

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

ما باید به فقه عمق ببخشیم. از سطحی نگری در فقه بایستی پرهیز بشود. امروز فقه ما باید از فقه زمان
شیخ و شاگردان شیخ و شاگردان شاگردان شیخ - که بزرگان دوره ی ماقبل ما هستند - عمیق تر باشد. در
مسائل، ما به هیچ وجه نباید سطحی فکر کنیم. باید به فقه پیچیدگی و عمق ببخشیم. این، یک بعد از
ابعاد پیشرفت فقاقت است. (بیانات مقام معظم رهبری در آغاز درس خارج فقه، ۳۱/۶/۱۳۷۰)



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



مجله علمی دانش پژوهان مرکز آموزش‌های تخصصی فقه
شماره هشتم - پاییز 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: یعقوب مددی

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: ۱۰۰۰۰ 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 / سیره علمی عالمان حوزه...نگاره اول

مقالات

- ۱۳ قلمرو نفوذ شرط در عفو از قصاص در فقه امامیه / محمد طاهر آسا
- ۴۵ معاونت در قتل با اعتقادیه مهدورالدم بودن مقتول / حسن حکم آبادی
- ۶۷ تحلیل فقهی ماده ۱۰۲ آیین دادرسی کیفری با تاکید بر مفهوم و مصادیق شاکی خصوصی / محمد مهدی شعیب
- ۸۹ تعریف اهل کتاب و روش تحلیف آنان از منظر فقه امامیه و قانون مجازات اسلامی / عباس مهاجرانی
- ۱۲۳ بازشناسی تمایز «رشوه» و «هدیه» و تحلیل سه مصداق غامض «رشوه» / علی سلطان محمدی
- اطلاع رسانی علمی
- ۱۴۱ نشست علمی «بررسی حق تجسس نیروی انتظامی در اعمال منافی عفت» / حامد پارسا
- ۱۴۹ نشست علمی «بررسی فقهی شرط تنصیف اموال و تأثیر آن در اجرت المثل زوجه» / حسین اکبری
- ۱۵۷ 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.

سیره علمی عالمان حوزه - نگاره اول

صاحب مفتاح الکرامه به طلبه‌ها چه نصیحتی کرده است؟

«در حالی مشغول تألیف هستم که وهابی‌ها به عتبات حمله می‌کنند و مضافاً اینکه در حال مریضی و ضعف جسم می‌باشم و فرزندم نیز بیماری دارد. پس شما را سفارش می‌کنم که در هر حال، در تحصیل علم تلاش و جدیت کنید.»^۱

مرحوم سید جواد عاملی، فقیه قرن سیزده هجری قمری، در اواخر عمر مبارک خود نیز مشغول نگارش کتاب مفتاح الکرامه بود، او در واپسین لحظات عمر خود به طلاب جوان حوزه چنین وصیت کرده است؛ خداوند متعال او را رحمت کند.

ترسیم سیره علمی مفاخر حوزه‌های علمیه، یکی از موثرترین عوامل تلاش پرنشاط طلاب جوان است. سخت‌کوشی و پشتکار این مفاخر علمی، آنان را در دانش اندوزی امید می‌بخشد و دلگرم می‌کند. آشنایی با دقائق زندگی این بزرگان و تأمل در ظرایف آثار آنان، باعث افتخار طلاب به این تراث و جدّ و جهد در استخلاف آنان خواهد شد. طلاب با شناخت و انس با سیره و آثار علمی پدران معنوی خود، احساس می‌کنند به یک هویت علمی تعلق دارند؛ هویتی فخیم و باارزش و با نظراتی پرمحتوا در زمینه دانش‌ها و دانشوران؛ از این رو تمام کوشش خود را برای رسیدن به چنین قله‌های رفیعی، مبدول خواهند داشت. یکی از مفاخر علمی حوزه‌های علمیه، مرحوم سید محمد جواد عاملی (اعلی الله مقامه الشریف) است؛ مولف معجم فقهی ارزشمند «مفتاح الکرامه فی شرح قواعد الاحکام». گرچه قواعد علامه حلی رحمته الله علیه، بنابر گزارش آقا بزرگ تهرانی در الذریعه^۲ بیش از سی حاشیه و شرح از بزرگان فقه شیعه دارد و هر کدام، ظرفیت‌های فراوانی دارند، اما مفتاح الکرامه مرحوم سید عاملی در این بین، کم‌نظیر است. سخت‌کوشی و پشتکار ایشان برای طلاب جوان جالب توجه است. مهم‌تر از آن، ویژگی‌های اخلاقی و به خصوص گره زدن این ویژگی‌ها با زندگی علمی این دانشمند شیعی، بسیار درس‌آموز است. متن حاضر برخی از ویژگی‌های برجسته اخلاق علمی نویسنده مفتاح الکرامه را بیان می‌کند.

۱. مفتاح الکرامة فی شرح قواعد العلامة (ط - القدیمه)، ج ۹، ص ۲۱۰.

۲. آقا بزرگ تهرانی، الذریعه، ج ۶، ص ۱۶۹-۱۷۲ و ج ۱۴ صص ۱۷-۲۳.

۱- مطالبه علمی استاد، مفتاح الكرامه را خلق کرده است

یکی از سنت‌های اصیل علمی حوزه، دستیاری شاگردان یک استاد پیشکسوت در انجام فعالیت‌های تحقیقی است. این سبک کار، علاوه بر بالندگی مطلوب تر شاگردان، باعث تولید آثار فخیم علمی نیز شده است. راهنمایی پیشکسوتان دانش، به همراه سخت‌کوشی و نشاط فضیلتی جوان، نتیجه بخشی چنین همکاری‌هایی را دوچندان می‌کند. هرچه استاد شایسته‌تر و دستگیرتر و هرچه شاگرد فاضل‌تر و سخت‌کوش‌تر باشد، این الگوی علمی نیز بیشتر به سرانجام می‌رسد.

مرحوم عاملی انگیزه تالیف مفتاح الكرامه را امتثال امر استاد خود مرحوم شیخ جعفر کاشف الغطاء بیان می‌کند. استاد از ایشان خواسته بود که متن قواعد علامه حلی را مطالعه کند و در هر مسئله اختلافی، اقوال و مستندات ذکر نشده و همچنین اشکالات وارد بر هر نظریه را تقریر کند. به علاوه شهرت و یا اجماع موجود در مسائل را ذکر نماید. همچنین در مسائل اختلافی عامه و امامیه به اختصار و جوه اختلاف آن را تبیین نماید. بدین ترتیب ظرفیت‌های کتاب قواعد مرحوم علامه را افزایش دهد. جالب این است که امتثال این امر استاد، قریب به سی سال به طول انجامید. مرحوم عاملی این دستور العمل استاد را در یادداشت ابتدایی کتاب طهارت مفتاح تشریح می‌کند. مطالعه قلم مرحوم عاملی خالی از لطف نیست؛ خصوصاً اینکه تعظیم شاگرد نسبت به استاد، در ابتدای این متن، درس بزرگی است:

«وقد امتثلت أمر سيدي و استاذي و من عليه بعد الله سبحانه و أوليائه صلى الله عليهم، معولي و اعتمادي الإمام العلامة المعتبر المقدس الحبر الأعظم الشيخ جعفر، جعلني الله تعالى فداه و أطال الله تعالى للمؤمنين بقاءه قال أدام الله تعالى حراسته: «أحب أن تعمد إلى قواعد الإمام العلامة أعلى الله تعالى في الجنان مقامه فتنظر إلى كل مسألة اختلفت فيها كلمات الأصحاب و تنقل أقوالهم و تضيف إلى ذلك نقل شهرتهم و إجماعهم و تذكر أسماء الكتب التي ذكر فيها ذلك و إذا عثرت على دليل في المسألة لم يذكره فاذكره و متنه و اذكر عند اختلاف الأخبار مذاهب العامة على وجه الاختصار ليكمل نفعه و يعظم وقعه، فإن المختلف وإن كان عميم الفائدة إلا أنه قد خلا عنه ذكر كثير من المسائل الخلافية و ما ذكر فيه منها قد خلا عنه ذكر كثير من الأقوال»، فامتثلت أمره الشريف و رجوته أن يسعني بدعائه الصالح المقبول و فوّضت أمري إلى الله و توكلت على الله و لا حول و لا قوة إلا بالله.»^۱

۲- شب و روز مولف مفتاح الكرامه یکی بوده است

محقق عاملی، برای نگارش کتاب مفتاح الكرامه تلاش شبانه‌روزی کرده است. مولف در یادداشت‌های پایانی بخش‌هایی از کتاب اشاره می‌کند که برخی از این متن‌ها، در نیمه‌های شب یا نزدیک فجر و یا در

ایام متعارف تعطیلات به پایان رسیده است. به عنوان مثال مرحوم عاملی کتاب طهارت مفتاح را در ربیع آخر شب و کتاب دین آن را ساعتی قبل از اذان صبح، مبحث احیاء موات و توابع آن را بعد از نیمه شب نهم ماه مبارک رمضان^۱، کتاب شفعه و اقرار را در شب های قدر و شب عید فطر به پایان رسانده است.^۲ همچنین کتاب وقف را نزدیک نیمه شب تمام کرده است.^۳ این نشان می دهد که در مسیر انجام تحقیق و نگارش، شب و روز و تعطیلی و فراغت برای این اندیشمند شیعی مفهومی نداشته است.

مرحوم عاملی علیرغم روحیه تعبد فوق العاده ای که داشت، به اذعان خودشان در ماه مبارک رمضان به اعمال عبادی محدودی قناعت کرده بود و به نوشتن این کتاب مشغول می شد. در این باره خود چنین گفته است:

«لقد كتب في هذا الباب في شهر رمضان من هذه السنة ثمانية أجزاء أو تسعة أو عشرة مع هذا التتبع والاستيفاء وذلك لأني تركت له سائر الأعمال التي يعملها العاملون في شهر رمضان إلا ما قل جدا مؤثراً للتحصیل والاشتغال على جميع أعمال شهر رمضان.»^۴

این اهتمام، نشان دهنده اعتقاد وثیقی است که به ضرورت کار علمی خود داشتند. فرزند مرحوم عاملی که خود فردی متقی است، از شدت اهتمام ایشان در مطالعه و نوشتن چنین نقل می کند: پدرم روزها و شب ها به نوشتن و مطالعه مشغول بود. کتاب ها و قلم و کاغذ در کنارشان پهن بود. به قدری مشغول مطالعه و نوشتن می شد که چه بسا از صرف غذا غافل می شد که لاجرم مادرم صرف غذا را به ایشان یادآوری می کرد:

«حكي عن ابنته و كانت على ما يقال مشهورة بالتقوى أنْها قالت: كان والدي يكتب و يقرأ و كتبه كلُّها مفتوحة بين يديه و من خلفه و عن يمينه و شماله و هو يدور عليها و القلم و الكاغد بيده يطالع و يكتب و كان كثيراً ما ينسى أكل طعامه في وقته فالتزمت والدتي أن تقدّم الطعام إليه كل يوم و ليلة في وقته و تنبهه على تناوله في حينه.»^۵

۳- هنگام تدوین مفتاح الكرامة شرایط اجتماعی سختی حاکم بود

مؤلف در حالی که شهر نجف اشرف، کربلای معلی و حلّه به محاصره گروه های وهابی درآمده بود، به تألیف مفتاح الكرامة ادامه داده است. انعکاس مختصری از این شرایط در پایان برخی از مجلدات

۱. همان، ج ۷، ص: ۶۵۳.

۲. همان، ج ۴، ص: ۷۷۳.

۳. همان، ج ۹، ص: ۱۲۷.

۴. همان، ج ۹، ص: ۳۶۲.

۵. عاملی، سید جواد، مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - الحديثة)، ج ۱، ص: ۶.

مفتاح^۱ موبد این امر است. مؤلف در این قسمت‌ها از قتل مردان و کودکان، گرفتن اموال، تسلط بر شهر مکه و مدینه منوره، تخریب قبرستان بقیع، حمله به نجف اشرف، تعطیلی سه ساله زیارت مکه منوره، بسته شدن راه‌ها، قتل عام زائرین امام حسین علیه السلام و به آتش کشیده شدن مزارع خبر داده است. ایشان در این هنگام با نوشتن رساله «وجوب الذب عن النجف الاشرف» مردم را به دفاع ترغیب نمود و به علاوه خود نیز در صف مجاهدان قرار گرفت. ایشان معتقد بود که دفاع و مهیا کردن نیروها برای دفاع، نباید اورا از تألیف و تصنیف بازدارد. براساس همین اعتقاد در چنین شرایطی نیز مشغول نگارش کتاب مفتاح الکرامه بود.^۲

۴- تواضع علمی مرحوم عاملی بسیار درس آموز است

از دیگر ویژگی‌های مولف، احترام ایشان به استادان بزرگوار خود است. وی بسیار متواضع بود به طوری که همه تحقیقات وزین و نوآوری‌های علمی خود را به اساتید خود و هر نقصی در آنها وجود داشت را به خود نسبت می‌داد. متن اعیان الشیعه در این باره شیرین و خواندنی است:

«أما تعظیمه لأهل العلم ولا سيما مشايخه فلم يعهد مثله من غيره قديما وحديثا كما يظهر من ديباجات كتبه و قال بعض العلماء ما رأيت مصنفا كصاحب مفتاح الكرامة فإنه وإن نسب جميع ما حققه من مصنفاته إلى مشايخه هضما لنفسه و قال في خطبة بعض مصنفاته: ما كان فيهما من تحقيق سمين فهو للأستاذ و ما كان فيه من غش فهولي»^۳

۵- سبک پژوهشی مرحوم عاملی در مفتاح الکرامه قابل تقدیر و مایه افتخار است

امروزه رسم پژوهشگران، توجه دقیق به پیشینه تحقیق مسائل مورد پژوهش، مقایسه و ارزیابی نظریات علمی مطرح در مورد آن مسئله است. آنان بر این باورند که یک مطالعه نظام مند در واقع نقطه‌ای است در تاریخ علم معین، به گونه‌ای که از تحقیقات پیشین متأثر و بر تحقیقات پسین موثر است.^۴ بنابراین آنان معتقدند برای پشتیبانی بهتر از هر مدعی علمی در تحقیقات نیاز به شواهد است. همچنین معتقدند هر تحقیق، باید در بافت مسائل دانش مربوط قرار گیرد و برای این کار باید با یافته‌های معتبر سایر دانشوران مرتبط شود، آنها را رد کند و یا با تکیه بر آنها مجهولات علمی بعدی را رفع کند. این امر نیازمند تسلط دانشوران به زمینه تحقیقات قبلی و تتبع در منابع و نظریات است. جالب است که محقق عاملی در این روش عقلایی و متعارف بین محققان امروزی، پیشکسوت بوده و بد طولایی داشته است. به طوری که مفتاح الکرامه منبعی بسیار معتبر برای تحصیل اجماعات

۱. عاملی، سید جواد، مفتاح الکرامة فی شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، ج ۷، ص: ۶۵۳. همان، ج ۵، ص: ۵۱۲.

۲. همان، ج ۴، ص: ۷۷۳.

۳. امین، سید محسن، اعیان الشیعة، ج ۴، ص ۲۹۰ و ۲۹۱.

۴. احد قراملکی، فرامرز، اصول و فنون پژوهش در گستره دین پژوهشی، ص ۵۰.

و شهرت‌های فقهی است. در حقیقت این اثر ارزشمند یکی از معاجم فقهی متضمن نظریات فقه‌های عظام محسوب شود. از ویژگی‌های بسیار مهم مفتاح، استقراء تام در اقوال، اجماع اصحاب و حتی موارد مشهورترین آنان است که با دقتی کم‌نظیر و روشی بدیع و با مراجعه مستقیم به کتاب‌های آنان گردآوری شده است. به طوری که محقق قمی صاحب قوانین هنگام شک در وجود قول مخالف در مسائل، به سید عاملی رجوع می‌کرد در حالیکه نسبت استاد و شاگردی بین محقق قمی و سید عاملی برقرار بوده است.^۱ در این راستا یکی دیگر از یادگارهای با ارزش ایشان کتابخانه ایشان بود که در آن بسیاری از نسخ خطی علمای بزرگ از قرون پیشین را جمع‌آوری کرده است. کتابخانه ایشان در آن زمان از کتابخانه‌های غنی به شمار می‌آمد. در این گنجینه گران‌سنگ کتابهای نفیس فقهی، رجالی، حدیثی... نگهداری می‌شد. ایشان در کتاب مفتاح الکرامه به این ذخایر ارزشمند اشاره کرده است. مؤلف با استفاده از این کتابخانه تمام کتاب‌های فقهی مورد نیازش را در اختیار داشته است. بنابراین به کمتر کتابی به صورت غیرمستقیم و با واسطه اشاره داشته است. این یکی از مطلوبیت‌های گفته شده در روش تحقیقات امروزی محسوب می‌شود.^۲ به عبارت دیگر می‌توان گفت اعتبار داده‌ها و دست‌اول بودن منابع که امری پسندیده در بین پژوهشگران امروزی است از سالیان پیش به عنوان یک سنت و سبک علمی به صورت دقیق مدنظر این عالم بزرگ شیعی بوده است.

این ظرفیت وقتی که به موقعیت زمانی تدوین کتاب مفتاح توجه شود، پراهمیت‌تر می‌شود. مفتاح در حقیقت حلقه وصل نظریات فقهی استادان بزرگ مرحوم عاملی همچون سید محمد مهدی طباطبایی مشهور به بحر العلوم و شیخ جعفر کاشف الغطاء و شاگردان جلیل‌القدری هم‌چون شیخ محمد حسن نجفی، صاحب جواهر الکلام و شیخ حسن بن جعفر کاشف الغطاء است که هر کدام در فقه اثرات منحصر به فرد خود را داشته‌اند. ظرفیت فراهم آمده در این اثر، برای محققان فقه و حقوق می‌تواند بسیار مورد استفاده باشد.

۶- مرحوم عاملی، زلف علم را به تقوی گره می‌زد

مرحوم عاملی مورد اعتماد مرحوم بحر العلوم بوده است. ایشان یکی دیگر از استادان مرحوم عاملی است. محقق بحر العلوم به عنوان ریس حوزه بزرگ نجف، برای اداره این حوزه، وظایف مهم آن را تقسیم کرده بود و هر کدام را به فردی با کفایت از شاگردان خود سپرده بود. در این بین، کارهای تحقیق و تألیف را به مرحوم عاملی واگذار کرده بود. این نشان می‌دهد فردی به جلالت مرحوم عاملی چه منزلتی نزد استادان داشته است.

۱. عاملی، سید جواد، همان، ج ۴، ص: ۷۷۲.

۲. احد قراملکی، فرامرز، همان، ص ۱۹۴.

منقول است^۱ که وقتی سید بحر العلوم در نجف درس می‌گفت روزی برای تدریس نیامد. شاگردان ناراحت شدند. بدین سبب سید جواد که مورد اعتماد بحر العلوم بود را نزد ایشان فرستادند. سید جواد علت نیامدن استاد را جویا شد. استاد فرمود من پس از نیمه‌های شب، برای سرکشی به مدرسه می‌آیم و قدم می‌زنم. به تازگی وقتی آمدم، هنگام سحر چراغ حجره‌ها را خاموش دیدم و همه در خواب به سر می‌بردند و از تضرع آنها خبری نبود. به همین علت من حاضر نیستم برای کسانی که نماز شب و تضرع و ناله‌های سحرگاهی را ترك می‌کنند درس بگویم. می‌گویند وقتی این کلام بحر العلوم در میان شاگردان زبان به زبان پیچید، صدای زمزمه‌های یارب یارب شاگردان دیگر بار در نیمه‌های شب به آسمان بالا رفت، سید عالی‌مقام نیز مجدداً با اطمینان خاطر بر کرسی تدریس نشست.^۲

۷- مرحوم عاملی به طلاب حوزه چه توصیه‌ای می‌کرده است

در پایان بعضی از مجلدها نصایح علامه سید جواد عاملی به طالبین علم و معرفت دیده می‌شود که آنها را تشویق به فراگیری فقه و علوم دینی نموده است: «برادرانم را به جد و جهد و اشتغال و تتبع در اخبار و اقوال با کمال دقت و عدم تکیه بر آنچه بدون زحمت حاصل می‌شود و به اشتغال شبانه‌روزی و اینکه سپری نکردن اوقات شان در غیر تحصیل و دل نبستن و زهد به دنیا توصیه می‌کنم. زیرا دنیاخواهی آفت تحصیل است.» خواندن متن اصلی این توصیه نیز خالی از لطف نیست:

«وَأوصي إخواني بالجد والجهد والاشتغال و تتبع الأخبار والأقوال مع كمال الضبط وعدم التعويل على الإنفال و بالاشتغال في الليل والنهار وأن لا يغادر من أوقاتهم في غير تحصیل و بالزهد في هذه الدنيا فإن الميل إليها آفة التحصيل.»^۳

سرانجام روح این عالم در جوار مرقد حضرت امیرالمؤمنین علی عليه السلام در نجف آرام گرفت.

مدیرمسئول

۱. مجله حوزه، شماره چهارم، سال پنجم.

۲. عاملی، سید جواد، همان، ج ۴، ص ۷۷۲؛ در این ارجاع به تضمن به چنین واقعه‌ای اشاره دارد گرچه تصریحی به ماوقع ندارد اما می‌توان دوریشه را یکی دانست.

۳. همان، ج ۹، ص: ۳۶۲.

مقالات

محمدطاهر آسا*

mohammadta@mailfa.org

قلمرو نفوذ شرط در عفو از قصاص در فقه امامیه

چکیده

عفو از قصاص مورد پذیرش فقهای امامیه است. اولیاء دم می‌توانند جانی را بدون هیچ چشم‌داشتی و یا به شرط اخذ دیه و یا حتی مبالغی بیشتر از دیه عفو کنند. اما شروط دیگری از قبیل عفو به شرط قطع برخی از اعضای جانی، یا نفی بلد خانواده او و غیره محل تامل و نیازمند بررسی دامنه حق قصاص، قلمرو نفوذ شرط در آن و ماهیت عفو است. بیش‌تر فقها عفو را ابراء و جریان شرط خیار در آن را ممنوع و برخی دیگر ماهیت عفو را به صلح تحلیل برده و بنابراین جریان شرط در آن را بلا مانع دانسته‌اند، که مختار مؤلف نیز همین نظر است. همچنین شرط قطع اعضا در صورتی که فاقد ضرر عمده باشد، مانند ایراد جراحی یا کندن گوشت، با توجه به حرمت نداشتن این امر، صحیح است. در قطع اعضا با ضرر عمده نامنتهی به قتل مثل قطع انگشتان و دست، دو نظر وجود دارد. اکثر فقها قائل به عدم نفوذ چنین شرطی هستند. باین وجود، برخی با استناد به وجوب حفظ نفس جانی قائل به صحت چنین شرطی شده‌اند. همچنین صحت شرط علیه خانواده جانی در صورتی که بتوان آن را تحصیل کرد، مثل قبول خانواده یا تعهد جانی بر آن یا حصولش به تسبیب نیز صحیح و نافذ است.

کلیدواژگان

عفو، قصاص، شرط قطع اعضا، شرط در عفو، شرط علیه ثالث.

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

متعارف بین مردم این است که با قراردادن شروطی در اعمال حقوقی خود، اختیاراتی را برای خود کسب می‌کنند. به همین دلیل، شرط، اثر قابل توجهی در اعمال حقوقی دارد. اعمال حقوقی گستره‌ای وسیع دارند تا جایی که در برخی امور کیفری هم جاری هستند. مثلاً یکی از مباحث مطرح در باب قصاص این است که ولی دم می‌تواند حق قصاص را عفو کند، ولی در برخی موارد، مانند ماده ۳۶۱ قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۹۲ عفو او به انجام فعل یا پرداخت مالی از طرف جانی مشروط می‌شود. مسأله‌ای که باید بدان پرداخت دو چیز است؛ اول اینکه به طور کلی گستره نفوذ شرط عفو چه میزانی است؟ آیا تمام ضوابطی که شرط در امور غیر کیفری از آن برخوردار است، برای شرط عفو هم وجود دارد؟ مثلاً آیا ولی دم می‌تواند برای خود خیار دهد؟ آیا شرط فعل و یا شرط وصف نافذ است؟ اثر شرط فاسد بر عفو چیست؟ دوم اینکه آیا شرط قطع اعضا و شرط علیه خانواده جانی نافذ است؟ اهمیت مسأله دوم از این جهت است که شرط مذکور از سویی می‌تواند سبب نجات جانی از اعدام شود. از سوی دیگر، بدون تعدی از حق قصاص و با عفو از آن، علاوه بر گرفتن مال به عنوان جبران خسارت مالی ناشی از قتل، راه دیگری برای تشفی و جبران آسیب‌های روحی اولیای دم حاصل می‌شود. از نظر کاربردی نیز برخی قضاات با مواردی مواجه می‌شوند که که ولی دم با عفو موافق است، ولی مشروط به اینکه دست جانی یا قسمتی از اعضای او قطع شود یا جراحی بر او وارد کنند یا اینکه مثلاً جانی به تنهایی یا به همراه خانواده اش به شهر دیگری مهاجرت کنند. در چنین مواردی باید روشن شود که آیا این نمونه شرایط نافذ هستند یا خیر؟ اگر صحیح هستند تخلف از آن چه اثری بر عفو می‌گذارد و اگر باطل باشند چه اثری دارد؟

برای پاسخ به مسأله اول، ابتدا باید مفهوم و ماهیت عفو مشروط از قصاص روشن شود تا ارتباط آن با قصاص و مفهوم شرط و نیز تمایز شرط با تعلیق تبیین شود. پس از آن باید از قلمرو شرط در قصاص بحث کرد. در این بحث باید اولاً مشخص شود که این شرط در کدامیک از قالب‌های ایقاع ابراء یا عقد صلح امکان تحقق دارد. همچنین برای پاسخ به مسأله دوم، ابتدا باید شرط قطع عضو

۱. اگر مجنی علیه یا ولی دم، گذشت و اسقاط حق قصاص را مشروط به پرداخت وجه المصلحه یا امر دیگری کند، حق قصاص تا حصول شرط برای او باقی است.

بدون در نظر گرفتن مورد عفو، تحلیل و بررسی شود که آیا منتهی به ضرر عمده می شود یا خیر. پس از آن باید مشخص شود که هر یک از فروض این شرط با در نظر گرفتن مورد عفو یعنی با در نظر گرفتن حفظ نفس جانی - چگونه است. در نهایت نیز باید شرط علیه خانواده جانی را تحلیل و بررسی کرد.

۱. مفهوم شناسی عفو مشروط از قصاص

۱- الف) مفهوم عفو

برای روشن شدن مفهوم «عفو»، باید معنای آن از نظر اهل لغت و فقها بررسی شود. کلمه «عفو» در کتاب های لغت به معنای «ترک یا محو و صفح» آمده است. در لسان العرب آمده است: «فِي أَسْمَاءِ اللَّهِ تَعَالَى: الْعَفْوُ، وَهُوَ فَعُولٌ مِنَ الْعَفْوِ، وَهُوَ التَّجَاوُزُ عَنِ الذَّنْبِ وَتَرْكُ الْعِقَابِ عَلَيْهِ، وَأَصْلُهُ الْمَحْوُ» (ابن منظور ۱۵: ۷۲) همچنین در معجم مقاییس گفته شده است: «العين والفاء والحرف المعتل أصلان يدلُّ أحدهما على تركِ الشيء، والآخر على طلبه». (ابن فارس ۴: ۵۶) در ادامه نیز مشتقاتی را ذکر می کند و همه را به همین معنا باز می گرداند مانند این که عفو الهی را به ترک و گذشت الهی از مجازات معنی کرده اند یا این که عفو الهی موجب محو عقاب می گردد. (همان) در برخی کتاب های لغت، «عفو» با حرف جرّ «عن» متعدی شده و به معنای «اسقاط» آمده است: «(عَفَا) اللَّهُ عَنْكَ أَيَّ مَحَا دُنُوبَكَ وَ (عَفَوْتَ) عَنِ الْحَقِّ أَسْقَطْتَهُ كَأَنَّكَ مَحْوُتُهُ عَنِ الَّذِي هُوَ عَلَيْهِ؛ عَفُوَ الْهَيَّيْ از گناهان یعنی محو آن ها و عفو از حق یعنی اسقاط آن مثل این که حق را از ذمه اش محومی کنی». (فیومی، مصباح المنیر ۲: ۴۱۹) فقها نیز دو معنا برای عفو بیان کرده اند؛ معنی اول، اسقاط یا ابراء است که عموم فقها این معنا را پذیرفته اند. (علامه حلی، مختلف الشیعه ۹: ۴۵۷؛ شهید اول، القواعد و الفوائد ۱: ۳۹۰؛ سیوری، التنقیح ۳: ۲۳۸؛ فاضل هندی، کشف اللثام ۷: ۴۶۱؛ شهید ثانی، مسالك الافهام ۸: ۲۶۴) دومین معنایی که فقها برای عفو بیان کرده اند معنی، عطا است. البته در صحت معنی دوم اختلاف نظر وجود دارد. برخی، صحت این معنا را به بیش تر اصحاب نسبت می دهند (بحرانی، الحدائق ۲۴: ۵۶۶) و برخی دیگر به ثبوت این معنا تصریح کرده اند. این گروه علت ثبوت این معنا را دو چیز مطرح کرده اند؛ اول اینکه در کتاب العین این معنا آمده است. دوم هم اینکه در برخی آیات قرآن کلمه «عفو» به این معنا استعمال شده است. از جمله آیه ۲۱۹ سوره بقره: «يَسْأَلُونَكَ مَاذَا يُقْفُونَ قُلِ الْعَفْوُ: از تو

می پرسند چه چیز انفاق کنند؟ بگو از مازادی که عطایش آسان باشد» و آیه ۱۹۹ سوره اعراف: «خُذِ الْعَفْوَ؛ عطای مردم را بگیر». (طوسی، المبسوط ۴: ۳۰۷؛ شهید ثانی، مسالك الافهام ۸: ۲۶۳ و ۲۶۴؛ روحانی، فقه الصادق ۲۲: ۱۲۲ و ۱۲۱؛ کاشف الغطاء، أنوار الفقاهة ۲۴۸) البته صحت چنین معنایی در مورد عفو مهر از باب تعبد مطرح شده است. (بحرانی، الحدائق ۲۴: ۵۶۶؛ اراکی، کتاب النکاح ۶۷۷؛ کاشف الغطاء، أنوار الفقاهة ۲۴۸)

در قرآن کریم آمده است: «إِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَ الَّذِي بِيَدِهِ عَقْدَةُ النِّكَاحِ وَأَنْ تَعْفُوا أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ وَلَا تَنْسُوا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ إِنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ؛ اگر آنان را پیش از آن که با آن ها تماس بگیرید، طلاق دهید، در حالی که مهری برای آن ها تعیین کرده اید، (لازم است) نصف آن چه را تعیین کرده اید (به آن ها بدهید) مگر این که ببخشند یا آن کس که گره ازدواج به دست اوست، آن را ببخشد و گذشت کردن شما به پرهیزکاری نزدیک تراست و گذشت و نیکوکاری را در میان خود فراموش نکنید؛ چون خداوند به آن چه انجام می دهید، بیناست». در روایتی نیز آمده است که: «سئلت جعفر بن محمد ع عن قول الله ع «إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ» قال: المرأة تعفو عن نصف الصداق، ...؛ از قول خداوند متعال درباره ع «إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ» از جعفر بن محمد ع پرسیدم. امام صادق ع جواب داد: زن از نصف مهر عفو می کند». (عاملی وسائل الشیعه ۲۱: ۳۱۷)

در تشریح استدلال به آیه و روایت فوق برخی چنین گفته اند: این ادله دلالت می کنند که مهر اعم از اعیان و ما فی الذمه می تواند با لفظ «عفو» منتقل شود. اگر این لفظ صلاحیت نداشت، در قرآن کریم به این صورت وارد نمی شد. (زنجانی، کتاب نکاح ۲۳: ۷۳۷۱)

به نظر می رسد که ادله مطرح شده برای صحت این معنی تام نیستند. چرا که از سویی در کتاب های لغت به ویژه کتاب العین چنین معنایی در ماده «ع ف و» وارد نشده است. بلکه عموماً همان معنای ترک و محو و صفح ذکر شده است. همچنین در کتاب مصباح المنیر بر معنای «اسقاط» تصریح شده است. از سویی دیگر شواهد قرآنی بر مطلب دلالتی ندارند؛ چون آیات مذکوره نهایتاً دلالت بر این دارند که «عفو» به معنای «میسور» است.

همچنین در مورد آیه‌ای که در مهر آمده است، مراد این نیست که این امور با لفظ «عفو» واقع گردد، بلکه مراد معناست که در هر جایی به ماهیت خودش مقید باشد و از الفاظ خاصی استفاده شود که بر آن دلالت می‌کند یعنی مراد، حصول ملک است و به لفظ عفو مقید نشده است. (نجفی، جواهر ۳۱: ۱۱۱ و ۱۱۲) اگر مراد، لفظ عفو بود، بر اساس آیه در مورد حصول ملک با لفظ «هبه» و «تملیک» نیز باید لفظ «عفو» به کار رود، در حالی که اجماعاً آن را نفی کرده‌اند. (روحانی، فقه الصادق ۲۰: ۲۷۵؛ بحرانی، الحدائق ۲۴: ۵۶۶-۵۶۸)

بنابراین عفو عرفاً حقیقت در اسقاط است. (بحرانی، مختلف الشیعه ۹: ۴۵۷؛ شهید اول، القواعد والفوائد ۱: ۳۹۰؛ سیوری، التنقیح ۳: ۲۳۸؛ فاضل هندی، کشف اللثام ۷: ۴۶۱؛ شهید ثانی، مسالك الافهام ۸: ۲۶۴). و این دلیل که گفته شد: «لفظ عفو باید برای هر دو معنا صلاحیت داشته باشد وگرنه معنا نداشت قرآن کریم این گونه به کار ببرد.» مدعی را اثبات نمی‌کند؛ چون از اراده یک معنادر کلام، (معنای مراد) نمی‌توان به حقیقی بودن آن معنا و استعمال پی برد. معنای مجازی که مراد آیه است، اعم از اسقاط و هبه است، (نجفی، جواهر ۳۱: ۱۱۲) بلکه می‌توان گفت از کاربرد برخی فقها نمی‌توان برداشت کرد که عفو به معنای اعطا به صورت مشترک لفظی باشد، بلکه ممکن است به دلیل پذیرش این مبنا باشد که در عقود جایز، اگر مراد مشخص باشد، ایجاب با هر لفظی اشکال ندارد. (زنجانی، کتاب نکاح ۲۳: ۷۱ و ۷۳)

البته در کتاب المحيط، ماده «ع ف ی» به صیغه باب افعال به معنی «اعطا» آمده است: «أعفاه: أي أعطاه؛ او را عفو کرد یعنی به او اعطا کرد». (صاحب بن عباد، المحيط ۲: ۱۷۰) البته باید دانست در همین کتاب، عفو به معنای صفح آمده است و در صیغه «افعال»، معنای عطا را ذکر کرده‌اند. (همان) ثانیاً در مقابل بیش تر کتاب‌هایی که معنای عفو را بیان کرده‌اند، نظری نادر به شمار می‌آید. در نتیجه، عفو به معنای عطا نیست و معنای آن اسقاط یا ابراء است.

۱-ب) ماهیت عفو

معنای عفو از حقوق، ابراء مافی الذمه و اسقاط حقوق است. بنابراین برای روشن شدن ماهیت عفو باید ماهیت ابراء روشن شود. بسیاری از صاحب نظران ماهیت ابراء را ایقاع می‌دانند و قبول

را در صحت آن شرط نمی‌دانند. (محقق حلی، شرائع الاسلام ۲: ۱۷۹؛ علامه حلی، تحریر الاحکام ۱: ۲۸۲؛ شهید اول، اللمعة ۱۰۱؛ شهید ثانی، مسالك الافهام ۶: ۱۵؛ کرکی، جامع المقاصد ۹: ۱۳۷ و ۱۳۸؛ نجفی، جواهر الکلام ۲۸: ۱۶۵) فقها در تشریح دلیل عدم احتیاج ابراء به قبول چنین آورده‌اند: «اصل عدم اشتراط یا اصل برائت ذمه از وجوب قبول است که در هر واجبی استصحاب می‌شود. ابراء اسقاط است و اسقاط به قبول نیاز ندارد». (صیمری، غایة المرام ۲: ۳۹۸) همچنین گفته‌اند: «اكتفا به مجرد عفو در مهر و سقوط حدود و جنایات موجب قصاص که به معنی ابراء هستند، نزد فقها ثابت است و هیچ کس مخالفت نکرده است. نیاز به قبول نیز در مسمای عفو در عرف و لغت نیامده و مثل «عتق» است». (فیض کاشانی، مفاتیح الشرایع ۳: ۱۶۱؛ شهید ثانی، مسالك الافهام ۶:

۱۵ و ۱۶؛ بحرانی، الأنوار اللوامع ۱۲: ۴۵۹ - ۴۶۱؛ نجفی، جواهر الکلام ۲۸: ۱۶۵)

البته به برخی فقهاء همچون شیخ طوسی، ابن ادریس و ابن زهره نسبت داده‌اند که قائل به لزوم قبول در ابراء هستند. برخی از این استنادها صحیح نیست؛ چون شیخ طوسی در بحث نیاز داشتن ابراء به قبول، تردید دارد و ترجیحی نداده است. (المبسوط ۳: ۳۱۴) راوندی نیز مثل شیخ ترجیحی نداده است. (فقه القرآن ۲: ۲۹۵) شیخ طوسی در عفو از مهر به لزوم قبول تصریح کرده است، ولی در آن جا عفو را به معنای اسقاط مافی الذمه می‌داند. (المبسوط ۴: ۳۰۷) اما استناد لزوم قبول به ابن ادریس و ابن زهره صحیح است. (غنیة النزوع ۳۰۱ و السرائر ۳: ۱۷۶) از جمله ادله‌ای که برای لزوم قبول در ابراء بیان کرده‌اند، این است: «ابراء نوعی مئت بر مبریء عنه است و به قبول مئت مجبور نمی‌شود. پس اگر قبول را معتبر ندانیم، او را مجبور کرده‌ایم، همان گونه که در هبه عین چنین است». (همان)

البته دلایل مذکور صحیح نیستند چرا که از نظر عرفی و شرعی اسقاط و تملیک به دو دلیل باهم فرق دارند: ۱. برای نمونه، اگر مالک و دایعه مالش را ابراء کند، باعث تملیک آن نمی‌شود، حتی اگر طرف مقابل آن را قبول کند. مثال دیگر این است که اگر مالک حق خود را از عین مملوکش اسقاط کند،

۱. و نیز: إرشاد: ۱: ۴۵۰؛ مختلف الشیعة ۶: ۲۷۶ و ۲۷۷؛ تذکرة الفقهاء ۱۴: ۱۰۱، ۲۳۶ و ۳۲۷؛ حاشیه شرائع ۵۳۷؛ مسالك ۶: ۱۷؛ غایة المرام ۲: ۳۹۸؛ الجامع ۳۶۵؛ کفایة الاحکام ۲: ۲۷، ۲۳۷ و ۲۳۸؛ مفتاح الکرامة ۲۲: ۱۰۸ و ۱۱۰؛ مفاتیح الشرایع ۳: ۱۶۱؛ الأنوار اللوامع ۱۲: ۴۵۹ - ۴۶۱.

باعث نمی‌شود آن عین از ملکش خارج گردد. این امر بر خلاف دین است. دین این قابلیت را دارد؛ چون شیء موجودی نیست و ابراء اسقاط است. (کرکی، جامع المقاصد ۹: ۱۳۷ و ۱۳۸؛ شهید ثانی، مسالك الافهام ۶: ۱۵-۱۷)

۲. اسقاط حق از روی اختیار و بدون درخواست ابتدایی مدیون عرفاً منتهی ندارد تا تحمل آن بر کسی که حق بر عهده اوست، ناگوار باشد. این امر بر خلاف هبه اعیان است که قبول در آن اجماعی است. شاید اظهار قبول و مقارنت آن با ایجاب و رعایت شرایط صحت مثل قبض و اقباض بعد از آن، دلیل بر تمایل شدید بر تملیک است که در بیش تر موارد، موجب منت است. (شهید ثانی، مسالك الافهام ۶: ۱۷-۱۵)

۱-ج) تعلق عفو به حق قصاص

عفو، ابراء مافی الذمه است و به حقوق نیز تعلق می‌گیرد و معنای اسقاط حق می‌دهد. ابراء نه تنها به حقوق مالی تعلق می‌گیرد، بلکه حقوق غیر مالی را نیز در بر می‌گیرد. با بررسی کاربرد فقها در می‌یابیم که حق اعم از مالی و غیر مالی است و به حق الناس بودن قصاص تصریح شده است. (شیخ طوسی، الخلاف ۵: ۶۷؛ ابن ادریس، السرائر ۲: ۳۹۸؛ محقق حلی، شرائع الاسلام ۴: ۱۲۷؛ ابن براج، المذهب ۴: ۳۲۶؛ سیوری، التنقیح ۳: ۴۸۶؛ طبرسی، المؤتلف ۲: ۴۲۱؛ علامه حلی، تحریر الاحکام، ۳: ۲۲۵؛ سبزواری، مذهب الاحکام ۲۰: ۱۱۰؛ محقق حلی، نکت النهایة ۳: ۱۷۳) همان گونه که بیان شد، به عفو از قصاص برای اثبات عدم اشتراط قبول در عفو استناد کرده‌اند، در حالی که معنای عفو در قصاص، ابراء است. (نجفی، شرائع الاسلام ۳: ۱۶۱؛ شهید ثانی، مسالك الافهام ۶: ۱۵ و ۱۶؛ بحرانی، الأنوار اللوامع ۱۲: ۴۵۹-۴۶۱)

۱-د) مفهوم شرط و تمایز آن از تعلیق

در لغت کلمه «شرط» به معنی الزام و التزام در بیع و اموری همانند بیع آمده است. در قاموس، لسان العرب و تاج العروس چنین آمده: «الشَّرْطُ: الزَّامُ الشَّيْءِ وَ التَّزَامُهُ فِي الْبَيْعِ وَ نَحْوِهِ؛ شرط، الزام شیء و التزام آن در بیع و مثل آن است.» البته این معنای مصدری است. (ابن منظور، لسان العرب ۷: ۳۲۹؛ زبیدی، تاج العروس ۱۰: ۳۰۵)

یکی از شرط‌هایی که در صحت ایقاعات و عقود بیان می‌شود، شرط تنجیز و عدم تعلیق است. (علامه حلی، مختلف الشیعه ۸: ۴۸؛ صیمری، غایة المرام ۳: ۳۶۰؛ نجفی، جواهر الکلام ۳۴: ۱۱۷) تعلیق موجب بطلان عقد و ایقاع است، اما فقها شرط در عقود را تعلیق محسوب نمی‌کنند. در ماده ۱۰۱ قانون مجازات مصوب ۹۲ و تبصره ۱ آن^۱ نیز، گذشت مشروط یا معلق آمده و تنجیز معتبر شمرده شده است. پرسش این است که شرط با تعلیق چه فرقی دارد؟ از نظر عرفی نیز شرط نوعی تعلیق است، همانطور که برخی فقها بر ماهیت تعلیقی شرط تصریح کرده‌اند. (تبریزی، إرشاد الطالب ۴: ۱۵۲) به عقیده فقها تعلیق در عقود باطل است، اما شرط ضمن عقد صحیح است. در تحلیل این بیان باید گفت: در عقد یا ایقاع با دو چیز مواجهیم: یکی اصل انشاء و دیگری منشاء. تعلیق در اصل انشاء در عقود موجب بطلان است، نه تعلیق در منشأ. انشاء یا ایجاد می‌شود یا نمی‌شود و تعلیق با این امر منافات دارد. مثلاً اگر فلان کار را انجام دادی، خانه‌ام را می‌فروشم که اصل انشای بیع بر شرط متوقف شده است برخلاف این‌که انشای بیع با شرط انجام کار صورت گیرد. انجام کار مستقل از بیع نیست، ولی معلق بر اصل انشاء هم نیست، مثل: «بعث الدار مع الشرط؛ با شرط فروختم». به عبارت دیگر باید گفت التزام شرطی به اثر انشای عقدی رجوع می‌کند نه به تحقق عقد و انشاء. (سبحانی، المختار ۱۷۹؛ خویی، الشروط أو الالتزامات ۲: ۱۱۱؛ خویی، مصباح الفقاهه ۶: ۲۷۵) اما نسبت به ایقاعاتی همچون ابراء، این سؤال مطرح است که آیا این نوع تعلیق در آنها ممکن و صحیح است؟ و در صورت صحت، قلمرو آن تا چه حدودی است؟ که در ادامه بحث به این دو سؤال پاسخ داده می‌شود.

۲. قلمرو نفوذ شرط در عفو از قصاص

شرط در عفو مشروط از قصاص به دو صورت ممکن است تصویر شود. اولین صورت آن است که شرط به صورت مستقیم در نفس عفو بررسی شود. اگر تصویر شرط در عفو به معنای ابراء، ممتنع باشد، برخی می‌گویند ماهیت شرط و عفو به ماهیت عقد صلح یا هبه برمی‌گردد. (محقق داماد، قواعد فقه ۲: ۲۶۵) در نتیجه، شرط در عفو یا طرفی از عقد است یا به عنوان شرط در ضمن عقد قرار

۱. گذشت باید منجز باشد و به گذشت مشروط و معلق در صورتی ترتیب اثر داده می‌شود که آن شرط یا معلق علیه تحقق یافته باشد. هم‌چنین عدول از گذشت، مسموع نیست.

تبصره ۱- گذشت مشروط یا معلق مانع تعقیب، رسیدگی و صدور حکم نیست، ولی اجرای مجازات در جرایم قابل گذشت منوط به عدم تحقق شرط یا معلق علیه است. در این صورت، محکوم علیه با قرار تأمین مناسب آزاد می‌شود.

می‌گیرد. براین اساس، نفوذ انواع شرط یعنی فعل، وصف، نتیجه، خیار و نتیجه خیار در دو قسمت ابراء و عقد، با بیان و بررسی آرای فقها تحلیل خواهد شد.

۲- الف) قلمرو نفوذ شرط در ابراء

در باره نفوذ شرط در ابراء، بحث خاصی مطرح نیست؛ بلکه از آن جایی که ابراء نوعی از ایقاع است، بحث‌ها و ادله به صورت مستقیم به ایقاع برمی‌گردند. در این بحث دو نظر مطرح است؛ برخی، مطلق شرط را نافذ نمی‌دانند. (عاملی، مفتاح‌الکرامه ۱۴: ۲۱۸؛ نجفی، جواهرالکلام ۳۴: ۱۱، ۱۱۷ و ۱۱۸؛ شیخ انصاری، المکاسب ۵: ۱۴۹؛ نائینی، منیه الطالب ۵۵ و ۵۶؛ خمینی، کتاب‌البیع ۴: ۳۷۳؛ صافی، استفتاء ۱۶/ ۸/ ۹۵؛ سیستانی، استفتاء ۲۵/ ۸/ ۹۵؛ تبریزی، هدایة الطالب ۳: ۴۵۰ و ۴۵۱) برخی دیگر، همه شروط را در ابراء نافذ می‌دانند، جز شرط نتیجه خیار که محل اختلاف است. (یزدی، حاشیه المکاسب ۲: ۳۲؛ شبیری، استفتاء ۱۵/ ۸/ ۹۵ و ۱۸/ ۱۱/ ۹۵؛ علوی در غیر شرط نتیجه خیار، استفتاء ۱۶/ ۱۲/ ۹۵؛ سبحانی، استفتاء ۱۶/ ۱۲/ ۹۵؛ قزوینی، صیغ العقود ۲۸۹ و مکارم، استفتاء ۲۸/ ۱۲/ ۹۵). بنابراین دیدگاه دوم که شرط در ابراء را نافذ می‌دانند؛ درباره اثر تخلف از شرط فعل در ابراء دو نظر وجود دارد؛ نظر اول ایجاد خیار تخلف شرط است و مرجع تخلف وصف جعل خیار است. نظر دوم هم اینست که وفا نکردن به شرط در عفو و ایقاع سبب از بین رفتن ایقاع و منجز نشدن آن می‌شود. (سبحانی، استفتاء ۱۶/ ۱۲/ ۹۵ و قزوینی، صیغ العقود ۲۸۹)

۲- الف- ۱) ادله نافذ نبودن مطلق شرط در ابراء

همانطور که بیان شد درباره اینکه شرط در ایقاعات نافذ هست یا نه دو نظر وجود دارد. مطابق نظر اول مطلق شرط در ابراء و عفو نافذ نیست. برخی فقها نادرست بودن شرط در ایقاعات جز در عتق را به مشهور استناد داده‌اند. (سبزواری، مهذب الاحکام ۲۶: ۲۷۹). این گروه از فقها دو دلیل برای مدعای خود اقامه کرده‌اند که در ادامه تبیین می‌شود.

دلیل اولی که برای منع نفوذ شرط در ایقاع بیان شده، این است که مطابق مدلول روایت، شرط آن چیزی است که بین الاثنین محقق می‌شود. در روایتی از امام صادق علیه السلام چنین آمده است: «عن ابي عبدالله عليه السلام قال سمعته يقول من اشترط شرطاً مخالفاً لكتاب الله - فلا يجوز له ولا يجوز على

الذی اشترط علیه والمسلمون عند شروطهم ممّا وافق کتاب الله عزّوجلّ؛ از امام صادق علیه السلام شنیدم که می فرمود: کسی که شرطی مخالف کتاب الله کند، شرط بر شرط کننده و بر کسی که بر او شرط شده است، جایز نیست و مسلمانان نزد شرط های خود هستند اگر آن شرط ها با کتاب الله عزوجل موافق باشند». (عاملی، وسائل الشیعه ۱۸: ۱۶) این در حالی است که ایقاع قائم به شخص واحد است. (عاملی، مفتاح الکرامه ۱۴: ۲۱۸؛ نجفی، جواهر الکلام ۲۳: ۶۴؛ شیخ انصاری، المکاسب ۵: ۱۴۸) در نتیجه، ایقاع با معنای شرط تنافی دارد. تنافی بین مفهوم شرط و ماهیت ایقاع به دو گونه تبیین شده است.

