

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

استفاده از سبک‌های نوین در تدوین و نگارش کتب و رساله‌های فقهی ... و به کار بردن ابزارهایی که امروزه در تسهیل کار علمی دارای سهم مؤثری است، همه‌ی اینها به وظیفه‌ی تکمیل فقه کمک می‌کند.
(پیام مقام معظم رهبری به نخستین کنگره علمی تخصصی دایره‌المعارف فقه اسلامی، ۱۳۷۲/۱۱/۱۴)



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



مجله علمی دانش پژوهان مرکز آموزش‌های تخصصی فقه
شماره هفتم - تابستان ۱۳۹۵

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،

مهدی عطار کاشانی

مدیر داخلی: رضا عسکری

مترجم چکیده‌ها: مهدی ارجمند

مشاور علمی این شماره: حجت الاسلام والمسلمین یوسف غلامی

ویراستار: محمد صادق دهقان

طراح و گرافیسیت: 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

این مجله در پایگاه مجلات تخصصی نورمگز نمایه می‌شود

www.noormags.ir

۵ سرمقاله / طلبگی و قضاوت: بینش‌ها و مهارت‌ها

مقالات

۱۱ حق تحقیق نیروی انتظامی در اعمال منافی عفت از دیدگاه فقه امامیه / حامد پارسا

۳۵ کیفیت اجرای شلاق از منظر فقه امامیه / سقراط کلینی

۵۷ شرایط و حکم دفاع مشروع در فقه و قانون مجازات اسلامی / رضا عسکری

۷۹ پیوند عضو جانی و مجنی علیه در قصاص [نقد فقهی مواد ۴۲۵ و ۴۴۶ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲] / رضا ستوده

۹۹ اعتبار علم قاضی در جرایم حدی منافی عفت از منظر فقه امامیه / محمد رضا حسینی نژاد

اطلاع‌رسانی علمی

۱۱۷ نشست علمی قاعده تعزیر؛ بررسی ضوابط جرم‌انگاری عمل حرام / رضا ستوده

۱۲۷ نشست علمی بررسی فقهی حکم تعدی در دفاع مشروع / محمد نیک‌روش

۱۳۷ الملخصات

شیوه‌نگارش مقالات علمی

نکات کلی

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

نحوه نگارش علمی مقاله

الف: نحوه حروف چینی

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

ب: شیوه نگارش و ارجاع دهی

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

طلبگی و قضاوت؛ بینش‌ها و مهارت‌ها

امیرالمومنین علیه السلام در یکی از شب‌های جنگ صفین، مواجهه‌ای قابل تأمل با اصحاب خود دارد. از حاضرین کسی زبان اعتراض می‌گشاید که: ابتدا گفתי قرآن سر نیزه کلمه حقی است که از آن اراده باطل شده و ما را از مذاکره نهی کردی و سپس خود به آن تن دادی! این چه راهی است که می‌روی! حضرت با تاسف و عتاب رو به او سخنانی بیان می‌کند. در فرازی از این خطبه آمده است: **أريد أن أدأوي بكم و أتمم دائي، كناقش الشوكة بالشوكة و هو يعلم أن ضلعها معها (صبحی صالح، نهج البلاغة ۱۷۷)**^۱. می‌خواهم با شما دردها را درمان کنم ولی چه کنم که شما خود درد من هستید! مانند کسی که می‌خواهد خاری را با خاری دیگر بیرون کشد. نه تنها خار بیرون نمی‌آید که جراحی دیگر و زخمی بیشتر را سبب می‌شود. این خطاب نه تنها خطاب علی علیه السلام به اصحابش و تنها در آن واقعه که طینش در طول تاریخ جاری و ساری است! این بیان گلوگیر می‌تواند برای تمامی کسانی که امروز تعلق به اسلام شیعی دارند خطابی باشد از جانب امام عصر ارواحنا له الفداء. خطابی که سنگینی مسئولیت، بلندای افق رسالت و کوتاهی یاران را نمایان می‌کند. این خطاب، تمامی طلاب بخصوص آنانی که در کسوت قضاوت درآمده یا در خواهند آمد را نیازمند بینش‌ها، گرایش‌ها، مهارت‌ها و رفتارهایی می‌کند که لازمه‌ی ورود چنین قشری به دستگاه بزرگ دادخواهی کشور است. قشری که پیشتر از همه چیز، دارای کسوت روحانی و رسول رسالت‌های دین است! امید که با تأمین آنها، نه تنها بارهایی که بردوش گرفته که بارهای بر زمین مانده را نیز برداریم تا مرهمی و درمانی باشیم بر دردها و فرجی باشیم بر همه‌ها و زمینه‌ای برای ظهورها. در این مقال، مروری سریع بر این امور خواهیم داشت.

۱. و من خطبة له علیه السلام بعد ليلة الهرب و قد قام إليه رجل من أصحابه فقال تهيئنا عن الحكومة ثم أمرتنا بها. [فما ندري] فلم ندر أي الأمرين أرشد؟ فصفق علیه السلام إحدى يديه على الأخرى ثم قال: هذا جزء من ترك العقدة، أما والله لو أتى حين أمرتكم [بما أمرتكم] به حملتكم على المكروه الذي يجعل الله فيه خيراً، فإن استقمتم هديتكم وإن اعوججتم قومتكم وإن أبيتم تداركتكم لكانت الوثقى، و لكن بمن وإلى من؟ أريد أن أدأوي بكم و أتمم دائي، كناقش الشوكة بالشوكة و هو يعلم أن ضلعها معها ...

۱. احساس مسئولیت: آنجا که مشکلات زیاد، کاستی‌ها نمایان و همه‌ها فراگیر است و قدرت‌طلبی و زیاده‌خواهی و شهوات نفسانی در کمین‌اند، و فلاکت و گمراهی بسترهایی آماده دارند، زیر بنای استقامت و در مسیر ماندن را «کَلِّم رَاعٍ، وَ كَلِّم مَسْؤُولٌ عَنِ رَعِيَّتِهِ» (پاینده، نهج‌الفصاحه ۶۱۱)^۱ می‌سازد. البته احساس مسئولیت خود برپایه‌های شناخت و عشق استوار است. باور به وجود مبداء حاکم قادر قاهر غالب. باور به سرای آخرت که از یک سو باید در دنیا ساخته شود و از سوی دیگر از هیچ سروسوزنی در محاسبه دریغ نخواهد شد.^۲ باور به اینکه فساد و تباهی خود ساخته است^۳ و دامنه‌اش تمامی ابعاد زندگی را در بر می‌گیرد تا جائی که می‌تواند حتی نگاه و دستگاه محاسبه فرد را با ملاک‌ها و سنجه‌های دیگری همراه کند.^۴ باور به اینکه توانایی و استعداد، مسئولیت می‌آورد و مادامی که وسعی و امکانی باشد باید پاسخگو بود.^۵ باور به شیطان و نفس و بدی‌ها و وسوسه‌های آن و... این مجموعه شناختی از انسان و مسیر او و روابطش در هستی، باید در کنار عشق‌هایی قرار بگیرد. عشق به انسان‌ها و سرنوشت آنها^۶ و اینکه سرنوشت‌ها بهم‌گرفته خورده و درهم تنیده است. عشق به اعتلای نظام و انقلاب اسلامی و حکومتی که بقایش در حفظ و تحقق شعارهایش که در یک کلام حاکمیت الله و کرامت و شرف انسان است خلاصه می‌شود و... این دو مجموعه شناختی و ایمانی زیربنای مسئولیت را تشکیل می‌دهد.

۲. گستره مسئولیت: در کنار این احساس، آنچه باید دیده شود گستره مسئولیت است. اینکه خود را آنقدر محدود و کوچک کنیم تا از زیر بار مسئولیت‌ها شانه خالی کنیم از هیچ‌کس دور نیست. به هزار بهانه می‌توان مسئولیت را نادیده گرفت و کم کرد. از بهانه اشتغالات علمی و کمبود وقت گرفته تا رعایت نشدن شأن و جایگاه و محاسبات رسیدن به پست و مقام و کم‌تر کارکردن و بیشتر بردن!

۱. همه شما مسئول هستید و همه شما نسبت به زبردستانتان مورد سؤال واقع می‌شوید.
 ۲. «مَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ خَيْرًا يَرَهُ» «وَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ شَرًّا يَرَهُ» (زلزله ۷ و ۸)؛ «وُضِعَ الْكِتَابُ فَتَرَى الْمُجْرِمِينَ مُشْفِقِينَ مِمَّا فِيهِ وَيَقُولُونَ يَا وَيْلَتَنَا مَا لِهَذَا الْكِتَابِ لَا يُغَادِرُ صَغِيرَةً وَلَا كَبِيرَةً إِلَّا أَحْصَاهَا وَوَجَدُوا مَا عَمِلُوا حَاضِرًا وَلَا يَظْلِمُ رَبُّكَ أَحَدًا» (کهف ۴۹)
 ۳. «ظَهَرَ الْفَسَادُ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ بِمَا كَسَبَتْ أَيْدِي النَّاسِ لِيُذِيقَهُمْ بَعْضَ الَّذِي عَمِلُوا لَعَلَّهُمْ يَرْجِعُونَ» (روم ۴۱)؛ «إِنَّ الَّذِينَ تَوَلَّوْا مِنْكُمْ يَوْمَ الْتَقَى الْجَمْعَانِ إِنَّمَا اسْتَزَلَّهُمُ الشَّيْطَانُ بِبَعْضِ مَا كَسَبُوا وَ لَقَدْ عَفَا اللَّهُ عَنْهُمْ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ حَلِيمٌ» (آل عمران ۱۰۳ و ۱۰۴)
 ۴. «قُلْ هَلْ نُنَبِّئُكُمْ بِالْأَخْسَرِينَ أَعْمَالًا» «الَّذِينَ ضَلَّ سَعْيُهُمْ فِي الْحَيَاةِ الدُّنْيَا وَهُمْ يُحْسِنُونَ آلَتَهُمْ يَحْسِنُونَ ضَنْعًا» (کهف ۱۰۳ و ۱۰۴)
 ۵. ما أصف من دار أولها عناء، و آخرها فناء، في حلالها حساب، و في حرامها عقاب «(صحيح صالح، نهج البلاغه ۱۰۶)
 ۶. «لَعَلَّكَ بَاخِعٌ نَفْسًا أَلَّا يَكُونُوا مُؤْمِنِينَ» (شعراء ۳)؛ «لَقَدْ جَاءَكُمْ رَسُولٌ مِنْ أَنْفُسِكُمْ عَزِيزٌ عَلَيْهِ مَا عَنِتُّمْ حَرِيصٌ عَلَيْكُمْ بِالْمُؤْمِنِينَ رَؤُوفٌ رَحِيمٌ» (توبه ۱۲۸)؛ و أشعر قلبكم الرحمة للرعية و المحبة لهم و اللطف بهم و لاتكونن عليهم سبعا ضاريا تغتصب أكلهم، فإنهم سنفان: إنما لك في الذين و إما نظير لك في الخلق (صحيح صالح، نهج البلاغه ۴۲۷)

آنچه مقوم گستردگی افق دید است در شأن انسان و رسالت طلبه نهفته است. در ادبیات دینی ارزش هر کس را به آنچه نیک می‌پندارد دانسته‌اند.^۱ اگر اعتبار اجتماعی مهم شد، اگر صرفاً علم مهم شد، اگر دنیا مهم شد، قیمت و ارزش شخص هم همین‌هاست! اینکه در بیانات حضرات معصومین علیهم‌السلام آمده است که بهای شما بهشت است به کمتر از آن خود را نفروشید^۲ ناظر به این نکته است که کم دیدن خود و کم توقع داشتن از خود، ناچیزها و انحراف‌ها را به دنبال دارد.^۳ حفظ تمامیت خود، اصل اول است. علاوه بر این آنچه طلاب را از این حیث از دیگران ممتاز می‌کند، وسعت رسالت‌های طلبگی است. مومن هیچگاه از تکلیف خالی نیست. طلبه هم از آن جهت که این رسالت را پذیرفته است هیچگاه خالی از تکلیف و مسئولیت نیست. نگاه به مجموعه بیانات ائمه علیهم‌السلام در خصوص رسالت عالمان دین که در واقع امتداد مسیر انبیاء و اولیای الهی است، بخصوص در دوران غیبت، وسعت وسیعی را نمایان می‌کند. از تفقه و انذار تا امانت‌داری رسول و وارث او بودن^۴، حفظ خود و دین^۵، تکفل و عهده‌داری و رشد و هدایت کسانی که از امام منقطع هستند^۶ و...

۳. تزامم مسئولیت‌ها: هر چند مسئولیت‌ها گسترده است ولی در یک زمان واحد مسئولیت‌ها متعدد نخواهد بود. آنچه در این قسمت مهم است این است که در هر لحظه بیش از یک مسئولیت و وظیفه بر عهده نیست. در حقیقت این اصل به همراه نگاه گسترده به مسئولیت می‌تواند اولویت‌ها را مشخص کند. برای تعیین اولویت هم ملاک‌های متعددی می‌توان سراغ گرفت. سختی بیشتر کار^۷، کار بر زمین مانده، نیاز بیشتر و یا ظرفیت کمتری یکی از اطراف دعوا و... از جمله مواردی است که می‌تواند شاخص قرار گیرد.

۱. قیمة كل امرئ ما يحسنه (صبحی صالح، نهج البلاغه ۴۸۲)
۲. ألا حرّ يدع هذه اللامظة لاهلها أنه ليس لانفسكم ثمّن الا الجنة فلا تبیعوها إلا بها (صبحی صالح، نهج البلاغه ۵۵۶)، آیا آزاد مردی نیست که این ته مانده طعام در دهان! (دنیا) را به اهلش وانهد؟ به راستی برای جان‌های شما، بهایی جز بهشت نمی‌باشد. پس آنها را جز به آن بها مفروشید.
۳. در ادبیات فارسی نیز این مفاهیم به چشم می‌خورد:
گر در طلب گوهر کانی / اگر روز و شبان در پی جانی جانی
من فاش کنم حقیقت مطلب را / هر چیز که اندر پی آنی (مولانا)
۴. الفقهاء أمناء الرسل ما لم یدخلوا فی الدنيا (الکافی (کلینی، کافی ۱: ۴۶)
۵. فاما من كان من الفقهاء صائنا لنفسه حافظا لدينه مخالفا على هواه مطيعا لأمر مولاه فللعوام أن يقلدوه (مجلسی، بحار الانوار ۲: ۸۸)
۶. ...أشد من اليتيم الذي انقطع عن أمه و أبيه يتيم انقطع عن إمامه و لا يقدر على الوصول إليه ... فمن هداة و أرشده و علمه شریعتنا كان معنا فی الرفیق الأعلى (طبرسی، احتجاج ۱: ۱۶)
۷. أفضل الأعمال ما أكرهت نفسك عليه (صبحی صالح، نهج البلاغه ۴۲۷)

۴. ادای مسئولیت: مسئولیت علاوه بر بینش‌ها نیازمند مهارت‌ها و مقدماتی در مرحله ایفا است. مادامی‌که این مقدمات و ریزه‌کاری‌ها تامین نشود می‌تواند تمام بافته‌ها را رشته کند. در باب قضا، این مقدمات برخی علمی است، برخی اخلاقی، برخی شخصیتی و برخی حرفه‌ای، که باید حتی الامکان قبل از تصدی مقام قضا فراهم شود. قطعاً صرف تسلط علمی، قضاوت را آنطور که در شریعت اسلامی مدنظر است اجرایی نخواهد کرد. قضاوت امری است که در بستری عاطفی و اجتماعی اجرا خواهد شد و توجه به پیامدها و آثار تمامی مراحل قضاوت باید در عین عمل به مَرّ قانون در نظر باشد. در قضاوت‌های امیر المومنین علیه السلام مواردی است که نشان می‌دهد حضرت به این امور و نیز فلسفه مجازات توجه تام داشته‌اند. حضرت در جایی از اجرای حد در سرزمین دشمن امتناع می‌ورزد و علت را جلوگیری از پیوستن کسی که براو حد جاری شده به دشمن بیان می‌فرماید. ^۱ همچنین در عهدنامه مالک اشتر صفاتی بیشتر از صفات علمی مدنظر است. مروری سریع بر این مقدمات نشان می‌دهد که تقوا و عدالت^۲، تسلط بر فقه و قانون^۳، زیرکی و ذکاوت در تعاملات^۴، حریت و آزاد منشی^۵، مناعت طبع^۶، پرکاری و حقیقت‌جویی^۷، پرحوصلگی و سعه صدر^۸، قاطعیت و شجاعت^۹ استقلال رای و نظر^{۱۰} از اموری است که باید به عنوان مقدمات در قاضی‌تأمین شوند.

۱. لا اقیم علی رجل حدًا بارض العدو حتی یرج منها لتلا تلحقه الحمیة فیلحق بالعدو (عاملی، وسائل ۲۸: ۲۴)

۲. اختر للحکم بین الناس افضل رعیتک فی نفسک (صبحی صالح، نهج البلاغه ۴۳۴)

۳. لا یطمعن قلیل الفقه فی القضاء (مجلسی، بحار الانوار ۱۰۱: ۲۶۴)

۴. لا تضیق به الامور و لا یمحکه الخصوم (صبحی صالح، نهج البلاغه ۴۳۴)

۵. و لا یتمادی فی الزلّة و لا یحصر من الفیء إلی الحق إذا عرفه (همان)

۶. و لا تشرف نفسه علی طمع (همان)

۷. لا یکتفی بأدنی فهم دون اقصاه اوقفهم فی الشبهات و اخذهم بالحجج (همان)

۸. و اقلهم تبرماً بمراجعة الخصم و أصبرهم علی تکشف الامور (همان)

۹. و اصرمهم عند ایضاح الحکم (همان)

۱۰. لا یزدهیه اطراءً و لا یستمیلہ إغراءً (همان)

مقالات

حامد یار سا*

Parsa.ha2014@gmail.com

حق تحقیق نیروی انتظامی در اعمال منافی عفت از دیدگاه فقه امامیه

چکیده

برخورد با اعمال منافی عفت و پیشگیری از وقوع آنها از وظایف حکومت اسلامی است. با این حال بحث در دایره اقداماتی است که حکومت در برخورد و پیشگیری از وقوع این جرائم مجاز به اعمال آنهاست. از جمله این اقدامات، تجسس و تحقیق به منظور کشف این جرایم و محدودۀ آن است. در ماده ۱۰۲ آیین دادرسی کیفری، اصل بر عدم تجسس جزء در موارد خاص است. اکثر فقها نیز بر همین نظراند و جز در مواردی مانند اعمال منافی عفت سازمان یافته، تجسس و ورود به حریم خصوصی افراد را جایز نمی دانند، هر چند در برخی فروع مانند تجسس در اماکن عمومی بین فقها اختلافاتی وجود دارد. اثر حاضر، ضمن بررسی ماهیت و اقسام تجسس، به تبیین مبانی فقهی این موضوع پرداخته است.

کلیدواژگان

حق تجسس، حق تحقیق، اعمال منافی عفت، حریم خصوصی، ماده ۱۰۲ آیین دادرسی کیفری.

فراهم کردن انواع امنیت اجتماعی یکی از اهداف هر حکومتی است و برای این امر، قوانینی برای پیش‌گیری از جرم و مجازات‌هایی برای مجرمان وضع می‌شود. از جمله موضوعاتی که در بعضی از مواد قانونی بیان شده، بحث برخورد با اعمال منافی عفت و جلوگیری از آن‌هاست. طبیعی است برای جلوگیری و برخورد با مفاسد اخلاقی گاهی تحقیق و تجسس لازم می‌شود ولی آیا تحقیق و تجسس در اعمال منافی عفت نیز جایز است؟ قانون، اصل در تجسس از اعمال منافی عفت را به جزء موارد خاص عدم جواز می‌داند (ماده ۱۰۲ آ.د.ک). با این حال بررسی مبانی فقهی و نظرات فقها در این موضوع با توجه به جایگاه فقه در قوانین موضوعه و اهمیت پیشگیری و برخورد با اعمال منافی عفت در دستگاه قضا ضروری است.

این تحقیق می‌کوشد به این سؤالات پاسخ دهد: آیا تحقیق و تجسس در اعمال منافی عفت برای حکومت اسلامی و مأموران آن مشروع و جایز است؟ در صورت جواز، محدوده جواز تجسس چه قدر است؟ آیا برای تجسس می‌توان وارد حریم خصوصی افراد شد؟ حکم تجسس در صورت وجود شاکه خصوصی یا سازمان یافته بودن اعمال منافی عفت چیست؟

این سؤال‌ها دارای پیشینه حقوقی است، ولی از منظر فقهی تحقیق مدوئی یافت نشد و صرفاً به استفتائات اکتفا شده است. فقهای متقدم در کتاب‌های فقهی به طور مبسوط به این موضوع نپرداخته‌اند که با توجه به نبودن حکومتی بر مبنای فقه شیعه در گذشته، چنین کاری طبیعی بنظر می‌رسد. در این تحقیق ابتدا مفهوم و اقسام تجسس، بیان و سپس اقوال فقها بررسی و در ادامه با ارائه مستندات اقوال فقها، حکم تجسس در اعمال منافی عفت بیان می‌شود.

۱. مفهوم‌شناسی تجسس

لغت «جس» به معنای دست مالیدن برای دانستن است که «تجسس» به معنای تفحص و کنجکاوی از همین ریشه است. (قاموس قرآن ۲: ۳۸) ابن اثیر «لاتجسسوا» را از ریشه «التجسس»

و به معنای تفتیش از باطن امور دانسته است. (النهاییه فی غریب الحدیث ۱: ۲۷۲) «جاسوس» نیز از همین کلمه مشتق شده است. (مفردات الفاظ قرآن ۱۹۶)

معنای لغوی تجسس با معنای اصطلاحی و عرفی آن تفاوتی ندارد و عرف آن را در همان معنای لغوی به کار می‌برد؛ زیرا در عرف، کلمه تجسس به معنای تحقیق، تفحص و جست‌وجو کردن چیزی است و این همان معنای لغوی تجسس است. البته معمولاً در چیزی که پنهان است و آشکار نیست، تجسس و تفحص می‌کنند. مشتق شدن کلمه «جاسوس» از تجسس نیز به همین دلیل است؛ زیرا «جاسوس» در امور پنهانی تفحص می‌کند. این اثیر معنای تجسس را بحث از عورات می‌داند که به معنای بحث از امور پنهانی است. (النهاییه ۱: ۲۷۲) برخی از فقها تصریح کرده‌اند، مقصود از عیوبی که در کلام امیرالمؤمنین علی علیه السلام به پوشاندن آن دستور داده شده، گناهایی است که افراد در خلوت انجام می‌دهند و اصطلاحاً «عورت» نامیده می‌شود. (حکومت دینی و حقوق انسان ۱۴۱) بنابراین معنای اصطلاحی و لغوی تجسس، باهم تفاوتی ندارند. حمیری درباره معنای «جاسوس» گفته است، کسی که تجسس از اخبار می‌کند و بعد از تجسس، اخبار را با خود می‌آورد. (شمس العلوم ۲: ۹۴۱) هم چنین گفته شده تجسس زمانی است که جاسوس در جستجوی آن اخبار باشد. (همان) پس هدف متجسس، کشف و ارائه اخبار و امور مخفی است. برخی برای معنای «جس» و «تجسس»، طبیب را مثال زده‌اند که بیمار را با دست و چشم بررسی می‌کند تا بیماری را کشف کند. (الفائق ۲: ۹۸)

بنا بر این، تجسس به معنای تفحص و جست‌وجو کردن مطالب پنهانی است که اصطلاحاً «عورات» نامیده می‌شوند. البته ممکن است مطلبی برای کسی آشکار، ولی نسبت به متجسس پنهان باشد. به عبارت دیگر، پنهان و آشکار بودن از امور نسبی است. پس ممکن است اموری در جامعه برای عده‌ای آشکار باشد، ولی برای عده‌ای دیگر از جمله حاکم و مأموران حاکم پنهان باشد. پس تحقیق و جست‌وجوی مأموران حاکم از جرم و جنایت در جامعه را از همین باب، تجسس می‌گویند. هر چند تجسس مصادیق زیادی دارد، ولی بحث ما فقط تجسس در اعمال منافی عفت است. اگر جرم منافی عفتی اتفاق افتاد، آیا حاکم و مأموران او حق تجسس در مورد آن را دارند یا خیر؟

۲. اقسام تجسس در اعمال منافی عفت

۱-۲) تجسس در مکان‌های عمومی

رفتارهایی در سطح جامعه اتفاق می‌افتد که برای عده‌ای مشهود است و برای عده دیگری مشهود نیست. مثلاً وقتی فردی در انظار عموم شرب خمر می‌کند، برای عده‌ای که در محل حضور دارند، مشهود است، ولی برای عده‌ای دیگر که در محل حضور ندارند، از جمله حاکم، مشهود نیست. پس مأموران حاکم برای کشف این گونه جرم‌ها که در سطح جامعه اتفاق می‌افتد، در سطح جامعه تجسس می‌کنند.

۲-۲) تجسس در مکان‌های خصوصی افراد

بعضی از جرم‌ها مشهود نیستند که خود به دو نوع تقسیم می‌شود:

یک - مجرمان در حریم خصوصی خود مرتکب جرم می‌شوند. مثلاً فردی در خانه خود مرتکب زنا یا شرب خمر می‌شود. طبیعی است حاکم و مأموران برای کشف چنین جرمی باید وارد حریم خصوصی افراد شوند و حریم خصوصی آنان را نقض کنند.

دو - مجرمان در حریم خصوصی مرتکب جرم می‌شوند، ولی این کارشان صرف انجام دادن یک جرم نیست، بلکه جرم به صورت سازمان یافته و برنامه ریزی شده در حریم خصوصی انجام می‌شود. به عنوان نمونه می‌توان از برگزاری میهمانی مختلط که سبب اختلاط زن و مرد و ارتکاب جرم می‌شود، نام برد.

۳-۲) تجسس به درخواست شاکی خصوصی

گاهی به درخواست و شکایت شاکی، حاکم اجازه ورود به حریم خصوصی افراد را می‌دهد. به عبارت دیگر، حاکم قصد تجسس ندارد، ولی از آن جا که شاکی خصوصی شکایتی علیه شخصی دارد و ادعا می‌کند جرمی اتفاق افتاده است، حاکم برای روشن شدن موضوع تجسس می‌کند.

در خصوص تقسیم بندی تحقیق در اعمال منافی عفت باید گفت اصل بحث ما مورد دوم یعنی تجسس در مکان‌های خصوصی افراد است؛ زیرا اعمال منافی عفت معمولاً در مکان‌های خصوصی اتفاق می‌افتد و برای کشف آن باید حریم خصوصی افراد نقض شود. این مصداق، یعنی مخفی بودن جرم و تحقیق برای کشف آن، مهم‌ترین و پرچالش‌ترین قسم در بحث حاضر است. ذکر این

نکته ضروری است که ممکن است تحقیق برای کشف عمل منافی عفت بعد از انجام عمل باشد. به عبارت دیگر، ممکن است عملی در حال وقوع باشد و با تحقیق هنگام عمل کشف شود یا این که عمل منافی عفت انجام شده باشد و بعداً از طریق تحقیق می‌توان از آن باخبر شد. مثل زمانی که زنی شوهر نداشته باشد و باردار شود و تحقیق صورت پذیرد که آیا از طریق زنا بوده یا خیر. یا مثلاً شاکی خصوصی شکایتی مبنی بر تجاوز به او ارائه دهد که با تحقیق می‌توان از واقع امر اطلاع پیدا کرد. تمام این موارد از مصادیق ورود به حریم خصوصی افراد برای کشف جرم است.

۳. بررسی احکام تجسس در اقسام مختلف

۳-۱) تجسس در مکان‌های عمومی

ظاهر این است که این نوع از تجسس جایز است؛ زیرا ادله تشکیل حکومت و نظام اسلامی شامل آن می‌شود. تشکیل حکومت برای حفظ امنیت اجتماعی و اقامه حدود و تعزیرات است و حفظ امنیت بدون تجسس در سطح اجتماع و برخورد با امور منافی عفت و مفاسد اجتماعی امکان‌پذیر نیست. از همین باب است که پیامبر اکرم صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مأمورانی را برای تجسس در سطح جامعه قرار داده بود که «عیون» نام داشتند. (تفسیر نمونه ۲۲: ۱۸۸) اداره امور مردم و ایجاد امنیت به ویژه امنیت اخلاقی در جامعه اقتضای می‌کند که حاکم در جامعه مأمورانی داشته باشد که در سطح جامعه تجسس کنند و اگر با مورد منافی عفتی روبه‌رو شدند، به حاکم گزارش دهند و حاکم به آن رسیدگی کند. عده‌ای از فقها هم از همین باب یعنی احتمال اخلاص در نظم و امنیت اجتماعی به جواز تجسس فتوا داده و فرموده‌اند: «در مواردی که احتمال عقلایی اخلاص در امنیت و نظم اجتماعی باشد، با نظر حاکم می‌توانند تجسس کنند». (آیت‌الله سبحانی، استفتاء مرکز آموزش‌های تخصصی فقه) هم‌چنین امیرالمؤمنین علی عَلَيْهِ السَّلَام در نامه‌ای به والی خود دستور می‌دهد: «در جست‌وجوی امور پنهان مباش؛ چون وظیفه تو پاک کردن ظواهر است.» (نهج البلاغه ۴۲۹) کلام امیرالمؤمنین علی عَلَيْهِ السَّلَام در جواز تجسس از امور ظاهری ظهور دارد؛ زیرا لازمه رسیدگی و پاک کردن امور ظاهری، تجسس در جامعه و کشف جرم است.

مطالبی که ذکر شد در صورتی است که حفظ نظام اسلامی متوقف بر آن نباشد. اما در صورتی که کیان نظام اسلامی در خطر باشد، تجسس قطعاً جایز است. فرمایش آیت‌الله فاضل لنکرانی در پاسخ به سوال استفتاء نیز به این مطلب اشاره دارد. متن استفتاء چنین است: در صورتی که در بعضی موارد

اصل جرم گزارش می‌شود، ولی کیفیت آن و مجرم معلوم نیست؛ آیا بر قاضی لازم است موضوع را پیگیری کرده و مشغول تحقیق و تعقیب شود؟ ایشان در جواب می‌گویند: «خیر، لازم نیست. مگر در صورتی که برای برهم زدن نظم، یا براندازی جمهوری اسلامی باشد». (جامع المسائل ۱: ۵۸۷)

برخی از فقهاء هم به ادله و وجوب نصیحت استناد کرده و می‌گویند طبق ادله و وجوب نصیحت، تعیین مأمورانی برای مراقبت حرکات و فعالیت‌های گروه‌های مخالف و تبلیغاتی که علیه اسلام و حکومت اسلامی می‌کنند و جلوگیری از نشریات مضره و مضله و ترویج خطوط انحرافی، بر امام واجب است. (آیت‌الله احمدی میانجی، اطلاعات و تحقیقات در اسلام ۶۶)

بر همین اساس مشخص شد که برای حفظ امنیت اجتماعی، تجسس در سطح جامعه جایز است؛ چرا که تشکیل حکومت، برای ایجاد امنیت اجتماعی است و بالطبع هر موردی که حفظ امنیت اجتماعی اقتضای تجسس را داشته باشد، نظیر تجسس در معابر عمومی، این عمل جایز است. چنان که برخی از فقهاء در جواب به استفتاء در مورد تجسس در معابر عمومی تصریح کرده‌اند: «در صورتی که جهت حفظ عفت عمومی از طرف حاکم شرع لازم باشد، اشکال ندارد». (آیت‌الله علوی گرگانی، استفتاء مرکز آموزش‌های تخصصی فقه) برخی از فقهاء هم در صورت احتمال عقلایی بر ارتکاب منکر، با وجود شرایط وزیر نظر حاکم شرع، حکم به جواز داده‌اند. (آیت‌الله سبحانی، استفتاء مرکز آموزش‌های تخصصی فقه)

البته عده‌ای از فقهاء قائل به عدم جواز تجسس در معابر عمومی هستند و این قسم از تجسس را هم در عمومیت حرمت تجسس داخل می‌دانند. (آیت‌الله مکارم شیرازی، استفتاء مرکز آموزش‌های تخصصی فقه) عده‌ای دیگر هم قائل به حرمت تجسس در معابر به صورت مطلق نیستند، ولی جواز تجسس را در فرض خاص و به صورت جزئی جایز می‌دانند و می‌گویند: «فقط در مورد احتمال شبکه فساد جایز است». (آیت‌الله گرامی، استفتاء مرکز آموزش‌های تخصصی فقه)

۳-۲) تجسس در حریم خصوصی

اصل بحث در مورد تجسس از اعمال منافی عفت، راجع به همین مورد است. به عبارت دیگر، اگر شخصی در حریم خصوصی خود عمل منافی عفت انجام داد، آیا حاکم و مأموران او حق ورود به حریم خصوصی و کشف آن جرم را دارند؟

حرمت تجسسی که در اقوال برخی از فقها در برخی فروع فقهی آمده است، به همین مورد برمی‌گردد؛ یعنی چون مورد از مسائل منافی عفت پنهان است، به عدم جواز تحقیق و تجسس حکم کرده‌اند. در ادامه، اقوال برخی از فقها در برخی فروع فقهی بیان می‌شود.

۳-۲-۱) اقوال فقها در فروع فقهی

تجسس از زن باردار بدون شوهر

یکی از فروع فقهی که فقها نسبت به تحقیق و تجسس در آن اظهار نظر کرده‌اند، اقامه حد بر دختر حامله بدون شوهر است. اگر دختری باردار شود در حالی که شوهری ندارد، فقها حد را از او ساقط می‌دانند؛ زیرا ممکن است از طریق وطی به شبهه یا اکراه در زنا یا حتی از طریق جذب منی در حمام باردار شده باشد. پس حد ساقط است، ولی می‌توان از طریق تحقیق و تجسس از علت بارداری او آگاهی یافت و در صورت ارتکاب زنا، حد را بر او جاری کرد. با این وجود آیا چنین تجسسی جایز است؟ بیش تر فقها به حرمت تجسس و برخی به عدم حرمت قائلند.

قائلان به حرمت تجسس

صاحب جواهر

صاحب جواهر در فرض باردار شدن زنی که شوهری نداشته است، می‌گوید حدّ زنا بر او اقامه نمی‌شود؛ زیرا ممکن است حمل به سبب وطی به شبهه یا اکراه باشد. (جواهر الکلام ۴: ۲۹۵) صاحب جواهر به یکی از فقه‌های عامه که به اقامه حد بر زن حکم می‌کند، اشکال می‌کند و می‌گوید کلام این شخص واضح الضعف است. ممکن است کسی اشکال کند و بگوید می‌شود از واقع امر تحقیق کرد و اگر زن مرتکب زنا شده بود، حد را بر او اقامه کرد، ولی صاحب جواهر این را هم نمی‌پذیرد و به عدم جواز سؤال و تحقیق از زن حکم می‌کند و می‌گوید: «بل لیس علینا سؤالها، للأصل بل الأصول» (همان). البته ممکن است گفته شود کلام صاحب جواهر از «لیس علینا» عدم وجوب سؤال است نه عدم جواز. در نتیجه، سؤال واجب نیست، اگر چه جایز است. صاحب جواهر به شیخ طوسی هم اشکال وارد می‌کند و می‌گوید کلام شیخ که می‌گوید واجب است از زن سؤال پرسید، وجهی ندارد: «فما عن ظاهر المبسوط من لزومه لا وجه له». (همان)

امام خمینی رحمته الله عليه برای فتوا به حرمت سؤال و تحقیق از اعمال منافی عفت در ذیل مسئله اقامه حد بر زن باردار بدون شوهر، از عبارتی محکم و قاطع استفاده می‌کند و می‌گوید نه تنها اقامه حد بر او جایز نیست، بلکه هیچ احدی حق ندارد از او در مورد ارتکاب عمل منافی عفت سؤال کند: «لیس علی أحد سؤالها و لا التفتیش عن الواقعة.» (تحریر الوسیله ۲: ۶۶۰) کلمه «أحد» نکره در سیاق نفی است که افاده عموم می‌کند؛ یعنی هیچ احدی حتی حاکم حق سؤال و تحقیق از واقع امر را ندارد.

آیت الله گلپایگانی

ایشان در فرضی که زنی شوهری نداشته و باردار شده باشد، می‌گوید حدی بر او اقامه نمی‌شود؛ زیرا ممکن است از غیر زنا مثل وطی به شبهه یا جذب منی در حمام باردار شده باشد. شاهد ما برای عدم جواز تحقیق، ادامه سخن مرحوم آیت الله گلپایگانی است که به صراحت می‌گوید: «لیس لأحد ان یسئل عنها لأنها تفحص عَمَّا یحرم شیوعه.» (الدر المنضود فی أحكام الحدود ۱: ۱۸۰) ایشان تصریح می‌کند که احدی حق ندارد از زن درباره واقع امر بپرسد؛ زیرا در این صورت، از چیزی سؤال شده که شیوع آن حرام است. ایشان در ادامه به کلام پیشین صاحب جواهر استناد می‌کند و مقصود صاحب جواهر را از تغییر «لیس علینا»، مردّد بین عدم وجوب سؤال یا عدم جواز سؤال می‌داند و می‌گوید: «ظاهر این است که مراد ایشان، عدم جواز است و این عدم جواز از باب حرمت تفحص و تجسس است، بلکه از قبیل اشاعه فحشاست که خداوند از آن نهی کرده است.» (همان)

آیت الله فاضل لنکرانی

یکی از کسانی است که قول به عدم جواز سؤال و تحقیق از اعمال منافی عفت را از کلام ایشان می‌توان استظهار کرد صاحب تفصیل الشریعه است. ایشان بعد از ردّ نظر برخی فقها که به اقامه حدّ بر زن باردار بدون شوهر قائل هستند و هم چنین نظر شیخ طوسی که به وجوب سؤال از آن زن قائل است، می‌گوید نه تنها وجوب سؤال دلیلی ندارد، بلکه عدم جواز سؤال نیز بعید نیست لذا می‌گوید: «أما عدم وجوب السؤال عنها والتفتیش عن حالها، فلائنه لا دلیل علی ثبوت هذه الوظيفة، خلافاً لما حکي عن المبسوط من اللزوم، بل یمکن أن یقال بعدم الجواز.» (تفصیل الشریعه - الحدود ۱۱۳)

قائلان به عدم حرمت تجسس

شیخ طوسی

شیخ طوسی از جمله فقهایبی است که قائل به عدم حرمت سؤال و تجسس از زن هستند. به نظر ایشان، اگر زنی شوهر نداشته باشد و باردار شود، از او در مورد واقع امر سؤال و تحقیق می شود و می گوید: «إذا وجدت امرأة حامل ولا زوج لها فإنها تسئل عن ذلك فان قالت من زنا فعلیها الحد وإن قالت من غیر زنا فلا حد علیها» (المبسوط ۸: ۸) عبارت (تسئل عن ذلك) در وجوب سؤال ظهور دارد. به عبارت دیگر، ایشان نه تنها قائل به عدم حرمت سؤال و تحقیق نیست، بلکه قول وجوب سؤال را پذیرفته اند.

شهید ثانی

از کلمات شهید ثانی می توان چنین استفاده کرد که ایشان قائل به حرمت تجسس نیستند. شهید ثانی در ذیل مسئله باردار شدن زنی که شوهری ندارد، می گوید از آن جا که باید عمل مسلم بر صحت حمل شود، حد از زن ساقط است؛ زیرا باید عمل او بر صحت حمل شود و باردار شدنش بر غیر از زنا مثلاً جذب منی در حمام حمل می شود. پس موضوعی برای حد باقی نمی ماند لذا می گوید: «لأن الحمل لا یستلزم الزنا، والأصل فی تصرف المسلم حمله علی الصحّة» (مسالك الافهام ۳۵۱: ۱۴) هم چنین ایشان به ادله دیگری از جمله اصل برائت ذمه از حد، احتمال اشتباه و اکراه در زنا برای رد حد بر زن استناد می کند. (همان) علت قرار گرفتن شهید ثانی در زمره قائلین به عدم حرمت سؤال، این است که ایشان بر خلاف فقهای که قائل به وجوب سؤال از زن در مورد واقع قضیه هستند، قائل به جواز سؤال است. لذا می گوید: «لا احتمال أن یکون من شبهة أو من إکراه، والحد یدرأ بالشبهة، ولا یجب البحث عنه ولا الاستفسار» (همان) قرینه بر ادعای فوق، ادامه کلام شهید است که فتوای وجوب سؤال را از شیخ طوسی نقل می کند و این یعنی اصل سؤال نزد این فقها جایز است، ولی وجوبی ندارد.

آیت الله تبریزی

ایشان در ذیل مسئله مورد بحث در شرایع الاسلام می گوید منظور از استثنایی که در کلام محقق و دیگر فقها آمده است مبنی بر این که حد ثابت نیست مگر آن که به زنا اقرار کند، این

نیست که حاکم از او سؤال کند و اگر اقرار کرد، حد بر او ثابت است، بلکه منظور این است که اگر زن تبرعاً و بدون سؤال از او برزنا اقرار کرد، حد ثابت است بیان ایشان چنین است: «نعم إذا اعترفت بزناها أربع مرات يجرى عليها الحد، و ليس المراد من الاستثناء في عبارة الماتن وغيره أن على الحاكم السؤال عن سبب حملها، بل لو تبرعت هي باعترافها يثبت زناها.» (اسس الحدود و التعزيرات ۷۴) پس ایشان در ردیف قائلان به عدم حرمت سؤال است؛ زیرا ایشان نیز وجوب سؤال را از عهده حاکم ساقط دانست. پس وقتی از وجوب یا عدم وجوب بحث می‌شود، یعنی اصل فعل جایز است. البته اشکال مهمی که در کلام صاحب جواهر بود، در این جا نیز وارد است؛ زیرا کلام ایشان بین حرمت و عدم جواز مردّد است؛ زیرا می‌گوید: «ليس على الحاكم» و در ادامه آن می‌گوید: «لو تبرعت هي باعترافها يثبت زناها.» حتی عبارت «لو تبرعت» را قرینه‌ای بر حرمت سؤال می‌توان دانست به این صورت که سؤال برای حاکم حرام است و فقط اگر زن خودش تبرعاً اقرار کرد، حد ثابت است.

