

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

فقه امروز که از 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 پنجم و ششم - زمستان ۹۴ و بهار ۹۵

صاحب امتیاز: مرکز آموزش‌های تخصصی فقه

مدیر مسئول: مهدی محقق فر

سر دبیر: ابراهیم ابراهیمی

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

مدیر داخلی: امید توتچی

مترجم چکیده‌ها: محسن شیری

مشاوران علمی این شماره: حجت الاسلام والمسلمین محمدهادی فاضل، حجت الاسلام والمسلمین

یوسف غلامی، جناب آقای مسعود امامی

مشاور روشی: مهدی محقق فر، مهدی عطار کاشانی

ویراستار: محمد صادق دهقان

طراح و گرافیست: 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 / طالبان علم در کلام امیرالمومنین علیه السلام

مقالات

- ۱۱ مبانی فقهی استحقاق اجرت المثل زوجه و تأثیر شرط تنصیف اموال بر آن / محسن شیری
- ۲۷ جبران خسارت معنوی از منظر فقه و حقوق / فاضل حدادی
- ۵۱ ضابطه جرم انگاری در متون فقهی و مواد قانونی باتکیه بر قاعده «التعزیر لکل عمل محرم» / رضا عسکری
- ۸۱ بررسی ادله و آثار مسئولیت پزشک در فقه امامیه / عادل سعادت
- ۹۵ مبانی فقهی تقسیم دیه بر عاقله در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ / سقراط کلینی
- ۱۰۵ کیفیت رؤیت در شهادت برزنا از دیدگاه فقهای امامیه / سجاد رضایی
- ۱۱۹ اعتبار اجتهاد در قاضی با تاکید بر نظر محقق خوئی / قاسم رضایی
- ۱۳۹ حکم رشوه در غیر قضا و مستندات آن از دیدگاه فقه امامیه / مهدی ارجمند شیخ احمد
- ### اطلاع رسانی علمی
- ۱۵۷ معرفی مکتب «عدالت ترمیمی» در مقایسه با مکتب «ترمیمی کیفری» اسلام / حسین حاجی حسینی
- ۱۷۹ نشست علمی نقد قاعده تداخل قصاص در قانون مجازات اسلامی سال ۱۳۹۲ / رضا ستوده
- ۱۸۷ نشست علمی استرداد پول نامشروع / محمد رضا حسینی نژاد
- ۱۹۵ الملخصات

شیوه‌نگارش مقالات علمی

نکات کلی

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

نحوه نگارش علمی مقاله

الف: نحوه حروف چینی

مقاله باید بریک روی کاغذ (A4) با حاشیه ۲/۵ سانتی متر از چهار طرف و فاصله سطور ۱۲ میلی متر با رایانه تایپ و تمام صفحات مقاله پشت سر هم شماره گذاری و تهیه شود. در هر صفحه حدوداً ۳۰۰ تا ۳۳۰ کلمه و حداکثر ۲۲ خط.

ب: شیوه نگارش و ارجاع دهی

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

طالبان علم در کلام امیرالمومنین علیه السلام

مجموعه کتب روایی شیعه مملو از احادیثی است که درباره علم و عالم از حضرات معصومین علیهم السلام نقل شده است. تا جائیکه هم بخاطر اهمیت علم و هم بخاطر کثرت و وسعت موضوعات مطرح در آنها می توان ابواب مستقلی را در این کتابها مشاهده کرد.^۱ از انواع علم و ماخذ آن تا ثواب و تحریض برطلب علم، صفات طالبان علم، اصناف مردم در مواجهه با علم، حق عالم، مجالست با علما، عمل به غیر علم و... در این وسعت سخن بمیان آمده است. پرداختن به همه اینها در کنار آنچه از جایگاه علم و عالم در قرآن کریم مطرح شده^۲ و ارائه نظام وار آنها، نیازمند مجال وسعه دیگری است که برخی تفصیلات آنها را می توان در نوشتجاتی که در شرح کتب روایی یا کتب مستقل دیگر از علمای اعلام آمده است، دنبال کرد. با این همه آنچه در این مقال محل دقت است برخی از ویژگی های طالبان و حاملان علم و معارف است که امیرالمومنین علیه السلام در بیانی پر مغز به جناب کمیل بن زیاد نخعی فرموده اند؛ امید که چراغ راهمان گردد.

۱. ظرفیت روحی و فکری

در ابتدای این فرمایش آمده است که حضرت دست کمیل را می گیرند و با خود به صحرائی می برند و در آن خلوت که دل آماده و ذهن فارغ است مطالبی به کمیل عرضه می کنند و امر به حفظ آنها دارند.^۳ از فضای کلی بیانات و مخاطب آن و فرازهای ذیل حدیث روشن است که موضوع گفتگو در خصوص طالبان و حاملان علم و معارف دین است. کسانیکه اولین شرط

۱. ن.ک: الکافی (ط - دارالحدیث)، ج ۱ ص ۷۱؛ مرآة العقول فی شرح أخبار آل الرسول؛ ج ۱؛ ص ۹۸؛ بحار الأنوار (ط - بیروت)؛ ج ۱؛ ص ۱۶۲.

۲. از جمله: «فَسَلُّوا أَهْلَ الذِّكْرِ أَنْ تَكُنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ» و «هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ» و «إِنَّمَا يَتَذَكَّرُ أُولُو الْأَلْبَابِ» و «بَلْ هُوَ آيَاتٍ بَيِّنَاتٍ فِي صُدُورِ الَّذِينَ أُوتُوا الْعِلْمَ» و «يَرْفَعُ اللَّهُ الَّذِينَ آمَنُوا مِنْكُمْ وَالَّذِينَ أُوتُوا الْعِلْمَ دَرَجَاتٍ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ».

۳. وَ مِنْ كَلَامِ لَهُ عَ لِكُمَيْلِ بْنِ زَيْدِ بْنِ النَّخَعِيِّ قَالَ كُمَيْلُ بْنُ زَيْدٍ أَخَذَ بِيَدِي أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ عَلِيَّ بْنَ أَبِي طَالِبٍ عَ فَأَخْرَجَنِي إِلَى الْجَبَانِ فَلَمَّا أَصَحَرْتُ تَنَفَّسَ الصُّعْدَاءُ ثُمَّ قَالَ... فَأَحْفَظُ عَنِّي مَا أَقُولُ لَكَ (شرح نهج البلاغه لابن ابی الحدید: ۱۸: ۳۴۶).

در بیان امیرالمومنین علیه السلام برای آنها برخورداری از وعی است. این وعی و ظرفیت با توجه به موضوع گفتگو، هم ظرفیت روحی نگهداری و تحمل معارف و اسرار علوم نبوی و علوی را شامل می شود و هم ظرفیت فکری و ذهنی به یاد سپاری علوم و از دست ندادن آنچه را که فرا گرفته شده است. بنابراین گام اول و اساسی در این بیان، ظرفیت روحی و فکری طالب معرفت و حامل علم است که باید آنرا در خود ایجاد کند. لذا می فرماید: «يَا كَمَيْلَ بْنَ زَيْدٍ إِنَّ هَذِهِ الْقُلُوبَ أَوْعِيَةٌ فَخَيِّرْهَا أَوْعَاهَا». (شرح نهج البلاغه لابن ابی الحدید ۱۸: ۳۴۶)

۲. انقیاد و تسلیم

انقیاد و تسلیم در برابر حق و پیشوایان حق شرط دیگر است. طالب علم، طالب حق و حقیقت است. اگر به حق رسید باید بر آن ایستادگی کند. باید حق را در آنچه از او برای اوست بکارگیرد. حضرت در این فراز از کسانی که مطالب را به سرعت فرا می گیرند ولی قابل اطمینان نیستند و حق را آنگونه که می خواهند و در مسیری و جایگاهی که می خواهند - و نه آنچه شایسته حق و اهل حق است - می نشانند گله مندند. لذا با اشاره به سینه مبارکش که مخزن علوم الهی است می فرماید:

«يا كميل... إِنَّ هَاهُنَا لِعِلْمًا جَمًّا وَأَشَارَ [بِيَدِهِ] إِلَى صَدْرِهِ لَوْ أَصَبْتُ لَهُ حَمَلَةً. بَلَى أَصِيبُ [أَصْبَتْ] لَقِنَا غَيْرَ مَأْمُونٍ عَلَيْهِ مُسْتَعْمَلًا آلَةَ الدِّينِ لِلدُّنْيَا وَ مُسْتَظْهِرًا بِنِعْمِ اللَّهِ عَلَى عِبَادِهِ وَ بِحُجَجِهِ عَلَى أَوْلِيَائِهِ» (همان)

۳. بصیرت و آمادگی در برابر شبهات

حتی اگر مطالب را درون خود جمع کنیم و تسلیم و منقاد حق و حاملان و پیشوایان حق باشیم باز هم شروط دیگری هست که محتاجیم. شرط دیگر بصیرت و آمادگی در برابر شبهات است. بصیر کسی است که هم دقت در دیدن و هم وسعت دید دارد. هم اجزا و هم ارتباط اجزا با هم و هم مجموعه و هم ارتباط مجموعه ها با هم را می بیند. این نوع دیدن که هم وسعت و هم دقت را در خود دارد، هم اصول ثابتی به شخص می دهد و هم توان تحلیل او را بالا می برد و او را در برابر هجوم شبهات و تطمیع ها و تزویرها مقاوم و پایدار می کند. لذا حضرت از منقادان بی بصیرت شکوه می کنند و می فرماید: «أَوْ مُنْقَادًا لِحَمَلَةِ الْحَقِّ لَا بَصِيرَةَ لَهُ فِي أَحْتَائِهِ يَنْقُدُ الشُّكَّ فِي قَلْبِهِ لِأَوَّلِ عَارِضٍ مِنْ شُبُهَةِ الْآلَا ذَا وَلَا ذَاكَ» (همان)

۴. بی رغبتی به دنیا

بی رغبتی به دنیا، بی رغبتی به تمام مظاهر دنیاست از ریاست و ثروت و قدرت و زن و فرزند تا علمی که انسان را از مسیر عبودیت خارج می کند. لذا در بیانات ائمه علیهم السلام حب دنیا

رأس تمام خطاها معرفی شده است. (الكافي (ط - دارالحدیث)، ۳: ۷۶۶). شرط اساسی دیگر طالب علم و حقیقت، بی‌رغبتی به دنیا است. رغبت به دنیا انسان را معامله‌گر می‌کند. براحق و پیروان حق را ذبح می‌کند تا به دنیا و گندم ری برسد. علاوه بر این هر تعلقی انسان را پای بند و مشغول می‌کند و از شتاب گرفتن‌ها و صید کردن بدست نیامدنی‌ها بازمی‌دارد. لذا علی علیه السلام حریصان بی‌قید و بند و مال اندوز را به حیوانات چرنده‌ای تشبیه می‌کند که همشان چریدن است و جز به آن نمی‌اندیشند. عالم غیر زاهد نیز تعلقاتش، او را از هم اصلیش که علم و حقیقت است بازمی‌دارد. لذا می‌فرماید: «أَوْ مَنَّهُمْ مَّا بِاللَّذَّةِ سَلِسِ الْقِيَادِ لِلشَّهْوَةِ أَوْ مَعْرَمًا بِالْجَمْعِ وَالْإِخَارِ لَيْسَا مِنْ رِعَاةِ الدِّينِ فِي شَيْءٍ أَقْرَبُ شَيْءٍ شَبَّهَا بِهِمَا الْأَنْعَامُ السَّائِمَةُ» (شرح نهج البلاغه لابن ابی الحدید ۱۸: ۳۴۶)

۵. احساس مسئولیت و پشتکار

حضرت پس از این، طالبان حقیقت را کم و اندک می‌شمارند و با این تحلیل، مرگ علم را به مرگ صاحب آن پیوند می‌زنند و امیدوارانه و مشتاقانه از طالبانی می‌گویند که بخاطر خدا قیام می‌کنند تا حجج الهی و بینات او را حفظ کنند و آنها را در قلوب همانندان خود بکارند و سپس سایر ویژگی‌های این طالبان حقیقی را برمی‌شمارند. از جمله این ویژگی‌ها استمراری است که در تلاش و فعالیت دارند. به دنبال همانندانی می‌گردند که آنچه را از حق یافته‌اند به آنها بدهند و در دل آنها بکارند. دنبال این هستند که این سیر و خطی که از حق یافته‌اند منقطع نشود. لذا می‌فرماید: «يَحْفَظُ اللَّهُ بِهِمْ حُجَجَهُ وَ تَبَيَّنَاتِهِ حَتَّى يُودِعُوهَا نُظْرَاءَهُمْ وَ يَزْرَعُوهَا فِي قُلُوبِ أَشْبَاهِهِمْ». (همان)

۶. آسان گرفتن سختی‌ها

در مسیر طلب علم موانع و بهانه‌های زیادی است که هر کدام می‌تواند طالب را از دستیابی به حق باز دارد. از کمی امکانات تا محرومیت از امکاناتی که برای دیگران فراهم است. از نان و درآمد و شغل و همسر گرفته تا مدرک و جایگاه و اعتبار. تعبیر حضرت در این فراز این است که طالبان علم و حقیقت آنچه را مترفین و اهل عافیت و راحت طلبی سخت می‌انگارند، بر خود راحت می‌گیرند. و می‌فرماید: «اسْتَلُّنَا مَا اسْتَوْعَرَهُ الْمُتَرْفُونَ» (همان). بهانه‌ها کم کم برای انسان توقع درست می‌کند و توقعات، بی‌انگیزه‌گی و دلسردی را به همراه دارد.

۱. كَذَلِكَ يَمُوتُ الْعِلْمُ بِمَوْتِ حَامِلِيهِ اللَّهُمَّ بَلَى لَا تَخْلُو الْأَرْضَ مِنْ قَائِمٍ لِلَّهِ بِحُجَّةٍ إِمَّا ظَاهِرًا مَشْهُورًا وَ إِمَّا خَائِفًا مَعْمُورًا لِنَلَّا تَبْطُلَ حُجَجُ اللَّهِ وَ تَبَيَّنَاتُهُ وَ كَمْ ذَا وَ أَيْنَ [أَوْلِيكَ] أَوْلِيكَ وَ اللَّهُ الْأَقْلُونَ عَدْدًا وَ الْأَعْظَمُونَ عِنْدَ اللَّهِ قَدْرًا... أَوْلِيكَ خَلْقًا اللَّهُ فِي أَرْضِهِ وَ الدَّعَاءُ إِلَى دِينِهِ آه آه شَوْقًا إِلَى رُؤْيَيْهِمْ. (شرح نهج البلاغه لابن ابی الحدید ۱۸: ۳۴۶).

۷. نهراسیدن و شجاعت

جوینده علم و حقیقت وقتی به حقی دست می‌یابد و وقتی در خود زمینه‌های پذیرش و همراهی با حق را ایجاد کرده و موانع دست کشیدن و بریدن از آن را ریشه‌کن کرده است در ابراز حق و دفاع از آن حتی اگر ماه رادریک دست و خورشید را در دست دیگرش بگذارند، کوتاهی نمی‌کند. اگر مسیر حق را درست تشخیص داد از گام نهادن در آن ابایی ندارد و کمی و زیادی اهلش و بود و نبود همراه و رهرو را ملاک نمی‌گیرد^۱. وقتی بزرگترین واقعیت‌ها و حق‌ها را تشخیص داد و وجود خدا و حکومت او و معاد و آخرت و حساب و عقاب را تشخیص داد دیگر با آن زمینه‌ها چه جایی برای سکون و پنهان کردن‌ها می‌ماند؟ بلکه بالاتر به حرکت بر مدار حق و ابراز و دفاع از حق انس می‌گیرد. لذا حضرت می‌فرماید: «وَأَنْسُوا بِمَا اسْتَوْحَشَ مِنْهُ الْجَاهِلُونَ» (همان)^۲.

سردبیر

۱. أَيُّهَا النَّاسُ لَا تَسْتَوْجِسُوا فِي طَرِيقِ الْهُدَى لِقَبَلَةِ أَهْلِهِ (شرح نهج البلاغه لابن ابی الحدید: ۱۰: ۲۶۱).

۲. برداشتی آزاد از کتاب خط انتقال معارف نوشته‌ی علی صفائی حائری، ص ۵۴.

مقالات

رسائل

مجله علمی دانش پژوهان مرکز آموزش های تخصصی فقه

شماره ۵ و ۶، زمستان ۱۳۹۴ - بهار ۱۳۹۵

صفحات ۱۱ تا ۲۶

محسن شیری*

Mohsenshiri313@gmail.com

مبانی فقهی استحقاق اجرت المثل زوجه و تأثیر شرط تنصیف اموال بر آن

چکیده

یکی از مسائل فراگیر در پرونده های طلاق در چند دهه اخیر، اجرت المثل کارهایی است که زوجه در منزل انجام داده است. استحقاق اجرت المثل به شرط هایی مانند قصد تبرّع و وجود اذن وابسته است که در بیشتر موارد زوجین هنگام طلاق بر سر آن اختلاف نظر پیدا می کنند. دادگاه ها نیز در رسیدگی به این موضوع اختلاف نظر دارند و گاه در پرونده ای واحد، دو رأی مختلف بر اساس دو مبنا صادر می شود. از سوی دیگر، یکی از شرط های مندرج در عقدنامه های نکاح، شرط تنصیف اموال است که برخی قضات معتقدند ماده واحده قانون راجع به طلاق، مطالبه اجرت المثل را به نبود این شرط در عقد نکاح وابسته کرده است. همین امر نیز موجب صدور آرای مختلف در محاکم شده است. با توجه به انبوهی پرونده های طلاق و درگیری مستمر قضات و مردم با این دو موضوع، بررسی و تعیین تکلیف آن ضروری به نظر می رسد.

در این مقاله، ضمن بررسی شرایط استحقاق اجرت المثل عمل زوجه در منزل از دیدگاه فقیهان و صحت و نفوذ شرط تنصیف اموال و نسبت میان آن با استحقاق اجرت المثل، مانع نبودن شرط تنصیف نسبت به استحقاق اجرت المثل پذیرفته می شود. واضح است که این عدم مانعیت در صورتی است که مضمون شرط تنصیف، اسقاط اجرت المثل نباشد. همانطور که در عقدنامه های نکاح چنین مضمونی وجود ندارد.

کلیدواژگان

اجرت المثل زوجه، شرط تنصیف اموال، قصد تبرّع، مطالبه اجرت.

*دانش پژوه مرکز آموزش های تخصصی فقه و طلبه درس خارج حوزه علمیه قم.

مقدمه

ماده ۳۳۶ قانون مدنی بیان می‌کند: «هر کس به حسب امر دیگری اقدام به عملی نماید که عرفاً برای آن اجرتی بوده و یا آن شخص عادتاً مهیای آن عمل باشد، عامل مستحق اجرت المثل^۱ خواهد بود مگر این که معلوم شود قصد تبرّع داشته است». یکی از مصادیق موضوع این ماده، عمل زوجه در منزل زوج است. به همین دلیل، در تبصره الحاقی به این ماده (مصوب ۱۳۸۵ در مجمع تشخیص مصلحت نظام) مقرر شد: «چنان چه زوجه کارهایی را که شرعاً به عهده وی نبوده و عرفاً برای آن کار اجرت المثل باشد، به دستور زوج و با عدم قصد تبرّع انجام داده باشد و برای دادگاه نیز ثابت شود، دادگاه اجرت المثل کارهای انجام گرفته را محاسبه و به پرداخت آن حکم می‌کند».

در این میان، آن چه در پرونده‌های طلاق مطرح می‌شود، اختلاف طرفین در شرط‌های یادشده به ویژه قصد تبرّع است. برخی قضات معتقدند اصل بر تبرّعی بودن کارهای زوجه است و در مقابل، برخی دیگر اصل عدم تبرّع را جاری می‌دانند. مثلاً در رأی بدوی شماره ۲۰۱۸۱۷ تاریخ ۱۳۹۱/۱۰/۱۱ صادر شده از شعبه ۲۳۸ دادگاه عمومی خانواده تهران آمده است: «اولاً مطابق عرف حاکم بر خانواده‌های ایرانی، اساساً زن تبرّعاً امور خانه‌داری را انجام می‌دهد و هیچ گاه قصد او دریافت دست‌مزد نبوده و گرنه در طول زندگی مشترک آن را مطالبه می‌نمود و دلیلی بر خلاف آن ارائه نشده است. ثانیاً مطابق مفاد تبصره مذکور، در صورتی زوجه علاوه بر عدم قصد تبرّع مستحق اجرت المثل است که امور خانه‌داری را به دستور زوج انجام داده باشد در حالی که در پرونده، دلیلی بر این که زوج، زوجه را مکلف به انجام امور خانه نموده باشد، ارائه نشده است». در مقابل، شعبه ۴۷ دادگاه تجدید نظر استان تهران در رأی شماره ۴۷۰۱۹۲۹ تاریخ ۱۳۷۹/۱۰/۳۰ این رأی را نقض

۱. اجرت به معنای دست‌مزد است. به دست‌مزدی که دو طرف با توافق تعیین کنند، اجرت المسمی گفته می‌شود و در غیر این صورت، به آن اجرت المثل می‌گویند. اجرت المثل یعنی دست‌مزدی که معمولاً مردم در برابر استیفا از مال یا عمل می‌پردازند. هرگاه کسی عملی را برای دیگری و به اذن یا امر او و بدون قصد تبرّع انجام دهد. که از جمله آن، عمل زوجه در منزل شوهر است. مستحق اجرت المثل خواهد بود نه اجرت المسمی؛ زیرا اصلاً اجرت المسمی در این مسئله وجود ندارد و بر فرض که امر یا عامل در ذهن خود، اجرت معینی را قصد کرده باشند، به آن اصطلاحاً اجرت المسمی گفته نمی‌شود و اعتبار ندارد. صاحب جواهر در این زمینه می‌نویسد: «ظاهر کلام مصنف (محقق حلّی) و دیگران و مقتضای قواعد این است که در این فرض، اجرت المثل که همان قیمت عمل است، ثابت می‌شود نه آن اجرتی که عامل برای خود در نظر گرفته بوده و نه آن اجرتی که دافع (صاحب کار) قصد کرده؛ چون این مسئله از معاملات نیست، بلکه از ضمانات است و ضمان هر چیزی به قیمت آن است، ولی در معاملات باید بر آن چه طرفین تعیین می‌کنند، توافق شود.» (محقق نجفی، جواهر الکلام ۲۷: ۳۲۷) صاحب مستمسک می‌گوید: «اجرتی که برای این عمل ثابت می‌شود، اجرت المثل است. این که برخی گفته‌اند اجرت المسمی ثابت می‌شود، قرینه است بر این که طرفین قبلاً اجرتی را معین کرده‌اند. پس می‌شود جماله صحیحه و از محل بحث خارج است. علاوه بر این که مختص به صورتی است که امر علم داشته باشد. همان طور که ممکن است از باب اجاره صحیحه باشد، به این صورت که غرض امر، توکیل عامل در تعیین اجرت باشد. البته توکیل مختص به اجرت متعارف یعنی اجرت المثل است. پس ضمان به اجرت المسمی نیست و بالجمله ضمان به اجرت المسمی غیر ظاهر است مگر این که مفاد امر، توکیل مطلق باشد.» (حکیم، مستمسک ۱۲: ۱۳۹)

و چنین اظهار نظر کرده است: «تقدیم دادخواست مطالبه اجرت المثل به طور ضمنی بیانگر عدم قصد تبرّعی بودن کارهای انجام گرفته توسط زوجه که جزو وظایف شرعی و قانونی وی نیز نبوده، می باشد و نظریه این که مطابق مدلول صریح ماده ۳۳۶ قانون مدنی که بیان می دارد: «هرگاه کسی بر حسب امر دیگری اقدام به عملی نماید که عرفاً برای آن عمل، اجرتی بوده و یا آن شخص عادتاً مهیای آن عمل باشد، عامل مستحق اجرت عمل خود خواهد بود، مگر این که معلوم شود که قصد تبرّع داشته است»، زوجه با تقدیم دادخواست، اراده خود را مبنی بر آمادگی جهت دریافت اجرت المثل ابراز نموده است. اثبات عدم تبرّعی بودن کارها خارج از وظیفه زوجه است؛ زیرا اصل بر این است که کارهایی که زوجه خارج از وظیفه شرعی خود انجام داده، بدون قصد تبرّع بوده است. بنا بر این، لازم نیست که ثابت کند که در انجام کارها قصد دریافت اجرت داشته است و این که کارهای انجام شده به دستور و امر شوهر بوده است، از اظهارات بی شائبه فرزندان که بهترین ناظر بر اعمال و رفتار والدینشان بوده است، به خوبی قابل احراز است».

مسئله دیگری نیز در زمینه اجرت المثل زوجه محل بحث و اختلاف واقع شده است. در تبصره شش ماده واحده اصلاح مقررات مربوط به طلاق مصوب ۱۳۷۱، یکی از شرایط استحقاق اجرت المثل، «عدم وجود شرط مالی در ضمن عقد نکاح» تعیین شده بود. از سوی دیگر، طبق بخش نامه شورای عالی قضایی، دو شرط در عقدنامه نکاح مندرج می شود که اولین آنها، شرط تقسیم اموال تا نصف در شرایط معینه است. با کنار هم قرار دادن این دو مصوبه، اکثریت قضات معتقد شدند شرط تنصیف اموال، مصداق شرط مالی است و امکان مطالبه اجرت المثل را از زوجه سلب می کند. برخی از قضات معتقد بودند مقصود از شرط مالی، مفهومی غیر از شرط تنصیف اموال است. در نتیجه، آرای مختلفی در محاکم صادر می شد. پس از تصویب قانون حمایت از خانواده در سال ۱۳۹۲ با استناد به نسخ تبصره شش توسط ماده ۵۸ این قانون^۱، امکان مطالبه اجرت المثل ولو با وجود شرط تنصیف هست و این بحث از نظر قانونی مرتفع شد. با این حال، مبانی فقهی آن هنوز مورد سؤال است.

در این نوشتار ابتدا مبانی فقهی درباره حکم انجام دادن عمل برای دیگری (که موضوع ماده ۳۳۶ قانون مدنی است) طرح می شود. سپس کلام فقیهان درباره کارهای زوجه در منزل بررسی و در ادامه، مبانی فقهی مربوط به نزاع و اختلاف زوجین در استحقاق اجرت المثل مطرح خواهد شد.

۱. از تاریخ لازم الاجراء شدن این قانون، قوانین زیر نسخ می گردد: [...] ۸: قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق مصوب [...] ۱۳۷۱/۱۲/۲۱ [...].

در نهایت نیز مسئله شرط تنصیف اموال و تأثیر آن بر اجرت المثل زوجه بررسی می شود.

شرایط استحقاق اجرت

هرگاه کسی کاری برای دیگری انجام دهد، در اصل «استحقاق اجرت» اختلافی بین فقیهان وجود ندارد، چنان که شیخ انصاری می فرماید: «هر عملی که از عاملی برای کسی صادر شود، به گونه ای که به امر او و برای تحصیل غرض او باشد، باید عوض آن را بپردازد. علت این امر، قاعده احترام و نفی ضرراست». (شیخ انصاری، المکاسب ۳: ۱۹۰) با این حال، این سؤال مطرح می شود که استحقاق اجرت، مطلق است یا شرایط و اقسامی دارد؟ در پاسخ به این سؤال، دو گونه تقسیم اعمال از نظر اجرت داشتن یا نداشتن بین فقیهان دیده می شود که اولین تقسیم، بر ملاک اجرت داشتن عمل و عادت عامل بر اخذ اجرت تأکید دارد و تقسیم دوم بر اساس قصد آمر و عامل شکل گرفته است.

۱. تقسیم عمل بر اساس اجرت داشتن عمل و عادت اجیر بر دریافت اجرت

در این تقسیم که در کتاب شرایع الاسلام و برخی شروح آن ذکر شده است، این که امر یا اذن از طرف آمر وجود دارد، مفروض شمرده و بر این اساس، چهار نوع دسته بندی ترسیم شده است:

الف) عمل عادتاً دارای اجرت باشد و عامل نیز عادتاً برای آن کار اجیر می شود: در این فرض، مستحق اجرت است.

ب) عمل عادتاً دارای اجرت نباشد و عامل نیز عادتاً برای آن کار اجیر نمی شود: در این صورت، مستحق اجرت نیست.

ج) عمل عادتاً دارای اجرت باشد، ولی عامل به اجیر شدن برای آن کار عادت ندارد: در این صورت، استحقاق اجرت ثابت است.

د) عمل عادتاً دارای اجرت نباشد، ولی عامل به اجیر شدن برای آن کار عادت دارد: در این فرض، علامه حلی معتقد به عدم ثبوت اجرت است، ولی محقق حلی و شهید ثانی به ثبوت اجرت معتقدند. (علامه حلی، ارشاد الاذهان ۱: ۴۲۵؛ محقق حلی، شرایع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام ۲: ۱۴۹؛ شهید ثانی، مسالک الافهام ۵: ۲۲۹؛ محقق نجفی، جواهر الکلام ۲۷: ۳۳۵)

۲. تقسیم عمل بر اساس قصد آمر و عامل در تبرع در عمل

در این تقسیم، این که عمل عرفاً دارای مالیت و اجرت باشد، مفروض شمرده و این چهار فرض مطرح شده است:

الف) عامل عمل را بدون امر یا اذن انجام دهد: در این صورت، مستحق عوض و اجرت نیست؛ چون خودش به عمل اقدام کرده است و مطابق با قاعده اقدام، مستحق اجرت نیست.

ب) عامل با اذن و امر، عمل را انجام دهد: این صورت، خود، چهار حالت دارد: یک - عامل عمل را به قصد تبرّع انجام دهد، آمر هم به قصد تبرّع امر کند: به همان دلیل قبل مستحق اجرت نیست. دو - عامل عمل را به قصد تبرّع انجام دهد، ولی آمر به قصد اجرت امر کند: به همان دلیل قبل مستحق اجرت نیست. سه - عامل عمل را به قصد اجرت انجام دهد، آمر هم به قصد اجرت امر کند: در این فرض، فقیهان بر استحقاق اجرت اجماع دارند. در بیان دلیل این استحقاق، برخی به قاعده احترام عمل مسلم و قاعده لاضرر و برخی دیگر به بنای عقلا و سیره متشرعه استناد کرده‌اند. چهار - عامل عمل را به قصد اجرت انجام دهد، اما آمر به قصد تبرّع امر کند: در این فرض، دو نظر بین فقیهان وجود دارد. سید یزدی و صاحب جواهر معتقدند در این فرض، استحقاق اجرت وجود دارد، ولی محقق خوبی معتقد است استحقاق اجرت ندارد. (کاشف الغطاء، تحریر المجله ۱: ۸۸؛ کوه کمره‌ای، کتاب البیع ۹۹؛ حکیم، مستمسک ۱۱: ۳۰؛ ۱۲: ۱۴۲؛ ۱۳۹۰؛ خویی، المستند کتاب الاجاره ۳۸۹؛ اشتهازی، مدارک عروه ۲۷: ۲۶۶؛ سبزواری، مهذب الاحکام ۱۹: ۱۷۶؛ مصطفوی، مأثله قاعده فقهیه ۲۴)

سید یزدی و صاحب جواهر صورت پنجمی هم فرض کرده‌اند که عامل نه قصد اجرت داشته باشد، نه قصد تبرّع و فرموده‌اند در این صورت هم به دلیل قاعده احترام عمل مسلم، مستحق اجرت است. (محقق نجفی، جواهر الکلام ۲۷: ۳۲۷؛ سید یزدی، عروه الوثقی ۲: ۶۲).

استحقاق اجرت المثل زوجه در فقه

درباره کارهای منزل از جمله آشپزی، نظافت و دیگر امور خانه‌داری که در کشورهای مسلمان معمولاً زوجه در منزل شوهر انجام می‌دهد، فقیهان می‌گویند انجام دادن کارهای منزل بر زن واجب نیست و می‌تواند از انجام دادن آن خودداری کند. پس اگر آن را انجام دهد، می‌تواند مطالبه اجرت کند مشروط بر این که با اذن یا امر شوهر و بدون قصد تبرّع باشد و ظهور در مجانی بودن نباشد و شرط ذکری، ضمنی یا ارتکازی درباره کار کردن زن در منزل در ضمن عقد نکاح وجود نداشته باشد. یکی از کارهایی که زوجه در منزل انجام می‌دهد و فقیهان درباره آن به تفصیل بحث کرده‌اند، رضاع و شیر دادن به فرزندان است. فقیهان درباره رضاع اتفاق نظر دارند که شیر دادن به فرزند بر زن واجب نیست و زن می‌تواند در قبال آن از شوهر اجرت مطالبه کند. فقط در مورد لباً، برخی قائل

۱. به اولین شیری که طفل می‌خورد، لباً گفته می‌شود. برخی گفته‌اند به شیری که طفل تا سه روز پس از تولد می‌خورد، لباً

به وجوب آن شده‌اند، ولی در عین حال، اخذ اجرت بر آن را تجویز کرده‌اند. (شیخ مفید، احکام النساء ۴۲؛ شیخ طوسی، النهایه ۵۰۳؛ شهید ثانی، مسالک الافهام ۸: ۴۱۲؛ محقق نجفی، جواهر الکلام ۳۱: ۲۷۲؛ خمینی، تحریر الوسیله ۲: ۳۱۲؛ سبحانی، نظام النکاح فی الشریعه الاسلامیه الغراء ۲: ۳۶۷؛ لنکرانی، جامع المسائل عربی ۳۶۷ و ۴۲۲؛ مکارم شیرازی، کتاب النکاح ۶: ۱۱۷؛ صافی، جامع الاحکام ۲: ۷۳)

نزاع و اختلاف زوجین در استحقاق اجرت المثل

در مقام اثبات ممکن است بین آمر و عامل درباره قصد تبرّع، انجام دادن عمل، وجود شرط خلاف و وجود امر از سوی زوج تنازع ایجاد شود. در این بخش به بررسی حکم تنازع در این فرض پرداخته می‌شود.

تنازع زوجین در قصد تبرّع در انجام دادن عمل برای دیگری

به صورت کلی، اگر عامل ادعا کند عمل را بدون قصد تبرّع انجام داده است و آمر این ادعا را رد کند، دو نظریه فقهاء مطرح شده است:

۱. مشهور فقهاء معتقدند قول عامل مقدم است و مستحق اجرت می‌شود که در این باره به چند دلیل استناد شده است:

دلیل اول: اصل عدم قصد التبرّع: طبق این اصل، قول عامل که مطابق اصل است، مقدم می‌شود و آمر چون مدعایش خلاف اصل است، باید برای اثبات آن دلیل بیاورد و بار اثبات بر عهده اوست.

دلیل دوم: قاعده احترام عمل مسلم: این قاعده اقتضا دارد همان طور که مال مسلم محترم است و تعرض و هتک به آن برای دیگران مجاز نیست، عمل مسلم هم محترم است و باید اجرت آن عمل به عامل پرداخت شود.

دلیل سوم: اعرف بودن او به قصد خود و این که راهی برای کشف قصد غیر از ادعای خود او نیست؛ زیرا قصد از امور خفیه است و راهی برای اطلاع از آن نیست مگر این که قاصد، خود، به قصدش اعتراف کند.

دلیل چهارم: در عمل برای غیر، اصل بر ضمان است و آنچه استثنا شده، قصد تبرّع است. قصد تبرّع یک عنوان وجودی است و عناوین وجودیه رانمی‌توان مثل عناوین عدمیه با اصل احراز

می‌گویند. مشهور است که حفظ جان طفل متوقف بر لباس، ولی برخی فقها در این مطلب تشکیک کرده‌اند. (محقق نجفی، جواهر الکلام ۳۱: ۲۷۳).

کرد، بلکه اثبات و احراز عناوین وجودیه به دلیل خاص نیاز دارد. پس مدعی استثنای یعنی آمر باید بر مدعی خود دلیل بیاورد و بار اثبات به عهده اوست. (محقق نجفی، جواهر الکلام ۲۷: ۳۳۵؛ سید یزدی، عروه الوثقی ۲: ۶۲۲؛ کاشف الغطاء، تحریر المجله ۸۸؛ خوبی، المستند کتاب اجاره ۳۹۲؛ اشتهاردی، مدارک عروه ۲۷: ۲۷۱)

۲. برخی فقیهان معتقدند طرفین باید مصالحه کنند؛ زیرا اصل عدم تبرّع، اصل مثبت است و قاعده احترام نیز فقط درباره مال مسلم جاری می‌شود و جریان آن در خصوص عمل مسلم محل اشکال است؛ زیرا ادله این قاعده مانند «لایحل مال امرئ مسلم الا عن طیب نفسه» (حرعاملی، وسائل الشیعه ۳: ۴۲۵) درباره مال مسلم است و دلیل لفظی درباره عمل مسلم وجود ندارد. در نتیجه، احوط، مصالح بین طرفین است. (اشتهاردی، مدارک عروه ۲۷: ۲۷۱)

آنچه گذشت، درباره قاعده عمومی تنازع بین آمر و عامل در قصد تبرّع بود. با این حال، برخی درباره عمل زوجه در خانه شوهر و نزاع زوج و زوجه در قصد تبرّع ادعا کرده‌اند ظاهر عرفی بر این است که زن کارهای خانه را با قصد تبرّع انجام داده است. (مکارم شیرازی، کتاب النکاح ۶: ۱۱۷) برخی افزوده‌اند از آن جا که ظاهر، اماره است، بر اصل عملی حکومت دارد و در نتیجه، بار اثبات بر عهده زوجه است و باید برای اثبات عدم قصد تبرّع دلیل اقامه کند. (محقق داماد، حقوق خانواده ۱: ۳۷۴) برخی از فقیهان نیز وجود چنین ظاهری را به صورت احتمال و قضیه تعلیقیه مطرح و در صورت وجود چنین ظاهری به مقدم بودن قول زوج حکم کرده‌اند. (لنکرانی، جامع المسائل عربی ۳۶۷) نظیر همین اختلاف در مسئله پرداخت نفقه وجود دارد؛ زیرا اصل بر عدم پرداخت نفقه است. ولی گاهی ظاهر بر پرداخت نفقه است و بین اصل و ظاهر تعارض واقع می‌شود. بحث تعارض بین اصل و ظاهر از دیرباز مورد نظر و اختلاف بین فقهاست و آرای مختلفی هم بین ایشان و هم بین حقوق دانان درباره آن ابراز شده است که طرح و نقد آن‌ها از موضوع و حوصله این نوشتار خارج است. آقایان قنواتی و جعفری در بیان نظرات مربوط به تعارض اصل و ظاهر چنین می‌نویسند:

۱. گروهی در تعارض اصل بر ظاهر غالباً اصل را ترجیح می‌دهند. از جمله آنان است شهید ثانی در شرح لمعه و مسالک الافهام، محقق بحرانی در الحدائق الناصره و شیخ عزالدین در العقد الحسینی.

۲. برخی دیگر به صراحت و به عنوان یک قاعده کلی، اصل یا ظاهر را ترجیح نداده‌اند، بلکه گاهی اصل را ترجیح داده و زمانی ظاهر را مقدم داشته‌اند. از جمله آنان است شهید اول در کتاب الدروس و لمعه دمشقیه، محقق اردبیلی در مجمع الفائده و البرهان، فاضل هندی در کشف اللثام، محقق نجفی در جواهر الکلام و فخرالمحققین در ایضاح الفوائد.

۳. عده ای از فقیهان و نیز برخی از حقوق دانان به عنوان یک قاعده کلی جانب ظاهر را ترجیح

داده‌اند. از جمله محقق کرکی در جامع المقاصد، میرزای قمی در جامع الشتات، کاتوزیان در کتاب اثبات و دلیل اثبات و قواعد عمومی قراردادها. (قنوتی و جعفری، «تعارض اصل و ظاهر»، ۲: ۱۵۱) به نظر می‌رسد به صورت کلی، باید اصل را بر ظاهر مقدم کرد؛ زیرا ظاهر صرفاً یک اماره ظن‌آور است و با توجه به این‌که اصل در ظنون بر عدم حجیت است، باید دلیل خاص بر حجیت ظن حاصل از ظاهر اقامه گردد. اگر ظن حاصل از ظاهر چنان قوی باشد که ظن متأخّم به علم گردد و عنوان اطمینان یا علم عرفی بر آن صدق کند، ادله حجیت علم عرفی که مهم‌ترین آن، بنا و سیره عقلاست، شامل آن می‌شود.

تنازع زوجین در وجود امر از جانب زوج نسبت به انجام دادن عمل توسط زوجه

در فصل اول گفته شد که یکی از شرط‌های استحقاق اجرت، وجود امر یا اذن از سوی آمر به عامل است. اگر طرفین در وجود چنین امر یا اذنی اختلاف کنند، طبق قواعد، اصل بر عدم امر است. پس با اثبات بر عهده عامل است و باید وجود امر را اثبات کند. درباره نزاع زوج و زوجه در وجود امر نیز اگر اختلاف شود که آیا شوهر در انجام دادن کارهای منزل به زوجه امر کرده یا اذن داده است یا نه، برخی از فقهاء فرموده‌اند اصل بر عدم امر است و زوجه باید وجود امر را ثابت کند. (صافی، جامع الاحکام ۲: ۷۳)

باید توجه داشت وجود امر یا اذن لازم نیست به صورت لفظی باشد، بلکه اذن فعلی هم کفایت می‌کند. (محقق نجفی، جواهر الکلام ۲۷: ۳۳۵) بنا بر این، همین‌که زوجه به منزل شوهر وارد می‌شود و زوج اداره امور منزل را به زوجه می‌سپارد، مصداق باز اذن فعلی است. در نتیجه، به نظر می‌رسد ادعای عدم امر یا اذن از سوی زوج مسموع نیست؛ زیرا اذن فعلی بالوجدان قابل احراز است و نوبت به اجرای اصل عدم امر نمی‌رسد.

تنازع زوجین در اصل انجام دادن عمل توسط زوجه

ممکن است آمر و عامل در اصل انجام عمل تنازع کنند و آمر مدعی باشد که عامل اصلاً آن عمل را انجام نداده است. طبق قواعد، اصل بر عدم انجام عمل است و با اثبات بر عهده عامل است و باید انجام دادن عمل را اثبات کند. در خصوص ادعای زوجه مبنی بر انجام دادن کارهای منزل، ظاهر عرفی بر انجام دادن کارهای منزل وجود دارد. پس تعارض اصل با ظاهر در این نزاع، همان‌گونه که در بحث نزاع در قصد تبرّع گذشت، رخ می‌دهد و همان مباحث در این نزاع هم جریان دارد.

تنازع زوجین در وجود شرط ضمن عقد بر انجام دادن تبرّعی کارهای منزل

آیا شرط ضمن عقد مبنی بر الزام زوجه به انجام دادن مجانی کارهای منزل توسط وی در ضمن عقد نکاح وجود دارد؟ نسبت به شرط ذکر و شرط بنایی، اصل بر عدم شرط است و مدعی وجود

شرط باید وجود چنین شرطی را اثبات کند. نسبت به شرط ارتکازی ممکن است ادعا شود در جوامع شرقی، ارتکاز عرفی بر الزام زوجه بر انجام دادن کارهای منزل وجود دارد. البته این ادعا محل تأمل است؛ زیرا اولاً این ارتکاز بر فرض که پذیرفته شود، در همه جوامع و در همه محیط‌ها قابل پذیرش نیست، چنان‌که در بعضی از مناطق کشورمان می‌توان به قطع ادعا کرد چنین ارتکازی وجود ندارد. ثانیاً بر فرض که چنین ارتکازی مورد قبول واقع شود، این ارتکاز دارای شروطی است یعنی زوجه تا وقتی کارهای منزل را تبرعاً انجام می‌دهد که زوجین زندگی عادی خود را در آسایش بگذرانند، ولی اگر زوج دچار اعتیاد، خشونت و امثال آن شود و در نتیجه، کار به مراجعه به محکمه و درخواست طلاق بکشد، الزام زوجه به انجام دادن کارهای منزل مورد ارتکاز عرفی نیست.

بررسی رابطه شرط تنصیف اموال با اجرت المثل

بر اساس مصوبه و دستورالعمل شماره ۱/۳۴۸۲۳ شورای عالی قضایی در سال ۱۳۶۱ و شماره ۱/۳۱۸۲۴ در سال ۱۳۶۲ به اداره ثبت ابلاغ شد که دو شرط در قباله‌های نکاح ثبت شود. این دو شرط را اداره ثبت به صورت چاپی در سندهای ازدواج درج کرده و سر دفتر مکلف است هنگام اجرای صیغه نکاح، این دو شرط را به طرفین تفهیم کند و زوج در صورت پذیرش این دو شرط، ذیل آن را در سند ازدواج امضا می‌کند. اولین شرط از این دو شرط، شرط تنصیف اموال و از این قرار است: «ضمن عقد نکاح، زوج شرط نمود هرگاه طلاق بنا به درخواست زوجه نباشد و به تشخیص دادگاه تقاضای طلاق ناشی از تخلف زن از وظایف همسری یا سوء اخلاق رفتار او نبوده، زوج موظف است تا نصف دارایی موجود خود را که در ایام زناشویی با او به دست آورده یا معادل آن را طبق نظر دادگاه به زوجه منتقل نماید».

به تعبیر دقیق‌تر، این شرط، تنصیف اموال نیست؛ زیرا لزوماً اموال زوج نصف نمی‌شود، بلکه دادگاه مخیر است تا نصف اموال را تقسیم کند که ممکن است دادگاه به کمتر از نصف حکم دهد. پس تعبیر صحیح‌تر این است که گفته شود: «شرط تقسیم اموال تا نصف». با این حال، برای رعایت رویه مشهور نویسندگان حقوقی و با اندکی تسامح در این نوشتار از آن به «شرط تنصیف اموال» تعبیر می‌شود.

از سوی دیگر، تبصره شش ماده واحده قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق مصوب ۱۳۷۱ مقرر می‌دارد: «پس از طلاق، در صورت درخواست زوجه مبنی بر مطالبه حق الزحمه کارهایی که شرعاً به عهده وی نبوده است، دادگاه بدو از طریق تصالح نسبت به تأمین خواسته زوج اقدام می‌نماید و در صورت عدم امکان تصالح، چنان‌چه ضمن عقد لازم یا عقد خارج لازم در خصوص امور مالی، شرطی شده باشد، طبق آن عمل می‌شود. در غیر این صورت، هرگاه طلاق بنا به درخواست زوجه

نباشد و نیز تقاضای طلاق ناشی از تخلف زن از وظایف همسری یا سوء اخلاق و رفتار وی نباشد، به ترتیب زیر عمل می‌شود:

الف) چنانچه زوج کارهایی را که شرعاً به عهده وی نبوده است، به دستور زوج و با عدم قصد تبرّع انجام داده باشد و برای دادگاه نیز ثابت شود، دادگاه اجرت المثل کارهای انجام گرفته را محاسبه و به پرداخت آن حکم می‌نماید.

ب) در غیر مورد الف، با توجه به سنوات زندگی مشترک و نوع کارهایی که زوج در خانه شوهر انجام داده و وسع مالی زوج، دادگاه مبلغی را از باب بخشش (نحله) برای زوج معین می‌نماید. البته این قانون با وضع ماده ۵۸ قانون حمایت از خانواده مصوب ۱۳۹۱ نسخ شد. با این حال، چون شرط تنصیف هنوز به قوت خود باقی است، بحث از جنبه فقهی آن ضرورت دارد. مستفاد از متن ماده واحده قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق این است که قانون‌گذار برای دستیابی زوج به حق اجرت المثل کارهایی که در منزل شوهر انجام داده، چند مرحله را به صورت ترتیبی تعیین کرده است:

ابتدا مصالحه صورت می‌گیرد. اگر امکان مصالحه نبود، به شروط ضمن عقد نکاح در خصوص امور مالی از جمله شرط تنصیف اموال یا شروط ضمن عقد خارج لازم رجوع می‌شود. در صورتی که شرط ضمن عقد وجود نداشت یعنی زوج شرط تنصیف اموال را در عقدنامه نپذیرفته و امضا نکرده باشد و شرط دیگری هم بین طرفین منعقد نشده باشد، آن‌گاه دادگاه اجرت المثل را تعیین می‌کند. اگر به هر دلیلی، اجرت المثل برای زوج ثابت نشود (مثلاً قصد تبرّع وی احراز گردد)، دادگاه، نحله را برای زوج تعیین می‌کند.

هدف قانون‌گذار، حمایت مالی از زنانی است که طلاق می‌گیرند. با این وصف، از ماده قانونی کاملاً مستفاد است که حق استفاده از شرط مالی ضمن عقد (از جمله شرط تنصیف)، حق اجرت المثل و حق نحله را به صورت ترتیبی قرار داده و استفاده هم‌زمان از این حقوق را مردود دانسته است. مراجعه به مشروح مذاکرات نمایندگان مجلس درباره اصلاح بند الف این ماده نیز مؤید همین مدعاست. مثلاً یکی از نمایندگان در این باره می‌گوید: «بالاخره در چند جلسه، بهترین تصمیمی که در مجمع گرفته شد، این بود که با این ترتیب، زوج دقیقاً به حقوق مشروع و قانونی خودش برسد. در مرحله اول این که مصالح انجام بگیرد [...] اگر مصالح نشد، چیزهایی که در ضمن عقد به عنوان شرط ضمن عقد لازم شرط شده که الان هم در جزوه‌های عقد آمده، عملی می‌شود. اگر آن هم نبود، آن وقت به ترتیب زیر عمل می‌شود: اول، بند الف است [...]». (روزنامه رسمی، شماره ۱۴۳۴۹: ۲۸)

بنابر این، می‌توان نتیجه گرفت که هنگام اجرایی شدن شرط تنصیف، ملاک دادگاه برای

تعیین مقدار مالی که زوج باید به زوجه منتقل کند، اجرت المثل کارهایی است که زوجه در منزل انجام داده است. پس به میزان معادل اجرت المثل و تا سقف نصف اموالی که در زندگی مشترک به دست آورده است، از اموال زوج به زوجه منتقل می‌شود.

نظر مخالف هم وجود دارد؛ برخی از حقوق دانان معتقدند شرط تنصیف اموال، بیگانه از اجرت المثل است و دادگاه باید شرط تنصیف و اجرت المثل را جداگانه محاسبه کند. به نظر می‌رسد با عنایت به تحلیلی که از ماده واحده ارائه شد، این دیدگاه، مردود باشد.

در این زمینه باید از نظر فقهی به دو سؤال پاسخ داده شود:

۱. آیا شرط تنصیف اموال شرعاً صحیح و نافذ است؟

۲. آیا شرط تنصیف اموال بر استحقاق اجرت المثل تأثیری دارد یا خیر؟

صحت شرعی شرط تنصیف اموال

شرط تنصیف اموال در دو قالب قابل بحث است:

۱. اشتراک اموال: به این معنا که بر اساس این شرط، زوج متعهد می‌شود اموالی را که در طول زندگی زناشویی با زوجه به دست می‌آورد، با او به شراکت بگذارد. بدو به نظر می‌رسد چنین تعهدی باطل است؛ زیرا از اسباب اشتراک عقدی در اموال، در فقه امامیه تنها شرکت الاموال پذیرفته شده است و این شرط مصداق شرکت الاموال نیست.

۲. انتقال اموال: به این معنا که زوج تعهد می‌کند بخشی از اموال تحصیل شده در طول زندگی مشترک را در شرایط معینی به زوجه منتقل کند.

مهم‌ترین اشکالی که به این شرط وارد شده، مجهول بودن آن است. مجهول بودن این شرط، از دو جهت است: اول این که هنگام انعقاد نکاح، میزان دارایی زوج در زمان طلاق معلوم نیست. پس مقدار مالی که به زن منتقل خواهد شد، معلوم نیست. دومین دلیل آن است که سهمی که به زوجه داده می‌شود، معلوم نیست؛ زیرا سقف تعیین شده نصف اموال است و ممکن است دادگاه یک سوم یا یک چهارم یا درصد دیگری را تعیین کند و به زوجه بپردازد. پس اولاً کل اموال زوج هنگام طلاق مجهول است و ثانیاً سهم و درصدی که به زوجه تعلق می‌گیرد، مجهول است.

درباره این ایراد، دو نظر ابراز شده است:

۱. شرط باطل و غیر نافذ است. درباره شرط دو نظر وجود دارد: برخی شرط را جزئی از عوضین می‌دانند و برخی دیگر شرط را مستقل از عوضین می‌دانند. طبق مبنای اول، اگر شرط مجهول شود، به عوضین سرایت می‌کند و عوضین نیز مجهول می‌شود. در نتیجه، عقد باطل می‌شود و با بطلان عقد، شرط هم باطل می‌گردد. طبق مبنای دوم هم شرط مجهول باطل است؛ زیرا شرط یک

قرارداد و تعهد است و در هر تعهدی موضوع باید معلوم باشد. چون موضوع شرط، مجهول است، شرط باطل خواهد بود. تفاوت این دو مبنا در آن است که طبق مبنای اول، اصل عقد هم باطل می‌گردد، ولی طبق مبنای دوم فقط شرط باطل می‌شود.

۲. شرط صحیح است؛ زیرا:

الف) نهی از غرر و جهل مختص به بیع است.

ب) بر فرض که نهی از غرر در مطلق معاوضات جاری شود، نکاح از معاوضات نیست.

ج) بر فرض که نکاح، معاوضه یا شبه معاوضه باشد، شرط مجهول مطلقاً باطل نیست؛ چون جهلی که به علم قابل تبدیل باشد، مانع از صحت نیست و فقط جهلی مانع صحت است که به علم قابل تبدیل نباشد. در این مسئله هم میزان دارایی مرد هنگام طلاق و هم سهم زوجه از این اموال قابلیت این را دارند که معلوم شوند و دادگاه هنگام طلاق معین و معلوم خواهد کرد. پس این جهل مانع از صحت نیست.

ممکن است دلیل دیگری نیز برای بطلان شرط تنصیف به ذهن بیاید که: «این شرط، معلق است به حصول اموری و این معلق بودن از شرط سرایت می‌کند به مشروط و نفس عقد نکاح معلق می‌شود. در نکاح هم به اجماع فقها، تعلیق مبطل است.» این اشکال وارد نیست. شیخ انصاری در پاسخ به این اشکال فرموده است: «وقتی گفته می‌شود: «خانه‌ام را فروختم به شرط این که اگر زید آمد، برای من یک لباس بدوزی»، این جمله دو احتمال دارد: آمدن زید شرط برای اصل عقد باشد و در نتیجه، دوختن لباس مطلق است و مشروط نیست. احتمال دوم آن است که آمدن زید، شرط برای دوختن لباس باشد و در نتیجه، اصل عقد منجز است. در قسم اول، عقد معلق می‌شود و تعلیق به اصل عقد باز می‌گردد، ولی در قسم دوم، عقد منجز است و تعلیق فقط مربوط به شرط است و به عقد سرایت نمی‌کند. آن چه عرفاً از جمله بالا فهمیده می‌شود، قسم دوم است که تعلیق در شرط منجز به تعلیق در عقد نشده است.» (شیخ انصاری، مکاسب ۶: ۵۸)

تأثیر شرط تنصیف بر استحقاق اجرت المثل

همان طور که گذشت، از نظر قانونی، وجود شرط تنصیف مانع از اجرایی شدن اجرت المثل می‌شود. از نظر فقهی به نظر می‌رسد بین شرط تنصیف و اجرت المثل منافاتی وجود نداشته باشد؛ زیرا منشأ شرط تنصیف، قراردادی است و منشأ اجرت المثل شرعی و قانونی است. شروط ضمن عقد به عنوان یک تعهد و الزام، به تعهداتی که از ذات عقد ناشی می‌شوند، اضافه می‌گردند. پس بین اجرای شرط و اجرای تعهدات ناشی از ذات عقد منافاتی نیست مگر این که شرط به منظور اسقاط یکی از این تعهدات باشد. مثلاً طرفین شرط کنند که در ازای پرداخت مبلغی، زوجه حق

دریافت مهریه را اسقاط کند. درباره شرط تنصیف هم اگر توافق طرفین به این مضمون باشد که پس از طلاق، تنصیف اموال درازای اسقاط اجرت المثل قرار گیرد، زوجه حق مطالبه اجرت المثل را نخواهد داشت. البته چنین مضمونی از شرط تنصیف اموال که در قباله‌های نکاح درج شده است، قابل استفاده نیست.

نتایج

۱. کارهای زوجه در منزل، از مصادیق انجام دادن عمل برای دیگران است و بارعایت شرط‌های معتبر در انجام دادن عمل برای دیگران، زوجه مستحق دریافت اجرت المثل خواهد بود. این شرط‌ها عبارتند از این که با اذن یا امر شوهر و بدون قصد تبرّع باشد و ظهور در مجانی بودن نداشته باشد و شرط ذکری، ضمنی یا ارتکازی درباره کار کردن زن در منزل در ضمن عقد نکاح وجود نداشته باشد.

۲. چنان چه زوجین در اصل انجام شدن عمل اختلاف کنند، می‌توان ادعا کرد که اطمینان و علم عرفی بر اصل انجام شدن این کارها به دست زوجه وجود دارد، هر چند در کمیّت و کیفیت آن باید به قدر متیقن اکتفا کرد و در مقدار مازاد، اصل عدم جاری شود. اگر در قصد تبرّع اختلاف کنند، قول زوجه مبنی بر عدم قصد تبرّع مقدّم می‌شود. اگر در وجود اذن اختلاف کنند، می‌توان وجود اذن را بالوجدان احراز کرد. پس قول زوجه مبنی بر وجود اذن مقدّم می‌گردد. اگر در وجود شرط خلاف شک یا اختلاف شود، اصل بر عدم اشتراط است.

۳. شرط تنصیف اموال صحیح و نافذ است. اشکال مجهول بودن این شرط وارد نیست؛ اگر جهل به علم تبدیل شود، مانع صحت نخواهد بود و جهلی که در شرط تنصیف وجود دارد، قابل تبدیل به علم است و به علم منجر می‌شود.

۴. شرط تنصیف اموال از نظر فقهی، مانع از استحقاق اجرت المثل زوجه نیست مگر این که مضمون آن، اسقاط اجرت المثل و جای‌گزینی تنصیف اموال به جای آن باشد. البته شرط تنصیف اموال که امروزه در عقدنامه‌های نکاح مندرج است، چنین مضمونی ندارد.

فهرست منابع

۱. اشتهاردی، علی پناه، مدارك العروة، تهران: دارالأسوة للطباعة و النشر، چاپ اول، ۱۴۱۷ هـ.ق.
۲. انصاری دزفولی، مرتضی بن محمد امین، کتاب المکاسب، قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، چاپ اول، ۱۴۱۵ هـ.ق.
۳. انصاری دزفولی، مرتضی بن محمد امین، کتاب النکاح، قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، چاپ اول، ۱۴۱۵ هـ.ق.
۴. حجت کوه کمره ای، سید محمد بن علی، کتاب البیع، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ دوم، ۱۴۰۹ هـ.ق.
۵. حکیم، سید محسن، مستمسک العروة الوثقی، قم: مؤسسه دارالتفسیر، چاپ اول، ۱۴۱۶ هـ.ق.
۶. سبحانی تبریزی، جعفر، نظام النکاح فی الشریعة الإسلامیة الغراء، قم: موسسه امام صادق (ع)، چاپ اول، ۱۳۷۵ هـ.ش.
۷. سبزواری، سید عبدالاعلی، مهذب الأحکام، قم: مؤسسه المنار، چاپ چهارم، ۱۴۱۳ هـ.ق.
۸. صافی گلپایگانی، لطف الله، جامع الأحکام، قم: انتشارات حضرت معصومه (س)، چاپ چهارم، ۱۴۱۷ هـ.ق.
۹. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، العروة الوثقی، بیروت: مؤسسه الأعلمی للمطبوعات، چاپ دوم، ۱۴۰۹ هـ.ق.
۱۰. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، النهاية فی مجرد الفقه و الفتاوی، بیروت: دارالکتاب العربی، چاپ دوم، ۱۴۰۰ هـ.ق.
۱۱. شیخ مفید، محمد بن محمد بن نعمان، أحكام النساء، قم: کنگره جهانی هزاره شیخ مفید، چاپ اول، ۱۴۱۳ هـ.ق.
۱۲. غروی نایینی، میرزا محمد حسین، منیة الطالب فی حاشیة المکاسب، تهران، المکتبة المحمدیة، چاپ اول، ۱۳۷۳ هـ.ق.
۱۳. فاضل لنکرانی، محمد، جامع المسائل (عربی)، قم: انتشارات امیر قلم، چاپ اول، ۱۴۲۵ هـ.ق.
۱۴. فاضل لنکرانی، محمد، جامع المسائل (فارسی)، قم: انتشارات امیر قلم، چاپ یازدهم، بی تا.

۱۵. قنواتی، جلیل و جعفری، اسماعیل، «تعارض اصل و ظاهر» پژوهش نامه اندیشه‌های حقوقی، ۲(۱۳۹۱) ۱۴۴-۱۶۷.
۱۶. کاتوزیان، ناصر، حقوق خانواده، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۰ ه.ش.
۱۷. مصطفوی، سید محمد کاظم، مائة قاعدة فقهية، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ چهارم، ۱۴۲۱ ه.ق.
۱۸. مکارم شیرازی، ناصر، کتاب النکاح، قم: انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب (ع)، چاپ اول، ۱۴۲۴ ه.ق.
۱۹. موسوی بجنوردی، سید حسن بن آقا بزرگ، القواعد الفقهية، قم: نشر الهادی، چاپ اول، ۱۴۱۹ ه.ق.
۲۰. موسوی خمینی، سید روح الله، تحریر الوسيلة، قم: مؤسسه مطبوعات دارالعلم، چاپ اول، ۱۳۷۹.
۲۱. موسوی خویی، سید ابوالقاسم، مصباح الفقاهة (المکاسب)، قم: انصاریان، چاپ چهارم، ۱۴۱۷ ه.ق.
۲۲. موسوی خویی، سید ابوالقاسم، المستند في شرح العروة الوثقى، قم: بی نا، بی تا
۲۳. نجفی (صاحب الجواهر)، محمد حسن، جواهر الکلام في شرح شرایع الإسلام، بیروت: دار احیاء التراث العربی، چاپ هفتم، ۱۴۰۴ ه.ق.
۲۴. نجفی (کاشف الغطا)، محمد حسین بن علی بن محمد رضا، تحریر المجلة، نجف: المكتبة المرتضوية، چاپ اول، ۱۳۵۹ ه.ق.
۲۵. نراقی، مولی احمد بن محمد مهدی، عوائد الأيام في بیان قواعد الأحكام، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۱۷ ه.ق.

رسائل

مجله علمی دانش پژوهان مرکز آموزش های تخصصی فقه

شماره ۵ و ۶، زمستان ۱۳۹۴ و بهار ۱۳۹۵

صفحات ۲۷ تا ۴۲

فاضل حدادی*

R.askari5803@yahoo.com

جبران خسارت معنوی از منظر فقه و حقوق

با تأکید بر ماده ۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب سال ۱۳۹۲

چکیده

خسارت معنوی از موضوعات بحث برانگیزی است که تحولات مختلفی را در نظام های حقوقی پشت سر گذاشته و بر اساس روابط حقوقی مردم، مرکز توجه قرار گرفته است. خسارت معنوی ناظر به خسارت غیر مادی از جمله هتک یا کسر حیثیت و شرافت و آبرو و آسیب های روحی و عاطفی است. محل نزاع در خسارت معنوی از جهت تعریف، امکان مطالبه خسارت و روش محاسبه آن است که تحقیق پیش رو به دسته بندی و تحلیل عناصر یاد شده از منظر فقهی و حقوقی می پردازد. عموم حقوق دانان جبران خسارت معنوی را پذیرفته و قواعد فقهی و اصولی را مستند خود قرار داده اند. در مقابل، بیش تر فقیهان علاوه بر نفی امکان محاسبه، اصل جبران آن را انکار کرده اند. ماده ۱۴ و دو تبصره آن در قانون آیین دادرسی کیفری جدید به موضوع جبران خسارت معنوی پرداخته است و جبران مالی آن تصویب شده است. از منظر رویه قضایی تا پیش از تصویب قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲، برخی به ناممکن بودن جبران خسارت معنوی، برخی دیگر به جبران غیر مادی و عده ای به جبران مادی خسارت معنوی باور داشتند.

واژگان کلیدی

خسارت معنوی، جبران مادی، جبران غیر مادی، ماده ۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری ۹۲

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

مقدمه

خسارت‌های مادی در اجتماعات اولیه انسانی به دلیل فعالیت‌های محدود انسان‌ها اندک بود، ولی پیشرفت تمدن و اختراعات و مدرنیته شدن زندگی اجتماعی، رخ دادن زیان‌های احتمالی را برای مردم بیش‌تر ساخت. هر قدر دایره فعالیت‌های بشری برای تأمین احتیاجات و منافع خود توسعه بیشتری می‌یافت و هر اندازه که روابط حقوقی مردم بر اثر ازدیاد وسایل تولید و ترقی سطح زندگی وسیع‌تر می‌شد، بر تنوع ضرر و زیان‌های رخ داده نیز افزوده می‌گشت.

تعریف خسارت معنوی و مصادیق مختلف آن و روش محاسبه و جبران زیان‌های معنوی و در نهایت، رویه محاکم قضایی در مقام رسیدگی به دعاوی مربوط به این گونه خسارات از موضوعات جدید و جالب و در عین حال، پیچیده علم حقوق و تحقیقات حقوقی است. سیر فکری حقوق دانان به سمتی پیش می‌رود که اصل جبران و جبران مالی خسارات معنوی را مطالبه می‌کنند و قواعد فقهی و اصولی را مستند ادعای خود قرار می‌دهند. در مقابل، اکثریت قریب به اتفاق فقیهان با تکیه بر روایات و مبانی اسلامی، که برداشت از قواعد فقهی و اصولی از وظایف و اختصاصات فقیهان است. علاوه بر نفی امکان جبران مالی این گونه خسارت، در اصل جبران آن نیز تردید کرده‌اند. با مراجعه به قوانین مدوّن جمهوری اسلامی ایران می‌بینیم که در متون قانونی برای امکان‌پذیری اصل جبران خسارت معنوی - منهای جبران مالی - زمینه‌های مناسبی وجود دارد، ولی در عمل، هنوز اکثریت قریب به اتفاق محاکم از صدور حکم در مورد دعاوی خسارت معنوی خودداری می‌کنند. مقاله حاضر در صدد بررسی حکم فقهی و حقوقی جبران خسارت معنوی با تأکید بر ماده ۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ است.

در ابتدا به بررسی تعریف خسارت معنوی از منظر قانون و حقوق و فقه پرداخته شده است. خسارت معنوی در تعریف قانونی، تعریف به مصداق است و در مقام بیان تمام موارد خسارت معنوی نیست. با دقت در تعریف‌های ارائه شده در دکتترین حقوقی نیز مشخص می‌شود که هیچ یک از تعریف‌ها ماهیت زیان معنوی را تعریف نکرده، بلکه محل ورود ضرر را مشخص کرده و آن محل‌ها را تعریف زیان معنوی پنداشته‌اند. با بررسی کتاب‌های فقهی نیز مشخص می‌شود فقیهان خسارت معنوی را تعریف نکرده‌اند.

سپس، جواز مطالبه خسارت معنوی از منظر قانون، رویه قضایی، حقوق و فقه بررسی می‌شود. در قوانین جاری ایران اعم از قانون اساسی، قانون مدنی و عمدتاً قوانین کیفری، خسارت معنوی از موجبات مسئولیت و مستلزم جبران به شمار می‌رود. در مقابل، از جنبه آرای قضایی صادر شده تا سال ۹۳. قبل از اجرایی شدن قانون آیین دادرسی کیفری جدید. با سه گروه رأی مواجهه صورت

می‌گیرد؛ عده‌ای به امکان ناپذیر بودن جبران خسارت معنوی و برخی دیگر به جبران مالی و شماری نیز به جبران غیر مالی خسارت معنوی باورمند هستند. دکترین حقوقی نیز برای اثبات اصل جبران و جبران مالی خسارت معنوی به قاعده لاضرر، قاعده نفی عسر و حرج، بنای عقلا و روایات تمسک کرده است. از منظر فقهی، عده‌ای جبران خسارت معنوی را انکار کرده و عده‌ای دیگر جبران آن را با وجود اختلاف در روش جبران پذیرفته‌اند.

در ادامه به راه‌های محاسبه میزان خسارت پرداخته می‌شود. از منظر فقه، راه‌های جبران خسارت وارد شده به یک شخص منحصر است و جبران در قالب خاصی صورت می‌گیرد و اگر در هیچ یک از قالب‌های ارائه شده قرار نگیرد، قابلیت جبران نخواهد داشت. قالب‌های غیر مادی جبران در خسارت معنوی، درج در جراید یا الزام به عذرخواهی است که از موضوع بحث ما خارج است. در این بخش، تنها قالب‌های مادی جبران از طریق دیه و ارش یا تعزیر بررسی می‌شود. در خاتمه به بررسی مراحل تصویب ماده قانونی جبران خسارت معنوی پرداخته می‌شود. این قسمت هر چند در اصل حل مسئله امکان جبران تاثیر مستقیم ندارد، با این حال بررسی آن می‌تواند قرائنی جهت تحلیل دقیق‌تر موضوع مقاله ارائه نماید. بر اساس اسناد موجود، در ابتدا شورای نگهبان جبران مالی خسارت معنوی را خلاف شرع تشخیص می‌دهد. اما در ادامه و در طی چندین مرحله مکاتبات بین شورای نگهبان و مجلس شورای اسلامی، در نهایت، پرداخت خسارت معنوی در غیر از جرایم موجب تعزیرات منصوص شرعی و دیه، به تصویب رسید.

۱- تعریف خسارت معنوی

الف) تعریف قانونی^۱

«خسارت معنوی» یکی از اصطلاحاتی است که تعیین محدوده دقیق و ارائه تعریفی جامع و مانع برای آن دشوار است. شاهد این ادعا، ارائه تعریف‌های متعدد و گاه متناقض در این مورد است. در پذیرش یا رد جبران خسارت معنوی اختلاف نظر قانونی وجود دارد؛ چون دو قانون آیین دادرسی

۱. ماده ۹ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۰

[...] ب) ضرر و زیان معنوی که عبارت است از کسر حیثیت یا اعتبار اشخاص یا صدمه های روحی

تبصره ۱ ماده ۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری

زیان معنوی عبارت از صدمات روحی یا هتک حیثیت و اعتبار شخصی خانوادگی یا اجتماعی است [...].

ماده ۸ قانون مسئولیت مدنی

کسی که در اثر تصدیقات یا انتشارات مخالف واقع به حیثیت یا اعتبارات یا موقعیت دیگری زیان وارد آورد مسئول جبران است.

ماده ۱۰ قانون مسئولیت مدنی

کسی که به حیثیت و اعتبارات شخصی یا خانوادگی او لطمه وارد شود می‌تواند جبران زیان مادی یا معنوی خود را بخواهد.

کیفری مصوب ۱۳۹۰ و ۱۳۹۲ جبران خسارت معنوی را پذیرفته و تعریف کرده‌اند، ولی قانون مصوب ۱۳۷۸ نه تنها تعریف نکرده، بلکه رد کرده است. در قوانین مدنی نیز تعریفی از خسارت معنوی ذکر نشده و فقط در چند ماده از مواد قانون مسئولیت مدنی (مواد ۸ و ۱۰)، مصادیقی آمده است که با تعریف دکترین حقوقی از خسارت معنوی سازگاری دارد.