عده ای چنین تبیین کرده اند که: هر شرطی ناگزیر است که بین دو طرف باشد. رضای یک طرف به الزام شیء و رضای دیگری به التزام به آن به صورتی که اگر این ترازی دو طرفه نباشد، عنوان شرط بر آن منطبق نمی شود. این بدین دلیل است که شرط، قید مشروط است. برای مثال، اگر یک مشروط مثل نماز فرض شود، با توجه به معنای شرط که الزام از یک طرف و التزام از طرف دیگر است، تصور قید و مقید در کنار یکدیگر عبارت است از: «نماز با قید الزام و التزام». روشن است که الزام و التزام - که به شرط تعبیر می شود - قید برای نماز است. لازمه این سخن که گفته می شود قوام شرط به رضای دو طرف این است که رضایت مشروط علیه در مقید ساختن مشروط به شرط معتبر و مؤثر باشد، به گونه ای که اگر رضای مشروط علیه نباشد، مشروط، مقید به آن شرط نخواهد بود. آن چه در تقیید چیزی به قید معتبر است، همان شیء در اطلاق آن شیء نسبت به آن قید نیز معتبر است. این در حالی است که اطلاق ایقاع نسبت به این قید و شرط در اختیار مشروط علیه نیست. در نتیجه، اطلاق ایقاع، قهراً موجب عدم رضایت مشروط علیه می شود. به عبارت دیگر، اختیاری برای اطلاق در ایقاع از ناحیه مشروط علیه نیست، بلکه ایقاع به دست موجب است که به طور قهری بر مشروط علیه جاری می کند؛ که البته در غیر این صورت، ایقاع نیست. این در حالی است که مفهوم شرط قید رضای مشروط علیه را اقتضا می کند و این تناقض است. (تبریزی، هدایة الطالب ۳: ۴۵۰ و ۴۵۱)

دومین بیانی که برای تبیین تنافی بین ایقاع و شرط مطرح شده است مبتنی بر این است که شرط فاسد، مفسد است. در این بیان چنین گفته می شود: زمانی که شرط در ضمن ایقاع واقع گردد، شرط

یا بر مشروط علیه بدون توقف بر قبول و رضای او لازم الوفاء می شود یا این که به قبول و رضایت او نیاز دارد و بدون آن لازم و صحیح نیست. فرض اول، چون منجر به ثبوت مال یا حق بر عهده فرد یا خروج مال بدون رضایت و توجهش می شود، امکان التزام به آن نیست. در فرض دوم نیز در صورت نپذیرفتن و رضایت نداشتن مشروط علیه دو صورت فرض می شود: صورت اول، بطلان شرط با ایقاع است که در این صورت ایقاع متوقف به قبول می شود. این در حالی است که مسلماً ایقاع به قبول نیاز ندارد، نه در صحت و نه در لزوم. صورت دوم هم، صحت ایقاع و بطلان شرط که البته خلاف مبنایی است که شرط فاسد را موجب فساد عقد یا ایقاعی می داند که در ضمن آن واقع شده است. هم چنین خلاف این است که عقود تابع قصد است. بنابراین اگر ایقاع را به طور مقید قصد کند، مطلقاً واقع نمی شود. بنابراین با توجه به مبنای اشاره شده در بالا، شرط با وقوع ایقاع در تنافی است. (اراکی، الخیارات ۱۵۵ و ۱۵۴)

دلیل دوم برای نافذ نبودن شرط در ایقاعات این است که معنای شرط در ایقاعات یا صادق نیست یا منصرف است. (انصاری، مکاسب ۵: ۱۴۹؛ خمینی، کتاب البیع ۴: ۳۷۳) این دلیل غیر از تنافی ایقاع با شرط است. این دلیل بر نکته‌هایی مبتنی است که از تعریف لغوی شرط به معنای مصدری برداشت می شود. در لغت، شرط به معنای الزام و التزام در بیع و نحو آن آمده است. همان گونه که در قاموس، لسان العرب و تاج العروس می بینیم: «الشَّرْطُ: الزَّامُ الشَّيْءِ وَ التَّزَامُ فِي الْبَيْعِ وَ نَحْوِهِ؛ شرط الزام شیء و التزام آن در بیع و مثل آن است». (ابن منظور، لسان العرب ۷: ۳۲۹؛ القاموس ۱۹۲: زبیدی، تاج العروس ۱۰: ۳۰۵) نکته اول در این تعریف آن است که شرط الزام و التزام در جایی است که چیزی را الزام می کنند یا به چیزی ملتزم می شوند. نکته دوم این است که ظرف الزام و التزام، بیع و نحو آن است. در نتیجه، ضمنیت و ظرفیت در شرط معتبر است. نکته دوم از عبارت «بیع و نحو بیع» به دست می آید که عقد مورد نظر است. در نتیجه، شرط باید در ظرف عقود باشد. پس شرط خارج از عقد حقیقتاً شرط نیست. هم چنین است اگر خارج از عقد بنا بر آن گذاشته شده یا مقاوله بر آن شده باشد. در هر صورت، شرط از نظر لغوی، در این موارد، شرط ابتدایی تلقی می شود. در صورت اطلاق، معنای مجازی را در نظر می گیرند. در نتیجه، مطلق شرط در ابراء و عفو صحیح نیست.

۲- الف (۲) ادله نفوذ شرط در ابراء

همانطور که در ابتدای بحث اشاره شد برخی فقها قائل به صحت شرط در ابراء هستند. (شبیروی، استفتاء ۹۵/۸/۱۵ و ۹۵/۱۱/۱۸؛ علوی در غیر شرط نتیجه خیار، استفتاء ۹۵/۱۲/۱۶؛ سبحانی، استفتاء ۹۵/۱۲/۱۶؛ قزوینی، صیغ العقود ۲۸۹؛ مکارم، استفتاء ۹۵/۱۲/۲۸) استناد برخی از فقها به عموم «المؤمنون عند شروطهم» (احسابی، عوالی ۱: ۲۱۸) در بحث عتق نشان می‌دهد که شرط در ایقاعات مانند ابراء اقتضای نفوذ دارد. (فاضل هندی، کشف اللثام ۸: ۳۶۱؛ اسدی، المقتصر ۳۰۵ و ۳۰۴؛ محقق سبزواری، کفایة الاحکام ۲: ۴۴۳) در نتیجه، شرط در عفو اقتضای نفوذ را دارد.

این گروه معتقدند ادله‌ای که برای منع نفوذ شرط در ایقاعات اقامه شده اند، خالی از اشکال نیست. (شیخ انصاری، کتاب المکاسب ۵: ۱۴۹؛ یزدی، حاشیة المکاسب ۲: ۳۱؛ اصفهانی، حاشیة کتاب المکاسب ۴: ۲۱۸؛ خویی، مصباح الفقاهة ۶: ۲۶۶؛ روحانی، المرتقی ۱: ۲۸۱؛ خویی، الشروط أو الالتزامات ۲: ۹۳؛ روحانی، فقه الصادق ۱۷: ۱۶۲؛ خویی، مبانی تکملة المنهاج ۸: ۳۹) چرا که بین شرط و ایقاع تنافی وجود ندارد. چون از سویی معنای شرط مبدأ برای دو معنای متضایف است، بنابراین آنچه در صدق مفهوم شرط مهم است، وجود مشروط و مشروط له است. از سویی دیگر ممکن است قبول مشروط علیه در شرط لازم باشد، اما به این معنی نیست که ایقاع به آن متقوم باشد. از سویی دیگر نیز روایتی که برای بیان تنافی بدان استناد شده است، بر مدعی دلالت نمی‌کند و بر مورد غالب حمل می‌شود. در نتیجه، شرط صادق است و ایقاع هم به قبول نیاز ندارد. البته بر برخی ادله در مورد تنافی ایقاع و شرط نقد مبنایی وارد است چرا که سرایت فساد از شرط به عقد یا ایقاع صحیح نیست. (اراکی، الخيارات ۱۵۵ و ۱۵۴)

علاوه بر این، بسیاری از صاحب نظران در دلیل دوم یعنی عدم صدق مفهوم شرط خدشه کرده‌اند. (اصفهانی، حاشیة المکاسب ۴: ۲۱۹ و ۲۱۸؛ روحانی، منهاج الفقاهة ۵: ۳۸۶ و ۳۸۷؛ روحانی، فقه الصادق ۱۷: ۱۶۳؛ سبزواری، مهذب الاحکام ۱۷: ۱۲۱؛ خویی، مبانی تکملة المنهاج ۸: ۳۸ و ۳۹؛ تبریزی، إرشاد الطالب ۴: ۱۵۱؛ سبحانی، المختار ۱۷۹) به عقیده این گروه از فقها در تحقق شرط تنها چیزی که لازم و مهم است، وجود آن در ضمن یک التزام است. از سویی دیگر دلیلی وجود

ندارد که گفته شود شرط باید در ضمن دو التزام باشد. مضافاً که شرعاً و عقلاً نفوذ شرط اعم از اینست که در ضمن یک یا دو التزام باشد.

بنابراین واضح است که مفهوم شرط در ایقاع صادق است؛ چون عمل اشتراط عملی مخصوص به متشرعه نیست، بلکه عملی است که عموم عقلاء در زندگی خود به صورت فراوان انجام می‌دهند. نزد عقلاء عمل اشتراط اختصاصی به عقود ندارد بلکه در ایقاعاتی همچون طلاق، به وفور اتفاق می‌افتد. بالاتر اینکه علامه مجلسی فی الجمله ادعای اجماع بر صحت شرط در عتق را مطرح کرده‌اند. (مرآة العقول ۲۱: ۲۹۵) این خود دلیل بر صدق مفهوم شرط در ایقاعات است.

با این توضیحات روشن شد که مانعی برای نفوذ شرط در ایقاعات نیست. پس مانعی برای نفوذ شرط فعل و وصف در ابراء و به تبع آن، شرط در عفو، وجود ندارد. در صورت تخلف از انجام دادن شرط فعل، حق خیار فسخ برای شرط‌کننده ثابت می‌شود. مرجع شرط وصف، جعل خیار است که در شرط خیار از آن بحث می‌شود. در صورت اعمال خیار، آن چه ابراء شده است، برمی‌گردد. در نتیجه، در عفو مشروط از قصاص اگر به شرط عمل نشود، در صورت اعمال خیار، حق قصاص بازمی‌گردد. البته برخی، اثر تخلف شرط را کشف از عدم تنجیز و عدم تحقق ابراء می‌دانند. (قزوینی، صیغ العقود ۲۸۹؛ سبحانی، استفتاء ۹۵/۱۲/۱۶)

در مورد شرط نتیجه، اختلافاتی که در عقد موجود است، در ابراء نیز جاری است. نفوذ شرط نتیجه مبتنی بر این است که در تحقق آن سبب خاصی در شرع قرار داده شده است یا نه و بین عقد و غیر آن فرقی نیست. اگر از دیدگاه فقیه، سبب خاصی مورد نظر باشد، با شرط نتیجه حاصل نمی‌شود. در غیر این صورت، با رعایت جهت‌های دیگر شرط نافذ است. (شیخ انصاری، مکاسب ۲۸۳؛ میرزا حبیب‌الله، کتاب الإجارة ۵۴؛ خمینی، استفتاء ۲: ۹۱؛ بجنوردی، قواعد فقهیه ۴۱۷) نفوذ نتیجه خیار یا فسخ از این موارد است. برخی، انفساخ را دارای سبب شرعی خاص مثل ثبوت حق خیار می‌دانند و شرط نتیجه خیار را نافذ نمی‌دانند. (علوی گرگانی، استفتاء ۹۵/۱۲/۱۶) در مقابل، برخی، شرط نتیجه خیار را در شرع دارای سبب خاصی نمی‌دانند و نتیجه فسخ را نافذ می‌دانند. (شبیری زنجانی، استفتاء ۹۵/۱۲/۱۷؛ مکارم شیرازی، استفتاء ۲۸: ۹۵) در مورد شرط خیار در

ابراء، از صاحب نظران در نفوذ شرط در ابراء بیانی مستقل یافت نشد، اما در بحث شرط خیار نظر خود را بیان کرده‌اند. بنابراین، شرط خیار در ابراء به صورت مستقل بررسی می‌شود.

۲-ب) قلمرو نفوذ شرط خیار در ابراء

از دیدگاه بسیاری از فقها، شرط خیار در ابراء صحیح نیست. (نجفی، جواهر الکلام ۲۳: ۶۴؛ انصاری، کتاب المکاسب ۵: ۱۴۸؛ نائینی، منیة الطالب ۵۶: ۵۶؛ یزدی، حاشیة المکاسب ۲: ۳۲ و ۳۱؛ امام خمینی، تحریر الوسيلة ۱: ۵۲۰؛ حکیم، منهاج الصالحین ۲: ۴۱؛ خوبی، منهاج الصالحین ۲: ۳۰؛ تبریزی، منهاج الصالحین ۲: ۳۴؛ وحید، منهاج الصالحین ۳: ۳۹) در مقابل، به باور برخی دیگر از فقها، شرط خیار در ابراء نافذ است. (شبیری زنجانی، استفتاء ۸/۱۵ و ۹۵/۱۱/۱۸ و ۹۵/۱۱/۱۶؛ علوی گرگانی استفتاء ۱۶/۱۲/۹۵) در نتیجه، دو دیدگاه در نفوذ این شرط به عنوان شرط در عفو با ماهیت ابراء بین فقهاء مطرح است.

۲-ب-۱) ادله عدم نفوذ شرط خیار در ابراء

مهم‌ترین دلیل برای عدم نفوذ شرط خیار در ابراء از نظر برخی فقها، اجماع است. (اردبیلی، مجمع الفائدة ۸: ۴۱۱؛ یزدی، حاشیة المکاسب ۲: ۳۲ و ۳۱ و سبزواری، مهذب الاحکام ۱۷: ۱۲۴) در مباحث قبل گفته شد که برخی معتقدند به طور مطلق شرط در ابراء نافذ نیست. بنابراین به همان دلایلی که شرط خیار در مطلق ایقاعات نافذ نیست؛ شرط خیار در ابراء به عنوان یک ایقاع، نافذ نیست. (انصاری، کتاب المکاسب ۵: ۱۴۹؛ امام خمینی، کتاب البیع ۴: ۲۷۳؛ نائینی، منیة الطالب ۵۵ و ۵۶) البته ادله دیگری نیز مطرح شده است. برخی از فقها، عنوان شرط راتنها بر شرط خیار صادق می‌دانند نه بر مطلق شرط. (تبریزی، إرشاد الطالب ۴: ۱۵۴) برخی از فقها همچون امام خمینی دلیل عدم نفوذ شرط خیار در ابراء را اینگونه بیان کرده‌اند: فسخ در ابراء محال است، چون ابراء از امور عدمی است و قابلیت بقا ندارد. (کتاب البیع ۴: ۳۷۵) محقق کرکی به این دلیل که ابراء اسقاط است، شرط خیار را صحیح نمی‌دانند. (جامع المقاصد ۴: ۳۰۴) گروهی دیگر هم فسخ را عقلا ممکن می‌دانند، ولی معتقدند که فسخ شرعا باید از ادله شرط ثابت خارج باشد. ادله شرط قابلیت

۱. و نیز در: شراعت ۲: ۱۷؛ إرشاد ۱: ۳۷۵؛ ضد القواعد الفقهية ۳۵۳: الدروس ۳: ۲۶۷ و ۲۶۸؛ حاشیة المختصر ۹۴: جامع المقاصد ۴: ۳۰۴؛ مفتاح الکرامة ۱۴: ۲۱۸؛ مشارق الأحکام ۳۳: کتاب البیع ۴: ۲۷۳؛ مصباح ۶: ۲۶۹ و ۲۷۱ و ۲۸۱؛ منهاج خوبی ۲: ۳۰؛ إرشاد الطالب ۴: ۱۵۴؛ صافی، هداية العباد ۱: ۳۱۵؛ گلپایگانی، هداية العباد ۱: ۳۶۵؛ منهاج سیستانی ۲: ۴۴؛ جامع المسائل ۲: ۵۵۱؛ منهاج حکیم ۲: ۶۲؛ منهاج فیاض ۲: ۱۴۷؛ المختار فی احکام ۱۸۳؛ هداية الطالب ۳: ۴۵۱.

ندارد مشروعیت فسخ را اثبات کند و شرط کردن سببیت اعطا نمی‌کند. (نراقی، مشارق الأحکام

۳۳۰؛ شیخ انصاری، کتاب المکاسب ۵: ۱۵۰ و شریعت اصفهانی، نخبه الأزهار ۱۵۱)

ادله دیگری نیز از جانب برخی فقهاء اقامه شده است. مثلاً برخی عموم «المؤمنون عند شروطهم»

را ظاهر در شرط فعل می‌دانند. (احسائی، عوالی ۱: ۲۱۸) برخی دیگر معتقدند اگر شرط شامل شرط

خیار شود، این دلیل به عقد منصرف است. فرضاً بپذیریم در ایقاعات هم صادق هستند، خصوص

خیار، با مفهوم ابراء منافات دارد. (خویی، مصباح الفقاهه ۶: ۲۶۹ و ۲۷۰)

۲-ب-۲) ادله نفوذ شرط خیار در ابراء

تمام ادله‌ای که برای عدم نفوذ شرط خیار بیان شده است، اشکال دارد. با توجه به فتوای بسیاری

از فقها بر نافذ نبودن شرط خیار، به نظر می‌رسد مهم‌ترین دلیل، اجماع باشد. البته به نظر می‌رسد

که اجماع محقق نشده است. امر مؤید این مطلب است، اولاً برخی فقها نافذ نبودن شرط خیار را به

ثبوت اجماع موکول کرده و نسبت به نفی یا اثبات آن چیزی نگفته‌اند. همین امر در ثبات نشدن اجماع

کافی است. ثانیاً اقامه تعلیل‌های متعدد از جانب فقها نشان می‌دهد که اجماع مسلمی وجود نداشته

که سبب تردید و تعلیل شده است. (اردبیلی، مجمع الفائدة ۸: ۴۱۱؛ کاشف الغطاء، مورد الأثم ۴: ۶۰؛

روحانی، فقه الصادق ۱۲: ۱۶۴) علاوه بر این، روایتی در باب عتق نشان‌دهنده نفوذ شرط خیار است.

مؤتفة إسحاق بن عمار أو صحیحته، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سئلته عن الرجل يعتق مملوکه، و

یزوجه ابنته، ویشرط علیه إن هو أغارها أن یرده فی الرق. قال له شرطه؛ از حضرت پرسیدم: مردی که

مملوکش را آزاد و دخترش را به او تزویج می‌کند و شرط می‌کند اگر از دواج دیگری کند، به رقیبت برگردد،

تکلیفش چیست؟ حضرت جواب داد: برای او شرطش است». (عاملی، وسائل الشیعة ۲۳: ۲۷)

۲-ب-۲) قلمرو نفوذ شرط در صلح

بنا بر برخی نظرها، در صورت امتناع شرط در ابراء، شرط و عفو از قصاص به ماهیت عقد هبه یا عقد

صلح رجوع می‌کنند. (محقق داماد، قواعد فقه ۲: ۲۶۵) بنابراین وقتی ولی دم می‌گوید عفو می‌کنم با شرط

پرداخت مال، این قول او عقد هبه یا صلح است. با توجه به این که هبه در اعیان به کار می‌رود و با توجه

به این که ماهیت عفو و معنای عفو، ابراء حق است، رجوع ماهیت آن - در مقابل پرداخت مال یا در مقابل

عمل - به هبه بسیار بعید است. حق قصاص قابلیت نقل ندارد و سلطنت بر آن از طرف اولیای دم به دلیل تعبد است. برای اسقاط حق قصاص می توان از ماهیت صلح استفاده کرد. ترک مجازات از نظر عرف بخشش است. با این حال، این موارد مجاز هستند و متعلق آن ها در حقیقت، مال نیست. گویی محو معاصی به صورت مال هدیه داده شده است. پس ماهیت صحیح برای تصحیح عفو و شرط، صلح است. اما در صورت امتناع شرط، برای حفظ عنوان اسقاط حق یا ابراء، چند صورت را می توان مطرح کرد؛ یا صلح بر اسقاط واقع شود و شرط به صورت معوض باشد، مثل صلح بر اسقاط حق در مقابل دیه. یا این که صلح بر اسقاط واقع شود و صلح غیر معوض است و شرط با حفظ شرطیت در ضمن آن قرار بگیرد، مثل صلح بر اسقاط با شرط پرداخت دیه. یا این که صلح معوض باشد و شرط با حفظ شرطیت در ضمن آن قرار بگیرد، مثل صلح بر اسقاط با شرط انجام عمل. در تمام موارد، ابراء جزئی از عقد است، اما ماهیتش تغییر نمی کند. قلمرو نفوذ شرط اعم از شرط فعل، وصف، نتیجه، فسخ و خیار در این زمینه بررسی می شود.

۲-ج-۱) نفوذ مطلق شرط در صلح

فقها شرط در ضمن صلح بر اسقاط حق را نافذ می دانند. برخی دیگر همه شروط اعم از فعل، وصف و نتیجه را در برخی موارد نافذ می دانند. برخی دیگر نیز شرط نتیجه فسخ را نافذ نمی دانند. (شیرازی، استفتاء ۹۵/۱۱/۱۸ و ۹۵/۱۱/۲۱ و ۹۵/۱۱/۲۳ و مکارم شیرازی، استفتاء ۹۵/۱۱/۲۲؛ سبحانی، استفتاء ۹۵/۱۱/۲۳؛ سیستانی، استفتاء ۹۵/۱۱/۲۶ و ۹۵/۱۲/۱ و گرامی، استفتاء ۹۵/۱۲/۲۲)

موانع صدق شرط که در ایقاعات بیان شد و تنافی که بین عقد و شرط بیان شد، در عقد وجود ندارد. در نتیجه، عموم «اوفوا بالعقود» (مأئده/ ۱) و عموم «المؤمنون عند شروطهم» (احسائی، عوالی ۱: ۲۱۸) شرط در عقد صلح را در بر می گیرد. پس در این زمینه بین صلح معاوضی و غیر معاوضی بر اسقاط حق فرقی وجود ندارد و شرط در ضمن آن صادق و نافذ است. یکی از آثار نفوذ شرط این است که در صورت تخلف، خیار به وجود می آید. در صورت اعمال خیار، حق اسقاط شده برمی گردد و در شرط خیار نیز حکم مسأله همین است. در بازگشت حق اسقاط شده، اشکال مشترکی بین شرط در صلح و شرط در ابراء وجود دارد که در بحث شرط خیار بیان می شود.

برخی فقها در مورد شرط نتیجه فسخ یا خيار معتقد به نفوذ آن هستند. (بهجت، استفتاء ۳: ۲۶۴؛ شبیری، استفتاء ۹۵/۱۱/۱۸؛ گرامی، استفتاء ۹۵/۱۲/۲۲) در مقابل برخی دیگر معتقد به عدم نفوذ هستند. (مکارم شیرازی، استفتاء ۱: ۱۷۱؛ منتظری، رساله استفتائات ۳: ۲۳۰؛ صافی، استفتاء ۹۵/۱۱/۲۳؛ سبحانی، استفتاء ۹۵/۱۱/۲۳؛ سیستانی، استفتاء ۹۵/۱۱/۲۶ و ۹۵/۱۲/۱؛ علوی، استفتاء ۹۵/۱۲/۲۶) مطالبی که در مورد شرط نتیجه در بحث شرط در ابراء گفته شد، عیناً در این جا نیز مطرح است.

۲- ج- ۲) نفوذ شرط خيار در صلح

در صلح معاوضی بسیاری از فقها معتقد به نفوذ شرط خيار به صورت مطلق هستند. برخی دیگر نیز به صحت آن در مقام ابراء تصریح دارند. (حلی، تحریر الاحکام ۲: ۲۹۳؛ کاشف الغطا، مورد الأنام ۴: ۵۷؛ سبحانی، المختار فی احکام ۱۸۳؛ خوانساری، منیة الطالب ۵۷؛ نجفی، جواهر الکلام ۲۳: ۶۲؛ بهجت، جامع المسائل ۲: ۵۵۱ و ۵۵۲؛ شبیری، استفتاء ۹۵/۱۱/۱۸؛ گرامی، استفتاء ۹۵/۱۲/۲۲) با این حال، برخی دیگر، شرط خيار را در صلح معاوضی جاری نمی دانند. (مفید، المبسوط ۲: ۸۰؛ امام خمینی، کتاب البیع ۴: ۳۸۵)

اگر صلح بر حسب کاربرد شایع، ابراء (یزدی، حاشیة مکاسب ۴: ۲۲۲) یا مفید فایده ابراء باشد، بنا بر مبنای قداما که صلح را عقد مستقل نمی دانستند، (شهید ثانی، مسالك الافهام ۴: ۲۶۱ و ۲۶۰؛ بحرانی، غایة المرام ۲: ۲۲۱) ماهیت آن ابراء خواهد بود. در نتیجه، شرط خيار در آن نافذ نیست و بحث در آن به مباحث ابرای مشروط بازمی گردد. اما اگر صلح را عقد مستقل بدانیم، برخی، شرط خيار را در صلح مفید ابراء که معاوضی نیست، نافذ نمی دانند. (حلی، تحریر الاحکام ۲: ۲۹۳؛ سبزواری، مهذب الاحکام ۳۵۶ و ۳۵۴؛ کاشف الغطا، منهل الغمام ۱: ۱۳۱ و ۱۳۰؛ بحرانی، غایة المرام ۲: ۴۴؛ شیخ انصاری، مکاسب ۵: ۱۵۰ و خوانساری، منیة الطالب ۵۷) در مقابل، برخی دیگر شرط خيار را در چنین صلحی نافذ می دانند. (خمینی، بیع ۴: ۳۸۵؛ یزدی، حاشیة مکاسب ۴: ۲۲۳ و ۲۲۲؛ بهجت، جامع المسائل ۲: ۵۵۱ و ۵۵۲؛ شبیری، استفتاء ۹۵/۱۱/۱۸؛ گرامی، استفتاء ۹۵/۱۲/۲۲)

علت نافذ نبودن شرط در صلح مفید ابراء غیر معاوضی این است که اقاله و فسخ در آن مشروع نیست. عموم ادله شرط نمی تواند فسخ را مشروع کند و باید خارج از ادله شرط ثابت گردد. اگر شک در سببیت فسخ شود، همین شک برای نافذ نبودن کفایت می کند. (نراقی، مشارق الأحکام ۳۳۰؛ شیخ انصاری، مکاسب ۵: ۱۵۰) دلیل دیگر این است که حقیقتاً این موارد ابراء است و چون

در معاوضه نیست، می‌توان گفت شرط خیار، شرط ابتدایی است. (خوانساری، منیة الطالب ۵۷) در مورد صلح معاوضی، از بین بردن ابراء و اسقاط فرع اعتبار وجود آن دو بعد از عقد است و این امر محال است. (خمینی، بیع ۴: ۳۸۵) این سه دلیل در بحث ابراء نیز مشترک است.

ادله نافذ نبودن شرط در صلح غیر معاوضی تمام نیست. موانع خیار شرط که در ابراء گذشت، در عقد وجود ندارد. عبارات قداماء در مورد نفوذ خیار شرط نه تنها بر عنوان عقد حمل شده است، (حلی، إرشاد الأذهان ۱: ۳۷۵؛ حلی، قواعد الأحكام ۲: ۶۸؛ فاضل مقداد، ضد القواعد ۳۵۲؛ شهید ثانی، معالم الدین ۱: ۳۵۱؛ شهید اول، الدروس ۳، ۲۶۷ و شهید ثانی، فوائد القواعد ۶۱۶) بلکه ادعای اجماع بر نفوذ خیار شرط در عقود و خصوص صلح معاوضی شده است. (حلی، تذکرة ۱۱: ۶۳؛ سبزواری، مهذب الأحكام ۱۸: ۱۱؛ محقق سبزواری، کفایة الأحكام ۱: ۴۷۰؛ اردبیلی، مجمع الفائدة: ۸: ۴۱۱) رجوع از ایقاع هم از نظر عقل و شرع همان طور که در برخی روایات آمده است، اشکالی ندارد. در عقد، اقاله ثابت است و استمرار هم در آن وجود دارد. عموم ادله شرط، این شرط را در بر می‌گیرد که در صورت اعمال خیار به حالت اولیه برمی‌گردد. در نتیجه، در عفو مشروط از قصاص می‌توان در ضمن مصالحه بر پرداخت دیه در مدت معین شرط خیار کرد. در صورت اعمال خیار، حق قصاص برای اولیای دم ثابت می‌گردد و می‌توانند آن را اجرا کنند.

۳. شرط فاسد در عفو از قصاص

از مباحث گذشته مشخص شد که برخی شروط به دلیل برخی نگرش‌ها به آنها، نادرست و باطل هستند. علاوه بر آن، شرایطی در تحقق شرط معتبر است که نبود آن‌ها سبب بطلان شرط می‌شود. (بجنوردی، قواعد فقهیه ۲: ۴۱۲-۴۹۷ و مشکینی، مصطلحات الفقه ۳۱۲ و ۳۱۳) از جمله این شروط می‌توان به این موارد اشاره کرد: شرط جایز باشد یا مخالف کتاب و سنت نباشد؛ قدرت بر انجام شرط داشته باشد؛ غرض عقلایی داشته باشد؛ مجهول نباشد؛ خلاف مقتضی عقد یا ایقاع نباشد؛ در متن عقد به آن ملتزم شود و منجز باشد.

۱. مؤتفة إسحاق بن عمار أو صحیحة، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سئلته عن الرجل يعتق مملوكه، ويزوجه ابنته، و يشترط عليه إن هو أغارها أن يرده في الرق. قال له شرطه: از حضرت پرسیدم: مردی که مملوکش را آزاد و دخترش را به او تزویج می‌کند و شرط می‌کند اگر ازدواج دیگری کند، به رقیت برگردد، تکلیفش چیست؟ حضرت جواب داد: برای او شرطش است». (عاملی، وسائل الشیعة: ۲۳: ۲۷)

حال سؤال این است آیا این شرط فاسد مانند شرط حرام یا غیر عقلایی یا نامقدور موجب بطلان عفو از قصاص می‌شود یا عفو بر صحت خود باقی می‌ماند؟ شروط اگر از ارکان عفو از قصاص باشند، مثلاً درباره یک شرط به گونه‌ای تراضی شده است که اگر شرط نباشد، اصلاً تراضی بر عفو صورت نمی‌گیرد یا به اصطلاح از موارد اتحاد مطلوب است؛ و یا خلاف مقتضی عفو باشد، در این صورت بطلان شرط، سبب بطلان عفو می‌شود. در غیر این موارد، شرط باطل موجب بطلان عفو نمی‌شود. مثلاً در شرط علیه خانواده جانی یا شرط قطع اعضا یا شرط خیار یا شرط نتیجه خیار یا انفاسخ در صورت بطلان، فقط شرط باطل است. پس عفو صحیح است مگر این که کشف شود بدون این شروط اصلاً اولیای دم حاضر به عفو نیستند و این شروط از ارکان انشای عفو هستند. این مطلب با نظر برخی صاحب نظران سازگار است. (شبیری، استفتاء ۹۵/۱۱/۱۸ و ۹۵/۱۲/۱۷؛ مکارم شیرازی، استفتاء ۹۵/۱۲/۱۵؛ گرامی، استفتاء ۹۵/۱۲/۱۵؛ سبحانی، استفتاء ۹۵/۱۲/۱۶ و علوی، استفتاء ۹۵/۱۲/۱۶)

۴. صحت شرط قطع اعضا و شرط علیه خانواده جانی در عفو از قصاص

۴- الف) شرط قطع اعضا در عفو از قصاص

در قتل عمد برای اولیای دم حق قصاص ثابت می‌شود و اولیای دم می‌توانند با عفو، مالی را به اندازه دیه یا بیش‌تر، از جانی بگیرند. اولیای دم می‌توانند عفو خود را به شروطی مانند پرداخت دیه مشروط کنند. با این حال، آیا اولیای دم می‌توانند عفو از حق قصاص را به قطع قسمتی از بدن جانی مشروط کنند؟

دلیل ضرورت این بحث آن است که جانی برای رهایی از اعدام از این طریق می‌تواند جان خود را حفظ کند. از طرف دیگر، بدون تعدی از حق قصاص و با عفو از آن علاوه بر گرفتن مال به عنوان جبران خسارت مالی ناشی از قتل، راه دیگری برای تشفی و جبران آسیب‌های روحی اولیای دم به دست می‌آید.

بررسی شرط قطع اعضا با قطع نظر از این که مورد عفو چه چیزی باشد، در دو فرض ملاحظه می‌شود. فرض اول، شامل شرط قطع اعضا با ضرر عمده‌ی منجر به قتل و یا نامتمهی به قتل و فرض دوم، شرط قطع اعضا بدون ضرر عمده است. شرط قطع اعضا در خصوص عفو از قصاص با

در نظر گرفتن ویژگی حفظ نفس تنها در یک صورت به بررسی نیاز دارد. آن صورت هم فرض ضرر عمده نامنتهی به قتل است. در هر بحث، حکم تکلیفی انواع قطع بررسی و نقد می‌شود. سپس حکم وضعی مصالحه و شرط قطع اعضا بیان می‌شود.

۴- الف (۱) - شرط قطع اعضا در مطلق عفو

در این تحلیل، شرط قطع اعضا در دو فرض، از نظر حکم تکلیفی و وضعی بررسی می‌شود. فرض اول، قطع اعضا با ضرر عمده است. در ضرر منجر به قتل و نامنتهی به قتل، آراء و ادله حکم تکلیفی آن بیان می‌شود. فرض دوم، شرط قطع اعضا بدون ضرر عمده را در برمی‌گیرد که آراء و ادله حکم تکلیفی در آن بررسی می‌گردد.

اول - ادله نافذ نبودن شرط قطع اعضا با ضرر عمده

شرط قطع اعضا با ضرر عمده اعم از آن است که حیات متوقف بر آن باشد مثل قلب یا این که حیات متوقف بر آن نباشد مثل دست و پا و انگشتان و چشم و قرنیه یا یک کلیه. در حرمت قطع اعضایی که منجر به مرگ می‌شود، اشکالی نیست. حرمت قتل هم بسیار واضح است. (تبریزی، استفتاء ۱: ۴۷۱؛ منتظری، رساله استفتائات ۲: ۳۷۹؛ مکارم شیرازی، احکام پزشکی ۱۲۲) با این حال، آرای فقها بر حرمت قطع اعضایی است که موجب مرگ نمی‌شود. (وحید، توضیح المسائل ۶۱۲؛ شبیری، استفتاء ۹۵/۱۱/۲۷؛ مکارم شیرازی، استفتاء ۹۵/۱۱/۲۷؛ علوی، استفتاء ۹۵/۱۱/۲۷؛ گرامی، استفتاء ۹۵/۱۱/۲۷؛ سبحانی، استفتاء ۹۵/۱۲/۲ و سیستانی، استفتاء ۹۵/۱۲/۴)

ادله‌ای که بر حرمت اضرار به نفس می‌توان به آن‌ها استناد کرد، عبارتند از:

یک - حکم عقل یا بنای عقلا بر این که انسان از مضرات اجتناب کند و نسبت به آن هم ردعی نیست. دو - قاعده لا ضرر ولا ضرار که از برخی روایات به دست آمده است. (عاملی، وسائل الشیعة ۲۵: ۴۲۶-۴۲۸) سه - آیه ۱۱۷ تا ۱۲۱ سوره نساء که بر حرمت تغییر خلقت از طریق قطع استدلال شده است.^۱ در این آیه گفته شده است: «اینان به جای خداوند جز جمادی (مانند بت‌ها) را نمی‌پرستند و جز شیطان سرکش را نمی‌پرستند. خداوند، شیطان را گرفتار لعنت کرد و او گفت: از بندگان تو سهمی معین را

۱. «إِنْ يَدْعُونَ مِنْ دُونِهِ إِلَّا إِنَانَا وَإِنْ يَدْعُونَ إِلَّا شَيْطَانًا مَرِيدًا لَعَنَهُ اللَّهُ وَقَالَ لَأَتَّخِذَنَّ مِنْ عِبَادِكَ نَصِيبًا مَفْرُوضًا وَلَأُضِلَّهُمْ وَ لَأَمْرِيئَهُمْ فَلْيُبْتِئِكُمْ بِذُنُوبِ الْأَعْمَامِ وَأَمْرِيئَهُمْ فَلْيَغْتَبِرَنَّ خَلْقَ اللَّهِ وَمَنْ يَتَّخِذِ الشَّيْطَانَ وَلِيًّا مِنْ دُونِ اللَّهِ فَقَدْ خَسِرَ خُسْرَانًا مُبِينًا يَعْدُهُمْ وَيَمْتَرِيئَهُمْ وَمَا يَعْدُهُمُ الشَّيْطَانُ إِلَّا عُرُواوَأُولَئِكَ مَا أَوْاهُمْ جَهَنَّمَ وَلَا يَجِدُونَ عَنْهَا مَحِيصًا»

می‌گیرم. آن گاه آنان را به گمراهی می‌کشانم و به (دام) آرزوهای دور و درازی می‌اندازم و به آنان فرمان می‌دهم تا گوش‌های چارپایان را ببرند (تا علامتی باشد که این حیوان نصیب بت‌هاست) و به آنان دستور می‌دهم که آفرینش الهی را دگرگون کنند. هر کس به جای خداوند، شیطان را ولیّ خود قرار دهد، آشکارا زیان کار شده است و سرانجام ایشان جهنم است و گریزگاهی از آن ندارد».

چهار-روایت: در این روایت راوی به امام باقر علیه السلام می‌گوید: «چرا خداوند مردار و خون و گوشت خوک و شراب را حرام کرده است؟» امام می‌فرماید: «اگر خداوند این‌ها را حرام و جزآن را حلال کرده است، برای میل کردن به چیزهای حلال و بی‌میلی به چیزهای حرام نیست، بلکه خداوند پس از آفرینش مخلوقات، آن‌چه را می‌دانست مایه قوام بدن آن‌هاست و برایشان سودمند است، حلال و مباح قرار داد و آن‌ها را از آن‌چه برایشان زیان‌بخش است، باز داشت. آن گاه برای شخص مضطر در زمانی که بدنش جز به حرام قائم نخواهد بود، آن را به قدر نیاز حلال کرد»^۱.

پنج-روایتی که از اذلال مؤمن نهی کرده و قطع اعضا نوعی اذلال است: «عن ابی عبدالله علیه السلام قال: إن الله تبارک و تعالی فوض إلى المؤمن کل شیء الا اذلال نفسه؛ خداوند به مؤمن، هر چیزی جز خوار کردن خود را واگذار کرده است». (همان ۱۶: ۱۵۷)

در نقد و بررسی این ادله باید گفت: از میان ادله، حکم عقل یا بنای عقلا و دلیل اذلال مؤمن بر حرمت دلالت می‌کنند. عملی را می‌توان مورد مصالحه قرار داد که امری جایز باشد. همچنین عملی را می‌توان شرط قرار داد که امری جایز باشد. در نتیجه، در ضمن مصالحه، چنین شرطی با دو فرضش نافذ نیست و مصالحه آن به گونه‌ای که عوض قرار گیرد، صحیح نیست. قاعده لا ضرر و لا اضرار نیز بر حرمت تکلیفی بر خود شخص دلالت ندارد و بر اضرار بر غیر دلالت دارد. آیه هم دلالت ندارد که هر تغییر خلقی از اعمال شیطان باشد. روایت دیگر هم بر مدعی دلالت ندارد و بر فرض دلالت هم از نظر سندی قابل استناد نیست. (مؤمن، پیوند اعضا ۳- ۴۵)

۱. «قال: قلت لابی عبدالله علیه السلام اخبرنی جعلنی الله فداک لم حرم الله الخمر و المیتة و الدم و لحم الخنزیر قال ان الله تبارک و تعالی لم یحرم ذلک علی عباده و احل لهم ما سواه من رغبه منه فیما (حرم علیهم) و لا زهد فیما (احل لهم) و لکنه خلق الخلق (فعلهم) ما تقوم به ابدانهم و ما یصلحهم فاحله لهم و اباحه تفضلا منه علیهم به لمصلحتهم و علم ما یضرهم فنهاهم عنه و حرمه علیهم ثم اباحه للمضطر و احله له فی الوقت الذی لا یقوم بدنه الا به». (عاملی، وسائل الشیعه ۲۴: ۹۹)

دوم - ادله نفوذ شرط قطع اعضا بدون ضرر عمده

نظرات مربوط به قطع اعضا بدون ضرر عمده مانند قطع گوشت و پوست بارضای شخص بر جواز دلالت می‌کنند. (امام خمینی، توضیح المسائل ۲: ۸۹۹؛ وحید، توضیح المسائل ۶۱۲؛ شبیری زنجانی، استفتاء ۹۵/۱۱/۱۸ و ۲۷ و ۹۵/۱۱/گرامی، استفتاء ۹۵/۱۱/۲۷؛ سبحانی، استفتاء ۹۵/۱۲/۲؛ سیستانی، استفتاء ۹۵/۱۲/۴ و مکارم شیرازی، استفتاء ۹۵/۱۲/۲۱) عمل قطع، عملی محترم و قابل دریافت اجرت است. در نتیجه، بنا بر نظر بسیاری از فقها، مصالحه بر این عمل و قرار دادن آن به صورت شرط، صحیح و نافذ است هر چند غرض اهمی هم در این قطع نباشد. ادله حرمت این فرض نیز همان ادله‌ای است که در فرض اول بیان شد. با این حال، حکم عقل یا بنای عقلا در مورد ضررهای عمده ثابت است، اما در مورد ضررهایی که عمده نیستند و اغراض عقلایی دارند به ویژه با اغراض مهم یا اهم، حکم عقل و بنای عقلا در احتراز از آن‌ها ثابت نیست. درباره اذلال مؤمن نیز هر قطعی موجب صدق این عنوان نیست به ویژه در جایی که غرض عقلایی مطرح باشد. حتی در جایی هم که غرض مهم یا اهمی در کار باشد، چنین است. هم چنین در موارد ضرر عمده با وجود اغراض اهم، بریدن و قطع اشکالی ندارد، مانند قطع دست برای حفظ نفس فرد که آرای فقهی این نظرات تأیید می‌کنند. (شبیری، استفتاء ۹۵/۱۱/۱۸؛ گرامی، استفتاء ۹۵/۱۱/۲۷؛ سیستانی، استفتاء ۹۵/۱۲/۴ و مکارم شیرازی، استفتاء ۹۵/۱۲/۲۱)

در نتیجه، صلح بر قطع و شرط قطع در ضمن آن در قطع اعضایی که ضرر عمده ندارد، مثل قطع گوشت و پوستی که نقص دایمی نیست، جایز است مگر این که عنوان ثانوی بر آن منطبق شود مثل وهن دین.

۴- الف ۲- شرط قطع اعضا با توجه به حفظ نفس جانی

با توجه به مطالبی که بیان شد، نافذ نبودن شرط قطع اعضای منجر به مرگ در عفو از قصاص بیان شد. صحت شرط قطع اعضا بدون ضرر عمده در عفو از قصاص نیز روشن شد. تنها یک فرض باقی می‌ماند. آراء و ادله مربوط به فرض قطع اعضا با ضرر عمده نامنتهی به قتل به این دلیل که ویژگی عفو از قصاص ممکن است سبب حلیت آن شود، بررسی خواهد شد.

بیش تر نظرات بر نافذ نبودن شرط قطع اعضای با ضرر عمده در غیر قتل تأکید دارند، هر چند عفو ولی دم به آن مشروط شده است. (شبیری زنجانی، استفتاء ۹۵/۱۱/۱۸ و ۹۵/۱۱/۲۰؛ سبحانی، استفتاء

۹۵/۱۱/۲۸؛ مکارم شیرازی، استفتاء ۹۵/۱۲/۱؛ علوی، استفتاء ۹۵/۱۲/۲۶؛ گرامی، استفتاء ۹۶/۱۱/۲۵ و سیستانی، استفتاء ۹۶/۱۲/۸) باین حال، برخی دیگر با این که ضرر عمده در این موارد وجود دارد، به صورت مطلق، به صحت مصالحه با ولی دم و نفوذ این شرط معتقدند. (حکیم، مسائل معاصره ۶۵) در مورد ادله نفوذ، ابتدا در مورد صلیحی بحث می شود که شرط در آن عوض قرار می گیرد. تشریح اصل مصالحه بسیار وسیع است و قابلیت دارد حتی مورد قطع اعضا را در بر گیرد. (همان) علاوه بر آن، وقتی عقلا بر رفع تخاصم و توقف موقت آن تصالح و توافق می کنند، مانند آتش بس ها، می توان اینگونه نتیجه گرفت که مصالحه در امور غیر مالی هم جریان دارد.

قطع اعضا از نظر عقلایی صحیح است وقتی عوض در صلح باشد آن هم تا زمانی که شارع از آن ردع نکرده باشد، هر چند حرمت اضرار به نفس در این موارد وجود دارد. اما حرمت در این مورد به دلیل تراحم و جوب حفظ جان قاتل برداشته می شود. در نتیجه، از نظر شرع نیز این عمل مباح خواهد بود. پس هم صلح مشروع است و هم عمل قطع مباح است.

اگر اشکال شود که صلح بر امور مالی و حقوق مشروع است، باز به قاعده عقلایی «الناس مسلطون علی انفسهم» می توان استناد کرد. (مومن، «پیوند اعضا»، ۱: ۳۴) همچنین می توان اینگونه استدلال کرد که انسان بر اعضا و جوارح خویش مالکیت دارد. اگر مالکیت انسان بر اعضا و جوارح خویش صحیح نباشد، دست کم انسان بر اعضا و جوارح خویش حق اختصاص دارد. قصاص عضو یا عفو از آن یا گرفتن چیزی در برابر آن. چه دیه باشد، بیش تر یا کم تر. بر این دلالت دارد که اختیار هر یک از اقسام به مجنی علیه واگذار شده و این همان اعتبار حق نسبت به اعضا است، به گونه ای که این حق اقتضا کرده است امر جنایت به او سپرده شود و این ابقای حق سابق است نه تشریح امر جدید. (همان ۱۲: ۳۴) اگر هیچ حقی بر اعضا و جوارح پذیرفته نباشد، و جوب حفظ نفس بر جانی، حقی برای او در قطع اعضا ایجاد می کند تا در مقابل آن بر اسقاط حق قصاص مصالحه کند.

برخی از فقها در فرضی که فردی سه نفر را کشته باشد و ولی دم فرد اول دو دستش را قطع کرده و ولی دم فرد دوم دو پایش را بریده است و ولی دم فرد سوم او را بکشد، حکم کرده اند که سومین ولی دم حق قصاص را با کشتن استیفا کرده است و دو فرد دیگر مساوی حقتشان را استیفا کرده اند.

بر اساس این دیدگاه، قطع دست و پا مورد نسبت سنجی با نفس قرار گرفته و باعث اسقاط حق قصاص اولیای دم مقتول اول و دوم شده است. (فاضل هندی، کشف اللثام ۱: ۱۶۳) این امر نشان می‌دهد که اولیای دم بر اعضای جانی نیز حق دارند. ممکن است این امر به دلیل اطلاق سلطنتی باشد که خداوند به ولیّ دم اعطا کرده است که از این سلطنت برخی از اعمال غیر انسانی مانند مثله کردن به دلیل تعذیب خارج شده است. (اسراء/ ۳۳)

شدت تعذیب با قطع برخی اعضا تا جایی که مثله نباشد کمتر از تعذیب ناشی از قصاص نیست. بنابراین وقتی تعذیب قطع اعضا برای جلوگیری از تعذیب بالاتر یعنی قصاص انجام شود، معلوم نیست که این نوع تعذیب منهی شارع باشد. احتمال دیگر آن است که دم و نفس قاتل نسبت به ولیّ دم مصون نیست. (عاملی، مفتاح الکرامه ۱۱: ۲۱۰) در فرضی که قصاص از طریق اعضا و مصون نبودن آن‌ها جاری می‌شود، برخی از فقها در مواردی که جانی با قطع عضو خاصی از مقتول، سبب قتل شده است، تطابق قصاص را به همین کیفیت جایز دانسته‌اند آن هم به گونه‌ای که قصاص را با قطع همان عضو شروع کنند. اگر اولیای دم راضی بودند، با جلوگیری از خون‌ریزی مانع مرگ قاتل می‌شوند. در نتیجه، در این فرض، حق اولیای دم بر عضو جانی پذیرفته شده است. (علوی، استفتاء ۱۱/ ۲/ ۹۴)

اما اگر هیچ حقی را قائل نشویم، صلح در مقابل عوض دیگری مثل مال واقع می‌شود. در این صورت، مصالحه اشکالی ندارد و قطع اعضا به صورت شرط می‌آید. در این جا تنها مانع، حرمت قطع اعضاست که با توجه به ملاک وجوب حفظ نفس بر جانی، این حرمت نیز مانع نخواهد بود. به بیان دیگر، دیگران حق ندارند این فرد را بکشند و خودش هم حق ندارد خود را بکشد. پس جانی باید مقدمات رضایت اولیای دم را از باب وجوب مقدمه واجب نسبت به خویش تحصیل کند.

نقد ادله جواز

بر فرض صحت مصالحه در موارد قطع اعضا، به این نکته بسیار مهم توجه نشده است که حق اولیای دم فقط قصاص است. در نتیجه، حقی بر جدا کردن اعضا ندارند. در نتیجه، عمل قطع توسط اولیای دم حرام است و اولیای دم نمی‌توانند شرط حرامی را قرار دهند یا بر آن مصالحه کنند. در این صورت، مصالحه یا شرط باطل خواهد بود، اگر چه این حرمت از طرف جانی برداشته

می‌شود؛ چون حفظ نفس براو واجب است.

انسان بر اعضا و جوارح خویش مالکیت تکوینی دارد؛ چون اقتضای آفرینش اوست. اثر این مالکیت تکوینی در شرع این است که اگر کسی براو جنایتی وارد کند، دیه دارد. اما مالکیت اعتباری بر اعضا و جوارح خود ندارد بلکه حق اختصاص دارد، ولی این حق اختصاص در زمانی که عضو حیاتی به بدن متصل است، قابل اسقاط نیست. نظری برخی از فقها مؤید این مطلب است. (سبحانی، استفتاء ۹۶/۲/۵؛ گرامی، استفتاء ۹۶/۲/۱۲؛ علوی گرگانی، استفتاء ۹۶/۲/۲۰؛ سیستانی، استفتاء ۹۶/۲/۲۴ و مظاهری، استفتاء ۹۶/۳/۱)

باید دانست در مورد قصاص و عفو اولاً احکام شرعی هستند و ثانیاً از این موارد، حق قصاص برداشت و انتزاع می‌شود. اما انتزاع و برداشت ثبوت حق اعتباری بر اعضا از حق قصاص که خود منتزَع از حکم شارع است، بعید است. در مورد حقی که از وجوب حفظ نفس جانی برداشت کرده‌اند، فقط حلیت امر قطع از طرف ایشان است. اما وجوب حفظ نفس با ثبوت حق ملازمه ندارد تا بتوان بر آن مصالحه کرد. در نتیجه، ادله جواز بر نفوذ این شرط و مصالحه بر آن تمام نیستند.

حکم وجوب حفظ نفس از جهت ولی مقتول مورد نزاع است که برای جانی وجود ندارد. دیگران حق کشتن او را ندارند یا خودش حق خودکشی ندارد، ولی بذل جان برای اولیای دم که نوعی خودکشی است، برای جانی شرعاً جایز است. در نتیجه، حفظ نفس، وجوبی اقتضایی است و از مستقلات عقلیه به شمار نمی‌آید، بلکه حفظ بقا و حیات انسان عقلاً بر حفظ برخی اعضا ترجیح دارد. حتی اگر بنا بر این باشد که شرط قطع اعضا نافذ نباشد، با روشی دیگر که محذور کم‌تری داشته باشد، می‌توان مصالحه کرد. اگر قطع عضو برای اولیای دم مهم باشد، ولی در مصالحه رکنیتی نداشته باشد، با قائم مقام تام‌الاختیار جانی می‌توانند بر اسقاط حق قصاص در برابر دیه یا بیش‌تر از آن مصالحه کنند. البته دیه و مال باید از رکنیت برخوردار باشند. در ضمن مصالحه باید شرطی وصفی را قرار دهند که با جانی به این شرط مصالحه می‌کنیم که در زمان مشخص فاقد عضوی باشد. جانی در زمان مشخص باید عمل قطع اعضا را انجام دهد و به اطلاع برساند که در این صورت، قطع اعضا از طرف جانی در صورت درخواست اولیای دم به دلیل حفظ نفس، حرمتی ندارد.

اگر کشف شود که جانی دارای عضو است، چون این شرط رکنیت ندارد، خیار برای اولیای دم لازم می‌آید. اگر از شرط قصد رکنیت کرده باشند و کشف شود که از ابتدا چنین وصفی نداشته است، مصالحه نیز باطل خواهد بود. برخی نظرها این مطلب را تأیید می‌کنند. (شبیری، استفتاء ۹۶/۲/۱۱؛ گرامی، استفتاء ۹۶/۲/۱۱؛ سبحانی، استفتاء ۹۶/۲/۱۲؛ علوی، استفتاء ۹۶/۲/۲۰ و مظاهری، استفتاء ۹۶/۳/۶)

۴-ب) شرط علیه خانواده جانی در عفو از قصاص

در برخی موارد عفو، اولیای دم عفو خود را بر انجام عملی از طرف جانی مشروط می‌کنند. شرط بر علیه طرف مورد مصالحه امری طبیعی و غالبی است، اما گاهی اولیای دم شرط علیه خانواده جانی را در نظر دارند، مثل این که دیگر حق زندگی در فلان مکان را نداشته باشند. ضرورت این مطلب آن است که در صورت صحیح بودن این شروط، الزامات و محدودیت‌هایی برای خانواده جانی در پی دارد و در صورت تخلف برای اولیای دم، خیار ایجاد می‌شود. در نتیجه، بررسی شرط علیه خانواده جانی با توجه به آرای فقها ضرورت می‌یابد.

ابتدا شروط بیان شده برای صحت شرط بیان می‌شود تا در بابیم کدام ویژگی از شرایط ایجاد یک شرط صحیح در شرط علیه خانواده جانی نیست. شروط صحت شرط که فقها ذکر کرده‌اند، اگر چه در برخی از آن‌ها اختلاف است، به این شرح است: شرط جایز باشد یا مخالف کتاب و سنت نباشد؛ قدرت بر انجام شرط داشته باشد؛ غرض عقلایی داشته باشد؛ مجهول نباشد؛ خلاف مقتضی عقد یا ایقاع نباشد؛ در متن عقد به آن ملتزم شود و منجز باشد.