تحقیق از زنا بین پسر و دختری که تماس بدنی داشته‌اند

آیت‌الله مکارم شیرازی در فرض این که دختر و پسری با یکدیگر معاشرت و احیاناً تماس بدنی داشته باشند، ولی زنا را انکار کنند، آیا واجب است حاکم برای علم پیدا کردن به مقاربت، تتبع کند و دختر را به طبیب ارجاع دهد تا طبیب او را معاینه کند و حاکم از واقع قضیه آگاه شود، می‌گوید: «القاضي ليس مكلفاً بالفحص في مثل هذه الحالات، و لا يجوز الفحص إلا عند الضرورة؛ قاضي مكلف به تحقيق در چنین مواردی نیست و تحقیق جایز نیست مگر هنگام ضرورت.» (الفتاوی الجديده ۱: ۱۳۰) ایشان نه تنها به وجوب حکم می‌کند، بلکه تحقیق را اصلاً جایز نمی‌داند. هم چنین حکم حاکم را به استناد قول طبیب به تنهایی بی‌ارزش و بی‌اثر می‌داند و می‌گوید: «لا يكفي رأي الطب العدلي وحدة في الافتراض.» (همان)

موضوعیت چهار شاهد یا اقرار در اثبات زنا

برای اثبات زنا به چهار شاهد یا اقرار نیاز است و با کم‌تر از این تعداد اثبات نمی‌شود. حال اگر به وسیله دو شاهد، ظن ارتکاب زنا برای حاکم حاصل شود، چه باید کرد؟ آیا دو شاهد در حکم

عدم شاهد هستند یا می‌توان با تحقیق و تجسس از واقع امر اطلاع پیدا کرد؟ فقها در این موارد به حد قذف شهود حکم می‌دهند و موضوعیت برای چهار شاهد یا اقرار قائل هستند، در حالی که با تحقیق از واقع امر می‌توان اطلاع پیدا کرد. مرحوم آیت‌الله موسوی اردبیلی می‌گوید که چهار شاهد موضوعیت دارد، اگر چه در اقرار اول و دوم یا قراین خارجی برای امام علم حاصل شود. در ادامه، به عدم جواز تحقیق تصریح می‌کند و می‌گوید که امام نمی‌تواند از واقع امر تحقیق کند: «إِنَّه لا يجوز له الفحص، و التتبع، و تعقيب الأمر للكشف عن الواقع. فمن فعل ذلك و حصل له العلم، فلا تجوز له إقامة الحدّ مستنداً إلى هكذا علم؛ تفحص، تتبع و تعقيب امر برای كشف واقع برای امام جایز نیست. پس اگر کسی تحقیق کند و علم برای او حاصل شود، اقامه کردن حد مستند به این علم جایز نیست.» (فقه الحدود و التعزیرات: ۱: ۲۵۰)

ارائه گزارش ارتکاب عمل منافی عفت به حاکم

گاهی ممکن است به حاکم یا عوامل حکومتی خبری داده شود مبنی بر این که در فلان مکان خصوصی عمل منافی عفت در حال وقوع است. آیا در این موارد، با توجه به این که عوامل حکومتی به ارتکاب چنین اعمالی در حریم خصوصی علم دارند، می‌توانند وارد حریم خصوصی شوند؟ حتی در چنین مواردی، فقها قائل به حرمت ورود و تجسس شده‌اند. (آیت‌الله مکارم شیرازی، استفتاء مرکز آموزش‌های تخصصی فقه) البته برخی از فقها، «تجسس» را در این مورد جایز می‌دانند به شرط این که گزارش حائز شرایط شهادت باشد. (آیت‌الله سبحانی، استفتاء مرکز آموزش‌های تخصصی فقه)

۲-۲-۳ حکم تجسس در حریم خصوصی در ادله شرعیه

اقوال فقها در برخی از متون فقهی نسبت به حکم تجسس در حریم خصوصی بررسی شد و حال نوبت بررسی تفصیلی ادله شرعیه است.

اصل اولی در مورد تجسس

در تجسس، اصل بر حرمت است (کاشف الغطاء، النور الساطع: ۱: ۹۸) و برای حرمت تجسس به ادله‌ای استناد شده است که در ادامه به آن می‌پردازیم. البته واضح است که هر اصل و قاعده اولی

تخصیص خورده است و حرمت تجسس نیز از این اصل مستثنی نیست. برخی از فقها مثل مرحوم کاشف الغطاء در مواردی به تخصیص عموم حرمت نهی از تجسس اشاره کرده‌اند. (همان) ایشان در جواب بعضی که گفته‌اند علم رجال، تجسس از احوال اشخاص است و این منهی عنه است، می‌گوید در این جا این قاعده تخصیص خورده است. این کلام ایشان، اشاره به دو مطلب است؛ یکی، اثبات قاعده حرمت تجسس و دیگری، تخصیص آن در بعضی موارد.

حکم تجسس در آیات

آیه ۱۲ سوره حجرات^۱

در این آیه به صراحت از تجسس نهی شده و فقها بر معنای تجسسی که در این آیه نهی از آن شده است، تصریح کرده‌اند که به معنای بحث و جست‌وجو کردن از عورات مسلمانان است. (اردبیلی، زبده البیان ۴۱۷) این تصریح فقها مبنی بر این که مراد، تجسس نکردن از عورات مسلمانان است، از نکات قابل توجه است که هیچ شبهه‌ای برای دلالت این آیه بر حرمت تجسس از اعمال منافی عفت باقی نمی‌گذارد.

صاحب مجمع البیان در ذیل این آیه نقل می‌کند: «از ابی قلابه روایت شده است که به عمر بن خطاب گفته شد ابامحجن ثقفی با جمعی از دوستانش در خانه شراب می‌نوشند. عمر به خانه او رفت. هنگامی که بر او وارد شد، دید که تنها یک نفر نزد اوست. ابومحجن به عمر گفت: این کار بر تو حلال نیست. خداوند تجسس را بر تو حرام کرده است. عمر گفت: این چه می‌گوید؟ زید بن ثابت و عبدالله بن ارقم گفتند: راست می‌گوید. راوی می‌گوید: عمر از خانه او بیرون رفت و او را رها کرد.» (ترجمه مجمع البیان ۲۳: ۲۱۳) صاحب مجمع البیان در ادامه، روایتی دیگر نقل می‌کند: «عمر بن خطاب همراه عبدالرحمان بن عوف برای گشت بیرون رفتند. آتشی دیدند و جلو رفتند و از صاحب‌خانه اجازه گرفتند. صاحب‌خانه در را باز کرد. وارد خانه شدند. دیدند در این خانه، مردی است و زنی که آواز می‌خواند، در حالی که مرد پیاله‌ای در دست دارد. عمر گفت: این زن چه نسبتی با تو دارد؟ گفت: زن من است. عمر گفت: در این پیاله چیست؟ گفت: آب خوردن است. سپس آن

۱. «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اجْتَنِبُوا كَثِيرًا مِّنَ الظَّنِّ إِنَّ بَعْضَ الظَّنِّ إِثْمٌ وَلَا تَجَسَّسُوا...؛ ای کسانی که ایمان آورده‌اید، از بسیاری از گمان‌ها بپرهیزید؛ زیرا بعضی از گمان‌ها حرام هستند و تجسس نکنید.» (حجرات ۱۲)

مرد گفت: ما این طور دستور نداریم. خداوند می فرماید: «وَلَا تَجَسَّسُوا». عمر گفت: راست گفتی و از خانه او بیرون رفت.» (همان)

این دو روایت از معصوم نقل نشده است، ولی نشان می دهد برداشت حرمت از این آیه امری روشن بین اصحاب پیامبر و مسلمانان بوده است و برای دفاع از حریم خصوصی خود به آن استناد می کردند.

آیه ۱۹ سوره نور

هم چنین برای حرمت تجسس به آیه ۱۹ سوره نور استدلال شده است با این ادعا که تجسس به خودی خود موجب رواج فحشاست. (خرازی، «کاوشی در حکم فقهی تجسس» ۲۶: ۵۹)

البته در دلالت این آیه بر حرمت تجسس اشکال است؛ چرا که تجسس به خودی خود و تا هنگامی که به مرحله فاش ساختن نرسد، اشاعه فحشا نیست. از این رو، نهی از پراکندن زشت کاری، نهی از مرتبه پایین است و ناظر به خود تجسس و مرتبه پیش از اشاعه نیست. محقق اردبیلی در ذیل آیه پیشین می گوید: «یعنی آن ها که قصد رواج فحشا و آشکار ساختن آن را دارند و برآند تا با نسبت دادن زشت کاری به مؤمنان، سبب رسوایی آنان گردند.» (همان) نکته قابل توجه این است که برخی می گویند این آیه بر حرمت قصد حرام دلالت می کند مگر این که مبالغه اراده شده باشد. (اردبیلی، زبده البیان ۳۸۸)

حکم تجسس در روایات

برای حرمت تجسس و سرکشی در حریم خصوصی مردم برای کشف جرم از جمله اعمال منافی عفت، روایات زیادی وجود دارد، چنان که محقق اردبیلی به کثرت این روایات تصریح کرده است. (همان ۴۱۷) اکنون برای رعایت اختصار، برخی از آن ها را ذکر می کنیم:

۱. «جامع الاخبار قال قال النبي ﷺ من اطلع في بيت جاره فنظر إلى عورة رجل أو شعر امرأة أو شي من جسدها كان حقيقاً على الله أن يدخله النار مع المنافقين الذين كانوا يتجسسون عورات المسلمين في الدنيا و لم يخرج من الدنيا حتى يفضحه الله و يبدي عوراته للتأظرين في الآخرة؛ پیامبر اکرم ﷺ فرمود: کسی که از خانه همسایه اطلاع پیدا کند، پس به عورت مرد یا موی زن یا

۱. «إِنَّ الَّذِينَ يُجَسِّسُونَ أَنْ تَشِيْعَ الْفَاحِشَةُ فِي الَّذِينَ آمَنُوا لَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ فِي الدُّنْيَا وَ الْآخِرَةِ... کسانی که دوست دارند زشت کاری میان مؤمنان گسترش یابد، برای آنان در دنیا و آخرت، عذابی پردرد خواهد بود...» (نور ۱۹)

را مطرح کرده‌اند که نهی از تجسس در کنار مواردی است که نهی آن‌ها بر حرمت دلالت ندارد. (خرازی، «کاوشی در حکم فقهی تجسس» ۶۳:۲۶) البته سند این روایت هم به دلیل وجود افراد ناموثق، ضعیف است، ولی همان طور که قبلاً گفته شد، می‌توان به عنوان مؤید به آن استناد کرد. ۳. در کتاب کافی روایت شده است: «عن أبي جعفر عليه السلام قال قال رسول الله صلى الله عليه وآله يا معشر من أسلم بلسانه ولم يسلم بقلبه لا تتبعوا عثرات المسلمين فإنّه من تتبّع عثرات المسلمين تتبّع الله عثرته و من تتبّع الله عثرته يفضحه؛ ای گروهی که به زبان اسلام آورده‌اید و ایمان در قلب شما جای نگرفته است، از مسلمانان بدگویی مکنید و در جست‌وجوی عیب‌های آنان مباشید؛ چرا که هر کس در پی کاستی‌های آنان برآید، خداوند در جست‌وجوی عیوب او خواهد بود و آن کس که خدا با او چنین کند، رسوایش خواهد ساخت، هر چند درون خانه‌اش باشد.» (کلینی، کافی ۳۵۵:۲)

این روایت در کافی شریف از اسحاق بن عمار نقل شده است و سند این روایت موثق است.

(خرازی، «کاوشی در حکم فقهی تجسس» ۳:۲۶)

۴. «عن أبي الحسن موسى بن جعفر عليه السلام قال قلت له جعلت فداك الرجل من إخواني بلغني عنه الشيء الذي فأسأله عنه فينكر ذلك و قد اخبرني عنه قومٌ ثقاتٌ فقال لي يا محمد كذب سمعك و بصرک عن أخيك وإن شهد عندك خمسون قسامَةً و قال لك قول [قولاً] صدّقه و كذبهم و لا تضيعن عليه شيئاً تشينه به و تهدم به مروءته فيكون [فتكون من الذين قال الله عزّوجلّ الذين يحبّون أن تشيع الفاحشة في الذين آمنوا لهم عذابٌ أليمٌ في الدنيا و الآخرة].» (صدوق، ثواب الاعمال ۲۴۷)

محمد بن فضیل می‌گوید: «به امام کاظم عليه السلام عرض کردم: جانم به فدایت، از شخصی از برادرانم چیزی به من رسیده که مرا ناراحت کرده است. از او سؤال کردم، ولی او انکار کرد، در حالی که عده‌ای مورد وثوق به من خبر داده بودند. امام عليه السلام به من فرمود: یا محمد، چشم و گوش خود را در مورد برادرت تکذیب کن، اگر چه نزد تو پنجاه تن شهادت دادند و برادرت چیزی گفت، او را تصدیق کن و بقیه را تکذیب کن...».

لحن روایت عجیب است؛ زیرا امام می‌فرماید: حتی اگر پنجاه نفر چیزی در مورد برادرت شهادت دادند، ولی برادرت چیزی بر خلاف آن‌ها می‌گوید، کلام برادرت را تصدیق کن. ظاهر روایت، حرمت

تجسس است؛ زیرا وقتی امام می‌فرماید چشم و گوش خود را تکذیب کن و حتی شهادت پنجاه نفر را هم قبول نکن، اگر در مورد برادرت چیزی ناپسندی می‌گویند، پس به طریق اولی، تجسس برای پیدا کردن مورد ناپسندی از دیگران منهی عنه است؛ مؤید استظهار ما، ادامه کلام امام است که به کلام الهی استناد می‌کند و می‌فرماید: اگر این کار را انجام دهی، از مصادیق کسانی هستی که خداوند در مورد آن‌ها می‌فرماید: «همانا کسانی که دوست دارند زشتی در میان افراد باایمان اشاعه پیدا کند...» و تجسس یکی از اسباب بارز اشاعه فحشا میان مؤمنان است. پس وقتی امام به انکار شهود برو وجود عیب امر می‌کند، به طریق اولی، تجسس از عیوب برای افشا و اشاعه آن منهی عنه است.

۵. حضرت علی علیه السلام خطاب به مالک اشتر فرمود: «ولیکن أبعث رعیتک منک و أشنأهم عندک أطلبهم لمعائب الناس؛ فإنَّ فی الناس عیوبا الوالی أحقُّ من سترها فلا تکشفنَّ عَمَّا غاب عنک منہا؛ فإِتما علیک تطهیر ما ظهر لک و الله یحکم علی ما غاب عنک فاستر العورة ما استطعت یستر الله منک ما تحبُّ ستره من رعیتک.» (نهج البلاغه ۳۶۹)

«باید دورترین مردم از تو و مبعوض‌ترین آنان نزد تو کسی باشد که پیوسته در پی عیوب مردمان است؛ چون لغزش‌هایی در مردم وجود دارد که حاکم از هر کس دیگر به پوشاندن آن‌ها سزاوارتر است. پس در جست‌وجوی امور پنهان مباش. وظیفه تو پاک کردن ظواهر است و این پروردگار است که بر هر آن‌چه از تو پنهان است، حکم می‌کند. پس تا آن‌جا که می‌توانی، عیب را بیوشان تا خداوند نیز آن‌چه را دوست می‌داری از مردم مخفی بماند، بیوشاند.»

این روایت را می‌توان اساس حرمت تجسس در حریم خصوصی مردم دانست. در این روایت، امیرالمؤمنین علی علیه السلام که حاکم و رئیس حکومت است، به والی خود دستور می‌دهد در امور مردم تجسس نکند و وظیفه حاکم را فقط رسیدگی به جرم‌های ظاهری می‌داند و رسیدگی به جرم‌های مخفی را خارج از وظایف حاکم می‌شمارد.

دفع این اشکال لازم است که منظور حضرت علی علیه السلام از عیوب قطعا عیوب اصطلاحی نیست، بلکه گناهایی است که در خلوت خود انجام می‌دهند و در اصطلاح شرع، «عورت» و «عیب» به شمار می‌رود، همان‌طور که برخی از فقها به آن اشاره کرده‌اند. (منتظری، حکومت دینی و حقوق انسان ۱۴۱)

امیرالمؤمنین علی علیه السلام به همین مقدار بسنده نمی‌کند و نه تنها از تجسس در امور مخفی نهی می‌کند و این نهی بر حرمت دلالت می‌کند، (خرازی، «کاوشی در حکم فقهی تجسس» ۶۲:۲۶) بلکه وظیفه حاکم می‌داند که عیوب مخفی مردم را بپوشاند. نکته‌ای که در کلام امیرالمؤمنین علی علیه السلام هست، این است که مگر وظیفه حاکم، اقامه حدود و تعزیرات یا به طور کلی، مجازات‌ها نیست؟ پس امر ایشان بر این‌که اگر حاکم جرمی از مردم مشاهده کرد، موظف است پنهان کند، چیست؟ باید گفت احکام اسلام مثل حدود و تعزیرات بر پایه ایجاد امنیت اجتماعی تأسیس شده است و در واقع، تا زمانی که جرمی علنی نباشد و امنیت اجتماعی را خدشه دار نکند، بنای اسلام، گذشتن و نادیده گرفتن آن جرم است. دستور امیرالمؤمنین علی علیه السلام نیز بر همین مبناست. مؤید سخن ما روایاتی است که وقتی شخصی به زنا یا گناه حددار دیگری اعتراف می‌کند، معصوم سعی می‌کند او را از اقرار و اعتراف به گناه منصرف کند. (حرّ عاملی، وسائل الشیعه ۲۸:۱۰۳)

۶. امام غزالی نقل می‌کند: «خلیفه دوم شبی در مدینه به جست‌وجو و تجسس برخاسته بود. مردی را دید که با زنی در حال فحشاست. چون صبح شد، به مردم گفت: شما به من بگویید: اگر امامی، مردی و زنی را در حال عمل قبیح ببیند و بر آن‌ها حد جاری کند، شما چه کار خواهید کرد؟ گفتند: تو امام هستی! علی علیه السلام گفت: چنین حقی برای تو نیست. در آن صورت، بر خودت حد جاری می‌شود. خداوند بر این امر، کم‌تراز چهار نفر شاهد را امین ندانسته است و از آن گذشته، آن‌ها را تا جایی که خودش خواسته است، رها کرده و واگذارده است.» (احیاء العلوم ۲: ۱۷۶) شاهد ما آخر روایت است که امیرالمؤمنین علی علیه السلام می‌فرماید: «به جز مورد مشهود بودن برای چهار نفر، از آن‌ها گذشته و آن‌ها را به حال خود رها کرده و این بزرگ‌ترین دلیل است که شرع مقدّس طالب سترو پوشش کارهای منکرو قبیح است.» (حسینی تهرانی، ولایت فقیه ۱: ۱۲۰)

سیره معصومین بر اشاعه نیافتن و آشکار نشدن فحشا

اگر کسی در سیره معصومین تتبع کند و شرایط مقرر در اثبات حدود و تعزیرات در جرایم جنسی را بررسی کند، درمی‌یابد که سیره معصومین بر آشکار نشدن این گونه جرایم است. نه تنها معصومین به دنبال کشف این گونه جرایم نبودند، بلکه در بعضی موارد تلاش می‌کردند عمل منافی عفت

ارتكابی را بیوشانند و عاملان آن را از اقرار منصرف می‌کردند. برخی فقها به همین سیره استناد می‌کنند و تجسس از اعمال منافی عفت را جایز نمی‌دانند. آیت‌الله موسوی اردبیلی برای جایز نبودن تحقیق و علم پیدا کردن حاکم به واقع قضایای اخلاقی، به سیره معصومین و شرایط مقرر در اثبات حدود استناد می‌کند و می‌گوید که اثبات حدود از این طریق جایز نیست و فقط از طریق بیّنه و اقرار جایز است و می‌گوید: «إنه بملاحظة الشرائط المقررة لإثبات الحدّ أو التعزير في الجرائم الأخلاقية الجنسية التي لا تحصل في أغلب الموارد، وأيضاً بملاحظة السيرة المنقولة عن النبي ﷺ وأمير المؤمنين عليه السلام من الستر والتخفيف فيها، وما علم من ديدن الشارع من عدم محبوبية تشييع الفاحشة والجهر بالسوء، يظهر عدم ابتغاء الشرع المقدّس لتنفيذ الحدود بمثل تلكم الطرق، ما عدا الإقرار والبيّنه». (فقه الحدود و التعزيرات ۱: ۲۵۰) البته می‌توان اشکال کرد که چون سیره یک دلیل لبی است و در موردی که دلیل لبی باشد، به قدر متیقن اخذ می‌شود که قدر متیقن در ما نحن فيه، عدم وجوب تجسس است. در نتیجه، با آن نمی‌توان حرمت تجسس را اثبات کرد و فقط عدم وجوب چنین تجسس‌هایی ثابت می‌شود.

۳-۳) تجسس در اعمال منافی عفت سازمان یافته

حکم تجسس در اعمال منافی عفت در مکان‌های خصوصی روشن شد. حال سؤال این است که اگر موردی به صورت سازمان یافته باشد و یک عمل خلاف عفت عمومی صرف نباشد، بلکه با برنامه و هدف خاصی مثل برهم زدن نظم جامعه صورت گیرد، آیا تجسس حکم خاصی پیدا می‌کند؟ ظاهراً این است که در این مورد، عمل منافی عفت عنوان دیگری پیدا می‌کند و حکم عمل منافی عفت به تنهایی را ندارد، چنان‌که فقها به جواز تجسس در چنین مواردی حکم داده‌اند. (آیات مکارم، سبحانی و محفوظی، استفتاء مرکز آموزش‌های تخصصی فقه). طبیعی است هر موضوعی که به نظام جامعه مربوط شود و باعث اخلال در امنیت عمومی گردد، از باب رعایت موضوع مهم، مصلحت جامعه مقدم می‌شود. به عبارت دیگر، اگر چه حفظ حریم خصوصی افراد مهم و مورد عنایت شارع است، ولی وقتی با مصلحت جامعه در تضاد قرار گیرد، مصلحت جامعه مقدم می‌شود، چنان‌که برخی از فقها به حرمت تجسس در حریم خصوصی فتوا می‌دهند، ولی تصریح می‌کنند

در صورت تزاحم با ضرورت منحصره اهم، تجسس جایز است. (آیت الله محفوظی، استفتاء مرکز آموزش های تخصصی فقه) عده ای از فقها که تجسس در حریم خصوصی را جایز نمی دانند، در فرضی که احتمال عقلایی بر تشکیل یک شبکه فساد و خطر برای جامعه عمومی باشد، به جواز تجسس فتوا می دهند. (آیت الله گرامی، استفتاء مرکز آموزش های تخصصی فقه) از مطالبی که گذشت، درمی یابیم که مصلحت جامعه آن قدر مهم است که هر چند فقها در موضوعی حکم به عدم جواز می دهند، ولی برای رعایت مصلحت اجتماعی در همان موضوع فتوا به جواز می دهند. قانون موضوعه هم از همین مسلک تبعیت کرده است.

قاعده تزاحم

براساس قاعده تزاحم که مورد پذیرش فقها و اصولیون است، در صورت تزاحم فعل حرام با مصلحت اهم، باید مصلحت اهم را مقدم نمود. شیخ انصاری در بحث غیبت می گوید اگر در غیبت مصلحتی باشد، جایز خواهد بود. برخی از فقها می گویند این کلام شیخ در بحث غیبت، اشاره به قاعده ای کلی یعنی قاعده تزاحم دارد. (آیت الله میانجی، اطلاعات و تحقیقات در اسلام ۱۳۱) مرحوم آیت الله میانجی به همین قاعده استناد کرده و می گوید در بحث حاضر بین تجسس حرام و حفظ نظام یا بین تجسس حرام و جلوگیری از هرج و مرج و فساد تزاحم می شود. در واقع از یک طرف براساس ادله ی حفظ نظام، باید نظام را حفظ کرد و از طرف دیگر براساس ادله ی حرمت تجسس، باید از تجسس اجتناب کرد و همین امر مقتضی برای اجرای قاعده تزاحم را ایجاد می کند. (همان)

ایشان معتقدند ادله حرمت تجسس، فقط دربرگیرنده قسم خاصی از تجسس است. در نتیجه اگر غرض از تجسس، هتک حرمت و اضرار به غیر بوده و هیچ منفعت عقلایی در آن نباشد، چنین تجسسی حرام خواهد بود و اطلاقات حرمت تجسس به همان موارد انصراف پیدا می کند. (همان ۱۳۲) همچنین ایشان به عنوان مؤید، به کلام لغویین استناد کرده و می گوید لغویون در فرق بین جسس و حسس می گویند جسس غالباً در امور شر استعمال می شود (همان).

بنابراین در صورتی که اعمال منافعی عفت بصورت سازمان یافته باشد، تجسس جایز است.

۳-۴) تجسس به درخواست شاکی

اگر در اعمال منافی عفت قائل به حرمت تجسس شدیم، این سؤال پیش می‌آید که اگر در موردی، شاکی خصوصی وجود داشت و درخواست تجسس و بررسی موردی از اعمال منافی عفت شد، باز تجسس حرام است یا خیر؟ به عبارت دیگر، آیا درخواست شاکی خصوصی باعث جواز تجسس در اعمال منافی عفت می‌شود؟ در قانون آیین دادرسی کیفری به صراحت آمده است که تجسس از اعمال منافی عفت جایز نیست مگر این‌که به درخواست شاکی خصوصی باشد که در این صورت جایز است. (قانون آ.د.ک، ماده ۱۰۲)

ظاهر این است که در تجسس از اعمال منافی عفت بین وجود شاکی خصوصی و غیر شاکی خصوصی فرقی نیست؛ زیرا عمل خلاف عفت از حقوق الله است و اجرای حدود و تعزیرات برای پای مال شدن حدود الله است. در نتیجه، اصلاً شاکی خصوصی حقی در آن ندارد که درخواست پی‌گیری کند، چنان‌که فقها حتی در صورت وجود شاکی خصوصی، به عدم جواز تجسس تصریح کرده‌اند. (آیات مکارم و گرامی، استفتاء مرکز آموزش‌های تخصصی فقه) البته برخی از فقها در صورت وجود ضرورت منحصره اهم، به جواز تجسس در چنین فرضی حکم داده‌اند. (آیت الله محفوظی، استفتاء مرکز آموزش‌های تخصصی فقه)

گفتنی است در حدود الله، وجود شاکی نقشی ندارد، ولی بنا بر مصلحت اجتماعی در مواردی می‌توان وجود شاکی خصوصی را در حکم تجسس دخیل دانست. در واقع مصلحت جامعه، علت تجویز تجسس در فرض وجود شاکی خصوصی در قانون موضوعه جمهوری اسلامی ایران است. همانطور که بیان شد، قاعده تزامم در چنین مصادیقی جاری است. چرا که اگر به دختری تعدی شود ولی با این وجود پدر نتواند از طریق شکایت امنیت دختر خود را تأمین کند و یا در مثالی دیگر اگر زنی نسبت به شوهر خود خیانت کند، ولی همسر او نتواند از طریق شکایت، مانع از چنین امری شود، قطعاً امنیت اجتماعی متزلزل شده و هر ج و مرج پیش خواهد آمد، در حالی که بر اساس قاعده تزامم حفظ امنیت اجتماعی در این موارد مقدم است. بر همین اساس، برخی از فقها با وجود این که وجود شاکی خصوصی را برای ورود به حریم خصوصی کافی نمی‌دانند، ولی در صورتی که حاکم، نقض

حریم خصوصی را به جهت حفظ شاکله جامعه لازم ببیند، نقض حریم خصوصی را جایز می دانند. (آیت الله علوی گرگانی، استفتاء مرکز آموزش های تخصصی فقه). برخی هم از باب وجود ضرورت منحصره اهم یعنی همان مصلحت اهمی که به آن اشاره کردیم، تجسس را جایز می دانند. (آیت الله محفوطی، استفتاء مرکز آموزش های تخصصی فقه)

نتیجه

با توجه به آن چه در این تحقیق مستند و مستدل شد می توان نتایج زیر را مسلم دانست:

۱. تحقیق و تجسس برای کشف اعمال منافی عفت در حریم خصوصی افراد طبق آیات، روایات، سیره معصوم علیه السلام و اقوال فقها جایز نیست.
۲. تجسس در مکان های عمومی علی الظاهر جایز است، اگر چه عده ای از فقها نظری مخالف دارند.
۳. وجود شاکه خصوصی در حکم تجسس در اعمال منافی عفت تغییری ایجاد نمی کند مگر در صورت وجود ضرورت که به قدر ضرورت تجسس جایز است.
۴. تجسس از اعمال منافی عفتی که به صورت سازمان یافته هستند و تجسس از آنها برای حفظ امنیت اجتماعی ضرورت دارد، جایز است.

فهرست منابع

- ۱- قرآن کریم
- ۲- ابن اثیر جزری، مبارک بن محمد. النهاية في غريب الحديث و الأثر. قم: مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، چاپ ۱، بی تا.
- ۳- احمدی میانجی، علی. اطلاعات و تحقیقات در اسلام. تهران: انتشارات دادگستر، چاپ ۳، ۱۳۹۳ هـ. ش.
- ۴- اردبیلی، احمد بن محمد. زبدة البیان في أحكام القرآن. تهران: المكتبة الجعفریة لإحياء الآثار الجعفریة، چاپ ۱، بی تا.
- ۵- بهجت، محمدتقی. استفتائات. قم: دفتر بهجت، چاپ ۱، ۱۴۲۸ هـ. ق.
- ۶- تبریزی، جواد. أسس الحدود و التعزیرات. قم: دفتر مؤلف، چاپ ۱، ۱۴۱۷ هـ. ق.
- ۷- حرّ عاملی، محمد بن حسن. وسائل الشیعة. قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام، چاپ ۱، ۱۴۰۹ هـ. ق.
- ۸- حسینی تهرانی، سید محمد حسین. ولایت فقیه در حکومت اسلام. مشهد: انتشارات علامه طباطبایی، چاپ ۲، ۱۴۲۱ هـ. ق.
- ۹- حمیری، نشوان بن سعید. شمس العلوم و دواء کلام العرب من الکلام. بیروت: دار الفکر المعاصر، چاپ ۱، ۱۴۲۰ هـ. ق.
- ۱۰- خامنه‌ای، سید علی. أجوبة الاستفتائات (فارسی). قم: دفتر معظم له، چاپ ۱، ۱۴۲۴ هـ. ق.
- ۱۱- خرازی، سید محسن. «کاوشی در حکم فقهی تجسس». مجله فقه اهل بیت ۲۶ (۱۳۸۰) ۵۲-۱۴۲.
- ۱۲- راغب اصفهانی، حسین بن محمد. مفردات ألفاظ القرآن. بیروت و دمشق: دار العلم - الدار الشامیة، چاپ ۱، ۱۴۱۲ هـ. ق.
- ۱۳- زمخشری، ابوالقاسم محمود بن عمر. الفائق في غريب الحديث. بیروت: دار الکتب العلمیة، چاپ ۱، ۱۴۱۷ هـ. ق.
- ۱۴- سید رضی، محمد. نهج البلاغة. قم: مؤسسه نهج البلاغه، چاپ ۱، ۱۴۱۴ هـ. ق.
- ۱۵- شبیری زنجانی، سید موسی. کتاب نکاح. قم: رأی پرداز، چاپ ۱، ۱۴۱۹ هـ. ق.
- ۱۶- شهید ثانی، زین الدین بن علی. مسالك الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام. قم: مؤسسه المعارف الإسلامیة، چاپ ۱، ۱۴۱۳ هـ. ق.
- ۱۷- صدوق، محمد بن علی بن بابویه. ثواب الأعمال و عقاب الأعمال. قم: دار الشریف الرضی للنشر، چاپ ۲، ۱۴۰۶ هـ. ق.

- ۱۸- طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن. المبسوط في فقه الإمامية. تهران: المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية، چاپ ۳، ۱۳۸۷ هـ. ق.
- ۱۹- فاضل لنکرانی، محمد. تفصیل الشریعة في شرح تحریر الوسيلة- الحدود. قم: مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام، چاپ ۱، ۱۴۲۲ هـ. ق.
- ۲۰- فاضل لنکرانی، محمد. جامع المسائل. قم: انتشارات امیر قلم، چاپ ۱۱، بی تا.
- ۲۱- قرشی، سید علی اکبر. قاموس قرآن. تهران: دارالکتب الإسلامية، چاپ ۶، ۱۴۱۲ هـ. ق.
- ۲۲- قرطبی، محمد بن احمد. الجامع لاحکام القرآن. تهران: ناصر خسرو، چاپ ۷، ۱۳۶۴.
- ۲۳- کاشف الغطاء، علی بن محمد رضا بن هادی. النور الساطع في الفقه النافع. نجف اشرف: مطبعة الآداب، چاپ ۱، ۱۳۸۱ هـ. ق.
- ۲۴- کلینی، ابوجعفر محمد بن یعقوب. الکافی. تهران: دارالکتب الإسلامية، چاپ ۴، ۱۴۰۷ هـ. ق.
- ۲۵- محدث نوری، میرزا حسین. مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل. بیروت: مؤسسه آل البيت علیهم السلام، چاپ ۱، ۱۴۰۸ هـ. ق.
- ۲۶- مکارم شیرازی، ناصر، الفتاوی الجديدة. قم: انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیهم السلام، چاپ ۲، ۱۴۲۷ هـ. ق.
- ۲۷- مکارم شیرازی، ناصر. تفسیر نمونه. تهران: دارالکتب الاسلامیه، چاپ ۱۵، ۱۳۷۴.
- ۲۸- منتظری، حسین علی. حکومت دینی و حقوق انسان. قم: ارغوان دانش، چاپ ۱، ۱۴۲۹ هـ. ق.
- ۲۹- موسوی خمینی، سید روح الله. تحریر الوسيلة. قم: مؤسسه مطبوعات دارالعلم، چاپ ۱، بی تا.
- ۳۰- موسوی خمینی، سید روح الله. توضیح المسائل. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ ۸، ۱۴۲۴ هـ. ق.
- ۳۱- موسوی اردبیلی، سید عبدالکریم. فقه الحدود والتعزیرات. قم: مؤسسه النشر لجامعة المفید، چاپ ۲، ۱۴۲۷ هـ. ق.
- ۳۲- موسوی گلپایگانی، سید محمد رضا. الدر المنضود في أحكام الحدود. قم: دارالقرآن الکریم، چاپ ۱، ۱۴۱۲ هـ. ق.
- ۳۳- نجفی، محمد حسن. جواهر الکلام في شرح شرائع الإسلام. بیروت: دار إحياء التراث العربي، چاپ ۷، ۱۴۰۴ هـ. ق.

کیفیت اجرای شلاق از منظر فقه امامیه

چکیده

شلاق به عنوان یکی از مجازات های مشخص شده در فقه، موارد زیادی از حدود و تعزیرات را به خود اختصاص می دهد. با توجه به سکوت قانون درباره جنس، عامل و کیفیت اجرای شلاق، مجریان ناگزیر به استفاده از نظرات فقهی هستند. این مباحث در فقه به صورت پراکنده و در برخی موارد نیز تنها در استفتائات آمده است. در جنس شلاق، دو نظر موجود است: چرم بودن و تفاوت نداشتن بین چرم و غیر چرم با این شرط که لبه دار و تیز نباشد. در عامل اجرای شلاق که نوعاً آن را به عهده حاکم یا نماینده او می دانند، تفصیلی در حدّ زنا وجود دارد که در صورت اثبات زنا با شهادت، شلاق می زنند و در غیر آن صورت، حاکم اجرای کند.

در نحوه اجرای شلاق نیز که بیش تر مباحث فقهی ذیل آن است، تفصیلات زیادی وجود دارد. پوشش مجرم، حالت نشسته یا ایستاده، شدت ضربه و نحوه توزیع ضربه بر بدن نیز از موارد اختلافی میان فقها است. در پژوهش حاضر نظرات و استفتائات فقها در این باره دسته بندی و جمع بندی شده است.

واژگان کلیدی

شلاق، جنس شلاق، مجری شلاق، اجرای احکام، پوشش مجرم.

امروزه مکاتب مختلف قضایی و جزایی به دنبال یافتن راه‌هایی برای متناسب‌سازی جرم و مجازات هستند. این منطق در قوانین کیفری اسلام نیز دیده می‌شود. این تناسب هم در نوع مجازات و هم در نحوه و شرایط اجرای آن است. شلاق از جمله مجازات‌هایی است که برای جرم‌هایی مانند شرب خمر و زنا در نظر گرفته شده است. در قوانین موضوعه، درباره جنس، کیفیت و عامل اجرای شلاق تقریباً بحثی وجود ندارد که وظیفه مجریان را به طور کامل و دقیق مشخص کند و این امر به آیین‌نامه‌ها واگذار شده است. آیین‌نامه‌ها نیز نیازمند استفاده از نظرات فقهی است که بنا بر نظر قانون‌گذار، در موارد سکوت قانون باید محل رجوع قرار بگیرند. در این موارد، مطالبی کاملاً پراکنده در فقه دیده می‌شود. در مواردی نیز، برخی از این مباحث در استفتائات فقها یافت می‌شود. تحقیقاتی نیز وجود ندارد که به نیاز این حوزه پرکاربرد از بخش اجرای احکام دست‌گام پاسخ داده باشد. بنا بر این، باید به این پرسش‌ها پاسخ‌های جامع و متقن داد: جنس شلاق چه باید باشد؛ جرم یا چوب یا مورد دیگر؟ شلاق چه خصوصیتی باید داشته باشد؟ مجری شلاق کیست؟ ضابط قضایی، قاضی اجرای احکام، شهود یا فرد دیگر؟ مجری احکام آن را در هر یک از حدود، تعزیرات و تأدیب باید چه گونه اجرا کند؟

باتوجه به کمبود پیشینه در این زمینه، سکوت قانون و پراکندگی و در برخی موارد فقدان مطلب در فقه، این نوشتار در پی پاسخ‌گویی به سه عنوان اصلی جنس شلاق، ویژگی‌های مجری حکم و نحوه اجرای شلاق با پرسش‌های ضمیمه‌ای مانند: پوشش مجرم، حالت نشسته یا ایستاده، شدت ضربه وارده و توزیع ضربه بر بدن است.

۱. جنس شلاق

درباره جنس شلاق و ضرورت چرم بودن یا نبودن یا فرق نداشتن چرم و چوب در کتاب‌های فقهی بحثی نشده است، اما در استفتاء از مراجع دو نظر مطرح شده است: شلاق چرم و شلاق متعارف.

۱-۱) شلاق چرمی

بنا بر نظر آیات مکارم شیرازی و علوی گرگانی، چرم باید معمولی باشد یعنی خیلی ضخیم نباشد و درد بیش از توان ایجاد نکند. همچنین به نظر امام خمینی و آیت‌الله سبحانی، احتیاط بر این است

که جنس شلاق چرم باشد. (استفتاء مرکز آموزش های تخصصی فقه از دفاتر آیات مکام شیرازی، علوی گرگانی و سبحانی و نرم افزار گنجینه استفتائات قضایی، کد سؤال: ۷۹۴۳ و ۷۹۴۴)

۲-۱) شلاق متعارف

بنابر نظریات عظام صافی گلپایگانی و گرامی، شلاق به نحو متعارف در خارج است و کافی است شلاق لبه دار و تیز نباشد و میان چرم و چوب و غیر آن فرقی نیست. (نرم افزار گنجینه استفتائات قضایی، کد سؤال: ۷۹۴۴ و استفتاء مرکز آموزش های تخصصی فقه از دفتر آیت الله گرامی) البته با بررسی روایات چهار عنوان در خصوص جنس شلاق یافت می شود:

یک - سوط جمع آن اسواط، شارع سوط را تعریف نکرده است و وقتی شارع از موضوعی تعریف ندارد باید سراغ لغت برویم. معنای سوط در کتاب های لغت به شرح ذیل است: در برخی کتاب های لغت تفسیری خاصی ارائه نشده است و فقط «معروف» را ذکر کرده اند، یعنی آنچه که عرف به آن شلاق و تازیانه می گوید، همان مراد است. در برخی کتاب های لغت آمده سوط بخ معنای مخلوط شدن چیزی به چیزی و بهم بافته شده است. (اسماعیل بن عباد، المحيط ۸: ۳۵۱؛ جوهری، صحاح ۳: ۱۱۳۵؛ احمد بن فارس، معجم مقائیس اللغة ۳: ۱۱۵)

سوط: شلاق که از پوست بافند اصل آن بمعنی آمیختن است و علت این تسمیه آنست که تارهای شلاق بهم آمیخته و مخلوط است (راغب) سوط بمعنی نصیب و شدت نیز آمده است. «فَصَبَّ عَلَيْهِمْ رَبُّكَ سَوْطَ عَذَابٍ». (قرشی، قاموس قرآن ۳: ۳۵۲)

دو - جلده (مصدر مره جلد): به تازیانه، مجلاد و مجلد می گفتند. اهل لغت جلده را به سوط تفسیر کرده اند. «[جَلَدًا]: جلده بالسوط جَلَدًا». (حمیری، شمس العلوم ۲: ۱۱۴۴)

سه - نسه: به زمام شتر گفته می شود پوستی که به درازا بریده می شود، اما چون بلند بود، دوتا می شود مثلاً به جای ۸۰ ضربه ۴۰ ضربه زده می شود. «العین: التَّسْعُ: سبْرٌ يَضْفَرُ كَهَيْئَةِ أَعْنَةِ الْبِغَالِ يَشُدُّ بِهِ الرَّحَالُ، المحيط: التَّسْعُ: سَبْرٌ يُضْفَرُ تُشَدُّ بِهِ الرِّحَالُ». (فراهیدی، العین ۳۳۸: ۱؛ اسماعیل بن عباد، المحيط ۱: ۳۶۷)

چهار - دره: چیزی است که به عنوان شلاق استفاده می شود، ولی از جنس سخن گفته نشده است.

با توجه به سه عنوان قبلی ممکن است بگوییم احتیاط بر این است که جنس شلاق چرم باشد. این احتیاط بجاست؛ زیرا در آن سه عنوان به چرم تفسیر شده و تفسیر خلاف هم نشده است. البته ممکن است گفته شود چون جنس غالب آن زمان چرم بوده است؛ اهل لغت تعریف به مثال کرده‌اند و مفهوم را با مثال واضح کرده‌اند. در هر صورت این احتمالات سبب شده است فقها فتوای صریح ندهند و احتیاط بر چرم باشد. در لغت و روایت، سخنی درباره ضخامت، قطر و طول شلاق نیامده است. پس بر متعارف حمل می‌شود. و بعید است شلاق با قطر یک و نیم سانتی متر متعارف باشد. طول شلاق نیز هر چه بیش تر باشد، عقابش بیش تر است. پس حمل بر متعارف می‌شود. که بنظر در حدود یک متر، متعارف است. شلاق تازه درد بیش تری دارد. وقتی لغت می‌گوید تاییده شده، یعنی چرم خشک نیست و قابل انعطاف است. به همین دلیل، شلاق زدن با چوب داخل شلنگ قطعاً خلاف شرع است. (نشست علمی بررسی فقهی کیفیت اجرای شلاق، مرکز آموزش های تخصصی فقه قم)

۲. عامل اجرای شلاق

در قانون مطابق قاعده کلی، اجرای احکام قائم به شخص نیست. در قانون میان امور حقوقی و کیفری تفکیک قائل می‌شود یعنی اجرای احکام حقوقی به دست حاکم است، اما اجرای احکام کیفری به عهده دادستان است و دادستان به عنوان مدعی العموم، مجری تمام احکام کیفری اعم از قصاص و تعزیرات است. در قانون، مواردی که به عهده دادستان است، قائم به شخص دادستان نیست و می‌تواند آن‌ها را خودش انجام دهد یا به دادیار و معاونان یا به ضابطان واگذار کند. با توجه به نظرهای فقهی، شلاق زننده از نظر توان مندی باید شخصی متعارف باشد و مرد آن را اجرا کند. (همان) در کتاب‌های فقهی درباره این که چه کسی باید شلاق بزند، ذیل سه عنوان حدود و زنا به عنوان خاص و تعزیر بحث شده است.

۲-۱) عامل اجرای شلاق در حدود به عنوان کلی

فقه‌ها به صورت کلی گفته‌اند حاکم حدّ الهی را اجرا می‌کند. (محقق حلی، شرائع الاسلام ۴: ۱۴۵؛ شمس الدین حلی، معالم الدین فی فقه آل یاسین ۲: ۴۹۱؛ محقق حلی، المختصر ۲: ۲۱۷؛ مختلف الشیعه فی احکام الشریعه ۹: ۱۴۰؛ نجفی، جواهر الکلام ۴۱: ۳۶۶ و امام خمینی، تحریر الوسیله ۲:

۴۶۸) به باور مرحوم آیه الله تبریزی، مقتضی اطلاق در واجب بودن اجرای حد به دست حاکم، اجرای حد به مباشرت یا تسبیب است. (اسس الحدود و التعزیرات ۱۵۸) و نیز از عبارات فقها استفاده نمی شود که فقط حاکم می تواند شلاق بزند.

۲-۲) عامل اجرای شلاق در حد زنا

عامل اجرای حدود در کتاب های فقها بیان شده است، ولی بعضی فقها عامل اجرای حد زنا را جداگانه ذکر کرده و برای زنا فرق قائل شده اند. اگر حد با شاهد ثابت شده باشد، شاهدان شلاق می زنند و گرنه امام اجرای شلاق را به عهده می گیرد.

