

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

فقه امروز که پیچیدگی در استدلال و ظرافت همراه با استحکام برخوردار است، می تواند در تکمیل و پیشرفت دانش حقوق، مورد استفاده قرار گیرد و راه های تازه ای را در برابر محققان مراکز حقوقی جهان بگشاید.

(پیام مقام معظم رهبری به نخستین کنگره علمی تخصصی دایره المعارف فقه اسلامی، ۱۴/۹/۱۳۷۴)



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



مجله علمی دانش پژوهان مرکز آموزش‌های تخصصی فقه
شماره چهار - پاییز ۱۳۹۴

صاحب امتیاز: مرکز آموزش‌های تخصصی فقه

مدیر مسئول: مهدی محقق فر

سر دبیر: مهدی طهماسبی

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

مدیر داخلی: حسین صبوری

مترجم چکیده‌ها: محسن شیری

مشاور علمی این شماره: حجت الاسلام والمسلمین محمدهادی فاضل

مشاور روشی: مهدی طهماسبی، مهدی محقق فر

مشاور ارزشیابی ترجمه انگلیسی: مهدی طهماسبی، محمدصادق دهقان

ویراستار: محمدصادق دهقان

طراح و گرافیک: محمد صداقت

حروف چین و صفحه‌آرا: علی جواد دهقان

قیمت: ۵۰۰۰ تومان

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 / طلاب امروز؛ فرزندان معنوی عالمان دیروز

مقالات

- ۱۱ اعتبار شهادت زوج علیه زوجه زائیه در فقه امامیه و پیامدهای حقوقی آن / حسن امینی نسب
- ۲۷ ماهیت حکم وضعی و تفاوت آن با حکم تکلیفی از منظر اصولیون شیعه / رضا عسکری
- ۴۳ اسقاط عمدی جنین؛ قصاص یا دیه؟ / حامد پارسا
- ۶۱ مجاری طلاق قضایی و شرایط آن در فقه امامیه و قانون مدنی ایران / علی ابو حسینی درزی
- ۸۳ ترجمه مدخل «Rights» (حق‌ها) از دایره‌المعارف استنفورد / علی جواد دهمقان، محمد طاهر آسا

اطلاعات علمی

- ۱۳۱ گزارش نشست پزشکی قانونی / محسن بافنده اسلام دوست
- ۱۳۹ خلاصه نشست نقد رأی با موضوع تسبیب و تقصیر / سعید دودمانی

۱۴۷ الملخصات

شیوه‌نگارش مقالات علمی

نکات کلی

۱. مقاله علمی و ادعاهایی که در آن ارائه می‌شود باید مستند و مستدل باشد. فرض آن است که مخاطب هیچ مطلبی را قبول نمی‌کند، لذا تمام مطالب حتی اگر نزدیک به بداهه باشد باید مدلل و مستند باشد.
۲. مقاله علمی پژوهشی حداکثر باید ۲۰ صفحه و حتماً مشتمل بر یک سخن تازه و نظریه بدیع باشد، صرف تدوین و جمع بندی کافی نیست.
۳. شیوه تدوین مقالات علمی با پایان نامه و سایر مقالات و گزارش های 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 حاشیه ۲/۵ سانتی متر از چهار طرف و فاصله سطور ۱۲ میلی متر با رابانه تایپ و تمام صفحات مقاله پشت سر هم شماره گذاری و تهیه شود. در هر صفحه حداکثر ۳۰۰ تا ۳۳۰ کلمه و حداکثر ۲۲ خط.

ب: شیوه نگارش و ارجاع دهی

۱. در صفحه اول اسم محققین و رتبه علمی محقق و آدرس ایمیل به همراه چکیده مقاله و کلمات کلیدی و در صفحه دوم به بعد مقدمه و سپس متن مقاله و نهایتاً نتیجه و بعد از آن منابع نوشته شود.
۲. ارجاع منابع و مآخذ، در متن مقاله در پایان نقل قول یا موضوع استفاده شده داخل پرانتز به شکل زیر آورده شود:
منابع فارسی: (نام خانوادگی مؤلف، نام کتاب، شماره جلد، 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.

طلاب امروز، فرزندان معنوی عالمان دیروز

آشنایی با سیره علمی فقیهان بزرگ حوزه و تلاش‌های علمی آنان می‌تواند فقه‌آموزان جوان حوزه را در تحصیل و تحقیق، مصمم و پر نشاط کند. طلاب با مطالعه منابع معتبر تاریخی می‌توانند از تجربه چندین نسل از نیکان علمی خود آگاه شوند و از سنت‌های اصیل آنان بهره بردارند. از جمله این مجموعه‌های ارزشمند می‌توان امل الآمل تألیف شیخ حر عاملی، ریاض العلماء و حیاض الفضلا نوشته افندی، اعیان الشیعه از سید محسن امین عاملی و الذریعه الی تصانیف الشیعه و طبقات اعلام الشیعه اثر آقا بزرگ تهرانی را نام برد.

از این رو، مجله رسائل سعی می‌کند هر از چند گاهی، سیره علمی و آثار تحقیقی برخی از فقهای شیعه را بازخوانی کند. در این شماره، نکاتی درباره سیره علمی مرحوم سید جواد عاملی و ویژگی‌های پژوهشی مفتاح الکرامه، اثر منحصر به فرد ایشان تقدیم می‌شود. برای طراوت و ظرافت بیش‌تر متن حاضر، گاهی از نقل مستقیم تعبیرهای مرحوم عاملی یا تاریخ‌نویسان معزز استفاده شده است.

مفتاح الکرامه، مرجعی معتبر در تحصیل شهرت و اجماعات اصحاب

مطالعه دقیق دیدگاه‌های فقهای پیشین یکی از بایسته‌های پژوهشی در دانش فقه محسوب می‌شود. این بایسته، در تلاش‌های علمی محقق عاملی به ویژه کتاب مفتاح الکرامه ایشان بسیار برجسته است. عاملی، مفتاح الکرامه را به امر استاد خود، شیخ جعفر کاشف الغطاء نوشته‌اند. استاد از ایشان خواست در هر مسئله اختلافی، اقوال فقها را ذکر کند و اجماعات و شهرت‌های آنها را مستند به کتاب‌های شان بیابد و اگر اصحاب در استدلال، دلیلی نیاورده باشند، آن را ذکر کند. این امثال، از سال ۱۱۹۷، شروع و تا دو سال قبل از فوت استاد یعنی ۱۲۲۶ هـ. ق. به مدت سی سال طول کشید و نتیجه این امثال، مرجعیت مفتاح الکرامه در بین فقهای شیعه برای نقل اجماعات و شهرت‌های فقهی است؛ مرجعی قابل اطمینان، با دقتی کم‌نظیر، روشی بدیع و با مراجعه مستقیم به کتاب‌های آنان.

مرحوم عاملی، درخواست استاد خویش را برای نگارش این کتاب، در خطبه کتابش چنین

شرح داده است:

... قال (كاشف الغطاء) دام الله تعالى حراسته: أحب أن تعمد إلى قواعد الإمام العلامة أعلى الله تعالى في الجنان مقامه فتنظر إلى كل مسألة اختلفت فيها كلمات الأصحاب و تنقل أقوالهم و تضيف إلى ذلك نقل شهرتهم و إجماعهم و تذكر أسماء الكتب التي ذكر فيها ذلك و إذا عثرت على دليل في المسألة لم يذكره فادكره و منته و اذكر عند اختلاف الأخبار مذاهب العامة على وجه الاختصار ليكمل نفعه و يعظم وقعه ... فامتثلت أمره الشريف ...

منزلت علمی محقق عاملی و مفتاح الكرامه در تراث فقهی شیعه

مفتاح الكرامه و سید جواد عاملی در فقه شیعه منزلت علمی ویژه‌ای دارند. اعتماد علمی مرحوم کاشف الغطاء به شاگردش، محقق عاملی، قرینه‌ای بر این منزلت است. این اعتماد وقتی به طور کامل درک می‌شود که به منزلت فقهی خود کاشف الغطاء توجه شود. کاشف الغطاء تسلط عجیبی بر ابواب فقهی داشت به طوری که از ایشان نقل شده است: «اگر جمیع متون و مدارک فقه شیعه از بین برود، من قادر هستم همه فقه را از ابتدا تا انتها از حفظ بنویسم» (عباس قمی، فوائدالرضویه، ۷۰). این استاد با این جلالت فقهی، از بین تمامی شاگردان فاضل خود که در تألیف نیز دستی داشتند، عاملی را برگزید.

هم‌چنین رجوع فقهای بسیاری به این اثر در تحقیقات خود، دلیلی بر موفقیت مفتاح الكرامه در شیوه بررسی دقیق سابقه تتبعات فقها و پیشینه نگاری تحقیقات فقهی و هم‌چنین جایگاه علمی نویسنده آن در فقه است. مثلاً صاحب جواهر با تمام جلالت شأن خود در میان مؤلفان فقه شیعه، در تمامی مواردی که صاحب مفتاح به نقل اقوال و بیان شهرت‌ها و اجماع‌ها پرداخته، به آن اعتماد کرده است. آیت الله بروجردی با توجه به عنایت خود به تتبع اقوال فقها در سبک کار فقهی‌اش و اعتماد به مفتاح الكرامه در این زمینه، بعد از نزول اجلاس در کرسی درس خارج فقه در قم، این کتاب را بین طلاب علوم دینی رواج داد که این کتاب پس از مدتی کم‌یاب شد. (منتظری، «مبانی و سبک استنباط آیت الله بروجردی»، حوزه، ۴۳ و ۴۴: ۲۴۵-۲۷۴).

مفتاح الكرامه از منظر موقعیت تاریخی مؤلف در بین فقها و هم‌چنین سن ایشان هنگام تصنیف قابل توجه است. چون کتاب در اواخر عمر مؤلف تألیف شده، خلاصه افکار فقهی محقق عاملی است. علاوه بر این، حلقه وصل دیدگاه‌های فقهی استادان بزرگوارش همچون سید محمد مهدی طباطبایی (مشهور به بحر العلوم) و شیخ جعفر کاشف الغطاء و شاگردانی هم‌چون شیخ محمد حسن نجفی (صاحب جواهر الکلام) و شیخ حسن بن جعفر کاشف الغطاءست.

استقامت و سخت‌کوشی کم‌نظیر محقق عاملی در تحقیق

مؤلف در نگارش این کتاب، تلاشی شبانه‌روزی داشت به طوری که بسیاری از کتاب‌ها را در نیمه‌های شب یا نزدیک فجر و حتی برخی از آن‌ها را در شب‌های اعیاد یا قدر به پایان رساند.^۱ هم‌چنین مؤلف، استقامتی ستودنی در تدوین این کتاب داشت. ایشان در سال‌های ۱۳۲۱ تا ۱۳۲۶ هـ. ق. در حالی که شهر نجف اشرف و کربلای معلی و حله به محاصره وهابی‌ها درآمده بود، برخی از مجلدات مفتاح‌الکرامه را نگاشت. ایشان در پایان برخی از مجلدات اثرش، از اوضاع آشفته اجتماعی هنگام تألیف کتاب به تلخی یاد می‌کند:

وقد وفق الله سبحانه وتعالى بمني و يمنه و بركة خير خلقه سيدنا محمد و آله صلوات الله عليهم أجمعين لإتمام هذا الجلد في أول شهر ربيع الأول سنة ١٣٢١ ألف و مائتين و إحدى و عشرين من الهجرة مع تشتت الأحوال و اشتغال البال بما نابنا من الخارجي الملعون في أرض نجد فإنه اخترع ما اخترع في الدين و أباح دماء المسلمين و تخريب قبور الأئمة المعصومين عليهم صلوات رب العالمين فأغار سنة ١٣١٦ ستة عشر على مشهد الحسين عليه السلام و قتل الرجال و الأطفال و أخذ الأموال و عات في الحضرة المقدسة فخر ببنائها و هدم أركانها ثم إنه بعد ذلك استولى على مكة المشرفة و المدينة المنورة و فعل بالقيح ما فعل ... (عاملی، مفتاح‌الکرامه ۱۷: ۱۸۸)

کتاب‌خانه غنی مرحوم عاملی، شاهدهی بر روش ایشان در نقل اقوال

نتیجه‌ی اهتمام محقق عاملی بر نقل بدون واسطه اقوال فقها، جمع‌آوری کتاب‌خانه باارزشی از نسخه‌های خطی است که از کتاب‌خانه‌های غنی در زمان خود محسوب می‌شد و در این گنجینه، منابع اصیل یک تحقیق گسترده فقهی نگه‌داری می‌شد. مرحوم سید محسن امین این کتاب‌خانه را در اعیان‌الشیعه چنین توصیف کرده است:

مکتبته، کانت له مکتبة غنية بكتب الفقه و الحديث و الرجال و غيرها حاوية لجميع كتب الفقه و الحديث أو جملها للقدماء و المتأخرين كما يدل عليه نقله عنها في مفتاح‌الکرامه بغير واسطة و کلها کانت مخطوطة لأن فن الطباعة لم یکن قد انتشر يومئذ. (امین عاملی ۴: ۲۹۳).

۱. ذکر زمان اتمام برخی از کتاب‌های مفتاح در خطبه پایانی آن‌ها مؤید این جدیت علمی است. مثل: «الحمد لله كما هو أهله أولا و آخرها و باطنها و الصلاة والسلام على خير خلقه أجمعين محمد و آله الطاهرين المعصومين و قد من الله سبحانه بفضله و إحسانه و بركة محمد و آله صلى الله عليه و آله لإتمام هذا الجزء من كتاب مفتاح‌الکرامه بعد انتصاف الليل من الليلة التاسعة من شهر رمضان المبارك سنة ألف و مائتين و خمس و عشرين على يد مصنفه الأقل الأذل محمد الجواد الحسيني الحسني الموسوي العاملي». (۷: ۶۵۳).

احترام به استادان، سرلوحه اخلاق علمی صاحب مفتاح الكرامه

از دیگر ویژگی‌های محقق عاملی، احترام فوق‌العاده ایشان به استادان خود است. ایشان بسیار متواضعانه، همه نوآوری‌های علمی خود را به استادانش نسبت می‌دهد. این هضم نفس و به تعبیری، شکسته‌نفسی این عالم بزرگ، نشانه صفای باطن، دل‌دادگی صرف به حقیقت و پرهیز از تکبر علمی است. صاحب أعيان الشيعة در این باره می‌گوید:

أما تعظيمه لأهل العلم و لا سيما مشايخه فلم يعهد مثله من غيره قديما و حديثا كما يظهر من ديباجات كتبه و قال بعض العلماء ما رأيت مصنفا كصاحب مفتاح الكرامة فإنه و إن نسب جميع ما حققه من مصنفاته إلى مشايخه هضما لنفسه و قال في خطبة بعض مصنفاته: ما كان فيها من تحقيق سمين فهو للأستاذ و ما كان فيه من غش فهو لي، و هذا ما رأيت من غير المصنفين. (همان ۴: ۲۹۰-۲۹۱)

گره زدن زلف تحقیق و معنویت در حوزه

میرزا محمد تنکابنی در قصص العلماء (۱۷۳) نقل کرده است که روزی سید بحر العلوم برای تدریس نیامد. شاگردانش ناراحت شدند. بدین سبب، سید جواد را که مورد اعتماد بحر العلوم بود، نزد ایشان فرستادند. سید جواد علت نیامدن استاد را جویا شد. استاد فرمود: «من پس از نیمه‌های شب، برای سرکشی به مدرسه می‌آیم و قدم می‌زنم. به تازگی وقتی آمدم، چراغ حجره‌ها را در سحر خاموش دیدم و همه در خواب به سر می‌بردند و از تضرع آن‌ها خبری نبود. به همین علت، من حاضر نیستم برای کسانی که نماز شب و تضرع و ناله‌های سحرگاهی را ترك می‌کنند، درس بگویم!» می‌گویند وقتی این کلام بحر العلوم در میان شاگردان، زبان به زبان پیچید، صدای زمزمه‌های «یا رب، یا رب» شاگردان، دیگر بار در نیمه‌های شب به آسمان بالا رفت. سید عالی‌مقام نیز با اطمینان خاطر بر کرسی تدریس نشست.

در تاریخ حوزه‌های علمیه شیعه، زلف علم به اخلاق و معنویت این گونه گره زده می‌شد.

نصیحت محقق عاملی به فرزندان معنوی خود

در پایان، توصیه عالم بزرگ، مرحوم عاملی به فرزندان معنوی خود یعنی طلاب علوم دینی

در پایان جلد نهم یعنی کتاب الاقرار مفتاح الكرامه به عنوان حسن ختام نقل می‌شود:
و أوصي إخواني بالجد و الجهد و الاشتغال و تتبع الأخبار و الأقوال مع كمال الضبط و عدم التحويل على الانفال و بالاشتغال في الليل و النهار و أن لا يغادر من أوقاتهم في غير تحصیل و بالزهد في هذه الدنيا فإن الميل إليها أفة التحصيل. أعلى الله مقامهم و زاد الله امثالهم.

مقالات

رسائل

مجله علمی دانش پژوهان مرکز آموزش های تخصصی فقه

شماره ۴، پاییز ۱۳۹۴

صفحات ۱۱ تا ۲۶

حسن امینی نسب*

Amininasab206@gmail.com

اعتبار شهادت زوج علیه زوجه زانیه در فقه امامیه و پیامدهای حقوقی آن

چکیده

اگر زوج جزو شهود اقامه شده برای اثبات زناى زوجه اش قرار بگیرد، قبول یا ردّ شهادت وی در اثبات حدّ زنا بر آن زن نقش بسیار مهمی خواهد داشت. این در حالی است که بیان صریحی در قانون نسبت به این امر وجود ندارد. فقها در این موضوع، دو نظریه مخالف هم دارند. عده زیادی از فقها چنین شهادتی را بدون اشکال می‌دانند و بدین ترتیب، زوجه را مستحق حدّ زنا می‌شمارند. در مقابل، دسته‌ی دیگری از فقها چنین شهادتی را مردود و شهود را به دلیل تکمیل نشدن تعداد، مستحق حدّ قذف می‌دانند. هر دو طرف برای نظر خویش، مستندات ذکری می‌کنند که فی الجمله ناتمام هستند. در قوانین فعلی نیز می‌توان قرینه‌هایی برای هر یک از دو قول پیدا کرد، ولی در این مورد، مصوبه‌ای خاص ندارد. پس لازم است تحقیق بیش‌تری در این باره صورت بگیرد.

مقاله حاضر با تبیین هر دو قول و بررسی ادله و بیان نقاط ضعف و قوت آنها، نظریه عدم اعتبار شهادت زوج بر زناى زوجه را انتخاب و به پی‌آمدهای حقوقی این مسئله اشاره کرده است.

کلیدواژگان

حدّ زنا، شهود اربعه، زوجه زانیه، شهادت زوج، حد قذف.

مقدمه

یکی از مسائل بااهمیت در فقه و حقوق جزا، بحث از ادله اثباتی در حدود است. فقها با توجه به خصوصیات منحصر به فرد مجازات‌های حدی به ویژه حدّ زنا، در کتب خود به صورت مستقل به بررسی ادله اثباتی این پدیده مجرمانه پرداخته و به فروض مختلفی در این موضوع اشاره کرده‌اند. با این حال، قانون‌گذار در قانون مجازات اسلامی در بخش پنجم این قانون که با عنوان ادله اثبات در امور کیفری معین شده، ادله اثبات را در همه جرایم اعم از حدی و غیر آن به صورت کلی آورده است. این امر سبب شده است برخی از مسائلی که در فقه به آن پرداخته شده و از اختصاصات مباحث حدّ زنا و طرق اثبات آن است، در قانون مجازات مسکوت بماند که اعتبار شهادت زوج علیه زوجه در مورد زنا، یکی از آنهاست. از سوی دیگر، در شکایات کیفری اعمال منافی عفت به ویژه پرونده‌های مربوط به زنا، زنان شوهردار که برای اثبات آن به شهادت استناد شده است، مشاهده می‌شود شوهر زانیه نیز جزو شهود معرفی شده به دادگاه قرار دارد. در چنین موردهایی، این سؤال مطرح می‌شود که آیا در پرونده‌های مشابه، شهادت پذیرفتنی است؟

قانون‌گذار در ماده ۱۷۷ قانون مجازات اسلامی، شرایط شاهد را بیان کرده، ولی به این موضوع اشاره نکرده است. در مواد ۱۹۹ و ۲۰۰ قانون مجازات اسلامی نیز که نصاب و شرایط شهادت را در باب زنا بیان می‌کند، به این موضوع نپرداخته است. بنابراین، برای پاسخ به این سؤال، به مقرره خاصی نمی‌توان استناد کرد، بلکه راهکار مناسب این موضوع را باید از منابع فقهی که منشأ قانون‌گذاری است یا نظریه‌های حقوقی به دست آورد. با وجود پژوهش‌های انجام شده در کتاب‌های مرتبط و مقالات نگاشته شده در موضوعات مرتبط، در ادبیات حقوقی، منبع خاصی یافت نشد که این موضوع را تبیین کرده باشد. بنابراین، تنها منبع، آرای فقها در این موضوع است. فقها در این موضوع اختلاف نظر دارند و همین اختلاف نظر سبب شده است به دو دسته تقسیم شوند. دسته‌ی اول، قائل به قبول شهادت زوج علیه زوجه و اثبات زنا، زوجه هستند. در مقابل، دسته‌ی دوم از فقها معتقدند شهادت زوج پذیرفته نیست و حدّ ثابت نمی‌شود. در این مقاله، پس از تبیین نظریه‌های فقها در این موضوع، مستندات دو دسته‌ی، ارزیابی و با تحلیل ادله کتابی و روایی موجود در مسئله، قول مختار بیان شده است. در پایان نیز پی‌آمدهای حقوقی بحث مطرح شده است.

تبیین نظریه‌های فقها

نظریه اول - اعتبار شهادت زوج بر زنای زوجه

الف - بیان نظریه

با دقت در نظرات پیروان هر دو گروه چنین به دست می‌آید که نظریه گروه نخست در میان دو قول، مشهورتر است یعنی به اصطلاح اصولی، فتوای گروه نخست در این موضوع، قول اَشْهَر است. در اَشْهَر بودن قول دسته‌ی نخست همین بس که آیت‌الله خوبی که از فقهای دسته‌ی دوم است، در این مورد می‌فرماید: «إِذَا شَهِدَ أَرْبَعَةَ رِجَالٍ عَلَى امْرَأَةٍ بِالزَّانَا، وَكَانَ أَحَدُهُمْ زَوْجَهَا، فَلَا أَكْثَرَ عَلَى أَنَّهُ يَثْبُتُ الزَّانَا وَتَحَدُّ الْمَرْأَةُ». (مبانی تکملة المنهاج - موسوعة ۴۱: ۲۲۲) همانطور که از عبارت آیت‌الله خوبی نمایان است، فقهای این دسته، شهادت زوج را علیه زوجه متهم به زنا قبول می‌کنند و بدین وسیله، زنای زوجه را ثابت و او را مستحق حد می‌دانند. شیخ طوسی که از فقهای این گروه است، می‌فرماید: «وَ إِذَا شَهِدَ أَرْبَعَةٌ نَفْرًا عَلَى امْرَأَةٍ بِالزَّانَا، أَحَدُهُمْ زَوْجُهَا، وَجَبَ عَلَيْهَا الْحَدُّ». (النهاية في مجرد الفقه و الفتاوى ۶۹۰) ایشان در کتاب الوسیله الی نیل الفضیلة نیز به این امر اشاره می‌کند. هم‌چنین محقق حلی بعد از اشاره به وجود دو قول در مورد فرع فقهی یاد شده در شرایع الاسلام (۴: ۱۴۵)، اصل را بر پذیرش شهادت زوج می‌داند. ابن ادریس (السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی ۳: ۴۳۰)، شهید ثانی، نجفی (جواهر الکلام ۳۴: ۸۲، ۴۱: ۳۶۵) و فاضل هندی (کشف اللثام ۱۰: ۴۸۵) را نیز می‌توان در شمار این گروه دانست. شهید ثانی در مسالک، قائل به پذیرش شهادت زوج است و می‌فرماید:

اگر چهار نفر به زنای زنی شهادت دهند، در حالی که یکی از آن‌ها، شوهر آن زن است، این شهادت قبول می‌شود و حد ثابت می‌گردد؛ چون مقتضی برای پذیرش چنین شهادتی موجود است و مانعی هم در پذیرش این شهادت در کار نیست. (۱۴: ۳۹۳)

از میان فقهای معاصر که با این گروه موافق هستند، به آیات عظام گلپایگانی و منتظری می‌توان اشاره کرد.

ب - مستندات نظریه

فقهای قائل به اعتبار شهادت زوج بر زنای زوجه به ادله‌ای استناد کرده‌اند. در ادامه به تبیین مختصر هر یک پرداخته خواهد شد.

۱. عموماً و اطلاقات ادله، دال بر ثبوت زنا به وسیله بی‌نه اربعه است و در آن‌ها میان وجود رابطه زوجیت بین شاهد و مشهود علیه فرقی وجود ندارد. در واقع، اصل بر تفاوت نداشتن میان زوج و غیر او در پذیرش شهادت است. به نظر می‌رسد نزد گروه نخست، شهادت زوج نسبت به

زوجه موضوعیت خاصی ندارد و مانند دیگر موارد، اصل را بر پذیرش شهادت می‌دانند، مگر در صورت وجود موانع یا نبود شرایط لازم که بدین دلیل، شهادتش پذیرفته نیست و گرنه مانعی در پذیرش شهادت زوج نیست. شهید ثانی در مسالک از این اصل به وجود مقتضی برای پذیرش شهود اربعه در این بحث یاد کرده و فرموده است که مانعی در پذیرش شهادت وجود ندارد؛ چون دلیلی، آن اطلاقات را تخصیص نزنده است. لذا به علت وجود مقتضی و عدم مانع این شهادت معتبر است. (همان)

۲. در این بحث، یک مؤید روایی موجود است. شهید ثانی در این باره می‌فرماید: «و یؤیده روایة ابراهیم بن نعیم عن الصادق (ع): «أنه سأله عن أربعة شهدوا علی امرأة بالزنا أحدهم زوجها، قال: تجوز شهادتهم». و المراد بالجواز هنا الصحّة؛ و مؤید قول نخست، روایت ابراهیم بن نعیم از امام صادق (ع) است که وقتی از ایشان در مورد چهار نفر مردی سؤال شد که بر زناهی زنی گواهی داده بودند و شوهر آن زن، یکی از آنها بود، فرمود: شهادت شهود جایز است. مراد امام از جواز شهادت در این روایت، صحت این شهادت است.» (همان)

آیات عظام، گلپایگانی و منتظری برای تقویت نظریه نخست، مؤیدات دیگری بیان کرده‌اند که عبارتند از:

۱. اولویت داشتن پذیرش شهادت زوج علیه زوجه: ایشان این مؤید خود را این گونه توضیح می‌دهند که پذیرش شهادت زوج علیه زوجه نسبت به غیر او اولویت دارد. علت این اولویت آن است که زوج به امری شهادت می‌دهد که به ضرر خودش است و به واسطه این شهادت زمینه هتک عرض خود را فراهم می‌آورد. پس شهادت زوج در این مقام نظیر اقرار بر ضرر خود است. به همین دلیل، شهادت او در ردیف شهادت‌های چهارگانه‌ای قرار می‌گیرد که زنا به موجب آن ثابت می‌شود. (الدر المنضود ۱: ۴۷۴)

این بیان در کلام فاضل هندی نیز مشهود است. ایشان در این مورد می‌فرماید: «و أصله عدم الفرق بین الزوج و غیره، بل أولویته بالقبول، لما فیہ من هتک عرضه». (کشف اللثام ۸: ۳۳۰) آیت‌الله منتظری نیز به این امر اشاره کرده است و می‌فرماید: «بل لعله اولی بالقبول لهتک عرضه». (کتاب الحدود ۱۲۱)

۲. آیه ششم سوره نور «وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ»: این آیه مشعر به این معنی است که زوج می‌تواند شاهد باشد اگر به وسیله او، تعداد شهود کامل می‌شود. استثنای یاد شده در آیه در استثنای متصل ظهور دارد. آیت‌الله منتظری هنگام استفاده از این آیه برای اثبات مقصود خویش می‌فرماید: «این آیه اشعار دارد که زوج می‌تواند شخصاً به عنوان شاهد قرار گیرد. چگونه نتواند به عنوان یکی از شهود محسوب شود در حالی که چهار مرتبه اقرار او به منزله چهار شهادت است؟»

۳. آیه پانزدهم سوره نساء «فَاسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِّنْكُمْ»: آیت‌الله منتظری این آیه را به عنوان مؤید ذکر کرده است و می‌فرماید: «در صورتی می‌توان از این آیه به عنوان مؤید استفاده کرد که خطاب این آیه را متوجه به حاکمان بدانیم نه به ازواج»؛ (کتاب الحدود ۱۲۱) چون در این صورت، زوج می‌تواند جزو شهود اربعه قرار گیرد.

نظریه دوم - عدم اعتبار شهادت زوج بر زناى زوجه الف - بیان نظریه

گروه دوم از فقها شهادت زوج علیه زوجه زانیه را نمی‌پذیرند که از این فقها به شیخ صدوق (المقنع ۴۴۰)، قاضی ابن براج (المهذب ۲: ۵۲۵)، ابی الصلاح حلبی (الکافی فی الفقه ۴۱۵)، فخرالمحققین (ایضاح الفوائد ۳: ۴۵۷ و ۴۵۸) و آیت‌الله خویی (مبانی تکملة المنهاج - موسوعه ۴۱: ۲۲۲) می‌توان اشاره کرد. آنان معتقدند اگر زوج به عنوان یکی از چهار شاهد بخوهد علیه زوجه شهادت دهد، شهادت وی پذیرفته نخواهد شد و شهود مستحق حدّ قذف خواهند شد. البته زوج می‌تواند به وسیله لعان، حدّ قذف را از خود ساقط کند. صاحب کتاب الکافی فی الفقه فرموده است: «اگر زوج به عنوان یکی از چهار شاهد قرار گرفت، سه شاهد دیگر حدّ قذف می‌خورند و زوج برای رهایی از حدّ قذف، لعان می‌کند». (الکافی فی الفقه ۴۱۵) آیت‌الله خویی نیز در کتاب مبانی تکملة المنهاج بعد از اشاره به فتوای فقهای دسته‌ی نخست و بیان مستندات ایشان به همین مطلب اشاره می‌کند. (مبانی تکملة المنهاج - موسوعه ۴۱: ۲۲۲)

ب - مستندات نظریه

آیت‌الله خویی مستندات فتوای این دسته از فقها را اینگونه برمی‌شمارد:

۱. اطلاق آیه ۱۰ سوره نساء: آیه «وَ اللَّاتِي يَأْتِيَنَّ الْفَاحِشَةَ مِنْ نِسَائِكُمْ فَاسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِّنْكُمْ فَإِنْ شَهِدُوا فَأَمْسِكُوهُنَّ فِي الْبُيُوتِ حَتَّىٰ يَتَوَفَّاهُنَّ الْمَوْتُ أَوْ يَجْعَلَ اللَّهُ لَهُنَّ سَبِيلًا» دلالت می‌کند که غیر از زوج به چهار شاهد نیاز است. آیت‌الله خویی در این باره می‌فرماید: دلالت این آیه بر مدعای ما مضافاً بر وجود اطلاق در آیه برای ارائه چهار شاهد بدین نحو است که آن چه از ظاهر آیه متبادر به ذهن می‌شود، این است که اگر زوج، همسرش را متهم به زنا کرد، لابد از این است که چهار شاهد بر ادعای خود اقامه کند و الا برای رهایی از قذف می‌بایست لعان کند. (مبانی تکملة المنهاج - موسوعه ۴۱: ۲۲۲)

۲. وجود ادله‌ی روایی موجود در بحث، مانند صحیح‌ه مسمع از امام صادق (ع) و روایت زراره: «این روایت بیان می‌دارد در مورد چهار مردی که به زناى زنی شهادت داده بودند و یکی از آنها، شوهر آن زن بود، امام فرمود: سه شاهد موجود حدّ قذف می‌خورند و زوج لعان می‌کند و

بین زوجین جدایی ایجاد می‌شود و آن زن بر آن مرد، حرام ابد می‌شود. روایت زراره هم معنایی نزدیک به صحیح‌ه مسموع دارد». (همان)

۳. قاضی ابن براج برای مستند قول خویش می‌فرماید: «لأنَّ زَوْجَهَا فِي حَكْمِ الْخَصْمِ لَهَا، وَ شَهَادَةُ الْخَصْمِ عَلَى خَصْمِهِ فِي الْأَمْرِ الَّذِي هُوَ خَصْمُهُ فِيهِ لَيْسَتْ بِمَقْبُولَةٍ، وَإِذَا كَانَ الْأَمْرُ عَلَى ذَلِكَ لَمْ يَبْقَ غَيْرَ ثَلَاثَةٍ، فَيَجِبُ عَلَيْهِمْ حَدُّ الْفَرِيَةِ؛ ЧОН شَوْهَرِ أَنْ زَنْ دَر حَكْمِ خَصْمِ أَوْسْتِ وَ شَهَادَتِ خَصْمِ عَلَيْهِ خَصْمِش دَر مَوْرِدِي كِه شَاهِدْ، خَصْمِ مَشْهُودُ عَلَيْهِ اسْتِ، پَذِيرْفْتِه نَيْسْتِ، شَهَادَتِ يَكِي از شَهُودِ بِي اِعْتِبَارِ اسْتِ وَ دَر مَوْرِدِ سِه شَاهِدِ بَاقِي مَانْدِه، حَدِّ قَذْفِ جَارِي مِي شُودِ». (المهذب ۲: ۵۲۵)

البته این دلیل در جایی مفید است که زوج ابتدائاً مدعی زناي زوجه باشد؛ چون در این صورت، او به عنوان مدعی است و نمی‌تواند شخصاً بر ادعای خود شهادت دهد، بلکه باید چهار شاهد غیر از خود اقامه کند. به همین دلیل، اگر مثلاً شخص ثالثی، مدعی زناي زنی باشد و به عنوان شهود، چهار مرد را حاضر کند، درحالی‌که یکی از آنها، شوهر آن زانیه است، به این دلیل نمی‌توان استناد کرد؛ چون دیگر، زوج در حکم مدعی نیست.

نکته دیگر این است که هیچ یک از فقهای دو گروه در جایی که زوج، مدعی زنا باشد، شهادت وی را مقبول نمی‌دانند؛ چون شهادت زوج به دلیل نداشتن یکی از شرایط شاهد شرعی پذیرفته نیست و آن شرط هم عبارت است از تهمت نزدن. در جایی که شاهد با شهادتش، نفعی برای خود ایجاد می‌کند یا ضرری از خود دفع می‌کند، شهادت وی پذیرفته نخواهد شد و در این جا زوج با این شهادت می‌خواهد حدّ قذف را از خود بردارد. شهید ثانی هم از فقهای گروه نخست، در بیان یکی از شرایط شاهد که تهمت نزدن است، می‌فرماید: «و لا فرق في التهمة المانعة بين كون الشهادة جالبة لنفع كما ذكر، أو دافعة لضرر عن الشاهد، كشهادة الزوج بزنا زوجته التي قذفها على الأظهر». (مسالك الأفهام ۱۴: ۱۹) در الروضة البهية در همین باب به این مطلب اشاره شده است. (الروضة البهية ۳: ۱۳۲) هم‌چنین فخر المحققین در بیان مستند این گروه از فقها به همین بیان قاضی ابن براج اشاره می‌کند و می‌فرماید: «احتج الأولون بأن للزوج حقاً في إثبات الزنا لما فيه من التصرف في حقه و هتك ستره و عرضه فهو المدعى فلا تقبل شهادته لنفسه». (إيضاح الفوائد ۳: ۴۵۸)

ارزیابی نظریه‌های فقها الف - بررسی ادله روایی

در مورد این فرع فقهی، سه روایت موجود است:

۱. روایت اول: «مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ بِإِسْنَادِهِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ أَحْمَدَ بْنِ يَحْيَى عَنِ الْعَبَّاسِ بْنِ مَعْرُوفٍ عَنْ عَبْدِ بْنِ كَثِيرٍ عَنْ إِبرَاهِيمَ بْنِ نَعِيمٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (ع) قَالَ سَأَلْتُهُ عَنْ أَرْبَعَةٍ شَهِدُوا عَلَى امْرَأَةٍ بِالزَّانَا أَحَدُهُمْ زَوْجُهَا قَالَ تَجُوزُ شَهَادَتُهُمْ». (وسائل الشيعة ۲۲: ۴۳۲)

دسته‌ی نخست فقیهان با تمسک به این روایت، آن را مستند خود ذکر کرده‌اند. آیت‌الله گلپایگانی، از فقهای گروه نخست در مورد این روایت می‌فرماید: «و هذا الرواية صريحة في قبول شهادة الزوج مع الثلاثة على زنا زوجته و نفوذ تلك الشهادة». (الدر المنضود ۱: ۴۷۳) این روایت ضعف سندی دارد، چنان‌که آیت‌الله منتظری، از مدافعان فتوای گروه نخست در مورد این روایت می‌فرماید: «و في السند عباد بن كثير، و هو غير موثق». (كتاب الحدود ۱۲۱) حال ممکن است در این مورد گفته شود که ضعف سندی این روایت به دلیل عمل مشهور، جبران می‌شود و در واقع، عمل مشهور جابر ضعف سند است، چنان‌که این بیان در سخن فقها به چشم می‌خورد. در پاسخ می‌توان گفت:

یک - با توجه به تتبعی که انجام شد، چنین استنباط می‌شود که نظر دسته‌ی دوم هم طرفداران زیادی بین فقها دارد. همان‌طور که در ابتدای فصل اشاره شد، هر دو قول دارای شهرتند، ولی قول نخست، آشهر است. با توجه به این نکته می‌توان گفت شهرت عملی که بنا بر نظر مشهور علمای اصول، جابر ضعف سند است، در مورد روایت زراره نیز که از مستندات دسته‌ی دوم بود، مصداق پیدا می‌کند.

دو - این بحث، بحثی مبنایی است که در صورت پذیرش آن در علم اصول فقه می‌تواند در این جا به کار رود، ولی برخی از علما مانند آیت‌الله خویی این مبنا را نپذیرفته‌اند. پس بررسی آن به تتبع مسئله در علم اصول فقه نیازمند است و با جهت بحث در این مقام سازگاری ندارد.

۲. روایت دوم: «مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ عِيْسَى عَنْ (إِسْمَاعِيلَ بْنِ خِرَاشٍ) عَنْ زُرَّارَةَ عَنْ أَحَدِهِمَا ع فِي أَرْبَعَةٍ شَهِدُوا عَلَى امْرَأَةٍ بِالزَّانَا أَحَدُهُمْ زَوْجُهَا قَالَ يُلَاعِنُ الزَّوْجَ وَ يُجْلِدُ الْآخَرُونَ». (وسائل الشيعة ۲۲: ۴۳۳)

این روایت، موافق نظر گروه دوم فقهاست. آیت‌الله تبریزی، از فقهای گروه دوم در مورد این روایت می‌فرماید: «و هذه الرواية في سندها إسماعيل بن خراش، و هو مجهول». (أسس الحدود و التعزيرات ۸۱) بنابراین، روایت یادشده نیز از نظر سندی ایراد دارد و این روایت به تنهایی نمی‌تواند دلیل فقها باشد.

۳. روایت سوم: «مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ عَنِ الْحُسَيْنِ بْنِ سَعِيدٍ عَنِ ابْنِ مَحْبُوبٍ عَنِ (إِبْرَاهِيمَ بْنِ نُعَيْمٍ) عَنِ أَبِي سَيَّارٍ مَسْمَعٍ عَنِ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع فِي أَرْبَعَةِ شَهَدُوا عَلَى امْرَأَةٍ بِفُجُورٍ أَحَدُهُمْ زَوْجُهَا قَالَ يُجْلِدُونَ الثَّلَاثَةَ وَيَلَاعِنُهَا زَوْجُهَا وَيَفَرِّقُ بَيْنَهُمَا وَلَا تَحِلُّ لَهُ أَبَدًا». (وسائل الشیعة ۲: ۴۳۳)

به نظر می‌رسد این روایت از نظر سندی ایرادی نداشته باشد. آیت‌الله خویی که از صاحب‌نظران در علم رجال است، این روایت را صحیحه می‌داند. آیت‌الله منتظری در این مورد بحثی مطرح کرده است که به نظر می‌رسد از نظر ایشان، این روایت نیز از نظر سندی قابل‌خداشه باشد: «الثانیة ما رواه ابو سیار مسمع [...] و فی سندھا نعیم بن ابراهیم، و هو مجهول کذا فی التهذیب و الفقیه، نعم فی الوسائل ابراهیم بن نعیم، و لکن الظاهر هو القلب و الاشتباه، فراجع». (کتاب الحدود ۱۲۲) البته ارباب رجال صحت سند این روایت را پذیرفته‌اند. پس به نظر می‌رسد ایراد ایشان وارد نیست و روایت مسمع از نظر سندی تمام باشد. نکته قابل توجه آن است که بزرگانی مانند شهید ثانی و صاحب جواهر به روایت صحیحه مسمع اشاره نکرده‌اند. این امر سبب تعجب آیت‌الله خویی از این دو فقیه شده است. ایشان در این مورد می‌فرماید:

جای بسی تعجب است که صاحب جواهر و شهید ثانی در مسالک از این صحیحه غفلت کرده و گمان کرده‌اند آن چه بر نفی شهادت زوج در زنا دلالت می‌کند، منحصر به روایت زراره است. پس بیان کرده‌اند که این روایت ضعیف است و امکان اعتماد بر آن نیست. (مبانی تکملة المنهاج - موسوعة ۴۱: ۲۲۳)

با توجه به مطالبی که شرح آن گذشت، مشخص شد شهادت زوج نسبت به زوجه و قرار گرفتن زوج جزء شهود اربعه زمانی موجب اختلاف در مسئله می‌شود که زوج مدعی زنا نباشد؛ یعنی در جایی که زوج ابتدا همسرش را قذف می‌کند، به اتفاق نظر همه فقها، زوج باید چهار شاهد به غیر از خود برای ادعای خویش بیاورد. آیت‌الله خویی در این مورد می‌فرماید:

همانا اختلاف در جایی است که چهار شاهد مجتمعاً به زنا زنی شهادت دهند، در حالی که یکی از آنها، شوهر آن زن باشد. در جایی که مدعی زنا ابتدائاً زوج باشد، ظاهر در مسئله آن است که هیچ اختلافی نیست که در این صورت، زوج باید چهار شاهد غیر از خود اقامه کند، چنان‌که در صورت قذف غیر همسرش، وضعیت همین طور است. (همان)

با دقت در ادله و مستندات طرفین می‌توان چنین گفت که هر دو گروه بر این ادله ایراد وارد کرده‌اند. در واقع، هر فقیه‌ای که به این بحث پرداخته، ابتدائاً این ادله را بررسی کرده و با نقض و ابرام آنها، در نهایت، به یکی از دو قول متمایل شده است. اولین بحث در این مسئله، بررسی ادله روایی در موضوع بحث است. به همین دلیل، پیروان نظریه گروه نخست تلاش کرده‌اند

روایت زراره را که از مستندات گروه دوم است، توجیه کنند. شیخ طوسی در مورد این روایت که مخالف پذیرش شهادت زوج است، می‌فرماید:

این روایت بر موردی حمل می‌شود که شهود تعدیل نشده و عدالتشان احراز نشده یا در اقامه شهادت بین ایشان اختلاف حاصل شده یا در بعضی از شرایط اعتبار شهادت شهود، اختلالی موجود بوده است، اما در جایی که شرایط شهادت، بی‌اشکال باشد، حکم همان است که بیان شد؛ یعنی حکم، جواز پذیرش شهادت شهود است. (النهایة فی مجرد الفقه و الفتاوی ۶۹۰)

این بیان در کلام ابن ادریس حلی نیز به چشم می‌خورد. هم‌چنین محقق حلی کوشیده است دو روایت را جمع کند و از این طریق به مقصود خود برسد. ایشان با پیروی از سبک شیخ طوسی، اختلاف دو روایت را این‌گونه جمع کرده است: «الرابعة: إذا كان الزوج أحد الأربعة فيه روايتان: و وجه الجمع، سقوط الحد إن اختل بعض شروط الشهادة [...] و ثبوت الحد إن لم يسبق بالکذب و لم یختل بعض الشرائط؛ چهارم: در این که هرگاه زوج یکی از شهود چهارگانه برای اثبات زناى زوجه باشد، دو روایت است که وجه جمع آن به این صورت است که اگر بعضی از شرایط شهادت دچار اختلال شد، حدّ ساقط می‌شود [...] و اگر شرایط شاهد دچار اختلال نشده باشد و شهادت، مسبوق به کذب نباشد، حدّ ثابت می‌گردد». (شرائع الإسلام ۴: ۱۴۵)

در مورد جمعی که برخی فقها انجام داده‌اند، این ایرادها قابل طرح است:

۱. در مقام جمع روایات، ابتدا باید قابلیت تعارض، هر چند بدوی، بین دو روایت موجود باشد. آن‌گاه اگر قابلیت طرد یا ترجیح هیچ کدام از دو خبر موجود نبود، به جمع دو خبر پرداخت. در مورد این بحث، یک خبر ضعیف وجود دارد و یک خبر صحیح. به نظر می‌رسد روایت ابراهیم بن نعیم توان معارضه با صحیح مسمع را ندارد و نوبت به جمع دو خبر نمی‌رسد. آیت‌الله خوئی نیز به این مطلب تصریح کرده است و می‌فرماید: «مأروایة ابراهیم بن نعیم فہی ضعیفة بعاد بن کثیر، فإنہ لم یرد فیہ توثیق و لا مدح، فلا تصلح لمعارضة صحیحة مسمع المؤیدة بإطلاق الآیة الکریمة؛ اما روایت ابراهیم بن نعیم به دلیل وجود فرد ناموثق و غیر ممدوحی به نام عباد بن کثیر در سند آن، ضعیف شمرده می‌شود و صلاحیت معارضه با صحیح مسمع را ندارد که با اطلاق قرآن تأیید می‌شود». (مبانی تکملة المنہاج - موسوعة ۴۱: ۲۲۳) چون محقق به روایت صحیح مسمع اشاره‌ای نکرده و جمع یادشده بین دو خبر ابراهیم بن نعیم و زراره است، به نظر می‌رسد این ایراد متوجه ایشان نباشد.

۲. جمع کردن روایت پیش رو مبنی بر این است که روایات دسته‌ی دوم ناظر به جایی باشد که شهود، شرایط لازم برای واقع شدن به عنوان شاهد شرعی را نداشته باشند. این در حالی است که این امر بر خلاف اطلاق روایات یادشده است.

آیت‌الله گلپایگانی این دو دسته روایات را متعارض نمی‌داند و می‌فرماید:

و الذي يبدو في النظر هو أنه لا معارضة بينهما بل هما من قبيل العام و الخاص لأنّ رواية إبراهيم بن نعيم الناطقة بالجواز و الاجتزاء شاملة للمدخول بها و غيرها و هذا بخلاف رواية زرارة و مسمع فإنّها تختصّ بالمدخول بها و هذا و ان لم يصرح به في الرواية الاّ أنه مستفاد من جواب الامام عليه السلام حيث حكم بانّ الزوج يلاعن، و الآخرین يجلدون، فان اللعان على ما صرح به المحقّق بنفسه، متعلّق بالمدخول بها و جار فيها، [...] و على هذا فيعلم انّ السؤال كان عن المدخول بها فلو كانت رواية مسمع حجةً فهي تخصّص رواية إبراهيم، [...] نعم لو كانت رواية مسمع ضعيفة فلا مخصّص هناك لعموم رواية إبراهيم. (الدر المنضود ١: ٤٧٥ - ٤٧٦)

آنچه به نظر می‌رسد، آن است که بین دو دسته روایات، معارضه‌ای نیست، بلکه آن دو از قبیل عام و خاص هستند. روایت ابراهیم بن نعیّم گویای جواز قبول شهادت زوج علیه زوجه است، در حالی که شامل زوجه مدخول بها و غیر آن می‌شود. روایت زراره و مسمع فقط مختص به شهادت علیه زوجه مدخول بهاست. در سؤال سائل به این مطلب اشاره نشده، اما از جواب امام قابل برداشت است؛ چون امام به لعان زوج و جریان حدّ بر دیگر شهود حکم فرموده است. لعان مربوط به جایی است که زوجه، مدخوله باشد و محقق حلی بر این مطلب تصریح کرده است. [...] بنابراین، دانسته می‌شود که مورد سؤال از زوجه مدخول بهاست. پس اگر روایت مسمع، حجت باشد، مخصّص روایت ابراهیم است و اگر حجت نباشد، مخصّصی برای عموم روایت ابراهیم نیست.

آیت‌الله تبریزی، مدخوله یا غیر مدخوله بودن را در بحث لعان مؤثر می‌داند، ولی منکر تأثیر آن در قبول یا ردّ شهادت زوج است. ایشان در مورد این استدلال می‌فرماید: «و هذه (مراد، صحیحه مسمع است) لا تعم صورة عدم دخول الزوج، فإنّ الملاعنة تتوقف على الدخول بالمرأة و لكن لا يحتمل دخل الدخول بالمرأة في عدم اعتبار قول الزوج». (أسس الحدود و التعزيرات ٨١) در جای دیگر می‌فرماید: «انّ شهادة الزوج لو كانت معتبرة ثبت زنا زوجته، فلا يبقى للعان مورد فإنّه في فرض عدم ثبوت الزنا، و إن لم يكن شهادته معتبرة لم يتعلق بزوجه حدّ لعدم ثبوت زناها حتى مع عدم الدخول بها». (همان ١٦٠)

همان طور که اشاره شد و از عبارات آیت‌الله تبریزی استظهار می‌شود، ایشان، مدخوله بودن زوجه را برای قبول شهادت زوج، بی‌اثر می‌پندارد، ولی اعتبار دخول را منحصر در بحث لعان می‌داند. پس با الغای خصوصیت از مورد روایت، آن را به دیگر موارد سرایت می‌دهد. به نظر می‌رسد با توجه به این که ردّ شهادت زوج بر خلاف عموماًت و اصل اولیه جواز قبول شهادت

بینه شرعی است، باید بر موضع نص توقف کرد و حکم آن را به دیگر موارد تسری نداد؛ چون علما در این زمینه فرموده‌اند: «وقوفاً فی ما خالف الاصل علی موضع النص والیقین». پس به نظر می‌رسد جایی برای الغای خصوصیت و تسری حکم به زوجه غیر مدخوله نیست.

ب - بررسی دیگر ادله

در مورد آیاتی که طرفین به عنوان مؤید مطرح کرده‌اند، اشکال‌هایی نیز از دو طرف مطرح شده است. یکی از این آیات، آیه ۱۵ سوره نساء است. فقهای دسته‌ی نخست، خطاب این آیه را به حاکم گرفته‌اند و در مقابل، فقهای دسته‌ی دوم، خطاب آیه را متوجه ازواج می‌دانند. آیت‌الله تبریزی، از فقهای دسته‌ی دوم در مورد این آیه می‌فرماید: «و می‌توان استفاده عدم السماع (یعنی نپذیرفتن و نشنیدن شهادت زوج) من الآیة المبارکة، حیث ان الآیة بقرینة ما فی ذیلها *فَأَمْسِكُوهُنَّ فِي الْبُيُوتِ* خطاب للأزواج لا الحاکم». (همان، ۸۱) در واقع، ایشان در مقابل برداشت گروه نخست که آیه را خطاب به حاکم می‌گرفتند، بیان می‌کند که از باب وحدت سیاق و با توجه به ادامه آیه که خطاب آن به ازواج است، تمام آیه را باید خطاب به ازواج دانست. با توجه به این قرینه، زوج باید چهار شاهد عادل به غیر از خود فراهم آورد تا بتواند زناى زوجه را ثابت کند. به نظر می‌رسد آن چه از این آیه به ذهن متبادر می‌شود، همین برداشت آیت‌الله تبریزی است. پس سازگاری بیشتری با ظاهر آیه دارد و می‌تواند مؤید قول دسته‌ی دوم از فقها قرار گیرد. هم‌چنین فقهای دسته‌ی نخست به اشعاری که از آیه ۶ سوره نور برداشت می‌شود، تمسک جسته و این آیه را مؤید نظر خود دانسته‌اند. در پاسخ می‌توان گفت افزون بر این که اشعار حجیت ندارد و این اشعار مخالف ظهور آیه ۱۵ سوره نساء و آیه ۱۳ سوره نور است، این اشعار وقتی صحیح است که استثنا در آیه متصل باشد یعنی مستثنی از جنس مستثنی منه باشد. در حالی که به نظر می‌رسد در این آیه، استثنای منقطع است.

