ائمه اطهار (عليهم السلام)، ١٤٢٩ هـ. ق.
١٦. موسى (شريف مرتضى)، على بن حسين. الانتصار فى انفرادات الإمامية. قم: دفتر انتشارات اسلامى وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم، ١٤١٥ هـ. ق.
١٧. موسى خويى، سيد ابوالقاسم. مباني تكملة المنهاج. قم: مؤسسة إحياء آثار الإمام الخوئى، ١٤٢٢ هـ. ق.
١٨. مؤمن قمى، محمد. مباني تحرير الوسيلة - كتاب الحدود. تهران: مؤسسه تنظيم و نشر آثار امام خمينى (ره)، ١٤٢٢ هـ. ق.
١٩. نجفى، محمدحسن. جواهر الكلام فى شرح شرائع الإسلام. چاپ ٧، دار إحياء التراث العربى، ١٤٠٤ هـ. ق.

رسائل

مجله علمی دانش پژوهان مرکز آموزش های تخصصی فقه

شماره ۲، بهار ۹۴

صفحات ۹۸ تا ۱۱۶

عبدالله محمودی*

A.mahmodi110@Yahoo.com

قصاص مکره در فقه امامیه

نقد نظریه محقق خوئی رحمته در مجازات قتل اکراهی

چکیده

اکراه از جمله عواملی است که بر اراده و قدرت تصمیم‌گیری آزاد انسان اثر منفی می‌گذارد و مانع تحقق رفتار رضایت‌مندان می‌شود. اثر اکراه به گونه‌ای است که احکام تکلیفی و وضعی مترتب بر رفتار مکره را می‌توان مرتفع کرد. البته تحقق اکراه در قتل پذیرفته نیست؛ چون مشهور فقها ارتکاب قتل به دلیل اکراه دیگری را حتی با تهدید به قتل جایز نمی‌دانند. این نظریه با تمسک به عمومات باب قصاص و استدلال به اطلاق صحیحه زراره، مکره را محکوم به قصاص می‌کند. در مقابل، آیت الله خوئی در نظریه مشهور مناقشه کرده، با وارد کردن این مسئله در باب تزاحم، ارتکاب قتل توسط مکره را در صورت تخییر جایز دانسته است و با استدلال به هدر نرفتن خون مسلم، او را به پرداخت دیه محکوم می‌کند. در این نوشتار، بعد از نقد نظریه آیت الله خوئی (ره)، قول مشهور مبنی بر قصاص مکره پذیرفته شده است.

کلیدواژگان:

قتل مکره، قصاص مکره، دیه، تقیه.

مقدمه

اکراه از جمله عواملی است که بر اراده و قدرت تصمیم‌گیری آزاد انسان اثر منفی می‌گذارد و مانع تحقق رفتار رضایت‌مندانه می‌شود. در فقه امامیه نیز براساس حدیث رفع، اکراه در رفتار مکلف اثر گذار می‌باشد. اثر این اکراه تا حدی است که احکام تکلیفی و وضعی مترتب بر رفتار مکروه را می‌توان مرتفع کرد. عمومیت این حدیث نسبت به تمامی رفتار اکراهی مکلف مورد اتفاق نیست که از جمله این موارد می‌توان به قتل از روی اکراه اشاره کرد. در قتل اکراهی تحقق اکراه پذیرفته نمی‌باشد. از این رو ارتکاب قتل به دلیل اکراه دیگری حتی با تهدید به قتل جایز نمی‌باشد. بر این اساس مشهور فقها در این مسئله حکم به قصاص مکروه داده‌اند، بلکه تا قبل از آیت الله خویی (ره) مخالفی در این مسئله دیده نشده است. ایشان در مقابل مشهور با داخل کردن این مسئله در بحث تراحم، قتل مکروه را در صورت تخییر جایز می‌شمرد و حکم قصاص را از مکروه ساقط می‌کند.

به نظر می‌رسد، این نظریه مردود باشد. زیرا از طرفی استدلال محقق خویی (ره) مبنی بر جواز قتل مخدوش می‌باشد و از طرف دیگر نیز، ادله نظریه مشهور کاملاً منطبق با ضوابط باب قصاص می‌باشد.

از این رو در نوشتار حاضر بعد از تبیین اکراه و معنای مورد نظر، هر دو نظریه و ادله آن با انطباق فقهی تقریر و در ادامه با رویکرد نقد نظریه پرداخت دیه، به ایرادات این نظریه می‌پردازیم و در پایان نیز نظریه آیه الله خویی (ره) با استدلال بر وجود رجحان نسبت به حرمت قتل، حکم تخییر بین حفظ نفس و ارتکاب قتل دیگری را مردود پنداشته و به تبع آن نظریه مشهور پذیرفته شده است.

تبیین اکراه

الف) مفهوم اکراه

لغت‌شناسی

«اکراه»، مصدر باب افعال از ماده «کره» (با فتح و ضمّ حرف کاف و سکون راء) است. در معنای این دو واژه آمده است: «القهر، المشقه، الإیاء و ضدّ أحبّته» (زیبیدی، تاج العروس ۱۹: ۸۶) بعضی از اهل لغت در معنای ماده «کره» با فتحه و ماده «کره» با ضمه تفاوت گذاشته‌اند. در کتاب مفردات گفته شده است: «کره با فتحه، رنج و زحمتی است که از خارج و با اکراه بر انسان وارد می‌شود، به خلاف کره با ضمه که از درون به انسان تحمیل می‌شود.» (راغب اصفهانی ۱: ۷۰۷) در مورد خود معنای اکراه چنین بیان شده است: «اکرهته: حملته علی أمر و هو کاره»؛ یعنی وادار کردن شخص به کاری که خوشایند او نیست. (خلیل، العین ۳: ۱۵۷۰)

اصطلاح‌شناسی

از نظر علامه طباطبایی به عنوان یک مفسّر قرآن کریم، اکراه به معنای آن است که کسی را به اجبار، به کاری وادار کنند. اکراه تنها در اعمال ظاهری یعنی حرکات مادی و بدنی انسان اثرگذار است. بنابراین، در ایمان و اعتقاد که از امور قلبی هستند، اکراه و اجبار راه ندارد. (المیزان ۲: ۵۲۳) تعریف فقها از اکراه، بیشتر متناظر به استقلال اکراه از اجبار است. فقها با نگاه به عرف، تعریفی نزدیک به معنای لغوی آن ارائه کرده‌اند و معتقدند اکراه یعنی «با ایجاد ترس برای انسان عاقل، او را به انجام یک کار با رنج و زحمت وادار کنیم یا او را از انجام دادن کاری بازداریم به طوری که بدون مدح و ذم، او را از انگیزه اصلی خودش خارج کنیم». (علم الهدی، رسائل المرتضی ۲: ۲۶۳) در تعریف دیگری از اکراه آمده است: «حقیقت اکراه از نظر عرف و لغت یعنی وادار کردن دیگری بر ایجاد امری که خوشایند او نیست.»

(انصاری، المکاسب ۳: ۳۱۱). با همین مضمون، امام خمینی در مسئله چهارم تحریرالوسیله چنین بیان کردند: «اکراه یعنی وادار کردن دیگری بر ایجاد امری که خوشایند او نیست به همراه تهدید به این که اگر آن کار را انجام ندهد، به او ضرر می‌رسد.» (تحریرالوسیله ۲: ۳۲۶) فقهای دیگر نیز در تعریف اکراه با اندک تفاوتی در تعبیر، همین مضامین را به کار برده‌اند.

ب) ارکان تحقق اکراه

اکراه دارای دو رکن است: تهدید موجب اکراه و خوف از ضرر.

رکن اول: تهدید موجب اکراه

تهدید در لغت یعنی ترساندن، اما هر نوع ترساندنی نمی‌تواند موجب اکراه شود. از این رو، فقها برای تهدید مورد نظر، شرایطی ذکر کردند که بیان خواهد شد.

۱. قدرت اکراه‌کننده بر تحقق تهدید

توانایی مکره بر انجام تهدید، یکی از شرایط تهدید است. از این رو، اگر تهدیدکننده قدرت عملی کردن تهدید خود را نداشته باشد، اکراه محقق نمی‌گردد. به تعبیر محقق حلی: «کون المکره قادراً علی فعل ما توعد به.» (شرایع الاسلام ۴: ۳) البته باید توجه داشت که اگر مکره قادر باشد کمتر از حد تهدیدش را عملی کند، ولی به اندازه‌ای باشد که با آن اندازه، اکراه صدق کند، در این صورت، اکراه محقق شده است، مانند این که به کشتن تهدید کند و بدانیم که توانایی کشتن را ندارد، ولی توانایی دارد که مکره را زخمی کند یا عضو او را قطع کند. (انصاری، الموسوعة الفقهية المیسرة ۴: ۴۳۷)

۲. ظن غالب به تحقق تهدید

شرط دیگر آن است که مکره گمان غالب داشته باشد اگر فعل مورد نظر تهدیدکننده را انجام ندهد، او، تهدیدش را عملی می‌سازد. (حلی، شرایع الاسلام ۴: ۳) بعضی از فقها با استدلال به روایت عبدالله بن سنان و با تکیه بر عرف، داشتن ظن غالب یا حتی صرف

ظن را برای مکره لازم نمی‌دانند، بلکه وجود خوف عقلایی را برای تحقق تهدید کافی می‌دانند. (نجفی، جواهرالکلام ۱۲: ۳۲) فاضل لنکرانی می‌نویسد: «ظاهراً داشتن ظن غالب به تحقق تهدید معتبر نیست، بلکه تهدید با خوف عقلایی نیز صادق است. علاوه بر عرف، صحیح‌ه عبد الله بن سنان نیز بر این مطلب دلالت می‌کند. در این صحیح آمده: عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ سَمِعْتُهُ يَقُولُ لَوْ أَنَّ رَجُلًا مُسْلِمًا مَرَّ بِقَوْمٍ لَيْسُوا بِسُلْطَانٍ فَقَهْرُوهُ حَتَّى يَتَخَوَّفَ عَلَى نَفْسِهِ أَنْ يَعْتَقُ أَوْ يُطَلَّقَ فَعَمِلَ، لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ شَيْءٌ.» (تفصیل الشریعه - طلاق ۲۱؛ کلینی، الکافی ۶: ۱۲۶) به نقل از عبدالله بن سنان، امام فرموده است: «اگر مرد مسلمانی از طرف غیر سلطان وادار به آزاد کردن یا طلاق دادن شد و او بر اثر خوف بر جان خود این کار را انجام داد، هیچ چیز بر عهده او نیست.»