ابن زهره حلبی، قطب الدین کیدری و علامه حلی در مختلف الشیعه می فرمایند که اگر سبب شلاق با علم امام یا مأذون ثابت شود، امام یا مأذون او شلاق را به عهده می گیرد و اگر سبب شلاق با بیینه ثابت شود، شاهدان شلاق را بر عهده می گیرند. (غنیة النزوع الی علمی الاصول و الفروع ۴۲۴؛ إصباح الشیعه بمصباح الشریعة ۵۱۵ و مختلف الشیعه فی أحكام الشریعة ۹: ۱۸۷)

۳-۲) عامل اجرای شلاق در تعزیرات

در بحث تعزیر، تعبیر فقها به قاعده معروف «من فعل حراماً أو ترک واجباً فلإمام علیه السلام تعزیر» اشاره دارد و تعزیر به عهده امام و حاکم است. از عبارت «ید حاکم» استفاده می شود که شلاق بر عهده و نظارت حاکم است. (محقق حلی، شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام ۴: ۱۵۵؛ علامه حلی، تلخیص المرام فی معرفة الأحكام ۳۲۳؛ علامه حلی، قواعد الأحكام فی معرفة الحلال و الحرام ۳: ۵۴۸؛ شمس الدین حلی، معالم الدین فی فقه آل یاسین ۲: ۵۰۲؛ نجفی، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام ۴۱: ۴۴۸ و امام خمینی، تحریر الوسیلة ۲: ۴۷۷)

آیات گرامی، گرگانی، سبحانی، مکارم شیرازی و صافی گلپایگانی گفته اند که قاضی یا کسی که قاضی معین می کند، شلاق را می زند. (استفتای مرکز آموزش های تخصصی فقه از دفاتر مراجع)

۳. نحوه اجرای شلاق

چگونگی زدن شلاق در حدود مختلف و تعزیرات و رعایت عموماً در اجرای هر یک، اهمیت دارد. از جمله عموماً می کند در تمام موارد باید رعایت شود، این است که اگر ایستاده شلاق زده می شود، فرد

هنگام اجرای شلاق باید ثابت و بی حرکت باشد؛ زیرا ممکن است با حرکت مجرم، شلاق به مواضعی از بدنش برخورد که جایز نیست. بنابراین دلیل بستن مجرم، یک دلیل عقلی است و نیازی به دلیل شرعی نیست. اجرای مجازات در ملاء عام هم در صورتی است که مصالح اجتماعی اقتضا کند. پس عنوان ثانوی است و مجتهد جامع الشرایط می تواند به اجرای مجازات در ملاء عام حکم بدهد.

۳-۱) نحوه اجرای شلاق در حدود

کتاب های فقهی درباره چگونگی و شرایط اجرای شلاق زنا، شرب مسکر، قذف و مساحقه (در فرضی که زن بعد از نزدیکی با شوهر، با زنی دیگر مساحقه کند) سخن گفته اند، ولی درباره دیگر حدود مطالبی بیان نشده است. بنا بر استفتائاتی که به طور مطلق فتوا داده اند، به نظر آیت الله علوی گرگانی، مجرم در حد باید ایستاده باشد. بر اساس نظر آیت الله گلپایگانی، حد نباید با مهربانی و عاطفه اجرا شود و دستور آن با حاکم شرعی است که به تمام جنبه های اجرای حد باید به صورت شرعی عمل شود. (استفتای مرکز آموزش های تخصصی فقه از دفاتر مراجع)

عمومات حدود در کتاب های فقهی چنین است: اگر حد و رجم جمع شد، ابتدا حد اجرا می شود. (محقق حلی، المختصر النافع: ۱/۲۱۶) اگر در زمان یا مکان شریف زنا کند، بیش تر مجازات می شود، به مقداری که حاکم صلاح ببیند. (علامه حلی، ارشاد: ۲/۱۷۳) در صورت نبودن بیان شرعی برای چگونگی و شرایط اجرای شلاق، فهم عرفی منظور است. می توان چنین ضابطه ای را در نظر گرفت که احساس درد متعارف نوعی است با توجه به ظرفیت جسمی که شلاق می خورد.

۳-۱-۱) نحوه اجرای شلاق در حد زنا

اگر زناکار غیر محصن باشد یعنی همسر ندارد یا به همسرش دسترسی نداشته باشد، صد ضربه شلاق بر او زده می شود. در نحوه اجرای شلاق حد زنا، شدت ضربه، پوشش، حالت مجرم، توزیع ضربات، موارد جواز تأخیر اجرای شلاق و حضور مؤمنان محل بحث است.

۳-۱-۱-۱) وضعیت پوشش و حالت مجرم در اجرای حد زنا و شدت ضربه

دو نظر فقهی در این زمینه وجود دارد. بر اساس نظر اول، مرد باید همان پوششی را داشته باشد که در زمان زنا داشته و زن هم بالباس باشد. گروهی دیگر معتقدند مرد باید عریان باشد و زن بالباس

شلاق بخورد. هم چنین فقها معتقدند بر مرد باید ایستاده و بر زن باید نشست، شلاق زد آن هم با ضربه محکم. بنا بر استفتای آیت الله سبحانی، در شلاق مرد زانی جایز است با لباس نازک باشد و زن باید پوشیده باشد و به نظر آیت الله علوی گرگانی تفاوتی وجود ندارد و شلاق در حد باید ایستاده باشد. (گنجینه استفتائات قضایی، سؤال ۷۹۴۴)

از نظر شدت ضربه، شلاق در زنا با شدت زده می شود. به نظر مرحوم آیت الله اردبیلی، روایت های معتبر دلالت دارند که حدّ مرد با شدت زده می شود، اما چنین دلیلی برای این کار در حق زن نیست، گرچه در کلام بعضی اصحاب به صورت عمومی ذکر شده و اصل بر جایز نبودن شدت ضربه شلاق است تا وقتی که دلیلی بر آن دلالت ندارد. (فقه الحدود و التعزیرات ۱: ۶۲۴)

حالت اول: مرد بر حالتی که زنا کرده و زن با لباس

مرد زناکار از نظر پوشش باید بر حالتی باشد که زنا کرده است و شلاق بر او در حالت ایستاده و محکم زده می شود. زن در حالی که نشسته است و لباس به تن دارد، شلاق می خورد. (علامه حلی، تلخیص المرام فی معرفة الأحکام ۳۱۹؛ شیخ طوسی، النهایة ۷۰۰؛ ابن براج، المهذب ۲: ۵۲۷؛ ابن زهره، غنیة النزوع ۴۲۵؛ کیدری، إصباح الشیعة ۵۱۶؛ علامه حلی، مختلف الشیعة ۹: ۱۷۶؛ ابن ادریس، السرائر ۳: ۴۵۲ و آیه الله موسوی اردبیلی، فقه الحدود و التعزیرات ۱: ۶۲۱)

درباره این که زن با لباس شلاق زده می شود، گفته اند تمام بدن زن عورت است. پس با لباس شلاق زده می شود تا عورتش آشکار نشود. (شیخ طوسی، النهایة ۷۰۰؛ ابن براج، المهذب ۲: ۵۲۷ و ابن ادریس، السرائر ۳: ۴۵۲) روشن است کسی که عریان یافت شده است، تا زمان حد به همان صورت نمی ماند. شاید چند روز یا چند ماه تا زمان اجرای حد طول بکشد. پس عریان کردن مرد واجب است. البته این در صورتی است که زنا با شهود ثابت شود. اما اگر با اقرار ثابت شود، بدون لباس شلاق می زنند مگر این که گفته شود لازم می آید حالش از زنا بی که با شاهد ثابت شده است، بدتر باشد، اما مخیر بودن جمع تبرّعی است که هیچ شاهدی بر آن نیست و تخییر میان عقوبت شدید و غیر شدید بعید است. (آیه الله موسوی اردبیلی، فقه الحدود و التعزیرات ۱: ۶۲۲)

حالت دوّم: مرد عریان و زن با لباس

مرد زناکار بدون لباس شلاق می خورد و به صورت و سر و شرمگاه زده نمی شود و زن زناکار باید نشسته و با لباس شلاق بخورد. (محقق حلی، شرائع الإسلام ۴: ۱۴۴؛ محقق حلی، المختصر النافع ۱: ۲۱۶؛ علامه حلی، تحریر الأحكام الشرعية على مذهب الإمامية ۵: ۳۱۹؛ علامه حلی، ارشاد ۲: ۱۷۳؛ علامه حلی، تبصره المتعلمين ۱۸۵؛ امام خمینی، تحریر الوسيلة ۲: ۴۶۶؛ معالم الدين ۲: ۴۹۰) شهید اول هم به این نظر معتقد است، اما درباره پوشش مرد نظر نداده است. (اللمعة الدمشقية ۲۵۵) صاحب جواهر می گوید روایت طلحه بن زید دلالت دارد بر این که در اجرای حدّ شلاق، مرد بر حالتی که یافت شده است، شلاق می خورد. اگر عریان یافت شد، عریان شلاق می خورد و اگر لباس داشت، با لباس شلاق می زنند. مؤید این نظر عبارت است از این که در حدود بنا بر تخفیف است. از این رو، با وجود شبهه، حدود رها می شود. عریان کردن به زمانی اختصاص دارد که بدون لباس دیده شده است. این نظر با روایت دیگر که لفظ (یجرّد) دارد، منافات ندارد؛ زیرا ممکن است عریان کردن در حال شلاق اراده شده باشد؛ چون در حال زنا عریان بود، گرچه در زمان ثبوت زنا لباس بر تن دارد.

در مقابل، بدن زن عورت است. پس عریان کردنش مانند عورت زن جایز نیست. روایت هم ظهور در مرد دارد. احتمال اراده جنس از زانی مجاز است و نیاز به قرینه دارد، در حالی که این جا قرینه ای وجود ندارد، بلکه قرینه بر خلافش است یعنی زن نباید عریان شود. زانی در حالت ایستاده شلاق می خورد که به استناد خبر زراه و برای این است که حد بر حالت رسوایی اجرامی شود و ایستادن کامل ترین وجه رسوایی است و به محکم ترین ضربات زده می شود. (نجفی، جواهر الکلام ۴: ۳۵۸)

۳-۱-۲ حضور جمعی از مؤمنان برای اجرای شلاق در حد زنا

حضور دیگران فقط مربوط به بحث زناست و نسبت به استحباب و وجوب آن و تعداد حاضران اختلاف است. برخی معتقدند لازم نیست حاضران عادل و ثقة باشند، بلکه زندانی ها هم می توانند شاهد باشند. (نشست علمی بررسی فقهی کیفیت اجرای شلاق، مرکز آموزش های تخصصی فقه قم) زمانی که حد بر زناکار واجب شود، حضور جمعی از مردم در زمان اجرای حد استحباب دارد. (شیخ طوسی، المبسوط ۸: ۵؛ طبرسی، المؤتلف ۲: ۳۹۲ و محقق حلی، شرائع الإسلام ۴: ۱۴۴)

بعضی از فقها، حضور مؤمنان را واجب می دانند. (علامه حلی، قواعد الأحكام ۳: ۵۳۰ و شمس الدین حلی، معالم الدین ۲: ۴۹۰) برخی حضور یک نفر را هم کافی دانسته اند. (علامه حلی، قواعد الأحكام ۳: ۵۳۰؛ ابن براج، المهذب ۲: ۵۲۷؛ شیخ طوسی، النهاية ۷۰۰؛ شمس الدین حلی، معالم الدین ۲: ۴۹۰؛ نجفی، جواهر الکلام ۴۱: ۳۵۸ و محقق حلی، شرائع الإسلام ۴: ۱۴۴) برخی دیگر، تعداد حاضران را مطابق احتیاط، سه نفر ذکر کرده اند. (ابن ادريس، السرائر ۳: ۴۵۲؛ امام خمینی، تحرير الوسيلة ۲: ۴۶۶) صاحب مؤلف تعداد حاضران را ده نفر گفته است. (طبرسی، المؤلف ۲: ۳۹۲)

۳-۱-۱-۳) توزیع ضربات شلاق بریدن زانی در حد زنا

حد زنا بر جمیع بدن زناکار به جز صورت و شرمگاه پخش می شود. (شیخ طوسی، الخلاف ۵: ۳۷۵ و المبسوط ۸: ۵؛ طبرسی، المؤلف ۲: ۳۹۲؛ علامه حلی، قواعد الأحكام ۳: ۵۳۰؛ شهید اول، اللمعة دمشقية ۲۵۵؛ نجفی، جواهر الکلام ۴۱: ۳۵۸؛ آية الله موسوی اردبیلی، فقه الحدود و التعزیرات ۱: ۶۳۲؛ محقق حلی، شرائع الإسلام ۴: ۱۴۴؛ محقق حلی، المختصر النافع ۱: ۲۱۶ و علامه حلی، تحرير الأحكام الشرعية على مذهب الإمامية ۵: ۳۱۹)

۳-۱-۱-۴) تأخیر در اجرای شلاق حد زنا

حدّ زانیه اگر حامله باشد، تا زمانی که از نفاس خارج شود و بچه از شیر خوردن بی نیاز شود، در صورتی که شیردهنده دیگری یافت نشود، به تأخیر می افتد. اگر شیردهنده دیگری یافت شود، بعد از خارج شدن از نفاس شلاق می خورد. حد مریض و مستحاضه تا زمانی که بهبود یابد، به تأخیر می افتد مگر این که مصلحت در به تأخیر نیافتادن شلاق باشد. در این صورت، با چوب نازک یا خوشه خرما یا جایگزین آن زده می شود. حد در گرما و سرمای شدید اجرا نمی شود. شلاق حائض به تأخیر نمی افتد. حد با عارض شدن جنون ساقط نمی شود. هم چنین بر کسی که به حرم (حرم خدا و رسول خدا و ائمه علیهم السلام) پناه ببرد، حد جاری نمی شود. البته در خوردنی و نوشیدنی بر او سخت گرفته می شود تا از حرم خارج شود و حد بر او اقامه گردد. اگر در حرم سبب حد را انجام داد، در حرم بر او حد جاری می شود و حد در زمین دشمن جاری نمی شود تا از روی خشم به دشمنان دین ملحق نشود. (علامه حلی، تلخیص المرام ۳۱۹؛ علامه حلی، المختصر النافع ۱: ۲۱۶؛ شیخ طوسی، المبسوط ۸:

۵؛ علامه حلی، قواعد الأحكام ۳: ۵۳۰؛ ابن براج، المهذب ۲: ۵۲۸؛ شیخ طوسی، النهاية ۷۰۰؛ ابن ادریس، السرائر ۳: ۴۵۴؛ علامه حلی، ارشاد ۲: ۱۷۳ و شمس الدین حلی، معالم الدین ۲: ۴۹۰؛ علامه، کفالت راهم برای طفل شرط می‌داند و معتقد است اجرای شلاق زن حامله تا زمان وضع حمل و شیر دادن در صورتی که طفل کفیل نداشته باشد، به تأخیر می‌افتد. (ارشاد ۲: ۱۷۳)

در کتاب تحریر، قیودی اضافه شده است به این صورت که زن حامله تا زمانی که وضع حمل نکند و بچه از شیر بی‌نیاز نشود، اگر شیردهنده دیگری یافت نشود، شلاق نمی‌خورد؛ فرقی ندارد بچه از زنا یا غیر زنا باشد. اگر حمل ظاهر نشد و زن ادعای حمل نکرد، شلاق به تأخیر نمی‌افتد. به امکان حامله بودن اعتباری نیست، ولی اگر ادعا کند حامله است، ادعایش قبول می‌شود.

شلاق زن حیض به تأخیر نمی‌افتد؛ زیرا حیض بیماری نیست. با عارض شدن ارتداد، اجرای حد ساقط نمی‌شود. (علامه حلی، تحریر الأحكام الشرعية علی مذهب الإمامية ۵: ۳۲۳) اگر بر مرد عاقل حد واجب شود و سپس دیوانه شود و زنا با شاهد ثابت شده باشد، حد در هر حال بر او جاری می‌شود. (شیخ طوسی، النهاية ۷۰۰ و ابن ادریس، السرائر ۳: ۴۵۲)

در کتاب قواعد، وضعیت مریض تفصیل داده شده است. در آن بیماری که به بهبودی شخص امید باشد، مثل مرض خفیف و سردرد، بعد از خوب شدن حد جاری می‌شود. در آن بیماری که به بهبودی فرد امیدی نیست، مثل سل، به کناره‌های لباسش شلاق زده می‌شود. (شیخ طوسی، المبسوط ۸: ۵) اگر شلاق سبک را تحمل کند، از دسته چوب نازک بهتر است و زمانی که خوب شد، حد اعاده نمی‌شود. (علامه حلی، قواعد الأحكام ۳: ۵۳۰) اگر مصلحت بر اجرای سریع حد مریض باشد، با دسته‌ای از چوب نازک مرکب از صد عدد چوب، شلاق زده می‌شود. (شهید اول، اللمعة ۲۵۵ و علامه حلی، قواعد الأحكام ۳: ۵۳۰)

۳-۱-۲) نحوه اجرای شلاق در حد شرب مسکر

در نوشیدن مسکرات، هشتاد ضربه شلاق زده می‌شود. البته در این اختلاف نظر هست که فقط به پشت و دو کتفش زده شود یا به همه بدنش. همچنین در این مسأله که زن نیز باید مثل مرد عریان باشد یا بالباس، اختلاف است. از دیگر موارد اختلافی، اجرای حد در زمان مستی و نیز حالت ایستاده یا نشسته شارب خمر است.

۱-۲-۳) موضع وارد کردن شلاق در اجرای حد شرب مسکر

بر پشت و کتف کسی که مسکر نوشیده است، شلاق زده می‌شود. (راوندی، فقه القرآن ۲: ۳۷۹؛ شیخ طوسی، النهاية ۷۱۲؛ ابن ادریس، السرائر ۳: ۴۷۶؛ ابن زهره، غنیه النزوع ۴۲۹؛ کیدری، إصباح الشیعة ۵۲۲؛ محقق حلی، المختصر ۱: ۲۲۲؛ محقق حلی، شرائع الإسلام ۴: ۱۵۷؛ شمس الدین حلی، معالم الدین فی فقه آل یاسین ۲: ۵۰۵؛ علامه حلی، قواعد الأحکام ۳: ۵۵۱؛ إرشاد ۲: ۱۸۰ و تبصرة المتعلمین ۱۸۸ و تلخیص المرام ۳۲۲) در هر حال، بر صورت و شرمگاهش شلاق زده نمی‌شود. (شیخ طوسی، النهاية ۷۱۲؛ ابن ادریس، السرائر ۳: ۴۷۶؛ محقق حلی، المختصر ۱: ۲۲۲؛ محقق حلی، شرائع الإسلام ۴: ۱۵۷؛ شمس الدین حلی، معالم الدین فی فقه آل یاسین ۲: ۵۰۵؛ علامه حلی، قواعد الأحکام ۳: ۵۵۱؛ نجفی، جواهر الکلام ۴۱: ۴۶۰ و علامه حلی، تحریر الأحکام الشریعة علی مذهب الإمامیة ۵: ۳۴۹)

۱-۲-۳) اجرا نشدن شلاق در حالت مستی برای حد شرب مسکر

حد شرب مسکر زده نمی‌شود تا هوشیار شود. (محقق حلی، المختصر ۱: ۲۲۲ و شرائع الإسلام ۴: ۱۵۷؛ شمس الدین حلی، معالم الدین فی فقه آل یاسین ۲: ۵۰۵؛ علامه حلی، إرشاد ۲: ۱۸۰؛ علامه حلی، تبصرة المتعلمین ۱۸۸ و قواعد الأحکام ۳: ۵۵۱ و تلخیص المرام ۳۲۲؛ امام خمینی، تحریر الوسیله ۲: ۴۸۰ و نجفی، جواهر الکلام ۴۱: ۴۶۰)

۱-۲-۳) پوشش و حالت مجرم زمان اجرای حد مسکر

کسی که شرب مسکر کرده است، باید عریان شلاق بخورد. (راوندی، فقه القرآن ۲: ۳۷۹؛ شیخ طوسی، النهاية ۷۱۲؛ ابن ادریس، السرائر ۳: ۴۷۶؛ ابن زهره، غنیه النزوع ۴۲۹؛ کیدری، إصباح الشیعة ۵۲۲؛ محقق حلی، المختصر ۱: ۲۲۲ و شرائع الإسلام ۴: ۱۵۷؛ شمس الدین حلی، معالم الدین فی فقه آل یاسین ۲: ۵۰۵؛ علامه حلی، قواعد الأحکام ۳: ۵۵۱؛ إرشاد ۲: ۱۸۰ و تبصرة المتعلمین ۱۸۸ و تلخیص المرام ۳۲۲ و شهید اول، للمعة ۲۶۰) برخی فقها گفته‌اند زن از روی لباس شلاق می‌خورد. (ابن زهره، غنیه النزوع ۴۲۹؛ کیدری، إصباح الشیعة ۵۲۲؛ نجفی، جواهر الکلام ۴۱: ۴۶۰ و امام خمینی، تحریر الوسیله ۲: ۴۸۰) مرد در حالی که ایستاده است و لباس به تن ندارد، به جز از عورت شلاق می‌خورد و بر

زن در حالی که نشسته است و لباس به تن دارد، شلاق می‌زنند. (امام خمینی، تحریر الوسیله ۲: ۴۸۰ و علامه حلی، تحریر الأحکام الشریعة علی مذهب الإمامیة ۵: ۳۴۹) زن در حالی که نشسته است و لباس به تن دارد، حد زده می‌شود. (نجفی، جواهر الکلام ۴۱: ۴۶۰)

۳-۱-۲ (۴) توزیع شلاق بر تمام بدن در اجرای حد شرب مسکر

بر پشت و کتف‌های شارب مسکر شلاق زده می‌شود و بر صورت و شرمگاه و مواضع حساس بدنش زده نمی‌شود. سزاوار است که شلاق بر دیگر بخش‌های بدنش پخش شود تا عضوئی که مشروب در آن جریان پیدا کرده است، مزه عقوبت را بچشد. از حضرت علی (ع) روایت شده است که به جلد گفت: «حق هر عضو را بده». (نجفی، جواهر الکلام ۴۱: ۴۶۰) بر پشت، کتف‌ها و دیگر اعضای بدن کسی که شرب مسکر کرده است، شلاق زده می‌شود، ولی به صورت، سر و شرمگاهش زده نمی‌شود. (امام خمینی، تحریر الوسیله ۲: ۴۸۰؛ شهید اول، اللعة ۲۶۰ و علامه حلی، قواعد الأحکام ۳: ۵۵۱) بیش‌تر در جاهای گوشت‌دار مثل باسن و ران‌ها شلاق زده می‌شود و بر بدن شارب مسکر کشیده نمی‌شود. (علامه حلی، تحریر الأحکام الشریعة علی مذهب الإمامیة ۵: ۳۴۹)

۳-۱-۲ (۵) اجرای حد شرب مسکر بر کافر، مجنون و مرتد

به نظر ابن براج، حد شرب مسکر هشتاد ضربه شلاق است و فرقی میان حرّ و عبد و مسلمان و کافر نیست جز این‌که بر مسلمان در حالتی که شرب خمر کرده است، حد اجرا می‌شود و بر کافر حد زده نمی‌شود مگر آن‌که شرب مسکرش را آشکار کند یا میان مسلمانان با مستی وارد شود. پس اگر مخفی کرد، حد زده نمی‌شود و اگر کسی که شرب مسکر کرده است، مست باشد، حد بر او اجرا نمی‌شود تا هوشیار شود. سپس حد بر او اقامه می‌شود. (المهذب ۲: ۵۳۵) حد شرب مسکر با جنون و ارتداد ساقط نمی‌شود. (علامه حلی، قواعد الأحکام ۳: ۵۵۱ و تلخیص المرام ۳۲۲؛ امام خمینی، تحریر الوسیله ۲: ۴۸۰ و نجفی، جواهر الکلام ۴۱: ۴۶۰)

۳-۱-۳ نحوه اجرای شلاق حد قذف

در نحوه اجرای شلاق کسی که تهمت فحشا زده است، اختلافی نیست و با ضربه‌ای متوسط و بالباس شلاق زده می‌شود.

۳-۱-۱) تخفیف ضربه شلاق در اجرای حد قذف نسبت به شرب خمر و زنا

شلاق در حد قذف نسبت به شلاق در حد شرب مسکرو حد زنا با شدت کم تری اجرا می شود. هم چنین از روی لباس شلاق زده می شود و عریان نمی شود. (کیدری، إصباح الشیعة ۵۳۱: ۵۳۱؛ راوندی، فقه القرآن ۲: ۳۸۹؛ محقق حلی، شرائع الإسلام ۴: ۱۵۴ و المختصر ۱: ۲۲۱؛ علامه حلی، قواعد الأحكام ۳: ۵۴۷؛ و إرشاد ۲: ۱۷۸؛ شهید اول، اللمعة ۲۵۹؛ شمس الدین حلی، معالم الدین فی فقه آل یاسین ۲: ۵۰۱؛ نجفی، جواهر الکلام ۳: ۴۲۹ و امام خمینی، تحریر الوسیلة ۲: ۴۷۶)

۳-۱-۲) تأخیر در اجرای حد قذف در مورد مجنون

به نظر علامه حلی در قواعد، اگر قذف کننده هنگام قذف، دیوانه باشد، بعد از خوب شدن تعزیر می شود. (قواعد الأحكام ۳: ۵۴۹)

۳-۱-۴) نحوه اجرای حد مساحقه

در کتاب های فقها در اجرای شلاق مساحقه در صورتی که زنی پس از مجامعت با همسر خود با زنی دیگر مساحقه کند، فقط در این باره که شلاق بعد از وضع حمل دختر اجرا می شود، سخن گفته شده است. اگر مردی همسرش را وطی کرد و بعد از آن، همسرش با دختری باکره مساحقه کند و منی مرد را در رحم باکره بریزد و آن دختر حامله شود، برزوجه، رجم و بر آن دختر بعد از وضع حمل شلاق واجب می شود. (شیخ طوسی، النهایة ۷۰۷: ۷۰۷؛ ابن بزاج، المهدب ۲: ۵۳۲؛ علامه حلی، تلخیص المرام ۳۲۲ و قواعد الأحكام ۳: ۵۳۸) آیات عظام مکارم شیرازی و فاضل لنکرانی در استفتائات خود درباره نحوه اجرای شلاق گفته اند مانند حد زنا اجرامی شود و آیات عظام صافی گلپایگانی و نوری همدانی می گویند به صورت متعارف اجرامی شود. به نظر مرحوم آیت الله موسوی اردبیلی، اگر با لباس دستگیر شده اند، با لباس معمولی و ضرب متوسط حد جاری می شود. (نرم افزار گنجینه استفتائات قضایی، کد سؤال: ۱۶۰)

۳-۱-۵) نحوه اجرای شلاق در حد تفخیز

کیفیت اجرای مجازات شلاق در حد تفخیز در کتاب های فقها بیان نشده است، اما در استفتا از مرحوم آیت الله فاضل لنکرانی، حد تفخیز در عدد مانند زناست، ولی در کیفیت ملحق به آن نیست. به نظر آیت الله صافی گلپایگانی، اجرای حد تفخیز باید از روی لباس باشد، ولی به نظر مرحوم

آیت‌الله موسوی اردبیلی، اگر با لباس دستگیر شده است، با لباس معمولی و ضرب متوسط حد جاری می‌شود. به نظر مرحوم آیت‌الله بهجت، اجرای حد خالی از تأمل نیست. (نرم افزار گنجینه استفتائات قضایی، کد سؤال: ۱۶۱)

۳-۱-۶) نحوه اجرای شلاق در موارد نامعین

در روایت موثقه زرازه از ابی‌جعفر (ع) گفته شده است که بر مرد، ایستاده حد زده می‌شود و زن، نشسته. ضربات باید بر تمام بدن به جز سرو عورت‌ها پخش شود. (کلینی، کافی ۷: ۱۸۳) در باب زنا به این روایت تمسک می‌کنند، ولی در روایت، قرینه‌ای بر اختصاص به زنا نیست. اگر اطلاق روایت پذیرفته شود، در مواردی که خلأ وجود دارد، مثل لواط و مساحقه و تفخیز، مطابق این روایت عمل می‌شود. اگر قائل شویم که اطلاق ندارد، مثلاً کلمه «الحد»، انصراف به زنا دارد که البته - مستبعد است و با این وجود بسیاری از روایات ما از اطلاق می‌افتد - در این صورت، اصلی نیست که در موارد خلأ به آن تمسک کنیم. پس هر جا دلیل خاصی نبود، قائل به تخیر می‌شویم.

منظور از ضربه متوسط در تمام مواردی که ذکر شد، ضربه‌ای است که صدمه دارد، ولی اقل و اکثر دارد. پس بر ضربه‌ای که احساس درد در آن کم باشد، عذاب و الم صدق نمی‌کند. در جایی که دلیل خاص داریم، مثل زنا عمل می‌شود. در غیر این صورت، با ضربه متوسط زده می‌شود. بنا بر این، از نظر شدت و ضعف و طول شلاق باید رعایت شود و قاضی باید معین کند به ویژه در تعزیر که شلاق را از وسط بگیرد و متوسط بزند. هم‌چنین طبق روایت به سن باید توجه شود. در مورد پوشش در مواردی که شک داریم، احتیاط می‌کنیم و با لباس شلاق زده می‌شود. (نشست علمی بررسی فقهی کیفیت اجرای شلاق، مرکز آموزش‌های تخصصی فقه قم)

۳-۲) نحوه اجرای شلاق در تعزیرات

در نحوه اجرای شلاق در تعزیرات به غیر از نقل قول مرحوم قطب‌راوندی که در ادامه خواهد آمد عمدتاً به قاعده «من فعل حراماً أو ترک واجباً فللام تعزیر» استناد شده که طبق آن نحوه اجرا طبق صلاح‌دید امام است. البته از نگاه استفتائات، به نظر آیت‌الله علوی گرگانی باید مجرم را بخوابانند. از نگاه آیت‌الله گرامی، در جرایم مختلف باید مطابق نظر حاکم عمل شود. آیت‌الله صافی گلپایگانی

معتقد است که باید در هوای مناسب اجرا شود و از نظر اجرای آن در ملاء عام مطابق نظر حاکم عمل می‌شود. از نظر ایستاده و نشسته بودن هم فرقی نمی‌بیند. اجرای شلاق اگر متوقف بر بستن مجرم است، باید او را بست و مقید به زمان خاصی نیست. هم‌چنین به هر قسمت از بدن به جز موارد استثنای جاز است شلاق زد. (استفتاء مرکز آموزش‌های تخصصی فقه از دفاتر مراجع و نرم افزار گنجینه استفتائات قضایی، کد سؤال: ۷۹۴۴)

ملاک در تعزیر بازدارندگی است و با ضربه محکم زده نمی‌شود، بلکه با ضربه متوسط یا خفیف زده می‌شود که انتخابش با حاکم است. هم‌چنین با توجه به ملاک می‌تواند به جزای نقدی تبدیل کند یا شلاق متعین باشد. (نشست علمی بررسی فقهی کیفیت اجرای شلاق، مرکز آموزش‌های تخصصی فقه قم)

۳-۲-۱) تشدید اجرای شلاق در تعزیرات

به باور قطب‌الدین راوندی، از نظر فقها، محکم‌ترین ضربه در تعزیر است، سپس ضربه زنا و شرب خمر و قذف. (فقه القرآن ۲: ۳۹۱) به نظر می‌رسد منظور راوندی، فقهای عامه باشند؛ چون خلاف نص رسیده از معصوم است. (عاملی، وسائل ۲۸: ۱۹۸)

۳-۲-۲) نحوه اجرای شلاق تعزیری در اعمال حرام

هر کس حرامی را انجام دهد یا واجبی را ترک کند، تعزیر آن شخص به مقداری که به حد نرسد، بر عهده امام است که مقدارش را نیز امام تعیین می‌کند. تعزیر شخص آزاد به حدّ حر و تعزیر عبد به حدّ عبد نمی‌رسد. (محقق حلی، شرائع الإسلام ۴: ۱۵۵؛ شهید اول، اللعنة ۲۵۹؛ شمس الدین حلی، معالم الدین فی فقه آل یاسین ۲: ۵۰۲ و علامه حلی، قواعد الأحکام ۳: ۵۴۸ و تلخیص المرام ۳۲۳) ابن براج معتقد است زمانی که انسان دیگری را به فساد نسبت دهد، بر آن شخص به کم‌تر از حد قذف، تعزیر واجب است تا دیگر مسلمانان را اذیت نکند. (المهذب ۲: ۵۳۴)

برخی فقها اجرای شلاق تعزیری را در گناهان کبیره بیان کرده‌اند یعنی هر کس واجبی را ترک کند یا حرامی را مرتکب شود، بر عهده امام یا نایبش، تعزیر آن شخص است به شرط این‌که از گناهان کبیره باشد. مقدار تعزیر کم‌تر از حد است و به نظر حاکم بستگی دارد. در جایی که بر مقدار تعزیر دلالت ندارد، احتیاط و تجاوز نکردن از کم‌ترین حد مناسب است. (امام خمینی، تحریر الوسیلة ۲: ۴۷۷ و نجفی، جواهر الکلام ۴۱: ۴۴۸)

۳-۳ تأدیب

محقق حلی، علامه حلی، شمس الدین حلی، صاحب جواهر و امام خمینی می‌گویند در ادب کردن هم شلاق زده می‌شود، ولی بیش تر از ده ضربه نیست. (المختصر: ۱: ۲۲۱؛ تلخیص المرام ۳۲۳؛ قواعد ۲: ۵۴۸؛ معالم الدین فی فقه آل یاسین ۲: ۵۰۲؛ جواهر الکلام ۴۱: ۴۴۴؛ تحریر الوسیله ۲: ۴۷۷)

همچنین باید دانست که مراد از تأدیب صبی، تأدیب در امور متعارف است و ارتکاب محرمات مثل زنا و لواط را شامل نمی‌شود که به دلیل اطلاق ادله مقدار تعزیر و مختص نبودن تعزیر به غیر از صبی است. در تأدیب صبی، بیش تر از ده ضربه شلاق کراهت دارد، ولی ظاهر بر این است که تأدیب صبی به نظر ادب‌کننده و ولی است. چه بسا مصلحت، کم‌تر یا بیش تر از ده ضربه شلاق را اقتضا کند، ولی از مقدار تعزیر نباید تجاوز کند، بلکه احتیاط بر این است که مقدارش کم‌تر از تعزیر است و باید به شش یا پنج ضربه اکتفا کرد. (آیت الله فاضل لنکرانی، تفصیل الشریعه فی شرح تحریر الوسیله - الحدود ۴: ۴۲۴) با فرض عارض شدن فساد و به وجود آمدن فتنه با ترک تأدیب و تعزیر صبی، در وجوب این دو اشکالی نیست، اما اختلاف روایت‌ها در بیان مراتب تأدیب و تعزیر است و این اختلاف‌ها بر اختلاف مراتب زمان و محل ارتکاب و شنیع بودن فعلی حرام حمل می‌شود که مرتکب شده است. (آیت الله سیفی مازندرانی، دلیل تحریر الوسیله - احکام العسر ۳: ۲۷۳)

تأدیب صبی در مفاسدی که دوری از آن‌ها با قدرت، واجب است، از باب نهی از منکر با شروط آن واجب و در غیر آن‌ها جایز است. در مراتب زدن و اصل آن، بین حرمت و کراهت و رجحان، با توجه به خصوصیات عمل و عامل، با رعایت صلاح و فساد عامل (اگرچه مخالفت او امر و نواهی اولیا باشد، در امور عقلاییه مشروعه)، نه ضارب و مشتبهات و مکروهات نفسانیه او فرق می‌کند. (آیت الله بهجت، جامع المسائل ۵: ۳۰۴)

حاصل سخن این‌که اطلاق روایات تأدیب، بلکه صریح برخی از آن روایات، بر مشروعیت تنبیه بدنی در موارد ضروری دلالت دارد. از روایات گروه‌های سه‌گانه استفاده می‌شود که مقتضای احتیاط آن است که از سه ضربه شلاق شروع شود و بیش از ده ضربه نزنند. ممکن است گفته شود این اعداد در روایات خصوصیت ندارند، بلکه همه آن‌ها مصداق‌هایی برای تأدیب است. بنا بر این، ملاک و

معیار، نظریه‌ی یا حاکم شرع یا معلّم است که مقدار آن را مطابق مصلحت معین می‌کند، همان‌گونه که در روایت اسحاق بن عمار گذشت. در نتیجه، این روایات و روایات مشابه دیگر از نظر میزان تأدیب مطلق است و نشان می‌دهد که تأدیب حدّ خاصی ندارد.

ولیّ طفل، معلّم و حاکم شرع حق تأدیب افراد نابالغ را دارند و والی و حاکم شرع حق تأدیب طفل را هنگام ارتکاب منکرات دارد؛ چون مخاطب ادله حدود و تعزیرات است و اجرای حدود و تعزیرات در درجه اول بر دوش حاکم شرع است. البته چنین حقیّی برای حاکم شرع برای انجام مسائل تربیتی و آداب وجود ندارد. در نتیجه، محدوده اختیار حاکم در اجرای تأدیب فقط در صورت ارتکاب منکرات است. ولیّ طفل (پدر و پدربزرگ پدری) حقّ تأدیب نابالغ را در هر دو صورت دارد؛ هم برای جلوگیری از منکرات و وادار کردن به انجام واجبات و هم در مقام تعلیم و تربیت. (آیت الله مکارم شیرازی، تعزیر و گستره آن ۱۵۰)

نتیجه

۱. به نظر برخی، شلاق باید از جنس چرم باشد و به نظر عده‌ای دیگر، فرقی میان چرم و چوب و جز آن نیست. فقط معیار این است که لبه دار و تیز نباشد.
۲. نظرات متفاوتی درباره عامل اجرای شلاق در حدود و تعزیرات وجود دارد. برخی از فقها در باب حدود، حاکم را مجری تمام حدود می‌دانند، اما در مقابل، برخی دیگر بین زنا و دیگر حدود فرق می‌گذارند. هم چنین فقها در باب تعزیرات، اجرای شلاق را وظیفه حاکم یا نماینده او دانسته‌اند.
۳. در نحوه اجرای شلاق در حدود، تعزیرات و تأدیب احکام متفاوتی وجود دارد. در حد زنا معتقدند که شلاق باید محکم بر تمام بدن مجرم توزیع شود. مرد بدون لباس و ایستاده، زن بالباس و نشسته باشد. حد مریض و مستحاضه و حامله تا پایان این موانع به تأخیر می‌افتد؛ جز در حد شلاق مریض و مستحاضه که در صورت وجود مصلحت در اجرای شلاق به تأخیر نمی‌افتد. در حد شرب مسکر از نظر محل اصابت شلاق یعنی تمام بدن یا پشت و دو کتف و هم چنین وضعیت پوشش و ایستاده و نشسته بودن زن اختلاف وجود دارد. حد قذف با ضربه‌ای متوسط و همراه بالباس زده می‌شود. حد مساحقه در فرضی که زن پس از مجامعت با همسر خود، با زنی دیگر مساحقه کند و او

باردار شود، حد بعد از وضع حمل اجرا می‌شود. برخی فقها معتقدند مانند حد زنا اجرا می‌شود و برخی دیگر معتقدند به صورت متعارف اجرا می‌شود.

برخی معتقدند حد تفخیز در عدد مانند زناست، ولی در کیفیت ملحق به آن نیست. به نظر برخی فقها اجرای حد تفخیز باید از روی لباس باشد، ولی به نظر برخی دیگر از فقها اگر با لباس دستگیر شود، حد با لباس معمولی و ضرب متوسط جاری می‌شود. در حدودی مثل لواط که بیان مستقل و صریح وجود ندارد، باید به قاعده عمومی عمل شود یعنی مرد ایستاده و زن نشسته باشد و ضربات بر تمام بدن به جز سر و عورت توزیع شود.

در تعزیرات مطابق فتوای برخی از فقها، مجرم در حالت خوابیده متحمل تعزیر می‌شود. برخی دیگر معتقدند در جرایم مختلف مطابق نظر حاکم عمل می‌شود. به نظر برخی از فقها باید در هوایی مناسب اجرا شود. اجرای آن در ملاء عام به نظر حاکم بستگی دارد و ایستاده و نشسته بودن فرقی ندارد. اگر اجرای شلاق متوقف بر بستن مجرم است، باید او را بست و مقید به زمان خاصی نیست و به هر قسمت از بدن جز موارد استثنای شده جایز است شلاق زد.

۴. در ادب کردن هم شلاق زده می‌شود و گفته‌اند بیش‌تر از ده ضربه زده نشود. در نهایت، ملاک نحوه اجرای شلاق در باب تأدیب، مصلحت طفل است.

فهرست منابع

- ۱- ابن ادریس حلی، محمد بن منصور بن احمد. السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ ۱۴۱۰، ۲ هـ. ق.
- ۲- ابن براج طرابلسی، قاضی عبدالعزیز. المهذب. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ ۱۴۰۶، ۱ هـ. ق.
- ۳- ابن زهره حلبی، حمزة بن علی. غنیة النزوع إلى علمی الأصول والفروع. قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام، چاپ ۱۴۱۷، ۱ هـ. ق.
- ۴- ابوالحسین، احمد بن فارس بن زکریا. معجم مقاییس اللغة. قم: انتشارات دفتر تبلیغات حوزه علمیه قم، چاپ ۱۴۰۴، ۱ هـ. ق.
- ۵- استفتای کتبی مرکز آموزش های تخصصی فقه از محضر حضرت آیت الله العظمی سبحانی.
- ۶- استفتای کتبی مرکز آموزش های تخصصی فقه از محضر آیت الله العظمی علوی گرگانی.
- ۷- استفتای کتبی مرکز آموزش های تخصصی فقه از محضر حضرت آیت الله العظمی گرامی.
- ۸- استفتای کتبی مرکز آموزش های تخصصی فقه از محضر حضرت آیت الله العظمی مکارم شیرازی.
- ۹- بهجت فومنی، محمد تقی. جامع المسائل. قم: دفتر معظم له، چاپ ۱۴۲۶، ۲ هـ. ق.
- ۱۰- تبریزی، جواد بن علی. اسس الحدود والتعزیرات. قم: نشر دفتر مؤلف، چاپ ۱۴۱۷، ۱ هـ. ق.
- ۱۱- جوهری، اسماعیل بن حماد. الصحاح - تاج اللغة و صحاح العربیه. بیروت: دارالعلم للملأین، چاپ ۱۴۱۰، ۱ هـ. ق.
- ۱۲- حرّ عاملی، محمد بن حسن. تفصیل وسائل الشیعة إلى تحصیل مسائل الشریعه. قم: نشر مؤسسه آل البيت علیهم السلام، چاپ ۱۴۰۹، ۱ هـ. ق.
- ۱۳- حلی، شمس الدین محمد بن شجاع القطن. معالم الدین فی فقه آل یاسین. قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام، چاپ ۱۴۲۴، ۱ هـ. ق.
- ۱۴- حمیری، نشوان بن سعید، شمس العلوم ودواء کلام العرب من الکلوم، بیروت: دارالفکر المعاصر، چاپ اول، ۱۴۲۰ هـ. ق.
- ۱۵- سیفی مازندرانی، علی اکبر. دلیل تحریر الوسیلة - أحكام الأسرة. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، چاپ ۱۴۲۹، ۱ هـ. ق.