اگر این شروط رعایت نشود، شرط باطل خواهد بود. در نتیجه، وفای به آن الزامی نیست و آثار شرط صحیح مثل خیار تخلف شرط را نخواهند داشت. شرط علیه خانواده جانی از مصادیق شرط علیه ثالث است که مشروط علیه قادر بر انجام آن نیست. به دلیل نداشتن قدرت، چنین شرطی از طرف خانواده جانی لازم الوفا نیست، اما اگر شرط بر نزدیکان جانی به گونه‌ای باشد که عرفاً شرط بر خود جانی تلقی شود، این شرط از مصادیق شرط علیه ثالث خارج می‌شود. چون ملاک نافذ نبودن شرط علیه ثالث، نداشتن قدرت بر آن است، اگر بتوان آن را حاصل کرد، این شرط نیز صحیح خواهد بود، مثل این که جانی از باب تسبیب بتواند آن را تحصیل کند یا به انجام آن متعهد شود یا خانواده او این امر را قبول کند. در برخی آراء این مطلب بیان شده است. (مکارم شیرازی، استفتاء

۹۵/۱۲/۱۵؛ علوی، استفتاء ۹۵/۱۲/۱۶؛ شبیری، استفتاء ۹۵/۱۲/۱۷؛ سیستانی، استفتاء ۹۶/۱/۲۱
و سبحانی، استفتاء ۹۵/۱۲/۱۶ و ۹۶/۲/۱۱)

در نتیجه، شرط علیه خانواده جانی بر لزوم زندگی در مکان خاص غرض عقلایی دارد. زندگی در مکان دیگر به خودی خود عملی مباح است. خلاف مقتضی عفو نیز در این مورد وجود ندارد و در صورت قدرت بر تحصیل آن، نافذ است. در صورت تخلف از انجامش بعد از قبول، خیار لازم می‌آید. اگر شرط بر خانواده جانی از ارکان عفو باشد، در صورت تخلف از آن، عفو باطل می‌گردد.

نتیجه

نتایج به دست آمده از تحقیق حاضر عبارتند از:

- (۱) عفو عرفاً حقیقت در اسقاط است. معنای اصطلاحی عفو از حقوق، ابراء مافی الذمه و اسقاط حقوق است. ابراء به عقیده بسیاری از صاحب نظران از جمله ایقاعات است و قبول در صحت آن شرط نیست.
- (۲) با در نظر گرفتن تعریف ماهوی شرط و عفو، دو نگاه ابراء و صلح به ماهیت عفو مشروط از قصاص مطرح شده است. بیش تر آرای فقها با نگاه ابراء به عفو، نافذ نبودن شرط خیار را تقویت کرده اند. این در حالی است که این امر در عفو با نگاه صلح متفاوت است. در شروط دیگر، تفاوت زیادی بین این دو دیدگاه مطرح نیست.
- (۳) شروط باطل در فرضی که رکن در عفو نباشند، بر صحت عفو تأثیری ندارند برخلاف شروطی که جنبه رکنیت در عفو دارند.
- (۴) شرط قطع اعضا در فرضی که قطع عضو حرام نباشد؛ در قطع بدون ضرر عمده مانند ابراد جراحات یا کندن گوشت، صحیح است. اما در قطع اعضا با ضرر عمده نامنتهی به قتل مثل قطع انگشتان و دست، دو نظر وجود دارد. عمده دلیل بر صحت، وجوب حفظ نفس جانی بود. از دیدگاه عدم نفوذ، مانع عدم نفوذ، نسبت به اولیای دم بر جای خود باقی است، اما شرط فقدان عضو با در نظر گرفتن حرمت نداشتن قطع اعضا اشکالی ندارد.
- (۵) صحت شرط علیه خانواده جانی در صورتی که بتوان آن را تحصیل کرد، مثل قبول خانواده یا تعهد جانی بر آن یا حصولش به تسبیب، صحیح شمرده شده 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، ۱۴۱۰ ه. ق.
۲. ابن بزّاج طرابلسی، قاضی عبدالعزیز. المهذب البارع. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۰۶ ه. ق.
۳. ابن زهره حلبی، حمزة بن علی. غنیة النزوع إلى علمی الأصول و الفروع. قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۱۷ ه. ق.
۴. ابن فارس، ابوالحسین احمد بن زکریا. معجم مقاییس اللغة. قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، ۱۴۰۴ ه. ق.
۵. ابن منظور، ابوالفضل جمال الدین محمد بن مکرم. لسان العرب. بیروت: دارالفکر للطباعة و النشر و التوزیع و دار صادر، ۱۴۱۴ ه. ق.
۶. احسائی، ابن ابی جمهور محمد بن علی. عوالی اللئالی العزیزیه. قم: دارسید الشهداء للنشر، ۱۴۰۵ ه. ق.
۷. اراکی، محمدعلی. الخیارات. قم: مؤسسه در راه حق، ۱۴۱۴ ه. ق.
۸. اردبیلی، احمد بن محمد. مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۰۳ ه. ق.
۹. استفتای مرکز آموزش های تخصصی فقه از محضر آیت الله شبیری زنجانی.
۱۰. استفتای مرکز آموزش های تخصصی فقه از محضر آیت الله مکارم شیرازی.
۱۱. استفتای مرکز آموزش های تخصصی فقه از محضر آیت الله علوی گرگانی.
۱۲. استفتای مرکز آموزش های تخصصی فقه از محضر آیت الله سبحانی.
۱۳. استفتای مرکز آموزش های تخصصی فقه از محضر آیت الله گرامی.
۱۴. استفتای مرکز آموزش های تخصصی فقه از محضر آیت الله صافی.
۱۵. استفتای مرکز آموزش های تخصصی فقه از محضر آیت الله مظاهری.
۱۶. اسدی حلی، جمال الدین احمد بن محمد. المقتصر من شرح المختصر. مشهد: مجمع البحوث الإسلامية، ۱۴۱۰ ه. ق.
۱۷. امین الاسلام طبرسی، فضل بن حسن. المؤتلف من المختلف بین أئمة السلف. مشهد: مجمع البحوث الإسلامية، ۱۴۱۰ ه. ق.
۱۸. انصاری دزفولی، مرتضی بن محمد امین. کتاب المکاسب. قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵ ه. ق.
۱۹. بحرانی، حسین بن محمد. الأنوار اللوامع فی شرح مفاتیح الشرائع. قم: مجمع البحوث

العلمية، بی تا.

۲۰. بحرانی، یوسف بن احمد بن ابراهیم. الحدائق الناضرة في أحكام العترة الطاهرة. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۰۵ ه. ق.
۲۱. بهجت فومنی، محمدتقی. استفتانات. قم: دفتر حضرت آیت الله بهجت، ۱۴۲۸ ه. ق.
۲۲. بهجت فومنی، محمدتقی. جامع المسائل. قم: دفتر معظم له، ۱۴۲۶ ه. ق.
۲۳. تبریزی، جواد بن علی. إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب. قم: مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۱۶ ه. ق.
۲۴. تبریزی، جواد بن علی. استفتائات جدید. قم: بی نا، بی تا.
۲۵. تبریزی، جواد بن علی. منهاج الصالحین. قم: مجمع الإمام المهدي عليه السلام، ۱۴۲۶ ه. ق.
۲۶. حرّعاملی، محمد بن حسن. وسائل الشيعة. قم: مؤسسه آل البيت، ۱۴۰۹ ه. ق.
۲۷. حکیم طباطبائی، سید محسن. مسائل معاصرة في فقه القضاء. نجف: دار الهلال، ۱۴۲۷ ه. ق.
۲۸. حکیم طباطبائی، سید محسن. منهاج الصالحین. بیروت: دارالتعارف للمطبوعات، ۱۴۱۰ ه. ق.
۲۹. حکیم طباطبائی، سید محمد سعید. منهاج الصالحین. بیروت: دارالصفوة، ۱۴۱۵ ه. ق.
۳۰. حلّی، یحیی بن سعید. الجامع للشرائع. قم: مؤسسه سید الشهداء العلمية، ۱۴۰۵ ه. ق.
۳۱. رشتی، میرزا حبیب الله. کتاب الإجارة. بی جا: بی نا، ۱۳۱۱ ه. ق.
۳۲. روحانی قمی، سید صادق. المرتقی إلى الفقه الأرقی - کتاب الخيارات. تهران: مؤسسه الجلیل للتحقیقات الثقافية (دار الجلی)، ۱۴۲۰ ه. ق.
۳۳. روحانی قمی، سید صادق. فقه الصادق. قم: دار الكتاب - مدرسه امام صادق عليه السلام، ۱۴۱۲ ه. ق.
۳۴. روحانی قمی، سید صادق. منهاج الفقاهة. قم: انوار الهدی، ۱۴۲۹ ه. ق.
۳۵. سبحانی، جعفر. المختار في أحكام الخيار. قم: مؤسسه امام صادق عليه السلام، ۱۴۱۴ ه. ق.
۳۶. سبزواری، سید عبدالأعلى. مهذب الاحكام. قم: مؤسسه المنار و دفتر حضرت آیت الله، ۱۴۱۳ ه. ق.
۳۷. سعدی، ابو حبيب. القاموس الفقهي لغة واصطلاحات. دمشق: دار الفكر، ۱۴۰۸ ه. ق.
۳۸. سیستانی، سید علی. منهاج الصالحین. قم: دفتر حضرت آیت الله سیستانی، ۱۴۱۷ ه. ق.
۳۹. سیوری حلّی، مقداد بن عبدالله. التنقيح الرائع لمختصر الشرائع. قم: انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۴ ه. ق.
۴۰. سیوری حلّی، مقداد بن عبدالله. نضد القواعد الفقهية على مذهب الإمامية. قم: انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۳ ه. ق.
۴۱. شبیری زنجانی، سید موسی. کتاب نکاح. قم: مؤسسه پژوهشی رأی پرداز، ۱۴۱۹ ه. ق.
۴۲. شهیدی تبریزی، میرزا فتاح. هداية الطالب إلى أسرار المكاسب. تبریز: چاپ خانه اطلاعات، ۱۳۷۵ ه. ق.

٤٣. صاحب بن عباد. كافي الكفاة. المحيط في اللغة. بيروت: عالم الكتاب، ١٤١٤ هـ. ق.
٤٤. صافي گلپایگانی، لطف الله. هداية العباد. قم: دار القرآن الكريم، ١٤١٦ هـ. ق.
٤٥. صيمرى، مفلح بن حسن (حسين). غاية المرام في شرح شرائع الإسلام. بيروت: دار الهداي، ١٤٢٠ هـ. ق.
٤٦. طباطبائي قمى، سيد تقى. مباني منهج الصالحين. قم: منشورات قلم الشرق، ١٤٢٦ هـ. ق.
٤٧. طباطبائي يزدي، سيد محمد كاظم. حاشية المكاسب. قم: مؤسسه اسماعيليان، ١٤٢١ هـ. ق.
٤٨. طوسى، ابو جعفر محمد بن حسن. المبسوط في فقه الإمامية. تهران: المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية، ١٣٨٧ هـ. ق.
٤٩. عاملى (شهيد اول)، محمد بن مكى. الدروس الشرعية في فقه الإمامية. قم: دفتر انتشارات اسلامى وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم، ١٤١٧ هـ. ق.
٥٠. عاملى (شهيد اول)، محمد بن مكى. القواعد والفوائد. قم: كتاب فروشى مفيد، بى تا.
٥١. عاملى (شهيد اول)، محمد بن مكى. اللمعة دمشقية في فقه الإمامية. بيروت: دار التراث - الدار الإسلامية، ١٤١٠ هـ. ق.
٥٢. عاملى (شهيد اول)، محمد بن مكى. غاية المراد في شرح نكت الإرشاد. قم: انتشارات دفتر تبليغات اسلامى حوزه علميه قم، ١٤١٤ هـ. ق.
٥٣. عاملى (شهيد ثانى)، زين الدين بن على. حاشية المختصر النافع. قم: انتشارات دفتر تبليغات اسلامى حوزه علميه قم، ١٤٢٢ هـ. ق.
٥٤. عاملى (شهيد ثانى)، زين الدين بن على. حاشية شرائع الإسلام. قم: انتشارات دفتر تبليغات اسلامى حوزه علميه قم، ١٤٢٢ هـ. ق.
٥٥. عاملى (شهيد ثانى)، زين الدين بن على. مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام. قم: مؤسسة المعارف الإسلامية، ١٤١٣ هـ. ق.
٥٦. عاملى، سيد جواد بن محمد. مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة. قم: دفتر انتشارات اسلامى وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم، ١٤١٩ هـ. ق.
٥٧. علامه حلى، حسن بن يوسف بن مطهر. إرشاد الأذهان إلى أحكام الإيمان. قم: دفتر انتشارات اسلامى وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم، ١٤١٠ هـ. ق.
٥٨. علامه حلى، حسن بن يوسف بن مطهر. تحرير الأحكام الشرعية على مذهب الإمامية. مشهد: مؤسسه آل البيت، بى تا.
٥٩. علامه حلى، حسن بن يوسف بن مطهر. تذكرة الفقهاء. قم: مؤسسه آل البيت، ١٤١٤ هـ. ق.
٦٠. علامه حلى، حسن بن يوسف بن مطهر. مختلف الشيعة في أحكام الشريعة. قم: دفتر انتشارات اسلامى وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم، ١٤١٣ هـ. ق.

۶۱. فاضل هندی، محمد بن حسن. كشف اللثام والإبهام عن قواعد الأحكام. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۶ هـ. ق.
۶۲. فیاض، محمد اسحاق. منهاج الصالحین. قم: مکتب ایت الله العظمی سید الروحانی، بی تا.
۶۳. فیض کاشانی، محمد محسن بن شاه مرتضی. مفاتیح الشرائع. قم: انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی، بی تا.
۶۴. قاریوزآبادی قزوینی، ملا علی. صیغ العقود والإیقات. قم: انتشارات شکوری، ۱۴۱۴ هـ. ق.
۶۵. قطب الدین راوندی، سعید بن عبد الله. فقه القرآن. قم: انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۵ هـ. ق.
۶۶. کاشف الغطاء، حسن بن جعفر بن خضر. أنوار الفقاهة - کتاب النکاح. نجف: مؤسسه کاشف الغطاء، ۱۴۲۲ هـ. ق.
۶۷. کاشف الغطاء، حسن بن جعفر بن خضر. منهل الغمام في شرح شرائع الإسلام. نجف: مؤسسه کاشف الغطاء، ۱۴۲۴ هـ. ق.
۶۸. کاشف الغطاء، مهدی. مورد الأنام في شرح شرائع الإسلام. نجف: مؤسسه کاشف الغطاء، بی تا.
۶۹. کرکی عاملی (محقق ثانی)، علی بن حسین. جامع المقاصد في شرح القواعد. قم: مؤسسه آل البيت، ۱۴۱۴ هـ. ق.
۷۰. کمپانی اصفهانی، محمد حسین. حاشیة کتاب المکاسب. قم: أنوار الهدی، ۱۴۱۸ هـ. ق.
۷۱. مجلسی، محمد باقر بن محمد تقی. مرآة العقول في شرح أخبار آل الرسول. تهران: دارالکتب الإسلامية، ۱۴۰۴ هـ. ق.
۷۲. محقق حلّی، نجم الدین جعفر بن حسن. شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام. قم: مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۰۸ هـ. ق.
۷۳. محقق حلّی، نجم الدین جعفر بن حسن. نکت النهایة. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۲ هـ. ق.
۷۴. محقق داماد، سید مصطفی. قواعد فقه. تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۴۰۶ هـ. ق.
۷۵. محقق سبزواری، محمد باقر بن محمد مؤمن. کفایة الأحكام. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۲۳ هـ. ق.
۷۶. مشکینی، میرزا علی. مصطلحات الفقه. قم: الیهادی، بی تا.
۷۷. مقرئ فیومی، احمد بن محمد. المصباح المنیر في غریب الشرح الكبير للرافعی. قم: منشورات دار الرضی، ؟.
۷۸. مکارم شیرازی، ناصر. احکام پزشکی. قم: انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام، ۱۴۲۹ هـ. ق.

۷۹. مکارم شیرازی، ناصر. استفتائات جدید. قم: انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام، ۱۴۲۷ هـ. ق.
۸۰. منتظری، حسین علی. رساله استفتائات. تهران، نشرشایه، ۱۳۸۴ هـ. ش.
۸۱. موسوی خویی، سید ابوالقاسم. مصباح الفقاهة. قم: انصاری، ۱۴۱۷ هـ. ق.
۸۲. موسوی خویی، سید ابوالقاسم. منهاج الصالحین. قم: نشر مدینه العلم، ۱۴۱۰ هـ. ق.
۸۳. موسوی بجنوردی، سید محمد بن حسن. قواعد فقهیه. تهران: مؤسسه عروج، ۱۴۰۱ هـ. ق.
۸۴. موسوی خمینی، سید روح الله. استفتائات. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۲۲ هـ. ق.
۸۵. موسوی خمینی، سید روح الله. تحریر الوسیلة. قم: مؤسسه مطبوعات دار العلم، بی تا.
۸۶. موسوی خمینی، سید روح الله. توضیح المسائل. قم: مؤسسه مطبوعات دار العلم، قم، ۱۴۲۶ هـ. ق.
۸۷. موسوی خمینی، سید روح الله. کتاب البیع. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۲۱ هـ. ق.
۸۸. موسوی خویی، سید محمد تقی. الشروط أو الالتزامات التبعية في العقود. بیروت: دار المؤرخ العربي، ۱۴۱۴ هـ. ق.
۸۹. موسوی گلپایگانی، سید محمد رضا. هدایة العباد. قم: دار القرآن الکریم، ۱۴۱۳ هـ. ق.
۹۰. مؤمن قمی، محمد. «پیوند اعضا». مجله فقه اهل بیت، ۱۳۸۲، شماره ۳۴.
۹۱. نایینی، میرزا محمد حسین. منیة الطالب في حاشیة المکاسب. تهران: المکتبة المحمدیة، ۱۳۷۳ هـ. ق.
۹۲. نجفی، محمد حسن. جواهر الکلام في شرح شرائع الإسلام. بیروت: دار احیاء التراث العربي، ۱۴۰۴ هـ. ق.
۹۳. نراقی، مولی محمد بن احمد. مشارق الأحكام. قم: کنگره نراقیین (ملا مهدی و ملا احمد)، ۱۴۲۲ هـ. ق.
۹۴. نمازی اصفهانی، شیخ الشریعة فتح الله بن محمد جواد. نخبة الأزهار في أحكام الخيار. قم: دارالکتاب، ۱۳۹۸ هـ. ق.
۹۵. واسطی زبیدی، محب الدین سید محمد مرتضی. تاج العروس من جواهر القاموس. بیروت: دارالفکر للطباعة والنشر والتوزیع، ۱۴۱۴ هـ. ق.
۹۶. وحید خراسانی، حسین. توضیح المسائل. قم: مدرسه امام باقر علیه السلام، ۱۴۲۸ هـ. ق.
۹۷. وحید خراسانی، حسین. منهاج الصالحین. قم: مدرسه امام باقر علیه السلام، ۱۴۲۸ هـ. ق.

معاونت در قتل با اعتقاد به مهدورالدم بودن مقتول

چکیده

یکی از مباحث مطرح در قتل، تبدیل حکم آن از حالت عمد به شبه عمد است که از مصداق های آن می توان قتل با اعتقاد به مهدورالدم بودن مقتول را نام برد. گاهی بعد از ارتکاب قتل معلوم می شود که اعتقاد قاتل - که ممکن است از جانب معاون برای او ایجاد شده باشد - اشتباه بوده است. با وجود این که ماهیت قتل، عمدی است، این گونه قتل ها در حکم شبه عمد، فرض و مباشر از قصاص تبرئه می شود. شاخص تبدیل حکم عمد به شبه عمد در این موارد آن است که اشتباه مباشر ناشی از اشتباه موضوعی باشد و اشتباه حکمی، قتل را از حالت عمدی خارج نخواهد کرد.

در این گونه قتل ها درباره مجازات معاون در قتل اختلاف نظر وجود دارد. عده ای قائل به برائت معاون هستند. گروهی نیز مجازات وی را معاونت در قتل شبه عمد می دانند. برخی هم معتقدند در این حالت، معاون مانند سبب اقوای از مباشر است. نظریه چهارم نیز این است که معاونت تحقق یافته، معاونت در قتل عمدی است. در این مقاله ضمن بررسی مفهوم معاونت از دیدگاه فقها و حقوق دانان، تفاوت معاونت با تسبیب، مصداق های مهدورالدم و انواع اشتباه در اعتقاد به مهدورالدم بودن، نظریه اخیر که تحقق معاونت در قتل عمد است، ترجیح داده شده و گفته شده که ماهیت این گونه قتل ها عمدی است و فقط قاتل به دلیل اعتقادش، از تخفیف مجازات برخوردار می شود.

واژگان کلیدی

معاونت در قتل، مهدورالدم، سبب و مباشر، اشتباه موضوعی، اشتباه حکمی، قتل شبه عمد.

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

ماده ۳۰۲ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ می‌گوید: «در صورتی که مجنی علیه دارای یکی از حالات زیر [مذکور در متن ماده] باشد، مرتکب، به قصاص و پرداخت دیه محکوم نمی‌شود.» در واقع، قانون‌گذار در این ماده، مصداق‌های مهدورالدم را بیان می‌کند. در ماده ۳۰۳ چنین مقرر می‌دارد: «هرگاه مرتکب، مدعی باشد که مجنی علیه حسب مورد، در نفس یا عضو مشمول ماده ۳۰۲ این قانون است یا وی با چنین اعتقادی، مرتکب جنایت بر او شده است، این ادعا باید طبق موازین در دادگاه ثابت شود و دادگاه موظف است نخست به ادعای مذکور رسیدگی کند. اگر ثابت نشود که مجنی علیه مشمول ماده ۳۰۲ است و نیز ثابت نشود که مرتکب بر اساس چنین اعتقادی، مرتکب جنایت شده است، مرتکب به قصاص محکوم می‌شود، ولی اگر ثابت شود که به اشتباه با چنین اعتقادی، دست به جنایت زده و مجنی علیه نیز موضوع ماده ۳۰۲ نباشد، مرتکب علاوه بر پرداخت دیه به مجازات مقرر در کتاب پنجم تعزیرات محکوم می‌شود.»

نکته مهم آن است که در مواردی، محاکم قضایی بدون توجه به مبنای موجود در مسئله، بلافاصله اعتقاد به مهدورالدم بودن را احراز می‌کنند و با احراز این مطلب، قتل را از حالت عمد، خارج و قصاص را ساقط می‌کنند. (رای شماره ۰۱۰۷۵۰۹۰۷۵۰۹۹۷۰۹۳۰ تاریخ ۱۳۹۳/۵/۲۷، رأی اصراری شماره ۲، تاریخ ۱۳۹۳/۱/۲۳ و رأی اصراری شماره ۲۰، تاریخ ۱۳۷۶/۱/۲۸) تبیین این مسئله که در چه مواردی باید اعتقاد قاتل به مهدورالدم بودن مقتول را بپذیریم و در چه شبهه‌هایی با تبدیل حکم روبه‌رویم، اهمیت فراوان دارد. از این مسئله در نظام حقوقی با عنوان «ضابطه عینی یا ذهنی» یاد می‌شود. پس از مشخص شدن نوع قتل انجام شده، نوبت به تعیین مجازات معاون می‌رسد که با مشخص شدن شرایط تحقق معاونت و مسائل مربوط به آن می‌توان به این سؤال پاسخ داد که مجازات معاون در این گونه قتل‌ها چیست؟ به نظر می‌رسد با توجه به تحقق قتل عمد و اختصاص تبدیل حکم به شبهه عمد در مورد فرد معتقد به مهدورالدم بودن، معاونت شکل گرفته در این فرض، معاونت در قتل عمد است و وی به مجازات مقرر برای این گونه افراد در قانون محکوم می‌گردد. در این نوشتار ابتدا معنای معاونت و تفاوت آن با تسبیب و شرایط تحقق آن بیان می‌شود. سپس در مورد مهدورالدم و مصداق‌های

آن و اختلاف موجود بین فقها در مورد یکی از مصداق‌ها توضیح می‌دهیم. در پایان نیز فرض‌های مختلف در مسئله را با توجه به نظرهای موجود به همراه حکم هر فرض بیان می‌کنیم.

مفهوم معاونت

الف) معنای لغوی

«معاونت»، کلمه عربی از ریشه «عون» و مترادف با واژه «نصر» است. در کتاب العین آمده است: «عون: كل شيء استعنت به، أو أعانَكَ فهو عَوْنُكَ و الصوم عَوْنٌ على العبادة». (فراهیدی ۲: ۲۵۳) لسان العرب و مصباح المنیر نیز همین عبارت را دارند. (ابن منظور ۱۳: ۲۹۸؛ فیومی ۲: ۴۳۸) در مجمع البحرین آمده است: «العون، الظهیر علی الامر». (طریحی ۶: ۲۸۵) در مفردات راغب هم این گونه آمده است: «العون، المعاونة و المظاهرة. یقال: فلان عونى أى معینى». (راغب ۵۹۸) بنا بر این، معاونت یعنی کمک کردن و یاری رساندن. معنای این واژه زمانی که به جرم اضافه می‌شود، عبارت از کمک کردن به مجرم در عمل مجرمانه است. این معنا شامل هر گونه مساعدت با مجرم می‌شود، هر چند در قالب مشارکت باشد.

ب) معنای اصطلاحی

در مورد معنای اصطلاحی معاونت باید به دیدگاه فقها و حقوق دانان اشاره کرد:

ب-۱) معاونت از دیدگاه فقها

نظرهای متفاوتی برای صدق عنوان «معاونت» ارائه شده است. برخی این نظریه‌ها را به شرح

زیر بیان کرده‌اند:

۱. صرف علم و اطلاع معاون از قصد مباشر کفایت می‌کند.
۲. علاوه بر علم و اطلاع معاون، قصد مجرمانه (سوء نیت) معین نیز لازم است.
۳. صدق عرفی معاونت کفایت می‌کند.
۴. تفصیل میان مقدمات نزدیک و مقدمات دور. (محقق داماد، قواعد فقه ۴: ۱۸۵)

ب-۱-۱) کافی بودن صرف علم و اطلاع معاون از قصد مباشر

مشهور فقها از جمله شیخ طوسی، علامه حلی، محقق ثانی، اردبیلی، صاحب حدائق، صاحب ریاض و امام خمینی برای تحقق معاونت، صرف علم و اطلاع بر قصد شخص مباشر را کافی

می‌دانند، اعم از این‌که معاون از انجام مقدمات حرام، قصد اعانت داشته باشد یا خیر. (المبسوط: ۶: ۲۸۵؛ تذکرة الفقهاء: ۱: ۵۸۲؛ حاشیه الارشاد: ۲۰۴؛ مجمع الفائدة والبرهان: ۸: ۵۱؛ الحدائق الناضره: ۱۸: ۲۰۵؛ ریاض المسائل: ۱: ۵۰۰؛ المکاسب المحرمه: ۱: ۱۴۳)

این دسته از فقها برای توجیه نظریه خود به عموم آیه دوم سوره مائده «وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ» و هم‌چنین اطلاق برخی از روایات تمسک می‌جویند، مانند روایت عمر بن اذینه از امام صادق علیه السلام: «کتبت الی ابی عبد الله علیه السلام اسئله عن رجل له خشب فباعه ممن یتخذہ صلبانا، قال لا؛ به امام صادق علیه السلام نامه نوشتیم و در مورد مردی پرسیدیم که چوب دارد و آن‌ها را به کسی می‌فروشد که از آن صلیب درست می‌کند. امام فرمود: خیر (چنین معامله‌ای را انجام ندهد)». (عاملی، وسائل الشیعة: ۱۲: ۱۳۷)

ب- ۱- ۲) ضروری بودن قصد مجرمانه (سوء نیت) علاوه بر علم و اطلاع معاون

عده‌ای از فقها هم‌چون محقق ثانی در حاشیه شرح ارشاد (۲۰۵) و شیخ انصاری در مکاسب محرمه (۱۳۲) معتقدند که صرف علم و اطلاع معاون برای مقصود کافی نیست، بلکه معاون باید قصد مجرمانه نیز داشته باشد. بنا بر این، به استناد نظریه این گروه از فقها، اگر کسی انگور را به فروشنده خمر یا چوب را به مجسمه‌ساز بفروشد، مرتکب فعل حرام نشده است؛ گرچه علم و اطلاع داشته باشد و حتی احتمال به کارگیری آن را در فعل حرامی داده است. پس تا وقتی فروشنده برای این مقصود نفروخته باشد، عنوان حرام بر معامله وی صادق نیست. این دسته از فقها به روایاتی چند استناد کرده‌اند، (منتظری، دراسات فی المکاسب المحرمه ۲۸۷) مانند روایت عمر بن اذینه: «قال: کتبت الی ابی عبد الله علیه السلام اسئله عن رجل له کرم أیبیع العنب و التمر ممّن یعلم انه یجعلہ خمرًا، او مسکرا، فقال علیه السلام، ائما باعه حلالا فی الدنان الذي یحل شربه او اکلہ فلا بأس بیعه». وی می‌گوید: «به امام صادق علیه السلام نوشتیم و از او در مورد مردی پرسیدیم که انگور دارد و انگور و خمر را به کسی می‌فروشد که آن را در خمر یا مسکر استفاده می‌کند. حضرت در جواب فرمود: اشکالی ندارد؛ چرا که انگور به صورت حلال فروخته می‌شود و خریدار آن را به شکل حرام درمآورد». (عاملی، وسائل الشیعة: ۱۲: ۱۶۹)

ب ۱- ۳) کافی بودن صدق عرفی معاونت

محقق اردبیلی درباره جایگاه قصد در تحقق مفهوم معاونت می‌گوید: «والظاهر أنَّ المراد الإعانة على المعاصي مع القصد أو على الوجه الذي يقال عرفاً أنه كذلك مثل أن يطلب الظالم العصا من شخص لضرب مظلوم، فيعطيه إياها، أو يطلب منه القلم لكتابة ظلم فيعطيه إياه، ونحو ذلك مما يعد ذلك معاونة عرفاً». (زبدة البيان ۲۹۷)

ظاهر آن است که مراد از اعانه برگناه وقتی است که با قصد همراه بوده یا به گونه‌ای باشد که از نظر عرفی، معاونت بر آن صدق کند، مثل این که شخص ظالمی برای زدن مظلومی، از فردی عصا بخواهد و او بدهد یا برای نوشتن مطلب ظالمانه‌ای قلمی بخواهد و او اجابت کند. بنا بر این، از دیدگاه محقق اردبیلی، شرط تحقق معاونت، قصد مجرمانه است و اگر معاون قصد نداشته باشد، دست کم باید عمل ارتكابی او چنان باشد که عرفاً بتوان گفت معاونت صورت گرفته است. به عبارت دیگر، معاونت عرفی برای تحقق کافی است؛ اگر چه قصد معاونت هم نباشد. از این رو، در مثال بالا، کسی که عصا را در اختیار ظالم قرار می‌دهد، معاون است؛ قصد ترتب ضرب بر عمل خود را نداشته یا امیدوار باشد یا حتی آرزو کند ظالم پیشیمان شود و از آن استفاده نکند. (محقق داماد، قواعد فقه ۴: ۱۸۸)

ب ۱- ۴) قول به تفصیل بین مقدمات نزدیک و دور

عده‌ای نیز بین اموری که از مقدمات بعیده است و معاون پیش از آن که اراده ارتکاب جرم در ذهن مرتکب اصلی تشکیل شود، آن‌ها را مرتکب می‌شود، با اموری که از مقدمات قریبه محسوب و پس از تحقق عزم و اراده مجرمانه واقع می‌شود، قائل به تفصیل شده‌اند. محقق داماد این قول را این گونه بیان می‌کند: «هر گاه پس از آن که قصد و اراده مجرمانه مرتکب اصلی بر انجام جرمی تعلق گیرد، چنان چه عملی از سوی معاون صورت گیرد که علت تامه و یا جزء اخیر علت تامه محسوب شود، به نحوی که پس از حصول مقدمات، عادتاً به غیر از تحقق جرم اصلی، انتظار دیگری نرود، معاونت محقق است؛ هر چند که معاون قصد نتیجه نداشته باشد. برای مثال، هر گاه شخصی به طور قاطع قصد داشته باشد دیگری را مورد ایراد ضرب قرار دهد و لکن ایراد ضرب متوقف بر تحصیل

عصا باشد، به طوری که بین او و ایراد ضرب جز فقدان سلاح، حایل و مانع دیگری نباشد و در این حال، شخص ثالثی با علم به قصد و اراده مرتکب، عصبایی در اختیار او قرار دهد، اقدام این شخص در واگذاری سلاح، معاونت محسوب می‌شود؛ هر چند خواستار ایراد ضرب نبوده یا حتی امیدوار باشد و آرزو نماید ضارب از آن استفاده نکند، ولی در مورد دسته اول (مقدمات بعیده)، معاونت صدق نمی‌کند؛ مگر آن که معاون قصد نتیجه داشته باشد». (همان)

صاحبان این نظریه معتقدند روایاتی را که به صورت مطلق ذکر شده است، باید بر موردی حمل کرد که معاون قصد ترتب نتیجه دارد. مثلاً در کتاب کافی آمده است: «الکلینی باسناده عن جابر عن ابی جعفر علیه السلام قال: لعن رسول الله صلی الله علیه و آله فی الخمر عشرة غارسها، حارسها و عاصرها و شاربها و ساقیها و حاملها و المحمولة الیه و بائعها و مشتریها و اکل ثمنها». (۴۲۹: ۶) بر اساس این روایت، پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله در خمر، ده دسته از جمله این افراد را لعنت فرمود: غرس کننده درخت انگور، حرس کننده آن، آب گیرنده، نوشنده، ساقی و حامل شراب و کسی که شراب به او حمل می‌شود، فروشنده، مشتری و کسی که ثمن حاصل از فروش خمر را می‌خورد. غرس تاك و حرس کردن آن که نسبت به شرب خمر از مقدمات بسیار بعیده محسوب است، در صورتی معاونت تلقی می‌شوند که با قصد حصول نتیجه یعنی تهیه شراب و شرب خمر انجام شوند. در غیر این صورت، لازم می‌آید تا بسیاری از مشاغل که لازمه حیات اجتماعی است، تعطیل شود. به نظر می‌رسد برای اعتبار قصد مجرمانه در صدق معاونت، نظریه تفکیک میان دو دسته از اعمال معاونتی اقواست و آن را به صورت ضابطه کلی می‌توان بیان کرد؛ به این معنا که هر فعلی که در تحقق حرام مؤثر باشد و به قصد حصول نتیجه حرام از طرف مباشر انجام شود، اعانه بر اثم محسوب می‌شود و گرنه معاونت نخواهد بود؛ مگر آن که جزء اخیر، از مقدمات باشد که برای صدق عنوان معاونت نیازی به قصد ندارد. بنا بر این، مطابق این ضابطه، اموری چون فروش انگور که نه هم چون غرس تاك از امور بعیده است و نه هم چون فروش خمر از مقدمات اخیر، اگر به قصد تهیه شراب انجام شود، معاونت است و گرنه معاونت محسوب نخواهد شد.

شاید این نظریه را با قول محقق اردبیلی بتوان منطبق دانست که بیشتر گفته شد؛ چرا که در مورد مقدمات قریبه، بی شك صدق عرفی محقق است و در مقدمات بعیده، معاونت صدق عرفی ندارد. (محقق داماد، قواعد فقه ۴: ۱۹۰)

ب- ۲) معاونت از دیدگاه حقوق دانان

عوده، حقوق دان معروف عرب می گوید: «شخصی را که در اجرای عنصر مادی جرم مباشرت ندارد، معاون نامیده اند». (التشريع الجنائی الاسلامی ۱: ۳۶۹) مؤلف کتاب ترمینولوژی حقوق، معاونت در جرم را یاری مباشر، به تحریک او یا تهیه مقدمات کار مجرم یا دخالت در لواحق جرم مثل اخفای اشیای مسروقه دانسته است. (لنگرودی، ۳۴۲۶: ۵) ابوالقاسم گرجی در تعریف معاونت در جرم نوشته است: «مفهوم تقریبی اعانت بر اثم، ایجاد مقدمه ای از مقدمات گناهی است که دیگری مرتکب آن گردد، مانند این که کسی می خواهد دیگری را بکشد یا مضروب کند، شخصی به او سلاح یا چوب می دهد». (مقالات حقوقی ۱: ۳۴۰) ایشان در جای دیگر می نویسد: «علاوه بر مباشر و شرکای جرم، کسانی هستند که مباشر جرم را در انجام عمل مجرمانه، معاونت و مساعدت می کنند. این گونه افراد چنان چه با یکی از صورت هایی که در قانون پیش بینی شده، منطبق باشند، معاون جرم نامیده می شوند». (همان ۳۳۵)

ب- ۳) معاونت از دیدگاه قانون

قانون گذار گویا نیازی به تعریف معاونت در جرم ندیده و در ماده ۱۲۶ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ فقط به بیان مصداق ها و احصای موارد بسنده کرده است. در این ماده آمده است: «اشخاص زیر معاون جرم محسوب می شوند:

الف) هر کس، دیگری را ترغیب، تهدید، تطمیع یا تحریک به ارتکاب جرم کند یا با دسیسه یا فریب یا سوء استفاده از قدرت، موجب وقوع جرم گردد.

ب) هر کس وسایل ارتکاب جرم را بسازد یا تهیه کند یا طریق ارتکاب جرم را به مرتکب ارائه دهد.

پ) هر کس وقوع جرم را تسهیل کند».

در یکی از آرای شعبه دوم دیوان عالی کشور، مقصود از معاون چنین بیان شده است: «منظور از معاون جرم، اشخاصی هستند که اقدامی در اصل عمل یا شروع آن نکرده باشند. بنابراین، اگر چند نفر تبانی در ارتکاب جرمی کنند و آن جرم را مشخصاً انجام دهند یا شروع به اجرای آن کنند، مجرم اصلی هستند نه معاون». (رای شماره ۲۴۱۸، تاریخ ۲۸/۱۰/۱۳۱۷)

ج) تفاوت معاونت در جرم با تسبیب

واژه «تسبیب» که معمولاً در نوشته‌های فقهی به چشم می‌خورد، ظاهراً شبیه معاونت است؛ زیرا سبب نیز مانند معاون در انجام عملیات اجرایی جرم نقشی ندارد و در عملیات اجرایی وارد نمی‌شود، بلکه با واسطه در وقوع آن نقش ایفا می‌کند. به همین دلیل، در مواردی، تشخیص و تفکیک معاون و سبب از یکدیگر، عمل دشواری خواهد بود. با وجود این شباهت، تفاوت‌های ماهوی میان این دو نهاد حقوقی برقرار است:

۱- از شرایط اساسی معاونت، وحدت قصد میان مباشر و معاون است که در تسبیب لزوماً چنین شرطی مطرح نیست.

۲- معاونت معمولاً ماهیت مجرمانه خود را از جرم اصلی عاریه می‌گیرد، اما سبب ماهیتی مستقل دارد.

۳- در برخی از موارد، نقش سبب از مباشر برجسته‌تر است و مباشر، ابزار اجرایی اراده مجرمانه او به حساب می‌آید. مباحث ضعف و قوت سبب نسبت به مباشر در مباحث فقهی و حقوقی مطرح می‌شود، ولی در مورد معاون چنین چیزی وجود ندارد، بلکه مباشر همیشه نقش اصلی و معاون نقش فرعی و تبعی ایفا می‌کند. (بجنوردی، قواعد فقهیه ۲: ۲۵۹-۲۷۵)

باید دانست دسیسه و فریب یکی از مصداق‌های معاونت است. (برهانی، درآمدی بر حقوق جزای عمومی ۱: ۳۲۹) منظور از دسیسه و فریب، موردی است که معاون به دروغ در مورد مزایای ارتکاب جرم یا مضرات عدم ارتکاب جرم با مرتکب صحبت کند و وی را فریب دهد. توجه به این نکته مهم است که این دسیسه و فریب نباید به حدی برسد که جهل موضوعی در مرتکب جرم تحقق پیدا کند که در این صورت، اساساً موضوع معاونت منتفی خواهد بود و معاون به عنوان سبب اقوا از مباشر شناخته خواهد شد و مباشر اصلی مسئولیتی نخواهد داشت. بنا بر این، برای تحقق معاونت در جرم در قالب دسیسه و فریب باید مباشر جرم، به جرم بودن رفتار ارتكابی علم داشته باشد، ولی تصوری از واقع به علت فریب معاون، تصوری منطبق با واقع نباشد. (همان)

۴- معاون در جرمی که مستوجب حد یا قصاص است، به حد یا قصاص محکوم نمی‌شود، بلکه این مجازات‌ها متوجه مباشر می‌شود، بر خلاف سبب که در صورت اقوا بودن او از مباشر، به کیفر اصلی محکوم خواهد شد. (همان)

مهدورالدم

الف) معنای لغوی و اصطلاحی

«مهدور» از ماده «هدر» و به معنای «باطل بودن» است. «مهدورالدم» یعنی کسی که خون او باطل است و در برابر آن، قصاص یا دیه نیست. (فراهیدی، العین ۱: ۱۸۶؛ ابن فارس، معجم مقاییس اللغة ۶: ۳۹؛ ابن منظور، لسان العرب ۵: ۲۵۷؛ فیومی، مصباح المنیر ۲: ۳۵۳؛ طریحی، مجمع البحرین ۳: ۳۷۰)

ب) اقسام مهدورالدم

افرادی که با ارتکاب جرم از شمول حمایت قانون و شرع خارج می‌شوند، به دو گروه کلی قابل تقسیمند: ۱. گروهی که در برابر همه مسلمانان، مهدورالدم قلمداد می‌شوند که مهدورالدم مطلق نامیده می‌شوند. ۲. گروهی که در برابر شخص یا اشخاص خاصی، مهدورالدم هستند که مهدورالدم نسبی نام دارند. (شهیدثانی، الروضة البهیه ۴: ۳۱۷)

هم‌چنین محقق خوبی در ذیل بحث قصاص در باب اقسام مهدورالدم چنین می‌نویسد: «در قتل مشروع، قصاص نیست؛ زیرا خون مقتول در این موارد، هدر است و موجبی برای قصاص و دیه نیست. البته گاهی خون مقتول نسبت به هر شخصی هدر است، مثل ساب‌النبی و ساب‌الائمه اطهار و گاه نسبت به شخص خاص، خون مقتول هدر است، مثل قتل مرتد فطری، موارد قصاص، محارب و مهاجم». (مبانی تکملة المنهاج ۲: ۸۳)

ج) مصداق‌های مهدورالدم در اسلام

فقها هشت مصداق برای مهدورالدم شمرده‌اند که عبارتند از:

- ۱- کافر حربی، ۲- مرتد، ۳- زانی محصن و لایط، ۴- قتل زوجه و اجنبی در حال زنا، ۵- ساب‌النبی، ۶- قتل مستحق قصاص، ۷- قتل در مقام دفاع، ۸- قتل محارب و باغی. (نجفی، جواهر الکلام ۴۱: ۳۶۸، ۴۳۲، ۴۳۷، ۵۸۰، ۶۰۵، ۶۵۱ و ۶۶۷: ۴۲؛ شهیدثانی، الروضة البهیه ۲: ۴۰۷)

چون بخشی از محل بحث در مورد مصداق سوم از مصداق‌های مهدورالدم است، اختلاف فقها در این مصداق بررسی می‌شود.

د) دیدگاه فقها در مورد مهدورالدم بودن زانی محصن و لایط

محقق در شرایع، کسی را که به سبب زنا یا لواط واجب القتل است، به طور مطلق، مهدورالدم می‌داند و می‌فرماید: «ولو وجب قتله بزنی او بلواط فقتله غیرالامام لم یکن علیه قود و لا دیه لان علیاً علیه السلام قال لرجل قتل رجلا و ادعی انه وجده مع امراته: علیک القود الا ان تاتی ببینه؛ اگر قتل کسی به واسطه ارتکاب زنا یا لواط واجب شده باشد و غیر از امام، کسی او را به قتل برساند، قصاص و دیه بر قاتل نیست؛ زیرا حضرت علی علیه السلام در مورد کسی که مردی را به قتل رساند و ادعا کرد او را با همسر خویش در حال زنا دیده است، فرمود: بر تو قصاص واجب است مگر این که بیینه بیاوری». (۴: ۱۹۸) بنا بر این، محقق با استناد به این حدیث، زانی محصن و لایط را به طور مطلق، مهدورالدم دانسته است. شهید ثانی نیز نظری مشابه با نظر محقق دارد. (الروضه البهیة ۱۰: ۶۷)

صاحب جواهر در شرح شرایع به این نظریه محقق چنین ایراد می‌کند و می‌گوید: دلیل شما بر این حکم کلی اخص از مدعاست و این حدیث که مستند حکم قرار گرفته است، به موردی اختصاص دارد که زوج، زوجه خود را در حال زنا ببیند و این که ما این حکم یعنی جواز قتل زانی محصن را به دیگران هم سرایت دهیم، محل اشکال است. ایشان در ادامه می‌نویسد: «از ادله و نصوص استفاده نمی‌شود که زانی محصن یا لایط به طور مطلق، مهدورالدم است». (۴۲: ۱۶۸)

محقق خوبی در مبانی تکمله المنهاج می‌فرماید: «اگر قتل کسی به سبب زنا یا لواط و امثال آن - غیر از سبب النبی - واجب شود و کسی غیر از امام مبادرت به قتل کند، گفته شده که قصاص و دیه‌ای نیست، اما قول قوی، ثبوت قصاص یا دیه در صورت تراضی است». (۲: ۶۹)

امام خمینی در تحریر الوسیله در مورد این مسئله می‌فرماید: «اگر قتل کسی به واسطه زنا یا لواط واجب شده باشد و کسی غیر از امام مرتکب قتل شود، گفته شده است که قصاص و دیه‌ای نیست، اما در این امر، شک وجود دارد». (۴۶۹)

نتیجه این است که از مجموع اقوال فقها شیعه به ویژه فقها متأخر به خوبی برمی‌آید که زانی و لایط به طور مطلق، مهدورالدم نیستند، بلکه نسبت به امام یا حاکم جامع شرایط، مهدورالدم هستند. ثمره این اختلاف زمانی ظاهر می‌شود که بگوییم اشتباه در اعتقاد به مهدورالدم بودن

مقتول فقط منحصر در شبهات موضوعیه است نه هر گونه شبهه. پس اگر فردی با اعتقاد به این که مقتول، زانی محصن است، او را بکشد، این اشتباه موجب خروج قتل از حالت عمد به غیر عمد نخواهد شد؛ زیرا مشخص شد که زانی محصن از مصداق های مهدورالدم نیست. بنا بر این، اشتباه قاتل، اشتباه حکمی است و این گونه اشتباه، قتل را از حالت عمد خارج نمی کند و محکوم به قصاص است.

ز) اعتقاد به مهدورالدم بودن مقتول

نکته مهم در بحث قتل با اعتقاد به مهدورالدم بودن مقتول این است که مقصود فقها از این که کسی به اعتقاد قصاص یا مهدورالدم بودن مقتول مرتکب قتل شود و بعد خلاف آن ثابت شود، چه نوع شبههاتی است؟ آیا فقط موارد اشتباه و خطا در موضوع و مصداق را شامل می شود یا موارد خطا در حکم را هم در بر می گیرد؟ یعنی اگر کسی شخصی را بر اساس امور ذهنی و تصور خویش و بدون این که درباره او به صورت خاص (مهدورالدم نسبی) یا عام (مهدورالدم مطلق) حکمی صادر شده باشد، مستحق قصاص یا مهدورالدم دانست و او را کشت و بعد متوجه شد که تصور و اعتقاد او درست نبوده است (خطا در حکم)؛ چون بر اساس اعتقاد یا تصور این که مستحق قتل را می کشد، اقدام کرده است، قاتل عمدی نیست و از مجازات قصاص تبرئه می شود؟

با بررسی مواد قانونی می توان به این نتیجه رسید که قانون گذار معتقد است شبهه مورد نظر، شامل موارد اشتباه در حکم نمی شود. در واقع، قانون گذار در این مسئله، نظریه عینی را پذیرفته است. برای مثال، در بند ب ماده ۲۹۱ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ آمده است: «هر گاه مرتکب، جهل به موضوع داشته باشد، مانند آن که جنایتی را با اعتقاد به این که موضوع رفتار وی، شیء یا حیوان و یا افراد مشمول ماده ۳۰۲ این قانون است، به مجنی علیه وارد کند، سپس خلاف آن معلوم گردد.» قانون گذار در این بند از ماده ی نام برده، تنها جهل به موضوع را در جنایت عمدی موجب شبهه عمد شدن جنایت دانسته و به جهل حکمی اشاره نکرده است. هم چنین در ماده ۲۹۴ می گوید: «اگر کسی به علت اشتباه در هویت، مرتکب جنایت بردیگری شود، در صورتی که مجنی علیه و فرد مورد نظر، هر دو مشمول ماده ۳۰۲ این قانون نباشند، جنایت عمدی محسوب می شود.»

مجازات معاونت در قتل با اعتقاد قاتل به مهدورالدم بودن مقتول

برای تعیین مجازات معاون در این نوع از قتل باید ابتدا فرض‌های مختلف موجود در مسئله را با شرایط هر فرض تبیین و مشخص کرد. سپس در هر مورد، حکم مسئله به همراه اختلافات موجود بیان شود.

فرض اول

زمانی است که مرتکب قتل به مهدورالدم بودن مقتول معتقد باشد و بعد از ارتکاب قتل مشخص شود مقتول، مهدورالدم نبوده است و این اعتقاد قاتل ناشی از اشتباه موضوعی باشد نه اشتباه حکمی. در این فرض، معاون جرم این اعتقاد را برای مباشر ایجاد کرده است، ولی به گونه‌ای که اقدام معاون منجر به جهل مباشر نمی‌شود و گرنه موضوع از حالت معاونت خارج و وارد بحث تسبیب می‌گردد. در واقع، معاون با علم به مهدورالدم نبودن مقتول، قصد قتل عمد دارد، اما مرتکب با گمان این‌که عمل مباحی را انجام می‌دهد، فرد را می‌کشد. برای مثال، قاتل اعتقاد دارد که مقتول، ساب‌النبی است که این اعتقاد را فرد معاون در او ایجاد کرده و بعد از ارتکاب قتل مشخص شود مقتول چنین نبوده است. در این فرض، به دلیل اعتقاد به مهدورالدم بودن مقتول، در این‌که قتل، عمدی نبوده و شبه‌عمد است، اختلافی وجود ندارد. پس مرتکب از مجازات قصاص تبرئه می‌شود و باید دیه بپردازد و مجازات تعزیری مقرر در قانون را متحمل شود.

در مورد مجازات معاونت در قتل اختلاف است:

۱- برخی قائلند که فرد معاون مجازاتی ندارد؛ زیرا در تحقق معاونت - همان‌طور که در ابتدای این نوشتار بیان شد - وحدت قصد شرط است و در این فرض، معاون قصد ارتکاب قتل عمد داشته و قتلی که واقع شده، قتل شبه‌عمدی است. چون «آن‌چه در خارج محقق شده، مقصود نبوده و آن‌چه مقصود بوده، محقق نشده»، پس معاونتی رخ نداده است. پس مجازاتی هم ندارد. این نظریه با اصل برائت و تفسیر به نفع متهم در موارد شک در مجرمیت متهم سازگارتر است. (دادنامه ۴۱/۸۵، تاریخ ۱۳۸۵/۳/۳۱ صادره از شعبه ۷۱ دادگاه کیفری استان تهران)

۲- عده‌ای اعتقاد دارند که فرد معاون به مجازات معاونت در قتل شبه‌عمدی محکوم می‌شود؛ زیرا در جرایم غیر عمدی که مجرم اصلی نیز قصد مجرمانه ندارد، دیگر وحدت قصد شرط نیست،

بلکه علم معاون به فعل مورد تحریک که منشأ جرم است، کافی است و وحدت قصد شرط مستقلى نیست بلکه از توابع شرط سوء نیت یا خطاست. این گروه اعتقاد دارند که معاون قصد قتل عمد داشته، اما چون آن چه در واقع رخ داده، قتل شبه عمد است. که جرم سبک تری از قتل عمد است. و با توجه به سیستم عاریتی در بحث معاونت که مجازات معاون را به جرم ارتكابی فاعل اصلی جرم وابسته می داند، معاون به مجازات جرم سبک تری محکوم می شود که در خارج رخ داده است.