۳. عجز از دفع تهدید

چنانچه مکره توانایی لازم برای دفع تهدید را داشته باشد، به عبارتی، شرایط فرار یا درخواست کمک از دیگران یا دفع تهدید به طریقی غیر از فعل مورد نظر اکراه‌کننده برای او مقدور باشد، دیگر اکراه محقق نخواهد شد. شهید ثانی با تعبیر «و کون المکره مغلوباً عاجزاً عن الدفع بفرار أو مقاومة أو استعانة بالغير»، شرط عجز از دفع را اضافه کرده است. (مسالك الافهام ۹: ۱۸) نراقی نیز به این شرط اشاره کرده است. (مستندالشیعه ۱۴: ۲۶۸)

۴. ضرری بودن تهدید

هر تهدیدی نمی‌تواند زمینه اکراه را فراهم کند، بلکه تهدید باید برای مکره یا افراد مرتبط با آن ضرر محسوب شود تا اکراه در حق او صادق باشد. (حلی، شرایع الاسلام ۴: ۳) مباحث مربوط به ضرر در رکن دوم بیان خواهد شد.

رکن دوم: خوف از ضرر

دومین رکن تشکیل‌دهنده اکراه، ترس از ضرری است که از تهدید ناشی می‌شود. مباحث این رکن در قالب موضوع و مصادیق ضرر ارائه خواهد شد.

موضوع ضرر

غالباً ضرری که از تهدید ناشی می‌شود، متوجه شخص مکره است، اما گاهی ممکن است اشخاصی مرتبط با مکره نیز موضوع این ضرر قرار بگیرند. محقق در شرایع می‌فرماید: «وَأَنْ يَكُونَ مَا تَوَعَّدَ بِهِ مُضْراً بِالْمَكْرَهِ فِي خَاصَّةِ نَفْسِهِ، أَوْ مِنْ يَجْرِي مَجْرَى نَفْسِهِ كَالْأَبِ وَالْوَالِدِ.» (حلی، شرایع الاسلام ۴: ۳) در تشخیص مصادیق عبارت «من یجری مجری نفسه» باید گفت افرادی شامل این عبارت می‌شوند که در نگاه مکره، اصابت ضرر ناشی از تهدید به آن‌ها به منزله ضرر به خود او باشد. (اصفهانی، وسیله النجاه ۲: ۱۲) همچنین شیخ انصاری بعد از بیان موضوع ضرر تأکید می‌کند اگر ضرر متوجه شخص ثالثی غیر از مکره و افراد مرتبط با آن بشود، اکراه محقق نمی‌شود. (المکاسب ۲: ۹۰)

مصادیق ضرر

مصادیق ضرر می‌تواند کشتن، زخمی کردن، دشنام دادن و زدن باشد. محقق حلی می‌گوید: «سِوَاءَ كَانِ ذَلِكَ الضَّرْرَ قَتْلًا أَوْ جِرْحًا أَوْ شَتْمًا أَوْ ضَرْبًا... وَ لَا يَتَحَقَّقُ الْإِكْرَاهُ مَعَ الضَّرْرِ الْيَسِيرِ.» (شرایع الاسلام ۴: ۳) با توجه به این که مفهوم ضرر امری نسبی است، مصادیق آن را در دو دسته می‌توان بیان کرد. دسته اول یعنی ضرر قتل و جرح که نسبت به تمامی افراد محقق است، اما تحقق ضرر در مصادیق دیگر مثل دشنام دادن و زدن نسبت به افراد متفاوت است. (علامه حلی، تحریر الاحکام ۴: ۵۱) علت این تفاوت، یکسان نبودن موقعیت اجتماعی افراد و وضعیت مالی آن‌هاست. از این رو، باید از ضابطه حصول ضرر عرفی برای تعیین این مصادیق استفاده کرد. (حائری، ریاض المسائل ۱۲: ۲۰۲) به کمک همین ضابطه می‌توان اختلاف فقها در مصداق «الضرر اليسیر» را حل کرد؛ زیرا همان طور که مصادیقی مثل ضرب و جرح نسبت به حال افراد متفاوت بود، در ضرر یسیر - اندک - نیز متفاوت است. به همین دلیل، ممکن است گرفتن مال هر چند زیاد باشد، نسبت به بعضی افراد، ضرر نباشد، اما کمتر از آن برای عده دیگری ضرر محسوب شود. (شهید ثانی، مسالک الافهام ۹: ۱۸)

ج) اقسام اکراه

در متون مختلف، اقسام متعددی برای اکراه ذکر شده است، اما اکنون تنها دسته‌بندی مستند به منابع فقهی بیان می‌شود. شیخ طوسی در این باره می‌گوید: «فأما الإكراه علی الإسلام فعلی ضربین إكراه بحق و بغير حق». (المبسوط ۸: ۷۳) اکراه به ناحق عبارت است از اکراه از روی ستم بر خلاف اکراه به حق که مشروع و جایز است، مثل اکراه خودداری‌کننده از ادای دین بر ادای آن. موضوع نوشتار حاضر نیز اکراه به غیر حق است.

د) تفاوت اکراه با اجبار و اضطرار

در نگاه اول به تعریف اکراه، شاید به ذهن برسد که بین اکراه و اجبار و اضطرار تفاوتی نباشد؛ زیرا همان‌طور که در اکراه، شخص به انجام کاری خلاف میل درونی خود وادار می‌شود و چاره‌ای جز انجام دادن آن ندارد، در اجبار و اضطرار نیز به همین شکل است. به همین دلیل، برای فهم بیشتر مفهوم اکراه، ابتدا به تعریف اجبار و اضطرار اشاره و سپس تمایز آن دو مفهوم را با اکراه بیان می‌کنیم.

اجبار

اجبار، نیروی قهری است که اختیار را از فاعل سلب می‌کند به طوری که فاعل فعل را بدون قصد انجام می‌دهد و هیچ قدرتی بر ترک آن ندارد. (سیفی مازندرانی، مبانی الفقه ۳: ۱۶۱) بنابراین، مهم‌ترین تفاوتی که حقیقت اکراه را از اجبار جدا می‌سازد، این است که در اجبار، اراده و قصد به طور کلی از شخص مجبور سلب شده است. از سید یزدی چنین نقل شده است که در اجبار، فاعل قصد و اراده ندارد و هم‌چون ابزاری در اختیار مجبورکننده است. (محقق داماد، قواعد فقه ۴: ۱۲۶)

اضطرار

در تعریف اضطرار آمده است: «انجام دادن فعل از روی ضرورت، به طوری که این ضرورت از ناحیه تهدید نیست و باعث سلب اختیار و رضایت فاعل نمی‌شود.» (سیفی مازندرانی، مبانی الفقه ۳: ۱۶۳) در تفاوت اکراه با اضطرار باید گفت که در اکراه، منشأ تهدید و خطر، همیشه یک فرد انسانی است که عاملی خارجی محسوب می‌شود؛ یعنی فردی با به کارگیری قدرت و توانایی خود یا با سوء استفاده از موقعیت خویش، دیگری را وادار به ارتکاب عمل می‌کند. در اضطرار، شرایط و موقعیت تهدیدآمیز به طور طبیعی ایجاد می‌شود و انسان در بروز آن دخالت ندارد، مانند موردی که شخص دچار گرسنگی یا تشنگی شدید شده و هیچ غذا یا آب مباحی برای رفع گرسنگی یا رفع عطش در اختیار نداشته باشد. در این صورت، برای رهایی خود از خطر هلاکت، ناچار دست به سرقت می‌زند یا به نوشیدنی یا خوردنی حرام روی می‌آورد. (محقق داماد، قواعد فقه ۴: ۹۶)

با توجه به مباحث گذشته باید گفت اکراه مورد نظر در بحث اکراه در قتل عبارت است از این که شخصی توانا از روی ظلم، کسی را با تهدید به قتل، وادار به کشتن دیگری کند. این در حالی است که مکره از یک سو، قدرت مقابله با او را ندارد و از سوی دیگر، ترس این را دارد که اگر قتل را انجام ندهد، کشته خواهد شد.

حکم قتل مکره

طرح مسئله

در فقه امامیه، مسئله اکراه در قتل به حسب یکسان نبودن احکام آن، در چند فرع بیان شده است. در یک فرع، حکم مربوط به مکره و در فرع‌های دیگر، حکم شخص مکره بررسی شده است. وجود حکم‌های متفاوت برای مکره به این اعتبار است که مکره گاهی شرایط تکلیف - بلوغ و عقل - را داراست و گاهی در مقابل، فاقد شرط عقل یا بلوغ با لحاظ

وجود یا عدم قوه تمییز است. از این رو، طبیعی است که حکم هر فرع، متفاوت از دیگری باشد. در این نوشتار فقط به حکم اکراه در قتل شخص عاقل و بالغ می‌پردازیم که از آن به «حکم قتل مکروه» تعبیر می‌شود.

نظریه‌های موجود در مسئله

در مسئله قتل مکروه دو نظر وجود دارد. نظر مشهور مبنی بر عدم جواز قتل و به تبع آن، قصاص مکروه است که در این نوشتار از آن به نظریه قصاص مکروه تعبیر می‌شود و نظر آیت الله خویی مبنی بر جواز قتل و لزوم پرداخت دیه است که از آن به نظریه پرداخت دیه تعبیر خواهد شد.

نظریه قصاص مکروه

ارتکاب قتل به دلیل اکراه دیگری حتی با تهدید به قتل جایز نیست. مشهور فقها در این مسئله به قصاص حکم داده‌اند و تا قبل از آیت الله خویی، مخالفی دیده نشده است. شیخ طوسی در این باره می‌گوید: «اگر سلطانی، فردی را به کشتن کسی که قتل او واجب نباشد، وادار کند و به او بگوید: اگر او را نکشی، تو را خواهیم کشت، کشتن او برای شخص مکروه جایز نیست. مخالفی هم در مسئله وجود ندارد و در صورت کشتن او، قصاص بر مباشر است، نه بر اکراه کننده.» (الخلاف ۵: ۱۶۶) همچنین محقق در شرایع می‌نویسد: «اگر شخصی اکراه به قتل شده باشد، قصاص بر مباشر قتل است، نه امر به قتل.» (۴: ۱۸۴) در ادامه نیز بزرگانی چون علامه، (قواعد الاحکام ۳۹: ۵۹۰) شهید ثانی، (مسالک الافهام ۱۵: ۸۵) صاحب ریاض (ریاض المسائل ۱۶: ۱۸۸) و شیخ انصاری (کتاب المکاسب ۲: ۹۸) علاوه بر تصریح به حکم قصاص، این حکم را اجماعی اعلام کردند. به تعبیر صاحب جواهر: «فالحکم فیه عندنا ناصاً و فتوی بل الإجماع بقسمیه علیه أن القصاص علی المباشر الكامل دون الأمر.» (جواهر الکلام ۴۲: ۴۷) بنابراین، شخص بالغ عاقلی که از روی اکراه و برای حفظ جان خود مرتکب قتل شود، طبق نظر مشهور باید قصاص شود.