- ۱۶- شهید اول، محمد بن مکی. اللمعة الدمشقية في فقه الإمامية. بيروت: دار التراث -
الدار الإسلامية، چاپ ۱، ۱۴۱۰ ه. ق.
- ۱۷- صاحب، اسماعیل بن عباد. المحيط في اللغة. بيروت: عالم الكتب، چاپ ۱، ۱۴۱۴ ه. ش.
- ۱۸- طبرسی، امین الاسلام، فضل بن حسن. المؤتلف من المختلف بين ائمه السلف.
مشهد: مجمع البحوث الاسلاميه، چاپ ۱، ۱۴۱۰ ه. ق.
- ۱۹- طوسی، ابو جعفر محمد بن حسن. الخلاف. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به
جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ ۱، ۱۴۰۷ ه. ق.
- ۲۰- _____ . المبسوط في فقه الإمامية. تهران: المكتبة
المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية، چاپ ۳، ۱۳۸۷ ه. ق.
- ۲۱- _____ . النهاية في مجرد الفقه و الفتاوى. بيروت: دار
الكتاب العربي، چاپ ۲، ۱۴۰۰ ه. ق.
- ۲۲- علامه حلی، حسن بن یوسف بن مطهر. إرشاد الأذهان إلى أحكام الإيمان. قم: دفتر
انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ ۱، ۱۴۱۰ ه. ق.
- ۲۳- _____ . تبصرة المتعلمين في أحكام الدين. تهران:
مؤسسه چاپ و نشر وابسته به وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، چاپ ۱، ۱۴۱۱ ه. ق.
- ۲۴- _____ . تحرير الأحكام الشرعية على مذهب
الإمامية، قم: مؤسسه امام صادق عليه السلام، چاپ ۱، ۱۴۲۰ ه. ق.
- ۲۵- _____ . تلخيص المرام في معرفة الأحكام. قم:
انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، چاپ ۱، ۱۴۲۱ ه. ق.
- ۲۶- _____ . قواعد الأحكام في معرفة الحلال والحرام.
قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ ۱، ۱۴۱۳ ه. ق.
- ۲۷- _____ . مختلف الشيعة في أحكام الشريعة. قم:
دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ ۲، ۱۴۱۳ ه. ق.
- ۲۸- فاضل لنکرانی، محمد. تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - الحدود. قم: مركز
فقهی ائمه اطهار عليهم السلام، چاپ ۱، ۱۴۲۲ ه. ق.
- ۲۹- فراهیدی، خلیل بن احمد. العين. قم: هجرت، چاپ ۲، ۱۴۰۴ ه. ق.
- ۳۰- قرشی، سید علی اکبر. قاموس قرآن. تهران: دارالکتب الاسلامیه، چاپ ۶، ۱۴۱۲ ه. ق.
- ۳۱- قطب الدین راوندی. سعید بن عبدالله. فقه القرآن. قم: انتشارات کتابخانه آیت الله

- مرعشی نجفی، چاپ ۲، ۱۴۰۵ هـ. ق.
- ۳۲- قطب‌الدین کیدری، محمد بن حسین. إصباح الشيعة بمصباح الشريعة. قم: مؤسسه امام صادق عليه السلام، چاپ ۱، ۱۴۱۶ هـ. ق.
- ۳۳- قَمِّي، صدوق، محمد بن علی بن بابویه. من لا يحضره الفقيه. دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم-ایران، چاپ ۲، ۱۴۱۳ هـ. ق.
- ۳۴- کلینی، ابوجعفر محمد بن یعقوب. الکافی. تهران: نشر دارالکتب الاسلامیه، چاپ ۴، ۱۴۰۷ هـ. ق.
- ۳۵- گنجینه استفتائات قضایی، قم: مؤسسه آموزشی و پژوهشی قضا.
- ۳۶- محقق حلّی، نجم‌الدین جعفر بن حسن. المختصر النافع في فقه الإمامية. قم: مؤسسة المطبوعات الدينية، چاپ ۶، ۱۴۱۸ هـ. ق.
- ۳۷- _____ . شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام. قم: مؤسسه اسماعیلیان، چاپ ۲، ۱۴۰۸ هـ. ق.
- ۳۸- مکارم شیرازی، ناصر. تعزیر و گستره آن. قم: انتشارات مدرسه الإمام علي بن أبي طالب، چاپ ۱، ۱۴۲۵ هـ. ق.
- ۳۹- موسوی اردبیلی، سید عبدالکریم. فقه الحدود والتعزیرات. قم: مؤسسه النشر لجامعه المفید، چاپ ۲، ۱۴۲۷ هـ. ق.
- ۴۰- موسوی خمینی، سید روح‌الله. تحریر الوسیلة. قم: مؤسسه مطبوعات دارالعلم، چاپ ۱، بی تا.
- ۴۱- نجفی، محمدحسن. جواهر الکلام في شرح شرائع الإسلام. بیروت: دار إحياء التراث العربي، چاپ ۷، ۱۴۰۴ هـ. ق.
- ۴۲- نظریه مشورتی اداره حقوقی قوه قضاییه، نرم افزار گنجینه استفتائات قضایی.

رضاعسکری*

R.askari5803@yahoo.com

شرایط و حکم دفاع مشروع در فقه و قانون مجازات اسلامی

چکیده

در فتاوی فقهها، دفاع مشروع یکی از موانع قصاص و دیه شمرده شده است. قانون گذار نیز در ماده ۱۵۶ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ همین نظر را دارد. در فتاوی فقهها هفت شرط برای صدق دفاع مشروع بیان شده است. برخی از این شروط، وضعی و برخی دیگر تکلیفی هستند؛ مانند ظن سلامت، شرایط وضعی نیز خود برخی رکنی هستند؛ مانند ممکن نبودن فرار و برخی دیگر مانند لزوم رعایت مراتب غیر رکنی هستند. قانون گذار نیز این شرایط را در قالب نه شرط در برخی مواد قانون مجازات و قانون مسئولیت مدنی منعکس کرده است.

حکم تکلیفی دفاع با توجه به متعلق دفاع و اوضاع و احوال مدافع، گاه وجوب و گاه اباحه است. حکم وضعی نیز عبارت از ضمان مهاجم و عدم ضمان مدافع است. البته با رعایت نکردن برخی شروط حکم وضعی عدم ضمان تغییر کلی یا جزئی خواهد داشت. به همین دلیل، بین مهاجم و مدافع اختلاف شدیدی درباره تحقق یافتن یا نیافتن شرایط دفاع مشروع رخ می دهد که طبق اصل و قاعده اولی، اثبات دفاع و شرایط آن باید بر عهده مدعی یعنی مدافع باشد. البته قانون گذار در صورت احراز مقام دفاع و احراز نشدن شرایط دفاع، تکلیف اثبات رعایت نشدن را بر عهده مهاجم قرار داده است نه مدافع. البته با توجه به قواعد تشخیص مدعی و منکر این بیان صحیح نیست.

کلیدواژگان

دفاع مشروع، تعدی، تناسب دفاع، شرایط دفاع، ضمان مدافع، اختلاف در دفاع.

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

دفاع مشروع یکی از موانع قصاص و دیه در لسان فقهاست. قاعده اولی در ارتکاب جنایت این است که هر عمل مجرمانه‌ای مجازات خاص خود را به دنبال داشته باشد، اما گاهی عوامل و موانعی سبب می‌شود این قاعده اولی کنار برود. دفاع مشروع یکی از مواردی است که خارج از این اصل و قاعده است و به همین دلیل، بررسی شرایط و احکام مربوط به آن اهمیت بسزایی دارد. دفاع مشروع مربوط به حالتی است که اقدام فرد مبنی بر جرح یا قتل فرد دیگری، در قالب دفاع از خود یا یکی از اقارب خویش باشد. در چنین حالتی و با وجود شرایطی خاص، فرد از هرگونه ضمانی معاف است؛ اعم از قصاص و دیه. برای روشن شدن این مسئله باید به این سؤال‌ها پاسخ داد که دفاع مشروع چه شرایطی دارد؛ این شرایط چه انواع و اقسامی دارند و اثر رعایت کردن یا نکردن هر یک از آن‌ها در فقه و قانون مجازات چیست؟

فقها هفت شرط و قوانین مدون جمهوری اسلامی ایران نه شرط را برای دفاع مشروع بیان کرده‌اند. آن‌چه در پرونده‌های دفاع مشروع مطرح می‌شود، اختلاف در برخی شرایط مقرر در مواد مختلف قانونی است؛ بدین معنا که احراز آن‌ها سخت و دشوار است و به همین دلیل، معمولاً به آرای بدوی اعتراض می‌شود؛ چون در موارد بسیاری، قاضی دادگاه بدوی شرطی هم‌چون تناسب را محرز نمی‌داند و از این نظر، قتل را شبه عمد می‌داند، اما یکی از اصحاب دعوا بر این امر اعتراض دارد. از این نظر، بررسی قیودی که می‌تواند دست‌آویز اصحاب دعوا یا وکیلان قرار بگیرد تا از واقعیت دور شوند، امری ضروری است.

از نظر قانونی، وجود برخی شرایط مسلم است و قاضی باید در احراز این شرایط دقت کافی کند، اما آن‌چه محل سخن است، بررسی فقهی این قیود و شرایط است؛ چون باعث می‌شود ابهام یا اجمال برخی قیود از بین برود، هم‌چنان‌که در نحوه احراز آن‌ها نقش بسزایی خواهد داشت. با توجه به اهمیت و حساسیت فوق‌العاده این مسئله، قانون مجازات و برخی قانون‌های دیگر به پیروی از کتاب‌های فقهی برای تبیین این مسئله گام برداشته‌اند. با این حال، درباره برخی شرایط و در صورت تنازع در تحقق شرایط دفاع مشروع ابهام‌هایی به چشم می‌خورد.

در این نوشتار ابتدا مبانی فقهی و کلام فقها درباره شرایط دفاع مشروع آورده می‌شود که موضوع ماده ۱۵۶ قانون مجازات اسلامی است. بعد از آن، تقسیم‌بندی شرایط دفاع بررسی می‌شود. سپس حکم وضعی و تکلیفی دفاع بیان می‌گردد. در ادامه، کلام فقها درباره حکم رعایت نشدن شرایط مندرج در دفاع مشروع بررسی خواهد شد. بعد از آن، شرایط دفاع مشروع و حکم تعدی از آن در قوانین بیان می‌شود. در نهایت، نظرهای فقهی مربوط به نزاع و اختلاف مهاجم و مدافع در تحقق یافتن یا نیافتن شرایط دفاع مشروع تحلیل می‌شود.

۱) شرایط دفاع مشروع

مهمترین سوال در بحث دفاع مشروع اینست که حق دفاع و به تبع، حکم عدم ضمان مدافع در چه شرایطی برای فرد ایجاد می‌شود؟ در کلام فقها هفت شرط ملاحظه می‌شود که عبارتند از: لزوم رعایت مراتب، لزوم احراز قصد، احتمال تسلط عرفی، ممکن نبودن فرار، ظن سلامت، مفسده‌انگیز نبودن و اقدام به نیت دفاع. این شرایط از جنبه‌های مختلف تقسیم‌بندی‌های متعددی دارند که در حکم دفاع مشروع و حکم تخلف از آن‌ها اثری بسزا دارد. البته بیان این هفت شرط بدین معنا نیست که همه فقها تمام این شرایط را پذیرفته‌اند، بلکه به تناسب شرایطی که پذیرفته‌اند، حکم دفاع و تخلف از شرایط در نظر آن‌ها نیز متفاوت است.

۱-۱) احراز قصد

احراز قصد مهاجم اولین شرط دفاع مشروع است. شخصی که قصد دفاع دارد، حتماً باید از قصد مهاجم مبنی بر هجمه اطلاع داشته باشد. حال این اطلاع یا از ناشی از علم و قطع است یا ناشی از ظن و گمان، اما قطعاً صرف احتمال کفایت نمی‌کند. این شرط را می‌توان از مهم‌ترین شرایط مطرح در تحقق حق دفاع مشروع دانست. در مورد لزوم اطلاع علمی یا کفایت اطلاع ظنی، دو نظر مطرح است. برخی فقها اطلاع علمی را لازم می‌دانند هم چون علامه حلی، مرحوم تبریزی، محقق حلی، مقدس اردبیلی و مرحوم سبزواری. (ارشاد ۲: ۱۸۷؛ اسس الحدود ۴: ۶۲؛ مختصر النافع ۱: ۲۲۶؛ مجمع الفائدة ۱۳: ۳۰۰ و مهذب ۲۸: ۱۶۳) برخی دیگر، ظن را نیز کافی می‌دانند و قائل به لزوم اطلاع علمی نیستند، هم چون مرحوم خواجه‌بوی، شهید اول، شهید ثانی، فاضل هندی و صاحب جواهر. (جامع الشتات ۳۰: ۴؛ الدروس ۲: ۵۹؛ الروضة البهیة ۹: ۳۵۰؛ کشف اللثام ۱۰: ۶۴۹ و جواهر ۴: ۶۵۰)

۲-۱) احتمال تسلط عرفی

به نظر برخی از فقها مانند مرحوم تبریزی، فاضل هندی، صاحب جواهر و مرحوم سبزواری، دافع باید عرفاً احتمال بدهد که مهاجم به مقصود خود (یعنی اضرار به جان یا مال یا عرض) خواهد رسید. بنا بر این، اگر این احتمال وجود نداشته باشد، حق اقدام مدافعانه را ندارد. از مضمون این شرط می‌توان دریافت که هجمه باید بالفعل یا قریب الوقوع باشد. پس اگر عرف احتمال تسلط وی را ندهد، به این معناست که این هجمه حتی قریب الوقوع هم نیست. (اسس الحدود ۶۲؛ کشف اللثام ۱۰: ۶۴۹؛ جواهر ۴۱: ۶۵۰ و مهذب ۲۸: ۱۶۵)

۳-۱) ناممکن بودن فرار

گروهی از فقها یکی از شرایط دفاع مشروع را ناممکن بودن فرار دانسته‌اند. این شرط در عبارت برخی فقها هم چون مرحوم آیت الله منتظری، علامه حلی، شیخ طوسی، مرحوم سبزواری و امام خمینی وجود دارد که می‌فرمایند: «فرار ممکن نباشد». (الاحکام الشرعیة ۳۶۵؛ تذکره الفقهاء ۹: ۴۳۴؛ المبسوط ۷: ۲۷۹؛ مهذب ۲۸: ۱۶۳ و زیادة الاحکام ۱۳۶)

۴-۱) لزوم رعایت مراتب

یکی دیگر از شرایط دفاع مشروع، لزوم رعایت مراتب «الاسهل فالاسهل» است. مفهوم این شرط آن است که عمل باید ضرورت داشته باشد یعنی هیچ اقدام دفاعی صورت نگیرد مگر این که ضرورت داشته باشد. مثلاً اگر دفاع با ضربه ممکن است، نمی‌تواند مهاجم را به قتل برساند؛ چون ضربه نسبت به قتل، مرتبه اسهل است. به تعبیر دیگر، چون برای دفع مهاجم ضرورتی ندارد که متمسک به قتل او شود، باید به ضربه اکتفا کند. هم‌چنین بنا بر این شرط باید گفت که اگر مهاجم از هجمه خود منصرف شود و اظهار پشیمانی کند، قصد وی بر حمله و هجمه از بین رفته است و به تبع، عمل دفاع ضرورت ندارد. در نتیجه، شخص حق ضرر زدن به مهاجم و دفاع از خود را ندارد. اگر مهاجم هنگام هجمه از ادامه آن دست بردارد، در این صورت، نیز شخص نباید عمل دفاعی خود را ادامه دهد؛ چون توقف هجمه نشانه خلل در قصد مهاجم مبنی بر ادامه هجمه است و دفاع در این شرایط ضرورت ندارد.

درباره لزوم رعایت مراتب و به تعبیر دیگر، لزوم رعایت «الاسهل فالاسهل»، دو نظربین فقها مطرح است. به نظر برخی فقها «مطلقا باید مراعات مراتب شود بدین معنا که اگر مرتبه آسان برای دفع مهاجم کافی باشد، جایز نیست که به مرحله اقوامتمسک شود. این لزوم در همه موارد است و هیچ استثنایی ندارد.» از قائلین به این نظر می‌توان به فقهای ذیل اشاره کرد: علامه حلی، مرحوم آیت‌الله تبریزی، مرحوم آیت‌الله منتظری، شیخ طوسی، محقق حلی، شهید اول، مرحوم خواجه‌بوی، شهید ثانی، فاضل هندی، صاحب ریاض، محقق اردبیلی، مرحوم مدنی کاشانی و شمس‌الدین حلی. (ارشاد ۲: ۱۸۷؛ اسس الحدود ۴: ۶۰؛ الاحکام الشرعیه علی مذهب اهل‌البیت ۳: ۳۶۵؛ المبسوط ۸: ۷۵؛ مختصر النافع ۱: ۲۶۶؛ اللعة دمشقیه ۲: ۲۶۴؛ جامع الشتات ۳۰؛ الروضة البهیة ۹: ۳۵۰؛ کشف اللثام ۱۰: ۴۶۹؛ ریاض ۱۶: ۱۶۱؛ شرایع ۴: ۱۷۶؛ مجمع الفائده ۱۳: ۳۰۰؛ کتاب القصاص ۸۲ و معالم‌الدین ۲: ۵۱۸) برخی دیگر از فقها هم چون امام خمینی، مرحوم سبزواری و صاحب جواهر این شرط را به طور کلی معتبر نمی‌دانند، بلکه فقط در صورتی معتبر می‌دانند که امکان و فرصت رعایت آن وجود داشته باشد. ضمنا باید با رعایت مراتب، خوف غلبه مهاجم برای وی وجود نداشته باشد. (تحریر الوسیله ۱: ۴۸۷؛ مذهب ۲۸: ۱۵۹ و جواهر ۴۱: ۶۵۰)

۵.۱ اقدام به نیت دفاع

سومین شرط از شرایط دفاع مشروع این است که مدافع به انگیزه و نیت دفاع اقدام کرده باشد. این شرط را مرحوم سبزواری به عنوان شرط دفاع مشروع مطرح کرده است و با این شرط، دفاع از امور قصدی می‌شود. (مذهب ۲۸: ۱۶۵)

۶.۱ مفسده‌انگیز نبودن

اگر شخصی دفاع کند و بر عمل دفاعی وی مفسده‌ای مترتب شود، دفاع جایز نیست، مانند این‌که نتواند نزد حاکم ثابت کند که دفاع بوده است و در نتیجه، قصاص شود. مرحوم مدنی کاشانی می‌گوید: «اگر شخصی دفاع کند و بر عمل دفاعی وی مفسده‌ای مترتب شود، در این صورت، دفاع جایز نیست، مانند این‌که نتواند نزد حاکم ثابت کند که دفاع بوده است و در نتیجه، قصاص شود. بنا بر این، اگر کسی ادعا کند که مهاجم قصد قتل وی را داشته باشد، باید دو شاهد اقامه کند و در

صورت اقامه نکردن شاهد، این فرد قصاص می شود و فردی که در مقام دفاع می داند بعد از آن حاکم از اثبات این امر عاجز است، اصل جواز دفاع برای او غیر معلوم است و بلکه حتی معلوم العدم است.» (کتاب القصاص ۸۲)

۷-۱ ظنّ سلامت

شهید ثانی در کتاب مسالک، یکی دیگر از شرایط دفاع مشروع را ظن سلامت بیان کرده است و می گوید: «دفاع منجر به هلاکت خود مدافع نشود یا به عبارت دیگر، در صورت دفاع به شخص ضرری نرسد.» (مسالک ۱۵: ۴۹)

۲) تقسیم بندی شرایط دفاع

همان طور که بیان شد، شرایط هفت گانه فقهی دفاع از جنبه های متعددی قابل تقسیم است. جنبه اول تقسیم شرایط به وضعی و تکلیفی است. دومین جنبه هم تقسیم شرایط وضعی به شرایط رکنی و غیررکنی است. شرایط وضعی یعنی آن دسته از شرایطی که تحقق آن ها در ضمان و عدم ضمان مدافع مؤثر هستند. از میان شرایط هفت گانه، چهار شرط را می توان وضعی خواند که عبارتند از: احراز قصد، احتمال تسلط عرفی، ناممکن بودن فرار و لزوم رعایت مراتب. این شرایط نیز خود دو نوع هستند: برخی رکن در ماهیت دفاع و تحقق حق دفاع هستند برخی دیگر خارج از ماهیت دفاع هستند و در تحقق حق دفاع مؤثر نیستند، هر چند در کیفیت ضمان مؤثرند. سه شرط اول از شرایط رکنی هستند و شرط اخیر یعنی لزوم رعایت مراتب، شرط غیررکنی است که رعایت نکردن آن موجب از بین رفتن حق دفاع نمی شود، اما همان طور که بیان می شود، در کیفیت ضمان مدافع مؤثر است. به عبارت دیگر، برای حکم عدم ضمان مطلق، رعایت همه شرایط وضعی اعم از رکنی و غیررکنی لازم است. البته حکم تخلف از شرایط رکنی و غیررکنی متفاوت است. اگر از شرایط رکنی تخلف شود، حکم به ضمان بالجمله می شود یعنی همان قصاص یا دیه به تناسب جرم. اگر از شرط غیررکنی تخلف شود، حکم به ضمان فی الجمله یعنی ضمان نسبت به میزان مازاد می شود.

احراز قصد مهاجم اولین شرط از شرایط وضعی رکنی است. همان طور که بیان شد، مطابق این شرط، شخصی که قصد دفاع دارد، حتما باید از قصد مهاجم مبنی بر هجومه اطلاع داشته باشد. در

غیر این صورت، اصلاً مقام حمله و هجمه ایجاد نشده است که عملیات دفاع صورت پذیرد. بنا بر این، احراز این مقام به منزله رکن در ایجاد حق دفاع است. مؤید این بیان آن است که مرحوم سبزواری در مذهب الاحکام می‌گوید: «اگر احراز قصد مهاجم شده باشد، ولی بعداً کشف خلاف شود؛ یعنی مشخص شود که قصد هجمه و ضرر زدن به وی را نداشته است، در این صورت، هر چند گناه نکرده است، ضامن دیه خواهد بود؛ چون قتل و جراحت خطایی است.» (۱۶۳: ۲۸)

دومین شرط از شرایط وضعی رکنی، شرط احتمال تسلط عرفی است که برخی فقها بیان کرده‌اند. این شرط از آن نظر، وضعی خوانده شده است که در امتداد شرط اول است. به عبارت دیگر، فقها با ملاحظه این که صرف احراز قصد برای اقدام به دفاع کافی نیست، بلکه قصد باید به عرصه ظهور و بروز برسد، این شرط را بیان کرده‌اند، چنان که مرحوم سبزواری بیان می‌کند: «دفاع در فرضی جایز است که ضرر متوجه فرد باشد و در این فرض که تسلط عرفی نداشته است، ضرری نیست.» (همان ۱۵۷: ۲۸)

شرط وضعی رکنی دیگر این است که امکان فرار وجود نداشته باشد. آن دسته از فقهایی که این شرط را بیان کرده‌اند، به صراحت گفته‌اند اگر امکان فرار وجود داشته باشد، چون اقدام به دفاع ضرورت ندارد، حق دفاع ندارد. بنا بر این، اگر عملی انجام دهد، ضامن است.

لزوم رعایت مراتب تنها شرط وضعی غیر رکنی است. فقها در ذیل این شرط بیان کرده‌اند اگر مرتبه آسان برای دفع مهاجم کافی باشد، جایز نیست به مرحله اقوامتمسک شود. بدین معنا که نسبت به مرتبه اقوی و اشده، ضامن خواهد بود. وضعی و غیر رکنی بودن این شرط از آن جایی برداشت می‌شود که فقها در حکم تخلف از رعایت آن، به ضامن فی الجمله حکم کرده‌اند، نه ضامن بالجمله.

شرایط تکلیفی یعنی آن دسته از شرایطی که در ضامن و عدم ضامن مدافع اثری ندارند، بلکه جنبه جواز و حرمت عمل وی را مشخص می‌کند. بنا بر این، تخلف از این شرایط هیچ گونه ضمانی ندارد، هر چند ممکن است حرمت تکلیفی داشته باشد. به نظر می‌رسد از میان شرایط هفت‌گانه دفاع مشروع، سه شرط از شرایط تکلیفی هستند. اول این که اقدام به نیت دفاع باشد. در تأیید این بیان، مرحوم سبزواری می‌گوید اگر اقدام به نیت دفاع نباشد، مدافع، متجری محسوب می‌شود و در ضامن وی اثری ندارد. (همان ۱۶۵: ۲۸)

دوم این که مفسده‌ای بر عمل او مترتب نشود. این شرط به این دلیل تکلیفی محسوب می‌شود که قائلین به این شرط گفته‌اند اگر فرد این شرط را رعایت نکند و واقعا هم مفسده متوجه او شود، فرد ضامن است، اما اگر آن مفسده واقعا متوجه او نشود، به عدم ضمان مدافع حکم می‌شود. (مدنی، کتاب القصاص ۸۲) به عبارت دیگر، اگر فرد قبل از دفاع احتمال بدهد که قادر به اثبات مقام دفاع نیست، اما با این حال، اوضاع و احوال به شکلی محقق شود که او قادر به اثبات مقام دفاع شود، در این صورت، به عدم ضمان وی حکم می‌شود. حکم به عدم ضمان تابع این است که دلیلی وجود داشته باشد که ثابت کند عمل جنبه دفاعی داشته است. واضح است که حکم به ضمان در صورتی که مفسده متوجه او شده است، به دلیل رعایت نکردن این شرط نیست، بلکه برای این است که نتوانسته علت موجهه جرم خود را در دادگاه اثبات کند.

سوم این که ظن به سلامت خویش داشته باشد. این دلیل نیز با همان تحلیلی که نسبت به شرط مفسده‌انگیز نبودن (عدم ترتب مفسده) بیان شد، شرط تکلیفی محسوب می‌شود. البته مؤید دیگری نیز برای تکلیفی بودن این شرایط وجود دارد که فقها متعرض حکم تخلف از این شرایط نشده‌اند. البته درباره تخلف از شرط احراز قصد، مرحوم سبزواری که تنها قائل به این شرط بود، حکم تخلف را نیز بیان کرده، اما واضح است که حکم قصاص در فرض احراز نشدن قصد به دلیل رعایت نشدن شرط نیست، بلکه برای آن است که مدافع به توهم این که فرد دیگر حمله می‌کند، دفاع کرده است، حال آن که فرد مقابل اصلا حمله نکرده است و دفاع بر عمل وی صدق نمی‌شود. مؤید هم این است که حتی در صورت رعایت این شرط، اگر بعدا کشف خلاف شود، مدافع ضامن دیه است، حال آن که اگر شرط وضعی بود، باید به عدم ضمان حکم می‌شد.

۳) حکم وضعی و تکلیفی حق دفاع

دو جنبه در بررسی حکم دفاع قابل تأمل است. جنبه اول، بررسی حکم وضعی آن مبنی بر عدم ضمان مدافع و ضمان مهاجم و جنبه دوم، بررسی حکم تکلیفی آن است. درباره حکم وضعی، فقها چنین بیان کرده‌اند که هر گاه شخصی به کسی هجمه کند، شخص حق دارد از خود دفاع کند. در این حالت، خون مهاجم هدر است و مضمون بر عهده مدافع نخواهد بود. واضح است که چنین حکمی وقتی بر عمل دفاعی فرد مترتب می‌شود که شرایط وضعی دفاع مشروع رعایت شده باشد.

در غیر این صورت، حسب مورد تخلف از هر شرط، حکم خاص خود را به دنبال خواهد داشت و فرد مشمول این حکم نخواهد شد. فقهای هم چون علامه حلی، مرحوم آیت الله تبریزی، مرحوم آیت الله منتظری، شیخ طوسی، شهید اول، امام خمینی، مرحوم خواجهی، محقق حلی، شهید ثانی، فاضل هندی، صاحب ریاض، صاحب جواهر، مرحوم سبزواری، مقدس اردبیلی، مرحوم مدنی کاشانی و فیض کاشانی این مطلب را با عبارات مختلفی بیان کرده اند که: «رفتار از تکاپی مدافع در صورتی که شرایط لازم برای دفاع محقق شده باشد، مجازات به دنبال ندارد؛ نه قصاص نه دیه و نه تعزیر؛ چرا که خون شخص مهاجم هدر است و نیز ضمان اسباب و وسایلی که از مهاجم تلف شود، بر عهده مدافع نیست. برخلاف مدافع که خون و اسباب و وسایل وی مضمون علیه مهاجم است.» (ارشاد ۲: ۱۸۷؛ اسس الحدود و التعزیرات ۴۵۷ و ۴۶۱؛ الأحکام الشرعية ۳۶۵؛ المبسوط ۷: ۲۷۹ و ۸: ۷۵؛ الخلاف ۵: ۳۴۵؛ الدروس الشرعية ۲: ۵۹؛ اللعة الدمشقية ۲۶۴؛ تحرير الوسيلة ۱: ۴۸۷؛ جامع الشتات ۳۰؛ شرایع ۴: ۷۶؛ رسائل الشهيد ۱: ۶۱۸؛ الروضة البهية ۹: ۳۵۰؛ مسالک ۱۵: ۴۹؛ کشف اللثام ۱۰: ۶۴۹؛ ریاض ۱۶: ۱۶۱؛ جواهر الکلام ۴۱: ۶۵۰؛ مهذب الاحکام ۲۸: ۱۵۷ و ۱۵۹؛ مجمع الفائدة ۱۳: ۳۰۰؛ کتاب القصاص للفقهاء الخواص ۷۸ و مفاتیح الشرایع ۲: ۶۰)

در بررسی حکم تکلیفی باید پرسید: حکم تکلیفی اعمال حق دفاع چیست؟ بدین معنا که آیا این حق دفاع حقی است که اعمال آن به طور کامل در اختیار شخص است و مباح است؟ یا این که حقی است که اعمال آن واجب است و فرد حتماً باید از حق خود استفاده کند؟ یا این که تفصیلی وجود دارد بدین معنا که در برخی موارد، مباح است و در برخی موارد، واجب؟ مطابق تقسیمی که گروهی از فقها بیان کرده اند، اعمال حق دفاع حسب مورد می تواند واجب یا مباح باشد. شرایط مهاجم و مدافع و متعلق دفاع، وجوب یا اباحه را تعیین می کند.

با توجه به اختلاف فقها در شرایط وضعی دفاع، حکم اعمال حق دفاع نیز متفاوت است. بنا بر این، دقت در این امر لازم است که نظر هر فقیه درباره حکم تکلیفی اعمال حق دفاع با شرایط وضعی مورد نظر ایشان ستجیده شود. همین امر سبب شده است که فقها درباره حکم تکلیفی اعمال حق دفاع هفت نظر بدهند.

اولین نظر را مرحوم آیت الله تبریزی مطرح کرده است که نظرشان را در دو جهت اصلی می توان تبیین کرد. جهت اول، دفاع از جان، مال و عرض خود است. به نظر ایشان، دفاع از جان و عرض خود در صورتی که فرار ممکن نباشد، واجب است. چه علم به سلامت خویش داشته باشد و چه احتمال تلف خویش را بدهد. و در غیر این صورت، مباح است. هم چنین دفاع از مال واجب الحفظ در صورت علم به سلامت خویش واجب است و در غیر این صورت، مباح است. جهت دوم هم دفاع از جان، مال و عرض دیگری است. به نظر ایشان، دفاع از جان و عرض دیگری در صورتی واجب است که جان خودش در امان باشد و در غیر این صورت، مباح است. هم چنین در مورد مال، اگر جان خود فرد در امان باشد و مال از اموالی باشد که اتلافش موجب حرج فرد است، دفاع واجب است و در غیر این صورت، مباح است. (اسس الحدود و التعزیرات ۴۵۸ و ۴۵۹)

نظر دوم نظر شهید اول و محقق حلی است که دفاع از جان و حریم مطلقا واجب است و در صورت عجز از دفاع، واجب است فرار کند. در مورد مال، اگر مضطر به آن مال باشد و ظن غالب به این داشته باشد که می تواند مال را به دست بیاورد، واجب است و گرنه مباح است. (الدروس ۲: ۵۹ و مفاتیح الشرایع ۲: ۱۵۹)

سومین نظر از امام خمینی است که دفاع از جان واجب است و تسلیم و ظلم پذیری هرگز جایز نیست. حتی اگر هجمه ای به جان نزدیکان وی وارد شود، دفاع از جان آن شخص نیز واجب است. نسبت به حریم و عرض چنین است، اما در مورد مال (چه مال خودش و چه مال عیالش) دفاع مباح است. (تحریر الوسیله ۱: ۴۸۷ و ۴۸۸)

نظر چهارم نظر مرحوم خواجهی است که دفاع از جان و حریم خود در صورتی که فرار ممکن نباشد، مطلقا واجب است. دفاع از جان و عرض اشخاص دیگر در صورتی واجب است که جان خود فرد در امان باشد و گرنه واجب نیست. (جامع الشتات ۳۱)

نظر پنجم نظر شهید ثانی است که دفاع از نفس و حریم خود در صورت قدرت و نبود ظن به نابودی خودش واجب است. در مورد جان و عرض دیگران در صورت ضرورت و ظن به سلامت خودش واجب است. (روضه البهیة ۹: ۳۵۰)

ششمین نظر متعلق به صاحب جواهر است که دفاع از نفس حتی اگر علم دارد که موفق به دفع نمی‌شود، واجب است. دفاع از عرض در صورتی که به نجات علم یا ظن داشته باشد، واجب است. هم‌چنین نسبت به دفاع از مالی که برای حفظ جانش به آن مال نیاز دارد، واجب است و اگر به تلف نفسش علم داشته باشد، حرام است. (جواهر ۴۱: ۶۵۰)

در نهایت، نظر هفتم نظر مرحوم سبزواری است که دفاع از جان و نفس اگر فرد قدرت داشته باشد، وجوب عینی دارد و اگر قدرت نداشته باشد، بر همه وجوب کفایی دارد. ضمناً شرط نیست که علم و ظن به غلبه خودش بروی داشته باشد. هم‌چنین نسبت به مال هم فی الجمله همین حکم وجود دارد یعنی مال معتنابه و ارزشمند باشد. (مهذب ۲۸: ۱۵۷ و ۱۵۹)

۴ احکام فرض‌های مختلف دفاع مشروع در صورت رعایت نشدن شرایط

تاکنون شرایطی برای دفاع مشروع بیان شد و گفتیم خون مهاجم با وجود این شرایط هدر است و مضمون برعهده مدافع نیست. حال سخن این است که اگر مدافع در دفاع خود شرایط را رعایت نکند، چه اثری در ضمان وی دارد؟ همان‌طور که بیان شد، شرایط هفت‌گانه دفاع مشروع به دو گونه وضعی و تکلیفی هستند و شرایط وضعی، دو نوع رکنی و غیررکنی دارند. شرایط تکلیفی از جهت تخلف از آن‌ها اثری در ضمان ندارند، هر چند ممکن است از جهات دیگری در ضمان مؤثر باشند. تخلف از شرایط وضعی اثر خاص خود را دارند. اکنون تخلف از این سه گونه شرط معتبر در دفاع را بررسی می‌کنیم.

۴-۱ تخلف از شرایط وضعی رکنی

عده‌ای از فقها درباره حکم تخلف از شرایط دفاع مشروع به طور کلی گفته‌اند که مضمون است، اما مشخص نشده که مرادشان قصاص است یا دیه. به نظر می‌رسد که واضح است در صورت تحقق شرایط جنایت عمدی، ضامن قصاص است؛ چون اصل و قاعده در صورت وقوع جنایت عمدی، قصاص است. بنابراین، در مورد دفاع مشروع، حکم عدم ضمان خلاف قاعده است. در مواردی که دفاع مشروع صدق نکند، به قاعده و اصل رجوع می‌کنیم که همان قصاص است مگر این‌که مجدداً شارع استثنایی دیگر و ضمان به دیه را طرح کند. که البته طرح نکرده است. یا این‌که طبق قاعده، حکم به دیه باشد و قتل خطای محض باشد.

همان طور که پیش‌تر بیان شد، سه شرط وضعی رکنی وجود دارد که تخلف از این شرایط موجب ضمان مطلق است. اولین شرط، احراز قصد بود که مرحوم سبزواری درباره تخلف از آن چنین گفته است: «در صورت اقدام با اتکا به ظن و احتمال، ضامن است؛ هم ضامن نفس و هم ضامن جراحت یعنی قصاص می‌شود و ضامن دیگر خسارت‌هایی است که وارد کرده است. هم چنین اگر احراز کرده و سپس برای دفاع از خود اقدام کرده باشد، ولی بعداً کشف خلاف شود یعنی مشخص شود که قصد هجمه و ضرر زدن به وی را نداشته است، در این صورت، هر چند گناه نکرده است، ضامن دیه خواهد بود؛ چون قتل و جراحت خطایی است». (مهذب ۲۸: ۱۶۳)

درباره تخلف از دومین شرط رکنی یعنی احتمال تسلط عرفی نیز مرحوم سبزواری بیان می‌کند که اگر مهاجم به هر دلیلی قادر به تسلط و ضرر زدن به فرد نباشد، اما با این حال، این فرد ضرری را به عنوان دفاع به او وارد کند، این عمل جایز نیست و ضامن آن خواهد بود. دفاع در فرضی جایز است که ضرر متوجه فرد باشد و در این فرد که ضرری نیست. وقتی دفاع مشروع نباشد، اصل و قاعده عام در جنایت عمدی طبق عمومات، قصاص است. (مهذب ۲۸: ۱۵۷)

هم چنین مرحوم آیت‌الله منتظری و مرحوم سبزواری درباره تخلف از شرط ناممکن بودن فرار می‌گویند اگر فرد بتواند فرار کند و اقدام به عمل دفاعی نکند، در این صورت، باید فرار کند و حق دفاع برای او نیست. اگر فرار نکند و جنایتی وارد کند، ضامن جنایت است. برخی از فقها در این بحث، ضمان را به صورت فی الجملة بیان کرده، اما مشخص نکرده‌اند که چه نوعی است. (الاحکام الشرعیة ۳۶۵ و مهذب ۲۸: ۱۵۷) همان طور که بیان شد، با مراجعه به قاعده و اصل در جنایات عمدی، حکم باید ضمان به قصاص باشد.

۲-۴) تخلف از شرط وضعی غیر رکنی

یکی از شرایط مهم در بحث دفاع این بود که فرد نباید از مراتب تعدی کند و اقدامات دفاعی خود را به مقدار ضرورت محدود کند. حال اگر شخصی این مراتب را رعایت نکند و بیش از مقدار ضرورت دفاع، اقدامی انجام بدهد، صورت ضامن این مقدار بیش از ضرورت است. در این صورت، باید با رجوع به قاعده و اصل در جنایات عمدی حکم به قصاص کرد. در این مقام نیز برخی فی الجملة ضمان را گفته و نوع آن را مشخص نکرده‌اند.

از مصادیق مهم رعایت نکردن مراتب با ملاک ضروری بودن عمل، موردی است که مهاجم هجمه وارد کند و شخص در دفاع از خود، یک دست وی را قطع کند. در این حالت، ضامن این دست نیست. حتی اگر سرایت کند و موجب مرگ شود، ضامن خون وی نیست. اگر مهاجم از ادامه هجمه خود دست بردارد و بازگردد و در این شرایط، فرد دست دیگر او را قطع کند، نسبت به دست دوم ضامن است و قصاص می شود و اگر با سرایت خون این دست بمیرد، ضامن قصاص نفس هم خواهد بود. فقها در این مقام نوع ضمان را مشخص نکرده اند و باید با رجوع به اصل و قاعده در جنایات عمدی به قصاص حکم کرد. افزون بر این، فقها در مورد سرایت بیان می کنند که اگر فقط جنایت اول که در مقام دفاع بوده است، سرایت کند و سبب مرگ مهاجم شود، مدافع فقط قصاص جنایت دوم را ضامن است. در بیان فقهایی هم چون مرحوم آیت الله منتظری، امام خمینی، علامه حلی، محقق حلی، مرحوم آیت الله تبریزی، شهید اول، شهید ثانی، شیخ طوسی، فاضل هندی، صاحب ریاض، صاحب جواهر، مرحوم سبزواری، مقدس اردبیلی و فیض کاشانی صراحتاً نوع ضمان که قصاص است، مشخص شده است. (الاحکام الشرعیة ۳۶۵؛ تحریر الوسیله ۱: ۴۸۷؛ ارشاد ۲: ۱۸۷ و ۱۸۸؛ مختصر النافع ۱: ۲۲۶؛ اسس الحدود ۴۶۳؛ الدرر ۲: ۵۹؛ الروضة البهیة ۹: ۳۵۰؛ المبسوط ۷: ۲۷۹؛ کشف اللثام ۱۰: ۶۵۰؛ ریاض ۱۶: ۱۶۱؛ جواهر ۴۱: ۶۵۰؛ مهذب ۲۸: ۱۶۱؛ مجمع الفائدة ۱۳: ۳۰۰؛ مفاتیح الشرایع ۲: ۵۹ و معالم الدین ۲: ۵۱۸)

۳-۴) تخلف از شرایط تکلیفی

تخلف از سه شرط تکلیفی اولاً و بالذات در ضمان اثری ندارد، اما ممکن است از دیگر جنبه ها اثرگذار باشد. برای نمونه، اگر مفسده ای بر دفاع مترتب باشد، مثل این که مدافع نتواند ادعایش را در محکمه ثابت کند. در این حالت، به قصاص حکم می شود، اما به این دلیل که نتوانسته ادعای خویش را ثابت کند، نه از آن جهت که ابتدائاً احتمال ترتب مفسده را می داده است.

فقها نیز عموماً متعرض تخلف از این شرایط نشده اند جز در مورد تخلف از شرط اقدام به نیت دفاع که مرحوم سبزواری صراحتاً بیان می کند اثری در ضمان وی ندارد. به گفته ایشان، اگر شخص احراز کند که فردی قصد هجمه به او را دارد، اما شخص مہجوم علیه به قصد دیگری جز قصد

دفاع به مهاجم حمله کند و ضربه‌ای به او بزند یا او را بکشد، از نظر تجرّی و عمل برخلاف اعتقاد و قطعش، مستحقّ ذمّ یا عقاب اخروی خواهد بود، اما ضامن قتل یا جراحت نیست. دلیل هم آن است که فرض می‌شود مقتضی عدم ضمان موجود است. پس در وجود مانع شک می‌کنیم که اصل عدم مانع یا برائت اجرا می‌شود. (مهذب ۲۸: ۱۶۵) به بیان دیگر، قصد مهاجم بر حمله مقتضی عدم ضمان است. حال شک می‌کنیم که آیا اعتقاد مهجوم علیه می‌تواند مانع اثرگذاری این مقتضی شود یا نه؟ بنا بر این، اصل عدم، مانع شک را منتفی می‌کند و مقتضی اثر خود را می‌گذارد.

درباره تخلف از دو شرط «عدم ترتّب مفسده و ظن سلامت» اظهار نظری از فقها مطرح نشده است. تحلیل مبنایی دفاع مشروع که همان دفع ضرر است، نشان می‌دهد که اگر این دو شرط رعایت نشود، در ضمان مدافع نسبت به اقدامی که علیه مهاجم انجام می‌دهد، اثری ندارد یعنی ضامن نخواهد بود، هرچند در مسئولیت جنایاتی که بر خودش وارد می‌شود، مؤثر است. پس ممکن است گفته شود اگر مفسده‌ای مترتب شود یا جراحتی به او وارد شود، چون به سبب اقدام آگاهانه خودش بوده است، کسی ضامن و مسئول نیست. البته این در فرضی است که امکان فرار هم باشد. اگر امکان فرار نباشد، رعایت نشدن این شرایط اثری ندارد و مهاجم ضامن خسارت و جنایتی است که بر شخص وارد کرده است.

۵) شرایط دفاع مشروع و حکم تعدّی از آن‌ها در قوانین مدوّن جمهوری اسلامی ایران

ماده ۳۰۲ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ در شرایط عمومی قصاص بیان می‌کند که اگر مجنی علیه دارای یکی از حالات زیر باشد، مرتکب به قصاص و پرداخت دیه محکوم نمی‌شود. بند «ت» همین ماده، دفاع مشروع را یکی از این موارد دانسته است. این ماده بیان می‌دارد: «متجاوز و کسی که تجاوز به او قریب الوقوع است و در دفاع مشروع به شرح مقرر در ماده ۱۵۶ این قانون، جنایتی بر او وارد شود.» در تبصره ۲ همین ماده بیان می‌دارد که اگر نفس دفاع صدق کند، ولی از مراتب آن تجاوز شود، قصاص منتفی است، ولی مرتکب به شرح مقرر در قانون به دیه و مجازات تعزیری محکوم می‌شود. هم‌چنین در ماده ۳۸۰ در باب اکراه در جنایت بیان می‌دارد: «اگر شخصی برای دفاع و رهایی از اکراه با رعایت شرایط مقرر در دفاع مشروع، مرتکب قتل اکراه کننده شود یا

آسیبی به او وارد کند، قصاص، دیه و تعزیر ندارد.» هم چنین ماده ۱۵ قانون مسئولیت مدنی مقرر می‌دارد: «کسی که در مقام دفاع مشروع موجب خسارت بدنی یا مالی شخص متعدی شود، مسئول خسارت نیست مشروط به این‌که خسارت وارده بر حسب متعارف متناسب با دفاع باشد.»