باید دقت کرد که تعریف‌های قانون‌گذار در قوانین کیفری تعریف حقیقی برای خسارت معنوی است یا از باب تعریف به مصداق است؛ چون اگر تعریف حقیقی باشد، فقط موارد مندرج در تعریف مشمول امکان مطالبه می‌شوند و اگر آن موارد جهت تمثیلی داشته باشند، امکان تسری به دیگر موارد نیز وجود خواهد داشت. با توجه به دکترین حقوقی داخلی و خارجی درباره خسارت معنوی می‌توان به این نتیجه رسید که تعریف تبصره ۱ ماده ۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ تعریف به مصداق است و در مقام بیان تمامی موارد خسارت معنوی نیست. شیوه بیان و نگارش ماده بیانگر آن است که در صدد تعریفی جامع و مانع است، ولی با توجه به مصداق‌هایی که درباره آن‌ها اتفاق نظر وجود دارد، به این نتیجه رسیده می‌شود که بیان قانون، بیان به مصداق است و مصادیقی همچون تألم جسمانی مانند درد ناشی از ضرب و جرح و غم و اندوه ناشی از قتل یکی از اعضای خانواده در تعریف گنجانده نشده است.

ب) تعریف حقوقی

معنا و مفهوم «خسارت معنوی» از جمله معانی سهل ممتنع است. یعنی ابتدا به نظر می‌رسد معنای روشنی دارد، ولی با کمی دقت و تأمل مشخص می‌شود تعریف چنین مفهومی با دشواری‌هایی همراه است. صاحب نظران متعددی برای تبیین قلمرو و قیود این مفهوم کوشیده‌اند تا از مفهوم خسارت مادی و منافع ممکن الحصول متمایز شود. با دقت در تعریف موجود در دکترین حقوقی مشخص می‌شود هیچ یک از تعریف‌ها ماهیت زیان معنوی را تعریف نکرده، بلکه محل ورود ضرر را مشخص کرده و آن محل‌ها تعریف زیان معنوی محسوب شده است.

در هر صورت، با چشم‌پوشی از این اشکال، بعضی عناصر در تمامی تعریف‌ها مشترک است و همه حقوق دانان آن را قبول دارند. عناصری مانند «هتک یا کسر حیثیت و شرافت و آبرو» و «صدمات روحی و عاطفی» در همه تعریف‌ها وجود دارد و از مصادیق برجسته خسارت معنوی است. به عنوان مثال استاد لنگرودی اینچنین تعریف نموده‌اند: «ضرر و زیان معنوی: ضرری که متوجه حیثیت شرافت و آبروی شخص یا بستگان که بالنتیجه متوجه او شده باشد، گردد مانند افشای راز مریض که به حیثیت او لطمه وارد می‌کند.» (ترمینولوژی حقوق ش ۲۰۷۹ و ۳۳۲۸) و نیز دکتر کاتوزیان بیان داشته‌اند: «صدمه به منافع عاطفی و غیر مالی همانند احساس درد جسمی و

رنج‌های روحی از بین رفتن آبرو و حیثیت و آزادی.» (ضمان قهری ۱۴۴) مشابه این تعاریف با قیود واحد در سایر تعاریف نیز بیان شده است. (احمد ادريس، الدیه ۳۱۶؛ امامی، ارکان مسئولیت مدنی ۸:۲؛ حسینی نژاد، مسئولیت مدنی ۷۰؛ آشوری، آیین دادرسی کیفری ۱:۱۲۰) در مقابل، بعضی از مصادیق در برخی از تعاریف‌ها آمده و با توسعه مفهوم خسارت معنوی و تسری آن به هر منفعت غیر مالی، مصادیقی هم چون درد و رنج جسمی ناشی از حادثه را نیز در مفهوم خسارت معنوی داخل دانسته‌اند. (کاتوزیان، ضمان قهری ۱۴۴)

بنابراین، می‌توان گفت ضرر معنوی ممکن است به صورت‌های مختلف ظاهر شود مانند آسیب به حقوق مربوط به شخصیت مثل شرف و حیثیت در مورد تهمت و افترا، درد جسمی زیان دیده از حادثه، اختلال روانی زیان دیده از حادثه مثل زشت شدن چهره، ضرر عدم لذت بردن مثل محرومیت مفلوج از لذت‌های زندگی عادی یا جریحه‌دار شدن احساسات و عواطف مثل غم و اندوه وارد بر خویشان نزدیک در نتیجه تصادف یا قتل.

ج) تعریف فقهی

فقیهان در کتاب‌های فقهی خود خسارت معنوی را تعریف نکرده‌اند. دلیل این کار نیز آن است که در روایت‌های معصومین در این باره سخنی نیامده است.

۲- جواز مطالبه خسارت معنوی

الف) جواز مطالبه از منظر قانون

قانون اساسی، قانون مدنی و قوانین کیفری، خسارت معنوی را از موجبات مسئولیت و مستلزم جبران دانسته‌اند به گونه‌ای که انکار قابلیت جبران خسارات معنوی انکار واضح است. فقط

۱. اصل ۱۷۱ قانون اساسی

هرگاه در اثر تقصیر یا اشتباه قاضی در موضوع یا در حکم یا در تطبیق حکم بر مورد خاص ضرر مادی یا معنوی متوجه کسی گردد، در صورت تقصیر مقصر طبق موازین اسلامی ضامن است و در غیر این صورت خسارت به وسیله دولت جبران می‌شود و در هر حال از متهم اعاده حیثیت می‌گردد.

مواد ۱ و ۲ و ۸ و ۹ و ۱۰ قانون مسئولیت مدنی

ماده ۱- هر کس بدون مجوز قانونی عمداً یا در نتیجه بی احتیاطی، به جان یا سلامتی یا مال یا آزادی یا حیثیت یا شهرت تجارتي یا به هر حق دیگر که به موجب قانون برای افراد ایجاد گردیده لطمه‌ای وارد نماید که موجب ضرر مادی یا معنوی دیگری شود، مسئول جبران خسارت ناشی از عمل خود می‌باشد.

ماده ۲- در موردی که عمل واردکننده زیان، موجب خسارت مادی یا معنوی زیان دیده شده باشد دادگاه پس از رسیدگی و ثبوت امر، او را به جبران خسارات مزبور محکوم می‌نماید و چنانچه عمل واردکننده زیان فقط موجب یکی از خسارات مزبور باشد دادگاه او را به جبران همان نوع خساراتی که وارد نموده محکوم خواهد نمود.

ماده ۸. کسی که در اثر تصدیقات یا انتشارات مخالف واقع، به حیثیت و اعتبارات و موقعیت دیگری زیان وارد آورد مسئول جبران آن است.

قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۷۸ آن را انکار کرده بود که با تصویب قانون جدید مصوب ۱۳۹۲ نسخ شد و نظر قانون‌گذار مطابق قوانین سابق تدوین گردید.

بیش تر قضاات در بعضی از آرای صادر شده گفته‌اند در قوانین موضوعه کشور بر اصل لزوم جبران خسارت معنوی تأکید شده، ولی در هیچ یک از این قوانین بیان نشده است که این خسارت باید به صورت مالی جبران شود. در خسارت ناشی از جرم، دیه یا ارش، و در خسارت ناشی از غیر جرم اموری مانند درج در جراید، تدوین شده است.

استدلال قضاات درباره شیوه جبران خسارت تا قبل از لازم الاجرا شدن قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۹۲ متین و صحیح است، ولی با لازم الاجرا شدن قانون موصوف، کلمات و عباراتی در ماده

شخصی که در اثر انتشارات مزبور یا سایر وسایل مخالف با حسن نیت، مشتریانش کم و یا در معرض از بین رفتن باشد می‌تواند موقوف شدن عملیات مزبور را خواسته و در صورت اثبات تقصیر، زیان وارده را از واردکننده مطالبه نماید.

ماده ۹. دختری که در اثر اعمال حيله یا تهدید و یا سوء استفاده از زبردست بودن، حاضر برای همخوابگی نامشروع شده می‌تواند از مرتکب علاوه از زیان مادی مطالبه‌ی زیان معنوی هم بنماید.

ماده ۱۰- کسی که به حیثیت و اعتبارات شخصی یا خانوادگی او لطمه وارد شود می‌تواند از کسی که لطمه وارد آورده است، جبران زیان مادی و معنوی خود را بخواهد هر گاه اهمیت زیان و نوع تقصیر ایجاب نماید دادگاه می‌تواند در صورت اثبات تقصیر، علاوه بر صدور حکم به خسارت مالی حکم به رفع زیان از طریق دیگر از قبیل الزام به عذرخواهی و درج حکم در جراید و امثال آن نماید.

ماده ۹ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۲۹۰

ضرر و زبانی که قابل مطالبه است به شرح ذیل است: الف) ضرر و زیان‌های مادی که در نتیجه ارتکاب جرم حاصل شده است. ب) ضرر و زیان معنوی که عبارت است از کسر حیثیت یا اعتبار اشخاص یا صدمه‌های روحی

ماده ۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲

شاکی می‌تواند جبران تمام ضرر و زیان‌های مادی و معنوی و منافع ممکن الحصول ناشی از جرم را مطالبه کند.

ماده ۲۱۲ مکرر قانون مجازات عمومی

هر کس مرتکب یکی از جرایم مذکور در ماده (۲۰۷ و ۲۰۸ مکرر و ۲۰۹) گردد، علاوه بر مجازات مقرر به تادیه خسارت معنوی مجنی علیه که در هر حال کمتر از ۵۰۰ ریال نخواهد بود، محکوم می‌شود.

ماده ۱۴۱ قانون تعزیرات ۶۲

هر کس به قصد اضرار به غیر یا تشویش اذهان عمومی یا مقامات رسمی به وسیله نامه یا شکواییه مراسلات یا عرایض یا گزارش یا توزیع هر گونه اوراق چاپی یا خطی یا امضاء، اکاذیبی را اظهار نماید یا اعمالی را برخلاف حقیقت راسا یا به عنوان نقل قول به شخص حقیقی یا حقوقی یا مقامات رسمی تصریحاً یا تلویحاً نسبت دهد اعم از اینکه از طریق مزبور به نحوی از انحاء ضرر مادی یا معنوی به غیر وارد شود یا نه به حبس از یک ماه تا دو سال یا تا ۷۴ ضربه شلاق محکوم خواهد شد.

ذیل ماده ۵۸ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۵۸

[...] در موارد ضرر معنوی چنانچه تقصیر یا اشتباه قاضی موجب هتک حیثیت از کسی گردد، باید نسبت به اعاده حیثیت او اقدام نمود

نظریه اداره حقوقی به شماره ۷،۵۹۴۷ مورخ ۱۳۶۵/۱۰/۳۰

مقررات مربوط به مطالبه ضرر و زیان مادی و معنوی من جمله ماده ۹ قانون آیین دادرسی کیفری نسخ نشده است و اصل ۱۷۱ قانون اساسی هم به این قبیل خسارات تصریح کرده است بنابراین مطالبه ضرر و زیان مادی و معنوی ناشی از جرم جنبه قانونی دارد.

۱۴ و دو تبصره آن وجود دارد که این استدلال را باطل می‌کند و به جبران مالی خسارت معنوی اشاره دارد. در تبصره ۲ ماده ۱۴ به جای کلمه «جبران» که دو معنا از آن برداشت می‌شود و بر جبران مالی دلالت ندارد و حتی در جبران‌های غیر مالی ظهور دارد، کلمه «پرداخت» آمده است که این کلمه، نص یا حداقل ظهور در جبران مالی این خسارت‌ها دارد. هم‌چنین در تبصره ۱ ماده موصوف آمده است: «دادگاه می‌تواند علاوه بر صدور حکم به جبران خسارت مالی به رفع زیان از طرق دیگر از قبیل الزام به عذرخواهی و درج حکم در جراید و امثال آن حکم نماید.» این جملات بعد از تعریف زیان معنوی آمده است و به این مطلب اشاره دارد که جبران خسارت‌های مالی مربوط به زیان‌های معنوی است. در مقابل، ماده ۹ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری مصوب ۱۳۷۸ هنگام برشماری ضرر و زیان قابل مطالبه تنها به ضرر و زیان مادی و منافع ممکن الحصول اشاره کرده و از ذکر خسارت معنوی در ردیف ضرر و زیان قابل مطالبه خودداری کرده است.

ب) جواز مطالبه از منظر رویه قضایی

آرای قضایی صادر شده در طول چندین سال تا سال ۹۳ - قبل از اجرایی شدن قانون آیین دادرسی کیفری جدید - را می‌توان در سه گروه قرار داد:

گروه اول: ناممکن بودن جبران خسارت معنوی

آرای که جبران خسارت معنوی را به طور مطلق نپذیرفته‌اند، جبران را با استدلال‌هایی متفاوت نفی کرده‌اند که ادله ایشان به قرار ذیل است:

الف) سنخیت نداشتن خسارت معنوی با جبران مالی

مطالبه خسارت معنوی مازاد بر دیه به دلیل ماهیت غیر مالی خسارت یادشده قابل استماع نیست. (رأی شماره ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۱۲۰۰۸۰۹ تاریخ ۱۳۹۳/۶/۳۱)

ب) انحصار جبران در دیه یا ارش

لزوم جبران خسارت معنوی در قوانین ایران (از جمله اصل ۱۷۱ قانون اساسی و موادی از قانون مسئولیت مدنی و قانون مجازات اسلامی) پذیرفته شده، ولی در مورد آسیب‌های جسمانی، صرفاً دیه و ارش به عنوان تنها وسیله جبران خسارت (اعم از خسارت مربوط به آسیب بدنی و خسارت مربوط به درد و رنج و تألم روحی ناشی از آن) قبول شده است. بنابراین، زیان دیده مستحق دریافت مبلغی به عنوان جبران خسارت معنوی افزون بر دیه یا ارش نیست. (رأی شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۰۷۰۰۷۶۸ تاریخ ۱۳۹۱/۸/۱۷)

زیان دیده علاوه بر دیه یا ارش، مستحق مطالبه خسارت معنوی نیست؛ زیرا دیه یا ارش تنها وسیله جبران خسارت از نظر قانون‌گذار است. (رأی شماره ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۱۲۰۱۱۷۵)

تاریخ ۱۳۹۳/۱۰/۲۱؛ رأی شماره ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۱۲۰۱۴۹۸ تاریخ ۱۳۹۳/۱۲/۱۲؛ رأی شماره ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۱۲۰۱۰۵۱ تاریخ ۱۳۹۳/۸/۲۸؛ رأی شماره ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۱۲۰۱۳۵۹ تاریخ ۱۳۹۳/۱۱/۲۶؛ رأی شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۲۹۰۱۳۲۷ تاریخ ۱۳۹۲/۱۱/۱۵

ج) نبود مستند قانونی و شرعی

به دلیل تقصیر سازمان انتقال خون و وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی در تهیه و استفاده از خون مورد نیاز بیمار (خواهان) که منجر به ابتلای او به بیماری هپاتیت C شد، هر دو به میزان مساوی در پرداخت ارش خسارت جانی و هم‌چنین هزینه درمان (علاوه بر دیه و ارش) مسئولیت دارند. در این باره تقاضای پرداخت خسارت معنوی جدای از دیه و ارش محمل قانونی و شرعی ندارد و مردود است. (رأی شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۱۲۰۱۰۱۰ تاریخ ۱۳۹۱/۷/۳۰؛ رأی شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۱۲۰۱۰۱۰۱۰ تاریخ ۱۳۹۱/۷/۳۰؛ رأی شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۱۲۰۰۷۹۹ تاریخ ۱۳۹۱/۶/۲۶)

د) نبود ملاک ارزیابی

خسارت معنوی برابر قوانین موضوعه جاری قابل مطالبه نیست یا حداقل ملاک ارزیابی برای آن وجود ندارد. (رأی شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۰۱۰۱۷۰۲ تاریخ ۱۳۹۲/۱۲/۱۰)

گروه دوم: جبران غیر مالی خسارت معنوی

آرایه‌ی نیز هستند که جبران خسارت معنوی را به صورت غیر مالی پذیرفته و منکر جبران مالی این خسارت‌ها شده‌اند: «در صورتی که متهم با نشر اکاذیب موجب کسر آبرو و حیثیت شاکی شده باشد، شاکی می‌تواند متعاقب صدور حکم محکومیت کیفری متهم، نزد دادگاه حقوقی طرح دعوی جبران خسارت معنوی نماید. دادگاه می‌تواند جهت جبران زیان معنوی وارد شده، حکم به درج عذرخواهی شاکی از خواهان در روزنامه کثیرالانتشار صادر کند.» (رأی شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۷۰۱۰۰۹۳۲ تاریخ ۱۳۹۲/۸/۲۶)

گروه سوم: جبران مالی خسارت معنوی

آرایه‌ی که جبران خسارت معنوی را به صورت مالی پذیرفته‌اند، در اقلیت قرار دارند مانند: «خسارت معنوی ناشی از لغو پرواز بر اساس پروتکل گواتمالا به مبلغ یک میلیون و پانصد هزار فرنک قابل مطالبه است.» (رأی شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۰۷۰۰۷۶۸ تاریخ ۱۳۹۱/۸/۱۷) یا: «از آن جا که تنزل اداری کارمند از مدیر امور تربیتی و فرهنگی به آموزگار می‌تواند علاوه بر خسارت‌های مادی موجب ورود خسارت معنوی غیر قابل جبران بشود، مورد از موارد صدور دستور توقف عملیات اجرایی تصمیم اداری خواهد بود.» (رأی شماره ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۳۳۰۲۸۱۳ تاریخ ۱۳۹۱/۱۲/۲۰)

به استثنای این دو رأی که در دادگاه تجدید نظر قطعیت یافتند، آرای دیگری مبنی بر لزوم جبران مالی خسارت معنوی صادر شده که در مرحله تجدید نظر با استدلال‌های بالا نقض گشته‌اند. رأی معروف به «رأی حقوقی هموفیلی‌ها» از جمله آرای است که در مرحله تجدید نظر از نظر جبران مالی خسارت معنوی نقض شد: «دادگاه دعوی خواهان را در خصوص ادعای مطالبه خسارات مادی، هزینه درمان و خسارات معنوی و خسارات دادرسی وارد دانسته و به استناد مواد ۱ و ۲ قانون مسئولیت مدنی و مواد قانون مجازات اسلامی و مواد ۳۰۷ و ۳۳۱ قانون مدنی و مواد ۵۱۵ و ۵۱۹ قانون آیین دادرسی مدنی و نظریه پزشکی قانونی به شماره ۱۳۶۸۲/۹۲/۳۳/۱ مورخ ۱۳۹۲/۹/۲۵، خواندگان را به پرداخت ۲۰ درصد دیه کامل مرد مسلمان بابت ارش صدمات جسمانی (خسارات مادی) ناشی از بیماری هیپاتیت C و به پرداخت ۲۵ درصد دیه کامل مرد مسلمان بابت خسارات معنوی و هزینه دادرسی و حق الوکاله وکیل طبق تعرفه در حق خواهان محکوم می‌نماید». (رأی شماره ۱۱۷۵۰۲۲۱۲۰۹۳۰۹۹۷ تاریخ ۱۳۹۳/۱۰/۲۱)

ج) جواز مطالبه از منظر حقوقی

دلایل دکترین حقوقی برای اثبات اصل جبران و جبران مالی خسارت معنوی عبارت است از:

۱. قاعده لاضرر

به استناد «قاعده لاضرر» هر گونه ضرر و زیانی که به اشخاص وارد می‌شود، اعم از ضررهای مادی و معنوی باید جبران شود و شخص ضار ضامن خسارت وارده است. قاعده لاضرر به تنهایی می‌تواند اصل جبران خسارت را ثابت کند و برای اثبات جبران مالی خسارت باید ارتکاز عقلا مبنی بر این که شیوه جبران خسارت نزد آن‌ها مالی است، به قاعده ضمیمه شود. مورد قاعده لاضرر، مؤید، بلکه دلیل برای اثبات اصل جبران خسارت معنوی است؛ چون رفت و آمد بدون اذن و سرزده سمره به منزل انصاری باعث هتک حیثیت و آبروی وی می‌شد. (کلینی، کافی: ۱۰: ۴۷۸)

۲. قاعده نفی عسر و حرج

تقریب استدلال به این قاعده همانند قاعده لاضرر است بدین توضیح که مطابق برخی معانی، کلمه «ضرار» به معنای «ضیق و به سختی و تنگی انداختن» است. (خمینی، تهذیب الاصول ۳: ۹۴) با توجه به این معنا، قسم دوم روایت یعنی «لا ضرار» به معنای نفی سختی و تنگی است و معنای متفاوتی از قسم اول روایت پیدا می‌کند. با توجه به این معنا علاوه بر قاعده لاضرر، قاعده نفی عسر و حرج نیز مثبت مدعا خواهد بود.

۳. بنای عقلاء

عقلاء بناء و سیره قطعی دارند که همه خسارت‌ها قابل جبران مادی است و در این سیره قطعی،

شارع مقدس مخالفتی نکرده یا حداقل مخالفت شارع احراز نشده است.

۴. روایات

دو دسته روایت بر جبران مالی خسارت معنوی دلالت دارند. دسته اول، روایت خاصی است که بر جبران مالی خسارت معنوی دلالت می‌کنند. و دسته دوم، روایاتی هستند که به صورت عام بر جبران دلالت دارند.

روایت خاص

پیامبر اکرم (ص)، خالد بن ولید را برای کاری به سوی قبیله بنی جزیمه فرستاد. خالد در آن جا شماری از افراد قبیله را کشت. وقتی علی بن ابی طالب (ع) به نمایندگی از پیامبر نزد قبیله یادشده رفت، برای دل جویی از آنان، مبلغی را به عنوان خسارت ناشی از ترس و وحشت کودکان و زنان به آن قبیله پرداخت. این روایت دلالت روشنی بر جبران مالی خسارت معنوی دارد. حضرت علی (ع) می‌فرماید: «وقتی خون بهای افراد کشته شده را پرداختیم، مقداری باقی ماند که آن مقدار باقی مانده را به علت ترس کودکان و زنان به آن‌ها پرداخت کردم». (صدوق، الخصال ۵۶۲)

روایت عام

منظور از روایات عام روایاتی است که به علت وجود لفظ عام در آن مستند مسئله قرار گرفته است. در روایت امام صادق (ع) آمده است که هر کس در مسیر و راه مسلمانان چیزی قرار دهد و موجب ضرر شود، ضامن است. عنوان ضرر در این روایت عام است و شامل ضررهای معنوی نیز می‌شود. هم چنین روایت مختص به راه نیست و راه مصداقی برای ضررهای متنوع است: «...»
قَالَ مَنْ أَضَرَّ بِطَرِيقِ الْمُسْلِمِينَ شَيْئًا فَهُوَ ضَامِنٌ». (طوسی، تهذیب الاحکام ۹: ۱۵۸)

د) جواز مطالبه از منظر فقه

فقیهان درباره اصل و شیوه جبران خسارت معنوی نیز اختلاف نظر فراوان دارند. در یک تقسیم‌بندی کلی، اقوال فقیهان به دو دسته تقسیم می‌شود. عده‌ای جبران خسارت معنوی را منکر شده و گروهی دیگر پذیرفته‌اند. همان فقیهانی نیز که اصل جبران را پذیرفته‌اند، بر سر چگونگی جبران آن با یکدیگر اختلاف نظر دارند و عده‌ای بر خلاف دیگران جبران مالی این گونه خسارت را نیز پذیرفته‌اند.

منکران جبران

۱. الصَّدُوقُ فِي الْخِصَالِ، وَ الْأَمَلِي، عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْحَسَنِ بْنِ الْوَلِيدِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْحَسَنِ الصَّفَّارِ عَنِ الْعَبَّاسِ بْنِ مَغْرُوفٍ عَنِ عَلِيِّ بْنِ مَهْزَبَانَ عَنْ فَصَّالَةَ عَنْ أَبِيهِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ مُسْلِمٍ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ الْبَاقِرِ قَالَ: بَعَثَ رَسُولُ اللَّهِ (ص) خَالِدَ بْنَ الْوَلِيدِ إِلَى حَيٍّ [...] فَصَلَّتْ مَعِيَ فَضَلَّةٌ فَأَعْطَيْتُهُمْ لِمَيْلَغَةٍ كَلَابِهِمْ وَ حَبَلَةَ زَعَاتِهِمْ وَ فَصَلَّتْ مَعِيَ فَضَلَّةٌ فَأَعْطَيْتُهُمْ لِرِزْوَعَةٍ نِسَانِهِمْ وَ فَرَعَ صَبِيَانِهِمْ.

اکثریت فقیهان معاصر، جبران خسارت معنوی را نپذیرفته و به جبران نشدن این گونه حکم کرده و به تمامی ادله قائلین به جبران به شرح ذیل پاسخ داده‌اند.

پاسخ اول: عدم دلالت روایات بر لزوم جبران

روایاتی که صاحب نظران حقوقی برای اثبات مدعای خود مبنی بر جبران مالی خسارات معنوی ارائه کرده‌اند، در دو دسته قرار می‌گیرند. دسته اول، روایت خاص است که درباره جبران مالی خسارات معنوی نقل شده است و دسته دوم از روایات که روایات عام بوده و در حقیقت، استناد به عمومیت روایات است. فقیهان درباره روایت خاص گفته‌اند این روایت از نظر سندی معتبر است و قابلیت استناد دارد، اما از نظر دلالتی، وافی به مقصود نیست. نهایت برداشتی که از این روایت می‌شود، استحباب جبران خسارت معنوی است و مثبت وجود ضمان نیست. از این میان می‌تواند به استفتائات برخی از فقهای معاصر اشاره کرد. آیت الله العظمی بهجت: «مبنای لزوم نمی‌تواند باشد، چون دلالت واضح دارد بر اینکه مال زیاد آمده بود و در بعضی نقل‌ها کلمه احتیاط ذمه هم آمده که معلوم است، احتیاط لزومی نیست.» آیت الله العظمی سیستانی: «حدیث معتبر است ولی دلیل بر وجوب رعایت این امر نیست بلکه به قرینه (و فضلت معی فضلة) و قرائن دیگر دلالت بر استحباب می‌کند.» آیت الله العظمی صافی: «روایت مذکوره فقط عمل امام علیه السلام را به منظور جهت مذکوره در سؤال ذکر کرده و لذا آن لزوم جبران استفاده نمی‌شود، زیرا محتمل است این احسان و تفضل از جانب آن بزرگوار باشد علاوه بر این که جبران مادی این گونه خسارات قابل تعیین نیست، هیچ ملاکی برای تعیین اندازه آن وجود ندارد والله العالم.» آیت الله العظمی فاضل: «به نظر این جانب قاعده‌ی لاضرر یک قانون حکومتی است، گذشته از این خسارات معنوی با تعزیر و به نظر حاکم شرع جبران می‌شود.» (نرم افزار گنجینه استفتائات قضایی، کد سؤال: ۲۶۴)

فقیهان منکر عمومیت روایات عام شده‌اند و معتقدند اولاً این روایات در مورد طریق و راه مسلمانان بیان شده و ثانیاً درباره ضررهای مادی صادر شده و منصرف به این گونه ضررهاست. (تبریزی، تنقیح المبانی الاحکام، الديات ۱۰۶؛ صدر، ماوراء فقه ۵: ۹۷؛ خویی، مبانی تکملة المنهاج، موسوعه ۴۲: ۳۱۶) به نظر برخی فقیهان، قاعده لاضرر صرفاً جنبه رفع الحکمی دارد و حکم یا ضمان را اثبات نمی‌کند و در مقابل، کسانی که مخالف این ادعا هستند، برای اثبات ضمان در قاعده لاضرر به این روایات استناد می‌کنند. (مامقانی، حاشیه علی رساله لاضرر ۳۴۰؛ خالصی، رفع الغرر عن قاعده لاضرر ۱۰) اگر مانند عده‌ای از فقیهان به استناد این روایات پذیرفته شود که مطلق حقوق ضمان دارد، باید دو مسئله اساسی بررسی شود تا بتوان به جبران مالی خسارت معنوی حکم کرد:

اولاً علاوه بر اصل جبران، جبران مالی نیز از این روایات استفاده می‌شود.

ثانیا مسائلی مانند آرامش و نداشتن درد، رنج و سختی از جمله حقوق معنوی است که شارع در عصر خود پذیرفته یا دست کم در حالی که در مرعی و مسمع شارع بوده، درباره آن سکوت اختیار کرده است.

پاسخ دوم: انصراف قواعد از ضررهای معنوی

در یک نگاه کلی، هر سه دلیل قائلین را در قالب قواعد فقهی می‌توان بررسی کرد. فقیهانی که منکر جبران خسارت معنوی هستند، معتقدند قواعد «لا ضرر» و «نهی عسر و حرج» به ضررهای مادی مربوط است و شامل ضررهای معنوی نمی‌شود. در استفتاء از برخی مراجع معاصر، نظراتی بدین شرح بیان شده است: آیت الله العظمی سبجانی: «قواعد مربوط به ضررهای مالی است [...] آیت الله العظمی علوی گرگانی: «حکم به جبران مالی نمی‌شود.» آیت الله العظمی شبیری زنجانی: «[...] جبران مالی ندارد.» آیت الله العظمی صافی گلپایگانی: «اولا قاعده لاضرر شامل ضررهای معنوی نمی‌شود و از آن منصرف است و ثانیا قاعده لاضرر نفی حکم ضرری می‌کند ولی حکمی را ثابت نمی‌کند، لذا نمی‌توان جبران خسارت معنوی را به استناد لاضرر یا مال نمود.» آیت الله العظمی مکارم شیرازی: «در عرف، خسارت معنوی با مال مبادله نمی‌شود.» آیت الله العظمی نوری همدانی: «چنین حقی (مطالبه خسارت معنوی) ثابت نیست.» آیت الله العظمی بهجت: «خسارت‌های ذکر شده ضمان مالی ندارد، بلی اگر جبران غیرمالی آن ممکن باشد برای مجرم بعید نیست لزوم آن.» آیت الله العظمی سیستانی: «نمی‌تواند.» آیت الله العظمی تبریزی: «شخص متهم در رابطه با تهمت طلب مال نمی‌تواند بکند ولی باید تهمت زنده تهمت را در مقابل کسانی که بهتان زده است، تکذیب نماید و اگر بهتان نسبت زنا بوده است حد قذف دارد والله العالم.» آیت الله العظمی فاضل لنکرانی: «خیر، این خسارت قابل جبران نیست.» (استفتای کتبی مرکز آموزش‌های تخصصی فقه از دفاتر مراجع تقلید)

پاسخ سوم: عدم قطعیت سیره عقلاء

یکی از شرایط تمسک به بنای عقلا نیز، احراز قطعیت سیره عقلا است یعنی باید به طور قطع اثبات شود که روش عقلا در برخورد با خسارت معنوی، جبران مالی آن است. این در حالی است که با مراجعه به دکتربین حقوقی در غرب متوجه می‌شویم سه نظر در مورد جبران خسارت معنوی وجود دارد و عده‌ای منکر جبران هستند که نشان می‌دهد سیره قطعی میان عقلا وجود ندارد. (نقیبی، «جبران مالی خسارت معنوی در نظریه‌های حقوقی» ۳: ۹-۱۰)

البته اشکال مهمی که بر منکران جبران وارد می‌شود، این است که اگر این قواعد مختص ضررهای مادی باشند، لازم می‌آید مورد قاعده شامل قاعده نشود که این امر قبیح و مستهجن است.

قائلین به جبران

این دسته از فقیهان معتقدند کلمه «ضرر» عمومیت دارد و منحصر به ضررهای مادی نیست و از قاعده لاضرر، جبران تمامی خسارت‌ها حتی خسارت معنوی استفاده می‌شود. مؤید، بلکه دلیل این امر نیز عمومیت مورد قاعده است؛ زیرا طبق روایات، قاعده لاضرر در خصوص جریان هتک عرض شخص انصاری نقل شده است که در آن، شخصی به نام سمره زمینه هتک عرض انصاری را ایجاد می‌کرد. مرحوم شهید صدر بیان می‌کند: «حسب ارتکاز عقلائی هرانسانی استحقاق دارد در مرتبه‌ای از آرامش و طمانینه و آزادی تصرف در اموال، قرار بگیرد و هتک عرض و اذیت افراد به حسب دقت و حقیقت نقص در حق وی به حساب می‌آید و سلب آنچه که حق وی است محسوب می‌شود و فرقی نمی‌کند که حق عینی متمثل در خارج باشد یا حق معنوی [...]». این قسم از ضرر یعنی ضرر معنوی مشمول قاعده لاضرر است، به قرینه قصه سمره که مورد قاعده لاضرر می‌باشد. (قاعده لا ضرر و لا ضرار ۱۴۰) و نیز مرحوم منتظری همسو با شهید صدر بیان می‌دارد: «نفی ضرر و زیان در شریعت اسلام مقتضی ضمانت هرگونه خسارتی است که بر دیگران وارد می‌آید، چنان‌که در روایتی که جمیل بن دراج به واسطه‌ی بعضی از اصحاب امامیه از امام باقر علیه السلام یا امام صادق علیه السلام نقل نموده، درباره‌ی کسی که دست دیگری را شکسته است ولی دست او سالم و خوب شده است، آمده است: «لیس فی هذا قصاص ولكن يعطى الارش». یا در روایت دیگری با همین طریق، درباره دندان بچه‌ای که کسی آن را شکسته ولی مجدداً روئیده، آمده است: «لیس علیه قصاص و علیه الارش». مقصود از «ارش» در هر دو مورد جبران خسارت و تفاوت ارزش دو حالت است. در صحیح‌ه ابی عبیده نیز آمده است: «لا يبطل حق امرئ مسلم» حق شخص مسلمان نباید تضییع شود. بدیهی است حق عنوانی فراگیر بوده و شامل سلامتی، عدم رنج و درد و حتی عرض و آبرو و مطلق حقوق مادی و معنوی مسلمان می‌شود و تضییع آنها حرام است و باید تدارک گردد. و اگر کشتن فردی سبب تام برای ورود ضرر و خساراتی بر افراد دیگر باشد، می‌توان گفت: جبران آن خسارات نیز لازم است، زیرا اضرار به غیر موجب ضمان است. و از حدیث معروف «لا ضرر و لا ضرار فی الإسلام» می‌توان این حکم را استنباط نمود. (مجازات‌های اسلامی و حقوق بشر ۵۲)

در مورد فقیهانی که جبران خسارت را پذیرفته‌اند، ذکر چند نکته ضروری است:

اول این دسته از فقیهان برای مدعای خود فقط به قاعده لاضرر تمسک کرده و روایات و دو قاعده دیگر را در عداد ادله خود ذکر نکرده‌اند که نشان می‌دهد ایشان نیز ادله دیگر را نمی‌پذیرند. ثانیاً به استناد لاضرر فقط می‌توان اصل جبران را اثبات کرد، ولی جبران مالی با این قاعده اثبات نمی‌شود؛ چون در مورد قاعده، سخنی از جبران مالی نیست و قلع درخت. بر فرض این‌که بپذیریم

قلع درخت جبران است. جبران مالی به نفع زیان دیده نیست و فقط برای رفع ماده فساد صورت گرفته است.

قائلین به جبران مالی

بعضی از فقیهان علاوه بر امکان جبران خسارت معنوی، جبران مالی این گونه خسارت را نیز پذیرفته و فرموده‌اند که اشکال ندارد خسارت زنده مبلغی را از باب تعزیر به زیان دیده بدهد. (نرم‌افزار گنجینه استفتائات قضایی، کد سؤال: ۲۶۴)

عده‌ای دیگر از فقیهان بعضی مصادیق موجود در فقه از جمله پرداخت نصف مهر به زوجه در طلاق قبل از دخول را از مصادیق خسارت معنوی دانسته و جواز جبران مالی خسارت معنوی را پذیرفته‌اند. (محقق داماد، قواعد فقه ۱: ۱۷۳ و ۱۷۴؛ بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن ۱۸۹)

۳. راه محاسبه میزان خسارت

از منظر فقه، راه‌های جبران خسارت وارد شده به یک شخص منحصر است و در قالب خاصی صورت می‌گیرد و اگر در هیچ یک از قالب‌های گفته شده قرار نگیرد، قابلیت جبران نخواهد داشت. قالب‌های جبران به صورت مادی یا غیر مادی است. از جمله قالب‌های غیر مادی جبران در خسارت معنوی، درج در جراید یا الزام به عذرخواهی است که از موضوع بحث این بخش خارج است. قالب‌های مادی جبران نیز دیده و ارش یا تعزیر است.

راه اول: دیده و ارش

قانون‌گذار در ماده ۱۷ ق. م. ا. مصوب ۹۲ در تعریف دیده می‌نویسد: «دیده اعم از مقدّر و غیر مقدّر، مالی است که در شرع مقدس برای ایراد جنایت غیر عمدی بر نفس، اعضا و منافع و یا جنایت عمدی در مواردی که به هر جهتی قصاص ندارد، به موجب قانون مقرر می‌گردد.» به تبع دیده، در ماده ۴۴۹ هم ارش این گونه تعریف شده که همان دیده است ولی از نظر مقدار تعیین نشده و تعیین آن با توجه به نظریه کارشناسی با قاضی دادگاه است. بنابراین، ارش همان دیده است، فقط از ناحیه تعیین شرعی متفاوت است مانند حد و تعزیر که از نظر مجازات بودن ماهیت واحد دارند ولی از نظر کمیّت و کیفیت متفاوتند. دیده و ارش از همه جنبه‌ها ماهیتی یکسان دارند و فقط از نظر تعیین شارع متفاوتند. در نتیجه، هر ماهیتی که برای دیده تصور و تعیین شود، برای ارش نیز تصور می‌شود. فقیهان درباره ماهیت دیده و به تبع آن، ارش، اختلاف نظر دارند. عده‌ای، ماهیت دیده را جبران خسارت و گروهی، مجازات دانسته و گروه سوم، ماهیتی مختلط از مجازات و جبران خسارت برای آن در نظر گرفته‌اند.

کسانی که معتقدند دیه ماهیت جبران خسارت دارد، در عبارات خود به صراحت بیان داشته‌اند که دیه جبران خسارت مادی و مالی را انجام می‌دهد و خسارت مادی که به تمامیت جسمانی افراد وارد آمده است، با دیه جبران می‌شود به عنوان مثال مرحوم منتظری در کتاب خود چنین بیان کرده است: «ظاهراً تعیین دیه برای عضو به منظور جبران خسارت بوده است.» (منتظری، رساله استفتائات ۲: ۵۶۰) و نیز مرحوم طباطبایی فرموده‌اند: «آنچه که ارتکازات عقلاییه حکم می‌کند این است که دیه به نحوی جبران و تدارک خسارات وارده می‌باشد.» (مسائل معاصره فی فقه القضاء ۱۵۵، ۱۵۶) در این صورت، دیه یا ارش نمی‌تواند قالب جبران خسارت معنوی باشد؛ چون بنابراین نظریه، دیه فقط برای خسارت مادی طراحی شده و خسارت معنوی به صورت تخصصی از قالب جبران خسارت از طریق دیه و ارش خارج است. بنابراین، اگر فقیهی چنین نظری دارد، از نظر شرعی، طریقی برای جبران مالی خسارت معنوی در نظر ندارد، هرچند قائل به لزوم جبران خسارت معنوی باشد، ولی نمی‌تواند قائل به جبران و تدارک به وسیله پول یا همان جبران مالی خسارت معنوی شود. درباره خسارت معنوی ناشی از غیر جرم نیز طریقی شرعی برای تقویم متصور نیست؛ زیرا دیه به طور کلی، جبران خسارت مادی است و مطلق خسارت معنوی از این طریق جبران خارج است؛ چه خسارت معنوی ناشی از جرم و چه ناشی از غیر جرم.

در مقابل، فقیهانی که معتقدند ماهیت دیه، مجازات است و ماهیت جبرانی ندارد، در صورتی که اصل جبران خسارات معنوی را بپذیرند، می‌توانند ادعا کنند دیه یا ارش، طریقی جبران خسارت معنوی است و چون دیه در این موارد موضوعیت ندارد، کلام منصرف به ارش شده است و خسارت معنوی از طریق ارش جبران می‌شود.

اشکال وارد بر این موضوع آن است که میزان مالی خسارت معنوی و تقویم این خسارت امکان ندارد و از طریق ناممکن بودن تقویم به ناممکن بودن جبران این گونه خسارت منتقل می‌شدند که اگر مبنای دوم پذیرفته شود، دیگر تقویم این گونه خسارات مشکل ندارد؛ چون همان طور که در خسارت مادی، ارش تعیین می‌شود، در خسارت معنوی نیز می‌توان ارش را تعیین کرد. به عبارت دیگر، هنگام تفاوت قیمت انسانی بدون خسارت معنوی با انسانی که خسارت معنوی دیده است، ارش این خسارت تعیین خواهد شد. همان طور که در خسارت مادی، تفاوت قیمت این دو انسان ملاک عمل برای تعیین ارش است.

بنابراین، بر مبنای مجازات بودن دیه، خسارت معنوی ناشی از جرم، قابلیت تقویم و اندازه‌گیری از طریق ارش را دارد، ولی در مورد خسارت معنوی که ناشی از غیر جرم است مانند خسارت معنوی ناشی از عدم انجام تعهد. این نظر نیز همانند نظر اول راه‌گشا نیست؛ چون مشکل ناممکن بودن

تقویم خسارت معنوی باقی است و طریق شرعی برای تقویم این گونه خسارت وجود ندارد. در این جا مجازات مطرح نیست تا از طریق دیه بتوان قائل به جبران مالی شد.

بر اساس نظریه سوم که ماهیتی مختلط از جبران خسارت مادی و مجازات دارد، (مکارم، استفتائات جدید ۲: ۵۹۷) نمی‌توان اثبات کرد که این نظریه قائل به جبران مادی خسارات معنوی باشد؛ چون از نظر مادی بودن جبران، مانع امکان جبران مالی خسارت معنوی می‌شود.

با مراجعه به قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ استنباط می‌شود که قانون‌گذار نظریه سوم یعنی نظریه اختلاط را پذیرفته و معتقد است که دیه ماهیتی دوگانه دارد؛ جنبه مجازاتی و جنبه جبران خسارتی. با مراجعه به دو ماده از مواد قانون مجازات و ضمیمه کردن این دو ماده می‌توان چنین استنباط و استظهار کرد. قانون‌گذار در ماده ۱۴ به صراحت بیان می‌کند که دیه یکی از مجازات‌های مقرر در آن قانون است و در ماده ۴۵۲ بیان می‌کند که دیه احکام و آثار مسئولیت مدنی یا ضمان دارد. برای حفظ حکمت قانون‌گذار و رفع تعارض بین این دو ماده می‌توان گفت قانون‌گذار به طور تلویحی نظریه اختلاط در ماهیت دیه را پذیرفته است.

با پذیرش این استنباط می‌توان گفت قانون‌گذار طریق دیه یا ارش را برای جبران خسارت معنوی نپذیرفته است؛ زیرا همان طور که اشاره شد، در ماهیت مختلط به علت وجود عنصر جبرانی و مادی بودن جبران نمی‌توان خسارت معنوی را داخل در دایره ماهیت دیه یا ارش دانست.

راه دوم: تعزیر

راه دیگر برای تقویم خسارت معنوی، تعیین تعزیر از سوی حاکم شرع است. مرحوم موسوی اردبیلی در این رابطه در جواب استفتایی که از ایشان به عمل آمده، چنین گفته‌اند: «سوال: اگر نامزدی از طرف مرد به هم بخورد و زن از حیث معنوی خسارت دیده باشد، آیا زن می‌تواند طلب خسارت کند؟ خیر، البته اگر مرد زن را فریب داده باشد و با دروغ‌گویی مرد قرار ازدواج صورت گرفته باشد و مرد بدون توافق زن آن را به هم بزند مرد مستحق تعزیر است و اشکال ندارد که تعزیر جرمه مالی به نفع زیان دیده باشد، این حکم در عکس قضیه نیز جاری است.» (نرم‌افزار گنجینه استفتائات قضایی، کد سؤال: ۲۶۴) برای تبیین این طریق بیان چند نکته ضروری است:

۱. تقویم خسارت معنوی از طریق تعزیر مختص به خسارت معنوی ناشی از جرم است و در خسارت معنوی ناشی از غیر جرم نمی‌توان از این طریق استفاده کرد؛ زیرا اعمال تعزیر در صورت وجود عملی مجرمانه است که حدّ مشخص در شرع ندارد و انجام ندادن یک تعهد نه در قانون جرم‌انگاری شده و نه عمل حرامی است که بتوان بر اساس اصل ۱۶۷ به فقه مراجعه کرد و شخص مرتکب را مستحق تعزیر دانست. بنابراین، اولین شرط طریقت تعزیر برای جبران خسارت معنوی،

جرم بودن عمل ارتكابی است. البته لازم به ذكر است می توان گفت كه تعزیر فقط مختص به باب جرایم نبوده و در مسایلی حقوقی نیز جاری است، همانند مساله مدیون مامل كه حاكم وی را تا اداء دین از باب تعزیر حبس می نماید.

۲. اختلاف نظر فقیهان در بحث تعزیرات بر سر این است كه آیا تعزیر مختص به شلاق است یا حاكم هر چیزی را مصلحت بداند، می تواند به عنوان تعزیر اعمال كند. مثلا در باره یک جرم واحد، حاكم در مورد شخصی مصلحت می داند كه قرآن حفظ كند و در مورد شخصی دیگر مصلحت می داند پول بدهد و در مورد فردی دیگر مصلحت می بیند كه شلاق بخورد.

جبران خسارت معنوی از طریق تعزیر بر مبنای نظر فقیهانی ممكن است كه تعزیر را وسیع ترجمه کرده باشند و به شلاق محدود ندانند و گرنه بر مبنای نظر دیگر فقیهان، تعزیر طریقی برای جبران نخواهد بود. بنابراین، دومین شرط، پذیرفتن مبنای نظر فقیهانی است كه دایره تعزیر را به شلاق محدود نمی دانند و جزای نقدی را نیز شامل تعزیرات می كنند.

۳. میان فقیهانی كه تعزیر را به شلاق محدود ندانسته و جزای نقدی را نیز به عنوان تعزیر پذیرفته اند، این اختلاف وجود دارد كه آیا جزای نقدی باید به بیت المال واریز شود یا این كه می توان به پرداخت جزای نقدی به نفع محكوم له حكم صادر كرد؟ بنابراین، سومین شرط جبران مالی خسارت معنوی، پذیرفتن مفهومی وسیع از تعزیر است كه حتی جزای نقدی به نفع محكوم له را نیز در بر بگیرد.

در نتیجه، برای این كه از راه تعزیر بتوان خسارت معنوی را جبران كرد، باید سه شرط فراهم باشد:

یک - عمل جرم باشد؛

دو - تعزیر به شلاق محدود نباشد؛

سه - تعزیر به محكومیت به نفع صندوق دولت محدود نباشد.

خاتمه: جایگاه جبران خسارت معنوی در قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲

مراحل تصویب ماده قانونی جبران خسارت معنوی

شورای نگهبان در بررسی طرح قانونی مطبوعات سال ۱۳۶۴ كه به استناد ماده ۳۰ آن، قاضی مكلف به صدور حكم برای جبران تمام زیان های وارده حتی زیان معنوی بود، جبران خسارت معنوی به مال را خلاف شرع تشخیص داد. از میان قوانین مدون، قانون آیین دادرسی کیفری (ماده ۱۴ و دو تبصره آن) تنها قانونی است كه علاوه بر جبران اصل خسارت معنوی، جبران مالی این خسارت ها را نیز پذیرفته است:

ماده ۱۴ - شاکی می تواند جبران تمام ضرر و زیان های مادی و معنوی و منافع ممكن الحصول

ناشی از جرم را مطالبه کند.

تبصره ۱- زیان معنوی عبارت از صدمات روحی یا هتک حیثیت و اعتبار شخصی، خانوادگی یا اجتماعی است. دادگاه می‌تواند علاوه بر صدور حکم به جبران خسارت مالی، به رفع زیان از طرق دیگر از قبیل الزام به عذرخواهی و درج حکم در جراید و امثال آن حکم نماید.

تبصره ۲. منافع ممکن الحصول تنها به مواردی اختصاص دارد که صدق اتلاف نماید. هم‌چنین مقررات مرتبط به منافع ممکن الحصول و نیز پرداخت خسارت معنوی شامل جرایم موجب تعزیرات منصوص شرعی و دیه نمی‌شود.

بعد از این که لایحه به شورای نگهبان فرستاده شد، این شورا در بندهای ۵ تا ۷ ایرادهای خود (۱۳۹۰/۱۲/۲۳) تبصره یک و دو ماده ۱۴ را مغایر با موازین شرع اعلام کرد. با این اعلام مغایرت، مجلس شورای اسلامی باید ماده یا تبصره را به گونه‌ای اصلاح کند که با موازین شرع مغایرتی نداشته باشد. مجلس تبصره دورا بر اساس ایرادهای شورا اصلاح کرد.

فرآیند رفت و برگشت لایحه بین مجلس شورای اسلامی و شورای نگهبان

لایحه آیین دادرسی کیفری ۱۳۸۷/۱۰/۲۴

ماده ۷-۱۱۲. مدعی خصوصی می‌تواند جبران تمام ضرر و زیان‌های مادی و معنوی ناشی از جرم را مطالبه کند.

تبصره ۱- زیان معنوی عبارت است از صدمات روحی یا هتک حیثیت و اعتبار شخصی یا خانوادگی که جبران آن از طریق اعاده حیثیت و اعتبار و یا تعیین میزان هزینه‌های رفع صدمات روحی پس از اخذ نظر کارشناسی صورت می‌گیرد.

تبصره ۲- هزینه‌های متعارف درمان که مازاد بر میزان دیه باشد، مطابق نظر کارشناس یا بر اساس سایر ادله قابل مطالبه است.

گزارش کارشناسی لایحه در مرکز تحقیقات شورای نگهبان (۱۳۹۰/۰۴/۰۷)

شورای نگهبان نسبت به ماده ۹ سال ۱۳۷۸ این گونه نظر داده است که بند ۲ ماده ۹ به علت ابهام مطالبه وجه در قبال ضرر و زیان معنوی و بند ۳ ماده به علت اطلاق مذکور خلاف شرع می‌باشد. اگر چه تبصره ۱ ماده ۱۴ لایحه موجود با تعریف زیان معنوی و این که می‌توان این ضرر را علاوه بر صدور حکم به خسارت مالی از طرق غیر مالی جبران کرد، اما هم‌چنان خسارت مالی را نیز در ماده آورده است. لذا به نظر می‌رسد ایراد سابق شورا به این ماده وارد باشد؛ زیرا مطالبه وجه و خسارات مالی در قبال ضرر و زیان معنوی پذیرفته شده است.

گزارش مجمع مشورتی فقهی شورای نگهبان به دبیر شورا (۱۳۹۰/۰۴/۰۸)

اطلاق ماده و تبصره‌های آن به لحاظ اطلاق ضرر و زیان مادی و معنوی «بر اساس تبصره‌ها» و به لحاظ اطلاق منافع ممکن الحصول خلاف شرع دانسته شد.

لایحه آیین دادرسی مصوب ۱۳۹۰/۱۱/۱۹ کمیسیون قضایی مجلس ارسالی به شورای نگهبان در تاریخ ۱۳۹۰/۱۲/۰۳

ماده ۱۴- شاکی می‌تواند جبران تمام ضرر و زیان‌های مادی و معنوی و منافع ممکن الحصول ناشی از جرم را مطالبه کند.

تبصره ۱- زیان معنوی عبارت از صدمات روحی یا هتک حیثیت و اعتبار شخصی خانوادگی یا اجتماعی است. دادگاه می‌تواند علاوه بر صدور حکم به جبران خسارت مالی به رفع زیان از طرق دیگر از قبیل الزام به عذرخواهی و درج در جراید و امثال آن حکم نماید.

تبصره ۲- هزینه‌های متعارف درمان که مازاد بر میزان دیه باشد، مطابق نظر کارشناس یا بر اساس سایر ادله قابل مطالبه است.

اعلام نظر شورای نگهبان در خصوص لایحه ۱۳۹۰/۱۲/۲۳

۵. منافع ممکن الحصول اختصاص به مواردی دارد که صدق اتلاف کند مانند کسی که از قبل برای کاری اجیر شده باشد. بنابراین، در ماده ۱۴ اطلاق آن در غیر موارد مذکور خلاف موازین شرع است. هم‌چنین در مواردی که از جهت شرعی و قانونی برای آن دیه تعیین شده ولو این که منافع ممکن الحصول دارد، شمول منافع ممکن الحصول به آن خلاف موازین شرع است.

۶. در تبصره ۱ ماده ۱۴ با قبول اصل جبران خسارت معنوی، حکم به خسارت مالی در مواردی که از نظر شرع یا قانون، تعزیر و دیه، تعیین و در دادگاه در مورد آن حکم صادر شده، خلاف موازین شرع است.

۷. در تبصره ۲ ماده ۱۴ پرداخت خسارت‌های مازاد بر دیه خلاف موازین شرع است.

اصلاحات مجلس شورای اسلامی (۱۳۹۱/۰۲/۰۴) و ارسال به شورای نگهبان (۱۳۹۱/۰۳/۰۶)

ماده ۱۴ و تبصره ۱ آن بدون اصلاح باقی ماند.

تبصره ۲ بدین نحو اصلاح شد:

منافع ممکن الحصول تنها به زمانی اختصاص دارد که صدق اتلاف نماید. هم‌چنین مقررات مربوط به منافع ممکن الحصول و نیز پرداخت خسارت معنوی شامل تعزیرات منصوص شرعی و مواردی که دیه پرداخت می‌گردد، نمی‌شود.

اصلاح مجدد تبصره دو در مجلس شورای اسلامی (۱۳۹۱/۱۱/۱۸) و ارسال به شورای نگهبان (۱۳۹۲/۰۴/۲۲)

تبصره ۲ بدین نحو اصلاح شد:

منافع ممکن الحصول تنها به مواردی اختصاص دارد که صدق اتلاف نماید. هم چنین مقررات مرتبط به منافع ممکن الحصول و نیز پرداخت خسارت معنوی شامل جرایم موجب تعزیرات منصوص شرعی و دیه نمی شود.

ارسال ایرادهای شورای نگهبان به مجلس شورای اسلامی بدون تعرض به ماده ۱۴ و دو تبصره آن به ویژه تبصره یک (۱۳۹۱/۰۳/۲۵ و ۱۳۹۱/۰۷/۲۳)

از این تاریخ به بعد، در تمام ایرادهای شورای نگهبان به ماده ۱۴ و تبصره‌های آن اشاره‌ای نشده است (اصلاحات ۱۳۹۲/۰۹/۰۵ ارسالی به شورای نگهبان ۱۳۹۲/۱۰/۱۵ و ایرادهای ۱۳۹۲/۰۵/۱۲ و ۱۳۹۲/۱۱/۲۰). در تاریخ ۱۳۹۲/۱۲/۲۶ مخالف نبودن لایحه با شرع و قانون اعلام شد.

طرح قانونی مطبوعات مصوب ۱۳۶۴/۰۸/۱۴ ارسالی به شورای نگهبان (۱۳۶۴/۰۹/۰۵)

۱۰. در تبصره یک ماده ۳۰ که طرح دعوی خسارت معنوی، مجاز و دادگاه مکلف است به آن رسیدگی کند، تقویم خسارات معنوی به مال و امر مادی مغایر موازین شرعی است. البته رفع هتک و توهین که به شخص شده، به طریق متناسب با آن در صورت مطالبه ذی حق لازم است.

نتیجه بررسی مراحل تصویب ماده ۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۳

با توجه به نظریه شورای نگهبان سابق و با توجه به فتاوی اکثریت فقهای عظام، جبران مالی خسارات معنوی به طور مطلق مردود است. این در حالی است که در بند ششم ایرادهای شورای نگهبان فقط در مواردی که در شرع یا قانون تعزیر و دیه مشخص شده است، ممنوعیت مطالبه خسارت معنوی وجود دارد.

در اصلاح تبصره دو این ماده، کلمه «پرداخت» ذکر شده است که این کلمه بر جبران مالی خسارات معنوی دلالت دارد. اگر پذیرفته شود که مسامحه در تعبیر روی داده است، مشکلی به وجود نمی آید و گرنه با توجه به بند ششم ایرادها یا باید گفت این کلمه باید حذف شود یا حداقل، مراد از این کلمه، موارد تعزیرات منصوص و دیه نباشد.

به استناد به بند ۶ ایرادها، تبصره یک ماده ۱۴ نیز خلاف شرع اعلام شده بود، ولی در اصلاحیه مجلس هیچ گونه تغییری در این تبصره ایجاد نشد. حال اگر پذیرفته شود که ذیل تبصره دو اصلاحی، رافع ایراد شورای نگهبان در بند شش است، مشکلی به وجود نمی آید، ولی با دقت در ایراد بند ششم و ذیل تبصره دو اصلاحی به نظر می رسد تبصره دو اصلاحی نظر شورای نگهبان را تأمین نکرده و تنها قسمتی از ایراد رافع کرده است یعنی بین تبصره و ایراد، رابطه عموم و خصوص مطلق ایجاد شده که دایره ایراد وسیع تر از تبصره است. طبق ایراد، تمام موارد تعزیرات منصوص و غیر منصوص شرعی و تعزیرات قانونی و دیات قابلیت جبران با مال را ندارند. این در حالی است که در

ذیل تبصره فقط موارد منصوص شرعی و دیات ذکر شده است .

فهرست منابع

۱. احمد ادريس، الديه، ترجمه: علی رضا فیض، تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی،

۱۳۷۲.

۲. استفتای کتبی مرکز آموزش های تخصصی فقه از محضر حضرت آیت الله العظمی علوی گرگانی.
۳. استفتای کتبی مرکز آموزش های تخصصی فقه از محضر حضرت آیت الله العظمی نوری همدانی.
۴. استفتای کتبی مرکز آموزش های تخصصی فقه از محضر حضرت آیت الله العظمی صافی گلپایگانی.
۵. استفتای کتبی مرکز آموزش های تخصصی فقه از محضر حضرت آیت الله العظمی مکارم شیرازی.
۶. استفتای کتبی مرکز آموزش های تخصصی فقه از محضر حضرت آیت الله العظمی شبیری زنجانی.
۷. استفتای کتبی مرکز آموزش های تخصصی فقه از محضر حضرت آیت الله العظمی سبحانی.
۸. امامی، سید حسن، «ارکان مسئولیت مدنی»، تحقیقات حقوقی ۲ (۱۳۵۲) ۵-۱۶.
۹. آشوری، محمود، آیین دادرسی کیفری، تهران: انتشارات سمت، چاپ اول، ۱۳۷۵.
۱۰. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، تهران: ابن سینا، ۱۳۴۶.
۱۱. حسینی نژاد، حسین قلی، مسئولیت مدنی، تهران: دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۷۰.
۱۲. صدر، سید محمدباقر، قاعدة لا ضرر ولا ضرار، قم: دارالصادقین للطباعة والنشر، چاپ اول، ۱۴۲۰ هـ. ق.
۱۳. طباطبایی حکیم، سید محمدسعید، مسائل معاصرة فی فقه القضاء، نجف اشرف: دارالهلل، چاپ دوم، ۱۴۲۷ هـ. ق.
۱۴. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، تهذیب الأحکام، تهران: دارالکتب الإسلامية، چاپ چهارم، ۱۴۰۷ هـ. ق.
۱۵. کاتوزیان، ناصر، ضمان قهری، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۶۹.
۱۶. محدث نوری، میرزا حسین، مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل، بیروت: مؤسسه آل البيت (علیهم السلام)، چاپ اول، ۱۴۰۸ هـ. ق.
۱۷. محقق داماد، سید مصطفی، بررسی فقهی حقوق خانواده. نکاح و انحلال آن، قم.
۱۸. محقق داماد، سید مصطفی، قواعد فقه، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ دوازدهم، ۱۴۰۶ هـ. ق.

-
۱۹. مکارم شیرازی، ناصر، استفتائات جدید، قم: انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام، چاپ دوم، ۱۴۲۷ هـ. ق.
۲۰. منتظری، حسین علی، رساله استفتائات، قم، چاپ اول.
۲۱. منتظری، حسین علی، مجازات‌های اسلامی و حقوق بشر، قم: ارغوان دانش، چاپ اول، ۱۴۲۹ هـ. ق.

رسائل

مجله علمی دانش پژوهان مرکز آموزش های تخصصی فقه

شماره ۵ و ۶، زمستان ۱۳۹۴ و بهار ۱۳۹۵

صفحات ۲۷ تا ۴۲

رضاعسکری*

R.askari5803@yahoo.com

ضابطه جرم انگاری در متون فقهی و مواد قانونی باتکیه بر قاعده «التعزیر لکل عمل محرم»

چکیده

تبیین ضابطه مند معیار جامع جرم انگاری در فقه و حقوق اسلام در چارچوبی مشخص برای تقنین نقشی بسزا دارد. نوشتار حاضر با هدف کشف چنین نیازی به سراغ قاعده مشهور «التعزیر لکل عمل محرم» رفته و پس از بررسی مفاد سعه و ضیق و ادله آن و با بیان چندین تفسیر مختلف از فقیهان به این نتیجه رسیده است که تنها در صورت تفسیری موسع از این قاعده و جرم دانستن هر عمل فساد انگیز و مجازات دانستن هر عمل اصلاحی می توان ضابطه ای کلی برای جرم انگاری از این قاعده استخراج کرد. مستند این تفسیر موسع نیز توجه به حکمت و فلسفه تعزیرات است که برای جلوگیری از اخلال در نظام مادی و معنوی اجتماع منظور شده است.

در این مقاله ضمن بررسی قول مشهور که دلالت تفسیر موسع از این قاعده است، به برخی مواد قانونی تعزیرات از جمله ماده ۶۳۸ قانون مجازات سابق و ماده ۱۴۱ تعزیرات سال ۱۳۹۲ پرداخته و تفاسیر آن ها موافق نظر مشهور شمرده شده است.

کلیدواژگان

تعزیر، اخلال به نظام، جرم انگاری، اصل ۱۶۷ قانون اساسی، ماده ۶۳۸ تعزیرات، ماده ۱۴۱ تعزیرات.

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

مقدمه

یکی از معضلاتی که در محاکم قضایی ایران وجود دارد، خلأ و نواقص قوانین مدون نظام قانونی ماست. یکی از مهمترین علل وجود این نواقص در بخش کیفری، فقدان نظام جرم انگاری فقهی است. البته واضح و روشن است که فقه شیعی از غنای تولید چنین نظامی برخوردار است. نظام کیفری فقهی موجود در کتب فقهی از چهار بخش تشکیل یافته است: حدود، قصاص، دیات و تعزیرات. چنانچه در ادامه خواهد آمد سیاست شارع مقدس بر این بوده است که تمام ابعاد سه بخش اول را خود روشن نماید و تبیین و تحدید بخش اخیری یعنی تعزیرات را ارائه قاعده «التعزیر لکل عمل محرم» به علمای هر عصر از عصور اسلامی بسپارد؛ بدین معنا که جرم انگاری و سازمان آن در این بخش را بر عهده آنان واگذار نماید.

از آن جایی که تا قبل از انقلاب اسلامی، امر حکومت به شکل گسترده و همه جانبه در اختیار فقها نبوده است لذا فقها در کتب فقهی خود لزومی ندیده اند که ضابطه ای حکومتی و سازمانی برای بخش تعزیرات تبیین نمایند بلکه صرفاً به توضیح اجمالی کلی قاعده «التعزیر لکل عمل محرم» و توضیح برخی از مصادیق آن پرداخته اند. مراجعه به کتب فقهی در دوره های مختلف نشانگر این امر خواهد بود.

پس از انقلاب و تشکیل حکومت اسلامی به دست فقها ضرورت تبیین نظام جرم انگاری در بخش تعزیرات نمایان است. در برخی آثار فقهی همچون مرحوم آیت الله منتظری در نظام الحکم فی الاسلام، مقاله تعزیر و گستره آن از آیت الله مکارم شیرازی و محقق داماد در قواعد فقه ضمن تبیین کلی قالب های کیفری و فلسفه کیفر و انواع آن در نظام کیفری اسلام، سعی در تبیین و حل برخی معضلات و ابهامات قاعده مذکور داشته اند. البته که چنین کوششی لازم است و پشتوانه تحقیق حاضر است. اما در این بین اثری که نظام جرم انگاری را به شکل کامل تبیین کرده باشد یافت نشد. این نوشتار در صدد اینست که چند هدف عمده را تأمین نماید؛ اول اینکه مفاد و گستره و ادله قاعده «التعزیر لکل عمل محرم» را به عنوان بخشی از نظام کیفری فقهی موجود را بررسی کند. دوماً رویکرد قانونگذار در بخش تعزیرات را نسبت به قاعده مذکور روشن نماید چرا که سرانجام نظام تبیین شده در این مقاله باید روانه دستگاه قضایی شود و تا قانون این تحلیل را نپذیرد و به قاضی اجازه استفاده از آن را ندهد؛ برای قضات مفید نخواهد بود. سوماً با توجه به یکی از تفاسیر فقهی از قاعده مذکور با موضوع هر عمل قبیح محلّ به نظام مادی و معنوی اسلام؛ نظام جرم انگاری بخش تعزیرات، مستند به سیره عقلا، حکم عقل و امضای شارع تبیین و روشن گردد؛ تا راه گشای قانون گذاران کشور باشد.

۱. بررسی مفاد و گستره قاعده التعزیر از منظر فقیهان

در عبارات فقیهان از این قاعده با تعبیرهای مختلفی یاد شده است که روح همه آن‌ها در کلیت قاعده این است که اگر فردی در سرزمینی زندگی کند که حاکم مسلمان بر آن حکومت می‌کند و در آن جا عملی حرام انجام دهد یا یکی از احکام واجب اسلام را ترک کند، حاکم اسلامی حق دارد در صورت صلاح دید، وی را به مجازات تعزیری محکوم کند. مجازات تعزیری، هر عملی است که حاکم اسلامی آن را برای شخص مرتکب جرم صلاح ببیند یعنی در برابر خطای او واکنشی نشان دهد که بتواند نقش اصلاحی داشته باشد. این اختیار حاکم از یک طرف تا جایی است که حتی می‌تواند مجرم را رها کند و هیچ واکنش فعلی در برابر او انجام ندهد و از طرفی هم به گونه‌ای است که می‌تواند وی را تا کم‌تر از اقل الحدود مجازات کند یا هر کاری دیگر خارج از سنخ مجازات‌های حدی برای وی در نظر بگیرد.

برای بررسی مفاد و گستره قاعده باید مفردات آن روشن شود تا در مرحله بعد، تصویری روشن از قاعده و گستره آن ایجاد شود. متن مستفاد از قاعده در تعبیرهای مختلف فقهی را این متن قرار می‌دهیم: «من ارتکب حراما و ترک واجبالم یعین الشارع فیه الحد فللامام او نائبه تعزیره بما دون الحد بحسب رأیه». با توجه به این متن مصطاد، مفرداتی که باید بررسی شوند، عبارتند از: «من موصوله، ارتکاب حرام و ترک واجب، حدود معین، لام در للامام، امام و نایب امام، تعزیر، ما دون الحد، بحسب رأیه».

الف) مخاطب تعزیر: من موصوله (هر کس)

بسیاری از فقیها پذیرفته‌اند که مخاطب این قاعده فقط افراد بالغ نیستند و برخی اعمال صبی نیز قابل تعزیر است هر چند برخی از آن‌ها به «تأدیبه» تعبیر کرده‌اند. فقیهان در این زمینه به طور مستقل وارد بررسی مخاطب حکم نشده‌اند به شکلی که دایره را مشخص کنند، بلکه از طریق شواهد فتوایی که دارند، باید قاعده کلی را اصطیاد کرد. از مجموع تطبیقات به دست می‌آید که مخاطب عام است یعنی شامل هر کسی می‌شود که در دایره جامعه اسلامی قرار دارد اعم از مسلمانان و کفار ذمی و بالغ و کودک. کودک در این جا منصرف از غیر ممیز است. البته برخی نیز این تصریح را دارند که شامل صبیان و مجانین نیز می‌شود و بعضی دیگر تمییز را هم شرط می‌دانند. برخی دیگر از فقیهان هم چون صاحب جواهر به تصریح شرطیت تمییز را بیان کرده‌اند. (جواهرالنکاح ۴: ۴۱۴) برخی دیگر هم چون علامه حلی (نکت النهایة ۳: ۳۲۰) و شهید اول (القواعد و الفوائد ۲: ۱۴۲) شمول قاعده نسبت به صبی را به طور صریح بیان کرده‌اند. مرحوم مدنی کاشانی می‌نویسد: «علت این که چرا صبی که رفع قلم از او شده است، باید تعزیر شود، این است که تعزیر به دلیل دفع فساد

است و با این ملاک، هر عمل فسادانگیزی حتی حرام هم نباشد، قابل تعزیر است؛ چه برسد به ارتکاب حرام و ترک واجب.» (کتاب القصاص للفقهاء والخوایص ۱۷۴)

ب) ارتکاب حرام و ترک واجب

این دو مفهوم نقش موضوع را در این قاعده اجرا می‌کنند. اولاً باید نظرات مختلفی که در تفسیر آن از فقهاء بیان شده است بیان گردد. ثانیاً باید شمول این قاعده نسبت به انواع حکم بررسی شود و ثالثاً باید معیار دقیقی ارائه شود که مشخص کند که شخصیت مجرم ملاک برای تعزیر است.

اقوال فقهاء در تفسیر موضوع قاعده

فقیهان درباره این که موضوع قاعده چه افعالی هست، نظرات مختلفی بیان کرده اند. این نظرات در هشت نظریه به شرح ذیل خلاصه می‌شود.

نظر اول: هر عمل قبیحی است که مفسده دارد اعم از این که ترک واجب باشد یا ارتکاب حرام و اعم از این که صغیره باشد یا کبیره. هم چنین اعم از این است که کار مباحی باشد که قبح عقلایی پیدا کرده است و سبب فساد و اخلال شده باشد. شهید اول بیان می‌کند: «تعزیر متناسب با جنایت و جرمی است که واقع شده است. اگر کوچک و حقیر باشد، تعزیر آن هم کم است؛ چون تابع مفسده است و به همین دلیل، فعل صبی که مفسده داشته باشد، تعزیر دارد و نیز فعل مجانبین.» (القواعد و الفوائد ۲: ۱۴۲) همین ملاک در بیان فقهای دیگری وجود دارد؛ همچون مرحوم مدنی کاشانی (کتاب القصاص ۱۷۴)، شهید صدر (ماوراء الفقه ۹: ۱۱۵)، مرحوم آیت الله موسوی اردبیلی (فقه الحدود و التعزیرات ۱: ۳۷)، آیت الله مکارم شیرازی (تعزیر و گستره آن ۴۳ و ۶۱) و محقق داماد (قواعد فقه ۴: ۲۴۸).