در مورد مستند اول فقهای دسته‌ی نخست که عمومات و اطلاقات ادله باب شهادت را دال بر ثبوت زنا به وسیله بینه اربعه می‌دانستند و معتقدند که در آن‌ها میان وجود رابطه زوجیت بین شاهد و مشهود علیه فرقی وجود ندارد، باید گفت پیروان دسته‌ی دوم با وجود روایت صحیح مسموع، این عمومات را تخصیص می‌زنند. در واقع، تمسک به اطلاقات و عمومات در جایی صحیح است که آن‌ها قابل تخصیص و تقیید نباشند، ولی در این بحث، این اطلاقات به وسیله روایت صحیح مسموع یا ظاهر آیات قرآن تقیید شده‌اند. بنابراین، از اطلاق آن‌ها می‌توان رفع ید کرد. البته همان طور که ذکر شد، به نظر می‌رسد با توجه به این که رد شهادت زوج بر خلاف عمومات و اصل اولیه قبول شهادت بینه شرعی است، باید بر موضع نص توقف کرد و حکم آن

را به دیگر موارد تسری نداد. در واقع، آن را به مدلول روایات مخصّص باید محدود کرد و به دلالی که ذکر شد، جایی برای الغای خصوصیت و توسعه موضوع نیست. بنابراین، ردّ شهادت زوج فقط منحصر به جایی است که علیه زوجه مدخوله خود شهادت دهد.

نکته آخر برای تنقیح بحث، بررسی دلیل ردّ شهادت زوج علیه زوجه است. با توجه به روایات موجود، شهادت زوج پذیرفته نمی‌شود. در واقع، بازگشت این پاسخ به تعدی بودن مطلب است یعنی با توجه به این که این امر خلاف عمومات است و امام هم در آن روایات، تعلیلی ذکر نکرده است، نمی‌توان علتی برای این حکم مطرح کرد. با این حال، ممکن است شخصی از باب استحسان یا قیاس، دلیلی برای ردّ شهادت زوج ذکر کند. البته ردّ استحسان و قیاس در فقه امامیه از مسلمّات است. ممکن است گفته شود استدلال به خصم بودن زوج برای زوجه که قاضی ابن براج به عنوان مستند سوم فقهای دسته‌ی دوم ذکر کرد، مفید معنای استحسان است. با این حال، می‌گوییم سخن ایشان از شرایط شاهد است یعنی ایشان مفروض گرفته است که زوج به عنوان خصم زوجه شهادت می‌دهد. پس این خصومت مانع از قبول شهادت زوج می‌گردد. علاوه بر این که جمع مدعی و شاهد معقول نیست.

ج - نظریه مختار

با توجه به مجموع ادله مطرح شده از جانب هر یک از طرفین و همچنین وجود نقاط ضعف و قوت در هر یک از ادله باید گفت:

۱. نظریه دوم مبنی بر عدم اعتبار شهادت زوج بر زنای زوجه آن گونه که بعضی از علما پنداشته‌اند، شاذ نیست و علاوه بر وجود قائلین متعدد، ادله خدشه‌ناپذیری نیز دارد.
۲. با توجه به وجود صحیحه مسموع در موضوع بحث، نظریه‌ی دوم مبنی بر عدم اعتبار شهادت زوج علیه زوجه خدشه‌ناپذیر خواهد بود و وجود تعداد زیادی از فقها در نظریه اول یعنی اعتبار شهادت زوج علیه زوجه، مانع پذیرش نظریه دوم نخواهد بود. پس به نظر می‌رسد با توجه به این ادله، نظریه عدم اعتبار شهادت زوج به واقع نزدیک‌تر باشد.

پی‌آمد حقوقی نظریه‌های فقها

این نوشتار با بحثی تطبیقی میان مستندات فقهی با قانون مجازات اسلامی به پایان می‌رسد. در مورد این فرع فقهی، مقرره خاصی در قانون مجازات اسلامی موجود نیست. بسیاری از فقها از جمله امام خمینی نیز در تحریرالوسیله به این موضوع اشاره‌ای نکرده‌اند. همچنین در مجموعه جمع‌آوری شده از استفتائات امام به موضوع مورد بحث پرداخته نشده است. شاید علت سکوت قانون‌گذار در این موضوع آن باشد که امام به آن نپرداخته است؛ چون

انعکاس نظریه‌های امام در تدوین قوانین بر کسی پوشیده نیست. به همین دلیل، نمی‌توان به طور قطعی ادعا کرد که قانون‌گذار کدام یک از دو نظر را پذیرفته است. با این حال، ممکن است ادعا شود قانون‌گذار از آن نظر که قول نخست، پشتوانه مشهور را دارد، این نظر را پذیرفته است. در پاسخ می‌توان گفت قانون‌گذار در هیچ جا به وجود چنین مبنایی در وضع قوانین اشاره نکرده و علاوه بر این، قانون‌گذار در مواردی، نظر خلاف مشهور را پذیرفته است. ممکن است پیروان دسته‌ی نخست بگویند چون این قول با عمومات و اطلاعات باب شهادات موافق است، همین که قانون‌گذار به این موضوع به طور خاص اشاره نکرده، دلیل آن است که بین شهادت زوج با غیر او فرقی قائل نیست و عمومات باب مبنی بر صحت و جواز شهادت را در مورد شهادت زوج علیه زوجه زانیه جاری می‌داند. گویا این نظر با ظاهر قانون هم تناسب دارد؛ چون قانون‌گذار در فصل ادله اثبات که کلیات باب شهادت را در امور کیفری بیان می‌کند، به این موضوع اشاره‌ای نکرده است. همچنین در فصل حدّ زنا به این موضوع، اشاره خاصی نشده است. پس می‌توان نتیجه گرفت که قانون‌گذار بین شهادت زوج و غیر او نسبت به زنا‌ی زوجه تفاوتی قائل نشده است. در واقع، این بیان، ناظر به بحث اطلاق مقامی است.

تنها ایرادی که ممکن است در این جا مطرح شود، آن است که گفته شود قانون‌گذار در هیچ یک از دو موضعی که به آن اشاره شد، در مقام بیان این فرع فقهی نبوده است. با طرح این ایراد نمی‌توان به عدم‌البیان قانون‌گذار تمسک کرد؛ چون فرض بر آن است که قانون‌گذار در مقام بیان نیست. ثمره این ایراد، ساکت دانستن قانون است که در مقام سکوت قانون با استناد به اصل ۱۶۷ قانون اساسی باید به فقه مراجعه کرد و حکم قضیه را به دست آورد. حال اگر نظر دسته‌ی دوم قابل خدشه باشد، نظریه نخست را از منابع فقهی به عنوان یک نظریه معتبر می‌توان برداشت کرد.

با توجه به مطالبی که بیان شد، می‌توان گفت قوت نظر دوم اگر از قول نخست، بیشتر نباشد، کمتر نیست. به نظر می‌رسد چون قانون‌گذار مقرره خاصی در موضوع مورد بحث وضع نکرده است، نسبت به این موضوع خاص یعنی شهادت زوج علیه زوجه متهم به زنا در مقام بیان نبوده است. پس جا دارد به فقه مراجعه و گفته شود شهادت زوج در صورت مدخوله بودن زوجه‌اش که علیه او شهادت می‌دهد، قطعاً پذیرفته نیست. در غیر این صورت، اگر الغای خصوصیت را از روایت صحیح مسموع که در موضوع بحث وارد شده است و به آن اشاره شد، پذیرفته شود، در هیچ موردی نمی‌توان شهادت زوج را علیه زوجه پذیرفت. البته ممکن است با توجه به بیان قانون‌گذار در ماده ۱۷۷ قانون مجازات اسلامی، قائل به ردّ شهادت زوج

شویم؛ چون این مقرر در بند «ج» بیان می‌دارد که شاهد شرعی در زمان ادای شهادت باید از خصومت نسبت به طرفین یا یکی از آنها خالی باشد. با توجه به این بند می‌توان گفت اگر زوج، مدعی زنا باشد، چون در حکم خصم است، شهادت پذیرفته نمی‌شود مگر این که بگوییم شهادت زوج علیه زوجه با توجه به قول دسته‌ی دوم، مفروض الخصومه تلقی شده است، پس به صورت مطلق، اعتباری به آن نیست. همچنین با توجه به بند «ج» می‌توان گفت در جایی که زوج مدعی زنا باشد و در واقع، شهادت او مسبوق به قذف باشد، شهادتش پذیرفته نمی‌شود؛ چون در این صورت، زوج برای دفع ضرر حدّ قذف از خود که در واقع، نوعی جلب منفعت است، شهادت می‌دهد. پس نمی‌تواند شاهد قرار گیرد، بلکه برای اثبات ادعای خود باید بینه شرعی اقامه کند و گرنه مستحق حدّ قذف خواهد شد. علاوه بر مطالب ارائه شده، به نظر می‌رسد چون این موضوع در قانون مسکوت مانده است، بتوان به نظر دسته‌ی دوم از فقها متمایل شد؛ زیرا تفسیر به نفع متهم نیز با قول دسته‌ی دوم از فقها متناسب است.

نتیجه

۱. در میان فقها درباره موضوع شهادت زوج علیه زوجه زانیه، دو نظریه وجود دارد. نظریه نخست عبارت است از قبول شهادت زوج علیه زوجه زانیه و در نتیجه، اثبات حدّ زنا بر زوجه. نظریه دوم که عبارت است از عدم پذیرش شهادت زوج علیه زوجه زانیه و در نتیجه، عدم اثبات حدّ بر زوجه.
۲. در مورد دو نظریه مطرح شده، نظریه نخست، پشتوانه بسیاری از فقها را داراست که اسامی برخی از آنها بیان شد. نظریه دوم نیز پشتوانه تعداد کمتری از فقها را دارد، ولی قول شاذ نیست؛ چون تعداد زیادی از فقها به آن متمایلند که شرح آن گذشت.
۳. نظریه دوم به دلیل وثاقت ادله به عنوان قول مختار پذیرفته شد.
۴. با وجود سکوت قانون، قاضی می‌تواند با تفسیر قانون، قول مختار را در حکم خود انعکاس دهد؛ چون این نظریه بر خلاف پشتوانه حقوقی، پشتوانه مستحکم فقهی دارد.

فهرست منابع

۱. ابن ادريس حلی، محمد بن منصور بن احمد. السرائر الحاوي لتحرير الفتاوى. چاپ ۲، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۰ هـ. ق.
۲. ابن بابويه صدوق قمی، محمد بن علی. المقنع. قم: مؤسسه امام هادی(ع)، ۱۴۱۵ هـ. ق.
۳. اصفهانی فاضل هندی، محمد بن حسن. كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۶ هـ. ق.
۴. تبریزی، جواد بن علی. أسس الحدود و التعزیرات. قم: دفتر آیت الله تبریزی، ۱۴۱۷ هـ. ق.
۵. حرّ عاملی، محمد بن حسن. وسائل الشیعة. قم: مؤسسه آل البيت (علیهم السلام)، ۱۴۰۹ هـ. ق.
۶. حلبی، ابوالصلاح تقی الدین بن نجم الدین. الکافی فی الفقه. اصفهان: کتابخانه عمومی امام امیرالمؤمنین (ع)، اصفهان، ۱۴۰۳ هـ. ق.
۷. حلی، فخرالمحققین محمد بن حسن بن یوسف. إیضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد. قم: مؤسسه اسماعیلیان، ۱۳۸۷ هـ. ق.
۸. طباطبایی حائری، سید علی بن محمد. ریاض المسائل. قم: مؤسسه آل البيت (علیهم السلام)، ۱۴۱۸ هـ. ق.
۹. طرابلسی، قاضی عبدالعزیز بن براج. المذهب. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۰۶ هـ. ق.
۱۰. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن. النهایة فی مجرد الفقه و الفتاوى. چاپ ۲، بیروت: دارالکتاب العربی، ۱۴۰۰ هـ. ق.
۱۱. طوسی، محمد بن علی بن حمزه. الوسيلة إلى نیل الفضیلة. قم: کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۸ هـ. ق.
۱۲. عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی. الروضة البهیة فی شرح اللمعة دمشقیة، قم: کتاب فروشی داوری، ۱۴۱۰ هـ. ق.
۱۳. عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی. مسالك الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام. قم: مؤسسه المعارف الإسلامیة، ۱۴۱۳ هـ. ق.
۱۴. محقق حلی، نجم الدین جعفر بن حسن. شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام. چاپ ۲، قم: مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۰۸ هـ. ق.

۱۵. منتظری نجف‌آبادی، حسین‌علی. کتاب الحدود. قم: دارالفکر، بی تا.
۱۶. موسوی خمینی، سید روح‌الله. تحریر الوسيلة. قم: مؤسسه مطبوعات دار العلم، بی تا.
۱۷. موسوی خویی، سید ابوالقاسم. مبانی تکملة المنهاج. قم: مؤسسه إحياء آثار الإمام الخوئي، ۱۴۲۲ هـ. ق.
۱۸. موسوی گلپایگانی، سید محمدرضا. الدر المنضود في أحكام الحدود. قم: دارالقرآن الکریم، ۱۴۱۲ هـ. ق.
۱۹. مؤسسه آموزشی و پژوهشی قضا. ره‌توشه قضایی (استفتائات قضایی از محضر امام خمینی). قم: مؤسسه آموزشی و پژوهشی قضا، ۱۳۹۰ هـ. ش.
۲۰. نجفی (صاحب الجواهر)، محمدحسن. جواهر الکلام في شرح شرائع الإسلام. چاپ ۷. بیروت: دار إحياء التراث العربي، ۱۴۰۴ هـ. ق.

رسائل

مجله علمی دانش پژوهان مرکز آموزش های تخصصی فقه

شماره ۴، پاییز ۱۳۹۴

صفحات ۲۷ تا ۴۲

رضا عسکری*

R.askari5803@yahoo.com

ماهیت حکم وضعی و تفاوت آن با حکم تکلیفی از منظر اصولیون شیعه

چکیده

تقسیم احکام به وضعی و تکلیفی از تقسیمات مطرح در علم اصول شیعه است. از آنجا که وضعی و تکلیفی بودن احکام در شیوه استنباط حکم شرعی و قواعد حاکم بر آن تاثیر دارد، دانستن ماهیت آنها ضروری است. در این بین در ماهیت حکم وضعی بر خلاف حکم تکلیفی اختلاف وجود دارد. بنابر این لازم است با بررسی تحلیل هر نظر قول مختار را تعیین کرد. در این تحقیق، برای این مساله، سه نظریه در بین اصولیان به دست آمده است. برخی اصولیان مانند شیخ انصاری حکم تکلیفی را منتزع از حکم تکلیفی می دانند. برخی دیگر مانند فاضل تونی ماهیت حکم وضعی را دارای اعتباری مستقل می دانند و برخی نیز مانند مرحوم آخوند در این بین قائل به تفصیل هستند.

تحقیق حاضر در بین سه نظریه فوق نظریه اعتبار مستقل را ترجیح داده است. به عبارت دیگر حکم وضعی، حکمی است اعتباری که موضوع ساز حکم تکلیفی است و جعل مستقل در همه موارد آن امکان دارد و از نظر ترتب عقاب، تعلق مستقیم به فعل، تقید به شرایط عامه تکلیف و جواز جعل تبعی با حکم تکلیفی تفاوت دارد.

کلیدواژگان

حکم شرعی، حکم تکلیفی، حکم وضعی، اعتباری، انتزاعی.

حکم شرعی به عنوان دستورها و انشاهایی که شارع مقدس در مجموعه گزاره‌های دینی خود قرار داده، از جنبه‌های مختلفی در علوم مختلف و ابواب مختلف علوم بررسی شده است. برای نمونه، در بین علوم دینی، در دو علم فلسفه و کلام از جنبه تأمین عدالت و تطابق آن با حکمت و همچنین مقدمات و آثار تکوینی آن، در علم فقه از نظر مقدمات و آثار شرعی و قراردادی آن و در علم اصول در عرصه مباحث مختلفی از آن بحث شده است.

اصول فقه هم حکم شرعی را تعریف کرده و هم اقسام و خصوصیات آن‌ها را برشمرده است. علم اصول، بیشتر از دیگر علوم از حکم شرعی و اقسام و خصوصیات آن بحث کرده است؛ زیرا رسالت علم اصول آن است که روند استنباط احکام را بررسی کند و ضوابط و نظام حرکت استنباطی صحیح را ارائه دهد. به یقین، تعریف و تقسیم احکام شرعی در روند استنباط تأثیر بسیار زیادی دارد. البته چون بررسی همه تقسیم‌بندی‌ها در یک مقاله ممکن نیست، یکی از مهم‌ترین تقسیم‌بندی‌ها یعنی تقسیم حکم شرعی به حکم وضعی و تکلیفی بررسی می‌شود. این تقسیم‌بندی در لسان اصولیون، مشهور و متعارف است، اما با توجه به نقش بسزایی که در روند استنباط دارد، موضوع بحث این مقاله قرار گرفته است. تعریفی که از این دو نوع حکم ارائه می‌شود، در واقع، بیانگر چگونگی استنباط آن‌هاست و به همین دلیل، در تعریف باید دقت جدی کرد. در این مقاله، در صدد بررسی و تبیین این تقسیم‌بندی و بیان ماهیت هر یک از آن‌ها و تفاوت‌هایشان هستیم. به بیان دیگر، تفکیک بین این دو نوع حکم و تمییز آن‌ها از یکدیگر و توجه به روند استنباط هر یک از آن‌ها، در تلاش استنباطی مجتهد اثر خواهد داشت. برای نمونه، اگر حکم وضعی را با تعریف و ماهیتی بشناسیم که مرحوم مظفر بیان می‌کند و با آن نگاه وارد ادله فقهی شویم، برای استنباط آن‌ها به دنبال جعل و دلیل مستقل خواهیم بود. اگر با نگاه آخوند خراسانی پیش برویم، سرنوشتی دیگر خواهد داشت و همین‌طور است دیگر نظرهایی که در مورد حکم وضعی و تکلیفی بیان شده است. مرحوم مظفر نمونه‌ای از این ثمره را در حکم وضعی حجیت در اصول فقه ارائه کرده است که نگاه به حکم شرعی حجیت در روش استنباط آن چه تأثیری دارد. (اصول فقه ۴۰۷ - ۴۰۵) این نوع از بحث در مباحث اصولی کم‌رنگ شده است و بیشتر مباحثات و مکاتبات اصولی، جنبه ابزاری بودن خود را از دست داده و نوعی جنبه استقلالی پیدا کرده‌اند. به تعبیر دیگر، از بحث عملی و استنباطی بودن به بحث علمی و نظری صرف تبدیل شده‌اند. پس ضرورت طرح مباحث و مقالاتی که بتواند این جنبه را به مباحث اصولی بازگرداند، بیش از دیگر مباحث خواهد بود. مقاله حاضر با همین هدف نوشته شده است که در تقسیم حکم به وضعی و تکلیفی با رویکردی که بیان

شد و با توجه کامل به نتایجی که بر آن مترتب است، از آن بحث شود تا به خوبی از هم تفکیک شوند و روند استنباطی هر کدام در مورد مصداق متناسب با آن به کار روند تا خطا در تشخیص مصداق و به تبع، خطا در تطبیق روند استنباطی صورت نپذیرد.

برای سامان‌دهی این تقسیم‌بندی و احکام و خصوصیات هر نوع، نخست، حکم شرعی و هر یک از اقسام آن تعریف می‌شود. سپس ماهیت احکام وضعی، بررسی و آن‌گاه به مقایسه حکم وضعی از نظر ارتباط آن‌ها و تفاوت‌هایشان پرداخته می‌شود.

۱- تعریف و تقسیم

اولین گام برای تحقیق در مسئله حکم وضعی و تکلیفی این است که حکم شرعی را تعریف کنیم. پس از آن باید به تعریف هر یک از اقسام آن یعنی حکم وضعی و تکلیفی بپردازیم؛ چون بحث از ماهیت این احکام و خصوصیات و تفاوت‌های آن‌ها بدون این که تعریفی از آن‌ها ارائه شود، ممکن نخواهد بود.

۱-۱- تعریف حکم شرعی

کلمه «حکم» در زبان عربی کاربردهای مختلفی دارد که همگی آن‌ها به معنای «منع» باز می‌گردند. (ابن فارس، المقاییس ۲: ۹۱) به قوانین شرعی از آن رو حکم گفته می‌شود که تشریح مانع از تمایل مکلف به چیزی دیگر غیر از خود می‌شود. (سبحانی، المحصول ۴: ۷۹) مشهور قدمای اصولی شیعه مانند فخرالمحققین (ایضاح الفوائد ۱: ۸)، محقق کرکی (هدایة الابرار ۲۴۸)، محمدحسن نجفی (جواهر الکلام ۱۷: ۳۶۱) و موسوی قزوینی (تعلیق علی معالم الاصول ۱۰) و برخی از اهل سنت مثل غزالی (المستصفی من علم الاصول ۱: ۱۱۲)، حکم شرعی را چنین تعریف کرده‌اند: «خطاب شرعی که به اقتضا یا تخییر به فعل مکلف تعلق گرفته است». مراد از تخییر همان اباحه است و اقتضا هم دیگر احکام تکلیفی. برخی از علمای شیعه این تعریف را به صراحت رد کرده و سه اشکال بر آن وارد دانسته‌اند. اشکال اول این است که خطاب‌های شرعی، کاشف و روشن‌کننده حکم شرعی هستند و حکم شرعی مفاد آن خطابات است نه نفس آن خطابات. (حلی، نه‌ایة الوصول ۱: ۹۰؛ صدر، دروس فی علم الاصول ۱: ۶۱). اشکال دوم این است که تعبیر به خطاب شرعی شامل حکم در مرحله انشا نمی‌شود. (حکیم، الاصول العامة ۵۵-۵۶) اشکال سوم آن است که حکم شرعی همیشه به افعال انسان تعلق نمی‌گیرد، بلکه گاهی ناظر به ذات اوست مانند زوجیت و گاهی ناظر به اشیای دیگری است که با انسان در ارتباطند مانند ملکیت؛ یعنی حکم شرعی گاهی وضعی است و این تعریف شامل آن نمی‌شود. (صدر، دروس فی علم الاصول ۱: ۶۱؛ المعالم الجدیة ۱: ۱۲۳)

برخی از اصولیون به دلیل وجود این اشکال‌ها، تعریف دیگری از حکم شرعی ارائه داده‌اند. برای نمونه، شهید اول (القواعد و الفوائد ۱: ۳۹)، محمدعلی مجاهد طباطبایی (مفاتیح الاصول ۲۹۲) و شیخ حسین اصفهانی حائری (الفصول الغرویه ۳۶۳) با اضافه کردن قید «یا به وضع»، احکام وضعی را در تعریف وارد کرده‌اند. با این حال، اشکال اول هنوز باقی است و به همین دلیل، برخی از اصولیون هم‌چون شهید صدر (دروس فی علم الاصول ۱: ۱۰۴؛ المعالم الجديدة ۱: ۱۲۳) و امام خمینی (الاستصحاب ۶۶)، تعریف دیگری از حکم شرعی ارائه داده‌اند که عبارت است از: «تشریح و قوانین صادرشده از طرف کسی که شأنیت قانون‌گذاری دارد». این تعریف، دو اشکال تعریف مشهور را ندارد و تعریفی صحیح است.

بنا بر آنچه گفته شد، حکم شرعی عبارت است از قوانینی که خداوند متعال برای اداره زندگی بشر جعل و وضع کرده و از طریق وحی و نبوت به او رسانده است. این حکم در یک تقسیم‌بندی، دو نوع است: وضعی و تکلیفی. قوانینی که مقنن وضع کرده است، به لحاظ نوع جعل آن‌ها به وضعی و تکلیفی تقسیم می‌شود که توضیح هر یک از آن‌ها خواهد آمد.

۲-۱- تعریف حکم وضعی و تکلیفی

حکم تکلیفی که پنج نوع است، در مقابل حکم وضعی قرار دارد و عبارت است از حکمی شرعی که مستقیم به فعل مکلف تعلق می‌گیرد و وظیفه او را در ابعاد مختلف زندگی اعم از شخصی، عبادی، خانوادگی، اقتصادی و سیاسی مشخص می‌کند، مانند: حرمت نوشیدن شراب و وجوب نماز. (صدر، دروس فی علم الاصول ۱: ۲۵۷؛ المعالم الجديدة ۱۰۰) به عقیده مشهور اصولیون، حکم تکلیفی پنج نوع است: وجوب، حرمت، کراهت، استحباب و اباحه. در مورد حکم اباحه از دو جهت میان عالمان اسلامی اختلاف نظر است: جهت اول در اصل وجود اباحه است که برخی از معتزله بر خلاف مشهور مسلمانان، اصل وجود حکم اباحه و به طور کلی، احکام غیر الزامی را نفی کرده‌اند. (الاصول العامة ۶۱) جهت دوم در صدق عنوان حکم تکلیفی بر اباحه است که در این‌جا گروهی از اصولیون مانند آمدی با این استدلال که «حکم تکلیفی، حکمی است که دارای کلفت و مشقت باشد، ولی در اباحه هیچ مشقتی وجود ندارد» (الاصول العامة ۵۳) تقسیم حکم شرعی را به «اقتضایی، تخییری و وضعی» تغییر داده‌اند. حکم وضعی معمولاً به وسیله مقابله با حکم تکلیفی معرفی می‌شود و تعریف مستقلاً از آن ارائه نمی‌شود و گفته می‌شود که حکم وضعی عبارت است از هر حکم شرعی که تکلیفی نباشد. (لنکرانی، سیری کامل در اصول فقه ۱۴: ۳۳۰) به قرینه تقابل باید گفت حکم وضعی مستقیماً به فعل مکلف تعلق نمی‌گیرد و تعیین وضعیت فعل او را بر عهده ندارد، بلکه به امور دیگری می‌پردازد که به

نحوی در آن تکالیف دخالت دارد، مثل زوجیت، ملکیت، صحت و فساد که هیچ کدام به فعل مکلف تعلقی ندارند، اما به نحوی با آن مرتبط می‌شوند.

پس از این که با بیان این تعاریف، تصویر نسبتاً روشنی از حکم شرعی و اقسام آن ارائه شد، باید به بررسی ماهیت حکم وضعی پردازیم. ماهیت حکم تکلیفی، روشن و فهم آن آسان است، اما ماهیت حکم وضعی و خصوصیات آن را باید درست بررسی کرد تا فهم دقیقی از آن به دست آید.

۲- ماهیت حکم وضعی

در مورد ماهیت حکم وضعی در فقه و اصول، بحث‌های دقیقی صورت گرفته است و متفکران اسلامی نظریه‌های عمیقی در این مورد ارائه کرده‌اند که آن‌ها را به طور کلی در سه دسته می‌توان جای داد.

۱- ۲- نظریه اعتباری بودن احکام وضعی

اعتباری بودن بدین معناست که به طور مستقیم، مجعول شارع است. طبق این نظریه، جعل شارع مستقیماً به احکام وضعی تعلق می‌گیرد، مجعول شارع اولاً و بالذات احکام وضعی هستند و سپس احکام تکلیفی جعل می‌شوند. برای مثال، شارع حکم زوجیت را برای زوجین جعل می‌کند و سپس احکامی بر عهده دو طرف جعل می‌شود، مانند وجوب تمکین یا وجوب انفاق. (تونی، الوافیه ۲۰۰ - ۲۰۳) این گروه در مقام استدلال چنین گفته‌اند: «حقیقت جعل، ایجاد است و مراد از ایجاد شارع، ایجاد شیء به صورت اعتباری و تنزیلی است یعنی شارع، شیء را به سبب وجود خصوصیتی از خصوصیات شیء خارجی یا به غایت ترتیب آثار شیء خارجی بر آن، به منزله آن شیء خارجی قرار می‌دهد». (تونی، الوافیه ۲۰۲)

در مقام تحلیل احکام تکلیفی می‌بینیم که اعتبار آنان چنین است؛ یعنی شارع به جای این که با قدرت تکوینی خود، مکلفان را به انجام کاری امر یا از انجام کاری منع کند، امر یا نهی انشا می‌کند و این انشا، محرک یا مانعی اعتباری است که شارع آن را نازل منزله قدرت تکوینی خود قرار داده است. هم‌چنین هنگامی که احکام وضعی را تحلیل می‌کنیم، می‌بینیم جعل شارع در آن‌جا نیز همین طور است. برای مثال، اعطای حجیت از جانب شارع به امارات چنین بوده است که شارع امارات ظنی را به وسیله الغای احتمال خلاف نازل منزله قطع در طریقیّت به واقع قرار داده است. پس دقیقاً همان عملیات اعتبار و تنزیل در اینجا هم انجام شده است. حال دیگر احکام وضعی نیز چنین است. پس حال که یکسان بودن اعتبار و جعل احکام تکلیفی و وضعی، صحیح و ممکن است و از طرف دیگر، اثبات تفاوت در نوع جعل با وجود این شباهت نیازمند دلیل است که چنین دلیلی وجود ندارد، نتیجه می‌گیریم که جعل این احکام، اعتباری و مانند احکام تکلیفی، مستقل است. (مظفر، اصول فقه ۴۰۵ - ۴۰۶)

۲-۲- نظریه انتزاعی بودن احکام وضعی

انتزاعی بودن بدین معناست که جعل مستقلی به آن تعلق نگرفته است و از احکام تکلیفی انتزاع شده‌اند. به باور معتقدان به این نظریه، شارع فقط یک حکم جعل می‌کند که آن اولاً و بالذات به احکام تکلیفی نسبت داده می‌شود و ثانياً و بالعرض به احکام وضعی. به عبارت دیگر، شارع، احکام تکلیفی را به صورت استقلالی جعل می‌کند و احکام وضعی از آن‌ها انتزاع می‌شوند. برای مثال، شارع به وجوب نفقه، وجوب تمکین و احکام تکلیفی دیگری میان زن و مرد حکم می‌کند و حکم وضعی زوجیت از آن‌ها انتزاع می‌شود. استدلال این گروه آن است که وقتی قضیه‌ای مثل: «هنگامی که زمان زوال خورشید فرا می‌رسد، نماز ظهر واجب می‌شود» را تحلیل می‌کنیم، متوجه می‌شویم از نظر تعداد مجعولات در این‌جا، دو مجعول داریم: یکی، وجوب نماز ظهر و دیگری، سببیت زوال برای این وجوب. از نظر تعداد جعل، دو فرض متصور است: اول این‌که بگوییم برای هر کدام از مجعولات، جعلی جداگانه وجود دارد. پس این‌جا دو جعل داریم. فرض دوم این است که بگوییم هر دو مجعول، مجعول به یک جعل هستند. فرض اول بالوجدان باطل است؛ یعنی وجدان گواهی می‌دهد که در این‌جا قطعاً یک جعل وجود دارد. این جعل اولاً و بالذات متعلق به کدام یک از مجعولات است؟ در جواب به این سؤال، باز هم وجدان شهادت می‌دهد که مجعول بالذات حکم تکلیفی است و حکم وضعی از آن انتزاع شده است. علاوه بر این شاهد وجدانی، وقتی به سراغ تحلیل قضیه هم می‌رویم، می‌بینیم که اصلاً معنایی ندارد شارع وجوب نماز ظهر را به تبع انشای سببیت زوال جعل کرده باشد؛ زیرا اولاً عقل حکم می‌کند که ذات زوال، اقتضای وجوب نماز ظهر را ندارد و اگر داشت، دیگر نیازی به جعل سببیت از جانب شارع نبود. ثانياً اصلاً ایجاد سببیت توسط شارع ممکن نیست، بلکه در این‌جا قول شارع فقط اخبار از تحقق وجوب به هنگام زوال است. این توضیح سببیت است و اما دیگر احکام وضعی نیز چنین حالی دارند. در نتیجه، بعد از تحلیل چنین قضایایی پی می‌بریم که شارع در واقع، فقط یک جعل دارد که مجعول اولاً و بالذات در آن احکام تکلیفی هستند و احکام وضعی از آن‌ها انتزاع می‌شوند. این بیان در برخی تعابیر فقهی و اصولی این‌گونه آمده است که احکام وضعی رجوع به احکام تکلیفی دارند. (با تلخیص و تقریر: شهید اول، ذکری ۱: ۴۰؛ محقق خوانساری، مشارق الشومس ۷۶؛ شریف العلماء، ضوابط الاصول ۶؛ سید صدرالدین، شرح الوافیة ۳۵۰؛ شیخ انصاری، فرائد الاصول ۳: ۱۳۰ - ۱۲۶)

۳-۲- نظریه تفصیل بین انواع حکم وضعی

این نظریه را آخوند بیان کرده است. (کفایه الاصول ۴۰۰ - ۴۰۴) طبق این نظریه، برای گروهی از احکام وضعی اصلاً جعل تشریحی امکان ندارد و جعلشان تکوینی است. برای گروهی نیز جعل تشریحی امکان دارد، ولی به تبع جعل احکام تکلیفی و برای گروهی دیگر هم جعل تشریحی تبعی ممکن است و هم جعل مستقل، ولی در نهایت، جعلشان استقلالی است. لازم است هر یک از این اقسام را به همراه دلیلی که آخوند برای آن اقامه می‌کند، به اختصار بیان کنیم.

۱-۳-۲- انواع حکم وضعی از منظر آخوند

۱-۳-۱- احکام وضعی که منحصرأً قابل جعل تکوینی هستند

دسته اول از احکام وضعی، احکامی هستند که اصلاً شارع آن‌ها را جعل نمی‌کند و قابلیت جعل توسط شارع را ندارند، نه به صورت جعل تبعی؛ یعنی شارع حکم دیگری را جعل کند و این حکم وضعی به تبع آن جعل شود و نه به صورت جعل استقلالی؛ یعنی شارع نفس حکم وضعی را جعل کند، گرچه جعل تکوینی به آن‌ها تعلق می‌گیرد، مانند: سببیت، شرطیت، رافعیت و مانعیت. (کفایه الاصول ۴۰۰ - ۴۰۴) آخوند در توضیح این دسته، دو ادعا مطرح کرده است: اول این که جعل تبعی امکان ندارد. دوم این که جعل استقلالی نیز امکان ندارد. پس هر کدام جداگانه به اثبات نیاز دارند. وی در مقام استدلال برای این دو مدعا بر آمده است.

مدعای نخست آخوند این است که این گونه احکام نمی‌توانند منتزَع از احکام دیگری باشند، بدین معنا که در ابتدا، احکام دیگری جعل شده و این احکام به تبع آن‌ها جعل شده باشند. برای مثال، به باور ایشان، از قضیه «هنگامی که زمان زوال خورشید فرا می‌رسد، نماز ظهر واجب می‌شود» نمی‌توان سببیت زوال برای وجوب نماز ظهر را انتزاع کرد و گفت شارع سببیت زوال را به تبع وجوب نماز ظهر تشریح کرده است؛ زیرا از یک طرف، چون بدیهی است منشأ انتزاع باید مقدم بر منتزَع باشد، لازم است که حکم تکلیفی وجوب نماز ظهر مقدم بر حکم وضعی سببیت زوال باشد. از طرف دیگر، چون میرهن است که سبب و سببیت سبب، مقدم بر مسبب است، باید گفت حکم وجوب نماز ظهر موخر از حکم وضعی سببیت زوال است. همان طور که ملاحظه می‌شود، این دور است؛ زیرا در اینجا شیء یعنی سبب که همان منتزَع است، بر خودش تقدم دارد. (کفایه الاصول ۴۰۰ - ۴۰۴)

ادعای دیگر آخوند این است که این گونه احکام وضعی قابل جعل به صورت مستقل هم نیستند. ایشان برای اثبات مطلب به این امر استدلال می‌کند که لازم است بین علت و معلول، رابطه‌ای خاص

و واقعی و سنخیتی برقرار باشد تا علت بتواند در معلول اثر بگذارد و گرنه باید هر چیزی بتواند در چیز دیگر اثر بگذارد که در واقع، به معنی کنار زدن قاعده بدیهی علیت است. در محل بحث ما نیز طبق این قاعده لازم است که حکم وضعی ربط و تأثیری واقعی در حکم تکلیفی داشته باشد تا بتواند اثر بگذارد و سبب در آن باشد و اگر چنین باشد، دیگر جعل سببیت از جانب شارع بی‌معناست. اگر حکم وضعی چنین خاصیت واقعی نداشته باشد، باز هم جعل شارع بی‌فایده است؛ زیرا جعل تشریحی نمی‌تواند موجب ایجاد اثری تکوینی شود. برای نمونه، در قضیه «هنگامی که زمان زوال خورشید فرا می‌رسد، نماز ظهر واجب می‌شود»، سببیتی که در زوال برای وجوب نماز ظهر وجود دارد، امری تکوینی است؛ یعنی زوال دارای خصوصیتی واقعی است که در ایجاب نماز اثر می‌گذارد و اگر در این جا شارع از آن جهت که شارع است، برای زوال، سببیت را انشا کند، تغییری در آن ایجاد نمی‌شود و به همان حال قبلی خود باقی می‌ماند؛ یعنی اگر قبل از انشای شارع، زوال دارای خصوصیتی واقعی برای اقتضای وجوب بوده، باز به همان حال باقی است و اگر فاقد آن خصوصیت بوده است، با انشای شارع تغییری در آن ایجاد نمی‌شود. البته در این موارد که مسبب امری تشریحی است، راهی برای کشف سبب به جز طریق شرع نداریم برخلاف مثلاً رابطه آتش و حرارت که آن را از راه وجدان درک می‌کنیم. پس فایده بیان این قضیه از جانب شارع همین استکشاف سببیت است. (کفایه الاصول ۴۰۰ - ۴۰۴)

در نتیجه، این دسته از احکام وضعی؛ یعنی اجزای علت تامه تکلیف اعم از سبب، شرط، مانع و رافع، اموری واقعی هستند که شارع آن‌ها را فقط به گونه خبری بیان کرده و هرگز جعل و وضع حکمی انجام نداده است. این که ایشان می‌گویند بیان شارع نسبت به این امور خبری است، بدین معنا نیست که صرفاً لحن گزاره خبری باشد، بلکه بدین معناست که چون این دسته از احکام وضعی، اجزای علت تامه هستند، پس جعل و انشا در آن‌ها معنایی ندارد و شارع فقط دخالت آن‌ها را در علت تامه بیان می‌کند؛ یعنی شأن حکایت از واقع است و معنایی ایجاد نمی‌کند. ملاک خبری یا انشایی بودن، شأن حکایت از واقع و ایجاد معناست که در این امور، شارع در صدد اخبار از واقع؛ یعنی اجزای علت تامه است.

۲-۱-۳-۲- احکام وضعی که منحصرأً قابل جعل تشریحی تبعی هستند

دسته دوم از احکام وضعی، احکامی هستند که قابلیت جعل شرعی را دارند، ولی به صورت تبعی؛ یعنی احکام وضعی که جعل استقلالی برای آن‌ها از جانب شارع ممکن نیست، ولی شارع می‌تواند در ابتدا یک حکم تکلیفی را تشریح کند. سپس این حکم وضعی به طور تبعی از آن انتزاع گردد، مانند: جزئیت. آخوند استدلال خود را در این باره در دو بخش بیان کرده است. (کفایه الاصول ۴۰۰ - ۴۰۴)

ایشان در بخش اول به این بحث می‌پردازد که جعل تبعی است؛ چون ائتلاف چیزی به جزئیت یا شرطیت مأمور به یا غیر این دو مورد فقط زمانی امکان دارد که به مجموعه‌ای از

امور امر شود و آن مجموعه مقید به اموری وجودی یا عدمی شود و آن چیز که به جزء یا شرط یا مانع یا قاطع متصف می‌شود، تنها به تبع ملاحظه امر به آن مجموعه است. مثلاً هنگامی که به مجموعه نماز امر شود که مرکب از امور متعددی مانند تکبیر و رکوع و سجود و مقید به اموری وجودی مانند طهارت و رو به قبله بودن و امور عدمی مانند فقدان حرکت زیاد است، عنوان جزئیت را برای مانند رکوع و سجده و عنوان شرطیت را برای طهارت و عنوان قاطع را برای حرکت زیاد (فعل کثیر) می‌توان انتزاع کرد. (کفایه الاصول ۴۰۰ - ۴۰۴)

آخوند در بخش دوم استدلالش بیان می‌کند که جعل استقلالی ممکن نخواهد بود؛ چون اطلاق عنوان‌هایی مانند جزئیت یا شرطیت، متوقف بر تعلق امر شارع به آن مرکب یا مقید است و هنگامی که این امر صادر شود و به مرکب تعلق بگیرد، دیگر به جعل مستقل جزئیت یا شرطیت نیازی نداریم؛ زیرا از همین امر به مرکب می‌توان برای اجزا یا شرایط، عنوان جزئیت یا شرطیت را انتزاع کرد. پس مثلاً هنگامی که شارع امر خود را متوجه ماهیت مرکب نماز کرد، همین امر برای انتزاع عنوان جزئیت برای سوره کافی است و دیگر به جعل مستقل نیازی نیست و جعل دوم لغو است. (کفایه الاصول ۴۰۰ - ۴۰۴)

۳-۱-۳-۲- احکام وضعی با قابلیت جعل تشرعی تبعی و استقلالی

دسته آخر از احکام وضعی، احکامی هستند که از نظر مقام ثبوت هم قابلیت جعل شرعی استقلالی دارند و هم تبعی، ولی از نظر مقام اثبات، جعل آن‌ها استقلالی است، مانند: حجیت، قضا و ولایت. در توضیح مطلب آخوند می‌توان گفت وقتی معامله و بیعی واقع می‌شود، شارع می‌تواند مستقلاً ملکیت را برای طرفین انشا کند یا به دنبال وقوع آن بیع، جواز تصرف و مانند آن را جعل کند تا ملکیت به تبع این احکام تکلیفی جعل شود و هیچ کدام از این دو مستلزم محذوری نیستند و ممکن هستند، ولی هنگامی که به عالم تشریح دقت می‌کنیم، می‌بینیم جعل شارع به صورت اول بوده است؛ یعنی شارع این احکام وضعی را به صورت استقلالی جعل کرده است. (کفایه الاصول ۴۰۰ - ۴۰۴) نظر آخوند در این نوع از احکام وضعی - که اکثریت احکام وضعی را شامل می‌شود - بر خلاف نظر مشهور قدما و متأخرین شیعه است که قائلند جعل تمامی احکام وضعی به تبع احکام تکلیفی است. (شهید اول، ذکر ۱: ۴۰؛ محقق خوانساری، مشارق الشموس ۷۶؛ شریف العلماء، ضوابط الاصول ۶؛ سید صدر الدین، شرح الوافیة ۳۵۰؛ شیخ انصاری، فرائد الاصول ۳: ۱۳۰ - ۱۲۶) البته نظر ایشان، موافقانی مانند فاضل تونی (وافیه ۲۰۲) و شهید ثانی (تمهید القواعد ۳۷) نیز داشته است.

از مجموعه عبارات آخوند، دو دلیل برای این نوع از احکام وضعی استفاده می‌شود: اول آن که اگر بگوییم شارع در عقود و ایقاعات به صورت مستقل، حکم وضعی جعل نکرده، بلکه

احکام تکلیفی را جعل کرده است و از آن احکام تکلیفی، حکم وضعی را انتزاع می‌کنیم، لازم می‌آید که «ما وَقَعَ لَمْ يُقْصَدْ و ما قُصِدَ لَمْ يَقَعْ». برای مثال، در بیع، قصد بایع، تملیک است و قصد مشتری، تملک و شارع هم فرموده است: «أَحْلَى اللهُ الْبَيْعَ»؛ یعنی همان چیزی که مقصود شماست، تحقق پیدا می‌کند. حال اگر بگوییم درست است که متعاملین قصد تملیک و تملک دارند، اما شارع ملکیت را اعتبار نکرده، بلکه فقط حکم تکلیفی جواز تصرف جعل کرده و به تبع آن حکم تکلیفی، حکم وضعی جعل می‌شود؛ آیا این مطلب خلاف مقصود متعاقدین نیست؟ پس آن چیزی که متعاملین قصد کردند، شارع اعتبار نکرده است و آن چه را شارع اعتبار کرده، مقصود آن‌ها نبوده است.

استدلال دوم آن است که اگر احکام وضعی را از احکام تکلیفی انتزاع کنیم، اصل این انتزاع مورد مناقشه است. خلاصه علت مناقشه این است که هر یک از احکام وضعی معمولاً ملازم با چند حکم تکلیفی هستند، مثلاً ملکیت همراه با اباحه تصرف است و زوجیت ملازم با جواز وطی و وجوب انفاق. اگر احکام تکلیفی یادشده و امثال این‌ها تنها ملازم با همین احکام وضعی بودند، انتزاع حکم وضعی از آن‌ها مانع چندانی نداشت. این در حالی است که می‌بینیم این احکام تکلیفی در موارد دیگری هم وجود دارد که اصلاً در آن موارد، این احکام وضعی وجود ندارند. مثلاً وطی کنیز برای مولایش جایز است و نفقه‌اش هم بر او واجب، حال آن‌که زوجیتی در این جا انتزاع نمی‌شود یا اباحه تصرف توسط مالک برای افراد دیگر ممکن است بدون این‌که تملیک و تملک صورت بگیرد. در طرف مقابل، گاهی اوقات این احکام وضعی وجود دارند بدون این‌که احکام تکلیفی یادشده وجود داشته باشند. مثلاً در مورد زن ناشزه، حکم وضعی زوجیت وجود دارد، اما حکم تکلیفی وجوب نفقه وجود ندارد یا در مورد محجورین، ملکیت وجود دارد، ولی اجازه تصرف ندارند. بنابراین، روشن شد که این دسته از احکام وضعی همانند احکام تکلیفی جعل مستقلی دارند و مجعول به تبع احکام تکلیفی نیستند.

بنا بر نظر آخوند، احکام وضعی سه نوع هستند: برای برخی از احکام وضعی، جعل تشریحی امکان ندارد و جعلشان، تکوینی است. در برخی دیگر، جعل تشریحی امکان دارد، ولی به تبع جعل احکام تکلیفی. در برخی دیگر از آن‌ها هم جعل تشریحی تبعی ممکن است و هم جعل مستقل، ولی طبق استدلال ایشان، جعل آن‌ها استقلالی است.

۲-۳-۲- نقد و بررسی نظر آخوند

صاحب‌نظرانی که بعد از آخوند از این مسئله بحث کرده‌اند، در گروه‌های مختلفی جای می‌گیرند؛ گروهی مانند سید ابوالحسن اصفهانی آن را به صورت کامل پذیرفتند. (وسيله

الوصول الی حقائق الاصول (۱: ۷۴۱) گروهی مانند شیخ محمدحسن اصفهانی آن را با تغییراتی در دلایل ایشان پذیرفتند. (نهایه الدرایه ۵: ۱۰۵) گروهی مثل میرزای نایینی، محقق خویی و امام خمینی نیز به نقد آن پرداختند.

اشکال میرزای نایینی و محقق خویی بر دسته اول از احکام وضعی آخوند این است که در استدلال وی برای این دسته، بین علل تشریح احکام (علل جعل) و علل موضوعات احکام (علل مجعول) خلط شده است. در توضیح باید گفت نفس جعل حکم توسط شارع قطعاً ناشی از انگیزه‌ها و ملاک‌هایی واقعی است که حصول خارجی آن‌ها علت غایی انشای احکام است و قطعاً این امور واقعی خارجی قابل جعل و تشریح نیستند، ولی بحث ما در اقسام حکم وضعی از این اسباب و علل نیست، بلکه بحث ما در سببیت، شرطیت، مانعیت و رافعیت به نسبت مجعول است. روشن است که سببیت و مانند آن را فقط در صورتی می‌توان انتزاع کرد که تکلیفی جعل شود و این امور مثلاً موضوع در آن‌ها قرار گیرند و اگر این جعل تکلیف و اخذ ترتب وجود نداشته باشد، سببیتی هم وجود ندارد. پس معلوم شد که سببیت در این موارد از احکام تکلیفی انتزاع می‌شود و استدلال آخوند در بحث از علل تشریح صحیح است، ولی در بحث از علل مجعول که محل نزاع در این قسم است، صحیح نیست. (با تلخیص و تقریر: نایینی، فوائد الاصول ۴: ۳۹۷ - ۳۸۸؛ خویی، مصباح الاصول ۳: ۸۱)

اشکال امام خمینی بر مجموع استدلال‌های آخوند نیز این است که در موارد زیادی از این تقسیم‌بندی به تفاوت میان امور تکوینی و امور تشریحی توجه نکرده و این امر باعث شده است احکام امور حقیقی را به امور اعتباری تسری دهد و نتیجه‌ای بگیرد که صحیح نیست و این امر سرنوشت تقسیم‌بندی را تغییر داده است. برای نمونه، ایشان در احکامی مثل جزئیت، قائل به جعل تبعی و عدم امکان جعل استقلالی است به این دلیل که در واقعیات، جعل امور انتزاعی به جعل منشأ انتزاع آن‌هاست و جعل استقلالی آن‌ها ممکن نیست. سپس عالم تشریح را بر این قانون عالم واقع تطبیق داده و در نتیجه، جعل استقلالی احکام تشریحی را نیز مثل احکام واقعی و تکوینی ناممکن دانسته است. حال آن‌که چنین امور اعتباری همان طور که جعلشان به تبع جعل منشأ انتزاع آن‌ها ممکن است، جعلشان به صورت مستقل هم مانعی ندارد و ممکن است؛ یعنی شارع می‌تواند امر به طبیعتی بکند به صورت مطلق و بعد به خاطر حدوث مصلحتی، برای آن طبیعت، قاطع یا مانعی جعل کند بدون این‌که امر مطلق اول را رفع و نسخ کند و امر جدیدی به طبیعت مقید بکند. مثلاً در جریان تغییر قبله، واضح است که امر شارع، نسخ حکم وجوب نماز و سپس انشای جدیدی برای نماز به سمت مسجد الحرام نیست، بلکه

فقط انشای مستقلی برای قبله است. در مورد جزئیّت و سببیت نیز وضعیت چنین است. پس روشن شد که آخوند در موارد بسیاری از استدلال‌هایشان در این تقسیم بین امور حقیقی و امور اعتباری خلط کرده و احکام حقایق را در اعتباریات جاری کرده که این امر خطاست. (امام خمینی، الاستصحاب ۷۵ - ۶۸)

مباحث دیگری نیز درباره نظر آخوند مطرح شده است، اما چون نقد امام خمینی را نقدی جدی و محکم می‌بینیم، از بیان اشکال‌های دیگر خودداری می‌شود و اجمالاً این نتیجه به دست می‌آید که نظر ایشان از این نظر قابل پذیرش نیست.

۳- نظریه مختار در ماهیت حکم وضعی

قبل از بیان قول مختار باید دانست با توجه به اشکال‌های وارد شده بر نظر آخوند، نظر ایشان پذیرفتنی نیست. درباره دو نظر اول هم باید گفت نظر مظفر با دستگاه قانون‌گذاری و عرف تطابق بیشتری دارد و تحلیل دقیق‌تری از روند عرف در جعل احکام و قراردادهاست. توضیح و دلیل مرتبط با اختیار این نظریه متوقف بر تفکیک بین قضایای حقیقی و قضایای اعتباری است. پس به عنوان مقدمه، به صورت مختصر بیان می‌شود که همین بیان نظر دیگر؛ یعنی نظریه انتزاعی بودن را رد خواهد کرد.