ماده ۱۵۶ در موانع مسئولیت کیفری قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ مقرر می‌دارد: «هرگاه فردی در مقام دفاع از نفس، عرض، ناموس، مال یا آزادی تن خود یا دیگری در برابر هرگونه تجاوز یا خطر فعلی یا قریب‌الوقوع با رعایت مراحل دفاع مرتکب رفتاری شود که طبق قانون جرم محسوب می‌شود، در صورت اجتماع شرایط زیر مجازات نمی‌شود: اولاً رفتار ارتكابی برای دفع تجاوز یا خطر ضرورت داشته باشد. ثانیاً دفاع مستند به قراین معقول یا خوف عقلایی باشد. ثالثاً خطر و تجاوز به سبب اقدام آگاهانه یا تجاوز خود فرد و دفاع دیگری صورت نگرفته باشد. در نهایت، رابعاً توسل به قوای دولتی بدون فوت وقت عملاً ممکن نباشد یا مداخله آنان در دفع تجاوز و خطر مؤثر واقع نشود.» تبصره اول این ماده چنین مقرر می‌دارد: «دفاع از نفس، ناموس، عرض، مال و آزادی تن دیگری در صورتی جایز است که او از نزدیکان دفاع‌کننده بوده یا مسئولیت دفاع از وی بر عهده دفاع‌کننده باشد یا ناتوان از دفاع بوده یا تقاضای کمک نماید یا در وضعیتی باشد که امکان استمداد نداشته باشد.» هم چنین تبصره دوم این ماده بیان می‌کند که «هرگاه اصل دفاع محرز باشد، ولی رعایت شرایط آن محرز نباشد، اثبات عدم رعایت شرایط دفاع بر عهده مهاجم است.» تبصره سوم این ماده نیز بیان می‌دارد که «در موارد دفاع مشروع، دیه نیز ساقط است جز در مورد دفاع در مقابل تهاجم دیوانه که دیه از بیت‌المال پرداخت می‌شود.»

از مجموع این مواد می‌توان نه شرط را به عنوان شرایط دفاع مشروعی به دست آورد که از علل موجهه جرم است و رعایت نکردن هر یک از این شرایط ضمانت اجرای قانونی دارد. این شرایط عبارتند از: اول این‌که رفتار ارتكابی فی نفسه و در حالت عادی جرم باشد. دوم این‌که رفتار ارتكابی در مقام دفاع از نفس، مال، عرض، آبرو و آزادی تن خود و دیگران (به تفسیر تبصره اول ماده ۱۵۶) باشد. شرط سوم این‌که مدافع در مقام دفاع مراتب الاسهل فالاسهل را رعایت کرده باشد. برای مثال، اگر با ضرب و جرح می‌توان مهاجم را دفع کرد، متوسل به قتل نشود. چهارمین شرط این است که بر

اساس ماده ۱۵ قانون مسئولیت مدنی، مدافع در مقام دفاع تناسب را رعایت کرده باشد. برای مثال، برای دفاع از مقدار کمی از پول ممکن است مهاجم را به هیچ راهی جز قتل وی نتوان دفع کرد، اما چون مال کم با جان تناسب ندارد، نمی تواند در مقام دفاع از مال کم هر چند مراتب رعایت شده باشد، متوسل به قتل شود؛ چون تناسب رعایت نمی شود. پس در واقع، بین عمل دفاعی و آن چه از آن دفاع می شود، باید تناسب باشد. هم چنین وحدت ملاک ماده ۱۵۲ مؤید این شرط در دفاع مشروع خواهد بود. شرط پنجم این است که رفتار ارتكابی برای دفع تجاوز یا خطر ضرورت داشته باشد. ششمین شرط این است که خطر فعلی یا قریب الوقوع باشد. هفتمین شرط این است که دفاع به قراین معقول یا خوف عقلایی مستند باشد. هشتمین شرط این است که خطر و تجاوز به سبب اقدام آگاهانه یا تجاوز خود فرد و دفاع دیگری صورت نگرفته باشد. در نهایت، نهمین شرط هم این است که توسل به قوای دولتی بدون فوت وقت عملاً ممکن نباشد یا مداخله آنان در دفع تجاوز و خطر مؤثر نباشد.

بر اساس ماده ۳۸۰ قانون مجازات اسلامی اگر مجموع شرایط دفاع مشروع رعایت شود، یکی از علل موجهه جرم محقق شده است و هیچ مجازاتی اعم از قصاص و دیه و تعزیر برای وی وجود نخواهد داشت. اگر این شرایط رعایت نشود، حسب مورد، حکم قضیه متفاوت است. اولین حالت این است که عمل ارتكابی فی نفسه جرم نباشد. در این صورت، مجازاتی برای مدافع وجود ندارد، اما نه از این باب که علت موجهه در میان است، بلکه از این باب که فعل اولاً و بالذات وصف مجرمانه نداشته است. دومین حالت این است که عمل ارتكابی صرفاً با رعایت مراتب نبوده باشد. در این صورت، بر اساس تبصره ۲ ماده ۳۰۲ قصاص منتفی است، اما دیه و تعزیر وجود دارد. بنا بر این، قتل شبه عمد محسوب می شود. سومین حالتی که ممکن است پیش بیاید، این است که عمل ارتكابی ضرورت نداشته باشد یا عمل ارتكابی با عمل مهاجم متناسب نباشد. در این صورت، قصاص منتفی نخواهد شد. هم چنین اگر شرایط ۲ و ۶ و ۷ و ۸ و ۹ رعایت نشود.

۵) حکم اختلاف مهاجم و مدافع در تحقق یافتن یا نیافتن شرایط دفاع در فقه و قانون

در مباحث قبل، شرایط دفاع و اثر رعایت نشدن شرایط دفاع بیان شد و دیدیم که در ضمان و مسئولیت شخص مدافع بسیار اثر دارد. در موارد زیادی بین مدافع و مهاجم از این نظر اختلاف رخ

می‌دهد و به همین دلیل، باید حکم موارد اختلاف را نیز بررسی کرد. بر اساس قاعده اولیه، اثبات اوضاع و احوال بر عهده مدافع است؛ چون جرمی عمدی را مرتکب شده و مدعی است که مجوز شرعی و قانونی داشته است که باعث جواز عمل و رفع مسئولیت از او می‌شود. به عبارت دیگر، حکم مسئولیت نداشتن در مقام دفاع مشروع خلاف اصل و قاعده اولی در باب جنایات عمدی است و اثبات امر خلاف قاعده بر عهده مدعی آن است به استناد «البیّنة علی المدعی». بنا بر این، شخص مدافع که ادعای خلاف اصل و قاعده دارد، باید بیّنه یا دلیلی اقامه کند که مقام دفاع و رعایت شرایط وضعی دفاع را اثبات کند. اگر نتواند چنین بیّنه یا دلیلی اقامه کند، منکر یعنی همان شخصی که متهم به هجمه است، قسم می‌خورد و دعوا خاتمه می‌یابد. البته گاه ممکن است یکی از مهاجم و مدافع به قتل رسیده باشد. در این صورت، اگر مدافع کشته شده باشد که مهاجم قصاص می‌شود و اگر مهاجم کشته شده باشد و ولی دم او اقامه دعوا کند، در صورتی می‌تواند قسم بخورد که با قراین و اوضاع و احوال، به رعایت نشدن شرایط دفاع مشروع علم پیدا کند. در غیر این صورت، نمی‌تواند قسم بخورد، بلکه وظیفه او سکوت یا ردّ قسم به مدعی یعنی همان مدافع است.

در تبصره دوم ماده ۱۵۶ آمده است که هر گاه اصل دفاع محرز باشد، ولی رعایت شرایط آن محرز نباشد، اثبات رعایت نکردن شرایط دفاع بر عهده مهاجم است. بر اساس این بیان قانون‌گذار، اصل بر این است که شرایط دفاع رعایت شده است و مدعی باید رعایت نشدن آن را اثبات کند. با توجه به تفصیلی که در شرایط وضعی وجود دارد، این اطلاق نسبت به شرایط مبهم است. قانون‌گذار از سویی پذیرفته است که اثبات اصل دفاع یعنی اثبات شرایط رکنی بر عهده مدافع یعنی همان مدعی است، اما از سوی دیگر، پذیرفته که اثبات شرایط غیر رکنی نیز بر عهده مدافع است، بلکه چنین فرض کرده که با وجود شرایط رکنی، شرط غیر رکنی نیز رعایت شده است و مدعی یعنی مهاجم باید رعایت نشدن را اثبات کند. با توجه به عمومات مدعی و منکر، این تفصیل و نظر قانون‌گذار وجه صحیحی ندارد. البته هدف قانون‌گذار این بوده که اثبات شرایط غیر رکنی را سهل کند؛ چون اثبات آن‌ها سخت است، اما این توجیه صحیحی نیست؛ زیرا اثبات شرایط رکنی هم چون احراز قصد و احتمال تسلط عرفی به همان میزان سخت و دشوار است.

از نظر فقه به انواع شرایط وضعی که به دو نوع رکنی و غیررکنی تقسیم می‌شوند، اگر اصل دفاع با وجود شرایط رکنی محرز باشد و شرایط غیررکنی نیز محرز باشد، مدافع ضامن نیست. احراز هر دو دسته از شرایط بر عهده مدافع است؛ چون اصل بر رعایت نشدن شرایط است و مدعی رعایت باید آن را اثبات کند. بنا بر این، اگر شرایط رکنی محرز نباشد، اثبات این شرایط بر عهده مدافع است و اگر نتواند آن‌ها را اثبات کند، ضامن است. بر این اساس، اگر شرایط رکنی محرز باشد، اما شرایط غیررکنی محرز نباشد، مجدداً همان حکم قبل جاری است یعنی مدافع باید رعایت شرط غیررکنی را اثبات کند.

البته از طرفی هم ممکن است گفته شود که ضمان امری خلاف قاعده است. پس کسی که مدعی ضمان است، باید دلیل بر ضمان بیاورد. در این نزاع، مهاجم یا ورثه او مدعی تحقق ضمان هستند و باید دلیل یا بینه اقامه کنند که شرایط معتبر رعایت نشده است و در نتیجه، ضمان متوجه مدافع یا اولیای دم اوست. در نتیجه، باید گفت در این جا دو قاعده و اصل داریم که در این نزاع، مخالفت با هر دو قابل تصویر است و مخالف هر کدام از این دو اصل و قاعده مدعی محسوب می‌شود.

قاعده اول این است که جنایت عمدی موجب ضمان است و موردی که جنایت عمدی موجب ضمان نیست، خلاف این قاعده است و اثبات تحقق این مورد بر عهده مدعی آن یعنی مدافع است. قاعده دوم این است که کسی ضامن نیست مگر این که علت و موجب ضمان محقق شود و موردی که ضمان محقق شود، خلاف این قاعده است و اثبات این مورد بر عهده مدعی آن یعنی مهاجم است. بنا بر این، در این جا بین دو قاعده و مخالفت با آن‌ها در تشخیص مدعی و منکر تعارضی رخ داده است.

برای رفع این تعارض باید گفت به طور کلی و مبنایی، قاعده دوم منتفی و مردود است با این توضیح که گفته شود هر چند اصل کلی، عدم ضمان است، اما اصل اولی در جنایت عمدی، ضمان است و عدم ضمان خلاف قاعده است و مدعی این عدم ضمان جنایت عمدی یعنی مدافع باید دلیل اقامه کند. در نزاع فعلی در تحقق جنایت عمدی اختلافی وجود ندارد، بلکه بر سر مشروع بودن یا نبودن این جنایت عمدی اختلاف هست. پس این قاعده در مواردی صادق نیست که جنایت

عمدی محقق شده باشد و در نتیجه، تعارضی محقق نشده است. با این توضیح، برای بیان قانون‌گذار در تبصره دوم ماده ۱۵۶ که با اثبات را بر عهده مهاجم گذاشته است، وجهی ملاحظه نمی‌شود و بر اساس قاعده فقهی و فتوای برخی فقها باید با اثبات را بر عهده مدافع گذاشت نه بر عهده مهاجم. بنا بر این، اگر در تحقق یافتن یا نیافتن هریک از این شرایط وضعی - اعم از رکنی و غیررکنی - اختلافی بین طرفین نزاع رخ دهد، مدعی تحقق یعنی مدافع یا اولیای دم وی باید دلیل و بیّنه اقامه کنند که شرایط محقق است. پیش‌تر هم دیدیم که به نظر برخی از فقها، اگر مدافع از اثبات مقام دفاع و شرایط آن عاجز است، دفاع مشروع نیست.

نتیجه

۱. دفاع مشروع در لسان فقها هفت شرط دارد. برخی از آن‌ها وضعی و رکنی هستند، هم‌چون احراز قصد، احتمال تسلط عرفی و ناممکن بودن فرار. برخی دیگر وضعی و غیر رکنی هستند، هم‌چون لزوم رعایت مراتب و برخی دیگر اساساً شرایط تکلیفی هستند که عبارتند از این‌که اقدام به نیت دفاع باشد، مفسده مترتب نشود و ظن به سلامت خود داشته باشد.

۲. دفاع یک حکم تکلیفی دارد و یک حکم وضعی. از جهت حکم تکلیفی به حسب متعلق آن، یا واجب است یا مباح. از جهت حکم وضعی، در صورت رعایت شرایط وضعی دفاع، مدافع نسبت به قصاص و دیه و تعزیر ضامن نیست برخلاف مهاجم.

۳. تخلف از شرایط وضعی رکنی موجب ضمان بالجمله است، اما تخلف از شرایط وضعی غیر رکنی موجب ضمان فی الجمله است.

۴. شرایط دفاع در قانون عبارتند از: رفتار ارتكابی فی نفسه و در حالت عادی جرم باشد؛ در مقام دفاع از نفس، مال، عرض، آبرو و آزادی تن خود و دیگران باشد؛ مدافع در مقام دفاع مراتب الاسهل فالاسهل را رعایت کند؛ مدافع در مقام دفاع، تناسب را رعایت کند؛ رفتار ارتكابی برای دفع تجاوز یا خطر ضرورت داشته باشد؛ خطر فعلی یا قریب‌الوقوع باشد؛ دفاع به قراین معقول یا خوف عقلایی مستند باشد؛ خطر و تجاوز به سبب اقدام آگاهانه یا تجاوز خود فرد و دفاع دیگری صورت نگرفته باشد. در نهایت، نهمین شرط هم این است که توسل به قوای دولتی بدون فوت وقت عملاً ممکن

نباشد یا مداخله آنان در دفع تجاوز و خطر مؤثر واقع نشود. در نظر قانون، اگر مجموع شرایط دفاع مشروع رعایت شود، هیچ مجازاتی اعم از قصاص، دیه و تعزیر برای وی وجود نخواهد داشت. اگر این شرایط رعایت نشود، حسب مورد، حکم قضیه متفاوت است.

۵. در صورت بروز اختلاف بین مهاجم و مدافع در تحقق یافتن یا نیافتن هر یک از این شرایط وضعی، مدعی تحقق یعنی مدافع یا اولیای دم وی باید دلیل و بیّنه اقامه کنند که شرایط محقق است. قانون‌گذار بر خلاف قاعده اولی و فتوای فقها، تکلیف اثبات تحقق نیافتن شرایط را بر عهده مهاجم قرار داده است.

فهرست منابع

- ۱- اردبیلی، احمد بن محمد. مجمع الفائدة و البرهان في شرح إرشاد الأذهان. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ ۱، ۱۴۰۳ هـ. ق.
- ۲- تبریزی، جواد بن علی. أسس الحدود والتعزیرات. قم: دفتر مؤلف، چاپ ۱، ۱۴۱۷ هـ. ق.
- ۳- حائری طباطبائی، سید علی بن محمد. ریاض المسائل. قم: مؤسسه آل البيت عليه السلام، چاپ ۱، ۱۴۱۸ هـ. ق.
- ۴- حلّی، شمس الدین محمد بن شجاع القطن. معالم الدین في فقه آل یاسین. قم: مؤسسه امام صادق عليه السلام، چاپ ۱، ۱۴۲۴ هـ. ق.
- ۵- خواجهی مازندرانی خاتون آبادی، (محمد) اسماعیل. جامع الشتات. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ ۱، ۱۴۱۸ هـ. ق.
- ۶- سبزواری، سید عبدالعلی. مهذب الأحكام. قم: مؤسسه المنار. دفتر مؤلف، چاپ ۴، ۱۴۱۳ هـ. ق.
- ۷- شهید اول، محمد بن مکی. الدروس الشرعية في فقه الإمامية. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ ۲، ۱۴۱۷ هـ. ق.
- ۸- اللعة الدمشقية في فقه الإمامية. بيروت: دار التراث. الدار الإسلامية، چاپ ۱، ۱۴۱۰ هـ. ق.
- ۹- شهید ثانی، زین الدین بن علی. الروضة البهية في شرح اللعة الدمشقية. قم: کتاب فروشی داوری، چاپ ۱، ۱۴۱۰ هـ. ق.
- ۱۰- رسائل. قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، چاپ ۱، ۱۴۲۱ هـ. ق.
- ۱۱- مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام. قم: مؤسسه المعارف الإسلامية، چاپ ۱، ۱۴۱۳ هـ. ق.
- ۱۲- طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن. الخلاف. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ ۱، ۱۴۰۷ هـ. ق.
- ۱۳- المبسوط في فقه الإمامية. تهران: المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية، چاپ ۳، ۱۳۸۷ هـ. ق.
- ۱۴- علامه حلّی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی. إرشاد الأذهان إلى أحكام الإيمان. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ ۱، ۱۴۱۰ هـ. ق.

- ۱۵- علامه حلّی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی. تذکرة الفقهاء. قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام، چاپ ۱، ۱۴۱۴ هـ. ق.
- ۱۶- فاضل هندی، محمد بن حسن. كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ ۱، ۱۴۱۶ هـ. ق.
- ۱۷- فیض کاشانی، محمد محسن بن شاه مرتضی. مفاتیح الشرائع. قم: انتشارات کتاب خانه آیت الله مرعشی نجفی، چاپ ۱، بی تا.
- ۱۸- محقق حلّی، نجم الدین جعفر بن حسن. المختصر النافع في فقه الإمامية. قم: مؤسسه المطبوعات الدينية، چاپ ۶، ۱۴۱۸ هـ. ق.
- ۱۹- _____ . شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام. قم: مؤسسه اسماعیلیان، چاپ ۲، ۱۴۰۸ هـ. ق.
- ۲۰- مدنی کاشانی، رضا. کتاب القصاص للفقهاء و الخواص. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ ۲، ۱۴۱۰ هـ. ق.
- ۲۱- منتظری، حسین علی. الأحكام الشرعية على مذهب أهل البيت علیهم السلام. قم: نشر تفکر، چاپ ۱، ۱۴۱۳ هـ. ق.
- ۲۲- موسوی خمینی، سید روح الله. تحریر الوسيلة. قم: مؤسسه مطبوعات دار العلم، چاپ ۱، بی تا.
- ۲۳- _____ . زبدة الأحكام. تهران: سازمان تبلیغات اسلامی، چاپ ۱، ۱۴۰۴ هـ. ق.
- ۲۴- نجفی، محمد حسن. جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام. بیروت: دار إحياء التراث العربي، چاپ ۷، ۱۴۰۴ هـ. ق.

رضا ستوده*

R.studeh@gmail.com

پیوند عضو جانی و مجنی علیه در قصاص

نقد فقهی مواد ۴۴۵ و ۴۴۶ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲

چکیده

پیوند عضو جانی و مجنی علیه در قصاص فرض های مختلفی دارد که تمامی آن ها در اقوال فقها نقض و ابرام شده اند. قانون گذار در مواد ۴۴۵ و ۴۴۶ قانون مجازات اسلامی جدید در مقایسه با قانون سابق تغییراتی در این باره اعمال کرده است. اطلاق ماده ۴۴۵ این قانون، جواز پیوند عضو بعد از قصاص را تداعی می کند و ماده ۴۴۶، پیوند عضو قبل از قصاص به دست مجنی علیه را مانع از استیفای قصاص نمی داند. این در حالی است که موضوع هر دو ماده در فقه مورد مناقشه است و قائلین به عدم جواز پیوند عضو بعد از قصاص و قائلین به سقوط حق قصاص با پیوند عضو توسط مجنی علیه قبل از قصاص به روایت اسحاق بن عمار و آیه ۴۵ سوره مائده استدلال کرده و «ابانه علی الدوام» را در قصاص شرط دانسته اند. در مقابل، قائلین به مانع نبودن پیوند از استیفای قصاص، ضمن ضعیف شمردن روایت اسحاق، علت ثبوت قصاص را قطع عضو می دانند و دلیلی بر سقوط قصاص نمی بینند. در این نوشتار با بیان حکم تکلیفی پیوند عضو که قانون گذار فرض را بر جواز آن گرفته است، ادله قائلین به فروض مختلف را بیان می کنیم. ضمن نقد ادله، قول صواب را، جایز نبودن پیوند عضو بعد از قصاص و مانع بودن پیوند عضو قبل از قصاص برای استیفای قصاص دانسته ایم.

کلیدواژگان

پیوند عضو، قصاص عضو، ابانه علی الدوام، مانع قصاص، مواد ۴۴۵ و ۴۴۶ ق. م. ا جدید.

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

قانون‌گذار در ماده ۲۸۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰/۵/۸ بیان داشته است: «هر گاه شخصی مقداری از گوش کسی را قطع کند و مجنی علیه قسمت جدا شده را به گوش خود پیوند دهد، قصاص ساقط نمی‌شود و اگر جانی بعد از آن که مقداری از گوش او به عنوان قصاص بریده شد، آن قسمت جدا شده را به گوش خود پیوند دهد، هیچ کس نمی‌تواند آن را دوباره برای حفظ اثر قصاص قطع کند». قانون‌گذار در این ماده با اشاره به پیوند عضو قبل و بعد از قصاص، آن را بلا مانع فرض کرده، و این در حالی است که به پیوند عضو توسط مجنی علیه بعد از قصاص نپرداخته است. ولی قانون‌گذار در ماده ۴۶۶ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ با حذف قسمت اخیر ماده ۲۸۷ مصوب ۱۳۷۰ عملاً حکم پیوند عضو بعد از قصاص را ساکت گذاشته و تنها به صحت پیوند عضو قبل از قصاص و مانع نبودن آن از استیفای قصاص اشاره کرده است. قانون‌گذار در این ماده بیان می‌دارد: «اگر شخصی همه یا مقداری از عضو دیگری را قطع کند و مجنی علیه قسمت جدا شده را پیوند بزند، قصاص ساقط نمی‌شود». البته با استناد به اطلاق کلمه «مداوا» در ماده ۴۴۵ این قانون که بیان می‌دارد: «مداوا و بی‌هوش کردن مرتکب و بی‌حس کردن عضو او پس از اجرای قصاص جایز است»، می‌توان گفت این کلمه شامل پیوند عضو بعد از قصاص نیز می‌شود. بنابراین قانون‌گذار نیز پیوند عضو بعد از قصاص را با بیان کلمه «مداوا» به طور مطلق صحیح دانسته است. گرچه با قول به اینکه «مراد از مداوا در ماده ی مذکور یعنی رسیدگی به محل قصاص مثل بستن رگها و غیره است و پیوند را شامل نمی‌شود» ماده ی مذکور اجنبی از محل بحث خواهد بود.

این در حالی است که درباره حکم فقهی پیوند عضو قبل از قصاص و تأثیر آن در حق قصاص اختلاف وجود دارد و منتقدان و قائلین زیادی دارد. البته در بیان بیش تر فقها، حکم پیوند عضو بعد از قصاص در بیان اکثر فقها حکم واحدی داشته و اکثر ایشان حکم به عدم جواز آن داده‌اند. عجیب است که قانون‌گذار در قسمت اول که اختلاف زیادی در آن هست، موضع گرفته و در مورد قسمت دوم نظر خود را در ماده ۴۴۵ طبق مبنایی که مداوا در این ماده را شامل پیوند نیز می‌داند، بر خلاف مشهور فقها بیان کرده است.

به هر حال، فقها در مورد جواز و عدم جواز پیوند عضو قبل و بعد از قصاص اختلاف نظر دارند و این مسئله در بیان فقها به سه صورت تصویر شده است:

۱. مجنی علیه قبل از قصاص، عضو مقطوعش را پیوند بزند.

۲. مجنی علیه بعد از قصاص، عضوش را پیوند بزند.

۳. جانی بعد از قصاص، عضوش را پیوند بزند.

مهم‌ترین موضوعی که در هر سه فرض وجود دارد، حکم وضعی پیوند عضو بعد از ابانه است که فقها درباره آن مناقشه دارند؛ عده ای قائل به جواز و عده ای قائل به عدم جواز آن شده اند. موضوعی که در فرض اول مطرح و کلام قانون‌گذار نیز متوجه آن شده، این است که اگر مجنی علیه قبل از قصاص عضوش را پیوند بزند، آیا حق قصاص وی ساقط می‌شود یا نه؟

فقها در این فرض دو دسته شده‌اند. عده‌ای قائل به سقوط حق قصاص مجنی علیه شده‌اند که در این مقاله در صدد اثبات این قول خواهیم بود. عده‌ای دیگر به ساقط نشدن حق قصاص مجنی علیه در صورتی که قبل از قصاص، عضوش را پیوند زده باشد، باور دارند که نظر قانون‌گذار نیز مطابق با این نظریه است.

در دو فرض بعدی که مربوط به پیوند عضو بعد از قصاص است، با توجه به یکی بودن ادله هر دو صورت، بیش تر فقها آن را جایز نمی‌دانند. تنها دو تن از فقها در این فرض قائل به جواز پیوند عضو شده‌اند که نظر قانون‌گذار در قانون سابق و نیز اطلاق ماده ۴۴۵ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ مؤید این نظر است. مسئله دیگری که در این فرض و فرض‌های بعدی درباره آن مناقشه شده، این است که هزینه‌های مالی مجنی علیه در پیوند عضو بر عهده کیست؟ عده‌ای آن را بر عهده خود مجنی علیه گذاشته‌اند و عده‌ای دیگر آن را بر عهده جانی می‌دانند.

باید دانست در بحث پیوند عضو، بیش تر فقها تنها به روایت اسحاق و نجس بودن عضو مقطوع اشاره کرده‌اند که در این بین، عده‌ای مثل امام خمینی علیه السلام این روایت را ضعیف شمرده‌اند و عده‌ای دیگر هم چون صاحب جواهر ضعف روایت را منجبر با عمل اصحاب دانسته‌اند. در مورد نجاست عضو پیوندی نیز عده‌ای آن را به دلیل «الصاق طاری» مرفوع می‌دانند. گروهی هم نجاست عضو

مقاطع را بعد از پیوند عضو استصحاب می‌کنند که این موضوع نیز محل مناقشه است. برخی مانند آیه الله شاهرودی جریان استصحاب را در این بحث به دلیل تغییر موضوع نمی‌پذیرند و عده‌ای دیگر نماز با عضو پیوندشده را به دلیل نجس بودن عضو تازه پیوند خورده باطل دانسته‌اند که در ادامه با استناد به ادله نهی از منکر قائل به ازاله عضو پیوند خورده شده‌اند.

در این نوشتار ابتدا حکم تکلیفی پیوند عضو و بررسی وجود ملازمه بین حکم تکلیفی و وضعی در این فرض طرح می‌شود. سپس کلام فقها را درباره پیوند عضو قبل از قصاص و هزینه‌ها و آلام وارد بر مجنی علیه و درخواست غرامت او اعم از ضرر و زیان مادی و معنوی که دادرسی ترمیمی به آن اشاره دارد خواهیم پرداخت. در ادامه به بررسی شرایط و تأثیر پیوند عضو قبل از قصاص در استیفای قصاص و حکم پیوند عضو بعد از قصاص خواهیم پرداخت. پس از بیان ادله موافقین و مخالفین در این مباحث ادله ایشان را در بوته نقد خواهیم گذاشت سپس قول مختار خود را با مواد مذکور قانونی تطبیق خواهیم نمود.

حکم تکلیفی پیوند عضو

حکم تکلیفی پیوند عضو از دو منظر قابل بحث است. مورد اول این است که پیوند عضو در غیر جنایت مانند اهدای عضو انجام گیرد. مورد دوم، حکم پیوند عضو در فرض جنایت است مانند بحث حاضر که در هر یک از این دو مورد، دو نظربین فقها مطرح است. اختلاف این دو گروه از این جا ناشی می‌شود که ادله‌ای دال بر میتة و نجس بودن عضو جداشده از بدن وجود دارند که از آنها به روایات و اجماعات منقول، شهرت و بلکه اتفاق اصحاب می‌توان استناد کرد. (مصطفی خمینی، کتاب الطهارة ۲: ۳۹۶) با این وجود، سؤال این است که آیا نجاست مانع از پیوند عضو است یا نه؟ فقها در پاسخ گویی به این پرسش به دو دسته تقسیم می‌شوند:

دسته اول

عده‌ای نجاست را مانع از استقرار عضو پیوندی می‌دانند و با استناد به ادله امر به معروف و نهی از منکر و این که نماز با عضو پیوندی به دلیل نجاست آن، جایز نیست، پیوند عضو را جایز نمی‌دانند و به ازاله عضو پیوندی حکم می‌دهند. کما اینکه شهید ثانی بیان داشته‌اند: «لا تصح صلاة المصلق حتی یبین ما ألصقه، لأن الأذن المبانة صارت نجسة، حیث انها قطعة تحللها الحیاة أبینت من

حيي». (مسالك الأفهام ۱۵: ۲۷۷) هم چنین فاضل هندی می گوید: «فإن الأمر في إزالتها إلى الحاكم أو من يأتي ذلك منه من باب النهي عن المنكر، لأنها مبيته لا يجوز معها الصلاة فإن أمن هلاكه بالإزالة وجب إزالتها وإلا فلا». (كشف اللثام والإبهام عن قواعد الأحكام ۱۱: ۲۱۱) و فقهای دیگری مانند شیخ طوسی، (المبسوط ۷: ۹۲) قاضی ابن براج، (المهذب ۲: ۴۸۰) طبرسی، (المؤتلف من المختلف بین أئمة السلف ۲: ۳۲۹) فخرالمحققین، (إيضاح الفوائد ۴: ۶۴۵) علامه حلی، (تلخیص المرام ۳۴۶) مقدس اردبیلی (مجمع الفائدة والبرهان ۱۴: ۹۹)، طباطبایی (ریاض المسائل ۱۶: ۳۲۹) و صاحب جواهر (۴۲: ۳۶۶) از موافقان این نظر شمرده می شوند.

بررسی ادله دسته اول

همانگونه که ذکر شد چگونگی دلالت ادله امر به معروف و نهی از منکر بر ازاله عضو پیوندی در کلمات فقها تقریر نشده است و ظاهراً منظور از ادله امر به معروف و نهی از منکر در این جا، مرحله سوم آن یعنی امر و نهی عملی است که بنا بر روایات، بعد از دو مرحله انزجار قلبی و امر و نهی زبانی قرار دارد. همچنین به دلیل اینکه عضو پیوند شده نجس است و نماز با آن صحیح نیست، به دلالت دلیل نهی از منکر باید زایل گردد.

باید به این نکته توجه نمود که ادله دال بر نجس بودن عضو مقطوع دلالتی بر وجوب ازاله عضو پیوندی ندارند و نمی توان این گونه استدلال کرد که چون عضو مقطوع نجس است، پیوندش هم صحیح نیست و باید ازاله شود. در واقع دلیلی بر منع جواز پیوند عضو در غیر قصاص وجود ندارد و دلیلی نیز که در باب قصاص در روایت غیاث بن کلوب به آن تمسک شده، در آن حکم به ازاله شده و دال بر نجاست عضو پیوندی نیست. بین جایز نبودن پیوند عضو به دلیل نجس بودن آن و ازاله عضو پیوند شده به دلیل دلالت ادله امر به معروف و نهی از منکر هم تلازمی وجود ندارد؛ چون نجاست مانع از پیوند عضو نیست و حکم ازاله به دلیل دلالت ادله امر به معروف و نهی از منکر ناظر به صورتی است که پیوند در ساعات اولیه که وقت الصلاة است، موفقیت آمیز نباشد. در این جا چون موضوع مورد نظر، پیوند در درمان است، نجاست آن برای نماز بخشوده شده است.

۱. «فيكون للإزالة بعد الوصل سببان: القصاص، وعدم صحة الصلاة»

عده‌ای دیگر از فقها مسئله را به دو صورت تصویر کرده‌اند:

۱. با پیوند عضو، التحام و رویش گوشت صورت پذیرد و پیوند موفقیت‌آمیز باشد و موجب حلول حیات حیوانی در آن عضو شود. در این فرض، با توجه به جریان داشتن حیات در عضو پیوندشده، دیگر این عضو نجس نخواهد بود. پس ادله امر به معروف و نهی از منکر دال بر ازاله عضو پیوندشده به دلیل نجاست آن و باطل بودن نماز با عضو پیوند شده، نخواهد بود. کما اینکه مرحوم مدنی کاشانی برای این مطلب در ردّ کلام علامه استناد کرده است؛ (کتاب القصاص للفقهاء والخوارج ۲۱۷) چرا که دلالت ادله امر به معروف و نهی از منکر ناظر به صورتی است که پیوند در ساعات اولیه که وقت الصلاه است، موفقیت‌آمیز نباشد. در این جا نیز چون موضوع مورد نظر، پیوند در درمان است، نجاست آن برای نماز بخشوده شده است.

۲. با پیوند عضو، گوشت نرود و التحام صورت نپذیرد و پیوند موفقیت‌آمیز نباشد و موجب حلول حیات حیوانی در آن عضو نشود. در این فرض، عضو پیوندشده قطعاً نجس است و باید زایل شود. چون در ساعات اولیه هنوز مشخص نیست که پیوند درست صورت گرفته یا نه، مانعی برای نماز نخواهد بود و باید صبر شود، ولی بعد از ناامیدی از پیوند، ادله نهی از منکر که سابقاً بیان شد، دال بر ازاله عضو پیوندی است. کما اینکه آیه الله شاهرودی بیان داشته اند: «إِذَا لَمْ يَكُنْ فِي الْجِزءِ بَعْدِ الْإِتِّصَالِ حَيَاةٌ فَلَا إِشْكَالَ فِي أَنَّ ذَلِكَ الْجِزءَ يَكُونُ مِنَ الْمَيْتَةِ وَالْقِطْعَةُ الْمَبَانَةِ، إِلَّا أَنَّهُ إِذَا كَانَتْ مِمَّا لَا تَحِلُّهُ الْحَيَاةُ كَالْعَظْمِ وَالسِّنِّ وَالظُّفْرِ وَالشَّعْرَ فَلَا نَجَاسَةَ لَهُ، كَمَا أَنَّ حَمْلَهُ فِي الصَّلَاةِ لَا دَلِيلَ عَلَى مَانِعِيَّتِهِ، فَلَا وَجْهَ لِمَا ذَكَرَهُ الْعَامَّةُ مِنَ الْإِزَامَةِ مِنْ قِبَلِ الْحَاكِمِ أَوْ غَيْرِهِ بِإِزَالَتِهِ». (قرائات فقهية معاصرة ۱: ۳۸)

قائلین این دسته در مورد این که ازاله برعهده چه کسی است، اختلاف دارند. عده‌ای مانند علامه حلی (قواعد الأحکام: ۳: ۶۳۹) آن را وظیفه حاکم می‌دانند و عده‌ای دیگر مانند صیمری وظیفه هر یک از جانی یا مجنی علیه نسبت به دیگری می‌دانند. (تلخیص الخلاف ۳: ۱۵۵) و فقهایی مانند مقدس اردبیلی نیز قائل به این نظر هستند که دلیلی برای اختصاص این وظیفه به حاکم یا غیر او وجود ندارد، بلکه نهی از منکر وظیفه عموم مسلمانان است. (مجمع الفائدة والبرهان ۱۴: ۱۰۰)

پیوند عضو قبل از قصاص و تأثیر آن در استیفای قصاص

با توجه به مباحثی که ذکر شد، پیوند عضو قبل از قصاص جایز است و مانعی از صحت آن نیست. نظر قانون‌گذار نیز در قانون مجازات اسلامی و دیگر قوانین مؤید این نظر است. مسئله پیوند عضو قبل از قصاص و تأثیر آن در استیفای قصاص در فرضی مطرح می‌شود که پیوند عضو موفقیت‌آمیز بوده و حیات در قطعه مبانه به واسطه پیوند جریان یافته باشد. در فرضی که پیوند موفق نباشد، به ناچار، عضو پیوندشده خود به خود زایل می‌شود و بازوال آن، دیگر بحثی برای تأثیرش در حق قصاص باقی نمی‌ماند. فقها در فرض موفقیت پیوند عضو با هم اختلاف نظر دارند. گروهی به ساقط نشدن حق قصاص و عده‌ای به سقوط حق قصاص قائل شده‌اند. این ادله را لزوماً قائلین به جواز پیوند عضو اقامه نکرده‌اند بلکه هر دو گروه موافق و مخالف، این ادله را برای بقای حق قصاص یا عدم بقاء آن اقامه کرده‌اند.

ادله قائلین به عدم سقوط حق قصاص

قائلین به این نظر با شک در سقوط قصاص به استصحاب تمسک می‌کنند و قصاص را ثابت می‌دانند. با توجه به اختلاف تعبیر در کلمات فقها، این دلیل به چهار صورت بیان شده است:

۱. آن‌چه موجب ثبوت قصاص می‌شود، قطع عضو است و قطع عضو در این جا تحقق پیدا کرده است. پس قصاص ثابت است، همان‌گونه که فاضل هندی بیان داشته است: «و لو أبان الاذن فألصقها المجنئ عليه فالتصقت بالدم الحاز و جب القصاص لوجود المقتضي وهو القطع، ولا دليل على السقوط بالاتصاق الطارئ». (فاضل هندی، كشف اللثام ۱۱: ۲۱۱)

۲. برای سقوط قصاص با پیوندی که بعد از ثبوت قصاص واقع شده است، دلیلی وجود ندارد. (نجفی، جواهر الکلام ۴۲: ۳۶۵)

۳. ابن براج، شیخ طوسی و شهید ثانی دلیل دیگری بر این مطلب اقامه کرده‌اند با این تقریر: «قصاص به دلیل ابانه است و ابانه در این فرض صورت گرفته است. پس قصاص ثابت است و با پیوند عضو ساقط نمی‌شود». (عقائد الجعفریه ۲۱۶؛ المبسوط ۷: ۹۲ و مسالک ۱۵: ۲۲۷)

۴. علامه حلی، قاضی بن براج و صاحب جواهر نیز بیان داشته‌اند: «این پیوند عضو برای مجنئ علیه استقرار پیدا نکرده است و به دلیل نجس بودن آن متزلزل است و باید از آن ازاله شود و قصاص با

چیزی که در نظر شارع استقرار پیدا نکرده است، ساقط نمی‌شود». (مختلف الشیعة ۹: ۴۵۹؛ جواهر الفقه ۲۱۶ و جواهر الکلام ۴۲: ۳۶۵)

ادله فائین به سقوط حق قصاص

۱. متبادر از آیه «النفس بالنفس و العین بالعین و الأنف بالأنف و الأذن بالأذن و السن بالسن و الجروح قصاص» (مأثده ۴۵) این است که بین دو عضو رابطه مقابله برقرار است یعنی هر عضوی که از مجنی علیه قطع شده است، باید همان عضو از جانی در مقابل عضو مقطوع مجنی علیه قطع شود. پس قصاص در اطراف، قصاص در نفس اطراف هست و قصاص، قطع و ابانه بما هو قطع و جرح نیست. پس مجنی علیه زمانی حق قصاص خواهد داشت که نفس عضوش مقطوع باشد و این در فرض پیوند عضو منتفی است و حق قصاص نخواهد داشت. به عبارت دیگر، شکی نیست که قصاص با ابانه و اظهار فصل ثابت می‌شود، ولی آن چه موجب بقای حق قصاص می‌شود، ابانه علی الدوام است یعنی نفس عضو مقطوع باید تا زمان قصاص مقطوع بماند تا مجنی علیه حق قصاص داشته باشد؛ چون در قصاص اطراف، نفس عضو و بقای آن به صورت مقطوع موضوعیت دارد. مؤید این مطلب، روایات مربوط به دندان است که اگر احتمال رویش مجدد باشد، صبر می‌کنند: «جمیل بن دراج، عن بعض اصحابه، عن احدهما ع انه قال: فی سن الصبی یضربها الرجل فتسقط ثم تنبت قال لیس علیه قصاص و علیه الارش...». (کلینی، الکافی ۷: ۳۲۱)

۲. استفاد از تعلیل ذکر شده ذیل روایت اسحاق بن عمار: «عن محمد بن الحسن الصفار، عن الحسن بن موسی الخشاب، عن غیث بن کلوب، عن إسحاق بن عمار، عن جعفر ع عن أبیه ع: أن رجلاً قطع... و قال ع: «إنما یکون القصاص من أجل الشین» (محدث نوری، مستدرک الوسائل ۱۸: ۲۸۵) این است که قصاص به دلیل شین و عیب و نقص است. پس اگر این عیب از مجنی علیه قبل از قصاص به واسطه‌ی پیوند از بین برود، دیگر حق قصاص نخواهد داشت. به عبارت دیگر، جواز قصاص فرع بر زاله شدن یا نشدن عضو پیوندی است. پس تا زمانی که عضو پیوند شده زایل نشده است، مجنی علیه حق قصاص ندارد که مرحوم آیت الله تبریزی، محقق خوبی و مرحوم آیت الله لنکرانی به آن اشاره کرده‌اند. (تنقیح مبانی الأحکام ۲۹۷؛ مبانی تکملة المنهاج ۴۲: ۱۹۸ و تفصیل الشریعة ۳۸۸)

۳. حق قصاص در قصاص اطراف زمانی متصور است که عضو مقطوع باشد. پس زمانی که عضو قبل از قصاص پیوند خورده باشد، به دلیل ارتفاع موضوع و بقای عضو در بدن، دیگر ادله قصاص اطراف شامل آن نخواهد شد. (شاهرودی، قرائات فقهیه معاصره ۱: ۴۴)

بررسی اقوال

ظاهراً حق با دسته دوم است یعنی اگر مجنی علیه قبل از قصاص، عضو خود را پیوند بزند، حق قصاص وی منتفی می‌شود. و این به خاطر مخدوش بودن ادله‌ی قائلین به عدم سقوط قصاص است با این بیان که دلیل اول و دلیل سوم این دسته یکی است و ابانه همان قطع عضو و اظهار فصل است. پس در جواب به این دو دلیل باید گفته شود که واضح است قصاص با ابانه و قطع ثابت می‌شود، ولی بقای موضوع نیز در قصاص شرط است بدین شرح که با پیوند عضو قبل از قصاص، مقتضی قصاص که قطع و ابانه است، از بین رفته است. بنابراین در این فرض، قصاص ساقط خواهد شد. دلیل دوم این دسته نیز مبنی بر این که دلیلی برای سقوط قصاص با پیوند عضو وجود ندارد، با وجود تعلیل وارد در ذیل روایت اسحاق بن عمار مردود است؛ چون همان گونه که بحث خواهیم کرد، تعلیل وارد در ذیل این روایت دال بر این است که قصاص به دلیل شین و عیب و نقص است و با پیوند عضو، شین از بین می‌رود و قصاص نیز با سقوط شین ساقط می‌شود. و اما دلیل چهارم که بیان می‌دارد عضو پیوندشده به دلیل نجاستش برای مجنی علیه استقرار ندارد و به همین دلیل موجب سقوط حق قصاص نمی‌شود، باطل است، چنان که محقق خویی می‌فرماید: «عضو پیوندشده بعد از التحام نجس نیست.» (مبانی تکملة المنهاج - موسوعه ۴۲: ۱۹۸) بنابراین عضو پیوندشده استقرار دارد و با وجود آن، موضوعی برای قصاص باقی نمی‌ماند.