دیوان عالی کشور در یکی از آرای خود مقرر داشته است: «در جرایم غیر عمدی، معاونت به همین قدر صدق می کند که با علم و اطلاع به این که شخصی در کار مهارت ندارد یا آن کار برخلاف نظامات یا بی احتیاطی است و ممکن است منجر به حادثه خطرناکی شود، با آن شخص معاونت کند. بنابراین، اگر راننده ای زل ماشین را به شاگرد خود که از رانندگی بی اطلاع است، بدهد و در نتیجه، منجر به قتل کسی شود، عمل، معاونت در جرم... خواهد بود.» (رای شماره ۲۷۶۴، تاریخ ۱۳۱۶/۱۲/۲۹)

این گروه بر این نظر هستند که منظور از وحدت قصد، وجود وحدت در آن مقدار قصدی است که در این گونه جرایم (جرایم غیر عمدی) از مباشر انتظار می رود.

۳- احتمال دیگری که در این فرض می توان مطرح کرد، بحث اغرابه جهل است. در این فرض، معاون، مباشر قتل را به جهل انداخته و وی با گمان این که فرد مهدورالدمی را می کشد، مرتکب قتل شده است. پس وی هم چون مباشر معنوی و محکوم به قصاص است. به عقیده این گروه، در این صورت، معاون هم چون سبب اقوا از مباشر است و بر اساس بحث سبب و مباشر باید حکم قضیه را مشخص کرد.

به این نظریه می توان چنین اشکال کرد: چون معاون جرم فقط طرف مقابل را تحریک به کشتن کرده و به او دروغ گفته است که مقتول، مهدورالدم است، این کارها فقط مصداق هایی از معاونت هستند نه این که سبب اقوا باشند. در اجتماع مباشر و معاون، هیچ یک از مصداق های معاونت، مباشر جرم را مسلوب الاراده نمی کند به طوری که بتوان با وجود مباشر، وی را مسبب جرم دانست. به عبارت دیگر، مباشر، مقتضی یا سبب قتل را به وجود می آورد به صورتی که اگر با مانع مواجه

نشود، موجب قتل می‌گردد و گاهی برای مؤثر واقع شدن نیاز به شرط دارد که همان معاونت (تطمیع، تهدید یا تسهیل وسیله) است. پس برای این که سبب، مؤثر واقع شود و به تحریک بیافتد، به یکی از مصداق‌های معاونت نیاز است. پس معاونت سبب قتل نیست، بلکه عامل تحریک سبب است. ۴. گروهی بر این نظر هستند که فرد معاون، محکوم به مجازات معاونت در قتل عمدی است؛ (میرمحمد صادقی، جرایم علیه اشخاص ۴۴۴) زیرا چنین قتلی در تقسیم‌بندی قتل در ردیف قتل‌های عمدی قرار می‌گیرد و هر جا که قصد قتل وجود دارد، قتل عمد است. این ضابطه از نظر معنایی مشخص است و در این مطلب شبهه نیست. با این حال، به دلیل اعتقاد به مهدورالدم بودن مقتول فقط نسبت به قاتل در حکم شبیه عمد است، هر چند از نظر ماهوی، عمدی است. زمانی که قتل، عمد شد، به تبع، در مورد شریک جرم و معاون تابع ضابطه قتل عمد خواهیم بود. یعنی برای آن کسی که مرتکب معاونت شده است، در چارچوب معاونت در قتل عمد، مجازات تعیین می‌شود. این گروه معتقدند در این فرض، در مجرم بودن معاون اصلاً شکی وجود ندارد تا قائل به برائت شویم و هیچ شبهه‌ای وجود ندارد تا در تفسیر قانون به اصل تفسیر به نفع متهم اخذ کنیم.

قانون‌گذار نیز ظاهراً همین نظریه را پذیرفته است؛ زیرا در ماده ۱۲۹ مقرر می‌دارد: «هرگاه در ارتکاب رفتار مجرمانه، مرتکب به جهتی از جهات شخصی مانند صغرو جنون قابل تعقیب نباشد یا تعقیب یا اجرای مجازات او به جهتی از این جهات موقوف گردد، تأثیری در تعقیب و مجازات معاون جرم ندارد». چون در این فرض، شرایط قتل عمدی موجود است که عبارت است از قصد فعل و قصد کشتن، پس ماهیت قتل، عمد است و معاونت تحقق یافته، معاونت در قتل عمد خواهد بود.

فرض دوم

زمانی است که قاتل مرتکب قتل شود و به مهدورالدم بودن مقتول اعتقاد داشته باشد، ولی بعد از ارتکاب قتل مشخص شود که مقتول، مهدورالدم نبوده است و این اعتقاد ناشی از اشتباه حکمی باشد نه موضوعی. در این فرض هم مفروض این است که معاون جرم، مباشر را به اشتباه انداخته باشد. برای مثال، شخصی بر اساس تصور ذهنی خود که منشأ آن، گفته‌های شخص ثالث (معاون) است، دیگری را مهدورالدم بداند، بدون این که درباره این فرد، حکمی صادر شده

باشد مبنی بر این که وی مهدورالدم نسبی یا مطلق باشد و بر اساس همین اعتقادش، او را مستحق مرگ بداند و او را بکشد. در این فرض، در تعیین مجازات قاتل اختلاف وجود دارد که به تبع آن هم مجازات معاون متفاوت می شود.

الف) گروهی معتقدند که موضوع اعتقاد به مهدورالدم بودن مقتول یا اعتقاد قصاص در کلمات فقها، مخصوص موارد خطا در مصداق و به عبارت دیگر، مخصوص اشتباه در هویت و شخصیت مجنی علیه است. پس قتل انجام شده به وسیله این اعتقاد از حالت عمدی خارج نمی شود و مرتکب به مجازات قتل عمد محکوم می شود. معاون هم به تبع او به مجازات معاونت در قتل عمد محکوم می گردد. امام خمینی در تحریرالوسیله در بحث قتل شبه عمد و خطا می فرماید: «یلحق بشبیه العمد لوقتل شخصا باعتقاد کونه مهدورالدم او باعتقاد القصاص فبان الخلاف او بظن انه صید فبان انسانا». (۲: ۴۹۹) بر اساس این بیان، اگر شخصی به اعتقاد قصاص یا مهدورالدم کشته شود و بعد خلاف آن ثابت شود یا به گمان این که صید است، کشته شود و بعد معلوم شود انسان بوده، ملحق به شبه عمد است. بنا بر این، از عبارات تحریرالوسیله استفاده می شود که ملحق به شبیه عمد بودن قتل در موارد خطا در هویت مجنی علیه است نه این که کسی به تخیل و تصور یا اعتقاد، کسی را مستحق مرگ بداند و بر این اساس، قتل کند و بعد معلوم شود در حکم اشتباه کرده است؛ زیرا محقون الدم بودن یا مهدورالدم بودن اشخاص، موضوعی نیست که به تصور و تخیل یا اعتقاد اشخاص واگذار شده باشد. شارع مقدس است که می تواند مصداق های مهدورالدم را بیان کند و اصل اولیه، حرمت و احترام خون همه افرادی است که در جامعه اسلامی سکونت دارند. امام خمینی در بحث قصاص در تحریرالوسیله، دوباره در موردی مشابه، همین حکم را تکرار کرده است: «مسئله ۱۹- لو قدم الیه المسموم بتخیل انه مهدورالدم فبان الخلاف لم یکن قتل عمد ولا قود فیه». (۴۶۱)

بر اساس برخی استفتائات از مراجع معظم تقلید، اعتقاد قاتل نمی تواند مجوز قتل باشد و کسی نمی تواند بر اساس برداشت ذهنی خود از دین یا مقدسات، حکم قتل شخص محترمی را صادر کند. از آیت الله گلپایگانی چنین سوال شده است: «لطفاً بفرمایید درباره شخصی که قبل از برقراری جمهوری اسلامی با علم و اعتقاد و ایمان به قوانین و احکام الهی تشخیص داد که فردی مثلاً از فواحش است

و به جرم این عمل، او را به قتل رساند و بعداً کشف خلاف شد؛ آیا این قتل عمدی است یا شبه عمد است؟» در پاسخ آمده است: «فاحشه بودن مجوز قتل نمی‌شود و به حسب ظاهر، این قتل، عمد است.» (مجمع المسائل: ۳: ۳۱) زیرا در این فرض، مورد از مصداق‌های مهدورالدم نیست.

در استفتای دیگری که از تعدادی از فقها و علما به عمل آمده، نظریه اکثریت، ممنوع بودن قتل به تشخیص افراد و مهدورالدم دانستن آن‌ها بر اساس تصور ذهنی یا اعتقاد است. (گنجینه آرای فقهی. قضایی، سؤال ۷۳)

در استفتایی دیگر آمده است: «شخصی برای کشتن کسی که مهدورالدم بوده، به در خانه او رفته و در زده و فردی را که در را باز کرده، به تصور این که شخص مهدورالدم است، بلافاصله کشته است. بعد معلوم شده مقتول شخص مورد نظر نبوده است.» آیت‌الله فاضل لنکرانی فرموده است: «چنان چه مهدورالدمی باشد که قتل وی بر قاتل جایز بوده، در فرض سؤال، قتل واقع شده شبه عمد است و دیه بر عهده قاتل می‌باشد.» (مجمع المسائل ۳: ۵۹) در این پاسخ، ایشان دقیقاً خطا در حکم و موضوع را تفکیک کرده است و این که می‌فرماید اگر مهدورالدمی باشد که قتل وی بر قاتل جایز بوده است، حکایت از این دارد که مهدورالدمی در خارج بوده و این قاتل به دلیل تاریکی یا اضطراب، در تشخیص هویت مجنی علیه خطا کرده است.

از آیت‌الله موسوی اردبیلی سوال شده است: «فردی مرتکب فعل حرامی می‌شود که موجب اباحه قتل او و هدر بودن خونش نیست (مانند توهین به مراجع عظام)، ولی دیگری به تصور مهدورالدم بودنش، او را می‌کشد. نوع قتل و حکم آن چیست؟» پاسخ ایشان چنین است: «توهین به مراجع موجب ارتداد نمی‌شود و کسی که این را موجب ارتداد می‌داند و او را می‌کشد، جاهل مقصر است و حکم عامد را دارد و ضامن است.» (گنجینه آرای فقهی. قضایی، سؤال ۵۳۶۶)

ب) برخی هم قتل با اعتقاد به مهدورالدم بودن مجنی علیه را منحصر به شبهات موضوعیه ندانسته و درباره شبهات حکمیه هم جاری دانسته‌اند. در مواردی هم که کسی با اعتقاد به مهدورالدم بودن یا تصور مهدورالدم بودن، کسی را به قتل رسانده و بعد معلوم شده باشد که در حکم اشتباه کرده است و مرتکب آن عمل شرعاً مهدورالدم نیست، مرتکب را از قصاص معاف دانسته‌اند.

در این زمینه، درباره قتل به دست پسر بچه پانزده ساله با اعتقاد به جایز بودن قتل افرادی که قصد تجاوز به ناموس دارند، پاسخ آیت الله نوری همدانی چنین است: «در فرض فوق، با اعتقاد مذکور، قتل مزبور، شبیه عمد است و مانند این است که شخصی را به اعتقاد این که مهدورالدم است، بکشد و بعد معلوم شود که محقون الدم است». (همان، سؤال ۵۳۶۶)

قائلین به این نظریه اعتقاد دارند منشأ اعتقاد اشتباه مرتکب اهمیت ندارد و صرف اثبات اعتقاد صادقانه مرتکب نسبت به جایز القتل بودن قربانی برای سقوط قصاص و تبدیل آن به دیه کفایت می‌کند؛ زیرا در صورت اثبات شدن این اعتقاد معلوم می‌شود مرتکب در واقع، سوء نیت لازم برای ارتکاب قتل عمدی یعنی کشتن یک انسان محقون الدم را نداشته است. بر اساس این نظریه، مجازات معاون جرم بر اساس فرض اول که بیان شد، تعیین می‌گردد.

به نظر می‌رسد در فرض اخیر، نظر گروه اول صحیح است؛ زیرا در متون فقهی، دلیلی نداریم تا با تمسک به آن بتوان قتل بر اساس نظر یا اعتقاد اشخاص را موجه بدانیم. به ویژه این که عموم اشخاص اولاً آشنایی چندانی با مبانی شریعت ندارند. ثانیاً مصداق‌های مهدورالدم را نمی‌شناسند. ثالثاً مجازات‌های شرعی را در مواردی طبق سلیقه‌های شخصی خود کافی نمی‌دانند. رابعاً به شرایط و ضوابط بسیار دقیق حدود و قصاص توجه ندارند. بنا بر این، پذیرش این دفاع و صدور جواز قتل دیگری برای اشخاص در هر سطح از دانش با اعتقاد به این که ریختن خون کسی مباح است، جرم‌زاست.

ج) از مجموع آرای صادر شده از ناحیه شعب یا هیئت عمومی دیوان عالی کشور استنباط می‌شود که دفاع متهمان به قتل به عنوان این که مقتول را مهدورالدم می‌دانسته‌اند، در شبهات حکمیه پذیرفته می‌شود. در بیش تر مواردی که قتل با انگیزه‌های شرافت‌مندانه عنوان شده است، با مطرح کردن مهدورالدم دانستن مقتول از ناحیه متهم یا وکیل او، قاتلان را از مجازات قصاص معاف می‌کنند که این رویه خلاف نظر مشهور فقها در این مسئله است.

در رأی شماره ۹۳۰۹۹۷۰۹۰۷۵۰۰۱۰۷ تاریخ ۱۳۹۳/۵/۲۷ به صراحت آمده است: «استناد به مهدورالدم بودن مجنی علیه به معنای آن است که با توجه به قراین موجود، برای دادگاه احراز شود در تصورات ذهنی متهم، خون مقتول شرعاً مباح بوده است». هم چنین تبصره ۲ ماده ۲۹۵ قانون

مجازات اسلامی سابق در آرای مختلف محاکم در غیر موارد اشتباه موضوعی مورد استناد قرار گرفته است که برای نمونه به چند مورد اشاره می‌کنیم.

بر اساس رأی اصراری هیئت دیوان عالی کشور، نظر به محتویات پرونده و تحقیقات انجام شده دایر بر این که متهم پرونده با این عقیده که مقتول با زن او مرتکب زنا شده و فاسد و جایز القتل بوده، مرتکب قتل عمدی وی شده است، مورد با تبصره ۲ ماده ۲۹۵ قانون مجازات اسلامی (سابق) منطبق است. (رأی اصراری شماره ۲، تاریخ ۱۳۷۳/۱/۲۳)

در رأی دیگری از این هیئت آمده است: «حسب محتویات پرونده محرز است که مقتول به اتفاق مادر متهم در خانه خواهر متهم خلوت کرده‌اند و حتی درب خانه را روی خود بسته بودند و خلوت کردن آنان در سابق نیز به گونه‌ای بوده که متهم کراً آن دو را با یکدیگر مشاهده کرده که با این اوصاف، ارتکاب زنا توسط آنان برای متهم ثابت بوده و بر این اساس، متهم با اعتقاد به مهدورالدم بودن مقتول مرتکب قتل وی گردیده است. در نتیجه، قتل شبه عمد، تشخیص و قاتل وفق تبصره ۲ ماده ۲۹۵ قانون مجازات اسلامی مستوجب پرداخت دیه است». (رأی اصراری شماره ۲۰، تاریخ ۱۳۷۶/۱/۲۸)

نتیجه

برای مشخص شدن حکم مجازات معاون، در قتلی که معاونت جرم به این شکل بوده است که وی با فریب مباشر، فرد مقتول را در نظرویی، مهدورالدم جلوه داده است، باید به دو نکته مهم توجه شود:

۱- معاون چه اعتقاد اشتباهی برای مباشر جرم ایجاد کرده است؟

الف) مقتول را یکی از مصداق‌های مهدورالدم در اسلام معرفی کرده و مباشر با این اعتقاد که این فرد از مصداق‌های مهدورالدم است و قتل او جایز است، وی را کشته است. مثلاً اعتقاد داشته است که طرف ساب النبى است و او را کشته، اما بعداً معلوم شده این گونه نبوده است. در این صورت، قتل ارتكابی شبه عمد است.

ب) معاون جرم، مقتول را مرتکب جرایمی معرفی کند و مباشر با تخیل این که مرتکب این

جرایم، مهدورالدم است و با این اعتقاد، وی را بکشد. مثلاً گمان کند که مقتول شراب خورده، پس مهدورالدم است و او را کشته است، در حالی که با شرب خمر، فرد اصلاً مهدورالدم نمی‌شود. در این صورت، قتل ارتكابی عمدی است.

۲- ماهیت قتل انجام شده در مورد الف چیست؟

در مورد ب که در حکم معاون جرم مشکلی نیست و مشخصاً وی به معاونت در قتل عمد محکوم خواهد شد.

در مورد الف هم به نظر می‌رسد ماهیت قتل انجام شده عمد است و اعتقاد به مهدورالدم بودن فقط نسبت به قاتل موجب تبدیل حکم به شبه عمد می‌شود، ولی نسبت به دیگر افراد مشارکت‌کننده و معاون در جرم هم چنان قتل عمدی است و معاون به مجازات معاونت در قتل عمدی محکوم می‌شود. بنا بر این، در مورد معاون چون مرتکب اصلی مشمول ماده ۶۱۲ قانون تعزیرات مصوب ۱۳۷۵ می‌شود، معاون او هم مشمول تبصره ذیل ماده یادشده است.

فهرست منابع

۱. ابن فارس، ابوالحسین احمد بن فارس بن زكريا. معجم مقائيس اللغة. قم: انتشارات دفتر تبليغات اسلامي حوزه علميه قم، چاپ اول، ۱۴۰۴ هـ.ق.
۲. ابن منظور، جمال الدين محمد بن مكرم، بيروت: لسان العرب و دار صادر، چاپ اول، ۱۹۹۷.
۳. اردبیلی، احمد بن محمد. زبدة البيان في أحكام القرآن. تهران: المكتبة الجعفرية لإحياء الآثار الجعفرية، چاپ اول، هـ.ق.
۴. اردبیلی، احمد بن محمد. مجمع الفائدة والبرهان في شرح إرشاد الأذهان. قم: دفتر انتشارات اسلامي وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم، چاپ اول، ۱۴۰۳ هـ.ق.
۵. انصاری، مرتضی. کتاب المکاسب. قم: مجمع الفکر الاسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۷ هـ.ق.
۶. بحرانی، شیخ یوسف. الحدائق الناضرة في احكام العترة الطاهرة. قم: مؤسسه النشر الاسلامی، بی تا.
۷. برهانی، محسن. درآمدی بر حقوق جزای عمومی. تهران: میزان، چاپ اول، ۱۳۹۴.
۸. پاسخ و سؤال از کمیسیون استفتائات و مشاورین حقوقی شورای عالی قضایی، چاپ روزنامه رسمی، ۱۳۶۵.
۹. جعفری لنگرودی، محمدجعفر. مبسوط در ترمینولوژی حقوق. تهران: گنج دانش، چاپ اول، ۱۳۷۸.
۱۰. جوهری، اسماعیل بن حماد. الصحاح - تاج اللغة و صحاح العربية. بيروت: دارالعلم للملایین، چاپ اول، ۱۴۱۰ هـ.ق.
۱۱. حر عاملی، محمد بن حسن. وسائل الشیعه. تهران: مکتبه الاسلامیه، چاپ پنجم، بی تا.
۱۲. حسینی واسطی زبیدی حنفی، محب الدین، سید محمد مرتضی. تاج العروس من جواهر القاموس (۲۰ جلد). بيروت: دارالفکر للطباعة و النشر و التوزیع، چاپ اول، ۱۴۱۴ هـ.ق.
۱۳. راغب اصفهانی، ابوالقاسم حسین. مفردات الفاظ القرآن. دمشق: دارالقلم، چاپ اول، ۱۴۱۲ هـ.ق.
۱۴. شهید ثانی، زین الدین بن علی. الروضه البهیة. بیروت: مؤسسه الاعلمی، بی تا.
۱۵. شهید ثانی، زین الدین بن علی. حاشیة الإرشاد. قم: انتشارات دفتر تبليغات اسلامي حوزه علميه قم، چاپ اول، ۱۴۱۴ هـ.ق.
۱۶. شیخ طوسی، ابوجعفر محمد بن الحسن. المبسوط فی فقه الامامیه. تهران: المکتبه المرتضویه، بی تا.

۱۷. صاحب بن عباد، کافی الكفاة اسماعيل بن عباد. المحيط في اللغة. بيروت: عالم الكتاب، چاپ اول، ۱۴۱۴ هـ.ق.
۱۸. طباطبایی، سید علی. ریاض المسائل. بیروت: دارالهادی، چاپ اول، ۱۴۱۲ هـ.ق.
۱۹. طریحی، فخرالدین. مجمع البحرين. تهران: المكتبة المرتضوية، چاپ سوم، ۱۳۷۵.
۲۰. علامه حلی، حسن بن یوسف بن مطهر. تذکره الفقهاء. قم: مؤسسه آل البيت لاحیاء التراث، چاپ اول، ۱۴۱۴ هـ.ق.
۲۱. عوده، عبدالقادر. التشريع الجنائی الاسلامی (جلد ۱ و ۲). بیروت: مؤسسه رسالت، چاپ دوازدهم، ۱۹۹۳.
۲۲. فراهیدی، خلیل بن احمد. کتاب العین. قم: نشر هجرت، چاپ دوم، ۱۴۱۰ هـ.ق.
۲۳. کلینی رازی، محمد بن یعقوب بن اسحاق. الاصول من الکافی. تهران: دارالکتب الاسلامیه، چاپ چهارم، ۱۳۶۵.
۲۴. گرجی، ابوالقاسم. مقالات حقوقی. تهران: انتشارات دانشگاه تهران، چاپ دوم، ۱۳۷۲.
۲۵. گنجینه استفتائات قضایی.
۲۶. محقق حلی، نجم الدین جعفر بن الحسن. شرائع الاسلام. قم: مؤسسه معارف الاسلامیه، چاپ اول، ۱۴۱۵ هـ.ق.
۲۷. محقق داماد، سید مصطفی. قواعد فقه. تهران: علامه طباطبایی، چاپ اول، بی تا.
۲۸. معاونت آموزش قوه قضاییه. گنجینه آرای فقهی - قضایی. قم: دفتر آموزش روحانیون و تدوین متون فقهی.
۲۹. منتظری، حسین علی. دراسات فی مکاسب المحرمه. قم: نگین، چاپ اول، بی تا.
۳۰. موسوی بجنوردی، سید حسن. القواعد الفقهیه. قم: مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، چاپ دوم، ۱۳۷۱.
۳۱. موسوی خمینی، سید روح الله. مکاسب المحرمه. قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، چاپ اول، ۱۳۷۳.
۳۲. موسوی خمینی، سید روح الله. تحریر الوسیله. قم: مؤسسه النشر الاسلامی، چاپ ششم، بی تا.
۳۳. موسوی خویی، سید ابوالقاسم. مبانی تکمله المنهاج. بیروت: دارالزهراء، بیروت، بی تا.
۳۴. موسوی گلپایگانی، سید محمدرضا. مجمع المسائل. قم: مؤسسه دارالقرآن الکریم، چاپ اول، ۱۳۶۴.

۳۵. میرمحمدصادقی، حسین. جرایم علیه اشخاص. تهران: میزان، چاپ هفتم، ۱۳۷۹.
۳۶. نجفی، محمدحسن. جواهرالکلام. تهران: دارالکتب الاسلامیه، چاپ دهم، ۱۳۷۴.
۳۷. نوری همدانی، حسین. امر به معروف و نهی از منکر. ترجمه: محمد مهدی اشتهازدی، قم: دفتر تبلیغات اسلامی، چاپ پنجم، ۱۳۷۵.

محمد مهدی شعبی*

mahdishoeib@gmail.com

تحلیل فقهی ماده ۱۰۲ آیین دادرسی کیفری با تأکید بر مفهوم و مصادیق شاکی خصوصی

چکیده

ماده ۱۰۲ آیین دادرسی کیفری هر گونه تحقیق و تعقیب در جرایم منافی عفت را ممنوع اعلام کرده است. این ممنوعیت مستنبط از ادله شرعی است. ذیل این ماده، مطابق دیگر مستندات شرعی، برخی موارد استثنا شده است. اولین مورد، جرایم سازمان یافته است. این نوع از جرایم با وظایف ذاتی حکومت تنافی دارد. مورد دوم، جرایمی است که علنی و در منظر واقع می شوند. چنین جرایمی، عفت عمومی را خدشه دار می کنند. در ضمن، قدر متیقن از ادله امر به معروف و نهی از منکر، جرایم و گناهان ظاهری است. مورد سوم، تجاوزهایی است که با قهر و غلبه و به عنف صورت می گیرد. در این مورد، حق الناس می تواند مبنای جواز تحقیق و تفحص باشد. استثنای آخرین جایی است که شاکی خصوصی وجود داشته باشد. البته بنا بر نظر فقها، جرمی مثل زنا یعنی عمل منافی عفت با رضایت طرفین، جنبه خصوصی ندارد. پس در عمل، مورد شاکی خصوصی، محدود به جنایاتی خواهد بود که به عنف صورت گرفته است. پس شاکی خصوصی در شخص مجنی علیه یا ولی او محصور است. در مورد افرادی که از این جرایم آسیب حیثیتی و معنوی دیده اند - منهای شوهر زن متهم به زنا که می تواند به لعان متوسل شود - صدق شاکی خصوصی با مشکل روبه روست. با این حال، این افراد می توانند با عنوان اعلام کننده جرم به دادگاه مراجعه کنند که البته احکام شاکی خصوصی بر آن ها بار نمی شود.

کلیدواژگان

ممنوعیت تجسس، منافی عفت، شاکی خصوصی، تجاوز به عنف، جرایم سازمان یافته، ماده ۱۰۲. آ. د. ک.

در دین مقدس اسلام برای اثبات زنا و لواط با شهادت چهار شاهد عادل نیاز است که واقعه را به وضوح دیده باشند. این شهود باید هم‌زمان در دادگاه حاضر شوند. در غیر این صورت، به مجازات حدّ قذف محکوم می‌شوند. زنا و لواط با چهار بار اقرار در چهار مجلس نیز اثبات می‌شود. این سخت‌گیری در اثبات، مخصوص این دو گناه است. عقوبت این دو گناه نیز بسیار سخت و منحصر به فرد است. مثلاً در مواردی، زانی یا زانیه، سنگسار یا پس از اجرای حد، تبعید می‌شود و لایط سوزانده می‌شود. در روایتی نقل شده است حضرت علی علیه السلام، شخصی مصرّ بر اقرار به زنا را از اقرار خود منصرف کرد و به او فرمود: «شاید کار دیگری کردی یا شاید حالت خوش نیست.» پس از تثبیت اقرار او نیز خطاب به اصحاب فرمود: «او را چه می‌شد که از گناه خود نزد خداوند توبه می‌کرد که این برای او بهتر بود.» (عاملی، وسائل الشیعه ۲۸: ۳۶) پس بر خورد شارع مقدس با سنخ گناهان جنسی بسیار خاص است. در عرف نیز ارتکاب این گونه گناهان موجب ننگ و عار است. با وجود این، اگر شخصی از دیگری در زمینه عملی منافی عفت شکایت کرد، چه باید کرد؟ شکایت چه کسی را قبول کنیم؟ آیا شکایت مردی که ادعا می‌کند همسرش به او خیانت کرده، مسموع است؟ آیا جانبان حرفه‌ای که به صورت سازمان یافته، مرتکب این جرایم می‌شوند یا افرادی که وقاحت را به حدّ اعلاّی خود رسانده‌اند و در مرئی و منظر به چنین اعمالی دست می‌زنند یا وحشیان آدم‌نمایی که به عنف و اکراه تجاوز می‌کنند، با افرادی که بر اثر غلبه هوای نفس بر چنین گناهی توافقی می‌کنند، برابرند؟

روش برخورد در مورد این جرایم در ذیل کتاب الحدود و تحت عنوان زنا بحث شده است. احمدی میانجی در کتاب اطلاعات و تحقیقات در اسلام برای توجیه برخی اختیارات حکومتی درباره کارهای اطلاعاتی و تحقیقاتی بسیار تلاش کرده است. عباس علی عمید زنجانی در کتاب فقه سیاسی، جنبه‌هایی از تحقیق و تفحص در احوال افراد را بررسی کرده و محمد هادی معرفت در کتاب تعلیق و تحقیق عن امهات مسائل القضا به مسائلی در مورد وظیفه و روش کار نظام قضایی پرداخته است. محمود آخوندی و علی خالقی در کتاب‌های خود با عنوان آیین دادرسی کیفری ذیل عنوان جرایم منافی عفت با اشاره به ماده ۴۵ آ.د.ک قدیم و ۱۰۲ آ.د.ک جدید، بحث‌هایی را در مورد

عنوان‌های استثنائیه با رویکرد حقوقی ارائه کرده‌اند. عبدالعلی توجهی و عبدالرحیم نوبهار نیز در مقاله‌هایی به روش اثبات زنا و تجاوز به عنف و تفاوتشان از منظر روایات پرداخته‌اند. هم‌چنین این مسئله در تعدادی پایان‌نامه بررسی شده است، ولی بیش‌تر محققان به بررسی‌های حقوقی اکتفا کرده‌اند. در نتیجه، بحث مبسوط و متمرکزی روی مفاد ماده به ویژه دو عنوان شاکی خصوصی و تجاوز به عنف مطرح نشده است. بنا بر این، در مقاله پیش‌رو، ابتدا مستندات شرعی اصل ممنوعیت تحقیق و تعقیب و سپس چهار استثنای آن بررسی می‌شود. از بین این چهار استثناء، با توجه به عنوان بحث، بیش‌تر اشکال‌ها و محورهای بحث در مورد دو عنوان «تجاوز به عنف» و «شاکی خصوصی» مطرح می‌شود تا بتوان تصویری روشن‌تر از مفهوم و مصداق‌های «شاکی خصوصی» ترسیم کرد.

اصل ممنوعیت تحقیق و تعقیب

از نظر طریحی، معنای «تجسس» در لغت، «تفتیش از بواطن امور و تتبع اخبار» است. (مجمع البحرین ۴: ۵۷) علامه مصطفوی نیز «تجسس» را «التعرف و التخبیر بتدبیر و لطف» معنا کرده است. (التحقیق ۲: ۸۷) دیگر لغت‌نامه‌ها هم مواردی نزدیک به این معانی را ذکر کرده‌اند. این معانی مطلق هستند؛ هم شامل مواردی است که تجسس برای کشف جرم صورت می‌گیرد و هم مواردی که می‌خواهیم جرم محقق شده را به شخصی نسبت دهیم. همین معنای مطلق، مورد نظر قانون‌گذار است. ماده یک آ. د. ک نیز این ادعا را ثابت می‌کند؛ زیرا آیین دادرسی را مجموعه قواعدی برای کشف جرم و تعقیب متهم تعریف می‌کند. هم‌چنین برخی صاحب‌نظران، تحقیق را هرگونه اقدام قضایی برای کشف جرم و اثبات یا انتساب آن به شخص بیان کرده‌اند. (آخوندی، آیین دادرسی کیفری ۵: ۱۴) هم‌چنین بعضی از دلایلی که برای جواز تجسس ذکر می‌شود، اقتضای چنین معنای عامی را دارد. مثلاً برای حفظ نظام هم باید اصل جرم کشف شود و هم مجرم، شناسایی و مجازات. بنا بر این، منظور ما در این مقاله، معنی عام از تجسس و تحقیق است.

در ماده ۱۰۲ قانون آیین دادرسی کیفری آمده است که هرگونه تعقیب و تحقیق در جرایم منافی عفت ممنوع است و پرسش از هیچ فردی در این مورد مجاز نیست. این محتوا بر پایه یک اصل فقهی به نام «ممنوعیت تفحص و تجسس» نگاشته شده است. برای اثبات این اصل به آیات

۱۲ سوره حجرات و ۱۹ سوره نور و تعدادی از روایات معصومین مانند نامه ۵۳ نهج البلاغه و حکم مستقل عقل استناد شده است که در ادامه به تفصیل بررسی خواهند شد. بر اساس همین ادله، بسیاری از فقها به حرمت تجسس و تفحص درباره اعمال منافی عفت فتواداده‌اند. در نتیجه، نظر قانون‌گذار در تدوین این بخش از ماده منطبق با شریعت است.

فتوا به حرمت تجسس و تفحص در امور دیگران در سخنان فقها به وضوح دیده می‌شود. مرحوم فیض کاشانی با بیانی صریح از این اصل سخن گفته است.^۱ (رسائل ۱: ۲۶) قداما در بحث امر به معروف و نهی از منکر، مصداق‌هایی از تجسس مانند استراق سمع برای تشخیص غنا بودن، استشمام برای تشخیص شرب خمر، بازرسی از آن‌چه در لباس مخفی شده و سؤال از اسرار و عورات را بیان کرده‌اند. (اترک «معرفت اخلاقی» ۴: ۱۵۱-۱۶۵) هم‌چنین امام خمینی در بند ۶ فرمان ۸ ماده‌ای خود می‌فرماید: «هیچ کس حق ندارد به خانه یا مغازه یا محل کار شخصی کسی بدون اذن صاحب آن‌ها وارد شود و یا کسی را جلب کند یا به نام کشف جرم یا ارتکاب گناه تعقیب و مراقبت کند یا نسبت به فردی اهانت کرده و اعمال غیر انسانی مرتکب شود یا به تلفن یا نوار ضبط صوت دیگری به نام کشف جرم یا کشف مرکز گناه گوش کند و یا برای کشف گناه و جرم، هر چند گناه بزرگ باشد، شنود بگذارد یا دنبال اسرار مردم باشد و تجسس از گناهان غیر نماید». (صحیفه نور ۱۷: ۱۳۹) هم‌چنین آیات عظام مکارم شیرازی، شبیری زنجانی، سبحانی، علوی گرگانی و محفوظی به جایز نبودن تجسس برای کشف جرایم منافی عفت فتواداده‌اند. (استفتای مرکز آموزش‌های تخصصی فقه)

مستندات اصل ممنوعیت تفحص

۱. آیات

عبارت «وَلَا تَجَسَّسُوا» از آیه ۱۲ سوره حجرات بر حرمت تجسس در امور پنهانی مسلمانان دلالت دارد. در اصول فقه ثابت شده است که فعل نهی، ظهور در حرمت دارد. هم‌چنین متعلق نهی موجود در آیه ذکر نشده است و چون حذف متعلق افاده عموم می‌کند، پس آیه از نظر مورد جست‌وجو و تفحص شمول دارد یعنی در هیچ امری از امور مسلمانان تجسس نشود، البته تا زمانی که مجوز

۱. این اصلی است در دین، ثابت و قائم که تجاوز از آن جایز نیست و هر مؤمنی که بدی در خفیه می‌کند و آن را بر خود می‌پوشد، جایز نیست احدی را که تجسس کند تا آن ظاهر شود، بلکه واجب است بر همه کس که آن را بر او بیوشانند و اظهار نمایند.

شرعی بر خلاف این عموم نداشته باشیم. به علاوه، بر اساس نظر مفسران، معنی عبارت «و لا تَجَسَّسُوا»، تحریم کنجکاوی و دنبال کردن لغزش‌های اهل اسلام است، چنان‌که مرحوم طبرسی در مجمع‌البیان فرموده است: «ابن عباس و قتاده و مجاهد گفته‌اند: نهی از تجسس یعنی در پی جست‌وجوی عیب‌ها و دنبال کردن لغزش‌های مردم نباشید». (۲۰۵:۹)

آیه ۱۹ سوره نور می‌فرماید: «عذابی دردناک در این دنیا و سرای دیگر در انتظار کسانی است که پخش کردن و شهرت دادن کاربرد در میان مؤمنان را دوست دارند». این آیه نیز تجسس در کارهای مؤمنان را ممنوع می‌داند؛ چون مفسران قرآن مجید با در نظر گرفتن روایت‌های رسیده از ائمه معصومین علیهم‌السلام گفته‌اند که منظور از «اشاعه فحشا» در متن آیه شریفه همانا «افشاگری عیب‌ها و اسرار مردم و غیبت کردن» آنان است؛ چون غیبت دیگران و بیان اسرار و عیب‌ها و گناهان و لغزش‌های افراد برای دیگران عین انتشار و اشاعه فحشا است. (منتظری، مبانی فقهی حکومت اسلامی ۴: ۲۸۶) در مرسله ابن ابی عمیر به نقل از امام صادق علیه‌السلام نیز این آیه شریفه به همین صورت تفسیر شده است. بر اساس آن حدیث، امام صادق علیه‌السلام فرمود: «کسی که خطاها و لغزش‌های مؤمنان را با دو چشم خود ببیند و با دو گوش خود بشنود، باز نباید آن‌ها را برای دیگران نقل و پخش کند؛ چون در آن صورت از مصادیق آیه شریفه خواهد بود». (کلینی، کافی ۲: ۳۵۷) این استدلال بر این پایه استوار است که تجسس به خودی خود، اشاعه فحشا است. (دفتر همکاری حوزه و دانشگاه «نور علم» ۶: ۴۸) البته در بیش‌تر زمان‌ها، تجسس به اشاعه فحشا می‌انجامد؛ زیرا نتایج تجسس نزد تجسس‌کننده و قاضی و عوامل دادگاه و در صورت اعلام جرم و مجازات، نزد جمعی از مردم افشا می‌شود.

۲. روایات

حرمت تحقیق و تفحص در روایات متعددی از جمله عهدنامه مالک اشتر در نهج البلاغه تصریح شده است. امیرالمؤمنین علی علیه‌السلام می‌فرماید: «دورترین و کم‌ارج‌ترین افراد نزد تو باید کسانی باشند که نسبت به پی‌جویی و کشف و پخش عیب‌ها و اسرار مردم، حریص‌تر و بی‌باک‌ترند. برای این‌که نوعاً مردم لغزش‌ها و عیب‌هایی دارند که حاکم و حکومت برای پنهان داشتن آن‌ها از همه سزاوارتر

۱. «إِنَّ الَّذِينَ يُحِبُّونَ أَنْ تَشِيعَ الْفَاحِشَةُ فِي الَّذِينَ آمَنُوا، لَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ».

است. پس هرگز در صدد کشف کردن آن لغزش‌هایی نباش که پنهان از تو [یعنی پنهان از دید حکومت] صورت گرفته است.^۱ این کلام شامل نهی صریح حکومت از تفتیش در احوال مردم است که با توجه به آن، شبهه حصر مفاد آیات و روایات نهی‌کننده از تجسس، در روابط شخصی افراد با هم برطرف می‌شود و در نتیجه، همگان حتی حکومت از تحقیق و تفحص درباره مؤمنان نهی شده‌اند. روایت دیگری که بر ممنوعیت تجسس و تفحص از امور پنهان دلالت دارد، کلام پیامبر اکرم صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ است که امام صادق عَلَيْهِ السَّلَام نقل می‌کند: «درباره لغزش‌های مؤمنان تجسس و جست‌وجو مکنید؛ چون هر کس لغزش‌های برادران مؤمن خود را پی‌جویی و تجسس کند، خداوند نیز لغزش‌های او را پی‌جویی خواهد کرد و خداوند چنین کسی را بی‌آبرو و رسوا خواهد ساخت، هر چند درون خانه‌اش باشد». (کلینی، کافی ۳۵۵:۲) نهی موجود در این کلام در حرمت تجسس ظهور دارد. به علاوه، وعده سخت پی‌گیری الهی بر این حرمت تأکید می‌کند. این روایت در کافی به نقل از محمد بن مسلم آمده است. کلینی دو روایت دیگر شبیه آن، یکی از ابوبصیر از امام باقر عَلَيْهِ السَّلَام و دومی از اسحاق بن عمار از امام صادق عَلَيْهِ السَّلَام نیز نقل کرده است. (همان) هم‌چنین قرطبی در تفسیر خود این روایت را نقل کرده است. با توجه به این تعدد نقل، بعید نیست که این روایت شهرت روایی داشته باشد که باعث قوت دلالت آن است. (قرطبی، تفسیر ۱۶:۳۳۳)

۳. دلیلی عقلی

برخی فقها مانند مرحوم آیت‌الله منتظری در تبیین دلیل عقلی اصل عدم تجسس چنین گفته‌اند: «محتوای آن مطابق اصل اولی و داوری مستقل عقل است؛ زیرا [طبق داوری عقل و دلالت بديهی وجدان]، اصل و قاعده این است که هیچ کس بر کس دیگر ولایت و سلطه نداشته باشد. در حالی که زیر نظر گرفتن پنهانی دیگران و ... جست‌وجو کردن درباره آنان و نیز افشاگری و پخش کردن عیب‌ها و اسرارشان نوعی تصرف و دخالت درباره دیگران به شمار می‌آید. بنا بر این، «اصل اولی» [یعنی قاعده و قضاوت عقلی]، جایز نبودن آن را اقتضا می‌کند. هم‌چنین دیگران بیانی متفاوت از دلیل عقلی دارند - مانند جاسوسی از حریم دیگران به حکم عقل از مصادیق ظلم است - بر این اساس، عقل حکم به حرمت جاسوسی می‌کند. البته قدر متیقن از حکم عقل، صدق عنوان ظلم در مواردی از تجسس است که غرض سوء باشد و در جایی که غرض

۱. قال علی عَلَيْهِ السَّلَام لِمَالِك: «و لیکن ابعده رعیتک منک و أشأنهم عندک اطلبهم لمعایب الناس، فان فی الناس عیوبا الوالی أحق من سترها، فلا تکشفن عما غاب عنک منها». (نهج البلاغه ۳۶۹)

خیر باشد، شمول حرمت مشکوک است و طبق قاعده باید به قدر متیقن اکتفا کرد. دلیل عقلی دیگر این است که عدم جاسوسی از حریم دیگران، مقدمه‌ای برای حفظ نظام است. عقل حکم به وجوب این مقدمه می‌کند. ذکر این نکته لازم است که این حرف در صورتی صحیح است که مقدمه واجب را عقلاً واجب بدانیم و بر اساس قاعده تلازم، وجوب شرعی را نتیجه بگیریم. تقریر دیگر دلیل عقل این است که اخلال به نظام حرام است. جواز جاسوسی، مقدمه از بین رفتن نظم است. مقدمه حرام، حرام و بر اساس مبنای مشهور شرعاً نیز حرام خواهد بود. (میرعلی «پژوهش در فقه و حقوق» ۶: ۲۹-۲۱) البته این دلایل تا حدودی قابل مناقشه‌اند؛ چون حکم عقل قابل تخصیص نیست و بر فرض صحت، این بیان‌ها از دلیل عقلی مقدماتی دارند که اثبات آن‌ها مشکل است مانند این که به چه دلیل، تجسس را از مصادیق ظلم به شمار می‌آوریم.

استثنای اصل حرمت تجسس

ماده ۱۰۲ آیین دادرسی کیفری بعد از طرح ممنوعیت تحقیق و تعقیب، چهار استثنا (جرایم منافی عفت به صورت سازمان یافته، در مرئی و منظر، دارای شاکی خصوصی و به عنف) را برای جواز تحقیق و تعقیب مطرح می‌کند که همه با مبانی فقهی سازگار است. برخی از مستندات فقهی این استثنایا عمومیت دارند به این معنی که هر چهار مورد استثنا شده، ذیل آن قابل تطبیق است، مانند مصلحت و حفظ نظام و مستندات دیگری که یک یا دو مورد را به حدّ جواز شرعی می‌رسانند، مانند برخی روایات. البته در این نوشتار برای نظم بهتر، همه موارد استثنا شده و ادله جواز شرعی آن‌ها بررسی می‌شود.

استثنای اول: جرایم منافی عفت سازمان یافته

در ماده ۱۰۲ آیین دادرسی کیفری، جرایم منافی عفت سازمان یافته قابل تحقیق و تعقیب از جانب مقام قضایی هستند. این استثنا در واقع، تخصیص قاعده حرمت تجسس و تحقیق است. برای توجیه این تخصیص به ادله حرمت قوادی برای بخشی از جرایم سازمان یافته منافی عفت و در مورد بخش دیگر به ادله عقلی و نقلی وجوب حفظ نظام استدلال شده است. هم‌چنین فقهای شیعه به جواز تجسس و تحقیق در امور منافی عفت فتوا داده‌اند اگر با مصلحت جامعه تزاخم داشته باشد. این ادله به تفصیل خواهد آمد. برای جواز تحقیق و تعقیب اعمال منافی عفت سازمان یافته به کلام فقهانیز می‌توان استدلال کرد. در بندهای نخستین فرمان هشت ماده‌ای امام بر حفظ حریم خصوصی افراد تأکید شده است، ولی در بند ۷ آن می‌فرماید:

«آن چه ممنوع اعلام شد، در غیر مواردی است که در رابطه با توطئه‌ها و گروهک‌های مخالف نظام و [...] و افساد فی الارض اجتماع کرده‌اند [...] با قاطعیت و شدت عمل و با احتیاط کامل عمل شود». (صحیفه امام ۱۷: ۱۳۹)

تعدادی از مراجع فعلی در پاسخ پرسشی از جواز تجسس در مورد جرایم منافی عفت سازمان یافته، به جواز حکم داده‌اند. آیت الله مکارم شیرازی می‌گوید: «به مقدار ضرورت مانعی ندارد». آیت الله سبحانی نیز می‌گوید: «با تشخیص حاکم شرع جایز است». آیت الله علوی گرگانی در این باره می‌گوید: «در صورت ضرورت و تشخیص حاکم شرع جایز است». آیت الله محفوطی نیز بیان می‌کند: «در صورت تراحم با ضرورت منحصره اهم جایز است». آیت الله گرامی می‌گوید: «اگر احتمال عقلایی بر یک شبکه فساد باشد که خطر برای جامعه باشد، جایز است». (استفتای مرکز آموزش‌های تخصصی فقه)

پس در مواردی که اصلاح جامعه مسلمانان و از بین بردن ماده فساد و حفظ نظام اسلامی متوقف بر تجسس است، علیه مظنونان به تلاش برای ضربه زدن به حکومت شرعی یا تضعیف یا نشر فساد می‌توان تجسس کرد. (شاهرودی، موسوعه الفقه الاسلامی ۱۱: ۳۱۸) یکی از اغراض لازم مصلحت تجسس، جلوگیری از انواع فساد اجتماعی و برطرف کردن زمینه انحراف جامعه اسلامی است، (خرازی «فقه اهل بیت» ۲۶: ۵۷) اما الزام قانونی به این تجسس با فتوای یادشده مغایر نیست؛ چون در قانون نویسی، در نهایت، یک فتوا منظور می‌شود و آن هم نظری است که این امر الزامی دانسته است.

مستندات استثنای اول: جرایم سازمان یافته

۱. حرمت قوادی

مقام قضایی باید جرایم منافی عفت سازمان یافته را تحقیق و تعقیب کند و این در واقع، تخصیصی بر حرمت تجسس است. بخشی از جرایم منافی عفت در قالب قوادی قابل تطبیق است و آن بخش به مواردی از قبیل تأسیس مراکز فحشا یا سایت‌هایی برای ایجاد روابط نامشروع یا قاچاق دختران جوان و همه اشکال جرایم منافی عفت مربوط است که سبب اتصال دو یا چند نفر برای وقوع زنا یا لواط یا سحاق شود. حرمت قوادی مورد اجماع است و به تعبیر مرحوم آیت الله خویی، حرمت آن از ضروریاتی است که هر متشرعی آن را می‌داند. قوادی جزو جرایم حدی است و حد آن ۷۵ ضربه شلاق است. (موسوعه الامام الخوئی ۴۱: ۳۰۳)

۲. وجوب حفظ نظام

بخش دیگری از جرایم منافی عفت، جرایم سازمان یافته هستند که حالت کار گروهی برای اغراض منافی عفت دارند، مانند انتشار مطالب مستهجن یا تولید مضامین غیر اخلاقی که با اهداف و وظایف نظام و جامعه اسلامی در تضاد است. برای جواز یا وجوب تحقیق در این موارد به مصلحت وجوب حفظ نظام استناد شده است. منظور از نظام در این جامی تواند حکومت اسلامی یا خود جامعه باشد. خود وجوب حفظ نظام از دو مأخذ عقل و شرع مستفاد است. وجوب عقلی آن به این صورت است که هرج و مرج، بی نظمی، فساد اجتماعی، ناامنی و شیوع فحشا ظلم است و ظلم قبیح است و مبارزه با ظلم واجب است. مصلحت حفظ نظام نیز شرعاً ثابت است. امام علی علیه السلام، غایت صبر خود در مقابل برهم زندگان نظم اجتماع را ترس بر جامعه عنوان فرموده است. (سیدرضی، نهج البلاغه ۲۰۱) امام رضا علیه السلام در مورد دلیل جعل ولی امر فرمود: «خداوند، مردم را بر حدی خاص قرار داد و امر کرد که از این حد تجاوز نکنند؛ زیرا تجاوز از این حد موجب فساد آن‌ها خواهد بود. این (حفظ حدود) برقرار نشده است مگر با وجود ولی امر تا نگذارد آن‌ها به حرام بیافتند». (صدوق، عیون اخبار رضا ۲: ۱۰۰) افزون بر این‌ها باید به ادله وجوب حفظ اصل اسلام اشاره کرد که حتی جهاد در رکاب لشکر سلطان جائز را برای حفظ نظام واجب می‌کند. (نجفی، جواهر ۲۱: ۱۴)

استثنای دوم: جرایم منافی عفت در مرئی و منظر

تحقیق و تعقیب جرایم منافی عفت در مرئی و منظر نیز بر اساس ماده ۱۰۲ آیین دادرسی کیفری الزامی است و این الزام مطابق قواعد شرعی است و برای اثبات این مطابقت به مصلحت اهم حفظ نظام و عفت عمومی که در تزامم با مصالح شخصی است، استدلال شده است. عقل هم مؤید آن است و دفع فساد را واجب می‌داند که فسق و فساد علنی قدر متیقن از آن است. هم چنین این نوع از جرایم منافی عفت مصداق اشاعه فحشا، تظاهر به منکرات و تجاهر به فسق است که حرمت آن‌ها در فقه مسلم است. قدر متیقن از اختیارات حکومت در اجرای حدود نیز همین اعمال منافی عفت در مرئی و منظر است.

۱. ساصبر مالم اخف علی جماعتکم.

۲. إن قال قائل فلم جعل أولی الأمر و أمر بطاعتهم قبل لعل کثیرة منها.

مستندات استثنای دوم

۱. وجوب حفظ نظام

تقدیم مصلحت‌اهمی مثل حفظ نظام و عفت عمومی بر مصلحت شخصی یکی از ادله توجیه تجسس در امور منافی عفت در مرئی و منظر است. وجوب حفظ نظام و عفت عمومی و تقدیم آن بر دیگر مصالح مورد حکم مستقل عقل است. چون عدم تقدیم ظلم است. هم‌چنین سیره عقلا بر تقدیم مصلحت‌اهم و عام به ویژه حفظ نظام جامعه تأکید دارد. ادله نقلی هم بیان‌گر چنین برخوردی با فسق علنی و بی‌پرده و تقدیم مصلحت حفظ نظام و جامعه است، مانند کلام رسول خدا ﷺ که فرمود: «کسانی که پنهانی مرتکب کارهای زشت می‌شوند، باید معصیت آنان مخفی نگاه داشته شود؛ زیرا خداوند معصیت آنان را پوشیده نگاه داشته است، ولی هر کس این اعمال زشت را ظاهراً و متجاهراً انجام داد، حد الهی بر او جاری خواهد شد». (منتظری، مبانی فقهی حکومت اسلامی ۳: ۴۳۵) امیرالمؤمنین علی علیه السلام نیز فرموده است: «هرگز در صدد کشف کردن آن لغزش‌هایی نباش که پنهان از تو [یعنی پنهان از دید حکومت] صورت گرفته است؛ چون تو [به عنوان حاکم مسلمانان] فقط مسئول پاک‌سازی جامعه از آلودگی‌های آشکار و ظاهری هستی. خود خداوند درباره لغزش‌های پنهانی مردم داوری خواهد کرد». (سید رضی، نهج البلاغه ۳۶۹) نقل‌هایی از حضرت علی علیه السلام بر نصب جاسوس و نیروهای اطلاعاتی در سطح جامعه دلالت دارد. (همان ۳۴۸)

۲. اشاعه فحشا

اعمال منافی عفت در مرئی و منظر مصداق اشاعه فحشا و تظاهر و تجاهر به فسق است و با توجه به مفاد آیه ۱۹ سوره نور، عوامل این عنوان‌ها به عذاب دردناک در دنیا و آخرت تهدید شده‌اند. شاید اجرای حدود یکی از راه‌های تحقق این وعده باشد که در این صورت، به تحقیق و تعقیب مجرم برای اثبات حد نیاز دارد. به علاوه، بر اساس استدلال مرحوم سبزواری در مذهب الاحکام، چون این امور نوعی تجزّی به محرّمات الهی است، شدیدترین حرمت را نصّاً و اجماعاً دارد. (۱۵: ۲۴۴) هم‌چنین بر اساس روایاتی موجب زوال حرمت شخص می‌شود، مانند کلام معصوم: «ثلاثة لیس لهم حرمة صاحب هوی مبتدع و الإمام الجائر و الفاسق المعلن بالفسق». (عاملی، وسائل الشیعة ۱۲: ۲۸۹) در نتیجه، تجسس و تحقیق از این امر از اصل اولی حرمت، استثناً یا به تعبیری، تخصصاً خارج می‌شود.