نظریه پرداخت دیه

در مقابل نظر مشهور، آیت الله خویی معتقد است ارتکاب قتل به دلیل اکراه دیگری در صورت تهدید به قتل جایز است. از این رو، قصاص از شخص بالغ و عاقلی که مرتکب چنین قتلی شده است، ساقط می‌شود، اما محکوم به دیه خواهد شد. ایشان در مبانی می‌نویسد: «وإن كان ما توعد به هو القتل... و لا یبعد جواز القتل عندئذٍ، و علی ذلك فلا قود و لكن علیه الدية.» (مبانی تکمله - موسوعه ۱۳: ۴۲)

مستند انظار

دلیل نظریه قصاص مکروه

مستندات مشهور در قصاص مکروه به صورت پراکنده بیان شده است. این نظریه بعد از تمسک به اجماع، به عدم تحقق اکراه در قتل و دو صحیححه زراره و محمد بن مسلم و در نهایت، به عمومات باب قصاص استناد کرده است. ضمن جمع‌آوری و تقریر ادله کوشیده‌ایم آن‌ها را بر اساس انضباط فقهی مرتب کنیم. از این رو، باید گفت نظریه قصاص مکروه مبتنی بر امور ذیل است:

الف) انتساب قتل به مکروه

بدون شک، اکراه‌کننده به قتل، سبب و مکروه مباشر قتل شمرده می‌شود، اما عرف با فرض این که مکروه، عاقل، بالغ و دارای اختیار است، قتل را به مباشر انتساب می‌دهد. آیت الله مکارم می‌گوید: «أما لو كان المباشر بالغاً عاقلاً عالماً مختاراً فالفاعل يسند إليه دون السبب؛ للصدق العرفي في ذلك.» (بحوث فقهیه ۳۰۰)

علاوه بر این، صحیححه زراره نیز بر این مطلب دلالت دارد. «عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ عَلَيْهِ السَّلَامُ: فِي رَجُلٍ أَمَرَ رَجُلًا بِقَتْلِ رَجُلٍ فَقَالَ يُقْتَلُ بِهِ الَّذِي قَتَلَهُ وَ يُجَبَسُ الْأَمْرُ بِقَتْلِهِ فِي الْحَبْسِ حَتَّى يَمُوتَ.» (کلینی، الکافی ۱۴: ۳۱۳) زراره از امام باقر (علیه السلام) درباره حکم مردی که فردی را مأمور به کشتن دیگری کرده بود، پرسید. امام (علیه السلام) در جواب فرمود: قاتل

قصاص می‌شود و امر به قتل به حبس ابد محکوم می‌شود تا بمیرد. در این صحیحه با وجود این که امر سبب قتل است، امام (علیه السلام) با عبارت «فَقَالَ يُقْتَلُ بِهِ الَّذِي قَتَلَهُ»، قتل را منتسب به مباشر می‌داند و او را محکوم به قصاص می‌کند. بنابراین، مکره در صورت ارتکاب قتل، مباشر و قتل انجام شده منتسب به اوست.

این صحیحه درباره اکراه بیان نشده است، اما اطلاق آن شامل اکراه هم می‌شود؛ زیرا کلمه امر هم شامل مجرد امر کردن است و هم شامل امر با اکراه. آیت الله خوانساری می‌گوید: «چون در بیشتر اوقات، امر به همراه اکراه است، به خصوص وقتی که مأمور در صورت مخالفت با امر در معرض قتل قرار می‌گیرد، به همین جهت، اطلاق امر شامل امر با اکراه نیز می‌شود.» (جامع المدارک ۷: ۱۷۶)

ب) عمدی بودن رفتار مکره

هر چند اکراه بر آزادی و اختیار مکره اثر می‌گذارد، نمی‌تواند اختیار را به کلی زایل کند. به تعبیر آیت الله تبریزی، «لأنَّ الإكراه لا ينافي إرادة الفعل و اختياره». (تنقیح مبانی الاحکام - قصاص ۷۸) بنابراین، شخص عاقل و بالغی که از روی اکراه مرتکب قتل شده است، نمی‌تواند به بهانه زایل شدن اختیار و خدشه در قصد، عمل خود را غیر عمد جلوه دهد.

ج) عدوانی بودن رفتار مکره

ارتکاب قتل به دلیل اکراه دیگری حتی با تهدید به قتل جایز نیست؛ زیرا هر چند بر اساس حدیث «رُفِعَ عَنْ أُمَّتِي... مَا أُكْرَهُوا عَلَيْهِ»، (عاملی، وسائل الشیعه ۱۵: ۳۶۹) احکام تکلیفی و وضعی مترتب بر رفتار اکراهی برداشته شده است، تحقق اکراه در قتل پذیرفته نیست. (حلی، شرایع الاسلام ۴: ۱۸۴) در تبیین عدم تحقق اکراه در قتل گفته شده است: «أنَّ الإكراه لا يتحقق في القتل، لاشتماله على دفع الضرر بمثله.» (حلی، مهذب البارع ۵: ۱۴۷) آیت الله تبریزی می‌نویسد: «یکی از شرایط تحقق اکراه این است که مکره اگر درخواست اکراه‌کننده را عملی ساخت، باید از ضرر عظیمی که پیش رو داشت، در امان بماند، حال آنکه در اینجا مکره می‌داند

با ارتکاب قتل دیگری قصاص خواهد شد. در نتیجه، وقتی جان مکره با موافقت این درخواست در امان نباشد، اکراه محقق نمی‌شود.» (تبریزی، تنقیح مبانی الاحکام - قصاص ۴۰)

علاوه بر این، با وجود صحیح‌ه محمد بن مسلم عن ابي جعفر عليه السلام قال: «إِنَّمَا جُعِلَتِ التَّقِيَّةُ لِیُحْتَنَ بِهَا الدَّمُّ، فَإِذَا بَلَغَ الدَّمُ فَلَيْسَ تَقِيَّةً» (کلینی، الکافی ۳: ۵۵۷) عمومیت حدیث رفع شامل قتل مکره نمی‌شود. شیخ انصاری در این باره می‌نویسد: «هر چند عموم ادله نفی اکراه و حرج اقتضای جواز دارد، صحیح‌ه مذکور مانع آن است.» (انصاری، مکاسب ۲: ۹۹) در توضیح این صحیح‌ه گفته شده است: «اصل تشریح تقیه برای حفظ جان است، نه از بین بردن آن.» (حلی، مهذب البارع ۵: ۱۴۷) از این رو، اگر مکره بر اثر اکراه بخوهد برای حفظ جان خود، دیگری را بکشد، در این صورت، تقیه موجب می‌گردد خون یک نفر مسلمان ریخته شود که طبق این صحیح‌ه، تقیه در چنین موردی جایز نیست. بنابراین، ارتکاب قتل به دلیل اکراه دیگری حتی با تهدید به قتل، حرام و عدوانی است.

بر اساس این موارد فوق، قتل، منتسب به مکره و عمدی و عدوانی است. از این رو، نظریه مشهور طبق عمومات باب قصاص «أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ» (مائده/۴۵) و «وَمَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُتَعَمِّدًا...» (نساء/۹۳) و همچنین با استدلال به اطلاق صحیح‌ه زراره مکره را به قصاص محکوم می‌کند.

دلیل نظریه پرداخت دیه

آیت الله خویی همانند مشهور، حدیث رفع را در قتل اکراهی جاری نمی‌داند. ایشان با این استدلال که تشریح ادله نفی اکراه برای امتنان به امت است، بیان می‌کند که امتنان با اضرار به غیر در تنافی است. از این رو، اکراه نمی‌تواند مجوز قتل دیگری شود. (مصباح الفقاهه ۱: ۴۵۴) صاحب این نظریه با وارد کردن این مسئله در باب تزاحم، قتل مکره را در صورت تاخیر جایز می‌شمارد و با اعتقاد به غیرعدوانی بودن قتل مزبور، حکم قصاص را از مکره ساقط می‌کند. ایشان در نهایت با این استدلال که خون مسلمان نباید هدر برود، مکره را به پرداخت دیه محکوم می‌کند. (مبانی تکمله المنهاج - موسوعه ۴۲: ۱۳)

آیت الله خویی برای اینکه بتواند عدوانی بودن رفتار مکره را زایل کند به جواز قتل وی استناد کرده است، از این رو این نظریه برای اثبات جواز قتل، مبتنی بر امور ذیل است:

(الف) تزاحم حرمت قتل نفس محترمه و وجوب حفظ نفس

تزاحم یعنی تنافی بین دو حکم به سبب عدم قدرت مکلف در انجام هر دو حکم. (صدر، بحوث فی علم الاصول ۴: ۲۶) در مسئله قتل مکره، دو حکم حرمت قتل نفس محترمه و وجوب حفظ نفس در تنافی هم هستند؛ زیرا مکره از یک سو باید برای رعایت وجوب حفظ جان خود مرتکب قتل دیگری شود و از سوی دیگر، برای رعایت حرمت قتل نفس محترمه باید جان خود را در معرض هلاکت قرار دهد. از این رو، انجام این هر دو عمل برای او ناممکن خواهد شد. در نتیجه، تزاحم محقق می‌شود.

(ب) عدم ترجیح بر تزاحم بین وجود و حرمت

چون در تزاحم بین ارتکاب حرمت قتل نفس محترمه و ترک وجوب حفظ نفس، هیچ ترجیحی برای مکره وجود ندارد، باید ملتزم به تخییر شد. از این رو، انجام هر کدام از دو عمل برای مکره جایز می‌شود. بنابراین، وقتی ارتکاب قتل به دلیل تخییر در تزاحم جایز شد، عنصر عدوانی بودن نسبت به قتل مکره از بین خواهد رفت.