نظر دوم: هر ارتکاب حرام و ترک واجب، خواه از کبائر باشد یا از صغایر موجب تعزیر است. ابوالصلاح حلبی بیان می‌کند: «اخلال به هر واجبی - اعم از واجبات عقلیه و شرعیه - و ارتکاب هر قبیحی که شارع وظیفه خاص برای آن تعیین نکرده است، موجب تعزیر است.» (الکافی فی الفقه ۴۱۶) ابن ادریس حلی (السرائر ۳: ۵۳۶)، محقق حلی (شرایع ۴: ۱۵۵)، علامه حلی (تحریر الأحکام ۵: ۳۹۸)، شهید ثانی (مسالك ۱۴: ۴۵۷)، فیض کاشانی (مفاتیح الشرایع ۲: ۱۰۶)، مجلسی دوم (حدود و قصاص و دیات ۵۹)، صاحب جواهر (جواهر ۴۱: ۲۵۴-۲۵۵)، ملا شریف کاشانی (تسهیل المسالك ۱۶)، مرحوم مغنیه (فقه الإمام الصادق ۶: ۲۴۵)، مرحوم آیت الله خویی (موسوعه ۴۱: ۴۰۶-۴۰۸)، مرحوم تبریزی (أسس الحدود ۲۷۱)، آیت الله وحید (منهاج الصالحین ۳: ۵۰۳)، آیت الله فیاض (منهاج الصالحین ۳: ۳۱۵)، آیت الله روحانی (منهاج الصالحین ۳: ۲۹۹)، آیت الله نجم الدین طبسی (موارد السجن ۱۸۳) و آیت الله ایروانی (دروس تمهیدیه ۳: ۳۰۰-۳۰۱) از دیگر مدافعان این

نظر محسوب می شوند. مرحوم قمی سبزواری نیز بیان می کند که: «تعزیر برای اخلال به واجب و فعل قبیح واجب است.» (جامع الخلاف ۵۹۷)

نظر سوم: ارتکاب حرام و ترک واجبی اعم از این که صغیره باشد یا کبیره تعزیر دارد. البته در صغیره مشروط بر این است که دارای مصلحت باشد. مرحوم سبزواری این گونه بیان می کند: «هر کس مرتکب کبائر شود، مستحق تعزیر است اعم از این که ترک واجب باشد یا فعل محرّمات و هم چنین ارتکاب صغیره هم تعزیر دارد به شرط این که در تعزیر وی مصلحت وجود داشته باشد.» (مهذب الأحکام ۲۸: ۳۵)

نظر چهارم: هر ارتکاب حرام و ترک واجبی که کبیره باشد به علاوه صغیره هایی که بر حرمت آن ها اجماع وجود دارد، تعزیر دارند. در تعبیر امام خمینی چنین آمده است: «الخامس. کلّ من ترك واجبا أو ارتكب حراما فلإمام (ع) ونائبه تعزيره بشرط أن يكون من الكبائر» (تحریر الوسيله ۲: ۴۳۰) یا می فرماید: «ولو ارتكب شيئاً من المحرّمات (غير ما قرّر الشارع فيه حدّاً) عالماً بتحریمها لا مستحلاً عزّز، سواء كانت المحرّمات من الكبائر أو الصغائر.» (تحریر الوسيله ۲: ۴۳۳) جمع بین دو عبارت چگونه است و کدام صحیح است؟ پاسخ: مورد مسئله دوم محرّماتی است که بر تحریم آن اجماع است. (استفتائات ۳: ۴۵۴-۴۵۶)

نظر پنجم: هر ارتکاب کبیره ای چه فعل محرم و چه ترک واجب تعزیر دارد و نیز در صغائر نسبت به کسی که مرتکب کبیره هم شده باشد، اما اگر مرتکب کبیره نشده باشد، صغیره او تعزیر ندارد. مرحوم آیت الله فاضل اینگونه بیان می کند که: «هر ارتکاب کبیره ای چه فعل محرم و چه ترک واجب و هم چنین در صغائر نسبت به کسی که مرتکب کبیره هم شده باشد.» (تفصیل الشریعة - الحدود ۴۱۷) همچنین آیت الله مؤمن با همین عبارت سخن گفته است. (مبانی تحریر - الحدود ۵۱)

نظر ششم: هر ارتکاب حرام و ترک واجبی که کبیره باشد، تعزیر دارد. مرحوم آیت الله بهجت بیان می کند که: «تعزیر در گناه کبیره است.» (استفتائات ۴: ۳۱۴)

نظر هفتم: هر ارتکاب حرامی اعم از این که صغیره باشد یا کبیره، تعزیر دارد. در این جا برخی مثل شیخ طوسی به طور صریح و مشخص بیان نکرده اند که چه افعالی باعث استحقاق تعزیر می شود، اما سیاق عبارت و تنوع مثال ها نشان می دهد ارتکاب هر حرامی را موجب تعزیر می دانند، اما در مورد ترک واجبات نمی توان استنباطی داشت؛ چون همه مثال ها از نسخ ارتکاب محرّمات هستند. شیخ طوسی بیان می کند: «اگر انسانی فعلی که موجب تعزیر است، مثل تفخید و بوسیدن زن و ضرب و شتم به ناحق را مرتکب شود، امام حق تأدیب وی را دارد.» (المبسوط فی فقه الإمامیه ۸: ۶۶).

نظر هشتم: هرازتکاب حرامی که کبیره باشد، تعزیر دارد. مرحوم آیت الله گلپایگانی بیان می‌کند: «تعزیر فقط برای معاصی کبیره است.» (مجمع المسائل ۳: ۲۱۳) علامه جعفری (رسائل فقهی ۱۲۹) و آیت الله صافی از همین عبارت استفاده کرده‌اند. (جامع الأحکام ۲: ۳۷۶)

شمول قاعده نسبت به احکام اوله و ثانویه

طبق قاعده باید گفت کسی که در بخش قبلی، مدافع نظریه اول باشد، در این مقام باید قاعده را نسبت به احکام حکومتی نیز ثابت بداند، هر چند بسیاری اصلا در مقام بیان نسبت به احکام حکومتی و احکام ثانوی نبوده‌اند. البته از آن میان، آیت الله مکارم شیرازی (تعزیر و گستره آن ۶۱) و مرحوم آیت الله موسوی اردبیلی (فقه الحدود و التعزیرات ۳: ۴۰-۴۱) به طور صریح به بیان این عمومیت پرداخته‌اند.

معیار تعزیر؛ شخصیت مجرم

به طور کلی می‌توان تمام کسانی را که در بخش قبل، مدافع نظریه اول بودند، از کسانی شمرد که معیار را شخصی می‌دانند. دیگر فقیهان نیز چنین هستند؛ چون همه در این قاعده قید «بما یراه الحاکم» را افزوده‌اند. البته منظور از شخصی بودن این نیست که ملاک و ضابطه ندارد، بلکه منظور این است که آن ملاک و ضابطه ناظر به نوع افراد نیست، بلکه ناظر به شخص افراد است که با توجه به وضعیت شخص مرتکب از نظر زمان و مکان و اوضاع و احوال و نحوه ارتکاب سنجیده می‌شود. شیخ طوسی بیان می‌کند: «تعزیر به واجب و مباح تقسیم می‌شود؛ بدین توضیح که اگر فعل از افعال موجب تعزیر انجام شود و حاکم تنها راه اصلاح و منع او را مجازات بداند، واجب است او را تعزیر کند اعم از حبس و شلاق و ... در غیر این صورت، مخیر است بین مجازات تعزیری و ترک وی.» (المبسوط ۸: ۶۶) فقهایی دیگر نیز این نظر را پذیرفته‌اند همچون ابن ادریس حلی (السرائر ۳: ۵۳۶)، علامه حلی (تحریر الأحکام ۵: ۳۹۸)، شهید اول (القواعد و الفوائد ۲: ۱۴۲)، میرفتاح مراغی (العناوین الفقهية ۲: ۲۲۷)، رسائل فقهی (۱۲۹)، مرحوم آیت الله خوبی (موسوعه ۴۱: ۴۰۶-۴۰۸) و مرحوم آیت الله موسوی اردبیلی (فقه الحدود و التعزیرات ۳: ۴۰).

ج) حدود معین

در این قاعده، این قید وجود دارد که شارع نباید برای عملی که قرار است موجب تعزیر شود، به طور خاص حد تعیین کرده باشد. بنا بر این تقييد، اگر حد تعیین شده باشد، از شمول این قاعده خارج است. قید بودن این مسئله در موضوع قاعده از مسلماتی است که هیچ اختلافی هم در آن نیست و حتی برخی قیدیت آن را بدیهی فرض کرده و نیازی به ذکر آن ندیده‌اند. همه فقیهانی که از این قاعده بحث کرده‌اند، این قید را به نحوی بر موضوع افزوده‌اند، البته با تعبیری گوناگون

هم چون: «ما لم یرد من الشارع توظیف بحد خاص: تا وقتی شارع وظیفه خاصی نسبت به آن تعیین نکرده باشد» و «ما لم یعیّن الشارع الحد الخاص: تا وقتی شارع حد خاص معین نکرده باشد». ابوالصلاح حلبی این گونه بیان می‌کند: «تا وقتی شارع وظیفه خاصی نسبت به آن تعیین نکرده باشد». (الکافی فی الفقه ۴۱۶) محقق حلی (شراعی ۴: ۱۵۵)، (جامع الخلاف ۵۹۷)، علامه حلی (تحریر الأحکام ۵: ۴۱۱)، شهید ثانی (مسالك ۱۴: ۳۲۷)، فیض کاشانی (مفاتیح الشرایع ۲: ۱۰۶)، میرفتاح مراغی (العناوین الفقهیة ۲: ۶۲۷)، مرحوم مغنیه (فقه الإمام الصادق ۶: ۲۴۵)، مرحوم سبزواری (مذهب الأحکام ۲۸: ۳۵)، شهید سید محمد صدر (ماوراء الفقه ۹: ۱۱۵)، امام خمینی (تحریر الوسیله ۲: ۴۳۳)، مرحوم آیت الله گلپایگانی (مجمع المسائل ۳: ۲۱۳)، مرحوم آیت الله موسوی اردبیلی (فقه الحدود ۱: ۴۰)، آیت الله صافی (جامع الأحکام ۲: ۳۷۶) و آیت الله مکارم شیرازی همین عبارت را به کار برده‌اند. (تعزیر و گستره آن ۳۷)

د) «لام» در لامام

از جمله مفردات مهمی که در این قاعده باید بررسی شود، «حرف جرّ» وارد شده بر امام و نایب الامام است. بیش تر فقیهان از حرف جرّ «لام» استفاده کرده‌اند، اما برخی دیگر یا از تعبیر «علی» استفاده کرده یا «لام» را به کار برده‌اند اما در توضیح قاعده به نتیجه تعبیر «علی» رسیده‌اند. برخی دیگر هم تفصیل داده‌اند بدین معنی که در برخی موارد، «لام» و در برخی موارد، «علی» در حکم دخیل است.

حق یا تکلیف بودن تعزیر برای قاضی

در بین فقها نسبت به حق یا تکلیف بودن تعزیر برای قاضی سه نظریه وجود دارد؛ گروهی مطلقاً آن را حق می‌دانند بدین معنا که تکلیفی بر عهده وی نیست، بلکه این حق برای اوست که وقتی شرایط وجود داشته باشد آن را انجام می‌دهد. از جمله محقق حلی (شراعی ۴: ۱۵۵) علامه حلی (تحریر الأحکام ۵: ۳۹۸)، شهید ثانی (مسالك ۱۴: ۴۵۷)، فیض کاشانی (مفاتیح الشرایع ۲: ۱۰۶)، مرحوم سبزواری (مذهب الأحکام ۲۸: ۳۵) و مرحوم آیت الله فاضل (تفصیل الشریعة - الحدود ۴۱۷).

گروهی مطلقاً آن را تکلیف می‌دانند یعنی اگر شرایط این قاعده وجود داشته باشد، حاکم موظف به تعزیر مرتکب است و حق ترک آن را ندارد. از جمله ابوالصلاح حلبی (الکافی فی الفقه ۴۱۶) مرحوم قمی سبزواری (جامع الخلاف ۵۹۷)، مجلسی دوم (حدود و قصاص و دیات ۵۹)، مرحوم آیت الله خوبی (مبانی تکمله - موسوعه ۴۱: ۴۰۶-۴۰۸) آیت الله روحانی (منهاج الصالحین ۳: ۲۹۹) آیت الله مکارم شیرازی (استفتائات جدید ۱: ۳۶۹) و آیت الله فیاض (منهاج الصالحین ۳: ۳۱۵). در عبارات

برخی از فقها برای وجوب تعزیر یکسری شرایط بیان شده است. اولین شرط عدم توبه مرتکب است. شهید اول (القواعد والفوائد ۲: ۱۴۲) همچون مرحوم آیت الله منتظری (رساله استفتائات ۱: ۲۶۲) مرحوم آیت الله گلپایگانی (مجمع المسائل ۳: ۱۳۸) و آیت الله مکارم شیرازی (استفتائات جدید ۳: ۳۶) دومین شرط عدم ترتب عناوین ثانوی بر اجرای تعزیر است مرحوم آیت الله موسوی اردبیلی (فقه الحدود و التعزیرات ۲: ۵۰۴) و آیت الله مکارم شیرازی (استفتائات جدید ۳: ۳۶) و اطلاع از راه متعارف شرط سوم وجوب تعزیر است. آیه الله مکارم شیرازی (استفتائات جدید ۱: ۳۶۹)

گروهی دیگر تفصیل می دهند بین مواردی که راه منحصر اصلاح، تعزیر است (پس واجب است) و بین مواردی که راه دیگری برای اصلاح وجود دارد که حاکم حق دارد و مختار است تعزیر کند یا کار دیگری انجام دهد. شیخ طوسی این نظر را به عنوان یک نقل طرح و درباره آن سکوت کرده است، ولی لحن کلام ایشان با پذیرش این نظر همراه است. البته ظاهراً این تفصیل مبتنی بر این است که تعزیر را فقط شلاق بدانیم، ولی اگر تعزیر را به شکلی عام معنا کنیم که شامل توبیخ و وعظ هم شود، علی القاعده در گروه دوم جای خواهند گرفت، چنان که فقیهان دسته دوم همگی تعزیر را به شکل عام معنا کرده اند. شیخ طوسی این گونه بیان می کند: «اگر فعل از افعال موجب تعزیر انجام شود و حاکم تنها راه اصلاح و منع او را مجازات بداند، واجب است او را تعزیر کند اعم از حبس و شلاق و سایر امور. در غیر این صورت، مخیر است بین مجازات تعزیری و ترک وی.» (المبسوط فی فقه الإمامیه ۸: ۶۶)

هـ) امام و نایب امام

در این بخش، مجری قاعده معرفی می شود که در این جا امام و نایب (عام و یا خاص) او معرفی شده است و در آن بحثی نیست و همه پذیرفته اند. اما قاضی مأذونی که جامع شرایط نیست، محل اختلاف است و به طور کلی سه نظر وجود دارد.

نظر اول. عدم جواز به طور مطلق است. آیت الله صافی (جامع الاحکام ۲: ۳۷۶) نظر دوم. اذن در صورت اجازه مجتهد است. آیت الله مکارم شیرازی (استفتائات جدید ۳: ۳۶) نظر سوم. جواز در صورت تعیین حدود از سوی مجتهد است. امام خمینی (استفتائات ۳: ۴۵۴) - ۴۵۶) و محقق داماد (قواعد فقه ۴: ۲۲۷)

و) تعزیر

در مورد قید تعزیر آنچه که مهم است گستره تعزیر است که چه نوع اعمالی می توانند «تعزیر» نام بگیرند. باید دانست تبیینی که از مفهوم «تعزیر» می شود، در تعیین سعه و ضیق موضوع قاعده نقش بسزایی دارد. به طور عمده، دو نظر اساسی در این زمینه وجود دارد.

عده‌ای، تعزیر را منحصر در شلاق می‌دانند. مرحوم قمی سبزواری گفته است: «تعزیر از ده ضربه تا نود و نه ضربه شلاق است.» (جامع الخلاف والوافق ۵۹۷) علامه حلی هم می‌گوید: «تعزیر انسان آزاد از ده ضربه تا نود و نه ضربه شلاق است.» (تحریر الأحکام ۵: ۳۹۸)

عده‌ای آن را با مفهومی عام معنا می‌کنند که شامل حبس، جزای نقدی، توبیخ و تبعید شود. شیخ طوسی چنین می‌گوید: «امام می‌تواند مرتکب را توبیخ کند یا سرزنش کند و کتک بزند یا حبس کند و یا با شلاق بزند.» (المبسوط فی فقه الإمامیه ۸: ۶۶) برخی دیگر از فقها نیز همین نظر را دارند همچون محقق داماد (قواعد فقه ۴: ۲۵۰) مرحوم آیت الله موسوی اردبیلی (فقه الحدود و التعزیرات، ۱: ۴۰۰) و آیت الله مکارم شیرازی (استفتائات جدید ۲: ۵۰۷).

ز) دون الحد

در این بخش، قیدی برای حکم آورده‌اند. طبق مطالب بخش قبل، تعزیر حد معین ندارد، ولی نهایت مقدار آن مشخص شده است که نباید به کم‌ترین حد برسد. برای مثال، اگر کم‌ترین حد، ۷۵ ضربه شلاق باشد، شلاق تعزیری نباید به این حد برسد. نسبت به اقل میزان تعزیر برخی فقیهان، ۴۰ ضربه، برخی ۷۵، برخی ۸۰ و برخی ۱۰۰ ضربه گفته‌اند. برخی دیگر هم بین انسان حر و عبد تفصیل داده‌اند. (که بررسی این سؤال از حدود این مقاله خارج است) آنچه که لازم است بررسی شود اینست که در مبنایی که تعزیر را منحصر در شلاق نمی‌داند؛ اگر قاضی بخواهد جزای نقدی را به عنوان تعزیر معرفی کند، ادنی الحد ندارد. با توجه به منابع فقهی در حل این مسأله باید چنین تفصیل داد:

۱. افرادی که تعزیر را در تعزیرات منصوص منحصر می‌دانند یعنی افرادی که تعزیر را در مواردی منحصر می‌دانند که جرم و گناه در آن‌ها تعیین شده، اما میزان مجازات و عقاب برای آن تعیین نشده است، همگی مجازاتشان از جنس شلاق است. پس طبیعی است که اصلا این سؤال برای آن‌ها مطرح نیست و صرفاً باید همان ادنی الحدود را تعیین کنند.

۲. افرادی که غیر از تعزیرات منصوص را پذیرفته‌اند، اما تعزیر را فقط شلاق می‌دانند حتی در غیر منصوصات، این افراد هم مثل دسته قبل پاسخی لازم ندارند.

۳. افرادی هم هستند که تعزیرات غیر منصوص را پذیرفته‌اند و تعزیر را در شلاق منحصر نمی‌دانند و می‌گویند محدودیتی که شارع تعیین کرده است، فقط برای همان موارد است و به دیگر موارد سرایت نمی‌کند. فقیهان نسبت به این که حاکم چگونه و بر اساس چه معیاری باید تعیین شود، قید «برأی الحاکم» را در قاعده آورده‌اند که در بخش بعدی بررسی می‌شود.

ح) بحسب رأیه

در بخش ششم گفته شد که تعزیر منحصر در شلاق نیست و در بخش هفتم گفته شد که تعزیر

از یک جهت محدوده مشخص دارد و آن هم این است که اگر شلاق باشد، به ادنی الحدود نرسد. حال این سؤال طرح می‌شود که تعیین این که از کدام نوع باشد؛ مثلاً شلاق یا حبس یا جزای نقدی یا توبیخ و وعظ و هم چنین تعیین این که چه مقدار باشد؛ مثلاً ۵ سال حبس یا ۴ سال یا ۱۰ میلیون جزای نقدی یا ترکیبی از هر دو؛ بر عهده کیست؟ فقیهان پاسخ داده‌اند که حاکم به رأی خودش عمل کند و خودش با توجه به شخصی بودن معیار تعزیر هر قدر صلاح دید، همان را تعیین کند.

۲. بررسی ادله فقیهان نسبت به قاعده التعزیر

اکنون باید ادله ناظر به این نظرها بررسی شوند؛ یعنی باید دلیل و مستند فقهی هر تقریر بیان شود. مجموعاً ذیل این قاعده چه برای پذیرش اصل آن و چه برای تفسیر فقرات و تبیین سعه و ضیق آن، شش دلیل اقامه شده است.^۱ در این میان، کسانی مثل مرحوم آیت الله فاضل می‌گویند هر ارتکاب کبیره‌ای چه فعل محرم و چه ترک واجب، تعزیر دارد و هم چنین در صغیره‌ها نسبت به کسی که مرتکب کبیره هم شده باشد، ابتدائاً عمومیت تعزیر برای تمام کبایر و صغایر را می‌پذیرند، ولی با توجه به یکی از آیات قرآن به این تفصیل معتقد شده‌اند که ذیلاً بیان می‌شود. این ادله عبارتند از: اجماع، روایات عامه، روایات خاصه، عمومیت ادله امر به معروف و نهی از منکر، دلیل عقلی حفظ نظام و فعل امیرالمؤمنین.

الف) دلیل اول: اجماع

برخی فقیهان اجماع را دلیل و مستند فقهی این قاعده ذکر کرده‌اند. اجماع از ادله لئی است و در پذیرش آن باید به قدر متیقن اکتفا کرد، قدر متیقن از این اجماع، ارتکاب محرمات و ترک واجبات کبیره است و شامل صغایر و امور دیگر نمی‌شود. اجماع همان طور که آیت الله مکارم شیرازی بیان می‌کند، تعزیر در موضوع ترک واجبات و ارتکاب محرمات کبیره را ثابت می‌کند نه فراتر از آن را. (تعزیر و گستره آن ۳۸) مضاف بر این که این اجماع محتمل المدرکی و بلکه مدرکی است و حجیتی نخواهد داشت. از جمله فقیهانی که اجماع را دلیل خود می‌دانند، می‌توان از صاحب جواهر (جواهر ۴۱: ۴۴۸) و هم چنین مرحوم خوئی (مبانی تکمله - موسوعه ۴۱: ۴۰۸) نام برد.

ب) دلیل دوم: روایات عامه باب

۱. نکته قابل توجه این است که پشتوانه همه این تقریرات چند دلیل مشابه است و آن چه سبب تفاوت در این تقریرات شده، تفاوت در نوع استظهارات است و همین سبب شده که تقریر آن‌ها از این قاعده متفاوت باشد. نکته دیگر این است که همان طور که در تفسیر مفاد قاعده، کسی به شکلی که در این گزارش عمل شده، عمل نکرده بود یعنی معمولاً فقها کلیت قاعده را توضیح داده‌اند نه این که تک تک مفردات را تفسیر کنند و سپس تفسیر کل قاعده را بیان کنند. همچنین است در بخش ادله یعنی فقها برای کلیت قاعده طبق تفسیر خودشان دلیل اقامه کرده‌اند نه این که برای هر بخش از تفسیرشان دلیلی اقامه کرده باشند، هر چند عموماً ناظر به تعیین و تبیین موضوع قاعده هستند.

برخی فقیهان روایاتی را می‌آورند که به طور عام بر این قاعده دلالت دارند، مانند: ملا شریف کاشانی که می‌گوید: «از پیامبر روایت شده است که إن الله قد جعل لكل شیء حدًا و جعل لمن تعدی ذلك الحد حدًا.» (تسهیل المسالك ۱۶) و نیز مرحوم مغنیه (فقه الصادق ۶: ۲۴۵) مرحوم خوبی (مبانی تکمله - موسوعه ۴۱: ۴۰۶-۴۰۸) مرحوم تبریزی (أسس الحدود ۲۷۱) و آیت الله مکارم شیرازی (تعزیر و گستره آن ۴۳) دلالت این روایات بر این است که هر چیزی حد و مرزی دارد و تجاوز از هر مرزی نیز حدی دارد. به عنوان نمونه توضیح آیت الله مکارم شیرازی در توضیح یکی از این روایات بیان می‌شود.

در روایتی امام صادق (ع) خطاب به عمرو بن قیس می‌فرماید: «آیا می‌دانی که خداوند پیامبری فرستاده و کتابی بر آن پیامبر نازل کرده و در آن کتاب تمام نیازهای انسان را آورده و آن را چراغی فراسوی او قرار داده و برای هر چیزی حدّ و اندازه‌ای معین کرده است و برای کسانی که از آن حد فراتر روند، مجازاتی در نظر گرفته است؟ [...] عمرو بن قیس می‌گوید: عرض کردم چه گونه؟ امام صادق فرمود: قانون الهی در مورد استفاده از اموال آن است که از طرق مشروع به دست آید. بنا بر این، کسانی که از راه‌های نامشروع مالی به دست آورده و از آن قانون تجاوز کرده‌اند، دست آن‌ها به عنوان مجازات (البته با شرایط خاصی) قطع می‌شود. (همان گونه که) برای نکاح و ازدواج قانونی قرار داده است و بر متجاوزان از قانون نکاح اگر مجرّد باشند، يك صد تازیانه زده می‌شود و اگر همسر داشته (و واجد بقیه شرایط احصان نیز باشند)، رجم می‌شوند.» به بیان ایشان، منظور از «حدّ» در ابتدای دو روایت یادشده، قانون و در قسمت دوم، مجازات‌هایی است که شامل حدود و تعزیرات هر دو می‌شود؛ زیرا کلمه حدّ معنای وسیعی دارد که شامل تعزیرات نیز می‌شود و به حدّ مصطلح اختصاص ندارد. (تعزیر و گستره آن ۴۵)

به عقیده برخی هم چون آیت الله مکارم شیرازی در دلالت این روایات به قاعده اشکال‌هایی اقامه شده است، اما چون به اشکال‌ها پاسخ داده شده است، دلالت آن‌ها بر قرار می‌ماند. به این نکته باید دقت کرد که اگر بخواهیم این روایت را بپذیریم، باید بگوییم این قاعده مفادی عام دارد و هم‌گام با همان تحلیل مبنایی ماست، در حالی که استظهار آن عمومیت توسط بسیاری از فقیهان قرار نگرفته است و آن را مثبت تعزیر در ترک واجبات و ارتکاب محرمات می‌دانند. ضمناً این روایات صرفاً موضوع قاعده را تبیین می‌کنند، اما نسبت به دیگر ابعاد آن از جمله مجری و مخاطب و مقدار آن سخنی ندارند. به عبارت دیگر، فقط کلیت قاعده را اثبات می‌کنند؛ یعنی مشروعیت اصل تعزیر در برابر ارتکاب حرام و ترک واجب. به هر حال، برخی فقیهان این دسته از روایات را دلیل و مستند پذیرش این قاعده قرار داده‌اند. با چشم‌پوشی از این اشکال‌ها و منازعات، استنباط حکم جزایی از

این روایت واقعا بعید است و همان طور که برخی بیان کرده‌اند، این روایت اعم از مدعاست؛ چون این روایت بیان می‌کند که خدا برای تعدی از هر قانونی، چیزی را قرار داده است. این «شیء» اعم از این است که تعزیر باشد یا ضمانت مدنی یا عقاب اخروی یا هر چیزی دیگر.

ج) دلیل سوم: روایات خاصه به همراه الغای خصوصیت

برخی فقیهان، روایات خاصه موجود در این باب را مستند قرار داده‌اند و مدعی‌اند چون موارد متکثر و موضوعات متعدد هستند، می‌توان الغای خصوصیت کرد و قاعده‌ای عام به دست آورد. آیت الله مکارم شیرازی می‌گوید: «جست و جوی کامل پیرامون تمام گناهان قابل تعزیر امکان پذیر نمی‌باشد؛ زیرا در تمام مصادیق تعزیر، روایت مخصوص وجود ندارد، ولی این استقرا و جست وجود در دایره‌ای تنگ تر و نسبت به برخی از گناهان که حدیث خاصی در مورد آن وجود دارد، ممکن است و این استقرای ناقص نیز موجب علم و یقین می‌گردد و امکان استفاده يك حکم کلی از آن وجود دارد؛ زیرا اولاً این نوع روایات فراوانند. ثانیاً الغای خصوصیت به صورت قطعی امکان پذیر است.» (تعزیر و گستره آن ۴۶) از دیگر فقها می‌توان مرحوم آیت الله خویی (مبانی تکمله - موسوعه ۴۱: ۴۰۶، ۴۰۸) و آیت الله ایروانی (دروس تمهیدیه ۳: ۳۰۰-۳۰۱) را نام برد.

البته به نظر می‌رسد چنین استنباطی صحیح نباشد؛ چون اولاً مجموعاً پنجاه روایت از روایات خاصه این باب هستند که برخی هم مشکل سندی دارند. دوماً بر فرض که دلالت و سند آن‌ها تام باشند، همه در سه موضوع هستند: سرقت، قذف بدون شرایط قذف حدی و جرایم جنسی غیر از زنا و لواط. در الغای خصوصیت فقط کثرت موارد به تنهایی کافی نیست، بلکه باید موارد مختلف و مربوط به ابواب متعدد باشند، در حالی که این روایات فقط در سه باب قرار دارند و مختلف و متنوع نیستند. بنابراین، نمی‌توان به این دلیل استناد کرد.

د) دلیل چهارم: عمومیت ادله امر به معروف و نهی از منکر

برخی فقیهان برای پذیرش این قاعده استدلال کرده‌اند که ادله امر به معروف و نهی از منکر عمومیت دارد و شامل هر نوع اقدامی و برای هر نوع فعل یا عملکرد منکر یا ترک معروفی می‌تواند قرار بگیرد. بنا بر این، هر چه در امر به معروف و نهی از منکر مطرح است، در تعزیر هم مطرح است. میرفتاح مراغی (العناوین الفقهية ۲: ۶۲۷) مرحوم سبزواری (مهذب الأحكام ۲۸: ۳۵) و آیت الله مکارم شیرازی (تعزیر و گستره آن ۳۹)

البته باید دانست هر چند امر به معروف و نهی از منکر از واجبات عمومی است، ولی به این معنا نیست که هر کسی بتواند همه مراتب و همه انواع و حالاتش را بر عهده بگیرد، بلکه برخی از انواع و تدابیر و حالات ممکن است مختص به حاکم و قاضی باشد. پس ادله امر به معروف و نهی از منکر

چنین عمومیتی را ندارند که شما به استناد کنید که بتوان بیان فوق را ارائه داد.

هـ) دلیل پنجم: دلیل عقلی حفظ نظام با تکیه بر ولایت فقیه

برخی صاحب نظران دلیل حفظ نظام و اهمیت آن را یکی از ادله عمده این بحث قرار داده‌اند. در تقریر این دلیل مرحوم خویی می‌نویسد: «اسلام به حفظ نظام مادی و معنوی و اجرای احکام اهمیت زیادی قائل است و طبیعی است که برای رسیدن به این مقصود، حاکم باید بتواند مخالفت با شرع را تعزیر کند.» (موسوعه ۴۱: ۴۰۶، ۴۰۸) همچنین با عباراتی نزدیک مرحوم سبزواری (مهدب الأحکام ۲۸: ۳۵) مرحوم تبریزی (أسس الحدود ۲۷۱) مرحوم آیت الله موسوی اردبیلی (فقه الحدود والتعزیرات ۱: ۳۷) آیت الله فیاض (منهاج الصالحین ۳: ۳۱۵) و آیت الله ایروانی (دروس تمهیدیه ۳۰۰: ۳۰۱).

طبق این دلیل، در موضوع قاعده باید قائل به عمومیت نظر اول بشویم و بگوییم که هر عمل قبیحی که فساد و اخلال برای نظام مادی و معنوی جامعه اسلامی به دنبال دارد، قابل تعزیر است و البته در این صورت، همان طور که در تبیین فقهی قید «تعزیر» بیان شد، باید برای تعزیر معنایی عام در نظر بگیریم که شامل هر گونه عملکرد اصلاحی شود نه خصوص شلاق یا حبس.

ممکن است این دلیل در ابتدا دلیلی استحسانی به نظر برسد، اما اگر با پذیرش ولایت فقیه، بحث را پیش ببریم، در این صورت می‌توان گفت یکی از اختیارات و وظایفی که معصومین در مقام حاکمیتی خود داشته‌اند، جرم‌انگاری و تعیین مجازات است و طبق ادله ولایت فقیه، این اختیار به فقیه هم منتقل می‌شود و فقیه هم چون امام این وظیفه را بر عهده می‌گیرد. کم‌ترین دلیل در انتقال این شأن حکومتی امام معصوم به فقیه، دلیل حسبه است یعنی گفته شود که دفع و رفع فساد و اصلاح و رشد و انتظام جامعه از اموری است که شارع راضی به ترک آن‌ها نیست و در درجه اول بر عهده فقیه است که این امور مهم را بر عهده بگیرد. البته در صورتی که این تقریر را به این دلیل عقلی ضمیمه کنیم، باید این نکته را هم در نظر داشت که در این صورت، مجری قاعده، حاکم است و اوست که به دیگران اذن می‌دهد تا اجراکننده قوانین باشند. این مطلب، مؤیدی خواهد بود برای نتیجه‌گیری نهایی این مقاله مبنی بر ارائه نظام واحد جرم‌انگاری.

و) دلیل ششم: فعل امیرالمؤمنین علی (ع)

این دلیل را باید چنین تقریر کرد که امیرالمؤمنین علی (ع) در موارد زیادی برای ارتکاب حرام تعزیر کرده است و این کار، دلیلی واضح بر مشروعیت این قاعده است و حداقل جواز تعزیر را می‌تواند برای ما اثبات کند. البته ناگفته نماند که این دلیل را نمی‌توان دلیلی مستقل از روایات خاصه باب برشمرد. مرحوم آیت الله خویی می‌نویسد: «فعل امیرالمؤمنین در موارد بسیاری در روایات مشاهده

می‌شود و این به وضوح دلالت بر مشروعیت تعزیر دارد.» (مبانی تکمله - موسوعه ۴۱: ۴۰۶، ۴۰۸) همچنین مرحوم تبریزی (أسس الحدود، ۲۷۱) و آیت الله ایروانی (دروس تمهیدیه ۳: ۳۰۰، ۳۰۱)

ز) دلیل قرآنی

گفتیم که برخی فقیهان نسبت به موضوع قاعده تفصیلی ارائه کردند و علت آن هم استناد به یکی از آیات قرآن است. مرحوم آیت الله فاضل می‌گوید: «ارتکاب محرمات اختصاصی به کبائر ندارد و شامل صغائر هم می‌شود؛ چون تعدی از حد مطلق است و اختصاصی به تعدی از حد کبائر ندارد. البته ممکن است کسی به آیه «إِنْ تَجْتَنِبُوا كَبَائِرَ مَا تُنْهَوْنَ عَنْهُ نُكَفِّرْ عَنْكُمْ سَيِّئَاتِكُمْ وَنُدْخِلْكُمْ مُذَلَّلًا كَرِيمًا» استدلال کند و بگوید که وقتی اجتناب از کبیره موجب پوشش صغیره می‌شود، نشان می‌دهد که صغیره تعزیر ندارد.» بنا بر این استدلال باید تفصیل دهیم که فقط کسی که مجتنب از کبیره است، اگر مرتکب صغیره شود، تعزیر ندارد، ولی کسی که مرتکب کبیره شود، برای صغیره هم تعزیر دارد، اما این در حالی است که بر عدم تفصیل اجماع داریم. (تفصیل الشریعة - الحدود، ۴۱۷) هم چنین آیت الله مؤمن بیان می‌کند که: «ادله تعزیر هر چند عمومیت دارند و شامل کبائر و صغائر می‌شود، اما لازمه آیه فوق این است که مرتکب صغیره در صورتی که مرتکب کبیره نشده باشد، تعزیر نشود.» (مبانی تحریر - الحدود ۵۱۸)

مرحوم آیت الله موسوی اردبیلی در پاسخ به این قول می‌گوید: «لحن روایات به شکلی است که نمی‌توان در آنها قائل به تخصیص شد و در واقع، استحکام در عمومیت آن‌ها از این جهت وجود دارد.» (فقه الحدود ۱: ۳۵)

۳. بررسی رابطه قاعده التّعزیر و برخی مواد مرتبط قانونی

در بسیاری از محاکم و دعاوی به موادی از قانون مجازات یا قانون اساسی برای اثبات یا نفی این قاعده استناد شده است. بنا بر این، لازم است این مواد تا حد ممکن بررسی شود تا تکلیف دستگاه قانون‌گذاری هنگام برخورد با این قاعده مشخص گردد. مثلاً ممکن است کسی با توجه به اصل قانونی بودن جرم و مجازات بخواهد این قاعده را نفی کند (اصل ۳۶ قانون اساسی) یا ممکن است کسی بخواهد با توجه به اصل برائت آن را نفی کند. (اصل ۳۷ قانون اساسی) از طرفی نیز ممکن است کسی بخواهد با توجه به اصل ۱۶۷ قانون اساسی، مراجعه به فقه را موجه بشمارد و این قاعده را با پشتوانه فقهی به اجرا درآورد. شرح این احتمالات در دو بخش بررسی می‌شود. در بخش اول اجمالاً باید سرنوشت مراجعه به فقه را روشن کنیم که آیا جایز است یا نه؟ بنا بر این، باید اصول ۳۶، ۳۷ و ۱۶۷ قانون اساسی، ماده ۲ قانون مجازات اسلامی، ماده ۸ آیین دادرسی کیفری جدید، ماده ۲۱۴ آیین دادرسی کیفری قدیم و ماده ۲۹ قانون تشکیل دادگاه‌های کیفری ۱ و ۲ و شعب

دیوان عالی کشور مصوب ۱۳۶۸/۳/۳۱ بررسی شود. در بخش دوم با توجه به نتیجه بخش اول، ماده ۶۳۸ بخش تعزیرات قانون مجازات بررسی می‌شود. قانون موارد خاصه‌ای از محرمات را خود مستقلاً جرم‌انگاری و تعزیر آن را بیان کرده است مثل ماده ۵۱۳ تعزیرات در اهانت به مقدسات مذهبی، ماده ۶۳۷ تعزیرات در عمل منافی عفت غیرزنا مثل تقبیل، ماده ۶۷۳ تعزیرات در خیانت در امانت، ماده ۶۹۷ تعزیرات در افترا و موردهای دیگری که در کتاب تعزیرات بیان شده است. سخن فعلی در استنباط قاعده کلی «التعزیر لکل عمل محرم» است.

الف) جواز مراجعه به فقه

در این بخش، اصول ۳۶، ۳۷ و ۱۶۷ قانون اساسی، ماده ۲ قانون مجازات اسلامی، ماده ۸ آیین دادرسی کیفری جدید، ماده ۲۱۴ آیین دادرسی کیفری قدیم و ماده ۲۹ قانون تشکیل دادگاه‌های کیفری ۱ و ۲ و شعب دیوان عالی کشور مصوب ۱۳۶۸/۳/۳۱ بررسی می‌شود.

در مقام توضیح و تبیین این مواد باید گفت در اصل ۱۶۷ قانون اساسی، قاضی مکلف شده است حکم هر قضیه را در قوانین پیدا کند و اگر حکمی در قانون وجود نداشته، به فقه مراجعه کند. شاید گفته شود اصل ۱۶۷ مربوط به امور حقوقی است و امور کیفری را در بر نمی‌گیرد. در پاسخ باید گفت اولاً ماده ۲۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری، تکلیف را به خوبی روشن کرده و این اصل را در امور کیفری نیز جاری دانسته است. ثانیاً شورای نگهبان مرجع تفسیر قانون اساسی است که در نظریه‌ای که در زمان طرح ایراد نسبت به ماده ۲ قانون مجازات اسلامی مصوب کمیسیون قضایی مجلس مطرح کرد، مفهوم‌گیری از ماده ۲ را خلاف اصل ۱۶۷ دانست. معنای این عبارت آن است که اصل ۱۶۷ هم امور کیفری را در بر می‌گیرد و هم حقوقی یعنی زمانی که قانون‌گذار در حال تصویب ماده ۲ بود، ذیل ماده، مفهوم آن را بیان کرده بود که اگر در قانون برای آن مجازات تعیین نشده باشد، جرم محسوب نمی‌شود. شورای محترم نگهبان، مفهوم را خلاف قانون اساسی تشخیص داد و در نتیجه، مجلس پس از اشکال شورای نگهبان، مفهومی را که از این ماده در ذیل آن بیان شده بود، حذف کرد. چون مجلس مرجع تفسیر قوانین عادی و شورای نگهبان مرجع تفسیر قانون اساسی است و هم مجلس و هم شورای نگهبان و در مقام بیان نظر خود درباره این اصل بوده و مفهوم‌گیری نکرده‌اند، قضات

۱. ماده ۲۱۴ آیین دادرسی کیفری قدیم و ماده ۲۹ قانون تشکیل دادگاه‌های کیفری ۱ و ۲ و شعب دیوان عالی کشور مصوب ۱۳۶۸/۳/۳۱: رأی دادگاه باید مستدل و موجه بوده و مستند به مواد قانون و اصولی باشد که بر اساس آن صادر شده است. دادگاه مکلف است حکم هر قضیه را در قوانین مدون بیابد و اگر قانونی در خصوص مورد نباشد، با استناد به منابع فقهی معتبر یا فتاوی معتبر، حکم قضیه را صادر نماید و دادگاه‌ها نمی‌توانند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض یا ابهام قوانین مدون از رسیدگی به شکایات و دعاوی و صدور حکم امتناع ورزند.

نمی‌توانند در تفسیر قضایی خود، خلاف نظر مجلس و شورای نگهبان تفسیر کنند یعنی اصلا تفسیر قضایی در چنین موردی موضوع ندارد. هیچ یک از استدلال‌های گروهی که این امر را معارض و مخالف با اصل ۳۶ (قانونی بودن جرم و مجازات) و هم چنین معارض با قاعده قبح عقاب بلا بیان می‌دانند، صحیح نیست؛ زیرا هم این مسئله در اصل ۱۶۷ به صورت قانونی بیان شده است و هم این که قانون به اطلاع عموم رسیده است و موضوع قاعده قبح بلا بیان محقق نمی‌شود. در رویه نیز ملاحظه می‌شود که قضات در برخی از موارد محرمات شرعی مانند روزه‌خواری، متهم را محکوم می‌کنند.

درباره صدر ماده ۸ آیین دادرسی کیفری که مقرر داشته است محکومیت کیفر فقط ناشی از ارتکاب جرم است، همان گونه که بیان شد، منظور اعم از این است که مجازات آن به استناد ماده ۲ قانون مجازات، در قانون تعیین شده باشد یا به استناد اصل ۱۶۷ قانون اساسی در فقه. علاوه بر مواردی که در استدلال بیان شد، در قانون احترام به آزادی‌های مشروع و حفظ حقوق شهروندی مصوب ۸۳/۲/۱۵ در بند ۲ ماده واحده چنین آمده است: «محکومیت‌ها باید بر طبق ترتیبات قانونی و منحصر به مباشر، شریک و معاون جرم باشد و تا جرم در دادگاه صالح اثبات نشود و رأی مستدل و مستند به مواد قانونی یا منابع فقهی معتبر در صورت نبودن قانون، قطعی نگردیده، اصل بر برائت متهم بوده و هر کس حق دارد در پناه قانون از امنیت لازم برخوردار باشد و با توجه به این که در ماده ۷ اصلاحی مورخ ۹۴/۳/۲۴ قانون آیین دادرسی کیفری، مقرر داشته رعایت حقوق شهروندی مقرر در قانون فوق الذکر، از سوی تمام مقامات قضایی، ضابطان دادگستری و سایر اشخاصی که در فرآیند دادرسی مداخله دارند، الزامی است».

به نظر می‌رسد با این تصریح‌ها در مواد یادشده، هیچ گونه شبهه‌ای برای لزوم مراجعه به فقه در صورت فقدان حکم مسئله جزایی در قانون وجود ندارد و بدین ترتیب، مراد از اصل ۳۶ و ۳۷ نیز روشن می‌شود که قانونی بودن مجازات اعم از قانون مدونه و فقه است. اگر در این دو منبع، حکمی وجود نداشته باشد، اصل برائت جریان پیدا می‌کند. هم چنین مشخص شد که مراد از جرم در ماده ۲ قانون مجازات و ماده ۸ قانون آیین دادرسی کیفری نیز اعم از جرمی است که در قانون مدونه ذکر شده است و نیز اعم از جرمی است که در فقه بیان شده باشد. اکنون بحث از قاعده التعزیر به میان می‌آید که اگر حق مراجعه به فقه به قاضی داده شده است و قاعده التعزیر را در فقه داریم، قاضی باید بتواند این قاعده را مستند حکم خود در بسیاری از پرونده‌ها قرار دهد، ولی ماده ۶۳۸ تعزیرات دو حالت برای این قاعده طرح کرده است.

ب) ماده ۶۳۸ بخش تعزیرات قانون مجازات

متن ماده ۶۳۸ تعزیرات بدین قرار است: «هر کس علناً در انظار و اماکن عمومی و معابر تظاهر به عمل حرامی نماید، علاوه بر کیفر عمل به حبس از ده روز تا دو ماه یا تا ۷۴ ضربه شلاق محکوم می‌گردد و در صورتی که مرتکب عملی شود که نفس آن عمل دارای کیفر نمی‌باشد، ولی عفت عمومی را جریحه‌دار نماید، فقط به حبس از ده روز تا دو ماه یا تا ۷۴ ضربه شلاق محکوم خواهد شد.» در توضیح این ماده باید گفت:

یک - یا تظاهر به حرامی باشد که اولاً علناً صورت گرفته باشد نه پنهانی. ثانیاً در انظار و اماکن و معابر عمومی باشد که در این صورت هم کیفر آن عمل را دارد و هم حبس از ده روز تا دو ماه یا تا ۷۴ ضربه شلاق. نکته مهم این است که کیفر داشتن در این ماده اعم از این است که کیفر در قانون آمده باشد یا کیفر در فقه مستند به قاعده‌التعزیر در تفسیر مشهور فقه (ارتکاب حرام و ترک واجب). علت این تفسیر همان توضیحی است که از ماده ۲ قانون مجازات و ماده ۸ قانون آیین دادرسی کیفری با تکیه بر اصل ۱۶۷ و قانون احترام به آزادی‌های مشروع و حفظ حقوق شهروندی و ماده ۲۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری قدیم و ماده ۲۹ قانون تشکیل دادگاه‌های کیفری ۱ و ۲ و شعب دیوان عالی کشور مصوب ۱۳۶۸/۳/۳۱ ارائه شد که جرم و مجازات اعم از جرم و مجازات در قانون مدون و جرم و مجازات در فقه است. بنا بر این، عمل حرام دارای کیفر اعم از کیفر قانونی مثل ماده ۶۹۴ و کیفر فقهی است که به کمک قاعده‌التعزیر مشخص شده باشد.

دو - یا این که فعلی باشد که کیفر ندارد. اگر عفت عمومی را جریحه‌دار کند با همان قیود، حبس از ده روز تا دو ماه یا تا ۷۴ ضربه شلاق. بنا بر این، با توجه به توضیحات قبلی، عملی که کیفر ندارد یعنی عملی که نه از سنخ ارتکاب حرام است و نه از سنخ ترک واجب، بلکه صرفاً عمل اثر سوئی دارد به نام جریحه‌دار کردن عفت عمومی. البته تبصره این ماده، تعزیر خاصی را برای بی‌حجابی ذکر کرده است: «زنانی که بدون حجاب شرعی در معابر و انظار عمومی ظاهر شوند، به حبس از ده روز تا دو ماه و یا از پنجاه هزار تا پانصد هزار ریال جزای نقدی محکوم خواهند شد.» این عمل قانون‌گذار نشان می‌دهد که قانون‌گذار دست قاضی را تعیین نوع تعزیر باز نگذاشته است، بلکه او را محصور در مقدار خاصی از حبس یا شلاق یا جزای نقدی کرده و ضمناً او را ملزم دانسته است که این حکم را صادر کند.

باید دید آیا در این ماده، تعزیر برای اصل فعل حرام مفروض گرفته شده است و برای تظاهر در اماکن عمومی، مجازات دیگری در کنار مجازات اصل عمل قرار داده است یا چنین فرضی ندارد و این تعزیر را فقط برای تظاهر به حرام در اماکن عمومی قرار داده است و تعزیر برای هر عمل حرام علی‌القاعده با مراجعه به فقه و قاعده‌التعزیر موجه است؟ برخی می‌گویند منطوق این ماده آن است

که تعزیر اصل عمل را مفروض دانسته و تظاهر به آن را مستقلاً جرم انگاری کرده است؛ چون ماده، کیفر داشتن اصل عمل حرام را مفروض گرفته است (کیفر اعم از قانونی و فقهی) و برای تظاهرش، کیفر دیگری تعیین کرده و نیز در مقابل، اعمال بدون کیفر (که توضیح دادیم مراد، اعمال غیر حرام است) را قرار داده است که نفس عمل کیفر ندارد یعنی در واقع، دو دسته از افعال در این ماده این تعزیر را دارند: افعال غیر حرامی که سبب جراحت عفت عمومی شده‌اند و افعال حرامی که خودشان یک کیفر دارند و تظاهر به آن، این کیفر را به خود متوجه ساخته است. آقای کدخدایی بیان می‌کند: «منطوق این ماده این است که هر عمل حرامی کیفر دارد و تظاهر به آن مجازات دیگری را ایجاب می‌کند.» (مجله فقه اهل بیت، ۵۴: ۹۳)

ممکن است بر این مبنا اشکال وارد شود که با این تفسیر از قاعده اولاً نظم عمومی مختل می‌شود؛ چون طبق این توضیحات، قاضی مکلف است به فقه مراجعه کند. در فقه، اختلاف فتوا زیاد است و ممکن است حکم یک عمل در نظرات مختلفی، متفاوت باشد و مثلاً شعبه اول یک شهرستان یک عمل را محکوم به ۷۰ ضربه شلاق بکند و شعبه دوم همان شهرستان به برائت حکم دهد. ثانیاً این نوع از مراجع به فقه با اصل برائت منافات دارد؛ چون هر شخص یک مرجع تقلید دارد و مکلف است طبق نظری عمل کند، اما با این تفسیر یا باید گفت مکلف در تعزیرات به همه فتاوا علم داشته باشد که لازمه آن در بسیاری از موارد، عسر و حرج است یا این که باید وی را مجرم به جرمی بدانیم که در نظر مرجع تقلید خودش برای او مجاز بوده و تکلیفی در جهت ترک آن نداشته است که بطلان زیر پا گذاشتن این اصل نیز از بدیهیات است.

در پاسخ و توجیه این اشکال باید گفت: اولاً برای این که نظم عمومی و سازمان واحد در کشور جریان پیدا کند، لازم است که قانون‌گذار موارد نقص و کمبود قانونی را فوراً جبران کند و از این اشکال و اشکال بعد مصون باشد، اما تا زمانی که هنوز چنین جبرانی صورت نگرفته، بهتر است برای جرم‌انگاری چنین افعالی به فتوای مرجع تقلید شخص متهم مراجعه کرد؛ چون اولاً بالذات، فتوای هموست که بر عهده این شخص است و اصل برائت اقتضا دارد که تکلیفی مازاد بر آن فتوا بر عهده وی نیاید. پس مراجعه به فتوای ولی فقیه یا نظر مهشور مردود خواهد بود. ثانیاً، چون مراجع مورد تأیید، محدود و معروف هستند، نظم عمومی در چارچوب همین فتاوا شکل می‌گیرد و تکلیف اضافی هم بر عهده مکلف نمی‌آید. نسبت به شخصی که مرجع تقلید ندارد یا به سن تکلیف نرسیده است، فتوای ولی فقیه معیار خواهد بود؛ چون لازمه آن، تکلیف مازاد بر عهده متهم نیست.

۴. تبیین نظام جرم‌انگاری و تعزیر با توجه به فلسفه و حکمت تعزیر و به طور کلی، مجازات
در این بخش از نوشتار، ابتدا حکمت و فلسفه مجازات به طور مختصر بیان می‌شود. در ادامه،

عبارت‌هایی از فقیهان که بیان‌گر این حکمت هست، بیان می‌شود و در نهایت، گستره قاعده‌تعلیر در مفهوم عام خود یا به تعبیر بهتر، ضابطه جرم‌انگاری تبیین می‌گردد.

الف) فلسفه و حکمت تعلیر و به طور کلی، مجازات

از مجموع سخنان فقیهان که مستند به احادیث، سیره و فعل اهل بیت (علیهم السلام) و مبانی حقوقی اسلام است، می‌توان چنین دریافت که هدف از تعلیر و مجازات، تضمین اجرایی قوانین و دستورهای شرع است. به عبارت روشن‌تر، برخی چنین تشریح کرده‌اند که سیره و روش عرف و عقلا و حاکمیت‌های بشری این است که برای پیشبرد اهداف و تحقق آرمان‌ها و قوانین خودشان فقط به ابلاغ و تبیین دستورها اکتفا نمی‌کردند، بلکه همیشه قواعدی را نیز برای حراست از قوانین اصلی و ارزش‌ها و فرهنگ مورد نظرشان قرار می‌دادند تا عاملی بازدارنده باشد برای کسانی که قصد ضربه زدن به این فضا و فرهنگ و نظم عمومی جامعه آن‌ها را دارند یا احیاناً اگر کسی قوانین و اصول و ارزش‌ها و فرهنگ آن‌ها را با عملکرد خودش مخدوش و متزلزل کرد، بتوانند او را تنبیه و مجازات کنند تا این که اولاً خودش مجدداً مرتکب این عمل نشود و ثانیاً بقیه افراد جامعه با دیدن مجازات او، مرتکب این عمل نشوند. البته ممکن است برخی در فضای اسلام، تصفیه و تزکیه روح فرد مجرم را نیز هدف دیگر اجرای مجازات بدانند که فعلاً از محل بحث ما خارج است. تا کنون یک سیره عرفی را توضیح دادیم که مسلک و روش عرف در اداره جامعه این بوده است که قوانینی برای اداره جامعه و تشکیل تمدن و فرهنگ مورد نظرش جعل می‌کرد و در رتبه بعد، قوانینی به عنوان ضامن اجرا و حراست از آن قوانین و فرهنگ و تمدن وضع می‌شد. اکنون باید گفت که اسلام نیز به عنوان یک دین که داعیه دار تمدنی ناب و کامل و فرهنگی غنی و استوار است، از این سیره تخطی نکرده است؛ چون اولاً قوانینی را که نقشه راه بشر برای سعادت و تکامل هست، معرفی کرده است. ثانیاً یک سری قوانین دیگر را برای حراست و ضمانت اجرای آنها قرار داده است. مثلاً اگر دستوری به عنوان حرمت نوشیدن شراب دارد، از طرف دیگر هم دستوری دارد که شراب شراب مجازات شود. اکنون می‌گوییم که قوانین حراستی و تضمینی اسلام در این مقام عبارتند از: قصاص، حدود و تعزیرات. البته دیات هم هستند که بین فقیهان اختلاف است که آیا مجازات و قانون حراستی است یا نه. بررسی آن هم از موضوع این مقاله خارج است. به طور کلی، شارع اسلام سه نوع مجازات را در سبک حراستی و ضمانتی خود قرار داده و برای هر کدام شرایطی معین کرده است. به طور کلی، اسلام، قانون مربوط به بخش حدود و قصاص را خود به طور خاص و دقیق و شفاف و با تمام جزئیات ارائه داده است، اما چون وضع جامعه همیشه در حال تغییر است، بخش تعزیرات را نیز در نظر گرفته است. در این بخش، متصدیانی که خود شارع تعیین کرده است (فقیهان)،

متناسب با وضعیت جامعه، قوانین، فرهنگ و تمدن آن جامعه برای حراست و ضمانت نظم جامعه تصمیم‌هایی می‌گیرند. برای مثال، اگر امروزه عملیات رایانه‌ای خاص رفتاری ضد فرهنگ و مخلّ قوانین، فرهنگ و تمدن اسلام شناخته شود، مبارزه با این عمل با ابزار تعزیر از طریق مجری متخصص (فقیه) پیش‌بینی شده است.

هدف از این توضیحات آن بود که گفته شود شارع در بخش حدود و قصاص، مواردی را به عنوان مجازات برای جرم‌های خاص قرار داده است، ولی جامعیت و کمال اسلام اقتضا می‌کند در همه دوره‌ها و برای همه شرایط، راهکار مبارزه و دفع و رفع رفتارهای ناهنجار و اخلاص‌گر در قوانین را پیش‌بینی کند. ادعای ما این است که تعزیرات همین راهکار اسلام است و با این فلسفه و این پشتوانه منطقی مستند به سیره و مسلک عرف، شارع به جعل عنوان تعزیر با این خصوصیات پرداخته است.

این استدلال می‌کوشد سیره‌ای از عرف و عقلا به دست آورد که مبتنی بر حکم عقل است و به تأیید شارع مقدس نیز رسیده و با طغی این روند، حجیت خود را کسب کرده است. به عبارت دیگر، در این استدلال می‌خواهیم سیره قانون‌گذاری و جرم‌انگاری عقلایی را به دست آوریم و آن را مستند و متکی به حکم عقل بدانیم که عبارت است از حفظ نظام و جلوگیری از فروپاشی و اخلاص در آن و در نهایت، این سیره را مورد تأیید شارع مقدس بدانیم. بنا بر این، در این استدلال سه گام باید پیموده شود: کشف و استنباط سیره عقلا مبتنی بر قانون‌گذاری و تعیین مجازات‌های ثابت و متغیر، حکم عقلی حفظ نظام و جلوگیری از اختلال در آن و در نهایت، تأیید و امضای شارع که در واقع، این گام سوم با عدم الردع شارع در این مقام به دست می‌آید. سیره عقلا در موردی حجت است که اولاً این سیره به طور قطعی کشف شود. ثانیاً این سیره از جانب شارع نهی نشده باشد که این عدم الردع نسبت به امری که سیره بوده و شارع نیز در مقام بیان این امر است، نشانه رضایت وی بر کلیت این سیره است، هر چند می‌تواند برخی از جزئیات را بردارد یا جزئیاتی را اضافه کند. نتیجه این استدلال آن است که شارع سیره عقلا را پذیرفته که تعیین مجازات ثابت و متغیر است. مجازات ثابت آن را خود تعیین کرده و برای مجازات متغیر نیز ضوابطی تعیین کرده است که حاکمان اسلامی این دسته از جرم و مجازات را طبق آن ضوابط تعیین کنند.

همه پاسخ‌هایی که با این تحلیل مبنایی ارائه می‌شود، به شکل فرضی و علی‌القاعده سخن به میان آمده است و مفروض است که اگر در پاسخ به یکی از این سؤالات، نص و دلیل شرعی خاصی باشد، قطعاً بیان شارع حاکم بر تحلیل مبنایی است؛ چون معتقدیم اگر در موردی نص خاص وجود داشته باشد، بدین معناست که در آن مورد خاص خلاف ضابطه و تحلیل نظام‌مند مبنایی، شارع

مصلحت بالاتری را دیده است که مانده ایم. پس باید تبعیت کنیم؛ چون همه هدف این قاعده، تأمین مصالح و دفع مفاسد است.

ب) فلسفه و حکمت تعزیر در عبارات فقیهان

اکنون عبارت‌هایی از فقیهان را می‌آوریم که مؤید تحلیل فلسفه تعزیر است و همگی نشان می‌دهند شارع تعزیر را یا از باب حفظ نظام اجتماعی اسلام یا از باب امر به معروف و نهی از منکر وضع کرده است که خود آن نیز برای حفظ نظام است. این فلسفه پشت پرده این قاعده وجود دارد و ضابطه و دستگاه اقتضا دارد تمامی فتاوا مطابق و هماهنگ با این پشتوانه و این حکمت باشد.

ابوالصلاح حلبی چنین بیان می‌کند: «تعزیر تأدیبی از جانب خداست برای این که مرتکب و سایر افراد جامعه را از انجام مجدد عمل بازدارد.» (الکافی فی الفقه ۴۱۶) شیخ طوسی نیز همین مضمون را بیان می‌کنند (المبسوط فی فقه الإمامیه ۸: ۶۶) هم چنین ابن ادریس حلی می‌گوید: «حاکم در تعزیر باید مصلحت مکلفین را در نظر بگیرد.» (السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی ۳: ۵۳۶) که دلالت دارد بر این که تشریح تعزیر برای به دست آوردن مصالح است. شیخ طوسی (المبسوط فی فقه الإمامیه ۸: ۶۶) و آیت الله صافی (التعزیر، أحكامه و حدوده ۸) و آیت الله فیاض (منهاج الصالحین ۳: ۳۱۵) نیز همین مضمون را بیان می‌کنند. شهید اول صراحتاً بیان می‌کند: «چهارمین تفاوت بین حد و تعزیر این است که تعزیر تابع وقوع مفاسد است.» (القواعد و الفوائد ۲: ۱۴۲) همچنین مدنی کاشانی (کتاب القصاص للفقهاء والخوارج ۹۷) نجم‌الدین طوسی (حقوق زندانی ۵۹۷) و محقق داماد (قواعد فقه ۴: ۲۵۱) مرحوم آیت الله خوبی با شفافیت و صراحت بیش‌تری فرموده است: «حفظ نظام مادی و اجتماعی که اسلام طراحی کرده است، این امر را لازم دارد که تدبیری برای مخالفین و اخلاط‌گران به این نظام طراحی شود که تعزیر این کار را انجام می‌دهد.» (مبانی تکمله - موسوعه ۶: ۴۰۸-۴۰۹) مرحوم تبریزی (أسس الحدود و التعزیرات ۲۷۱) و مرحوم آیت الله منتظری (نظام الحکم فی الإسلام ۳۰۲) مرحوم آیت الله موسوی (فقه الحدود و التعزیرات ۳: ۴۰: ۴۱) آیت الله مکارم شیرازی (تعزیر و گستره آن ۴۳ و ۶۱) و آیت الله ایروانی (دروس تمهیدیه ۳: ۳۰۰: ۳۰۱)

ج) تبیین نظام جرم‌انگاری

در این بخش باید نظامی کامل و ضابطه‌ای مشخص از جرم‌انگاری و تعیین مجازات طبق فلسفه و حکمتی ارائه شود که بیان شد. به همین جهت باید مطابق هریک از مباحثی که در بررسی مفاد و گستره قاعده از متون فقهی بیان شد؛ قاعده با تمام ابعاد و جوانبش روشن گردد.

هر کسی که در فضای جامعه اسلامی و در منطقه تحت پوشش حکومت و فرهنگ و تمدن اسلامی قرار دارد، اگر عملی انجام دهد که این عمل موجب اخلاط به جامعه و فرهنگ و قوانین

و ارزش‌های اسلامی باشد، حاکم حق تعزیر وی را دارد حتی اگر عمل وی از سنخ ارتکاب حرام یا از سنخ ترک واجب نباشد. مثلاً فرد نابالغی با یک زن بالغ ملاعبه داشته باشد که عمل وی حرام نیست، ولی چون مخلّ فرهنگ است، تعزیر دارد. البته ذکر این قید لازم است که اگر می‌گوییم فعل صبی نیز قابلیت تعزیر دارد، مشروط به همان وصف موضوع است که فسادساز و مخلّ باشد. کودک اگر غیر ممیز باشد، فعل او قابل تعزیر نیست؛ چون جامعه و عرف، فعل قبیح او را نقض قانون و مخلّ نمی‌دانند و اصلاً عنوان قبیح را بر آن صادق نمی‌شمارند.

در این تحلیل برای هر عمل قبیحی که مخلّ نظام مادی و معنوی جامعه اسلامی باشد، می‌توان حکم تعزیر داد. تشخیص این‌که چه فعلی این خصوصیت را پیدا می‌کند، بر عهده حاکم است. نمی‌توان به طور کلی گفت ارتکاب هر فعل حرامی چنین است؛ چون شاید شخصی فعل حرام را در خفا مرتکب شود و در نتیجه، به جامعه هم آسیبی نزند. در مورد ترک واجبات نیز چنین است. در این نگاه، دیگر صغیره و کبیره بودن هم دخالته ندارد و اخلال در نظام مادی و معنوی اهمیت دارد. مطابق این نگاه ممکن است عملی حلال و مباح هم باشد، ولی اقتضای شرایط به شکلی است که در آن زمان، مخلّ نظام است و ارتکاب آن قابل تعزیر خواهد بود مانند تعزیر صبی مرتکب عمل حرام که برای او حرام نیست، ولی به دلیل اثر تخریبی آن برای جامعه تعزیر می‌شود. هم‌چنین این نگاه، تکلیف شروع این اعمال را نیز مشخص می‌کند که اگر شروع و اقدام به تهیه شرایط و مقدمات اثر تخریبی به دنبال داشته باشد، قابل تعزیر خواهد بود.

واضح است که حکم چه اولی باشد و چه ثانوی و چه حکومتی، نقض و بی‌حرمتی و اخلال در اجرای آن موجب تعزیر خواهد بود و به احکام اولیه یا ثانویه اختصاصی ندارد. همه این قوانین از جنبه‌های مختلفی با هم متفاوت هستند، ولی در این جهت اشتراک دارند که همه قانون اسلام هستند و در راستای تحقق فرهنگ و جامعه و تمدن اسلامی وضع شده‌اند. حتی احکام حکومتی این‌گونه هستند یعنی احکام حکومتی هم در راستای تحقق و تبلور بخشیدن به احکام اولی و ثانوی هستند و به تعبیر دیگر، ابزاری هستند برای اجرایی کردن احکام اولی و ثانوی. بنابراین، به همان دلیلی که حکم اولی و ثانوی ارزشمندند و نقض آن‌ها موجب تعزیر است، حکم حکومتی هم ارزشمند است و نقض آن موجب تعزیر می‌شود.

بنابر این، معیار این‌که چه عملی مخرب است، کاملاً شخصی است و قاعده عمومی و کلی ندارد بدین معنی که مثلاً اگر کسی به جهت اضطرار مرتکب شرب خمر شود، این کارش در جامعه اثر تخریبی ندارد. هم‌چنین است نسبت به شرب خمر اکراهی؛ چون در این موارد، عرف متوجه می‌شود که این عمل نقض قانون و بی‌حرمتی به قانون و ارزش‌ها نیست. عرف، اضطرار و اکراه را

می‌فهمد و عمل با این اوصاف را عمل ضد فرهنگ و مخل به نظام تلقی نمی‌کند. بنا بر این، چنین اعمالی موجب تعزیر نیستند.

واضح است و آن هم این است که شارع سه نوع قانون حراستی و ضمانتی تعیین کرده است: قصاص، حد و تعزیر. این نوع اخیر را به دلیل تغییر و تحولات وضع کرده است. بنا بر این، اگر اموری برای شارع به عنوان ضد ارزش‌های ثابت مطرح هستند و خود شارع دستور مستقل و خاص درباره آن‌ها داده است، طبیعی و مسلّم است که تعزیر نسبت به آن مطرح نیست و به عبارت روشن‌تر، وقتی حد به عنوان یک قانون حراستی برای مثلاً زنا وضع شده است، حد این وظیفه را انجام می‌دهد و نیازی به تعزیر نیست.

در این نظام نسبت به جوازی یا الزامی بودن این حکم باید طبق فلسفه تعزیرات پاسخ دهیم که اگر موضوع آن گونه محقق شود که در بخش قبلی توضیح دادیم، بر حاکم واجب است که تعزیر کند یعنی بروی تکلیف است که به هر ترتیب که می‌تواند، دفعاً یا رفعاً مانع این اثر تخریبی شود. نمی‌توان گفت اثر تخریبی محقق شده است، ولی با این حال، حاکم حق دارد تعزیر نکند یعنی حق دارد که بگذارد اثر تخریبی در جامعه رشد پیدا کند. خیر، بر اساس این نگاه، بر حاکم لازم است که تعزیر کند یعنی واکنشی نشان دهد که مانع اثر تخریبی و ضربه وارد شدن به نظام مادی و معنوی اسلام باشد.

با این نگاه نیز واضح است که شیوه اطلاع یافتن حاکم از این عمل به گونه‌ای دخالت پیدا می‌کند یعنی اگر قاضی طبق علم خودش که از راه‌های نامتعارف حاصل شده است، به وقوع حرامی علم پیدا کند که نوع افراد جامعه به آن علم پیدا نمی‌کنند، چون در جامعه اثری از این فعل دیده نمی‌شود، نمی‌توان آن را تعزیر کرد. عمل باید به شکلی باشد که در جامعه اثر بگذارد و اگر در جامعه اثر بگذارد، طبیعت امر این است که از راه‌های عادی و متعارف قابل کشف است و برای کشف آن، به توسل به راهکارهای نامتعارف هم چون سحر و علوم غریبه نیازی نیست. اگر برای کشف آن به این راه‌ها نیاز باشد، نشان می‌دهد که این فعل در جامعه اثر تخریبی نداشته است.

تکلیف عنوان‌هایی مثل توبه و شکایت شاکی خصوصی نیز است. اگر توبه چنان باشد که مانع اثر تخریبی وی در جامعه شود، آن عمل موجب تعزیر نخواهد بود. هم‌چنین اگر شکایت و گذشت شاکی در جلوگیری از قبح و اثر مخرب آن عمل مؤثر باشد، آن عمل موجب تعزیر نمی‌شود. تشخیص تمامی این امور بر عهده قاضی است.

هم‌چنین در ادامه این نگاه، اگر بر تعزیر توالی فاسده‌ای مترتب شود مثل این که تعزیر موجب سلب آسایش عمومی شود یا موجب احساس ناامنی یا قبح‌شکنی یا بدگمانی به دین یا بی‌رغبتی به

اسلام یا هرتالی فاسد دیگری شود، تعزیر مشروع نخواهد بود؛ چون هدف از تعزیر حفظ نظام مادی و معنوی اسلام است نه این که خودش بخواهد موجب سستی یا حتی نابودی این نظام و موجب فرار افراد انسانی از اسلام شود. به عبارت دیگر، در چنین حالت‌هایی، خود عمل اثر تخریبی دارد، ولی اثر تخریبی تعزیر بیش تراست و مشروع نیست و چنین حقی وجود ندارد.

نسبت به مجری این قاعده با توجه به فلسفه این قاعده باید گفت چون اجرای قاعده به تخصص فوق‌العاده نیاز دارد، مجری این حکم هم باید اعمال قبیح اعم از حرام و غیر آن را بشناسد، مخاطب شناسی اش بسیار قوی باشد، از وضعیت جامعه کاملاً باخبر باشد و قادر به تشخیص تناسب و توازن جرم و مجازات باشد. با این وصف، حاکم جامع شرایط یا باید خودش متصدی اجرای این قاعده شود یا اگر می‌خواهد به کسی اذن بدهد، باید کسی باشد که به اندازه کافی بر این امور تسلط داشته باشد و گرنه به صرف تسلط به فتاوا نمی‌تواند این امر را به او واگذار کند. به نظر می‌رسد کسی که مجتهد نباشد یعنی قدرت ردّ فروع بر اصول را نداشته باشد و اسلام‌شناس قوی نباشد، نتواند به خوبی به این امور تسلط داشته باشد. با توجه به اهمیت فوق‌العاده این قاعده، قاضی غیر جامع شرایط نمی‌تواند متصدی اجرا شود مگر این که قاضی جامع شرایط حدودی را برای وی معین کند که در آن مسیر و حدود حرکت کند و تعزیر بدهد. مثلاً بگوید فلان عمل در شرایط کنونی در موضوع این قاعده جای می‌گیرد و می‌توانید یکی از این تعزیرات معین را برای آن قرار بدهید که این همین چیزی است که در حال حاضر تا حدودی وجود دارد یعنی فقیهانی جامع شرایط هستند که قانون تعزیرات را مشخص کرده و به دست قاضی مأذون داده‌اند تا در حدّی که آن‌ها معین کرده‌اند، عمل کند. بنابراین، اختیاری که برای قاضی تاکنون ثابت شد، با تعیین‌های قانونی منافاتی ندارد؛ چون برای حراست و مراقبت از همان هدف اصلی و نهایی تعزیرات است. با اعمال این محدودیت همان طور که ذیل توضیح ماده ۶۳۸ بیان شد، اولاً نظم عمومی ایجاد می‌شود و ثانیاً تکلیف زایدی بر عهده مکلفین قرار نمی‌گیرد.