۳. اجرای حدود و تعزیر

قدر متیقن از اجرای حدود، فسق و گناهان علنی هستند و مقدمه اجرای حدود، تجسس و تحقیق برای اثبات جرم است. فقها درباره جواز شرعی اجرای حدود در عصر غیبت اختلاف نظر دارند. البته بیش تر آنان اجرای حدود را ترجیح داده‌اند. ظاهراً محرمانی که علنی و در منظر عموم انجام می‌شوند، قدر متیقن از اجرای حدود است؛ زیرا همان طور که ذکر شد، ادله فراوانی بر سترو پوشاندن گناهان و عیب مردم از جانب حاکم و تجسس نکردن در امور و احوال شخصی افراد وارد شده است. بر اساس بیان امام علی علیه السلام، وظیفه حاکم، پاک‌سازی جامعه از آلودگی‌های ظاهری است. یکی از وظایف حکومت، نهی از منکر است و مرحله نهایی نهی از منکر که تنبیه انجام‌دهنده منکر باشد، بر عهده حکومت است و یکی از شرایط و جوب نهی از منکر، علنی و آشکار بودن منکر است. در نتیجه، تنبیه یعنی اجرای حد و تعزیر و مقدمه آن یعنی تجسس و تحقیق نیز لازم می‌شود.

استثنای سوم: تجاوز به عنف

ماده ۱۰۲ آیین دادرسی کیفری، هر گونه تحقیق و تعقیب از جرایم منافی عفت را ممنوع و چهار استثناء مطرح می‌کند که جرایم منافی عفت به عنف یکی از آن‌هاست. این مورد نیز دارای پشتوانه شرعی است. در این زمینه به مصلحت حفظ نظام تمسک شده است که خود، دلایل عقلی و نقلی متعدد دارد تا از اصل اولی حرمت تجسس خارج شویم؛ چون امور منافی عفت به عنف، امنیت روانی جامعه را تهدید می‌کند و جزو ظلم‌های آشکاری هستند که مقابله با آن‌ها وظیفه حاکمیت است. آیه ۱۴۸ سوره نساء (لا يُحِبُّ اللَّهُ الْجَهْرَ بِالسُّوءِ مِنَ الْقَوْلِ إِلَّا مَنْ ظَلَمَ) و آیه ۲۷۹ سوره بقره (وَلَا تَطْلُمُونَ وَلَا تَظْلَمُونَ) به حرمت ستم‌کشی و جواز بیان ظلم تحقق‌یافته اشاره دارند و قدر مسلم از این بیان، پی‌گیری آن در دادگاه است. همین آیه‌های شریفه بر وجوب دادخواهی نیز دلالت دارند. (عمید زنجانی، فقه سیاسی ۱: ۵۷۹) زمانی که دادخواهی و دادرسی واجب باشد، تحقیق و تجسس که لازمه یا جزو دادرسی است، واجب می‌شود. جنبه خصوصی این نوع از منافیات عفت نیز دلیلی بر استثنای آن از اصل حرمت تجسس است.

جنبه خصوصی جرایم به عنف

در این مورد، بر خلاف دو مورد قبل، جنبه خصوصی و شخصی مورد نظر است؛ چون تجاوز

به عنف مربوط به مجنی علیه است و در واقع، این الزام به تجسس، حمایت حاکمیت از حقوق شخصی است. این در مواردی است که جرم به صورت سازمان یافته یا در مرئی و منظر صورت نگرفته و مسئله حق الناسی است که مصلحتی هم با آن تراحم ندارد، بلکه همان طور که اشاره شد، مصلحت حفظ نظام نیز همراه آن است. گاهی این مسئله جنبه مالی هم دارد، آن جا که صاحب جواهر می گوید: «در زناى طرفینی، مهري به زن تعلق نمی گیرد. به فرموده رسول اکرم ﷺ: لا مهر لبغی، ولی در تجاوز به عنف، تفویض بضع صورت گرفته است و مهرالمثل مستقر می شود». (جواهر ۲۶۶: ۴۱) در این موارد، طبق نصوص، مؤمنان به دادگاه حکومت عدل ارجاع شده اند. (عاملی، وسائل الشیعه ۲۷: ۱۳۹) در صورت مطالبه شخص، دادگاه ملزم به بررسی و احقاق حق و فصل خصومت است و گرنه ارجاع مؤمنان به دادگاه لغو خواهد بود.

تفاوت ادله اثبات تجاوز به عنف با زنا

بر اساس جواز تجسس در امور منافی عفت به عنف، در اثبات این نوع جرم به ادله اثبات امور منافی عفت با رضایت طرفین نیازی نیست. مثلاً تجاوز به عنف به چهار اقرار متهم یا شهادت چهار شاهد عادل نیاز ندارد و با یک اقرار متهم یا دو شاهد عادل ثابت می شود. برای اثبات این تفاوت به عنوان های به کار رفته در مورد هر کدام در کتاب خدا و روایات معصومین می توان استدلال کرد. کلمات بعضی فقها هم مشعر به وجود نوعی تفاوت بین تجاوز به عنف با زناست. (مفید، المقنعه ۷۷۸ و فاضل لنکرانی، الحدود ۱۳۹) عقیلاً هم با در نظر گرفتن شرایط تجاوز به عنف و ادله اثبات زنا به ناممکن یا دشوار بودن اثبات تجاوز به عنف با ادله زنا حکم می کنند.

عنوان های به کار رفته در کتاب و سنت در مورد رابطه جنسی با رضایت و رابطه جنسی به عنف و با زور و تحکم متفاوت است و این تفاوت در عنوان ها در استنباط فقهی اثر دارد؛ چون احکام تابع عنوان موضوعات هستند. برای مثال، در قرآن کریم برای بیان یکی از مجازات های زنا یعنی وقتی زانی یا زانیه، محسن نیستند، از لغت «زانی» و «زانیه» استفاده کرده است: «الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ» (نور: ۲) یا آیه ۱۵ سوره نساء در مورد حکم اتیان چهار شاهد برای زنا آمده

۱. البته این تفاوت در آثار مترتب بر هر کدام است و نه مربوط به تفاوت در راه های اثبات زنا و تجاوز به عنف.

است: «وَاللَّاتِي يَأْتِيَنِ الْفَاحِشَةَ مِنْ نِسَائِكُمْ فَاسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِنْكُمْ» و لغت «اتیان فاحشه» مطرح شده است، ولی روایاتی که قصد بیان تجاوز به عنف را داشتند، از واژه‌هایی مثل «غصب فرج زن»^۱ یا «غصب نفس زن»^۲ یا «مکابره برزن»^۳ استفاده کرده و به قتل مرد حکم داده‌اند. این واژه‌ها به گونه‌ای بر رضایت نداشتن دلالت دارند و معصوم عَلَيْهَا از واژه زنا استفاده نکرده است. با توجه به اختصاص ادله اقرار چهار بار و چهار شاهد به زنا و صدق نکردن عنوان زنا بر تجاوز به عنف، اثبات این تجاوزها تحت عمومیت ادله اثبات یعنی اثبات با یک اقرار و دو شاهد باقی می‌ماند.

پی‌آمدهای شخصی و اجتماعی تجاوز به عنف

در مورد تجاوز به عنف، جنبه حق الناسی به نام مهرالمثل مطرح است. پی‌آمدهای شخصی و اجتماعی زیادی در این مورد وجود دارد، مانند مشکلات روحی و روانی ایجاد شده برای مجنی علیه که زندگی فردی و خانوادگی او را نابود می‌کند یا جامعه که احساس امنیتش را از دست می‌دهد و عفت عمومی که به سبب ماهیت جرایم منافی عفت به عنف آسیب سنگینی می‌بیند و جنایت‌کارانی که به سبب شرایط حاکم بر این نوع جرایم که معمولاً پنهانی صورت می‌گیرد و نیز سختی اثبات آن‌ها، حاشیه امن احساس می‌کنند و می‌دانند به راحتی کار به مجازات کشیده نمی‌شود. بعید است رئیس‌العقلا هنگام تشریح به این پی‌آمدها و مفساد واضح نظر نداشته باشد. افزون بر آن، ادله بیان‌کننده ادله اثبات مختص به جرایم جنسی چنان اطلاق ندارند که جرایم به عنف را شامل شوند و قدر متیقن از آن‌ها اعمالی است که با رضایت طرفینی صورت می‌گیرد. پس موارد دیگر، تحت ادله حجیت بینه باقی می‌مانند. هم‌چنین ادله حجیت علم قاضی فقط شامل موارد متعارف است و تجاوزهای با رضایت طرفین از ذیل آن خارجند. در نتیجه، با توجه به پی‌آمدهای یادشده و اشکال‌های وارد بر ادله باید در جرایم به عنف با همان روش اثبات عمومی برخورد کرد.

استثنای چهارم: شاکی خصوصی

«شکایت» در لغت به معنی «اظهار تألم از یک رفتار یا کلام نامناسب است که متوجه جسم یا روح

۱. سئل أبو جعفر عَلَيْهِ السَّلَامُ عن رجل اغتصب امرأة فرجها قال يقتل محصنا كان أو غير محصن. (وسائل الشیعه ۲۸: ۱۰۸)

۲. قلت لأبي جعفر عَلَيْهِ السَّلَامُ الرجل يغصب المرأة نفسها قال يقتل. (همان)

۳. إذا كابر الرجل المرأة على نفسها. ضرب ضربة بالسيف مات منها أو عاش. (همان)

شخص می‌شود». (مصطفوی، التحقيق ۶: ۱۰۹) در بند ب ماده ۹ قانون آیین دادرسی مدنی مقرر شده است: «دعوای خصوصی برای مطالبه ضرر و زیان ناشی از جرم و یا مطالبه کیفرهایی که به موجب قانون، حق خصوصی بزه دیده است، مانند حد قذف و قصاص.» هم‌چنین در ماده ۱۰ قانون یادشده آمده است: «بزه دیده، شخصی است که از وقوع جرم متحمل ضرر و زیان می‌گردد و چنان چه تعقیب مرتکب را درخواست کند، شاکی و هرگاه جبران ضرر را مطالبه کند، مدعی خصوصی نامیده می‌شود.» در ماده ۱۰۲ آیین دادرسی کیفری، چهار مورد از اصل ممنوعیت تجسس در مورد جرایم منافی عفت استثنا شد که یکی از آن‌ها وجود شاکی خصوصی است. در تبصره ۳ این ماده مقرر شده است: «در جرایم مذکور در این ماده، اگر بزه دیده، محجور باشد، ولی یا سرپرست قانونی او حق شکایت دارد. در مورد بزه دیده بالغی که سن او زیر هجده سال است، ولی یا سرپرست قانونی او نیز حق شکایت دارد.» به نظر می‌رسد این تبصره در پی تبیین موارد شاکی خصوصی است. مصداق شاکی خصوصی هر کس که باشد، با تسلیم شکایت به دادگاه می‌تواند خواهان بررسی شکایت در نظام قضایی شود. نظام قضایی دلایل و مدارک را جمع‌آوری و در صورت اثبات، حکم صادر می‌کند. البته خود شاکی نیز می‌تواند ادله خود را به دادگاه تقدیم کند، ولی ملزم نیست تا هم‌زمان با شکایت، مثلاً برای اثبات زنا، چهار شاهد عادل به دادگاه معرفی کند.

مستندات استثنای چهارم

استثنای وجود شاکی خصوصی از اصل ممنوعیت تحقیق و تجسس در روایات مطرح شده است، مانند روایت فضیل از امام صادق علیه السلام که فرمود: «من أقر على نفسه عند الإمام بحق أحد من حقوق المسلمين - فليس على الإمام أن يقيم عليه الحد - الذي أقر به عنده - حتى يحضر صاحب حق الحد أو وليه و يطلبه بحقه». (عاملی، وسائل الشیعه ۲۸: ۵۶) بر این اساس، اجرای حدود در امور حق الناس به مطالبه صاحب حق نیاز دارد. در روایتی دیگر از فضیل از امام صادق علیه السلام، همین مطلب با شرح و بسط بیش‌تر بیان شده است. (همان ۲۸: ۵۷) البته سیره عقلا هم بر همین شیوه دلالت دارد که مقام قضایی زمانی می‌تواند احقاق حق و مجازات مجرم و مدیون را آغاز کند که صاحب حق درخواست کند.

۱. هو إظهار التآلم عمّا يواجه ممّا لا يلائم، من خلق سيّئ أو عمل غير صالح أو قول فاحش. وقد يكون إظهار التآلم: عمّا لا يلائم في بدنه و مزاجه و أخلاق نفسه.

مصداق‌های شاکی خصوصی

بر اساس تبصره ۳ ماده ۱۰۲ ق. آ. د. ک، زمانی که مجنی علیه، نابالغ باشد، ولی یا سرپرست قانونی او حق شکایت دارد و در مورد افراد بالغ زیر هجده سال، خود شخص و ولی او هر دو حق شکایت دارند. شاکی خصوصی می‌تواند شامل این افراد و نیز افرادی باشد که آسیب‌های مالی یا حیثیتی از جرم دیده‌اند. این دیدگاه با توجه به ماده‌های ۱۰ و ۱۴ آیین دادرسی کیفری قابل توجیه است؛ چون در ماده ۱۰ آ. د. ک مقرر شده است بزه دیده، شخصی است که از وقوع جرم متحمل ضرر و زیان شود و اگر تعقیب مرتکب را درخواست کند، شاکی نامیده می‌شود. ضرر و زیان موجود در ماده اعم از ضررهای مالی و حیثیتی است. در تبصره ۱ ماده ۱۴ آ. د. ک و در توضیح زبان معنوی قابل مطالبه آمده است: «صدمات روحی یا هتک حیثیت و اعتبار شخصی.» با توجه به این استدلال، شوهر مجنی علیها، همسر جانی (زانی یا لایط و...)، پدر زانیه و برادر او یا فرزند او و هر شخصی که به نوعی از جرایم منافی عفت آسیب دیده‌اند، حق شکایت دارند، مانند صاحب شرکتی که منشی آن با یکی از مشتریان رابطه نامشروع برقرار کرده است. بر اساس این برداشت، افراد زیادی حق شکایت خواهند داشت که بعید است مورد نظر قانون‌گذار باشد.

بر اساس بیان بند ۳ ماده ۱۰۲ ق. آ. د. ک درباره دارندگان حق شکایت و نفی اثرگذاری خسارت‌های معنوی در ایجاد حق برای خسارت دیده، در نظر بیش تر فقها به واسطه قابل جبران نبودن چنین خسارت‌ها و ضررهایی، توسعه مفهوم شاکی خصوصی به کسانی که خسارت معنوی دیده‌اند، بعید به نظر می‌رسد. (حدادی «رسائل» ۵ و ۶: ۲۷-۵۰) این توسعه در تبیین مفهوم شاکی و اعطای حق شکایت موجب کثرت این گونه پرونده‌ها می‌شود که بررسی آن‌ها نیروی فراوانی از نظام قضایی برای ابطال یا اثبات می‌گیرد. به علاوه، جبران چنین خسارت‌هایی بر فرض اثبات چیست؟ آیا حیثیت و آبروی پدر زانیه با درج در جرایم یا پول باز می‌گردد؟

به نظر می‌رسد این نگاه وسیع در تفسیر شاکی خصوصی با مذاق شارع نیز هماهنگی ندارد؛ چون خداوند ستار با تعیین روش‌های اثبات خاص برای جرمی مثل زنا و حدّ زدن شاهد در صورت نبود چهار شاهد عادل به صورت هم‌زمان در دادگاه و امثال این احکام سخت‌گیرانه در پی طرح نشدن، اثبات نشدن و اشاعه نیافتن چنین گناهی در جامعه بوده است. از سوی دیگر، محدود

کردن مصداق‌های شاکی خصوصی به خود شخص و ولی او با اقتضائات زمانی دوره حاضر تناسبی ندارد. برای مثال، شوهر زن زناکاری که بنای زندگی خانوادگی او به سبب همسر زناکارش از بین رفته است، نمی‌تواند از این ظرفیت قانونی استفاده کند. البته مرکز مشاوره حقوقی قوه قضاییه در پرسشی در مورد دارندگان حق شکایت، پدر و شوهر و برادر را ذی‌حق معرفی کرد. رویه دادگاه‌ها نیز قبول شکایت شوهر است. پس باید این بیان قانون به روشی متعادل تبیین شود.

اشکال‌ها

۱. نبود جنبه خصوصی و اجمال عنوان شاکی خصوصی

بیان قانون‌گذار در استثناهای اصل حرمت تحقیق و تجسس و مطرح کردن چهار مورد بیان‌گر این معناست که این موارد، مصداق‌های مختص به خود دارند، و گرنه بیان چهار مورد بی‌معناست. پس به طور خاص، دو عنوان شاکی خصوصی و تجاوز به عنف مورد نظر است. بر اساس یک تقسیم ساده، رابطه نامشروع یا با رضایت طرفین صورت گرفته یا چنین رضایتی وجود نداشته است. در نوع دوم یعنی تجاوز به عنف - همان طور که گذشت - جنبه خصوصی یعنی مهرالمثل مجنی علیه وجود دارد. در نوع اول، بر اساس فتوای بیش‌تر مراجع، در مورد زنا جنبه خصوصی وجود ندارد و شکایت بی‌معناست و در نتیجه، فقط در موارد تجاوز به عنف، شاکی خصوصی معنا پیدا می‌کند. برای مثال، آیت‌الله مکارم شیرازی در پاسخ به استفتای مرکز تحقیقات فقهی، همین دیدگاه را تأیید کرده است: «در این نوع جرم‌ها که جنبه حق‌الله دارد، محکمه با شکایت افراد، ملزم به رسیدگی نیست.» آیت‌الله سیستانی هم جنبه خصوصی مسئله رانفی می‌کند. (گنجینه آرای فقهی، مرکز تحقیقات فقهی، سؤال ۲۹۸) آیت‌الله صافی نیز دادگاه را درباره شکایت از زنا همسر، ملزم به رسیدگی نمی‌داند. (آیین قضاوت در اسلام: سؤال شماره ۶۹) بر این اساس، بیان قانون مجمل است و مقصود از شاکی خصوصی مشخص نیست.

فقه‌اء حقوق شرعی را به سه دسته تقسیم کرده‌اند: حق‌الله محض، حق‌الناس محض و ترکیب این دو و برای نوع اول، زنا را مثال زده‌اند. هم‌چنین شیخ طوسی می‌گوید: «حقوق الهی بر دو قسم است: حقی که تعلق به مال نمی‌گیرد و حقی که به مال تعلق می‌گیرد. قسم اول هم چون حد زنا و شرب خمر است که دعوا و شکایتی در آن شنیده نمی‌شود و مدعی علیه نیز ملزم به پاسخ دادن نیست و سوگندی متوجه او نمی‌گردد.

به عبارت دیگر، مدعی و منکر در آن تصور نمی‌شود». (المبسوط ۸: ۲۱۵) در مقابل، مرحوم آیت الله موسوی اردبیلی وجود حق خصوصی را در مورد شوهر نسبت به زن زناکار خود و برعکس پذیرفته، (گنجینه آرای فقهی، مرکز تحقیقات فقهی: سؤال ۲۹۸) ولی عقوبت مستقلاً یا جبران خاصی برای این جنبه مطرح نکرده است. به نظر ایشان، شاکی خصوصی می‌تواند مصداق‌های مختص خود داشته باشد و از اشکال اجمال‌رهایی می‌یابد. نظر ایشان شاذ به نظر می‌رسد و مشکل است که مبنای قانون‌نویسی قرار بگیرد. همان‌طور که گذشت، احتمال دارد بین ادله اثبات تجاوز به عنف و زنا تفاوت وجود داشته باشد که در روش تحقیق و جمع‌آوری اطلاعات و حصول علم برای قاضی و در نهایت، صدور حکم اثر بسیار مهمی دارد.

۲. نادر بودن موارد اطلاع از تجاوز به عنف

در عمل، برای پی‌گیری و صدور حکم در تجاوز به عنف نیز به شکایت نیاز است؛ چون نظام قضایی راه دیگری برای اطلاع از این نوع جرایم ندارد، مگر مواردی که ضابطان قضایی متوجه این موارد شوند که آن هم بسیار اندک است و بعید است حکم قانون‌گذار برای بیان یک استثنا، ناظر به این موارد اندک باشد، در حالی که موارد غالب آن در عنوان «شاکی خصوصی» جای گرفته است. البته قانون را می‌توان چنین تفسیر کرد که منظور از تجاوز به عنف استثنای شده، مواردی است که نظام قضایی به صورتی جز شکایت از جرم مطلع شده است و شاکی خصوصی، مواردی را پوشش می‌دهد که مجنی علیه یا ولی او یا افرادی که احتمال دارد دارای حق شکایت باشند، دستگاه قضایی را آگاه کرده‌اند. این توجیه، خود، مبتلا به خلاف ظاهر بودن است.

۳. قذف بودن شکایت

در تعریف فقهی «قذف» آمده است: «موجب این حدّ، رمی به زنا یا لواط است و امارمی به سحقی و بقیه فواحش موجب حدّ قذف نیست». البته امام علیه السلام، حق تعزیر می‌کننده به آن‌ها را دارد. (امام خمینی، تحریر الوسیله ۴: ۲۰۳) هم‌چنین در قذف معتبر است که به لفظ صریح یا ظاهری باشد که بر آن اعتماد شود. (همان) اگر شکایت در مورد اعمال منافی عفت را مصداق قذف بدانیم، چنان‌که مراجع عظام در فتاوی خود در مورد شکایت شوهر از زنش بیان فرمودند، مانند فتوای آیت الله صافی (آیین قضاوت در اسلام: سؤال شماره ۶۹)، بنا بر دستور شریعت، شخص شکایت‌کننده باید مدارک

اثباتی خود را همراه داشته باشد، مانند چهار شاهد عادل. در غیر این صورت، حد قذف می خورد. ظاهر شکایت هم مشعر به این مطلب است که شکایت کننده به حدی از اطمینان رسیده است که عمل منافی عفت را در قالب شکایت به شخصی نسبت می دهد. نظام دادرسی ایران، دستگاه قضایی را مأمور به تحصیل و تأمین دلیل برای شکایت در مورد جرایم منافی عفت کرده است. این روش، روش معهود و معمول فقها و کتاب های فقهی نیست و بنا به اقتضائات زمانی ایجاد شده است که تطبیق آن با احکام، مشکل به نظر می رسد. البته اگر در شکایت، عمل به شخص خاصی نسبت داده نشود یا طرح شکایت را مصداق قذف ندانیم، این بحث مطرح نمی شود.

۴. بی توجهی به بحث لعان

اگر شوهری از همسر خود به اتهام زنا شکایت کند و این شکایت، قذف محسوب شود و دارای شرایطی باشد که فقها بیان کرده اند، بحث لعان مطرح می شود. این شرایط عبارتند از: علم یا اطمینان مرد به وقوع زنا، ادعای مشاهده، بیینه نداشتن و زوجه دایمی بودن مقدوفه. (امام خمینی، تحریر الوسیله ۳: ۶۴۳) با وجود این شرایط، به روش خاص بیان شده در کتاب های فقهی، همدیگر را لعنت می کنند و بر همدیگر حرام ابدی می شوند، ولی هیچ کدام حد نمی خورند. این روش خاص، راه کار شرعی چنین شکایتی است که در مواد ۸۸۲، ۸۸۳ و ۱۰۵۲ در قانون مدنی به آن اشاره شده است، اما ظاهراً امروزه در دادگاه ها معمول نیست. آیت الله مکارم شیرازی در پاسخ به استفتایی فرموده است: «در این نوع جرم ها که جنبه حق الله دارد، محکمه با شکایت افراد ملزم به رسیدگی نیست و اگر شوهر چنین نسبتی بدهد، احکام خاص لعان را دارد.» (گنجینه آرای فقهی، مرکز تحقیقات فقهی: سؤال ۲۹۸) آیت الله صافی نیز همین طور پاسخ داده است. (آیین قضاوت در اسلام: سؤال شماره ۶۹) قانون نویسان و تفسیر کنندگان آن به این ظرفیت کم تر توجه کرده اند.

۵. اصالت شکایت مجنی علیه یا ولی او

اشاره شد که در تجاوز به عنف، جنبه خصوصی و حق الناسی به نام مهرالمثل مطرح است. هم چنین بیان شد که تجاوز به عنف یا تنها مصداق شاکی خصوصی است یا طریقه غالب در اطلاع یافتن نظام قضایی از چنین جرمی است. به علاوه در تبصره ۳ ماده ۱۰۲ آ. د. ک آمده است که اگر

مجنی علیه، بالغ کمتر از هجده سال سن داشته باشد، خودش و ولی قانونی او هر دو حق شکایت دارند. با توجه به این مطالب، اگر شخص مجنی علیه در مورد جنبه خصوصی شکایت کرد و ولی او شخص جانی را بخشید یا برعکس و با ذکر این مطلب که در جرایم قابل گذشت، تعقیب کردن یا نکردن، متوقف به شکایت شاکی خصوصی است، شکایت و گذشت مجنی علیه اصالت دارد یا ولی او؟ به عبارت دیگر، کدام شکایت یا گذشت مقدم می‌شود؟

حق شکایت یا اعلام جرم

اگر به ایرادهای یادشده جواب داده شود یا بنا به مصالح اجتماع چشم‌پوشی کنیم، باز در مسئله خسارت‌های حیثیتی مناقشه هست؛ چون در تفسیر دارندگان حق شکایت مؤثر است و همان طور که گذشت، در ماده ۱۰ و ۱۴ قانون آ. د. ک به رسمیت شناخته شده است. برای حل این موضوع شاید بتوان بین حق شکایت داشتن و فتوای فقها در مورد ضررهای حیثیتی جمع کرد به این صورت که اعطای حق شکایت در مورد ضررهای حیثیتی به معنای اعلام جرم است نه مطالبه حق و حق شکایت واقعی. با این روش، افراد یادشده نیز می‌توانند شاهد مجازات خسارت‌زننده به آبرو، حیثیت و عواطف خود باشند و قدری از آسیب‌های روحی ایشان جبران شود. به یقین، عنوان اعلام‌کننده جرم، ظرفیتی است برای حفظ بیش تر حقوق افراد، اما در نهایت، محدودیت‌هایی نیز دارد.

حق شکایت و اعلام جرم با هم تفاوت دارند. صرف شکایت برای شروع به تحقیقات کافی است، اما اعلام جرم، زمانی ما را به شروع تحقیقات و ادار می‌کند که اعلام‌کننده، شاهد عینی وقوع جرم بوده و جرم به نظم عمومی مربوط باشد. هم‌چنین شکایت برای شروع به تحقیق در مورد هر جرمی باشد، دلیل بر شروع است، اما اعلام جرم در جرایم قابل گذشت، مبنایی برای شروع نیست. شاکی و وکیل حق اعتراض به حکم صادرشده را دارند، اما اعلام‌کننده جرم نمی‌تواند به حکم اعتراض کند. گذشت شاکی می‌تواند از موارد سقوط یا تخفیف مجازات باشد، اما گذشت اعلام‌کننده در ماهیت امر اثری نخواهد داشت. شاکی از حقوق و مزایای مواد ۱۴ و ۱۵ آیین دادرسی کیفری بهره‌مند است یعنی امکان مطالبه جبران تمام ضررها و زیان‌های مادی و معنوی و امکان ارائه دلایل و مدارک خود را به مرجع قضایی پس از تعقیب متهم دارد، ولی اعلام‌کننده چنین بهره‌ای ندارد و ظاهراً همان ابتدا باید مدارک خود را ارائه کند.

نتیجه

ماده ۱۰۲. آ. د. ک، اصلی به نام ممنوعیت تحقیق و تعقیب را مطرح کرده است که مستندات فقهی دارد. این ماده، چهار استثنا را برای این اصل شمرده است. جرایم سازمان یافته و در مرئی و منظر از استثنائاتی هستند که مستند به ادله شرعی مثل وجوب حفظ نظام هستند. موارد بعدی، جرایم منافی عفت به عنف و دارای شاکی خصوصی است که در ظاهر، قابل توجیه شرعی هستند، اما با تأمل دقیق تر، متوجه اشکال هایی در مورد آن ها می شویم.

اولاً بحث وجود جنبه خصوصی که پایه اعطای حق شکایت است، در تجاوز به عنف و نبود چنین جنبه ای در امور منافی عفت با رضایت طرفینی است که نتیجه آن، حصر شاکی خصوصی در جرایمی است که به عنف واقع شده اند. این هم با بیان قانون که تجاوز به عنف را کنار شاکی خصوصی قرار داده است، تناسبی ندارد. دومین اشکال این است که دستگاه قضایی راهی برای اطلاع و پی گیری جرایم به عنف ندارد، مگر اطلاع و شکایت مجنی علیه. در این حالت، بیان تجاوز به عنف به عنوان یک استثنا چندان قابل دفاع نیست. اشکال سوم و چهارم، بی توجهی به بحث قذف و لعان است؛ چون ظاهراً شکایت، نسبت دادن عمل منافی عفت به شخص است که حدّ قذف را در پی دارد و اگر شاکی، شوهر بوده و دارای شرایط خاصی باشد، بحث لعان مطرح می شود. صدق این عنوان های شرعی، مشکلی است که باید تصحیح و توجیه شود. اگر بتوان این اشکال ها را به گونه ای برطرف کرد، با بحث خسارت معنوی روبه روی می شویم؛ عنوانی مناقشه آمیز که با وجود ریشه قانونی، ریشه فقهی مستحکمی ندارد، ولی اگر در نظر گرفته شود، دارندگان حق شکایت دامنه وسیعی پیدا می کنند که احتمالاً مورد نظر قانون گذار نبوده است.

شاکی خصوصی دارای بازه مضیق محدود مورد بیان تبصره ۳ ماده ۱۰۲. آ. د. ک یعنی خود مجنی علیه و ولی او تا بازه وسیعی که شامل خسارت دیدگان حیثیتی می شود، پنداشته شده است. برای تفسیر مناسب مصداق های شاکی خصوصی و خارج نشدن از فتوای فقها مبنی بر ردّ خسارت معنوی در موضوعات فقهی، عنوان «اعلام کننده جرم» پیشنهاد می شود؛ عنوانی که راهی پیش روی افرادی است که خسارت معنوی دیده اند، اما بنا به محذور فقهی نمی توانند با عنوان شاکی خصوصی به دادگاه مراجعه کنند. البته اعلام کننده جرم محدودیت هایی دارد مانند این که باید شاهد واقعه باشد.

فهرست منابع

۱. اترک، حسین، «ماهیت و حکم اخلاقی تجسس»، مجله معرفت اخلاقی، ۴ (۱۳۹۰) ۱۶۵-۱۵۱.
۲. استفتای مرکز آموزش های تخصصی فقه از محضر آیت الله سبحانی.
۳. استفتای مرکز آموزش های تخصصی فقه از محضر آیت الله شبیری زنجانی.
۴. استفتای مرکز آموزش های تخصصی فقه از محضر آیت الله علوی گرگانی.
۵. استفتای مرکز آموزش های تخصصی فقه از محضر آیت الله گرامی.
۶. استفتای مرکز آموزش های تخصصی فقه از محضر آیت الله محفوظی.
۷. استفتای مرکز آموزش های تخصصی فقه از محضر آیت الله مکارم شیرازی.
۸. آخوندی، محمود. آیین دادرسی کیفری. تهران: انتشارات مجد، چاپ اول، ۱۳۸۴ ه. ش.
۹. پایگاه اطلاع رسانی صافی گلپایگانی، کتاب ها، آیین قضاوت در اسلام: www.safi.com.
۱۰. جمعی از پژوهشگران، موسوعه الفقه الاسلامی طبقاً لمذهب اهل البيت علیهم السلام، قم: مؤسسه دائره المعارف فقه اسلامی، چاپ ۱، ۱۴۲۳ ه. ق.
۱۱. حدادی، فاضل. «جبران خسارت معنوی از منظر فقه و حقوق». مجله رسائل، ۵ (زمستان ۹۴ و بهار ۹۵)، ۵۱-۲۷.
۱۲. خرازی، سید محسن. «کاوشی در حکم فقهی تجسس». مجله فقه اهل بیت علیهم السلام، ۲۶ (۱۳۸۰)، ۱۴۲-۵۲.
۱۳. دفتر همکاری حوزه و دانشگاه. «موقعیت عقل در منابع فقه و حقوق اسلامی». مجله نور علم، ۶ (۱۳۶۳)، ۵۵-۴۳.
۱۴. سبزواری، سید عبدالاعلی. مهذب الاحکام فی بیان الحلال والحرام. قم: مؤسسه المنار، چاپ ۴، ۱۴۱۳ ه. ق.
۱۵. سید رضی، نهج البلاغه. قم: مؤسسه نهج البلاغه، چاپ اول، ۱۴۱۴ ه. ق.
۱۶. شیخ حر عاملی، محمد بن حسن. وسائل الشیعه. قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام، چاپ اول، ۱۴۰۹ ه. ق.
۱۷. شیخ صدوق، محمد بن علی. عیون اخبار الرضا علیه السلام. تهران: نشر جهان، چاپ اول، ۱۳۷۸ ه. ق.
۱۸. شیخ طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن. المبسوط فی فقه الامامیه. تهران: المکتبه المرتضویه لاحیاء الآثار الجعفریه، چاپ سوم، ۱۳۸۷ ه. ش.
۱۹. شیخ مفید، محمد بن محمد بن نعمان. المقنعه. قم: کنگره جهانی هزاره شیخ مفید، ۱۴۱۳ ه. ق.
۲۰. طبرسی، فضل بن حسن. مجمع البیان فی تفسیر القرآن. تهران: انتشارات ناصر خسرو، چاپ

سوم، ۱۳۷۲.

۲۱. طریحی، فخرالدین. مجمع البحرين. تهران: کتاب فروشی مرتضوی، چاپ سوم، ۱۴۱۶ ه.ق.
۲۲. عمیدزنجانی، عباس علی. فقه سیاسی. تهران: انتشارات امیرکبیر، چاپ چهارم، ۱۴۲۱ ه.ق.
۲۳. فاضل لنکرانی، محمد. تفصیل الشریعه فی شرح تحریر الوسیله - الحدود. قم: مرکز فقهی ائمه اطهار (علیهم السلام)، چاپ اول، ۱۴۲۲ ه.ق.
۲۴. فیض کاشانی، محمد محسن بن شاه مرتضی. رسائل. تهران: مدرسه عالی شهید مطهری، چاپ اول، ۱۴۲۹ ه.ق.
۲۵. قرطبی، ابوعبدالله محمد بن احمد. الجامع لاحکام القرآن. بیروت: دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۵ ه.ق.
۲۶. کلینی، ابوجعفر محمد بن یعقوب. الکافی. تهران: دارالکتب الاسلامیه، چاپ چهارم، ۱۴۰۷ ه.ق.
۲۷. مصطفوی، حسن. التحقيق فی کلمات القرآن الکریم. تهران: مرکز کتاب لترجمه و النشر، چاپ اول، ۱۴۰۲ ه.ق.
۲۸. منتظری، حسین علی. مبانی فقهی حکومت اسلامی. ترجمه: ابوالفضل شکوری و محمود صلواتی، قم: مؤسسه کیهان، چاپ اول، ۱۴۰۹ ه.ق.
۲۹. موسوی خمینی، سید روح الله. تحریر الوسیله. قم: دفتر انتشارات اسلامی، چاپ بیست و یکم، ۱۴۲۵ ه.ق.
۳۰. موسوی خمینی، سید روح الله. صحیفه امام. قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، چاپ اول، ۱۳۷۸.
۳۱. موسوی خویی، سید ابوالقاسم. موسوعه الامام الخوئی [مبانی تکمله المنهاج]. قم: مؤسسه احیاء آثار الامام الخوئی، چاپ اول، ۱۴۱۸ ه.ق.
۳۲. مؤسسه آموزشی و پژوهشی قضا، نرم افزار گنجینه استفتائات قضایی.
۳۳. میر علی، یحیی. «بررسی جاسوسی از منظر فقه امامیه». مجله پژوهش در فقه و حقوق، ۶ (۱۳۹۶)، ۲۹-۲۱.
۳۴. نجفی، محمد حسن. جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام. بیروت: دار احیاء التراث العربی.

عباس مهاجرانی*

abbas.mohajerani@yahoo.com

تعریف اهل کتاب و روش تحلیف آنان از منظر فقه امامیه و قانون مجازات اسلامی

چکیده

بی تردید، رسیدگی به دعاوی قضایی اقلیت های دینی به ویژه اهل کتاب از وظایف دستگاه قضایی اسلامی است. در برخی امور در فرآیند رسیدگی به دعاوی و صدور حکم به سوگند تمام یا برخی از طرف های ادعا نیاز داریم. در چنین صورتی، اگر نوبت به سوگند اهل کتاب رسید، آنان چگونه باید سوگند یاد کنند؛ به لفظ جلاله الله یا به الفاظ مقدسی که در آیینشان وجود دارد یا الفاظی دیگر؟ روش تحلیف اهل کتاب از منظر فقه امامیه و قانون مجازات چگونه است؟

با توجه به اهمیت زیاد حقوق اقلیت های دینی، کاستی و نقصی که در قانون درباره انتخاب نظریه صحیح وجود دارد و برای تبیین مبانی پرسش های پیش گفته، ابتدا اهل کتاب، تعریف و روش تحلیف اهل کتاب بررسی می شود. فقها در این زمینه دو دیدگاه دارند. در نخستین دیدگاه، سوگند اهل کتاب به غیر الله جایز است. دیدگاه دوم که مشهور فقها هستند، معتقدند سوگند خوردن مطلقاً باید به الله تبارک و تعالی باشد. مشروعیت ضمیمه کردن خالق النور و امثال آن برای اهل کتاب از اختلافات میان قول مشهور است. مستندات هر یک از این اقوال، روایات و اجماع های وارد شده است.

کلیدواژگان

تحلیف، روش تحلیف، اهل کتاب، مجوسی، ذمی، حقوق اقلیت ها.

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

گروهی از اهل کتاب که در سایه امن حکومت اسلامی زندگی می‌کنند، این حق را دارند که با مراجعه به دادگاه‌های اسلامی، حق خود را استیفا کنند. دادگاه‌های قضایی نیز با پذیرش دعوا علیه یاله آنان، بر اساس موازین حقوقی اسلام قضاوت و حکم قضایی صادر می‌کنند. ممکن است قاضی در قضاوت بین مدعی و مدعی علیه از سوگند استفاده کند، مانند وقتی که مدعی بی‌بینه ندارد یا مدعی علیه نکول کند یا رد کند. با توجه به روایات، وقتی نوبت به سوگند مسلمان می‌رسد، او باید به الله سوگند یاد کند. با این حال، در مورد اهل کتاب، اختلاف اعتقادی آنان با مسلمانان سبب شده است این پرسش مطرح شود که آیا آنان مانند مسلمانان باید به الله سوگند یاد کنند، در حالی که به «الله» مسلمانان باور ندارند یا سوگند به غیر الله نیز جایز است؟

برای درک نگاه اسلام و قانون مجازات اسلامی به مبحث روش تحلیف اهل کتاب باید اهل کتاب یعنی صاحبان این حق شناخته شوند. سپس دیدگاه صحیح درباره ضرورت سوگند یاد کردن آنان به «الله» یا جز آن را دریابیم تا بتوان این احکام را بر آنان تطبیق و اعمال کرد. نظر علمی فقها را در کتاب‌های فقهی باید جست که در این مقاله گردآوری شده‌اند، اما مقاله‌ای با چنین موضوع و جامعیتی که شامل تعریف اهل کتاب، نظرهای متفاوت درباره مسئله مورد بحث ورد و بررسی آن مشاهده نشد. استفاده قانون‌گذار در اصلاح‌های بعدی مواد مربوط به این بحث نیز ضرورت دیگر نگارش این مقاله است.

پس از تعریف اهل کتاب در بخش نخست مقاله، سخنان فقها در این مورد تبیین می‌شود که به دو نظریه خواهیم رسید؛ جواز سوگند اهل کتاب به غیر الله و لزوم سوگند به الله مطلقاً. از میان فقه‌های یادشده در مقاله، شیخ مفید، نخستین فردی است که به این موضوع پرداخته است. در این بخش، ابتدا، مدعا و ادله هر نظریه می‌آید. در ادامه، به دفع شبهه‌های وارد بر قول دوم و در آخر، رد ادله نظریه نخست پرداخته‌ایم. پیروی قانون‌گذار از نظریه دوم در بخش سوم آمده است. مختار نگارنده از اقوال یادشده و رد شبهه‌های مانعین بر محقق خوبی رحمته الله علیه، بخش پایانی مقاله است.

۱. تعریف اصطلاحی اهل کتاب

رسول خدا ﷺ در نامه‌ای به اهل مکه فرمود: «اسلام بیاورید و گرنه اعلان جهاد خواهم داد.» اهل مکه پاسخ دادند: «از ما جزیه بگیر و ما را در پرستش بت‌ها واگذار.» پیامبر در جواب آنان فرمود: «من از غیر اهل کتاب جزیه نمی‌گیرم.» اهل مکه برای دروغ وانمود ساختن سخن پیامبر اکرم ﷺ نوشتند: «از غیر اهل کتاب جزیه نمی‌گیری، حال آن‌که از مجوسیان جزیه گرفته‌ای؟» حضرت رسول اکرم ﷺ در نامه‌ای بیان کرد که مجوسیان، پیامبری داشتند، ولی او را کشتند و کتابی داشتند که آن را به آتش کشیدند. (کلینی، الکافی ۳: ۵۶۷)

با توجه به این روایت، نبوت و کتاب داشتن معیار شناخت اهل کتاب است. بی‌تردید، یهود و نصاری اهل کتابند، اما درباره برخی دیگر از اهل مذاهب اختلاف نظرهایی هست که در چهار دسته بررسی می‌شود.

الف) مجوسیان

به طور کلی، سخنان فقها درباره مجوسیان به سه دسته تقسیم می‌شود. برخی، آنان را در حکم اهل کتاب می‌دانند. عده‌ای دیگر، آنان را اهل کتاب واقعی می‌شمارند. سومین دسته، مجوسیان راحتی در حکم اهل کتاب نیز نمی‌دانند. به نظر دسته نخست، روایاتی که فرموده‌اند با مجوسیان مانند اهل کتاب رفتار کنید، (شیخ صدوق، من لا یحضره الفقیه ۲: ۵۳) نشان می‌دهد مجوسیان در حکم اهل کتاب هستند. شهید ثانی، مرحوم طباطبایی و میرزا جواد تبریزی از جمله پیروان این نظریه‌اند (مسالك الافهام ۳۶۱: ۷؛ ریاض المسائل ۸: ۳۶ و منهج الصالحین ۱: ۱۴). شهرستانی، صاحب الملل والنحل نیز چنین عقیده‌ای دارد. (۱: ۲۴۷)

در حکم اهل کتاب بودن به چه معناست؟ آیا مراد این است که فی الجمله در بعضی موارد، احکام اهل کتاب را دارد که در این صورت، در هر مبحثی، نیازمند اثبات این تشابه است؟ یا آن‌که بدین معناست که موضوع اهل کتاب را ندارد، اما بالجمله در تمام احکام حکم اهل کتاب را داراست که دیگر نیاز به اثبات دوباره چنین تشابهی در هر مبحثی نیست؟ با توجه به تعبیر الحاق برای بیان اشتراک حکم مجوسیان با اهل کتاب در لسان فقهای مانند مرحوم طباطبایی (ریاض المسائل ۸:

۳۶) و میرزا جواد تبریزی (منهاج الصالحین ۱: ۱۱۴) و با توجه به سخن شهید ثانی (مسالک الافهام ۳۶۱: ۷) مبنی بر نفی لزوم رفتاری مانند اهل کتاب با مجوسیان در جمیع احکام و این که روایت وارد شده (شیخ طوسی، من لایحضره الفقیه ۲: ۵۳) در جزیه ظهور دارد، گویای آن است که وجه نخست مرادشان است.

دومین دسته از فقها مانند علامه بحرانی (الحدائق الناظره ۲۴: ۱۸) در پاسخ به دسته نخست اظهار داشته اند با توجه به روایات به ویژه روایتی که مکاتبات پیامبر با اهل مکه را حکایت می کند، معیار در اهل کتاب بودن، داشتن نبی و کتاب است. وقتی پیامبر اکرم (ص)، مجوسیان را نیز واجد این دو معیار دانست، پس آنان اهل کتاب حقیقی هستند. تعبیر ایشان به این که مانند اهل کتاب با آنان رفتار کنید، برای آن بود که چون ارتکاز ذهنی مردم از صدر تا ذیل این بوده است که مجوسیان، پیامبر و کتاب الهی نداشته اند، این گونه فرمود که مانند اهل کتاب با مجوسیان رفتار کنید. بنا بر این، مجوسیان از اهل کتابند و تمام احکام اهل کتاب بر آنان تطبیق داده می شود. البته در دسته سوم گفته اند که عمانی، مجوسیان را نه اهل کتاب می دانست و نه در حکم اهل کتاب. (طباطبایی، ریاض المسائل ۸: ۳۶)

ب) صابئین

درباره این که صابئین از نصاری، یهود، مجوس یا ستاره پرستان باشند، اختلاف نظر است. (محقق ثانی، جامع المقاصد ۳: ۴۴۸) صاحب حدائق روایتی درباره صابئین نقل می کند که امام صادق علیه السلام فرمودند: «انان صابئین نامیده شدند؛ چون آنان، پیامبران، رسولان و شرایع را تعطیل کردند و گفتند: هر آن چه آنان آورده اند، باطل است. توحید خداوند، نبوت پیامبران، رسالت مرسلین و وصیت اوصیاء را انکار کردند. آنان بدون شریعت و کتاب و رسول هستند.» (طریحی، مجمع البحرین ۱: ۲۵۹)

بحرانی می گوید ظاهراً آنان ملاحظه کفار هستند و مجرای برای بحث درباره اهل کتاب بودن در مورد آنان وجود ندارد. (الحدائق الناظره ۲۴: ۲۴) میرزا جواد تبریزی نیز می گوید اگر صابئین، فرقه ای از اهل کتاب به شمار آیند، همان گونه که برخی اذعان داشته اند، احکام اهل کتاب بر آنان جاری است و گرنه جریان چنین احکامی بر آنان اشکال دارد. (صراط النجاة ۹: ۹۱)

آیت‌الله خامنه‌ای در بررسی حکم صابئین با توجه به تحقیق مفصل و دقیقی که در این زمینه انجام داده‌اند، به این نتیجه رسیده‌اند که صابئین از اهل کتابند. ایشان به آیات قرآن استدلال کرده است. (بحث حول الصابئة: ۳۳)

ج) سامره

شیخ طوسی، آنان را از اهل کتاب و فرقه‌ای از یهود می‌داند. (المبسوط فی فقه الامامیه ۴: ۲۱۰) بحرانی نیز می‌گوید از آن جایی که سامره را فرقه‌ای از یهود می‌دانند، احکام یهود بر آنان جاری می‌شود. (الحدائق الناظرة ۲۴: ۲۴)

د) صحف ابراهیم و زبور داوود و دیگر کتاب‌های مانند آن دو

علامه حلی معتقد است معیار در اهل کتاب بودن، تورات و انجیل است.^۱ به همین سبب، چون صحف ابراهیم و زبور داوود در مقام بیان احکام نبوده‌اند و معجزه نیز نیستند، بلکه به موعظه و ارشاد پرداخته‌اند، پیروان آن‌ها جزو اهل کتاب شمرده نخواهند شد. (قواعد الاحکام ۳: ۳۷)

محقق کرکی در توضیح این عبارت بیان می‌دارد: «کتابی غیر از تورات و انجیل مانند صحف شیت و ادریس، صحف ابراهیم و زبور داوود معتبر نخواهد بود. در علت اعتبار نداشتن آن‌ها اختلاف شده است. برخی می‌گویند چون معانی این کتاب‌ها وحی شده است و نه الفاظ، از نوع نظم تدریس و تتلی نیستند.»^۲ علت دیگر بیان می‌دارد که این کتاب‌ها مشتمل بر مواعظ و آداب بوده‌اند نه ذکر احکام. بنا بر این، ملاک، تورات و انجیل است. (جامع المقاصد ۱۲: ۳۸۶)

مصدق کتاب در عبارت اهل کتاب در لسان فقها به تورات و انجیل منحصر شده است، اما شمول این واژه، کتاب‌های دیگری مانند صحف ابراهیم، زبور داوود و مانند آنها را در بر می‌گیرد. مگر کتاب همان مرز جدایی فکری، اعتقادی و عملی میان ایمان و کفر نیست؟ مگر اینان چه تفاوتی با مجوسیانی دارند که از اهل کتاب شمرده می‌شوند با آن‌که نه آیین جدیدی بوده‌اند و نه پیامبر اولوالعزمی داشته‌اند. بنا بر این، در معیار کتاب بودن چه تفاوتی وجود دارد که به صورت آیینی جدید فرستاده شده یا از آیین‌های گذشته پیروی کرده یا به زبان راز و نیاز میان انسان با خدای خویش باشد؟ پس اهل کتاب، پیروان این

۱. سببش این است که این دو کتاب الهی مشتمل بر احکامی از جانب خدای متعال است.

۲. در حقیقت، وصف اعجاز را ندارد.

پیامبران را نیز شامل می‌شود. به همین سبب، آیت‌الله خامنه‌ای در تبیین معنای اهل کتاب در درس خارج خویش به این نظریه گرایش پیدا کرده است. (بحث حول الصابئه: ۱۲)

باید توجه داشت که مراد از اهل کتاب، اهل کتاب ذمی و همین‌طور کسانی است که در معاهده با حکومت اسلامی هستند، هر چند زیر پرچم حکومت اسلامی زندگی نکنند. رجوع این افراد به قاضی اسلامی بسیار بعید است، ولی یادآوری این نکته خالی از لطف نیست که شامل آنان نیز می‌شود. بنا بر این، اهل کتاب حربی جزو موضوع بحث نیست.

۲. جایگاه سوگند در دعاوی

طبق ماده ۲۰۱ قانون مجازات اسلامی سوگند عبارت از گواه قرار دادن خداوند بر درستی گفتار اداکننده سوگند است. سوگند که یکی از ارکان اصلی باب قضاست، جایگاه‌های متفاوتی دارد. یکی از این موارد، زمانی است که بعد از پذیرش درخواست مدعی، نوبت به واکنش منکر نسبت به آن ادعا فرا می‌رسد. در این صورت، یکی از این سه حالت ایجاد می‌شود: منکر یا اقرار می‌کند یا انکار (اگر چه بخشی از ادعای مدعی را بپذیرد) یا سکوت. با اقرار منکر، درخواست مدعی ثابت می‌شود و موضوعی برای سوگند باقی نمی‌ماند. در فرض انکار، اگر حاکم از واقعیت بی‌خبر باشد و مدعی نیز بی‌بینه‌ای ارائه ندهد، با مطالبه مدعی، نوبت به سوگند منکر می‌رسد. اگر منکر سوگند یاد کند، دعوا ساقط می‌شود، اما اگر نکول کند، حکم مورد بعد را دارد. اگر منکر سوگند را رد کند، نوبت به سوگند مدعی می‌رسد. اگر او سوگند یاد کند، درخواست او ثابت می‌شود. در صورت سوگند نخوردن مدعی، دعاوی او ساقط می‌شود. (شهید ثانی، الروضة البهیة ۲: ۸۴)

مورد دیگر، زمانی است که مدعی برای درخواست خود یک شاهد دارد که می‌تواند ادعایش را با سوگند تکمیل کند، مانند درخواست مالی مثل دین، بیع، اجاره یا جنایت موجب دیه یا دعوا درباره غایب از مجلس قضا. (همان: ۹۷) طبق ماده ۲۰۹ قانون مجازات اسلامی هر گاه در دعاوی مالی مانند دیه جنایت و دعوایی که مقصود از آن، مال است (مانند جنایت خطایی و شبه عمدی موجب دیه)، امکان اقامه بی‌بینه شرعی برای مدعی خصوصی نباشد، وی می‌تواند با معرفی یک شاهد مرد یا دو شاهد زن به ضمیمه یک سوگند، ادعای خود را فقط از جنبه مالی اثبات کند.