بر اساس این موارد، هر چند قتل مکره عمدی است، به دلیل جواز قتل، دیگر عدوانی نخواهد بود. به همین دلیل، این نظریه، قصاص را از مکره ساقط می‌کند و به دلیل هدر نرفتن خون مسلمان، او را به پرداخت دیه محکوم می‌کند.

انتقادهای نظریه پرداخت دیه

همان طور که گذشت، نظریه مشهور بر اساس ضوابط باب قصاص مرتب شده و خالی از اشکال است. در مورد نظریه پرداخت دیه باید گفت نسبت به هر دو قسمت از دلیل این نظریه، ایرادهایی وجود دارد که گریز از بعضی از آنها ممکن نیست.

ایراد اول: عدم تحقق تراحم

تحقق تراحم در مسئله قتل مکره به وجود دو حکم الزامی و جوب و حرمت وابسته است به این معنا که اگر الزام یکی از این دو حکم از بین برود، تراحم محقق نخواهد شد. بر این اساس، در مورد وجوب حفظ نفس گفته شده است: «وجوب حفظ نفس منوط بر جواز مقدمات آن است، در حالی که در اینجا چون حفظ نفس متوقف بر امر حرام یعنی قتل دیگری شده است، قدرت بر انجام آن از بین خواهد رفت و در نتیجه، وجوب منتفی خواهد شد.» (تبریزی، تنقیح مبانی الاحکام - قصاص ۴۲) بنابراین، با منتفی شدن وجوب حفظ نفس، دیگر بین وجوب و حرمت تراحمی وجود ندارد.

ایراد دوم: عدم احراز تساوی

بعد از تحقق تراحم، قتل مکره در صورتی جایز است که بین ارتکاب قتل دیگری و حفظ نفس هیچ ترجیحی وجود نداشته نباشد. این در حالی است که احراز این عدم ترجیح بین مصلحت حفظ نفس و قتل دیگری ناممکن است. آیت الله تبریزی می‌نویسد: «علاوه بر این که هیچ راهی برای احراز تساوی بین مصلحت حفظ نفس و قتل دیگری وجود ندارد، چه بسا احتمال جدی وجود دارد که مفسده قتل عمدی مؤمن بیشتر از مصلحت حفظ نفس باشد.» (تبریزی، تنقیح مبانی الاحکام - قصاص ۴۲) بنابراین، قتل مکره در صورت عدم احراز تساوی بین مصلحت حفظ نفس و قتل دیگری جایز نیست.

ایراد سوم: وجود تالی فاسد تجویز ظلم

یکی از فقه‌های هم‌عصر آیت الله خوئی در نقد نظریه ایشان می‌گوید: «التزام به این فتوا تالی فاسد دارد؛ زیرا اگر به خاطر اکراه یک ظالم قادر امر دایر شد بین قتل ۱۰ نفر و بین قتل ۱۱ نفر، باید مبادرت به قتل ۱۰ نفر کرد، در حالی که این نوعی تجویز ظلم برای ظالم قادر است.» (خوانساری، جامع المدارک ۷: ۱۸۷)

ایراد چهارم: عدم لزوم پرداخت دیه

بعد از فرض تحقق تزاحم و تخییر بین ارتکاب قتل غیر و حفظ نفس، نسبت به پرداخت دیه از جانب مکره گفته شده است: «هیچ وجهی برای وجوب پرداخت دیه از طرف قاتل وجود ندارد؛ زیرا فرض این است که قصاص از او برداشته شده است.» (قمی، مبانی منهج الصالحین ۶: ۹۹) به عبارتی، وقتی ارتکاب قتل برای مکره جایز است، پرداخت دیه از جانب او لزومی ندارد.

نتیجه

به نظر می‌رسد حکم قصاص، ادعای جدیدی نسبت به قتل مکره نیست، بلکه حکم او مطابق با ادله باب قصاص است؛ زیرا از یک سو، مکره دارای اراده و اختیار است و از این نظر با غیر مکره فرقی ندارد. از سوی دیگر نیز دلیل قابل قبولی برای خروج قتل مکره از ادله قصاص وجود ندارد.

در مقابل، نظریه پرداخت دیه باید برای اثبات ادعای خود دلیل اقامه کند. تنها دلیلی که برای عدم قصاص مکره بیان شده، وجود تزاحم و التزام به تخییر است. این دلیل قابل تردید است؛ زیرا همان طور که گذشت، در تزاحم بین ارتکاب حرمت قتل نفس محترمه و ترک وجوب حفظ نفس، انجام هر کدام از دو عمل برای مکره در صورتی جایز می‌شود که هیچ ترجیحی برای مکره وجود نداشته باشد. البته به نظر می‌رسد بین این دو عمل رجحان وجود دارد. از موارد ترجیح در بحث تزاحم می‌توان به اولویت عمل نزد شارع اشاره کرد. (مظفر، اصول الفقه ۳: ۱۷۵) بدون شک، بحث دم (کشته شدن) نزد شارع بسیار اهمیت دارد و نسبت به مال و آبرو دارای اولویت است. در مسئله قتل مکره چون از یک سو، جان مکره تهدید شده و از سوی دیگر، جان دیگری نیز مورد تعرض است، هر دو حکم وجوب حفظ نفس و حرمت قتل دیگری دارای اولویت است. با استناد به صحیح محمد بن مسلم «عَنْ

أَبِي جَعْفَرٍ عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ: إِنَّمَا جُعِلَتِ التَّقِيَّةُ لِيُحَقَّنَ بِهَا الدَّمُ، فَإِذَا بَلَغَ الدَّمُ فَلَيْسَ تَقِيَّةٌ» (کلینی، الکافی ۳: ۵۵۷) می‌توان گفت اولویت وجوب حفظ جان با گرفتن جان دیگری از بین خواهد رفت؛ زیرا در این صحیحه، هر چند شارع برای حفظ جان حتی ارتکاب معاصی را مباح می‌کند، اما وقتی این مسئله منوط به کشته شدن دیگری می‌شود، تقیه را نامشروع می‌داند. بر این اساس، حفظ جان با گرفتن جان دیگری علاوه بر این که نزد شارع اولویت ندارد، ممنوع است. از این رو، با از بین رفتن اولویت وجوب حفظ نفس، اولویت حرمت قتل دیگری باقی خواهد ماند. در نتیجه، در تراحم بین وجوب حفظ نفس و حرمت قتل دیگری، حرمت دارای رجحان اولویت است. بنابراین، با وجود رجحان مجالی برای تخییر باقی نخواهد ماند.

در نهایت، بر فرض عدم اولویت می‌توان گفت حداقل احتمال اهمیت برای حرمت قتل وجود دارد. از این رو، همان طور که عقل در صورت عدم ترجیح به تخییر حکم می‌کند، در صورت احتمال اهمیت نیز حکم به احتیاط می‌کند (مظفر، اصول الفقه ۳: ۱۷۶). از این رو، در مسئله قتل مکره در صورت تراحم بین وجوب حفظ نفس و حرمت قتل، ارتکاب قتل جایز نیست.

بنابراین در مسئله قتل مکره، نظریه محقق خوبی مبنی بر غیر عدوانی بودن قتل مکره قابل مناقشه است و ارتکاب قتل به دلیل اکراه دیگری حتی با تهدید به قتل جایز نیست. بنابراین شخص بالغ عاقلی که از روی ظلم و با تهدید به قتل، وادار به کشتن دیگری شده است؛ برای حفظ جان خود مرتکب قتل شود، علی‌رغم این که رفتار وی از روی رضایت خاطر نبوده است، محکوم به قصاص می‌شود.

فهرست منابع

۱. قرآن کریم
۲. اسدی (علامه حلّی)، حسن بن یوسف بن مطهر. تحریر الأحكام الشرعية علی مذهب الإمامية. قم: مؤسسه امام صادق (علیه السلام)، ۱۴۲۰ هـ. ق.
۳. اسدی حلّی، جمال‌الدین احمد بن محمد. المذهب البارع فی شرح المختصر النافع. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم. ۱۴۰۷ هـ. ق.
۴. اصفهانی، سید ابوالحسن. وسیلة النجاة. قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۲۲ هـ. ق.
۵. انصاری دزفولی، مرتضی بن محمد امین، کتاب المکاسب. قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵ هـ. ق.
۶. تبریزی، جواد بن علی. تنقیح مبانی الأحكام - کتاب القصاص. چاپ ۲، قم: دار الصدیقة الشهيدة سلام الله علیها، ۱۴۲۶ هـ. ق.
۷. حرّ عاملی، محمد بن حسن. وسائل الشیعة. قم: مؤسسه آل البيت (علیهم السلام). ۱۴۰۹ هـ. ق.
۸. خوانساری، سید احمد بن یوسف. جامع المدارک فی شرح مختصر النافع. چاپ ۲، قم: مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۰۵ هـ. ق.

٩. راغب اصفهانی، حسین بن محمد. مفردات ألفاظ القرآن. لبنان: دار العلم - الدار الشامیة، ١٤١٢ هـ. ق.
١٠. سیفی مازندرانی، علی اکبر. مبانی الفقه الفعّال فی القواعد الفقهیة الأساسیة. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیّه قم، ١٤٢٥ هـ. ق.
١١. شاهرودی، سید محمود. بحوث فی علم الاصول. چاپ ٣، قم: مؤسسه دائره المعارف الفقه الاسلامی، ١٤١٧ هـ. ق.
١٢. طباطبایی، سید محمدحسین. المیزان، ترجمه: سید محمدباقر موسوی. چاپ ٢٥، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیّه قم، ١٣٨٧ هـ. ش.
١٣. طباطبایی حائری، سید علی بن محمد. ریاض المسائل (ط - الحدیثه). قم: مؤسسه آل البيت (علیهم السلام)، ١٤١٨ هـ. ق.
١٤. طباطبایی قمی، سید تقی. مبانی منهاج الصالحین. قم: منشورات قلم الشرق، ١٤٢٦ هـ. ق.
١٥. طوسی، ابو جعفر محمد بن حسن. الخلاف. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیّه قم، ١٤٠٧ هـ. ق.
١٦. طوسی، ابو جعفر محمد بن حسن. المبسوط فی فقه الإمامیة. چاپ ٣، تهران: المکتبه المرتضویة لإحیاء الآثار الجغرفیة، ١٣٨٧ هـ. ق.
١٧. عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی. مسالک الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام. قم: مؤسسه المعارف الإسلامیة، ١٤١٣ هـ. ق.
١٨. فراهیدی، خلیل بن احمد. کتاب العین. چاپ ٢، قم: نشر هجرت، ١٤١٠ هـ. ق.
١٩. کلینی، ابو جعفر محمد بن یعقوب. الکافی. قم: دار الحدیث للطباعة و النشر، ١٤٢٩ هـ. ق.
٢٠. محقق حلّی، نجم الدین جعفر بن حسن. شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام. چاپ ٢، قم: مؤسسه اسماعیلیان، ١٤٠٨ هـ. ق.
٢١. محقق داماد یزدی، سید مصطفی. قواعد فقه. چاپ ٤، قم: مرکز نشر علوم اسلامی، ١٤٠٦ هـ. ق.
٢٢. مظفر، محمدرضا. اصول الفقه. چاپ ٩، قم: مؤسسه اسماعیلیان، ١٣٧٩ هـ. ش.