قضایای در یک تقسیم‌بندی بر دو نوعند: قضایای حقیقی و قضایای اعتباری. قضایای حقیقی، قضایایی هستند که تصویر از یک امر واقعی و نفس‌الامری هستند و به همین دلیل، تابع قوانین واقع و تکوینند و دخل و تصرف از جنس تشریحی در آنها ممکن نیست. قضایای اعتباری، قضایایی هستند که بیانگر یک واقعیت نفس‌الامری نیستند، بلکه مصداقشان در ظرف ذهن انسان است و به همین دلیل، معتبر می‌تواند مطابق با غرضش در آنها دخل و تصرف کند بدون این که با هیچ یک از معذوره‌های عالم واقع، مانند اجتماع نقیضین یا مثلین یا هر چیز دیگر روبه‌رو شود. (مطهری، اصول فلسفه و روش رئالیسم ۲: ۱۵۷)

بعد از این بیان مختصر باید گفت قضایای شرعی از نوع قضایای اعتباری هستند. پس هیچ یک از محذورات امور حقیقی را ندارند و تنها چارچوب آنها تأمین غرض شارع (معتبر) است؛ یعنی تا زمانی که اعتبار آنها با غرض همراه باشد، مانعی دیگر نمی‌تواند در مقابل آنها قرار بگیرد. از همین بیان روشن می‌شود که استدلال شیخ اعظم و آخوند برای عدم امکان جعل سببیت خلط بین امور حقیقی و امور اعتباری و تسری احکام حقایق به اعتباریات است؛ زیرا سببیت را حقیقی پنداشته و آن‌گاه حکم کرده‌اند که اعطای سببیت بی‌معناست. هم‌چنین در مانند شرطیت و جزئیّت اشتباه صورت گرفته و به این امر دقت نشده است که امور اعتباری تابع

کیفیت اعتبارشان هستند و کیفیت اعتبار نیز تابع غرض معتبر است و هر چند در بعضی موارد، جزئیّت یا مانند آن به صورت انتزاعی اعتبار شده‌اند، در همین موارد نیز محذور تکوینی وجود نداشته، بلکه غرض معتبر چنین اقتضایی داشته و جعل مستقل آن‌ها نیز ممکن بوده است. در پایان با توجه به مقدمه فوق و با توجه به اشکالاتی که به نظریات دیگر وارد است، به این نتیجه می‌رسیم که همه احکام وضعی امکان جعل استقلالی دارند و نظریه اول که اعتباری بودن است، صحیح به نظر می‌رسد همان طور که امام خمینی نیز همین نظر را پذیرفته است. (الاستصحاب ۷۳)

۴- مقایسه حکم وضعی و تکلیفی

برای این که مقایسه خوبی بین این دو نوع حکم صورت بگیرد، ابتدا باید رابطه آن‌ها بررسی و سپس تفاوت‌ها بیان شوند. در مقام توضیح ارتباط آن‌ها باید گفت رابطه حکم وضعی و تکلیفی این است که حکم وضعی، بیان‌کننده موضوع حکم تکلیفی است؛ یعنی حکم وضعی جعل می‌شود تا موضوع برای حکم تکلیفی آماده شود. مثلاً وقتی حکم زوجیت جعل می‌شود، موضوع برای حکم وجوب تمکین یا انفاق فراهم می‌شود یا وقتی حکم صحت بیع جعل می‌شود، موضوع برای اباحه تصرف آماده می‌گردد یا مثلاً وقتی نجاست جعل می‌شود، موضوع برای حکم وجوب اجتناب یا حرمت شرب و اکل و استعمال فراهم می‌آید. (المعالم الجدیدة ۱: ۱۲۵)

در مقام بیان تفاوت‌های این دو نوع از حکم باید گفت احکام وضعی و احکام تکلیفی تفاوت‌هایی دارند که برای شناسایی بیشتر آن‌ها و شناخت عوارض و خصوصیات این دو نوع حکم، آن خصوصیات را بیان می‌کنیم. اولین تفاوت آن است که احکام تکلیفی با عقوبت اخروی همراهی و تلازم دارند، ولی احکام وضعی تلازم مستقیم با عقاب ندارند. (خوانساری، تسدید القواعد ۳۹۸) دومین تفاوت آن است که تمامی احکام تکلیفی به شرایط عامه تکلیف یعنی بلوغ، عقل و قدرت مشروط هستند، ولی همه احکام وضعی، به این امور مشروط نیستند، بلکه فقط برخی از آن‌ها مثل صحت معاملات و عبادات، به شرایط عامه مشروط هستند. (اصول فقه شیعه ۴: ۳۲) سومین تفاوت آن است که احکام تکلیفی مستقیماً به افعال انسان تعلق می‌گیرند، در حالی که احکام وضعی چنین نیستند. (آخوند، کفایه الاصول ۴۰۰ - ۴۰۴) چهارمین تفاوت آن است که هر چند از نظر ثبوت، امکان جعل استقلالی تمامی احکام وضعی وجود دارد، ولی در مقام اثبات، جعل بعضی احکام وضعی مستقل است و بعضی به تبع احکام تکلیفی، ولی جعل تمامی احکام تکلیفی به صورت استقلالی است. (کفایه الاصول ۴۰۰ - ۴۰۴) پنجمین تفاوت این است که احکام تکلیفی منحصر در پنج مورد است، ولی احکام وضعی انحصاری ندارد. (آخوند، کفایه الاصول ۴۰۰ - ۴۰۴)

نتیجه

۱. در خصوص ماهیت حکم وضعی در بین اصولیان شیعه سه نظریه به شرح زیر وجود دارد:
 - الف - حکم وضعی منتزع از حکم تکلیفی است مانند نظر شیخ انصاری؛
 - ب - حکم وضعی دارای ماهیت و اعتباری مستقل است مانند نظر فاضل تونی؛
 - ج - برخی نیز مانند مرحوم آخوند در این بین قائل به تفصیل هستند.
۲. تحقیق حاضر در بین سه نظریه فوق نظریه اعتبار مستقل را ترجیح داده است؛
۳. نسبت بین حکم وضعی و حکم تکلیفی این است که حکم وضعی، موضوع ساز برای حکم تکلیفی است؛
۴. حکم وضعی در چهار جهت با حکم تکلیفی تفاوت دارد: از جهت ملازمه مستقیم با عقاب، تقید به شرایط عامه تکلیفیه، تعلق مستقیم به فعل انسان و در نهایت این که حکم وضعی با وجود قابلیت ذاتی برای جعل استقلالی، گاهی به صورت تبعی جعل می شود.

فهرست منابع

۱. ابن فارس، ابوالحسین احمد بن زکریا. معجم مقاییس اللغة. قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، ۱۳۸۷ هـ. ش.
۲. اصفهانی، محمدحسین. نهاییه الدرايه فی شرح الکفایه. چاپ ۲، بیروت: آل البيت(ع)، ۱۴۲۹ هـ. ق.
۳. انصاری، مرتضی بن محمدامین. الحاشیه علی استصحاب القوانین. قم: مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۳۰ هـ. ق.
۴. _____ فرائد الاصول. چاپ ۹، قم: مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۳۱ هـ. ق.
۵. آخوند خراسانی، محمدکاظم. کفایه الاصول. قم: آل البيت(ع)، ۱۴۳۱ هـ. ق.
۶. بشروی خراسانی (فاضل تونی)، عبدالله بن محمد. الوافیه فی اصول الفقه. چاپ ۲، قم: مجمع الفکر، ۱۴۱۵ هـ. ق.
۷. حائری اصفهانی، محمدحسین بن عبدالرحیم. الفصول الغرویة فی الأصول الفقهیة. قم: دار احیاء العلوم الاسلامی، ۱۴۱۴ هـ. ق.
۸. حکیم، سید محمدتقی. الاصول العامه للفقه المقارن. چاپ ۲، قم: مجمع جهانی اهل بیت(ع)، ۱۴۱۸ هـ. ق.
۹. حلّی، فخرالمحققین محمدبن حسن بن یوسف بن مطهر. ایضاح الفوائد. تهران: نشر علمی، بی تا.
۱۰. خوانساری، حسین بن جمال الدین محمد. مشارق الشموس فی شرح الدروس. قم: آل البيت(ع)، ۱۳۱۱ هـ. ق.
۱۱. خوانساری، محمد، تسدید القواعد فی حاشیه الفرائد. تهران: شیخ محمد قوانینی، ۱۳۵۲ هـ. ش.
۱۲. سبحانی تبریزی، جعفر. المحصول فی علم الاصول. قم: مؤسسه امام صادق (ع)، ۱۴۱۵ هـ. ق.
۱۳. سیادت سبزواری، میرزا حسن، وسیله الوصل الی حقائق الاصول. قم: نشر اسلامی، ۱۴۳۱ هـ. ق.
۱۴. صدر، سید محمدباقر. دروس فی علم الاصول. چاپ ۵، قم: دارالعلم، ۱۴۳۰ هـ. ق.
۱۵. طباطبایی، سید محمدحسین. اصول فلسفه و روش رئالیسم (با پاورقی مرتضی مطهری). چاپ ۶، تهران: صدرا، ۱۳۸۹.
۱۶. طباطبایی المجاهد، محمد بن علی. مفاتیح الأصول. قم: مؤسسه آل البيت، ۱۴۱۶ هـ. ق.

۱۷. عاملی (شهید ثانی)، زین‌الدین بن علی. تمهید القواعد الاصولیه و العربیه. قم: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، ۱۴۱۶ هـ. ق.
۱۸. عاملی کرکی، حسین بن شهاب‌الدین. هدایه الابرار الی طریق ائمه الاطهار(ع). عراق: مؤسسه تحقیقات و نشر معارف اهل بیت(ع)، ۱۳۹۶ هـ. ق.
۱۹. علامه حلی، حسن بن یوسف. نهاییه الوصول الی علم الاصول. قم: مؤسسه امام صادق(ع)، ۱۴۲۶ هـ. ق.
۲۰. غروی نابینی، میرزا محمدحسن. فوائده الاصول. قم: نشر اسلامی، ۱۴۳۴ هـ. ق.
۲۱. غزالی، محمد بن محمد. المستصفی من علم الاصول. بیروت: دار الارقم بن ابی الارقم، بی تا.
۲۲. لنکرانی، محمد. سیری کامل در اصول فقه. قم: فیضیه، ۱۳۷۷ هـ. ش.
۲۳. مظفر، محمدرضا. اصول الفقه. چاپ ۵، قم: بوستان کتاب، ۱۳۸۰ هـ. ش.
۲۴. مکی، محمد بن جمال‌الدین. ذکرى للشیعه. قم: آل‌البیت(ع)، ۱۴۱۹ هـ. ق.
۲۵. مکی عاملی (شهید اول)، محمد. القواعد و الفوائد فی الفقه و الاصول و العربیه، قم: کتاب‌فروشی مفید، بی تا.
۲۶. ملکی اصفهانی، محمد، اصول فقه شیعه. قم: مرکز فقهی ائمه اطهار، ۱۳۸۱ هـ. ش.
۲۷. موسوی خمینی، سید روح‌الله. الاستصحاب. قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۸۵ هـ. ش.
۲۸. موسوی خویی، سید ابوالقاسم. مصباح الاصول. قم: مؤسسه احیاء تراث امام خویی، ۱۴۲۲ هـ. ق.
۲۹. موسوی قزوینی، سید ابراهیم. ضوابط الاصول. قم: مولف، ۱۳۷۱ هـ. ق.
۳۰. موسوی قزوینی، علی. تعلیقہ علی معالم الاصول. قم: دفتر انتشارات اسلامی (وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم)، ۱۴۲۷ هـ. ق.
۳۱. نجفی، محمدحسن جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام. چاپ ۷، بیروت: دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۶۷ هـ. ش.

رسائل

مجله علمی دانش پژوهان مرکز آموزش های تخصصی فقه

شماره ۴، پاییز ۱۳۹۴

صفحات ۴۳ تا ۶۰

حامد پارسا*

parsa.ha2014@gmail.com

اسقاط عمدی جنین؛ قصاص یا دیه؟

چکیده

با توجه به فراگیر شدن اسقاط جنین در کشور، دانستن حکم فقهی آن ضروری است. این در حالی است که فقهای امامیه نسبت به ثبوت قصاص در اسقاط عمدی از جنین تام‌الخلقه‌ای که روح در او دمیده شده است، متفق‌القول نیستند. برخی از آنها مثل کاشف الغطاء، سبزواری و حاج آقا رضا مدنی کاشانی به عمومات ادله قصاص تمسک جستند و قائل به ثبوت قصاص از جنین هستند. در مقابل، بسیاری از فقها مثل شیخ طوسی، محقق حلی، شهید ثانی و علامه حلی قائل به استثنا شدن جنین از عمومات قصاص هستند و فقط دیه را برای جنین ثابت می‌دانند. در این بین یافتن قول مختار مهم است.

تحقیق حاضر، فقها را به دو دسته مثبت و نافی قصاص از جنین تقسیم و اقوال و ادله هر کدام را ذکر و آنها را تحلیل کرده است. نهایتاً قول به عدم ثبوت قصاص از جنین تام‌الخلقه تقویت شده است که در نتیجه، تنها دیه به ذمه مسقط جنین اعم از مادر و غیر مادر خواهد آمد و قصاص ثابت نخواهد شد.

کلیدواژگان

سقط عمدی جنین، قصاص سقط جنین، دیه سقط جنین.

قصاص یکی از ابواب مهم فقه شیعه است که اسلام آن را برای حفظ جان افراد جامعه و جلوگیری از ریخته شدن خون آن‌ها تشریح کرده است. بنابراین، بحث از قصاص و موارد ثبوت و عدم ثبوت آن ضرورت پیدا می‌کند. بی شک، جنینی که روح در او دمیده و خلقتش کامل شده است، یک نفس محترم محسوب می‌شود و برای حفظ جان او باید ضمانت‌هایی مثل قصاص در قبال تعرض به حیاتش وجود داشته باشد. روایاتی که در این زمینه وارد شده است، اجمال دارند و آرای فقها هم مبهم و در مواردی، با یکدیگر متناقض هستند. این تحقیق می‌کوشد به این سؤال پاسخ دهد که قصاص بر شخصی که باعث اسقاط جنین از روی عمد شود، ثابت است یا نه؟

امروزه بحث از جنین مخصوصاً اسقاط آن فراگیر شده است و سالانه به طور متوسط، ۲۵۰ هزار سقط جنین غیر قانونی و ۶ هزار سقط جنین قانونی در ایران انجام می‌شود؛ زیرا با پیشرفت علم، انسان قادر است از وضعیت جنین قبل از تولد مطلع شود. در نتیجه، اگر در خلقت جنین، مشکل پزشکی مثل معلولیت باشد، آن را سقط می‌کنند. هم‌چنین زیاد شدن جمعیت در برخی کشورها موجب شده است برای کنترل جمعیت، اسقاط جنین را کاری غیر مجرمانه و در برخی موارد، قانونی بدانند. حتی قانون مجازات اسلامی به اسقاط جنین توجه نشان داده و در ماده ۳۰۶ بر حکم اسقاط جنین تصریح کرده است؛ «جنایت عمدی بر جنین، هر چند پس از حلول روح باشد، موجب قصاص نیست. در این صورت، مرتکب علاوه بر پرداخت دیه به مجازات تعزیری مقرر در کتاب پنجم «تعزیرات» محکوم می‌شود». از طرفی، فقها برای جنین علاوه بر حرمت تکلیفی فقط دیه را مطرح کرده و متعرض قصاص نشده‌اند و همین امر سؤال برانگیز است که فقها قصاص از جنین را ثابت می‌دانند یا خیر. در نتیجه، درباره قصاص از جنین باید تحقیق مفصلی انجام شود.

نسبت به مسئله ثبوت قصاص بر مُسقط جنین، بحث و تحقیقی مبسوط و جداگانه انجام نشده است، ولی عده قلیلی نسبت به این مسئله تحقیقاتی دارند. در بعضی موارد، اسقاط جنین فقط از جنبه حقوقی بررسی شده و حتی بررسی فقهی آن نیز موجز و مختصر است، در حالی که نسبت به آن باید بحث مفصل‌تر و مبسوط‌تری صورت بگیرد و در اقوال فقهای بیشتری، تتبع و ادله بیشتری کاویده شود. تحقیق حاضر، پس از دسته‌بندی اقوال فقها در ثبوت یا عدم ثبوت قصاص از جنین، مطابق صورت‌بندی انجام شده، مستندات فقهی اقوال را مطرح و به طور مفصل، ارزیابی و سرانجام نیز قول مختار را تبیین کرده است.

۱. بیان دو نظریه

اگر شخصی از روی عمد، عملی انجام دهد اعمّ از ضربه یا تزریق دارو و نظیر آن که بر اثر آن عمل، زن باردار، جنینش را اسقاط کند، آیا می‌توان عامل را قصاص کرد؟ به عبارت دیگر، موضوع قصاص در جنایت بر نفس شامل جنین تام‌الخلقه‌ای هم می‌شود که روح در او دمیده شده است؟

بیشتر فقها متعرض این بحث نشده و فقط بحث دیه جنین را مطرح کرده‌اند. همین اشاره نکردن به قصاص از جنین و بسنده کردن به دیه، این توهم را ایجاد می‌کند که قصاص از جنین ثابت نیست. البته برخی از فقها نسبت به این مسئله تصریح کرده‌اند که در ادامه به آن‌ها اشاره می‌شود.

در این مسئله، فقها به دو دسته تقسیم می‌شوند. عده‌ای قائل به جواز قصاص و عده‌ای قائل به عدم جواز قصاص از جنین تام‌الخلقه‌ای هستند که روح در او دمیده شده است.

الف) نظریه اول - انکار ثبوت قصاص از جنین تام‌الخلقه

در ادامه اقوال و ادله برخی از فقها مطرح می‌شود که قایل به عدم ثبوت قصاص در مساله هستند.

شیخ طوسی در خلاف

شیخ طوسی از جمله فقهایی است که قول به عدم ثبوت قصاص از جنین، از عباراتشان

فهمیده می‌شود:

فإن ألقته قبل وفاتها ثم ماتت ففيها ديتها، و في الجنين إن كان قبل أن تلجه الروح مائة دينار على ما مضى، و ان كان بعد أن ولجه الروح فالدية كاملة، سواء ألقته حيا ثم مات أو ألقته ميتا إذا علم أنه كان حيا. (الخلاف ۵: ۲۹۴)

اگر جنین را اسقاط کند قبل از وفاتش و بمیرد، دیه زن واجب می‌شود. هم‌چنین در جنین اگر قبل از ولوج روح باشد، صد دینار واجب می‌شود. اگر بعد از ولوج روح باشد، دیه کامل واجب می‌شود. فرقی نمی‌کند که جنین زنده اسقاط شود و سپس بمیرد یا مرده اسقاط شود.

از این کلمات، عدم ثبوت قصاص از جنین استظهار می‌شود؛ زیرا اصلا متعرض قصاص نمی‌شوند و فقط بحث دیه را مطرح می‌کنند. اگر مستشکل اشکال کند که شیخ طوسی قتل غیر عمد را گفته است، در جواب می‌گوییم عبارت بالا را در فرضی گفته است که ضارب با ضربه‌ای باعث اسقاط جنین شود: «إذا ضرب بطنها فألقت جنينا». (همان) پس ضربه ضارب، در عمد ظهور دارد و نه غیر عمد. در فرضی که شیخ طوسی برای ضارب فقط دیه را واجب کرده، به این معناست که ثبوت قصاص را قبول ندارد.

محقق حلی در شرایع

محقق حلی یکی از کسانی است که قول به عدم ثبوت قصاص از جنین را از کلماتشان می‌توان فهمید. البته کلمات ایشان مضطرب است و فقط می‌توان قول به عدم ثبوت قصاص را از کلماتشان استظهار کرد: «لو أَلقت المرأة حملها مباشرة أو تسببها فعليها دية ما أَلقته و لا نصيب لها من هذه الدية و لو أفرعها مفزع فألقته فالدية على المفزع؛ اگر زنی، حمل خود را سقط کند، چه به مباشرت و چه به تسبیب، باید دیه جنین را بپردازد و نصیبی از دیه به او نمی‌رسد. اگر شخص دیگری باعث شود که زن جنینش را سقط کند، دیه بر گردن او خواهد بود». (شرایع الإسلام ۴: ۲۶۴)

استظهار از کلام محقق برای ثبوت قصاص از جنین چنین است:

۱. محقق متعرض قصاص نشده و از ابتدا به سراغ ثبوت دیه رفته است.
۲. از کلامشان که فرمود: «لا نصيب لها من الدية»، وجود عمد در فعل زن فهمیده می‌شود؛ زیرا در قتل عمد، قاتل از ارث (یعنی همان دیه) نصیبی نمی‌برد. پس با این که سقط حمل، عمدی است، محقق، قصاص را مطرح نکرده و فقط متعرض دیه شده است. برخی از فقهای معاصر مثل آیت‌الله مکارم نیز همین استظهار را انجام داده‌اند. (بحوث فقهية هامة ۲۹۱)

همان طور که در اول بحث اشاره شد، کلمات محقق مضطرب است؛ زیرا از کلام دیگر ایشان، ثبوت قصاص از جنین فهمیده می‌شود: «و لو ضربها فألقته فمات عند سقوطه فالضارب قاتل يقتل إن كان عمدا؛ اگر شخصی به زن بارداری ضربه‌ای بزند که بر اثر آن، زن باردار، حملش را اسقاط کند و هنگام سقوط، جنین بمیرد، ضارب کشته می‌شود اگر از روی عمد، آن زن را زده باشد». (شرایع الإسلام ۴: ۲۶۶)

بین این دو کلام محقق می‌توان چنین جمع کرد که اگر جنین در رحم مادر کشته و سپس اسقاط شود، قصاص ثابت نیست، ولی اگر زنده اسقاط شود و سپس بمیرد، قصاص ثابت است. در این صورت، دیگر اضطرابی در کلام محقق نیست؛ زیرا ایشان موضوع قصاص را فرضی می‌داند که نفس دارای حیات در عالم خارج باشد و سپس اذهاق روح شود.

شهید ثانی در مسالک

شهید ثانی در جنایت بر جنین، قائل به ثبوت دیه است، نه قصاص. در جنایتی که بر زنی می‌شود و بر اثر آن، هم زن می‌میرد و هم جنین، برای زن، قصاص را لازم می‌داند، ولی بر خلاف آن، فقط دیه را برای جنین لازم می‌داند:

إذا أُلقت المرأة بالجناية عليها يدا أو رجلا و ماتت و لم ينفصل الجنين بتمامه، و جبت دية الجنين مضافا إلى ما يجب بالجناية عليها من قود أو دية. (مسالك الأفهام ١٥: ٤٨٨ و ٤٨٩)

اگر زنی بر اثر جنایتی که بر او می‌شود، دستی یا پایی از جنین اسقاط کند و آن زن بمیرد و تمام جنین از بدن او خارج نشود، دیه جنین بر آن شخص جانی واجب است. هم‌چنین قصاص یا دیه بر اثر جنایت بر زن بر او واجب می‌شود.

قول عدم ثبوت قصاص از جنین نیز از ظاهر کلام ایشان فهمیده می‌شود؛ زیرا ایشان درباره زن، قصاص و دیه را ثابت دانست، ولی در مورد جنین، متعرض قصاص نشده و فقط دیه را مطرح کرده است. پس ظاهر عبارت ایشان، عدم ثبوت قصاص از جنین است؛ زیرا ممکن است منظور ایشان این باشد که جنین کشته نشده و فقط دست و پایش قطع شده است. البته عبارتی از شهید ثانی در کتاب روضه نسبت به عدم ثبوت قصاص از جنین آمده است که صراحت بیشتری از کلام بالا دارد: «دية الجنين في مال الجاني إن كان القتل عمدا حيث لا يقتل به؛ ديه جنين از مال جانی داده می‌شود اگر قتل عمد باشد و قاتل در مقابل جنین قصاص نشود».

(روضه البهیه ١٠: ٢٩٥)

علامه حلی در تحریر الأحكام

علامه حلی منکر ثبوت قصاص از جنین است و فقط دیه را ثابت می‌داند:

لو ضربها فألقت جنينا قد ولجته الرّوح، و جب فيه دية [...] بشرط أن يعلم حياته و سقوطه بالجناية [...] و لو ألقته حيا حياة مستقرّة، فقتله ثان، فعلى الثّاني القصاص أو الدّية، أما لو لم تكن حياته مستقرّة، فالقاتل هو الأوّل. (٢: ٢٧٨)

اگر ضاربی به زن بارداری ضربه‌ای بزند که بر اثر آن ضربه، آن زن، حمل خود را که روح در آن دمیده شده است، اسقاط کند، دیه بر ضارب واجب می‌شود [...] به شرط این که حیات جنین قبل از سقوط معلوم باشد و به وسیله ضربه سقط شده باشد [...] و اگر جنین را اسقاط کند، در حالی که زنده است و زنده بودنش ادامه‌دار است و شخص دیگری، او را بکشد، پس شخص دوم، قاتل است و قصاص و دیه بر گردن اوست. اگر جنین را زنده اسقاط کند، ولی حیاتش مستقر نباشد، پس قاتل نفر اول است و قصاص و دیه بر گردن اوست.

از کلمات علامه حلی، عدم ثبوت قصاص از جنین فهمیده می‌شود؛ زیرا:

١. در ابتدای جمله گفته: «دیه بر او واجب می‌شود» و اصلا متعرض قصاص نشده است، در حالی که از کلمه «سقوطه بالجناية»، ضرب عمدی فهمیده می‌شود، ولی با این حال، حرفی از قصاص نزد.

۲. بحث قصاص را در جایی مطرح می‌کند که جنین بعد از سقط، زنده باشد و بعد بمیرد. پس یعنی مطلق جنین، اگر کشته شود، قصاص ندارد و فقط در صورتی قصاص دارد که در عالم خارج زنده باشد و سپس بمیرد. پس ظاهراً علامه حلی، ثبوت قصاص از جنین را قبول ندارد. مؤید استظهار ما، عبارت علامه حلی در جای دیگری است: «لو ضربها فألقته، فمات عند سقوطه، فالضارب قاتل یقتل إن کان عمداً». (همان) این جمله، همان جمله محقق است و همان توضیحی که درباره آن دادیم، این جا هم می‌آید یعنی باید جنین، زنده اسقاط شود و بعد بمیرد تا قصاص برای او ثابت شود.

علامه مجلسی در یک دوره فقه فارسی

علامه مجلسی از جمله کسانی است که در موضوع بحث، فتوای صریح داده است. ایشان به صراحت می‌گوید که اگر جنین بر اثر جنایت عمدی اسقاط شود، قصاص زمانی برای او ثابت است که بعد از اسقاط زنده باشد و سپس بمیرد یعنی جنایت بر جنین قصاص ندارد و قصاص برای کسی است که در عالم خارج، زنده باشد و سپس بمیرد؛ حال جنین باشد یا صبی یا رشید: «اگر حاملی را زد و جنین انداخت، زنده و بعد از آن مرد، به آن انداختن، قصاص جایز است اگر عمداً باشد و اگر عمداً نباشد، دیت واجب می‌شود». (۲۱۶)

مقدس اردبیلی در مجمع الفائدة

از عبارات محقق اردبیلی، قول به عدم ثبوت قصاص از جنین استفاده می‌شود: «لو جنی علی امرأة جان فألقت جنینا فماتا بعده أو بقي مریضا حتی مات أو کان صحیحا غیر مریض، و لکن جنین لا یمیش مثله فمات قتل الجانی إن کان عمدا عدوانا؛ اگر شخص جانی، جنایتی بر زن بارداری کند و آن زن، جنینش را اسقاط کند و جنین بعد از مدتی بمیرد، [...] اگر جنایت جانی از روی عمد بوده باشد، جانی کشته می‌شود». (۳۳۸: ۱۴)

از این عبارت فهمیده می‌شود که جنین باید بعد از اسقاط، زنده باشد و بعد بمیرد؛ زیرا فرض‌هایی مثل «بقی مریضا حتی مات» را در ادامه «فماتا بعده» بیان کرده است. فرض‌های دوم و سوم بر زنده بودن جنین بعد از اسقاط صراحت دارد و فقط فرض اول، صریح نیست که به قرینه فرض دوم و سوم بر جنینی حمل می‌شود که در عالم خارج، زنده باشد و سپس بمیرد؛ زیرا از آنجایی که حکمشان را یکی بیان کرد، ظاهر این است که موضوعشان هم که نفس زنده در عالم خارج است، باید یکی باشد. پس کلامش در عدم قصاص از جنین ظهور دارد.

مؤید استظهار ما، ادامه عبارت محقق اردبیلی است که می‌گوید:

و لو کان حیاته مستقرّة قتلته غیر الجانی، قتل القاتل مع العمد [...] لو لم یکن حیاته مستقرّة

قتل الجاني ان كان عمدا عدوانا [...] و لو اشتبه و لم يعلم كونها مستقرّة أم لا فلا قصاص على أحدهما للشبهة [...] الدية على الجاني، فإنه القاتل بحسب الظاهر لانه قتل حيّا و ان لم يعلم أنه مستقرّة الحياة. (همان)

اگر حیات طفل اسقاط شده، مستقر باشد و شخص دیگری، او را بکشد، آن شخص قصاص می‌شود. اگر حیاتش غیر مستقر باشد، همان شخص اول که باعث اسقاط شد، قصاص می‌شود. اگر معلوم نشد حیات طفل، مستقر است یا نه، به علت وجود شبهه، هیچ کدام قصاص نمی‌شوند و شخص اول باید دیه طفل را بدهد؛ زیرا به حسب ظاهر، او قاتل است؛ زیرا شخص زنده‌ای را کشته است، اگر چه ندانیم که حیات طفل مستقر است.

نکته‌ای که در کلام ایشان آمده، آن است که در مورد شبهه، به عدم ثبوت قصاص حکم می‌شود؛ زیرا ملاک ایشان، حال جنین در عالم خارج است؛ یعنی اگر جنین حیات مستقر داشت، پس قاتل، دومی است؛ زیرا نفس زنده‌ای را کشته است و اگر حیات غیر مستقر داشت، قاتل، اولی است؛ زیرا او نفس زنده‌ای را کشته است، ولی اگر حیات جنین در عالم خارج مهم نبود، باید در فرض شبهه، به قصاص اولی حکم شود؛ زیرا در حیات مستقر و غیر مستقر در عالم خارج شک داریم، ولی نسبت به حیات جنین در رحم مادر یقین داریم. پس باید به قصاص اولی حکم کنیم؛ زیرا او یک نفس زنده (در رحم مادر) را کشته است و باید قصاص شود و حیات جنین در خارج اهمیتی ندارد. با این حال، چون ملاک محقق اردبیلی برای ثبوت قصاص، حیات در عالم خارج است، به قصاص حکم نمی‌کند؛ زیرا حیات جنین در عالم خارج مشتبه شده و قصاص به دلیل شبهه ساقط است. پس به طور کلی، اگر کسی قصاص را برای مطلق جنین ثابت بداند و حیات جنین در خارج موضوعیت نداشته باشد، باید در مورد شبهه یادشده به قصاص حکم کند، ولی کسی مثل محقق اردبیلی نمی‌تواند به قصاص حکم کند و فقط دیه را ثابت می‌داند؛ زیرا حیات جنین در عالم خارج موضوعیت دارد. پس محقق اردبیلی مثل محقق حلی برای جنینی، قصاص را ثابت می‌داند که هنگام سقوط زنده باشد و بعد بمیرد.

محمدحسن نجفی در جواهر

صاحب جواهر یکی دیگر از کسانی است که در ردیف قاتلان به عدم ثبوت قصاص از جنین قرار می‌گیرد؛ زیرا ایشان در شرح شرایع الاسلام محقق، فتوای محقق را تأیید می‌کند و حتی از محقق، پا را فراتر می‌گذارد و ادعای عدم خلاف و اشکال بین فقها را در این مسئله مطرح می‌کند. هم‌چنین ایشان بر عمد بودن اسقاط تصریح می‌کند، ولی در عین حال، فقط دیه را ثابت می‌داند و از قصاص حرفی به میان نمی‌آورد: «و لو أُلقت المرأة حملها مباشرة أو تسببا

فعلیها دية ما ألقته و لا نصيب لها من هذه الدية بلا خلاف و لا إشكال في ثبوت الدية علیها، بل و في عدم إرثها أيضاً مع العمد؛ اگر زنی حملش را اسقاط کند، به مباشرت یا تسبیب، دیه جنین را باید بدهد و از دیه نصیبی نمی‌برد. هیچ خلاف و اشکالی در ثبوت دیه بر او و در عدم ارثش در صورت عمد نیست». (۴۳: ۳۷۴)

محمدحسن نجفی در جایی دیگر همان کلام محقق را دارد که ممکن است ظاهرش بر هر دو نظریه صدق کند، ولی به قرینه کلام سابق ایشان، در ردیف منکران ثبوت قصاص قرار می‌گیرد. ایشان می‌گویند که اگر شخصی به زنی باردار ضربه بزند و بر اثر ضربه، آن زن جنینش را اسقاط کند و جنین هنگام سقوط بمیرد، ظاهراً ضارب، قاتل است و باید قصاص شود. تا این‌جا کلام محقق است که صاحب جواهر آن را تأیید می‌کند، ولی این مطلب را به آن می‌افزاید: لو ضربها فألقته فمات عند سقوطه فالضارب قاتل علی الظاهر نحو من ضرب شخصاً بشيء یقتل مثله فمات عقیب ذلك فحینئذ یقتل إن كان عمداً لتحقق موضوع القصاص فیهِ و هو إزهاق الروح المحترمة، سواء كانت مستقرة أولاً. (همان ۳۸۱)

ضارب باید قصاص شود؛ زیرا موضوع قصاص که اذهاق نفس محترم است، محقق شده است. فرقی نمی‌کند جنین بعد از سقط، حیات مستقر داشته باشد یا نه؛ زیرا قبل از قتل، حیات داشته و همین کافی است برای تحقق موضوع قصاص. البته باید ضربه به صورتی باشد که غالباً کشنده باشد. صاحب جواهر با آوردن قید «مات عند سقوطه»، موت قبل از سقوط را خارج کرده است؛ زیرا اگر برای موت قبل از سقوط، قصاص را ثابت می‌دانست، دیگر آوردن این قید لغو بود. پس ایشان قصاص از نفسی را ثابت می‌داند که در عالم خارج حیات داشته باشد و این حیات داشتن در عالم خارج مفارق بین جنینی است که قصاص دارد و جنینی که در شکم مادر می‌میرد و قصاص ندارد. در ضمن، کلام سابقشان مؤید استظهار ما از کلام ایشان است.

آیت‌الله خویی در مبانی تکمله المنهاج

آیت‌الله خویی قائل به عدم جواز قصاص در جنین است و می‌فرماید: «وجه الإشکال ما تقدّم ضمن المسائل السابقة بشكل موسّع من عدم ثبوت القصاص و القود علی من قتل صغیراً، بل علیهِ الدية؛ وجه اشکال چیزی است که در مسائل گذشته آمد؛ یعنی قصاص در مورد کسی که بچه‌ای را به قتل برساند، ثابت نیست، بلکه باید دیه او را بپردازد». (۴۲: ۵۱۳)

ایشان قائل به عدم جواز قصاص در صبی است. پس به طریق اولویت، در جنین، قائل به عدم جواز قصاص است. اولویت به این شکل است که وقتی قصاص برای صبی که فردی دارای حیات در عالم خارج است، ثابت نیست، به طریق اولویت، قصاص برای جنین که فردی

زنده در عالم خارج نیست و فقط در رحم زن دارای حیات است، ثابت نیست. به عبارت دیگر، قصاص فقط برای بالغ ثابت است و برای غیر بالغ اعمّ از صبی یا جنین ثابت نیست. بنابراین، ادله ایشان را در مورد عدم ثبوت قصاص نسبت به صبی باید بررسی کرد. ایشان در استدلال خود می‌فرماید:

هل يُقتل البالغ بقتل الصبي؟ قيل: نعم، و هو المشهور، و استدللّ عليه بعموم أدلّة القصاص، و خصوص مرسله ابن فضال، عن بعض أصحابه، عن أبي عبد الله (ع) «قال: كل من قتل شيئاً صغيراً أو كبيراً بعد أن يتعمّد فعله القود» و فيه إشكال، بل منع. (همان ۸۴)

آیا شخص بالغ در مقابل صبی قصاص می‌شود؟ گفته شده بله و این قول مشهور است. برای ثبوت قصاص در قتل صبی به عموم ادله قصاص استدلال شده است و هم‌چنین خصوص مرسله بن فضال از بعضی از صحابه از ابی عبدالله (ع) که می‌گوید: هر کس مرتکب قتل کوچک یا بزرگی شود از روی عمد، قصاص می‌شود، ولی در این استدلال، اشکال است، بلکه جنین استدلالی ممنوع است.

آیت‌الله خویی در استدلال مثبتین خدشه می‌کند و می‌گوید که عمومات قصاص به وسیله صحیح‌ه ابی بصیر که در ادامه ذکر می‌شود، تخصیص می‌خورد. هم‌چنین روایت مرسله اگر چه دلالتش درست است، چون سندش ضعیف است، قابل اعتماد نیست: «وجهه: هو أنّ العمومات قابلة للتخصيص بصحیحة أبي بصير الآتية و أمّا المرسل فهو و إن كان لا بأس بدلالته إلاّ أنّه ضعيف سنداً من جهة الإرسال». (همان ۸۵) البته ایشان در ادامه اعتراف می‌کند که مضمون روایت مرسله، در صحیح‌ه بن بکیر آمده و چون روایت، صحیح است، پس قابل اعتماد است، ولی در دلالت صحیح‌ه تشکیک می‌کند و می‌گوید:

نعم، رواه الصدوق بسنده الصحيح عن ابن بکیر عن أبي عبد الله (ع)، إلاّ أنّه قال: «كل من قتل بشيء صغر أو کبر» و لکنّه ضعيف دلالة، نظراً إلى أنّ الظاهر من قوله (ع): «صغر أو کبر» هو أنّ الصغر و الکبر صفة للشيء الذي يقع به القتل. و عليه، فالرواية أجنبية عن كون المقتول صغيراً أو كبيراً. (همان)

بله، این مطلب را صدوق با سند صحیح از بن بکیر از ابی عبدالله (ع) نقل می‌کند با این تفاوت که فرمود: «هر کس که چیز بزرگ یا کوچکی را بکشد»، ولی این صحیح‌ه از نظر دلالت ضعیف است؛ زیرا ظاهر قول امام که فرمود: «صغر أو کبر»، این است که کوچکی و بزرگی، صفت هستند برای آن شیء که قتل با آن انجام شده است. پس این روایت نسبت به صغیر یا کبیر بودن مقتول، اجنبی است.

استظهار ایشان این است که منظور امام از کوچک و بزرگ بودن این است که آن شیء که قتل با آن انجام شده، کوچک باشد یا بزرگ. پس منظور امام این نیست که آن مقتول، کوچک باشد یا بزرگ، بلکه آلتی که قتل با آن انجام می‌شود، مورد وصف است.

آیت‌الله خوئی ردّ بر استدلال مُثَبِّتین قصاص از صبی را کامل می‌کند و می‌گوید:

در این هنگام که روایت معتبری از نظر سند و دلالت نداریم، تنها دلیل قابل استناد برای اثبات قصاص، اجماع است. پس اگر اجماعی در کار باشد، به آن استناد می‌کنیم، ولی اجماعی هم نسبت به این مسئله در کار نیست و عبارت محقق حلی در شرایع که فرمود: «علی الأصح» بر عدم اجماع دلالت می‌کند. نه تنها اجماعی در کار نیست، بلکه نظر خلاف به حلی نسبت داده شده است. پس تمام ادلّه مُثَبِّتین قصاص از صبی، مردود هستند: «فإذن إن تمّ إجماع فهو، و لكنّه غیر تامّ، كما يظهر من عبارة الشرایع، حیث عبّر بقوله: علی الأصحّ و نُسب الخلاف إلى الحلی كما عرفت». (همان)

ایشان نه تنها ادلّه مُثَبِّتین قصاص از صبی را رد می‌کند، بلکه دلایلی برای اثبات عدم قود و قصاص از صبی می‌آورد:

و تدلّ علی عدم القود صحیحةً اَبی بصیر یعنی: المرادی قال: سألت أبا جعفر (ع) عن رجل قتل رجلاً مجنوناً «فقال: إن كان المجنون أَرَادَهُ فدفعه عن نفسه (فقتله) فلا شيء عليه من قود و لا دية، و يعطى ورثته ديته من بيت مال المسلمين. قال: و إن كان قتله من غیر أن یکون المجنون أَرَادَهُ فلا قود لمن لا یقاد منه» الحدیث. (همان)

صحیحه اَبی بصیر یعنی مرادی بر عدم قود و قصاص از صبی دلالت می‌کند و می‌گوید: از اَباجعفر (ع) در مورد مردی پرسیدم که مرد دیوانه‌ای را کشته است. پس امام فرمود: اگر مجنون قصد داشته به او آسیب برساند و او از خود دفاع کرده و وی را کشته است، پس چیزی از قصاص و دیه بر گردن او نیست و دیه مجنون از بیت المال مسلمانان به ورثه او داده می‌شود. اگر مجنون کاری با او نداشته و بدون دلیل، او را کشته باشد، پس قاتل قصاص نمی‌شود به علت قتل کسی که اگر قتل انجام می‌داد، او را قصاص نمی‌کردند.

آیت‌الله خوئی به قاعده کلی «لا قود لمن لا یقاد منه» استناد می‌کند. این قاعده که در روایت آمده، بیان‌کننده این است که اگر در حق شخصی جنایت صورت گرفت، زمانی می‌توانیم جانی را قصاص کنیم که اگر این جنایت به وسیله خود مجنی علیه صورت می‌گرفت، می‌توان او را قصاص کرد. مثلاً این جنایت را که شخص الف بر شخص ب وارد کرده است، اگر توسط شخص ب بر شخص الف وارد شود، در صورتی که بتوان شخص ب را به خاطر جنایتش بر شخص الف قصاص کرد، پس می‌توان شخص الف را هم به خاطر مجازاتش بر شخص ب قصاص کرد. ایشان در ادامه می‌فرماید:

فَهذِهِ الصَّحِيحَةُ وَ إِن كَانَ مُورِدَهَا المَجْنُونُ إِلَّا أَنَّ قَوْلَهُ (ع) «فَلَا قُودَ لِمَنْ لَا يَقَادُ مِنْهُ» تَطْبِيقٌ لِلْكِبْرَى عَلَى الصَّغْرَى، فَتَدَلُّ عَلَى عَدَمِ القُودِ فِي الصَّغِيرِ أَيْضًا. (همان ۸۶)

این روایت صحیحه اگر چه موردش، شخص مجنون است، ولی قول امام که فرمود: «لا قود لمن لا يقاد منه»، تطبیق کبری (یعنی قاعده) بر صغری (یعنی مجنون) است. پس قاعده عدم قود (کبری) بر شخص صغیر (صغری) هم دلالت می‌کند؛ زیرا صغیر هم اگر جنایتی انجام دهد، او را مجازات نمی‌کنند. پس جنایت بر او هم مجازات ندارد.

آیت‌الله خوئی قائل به عدم قصاص از صبی است. پس به طریق اولی، قائل به عدم جواز قصاص از جنین است و به طور کلی، معتقد است بالغ در مقابل غیر بالغ قصاص نمی‌شود.

بنابر آنچه گفته شد می‌توان چنین بیان کرد که فقهای منکر ثبوت قصاص از جنین قائل بودند جنین اگر چه نفس محترم است، قصاص برای او ثابت نیست. ایشان به غیر از آیت‌الله خوئی که به صحیحه ابی بصیر، استناد و صاحب جواهر که ادّعی عدم خلاف و اشکال کرد، عدّت مدّعی خود را بیان نکردند. در نتیجه، شاید همان طور که صاحب جواهر فرمود، در مسئله، خلاف و اشکالی نیست، این که این فقها، دلیلی برای مدّعی خود ذکر نکرده‌اند، عدم خلاف و اشکال در مسئله از نظر ایشان است.

ب) نظریه دوم - ثبوت قصاص از جنین تام الخلقه

در ادامه بحث، برخی اقوال و ادله فقهای مطرح می‌شود که مَثبِتِ قصاص از جنین هستند.

سبزواری در مذهب الأحكام

صاحب مذهب الأحكام یکی از کسانی است که قائل به ثبوت قصاص از جنین است. ایشان نسبت به ثبوت قصاص تصریح کرده و جایی برای تشکیک در کلامشان نگذاشته است بر خلاف برخی فقها که نسبت به ثبوت یا عدم ثبوت تصریح نکرده‌اند و فقط از ظاهر کلامشان، ثبوت یا عدم ثبوت فهمیده می‌شود و این امر باعث تردید می‌شود. سبزواری در مذهب الأحكام می‌گوید: «لو خَوْفٌ حَامِلًا فَأَجْهَضْتُ ضَمْنَ دِيَةِ الْجَنِينِ مِنْ مَالِهِ إِنْ تَلَفَ، بَلَا قَصْدَ الإِجْهَاضِ وَ إِلَّا فَعَلِيهِ الْقَصَاصُ؛ اگر شخصی، زن حامله‌ای را بترساند و زن بر اثر آن، حملش را اسقاط کند، ضامن دیه جنین خواهد بود. البته در صورتی که بدون قصد، او را ترسانده باشد، وگرنه قصاص می‌شود». (۱۱۲: ۲۹)

دلیلی که سبزواری برای فتوای خود ذکر می‌کند، وجود مقتضی است. در سقط جنین، مقتضی قصاص که ولوج روح و کامل بودن خلقت است، موجود است؛ زیرا در این صورت، جنین، یک نفس محترم محسوب می‌شود. پس چون مانعی هم در کار نیست، قصاص ثابت می‌شود؛ چون تحت

شمول عمومات قصاص مثل النفس بالنفس قرار می‌گیرد: «لوجود المقتضي حينئذ - كما إذا ولجته الروح و كان تام الخلقه - و فقد المانع، فتشمله الأدلة لا محالة. و أما قوله عليه السلام: «لا قود لمن لا يقاد منه»، فقد تقدم الإشكال فيه.» (همان) البته ایشان به یک اشکال مقدر یعنی وجود مانعی مثل «لا قود لمن لا يقاد منه» که آیت‌الله خوبی هم به آن استدلال کرده بود، پاسخ می‌دهد که اگر عمومیت روایت یادشده ثابت شد، پس بر عمومات قصاص، حاکم است و عمومات قصاص را تضييق می‌کند، ولی چون عمومیت آن ثابت نیست یا حداقل در عمومیت آن شک داریم، پس نمی‌توان اخذ به آن کرد؛ زیرا این مورد از مصادیق حقوق الناس است و شارع اهتمام زیادی به حفظ آن دارد و چه بسا علتی که باعث شده مشهور از روایت صحیحه اعراض کنند، همین باشد. (همان ۲۸)

همان طور که ملاحظه شد، سبزواری به طور مبسوط، ادله منکران ثبوت قصاص را رد کرده و قاطعانه قائل به ثبوت قصاص از جنین شده است.

کاشف الغطا در سفینه النجاه

کاشف الغطا در عبارات خود بر ثبوت قصاص و قود برای جنین تصریح می‌کند و معتقد است جنینی که روح در او دمیده شده، یک نفس محترم است و تمام حقوقی که برای یک نفس محترم است، برای او هم هست. از جمله آن حقوق، ثبوت قصاص است اگر کسی جنایتی بر او وارد کند:

الجنين إن ولجته الروح فهو نفس كالولد تجري عليه جميع احكامه فيقاد به في العمد و ديته دية كاملة في الخطأ في الذكر الف و في الأنثى نصفها و تجب الكفارة في العمد. (۹۶:۳)

اگر روح در جنین دمیده شده باشد، مثل صبی است و همه احکام صبی در حق او ثابت است. پس در قتل عمد، قاتلش قصاص می‌شود و دیه‌اش در قتل خطا، دیه یک انسان کامل است. در کشتن عمدی او، کفاره بر قاتلش واجب می‌شود.

چون ایشان بر ثبوت قصاص برای جنین تصریح کرده است، جایی برای مناقشه و تردید باقی نمی‌گذارد.

آیت‌الله رضا مدنی کاشانی در کتاب الدیات

مرحوم مدنی کاشانی از جمله فقهای است که قائل به ثبوت قصاص از جنین است. ایشان در مورد ترساندن زن باردار، در صورتی که باعث اسقاط حملش شود، می‌گوید که اگر ترساندن، عمدی باشد، قصاص از جنین واجب می‌شود: «ما قلنا من أن الضمان على المخوف إنما هو إذا كان متعمداً في التخويف و لم يقصد القتل به و إلا فعليه القصاص؛ چیزی که ما گفتیم به این که مخوف زن باردار، ضامن دیه اوست، در صورتی است که عمدی در کار نباشد و گرنه باید قصاص شود.» (۶۲)

به طور خلاصه بنابر آنچه گزارش شد، فقهای بی که قائل به ثبوت قصاص از جنین بودند، به عموماً قصاص تمسک می‌کردند و می‌گفتند چون جنین یک نفس محترم است، تحت عموماً مثل «النفس بالنفس» قرار می‌گیرد و قصاص از او ثابت است.

۲. وجه مشترک بین دو نظریه

قبل از ارزیابی بین دو نظریه لازم است وجه مشترک بین این دو نظریه بیان شود. ممکن است از آنجایی که فقها بحث جنایت بر زن باردار و اسقاط جنینش را مطرح کردند، شبهه ایجاد شود که این حکم فقط برای جانی مُسقط است و نه مادر اسقاط‌کننده جنینش. حال این سؤال مطرح می‌شود که فقهای بی که نسبت به ضارب، قائل به ثبوت یا عدم ثبوت قصاص شدند، نسبت به مادری که به اسقاط جنین خود اقدام می‌کند، چه نظری دارند؟ آیا مادری را که باعث اسقاط جنین شود، می‌توان قصاص کرد؟ ظاهر عبارات فقها، فرق نگذاشتن بین مادر و غیر مادر است. حتی برخی از عبارات آن‌ها تصریح دارد که نمونه‌هایی از آن‌ها ذکر می‌شود.

صاحب ریاض المسائل در این مسئله تصریح می‌کند که اگر زنی با خوردن دارو باعث اسقاط جنین خود شود، فقط دیه بر گردن او واجب می‌شود: «لو أَلَقَتِ الْمَرْأَةُ مَبَاشَرَةً أَوْ تَسْبِيحاً بَأَنِّ شَرِبَتْ دَوَاءً مَثَلًا فَطَرَحَتْهُ فَعَلَيْهَا دِيَةٌ مَا أَلَقَتْهُ لَوَرْتَهَ مُطْلَقًا وَ لَا نَصِيبَ لَهَا مِنْهَا، بِلَا خِلَافٍ؛ لِلْأَصُولِ، مُضَافًا إِلَى النَّصُوصِ؛ إِنْ زَنَى جَنِينًا رَا اسْقَاطَ كُنْدِ، حَالِ بِا وَاسْطَهْ يَأِ بِي وَاسْطَهْ، مَثَلًا دَارُوبِي بِخُورِدِ وَ جَنِينِش رَا بِرِ اَثْرِ اَنِّ اسْقَاطَ كُنْدِ، دِيَهْ كَامِلِ جَنِينِ رَا بِايدِ بِهْ وَرْتَهْ جَنِينِ بَدَهْدِ وَ خُودِشِ اَزِ اَنِّ سَهْمِي نَدَارِدِ». (رياض المسائل ۱۶: ۵۴۸) همان طور که ملاحظه شد، صاحب ریاض المسائل، قائل به ثبوت دیه است و قصاص را ثابت نمی‌داند. اشاره ایشان به «و لا نصيب لها منها»، قتل عمد را می‌رساند؛ زیرا فقط در قتل عمد، قاتل از ارث، محروم است.

محقق حلی هم بین مادر و غیر مادر فرقی نمی‌گذارد و می‌گوید که مُسقط، دیه بر گردنش می‌آید و قصاص ندارد: «لو أَلَقَتِ الْمَرْأَةُ حَمْلَهَا مَبَاشَرَةً أَوْ تَسْبِيحًا فَعَلَيْهَا دِيَةٌ مَا أَلَقَتْهُ وَ لَا نَصِيبَ لَهَا مِنْ هَذِهِ الدِّيَةِ وَ لَوْ أَفْرَعَهَا مَفْرَعًا فَأَلَقَتْهُ فَالِدِيَةُ عَلَى الْمَفْرَعِ؛ إِنْ زَنَى بِعَاطِ جَنِينِشِ شُودِ، بِهْ مَبَاشَرَتِ يَأِ تَسْبِيْبِ، دِيَهْ بِرِ گُردنِ اوست و نصیبی از دیه به او نمی‌رسد». (جواهر الکلام ۴: ۲۶۴) از کلام ایشان عدم ثبوت قصاص از جنین فهمیده می‌شود؛ زیرا اگر قصاص واجب بود، باید به قصاص امر می‌کرد نه دیه. آنجایی هم که گفت: «لا نصيب لها من هذه الدية»، به عمد بودن قتل اشاره دارد.