واژه «التعزیر» در سعه و ضیق این قاعده مؤثر است و فلسفه تشریح این قاعده اقتضای کند قاضی اختیار داشته باشد هر تدبیری را در پیش بگیرد که مناسب می‌داند تا به هدف اصلاحی برسد. اگر مقنن را در امر خاصی محصور کنیم، مثلاً بگوییم فقط باید مجازات شلاق را قرار بدهد، چه بسا این مجازات برای این مجرم خاص و جرم خاص هیچ اثر اصلاحی نداشته باشد. این قاعده در حالت اولیه اقتضا دارد که تعزیر مطلقاً در دست حاکم باشد مگر این که نص و دلیل خاصی بر محدودیت وی در موردی خاص وجود داشته باشد که خلاف ضابطه باشد. چون محدودیت قاضی در این قاعده امری خلاف قاعده است، باید به موارد قطعی و مسلم آن اکتفا کرد. شارع در برخی جرایم

خاص دو محدودیت ایجاد کرده است: اولاً این که نوع تعزیر را مشخص کرده است که شلاق باشد. ثانیاً یک نهایت برای آن قرار داده است. بنا بر این، فقط این محدودیت وجود دارد و به موارد دیگر سرایت نمی‌کند و در موارد دیگر به همان حال عادی قاعده عمل می‌شود و برای قاضی محدودیتی نیست. قاضی باید طبق صلاحدید خود از مجموع شرایط نوع و میزان تعزیر را مشخص نماید.

نتیجه

۱. در بررسی فقهی مفاد و گستره قاعده «التعزیر لکل عمل محرم» باید هشت قید بررسی شود که عبارتند از: «من موصوله، ارتکاب حرام و ترک واجب، حدود معین، لام در للام، امام و نایب امام، تعزیر، ما دون الحد و بحسب رأیه». نسبت به هر یک از این قیود نظرات مختلفی از فقها ارائه شده است اما آنچه متناسب با نظام ارائه شده در این مقاله است عبارت است از:

أ. من موصوله روشن می‌کند که مخاطب قاعده شامل هر کسی می‌شود که در دایره جامعه اسلامی قرار دارد اعم از مسلمانان و کفار ذمی و بالغ و کودک ممیز.

ب. ارتکاب حرام و ترک واجب موضوع قاعده را روشن می‌کند که هر عمل مخل به نظام مادی و معنوی جامعه اسلامی است.

ج. حدود معین، موضوع تعزیر را محدود به مواردی می‌کند که حد خاصی موجود نباشد.

د. لام در للام روشن می‌کند که بر حاکم لازم است که تعزیر کند یعنی واکنشی نشان دهد که مانع اثر تخریبی و ضربه وارد شدن به نظام مادی و معنوی اسلام باشد.

ه. امام و نائب امام نیز مجری قاعد را روشن می‌کند که با توجه به اهمیت فوق العاده این قاعده، قاضی غیر جامع شرایط نمی‌تواند متصدی اجرا شود مگر این که قاضی جامع شرایط حدودی را برای وی معین کند که در آن مسیر و حدود حرکت کند و تعزیر بدهد.

و. تعزیر نیز عملکرد اصلاحی قاضی را مشخص می‌کند که در این نظام شامل هر عملکردی می‌شود که بتواند موجب اصلاح وضعیت رخ داده باشد.

ز. ما دون الحد نیز تعزیر را در برخی جرایم محدود می‌کند به اینکه به میزان حد نرسد.

ح. بحسب رأیه هم نیز ملاک تعیین نوع و میزان تعزیر است که قاضی باید با احوالات موجود در هر حادثه آن را تعیین نماید.

۲. این قاعده شش دلیل فقهی دارد که عبارتند از: اجماع، روایات عامه، روایات خاصه، عمومیت ادله امریه معروف و نهی از منکر، دلیل عقلی حفظ نظام و فعل امیر المؤمنین علی (ع). از این میان، همه ادله برای اثبات قاعده عام مخدوش هستند جز دلیل عقل که در تحلیل نظام جرم‌انگاری از آن استفاده شده است.

۳. در تبیین تحلیلی نظام جرم‌انگاری، قاعده‌ای عام به دست می‌آید با این محتوا «هر عمل قبیحی - از جانب هر کسی اعم بالغ و نابالغ البته به غیر از صبی غیر ممیز - که در جامعه اسلامی رخ بدهد و موجب فساد در جامعه شود، بر فقیه جامع شرایط لازم است عکس‌العملی را برای از بین بردن این اثر فاسد و اصلاح این فرد مرتکب انجام دهد که مناسب با تمام اوضاع جامعه و فرد مرتکب باشد و در صورتی که او حدودی را معین نماید و به دست غیر بسپارد، کفایت می‌کند تا نظم عمومی نیز تأمین شود و با مفاد ماده ۶۳۸ و اصل ۱۶۷ نیز هماهنگ باشد. این عملکرد در مواردی که جرم هم جنس با جرایمی است که حد دارند، محدود به این است که اگر بخواهد با شلاق این وظیفه را انجام دهد، باید کم‌تر از میزان حد جرم هم جنس باشد. طبق این بیان، اگر بر این عکس‌العمل فقیه عنوانی ثانوی مترتب گردد که فساد دیگری به دنبال داشته باشد، فقیه باید جنس عکس‌العمل را طوری قرار دهد که این اتفاق رخ ندهد و در نهایت امر، سکوت وی عکس‌العمل وی محسوب خواهد شد. بنا بر این نظر، اگر مرتکب و مفسد توبه کند یا به نحوی، خود، این اثر منفی را از بین ببرد، دیگر بر فقیه تکلیفی نیست که بخواهد عکس‌العملی نشان دهد».

۴. با وجود اصولی در قانون اساسی (اصول ۳۶ و ۳۷) که هر چند نه به وضوح و صراحت، بر حصر جرم‌انگاری و تعیین مجازات در قانون مدون دلالت دارند، اصل ۱۶۷، قاضی را از امتناع از رسیدگی و صدور حکم به بهانه سکوت، نقص، اجمال یا تعارض قوانین، نهی و او را موظف کرده است تا در صورت نیافتن حکم دعوایی در قوانین مدون، با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر، حکم قضیه را صادر کند. این اصل اعم از دعای کیفری و مدنی است. طبق ماده ۶۳۸ برای اظهار به عمل حرام در اماکن عمومی، تعزیر معین شده و برای اصل عمل حرام برای برخی موارد به شکل خاص جرم‌انگاری شده است و برای جرایمی که در قانون حرفی از آن‌ها به میان نیامده است، قاضی باید به فقه مراجعه کند و مطابق با تفسیر نظام گونه قاعده‌التعزیر حکم واقع را صادر نماید.

فهرست منابع

۱. ابن ادريس حلی، محمد بن منصور بن احمد، السرائر الحاوي لتحرير الفتاوى، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ دوم، ۱۴۱۰ هـ. ق.
۲. ابوالصلاح حلبی، تقی‌الدین بن نجم‌الدین، الکافی فی الفقه، اصفهان: کتاب‌خانه عمومی امام امیرالمؤمنین (ع)، چاپ اول، ۱۴۰۳ هـ. ق.
۳. ایروانی، باقر، دروس تمهیدیه فی الفقه الاستدلالي علی المذهب الجعفري، قم: دارالفقه للطباعة والنشر، چاپ دوم، ۱۴۲۷ هـ. ق.
۴. بهجت فومنی، محمدتقی، استفتائات، قم: دفتر حضرت آیت‌الله بهجت، چاپ اول، ۱۴۲۸ هـ. ق.
۵. تبریزی، جواد بن علی، أسس الحدود و التعزیرات، قم: دفتر آیت‌الله تبریزی، چاپ اول، ۱۴۱۷ هـ. ق.
۶. جعفری تبریزی، محمدتقی، رسائل فقهی، تهران: مؤسسه منشورات کرامت، چاپ اول، ۱۴۱۹ هـ. ق.
۷. حسینی روحانی قمی، سید صادق، فقه الصادق (ع)، قم: دارالکتاب - مدرسه امام صادق (ع)، چاپ اول، ۱۴۱۲ هـ. ق.
۸. حسینی روحانی قمی، سید صادق، منهاج الصالحین، قم: مکتب آیه‌الله العظمی السید الروحانی، چاپ اول، بی تا.
۹. سبزواری، سید عبدالاعلی، مهذب الأحکام، قم: مؤسسه المنار - دفتر حضرت آیت‌الله سبزواری، چاپ چهارم، ۱۴۱۳ هـ. ق.
۱۰. شریف کاشانی، ملا حبیب‌الله، تسهیل المسالك إلى المدارک، قم: المطبعة العلمية، چاپ اول، ۱۴۰۴ هـ. ق.
۱۱. صافی گلپایگانی، لطف‌الله، جامع الأحکام، قم: انتشارات حضرت معصومه (س)، چاپ چهارم، ۱۴۱۷ هـ. ق.
۱۲. صدر، سید محمد، ماوراء الفقه، بیروت: دارالأضواء للطباعة والنشر والتوزيع، چاپ اول، ۱۴۲۰ هـ. ق.
۱۳. طبسی، نجم‌الدین، حقوق زندانی و موارد زندان در اسلام، قم: بوستان کتاب، چاپ اول، بی تا.
۱۴. طبسی، نجم‌الدین، وارد السجن فی النصوص و الفتاوى، قم: انتشارات دفتر تبلیغات

- اسلامی حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۳۷۴ ه. ش.
۱۵. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، المبسوط في فقه الإمامية، تهران: المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية، چاپ سوم، ۱۳۸۷ ه. ق.
۱۶. عاملی (شهید اول)، محمد بن مکی، القواعد و الفوائد، قم: کتاب فروشی مفید، چاپ اول، بی تا.
۱۷. عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی، مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام، قم: مؤسسة المعارف الإسلامية، چاپ اول، ۱۴۱۳ ه. ق.
۱۸. علامه حلّی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، تحرير الأحكام الشرعية على مذهب الإمامية، قم: مؤسسه امام صادق (ع)، چاپ اول، ۱۴۲۰ ه. ق.
۱۹. فاضل لنکرانی، محمد، تفصیل الشریعة في شرح تحرير الوسيلة - الحدود، قم: مرکز فقهی ائمه اطهار (علیهم السلام)، چاپ اول، ۱۴۲۲ ه. ق.
۲۰. فیاض کابلی، محمد اسحاق، منهاج الصالحین، قم، مکتب سماحة آیه الله العظمی الحاج الشیخ محمد اسحاق الفیاض، چاپ اول، بی تا.
۲۱. فیض کاشانی، محمد محسن بن شاه مرتضی، مفاتیح الشرایع، قم: انتشارات کتاب خانه آیت الله مرعشی نجفی، چاپ اول، بی تا.
۲۲. کدخدایی، محمدرضا، «بررسی فقهی حقوقی قاعده التعزیر فی کلّ معصیة»، فقه اهل بیت علیهم السلام ۵۴ (۱۳۸۷)، ۹۱-۱۴۲.
۲۳. مجلسی، محمد باقر، حدود و قصاص و دیات، تهران: مؤسسه نشر آثار اسلامی، چاپ اول، بی تا.
۲۴. محقق حلّی، نجم الدین جعفر بن حسن، شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام، قم: مؤسسه اسماعیلیان، چاپ دوم، ۱۴۰۸ ه. ق.
۲۵. محقق داماد، سید مصطفی، قواعد فقه، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ دوازدهم، ۱۴۰۶ ه. ق.
۲۶. مدنی کاشانی، رضا، کتاب القصاص للفقهاء و الخواص، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ دوم، ۱۴۱۰ ه. ق.
۲۷. مراغی، میر عبد الفتاح بن علی، العناوین الفقہیة، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۱۷ ه. ق.
۲۸. مغنیه، محمد جواد، فقه الإمام الصادق (ع)، قم: مؤسسه انصاریان، چاپ دوم، ۱۴۲۱

- ه.ق.
۲۹. مکارم شیرازی، ناصر، استفتائات جدید، قم: انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب (ع)، چاپ دوم، ۱۴۲۷ ه.ق.
۳۰. مکارم شیرازی، ناصر، تعزیر و گستره آن، قم: انتشارات مدرسة الإمام علي بن أبي طالب (ع)، چاپ اول، ۱۴۲۵ ه.ق.
۳۱. منتظری، حسین علی، رساله استفتائات، تهران: نشر سایه، چاپ اول، ۱۳۸۴ ه.ش.
۳۲. منتظری، حسین علی، نظام الحكم في الإسلام، قم: نشر سرايي، چاپ دوم، ۱۴۱۷ ه.ق.
۳۳. موسوی اردبیلی، سید عبدالکریم، فقه الحدود و التعزیرات، قم: مؤسسه النشر لجامعة المفید، چاپ دوم، ۱۴۲۷ ه.ق.
۳۴. موسوی خمینی، سید روح الله، استفتائات، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ پنجم، ۱۴۲۲ ه.ق.
۳۵. موسوی خویی، سید ابوالقاسم، موسوعه مباني تکملة المنهاج، قم: مؤسسه إحياء آثار الإمام الخوئي، چاپ اول، ۱۴۲۲ ه.ق.
۳۶. موسوی گلپایگانی، سید محمدرضا، مجمع المسائل، قم: دار القرآن الکریم، چاپ دوم، ۱۴۰۹ ه.ق.
۳۷. مؤمن قمی، علی، جامع الخلاف و الوفاق، قم: زمينه سازان ظهور امام عصر، چاپ اول، ۱۴۲۱ ه.ق.
۳۸. مؤمن قمی، محمد، مباني تحرير الوسيلة. كتاب الحدود، تهران: مؤسسه تنظيم و نشر آثار امام خمینی، چاپ اول، ۱۴۲۲ ه.ق.
۳۹. نجفی (صاحب جواهر)، محمدحسن، جواهر الکلام في شرح شرائع الإسلام، بيروت: دار إحياء التراث العربي، چاپ هفتم، ۱۴۰۴ ه.ق.
۴۰. وحید خراسانی، حسین، منهاج الصالحين، قم: مدرسه امام باقر (ع)، چاپ پنجم، ۱۴۲۸ ه.ق.

رسائل

مجله علمی دانش پژوهان مرکز آموزش های تخصصی فقه

شماره ۵ و ۶، زمستان ۱۳۹۴ - بهار ۱۳۹۵

صفحات ۴۳ تا ۶۰

عادل سعادت*
*

hadi.sa997@gmail.com

بررسی ادله و آثار مسئولیت پزشک در فقه امامیه

چکیده

بررسی ادله فقهی میزان و آثار مسئولیت ناشی از اقدامات پزشک با توجه به شیوع و مورد ابتلا بودن آن مدنظر فقیهان قرار گرفته است. فقیهان شیعه بر مسئول بودن پزشک جاهل مقصر که در کار خود تخصص لازم را ندارد یا در طبابت کوتاهی کرده و پزشکی که با وجود داشتن تخصص کافی، برای درمان اجازه نداشته است، اتفاق نظر دارند. اختلاف در جایی است که در نتیجه اقدام پزشک ماهر و مأذون از بیمار یا اولیای او بدون آن که پزشک تقصیر و خطایی کرده باشد، بیمار دچار نقص عضو یا مرگ شود. در این فرض، مشهور فقیهان با استناد به روایات، اجماع و قواعد فقهی نظیر قاعده اتلاف، پزشک رامسئول و ضامن دانسته و به جبران خسارت از مال خود او حکم کرده‌اند. در مقابل، برخی از فقیهان با استناد به اصل برائت، اذن بیمار، قاعده احسان و عسر و حرج به مسئول نبودن پزشک حکم کرده‌اند. در این مقاله ضمن بررسی ادله هر قول و بررسی صورت های مباشرت و تسبیب، در نهایت، نظر مشهور ترجیح داده شده است.

کلیدواژگان

مسئولیت پزشک، تقصیر پزشک، خطای پزشکی، تسبیب.

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

مقدمه

«مسئولیت» در لغت به معنای پرسش کردن از کسی است و به مفهوم تفکیک وظیفه و آن چیزی است که انسان عهده‌دار و مسئول آن است. (معین، فرهنگ فارسی ۹۵) در اصطلاح، تعهد قانونی شخص است به دفع ضرر دیگری که وی به او وارد آورده است، خواه این ضرر ناشی از تقصیر خود وی باشد یا از فعالیت او ایجاد شده باشد. (جعفری، ترمینولوژی حقوق ۶۴۲) البته در فقه به جای «مسئولیت» لفظ «ضمان» به کار می‌رود. پزشکان در جامعه انسانی نقشی حیاتی دارند و در فقه اسلامی، یادگیری طب واجب کفایی اعلام شده است یعنی همواره باید افرادی طب را به اندازه نیاز جامعه یاد بگیرند. هم‌چنین در شریعت اسلام، علم طب همسان علم ادیان و خداشناسی بیان شده است. در مقابل پزشکان نیز دارای تکالیفی میباشند و لازم است تخصص لازم را کسب نمایند، با این حال پزشک هم انسان است و مانند هر انسان دیگری ممکن است دچار خطا و اشتباه شود، هم‌چنین گاهی پزشکی ماهر همه تلاش خود را برای درمان بیمار به کار می‌بندد، ولی به وی آسیب وارد می‌شود، و مسئولیتهایی را برای پزشک به وجود می‌آورد. بنابراین مسئولیت پزشک از مسائل اساسی است که در حقوق پزشکی مطرح است و بررسی مسئولیت پزشکان با توجه به توسعه چشم‌گیر و افزایش دسترسی جامعه به پزشکان ضروری می‌نماید.

مسئولیت پزشک دارای پیشینه‌ای کهن می‌باشد، از بدو تشکیل تمدن‌های بشری و مطرح شدن پزشکان به عنوان یکی از طبقات جامعه، به منظور نظارت بر فعالیت‌های پزشکان مقرراتی تنظیم و مسئولیت‌هایی بر دوش آنان نهاده شده است. در فقه اسلامی نیز، پزشکان به موجب روایاتی که وارد شده، فی‌الجمله مسئول شناخته شدند. در این جا باید پرسید: آیا پزشک مسئول اعمال خویش و ضامن جبران خسارت‌های وارده است یا نه؟ در صورت مسئولیت داشتن آیا مسئولیت پزشک مطلق است؟ بر مسئولیت داشتن یا نداشتن طبیب چه آثاری مترتب می‌شود؟ در این مقاله ابتدا دیدگاه فقهای شیعه درباره مسئولیت داشتن یا نداشتن پزشکان بررسی و در ادامه، آثار مترتب بر هر دیدگاه ارزیابی می‌شود.

۱. دیدگاه فقهای شیعه درباره مسئولیت پزشک

الف) مسئولیت پزشک جاهل

بی‌تردید شخصی که در رشته پزشکی تحصیل نکرده است و یا تخصص لازم در حرفه پزشکی ندارد در صورت اقدام به طبابت و وارد کردن خسارت یا تلف به بیمار، ضامن است و باید از عهده خسارت وارده برآید؛ قاعده اطلاق که در لسان فقیهان به «من اتلف مال غیره فله ضامن» شهرت یافته است، شامل این مورد می‌شود. بنا براین، مقتضی مسئولیت اطلاق در فرض یادشده وجود

دارد، و وجود مانع هم منتفی است زیرا نه روایات و نه ادله دیگر چنین شخصی را مبری از عمل خویش نمی‌دانند و نهایتاً در فرض مزبور نسبت به وجود مانع شک وجود دارد که اصل عدم جاری می‌شود. «أما مسئولیت الطیب أو البیطار فیما یتلف بعلاجه فیما إذا کان قاصراً فی العلم [...] فهو مقتضی قاعدة الإلتاف التي هي الأصل في أمثال هذه الموارد.» (لنکرانی، تفصیل الشریعه ۵۶) در برخی متون فقهی از پزشک جاهل و بدون تخصص با عنوان «قاصر المعرفة» یاد شده است و برخی از فقهای عظام بر مسئولیت چنین پزشکی ادعای عدم خلاف کرده‌اند. (سیوری حلی، التنقیح الرائع ۴: ۶۹؛ حائری، ریاض المسائل ۲: ۵۳۳؛ عاملی، مفتاح الکرامه ۱۹: ۷۹۹)

ب) مسئولیت پزشک مقصر

مطابق نظر فقهای شیعه، در مواردی که پزشک هر چند ماهر و مأذون باشد. خطا کند و در معالجه بیمار کوتاهی کند، مسئول خسارت شده است؛ (نجفی، جواهر الکلام ۴۳: ۴۴؛ کاشانی، کتاب الدیات ۴۸) زیرا دلیل مسئولیت یعنی قاعده اتلاف با اطلاقش، پزشک مقصر را هم شامل می‌شود. از طرفی هم مانعی از شمول آن نسبت به مسئولیت چنین پزشکی در میان نیست یعنی دلیل خاصی نسبت به پزشک مقصر وجود ندارد تا آن را از ذیل اطلاقات خارج کند. پس وقتی مقتضی بود و مانعی هم در کار نبود، مقتضی اثر خود را خواهد گذاشت: «یضمن الطیب ما یتلف بعلاجه [...] مع الإذن إذا قصر بلا خلاف ولا إشکال بین الأصحاب، لوجود المقتضی، وهو إطلاق دلیل الضمان، وعدم المانع بین البین.» (خویی، مبانی تکمله - موسوعه ۴۱: ۲۷۳) برخی علمای شیعه در حکم مسئولیت پزشک مقصر ادعای عدم خلاف کرده‌اند. (اردبیلی، مجمع الفائده ۱۴: ۲۲۷؛ عاملی، مفتاح الکرامه ۱۹: ۷۹۹؛ خویی، مبانی تکمله ۴۱: ۲۷۳)

ج) مسئولیت پزشک ماهر

منظور از پزشک ماهر این است که شخص معالج در صناعت پزشکی و علاج بیماری از نظر علمی و عملی مهارت لازم و کافی را داشته باشد. به عبارت دیگر، به هر آن چه بیماری مورد نظر و درمان آن بدان وابسته است، عالم باشد: «إذا کان الطیب حاذقاً، أي ماهرًا فی الصناعة والعلاج علماء و عملاً . و المراد کونه عالماً بما یتحتاج إليه ذلك المرض المعالج بحسب ما قرّر له فی فقه.» (شهید ثانی، مسالک ۱۵: ۳۲۶)

در درمان پزشک ماهر دو صورت متصور است. پزشک ماهر که مأذون است و پزشک ماهری که مأذون نیست. ذیلاً به بررسی حکم این دو نوع پزشک پرداخته می‌شود.

۱ - پزشک ماهر غیر مأذون

فقها اتفاق نظر دارند که اگر پزشک ماهر در عمل طبابت در مجنون و طفل، از ولی ایشان و

در بالغ، از خود وی. اذن نگرفته باشد، مسئول تلف و جراحت‌های وارد شده است. (نجفی، جواهرالکلام ۴۵:۴۳؛ تبریزی، تنقیح مبانی الاحکام - کتاب الدیات ۵۶؛ شاهرودی، معجم فقه جواهر ۲:۵۸) دلیل این امر هم آن است که:

اول - از نظر حکم تکلیفی، تصرف چنین طبیبی در نفس دیگران حرام است؛
دوم - از نظر وضعی چون عمل چنین طبیبی مشمول قاعده اتلاف است، ضامن تلف و خسارت‌های وارد شده است: «فالظاهر فیها هو الضمان [...] من حرمة تصرفه مع عدم الإذن. فعليه ضمان کل ما أتلفه و کلّ خسارة نشأت من فعله؛ لقاعدة الإتلاف.» (مکارم شیرازی، بحوث فقهیه هامه ۳۰۶)

۲ - پزشک ماهر مأذون

اگر پزشک ماهر بوده و در عمل پزشکی از ولی یا خود بیمار اذن گرفته باشد و هنگام عمل طبابت مرتکب تقصیر نشود، ولی به بیمار خسارت بزند، مسئول خسارت وارد شده است یا خیر؟
فقها در این فرض به دو دسته تقسیم می‌شوند:

اول - دیدگاه غیر مشهور

برخی از فقها که ابن ادريس حلی در رأس آن‌ها قرار دارد، بر این نظرند که اگر پزشک ماهر بوده و از ولی - در مجنون و طفل - یا خود بیمار برای طبابت اذن گرفته باشد و مرتکب تقصیری هم نشده باشد، ضامن نیست. (حلی، السرائر ۳: ۳۷۳؛ علامه حلی، تحریر الاحکام ۳: ۱۱۸؛ کاشف الغطاء، تحریر المجله ۱: ۲۲۱) فقها به این ادله تمسک کرده‌اند:

۱. اصل برائت

اصل برائت مستلزم عدم مسئولیت است؛ چون وقتی پزشک در حرفه خویش ماهر باشد و تمام تلاش خود را برای درمان به کار ببندد و هیچ‌گونه کوتاهی هم نکند، شک می‌شود که چنین فردی در قبال خسارت وارد شده ضامن است یا نه. پس اصل برائت جاری می‌شود. به عبارت دیگر، شک در این فرض، شک در اصل تکلیف یعنی «اصل مسئولیت» است که مجرای اصل برائت است: «فلا یضمن الطیب، سواء أخذ البراءة من الولي، أو لم يأخذ، والدلیل علی ما قلناه، ان الأصل براءة الذمة.» (حلی، السرائر ۳: ۳۷۳)

البته در این استدلال مناقشه شده است؛ چون بر اساس قاعده «الاصل دلیل حیث لا دلیل»، اصل برائت در جایی جریان پیدا می‌کند که دلیل اجتهادی در میان نباشد، در حالی که در این موضوع، دلیل وجود دارد و ادله باب مسئولیت و اطلاقات آن و نیز روایات عام و خاص، پزشک ماهر را نیز در بر می‌گیرد و بر مسئولیت وی دلالت می‌کند. بنا بر این، جایی برای اصل برائت وجود ندارد.

(شهید ثانی، الروضه، ۱۰: ۱۰۹)

۲. قاعده اذن

زمانی که پزشک در اقدامات پزشکی خود از جانب شارع مقدّس اذن داشته باشد. به دلیل این که حفظ نفس محترمه شرعاً جایز، بلکه واجب است. و از اولیا یا خود بیمار در عمل پزشکی هم اذن گرفته و با این مقدمات، درمان را آغاز کرده باشد، ولی اتفاقاً خسارت و تلف رخ دهد، خسارت بدنی و مالی از لوازم قهری امر طبابت است و مقتضی برای مسئولیت وجود ندارد؛ زیرا «اذن در شیء اذن در لوازمش هست». (حلی، السرائر ۳: ۳۷۳)

باید گفت میان اذن به درمان و اذن در اتلاف ملازمه‌ای وجود ندارد، بدین صورت که اذن اولیا یا بیمار برای درمان بوده است نه اتلاف و آنان با اذن خود به دنبال درمان بیماری بوده‌اند نه این که خواهان مرگ یا نقص و آسیب بدنی بیمار باشند. در عرف هم این مطلب مسلم و قطعی است که وقتی شخص یا اشخاصی به پزشک متخصص مراجعه می‌کنند، هدفشان به دست آوردن سلامتی و رهایی از درد بیماری است و اذن آن‌ها هم در این محدوده صورت می‌گیرد. پس نمی‌توان اذن بیمار یا ولی وی را دلیل بر مسئولیت نداشتن پزشک دانست: «أما إذا أذن له المریض في علاجہ ولم یقصر، ولکنه آل إلى التلف اتفاقاً، فهل علیه ضمان أم لا؟ قولان، الأقرب هو الأول و ذلك لأن الإذن إنما هو في العلاج فحسب لا في الإتلاف أيضاً.» (خویی، مبانی تکمله - موسوعه ۴۱: ۲۷۳)

۳. قاعده احسان

طبق آیه ۹۱ سوره توبه [...] مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ [...]، طیب در این جا «محسن» است و قصد درونی وی از پذیرش بیمار و درمان واقعا بهبود فرد بیمار است. درمان به صورت غیر ارادی سبب آسیب دیدن فرد بیمار شده است. بنا بر این، در صورت فوت بیمار یا آسیب دیدن وی، احسان مانع از ایجاد مسئولیت طیب خواهد بود. در ادله قبلی، مسئولیت نداشتن پزشک به نبود مقتضی استناد داشت یعنی طبق اصل براءت و قاعده اذن اصلا سببی برای ضمانت پزشک ماهر وجود ندارد، ولی طبق قاعده احسان، عدم ضمانت پزشک به دلیل وجود مانع است.

مانعیت احسان نسبت به مسئولیت پزشک پذیرفتنی نیست؛ چون:

یک - پزشک ماهر اراده احسان داشته و در احسان خود به خطا رفته و موجب خسارت به بیمار شده است. پس چنین پزشکی مصداق فرد «محسن» نیست تا قاعده نسبت به وی جاری شود یعنی ترتب اثر عناوین نسبت به مصادیق خود در صورت صدق واقعی عناوین بر مصادیقشان است. در این جا عنوان «محسن» بر عمل پزشک صادق نیست.

دو - این قاعده می‌گوید که فرد «محسن» عقوبت ندارد، اما مسئولیت امر دیگری است که

قاعده بیانگران نیست یعنی قاعده احسان اثر حکم تکلیفی را برمی دارد، ولی اثر حکم وضعی را که مسئولیت طیب باشد، نفی نمی کند: «یمكن الاستدلال لعدم الضمان بقوله تعالى ما على الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ بِتَقْرِيْبٍ: أَنْ عَمَلَ الطَّيِّبِ مُصَادِقٌ ظَاهِرٌ لِلْإِحْسَانِ، سَيِّمًا مَعَ عَدَمِ اخْتِاطِ الطَّيِّبِ الْأَجْرَ عَلَى عَمَلِهِ، وَالضَّمَانُ سَبِيلٌ وَقَدْ يَنْقَاشُ: بَأَنَّهُ لَا سَبِيلَ إِلَى الْمُحْسِنِ فِي إِحْسَانِهِ، وَالْمَفْرُوضُ أَنَّهُ أُخْطِئَ فِي إِحْسَانِهِ وَلَمْ يَحْسَنْ بَلْ أَرَادَ الْإِحْسَانَ، مُضَافًا إِلَى أَنَّ نَفْيَ السَّبِيلِ ظَاهِرٌ فِي نَفْيِ الْعُقُوبَةِ وَشِبْهَيْهَا وَأَمَّا ضَمَانُ الْإِتْلَافِ فَهُوَ أَمْرٌ آخِرٌ.» (مکارم شیرازی، بحوث فقهیه ۳۰۸)

۴. قاعده عسر و حرج

اگر پزشک ماهری تمام توانایی خود را برای درمان به کار گرفته و کوتاهی نکرده باشد، ولی در نتیجه عمل وی که منجر به آسیب دیدن بیمار شده است، مسئول شناخته شود، دیگر پزشکان از درمان بیماران به دلیل هراس از بار شدن مسئولیت خودداری می کنند. این در حالی است که نظام اجتماعی به پزشکان نیازمند است و جامعه به عسر و حرج می افتد که طبق آیه ۲۲ سوره حج (ما جعل علیکم فی الدین من حرج) و روایات متعدد، عسر و حرج در اسلام نفی شده است. (حلی، المهذب البارع ۵: ۲۶۲)

به نظر می رسد همواره افرادی هستند که به دلیل منافع، نسبت به مسئولیتی که محتمل است، خوفی ندارند و بیماران را درمان می کنند. در این صورت، جامعه به عسر و حرج نمی افتد. فقیهان در جواب این اشکال فرموده اند که این مشکل با بحث «ابراء» که در روایت سکونی آمده، قابل حل است.

دوم - نظر مشهور

مشهور فقیهان امامیه معتقدند با وجود ماهر و مأذون بودن پزشک و تقصیر نداشتن وی، چنانچه قبل از درمان برائت نگرفته باشد و هنگام طبابت تلف یا جراحی رخ دهد، ضامن محسوب می شود؛ زیرا تلف به فعل پزشک استناد عرفی دارد، هر چند در درمان بیماری از اولیای بیمار یا خود وی اذن داشته باشد. باید گفت اذن در درمان، اذن در تلف نیست و بیمار با اذن خود به دنبال درمان بیماری است و خواهان مرگ یا نقص و آسیب بدنی نیست. (تبریزی، تنقیح مبانی الاحکام ۵۶)

این دسته از فقها معتقدند بین جواز عمل و مسئولیت منافاتی وجود ندارد؛ چون ممکن است عملی شرعاً، قانوناً و عرفاً جایز باشد، ولی مسئولیت هم در پی داشته باشد، مانند معلمی که شاگرد خود را برای تأدیب می زند و بر اثر آن، شاگرد آسیب می بیند. در این فرض، نفس عمل مجاز است، ولی به اتفاق نظر فقیهان، چنین شخصی ضامن است. (شهید ثانی، مسالک ۱۵: ۳۲۷) مشهور فقها

برای مدّعی خود به این ادله تمسک کرده‌اند:

۱. روایات

الف) روایات عام

یک - روایاتی که به طور کلی همه صاحبان حرفه و تخصص اعم از پزشک، دام‌پزشک، ختّان و مانند آن را در صورت خسارت وارد کردن هنگام انجام دادن اقدامات لازم، ضامن می‌داند. (مکارم شیرازی، بحوث فقهیه هامة ۳۰۸)

دو - صحیح حلی: «عن الحلّی عن أبي عبدالله (ع) قال سئل عن القصار يُفسد، فقال: كلُّ أجیر يُعطى الأجرة على أن يُصلح فيُفسد، فهو ضامن». (عاملی، وسائل الشیعه، ۱۹: ۱۶۱) از امام صادق (ع) در مورد شخص قصار (رنگرز) سؤال شد که در عمل خود موجب ورود خسارت شود. امام پاسخ داد: «هر شخصی که در مقابل اجرتی اجیر می‌شود تا کاری را انجام دهد و اصلاحاتی کند، ولی در نتیجه، موجب فساد و خسارت شود، ضامن خسارت یاد شده است».

سه - روایت ابی الصباح: «عن أبي الصباح، قال سئل أبا عبدالله (ع) عن القصار هل عليه ضمان؟ فقال: نعم، كلُّ من يُعطى الأجر ليصلح فيُفسد، فهو ضامن». (همان ۱۴۵)

چهار - روایات دیگری که در همین مضمون است. (مکارم شیرازی، بحوث فقهیه هامة ۳۰۸)

ب) روایات خاص

یک - امام صادق (ع) از امیرالمؤمنین علی (ع) روایت کرده است که می‌فرماید: «من تطبّب او تبیطر فليأخذ البرائة من وليه و الا فهو له ضامن»؛ (همان ۲۹: ۲۶۰) هر کس پزشکی یا دام‌پزشکی می‌کند، باید قبل از درمان از ولی بیمار یا صاحب حیوان برائت بگیرد وگرنه ضامن است. (تبریزی، تنقیح مبانی الاحکام ۵۶)

دو - روایت دیگری که مشهور بدان استناد کرده‌اند، روایتی است که امام علی (ع) کسی را که کودکی را ختنه کرده بود [و بیش از مقدار لازم ختنه کرده بود]، ضامن دانست: «عن السكوني عن جعفر عن ابيه انّ علياً (ع) ضمّن ختانا قطع حشفه غلام». (عاملی، وسائل الشیعه ۳۹: ۲۶۱)

البته روایت امام صادق (ع) که در آن، پزشک را به طور مطلق در صورت برائت نگرفتن ضامن می‌داند، به دلیل وجود نوفلی و سکونی در سلسله سند ضعیف است. (اردبیلی، مجمع الفائده ۲۲۸: ۲۲۹) هم‌چنین روایتی که در آن، ختّان را ضامن دانسته، علاوه بر ضعف سند - وجود سکونی در سلسله سند - به نوعی ناظر به پزشک مقصّر و مفرط است؛ زیرا کدام پزشک ماهر است که به جای بریدن قفله، حشفه را ببرد، در حالی که بین این دو تفاوت واضحی است. (حلی، السرائر ۳: ۳۷۳)

۲. قواعد فقهی

برخی قواعد فقهی مشمول عمل طبیب. هر چند ماهر و مأذون. می‌شوند و چنین شخصی را ضامن و مسئول می‌دانند مثل قاعده اتلاف که بیان می‌دارد اگر شخصی مال غیر را تلف کند، ضامن است. بنا بر این، وقتی پزشک هنگام درمان به بیمار خسارت بزند، عنوان اتلاف بر عمل وی صدق می‌کند. قاعده «لا یبطل دم امرئ مسلم» هم مبین این مطلب است که اگر بر اثر درمان طبیب، بیمار آسیبی ببیند، باید خسارت وارد شده را جبران کند و گرنه موجب هدر رفتن خون مسلمان می‌شود. هم چنین طبق «قاعده لا ضرر» اگر پزشک ضامن آسیب‌هایی نباشد که هنگام درمان و در نتیجه عمل او به بیمار وارد شده است، مستلزم ورود ضرر به بیمار است که در دین مبین اسلام نفی شده است.

اجماع

برخی از فقها در مسئولیت چنین طبیبی مدعی اجماع شده و به «لا خلاف» تعبیر کرده‌اند. (خویی، مبانی تکمله - موسوعه ۴۱: ۲۷۳) حتی شهید ثانی در شرح لمعه، تمسک به اجماع را مهم‌ترین دلیل دانسته است. (شهید ثانی، الروضه ۱۰: ۱۱۰) ابن زهره در غنیة النزوع و محقق حلی در نکت النهایه نیز ادعای اجماع کرده‌اند: «بل قال المصنف فی النکت: الأصحاب متفقون علی أن الطیب یضمن ما یتلفه بعلاجه و فی الغنیة الإجماع علی ذلك أيضا». (نجفی، جواهر الکلام ۴۳: ۴۶) البته اجماعی که ادعا شده، نسبت به موردی است که پزشک بدون اذن اقدام به درمان می‌کند. (اردبیلی، مجمع الفائده ۱۴: ۲۲۹) افزون بر آن، اجماع مورد ادعا مدرکی یا دست کم، محتمل المدرکی است که نزد فقها و اصولیون اعتباری ندارد.

با مراجعه به کتاب‌های فقهی و کلمات فقیهان معلوم می‌شود که بر ادله طرفین ایراد و خدشه وارد است، ولی در مجموع، ایرادهای وارد شده بر دلایل مشهور قابل رد است؛ چون ضعف سندی روایتی که پزشک را در صورت نگرفتن برائت مسئول می‌دانست، با عمل مشهور جبران می‌شود. علاوه بر آن، عمل چنین پزشکی مشمول قواعد عمومی مسئولیت است که اقتضای مسئولیت پزشک هر چند ماهر و مأذون را دارند و از طرفی هم مانعی از مسئولیت پزشک ماهر وجود ندارد؛ چون دلیل خاص معتبری در میان نیست تا اطلاقات ادله‌ای را مقید کند که پزشک را مسئول می‌داند. البته ایرادهای وارد شده بر نظر غیر مشهور قوی‌تر به نظر می‌رسد. بنا بر این، طبق ادله قول مشهور، حکم به مسئولیت پزشک اقوا و معتبرتر و با قواعد سازگارتر است: «فتحصل من جمیع ما ذکرنا: أنَّ الضمان فی الجملة هو مقتضى القاعدة والروایات العامة والخاصة». (مکارم شیرازی، بحوث فقهیه هامة ۳۱۰)

د) پزشکی غیر مباشر

اگر پزشکی در درمان مباشرت نداشت، بلکه به صورت سببی درمان کرد، در صورت آسیب دیدن بیمار مسئول جبران خسارت است یا خیر؟ به عبارتی دیگر، آیا ادله ضمان چنین پزشکی را هم در برمی‌گیرد یا خیر؟ در مورد مسئولیت پزشکی غیر مباشر باید گفت که صورت‌های زیر در کلمات فقیهان بیان شده است:

۱. پزشک، بیمار را به خوردن دارو می‌کند یا نسخه‌ای برای بیمار می‌نویسد. (لنکرانی،

تفصیل الشریعة ۵۸)

۲. پزشک، دارو را برای بیمار توصیف کند به این صورت که بگوید داروی بیماری شما فلان چیز

است (تبریزی، تنقیح مبانی ۵۷-۵۶).

۳. پزشک به صورت یک قضیه کلیه بگوید اگر به جای شما بودم، فلان دارو را می‌خوردم.

نجفی، جواهر الکلام ۴۳: ۴۹؛ شاهرودی، معجم فقه ۲: ۵۸۱)

در مورد صورت اول:

الف) اگر پزشک فردی ماهر و مورد اعتماد باشد و بیمار با تکیه بر مهارتش به او مراجعه کرده باشد، ولی پزشک در اقدامات خود خطا کند و خسارت بزند، بیش تر فقیهان قائل به مسئولیت هستند؛ چون اتلاف به پزشک مستند است و مشمول قاعده اتلاف می‌شود. (لنکرانی، تفصیل الشریعة ۵۸؛ کاشانی، کتاب الديات ۴۹)

ب) اگر پزشک ماهر نباشد، ظاهر نظر جمعی از فقیهان بر مسئولیت چنین پزشکی دلالت دارد، اما به نظر می‌رسد چنین پزشکی ضامن نباشد؛ چون دلیلی بر اعتماد به چنین پزشکی و عمل به نظر وی وجود ندارد و در واقع، اولیا و بیمار به ضرر خودشان اقدام کرده‌اند: «أما إذ كانت المعالجة بأمره أو كتابته نسخة و عمل بها المريض أو أولياؤه، فإن كان المعالج طبيبا حاذقا معتمدا عليه و أخطأ فالظاهر أن الضمان عليه أيضا للدية إلا مع أخذ البراءة كما يجيء خلافا لصاحب الجواهر كغيره حيث قال بعدم الضمان حينئذ و أما إذا لم يكن المعالج طبيبا حاذقا سواء كان طبيبا أم غيره من الرجال و النساء فظاهر جماعة من الأصحاب ضمانه، و لكن بنظري القاصر أنه لا ضمان عليه و ذلك لأنه لا وجه لو توقفهم عليه و العمل برأيه بل يمكن إسناد القتل إلى المريض أو أولياؤه عرفا بمراجعتهم إليه». (کاشانی، کتاب الديات ۴۹)

در مورد صورت دوم و سوم:

فقه‌ها درباره دو صورت اخیر قائل به مسئولیت نیستند؛ زیرا در صورت‌های یادشده، تلف و خسارت به پزشک مستند نیست و استناد عرفی که ملاک مسئولیت است، در این جا منتفی است. (نجفی،

جواهر الکلام ۴۳: ۴۹؛ تبریزی، تنقیح مبانی ۵۶؛ لنکرانی، تفصیل الشریعة ۵۷: ۵۸؛ شاهرودی، معجم فقه ۲: ۵۸۱)

آیت الله خویی در مستند عروه درباره مسئولیت طبیب غیر مباشر این قاعده کلی را بیان کرده است: «معیار اقوا بودن سبب از مباشر است. اگر سبب یعنی پزشک اقوا از مباشر خود یعنی بیمار باشد، به گونه ای که اتلاف مستند به پزشک باشد، ضامن است وگرنه ضامن نیست.» در امر طفل غیر ممیز باید قائل به مسئولیت شویم؛ زیرا به منزله آلتی در دست طبیب است، اما اگر مباشر عاقل و مختار باشد، مسئولیتی وجود ندارد. (خویی، مستند العروه ۲۴۸ و ۲۵۰)

۲. آثار مسئولیت پزشک

اثر اول: اگر مسئولیت نداشتن پزشک پذیرفته می شود، بحثی باقی نمی ماند، اما اگر قول به مسئولیت پذیرفته شود فقیهان به اتفاق گفته اند که پزشک از مال خود ضامن خسارت های وارد شده است؛ چون کار او مصداق تلف شبه عمدی است یعنی پزشک قصد فعل داشته، ولی قصد تلف نداشته است: «علی کل حال فإن قلنا لا یضمن فلا بحث، وإن قلنا: إیّنه یضمن فهو یضمن فی ماله، بلا خلاف أجدّه فیهِ بل ولا إشکال». (حلی، المهدّب البارع ۵: ۲۶۰؛ نجفی، جواهر الکلام ۴۳: ۴۶؛ تبریزی، تنقیح مبانی الاحکام ۵۸؛ شاهرودی، معجم فقه الجواهر ۲: ۵۸۰)

اثر دوم: در صورت پذیرش قول مسئولیت در مورد پزشک ماهر غیر مقصر، این بحث مطرح می شود که آیا برائت گرفتن قبل از درمان رافع مسئولیت مدنی پزشک می شود یا خیر؟ اگر پزشک قبل از درمان برائت گرفته باشد، اقوا این است که موجب رفع مسئولیت پزشک می شود به دلیل وجود روایت سکونی؛ چون در آن روایت، مسئولیت پزشک معلق به برائت نگرفتن شده است. پس اگر برائت گرفته شود، دیگر مسئولیتی در کار نیست. (خویی، مستند العروه ۲۵۰) در مقابل، برخی فقیهان بر این نظرند که برائت گرفتن رافع مسئولیت پزشک نیست؛ زیرا ابراء مصداق قاعده معروف «اسقاط ما لم یجب» است یعنی اسقاط حق قبل از ثبوت آن است؛ چون هنوز خسارتی رخ نداده است که بیمار یا ولی بیمار بخواهد آن را از ذمه طبیب اسقاط کند. (نجفی، جواهر الکلام ۴۳: ۴۶)

در پاسخ به این اشکال باید گفت:

یک - «اسقاط ما لم یجب» در صورتی لازم می آید که مستند ما برای اثبات مسئولیت طبیب، قواعد عمومی و کلی - مثلاً قاعده اتلاف، لایبطل و نظیر آن - باشد، در حالی که دلیل ما برای مسئولیت پزشک، روایات خاصی است که در این مورد وارد شده است. (خویی، مستند العروه ۲۵۰)

دو - اسقاط این حق می تواند به عنوان «شرط ضمن عقد» در مسئله معالجه مریض در آید. در

ضمن عقد بیع می‌توان مثلاً تمام خیارات را اسقاط کرد، در حالی که زمینه اعمال بعضی از خیارات مثل خیار مجلس، حیوان و تأخیر ثمن با انجام معامله فراهم می‌شود. در باب علاج بیمار نیز در ضمن عقد اجاره طبیب برای معالجه در صورت مسئولیت، چاره‌ای جز صحت برائت نیست. (نجفی، جواهرالکلام ۴۳: ۴۸)

نتیجه

در این نوشته سعی شد مسئولیت مدنی پزشکان در ضمن برخی مباحث بررسی شود. پزشک جاهل و پزشک مقصر - هر چند ماهر و مأذون - به طور مطلق ضامن آسیب‌هایی هستند که در نتیجه عملشان به بیمار وارد می‌شود. پس مسئولیت مدنی آنان ثابت و محرز است و عمل چنین پزشکی مشمول اطلاعات باب مسئولیت است. پزشک ماهر در صورتی که بدون اذن بیمار یا ولی وی درمان کند، علاوه بر این که تصرف وی در نفس دیگران حرام است، کارش مصداق قاعده اتلاف بوده و ضامن خسارت وارد شده بر بیمار است.

در مورد پزشکی که ماهر بوده و تخصص لازم را داشته و با اذن بیمار یا اولیای وی درمان کند، غیر مشهور فقیهان به مسئولیت نداشتن وی باور دارند و به اصل برائت و قواعد احسان و عسر و حرج استناد کرده‌اند. در مقابل، مشهور فقها مسئولیت را برای چنین طبیبی ثابت دانسته و به روایات و قواعد فقهی و اجماع تمسک کرده‌اند. چون ادله طرفین اشکال‌هایی داشت، در مجموع، ایرادهای وارد بر نظر مشهور قابل رد بود و ایرادهای وارد بر نظر غیر مشهور قوی‌تر به نظر رسید. بنا بر این، قول مشهور طبق ادله، معتبرتر و با قواعد سازگار است.

در مورد پزشک غیر مباشر نیز اگر طبیب ماهر نسخه‌ای برای بیمار بنویسد یا استفاده از دارویی را تجویز کند، مسئول تلف یا نقص وارد بر بیمار است، ولی اگر به طور کلی، دارویی را به بیمار توصیه کند، مسئولیت ثابت نیست نیز پزشک غیر مباشر مشمول قاعده سبب و مباشر است و هر کدام از پزشک یا بیمار اقوا باشد، همان ضامن است.

همچنین در صورت مسئول دانستن پزشک، او از مال خود ضامن آسیب‌های وارد شده است و تنها راه مسئولیت نداشتن طبیب ماهر نیز برائت گرفتن از خود بیماری اولیای اوست.

فهرست منابع

۱. اردبیلی، احمد بن محمد، مجمع الفائدة و البرهان فی شرح ارشاد الاذهان، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، ۱۴۰۳ ه.ق.
۲. تبریزی، جواد بن علی، تنقیح مبانی الاحکام (کتاب الديات)، قم: دارالصدیقه الشهیده، چاپ اول، ۱۴۲۸ ه.ق.
۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، تهران: انتشارات گنج دانش و ابن سینا، چاپ یازدهم، ۱۳۸۰.
۴. حرّ عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعه، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام، چاپ اول، ۱۴۰۹ ه.ق.
۵. حسینی عاملی، سید جواد بن محمد، مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۹ ه.ق.
۶. حلّی، ابن ادریس، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چاپ دوم، ۱۴۱۰ ه.ق.
۷. حلّی، جمال الدین احمد بن محمد اسدی، المذهب البارع فی شرح المختصر النافع، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، ۱۴۰۷ ه.ق.
۸. حلّی، حسن بن یوسف مطهر اسدی، تحریر الاحکام الشرعیه علی مذهب الامامیه، قم: مؤسسه امام صادق (ع)، چاپ اول، ۱۴۰۷ ه.ق.
۹. حلّی، یحیی بن سعید، الجامع للشرائع، قم: مؤسسه سیدالشهداء العلمیه، چاپ اول، ۱۴۰۵ ه.ق.
۱۰. سیوری حلّی، مقداد بن عبدالله، التنقیح الرائع لمختصر الشرائع، قم: کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی، چاپ اول، ۱۴۰۴ ه.ق.
۱۱. شاهرودی، سید محمود، معجم فقه جواهر، بیروت: الغدیر للطباعه و النشر و التوزیع، ۱۴۱۷ ه.ق.
۱۲. طباطبایی حائری، سید علی بن محمد، ریاض المسائل فی تحقیق الاحکام بالدلائل، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام، چاپ اول، بی تا.
۱۳. عاملی، زین الدین بن علی، الروضه البهیة فی شرح اللمعه دمشقیه، تهران، کتاب فروشی داوری، ۱۴۱۰ ه.ق.
۱۴. عاملی، زین الدین بن علی، مسالک الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام، قم: مؤسسه

- المعارف الاسلاميه، چاپ اول، ۱۴۱۳ هـ.ق.
۱۵. فاضل موحدی لنکرانی، محمد، تفصیل الشریعه فی شرح تحریر الوسیله (الدیات)، قم: مرکز فقهی ائمه اطهار، چاپ اول، ۱۴۱۸ هـ.ق.
۱۶. فیض کاشانی، محمد محسن، مفاتیح الشرایع، قم: کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی، چاپ اول، بی تا.
۱۷. محقق حلی، نجم الدین جعفرین حسن، المختصر النافع فی فقه الامامیه، قم: مؤسسه المطبوعات الدینیّه، چاپ ششم، ۱۴۱۸ هـ.ق.
۱۸. مدنی کاشانی، رضا، کتاب الديات، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، ۱۴۰۸ هـ.ق.
۱۹. معین، محمد، فرهنگ فارسی، تهران: امیر کبیر، چاپ هشتم، ۱۳۷۱.
۲۰. مکارم شیرازی، ناصر، بحوث فقهیه هامه، قم: مدرسه امام علی بن ابی طالب (ع)، چاپ اول، ۱۴۲۲ هـ.ق.
۲۱. موسوی خویی، سید ابوالقاسم، المستند فی شرح العروه الوثقی (الاجاره)، بی جا، بی نا، بی تا.
۲۲. موسوی خویی، سید ابوالقاسم، موسوعه مبانی تکمله المنهاج، قم: مؤسسه احیاء الآثار الخوئی، چاپ اول، ۱۴۲۲ هـ.ق.
۲۳. نجفی (کاشف الغطاء)، محمد حسین، تحریر المجله، نجف: المکتبه المرتضویّه، چاپ اول، ۱۳۵۹ هـ.ق.
۲۴. نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، بیروت: دار احیاء التراث العربی، چاپ هفتم، ۱۴۰۴ هـ.ق.

رسائل

مجله علمی دانش پژوهان مرکز آموزش های تخصصی فقه

شماره ۵ و ۶، زمستان ۱۳۹۴ و بهار ۱۳۹۵

صفحات ۶۱ تا ۸۲

سقراط کلینی*

Soghrat.koleyni@gmail.com

مبانی فقهی تقسیم دیه بر عاقله در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲

چکیده

در مواردی مثل جنایات خطایی یا فراری مرگ متهم، دیه بر عهده عاقله است. در صورت تعدد عاقله طبق ماده ۴۶۸ قانون مجازات اسلامی، دیه بطور مساوی بین عاقله تقسیم می شود. اما این مسئله در فقه امامیه محل اختلاف است. عده ای از فقها با استناد به فقدان دلیل، قائل به تقسیم به صورت مساوی شده اند. عده دیگری بر این باورند که یک چهارم، سهم فقیران موجود از میان عاقله و نصف آن سهم اغنیای موجود از میان عاقله است و بر بیش تر از آن دلیلی وجود ندارد. نظر سوم هم این است که تقسیم طبق نظر امام یا نایب خاص و یا نایب عام اوست. در این مقاله ضمن بررسی ادله هر کدام از اقوال، با توجه به اطلاق ادله ای که قائل به تعهد عاقله به پرداخت دیه از باب دین شرعی شده اند، و به ضمیمه اصل عدم تفاوت در ویژگی عاقله در پرداخت دین، نظر دسته اول از فقها که ماده ۴۹۸ قانون مجازات اسلامی نیز با آن منطبق است، ترجیح داده شده است.

کلیدواژگان

تقسیم دیه، تعدد عاقله، ماده ۴۶۸ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، مرگ قاتل، فرارقاتل

*دانش پژوه مرکز آموزش های تخصصی فقه و طلبه سطح ۳ حوزه علمیه قم.

مقدمه

در خصوص ضمان عاقله در فقه و حقوق مسائل متنوعی قابل بررسی است؛ از جایگاه و فلسفه ضمان عاقله در صدر اسلام با وجود نظام‌های قبیله‌ای و امکان تسری این حکم به جوامع بشری امروز تا مصادیق عاقله و کیفیت تقسیم و کیفیت توزیع دیه در بین آنها در این گستره می‌گنجد. باین حال بررسی‌های انجام شده در خصوص مبانی فقهی کیفیت تقسیم دیه بر عاقله و جمع‌آوری یکجا، دسته بندی و تحلیل مقایسه‌ای انظار فقها مقوله‌ای است که در پژوهش‌های انجام شده کمتر به چشم می‌خورد. در فرضی که عاقله غیر متعدد باشد پاسخ مسئله روشن است. لکن در فرض تعدد عاقله، دیه چگونه تقسیم می‌شود؟ اقوال و ادله فقها در این مسئله کدام است؟ قانون‌گذار کدام نظر را پذیرفته و وجه ترجیح قانون‌گذار چیست؟ اینها مسائلی است که نگارنده در پژوهش حاضر درصدد یافتن پاسخ‌های مناسب برای آنها است. در کتب فقهی شیعه سه نظریه در کیفیت تقسیم دیه وجود دارد. نظریه تساوی، نظریه تفصیل که بر عهده ثروتمند، نصف دینار و فقیر، یک چهارم دینار باشد و نظریه سوم، که کیفیت تقسیم را به نظر و صلاحدید امام یا نایب او منوط می‌کند. در این نوشتار، ضمن بررسی مفهوم عاقله در لغت و اصطلاح، ابتدا کیفیت تقسیم دیه با توجه به نظرات سه‌گانه فقها بطور مجزا در بوته نقد قرار می‌گیرد و سپس مبانی فقهی ماده ۴۶۸ قانون مجازات اسلامی و در نهایت نظر مختار بیان می‌شود.

مفهوم عاقله

بنا بر نظر جوهری در صحاح، عاقله مرد، عصبه او هستند و عصبه یعنی خویشاوندان از طرف پدر، دیه کسی را می‌دهند که مرتکب قتل خطایی شده است. (۱۷۷۱:۵) به نظر طریحی در مجمع البحرین، عاقله کسی است که دیه خطایی را متحمل می‌شود و آنها از نزدیکان به قاتل از جانب پدری مثل برادران نسبی و عموها هستند، گرچه در زمان پرداخت دیه ارث نمی‌برند. (۴۲۷:۵) عاقله کسی است که از قاتل اگر مرد، ارث می‌برد و کسی که ارث نمی‌برد، مطلقاً ملزم به پرداخت دیه او نیست. گفته شده است عاقله کسانی از مردهای عاقل هستند که از مال قاتل از جانب پدر و مادرش ارث می‌برند. پس اگر خویشاوندی برابر بود، مثل برادر پدر و برادر مادر، در این صورت، بر برادر پدر، دو سوم و بر برادر مادر، یک سوم دیه بار می‌شود. قول اول مشهورترین است. (همان)

عاقله در اصطلاح فقها

«عاقله» در اصطلاح فقها از معنای لغوی «عاقله» دور نشده و نزدیک به همین معنای لغوی که پیش‌تر ذکر شد، استفاده شده است. برای نمونه به چند تعریف فقهی اشاره می‌شود. به نظر علامه در ارشاد، سبب عقل و ضمان چهار مورد است: عصبه، عتق، ضمان جریره و

امامت. عصبه به هریک از نزدیکان پدر یا پدرو مادر از مردهای بالغ و عاقل مثل برادر و فرزندان آن‌ها و عموها و فرزندان آن‌ها گفته می‌شود، گرچه غیر از این‌ها برارث بردن اولویت دارند. ایشان در ادامه می‌گویند: در سبب دوم یعنی عتق، مولا از بالا مثل مولای مولا نه پایین ضامن در جنایات خطایی می‌شود و در ضمان جریره ضمانت کننده مسئول پرداخت دیه می‌باشد. و در این چهار سبب ابتداء بر عهده عصبه سپس مولایی که عبد را آزاد کرده سپس ضامن جریره و جرم و در انتها و نبود این سه سبب، ضمان بر عهده امام می‌باشد و عاقله در صورتی که قاتل موجود باشد ضامن عبد و صلح و فعل عمدی نمی‌شود گرچه دیه واجب شده باشد مثل کشتن پدر و جنایتی را که بر خودش وارد کرده به صورت خطایی و اقرار عاقله ضامن نمی‌شود و دیه جنایت ذمی از مال خودش است گرچه خطایی باشد و در صورت ناتوانی بر عهده امام است. و عاقله دیه موضعه و مازاد را تحمل می‌کند. (۲۳۹:۲)

به باور صاحب جواهر، وجه نام گذاری این اشخاص به عاقله یا بدین خاطر است که عاقله شتر را که دیه خونبهاست می‌بندند یا به خاطر مانع شدن عاقله از قتل قاتل و یا به خاطر تحمل دیه توسط آنهاست. (۴۳:۴۱۳)

به اعتقاد محقق خویی، عاقله، عصبه و خویشاوندان جنایت‌کار هستند و عصبه، نزدیکان به پدر مثل برادر و عموها و فرزندان آن‌ها، هر چه پایین روند. آیا اجداد هر چه بالا روند و فرزندان هر چه پایین روند، داخل عصبه می‌شوند؟ داخل شدن در عصبه به حق نزدیک تراست و قاتل با عاقله شریک نمی‌شود و بچه و دیوانه و زن با آن‌ها در دیه شریک نمی‌شوند، هر چند از آن‌ها ارث ببرند. آیا در عاقله ثروت اعتبار دارد؟ مشهور، اعتبار ثروتمند بودن است و اعتبار نداشتن ثروت به حق نزدیک تراست. (تکمله المنهاج ۱۳۶)

انظار فقها در کیفیت تقسیم

اکنون بحث اصلی کیفیت تقسیم دیه بر عاقله با بررسی نظرسه دسته از فقها مطرح می‌گردد.

نظریه تقسیم دیه بر عاقله بر مبنای غنی و فقیر

دسته‌ای از فقها در کیفیت تقسیم دیه بر عاقله تفصیل قائل شده‌اند یعنی اگر فردی ثروتمند بود، نصف دینار ضامن است و اگر فقیر بود، یک چهارم دینار بر عهده اوست. شیخ طوسی در مبحث تقسیم دیه می‌فرماید که بیشترین مقداری که هر مردی از عاقله به عهده می‌گیرد، نصف دینار است، اگر ثروتمند باشد و یک چهارم، اگر فقیر باشد؛ زیرا در این مقدار اختلافی نیست و بر بیش تر از آن دلیلی نیست و اصل بر بری بودن ذمه است: «وَأَكْثَرُ مَا يَحْمِلُهُ كُلُّ رَجُلٍ مِنَ الْعَاقِلَةِ نِصْفَ دِينَارٍ إِنْ كَانَ مُوسِرًا وَرُبْعَ دِينَارٍ إِنْ كَانَ مُتَجَمِّلًا لِأَنَّ هَذَا الْقَدْرَ لَا خِلافَ فِيهِ وَ

ما زاد علیه لیس علیه دلیل، والأصل برائة الذمة». (المبسوط ۷: ۱۷۴)

شیخ طوسی به قدر متیقن تمسک کرده است یعنی مقداری که یقین داریم بر عهده افراد عاقله است، همان مقدار یعنی نصف دینار برای ثروتمند و یک چهارم دینار برای فقیر ثابت است و بر بیش تر از این مقدار شک داریم. این شک، شک در اصل تکلیف و مجرای اصله البرائه است. پس برای بیش تر از این مقدار تکلیفی بر عهده عاقله نیست.

شیخ طوسی در کتاب دیگر خود بر همین نظر پافشاری می‌کند به این بیان که نزد ما این گونه است که همه دیه از آن‌ها گرفته می‌شود. البته به مقتضای حالتشان از آنان دیه گرفته می‌شود و به بعضی از آن‌ها ظلم نمی‌شود و نزدیک و دور در دادن دیه مساوی هستند. (الخلاف ۵: ۲۷۹) طبق نظر شیخ، حالت و ثروتشان ملاک است و همه بستگان طبق ملاک باید دیه را بپردازند و میان فامیلی دور و نزدیک فرقی نیست.

ابن براج در کتاب مهذب می‌فرماید: «وَأَكْثَرُ مَا يَحْمَلُهُ كُلُّ رَجُلٍ مِنَ الْعَاقِلَةِ نِصْفَ دِينَارٍ كَانُ مُوسِرًا، فَان لَمْ يَكُنْ مُوسِرًا فَرُبِعَ دِينَارٍ؛ بیش‌ترین چیزی که هر مردی از عاقله به عهده می‌گیرد، نصف دینار است اگر ثروتمند باشد و اگر ثروتمند نباشد، یک چهارم دینار است». (۲: ۵۰۴) صاحب قواعد الاحکام نیز چنین نظری دارد. (۷۱۱: ۳) هم چنین علامه حلی به همین صورت، فقط اصل حکم را فرموده و وارد ادله نشده است. (ارشاد الاذهان ۲: ۲۳۰)

نظریه تقسیم دیه بر عاقله بر مبنای نظر امام یا نایب او

در نظر دومی که در این زمینه در فقه نقل شده است، کیفیت تقسیم را بر عهده امام یا نایب او قرار داده‌اند یعنی امام یا نایب او طبق مصلحت تقسیم می‌کند.

شیخ طوسی در جایی دیگر از مبسوط می‌گوید کسانی قائلند که نصف دینار بر عهده ثروتمند و ربع دینار بر دوش فقیر به صورت نزدیک تر و سپس نزدیک تر تقسیم می‌شود تا عاقله تمام شود و کسانی دیگر قائلند که دیه به صورت مساوی بر همه تقسیم می‌شود و به صورت نزدیک تر و سپس نزدیک تر نیست. اقتضای مذهب ما این است که معین نشود، بلکه امام به صورتی که از حال عاقله از غنی و فقیر صلاح می‌بیند، تقسیم می‌کند و میان نزدیک و دور فرق می‌گذارد: «وَالَّذِي يَقْتَضِيهِ مَذْهَبُنَا أَنْ لَا يَقْدِرَ ذَلِكَ بَلْ يَقْسِمُهُ الْإِمَامُ عَلَى مَا يَرَاهُ مِنْ حَالِهِ مِنَ الْغَنِيِّ وَالْفَقْرِيِّ وَأَنْ يَفْرُقَهُ عَلَى الْقَرِيبِ وَالْبَعِيدِ». (المبسوط ۷: ۱۷۸) شیخ مقدار تعهد عاقله را به نظر امام وابسته می‌داند و دلیل آن را اقتضای مذهب دانسته است یعنی در چنین مواردی، شرع حکم می‌کند که امام چگونه مصلحت ببیند.

به باور ابن ادریس نیز مذهب ما اقتضا دارد که بر تقسیم بر عاقله اندازه‌ای نیست، بلکه امام بر اساس حال عاقله غنی و فقیر تقسیم می‌کند و میان نزدیک و دور فرق می‌گذارد. (السرائر ۳: ۳۳۳)

به نظر صاحب شرائع، در چگونگی تقسیم دو قول است: یکی آن است که بر ثروتمند نصف دینار است و بر فقیر ربع دینار به دلیل اقتضای براتفاق. قول دیگر بر این است که امام بروجهی که می بیند، دیه را بر حسب احوال تقسیم می کند و این به حق شبیه تر است. (۴: ۲۷۳) ایشان ابتدا به قدر متیقن تمسک کرده و قائل به تقسیم حسب ثروت شده است. البته قول دیگر را نزدیک به حق دانسته، ولی حکم صریح نداده؛ چون طریق مسئله را روشن ندانسته است.

شهید ثانی در کتاب مسالک فرموده است: بعضی قائلند که در تقسیم دیه بر عاقله، نصف دینار بر عهده ثروتمند و ربع دینار بر دوش فقیر است. دلیل هم آورده که این مقدار اتفاقی است و بیش تر از این مقدار اختلافی است و اصل بریء بودن ذمه از مقدار زیادی است و شخصی که از نظر مالی متوسط است، در حکم فقیر است؛ زیرا غیر از ثروتمند است. بعضی هم قائلند که امام دیه را تقسیم می کند؛ زیرا اصل معین نبودن مقدار است و دلیل و نص خاص بر تعیین مقدار وجود ندارد. این دیه دین است و ادای آن در سر رسیدش مثل دیگر دیون واجب است و بیش تر کسانی که قیاس را قبول دارند، در این جا قیاس را جاری نمی کنند. در نظر کسانی که قیاس را قبول ندارند مثل امامیه، مقدار تعهد به وسیله قیاس به طریق اولی جاری نمی شود: «لأصله عدم التقدير، وعدم وجود دلیل صالح له. ولأنه دین وجب علی العاقله عند أجله، فيجب أدائه كغيره من الديون. ولأن التقديرات تتوقف علی النص، ولا يجري فيها القياس عند كثير ممن قال به، فعند المانع منه. كأصحابنا أولى. وهذا هو الأظهر». (۵۱۸: ۱۵)

شهید ثانی بعد از تمسک به اصالت عدم التقدير این مقدمه را آورده که دیه دین است و ادای دین واجب است نزد ما قیاس مورد قبول نیست. پس در نهایت، راهی وجود ندارد جز این که امام مقدار تعهد عاقله را روشن کند و این نظر را اظهر دانسته است.

نظریه تقسیم تساوی دیه بر عاقله

در فرض تعدد عاقله، گروهی از فقها نیز به نظریه تساوی تمسک می جویند. صاحب جواهر می گوید: با توجه به اطلاق ادله ضمان عاقله که مقتضی تقسیم دیه به صورت مساوی است، قول تفصیل به صورت ثروتمند، نصف و فقیر یک چهارم، بلاوجه است. زیرا اولاً دلیل این قول منحصر به اجماع و مانند اجماع نیست تا گفته شود قول تقسیم دیه به ضمانت پرداخت نصف برای ثروتمند و ربع برای فقیر یقینی است. علاوه بر این، اتفاق قائلین بر این است که ذمه عاقله مشغول است و در اصل اشتغال ذمه اختلافی نیست و اختلاف در زیادی است. پس به قدر متیقن اخذ می شود و از مقدار زیادی عهده آنها بریء می شود.

همچنین در خصوص قولی که تقسیم را منوط به نظر امام و یا نایب او می کند به این صورت که

ایشان احوال عاقله را می‌بینند و مقدار ضمانت هر یک را مشخص می‌کنند، به شیوه‌ای که بر هیچ یک از افراد عاقله ظلم نشود باید گفت اولاً دلیلی برای مقدار مشخص نیست و ثانیاً برای تقسیم دیه میان افراد بخاطر بطلان قیاس، نمی‌توان قیاس کرد و ثالثاً در این مساله اجماع وجود ندارد چون نسبت به مقدار معین مخالفت وجود دارد. البته این احتمال می‌رود که مراد این دسته این باشد که در بیش تر از مقداری که اجماع شده است، به نظر امام رجوع شود، اما با ظاهر کلامشان منافات دارد. ضمناً باید گفت: این نظر که مقدار معین در تقسیم دیه فاسد است، دلالت ندارد بر این که قائل به تقسیم به صلاح دید امام شد؛ زیرا بر این دلیل وجود ندارد و اطلاق روایاتی که بر ضمان عاقله دلالت دارد، مقتضی است دیه دین شرعی بر عهده آنان باشد و تفاوت نداشتن بین افراد عاقله اصل است: «ولکن لا یخفی علیک أن فساد القول بالتقدیر لا یقتضی صحة القول الثانی، ضرورة أنه لا دلیل أيضا على اعتبار توزیع الإمام أو نائبه أو عدول المؤمنین بعد إطلاق الأدلة أن الضمان على العاقله المقتضی کونه علیهم دیناً شرعياً، والأصل عدم التفاوت بینهم». (جواهر الکلام ۴۳: ۴۳۵)

نکته اصلی در استدلال صاحب جواهر، تمسک به اصالت الاطلاق است. اطلاق ادله‌ای که می‌گوید ضمان بر عهده عاقله است، دلالت می‌کند بر این که ضمان بر عاقله دین شرعی است و اصل تفاوت نداشتن میان افراد عاقله است و گرنه ترجیح بلامرجح می‌شود. پس دیه به صورت مساوی تقسیم می‌شود.

مرحوم سبزواری در تقسیم دیه بر عاقله معتقد است دیه بر عاقله به صورت مساوی تقسیم می‌شود، مگر زمانی که حاکم شرع مصلحتی ببیند که موجب تغییر و اختلاف در مقدار تقسیم می‌شود و عاقله به جنایت کار رجوع نمی‌کند؛ زیرا اصل در هر تقسیمی، تساوی است مگر زمانی که دلیلی بر خلاف این اصل دلالت بکند و به ما دلیل بر خلاف نرسیده است. البته ممکن است گفتار کسانی که قائلند تقسیم به دست امام یا نایب هست، بر چیزی حمل شود که ذکر کردیم. با این حال، تفصیل میان ثروتمند بر نصف دینار و فقیر بر یک چهارم دینار وجهی نیست که بتوان به آن اعتماد کرد. (مذهب الاحکام ۲۹: ۳۵۵) ایشان بعد از تأیید نظریه تساوی احتمال نزاع لفظی راداده و میان فقهای که قائلند تقسیم بر عهده امام یا نایب اوست و نظریه تساوی، جمع کرده است آن هم به این صورت که میان افراد مساوی تقسیم می‌شود مگر این که حاکم تغییر را مصلحت بداند. وجه این جمع روشن نیست؛ زیرا در نظریه تقسیم به عهده امام، فقها مقدار تعیین شده را بر اساس مصلحت قرار می‌دهند نه این که مصلحت بر تغییر و تفاوت باشد.