۲۳. موحدی لنکرانی، محمدفاضل. تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسیلة - القصاص. قم: مرکز فقهی ائمه اطهار (علیهم السلام)، ۱۴۲۱ هـ. ق.
۲۴. موسوی (شریف مرتضی)، علی بن حسین. رسائل الشریف المرتضی. قم: دار القرآن الکریم، ۱۴۰۵ هـ. ق.
۲۵. موسوی خمینی، سید روح‌الله. تحریر الوسیلة. قم: مؤسسه مطبوعات دار العلم، بی تا.
۲۶. موسوی خویی، سید ابوالقاسم. مبانی تکملة المنهاج. قم: مؤسسه احیاء آثار الإمام الخوئی. ۱۴۲۲ هـ. ق.
۲۷. موسوی خویی، سید ابوالقاسم. مصباح الفقاهة (المکاسب). بی تا.
۲۸. نجفی، محمدحسن. جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام. چاپ ۷، بیروت: دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ هـ. ق.
۲۹. نراقی، مولی احمد بن محمد مهدی. مستند الشیعة فی أحكام الشریعة. قم: مؤسسه آل البیت (علیهم السلام)، ۱۴۱۵ هـ. ق.
۳۰. واسطی، زبیدی، حنفی، محب الدین، سید محمد مرتضی حسینی. تاج العروس من جواهر القاموس. بیروت: دار الفکر للطباعة و النشر و التوزیع، ۱۴۱۴ هـ. ق.

اطلاع رسانی علمی

بهنن سام خانیانی*

BAHMANSAM3@GMAIL.COM

گزارش نشست بررسی فقهی حقوقی ضمان درک بایع در برابر مشتری

• نشست علمی بررسی فقهی حقوقی ضمان درک بایع در برابر مشتری با تاکید بر رای وحدت رویه دیوان عالی کشور مصوب ۹۳/۷/۱۵ در خصوص جبران غرامات ناشی از کاهش ارزش پول در تاریخ ۹۳/۱۰/۲۳ در مرکز آموزش های تخصصی فقه برگزار شد. در ادامه خلاصه اهم مباحث این نشست تقدیم می شود.

حجت الاسلام محقق فر مدیر مرکز و دبیر این نشست، پس از خیر مقدم گویی به اساتید و طلاب محترم، توضیحاتی مقدماتی درباره بررسی فقهی و حقوقی ضمن درک بایع در برابر مشتری با تاکید بر رای وحدت رویه در مورد پرداخت غرامات را بیان نمود.

■ در ابتدای این نشست گزارش پرونده علمی این مسئله توسط دانش پژوه محترم مرکز آقای عبدالله محمودی ارائه گردید. وی با تبیین مسئله ضمان درک و ارتباطش با کاهش ارزش پول آغاز کرد و گفت: اگر در معامله ای، مبیع، مستحق للغير در آید، بین مالک اصلی، بایع و مشتری، چند رابطه به وجود خواهد آمد که در پرونده علمی تهیه شده، صرفاً رابطه ی

به وجود آمده بین مشتری و بایع مورد بحث قرار گرفته است. وی افزود، زمانی که مبیع، مستحق للغير در آید، مالک اصلی مبیع خود را از مشتری اخذ می‌کند. مشتری نیز طبیعتاً طبق ماده ۳۹۱ قانون مدنی، به بایع رجوع کرده، ثمن معامله را پس می‌گیرد. اگر مشتری نسبت به مستحق للغير بودن مبیع، جاهل باشد، غرامات وارده را نیز می‌تواند از بایع دریافت کند.

محقق این پرونده علمی، آراء دادگاهها نسبت به پرداخت غرامات را بدین صورت دسته‌بندی کرد: دسته اول آرای قضاتی است که معتقدند هیچ غرامتی به مشتری تعلق نمی‌گیرد و فقط به تأدیه همان قیمت پرداخت شده حکم می‌دهند؛ دسته دوم آرای برخی دیگر از قضات است که با استدلال مبتنی بر کاهش ارزش پول مشتری، بایع را علاوه بر پرداخت پول اصلی، محکوم به جبران این کاهش می‌کنند؛ دسته سوم آرای قضاتی است که با در نظر گرفتن قیمت روز مبیع در همان سال استرداد، حکم به پرداخت تمام غرامات می‌کنند، چون معتقدند جبران کاهش ارزش پول، تمام خسارات وارده به مشتری را جبران نمی‌کند. با این توضیحات؛ موضوع نشست، به مسأله کاهش ارزش پول بسیار مرتبط می‌شود.

وی همچنین، خلاصه‌ای از گزارش پرونده علمی مذکور که با مشارکت برخی دیگر از طلاب مرکز تهیه شده و حاوی انظار و مبانی فقهای عظام امامیه است، ارائه نمود. محمودی با بیان اینکه در این پرونده علمی، مسأله «کاهش ارزش پول» در دو مقام مورد بحث قرار گرفته است، افزود: مقام اول به بررسی فقهی اصل جواز جبران کاهش ارزش پول پرداخته است و در مقام دوم بر فرض جبران کاهش ارزش پول، بر این سوال تمرکز شده است که آیا جبران، مصداق غرامت است یا خیر؟

مقام اول - مشروعیت جبران کاهش ارزش پول

در اصل جواز جبران کاهش پول، در بین فقهای امامیه سه دسته قول مطرح است: دسته اول معتقدند جبران کاهش ارزش پول، غیر مجاز است. قائلین به این قول مرحوم آیت الله میرزا جواد تبریزی، مرحوم آیت الله فاضل لنکرانی و آیت الله سیستانی هستند. دلیل اول این دسته از فقها، به ماهیت پول بر می گردد. ماهیت پول طبق این نظر، مثلی است. این فقها در دلیل دوم چنین گفته اند که اگر مازاد بر پول - چه پول اصلی چه مورد تبادل - به مشتری پرداخت گردد، منجر به ربا می شود.

دسته دوم از فقها، جبران کاهش ارزش پول، را نه تنها جایز، بلکه لازم و ضروری می دانند؛ این دسته از فقها به چهار دلیل تمسک کرده اند.

در دلیل اول، ماهیت پول به عنوان قدرت خرید لحاظ شده است. دلیل دوم، حدیث لاضرر است. در دلیل سوم فقها چنین گفته اند که پول مثلی نیست بلکه قیمی است؛ بنابراین هر زمان پول مورد ضمانت قرار گرفت باید قیمت آن را برگرداند و در نهایت دلیل چهارم بر این امر مبتنی است که عرف، ابرا ذمه بایع را نسبت به دین، فقط با پرداخت قیمت روز آپارتمان می داند و در این مورد تسامح نمی کند.

در دسته سوم برخی از فقها در مسئله توقف کرده، حکم به احتیاط در مصالحه دادند به نظر می رسد این نظر چندان به بحث ما مربوط نباشد.

مقام دوم - صحت اطلاق عنوان غرامت بر جبران کاهش ارزش پول در فرض اصل مشروعیت جبران

در بین فقها تصریح دقیقی مبنی بر غرامت بودن کاهش ارزش پول وجود ندارد. لذا به صورت جزئی از دفاتر مراجع تقلید نسبت به مساله استفتاء شده است. آیت الله سبحانی و آیت الله موسوی اردبیلی همچنین دفتر آیت الله بهجت به طور صریح بیان کردند که

کاهش ارزش پول تحت عنوان غرامت قرار می‌گیرد و می‌توان آن را از بایع دریافت کرد. رویه قضایی هم تا قبل از صدور رأی وحدت رویه، متفاوت بود. عده‌ای از قضات، کاهش ارزش پول را جزو غرامت می‌دانستند و دسته‌ای دیگر با این امر مخالف بودند. در نهایت دیوان عالی کشور در مهر ۹۳، کاهش ارزش پول را جزو غرامت دانست و بایع را ملزم به پرداخت آن کرد.

• پس از اتمام فرصت ارائه دانش پژوه محترم مرکز جناب آقای محمودی، دبیر جلسه ضمن تشکر از ایشان، جهت تبیین بیشتر ابعاد مساله با تاکید بر جنبه‌های حقوقی آن از جناب آقای دکتر باریکلو خواستند که مطالب خود را ارائه نمایند.

■ دکتر باریکلو در ابتدای صحبت خود، موضوع اصلی این بحث را ضمان درک دانستند و گفتند البته مساله ضمان درک با کاهش ارزش پول دو مبحث جداگانه‌ای است که در این جلسه مطالبی در زمینه ضمان درک ارائه خواهد شد.

ایشان در ادامه فرمودند که بحث ضمان درک در فقه امامیه و حقوق فرانسه اشتراکی دارد اما رویکرد این دو نظام حقوقی متفاوت است. ماده ۳۶۲ قانون مدنی ایران، عیناً مانند ماده ۱۶۲۵ فرانسه غیر از عبارت تملیک در بند اول آن است.

در ماده ۱۶۲۵ فرانسه چنین آمده است که عقد بیع بایع را ملزم به تسلیم مبیع سالم می‌کند. سالم، از حیث ماهیت مادی که کیفیت لازم را داشته باشد. همچنین سالم از حیث حقوقی؛ بنابراین که ادعایی روی آن نبوده و مورد نزاع و اختلاف نباشد. در ضمان درک ضمانت اجرای این دو ماده مورد بحث قرار گرفته است. همچنین مواد ۳۹۰ تا ۳۹۳ قانون مدنی ایران نیز در مورد ضمان درک است. این سه ماده برگرفته شده از فقه امامیه است. ابتدا مشترکات حقوق فرانسه و فقه امامیه را در ضمان درک ارائه می‌کنم و سپس به ذکر دو تفاوت بین آنها خواهیم پرداخت.