علامه حلی از جمله کسانی است که به فرق نداشتن بین مادر و غیر مادر در اسقاط عمدی جنین قائل است. ایشان بعد از بیان فرق نگذاشتن بین مادر و غیر مادر می‌گوید که فقط دیه بر گردن مُسقط می‌آید و قصاص ثابت نیست: «لو شربت الحامل دواء فألقت جنینا، أو ألقته بفعل غير ذلك مباشرة أو

تسبیبا، فعلیها دیه ما اَلقته لورته غیرها؛ اگر زن بارداری، دارویی بخورد و جنینش را اسقاط کند یا آن را با چیزی غیر از دارو اسقاط کند، به مباشرت یا تسبیب، باید دیه جنین را به ورثه او بدهد و خودش سهمی ندارد». (تحریر الاحکام ۵: ۶۳۷) همان طور که مشاهده شد، علامه حلی هم به فرق نداشتن بین مادر و غیر مادر در اسقاط جنین قائل است و فقط دیه را بر او واجب می‌داند. گفتنی است اشاره به سهم نداشتن از دیه، به عمد بودن اسقاط دلالت دارد. در غیر جنین، در چنین حالتی، قصاص ثابت است، ولی در جنین فقط دیه، ثابت است.

در نتیجه، بین فقها، اختلاف و اشکالی در فرق نداشتن بین مادر و غیر مادر در اسقاط جنین نیست و فقط اختلاف آن‌ها در ثبوت قصاص یا ثبوت دیه است. به عبارت دیگر، اگر فقیهی قائل به ثبوت قصاص از جنین، بر مُسقطی غیر از مادر باشد، نسبت به مادر مُسقط هم قائل به ثبوت قصاص است. اگر فقیهی منکر ثبوت قصاص از جنین بر مُسقطی غیر از مادر باشد، نسبت به مادر هم همین نظر را دارد.

۳. قضاوت بین دو نظریه

الف - بیان نظریه مختار

همان طور که ملاحظه شد، در مسئله مورد بحث، اقوال، مختلف است و دست‌یابی به نظر صحیح، دشوار. در این بین با ارزیابی و تحلیل دقیق آنها می‌توان به نظر مختار رسید. بنابر آنچه در ادامه بیان می‌شود، قصاص در اسقاط عمدی جنین اثبات نمی‌شود. ادله‌ای که گروه دوم برای ثبوت قصاص از جنین به آن تمسک کردند، عمومات قصاص است؛ زیرا جنین با دمیده شدن روح در آن و کامل شدن خلقتش، یک نفس محترم محسوب می‌شود و تحت عموم «النفس بالنفس» (مأذنه/ ۴۵) یا دیگر عمومات قصاص قرار می‌گیرد. همان طور که صاحب مهذب الأحکام گفت، مقتضی موجود است. پس در صورت نبود مانع، حکم ثابت می‌شود. اشکال این استدلال آن است که در ما نحن فیه، مانع در کار است. بسیار مایه تعجب است که بعضی فقها وجود این مانع را انکار کرده‌اند.

ب - ادله نظریه مختار

همان طور که گفته شد موانع تمسک به عمومات باب قصاص، ثبوت قصاص از جنین را نفی می‌کند. برای نمونه، به بعضی از آن‌ها اشاره می‌شود:

۱ - ب - روایت ابو عبیده

ما رواه أبو عبیده فی الصحیح عن ابي عبد الله (ع): فی امرأة شربت دواءً و هي حامل لتطرح ولدها فألقت ولدها، قال: «إن كان له عظم قد نبت عليه اللحم و شق له السمع و البصر فإن علیها دية تسلّمها إلی أبيه». - إلی أن قال: - قلت: فهی لا ترث من ولدها من دیتة؟ قال: «لا؛ لأنّها قتلتها». (بحوث فقهیة هامة ۲۹۱)

ابوعبیده از امام صادق(ع) نقل می‌کند که درباره زنی که حامله بود و دارویی می‌خورد و جنینش را اسقاط می‌کند، فرمود: اگر جنین، استخوان دارد و گوشت روی آن روییده و دارای گوش و چشم است، باید دیه کامل او را به پدرش بپردازد [...] تا آن‌جا که می‌گوید [...] مادر از فرزندش ارث نمی‌برد؛ زیرا او را کشته است.

این روایت به صراحت می‌گوید که قتل انجام شده عمدی است؛ زیرا امام می‌فرماید: از ولد ارث نمی‌برد، در حالی که ارث بردن مادر از فرزند خود، مشهور است و این فقط در شخص قاتل، صادق است. با وجود قتل عمد، امام فقط دیه را واجب می‌داند، در حالی که قصاص قبل از دیه است و در صورتی که قصاص ثابت بود، باید به آن امر می‌کرد. آیت‌الله العظمی مکارم شیرازی این استدلال را دارد. (همان)

۲ - ب - روایت ابابصیر

از جمله موانع، روایت ابوبصیر است:

و تدلّ علی عدم القود صحیحة أبي بصیر یعنی: المرادي قال: سألت أبا جعفر (ع) عن رجل قتل رجلاً مجنوناً «فقال: إن كان المجنون أَرَادَهُ فدفعه عن نفسه (فقتله) فلا شيء عليه من قود و لا دية، و يعطى ورثته ديته من بيت مال المسلمين. قال: و إن كان قتله من غير أن يكون المجنون أَرَادَهُ فلا قود لمن لا يقاد منه» الحديث. (وسائل الشیعه ۲۹: ۷۱)

این روایت در استدلال آیت‌الله خویی گذشت و نکته آن در آخر حدیث است که امام قاعده کلی «لا قود لمن لا يقاد منه» را بیان می‌کند که یکی از مصادیق بارز آن، جنین است. بعضی از فقها ادعا می‌کنند قاعده بالا عمومیت ندارد و شامل جنین نمی‌شود. مبنای این ادعای ایشان بر ما روشن نیست؛ زیرا قاعده عام است و جنین مصداق «لا يقاد منه» است. پس تحت عمومیت آن قرار می‌گیرد. برخی از فقهای عظام می‌گویند: حداقل این است که در عمومیت آن شک داریم و با وجود شک، نمی‌توان به عموم آن اخذ کرد؛ زیرا شارع اهتمام زیادی به حق الناس دارد و قرار دادن جنین تحت عمومیت آن باعث اسقاط حق اوست و این مصداق پای مال کردن حق الناس است. در جواب ایشان باید گفت:

۱. قاعده‌ای که امام بیان می‌کند، عام است و شامل همه مصادیق می‌شود و اگر مصداقی خارج باشد، باید با دلیل باشد و گرنه تحت عمومیت آن باقی می‌ماند.
۲. باید از ایشان پرسید: قرار ندادن قصاص برای جنین باعث حق الناس است، ولی قرار دادن قصاص برای او و اراقه دم‌ها محترمه، حق الناس نیست؟

۳ - ب - الحدود تدرأ بالشبهات

در روایاتی که دیه جنین را مطرح می‌کنند، در عین کثرت، مطلبی بر ثبوت قصاص از جنین وجود ندارد. بعضی از روایات در قتل عمد صراحت دارند، ولی در عین حال، قصاص را بیان نمی‌کنند که به آن‌ها اشاره کردیم. بیشتر آن‌ها فقط قتل را مطرح کرده‌اند. امام نیز دیه را ثابت می‌داند که ممکن است منظور، قتل شبه عمد باشد. در نتیجه، قابل استناد نیستند، اگر چه ظاهر از قتل، قتل عمد است. در نهایت، ممکن است کسی بر دلالت این روایات بر عدم ثبوت قصاص از جنین خدشه وارد کند و جنین را تحت عمومات قصاص قرار دهد. پس باید گفت طبق «الحدود تدرأ بالشبهات»، قصاص از جنین ثابت نیست؛ زیرا در حکم قصاص از جنین شک صورت گرفته است و طبق «درأ حدود به واسطه شبهات» باید به عدم ثبوت قصاص حکم کرد همان گونه که برخی از فقهای معاصر فرموده‌اند: «لو سلمنا الشك في المسألة يكون المورد حينئذ من موارد درء الحد و القصاص بالشبهة». (بحوث فقهية هامة ۲۹۲)

هم‌چنین دلیل کاشف الغطا برای ثبوت قصاص از جنین این بود که جنین یک نفس محترم است و هر چه برای یک نفس است، برای او هم خواهد بود. در جواب باید گفت ما کلیت کبری را قبول نداریم؛ زیرا صغرای استدلالشان، صادق است، ولی کبری، نه. هر چند جنین یک نفس است، ولی حقوق برای نفوس محترم نسبی است و نفوس محترم در حقوق با هم مساوی نیستند. مثلاً حق پدر این است که در برابر قتل فرزند خود قصاص نشود، ولی مادر قصاص شود، در حالی که پدر و مادر هر دو نفوس محترم هستند. پسر میت دو برابر دختر میت ارث می‌برد با این که هر دو نفس محترم و فرزند میت هستند. اگر مردی، زنی را به قتل برساند و اولیای زن بخواهند او را قصاص کنند، باید نصف دیه او را به اولیایش بدهند، ولی برعکس این قضیه، صادق نیست. چنین مواردی بر یکسان نبودن حقوق دلالت دارند. افزون بر آن، جنین با دلیل خاص از این مقوله خارج شده است که به آن‌ها هم اشاره شد.

بنابر این قصاص در فرض مساله ثابت نمی‌شود.

نتیجه

۱. در بین فقهای امامیه دو نظریه در خصوص مجازات اسقاط عمدی جنین وجود دارد. عده‌ای مانند کاشف الغطا، سبزواری و حاج آقا رضا مدنی کاشانی قائل به ثبوت قصاص از جنین هستند. در مقابل، بسیاری از فقها مثل شیخ طوسی، محقق حلی، شهید ثانی و علامه حلی فقط دیه را برای جنین ثابت می‌دانند.
۲. استدلال منکران ثبوت قصاص از جنین مستحکم است و در مقابل، استدلال موافقان ثبوت قصاص از جنین، ضعیف است و قابل قبول نیست. قصاص بر مُسَقِّطِ جنین، ثابت نیست و فقط دیه بر گردن او لازم می‌آید، اگر چه از روی عمد باشد.
۳. در هر دو نظریه بین اینکه مسقط، مادر باشد و یا غیر مادر، تفاوتی وجود ندارد.

فهرست منابع

۱. اردبیلی، احمد بن محمد. مجمع الفائدة و البرهان في شرح إرشاد الأذهان. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم، ۱۴۰۳ هـ. ق.
۲. سبزواری، سيد عبدالأعلى. مهذب الأحكام. چاپ ۴، قم: مؤسسه المنار، ۱۴۱۳ هـ. ق.
۳. طباطبایي حائري، سيد علی بن محمد. رياض المسائل، قم: مؤسسه آل البيت (عليهم السلام)، ۱۴۱۸ هـ. ق.
۴. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن. الخلاف. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم، ۱۴۰۷ هـ. ق.
۵. عاملي (شهيد ثانی)، زين الدين بن علی. الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية. قم: كتاب فروشى داوری، ۱۴۱۰ هـ. ق.
۶. عاملي (شهيد ثانی)، زين الدين بن علی. مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام. قم: مؤسسة المعارف الإسلامية، ۱۴۱۳ هـ. ق.
۷. علامه حلّي، حسن بن يوسف بن مطهر اسدي. إرشاد الأذهان إلى أحكام الإيمان. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم، ۱۴۱۰ هـ. ق.
۸. علامه حلّي، حسن بن يوسف بن مطهر اسدي. تحرير الأحكام الشرعية على مذهب الإمامية. قم: مؤسسه امام صادق (ع)، ۱۴۲۰ هـ. ق.
۹. مجلسی، محمدتقی. يك دوره فقه كامل فارسى. تهران: مؤسسه و انتشارات فراهانی، ۱۴۰۰ هـ. ق.
۱۰. محقق حلّي، نجم‌الدين جعفر بن حسن. شرائع الإسلام في مسائل الحلال و الحرام. چاپ ۲، قم: مؤسسه اسماعيليان، ۱۴۰۸ هـ. ق.
۱۱. مدنی کاشانی، رضا. كتاب الديات. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم، ۱۴۰۸ هـ. ق.
۱۲. مكارم شیرازی، ناصر. بحوث فقهية هامة. قم: انتشارات مدرسة الإمام علي بن أبي طالب (ع)، ۱۴۲۲ هـ. ق.
۱۳. موسوی خویی، سيد ابوالقاسم. مباني تکملة المنهاج. قم: مؤسسه إحياء آثار الإمام الخوئي، ۱۴۲۲ هـ. ق.
۱۴. نجفی (صاحب الجواهر)، محمدحسن. جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام. چاپ ۷، بيروت: دار إحياء التراث العربي، چاپ هفتم، ۱۴۰۴ هـ. ق.
۱۵. نجفی (کاشف الغطاء)، احمد بن علی بن محمدرضا. سفينة النجاة و مشكاة الهدى و مصباح السعادات. نجف اشرف: مؤسسه کاشف الغطاء، ۱۴۲۳ هـ. ق.

علی ابوحسینی درزی*

A.aboohoseini@yahoo.com

مجاری طلاق قضایی و شرایط آن در فقه امامیه و قانون مدنی ایران

چکیده

با توجه به ابتلای قابل توجه محاکم امروز به پرونده های درخواست طلاق زوجه و یا به تعبیری طلاق قضایی، دانستن مجاری و شرایط آن در قانون مدنی ایران و مقایسه آن با مبانی فقهی ضروری است. در مقاله حاضر ابتدا با توجه به مفهوم طلاق قضایی، مصادیق مشترک میان فقها امامیه و قانون مدنی ایران مطرح و مستندات و شرایط مربوط به صورت مقایسه ای تبیین و سپس مصادیق اختلافی این نوع طلاق در بین فقه و قانون تحلیل شده است.

در رویکردی مقایسه ای اجمالاً موارد درخواست طلاق زوجه از دادگاه همان مواردی است که در قانون به آن پرداخته شده است و آن عبارت است از: عدم پرداخت نفقه توسط زوج، چهار سال غیبت او و عسر و حرج زوجه. شرایط در طلاق قضایی به دلیل غیبت زوج در قانون مدنی کمتر از شرایط مطرح در فقه امامیه است. به علاوه قانون مدنی از بین انظار مطرح در بین فقهای امامیه در مورد درخواست طلاق زوجه هنگام عدم پرداخت نفقه، نظریه عدم پرداخت به صورت مطلق را انتخاب کرده است. نهایتاً مفهوم عسر و حرج در قانون مدنی، نسبت به تعریف فقهی آن شمول بیشتری دارد و راه را برای تحقق طلاق های بیشتر فراهم می کند. و در پایان علی رغم اینکه قانون مدنی و کالت زوجه در طلاق و شرط طلاق برای زوجه را مصداق طلاق به حکم محکمه می داند، فقهای امامیه این موارد را مشمول طلاق به حکم حاکم نمی دانند.

کلیدواژگان

طلاق قضایی، طلاق به درخواست زوجه، طلاق به حکم حاکم، عدم پرداخت نفقه، غیبت زوج،

عسر و حرج.

حق طلاق برای زوج از مسلمات فقهی است یعنی اصالتاً حق طلاق با مرد است و مرد می‌تواند هر زمان که اراده کند، همسر خود را با انشای صیغه مربوط، طلاق دهد بدون این که این حق به چیزی مشروط شود. اما در فقه امامیه با تحقق شرایطی، برای زوج نیز حق درخواست طلاق از محاکم در نظر گرفته شده است. در این موارد، حاکم به زوج دستور می‌دهد مشکلی را که زن به واسطه آن درخواست طلاق داده است، برطرف کند. اگر زوج از امر حاکم اطاعت نکند، حاکم، او را به طلاق دادن وادار می‌سازد. چنانچه مرد، زن را طلاق ندهد حاکم، زن را با اجرای صیغه طلاق از شوهرش جدا می‌کند. به این ترتیب، طلاقی شکل می‌گیرد که از آن می‌توان به طلاق قضایی نام برد.

بنابر این برای تحقق طلاق قضایی، زوج باید درخواست طلاق کند و بدون آن، حاکم حق طلاق دادن ندارد؛ چون ممکن است زوج از شرایط زندگی خودش راضی باشد و متقاضی طلاق نباشد. این مورد مثل دیگر موارد حق الناس است که مطالبه صاحب حق برای احقاق حق لازم است. گرچه فقه طلاق قضایی را تعریف نکرده‌اند، ولی از فروعی که در این خصوص مطرح کرده‌اند، موارد و شروط طلاق قضایی را می‌توان به دست آورد.

با توجه به ابتلای محاکم قضایی به مساله طلاق قضایی تبیین مجاری و شرایط آن در قانون و فقه امامیه و مقایسه آنها با یکدیگر لازم به نظر می‌رسد. ممکن است در این بین، برخی از مواد قانونی بر اساس مبانی فقهی نیازمند اصلاح و یا تکمیل داشته باشد.

در مقاله حاضر ابتدا با توجه به مفهوم طلاق قضایی، مصادیق مشترک میان فقه امامیه و قانون مدنی ایران مطرح می‌شود و مستندات و شرایط مربوط به صورت مقایسه‌ای تبیین می‌شود. سپس مصادیق اختلافی این نوع طلاق در بین فقه و قانون تحلیل می‌گردد.

مصادیق مشترک طلاق قضایی در قانون مدنی و فقه امامیه

حال در اینجا پرسشی مطرح می‌شود که در چه مواردی زوج به عنوان صاحب حق در طلاق قضایی می‌تواند درخواست چنین طلاقی را از محکمه داشته باشد. در ادامه موارد سه گانه درخواست طلاق قضایی مطرح و مستندات آن ارائه می‌شود. این سه مصداق از این نوع طلاق مورد قبول قانون مدنی ایران و فقه امامیه است.

۱. پرداخت نشدن نفقه

طرح مساله

نفقه زوج دائم در صورت تمکین، بر زوج واجب است. حال اگر زوج نفقه زوج خود را ندهد، زن می‌تواند با رعایت شرایطی از حاکم درخواست طلاق کند. قانون‌گذار در ماده ۱۱۲۹ ق.م. می‌گوید: «در

صورت استنکاف شوهر از دادن نفقه و عدم امکان اجرای حکم محکمه و الزام او به دادن نفقه، زن می‌تواند برای طلاق به حاکم رجوع کند و حاکم، شوهر او را اجبار به طلاق می‌نماید. هم‌چنین است در صورت عجز شوهر از دادن نفقه». بنابراین، از نظر قانون مدنی، اگر شوهر به طور مطلق نفقه ندهد؛ یعنی خواه از دادن آن خودداری کند یا این که در نفقه دادن، ناتوان باشد، زوجه می‌تواند درخواست طلاق کند. اما نظرات فقهای امامیه در خصوص مشروعیت طلاق به حکم حاکم و یا به تعبیری طلاق قضایی در فرض پرداخت نشدن نفقه زوجه در قالب سه نظریه قابل دسته بندی است. برخی از فقها در صورت پرداخت نشدن نفقه، زن را محق درخواست طلاق از حاکم می‌داد چه زوج متمکن از پرداخت نفقه باشد و چه متمکن نباشد. گروه دوم، تنها در صورت تمکن زوج و استنکاف او از پرداخت نفقه، بحث طلاق قضایی را می‌پذیرند. در مقابل، تعداد محدودی از فقها به عنوان دسته سوم، طلاق قضایی را در این مورد به طور مطلق نمی‌پذیرند.

نظریات فقها در مساله

نظریه اول

پرداخت نشدن نفقه به طور مطلق مجوز درخواست طلاق قضایی زوجه است.

نظر فقها

برخی از فقها بدون آن که پرداخت نشدن نفقه را مقید به توانایی یا ناتوانی زوج در پرداخت آن کنند، صرف پرداخت نشدن نفقه را مجوز درخواست طلاق توسط زن دانسته‌اند. به نظر شیخ محمدحسین کاشف الغطا (۱۳۷۳م)، «به طور مطلق می‌توان گفت اگر زوج نفقه زوجه را ندهد، زوجه حق مطالبه طلاق دارد». (سؤال و جواب ۱۵۶) شیخ حسین حلی (۱۳۹۷م) هم تصریح کرده است که صرف ندادن نفقه و اصرار بر آن موجب می‌شود باب طلاق اجباری در برابر حاکم شرعی باز شود بدون این که وضعیت زوج و توانایی یا ناتوانی وی در پرداخت نفقه در نظر گرفته شود. (بحوث الفقهاء ۱۹۳) هم‌چنین آیت‌الله خویی (۱۴۱۳م) در این مورد فرموده است:

در صورت ناتوانی زوج از نفقه دادن، زن می‌تواند به حاکم شرع شکایت برد. در آن صورت، حاکم به شوهر دستور می‌دهد که طلاق دهد. اگر زوج امتناع کرد، حاکم شرع طلاق می‌دهد. [...] هم‌چنین اگر زوج با وجود استحقاق زوجه، از دادن نفقه به او امتناع ورزد، زن می‌تواند نزد حاکم شکایت برد. (منهاج الصالحین ۲: ۲۸۸ و ۳۰۱)

به نظر آیت‌الله اراکی نیز نفقه ندادن که مجوز درخواست طلاق است، به فرض توانایی و امتناع از دادن اختصاصی ندارد، بلکه اعم است از این که توانایی به دادن آن داشته باشد و ندهد یا این که ناتوان باشد و به دلیل فقر، نفقه ندهد. (رسالة في نفقة الزوجة ۲۸۷)

مستندات نظریه

این فقها برای اثبات مدعای خود مبنی بر جواز درخواست طلاق به طور مطلق، از آیات و روایات دلیل آورده‌اند.

۱. آیات

آنان به دو آیه استناد کرده‌اند:

نخست، آیه ۲۲۹ سوره بقره: «الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكُ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحُ بِإِحْسَانٍ؛ طلاق دو بار است. یا باید [همسرش را] به طور شایسته و متعارف نگه دارد یا به نیکی و خوشی رها کند».

دوم، آیه ۲ سوره طلاق: «فَإِذَا بَلَغَنَّ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ؛ چون به پایان زمان نزدیک شدند، آنان را به صورتی شایسته نگه دارید یا از آنان به صورت شایسته جدا شوید».

روش استدلال

این آیات در صدد بیان حکمی کبروی (کلی) هستند یعنی هر شخص نسبت به زندگی زناشویی خود ناگزیر به رفتن به یکی از این دو راه است: نخست این که تمام حقوق زوجه را ادا کند، مانند: نفقه، وطی، هم‌بستر شدن، به نرمی رفتار کردن و آنچه از نظر شرعی، حق زن بر عهده زوج است. این همان راهی است که در کلام خداوند از آن به «امساک به معروف» تعبیر شده است. راه دوم این که پیوند زناشویی را قطع کند تا زوجه راه خودش را در زندگی در پیش گیرد. این راه دوم همان است که خداوند متعال در سخن خویش از آن به «تسریح بإحسان» تعبیر کرده است. هیچ راه سوم وجود ندارد. (بحوث فقهیه ۱۸۷ - ۱۸۶)

۲. روایات

۱. روایت صحیح فضیل بن یسار و ربیع از امام صادق (ع) که ایشان در مورد آیه شریفه «وَمَنْ قَدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُفِيقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ» فرمود: «إِنْ مِنْ كَانَتْ عِنْدَهُ امْرَأَةٌ فَلَمْ يَكْسِبْهَا مَا يُوَارِي عَوْرَتَهَا وَيَطْعَمُهَا مَا يَقِيمُ صِلْبَهَا أَقَامَتْ مَعَهُ وَإِلَّا طَلَّقَهَا؛ کسی که زنی نزد اوست، اگر او را با چیزی که عورتش را پنهان کند، نبوشاند و به چیزی که پشتش را قوام بخشد، تغذیه نکند، اگر زن با او زندگی کند که هیچ، وگرنه باید او را طلاق دهد». (عاملی، وسائل الشیعه ۲۱: ۵۰۹)

۲. روایت ابن ابی عمیر: «إِذَا كَسَاها مَا يُوَارِي عَوْرَتَهَا وَيَطْعَمُهَا مَا يَقِيمُ صِلْبَهَا أَقَامَتْ مَعَهُ وَإِلَّا طَلَّقَهَا؛ اگر زن را با چیزی که عورتش را پنهان کند، بیوشاند و با آنچه پشتش را قوام بخشد، تغذیه کند، در صورتی که زن با او زندگی کند که هیچ، وگرنه باید او را طلاق دهد». (همان)

شیخ حسین حلی در مورد این دو روایت می‌گوید:

از این روایات برای ما روشن می‌شود که کوتاهی شوهر در دادن نفقه موجب می‌شود باب طلاق اجباری در مقابل حاکم شرعی باز شود تا بدین صورت از حقوق زوجه وقتی که در نفقه‌اش خلل وارد می‌شود، محافظت شود. (بحوث فقهیه ۱۹۱)

۳. روایت صحیح ابي بصير مرادي: «من كان عنده امرأة فلم يكسها ما يوارى عورتها و يطعمها ما يقيم صلبها كان حقا على الإمام أن يفرق بينهما؛ کسی که زنی نزد او زندگی می‌کند، اگر او را با چیزی که عورتش را پنهان کند، نپوشاند و به چیزی که پشتش را قوام بخشد، تغذیه نکند، بر امام لازم است که میان آن‌ها جدایی اندازد». (عاملی، وسائل الشیعه ۱۵: ۲۲۳)

آیت‌الله اراکی در مورد این روایت می‌فرماید:

این روایت مختص فرض اعسار و ناداری نیست، بلکه موضوع حکم هر کسی است که همسرش نزد اوست که به سبب عمومیتش شامل دارا و ندار (موسر و معسر) می‌شود. [...] مقتضای این که به طور مطلق، اجبار زوج به طلاق دادن بر پرداخت نشدن مایه پشت‌گرمی زن مترتب شده و مانند آن که در اخبار متعددی آمده، آن است که اجبار به طلاق در فرض ناتوانی محض نیز ثابت است؛ چون ندادن آن چه ذکر شد، اعم است از این که توانایی به دادن آن داشته باشد و ندهد یا این که ناتوان باشد و به دلیل فقر نپردازد. پس در هر دو صورت صدق می‌کند که شکم زوجه‌اش را سیر نمی‌کند و بر تنش لباس نمی‌پوشاند. ندادن آن چه ذکر شد، به فرض توانایی و امتناع از دادن اختصاصی ندارد. بنابراین، حکمی که برای این موضوع در آن اخبار ثابت شد، در این دو صورت نیز جاری است. (رسالة في نفقة الزوجة ۲۸۳ و ۲۸۷)

شیخ حسین حلی روایات دیگری را ذکر می‌کند که در آنها حکم ایلاکننده وظهارکننده بیان شده‌اند. به نظر ایشان، روایات در این دو مورد بر دوران امر بین کفاره و طلاق تصریح دارد. (بحوث فقهیه ۱۹۳) از این روایات ظاهر می‌شود که امام می‌تواند به عنوان اجبار بر زوج، زوجه را طلاق دهد. (همان ۱۹۴) مورد این روایات - با توجه به این که در مورد ایلا وظهار سؤال شده - آن چه را به صورت عام از جانب امام صادر شده است، تخصیص نمی‌زند به قرینه آن چه از روایات به دست می‌آید که امام در صدد بیان حکمی کبروی است و آن همان محافظت شدید بر حقوق هر یک از زوجین است. بنابراین، از این اخبار، اختصاص به ایلا وظهار لازم نمی‌آید، بلکه آن‌ها را می‌توان به غیر آن مانند پرداخت نشدن نفقه از طرف شوهر نیز سرایت داد. (همان ۱۹۵)

نظریه دوم

استنکاف از پرداخت نفقه در فرض تمکن زوج، مجوز درخواست زوجه برای طلاق قضایی است.

نظر فقها

برخی از فقها طلاق قضایی را در فرض خودداری زوج از پرداخت نفقه در صورت تمکن از ادای آن صحیح می‌دانند و کسی را که از پرداخت نفقه ناتوان است، از بحث طلاق قضایی خارج می‌کنند. آیت‌الله شبیری زنجانی که از طرفداران این نظر است، می‌فرماید: «اگر زوج از دادن نفقه به همسر مطیعش امتناع ورزد و زوجه آن را مطالبه کند، این زن می‌تواند نزد حاکم شرع شکایت برد». (المسائل الشرعية ۵۵۲) ایشان در صورت عدم تمکن زوج از دادن نفقه، طلاق قضایی را نمی‌پذیرد. (همان) آیت‌الله گلپایگانی (م ۱۴۱۴) نیز در این مورد می‌فرماید:

به طور کلی، چنانچه زوج متمکن از انفاق بر زوجه باشد و انفاق نکند و زن به مجتهد جامع شرایط مراجعه کند، مجتهد، زوج را ملزم به انفاق یا طلاق می‌کند. پس اگر از هر دو امتناع کرد و انفاق از مال زوج به زوجه یا اجبار زوج بر طلاق ممکن نشد، چنانچه زن میل به طلاق داشته باشد، مجتهد می‌تواند او را طلاق بدهد. (مجمع المسائل ۲: ۲۳۹)

برخی دیگر از فقها نیز طلاق قضایی را در فرض ناتوانی زوج از پرداخت نفقه رد می‌کنند. در این میان، برخی از آنان در این فرض برای زن حق فسق قائلند و برخی دیگر چنین حقی را هم نمی‌پذیرند. این دسته از فقها در مورد فرض استنکاف از پرداخت نفقه سخنی نگفته‌اند، ولی از استدلال آنان که ادله موجد حق درخواست طلاق برای زوجه (آیه امساک به معروف و روایت ربی و فضیل در فرض نداشتن تمکن پرداخت نفقه) را با روایت خاص رد می‌کنند، می‌توان نتیجه گرفت که در فرض استنکاف، حق درخواست طلاق را برای زن می‌پذیرند.

ابن جنید (قرن ۴) در این فرض می‌گوید که زوجه خیار فسخ دارد. (جامع المقاصد ۱۲: ۱۳۷) بنا بر نظر ایشان، طلاق قضایی در صورت عدم تمکن زوج، منتفی خواهد بود. فخر المحققین (م ۷۷۱) نیز که توانایی در نفقه دادن را در لزوم عقد، شرط نمی‌داند، می‌فرماید:

بنا بر این که توانایی در نفقه دادن، در لزوم عقد، شرط باشد، در صورت عاجز شدن از پرداخت نفقه، این امر، زن را بر فسخ عقد مسلط می‌کند، اما بنا بر شرط نبودن توانایی، احتمال دارد باز هم زوجه بر فسخ مسلط شود؛ چون عاجز شدن از پرداخت نفقه به ضرر زن است. (إيضاح الفوائد ۳: ۲۴ - ۲۳)

مستندات نظریه

این گروه به روایتی درباره حضرت علی(ع) استناد می‌کند: «زنی علیه شوهرش دادخواهی کرد به این عنوان که نفقه‌اش را نمی‌دهد و حال آن که شوهرش تنگ‌دست بود. پس علی(ع) پرهیز کرد از این که او را زندانی کند و فرمود: با سختی، آسایش است.» (بحوث فقهیه ۱۹۲) به این استدلال اشکال شده که این روایت در مقام بیان این مطلب نبوده است که زن از علی(ع) درخواست طلاق از همسرش را کرده باشد و امام از این کار امتناع ورزد، بلکه زن آمده بود که نفقه‌اش را از شوهر مطالبه کند؛ شوهری که از پرداخت آن ناتوان بود. در واقع، زن، طلبکاری است که نزد حاکم شرع آمده است تا طلبش را از بدهکار بخواهد با این که بدهکار از ادای دین ناتوان است. به طور طبیعی، چون راهی جز حبس او باقی نمی‌ماند، زن نزد امیرالمؤمنین علی(ع) آمد تا حبس شوهر و سخت گرفتن بر او را بخواهد تا به کار و نفقه دادن وادار شود. به همین دلیل، امام، او را حبس نکرد و فرمود که با سختی، آسایش است. (همان)

ممکن است گفته شود که بر امام لازم است به زن بیاموزد در چنین حالتی می‌توانی از من مطالبه طلاق کنی. بنابراین، اگر روایت بخواهد مصداق طلاق قضایی باشد، امام باید این مطلب را به او می‌گفت. جواب این نظر آن است که بر امام لازم و واجب نیست که حقوق زن را به او گوشزد کند. به علاوه این که ممکن است امام این گونه فهمیده باشد که زن مطالبه طلاق نمی‌کند و راضی به بقای زندگی زناشویی است و نزد ایشان آمده است تا حبس شوهر را مطالبه کند تا بدین طریق، او را به کار و تجارت و پرداخت نفقه‌اش وادارد. (همان ۱۹۳)

محقق ثانی (م ۹۴۰) نیز طلاق قضایی را در این فرض رد می‌کند و می‌گوید: این مطلب که نگه داشتن زوجه در صورت ناتوانی زوج در نفقه دادن، نگه داشتن شایسته نیست، دلیلی بر آن نیست و بر فرض پذیرش، هیچ دلالتی ندارد که به صرف آن، زن بر فسخ مسلط شود. در روایت ربعی و فضیل بن یسار از امام صادق(ع) نیز دلالتی بر آن نیست با وجود معارضه این روایت با آنچه از امیرالمؤمنین علی(ع) روایت شده است: «زنی علیه شوهرش دادخواهی کرد به این عنوان که نفقه‌اش را نمی‌دهد و حال آن که شوهرش تنگ‌دست بود. پس علی(ع) پرهیز کرد از این که او را زندانی کند و فرمود: با سختی، آسایش است.» (جامع المقاصد ۱۲: ۱۳۸)

از ظاهر سخن صاحب جواهر (م ۱۲۶۶) نیز چنین برمی‌آید که در این فرض، طلاق قضایی را نپذیرفته است. ایشان در فرض عاجز شدن زوج از ادای نفقه می‌گوید:

محقق حلی می‌گوید در این مورد، دو روایت است، ولی آن که شهرت عملی بیشتری دارد، این است که زن نه خودش و نه حاکم حق فسخ ندارند، بلکه در مسالک آمده که این روایت، مشهور

است و این روایت همان است که از علی(ع) روایت شده است: «زنی علیه شوهرش دادخواهی کرد به این عنوان که نفقه‌اش را نمی‌دهد و حال آن که شوهرش تنگ‌دست بود. پس علی(ع) پرهیز کرد از این که او را زندانی کند و فرمود: با سختی، آسایش است». به علاوه، آن چه دانستی از عموماًت و غیر آن و در این جا استصحاب را نیز اضافه کن. (جواهر الکلام ۳۰: ۱۰۵)

از ادله ایشان، بقای زوجیت و انکار طلاق قضایی در فرض ناتوانی مالی زوج فهمیده می‌شود.

نظریه سوم

عدم پرداخت نفقه مجوز طلاق قضایی نیست.

نظر فقها

تعداد معدودی از فقهای امامیه مانند شیخ طوسی ره و ابن ادریس ره قائل به این نظریه هستند. در این نظریه عدم پرداخت نفقه چه زوج متمکن باشد و استتکاف کند و چه از پرداخت نفقه متمکن نباشد زوج نمی‌تواند از حاکم درخواست طلاق کند.

مستندات نظریه

شیخ طوسی (م ۴۶۰) با طلاق قضایی در مورد پرداخت نشدن نفقه، به طور مطلق، مخالف است. ایشان ابتدا در فرض تمکن نداشتن زوج می‌گوید: اگر مرد از ادای نفقه زنش ناتوان باشد و به هیچ وجه قادر به پرداخت آن نباشد، زن باید صبر کند تا خداوند متعال برایش گشایش ایجاد کند. دلیل این سخن نیز آیه ۲۸۰ سوره بقره است که می‌فرماید: «وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ؛ و اگر تنگ‌دست بود، او را تا هنگام توانایی مهلت دهید» و این سخن عام است. حاکم هم فسخ نمی‌کند گرچه زن آن را تقاضا کند. این سخن نزد شیعه پذیرفته شده است. (المبسوط ۶: ۲۱)

سپس در فرض استتکاف زوج از پرداخت نفقه می‌گوید:

اگر زوج قادر به دادن نفقه باشد و با وجود این، زن را از آن محروم کند، حاکم، او را مکلف به پرداخت نفقه می‌کند. پس اگر زوج، نفقه را ندهد، حاکم، او را مجبور به پرداخت آن می‌کند. پس اگر از دادن نفقه امتناع ورزد، حاکم، او را حبس ابد می‌کند تا به زن نفقه دهد و هیچ خیار فسخی برای زن وجود ندارد. (همان ۲۲)

ابن ادریس (م ۵۹۸) نیز طلاق قضایی را مطلقاً نمی‌پذیرد. وی ابتدا در فرض تمکن نداشتن زوج می‌گوید: «زن در صورتی که زوج توانایی دادن نفقه زن را ندارد، خیار فسخ دارد». (السرائر ۲: ۵۵۷) سپس در فرض استتکاف زوج از ادای نفقه نیز برای زوج خیار فسخ قائل می‌شود. (همان)

مقایسه فقه و قانون در مساله

قانون گذار ایران در ماده ۱۱۲۹ ق.م نظر اول از سه دسته انظار فقهی مطرح شده را پذیرفته است و مطلقاً در صورت پرداخت نشدن نفقه از جانب زوج به هر دلیل، حق درخواست زوجه را برای طلاق قضایی می پذیرد.

۲. غیبت زوج

نظر فقها

یکی دیگر از مواردی که زن می تواند درخواست طلاق دهد، غیبت زوج است. ماده ۱۰۲۹ ق.م در این مورد می گوید: «هر گاه شخصی چهار سال تمام، غایب مفقودالاثرا باشد، زن او می تواند تقاضای طلاق کند. در این صورت، با رعایت ماده ۱۰۲۳، حاکم، او را طلاق می دهد». ماده ۱۰۲۳ ق.م هم در بیان شرایط می گوید: «در مورد مواد ۱۰۲۰ و ۱۰۲۱ و ۱۰۲۲، محکمه وقتی می تواند حکم موت فرضی غایب را صادر نماید که در یکی از جراید محل و یکی از روزنامه های کثیرالانتشار تهران، اعلامی در سه دفعه متوالی، هر کدام به فاصله یک ماه منتشر کرده و اشخاصی را که ممکن است از غایب خبری داشته باشند، دعوت نماید که اگر خبر دارند، به اطلاع محکمه برسانند. هر گاه یک سال از تاریخ اولین اعلان بگذرد و حیات غایب ثابت نشود، حکم موت فرضی او داده می شود». ملاحظه می شود که مطابق این ماده، جست و جو از حیات زوج در طول یک سال انجام می شود و پس از آن، طلاق جاری می گردد.

در بررسی سخنان فقها ملاحظه می شود که ایشان این مورد را چنین تقریر می کنند: اگر هیچ خبری از زوج غایب نرسد و کسی هم نفقه زوجه را ندهد، زوجه برای درخواست طلاق می تواند به حاکم مراجعه کند. حاکم از این زمان، چهار سال وقت تعیین می کند و در مورد زوج جست و جو می کند. اگر در این مدت، زوج پیدا نشد، حاکم به ولی زوج امر می کند که زن را طلاق دهد. اگر از طلاق دادن امتناع کرد، خود حاکم، او را طلاق می دهد. بنابراین، چنان که به تفصیل خواهد آمد، از نظر فقها، جست و جو از حیات زوج پس از مراجعه زوجه به حاکم و در طول چهار سال انجام می شود و از این نظر، مفاد قانون مدنی با این نظر فقها سازگاری ندارد.

مستند مساله

در مورد غایب، شرایط خاصی وضع شده است تا قاضی بتواند طلاق دهد و صرف نفقه ندادن کافی نیست. این شرایط از نصوصی که در این باب وارد شده است، استنباط شده اند. مهم ترین نص وارد شده، صحیح برید بن معاویه است که می گوید:

از امام صادق (ع) در مورد غایب پرسیدم که زنش چه کار کند؟ پس حضرت فرمود: تا زمانی که زن

سکوت کرد و صبر کرد، رهایش کنید و اگر شکایت نزد حاکم برد، چهار سال مهلت داده می‌شود و به مناطقی که در آن غایب شده است، نامه می‌نویسد. پس باید در مورد او جست‌وجو کند. در این صورت، اگر از او باخبر شد به این که زنده است، صبر می‌کند و اگر از حیات او خبری نشد، تا این که چهار سال گذشت، ولیّ زوج غایب شده را می‌خواند. پس به او گفته می‌شود آیا برای غایب، مالی هست؟ پس اگر برای غایب، مالی باشد، نفقه زن با آن داده می‌شود تا این که زنده بودن از مرگش دانسته شود و اگر مالی نداشته باشد، گفته شده است ولیّ باید نفقه زن را بدهد. پس اگر چنین کند، راهی برای زوجه برای ازدواج با دیگری نخواهد ماند تا زمانی که نفقه او داده می‌شود و اگر ولیّ از نفقه دادن خودداری کرد، حاکم، او را وادار می‌کند که زن را طلاق دهد بعد از آن که عده را گذراند و پاک گردید. (وسائل الشیعه ۲۳: ۱۵۷ ح ۱)

موثقه سماعه، صحیح حلبی و ابی الصباح الکنانی (همان ۲۳: ۱۵۷ ح ۲ و ۴ و ۵) نیز از جمله نصوص وارد شده در این باب هستند.

شرایط مساله

از روایات فوق، چهار شرط استنباط شده است که برای اختصار، از ذکر مجدد آن‌ها در هر شرط، اجتناب و به ذکر آن در قسمت قبلی اکتفا می‌شود.

شرط اول: معلوم نبودن زنده یا مرده بودن زوج

نظر فقها

تقریباً اتفاق نظر وجود دارد بر این که اگر زن از زوج خبر داشته باشد به این که زنده است و یا از وضعیت زوج با خبر باشد، بر زن لازم است صبر کند و طلاق قضایی مصداق پیدا نمی‌کند. از جمله، علامه حلی (۲۲۶م) می‌گوید: «اگر زوج از زنش غایب شود؛ پس اگر زوجه خبری از او داشته باشد به این که زنده است، باید برای همیشه صبر کند». (قواعد الأحکام ۳: ۱۴۴) شهید ثانی (۹۶۵م) نیز در صورت باخبر بودن از وضعیت زوج، طلاق قضایی را نمی‌پذیرد. (الروضه البهیة ۶: ۶۵) هم‌چنین امام خمینی (۱۴۰۹م) طلاق قضایی را وقتی جاری می‌داند که «زوج مفقود شود و غیبتی طولانی داشته باشد و خبری از او نرسد و اثری از او آشکار نگردد و مرده و زنده بودنش معلوم نباشد». (تحریر الوسیلة ۲: ۳۴۰) آیت‌الله خویی (۱۴۱۳م) نیز در این مورد تصریح می‌کند: «اگر زوجه از زوج خبردار شود و علم به زنده بودنش حاصل شود، باید صبر کند». (منهاج الصالحین ۲: ۳۰۰)

آیت‌الله فاضل لنکرانی (۱۴۲۸م) نیز مطلب را چنین بیان می‌کند: «اگر زن علم به حیات زوج داشته باشد و بداند زوج، او را طلاق نداده یا شک کند در این که طلاق داده، باید صبر کند و انتظار بکشد تا زوج یا بمیرد یا طلاق دهد». (تفصیل الشریعة - الطلاق ۱۷۱)

تقریر آیت‌الله سبحانی نیز در این مورد چنین است:

هیچ اختلافی نیست که غایب اگر زنده بودنش معلوم باشد، مثل حاضر خواهد بود و اگر مرگش معلوم باشد، زوجه عدّه نگه می‌دارد و می‌تواند ازدواج کند. اشکال در جایی است که خبری از او نیاید و مرگ و حیثیت مشخص نباشد. پس آن‌چه قواعد اقتضا دارد، وجوب صبر است به خاطر استصحاب حیات زوج تا این‌که شرعاً مرگش ثابت شود، ولی روایات ائمه (ع) برخلاف آن است و برای زن راه خلاصی موجود است». (نظام الطلاق فی الشریعة ۳۰۰)

مقایسه فقه و قانون در مساله

قانون مدنی که در ماده ۱۰۲۹، موضوع طلاق حاکم را، غایب مفقودالتر بودن به مدت چهار سال بیان می‌کند، در ماده ۱۰۱۱، غایب مفقودالتر را این‌گونه تعریف می‌کند: «غایب مفقودالتر کسی است که از غیبت او مدت بالنسبه مدیدی گذشته و از او به هیچ وجه خبری نباشد». بنابراین از این دو ماده قانون مدنی می‌توان این شرط را استنباط نمود که زنده یا مرده بودن زوج نباید معلوم باشد. و در نظر فقها تقریباً اتفاق نظر وجود دارد بر این‌که اگر زن از زوج خبر داشته باشد به این‌که زنده است و یا از وضعیت زوج با خبر باشد، بر زن لازم است صبر کند و طلاق قضایی مصداق پیدا نمی‌کند و تنها در صورتی امکان طلاق قضایی است که زوجه از وضعیت زوج آگاهی نداشته باشد.

شرط دوم: پرداخت نشدن نفقه زن نظر فقها

فقها در صورتی طلاق قضایی را در فرض غیبت زوج می‌پذیرند که زوج مالی نداشته باشد تا با آن، نفقه زن داده شود یا زوج ولی نداشته باشد تا نفقه زن را بدهد یا این‌که متبرعی وجود نداشته باشد تا به رایگان، نفقه او را بپردازد. اگر به یکی از این روش‌هایی که گفته شد، نفقه زن پرداخت شود، دیگر طلاق قضایی محملی نخواهد داشت. شهید ثانی (م ۹۶۵) در این مورد می‌فرماید: «کسی که غایب شده، اگر خبری از او نباشد و کسی وجود داشته باشد که به زوجه‌اش نفقه دهد، بر زن واجب است انتظار بکشد تا زوج حاضر شود یا مرگ زوج یا آن‌چه در حکم مرگ اوست، ثابت شود». (الروضة البهیة ۶: ۶۵) هم‌چنین آیت‌الله حکیم (م ۱۳۹۰) در فرض غیبت زوج می‌فرماید: «اگر غایب مالی نداشته باشد و ولی از مال خود، نفقه زوجه را نپردازد، پس اگر زوجه بر آن صبر کند که هیچ و اگر صبر نکند، مشهور گوید: زن شکایت نزد حاکم شرع ببرد». (منهاج الصالحین ۲: ۳۲۰)

امام خمینی (م ۱۴۰۹) نیز به این شرط تصریح می‌کند و می‌فرماید:

اگر زوج مالی برایش باقی مانده تا با آن، نفقه زوجه داده شود یا این‌که ولی داشته باشد که

کارهای او را بر عهده می‌گیرد و نفقه زن را عهده‌دار می‌شود یا این که متبرّعی وجود داشته باشد که نفقه زن را می‌دهد، در این صورت، بر زوجه صبر و انتظار واجب است و بر او جایز نیست تا ابد ازدواج کند تا این که یا به مرگ زوج یا به طلاق دادنش علم حاصل کند. (تحریر الوسيلة ۲: ۳۴۰) هم‌چنین آیت‌الله خویی (م۱۴۱۳) می‌گوید: «اگر زوجه از زوج بی‌خبر باشد و ولّی زوج از مال غایب یا از مال خودش نفقه زوج را بدهد، زوجه باید صبر کند». (منهاج الصالحین ۲: ۳۰۰) تعبیر آیت‌الله سبزواری (م۱۴۱۴)، آیت‌الله فاضل (م۱۴۲۸) و آیت‌الله صافی گلپایگانی نیز بر شرط بودن پرداخت نشدن نفقه زن دلالت دارد. (مذهب الأحكام ۲: ۱۲۵؛ تفصیل الشریعة - الطلاق ۱۷۱؛ جامع الاحکام ۲: ۷۰)

مقایسه فقه و قانون در مساله

این شرط در قانون مدنی دیده نمی‌شود. مطابق ماده ۱۰۱۲ ق.م، اداره اموال و امور غایب بر عهده نماینده و وکیلی است که غایب تعیین کرده یا ولّی او. در صورت نبود این دو، با نصب امین از جانب دادگاه، این مسئولیت بر عهده امین خواهد بود. از جمله وظایف امین مطابق ماده ۱۰۲۸ ق.م، پرداخت نفقه زوجه است. با وجود این، در ماده بعدی یعنی ماده ۱۰۲۹ ق.م، حق درخواست طلاق به طور مطلق به زوجه داده شده است. قانون‌گذار با این که در مقام بیان بود و می‌توانست درخواست طلاق را به پرداخت نشدن نفقه مقید کند، چنین نکرد. بنابراین، با وجود پرداخت نفقه از طرف امین، زوجه می‌تواند از قاضی درخواست طلاق کند.

شرط سوم: چهار سال جست‌وجو توسط حاکم و نیافتن زوج

نظر فقها

یکی دیگر از شروط اجرای طلاق قضایی در فرض غیبت زوج این است که از زمان رجوع زن به دادگاه، حاکم، چهار سال تعیین کند و در این مدت به جست‌وجو از زوج بپردازد. اگر زوج در طول این چهار سال پیدا نشد، حاکم به درخواست زن، او را طلاق می‌دهد و اگر زوج در این مدت پیدا شد، دیگر برای طلاق محملی نمی‌ماند.

شهید ثانی (م۹۶۵) در این مورد می‌فرماید:

اگر زن شکایت به حاکم ببرد، حاکم درباره زوج جست‌وجو می‌کند و از زمان شکایت، چهار سال در جهتی که در آن جهت مفقود شده است، در صورتی که جهت مشخص باشد، جست‌وجو می‌کند و گرنه در چهار جهت جست‌وجو می‌کند؛ چون وجود او در هر چهار جهت احتمال داده می‌شود. سپس (اگر زوج در این مدت یافت نشد) خود حاکم، زوجه را طلاق می‌دهد یا ولّی زوج را مکلف به طلاق دادن می‌کند. (الروضة البهیة ۶: ۶۵)

آیت‌الله حکیم (م۱۳۹۰) این مطلب را نظر مشهور عنوان می‌کند. (منهاج الصالحین ۲: ۳۲۰) آیت‌الله

سبزواری، امام خمینی، فاضل لنکرانی و صافی گلپایگانی نیز در عبارات خود بر این شرط تصریح می‌کنند. (مهذب الأحكام ۲۶: ۱۲۶؛ تحریر الوسیلة ۲: ۳۴۰؛ تفصیل الشریعة - الطلاق، ۱۷۲؛ جامع الاحکام ۲: ۷۰)

دلیل بر شرطیت این مطلب، علاوه بر نصوصی که در ابتدای بحث از این شروط مطرح شد، شهرت، اجماع و حسبی بودن این امر است که حاکم قطعاً بر آن ولایت دارد. (مهذب الأحكام ۲۶: ۱۲۷ - ۱۲۶)

مقایسه فقه و قانون در مساله

همان طور که ملاحظه شد، از نظر فقه، پس از مدتی که صدق غیبت کند و زوجه به حاکم مراجعه کند، از این زمان توسط حاکم، چهار سال تعیین می‌شود و حاکم به جست‌وجوی زوج می‌پردازد. پس از اتمام چهار سال، اگر زوج پیدا نشد، حاکم، زوجه را طلاق می‌دهد. قانون مدنی ماده ۱۰۲۹ می‌گوید: «هر گاه شخصی چهار سال تمام، غایب مفقودالثر باشد، زن او می‌تواند تقاضای طلاق کند» یعنی نیازی نیست زوجه به دادگاه مراجعه کند تا دادگاه چهار سال تعیین کند، بلکه همین که زن ثابت کند چهار سال از غیبت زوج گذشته، کافی است. بعد قانون‌گذار در مورد جست‌وجو هم نمی‌گوید حاکم در این چهار سال در مورد وضعیت زوج جست‌وجو کند، بلکه با ارجاع به ماده ۱۰۲۳ ق.م به مدت یک سال وقت تعیین کرده است که با اعلان در جراید به گونه‌ای که در این ماده مرقوم است، از وضعیت زوج، طلب خبر می‌کند. بنابراین، برای طلاق زوجه مطابق قانون مدنی باید پنج سال از غیبت زوج بگذرد و خبری از وی به دست نیاید، حال آن که طبق نظر فقها، پس از گذشت چهار سال از مدت تعیین شده از جانب حاکم و اطلاع نیافتن از وضعیت زوج، طلاق جاری می‌شود.