محقق خوبی در این زمینه می‌گوید که در چگونگی تقسیم دیه بر عاقله اختلاف است. بعضی گفته‌اند: بر ثروتمند نصف دینار است و بر فقیر یک چهارم دینار. بعضی گفته‌اند امام یا نایب امام دیه

را به صورتی که مصلحت می‌داند، تقسیم می‌کند. برخی دیگر گفته‌اند به صورت مساوی بر عاقله تقسیم می‌شود و همین قول ظاهرتر است. (تکمله المنهاج ۱۳۸)

در کتاب فقه الصادق برای قول به نصف دینار برای ثروتمند و یک چهارم دینار برای فقیر استدلال آورده شده بر این که این مقدار اتفاقی است و بیش‌تر از آن اختلافی است و اصل بریء بودن ذمه از مقدار بیش‌تر است. با توجه به ظاهر روایات که مطلق است، اصل برائت کنار گذاشته می‌شود؛ زیرا اطلاق روایات دلالت دارد که دیه به صورت مساوی بر عهده عاقله است. تقسیم به صورت دیگر نیازمند دلیلی خاص است که در محل بحث وجود ندارد. با این استدلال نیز جواب کسانی معلوم می‌شود که تقسیم دیه بر عهده عاقله را بر عهده امام دانسته‌اند؛ زیرا مقدار معین بر نص توقف دارد و در این جا دلیل خاص نیست و قیاس هم جاری نمی‌شود. پس ظاهر، تقسیم دیه به صورت مساوی بر عهده عاقله است، اگر اجماع بر خلافش نباشد. حتی با وجود مخالفت اجماع هم ظاهر، قول به تساوی است؛ زیرا دلیل خاص وجود ندارد و این قضیه تعبّدی است: «فإن مقتضى اطلاق ما دل على أنّ الدية على العاقلة هو التقيس بالسوية. إذ التقيس بغير ذلك يحتاج إلى دليل وهو مفقود، و به يظهر الجواب عما استدل به للأول: بأنّ التقديرات تتوقف على النص و لا يجري فيها القياس. فالظاهر هو التقيس عليهم بالسوية، لولا الإجماع على خلافه بل و معه لعدم كونه تعبدياً». (روحانی، فقه الصادق ۲۶: ۳۸۳)

در واقع، دلیل بر تساوی، عدم دلیل است. برای این که معیناً گفته شود چه مقدار بر عهده هر یک است، نیاز به وجود نصّ است، در حالی که در این جا نص وجود ندارد و اقتضاء اطلاق، تساوی است. اطلاق دلالت دارد که دیه بر عهده عاقله است و عاقله باید ذمه شان را بریء کنند. شک در اینکه آیا تفاوتی در خصوصیت عاقله وجود دارد با اصل عدم تفاوت بین ویژگی‌ها مرتفع می‌شود. همچنین می‌توان گفت تعیین مقدار مشخص بدون وجود هر دلیلی، ترجیح بلا مرجح است که در نتیجه آن نظریه تساوی قوت می‌گیرد.

بنابراین با توجه به متون فقهی که در بالا بررسی شد سه نظر در کیفیت تقسیم دیه بر عاقله وجود دارد:

۱. تساوی که فقهایی مثل صاحب جواهر، سبزواری، خویی و روحانی در این گروهند.
۲. نصف دینار بر ثروتمند و ربع دینار بر فقیر که شیخ طوسی، ابن البراج، صاحب قواعد الاحکام و ارشاد الاذهان در این دسته قرار دارند؛
۳. تقسیم به دست امام و نائب او که شیخ طوسی در مبسوط، ابن ادریس، شهید ثانی و صاحب شرائع به آن قائلند.

نظر مختار

باید دانست نص صریحی وجود ندارد بر این که مقدار تعهد دیه را مشخص کند. پس وقتی دلیل مستحکمی نیست که مقدار تعهد ثروتمند نصف دینار باشد و فقیر ربع دینار، عنوان قدر متیقن که ذکر کرده اند، مستند به چیست؟ تفصیل میان ثروتمند و فقیر جز استحسان و ادعای بی دلیل نیست، بلکه در این جا با فقدان دلیل باید سراغ اصل رفت. نظر دیگر این بود که امام مقدار را مشخص می کند. استدلال موجود در عبارات فقها آن است که این عمل را اقتضای مذهب دانسته اند، در حالی که اولاً اقتضای مذهب ثابت نیست و ثانیاً هنگام شک و تردید در این اقتضاء، وظیفه رجوع به اصل است.

به نظر نگارنده، آنچه موجود است، در مواردی که دیه بر عهده عاقله است، در صورت تعدد در مقدار دیه که بر عهده هر یک از افراد شک می شود، به اصل تمسک می شود که اصل در این جا اصل عدم تفاوت است.

مقایسه نظریه های فقهی با قوانین مربوط

اکنون ماده قانونی مربوط به این موضوع نیز ذکر می شود تا نظر قانون گذار با توجه به مطالب فقهی ذکر شده و مطالب حقوقی بعدی تنقیح شود.

ماده ۴۶۸ قانون مجازات اسلامی عاقله را تعریف کرده و در چگونگی تقسیم دیه، نظر اول یعنی تساوی را پذیرفته است: «عاقله عبارت از پدر، پسر و بستگان ذکور نسبی پدری و مادری یا پدری به ترتیب طبقات ارث است. همه کسانی که در زمان فوت می توانند ارث ببرند، به صورت مساوی مکلف به پرداخت دیه می باشند».

با توجه به مطالب فقها روشن می شود که مبنای قانون گذار رجوع به اصل عملی بوده است و به نظرات دیگر تفصیل یا قولی که قائل بود در زمان ما، نایب امام مقدار دیه را مشخص کند، توجه ندارد. به همین دلیل، در این ماده میان ثروتمند و فقیر فرق نگذاشته است. از مواد ۴۶۹ و ۴۳۵ قانون مجازات اسلامی مستفاد است آن دسته از افراد عاقله که تمکن مالی ندارند، در برابر پرداخت دیه مسئولیتی ندارند.

در ابتدای بحث اشاره شد که در بحث دیه عاقله دو بحث مطرح است: کیفیت تقسیم دیه و چگونگی توزیع که ترتیب دارد یا نه. در این ماده به هر دو اشاره شده است. نسبت به کیفیت تقسیم، نظر فقهایی مانند محقق خویی را پذیرفته و نسبت به ترتیب، به ترتیب طبقات ارث دانسته است. هم چنین عاقله را که دلغت و اصطلاح بیان شد، به صورت مضیق پذیرفته است یعنی فامیل نسبی پدری و مادری یا پدری که در زمان فوت ارث می برند؛ یعنی ارث بردن را شرط کرده است. با عنایت

به مواد دیگر، مواردی که مسئولیت پرداخت دیه در آن‌ها بر عهده عاقله است، عبارتند از:

۱. جنایات خطای محض: بر اساس ماده ۴۶۳ قانون مجازات اسلامی اگر جنایت با بینه یا قسامه یا علم قاضی ثابت شود، پرداخت به عهده عاقله است و اگر با اقرار مرتکب یا نکول او از سوگند یا قسامه ثابت شد، بر عهده خود اوست.
۲. فرار یا مرگ متهم در قتل عمدی: بر اساس ماده ۴۳۵ قانون مجازات اسلامی از مواردی است که قصاص ممکن نیست.
۳. جنایات شخص نابالغ یا دیوانه: طبق ماده ۲۹۲ قانون مجازات اسلامی، جنایات نابالغ و دیوانه خطای محض محسوب می‌شود و بر عهده عاقله قرار می‌گیرد.

طبق ماده ۴۶۷ قانون مجازات اسلامی، عاقله مکلف به پرداخت دیه جنایات کم‌تر از موضحه نیست. هم‌چنین مطابق ماده ۴۸۸، مهلت پرداخت دیه آن سه سال است و نسبت به این زمان اختلافی وجود ندارد.

بنابراین قانون‌گذار در ماده ۴۶۸ قانون مجازات اسلامی از نظریه تساوی در کیفیت تقسیم دیه تبعیت کرده و وجه آن با توجه به عبارات فقیهان، همان اصل عدم تفاوت خصوصیات عاقله است.

نتیجه

در کیفیت تقسیم دیه بر عاقله در صورت تعدد سه نظر وجود دارد: افراد عاقله در پرداخت دیه مساوی هستند؛ ثروتمند نصف دینار و فقیر ربع دینار بپردازد؛ هر مقدار که امام صلاح ببیند. نظر مختار و نظر قانون، به مقتضای اطلاعات و اصل عدم تفاوت، تساوی دیه بر عاقله در صورت تعدد است.

فهرست منابع

۱. ابن براج طرابلسی، قاضی عبدالعزیز، المهذب، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۰۶ ه.ق.
۲. جوهری، اسماعیل بن حماد، الصحاح، بیروت: دارالعلم للملایین، چاپ اول، ۱۳۹۳ ه.ق.
۳. حسینی روحانی قمی، سید صادق، فقه الصادق (ع)، قم: دار الکتب، مدرسه امام صادق (ع)، چاپ اول، ۱۴۱۲ ه.ق.
۴. حلی، ابن ادريس محمد بن منصور بن احمد، السرائر الحاوي لتحرير الفتاوى، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۰ ه.ق.
۵. سبزواری، سید عبدالأعلى، مهذب الأحكام، قم: مؤسسه المنار. دفتر آیت الله سبزواری، چاپ اول، ۱۴۱۳ ه.ق.
۶. طریحی، فخرالدین بن محمد، مجمع البحرين، تهران: مرتضوی، چاپ سوم، ۱۴۱۶ ه.ق.
۷. طوسی، ابو جعفر محمد بن حسن، الخلاف، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۰۷ ه.ق.
۸. طوسی، ابو جعفر محمد بن حسن، المبسوط في فقه الإمامية، تهران: المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية، چاپ سوم، ۱۳۸۷ ه.ق.
۹. عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی، مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام، قم: مؤسسة المعارف الإسلامية، چاپ اول، ۱۴۱۳ ه.ق.
۱۰. علامه حلی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، إرشاد الأذهان إلى أحكام الإيمان، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۱۰ ه.ق.
۱۱. علامه حلی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، قواعد الأحكام في معرفة الحلال و الحرام، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۱۳ ه.ق.
۱۲. محقق حلی، نجم الدین جعفر بن حسن، شرائع الإسلام في مسائل الحلال و الحرام، قم: مؤسسه اسماعیلیان، چاپ دوم، ۱۴۰۸ ه.ق.
۱۳. موسوی خویی، سید ابوالقاسم. تکملة المنهاج، قم: نشر مدينة العلم، چاپ بیست و هشتم، ۱۴۱۰ ه.ق.
۱۴. نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام في شرح شرائع الإسلام، بیروت: دار إحياء التراث العربي، چاپ هفتم، ۱۴۰۴ ه.ق.

رسائل

مجله علمی دانش پژوهان مرکز آموزش های تخصصی فقه

شماره ۵ و ۶، زمستان ۱۳۹۴ و بهار ۱۳۹۵

صفحات ۸۳ تا ۱۲۴

سجاد رضایی*

Sajad.pfo@gmail.com

کیفیت رؤیت در شهادت بر زنا از دیدگاه فقهای امامیه

چکیده

یکی از راه های اثبات زنا، شهادت بر وقوع آن است. شهادتی که مستند و متکی به رؤیت شاهد است. کیفیت رؤیت در شهادت بر زنا در بین فقهای امامیه اختلافی است. مشهور فقیهان، رؤیت به صورت خاص را معتبر می دانند که در لسان فقها از آن با تعبیر «کالمیل فی المکحله» یاد شده است. برخلاف این دیدگاه، محقق خوبی می گوید صرف دیدن ملازمات عرفی زنا برای شهادت بر وقوع آن کفایت می کند. بسیاری از فقیهان معاصر نیز از نظر محقق خوبی پیروی کرده اند. البته عده ای در این مسئله قائل به تفصیل شده و بیان داشته اند که باید بین زنا ی موجب رجم و زنا ی موجب جلد تفاوت گذاشت. در اولی بر خلاف مورد دوم، صرف دیدن ملازمات عرفی کافی نیست و نیازمند رؤیت خاص است. در این مقاله ضمن بررسی نظرات مختلف، با تکیه بر روایات این باب و مؤیداتی که به تفصیل بیان شده، قول مشهور فقیهان در اعتبار رؤیت به صورت خاص ترجیح داده شده است.

کلیدواژگان

شهادت بر زنا، ملازمات عرفی زنا، کالمیل فی المکحله، رؤیت خاص.

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

مقدمه

شارع به ثبات، سلامت و آرامش روانی جامعه اهتمام جدی دارد که آن راهنگام بررسی احکام اخلاقی و فقهی می‌توان مشاهده کرد. از آن جمله به احکامی هم‌چون احترام به یکدیگر، حرمت تجسس در امور دیگران، ممنوعیت تعرض به اموال مردم و بسیاری از این قبیل احکام می‌توان اشاره کرد. انحرافات جنسی یکی از مهم‌ترین اموری است که در به هم زدن این آرامش و ثبات نقشی دارد. نقش شارع علاوه بر پیشگیری و عدم وقوع آن، جلوگیری از اشاعه و اظهار آن است. برای مثال، شارع برای اثبات عمل شنیع زنا در دادگاه، شرط‌های خاصی مطرح کرده است مثل تعداد چهار شاهد و اتصال شهادت شهود و رؤیت به صورت مخصوص. به نظر می‌رسد این سخت‌گیری‌ها برای آن است که زنا به سرعت و به راحتی در محاکم به اثبات نرسد؛ (گلیپایگانی، الدر المنصود: ۱۵: ۱۹۳) زیرا اگر چنین شود، قبح این عمل در میان مردم جامعه از بین می‌رود و سلامت روانی جامعه آسیب می‌بیند.

البته فقیهان در این باره که رؤیت به صورت مخصوص شرط است یا نه، اختلاف نظر دارند. مشهور فقیهان بر این عقیده‌اند که رؤیت به صورت مخصوص (کالمیل فی المکحله) برای شهادت بر زنا شرط است و تا زمانی که شهود به صورت مخصوص رؤیت نکرده باشند، شهادت بر زنا معتبر نیست. در مقابل مشهور، گروهی از فقیهان بر این باورند که در شهادت بر زنا، رؤیت به صورت مخصوص لازم نیست، بلکه شهود با رؤیت مقدماتی که عرفاً با زنا ملازمه دارد، می‌توانند بر زنا شهادت دهند. برخی دیگر از فقیهان احتمال تفصیل را در مسئله بیان کرده‌اند به این صورت که در شهادت بر زنایی که موجب رجم است، رؤیت به صورت مخصوص لازم است، ولی در شهادت بر زنایی که موجب جلد است، رؤیت به صورت مخصوص لازم نیست. در نتیجه، سه قول در مسئله مطرح است که با توجه به دلایلی که بررسی می‌شود، قول مشهور قابل ترجیح است.

اقوال فقیهان در کیفیت اشتراط رؤیت

قبل از بررسی اقوال فقیهان لازم است دو اصطلاح در تعابیر فقها توضیح داده شود. اگر به روایات مربوط به مسئله شهادت دادن بر زنا نگاهی بیاندازیم، اصطلاح «کالمیل فی المکحله» به چشم می‌خورد. این اصطلاح که در چندین روایت ذکر شده است^۱، از نظر لغوی به معنای «میله در

۱. معتبره ابي بصير، قال: قال ابو عبدالله (ع): «لا يرمج الرجل و المرأة حتى يشهد عليهما أربعة شهداء على الجماع و الإيلاج و الإدخال كالميل في المكحلة». (وسائل الشيعة ۲۸: ۹۵)؛ «عَلِيُّ بْنُ إِذْهَابٍ فِي تَفْسِيرِهِ عَنْ أَبِيهِ عَنْ حَمَّادِ بْنِ خَرِيزٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (ع) قَالَ: الْقَازِفُ يُجْلَدُ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تُقْبَلُ لَهُ شَهَادَةٌ أَبَدًا إِلَّا بَعْدَ التَّوْبَةِ أَوْ يَكْذِبُ نَفْسَهُ - فَإِنْ شَهِدَ لَهُ ثَلَاثَةٌ وَ أَبِي وَاحِدٌ - يُجْلَدُ الثَّلَاثَةَ وَلَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُمْ حَتَّى يَقُولَ أَرْتَعَهُ. رَأَيْنَا مِثْلَ الْمَيْلِ فِي الْمَكْحَلَةِ». (وسائل الشيعة ۲۸: ۱۷۷).

سرمدان» (ابن منظور، لسان العرب ۱۱: ۵۸۴) و در روایات، کنایه از «جماع وإدخال الفرج فی الفرج» است. به عبارت دیگر، شهود برای شهادت بر زنا باید همانند دیدن فرو رفتن میله در سرمدان، إدخال الفرج فی الفرج را مشاهده کرده باشند. برخی فقیهان برای پیروی از متن روایات، این اصطلاح را در متن فتوای خود ذکر کرده‌اند. (شیخ طوسی، المبسوط ۸: ۲۳۸؛ ابن‌دریس، السرائر ۳: ۴۲۹؛ محقق حلی، الشرائع ۴: ۱۳۹؛ شهید اول، القواعد ۳: ۵۲۴)

منظور از «ملازمات عرفی» نیز همراهی دو یا چند چیز به حکم عرف است. برای مثال، از دید عرف، وجود دود در یک منطقه بر وجود آتش در آن منطقه دلالت می‌کند یعنی از نظر عرف، بین وجود دود و آتش ملازمه وجود دارد. در مثل عمل زنا هم ملازمه عرفی به این صورت است که وضعیت بین مرد و زن به گونه‌ای است که از دید عرف در حال زنا هستند بدون این که إدخال الفرج فی الفرج را دیده باشند. به حالت‌ها و رفتارهایی که باعث می‌شود عرف به تحقق زنا حکم کند، «ملازمات عرفی زنا» می‌گویند.

با این مقدمه، دیدگاه فقیهان را در این زمینه به سه دسته می‌توان تقسیم کرد:

دسته اول: قائلین به اشتراط رؤیت به صورت مخصوص

مشهور فقیهان به شرط بودن رؤیت به صورت مخصوص در شهادت بر زنا قائلند. به عبارت دیگر، تنها در صورتی می‌توان بر زنا شهادت داد که آن عملی که زنا با انجام شدن آن محقق می‌شود (یعنی إدخال الفرج فی الفرج) به رؤیت شهود رسیده باشد. پس صرف دیدن ملازمات عرفی زنا موجب جواز شهادت بر زنا نمی‌شود. این دسته از فقیهان، شخصی را که بدون رؤیت به صورت مخصوص بر زنا شهادت دهد، مستحقّ حدّ قذف می‌دانند.^۱ شیخ طوسی در المبسوط چنین می‌فرماید: «فإذا سأل عن كيفية فان صرحوا بالزنا وهو أن يقولوا رأينا منه ذلك يدخل في الفرج مثل الميل في المكحلة وأثبتوه حتى تغيب الحشفة، فإذا صرحوا بهذا فقد وجب الحد» (۲۳۸: ۸) یعنی اگر از شهود درباره کیفیت زنا سؤال شود و شهود در جواب تصریح کنند به این که زانی را دیدیم در حالی که [آلتش را] به مقداری که حشفه غیب می‌شد، در فرج داخل می‌کرد، حدّ واجب می‌شود. این عبارت بر این مطلب دلالت صریح دارد که شیخ طوسی در شهادت بر زنا، رؤیت به صورت مخصوص را لازم می‌داند. در نتیجه، شهود باید آن عملی را که زنا با آن محقق می‌شود، دیده باشند تا بتوانند بر زنا شهادت بدهند.

۱. «و لو لم يشهدوا بالمعينة لم يحد المشهود عليه و حد الشهود». (شرايع ۴: ۱۴۰) «فان شهد أربعة شهود على رجل بالزنا و لم يشهدوا بالرؤية على ما بيناه و جب على كل واحد منهم حد المفترى ثمانون جلدة و لم يجب على المشهود عليه حد بذلك». (المقنعة ۷۷۴).

محقق حلی در شرایع می نویسد: «و لا یتد فی شهادتهم من ذکر المشاهدة للولوج کالمیل فی مکحله». (۱۳۹:۴) براساس این فتوا، شهادت شهود باید از روی مشاهده دخول همانند میله در سرمه دان باشد. به عبارت دیگر، شرط شهادت برزنا این است که شهود إدخال الفرج فی الفرج را مشاهده کرده باشند و صرف دیدن ملازمات عرفی زنا کافی نیست. این سخن بدان معناست که محقق حلی، رؤیت به صورت مخصوص را در شهادت برزنا شرط می داند.

فقیهانی هم چون قاضی ابن براج (المهذب ۲: ۵۲۴)، ابن ادریس (سرائر ۳: ۴۲۹)، علامه حلی (قواعد الاحکام ۳: ۵۲۴)، شهید اول (لمعه ۲۵۳)، شهید ثانی (الروضه البهیة ۹: ۵۰۰)، محقق اردبیلی (مجمع الفوائد و البرهان ۳: ۳۸)، صاحب ریاض (ریاض المسائل ۱۵: ۴۶۴) و امام خمینی (تحریر الوسیله ۲: ۶۱۱) نیز با پذیرش این نظر، عبارت هایی شبیه آن چه ذکر شد، در کتاب های خود آورده اند.

ادله دیدگاه اول

مهم ترین دلیل این دسته از فقیهان، روایاتی است که رؤیت به صورت مخصوص را در شهادت برزنا شرط دانسته اند. البته برخی فقیهان (ریاض ۱۵: ۴۶۴) دلیل دیگری نیز ذکر کرده اند که به آن اشاره خواهد شد. نکته قابل توجه در این روایات آن است که در برخی روایات، ماده «رأی» به معنای دیدن و مشاهده کردن با چشم (جوهری، الصحاح ۶: ۳۴۷) به کار رفته است. پس روایات را به دو دسته می توان تقسیم کرد:

الف) روایاتی که در آن ها از ماده «رأی» استفاده شده است:

معمولاً این دسته از روایات مستند مشهور فقیهان است؛ زیرا از نظر دلالت بر مدعا نسبت به بقیه روایات صراحت بیش تری دارد. این روایات عبارتند از:

یک - صحیحه حرز: «صحیحة حرز المروی عن تفسیر علی بن ابراهیم عن ابي عبد الله (ع) قال: [...] و لا تقبل شهادتهم حتی یقول أربعة: رأینا مثل المیل فی مکحله؛ امام صادق (ع) می فرماید: [...] شهادت شهود قابل پذیرش نیست مگر این که چهار شاهد بگویند که همانند میله در سرمه دان دیدیم». (عاملی، وسائل الشیعه ۲۸: ۱۷۷)

دو - صحیحه حلبی: «صحیحة حلبی عن ابي عبد الله (ع) قال: حدّ الرّجْم أن یشهد أربعة أنّهم رأوه یدخل و یدخل و یدخل و یدخل؛ امام صادق (ع) می فرماید: حدّ رجم در صورتی محقق می شود که چهار شاهد شهادت دهند زانی را در حالی مشاهده کرده اند که (آلت را) داخل و خارج می کرد». (همان ۲۸: ۹۴)

سه - صحیحه ابی بصیر: «صحیحة ابي بصیر عن ابي عبد الله (ع) قال: لا یجب الرّجْم حتی تقوم البینة الأربعة أنّهم قد رأوه یجامعها؛ امام صادق (ع) می فرماید: حدّ رجم واجب نمی شود مگر

بین چهار نفره قائم شود براین که زانی را در حال جماع دیده‌اند». (کلینی، الکافی ۷: ۱۸۴)

(ب) روایاتی که در آن‌ها از ماده «رأی» استفاده نشده است:

یک - معتبره ابی بصیر: «معتبره ابی بصیر قال: قال أبو عبد الله (ع): «لا يَرجم الرجل والمرأة حتى يشهد عليهما أربعة شهداء على الجماع والإيلاج والإدخال كالميل في المكحلة؛ امام صادق (ع) می‌فرماید: هیچ زن و مردی رجم نمی‌شوند مگر این که چهار نفر شاهد علیه آن زن و مرد بر جماع و ایلاج و إدخال (همانند میله در سرمه دان) شهادت بدهند». (عاملی، وسائل الشیعه ۲۸: ۹۵)

دو - صحیح محمد بن قیس: «صحیحة مُحَمَّدُ بْنُ قَيْسٍ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ (ع) قَالَ قَالَ أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ (ع) لَا يُرْجَمُ رَجُلٌ وَلَا امْرَأَةٌ حَتَّى يَشْهَدَ عَلَيْهِ أَرْبَعَةٌ شُهُودٍ عَلَى الْإِيلاجِ وَ الْإِخْرَاجِ؛ امام باقر (ع) می‌فرماید: هیچ زن و مردی رجم نمی‌شوند مگر این که چهار نفر علیه آن‌ها بر ایلاج و إخراج شهادت بدهند». (کلینی، الکافی ۷: ۱۸۳)

صاحب ریاض در تبیین این دیدگاه، دلیل دیگری را در کتاب خود بیان کرده است: «لأنَّ الشهادة إِمَّا تُسْمَعُ بما عُويِنَ أو سَمِعَ، و لا معنى للزنا حقيقةً إلا ذلك، فلا تسمع الشهادة به إلا إذا عُويِنَ كذلك». (ریاض المسائل ۱۵: ۶۵) به این معنا که «شهادت دادن تنها در امری که شاهد دیده یا شنیده است، قبول است. زنا هم در حقیقت معنایی جز این (إدخال الفرج كالميل في المكحلة) ندارد. شهادت بر زنا شنیده نمی‌شود و قبول نیست مگر این که شاهد به همین صورت (كالميل في المكحلة) مشاهده کرده باشد».

منظور صاحب ریاض از «عوین كذلك» همان رؤیت به صورت مخصوص است، چنان که آیت الله گلپایگانی می‌فرماید: «قوله: إلا إذا عويِن كذلك، يعني المعاينة و المشاهدة بالنحو المخصوص المذكور في النصوص؛ مراد صاحب ریاض که فرمود: «إلا إذا عويِن كذلك» همان معاینه و مشاهده به صورت مخصوص است که در روایات ذکر شده است». (الدر المنصود ۱: ۱۹۱)

شاید بتوان فرمایش صاحب ریاض را در قالب این قیاس بیان کرد که معنای زنا همان إدخال الفرج فی الفرج است و از امری است که قابل مشاهده و حسّی است (صغری). شهادت بر امری که قابل دیدن و شنیدن (امور حسّی) است، در صورتی پذیرفته می‌شود که شهود، مشهود به رادیده باشند در صورتی که مشهود به بصّری باشد یا شنیده باشند، اگر سمعی باشد (کبری). در نتیجه، شهود برای شهادت دادن بر زنا باید إدخال الفرج فی الفرج را مشاهده کرده باشند؛ چون زنا از امور قابل مشاهده و حسّی است.

ارزیابی دیدگاه اول

دسته اول از روایات از نظر سند و دلالت مشکل ندارند. روایت اول بر اشتراط رؤیت به صورت

مخصوص در شهادت بر زنا صراحت دارد. (قمی، مبانی تحریر الوسیله - حدود ۱۵۵) بر اساس این روایت، شهادت شهود تنها وقتی قبول است که تصریح بکنند زنا را همانند میله در سرمه دان (یعنی إدخال الفرج فی الفرج) دیده‌اند و این یعنی رؤیت به صورت مخصوص در شهادت شرط است. در روایت دوم و سوم بیان شده است که شهود باید شهادت بدهند زانی را در حالی دیده‌اند که آلتش را داخل و خارج می‌کرد (روایت دوم) یا در حال جماع (روایت سوم) دیده‌اند. بدیهی است شهود وقتی می‌توانند چنین ادعایی بکنند که إدخال الفرج فی الفرج را مشاهده کرده باشند؛ زیرا ممکن است در واقع، جماع یا دخول در فرج نبوده است، بلکه دخول در غیر فرج بوده است، مثلاً بین الرجلین بوده است. اگر شهود بخواهند شهادت دهند که جماع یا دخول و خروج را دیده‌اند، لازمه اش این است که إدخال الفرج فی الفرج را مشاهده کرده باشند. پس در شهادت بر زنا، رؤیت به صورت مخصوص شرط است.

در مورد دسته دوم روایات باید گفت ظاهراً دلالت این روایات قابل خدشه است و این روایات بر اشتراط رؤیت به صورت مخصوص دلالتی ندارند؛ چون این دسته از روایات در مقام بیان این است که اگر کسی می‌خواهد بر زنا شهادت بدهد، باید بر نفس عمل زنا شهادت دهد نه بر مقدمات زنا یا بر عملی که اعم از زناست مثل شهادت دادن بر چسبیدن جسم به جسم. (قمی، مبانی تحریر الوسیله، حدود ۱۵۴؛ خویی، مبانی تکمله - موسوعه ۴۱: ۲۱۹)

به نظر می‌رسد بر دلایلی که صاحب ریاض در مسئله بیان کرده است، ایرادی وارد نیست. علاوه بر دلایلی که ذکر شد، مؤیداتی هم موافق این نظریه هست که عبارتند از:

۱. تستر فواحش

به نظر می‌آید حکمت این که شارع چنین شرط‌های سختی را برای شهادت بر معاصی جنسی قرار داده، این است که نمی‌خواهد چنین گناهایی در سطح جامعه به کثرت به اثبات برسند و قبح آن عمل در بین مردم آن جامعه بریزد و آن معصیت فراگیر شود. آیت الله گلپایگانی در کتاب خود می‌نویسد: «لعل نظر الشارع الاقدس من اعتبار هذا الشرط فی الزنا الی ان لایثبت فی الخارج تحقق هذا العمل الشنیع و وقوع هذه المعصية الكبيرة بسرعة و سهولة كما يستشتم ذلك من بعض الشرائط المعترية فيه غیر ذلك». (الدر المنضود: ۱۵: ۱۹۳)

شاید نظر شارع مقدس از اعتبار این شرط (رؤیت به صورت مخصوص) در زنا این است که وقوع و تحقق عمل شنیع زنا در عالم خارج، سریع و راحت به اثبات نرسد. همان گونه که این مطلب از بعضی شرط‌های دیگری به دست می‌آید که در شهادت بر زنا شرط است.

۲. احتیاط در دماء

ممکن است مجازات زنایی که شهود بر آن شهادت می دهند، سلب حیات زانی باشد. از این رو، اقتضای احتیاط در دماء این است که در شهادت بر زنا، رؤیت به صورت مخصوص را شرط بدانیم و احتیاط کنیم؛ چون اشتراط رؤیت به صورت مخصوص موافق احتیاط است. (سبزواری، مهذب الاحکام ۲۷:۲۶۰)

۳. درأ حدود با شبهات

اگر شهود به واسطه ملازمات عرفی زنا بر زنا شهادت بدهند، برای قاضی این شبهه پیش می آید که شهود ادخال الفرج فی الفرج را ندیده و بر اثر دیدن ملازمات بر زنا شهادت داده اند. پس آیا در خارج، زنا هم محقق بوده یا نه؟ شاید زنا نبوده باشد. با وجود این شبهه که برای قاضی ایجاد می شود، طبق قاعده «الحدود تدرأ بالشبهات»، حد برداشته می شود. (همان)

دسته دوم: قائلین به کفایت رؤیت مقدمات ملازم عرفی زنا

عده دیگری از فقیهان، رؤیت به صورت مخصوص را در شهادت بر زنا شرط نمی دانند، بلکه رؤیت مقدماتی را که ملازم عرفی زناست، کافی می دانند. فقیهانی هم چون آیت الله خویی (مبانی تکمله - موسوعه ۴۱:۲۱۹)، آیت الله میرزا جواد تبریزی (اسس الحدود و التعزیرات ۸۳)، آیت الله گلپایگانی (الدر المنضود ۱:۱۹۹) و آیت الله جعفر سبحانی (الحدود و التعزیرات ۶۳) از قائلین به این نظریه هستند.

ادله دیدگاه دوم

به نظر این فقیهان، اگر در شهادت بر زنا، رؤیت به صورت مخصوص را شرط بدانیم، لازمه اش بسته شدن باب شهادت در زناست؛ زیرا به ندرت اتفاق می افتد که شهود ادخال الفرج فی الفرج را مشاهده کنند. این در حالی است که می دانیم در زمان پیامبر اکرم (ص)، زناهای زیادی با شهادت ثابت می شد و مجازات آن اعم از رجم و جلد اجرا می گردید. در نتیجه، رؤیت به صورت مخصوص در شهادت بر زنا شرط نیست. (خویی، مبانی تکمله - موسوعه ۴۱:۲۱۹؛ محقق حلی، أسس الحدود و التعزیرات، ۸۳ و ۸۴؛ گلپایگانی، الدر المنضود ۱:۱۹۶) البته خویی در مورد صحیحه حریر که در اشتراط رؤیت به صورت مخصوص صراحت دارد، چنین می نویسد: «وَأما صحیحة حریر فلا بدّ من حملها على رؤية المقدمات الملازمة له خارجاً الموجبة لصدقها بالإضافة إلى الجماع عرفاً» یعنی ناچاریم صحیحه حریر را بر رؤیت مقدماتی حمل کنیم که با زنا ملازمه عرفی دارد. (مبانی تکمله - موسوعه ۴۱:۲۱۹)

ارزیابی دیدگاه دوم

نظریه این دسته از فقیهان قابل ایراد است:

۱. اگر در شهادت برزنا صرف ملازمات عرفی زنا را کافی بدانیم، چه بسا در دادگاه، عملی به عنوان زنا ثابت شود که زنا نبوده است؛ چون شهود به رؤیت ملازمات عرفی زنا اکتفا کرده‌اند. به عبارت دیگر، چه بسا عمل ناشایستی که بین زن و مرد انجام شده است، زنا و «إدخال الفرج فی الفرج» نبوده است، اما حالات زن و مرد به گونه‌ای است که اگر شخصی آن دو را مشاهده کند، با توجه به حالتشان می‌گوید که دارند زنا می‌کنند و در دادگاه برزنا شهادت می‌دهند. پس در واقع، صرف ملازمات عرفی را نمی‌توان کافی دانست و به اعتماد رؤیت آن ملازمات برزنا شهادت داد.

۲. با تتبع در کتاب‌های روایی این حرف ثابت نشد که در زمان پیامبر اکرم (ص) به واسطه شهادت شهود، موردهای بسیاری از زنا اثبات می‌شد. زنا در زمان رسول الله (ص) بسیار ثابت می‌شد، ولی اثبات آن‌ها با شهادت شهود نبود، بلکه با اقرار شخص زانی برزنا بود. صحیحۃ صالح بن میثم، (عاملی، وسائل الشیعه ۲۸:۱۰۳) موثقة ابي مریم (همان ۲۸:۱۰۷) و صحیحۃ محمد بن خالد (همان ۲۸:۱۰۵) بیانگر اقرار شخص زانی است. همین که در زمان پیامبر اکرم (ص) و امامان معصوم (ع) عمل زنا بیش‌تر با اقرار ثابت می‌شد تا شهادت دادن برزنا، قرینه‌ای بر این است که شهادت برزنا شرط‌های سختی داشته است که به ندرت محقق می‌شد. این وضعیت با نظر مشهور که رؤیت به صورت مخصوص را شرط می‌دانند، سازگارتر است.

۳. حمل کردن صحیحۃ حرز که در اشتراط رؤیت به صورت مخصوص در شهادت برزنا صراحت دارد، بر معنای خلاف ظاهرش، در صورتی که قرینه قطعی نداشته باشیم، صحیح نیست. با توجه به این که دلایل این دسته از فقیهان قابل خدشه است، به نظر می‌رسد چنین قرینه‌ای در ما نحن فیه وجود ندارد.

دسته سوم: احتمال تفصیل بین زنای موجب رجم و زنای موجب جلد

برخی فقیهان احتمال تفصیل را بیان کرده‌اند به این صورت که برای اثبات زنای موجب جلد از جانب شهود، رؤیت به صورت مخصوص لازم نیست، ولی برای اثبات زنای موجب رجم، رؤیت به صورت مخصوص شرط است. شیخ طوسی (الاستبصار ۴:۲۱۸) و علامه مجلسی (مرآة العقول ۲۳:۲۷۶ و ۲۷۷) این احتمال را مطرح کرده‌اند.

ادله دیدگاه سوم

ادله ایشان جمعی است که بین دو دسته از روایات انجام می‌دهند؛ چون دسته‌ای از روایات، رؤیت به صورت مخصوص را در شهادت برزنا شرط می‌دانند، ولی موضوع آن‌ها فقط رجم است نه

جلد. صحیحة حلبی و صحیحة اُبی بصیر که گذشت، از آن جمله است.^۱ از طرف دیگر، دسته‌ای از روایات به صرف ملازمات عرفی، حدّ زنا را ثابت می‌دانند مثل صحیحة ابن محبوب: «صحیحة ابن محبوب عن اُبی عبد الله عليه السلام: «قَالَ سَمِعْتُهُ يَقُولُ حَدُّ الْجَلْدِ فِي الزَّانِ أَنْ يُوجَدَ فِي لِحَافٍ وَاحِدٍ؛ رَأَى مِي گويد: از امام صادق عليه السلام شنيدم که می فرمود: حد جلد در زنا (صد ضربه شلاق) در صورتی است که [مرد و زن] در یک لِحاف يافت شوند». (عاملی، وسائل الشیعة ۲۸: ۹۰)

این دسته از فقیهان در جمع بین این روایات گفته‌اند که دسته اول روایات که رؤیت به صورت مخصوص را در شهادت بر زنا شرط می‌دانند، مربوط به زنايي است که موجب رجم است و دسته دوم که صرف ملازمات عرفی زنا را در شهادت دادن کافی می‌داند، مربوط به زنايي است که موجب جلد است. از جمع بین این دو دسته از روایات، این تفصیل به دست می‌آید. البته لازم به یادآوری است که فقیهان این تفصیل را به عنوان یک احتمال بیان کرده و به آن فتوا نداده‌اند. (ریاض المسائل ۱۵: ۶۵)

برخی دیگر، نظر شیخ مفید را در بین فقهایی مطرح کرده‌اند که این دیدگاه را داشته و قائل به تفصیل شده‌اند. ایشان معتقد است در زناي موجب رجم، رؤیت به صورت مخصوص شرط است، ولی در زناي موجب جلد، رؤیت به صورت مخصوص شرط نیست. ممکن است به عبارتی از شیخ مفید استناد شود و ایشان را از جمله قائلین به تفصیل بدانند. در این زمینه، به قسمتی از عبارت کتاب المقنعة که در باب «الحد في اللواط» آمده، ممکن است استناد شود: «وإن شهدوا برؤية الفعّال دون الإيقاب كان علی كل واحد منهما جلد مائة كما ذكرناه. فإن شهدوا برؤية الإيقاب و عاينوا الفعل كالميل في المكحلة كان الحد هو القتل علی ما قدمناه». (المقنعة ۷۸۶) اگر بر رؤیت لواط غیر دخولی شهادت دادند، در این صورت، به هر کدام از آن دو نفر، صد ضربه شلاق زده می‌شود. اگر به لواط دخولی شهادت دادند و فعل لواط را همانند میله در سرمه دان مشاهده کرده باشند، در این صورت، حد قتل ثابت است.

به نظر می‌رسد این انتساب به شیخ مفید صحیح نیست؛ زیرا:

۱. طبق این عبارت، اگر لواط غیر دخولی باشد، حدّ آن صد ضربه شلاق است، ولی اگر لواط دخولی باشد، حدّ آن قتل است. در نتیجه، موضوع لواط به دو صورت محقق می‌شود؛ ایقابی (دخولی) و غیر ایقابی (غیر دخولی) که هر کدام حدّ مخصوص خود را دارد. بر خلاف موضوع زنا

۱. صحیحة حلبی: «حَدُّ الرَّجْمِ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَةٌ أَنَّهُمْ رَأَوْهُ يُدْجَلُ وَ يُخْرَجُ (عاملی، وسائل الشیعة ۲۸: ۹۴)؛ صحیحة حریری: «لَا يَجِبُ الرَّجْمُ حَتَّى تَقُومَ الْبَيِّنَةُ الْأَرْبَعَةُ أَنَّهُمْ قَدْ رَأَوْهُ يُجَامِعُهَا». (همان ۲۸: ۱۷۷).

که تنها در صورت دخول محقق می‌شود و زناى غير دخولی نداریم. پس عبارت شیخ را به باب زنا نمی‌توان سرایت داد و گفت این حکمی که برای لواط آمده، در زنا هم جاری است؛ زیرا موضوع هر کدام با دیگری تفاوت دارد.

۲. در همین کتاب در باب «حدود الزنا» عبارتی است مبنی بر این که ایشان رؤیت به صورت مخصوص را در شهادت دادن بر زنا (چه رجمی و چه جلدی) شرط می‌داند: «و لا یجب الحد إلا بإقرار من الفاعل أو بینة عادلة بشهادة أربعة رجال عدول یشهدون بالرؤية للفرج فی الفرج علی التحقیق؛ حد زنا واجب نمی‌شود مگر با اقرار از فاعل و بیینه عادل که چهار نفر مرد عادل شهادت دهند فرج در فرج راقطعاً دیده‌اند». (همان ۷۷۴)

۳. شیخ مفید در ادامه این عبارت می‌فرماید: «فإن شهدوا علیه بما عاینوه من اجتماع فی إزار و التصاق جسم بجسم و ما أشبه ذلك و لم یشهدوا علیه بالزنا قبلت شهادتهم و وجب علی الرجل و المرأة التعزیر حسب ما یراه الإمام من عشر جلدات إلى تسع و تسعین جلدة، و لا یبلغ التعزیر فی هذا الباب حد الزنا المختص به فی شریعة الإسلام؛ اگر شهود شهادت دهند که آن شخص را در حالی که در یک پوشش [با یک زن] اجتماع کرده بود و جسم هر دو به هم چسبیده بود، مشاهده کردیم یا عبارت‌هایی شبیه آن به کار ببرند، بدون این که بر زنا شهادت بدهند، شهادتشان پذیرفته می‌شود و بر آن مرد و زن به هر مقدار که نظر امام باشد، از ده ضربه شلاق تا نود و نه ضربه، تعزیر واجب است. مقدار تعزیر در این باب به مقدار حد زنا که به شریعت اسلام اختصاص دارد، نمی‌رسد». (همان)

این عبارت، شاهدی دیگر است بر این که نظر شیخ مفید تفصیل نیست؛ زیرا اگر نظر ایشان تفصیل بود، باید در این موارد که شهود بر مقدمات و ملازمات عرفی زنا شهادت می‌دهند، به وجوب حد زنا و صد ضربه شلاق فتوا می‌دادند نه تعزیر. از وجوب تعزیر در این موارد چنین استفاده می‌شود که اصلاً زنا ثابت نشده است تا بخواهد حدی ثابت شود. این در حالی است که اگر نظر شیخ مفید تفصیل بود، باید در موارد بالا، به جای تعزیر، حد زنا را واجب می‌دانست. پس ظاهراً ایشان در شمار قائلین به اشتراط رؤیت به صورت مخصوص در مطلق شهادت بر زنا قرار دارند.

ارزیابی دیدگاه سوم

این تفصیل مخالف با فتوای مشهور است و در میان فقیهان نیز فرد قائل به تفصیل وجود ندارد. به جز آن، روایتی داریم که با این تفصیل مخالف است و رؤیت به صورت مخصوص را در مطلق شهادت بر زنا معتبر می‌داند و آن صحیحۃ حریر از امام صادق (ع) است که حضرت می‌فرماید: «و لا تقبل شهادتهم حتی یقول أربعة: رأینا مثل المیل فی المکحلة؛ شهادت شهود پذیرفتنی نیست مگر این که چهار شاهد بگویند همانند میله در سرمه دان دیدیم». (عاملی، وسائل الشیعه ۲۸: ۱۷۷)

درباره این حدیث گفته شده است: «فإنّ ظاهرها اعتبار الرؤية في مطلق الزنا، ولا مجال لاحتمال عدم كون الرواية في مقام البيان من هذه الجهة بعد التعرّض لبيان الخصوصیات؛ همانا ظاهر روایت، رؤیت به صورت مخصوص را در مطلق زنا معتبر می‌داند و چون این اطلاق بعد از تعرّض برای بیان خصوصیات بوده است، مجالی برای احتمال در مقام بیان نبودن روایت از این جهت نیست.» (لنکرانی، تفصیل الشریعة - حدود ۱۲۳)

نتیجه

با توجه به کثرت روایات مربوط به نظریه مشهور و همچنین دلیل و مؤیدات غیرروایی که بیان شد و از آن جهت که نظریه تفصیل و نظریه رؤیت مقدمات ملازم عرفی قابل دفاع نیست و به دلایل آنان خدشه وارد شد، نظریه مشهور فقیهان که دلایل و مؤیدات قابل قبولی دارد، نظر راجح است. اگر قبول کنیم دسته دوم روایاتی که مشهور فقیهان به آن‌ها تمسک کرده‌اند، از نظر دلالت قابل خدشه است، صراحت دسته اول روایات در مدعای مشهور، جای هیچ گونه تردید نیست. به علاوه مؤیداتی که ذکر شد، از جمله قاعده‌ی درأ قابلیت این را دارد که در مسئله به عنوان دلیل مطرح شود، نه مؤید. البته چون روایاتی که ذکر شد، برای اثبات مطلب کافی بود، این قاعده را به عنوان مؤید ذکر کردیم.

فهرست منابع

۱. ابن ادريس حلی، محمد بن منصور بن احمد، السرائر الحاوي لتحرير الفتاوى، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ دوم، ۱۴۱۰ هـ.ق.
۲. ابن براج طرابلسی، قاضی عبدالعزيز، المهذب، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۰۶ هـ.ق.
۳. ابن منظور، ابوالفضل جمال الدین محمد بن مکرم، لسان العرب، بیروت: دار الفکر للطباعة والنشر والتوزيع. دار صادر، چاپ سوم، ۱۴۱۴ هـ.ق.
۴. اردبیلی، احمد بن محمد، مجمع الفائدة و البرهان في شرح إرشاد الأذهان، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۰۳ هـ.ق.
۵. تبریزی، جواد بن علی، أسس الحدود و التعزیرات، قم: دفتر مؤلف، چاپ اول، ۱۴۱۷ هـ.ق.
۶. جوهری، اسماعیل بن حماد، الصحاح. تاج اللغة و صحاح العربية، بیروت: دارالعلم للملایین، چاپ اول، ۱۴۱۰ هـ.ق.
۷. حرّ عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعة، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام، چاپ اول، ۱۴۰۹ هـ.ق.
۸. رسائل، مجله مؤسسه تخصصی فقه، تابستان ۱۳۹۴، شماره ۳.
۹. سبحانی تبریزی، جعفر، الحدود و التعزیرات في الشريعة الإسلامية الغراء، قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام، چاپ اول، ۱۴۳۲ هـ.ق.
۱۰. سبزواری، سید عبدالاعلی، مهذب الأحکام، قم: مؤسسه المنار. دفتر آیت الله سبزواری، چاپ چهارم، ۱۴۱۳ هـ.ق.
۱۱. صدوق قمی، محمد بن علی بن بابویه، من لا یحضره الفقیه، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ دوم، ۱۴۱۳ هـ.ق.
۱۲. طباطبایی حائری، سید علی بن محمد، ریاض المسائل، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام، چاپ اول، ۱۴۱۸ هـ.ق.
۱۳. طوسی، ابو جعفر محمد بن حسن، الاستبصار فيما اختلف من الأخبار، تهران: دار الکتب الإسلامية، چاپ اول، ۱۳۹۰ هـ.ق.
۱۴. طوسی، ابو جعفر محمد بن حسن، المبسوط في فقه الإمامية، تهران: المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية، چاپ سوم، ۱۳۸۷ هـ.ق.

۱۵. عاملی (شهید اول)، محمد بن مکی، اللمعة الدمشقية في فقه الإمامية، بيروت: دارالتراث - الدار الإسلامية، چاپ اول، ۱۴۱۰ هـ.ق.
۱۶. عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، قم: کتاب فروشی داوری، چاپ اول، ۱۴۱۰ هـ.ق.
۱۷. عکبری بغدادی (شیخ مفید)، محمد بن محمد بن نعمان، المقنعة، قم: کنگره جهانی هزاره شیخ مفید، چاپ اول، ۱۴۱۳ هـ.ق.
۱۸. علامه حلی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، قواعد الأحكام في معرفة الحلال و الحرام، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۱۳ هـ.ق.
۱۹. فاضل موحدی لنکرانی، محمد، تفصیل الشریعة في شرح تحرير الوسيلة - الحدود، قم: مرکز فقهی ائمه اطهار عليهم السلام، چاپ اول، ۱۴۲۲ هـ.ق.
۲۰. کلینی، ابوجعفر محمد بن یعقوب، الکافي، تهران: دارالکتب الإسلامية، چاپ چهارم، ۱۴۰۷ هـ.ق.
۲۱. مجلسی، محمدباقر، مرآة العقول في شرح أخبار آل الرسول، تهران: دارالکتب الإسلامية، چاپ دوم، ۱۴۰۴ هـ.ق.
۲۲. محقق حلی، نجم الدین جعفر بن حسن، شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام، قم: مؤسسه اسماعیلیان، چاپ دوم، ۱۴۰۸ هـ.ق.
۲۳. موسوی خمینی، سید روح الله، تحرير الوسيلة، قم: مؤسسه مطبوعات دارالعلم، چاپ اول، ۱۳۷۹ هـ.ش.
۲۴. موسوی خویی، سید ابوالقاسم، مباني تکملة المنهاج، قم: مؤسسه إحياء آثار الإمام الخوئی، چاپ اول، ۱۴۲۲ هـ.ق.
۲۵. موسوی گلپایگانی، سید محمدرضا، الدر المنضود في أحكام الحدود، قم: دارالقرآن الکریم، چاپ اول، ۱۴۱۲ هـ.ق.
۲۶. مؤمن قمی، محمد، مباني تحرير الوسيلة - کتاب الحدود، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، چاپ اول، ۱۴۲۲ هـ.ق.

رسائل

مجله علمی دانش پژوهان مرکز آموزش های تخصصی فقه

شماره ۵ و ۶، زمستان ۱۳۹۴ و بهار ۱۳۹۵

صفحات ۸۳ تا ۱۲۴

قاسم رضایی*

Rezaeighasem4020@yahoo.com

اعتبار اجتهاد در قاضی با تأکید بر نظر محقق خوئی

چکیده

حل مسئله «اعتبار اجتهاد در قاضی» علاوه بر ترسیم تصویری بهتر از جایگاه و شرایط قضات در فقه شیعه می تواند کمک بزرگی به دستگاه قضایی کشور به حساب آید. حجم انبوه پرونده ها و زمان ببری و دیرکرد در رسیدگی به آن ها و کمبود قضات مجتهد بخشی از معضلات نظام قضایی کشور است. برخورداری قضات از ملکه اجتهاد در انتظام بخشی به شیوه استنباط و صدور رأی از یک سو و اعمال دقت نظر حداکثری در امور مربوط به جان، مال، عرض و ناموس مردم بسیار اثرگذار است. با این حال، فقیهان درباره اعتبار این شرط دیدگاه های مختلفی دارند. مشهور فقیهان بر اعتبار اجتهاد در تصدی منصب قضاوت تأکید دارند. در مقابل، دو قول دیگر وجود دارد. گروهی آن را به طور مطلق بی اعتبار می دانند و گروهی دیگر مانند محقق خوئی بر این باورند که اجتهاد برخلاف قاضی تحکیم تنها در قاضی منصوب معتبر است.

این مقاله با بررسی ادله هر سه دسته از این فقیهان، در نهایت، قول مطابق با نظر محقق خوئی را با استناد به ادله ایشان از جمله اصل عدم نفوذ حکم قاضی غیر مجتهد، اطلاقات و عموماً، اجماع و احتیاط درباره دماء و عرض و اموال مسلمین ترجیح داده است.

کلیدواژگان

اجتهاد قاضی، اعتبار اجتهاد، قاضی منصوب، قاضی تحکیم.

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

مقدمه

در فقه امامیه اعتبار صفاتی چون بلوغ، عقل، ایمان، عدالت، اجتهاد، طهارت مولد، ذکوریت، علمیت، ضابط بودن، قدرت بر کتابت و نایبنا نبودن قاضی مورد بررسی فقها قرار گرفته است. در اعتبار برخی از این صفات بین علما اتفاق نظر وجود دارد لکن اعتبار صفاتی چون اجتهاد، ذکوریت، علمیت و برخی دیگر، از دیر باز مورد اختلاف نظر بین فقها واقع شده است. در خصوص اجتهاد قاضی اختلافات پر دامنه است؛ از عدم اعتبار این ویژگی تا اعتبار آن به نحو مطلق دو سر این دامنه و طیف را تشکیل می دهد. در این میان تفصیل بین قاضی منصوب و قاضی تحکیم نیز وجود دارد که در این مقاله بررسی خواهد شد.

حساسیت و ارزش والای منصب قضاوت در اسلام در کنار مقتضیات و امکانات اجتماعی کشور، افزایش میزان ارتکاب جرایم و افزایش آمار پرونده ها و کمبود قضات مجتهد در قوه قضائیه ضرورت روشنگری بیش تر و دقیق تر را در خصوص این ویژگی نمایان می سازد. چرا که اگر اجتهاد در قاضی شرط باشد، با توجه به ضرورت اجرای حق بر اساس علم و عدالت، عدم رعایت آن ممکن است به ضرر صاحبان دعوا تمام شود. بنا بر این، بررسی دقیق و منظم ادله فقهی موجود درباره اعتبار یا عدم اعتبار اجتهاد در قاضی و گزینش قول موّجه و صحیح اهمیت فراوان دارد.

لازم به ذکر است طرح این مسئله در بین متأخرین و متقدمین از فقها از ضرب آهنگ واحدی تبعیت نمی کند. فقهایی چون صدوقین و شیخ مفید به طور اجمالی به مسئله اجتهاد در قاضی منصوب پرداخته اند و متعرض موضوع قاضی تحکیم نشده اند. شیخ طوسی در الخلاف (۶: ۲۴۱) و المبسوط (۸: ۱۶۴-۱۶۵) اولین کسی است که بحث را بطور مطلق بیان کرده و شهید اول نیز در کتاب الدروس (۲: ۶۶-۶۷) برای اولین بار عنوان قاضی تحکیم را بیان کرده و به طور اجمال به بحث اعتبار اجتهاد در آن پرداخته است.

امروزه نیز تحقیقاتی در زمینه شرایط معتبر در قاضی صورت گرفته است که بیش تر محققان با نگاهی عام و کلی، شرایط و صفات معتبر در قاضی را بررسی کرده اند. در مورد قاضی تحکیم نیز بیش تر به مباحث مربوط به اصل مشروعیت آن پرداخته و به طور اجمالی، اقوال و ادله فقیهان را مطرح کرده اند. این مقاله با بررسی اقوال و ادله فقیهان در صدد پاسخ به این پرسش است که آیا اجتهاد در قاضی، چه قاضی منصوب و چه قاضی تحکیم در عصر حضور یا غیبت شرط است یا خیر؟ مراد از اجتهاد در این مقاله، تلاش فقیه برای تحصیل ظنّ معتبر به احکام شرعی از طریق آگاهی به ادله اربعه است (عاملی، معالم الدین - قسم الأصول ۲۳۸؛ علامه حلی، مبادی الوصول ۲۴۰) چنان که معنای لغوی آن نیز «تلاش همراه با رنج» است. (قرشی، قاموس قرآن ۲: ۷۷؛ راغب

اصفهانی، مفردات ۲۰۸؛ جزری، النهایة ۱: ۳۱۹؛ زبیدی، تاج العروس ۴: ۴۰۷) مراد از قاضی نیز کسی است که با حکم کردن در قضایای شخصیّه و اثبات و استیفای حق یکی از طرفین دعوا که مستحق آن باشد، بین آن دو فصل خصومت می‌کند. (خویی، مبانی تکملة - موسوعه ۴۱: ۳)

این مقاله، ابتدا نظرات فقیهان امامیه را از جهت باورمندی به اعتبار یا عدم اعتبار اجتهاد در قاضی در سه دسته بررسی می‌کند: قائلین به اعتبار مطلق اجتهاد در قاضی؛ قائلین به عدم اعتبار مطلق اجتهاد در قاضی و قائلین به تفصیل بین قاضی منصوب و قاضی تحکیم. در ادامه نیز پس از تبیین نظریه‌های مختلف و نقد ادله هر گروه، قول صحیح که اعتبار اجتهاد در قاضی منصوب و عدم اعتبار آن در قاضی تحکیم است تقویت و به عنوان نظر مختار بیان می‌شود.

طبقه‌بندی ادله و اقوال فقیهان

با بررسی آثار و اقوال فقیهان امامیه مشخص می‌شود آنان از نظر معتبر دانستن یا ندانستن اجتهاد در قاضی به سه طایفه تقسیم می‌شوند. برخی از آن‌ها به طور مطلق قائل به اعتبار اجتهاد در قاضی هستند. برخی نیز اجتهاد را چه در قاضی منصوب و چه در قاضی تحکیم شرط نمی‌دانند. گروهی دیگر از فقیهان قائل به تفصیل هستند به این صورت که در قاضی منصوب، اجتهاد را شرط می‌دانند، اما در قاضی تحکیم شرط نمی‌دانند. در این بخش، آرای این سه طایفه بررسی می‌شود.

طایفه اول: قائلین به اعتبار مطلق اجتهاد در قاضی

بیش‌تر متقدمین و متأخرین از فقیهان قائل به اعتبار اجتهاد در قاضی اعم از قاضی منصوب و قاضی تحکیم هستند. مثلاً شیخ طوسی در مبسوط می‌فرماید: «کسی صلاحیت قضاوت را دارد که دارای عدالت و کمال و اجتهاد باشد.» (۸: ۱۶۴) هم‌چنین محقق حلی در شرایع الاسلام (۴: ۶۰) و علامه حلی در قواعد الاحکام (۳: ۴۱۹) و ارشاد الاذهان (۲: ۱۳۸) هر آن‌چه را در قاضی منصوب شرط باشد، در قاضی تحکیم نیز شرط می‌دانند. هم‌چنین شهید اول و شهید ثانی در دروس، روضه و مسالک، اجتهاد را به طور مطلق در قاضی شرط می‌دانند. از متأخرین نیز بزرگانی هم‌چون آیت‌الله اردبیلی، فاضل هندی، صاحب ریاض، آیت‌الله آشتیانی، آیت‌الله گلپایگانی، مرحوم سبزواری و آیت‌الله سبحانی به شرط بودن اجتهاد در قاضی منصوب و قاضی تحکیم باور دارند.

شیخ طوسی از جمله فقیهانی است که اجتهاد را به طور مطلق در قاضی شرط می‌داند. ایشان در کتاب المبسوط می‌فرماید: «متخصصین باید به قضاوت کسی که صلاحیت قضاوت دارد، تراضی کنند و کسی صلاحیت قضاوت دارد که دارای عدالت و کمال و اجتهاد باشد؛ زیرا طرفین دعوا او را به عنوان قاضی قبول کرده‌اند. پس باید شبیه به قاضی منصوب از طرف امام باشد یعنی این شرایط در قاضی منصوب شرط است و قاضی تحکیم نیز باید دارای این شرایط باشد و فرقی نیست

در آن شهری که به قضاوت او تراضی کرده‌اند، قاضی دیگری نیز باشد یا این که قاضی دیگری جز او نباشد. (۱۶۵:۸) در موضعی دیگر از این کتاب می‌فرماید: «لا ینعقد القضاء لأحد إلا بثلاث شرائط: أن يكون من أهل العلم والعدالة والكمال. وعند قوم بدل كونه عالماً أن يكون من أهل الاجتهاد. و في الناس من أجاز أن يكون القاضي عامياً. والأول هو الصحيح» (۹۹:۸) یعنی قضاوت برای کسی برقرار می‌شود که دارای سه ویژگی علم و عدالت و کمال باشد. گروهی به جای این که بگویند «اهل علم باشد»، گفته‌اند «اهل اجتهاد باشد» و گروهی دیگر نیز جایز دانسته‌اند که قاضی یک فرد عامی باشد. قول اول (یعنی اشتراط اجتهاد) صحیح است.

محقق حلی و علامه حلی از دیگر فقیهانی هستند که اجتهاد را در قاضی منصوب و قاضی تحکیم شرط می‌دانند و می‌فرمایند: «هر آن چه در قاضی منصوب شرط است، در قاضی تحکیم نیز شرط است که یکی از این شرط‌ها اجتهاد است». (محقق حلی، شرائع الإسلام ۶: ۴۰؛ علامه حلی، قواعد الأحكام ۳: ۴۱۹؛ إرشاد الأذهان ۲: ۱۳۸)

صاحب مفتاح الکرامه در شرح کلام علامه حلی که فرموده است: «ولو تراضی خصمان بحکم بعض الرعیة فحکم لزمهما حکمه فی کل الأحکام حتی العقوبات، إذا کان بشرائط القاضي المنصوب عن الإمام» (قواعد الأحکام ۳: ۴۱۹) می‌فرماید: «علامه قضاوت تحکیم را برای کسی که دارای شرایط قاضی منصوب است، جایز می‌داند و دلیل آن، عموم آیات «وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ... فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ... فَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ» (مائده: ۴۴، ۴۵ و ۴۷) و اجماع است»؛ (۲: ۱۰) زیرا، لازمه شناخت «ما أنزل الله» و حکم کردن بر اساس «ما أنزل الله»، داشتن قوه اجتهاد در قاضی منصوب و قاضی تحکیم است.

هم چنین شهید اول جزو قائلین به اعتبار مطلق اجتهاد در قاضی است که در درس می‌فرماید: «یشترط فی القاضي المنصوب البلوغ والعقل والذکورة [...] والاستقلال بالإفتاء بأن یعلم المقدمات السبع، الکلام و الأصول و النحو و اللغة و التصریف و شرائط الحدّ و البرهان.» (الدروس الشرعية ۲: ۶۵) به فرموده ایشان، در قاضی منصوب، شرایطی معتبر است مانند: بلوغ، عقل، ذکوریت و استقلال در فتوا دادن با قوه اجتهاد که از طریق علم به مقدمات هفت‌گانه یادشده حاصل می‌شود. هم چنین در جایی دیگر از این کتاب می‌فرماید: «یشترط [فی قاضی التحکیم] اجتماع الشرائط.» (همان ۶۸) بر اساس این گفته، همه شرایط قضاوت که اجتهاد نیز از جمله آن‌هاست، در قاضی تحکیم شرط است.

بیان شهید ثانی در کتاب شرح لمعه به گونه‌ای است که در معتبر نبودن شرایط قاضی منصوب در قاضی تحکیم ظهور دارد؛ زیرا ایشان در این کتاب می‌فرماید: «ولا بد من الکمال و العدالة و أهلية

الإفتاء والذکورة والكتابة والبصر، إلا في قاضي التحكيم». (۳: ۶۷)

شهید ثانی در روضه، کلام شهید اول را به گونه‌ای تبیین می‌کند که مقتضای کلامشان آن است که حکم قاضی تحکیم بر متخصصین نافذ است، هر چند همه آن شرایط را نداشته باشد. باید گفت مرادشان این نیست که ممکن است قاضی تحکیم همه این شرایط را نداشته باشد، بلکه صفت اجتهاد و دارا بودن شرایط فتواً اجماعاً در قاضی تحکیم شرط است. (۳: ۶۷ - ۷۰) هم چنین ایشان در مسالک می‌فرماید: «و اعلم أن الاتفاق واقع على أن قاضي التحكيم يشترط فيه ما يشترط في القاضي المنصوب من الشرائط التي من جملتها كونه مجتهداً». (۱۳: ۳۳۳) در جایی دیگر از این کتاب در شرح کلام محقق حلی که در باب شرایط قاضی منصوب فرموده است: «و کذا لا یعتقد غیر العالم المستقل بأهلیة الفتوی...»، چنین می‌فرماید: «المراد بالعالم هنا المجتهد في الأحكام الشرعیة. و علی اشتراط ذلك في القاضي إجماع علمائنا». (۱۳: ۳۲۸) بر این اساس، مراد محقق حلی از اشتراط علم در قاضی منصوب این است که وی دارای قوه اجتهاد باشد. دلیل این شرط، وجود اجماع بین علمای امامیه است. پس به نظر شهید ثانی، شرایط قاضی منصوب که یکی از آن‌ها اجتهاد است، در قاضی تحکیم معتبر است و دلیل آن نیز اجماع امامیه است.

از متأخرین نیز مقدس اردبیلی، اجتهاد را به طور مطلق در قاضی شرط می‌داند. ایشان در کتاب مجمع الفایده می‌فرماید: «یشترط كون القاضي عالماً بالحکم والقضاء في حال القضاء مع كونه مجتهداً» (۱۲: ۶). یعنی شرط شده است که قاضی در حالی که مجتهد است، هنگام قضاوت به حکم و قضاوت خود علم داشته باشد. در جایی دیگر می‌فرماید: «لو تراضى الخصمان بواحد من الرعية ان يحکم بينهما بحکم الله و حکم بحکم موافق للحق و نفس الأمر. بشرط اتصافه بشرائط الحکم غیر الاذن، من الاجتهاد والعدالة. صح ذلك الحکم». (۱۲: ۱۷) ایشان هم در قاضی منصوب، اجتهاد را شرط می‌داند و هم صحّت حکم قاضی تحکیم را به داشتن شرایطی از جمله اجتهاد و عدالت مشروط می‌کند. ادله‌ای که برای این ادعا ذکر می‌کند، عبارت است از:

۱. اجماع منقول (همان طور که فاضل هندی در کشف اللثام (۱۰: ۶-۷)، صاحب ریاض در ریاض المسائل (۱۵: ۱۹-۲۰) و سبزواری در مذهب الاحکام (۱۷: ۱۲) به این اجماع اشاره می‌کنند).

۲. آیات

الف) «إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ» (نساء: ۵۸) یعنی «خداوند قاطعانه به شما فرمان می‌دهد که امانت‌ها را به صاحبانش بازگردانید و هنگامی که میان مردم داوری می‌کنید، به عدالت داوری کنید». مراد از «أهل» در این آیه کسی است که واجد شرایط قضاوت است و کسی می‌تواند قضاوت عادلانه داشته باشد که دارای شرایط

قضاوت از جمله شرط اجتهاد باشد.

ب) «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ لِلَّهِ شُهَدَاءَ بِالْقِسْطِ وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَاٰنُ قَوْمٍ عَلَىٰ أَلَّا تَعْدِلُوا» (مائده: ۸) یعنی «ای اهل ایمان، همواره (در همه امور) قیام‌کننده برای خدا و گواهان به عدل و داد باشید. نباید دشمنی با گروهی، شما را بر آن دارد که عدالت نورزید. پس عدالت جاری کنید».

این آیه مقام قضاوت را نیز شامل می‌شود و کسی می‌تواند قضاوت عادلانه داشته باشد که دارای شرایط قضاوت از جمله شرط اجتهاد باشد.

ج) عموم آیات «وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ... فَأُولَٰئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ... فَأُولَٰئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ». (مائده: ۴۴، ۴۵ و ۴۷)

لازمه شناخت «ما أنزل الله» و حکم کردن به «ما أنزل الله»، داشتن قوه اجتهاد است. عموم این آیات هم قاضی منصوب را شامل می‌شود و هم قاضی تحکیم را.

۳. روایات

الف) روایت ابی خدیجه: «قال: قال أبو عبد الله جعفر بن محمد الصادق (عليه السلام): إياكم أن يحاكم بعضكم بعضاً إلى أهل الجور، ولكن انظروا إلى رجل منكم يعلم شيئاً من قضايانا فاجعلوه بينكم، فإنني قد جعلته قاضياً فتحاكموا إليه». (عاملی، وسائل الشیعة ۲۷: ۱۳) در صورتی که این روایت به قاضی تحکیم اختصاص نداشته باشد و مراد از «یعلم شيئاً من قضایانا» اجتهاد باشد و ضعف سندی آن نیز به واسطه موافقت آن با حکم عقل و قول اصحاب جبران شود.

ب) صحیحۃ معاویة بن وهب عن أبي عبد الله (ع) انه قال: «أي قاضي قضى بين اثنين فأخطأ سقط أبعد من السماء» (همان ۱۸: ۱۸) و روایت ابی بصیر قال: «قال أبو جعفر (ع): من حكم في درهمين فأخطأ كفر». (همان)

براین اساس که مراد از خطا، غیر از خطای قاضی بعد از سعی و اجتهادی است که داشته است؛ زیرا صدور چنین خطایی از قاضی اشکال ندارد و مؤید آن، روایت اصبع بن نباته از امیرالمؤمنین علی (ع) است که می‌فرماید: «ان ما أخطأت القضاة في دم أو قطع فهو على بيت مال المسلمين». (همان ۱۸: ۱۶۵) و نیز روایاتی که به گفته آیت الله اردبیلی به حد استفاضه و بلکه به حد تواتر می‌رسند. (مجمع الفائده ۱۲: ۸)

۴. موافقت این شرط با عقل؛ زیرا عقل حکم می‌کند برای جلوگیری از تضییع حقوق متخاصمین باید شخصی بین آن دو حکم کند که توانایی استنباط حکم شرعی از ادله و اصول را داشته باشد. فاضل هندی نیز از جمله کسانی است که وی را از قائلین به اعتبار اجتهاد در قاضی منصوب و

تحکیم می‌توان دانست. ایشان در کتاب کشف اللثام می‌فرماید: «لو تراضی خصمان بحکم بعض الرعیة فحکم بینهما جاز عندنا و إنما یلزم حکمه و لا یجوز نقضه إذا کان بشرائط القاضي المنصوب عن الإمام اتفاقاً» (۱۰: ۶-۷) یعنی نزد امامیه جایز است که طرفین دعوا به قضاوت فردی از مردم توافق کنند و آن فرد بین آن دو حکم کند و زمانی حکم وی به عنوان قاضی تحکیم نافذ است که دارای شرایط قاضی منصوب باشد. که اجتهاد یکی از این شرایط است. و دلیل آن اجماع است.

از دیگر فقیهانی که به طور مطلق قائل به اعتبار اجتهاد در قاضی است، صاحب ریاض است. ایشان می‌فرماید: «لا ینعقد القضاء إلا لمن له شرعاً أهلیة الفتوی کأن یکون مجتهداً مطلقاً.» (۱۵: ۱۰) از نظر صاحب ریاض، کسی صلاحیت قضاوت دارد که اهلیت شرعی برای فتوادادن داشته باشد به این صورت که باید مجتهد مطلق باشد. در جایی دیگر می‌فرماید: «یشترط الحکم فی قاضی التحکیم باستجماع الواحد الذی الیه تحاکما و به تراضیا لجمیع صفات القاضي المنصوب من قبله (ع) و شرائطه، سوی نص من له الولاية بالعموم أو بالخصوص» یعنی شرط حکم کردن در قاضی تحکیم این است که آن شخصی که متخاصمین به قضاوت و حکم کردن او توافق کرده‌اند، واجد همه صفات قاضی منصوب و شرایط آن باشد جز شرط نصب عام یا خاص.