یکی دیگر از موارد سوگند هم جایی است که هر دو مدعی باشند. در این صورت، هریک باید بر

نفی استحقاق دیگری سوگند یاد کند. (شهید ثانی، الروضة البهیة ۲: ۱۰۱)

۳. نقد و بررسی دیدگاه‌ها و ادله فقها

به طور کلی، نظر فقها شیعه در دو دیدگاه خلاصه می‌شود که بر اساس دومین دیدگاه، سوگند باید

به الله باشد مطلقاً؛ چه مسلمان باشد و چه غیر آن.

دیدگاه نخست: ضرورت نداشتن سوگند اهل کتاب به الله

مرحوم آیت الله خویی و میرزا جواد تبریزی از قائلین این دیدگاه هستند (مبانی تکملة - موسوعه ۴۱:

۳۰ و اساس القضاء ۱۹۴). دو دسته روایت درباره موضوع پیش گفته وجود دارد. دسته نخست، روایاتی

هستند که بر جایز نبودن سوگند اهل کتاب به غیر الله دلالت دارد. دسته دوم از روایات بر جواز سوگند

اهل کتاب به غیر الله و معتقداتشان دلالت دارد. این که گفته اند روایات جواز مربوط به واقعه‌ای خاص

بوده یا به امام اختصاص داشته است یا او را به فرستنده تورات سوگند داده باشد یا از باب تغلیظ باشد،

احتمال‌هایی است که اعتباری ندارند. چون در روایت محمد بن مسلم و محمد بن قیس به جواز

سوگند به غیر الله حکم شده است (طوسی، تهذیب الاحکام ۸: ۲۷۹). جماعتی از جمله محقق حلی

گفته اند حاکم اگر بداند سوگند ذمی به مقتضای دینش، او را باز می‌دارد، سوگند دادن او جایز است،

حتی اگر شکایت میان مسلم و ذمی باشد. (میرزا جواد تبریزی، اساس القضاء و الشهادة ۱۹۵)

سه دلیل برای اثبات این نظریه بیان شده است:

الف) نسبت اطلاق و تقييد

مقام از باب اطلاق و تقييد است. اطلاق روایات جواز نداشتن (کلینی، الکافی ۷: ۴۳۸) شامل

سوگند اهل کتاب به مقدسات دینشان و غیر آن می‌شود. روایات جواز (صدوق، من لا یحضره

الفقیه ۳: ۳۷۵) نیز قرینه‌ای بر چشم‌پوشی کردن از اطلاق روایات نفی جواز است. (خویی، موسوعه

۴۱: ۳۲) بنابر این، میان دو دسته از روایات تعارض وجود ندارد؛ چون دسته دوم اخص از دسته

نخست است. دسته نخست از سوگند به غیر الله منع می‌کنند؛ چه به معتقداتشان از کتاب و دینشان

۱. یعنی لزوم سوگند به الله.

و چه به غیر آن. دسته دوم، سوگند به معتقداتشان را جایز دانسته است. بنا بر این، از اطلاق دسته نخست دست برمی‌داریم. (تبریزی، اسس القضاء والشهادة ۱۹۵)

ب) حمل روایات نفی جواز بر کراهت

بر فرض چشم‌پوشی از دلیل نخست، تعارض میان این دو دسته از روایات، از قبیل تعارض میان نص و ظاهر است. با دست کشیدن از ظهور روایات دال بر نفی جواز به واسطه نص روایات جواز، روایات نفی جواز بر کراهت حمل می‌شود. پس سوگند اهل کتاب به مقدسات دینشان کراهت دارد. (خویی، مبانی تکملة - موسوعه ۳۲: ۴۱) به تعبیری، مراد از روایات منع آن است که سوگند به الله اولویت دارد. (تبریزی، اسس القضاء والشهادة ۱۹۵)

ج) تعارض مستقر

اگر تعارض مستقر میان روایات باب را بپذیریم، هر دو دسته از روایات باب ساقط خواهند شد و با مراجعه به روایات عام، جواز سوگند آنان به مقدساتشان استفاده خواهد شد. (خویی، مبانی تکملة - موسوعه ۳۲: ۴۱) بر این اساس، بر فرض تعارض، چون مرجحی وجود ندارد، بعد از تساقط هر دو، به اطلاق روایت هشام بن حکم (کلینی، کافی ۴۱۴: ۷) رجوع می‌شود که نتیجه آن، جواز سوگند اهل کتاب به معتقداتشان است؛ چون در روایت هشام می‌فرماید به انواع سوگند میان شما قضاوت می‌کنم. (تبریزی، اسس القضاء والشهادة ۱۹۵)

البته مرحوم آیت الله تبریزی درباره دلیل سوم بیان می‌کند که در روایت هشام بن حکم که رسول الله ﷺ در آن می‌فرماید: «با بیانات و آیمان میان شما قضاوت می‌کنم»، (کلینی، کافی ۴۱۴: ۷) مراد از آیمان، تعدد از جهت تعداد کسانی است که سوگند ادا می‌کنند و نه از جهت انواع سوگند، چنان‌که در بیانات نیز چنین است. ایشان در ادامه می‌گویند: «ممکن است کسی بگوید بعد از تساقط متعارضین، مرجع عمومات، صحیحه سلیمان بن خالد (همان ۴۱۵) است که در آن، ملاک را سوگند به الله تعالی دانسته است.» ایشان پاسخ می‌دهد: «همان‌گونه که ذکر شد، اصلاً نوبت به معارضه نمی‌رسد تا بتوان به این روایت استناد کرد.» (اسس القضاء و

الشهادة ۱۹۶)

اشکال‌های نظریه جواز

۱. این نظریه بانفی تعارض میان روایات مربوط، نسبت بین آن‌ها را از باب اطلاق و تقييد دانسته است، ولی باید دانست برخی از روایات، تحلیف اهل کتاب به غیر الله را ممنوع دانسته‌اند. سماعه از امام صادق علیه السلام روایت می‌کند: «سئلته هل یصلح لأحد أن یحلف أحداً من الیهود والنصارى والمجوس بأهنتهم قال علیه السلام لا یصلح لأحد أن یحلف أحداً إلا بالله عزّ و جَلّ». (کلینی، کافی ۷: ۴۵۱) عبارت «لا یصلح» که به معنای «سلب صلاحیت» است، بر جایز نبودن سوگند اهل کتاب به غیر الله دلالت دارد. بنا بر این، چگونه می‌توان ادعای تعارض نداشتن کرد و آن را از باب اطلاق و تقييد دانست؟

۲. در صورت تعارض بعد از فرض عدم مرجح، نوبت به تساقط می‌رسد. روایات عام مانند روایت ابان بن عثمان از امام صادق علیه السلام که می‌فرماید: «اضفهم الی اسمی»، (همان ۴۱۴) بر نفی جواز سوگند اهل کتاب به غیر الله دلالت دارد. بنا بر این، روایات عام نیز بر جایز نبودن سوگند به غیر الله دلالت دارند.

دیدگاه دوم: لزوم سوگند اهل کتاب به الله

سوگند دادن به غیر اسمای الهی جایز نیست. اهل کتاب نیز باید به اسمای الهی در دین خودشان سوگند یاد کنند. (شیخ مفید، المقنعه ۷۳۱) در این دیدگاه، میان مسلم و کافر تفاوتی نیست، اما در مقدار شمول روایات، اختلافاتی وجود دارد که بیان خواهیم کرد. قائلین دیدگاه دوم عبارتند از: شیخ مفید (همان)، شیخ طوسی (النهایه ۳۴۷)، فیض کاشانی (مفاتیح الشرائع ۳: ۲۶۴)، فاضل هندی (کشف اللثام ۱۰: ۱۰۹)، طباطبایی (ریاض المسائل ۱۵: ۱۰۲)، صاحب جواهر (جواهر الکلام ۴۰: ۲۲۵)، میرزا حبیب الله رشتی (کتاب القضاء: ۱: ۲۷۱)، میرزای قمی (رسائل المیزان القمی ۲: ۶۸۶)، سید یزدی (تکملة العروة الوثقی ۲: ۱۹۹)، مرحوم سبزواری (مهذب الاحکام ۲۷: ۱۱۳)، امام خمینی (تحریر الوسیله ۲: ۴۲۷)، آیت الله مؤمن (مبانی تحریر الوسیله - القضاء و الشهادات ۲۷۸)، مرحوم آیت الله گلپایگانی (کتاب القضاء ۱: ۳۸۰)، مرحوم آیت الله اردبیلی (فقه القضاء ۲: ۲۰۷)، آیت الله سبحانی (نظام القضاء ۱: ۴۷۱)، و آیت الله سید کاظم حائری (القضاء فی الفقه الاسلامی ۶۸۴).

مستندات نظریه دوم

روایات و اجماع، دو دلیل استنادی فقها در این زمینه است. روایات به نصوص عام و خاص تقسیم می‌شوند. مرحوم طباطبایی روایات و اجماعات را مستفیض می‌داند. (ریاض المسائل ۱۵: ۱۰۲)

روایات عام

از آن جایی که اطلاق روایات عام میان گروه‌ها هر چند کافر باشد، تفاوتی نگذاشته است (میرزا حبیب‌الله، کتاب القضاء ۱: ۲۷۱ و سید یزدی، تکملة العروة الوثقی ۲: ۱۹۹) و طرفین حتی اگر به سوگند به غیر الله راضی باشند، اثری ندارد (نجفی، جواهر الکلام ۴۰: ۲۲۷)، اطلاق روایات عام بر جایز نبودن سوگند به غیر الله دلالت دارد. (همان؛ مؤمن، مبنای تحریر الوسیله - القضاء والشهادات ۲۷۸ و حائری، القضاء فی الفقه الاسلامی ۶۸۹) بنا بر این، سوگند به الله تعالی لازم است. روایات عام شامل موارد زیر است:

۱. علی بن مهزیار می‌گوید: «قلت لأبي جعفر الثاني عليه السلام قوله عزّ وجلّ والليل إذا يغشى والنهار إذا تجلّى وقوله عزّ وجلّ والنجم إذا هوى وما أشبه هذا فقال إن الله عزّ وجلّ يقسم من خلقه بما يشاء وليس لخلقه أن يقسموا إلا به عزّ وجلّ». (طوسی، من لایحضره الفقیه ۳: ۳۷۶)
۲. محمّد بن مسلم می‌گوید: «قلت لأبي جعفر عليه السلام قول الله عزّ وجلّ: وَاللَّيْلِ إِذَا يَغْشَى وَالنَّجْمِ إِذَا هَوَىٰ، وما أشبه ذلك؟ فقال: إن الله عزّ وجلّ أن يقسم من خلقه بما شاء، وليس لخلقه أن يقسموا إلا به». (کلینی، الکافی ۷: ۴۴۹)

وجه استدلال به این روایات این‌گونه است:

مقدمه اول: ادله نفوذ یمین در باب قضا، انصراف به یمین مشروع و غیر محرم دارد.

مقدمه دوم: با توجه به این روایات، سوگند به غیر الله تعالی حرام است.

حال که سوگند به غیر الله تعالی حرام است، مطلوب در بحث قضاوت که سوگند به الله تعالی

است (هر چند کافر باشد)، ثابت می‌شود. (حائری، القضاء فی الفقه الاسلامی ۶۸۵)

نقد بر استدلال، عدم تمامیت کبری

میان روایات لزوم سوگند به الله تعالی با روایات جواز سوگند به غیر الله مانند روایت ابی جریر قمی که می‌گوید: «قلت لأبي الحسن عليه السلام: جعلت فداك قد عرفت انقطاعي إلى أبيك ثم إليك، ثم حلفت له و حقّ رسول الله صلى الله عليه وآله و حقّ فلان و فلان حتى انتهيت إليه أنه لا يخرج ما تخبرني به إلى أحد من الناس، و سئلته عن أبيه: أحيي هو أم ميت؟ قال: قد والله مات. إلى أن قال: قلت: فأنت الإمام؟ قال:

نعم» (کلینی، الکافی ۱: ۳۸۰) و روایت علی بن مهزیار: «قال: «قرأت في كتاب أبي جعفر عليه السلام إلى داود بن القاسم: أتني قد جئتكَ وحياتك»، (أشعري، النوادر ۵۲) تعارض وجود دارد. در این دو روایت، عبارت‌هایی مانند: «و حق رسول الله» و «و حیاتک» بیانگر نفی حرمت سوگند به غیر الله حتی در باب قضا است. (حائری، القضاء فی الفقه الاسلامی ۶۸۵) در این صورت، علاوه بر احتمال تعارض و تساقط هر دو دسته از روایات، احتمال دو نوع جمع بندی دیگر نیز وجود دارد؛ حمل روایات ناهیه بر کراهت و نفی نفوذ سوگند در باب قضا. دسته سوم یعنی حمل روایات ناهیه در باب قضا بر نفی صحت سوگند، جمعی است غیر عرفی. در دو صورت نخست یعنی فرض تعارض و تساقط هر دو دسته از روایات یا حمل روایات نفی جواز بر کراهت، استدلال به روایات نهی را بر نفی جواز سوگند به غیر الله باطل می‌کند. البته به سبب احتمال وجود قرینه لثبی (که مانند قرینه متصله است) براراده کراهت، امکان ابطال دلالت روایات نهی بر حرمت وجود دارد؛ چون در غیر باب قضا معمولاً سیره متشرعه که تا امروز نیز وجود دارد، آن است که برای تأکید کلام خویش به غیر الله تعالی سوگند یاد می‌کنند که همان قرینه یاد شده است. باید توجه داشت که معمولاً از ذکر این قرینه غفلت می‌شود. پس ذکر نشدن این قرینه از جانب راوی ثقه، خیانت محسوب نمی‌شود. در نتیجه، به «اصالت نبود قرینه» مانند یک اصل مستقل اعتماد نمی‌شود. بنا بر این، استدلال بر نافذ نبودن سوگند به غیر الله در باب قضا به واسطه این روایات باطل می‌شود. (همان)

روایات خاص

در منابع روایی، روایات مستفیضی وجود دارد که به صورت خاص بر عمومیت حکم جایز نبودن سوگند به غیر الله در مورد کافر دلالت دارند. (طباطبایی، ریاض المسائل ۱۵: ۱۰۲) ذیلاً برخی از این روایات بیان می‌شوند:

۱. حلبی: «سئلت أبا عبد الله عليه السلام عن أهل الملل (کیف) یستحلّفون فقال لا تحلّفوهم إلا بالله عزّ وجل». (کلینی، الکافی ۷: ۴۵۰)

۲. «عن سماعة عن أبا عبد الله عليه السلام قال: سئلته هل یصلح لأحد أن یحلف أحدا من الیهود و النصارى و المجوس بالهتّم قال لا یصلح لأحد أن یحلف أحدا إلا بالله عزّ وجل». (همان ۴۵۱)

۳. روایت سلیمان بن خالد که در روایت صحیح (طباطبایی، ریاض المسائل ۱۵: ۱۰۲) آمده است: «لا یحلف الیهودی ولا النصرانی ولا المجوسی بغیر الله تعالی، إنَّ الله تعالی یقول وَّأنَّ احکم بینهم بما أنزل الله». (اشعری، النوادر ۵۳ و کلینی، الکافی ۷: ۴۵۱) بنا براین، تعلیل در روایت براین دلالت دارد که سوگند دادن به غیر الله، عدول از حکم به آن چیزی است که خداوند نازل کرده است. (مؤمن، مبانی تحریر الوسیله - القضاء و الشهادات ۲۸۲)

۴. «عن جراح المدائنی عن أباعبدالله علیه السلام قال: لا یحلف بغیر الله و قال الیهودی و النصرانی و المجوسی لا تحلفوهم إلا بالله عزَّ و جل». (کلینی، الکافی ۷: ۴۵۱)

اجماع

فقها بدون خلاف و بلکه بالاجماع معتقدند لازم است سوگند به الله تعالی صورت گیرد. (سید یزدی، تکملة العروة الوثقی ۲: ۱۹۹) مرحوم طباطبایی معتقد است اجماعات درباره این مسئله، مستفیض است. (طباطبایی، ریاض المسائل ۱۵: ۱۰۲) مرحوم سبزواری و آیت الله سبحانی از دیگر فقهایی هستند که مسئله را اجماعی و متفق بین کلمات اصحاب می دانند. بنا براین، بالاجماع، سوگند به الله تعالی لازم است. (مهذب الاحکام ۲۷: ۱۱۳ و نظام القضاء و الشهادة ۱: ۴۷۱)

حکم تغلیظ در سوگند قضایی اهل کتاب

با وجود روایات خاص فی الجملة نظریه مشهور تمام است و لازم است سوگند فقط به الله تعالی صورت گیرد. سخن در این است که آیا علاوه بر آن، تغلیظ در سوگند نیز لازم است؟
درباره درستی و نادرستی تغلیظ اختلاف نظرهایی وجود دارد. برخی از کسانی که آن را صحیح دانسته اند، تغلیظ به مکان و زمان را جایز نمی دانند. اختلاف در این جابه مشروع بودن یا نبودن تغلیظ برمی گردد که نظر شیخ طوسی بر مشروعیت آن است و می گوید دیگران بدعت می دانند. (المبسوط فی فقه الامامیه ۸: ۲۰۳)

انواع تغلیظ

تغلیظ به مکان

تغلیظ به مکان به شریف ترین محل هر شهر است. در مکه، بین رکن و مقام؛ در مدینه، بر منبر رسول الله؛ در بیت المقدس، کنار صخره و در هر شهری، شریف ترین آن مواضع، جوامع و مشاهد است. (طوسی، المبسوط فی فقه الامامیه ۸: ۲۰۳)

تغلیظ به زمان

تغلیظ در زمان به دو دلیل مشروعیت دارد. نخست آن که خداوند می فرماید: «تجسونهما من بعد الصلاة فيقسمان بالله» که به بعد از نماز عصر تفسیر شده است. دوم به دلیل سخن رسول الله ﷺ که فرمود: «ثلاثة لا ينظر الله إليهم يوم القيمة ولا يزكيهم ولهم عذاب أليم رجل بايع إمامه فان أعطاه وفي له به، وإن لم يعطه خانه ورجل حلف بعد العصر يمينا فاجرة ليقطع بها مال امرئ مسلم». (ابن حیون، دعائم الاسلام ۲: ۹۴) البته در مصدر مانند این روایت حکایت شده است. (طوسی، المبسوط فی فقه الامامیه ۸: ۲۰۳)

تغلیظ به عدد و لفظ

در قسامه و لعان بلاخلاف تغلیظ صورت می گیرد، اما مشهور به صحت تغلیظ در لفظ قائل هستند. تغلیظ به عدد بلاخلاف شرط است بر خلاف تغلیظ به زمان که استحباب دارد. شیخ طوسی، تغلیظ به مکان را مانند تغلیظ به زمان می داند. (همان ۲۰۴)

تغلیظ نسبت به اداکنندگان سوگند

دو نظریه درباره این مسئله وجود دارد: صحت تغلیظ و منع آن. برخی از بزرگانی که تغلیظ را جایز می دانند، آن را لازم و برخی دیگر نالازم می دانند. ابتدا نظریه صحت تغلیظ و در ادامه، نقد مانعین بر تغلیظ خواهد آمد.

الف) صحت تغلیظ

الف) اهل کتاب باید به نام های خداوند متعال که در دینشان معتقدند، سوگند یاد کنند و لازم است که بر آنان تغلیظ گرفته شود. (شیخ مفید، المقنعة ۷۳۱) لزوم تغلیظ در چهار مورد ذکر می شود:

یک- یهودیان

شیخ طوسی می گوید: «مشرکان اگر از یهودیان باشند، امکان تغلیظ به لفظ و مکان وجود دارد. «والله الذی انزل التوریه علی موسی بن عمران». روایت نبی اکرم ﷺ که یهودی را بدین صورت سوگند داد، دلیل بر این مطلب است. تغلیظ در مکان نیز بدین صورت است که در معبد (کنیسه) سوگند داده می شوند، چنان که مسلمانان مسجد را دارای عظمت می دانند». (المبسوط ۸: ۲۰۵)

دو- مسیحیان

در مورد نصرانی‌ها چون احتمال می‌رود برداشت آنان از الله، چه بسا عیسی مسیح عَلَيْهِ السَّلَام باشد، اگر بگویند: «والله الذی انزل الانجیل علی العیسی»، این احتمال خلاف از بین می‌رود. مکانی که می‌توان آنان را در آن مکان سوگند داد، صومعه یا همان کلیساست. (همان)

سه- مجوسیان

شیخ طوسی، شهید اول، فخرالدین حلی و مرحوم آیت الله اردبیلی صاحبان این نظریه هستند. شیخ طوسی می‌گوید: «مجوسیان سوگند به «والله الذی خلقنی ورزقنی» می‌خورند. چون خدا را نور می‌پندارند، با بیان چنین عبارتی: «خلقنی ورزقنی»، ابهام و احتمال اراده غیر الله از آنان دور می‌شود. (المبسوط ۲۰۵: ۸) البته باید دانست در مورد مکان تغلیظ اختلاف است. برخی می‌گویند اعتقاد آنان چون به بزرگ دانستن آتش است و نه بیت النار، تغلیظی ندارند. شیخ طوسی می‌گوید که «اگر آنان بیت النار را مورد تعظیم می‌دانند، تفاوتی با معبد یهودیان ندارد و در همان بیت النار بر آنان تغلیظ صورت می‌گیرد». (همان) امام خمینی می‌گوید: «در مجوسی نیز ضمیمه چیزی به الله لازم نیست». (تحریر الوسیله ۲: ۴۲۷)

شهید اول در الدروس (۲: ۹۶) به لزوم افزودن «مثل خالق النور و الظلمة» فتوا داده است و فخرالدین حلی نیز به آن گرایش یافته است (ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد ۴: ۳۳۵). مرحوم آیت الله اردبیلی نیز در مجوسی به سبب آن که نور را خدای دانند، اکتفا به لفظ جلاله را کافی ندانسته است و می‌گوید باید چیزی اضافه شود که احتمال آن را از بین ببرد. (فقه القضا ۲: ۲۰۷)

چهار- وثنی معطل و منکر وحدانیت خداوند

اما در وثنی معطل یا ملحدی که منکر وحدانیت الله تعالی است، تغلیظ براو گرفته نمی‌شود. پرسش آن است که چگونه سوگند به الله بخورد، در حالی که آن را یمین نمی‌شمارد. پاسخ داده می‌شود برای آن که اثم و گناه او زیاد شود و مستوجب عقوبت گردد. (طوسی، المبسوط ۸: ۲۰۵)

ب) لازم نبودن تغلیظ

امام خمینی می‌گوید: «سوگند دادن ذمی به مقتضیات دینش اگر باطل نباشد، در صورت ضمیمه شدن به الله اشکال ندارد. اگر چه برخی آن را بدون ضمیمه مکفی می‌دانند، اما اشبه، عدم صحت آن است». (تحریر الوسیله ۲: ۴۲۷)

ممنوعیت تغلیظ و اشکال‌های مانعین

برخی فقها در مشروعیت تغلیظ تشکیک کرده اند و بر سخن شیخ طوسی که می‌گوید در مجوسیان علاوه بر لفظ جلاله الله باید الفاظی مانند خالق النور و الظلمة نیز اضافه شود، ایرادهایی وارد کرده اند: اول - اجتهاد در مقابل نص است (طباطبایی، ریاض المسائل ۱۵: ۱۰۳) و مخالف با اطلاقات است. (نجفی، جواهر الکلام ۴۰: ۲۲۶؛ میرزای قمی، رسائل ۲: ۶۸۷ و سبزواری، مهذب الاحکام ۲۷: ۱۱۳) دوم - اکتفا به نام الله گاهی موجب نهیب زدن به او می‌شود و نیازی به اضافه این کلمه نیست؛ زیرا او الهی را که خالق نور و ظلمت است، قبول ندارد [یعنی اعتقاد به دو مبدأ خیر و شر] تا از آن بترسد. پس سوگند به نام الله کفایت می‌کند. (میرزای قمی، رسائل ۲: ۶۸۶) سوم - او می‌تواند به راحتی، سخن شما را به تأویل ببرد و توریه کند. (همان) چهارم - چنین فتوایی شاذ است که برخی از اصحاب به شدوذ آن تصریح کرده‌اند. (فیض کاشانی، مفاتیح الشرائع: ۳: ۲۶۵) احوط نیز همین است. البته در تعیین این فتوا اشکال وجود دارد. (طباطبایی، ریاض المسائل ۱۵: ۱۰۳) چون میان اعتقاد نداشتن به وجود ذات مقدسه با سوگند به او رابطه وجود ندارد. (میرزا حبیب‌الله رشتی، کتاب القضا: ۱: ۲۷۳) ملاک در جزم و یقین آن است که به الله تعالی که شرعاً مأمور به است، سوگند خورده باشد نه این که به مطابقت قصد او با الفاظش علم پیدا شود. در این صورت، صرف تطابق، شرط صحت سوگند نیست. به همین سبب، گفته شده است که ملاک در نیت، نیت سوگند دهنده است نه سوگند خورنده که دلیلی است بر بی اعتباری مطابقت قصد با لفظ. از طرفی، در روایت صحیح آمده است که حق خدای متعال آن است که مخلوقاتش را به آن چه می‌خواهد، سوگند دهد، اما سزاوار نیست مخلوقاتش به غیر او سوگند بخورند. (اشعری، النوادر ۵۱؛ صدوق، من لایحضره الفقیه ۳: ۳۷۶ و طباطبایی، ریاض المسائل ۱۵: ۱۰۳) بنا بر این، سوگند به غیر الله مانند سوگند به کتاب‌های الهی، پیامبران الهی یا اماکن مشرفه جایز نیست.

البته برخی از بزرگان سخن وسیع‌تری دارند و گفته‌اند اگر یقین داریم که غیر الله را اراده کرده است، به سبب اطلاق اخبار می‌توان به صحت سوگند حکم داد. میرزا حبیب‌الله می‌گوید: «این

نحوه سخن گفتن جمودی بیش نیست؛ زیرا وقتی می‌دانیم که او غیر الله را اراده کرده است، نتیجه می‌گیریم که سوگندی محقق نشده است و صرف لفظ اعتباری ندارد». (کتاب القضا: ۱: ۲۷۱)

سید یزدی می‌گوید: «اقوا آن است که ضمیمه کردن چیزی به مجوسی وجوب ندارد، بلکه ظاهر آن است که حلف به غیر الله جایز نیست.» ایشان دفع اشکال مقدر می‌کند و می‌گوید ممکن است کسی اشکال کند که روایات وارد شده، خلاف سخن شما را بیان می‌دارد. برای مثال، حضرت امیرالمؤمنین علی علیه السلام، یهودی را به تورات قسم داد (کلینی، الکافی ۷: ۴۵۱) و امثال آن. (طوسی، تهذیب الاحکام ۸: ۲۷۹) پس برخی می‌گویند: «اگر حاکم بداند سوگند دادن ذمی به مقدساتش موجب بازدارندگی او می‌شود یا حق را اثبات کند، جایز است. پذیرفتن چنین حکمی مشکل است؛ زیرا علاوه بر این که قضیه‌ای است مربوط به واقعه‌ای خاص، به عللی از جمله ضعف سند، توان مقاومت در برابر روایات ناهیه را ندارد.» البته سید یزدی در ادامه می‌گوید: «شاید مراد آن باشد که به اسم الله تعالی اضافه شود، اما به هر حال، در اسقاط حق کافی نیست». (تکملة العروة الوثقی ۲: ۱۹۹)

دفع شبهه‌های مطرح شده

الف) نبود اراده خداوند در سوگند

در روایت سلیمان بن خالد که گذشت، مناط سوگند را چیزی قرار داده بود که خداوند متعال نازل کرده است. از طرفی، روایات عام، سوگند به الله را لازم می‌دانند و برخی دیگر از روایات درباره اهل کتاب بر لزوم سوگند آنان به الله تعالی دلالت داشتند. پرسش آن است که چگونه آنان را به الله تعالی سوگند دهیم، حال آن که به او اعتقاد ندارند و ادای چنین سوگندی موجب تضییع حق دیگران خواهد شد؟ آیا می‌توان پذیرفت غیر مسلمانی که به الله اعتقاد ندارد، با ادای چنین الفاظی که به طور مهمل بیان می‌کند، خود را در دادگاه، بری‌الذمه و حق دیگری را تضییع کند؟ بنا بر این، چنین استبعادی در اذهان موجب طرح این پرسش و مسئله شد. به طور کلی، این پرسش به این مسئله برمی‌گردد که آیا اعتبار به خود سوگند، سوگند دهنده یا سوگند خورنده است؟

اکنون سه وجه این موضوع بیان می‌شود:

وجه نخست: اعتبار و شرف به خود سوگند است که در این صورت، خود الفاظ دارای اعتبارند.

برای مثال، زمانی که از شخصی درباره پدر او پرسشی می‌کنید که آیا او در خانه هست یا خیر؟ اگر او پاسخ دهد که این‌جا (یعنی مثلاً کنار من) نیست و حال آن‌که در اتاق دیگری هست، شخص را به خاطر چنین سخنی سرزنش می‌کنند که چرا در جواب سائل دروغ گفتی و حال آن‌که در نظر پاسخ‌دهنده، دروغ نیست. بنا بر این، اعتبار به خود سوگند است، هر چند اداکننده سوگند اراده دیگری داشته باشد. در صورت پذیرش این وجه، چون ملاک را خود الفاظ می‌داند، سوگند به الله موضوعیت دارد و اراده اداکننده آن اثری نخواهد داشت. بنا بر این، محلی برای این اشکال وجود نخواهد داشت.

وجه دوم: در ادای سوگند، اعتبار به سوگنددهنده است. در حقیقت، سوگند خوردن به الله تعالی مهم است. گفته شده که نیت، نیت سوگنددهنده است که بر بی‌اعتباری مطابقت قصد با لفظ دلالت دارد. بنا بر این، در صحت سوگند، مطابقت قصد با لفظ شرط نیست. (طباطبایی، ریاض المسائل ۱۵: ۱۰۳) از رسول خدا ﷺ نقل شده است که ایشان از حيله در سوگند نهی می‌کرد. در این روایت نقل شده است که ایشان فرمود: زمانی که سوگندخورنده، مظلوم باشد، سوگند به نیت اوست، اما زمانی که سوگندخورنده، ظالم باشد، به نیت سوگنددهنده است. (ابن حیون، دعائم الاسلام ۲: ۹۶) بنا بر این، به سوگنددهنده اعتبار داده شده است.

پذیرش این وجه مانند وجه نخست قابلیت بحث از اشکال مطرح‌شده را از بین می‌برد. زمانی که ملاک در تطبیق الفاظ قصد مخاطبین [مستحلف] باشد، دیگر اراده متکلم نقشی نخواهد داشت و از اساس، اشکال نبود اراده خداوند در سوگند وارد نخواهد بود. بنا بر این، اشکال یادشده با توجه به ملاک این وجه بررسی نخواهد شد.

وجه سوم: اعتبار و دلالت الفاظ به اداکننده سوگند است. چون الفاظ دلالت ذاتی ندارند، تابع اراده شخص است. زمانی که سوگندخورنده اراده‌ای مبنی بر سوگند به الله نداشته باشد، هر چند در زبان، آن لفظ را از دهان ادا کند، چون اراده که شرط تحقق دلالت باشد، وجود ندارد، لفظ مهملی را ادا کرده است که هیچ دلالتی ندارد. بنا بر این، ملاک، اداکننده سوگند است.

با پذیرش این وجه، در صورت لزوم سوگند به الله در اهل کتاب، اشکال یادشده وارد خواهد بود. در پاسخ باید گفت که بی‌تردید، چنین سوگندی تعبدی خواهد بود و ایرادی نخواهد داشت. اشکال

دیگر این است که لازم می‌آید در صورت نفی اراده سوگند به طرف مقابل، ضرری وارد شود که پاسخ داده می‌شود چون ملاک در احکام، مصالح و مفاسد هستند نه منافع و مضرات، اگر در جایی، حکم الهی به شخصی به حسب ظاهر، ضرری وارد سازد، موجب خلل به آن حکم نمی‌شود. در حقیقت، اگر ثابت شود سوگند غیر مسلمان به الله تعالی لازم است، هر چند اداکننده سوگند، غیر الله را اراده کند، شاید در ظاهر، ضررهایی به افراد وارد شود، اما چون مصلحت و مفاسد این حکم را نمی‌دانیم، تعبداً باید ملتزم به حکم الهی شد؛ چون او عالم به همه چیز و حکیم است.

جمع بندی وجوه و منظر برگزیده

با توضیح‌هایی که در وجه سوم گذشت و با وجود اشکال‌های وارده بر وجه نخست و دوم که در ادامه نیز بیان می‌شود، سومین وجه همان نظریه صحیح خواهد بود.

نقد وجه نخست: در عرف، اعتبار را با توجه به قصد اداکننده کلام می‌سنجند. در مثال پیشین، زمانی که عرف متوجه شود قصد شخص، چیز دیگری بوده است، نسبت دروغ به او نمی‌دهد و او را سرزنش نمی‌کند، بلکه بعداً که متوجه مراد شخص می‌شود، به خاطر نسبت دروغ دادن به او عذرخواهی می‌کند. بنابر این، چون عرف، تصور اشتباه از اداکننده سوگند داشت، بعد از اطلاع به اشتباه خویش، آن را تصحیح کرد که نشان می‌دهد معیار و اعتبار، اراده و قصد اداکننده سوگند است.

نقد وجه دوم:

۱. حجیت این روایت ثابت نشده است.

۲. از طرفی، استناد به این روایت، زمانی که سوگندخورنده را ظالم بدانند، موجب می‌شود که اخص از مدعی شود؛ چون گاهی سوگندخورنده، غیر مسلمان، مظلوم و گاهی ظالم است یا آن که گاهی اصلاً بحث ظلمی در میان نیست، بلکه غرض از دعوا، شناخت حقیقت است.

۳. فلسفه سوگند آن است که اداکننده آن، خود را نزد محبوب‌ترین و در محضر مقتدرترین‌ها ببیند تا از گفتار خلاف واقع پرهیزد.

۴. روایت مؤیدی از صفوان وجود دارد مبنی بر این که «سئلت أبا الحسن ع عن الرجل يحلف و ضميره على غير ما حلف عليه قال اليمين على الضمير». (کلینی، کافی ۷: ۴۴۴) این سخن بر این

دلالت دارد که معیار و اعتبار به ضمایر و قصد افراد است. البته اگر میان محلوف علیه و محلوف به فرق نگذاریم.

۵. عرف، مناط در دلالت الفاظ را به اداکننده آن می‌داند. بنا بر این، دلالت تابع اراده‌ی اداکننده سوگند است.

ب) مصالحه، راه نادرست فرار از مسئله

عده‌ای ممکن است راه فراری از مسئله نشان دهند و آن در صورتی است که طرفین از باب مصالحه خواهان فصل خصومت باشند. اگر طرفین بر سوگند به غیر الله مصالحه کنند، این مصالحه از آن جا که موردش یعنی سوگند به غیر الله در مقام شکایات حرام است، تکلیفاً و وضعاً یا وضعاً فقط، با توجه به اختلافی که وجود دارد، موجب فصل خصومت نمی‌شود.

بنا بر نظر نخست (حرمت تکلیفی و وضعی)، علت حرمت تکلیفی آن است که مصالحه بر امری صورت گرفته است که انجام دادن آن حرام است. لغو بودن سوگند به غیر الله نیز علت حرمت وضعی است. در این مصالحه، اکل مال بالباطل صورت گرفته است. بنا بر نظر دوم نیز که فقط حرمت وضعی دانسته‌اند، به سبب اختلاف موجود در استفاد از ادله‌ ناهی از سوگند است. این دسته می‌گویند مجرا، مجرای برائت است و به همین سبب، در صورت سوگند، نه سوگند دهنده و نه اداکننده سوگند فاسق نخواهند بود. علت حرمت وضعی آن است که در صورت شک در حکم وضعی، اصل، نافذ نبودن آن است. قدر متیقن از نصوص نیز بیانگر ثابت نشدن حق و ساقط نشدن حق در شکایت به سبب سوگند به غیر الله است، هر چند ادای سوگند به کتاب‌های آسمانی، پیامبران الهی یا اماکن مشرفه باشد. بنا بر این، در هر صورت، سوگند به غیر الله مطلقاً، چه با رضایت و چه با مصالحه جایز نیست. (گلیپایگانی، کتاب القضاء: ۱: ۳۸۴)

البته به این نکته باید دقت داشت که کیفیت مصالحه دو صورت است. گاهی مصالحه بر تغییر کیفیت یکی از ارکان باب قضاست؛ مانند آن که روش سوگند را تغییر دهند. چون تغییر احکام الهی معنا ندارد، مصالحه صورت گرفته، باطل و بی‌اثر خواهد بود، اما گاهی مصالحه مجزا از باب قضا صورت می‌گیرد. چون این نوع مصالحه، تعهدی مجزا از باب قضاست، هیچ محذور و تغییری

در احکام الهی لازم نمی‌آید. چون مورد مصالحه، خارج از مورد باب قضاست و مصالحه از باب قضا نبوده است، اصولاً لزوم سوگند به الله، تنها در باب قضا مدخلیت دارد و در خارج از باب قضا، بی‌تردید، می‌توان به غیر الله نیز سوگند خورد.

ردّ ادله مجوزین

برخی از روایات بر جواز سوگند به غیر الله دلالت دارند. مجوزین سوگند به غیر الله به این دسته از روایات استناد کرده‌اند. در مقابل، مشهور فقها که سوگند به الله را لازم می‌دانند، با خدشه بر این دسته از روایات، مدعای خویش را به اثبات رسانده‌اند. آیت الله سبحانی نسبت بین روایات جواز با روایت سلیمان بن خالد (کلینی، الکافی ۷: ۴۵۱) را عموم و خصوص مطلق می‌داند، اما نسبت با دیگر روایات، تباین می‌داند که روایات منع ترجیح داده می‌شوند به سبب علوشان راویانش و کثرت تعداد روایات و اعراض مشهور که موجب سقوط روایت است. (سبحانی، نظام القضاء ۱: ۴۷۴) اکنون برخی از روایات مورد استناد مجوزین ورد آن‌ها بیان می‌شود:

۱. روایت محمد بن مسلم که حضرت فرمود: «فی کل دین ما یستحلفون به». (طوسی، استبصار ۴: ۴۰۰) زمانی که مثلاً اهل کتاب به دین خودشان برای فصل خصومت رجوع می‌کنند، جایز است به آن چه در آن دین سوگند یاد می‌شود، سوگند ادا کنند. مسلمانان نیز باید به حکم قضات آنان ترتیب اثر دهند؛ زیرا «فی کل دین ما یستحلف به». (مؤمن، مبانی تحریر الوسیلة - القضاء و الشهادات ۲۷۸) همان طور که در احکام عقودشان باید به آن چه در دینشان لازم است صورت گیرد، ملتزم شد. (طباطبایی، ریاض المسائل ۱۵: ۱۰۵) زمانی که به قاضی اسلامی رجوع می‌کنند، باید به الله تعالی سوگند یاد کنند. بنا بر این، در روایت محمد بن مسلم، سؤال از کیفیت قضای اسلامی نیست تا پاسخ به آن، جواز سوگند دادن غیر مسلمان به مقتضیات دینش باشد. (مؤمن، مبانی تحریر الوسیلة - القضاء و الشهادات ۲۷۸) روایت محمد بن مسلم بر اساس نسخه «ما یستحلفون» (طوسی، تهذیب الاحکام ۸ و طوسی، الاستبصار ۴: ۲۷۹) و نسخه «ما یستحلفون»، (مجلسی، بحار الانوار ۱۰: ۲۸۹) صرف خبر دادن از شریعت‌های دیگر است نه جواز حلف به غیر الله. (نجفی، جواهر الکلام ۴۰: ۲۲۹)
۲. روایت محمد بن قیس از امام باقر علیه السلام: «قضی علی علیه السلام فیمن استحلف أهل الكتاب بیمنین صبراً یستحلفه بکتابه و ملته». (اشعری، النوادر ۵۴)

در این روایت، علاوه بر این که احتمال دارد مخصوص به حاکم باشد، آن هم در زمانی که بدانند موجب جلوگیری آنان از دروغ می شود (نجفی، جواهر الکلام ۴۰: ۲۲۹) و این که بعد از ضمیمه شدن سوگند به الله صورت گرفته باشد، احتمال می رود ضمیر به موصول ارجاع داده شود (طباطبایی، ریاض المسائل ۱۵: ۱۰۵) و دو کلمه مجرور «بکتابه» و «ملته» متعلق به «استحلف» باشد که در نهایت، با دیگر اخبار گذشته موافق می شود. (نجفی، جواهر الکلام ۴۰: ۲۲۹) در اعراب کلمه «اهل الكتاب»، دو احتمال وجود دارد: نصب و رفع. ظاهر روایت آن است که اهل کتاب به ملتشان سوگند داده می شوند. این بیان مبتنی بر مفعول و منصوب بودن لفظ «اهل الكتاب» است، اما اگر اهل کتاب، فاعل و مرفوع باشد، ضمیر بارز در عبارت «یستحلفه» و ضمیر در عبارت «بکتابه و ملته» به موصول در عبارت «فیمن» باز می گردد. مراد از ضمیر، کتاب و ملت مستحلف «به کسر لام» است. این گروه، سخن محقق کاشانی (الوافی ۱۶: ۱۰۵۹) را درباره این روایت، مؤید خویش می دانند. بنابراین، روایت بدین معناست که حضرت علی علیه السلام درباره افرادی که اهل کتاب، خواهان سوگند آنان هستند، به یمین صبر حکم کردند. بدین صورت که اهل کتاب، آنان را به کتاب و ملتشان سوگند می دهند و نافذ نیز هست. (مؤمن، مبانی تحریر الوسیلة - القضاء و الشهادات ۲۸۰)

۳. موثقة سکونی از امام صادق علیه السلام: «إِنَّ أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ علیه السلام، اسْتَحْلَفَ يَهُودِيًّا بِالتَّوْرَةِ الَّتِي أُنْزِلَتْ عَلَى مُوسَى». (کلینی، الکافی ۷: ۴۵۱)

این روایت، مستند دو گروه است. نخست، مجوزین سوگند به غیر الله. دوم، کسانی که مجوزین سوگند ذمی به غیر الله هستند، در جایی که موجب جلوگیری او از کذب می شود.

الف) رد استدلال دسته نخست

روایت سکونی حتی اگر به واقعه ای خاص مربوط است، اما حکایت آن در لسان امام صادق علیه السلام به هدف سرایت دادن حکم به دیگر موارد است. البته احتمال دارد که سوگند دادن به غیر باب قضا مربوط باشد. اگر این نوع جمع ها را تبرّعی بدانیم و اصرار داشته باشیم، مقتضای جمع عرفی آن است که نهی در روایات نفی جواز باید حمل بر کراهت شود یا روایات جواز از عمومیت روایات نفی جواز تخصیص خورده باشند. البته بعید نیست بگوییم اعراض مشهور از روایت سکونی نشانه

اعتبار نداشتن آن است. افزون بر آن، تعلیل در روایت سلیمان بن خالد از امام صادق علیه السلام: «لا تحلف الیهودی و لا النصرانی و لا المجوسی بغیر الله إن الله یقول فاحکم بینهم بما انزل الله» (اشعری، النوادر ۵۳) بر این دلالت دارد که سوگند دادن به غیر الله، عدول از حکم به آن چیزی است که خداوند نازل کرده است. این گونه تعبیر کردن قابلیت حمل بر کراهت را ندارد. موضوع نهی، سوگند به غیر الله است که همان غیر ما انزل الله است و در تقابل با اخبار جواز تعارض پیدا می‌کند که عموماً موافق با مشهور است. (مؤمن، مبانی تحریر الوسیلة - القضاء والشهادات (۲۸)

ب) رد استدلال دسته دوم

صاحب جواهر در ردّ گروه دوم می‌گوید: «این روایت علاوه بر ضعف سند روایت، احتمال اختصاص به واقعه‌ای خاص، احتمال این‌که او به خدایی که تورات را نازل کرده، سوگند داده است و احتمال این‌که تغلیظ بر او به همراه قسم به الله بوده است، صلاحیت معارضه با نصوص قبلی را ندارد که از این کار منع کرده بودند، چه برسد به این‌که بخواهد مضمونی را تغییر دهد. اگر این صلاحیت را نیز داشت، مختص به حاکم نبود و مدعی اگر چنین درخواستی می‌کرد، نیازی به اجازه حاکم نبود و سوگند منکر به معتقداتش صحیح بود.» (جواهر الکلام ۴۰: ۲۲۹) البته میرزای قمی در جواب می‌گوید:

۱. این گونه عمل کردن، موافق اعتبار است.
 ۲. به سبب عمل گروهی این قول (سوگند به غیر الله برای جلوگیری از کذب ذمی) مستحکم می‌شود.
 ۳. مخالفتی با عموماً ندارد.
 ۴. شیخ طوسی، روایتی صحیح از محمد بن قیس (طوسی، تهذیب الاحکام ۸: ۲۷۹) و محمد بن مسلم (همان) نقل می‌کند که موافق ماست.
- وی در ادامه در نقد همین سخن اخیر می‌گوید: «اعتبار اقتضا می‌کند هر کس نفوذ حق را می‌خواهد، باید شخص را به چیزی قسم دهد که موجب خوف او شود، هر چند مخالف دین اسلام باشد. هر کسی می‌خواهد به کسی که قسم می‌خورد، ضرری متوجه شود، حکمت ایجاب می‌کند او را به الله قسم دهد که موجب مؤاخذة او شود؛ زیرا جرئت بر قسم پیدا کرد. روایت حمیری نیز بر

تغلیظ بر غیر مسلمانان دلالت می‌کند که حضرت علی علیه السلام فرمود: بر آنان به خاطر مسلمانان سخت و شدید بگیرید. ایشان در آخر معتقد است که طرد این فتوا مشکل است و احتیاط ایجاب می‌کند. با توجه به این که نصوص معتبره نیز داریم - توقف کنیم. (رسائل ۲: ۶۸۸)

۴. دیدگاه قانون‌گذار در قانون مجازات اسلامی

قانون‌گذار نیز مسیر شیخ طوسی و تابعان ایشان را در پیش می‌گیرد و در ماده ۲۰۳ قانون مجازات اسلامی بیان می‌دارد: «سوگند باید مطابق قرار دادگاه و با لفظ جلاله **والله، بالله، تالله** یا نام خداوند متعال به سایر زبان‌ها ادا شود و در صورت نیاز به تغلیظ و قبول اداکننده سوگند، دادگاه کیفیت ادای آن را از حیث زمان، مکان، الفاظ و مانند آن‌ها تعیین می‌کند. در هر صورت، بین مسلمان و غیر مسلمان در ادای سوگند به نام خداوند متعال تفاوتی وجود ندارد.»

بنابراین:

یک - باید به نام جلاله «الله» سوگند خورد، به هر زبانی که می‌خواهد، باشد.

دو - در صورت نیاز، امکان تغلیظ وجود دارد.

سه - میان مسلمان و غیر مسلمان تفاوتی وجود ندارد.

توضیح ماده

با دقت در ماده می‌توان گفت که وقتی قانون‌گذار می‌گوید: «یا نام خداوند متعال به سایر زبان‌ها»، مراد از نام خداوند چیست؟ برای روشن شدن مراد، در دو مقام بحث خواهد شد. مراد از خداوند چیست؟ مراد از نام در تعبیر نام خداوند چیست؟

در پاسخ باید گفت که مراد از «خداوند در سایر زبان‌ها» همان ترجمه **الله** در دیگر زبان‌هاست. درباره مراد از «نام خداوند» نیز باید گفت اضافه نام به خداوند لامیه است. در نتیجه، نامی که به خداوند اختصاص دارد، مراد خواهد بود. حال سؤال پیش می‌آید که مراد از نامی که به خداوند اختصاص دارد، چیست؟ در جواب می‌گوییم، مراد آن است که از آن نام برای غیر او استفاده نشود و اگر شخصی استفاده کرد، آن را غلط بدانند. بنابراین، اسمی که به خداوند متعال اختصاص دارد و منافاتی با مبانی اسلام نداشته باشد، مراد از نام خداوند در بیان قانون‌گذار خواهد بود.

۵. نظریه مختار از میان دیدگاه‌های مطرح شده

بعد از ذکر مقدمات و دیدگاه فقها، وارد مرحله بررسی تحقیقی پرسش مطرح شده و نظریه مختار از میان اقوال یاد شده می‌شویم. سیر بحث از این قرار است که از دو قاعده اولی و ثانوی سخن گفته خواهد شد. مراد از قاعده اولی یا اصل، اصل عقلایی است. در این اصل، سیر بحث بدون در نظر گرفتن قرآن و روایات وارد شده از معصومین یا در صورت ارجاع آنان به این امور عقلایی بررسی می‌شود. باید توجه داشت اصل سوگند در موارد مخصوص به آن ثابت است و اختلاف فقها در مفاد سوگند است. پس این که چرا عقلاً، سوگند را در قضاوت لازم می‌شمارند، اشکالی بی پایه است. قاعده ثانویه به معنای دخالت منابع اصلی یعنی وجود آیه‌ای از قرآن و روایت و نصی از معصومین است.

الف) قاعده اولی از دیدگاه عقلا

بی تردید، قاضی برای احراز حقیقت، خواهان رسیدن به واقع است. قاعده ایجاب می‌کند در چنین حالتی - که سوگند دادن با توجه به روایات موجود لازم است - اهل کتاب را به چیزی سوگند دهیم که برایشان ارزشمند باشد. اصولاً سوگند در همه حال باید به امری ارزشمند نسبت داده شود تا اثر حقیقی خویش را بگذارد. حال چه بالاتر و ارزشمندتر از این که آنان را به مقدساتشان برای رسیدن به واقع سوگند دهیم. بر این اساس، نه تنها می‌توانیم اهل کتاب را به مقدساتشان سوگند دهیم، بلکه واجب و لازم است. در این هنگام، او راهی برای فرار از واقع پیدا نمی‌کند و ما را به سرمقصد اصلی می‌کشد.

ب) قاعده ثانویه

قاعده ثانویه که در مقابل قاعده و اصل اولی است، وظیفه بررسی آیات و روایات مربوط به موضوع بحث را در اختیار دارد که آیا در آیه یا روایتی درباره این موضوع، نظریه خاصی مطرح شده است یا خیر؟ برای اختصار در تألیف، برخی از آیات و روایات مربوط به بحث را در اقسام زیر می‌آوریم.

قاعده ثانویه از دیدگاه آیات

چون آیات قرآنی مربوط به بحث قضاوت و آیات مربوط به روش سوگند خوردن به نام خداوند با بحث ارتباط دارد، این موارد ذکر می‌شود. این آیات در دو دسته قرار دارند:

دسته اول آیاتی که خداوند متعال سوگند یاد کرده است، مانند: «والتین والزیتون / و هذا البلد الامین» یا «والقمر اذا تلیها» (تین ۱ و ۲؛ شمس ۲).

دسته دوم آیاتی که در مورد قضاوت سخنی دارند، مانند: «فاحکم بینهم بما انزل الله / و ان احکم بینهم بما انزل الله» (مائده ۴۸ و ۴۹)

مفاد آیات

در مراجعه به قرآن، با توجه به این آیات و آیات دیگری مانند: «والشمس و ضحیها» (شمس ۱)، «والسما و الطارق» (طارق ۱) و «والسما ذات البروج» (بروج ۱) که پروردگار عالم به آن‌ها سوگند یاد کرده است، با تفکر و تأمل می‌توان فهمید از آن‌جا که حکیم به امور لغو و بی‌ارزش سوگند نمی‌خورد و با توجه به مناسبت خود شخص مثال ویژگی و خصوصیت منحصر به فردی ندارد، بلکه با توجه به میزان ارزش آن مثال است که موجب سوگند خوردن به آن شده است. افزون بر آن، خداوند تبارک و تعالی در آیه ۴۸ سوره مائده می‌فرماید: «فاحکم بینهم بما انزل الله». از مواردی که خداوند نازل فرموده، همین سوگندهای اخیر است که با تنقیح مناسبت بیان کردیم شامل هر نوع سوگند با ارزش می‌شود. بنا بر این، سوگند باید به امور ارزشمند نسبت داده شود. البته سوگند گاهی برای تأکید بر کلام به کار گرفته می‌شود و گاهی مانند بحث قضاوت دارای اثر شرعی است. آیاتی که درباره بحث قضاوت هستند، اگر چه فارغ از روایات، ممکن است این معنا را برسانند، اما با مراجعه به روایات دانسته می‌شود که مراد از «ما انزل الله»، معنایی دیگر است که در ادامه بحث بررسی می‌کنیم. بنا بر این، آیات را باید با روایات تفسیر کرد.