شرط چهارم: ولی زوج طلاق ندهد

نظر فقها

پس از گذشت چهار سال از زمان رجوع زن به حاکم، اگر از شوهرش خبری نرسید و زوج، ولی داشته باشد، ابتدا حاکم به ولی دستور می‌دهد که زن را طلاق دهد. اگر ولی، زن را طلاق دهد، این دیگر طلاق قضایی نخواهد بود. اگر ولی طلاق ندهد، حاکم به عنوان ولی ممتنع، زن را طلاق می‌دهد و طلاق قضایی مصداق پیدا می‌کند.

شهید ثانی (م ۹۶۵) در این مورد می‌فرماید:

(اگر زوج در این مدت یافت نشد) خود حاکم، زوجه را طلاق می‌دهد یا ولی زوج را مکلف به طلاق دادن می‌کند. بهتر آن است که ابتدا ولی، مأمور طلاق دادن شود. پس اگر از طلاق

دادن امتناع ورزید، حاکم، او را طلاق دهد به دلیل این که مدلول روایات صحیح همین است. (الروضه البهیه ۶: ۶۵)

آیت‌الله حکیم (م ۱۳۹۰) نیز امتناع ولی را در تحقق طلاق قضایی، شرط می‌داند و می‌فرماید: اگر چهار سال بگذرد و وضعیت زوج مشخص نشود، حاکم به ولی زوج امر می‌کند که زن را طلاق دهد. حال اگر ولی از طلاق دادن امتناع ورزید، حاکم، او را مجبور به طلاق دادن می‌کند. حال اگر زوج، ولی نداشته باشد یا اجبارش ممکن نباشد، حاکم، او را طلاق می‌دهد. (منهاج الصالحین ۲: ۳۲۰) نظر امام خمینی (م ۱۴۰۹) نیز همین مطلب است. تعبیر ایشان چنین است:

اگر غایب، ولی داشته باشد؛ یعنی کسی که سرپرستی امور غایب یا به او تفویض شده یا به وکالت او داده شده، حاکم به او امر می‌کند که زن را طلاق دهد. اگر چنین نکرد، بر او اجبار می‌کند که طلاق دهد. اگر زوج، ولی نداشت یا اگر داشت، اقدام به طلاق نکرد و اجبارش ممکن نبود، حاکم، او را طلاق می‌دهد. (تحریر الوسيلة ۲: ۳۴۰)

دلیل بر اعتبار این شرط، یکی، تعبیر نصوص وارد شده است، چنان که در صحیح حلبی آمده است: «أمره - أي: أمر الحاكم الولي أو الوكيل - أن يطلقها» و در صحیح برید آمده است: «أجبره الوالي أن يطلقها». هم‌چنین در معتبره ابی الصباح می‌فرماید: «وإن لم يكن له ولي طلقها السلطان». دلیل دیگر، اجماع فقها و نیز ولایت حاکم بر امور حسبی است. (مهذب الأحكام ۲۶: ۱۲۷)

مقایسه فقه و قانون در مسأله

این شرط در قانون مدنی وجود ندارد. مواد ۱۰۱۲ و ۱۰۲۸ ق.م ناظر به اداره اموال غایب است و در مورد امور غیر مالی غایب، بیانی از قانون‌گذار نیامده است.

مخالفتان طلاق

ابن ادریس (۵۹۸م)، غیبت را مجوز درخواست زن برای طلاق نمی‌داند. ایشان معتقد است ظاهر روایات، منحصر بودن پی‌گیری امر زن در زمان باز بودن دست امام است، نه در دوران غیبت ایشان. زن باید صبر کند تا مرگ زوج یا طلاق دادن او را بداند، بنا بر آن چه از ائمه اطهار روایت شده است. (السرائر ۲: ۷۳۷) در جواهر بر این سخن اشکال شده است که روایت و فتوا در این مورد مبتنی بر غالبی بودن کوتاهی دست امام در زمان غیبت است و گرنه با فرض توانایی نایب امام در انجام آن چه در نصوص بیان شده، شایسته است نایب را جانشین والی در این امر قرار داد به دلیل ولایت عامی که دارد و شامل مورد نیز می‌شود. آیت‌الله فاضل لنکرانی با نقل این سخن صاحب جواهر، نظرش را این گونه تکمیل می‌کند:

[...] به خصوص در کشور ایران در این زمان که مبنای حکومت در آن بر رعایت قوانین

اسلامی مطابق با مذهب شیعه است که همان اسلام حقیقی است و قوه قضاییه در آن از طرف ولی فقیه، مأذون است، چنان که مخفی نیست. (تفصیل الشریعة - الطلاق ۱۷۲)

۳. عسر و حرج

نظر فقها

از اقوال فقها چنین فهمیده می شود که اگر زوج حقوق زوجه را که اعم از پرداخت نفقه است، رعایت نکند و این امر موجب کراهت شدید و تحمّل ناپذیر برای او گردد، زن می تواند به حاکم مراجعه و درخواست طلاق کند.

میرزای قمی (م ۱۲۳۱) در کتاب جامع الشّتات، حقوق زوجه را این گونه بر می شمرد: زوج، نفقه و لباس زن را مطابق با آنچه شریعت مقدس به آن تصریح دارد، تأمین کند و بدون دلیل موجه شرعی با زوجه مشاجره نکند و او را اذیت نکند. اگر زوج حاضر به دادن حقوق زوجه نشد و زوجه آن را مطالبه کرد، ولی فایده ای نداشت، زوجه به حاکم شرع رجوع کند و حاکم، زوج را به ادای حقوق زوجه یا طلاق او ملزم می کند. (بحوث فقهیه ۲۱۰)

همچنین صاحب جواهر (م ۱۲۶۶) در مسئله جمع بین دو خواهر آن جا که مشتبه شود عقد کدام یک ابتدا صورت گرفته، چنین بیان کرده است:

در یک وجه قوی، قرعه انداخته می شود، گرچه کسی که در این جا قرعه را گفته باشد، نیافتم. بله، در قواعد آمده که اقرب، ملزم کردن مرد به طلاق هر دو خواهر است؛ زیرا آن چه بر شوهر واجب شده، نگهداری شایسته یا رها کردن به نیکی است و وقتی نمی تواند به طور شایسته نگهداری کند، رها کردن و طلاق متعین می شود. پس اگر از طلاق دادن امتناع کرد، حاکم، او را ملزم به آن می کند، هم چنان که در مورد هر کسی که چیزی بر او واجب شده و از آن امتناع می ورزد، چنین است به دلیل حرجی که بر آن دو لازم می آید. (جواهر الکلام ۲۹: ۳۸۲)

به عبارت دیگر، می توان گفت جمع بین دو خواهر موجب حرج بر دو خواهر است و مانع نگهداری شایسته از ایشان می شود. بنابراین، طلاق آنها لازم می آید. باید توجه داشت که مصادیق حرجی بودن منحصر در موارد خاصی نیست و یکی از مصادیق آن، جمع بین دو خواهر است.

سید کاظم یزدی (م ۱۳۳۷) نیز در بحث جمع بین دو خواهر می فرماید:

اگر با دو خواهر ازدواج کند و عقد سابق و لاحق دانسته نشد و تاریخ هر دو عقد مجهول بود، نزدیکی هر دو بر او حرام خواهد شد و نیز نزدیکی یکی از آن دو حرام می شود مگر بعد از طلاق هر دو یا طلاق همسر چهارم از میان آن دو، سپس ازدواج با هر کدام از آن دو با یک

عقد جدید بعد از خروج دیگری از عده، اگر به آن یا هر دو دخول صورت گرفته باشد. آیا اجبار به این طلاق می‌شود به خاطر دفع ضرر صبر کردن از آن‌ها؟ بعید نیست چنین باشد به دلیل سخن خداوند که فرمود: «باید به طور شایسته و متعارف نگه دارد یا به نیکی و خوشی رها کند». (العروة الوثقی ۵: ۵۵۷ - ۵۵۶)

شیخ حسین حلی (م ۱۳۹۷) نیز در این مورد می‌گوید:

وقتی زوج حقوق زوجه را اقامه نکند و حاکم، او را به اقامه حقوق یادشده امر کند، پس اگر از انجام آن امتناع ورزید و حاکم شرع قادر به اجبار او نبود، اصرار حاکم بر اقامه حقوق فوق از قبیل اصرار بر دخول سمره به خانه انصاری است و در این هنگام به ضرر زوجه خواهد بود و داخل در قول حضرت (ص) «هیچ ضرری نیست» خواهد شد. بدین ترتیب، در طلاق اجباری باز می‌شود. (بحوث فقهیه ۲۰۹)

از امام خمینی (م ۱۴۰۹) پرسش شد: «اگر زندگی زن با شوهر توأم با حرج و غیر قابل تحمل باشد و این موضوع در دادگاه مدنی خاص احراز شود، اما شوهر حاضر به طلاق دادن زن نباشد و در صورت الزام حاکم هم ملزم نشده و اقدام ننماید، آیا ولایتاً اجازه می‌فرمایید از طرف دادگاه حکم به طلاق چنین زنی شود؟» ایشان نیز در پاسخ فرمود: «در فرض مذکور و احراز آن مجازند، ولی احتیاط را مراعات نمایید». (موازین قضایی از دیدگاه امام خمینی (ره) ۱: ۱۴۱) آیت‌الله فاضل لنگرانی (م ۱۴۲۸) نیز در این مورد می‌گوید: «در صورتی که احراز شود که با رعایت حقوق زوج از طرف زوجه و عدم نشوز او، زوج از امساک به معروف یا تسریح به احسان امتناع ورزد، قاضی، زوجه را به تقاضای خودش مطلقه می‌کند». (جامع المسائل ۴۵۹)

مستندات

دلیل بر اعتبار این مورد، نخست، آیه ۲۳۱ سوره بقره است: «وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا»؛ یعنی آنان را برای آزار رساندن نگه ندارید تا بر آنان ستم کنید. این آیه در مقام بیان مشروع نبودن نگه‌داری ضرری و آن چیزی است که موجب ضرر رسیدن به زوجه می‌شود. حال این ضرر به هر شکلی که می‌خواهد، باشد. (بحوث فقهیه ۱۸۷) دلیل دیگر، آیه ۲۲۹ سوره بقره است: «فَأِمْسَاكُ بِمَعْرُوفٍ، أَوْ تَسْرِيحُ بِإِحْسَانٍ»؛ یعنی باید به طور شایسته و متعارف نگه دارد یا به نیکی و خوشی رها کند. (العروة الوثقی ۵: ۵۵۷) بنابراین، بر زوج لازم است یا حقوق زوجه را ادا کند یا این که او را طلاق دهد. إطلاقات أدلة نفي ضرر و حرج نیز دلیل دیگری بر اعتبار این مورد است.

مقایسه فقه و قانون در مساله

قانون مدنی در ماده ۱۱۳۰ اصلاحی مصوب ۱۳۷۰ می‌گوید:

در صورتی که دوام زوجیت موجب عسر و حرج زوجه باشد، وی می‌تواند به حاکم شرع، مراجعه و تقاضای طلاق کند. چنانچه عسر و حرج مذکور در محکمه ثابت شود، دادگاه می‌تواند زوج را اجبار به طلاق نماید و در صورتی که اجبار میسر نباشد، زوجه به اذن حاکم شرع طلاق داده می‌شود.

در تبصره الحاقی این ماده در سال ۱۳۷۹، مجلس شورای اسلامی به تعریف و ذکر مصادیق «عسر و حرج» پرداخت که در سال ۱۳۸۱ با اصلاحاتی به تصویب مجمع تشخیص مصلحت نظام رسید. در این تبصره آمده است:

عسر و حرج موضوع این ماده عبارت است از به وجود آمدن وضعیتی که ادامه زندگی را برای زوجه با مشقت همراه ساخته و تحمل آن مشکل باشد و موارد ذیل در صورت احراز توسط دادگاه صالح از مصادیق عسر و حرج محسوب می‌گردد:

ترك زندگي خانوادگي توسط زوج حداقل به مدت شش ماه متوالي و يا نه ماه متناوب در مدت يك سال بدون عذر موجه.

اعتیاد زوج به یکی از انواع مواد مخدر و یا ابتلای وی به مشروبات الکلی که به اساس زندگی خانوادگی خلل وارد آورد و امتناع یا عدم امکان الزام وی به ترك آن در مدتی که به تشخیص پزشک برای ترك اعتیاد لازم بوده است. در صورتی که زوج به تعهد خود عمل ننماید و یا پس از ترك مجدداً به مصرف موارد مذکور روی آورد، بنا به درخواست زوجه، طلاق انجام خواهد شد.

محکومیت قطعی زوج به حبس پنج سال یا بیشتر.

ضرب و شتم یا هرگونه سوء رفتار مستمر زوج که عرفاً با توجه به وضعیت زوجه قابل تحمل نباشد.

ابتلای زوج به بیماری‌های صعب‌العلاج روانی یا ساری یا هر عارضه صعب‌العلاج دیگری که زندگی مشترک را مختل نماید.

موارد مندرج در این ماده مانع از آن نیست که دادگاه در سایر مواردی که عسر و حرج زن در دادگاه احراز شود، حکم طلاق صادر نماید.

همان طور که ملاحظه می‌شود، در این تبصره، «عسر و حرج» تعریف شده به مشقتی که تحملش مشکل است. بنابراین، هر جا این امر برای دادگاه محرز شد، در صورت تقاضای زوجه

به طلاق وی حکم می‌دهد. مصادیق ذکر شده در این تبصره از باب مثال است، چنان‌که ذیل تبصره به آن اشاره دارد. با توجه به این‌که تعریف ارائه شده، مفهومی کیفی است که تشخیص آن در موارد مختلف، مشکل است، قانون‌گذار این مصادیق را برای آسان‌تر شدن کار قضات آورده است، ولی این‌گونه نیست که زوج نتواند با وجود این موارد، عسر و حرجی نبودن را اثبات کند. در اصطلاح، این موارد، اماره قانونی بر عسر و حرج است و خلاف آن را می‌توان اثبات کرد؛ چرا که ملاک تحقق عسر و حرج است. قاضی در این موارد به اثبات عسر و حرجی بودن نیاز ندارد.

همان‌طور که بیان شد از دیدگاه فقها، عسر و حرج از جمله مواردی است که زوجه می‌تواند به واسطه آن از دادگاه تقاضای طلاق کند، اما بحث در مصداق آن است. عسر و حرج مصداق خاصی ندارد و در هر موردی که محرز و محقق شد، مجوز رجوع به حاکم و تقاضای طلاق است. البته در خصوص طلاق باید عسر و حرج شدید و عادتاً تحمل‌ناپذیر باشد. (جامع المسائل ۲: ۴۰۶) بنابراین، دایره شمول عسر و حرج مورد نظر فقها نسبت به مفهوم عسر و حرج در تبصره الحاقی به ماده ۱۱۳۰ ق.م.اصلاحی، محدودتر است و صرفاً مشقت شدید و عادتاً تحمل‌ناپذیر را در بر می‌گیرد.

مصادیق اختلافی طلاق قضایی در قانون مدنی و فقه امامیه

همان‌طور که ملاحظه شد، از نظر فقها، مصادیق طلاق قضایی در سه مورد محصور است: پرداخت نشدن نفقه، غیبت شوهر و عسر و حرج. جایی که مرد به زوجه وکالت در طلاق می‌دهد، دیگر طلاق قضایی نیست؛ چون در این مورد، زوجه، خودش به نیابت از مرد، صیغه طلاق را جاری می‌کند و انشاکننده صیغه طلاق، خود اوست نه حاکم، چنان‌که در تعریف وکالت در ماده ۶۵۶ ق.م.آ آمده است: «وکالت، عقده‌ای است که به موجب آن، یکی از طرفین، طرف دیگر را برای انجام امری نایب خود می‌کند». بنابراین، از نگاه قانون مدنی نیز نمی‌توان آن را از موارد درخواست زن در طلاق قضایی برشمرد. این‌که در برخی مقالات علمی، وکالت زن در طلاق از این موارد شمرده شده، مطلب دقیقی نیست.

شرط طلاق در ضمن عقد نکاح یا عقد لازم دیگر نیز از مصادیق طلاق قضایی نیست؛ چون این شرط طلاق، منحصر در شرط وکالت زن در طلاق است، چنان‌که حضرت امام خمینی (ره) در پاسخ به این سؤال که آیا زوجه می‌تواند هنگام عقد ازدواج با شوهر شرط کند که در مواردی خاص، طلاق به دست او باشد؟ می‌فرماید: «اگر در ضمن عقد شرط کنند که زن از طرف شوهر، وکیل باشد که در موارد خاصی، خود را طلاق دهد، صحیح است». (استفتائات ۳: ۳۳۳)

آیت‌الله سبزواری و آیت‌الله شبیری زنجانی نیز بر این مطلب تصریح می‌کنند که شرط بودن اختیار طلاق در دست زوجه، باطل است، اما این شرط که زوجه، وکالت در طلاق داشته باشد، صحیح است. (مهذب الأحكام ۲۶؛ ۳۲؛ المسائل الشرعية ۵۸۳) در شرط وکالت هم با تحقق مشروط به زوجه وکالت در طلاق داده می‌شود و وکالت نیز چنان که گذشت، نیابت در طلاق است و انشاکنده طلاق، خود اوست نه حاکم. در نتیجه، طلاق قضایی مصداق پیدا نمی‌کند. ماده ۱۱۱۹ ق.م نیز ناظر بر همین نظر فقها، شرط ضمن عقد را برای طلاق، به صورت شرط وکالت زن در طلاق مطرح می‌کند. بنابراین، آنچه در تبصره الحاقی ماده ۱۱۳۳ ق.م اصلاحی ۱۳۸۱ آمده مبنی بر این که ماده ۱۱۱۹ ق.م از جمله مواردی است که زن می‌تواند از دادگاه تقاضای طلاق کند، دقیق نیست. با توجه به این که مواد ۱۱۲۹ و ۱۱۳۰ ق.م که در این تبصره آمده، از جمله موارد موضوع طلاق قضایی است، بهتر بود قانون‌گذار به جای ماده ۱۱۱۹، ماده ۱۰۲۹ ق.م را ذکر می‌کرد.

نتیجه

بر اساس نظر فقهای امامیه، موارد طلاق قضایی را می‌توان این گونه برشمرد. این موارد در قانون مدنی ایران نیز پذیرفته شده است: پرداخت نشدن نفقه مطلقاً (مندرج در ماده ۱۱۲۹ ق.م)؛ چهار سال غیبت زوج (مندرج در ماده ۱۱۳۰ ق.م اصلاحی ۱۳۷۰)؛ عسر و حرج (مندرج در ماده ۱۰۲۹ ق.م).

وکالت داشتن زن در طلاق از مصادیق طلاق قضایی نیست، هم‌چنان که شرط ضمنی بر طلاق چون به صورت شرط وکالت در طلاق صحیح است، همین حکم را دارد. بنابراین، گنجاندن ماده ۱۱۱۹ در تبصره الحاقی ماده ۱۱۳۳ ق.م اصلاحی ۱۳۸۱، صحیح نیست. فقها در مورد پرداخت نشدن نفقه اختلاف دارند. برخی از فقها مطلقاً طلاق قضایی را در این فرض نمی‌پذیرند و برخی آن را در صورت توانایی زوج و استتکاف او از پرداخت نفقه می‌پذیرند و برخی از فقها آن را مطلقاً می‌پذیرند. قانون‌گذار در ماده ۱۱۲۹ ق.م همین نظر آخر را پذیرفته است.

فقها برای مورد غیبت زوج، چهار شرط بیان می‌کنند که با تحقق همه آنها طلاق قضایی صورت می‌پذیرد: معلوم نبودن زنده یا مرده بودن زوج؛ پرداخت نشدن نفقه زن؛ چهار سال جست‌وجو توسط حاکم و نیافتن زوج و طلاق ندادن زن از جانب ولیّ زوج. از بین شروطی که فقها در مورد غیبت زوج مطرح کرده‌اند، در قانون مدنی، شرط اول را می‌توان از مواد ۱۰۲۹ و

۱۰۱۱ق.م استنباط کرد. شرط دوم در قانون مدنی وجود ندارد. شرط سوم هم در قانون مدنی، به صورت متفاوتی از فقه بیان شده است و مستفاد از مواد ۱۰۲۹ و ۱۰۲۳ ق.م این است که حاکم چهار سال تعیین نمی‌کند و در طول چهار سال از زوج جست‌وجو نمی‌کند، بلکه همین که چهار سال از غیبت زوج بگذرد، زوجه به حاکم، مراجعه و حاکم یک سال جست‌وجو می‌کند و پس از آن طلاق می‌دهد. شرط چهارم هم در قانون مدنی وجود ندارد.

فقها، عسر و حرج را از موارد درخواست طلاق زن می‌دانند. عسر و حرج در طلاق را رعایت نکردن حقوق زوجه تعریف می‌کنند که موجب کراهت شدید و عادتاً تحمل‌ناپذیر شود. قانون مدنی در ماده ۱۱۳۰ ق.م اصلاحی مصوب ۱۳۷۰، عسر و حرج را از موارد درخواست طلاق زن، بیان و در تبصره الحاقی همین ماده، عسر و حرج را به مشقتی که تحملش مشکل است، تعریف کرده و مصادیقی از باب مثال مطرح کرده که اماره قانونی بر عسر و حرج هستند. و در نتیجه تعریف قانون‌گذار در عسر و حرج نسبت به تعریف فقها، از شمول بیشتری برخوردار است و راه را برای تحقق طلاق‌های بیشتر فراهم می‌کند.

فهرست منابع

۱. ابن ادريس، محمد بن منصور بن احمد حلی. السرائر الحاوي لتحرير الفتاوى. چاپ ۴، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۰ هـ. ق.
۲. اراکی، محمدعلی. رساله في نفقة الزوجة. قم: مؤسسه در راه حق، ۱۴۱۳ هـ. ق.
۳. حکیم، سید محسن. منهج الصالحین. بیروت: دار التعارف للمطبوعات، ۱۴۱۰ هـ. ق.
۴. حلی، حسین. بحوث فقهیه. چاپ ۴، قم: مؤسسه المنار، ۱۴۱۵ هـ. ق.
۵. حلی، فخرالمحققین محمد بن حسن بن یوسف. إيضاح الفوائد في شرح مشکلات القواعد. قم: مؤسسه اسماعیلیان، ۱۳۸۷ هـ. ق.
۶. سبحانی تبریزی، جعفر. نظام الطلاق في الشريعة الإسلامية الغراء. قم: مؤسسه امام صادق (ع)، ۱۴۱۴ هـ. ق.
۷. سبزواری، سید عبدالأعلى. مهذب الأحكام. چاپ ۴، قم: مؤسسه المنار، ۱۴۱۳ هـ. ق.
۸. شبیری زنجانی، سید موسی. المسائل الشرعية. قم: مؤسسه نشر الفقاهة، ۱۴۲۸ هـ. ق.
۹. صافی گلپایگانی، لطف‌الله. جامع الاحکام. قم: مؤسسه انتشارات حضرت معصومه (س)، ۱۴۱۹ هـ. ق.
۱۰. طباطبایی یزدی، سید محمدکاظم. العروة الوثقى (المحشى). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۹ هـ. ق.
۱۱. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن. المبسوط في فقه الإمامية. چاپ ۳، تهران: المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية، ۱۳۸۷ هـ. ق.
۱۲. عاملی (شهید ثانی)، زین‌الدین بن علی. الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية. قم: کتاب فروشی داوری، ۱۴۱۰ هـ. ق.
۱۳. عاملی کرکی (محقق ثانی)، علی بن حسین. جامع المقاصد في شرح القواعد. چاپ ۲، قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام، ۱۴۱۴ هـ. ق.
۱۴. علامه حلی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی. قواعد الأحكام في معرفة الحلال والحرام. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۳ هـ. ق.
۱۵. فاضل موحدی لنکرانی، محمد. تفصیل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - الغصب، إحياء الموات، المشتريات واللقطة. قم: مرکز فقهی ائمه اطهار (عليهم السلام)، ۱۴۲۹ هـ. ق.
۱۶. _____ جامع المسائل. قم: مطبوعاتی امیر، ۱۳۷۷ هـ. ش.
۱۷. کاشف الغطاء، محمدحسین بن علی بن محمدرضا. سؤال و جواب. مؤسسه کاشف الغطاء، بی تا.

۱۸. موسوی خمینی، سید روح‌الله. استفتاآت. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ پنجم، ۱۴۲۲ هـ. ق.
۱۹. _____ تحریر الوسيلة، قم: مؤسسه مطبوعات دار العلم، بی تا.
۲۰. _____ موازین قضایی از دیدگاه امام خمینی (ره). قم: شکوری، ۱۳۶۵ هـ. ش.
۲۱. موسوی خویی، سید ابوالقاسم. منهاج الصالحین. چاپ ۲۸، قم: نشر مدینه العلم، ۱۴۱۰ هـ. ق.
۲۲. موسوی گلپایگانی، سید محمدرضا. مجمع المسائل چاپ ۴، قم: دار القرآن الکریم، ۱۳۷۲ هـ. ش.
۲۳. نجفی (صاحب الجواهر)، محمدحسن. جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام. چاپ ۷، بیروت: دار إحياء التراث العربي، ۱۴۰۴ هـ. ق.

رسائل

مجله علمی دانش پژوهان مرکز آموزش های تخصصی فقه

شماره ۴، پاییز ۱۳۹۴

صفحات ۸۳ تا ۱۲۴

محمد طاهر آسا* علی جواد دهقان**

Mohammadta@mailfa.org

ترجمه مدخل «Rights»^۱ [حق ها] از دایره المعارف استنفورد^۲

اشاره

با توجه به اهمیت معاملاتی که با موضوع «حق» در فقه امامیه انجام شود، سزاوار است که این مفهوم، به صورت کلی تحلیل و واکاوی شود. مطالعه این مفهوم در نظام حقوقی شیعه و مقایسه آن با سایر نظام های حقوقی باعث خواهد شد، ضمن تقویت انگیزه فهم ظرائف موجود در متون فقهی، مقدمات لازم برای برقراری تعامل نظام های حقوقی با یکدیگر در این موضوع فراهم آید. توجه به معادل مفاهیم کلیدی این بحث، مانند حق، قدرت، اختیار، استحقاق، دارایی، اسقاط کردن، واگذار کردن، سزاوار بودن، اولویت داشتن و مباحثی که درباره آن ها در مدخل «rights» (حق ها) از دایره المعارف فلسفی استنفورد از آن سخن رفته است، می تواند زمینه را برای انجام یک پژوهش مقایسه ای و مقارنه ای میان متون فقهی و حقوقی فراهم آورد.

دایره المعارف استنفورد، که مجموعه ای کم نظیر برای دستیابی به یک شناخت کلی و جامع از یک موضوع فلسفی^۳ است، می تواند آخرین دیدگاه های مطرح درباره یک مسأله و زوایای اصلی آن را برای خواننده آشکار نماید. مدخل «rights» (حق ها) از این دایره المعارف فلسفی، این قابلیت را داراست که مفاهیم و اصطلاحات مشابه حق، بویژه عناصر چهارگانه امتیاز، مطالبه، قدرت و مصونیت در نظام هوفیلدی، را تشریح و تبیین نماید.

شایان ذکر است که بر اساس این مقدار بررسی صورت گرفته، نخستین بار است که این مدخل به فارسی ترجمه می شود.^۴

1. Rights

2. Stanford

۳. مسعود علیا، دبیر ترجمه مجموعه گزیده دانشنامه استنفورد، این دانشنامه با سرپرستی دکتر ادوارد ن. زالتا منتشر می شود و دبیر ترجمه مجموعه گزیده آن در نشر ققنوس نیز مسعود علیا است. متن کامل مقالات این دانشنامه در آدرس <http://plato.stanford.edu> قابل دریافت است.

۴. با توجه به اینکه مقالات این دانشنامه بعد از انتشار اولیه به دفعات بازبینی می شود، به استحضار خوانندگان گرامی می رساند که این ترجمه از مدخل rights، بر روی متنی از دانشنامه استنفورد صورت گرفته که برای نخستین بار در تاریخ ۱۹ دسامبر ۲۰۰۵ منتشر شده و در تاریخ ۲ جولای ۲۰۱۱ بازبینی ماهوی شده است.

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

** دانش آموخته کارشناسی مترجمی زبان انگلیسی و دانشجوی کارشناسی ارشد روابط بین الملل دانشگاه مفید.

مقدمه

حق‌ها، استحقاق‌هایی^۱ برای انجام یا ترک اعمالی معین و یا حضور یا عدم حضور در موقعیت‌هایی معین است. حق‌ها بر برداشت‌های تازه در این باره دلالت دارد که چه اعمالی مجاز هستند و کدام سازوکارها مناسبند. حق‌ها، ساختار دولت‌ها، محتوای قوانین و ساختار امور اخلاقی را به صورتی بنا می‌نهد که در حال حاضر پذیرفته شده است. پذیرش مجموعه‌ای از حق‌ها به معنای پذیرش توزیع آزادی و سلطه و نیز تأیید برداشت معینی از آن چیزی است که امکان‌پذیر است و باید یا نباید انجام شود.

این مدخل با تشریح ماهیت حق‌ها، طبقه‌بندی، ترکیب و کارکردشان آغاز می‌شود. سپس تاریخچه ادبیات حقوقی و روابط متنوع بین حق‌ها و ادله را مرور خواهیم کرد. مهم‌ترین رویکردهای فلسفی معاصر درباره توجیه حق‌ها مقایسه می‌شوند و این مدخل با انتقادهای اجمالی درباره حق‌ها و «بحث حقوقی^۲» به پایان می‌رسد. تمرکز کلی این مدخل بر مباحث نظری عمومی است تا تحلیل یا توجیه حق‌های خاص و جزئی.^۳

۱. دسته‌بندی حق‌ها

حق حیات، حق انتخاب کردن، حق رأی دادن، حق کار کردن، حق اعتصاب کردن، حق ارتباط تلفنی، حق منحل کردن پارلمان، حق به‌راه‌انداختن یک جرثقیل، حق اداره یک آسایشگاه، حق برخورد یکسان در پیشگاه قانون، حق احساس افتخار بابت آن‌چه فرد انجام داده است، حق زیستن، حق محکوم کردن متجاوز به مرگ، حق اقدام پیش‌گیرانه اتمی، حق شاه - قلعه کردن (در شطرنج)، حق داشتن هویت ژنتیکی مشخص، حق اعتماد کردن [به دیده خود]، حق ادای حکم زوجیت زن و شوهر، حق تنهایی و حق داوطلبانه به جهنم رفتن انواعی از حق‌ها هستند.

همان‌گونه که صداها، همیشه و به صورت گسترده به گوش ما می‌رسند، ما با مطالبه حق‌ها روبه‌رو هستیم. اگر بخواهیم این حجم از مطالبه‌ها را بفهمیم، حق‌ها را باید بر اساس شاخص‌هایی عام دسته‌بندی کنیم. حق - مطالبه‌ها را می‌توان بر اساس معیارهایی مانند موردهای زیر طبقه‌بندی کرد:

1. Entitlements

2. Rights talk

۳. برای بررسی مقدمه کتاب درباره حقوق نک: آثار جونز (۱۹۹۴)، ادموندسن (۲۰۰۴)، کمپبل (۲۰۰۶) و ایویسون (۲۰۰۷).

- چه کسانی^۱، مدعی داشتن حق هستند: حقوق کودکان، حقوق حیوانات، حقوق کارگران، حقوق دولت‌ها و حقوق مردم.

- چه اعمال یا موقعیت‌ها یا اهدافی به حق ادعا شده وابسته‌اند: حقوق آزادی بیان، حقوق انتقاد کردن، حقوق حریم خصوصی، حقوق سکوت متهم، حقوق مالکیت و حقوق احترام به تمامیت جسمانی.

- چرا^۲ صاحب حق - بنا بر قوی - حق دارد: حق‌های اخلاقی در استدلال‌های اخلاقی ریشه دارند، حق‌های قانونی از قانون حاکم بر جامعه برمی‌خیزند و حق‌های عرفی به استناد عرف محلی وجود دارند.

- چگونه^۳ حق ادعا شده از اعمال صاحب حق اثر می‌پذیرد: حق غیر قابل بیع^۴ حیات، حق قابل مجازات^۵ آزادی و حق قابل اسقاط^۶ وعده‌ای که داده شده است.

بسیاری از این مقوله‌ها، خود زیرشاخه دارند. برای مثال، حقوق طبیعی، زیرمجموعه حقوق اخلاقی است که انسان‌ها به دلیل ماهیت خود از آن بهره‌مندند یا این که حق بیان سیاسی، زیرمجموعه حقوق آزادی بیان است.

مطالعه حق‌های خاص عمدتاً نوعی تحقیق درباره همپوشانی این مقوله‌ها و زیرمجموعه‌های آن است. برای نمونه، در این باره بسیار بحث شده است که حقوق بشر، آیا از زمره حقوق طبیعی است و یا این که آیا حق حریم خصوصی، یک حق قانونی است و یا اینکه آیا حق قانونی حیات، حقی قابل مجازات است.^۷

۲. تحلیل حق‌ها

دسته‌بندی، گستردگی ادعاهای حق‌ها را منظم می‌سازد. برای درک معنای دقیق هر نوع ادعایی درباره یک حق، باید روش ایجاد و کارکرد حق‌ها را به صورت دقیق بفهمیم. تحلیل حق‌ها دارای دو بخش است: شرحی از ساختار داخلی حق‌ها (با شکل آنها) و شرحی از آن‌چه

1. Who
2. What
3. Why
4. How
5. Inalienable
6. Forfeitable
7. Waivable

۸. برای بحث بنیادین حقوقی درباره نسبت بین حقوق اخلاقی و قانونی نک: پوزیتیویسم قانونی، نظریه‌های قانون طبیعی و ماهیت قانون.

حق‌ها برای صاحبان خود انجام می‌دهند (کارکردشان). نظام هوفیلدی^۱ برای تشریح شکل حق‌ها تا اندازه زیادی پذیرفته شده است، هر چند مناقشه‌های علمی بر سر جزئیات آن وجود دارد.^۲

۲-۱. صورت حق‌ها: نظام تحلیلی هوفیلدی

بررسی‌ها نشان می‌دهد که بیش‌تر حق‌هایی مشابه مانند حق آزادی بیان یا حق مالکیت خصوصی ساختار درونی پیچیده‌ای دارند. چنین حق‌هایی، ترتیباتی شکل گرفته از عناصر بنیادین هستند که بیش‌تر به مولکول‌های شباهت دارند که بر اساس ترتیباتی از عناصر شیمیایی نظم یافته است. چهار عنصر اساسی حق‌ها را که وسلی هوفیلد^۳ (۱۸۷۹-۱۹۱۸)، نظریه پرداز امریکایی حقوق کشف کرد، «قضیه‌های هوفیلدی» می‌نامند.

این چهار «عنصر» اساسی شامل امتیاز (آزادی)، مطالبه (ادعا)، قدرت (اختیار) و مصونیت هستند. هر یک از این قضیه‌های هوفیلدی، که صورت منطقی مشخصی دارند، به شیوه‌های خاصی کنار هم قرار می‌گیرند تا حقوق «مولکولی» پیچیده را ایجاد نمایند.

۲-۱-۱. امتیاز (آزادی)^۴

شما حق دارید تا صدفی را که در ساحل پیدا کرده‌اید، بردارید. این حق، یک امتیاز است. A امتیاز انجام دادن را دارد، اگر و تنها اگر A نسبت به انجام ندادن وظیفه‌ای نداشته باشد. این که شما حق دارید صدف را بردارید، به این معناست که شما در برداشتن آن هیچ تکلیفی ندارید. اگر بخواهید صدف را بردارید، شما از وظیفه خود در برداشتن صدف هیچ گونه تخلفی انجام ندهاید. به همین ترتیب، حق شما برای نشستن در صندلی خالی در سینما و حق شما برای زدن رنگ قرمز به دیوار اتاق خوابتان، امتیازهای شما هستند. حق - آزادی یا حق - امتیاز بیانگر آن دسته از کارهایی هستند که بهره‌مندان از آن‌ها هیچ وظیفه‌ای برای انجام دادن آن‌ها ندارند. برای نمونه، ممکن است ادعا شود که رئیس جمهوری ایالات متحده وظیفه دارد هیچ سندی را پنهان نکند. وقتی وی با استناد به «امتیاز اجرایی» با این ادعا مخالفت می‌کند، در حقیقت، به امتیاز هوفیلدی استناد کرده است. همین گونه است مجوزهایی مانند گواهی نامه رانندگی، جواز عمل جراحی یا قتل، که به دارنده‌اش این امتیاز را می‌دهد تا به فعالیتی مجاز مبادرت نماید.^۵

1. Hohfeldian system

۲. بر سر این مسئله که این نظریه، بهترین تبیین از کارکرد حق‌هاست، هنوز بحث‌های بسیاری وجود دارد که در بخش سوم از آن سخن می‌گوییم.

3. Wesley Hohfeld

4. Privileges (or Liberties)

۵. برخی نویسندگان حقوق، سخن گفتن از «آزادی‌ها» را در عوض «امتیازها» ترجیح داده‌اند (مانند: اشتاینر، ۱۹۹۴).

۲-۱-۲. مطالبه (ادعا)^۱

انعقاد قرارداد بین کارفرما و کارمند، این حق را به کارمند می‌دهد که دستمزدش پرداخت شود. این حق، یک مطالبه است:

A مطالبه انجام را از B دارد، اگر و تنها اگر B موظف به انجام برای A باشد.

برای نمونه، کارمند این مطالبه را دارد که کارفرما دستمزدش را بپردازد. این سخن به آن معناست که کارفرما در برابر کارمند مکلف است تا دستمزدش را بپردازد. همان گونه که در تعریف و مثال آن شاهد بودیم، هر حق - مطالبه‌ای دربردارنده یک تکلیف (حداقل) برای دارنده (حامل) تکلیف است. درباره حق - مطالبه باید دانست که تکلیف دارنده (حامل) تکلیف، «به سود» یا «برای» دارنده حق است.

همه حق - مطالبه‌ها با اعمال اختیاری مثل امضای یک قرارداد شکل نمی‌گیرند؛ و همه حق - مطالبه‌ها با وظیفه‌های صرفاً یک عامل متناظر نیستند. برای مثال، حق - مطالبه یک کودک علیه سوء استفاده (از او) وجودی مستقل از اعمال دیگران دارد و حق - مطالبه کودک با تکلیفی که بر عهده هر فرد دیگر است تا از او سوء استفاده نکند (به او تجاوز نکند)، مربوط است. بیان چنین مثالی درباره حق کودک این وضعیت را تبیین می‌کند که حق - مطالبه، دارندگان تکلیف را به خودداری از انجام دادن کاری وادار می‌کند. (به عبارتی، می‌تواند یک فعل منفی همچون «سوء استفاده نکردن از او» باشد).

۲-۱-۳. قدرت (اختیار)^۲

امتیازها و مطالبه‌ها، چیزی را تعریف می‌کنند که هارت^۳ آن را «قواعد اولیه» می‌نامد. این قواعد بیانگر موقعیت افراد در انجام دادن یا خودداری از انجام دادن عملی است (هارت، ۱۹۶۱). به خوبی می‌توان «قواعد اولیه» را برای کلیه اعمال فیزیکی به مثابه امتیازها و مطالبه‌ها تحلیل نمود. چه بسا، اگر همه امتیازها و ادعای مربوط به اعمال فیزیکی را می‌دانستیم، آنگاه درباره هر یک از اعمال فیزیکی ممکن می‌دانستیم که کدام یک جایز است و کدام یک ضروری و کدام یک ممنوع.

۶۰-۵۹). عده‌ای دیگر برای این دو واژه، تعریف‌های متفاوتی ارائه داده‌اند (مانند: تامسون، ۱۹۹۰، ۵۳-۵۵). برای پرهیز از آشفتگی ذهنی، این مدخل برای اشاره به این قضیه، از «امتیاز» استفاده می‌کند و هرگز واژه «آزادی» را به کار نمی‌برد (توضیح مؤلف).

1. Claims
2. Powers
3. Hart, H

دو قضیه هوفیلدی دیگر بیانگر آن چیزی هستند که هارت، «قواعد ثانویه» می‌نامد: این قواعد مشخص می‌کنند که عاملان چه گونه «قواعد اولیه» را معرفی می‌کنند، تغییر می‌دهند یا جای‌گزین می‌کنند.

قدرت هوفیلدی، قضیه‌ای است که توان جای‌گزینی «قواعد اولیه» را به عاملان اعطا می‌کند: A قدرت دارد، اگر و تنها اگر A در چارچوب قواعدی، توانایی جای‌گزینی قضیه‌های هوفیلدی خود یا دیگری را داشته باشد.

برای نمونه، کاپیتان کشتی حق - قدرت دستوردهی به ناآموز را برای تمیز کردن عرشه کشتی دارد. اعمال این قدرت از سوی کاپیتان، موقعیت هنجاری ملوان را تغییر می‌دهد؛ چون این امر سبب قرار گرفتن تکلیفی جدید بر دوش او و بنابراین، فسخ یکی از امتیازهای هوفیلدی‌اش (تمیز نکردن عرشه کشتی) می‌شود. به همین ترتیب، متعهد، حق - قدرتی را اعمال می‌کند که بر اساس آن، مطالبه‌ای برای ذی‌حق ایجاد می‌شود تا متعهد، عمل معینی را انجام دهد. اعمال حق - قدرت از جانب متعهد در تعهد دادن، مطالبه‌ای برای ذی‌حق ایجاد می‌کند تا متعهد آن چه را تعهد سپرده است، انجام دهد. مثلاً یک همسایه، این ادعای خود را مبنی بر اینکه وارد ملکش نشوید، با دعوت از شما به خانه‌اش اسقاط می‌نماید. دستور دادن، تعهد سپردن، اسقاط کردن، محکوم کردن، خریدن، فروختن و واگذار کردن، نمونه‌ای از رفتارهایی هستند که صاحب حق با بهره‌گیری از قدرت، قضیه‌های هوفیلدی مربوط به خود یا فرد دیگری را تغییر می‌دهد.

قدرت‌ها نه تنها امتیازات و مطالبه‌های «درجه اول»، بلکه قضیه‌های «درجه دوم» را نیز می‌توانند تغییر دهند. (سامنر، ۱۹۸۷، ۳۱) برای مثال، یک دریاسالار حق - قدرت تغییر پست یک کاپیتان از قدرت - امتیازش در فرماندهی کشتی را دارد. همان گونه که خواهیم دید، حق‌هایی که سلطه دیگران را تغییر می‌دهند، قلمرو همه نظام‌های قانونی و سیاسی پیشرفته را تعیین می‌کنند.

1. Ordering
2. Promising
3. Waiving
4. Sentencing
5. Abandoning
6. Sumner, L

۴-۱-۲. مصونیت^۱

چهارمین و آخرین قضیه هوفیلدی، مصونیت است. هنگامی که A توانایی جای‌گزینی قضیه‌های هوفیلدی B را دارد، پس A دارای قدرت است. زمانی که A توانایی جای‌گزینی قضیه‌های هوفیلدی B را ندارد، پس B مصونیت دارد:

B مصونیت دارد اگر و تنها اگر A در چارچوب مجموعه قواعدی برای جای‌گزینی قضیه‌های هوفیلدی B قدرتی نداشته باشد.

کنگره ایالات متحده آمریکا در چارچوب قانون اساسی این کشور نمی‌تواند شهروندان آمریکایی را به زانو زدن روزانه در مقابل صلیب وادار کند. بنابراین، چون کنگره قدرت ندارد، شهروندان مصونیت دارند. این مصونیت، عنصر اصلی حق شهروند آمریکایی برای آزادی دینی است. به همین صورت، شهود حاضر در دادگاه حق دارند از ادای شهادت علیه خود خودداری کنند و کارمندان دولتی پس از روی کار آمدن دولت جدید از گزند اخراج از کار در امان می‌مانند. همه این حق‌ها، مصونیت‌هایی هستند که با قدرت نداشتن در بخشی دیگر برای جای‌گزینی موقعیت‌هنجاری صاحب حق در غایتی نامشخص ملازمه دارد.

۵-۱-۲. نقیض‌ها^۲ و ملزومات^۳

هوفیلد برای نشان دادن ساختار منطقی نظام خود، چهار قضیه را در جدول‌های «نقیض‌ها» و «ملزومات» قرار داده است. هوفیلد برای تکمیل جدول‌ها، عبارت‌های بیش‌تری را اضافه کرده است. برای مثال، اگر «الف» مطالبه‌ای داشته باشد، در این صورت، «الف»، «عدم مطالبه» ندارد («عدم مطالبه» نقیض «مطالبه» است). اگر «الف» قدرت دارد، پس «ب» نیز مسئولیت دارد (مسئولیت با قدرت ملازمه دارد).

نقیض‌ها

اگر «الف» مطالبه دارد، در آن صورت، «الف» عدم مطالبه ندارد.

اگر «الف» امتیاز دارد، در آن صورت، «الف» وظیفه ندارد.

اگر «الف» قدرت دارد، در آن صورت، «الف» صلاحیت دارد (یعنی محجور نیست).

اگر «الف» مصونیت دارد، در آن صورت، «الف» مسئولیت ندارد.

لازمه

1. Immunities.
2. Opposites
3. Correlatives

اگر «الف» مطالبه دارد، در آن صورت، «ب» (نسبت به الف) وظیفه دارد.
 اگر «الف» امتیاز دارد، در آن صورت، «ب» (نسبت به الف) هیچ ادعایی ندارد.
 اگر «الف» قدرت دارد، در آن صورت، «ب» (نسبت به الف) مسئولیت دارد.
 اگر «الف» مصونیت دارد، در آن صورت، «ب» (نسبت به الف) صلاحیت ندارد.

۶-۱-۲. حق های مولکولی^۱

هر کدام از قضیه های «اتمی»^۲ - امتیاز، مطالبه، قدرت و مصونیت - وقتی به تنهایی واقع می شود، می تواند یک حق باشد. و وقتی به شکل خاصی با یکدیگر پیوند می خورند، چنان که پیش تر گفته شد، حق های ترکیبی را شکل می دهند. برای مثال، ساختار زیر، بخشی از ساختار «مولکولی» حق مالکیت است که شما بر رایانه خود دارید:

شما دارای هستید:

درجه دوم: حقوق درباره حقوق درجه اول

مصونیت در برابر جایگزینی [ادعای شما]

قدرت فسخ، الفا یا واگذاری [ادعای شما]

درجه اول: حقوق درباره رایانه

ادعا علیه دیگران در استفاده کردن از رایانه

امتیاز استفاده کردن از رایانه

[بخشی از ساختار «مولکولی» حق مالکیت]

در این تصویر، حق های «درجه اول»، حقوق قانونی مستقیم شما بر مال تان^۳ - در این مورد، رایانه تان - است. امتیاز در این سطح، شما را سزاوار استفاده از رایانه تان می سازد. این ادعا، مترادف است با این تکلیف بر هر فردی که از رایانه شما استفاده نکند.

حق های «درجه دوم»، حقوق قانونی شما در زمینه جایگزینی^۴ این حقوق درجه اول است. شما به استناد ادعایتان قدرت های متعددی دارید: می توانید این ادعا را اسقاط کنید (به دیگران اجازه استفاده از رایانه را بدهید)، این ادعا را فسخ کنید (رایانه را به عنوان ملک خود واگذار کنید) یا این که ادعایتان را منتقل کنید^۵ (رایانه تان را به ملکیت فرد دیگری در آورید). هم چنین در حق های درجه دوم، مصونیت شما مانع از جایگزینی ادعای درجه اول شما نسبت به رایانه تان می شود. به بیان دیگر، مصونیت شما اجازه نخواهد داد که دیگران ادعای شما درباره رایانه تان را اسقاط، فسخ یا واگذار نمایند. این چهار قضیه هوفیلدی، بخش مهمی از حق مالکیت شما را شکل می دهند.

1. Molecular Rights
2. «atomic» incidents
3. Your Property
4. Alteration
5. Transfer

البته همه این قضیه‌ها محدودیت دارند: شما در آسیب زدن به دیگران به کمک رایانه خود هیچ امتیازی ندارید یا این که نمی‌توانید از رایانه‌تان برای هک کردن دستگاه فرد دیگری استفاده کنید و مصونیت شما به طور کلی مانع از اجرای قدرت دولت برای مصادره نمی‌شود (مثلاً اگر رایانه شما در یک پرونده جنایی، مدرک باشد). این محدودیت‌های مربوط به قضیه‌ها، حدود حق مالکیت شما را ترسیم می‌کند، اما بر ساختار اصلی آن هیچ اثری ندارد. در این جا ممکن است در زمینه مالکیت، بیش از آنچه در تصویر بالا نشان داده شده است، قضیه‌هایی وجود داشته باشد. ولمن^۱ (۱۹۸۵، ۱۹۹۵) هر حقی را بصورت یک «هسته تعیین‌کننده»^۲ که توسط «عناصر وابسته» احاطه شده‌اند توصیف می‌کند که ممکن است در موردی خاص، حاضر باشد یا نباشد. برای نمونه، یک مصونیت درجه سوم که دارای شرایط لازم باشد، قادر است از حق مالکیت شما در برابر دولتی که می‌خواهد حق درجه دوم شما بر مالکیتتان را دستخوش تغییر سازد، حفظ نماید. (برای مثال، بر اساس «بند تملیک» از اصلاحیه پنجم قانون اساسی ایالات متحده آمریکا، دولت هرگز نمی‌تواند حق شما را برای فروش بخشی از زمین خودتان نقض کند).

۷-۱-۲. حق‌های فعال و منفعل

در قضیه‌های هوفیلدی، تمایز میان حق‌های فعال و منفعل (لیونز^۳ ۱۹۷۰) به سادگی قابل ترسیم است. امتیاز و قدرت، حق‌هایی «فعال» هستند که به اعمال شخصی صاحبانشان مربوط می‌شوند. ادعا و مصونیت، حق‌هایی «منفعل» هستند که اعمال دیگران را تنظیم می‌کنند. حق‌های فعال با گزاره «A حق انجام را دارد» نشان داده می‌شود و حق‌های منفعل با گزاره «A حق دارد که B، را انجام می‌دهد.» (در هر دو قاعده، فعل معلوم است). یک کاپیتان نیروی دریایی «امتیاز - حق فعال» برای راه رفتن روی عرصه کشتی و «قدرت - حق فعال» برای صدور دستور حرکت کشتی دارد. یک بازیکن در مسابقه تنیس دارای «ادعا - حق منفعل» است؛ یعنی حریفش نباید تمرکز او را به هم بریزد و استاد دانشگاه دارای «مصونیت - حق منفعل»ی است که بر اساس آن، دانشگاه نباید او را برای بیان نظرهای ناخوش‌آیندش اخراج کند.

-
1. Wellman, C
 2. Defining core
 3. Lyons, D

۸-۱-۲. حق‌های مثبت و منفی^۱

تمایز میان حق‌های منفی و مثبت در میان برخی نظریه‌پردازان هنجاری^۲ به ویژه نظریه‌پردازان متمایل به آزادی‌خواهی^۳ رایج است. دارنده حق منفی، مکلف به دخالت نکردن است، در حالی که دارنده حق مثبت، مستحق بهره‌مندی از کالا یا خدمات است. حق در مقابل تهاجم، نمونه کلاسیک حق‌های منفی است و کمک رفاهی نمونه حق مثبت است. (نارویسون^۴، ۲۰۰۱)

چون هر دو حق منفی و مثبت، حق‌هایی منفعل هستند، برخی حق‌ها، نه مثبت هستند و نه منفی. امتیازها و قدرت‌ها نمی‌توانند حق‌های منفی باشند و امتیازها، قدرت‌ها و مصونیت‌ها نیز نمی‌توانند حق‌های مثبت باشند. (امتیاز -) حق^۵ برای ورود به یک خانه و (قدرت -) حق^۶ برای ورود به قراردادی الزام‌آور، نه منفی هستند و نه مثبت.