مطلبی که باید در تقویت ادله قائلین به سقوط قصاص مطرح کنیم، این است که دلیل اول این دسته بر روایت اسحاق بن عمار استوار است، و این در حالی است که چندی از فقها این روایت را به دلیل وجود غیاث بن کلوب در سند روایت ضعیف دانسته‌اند. البته شیخ طوسی در مورد غیاث بن کلوب گفته است که وی از عامه است، ولی اگر معارضی با اخبارش نباشد، به اخبارش عمل می‌شود. (عدّة الأصول ۱: ۳۸۰) با این حال، همان گونه که آیت الله فاضل لنکرانی بیان کرده، ظاهر

از مجموع کلام شیخ این است که عمل به خبر کسی که مخالف حق و عامی است، در عقیده شیخ مشروط به احراز وثاقت راوی و پرهیز او از کذب است. پس بنا بر آن چه بیان شد، به وثاقت غیاث بن کلوب حکم می‌شود، هر چند عامی باشد. (تفصیل الشریعة - القصاص ۳۸۸) علامه عاملی نیز ادعای اجماع شیخ بر عمل به اخبار غیاث بن کلوب را ذکر کرده است (مفتاح الکرامه ۱۱: ۱۷۲) که این ادعای اجماع خالی از وجه نیست؛ چون بنا بر یافته‌های نگارنده، بیش از ۲۵ فقیه طبق روایت غیاث بن کلوب فتوا داده‌اند که در مسئله‌ی اختلاف فقها در مورد متن روایت به آن‌ها اشاره خواهیم کرد. پس حداقل باید عمل به روایت غیاث را در این باب خالی از اشکال بدانیم و اگر وثاقت و اجماع بر عمل به اخبار غیاث را نپذیریم، بدیهی است که عمل فقها به خبری، در صورت ضعیف بودن روایت، ضعف سند را جبران می‌کند، چنان‌که صاحب جواهر بیان داشته است: «ولا یخفی علیک عدم المنافاة بین التعلیلین بعد قضاء الأدلة بهما، و هی الخبر المزبور المعتضد بما عرفت المنجبر بالعمل». (جواهر الکلام ۴۲: ۳۶۶) سید طباطبایی نیز در مورد سند این روایت بیان داشته است: «وقصور سنده أو ضعفه منجبر بالعمل» (ریاض المسائل ۱۶: ۳۲۹) و با اطمینان، روایت را پذیرفته است. به همین دلیل، دلیل اول قائلین به سقوط قصاص در این فرض، صحیح بوده و دلیل دوم و سوم این دسته نیز از اعتبار کافی برخوردار است. بنا بر این، بر بیان قانون‌گذار در ماده ۲۸۷ مبنی بر ساقط نشدن قصاص با توجه به مطالبی که مطرح شد، نقد جدی وارد است.

هزینه‌های وارد شده بر مجنی علیه

همان‌طور که بیان شد اگر مجنی علیه قبل از قصاص، عضو خود را پیوند بزند، حق قصاص وی منتفی می‌شود. حال با توجه به این‌که مجنی علیه در راستای پیوند عضو خود متحمل هزینه‌هایی شده و به آلامی مبتلا گردیده است، آیا وی حق مطالبه خسارت مادی و معنوی دارد یا نه؟ در مورد جبران خسارت معنوی باید گفت بیش‌تر فقها اصل جبران خسارت معنوی را انکار کرده‌اند. ولی قانون‌گذار در ماده ۱۴ و دو تبصره آن در قانون آیین دادرسی کیفری جبران خسارت معنوی را پذیرفته و جبران مالی آن را تصویب کرده است، ولی برای چگونگی جبران و محاسبه آن در فقه و قانون ضابطه‌ای ذکر نشده است.

در مورد جبران خسارت مادی وارد بر مجنی علیه دو صورت متصور است:

صورت اول این است که مجنی علیه قبل از قصاص، عضو خود را پیوند بزند و قصد قصاص جانی را نیز نداشته باشد. عده‌ای گفته‌اند در این صورت، هزینه‌ها بر عهده خود مجنی علیه است و عده‌ای نیز بیان داشته‌اند که چون ورود خسارت مستند به فعل جانی بوده است، وی مسئول جبران خسارت مادی و حتی معنوی مجنی علیه خواهد بود.

صورت دوم این است که مجنی علیه قبل از قصاص، عضو خود را پیوند بزند و قصد قصاص جانی را نیز داشته باشد یا این که قبل از قصاص، عضو خود را پیوند بزند و بعد از قصاص جانی مطالبه خسارت کند که در این صورت، عده‌ای می‌گویند چون حق مجنی علیه ابتدا به قصاص اختصاص یافته است، اگر وی قصد قصاص جانی را داشته باشد یا وی را قصاص کرده باشد، حق مطالبه خسارت نخواهد داشت. به نظر گروهی دیگر، با قصد قصاص یا بعد از قصاص نیز هزینه‌ها بر عهده جانی است؛ چون خسارت مستند به اوست. این دو صورت و اختلاف مطرح در آن در کلام آیت الله مرعشی نجفی چنین بیان شده است: «ولو التحم الاذن بمصاريف فقيل على المجني عليه، وقيل على الجاني فإنه يستند إلى فعله، ولكن كيف يكون ذلك، وقد اقتض منه فسق حَقَّ المجني عليه فتكون المصاريف عليه». (القصاص على ضوء القرآن والسنة ۳: ۱۸۳)

بررسی اقوال

در فرضی که مجنی علیه قبل از قصاص، عضو خود را پیوند بزند و قصد قصاص جانی را نیز نداشته باشد، چون ورود خسارت مستند به فعل جانی است، به تصریح ماده ۱ و ۲ قانون مسئولیت مدنی، وی مسئول جبران خسارت خواهد بود. اگر مجنی علیه قصد قصاص داشته یا قصاص کرده باشد، دیگر حق مطالبه هزینه‌های پیوند را نخواهد داشت؛ چون با قصاص مجنی علیه دیگر حقی علیه جانی نخواهد داشت تا از وی مطالبه‌ای کند.

پیوند عضو بعد از قصاص

همان گونه که بیان شد، در پیوند عضو بعد از قصاص، دو فرض مطرح است: فرض اول این است که مجنی علیه بعد از قصاص جانی، عضو خودش را پیوند بزند و دیگر آن که جانی بعد از

قصاص شدن، عضو خودش را پیوند بزند. فقها در این زمینه نیز دو دسته شده‌اند. بسیاری از فقها پیوند عضو را جایز نمی‌دانند و عده‌ای نیز قائل به جواز این کار هستند.

ادله قائلین به عدم جواز پیوند عضو بعد از قصاص

۱. قطعه مبانه نجس است و چسباندن آن به بدن و به همراه داشتن آن موجب بطلان نماز خواهد بود و مقتضای ادله امر به معروف و نهی از منکر، ازاله عضو پیوندشده از بدن است. نحوه استدلال قائلین این دلیل را در ابتدای مبحث از نظر گذرانندیم.

۲. روایت اسحاق بن عمار که دال بر عدم جواز پیوند عضو توسط جانی یا مجنی علیه بعد از قصاص است، بیان می‌دارد: «أَنَّ رَجُلًا قَطَعَ مِنْ بَعْضِ أذنِ رَجُلٍ شَيْئًا فَرَفَعَ ذَلِكَ إِلَى عَلِيِّ بْنِ أَبِي طَالِبٍ فَأَقَادَهُ، فَأَخَذَ الْآخَرَ مَا قَطَعَ مِنْ أُذُنِهِ فَرَدَّهُ عَلَى أُذُنِهِ بِدَمِهِ فَالتَحَمَّتْ وَبُرَّتْ، فَعَادَ الْآخِرَ إِلَى عَلِيِّ بْنِ أَبِي طَالِبٍ فَاسْتَقَادَهُ، فَأَمَرَ بِهَا ففَدَفَنَتْ، وَ قَالَ عَلِيُّ بْنُ أَبِي طَالِبٍ: «إِنَّمَا يَكُونُ الْقَصَاصُ مِنْ أَجْلِ الشَّيْنِ». (محدث نوری، مستدرک الوسائل ۱۸: ۲۸۵)

بر اساس این روایت، مردی قسمتی از گوش دیگری را قطع کرد. سپس این دو دعوی خود را نزد علی علیه السلام بردند و حضرت به قصاص جانی حکم داد. سپس جانی (یا مجنی علیه) بعد از قصاص، گوشش را پیوند زد و پیوند موفقیت آمیز بود و گوشش بهبود یافت. سپس مجنی علیه (یا جانی) نزد علی علیه السلام آمد و طلب قصاص کرد. حضرت نیز دوباره امر به قطع گوش جانی (یا مجنی علیه) و دفن آن کرد و فرمود که قصاص به خاطر شین و عیب و نقص است.

همان گونه که ملاحظه می‌شود، معنی روایت به تناسب اینکه مراد از «الآخر» اول و دوم را چه بدانیم، متفاوت می‌شود. در صورتی که مراد از «الآخر» اول را «جانی» و «الآخر» دوم را «مجنی علیه» بدانیم، مورد روایت این می‌شود که جانی بعد از قصاص، گوشش را پیوند بزند، چنان که فقهایی مانند اسکافی، شیخ طوسی، قاضی بن براج و طبرسی این برداشت را از روایت داشته‌اند. (مجموعه فتاوی ابن جنید ۳۷۲: ۷؛ المبسوط ۹۲: ۷؛ المذهب ۴۸۰: ۲؛ و المؤلف من المختلف ۲: ۳۲۹) از دیگر موافقان این نظر فخر المحققین در کتاب ایضاح الفوائد است (۴: ۶۴۵) همچنین فقهایی دیگر همچون مرحوم سبزواری (جامع الخلاف ۵۶۸)، صیمری (تلخیص الخلاف ۳: ۱۵۵)، مقدس

اردبیلی (مجمع الفائدة و البرهان ۱۴: ۹۹) و فاضل هندی (کشف اللثام ۱۱: ۲۱۱) از موافقین این نظر شمرده می شوند. امام خمینی در تحریر الوسيلة می گوید: «و لو اقتص من الجاني فألصق الجاني أذنه و التصقت ففي رواية قطعت ثانية لبقاء الشين» (۲: ۵۴۴)، چنانکه مرحوم مدنی کاشانی نیز این برداشت را از روایت داشته اند. (کتاب القصاص ۲۱۵) شایان ذکر است که قانونگذار نیز در قانون سابق همانگونه که در ابتدای مباحث از نظر گذرانندیم این وجه را مورد حکم قرار داده بود.

و در صورتی که مراد از «الآخر» اول را «مجنی علیه» و «الآخر» دوم را «جانی» بدانیم، مورد روایت این می شود که مجنی علیه بعد از قصاص پیوند بزند، چنان که فاضل آبی بیان داشته اند: «ولو قطع شحمة الأذن فاقتص منه فألصقها المجني عليه كان للجاني إزالتها ليتساويا في الشين». (کشف الرموز ۲: ۶۲۵) فقهای دیگری نیز قائل به این نظر هستند، مانند نجم الدین حلی، یحیی بن سعید حلی، علامه حلی، سیوری، (المختصر النافع ۲: ۳۰۱؛ الجامع للشرائع ۵۹۷؛ تحریر الأحكام الشرعية ۵: ۵۱۰ و التنقيح الرائع لمختصر الشرائع ۴: ۴۵۳) مرحوم آیت الله تبریزی، (تنقيح مباني الأحكام ۲۹۶) صاحب جواهر، (جواهر الكلام ۴۲: ۳۶۵) مرحوم خوانساری (جامع المدارك ۷: ۲۷۵) و مرحوم مرعشی نجفی. (القصاص على ضوء القرآن والسنة ۳: ۱۴۹)

محقق خوبی در کتاب مباني تکملة المنهاج بیان می دارد: «لو قطع عضواً من شخص كالاذن، فاقتص المجني عليه من الجاني، ثم ألصق المجني عليه عضوه المقطوع بمحلّه، فالتحم و برئ، جاز للجاني إزالته»، (مباني تکملة المنهاج - موسوعه ۴۲: ۱۹۷) چنان که آیات عظام روحانی و شاهرودی نیز این قول را پذیرفته اند. (فقه الصادق عليه السلام ۲۶: ۱۵۴ و قرائات فقهية معاصرة: ۴۲: ۴)

باید دانست که بر اخذ معنی اول و یا دوم از روایت فایده ای مترتب نیست؛ چون:

۱. ظاهر آیه شریفه «النفس بالنفس و العین بالعين و الأنف بالأنف و الأذن بالأذن و السن بالسن و الجروح بقصاص» (مائده ۴۵) دال بر مقابله بین دو عضو در قصاص اطراف است یعنی هر عضوی که در جنایتی از مجنی علیه گرفته و موجب شین و نقص او شده است، از جانی نیز همان عضو گرفته می شود تا او نیز همان شین و نقص را داشته باشد. پس از این آیه برداشت می شود که قصاص اطراف به خاطر نفس عضو و نقصانی است که بر آن وارد شده است. بنابراین چون نقصان نفس

عضو در قصاص موجب ایجاد حق قصاص شده است اگر جانی بعد از قصاص عضو مقطوع خودش را (نه عضو دیگری را) پیوند بزند مجنی علیه می تواند دوباره آنرا قطع کند بدین بیان که مجنی علیه مالک سلب عضو جانی شده است.

روشن است که آیه ناظر بر حق مجنی علیه بر جانی است و ناظر بر حق جانی بر مجنی علیه نیست که گفته شود با توجه به آیه، اگر مجنی علیه نیز بعد از قصاص، عضو را پیوند بزند، جانی حق دارد آن را ازاله کند. با این حال، باید گفت که امکان اخذ چنین معنایی از آیه شریفه وجود دارد به حسب این که آیه را عرفادال بر مقابله بین دو عضو جانی و مجنی علیه بدانیم، بدین بیان که اگر مجنی علیه عضو جانی را قصاص کرد، دیگر حق پیوند عضو خودش را نخواهد داشت. فلذا اگر این کار را انجام دهد، جانی نیز حق خواهد داشت آن را ازاله کند. (آیت الله هاشمی شاهرودی، قرائات فقهیه معاصره ۴۰۱:۴۰۱ و آیت الله روحانی، فقه الصادق ۲۶:۱۵۳)

۲. اگر مراد از «الآخر» اول را «مجنی علیه» و «الآخر» دوم را «جانی» بگیریم یعنی پیوند عضو مجنی علیه بعد از قصاص را از منطوق روایت استفاده کنیم و به جای نبودن پیوند عضو مجنی علیه بعد از قصاص حکم کنیم و آن را به خواست جانی در ازاله یا عدم ازاله عضو پیوندشده وابسته سازیم، در این صورت، همان گونه که آیت الله هاشمی شاهرودی اشاره کرده است، دلالت تعلیل روایت بر این که جانی نیز بعد از قصاص حق پیوند ندارد، از دلالت بر جای نبودن این کار بر مجنی علیه اولی است؛ چون جانی با توجه به معنی اولی که از منطوق روایت برداشت کردیم، با این که عدوانا و بلاحق، جنایتی بر مجنی علیه وارد کرده بود، باز حق منع او از پیوند را داشت. پس در این جا مجنی علیه که جنایتی انجام نداده و شرعا استیفای قصاص کرده بود، در ازاله عضو پیوندشده جانی یا ممانعت او از پیوند اولی از جانی محق خواهد بود. (قرائات فقهیه معاصره ۱:۴۳)

۳. اگر مراد از «الآخر» اول را «جانی» و «الآخر» دوم را «مجنی علیه» بگیریم یعنی پیوند عضو توسط جانی بعد از قصاص را از منطوق روایت استفاده کنیم، با توجه به دلیل سومی که قائلین به جای نبودن پیوند عضو در استدلال به آیه ۴۵ سوره مائده دارند، مورد دوم یعنی پیوند عضو مجنی علیه بعد از قصاص با ملازمه عرفی که بین دو عضو در قصاص است و دو عضو در مقابل هم که

فقدان هر یک موضوع حق قصاص است، از تعلیل روایت استفاده می‌شود. بنا بر این، روایت برجایز نبودن پیوند عضو بعد از قصاص به صورت مطلق دلالت دارد.

ادله قائلین به جواز پیوند عضو بعد از قصاص

۱. قصاص به دلیل قطع و ابانه و اظهار فصل است. (امام خمینی، تحریر الوسیلة ۲: ۵۴۵) بنا بر این اگر جانی بعد از قصاص، عضوش را پیوند بزند، مجنی علیه به دلیل تحقق قصاص با قطع و ابانه با قصاصی که انجام داده است، دیگر حقی برای قطع دوباره عضو جانی نخواهد داشت.
۲. روایت اسحاق بن عمار مبنی بر منع جواز پیوند عضو بعد از قصاص ضعیف است. فلذا اگر جانی بعد از قصاص، عضوش را پیوند بزند، به دلیل نجس نبودن عضو پیوندی و حی شدن آن با الصاق و نبود مانعی در جواز پیوند عضو، پیوند عضو جایز خواهد بود. (همان ۵۴۴ و القصاص علی ضوء القرآن و السنة ۳: ۱۵۷) به عبارت دیگر، مانع از پیوند عضو بعد از قصاص، یکی، روایت اسحاق بن عمار و دیگری، نجاست عضو مقطوع است. روایت به دلیل وجود غیاث بن کلوب در سند روایت ضعیف است و نجاست عضو مقطوع، همان گونه که محقق خویی (مبانی تکملة المنهاج. موسوعة ۴۲: ۱۹۸) بدان اشاره کرده است، بعد از الصاق به دلیل حلول روح و حی شدن دوباره عضو واضح الفساد است.
۳. به دلیل قاعده «عدم ورود قصاصین علی عضو واحد»، قطع دوباره عضو پیوند شده جانی بعد از قصاص منتفی خواهد بود. (آیت الله مرعشی، القصاص علی ضوء القرآن و السنة ۳: ۱۶۰)

ارزیابی ادله

با توجه به مطالب مذکور در ادله دو طرف به نظر می‌رسد ادله قائلین به عدم جواز پیوند عضو از اعتبار کافی جهت ملتزم شدن به این مطلب برخوردار است به جز در مورد دلیل اول این دسته که نجاست را مانع از جواز پیوند عضو دانسته‌اند که آن هم همان گونه که محقق خویی و بسیاری از بزرگان فرموده‌اند، نجاست بعد از پیوند عضو به دلیل حلول حیات در عضو پیوند شده از بین می‌رود. اما در مورد ادله قائلین به جواز پیوند عضو بعد از قصاص باید گفت که دلیل اول و دوم این دسته دایر مدار حجیت نداشتن روایت اسحاق بن عمار است که حجیت آن و جبران ضعف سند آن را با عمل اصحاب به اثبات رساندیم. دلیل سوم این دسته را تنها آیت الله مرعشی نجفی بیان کرده که خود در

ایراد به این دلیل فرموده است: «إلا أنه لا يكون القطع في المرة الثانية قصاصاً حتى يقال بالقاعدة». (القصاص على ضوء القرآن و السنة ۳: ۱۵۸) بر این اساس، قطعی که برای بار دوم در مورد عضو پیوندشده جانی انجام می‌شود، قصاص نیست تا این که قائل به تنافی بین این قطع و قاعده یادشده شویم. بیان دیگری که در رد این دلیل می‌توان به آن اشاره کرد، همان استدلال به آیه ۴۵ سوره مائده است که نفس عضو در قصاص اطراف موضوعیت دارد. بنا بر این، حق قصاص مجنی علیه بر نفس عضو جانی محقق شده است و تا زمانی که این عضو به هر نحوی در بدن جانی باقی است، حق قصاص مجنی علیه از بین نمی‌رود. حتی اگر او چند بار عضوش را از باب قصاص قطع کرده و جانی آن را دوباره پیوند زده باشد، در چنین حالتی نیز حق قصاص مجنی علیه باقی خواهد بود.

بنابراین همان گونه که اشاره شد، اطلاق ماده ۴۴۵ قانون مجازات اسلامی جدید که در آن، کلمه «مداوا» به طور مطلق ذکر شده است، شامل تمام اقداماتی می‌شود که بعد از قصاص می‌تواند صورت گیرد و پیوند عضو جانی هم از آن جمله است. با توجه به مطالبی که ذکر شد، باید از اطلاق این ماده دست برداشت و آن را ناظر به اقدامات مداوایی جز پیوند عضو دانست و یا این که با قول به این که «مراد از مداوا در ماده مذکور یعنی رسیدگی به محل قصاص مثل بستن رگ‌ها و غیره است و پیوند را شامل نمی‌شود»، ماده یادشده را از ابتدا اجنبی از محل بحث بدانیم.

نتیجه

با پیوند عضو، التحام و رویش مجدد گوشت و حلول روح در عضو مقطوع صورت می‌پذیرد. عدم ورود نهی از آن نیز مبنی بر جواز پیوند عضو بوده و نجاست قطعه مبانه مانع از جواز پیوند عضو نیست و برخلاف ماده ۴۴۶ ق. م. ا. با توجه به ادله یادشده، پیوند عضو قبل از قصاص مانع از استیفای قصاص خواهد بود هم چنین هزینه‌های پیوند عضو مجنی علیه در صورتی که جانی را قصاص نکند، بر عهده جانی خواهد بود. در غیر این صورت، خود باید متحمل هزینه‌ها شود و جواز یا عدم جواز پیوند عضو بعد از قصاص چون متعلق حق غیر است، به اراده و خواست طرف مقابل بستگی خواهد داشت. بنا بر این، با قول به اطلاق ماده ۴۴۵ ق. م. ا. اگر اطلاق این ماده را بپذیریم - این ماده را باید به غیر مورد پیوند عضو منحصر کنیم و شمول اطلاق ماده نسبت به پیوند عضورا نیز منوط به خواست و اراده صاحب حق قصاص بدانیم.

فهرست منابع

- ۱- ابن براج طرابلسی، عبدالعزيز. المهذب. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ ۱، ۱۴۰۶ هـ. ق.
- ۲- ابن جنید اسکافی، محمد بن احمد کاتب. مجموعة فتاوی ابن جنید. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ ۱، ۱۴۱۶ هـ. ق.
- ۳- تبریزی، جواد بن علی. تنقیح مبانی الأحكام - کتاب القصاص. قم: دار الصدیقة الشهيدة ع، چاپ ۲، ۱۴۲۶ هـ. ق.
- ۴- حلی، محمد بن حسن بن یوسف. ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد. قم: مؤسسه اسماعیلیان، چاپ ۱، ۱۳۸۷ هـ. ق.
- ۵- حلی، یحیی بن سعید. الجامع للشرائع. قم: مؤسسه سید الشهداء العلمیه، چاپ ۱، ۱۴۰۵ هـ. ق.
- ۶- خوانساری، سید احمد بن یوسف. جامع المدارک فی شرح مختصر النافع. قم: مؤسسه اسماعیلیان، چاپ ۲، ۱۴۰۵ هـ. ق.
- ۷- روحانی قمی، سید صادق. فقه الصادق ع. قم: دارالکتاب. مدرسه امام صادق ع، چاپ ۱، ۱۴۱۲ هـ. ق.
- ۸- سیوری حلی، مقداد بن عبدالله. التنقیح الرائع لمختصر الشرائع. قم: انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی، چاپ ۱، ۱۴۰۴ هـ. ق.
- ۹- شهید ثانی، زین الدین بن علی. مسالك الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام. قم: مؤسسه المعارف الإسلامیه، چاپ ۱، ۱۴۱۳ هـ. ق.
- ۱۰- صیمری، مفلح بن حسن (حسین). تلخیص الخلاف و خلاصه الاختلاف - منتخب الخلاف. قم: انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی، چاپ ۱، ۱۴۰۸ هـ. ق.
- ۱۱- طباطبایی حائری، سید علی بن محمد. الشرح الصغیر فی شرح مختصر النافع - حدیقه المؤمنین، قم: انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی، چاپ ۱، ۱۴۰۹ هـ. ق.
- ۱۲- ریاض المسائل. قم: مؤسسه آل البيت ع، چاپ ۱، ۱۴۱۸ هـ. ق.
- ۱۳- طبرسی، فضل بن حسن. المؤلف من المختلف بین أئمة السلف. مشهد: مجمع البحوث الإسلامیه، چاپ ۱، ۱۴۱۰ هـ. ق.
- ۱۴- طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن. المبسوط فی فقه الإمامیه. تهران: المكتبة المرتضویه لإحياء الآثار الجعفریه، چاپ ۳، ۱۳۸۷ هـ. ق.

- ۱۵- جواهر الفقه - العقائد الجعفرية. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ ۱، ۱۴۱۱ ه. ق.
- ۱۶- عده الاصول. تحقیق: محمد مهدي، نجف: نشر مؤسسة آل البيت عليه السلام لإحياء التراث، ۱۴۰۳ ه. ق.
- ۱۷- عاملی، سيد جواد بن محمد. مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة. بيروت: دار إحياء التراث العربي، چاپ ۱، ه. ق.
- ۱۸- علامه حلّی، حسن بن يوسف بن مطهر. تحرير الأحكام الشرعية على مذهب الإمامية. قم: مؤسسه امام صادق عليه السلام، چاپ ۱، ۱۴۲۰ ه. ق.
- ۱۹- تلخیص المرام في معرفة الأحكام. قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، چاپ ۱، ۱۴۲۱ ه. ق.
- ۲۰- قواعد الأحكام في معرفة الحلال والحرام. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ ۱، ۱۴۱۳ ه. ق.
- ۲۱- مختلف الشيعة في أحكام الشريعة. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ ۲، ۱۴۱۳ ه. ق.
- ۲۲- فاضل آبی، حسن بن ابی طالب یوسفی. كشف الرموز في شرح مختصر النافع. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ ۳، ۱۴۱۷ ه. ق.
- ۲۳- فاضل لنکرانی، محمد. تفصیل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القصاص. قم: مركز فقهی ائمه اطهار عليهم السلام، چاپ ۱، ۱۴۲۱ ه. ق.
- ۲۴- فاضل هندی، محمد بن حسن. كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ ۱، ۱۴۱۶ ه. ق.
- ۲۵- کلینی، ابو جعفر محمد بن یعقوب. الكافي. تهران: دارالکتب الإسلامية، چاپ ۴، ۱۴۰۷ ه. ق.
- ۲۶- مجلسی، محمد باقر. بحار الأنوار. بيروت: مؤسسة الطبع والنشر، چاپ ۱، ۱۴۱۰ ه. ق.
- ۲۷- محدث نوری، میرزا حسین. مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل. بيروت: مؤسسه آل البيت عليه السلام، چاپ ۱، ۱۴۰۸ ه. ق.
- ۲۸- محقق حلّی، نجم الدین جعفر بن حسن. المختصر النافع في فقه الإمامية. قم: مؤسسة المطبوعات الدينية، چاپ ۶، ۱۴۱۸ ه. ق.
- ۲۹- شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام. قم: مؤسسه اسماعیلیان، چاپ ۲، ۱۴۰۸ ه. ق.

- ٣٠- مدنی كاشانی، رضا. كتاب القصاص للفقهاء و الخواص . قم: دفتر انتشارات اسلامى وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ ١٤١٠ هـ. ق.
- ٣١- مرعشى نجفى، سيد شهاب الدين. القصاص على ضوء القرآن و السنة. قم: انتشارات كتاب خانه آيت الله مرعشى نجفى، چاپ ١٤١٥ هـ. ق.
- ٣٢- مقدس اردبیلی، احمد بن محمد. مجمع الفائدة و البرهان في شرح إرشاد الأذهان. قم: دفتر انتشارات اسلامى وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ ١٤٠٣ هـ. ق.
- ٣٣- موسوى خويى، سيد ابوالقاسم. مباني تكملة المنهاج. قم: مؤسسة إحياء آثار الإمام الخوئي، چاپ ١٤٢٢ هـ. ق.
- ٣٤- موسوى خمينى، سيد روح الله. تحرير الوسيلة. قم: مؤسسه مطبوعات دارالعلم، چاپ ١، بى تا.
- ٣٥- موسوى خمينى، سيد مصطفى. كتاب الطهارة. تهران: مؤسسه تنظيم و نشر آثار امام خمينى، چاپ ١٤١٨ هـ. ق.
- ٣٦- مؤمن قمى، على. جامع الخلاف و الوفاق. قم: زمينه سازان ظهور امام عصر عجل الله تعال فرجه الشريف، چاپ ١٤٢١ هـ. ق.
- ٣٧- نجفى، محمد حسن. جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام. بيروت: دار إحياء التراث العربي، چاپ ٧، ١٤٠٤ هـ. ق.
- ٣٨- هاشمى شاهرودى، سيد محمود. قرائات فقهية معاصرة. قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامى بر مذهب اهل بيت عليهم السلام، چاپ ١٤٢٣ هـ. ق.

محمد رضا حسینی نژاد*

Mohammadreza7494@gmail.com

اعتبار علم قاضی در جرایم حدی منافی عفت از منظر فقه امامیه

چکیده

«علم قاضی» در قانون مجازات جدید بر خلاف قانون قدیم، یکی از ادله اثبات جرم در امور کیفری شناخته شده است. در این بین، بررسی اعتبار علم قاضی در جرایم حدی منافی عفت به علت صراحت نداشتن قانون در برخی مواد و وجود اختلافات فقهی اهمیت زیادی دارد. علم قاضی نسبت به مدلول ادله خاص اثبات این جرایم، چهار فرض را تشکیل می دهد. در فرض مخالفت علم قاضی با ادله خاص، برخی فقها، علم قاضی را بر ادله خاص مقدم دانسته اند. در فرضی که ادله خاص معین شده برای اثبات این جرایم در کنار علم قاضی اقامه نشده باشد یا با وجود ادله خاص کم تر از نصاب شرعی، علم قاضی مستند به آن ادله نباشد، فقها به دو دسته تقسیم می شوند. دسته اول به حجیت نداشتن علم قاضی در حدود قائل هستند و دسته دوم، علم قاضی را در حدود و غیر حدود مطلقاً حجت دانسته اند که با بررسی، ادله دسته اول، مخصّص ادله دسته دوم دانسته شد. در نهایت، اگر علم قاضی مستند به دلیل خاص کم تر از نصاب شرعی باشد، در این فرض، تعدادی از فقهای معاصر علم قاضی را حجت نمی دانند. فقهای نیز که علم قاضی را مطلقاً حجت می دانند، در مقابل این نظر قرار می گیرند که با نقد و بررسی دلایل هر دو قول، اعتبار نداشتن علم قاضی ترجیح داده شده است.

کلیدواژگان

ادله اثبات، علم قاضی، جرایم حدی، اعمال منافی عفت، تعارض ادله اثبات.

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

یکی از دغدغه‌های قضات محاکم این است که با موضوعاتی روبه‌رو می‌شوند که قانون در مورد آن‌ها ساکت است یا به صراحت به آن‌ها نپرداخته است و مطابق اصل ۱۶۷ قانون اساسی موظفند برای حل دعوا به منابع معتبر فقهی مراجعه کنند. در این میان، مشغله‌های کاری فرصت کافی برای مراجعه به نظر فقها و بررسی آن‌ها باقی نمی‌گذارد. افزون بر آن، بررسی آرای فقها نشان می‌دهد قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۹۲ در ماده ۲۱۱ از نظریه مقام معظم رهبری در مورد علم قاضی تبعیت نکرده است که این کار می‌تواند قضات مقلد ایشان را هنگام صدور رأی به مشکلات زیادی دچار کند.

تحلیل و بررسی اعتبار علم قاضی در جرایم حدی منافی عفت در دستگاه قضا ضروری به نظر می‌رسد. این بحث و فروع آن را میان آثار فقهای امامیه می‌توان پیدا و ارزیابی کرد، ولی در منابع، به ندرت اثری یافت می‌شود که علم قاضی را در دایره جرایم حدی منافی عفت به شکل مبسوط و گسترده بررسی کرده باشد. با تتبع در مقالات و مجلات موجود نیز می‌توان چنین نتیجه گرفت که نویسندگان این مقالات، به شکل وسیع‌تری، موضوع را در قالب بررسی اعتبار علم قاضی در دعوی کیفری مطرح کرده‌اند، در حالی که به نظر می‌رسد باید به شکل محدودتری به طرح دعوا پرداخت. حلّ این دغدغه می‌تواند مشکلات بیان شده را تا حدودی برطرف کند و پیشنهادی است که به قانون‌گذار تا هنگام اصلاح این قانون به مبانی فقهی ماده یاد شده و مشکلات موجود، بیش‌تر توجه و این ماده را با دقت بیش‌تر بررسی کند. در منابع فقهی، از یک طرف، یک سری ادله خاص برای اثبات جرایم حدی منافی عفت ذکر شده است و از طرفی، برخی مواضع فقهی، از علم قاضی به عنوان یکی از ادله مثبت جرم نام برده‌اند. هم‌چنین فقها علم را با توجه به منشأ آن به سه دسته علم حسی، قریب به حس و حدسی تقسیم کرده‌اند که بر اساس آن، علمایی که علم قاضی را حجت می‌دانند، در حجیت دو قسم اول از اقسام علم یا اعتبار هر سه قسم علم قاضی با هم اختلاف دارند. بنا بر این، باید پرسید که در صورت تعارض علم قاضی با ادله خاص، کدام یک بر دیگری مقدم می‌شود؟

فقه‌ها در این مورد، علم قاضی را بر ادله خاص مقدم کرده‌اند. هم‌چنین از طرفی تا آن ادله خاص به نصاب کامل شرعی نرسند، مثبت جرم نخواهند بود، ولی از طرفی دیگر، اگر با همین ادله کم‌تر از نصاب شرعی برای قاضی، علم به حصول جرم به دست آمد، قاضی چه تکلیفی خواهد داشت؟ تعدادی از فقهای معاصر، به حجیت نداشتن چنین علمی قائل هستند، اما در مقابل، با توجه به اطلاق کلام تعداد دیگری از فقها می‌توان آن‌ها را به حجیت علم قاضی در چنین فرضی معتقد دانست. هم‌چنین دیدگاه و ادله فقهای شیعه را در فرض نبود شهود یا اقرار بررسی خواهیم کرد. بنا بر این، مباحث ذیل سه فرض تنظیم می‌شود: یا جرم حدی منافی عفت تنها با استناد به علم قاضی ثابت می‌شود یا در تنافی با علم قاضی، ادله خاص ثابت‌کننده جرایم حدی یادشده اقامه می‌شود. در فرضی دیگر، علم قاضی در حالی که منشأ آن بینه یا اقرار کم‌تر از نصاب شرعی است، حاصل می‌شود.

۱) اعتبار علم قاضی در فرض نبود ادله خاص

دیدگاه فقها در مورد تشکیل علم قاضی در فرض نبود طرق خاص اثبات جرایم حدی جنسی به سه گروه تقسیم می‌شود. تعدادی از فقها مانند امام خمینی و محقق خویی علم قاضی را به شکل مطلق اعم از حدود و غیر حدود حجت می‌دانند. (تحریر الوسیله ۲: ۴۶۸ و مبانی تکمله المنهاج ۴۱: ۲۷۶) هم‌چنین از میان قدما، سید مرتضی (انتصار ۴۹۱)، شیخ طوسی (خلاف ۳: ۳۰۹) و ابن زهره (غنیه ۴۳۶) بر همین نظرند. در مقابل، مقام معظم رهبری (گنجینه استفتائات قضایی: سؤال ۹۰۴۳) و آیت‌الله سیستانی (گنجینه استفتائات قضایی: سؤال ۱۲۲) حجیت علم قاضی را در جرایم حدی جنسی نمی‌پذیرند. تعدادی دیگر هم چون آیت الله مکارم شیرازی (انوار الفقاهه - کتاب الحدود ۴۴۴) و مرحوم آیت الله موسوی اردبیلی (فقه الحدود و التعزیرات ۱: ۲۴۶) علم حسی و قریب به حس را حجت می‌دانند، اما برای علم حدسی قاضی اعتباری قائل نیستند که در ادامه، دلایل آن‌ها تشریح می‌شود.

۱-۱) ادله اعتبار علم قاضی در فرض نبود شهود یا اقرار

به نظر می‌رسد فقها با توجه به ذکر طرقی خاص برای اثبات جرایم حدی منافی عفت، به علم قاضی به عنوان یکی از ادله مثبتة این جرایم حدی در کنار طرق خاص اعتقادی نداشته باشند، اما

این طور نیست، بلکه چون حجیت علم ذاتی است، علما آن را در کنار طرق خاص بیان نکرده و جداگانه بدان تصریح کرده‌اند. بنا بر این، قول مشهور فقهای صاحب نظر، اعتبار علم قاضی به طور مطلق (در حدود و غیر آن) است. ایشان ادعای خود را همراه با چهار دلیل و دو مؤید مطرح کرده‌اند که عبارتند از: آیات قرآن کریم، روایات، مقتضای اصل، ادله و جوب امر به معروف و نهی از منکر، اجماع منقول و شهرت.

اولین دلیل و شاید مهم‌ترین دلیل مشهور فقها مبنی بر حجیت علم قاضی، تمسک به چند آیه از قرآن کریم است. موافقین در این دلیل به آیه ۲ سوره نور^۱ تمسک می‌کنند. با توجه به آیه شریفه، حکم جلد بر عنوان هایش یعنی «زانیه و زانی» بار شده است و با علم به تحقق عنوان، حکم باید جاری شود. البته مفروض این است که برای قاضی علم حاصل شده است. از دیگر آیات مورد نظر استدلال‌کنندگان، آیه ۲۶ سوره ص^۲ است. مقتضای قسط و عدلی که طبق آیه شریفه، رعایتش در امر قضا واجب است، و جوب حکم به چیزی است که خدای متعال واجب کرده است و وقتی علم به موضوع احکام احراز شد، عمل به حکم واجب است. به نظر مشهور فقها با بررسی این دو آیه می‌توان به این نتیجه رسید که علم قاضی به مورد دعوا، خود، می‌تواند از مستندات قضاوت باشد. ادله روایی، قوی‌ترین مدرک بسیاری از فقها برای اثبات مدعای خود در مورد اعتبار علم قاضی به طور مطلق در محکمه، است. روایات فراوانی وجود دارد که بر وجوب حکم به حق در صورت علم به آن دلالت می‌کند، مثل روایتی که قضا را بر چهار دسته تقسیم می‌کند که از جمله آن، قضاتی هستند که به حق حکم می‌کنند؛ چون علم به حق دارند و به سبب آن، جایگاهشان، بهشت خواهد بود.^۳ (عاملی، وسائل الشیعه ۲۷: ۲۲) دسته دیگری از روایات هست که پیامبری از فرستادگان خدا از خدای متعال سؤال می‌کند در صورت علم نداشتن به واقعه در مقام قضاوت به چه مستنداتی روی آورم؟ خدای متعال ایشان را به بینه و قسم راهنمایی می‌کند. (همان ۲۲۹) این روایت، گویای این مطلب است که در صورت علم به مورد دعوا، به بینه و قسم نیازی نیست. پس با نظر به این دو روایت و ده‌ها روایت دیگر نظیر این احادیث، به علت ادعای مشهور پی می‌بریم.

۱. «الرَّائِيَةُ وَ الرَّائِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ».

۲. «يَا دَاوُدُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ».

۳. القضاة أربعة ثلاثة في النار و واحد في الجنة [...] رجل قضى بالحق و هو يعلم فهو في الجنة.

از دیگر برهان‌هایی که مشهور از آن به عنوان دلیل برای مشروعیت علم قاضی استفاده می‌کنند، عمل به مقتضای اصل است، باین توضیح که چون حجیت علم ذاتی است و از طرفی بر قاضی واجب است که بین مردم مطابق با واقع قضاوت کند، اصلی مبنی بر حجیت ذاتی قطع ایجاد می‌شود که در نتیجه آن، به حکم اولیه، حاکم می‌تواند به استناد آن مطابق با علمش رأی بدهد، حال آن که ادعای موافقان مطابق با اصل است. پس مخالفان باید با ذکر دلایل قانع‌کننده، مخاطب خود را به بی‌اعتباری علم قاضی مجاب کنند. در نتیجه، از فرمایش‌های فقهای مشهور متوجه می‌شویم که قطع قاضی به واقع، یکی از ادله اثبات مدعاست.

چهارمین دلیل از علل ثابت‌کننده حجیت علم قاضی نزد مشهور، ادله واجب‌کننده امر به معروف و نهی از منکر است؛ زیرا قضاوت از روی علم می‌تواند مصداقی از امر به معروف و نهی از منکر باشد. با این بیان که قاضی وقتی علم به کاذب بودن یک طرف دعوا دارد، باید بعد از روش قلبی و لسانی به روش عملی نهی از منکر روی آورد به این صورت که مطابق علمش حکم کند. پس با کمی دقت و تأمل در ادله امر به معروف و نهی از منکر می‌توان به این نتیجه رسید که برای تمسک به علم قاضی در مقام اثبات دعوا، اعتبار کافی وجود دارد.

فقها در اولین مؤید خود برای دفاع از حقانیت اعتبار علم قاضی به یک دلیل لیبی روی آورده‌اند که اجماع منقول فقهاست. سید مرتضی (انتصار ۴۹۱)، ابن زهره (غنیه ۴۳۶)، فخر المحققین (ایضاح الفوائد ۴: ۳۱۲) و شهید اول (الروضه البهیة ۳: ۸۳) مدعی اجماع فقها مبنی بر جواز عمل قاضی طبق علمش هستند. همه علما به اجماع به ابوبکر اشکال می‌گیرند که چه طور از حضرت فاطمه زهرا ع بابت مالکیت باغ فدک بی‌تنبه خواست در حالی که وی علم داشت حضرت فاطمه ع معصوم است و از گناه، بری. این فرمایش علما نشان می‌دهد آنان عمل قاضی طبق علمش را جایز می‌دانستند. پس اجماع منقول فقها تأییدی بر فرمایش علما در مورد قبول داشتن علم قاضی به عنوان سند برای ترجیح یک مدعا در محکمه است.

در پایان به شهرت فقها بر اعتبار علم قاضی در مقام قضا اشاره کرده و آن را به آن عنوان آخرین مؤید برای ثابت کردن حجیت قطع قاضی در مورد موضوع احکام، مورد بررسی قرار خواهیم داد. شاید به نظر

مستدل که تنها آیت الله گلپایگانی است، علت نسبت دادن این قول به مشهور فقها، نه اجماع علما، بلکه مخالفت عده‌ای از بزرگان شیعه با موافقان است. از جمله این افراد، آن طور که از دیگر بزرگان مثل شهید ثانی و آقا ضیاء نقل شده است، ابن جنید، اسکافی و ابن ادریس حلی هستند. پس با این توضیحات، فقهای موافق می‌توانند از شهرت به عنوان مؤیدی برای ثابت کردن مدعای خود استفاده کنند. بنا بر این، با توجه به ادله فقهای صاحب نظر، در نهایت می‌توان به این نتیجه رسید که با وجود دلایل خاص از قبیل چهار شاهد یا اقرار برای اثبات جرایم حدی منافی عفت، مشهور فقهای شیعه، علم قاضی را همراه با آن ادله خاص برای اثبات چنین جرایمی معتبر می‌دانند.