قاعده ثانویه از دیدگاه روایات

روایات دال بر روش تحلیف اهل کتاب، دودسته است:^۱

دسته نخست - روایات دال بر جایز نبودن سوگند اهل کتاب به مقدساتشان همچون روایت ابان بن عثمان (کلینی، الکافی ۷: ۴۱۴)، روایت سلیمان بن خالد (همان ۴۱۵)، روایت حلبی (همان ۴۵۰)، روایت سماعة (همان ۴۵۱) و روایت جراح مدائنی. (همان)

۱. برای اختصار، مواد برخی از روایات را ذکر می‌کنیم و به برخی دیگر ارجاع داده می‌شود.

چند روایت دیگر نیز بیان می‌شود:

۱. محمد بن قیس از امام باقر علیه السلام نقل کرده است که حضرت فرمود: «یکی از انبیای الهی به پروردگارش شکایت کرد: چگونه در اموری که از آن‌ها خبری ندارم، حکم کنم؟ حضرت فرمود که خداوند پاسخ داد: آن‌ها را به من بازگردان و به نام من حواله کن که سوگند بخورند.» (همان ۴۱۴)
۲. ابی حمزه از امام سجاد علیه السلام و ایشان از رسول خدا صلی الله علیه و آله نقل می‌کند که حضرت فرمود: «سوگند ندهید مگر به خداوند و هر کس که به الله سوگند بخورد، راست می‌گوید. برای هر کسی که سوگند به الله خورده شود، اگر راضی شد (که خوب است) و هر کسی که رضایت نداد، از خدا نیست.» (همان ۴۳۸)
۳. محمد بن مسلم می‌گوید: «از امام باقر علیه السلام در مورد آیه «واللیل إذا یغشی» (لیل ۱) و «والنجم إذا هوی» (نجم ۱) و دیگر آیات مشابه آن سؤال کردم. امام باقر علیه السلام فرمود: حق خداوند است که مخلوقاتش را به آن چه می‌خواهد، قسم دهد، اما برای مخلوقات، قسم دادن سزاوار نیست مگر آن‌که به او باشد.» (همان ۴۴۹)

۴. عبدالرحمان بن ابی عبدالله می‌گوید: «سؤالی از شیخ^۱ می‌پرسد که ایشان در ادامه می‌گویند: [...] پس مدعی باید به الله قسم بخورد که خدایی جز او نیست.» (طوسی، تهذیب الاحکام ۶: ۲۲۹)

دسته دوم - روایات دال بر جواز سوگند آنان به مقدساتشان مانند:

۱. سکونی از امام صادق علیه السلام نقل می‌کند که فرمود: «علی علیه السلام، یهودی را به توراتی که بر موسی نازل شده بود، سوگند داد.» (کلینی، الکافی ۷: ۴۵۱)
۲. محمد بن مسلم می‌گوید که از امام درباره احکام (شرعی و مسائل دینی) سؤال کردم که فرمود: «برای هر دین داری به آن چه سوگند می‌خورند، جایز است.» (صدوق، من لا یحضره الفقیه ۳: ۳۷۵)
۳. علی علیه السلام در مورد کسی که مردی از اهل کتاب را به یمین صبر سوگند داد، حکم فرمود که او را به کتاب و ملتش سوگند دهد. (همان)

جمع‌بندی

با جست‌وجو در منابع روایی با دو گروه روایت روبه‌رو خواهیم شد. دلالت نخستین گروه از روایات بر لزوم سوگند به الله تعالی است و این‌که غیر او، صلاحیت سوگند را ندارد. در این گروه، اهل کتاب

۱. مراد، امام کاظم (ع) است.

به لزوم سوگند به الله ملزم شده‌اند. گروه دوم از روایات به صراحت بر ادای سوگند اهل کتاب به غیر الله دلالت دارند. بی‌تردید، مقتضای اصول و قواعد آن است که بگوییم امکان سوگند اهل کتاب به غیر الله نیز وجود دارد. بخش مهم کلام در اشکال‌هایی است که مانعین بر مجوزین سوگند به غیر الله وارد کرده‌اند که باید پاسخ داده شود.

پاسخ اشکالات وارده به مرحوم آیت الله خوئی رحمته‌الله علیه

ادعای سید خوئی این بود که اهل کتاب می‌توانند به مقدساتشان سوگند بخورند. در قسمت نخست نظر فقها بعد از ذکر ادله مجوزین و هم‌چنین در قسمت ردّ ادله مجوزین، اشکال‌هایی بر ادله سید خوئی وارد شد. در این جا قصد داریم پس از پاسخ‌گویی به آن اشکال‌ها، سخن سید خوئی را بپذیریم. سید خوئی در مقابله با دو گروه روایات جواز سوگند اهل کتاب به مقدساتشان و نفی جواز، سه پاسخ بیان کرده که اولی از باب اطلاق و تقييد است. دیگری، آن را تعارض بدوی میان نص و ظاهر و تقدم نص می‌دانست. در آخر نیز اگر تعارض پذیرفته می‌شد، هر دو ساقط و به روایات عام ارجاع داده می‌شد که آن‌ها نیز به جواز سوگند به مقدسات حکم می‌دادند.

ایراد وارد به طریق اول که گذشت، بعید بودن مقام از باب اطلاق و تقييد است. مستشکل با استفاده از روایت سماعه، قابلیت سوگند به غیر الله را سلب می‌کرد تا لزوم سوگند به الله اثبات شود. به نظر می‌رسد این ایراد وارد نیست و با توجه به نص بعضی از روایات جواز مانند معتبره سکونی که حضرت علی علیه السلام، یهودی را به تورات موسی سوگند داد (کلینی، الکافی ۷: ۴۵۱) و تعارض نداشتن روایت سماعه (همان) که توضیح آن در پی خواهد آمد، نسبت میان روایات، اطلاق و تقييد است. روایت سماعه چنین بود: «سئلته هل یصلح لأحد أن یحلف أحد من الیهود والنصارى والمجوس بألهتهم قال لا یصلح لأحد أن یحلف أحد إلا بالله عزّ و جل». (همان) در این روایت، از «ألهتهم» پرسش شده است که آیا سوگند به آنان صحیح است یا خیر؟ «آله» به معنای معبود است که از آیات قرآن به دست می‌آید. خداوند متعال می‌فرماید:

۱. «لو کان فیهم آلهة الا الله لفسدتا» (انبیاء ۲۲)، ۲. «واتخذوا من دون الله آلهة لیكونوا لهم عزا» (مریم ۸۱)، ۳. «قل لو کان معه آلهة كما یقولون» (إسراء ۲)، ۴. «أم اتخذوا آلهة من الارض هم ینشرون» (انبیاء ۲۱).

در این آیات، «آلهة» به معنای «خداوند [معبود]» آمده است. بنا بر این، «آلهة» به معنای «معبود» خواهد بود.

بر اساس این معنا، روایت سماعه بدین معناست: بر فرض که اهل کتاب بخواهند از میان معتقداتشان (مانند خداوند، تورات، انجیل و غیره)، سوگند به خداوند را انتخاب کنند، آیا سوگند اهل کتاب به خدایانشان (چه الله تعالی و چه غیر او مانند عزیر، روح القدس، پسر یا نور و ظلمت) صحیح است؟ امام بارد این اطلاق می‌گوید زمانی صحیح است که سوگند به الله تعالی فقط مدلول آن باشد. در این صورت، مراد آن است که سوگند به خدایان دیگر صحیح نیست. این روایت با تفسیر یاد شده، دیگر نص در ادعای مخالفان نخواهد بود، بلکه بر اساس تفسیر برخی از لغویون که می‌گویند به اصنام، آلهة گفته می‌شود، (خلیل فراهیدی، العین ۴: ۹۱ و صاحب بن عباد، المحیط فی اللغة ۴: ۶۴) روایت سماعه در تقابل و تعارض با روایات جواز سوگند اهل کتاب به معتقداتشان ظهوری نخواهد داشت. بنا بر این، نهی در روایت سماعه با مسئله ارتباطی ندارد و سوگند به تورات، صحیح است بر خلاف سوگند به پسر خدا.

در جواب به ایرادی که به قسمت سوم یعنی رجوع به روایات عام هنگام تساقط هر دو گروه از روایات شد، باید گفت روایات عام روایاتی هستند که صرف وجود سوگند لازم می‌دانند. چون خدای حکیم در بحث احکام هیچ‌گاه اسباب ضرر به مسلمانان را ایجاد نمی‌کند و در بحث روش تحلیف اهل کتاب که اگر سوگند اهل کتاب به الله واجب باشد، این ضرر به بندگان به علت بی‌اعتقادی اهل کتاب به الله ایجاد می‌شود، جایز است بگوییم که این دو گروه روایت جواز داشتن یا نداشتن آن، در مقابل یکدیگر نیستند، بلکه با توجه به دلیل مطرح شده^۱ و نیز انصراف احکام مطرح شده به نوع غالب افراد جامعه است. در حقیقت، هر دو گروه از روایات، مصداق روایاتی هستند که اصل لزوم سوگند را بیان می‌کنند که در اهل کتاب، مقید به مقدساتشان و در مسلمانان، مقید به الله است. اگر فردی ایراد بگیرد که روایات مثبت اصل سوگند نیز باید به مسلمانان انصراف داشته باشد، جواب می‌دهیم علاوه بر آن که مفاد همان روایات که زمان اصل لزوم سوگند را به پیامبران قبل از حضرت عیسی مسیح علیه السلام می‌کشاند، ادله جواز سوگند اهل کتاب به غیر الله نیز در بردارنده اصل لزوم سوگند

۱. این که خدای متعال اسباب ضرر به بندگان را ایجاد نمی‌کند.

است. در واقع، شارع مقدس بعد از ذکر اصل لزوم سوگند در دعاوی به توضیح و تفصیل پرداخته است و در مسلمان به الله و در اهل کتاب به معتقداتشان گره زده است به آن شرط که امر باطلی نباشد. البته اصلاً نوبت به تعارض میان روایات نمی‌رسد تا روایات عام بر لزوم سوگند به الله دلالت داشته باشند. بنا بر این، اطلاق و ظهور روایات نفی جواز با جواز سوگند اهل کتاب به غیر الله مقید می‌شوند.

پاسخ به اشکال‌های مانعین درباره رد روایات

به سه روایت محمد بن مسلم، محمد بن قیس و سکونی اشکال‌هایی وارد شد که اکنون پاسخ داده می‌شوند:

۱. روایت محمد بن مسلم: «فی کل دین ما یستحلفون به». (طوسی، استبصار ۴: ۴۰)

قسمت ابتدایی این روایت، پرسشی است از محمد بن مسلم که ارتباط میان جواب و سؤال را روشن می‌سازد. محمد بن مسلم می‌گوید که از یکی از آن دو امام درباره احکام پرسیدم. حضرت فرمود: «فی کل دین ما یستحلفون». با توجه به مورد پرسش که حکم است و پاسخ به آن که «ما یستحلفون» باشد، بدین معناست که از امام درباره روش حکم دادن سؤال کردم و ایشان فرمود: استحلاف به آن چیزی است که در هر دینی صورت می‌گیرد. در واقع، از امام می‌پرسد: چگونه حکم دهم و امام جواب می‌دهد: اگر می‌خواهی طلب سوگند کنی، همانی است که در هر دینی آن را مطالبه می‌کنند، مثلاً در یهود به تورات موسی علیه السلام و در مسیحیت به انجیل عیسی علیه السلام. بنا بر این، روایت محمد بن مسلم بر سوگند به غیر الله دلالت دارد.

۲. روایت محمد بن قیس از امام باقر علیه السلام: «قضی علی علیه السلام فیمن استحلف اهل الکتاب بی‌مین

صبراً یستحلفه بکتابه و ملتّه». (همان)

در این روایت، احتمال‌هایی مانند اختصاص آن به حاکم البته در صورت جلوگیری از کذب اهل کتاب یا این که بعد از ضمیمه شدن سوگند به الله صورت گرفته باشد، وجود دارد که نباید به آنها اعتنا کرد.

برخی احتمال داده‌اند که اهل کتاب، فاعل و مرفوع باشد. ضمیر بارز در عبارت «یستحلفه» و ضمیر در عبارت «بکتابه و ملتّه» نیز به موصول در عبارت «فیمن» باز می‌گردد. در این صورت، معنای حدیث این گونه می‌شود: «حضرت امیرالمؤمنین علی علیه السلام درباره افرادی که اهل کتاب، خواهان سوگند آنان است، به یمین صبر حکم کرد یعنی بدین صورت حکم کرد که اهل کتاب، آنان را به کتاب و ملتشان

سوگند دهند و نافذ باشد.» در این صورت، دلالتی بر جواز سوگند به غیر الله ندارد. چنین برداشتی از روایت صحیح نیست. چون «قضی» به معنای فصل خصومت و قطع دعوا و به معنای حکم دادن می‌آید و از آن جا که در نسخه بدل این روایت، به جای عبارت «فیمین»، (همان) عبارت «فیما» (اشعری، النوادر ۵۴) ذکر شده است (که نشانه موارد استحلاف علی ع از اهل کتاب است)، روایت محمد بن قیس در جواز سوگند اهل کتاب به غیر الله ظهور دارد. در این صورت، حضرت علی ع به یمین صبر حکم کرد، در مواردی که اهل کتاب را سوگند داد یعنی باید به آیین و دین خودشان سوگند یاد کنند. بنا بر این، روایت محمد بن قیس بر جواز سوگند به غیر الله دلالت دارد.

۳. روایت سکونی از امام صادق ع: «إِنَّ أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ ع اسْتَحْلَفَ يَهُودِيًّا بِالْتَّوْرَةِ الَّتِي أَنْزَلَتْ عَلَى مُوسَى». (کلینی، الکافی ۷: ۴۵۱)

عمده دلیل مخالفان، اعراض مشهور از این روایت و تعارض با روایت سلیمان بن خالد (اشعری، النوادر ۵۳) است. اعراض مشهور نمی‌تواند موجب ضعف روایت شود. مشهور از آن جایی که تحلیل یا فهم دیگری از روایت یا مبانی مختلفی درباره روایات دارند، ممکن است از این روایت اعراض کنند. بنا بر این، اعراض مشهور با ضعف روایت ملازمه ندارد. هم چنین میان این روایت با روایات لزوم سوگند به الله، نسبت عموم و خصوص مطلق و با روایت سلیمان بن خالد، نسبت تعارض برقرار است. مقتضای جمع آن است که اطلاق روایات لزوم سوگند به الله بر مقید حمل شود. در مورد روایت سلیمان بن خالد چون تعارض، تعارض بدوی است، لازم است که در ظهور روایت سلیمان بن خالد تصرف کنیم و به سبب روایات دال بر جواز سوگند اهل کتاب به غیر الله مانند روایت سکونی، نهی در روایت سلیمان بن خالد را بر کراهت حمل کنیم. بنا بر این، روایت سکونی بر جواز سوگند به غیر الله دلالت دارد.

نتیجه

در دعوا وقتی نوبت به سوگند اهل کتاب برسد، دو نظریه میان فقها وجود دارد. نظریه نخست، سوگند به غیر الله را در مورد اهل کتاب جایز می‌داند. نظریه دوم معتقد است که سوگند باید به الله باشد، مطلقاً چه مسلمان و چه غیر او. البته در این نظریه، برخی در صورت جلوگیری اهل کتاب از کذب، اینکه حاکم آنها را به معتقداتشان سوگند بدهد را مشروع می‌دانند. استدلال‌ها و اشکال‌هایی نیز در میان این نظریه‌ها مطرح است که در نهایت، از میان نظریه‌ها، سخن محقق خوبی رحمته الله علیه به عنوان قول صحیح پذیرفته شده است.

فهرست منابع

۱. ابن بابويه، محمد بن علی. من لا يحضره الفقيه. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ دوم، ۱۴۱۳ ه.ق.
۲. ابن حیون مغربی، نعمان بن محمد. دعائم الإسلام و ذکر الحلال و الحرام و القضايا و الأحكام. قم: مؤسسة آل البيت عليه السلام، چاپ دوم، ۱۳۸۵ ق.
۳. اشعری قمی، احمد بن محمد بن عیسی. النوادر. قم: مدرسة الإمام المهدي عليه السلام، چاپ اول، ۱۴۰۸ ه.ق.
۴. آل عصفور بحرانی، یوسف بن احمد بن ابراهیم. الحدائق الناضرة في أحكام العترة الطاهرة. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۰۵ ه.ق.
۵. تبریزی، میرزا جواد بن علی. أسس القضاء و الشهادة. قم: دفتر مؤلف، چاپ اول، بی تا.
۶. تبریزی، میرزا جواد بن علی. صراط النجاة. قم: دار الصديقة الشهيدة، چاپ اول، ۱۴۲۷ ه.ق.
۷. تبریزی، میرزا جواد بن علی. منهاج الصالحين. قم: مجمع الإمام المهدي عليه السلام، چاپ اول، ۱۴۲۶ ه.ق.
۸. حسینی حائری، سید کاظم. القضاء في الفقه الإسلامي. قم: مجمع انديشه اسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۵ ه.ق.
۹. حسینی خامنه ای، سید علی بن جواد. بحث حول الصابئة. قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت عليهم السلام، چاپ اول، ۱۴۱۷ ه.ق.
۱۰. حلی، محمد بن حسن بن یوسف. ایضاح الفوائد في شرح مشکلات القواعد. قم: مؤسسه اسماعیلیان، چاپ اول، ۱۳۸۷ ه.ق.
۱۱. رشتی، میرزا حبیب الله. کتاب القضاء. قم: دار القرآن الکریم، چاپ اول، ۱۴۰۱ ه.ق.
۱۲. سبحانی، جعفر. نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء. قم: مؤسسه امام صادق عليه السلام، چاپ اول، ۱۴۱۸ ه.ق.
۱۳. سبزواری، سید عبدالاعلی. مهذب الأحكام. قم: مؤسسه المنار، چاپ چهارم، ۱۴۱۳ ه.ق.
۱۴. شهرستانی، محمد بن عبدالکریم. الملل و النحل. قم: الشریف الرضی، چاپ سوم، ۱۳۶۴.
۱۵. شهید ثانی، زین الدین بن علی. الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية. قم: مجمع الفكر الاسلامی، ۱۴۲۴ ه.ق.
۱۶. شهید اول، محمد بن مکی. الدروس الشرعية في فقه الإمامية. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ دوم، ۱۴۱۷ ه.ق.

۱۷. شهید ثانی، زین الدین بن علی. مسالک الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام. قم: مؤسسة المعارف الإسلامية، چاپ اول، ۱۴۱۳ ه.ق.
۱۸. شیخ مفید، محمد بن محمد بن نعمان عکبری. المقنعة. قم: کنگره جهانی هزاره شیخ مفید، چاپ اول، ۱۴۱۳ ه.ق.
۱۹. صاحب بن عباد، اسماعیل بن عباد. المحيط في اللغة. بیروت: عالم الكتاب، چاپ اول، ۱۴۱۴ ه.ق.
۲۰. طباطبایی حائری، سید علی بن محمد. ریاض المسائل. قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام، چاپ اول، ۱۴۱۸ ه.ق.
۲۱. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم. تکملة العروة الوثقی. قم: کتاب فروشی داوری، چاپ اول، ۱۴۱۴ ه.ق.
۲۲. طریحی، فخرالدین. مجمع البحرين. تهران: کتاب فروشی مرتضوی، چاپ سوم، ۱۴۱۶ ه.ق.
۲۳. طوسی، محمد بن حسن. الإستبصار فيما اختلف من الأخبار. تصحیح: حسن الموسوی خراسان، تهران: دارالکتب الإسلامية، ۱۳۹۰ ه.ق.
۲۴. طوسی، محمد بن حسن. تهذیب الأحكام. تصحیح: حسن الموسوی خراسان، تهران: دارالکتب الإسلامية، ۱۴۰۷ ه.ق.
۲۵. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن. المبسوط في فقه الإمامية. تهران: المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية، چاپ سوم، ۱۳۸۷ ه.ق.
۲۶. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن. النهاية في مجرد الفقه و الفتاوى. بیروت: دارالكتاب العربي، چاپ دوم، ۱۴۰۰ ه.ق.
۲۷. علامه حلّی، حسن بن یوسف بن مطهر. قواعد الأحكام في معرفة الحلال والحرام. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۱۳ ه.ق.
۲۸. فاضل هندی اصفهانی، محمد بن حسن. كشف اللثام والإبهام عن قواعد الأحكام. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۱۶ ه.ق.
۲۹. فراهیدی، خلیل بن احمد. کتاب العین. قم: نشر هجرت، چاپ دوم، ۱۴۱۰ ه.ق.
۳۰. فیض کاشانی، محمد محسن بن شاه مرتضی. الوافی. اصفهان: کتابخانه امام امیرالمؤمنین علیهم السلام، چاپ اول، ۱۴۰۶ ه.ق.
۳۱. فیض کاشانی، محمد محسن بن شاه مرتضی. مفاتیح الشرائع. قم: انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی، چاپ اول، بی تا.

۳۲. کلینی، محمد بن یعقوب بن اسحاق. الکافی. تهران: دارالکتب الإسلامية، چاپ چهارم، ۱۴۰۷ هـ.ق.
۳۳. مجلسی، محمدباقر بن محمدتقی. بحار الأنوار الجامعة لدرر أخبار الأئمة الأطهار. بیروت: دار إحياء التراث العربي، چاپ دوم، ۱۴۰۳ هـ.ق.
۳۴. محقق ثانی، علی بن حسین. جامع المقاصد فی شرح القواعد. قم: مؤسسه آل البيت عليه السلام، چاپ دوم، ۱۴۱۴ هـ.ق.
۳۵. موسوی خمینی، سیدروح الله. تحرير الوسيلة. قم: مؤسسه مطبوعات دارالعلم، چاپ اول، بی تا.
۳۶. موسوی خویی، سید ابوالقاسم. مباني تکملة المنهاج. قم: مؤسسه إحياء آثار الإمام الخوئي، چاپ اول، ۱۴۲۲ هـ.ق.
۳۷. موسوی اردبیلی، سید عبدالکریم. فقه القضاء. قم: بی نا، چاپ دوم، ۱۴۲۳ هـ.ق.
۳۸. موسوی گلپایگانی، سید محمد رضا. کتاب القضاء. قم: دارالقرآن الکریم، چاپ اول، ۱۴۱۳ هـ.ق.
۳۹. مؤمن قمی، محمد. مباني تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، چاپ اول، ۱۴۲۲ هـ.ق.
۴۰. میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمد حسن. رسائل الميرزا القمي. خراسان: دفتر تبلیغات اسلامی، چاپ اول، ۱۴۲۷ هـ.ق.
۴۱. نجفی، محمد حسن. جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام. بیروت: دار إحياء التراث العربي، چاپ هفتم، ۱۴۰۴ هـ.ق.

علی سلطان محمدی*

ali11071@yahoo.com

بازشناسی تمایز «رشوه» و «هدیه» و تحلیل سه مصدق غامض «رشوه»

چکیده

باتوجه به وجود دیدگاه های متفاوت میان فقها درباره وجه تمایز «رشوه» با «هدیه»، برای جلوگیری از سردرگمی قانون گذار و قضات در امر خطیر قانون گذاری و قضاوت و پرهیز از ابتلا به رشوه و پی آمدهای ناخواسته آن، بررسی وجوه تمایز بین رشوه و هدیه در کنار پرداختن به برخی مصداق های غامض رشوه مانند بیع محاباتی، بذل منافع و مدح قاضی ضروری است. بررسی اقوال فقها، دو نظریه متفاوت را در تمایز مفهوم رشوه و هدیه نمایان می سازد. نظریه نخست، غرض باذل را وجه ممیزه این دو مفهوم می داند، اما نظریه دوم، تفاوت این دو را جوهری می شمارد و تفاوت در غرض باذل را تابع اختلاف ماهوی رشوه و هدیه می پندارد. این تفاوت دیدگاه در وجه تمایز رشوه و هدیه منجر به تفاوت نظر در جریان یافتن یا عدم جریان قاعده اصالة الصحة برای کشف مصداق در بذل های مشکوک می شود. از نظر حکم تکلیفی نیز حرمت اخذ رشوه اجماعی است، اما فقها نسبت به رشوه دهنده، قائل به تفصیل شده اند، چنان که در مورد حکم هدیه نسبت به آخذ هم تفصیلاتی وجود دارد. در بیع محاباتی به عنوان یکی از مصادیق غامض، در صورتی که این بیع به اغراض معتبر در رشوه صورت گیرد، تخفیف قابل توجه حاصل از آن، از مصادیق رشوه خواهد بود. در حرمت بذل منافع در صورتی که به اغراض معتبر در رشوه حاصل شود، اختلافی در میان فقها مشاهده نشد، بر خلاف مدح قاضی که برخی، مدح را در صورتی که به اغراض معتبر در رشوه صورت گیرد، مصداق رشوه و حرام دانسته اند، اما محقق خوبی، مدح قاضی را تنها در صورتی که مشمول عنوان اعانه بر ظلم شود، حرام می داند.

کلیدواژگان

رشوه، هدیه به قاضی، مصادیق رشوه، مدح قاضی، بیع محاباتی، بذل منافع.

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

به طور کلی، انسان زمانی می‌تواند احکام یک موضوع را به درستی بر آن حمل کند که آن موضوع را به صورت صحیح و روشن بشناسد و بر تمامی زوایای آن احاطه داشته باشد. هدیه و رشوه نیز از این قاعده مستثنا نیستند؛ چون قانون‌گذار زمانی می‌تواند قوانین مستحکم و خدشه‌ناپذیر وضع کند که موضوع را به طور صحیح و روشن بشناسد. از سوی دیگر، عامه مردم به ویژه قضات در صورت آگاهی از مفهوم و حکم هدیه و رشوه و تفاوت بین آن‌ها می‌توانند راه را بر سوء استفاده ببندند و خود را از پی آمدهای رشوه مصون دارند. به دلیل اهمیت و مورد ابتلا بودن بحث رشوه و هدیه در جامعه و ضرورت آگاهی مردم از تفاوت میان این دو موضوع، مقاله حاضر مفهوم رشوه و هدیه و تمایز این دو موضوع در لغت و اصطلاح را بررسی می‌کند. در تمایز رشوه و هدیه به دنبال این نکته هستیم که در تقابل این دو مقوله با یکدیگر، آیا وجه مایزی وجود دارد که به وسیله آن بتوان در موارد مشکوک، رشوه و هدیه را از یکدیگر متمایز کرد یا خیر؟ در پاسخ به این سؤال ابتدا باید به کلام اهل لغت مراجعه و بررسی کرد که اهل لغت این دو مقوله را چگونه تعریف کرده‌اند. سپس به دلیل اهمیت حکم فقهی رشوه و هدیه لازم است معنای اصطلاحی این دو در کلام فقها بررسی شود تا دریا بیم مجتهدان در این باره چه تعریفی دارند، همچنین در ضمن بیان حکمشان نسبت به شخص دافع و آخذ مشخص شود فقها وجه تمایز رشوه و هدیه را چگونه بیان کرده‌اند. در این زمینه، پژوهش‌های خوبی صورت گرفته، اما غالباً در ضمن مطالب دیگر بوده و گاهی به صورت مختصر به این موضوع پرداخته شده است. پس از بررسی روشن شد که در این آثار، تمرکز عمده مباحث بر تحلیل رشوه و بررسی ادله حرمت رشوه و گستره شمول آن است، به گونه‌ای که در ضمن بررسی شمول عنوان رشوه، به مقتضای بحث، از هدیه و تفاوت آن با رشوه به صورت مختصر سخن گفته شده است. به طور کلی، این خلأ احساس می‌شود که با توجه به اختلاف نظر فقها در وجه تمایز بین رشوه و هدیه، این مسئله نیازمند بررسی مستقل و گسترده است.

به همین دلیل، در این نوشتار بر آنیم که با تفصیل بیش‌تر به این موضوع بپردازیم و زوایای مختلف رشوه و هدیه را به صورت منسجم بررسی کنیم. در این تحقیق پس از بیان مفهوم لغوی رشوه و هدیه و بررسی فرق این دو مفهوم در لغت، به بررسی مفهوم اصطلاحی هدیه و رشوه در

میان برخی فقه‌های امامیه پرداخته شده است. تفاوت بین مفهوم هدیه و رشوه در اقوال فقها و تفاوت حکم فقهی این دو مفهوم نسبت به شخص آخذ و دافع و راهکارهای کشف مصداق در بذل‌های مشکوک، بخش اصلی این مقاله را تشکیل می‌دهد. در نهایت، به برخی از مصداق‌های رشوه می‌پردازیم که نسبت به دیگر موارد آن شیوع و پیچیدگی بیش‌تری دارد و پس از موضوع‌شناسی این مصداق، حکم فقهی آن‌ها را از نظر فقها بیان می‌کنیم.

اصطلاح‌شناسی رشوه و هدیه

رشوه در لغت

طریحی و فیومی رشوه را این‌گونه معنا کرده‌اند: «ما يعطيه الشخص الحاكم وغيره ليحكم له أو يحمله على ما يريد»؛ رشوه چیزی است که شخص، آن را به حاکم و غیر حاکم می‌دهد تا به نفع او حکم کند یا او را به آن چه می‌خواهد، وادار سازد. (مجمع البیان ۱: ۱۸۴ و مصباح المنیر ۲۲۸) طریحی در توضیح معنای لغوی «رشوه» این قید را می‌افزاید که رشوه غالباً در ابطال حق و تمشی باطل به کار می‌رود. (مجمع البحرین ۱: ۱۸۴)

ابن اثیر در تعریف رشوه می‌گوید: «الرُّشْوَةُ والرُّشْوَةُ: الوصلة إلى الحاجة بالمصانعة؛ رشوه، رسیدن به خواسته با ساخت و سازشی است که شخص انجام می‌دهد.» وی در ادامه می‌افزاید: «رشوه در اصل از «رشاء» (طناب و ریسمان) گرفته شده است که انسان با آن به آب دست می‌یابد. پس «راشی» کسی است که چیزی را به دیگری می‌دهد تا دیگری، او را در رسیدن به باطل یاری کند و به گیرنده رشوه، «مرتشی» گفته می‌شود و «رائش»، واسطه‌ای است که بین راشی و مرتشی تلاش می‌کند و از یکی می‌کاهد و بر دیگری می‌افزاید. (النهاية في غريب الحديث و الأثر ۲: ۲۲۶) ایشان بر خلاف طریحی و فیومی آن‌چه را برای اخذ حق یا دفع ظلم پرداخت می‌شود، داخل در معنای رشوه نمی‌داند. ابن اثیر می‌گوید: «فأما ما يعطى توصلًا إلى أخذ حق أو دفع ظلم فغير داخل فيه». (همان) بنابراین، با توجه به کلمات اهل لغت می‌توان معنای رشوه را این‌گونه جمع‌بندی کرد که رشوه چیزی است که شخص دافع برای جلب نفع و برطرف کردن نیاز یا گرفتاری خود آن را به شخص دیگری می‌دهد که قادر به رفع نیاز یا گرفتاری اوست تا آن شخص نیاز یا گرفتاری او را برطرف کند.

هدیه در لغت

خلیل بن احمد در العین در معنای لغوی «هدیه» می نویسد: «الْهَدِيَّةُ: مَا أُهْدِيَتْ إِلَى ذِي مَوَدَّةٍ مِنْ بَرٍّ». (۷۷:۴) ابن سیده وابن منظور در تعریف هدیه می نویسند: «وَالْهَدِيَّةُ: مَا أُتِحَتْ بِهِ». (المحكم والمحيط الأعظم ۴: ۳۷۳ و لسان العرب ۱۵: ۳۵۷) در کتاب الفروق فی اللغة در بیان فرق بین هدیه و هبه، تعریف هدیه این گونه آمده است: «أن الهدية ما يتقرب به المهدي الى المهدي اليه». (عسکری ۱۶۲)

درباره معنای لغوی «هدیه» می توان گفت چیزی است که شخص به دلیل مودتی که به طرف مقابل دارد یا برای نزدیک شدن به او و جلب محبتش به وی می دهد. ابن منظور در لسان العرب حدیثی را ذکر کرده است که به این مطلب اشاره دارد: «وفي الحديث: تَهَادَوْا تَحَابُّوا. والجمع هَدَايا وَهَدَاوَى، وهي لغة أهل المدينة». (۳۵۷:۱۵)

جمع بندی تفاوت واژگانی رشوه و هدیه

از آن چه در بیان معنای لغوی هدیه و رشوه گذشت، درمی یابیم که رشوه در مقابل عوضی داده می شود که آن عوض هنوز حاصل نشده است و هدف از رشوه، طلب حکم به نفع راشی یا انجام دادن عملی برای اوست. در هدیه، هدیه دهنده چیزی از طرف مقابل درخواست نمی کند، بلکه هدیه را به دلیل مودتی که شخص دافع نسبت به طرف مقابل دارد یا برای تحصیل مودت به او می دهد.

رشوه در اصطلاح فقهی

بر اساس کلام فقها مفهوم رشوه در اصطلاح با معنای لغوی آن تفاوت چندانی ندارد، به گونه ای که برخی فقها در تحقیق و تبیین مفهوم رشوه، رجوع به عرف و لغت و سخنان دیگر فقها را لازم دانسته اند. (خویی، مصباح الفقاهة ۱: ۲۶۲)

شهید ثانی و صاحب ریاض با کلماتی مشابه درباره مفهوم رشوه، آن را مختص به قاضی ندانسته اند و علاوه بر قاضی، دفع مال به دیگر عاملان حکومتی را در صورتی که برای یافتن وسیله ای برای رسیدن به قضا و عمل باشد، رشوه شمرده اند. این دو فقیه برجسته می فرمایند: «إنَّ دفع المال إلى القاضي ونحوه من العمال [...] إن كان للتوسل إلى القضاء والعمل فهو رشوة». (مسالك الأفهام ۱۳: ۴۲۱ و ریاض المسائل ۱۵: ۵۴)

صاحب مفتاح الکرامه در تعریف اصطلاحی رشوه به کلمات اصحاب اشاره می‌کند و در ادامه با توجه به ریشه لغوی آن می‌فرماید: «هی عند الأصحاب ما يعطى للحکم حقاً و باطلاً، وأصل مأخذها يدل على سبب أو تسبب لشيء برفق؛ رشوه نزد فقها عبارت از مالی است که برای حکم اعم از حق و باطل پرداخت می‌شود و ریشه این لغت بر سببیت و دست‌یابی به شیئی به نرمی و ملاحظت دلالت دارد». (عاملی ۱۲: ۳۰۲)

محقق خوبی نیز از آن دسته از فقهاست که بعد از آن که از طریق خاصه و عامه، به نصی که موضوع رشوه و حقیقت آن را بیان کند، دست نیافتند، به کلمات فقها و اهل عرف و اهل لغت رجوع می‌کنند و در بیان مفهوم رشوه، آن را چیزی می‌دانند که شخصی آن را به غرض احقاق حق یا سرزدن باطل یا تملق یا تبانی برای رسیدن به حاجتش به دیگری اعطا می‌کند. (مصباح الفقاهة ۱: ۲۶۳ و ۲۶۲)

برخی فقهای معاصر در بیان مفهوم رشوه، رشوه را بذلی می‌دانند که در مقابل التزام قاضی به چیزی در صمیم حکم واقع می‌شود و فرقی نمی‌کند که این بذل به صورت ظاهری و آشکار در مقابل التزام قاضی قرار گیرد یا در نهایت، منجر به التزام قاضی به چیزی شود یا این که بذل یادشده برای التزام قاضی به صدور حکم حق باشد. (سبحانی، نظام القضاء و الشهادة ۱: ۳۱۸ و ۳۰۲)

هدیه در اصطلاح فقهی

در بررسی مفهوم اصطلاحی «هدیه»، صاحب ریاض بیانی مشابه با بیان شهید ثانی دارد. این دو فقیه بزرگوار، دفع مال به دیگری را اگر برای کسب مودت یا یافتن وسیله‌ای به دلیل نیازی چون علم و مانند علم باشد، هدیه دانسته‌اند. (مسالك الأفهام ۱۳: ۴۲۱ و طباطبایی، ریاض المسائل ۱۵: ۵۴) آیت الله سبحانی از ملحقات عروه، کلامی را نقل می‌کند که نشان می‌دهد صاحب عروه غرض از هدیه را نزدیک شدن به آخذ یا تحصیل مودت او بدون داشتن انگیزه خاص می‌داند و اگر هم انگیزه‌ای در میان باشد، این انگیزه همان دوست داشتن او به دلیل وجود صفت کمالی هم چون علم و ورع در اوست. (نظام القضاء و الشهادة ۱: ۳۱۷) ایشان بذلی را که بدون هیچ انتظار عملی صورت گیرد، هدیه دانسته است. به عبارت دیگر، بذلی را که از اموری چون عاطفه قلبی ریشه گرفته باشد، هدیه می‌داند. (همان ۱: ۳۱۶-۳۱۸)

برخی از معاصران، هدیه را مالی می‌دانند که دافع، آن را به شخص می‌دهد تا با آن محبت و موَدّت خود را نسبت به ایشان آشکار سازد و در این‌که چنین دفع مالی برای امر حق یا باطلی باشد، تفاوتی قائل نشده‌اند. (اردبیلی، فقه القضاء ۱: ۴۲۳) بنا بر این، با توجه به معنای اصطلاحی هدیه می‌توان گفت که مفهوم هدیه در اصطلاح همانند مفهوم رشوه فاصله چندانی از معنای لغوی آن ندارد.

جمع‌بندی تفاوت معنای اصطلاحی هدیه و رشوه

در بررسی تفاوت مفهوم اصطلاحی هدیه و رشوه به نظر می‌رسد که میان فقها دو نظر وجود دارد.

نظریه اول

برخی از فقها منشأ اختلاف این دو مفهوم را در قصد شخص باذل می‌دانند یعنی تحقق مفهوم هدیه یا رشوه به قصد شخص باذل وابسته است. اگر غرض شخص باذل از بذل و دفع مال، اموری چون جلب موَدّت یا وجود صفات نیکو در شخص آخذ باشد، هدیه محسوب می‌شود و اگر غرض شخص از بذل مال، طلب حکم یا انجام عملی به نفع خود باشد؛ یعنی این بذل در مقابل عوض و به غرض آن عوض واقع شود، این بذل، رشوه خواهد بود.

شهید ثانی و صاحب ریاض در این باره می‌فرمایند: «والأظهر في الفرق: أن دفع المال إلى القاضي ونحوه من العَمال إن كان الغرض منه التودّد أو التوسّل لحاجة من العلم ونحوه فهو هديّة، وإن كان التوسّل إلى القضاء والعمل فهو رشوة». (مسالك الأفهام ۱۳: ۴۲۱ و طباطبایی، ریاض المسائل ۱۵: ۵۴) سید یزدی نیز در تکمله عروة الوثقی، غرض شخص باذل را در فرق بین هدیه و رشوه دخیل دانسته است. ایشان در مسئله ۲۹ در بیان فرق بین هدیه و رشوه می‌فرماید: «أنّ الغرض من الرشوة جلب قلبه ليحكم له، و من الهدية الصحيحة القرية أو إیراث المودة لا لداع، أو الداعي عليها حبه له لوجود صفة کمال فيه من علم أو ورع أو نحوهما». (۲۵: ۲)

نظریه دوم

آیت الله سبحانی فرق بین هدیه و رشوه را فرقی جوهری می‌داند و نمی‌پذیرد که این دو با قصد از یکدیگر متمایز شوند و اختلاف در قصد را تابع اختلاف ماهوی این دو مفهوم می‌شمارد. ایشان بذل به شخص قاضی، عامل و ظالم را به دو قسم رشوه و هدیه تقسیم می‌کند و بنا بر ظاهر، فرق این

دو را فرقی جوهری می‌داند، در واقع این تفاوت جوهری موجب تمایز هدیه و رشوه می‌شود و عنصر قصد، وجه فارق هدیه و رشوه نخواهد بود. (نظام القضاء و الشهادة: ۱: ۳۱۶) ایشان پس از بیان این نکته که اختلاف در قصد، تابع اختلاف ماهوی است، می‌گوید اگر بذل در مقابل عوض واقع شود، این بذل، رشوه خواهد بود. در غیر این صورت، اگر بذل بدون عوض و از اموری هم‌چون عاطفه قلبی ناشی شده باشد، این بذل، هدیه خواهد بود. (همان)

ایشان در ادامه، با بیانی دیگر، راه صحیح کشف این تفاوت را دقت در فرق بین بیع و هبه غیر معوضه دانسته و فرق بین بیع و هبه غیر معوضه را فرقی جوهری و در عالم اعتبار شمرده است، نه این که قصد و نیت، فارق بین این دو باشد و اختلاف در قصد را فقط به دلیل اختلاف آن چه مقصود بالذات است، بیان می‌کند. پس آن التزام به شیء که در بیع وجود دارد، در هبه موجود نیست و به همین دلیل، با بیع، مبادله مال را در مقابل مال قصد می‌کند، در حالی که شخص واهب چنین قصدی ندارد و شخص واهب فقط اصل بذل را بدون عوض قصد کرده است. (همان) ایشان پس از آن که دقت در فرق بین بیع و هبه غیر معوضه را طریق صحیح برای کشف فرق بین رشوه و هدیه بیان می‌کند، در ادامه، هدیه و رشوه را مانند بیع و هبه غیر معوضه می‌داند و می‌گوید: «و مثله الرشوة و الهدية فالراشي سواء دفعه صریحاً باسم الرشوة، أو ألبس عليها لباس الهدية فإنما يبذل في مقابل التزام بما يرجع إلى المحاكمة والمرافعة بخلاف ما إذا بذله من دون انتظار عمل و بذلك يظهر أنهما عقدان متخالفان، لا يجتمعان في مورد». (همان: ۱: ۳۱۶ و ۳۱۷) در نهایت نیز با بیان جمله‌ای که بیش تر شبیه ملاک و ضابط برای شناخت هدیه است، هدیه واقعی را چیزی می‌داند که هیچ انتظار عملی در آن وجود نداشته باشد. (همان: ۱: ۳۱۷) از این بیان می‌توان ملاک رشوه را در نظر آیت الله سبحانی به دست آورد و آن عبارت است از اینکه در رشوه، شخص مرتشی، عمل را در عوض آن چیزی انجام می‌دهد که راشی به او می‌دهد.

حکم رشوه و هدیه

پس از بررسی تفاوت مفهوم اصطلاحی هدیه و رشوه، در صورت عدم پذیرش جوهری بودن تفاوت بین هدیه و رشوه، ضرورت بحث از تفاوت میان حکم فقهی رشوه و هدیه بیش تر خودنمایی می‌کند. بنا بر این، در ادامه به صورت جداگانه، تفاوت حکم رشوه و هدیه نسبت به شخص دافع و آخذ بررسی خواهد شد.

حکم رشوه و هدیه نسبت به شخص دافع

حکم هدیه نسبت به شخص دافع این است که اگر ما هدیه را در اصل امری مستحب و پسندیده بدانیم، حکم آن نسبت به شخص دافع واضح است، اما بحث مهم زمانی است که احتمال رشوه بودن این هدیه در میان باشد؛ یعنی محتمل باشد این هدیه به غرض خاصی غیر از اغراض معتبر در هدیه داده شده است. در این صورت، شخص دافع باید به غرض خود رجوع کند و اگر غرض او از این بذل، صرفاً عواطف قلبی باشد، به نظر می‌رسد مانعی برای این بذل وجود ندارد. اما اگر غرض او از این بذل در واقع، همان اغراض معتبر در رشوه باشد، بنا بر مبنای سبحانی که رشوه را بذل در مقابل عوض می‌داند، باید این بذل را حرام دانست؛ زیرا طبق این مبنا، این بذل از مصادیق رشوه خواهد بود. (همان ۱: ۳۱۶)

درباره حکم رشوه نسبت به شخص دافع تفصیل وجود دارد، چنان‌که برخی از فقها به این تفصیل تصریح کرده‌اند به این صورت که رشوه بر شخص دافع نیز حرام است مگر این‌که شخص راشی مُجَقِّ بوده و راهی جز پرداخت رشوه برای رسیدن به حقیقت وجود نداشته باشد. در این صورت، دفع رشوه حرام نخواهد بود. (شهید ثانی، مسالك الأفهام ۱۳: ۲۱ و طباطبایی، ریاض المسائل ۱۵: ۵۳ و ۵۴) محقق خوبی دلیل این جواز را حکومت ادله نفی ضرر می‌داند و می‌فرماید: «نعم لا بأس بإعطائها إذا كان الراشي محققاً في دعواه، ولا يمكن له الوصول إلى حقه إلا بالرشوة، كما استحسنه في المستند (لمعارضه إطلاقات تحريمها مع أدلة نفي الضرر، فيرجع إلى الأصل لولم يرجح الثاني) بل يتعين ترجيحه لحكومة أدلة نفي الضرر على أدلة الأحكام بعناوينها الأولية كما هو واضح». (مصباح الفقاهة ۱: ۲۷۴) برخی دیگر از فقها در جواز بذل رشوه در صورتی که تحصیل حق فقط به بذل رشوه وابسته باشد، خلافاً نیافته‌اند. (نجفی، جواهر الکلام ۲۲: ۱۵۴)

حکم رشوه و هدیه نسبت به شخص آخذ

حرمت رشوه‌ستانی در بین مسلمانان اجماعی است. شهید ثانی در مسالك الافهام می‌فرماید: «اتفق المسلمون على تحريم الرشوة على القاضي و العامل». (۱۳: ۴۱۹) و در ادامه می‌فرماید: «أن قبول الرشوة حرام مطلقاً». (همان ۴۲۱) حتی برخی فقها آن را از ضروریات دین دانسته‌اند. از فقهای معاصر، مرحوم آیت الله گلپایگانی در کتاب القضاء می‌فرماید: «أقول: لا يجوز أخذ الرشوة، و هي

حرام علی أخذها بالإجماع بل بالضرورة من الدین». (۱: ۲۳۳) آیت الله سبحانی نیز حرمت رشوه را از ضروریات فقه اسلامی، بلکه آن را مورد اتفاق شرایع آسمانی و عقلای عالم دانسته است. به همین دلیل، حکم حرمت رشوه در اسلام، حکمی امضایی شمرده می‌شود. (نظام القضاء والشهادة ۱: ۳۰۴) از کلمات برخی فقها درباره حکم هدیه این گونه به نظر می‌رسد که جایگاه شخص هدیه گیرنده در حکم اخذ هدیه دخیل است؛ یعنی اگر اخذ هدیه دارای مقام و منصب حکومتی و در موضع اعمال ولایت باشد، حکم هدیه‌ای که او از دیگران می‌گیرد، تفصیلاتی دارد که هدیه گرفتن از سوی شخصی که چنین جایگاهی ندارد، چنین نیست. درباره حکم هدیه نسبت به شخص آخذ، شیخ طوسی در کتاب المبسوط، هدیه گرفتن قاضی را از شخصی که هدیه دادن او معمول نباشد، حرام دانسته است. (۸: ۱۵۱) در قبول هدیه نیز در صورتی که دادن هدیه از سوی او معمول باشد، قائل به تفصیل شده است به این صورت که ایشان هدایایی را که به شخص حاکم داده می‌شود، به چند دسته تقسیم کرده است. در برخی از آن‌ها قائل به حرمت است و در برخی دیگر، اگر چه قائل به جواز اخذ شده، اما در موارد جواز، تنزه و قبول نکردن هدیه را مستحب دانسته است. شیخ طوسی می‌فرماید: «فأما إن كان ممن جرت عادته بذلك، كالقريب والصدیق الملاطف نظرت، فان كان في حال حکومته بینة و بین غیره أو أحس بأنه یقدمها للحکومة بین یدیه حرم علیه الأخذ كالرشوة سواء و إن لم یکن هناك شیء من هذا فالمستحب أن یتنزه عنها. هذا کله إذا کان الحاکم في موضع ولایته فأما إن حصل في غیر موضع ولایته فاهدی له هدیه فالمستحب له أن لا یقبلها». (۸: ۱۵۲) با توجه به این بیان شیخ طوسی، ایشان حکم هدیه گرفتن را در صورتی که حاکم در موضع ولایت و اعمال حکومت باشد، در دو صورت بررسی کرده است به این ترتیب که اگر بین شخص باذل و شخص دیگری نزاعی وجود داشته باشد یا احساس کند شخص باذل آن را به دلیل حکومت و قضاوت تقدیم می‌کند، دریافت آن را از سوی قاضی حرام دانسته است. اگر هیچ یک از این موارد وجود نداشته باشد، تنزه از آن را مستحب شمرده است. اگر در غیر موضع ولایت او این هدیه دادن اتفاق بیافتد، در این صورت نیز قبول نکردن را مستحب دانسته است. شهید ثانی نیز با بیان خلاصه‌ای از کلام شیخ طوسی، آن را نیکو پنداشته است. (مسالك الأفهام ۱۳: ۴۲۰)

محقق اردبیلی قبول هدیه را در اصل، مستحب می‌داند، اما به این دلیل که احتمال دارد این هدیه در واقع، رشوه باشد، کراهت قبول را محتمل دانسته است و می‌فرماید: «ومع ذلك لا شك أن الأخطو هو الاجتناب في وقت يمكن ويحتمل احتمالاً بعيداً لكونها رشوة». (مجمع الفائدة والبرهان ۱۲: ۵۱ و ۵۰)

روش کشف مصداق

زمانی که دایره موضوع له و قلمرو معنای هدیه و رشوه با مطالب بالا روشن شد، در بیش تر موردها می‌توان تعریف هدیه یا رشوه را بر این بذل موجود تطبیق داد و مشخص کرد که این بذل از مصداق رشوه بوده یا هدیه؛ چون با بررسی مفهومی و اصطلاحی و مشخص شدن دایره موضوع له به راحتی می‌توان قیود موجود در تعریف را بر این بذل موجود تطبیق داد که نتیجه آن، واضح شدن چیستی این بذل است. با این حال، ممکن است در مواردی به وضوح مشخص نباشد که این بذل موجود تحت عنوان رشوه قرار می‌گیرد یا هدیه. بنابراین، باید پرسید که آیا در این موارد، ضابطه‌ای وجود دارد تا بتوان ماهیت این بذل را مشخص و مصداقش را کشف کرد؟

به نظر می‌رسد ضابطه اصلی در این رابطه همان جایگاه شخص آخذ و دافع است به این معنا که باید دید آخذ اگر در این جایگاه قرار نداشت، آیا باز هم چنین بذلی به او صورت می‌گرفت؟ در مورد شخص دافع نیز باید به این نکته توجه شود که آیا هدیه دادنش به آخذ معمول بوده است یا خیر؟ در صورت نامعمول بودن هدیه دادن و جایگاه خاص شخص آخذ که انگیزه رشوه به شخص واجد چنین جایگاهی را افزایش می‌دهد، قرینه‌ای قطعی بر رشوه بودن این بذل شکل می‌گیرد. به عبارت دیگر، می‌توان قرائن موجود در این رابطه را به عنوان علایم شناخت ماهیت این بذل معرفی کرد. البته باید توجه داشت که این قرائن باید اطمینان‌آور باشند. به نظر می‌رسد وجود چنین قرائنی سبب شده است شیخ طوسی در کتاب المبسوط، در مواردی، قبول هدیه از سوی قاضی را حرام و در مواردی، قبول نکردن را مستحب بداند. (۸: ۱۵۱ و ۱۵۲)

گاهی ممکن است هیچ قرینه‌ای در دست نباشد تا با آن بتوان ماهیت این بذل را مشخص کرد؛ چون قصد و غرض یکی از امور باطنی و درونی انسان است و در صورت نبود قرینه این سؤال مطرح می‌شود که آیا راهی برای تشخیص ماهیت این بذل وجود دارد؟

وقتی قرینه‌ای نباشد، به نظر می‌رسد ناچار هستیم بر اساس هر دو نظریه موجود میان فقها در تمایز رشوه و هدیه، به غرض شخص باذل رجوع کنیم و ببینیم او این بذل را به چه نیتی انجام داده است و این هم جز با اقرار باذل یا شهادت شهودی که از نیت باذل آگاهند، میسر نیست. در این مواقع، ادله اثبات دعوا به اقرار و شهادت شهود منحصر می‌شود. حال ممکن است این سؤال مطرح شود که در صورت اقرار نکردن و نبود شاهد، آیا قاعده‌ای وجود دارد که بتوان در این شرایط به آن تمسک جست؟ پاسخ به این سؤال بر اساس هر یک از دو نظریه موجود میان فقها درباره تمایز رشوه و هدیه متفاوت می‌شود. بر اساس نظریه آن دسته از فقها که غرض باذل را اعطاکننده عنوان رشوه یا هدیه به این بذل می‌دانند، به نظر می‌رسد قاعده حمل فعل مسلم بر صحت حاکم باشد و بر اساس آن، این بذل مشکوک را باید هدیه تلقی کرد. سید طباطبایی معتقدند زمانی که به شخصی هدیه داده شود و آخذ شک کند که آیا دافع قصد رشوه داشته یا هدیه، جواز اخذ به دلیل حمل فعل او بر صحت ظاهر و مقدم است. (تکملة العروة الوثقی ۲: ۲۵)

قائلین به نظریه دوم که تفاوت هدیه و رشوه را جوهری می‌دانند، اصالة الصحة را زمانی که آخذ در هدیه یا رشوه بودن بذل شک کند، جاری نمی‌دانند. دلیل این مطلب را باید در موارد جریان قاعده اصالة الصحة جست؛ چون قائلین به این نظر، قدر متیقن در جریان اصالة الصحة را در مواردی می‌دانند که عنوان آن فعل احراز شده باشد و شک ما در خصوصیات آن فعل باشد و در مواردی که هدیه یا رشوه بودن این بذل مشخص نباشد، در واقع، عنوان این فعل احراز نشده است و در نتیجه تمسک به اصالة الصحة باطل خواهد بود. (سبحانی، نظام القضاء والشهادة ۱: ۳۲۰)

بررسی برخی مصداق‌های رشوه

بحث دیگر این است که رشوه همیشه با پرداخت وجه نقد به دیگری محقق نمی‌شود، بلکه اشخاص متخلف با شیوه‌های گوناگون و در پوشش‌های مختلف رشوه می‌دهند. پس به برخی مصداق‌های آن اشاره کنیم.