گاهی گفته می‌شود که ایفای حق‌های منفی نسبت به حق‌های مثبت آسان‌تر است. حق‌های منفی را هر فردی می‌تواند، صرفاً با دخالت نکردن در امور دیگری رعایت کند. این در حالی است که اگر مجموع مطالبه‌های افراد، بیش از میزان ذخایر و منابع باشد، ادا کردن حق‌های مثبت افراد، مشکل یا حتی ناممکن می‌شود. باید توجه کرد که هنگام تحقق حق‌ها، این تفاوت از بین می‌رود. سرمایه‌گذاری بر روی یک نظام حقوقی که حق‌های منفی شهروندان را در مقابل هر گونه دستبردی به کار می‌بندد، نسبت به سرمایه‌گذاری بر روی نظامی رفاهی که حق‌های مثبت شهروندان را برای کمک کردن تحقق می‌بخشد، به منابع بیش‌تری نیاز دارد. همان‌گونه که هولمز و سانسین (۱۹۹۹، ۴۳) مطرح کردند، برای تحقق عملی حق‌های شهروندان، همه حق‌ها مثبت هستند. افزون بر آن، همیشه یادآوری می‌شود که ضرورت اخلاقی ایفای حق‌های مثبت به اندازه ضرورت اخلاقی ایفای حق‌های منفی اهمیت دارد (شو^۷، ۱۹۹۶). آنچه که «نسبت‌دادن»^۸ حق‌ها (حق‌هایی همچون، حق استقلال فردی، نیاز یا هر چیز دیگری) به افراد را موجه می‌سازد، به همان میزان، «محافظت کردن»^۹ از حق‌ها در برابر تعرض دیگران را موجه می‌کند؛ درست به همان اندازه که یک قضیه اخلاقی، برآورده‌ساختن حق تغذیه مناسب را برای یک فرد ضروری می‌سازد.

1. Negative and positive rights
2. Normative
3. Libertarianism
4. Narveson, J
5. (privilege-) right
6. (power-) right
7. Shue, H
8. Ascribing
9. Protecting

۲-۲. کارکرد حق‌ها: نظریه اراده^۱ و نظریه منفعت^۲

۲-۲-۱. تحلیل مفهومی در مقابل قید تعریفی^۳

همه حق‌ها را با نمودار هوفیلدی می‌توان همانند نمودار بخش «مولکولی» حق مالکیت در بالا نشان داد. با وجود این، برخی نمودارهای قضیه‌های هوفیلدی که توانستیم بسازیم، با هر نوع حقی تطبیق نمی‌یابند. حق‌ها فقط آن دسته از مجموعه قضیه‌های هوفیلدی هستند که کارکرد یا کارکردهای معینی دارند. در این جا قیاسی انجام دهیم: همه تخت‌ها (ی پادشاهی) همان صندلی هستند، اما فقط صندلی‌هایی با کارکرد مشخص، تخت (پادشاهی) هستند. پرسش از کارکرد حق‌ها به معنای پرسش از این است که حق‌ها برای صاحبانشان چه کاری انجام می‌دهند. قبل از این که به دو نظریه اصلی در این موضوع بپردازیم، تعدادی گزاره را که نظریه پردازان ارائه داده‌اند، به صورت اجمالی بررسی می‌کنیم که اگر بخواهیم بدانیم کدام قضیه‌های هوفیلدی، حق هستند، باید تحلیل شوند:

«داشتن حق یعنی داشتن مطالبه (ادعای) صحیح^۴»؛ (فینبرگ، ۱۹۷۰، ۲۵۷)

«در صریح‌ترین وجه، همه حق‌ها، مطالبه (ادعا)^۵ هستند»؛ (هوفیلد، ۱۹۱۹ و ۳۶)

«حق در مهم‌ترین وجه خود، پیوند میان [امتیاز] و حق - مطالبه^۶ است»؛ (مکی، ۱۹۷۹، ۱۶۹)

«حق‌ها، مجوزها هستند تا الزامات. حق‌ها به ما می‌گویند به اختیار خود، حامل انجام چه

عملی باشیم». (لودن، ۱۹۸۳، ۹۵)

«هیچ کسی حق ندارد که کاری انجام دهد، بلکه او فقط حق دارد که فرد دیگری آن کار

را انجام دهد (یا از انجام دادنش خودداری ورزد)»؛ (ویلیامز، ۱۹۶۸، ۱۲۵)

«حق، شیوه‌ای بنا شده برای عمل کردن است»؛ (مارتین، ۱۹۹۳، ۱)

«فردی که به دیگری می‌گوید: «من حق دارم تا آن را انجام دهم» بدان معنا نیست که ...

انجام دادن این کار اشتباه نیست. او ادعا می‌کند که دیگری وظیفه دارد تا در این کار دخالت

نکند»؛ (راز، ۱۹۹۴، ۲۷۵)

1. Will theory
2. Interest theory
3. Definitional Stipulation
4. Valid claim
5. All rights are claims
6. The conjunction of a (privilege) and a claim-right

«اندیشیدن درباره حق‌ها بدون توجه به توانایی اعمال^۱ (آن دشوار است»؛ (هارت، ۱۹۸۲، ۱۸۵)
«حق، قدرتی است که مخلوق باید آن را در اختیار داشته باشد»؛ (پلامناتز، ۱۹۳۸، ۸۲)
«همه حق‌ها در اصل، حق‌هایی مالکیتی هستند»؛ (اشتاینر، ۱۹۹۴، ۹۳)
«حق‌ها (به خودی خود) مالکیت هستند؛ یعنی چیزهایی که ما مالکشان هستیم». (فینبرگ، ۱۹۷۳، ۷۵)

در ابتدا، این تحقیق ممکن است فرد را به یاد ضرب المثل مرد نابینا و فیل بیاندازد. با وجود این، باید بین دو هدف متفاوت تمایز قائل شویم آن گاه که ممکن است نظریه‌پردازی، گزاره‌ای از عبارت «همه حق‌ها، ایکس [X] هستند» را بیان می‌کند. نظریه‌پرداز «الف» ممکن است تلاش کند تا معنای برداشت عادی از حقوق را تحلیل کند یا این که بتواند درون نظریه اخلاقی، سیاسی یا قانونی خودش، تعریفی از «حق‌ها» ارائه دهد.

برای نمونه، به ادعای مشهور جان استوارت میل^۲ درباره فایده‌گرایی توجه کنید: «وقتی هر چیزی را حق یک فرد می‌نامیم، منظورمان این است که او از جامعه مطالبه حقی دارد تا حق وی را در داشتن آن چیز به رسمیت بشناسد؛ حال چه به صورت قدرت قانون یا بر اساس آموزش و عقیده ... بنابراین، داشتن حق این گونه است که من درک می‌کنم؛ یعنی داشتن چیزی که جامعه باید از من برای داشتن آن دفاع کند». (میل، ۱۸۶۱، ۵۴)

به عنوان تحلیلی از مفهوم امروزی حق، ادعای میل ضعیف به شمار می‌رود. برای مثال، هرچند در این ادعا که «خدا حق دارد به انسان فرمان دهد» تناقضی^۳ وجود ندارد، اما بعید است که کسی با ادعای چنین حقی، مدعی شود که جامعه باید از خدا در داشتن هر چیزی دفاع کند. به نظر می‌رسد امر متناقضی در این تفکر نیست که انسان‌ها حق دارند تا جامعه از آن‌ها حفاظت نکند، اما این اندیشه نمی‌تواند توصیفات اختصاصی میل از حق‌ها را برساند. (درباره میل نک: هارت، ۱۹۸۲، ۱۰۰ - ۱۰۴)

بهرتر است گزاره میل را تعریفی مقید از واژه «حق» بدانیم. میل به این دلیل این تعریف خاص از حق را قید می‌زند که مفهوم «آن دسته پیوندهای مالکانه^۴ که آن قدر ارزش دارند تا برای جامعه هم ارزش مند باشند، به گونه‌ای که برای محافظت از آن‌ها محدودیت‌هایی وضع

1. Exercise
2. John Stuart Mill (1806-1873)
3. Incoherent
4. Possessive relations

کند»، مفهومی است که در درون نظریه وسیع‌تر فایده‌گرایی او، بهتر عمل می‌کند. بنابراین، در جایی که گزاره میل از برداشت کلی درباره حق‌ها تفکیک می‌شود، باید با حسن نیت، گفته میل را گفته‌ای تجویزی بخوانیم تا کاربردی تشریحی. بسیاری از ادعاهای نویسندگان حقوق درباره «حق» با وجود حسن نیت آن‌ها مثل همین کاربردها مقید هستند به جای این که بکشند مفهوم متعارف از حق‌ها را بررسی کنند.

در ادبیات علمی، رویارویی با گزاره‌ای کلی درباره حق‌های هم‌تراز با ادعای هوفیلد در فهرست بالا، امری غیر عادی نیست. به عبارت دیگر، همه یا برخی از حق‌ها شامل حق - مطالبه می‌شوند. (نک: راز، ۱۹۸۶، ۱۶۶، ۱۷۳-۷۵؛ اشتاینر، ۱۹۹۴، ۵۵؛ کرامر، اشتاینر و سیموند، ۱۹۹۹ و ۹-۱۴) باز این گزاره‌های «حق‌ها، مطالبه‌ها هستند» به عنوان گزاره‌هایی قیدی، بهتر تفسیر می‌شوند تا به عنوان کاربردی کلی. برای مثال، نظریه «حق‌ها، مطالبه‌ها هستند» نمی‌تواند حق‌ها را بر حسب وضعیت طبیعی هابزی تأیید کند، آن هم در جایی که هر فرد امتیازی نامحدود در دفاع از خود دارد. همچنین نظریه «حق‌ها، مطالبه‌ها هستند» نمی‌تواند حق قانون اساسی امریکا را در اعطای حق - قدرت اعلان جنگ به کنگره به رسمیت بشناسد. بنابراین، گزاره «حق‌ها، مطالبه‌ها هستند»، کاربردی تجویزی دارد، نه تشریحی.

۲-۲-۲. نظریه اراده و نظریه منفعت

دو نظریه اساسی درباره کارکرد حقوق وجود دارد: نظریه اراده و نظریه منفعت. هر کدام از این نظریه‌ها، خود را دربردارنده برداشتی عمومی از آن چیزی معرفی می‌کنند که حق‌ها برای صاحبان خود انجام می‌دهند. سال‌هاست این بحث، موضوع گفتگومانی پویاست که کدام نظریه، بهترین دلیل را برای کارکردهای حق‌ها بیان می‌کنند.

نظریه پردازان اراده‌گرا مدعی هستند که حق، صاحب حق را «یک حاکم در مقیاس کوچک» می‌سازد. (هارت ۱۹۸۲، ۱۸۳) به طور دقیق‌تر باید گفت که نظریه‌پرداز اراده‌گرا ادعا می‌کند که کارکرد حق، دادن سلطه^۵ به صاحبش درباره تکلیف دیگری است. حق مالکیت در تصویری که ترسیم شده است، در بالا قرار می‌گیرد؛ چون حقی است که شامل قدرت چشم‌پوشی^۶ از (یا فسخ^۷ یا انتقال^۸) تکلیف‌های دیگران می‌شود. شما، «حاکم»^۹ رایانه خود هستید؛ یعنی می‌توانید به خواست خود به دیگران اجازه بدهید تا به آن دسترسی داشته باشند یا نه. به همین صورت،

5. Control
6. To waive
7. To annul
8. To transfer
9. Sovereign

ذی‌حق، «حاکم» بر عمل متعهد است؛ چون او قدرت چشم پوشیدن از (یا فسخ) تکلیف متعهدی را دارد که تعهد سپرده است. بر اساس نظام هوفیلدی، نظریه‌پردازان اراده‌گرا ادعا می‌کنند هر حقی، دربردارنده نوعی قدرت هوفیلدی علیه یک مطالبه است. در نظام مصطلح، نظریه‌پردازان اراده‌گرا بر این باورند که همه حق‌ها، سلطه بر انجام تکالیف را به اشکال مختلف به دارندگان حق تفویض می‌کنند.^۱

نظریه‌پردازان منفعت‌گرا با این برداشت، مخالف هستند. به نظر آنان، کارکرد حق، پیش بردن منافع صاحب حق است. بنا بر این نظریه، یک صاحب (حق)، حق دارد، نه به این دلیل که این صاحبان انتخاب دارند، بلکه به این دلیل که این مالکیت، صاحبان دیگر را کنار می‌گذارد. یک ذی‌حق حق دارد؛ چون وی در تحقق تعهد منفعتی دارد یا (به طور جای‌گزین) می‌تواند با تقسیم اختیاری مطالبه خود، منفعتی با دیگران داشته باشد. نظریه‌پردازان منفعت‌گرا می‌گویند که حق‌ها همان قضیه‌های هوفیلدی هستند که شما آن‌ها را دارید؛ چون برای شما خیر هستند. جدال بین نظریه‌های اراده‌بنیاد و منفعت‌بنیاد درباره کارکرد حق‌ها، صدها سال است که جریان دارد. افرادی مانند کانت،^۲ ساوینی،^۳ هارت،^۴ کلسن،^۵ ولمن^۶ و اشتاینر،^۷ نظریه‌پردازان اراده‌گرایی و نظریه‌پردازان مهم منفعت‌گرا عبارتند از: بنتام،^۸ ایرینگ،^۹ آستین،^{۱۰} لیونز،^{۱۱} مک کورمیک،^{۱۲} راز^{۱۳} و کرامر.^{۱۴} هر کدام از این نظریه‌ها به عنوان استدلال‌هایی برای عملکرد صاحبان حق‌ها ویژگی‌های مثبت و منفی دارند.

در نظریه اراده‌گرایی میان حق‌ها و سلطه هنجاری پیوندی نیرومند وجود دارد. حق داشتن یعنی داشتن توانایی برای تعیین^{۱۴} آن‌چه دیگران می‌توانند انجام دهند یا ندهند و به تعبیر دیگر،

1. Confer
2. Immanuel kant
3. Savigny
4. Hart
5. Kelsen
6. Wellman
7. Steiner
8. Ihering
9. Austin
10. Lyons
11. MacCormick
12. Raz
13. Kramer
14. The ability to determine

اعمال سلطه بر محدوده مشخصی از امور. از نظر نظریه پردازان اراده‌گرا، رابطه وثیق میان حق و سلطه^۱ (تسلط بر آن چه دیگران می‌توانند انجام دهند) به تعریف نیاز دارد. با وجود این، توجیه نظریه اراده‌گرا درباره کارکرد حق‌ها نمی‌تواند بسیاری از حق‌هایی را که فکر می‌کنیم «حق» هستند، دقیق توضیح دهند. در چارچوب نظریه اراده‌گرا، چیزی به عنوان حق اسقاطناپذیر^۲ وجود ندارد؛ حقی که بر اساس آن، صاحبش قدرتی ندارد. این در حالی است که به صورت عینی به نظر می‌رسد حق‌های اسقاطناپذیر، برخی از مهم‌ترین حق‌هایی هستند که ما داریم. برای نمونه، درباره حق اسقاطناپذیر برده نشدن^۳ تأمل کنید. (مک کورمیک، ۱۹۷۷، ۱۹۷) افزون بر آن، چون نظریه‌پرداز اراده‌گرا مدعی است همه حق‌ها، حاکمیت اعطا می‌کنند، او نمی‌تواند حق‌هایی را تأیید کند که از اعمال حاکمیت ناتوان باشند. در نظریه اراده‌گرا، اعطای حق به افراد فاقد اهلیت قانونی مانند کودکان، حیوانات و بزرگسالان به اغما رفته امکان‌پذیر نیست. البته به صورت کلی، شک نداریم که افراد یادشده می‌توانند حق داشته باشند. برای مثال، حق دارند که شکنجه نشوند. (مک کورمیک، ۱۹۸۲، ۱۵۴-۶۶) نظریه‌های اراده‌گرا در تبیین حق - امتیازهایی که حق سلطه بر دیگران نیستند، مشکل دارند.

نظریه منفعت‌گرا نسبت به نظریه اراده‌گرا، فراگیرتر است. این نظریه می‌تواند هم حق‌های اسقاطناپذیر (مالکیتی که می‌تواند برای صاحبانشان مفید باشد) و هم حق‌های افراد فاقد اهلیت^۴ (کسانی که منافی دارند که حقوق می‌تواند از آن حفاظت کند) را بپذیرد. نظریه منفعت‌گرا از ارتباط کاملاً محتمل میان صاحب حق بودن و توانایی داشتن بهره‌برداری می‌کند.

با وجود این، نظریه منفعت‌گرا نیز با هر نوع برداشت عادی درباره حق‌ها مطابقت ندارد. به صورت کلی، می‌پذیریم که مردم می‌توانند منافی در قضیه ایکس داشته باشند بدون این که حقی درباره ایکس داشته باشند و بر عکس آن نیز این است که مردم می‌توانند حقی درباره ایکس داشته باشند بدون این که منافی داشته باشند که به طور دقیق بتوانند آن را توضیح دهند. در مقوله اول، «ذی‌حق‌ها، شخص ثالث»^۵ هستند. (لیونز، ۱۹۹۴، ۳۶-۴۶) شما ممکن است منفعت فراوانی برای پرداخت هزینه بلیت برنده همسرتان داشته باشند، اما هیچ حق - ادعایی ندارید که شرکت بخت‌آزمایی به همسر شما چیزی بپردازد. در مقوله دوم، بسیاری از

1. Rights and authority
2. An unwaivable
3. Not to be enslaved
4. Incompetents
5. Third party beneficiaries

حق‌های منصب‌داران و صاحبان وظیفه قرار می‌گیرد، (جونز، ۱۹۹۴، ۳۱-۳۲؛ ونر، ۲۰۰۸، ۲۵۸-۶۲) مانند هر منفعتی که قاضی در اعمال حق قانونی‌اش برای محکوم کردن متهم به حبس دارد. با این حال، منافع قاضی سبب توجیه اسناد دادن قدرتش در ایجاد چنین تغییر چشم‌گیری در وضعیت هنجاری متهم نمی‌شود. هم‌چنین در مقوله دوم، مثال‌های نقیضی وجود دارد آن گونه که کام^۲ (۲۰۰۷، ۲۴۵) می‌گوید: «اگر من به سادگی درباره بخشی از پولم به شما حق بدهم، منفعت شما در داشتن پول یا مالکیت، به طور کلی، هیچ نقشی ندارد؛ چه رسد به این که سبب شود من این تکلیف را داشته باشم که از پولم به شما بدهم».

نظریه‌پردازان اراده‌گرا و منفعت‌گرا موضع‌گیری‌های خود را با افزایش پیچیدگی‌های فنی بسط داده‌اند. موضوعاتی که این دو دسته را از هم جدا می‌کند، به صراحت تعریف شده‌اند و نزاع میان آن‌ها نیز در بیش‌تر موردها جدی است. (کرامر، سیموند و اشتاینر، ۱۹۹۸) نزاع به ظاهر پایان‌ناافتنی میان این دو دسته از نظریه‌های اساسی سبب شکل‌گیری نظریه‌های جای‌گزین درباره کارکرد حق‌ها شده است.

آن گونه که فینبرگ^۴ (۱۹۷۳، ۵۸ - ۵۹) می‌گوید، نظریه‌های «مطالبه‌گرا»^۵ چنین ایده‌ای را تکمیل کرده‌اند: «حق، چیزی است که انسان می‌تواند بر آن پافشاری کند، می‌تواند آن را مطالبه کند یا بدون هیچ شرم و خجالتی بر آن اصرار ورزد». برای دارول^۶ (۲۰۰۶، ۱۸) داشتن حق - مطالبه (ادعا) «شامل سلطه دوم شخصی^۷ در مقاومت کردن، شکایت کردن، نکوهش کردن و شاید استفاده از ابزارهای قهری دیگری از جمله گرفتن غرامت می‌شود اگر حقی نقض شده باشد». همانند نظریه اراده‌گرا، چنین دلایلی درباره عاملیت صاحب حق در قانون توجه قرار دارند. آن‌ها به قدرت صاحب حق فراتر از تکلیف دیگری وابسته نیستند. بنابراین، آن‌ها با مشکل نظریه اراده‌گرا درباره حق‌های اسقاط‌ناپذیر تفاوت دارند. هم‌چنین ممکن است این نظریه‌ها درباره تبیین حق - قدرت‌ها مشکل بیش‌تری داشته باشند. نظریه‌های مطالبه‌گرا با همان چالش‌های نظریه اراده‌گرا در زمینه تبیین حق‌های افراد فاقد اهلیت و توضیح حق - امتیازها روبه‌رو هستند.

1. Jones, P
2. Wenar
3. Kamm
4. Feinberg
5. Demand theories
6. Darwall
7. A second-personal authority

تحلیل‌های جدید درباره آن‌چه حق‌ها برای صاحبانشان دارند، می‌کوشد نقطه‌های قوت هر دو نظریه پیشرو را با هم ترکیب کند. سرینیواسان (۲۰۰۵، ۲۰۱۰) تحلیلی ترکیبی از حق - مطالبه ارائه داده است که بر اساس آن، نظریه منفعت‌گرا را با نظریه اراده‌گرا پیوند می‌دهد. در این تحلیل، کارکرد حق - مطالبه، اعطای میزانی از سلطه به صاحب حق بر تکلیف دیگری است که سبب ارتقای منافعش می‌شود. کرافت (۲۰۰۴) تحلیلی فراگیرتر را پیشنهاد می‌دهد که بر اساس آن، همه حق‌ها در تأمین استقلال فردی یا منافع صاحب حق «دارای ارزش» هستند. ونر (۲۰۰۵) این ایده را که همه حق‌ها به صورت کلی کارکرد واحد دارند، کنار گذاشته است و به جای آن، کارکردهای مشخص و متعددی را درباره عملکرد حق‌ها تبیین می‌کند.

۳. تاریخچه زبان حق‌ها

تاریخ‌نگاران روشنگری^۱ درباره ریشه‌های حق‌ها مشکل دارند. این مباحثه‌ها گاهی بر این اساس شکل می‌گیرد که «مفهوم حق» چه زمانی پدیدار شده است. البته تا آن‌جا که به صورت واقعی به ظهور «مفهوم حق» ارتباط دارد، پاسخ به این مسئله از رقابت تاریخ‌نگاران روشنگری فراتر می‌رود و در چارچوب مباحث انسان‌شناسان قرار می‌گیرد. حتی ابتدایی‌ترین نظم اجتماعی دربرگیرنده قواعدی است که افراد یا گروه‌های معینی را مشخص می‌کند که جواز انجام دادن اعمالی معین را داشته باشند. علاوه بر آن، حتی جوامع انسانی اولیه باید قواعدی داشته باشند که برخی از آن‌ها مشخص می‌کنند چه کسانی حق دارند تا به دیگران بگویند چه کاری را باید انجام دهند. چنین قواعدی، حق‌ها را [به افراد] اسناد می‌دهند. پیدایش «مفهوم حق» با آگاهی فکری ناشی از هنجارهای اجتماعی معینی مقارن بوده است.

توصیف مفیدتر درباره این بحث در حیطه تاریخ اندیشه به زمانی ارتباط می‌یابد که کلمه یا عبارتی در ظاهر، معنایی نزدیک به معنای عبارت جدید داشته باشد. این بحث زمانی در تاریخ درگرفت که معنای «عینی» و پیشامدرن «حق»، می‌بایست بار معنای «ذهنی» و مدرن ما از «حق» را به دوش بکشد.

«حق» به معنای قدیمی و عینی‌اش به این معناهاست: «آن‌چه درست است» یا «آن‌چه صحیح است». (فینیس، ۱۹۸۰، ۲۰۶) برای مثال، ارسطو از دیکاوین^۲ برای اشاره به جامعه‌ای استفاده می‌کند که «به درستی نظم یافته» است تا ساختار صحیح روابط انسانی را نشان دهد. «حق» در این حالت عینی می‌تواند به افراد نیز متصف شود. برای مثال، اولپیان، حقوق‌دان

1. Intellectual historians

2. Dikaion

رومی معتقد بود که عدالت به معنای ادا کردن حق هر شخصی است. در این صورت، «حق» فرد به نقش یا موقعیت مشخص او بستگی دارد. این صورت عینی «حق» مشابه ایده جدید ما از «حق» نیست. برای مثال، اولپیان اشاره می‌کند که حق یک قاتل بی رحم این است که او را در کیسه‌ای از مارها ببندازند و آن را بدوزند و در رودخانه تیبر غرق کنند. (تیرنی، ۱۹۹۷، ۱۶)

تحقیق علمی در این باره که صورت عینی و جدید «حق» چه زمانی در قالب واژه یا اصطلاح پدیدار شده است، قدمت زمانی و دسته‌بندی آن را مشخص می‌کند. بیش تر نویسندگان باستانی از واژگانی استفاده می‌کردند که دقیق نبود و اهدافشان در طول یا فراتر از مقولات هوفیلدی پراکنده است. خود تاریخ‌نگاران اندیشه هر از گاهی با به کارگیری شاخص‌های مختلفی از حق‌ها در مقام امر تعیین‌کننده مفهوم جدید، بر دامنه بحث افزوده‌اند. علاوه بر آن، بحث علمی گاهی نیز پیش فرض‌های بسیار خوش‌بینانه‌ای را درباره وضوح مرزهای فکری پذیرفته است.

با این حال، دو گرایش گسترده در این مباحث علمی چشم‌گیرتر است. اولین گرایش درباره ریشه‌های واژه‌ای است که بر معنای ذهنی و مدرن از «حق» اشاره دارد و در تاریخ راه می‌پیماید: از لاک گرفته تا هابز تا گروسبیوس در قرن هفدهم و سپس گرسون در قرن پانزدهم، او کام در قرن چهاردهم و حتی شاید گراتیان در قرن دوازدهم. (برت، ۱۹۹۷؛ تیرنی، ۱۹۹۷) دومین گرایش مرتبط درباره شکل‌گیری واژه‌هایی است که به «حق‌های فعال» (آن چه حق - امتیاز و حق - قدرت می‌نامیم) اشاره دارد که بر واژه‌های ارجاع‌دهنده به «حق‌های منفعل» (آن چه حق - ادعا و حق - مصونیت می‌نامیم) مقدم هستند. به نظر می‌رسد مباحث اولیه از ادبیات حقوقی جدید و خاصی درباره موضوعاتی مانند این استفاده می‌کند که آیا پاپ (قدرت -) امتیاز حکمرانی بر امپراتوری سرزمینی را دارد یا این که نیازمندان (امتیاز -) حق دارند مازاد اموال ثروتمندان را برای تأمین نیازشان بگیرند؟

۴. حق‌ها و آزادی

بیش تر حق‌ها، صاحبانشان را در برخی جنبه‌ها مستحق آزادی می‌دانند. در واقع، داشتن یک حق متضمن این امر است که فرد به یک صورت یا صورت‌های گوناگون، آزاد است. به جامع‌ترین بیان، قضیه‌های فعال - امتیاز و قدرت -، صاحبانشان را سزاوار^۱ معاف بودن از^۲ عمل کردن به صورت خاصی می‌دانند. بیش تر قضیه‌های منفعل - مطالبه و مصونیت -، صاحبانشان را سزاوار معاف شدن از^۳ اعمال ناخوش‌آیند یا در امان ماندن از وضعیت‌های ناخوش‌آیند می‌دانند.

1. Entitled
2. To freedom to
3. To freedom from

اگر دقیق‌تر بگوییم، حق - امتیاز، صاحب آن را در صورت ممنوعیت نداشتن، «آزاد» می‌سازد. برای مثال، یک کارمند دولتی بر اساس صلاحیت امنیتی، حق - امتیازی دارد که او را در خواندن اسناد طبقه‌بندی شده، آزاد می‌داند. فرد بدون این که توانایی فیزیکی در انجام دادن آن چیزی داشته باشد که آزاد است، می‌تواند بر اساس این نوع ممنوعیت نداشتن، معاف باشد. وقتی هر دو زانویتان مصدوم باشند، شما از حضور در رژه، معاف می‌شوید. اعمالی که شما بدین صورت آزاد هستید انجام دهید، ممکن است برای شما امکان‌پذیر باشد یا نباشد، اما دست‌کم فایده‌اش این است که شما مجبور یا مجاز نیستید انجامش دهید.

فردی که دارای دو حق - امتیاز است (تکلیف نداشتن برای انجام دادن عمل و تکلیف نداشتن برای انجام ندادن عمل) به طور مضاعف، درباره انجام دادن آن عمل یا انجام ندادنش مختار است. شما آزاد هستید تا بند کفش چپ خود را ابتدا ببندید یا نه، هر طور که مایلید. این عدم ممنوعیت دوسویه نیز مستلزم توانایی فیزیکی نمی‌باشد. صاحب حق می‌تواند آزاد باشد تا عملی را انجام بدهد یا آن را ترک کند. اما این سخن بدان معنا نیست که اگر در انجام دادنش آزاد باشد، او می‌تواند آن عمل را انجام دهد.

در مقابل، دارنده حق - قدرت توانایی دارد. این توانایی هنجاری به صورتی مشخص، قدرتی را اعمال می‌کند و به صورتی متفاوت، آزادی اعطا می‌کند. (سامنر، ۱۹۸۷، ۲۸) یک قاضی در محکوم کردن یک جنایت‌کار به زندان، آزاد است. این قاضی فقط مجاز به محکوم کردن زندانی نیست، بلکه قدرتش این توانایی را به او می‌دهد و به عبارت دیگر، این سلطه را می‌دهد - و (قدرت -) حشش، به او آن چنان آزادی در محکوم ساختن را می‌دهد که غیر قضات چنین آزادی را ندارند. درباره حق‌های منفعل، بسیاری از حق - مطالبه‌ها، صاحبانشان را سزاوار در امان ماندن از هر نوع دخالت فیزیکی یا نظارت دیگران می‌دانند. دیگر حق - مطالبه‌ها، صاحبانشان را سزاوار رهایی از وضعیت‌هایی ناخوش‌آیند مانند گرسنگی یا ترس می‌دانند. حق - مصونیت‌ها با حق - مطالبه‌ها هم‌سطح هستند. حق - مصونیت‌ها، صاحبانشان را از سلطه دیگران رها می‌سازد و بنابراین، صاحبانشان را سزاوار رهایی از وضعیتی هم‌چون استبداد یا استثمار می‌داند.

یک نظام حقوقی را می‌توان توزیع‌کننده همه این آزادی‌های متنوع دانست. هر نوع نظام قانونی، قواعدی را تنظیم خواهد کرد که مشخص می‌کند چه کسی برای انجام دادن کاری به چه صورتی آزاد است و چه کسی باید از اعمال ناخواسته دیگران در امان باشد. هم‌چنین یک نظام قانونی توسعه‌یافته مشخص می‌کند چه کسی دارای این قدرت است (و بنابراین، چه کسی آزاد است) تا این قوانین را تفسیر و اجرا کند.

به صورت کلی‌تر، قانون اساسی را می‌توان ساختاری چند لایه از حقا در نظر گرفت که قدرت را فراتر از قواعد رفتاری به صورتی مشخص توزیع می‌کند. برای مثال، یک قانون اساسی مردم‌سالارانه می‌تواند به رأی‌دهندگان قدرت انتخاب قانون‌گذارانی را بدهد که اختیارات مشخصی برای تصویب قوانین دارند. همچنین این قانون اساسی اختیارات معینی برای تفسیر آن قوانین به قوه قضاییه می‌دهد و اختیارات مشخصی برای اجرای آن به پلیس اعطا می‌کند. در پایان، راه‌کارهای اجرایی قانونی و مشروع مشخصی نیز برای شهروندان در نظر می‌گیرد تا آن‌ها را محقق کنند. وضعیت کسی که درون هر نوع نظام قانونی یا سیاسی برای انجام کاری آزاد است را می‌توان به عنوان ساختاری پیچیده و لایه‌بندی شده از حقا نشان داد؛ درست مانند وضعیت فردی که از اعمال و شرایطی معاف است.

۵. حقا و ادله^۱

۵-۱. حقا در نقش «برگ‌های برنده»^۲

با وجود اختلاف نظرهایی که درباره نقش حقا و تاریخچه ادبیات حقا وجود دارد، ولی اغلب درباره نیروی هنجاری خاص حقا، توافق دارند. دلایلی که حقا فراهم می‌آورند، دلایلی هستند که به نحو خاصی نیرومند یا محکم‌اند و بر دیگر انواع دلایل چیره می‌شوند. استعاره دورکین درباره حقوق در نقش «برگ برنده» است. (دورکین، ۱۹۸۴) حقا به صاحبانشان، دلایلی را ارائه می‌دهد تا به شیوه‌های معینی رفتار کنند یا اجازه داشته باشند که عمل معینی را انجام دهند، حتی اگر برخی اهداف اجتماعی به اشکال دیگری تأمین شود. با این حال، میل درباره قدرت برتر حق در آزادی بیان می‌گوید: «اگر همه بشریت به جز یک نفر دارای یک عقیده بودند، بشریت در ساکت ساختن یک فرد به جز او مجاز نخواهد بود، حتی اگر او قدرت داشت، بشریت را به سکوت وا می‌داشت». (میل ۱۸۵۹، ۲۰)

این مطلب همیشه موضوع تحقیق علمی است که حقا چه گونه از نیروی هنجاری خاصی سیراب می‌شوند؟ همان طور که سرینیواسان (۲۰۱۰) اشاره می‌کند، حق - مطالبه هوفیلدی به خودی خود فقط شامل وجود تکلیفی دارای ساختاری مشخص است و نه تکلیفی با نیرویی مشخص. A در مقابل B ادعا دارد اگر و تنها اگر B یک تکلیف در قبال A داشته باشد؛ در این تعریف، «جهت» تکلیف B (تکلیفی که مدیون A است) با تکلیف B در قبال حق A

1. Rights and reasons

2. Trumps

هم‌زمان است؛ در این تعریف درباره قدرت تکلیف^۱ چیزی بیان نمی‌شود. چرایی این که «تکالیف معطوف»^۲ - آن‌هایی که مدیون صاحب حق هستند - اولویت هنجاری^۳ بسیاری دارند، هم‌چنان به صورت یک پرسش مطرح بر جای می‌ماند: تنها اجماع کلی این است که آن‌ها این کار را انجام می‌دهند. (درباره قضاوت‌های «دو قطبی»^۴ نک: تامسون، ۲۰۰۴)

استعاره دورکین به این نکته اشاره دارد که حق‌ها بر اهداف غیر حقی هم‌چون افزایش ثروت ملی برتری دارند. یک حق بر حق دیگری چه نوع برتری دارد؟ ما می‌توانیم استعاره «برگ برنده» را تأیید کنیم، ولی هم‌چنان باید بدانیم که برخی حق‌ها بر حق‌های دیگر اولویت بیش‌تری دارند. در چارچوب استعاره «برگ برنده»، یک سرباز بر ورق هفت یا سه برتری دارد. حق عبور شما در چراغ زرد بر حق راننده‌ای که با چراغ قرمز روبه‌رو می‌شود و حق عبور یک آمبولانس با آژیر کشیدن بر هر دوی شما برتری دارد.

استعاره «برگ برنده» به طور طبیعی به این پرسش می‌انجامد: آیا حقی وجود دارد که به صورت مطلق بر همه دیگر ملاحظات هنجاری^۵ اولویت داشته باشد؟ آیا یک «آس حقوقی»^۶ وجود دارد؟ جویرس (۱۹۸۱) ادعا می‌کند که دست کم، چنین نوع حقی مطلق^۷ وجود دارد؛ حق همه افرادی که نمی‌خواستند قربانی برنامه آدم‌کشی باشند. برای این که چنین حقی مطلق باشد، آن حق باید بر هر نوع ملاحظه دیگری، از قبیل سایر حق‌ها، بهره‌وری اقتصادی، پس‌اندازها و هر چیز دیگر فائق آید. اساساً، کسی با جویرس هم‌نظر نیست حتی اگر این حق بسیار نیرومند بر هر نوع دغدغه هنجاری قابل قبولی غلبه کند. برای مثال، برخی خواهند اندیشید که بر اساس این حق، هر جا که لازم باشد، برای جلوگیری از مرگ بسیاری از انسان‌های دیگر، تخطی کردن قابل توجیه است. بنابراین، اگر کشتن یک نفر برای نجات یک میلیارد نفر هم مجاز باشد، حق جویرس هم مطلق نخواهد بود.

1. Duty's strength
2. Directed duties
3. Normative priority
4. Bipolar judgements
5. Normative considerations
6. Ace of rights
7. Absolute right

«آس» اصطلاحی در بازی گلف است به معنای راندن توپ به درون سوراخ با یک ضربه

۵-۲. تعارض حق‌ها

به باور بیش‌تر نظریه‌پردازان، حق - مطالبه A به B چیزی را می‌دهد که راز^۱ (۱۹۷۵، ۳۵ - ۴۸) آن را «دلیل استثنایی^۲» می‌نامد: یک دلیل درجه دو بر دلیل درجه یک نمی‌تواند اثری بگذارد. استعاره «برگ برنده» دورکین، ما را وسوسه می‌کند تا نیروی هنجاری حق‌ها را به تناسب وضعیت اطمینان‌بخش‌تری از ادله قطعی^۳ تعیین کنیم. در واقع، تلاش می‌کنیم قضیه‌های هوفیلدی را بر اساس این وضعیت تعریف کنیم. داشتن حق - مطالبه A نسبت B برای انجام فعل، به این معناست که B دلیل قاطعی برای انجام دارد و داشتن حق - امتیاز A نسبت به انجام فعل، به این معناست که A دلیل قاطعی برای ترک فعل ندارد. بنابراین، قدرت‌ها و مصونیت‌ها، روش‌هایی را تعیین می‌کنند که عاملان بر اساس آن می‌توانند الگوهای ادله قطعی را در جهان تغییر بدهند یا ندهند.

اگر از این مسیر برویم، باید قطعیت آن دسته از ادله قطعی را تعدیل کنیم که حق - مطالبه‌های سازگار با این واقعیت‌ها را ایجاد می‌کند؛ این واقعیت که تنها شمار اندکی از این حق‌ها بر دیگر حق‌ها اولویت دارند و دیگر این که در هر وضعیتی، هر حقی به صورت مطلق بر تمام ملاحظات غیر حقوقی برتری دارد. اگر حق‌ها را با ادله‌ای قطعی همراه کنیم، دست کم برای بیش‌تر این حق‌ها، این ادله فقط در پیوند با برخی از آن‌ها قطعیت دارد، نه همه ملاحظات بدیل.

این اندیشه ممکن است با بیان این سخن توسعه یابد که ادله همراه با حقوق، تنها در درون حیطه‌ای قطعیت دارند که حق آن را احاطه کرده است و در بیرون از این حیطه قطعیت ندارند. هر حقی در بیش‌تر موارد، بر ملاحظات رقیب چیره می‌شود. با این حال، وضعیت‌های خاصی وجود دارد که در آن، حق دیگری با اولویت بالاتری - یا ملاحظه غیر حقوقی اثرگذار - تعیین می‌کند که چه کاری امکان‌پذیر است یا باید انجام شود. از این منظر، ادله قطعی که ادعاهای حقوقی به کار می‌برند، در واقع، تنها در چارچوب وضعیتی مشخص نتیجه‌بخش هستند. هر حقی، در درون یک فضای معین نامحدود، مطلق است^۴ بر خلاف نظر جویرس که از حق مطلق یگانه و بی حد و حصر دفاع می‌کند.^۵

1. Raz, J
2. Exclusionary reason
3. Conclusive
4. Specifically delimited space
5. A single, unqualified absolute right

این دیدگاه در منتهی‌الیه این خط فکری، «تعیین‌گرایی» نامیده می‌شود. (شافر - لاندو، ۱۹۹۵) تعیین‌گرایی معتقد است که هر حقی به مجموعه‌ای دقیق از صلاحیت‌ها^۱ تعریف می‌شود که تعیین می‌کند در چه زمانی به کار می‌آید و در چه زمانی کاربرد ندارد. این مجموعه از توانایی‌ها، «فضای» حق را تعریف می‌کند.

معیار تعیین‌گرایی این است که به صورت متقاعدکننده‌ای توضیح دهد وقتی حق‌ها متعارض به نظر می‌رسند، چه حالتی رخ می‌دهد. در بیش‌تر موردها به نظر می‌رسد که حق‌ها با یکدیگر در تعارض هستند. (سینوت - آرمسترانگ، ۱۹۹۶؛ کام، ۲۰۰۷، ۲۶۲-۳۰۱) برای مثال، در یک روز مشخص به نظر می‌رسد که حق عمومی برای اعتراض کردن با حق دولت برای برقراری نظم و حفظ اموال عمومی در تعارض باشد. زمانی که با چنین موضوعی روبه‌رو می‌شویم، باید قضاوت کنیم که کدام حق باید برتری یابد. با وجود این، نمی‌پذیریم که یکی از آن حق‌ها همیشه بر حق دیگری برتری دارد و در وضعیت‌های گوناگون، داوری ما ممکن است به سود حق دیگری (یعنی دولت) باشد. وقتی میان چنین حق‌هایی تعارض ایجاد می‌شود، استفاده از استعاره «حق‌ها در نقش برگ برنده» کم‌رنگ‌تر می‌شود؛ زیرا هر دو این حق‌ها، «برگ‌های برنده» هستند، هر چند به نظر نمی‌رسد که یک حق به صورت همیشگی بر دیگری چیره شود. هواداران تعیین‌گرایی می‌کشند هر نوع نشانی از تعارض حق‌ها را بزدایند. برای مثال، یک تعیین‌گرا خواهد گفت که بر اساس بررسی دقیق‌تر، آن‌چه به صورت عامیانه به «حق عمومی برای اعتراض کردن» اشاره می‌کند، در واقع، «حق همگانی برای اعتراض است، مگر این که این اعتراض سبب خطرآفرینی جدی برای زندگی یا اموال یا گسترش بیماری‌های مرگ‌بار شود یا ...». به همین ترتیب، حق دولت به صورت کامل واقعاً چنین تعیین می‌شود: «نظارت بر هر اتفاقی که در زمینه اموال عمومی روی می‌دهد، اما نه در حد متوقف کردن اعتراضی مسالمت‌آمیز، مگر این که چنین اعتراضی سبب گسترش بیماری مرگ‌باری شود، اما نه ...». بر اساس نگرش تعیین‌گرا، حق‌ها در صورت اشتراک یافتن در یک مورد مشخص دچار تعارض نمی‌شوند. در مقابل، حق‌ها مانند قطعه‌های پازل با یکدیگر جفت و جور می‌شوند؛ چون در هر موقعیتی، تنها یک حق وجود دارد که مشخص می‌کند چه چیزی مجاز، ممنوع یا لازم است. هر حقی درون قلمروی خودش مطلق است، اما این قلمرو که هر حق بر آن چیره است، به صورت دقیق و عادلانه مرزبندی نشده است. حق‌ها هرگز دچار تعارض نمی‌شوند و اگر بخواهیم، از عبارت اشتاینر یاری بگیریم، باید گفت که آن‌ها همیشه «ترکیب‌پذیر»^۲ هستند. (اشتاینر، ۱۹۹۴)

1. Specificationism
2. Qualifications
3. Compossible

فینبرگ (۱۹۸۰، ۲۲۱ - ۵۱) و تامسون (۱۹۹۰، ۸۲ - ۱۰۴) بر این نگرش تعیین‌گرا درباره حق‌ها چند ایراد وارد می‌کنند:

یک - حق‌های کاملاً مشخص شده تعریف نمی‌شوند. هیچ کس نمی‌تواند همه ویژگی‌هایی را بر شمارد که حتی ساده‌ترین حق‌ها را تعریف کند.

دو - اگر حق‌ها این‌گونه فهم شوند، قدرت تبیین‌گرایی خود را از دست می‌دهند؛ چون حق‌های تعیین‌گرا فقط شامل نتایج استدلال‌ها درباره جنبه‌ای از هر منازعه می‌شود که باید غلبه یابند، نه پیش‌فرض‌های آن‌ها.

سه - تعیین‌گرایان نمی‌توانند «پس‌ماند اخلاقی»^۱ حق «مغلوبه»^۲ را تبیین کنند. برای مثال، یک قضیه را در نظر بگیرید که در آن، حق مالکیت شما در قرار دادن شیرینی پای سیب برای خنک شدن کنار پنجره‌تان با حق «جان» برای انجام دادن کاری که او را از گرسنگی نجات دهد، در تعارض باشد. در این قضیه، حق «جان» بر حق شما چیره می‌شود؛ چون او می‌تواند این حق را داشته باشد تا شیرینی پای سیب شما را بخورد. هم‌چنین پس از این‌که «جان» شیرینی پای سیب شما را خورد، او باید از شما پوزش بخواهد و اگر بتواند، کارش را جبران کند. تامسون استدلال می‌کند که حق‌های تعیین‌گرا نمی‌توانند الزاماتی را توجیه کنند که بر اساس آن، «جان» از شما پوزش می‌خواهد و غرامت می‌دهد؛ چون بر اساس نگرش تعیین‌گرا، وقتی «جان» خوراکی شما را می‌خورد، هیچ حقی نداشتید. تامسون نظریه‌ای را مطرح می‌کند که در آن، تعارض‌های حق‌ها به صورت واقعی وجود دارند و پیشنهاد می‌کند از حق «مغلوبه» به عنوان حقی سخن بگوییم که به صورت مجاز از آن «تخطی» شده است (در عوض «نقض شدن») که الزامات افزون‌تری را بر دوش تخطی‌کننده می‌گذارد.

۳-۵. پشتیبانی در میان حق‌ها

فیلسوفان نه تنها در این باره بحث کرده‌اند که حق‌ها چگونه با هم تعارض پیدا می‌کنند، بلکه حتی از این سخن گفته‌اند که چگونه حق‌ها گاهی از یکدیگر پشتیبانی می‌کنند. برای مثال، هنری شو^۳ از این بحث می‌کند که حقوق امنیت و حقوق معیشت، «حق‌های اساسی» هستند؛ زیرا برای برخورداری کامل از سایر حقوق، ضروری‌اند. در حالی که حق‌های دیگر اساسی نیستند؛ چراکه آن‌ها برای برخورداری از این دو حق، لازم و ضروری نیستند. اگر بهره‌مندی یا

1. Moral residue
2. Defeated right
3. Henry shue

تحقق یک حق مناقشه‌برانگیز^۱ برای بهره‌مندی از یک حق بدون مناقشه، ضروری باشد، آن حق می‌تواند با معیار قرار دادن نقش پشتیبانی‌کننده نیرومند، از حق مناقشه‌برانگیزش دفاع کند. «استدلال پیوندی»^۲ هنری شو برای دفاع از حق مرتبط با معیشت و استدلال سن که با مردم‌سالاری و آزادی رسانه‌ها مرتبط است، برای جلوگیری از قحطی در کشورهای در حال توسعه کارآیی دارد.

از ادعاهای شو و سن به عنوان ادعاهایی مبالغه‌آمیز انتقاد شده است. (نیکل ۲۰۰۸، میرولد - هانسن ۲۰۰۳ [در دیگر منابع اینترنتی]). منتقدان از این بحث می‌کنند که ادعاهای شو درباره حقوق معیشتی به طور معقول مستلزم دو ایده‌آل است؛ این که ادعای مربوط به آن چه لازم است (۱) بصورت بهره‌مندی کامل از دیگر حق‌ها و (۲) برای همگان، بدست آید. این ایده‌آل‌ها سبب می‌شود «استدلال پیوندی» شو به کشورهای دارای درآمد پایین ارتباط اندکی پیدا کند؛ چون این کشورها نمی‌خواهند دسترسی همگانی به حق‌ها را به طور کامل عملی کنند.

نیکل^۳ (۲۰۰۸) نوعی گونه‌شناسی از روابط حمایت‌گرانه میان حق‌ها را بنا نهاد. یک حق، از حق دیگری قدرتمندانه حمایت می‌کند، آن هم در زمانی که از نظر منطقی و عملی، تأیید استفاده از حق دوم بدون تأیید تحقق هم‌زمان حق اول، متناقض باشد. برای مثال، حق امنیت جسمانی به صراحت از حق آزادی اجتماعات حمایت می‌کند. حمایت یک حق از یک حق دیگر در زمانی است که مفید باشد، اما ضروری نیست. برای مثال، حق آموزش به صورت ضعیفی از حق دادرسی عادلانه حمایت می‌کند. نیکل از این بحث می‌کند که قوت روابط حمایت‌گرانه بین حق‌ها با کیفیت اعمال آن‌ها تغییر می‌کند. حق‌های دارای کارکرد ضعیف نمی‌توانند از دیگر حق‌ها حمایت‌چندانی کنند، ولی حق‌های دارای کارکرد مؤثرتر می‌کوشند از حق‌های دیگر بیش‌تر حمایت کنند. حق رعایت تشریفات قانونی از حق برخورد برابر برای افراد گروه‌های نژادی و قومی مختلف حمایت می‌کند، اما اگر تشریفات قانونی به صورت ضعیف اعمال شود، این حمایت نیز حمایتی ملایم خواهد بود.

حق‌هایی که به صورت ضعیف از یکدیگر حمایت می‌کنند، حق‌های وابسته به دیگر حق‌ها هستند. حق‌هایی که به طور نیرومندانه از یکدیگر حمایت می‌کنند، حق‌های تقسیم‌ناپذیر هستند. سازمان ملل متحد در مقدمه اعلامیه ۱۹۶۸ تهران، این ایده را ترویج کرد که «چون

-
1. Controversial
 2. Linkage argument
 3. Nickel

انسان‌ها و آزادی‌های بنیادین، جدایی‌ناپذیر هستند، درک کامل حقوق مدنی و سیاسی بدون بهره‌مندی از حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی امکان‌پذیر نیست». نیکل معتقد است که این فرضیه تفکیک‌ناپذیری درباره پیوستگی و استحکام پیوندهای اثبات‌کننده میان حقوق بشری گزافه‌گویی می‌کند. با وجود این، وی می‌پذیرد که بسیاری از پیوندهای اثبات‌کننده بین حق‌ها - به ویژه بر اساس اعمال کامل آن - و تصدیق به کارگیری مباحث پیونددهنده زمانی که ضرورتشان را بتوان نشان داد، رخ می‌نمایند.

۴-۵. حق بر خطا بودن^۱

آیا حق بر خطا بودن وجود دارد؟ بسیاری چنین می‌اندیشند. والدرون^۲ (۱۹۹۳، ۶۳) مثالی از معترضان ضد جنگ در سازمان‌دهی یک تظاهرات پر سر و صدا نزدیک مراسم یادبود کشته‌شدگان جنگ را می‌آورد. ولمن^۳ (۱۹۹۷، ۳۳) حرکت آهسته با یک گاری پر از بار در خط بازرسی را مثال می‌زند که درست جلوی زنی خسته راه می‌پیماید که سه‌قلوهایش را به همراه دارد. مطلب عجیب در این‌جا، این است که چگونه در فاصله‌ای که اینقدر به یک قطب‌هنجاری ناحق نزدیک است، هنوز نیروی هنجاری مثبت یک حق وجود دارد. بر اساس نظام هوفیلدی، چه گونه حقی می‌تواند وجود داشته باشد (هیچ گونه وظیفه‌ای نیست) تا چنین (وظیفه) خطایی انجام دهد (ندهد)؟ (پرسش‌های مشابهی درباره «تخلف از حق‌ها» ایجاد می‌شود). (شاوئر، ۱۰۸۴)

دو نوع برداشت درباره حق بر خطا بودن وجود دارد. برداشت اول، بیش‌تر حق‌ها را پیش‌برنده خودمختاری صاحب حق می‌شمارد. حق‌ها به صاحبانشان، قدرت انتخاب می‌دهند و آن گونه که والدرون می‌گوید، اهمیت انتخاب کردن، هنگامی که فرد مجبور به انجام دادن کار درستی شود، کاسته می‌شود. حتی اگر فرد هیچ (امتیاز) - حقی برای انجام دادن کاری نداشته باشد که گفته می‌شود اشتباه است، اجبار او به انجام آن چیز، نقض (مطالبه) - حق مهم اوست. فرض کنید که در مراسم سخنرانی هستید. وقتی سخنرانان سخنان آزاردهنده بر زبان می‌رانند، به استقلال آن‌ها احترام می‌گذارید، هرچند آنان با این سخنان خود به صورت ناشایست، کاری اشتباه انجام می‌دهند.