الف - اشتراک حقوق فرانسه و فقه امامیه در ضمان درک

در هر دو نظام حقوقی، به نگرانی مشتری از مستحق للغیر در آمدن مبیع توجه شده است و برای آن تدبیر اتخاذ کرده‌اند. در فقه، طبق قول شیخ انصاری بنابر قاعده اقدام، بایع، ضامن درک مبیع است؛ همانطور که در فرانسه هم اینگونه است. توضیح این که، بند دو ماده ۳۶۲ قانون مدنی ایران چنین می‌گوید که عقد بیع، بایع را ضامن درک مبیع و مشتری را ضامن درک ثمن قرار می‌دهد. اما ماده ۳۹۰ و ۳۹۱ قانون مدنی می‌گوید، بایع ضامن درک ثمن و مشتری ضامن درک مبیع است.

شیخ انصاری در کتاب «صیغ العقود و الایقات» بیان می‌دارد که بایع ضامن درک مبیع و مشتری ضامن درک ثمن است. به همین دلیل است که قانون‌گذار در ماده ۳۹۱ می‌گوید در صورت مستحق للغیر در آمدن، باید ثمن مبیع را مسترد دارد؛ نه قیمت مبیع را.

مبنای مشهور در ضمان درک بنابر آنچه شیخ انصاری مشهور منقول شیخ طوسی را روایت می‌کند، ضمان اقدام است - لانه ادخله الضمان - به این صورت که در بیع، عاریه و هبه‌ی مال غصبی، چون گیرنده؛ مال را اخذ کرده، در نتیجه بر ضمان خود اقدام کرده است. با گرفتن مال غیر، برای گیرنده مال، ضمانت ایجاد می‌شود. این عیناً همان مبنایی است که فرانسوی‌ها در بحث ضمانت بایع مطرح می‌کنند. فرانسوی‌ها بایع را ضامن درک مبیع می‌دانند، چرا که مبیع به دست بایع رسیده و بر قبض آن اقدام کرده است، پس باید ضامنش هم باشد.

البته در بند دو ماده ۳۶۲ قانون گذار بایع را ضامن درک ثمن دانسته است و این بنابر قاعده فقهی ید است. بایع بر ثمن، ید پیدا کرده بنابراین ضامن ثمن است و مشتری بر مبیع ید داشته، پس ضامن آن خواهد بود. به این دو مبنای در مواد ۳۶۲ و ۳۹۱ اشاره شده است.

ب - تفاوت فقه امامیه و حقوق فرانسه در ضمان درک

به عنوان اولین تفاوت می‌توان چنین گفت که در حقوق فرانسه قرارداد، تعهد محور است اما در فقه امامیه، اعتبار محور است. ماده ۱۸۳ قانون مدنی ایران، برگرفته از ماده ۱۱۰۱ فرانسه است، رویکرد قانونگذار فرانسه به عقد، یک رویکرد تکلیفی و تعهد محور می‌باشد به این دلیل که احکام وضعی در سیستم حقوقی غرب شناسایی نشده است در حالی که رویکرد قانون گذار ما اعتبار محور و قانون گذار به دنبال حکم شرعی بوده است.

همچنین در دومین رویکرد متفاوت می‌توان اذعان داشت که در فرانسه به منافع قراردادی طرفین قرارداد توجه شده اما در فقه امامیه به مالکیت مالی طرفین توجه شده است. در فقه امامیه پس از مستحق للغیر در آمدن مال، فقط عوض و معوض معامله، به طرفین بر می‌گردد و به منافع تقویت شده طرفین کمتر توجه شده است. در حالی که در حقوق فرانسه، منافع قراردادی یعنی منافی که طرفین قرارداد از معامله انتظار داشته‌اند، مورد توجه آنان بوده است.

منصفانه این است که بگوییم در حقوق اسلام هم به منافع قراردادی طرفین توجه شده است، اما به هر حال حقوق فرانسه به این امر اهتمام بیشتری نشان می‌دهد از جمله مواردی که فقه امامیه به منافع قراردادی توجه کرده است می‌توان قاعده غرور را برشمرد که در آن شارع به منافع مغرور توجه کرده است نمونه‌اش اطعام طاعم به مال خودش است؛ شارع در این مورد حکم به جبران منافع طاعم کرده است. همچنین نمونه دیگر توجه فقه امامیه به منافع قراردادی در خرید مال غصبی است که لازم است بحث تفصیلی آن در محل خود مطرح شود. در صورتی که پول مبنای جبران خسارت قرار گیرد و کاهش ارزش پول به عنوان یک خسارت تلقی شود، سه ایراد اساسی قابل طرح است.

دکتر باریکلو در پایان با وارد کردن سه ایراد بر اینکه کاهش ارزش پول خسارت تلقی شود به این نظر قائل شدند که در اینجا همان واحد پول مدنظر باید باشد نه قدرت خرید.

تفصیل این موارد به شرح زیر است:

اولین ایراد این است که در این صورت باید برای تمام دیون پولی، از زمان بدهی تا تاریخ پرداخت، این کاهش ارزش در نظر گرفته شود؛ در حالی که اکثراً به آن ملتزم نیستند. دومین ایراد به وجود آمدن غرر است. و آخرین ایراد این است که در این صورت در معاملات موجل، میزان ثمن، معلوم نمی‌گردد یعنی معلوم نیست در تاریخ ادای دین، چه مبلغی باید پرداخت شود. از طرفی از جمله شرایط قراردادها که از احکام وضعی است و حتماً باید مشخص باشد، معلومیت ثمن است و با جبران کاهش پول، این معلومیت محقق نمی‌شود و این نتیجه‌اش چیزی جز بطلان معامله نخواهد بود.

لذا ناچاریم بگوییم همان تعداد شمارشی پول یا همان واحد پولی باید مدنظر باشد نه آن قدرت خرید.

در پایان راهکارهای مناسب، زمانی که مبیع در این پرونده قضایی آپارتمان، مستحق للغير در آمد چنین پیشنهاد می‌شود. به عنوان راهکار اول باید بررسی کرد این پولی که بایع از مشتری دریافت کرده در کجا سرمایه گذاری کرده است، مشتری می‌تواند آن سرمایه را بردارد. و نهایتاً در راهکار دوم می‌توان به استرداد مثل ثمن، (یعنی قیمت روز مبیع) حکم شود.

به عنوان نکته پایانی می‌توان گفت که رای وحدت رویه مذکور با پایه خود که رای دادگاه تجدیدنظر تبریز است، سازگاری ندارد. این دادگاه در این رای حکم به پرداخت مابه التفاوت قیمت روز ملک با قیمت زمان انعقاد قرارداد کرده بود و اصلاً توجهی به کاهش ارزش پول نداشت تا ملاک رای وحدت رویه قرار گیرد.

دبیر جلسه ضمن تشکر از جناب آقای دکتر باریکلو، حجت الاسلام والمسلمین فاضل را به ایراد مطالب خود دعوت کرد.

■ استاد محمد هادی فاضل، در ابتدا گفتند که لازم است در این مسأله، مبانی کاهش

ارزش پول مشخص و واضح شود تا در بحث ضمان درک دچار مشکل نشویم. آقای دکتر به یکی از مبانی ضمان درک با دو دیدگاه مختلف در فقه و حقوق فرانسه اشاره کردند. ما هم با مبنای جبران کاهش ارزش پول و مشخص کردن این که پول مثلی یا قیمی است، به بحث ضمان درک خواهیم پرداخت. با این روش، مصداق غرامت و این که اصلاً غرامت در ضمان درک وجود دارد یا خیر، واضح خواهد شد. اگر پول قیمی دانسته شد، در صورت مستحق للغير در آمدن مبیع، صدق عنوان غرامت، دشوار است.

ایشان در ادامه افزود که در فقه ابتدا به حقیقت بیع اشاره شده است سپس تعهدات الزام آور بعد آن مطرح می‌گردد. اما در فرانسه از همان ابتدا فقط به تعهداتی که بعد از بیع به وجود می‌آید توجه شده است. عمده تعهدات در فقه مربوط به احکام وضعی است. بنابراین تعهد در فقه هم وجود دارد. حال اگر مبیع، مستحقاً للغير در آید، بایع در هر صورت تعهد دارد؛ اما سوال این است که بایع به چه چیزی متعهد است؟ اگر گفتیم بایع ثمن را متعهد است یعنی ثمنی که با آن می‌توان امروز یک آپارتمان هشتاد متری خرید، پس تعهد هم نسبت به همین مقدار است و هیچ غرامتی در کار نیست.

استاد فاضل رأی وحدت رویه را دچار تناقض دانستند و در این خصوص گفتند که در این رای از طرفی به جبران کاهش ارزش ثمن و از طرف دیگر به اطلاق لفظ غرامت در جبران خسارت بایع، اشاره شده است و این دو با هم سازگار نیست. دیوان عالی کشور در بحث جبران کاهش پول به ماده ۳۹۱ و اطلاق لفظ غرامت در آن استناد کرده و با این کار در حقیقت جبران کاهش ارزش پول را به سبب غرامت می‌داند؛ نه به عنوان جبران اصل مال. به هر صورت اگر پول را قیمی دانستیم و قیمت روز بازار را ملاک جبران قرار دادیم یا حتی اگر پول را مثلی دانستیم، ولی قدرت خرید را در مثلیت دخیل دانستیم، در این صورت دیگر کاهش ارزش پول، کاهش اسمی خواهد بود و اصلاً کاهش قیمت صورت نگرفته است. قائلین به کاهش ارزش پول می‌گویند «همان پول»، یعنی «همین پول امروز». اما

کسانی که کاهش ارزش پول را قبول ندارند، این نوع تفسیر از «همان» را نپذیرفته و «همان» را عیناً «همان پول سابق» می‌دانند. به هر صورت نزاع بر سر مصداق «همان» است. بنابراین تفسیری که از «همان» کردیم، دیگر غرامت و خسارت معنا ندارد. پولی که سابقاً مشتری به بایع داده است الان «همان پول» را - البته به قیمت امروز - بایع به او پس می‌دهد در نتیجه برای غرامت جایی نمی‌ماند. وقتی کسی بگوید در صورت کاهش ارزش پول باید غرامت داد، یعنی این پول، همان پول نیست.