ادله‌ای هم که برای اعتبار اجتهاد در قاضی ذکر می‌کند، عبارتند از: اجماع، نصوصی که دال بر اعتبار علم در صدور فتوا هستند، عمومات کتاب (یونس: ۳۶) و سنت (عاملی، وسائل الشیعه ۲۷: ۳۵) مستفیضه و بلکه متواتره‌ای که انسان را از عمل به ظنّ نهی می‌کنند و بدیهی است بیش تر افرادی که دارای اجتهاد نیستند، بر اساس ظنون خود حکم می‌کنند.

یکی دیگر از متأخرین که او را از قائلین به اعتبار اجتهاد در قاضی منصوب و تحکیم می‌توان دانست، محقق آشتیانی است. ایشان در ضمن توضیح کلام صاحب جواهر می‌فرماید: «ینقطع التحکیم بعد ورود المقبولة و أشباهها من عمومات النصب كما هو واضح. فإن مقتضا عمومات النصب حتی صدر المقبولة، نصب کل واحد ممن اجتمع فیه شرائط النصب.» (کتاب القضاء ۲: ۱۱۶۳-۱۱۶۴)

بر اساس منطوق کلام مرحوم آشتیانی که فرموده است: «فإن مقتضا عمومات النصب [...]»، باید گفت وی اجتهاد را که یکی از شرایط نصب است، در قاضی منصوب معتبر دانسته است. با این وصف، نظری مبنی بر اعتبار اجتهاد در قاضی تحکیم را نیز با یک استدلال شکل اول از لابه لای کلامش می‌توان بیرون کشید؛ زیرا تنها با این استدلال است که می‌توان منقطع بودن قاضی تحکیم را که ادعای ایشان است، مطرح کرد. استدلال به این صورت است:

صغری: قاضی تحکیم باید همه شرایط قضا و نصب را داشته باشد. (ادعای مفروض)

کبری: هر کس همه شرایط قضا و نصب را داشته باشد، قاضی منصوب است. (این کبری عین کلام مرحوم آشتیانی است)

نتیجه: قاضی تحکیم در واقع همان قاضی منصوب است. (این نتیجه عبارت اخرای انقطاع قاضی تحکیم است که در کلام مرحوم سبزواری ذکر شده است)

هم چنین آیت الله گلپایگانی در کتاب القضاء با استناد به شهرت فتوایی، قائل به اعتبار اجتهاد در قاضی منصوب و تحکیم شده است. (۵۸:۱) از متأخرین دیگری که اجتهاد را به طور مطلق در قاضی معتبر می داند، محقق سبزواری است. ایشان یکی از شرایط قاضی منصوب را اجتهاد مطلق می داند و به ادله ای هم چون اصل عدم ترتب اثر به حکم غیر مجتهد، مقبوله عمر بن حنظله، معتبره ابی خدیجه و اهمیت داشتن منصب قضا تمسک می کند (مذهب الأحکام ۲۷: ۴۰) و در موضعی دیگر در مورد قاضی تحکیم می فرماید: «ظاهرهم الاتفاق علی أنه یعتبر فی قاضی التحکیم جمیع ما یعتبر فی مطلق القاضی من الشرائط، التي منها الاجتهاد.» (همان ۲۷: ۱۲) وی با استناد به اجماع امامیه، اجتهاد را در قاضی تحکیم نیز معتبر می داند.

در نهایت، آیت الله سبحانی نیز با استناد به عمومات نفوذ قضای فقیه جامع الشرایط، از قائلین به اعتبار اجتهاد در قاضی به طور مطلق است. ایشان می فرماید: «والحق هو الاشتراط. یعنی اشتراط شرایط قاضی منصوب در قاضی تحکیم - و الدلیل حسب ما استظهرنا من عمومات نفوذ قضاء الفقیه، واضح.» (نظام القضاء و الشهاده ۱: ۱۱۹) از نظر ایشان، هر آن چه در قاضی منصوب شرط است (غیر از شرط نصب)، در قاضی تحکیم نیز شرط است و دلیلش هم این است که عمومات نفوذ قضای فقیه و مجتهد هم قاضی منصوب را شامل می شود و هم قاضی تحکیم را. قضاوت کسی نافذ است که فقیه جامع الشرایط یا مجتهد باشد، خواه در زمان حضور و خواه در زمان غیبت، خواه قاضی منصوب و خواه قاضی تحکیم؛ زیرا احکام و شرایط قضاوت در همه زمان ها واحد است و همه این ها تحت عنوان فقیه داخل هستند. پس ادله شروط در همه آن ها واحد است. هر آن چه در قاضی منصوب شرط است. که یکی از آن ها شرط اجتهاد است. در قاضی تحکیم نیز معتبر است؛ زیرا این شروط، شروط نفوذ قضاوت هستند نه شروط نصب قاضی.

در نتیجه باید گفت که بیش تر فقیهان که اقوال آن ها به تفصیل گذشت، با استناد به ادله اجماع، آیات، روایات، عقل و شهرت فتوایی، اجتهاد را به طور مطلق در قاضی معتبر می دانند.

طایفه دوم: قائلین به اعتبار نداشتن مطلق اجتهاد در قاضی

برخی دیگر از فقیهان بر خلاف نظر گروه پیشین، معیار جواز قضاوت را حکم کردن بر اساس عدالت می دانند، خواه قاضی، مجتهد باشد و خواه مقلد. این جمع از فقیهان به طور مطلق قائل به

اعتبار نداشتن اجتهاد در قاضی شده‌اند. از جمله این فقیهان، صاحب جواهر و از میان معاصرین، آیت‌الله مؤمن قمی هستند که با نقد و ابطال بخشی از ادله گروه سابق، برای قول خود به ادله‌ای هم چون آیات، روایات، قطع، عرف و سیره استناد کرده‌اند.

صاحب جواهر یکی از فقیهانی است که اجتهاد را حتی در قاضی منصوب نیز معتبر نمی‌داند. ایشان می‌فرماید: «أن المدار الحکم بالحق الذی هو عند محمد وأهل بیته (صلوات الله علیهم) و لا ریب فی اندراج من سمع منهم (علیهم السلام) أحكاما خاصة مثلا و حکم فیها بین الناس وإن لم یکن له مرتبة الاجتهاد». (جواهر الکلام ۴۰: ۱۶) به نظر ایشان، معیار و ملاک صحت قضاوت، حکم کردن بر اساس حق است؛ حتی که نزد پیامبر اکرم (ص) و اهل بیت او است. پس قضاوت کسی که مثلا احکام خاصی را از پیامبر اکرم (ص) و اهل بیت او شنیده، صحیح است، هر چند مرتبه اجتهاد نداشته باشد.

به عقیده صاحب جواهر، قضاوت هر مؤمنی که بر اساس حق، عدل و قسط باشد، صحیح است. ادله‌ای که برای این مطلب ذکر می‌کند، عبارتند از:

۱. بر اساس آیاتی هم چون: «وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ» (نساء: ۵۸) و آیه «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ» (نساء: ۱۳۵) و هم چنین مفهوم آیه «وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ» (مائدة: ۴۷) و آیه «وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ» (مائدة: ۴۴)، قضاوت بر اساس عدالت و «ما أنزل الله» لازم شمرده شده است، خواه این قضاوت از طریق اجتهاد باشد و خواه از طریق معتبر دیگری صورت بگیرد. هر کس خلاف این را مرتکب شود، جزو فاسقان و کافران محسوب می‌شود. هر چند به این استدلال می‌توان اشکال کرد که این آیات در مقام بیان روش حکم کردن قاضی و این امر هستند که حکم وی باید به «ما أنزل الله» و همراه با عدل و قسط باشد، نه در مقام بیان شرایط قاضی تا بخواهیم از اطلاق آن‌ها استفاده کنیم و شرط اجتهاد در قاضی را منتفی بدانیم.

۲. بر اساس مضمون روایات، اهل بیت (ع) به شیعیانی که شناختی از احکام آن‌ها داشته باشند، اذن داده‌اند با این احکامی که از طریق قطع یا اجتهاد صحیح یا تقلید صحیح به آن‌ها رسیده است، بین مردم حکم کنند.

۳. سیره رسول خدا (ص) به گونه‌ای بود که افراد غیر مجتهد را نیز به قضاوت بین مردم مأمور می‌کرد.

۴. ادعای اجماعی که برای اعتبار اجتهاد در قاضی شده است، نه تنها محقق نیست، بلکه خلاف این اجماع ثابت است.

۵. احتمال هست که شرط اجتهاد در قاضی از طریق عامه و بر اساس استحسان قییح یا قیاس باطل و ماندن آن در میان امامیه رسوخ کرده باشد. در مجموع، به نظر صاحب جواهر، کسی که ادله و متون را بررسی کند، برایش قطع حاصل می‌شود که ملاک قضاوت، حکم کردن به حق بر اساس احکام اهل بیت (ع) است، خواه آن قاضی، مجتهد باشد یا غیر مجتهد.

آیت‌الله مؤمن قمی از فقیهان معاصر به طور مطلق، فائل به اعتبار نداشتن اجتهاد در قاضی است و در مبانی تحریر الوسیله می‌فرماید: «أَنَّ المعيار و الملاك في جواز القضاء هو عرفان أحكامهم فلا يعتبر سوى العلم بهذه الأحكام وإن كان عن تقليد.» (۶۶) به عقیده ایشان، ملاک در جواز قضاوت، شناخت احکام اهل بیت (ع) است و چیزی جز علم به این احکام شرط نیست، هر چند این علم از طریق تقلید حاصل شده باشد؛ زیرا از یک طرف، مرتکز عرفی در باب قضا این است که چیزی بیش تر از علم به قوانین قضاوت و احکامی که طبق آن‌ها قضاوت می‌شود، نیاز نیست. از طرف دیگر، در روایت معتبره از ابی خدیجه^۱، به طور مطلق، علم به حلال و حرام و علم به قوانین قضاوت (چه این علم از طریق اجتهاد باشد و چه از طریقی دیگر) معتبر دانسته شده است. ممکن است کسی بگوید که مقبوله عمر بن حنظله^۲ در مورد خصوص مجتهد وارد شده است؛ زیرا مجتهد است که احادیث و روایات معصومین را روایت و در حلال و حرام وارد شده از ایشان دقت می‌کند و احکام آن‌ها را می‌شناسد. بعید نیست که بگوییم ملاک در جواز قضاوت، شناخت احکام اهل بیت (ع) است و روایت کردن حدیث و دقت در آن، طریقی است برای شناخت این احکام. با وجود این احتمال در مقبوله و با توجه به اطلاق دو معتبره ابی خدیجه معلوم می‌شود که مقبوله عمر بن حنظله در اعتبار اجتهاد در قاضی ظهور ندارد. باید گفت که اجماع ادعا شده در مورد اعتبار اجتهاد در قاضی ارزشی ندارد؛ زیرا ممکن است معقد اجماع، اعتبار علم به احکام و قوانین قضاوت باشد نه اعتبار اجتهاد در قاضی.

۱. الف) قال الصادق (ع): إتيكم أن يحاكم بعضكم بعضاً إلى أهل الجور، ولكن [...] (عاملی، وسائل الشیعة ۲۷: ۱۳)
ب) قال: بعثني أبو عبد الله (ع) إلى أصحابنا، فقال: قل لهم: إتيكم إذا وقعت بينكم خصومة أو تدارى في شيء من الأخذ والعطاء، أن تحاكموا إلى أحد من هؤلاء الفساق، اجعلوا بينكم رجلاً قد عرف حلالنا وحرامنا؛ فإني قد جعلته عليكم قاضياً، وإتيكم أن يخاصم بعضكم بعضاً إلى السلطان الجائر. (عاملی، وسائل الشیعة ۲۷: ۱۳۹)
۲. عَنْ عُمَرَ بْنِ حَنْظَلَةَ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع فِي حَدِيثٍ طَوِيلٍ فِي رَجُلَيْنِ مِنْ أَصْحَابِنَا بَيْنَهُمَا مَنَازَعَةٌ فِي دِينٍ أَوْ مِيرَاثٍ قَالَ يَنْظُرَانِ إِلَى مَنْ كَانَ مِنْكُمْ قَدْ رَوَى حَدِيثَنَا وَنَظَرَ فِي حَلَالِنَا وَحَرَامِنَا وَعَرَفَ أَحْكَامَنَا فَلْيَبْرِضُوا بِهِ حَكْمًا فَإِنِّي قَدْ جَعَلْتُهُ عَلَيْكُمْ حَاكِمًا فَإِذَا حَكَمَ بِحُكْمِنَا فَلَمْ يَقْبَلْهُ مِنْهُ فَإِنَّمَا اسْتَحَفَّ بِحُكْمِ اللَّهِ وَ عَلَيْنَا رَدُّ وَ الرَّأْيُ عَلَيْنَا الرَّأْيُ عَلَى اللَّهِ وَ هُوَ عَلَى حَدِّ الشَّرِكِ بِإِثْمِهِ. (عاملی، وسائل الشیعة ۱: ۳۴).

بنابراین، باید گفت که فقیهان یادشده بر خلاف قول بسیاری دیگر از فقیهان که دست کم، اجتهاد را در قاضی منصوب معتبر می‌دانند، به طور کلی، قائل به ضرورت نداشتن اجتهاد در قاضی شده و ملاک قضاوت را حکم کردن بر اساس حق و عدل دانسته‌اند.

طایفه سوم: قائلین به تفصیل

از مطالب گذشته معلوم شد که به نظر مشهور فقیهان، اجتهاد به طور مطلق در قاضی شرط است. البته فقیهانی دیگر نیز وجود دارند که با نظر مشهور مخالفت کرده‌اند. گروهی از فقیهان، اجتهاد را در قاضی منصوب معتبر می‌دانند، اما آن را در قاضی تحکیم شرط نمی‌دانند. شیخ انصاری از فقیهانی است که با استناد به اجماعات منقول و روایات، اجتهاد را در قاضی منصوب شرط می‌داند بر خلاف قاضی تحکیم. سید خوبی نیز از طرفداران این نظریه است که برای قول خود، به اطلاق آیات و روایات استدلال می‌کند. از دیگر قائلین به تفصیل، آیت‌الله موسوی اردبیلی است که برای نفی اعتبار اجتهاد در قاضی تحکیم، به سیره موجود در زمان معصومین (ع) استدلال می‌کند. آیت‌الله تبریزی نیز اجتهاد را به نحو تجزی در قاضی منصوب شرط می‌داند بر خلاف قاضی تحکیم که صرف علم داشتن به حکم واقعه را در آن کافی می‌داند. آیت‌الله خلخالی فقیه دیگری است که لازمه اعتبار اجتهاد در قاضی تحکیم را انکار وجود قاضی تحکیم می‌داند.

شیخ اعظم در کتاب القضاء و الشهادات می‌فرماید: «یشترط فی القاضی العلم بما یتصدی له من القضاء، علما ناشئا عن الأدلة المتعارفة، أعني: الكتاب و السنة و العقل.» (۲۹) ایشان در قاضی منصوب، علمی را شرط می‌داند که از کتاب و سنت و عقل سرچشمه می‌گیرد و به عبارتی، اجتهاد را در قضاوت معتبر می‌داند. ادله‌ای که برای این مطلب اقامه می‌کند، عبارتند از:

۱. روایات: روایاتی که دال بر حصر منصب قضا در نبی و وصی دارند، (عاملی، وسائل الشیعه ۸: ۱۸) روایت «رجل قضی بالحق و هو یعلم» (همان، ۱۱) و روایات مربوط به نصب فقیهان برای قضاوت (همان ۴ و ۹۵ و ۹۹) و دیگر روایات.

۲. اجماعات منقول به ویژه اجماع منقول از جانب فیض کاشانی (مفاتیح الشرائع ۳: ۲۴۶) که در بیش تر موارد به اجماعات اعتنایی نمی‌کند.

هم چنین شیخ انصاری در جایی دیگری می‌فرماید: «أنا لم نجد مستندا لاعتبار تلك الشروط (یعنی شروطی که در قاضی منصوب معتبر است) فی قاضی التحکیم.» (القضاء و الشهادات ۴۷) به نظر ایشان، دلیل معتبری بر اعتبار شرایط قاضی منصوب از جمله شرط اجتهاد در قاضی تحکیم وجود ندارد.

محقق خوبی نیز اجتهاد را فقط در قاضی منصوب شرط می‌داند. ایشان در مبانی تکمله

می فرماید: «القاضي على نوعين: القاضي المنصوب وقاضي التحكيم. أما القاضي المنصوب، فيعتبر فيه الاجتهاد بخلاف ولا إشكال بين الأصحاب. وأما قاضي التحكيم، فالصحيح أنه لا يعتبر فيه الاجتهاد خلافاً للمشهور» (۸: ۴۱) یعنی قاضی بر دو نوع است: قاضی منصوب و قاضی تحکیم. هیچ اختلاف و اشکالی بین فقیهان نیست که اجتهاد در قاضی منصوب معتبر است، اما در قاضی تحکیم بنا بر قول صحیح باید گفت که اجتهاد در آن شرط نیست، بر خلاف نظر مشهور که اجتهاد را در هر دو شرط می داند.

سید خوبی در ردّ کسانی که اجتهاد را در قاضی منصوب شرط نمی دانند، این گونه استدلال می کند که از یک طرف، چون حفظ نظام متوقف بر قضاوت است، باید آن را از واجبات کفایی دانست. از طرف دیگر، اصل، عدم نفوذ حکم کسی بر دیگری است. به یقین، آن چه از این اصل خارج است، تنها حکم مجتهد است. در عمل به خلاف اصل، به قدر متیقن اکتفا می شود. برای اثبات اعتبار نداشتن اجتهاد در قاضی منصوب نمی توان به روایت «وَأَمَّا الْحَوَادِثُ الْوَاقِعَةُ فَارْجِعُوا فِيهَا إِلَى رِوَاةِ أَحَادِيثِنَا، فَإِنَّهُمْ حَجَّتِي عَلَيْكُمْ، وَ أَنَا حِجَّةُ اللَّهِ» (عاملی، وسائل الشیعة ۲۷: ۱۴۰) استدلال کرد؛ زیرا این روایت ضعف سندی دارد. از نظر دلالتی نیز باید گفت غیر مجتهد را شامل نمی شود. هم چنین نمی توان برای اثبات آن به روایت ابی خدیجه (همان ۲۷: ۱۳) تمسک جست که پیش تر گذشت؛ زیرا این روایت به قاضی تحکیم اختصاص دارد نه قاضی منصوب. شاهد آن هم این است که در این روایت، جمله «فإني قد جعلته قاضياً» متفرع بر جمله «فاجعلوه بینکم» است. در واقع، امام (ع)، کسی را که خود مردم به عنوان قاضی پذیرفته اند، در منصب قضاوت جعل کرده که همان قاضی تحکیم است.

سید خوبی ادله ای را برای اثبات اعتبار نداشتن اجتهاد در قاضی تحکیم ذکر می کند که عبارتند از:

۱. اطلاق آیات: از جمله در آیه «إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ» (نساء: ۵۸) آمده است: «خدا قاطعانه به شما فرمان می دهد که امانت ها را به صاحبانش بازگردانید و هنگامی که میان مردم داوری می کنید، به عدالت داوری کنید.» در این آیه، «حکمتکم» اطلاق دارد و شامل حاکم مجتهد و غیر مجتهد می شود.

۲. معتبره ابی خدیجه (که آیت الله خوبی آن را صحیحه می داند): «قال: قال أبو عبد الله جعفر بن محمد الصادق (ع): إياكم أن يحاكم بعضكم بعضاً إلى أهل الجور، ولكن انظروا إلى رجل منكم يعلم شيئاً من قضايانا فاجعلوه بينكم، فإنني قد جعلته قاضياً فتحاكموا إليه.» (عاملی، وسائل الشیعة ۲۷: ۱۳) در این روایت آمده است: «مبادا برای قضاوت نزد اهل جور و ستم بروید، بلکه دقت کنید

که از بین خودتان چه کسی هست که چیزی از احکام و قضایای ما را می‌داند. پس همان شخص را به عنوان قاضی بین خود قرار دهید؛ زیرا من او را قاضی قرار داده‌ام. پس برای قضاوت نزد او بروید». دلالت این صحیحیه بر مدعی به این صورت است که همان طور که گذشت، این حدیث به قاضی تحکیم اختصاص دارد. افزون بر آن، مراد از «یعلم شیئاً من قضایانا»، علم به احکام و قضایای خصومات است نه علم به همه احکام اهل بیت (ع). در نتیجه، جایز است طرفین دعوا شکایت خود را نزد کسی ببرند که چیزی از احکام و قضایای اهل بیت (ع) را می‌داند، هر چند مجتهد و عارف به بسیاری از احکام نباشد.

۳. اطلاق صحیحیه حلبی: «قال: قلت لأبي عبدالله (ع): ربّما كان بين الرجلين من أصحابنا المنازعة في الشيء فيتراضيان برجلٍ منا. فقال: ليس هو ذاك، إنّما هو الذي يجبر الناس على حكمه بالسيف والسطو.» (همان ۲۷: ۱۵) در این روایت آمده است: «به امام صادق (ع) گفتم: گاهی بین دو نفر از اصحاب ما منازعه صورت می‌گیرد و آن‌ها به قضاوت مردی از خودمان توافق و تراضی می‌کنند. [نظر شما در مورد این مسئله چیست؟] امام صادق (ع) فرمود: این قاضی، قاضی مذموم نیست، بلکه قاضی مذموم کسی است که با زور شمشیر و شلاق، مردم را به پذیرش حکمش مجبور می‌کند.» بنا بر اطلاق این روایت، قضاوت قاضی تحکیم هر چند مجتهد هم نباشد، مذموم نیست و مهم آن است که قضاوت وی با زور و تحکم همراه نباشد.

مرحوم موسوی اردبیلی با محقق خویی هم نظر است. به نظر ایشان، منصب قضاوت اولاً و بالذات به خداوند و رسول خدا (ص) و امامان معصوم (ع) اختصاص دارد و ثبوت آن برای غیر به دلیل خاص نیاز دارد و ادله نیز فقط قضاوت فقیه مجتهد را معتبر می‌دانند. پس اصل، عدم نفوذ قضاوت غیر است مگر کسانی که دارای قدرت اجتهاد هستند. مقتضای احتیاط عقلی و شرعی در دماء و اعراض و اموال نیز عدم نفوذ حکم غیر مجتهد است، به ویژه قضاوت در محاکم عالیّه و مسائل مستحدثه‌ای که در قوانین مدوّنه مطرح نشده‌اند و حکم کردن در آن‌ها به استنباط اجتهادی نیاز دارد. (فقه القضاء ۱: ۸۰)

ایشان در جایی دیگر از کتاب فقه القضا (۱: ۱۲۷) نیز ادعا می‌کند که قائلین به اعتبار شرایط قاضی منصوب در قاضی تحکیم، دلیل خاصی برای قول خود اقامه نکرده‌اند. ادله‌ای هم که ذکر کرده‌اند، کافی و صحیح نیستند. به نظر مرحوم موسوی اردبیلی، همین که قاضی تحکیم توانایی اقامه عدل و فصل خصومت بین طرفین دعوا را داشته باشد، کافی است. وی شاهد این مطلب را سیره موجود در زمان صدر اسلام و بعد از آن می‌داند که با وجود حضور معصوم (ع) در میان مردم، افراد در امر قضاوت به انسان‌های معتمد و صالح رجوع و به رأی آن‌ها عمل می‌کردند. هم چنین

مقبوله عمر بن حنظله و معتبره ابی خدیجه را نیز بر ادعای خود حمل می‌کند. مرحوم تبریزی از دیگر قائلین به تفصیل بین قاضی منصوب و قاضی تحکیم است. وی در کتاب اسس القضاء ابتدا به بحث قاضی تحکیم می‌پردازد و می‌فرماید: «وهذا القاضي یعنی قاضی تحکیم. یعتبر علمه بالقضاء و قوانینه فی تلك الواقعة.» (۱۱) بدیهی است که علم اعم مطلق از اجتهاد است و از این‌که مرحوم تبریزی مجرّد علم را به طور مطلق، شرط معتبر در قاضی دانسته و بین علم اجتهادی و علم غیر اجتهادی تفصیل نداده است، می‌توان فهمید که ایشان اجتهاد را در قاضی تحکیم شرط نمی‌داند؛ زیرا اولاً ایشان در مقام بیان شرایط معتبر در قاضی تحکیم بوده است. ثانیاً اگر علم اجتهادی را در قاضی تحکیم شرط می‌دانست، حتماً باید آن را بیان می‌کرد. حال که چنین بیانی نداشته است، از اطلاق کلام وی می‌توان نتیجه گرفت که از نظر تبریزی، اجتهاد در قاضی تحکیم شرط نیست و برای اثبات معتبر بودن مجرد علم در قاضی تحکیم به روایت ابی عبیده^۱ استدلال می‌کند.

ایشان در ادامه، ابتدا کلام صاحب شرایع را مبنی بر اعتبار اجتهاد در قاضی منصوب ذکر می‌کند و می‌فرماید که ظاهر کلام وی بر اعتبار اجتهاد مطلق در قاضی منصوب دلالت دارد: «یعتبر فی القاضي کونه عالماً بالقضاء، و ظاهر الماتن اعتبار کونه مستقلاً بالفتوی، و لا یتحقق الاستقلال بها إلا بالاجتهاد المطلق.» (أسس القضاء و الشهادة ۱۷) در ادامه نظر خودش را چنین بیان می‌کند: «ثم إنّه یکفی فی القاضي فی واقعة علمه بحکمها، و لو بنحو التجزی فی الاجتهاد، فلا یعتبر الاجتهاد المطلق، لصدق ماورد فی معتبره ابی خدیجة و مقبولة عمر بن حنظله علیه، فإنّ العلم بالأحكام المتعارف فی ذلك الزمان و عرفانه بها و النظر فیها کان بوصول الخطابات الشرعية إلى الشخص و عرفانه مدلیها بمقدار یعتدّ بها، و هذا أقل مراتب الاجتهاد.» (همان ۲۶)

باید گفت ایشان بر خلاف ظاهر کلام صاحب شرایع، اجتهاد مطلق را در قاضی منصوب شرط نمی‌داند و علمی را که از طریق تجزی در اجتهاد حاصل شده باشد، کافی می‌داند. وی برای این مطلب به روایاتی مانند معتبره ابی خدیجه (عاملی، وسائل الشیعه ۳: ۲۷) و مقبوله عمر بن حنظله (عاملی، وسائل الشیعه ۳: ۱) استناد می‌کند؛ زیرا آن‌چه در این روایات معتبر شمرده شده، علم به احکام و عرفان آن‌ها و نظر کردن در آن‌هاست. این موارد از طریق وصول خطابات شرعی به شخص و حصول شناخت معتدّ به نسبت به مدلول‌های این خطابات توسط خود آن شخص

۱. قال: «قال ابو جعفر (ع): من أفتی الناس بغير علم و لاهدی من الله لعنته ملائكة الرحمة و ملائكة العذاب و و لحقه وزر من عمل یقتیاه.» (عاملی، وسائل الشیعة ۱: ۹۰).

محقق می‌شود و این پایین‌ترین مرتبه اجتهاد است.

صدر کلام مرحوم آیت الله تبریزی که فرموده است: «ثمَّ إِنَّهُ يَكْفِي فِي الْقَاضِي فِي وَاقِعَةِ عِلْمِهِ بِحُكْمِهَا»، بر نفی اعتبار اجتهاد و کفایت علم به حکم واقع دلاله دارد، اما با توجه به قید «و لو بنحو التجزي في الاجتهاد» برداشت می‌شود که ایشان علمی را که از طریق تجزی در اجتهاد حاصل شده باشد، در قاضی منصوب شرط می‌داند نه علمی که تعبداً و از طریق تقلید به دست آمده است. شاهد این مطلب هم ذیل کلام ایشان است که فرموده است: «و استظهار جواز القضاء لمن تعبد بفهم الغير من تلك الخطابات والروايات وإن صدق عليه أنه تعلم الأحكام من ذلك الغير مشکل جداً، لانصرفهما إلى ما إذا كان التعلم بنحو المعهود في ذلك الزمان» (اسس القضاء ۲۶). ایشان علمی را که از طریق تقلید به دست آمده است، در قاضی منصوب کافی نمی‌داند، بلکه علمی را که به شیوه معهود و از طریق اجتهاد حاصل شده است، لازم می‌داند.

آیت الله خلخالی هم اجتهاد را در قاضی منصوب شرط می‌داند بر خلاف قاضی تحکیم. به نظر ایشان، هیچ آیه و روایتی - نسبت به شرایط قاضی منصوب - در دست نیست که عموم یا اطلاق آن شامل غیر مجتهد نیز باشد تا بتوان در نفی لزوم اجتهاد در قاضی منصوب بر آن تکیه کرد، بلکه روایاتی از قبیل مقبوله عمر بن حنظله و معتبره ابی خدیجه که بحث آن گذشت، کاملاً بر لزوم شرط اجتهاد در قاضی منصوب دلالت می‌کنند.

ایشان در مورد قاضی تحکیم نیز می‌فرماید: «قاضی تحکیم از این جهت که با رضایت طرفین انتخاب شده است، شرایط کم‌تری در او در نظر گرفته می‌شود و متقابلاً اعتبار و رسمیت او نیز از اعتبار قاضی منصوب کم‌تر خواهد بود. پس اجتهاد در او شرط نیست و به اجازه فقیه نیاز ندارد و متقابلاً نمی‌تواند اجرای حدود کند». (حاکمیت در اسلام یا ولایت فقیه ۳۰۱)

آیت الله خلخالی معتقد است هر چند جمعی از علما و شاید بیش تر آن‌ها وجود تمام شرایط قاضی منصوب از جمله «اجتهاد» را در قاضی تحکیم نیز ضروری دانسته‌اند، این سخن در حقیقت به انکار وجود قاضی تحکیم می‌انجامد؛ زیرا کسی که فقیه و مجتهد است، خود، قاضی منصوب به نصب عام است و دیگر به حکمیت و انتخاب طرفین نیازی ندارد و انتخاب طرفین به او رسمیت زایدی نمی‌دهد. حال آن‌که بحث ما در قضاوت کسی است که به انتخاب متخاصمین تعیین شده است و مرتبه فقاهت نداشته باشد.

بنابراین شیخ انصاری، سید خوبی و مرحوم تبریزی به همراه آیات موسوی اردبیلی و خلخالی با استناد به ادله یادشده، در این مسئله بین قاضی منصوب و قاضی تحکیم تفصیل می‌دهند و اجتهاد را فقط در قاضی منصوب شرط می‌دانند. به نظر می‌رسد قول این جمع از فقیهان که اجتهاد

رادرقاضی منصوب معتبر می‌دانند، اما آن رادرقاضی تحکیم شرط نمی‌دانند، صحیح باشد؛ زیرا با توجه به آیات (نساء: ۵۸، یونس: ۳۶، مائده: ۴۴، ۴۵ و ۴۷) و روایاتی مانند: مقبوله عمر بن حنظله (عاملی، وسائل الشیعة ۱: ۳۴)، معتبره ابی خدیجه (همان ۲۷: ۱۳۹)، صحیحہ سلیمان بن خالد (همان ۲۷: ۱۷)، توقیع مروی از امام زمان (ع) (همان ۲۷: ۱۴۰)، روایاتی که دال بر حصر منصب قضا در نبی و وصی دارند (همان ۱۸: ۷) و روایات مربوط به نصب فقیهان که در ابواب صفات قاضی در کتاب وسائل الشیعه بدان اشاره شده است و ادله صریح و صحیحی مثل اصل عدم نفوذ حکم کسی بر دیگری مگر کسی که مجتهد است، احتیاط در دماء و اعراض و اموال و اجامعات محکی از کثیری از فقیهان که گذشت، نمی‌توان منکر اعتبار اجتهاد در قاضی منصوب شد. علاوه بر این، باید گفت اکثر قریب به اتفاق فقیهانی که قائل به اعتبار اجتهاد در قاضی تحکیم هستند، به اجماع اتکا کرده‌اند، در حالی که چنین اجماعی اعتبار ندارد؛ زیرا اولاً اجماع یا محصل است که هو غیر حاصل یا منقول است که هو غیر قابل. ثانیاً این اجماع، اجماع مدرکی یادست کم، محتمل المدرکی است و چنین اجماعی بی اعتبار است. ثالثاً این اجماع، تام نیست؛ زیرا همان طور که گذشت، این مسئله مخالفان زیادی دارد. هم چنین روایاتی که برای اثبات این قول به آن‌ها استدلال شده است، ضعف سندی یا دلالی دارند. آیاتی که به اطلاق آن‌ها تمسک شده است، در مقام بیان شرایط قاضی نیستند تا بخواهیم از آن‌ها اطلاق‌گیری کنیم و این شرایط را به قاضی تحکیم نیز تعمیم دهیم، بلکه در مقام بیان روش حکم کردن قاضی مثل حکم به عدل و انصاف و «بما انزل الله» هستند. این که چه کسی و با چه شرایطی می‌تواند حکم کند، بحث دیگری است که این آیات در مقام بیان آن‌ها نیستند. وقتی طرفین دعوا با آزادی اراده، شخصی را برای قضاوت بین خود انتخاب می‌کنند و به حکم و قضاوت وی رضایت می‌دهند، به حکم عقل درمی‌یابیم آن شخص صلاحیت قضاوت در بین آن‌ها را دارد، هر چند مجتهد نباشد. سیره و بنای عقلا نیز مؤید این مطلب است؛ زیرا عقلا در نزاع‌هایی که بین آن‌ها صورت می‌گیرد، معمولاً به افراد معتمد و باتقوا رجوع می‌کنند و برای حل نزاع خود لازم نمی‌دانند که حتماً به مجتهد رجوع کنند. این که در زمان پیامبر اکرم (ص) و صحابه نیز چنین رویه‌ای مرسوم بوده و نهی نشده، کاشف از موافقت شارع با بنای عقلانی یاد شده است.

نتیجه

با بررسی آثار و اقوال فقیهان امامیه مشخص می‌شود آنان از نظر اعتبار داشتن یا نداشتن اجتهاد در قاضی به سه طایفه تقسیم می‌شوند. طایفه اول، مشهور فقیهان از جمله شیخ طوسی، محقق حلی، علامه حلی، شهیدین، مرحوم اردبیلی، فاضل هندی، صاحب ریاض، مرحوم آشتیانی، مرحوم گلپایگانی، مرحوم سبزواری، مرحوم تبریزی و آیت الله سبحانی هستند که اجتهاد را به طور

مطلق در قاضی منصوب و تحکیم شرط می‌دانند. طایفه دوم کسانی هستند که به طور مطلق، اجتهاد را چه در قاضی منصوب و چه در قاضی تحکیم معتبر نمی‌دانند. صاحب جواهر و آیت‌الله مؤمن قمی از قائلین به این نظریه‌اند. طایفه سوم، جمعی از فقیهان از جمله شیخ انصاری، محقق خوبی، آیت‌الله موسوی اردبیلی و آیت‌الله خلخالی هستند که بین قاضی منصوب و قاضی تحکیم تفصیل می‌دهند، به طوری که اجتهاد را فقط در قاضی منصوب معتبر می‌دانند بر خلاف قاضی تحکیم. به نظر می‌رسد ادله گروه اخیر، قوی‌تر و دقیق‌تر از دو گروه قبل باشد.

فهرست منابع

۱. ابن اثیر جززی، مبارک بن محمد، النهاية في غريب الحديث و الأثر، قم: مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، چاپ اول، ۱۳۶۷ ه.ش.
۲. اردبیلی، احمد بن محمد، مجمع الفائدة و البرهان في شرح إرشاد الأذهان، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۰۳ ه.ق.
۳. انصاری دزفولی، مرتضی بن محمدامین، القضاء و الشهادات، قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، چاپ اول، ۱۴۱۵ ه.ق.
۴. آشتیانی، میرزا محمدحسن بن جعفر، کتاب القضاء، قم: انتشارات زهیر و کنگره علامه آشتیانی، چاپ اول، ۱۴۲۵ ه.ق.
۵. تبریزی، جواد بن علی، أسس القضاء و الشهادة، قم: دفتر مؤلف، چاپ اول، بی تا
۶. حرّ عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعة، قم: مؤسسه آل البيت عليه السلام، چاپ اول، ۱۴۰۹ ه.ق.
۷. حسینی زبیدی، سید محمدمرتضی، تاج العروس من جواهر القاموس، بیروت: دار الفکر للطباعة و النشر و التوزیع، چاپ اول، ۱۴۱۴ ه.ق.
۸. حسینی عاملی، سید جواد بن محمد، مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة، بیروت: دار إحياء التراث العربي، چاپ اول، بی تا
۹. راغب اصفهانی، حسین بن محمد، مفردات ألفاظ القرآن، لبنان - سوریه: دار العلم - الدار الشامیة، چاپ اول، ۱۴۱۲ ه.ق.
۱۰. سبحانی تبریزی، جعفر، نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، قم: مؤسسه امام صادق (ع)، ۱۴۱۸ ه.ق.
۱۱. سبزواری، سید عبدالعلی، مهذب الأحكام، قم: مؤسسه المنار و دفتر حضرت آیت الله سبزواری، چاپ چهارم، ۱۴۱۳ ه.ق.
۱۲. طباطبایی حائری، سید علی بن محمد، ریاض المسائل في تحقیق الأحكام بالدلائل، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام، قم: چاپ اول، ۱۴۱۸ ه.ق.
۱۳. طوسی، ابو جعفر محمد بن حسن، الخلاف، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۰۷ ه.ق.
۱۴. طوسی، ابو جعفر محمد بن حسن، المبسوط في فقه الإمامیة، تهران: المكتبة المرتضویة لإحياء الآثار الجعفریة، چاپ سوم، ۱۳۸۷ ه.ق.

١٥. عاملی (شهید اول)، محمد بن مکی، الدروس الشرعية في فقه الإمامية، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسين حوزه علمیه قم، چاپ دوم، ١٤١٧ هـ.ق.
١٦. عاملی (شهید ثانی)، زين الدين بن علی، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، قم: كتاب فروشی داوری، چاپ اول، ١٤١٠ هـ.ق.
١٧. _____، مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام، قم: مؤسسة المعارف الإسلامية، چاپ اول، ١٤١٣ هـ.ق.
١٨. عاملی، جمال الدين حسن بن زين الدين، الاجتهاد و التقليد (معالم الدين قسم الأصول)، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسين حوزه علمیه قم، چاپ نهم، بی تا.
١٩. علامه حلّی، حسن بن یوسف بن مطهر، إرشاد الأذهان إلى أحكام الإيمان، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسين حوزه علمیه قم، چاپ اول، ١٤١٠ هـ.ق.
٢٠. _____، الاجتهاد و التقليد (مبادئ الوصول إلى علم الأصول)، قم: المطبعة العلمية، چاپ اول، ١٤٠٤ هـ.ق.
٢١. علامه حلّی، حسن بن یوسف بن مطهر، قواعد الأحكام في معرفة الحلال والحرام، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسين حوزه علمیه قم، چاپ اول، ١٤١٣ هـ.ق.
٢٢. فاضل هندی اصفهانی، محمد بن حسن، كشف اللثام والإبهام عن قواعد الأحكام، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسين حوزه علمیه قم، چاپ اول، ١٤١٦ هـ.ق.
٢٣. فیض کاشانی، محمد محسن بن شاه مرتضی، مفاتيح الشرائع، قم: انتشارات كتاب خانه آیت الله مرعشی نجفی، چاپ اول، بی تا.
٢٤. قرشی، سید علی اکبر، قاموس قرآن، تهران: دارالکتب الإسلامية، چاپ ششم، ١٤١٢ هـ.ق.
٢٥. قمی، محمد مؤمن، مباني تحرير الوسيلة. القضاء والشهادات، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، چاپ اول، ١٤٢٢ هـ.ق.
٢٦. محقق حلّی، نجم الدين جعفر بن حسن، شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام، قم: مؤسسه اسماعیلیان، چاپ دوم، ١٤٠٨ هـ.ق.
٢٧. موسوی اردبیلی، سید عبد الكريم، فقه القضاء، قم: جامعه المفید مؤسسه النشر، چاپ دوم، ١٤٢٣ هـ.ق.
٢٨. موسوی خلخالی، سید محمد مهدی، حاکمیت در اسلام یا ولایت فقیه، ترجمه: جعفر الهادی، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسين حوزه علمیه قم، چاپ اول،

۱۴۲۲ هـ.ق.

۲۹. موسوی خویی، سید ابوالقاسم، مبانی تکملة المنهاج، قم: مؤسسه إحياء آثار الإمام الخوئي، چاپ اول، ۱۴۲۲ هـ.ق.

۳۰. موسوی گلپایگانی، سید محمدرضا، کتاب القضاء، قم: دار القرآن الکریم، چاپ اول، ۱۴۱۳ هـ.ق.

۳۱. نجفی، محمدحسن، جواهر الکلام في شرح شرائع الإسلام، بیروت: إحياء التراث العربي، چاپ هفتم، ۱۴۰۴ هـ.ق.

رسائل

مجله علمی دانش پژوهان مرکز آموزش های تخصصی فقه

شماره ۵ و ۶، زمستان ۱۳۹۴ و بهار ۱۳۹۵

صفحات ۸۳ تا ۱۲۴

مهدي ارجمند شيخ احمد*

Fagatkhoda313@gmail.com

حکم رشوه در غیر قضا و مستندات آن از دیدگاه فقه امامیه

چکیده

حرمت فی الجمله رشوه دهی و رشوه ستانی و زیان های جدی آن در ساختار اداری و اقتصادی ایجاب می کند انواع آن به صورت دقیق بررسی شود. رشوه دهی و رشوه ستانی به باب قضا منحصر نیست و در موردهای دیگر هم مطرح است. در غیر باب قضا، دو دیدگاه حرمت مطلق و حرمت مشروط قابل بررسی است. هواداران دیدگاه اول با تمسک به برخی آیات و روایت مشهور پیامبر اکرم (ص) و اجماع قائل به حرمت مطلق و طرفداران دیدگاه دوم نیز با تمسک به ظهور روایت امام رضا (ع)، اجماع و تنقیح مناط قائل به حرمت رشوه دهی و رشوه ستانی به صورت مشروط شده اند. در این مقاله ضمن بررسی ادله طرفین، در نهایت، قول حرمت مشروط رشوه دهی و رشوه ستانی در باب غیر قضا ترجیح داده شده است.

کلیدواژگان

رشوه، رشوه ستانی در غیر قضا، هدیه قاضی، ارتزاق از بیت المال.

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

مقدمه

«رشوه» از جمله عنوان‌هایی است که ماهیت آن در تعریف اهل لغت و فقیهان جای بررسی بیشتر دارد و بیش تر فقیهان با توجه به نوع برداشت خود از معنای آن و با تأکید بر رویکرد فقهی خویش آن را تعریف کرده‌اند. این ابهام و نوع برداشت آن‌ها در فتوای فقهی آن‌ها نیز بی‌اثر نبوده است. با این حال، باید دانست رشوه‌دهی و رشوه‌ستانی به هر معنی که تفسیر شود، تسالم مسلمین بر حرمت رشوه در باب قضا مسلم است و بیش تر فقیهان، رشوه را در فقه بر همین معنا حمل کرده‌اند. در این میان، با تتبع در کتاب‌های بزرگان قدما و متأخرین این نکته قابل توجه است که چرا در بیش تر موارد، قدما به موضوع «حکم رشوه در باب غیر قضا» توجه چندانی نکرده و اگر هم توجه داشته‌اند، مطالب قابل توجهی بیان نکرده‌اند. آنان با صرف تمسک به چند ادله از جمله روایت مشهور پیامبر اکرم (ص) در باب سحت بودن رشوه و هم‌چنین برخی روایات که رشوه گرفتن را کفر عملی به خدا می‌دانند و برخی ادله دیگر که ذیلاً بحث خواهد شد، به صورت مطلق به حرمت رشوه فتوا داده‌اند. در مقابل، فقیهان متأخر با درایت در منابع و ادله فقهی و تنقیح مناط برخی آیات و روایت از جمله روایت محمد بن مسلم از امام صادق (ع) به صورت مستدل و واضح و مفصل این فرع فقهی را بررسی کرده و به صورت مشروط و نه مطلق به حرمت فتوا داده‌اند.

رشوه‌دهی و رشوه‌ستانی در اداره‌های دولتی یکی از موضوع‌های فراگیر در جامعه ما به شمار می‌رود که سبب پای‌مال شدن بسیاری از حقوق شهروندان و بدبینی نسبت به نظام حاکمیتی می‌شود. به همین دلیل، مسئله اصلی این نوشتار، بررسی حکم و مستندات رشوه‌ستانی در غیر قضا از دیدگاه فقه امامیه است. پرسش‌های فرعی پژوهش نیز این است که در مفهوم رشوه بین لغویان چند نظر وجود دارد؟ روش استفاده فقیهان متقدم و متأخر از ادله وارده در این باب چگونه است؟ قائلین به تعمیم معنای رشوه چه کسانی هستند؟ آیا تمامی استدلال‌های وارد شده قابل نقد است؟ در مفهوم رشوه در بین فقها اختلاف نظر وجود دارد و بر مبنای این اختلاف حکم رشوه در غیر قضا به وضوح قابل تحلیل نیست. در این مقاله با استفاده از دسته‌بندی انظار فقها در مفهوم رشوه به تحلیل نظریات فقهی در حکم رشوه در غیر قضا پرداخته می‌شود. این روش کار در تحقیقات قبلی کمتر مشاهده شده است.

۱. ماهیت رشوه

الف) رشوه در لغت

دو دیدگاه درباره معنای رشوه وجود دارد:

دیدگاه اول: در لغت‌نامه قاموس، «رشوه» به معنای جعل آمده که ممکن است «ال» وارد شده

بر رشوه بر عهد ذهنی دلالت کند که در این صورت، جعل در باب قضا خواهد بود: «الرشوة - مثلثة .: الجعل ج رشی [...] و الرشاء ككساء: الحبل كالرشاء بالكسر.» (فیروزآبادی، القاموس المحيط ۳: ۶۹) علاوه بر این، از ظاهر عبارت کتاب صحاح در مفهوم «رشوه» استفاده می‌شود که «رشوه» را در باب قضا می‌داند؛ چون از لفظ «الرشوة معروفة» استفاده کرده است: «الرشاء: الحبل والجمع أرشبية و الرشوة معروفة و الرشوة بالضم مثله و الجمع رشا و رشا.» (جوهری، الصحاح ۶: ۲۳۵۷)

دیدگاه دوم به نظر می‌رسد مصباح المنیر «رشوه» را اعم از باب قضا و غیر قضا می‌داند؛ چون از عبارت «الحاکم و غیره» استفاده کرده است و غیر حاکم می‌تواند هر کسی را در هر نهادی شامل شود: «الرشوة بالكسر: ما يعطيه الشخص الحاکم و غیره ليحکم له أو يحمله علی ما يريد [...] و الرشاء: الحبل و الجمع أرشبية مثل كساء و أكسية.» (فیومی ۲۲۸) علاوه بر این، ابن اثیر در النهایه این دیدگاه را بسط داده است. به نظر می‌رسد ایشان نیز معنای «رشوه» را اعم از باب قضا و غیر قضا می‌داند؛ چون در تعریف رشوه گفته است: «[...] الرشوة: الوصلة إلى الحاجة بالمصانعة، وأصله من الرشاء الذي يتوصل به إلى الماء [...] فأما ما يعطى توصلًا إلى أخذ حق أو دفع ظلم فغير داخل فيه. روي أنّ ابن مسعود أخذ بأرض الحبشة في شيء فأعطى دينارين حتى خلى سبيله، وروي عن جماعة من أئمة التابعين قالوا: لا بأس أن يصانع الرجل عن نفسه و ماله إذا خاف الظلم.» (۲: ۲۲۶) با توجه به عبارت «الوصلة إلى الحاجة بالمصانعة» می‌توان استفاده کرد که رشوه عبارت است از این که کسی با تبانی و پرداخت چیزی، به خواسته خود برسد. این تعریف هم شامل مورد قضاوت می‌شود و هم شامل غیر آن یعنی رشوه در اداره‌ها و مراکز دیگر. زمخشری در اساس البلاغه، رشوه را با صراحت به معنای اعم گرفته است و آن را شامل هر آن چیزی می‌داند که به حاکم و غیر حاکم داده می‌شود تا به سبب آن به خواسته خود برسد: «الرشوة بكسر، ما يعطيه الشخص للحاکم و غیره ليحکم له أو يحمله علی ما يريد.» (۲۳۳)

بنا بر آن چه گفته شد، می‌توان برداشت کرد که معنی لغوی «رشوه» از نظر شمول معنایی مختص به یک باب - و آن هم قضا - نیست، بلکه غیر باب قضا را نیز شامل شود. به عبارت دیگر، معنی رشوه آن چیزی را که یک شخص به عنوان مال یا غیر مال به حاکم و غیر حاکم و کارگزاران دولتی می‌دهد، در بر می‌گیرد.

ب) رشوه در فقه

واژه «رشوه» از واژگانی است که حقیقت آن در فقه به روشنی مشخص نشده است. آیت‌الله خوبی در کتاب مصباح الفقاهه می‌نویسد: «لم نجد نصا من طرق الخاصة و من طرق العامة يحقق موضوع الرشوة، و يبيّن حقيقتها [...] فلا بد في تحقيق مفهومها من الرجوع الى العرف و اللغة و

کلمات الأصحاب. (۱: ۲۶۲) ایشان برای تحدید معنای «رشوه»، چاره کار را رجوع به عرف و لغت و کلمات اصحاب می‌داند. آیت‌الله گلپایگانی نیز به این امر متعرض شده است و کلمات اصحاب و لغویین را در تحدید معنا و موضوع رشوه مضطرب می‌داند: «الكلام في موضوع الرشوة و کلمات الأصحاب من الفقهاء و اللغویین في ذلك مضطربة [...]». (کتاب القضاء ۱: ۲۳۴)

شاید بتوان ادعا کرد که علت ذکر تعریف‌های فقهی مختلف برای رشوه، برداشت‌های مختلف فقیهان از معنای آن است. بعضی از فقیهان با تتبع در معنای رشوه در فقه مجموعاً معنای آن را در پنج مورد خلاصه کرده‌اند. در این مورد، محقق ایروانی در حاشیه خود بر مکاسب بدین امر متعرض شده است و می‌فرماید: «مجموع احتمالات معنی الرشوة خمسة: مطلق الجعل المندرج فيه أجرة الأجراء و الجعل على القضاء و تصدي فصل الخصومة، و الجعل على الحكم بالواقع لنفسه كان أو غيره، و الجعل على الحكم لنفسه حقاً كان أو باطلاً، و الجعل على الحكم بالباطل [...]». (۱: ۲۶)

با توجه به این احتمالات، فقیهان هنگام تعریف «رشوه» به دو دسته تقسیم می‌شوند: دیدگاه اول: برخی فقیهان ادعا کرده‌اند رشوه مالی است که برای حکم به قاضی داده می‌شود، هر چند به عنوان جُعل یا اجرت باشد. (شهید اول، الدروس الشرعية ۳: ۱۷۲؛ محقق کرکی، جامع المقاصد ۴: ۳۶-۳۷) علاوه بر این، برخی دیگر، رشوه را به معنای مال بذل شده به قاضی به شرط حکم به باطل یا خودداری از حکم به حق دانسته‌اند. (اردبیلی، مجمع الفائدة و البرهان ۱۲: ۴۹؛ شهید ثانی، مسالك الأفهام ۱۳: ۴۲۲) صاحب مفتاح الكرامه نیز معنای رشوه را مالی می‌داند که به قاضی داده می‌شود تا وی به نفع صاحب مال حکم کند؛ به حق باشد یا به ناحق. (۱۲: ۳۲۱) صاحب عروة نیز رشوه را به همین معنی تفسیر و ادعای کند رشوه عبارت است از چیزی که به قاضی بذل می‌شود تا وی به نفع بذل‌کننده به باطل حکم کند یا به نفع او حکم کند، اعم از آن که حق باشد یا ناحق یا شیوه جدل با طرف مقابل را به او بیاموزد تا بروی چیره شود، خواه مبدول از سنخ مال باشد یا عمل مانند دوختن لباس قاضی یا گفتار مثل ستودن قاضی یا انجام دادن کاری از کارهای وی مانند برآوردن نیازی از نیازهای او. (تکملة العروة الوثقی ۲: ۲۲)

دیدگاه دوم: در مقابل این دیدگاه، عده‌ای از فقیهان متأخر رشوه را به دادن مال به قاضی مختص و منحصر نمی‌دانند و معنی آن را اعم از دادن مال به قاضی و غیر قاضی می‌دانند. مثلاً مرحوم نراقی می‌گوید رشوه مالی است که در ازای جلب منفعت یا دفع ضرر به کسی داده می‌شود. (مستند الشیعة ۱۷: ۷۰)

محقق خوبی نیز آن را مختص قاضی نمی‌داند و می‌گوید رشوه عبارت است از مالی که کسی برای احقاق حق یا پیشبرد باطل یا چاپلوسی یا دست‌یابی به خواسته خود یا درازای عملی که نزد

عرف و عقلا رایگان است و بر اساس حسّ تعاون و هم‌یاری انجام می‌شود، به دیگری می‌دهد. (مصباح الفقاهة ۱: ۲۶۳) مرحوم گلپایگانی نیز با بیانی دیگر، همین قول را صحیح می‌داند و ادعا می‌کند رشوه چیزی است که به قاضی، والی یا کارگزار حکومت در ازای عملی می‌دهند که بر او واجب است اعم از این که مال باشد یا غیر مال. (کتاب القضاء ۱: ۲۴۰)

بنا بر آن چه گفته شد، می‌توان ادعا کرد هر یک از این تعریف‌ها به خودی خود از نظر جامعیت و مانعیت محاسن و معایبی دارند. شاید بتوان گفت تعریف‌های بعضی از فقیهان، که معنای رشوه را به مالی اختصاص داده‌اند که به قاضی بذل می‌شود نه غیر قاضی. به نوع استفاده آنان از لسان آیات و روایات برمی‌گردد. البته با دقت در روایت وارد شده و نوع استفاده آن‌ها از این روایات می‌توان تعریفی ارائه داد که جامع همه تعریف‌ها بوده و حداقل نقص را داشته باشد. با این رویکرد، تعریف مرحوم گلپایگانی را نسبت به دیگر تعریف‌ها می‌توان تقویت کرد؛ چون ظهور بعضی از روایات به گونه‌ای است که شمول معنای رشوه را نمی‌توان به حکم - در باب قضا - مختص دانست و حرمت این اخبار غیر حکم - باب غیر قضا - را نیز شامل می‌شود. پس باید گفت رشوه، دادن مطلق مال اعم از عین و منفعت، به قاضی یا والی یا کارگزاران دولتی برای پیشبرد اهداف راشی است اعم از این که این کار یا اهداف، مشروع باشد یا نامشروع.

۲. حکم رشوه در غیر قضاوت

بعد از مشخص شدن دایره شمول معنای لغوی و اصطلاحی رشوه، اقوال و ادله این موضوع، بررسی و مختار در مسئله بیان خواهد شد. با توجه به تتبع صورت گرفته در روایات و آیات در مورد موضوع حکم رشوه در باب غیر قضا باید قائل به تفصیل شد و آن را از دو نظر - حرمت و جواز - بررسی کرد. این بخش از بحث در دو مورد احکام تکلیفی بررسی و نقد می‌شود:

الف) حرمت دریافت

دیدگاه فقیهان در این مسئله به دو دسته تقسیم می‌شود:

دیدگاه اول - حرمت رشوه به صورت مطلق

ظاهر عبارت شیخ طوسی در المبسوط این است که حرمت رشوه را مخصوص قاضی نمی‌داند، بلکه آن را به غیر آن - یعنی کارگزارانی که به امور مسلمانان رسیدگی می‌کنند - تسری می‌دهد و

۱. «فقد روی الشيخ الصدوق عن الأصعب ابن نباتة عن أمير المؤمنين عليه السلام أنه قال: «أیما وال احتجب عن حوائج الناس احتجب الله عنه يوم القيامة و عن حوائجه، و ان أخذ هدية كان غلولا، و ان أخذ الرشوة فهو مشرك». فهل تقيد إطلاق الرواية بالروایات المقيدة أو أن ظهورها أب عن التقييد؟ الظاهر هو الثاني، و «حوائج الناس» یعم غیر الاحکام كما لا یخفى». (گلپایگانی، کتاب القضاء ۱: ۲۳۶).

رشوه‌ستانی را برای کارگزاران مسلمانان حرام می‌داند: «و القاضی بین المسلمین و العامل علیهم یحرم علی کل واحد منهم الرشوة؛ رشوه‌ستانی برای کسی که بین مسلمانان قضاوت می‌کند و کسی که کارگزار آن‌هاست، حرام است.» (۱: ۱۵۱) ابن ادریس نیز در السرائر عین عبارت شیخ را نقل کرده است؛ ایشان هم حرمت رشوه‌ستانی را مخصوص قاضی نمی‌داند و آن را به کارگزاران مسلمانان تسری داده است: «و القاضی بین المسلمین و الحاکم و العامل علیهم یحرم علی کل واحد منهم الرشوة [...] إلى آخر ما نقلناه عن الشيخ بنصه.» (۲: ۱۶۶) دلیل ایشان نیز روایت مشهور پیامبر اکرم (ص) است که هم راشی و هم مرتشی را لعنت می‌کند: «لعن الله الراشي و المرتشي في الحكم؛ خداوند هم رشوه‌دهنده و هم رشوه‌گیرنده را در مورد حکم لعنت کند.» (عوالی اللئالی العزیزیه: ۱: ۲۶۶)

هم‌چنین شهید ثانی در مسالک، حرمت رشوه را اعم از باب قضا و غیر آن می‌داند و با تمسک به اجماع مسلمانان می‌فرماید اگر کارگزاران مسلمانان در مقابل عمل به کاری که وظیفه‌شان، انجام دادن آن عمل است، رشوه دریافت کنند، به اجماع و اتفاق مسلمانان حرام است: «اتَّفَق المسلمون علی تحريم الرشوة علی القاضی و العامل.» (۳: ۴۱۹) ایشان علاوه بر تمسک به اجماع، قول به حرمت مطلق را به حدیث شریف پیامبر اکرم (ص): «لعن الله الراشي و المرتشي في الحكم» و حدیث امام صادق (ع): «الرشا في الحكم هو الكفر بالله تعالی» مستند می‌کند. (همان ۳: ۴۱۹)

در نقد دلیل ایشان می‌توان گفت:

۱. روایت مشهور پیامبر اکرم (ص) اخص از مدعاست؛ چون روایتی را که بدان استناد می‌کند، فقط رشوه در حکم را شامل می‌شود. در لسان نبی اعظم (ص) افراد مورد لعن قرار گرفته فقط راشی برای تغییر حکم و مرتشی در حکم دادن را شامل می‌شود که متبادر از آن، قاضی است. با توجه به این اشکال نمی‌توان حرمت رشوه در باب غیر قضا را از دلیل یادشده استفاده کرد و آن را به غیر قاضی تسری داد.

۲. حدیث دوم نیز در مقام بیان رشوه در مورد حکم در باب قضاست و به حرمت رشوه در باب غیر قضا هیچ اشاره‌ای ندارد.

۳. در مورد اجماع باید گفت اجماع مسلمانان مخصوص حرمت رشوه‌ستانی در باب قضاست نه غیر قضا؛ چون در بخش دیدگاه دوم، نظرهای مخالف وجود دارد که این توسعه در اجماع را مخدوش خواهد کرد. بنابراین، به نظر می‌رسد ادله از اثبات حرمت رشوه در باب غیر قضا قاصر باشند.

دیدگاه دوم - حرمت رشوه به صورت مشروط

۱. صاحب ریاض، رشوه را در باب قضا به طور قطع حرام می‌داند، ولی با تأمل در ادله مورد استشهاد و توضیحی که ایشان در ذیل روایت مورد استشهاد بیان می‌کند، می‌توان گفت ایشان رشوه در باب غیر قضا را نه به صورت مطلق، بلکه به صورت تفصیلی از طرف رشوه‌گیرنده حرام می‌داند؛ چون در ابتدای سخن خود، حرمت رشوه را مخصوص حکم می‌داند و دلیل حرمت آن را با ذکر چند نمونه از دلیل که ذکر می‌شود. اجماعی می‌داند. در ادامه، هنگام استشهاد به یک روایت که در مقام بیان حکم باب غیر قضاست. حرمت آن را به باب غیر قضا نیز تسری می‌دهد: «وأخذ الرُّشَا بضم أوّله و كسره مقصوراً، جمع رشوة بهما في الحكم بالإجماع، كما في كلام جماعة و النصوص المستفيضة، في بعضها أنّها سحت، وفي عدّة منها: أنّها الكفر بالله العظيم، وفيها الصحيح والموثق وغيرهما؛ رشوه ستانی بالاجماع در مورد باب قضا حرام است و علاوه بر اجماع، در برخی روایات و نصوص مستفیضة از رشوه ستانی به سحت تعبیر شده و در برخی دیگر، از آن به کفر عملی به خداوند متعال یاد شده است. روایات باب از نظر سند صحیحاً وارد شده است و هم موثقاً هم غیر آن.» (۸: ۱۸۱) وی در جایی دیگر می‌فرماید: «[...] الخامسة: بذل الرشوة وأخذها على الحكم حرام بالإجماع والسنة؛ رشوه دادن و رشوه گرفتن بر قضا، اجماعاً و سنتاً حرام است.» (۲: ۳۹۳)

همان طور که ملاحظه می‌شود، سید چند دلیل را به عنوان نمونه ذکر می‌کند که همه این ادله صریح در مدعای خود است که همان حرمت رشوه در باب قضا باشد. در ادامه، ایشان به روایتی استناد می‌کند که مورد روایت مربوط به باب غیر حکم است و رشوه ستانی را در باب غیر قضا از سوی رشوه‌گیرنده حرام می‌داند. با این توضیح که در روایت آمده، ایشان قائل به تفصیل در مطلب شده است و حرمت رشوه را در باب غیر قضا مخصوص رشوه‌گیرنده می‌داند نه رشوه‌دهنده و دلیل خود را این گونه بیان می‌کند: «در هر صورت، رشوه دادن یا گرفتن از هر دو طرف راشی و مرتشی حرام است. وجه حرمت رشوه ستانی از سوی رشوه‌گیرنده که مشخص است، ولی در مورد رشوه‌دهنده باید گفت او نیز به گناه و ظلم کمک کرده است مگر این که رشوه‌دهنده صاحب حق باشد و برای رسیدن به حق چاره‌ای جز رشوه دادن نداشته باشد. در این صورت، رشوه دادن او جایز است: [...] یأثم الدافع لها أيضاً؛ لأنه إغانة على الإثم والعدوان، إلا إذا لم يمكن الوصول إلى الحق بدونها، فيجوز الدفع حينئذٍ، فإنّ الضرورات تبيح المحظورات [...] نعم يحرم على المدفوع اليه مطلقاً؛ رشوه‌دهنده نیز با رشوه دادن گناه کرده است به این دلیل که او نیز بر گناه و عدوان کمک کرده است مگر این که رشوه را از روی ناچاری داده باشد تا با آن به حق مشروع خود برسد که در این صورت، دادن رشوه مانع ندارد و حرام نیست؛ چون طبق قاعده «الضرورات تبيح المحظورات» عمل کرده است.» (۸: ۱۸۲) دلیل ایشان بر مدعای خود، روایت محمد بن مسلم است که می‌گوید: «از امام صادق (ع) درباره

مردی پرسیدم که به شخصی رشوه می‌دهد تا جایش را تغییر دهد. آن گاه خودش در آن مکان ساکن می‌شود. حکمش چیست؟ حضرت فرمود: اشکالی ندارد.^۱ این روایت با صراحت، حرمت رشوه دادن در باب غیر قضا رانفی می‌کند و آن را بدون اشکال دانسته است. هم‌چنین منع رشوه را از نظر صاحب ریاض و صاحب عروه تعمیم می‌دهد. این مطلب را از ظهور عبارت «لا بأس» در جواب حضرت می‌توان فهمید.

در بررسی نظر صاحب ریاض باید گفت که به نظر می‌رسد روایت در مقام بیان جواز رشوه‌ستانی باشد نه حرمت آن که به بحث ما مربوط می‌شود. تفصیلی که صاحب ریاض قائل شده است، وارد نیست؛ زیرا روایت مطلق است و وجهی ندارد که ما جواز رشوه گرفتن را به رشوه‌دهنده مقید کنیم نه رشوه‌گیرنده. افزون بر آن، برداشت ایشان از روایت مخصوص به جایی است که رشوه‌دهنده برای رسیدن به حق خود چاره‌ای جز رشوه دادن نداشته باشد. این در حالی است که این خلاف ظاهر روایت است؛ چون با کوچک‌ترین تأمل در معنای روایت اصلاً رشوه‌دهنده در مورد روایت حقی نسبت به مکان مورد نظر در روایت ندارد تا با دادن رشوه به حق خود برسد. به عبارت واضح‌تر، مراد صاحب ریاض در مورد جواز رشوه دادن مخصوص جایی است که مورد حق متعلق به رشوه‌دهنده باشد که با ندادن آن، حق او پای مال شود، در حالی که در روایت، مورد حق متعلق به رشوه‌گیرنده است نه رشوه‌دهنده. در نتیجه، ادله صاحب ریاض نیز قاصر از اثبات مدعای ایشان است و به آن نمی‌توان استشهد کرد.

۲. صاحب عروه با صراحت از حرمت رشوه در باب غیر قضا دفاع کرده است و آن را مخصوص باب قضا نمی‌داند. البته حرمت آن را به جایی مقید می‌کند که رشوه دادن باعث ظلم بر کسی دیگر شود مثل این که کسی با دادن رشوه به هر کسی که مسئول و موظف است، حق دیگران را رعایت نکند و به آن‌ها ظلم کند، هر چند این حق ناچیز باشد: «لا تختص الرشوه بما يبذل للقاضي ليحكم له، بل تجرى في غير الحكم أيضاً، كما إذا بذل شيئاً لحاكم العرف أو لظالم أو رئيس ليعينه على ظلم أو غيره من المعاصي، و نحو ذلك فتكون حراماً و لا تختص بالمحرم.» (عروة الوثقى ۳: ۲۳) دلیل ایشان نیز همان روایت صحیح محمد بن مسلم از امام صادق (ع) است.

در بررسی نظر صاحب عروه باید گفت دلیل ایشان، حکم به جواز رشوه را در باب غیر قضا شامل می‌شود. و اشکال آن در نقد قول سوم گذشت. ولی می‌توان ادعا کرد که صاحب عروه با استفاده از

۱. ففي الصحيح عن «رجل يرشو الرجل على أن يتحول من منزلة فيسكنه، قال: لا بأس». (التهذيب ۶: ۳۷۵ و ۱۰۹۵؛ الوسائل ۲۷۸: ۱۷).

این روایت، اصل موضوع تسری دادن حکم رشوه به باب غیرقضا را اثبات کرده است و با استفاده از ادله نهی از ظلم به دیگران و ادله ای مانند منع کمک کردن بر گناه و ظلم به حرمت رشوه دادن در باب غیرقضا در صورت ظلم به دیگران فتوا داده است.

۳. کاشف الغطاء در قسمت مکاسب از کتاب شریف انوار الفقاهة درباره رشوه به صورت تفصیلی بحث کرده است. با این حال، در مورد حکم رشوه در باب غیرقضا مطلب صریح و واضحی نفرموده است. البته از بعضی از عبارات های ایشان می توان چنین برداشت کرد که ایشان حرمت رشوه در باب غیرقضا را به ظلم کردن بر دیگران مشروط کرده است با این توضیح که ایشان متعلقات رشوه را در چندین مورد جاری و ساری می داند و بر همه آنها رشوه اطلاق می کند. وی می فرماید: «گمان می کنم رشوه می تواند در برخی موارد، حلال و در برخی موارد، حرام باشد مثل موردی که طرف رشوه می دهد تا با جلب نظر طرف مقابل با او ازدواج کند یا موردی که طرف برای زنا یا لواط رشوه می دهد یا موردی که طرف برافتا و حکم دادن در باب قضا رشوه می دهد و مواردی از این قبیل که در بعضی صورت ها، رشوه دادن مانع ندارد و در بعضی دیگر حرام است: «و ظنی أنها تكون محرمة و محللة و تكون للحکم و القضاء و تكون للإفتاء و تكون لجلب نصرة الظالم علی المظلوم و بالعکس و تكون للحکم بالحق و تكون للحکم بالباطل و تكون لما هو أعم و تكون لجلب التزویج و تكون لجلب الأموال و تكون لجلب العز و الوقار و تكون لدفع المضار كرشوة الوزراء و الأمراء و تكون بین الزوجین و تكون بین الآخرين و تكون لجلب الحرام كاللواط و الزنا و تكون للاستعانة بالأمر بالمعروف والنهي عن المنکر». (کاشف الغطاء، انوار الفقاهة، کتاب المكاسب، ۸۴)

ایشان در پایان سخنانش، موضوع رشوه را دایر مدار تعریف قرار می دهد که اگر در موردی، این تعریف بر آن صدق کرد، به معنای رشوه است و به مناسبت آن، حکم حلیت و حرمت بر آن بار خواهد شد و آن تعریف این است: «هر کاری است که شخص رشوه دهنده با رشوه دادن مال و غیر مال برای جلب رضایت طرف مقابل به آن متوسل می شود تا اهداف خود را پیش ببرد: بالجملة فهي المصانعة بمال و نحوه لاستجلاب ما یریده من غیره». (همان) البته به این موضوع هم اشاره می کند که در لسان شارع و متشرعه، بلکه در لسان اهل عرف، رشوه فقط مخصوص حکم - باب قضا - به کار می رود، خواه این حکم به حق باشد یا باطل: «المتداول من معناها فی لسان الشارع و المتشرعة بل و أهل العرف أنه ما يعطى للحکم باطلاً أو حقاً». (همان) به نظر می رسد از برخی عبارات های ایشان بتوان چنین استنباط کرد که رشوه در باب غیرقضا را نیز حرام می شمارد با این توضیح که یکی از موارد حرمت رشوه دادن را مخصوص جایی می داند که رشوه دادن برای ظلم کردن بر مظلوم باشد که این ظلم می تواند به روش های مختلف صورت بگیرد. با توجه به اطلاق

کلام ایشان می‌توان چنین برداشت کرد که اگر رشوه دادن، مثلا در اداره‌های دولتی سبب ظلم و حق‌کشی دیگران نشود، اشکال ندارد و جایز است.