۲-۱) ادله معتبر نبودن علم قاضی در فرض نبود ادله خاص

شاید تصور شود موضع قانون‌گذار کشور ما در مورد اعتبار علم قاضی در جرایم حدی منافی عفت، تبعیت از فتاوی فقهای مقام معظم رهبری در این مورد است، اما با مقایسه ماده ۱۶۰ قانون مجازات اسلامی با فتوای مقام معظم رهبری (گنجینه استفتائات قضایی: سؤال ۹۰۴۳) متوجه می‌شویم نظر ایشان در مورد علم قاضی در این جرایم بر خلاف قانون مجازات اسلامی، معتبر نبودن علم قاضی در جرایم حدی منافی عفت است که با بررسی نظر ایشان، ادله موافقان با ایشان^۱ در میان فقها وجیه و نیکو به نظر می‌رسد. شیخ طوسی، فاضل آبی، آیت الله سیستانی و مقام معظم رهبری در کتاب‌های خود به دو دلیل اشاره کرده‌اند: اول، تخفیف شارع در حدود به ویژه جرایم حدی خلاف عفت و روایت صالح بن میثم، (کلینی، کافی ۱۸۶:۷ و عاملی، وسائل الشیعه ۱۸:۳۷۸)

اولین دلیل این فقها در مورد منع شارع از عمل به علم قاضی در حدود، بنای شارع در چنین وضعیتی است که یک اشکال دارد. عده‌ای از فقها معتقدند بنای شارع در حدود، تخفیف و تسهیل به نفع متهم است؛ زیرا جرایم در دیگر حدود با دو بار اقرار یا دو شاهد به اثبات می‌رسد^۲، ولی در زنا، لواط و مساحقه، اثبات جرم به چهار بار اقرار یا چهار شاهد نیاز دارد.^۳ پس می‌توان به این نتیجه رسید که شارع مقدس نمی‌خواهد آن جرایم به راحتی ثابت شود. هم‌چنین این مورد از مصادیق

۱. از جمله می‌توان به این فقها اشاره کرد: شیخ طوسی (مبسوط ۸: ۱۲ و نه‌ایه ۶۹۱)؛ فاضل آبی (کشف الرموز ۲: ۴۹۶)، موسوی اردبیلی (فقه القضاء ۱: ۳۰۲) و سیستانی (گنجینه استفتائات قضایی: سؤال ۱۲۲).

۲. این نظر مطابق با قول مشهور است، ولی افرادی هم چون محقق خوبی معتقدند که با یک بار اقرار هم این جرایم به اثبات می‌رسد.

۳. برای نمونه رجوع شود به: محقق خوبی (مبانی تکمله المنهاج ۴۱: ۲۱۱، ۲۷۸، ۳۰۳ و ۳۳۰).

«قاعده درء» درباره حدود است که جرایم منافی عفت از جمله آن هاست و به موجب آن، در صورت وجود اندک شبهه‌ای برای ثبوت جرم، اتهام زنا یا لواط یا مساحقه از متهم دفع می‌شود. مضاف بر این که با وجود یک سری شرایط، هر چند جرم حدّی ثابت شده باشد، در صورت توبه مرتکب جرایم حدّی منافی عفت، قاضی و حاکم شرع می‌تواند حد را از او ساقط کند. بر اساس چنین بنایی، نباید علم قاضی را در مورد این دسته از جرایم حجت دانست؛ زیرا اگر قاضی مطابق علمش، متهم را در چنین جرایمی به اجرای حدّ محکوم کند، دیگر تخفیف و تسهیلی به نفع متهم صورت نگرفته است. فاضل آبی از جمله مخالفان عمل قاضی به علمش در این جرایم است که برای اثبات ادعای خود به همین دلیل تمسّک کرده است. (کشف الرموز ۲: ۴۹۶)

ناگفته نماند با وجود صحت ادعای ردّ علم قاضی در جرایم حدّی منافی عفت، دلیل این ادعا صحیح نیست؛ چون مقام بنای شارع مبنی بر تخفیف و تسهیل در این جرایم حدّی به قبل از اثبات این جرایم مربوط است که با احکامی سخت‌گیرانه، اثبات آن‌ها را دچار مشکل کرده است. فرض ما در موضوع مورد بحث، پس از اثبات جرم به وسیله علم حاکم است. با توجه به این دلیل، تعدادی از علما معتقدند که قاضی در این جرایم حدّی نباید مطابق علمش عمل کند، اما با اشکالی که گرفته شد، تمسّک به این دلیل برای اثبات ادعا، صحیح به نظر نمی‌رسد.

روایت صالح بن میثم از جمله مهم‌ترین دلیل‌هایی است که عده‌ای از فقهای امامیه برای منع عمل به علم قاضی در جرایم حدّی جنسی مطرح می‌کنند. این روایت مشکل سندی دارد، اما چون مضمون آن در روایات صحیح السندی مثل صحیح‌ه ابی العباس (عاملی، وسائل الشیعه ۲۸: ۱۰۲) بیان شده است و فقها برای اثبات ادعای خود، روایت صالح بن میثم را توضیح داده‌اند، در این جا هم همین روایت تحلیل می‌شود.

مطابق این روایت، با وجود حصول علم به ارتکاب زنا یا زنی حامله بایک یا دو بار اقرار روی، امیرالمؤمنین علی علیه السلام حاضر به اجرای حدّ در مورد وی نشد تا این که چهار بار به ارتکاب زنا اقرار کرد. اصرار این زن به پاک شدنش از گناه به وسیله اجرای حدّ و ترس وی از آخرت و باردار بودنش اماراتی است که برای هر کس، علم به ارتکاب زنا یا زنی را به وجود می‌آورد. در میان فقها، آیت الله موسوی اردبیلی یکی از کسانی

است که به همین دلیل تمسک کرده است. (فقه الحدود و التعزیرات ۱: ۲۴۶) این روایت با حدیثی که پیامبر اکرم ﷺ در آن فرمود: «لو كنت راجما من غیر بینة لرجمتها» تأیید می‌شود. (احمد بن حنبل، مسند احمد ۵: ۲۱۸) در این حدیث، پیامبر گرامی اسلام فرمود که برای اثبات زنا اگر قرار بود بر اساس مستندی غیر از بینة بر کسی حد جاری کنم، قطعاً فلان زن را رجم می‌کردم. با ملاحظه این دو روایت و احادیث دیگر مربوط به موضوع، می‌توان به این نتیجه رسید که حکم مسئله به زنا اختصاص ندارد، بلکه قابل تسری به دیگر جرایم جنسی منافی با عفت نیز هست. ^۱ هم‌چنین وقتی امام معصوم در جرایم حدی منافی عفت، مطابق علم خود عمل نمی‌کند، به طریق اولی، دیگر قضات از غیر معصومین حق ندارند در چنین جرایمی مطابق علم خود عمل کنند مگر این که جرم فقط از طریق چهار بار اقرار یا چهار شاهد به اثبات برسد. پس بر اساس روایت صالح بن میثم و مؤید آن که روایت پیامبر گرامی اسلام در قضیه ملاعنه بود، به این نتیجه می‌رسیم که قاضی در جرایم حدی خلاف عفت نمی‌تواند مطابق علم خود عمل کند.

در نتیجه، با توجه به مطالبی که بیان شد، باید این ادله را مخصص ادله اعتبار مطلق علم قاضی دانست و این علم را در جرایم حدی جنسی بر خلاف نظر مشهور، حجت ندانست. چه بسا قانون‌گذار به تبعیت از شهرتی که در مورد اعتبار مطلق علم قاضی وجود داشت و کارآیی بیش‌تر این فتوا در عصر حاضر، این نظر را بر خلاف فتوای مقام معظم رهبری اختیار کرد.

۲- تأثیر حسی یا حدسی بودن در اعتبار علم قاضی

در یک نگاه اولیه، با مراجعه به کتب فقها در مورد اعتبار علم قاضی، آرای آن‌ها در دو گروه اعتبار و عدم اعتبار مطلق علم قاضی در جرایم حدی جنسی دسته‌بندی می‌شود، اما با مطالعه بیش‌تر در آثار فقها، دسته‌سومی هم به این دو گروه افزوده می‌شود که مدافع آن در میان فقهای معاصر، علمایی هم‌چون آیت الله مکارم شیرازی (انوار الفقاهه - کتاب الحدود ۴۴۴) و آیت الله موسوی اردبیلی (فقه الحدود و التعزیرات ۱: ۲۴۶) هستند. مطابق این نظریه، علم قاضی در فرض حسی یا قریب به حسی بودن حجت و در صورت حدسی بودنش نامعتبر است. اعتبار اجمالی علم حاکم با استفاده از روایات و اخذ به قدر متیقن از اقسام قطع یعنی علم حسی و حدسی برای حجیت این علم

۱. از دیگر روایاتی که در کنار روایت صالح بن میثم می‌توان به آن‌ها تمسک کرد، صحیح ابی الاثاری و ابی العباس بقباق است. (وسائل الشیعه ۱۸: ۱۰۷ و ۱۰۲)

و تمسک به اصل عدم قضاوت احدی بردیگری و عدم قیام دلیلی که بتواند به علم حدسی اعتبار بخشد، احتجاج این دسته از فقها برای قائل شدن به چنین نظریه‌ای است.

یکی از دلایلی که برخی از فقها برای اثبات مدعای خود مبنی بر اعتبار علم حسی و قریب به حس در جرایم حدی جنسی از آن استفاده می‌کنند، اخذ به قدر متیقن از روایات و تأیید آن به وسیله تعدادی از احادیث است. مراد از علم حسی، رؤیت این جرم مثل مشاهده زنا یا مساحقه است و مراد از قریب به حس، تمسک قاضی به قرائنی است که دلالت بر مقصود می‌کند، به گونه‌ای که این قرائن به هر کس عرضه شود، به راحتی آن را قبول می‌کند. حال با توجه به روایاتی که سابقاً بیان شد، اجمالاً به حجیت علم قاضی می‌توان پی برد. البته برای حجیت تمامی اقسام علم قاضی چون دلایل و روایات به روشنی دلالتی بر آن ندارد، باید تنها به حجیت قدر متیقن از اقسام قطع یعنی علم حسی و قریب به حس اکتفا کرد. با تعمق و تأمل در برخی روایات به نظر می‌رسد امام علیه السلام در آن بر اساس علم قریب به حس رفع نزاع کرده است و چه بسا این نظریه تقویت شود. از جمله آن روایات، قضاوت امیرالمؤمنین علی علیه السلام در مورد دوزن بود که هر کدام مدعی بودند مادر کودکی هستند. امام دستور داد آن کودک را نصف کنند و به صورت مساوی به هر دوزن بدهند، ولی یکی از آن دوزن آن حضرت را از این کار منع کرد و از حق خود گذشت. امام هم با ملاحظه این واقعه فهمید که وی مادر کودک است. (عاملی، وسائل الشیعه ۱۸: ۲۱۲) و چنین واقعه‌ای قطعاً برای حضرت علم قریب به حس ایجاد کرد. بنا بر این، تمسک به قدر متیقن و استفاده از تعدادی روایت برای تأیید دلیل، احتجاج دسته‌ای از فقها برای اعتبار علم حسی و قریب به حس است.

از جمله دلایلی که فقهایی هم چون آیت الله مکارم شیرازی با تمسک به آن‌ها، به حجیت علم حدسی قاضی در جرایم حدی مخالف عفت اعتقادی ندارند، اصل عدم قضاوت شخصی بردیگری و مؤیدات آن و عدم نهوض دلیلی است که بتواند چنین علمی را حجت بکند. در میان فقها به استناد آیه مبارکه «إِنَّ الْحُكْمَ إِلَّا لِلَّهِ» (انعام ۵۷)، اصلی مسلم وجود دارد مبنی بر جایز نبودن قضاوت فردی بردیگری که بر اساس آن، حکومت و قضاوت شخصی بردیگری نیاز به دلیل دارد که این

۱. هم چنین روایات دیگری هم موجود است که حضرات معصومین با تکیه به علم قریب به حس، تنازع را برطرف کرده‌اند که در این جا به ذکر نشانی آن بسنده می‌شود. (وسائل الشیعه ج ۱۸: باب ۲۱).

دلیل در مورد قضاوت از روی علم حدسی مفقود است. هم چنین از جمله مواردی که بی اعتباری علم حدسی قاضی را تأیید می کند، باز کردن راه برای انحراف قضات به موجب اعتبار چنین علمی است؛ زیرا هر قاضی می تواند به ادعای حصول علم حدسی که از تراکم ظنون حدسیه به گناه به وجود آمده است و با وجود علم به خلاف واقع، رأیی صادر کند. پس علمایی مثل آیت الله مکارم شیرازی بر اساس اصل مسلم جایز نبودن قضاوت احدی بر دیگری و قیام نکردن دلیلی که بتواند علم حدسی قاضی را حجت کند و مؤیدی مثل باز کردن راه انحراف قضات در صورت حجیت علم حدسی قاضی، به حجیت نداشتن علم قاضی معتقدند.

در نتیجه، در تشریح ادله دسته سوم از فقها بیان شد که استدلال آن ها در مورد اعتبار علم حسی و قریب به حس قاضی و اعتبار نداشتن علم حدسی قاضی به دو بخش تقسیم می شود. ابتدا با توجه به اعتبار علم اجمالی قاضی که از احادیث به دست آمد و اخذ قدر متیقن از آن یعنی علم حسی و قریب به حس، حجیت این دو قسم ثابت شد و در آخر با تمسک به اصل حکومت نداشتن کسی بر دیگری و تسهیل نشدن راهی برای انحراف قضات و موجود نبودن دلیلی که بتواند علما را به اعتبار علم حدسی قاضی قانع کند، در نهایت به این ادعا رسیدند که علم حسی و قریب به حس قاضی در جرایم حدی منافی عفت معتبر است و علم حدسی وی در این جرایم اعتبار ندارد.

۳- اعتبار علم قاضی در فرض اقامه ادله خاص برخلاف علم قاضی

در جرایمی هم چون زنا، لواط و مساحقه هم شارع مقدس در فقه (محقق خویی، مبانی تکمله المنهاج ۴۱: ۲۱۱، ۲۷۸، ۳۰۳، ۳۳۰) و هم قانون گذار در ماده ۱۷۲ قانون مجازات اسلامی طرق خاصی را برای اثبات چنین جرایمی وضع کرده اند. با این حال، در موضعی دیگر، علم قاضی را هم در کنار این طرق قرار داده اند و اگر علم قاضی از باب قطع طریقی حجت باشد، آن را مقدم بر طرق خاص می دانند. فقهای که علم قاضی را حجت می دانند، در صورت تعارض علم قاضی با ادله خاص اثبات جرایم حدی منافی عفت، اگر علم قاضی از جهت قطع طریقی بودنش حجت باشد، آن را بر آن طرق خاص مقدم می دانند. با این توضیح، حکم واقعی را که علم قاضی است، بر حکم ظاهری که ادله خاص اثبات این جرایم است، مقدم می دانند و اگر فقیهی علم قاضی را از باب قطع

موضوعی حجت بدانند، در صورت رعایت شرایط قطع موضوعی در علم قاضی، علما آن را بر طرق خاص مقدّم می‌دانند. اگر آن شرایط رعایت نشود، به دلیل «اصاله الاحتیاط» و قاعده «درء»، اثبات جرم برای متهم مشکل خواهد بود.

تقدم حکم واقعی بر ظاهری، مهمترین دلیل فقها بر تقدم علم قاضی بر ادله خاص اثبات جرایم حدی جنسی است، این علم هم شامل علم طریقی و هم شامل علم موضوعی البته با رعایت شرایط معتبر، خواهد بود. قاضی موظف است بر اساس احکام واقعی رأی صادر کند که اگر قرار باشد اقرار یا بیّنه را بر علم قاضی مقدّم کند، این کار موجب تخصیص در ادله احکام واقعی می‌شود، در حالی که دلیلی بر این تخصیص وجود ندارد. در میان فقها، میرزا حبیب‌الله رشتی از جمله کسانی است که به این دلیل استدلال کرده است. (کتاب القضاء ۱: ۱۰۴) هم‌چنین از میان معاصران، آیت‌الله مکارم شیرازی با این نظریه موافق است. (الفتاوی‌الجدیده ۳: ۱۱۹) بنا بر این، تقدّم احکام واقعی بر ظاهری از جمله مهم‌ترین ادله‌ی مدعیان تقدّم علم طریقی قاضی بر طرق خاصّ اثبات جرایم خلاف عفت است.

اگر علم قاضی را موضوعی بدانیم، در صورتی که شرایط اعتبار قطع موضوعی در آن رعایت نشود، مطابق قواعد اصولی، با وجود تعارض علم با ادله خاص، حدّ از متهم دفع می‌شود. از جمله این قواعد، قاعده «اصاله الاحتیاط» است که به موجب آن نمی‌توان حدّ را در مورد متهم به جرایم حدی جنسی جاری کرد. هم‌چنین به مقتضای قاعده «درء» که به فرموده محقق سبزواری، یکی از قواعد مسلم فقهی است، حدّ از متهم دفع می‌شود؛ (مهذب الأحکام ۲۷: ۲۲۶) زیرا تا موضوع یک حکم ثابت نشود، حکم آن ثابت نخواهد شد، در واقع با وجود تعارض دو دلیل با هم، در احراز موضوع حکم شک می‌کنیم و در صورت چنین شکی نمی‌توان حکم را در مورد متهم جاری کرد. در نتیجه به موجب تعارض علم فاقد شرایط قطع موضوعی یا بیّنه یا اقرار، حدّ بر متهم جاری نخواهد شد.

خلاصه این‌که اگر علم قاضی از نوع دسته اول باشد، چون قطع بر دو قسم موضوعی و طریقی است، باید علم قاضی را هم با توجه به این دو معیار سنجید. اگر علم قاضی را طریقی دانستیم، چنین علمی را بر ادله خاص مقدّم می‌کنیم، اما اگر آن را موضوعی دانستیم، در صورت رعایت

شرایط قطع موضوعی، آن را بطرق خاص اثبات ترجیح می‌دهیم. اگر این شرایط رعایت نشد، حدّ از متهم به جرایم حدّی جنسی سلب می‌شود. در نتیجه، با وجود تعیین طریقی خاص برای اثبات این جرایم، شارع مقدس و قانون‌گذار، علم قاضی را هم در کنار این طرق قرار داده است و حتی در بعضی صور، آن را بر ادله خاص اثبات این جرایم مقدّم کرده است.

۳-۱) اعتبار علم قاضی در فرض استناد آن به طرق خاص کم‌تراز نصاب شرعی

این فرع بیش‌تر در بین فقهای معاصر بررسی شده است به طوری که حسب تتبع، اثری در میان قدما از آن یافت نشد. در میان معاصران، بسیاری از فقها این موضوع را در ضمن مباحثشان بررسی کرده‌اند. از جمله این افراد، حضرات آیات گلپایگانی، (الذّر المنضود فی احکام الحدود ۱: ۱۱۸) موسوی اردبیلی، (فقه الحدود و التعزیرات ۱: ۲۴۶) مکارم شیرازی، (انوار الفقاهه - کتاب الحدود ۴۶۴) و سبحانی (نظام القضاء و الشهاده ۱: ۲۱۳) هستند که با اندکی تفاوت در بیان، مخالف عمل به علم قاضی در دسته سوم هستند. در مقابل، چه بسا بتوان قائلان به اعتبار مطلق (در حدود و غیر آن) علم قاضی را در برابر این فقها قرار داد، ولی از آن‌جا که سابقاً به ذکر ادله این گروه از فقها پرداختیم، از ذکر مجدد ادله آن‌ها خودداری می‌کنیم. مخالفان عمل به علم قاضی در دسته سوم، از روایت صالح بن میثم و حدسی بودن این علم به عنوان دلیل و از حدیث بیهقی از پیامبر اسلام به عنوان مؤید برای اثبات مدعای خود استفاده کرده‌اند.

روایت صالح بن میثم مهم‌ترین دلیلی است که فقهای امامیه در جرایم حدّی منافی عفت مبنی بر جایز نبودن عمل قاضی به علمی که مستندش اقرار یا شهادت کم‌تراز نصاب شرعی است، به آن تمسک کرده‌اند. همان‌طور که قبلاً بیان شد، در این روایت، زنی نزد امیرالمؤمنین علی علیه السلام یک بار اقرار به زنا کرد که بابت اعتنایی ایشان مواجه شد. با این وجود، این زن به یک بار اقرار اکتفا نکرد و در سلامت عقل و صحت فکر و با وجود بارداری باز گریه‌کنان نزد امام علی علیه السلام رفت و اصرار بر اجرای حدّ برای پاک شدن کرد. در این روایت با وجود حصول علم به ارتکاب زنا، آن زن با اقرار کم‌تراز نصاب شرعی، امام علی علیه السلام حاضر به اجرای حدّ در مورد زن اقرارکننده نشد تا این که چهار بار اقرار کرد. بنا بر این، با توجه به روایت یادشده، اگر قاضی با اقرار یا شهادت کم‌تراز چهار بار در جرایم حدّی جنسی

به ارتکاب جرم علم پیدا کرد، چنین علمی حجت نیست و قاضی نمی‌تواند مطابق آن عمل کند. از دیگر دلایلی که با توجه به اعتقاد برخی از فقها در مورد علم قاضی می‌توان برای ابطال علم مستند به اقرار یا شهادت کم‌تراز نصاب شرعی استفاده کرد، «حدسی بودن علم یادشده» است. با توجه به اصل «عدم قضاوت احدی بردیگری» (محقق خویی، مبانی تکملة المنهاج ۸: ۴۱) هنگام تحلیل حجیت علم قاضی باید به قدر متیقن از اقسام آن یعنی علم حسی و قریب به حس اکتفا کرد؛ چون برای اثبات حجیت علم قاضی مستند به حدس مثل علمی که اکنون در مورد آن تحقیق می‌شود، به دلیل معتبر نیاز است، اما مضاف بر این که دلیلی بر حجیت چنین علمی موجود نیست، قرینه برخلاف آن وجود دارد. از جمله این که در میان روایاتی که در مورد قضاوت پیامبر گرامی اسلام و ائمه معصومین علیهم‌السلام نقل شده است، روایتی مبنی بر عمل به علم حدسی در قضاوتشان وجود ندارد. افزون بر آن، در چنین مواردی، حتی اگر قضاوت بر اساس حق مستند به علم حدسی حکم صادر کنند، در موضع تهمت قرار خواهند گرفت. از طرفی دیگر، چه بسا قضاتی که معصوم نیستند و امکان صدور خطا و گناه از آن‌ها ممکن است، به لغزش افتند و با استناد به ایجاد علم از ادله خاص مستند به نصاب کم‌تر، حکمی مخالف با واقع مطابق میل نفسانی خود صادر کنند. در همین راستا، آیت‌الله مکارم شیرازی علم حدسی قاضی را حجت نمی‌داند. (کتاب الحدود ۴: ۴۴) بنا بر این، چون منشأ علم قاضی، مستند به اقرار یا شهادت کم‌تراز نصاب شرعی است و چنین علمی، حدسی است، به فرموده برخی علمای اعتبار است.

روایت بی‌هقی از پیامبر گرامی اسلام، یکی از مؤیداتی است که مخالفان عمل قاضی به علم خود در جرایم حدی منافی عفت در مورد دسته چهارم، به آن تمسک کرده‌اند. (بی‌هقی، السنن الکبری ۸: ۲۲۶ و ۷: ۷۴۰) ذکر این روایت به دلیل ضعف سندی، به عنوان مؤید است. مطابق روایت، با وجود اقرارهای پی در پی «ماعز»، حتی زمانی که اقرارش به چهار بار نرسیده بود و با وجود اصرار وی برای پاک شدنش و جلوگیری از عذاب روز قیامت، حضرت به اجرای حدّ زنا در مورد وی حاضر نشد تا این که چهار اقرارش ثابت شد. بنا بر این، دلالت حدیث برای اثبات مدعا تام است، اما چون روایت از طریق عامه نقل شده است، فقها از آن به عنوان مؤید استفاده کرده‌اند. پس بر اساس نظر فقها، این روایت مؤید خوبی برای عدم جواز استفاده از علم قاضی در جرایم حدی جنسی از قبیل

زنا، لواط و مساحقه است.

بنابراین، براساس مطالب ذکر شده، در میان کتب قدما به راحتی نمی توان نظره‌هایشان را در مورد این موضوع به دست آورد، اما در مقابل، تعدادی از فقهای معاصر در آثارشان، مخالفت خود را در مورد عمل به علمی که بر اثر اقرار یا شهادت کم‌تراز نصاب شرعی در جرایم حدی یاد شده، بیان کرده‌اند.

نتیجه

با توجه به دسته‌بندی علم قاضی در جرایم حدی منافی عفت و بررسی و تبیین هر دسته، یافته‌های تحقیق حاضر عبارتند از:

۱. اعتبار نداشتن علم قاضی در جرایم حدی منافی عفت در صورت نبود شهود یا اقرار؛
۲. ترجیح علم قاضی بر شهادت شهود یا اقرارهای چهارگانه در صورتی که علم قاضی را طریق بدانیم و یا در صورت رعایت شرایط، در فرض موضوعی بودن علم او.
۳. اعتبار نداشتن علمی که مستند به اقرار یا شهادت کم‌تراز نصاب شرعی است.

فهرست منابع

- ۱- انصاری، مرتضی بن محمد امین. القضاء و الشهادات. قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، چاپ ۱، ۱۴۱۵ ه. ق.
- ۲- حرّ عاملی، محمد بن حسن. وسائل الشیعة. قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام، چاپ ۱، ۱۴۰۹ ه. ق.
- ۳- حسینی (ابن زهره حلبی)، حمزه بن علی. غنیة النزوع إلى علمی الأصول والفروع. قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام، چاپ ۱، ۱۴۱۷ ه. ق.
- ۴- حلّی، محمد بن حسن بن یوسف. ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد. قم: مؤسسه اسماعیلیان، چاپ ۱، ۱۳۸۷ ه. ق.
- ۵- رشتی، میرزا حبیب الله. کتاب القضاء. قم: دارالقرآن الکریم، چاپ ۱، ۱۴۰۱ ه. ق.
- ۶- سبحانی تبریزی، جعفر. نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء. قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام، چاپ ۱، ۱۴۱۸ ه. ق.
- ۷- سبزواری، سید عبدالأعلی. مهذب الأحکام. قم: مؤسسه المنار، چاپ ۴، ۱۴۱۳ ه. ق.
- ۸- شریف مرتضی، علی بن حسین. الانتصار فی انفرادات الإمامیة. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ ۱، ۱۴۱۵ ه. ق.
- ۹- شهید ثانی، زین الدین بن علی. الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة. قم: کتاب فروشی داوری، چاپ ۱، ۱۴۱۰ ه. ق.
- ۱۰- طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن. الخلاف. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ ۱، ۱۴۰۷ ه. ق.
- ۱۱- _____ . المبسوط فی فقه الإمامیة. تهران: المكتبة المرتضویة لإحياء الآثار الجعفریة، چاپ ۳، ۱۳۸۷ ه. ق.
- ۱۲- _____ . النهاية فی مجرد الفقه و الفتاوی. بیروت: دار الكتاب العربی، چاپ ۲، ۱۴۰۰ ه. ق.
- ۱۳- گنجینه استفتائات قضایی. قم: مؤسسه آموزشی پژوهشی قضاء، بی تا.
- ۱۴- پژوهشگاه قوه قضاییه. مجموعه آرای قضایی. تهران: اداره انتشارات رویه قضایی کشور، ۱۳۹۱ ه. ش.
- ۱۵- محقق حلّی، نجم الدین جعفر بن حسن. شرائع الإسلام فی مسائل الحلال والحرام. قم: مؤسسه اسماعیلیان، چاپ ۲، ۱۴۰۸ ه. ق.
- ۱۶- مکارم شیرازی، ناصر. الفتاوی الجديدة. قم: انتشارات مدرسه امام علی بن

- ابى طالب عليه السلام، چاپ ۲، ۱۴۲۷ هـ. ق.
- ۱۷- _____ . أنوار الفقاهة . كتاب الحدود و التعزيرات ، قم : انتشارات مدرسه امام علي بن أبي طالب عليه السلام ، چاپ ۱، ۱۴۱۸ هـ. ق .
- ۱۸- موسوی خمینی ، سيد روح الله . تحرير الوسيلة . قم : مؤسسه مطبوعات دار العلم ، چاپ ۱ ، بی تا .
- ۱۹- موسوی خویی ، سيد ابوالقاسم . مباني تکملة المنهاج . قم : مؤسسه إحياء آثار الإمام الخوئي ، چاپ ۱، ۱۴۲۲ هـ. ق .
- ۲۰- موسوی اردبيلي ، سيد عبدالکريم . فقه الحدود و التعزيرات . قم : مؤسسه النشر لجامعة المفيد ، چاپ ۲، ۱۴۲۷ هـ. ق .
- ۲۱- موسوی اردبيلي ، سيد عبدالکريم . فقه القضاء . قم : مؤسسه النشر لجامعة المفيد ، چاپ ۲، ۱۴۲۳ هـ. ق .
- ۲۲- موسوی گلپايگانی ، سيد محمدرضا . الدر المنصود في أحكام الحدود . قم : دار القرآن الکریم ، چاپ ۱، ۱۴۱۲ هـ. ق .
- ۲۳- يوسفی فاضل آبی ، حسن بن ابى طالب . كشف الرموز في شرح مختصر النافع . قم : دفتر انتشارات اسلامي وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم ، چاپ ۳، ۱۴۱۷ هـ. ق .

اطلاع رسائی علمی

رسائل

مجله علمی دانش پژوهان مرکز آموزش های تخصصی فقه

شماره هفت، تابستان ۱۳۹۵

صفحات ۱۱۷ تا ۱۲۵

رضا ستوده*

H.hosini64@gmail.com

نشست علمی «قاعده تعزیر»: بررسی ضوابط جرم‌انگاری عمل حرام

اشاره

نشست علمی بررسی ضابطه جرم‌انگاری در تعزیرات با حضور استاد مسعود امامی، دبیر علمی شورای فقهی مرکز تحقیقات اسلامی مجلس شورای اسلامی و حجت‌الاسلام والمسلمین محمدحسین عبدی، استاد سطوح عالی حوزه‌های علمیه، در مرکز آموزش های تخصصی فقه برگزار گردید. در این نشست، حجت‌الاسلام کاشانی پس از خیرمقدم‌گویی به اساتید و طلاب محترم، به اهمیت ضابطه‌ی جرم‌انگاری در تعزیرات اشاره کرده و بیان داشتند که با توجه به شمول ادله تعزیر برای تمامی اعمال حرام و تکثر رویه قضایی در این مورد، لازم است این موضوع بیش از پیش از لحاظ فقهی و حقوقی نقد و بررسی شود. متن پیش‌رو، خلاصه گزارش این نشست است.

بیان مسئله

حجت‌الاسلام رضا عسکری، از دانش پژوهان مرکز و پژوهشگر موضع فوق، بحث ضابطه جرم‌انگاری در تعزیرات و قوانین حراستی اسلام را طرح کرده، بیان داشتند که اسلام همانند دیگر فرهنگ‌ها و نظام‌های حقوقی، قانون‌های حراستی تعیین کرده است. قوانین حراستی اسلام سه

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

دسته هستند: ۱. حدود، ۲. قصاص و ۳. تعزیرات. البته بحث دیات هم در قانون‌های حراستی اسلام وجود دارد؛ اما در مجازات‌بودن آن اختلاف نظر است که مسئله‌ای خارج از موضوع بحث ماست. بحث ضابطه جرم‌انگاری در تعزیرات از مسائل غیر حدود و قصاص اسلام است. در زمینه حدود و قصاص تکلیف مشخص است؛ زیرا شارع مجموعه‌ای از جرائم را مشخص و مجازات هر یک و حدود و ثغورشان را بیان کرده است. مسئله بحث برانگیز تعزیرات است که بر پایه متون فقهی، فلسفه‌اش این است که به دلیل تبدلات فرهنگی در زمان‌های مختلف، جرائم و افعال ضدارزش جدیدی به وجود می‌آید؛ از این رو شارع اختیار را به حاکم شرع داده است تا در زمان‌های مختلف برخی اعمال را جرم محسوب کرده و برای آن‌ها مجازات تعیین کند تا از فساد پیشگیری شود. اما مسئله مهم در این زمینه، موضوع قاعده است؛ یعنی فقیه جامع‌الشرایط کدام یک از افعال را می‌تواند جرم تعزیری تلقی کرده و برای آن مجازات تعیین کند؟ در انظار فقها هشت نظر در این مورد وجود دارد:

۱. هر عمل قبیحی که مفسده دارد؛ اعم از ترک واجب یا ارتکاب حرام و اعم از صغیره یا کبیره و اعم از کار مباحی که قبح عقلایی دارد و سبب فساد و اخلال شده است.
 ۲. هر ارتکاب حرام و ترک واجب، خواه از کبائر باشد یا از صغائر.
 ۳. ارتکاب حرام و ترک واجب، اعم از اینکه صغیره باشد یا کبیره؛ البته به شرط مصلحت داشتن تعزیر در صغیره.
 ۴. هر ارتکاب حرام و ترک واجبی که کبیره باشد و صغیره‌هایی که بر حرمت آن‌ها اجماع وجود دارد.
 ۵. هر ارتکاب کبیره، به علاوه صغیره‌ای که به کبیره منجر شده باشد.
 ۶. هر ارتکاب حرام و ترک واجبی که کبیره باشد.
 ۷. هر ارتکاب حرامی، اعم از اینکه صغیره باشد یا کبیره.
 ۸. هر ارتکاب حرامی که کبیره باشد.
- پشتوانه این هشت نظر، شش دلیل فقهی زیر است:
۱. برخی از روایات عام مانند این روایت پیامبر صلی‌الله‌علیه‌وآله: «ان الله جعل لكل شیء حدًا و

جعل علی کل من تعدی حدّاً من حدود الله عزوجل حدّاً...» (کلینی، کافی ۷: ۱۷۴)

۲. اصطیاد قاعده از روایات خاصی که در آن‌ها برای برخی محرمات، به تعزیر حکم شده است.

۳. اجماع.

۴. عقل، با استناد به فایده‌ای که جرم‌انگاری دارد.

۵. عمومیت ادله امر به معروف و نهی از منکر.

۶. سیره معصوم علیه السلام.

بیان ادله فوق در سخنان فقها نشان می‌دهد که اولاً در فقه، جرم تعزیری پیش‌بینی شده است. ثانیاً، در فقه قاعده عامی وجود دارد که می‌گوید: «التعزیر لکل عمل مُحَرَّم». با در نظر گرفتن این دو نکته می‌توان هشت نظر پیش‌گفته را سنجید. در قانون مجازات هم دقیقاً دو نکته مذکور در ماده ۶۳۸ بیان شده‌اند.

جایگاه جرم‌انگاری

استاد امامی در ادامه بیان داشتند که اصل قانونی بودن جرم و مجازات از اصول مهم حقوق کیفری است و فلسفه آن حاکم شدن انضباط در جامعه است. به این نکته در اصول ۲۲ و ۳۲ و ۳۶ و ۱۶۶ و ۱۶۹ قانون اساسی نیز اشاره شده است و ماده ۲ قانون مجازات نیز بدان اختصاص یافته است. مبنای قانونی مراجعه به قاعده تعزیر اصل ۱۶۷ ق.ا.ا است که بیان می‌دارد اگر قاضی حکم دعوایی را در قانون نیافت، باید به منابع یا فتواهای معتبر مراجعه کند.

ماده ۶۳۸ قانون مجازات و ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی و ماده ۲ و ۲۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری سابق و ماده ۸ و ۹ قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی انقلاب برای تمسک به قاعده تعزیر برای جرم‌انگاری و برای صدور حکم مجازات مورد استناد قرار می‌گیرند. لذا جایگاه مراجعه به قاعده تعزیر در قوانین موضوعه، محکم است. با این همه این مبنا:

اولاً، مخالفانی در مجامع حقوقی دارد. برای مثال دکتر اردبیلی اصل ۱۶۷ را مطرح کرده و گفته است که از آن جرم‌انگاری برداشت نمی‌شود.

ثانیاً، بیشتر ادله آن با اشکالات متعدد فقهی روبه‌رو است که در ادامه بیان می‌شود.

اشکال قاعده دانستن تعزیر

استاد عبدی در ادامه در بعد تصویری قاعده بیان کردند که برخلاف بسیاری که از عنوان قاعده تعزیر استفاده می‌کنند، من آن را قاعده نمی‌دانم. اگر تعزیر، قاعده‌ای فقهی است، باید دانست که قاعده فقهی حکمی کلی است که به حسب موضوعش بر افراد متعدد قابل انطباق است؛ در حالی که در تعزیر گفته می‌شود هر کسی مرتکب کار حرامی شود، قابلیت تعزیر دارد؛ نه اینکه تعزیر می‌شود. امکان و قابلیت، حکم نیستند؛ حکم، یا وجوب تعزیر بر حاکم است یا جواز آن برای او؛ لذا باید مسئله تعزیر را به این گونه بیان کنیم: اصل این است که در هر ارتکاب حرامی، واجب یا جایز است که مجرم را تعزیر کنیم. پس از این نوبت بحث از مصداق‌های قاعده می‌رسد، لذا می‌گوییم که قاعده تعزیر، از القواعد الفقهی است، نه قواعد الفقه؛ بدین معنا که «القواعد الفقهی» (ترکیب وصفی) به آن بخش از مسائل فقهی می‌گویند که عمومیت پیدا کرده‌اند، مانند «تجب الصلاه»؛ اما «قواعد الفقه» (ترکیب اضافی) یعنی قواعدی که فقه را بر آن‌ها بنا می‌کنیم. لازمه‌ی این سخن آن است که قواعد الفقه دست‌کم به یک باب فقهی مختص نباشند و به نظر من، تعزیر جزء قواعد الفقه نیست.

اصل در مقام شک در تعزیرات

استاد عبدی در ادامه بیان داشتند که اگر در موردی شک کردیم که باید تعزیر کنیم یا خیر، اگر تعزیر را واجب دانستیم، به اصل عدم وجوب تعزیر و اگر تعزیر را جایز به معنای اخص دانستیم، به اصل عدم جواز تعزیر و اگر تعزیر را جایز به معنای اعم آن (مشروعیت) دانستیم، به اصل عدم حجیت عمل می‌کنیم. افزون بر این، اصل تعزیر مسبوق به اصلی است به نام «اصل عدم ایذاء مؤمن» که دلیل لفظی دال بر آن است و در مقام شک به اصل عدم ولایت - که برخی ادعا کرده‌اند - نیازی نداریم.

ادله فقهی جرم‌نگاری

سپس استاد امامی در مقام بررسی ادله فقهی قاعده تعزیر نکاتی بدین شرح بیان فرمودند: التعزیر، قاعده‌ای اصطیادی است و فقها قاعده‌ی التعزیر را از موارد متعددی که در روایات مختلف وجود داشته است، برداشت کرده‌اند. لذا کسی نمی‌تواند به اطلاق کلمه «کل من ارتکب» تمسک

کند. در واقع دلیل، لفظی نیست بلکه مجمع علیه است و می‌دانیم که اجماع دلیل لَبّی است؛ لذا به اطلاق قاعده نمی‌توان تمسک کرد.

درباره‌ی ادله‌ی این قاعده، به باور من به جز دلیلی که به روایات خاص استناد می‌کند، بقیه ادله خالی از اشکال نیستند. این ادله از این قرارند:

۱- ادله عام: روایاتی مثل «ان الله جعل لكل شیء حدًا و جعل علی کل من تعدی حدًا من حدود الله عزّوجل حدًا...» (کلینی، کافی ۷: ۱۷۴) که برای قاعده التعزیر به آن تمسک می‌شود، خالی از اشکال نیست. فقها هم در معنای «جعل» و هم در معنای «حدّ» مناقشه کرده‌اند که برخی از آن اشکال‌ها مستحکم‌اند. از این رو به این روایات نمی‌توان تمسک کرد.

۲- اجماع: دلیل اجماع اشکالاتی دارد:

اولاً، اجماع محضّل، در اینجا محرز نیست.

ثانیاً، به گفته صاحب جواهر، اجماع تنها درباره‌ی گناهان کبیره است.

ثالثاً، اجماع مدرکی است؛ زیرا مستند به همین ادله‌ای است که اینجا از آن‌ها برای اثبات قاعده التعزیر گفت و گومی‌کنیم.

۳- ادله امر به معروف و نهی از منکر: منظور از ادله امر به معروف و نهی از منکر در اینجا مرحله سوم آن، یعنی امر و نهی عملی است که بنا بر روایات، بعد از دو مرحله انزجار قلبی و امر و نهی زبانی قرار دارد. اما این دلیل نیز با اشکالاتی مواجه است:

اولاً، ادله امر به معروف و نهی از منکر، مرحله امر و نهی عملی را شامل نمی‌شود. چون در عبارت «أمرون بالمعروف و ناهین عن المنکر»، ظهور «امر» و «نهی» در انشاء قولی است.

ثانیاً، حتی اگر ادله امر به معروف و نهی از منکر، مرحله عملی آن را نیز دربرگیرد، مراد از امر و نهی این است که موجب انجام دادن واجب یا مانع ارتکاب حرامی شوید و این با مسئله تعزیر کاملاً بیگانه است؛ چرا که مجازات در تعزیر، پس از وقوع جرم و به منظور تنبیه مجرم صورت می‌گیرد؛ اما امر به معروف و نهی از منکر پیش از وقوع جرم و با هدف جلوگیری از وقوع جرم انجام می‌شود.

۴- روایات خاص: قوی‌ترین دلیل برای اثبات جرم‌انگاری در اعمال حرام، روایات خاصی است

که درباره‌ی جرم‌های متنوعی همانند وطی مادون الفرج، سرقت مادون النصاب، سرقت بدون شکستن حرز و دشنام مادون القذف، بیان شده‌اند و مجازات‌هایی چون تعزیر، تأدیب و شلاق را ذکر کرده‌اند. فقها از مجموع این روایات استنباط کرده‌اند که هر ارتکاب حرامی قابلیت تعزیر دارد.

مصادیق قاعده تعزیر

در ادامه استاد عبدی در نقد دلیل چهارم استاد امامی بیان داشتند که مسئله اصلی در تعزیرات، محقق آن است. به عبارت دیگر می‌خواهیم بدانیم که به لحاظ شرعی چه چیزهایی مصادق تعزیرند؟ آیا هر ارتکاب حرامی مصادق تعزیر است یا تنها موارد خاصی - که در روایات آمده است - مصادق آن‌اند؟ به عقیده بنده نمی‌توان حتی از بیست یا سی روایت خاص، القاء خصوصیت کرد و همه ارتکاب حرام‌ها را مصادق تعزیر دانست؛ بنابراین بر خلاف آقای امامی، دلیلی که به روایت خاص استناد می‌کرد را نیز تام نمی‌دانیم.

شاهد این سخن روایت امام باقر علیه السلام است که می‌فرماید: «قضی امیرالمومنین علیه السلام فی الهجاء التعزیر؛ حضرت علی علیه السلام هجوکننده را تعزیر می‌کرد.» (کلینی، کافی ۷: ۲۴۳) هرچند وصف (هجاء)، مفهوم ندارد؛ امروزه اثبات کرده‌اند که جزئی مفهوم دارد؛ یعنی وقتی می‌گویند هجاء تعزیر دارد، مفهوم مخالف آن این است که برخی از کارهای حرام تعزیر ندارند. اگر همه کارهای حرام تعزیر داشته باشند، این سخن که هجاء تعزیر دارد، سخن لغوی است. بنابراین خود روایات خاص، مانع القاء خصوصیت‌اند و دلالت می‌کنند که تعزیر نباید در همه محرمات جاری شود.

نکاتی درباره‌ی روایات خاص

استاد امامی در ادامه فرمودند: دو نکته را درباره روایات خاص بیان می‌کنم: اولاً، فقها سند این روایات را به دلیل تعداد فراوانشان بررسی نکرده، آن‌ها را دارای تواتر معنوی دانسته‌اند. از این روایات شانزده حدیث مربوط به روابط ناسالم جنسی مادون الزنا و مادون لواط است؛ یازده روایت، در زمینه فحش و ناسزاگفتن مادون القذف است؛ نه روایت هم در زمینه‌هایی چون سرقت است که با شرایطی حد دارند، اما شرایط آن‌ها تحقق پیدا نکرده است. بنابراین از مجموع پنجاه روایتی که علامه مجلسی نقل کرده است، در ۳۶ روایت مجازات شرعی تعزیر تعیین

شده است و در این ۳۶ روایت، به جز یکی دو روایت، هیچ‌گاه به موردی بر نمی‌خوریم که کسی نماز صبحش را نخوانده یا غیبت کرده یا دروغ گفته باشد و معصوم بگوید باید تعزیر شود. از این رو نمی‌توان از آن‌ها به‌گونه‌ای القاء خصوصیت کرد که همه گناهان را شامل شوند؛ بلکه از آن‌ها برداشت می‌شود که تنها در مواردی که موجب اختلال نظام و حق الناس می‌گردد و مجازاتش در قانون نیامده است، می‌توان تعزیر کرد.