1. Rights to do Wrong
2. Waldron
3. Wellman

دومین برداشت از حق بر خطا بودن، در نظر گرفتن آن‌ها در مقام تغییر میان‌حکمی^۱ در قلمرو توجیه‌هاست. به طور کلی، درباره داشتن حق قانونی برای انجام دادن کاری که از نظر اخلاقی، خطاست، هیچ رمز و رازی وجود ندارد. توانایی حق قانونی در انجام دادن یک خطای اخلاقی از این حقیقت برمی‌خیزد که قلمروهای توجیه‌های قانونی و اخلاقی به طور کامل مشترک نیست. فردی حق دارد جلوی مادری خسته در خط بازرسی به آرامی راه برود، اما این وظیفه اخلاقی اوست که در این‌جا انجام نمی‌دهد. به همین صورت، فردی می‌تواند امتیاز اخلاقی داشته باشد تا کاری را انجام دهد که فرد دیگری هیچ امتیاز عرفی برای انجام دادن آن ندارد (حق اخلاقی در انجام دادن یک خطای عرفی). با وجود این، هر کدام از قلمروهای توجیه‌ها که تعیین‌کننده هستند، توجیه‌هایی هستند که هر تبیین حقوقی به کار می‌برد و این‌ها فقط توجیه‌هایی درون قلمرویی واحد از توجیه‌های اخلاقی یا قانونی یا عرفی) به شمار می‌روند.

۵-۵. حق باور داشتن، احساس کردن و خواستن

حق‌های اخلاقی، قانونی و عرفی، محدوده‌هایی از حق‌ها را درون قلمرو حقوق رفتاری تعریف می‌کنند؛ یعنی شیوه برخورد با عملی که عاملان انجام دهند. هنگامی که دلایل مادرون این سه قلمرو متفاوت با هم در تضاد قرار می‌گیرند، می‌توانیم برای رفتار کردن به شیوه‌های مختلف، دلایل متفاوتی داشته باشیم. با این حال، حق‌هایی کاملاً فراتر از قلمرو رفتار وجود دارند؛ حق باور کردن، احساس کردن و خواستن. برای مثال، نخست وزیر پافشاری می‌کند که حق دارد آن‌چه را مشاورانش به او گفتند، باور کند. هنرمند می‌گوید که حق دارد نسبت به منتقدانش، احساس عصبانیت داشته باشد و یا حاشیه‌نشینی سرخورده که شاکی است و حق دارد چیزی بیش‌تر از این، از زندگی بخواهد.

قلمرو حق‌ها در حیطه باور داشتن، احساس کردن و خواستن، قلمروهای معرفتی، احساسی و کنشی هستند. به همراه قلمرو حقوق رفتاری، چهار قلمرو حقوقی وجود دارد. هر کدام از این چهار قلمرو، فضای ادراکی جداگانه‌ای را تعریف می‌کنند. هیچ نوع حقوق معرفتی در عمل کردن و هیچ نوع حقوق احساسی در باور کردن وجود ندارد. آن‌چه متمایزکننده سه قلمرو حقوقی از حقوق رفتاری است، این است که آن‌ها فقط شامل حق‌های مصنوعیتی - امتیازی می‌شوند. (ونر، ۲۰۰۳) برای مثال، یک فرد دارای این حق - امتیاز است که آن‌چه را با چشم می‌بیند، باور کند و بر اساس آن‌چه انجام داده است، احساس غرور کند. شایسته است در این باره بیان‌دیشیم که چرا این قلمروهای معرفتی، احساسی و کنشی شامل هیچ نوع ادعا، قدرت و مصنوعیتی نمی‌شوند.

1. Mid-sentence shift

فیلسوفان به صورت ویژه به حقوق معرفتی توجه زیادی داشته‌اند. برای مثال، ویلیام جیمز، اراده معطوف به باور را «جستاری در توجیه ایمان، دفاع از حق انسان برای پذیرفتن نگرش ایمانی به موضوعات دینی با وجود این حقیقت [می‌داند] که تنها تعقل منطقی ما نمی‌تواند وادار به انجام آن شود». نتیجه «بنیادین» جیمز در این جستار چنین است: «ما به خواست خودمان حق داریم تا باور کنیم هر فرضیه‌ای را بیازماییم که به اندازه کافی برای تحریک خواست ما جذاب است». (جیمز، ۱۸۹۷، ۲، ۳۹) به همین ترتیب، ژرف‌ترین پرسش‌ها در فلسفه کانت بر اساس حق‌ها شکل می‌گیرند. در نقد عقل محض، استنتاج متعالی مقولات در پی اعتباربخشی بکارگیری مفاهیم ادراک محض^۱ است. در نقد عقل عملی، استنتاج درباره آزادی به دنبال نشان دادن شایستگی ما بدون توجه به خودمان به عنوان افراد آزاد است. در هر دو استنتاج صورت گرفته، پرسش اصلی درباره حق است: «بر اساس چه حقی؟» پرسش‌های کانت چنین هستند: «این مقولات را بر اساس چه حقی به کار می‌بریم و بر اساس چه حقی درباره خودمان به عنوان [افرادی] آزاد می‌اندیشیم؟»

۶. سه رویکرد در توجیه حق‌ها

دو رویکرد فلسفی اصلی توضیح می‌دهند که اولاً، کدامیک از حق‌های اساسی رفتار^۲، وجود دارند و ثانیاً، اینکه چرا این حق‌ها باید مورد توجه قرار گیرند. این دو رویکرد را بیش‌تر به عنوان رویکردهایی اخلاق‌شناختی و نتیجه‌گرایانه می‌شناسند. رویکرد منزلت‌گرا معتقد است انسان‌ها صفاتی دارند که برای انتساب حقوق معینی به آن‌ها مناسبند و برای این تناسب حقوقی، توجیهی دارند. نظریه‌های ابزارگرایانه نیز بر این باورند که احترام به حق‌ها، وسیله‌ای برای توزیع بهینه^۳ منافع است. هر کدام از این رویکردها، قوت‌ها و ضعف‌های خاصی دارند و مناقشه‌ای طولانی میان آن‌ها در جریان است.

کوئین (۱۹۹۳، ۱۷۰) نظریه منزلت‌گرای معاصر را این گونه ترسیم می‌کند:

«یک فرد از جسم و ذهنش تشکیل می‌شود. این‌ها بخش‌های حیات او هستند. به همین دلیل، در قدم اول، او باید این توانایی را داشته باشد که بگوید با آن‌ها چه کارهایی می‌تواند انجام دهد، آن هم نه به این دلیل که چنین چینی به بهترین شکل، رفاه کلی انسان را بهبود می‌بخشد، بلکه بدین سبب که هر چینی که او را نادیده بگیرد، به معنای دفن کردن کرامتش

1. Pure understanding
2. Fundamental rights of conduct
3. Optimal distribution

خواهد بود. در پی اعطای این توانایی به او، اخلاقیات، وجود او را به عنوان یک فرد با غایت‌های وجودی‌اش - یعنی یک وجود مستقل - تأیید می‌کند. چون این همان چیزی است که خود اوست، بنابراین، شایسته این تصدیق است».

کوئین ادعا می‌کند که بعضی ویژگی‌های هر فرد - در این‌جا، «فردی با اهداف خود» - سبب شناخت او از دیگران می‌شود. این شناخت است که بر اساس آن، هر فرد می‌تواند با در نظر گرفتن حق‌های بنیادینش با آن‌ها سازگاری پیدا کند.

کوئین، رویکرد منزلت‌گرای خود نسبت به حق‌ها را با رویکردی که حق‌ها را به این دلیل اسناد می‌دهد که، «چنین توافقی، بهترین راه برای ارتقای رفاه کل بشر است»، مغایر می‌داند. هدف او، نظریه‌های نتیجه‌گرای حقوقی است که پارادایم نظریه‌های فایده‌گرایانه هستند. پیش‌تر با این‌گونه نظریه فایده‌گرایانه حقوقی در برداشت استوارت میل از حق‌ها در مقام «چیزی که جامعه باید از من برای مالکیت آن دفاع کند»، روبه‌رو شدیم. میل معتقد بود که جامعه باید از فرد در زمینه مالکیت حقتش دفاع کند؛ چون چنین کاری سبب فراهم آمدن بیش‌ترین سود در میان کل اعضای جامعه خواهد شد. از نظر میل مانند دیگر نظریه‌پردازان ابزارگرا، حقوق، ابزاری است برای بازتوزیع بهینه منافع در کل گروه.

این دو رویکرد درباره نقش «نتیجه» در توجیه حقوق انتسابی، آشکارا با هم تفاوت دارند. نظریه‌پردازان منزلت‌گرا معتقدند که حق‌ها را باید رعایت کرد؛ چون کاری شایسته است، نه این‌که انجام چنین کاری پی‌آمدهای خوبی دارد. بر عکس، در چارچوب نظریه فایده‌گرایی، نتایج خوب، توجیهی برای ترویج و پیشبرد حقوق هستند. کوئین (۱۹۹۳، ۱۷۳) درباره رویکرد منزلت‌گرا چنین می‌گوید: «این درست نیست که فکر کنیم شایسته است حق‌ها را اسناد بدهیم؛ چون فکر می‌کنیم کار خوبی است که حقوق را رعایت کنیم. در عوض، چنین می‌اندیشیم که به حقوق احترام می‌گذاریم؛ زیرا فکر می‌کنیم مردم در عمل، آن حقوق را دارند و ... چون سزاوار است که این حقوق را داشته باشند، از آن‌ها بهره‌مندند».

در قلمرو رویکرد منزلت‌گرا، حق‌ها، ابزاری برای ارتقای نتایج خوب نیستند. در مقابل، بر اساس گفته نوزیک، آن‌ها محدودیت‌های جانبی بر اساس پی‌گیری نتایج خوب هستند. (نوزیک، ۱۹۷۴، ۲۹) رویکرد منزلت‌گرا در برابر هر نوع نقض حق مخالفت می‌کند، حتی اگر چنین نقض‌هایی برای افزایش عدم نقض حق‌ها به صورت کلی باشد (همانند «فایده‌گرایی

حقوقی». چنین رویکردی بر ادله «عامل - نسبی»^۱ تأکید دارد که بر اساس آن، هیچ کس نباید حقوق دیگران را نقض کند.

بنابراین، توجیه بر مبنای منزلت با طبیعت صاحب حق شروع می‌شود و مستقیم به سراغ آن حق می‌رود. رویکرد ابزارگرایانه با نتایج مطلوب^۲ (مانند سود بهینه) شروع می‌کند و بر عکس عمل می‌کند تا ببیند کدام اسناد دادن حق‌ها، نتایج مطلوب را تولید می‌کنند.

۱-۶. حقوق بر مبنای منزلت^۳

نظریه‌های منزلت‌گرا به سنت نظریه‌های حقوق طبیعی^۴ تعلق دارد. همه نظریه‌های حقوق طبیعی، شاخص‌هایی را بنا می‌نهند که انسان‌ها به واسطه ماهیت خود دارند و به شایستگی بجای آن‌ها احترام می‌گذارند. این نظریه‌ها دقیقاً از این نظر متفاوتند که کدام ویژگی انسان‌ها سبب ایجاد حق می‌شوند. البته نظریه‌های غیر دینی تمایل دارند تا همان نوع نسبت‌ها را با وضعیت متمایزیکی یا اخلاقی کم‌تر یا بیش‌تری ایجاد کنند: اراده آزاد، عقلانیت، استقلال فردی، توانایی تنظیم زندگی مطابق با برداشت انتخابی از زندگی خوب. نظریه‌پردازان حقوق طبیعی بر این باورند که تعقل انسانی می‌تواند حقیقتی را فهم کند که با وجود آن‌ها به وسیله چنین نسبت‌هایی در شرایط مشخصی به صورت مناسب سر و کار دارد، ولی درباره بدیهی بودن این حقایق توافق ندارند.

در آثار گروسوس، هابز، پوفندورف و به ویژه لاک، نظریه حقوق طبیعی به بالاترین جایگاهش در آغاز عصر جدید می‌رسد. لاک از این بحث می‌کند که انسان‌ها در دولت پیشاسیاسی^۵ طبیعی، حق «زندگی، آزادی و مالکیت» دارند و این حقوق، محدودیت‌هایی را برای قدرت مشروع دولت ایجاد می‌کند. اثرگذاری اندیشه‌های لاک را در اسناد سیاسی انقلاب‌های فرانسه و آمریکا در قرن هجدهم به ویژه اعلامیه استقلال جفرسون (۱۷۷۶) می‌توان دید: «ما معتقدیم این حقیقتی بدیهی است که همه انسان‌ها به صورت برابر زاده می‌شوند و آفریدگارشان حقوقی تجزیه‌ناپذیر به آن‌ها اعطا کرده است که زندگی، آزادی و رفاه‌مندی از جمله این حق‌هاست».

1. Agent-relative
2. Desired consequences
3. Rights-ascriptions
4. Status-Based rights
5. Natural rights theories
6. Pre-political

نظریه منزلت‌گرا در چارچوب فلسفه معاصر با کتاب حکومت آنارشی و مدینه فاضله (۱۹۷۴) اثر نوزیک احیا شد. چون نوزیک بهره‌گیری از نظریه مالکیت لاک را می‌پذیرد، اثر او به سنت کانتی درباره نظریه‌پردازی حقوق طبیعی تعلق دارد. نوزیک توضیحاتش را درباره قدرت اخلاقی حق‌های فردی بر اساس الزام کانتی در مقابل نگرشی متمرکز می‌کند که تنها با بشریت هم‌چون یک ابزار رفتار می‌کند. به باور نوزیک، حقوق هر فرد محدودیت‌های جنبی را در پی‌گیری اهداف دیگران به دنبال دارد؛ چون فرد مصونیتی به دست می‌آورد که دیگران باید آن را رعایت کنند. او می‌نویسد: «افراد حق‌هایی دارند و چیزهایی وجود دارد که هیچ فرد یا گروهی نمی‌توانند (بدون نقض کردن حق‌های دیگران) به آن‌ها برسند.» (نوزیک، ۱۹۷۴، ۹) بسیاری از صاحب‌نظران این نگرش پایه‌ای نسبت به حق‌ها را در جذابیت منزلت‌انسانی می‌جویند. توضیحات نظریه منزلت‌گرا درباره حقوق اساسی صریح و روشن است. برای مثال، کام^۱ (۲۰۰۷، ۲۴۷) حق آزادی بیان را چنین توضیح می‌دهد: «حق آزادی بیان به سادگی می‌تواند تنها راه مناسبی باشد که بر اساس آن، مردم با اندیشه‌ها و ظرفیت خودشان از ابزارهایی برای بیان آن‌ها استفاده کنند ... نپذیرفتن صلاحیت صحبت کردن فرد، مانعی بر سر احترام گذاشتن به اوست ... این سخن که هیچ فرد مشخصی شایستگی حق نهادینه شده آزادی بیان را ندارد ... به نوعی بدین معناست که شاخص‌های حیاتی مشخص ماهیت انسانی برای پدید آوردن این حق در هیچ کسی به اندازه کافی وجود ندارد. این گفته اشتباه به نظر می‌رسد.» هم‌چنین حق‌های بر مبنای منزلت به صورتی جذاب، نهادینه‌شده هستند. در حالی که توجیه‌های حق‌های ابزارگرا همواره به محاسبه نتایج مربوط موقوف می‌شوند، حق‌های بر مبنای منزلت کاملاً به کرامت شخصی پیوند خورده‌اند. این امر، علت ریشه‌دار بودن حق‌های بر مبنای منزلت را توضیح می‌دهد و این، همان موقعیتی است که بسیاری باور دارند ارزش والای هر فرد را به صورت کامل بیان می‌کند.

با وجود این، استحکام^۲ حق‌های بر مبنای منزلت ممکن است نقطه ضعف این نظریه باشد. یک فرد نمی‌خواهد از اهمیت فزاینده درباره هر فرد به جایگاه ناخوش‌آیندی برسد که در آن، همه حق‌های اساسی، مطلق باشند. نیجل^۳ (۲۰۰۲، ۳۶) با دفاع از نگرش منزلت‌گرا چنین می‌پسندد که «به اندازه بسیار کافی، شرارت‌هایی وجود دارند که در پی آن، یک انسان برای

1. Kamm
2. Strength
3. Nagel

کشتن یا شکنجه فردی بی‌گناه به منظور جلوگیری از آن [شرارت‌ها] مجاز دانسته شود». اگر این شرارت‌ها به اندازه کافی بد باشند که نتایج آن، صلاحیت حق‌های فردی را توجیه کند، دیگر نظریه‌پردازان منزلت‌گرا نیازی ندارد درباره روشی توضیح دهد که یک نظریه چه گونه می‌تواند به طور کامل، اهمیت نتایجی را در پایان کار تأیید کند.

علاوه بر آن، سادگی^۱ رویکرد منزلت‌گرا درباره حق‌ها می‌تواند ضعف آن هم به شمار آید. در نگاهی دقیق‌تر، حق‌های اساسی^۲ که بیش‌تر مردم به آن باور دارند، به صورت پیچیده‌ای شکل می‌گیرند. برای مثال، درباره حق مورد پذیرش عام «آزادی بیان» تأمل کنید. این حق، حمله شخصی به دیگران را سرزنش می‌کند. با این حال، این حق درباره حمله به شخصیت‌های مشهور نسبت به شهروندان عادی، آسان‌گیرتر است. رویکرد منزلت‌گرا چه گونه می‌تواند این تفاوت میان شخصیت‌های مشهور و شهروندان عادی را توضیح دهد یا علاوه بر آن، بگوید که حق آزادی بیان شامل حق بیان هر چیزی هم می‌شود که سخنران می‌داند نادرست است؟ هم‌چنین تمایل داریم تا نسبت به یک نطق خدعه‌آمیز در کمپین‌های سیاسی صبورتر باشیم تا صورت گرفتن چنین نطقی در تبلیغات یا در دادگاه. این پرسش درباره نظریه منزلت‌گرا هنوز مطرح است که چرا حق‌های فردی بایست در قالب چنین شیوه‌های مشخصی شکل یابند؟

نظریه منزلت‌گرا با چالش توجیه بنیان‌ها و هدفش نیز روبه‌روست. چرا این نظریه برای تجویز کردن به افراد «مناسب» است؟ ارزش کانتی درباره مصونیت، هنگامی که استدلال متافیزیکی را به صورت مستقل ارائه داده است، معماگونه به نظر می‌آید. همان گونه که نایجل (۲۰۰۲، ۳۴) تصدیق می‌کند، «قویاً به اثبات رسیده است که استدلال کردن برای یک چنین ارزش فردی و بنیادین، امری دشوار است و این ارزش را، تنها با شاخص‌های اخلاقی می‌توان فهم نمود». این بازخورد آرام اعتراض بتنام درباره مکتب حقوق طبیعی است مبنی بر این که «این مکتب از آغاز تا فرجام، ادعایی انعطاف‌ناپذیر است: این مکتب هر آن چه را اختلافی است، به عنوان اصل بنیادین و تخطی‌ناپذیرش پذیرفته است». (بتنام، ۱۹۷۶، ۶۶)

علاوه بر این، نظریه‌پردازان منزلت‌گرا باید این مناقشه درونی را برطرف کنند که دقیقاً کدام یک از حق‌ها باید بیانگر مصونیت فرد باشد. نوزیک معتقد است حق‌های منزلت‌محور شامل حقوقی مترتب بر هر چیزی است که کسب کرده است، در حالی که دیگر نظریه‌پردازان منزلت‌گرا، آزادی فردی مورد نظر نوزیک را رد می‌کنند. حل این مناقشه ضروری است؛ چون

1. Simplicity

2. Fundamental rights

گروهی از نظریه‌پردازان «آزادی‌خواه چپ‌گرای» نئو کانتی و نئو لاکئی دیدگاهی ارائه داده‌اند که بر اساس آن، منزلت افراد به انطباق با حق‌های قدرتمند مالکیت شخصی و پیش از آن، سهام مساوی از مالکیت جهانی بستگی دارد. (والنتین و اشتاینر، ۲۰۰۰، اوتسوکا، ۲۰۰۳)

۲-۶. حق‌های ابزارگرایانه^۱

نظریه‌های ابزارگرایانه، حقوق را ابزاری برای دستیابی به توزیع بهینه منافع^۲ تعریف می‌کنند. نظریه ابزارگرایانه اولیه، صورت تقریبی نتیجه‌گرایی دو سطحی هم‌چون فایده‌گرایی قاعده‌محور^۳ است. در چارچوب چنین نظریه‌ای، حق‌ها، قواعدی هستند که تحقق همگانی آن‌ها سبب بازتوزیع بهینه منافع می‌شود. بر اساس فایده‌گرایی قاعده‌محور، توزیع بهینه یکی از راه‌های انباشت بیش‌ترین سود است.

رایج‌ترین اشکال به بنیادن نهادن حق‌ها بر چنین نظریه‌ای آن است که حق‌های برآمده از آن بسیار شکننده است. اگر حق‌ها فقط تا آن‌جا موجه هستند که نتایج خوبی پدید آورند، ممکن است چنین به نظر آید که وقتی سودمندی حداکثری در جای دیگری باشد، این نظریه به این نتیجه می‌رسد که باید حق‌هایش را ترمیم کند. برای مثال، اگر کسی انسانی بی‌گناه را مقصر نشان دهد تا جلوی آشوب بزرگی را بگیرد، چرا قاعده‌ای بر اساس نظام دو سطحی وجود نداشته باشد؟ چرا نباید قاعده‌ای باشد اگر کسی حقوق بی‌گناهی را نقض می‌کند، کشته نشود؛ چون مانع از کشتن دو بی‌گناه در جایی دیگر شده است؟ در حالی که به نظر می‌رسد حق‌های منزلت‌محور بسیار نیرومند هستند، حقوق ابزارگرایانه بسیار ضعیف به چشم می‌آیند. (درباره یک بحث دوطرفه نک: پتی، ۱۹۸۸)

مشکل فایده‌گرایی، حقوق ناتوانان^۴ است؛ چون تمرکز فایده‌گرایی بر بیشینه‌گرایی، آن را نسبت به حقایق مشخصی درباره چگونگی سود توزیع‌شده در میان افراد بی‌اعتنا می‌سازد. با این وصف، فایده‌گرایی تنها نمونه نظریه ابزارگرایی نیست.

برای مثال، نظریه مساوات‌طلبی محض، حق‌ها را در نقش ابزارهایی برای دستیابی به توزیع^۵ عادلانه‌تر منافع به تصویر می‌کشد. نظریه اولویت‌گرایی^۶، توزیع بهینه‌ای را به صورت

1. Instrumental rights
2. Interests
3. Rule utilitarianism
4. Weak rights
5. Distribution
6. Prioritarian theory

مشابه با مساوات‌طلبی^۱ تعریف خواهد کرد با استثنای این امر که اهمیت فزاینده‌ای به منافع افرادی می‌دهد که وضعیت وخیم‌تری دارند. دیگر نظریه‌های ابزارگرایانه، «توزیع بهینه»^۲ را به شیوه‌های دیگر تعریف می‌کنند. (سامنر، ۱۹۸۷، ۱۷۱) نظریه‌های ابزارگرایانه‌ای که توزیع بهینه را بر حسب بیشینه‌سازی تعریف نمی‌کنند، ممکن است به دلیل دغدغه‌های مربوط به حقوق ناتوانان، نسبت به فایده‌گرایی با فشار کم‌تری روبه‌رو شوند.

نظریه‌های ابزارگرایانه درباره تعریف محاسبه توزیع بهینه (بیشینه‌سازی، برابری و نظیر آن) و سنجش منافع فردی با هم تفاوت دیدگاه دارند. برای مثال، معیار فایده‌گرایی درباره منافع، سودمندی است که سن^۳ با معیار «قابلیت‌ها»^۴ و دورکین با معیار «منابع»^۵ به آن می‌پردازد. با هر معیاری که به کار بگیریم، همه نظریه‌پردازان ابزارگرا باید به پرسش‌هایی تاریخی درباره قابلیت مقایسه^۶ و مقایسه میان فردی^۷ منافع پاسخ دهند. نظریه‌پردازان ابزارگرا با ارزیابی‌های کلی در این باره عمل می‌کنند که چه‌گونه ثروتمندان از این حق‌ها بهره‌مندند. پس باید توضیح دهند که چه‌گونه مقوله‌های متنوعی از منافع (مانند سلامتی، درآمد، فرصت‌های ابراز عقاید و پذیرش اجتماعی) با یکدیگر جای‌گزین می‌شوند. هم‌چنین باید توضیح دهند که چرا فکر می‌کنند این منافع به اندازه کافی در میان افراد، مشابه است تا استفاده از همان مقیاس‌های سنجش برای افراد متفاوت درک‌پذیر باشد.

بر نظریه‌های منزلت‌گرا این اشکال وارد می‌شود که این نظریه‌ها، آنگاه دچار کمبود منابع مفهومی می‌شوند که بخواهند شکل پیچیده حق‌هایی که به آن‌ها باور داریم را تبیین کنند و میان خصوصیات زمینه‌های متفاوت و ذی‌حقان متفاوت سازگاری ایجاد نمایند. نظریه‌های ابزارگرا نیز از ناحیه معکوس همین ایرادها آماج انتقاد قرار می‌گیرند. یک نظریه‌پرداز ابزارگرایانه می‌تواند مصالح متنوع و ضروری عده‌ای با موقعیت‌های متفاوت را در نظر بگیرد تا توضیح دهد که چرا حق خاصی باید فقط در اختیار افراد مشخصی یا در وضعیت مشخصی قرار گیرد؟ ریسک این‌گونه نظریه‌پردازی در اینجا، آن است که منابع هنجاری در اختیار، فراوان است و نتیجتاً دست نظریه‌پرداز برای اسناد دادن [هر حقی که] به آن

1. Egalitarianism
2. Optimal distribution
3. Sen
4. Capabilities
5. Resources
6. Commensurability
7. Interpersonal comparison

تمایل دارد، باز خواهد بود. این نظریه پرداز کارش را با حق‌هایی آغاز می‌کند که قصد دارد وجودشان را توجیه کند. سپس داستان مرتب و دقیقی بر اساس توزیع مطلوب منافی بازگو می‌کند که در عمل به آن حق‌ها ختم می‌شوند. (توشنت، ۱۹۸۴؛ فری، ۱۹۸۵) علاوه بر آن، همه توجیه‌های ابزارگرایانه بر پایه پیش‌بینی‌های تجربی مبتنی بر استنادهای حقوقی قرار دارند که نتایجی پدید می‌آورند و نظریه‌پردازان ابزارگرا به طور معمول در این گونه پیش‌بینی‌های تجربی آن قدر سهل‌انگاری می‌کنند تا اقتباس‌های خود را برای رسیدن به حق‌های مطلوب خویش پنهان کنند.

هر دو مجموعه نظریه‌های منزلت‌گرایانه و ابزارگرایانه درباره حق‌ها مدعی هستند که جذابیتشان ماندگار است. به سبب همین جذابیت، بسیاری، شیفته کشف رویکردی ترکیبی شده‌اند تا بر اساس آن، ترکیبی خردگرایانه از هر دو مجموعه بیافرینند.

۳-۶. حق‌های قراردادی^۱

سومین رویکرد برای توجیه حقوق را می‌توان رویکرد «قراردادی» نامید. در این رویکرد، حق‌ها نه به عنوان حقوق طبیعی مناسب برای افراد مستقل و نه به عنوان ابزاری برای ارتقای شرایط تعریف می‌شوند. در عوض، حق‌ها، اصولی را تعریف می‌کنند و این اصول را نمایندگانی گزینش می‌کنند که به شایستگی برگزیده شده و انگیزه‌مند باشند و بر سر شرایط اساسی روابط توافق شده باشد (مانند اصول برگزیده در «وضعیت آغازین» راولز^۲ یا اصول موجود در چارچوب قراردادگرایی اسکانلن^۳ که کسی به صورت مستدل نمی‌تواند آن‌ها را رد کند). این حقیقت که بر سر این اصول بر اساس شرایط مشخصی توافق شده است، ادله توجیهی آن‌ها به شمار می‌رود. حق‌ها، اصولی بنیادین را در درون این نظریه‌ها تعریف می‌کند؛ چراکه بین حق‌ها و آن‌چه نمایندگان نظریه‌ها برای مطالبه آن استدلال متقنی دارند، ارتباط وثیقی وجود دارد. بنابراین، برای نمونه، راولز ادعا می‌کند که نقش حق مالکیت شخصی «پذیرفتن پایه اصولی مناسب برای درک استقلال فردی و احترام شخصی است که هر دو این‌ها برای توسعه و تحقق دو قدرت اخلاقی، ضرورت دارند». (راولز، ۱۹۹۳، ۲۹۸) اسکانلن می‌گوید که انسان‌های مسولیت‌پذیر «برای اصرار خود بر حق‌های اساسی، دلیل می‌آورند؛ حق‌هایی که از زندگی آنها به صورت‌های معناداری حفاظت و کنترل می‌نماید». (اسکانلن، ۲۰۰۳، ۴) این رویکرد سوم برای توجیه حقوق، یعنی رویکرد قراردادی، بسیار کم‌تر مورد توجه مجامع علمی واقع شده است. (مارتین، ۱۹۸۵؛ گیلبرت، ۲۰۰۴)

1. Contractual rights

2. Rawls

3. Scanlon

۷. انتقادهای وارد شده بر حق‌ها

نقدهای وارد شده بر حق‌ها به دو صورت است. صورت اول، نوعی حمله به محتوای مکاتبی است که به حق‌ها جایگاهی محوری بخشیده‌اند. این انتقادات استدلال می‌کنند که محتوای چنین مکتب‌هایی به هر صورت که باشد، ناقص یا ناموجه است. برای مثال، در این‌جا شاهد انتقادی هستیم مبتنی بر این‌که مکتب‌های حقوق طبیعی «ادعایی بسیار گسترده» دارند و هم‌چنین حق‌های فایده‌گرایانه به صورت ناموجهی به ضعف می‌گیرند. صورت دوم انتقادات، حمله به خود ادبیات حقوق است. اعتراض وارد شده در این‌جا آن است که این ادبیات دست کم برای بیان برخی دغدغه‌های هنجاری مبتنی بر حقوق تناسب چندانی ندارد. بنا بر صورت دوم انتقادات، ما باید از «بحث حقوقی» بکاهیم یا از آن بپرهیزیم.

۷-۱. انتقادهای وارد شده بر نظریه حق‌ها

مارکس به مفاد اسناد سیاسی امریکایی و فرانسوی قرن هجدهم انقلابی تاخته است که مدعی «حقوق بنیادین انسان» از جمله آزادی، برابری، امنیت، مالکیت و آزادی رفتار مذهبی هستند. مارکس معترض است که این حقوق ناشی از برداشت غلطی درباره شخص انسان به عنوان فردی نامرتب به دیگران است که داشتن منافع را می‌توان بدون ارتباط داشتن آن با دیگران تعریف کرد، در حالی که همیشه به صورت بالقوه‌ای در تعارض با دیگران است. فرد دارای حقوق، «فردی منزوی است ... که در پس منافع و امیال شخصی‌اش خزیده و خود را از جامعه جدا کرده است». (مارکس، ۱۸۴۴، ۱۶۴)

حق مالکیتی که مارکس به آن اشاره می‌کند، نشان‌دهنده شاخص انزواگرایانه و ضد اجتماعی این حقوق برای انسان است. از یک سو، حق مالکیت، حقی برای دور کردن دیگران است که معادل مشروع سیم خاردار است. از سوی دیگر، حق مالکیت به صاحب این حق، اجازه می‌دهد که منابع خود را با رضایت و به سود خود انتقال دهند؛ حتی اگر در جای دیگری به این منابع، نیاز جدی وجود داشته باشد.

به همین ترتیب، مارکس معتقد بود که حق شخصی آزادی سبب تقویت خودخواهی^۲ می‌شود. افرادی که دوست دارند حق داشته باشند تا هر آن‌چه را می‌خواهند، انجام دهند به شرط این‌که به دیگران آسیبی نرسانند، عقده خودخواهی را تداوم خواهند بخشید. هم‌چنین در مورد برابری، دستیابی به حقوق برابر در دولت لیبرال صرفاً می‌خواهد توجه مردم را از این امر

1. Rights talk
2. Selfishness

دور کند که برابری‌شان امری کاملاً صوری است. در نهایت، این حقوق طبیعی مورد خطاب، در حقیقت، هرگز برای انسان‌ها طبیعی نیست. آن‌ها اساساً ابزارهای تعیین‌کننده حاکمان شیوه مدرن تولید هستند که هر فرد را به خوبی با دستگاه سرمایه‌داری سازگار می‌کنند.

جامعه‌گرایان (تیلور، والزر، مکینتایر^۲ و سندل^۳)، تعدادی موضوع یکسان را در انتقادهایشان درباره نظریه‌های لیبرال و آزادی‌خواهانه بیان می‌کنند. آنان معترض هستند که انسان‌ها آن گونه که این نظریه‌ها مفروض دانسته‌اند، از ابتدا نیز این‌گونه جدا و منفک (از اجتماع) نبوده‌اند. برای مثال، نوزیک با نظریه‌پردازی «وضعیت طبیعی» و مفروض دانستن این که انسان‌ها جدا از نظم اجتماعی پایدار و دولتی، ظرفیت‌های مستقلی می‌آفرینند که آن‌ها را سزاوار حق داشتن می‌کند، به خطا می‌رود. ما نباید هم‌چون «وضعیت آغازین» راولز تلاش کنیم بحثی برای حق‌ها ایجاد کنیم که بر اساس آن، افراد به طور انتزاعی مجبور به انتخاب از میان هویت‌های خاص و وابستگی‌های اجتماعی‌شان شوند. برای ایجاد نظریه سیاسی بنیادین بر اساس آن‌چه همه نمایندگان عقلایی به صورت انتزاعی، خواهان آن هستند، هیچ راهی وجود ندارد. در مقابل، نظریه‌پردازان باید به بافت اجتماعی خاصی بنگرند که مردم واقعی، زندگی‌شان را در آن می‌گذرانند و نیز اهدافی که به پیدایش منافع مشخصی درون فرهنگ‌های مختلف می‌انجامد. این انتقاد با متهم کردن نظریه‌های لیبرال و آزادی‌خواه به دلیل جامع‌گرایی کاذبشان و اصرار بر این امر که همه جوامع باید برای انطباق درون چارچوب معیارمندی از حقوق تلاش کنند، ادامه می‌یابد. جامعه‌گرایان می‌گویند تا آن مقدار که ما باید حق‌ها را نسبت به فهم کلی خود از جهان تصدیق کنیم، باید حق‌ها را به مثابه بخشی از شیوه‌های در حال رشد خود تفسیری اجتماعی^۴ و گفت‌وگو^۵ بشماریم و بنابراین، حق‌ها را قوانینی بیانگریم که متناسب با هر فرهنگی، امکان تغییر قابل توجه داشته باشند.

درباره این نوع انتقادات به تفصیل بحث شده است (مانند: گوتمن، ۱۹۸۵؛ والدرون، ۱۹۸۷؛ مال‌هال و سوئیفت، ۱۹۹۲). صحت این نقدها به مباحث سنگینی برخاسته از نظریه‌های اخلاقی و سیاسی بستگی دارد. آن‌چه در این‌جا می‌توان گفت، (وجود) یک موضوع کلی در بیش‌تر

1. Taylor, C
2. Walzer
3. Macintyre
4. Sandel, M
5. Social self-interpretation
6. Negotiation

این نقّادی‌هاست - بدین صورت که نظریه‌های حقوقی برجسته به طریقی افراطی، فردگرایانه یا «اتمیک» هستند - و به انتقاد از هر نظریه صرفاً به این دلیل که از ادبیات حقوقی استفاده می‌کند، نیازی نیست. مثلاً ایگناتیف^۱ (۶۷، ۲۰۰۳) مرتکب اشتباه شده است وقتی ادعا می‌کند: «ادبیات حقوقی نمی‌تواند به چارچوبی جمع‌گرایانه یا اجتماع‌گرا تجزیه یا تفسیر شود. ادبیات حقوقی، فردگرایی اخلاقی را مسلم دانسته و هر چیزی خارج از این فرض بی‌معناست».

همان گونه که دیدیم، ادبیات حقوقی نه تنها توانایی پذیرش صاحبان حق‌ها را دارد که در واقع، همان افراد هستند، بلکه افراد را در شمار اعضای گروه‌ها هم‌چون خود گروه‌ها، دولت‌ها، مردم و مانند آن در نظر می‌گیرد. در واقع، قابلیت جمع‌گرایی در ادبیات حقوقی، بیش‌تر از یک قابلیت صوری است. آموزه بین‌المللی حقوق بشر - بنیاد نوین نظریه حقوق طبیعی قرن هجدهم - چندین حق قابل توجه را به گروه‌ها منتسب می‌کند. برای مثال، کنوانسیون بین‌المللی مبارزه با نسل‌کشی، هر گونه عملی را برای نابودی هر نوع گروه ملی، قومی، نژادی یا دینی ممنوع کرده است و هر دو میثاق حقوق بشری، حق تعیین سرنوشت را به مردم اعطا می‌کنند. چنین نمونه‌هایی نشان می‌دهند که ادبیات حقوقی اساساً فردگرایانه نیست.

۲-۷. نقدهایی بر ادبیات حقوقی

ادبیات حقوقی می‌تواند در برابر این اتهام مقاومت کند که الزاماً با فردگرایی هم‌سوست. با وجود این، منتقدان، گفت‌وگوی حقوقی را به مانع‌تراشی فراروی رشد اجتماعی متهم کرده‌اند: «گفت‌وگوی حقوقی ما در قالب مطلق خود، انتظارات غیر واقعی را ارتقا می‌بخشد، تنش اجتماعی را افزایش می‌دهد و مانع از انجام گفت‌وگویی می‌شود که می‌تواند به اجماع، توافق یا دست‌کم، کشف زمینه‌ای همگانی دست یابد. به نظر می‌رسد این گفت‌وگو با سکوت در زمینه مسئولیت‌ها، بدون پذیرش تعهدات شهروندی و شخصی متناظر از پذیرش مزایای زندگی در یک نظام رفاه اجتماعی دموکراتیک چشم‌پوشی می‌کند ... این گفت‌وگو با حالت انزواگرایانه‌اش، مانع رسیدن ابزارهای یاری‌دهنده و به طور بالقوه مهم برای فرآیند معرفت‌خوداصلاحی می‌شود. تمام این ویژگی‌ها، تنها مطالبه‌ها را تشریح می‌کنند بیش از آن که استدلالی مطرح کنند».

گلندون^۲ (۱۹۹۱، ۱۴) برخی از نتایج عملی زیان‌بار ارتباط مرسوم میان حق‌ها و استدلال‌های نهایی را استخراج کرده است که پیش‌تر شاهد بودیم. چون ادعاهای حقوقی، استدلال‌هایی

1. Ignatieff

2. Glendon

قانع‌کننده پیشنهاد می‌دهند، مردم ممکن است هنگام خسته شدن از پی‌گیری یک بحث، ناگهان برای دنبال کردن آن حق‌ها تشویق شوند. زمانی که فردی به پایان منازعه‌ای رسیده است، می‌تواند «حق» را مانند «برگ برنده» رو کند. به همین ترتیب، این قابلیت بالقوه در ادبیات حقوقی می‌تواند طرفین نزاع را از همان ابتدا به جای مذاکره به سمت ناسازگاری بکشانند، چنان‌که هر طرف در پی گستراندن دامنه ادعاهای حقوقی خود باشد تا این‌که این درگیری تنها با حضور قدرتی بالاتر مانند دادگاه حل‌شدنی باشد. یک طیف از نظریه‌های فمینیستی نیز به این نگرش انتقادی توجه کرده و گفتمان آمرانه^۱ و قاطعانه^۲ درباره حق‌ها را با «صدای مردانه اعتراض‌آمیز، یکسان دانسته است.

مسئله است که این گرایش‌های ناخوشایند سبب رنجش افرادی خواهد شد که از زبان حقوق^۳ استفاده می‌کنند. همان‌گونه که شاهد بوده‌ایم، این ادعا شاید جذاب باشد که هر حق فقط در چارچوب فضای تقسیم‌بندی کاملاً ناعادلانه، «مطلق» است. این امر می‌تواند سبب تولید نظریه‌هایی دقیق درباره توجیه علت این امر شود که فرد حق‌هایی دارد و آن را مطالبه می‌کند. با وجود این، معقول است که استفاده واقعی از گفت‌وگوی حقوقی در بردارنده گرایش‌هایی است که گلندون به آن اشاره می‌کند. از این‌رو، اتفاقی نیست که امریکا به عنوان «سرزمین حقوق»، سرزمین دعاوی قضایی نیز هست.

یکی دیگر از آثار زیان‌بار گفت‌وگوی حقوقی که گلندون آن را برمی‌شمارد، گرایش آن در تغییر تمرکز اخلاقی بر افراد به عنوان صاحبان حق‌هاست، نه مسئولیت‌دارندگان. او نیل^۴ این انتقاد را بسط داد. (۱۹۹۶، ۱۲۷-۵۳؛ ۲۰۰۲، ۲۷-۳۴) تمرکز بر صاحبان حق‌ها به جای مسئولیت‌دارندگان، استدلال اخلاقی را در عوض مسائل اخلاقی سنتی پویا درباره رفتار فرد به سمت ذی‌حق‌ها هدایت می‌کند. هم‌چنین بحث حقوقی، بهره‌برداران از حق را به نادیده گرفتن فضایل مهمی مثل شجاعت و احسان وا می‌دارد؛ چون آن‌ها وظایفی هستند که با حق‌ها هیچ‌گونه سازگاری ندارند. در نهایت، چون یک فرد می‌تواند بدون توجه به مطلوبیت (عمل) یا حتی امکان فشار آوردن بر دیگران با الزامات متناظرش، حقی را مطالبه کند، استفاده از ادبیات حقوقی، مردم را به مطالبات غیر عملی تشویق می‌کند.

1. Peremptory
2. Rigidifying
3. Language of rights
4. O'Neill

منتقدانی مانند اونیل به صورت کلی به ادبیات حقوقی توجه نمی‌کنند. آن‌ها به جای حق - مصونیت‌های فعال و حق - قدرت‌ها، مستقیم به سراغ حق‌های منفعل به ویژه حق - مطالبه‌ها می‌روند. با وجود این، پذیرش بحث حقوقی دامن‌گستر شده و برای بیان چنین انتقادهایی اشتیاق وجود دارد. گفتمان تازه درباره حق‌ها را کسانی بسط می‌دهند که خود یا دیگران را به عنوان دریافت‌کنندگانی بالقوه، مستحق پافشاری بر سر منافع یا حمایت‌های مشخصی می‌بینند. شرح هنجارهای بنیادی مبتنی بر حقوق، سود و زیان‌هایی دارد. ادبیات حقوقی می‌تواند اشاره صریحی باشد برای تشریح ساختارهای آزادی و قدرت. زمانی که ادبیات حقوقی به صورت نظریه‌های مشخصی مانند اسناد حقوق بین‌المللی بشر شکل می‌گیرد، ادبیات حقوقی می‌تواند بر حسب عبارت‌هایی قابل فهم، معیارهایی برای رفتار مقبول حداقلی ارائه کند که در آن صورت، افراد می‌توانند با داشتن قدرت برتر بر آن‌ها، حق‌های خود را مطالبه کنند. حقوق برای دستیابی به آزادی و برابری گسترده‌تر با جنبش‌های تاریخی نیز هم‌آوا شده است، بنابراین، مطالبات حقوقی می‌توانند نوعی هم‌نوایی برای تحقق عدالت ایجاد کنند که دیگر مطالبه‌ها و درخواست‌ها^۲ از این نظر کمبود دارند. این که پی‌آمدهای مثبت استفاده از ادبیات حقوقی بر مخاطره‌های ناشی از آن غلبه دارد، موضوعی دامنه‌دار است که به صورت نظریه‌ای اخلاقی، سیاسی و حقوقی دوام می‌یابد.

1. Assertions

2. Appeals

1. Bentham, J., 1796, *Anarchical Fallacies*, in Waldron 1987a, pp. 46-76.
2. Brett, A., 1997, *Liberty, Right, and Nature*, Cambridge: Cambridge University Press.
3. Campbell, T., 2006, *Rights: A Critical Introduction*, London: Routledge.
4. Cruft, R., 2004, "Rights: Beyond Interest Theory and Will Theory?", *Law and Philosophy*, 23: 347-97.
5. Darwall, S., 2006, *The Second-Person Standpoint*, Cambridge: Harvard University Press.
6. Dworkin, R., 1984, "Rights as Trumps", in Waldron 1984, pp. 153-67.
7. Edmundson, W., 2004, *An Introduction to Rights*, Cambridge: Cambridge University Press.
8. Feinberg, J., 1970, "The Nature and Value of Rights", *Journal of Value Inquiry*, 4: 243-257.
9. — , 1973, *Social Philosophy*, Englewood Cliffs, NJ: Prentice-Hall.
10. — , 1980, *Rights, Justice, and the Bounds of Liberty*, Princeton: Princeton University Press.
11. Finnis, J., 1980, *Natural Law and Natural Right*, Oxford: Clarendon Press.
12. Frey R., 1985, "Act-Utilitarianism, Consequentialism, and Moral Rights", in Frey, R. (ed.), *Utility and Rights*, Oxford, Basil Blackwell, pp. 61-85.
13. Gewirth, A., 1981, "Are There any Absolute Rights?", in Waldron 1984, pp. 81-109.
14. Gilbert, M., 2004, "Scanlon on Promissory Obligation: The Problem of Promisees' Rights", *The Journal of Philosophy*, 101: 83-109.
15. Gilligan, C., 1993, *In a Different Voice*, Cambridge: Harvard University Press.
16. Glendon, M., 1991, *Rights Talk: The Impoverishment of Political Discourse*

17. , New York: Free Press.
18. Griffin, J., 1989, *Well-Being: Its Meaning, Measurement, and Moral Importance*, Oxford: Oxford University Press.
19. Gutmann, A., 1985, "Communitarian Critics of Liberalism", *Philosophy and Public Affairs*, 14: 308–322.
20. Hart, H., 1961, *The Concept of Law*, Oxford: Oxford University Press.
21. — , 1982, *Essays on Bentham: Studies in Jurisprudence and Political Theory*, Oxford: Clarendon Press.
22. Hohfeld, W., 1919, *Fundamental Legal Conceptions*, W. Cook (ed.), New Haven: Yale University Press.
23. Holmes, S., and Sunstein, S., 1999, *The Costs of Rights*, New York: W.W. Norton.
24. Ignatieff, M., 2003, "Human Rights, Sovereignty, and Intervention", in Owen, N. (ed.) *Human Rights and Human Wrongs: The Oxford Amnesty Lectures 2001*, Oxford: Oxford University Press.
25. Ivison, D., 2007, *Rights*, Montreal: McGill-Queen's University Press.
26. James, W., 1897 *The Will to Believe*; page references in the text are to W. James, *The Will to Believe and Human Immortality*, New York: Dover, 1956.
27. Jones, P., 1994, *Rights*, New York: St. Martin's Press.
28. Kamm, F., 1992, "Non-Consequentialism, the Person as an End-in-Itself, and the Significance of Status", *Philosophy and Public Affairs*, 21: 354–89.
29. — , 2007, *Intricate Ethics*, Oxford: Oxford University Press.
30. Kramer, M., 2001, "Getting Rights Right", in *Rights, Wrongs, and Responsibilities*, ed. Kramer. M., London: Macmillan, pp. 28–95.
31. Kramer, M., Simmonds, N., and Steiner, H., 1998, *A Debate Over Rights*, Oxford: Oxford University Press.
32. Loudon, R., 1983, "Rights Infatuation and the Impoverishment of Moral Theory", *Journal of Value Inquiry*, 17: 87–102.
33. Lyons, D., 1970, "The Correlativity of Rights and Duties", *Noûs*, 4: 45–57.

34. Lyons, D., 1994, *Rights, Welfare and Mill's Moral Theory*, Oxford: Oxford University Press.
35. MacCormick, N., 1977, "Rights in Legislation", in Hacker, P., and Raz, J. (eds.), *Law, Morality and Society: Essays in Honour of H.L.A Hart*, Oxford: Oxford University Press, 1977, pp. 189–209.
36. — , 1982, *Legal Right and Social Democracy*, Oxford: Oxford University Press.
37. Mackie, J., 1979, "Can There be a Rights-Based Moral Theory?", in Waldron 1984, pp. 168–81.
38. Martin, R., 1993, *A System of Rights*, Oxford: Oxford University Press.
39. — , 1985, *Rawls and Rights*, Lawrence, Kansas: University Press of Kansas.
40. Marx, K., 1844, "On the Jewish Question"; page reference in the text is to the reprint in Waldron 1987a, pp. 137–50.
41. Mill, J., 1859, *On Liberty*; page reference in the text is to the reprint in J. Mill, *On Liberty and Other Essays*, S. Collini (ed.), Cambridge: Cambridge University Press, 1989.
42. — , 1861, *Utilitarianism*; page reference in the text is to the reprint in J. Mill, *Utilitarianism*, G. Sher (ed.), Indianapolis: Hackett, 2002.
43. Mulhall, S., and Swift, A., 1992, *Liberals and Communitarians*, Oxford: Blackwell.
44. Nagel, T., 2002, *Concealment and Exposure*, Oxford: Oxford University Press.
45. Narveson, J., 2001, *The Libertarian Idea*, Peterborough, Ontario: Broadview.
46. — , 2002, *A Question of Trust*, Cambridge: Cambridge University Press.
47. Nickel, J., 2008, "Rethinking Indivisibility: Towards a Theory of Supporting Relations between Human Rights", *Human Rights Quarterly* 30: 984–1001.
48. O'Neill, O., 1996, *Toward Justice and Virtue: A Constructive Account of Practical Reasoning*, Cambridge: Cambridge University Press.

49. Otsuka, M., 2003, *Libertarianism Without Inequality*, Oxford: Oxford University Press.
50. Pettit, P., 1988, "The Consequentialist can Recognize Rights", *Philosophical Quarterly*, 38: 42–55.
51. Plamenatz, J., 1938, *Consent, Freedom, and Political Obligation*, Oxford: Oxford University Press.
52. Quinn, W., 1993, *Morality and Action*, Cambridge, Cambridge University Press.
53. Rainbolt, G., 2006, *The Concept of Rights*, Dordrecht: Springer.
54. Rawls, J., 1971, *A Theory of Justice*, Cambridge: Harvard University Press.
55. Raz, J., 1975, *Practical Reason and Norms*, London: Hutchinson.
56. — , 1986, *The Morality of Freedom*, Oxford: Oxford University Press.
57. — , 1994, *Ethics in the Public Domain*, Oxford: Oxford University Press.
58. Sandel, M., 1982, *Liberalism and the Limits of Justice*, Cambridge: Cambridge University Press.
59. Scanlon, T., 1977, "Rights, Goals, and Fairness", in Waldron 1984, pp. 137–52.
60. Schauer, F., 1984, "Can Rights Be Abused?", *Philosophical Quarterly*, 31: 225–30.
61. Sen, A., 1982, "Rights and Agency", *Philosophy and Public Affairs*, 11: 3–39.
62. Sen, A., 1999, *Development as Freedom*, Oxford: Oxford University Press.
63. Shafer-Landau, R., 1995, "Specifying Absolute Rights", *Arizona Law Review*, 37: 209–24.
64. Shapiro, I., 1986, *The Evolution of Rights in Liberal Theory: An Essay in Critical Theory*, Cambridge: Cambridge University Press.
65. Shue, H., 1996, *Basic Rights: Subsistence, Affluence, and U.S. Foreign Policy*, Princeton: Princeton University Press.
66. Sinnott-Armstrong, W., 1996, "Moral Dilemmas and Rights", in Mason, H. E. (ed.), *Moral Dilemmas and Moral Theory*, New York: Oxford University Press, pp. 48–65.