در فقه، ذیل مبحث مستحق للغير در آمدن مبیع، به هزینه‌هایی که بایع بر روی مال انجام داده است غرامت گفته شده است. مثلاً بایع در زمین درختکاری کرده یا ساختمان را تعمیر کرده است همه این موارد غراماتی بر بایع است که باید جبران گردد. با این توضیحات، پرداخت غرامت از باب جبران کاهش پول نیست.

در فقه شیعه دو مبنا در جبران خسارت کاهش ارزش پول وجود دارد. در مبنای اول که در حقیقت به مبانی ماهیت پول بر می‌گردد اگر پول را قیمی دانستیم یا این که پول را مثلی دانسته اما قدرت خرید را در مثلی بودن لحاظ کردیم، اصلاً بحث ضرر و جبران کاهش بی معناست، چون ضرری در کار نیست و ضرری به مشتری وارد نشده؛ او همان پولش را گرفته است. در مبنای دوم که تمسک آن به لاضرر است، ضمان درک و جبران کاهش ارزش پول، یکی از مصادیق لاضرر است. استناد به لاضرر در اینجا دست کم دو ایراد دارد. اول اینکه با این مبنا ضرر طرف مقابل - یعنی بایع - در نظر گرفته نمی‌شود و دومین ایراد اینکه لاضرر فقط نفی حکم می‌کند و عاجز از اثبات حکم است.

در ادامه استاد فاضل گفتند که در مورد جبران کاهش ارزش پول چهار نظر عمده قابل طرح است. بنابر نظر اول، فقط همان پول عیناً به همان مقدار باید به مشتری داده شود. و مطابق نظر دوم برای محاسبه و پرداخت خسارت کاهش ارزش، ملاک محاسبه بانک مرکزی در تورم است. پرداخت خسارت با این محاسبه مبلغ ناچیز است. در نظر سوم، قیمت

روز پول را باید به عنوان خسارت پرداخت. و نهایتاً بنابر نظر آخر تورم خود مبیع به قیمت روز، باید در نظر گرفته شود.

در پایان جناب استاد فاضل اقوال عمده فقها در مورد ماهیت پول را به چهار دسته طبقه‌بندی کردند و هر کدام را به صورت مختصر توضیح دادند. ایشان گفتند که از منظر برخی فقها ماهیت پول مثلی است؛ در نگاه برخی دیگر از این بزرگواران پول قیمی است؛ و از منظر گروهی نیز پول هم قیمی و هم مثلی است و نهایتاً در نظر آخر پول نه قیمی و نه مثلی است.

جناب استاد فاضل توضیح تفصیلی این انظار و مبانی آنها را نیازمند فرصتی موسع دانستند. در پایان ایشان افزودند بعضی فقها در نپذیرفتن جبران کاهش پول و فتوا به پرداخت همان پول زمان معامله، به پیش آمدن ربا استناد می‌کنند. همچنین دلیل دوم برای نپذیرفتن جبران کاهش پول، روایاتی است که از پرداخت مازاد منع می‌کند. دلیل سوم قائلین به عدم افزایش عرف است. بنابر اعتقاد ایشان عرف به پرداخت مازاد از پول اصلی، حکم نمی‌کند و فقط پرداخت همان پول قبل را واجب می‌داند.

• این جلسه با پرسش و پاسخ طلاب و استادان دنبال شد. همچنین اعلام گردید که در جلسه نشست بعدی، ماهیت فقهی و حقوقی طلاق قضایی با حضور اساتید به بحث گذاشته خواهد شد.

پوریا جوکار*

Pouryajokar1994@gmail.com

آشنایی اجمالی با مرکز آزمایشگاهی پزشکی قانونی کهریزک

اشاره

سازمان پزشکی قانونی از جمله سازمان‌های زیر نظر قوه قضائیه می‌باشد که آشنایی با ابعاد مختلف آن برای متقاضیان قضاوت امری ضروری محسوب می‌شود. گروهی از طلاب مرکز آموزش‌های تخصصی فقه، وابسته به مدرسه علمیه حضرت ولیعصر (عج)، در راستای ارتقای سطح حقوقی طلاب خویش و آشنایی بیشتر با دستگاه‌های مرتبط با قوه قضائیه، در تاریخ (۹۳/۱۰/۳۰)، از مرکز تحقیقات و آزمایشگاهی سازمان پزشکی قانونی در کهریزک بازدید کردند. آنچه در ادامه خواهد آمد، گزارشی از این بازدید و جایگاه پزشکی قانونی کهریزک، وظایف آن و فرآیند معاینات مربوطه می‌باشد.

جایگاه پزشکی قانونی کهریزک

وارد سالن که می‌شوید بوی فرمالین از چندین متر دورتر به مشام می‌رسد. خیلی‌ها فکر می‌کنند این بوی مرده‌ها است! در اینجا اجساد افرادی نگهداری می‌شود که به قتل می‌رسند، در سوانح کشته می‌شوند، مسموم یا خفه می‌شوند، از ارتفاع سقوط می‌کنند یا ... در خصوص قتل این افراد سؤالاتی مطرح می‌شود. سؤالاتی مانند اینکه، زمان دقیق قتل چه زمانی بوده است؟ علت مرگ چیست؟ جسد پیدا شده آیا نسبتی با پرونده یک جنایت دارد یا نه؟ اینها و هزاران سوال دیگر، هر روز در آزمایشگاه پزشکی قانونی کهریزک پاسخ داده می‌شود.

بطور کلی سه دسته از مرگ‌ها به پزشکی قانونی کهریزک ارجاع داده می‌شوند: (۱) مرگ‌های غیرطبیعی؛ مثل جنایت‌ها، مسمومیت‌ها، خودکشی‌ها، خفه‌شدگی‌ها، تصادفات، حوادث وسائل نقلیه و حوادث گوناگون در منزل و محیط کار. (۲) مرگ‌های طبیعی که در شرایط غیر عادی رخ می‌دهند؛ مثل مرگ در زندان، درمانگاه‌های اورژانس یا منزل. (۳) مرگ‌هایی که به هر صورت، امکان دارد شکایتی در پی داشته باشند.

مقام قضایی برای کشف حقیقت در فرآیند دادرسی کیفری، نیازمند اطلاعات علمی و تخصصی پزشک است، که با معاینه دقیق و تجزیه و تحلیل اطلاعات پیچیده مربوط به ساختار بدن انسان و نیز نتایج فنی حاصله، قاضی را یاری می‌نماید. به استناد ماده ۱۳۶ قانون آئین دادرسی کیفری: «بازپرس، برای معاینه جراحات، آثار و علائم ضرب، صدمات جسمی، آسیب‌های روانی و سایر معاینات و آزمایش‌های پزشکی، نظر پزشکی قانونی را اخذ یا حسب مورد، از وی دعوت می‌کند.» البته دعوت از پزشک قانونی فقط در هنگام لزوم است. ماده ۱۲۸ همین قانون مقرر می‌دارد: «کارشناس رسمی یا خبره، از قبیل پزشک، داروساز، مهندس و ارزیاب، هنگامی دعوت می‌شوند که اظهار نظر آنان، از جهت علمی یا فنی یا معلومات مخصوص، لازم باشد.»

به استناد بند اول ماده ۱ قانون تشکیل سازمان پزشکی قانونی کشور، هیچ جسدی بدون حکم مرجع قضایی، به پزشکی قانونی فرستاده نمی‌شود. پزشک قانونی در صورت ارسال جسد دارای مجوز، ملزم به دریافت و انجام دستورات مقام قضایی است و در صورت تخلف از انجام آن، طبق تبصره ۲ ماده ۱ این قانون برخورد می‌شود. به استناد تبصره ۱ ماده ۱ همین قانون، اظهار نظر پزشکی قانونی باید مستدل، روشن و متضمن شرح مشهودات و معاینات و مبتنی بر مدارک و ملاحظات علمی و آزمایشگاهی و با استفاده از روش‌های جدید و نتیجه‌گیری کافی باشد؛ هرچند ملزم به نظر قطعی نیست.

وظایف پزشکی قانونی کهریزک

مرگ، جنازه و سردخانه، مفاهیمی هستند که با شنیدن نام پزشکی قانونی در ذهن تداعی می‌شوند. اما به گفته مسئولان این سازمان، کمتر از ۵ درصد وظایف این سازمان به این امور مربوط است. به استناد ماده ۱ قانون تشکیل سازمان پزشکی قانونی کشور، وظایف آزمایشگاه‌های سازمان پزشکی قانونی کشور را می‌توان در ۳ محور خدماتی، تحقیقی و آموزشی خلاصه کرد طبقه‌بندی کرد.

محور خدماتی شامل انجام امور آزمایشگاهی و پاراکلینیکی، تشخیص هویت، کالبدگشایی و تشریح اجساد در پاسخ به استعلامات مراجع قضایی و انتظامی و نیز خدمات مشاوره‌ای آزمایشگاهی به منظور مساعدت در جریان دادرسی قضایی و جلوگیری از اطلاع دادرسی است. محور تحقیقی شامل انجام پژوهش و تحقیق با موضوعات آزمایشگاهی قانونی، ارتقای روش‌های آزمایشگاهی و به روز شدن آنها، راه‌اندازی روش‌های جدید در پاسخ به موضوعات و نیازهای جدید آزمایشگاهی و نیز تبادلات پژوهشی مورد نیاز با مراکز پژوهشی داخل و خارج از کشور است. محور آموزشی نیز شامل آموزش دستیاران پزشکی قانونی، کارشناسان سم‌شناسی داخل و خارج از سازمان، کارشناسان رشته‌های مختلف برای تربیت آنها برای

مراکز شهرستان‌ها، اجرای برنامه بازآموزی علوم آزمایشگاهی قانونی و تبادل علمی با مراکز آموزشی داخل و خارج از کشور است، می‌باشد.

فرایند معاینه جسد در پزشکی قانونی کهریزک

۱. معاینه ظاهری

بدن فرد فوت شده می‌تواند شاهد گویایی از وقوع جرم یا حدوث واقعه‌ای باشد. در بسیاری از موارد، در جسد علایمی دیده می‌شود که از نحوه حدوث مرگ حکایت می‌کند. تنها چیزی که در شناسایی جسد معتبر است، شماره ثبت شده توسط پزشکی قانونی است و پزشک معاینه‌کننده، جسد را با این شماره می‌شناسد.