۴. برخی دیگر از فقیهان مثل مرحوم گلپایگانی با استناد به چند روایت، ادله حرمت رشوه را به باب غیر قضا تسری داده‌اند. ایشان می‌فرماید: «به صورت کلی، حرمت رشوه در باب حکم برای ابطال حق مقطوع است، بلکه ظاهر آن است که حرمت رشوه مطلق حکم را شامل می‌شود. حال فرقی نمی‌کند که این رشوه در کیفیت حکم اثری داشته باشد یا نداشته باشد، ولی در غیر حکم، آن چه از این دو روایت به دست آمد، حرمت رشوه برای کسی است که برای مسئولیتی که بر او متعیّن و واجب شده است - مالی را دریافت کند.» سخن ایشان چنین است: «[...] و أما في غير الاحكام فان أخبار الرشوة وان كانت واردة في مورد الحكم والاحكام الا أن مقتضى إطلاق بعض تلك الاخبار هو حرمتها في غير الاحكام أيضا». (کتاب القضاء ۱: ۲۳۷)

دلیل ایشان استناد به دو روایت است:

اول: روایتی که صدوق از امام رضا (ع) و ایشان از پدرانشان و امیرالمؤمنین علی (ع) ذیل تفسیر آیه «أَكْالُونَ لِلشُّحِّ» نقل می‌کند که امام علی (ع) آیه را مختص کسانی دانست که حواجج برادر دینی را برطرف می‌کنند و در مقابل از آن هدیه قبول می‌کنند. البته ایشان این روایت را با عبارت «یمكن ان يقال» مختص کسانی می‌داند که موظف به برطرف کردن حواجج مردم هستند و بر آن‌ها واجب است مثل کارمندان نهادهای دولتی.

دوم: روایت منقول از حضرت علی (ع) است که ایشان ضمن برحذر داشتن مردم از برآورده نکردن حواجج یکدیگر از عبارت «حوائج الناس» استفاده کرده است که حواجج مردم اعم از باب قضا و غیر باب قضا است. نتیجه‌گیری ایشان چنین است: «و بالجملة فإن الرشوة في الأحكام لإبطال الحق مقطوع بحرمتها و الظاهر أنها كذلك في مطلق الحكم ان كان البذل بعنوان الرشوة سواء أثر في كيفية الحكم أو لم يؤثر، و أما في غير الاحكام فالمستفاد من الخبرين المذكورين حرمة الأخذ على من كان موظفا بالقيام بالواجبات الموضوعه على عاتقه.» (همان ۱: ۲۳۸) به نظر می‌رسد نوع استفاده ایشان از ادله نزدیک به صواب است و این قول قوی تر است.

۵. در بین معاصران نیز مرحوم فاضل لنکرانی می‌فرماید: «علاوه بر آن چه از بعضی روایات به دست می‌آید، می‌توان گفت که به صورت عرفی نیز از معنای رشوه عمومیت معنی رشوه در ذهن تداعی می‌شود و می‌توان شمول آن را حتی در باب غیر قضا نیز از روایات استفاده کرد.» (تفصیل الشریعة - کتاب القضاء و الشهادات ۱۵: ۳۲) ایشان علاوه بر صحیح محمد بن مسلم از امام صادق (ع) به صحیح مروان از امام صادق (ع) نیز استناد می‌کند و نوع استفاده خود را از این روایت این گونه بیان

می‌کند: «فیشمله مثل قوله (ع) في صحیحة ابن مروان المتقدمة: فأما الرشاء باعمار في الأحكام إلخ. والتعبير بقوله: «في الأحكام» يفيد أمرين: أحدهما: عدم اختصاص الرشوة بباب الأحكام. ثانيهما: النظر إلى الآخذ، وإلا لكان المناسب أن يقول للأحكام لا في الأحكام، وهو لا ينطبق إلا على الرشوة؛ در این روایت، امام فرمود: اما الرشاء فی الاحکام و تعبیر امام به «فی الاحکام» مفید دو مطلب است: اول، اختصاص نداشتن رشوه به باب حکم و دوم، تمرکز نگاه در روایت نسبت به راشی. اگر این دو نکته ما صحیح نبود، امام باید به جای «فی الاحکام» می‌فرمود: «للاحکام» که «لام» در این جار رشوه را مخصوص باب احکام می‌کرد». (همان ۱۵: ۳۲-۳۴)

در بررسی نظرایشان می‌توان گفت همان‌طور که ذکر شد، روایت محمد بن مسلم جواز رشوه را ثابت می‌کند یا حداقل اصل ثبوت حکم در باب غیر قضا را می‌تواند اثبات کند نه حرمت را. بنا بر این، دلیل اول در مقام اصل ثبوت حکم است نه حرمت آن. دلیل دوم نیز به چند دلیل مخدوش است: اول این‌که نوع استفاده ایشان در قسم اول، ادعای بدون دلیل است. دوم این‌که می‌توان گفت دفاع ایشان در مقام پاسخ‌گویی به ادعای خود. مبنی بر این‌که حکم رشوه باب غیر قضا را نیز شامل می‌شود. همان‌مصادره به مطلوب است؛ چون سؤال را با همان سؤال جواب می‌دهد. بنا بر این، ایشان دلیل نوع افاده خود را بیان نمی‌کند. سوم این‌که نوع استفاده ایشان را از عبارت «فی الاحکام [...]» می‌توان تقویت کرد، ولی نوع استظهار ایشان از روایت صرف یک احتمال است که به امام (ع) نسبت داده می‌شود: «وإذا جاء الاحتمال بطل الاستدلال»، در نتیجه، چیزی که از مطلب ایشان می‌توان استفاده کرد، همان اصل ثبوت حکم در باب غیر قضا است نه حرمت آن که محل بحث ما باشد.

۶. آیت‌الله سبحانی می‌فرماید: «زمانی که معنی رشوه آن چیزی است که رشوه‌دهنده به آن متوسل می‌شود به ابطال حق و احیای باطل، وجهی وجود ندارد که ما رشوه را به باب قضا اختصاص بدهیم، بلکه شامل قاضی و حاکم و دیگر کارگزاران دولتی نیز می‌شود، چنان‌که از عبارت ابن ادریس و شیخ طوسی مشخص شد این بزرگواران، حاکم و کارگزاران را به قاضی عطف کردند. از این عطف چیزی جز تعمیم حرمت رشوه فهمیده نمی‌شود، بلکه تمامی کسانی را در بر می‌گیرد که با رشوه گرفتن در صدد احیای باطل و ابطال حق هستند. ملاک اولی در حرمت رشوه در باب غیر قضا ستم دیدن افراد و تزییع حقوق دیگران است: «إذا كانت الرشوة ما يتوصل به إلى ابطال حق أو تمشية باطل، فلا تختص بالقاضي بل تعم الحاکم والعامل وقد عرفت في كلام الشيخ وابن ادریس عطف الحاکم والعامل إلى القاضي بل تعم ما يدفع إلى موظف أو ظالم مقتدر، ليستعين به في محو الحق أو إحياء الباطل، أو الحكم بالحق، بحيث لولاها لما حكم. و هو الظاهر من كلام الزمخشري

حيث قال: «ما يعطيه الشخص للحاكم وغيره ليحكم له، أو يحمله على ما يريد. قلت: حكم الرشوة أن القيود الواردة في الآية، غالبية، وليست لها خصوصية وذلك لأن إبطال الحق، في العصور السابقة و العصر الحاضر، بيد القضاة ولأجل ذلك خص القضاة بالذكر فيكون القيد وارداً مورد الغالب. وأما الروايات فما اقترن فيها الرشاء بالحكم، لا يهدف إلى اختصاصها بالحكم، بل بصدد بيان أن الرشاء في الحكم، كفر بالله أو سحت، أو شرك لأن الرشاء مختص باب الحكم بل الرشاء مفهوم عام وله مصاديق ولكن حرمة قسم منه مؤكدة وهو الرشاء في الحكم، فهو سحت، و كفر بالله، و شرك به.» (نظام القضاء والشهادة ١: ٣٠٣ و ٣٠٤) به نظر می‌رسد دیدگاه ایشان اقوا باشد.

مرحوم موسوی اردبیلی نیز حرمت رشوه در باب غیر قضا را تعمیم داده است. ایشان علاوه بر صحیح محمد بن مسلم که روایتش را آوردم، آن را از باب «اکل مال به باطل» می‌داند. (فقه القضاء: ١: ٤٢٨) آیت الله سیفی ضمن شرح تحریر الوسیله، مطلب را این گونه بیان می‌کند که آن چه از کلمات فقیهان به دست می‌آید، هیچ اختلافی بین فقیهان در حرمت رشوه در باب غیر حکم یا همان غیر قضا نیست. البته این حرمت مشروط به این است که رشوه دادن باعث شود باطلی احقاق و حقی ابطال شود یا به ظلمی یا معصیتی کمک شود: «والمحصّل من کلماتهم أنه لا خلاف بینهم في حرمة الرشوة في غير الحكم إذا كانت لإحقاق باطل أو إبطال حق أو لأجل الإعانة على ظلم أو معصية. وذلك إما لدخوله في عمومات تحريم الرشوة، [...] أو لأنه إعانة على الإثم والظلم.» (دلیل تحریر الوسیله - قسم ولایة الفقیه ٢٣٦) دلیل ایشان نیز در حرمت رشوه در باب غیر قضا، آیه شریفه «اکل مال بالباطل» است. هم چنین اگر کمک به ظلم و معصیت باشد، حرمت آن مسجل و معین است و ظاهر از آیه شریفه «لاتعاونوا علی الإثم» است.

مستندات نظر آیت الله سبحانی و مرحوم موسوی اردبیلی در دو مورد خلاصه می‌شود:

الف) نخست همان آیه «اکل مال بالباطل» است. البته با توضیح و تفسیر و برداشتی که از آیه شریفه می‌کنند، حرمت رشوه را شامل تمامی موارد قضا و غیر قضا نیز می‌دانند.

ب) ملاک در حرمت رشوه، ابطال حق دیگران یا همان حق کشی است. این حق کشی می‌تواند به هر صورت و در هر جا با دادن رشوه اتفاق بیافتد؛ چه در محاکم حقوقی و جزایی باشد و چه در دیگر نهادها. چون در زمان‌های سابق و عصر حاضر نوعاً حق کشی در محاکم اتفاق می‌افتاد و می‌افتد، ابطال حق را به آن مقید کرده‌اند و گرنه محاکم خصوصیتی ندارند و ابطال حق هر جا با رشوه دادن اتفاق بیافتد، حرام است: «فإن قلت: ظاهر الآية، أعني: قوله سبحانه: «وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ وَ تَدُلُّوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِنَأْتِكُمْ قَرِيبًا مِنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَ أَنْتُمْ تَعْلَمُونَ» (بقرة: ١٨٨) اختصاصها بما إذا كان الأخذ حاكماً والمراد منه القاضي فلا يشمل ما إذا دفع شيئاً لغير القاضي،

من سائر الحکام و الموظفين، و الظالمین للاستعانة بهم فيما بیرده، من إبطال الحق، أو تمشیة الباطل و غیرهما». (سبحانی، نظام القضاء ۱: ۳۰۳)

ب) جواز دریافت

با توجه به تفصیل هایی که در بحث ذکر شد، می توان ادعا کرد که اگر رشوه دادن در باب غیر قضا موجب ظلم و ابطال حق دیگران نشود، قطعاً حرام نیست. دلیل آن هم روایت محمد بن مسلم از امام صادق (ع) است که دریافت رشوه را برای عوض کردن مکانش جایز می داند. (کاشف الغطاء، انوار الفقاهه کتاب المکاسب ۸۴؛ حایری، ریاض ۸: ۱۸۱؛ سید یزدی، عروة الوثقی ۳: ۲۳؛ خوبی، مصباح الفقاهة ۱: ۲۶۳؛ گلپایگانی، کتاب القضاء ۱: ۲۳۷؛ لنکرانی، تفصیل الشریعة - کتاب القضاء و الشهادات ۱۵: ۳۲؛ سبحانی، نظام القضاء و الشهادة ۱: ۳۰۳)

نتیجه

با توجه به اقوال و مستندات که در این موضوع نقل شد و با تأکید بر نظر محقق خوبی، از کلام فقیهان، لغوی ها و اهل عرف چنین به دست می آید که رشوه آن چیزی است که شخصی به شخص دیگری دهد تا با آن، حق را احقاق یا باطلی را احیا کند و یا با با نیت تملق یا برای انجام شدن کاری به شخص داده می شود. هم چنین می توان پذیرفت که رشوه در باب غیر قضا اولاً و بالذات حرام نیست. بلکه ثانیاً و بالعرض اگر برای احیای باطل و باطل کردن حقوق مردم باشد و از باب ظلم به مردم، در حرمت آن هیچ شکی نخواهد بود. این حرمت از ضروریات مذهب و حتی دین به شمار می رود.

فهرست منابع

۱. ابن اثیر، مبارک بن محمد، النهاية في غريب الحديث والأثر، قم: موسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، چاپ چهارم، ۱۳۶۷ ه.ش.
۲. اردبیلی، احمد بن محمد، مجمع الفائدة و البرهان في شرح إرشاد الأذهان، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۰۳ ه.ق.
۳. جوهری، اسماعیل بن حماد، الصحاح، بیروت: دارالعلم للملایین، چاپ اول، ۱۴۰۴ ه.ق.
۴. زمخشری، محمود بن عمر، أساس البلاغة، بیروت: دارصادر، چاپ اول، ۱۳۹۹ ه.ق.
۵. سبحانی تبریزی، جعفر، نظام القضاء والشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، قم: مؤسسه امام صادق (ع)، چاپ اول، ۱۴۱۸ ه.ق.
۶. سیفی مازندرانی، علی اکبر، دلیل تحریر الوسيلة. ولاية الفقيه، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، چاپ دوم، ۱۴۲۸ ه.ق.
۷. طباطبایی حائری، سید علی بن محمد، ریاض المسائل، قم: مؤسسه آل البيت (ع)، چاپ اول، ۱۴۱۸ ه.ق.
۸. طباطبایی یزدی، سید محمدکاظم، تکملة العروة الوثقی، قم: کتاب فروشی داوری، چاپ اول، ۱۴۱۴ ه.ق.
۹. عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی، مسالك الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام، قم: مؤسسه المعارف الإسلامية، چاپ اول، ۱۴۱۳ ه.ق.
۱۰. فیروزآبادی، محمد بن یعقوب، القاموس المحيط، بیروت: دارالکتب العلمیه، چاپ اول، ۱۴۱۵ ه.ق.
۱۱. فیومی، احمد بن محمد، المصباح المنیر فی غریب الشرح الكبير للرافعی، قم: موسسه دارالهجره، چاپ دوم، ۱۴۱۴ ه.ق.
۱۲. کاشف الغطاء نجفی، حسن بن جعفر بن خضر، أنوار الفقاهة. کتاب المکاسب، نجف اشرف: مؤسسه کاشف الغطاء، چاپ اول، ۱۴۲۲ ه.ق.
۱۳. موسوی اردبیلی، سید عبدالکریم، فقه القضاء، قم: جامعه المفید، چاپ دوم، ۱۴۲۳ ه.ق.
۱۴. موسوی خوئی، سید ابوالقاسم، مصباح الفقاهة (المکاسب)، قم: موسسه احیاء آثار الامام الخوئی، چاپ دوم، ۱۴۳۰ ه.ق.

۱۵. موسوی گلپایگانی، سید محمدرضا، کتاب القضاء، قم: دار القرآن الکریم، چاپ اول، ۱۴۱۳ هـ.ق.

۱۶. نراقی، مولی احمد بن محمد مهدی، مستند الشیعة فی أحكام الشریعة، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام، چاپ اول، ۱۴۱۵ هـ.ق.

اطلاع رسانی علمی

رسائل

مجله علمی دانش پژوهان مرکز آموزش های تخصصی فقه

شماره ۵ و ۶، زمستان ۱۳۹۴ و بهار ۱۳۹۵

صفحات ۸۳ تا ۱۲۴

حسین حاجی حسینی*

H.hosini64@gmail.com

معرفی مکتب «عدالت ترمیمی» در مقایسه با مکتب «ترمیمی - کیفری» اسلام

اشاره

بررسی مسائل فلسفه فقه و حقوق و مقایسه مکاتب مختلف فقهی و حقوقی از آنجا که می تواند ساختار، اصول و مرزبندی های کلی مکاتب گوناگون را ارائه نماید، در فهم، تحلیل، تصحیح و تولید احکام و قوانین مؤثر است. از جمله ی این مسائل، بررسی رویکرد و نگاه مکاتب مختلف فقهی و حقوقی به مقوله جرم و مجازات است. نوشتار حاضر، بررسی مفاهیم پایه دکترین عدالت ترمیمی و مقایسه آن با مکتب ترمیمی - کیفری اسلام است که علاوه بر تبیین کلی نگاه دو مکتب به مقوله جرم و مجازات، ریشه داری مباحث مربوط به دکترین عدالت ترمیمی در اندیشه حقوقی اسلام را بیان می کند.

مقدمه

تصور ابتدایی افراد در هر جامعه ای، بعد از دستگیری متهم و ثبوت جرم او، مجازات مجرم بوده و این روند در بسیاری از جوامع همچنان ادامه دارد. مکتب های اولیه، همگی مبتنی بر سزادهی بوده اند و از این رو مجازات مجرم را از هنجارهای اجتماعی محسوب می نمودند؛ تا جایی مجازات نشدن مجرم راقبیح می دانستند. این روند تا دهه های پایانی قرن نوزدهم (۱۹۷۷م) ادامه داشت تا اینکه برخی از نظریه پردازان حقوق کیفری دنیا، توجه خود را از مجازات مجرم به سوی ترمیم و اصلاح او معطوف کردند. نتیجه این تغییر نگرش، تحت عنوان مکتبی به نام «عدالت

*دانش پژوه مرکز آموزش های تخصصی فقه و طلبه سطح ۳ حوزه علمیه قم.

ترمیمی» بروز نمود. در واقع این مکتب سعی دارد دغدغه‌ی اصلی خود را بر اصلاح و بازپروری مجرم و همچنین ترمیم بزه‌دیده و نزدیکان او متمرکز کند. روش‌هایی که در این مکتب استفاده می‌شود بیشتر جنبه مشورتی و توافقی داشته و بزه‌کار و بزه‌دیده را در مقابل هم قرار می‌دهد تا هرکدام با توضیح شرایط خود دیگری را به‌طور کامل در جریان مربوط به آن بزه قرار دهد تا اینکه در نهایت با تصمیمی مشترک بتوانند به راه حلی برای جبران خسارت بزه‌دیده و همچنین راه حلی برای اصلاح و بازپروری بزه‌کار برسند.

هرچند در نگاه اول، این روش بسیار نوین و عاقلانه به نظر می‌رسد، حقوق دانان انتقاداتی بر آن وارد کرده‌اند. بنابراین لازم است که دانسته شود این مکتب از چه اصول اساسی برخوردار است و در کنار هم قرار گرفتن چه عناصری این رویکرد را شکل داده است. از این طریق علاوه بر شناخت این مکتب، با بیان انتقادات مطرح شده، کاستی‌هایی واقعی آن نیز روشن گردد. از سوی دیگر چون داعیه‌داران این مکتب بر این باورند که مکتب حقوقی اسلام، از مؤلفه‌های «عدالت ترمیمی» خالی است، در این مقاله سعی شده است تا با کاوش در نظام حقوقی اسلام به این ادعا پاسخ دهد و روشن کند که مکتب اسلام به مؤلفه‌های این مکتب نوظهور توجه داشته است.

در ادامه این مقاله، در مرحله اول اصول بنیادین، عناصر، برنامه‌های برجسته و در نهایت انتقادات وارد بر مکتب عدالت ترمیمی بیان می‌شود. در مرحله دوم اهداف، مبانی، اصول مجازات، قائم مقام‌های کیفر، طبقه‌بندی مجازات‌ها و جنبه‌های ترمیمی مجازات در حقوق موضوعه ایران مطرح می‌گردد. اما قبل از آن لازم است در این مقدمه، مفهوم دو واژه به خوبی روشن شوند:

۱. عدالت ترمیمی (restorative justice) و ۲. عدالت سزادهی (retributive justice).

عدالت ترمیمی فرآیندی است برای درگیرکردن کسانی که در یک جرم خاص دارای سهمی هستند تا به صورت جمعی نسبت به تعیین و توجه به صدمات و زیان‌ها، نیازها و تعهدات جهت التیام و بهبودبخشیدن و راست‌گردانیدن امور به اندازه‌ای که امکان‌پذیر است، اقدام نمایند. (زهر، عدالت ترمیمی ۷۴). در نگاه تونی مارشال انگلیسی، عدالت ترمیمی فرآیندی است که در آن کلیه کسانی که درباره‌ی یک جرم خاص سهمی دارند گرد هم می‌آیند تا به‌طور جمعی درباره‌ی چگونگی برخورد با آثار و نتایج جرم و مشکلات ناشی از آن، برای آینده تصمیم گرفته، راه حلی بیابند. (غلامی، عدالت ترمیمی ۹)

عدالت سزادهی نیز روشی است برای پاسخ به اختلاف، رفتار نامناسب و جرم که با مدیریت اعمال مجازات، درد و رنج بر اشخاص ناقض مقررات یا قوانین، تا آنجا که امکان‌پذیر است به اصلاح امور می‌پردازد. هدف آن اعمال مجازات متناسب به بزه‌کاری است که جرمی را مرتکب شده

بود و بزه‌دیده در آن نقشی جز به عنوان یک شاهد نداشته است. (زهر، عدالت ترمیمی ۱۳۶)

۱- مکتب عدالت ترمیمی

۱-۱- اهداف برنامه‌های عدالت ترمیمی

هوارد زهر در کتاب خود سه هدف را به عنوان اهداف اصلی این مکتب بیان می‌کند:

۱. واگذاری امکان گرفتن مهم‌ترین تصمیمات توسط کسانی که از جرم متأثر شده‌اند.

۲. اجرای عدالتی بیشتر، التیام بخش‌تر، دگرگون‌سازتر و متحول‌کننده‌تر.

۳. در نهایت، کاهش احتمال وقوع جرائم بعدی (زهر، عدالت ترمیمی، ۷۵).

او در ادامه دست‌یابی به چنین اهدافی را مستلزم آن می‌داند که:

اولاً، بزه‌کاران در فرآیند رسیدگی، مشارکت داده شده و نتیجه‌ی حاصل برای آن‌ها رضایت‌بخش

باشد. (مشارکت بزه‌کار در تصمیمات)

ثانیاً، بزه‌کاران درک کنند که چگونه اقدامات آن‌ها دیگران را متأثر نموده و سپس مسئولیت

اعمال ارتكابی خود را بپذیرند. (پذیرش و درک بزه‌کار نسبت به عمل ارتكابی خود)

ثالثاً، نتایج به دست آمده در راستای جبران ضرر و زیان ایجاد شده و همچنین ناظر به علل و

دلایل وقوع جرم باشند. (اخذ تصمیم در جهت جبران ضرر)

رابعاً، هم بزه‌دیده و هم بزه‌کار احساس خاتمه و کفایت موضوع پیدا کنند و در جامعه بازپذیری

ادغام شوند. (احساس رضایت و کفایت بزه‌کار و بزه‌دیده)

۲-۱- اصول بنیادین «عدالت ترمیمی»

اصالت روابط شخصی (personalism): جرم اساساً تعدی و تجاوز به فردی دیگر و روابط میان

افراد است. ویژگی شخصی بودن در عدالت ترمیمی، در مقابل ویژگی فقدان تشخص و بی‌توجهی

به روابط شخصی در عدالت کیفری مبتنی بر سزادهی می‌باشد. در نظام عدالت کیفری سزادهی،

پاسخ به پدیده مجرمانه راقانون و مجریان حرفه‌ای آن تعیین می‌کنند؛ یعنی از آن روکه رابطه‌ی بین

او و دولت نقض شده او را مجازات می‌کنند، نه از باب اینکه به بزه‌دیده خسارت وارد نموده است.

به عبارت دیگر در عدالت کیفری سزادهی، بزه‌دیده اصلی دولت است، نه بزه‌دیده‌ای که خسارت

بر او وارد شده. به همین دلیل واکنش‌های اتخاذی در جهت تأمین حقوق و آزادی‌های دولت

است، نه بزه‌دیده. در نتیجه در سیستم کیفری سنتی، اکثر زیان‌های وارد بر بزه‌دیده - مخصوصاً

زیان‌های معنوی او - بی‌پاسخ می‌ماند. (غلامی، عدالت ترمیمی ۱۵)

جبران (reparation): هدف در عدالت ترمیمی، جبران زیان ناشی از جرم است، نه مجازات

مجرم. در عدالت ترمیمی بعد از وقوع جرم دو پرسش مطرح می‌شود: ۱- چگونه می‌توان آنچه

تخریب شده را دوباره ساخت؟ ۲- برای ساختن مجدد چه باید کرد؟ عده‌ای، جبران خسارت واقعی را جایگزین مناسب مجازات می‌دانند؛ یعنی جبران خسارتی که هم به رفع زیان‌های مادی و هم ترمیم زیان‌های معنوی بزه‌دیده منجر می‌شود. این دسته از حقوق‌دانان، جهت ترمیم نیازهای معنوی، تاکید بسیار زیادی بر سنت‌های بومی و مذهبی دارند؛ سنت‌هایی چون بخشش و... بازپذیری (reintegration): عدالت ترمیمی در جستجوی التیام بخشیدن و حل امور ناصواب است. طرف‌داران عدالت کیفری ترمیمی قائل‌اند که نظام سنتی سزادهی، از این امر مهم غافل بوده‌اند. همچنین قائل‌اند که حبس بزه‌کار، بیشتر باعث انزوای او از جامعه می‌شود؛ حتی در مواردی هم که مجازات‌های جایگزین حبس در نظر گرفته است، به شخصیت خود بزه‌کار توجه نشده است، یعنی باز هم بزه‌کار فرصت ارزیابی رفتاری خود را نداشته و در نهایت احساس ندامت نیز در او ایجاد نمی‌شود.

در عدالت ترمیمی، رابطه بین بزه‌کار و جامعه از آنجا آغاز می‌شود که بزه‌کار درک می‌کند مرتکب اقدامی اشتباه شده و ضرورت دارد آن را جبران کرده و مانند سایر افراد مطیع قانون در جامعه به جایگاه خود برگردد. البته درست است که بزه‌کار خود باید جبران خسارت کند، اما مسئولیت بازپذیر شدن او در اجتماع، تنها خود او نیست؛ بلکه بیشتر بر عهده جامعه و اطرافیان است. جامعه همان‌گونه که بزه‌دیده را کمک می‌کند، بایستی به بزه‌کار نیز کمک کند تا بازپذیر شود. برایت ویت، معتقد است نکته اساسی در بازپذیری بزه‌کار در اجتماع این است که باید بین فعل مجرمانه با هویت و شخصیت بزه‌کار تمییز و تفاوت قائل شد. وی در ادامه کلامی را از ادبیات مسیحی نقل می‌کند که: «از گناه نفرت داشته باشید، اما به گناه‌کار عشق بورزید» تا نجات یابد. (غلامی، عدالت ترمیمی ۱۸)

مشارکت (participation): آرمان مشارکت در اجرای عدالت، جزء ماهیت و تعریف عدالت ترمیمی است. آن چنان که در تعریف مارشال آمده است: «عدالت ترمیمی فرآیندی است که از طریق آن تمامی طرفین با داشتن سهمی در یک جرم خاص، گرد هم می‌آیند تا به طور جمعی در مورد چگونگی مقابله با آثار جرم و نتایج آن برای آینده تصمیم‌گیری کنند.» فرآیندهای عدالت ترمیمی فرصت‌های تبادل اطلاعات، مشارکت، گفت‌وگو و رضایت متقابل بزه‌دیده-بزه‌کار را تا حد اکثر افزایش می‌دهند و نیازها و صلاحیت‌های بزه‌کاران مدنظر قرار می‌گیرد. فرآیندهای اجرای عدالت متعلق به جامعه محلی است. البته تصمیم‌گیری ممکن است به اشکال گوناگونی صورت پذیرد؛ مثل برگزاری نشست‌ها، میانجی‌گری، حلقه‌ها یا محافل و هیئت ترمیمی جامعه محلی. نقطه مشترک همه روش‌های فوق، مشارکت آزادانه بزه‌دیده و بزه‌کار و جامعه محلی است.

در عدالت ترمیمی این اعتقاد وجود دارد که با ملاقات بزه‌دیده و بزه‌کاری می‌توان به نتیجه مطلوبی

رسید. در این روش مثلاً بزه‌کار از احوالی که باعث وقوع جرم شده صحبت می‌کند و ندامت و پشیمانی خود را بیان می‌کند و در مقابل بزه‌دیده نیز می‌تواند با شرح تجربه بزه‌دیدگی خود، راه‌های جبران خسارت و التیام خود را اعلام نمایند و در نهایت به نتایجی برسند.

در بیان نتایج مثبت این نوع عملکرد گفته‌اند که با این روش، بزه‌کار فرصت کمتری برای گریز از مسئولیت پیدا می‌کند. علاوه بر آن، با توجه به رویارویی طرفین، بزه‌کار با دیدن نتیجه عمل ارتكابی خود، احساس مسئولیت بیشتری می‌کند و مطابق با آن احساس جبران بیشتری در او ایجاد می‌شود. دیگر اینکه زمینه ترمیم اجتماع و بازگشت بزه‌دیده به جامعه را نیز فراهم می‌کند.

۳-۱- عناصر عدالت ترمیمی

عدالت ترمیمی به دنبال روابط آسیب دیده بین بزه‌کار، بزه‌دیده و جامعه است؛ از این رو باید دارای مدلی باشد که آن مدل نیز دارای عناصری باشد. این عناصر در عدالت ترمیمی در مقابل عناصری، از عدالت سزادهنده قرار می‌گیرند:

داوطلبانه بودن (voluntary): این عنصر تأکید دارد که هیچ ترس، اجبار و تهدیدی نباید در میان باشد. طرفین دعوا باید با خواست خود در جلسه حاضر شوند. این مشارکت نباید ساختگی و تشریفاتی باشد. در فرآیند عدالت سزادهنده، بزه‌کار داوطلبانه در دادگاه حاضر نمی‌شود و بزه‌دیده نیز نقشی فعال در محاکمه ندارد و گاهی در حد یک شاهد تنزل درجه داده شده و حضوری تصنعی دارد. بنابراین منظور از این عنصر، مشارکت فعال و واقعی بزه‌دیده و شرکت داوطلبانه بزه‌کار در جریان محاکمه است. (شیری، پارادایم‌های عدالت کیفری ۲۳۲)

اظهار حقیقت: در عدالت سزادهنده، بزه‌کار بین بی‌گناهی و تقصیر قرار دارد و تلاش می‌کند با انکار و تکذیب بزه، از کیفرهایی یابد. اما در فرآیند عدالت ترمیمی، بحث بر سر پذیرش گناه‌کاری و اظهار پشیمانی بزه‌کار است. بنابراین پیش شرط در فرآیند عدالت ترمیمی، پذیرش مسئولیت به جای انکار است. لیولاین و هوس در این باره می‌نویسند: «اولین جزء عدالت ترمیمی، گفتن حقیقت است. وجود این عنصر برای ترمیم ضروری است.» البته طبق این عنصر، بزه‌کار، بزه‌دیده، اعضای جامعه محلی - اعم از خانواده، شهود و مطلعان و [...] - باید متعهد به اظهار حقیقت باشند. (شیری، پارادایم‌های عدالت کیفری ۲۳۳)

رودررویی (face to face): مطابق این عنصر، باید بین سهام‌داران فرآیند ترمیمی، رودررویی باشد. یعنی بزه‌کار در مقابل بزه‌دیده می‌نشیند؛ میانجی‌ها، مطلعان و شهود نیز حضور دارند و به نقل ماجرا و حل آن می‌پردازند. آن‌ها تمام تلاش خود را می‌کنند تا به بهترین وجه، به توافق برسند. هدف از این عنصر تلاش برای رسیدن به جبران و ترمیم آسیب‌های ایجاد شده است و این هدف

مدتی پس از این نشست‌ها حاصل می‌شود. (شیری، پارادایم‌های عدالت کیفری ۲۳۴) از این مرحله به بعد، اصلاح روابط بین بزه‌دیده و بزه‌کار آغاز می‌شود و می‌تواند پس از توافق، به جبران و آشتی منجر شود. لیولاین و هوس می‌نویسند: «از طریق این نشست‌ها و رودررویی‌ها، گروه‌ها با یکدیگر رودررو می‌شوند و به داستان‌های یکدیگر گوش می‌دهند و در مورد آن بحث می‌کنند تا حقیقت کشف شود.»

توافق (agreement): عنصر مهم دیگر، جبران آسیب و پاسخ به بزه است. در فرآیند سزادهی، کیفر از طریق توافق به دست نمی‌آید، بلکه براساس قوانین کیفری توسط قاضی و بدون توجه به خواست و توافق بزه‌کار و بزه‌دیده تعیین می‌شود. هرچند ممکن است رأی صادره مورد توافق طرفین باشد، اما نکته این است که براساس توافق آن‌ها نبوده است. بنابراین فرآیند ترمیمی نوعی فرآیند سازشی است، نه تحمیلی. حتی گاهی خود بزه‌کار پیش قدم می‌شود و آمادگی خود را جهت التیام و جبران آسیب‌های وارده اعلام می‌نماید و اگر هم او اعلام نکند، ممکن است یکی از افراد جامعه محلی پیشنهادهایی طرح کند. البته باید توجه داشت که این نوع توافق باید ماهیتی ترمیمی داشته باشد. ماهیت ترمیمی توافق، به این معناست که خریدن یا وعده و وعید بسیار و رشوه‌دادن به بزه‌دیده، برای رسیدن به توافق پسندیده نیست. (شیری، پارادایم‌های عدالت کیفری ۲۳۶)

حمایت (support): ممکن است بزه‌دیده و بزه‌کار در یک فرآیند، دارای قدرت‌های مساوی نباشند. این عدم توازن و تعادل، مانع از تحقق عدالت خواهد شد. ابتداء این تصور به ذهن می‌رسد که بزه‌دیده نیاز به حمایت دارد. هرچند این نگاه در اکثر موارد تصور صحیحی است، با این حال حمایت از بزه‌کار را نیز نباید نادیده گرفت. او نیز باید حمایت شود تا موازنه و تعادل در فرآیند عدالت ایجاد گردد؛ چراکه تا موازنه به وجود نیاید، نمی‌توان کاری انجام داد و این رابطه بزه‌دیده و بزه‌کار و جامعه است که قبل از ترمیم باید توازن داشته باشد. (شیری، پارادایم‌های عدالت کیفری ۲۳۷)

این حمایت‌ها می‌تواند معرفی به پزشک و روان‌شناس، یافتن شغل مناسب برای بزه‌کار و [...] باشد. حمایت از بزه‌دیده نیز مثل تقویت حس امنیت و دادن آرامش روانی به او است. این آسیب‌ها خصوصاً در زنان، اطفال و سال‌خوردگان بسیار مشهود است.

غیرعلنی و محرمانه بودن (confidential): مطابق این عنصر گفت‌وگوهای میان طرفین و اعضای جامعه محلی، محرمانه باقی می‌ماند. اهمیت این عنصر به‌ویژه در موارد بزه اطفال و نوجوانان است که در صورت علنی بودن، راه بازگشت آنان به جامعه دشوار می‌شود؛ زیرا با علنی بودن جلسات بزه‌کار ممکن است احساس آبرورفتگی کند و همین عامل باعث شود تا برای ارتکاب جرائم بعدی جسورتر گردد؛ زیرا او خود را فردی می‌بیند که چیزی برای از دست دادن ندارد و

با این عنصر، بزه‌کار از این کار منع می‌گردد. این امر در مورد خانواده بزه‌کار نیز صادق است و حتی در مورد بزه‌دیده نیز صدق می‌کند؛ چراکه احساس سرخوردگی او در جامعه ممکن است وی را نسبت به بزه‌دیدگی‌های بعدی، ضعیف‌تر نماید. (شیری، پارادایم‌های عدالت کیفری ۲۳۹)

۴-۱- برنامه‌های برجسته عدالت ترمیمی

میانجی‌گری میان بزه‌دیده و بزه‌کار (victim offender mediation): در این روش بزه‌دیده و بزه‌کار از طریق فردی به نام «میانجی» - که اقدام به برنامه‌ریزی، هدایت و تسهیل شرایط دیدار و ملاقات آن‌ها با یکدیگر می‌کند- با هم روبرو می‌شوند. در این رویارویی و ملاقات‌ها، بزه‌دیدگان به توضیح مسائل مربوط به تحمل جرم و آثار ناشی از آن می‌پردازند و در مقابل بزه‌کاران نیز در رابطه با عمل خود و علل آن صحبت می‌کنند و همچنین به پرسش‌های بزه‌دیدگان پاسخ می‌دهند. بعد از این ملاقات و ابراز عقیده طرفین، میانجی می‌کوشد راهی بیابد و آن‌ها را به توافق نزدیک کند. در برخی از موارد، رویارویی بزه‌کار و بزه‌دیده لزومی نداشته و میانجی پس از گفتگو با هریک از آن‌ها در جهت حصول توافق تلاش می‌کند.

هرچند این روش اخیر، مفید بوده و با فرآیند ترمیمی نیز سازگار است، اما تأثیر رویارویی مستقیم بزه‌کار و بزه‌دیده را ندارد. در برخی کشورها، مثل آمریکای شمالی، میانجی‌گری میان بزه‌دیده و بزه‌کار مستلزم دخالت کسانی نیز بوده که از ارتکاب جرم متضرر شده‌اند. علاوه امکان دخالت افرادی نیز وجود داشته که حاضر به حمایت از طرفین بوده‌اند.

کنفرانس (conferencing): این روش ابتدا در نیوزیلند ابداع شد و به تدریج در کشورهای دیگر توسعه یافت. در این روش نه تنها بزه‌دیده اصلی و بزه‌کار، بلکه بزه‌دیدگان ثانوی (از قبیل اعضای خانواده یا دوستان بزه‌دیده) و همچنین حمایت‌کنندگان بزه‌کار (اعضای خانواده و دوستان) نیز لازم است در کنفرانس شرکت داشته باشند. دخالت بزه‌دیدگان ثانوی و یا حمایت‌کنندگان بزه‌کار به خاطر این است که آن‌ها نیز به نحوی از ارتکاب جرم متأثر شده‌اند و مراقب یکی از طرفین موضوع بوده‌اند و خود را در مقابل آن‌ها مسئول می‌دانند. آن‌ها در اجرای توافق‌نهایی هم می‌توانند مشارکت نمایند؛ اما نمی‌توانند نقش اساسی و محوری را در اصل و ماهیت مباحث ایفا نمایند. برخی از اشکال کنفرانس «مکتوب» هستند؛ یعنی مسئول اجرای مشاوره، اقدام به توضیح و معرفی الگویی جهت راهنمایی شرکت‌کنندگان می‌کند.

در این روش نمایندگان نظام عدالت کیفری نیز ممکن است در این برنامه شرکت نمایند. در روش کنفرانس، ابتدا بزه‌کار، آنچه را که اتفاق افتاده و عوامل تأثیرگذار بر آن را توضیح می‌دهد، سپس بزه‌دیده یا بزه‌دیدگان، تجربه بزه‌دیده شدن خود را شرح می‌دهند. بعد از آن ممکن است

طرف داران بزه دیده و سپس طرف داران و خانواده بزه کار سخن گویند. نتیجه این بحث ها به عنوان توافق، «مکتوب» می گردد و به مراجع صالحه قضایی ارسال می شود.

حلقه ها یا محافل (circles): این روش ابتدا در کانادا استفاده شد. محافل یا حلقه ها شبیه کنفرانس هستند. این روش نسبت به کنفرانس، وسعت بیشتری در مشارکت دارد. علاوه بر بزه دیده و بزه کار، اعضای خانواده و حمایت کنندگان بزه دیده و بزه کار، هر عضو از جامعه محلی که در رابطه با رویداد و مسئله، دارای علاقه و نفعی است، می تواند مشارکت نماید. در این روش همه دور هم به صورت حلقه ای می نشینند و معمولاً ابتدا بزه کار صحبت درباره ی ماوقع را آغاز می کند، سپس هرکسی که در حلقه است به نوبت صحبت می کنند و این صحبت ها تا آنجا ادامه دارد که هر کسی هر چیزی دارد در مورد واقعه و حل و فصل آن بگوید و در نهایت به راه حلی برسند. در این روش فردی به نام «نگه دارنده حلقه یا دایره» نقش همان میانجی را در روش های پیشین ایفا می کند و مدیریت این فرآیند را بر عهده دارد. همچنین در این روش، شیئی به عنوان «مهره صحبت» - که ممکن است یک پری یا چیز دیگری باشد - وجود دارد که در دست هرکسی که باشد یعنی تنها او می تواند در آن لحظه صحبت کند. این امر باعث جلوگیری از همه همه و بحث های دوبه دو می شود.

هـ- ۱- انتقادهای وارد بر عدالت ترمیمی

مکتب عدالت ترمیمی نیز مانند تمام مکاتب کیفری دیگر از نقد نقادان مصون نمانده است. انتقادهای وارد بر این مکتب دو دسته است:

۱. نقدهای ناظر بر برنامه های آن: در این انتقادات، نگرش اصلی بیشتر به جایگاه بزه دیدگان در فرآیند عدالت ترمیمی است که عبارت است از عدم تناسب میان جرم و واکنش اتخاذی، عدم توازن قواعد عدالت ترمیمی، استفاده از بزه دیدگان به نفع بزه کاران و فقدان بازدارندگی تدابیر ترمیمی.
۲. نقدهای ناظر بر نتایج برنامه های ترمیمی: در این انتقادات تاکید بیشتر بر نقض حقوق بزه کار و غیرمنصفانه بودن آن و همچنین هزینه بالای برنامه های ترمیمی است که عبارتند از ورود به حریم خصوص بزه کاران، هزینه بالای اجرای عدالت، بی توجهی به مسائل اصلی بزه کاری و همچنین نقض حقوق قانونی.

۲- مکتب کیفری ترمیمی اسلام

۲-۱- اهداف مجازات از دیدگاه اسلام و جنبه ترمیمی آن

هرچند دیدگاه های کیفری اسلام به ظاهر از نوع سزادهی و مجازات است، اما با تبیین دقیق و صحیح اهداف مجازات در اسلام، می توان گفت این اهداف در راستای اصلاح و ترمیم مجرمین پایه گذاری شده است. مطلبی که در اینجا وجود دارد این است که مکتب عدالت ترمیمی که

داعیه‌دار ترمیم است، تنها ناظر به اصلاح و ترمیم بزه‌کار و نهایتاً بزه‌دیده است؛ اما مکتب جزایی اسلام هم داعیه‌دار اصلاح و ترمیم بزه‌کار بوده، هم ترمیم بزه‌دیده و هم اصلاح و ترمیم جامعه. به همین دلیل است که گاهی مجازات مجرم را خواستار است.

آن دسته از اهدافی که جنبه اصلاح و بازپروری مجرم را دارند، عبارتند از: تکفیر گناه و بازدارندگی آن: «کفاره» واژه‌ای است که به این هدف اشاره دارد و لغتاً به معنای پوشش و پرده است و در اصطلاح سازوکاری است که به وسیله آن زشتی گناه پوشانده می‌شود. (طباطبایی، المیزان ۶: ۱۱۰) پیامبر اسلام (ص) می‌فرماید: «کسی که گناهی انجام دهد، آن‌گاه حد آن بروی جاری شود، این حد، کفاره آن گناه خواهد بود.» (متقی هندی، کنز العمال ۵: ۳۰۷) بنابراین، هرچند ظاهراً مجرم به نوعی مجازات می‌شود، اما این باعث می‌شود تا او تطهیر گردد و در آخرت به خاطر همان جرم، بار دیگر مجازات نگردد و این همان عدالتی است که موجب ترمیم و اصلاح مجرم گردیده است. مکاتب غربی به دلیل بی‌اعتقادی به مسائل اخروی، محل اصلاح و یا عدم اصلاح مجرمین را تنها همین دنیا می‌دانند و لاجرم باید معتقد باشند که اگر لازم است اقدامات اصلاحی و ترمیمی انجام بگیرد، باید در همین دنیا انجام بگیرد؛ اما در نظام کیفری اسلام، اصلاح و ترمیم مجرم، لزوماً در نظام مادی صورت نمی‌پذیرد و در واقع عاقبت فرد مجرم را مهم‌تر از وضع فعلی او می‌داند.

کمال آفرینی: دین از آنجا که در تمام جهت‌گیری‌های خود، کمال انسان را در نظر گرفته است، در قلمرو مجازات نیز چنین رویکردی دارد. خداوند در آیه نخست سوره طلاق می‌فرماید: «وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ». از آنجا که حرام‌ها و رفتارهای ممنوع شرعی در ردیف حدود و مرزهای الهی قرار می‌گیرند، نادیده گرفتن آن‌ها نوعی نادیده گرفتن مجازات‌های آن‌ها نیز محسوب می‌شود و نتیجه‌ای جز دور شدن از کمال را نخواهد داشت. در نتیجه می‌توان گفت اگر اسلام مجازاتی را در نظر گرفته، در واقع به کمال انسانی مجرم توجه داشته و می‌خواهد او را از مسیری که به اشتباه در آن قرار گرفته به مسیر اصلی خود برگرداند. این همان چیزی است که مکتب عدالت ترمیمی در قرون متأخر به آن رسیده است.

برقراری عدل و قسط: در نظام حقوقی اسلام، رعایت عدالت در مقام قانون‌گذاری و اجرا اهمیت فراوانی دارد. یکی از راه‌های تحقق عدالت، «مقابله به مثل» است و اقتضای اولیه‌ی عدالت کیفری این است که مجرم به همان صورتی مجازات شود که جرم را مرتکب شده است. این امر در مکتب اسلام امری پذیرفته شده و عین عدالت دانسته می‌شود. در این مکتب، بزه‌دیده می‌تواند

عین عمل متجاوز را با او انجام دهد؛^۱ به‌گونه‌ای که این مقابله به‌مثل، نوعی احسان به انسانیت و حقوق او معرفی شده است. آیات دیگری نیز در این باره وجود دارند که دلالت بر تساوی و عدالت در قصاص دارند؛ همچون آیه ۴۲ سوره شوری، آیه ۱۲۶ سوره نحل و آیه ۱۷۸ سوره بقره. البته مجازات قصاص در تمام جرائم وجود ندارد؛ مثلاً در جرایمی چون زنا، لواط، سرقت، قذف و... به دلیل محذوریت‌های اخلاقی، امکان مقابله به‌مثل وجود ندارد؛ اما مجازات‌های مختص به آن‌ها، بر اساس همین رویکرد عدالت تشریح شده است. (احمدی، کرامت انسانی، ص ۱۲۸)

بازدارندگی: ارباب یعنی ترساندن و از نظر اینکه چه کسانی مخاطب این ارباب باشند می‌توان آن را به سه نوع ۱. ارباب فردی، ۲. ارباب عمومی و ۳. ارباب تعلیمی تقسیم نمود. منظور از ارباب فردی، ترسی است که بر خود مجرم از اعمال مجازات حاصل می‌شود. مراد از ارباب عمومی این است که با ایجاد ترس در عموم افراد جامعه، مانع ارتکاب احتمالی جرم شوند. منظور از ارباب تعلیمی این است که تهدید و یا اجرای مجازات در اثناء زمان باعث عادت به قانون‌مداری و آموزش نقض نکردن قانون می‌شود. اجرای علنی بسیاری از حدود در صدر اسلام به دست پیامبر (ص) و حضرت علی (ع) حاکی از توجه اسلام به این جنبه از اجرای مجازات‌هاست و مؤید این مدعا، روایتی است که زراره از امام صادق (ع) نقل می‌کند.^۲

اصلاح و تربیت: هدف اصلی اسلام از شریعت و ارسال رسل، اصلاح و تزکیه انسان‌ها است که در آیات قرآن با عبارت «یزکیهم» بیان شده است.^۳ این اصلاح و تزکیه با عمل به احکام الهی و از جمله مجازات گناه‌کاران و مجرمان امکان‌پذیر است در واقع این عمل به احکام است که باعث تطهیر و بخشش گناهان می‌شود و لذا در برخی از آیات^۴ مراد از طهارت، طهارت باطنی است که به همین مضمون اشاره دارد و مفسران در ذیل آن به این موضوع اشاره کرده‌اند. (فخر رازی، التفسیر الکبیر ۱۴۰: ۱۱؛ طباطبائی، المیزان ۵: ۳۳۰) یکی از جنبه‌های اصلاحی و تربیتی اسلام، مسئله توبه مجرم و گناه‌کار است. در برخی جرائم، مثل محاربه، سرقت و قذف، توبه با شرایطی مسقط مجازات در

۱. «السُّبُّهُرُ الْاِحْرَامُ بِالسُّبُّهِرِ الْاِحْرَامِ وَ الْخُرْمَاتُ قِصَاصٌ فَمَنْ اَعْتَدَى عَلَیْكُمْ فَاَعْتَدُوا عَلَیْهِ بِمِثْلِ مَا اَعْتَدَى عَلَیْكُمْ وَ اتَّقُوا اللَّهَ وَ اَعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ مَعَ الْمُتَّقِیْنَ» (بقره/ ۱۹۲).

۲. قال: انی امیرالمومنین علیه السلام برجل قد اقر علی نفسه بالفجور فقال امیرالمومنین علیه السلام لاصحابه: اغدوا غدا علی متمثلین فقال لهم: من فعل مثل فعله فلا یرجمه و لینصرف، قال: فانصرف بعضهم و بقى بعضهم فرجمه من بقى منهم. (عاملي، وسائل الشیعه ۱۸: ۳۴۲).

۳. بقره/ ۱۲۹ و آل عمران/ ۱۶۴.

۴. مائده/ ۶ و بقره/ ۱۸۵.

حق الله است^۱ و در برخی دیگر از جرائم، مثل شرب خمر و زنا، توبه قبل از دستگیری و اثبات جرم، مسقط حد است. (عاملی، وسائل الشیعه ۲۸: ۳۶) بدیهی است در صورت توبه گناه کار-که دال بر اصلاح و تربیت اوست- دیگر نیازی به مجازات نیست و این نشان دهنده آن است که مجازات تنها طریقت داشته و موضوعیتی ندارد.

حفظ حریم الهی: اوامر و نواهی الهی گویای حد و مرزهایی هستند که خداوند آن‌ها را ایجاد کرده است. قرآن کریم به پاسداشت این حریم الهی دعوت می‌کند و در آیه ۳۰ سوره حج می‌فرماید: «وَمَنْ يُعْظَمْ حُرْمَاتِ اللَّهِ فَهُوَ خَيْرٌ لَهُ». علامه طباطبایی در این آیه «حرمت» را آن چیزهایی می‌داند که نادیده‌انگاری آن‌ها روا نیست و باید به آن پای بند بود.^۲ در آیه ۳۲ همین سوره می‌فرماید: «وَمَنْ يُعْظَمْ شَعَائِرَ اللَّهِ فَإِنَّهَا مِنْ تَقْوَى الْقُلُوبِ». بنابراین می‌توان گفت یکی از اهداف مجازات در مکتب اسلام، پاسداشت این حریم الهی است. در واقع خداوند با این بیان با حرمت‌شکنان اتمام حجت نموده است و حتی در آیات دیگر برای حرمت‌شکنان عذاب جاودانی دوزخ را وعید داده است.^۳

۲-۲- مبانی مجازات‌ها در اسلام

کیفر به مثابه رحمت: از یک سو می‌توان قوانین الهی-از جمله کیفر- را در زمره رحمت الهی قرار داد و از سوی دیگر از آنجاکه گناه نور انسان را کم می‌کند و عوامل حرکت انسان به سوی تاریکی است، پس می‌توان مجازات‌های شرعی را از عوامل تاریکی‌زا برشمرد. از این جهت، کیفرها در زمره رحمت خدا قرار دارند. رحمت نیز به خاطر نجات انسان از عذاب دنیوی و اخروی است و این خود نوعی بازپروری و کمک به اصلاح مجرم است.

مصلحت فردی و اجتماعی: از آنجا که احکام خداوند همگی دارای مصالح و حکمت‌هایی برای بندگان است، بی‌گمان وضع مجازات از سوی او نیز دارای مصالحی است که ممکن است گاهی برای انسان‌ها قابل درک نباشد. علامه مصباح در این باره می‌فرماید: «پشتوانه حقوق، یک سلسله مصالح و مفاسد حقیقی ثابت و دگرگونی‌ناپذیر می‌باشد؛ یعنی عناوین آن‌ها و احکامی که بر آن بار می‌شود و ثابت است، ولی مصادیق آن‌ها چه بسا با دگرگونی اوضاع و احوال تغییر پذیرد.» (مصباح یزدی، حقوق و سیاست در قرآن ۹۲) حال اگر انسان با یک دید احساسی و ظاهری، به این مجازات‌ها بنگرد، چیزی جز رنج و الم نمی‌بیند؛ اما اگر آن را از زاویه‌ی درک باطنی و حقیقی نگریست، جنبه‌های اصلاحی فردی و اجتماعی آن به وضوح روشن می‌شود. البته گاهی سود و

۱. سوره مائده آیه ۳۳ و سوره نور آیه ۵.

۲. طباطبایی، المیزان ج ۱۴، ص ۷۲.

۳. «وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ يَدْخُلْهُ نَارًا خَالِدًا فِيهَا وَلَهُ عَذَابٌ مُهِينٌ.» (نساء/ ۱۴)

زبان‌ها با هم تعارض می‌کنند که اسلام در این مواقع مصلحت‌های اجتماعی را مقدم می‌دارد. برای نمونه «شراب» را دارای منافع و مضرات می‌داند، اما تصریح می‌کند که مضرات آن بیشتر است. بدیهی است که منافع آن برای فرد است، اما مضرات آن برای جامعه.^۱

کیفر، بازتاب رفتار: جهت‌گیری‌های اصلی مجازات در اسلام به ویژگی‌های نفسانی او پیوند خورده است. در ادبیات عامیانه نیز مشهور است که «گندم از گندم برآید جوجو» و این یعنی انسان در پرتو اعمال خود، قرار دارد و دائماً در حال نتیجه‌گیری از کرده خویش است. این مضمون در آیات متعددی از قرآن نیز بیان شده است. مثلاً در آیات ۲۲۵ و ۲۲۸ سوره بقره، هرچند به پاداش و کیفر اخروی اشاره دارد؛ اما ملاک واحدی را معرفی می‌کند که شامل کیفرهای دنیوی نیز می‌شود.

مقتضای حکمت الهی: حکمت خداوند و سیطره او بر امور بندگان اقتضای دارد بر تمام مصالح و مفاسد عالم آگاه باشد. بنابراین به دلیل آگاهی از مصالح و مفاسد، هنگامی که کیفری تشریح می‌شود، بایستی در راستای همان حکمت الهی دیده شود. حتی در برخی از آیات از این کیفرها به نعمت تعبیر شده است.^۲ استاد مطهری درباره‌ی رابطه‌ی این آیات با کیفر و حکمت الهی می‌فرماید: «این کیفر لازمه عمل است. اگر نبود، نعمت ناقص بود. بر اساس کل عالم که شما نگاه بکنید، این‌ها چون روی حساب دقیق حکمت و عدل است، جز آلاء (نعمت‌های) پروردگار است که اگر این کیفر نبود آن نعمت‌ها هم نبود.» (مطهری، مجموعه آثار ۲۷: ۶۸)

۳-۲. اصول مجازات‌ها در حقوق کیفری اسلام

اصل تساوی مجازات‌ها: جرم واحد باید برای اشخاص مختلف دارای مجازات واحد باشد. الهام و برهانی، درآمدی بر حقوق جزای عمومی (۱: ۳۷) طبق این اصل همه افراد در مقابل قانون با یکدیگر مساوی‌اند و اختلاف در نژاد، زبان، ملیت و سایر امور اعتباری، معیاری برای برتری افراد بر دیگران تلقی نمی‌شود. قانون اساسی نیز در اصل سوم، دولت را موظف نموده تا همه‌ی امکانات خود را برای اموری به‌کار ببندد که یکی از آن‌ها تساوی عموم مردم در مقابل قانون است. اصل ۱۰۷ نیز در راستای همین اصل، رهبر را در مقابل قانون با دیگر افراد جامعه برابر می‌داند.

گاهی اصل تساوی، تحت تأثیر اصل فردی‌کردن مجازات‌ها، از حالت تساوی خارج می‌شود؛ مثلاً در تعزیرات این‌گونه است؛ چراکه افراد متفاوت در صورت ارتکاب جرم واحد گاهی مجازات متفاوت می‌شوند و این خلاف اصل تساوی مجازات است، ولی هیچ‌کس به آن ایرادی نمی‌گیرد؛

۱. «يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْخَمْرِ وَ الْمَيْسِرِ قُلْ فِيهِمَا إِثْمٌ كَبِيرٌ وَ مَنَافِعُ لِلنَّاسِ وَ إِثْمُهُمَا أَكْبَرُ مِنْ نَفْعِهِمَا». (بقره / ۲۱۹)

۲. «هَذِهِ جَهَنَّمُ الَّتِي... فَبِأَيِّ آلَاءِ رَبِّكُمَا تُكَذِّبَانِ». (الرحمن / ۴۵-۴۳)

زیرا در محدوده تعزیرات، مجازات بیدالحاکم است و هر حاکمی بنا بر صلاحدید خود می‌تواند مجازاتی را در نظر بگیرد. بدیهی است که بنا بر اختلاف حکام، اختلاف آرا نیز مشاهده می‌شود؛ اما در بحث حدود، قصاص و دیات، عموماً این اصل رعایت می‌شود. دلیل قرآنی این اصل می‌تواند آیه ۱۳ سوره حجرات^۱ باشد که همه را برابر دانسته و ملاک برتری را تنها تقوا - که آن هم فقط برای خداوند معین است - می‌داند. از این آیه می‌توان این‌گونه استفاده نمود که همه معیار برتری انسان‌ها تقوا و پرهیزکاری است و همه افراد در برابر قانون یکسان‌اند و رعایت این اصل نیز موجب سلب امتیازات موهوم و ظالمانه اجتماعی است. (ولیدی، حقوق جزای عمومی ۱: ۲۳۶) روایتی نیز از پیامبر (ص) نقل شده است که زنی از قبیله فخرومیه مرتکب سرقت شده بود و عده‌ای از خانواده او و عده‌ای از قریش برای شفاعت، «اسامه بن زید» را نزد پیامبر (ص) فرستادند. حضرت ضمن خطبه‌ای رعایت اصل تساوی در مجازات و اجرای حدود الهی را متذکر شدند و فرمودند: علت نابودی اقوام پیش از شما این بود که نسبت به ثروتمندان مرتکب جرم، مجازاتی را در نظر نمی‌گرفتند، اما ضعیفانی که جرمی مرتکب می‌شدند، مجازات می‌نمودند. (شوکانی، نیل الاوطار ۳۰۵)

اصل قانونی بودن مجازات‌ها: هر نوع مجازاتی باید قبلاً از طرف شارع یا قانون‌گذار وضع و بیان شده باشد. اسلام این اصل را در برخی از آیات و روایات بیان کرده است. نتیجه این اصل آن است که بدون وضع و بیان مجازات برای عمل خاصی، نمی‌توان مرتکب را مجازات نمود و مرتکب تبرئه می‌شود. از میان آیات می‌توان به آیه ۱۵ سوره اسراء اشاره نمود که می‌فرماید: «ما هرگز عذاب نمی‌کنیم مگر اینکه رسولی را فرستاده باشیم.» و ارسال رسل برای بیان احکام و قوانین الهی است تا برای آن‌ها اتمام حجت شود و عذاب مرتکبان محرمات، قبیح نباشد. از روایات نیز می‌توان به حدیث رفع اشاره کرد که پیامبر (ص) می‌فرماید: «رفع عن امتی تسعة: الخطأ...». در این روایت پیامبر (ص) نه چیز را از امت خود برداشته است که یکی از آن‌ها جهل است. مراد این است که اگر انسان در مورد عملی یا موضوعی قبلاً علم نداشته است و به خاطر جهل خود مرتکب خلافی شده باشد، مجازات نمی‌شود. قانون مجازات اسلامی مصوب ۹۲ نیز در ماده ۲ خود به این اصل اشاره نموده است.

اصل شخصی بودن مجازات‌ها: یعنی مجازات فقط باید بر مجرم تحمیل گردد؛ نه بر شخص دیگر. (الهام و برهانی، درآمدی بر حقوق جزای عمومی ۱: ۳۳) این اصل برای آن است که در بسیاری از مجازات‌ها، علاوه بر شخص مجرم بر اشخاص دیگری - همچون خانواده مجرم - نیز

۱. «يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَىٰ وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ.»

تحمیل می شده است. البته آنچه نباید به افراد دیگر سرایت نماید خود مجازات است، نه آثار آن؛ زیرا آثار آن به صورت قهری بر دیگران نیز تحمیل می شود و این غیر قابل اجتناب است. آیه وزر^۱ مستند اصلی این اصل است. همچنین آیه ۷۹ سوره یوسف نیز بر این اصل دلالت دارد. تنها استثناء بر این اصل؛ نهاد عاقله در اسلام است؛ زیرا ارتکاب جرم از سوی شخص دیگری است، اما مجازات آن را اشخاص دیگری تحمل می کنند.

اصل قضایی بودن مجازات ها: مقام صالح قضایی با اختیاراتی که دارد باید در تعیین مجازات مجرم با رعایت اصل فردی کردن مجازات مداخله نماید. به عبارت دیگر بدون دخالت او مجازات مجرم امکان ندارد و افراد نباید به طور خودسرانه مجرمی را بدون مداخله مقامات قضایی مجازات کنند. البته دو مورد در اسلام از این قاعده استثناء هستند: ۱. مجازات ساب النبی و الائمه؛ ۲. کشتن در حال ترس. در این دو مورد فرد می تواند بدون مداخله مقام صالح قضایی یا اجازه حاکم، مبادرت به اجرای حکم مورد نظر نماید.

اصل فردی کردن مجازات ها: اصل فردی کردن مجازات، به معنای متناسب نمودن مجازات با ویژگی های بزه کار است. این اصل اجازه می دهد که دادرسان بتوانند به جای مجازات معمولی و مساوی به مجازات واقعی و متناسب با مجرم رأی دهند. (الهام و برهانی، درآمدی بر حقوق جزای عمومی (۱: ۳۹). در واقع اصل اولی و اساسی در مجازات، تساوی افراد در برابر قانون است، یعنی افراد فارق از وضعیت معیشتی، اجتماعی، اقتصادی شان، در مقابل قانون مساوی بوده و در قبال ارتکاب جرم واحد، مجازات واحد را خواهند چشید. اما این رویکرد در بسیاری از موارد نمی تواند عدالت را به اجرا درآورد؛ مثلاً مجازات واحد، در مورد فرد فقیری که از فروشگاه سرقت کوچکی به خاطر سیر کردن شکم خود یا خانواده اش مرتکب شده با فرد توانگری که همین سرقت را بدون نیاز به آن، مرتکب شده است، از عدالت خارج است. اصل فردی کردن مجازات در واقع تخصیصی بر اصل تساوی افراد در برابر قانون است. با این اصل مجازات هر مجرمی با توجه به موقعیت مجرم، ویژگی های شخصیتی او و عوامل مؤثر دیگر، تعیین می گردد.

۲-۴- قائم مقام های کیفری در اسلام

بر خلاف تصویری که رویکرد جنایی اسلام را صرفاً ایدئولوژیک یا عقیدتی می داند، با دقت در قائم مقام های کیفری در حقوق اسلام، می توان گفت سیاست جنایی اسلام، سیاستی علمی و جرم شناختی نیز می باشد. به عبارت دیگر در حقوق اسلام آنچه در درجه اول اهمیت دارد،

۱. «و لا تزر وازرة وزر أخری» (انعام / ۱۶۴) این آیه چهار مرتبه دیگر نیز در قرآن تکرار شده است.

پیش‌گیری از وقوع جرم و اصلاح و درمان مجرمان با استفاده از تدابیر پیشگیرانه و اقدامات تأمینی و تربیتی است و خود مجازات‌ها به خودی خود موضوعیت ندارند.

اسلام با برنامه‌هایی که ارائه می‌دهد در پی آن است که اولاً، زمینه‌های وقوع جرم را به حداقل برساند (جنبه پیشگیرانه) و ثانیاً، در صورت وقوع جرم، با همین برنامه‌ها در پی اصلاح مجرمین و جلوگیری از وقوع مجدد جرم باشد (جنبه اصلاحی). در واقع اسلام با این راهکارها در پی اصلاح و ترمیم جامعه است تا زمینه‌های وقوع جرم برای افراد جامعه به کمترین حد برسد.

در مکتب حقوقی اسلام حتی قبل از ارتکاب جرم نیز راهکارهایی وجود دارد که به آن‌ها توصیه شده است. تجربه نشان داده است با اعمال این دستورالعمل‌ها و رعایت کامل آن‌ها، میزان جرم و جنایت در جامعه به کمترین حد ممکن خود می‌رسد. یکی از این قائم مقام‌ها وام قرض الحسنه است که باعث می‌شود جرایمی مثل ربا و نزول خواری و درآمدهای کاذب کمتر اتفاق بیفتد. مورد دیگر خمس و زکات است که اسلام با وجود آن در شرایط خاص خود، از بسیاری از زمینه‌های وجود جرم جلوگیری می‌کند؛ مثلاً فقر نیازمندان - که خود ممکن است باعث جرم شود - با این راهکار و عمل فراگیر به آن، در سطح بهتر قرار خواهند گرفت و میزان جرائم آن‌ها نیز کاهش می‌یابد. همچنین به موارد دیگر همچون انفاق و احسان، امر به معروف و نهی از منکر و تأمین شرایط و امکانات کار برای همه، می‌توان اشاره نمود که برخی مستقیم و برخی نیز غیر مستقیم به کاهش جرائم کمک می‌کنند.

۵-۲. طبقه‌بندی مجازات‌ها در اسلام

در اسلام مجازات‌ها به چهار گروه تقسیم شده است: حدود، قصاص، دیات و تعزیرات. البته اهل سنت گروه دیگری به نام کفارات را نیز به این چهار گروه افزوده‌اند. با بررسی اهداف و فلسفه مجازات‌های فوق، ملاحظه می‌گردد که این چهار گروه هدف واحدی ندارند. فقها در بیان علت وضع مجازات‌ها و فلسفه آن‌ها، مصالحی را ذکر می‌کنند که حفظ آن‌ها از نظر شارع ضروری بوده است. این مصالح که نوعاً به شش مورد می‌رسد به «مصالح سته» معروف است که عبارتند از: دین، عقل، نفس، نسل، مال و امنیت. به همین نسبت نیز جرائم به شش گروه تقسیم می‌شوند:

۱. جرائم علیه دین؛ مثل ارتداد، سب‌النبی و الائمه.
۲. جرائم علیه عقل؛ مثل شرب خمر و دیگر مسکرات و یا مواد مخدر.
۳. جرائم علیه نفس؛ مثل قتل و ضرب و جرح.
۴. جرائم علیه نسل؛ مثل زنا، لواط و مساحقه.
۵. جرائم علیه اموال؛ مثل سرقت، کلاه برداری و اختلاس.

۶. جرائم علیه امنیت؛ مثل محاربه، افساد، بغی و جاسوسی.

۱- ۲-۵- جرائم علیه دین و عقل و نسل و امنیت

مجازات‌ها در این موارد یکسان نیست. مجازات‌های مربوط به حوزه دین، نسل، عقل و امنیت سنگین‌تر از بقیه هستند و اغلب بدنی هستند؛ مثل اعدام ساب‌النبی، سنگسازانی محصنه و اعدام محارب. در این موارد معمولاً رضایت شاکی خصوصی تأثیری در اجرای مجازات ندارد و حاکم موظف به اجرای حکم است. سیاست جنایی اسلام با تئوری سزادهی و بازدارندگی بیشتر سازگار است. این امر شاید به دلیل وضع مجازات‌های سنگین بدنی برای مجرمین این جرائم، ممنوع ساختن حاکم از اعمال عفو و تخفیف یا تأخیر مجازات، فرعی بودن نقش بزه‌دیده و توصیه به علنی بودن اجرای مجازات‌ها باشد.

اگر بخواهیم در حوزه این چهار گروه از جرائم، دیدگاه اسلام به ترمیم و اصلاح مجرم را بررسی کنیم، باید گفت اسلام از مسئله اصلاح و تهذیب مجرم در این چهار حوزه غفلت نکرده است؛ اگر فرد زناکار، شراب‌خوار یا محارب، قبل از دستگیر شدن و یا قبل از شهادت شهود، توبه کند مجازات از او برداشته می‌شود. (خمینی، تحریرالوسیله ۲: ۴۸۱) این خود نوعی توجه به اصلاح و ترمیم مجرم در این چهارگونه از مجازات‌هاست؛ هرچند دیدگاه ترمیم در این موارد بسیار ضعیف است.

۲- ۲-۵- جرائم علیه اموال

در حوزه جرائم علیه اموال، علاوه بر اعاده نظم و امنیت، به جبران خسارت نیز توجه شده است. هرچند اگر سرقت حدی باشد، در مراتب اول و دوم منجر به قطع دست و پا و در مرحله سوم، حبس ابد و در مرتبه چهارم منجر به قتل می‌شود، (نجفی، جواهرالکلام ۴۱: ۵۵۴) اما اگر مجرم قبل از شکایت شاکی، اموال را برگردانده یا رضایت او را جلب نماید، از لحاظ شرعی مجازات حدی او برداشته می‌شود. (الجزیری ۵: ۱۸۴)

در حوزه این جرائم نیز ضمن پذیرش تئوری سزادهی و بازدارندگی، تئوری عدالت ترمیمی نیز مورد توجه اسلام بوده، اما این تئوری در این حوزه محدود است؛ زیرا سرقت در بسیاری از موارد باعث برهم خوردن نظم اجتماع و امنیت آن می‌شود و موجب تعزیر است؛ از سوی دیگر اگر سارق رضایت مال باخته را به دست نیاورد و مال باخته شکایت کند و جریان دادرسی آغاز شود، دیگر رضایت مال باخته اثری ندارد.

۳- ۲-۵- جرائم علیه اشخاص

در این حوزه از جرائم، هدف جبران ضرر و زیان وارده بر بزه‌دیده است. در این جرائم، زیان دیده و خانواده‌اش نقش اساسی دارند؛ بنابراین عدالت ترمیمی در این حوزه قوت زیادی داراست. آنچه

اهمیت دارد این است که در حوزه جرائم علیه اشخاص، مجازات قصاص از دیدگاه اسلام، گاهی نسبت به فرد است و گاهی نسبت به جامعه. در مواردی که نسبت به فرد است، نظام کیفری اسلام، عفو و گذشت را بهتر می‌داند و رویکرد عدالت ترمیمی را در مورد فرد اجرا می‌کند. قرآن در آیه ۱۷۸ سوره بقره^۱ و آیه ۴۵ سوره مائده^۲ به این مسئله اشاره دارد.

در امور مدنی نیز جنبه‌هایی از ترمیم وجود دارد. قرآن در آیات متعدد، یکی از راه‌های رفع اختلافات را برگزیدن حکم دانسته و کوشیده از این طریق طرفین دعوی بدون مراجعه به محاکم قضایی و صرف وقت و هزینه، زودتر به نتیجه برسند و خللی به زندگی آنان وارد نشود. برای نمونه، آیه ۳۵ سوره النساء می‌فرماید: «وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَانْعَمُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَكِيمًا». در این آیه در مورد اختلافات بین زوج و زوجه، انتخاب دو حکم - یکی از خانواده یا بستگان زوج و دیگری از طرف زوجه - را پیشنهاد می‌دهد تا اگر آنان به نتیجه رسیدند، زوج و زوجه نیز به تصمیم آن‌ها عمل کنند.