67. Skorupski, J., 2010, *The Domain of Reasons*, Oxford: Oxford University Press.
68. Sreenivasan, G., 2005, "A Hybrid Theory of Claim-Rights", *Oxford Journal of Legal Studies* 25: 257–74.
69. —, 2010, "Duties and Their Direction", *Ethics*, 120 (3): 465–494.
70. Steiner, H., 1994, *An Essay on Rights*, Oxford, Blackwell.
71. Sumner, L., 1987, *The Moral Foundations of Rights*, Oxford: Oxford University Press.
72. Taylor, C., 1979, "Atomism", in Kontos, A., (ed.), *Powers, Possessions, and Freedom*, Toronto: University of Toronto Press.
73. Thompson, M., 2004, "What is It to Wrong Someone? A Puzzle About Justice", in Wallace, R. J., Pettit, P., Scheffler, S., and Smith, M. (eds.), *Reason and Value: Themes from the Moral Philosophy of Joseph Raz*, Oxford: Clarendon.
74. Thomson, J., 1990, *The Realm of Rights*, Cambridge: Harvard University Press.
75. Tierney, B., 1997, *The Idea of Natural Rights*, Atlanta: Scholars Press.
76. Tushnet, M., 1984, "An Essay on Rights", *Texas Law Review*, 62: 1363–1403.
77. Vallentyne, P., and Steiner, H., 2000, *Left Libertarianism and its Critics: The Contemporary Debate*, New York: Palgrave Macmillan.
78. Waldron, J., (ed.), 1984, *Theories of Rights*, Oxford: Oxford University Press.
79. —, (ed.), 1987a, *Nonsense Upon Stilts: Bentham, Burke, and Marx on the Rights of Man*, London: Methuen.
80. —, 1987b, "Nonsense Upon Stilts?—A Reply", in Waldron 1987a, pp. 151–209.
81. —, 1993, *Liberal Rights: Collected Papers 1981–1991*, Cambridge: Cambridge University Press.
82. Wellman, C., 1985, *A Theory of Rights*, Totowa, NJ: Rowman & Allanheld.
83. —, 1995, *Real Rights*, Oxford: Oxford University Press.
84. —, 1997, *An Approach to Rights*, Dordrecht: Kluwer.

85. Wenar, L., 2003, "Legal Rights and Epistemic Rights", *Analysis*, 63: 142–46.
86. — , 2005, "The Nature of Rights", *Philosophy and Public Affairs*, 33: 223–53.
87. — , 2008, "The Analysis of Rights", in Kramer, M., Grant, C., Colburn, B., and Hatzistavrou, A. (eds.), *The Legacy of H. L. A. Hart*, Oxford: Oxford University Press, pp. 251–73.
88. Williams, G., 1968, "The Concept of a Legal Liberty", in Summers, R. (ed.), *Essays in Legal Philosophy*, Oxford: Blackwell, pp. 121–44.

اطلاع رسانی علمی

گزارش نشست پزشکی قانونی

مقدمه

علمی مانند فقه، حقوق و پزشکی از گذشته‌های بسیار دور، ارتباط متقابلی با هم داشتند؛ زیرا در موارد بسیاری، حکم قضایی و حقوقی مبتنی بر نظر پزشک بود و فقه و حقوق نیز حدود و قصور فعالیت پزشک را در مواردی مشخص می‌کرد. رفته رفته، این ارتباط متقابل افزایش یافت تا جایی که علمی مانند فقه پزشکی و پزشکی قانونی تشکیل شد. این علوم که به بررسی پیوند علوم حقوق و پزشکی و فقه و پزشکی می‌پردازند، بسیاری از ابهام‌های موجود در این زمینه مانند ابهام مفهومی معنای عضو در حیطة پزشکی و ابهام‌های مصداقی جراحات در حیطة قضایی را برطرف کرده‌اند.

در این گزارش از نشست «پزشکی قانونی و فقه پزشکی»، پس از بیان پیشینه پزشکی قانونی و فقه پزشکی و دلیل نیاز به این علوم، از فعالیت‌ها و دستاوردهای مراکز پزشکی قانونی و فقه پزشکی سخن می‌گوییم.

این نشست با سخنان حجت الاسلام و المسلمین طهماسبی در خصوص فعالیت‌های اخیر مرکز آموزش‌های تخصصی فقه در زمینه پزشکی قانونی آغاز شد که در بخشی از آن گفت: سلسله نشست‌های علمی مرکز آموزش‌های تخصصی فقه با موضوع پزشکی قانونی و فقه پزشکی در راستای تبیین اهمیت رابطه متقابل فقه و حقوق با مسائل پزشکی تشکیل شده است. مرکزی که در این زمینه به طور تخصصی وارد شده، اداره پزشکی قانونی است که وظایف این اداره، اظهار نظر در امور پزشکی قانونی و کارشناسی آن، کالبدشکافی و انجام امور آزمایشگاهی و پاراکلینیکی به دستور مراجع ذیصلاح قضایی، پاسخ به استعلام‌های اداره‌ها و سازمان‌های وابسته به قوه قضاییه و دیگر دستگاه‌های دولتی و همکاری علمی در امور مورد

نیاز دانشگاه‌هاست. در این نشست برای تبیین نوع و حیطه فعالیت پزشکی قانونی و ضرورت نیاز دستگاه قضایی به آن، در خدمت استاد محترم، جناب دکتر حمید صدیقی هستیم. سپس با توجه به تأسیس مرکز مطالعات فقهی و پزشکی قانونی در قم به موضوع فقه پزشکی و ضرورت ورود فقه به مسائل پزشکی و حل ابهام‌های موجود در قانون در این خصوص می‌پردازیم که این بحث را از زبان حجت الاسلام والمسلمین فاطمی نیا می‌شنویم.

در ادامه، دکتر حمید صدیقی به بیان تاریخچه پزشکی قانونی، دلیل نیاز حوزه قضایی به این مرکز و تبیین حوزه‌های فعالیت پزشکی قانونی پرداخت که خلاصه‌ای از آن تقدیم می‌شود.

تاریخچه پزشکی قانونی

در گذشته، قاضی علاوه بر مسائل فقهی و حقوقی با مسائل طبی نیز آشنا بود و در صورت ناآشنایی، از کارشناس یا خبره در مباحث آسیب‌شناسی جراحات یا مقدار جراحات و موارد دیگر استفاده می‌کرد و بر اساس آن، حکم قضایی می‌داد. رفته رفته با پیشرفت علوم و تخصصی شدن مباحث دیگر این امکان وجود نداشت که خود قاضی در این مباحث وارد شود. پس نیاز به وجود نهادی مستقل برای رفع ابهام‌های پزشکی در دستگاه قضایی احساس شد که این نهاد به صورت رسمی در سال ۱۳۸۳ تأسیس گردید.

حوزه‌های پزشکی قانونی

علم پزشکی قانونی از علوم مختلف پزشکی برای کشف حقیقت و اجرای عدالت کمک می‌گیرد و در حقیقت، پل ارتباطی بین علم پزشکی و علم حقوق است. سازمان پزشکی قانونی کشور مسئول رفع ابهام آن دسته از پرونده‌های قضایی است که در حیطه پزشکی قانونی است و آن‌ها را به کارشناس مربوط ارجاع می‌دهد.

اهمیت پزشکی قانونی به گونه‌ای است که می‌توان گفت حدود یک سوم از ابهام‌های موجود در پرونده‌های دادگستری به کمک پزشکی قانون حل و رفع می‌شود. البته تمامی کار پزشکی قانونی بر محوریت جسد نیست، بلکه عکس این قضیه وجود دارد و تنها حدود سه درصد پرونده‌ها به جسد مربوط است. فعالیت‌های پزشکی قانونی در سه حوزه تعریف شده است: حوزه معاینات بالینی، حوزه متوفیات و تشریح و حوزه آزمایشگاه‌های قانونی.

حوزه معاینات بالینی

افرادی که دچار ضرب و جرح می‌شوند یا از طریق دیگری آسیب می‌بینند، برای صحت یا ردّ ادعای وارد شده به بخش معاینات بالینی عمومی در پزشکی قانونی ارجاع داده می‌شوند. آمار نشان می‌دهد حدود ۸۵ درصد پرونده‌های ارجاعی به این بخش به پرونده‌های ضرب و

جرح ناشی از تصادف و درگیری و برای رفع ابهام‌هایی مانند تعیین میزان جراحت و تعیین ارزش و نقص عضو و از کارافتادگی مربوط است. همچنین تحمل کیفر و مجازات شلاق و مانند آن توسط محکومان و زندانی‌ها که مصادیق متفاوتی از جمله سن، وضعیت جسمی و بیماری‌های خاص و موارد دیگر در آن دخیل است، با کارشناسی‌های عمومی بررسی می‌شود. تمام ابهام‌ها از ناحیه نوع و میزان جراحت نیست، بلکه باید ارزیابی شود آسیب‌های وارد شده چه زمانی و با کدام آلت جرحه ایجاد شده است و آیا رابطه علیتی بین جراحت وارده و ادعای مدعی وجود دارد یا نه. برای مثال، فردی ادعا کرده که به وسیله چاقو مجروح شده یا در روز شنبه مصدوم شده است. کارشناس پزشکی قانونی این امور را بررسی و تأیید یا رد می‌کند. در مواردی، شخصی ادعای صدمه دیدن در تصادف را دارد، اما با ارزیابی کارشناس مشخص می‌شود این صدمه‌ها با آن نحوه حدوثی که ادعا شده است، هم‌خوانی ندارد و در حقیقت، تصادف، ساختگی است. در این موارد، اگر بررسی صدمه‌ها و جراحت‌ها و تطبیق آن با واقع را بر عهده قاضی بگذاریم، لازم است قاضی برای حل پرونده، یک دوره پزشکی قانونی گذرانده باشد تا توان حل تمام مسائل را داشته باشد. با به وجود آمدن پزشکی قانونی، قاضی نیازی به تخصص ندارد. با این حال، باز هم باید به میزانی علم داشته باشد که تجزیه و تحلیل‌های پزشکی قانونی را متوجه شود و بتواند بر اساس آن حکم کند.

حوزه تشریح

در حوزه تشریح که دو تا سه درصد پرونده‌ها را در برمی‌گیرد، مهم‌ترین وظیفه پزشکی قانونی، تعیین علت فوت و استخراج مدارک است؛ یعنی کارشناس، جسد را در نظر می‌گیرد و مدارک مختلف را از آن استخراج می‌کند که با استخراج آن مدارک و چیدن کنار هم، تصویر جامعی از کل قضیه به دست می‌آید. بحث دیگر، تعیین هویت و تقدّم و تأخر فوت است.

حوزه معاینات بالینی

حوزه دوم پزشکی قانونی، حوزه معاینات بالینی است که این حوزه به معاینات تخصصی مسائل جنسی مربوط می‌شود. مواردی از قبیل تجاوز جنسی، لواط و زنا نیازمند پیمودن فرآیندی خاص شامل معاینات و نمونه‌برداری‌های خاصی است. معاینات روان‌پزشکی، دیگر بخش عمده این حوزه است.

حوزه آزمایشگاه‌های قانونی

سومین حوزه عمده پزشکی قانونی که حدود ۱۵ درصد پرونده‌ها به این حوزه مربوط می‌شود، حوزه آزمایشگاه‌های قانونی است که آزمایش پاتولوژی قانونی، سم‌شناسی قانونی و

آزمایشگاه سرولوژی قانونی و دی ان ای را در بر می‌گیرد. قاضی هرگونه ابهام و سؤال خاص در این بخش‌ها را به کارشناس ارجاع می‌دهد تا آن را تجزیه و تحلیل کند.

در بخش دوم نشست، حجت الاسلام و المسلمین فاطمی‌نیا پس از بیان پیشینه مختصری در خصوص مرکز تحقیقات فقه پزشکی، مانند ضرورت شکل‌گیری و فعالیت‌های این مرکز، به مبحثی درباره اخلاق پزشکی پرداخت که خلاصه آن به شرح زیر است:

پیشینه مختصر مرکز تحقیقات فقه پزشکی

هر مسئله به ظاهر پزشکی، پشتوانه فقهی و شرعی دارد. در نظام‌های قضایی مختلف در غرب و شرق و در کشورهای اسلامی یا غیر اسلامی، طب و شرع با هم ارتباط دارند. معمولاً این مسئله با عنوان فقه پزشکی بررسی می‌شود که در برخی کشورها، این ارتباط به صورت گسترده‌تر به چشم می‌خورد.

هرچند قوانین ایران دارای پشتوانه فقهی هستند، در بعضی قوانین مانند قانون مجازات اسلامی جدید، خلأیی در این خصوص مشاهده می‌شود. مرکز مطالعات فقهی در سال ۱۳۹۰ برای حل ابهام‌ها و مشکلات فقهی مربوط به مسائل پزشکی تأسیس شد. این مرکز علاوه بر جواب‌گویی به استعلام‌ها، برای حل ابهام‌های موجود در قانون مجازات اسلامی که حدود ۱۲۰ تا ۱۳۰ مورد می‌شود، کارگروه‌های مختلفی ایجاد کرده است که مشغول فعالیت و تحقیق در این موضوعات هستند و این ابهام‌ها را از نگاه فقهی برطرف می‌کنند.

نمونه فعالیت‌های مرکز تحقیقات فقه پزشکی

تبیین مفهوم «عضو» و مصادیق آن

از جمله مباحث فقه پزشکی می‌توان به بررسی مفهوم و مصادیق «عضو» اشاره کرد؛ زیرا موضوع دیه یا ارش، عضو است. در بررسی آسیب، نحوه آسیب، مقدار آسیب و به تبع آن، تعیین دیه یا تعیین ارش باید عضو را کارشناسی کرد. این کارشناسی در پزشکی قانونی مبنای قضاوت در تعیین دیه یا ارش قرار می‌گیرد. در این خصوص، تقسیماتی چون تقسیم عضو به عضو ظاهری و عضو داخلی و اعضایی که در روایات و مباحث فقهی به آن‌ها اشاره شده است، وجود دارد که رابطه بین تعریف ارائه شده با این مباحث نیز باید روشن شود. در هر حال، این سؤال مطرح می‌شود که آیا می‌توانیم شاخص و معیاری در این باره مشخص کنیم یا خیر؟ که حل این مسائل متوقف بر تحقیقات و جلسات متعدد است.

در فقه و مباحث فقهی و استفتائات به وجود اعضایی تصریح شده که تکلیف آن‌ها مشخص است، ولی آیا موردهایی مانند معده و طحال که در فقه از آن‌ها یاد نشده است، عضو هستند یا

خیر؟ در این جا معیارهای متفاوتی به دست می‌آید که رفع و حل ابهام‌های موجود برای قاضی مقدور نیست و فقه پزشکی متکفل حل آن‌هاست و قاضی بر اساس تحقیقات به دست آمده در پرونده، بر اساس عضو بودن یا نبودن آن، به دیه یا ارش حکم می‌کند. این مسائل در فقه پزشکی قانونی بررسی می‌شوند.

حکم احیای بیماران در حال احتضار

نمونه دیگر، بحث احیای بیماران در حال احتضار است که فرد را پس از مرگ احیا می‌کنند، حال با فشار اکو یا دستگاه‌های الکتریکی یا تزریق بعضی مواد شیمیایی یا مواد درمانی. این احیا جایز است یا خیر؟ حکم فقه پزشکی درباره این مسئله چیست؟

اخلاق پزشکی

«اخلاق پزشکی»، یکی از رشته‌هایی است که به آن بی توجهی صورت گرفته است. عنوان و متون «اخلاق پزشکی»، وارداتی است و برای تدریس این متون در دانشگاه‌ها سعی شد آن‌ها اسلامی‌سازی شوند. برای این که این متون جنبه اسلامی پیدا کنند، فتاوا و روایاتی را به آن‌ها ضمیمه کردند. این روایات و احکام بیش تر در حوزه معاینات یا درمان دیده می‌شود و مجموعه‌ای از آداب، احکام و فتاوایی است که به مجموعه آن‌ها اخلاق پزشکی می‌گویند. باید دانست عنوان «فقه پزشکی» همان عنوانی است که به نام «فقه کاربردی» از آن یاد می‌شود که ناظر به آداب و رفتار و کارکرد مکلف است، مانند آداب نگاه کردن و معاینه و نظیر آن.

اولین مسئله‌ای که در پزشکی قانونی به معضل بدل شده، رجوع به پزشک یا معاینه توسط پزشک برای کارشناسی است. در مورد درمان، حکم فقهی موجود است، اما برای کارشناسی وجود ندارد. حال آیا حکم مسئله در این جا جواز است یا خیر؟ این مسئله ابعاد فقهی مختلفی دارد. مثلا فرد، اعضایی را که نگاه به آن‌ها حرام است، برای کارشناسی در معرض دید پزشک قرار می‌دهد. حال سوای این که پزشک و بیمار هم‌جنس باشند یا نباشند - که مباحث فقهی خودش را دارد - مسائل دیگری از قبیل چه گونه دیدن و چه قدر دیدن و مانند آن باید از نظر فقهی بررسی شود.

اماره بودن نظر کارشناس پزشکی قانونی

سوال: ماده ۲۱۱ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، علم قاضی را به عنوان یکی از مستندات حکم و تبصره این ماده، نظریه کارشناس را به عنوان مستند علم قاضی پذیرفته است. شارع، اقرار فرد یا چهار شاهد را با شرایط خاص، روش اثبات جرایم جنسی مانند زنا و لواط می‌داند. آیا در این موردها به نظر کارشناس به عنوان مستند حکم می‌توان تکیه کرد؟ در این صورت باید گفت راه‌های اثبات جرایم جنسی طریقت دارند یا موضوعیت؟

حجت الاسلام والمسلمین فاطمی‌نیا: کار پزشکی قانونی، اماره است، نه دلیل. دکتر صدیقی: وظیفه قاضی، کشف حقیقت است، ولی اثبات حقیقت، بحثی دیگر است. برای مثال، شرع مقدس راه اثبات زنا را به موارد خاصی محدود کرده است، اما رخ دادن یا ندادن این جرم را با کارشناسی نیروی انتظامی یا پزشکی قانونی می‌توان اثبات کرد. تحقیقات نیروی انتظامی و آزمایش‌های پزشکی قانونی از باب امارات و قراینی هستند که به قاضی کمک می‌کنند تا بتواند به حقیقت دست یابد. صدور حکم به صرف نظر کارشناسی صحیح نیست.

احتمال خطا در تشخیص بیماری‌های روانی

دکتر صدیقی: تشخیص بیماری‌های روانی ساپژکتیو است، نه آبژکتیو؛ یعنی کارشناس نمی‌تواند بر اساس مواردی که دیده است، تصمیم بگیرد، بر خلاف بیماری‌های جسمانی که علایم، مشاهده و بر اساس آن، تصمیم‌گیری می‌شود. مبنای تشخیص و معاینه در بیماری‌های روانی، دریافت شرح حال و مصاحبه دقیق روان‌پزشکی است و از وسایل تشخیصی کمکی مانند تست‌های روان‌شناسی استفاده می‌شود. افراد متعارف جامعه به راحتی نمی‌توانند بعضی بیماری‌های روانی را تشخیص دهند، در حالی که بسیاری از بیماران روانی در جامعه زندگی می‌کنند بدون این‌که افراد از بیماری آن‌ها آگاه باشند.

در بسیاری از قتل‌ها نیز مشخص می‌شود که قاتل جنون داشته است و با این‌که فردی تحصیل کرده و شاغل و دارای خانواده و جایگاه اجتماعی بوده است، اطرافیان متوجه این جنون نشده‌اند؛ زیرا تشخیص این موارد در حیطه تخصص کارشناس است و مردم به طور متعارف، قادر به تشخیص آن نیستند. گاهی افراد برای فرار از مجازات ادعای جنون می‌کنند؛ چون جنون، رافع مسئولیت است. از آن‌جا که هر بیماری روانی شاخص‌های خاصی دارد، آن فرد باید خودش به متخصصی تبدیل شود تا بتواند ادای یک مجنون را در آورد و کارشناس را فریب دهد. چنین مثال‌هایی اهمیت کار این بخش از پزشکی قانونی را در یاری‌رسانی به قضاوت نشان می‌دهد.

میزان اعتبار نظر کارشناس پزشکی قانونی

سؤال: در زمینه فقه پزشکی قانونی، قاضی بر اساس ضرورت رجوع به خبره یا کارشناس موظف است به نظر کارشناس توجه کند. اگر در پرونده، شواهد و قراینی بر خلاف نظر کارشناس پزشکی قانونی وجود داشت، وظیفه قاضی چیست؟

حجت‌الاسلام والمسلمین فاطمی‌نیا: پزشکی قانونی به تحقق یا تثبیت علم قاضی کمک می‌کند. علم قاضی یکی از ادله اثبات دعواست و اگر قاضی علم داشته باشد، ولی از روی شواهد و ظواهر نباشد، این علم نمی‌تواند مستند حکم باشد. مراد از علم نیز علمی است که

ناشی از امارات یا اوضاع و احوالی باشد که قاضی آن را خارج از محکمه و نه خود محکمه به دست آورد و به نتیجه برسد و بر اساس آن مدارک یا شواهد، دعوا را جمع‌بندی کند و به نتیجه یا حکم برسد. پزشکی قانونی نیز از سنخ امارات است، نه از سنخ علم که بر اساس آن بتوان گفت حکم قطعی چنین است. اگر در مبحث حجیت دی ان ای، فقها قائل به عدم حجیت باشند، می‌گویند که پیشرفت علوم در امارات یا شواهد یا مبانی فتوا اثری ندارد. آن‌چه در این‌جا اهمیت دارد، این است که نظر پزشکی قانونی مؤید است و نظر اصلی را قاضی باید با توجه به مستندات صادر کند.

عدم جواز کالبدشکافی در موارد وجود راه‌های دیگر

سؤال: برای اینکه پزشکی قانونی علت مرگ را تشخیص دهد، جراحات‌های متعددی بر جنازه وارد می‌کنند. اگر راه دیگری باشد که بدون شکافتن جنازه بتوان به نتیجه رسید، آیا کالبدشکافی جایز است؟ می‌دانیم که شکافتن جنازه نوعی آسیب زدن به جنازه است که اگر بدون ضرورت و حجیت شرعی باشد، مستلزم دیه است.

دکتر حمید صدیقی: در پزشکی قانونی برای کشف حقیقت از علوم مختلفی استفاده می‌شود. بیش‌ترین فعالیت در پزشکی قانونی، شرح حال و معاینه است که از اصول کار به شمار می‌رود. معاینه و مشاهده صحیح، پایه اساسی پزشکی قانونی است و مبنای بعضی از مکتب‌های طبی، مشاهده است. امروزه در سیر پیشرفت علم برای تکمیل تحقیقات از یک سری آزمایش‌ها استفاده می‌کنند که دیگر نیازی به کالبدشکافی نیست. در این‌جا اگر آزمایش‌هایی مانند آزمایش خون جواب مثبت بدهد، به همان آزمایش استناد و بسنده می‌شود. در غیر این صورت، از روش‌های تصویربرداری مانند عکس‌های رادیولوژی و ام‌آی آر استفاده می‌شود.

هر یک از این موارد، گوشه‌ای از ابهام‌های مسئله را رفع می‌کند و ناقص اصل نیست؛ زیرا هنوز در علم پزشکی قانونی، روشی به دست نیامده است که بدون انجام یک معاینه و کالبدگشایی بتوان به حقیقت به طور کامل دست یافت. در هر حال، رویه این است که در مواردی که می‌توان به صورتی غیر از کالبدشکافی به حقیقت رسید، از آن روش استفاده شود. در پزشکی قانونی قم، تنها شش یا هفت درصد جسد‌ها کالبدشکافی می‌شود، اما در پزشکی قانونی تهران، در مواردی که می‌توان مدارک را بدون کالبدشکافی تهیه کرد، به همان آزمایش‌ها اکتفا می‌کنند. در مواردی که قاضی تشخیص دهد به کالبدشکافی نیاز است، دستور آن را می‌دهد؛ زیرا اگر فرد دفن شود، مدارک نیز با او دفن می‌شوند. به همین دلیل، احتیاط اقتضا می‌کند برای تکمیل تحقیقات، حتی قبل از این که شکایت خاصی صورت گیرد، پرونده به صورت کامل بررسی شود.

حجت‌الاسلام والمسلمین فاطمی‌نیا: سیاست سازمان پزشکی قانونی این است که کم‌ترین هتک حرمت در حق میّت صورت بگیرد و رعایت حقوق میّت و حرمت میّت اهمیت دارد. پزشکان سازمان نیز از نظر رعایت مسائل شرعی و حرفه‌ای در سطح بالایی قرار دارند. با این حال، سازمان پزشکی قانونی بودجه قابل توجهی را برای تحقیقات و تجهیزات مصرف کرده است تا از این طریق در آزمایش‌های مختلف، کم‌ترین آسیب به میّت برسد. پزشکی قانونی مشهود هم به دنبال یافتن روش‌هایی است که هنوز در مراحل آزمایشی قرار دارد و اگر به نتیجه برسد، دیگر از استفاده مستقیم از اعضا و احشای میّت بی‌نیاز می‌شویم.

نتیجه

با توجه به آنچه گذشت، درمی‌یابیم که بین حقوق و فقه و پزشکی ارتباط تنگاتنگی وجود دارد. حقوق و فقه حدود فعالیت پزشکی را تبیین می‌کند و داده‌های اولیه مانند تعریف عناصر مؤثری چون عضو را در اختیار این علم قرار می‌دهند که پزشکی بر اساس این داده‌ها، مسائل را می‌کاود و به فقه و حقوق در حل مسائل یاری می‌رساند. ارتباط این علوم وقتی بیش‌تر نمایان می‌شود که پای قضاوت به میان می‌آید. دستگاه قضایی که داعیه‌دار حل و فصل دعواهاست، در مواردی که حکم پرونده به کارشناسی پزشکی وابسته باشد، برای رفع ابهام‌های موجود، نظر کارشناس پزشکی قانونی را جویا می‌شود و این نظر را به عنوان اماره‌ای قضایی در کنار دیگر شواهد و قراین قرار می‌دهد.

خلاصه نشست نقد رأی با موضوع تسبیب و تقصیر

نشست علمی نقد رأی با موضوع تسبیب و تقصیر با حضور حجت الاسلام و المسلمین دکتر قیاسی، عضو هیئت علمی دانشگاه قم و حجت الاسلام والمسلمین عبدی، استاد سطوح عالی حوزه‌های علمیه در تاریخ ۹۴/۲/۲۱ به همت واحد فوق برنامه مرکز آموزش‌های تخصصی فقه برگزار گردید. در این نشست، ابتدا حجت‌الاسلام محمودی، دانش‌پژوه مرکز، پرونده مرتبط با موضوع تسبیب و تقصیر را تشریح کرد و در ادامه، استادان نظرهای خود را بیان کردند. متن پیش رو، خلاصه گزارش این نشست است.

گزارش مختصر پرونده

آقای محمودی: در این پرونده، یک زن و مرد که به تقاضای خودشان، منزل اجاره‌ای آقای ر.س را برای زندگی کردن گرفته بودند، به استناد پزشکی قانونی به دلیل مسمومیت ناشی از گاز گرفتگی فوت کرده‌اند. دادسرا برای بررسی علت حادثه، موضوع را به کارشناسی ارجاع می‌دهد. بعد از سه مرحله ارجاع به کارشناسی، کارشناسی یک نفره و سه نفره و پنج نفره، علت حادثه در چهار عنوان بیان می‌شود:

- (۱) نصب لوله بخاری به صورت غیر استاندارد (شش متر افقی)؛
- (۲) نصب غیر مجاز آب گرم کن دیواری (با توجه به مجوزی که ساخت آن منزل داشته، زیر شصت متر بوده است. پس باید از آب گرم کن زمینی استفاده می‌کرد)؛
- (۳) تبدیل قطر لوله آب گرم کن از ۱۵ سانتی متر به ۱۰ سانتی متر؛
- (۴) نقص فنی خود آب گرم کن (به دلیل اینکه ۰۲ برابر حد مجاز، گاز منواکسید کربن تولید می‌کرد).

همان طور که از کیفرخواست برمی آید، همه افراد در پرونده را مقصر و هر یک را به درصد مشخصی، مسئول دانسته است:

- موجر و نصاب و بازرس شرکت گاز و شرکت سازنده آب گرم کن، هر کدام به میزان ده درصد؛

- مستأجری که خانه خود را در اختیار این دو نفر فوت شده قرار داده است، بیست درصد؛
- هر کدام از فوت شدگان، به میزان بیست درصد.

در نهایت، دادسرا قرار مجرمیت و کیفرخواست صادر کرد. قاضی دادگاه با این استدلال که این قتل از باب تسبیب است و اسباب در اینجا متعدد است، اعلام کرد که طبق فتوای مشهور فقها و قوانین موضوعه ایران، فقط اسباب عدوانی، ضامن هستند و فقط نقش موجر و نصاب را به عنوان سبب عدوانی، احراز و محکوم به دیه کرد. سپس عوامل دیگر مثل مستأجر را تبرئه کرد.

بررسی حقوقی پرونده

با توجه به اینکه این بحث درباره پرونده قضایی و نقد رأی است و به تشریح حقوقی نیاز دارد، استاد قیاسی نظرهای خود را بیان کرد.

دکتر قیاسی: نکاتی درباره پرونده‌هایی با موضوع تسبیبی

(۱) پیچیدگی موضوعی پرونده‌های تسبیب بیشتر از پیچیدگی حکمی آن است به ویژه پرونده‌های گاز گرفتگی.

(۲) این دادنامه دو قسمت دارد. یک بخش مربوط به کیفرخواست است که ظاهراً با بی دقتی تنظیم شده و به همه عوامل اثرگذار، درصدی اختصاص داده است. البته دادنامه با دقت بیشتری تنظیم شده است، ولی نکاتی دارد که باید به آن توجه کرد.

اولین نکته این است که در این پرونده، یک سری ابهام‌هایی وجود دارد و موضوع برای ما مشخص نیست؛ زیرا در پرونده گفته شده است که لوله بخاری به صورت غیر مجاز (شش متر افقی) نصب شده بود و گاز در آن حرکت نمی‌کرد. اجاق گاز هم که منواکسید کربن تولید می‌کند، روشن بود. آب گرم کن هم که به صورت غیر مجاز نصب شده، خراب بود.

اگر این عوامل یادشده به طور دقیق آزمایش می‌شد، ممکن بود اصلاً میزان تولید منواکسید کربن به وسیله اجاق گاز و لوله بخاری در مقابل آب گرم کن، ناچیز شمرده شود. اگر هر کدام از این دو بود به جز آب گرم کن، موجب مسمویت نمی‌شدند. در مورد خرابی آب گرم کن نیز که در پرونده به آن اشاره شده، آیا مربوط به کار خانه بوده یا بعداً بر اثر کهنگی و استهلاک خراب

شده، ولی با وجود این مشکل، نصب شده است؟ آیا نصاب دوره فنی دیده است؟ اگر گواهی دارد، مدرکش را تقلبی گرفته یا واقعی؟ این موردها در تعیین سببیت فرد اثر دارند. در حل این مسئله، فرض را بر این گذاشته‌ایم که این سه امر با هم در حادثه اثر داشته‌اند و با این فرض، مسئله را حل می‌کنیم.

(۱) حسب گزارش کارشناسان که همگی به اتفاق گفته‌اند یکی از دلایل وقوع حادثه، نصب غیر استاندارد لوله بخاری است:

چون برای نصب لوله بخاری، قانون نداریم، باید به عرف مراجعه کنیم و ببینیم آیا این عمل در عرف به طور متعارف، بی احتیاطی است یا نیست. اگر بی احتیاطی است، بین سبب و مباشر یا دو سبب که در طول هم قرار دارند، اگر سبب دوم، عالم باشد به آنچه رخ می‌دهد، تقصیر متوجه اوست.

بنابراین، مالک لوله را شش متری نصب کرده و به صورت افقی و واقعا نمی‌دانسته که این وضعیت، کشنده است و نمی‌خواسته است که کسی را بکشد. همچنین فوت‌شدگان این موضوع را نمی‌دانستند و استفاده کرده‌اند. پس چرا مالک را مسئول بدانیم، ولی فوت‌شدگان را مسئول ندانیم؟

ملاک سبب عدوانی (خلاف شرع بودن و رابطه علیت)

(۲) بحث سبب عدوانی که در این پرونده مطرح است.

فقها از سه اصطلاح استفاده می‌کنند:

(۱) افراط (که در حقوق به آن می‌گویند بی احتیاطی)؛

(۲) تفریط (که در حقوق به آن می‌گویند مبالاتی)؛

(۳) عدوان (کاری که خلاف شرع است).

در کتاب تسبیب خود، بحثی را در این زمینه مطرح کرده‌ایم به این صورت که آیا عدوان به طور مطلق، ضمان‌آور است یا نه؟

قانون‌گذار در کتاب غضب، عدوان را مطلقا موجب ضمان می‌داند (یعنی اگر کسی مثلا گوسفند شخصی را دزدید و شب سیل آمد و آن را از بین برد، غاصب، مسئول است ولو تلف مستند به او نیست). آیا در تسبیب هم همین طور است؟

میرزا حبیب‌الله رشتی همان طور که در کتاب تسبیب بیان کردیم، عدوان را در تسبیب به طور مطلق موجب ضمان می‌داند، ولو اینکه رابطه علیت بین عدوان و حادثه باشد یا نباشد، اما اینجا ضمان را به طور مطلق موجب ضمان نمی‌دانیم، بلکه به نظر ما باید بین عدوان و حادثه

رابطه علیت وجود داشته باشد. نظریه قالب در رویه قضایی هم همین طور است که عدوان را در صورت وجود رابطه علیت آن با حادثه موجب ضمان می‌دانند.

در مسئله مورد بحث هم عدوان است (خلاف مقررات است) و هم رابطه علیت وجود دارد (یعنی اگر اینها این کار را نمی‌کردند، حادثه رخ نمی‌داد). پس سببها عدوانی‌اند. در این دادنامه از استفاده از دودکش به صورت افقی، استفاده از آب‌گرم‌کن دیواری و نصب آن توسط نصاب، تقلیل ابعاد دودکش توسط موجر بر خلاف نظام‌های دولتی اعلام شده و اقدام نکردن موجر برای تعمیر و رفع نواقص و عمل نصاب هم در زمینه نصب آب‌گرم‌کن دیواری به جای آب‌گرم‌کن زمینی که فعل مثبت است، سخن به میان آمده است.

تقصیر این دو در کنار تقصیرهای دیگر چه حکمی پیدا می‌کند؟ از طرفی به نظر می‌رسد که این اسباب اقوا و عدوانی، در عرض یکدیگر هستند، نه در طول هم و در قوانین موضوعه، اگر اسباب عدوانی در عرض یکدیگر قرار گیرند، اسباب بالسویه مسئولند. البته در قانون قبل، رویه این بود که به دلیل نزدیک بودن به عدالت و انصاف، تعیین میزان مسئولیت هر فرد به میزان تقصیرش بود. بنابراین، برای هر مسئول به میزان تقصیرش، درصدی را مشخص کرده است. در این پرونده گفته شده است که این دو، اسباب اقوا هستند، ولی نگفته است اقوا از چه؛ مباشر یا سبب‌های دیگر؟ بنابراین، هر دو را مسئول دانسته است که ابهام دارد.

۳) قاضی در دادنامه، ۴۰ درصد مسئولیتی را که دادسرا به فوت‌شدگان داده بود، نمی‌پذیرد و آنها را بری از مسئولیت می‌داند و استدلال می‌کند با توجه با اصل سلامت کالا، نام‌برندگان از وجود ناقصی‌های مطرح هرگز آگاهی نداشته‌اند و فوت آنها از ناقصی‌هاست، نه عمل خودشان. پس مسئول نیستند.

به نظر دادسرا، خانم ف.پ به دلیل استفاده مداوم از آب‌گرم‌کن نایمن در استحمام طولانی خود، در حالی که بخاری و اجاق گاز، روشن و فضای خانه هم بسیار کوچک بود، از تهویه مناسب استفاده نکرده است. مثلاً می‌توانست در این شرایط، در ورودی خانه را مقداری باز بگذارد. به همین دلیل، هر دو فوت‌شده را در مرگ خودشان مقصر دانسته است.

کارشناس درست حدس زده است و اینها هم باید مسئول باشند؛ چون با وجود این همه تبلیغات در رسانه‌ها، از نظر عرفی گفته می‌شود که بی‌مبالاتی کرده‌اند. قاضی می‌گوید فوت‌شدگان وظیفه قانونی برای کنترل نداشته‌اند. بنابراین، مقصر نیستند. بر خلاف این نظر که اینها وظیفه قانونی داشته‌اند، پس مقصرند، می‌گوییم از نظر بی‌مبالاتی عرفی‌شان مقصرند.

بحث سبب مقدم در تأثیر

با این استدلال ایشان که گفته است: «ثانیا این سبب در طول اسباب غیر عدوانی صدرالذکر و متأخر از آنها می‌باشد»، می‌توان گفت اگر اسباب داشته باشیم، در طول هم هستند، اما سبب مقدم در تأثیر نداشته باشیم. فقها در این زمینه بحث نکرده و گویا مفروض گرفته‌اند همواره سبب مقدم، سبب مقدم در تأثیر هم است. این در حالی است که در بعضی پرونده‌ها اصلا سبب مقدم نداریم. بنابراین، در چنین موردهایی، همه اسباب عدوانی را ضامن می‌دانیم؛ چون شرط اینکه یکی از اسباب، ضامن باشد، در اینجا وجود ندارد و آن شرط اینکه سبب مقدم در تأثیر باشد. در این پرونده هم همین طور است؛ چون چند تا عمل به یک باره با هم کار کرده‌اند. بعضی‌هایشان فعل است و بعضی ترک فعل و سبب مقدم در تأثیر نداریم. بنابراین، همه سبب‌های عدوانی ضامن هستند. به نظر ما، فوت‌شدگان هم ضامن هستند و اینکه در طول اسباب باشند، در اینجا نمی‌تواند موجب عدم ضمانشان شود.

آیا عدم الفعل می‌تواند سبب باشد؟

۴) اینکه عمل مستأجر را موجب ضمان نگرفته، درست است، اما استدلالش درست نیست؛ زیرا گفته است: «چون در حقوق، ترک فعل زمانی مجازات دارد که طبق قانون، وظیفه‌ای بر دوش شما وجود داشته باشد. لذا مستأجر قانونا وظیفه‌ای نداشته است. لذا این عدم آگاهی دادن او که ترک فعل است، موجب ضمان نیست.»

جواب: این وضعیت دلیل نمی‌شود در باب ضمانات هم این طور باشد. چه بسا بسیاری از ترک فعل‌هاست که وظیفه قانونی در قبال آن وجود ندارد، اما بی‌مبالاتی عرفی تلقی و باعث ضمان شخص می‌شود، هرچند مجازات نداشته باشد. مثال معروفی هم دارد که اگر کسی گلدان را در بالکن بدون حفاظ بگذارد و بعد بر اثر وزش باد، گلدان بیافتد و به کسی برخورد کند و موجب خسارت شود، صاحب گلدان ضامن است به دلیل این بی‌مبالاتی عرفی، هر چند مجازات نمی‌شود. پس مستأجر، ضامن نیست نه به دلیل ترک فعل، بلکه به دلیل عدم اطلاع. این شخص ضامن نیست و از نظر عرفی، بی‌مبالاتی نکرده است.

۵) ایشان کارخانه را مسئول نمی‌داند و علت عدم مسئولیت را ترک فعل می‌داند (یعنی کارخانه موظف نیست از نظر قانونی بر کار نصاب نظارت کند). به نظر ما، کارخانه، مسئول است؛ زیرا کارخانه جنس بد تولید کرده و کارش فعل مثبت است، نه ترک فعل.

۶) تقصیری متوجه مأمور گاز نکرده که درست است؛ چون نقش مأمور گاز تا زمانی است که ساختمان ساخته می‌شود. وقتی ساختمان ساخته شد، دیگر نقشی ندارد.

نکته دوم: اگر فوت‌شدگان را سبب در نظر بگیریم یا مباشر بدانیم، چون در سبب و مباشر بودن اینها ظرافتی نهفته است و به نظر می‌رسد این دو فوت شده به مباشر بودن نزدیک‌ترند، ولی ممکن است کسی اینها را سبب تلقی کند؛ چون مستقیماً موجب مرگ خود نشده‌اند. پس بنا بر این اینکه آنان را سبب در نظر بگیریم یا مباشر یا مقصر یا غیر مقصر، حکم ما متفاوت خواهد شد.

تبیین فقهی پرونده

استاد عبدی: در خصوص این پرونده به صورت فایده‌ای صحبت می‌کنیم، نه با یک نظم منطقی. اکنون چند نکته کلی در مسائل تسبیب و بررسی فقهی بیان می‌شود:

(۱) چرا در کتاب‌های فقهی هیچ‌گاه این سنخ مسائل را نمی‌بینیم (ذکر عوامل مختلف در یک مسئله)؟ البته گاهی در موضوعاتی مثل قصاص چنین وضعیتی وجود دارد، ولی عموماً این کار در فقه انجام نمی‌شود. چه بسا این پرونده، ما را با حکمت این کار فقها آشنا کند. این کار، کار موضوعی است که تشخیص موضوع با عامی است یا قاضی یا حاکم و به فقیه ربطی ندارد. به نظر می‌رسد وقتی مفهوم ابهام پیدا می‌کند، راهی نداریم که تعریف به ماهیت را کنار بگذاریم یا در نهایت، از مفاهیم انتزاعی استفاده کنیم. فقها به مثال‌های ساده پرداخته و اساساً در پی شناخت مؤلفه‌ها و عناصر اصلی بوده‌اند، نه موضوع‌شناسی موضوعات پیچیده که منجر به مناقشه در مثال می‌شود.

(۲) مسائل تسبیبی شبیه یک تابلوی نقاشی است که برآیند آن را با یک ذوق عرفی می‌توان محاسبه کرد. در حقیقت، یک نوع هنر حقوقی است، نه مبحث برهانی یا فلسفی حقوق. یعنی این طور نیست که فرد بتواند به راحتی، سازوکار تطبیق آن را پیدا کند. پس در تطبیق ممکن است قابل اثبات نباشد؛ یعنی در بسیاری از موارد می‌توان چنین گفت (من این طور می‌فهمم، اما چرایش را نمی‌توانیم بگوییم). وقتی می‌خواهیم این نقاشی و برآیند آن را پیدا کنیم و ببینیم عناصر اصلی که می‌توانند مورد استناد قرار گیرند، چیست، تک تک این تصویر و رنگ‌آمیزی و نوع رنگ و عوامل بسیار دیگری مؤثرند.

(۳) این خلاصه پرونده بسیار مجمل است و با این مقدار اصلاً قابلیت نظر ندارد؛ چون عوامل متغیر در آن زیاد است که در بخشی از آنها مشترک هستیم با نظر دکتر، اما به بخشی دیگر اشاره می‌کنیم:

در عبارتی آمده است: «لوله بخاری به صورت افقی نصب شده». سؤال این است که اگر کسی دو سال در مکانی بماند و زندگی کند و این وضعیت را ببیند، با آگاهی‌هایی رسانه‌ای

درباره این امور، خودشان باید احتیاط‌های لازم را انجام می‌دادند. در این زمینه، سن و میزان تحصیلاتشان دخیل است؛ زیرا ممکن است در سنی باشند که متوجه این آگاهی‌های رسانه‌ای نمی‌شدند یا اصلاً شاید سواد نداشتند که متوجه این آگاهی‌ها شوند.

پرسش دیگر این است که مالک لوله آب‌گرم‌کن را از ۱۵ سانتی‌متر به ۱۰ سانتی‌متر کاهش داده است یا نصاب؟ مورد دیگر این است که خرابی آب‌گرم‌کن را به مدیر کارخانه ربط داده است که دو حالت دارد. اگر آب‌گرم‌کن نو نقص فنی داشت، شرکت مسئول است، اما اگر آب‌گرم‌کن دسته دوم باشد و بر اثر کهنگی و استهلاک دچار نقص فنی شده باشد، در این صورت، موجب قطع اسباب است، در حالی که پرونده به عنوان سبب بعید، آن را کنار گذاشته است. در این موارد آگاهی نداریم.

مباحث فنی فقهی پرونده

(۱) در پرونده گفته شده است که سبب، اقوا از مباشر است. مباشر در این پرونده کیست؟ تنها کسی را که می‌توان یافت، فوت‌شدگان هستند. این در حالی است که خود قاضی برای اینکه فوت‌شدگان را از مسئولیت بری بداند، می‌گوید: «اصل بر سلامت تجهیزات مورد استفاده بوده و نام‌بردگان از حدود نواقص مطروحه هرگز آگاهی نداشته‌اند و فوت آنها از نواقص مطروحه نشئت گرفته، نه عمل خودشان». این تعبیر دقیقاً نفی مباشرت است و به نوعی تناقض‌گویی است. تعجب است که این تناقض‌گویی را چه گونه مطرح کرده است؛ چون در این موضوع، اصلاً مباشر نداریم و همه‌اش از اسباب است.

(۲) بحث خروج مرتکب از عمل متعارف هم مطرح است که انجام کار بدون رعایت موازین و مقررات را معیارهای عدوانی بودن گرفته است. تخلف از قانون موجب صدق عنوان عدوانی می‌شود، در حالی که این بیان با مذاق فقه سازگار نیست. چنین اطلاقی را برای عدوانی بودن نمی‌توان در نظر گرفت؛ یعنی هر کس قانون را زیر پا بگذارد، به عنوان یک سبب عدوانی است، مگر اینکه آن را در موارد متعارف بیاوریم.

(۳) در اصل صحت و سلامت جنس که مطرح شده است، مراد از این اصل چیست؟ آیا مراد اصل صحت، عمل غیر است یا در مورد مبیع، وقتی شخص می‌خواهد کالا بخرد، اصل اینکه کالای سالم مورد نظر است، مطرح می‌شود؟

(۴) نکته دیگر اینکه به گفته استاد قیاسی، فقهای ما سبب مقدم در تأثیر و به عبارتی دیگر، تأثیر مؤثر مقدم را ذکر نکرده‌اند. احتمال می‌دهیم که دلیلش آن است که سبب مقدم در تأثیر را با سبب مقدم در وجود مساوی می‌دانستند؛ چون عدم تعرض به این مسئله خیلی مهم است.

پاسخ یک پرسش

۱- معیار و ضابطه اینکه هر کدام از سببها چند درصد مقصر هستند، چیست؟

پاسخ استاد قیاسی:

هیچ معیاری ندارد و خود کارشناسها می نویسند. با توجه به اینکه هیچ معیاری در این خصوص وجود ندارد، بنا به درخواست قضات، میزان درصد این طور تعیین می شود. آیا معیار، عرف است؟ گاهی عرف است و گاهی اوقات، کارشناسی است.

اگر عرف است، در موارد اختلافی چه باید کرد؟ به کارشناس سه نفره ارجاع می دهند. اگر دوباره اختلاف شد، به کارشناس پنج نفره حواله می دهند که دیگر، قاطع دعواست، مگر اینکه خود قاضی نظر دیگری داشته باشد.

الملخصات

المترجم: محسن الشيرى*

اعتبار شهادة الزوج على زوجته الزانية حسن الامينى نسب

اذا كان الزوج احد الشهود على زنا زوجته ففى قبول شهادته أو ردّها دورٌ مهمّ و مع ذلك لا يوجد فى القوانين نصّ عليه. و للفقهاء فى هذا الموضوع، قولان على طرفى «نقيض؛ كثير منهم على اعتبار هذه الشهادة و الحكم بحد الزنا على الزوجة و يخالفهم جماعة من الفقهاء حيث يردّون هذه الشهادة و يحكمون بحدّ القذف على الشهود لعدم توافى عددهم. و استدلّ كلٌّ منهما بأدلةٍ غير تامّة فى الجملة. و فى القانون قد توجد شواهد للقولين لكن ليس نص خاص عليه. فمن الضرورى تحقيق هذه المسألة. و فى هذه المقالة محاولة لتبيين كل من القولين و التحرى عن ادلته و تقييمهما و مختار عدم اعتبار شهادة الزوج على زنا زوجته و ذكر ثمراته الحقوقية.

ماهية الحكم الوضعى و الفرق بينه و الحكم التكليفى اتجاهاً على آراء الاصوليين من الشيعة رضا العسكري

من التقسيمات الرائجة فى علم اصول الفقه عند الشيعة تقسيم الحكم الى الوضعى و التكليفى. و بما أنّ فى كون الحكم وضعياً أو تكليفاً دور فى اسلوب الاستنباط و قواعده، فمن الضرورى البحث عن ماهيتهما. و فى هذا البحث هى محل الخلاف ماهية الحكم الوضعى دون التكليفى. هناك فى هذه المحاولة حصل لدينا ثلاثة آراء للاصوليين حول هذه المسألة. و عدة من الاصوليين منهم الشيخ الانصارى، على أنّ الحكم الوضعى منتزع عن الحكم التكليفى.

و عدّة أخرى منهم الفاضل التوني، على أن للحكم الوضعي اعتبار مستقل. و عدة ثالثة منهم الآخوند الخراساني، على القول بالتفصيل.

في هذه المقالة تدعم نظرية استقلال الاعتبار. و بعبارة أخرى أن الحكم الوضعي حكم اعتباري يحقّق الموضوع للحكم التكليفي. و يجعل المستقل بمكان من الامكان في جميع موارد الحكم الوضعي. إلا أن بينه و بين الحكم التكليفي فروقاً من جهة ترتب العقاب، التعلق بالفعل مباشرة، التقيد بالشروط العامة للتكليف و جواز جعل التبعي.

ما هو حكم الاجهاض العمدى للجنين؟ القصاص أو الدية

حامد بارسا

اجهاض الجنين إنّ في بلدنا فمن الضروري دراسة حكمه الفقهي. و في حكم الاجهاض للجنين التام الخلقة الذي ولجته الروح عمداً خلاف بين فقهاء الامامية؛ فذهب بعض منهم كاشف الغطاء و السبزواري و الآغا رضا المدني الكاشاني الى ثبوت القصاص نظراً الى عمومات القصاص. و خالفهم كثير من الفقهاء كالشيخ الطوسي والمحقق الحلي و الشهيد الثاني و العلامة الحلي قائلين بثبوت الدية و تخصيص عمومات القصاص بالنسبة الى اجهاض الجنين. و المهم اختيار القول الصحيح.

هناك في هذه السطور، تقسيم الفقهاء الى مثبت القصاص و نافية و التحري عن الاقوال و ادلتها. و اخيراً تدعم نظرية عدم القصاص و ثبوت الدية على ذمة مسقط الجنين، أمّا كانت أو غيرها.

مجارى الطلاق القضائي و شروطه في فقه الامامية و القانون المدني الايراني

على ابو حسيني الدرزي

يبدو من الضروري التحقيق في مجارى الطلاق القضائي في القانون المدني الايراني و مقارنته بالمباني الفقهية لكثرة طلب الطلاق في زماننا من جانب الزوجة الذي يعبر عنه بالطلاق القضائي. و نحن في هذه المقالة بعد تبين ماهية الطلاق القضائي نحاول البحث عن المصاديق المشتركة بين الفقهاء و القانون المدني الايراني و المقارنة بين ادلته و شرائطه و المصاديق المشكوكة بين الفقه و القانون.

فى اتجاه مقارن؁ نجد انّ موارد طلب الطلاق من جانب الزوجه فى المحاكم هى نفس الموارد المذكورة فى القانون اجمالاً و هى: عدم تأدية الزوج للنفقة من جانب الزوج؁ غيبة الزوج مدة اربع سنوات و ابتلاء الزوجة بالعسر و الحرج. ثم ان الشروط المذكورة للطلاق القضائى بالنسبة الى غيبة الزوج؁ اقلّ ممّا اشترطه فقهاء الامامية. و فى موارد عدم تأدية النفقة اختار القانون المدنى الايرانى من بين اقوال الفقهاء القول بعدم التأدية مطلقاً. ثم إنّ مفهوم العسر و الحرج فى القانون المدنى كان أوسع بالنسبة الى المعنى الفقهى و استسهل الطلاق اكثر فاكثر. و فى الختام إنّ القانون المدنى عدّ من موارد الطلاق بقرار المحكمة وكالة الزوجة فى الطلاق و شرط الطلاق للزوجة بينما أنّ فقهاء الامامية لا يرون شموله لهما.