در معاینه ظاهری باید به دقت به بررسی آثار ظاهری هرگونه ضرب و جرح و شکستگی در آن پرداخت. خراشیدگی‌ها، زخم‌ها، کبودی‌ها، شکستگی‌های استخوانی، دررفتگی‌های مفاصل، آثار سوختگی و وضعیت دندان‌ها را باید کاملاً توصیف کرد. بعد از مرگ، علائم و تغییراتی روی جسد ایجاد می‌شود. کبودی جسد یکی از آن علائم است. کبودی، بیشتر در مرکز ثقل بدن ظاهر می‌شود؛ مثلاً کسی که به دار آویخته شود، پاهای وی به سبب جاذبه، سنگینی بدن را متحمل می‌شود و بیشتر کبود می‌شود.

شایان ذکر است که پزشک قانونی می‌تواند بر اساس حالات بدن و دمای آن، زمان تقریبی مرگ را حدس بزند؛ مثلاً جسد در صورتی که، گرم، نرم و بدون کبودی نعشی باشد، فرد حدوداً ۳ تا ۶ ساعت قبل فوت کرده است. در صورتی که جسد، نیمه گرم و دارای سختی باشد و کبودی نعش آن، با فشار زائل گردد، ۶ تا ۱۲ ساعت از مرگ گذشته است. در صورتی که جسد، سرد، سخت و دارای کبودی نعشی ثابت ولی فاقد فساد نعشی باشد، نشان می‌دهد که مرگ، ۲۴ تا ۴۸ ساعت قبل حادث شده است و اگر جسد دارای لکه سبز شکمی و فاقد سختی نعشی باشد، فرد بیش از ۳۶ ساعت قبل فوت کرده است.

۲. کالبد‌گشایی

پس از معاینهٔ ظاهری باید جسد را کالبد‌گشایی کرد. این کار به سه روش یک خطی، دوخطی و بیضوی انجام می‌گیرد که هر کدام خصوصیت خود را داراست. روشی که در کشور ما معمول است، روش یک خطی است. در این روش، جهت کالبد‌گشایی ناحیهٔ گردن، قفسهٔ سینه و شکم، برشی در وسط بدن از چانه تا ناحیهٔ استخوان عانه (بالای مثانه) صورت می‌پذیرد. حسن این روش آن است که بعد از پایان کالبد‌گشایی، با دوختن دو لبهٔ بریدگی به یکدیگر، شستشوی جسد و کفن و دفن آن راحت‌تر است.

برای باز کردن ناحیهٔ سر و جمجمه هم لازم است برشی از پشت لالهٔ یک گوش، از محل رویش مو در خط وسط به طرف فرق سر، و از آنجا تا پشت لالهٔ گوش مقابل ایجاد شود؛ سپس پوست قطعات پشتی و جلویی را تا زیر پیشانی و انتهای ناحیهٔ پس‌سری پایین می‌کشیم، به طوری که تمام استخوان‌های سر نمایان شود. در مرحلهٔ بعد، حفرهٔ استخوان جمجمه، از ناحیهٔ پیشانی تا ناحیهٔ پس‌سری با اهر برش داده می‌شود. بدین ترتیب نسوج مغزی به خوبی دیده می‌شود و مورد معاینه قرار می‌گیرد.

۳. آزمایشگاه و نمونه‌برداری

گاه لازم است در مسیر کالبد‌گشایی‌ها و معاینه‌های پزشکان قانونی، نمونه‌هایی برای ارسال به آزمایشگاه‌های سم‌شناسی و آسیب‌شناسی برداشته شود. در این صورت نمونه‌هایی از بافت‌های مغز، قلب، کبد و ریه برای بررسی‌های میکروسکوپی و نیز نمونه‌هایی از خون، ادرار و محتویات معده و در صورت ضرورت از سایر ترشحات بدن، جهت بررسی‌های سم‌شناسی تهیه و به آزمایشگاه‌های مربوطه ارسال می‌گردد.

سخن پایانی

در پایان، ضمن تشکر از مسئولین مرکز و عرض خسته نباشید به مسئولین و خدمتگزاران عزیز در پزشکی قانونی کهریزک، تذکر این نکته ضروری است که با توجه به اهتمام شارع مقدس به حفظ حقوق مسلمانان و احترام به آنان؛ حتی بعد از مرگ، شایسته است مراکز علمی در حوزه فقه و حقوق، پژوهش‌های بیشتری پیرامون پزشکی قانونی مطرح کنند تا به تمام سوالات و ابهامات این سازمان پاسخ داده شود.

الملخصات

المترجم: محسن الشيرى*

١. قضية الإشراف على الإدعاء العام، نقض الحكم وإعادة البت في الفقه الإمامية

على ابوحسينى الدرزي

حكمُ القاضى فى اكثر النظمات الحقوقية قطعى و نافذ لا يمكن نقضه لقاضٍ آخر. هكذا فى النظام الحقوقى الإيرانى قرارُ المحاكم معتبرٌ و قطعى؛ لكن ليس اعتباره و قطعيته بمطلق بل فى بعض الصور يلزم إعادة النظر و نقض الحكم حسبما قرره القانون و من الجائز نقض الحكم لقاضٍ آخر. الى جانب ذلك، فى المادة ٣١٣ من قانون المحاكمات المدنية خصّ جهات طلب إعادة النظر بالذكر. و من جانب آخر وفقاً لمادة ١٦١ من الدستور الايرانى، جعل منصب الإشراف على حسن اجراء القوانين فى المحاكم على عهدة مجلس الدولة للقضاء و هو قد يؤدى الى نقض الحكم. ان الفحص عن الموضوع فى فقه الاماميه يحكى عن أنّ الفقهاء ايضاً يرون حكمَ القاضى معتبراً و غير قابلٍ للنقض مع جواز الإشراف على عمل القاضى لقاضٍ آخر و أنّ عندهم هناك مصاديق لوجوب نقض الحكم.

* من طلاب المرحلة الاولى من المستوى الرابع فى الحوزة العلمية بقم المقدسة و المركز التخصصى لدراسه الفقه

٢. تحليل المبانى الفقهية للمادة ٣١٣ من قانون المحاكمات المدنية حول الادعاء العام

الغير الوجاهى

حسين حاجى حسيني

من المسائل التى يبحث عنه فى كتب اكثر الفقهاء القضاء على الغائب و محل الخلاف بين القوم هو صحة الاستناد الى بعض الادلة و كفيته. كافة فقهاء الاماميه و العامة غير أبى حنيفة، على صحة الحكم الغيائى و مستند هذه الجماعة هو عموم نصّ القرآن، اطلاق ادلة البيّنة، قاعده نفى الضرر، الاجماع، و بعض الروايات. و على ازاء مسلك الجماعة، أُسْتُدِلَّ على عدم الصحة بدليل دفع الضرر و بعض الروايات. هنا فى هذه السطور يبحث عن ادلة الموافقين و المخالفين و يذكر كيفية استدلالهم على مطلوبهم.

٣. الإعتداء الجنسى على المغشى عليه، نقد عقوبة الإعدام بشكل مطلق فى قانون

العقوبات الاسلامية ١٣٩٢

فاضل الحدادى

تصدى قانون العقوبات الاسلامية مصوّب ٢٩٣١ لقضية الزنا بالمغشى عليه - مع عدم تعرّض القانون القديم - و عدّه من الاكراه بالزنا (الزنا بالعنف). هناك منهج المقتنّ فى هذا القانون و سائر القوانين، التمسك بمجرد الرضا و عدم الاعتناء بسائر القيود كالقهر والغلبة. أمّا الفقهاء فعندهم ثلاثة آراء، واحدٌ منها مطابق لما فى القانون. فى هذه المقالة، محاولةٌ لشرح هذه الآراء الثلاثة و بيان أنّ بين مفهوم الطّواعة و الفّشيان تقابلاً الملكة و عدمها و أنّ الفّشيان ليست فيه شائئةً ملكة الطّواعة و لا يصدق عليه عدم الملكة ايضاً. بناءً على هذا الأساس لا يمكن إثارة قضية الغصب و عدمه على المغشى عليه بما أنّ عنصر الطّواعة و عدمها دخيل فى مفهوم الغصب. فالنتيجة أنّ الاعتداءات على المغشى عليه خارجة عن إطار الزنا الإكراهى طرّاً و الحكم فيها الجلد فى صورة عدم الاحسان. لكن لو فسرنا تقابلاً تلك المفهومين بشكل آخر، خرج حكم الاعتداء على المغشى عليه عن هذا الاطلاق و انما خرج عن قضية الزنا الاكراهى (الزنا بالعنف) بعض الموارد.

٤. تقييم دلالة آية المحاربة على البغى والإفساد في الارض

بورياجوكار

المشهور بل طرّف الفقهاء على اختصاص العقوبات الأربعة المذكورة في آية المحاربة (المائدة/٣٣) بتشريع حدّ المحاربة. مع ذلك استدلّ بعض الفقهاء بقاء «يُحاربون الله ورسوله» على انحصار محاربة المسلمين في البغى أو شاملة له واستنبطوا عقوبة البغى من هذه الآية، وهكذا ثلّة أخرى منهم علّلوا بقوله: «يسعون في الارض فساداً» تشريع حدّ المحاربة بالإفساد، واستخرجوا جريمة الإفساد في الارض منها، وهذه المقالة تدعّم رأي المشهور واختصاص دلالة الآية الشريفة بتشريع حدّ المحاربة في ضوء الروايات وأقوال الأجلّاء من الفقهاء والمفسّرين من الامامية.

٥. قصاص المُكْرَه في فقه الإمامية اتّجهاً على نقد نظرية المحقّق الخوئير حمه الله

عبدالله المحمودي

من العوامل المؤثّرة على الإزادة وأخذ الخُطّة اختياريّاً والممانعة عن تحقق العمل طوعياً هو الإكراه. هناك للإكراه أثر على عمل المُكْرَه حيث يرتفع عنه الآثارُ التكليفية والوضعية. ثم إنّ المشهور من الفقهاء لا يرون جواز القتل حتى مع التوعّد بالقتل فلا يتحقق الإكراه في باب القتل و نظراً إلى هذه النظرية يُحكّم على المُكْرَه بالتعود لعمومات القصاص واطلاق صحيحة زرارة، و على إزاء مسلك المشهور رأى المحقّق الخوئير حمه الله حيث أدرج المسألة في باب التزام و ذهب الى جواز القتل في صورة التخيير واستدلّ على ثبوت الدية بدليل "لا يُطَلُّ دَمُ امرئٍ مسلمٍ". هناك في هذه السطور محاولة نقد رأي المحقّق الخوئير حمه الله و اثبات نظرية المشهور من قصاص المُكْرَه.