همچنین آیه ۲۸۰ سوره بقره که می‌فرماید «وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ وَأَنْ تَصَدَّقُوا حَيْثُ لَكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ» بیانگر نوعی مصالحه ضمنی با بدهکار است. در این آیه انتظار طلبکار تا زمان متمول شدن بدهکار، نوعی مصالحه در نظر گرفته شده است؛ هرچند نظر بدهکار در آن بی‌تأثیر بوده است. خداوند در پایان این آیه می‌فرماید: در صورتی که قدرت پرداخت ندارد، اگر ببخشید برای شما بهتر است؛ اگر بدانید. (برگزیده تفسیر نمونه: ۱: ۲۵۰)

۲-۶- جنبه‌های ترمیمی در حقوق موضوعه ایران

با توجه به اینکه در اسلام به مسئله حکمیت در حل و فصل دعاوی توجه شده و از سوی دیگر به دلیل حجم زیاد پرونده‌های حقوقی و کیفری، قانون‌گذار تمایل پیدا کرده در برخی موارد که به تخصص‌های عمیق و دقیق نیاز ندارد، از ظرفیت‌های جامعه - نظیر افراد و نهادهای مردمی و [...] استفاده شود تا بتواند از ورود پرونده‌های پیش‌یافتاده و یا معلوم‌النتیجه به روند دادرسی جلوگیری نماید.

اجرای این امر، چند مزیت به همراه داشته است:

۱. حجم پرونده‌های وارد به روند دادرسی کاسته شده و در نتیجه قضاوت موجود وقت بیشتری

۱. «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ الْحَرْبُ بِالْحَرْبِ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالْأُنثَىٰ بِالْأُنثَىٰ فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتِّبَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ذَلِكَ تَخْفِيفٌ مِنْ رَبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ فَمَنْ اعْتَدَىٰ بَعْدَ ذَلِكَ فَعَلَهُ عَذَابٌ أَلِيمٌ».

۲. «وَكُتِبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنْ النَّفْسُ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنُ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفُ بِالْأَنْفِ وَالْأُذُنُ بِالْأُذُنِ وَالسِّنُّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحُ قِصَاصٌ فَمَنْ تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَهُ وَ مَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ».

برای رسیدگی پرونده‌های در حال دادرسی دارند.

۲. از صرف هزینه دادرسی جلوگیری شده و این مسئله خود به ترمیم بزه دیده کمک می‌رساند.

۳. با حل و فصل کدخدانمانه، افراد با واردنشدن به روند دستگاه قضایی، سابقه‌ای برای خود

نمی‌سازند.

اکنون نمونه‌هایی از این موارد ذکر می‌شود.

۲-۶-۱. قوانین ناظر بر امکان داورى و حکمیت:

برخی از این قوانین، ناظر به دخالت مراجع رسمی و برخی دیگر، ناظر بر امکان مشارکت افراد و مراجع غیردولتی (به منظور حل و فصل غیررسمی) اختلاف‌اند. برای نمونه، در ماده ۶ قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب ۱۳۷۳ مقرر شده بود: «طرفین دعوی در صورت توافق می‌توانند برای احقاق حق و فصل خصومت به قاضی تحکیم مراجعه نمایند.» منظور از قاضی تحکیم در این ماده «قاضی انتخابی است که [...] طرفین به قضاوت و داوری وی رضایت می‌دهند». لذا طرفین می‌توانند هر شخصی را به عنوان قاضی تحکیم انتخاب کنند و از تصمیمات وی تبعیت نمایند. (عدالت ترمیمی، غلامی، ۲۱۰)

همچنین در قانون تشکیلات، وظایف و انتخابات شوراهای اسلامی کشور، یکی از وظایف آن‌ها تلاش برای حل و فصل اختلافات میان مردم و حتی چند روستا ذکر شده است. از آنجا که اعضای این شوراها از میان مردم انتخاب می‌شوند، لذا این حل و فصل غیررسمی و غیرقضایی است.

۲-۶-۲. آیین‌نامه شوراهای حل اختلاف:

در اوایل دهه ۸۰ قوه مجریه و مقننه با تصویب آیین‌نامه‌ای، نهاد «شورای حل اختلاف» را ایجاد کردند. جایگاه قانونی این نهاد، ماده ۱۸۹ قانون سوم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی مصوب ۱۳۸۱ است که مطابق آن: «به منظور کاهش مراجعات مردم به محاکم قضایی و در راستای توسعه مشارکت‌های مردمی، رفع اختلافات محلی و نیز حل و فصل اموری که ماهیت قضایی ندارند و یا ماهیت قضایی آن از پیچیدگی کمتری برخوردار است، به شوراهای حل اختلاف واگذار می‌گردد [...]» در سیستم کیفری ایران - که برگرفته از نظام کیفری اسلام است - قانون‌گذار در ماده ۳۴۷ ق.م.ا، صاحب حق قصاص را در تمام مراحل تعقیب رسیدگی و اجرای حکم، دارای حق گذشت و عفو و یا مصالحه می‌داند.

در ماده ۳۶۱ همین قانون، گذشت و اسقاط حق مشروط را بیان کرده و این حق را به زیان دیده یا اولیای دم داده تا بتوانند با مجرم وارد مصالحه شوند. همچنین در مواد ۳۶۲ و ۳۶۳ نیز مواردی از قوانین گذشت و مصالحه را مطرح کرده است. این نشان می‌دهد قانون مجازات اسلامی ایران، در

مواردی رویکرد ترمیمی به بزه‌کار داشته و به نوعی از مجازات او سر باز زده است. در همین قانون، مجازات‌هایی مطرح شده است که جایگزین حبس‌اند و به مجازات‌های «جایگزین حبس» موسوم شده‌اند. به طور مثال ماده ۶۴ ق.م.ا، این مجازات‌ها را شامل دوره مراقبت، خدمات عمومی رایگان، جزای نقدی، جزای نقدی روزانه و محرومیت از حقوق اجتماعی بیان می‌کند که با وجود شرایط خاص بزه‌دیده و بزه‌کار اجرا می‌شود. در مواد ۶۵ و ۶۶ نیز مواردی از این جایگزین‌ها را بیان می‌شوند.

البته اسلام در مواردی که نسبت به جامعه رویکرد ترمیمی دارد، قصاص را با اولویت می‌داند، زیرا مصلحت جامعه را بر مصلحت افراد ترجیح می‌دهد؛ همانند آیه ۱۷۹ سوره بقره که می‌فرماید: «وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ».

حتی در برخی موارد که شرایط برای قصاص نشدن بزه‌کار فراهم است، اما جرم او جنبه امنیتی و عمومی شدید داشته و مصلحت در قصاص او باشد، قانون‌گذار اجازه داده تا با وجود ناتوانایی بزه‌دیده یا اولیای دم بر قصاص، مقدمات قصاص را فراهم آورد. مثلاً ماده ۴۲۸ قانون مجازات اسلامی، اذعان می‌کند که «در مواردی که جنایت، نظم و امنیت عمومی را برهم زند یا احساسات عمومی را جریحه دار کند و مصلحت در اجرای قصاص باشد، لکن خواهان قصاص تمکن از پرداخت فاضل دیه یا سهم دیگر صاحبان حق قصاص را نداشته باشد، با درخواست دادستان و تأیید رییس قوه قضائیه، مقدار مذکور از بیت‌المال پرداخت می‌شود».

نتیجه

پارادایم‌های عدالت ترمیمی، در صورت تنقیح صحیح در مرحله قانون‌گذاری و مرحله اجرای قوانین، می‌تواند راه‌گشای بسیاری از معضلات و مشکلات قضایی و جزایی باشد. از آنجا که بسیاری از جرائم با شیوه‌های پیشنهادی مکتب عدالت ترمیمی قابل حل و فصل است، به نظر می‌رسد در جرایمی که جنبه حق‌الناسی دارد و قابل گذشت است، قوانین جزایی ایران به طور کامل قابلیت پذیرش آن را دارد. همچنین در جنبه‌های خصوصی جرائم غیرقابل گذشت نیز کارکرد دارد؛ اما در جرایمی که جنبه عمومی دارد پارادایم‌های عدالت ترمیمی، نمی‌تواند به خوبی جواب‌گو باشد. اصول بنیادی این مکتب تماماً جنبه ترمیمی دارند و شامل اصالت روابط شخصی، جبران، بازپذیری و مشارکت است؛ اما اصول اساسی مکتب کیفری اسلام هم جنبه کیفری دارند، هم جنبه ترمیمی. این اصول عبارتند از اصل تساوی، اصل قانونی بودن، اصل شخصی بودن، اصل فردی کردن و اصل قضایی بودن مجازات‌ها. در مکتب عدالت ترمیمی هدف تنها بازپذیری و ترمیم مجرم است. برای این مقصود از راه‌های

چون میانجی‌گری، کنفرانس‌ها و حلقه‌ها و محافل استفاده می‌کند تا با رودررو قرار دادن طرفین، آن‌ها را به مصالح بکشاند؛ اما اهداف در مکتب اسلام هم جنبه ترمیمی دارند، هم جنبه کیفری. برخی این اهداف عبارتند از: کمال‌آفرینی، برقراری عدالت و قسط، اصلاح و تربیت، بازدارندگی و حفظ حریم الهی.

در مورد مبانی رویکرد ترمیمی، بیانی نیامده است؛ اما شاید اصل اولی صلح و سازش بین طرفین و زندگی مسالمت‌آمیز در جامعه بدون درگیری و خون‌ریزی مجدد و انتقام‌جویانه، مبنای مناسبی برای این مکتب باشد. اما مبانی مجازات در اسلام فراتر از این موارد است؛ زیرا در مکتب اسلام کیفر به مثابه رحمت الهی است. کیفر، مصلحت اجتماعی را در پی دارد و بازتابی از رفتار فرد است. همچنین کیفر به مقتضای حکمت الهی است.

در نهایت می‌توان گفت قوانین جزایی اسلام - که از دیدگاه مکتب عدالت ترمیمی، سزاده محسوب می‌شوند - به دغدغه‌های مدنظر عدالت ترمیمی نیز توجه داشته است؛ اما از دیدگاه اسلام تنها ترمیم بزه‌کار و بزه‌دیده مورد نظر نیست، بلکه در بسیاری از موارد ترمیم، اصلاح و مصلحت جامعه مدنظر است. همچون حدود بعد از اثبات آن‌ها و یا تعزیرات حکومتی و... دغدغه‌های عدالت ترمیمی به شکل بسیار ضعیفی در دل برخی از مواد قانونی حقوق مجازات اسلامی ایران نیز گنجانده شده است؛ موادی که مربوط به مجازات‌های جایگزین حبس است، از این قبیل است.

فهرست منابع

کتاب

- قرآن کریم
- احمدی، عید احمد، کرامت انسانی و مجازات‌های بدنی، قم: انتشارات موسسه امام خمینی، چاپ اول، پاییز ۱۳۹۰.
- الجزیری، عبدالرحمن، الفقه علی مذاهب الاربعه، بیروت: داراحیاء التراث العربیه، بی تا.
- الهام، غلامحسین و برهانی، محسن، درآمدی بر حقوق جزای عمومی، انتشارات میزان، چاپ دوم ۱۳۹۳ ش.
- زهر، هوارد، عدالت ترمیمی، ترجمه دکتر حسین غلامی، تهران: انتشارات مجد، چاپ دوم، ۱۳۸۸.
- شوکانی، محمدبن علی، نیل الاوطار، تحقیق عصام الدین الصبابطی، مصر: دارالحدیث، چاپ اول، ۱۴۱۳ ق.
- طباطبایی، محمدحسین، المیزان فی تفسیر القرآن، تهران: انتشارات اسماعیلیان، چاپ دوم، ۱۳۹۰ ق.
- طباطبایی، محمدحسین، المیزان فی تفسیر القرآن، بیروت: موسسه الاعلمی للمطبوعات، ۱۴۱۷ ق.
- عاملی، حرّ، محمدبن حسن، وسائل الشیعة، قم: مؤسسه آل‌البتی علیهم السلام، چاپ اول، ۱۴۰۹ ق.
- عباسی، مصطفی، افق‌های نوین عدالت ترمیمی در میانجی‌گری کیفری، تهران: انتشارات دانشور، ۱۳۸۳.
- غلامی، حسین، عدالت ترمیمی، تهران: انتشارات سمت، چاپ چهارم، ۱۳۹۲ ش.
- فخرالدین رازی، محمد، التفسیر الکبیر، بیروت: دارالکتب العلمیه، چاپ اول، ۱۴۱۱ ق.
- متقی هندی، علی، کنز العمال فی سنن الاقوال و الافعال، بیروت: مؤسسه الرساله، ۱۴۱۳ ق.
- مصباح یزدی، محمدتقی، حقوق و سیاست در قرآن، قم: انتشارات موسسه امام خمینی، چاپ چهارم، ۱۳۹۱ ش.
- مطهری، مرتضی، مجموعه آثار، تهران: انتشارات صدرا، چاپ یازدهم، ۱۳۸۱ ش.
- مکارم شیرازی، ناصر، برگزیده تفسیر نمونه، تهران: دارالکتب الاسلامیه، چاپ: ۱۳،

۵۱۳۸۲.ش.

- موسوی خمینی، سیدروح الله، تحریرالوسیله، قم: موسسه دارالعلم، بی تا.
- نجفی، محمدحسن، جواهرالکلام فی شرح شرایع الاسلام، بیروت: داراحیاء التراث، ۱۹۸۱ م.
- ولیدی، محمدصالح، حقوق جزای عمومی، تهران: انتشارات سمت، چاپ سیزدهم، ۱۳۹۲.
- رهامی، محسن، «زمینه‌های عدالت ترمیمی در حقوق کیفری ایران»، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ۷۴ (۱۳۸۵) ۱۴۹-۱۷۸.
- شیرینی، عباس، «پارادایم‌های عدالت کیفری، عدالت سزادهنده و عدالت ترمیمی»، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ۷۴ (۱۳۸۵) ۲۱۳-۲۴۶.
- غلامی، حسین، «عدالت ترمیمی، الگوی جدید تفکر در امور کیفری»، پژوهش حقوق و سیاست، ۹ (۱۳۸۲) ۱۸۳-۲۰۴.

رسائل

مجله علمی دانش پژوهان مرکز آموزش های تخصصی فقه

شماره ۵ و ۶، زمستان ۱۳۹۴ و بهار ۱۳۹۵

صفحات ۸۳ تا ۱۲۴

رضا ستوده*

Fagatkhoda313@gmail.com

نشست علمی نقد قاعده تداخل قصاص در قانون مجازات اسلامی سال ۹۲

نشست علمی نقد قاعده «تداخل قصاص» در قانون مجازات اسلامی سال ۹۲ با حضور دکتر حاجی ده‌آبادی، دانشیار دانشگاه تهران و نایب رئیس انجمن فقه و حقوق حوزه علمیه و جناب آقای امامی، دبیر علمی شورای فقهی مرکز تحقیقات اسلامی مجلس شورای اسلامی، در بهار ۹۳ مرکز آموزش های تخصصی فقه قم برگزار شد. دبیر نشست، آقای وفایی، بعد از خیرمقدم‌گویی به شرکت‌کنندگان و معرفی اساتید مدعو، موضوع جلسه و پرسش های مربوط به آن را معرفی کردند. در ادامه دکتر حاجی ده‌آبادی و سپس آقای امامی، علاوه بر طرح بحث درباره‌ی قاعده تداخل و تأسیس اصل در مسئله، به مواد مرتبط قانون مجازات اسلامی سال ۹۲ و اشکالات وارد بر آن‌ها اشاره کردند و در انتها به سؤالات حضار پاسخ دادند. متن پیش‌رو، خلاصه‌ای از این نشست علمی است.

بیان مسئله و اهمیت آن

دکتر حاجی ده‌آبادی در طرح مسئله بیان داشتند: مراد از تداخل قصاص این است که مجنی علیه یا ولی دم او، حق استیفای مجازات کمتر جانی ای را ندارد که به مجازات شدیدتر محکوم شده است. این قاعده از مهم‌ترین و دشوارترین قواعد باب قصاص بوده و حاوی فروض فراوانی است که در دو حوزه تداخل قصاص عضو در قصاص نفس و تداخل قصاص عضو در قصاص عضو، مطرح می‌شود.

در فقه به صورت پراکنده و در ذیل مباحث مختلف از این قاعده به فراوانی بحث شده است. عبارت های فقهی بزرگ در این زمینه، اهمیت و دشواری آن را به خوبی نشان می‌دهد: علامه حلی

در کتاب مختلف الشیعه، در بحث از این قاعده، پس از بیان دیدگاه‌های فقها، نوشته است: «و نحن فی هذه المسئلة من المتوقفين»^۱

اصل در قصاص

ایشان در ادامه اظهار کردند: اصل در قصاص، عدم تداخل است. به عبارت دیگر، اصل آن است که اسباب و مسببات تداخل نمی‌کنند. از این رو هرگاه کسی چند جنایت مرتکب شود، اصل آن است که چند مجازات داشته باشد، مگر آنکه دلیلی بر خلاف آن آورده شود. از جمله دلایل اصل عدم تداخل قصاص، اطلاقات ادله‌ی قصاص است که از میان آن‌ها می‌توان به آیه ۴۵ سوره مائده اشاره کرد: «أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ [...] وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ»

اثبات تداخل با استناد به ادله

سپس آقای دکتر حاجی ده‌آبادی در مقام بیان ایرادات ق.م.ا گفتند: در قانون مجازات سال ۹۲ با وجود تلاش‌های سودمندی که برای تدوین این قانون صورت گرفته، کاستی‌هایی وجود دارد که از جمله می‌توان بر عدم پذیرش قاعده تداخل و حکم به قصاص عضو علاوه بر قصاص نفس اشاره کرد. با این حال می‌توان به دو صورت قائل به تداخل شد.

۱- اثبات تداخل با استناد به اطلاق لفظی ادله

فرعی که در پنج ماده از جمله مواد ۲۹۳ و ۲۹۶ و ۵۴۰ ق.م.ا آمده، این است که اگر کسی عمداً جنایتی را بر عضو فردی وارد سازد و او به سبب سرایت جنایت فوت کند، چنانچه جنایت واقع شده مشمول تعریف جنایت عمدی باشد، قتل عمدی محسوب می‌شود؛ در غیر این صورت، قتل شبهه عمدی است. فرد قصد فعل داشته اما قصد قتل نداشته لذا عمل کشنده نبوده است، لذا دیه نفس وجود ندارد. اما قانون‌گذار در این مواد بیان کرده که مرتکب علاوه بر قصاص عضو به پرداخت دیه نفس نیز محکوم می‌شود. این حکم قانون از نظر مبانی شرعی قابل تأمل است و قاعده فقهی‌ای وجود ندارد که بیانگر ثبوت قصاص عضو به علاوه دیه نفس باشد و یا افزون بر دیه عضو شدیدتر، قصاص عضو کوچک‌تر را هم تأیید کند. اما بر اساس استفتائات صورت گرفته، بعضی از فقها همچون آیه‌الله شاهرودی و آیه‌الله سبحانی این قول را برگزیده‌اند؛ ایشان اصل را بر عدم تداخل گرفته‌اند و اصل نیز در قصاص همین است. از این رو ایشان برای اثبات مدعای خود نیاز به دلیل ندارند. در مقابل اکثر فقهای معاصر قائل به عدم وجود قصاص در این فرض شده‌اند و تنها دیه نفس را -که در قتل شبهه عمد مسلم است- ثابت می‌دانند.

۱. حلی، مختلف الشیعه ۹: ۴۷۱.

به باور ما نیز در اینجا باید حکم به تداخل کرد. زیرا صحیح‌ه ابو عبیده^۱ بیانگر این است که اگر یک ضربه منشأ دو جنایت باشد (مثلاً ضربه به سر هم موجب شجاج شود و هم موجب زوال عقل) و تا یک سال موجب مرگ گردد، تنها قصاص ثابت است و اگر موجب مرگ نشود، جانی تنها به پرداخت دیه زوال عقل محکوم می‌شود و شجاج چیزی ندارد. از این رو در این روایت، شجاج - که جنایت کوچکتر نسبت به مرگ و زوال عقل است - در فرض مرگ با قصاص و در صورت زنده ماندن مجنی علیه با دیه زوال عقل تداخل می‌کند.

بررسی اثبات تداخل قصاص از راه اطلاق لفظی ادله

سپس آقای امامی بعد از سلام و حمد الهی شروع به بحث کرده و بیان کردند: در بحث قصاص، اصلی بسیار بنیادین به نام اصل مماثلت مجازات با جرم وجود دارد. این اصل معنای قصاص و ملاک حکم مجازات است. شاهد این سخن، قرآن کریم است که در آیه ۱۹۴ سوره بقره می‌فرماید: «[...] أَلْحُرْمَاتُ قِصَاصٌ فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ [...]» این آیه شریفه ملاک حکم را بیان می‌کند؛ یعنی انطباق کامل بین مجازات و جرم. از این رو قابل عدول و تخصیص نیست. در چنین فضایی اگر بخواهیم وارد مباحث تداخل شویم، اصل عدم تداخل باید به خوبی مدنظر ما باشد و تنها دلیلی می‌تواند آن را جابه‌جا بکند که قاطع بوده و قوت زیادی داشته باشد. با این بیان برخی از اشکالات مطرح شده به قانون مجازات اسلامی روشن می‌شود. که عبارت‌اند از:

۱- ماده ۲۹۶ مطابق اصل عدم تداخل و مماثلت است و تنها زمانی می‌توان از اصل و قاعده‌ای که از نصوص قرآنی به دست آمده است، دست برداشت که روایت نص باشد؛ حال آنکه روایت مذکور نص نیست.

۲- روایت ناظر به جنایت مادون نفس است و بر عمدی بودن ضربه اول، تصریح ندارد؛ هر چند ظهور در عمدی بودن دارد. در حالی که بحث ماده ۲۹۶ در جایی است که جنایت عمدی بر عضو منجر به مرگ شده است.

۳- تداخل قصاص بر خلاف ارتکاز عقلایی تساوی میان جرم و مجازات بوده و تالی فاسد دارد؛

۱. «سَأَلْتُ أَبَا جَعْفَرٍ عَنِ رَجُلٍ صَرَبَ رَجُلًا يَعْمُودٌ فَسَطَّاطٍ عَلَى رَأْسِهِ صَرْبَةً وَاحِدَةً فَأَجَافَهُ حَتَّى وَصَلَتِ الصَّرْبَةُ إِلَى الدِّمَاغِ وَ ذَهَبَ عَقْلُهُ فَقَالَ إِنْ كَانَ الْمَضْرُوبُ لَا يَعْقِلُ مِنْهَا أَوْقَاتِ الصَّلَاةِ وَ لَا يَعْقِلُ مَا قَالَ وَ لَا مَا قِيلَ لَهُ فَإِنَّهُ يُنْتَظَرُ بِهِ سَنَةٌ فَإِنْ مَاتَ فِيهَا بَيْنَهُ وَ بَيْنَ سَنَةٍ أُفِيدَ بِهِ صَارْبُهُ وَ إِنْ لَمْ يَمُتْ فِيهَا بَيْنَهُ وَ بَيْنَ سَنَةٍ وَ لَمْ يَرْجِعْ إِلَيْهِ عَقْلُهُ أُعْرِمَ صَارْبُهُ الدِّيَةَ فِي مَالِهِ لِيَذْهَبَ عَقْلُهُ فَلْتُ قَمَا تَرَى عَلَيْهِ فِي الشَّجَةِ شَيْئًا قَالَ لَا لِأَنَّهُ إِثْمًا صَرْبُهُ صَرْبَةً وَاحِدَةً فَجَنَّتِ الصَّرْبَةُ جِنَايَتَيْنِ فَأَلَزَمْتُهُ أَعْلَظَ الْجِنَايَتَيْنِ وَ هِيَ الدِّيَةُ...» (طوسی، تهذیب الأحكام، ۱۰: ۲۵۳).

چرا که لازمه تداخل قصاص این است که مثلاً مجازات ضاری که دو چشم مضروب را کور کرده و او مرده است، کمتر از مجازات ضاری باشد که دو چشم مضروب را کور کرده و نمرده است؛ چون طبق قاعده تداخل قصاص، مجازات ضارب اول تنها پرداخت دیه نفس است؛ اما مجازات ضارب دوم قصاص و یا پرداخت دیه نفس است. واضح است که این مسئله برخلاف ارتکاز عقلا از قصاص است.

۴- نه تنها روایت مذکور تداخل قصاص را تأیید نمی‌کند؛ مناط روایت، دست‌کم با تداخل قصاص در خصوص ماده ۲۹۶ منافات دارد. روایت به علت آنکه جنایت کوچک‌تر (شکافتن سر) به جنایت بزرگ‌تر (از بین بردن عقل) منجر شده است، مجازت سبک‌تر را به مجازات سنگین‌تر تبدیل کرده است (فَالزَّمْنَةُ أُغْلَظَ الْجِنَايَتَيْنِ). بنابراین مناط روایت سنگین‌تر شدن مجازات در صورت بزرگ‌تر شدن جنایت است و این با تداخل قصاص که در صورت بزرگ‌تر شدن جنایت (مرگ مضروب) مجازات سبک‌تر می‌شود (فقط پرداخت دیه)، ناسازگار است.

سپس آقای دکتر حاجی ده‌آبادی به اشکالات بیان شده پاسخ دادند:

در پاسخ به اشکال اول که روایت را نص نمی‌دانند، گفته می‌شود: اتفاقاً دلالت روایت صریح است؛ چرا که در آن امام می‌فرماید: اگر مضروب پیش از گذشت یک سال بيمرد، ضارب باید قصاص نفس شود (فَإِنْ مَاتَ فِيمَا بَيْنَهُ وَ بَيْنَ سَنَةِ أَقِيدَ بِهِ ضَارِبُهُ). اگر ضربه عمدی نباشد، به چه دلیل ضارب باید قصاص نفس شود؟!

پاسخ به اشکال دوم که می‌گویند: "موضوع روایت (جنایت مادون نفس)، با موضوع ماده ۲۹۶ (جنایت نفس) تفاوت دارد" این است که:

اولاً علتی که در روایت برای حکم آمده است (لَأَنَّهُ إِثْمًا ضَرَبَهُ ضَرْبَةً وَاحِدَةً فَجَنَّتِ الصَّرِيَّةُ جِنَايَتَيْنِ فَالزَّمْنَةُ أُغْلَظَ الْجِنَايَتَيْنِ وَ هِيَ الدِّيَّةُ)، عام است و همه مواردی را در بر می‌گیرد که یک ضربه منجر به دو جنایت می‌شود.

ثانیاً ماده ۲۹۶ دو بخش دارد: هم سرایت جنایت به نفس و هم سرایت جنایت به مادون نفس را شامل می‌شود.

اشکال سوم وجود تالی فاسد برای تداخل قصاص بود. این اشکال دو پاسخ دارد:

۱. فقها معتقدند که اگر کسی دو چشم دیگری را کور کرد، هر چند احتمال آن باشد که مضروب در چند روز آینده بمیرد، می‌تواند درخواست قصاص کند. البته اگر پس از قصاص ضارب، مضروب بمیرد، اولیای دم او تنها در صورتی می‌توانند ضارب را قصاص نفس کنند که دیه عضو را بپردازند. برای مثال اگر کسی به عمد پای دیگری را قطع کرد، حتی اگر احتمال مرگ مجنی‌علیه

وجود داشته باشد، می‌تواند در خواست کند پای جانی قطع شود. در صورت فوت محنی علیه نیز اولیای دم او می‌توانند با پرداخت دیه قطع پای جانی، او را قصاص نفس کنند. بنابراین تداخل قصاص تالی فاسد ندارد.

۲. در چنین موردی درباره‌ی مجازات جانی چهار حالت قابل فرض است:

۱. دیه نفس؛

۲. قصاص عضو؛

۳. یکی از دو مجازات قصاص عضو یا دیه نفس؛

۴. هم قصاص عضو و هم دیه نفس.

سه فرض نخست، بی‌اشکال است: فرض نخست مطابق با فقه است. فرض دوم و سوم هم قابل قبول هستند؛ چون تداخل اختیاری، قابل دفاع است. با این همه قانون‌گذار فرض چهارم را برگزیده که مخالف فقه است.

در پاسخ به اشکال چهارم - که اصل عدم تداخل را اصلی قوی و غیر قابل تخصیص می‌داند - باید گفت: میان اصلی که نص قرآن است و اصلی که از نصوص قرآن اصطیاد شده، تفاوت وجود دارد. اولی را نمی‌شود به آسانی کنار گذاشت؛ اما دومی را می‌توان با روایت تخصیص زد. قاعده عدم تداخل ریشه در قرآن دارد؛ اما خود قاعده، نص نیست؛ چرا که در قرآن نیامده است: «لا تدخل القصاص». بنابراین می‌توان آن را با روایت تخصیص زد.

در ادامه آقای امامی اظهار کردند که در پاسخ‌های دکتر حاجی ده‌آبادی دو چالش وجود دارد:

۱. اصل عدم تداخل، اصلی اصطیادی نیست، مفاد مماثلت است که عبارت «قَمَنِ اعْتَدَى عَلَیْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَیْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَیْكُمْ» بیان می‌کند. بنابراین سند ماده ۲۹۶ مفاد نص قرآن است.

۲. در روایت مذکور، اجافه به ذهاب عقل منجر می‌شود و فقه و قانون جدید هم تصریح دارند که اجافه قصاص ندارد. بنابراین میان روایت و محل نزاع، فارق وجود دارد؛ زیرا حتی اگر جنایت از اجافه به ذهاب عقل سرایت نکند، قصاص عضو امکان‌پذیر نیست تا بگوییم: «از آنجا که معصوم تنها به دیه حکم کرده و از قصاص عضو سخن نگفته، نمی‌توان قصاص عضو کرد.» قصاص نداشتن اجافه از خود روایت هم پیدا است. عبارت «أَغْلَطَ الْجَنَائِئِينَ» نشان می‌دهد که اینجا دو قصاص وجود ندارد که در هم تداخل کند؛ بلکه دو دیه است که چون جنایت کوچک‌تر (اجافه) به جنایت

بزرگ‌تر سرایت کرده است، در هم تداخل می‌کنند.

دکتر حاجی ده‌آبادی در ایراد به سخنان آقای امامی گفتند:

شما در مسئله شیوه قصاص به علت وجود برخی ظهورات از اصل مماثلت دست برمی‌دارید.

چگونه است که در اینجا تخصیص اصل با ظهور روایت را نادرست می‌دانید؟

آقای امامی نیز در پاسخ ایشان گفتند:

به علت آنکه تنها زمانی می‌توان از این اصل دست برداشت که روایاتی محکم در اختیار ما باشد.

و ظهور آیه شریفه در مماثلت و اصل عدم تداخل به قدری قوت دارد که با این روایت نمی‌توان آن را کنار گذاشت.

۲- اثبات تداخل با استناد به اطلاق مقامی ادله

دکتر حاجی ده‌آبادی در فرض دوم بیان کردند: ماده ۲۹۶ قانون مجازات، از اطلاقات مقامی

ادله جنایت به دست می‌آید. با بررسی روایات مربوط به قتل و جنایت شبه‌عمد، روشن می‌شود که

آن‌ها تنها دیه نفس را پیش کشیده و هیچ‌گاه از قصاص عضو سخن نگفته‌اند. اگر قصاص عضو

هم جایز بود، باید در روایات مطرح می‌شد. بنابراین از اطلاق ادله نتیجه می‌گیریم در مواردی که

جنایت از عضو به نفس سرایت می‌کند، نمی‌توان هم قصاص عضو کرد و هم دیه یا قصاص نفس.

شاهد این مطلب چندین روایت است: در روایت صحیح‌های، راوی از امام صادق (ع) درباره تعریف

قتل شبه‌عمد، می‌پرسد^۱ و در ضمن بیان می‌کند که قتل شبه‌عمد دیه و کفاره دارد. امام بدون رد

سخن او، قتل شبه‌عمد را تعریف می‌کند. اگر قتل شبه‌عمد قصاص داشت، لزوماً امام سخن راوی

را تصحیح می‌کرد. تقریر امام نشان می‌دهد که قتل شبه‌عمد قصاص ندارد. هیچ روایتی درباره قتل

شبه‌عمد پیدا نمی‌شود که در آن قصاص مطرح شده باشد. از این رو معتقدم که اطلاق مقامی ادله

نافی قصاص عضو است.

بررسی اثبات تداخل قصاص از راه اطلاق مقامی ادله جنایت:

آقای امامی در پاسخ بیان داشتند: استدلال از راه اطلاق مقامی برای اثبات قاعده تداخل با دو

اشکال روبه‌رو است:

۱. روایت درباره دیه است و ناظر به قصاص نیست. بنابراین از اطلاق آن نمی‌توان در زمینه

قصاص استفاده کرد.

۱. «سَأَلْتُهُ عَنِ الْخَطَا الَّذِي فِيهِ الدِّيَةُ وَالْكَفَّارَةُ أَ هُوَ أَنْ يَتَعَمَّدَ صَرْبَ رَجُلٍ وَلَا يَتَعَمَّدَ قَتْلَهُ قَالَ نَعَمْ قُلْتُ رَمَى شَاءَ فَأَصَابَ إِنْسَانًا قَالَ ذَلِكَ الْخَطَا الَّذِي لَا شَكَّ فِيهِ عَلَيْهِ الدِّيَةُ وَالْكَفَّارَةُ» (کلبینی، کافی: ۲۷۹).

۲. در روایات مربوط به قتل شبه عمد، تصریح نشده که جنایت قابل قصاص بوده است. در روایات تنها آمده: "جنایتی منجر به قتل شبه عمد شده است." بنابراین ممکن است جنایت نخست - که منجر به قتل می شود - قصاص نداشته باشد؛ در نتیجه از عدم ذکر قصاص عضو، نمی توان برداشت کرد که قصاص عضو ندارد و تنها دیه ثابت می شود.

دکتر حاجی ده آبادی در نقد سخنان آقای دکتر امامی بیان داشتند:

۱- اگر مسئله مماثلت به این روشنی باشد که می گوئید، فقها تا این اندازه در آن با مشکل روبه رو نمی شدند و فتواهای مختلف نمی دادند.

۲- از سوی دیگر، قصاص نوعی تصرف در عضو است و اگر شک کنیم که حق چنین تصرفی داریم یا خیر؟ اصل عدم تصرف است. بنابراین اصل مماثلت با اصلی قوی به نام اصل عدم تصرف، تعارض پیدامی کند.

۳- گفتید که اجافه (شکافتن سر) از جنایت های قابل قصاص نیست؛ بنابراین مطرح نشدن قصاص دلالت بر نبود قصاص عضو ندارد. بر این بیان اشکالاتی قابل بیان است:

اولاً اگر مسئله عموماً را مطرح کنید، باید توجه کنید که عموماً در خصوص یک عضو هم جاری می شود. می دانیم که برخی از فقها افزون بر آیه ۹۲ سوره نساء، آیه «فَمَنْ اَعْتَدَى عَلَیْكُمْ فَاَعْتَدُوا عَلَیْهِ بِمِثْلِ مَا اَعْتَدَى عَلَیْكُمْ» را هم مبنای مشروعیت دیه می دانند. بنابراین اگر می خواهیم عموماً را اخذ کنیم، همچنین باید بپذیریم که «فَاَعْتَدُوا» دیه عضو نفس را شامل می شود.

دوماً اگرچه اجافه قابل قصاص نیست، جرح قابل قصاص است. خود شما در قانون جدید آورده اید که در جنایتی که ذومراتب است، اگر مرتبه بالاتر قابل قصاص نباشد، می توان قصاص مرتبه پایین تر را جاری کرد. بنابراین امام (ع) می توانست قصاص جراحت پوست سر را بیان کند.

سوماً همان طور که بیان شد، دلیل اصلی اینجانب، عام بودن تعلیل موجود در روایت است. عبارت «لَئِنْ اِنَّمَا صَرَبَهُ صَرَبَةً وَاحِدَةً فَجَنَّتِ الصَّرْبَةُ جِنَايَتَيْنِ فَالْزَمْتُهُ اَعْلَا الْجِنَايَتَيْنِ وَ هِيَ الدِّيَةُ» بیان می کند که هرگاه که یک ضربه دو جنایت ایجاد کرد، یکی از جنایت ها در دیگری تداخل می کند؛ خواه هر دو جنایت دیه داشته باشند، خواه هر دو جنایت قصاص داشته باشند و خواه یکی دیه داشته باشد و دیگری قصاص.

چهارماً اشکال دیگر آن بود که چون روایت در مقام بیان احکام دیه است، از اطلاق آن نمی توان عدم قصاص را نتیجه گرفت، وگرنه می توانستیم از اطلاق آن عدم تعزیر را نیز نتیجه بگیریم. حال

آنکه هیچ فقیهی این را درست نمی‌داند. در پاسخ باید گفت: اولاً در برخی از روایات تعزیر و قصاص در کنار هم آمده‌اند. برای مثال در روایتی درباره اشتراک در قتل آمده است که اگر ولی دم یکی از قاتلان را قصاص کرد، آن‌ها که زنده مانده‌اند، باید دیه دهند و والی آن‌ها را تعزیر می‌کند. ثانیاً برخی از فقها از اطلاقات روایت در زمینه قصاص و دیه نتیجه گرفته‌اند که اگر ولی دم جانی را بکشد، نباید جانی را تعزیر کرد.

ثالثاً قصاص حق الناس است و با مسئله تعزیر کاملاً تفاوت دارد. جایی که فرض راوی این است که تنها دیه و كفاره هست و از قصاص سخن نمی‌گوید یا زمانی که از مجازات شکافتن سر می‌پرسد، اگر قصاص هم جزء مجازات باشد، لزوماً امام آن را بیان می‌کند. بنابراین عدم بیان او بر عدم قصاص دلالت می‌کند.

رابعاً امام در مقام ضرب القاعده (بیان قانون کلی) است. شش یا هفت روایت در این زمینه وجود دارد و نمی‌توان گفت که همه آن‌ها تنها ناظر به حوزه دیات است و قصاص را شامل نمی‌شوند. به عقیده من دلیل اطلاق مقامی روایات، قوی‌تر از روایت صحیحی است که برای اثبات قاعده تداخل مطرح شد.

آقای امامی در انتها تأکید کردند که مماثلت اصلی بسیار محکم است و نمی‌توان به آسانی آن را کنار زد و نباید نگاه کلیشه‌ای به فقه داشته باشیم و آن را دارای چارچوبی خشک و انعطاف‌ناپذیر بدانیم. مثالی مطرح می‌کنم تا این دو مسئله روشن‌تر شود: بیش از ده روایت در زمینه سقط جنین وجود دارد که می‌گویند: سقط جنین «ذی روح» دیه کامل دارد؛ اما در هیچ روایتی نیامده است که مجازات آن قصاص است؛ با این همه بسیاری از فقها بدون توجه به اطلاق آن‌ها، با این استدلال که روایات در مقام بیان قصاص نیستند، به قصاص فتوا داده‌اند. وجود چنین دیدگاهی، علی‌رغم وجود روایات فراوان مخالف آن، میزان اعتبار اطلاق مقامی را در مقابل اصول محکم فقهی نشان می‌دهد.

در ادامه، جلسه با پرسش‌های حضار ادامه یافت و دو استاد بزرگوار پاسخ‌های خود را ارائه کردند.

رسائل

مجله علمی دانش پژوهان مرکز آموزش های تخصصی فقه

شماره ۵ و ۶، زمستان ۱۳۹۴ و بهار ۱۳۹۵

صفحات ۸۳ تا ۱۲۴

محمد رضا حسینی نژاد*

Fagatkhoda313@gmail.com

نشست علمی استرداد پول نامشروع

نشست علمی «بررسی فقهی حقوقی استرداد پول نامشروع» با حضور جناب آقای دکتر عبدی پور، مدیر گروه حقوق خصوصی دانشگاه قم، و حجت الاسلام والمسلمین غلامی از اساتید حوزه علمیه قم با اجرای حجت الاسلام محقق فر در مرکز آموزش های تخصصی فقه قم در زمستان ۹۳ برگزار شد. گزارش زیر خلاصه ای از این نشست است.

خلاصه پرونده استرداد پول نامشروع

پرونده کیفرخواستی در دادسرای امور اقتصادی است. در این پرونده آقای الف، متهم است به جعل در یک فقره چک بانکی، استفاده از سند مجعول، پول شویی و تحصیل مال از طریق نامشروع. همچنین آقای ب، کارمند بانک صادرات، متهم است به مباشرت و همکاری در جعل آن چک بانکی، استفاده از سند مجعول مزبور، معاونت در بزه تحصیل مال از طریق نامشروع توسط متهم ردیف یک (آقای الف)، و خیانت در امانت نسبت به وجوه بانک صادرات.

بر اساس محتویات پرونده، به طور خلاصه جریان از این قرار است: آقای الف به آقای ب (رئیس وقت یکی از شعب بانک صادرات) مراجعه و ادعا کرده بانک ملی با درخواستش برای گرفتن مبلغ ۲۰۰ میلیارد ریال تسهیلات بانکی از نوع مشارکت مدنی صادراتی موافقت نموده و پرداخت تسهیلات مزبور متوقف بر این است که ابتدا متقاضی مبلغ ۹۱ میلیارد ریال به عنوان سهم شرکتی خود را واریز نماید تا متعاقباً مبلغ مزبور به همراه سهم شرکتی بانک، تماماً در اختیار تسهیلات گیرنده قرار گیرد. متهم ردیف اول (آقای الف) بر مبنای این ادعا، از متهم ردیف دو (آقای ب) درخواست نموده که یک فقره چک بانکی به مبلغ ۹۱ میلیارد ریال به منظور واریز به حساب وی در بانک ملی صادر

نماید تا پس از اخذ تسهیلات، کل آن را حداکثر ظرف دو ساعت به بانک صادرات پرداخت و در آنجا سرمایه‌گذاری کند. متهم ردیف دوم، بدون وجود هیچ‌گونه پشتوانه، علی‌رغم علم به غیرقانونی بودن، با اصرارهای مکرر متهم ردیف اول و به انگیزه‌ی جذب سرمایه برای شعبه‌ی تحت مدیریت خود، اقدام به صدور یک فقره چک رمزدار بین بانکی به نام آقای الف نموده، و چک مزبور را - که صرفاً دارای امضای خود وی به عنوان رئیس شعبه بوده - در اختیار متهم ردیف یک قرار می‌دهد. سپس به منظور جلوگیری از کشف ماجرا، با مخدوش کردن نسخه‌ی دوم سند موجود در بانک، رقم چک را تغییر داده و ضمن تغییر رمز، مبلغ اخیر را از حساب سپرده‌ی سرمایه‌گذاری کوتاه مدت متعلق به خود برداشت کرده و مراتب را به همین نحو در رایانه‌ی شعبه، ثبت و منعکس نموده است. متهم ردیف یک نیز چک بانکی مزبور را دریافت و پس از درج امضای دوم در متن چک، فوراً به بانک ملی مراجعه کرده تا وجه چک را وصول کند. مسئول شعبه‌ی بانک ملی با توجه به قابل اعتنا بودن مبلغ چک، اصالت آن را به طور تلفنی از شعبه‌ی صادرکننده‌ی چک، استعلام کرده و آقای ب، به عنوان رئیس شعبه‌ی بانک صادرات، اصالت چک و بلامانع بودن پرداخت آن را تأیید می‌کند. بانک ملی هم بر همین مبنا، وجه چک را وصول و به حساب آقای الف می‌ریزد. وی نیز بلافاصله وجه مزبور را مصرف می‌کند؛ بدین صورت که بخشی از مبلغ را در همان روز نقداً برداشت و بخشی دیگر را از طریق دستگاه‌های کارت خوان (POS) برای تهیه‌ی ارز مصرف می‌کند و سپس متواری می‌شود.

از سوی دیگر، آقای ب، بر اساس اظهار خود، پس از نافرجام ماندن تلاشش برای ارتباط با آقای الف، مراتب را به مدیریت حراست بانک صادرات اطلاع داده و بانک صادرات نیز در همان روز، رویداد را به دادسرا گزارش داده و تقاضا کرده است که حساب فروشندگان ارز توقیف شده و وجوه به دست آمده از این معاملات استرداد شوند. با وجود تلاش‌های دادسرا و ضابطین مربوط، توفیقی در دست‌گیری آقای الف حاصل نمی‌شود و صرفاً بخشی از وجوهی توقیف می‌شوند که متهم در ازای خرید ارز به حساب‌های اشخاص ثالث منتقل کرده بود.

در پی توقیف وجوه و انسداد حساب اشخاصی که آقای الف مبادرت به خرید ارز از آن‌ها نموده بود، افراد متعددی به دادسرا مراجعه کرده و تقاضای رفع توقیف از وجوه را نموده‌اند. دادسرا پس از تحقیق از برخی از صاحبان حساب، ضمن تأکید بر احراز ناآگاهی آنان از غیرقانونی بودن نحوه‌ی تحصیل وجوه توسط متهم ردیف یک (آقای الف)، از رفع توقیف وجوه مزبور خودداری نموده و اتخاذ تصمیم در این خصوص را در صلاحیت دادگاه دانسته است.

آشنایی با مفهوم و ماهیت «چک بین بانکی»، «حساب بانکی» و «پول»

دکتر عبدی پور با توجه به بررسی علمی این موضوع در قالب یکی از پرونده‌های قضایی دادگاه، شایسته دانستند که به‌عنوان مقدمه اول، دانش پژوهان با مفهوم «چک بین بانکی» آشنا شوند: یک بانک (مثل صادرات) با توجه به موجودی حساب یکی از مشتریان و درخواست وی، اقدام به صدور چک بر عهده‌ی بانکی دیگر (مانند ملی) می‌کند که در نتیجه‌ی آن صاحب حساب با مراجعه به بانک مذکور اقدام به برداشت از حساب، صدور چک عادی، استفاده از دستگاه خودپرداز یا کارت خوان می‌کند. به این اقدام بانک، صدور «چک بین بانکی» گفته می‌شود.

در ادامه دکتر عبدی پور متناسب با این مقدمه در ادامه توضیح دادند: رئیس یکی از شعبه‌های بانک صادرات علی‌رغم دریافت نکردن پول از مشتری و خالی بودن حساب وی، تخلف اداری نموده و اقدام به صدور ۹۱ میلیارد ریال چک بین بانکی بر عهده‌ی بانک ملی می‌کند. در ادامه صاحب حساب بر اساس پول واریزی به حسابش با اشخاص ثالث معامله کرده و از کشور فرار می‌کند. اکنون با توجه به مطالب مذکور باید حکم پولی که در اختیار صاحب حساب قرار داده شده و تکلیف معاملاتی که با همین پول صورت گرفته است، روشن شود.

ایشان در توضیح مقدمه دوم، بیانات خود را بدین صورت ادامه دادند: جهت سهولت بررسی موضوع «استرداد پول نامشروع»، مقایسه «حساب‌های بانکی» با «پول و اسکناس» ضروری به نظر می‌رسد. وجوه موجود در حساب بانکی بر خلاف اسکناس و پول، وجود خارجی ندارند؛ به همین دلیل اقتصاددان‌ها در صورت برداشت وجه از حساب بانکی جهت تأدیه معامله، نام این پدیده را «نامرئی شدن پول» می‌نامند؛ اما با توجه به این که هر دو مالیت دارند و دارای ارزش پولی می‌باشند، وسیله پرداخت وجه هستند. علاوه بر این، ارزش اقتصادی سایر کالاها با این دو سنجیده می‌شود. همچنین با یک تحلیل فقهی-حقوقی به این نکته می‌رسیم که در صورت افتتاح حساب بانکی به شکل «سپرده‌گذاری» یا «پس انداز» در واقع ماهیت پول واریزی به بانک از نوع قرض الحسنه می‌شود. در نتیجه بانک، قرض‌گیرنده و مالک آن پول می‌شود و صاحب حساب هم قرض‌دهنده‌ای می‌شود که هر وقت بخواهد می‌تواند از طریق برداشت از حساب یا صدور چک، قرض خود را پس بگیرد؛ برخلاف پول و اسکناسی که نزد دارنده‌ی پول، نگه‌داری می‌شود. اما با وجود این تفاوت، هر دو وسیله ذخیره ارزش هستند؛ به این معنا که ممکن است بخشی از دارایی‌های فرد در بانک به شکل الکترونیکی نگه‌داری شود یا همان وجود مادی ارز در صندوقچه ذخیره شود.

پس از بیانات دکتر عبدی پور، حجت‌الاسلام والمسلمین غلامی موضوع پرونده را از منظر فقه این چنین تحلیل نمودند: از نظر فقها چک، سند دین در ذمه است؛ ولی در مورد پول و چک پول

آراء علما به دو دسته تقسیم می شود: دسته اول - که از جمله آن ها مرحوم امام رضوان الله تعالی علیه در «تحریر الوسیله» است - معتقد به مال بودن پول به طور عددی هستند. در مقابل دسته دیگری از فقها - مثل مرحوم آیت الله بهجت رضوان الله تعالی علیه و مقام معظم رهبری حفظه الله - قائل بر مالیت چک و چک پول هستند. حال همان طور که امام در «تحریر الوسیله»^۱ اشاره نمودند، باید بررسی شود که آیا چک بین بانکی صادره از طرف بانک صادرات از نوع چک عادی است که فقط مدرک دین در ذمه است و مالیت ندارد که در نتیجه بانک صادرات هم ضامن تأدیه پول به بانک ملی نباشد؟ یا این چک، مال اعتباری و از نوع چک تضمینی است که با توجه به دست به دست شدن آن توسط رئیس شعبه بانک صادرات و صاحب حساب و بانک ملی و اشخاص ثالث طرف معامله با صاحب حساب بحث «تعاقب ایدی» مطرح شود که طبق نظر فقها در قاعده ید، عین مال هر کجا موجود باشد به مالک برگردانده شود؟»

ضمان یا عدم ضمان متهم و اشخاص ثالث طرف معامله (نقد رأی صادره در پرونده)

در ادامه دکتر عبدی پور موضوع پرونده را با توجه به دو مقدمه مذکور این گونه تبیین نمودند: صاحب حساب از حساب بانکی خود در بانک ملی ۹۱ میلیارد ریال برداشت کرده و سپس با همان پول ها با اشخاص ثالث معامله نموده است. در ضامن بودن صاحب حساب و متهم هیچ شکی وجود ندارد، اما با تتبع در قواعد فقهی و مواد قانونی با توجه به قاعده «علی الید ما أخذت حتی تؤدی» و ماده ۳۰۸ قانون مدنی^۲ - با این توضیح که با توجه به قاعده و ماده مذکور سوء نیت و عدم سوء نیت هیچ دخلی در حکم غصب ندارد - اشخاص ثالثی که طرف معامله با متهم قرار گرفته اند و ثمن خود را از همان ۹۱ میلیارد ریال دریافت نموده اند، مصداق غاصب هستند که با توجه به ماده ۳۱۱ قانون مدنی باید عین مال به حساب بانک مسترد شده و در صورت تلف عین، مثل و قیمت آن بازگردانده شود.

حکم اولی و ثانوی مسأله

ایشان در ادامه بیان کردند: در تشریح حکم اولی مسأله و با صرف نظر از مصالح اجتماع، مقتضای قاعده عقلایی، احترام به مالکیت افراد می باشد که به تبع آن، عین مال غصب شده، خواه

۱. مسأله ۱۱: الصکوک (چک) البنکیة کالأوراق التجاریة لا مالیه لها، بل هی معبرة عن مبلغ معین فی البنک، و لا یجوز بیعها و شراؤها فی نفسها، نعم الصک الذی یرسم فی ایران بالصک التضمینی (چک تضمینی) یکون من الأوراق النقدیة کالدینار و الاسکناس فیصح بیعه و شراؤه، و من أتلغه ضمن لمالکة کسائر الأموال، و یجوز بیعه بالزیادة، و لا ربا فیہ إلا إذا جعل البیع وسیلة للتخلص عن الربا القرضی. (تحریر الوسیله ۲: ۶۱۹)

۲. غصب، عبارت است از استیلاء بر حق غیر به نحو عدوان.

در تصرف متهم و صاحب حساب باشد یا در تصرف اشخاص ثالث، باید در اختیار مالک اصلی قرار بگیرد. البته برخی نظام‌های حقوقی دنیا با سه شرط این قاعده اولیه را تخصیص زده‌اند که در نظام حقوقی کشور ما به شکل دکترین مطرح است و الزام‌آور نیست. مطابق این دکترین در صورتی که اماره مالکیت در طرف معامله وجود داشته باشد و طرف معامله علم به نامشروع بودن تصرف طرف دیگر معامله نداشته باشد و در برابر پرداخت عوض، معوض را تحویل گرفته باشد، تصرف شخص ثالث و مالکیتش نسبت به معوض قانونی خواهد بود و شاکی تنها می‌تواند جهت استرداد مال به متصرف غیرقانونی مراجعه کند. اما با در نظر گرفتن مصالح اجتماعی و عناوین ثانوی می‌توان گفت جهت جلوگیری از اختلال نظام و امنیت سیستم‌های پرداخت، با تطبیق آن بر پرونده قضایی طرح شده، سزاوار نیست اشخاص ثالث را محکوم به استرداد مال نمود و آن‌ها را به صاحب حساب و متهم فراری ارجاع داد؛ زیرا تکلیف نمودن اشخاص ثالث به آگاهی داشتن از مشروعیت تصرف طرف معامله، تکلیفی دشوار و مخل نظام اجتماعی است.

حجت‌الاسلام والمسلمین غلامی در ادامه جهت تکمیل بیانات خود فرمودند: اجرای احکام معاملات فضولی از لوازم مال دانستن چک‌های بین بانکی است؛ اما با مطالعه در پرونده مورد بحث، قاضی علی‌رغم اعتراف به مال بودن این نوع از چک، آن را به خاطر غیر عینی بودنش از احکام راجع به معاملات فضولی خارج دانسته است. پس با توجه به توضیحات ذکر شده این اشکال وارد است که صرف اعتبار مالی چک مورد نظر، تمام لوازمش را - از جمله اجرای احکام راجع به معاملات فضولی در مورد چک بین بانکی - به دنبال دارد و ماهیت غیر عینی پول، موجب خروج آن از احکام راجع به معاملات فضولی نمی‌شود.

ایشان جهت تبیین نظر خود در مورد حکم مسأله، توضیحات دکتر عبدی پور در مورد حکم اولی مسأله را صحیح دانستند، اما نظر ایشان درباره عنوان ثانوی مسأله را نپذیرفتند. حجت‌الاسلام والمسلمین غلامی در توضیح مدعای خود گفتند: به نظر می‌رسد همان طور که در بیشتر کتب حقوقی آمده است، دکتر عبدی پور «چک بین بانکی» را سند دین در ذمه می‌دانند؛ به این معنا که اشخاص با واریز پول به حساب شخصی‌شان، در واقع به بانک پول قرض می‌دهند. در این صورت اگر اشخاص ثالث با متهم، معامله شخصی کردند، اصل معامله باطل است؛ چون اصلاً ثمنی وجود ندارد. اما اگر معامله به صورت کلی در ذمه واقع شود، معامله صحیح است؛ اما فقط متهم در مقابل بانک ملی ضامن خواهد بود. ولی با مراجعه به عرف متوجه می‌شویم در عرف «چک‌های بین بانکی» اعتبار مالی هستند، لذا در صورت وجود عین مغضوبه، مال در دست هرکس که باشد (هرچند اشخاص ثالث) باید به مالک اصلی برگردانده شود. از این رو در صورتی که معامله

شخصی باشد و پرداخت ثمن با عابربانک در حکم پرداخت عینی پول باشد، معامله فضولی خواهد بود.

از طرف دیگر باید توجه کرد که تشخیص عنوان ثانوی با حاکم شرع مبسوط‌الیداست، نه قاضی صادرکننده حکم؛ اگرچه ممکن است نظر حاکم شرع موافق با نظر دکتر عبدی پور باشد. همچنین اگر حاکم شرع مبسوط‌الید عنوان ثانوی را تشخیص داد، از آنجا که علت عدم حکم به استرداد پول به حساب بانک ملی عنوان ثانوی است نه واقعه خارجی، جبران خسارت بر عهده خود حاکم شرع است که از بیت‌المال تأمین می‌کند، نه بانک صادرات و ملی. زیرا حاکم شرع نمی‌تواند برای جلوگیری از ضرر اشخاص ثالث به بانک ملی یا صادرات که منابع مالی آن‌ها را مردم یا دولت تأمین می‌کند، ضرر وارد کند.

دکتر عبدی پور در پاسخ به اشکال حجت‌الاسلام غلامی توضیح داد: شواهدی موجود است که باید «چک بین بانکی» را مدرک دین در ذمه دانست؛ زیرا اولاً، همچنان که در پرونده قضایی مربوطه آمده است، متهم بارها جهت پرداخت ثمن از دستگاه کارت خوان استفاده نموده است. این خود نشان دهنده «جاری» یا «پس انداز» بودن حساب وی است؛ چون دارندگان این دو نوع حساب در بانک‌ها فقط واجد کارت عابربانک هستند. ثانياً، قانون «عملیات بانکی بدون ربا» از حساب‌های «پس انداز» و «جاری» به عنوان قرض الحسنه یاد کرده است. ثالثاً، اقتصاددان‌ها همین برخورد را با موجودی‌های حساب بانکی می‌کنند. حال پس از اثبات این بخش از مدعا باید معاملات انجام گرفته توسط متهم را معامله «کلی در ذمه» دانست؛ زیرا بنا بر آنچه در پرونده قضایی آمده است، ابتدا توافق بر تحویل کالا (سکه) از طرف اشخاص ثالث صورت می‌گیرد سپس متهم اقدام به پرداخت ثمن می‌کند و این خود نشانه «کلی در ذمه بودن» معاملات مذکور است.

یک پرسش: فضولی بودن یا نبودن معامله

در ادامه با توجه به رأی قاضی بر اساس احکام مربوط به معاملات فضولی درباره‌ی پرونده؛ یکی از دانش‌پژوهان اشکالی مطرح کرد مبنی بر این که: «اگر چک را دین در ذمه بدانیم لازمه‌اش این است که معامله بر چیزی واقع نشده باشد؛ نه این که معامله فضولی باشد. مضاف بر این که در معامله فضولی، شخص از طرف مالک، داد و ستد می‌کند؛ اما در پرونده مذکور متهم خودش را طرف معامله قرار داده است، نه مالک را.»

دکتر عبدی پور این اشکال را نپذیرفتند و اظهار کردند: آنچه موجب خروج حساب بانکی از احکام راجع به معاملات فضولی می‌شود غیرعینی بودن حساب بانکی نیست؛ بلکه چون متهم به جای پرداخت ثمن از مال خود، مال غیر را به عنوان ثمن می‌پردازد، معامله فضولی خواهد بود و بر اساس

مواد قانون مدنی، معامله صحیح نیست و صاحب مال حق دارد مالش را استرداد کند؛ اگرچه رأی قاضی به عدم استرداد از جهتی دیگر صحیح است. ایشان همچنین اشکال دوم را با توجه به معنای معامله فضولی پاسخ دادند و گفتند: معامله فضولی یعنی معامله با مال دیگری، اعم از این که این معامله از طرف خود باشد یا صاحب مال.

رسائل

مجلة علمي دانش پژوهان مرکز آموزش های تخصصی فقه

شماره ۵ و ۶، زمستان ۱۳۹۴ و بهار ۱۳۹۵

صفحات ۸۳ تا ۱۲۴

محسن شیري

Fagatkhoda313@gmail.com

المبانی الفقہیة حول استحقاق الزوجة لأجرة المثل وتأثير شرط تنصيف الاموال عليه

محسن الشيرى

من المسائل المبتلى بها اليوم فى الملقّات القضائية حول الطلاق هى مسألة أجرة المثل للزوجة بالنسبة الى عملها فى بيت الزوج. يشترط فى استحقاق أجرة المثل شروط كعدم قصد التبرع والإذن وكثيراً ما يقع الاختلاف بين الزوجين عند الطلاق حول هذه الشروط و من ثم يوجد الاختلاف بين المحاكم ايضاً بحيث قد يُرى إصدار حكمين متضادين فى الملف الواحد. هذا و من جانب آخر من الشروط المندرجة فى القبالة النكاحية هو شرط تنصيف الاموال. و بعض القضاة يعتقدون بأنّ المادة الواحدة المسماة بقانون الطلاق اشترطت فى استحقاق الزوجة لأجرة المثل عدم اشتراط تنصيف الاموال فى عقد النكاح و هذا ايضاً صار سبباً آخر لصدور الاحكام المتشعبة من المحاكم. و على هذا يبدو من الضرورى استعراض هذا الموضوع بما أنّه كثير الوقوع فى المحاكم. هناك فى هذه المقالة استعراض شرائط استحقاق الزوجة لأجرة المثل بالنسبة الى عملها فى بيت الزوج ودراسة صحة و نفوذ شرط تنصيف الاموال و تحقيق الربط بين هذين الامرين. و أخيراً يُدعم عدم مانعية شرط التنصيف بالنسبة الى استحقاق أجرة المثل إن لم يكن مضمون هذا الشرط اسقاط أجرة المثل كما أنّ الموجود فى القبالة النكاحية اليوم هكذا.

المفردات الرئيسية: اجرة المثل للزوجة - شرط تنصيف الاموال - قصد التبرع - مطالبة الاجرة

تعويض الضرر الادبي في الفقه و علم القانون اتجاهاً على المادة ١٤ من قانون المحاكمات الجزائية ١٣٩٢

المحقق: فاضل الحدادي

من المسائل الخلافية هو الضرر الادبي وله تطورات مختلفة في النظمات الحقوقية و طرح على بساط البحث نظراً الى العلاقات القانونية بين الاشخاص في الجوامع. الضرر الادبي ناظر الى الخسارة غير المادية مثل هتك أو انخفاض الاعتبار أو الشرافة أو العرض أو الصدمات الروحية و العاطفية. محل النزاع في الضرر الادبي هو التحديد، امكان مطالبة الخسارات و طريق المحاسبة. هناك في هذه السطور استعراض تقسيم و تحليل هذه العناصر في الفقه و علم القانون.

جمهـور علماء الحقوق على تعويض الضرر الادبي مستنداً الى القواعد الفقهية و الاصولية. و على ازائهم اكثر الفقهاء على انكار اصل التعويض مضافاً الى نفي امكان المحاسبة. هناك المادة ١٤ و تبصرتان لها من قانون المحاكمات الجزائية الجديد بحث عن الضرر الادبي و شرع التعويض عنه بالمال. و قبل تشريع هذا القانون كان قول بعدم امكان تعويض الضرر الادبي، و آخر بتعويضه بشكل غير مادي و ثالث بتعويضه بشكل مادي.

المفردات الرئيسية: الضرر الادبي، التعويض بشكل مادي، التعويض بشكل غير مادي، المادة ١٤ من قانون المحاكمات الجزائية ١٣٩٢

ضابط ترسيم الجرائم في النصوص الفقهية و المواد القانونية اتجاهاً على قاعدة «التعزير لكل عمل محرم»

رضا العسكري

ان مسألة معيار ترسيم الجرائم في الفقه و الحقوق الاسلامية له دور رئيسي في نظام التقنين و لهذا تكون بحاجة الى تبين منهجي في إطار مُحدّد.

قضاء لهذه الحاجة يتعرّض في هذه المرقومة لقاعدة «التعزير لكل عمل محرم» المشهورة و بعد التحري عن مفادها سعةً و ضيقاً و النظر في ادلتها و عدة تفاسير مختلفة من الفقهاء العظام حولها، يُستنتج أنّ اعطاء الضابط الكلي من هذه القاعدة لترسيم الجرائم منوط على تفسير موسّع من هذه القاعدة بحيث يُعدّ كل فعل مثير للفساد جُرمًا و كل عمل تعديلي عقوبتاً. المستند لهذا التفسير، العناية بحكمة جعل التعزيرات و هي الاتقاء عن الاخلال في النظام الاجتماعي مادياً و معنوياً.

١. من طلاب المستوى الثاني في الحوزة العلمية بقم المقدسة و المركز التخصصي لدراسة الفقه.

٢. من طلاب المستوى الثاني في الحوزة العلمية بقم المقدسة و المركز التخصصي لدراسة الفقه.

و فى اثناء دراسة مقالة المشهور المبتنى على هذا التفسير الموسع يُبحث عن بعض قوانين التعزيرات؛ منها المادة ٦٣٨ من القانون السابق للعقوبات و المادة ١٤١ من قانون التعزيرات المصوبة سنة ١٣٩٢ حتى يظهر انطباق تفسير هذه الموارد على قول المشهور.

المفردات الرئيسة: التعزير، الإخلال بالنظام، معيار ترسيم الجرائم، الاصل ١٦٧ من قانون الاساسية، المادة ٦٣٨ من قانون التعزيرات، المادة ١٤١ من قانون التعزيرات.

دراسة ادلة و آثار ضمان الطبيب فى فقه الامامية

عادل السعدنى^١

يبدو من الضرورى دراسة ضمان اعمال الطبيب من جهة الادلة و آثار الضمان نظراً الى شيوع المسالة و كونها مبتلى بها. إنه لا يوجد اختلاف بين فقهاء الامامية فى ضمان الطبيب الجاهل المقصر غير المتخصص أو المتخصص الفاقد للإذن فى عمله. انما الاختلاف فى مالومات أو نقص المريض مع كون الطبيب متخصصاً غير قاصر ولا مقصر و كونه مأذوناً من قبل المريض أو وليه. فالمشهور على ضمان الطبيب مستنداً الى الروايات و الاجماع و القواعد الفقهية كقاعدة الاتلاف. و على إزاء المشهور بعض الفقهاء القائلين به عدم الضمان مستنداً الى اصل البرائة و كونه مأذوناً وقاعدتى الاحسان و نفى العسرو الحرج. هناك فى هذه المقالة مع استعراض ادلة الطرفين و دراسة صور المباشرة و التسبب، يرجح قول المشهور أخيراً.

المفردات الرئيسة: ضمان الطبيب، تقصير الطبيب، الخطأ فى الطباة، التسبب

المباني الفقهية لتقسيم الدية على العاقلة وفقاً لقانون العقوبات الاسلامية ١٣٩٢

سقراط الكلىنى^٢

تحمل العاقلة الدية فى بعض الموارد كالجنابة خطأً أو فراراً أو موت المتهم. وفقاً للمادة ٤٦٨ من قانون العقوبات الاسلامية و لو تعددت... بالتساوى وفقاً... الاسلامية. لو تعددت العاقلة توزع الدية على العاقلة بالتساوى. لكن يوجد الاختلاف بين الفقهاء فى المسالة؛ فبعض هم الفقهاء على تقسيط الدية بين العاقلة بالتساوى مستنداً الى عدم الدليل. و بعض آخر على أن على الفقير ربعها و على الغنى نصفها و لا دليل على ما زاد. و ثالثاً على أن التقسيط بحسب ما يراه الامام أو نائبه الخاص أو العام. هناك فى هذه المقالة مع دراسة الاقوال يدعم القول الاول المنطبق على المادة ٤٩٨ من قانون

١. من طلاب المستوى الثانى فى الحوزة العلمية بقم المقدسة و المركز التخصصى لدراسة الفقه.

٢. من طلاب المستوى الثانى فى الحوزة العلمية بقم المقدسة و المركز التخصصى لدراسة الفقه.

العقوبات الاسلامية نظراً الى اطلاق ادلة تحمل العاقلة للدية من جهة كونه ديناً شرعياً خصوصاً مع انضمام أصالة عدم الفرق في خصوصية العاقلة بالنسبة الى اداء الدين .

المفردات الرئيسية: توزيع الدية، تعدد العاقلة، المادة ٤٦٨ من قانون العقوبات الاسلامية ١٣٩٢، موت القاتل، فرار القاتل

كيفية اعتبار الرؤية في الشهادة على الزنا في فقه الامامية

سجاد الرضائي^١

من طرق اثبات الزنا الشهادة عليه شهادة مبتنية على رؤية الشاهد. و وقع الخلاف بين فقهاء الامامية في كيفية اعتبار الرؤية. فإن المشهور على اعتبارها بشكل خاص المعبر عنه برؤية «الميل في المكحلة» و في مقابل المشهور القول بكفاية رؤية الملازمات العرفية للزنا في الشهادة عليه و هو رأى المحقق الخوئي و كثير من المعاصرين يتبعه. والقول الثالث هو التفصيل بين الزنا الموجب للرجم و الجلد حيث اعتبر في الاول الرؤية بشكل خاص دون الثاني. هناك في هذه المقالة مع استعراض الآراء، يُدعم قول المشهور استناداً الى روايات الباب و المؤيدات المذكورة في محلها.

المفردات الرئيسية: الشهادة على الزنا، الملازمات العرفية للزنا، الميل في المكحلة، رؤية الزنا

اعتبار الاجتهاد في القاضى اتجاهاً على رأى المحقق الخوئي

قاسم الرضائي^٢

إن حل مشكلة «الاجتهاد في القاضى» له دوراً كبيراً في مساعدة السلطة القضائية مضافاً الى التنوير بالنسبة الى موقف القاضى و شرائطه في فقه الامامية. كثرة الملقات القضائية و إطالة الإجراءات القضائية و قلة عدد القضاة المجتهدين، كلها من مشاكل السلطة القضائية. ملكة الاجتهاد لها دور فهم في منهج الاستنباط و اسلوبه من جانب و ضرورة دقة النظر في النفوس و الدماء و الأعراس و الاموال من جانب آخر. و مع ذلك كله وقع الخلاف بين فقهاء الامامية في اعتبار الاجتهاد في القضاء. فالمشهور على اعتباره مطلقاً و فى إزائه قولان: عدم اعتباره مطلقاً و اعتباره فى القاضى المنصوب خاصةً دون قاضى التحكيم و هو رأى المحقق الخوئي. هناك فى هذه المقالة مع دراسة الاقوال

١. من طلاب المستوى الثانى فى الحوزة العلمية بقم المقدسة و المركز التخصصى لدراسة الفقه.

٢. من طلاب المستوى الثالث فى الحوزة العلمية بقم المقدسة و المركز التخصصى لدراسة الفقه.

الثلاثة يُدعم ويرجِّح قول المحقق الخوئي نظراً إلى ادلته على المسألة من اصالة عدم نفوذ حكم القاضى غير المجتهد والعمومات والاطلاقات والاجماع والاحتياط فى الدماء والاعراض والاموال .
المفردات الرئيسة: اجتهاد القاضى _ اعتبار الاجتهاد _ القاضى المنصوب _ قاضى التحكيم

حكم الرشوة فى غير القضاء و مستنداته فى فقه الامامية

مهدى ارجمند الشيخ احمد^١

نظراً إلى حرمة الرشوة والارتشاء و نظراً إلى خساراتها بجدي في الإطار الإدارى والاقتصادى يبدو من الضرورى البحث عن انواع الرشوة ودراستها. إن حرمة الرشوة والارتشاء لا تنحصر فى باب القضاء بل يمكن طرحها فى سائر الابواب. هناك اتجاهان حول حكم الرشوة فى غير باب القضاء: الحرمة مطلقاً و الحرمة المشروطة. الاتجاه الاول يبتنى على بعض الآيات و الرواية المشهورة النبوية و الاجماع. و الاتجاه الثانى يتمسك بظهور الرواية الرضوية و الاجماع و تنقيح المناط. و فى هذه السطور مع دراسة ادلة الطرفين، يُرجِّح القول بالحرمة المشروطة.

المفردات الرئيسة: الرشوة، الرشوة فى غير القضاء، هدية القاضى، الارتزاق من بيت المال

١. من طلاب المستوى الثانى فى الحوزة العلمية بقم المقدسة و المركز التخصصى لدراسة الفقه.