ثانیاً، تفاوت نظر میان فقها درباره‌ی اباحه یا وجوب تعزیر اختلاف واقعی نیست؛ از این رو مراد آن گروه از فقها که می‌گویند «تعزیر بر قاضی واجب است»، آن است که قاضی باید در تعزیر، شرایط و ضوابطی همانند در نظر گرفتن مصلحت فرد، مصلحت جامعه و نحوه ارتکاب جرم را در نظر داشته باشد. همچنین آن‌ها که قائل به اباحه تعزیر هستند، مرادشان این است که همان‌طور که تعزیر بر عهده امام است، بر عهده قاضی یا حاکم هم هست؛ یعنی برای آن‌ها هم مشروعیت دارد.

استاد عبدی در ادامه بیان داشتند قابل جمع بودن وجوب یا جواز در تعابیر فقها را خلاف ظاهر می‌دانم و معتقدم قرینه‌ی قوی لازم دارد؛ اما اکنون از آن بحث نمی‌کنم. سخن در اینجا درباره‌ی ۵۰ روایت خاصی است که آقای امامی از آن‌ها القاء خصوصیت می‌کرد و البته می‌گفت که هر ترک واجبی را شامل نمی‌شود. اشکال من این است که این روایات درباره‌ی محرمات است، نه ترک واجب؛ و از طرف دیگر، ترک واجب حرام نیست تا بتوانیم از آن روایات، القاء خصوصیت کنیم. برای القاء خصوصیت لازم است هم کثرت مورد باشد، هم تنوع مثال‌ها و موارد. در اینجا کثرت هست، اما اختلاف نیست؛ لذا القاء خصوصیت صحیح نیست. چرا که در اصول ثابت کرده‌اند که «تَرَكَ الْوَاجِبِ لَيْسَ بِحَرَامٍ». حرام آن است که مولی از آن نهی کرده است. ما معصیتی به نام ترک واجب نداریم تا القاء خصوصیت از روایات تعزیر، آن را دربر بگیرد.

البته از میان روایات تعزیر دور روایت درباره‌ی ترک واجب است؛ یکی درباره‌ی کسی است که دین خود را پرداخت نمی‌کند؛ دیگری درباره‌ی کسی است که در ماه رمضان افطار کرده است. اما برای القاء خصوصیت نمی‌توان به این دو روایت استناد کرد؛ زیرا در روایت اول برای پرداخت نکردن دین، مجازات حبس تعیین شده است و می‌دانیم که حبس، تعزیر محسوب نمی‌شود. در روایت دوم

هم معلوم نیست مجازاتی که برای ترک روزه در ماه رمضان در نظر گرفته شده است، به علت ترک روزه باشد؛ ممکن است علت حکم، روزه خواری علنی در ماه رمضان باشد که عملی حرام محسوب می‌شود. بنابراین روایات تعزیر تنها محرمات را شامل می‌شوند، آن هم نه هر حرامی را. از طرفی چون در زمینه تعزیر ترک واجب، به جز همان روایت روزه، روایتی نداریم، در تعزیر باید به موارد منصوص اکتفا کنیم و در دیگر موارد، اصولی چون اصل عدم حجیت، اصل عدم وجوب، اصل عدم جواز را جاری کنیم و نباید بی جهت از ارتکازسازی‌های عقلایی استفاده کنیم.

در ادامه نمونه‌ای از روایات را بیان می‌کنم تا روشن تر شود که چرا نمی‌توانیم از روایات، القاء خصوصیت کنیم. شیخ طوسی از حسین ابی‌العلاء نقل کرده است: «ان رجلاً لقی رجلاً علی عهد امیرالمؤمنین علیه السلام فقال ان هذا افتری علی قال و ما قال لک قال انه احتلم بام الاخر قال ان فی العدل ان شئت جلدت ظله فان الحلم انما هو مثل الظل ولكن سنوجعه ضرباً وجیعاً حتی لا یوذی المسلمین فضربه ضرباً وجیعاً.» (طوسی، تهذیب ۱۰: ۸۰) شخصی نزد امام علی علیه‌السلام می‌آید و می‌گوید که کسی به من تهمت زده است که با مادر دیگری محتلم شده‌ام. امام می‌فرماید خواب مانند سایه است. بنابراین اگر بخواهی تنها می‌توانی سایه‌اش را شلاق بزنی؛ اما او را محکم می‌زنیم تا دیگر، مسلمانان را آزار ندهد. در این روایت، شخصی صرفاً به دیگری حرفی زده و به هیچ وجه در نظم عمومی اختلال ایجاد نکرده است. چگونه می‌توان از آن القاء خصوصیت کرد و گفت در جاهایی که نظم عمومی به هم می‌خورد، تعزیر لازم است؟ تعدی از این روایت، قرینه لازم دارد و قرینه‌ای وجود ندارد؛ مگر اینکه بخواهیم به وسیله آن، مجازات تعزیر را برای اصلی به نام «عدم ایذاء المسلمین» اثبات کنیم.

پرسش و پاسخ

پرسش: آیا با قواعد دیگر مانند «التعزیر للحاکم» می‌توان شبهه در صدق تعزیر را از بین برد؟ یعنی بگوییم تعیین مصادیق تعزیر، بر عهده خود حاکم است و هرگاه تشخیص دهد که عملی مصداق تعزیر است، می‌تواند تعزیر کند.

استاد عبدی: در شبهه مصداقیه نمی‌توان به عام تمسک کرد. وقتی هنوز احراز نکرده‌ایم که عملی مصداق تعزیر است، چگونه می‌توانیم حکم تعزیر را بر مرتکب آن جاری کنیم؟! «ثبت الارض ثم انقش!»

پرسش: دلیل عقل بررسی نشد. آیا از دلیل عقل می‌توان برای اثبات قاعده تعزیر استفاده کرد؟
استاد امامی: این دلیل همان اختلال نظام است که خود آن نیز امری تعبدی نیست و در روایات نیامده است؛ بلکه عقل به آن حکم کرده است. فقها از این دلیل سخن گفته‌اند. برای مثال آن‌جا که می‌گویند «عدم ایذاء المسلمین»، از دلیل عقل سخن می‌گویند. آیت‌الله صافی در این باره، مواردی مانند ایذاء المؤمنین، ایذاء الناس و اختلال نظام را بیان کرده است؛ البته او نمی‌گوید که هر عمل حرامی تعزیر دارد. همچنین باید دانست که منظور از دلیل عقل، عقل سکولار نیست؛ بلکه عقل متشرعه است. بنابراین مصداق اختلال نظام چیزی است که در «جامعه مسلمانان» اختلال نظام به شمار می‌رود. از این رو برای مثال ممکن است کسی روزه خواری علنی را مصداق به هم زدن نظم عمومی بداند.

پرسش: آیا در ماده ۶۳۸ قانون مجازات قدیم، قید علنی بودن جرم، به همین منظور آمده است؟
استاد امامی: بله؛ اما نباید بگوییم که اگر جرم علنی نبود، به هیچ وجهی تعزیر ندارد. اثبات شیء نفی ماعدانمی‌کند. چون بسیاری از جرم‌ها استحقاق تعزیر دارند، اما علنی صورت نمی‌گیرند. در این موارد قاضی باید هوشیار باشد و در تشخیص مصداق تعزیر، ملاک‌ها و اهداف آن و انضباط اجتماعی را در نظر بگیرد. باید توجه کرد که تعزیر یک مسئله کاملاً عقلایی است که با هدفی اجتماعی وضع شده است. تعزیر و به‌طور کلی قوانین جزایی برای برقراری نظم اجتماعی وضع شده‌اند و دلیل عقل به وضع این قانون‌ها حکم کرده است. قرار نیست به وسیله آن‌ها مردم همه واجبات دینی را انجام دهند و همه محرمات دینی را ترک کنند. شاهد این مطلب آن است که همان‌طور که گفتیم مثال‌های فقها در زمینه تعزیر از مسائل اجتماعی و عقلایی است، نه تعبدی.

پرسش: آیا در این‌گونه موارد نباید تعزیر را مضیق و قانون را به نفع متهم تفسیر کرد؟
استاد امامی: مواد قانونی مجمل نیستند تا بخواهیم آن‌ها را مضیق و به نفع متهم تفسیر کنیم. اصل ۱۶۷ کاملاً شفاف است و تفسیر مضیق و به نفع متهم، در خصوص موادی است که مجمل است و نیاز به تفسیر دارد. زمانی که ماده‌ای ظهور دارد، نمی‌توان از آن دست برداشت؛ چرا که این کار، با ضوابط و قوانین سازگار نیست.

رسائل

مجله علمی دانش پژوهان مرکز آموزش های تخصصی فقه

شماره هفت، تابستان ۱۳۹۵

صفحات ۱۲۷ تا ۱۳۶

محمد نیک روش*

Mohammad19941414@gmail.com

نشست علمی بررسی فقهی حکم تعدی در دفاع مشروع

نشست علمی «بررسی فقهی حکم تعدی در دفاع مشروع با حضور جناب آقای دکتر محسن برهانی، استادیار دانشگاه تهران و حجت الاسلام والمسلمین محمد حسین عبدی، از اساتید سطوح عالی حوزه علمیه قم و با اجرای حجت الاسلام طهماسبی، در مرکز آموزش های تخصصی فقه قم برگزار شد. گزارش زیر خلاصه ای از مباحث مطرح شده در این نشست است.

بیان مسئله

قانون گذار در ماده ۱۵۶ می گوید: «هرگاه مردی در مقام دفاع از نفس، عرض، ناموس، مال یا آزادی تن خود یا دیگری در برابر هرگونه تجاوز یا خطر فعلی یا قریب الوقوع با رعایت مراحل دفاع، مرتکب رفتاری شود که طبق قانون جرم محسوب می شود، در صورت اجتماع شرایط مجازات نمی شود.» در مسئله ۸ تحریر الوسیله نیز، این گونه آمده است: «لو تعدی عما هو الکافی فی الدفع بنظره و واقعاً فهو ضامن علی الاحوط»

موضع قانون گذار در قانون مجازات

دکتر برهانی در مقام طرح مسئله از دیدگاه قانون مجازات اسلامی بیان داشتند: قانون مجازات اسلامی در چند مورد به بحث دفاع مشروع اشاره کرده است. ماده اصلی دفاع مشروع ماده ۱۵۶

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

می باشد. در این ماده، قانون گذار درباره دفاع مشروع می گوید در صورت احراز شرایط چهارگانه ای که در ذیل این ماده آمده است، مجازات به طور کلی مرتفع می شود. پس قانون گذار از کلمه شرایط برای عدم مجازات شخص مدافع استفاده می کند.

همچنین قانون گذار در بند «ت» ماده ۳۰۲ یکی از موارد انتفاء قصاص و دیه را در مورد متجاوز و کسی که تجاوز او قریب الوقوع است، مطرح می کند. البته در تبصره دوم ماده ۳۰۲ چنین آمده است که در مورد بند «ت» چنانچه نفس دفاع صدق کند ولی از مراتب آن تجاوز شود، در این صورت قصاص نمی شود و تنها موظف به پرداخت دیه خواهد بود.

ماده ۳۸۰ سومین موردی است که قانون گذار به آن اشاره کرده است. این ماده می گوید اگر شخصی برای دفاع و رهایی از اکراه، با رعایت شرایط مقرر در دفاع مشروع، مرتکب قتل اکراه کننده شود یا آسیبی به او وارد کند، قصاص، دیه و تعزیر ندارد.

علل تعدی شخص از شرایط و مراتب در مقام دفاع

حال سخن در اینجاست که شخصی مدافع است ولی از حدود آن تعدی می کند. یعنی در واقع ما با دو امر مواجه هستیم:

۱. شرایط دفاع که در ذیل ماده ۱۵۶ تحلیل می شود.

۲. مراتب دفاع که در خود ماده ۱۵۶ بیان می شود.

بر اساس مباحث فقهی، مدافع در مقام دفاع باید مطابق قاعده کلی الاسهل فالاسهل، مراتب دفاع را رعایت کند. این اصل را (اصل تدرج در دفاع) اکثر فقیهان پذیرفته اند.

پس در واقع ما در قانون مان با دو امر مواجه هستیم:

۱. شخصی که مراتب و شرایط را رعایت نکند

۲. و در عین حال به دیگری صدمه بزند.

جایگاه تناسب در دفاع مشروع

نکته دیگری که نیاز به توجه دارد، بحث «تناسب» است. یعنی آیا رعایت نکردن تناسب توسط شخص مدافع در مقابل مهاجم، در این بحث مدخلیتی دارد یا خیر؟ به عبارت دیگر، ارزشی که

مدافع به دنبال حفظ آن است با آن ارزشی که شخص مهاجم می‌خواهد از بین ببرد، باید تناسب داشته باشد یا خیر؟ قانون‌گذار به تبع سکوت کتب فقهی نسبت به موضوع تناسب میان حمله و دفاع ساکت بوده، سکوتش از نوع بیانی است؛ یعنی در قانون مجازات جدید ۱۳۹۲/۲/۱ صریحاً مواد ۶۲۵ تا ۶۲۹ را نسخ کرده، کلمه تناسب را از کل قانون مجازات در بحث دفاع مشروع حذف نموده است.

مراحل تفسیر حقوق کیفری در صورت وجود اجمال یا ابهام

مرحله ۱: احراز نظر قانون‌گذار است (چه به نفع متهم باشد، چه به ضرر متهم؛ چه به نفع اکثریت باشد، چه به ضرر اکثریت).

مرحله ۲: در صورتی که نظر قانون‌گذار احراز نشود، سراغ اصل تفسیر مضیق قوانین کیفری می‌رویم؛ یعنی هرگاه شک کردیم که رفتاری مضمول قاعده کیفری می‌شود یا نه، اصل بر این است که نمی‌شود و براساس عقیده‌ی ما، همه‌ی این موارد به اصل براءت باز می‌گردد.

مرحله ۳: در صورتی که در مرحله اول و دوم کارایی نداشته باشد، به سراغ تفسیر به نفع متهم می‌رویم. یعنی چنانچه علت معافیتی در قانون وجود داشت و شک کردیم که آیا این علت معافیت رفتار الف را در بر می‌گیرد یا نه؟ می‌گوییم در بر می‌گیرد و این شخص معاف می‌شود.

طرف دیگر بحث این است که آیا دفاع مشروع، امری خلاف اصل است یا منطبق بر اصل؟ اگر دفاع مشروع امری خلاف اصل بود، آن را به صورت استثنایی تفسیر می‌کردیم؛ یعنی تا آن جا که ممکن است، قلمروی آن را محدود فرض کنیم.

بنابراین در این مسئله، با دو سؤال مواجه هستیم:

اولاً، با مدافعی مواجه هستیم که یا شرایط دفاع را رعایت نکرده است و یا مراتب دفاع را. حال این

شخص را ضامن بدانیم یا خیر؟

ثانیاً، در صورت ضمان، ضمان به قصاص است یا ضمان به دیه؟

در پاسخ باید گفت، علی‌القاعده قانون در این زمینه سکوت نموده و دفاع را منوط به رعایت شرایط و مراتب کرده است؛ یعنی اگر شرایط و مراتب نبود، موضوع دفاع منتفی است و از این رو

دفاعی هم نخواهد بود. از طرف دیگر، دفاع مشروع امری استثنایی است که براساس قواعد، اعمال مجازات آن در اختیار حکومت است. در نتیجه شخص به طور کامل ضامن است.

جایگاه دفاع مشروع در کتب روایی

حجت الاسلام والمسلمین عبدی: روایتی از وسائل الشیعه (ج ۲۹: ۳۵) می فرماید: «محمد بن یعقوب عن علی بن ابراهیم عن ابیه عن ابن ابی عمیر و صفوان و عن ابی علی الاشعری عن محمد بن عبد الجبار عن صفوان جمیعاً عن عبد الرحمن بن الحجاج قال: قال لی ابو عبدالله علیه السلام یخالف یحیی بن سعید قضاتکم قلت نعم. قال هات شیئاً ممّا اختلفوا فیه. قلت اقتتل غلامان فی الرحبة فعض احدهما صاحبه فعمد المعضوض الی حجر. فضرب به راس صاحبه الذی عضه. فشجه فکفر فمات. فرفع ذلک الی یحیی بن سعید فاقاده. فعظم ذلک علی ابن ابی لیلی و ابن شبرمة. و کثر فقه الکلام و قالوا. انما هذا الخطا فوداه عیسی بن علی من ماله. قال فقال إن من عندنا لیقیدون بالوکزة. و انما الخطأ ان یرید الشیء فیصیب غیره».

ظاهراً معضوض برای دفاع از خویش، این عمل را انجام داده است. یحیی بن سعید حکم به قصاص می دهد. بین ابن لیلی و ابن شربه (که از قضات بودند) اختلاف ایجاد می شود. بحث به اینجا می رسد که این شخص از خودش دفاع کرده است. این دو می گویند که قتل وی خطایی است؛ ولی عیسی بن علی می گوید که مرادش از خطا، نه خطای محض، بلکه قتل شبه عمد است. سؤال: چرا یحیی بن سعید در مسئله دفاع مشروع حکم به قصاص و عیسی بن علی حکم به دیه داده اند؟ آنچه بر حسب ظاهر به نظر می آید، این است که شخص از خودش دفاع کرده است؛ بنابراین نباید قصاص شود. ولی از طرفی احتمال تعدی هم می رود؛ زیرا امام علیه السلام قصاص را تأیید می کند و از طرف دیگر هم، مبنایی به نام تناسب مطرح می شود که شخص معضوض آن را رعایت نکرده است.

بررسی مسئله تعدی در دفاع مشروع از کتاب تحریر الوسیله

در ادامه استاد عبدی بیاناتی به شرح ذیل داشتند. حضرت امام رحمه الله در کتاب الدفاع به این فرع اشاره کرده اند زیرا ایشان در تحریر، کتاب الجهاد ندارد و این هم براساس مبنایشان است که جهاد ابتدایی را مشروع نمی دانند.

حضرت امام رحمه الله در مسئله ۸ می فرمایند: «لو تعدی عما هو الکافی فی الدفع بنظره و واقعا فهو ضامن علی الاحوط.» (تحریر الوسیله ۱: ۴۴۸) فاعل این فعل کیست؟ فهم این سؤال برای کشف حکم مسئله بسیار اساسی است. با توجه به مسائل اول تا هفتم، آنچه از فتوا برمی آید و موضوع قرار گرفته، مهاجم است؛ یعنی مراد از مهاجم در کلام امام رحمه الله هم شامل لص می شود، هم محارب و هم مهاجم بالمعنی الاخص.

در ادله، این حکم نوعاً برای محارب و لص بیان شده است؛ یعنی در مورد محارب و لص اجازة دفاع داده شده است. لذا در صورت وجود اطلاق در بحث حاضر، شاید نتوان چنین اطلاقی را در مورد هر مهاجمی پذیرفت.

اگر موضوع، محارب و لص باشد، ظاهراً صرف تلبس به مبدأ، برای بقاء کافی است. به عبارت دیگر همین که کسی برای دزدی اقدام کند، به او دزد گفته می شود. محارب نیز همین طور است؛ یعنی با «تشهیر سیف» عنوان محارب بر آن صدق می کند. اما مهاجم اینگونه نیست، بلکه مهاجم جنبه فعلی دارد و تنها زمانی که در حال حمله کردن است، به او مهاجم گفته می شود؛ ولی در حالی که برمی گردد، دیگر عنوان مهاجم بر او صدق نمی کند. در واقع با تبدیل موضوع به صورت محسوس روبه رو هستیم. پس تبدیل موضوع در مهاجم داریم؛ ولی در لص و محارب اینگونه نیست.

بررسی قید علی الاحوط بر اساس منطق تطبیقات حقوقی

دکتر برهانی: برداشت بنده از آخرین عبارتی^۱ که مرحوم امام رحمه الله در تحریر آورده اند این است که ایشان ضمان را بیان کرده و سپس قید «علی الاحوط» را اضافه کرده اند. حال این قید علی الاحوط را به کدام جهت سوق دهیم؟ یعنی احوط این است که ضمان متعلق به قصاص است یا متعلق به دیه؟ اگر در مسئله دفاع مشروع بخواهیم با منطق تطبیق حقوقی پیش برویم، در صورت وجود نداشتن شرایط، اینگونه حکم می دهیم:

اگر مدافع از شرایط و مراتب عدول کرده بود، اساساً نام مدافع بروی اطلاق نمی شود. یعنی این شخص متعدی است و قصاص می شود؛ مگر اینکه بگوییم وی در موقعیت خاصی در مقام دفاع بوده و از این رو در حکم مدافع است. به عبارتی، این شخص مثل کسی

۱. فهو ضامن علی الاحوط.

نیست که ابتدایه ساکن قصد قتل داشته باشد؛ بلکه احتمال دارد که هُل شده باشد و قوه‌ی تمرکزش را از دست داده باشد. بنابراین از آن روکه چنین احتمالی می‌رود، آیا می‌توان با این فرد مانند کسی برخورد کرد که ابتدایه ساکن اسلحه می‌خرد تا آدم بکشد یا خیر؟ بنابراین احتیاط در این است که نباید این دو شخص را مانند یکدیگر سنجید و علی‌الاحوط ما را به سمت ضمان به دیه سوق می‌دهد.

روش رفع تعارض در صورت سکوت قانون

دکتر برهانی: وقتی قانون ساکت است، منطق قانونی این است که: یا قانون را مبتلا به اجمال کنیم یا واقعاً دارای اجمال باشد. در این صورت طبق اصل ۱۶۷ قانون اساسی به منابع معتبر فقهی رجوع می‌کنیم. در این مرحله، این سؤال پیش می‌آید که باید به کدام فقه مراجعه کرد؟ در پاسخ به این سؤال در عمل با دو رویکرد مواجه هستیم:

۱. برخی از قضات که به طور کلی به فقه مراجعه نمی‌کنند.

۲. برخی از قضات که قصد مراجعه دارند، به تحریر الوسیله مراجعه می‌کنند.

در اینجا سؤال دیگری نیز طرح می‌شود که اگر مجرم، مقلد مرجع دیگری باشد، چگونه می‌توان او را بر اساس فتوای مرجعی که از او تقلید نمی‌کند، محاکمه و مجازات نمود؟ پس در صورت اجمال برای رفع تعارض باید به کدام فتوی مراجعه کرد؟ اگر در مسئله‌ای نظرات یکسان بود، مشکلی وجود ندارد. اما اگر مقلد شخص مشخصی بود، به وی رجوع می‌کنیم؛ در غیر این صورت باید به فتوایی مراجعه کرد که منجر به عدم قصاص و ضمان دیه شود. نتیجه کلام این است که:

۱. در گام اول به قانون مراجعه می‌شود. به نظر ما هم قانون روشن است. قانون می‌گوید این امر

استثنایی است و در امر استثنایی، حکم به قصاص فهمیده می‌شود.

۲. در گام دوم ما به عنوان مقام قضایی می‌گوییم قانون دارای اجمال و ابهام است. پس به

اصل ۱۶۷ رجوع کرده، در نهایت به فتوای معتبر تمسک می‌شود. البته این مبنای بنده است و شاید سایر استادان آن را نپذیرند. گام دوم نیز دارای دو مرحله است:

۱.۲. نظر مرجع تقلید مرتکب، اجرامی شود.

۲.۲. در صورتی که مرتکب، مرجع تقلید نداشت، باید مقام قضایی جانب احتیاط را برگزیند.

حجت الاسلام والمسلمین عبدی: سه نکته اساسی در فرمایشات دکتر برهانی بود:

راه حل علاج ابهام قانونی

نکته اول آن است که در علاج این ابهام قانونی چه باید کرد؟ اگر مسئله اتفاقی است، مشکلی نیست. اما اگر اختلاف است به فتوای اضیق مراجعه شود یا فتوای مقلد یا نظر قاضی؟ این خود معرکه بحث است.

رابطه قصاص و دیه

اما نکته دیگر اینکه، به نظر می‌رسد دکتر برهانی در تفسیر قانونی، از قواعد تفسیر متن بیرون رفته‌اند. به عبارت دیگر به یک کلی رسیده‌اند و این کلی را در یک فرد متیقن گرفته‌اند. به عقیده‌ی ایشان در واقع با مجرمی مواجه هستیم که باید مجازات شود و در مورد نوع مجازات از جهت قصاص یا دیه شک داریم. در این میان قدر متیقن دیه است. معنای این سخن این است که مایک کلی طبیعی داریم که مردد شده است بین قصاص و دیه. از طرف دیگر رابطه قصاص و دیه هم باید عام و خاص مطلق باشد و ما متیقن - یعنی خاص - را انتخاب می‌کنیم. این در حالی است که باید بررسی شود آیا قصاص و دیه، عام و خاص هستند یا متباینین؟ ظاهراً دیه و قصاص دو فرد متباینین هستند و اگر متباینین شدند، دیگر متیقنی وجود ندارد، بلکه یک جنایت است با تعارض دو طرف آن و در واقع علم اجمالی پیدا می‌شود.

مناقشه در قید علی الاحوط

نکته سوم اینکه تلقی بنده این است آقای دکتر برهانی، علی الاحوط را به یک مناقشه صغروی زده‌اند. در واقع تصویر امام بدین شکل است که در صورتی که فردی وارد میدان شود، این فرد در مقام دفاع به چه میزان می‌تواند بر خود و تناسب فعلش مسلط باشد؟ رعایت تناسب و الاسهل فالاسهل که دشوار است و تدارک آن در آنات هیجانیه امکان ندارد. درست است این عمل فی نفسه مشکل است، ولی در حقیقت ایشان یک استثنای منقطع درست کرده، از فرض مسئله خارج شده‌اند.

بحث ما در این نیست که نمی دانیم تعدی شده است یا خیر؟ امام می فرماید «لو تعدی»، در این صورت تعدی رخ داده است. یعنی صغری محفوظ است و لذا نمی توان علی الاحوط را تفسیر این دانست که شبهه مفهومی داریم. در واقع در این مسئله با شبهه حکمیة روبه رو هستیم.

تاریخچه فقهی مسئله تعدی در دفاع مشروع

بعد از اینکه بیان کردیم امام بین لص، مهاجم و محارب فرق نگذاشته اند، می خواهیم تاریخچه ای این فرع را بیان کنیم. در بحث حدود کتاب روضه عبارتی وجود دارد که می تواند قرینه منفصله ای برای تفسیر فرمایش امام باشد. مسئله تعدی در دفاع آنچنان ریشه دار نیست. ریشه مسئله به یک فرع مصداقی در مورد سرقت بازمی گردد. این فرع، در مورد دزدی است که اقدام به سرقت کرده و مقبلاً دستش و مدبراً پایش قطع شده است. این مصداق آرام آرام الغای خصوصیت شده و به مسئله مهاجم و مسئله دفاع نفس تبدیل شده است. البته شاید فضای حقوقی معاصر نیز در رشد مسئله دفاع مشروع مؤثر بوده باشد؛ چرا که در گذشته این مسئله خیلی مطرح نبوده است. از میان معاصرین آسید عبدالاعلی هم این مسئله را مطرح کرده اند و از عبارتی شبیه عبارت امام - البته بدون علی الاحوط - استفاده کرده اند. مسئله رادر کتاب شرح لمعه که مشابه عبارات دروس شهید است، بررسی می کنیم: «ولو كف كف عنه، فإن عاد عاد، فلو قطع يده مقبلاً ورجله مدبراً ضمن الرجل. فإن سرتا ضمن النصف قصاصاً، أو دية ولو أقبل بعد ذلك فقطع عضواً ثالثاً رجع الضمان إلى الثلث.» (الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية (المحشى - كلاتر)، ۹: ۳۵۰)^۱

در عبارات فقها ضمانت ديه وجود دارد؛ ولی ضمانت قصاص نداریم. در این صورت تعبیر «ضامن» بدین معناست که می توان ضامن قصاص یا ديه باشد. در واقع ضامن قصاص به معنای ضامن جنایت و تعدی است.

در ادامه از تعبیر ضمن الرجل استفاده شده است ولی نوع ضمان به صورت ديه و قصاص مشخص نشده است. اگر دست را بریدیم، سپس در حال برگشت پای او را نیز قطع کردیم، اگر این دو عمل با یکدیگر سرایت کرد، شهید می فرماید ضامن نصف - «قصاصاً أو دية» - است. مسئله این است که این حرف عطف «أو» به چه معناست؟ برخی از محشین مانند مرحوم آشیخ احمد

۱. و لو كَفَّ كَفَّ عَنْهُ، فَإِنْ عَادَ عَلَيْهِ، فَلَوْ قَطَعَ يَدَهُ مَقْبَلًا ثُمَّ رَجَلَهُ مَدْبَرًا ضَمَّنَ الرَّجُلَ، فَإِنْ سَرَّتَا ضَمَّنَ النِّصْفَ قِصَاصًا أَوْ دِيَّةً، وَ لَوْ أَقْبَلَ بَعْدَ ذَلِكَ فَقَطَعَ عَضْوًا ثَالِثًا ضَمَّنَ الثَّلَاثَ، بِخِلَافِ مَا إِذَا قَطَعَ يَدَهُ مَقْبَلًا ثُمَّ رَجَلَهُ، فَإِنَّهُ يَضْمَنُ النِّصْفَ لِتَوَالِي الْجُرْحَيْنِ. (الدروس الشرعية في فقه الإمامية، ۲: ۵۹).

دشتی این عبارت را این گونه تفسیر می کنند: قصاصا بدین معناست که اگر قصاص کرد و دیه بدین معناست که راضی به دیه به عنوان بدل قصاص شود. اشکال این تفسیر این است که بدل را با «أو» عطف نمی کنند، چرا که با تحقق ضمان، طبق قاعده دیه هم وجود خواهد داشت.

تفسیر دیگر این است که «أو»، ابهام شهید ثانی باشد. یعنی شهید ثانی می فرماید این شخص ضامن است ولی نمی دانیم به چه چیز. آیا به قصاص و یا به دیه؟ یعنی همین شبهه ای که در مورد فرمایش امام رحمه الله مطرح شده، نسبت به عبارت شهید ثانی هم وارد است. اما ظاهراً حق در مسئله این است که این «أو» به دو مبنا یعنی مبنای مشهور و مبنای شیخ طوسی اشاره دارد. شیخ طوسی در کتاب مبسوط می فرماید: «فأما إن ضربه فقطع يده و هو مقبل إليه فسرى القطع إلى نفسه، فإن ذلك هدر لأنها سراية عن مباح. فإن قصده فضربه دفعا فقطع يده فولى المقطوع فضربه ضربة أخرى و هو مولى فقطع يده الأخرى فالأولة هدر، والثانية مضمونة، فإن اندملت كان له الخيار بين أن يقتص في اليد أو يعفو يأخذ نصف الدية، وإن سرت إلى النفس فلا قصاص في النفس، لكن يجب القصاص في اليد أو نصف دية النفس.» (المبسوط ۸: ۷۶)

شیخ طوسی قصاص نفس را قبول ندارند. با توجه به این گزارش تاریخی، امام رحمه الله می خواهند با تعبیر «الأحوط» به اختلاف بین مشهور و شیخ طوسی اشاره کنند. مشهور معتقدند باید مراتب الاسهل فالاسهل نسبت به مهاجم رعایت شود و اگر کسی الاسهل فالاسهل رعایت نکرد، طبق عموماً، دیگر عنوان مدافع بر او صادق نیست و در این صورت باید قصاص شود. اما از طرف دیگر نصف این عمل مضمون و نصف آن غیر مضمون بوده است؛ یعنی در یک درگیری و دفاع، نصف آن به عنوان مدافع وارد معرکه درگیری شده و نصف دیگر آن مرتکب تعدی شده است. در این صورت اطلاعات ادله عدم قصاص مدافع در مقابل محارب و لص، ممکن است بتواند مخصص عموماً قصاص بشوند. امام رحمه الله از یک طرف با مشهور و عموماً روبه رو هستند و از طرف دیگر با این مواجه شده اند که خون محارب، لص و مهاجم، مطلقاً هدر است؛ یعنی چه مراتب الاسهل فالاسهل رعایت شده باشد، چه رعایت نشده باشد. امام رحمه الله یا باید مخصص را اخذ کنند و معنای آن این است که ضمان به قصاص وجود ندارد و یا این که جهت مقابل را قبول کنند که ضمان به

قصاص وجود دارد. ایشان در نهایت عمومات را حاکم می‌کنند و احوط را وجوب ضمان می‌دانند. با توجه به ریشه‌ی تاریخی که بیان شد مراد از این ضمان، ضمان به قصاص است، نه قصاص به دیه. اما ممکن است اشکال شود که چرا تعبیر ضمان به قصاص استفاده نشده است. پاسخ خواهیم داد که این عمل، علتی دارد و آن اینکه موارد متفاوت است. از این رو فقیه نمی‌تواند از تعبیر قصاص استفاده کند. چرا که هر حکمی تابع موضوع خود است. در بحث از دفاع، ممکن است فرد تعدی از دفاع کرده باشد، ولی در عین حال موضوع قصاص هم نبوده باشد. زیرا ممکن است در زمان تعدی به اعتبار این که مهدور الدم است، ضربه زده باشد. پس به نظر می‌رسد اگر بخواهیم طبق قواعد سخن بگوییم ضمان در این مسئله قطعاً قصاص است، اما امام رحمه الله به صورت کلی با عنوان ضمان بیان کرده‌اند. در چنین حالتی مورد این کلی را باید قاضی تشخیص دهد که آیا در پرونده شرایط قتل عمد وجود داشته است یا خیر؟

ممکن است اشکال شود احتیاط در مسئله آن است که امام رحمه الله بفرمایند احتیاط در این است که قصاص نباشد؛ چرا که قصاص مؤونه بیشتری می‌برد. جواب این است که نگاه ما به قصاص و دیه اقل و اکثری نیست. این دو، دو مجازات هم عرض هستند. ادله مشهور هم نسبت به تعدی و جنایت تام بوده و عمومات شامل این مصادیق هم می‌شود. هر کس جنایت کند، قصاص خواهد شد، در مثال حاضر نیز با فرض تعدی، موضوع مدافع عوض شده و در عنوان مهاجم داخل شده است. نتیجه آنکه «فهو ضامن علی الاحوط»، به معنای قصاص بر اساس قواعد است.

مهدي ارجمند الشيخ احمد

Fagatkhoda313@gmail.com

الملخصات

حق التحرى والتحقيق لقوة الشرطة في الاعمال المنافية للعفة من وجهة نظر الفقه الامامية

المحقق: حامد البارسا^١

التعامل مع الاعمال المنافية للعفة والمنع عن وقوعها من اهم وظائف الحكومة الإسلامية. هذا واضح؛ لكن الجدير بالبحث هنا هو التحقيق عن نطاق الاجرائات السائغة للحكومة. و من جملة هذه الاجرائات التفحص عن هذه الجرائم و حدودها. فالقاعدة الاولى وفقاً لمادة ١٠٢ من قانون المحاكمات الجزائية، عدم جواز التحرى والسماح بالتحقيق، الا في بعض الصور والحالات الخاصة. كما ان معظم الفقهاء عليها إلا في بعض الحالات، مثل الأفعال المنظمة المنافية للعفة، لا يجوز التعدى لخصوصية الأفراد. ومع ذلك، هناك خلاف بين الفقهاء في بعض الافتراضات مثل التحرى و التحقيق في الأماكن العامة. وهذه الدراسة بصدد التحقيق عن ماهية التحرى واقسامه و بيان مباني اقوال الفقهاء حول حكمه.

المفردات الرئيسية: حق التحرى و التحقيق، الاعمال المنافية للعفة، خصوصية الافراد، حكم التحرى، التحقيق.

١. من طلاب المستوى الثالث في الحوزة العلمية بقم المقدسة و المركز التخصصي لدراسة الفقه.

كيفية تنفيذ السوط من وجهة نظر الفقه الامامية

المحقق: سقراط الكليني^١

السوط من العقوبات المحددة في الفقه ويشمل موارد كثيرة من الحدود والتعزيرات والتاديبات. وحيث ان القانون سكت عن بيان ما يتعلق بجنس السوط والعامل و كيفية تنفيذ السوط، يُلزم المنفذون باخذ الآراء الفقهية. هذه المباحث والفروع طرحت في الفقه في ضمن المباحث المتفرقة وفي الاستفتاءات في كلام فقهاء الامامية وفي جنس السوط هناك رأيان: وجوب كونه من الجلود و عدم الفرق بين الجلد وغيره بشرط أنه ليس بحاد. وهناك ايضا تفصيل مذكور في باب الزنا في عامل الجلد، بين ما إذا ثبت الزنا بشهادة الشهود، فهم الذين يقيمون الحد المذكور وإلّا قام به الحاكم. وفي كيفية الجلد. التي محل ذكر كثير من القضايا الفقهية المرتبطة للسوط. تفاصيل كثيرة في الحدود والتعزير والتاديب. إن تغطية الجاني أو الجلوس أو الوقوف و شدة الضربة وتوزيعها على الجسم من خصوصيات وقع الخلاف فيها بين الفقهاء. وفي هذه الدراسة يبيّن ويصنّف آراء الفقهاء حول هذا الموضوع.

المفردات الرئيسية: السوط، جنس السوط، منفذ السوط، اجراء الاحكام، تغطية الجاني.

الشرائط والحكم للدفاع الشرعي في الفقه وقانون العقوبات الاسلاميه

المحقق: رضا العسكري^٢

الدفاع الشرعي هو أحد موانع القصاص والدية في فتوى الفقهاء وايضا في المادة ١٥٦ من قانون العقوبات الإسلامية لعام ١٣٩٢. وقد ذكر الفقهاء، سبعة شروط لاجراز الدفاع الشرعي. بعضها وضعي وبعضها تكليفي كظن السلامة. وبعض الشروط الوضعي بعدد ركناً مثل عدم امكان الهرب و بعض الشروط الاخر ليس بركن مثل لزوم التقيد لرعاية المراتب. واعتبر المقنن هذه الشروط تسعة في بعض المواد من قانون العقوبات الاسلاميه وقانون المسؤولية المدنية.

والدفاع نظراً الى متعلقه و احوال المدافع قد يكون واجبا او مباحا و الحكم الوضعي هو ضمان المهاجم و عدم ضمان المدافع. و حكم الضمان قد يتغير كلياً او جزئياً نظراً الى عدم رعاية بعض

١. من طلاب المستوى الثالث في الحوزة العلمية بقم المقدسة و المركز التخصصي لدراسة الفقه.

٢. من طلاب المستوى الثالث في الحوزة العلمية بقم المقدسة و المركز التخصصي لدراسة الفقه.

الشروط. ولهذا قد يتفق منازعة بين المهاجم والمدافع بالنسبة الى تحقق شرائط الدفاع المشروع و عدمه. و طبقا للقاعدة الاولى يكون اثبات جواز الدفاع و ثبوت شرائطه على عهدة المدعى الذى هو المدافع. و في حالة احراز الدفاع وعدم احراز شرائطه جعل المشرع اثبات عدم رعاية الشرائط على عهدة المهاجم، لا المدافع. وهذا غير صحيح نظرا الى ضابطة تشخيص المدعى عن المنكر.

المفردات الرئيسية: الدفاع الشرعى، التعدى، التناسب للدفاع، شرايط الدفاع، ضمان المدافع، خلاف فى الدفاع.

اتصال عضو الجانى و المجنى عليه فى القصاص (انتقادا للمادتين ٤٤٥ و ٤٤٦ من قانون العقوبات الاسلاميه لعام ١٣٩٢)

المحقق: رضا الستوده^١

انّ لاتصال عضو الجانى و المجنى عليه فى القصاص فروضا كثيرة تعرض لها الفقهاء نقضاً و ابراماً. و المشرع فى المادتين ٤٤٥ و ٤٤٦ من قانون العقوبات الاسلاميه الحديثة فرضت تغييراته قياسا لقانون العقوبات الاسلاميه السابقة. اطلاق المادة ٤٤٥ من قانون العقوبات الاسلاميه يقتضى جواز اتصال العضو بعد القصاص مطلقا و فى المادة ٤٤٦ لم يعتبر اتصال عضو المجنى عليه قبل القصاص من موانع استيفاء القصاص و كلاهما فى الفقه محل الخلاف بين فقهاء الامامية. فالقائلون بعدم جواز اتصال العضو والقائلون بسقوط حق القصاص مع اتصال عضو المجنى عليه قبل القصاص، يستدلون برواية اسحاق بن عمار و الآية الشريفة رقم ٤٦ من سورة المائدة و اعتبروا دوام الابانة شرطا فى القصاص. و لكنّ القائلون بجواز استيفاء القصاص مع فرض اتصال العضو ذهبوا الى ضعف الرواية المذكورة و عدوا قطع العضو علة لثبوت القصاص و لا يرون وجهها لانتفاء سقوط حق القصاص.

فى هذه الدراسة - مضافا الى تبين الحكم التكليفى لاتصال العضو الذى فرض المشرع على جوازه فى قانون العقوبات الاسلاميه لعام ١٣٩٢ - نطرح و نبين ادلة الاقوال فى المسألة مع نقدها و اختيار القول الصواب و هو عدم جواز اتصال العضو بعد القصاص و منع اتصال العضو قبل استيفاء القصاص عنه.

المفردات الرئيسية: اتصال العضو، المادتين ٤٤٥ و ٤٤٦ من قانون العقوبات الاسلاميه الحديثة، الأبانة على الدوام، مانع القصاص.

١. من طلاب المستوى الثانى فى الحوزة العلمية بقم المقدسة و المركز التخصصى لدراسة الفقه.

حجية علم القاضي في الجرائم الحديه المنافية للعفة من وجهة نظر فقهاء الامامية

المحقق: محمدرضا الحسينى النجاد^١

إن «علم القاضي» في قانون العقوبات الجديد، خلافاً للقانون السابق، هي من الأدلة المثبتة للجريمة في المسائل الجنائية. ولكن مع هذا لتنقيح اعتبار علم القاضي في الحدود في الجرائم المنافية للعفة اهمية كثيرة بسبب عدم صراحة القانون في بعض المواد ووجود الاختلافات الفقهية. ان النسبة بين علم القاضي ومدلول الادلة الخاصة المثبتة لهذه الجرائم أربعة ففي فرض معارضة علم القاضي للدليل الخاص، قدم علم القاضي على ذلك الدليل الخاص عند بعض الفقهاء. وفي فرض عدم قيام الادلة الخاصة التي تُعين لاثبات هذه الجرائم مع علم القاضي او مع كون الدليل الخاص أقل من النصاب الشرعى ولم يستند علم القاضي بها وجهان بين الفقهاء: فبعضهم قائلون بعدم حجية علم القاضي في الحدود وبعض الآخر يعتبرون حجية علم القاضي في الحدود وغيره مطلقا. مع مسح و فحص يعتبر الادلة الخاصة مخصصةً للادلة الثانية. وفي النهاية لو كان علم القاضي مستندا بالدليل الخاص الذى اقل من النصاب الشرعى في هذا الفرض، عدد من الفقهاء المعاصرين يعتقدون بعدم حجية علم القاضي وفي المقابل الفقهاء الذين يعتقدون بحجية علم القاضي مطلقا يعتبر ضد هذا الرأى. مع انتقاد و مسح ادلة القولين، يرجح في الآخر عدم حجية علم القاضي.

المفردات الرئيسية: ادلة الاثبات، علم القاضي، الجرائم الحدية، الاعمال المنافية للعفة، تعارض ادلة الاثبات.

١. من طلاب المستوى الثانى فى الحوزة العلمية بقم المقدسة و المركز التخصصى لدراسة الفقه.