۱. بیع محاباتی

در تعریف بیع محاباتی گفته شده است: «هو بیع الغالی بقیمة رخصیة کبیع ما یساوی ألف، بمائة». (همان ۱: ۳۰۹) بیع محاباتی آن است که فروشنده کالای خود را به قیمتی بسیار پایین‌تر از

قیمت روز بازار به دیگری بفروشد. از جانب مشتری نیز بیع محاباتی قابل تصورات است به این صورت که خریدار، مبیع را به قیمتی بسیار بالاتر از قیمت روز بخرد. برای مثال، کالایی را که در عرف بازار به قیمت یک میلیون تومان خرید و فروش می‌شود، به قیمت صد هزار تومان به دیگری بفروشد یا کالای صد هزار تومانی را به قیمت یک میلیون تومان بخرد. به نظر می‌رسد اگر چنین معامله‌ای به اغراض معتبر در رشوه صورت گیرد، اختلافی در دخول آن تحت عنوان رشوه نباشد. محقق خوئی در مصباح الفقاهة آن تخفیف قابل توجه در بیع محاباتی را از موارد رشوه حرام دانسته است. ایشان می‌فرماید: «أقول: الكلام في المعاملة المشتتة على المحاباة بعينه هو الكلام فيما تقدم من الرشوة، فإذا باع من القاضي ما يساوي عشرة دراهم بدرهم كان الناقص من الرشا المحرم». (۱: ۲۷۳) سید یزدی در تکمله عروة الوثقی (۲: ۲۳)، مرحوم تبریزی در اسس القضاء و الشهادة (۷۲) و آیت الله سبحانی در نظام القضاء و الشهادة (۱: ۳۰۹) به این مطلب اشاره کرده‌اند.

۲. بذل منافع

بذل منافع این است که شخص به جای عین، منفعت را به دیگری بذل کند. برخی فقها بذل منافع را از مصادیق رشوه شمرده‌اند. سید یزدی در تکمله عروة الوثقی (۲: ۲۳) با اشاره به برخی مصادیق رشوه، بذل منفعت را یکی از این مصادیق پنداشته و محقق خوئی نیز بذل منافع را در حکم بذل عین دانسته است. (مصباح الفقاهة ۱: ۲۷۳) فقهای دیگری نیز به این مطلب تصریح کرده‌اند، مانند مرحوم سبزواری در مهذب الاحکام که می‌فرماید: «لا فرق في الرشوة بين كونها عيناً أو منفعةً أو انتفاعاً كما لو خاط للقاضي ثوباً لأن يحكم له أو مدحه كذلك أو سلم عليه بقصدها». (۲۷: ۳۰) مرحوم آیت الله موسوی اردبیلی نیز بذل منافع را از مصادیق رشوه می‌شمارد. ایشان در امر پنجم کتاب فقه القضاء می‌فرماید: «للرشوة أنواع يجمعها أنه ما يقصد به أن يراعي فيه القاضي جانب الراشي بالواسطة أو بدونها؛ فالرشوة قد تكون مالاً بأقسامه من عين أو منفعة سواء كان باسم الرشوة أو الهدية، وقد تكون عملاً يبذل بإزائه المال عرفاً». (۱: ۴۲۸)

۳. مدح قاضی

مدح قاضی به معنای تعریف و تمجید از اوست. در این که آیا مدح قاضی از مصادیق رشوه محسوب می‌شود یا نه، به نظر می‌رسد فقها در این باره دو نظریه دارند:

نظریه نخست

مدح قاضی اگر به اغراض معتبر در رشوه صورت گیرد، مصداق رشوه یا ملحق به آن می‌شود و حرام خواهد بود. سید طباطبایی در مسئله ۲۱ تکمله عروه الوثقی ضمن بیان برخی مصادیق و ملحقات رشوه، مدح و ثنای قاضی را نیز متذکر شده است و می‌فرماید: «الرشوة قد تكون مالا من عين أو منفعة، وقد تكون عملاً للقاضي كخياطة ثوبه أو تعمیر داره أو نحوهما وقد تكون قولاً كمدحه والثناء عليه لإمالة قلبه إلى نفسه ليحكم له، وقد تكون فعلاً من الأفعال كالسعي في حوائجه وإظهار تعظيمه وتبجيله ونحو ذلك، فكل ذلك محرم، إما لصدق الرشوة عليها أو للإلحاق بها». (۲: ۲۳)

از فقهای معاصر، مرحوم آیت الله گلپایگانی نیز احترام و ثنای قاضی را اگر به عنوان رشوه صورت گیرد، حرام می‌داند. (کتاب القضاء ۱: ۲۳۸) مرحوم آیت الله موسوی اردبیلی هم از جمله کسانی است که مدح و ثنا بر قاضی را مصداق رشوه و حرام می‌داند. (فقه القضاء ۱: ۴۲۸)

نظریه دوم

محقق خوبی در مصباح الفقاهة علاوه بر این که مدح قاضی را رشوه محسوب نمی‌کند، حرمتش را نیز نمی‌پذیرد. ایشان می‌فرماید: «وأما ما يرجع إلى الأقوال كمدح القاضي والثناء عليه فلا يعد رشوة فضلا عن كونه محرما لذلك. نعم لو كان ذلك إعانة على الظلم كان حراماً من هذه الجهة». (۱: ۲۷۳)

نتیجه

درباره وجه تمایز دو مفهوم «رشوه» و «هدیه» در اصطلاح فقها دو نظریه وجود دارد. ملاک تمایز در نظریه نخست، غرض شخص باذل است برخلاف نظریه دوم که در آن، فرق بین هدیه و رشوه فرقی جوهری معرفی شده است که در واقع، رشوه و هدیه دو ماهیت متمایز از یکدیگر دارند و قصد شخص باذل کاشف این است که او کدام یک از این دو ماهیت را اختیار کرده است.

ثمره این تفاوت سبب می‌شود تا قائلین به نظریه نخست، هنگام مشکوک بودن ماهیت بذل به اصالة الصحة به منظور جواز اخذ بذل مشکوک تمسک کنند، در حالی که قائلین به نظریه دوم اصالة الصحة را جاری نمی‌دانند. هم‌چنین از نظر حکم تکلیفی روشن شد که به طور مطلق نمی‌توان حکم حرمت را بر فعل همه افراد دخیل در شکل‌گیری رشوه حمل کرد؛ چون در برخی

موارد، پرداخت رشوه از سوی راشی جایز است. افزون بر آن، درباره حرمت رشوه‌ستانی ادعای اجماع و حتی ادعای ضروری دین شده است. به جز آن، درباره حکم هدیه نسبت به شخص آخذ و دافع، در اصل باید آن را امری پسندیده و نیکو شمرد، اما اگر در بذل آن، شبهه رشوه وجود داشته باشد، برای تشخیص حکم آن، شخص دافع باید به غرض خود رجوع کند. در مورد شخص آخذ، برخی فقها قائل به تفصیل شده‌اند و برخی دیگر نیز در موارد وجود احتمال رشوه، کراهت قبول را محتمل دانسته‌اند. در نهایت، پس از بررسی برخی مصادیق رشوه، با توجه به اقوال فقها روشن شد در صورتی که بیع مباحاتی و بذل منافع با اغراض معتبر در رشوه پرداخت شود، اختلافی در رشوه بودن آنها وجود ندارد. بلکه فقط در مدح قاضی اختلاف نظر وجود دارد و بیش تر فقهای یادشده مدح قاضی را مصداق رشوه دانسته‌اند، اما محقق خوبی این نظر را قبول ندارند.

فهرست منابع

۱. ابن اثیر، مبارک بن محمد. النهاية في غريب الحديث والأثر. چاپ ۴، قم: مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، ۱۳۶۷ هـ. ش.
۲. ابن سیده، علی بن اسماعیل. المحکم والمحیط الأعظم، چاپ ۱، بیروت: دارالکتب العلمیه، ۱۴۲۱ هـ. ق.
۳. ابن منظور، محمد بن مکرم. لسان العرب. چاپ ۳، بیروت: دار صادر، ۱۴۱۴ هـ. ق.
۴. اردبیلی، احمد بن محمد. مجمع الفائدة والبرهان في شرح إرشاد الأذهان. چاپ ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۰۳ هـ. ق.
۵. تبریزی، جواد بن علی. أسس القضاء والشهادة. چاپ ۱، قم: دفتر مؤلف، بی تا.
۶. حسینی عاملی، سید جواد بن محمد. مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة. چاپ ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۹ هـ. ق.
۷. سبحانی، جعفر. نظام القضاء والشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء. چاپ ۱، قم: مؤسسه امام صادق عليه السلام، ۱۴۱۸ هـ. ق.
۸. سبزواری، سید عبدالاعلی. مهذب الأحكام. چاپ ۴، قم: مؤسسه المنار و دفتر حضرت آیت الله، ۱۴۱۳ هـ. ق.
۹. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم. تکملة العروة الوثقى. چاپ ۱، قم: کتاب فروشی داوری، ۱۴۱۴ هـ. ق.
۱۰. طباطبایی حائری، سید علی بن محمد. ریاض المسائل. چاپ ۱، قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام، ۱۴۱۸ هـ. ق.
۱۱. طریحی، فخرالدین بن محمد. مجمع البحرين. چاپ ۳، تهران: مرتضوی، ۱۳۷۵ هـ. ش.
۱۲. طوسی، ابو جعفر محمد بن حسن. المبسوط في فقه الإمامية. چاپ ۳، تهران: المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية، ۱۳۸۷ هـ. ق.
۱۳. عاملی، زین الدین بن علی. مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام. چاپ ۱، قم: مؤسسه المعارف الإسلامية، ۱۴۱۳ هـ. ق.
۱۴. عسکری، حسن بن عبدالله. الفروق في اللغة. چاپ ۱، بیروت: دار الآفاق الجديده، ۱۴۰۰ هـ. ق.
۱۵. فراهیدی، خلیل بن احمد. کتاب العين. چاپ ۲، قم: نشر هجرت، ۱۴۰۹ هـ. ق.
۱۶. فیومی، احمد بن محمد. المصباح المنیر فی غریب الشرح الكبير للرافعی. چاپ ۲، قم: مؤسسه

- دارالهجره، ۱۴۱۴ هـ. ق.
۱۷. موسوی گلپایگانی، سید محمد رضا. کتاب القضاء. چاپ ۱، قم: دارالقرآن الکریم، ۱۴۱۳ هـ. ق.
۱۸. موسوی اردبیلی، سید عبدالکریم. فقه القضاء. چاپ ۲، قم: مؤسسه النشر لجامعه المفید، ۱۴۲۳ هـ. ق.
۱۹. موسوی خویی، سید ابوالقاسم. مصباح الفقاهة (المکاسب). چاپ ۱، نجف اشرف: مطبعه الحیدریه، ۱۳۷۴ هـ. ق.
۲۰. نجفی، محمد حسن. جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام. بیروت: دار احیاء التراث العربی، چاپ هفتم، ۱۴۰۴ هـ. ق.

اطلاع رسائی علمی

حامد پارسا*

Parsa.ha2014@gmail.com

نشست علمی «بررسی حق تجسس نیروی انتظامی در اعمال منافی عفت»

مقدمه

نشست «بررسی حق تجسس نیروی انتظامی در اعمال منافی عفت» با حضور دکتر احمد حاجی ده‌آبادی، عضو هیئت علمی پردیس فارابی دانشگاه تهران و دکتر محسن برهانی، عضو هیئت علمی دانشگاه تهران و با اجرای حجت الاسلام کاشانی در مرکز آموزش های تخصصی فقه برگزار شد. در ابتدای این نشست آقای حامد پارسا، فارغ‌التحصیل مرکز آموزش های تخصصی فقه و طلبه سطوح عالی حوزه علمیه قم گزارشی از مقاله خود درباره موضوع را ارائه داد و سپس اساتید حاضر در جلسه، این موضوع را بررسی کردند.

بیان مسأله و ابعاد موضوع

یکی از وظایف حکومت اسلامی جلوگیری و برخورد با اعمال منافی عفتی است که در جامعه انجام می‌شود. اما آیا حکومت و مأموران حق دارند برای کشف اعمال منافی عفت تحقیق و تجسس کنند؟ در صورت جواز تجسس، محدوده‌ی آن چه مقدار است؟ آیا حکومت می‌تواند برای جلوگیری از عمل منافی عفت، وارد حریم خصوصی افراد شود؟ ماده ۱۰۲ آیین دادرسی کیفری در مواردی آن را جایز می‌داند؛ ولی از آن جاکه قانون جمهوری اسلامی ایران برگرفته از فقه امامیه است، آیا از نظر فقه امامیه این کار جایز است؟ تجسس صورت‌های مختلفی دارد:

۱. تجسس در اماکن عمومی: ظاهراً این نوع از تجسس جایز است؛ اگر چه برخی از فقها نظر دیگری دارند.
۲. تجسس در حریم خصوصی افراد: فقها به آیات و روایات مختلفی استناد می‌کنند و چنین کاری را جایز نمی‌دانند.

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

۳. تجسس در اعمال منافی عفت به طور سازمان یافته: ظاهر این است که در این مورد، از باب ضرورت، تجسس جایز است و حکم یک عمل منافی عفت صرفاً ندارد.

۴. تجسس به درخواست شاکی: ظاهر این است که در تجسس از اعمال منافی عفت فرقی بین وجود شاکی خصوصی و غیرشاکی خصوصی نیست؛ زیرا عمل خلاف عفت از حقوق الله است. برخی از فقها حتی در صورت وجود شاکی خصوصی، به عدم جواز تجسس تصریح کرده‌اند. اگر چه در حدود الله، وجود شاکی نقشی ندارد؛ ولی بنا بر مصلحت و ضرورت اجتماعی و تراحم آن با فعل حرام می‌توان حکم به جواز تجسس داد.

تبیین محل نزاع

دکتر برهانی در تبیین محل نزاع بیان کردند: نظام تقنینی و همچنین رویه‌ی ما با دو ماده بسیار مهم درگیر است. یکی ماده ۱۰۲ آئین دادرسی کیفری و دیگری ماده ۲۴۱ قانون مجازات اسلامی است که قبل از ماده ۱۰۲ تصویب شد. ماده ۱۰۲ هر چند مصوبه سال ۹۲ بود، ولی با دو سال تأخیر در تابستان ۹۴ اجرایی شد. هنوز این درگیری وجود دارد و ریشه‌ی آن در اختلاف برداشت رویه از این ماده است.

تجسس به صورت عام

دکتر برهانی در ادامه افزودند: یکی از موضوعاتی که در نظام قضایی و محاکم، به شدت با آن درگیر هستیم، بحث تحقیق یا تجسس است. این امر محدود به جرائم منافی عفت نیست و در همه جرائم قابل طرح است. یکی از مواردی که در قضاوت با آن مواجه می‌شوید، احساس تکلیف ضابط بر جمع‌آوری ادله و تحقیق خودسرانه و آوردن متهم با ادله پیش فرض، نزد شماس است؛ فرقی نیز میان جرائم منافی عفت با حمل مشروبات الکلی نیست. در گام اول باید روشن شود که تکلیف مقام تحقیق چیست؟ مقام قضایی تحقیق یا ضابط اگر به هر طریقی متوجه وقوع عمل منافی عفت شود، چه باید کند؟ آیا موظف است که خودسرانه و بدون حکم قضایی، تحقیق و ادله لازم را جمع‌آوری و سپس مجرم را دستگیر کند؟ بر فرض که تحقیق و دستگیری را جزء وظایف او بدانیم؛ پس از آنکه مجرم را بازجویی می‌کند، باید چه برخوردی داشته باشد؟ آیا می‌تواند به هر دلیلی و به هر شیوه‌ای تمسک کند؟ یا باید به ادله خاصی رجوع کند؟ مثلاً آیا می‌تواند دوربین گوشی افراد حاضر در صحنه را بررسی کند و در صورتی که فیلم و یا عکسی در آن‌ها یافت، با استناد به آن‌ها علم به جرم و مختصات آن پیدا کرده و حکم را صادر کند؟

تحصیل دلیل از طریق نامشروع

دکتر برهانی بیان کردند: دوستان را ارجاع می‌دهم به ماده ۳۶ آئین دادرسی کیفری که به قانون‌گذار

می‌گوید: «گزارش ضابطان در صورتی معتبر است که برخلاف اوضاع و احوال و قرائن مسلم قضیه نباشد و بر اساس ضوابط و مقررات قانونی تهیه و تنظیم شود.» این ماده در نظام قضایی ایران شبهه‌ای را ایجاد می‌کند که اگر تحصیل ادله به صورت نامشروع بود، آیا می‌توان به آن دلیل تمسک کرد؟ وقتی دلیل به صورت نامشروع کسب و سپس به قاضی داده شد، مثلاً در ب‌خانه را شکستند و محموله مواد مخدر را پیدا کردند، آیا قاضی می‌تواند بگوید این نوع تحقیق اشتباه است و مقام تحقیق را مجازات کند، ولی نتیجه تحقیق را معتبر بداند و بر اساس چنین تحقیقی حکم بدهد؟

در یکی از کشورها یک رأی تاریخی صادر شد و هنوز به این مطلب در کشورهای اروپایی تاکید می‌شود. این پرونده را با رویه‌های خود ما مقایسه کنید: «یک آدم‌زبای حرفه‌ای یک طفل را ربود. جان طفل در معرض خطر قرار گرفت. پلیس به متهم گفت اگر اقرار نکنی که طفل کجاست؛ آمپولی را به تو تزریق می‌کنیم که واقعیت را خواهی گفت. مثلاً مرفین به بدنت تزریق می‌کنیم و بدنت بی‌حس می‌شود. اما او را مورد ضرب و شتم قرار ندادند و تهدید به ضرب و شتم هم نکردند. در حالی که جان طفل در خطر است. دادگاه حکم به برائت آدم‌زبا داد و گفت همین که گفته شده «آمپول به تو تزریق می‌کنیم» تهدید به شکنجه است و دلیل از طریق نامشروع به دست آمده است و حکم نمی‌تواند از منبع آلوده، سیراب و اشراب شود؛ یعنی نمی‌توان از طریق نامشروع دلیل را تحصیل کرد.»

همچنین دوستان را ارجاع می‌دهم به فرمان هشت ماده‌ای مرحوم امام خمینی که در اوایل دهه شصت صادر کردند. در این فرمان آمده است که اگر به محل استقرار سازمان‌های مجاهدین وارد شدید و به مجالس حرام یا مشروبات الکلی برخورد کردید نهی از منکر کنید و سپس بیرون بیاید. نمی‌توانید مشروبات الکلی را ضبط کنید؛ بلکه فقط افراد را برای محاکمه ببرید.

اشکال در اجمال مخصص

دکتر برهانی در ادامه بیان کردند: یکی از مشکلات ما وجود مخصص‌های متصل مجملی است که اجمال آن‌ها به عام سرایت می‌کند و عام را بی‌ارزش می‌کند. برای نمونه اگر بگوییم تجسس در اعمال منافی عفت ممنوع است مگر آنکه به امنیت و نظم عمومی مربوط شود یا ممنوع است مگر اینکه برخلاف مصالح نظام باشد. این مخصص اجمال دارد. اشکال من در این «مگر» است. چون مخصص ما مجمل است و عموماً باعث می‌شود عام از بین برود. سؤال این است که ملاک تشخیص نظم عمومی، امنیت، مصالح کلیه و... چیست؟

مقام تشخیص کیست؟ و با چه معیاری باید تشخیص داد؟

حکم تکلیفی یا وضعی تجسس

در ادامه دکتر حاجی ده‌آبادی طرح بحث خود را اینگونه آغاز کردند: نکته اول بحث در تعیین محل نزاع این است که مشخص شود به دنبال حکم تکلیفی تجسس در امور منافی هستیم یا حکم وضعی تجسس. یک زمان بحث می‌کنیم که تجسس حرام است یا نه؟ ولی یک زمان بحث می‌کنیم که بر فرض حرمت تجسس، ادله‌ای که در این زمینه جمع‌آوری شده است - به خصوص اگر باعث علم برای قاضی شده باشد - آیا می‌توان بر اساس آن حکم صادر کند یا نه؟ هر چند مقاله‌ی آقای پارسا و فرمایشات آقای برهانی ناظر به حکم تکلیفی است، ولی باید بحث را به سمت حکم وضعی ببریم و بگوییم این ادله برای قاضی قابلیت استناد ندارد. حرام بودن یا نبودن، بحث مهمی است؛ اما آنچه برای قاضی اهمیت دارد، این نکته است که قاضی نمی‌تواند طبق این ادله حکم صادر کند.

علم طریقی یا موضوعی

دکتر حاجی ده‌آبادی افزودند: اینکه ادله به دست آمده‌ی با تجسس، برای قاضی قابل استناد است یا خیر، به این مسئله برمی‌گردد که علم را طریقی بدانیم یا موضوعی. احتمال دارد که بگوییم علمی که در اینجا آمده، علم موضوعی است؛ نه طریقی. پس ممکن است قانون‌گذار وارد شود و بگوید چون علم در اینجا موضوعی است، پس علم ناشی از این ادله معتبر نیست؛ همچنان که علم ناشی از اقرار همراه با شکنجه اعتبار ندارد.

اشکال در ممنوعیت تحقیق

دکتر حاجی ده‌آبادی گفتند: در مورد مقام تحقیق‌کننده - یعنی نیروی انتظامی یا ضابط - نیز توجه به این نکته لازم است که مشکل در ممنوعیت تحقیق چیست؟ آیا مشکل ناشی از این است که این افراد فقط چندان با ضوابط قانونی آشنا نیستند و ممکن است خطا رخ دهد، لذا به طور کلی تحقیق آن‌ها را ممنوع دانسته‌ایم؟ ظاهراً این‌گونه نیست؛ بلکه حتی اگر یک مجتهد - که با ضوابط به طور کامل آشناست - در مقام تحقیق قرار بگیرد باز هم این ممنوعیت مطرح است. به نظر می‌رسد که تجسس مطلقاً حرام است. در بیان آقای دکتر برهانی این‌گونه بود که ظاهراً محل اشکال، مخصّص ماده است. به عبارت دیگر آیا تجسس در منافی عفت حرام است، جز در برخی موارد که ضرورت دارد؟ یا اینکه تجسس در هر موردی، حرام است؛ چه منافی عفت باشد چه امری دیگر؟ اگر تجسس حرام است، کل تجسس حرام است یا در امور منافی عفت؟ ادله‌ای که آقای پارسا در مقاله آورده‌اند

حرمت تجسس را مقید به چیزی نمی‌کند و در همه حوزه‌ها این حرمت را می‌آورد. اگر حرمت تجسس در همه موارد باشد، پس مواردی که در قضاوت‌های حضرت امیر علیه السلام به نوعی تجسس است، چه باید کرد؟

متعلق نهی در تجسس

دکتر حاجی ده‌آبادی ادامه دادند: یک وقت مخاطب «لاتجسسوا» مردم عادی جامعه بوده و یک وقت حکومت و حاکم جامعه هستند. سؤال این است که حکومت واقعاً می‌تواند منتظر کشف اتفاقی جرم باشد؟ منتظر باشد تا کسی بیاید اقرار کند یا شهود شهادت به جرم دهند. آیا ممکن است یک چیزی برای مردم عادی مستحب باشد، ولی برای حکومت واجب شود؟ سؤال این است که حکومتی که وظیفه دارد امنیت اجتماعی و امنیت قضایی برقرار کند، آیا می‌تواند منتظر کشف اتفاقی جرم بماند یا نه؟ چون در کنار «لَا تَجَسَّسُوا»، تعبیر «وَأَبْعَثِ الْعُيُونَ» را هم در روایات داریم، اگر چه بحث مربوط به کارگزاران است.

دلیل عدم تقیید شهادت به «عدم تجسس»

دکتر حاجی ده‌آبادی سپس گفتند: اشکالی که می‌توان به ماده ۳۶ آیین دادرسی کیفری وارد کرد، این است که چرا در بحث اثبات زنا یا لواط - که علاوه بر آیات قرآن، قریب به هشتاد روایت درباره‌ی آن وارد شده است - هیچ‌گاه نیامده است که شهادت معتبر است مگر اینکه با تجسس باشد؟ اگر منظور دیدن به صورت اتفاقی باشد که به ندرت پیش می‌آید چهار شاهد چنین چیزی ببینند. اگر منظور از دیدن، دیدن همراه با تجسس است که با چنین کاری شهود از عدالت خارج می‌شوند، چون تجسس حرام است و با خارج شدن از عدالت شهادت‌شان مقبول نیست. پس اگر این طور حساب کنیم، روایاتی که می‌گویند یکی از راه‌های اثبات زنا شهادت است، دیگر موردی برای‌شان باقی نمی‌ماند. بنابراین به عنوان یک سؤال مطرح است که چرا در روایات اثبات زنا به وسیله شهادت، مقید به «عدم تجسس» نشده است؟

تفاوت تجسس در اعمال منافی عفت با تجسس در باقی امور

در ادامه دکتر برهانی تفاوت تجسس در اعمال منافی عفت و تجسس در سایر امور را بیان کردند: درست است که یک «لَا تَجَسَّسُوا» و یک «وَأَبْعَثِ الْعُيُونَ» داریم، ولی آیا در بحث اعمال منافی عفت «وَأَبْعَثِ الْعُيُونَ» وجود دارد؟ چرا قانون‌گذار در ماده ۲۴۱ قانون مجازات در بحث لواط، تفخیز و مساحقه می‌گوید در صورت نبود ادله‌ی اثبات قانونی بر وقوع جرائم و انکار متهم، حق هرگونه تحقیق و بازجویی جهت کشف امور پنهان، ممنوع است و موارد اکراه و... را خارج می‌کند؛ ولی در ماده ۱۰۲ یک گام بالاتر می‌رود و انجام هرگونه تعقیب و تحقیق را ممنوع

دانسته است؟ تعقیب از وظایف دادستان است. اگر فرض کنیم شما محقق و مجتهد و پلیس قضایی حرفه‌ای هستید، ولی آیا در امور منافی عفت حق تحقیق دارید؟ جناب دادستان شما حق تعقیب ندارید؛ یعنی نمی‌توانید ارجاع دهید که تحقیق کنند و او هم حق تحقیق ندارد. پس آن بحث کلی در تجسس را که آقای حاجی‌ده‌آبادی فرمودند در همه جا نمی‌توان تطبیق داد. بله؛ در جرائم مالی، اختلاس‌ها و... من هم با آقای حاجی‌ده‌آبادی همراه هستم که نباید منتظر کشف اتفاقی جرائم باشیم؛ قانون‌گذار چنین منعی ایجاد نکرده است و دادستان باید با اطلاع از جرم دعوای عمومی را شروع کند. اما در باب منافیات عفت قانون‌گذار این منع را ایجاد کرده است. تجسس به طور کلی در همه جرائم ممنوع نیست. مگر می‌شود ممنوع باشد در حالی که همه سرقت‌ها به صورت مخفیانه است و در مرئی و منظر نیست؟ کسی که می‌خواهد اختلاس، قاچاق و... انجام دهد به صورت آشکار که انجام نمی‌دهد. پس واضح است در برخی موارد باید حاکمیت تحقیق و تجسس داشته باشد. اما محل نزاع در خصوص منافیات عفت است.

استثنائات ممنوعیت تجسس

در ادامه دکتر برهانی با تأکید بر اینکه در منافیات عفت تحقیق ممنوع است، موارد استثنائی که در قانون بیان شده است را بررسی کردند؛ اولین مورد آن موارد سازمان یافته است که البته در مصادیق با نویسنده مقاله اختلاف داریم. سازمان یافته یعنی برنامه‌ریزی برای فساد؛ یعنی یک شبکه فساد شکل بگیرد. مثلاً تأسیس یک کانال تلگرامی مشتمل بر پورنو، اگر در معرض استفاده همه باشد، قطعاً در مرئی و منظر را شامل می‌شود؛ ولی آیا سازمان یافته را هم در بر می‌گیرد؟ قید سازمان یافته تا کجاست؟ به نظر من این قید سازمان یافته در مقاله آقای پارسا نیاز به تأمل و تحقیق بیشتر دارد.

مورد دوم، موارد عنف است که محل اختلاف نیست. سومین مورد، مربوط به مواردی است که در مرئی و منظر باشد. قانون‌گذار می‌گوید در جرائم منافی عفت ورود پیدا نکنید، مگر اینکه جرم در مرئی و منظر باشد. دقت کنید منظور از مرئی و منظر این است که جرم در مرئی و منظر باشد؛ نه متهمین و مجرمین! دختر و پسر در خیابان هستند، ولی آیا این جرم در مرئی و منظر است؟ در اینجا جرم در مرئی و منظر نیست، بلکه متهم در مرئی و منظر است. نمی‌توانم سؤال کنم که نسبت شما چیست و بعد از مشخص شدن نسبت، آن‌ها را بازداشت کنم.

چهارمین مورد مربوط به شاکی خصوصی است. سؤالی که در اینجا مطرح می‌شود این است که عمل منافی عفت، حق الله است، نه حق الناس؛ پس چرا مقید به وجود شاکی خصوصی شده است؟ قانون‌گذار می‌گوید

من این را حق الله می دانم. به همین دلیل چنانچه زنا با ادله شرعی به اثبات رسید و شاکی گذشت کرد، حد ساقط نمی شود. ولی شروع دعوی عمومی مشروط به شکایت است، نه اینکه زنا را حق الناس بدانیم. حال با این وضعیت چرا شاکی خصوصی می تواند مجوز برای تحقیق شود، در حالی که حق الله است نه حق الناس؟ علاوه بر این، سؤال دیگری که در اینجا مطرح است درباره ی مصداق شاکی خصوصی است. در رویه، اختلاف شدیدی وجود دارد که شاکی خصوصی کیست؟ شوهر نسبت به همسر؛ پدر نسبت به دختر؛ زن نسبت به همسر خود؟ و... قطعاً خود بزه دیده را در بر می گیرد؛ مثلاً در خیابان کسی با توسل به زور و اجبار، زنی را بیوسد. ماده ۱۰۰۰ آیین دادرسی کیفری او را شامل می شود، زیرا چنین فردی در این حالت بزه دیده است.

سکوت روایات باب شهادت

آقای دکتر حاجی ده آبادی اشکالی را مطرح کردند که چرا ادله شهادت مقید به عدم تجسس شهود نشده است؟ روایات شهادت شهود در این زمینه ساکت است. اما روایات در خصوص شهادت مبتنی بر تجسس اطلاق دارد. اگر آقای دکتر تمسک به اطلاق روایات شهادت شهود بکنند، باید این اطلاق ثابت شود: در واقع، هم در مقام بیان بودن و هم عدم وجود قدر متیقن در مقام تخاطب و هم عدم وجود قرینه باید روشن شود. علاوه بر این، باید ثابت شود که روایات دیگر نمی توانند اطلاق را از بین ببرد. اصلاً آیا شهادت بر اساس تجسس در آن زمان مبتلی به بوده است که وقتی نص می خواهد آن را بیان کند، ناظر به آن مورد باشد؟

رابطه ی «لَا تَجَسَّسُوا» و «وَأَبْعَثِ الْعُيُونَ»

آقای دکتر حاجی ده آبادی در نقد و بررسی مطالب آقای دکتر برهانی گفتند: کلمات آقای برهانی دوپهلواست، آیا شما اصل تخصیص را قبول دارید یا می گوید چون مخصص مجمل است ما دست از تخصیص برمی داریم؟ در رابطه با «وَأَبْعَثِ الْعُيُونَ» باید به دو نکته توجه شود: اول اینکه اثبات الشی نفی ما عده نمی کند. دوم هم اینکه این حکم در خصوص کارگزاران است که گزارشی که عیون می دهند، برای صدور حکم کفایت می کند، اگر چه شهادت نباشد. در اینجا به طریق اولی می توان گفت در منافیات عفت تجسس مجاز است. شما در سرقت، کلاه برداری و... می گوئید تجسس جایز است، ولی چرا در منافی عفت تجسس مجاز است. شما در به قیاس اولویت تمسک کرد؟ مثلاً کسی متهم است به سرقت مال اندکی و حاکم بتواند تجسس کند، ولی در بحث دیگر نتواند؟ یا در بحث امور مستوجب تعزیر (کلاه برداری و...) تجسس جایز است، ولی در حد نه؟ یک زمان زن و مردی متهم به زنا هستند و می گوئیم تجسس جایز نیست؛ ولی یک زمان بحث مراسمات

پارتی شبانه است و گستردگی دارد. می‌خواهم بگویم آیا حکومت می‌تواند سرش را زیر برف کند و بگوید من هیچی نمی‌بینم؟ تا زمانی که بحث شخصی است، بله، جایز نیست؛ ولی وقتی فراتر می‌رود، مثلاً هر شب در این باغ پارتی برگزار می‌شود و در مرئی و منظر هم نیست، آیا می‌توانیم از کنار آن بگذریم؟ جلسات پارتی که برگزار می‌شود تحت هیچ‌کدام از آن چهار عنوان نمی‌آید، زیرا بحث عنف و شاک نیست و در مرئی و منظر و سازمان یافته هم (طبق نظر شما) نیست. حکومت نمی‌تواند از کنار این قضایا بگذرد و بگوید به من ربطی ندارد.

اشکال به قانون به دلیل حصر موارد جواز

دکتر حاجی ده‌آبادی در ادامه افزودند: این چهار استثنایی که در قانون آمده، طبق چه مبنای شرعی است؟ مبنا همان ضرورتی است که آقای پارسا در مقاله آورده‌اند. وقتی هم که ضرورت باشد، منحصر در این چهار مورد نمی‌شود. ممکن است موارد دیگر را هم شامل شود؛ از جمله اینکه حکومت بالاخره وظیفه دارد جلوی فساد را بگیرد و نمی‌تواند منتظر باشد تا زمانی که به صورت اتفاقی قصه بر ما روشن شود. مبنای این چهار استثناء چیست؟ نص خاصی که ما در این زمینه نداریم، مبنا همان بحث تزاممی است که آقای پارسا مطرح کردند. از یک طرف ادله «حرمت تجسس» را می‌گوید و از یک طرف بحث ضرورت اجتماعی و حفظ نظم و انتظام است. اگر این باشد که تزامم در این چهار مورد خلاصه نمی‌شود و فراتر می‌رود و شامل موارد دیگر هم می‌شود. در برخی از زمان‌ها بحث شخصی است؛ ولی در برخی از زمان‌ها بحث فراتر رفته است. فرض کنید گزارش رسیده است که ناظم مدرسه با دانش‌آموزان رابطه نامشروع داشته است؛ ولی شکایتی وجود دارد و عنف بودن هم محتمل است و باید اثبات شود. یا اصلاً احتمال عنف هم نباشد، آیا حتی با وجود ضرورت اجتماعی، نمی‌شود تجسس کرد؟

پاسخ به اشکال عناوین لغزنده

در ادامه آقای دکتر حاجی ده‌آبادی اشکال آقای برهانی مبنی بر مبهم و لغزنده بودن این عناوین را این‌گونه پاسخ دادند: این که می‌فرمایید عناوین لغزنده هستند؛ یک اشکال عمومی است؛ در سایر موارد هم چون عسر و حرج نظیر آن را داریم؛ چه باید کرد؟ نمی‌توان که عنوان را کنار گذاشت و قانون وضع نکرد! بالاخره هر قانونی وضع شود، یک سری عنوان دارند. مثلاً در بحث «گسترده»، گسترده را چطور معنا کنیم؟ ده نفر یا نه نفر؟ اگر عنوان را هم نیاوریم، نمی‌شود؛ مثلاً در ماده ۲۸۶ ناچاریم که از این عناوین استفاده کنیم. در ادامه جلسه با پرسش و پاسخ شرکت‌کنندگان از اساتید به پایان رسید.

رسائل

مجله علمی دانش پژوهان مرکز آموزش های تخصصی فقه

شماره هشت، پاییز ۱۳۹۵

صفحات ۱۴۹ تا ۱۵۶

حسین اکبری*

Mohammad19941414@gmail.com

نشست علمی «بررسی فقهی شرط تنصیف اموال و تأثیر آن در اجرت المثل زوجه»

مقدمه

نشست علمی «بررسی فقهی شرط تنصیف اموال و تأثیر آن در اجرت المثل زوجه» با حضور حجت الاسلام و المسلمین حبیبی تبار از اساتید درس خارج حوزه علمیه قم و استاد دانشگاه، و حجت الاسلام و المسلمین دکتر علوی قزوینی، از اساتید سطوح عالی حوزه های علمیه و استاد پردیس فارابی دانشگاه تهران با اجرای حجت الاسلام کاشانی در مرکز آموزش های تخصصی فقه قم برگزار شد. در ابتدای این نشست آقای محسن شیری فارغ التحصیل مرکز آموزش های تخصصی فقه و طلبه درس خارج حوزه علمیه قم گزارشی از مقاله خود درباره بررسی فقهی شرط تنصیف اموال و تأثیر آن در اجرت المثل زوجه، ارائه دادند و سپس اساتید حاضر در جلسه به بحث و بررسی درباره این موضوع پرداختند.

بیان مسئله و تبیین ابعاد آن

در ابتدا جناب آقای شیری در بیان اهم نکات موضوع فوق بیان کردند: مطابق دستور العمل شورای عالی قضایی^۱ دو شرط در اسناد ازدواج اضافه شده است:

۱. به شماره ۳۴۸۲۳/۱ در سال ۱۳۶۱ و شماره ۳۱۸۲۴/۱ در سال ۱۳۶۲.

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

الف) شرط تنصیف اموال: در صورتی که طلاق به درخواست زوجه نبوده و در ضمن عقد نکاح زوج انتقال تا نصف دارایی را شرط کند و به تشخیص دادگاه تقاضای طلاق ناشی از تخلف زن از وظایف همسری یا سوء اخلاق رفتار او نبوده است، زوج انتقال تا نصف دارایی موجود خود را که در ایام زناشویی با او به دست آورده یا معادل آن را با نظر دادگاه بلاعوض به زوجه منتقل نماید.

ب) پرداخت اجرت المثل یا نخله: پس از طلاق در صورت درخواست زوجه مبنی بر مطالبه حق الزحمه کارهایی که شرعاً به عهده وی نبوده است دادگاه بدو از طریق تصالح نسبت به تامین خواسته زوج اقدام می نماید، در صورت عدم امکان تصالح چنانچه ضمن عقد لازم یا عقد خارج لازم در خصوص امور مالی شرطی شده باشد، طبق آن عمل می شود و در غیر این صورت هرگاه طلاق بنا به درخواست زوجه نباشد و نیز تقاضای طلاق ناشی از تخلف زن از وظایف همسری یا سوء اخلاق و رفتار وی نباشد به دو صورت پرداخت اجرت المثل و بخشش و یا نخله عمل می شود.

در حال حاضر هر چند به موجب ماده ۵۸ قانون حمایت از خانواده مصوب ۱۳۹۲، ماده واحده فوق‌الشاره^۱ صریحاً نسخ شده؛ لکن با توجه به آنکه اثر قانون نسبت به آتیه است و ماده واحده موصوف نسبت به پرونده‌های پیش از نسخ حاکمیت دارد، لذا اتخاذ تصمیم در این خصوص ضروری به نظر می رسد. آنچه که نیاز به تبیین و بحث دارد اینست که آیا تعیین اجرت المثل منافاتی با تنصیف اموال دارد یا خیر؟ در جمع بین «تعیین اجرت المثل با شرط تنصیف اموال براساس ماده واحده قانون اسلامی مقررات طلاق» دو نظر وجود دارد:

نظر اول قابل جمع بودن: براساس مبانی فقهی حقوقی که نظریه اداره حقوقی مؤید آن است، تعیین اجرت المثل با اعمال شرط تنصیف اموال قابل جمع است.

نظر دوم عدم قابلیت جمع: مطابق ظاهر ماده و مشروح مذاکرات، بین اعمال شرط تنصیف اموال و تعیین اجرت المثل ترتب وجود دارد و قابل جمع نیستند.

امکان جمع بین اجرت المثل و شرط تنصیف دارایی

پس از بیان گزارش مقاله، حجت الاسلام و المسلمین دکتر علوی قزوینی در مقام دفاع از این شرط در قانون مطالب خود را بیان فرمودند و با تاکید بر امکان جمع بین اجرت المثل و شرط تنصیف

۱. ماده واحده قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق مصوب ۱۳۷۱.

دارایی، بحث را باتوجه به تصویب قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ از جهت اجرایی منتفی دانسته ولی از لحاظ فقهی و علمی دارای بحث دانستند. ایشان قائل به جمع بین شرط تنصیف اموال و تعیین اجرت المثل هستند. اما این بحث از منظر اصول و به تبع آن، حقوق، در اصلی به نام «عدم تداخل اسباب» بیان شده است. بدین صورت که دو تعهد با دو منشاء مختلف وجود دارد که هیچ گاه این دو تعهد تداخل نمی‌کنند. در مورد مسئله تنصیف دارایی، یک شرط فعلی وجود دارد که مستند آن توافق و تراضی طرفین و منشاء آن قرارداد است؛ در حالی که اجرت المثل دارای منشاء غیر قراردادی و در آن مسئله استیفا مطرح است. که اینجا نیز با دو سبب، دو مسبب محقق خواهد شد.

عدم صلاحیت قانون‌گذار برای دخالت در تعهدات خصوصی

همچنین ایشان بیان کردند که اساساً نباید قانونگذار در تعهدات خصوصی افراد دخالت داشته و جایی که خود طرفین به این مسأله تصریح بیانی نداشته باشند آن را جایگزین تعهدات غیر قراردادی کند. اگر طرفین در شرط تنصیف دارایی تصریح داشته باشند، این شرط برای جبران خسارت‌ها توافق شده و صحیح است. طبق نظر ایشان عدم عمل به این شرط موجب ظلم به زوجه است.

عدم صحت تصالح در معین بودن خسارت

در ادامه ایشان بیان کردند: تصالح در جایی که میزان خسارت معلوم نیست، جریان دارد، اما در محل بحث و جایی که از ابتدا شرط تنصیف دارایی، به جهت جبران خسارت وجود داشته باشد تصالح معنایی ندارد، بنابراین خود قرینه ایست برای اینکه مراد از شرط مالی در اینجا شرط تنصیف نیست. بنابراین معین بودن شرط تنصیف، اگر قصد تفسیر شرط مالی به تنصیف اموال را داشته باشیم، با صلح سازگار نیست.

مرجع بحث اجرت المثل در فقه

حجت الاسلام و المسلمین حبیبی تبار در ابتدای بیانات خویش، اشکالی به نام‌گذاری نشست نموده و آن را دقیق ندانستند. ایشان نام نشست را در صورت مذاقه علمی «شرط تملیک اموال تا نصف دارایی» مطرح فرمودند. همچنین در مورد مرجع بحث اجرت المثل در فقه از حیث عین و منفعت، مجرای آن مسأله را ضامن حردانستند. این بحث شهرت بالایی در فقه دارد و قریب به اتفاق علما از آن بحث کرده‌اند. ولی بحث منافع عمل حرّ، مربوط به منافع مستوفات است و باید بیان کرد که مالیت

داشته و استیفای آن چه به صورت اتیان عمل و استیفاء به قهر و غلبه، موجب ضمان خواهد بود.

محل نزاع: صحت جریان عقد در صورت اشتراط

ایشان سپس به بیان محل نزاع پرداختند و افزودند: به نحو قضیه خارجیّه در عرف مردم کشور ما، مثلاً اگر در خواستگاری دختر برای مرد شرط کند «اگر من در منزل بودم و در ورود شما به منزل، کت شما را آویزان کردم، پنج هزار تومان باید پرداخت شود و اگر چای آوردم پنج هزار تومان می‌شود» و... سوال این است که آیا ازدواج واقع می‌شود یا خیر؟ کدام انسان عاقلی این را قبول می‌کند؟ آیا از لحاظ فقهی این عقد نکاح مبتنی بر اشتراط ارتکازی مجانی بودن عمل واقع شده است یا چنین اشتراطی در بین نیست؟! در پاسخ آن در صورت قائل بودن به اشتراط، به استحقاق اجرت المثل نخواهد رسید و اگر در صورت قائل شدن به عدم اشتراط و یا اینکه اشتراط ارتکازی علی‌المبئن پذیرفته نشود، اجرت المثل قابل محاسبه است.

اشکال به عدم تداخل

حجت الاسلام والمسلمین حبیبی تبار در مورد مسأله تداخل در مسأله مورد بحث چنین اشکال فرمودند: بنابر بیانات حجت الاسلام والمسلمین دکتر علوی قزوینی در اصول، اصل عدم تداخل اسباب و مسببات جاری بوده و در این کبری نزاعی نیست. لکن نزاع، در این است که اگر فردی بخواهد پس از امضای شرط بنابر حق مسلم قانونی و شرعی خود، همسرش را طلاق بدهد و مهریه، نفقه، نفقه ایام عده، و حقوق مالی اش را تأدیه کند، و به عبارتی تمام حقوق را ادا کند، باید نصف اموال را به همسر خود پرداخت کند. علت پرداخت چیست؟ وقتی ملاک در توافق بر شرط و تراضی به حکمیت قاضی مبتنی بر زحمات زوجه است این شرط برای تدارک و اجرت المثل جبران کننده زحمات زن سبب مستقلی غیر از شرط نیست بلکه سبب واحد است. پس در صورت واحد بودن سبب، بحث تعدد اسباب و استلزام تعدد مسبب در آن معنا ندارد.

تعارض شرط تنصیف با تبصره ۳۳۶م

نکته دیگری استاد حجت الاسلام والمسلمین دکتر علوی قزوینی فرمودند که منطبق تقنین اقتضا

۱. الطلاق بید من اخذ بالساق.

نمی‌کند که شرط تنصیف با بحث تبصره الحاقی به ماده ۳۳۶^۱ برابر باشد. استاد حجت الاسلام والمسلمین حبیبی تبار در پاسخ چنین بیان داشتند: ظاهراً تسامحی پیش آمده زیرا اصلاً تقنین رخ نداده است، و پیشنهاد الحاق دو شرط در نکاح نامه اختیاری است، به دستور شورای عالی قضایی قانون نیست و ما در این زمینه قانون نداریم. در مورد شرط «تملیک دارایی تانصف»، باید بیان کرد که این شرط پیشنهاد شورای عالی قضایی وقت بوده که اداره ثبت آن را در اسناد گنجانده و اصل این شرط اختیاری است.

عدم وضوح واحد بودن سبب

در ادامه جلسه استاد حجت الاسلام و المسلمین دکتر علوی قزوینی در پاسخ به بیانات استاد حجت الاسلام والمسلمین حبیبی تبار، نکاتی را بیان کردند: با فرض استحقاق زوجه بر اجرت المثل، متمرکز بر امکان جمع یا عدم امکان جمع اجرت المثل و شرط تنصیف یا تملیک تانصف دارایی است. اینکه استاد فرمودند: سبب واحد است و کبری کلی عدم تداخل اسباب را قبول داریم در حالی که اینجا سبب واحد است، واحد بودن سبب مشخص نیست!! زیرا اصلاً اجرت المثل و استیفا یک امر غیر قراردادی یا منشاء غیر قراردادی دارد در حالی که منشاء شرط ضمن عقد تراضی و توافق طرفین است بنابراین دو سبب با دو منشاء مختلف وجود دارد. پس وجود سبب از نظر حقوقی روشن نیست.

پاسخ به عدم وجود قانون

سپس در پاسخ به عدم وجود قانون در این بحث فرمودند: در خصوص شرط ضمن عقد، تراضی طرفین موجود است اما برای شرط ضمن عقد قانون وجود ندارد، ولی در تبصره شش^۲ قانون اصلاح موادی از طلاق، قانونگذاری و تقنین وجود دارد. حتی قانونگذار ابتدا مصالحه و در صورت عدم مصالحه شرط مالی و سپس اجرت المثل را بیان کرده است. اما در این بحث باید به صورتی شرط مالی به قانونگذار تحمیل شود که منظور از این شرط همان تملیک یا تنصیفی که بین طرفین است؟ سوال

۱. ق. مدنی. تبصره ماده ۳۳۶: چنانچه زوجه کارهایی که به عهده وی نبوده و عرفاً برای آن کار اجرت المثل باشد، به دستور زوج و با عدم قصد تبرع انجام داده باشد و برای دادگاه نیز ثابت شود، دادگاه اجرت المثل کارهای انجام گرفته را محاسبه و به پرداخت آن حکم می‌نماید.

۲. همان.

اینست که آیا قانون‌گذار می‌تواند در توافقات خصوصی افراد دخالت داشته و به دلیل توافق شخصی افراد شرط کند تا نصف دارایی را تملیک کرده و افراد حق درخواست اجرت المثل نتیجه استیفا را ندارند؟ طبق بیان استاد حجت الاسلام و المسلمین دکتر علوی قزوینی اطلاق بر اولویت داشتن شرط مالی بر سایرین وجود ندارد و نمی‌توان به طور مطلق بیان کرد که بنابر تبصره شش اگر شرط مالی در متن عقد بود ابتدا شرط مالی اجرا و سپس اجرت المثل تعلق می‌گیرد. اساساً موضوع تبصره شش^۱ و شرط تنصیف متفاوت بوده و رابطه آنها اطلاق و تقيیدی می‌باشد. در مورد تبصره شش لفظ «پس از طلاق» ذکر شده که این لفظ اطلاق دارد، یعنی جریان ترتب اجرت المثل بر شرط مالی حتی در جایی که درخواست طلاق از ناحیه زوجه باشد. (یعنی ابتدا مصالحه سپس شرط مالی سپس اجرت المثل). همچنین دلالت دارد بر اینکه جریان شرط مالی در جایی است که درخواست طلاق از ناحیه زوجه نباشد پس نمی‌توان گفت در صورت وجود شرط مالی ابتدا باید شرط مالی باید رعایت شود و اطلاق ندارد. ایشان در ادامه بحث متذکر شدند که تمام این بحث‌ها در فرض صحت شرط تنصیف است. در غیراین صورت طبق بیانات فقها که عمدتاً شرط را باطل می‌دانند، محل بحث نیست.

تقدم اصل عدم تبرع بر امور زوجه

اشکال دیگری که به استاد حجت الاسلام و المسلمین حبیبی تبار در مورد شرط ارتكازی بر تبرع در انجام امور، وارد کرده‌اند، چنین است: اصلی در قانون مدنی داریم که ریشه آن شرعی و عقلایی است و با نام «اصل عدم تبرع» یاد شده است. یعنی اگر کسی چیزی به دیگری بدهد اصل بر عدم تبرع است. مطابق این اصل زوجه نباید قصد تبرع خود را اثبات بکند بلکه اثبات قصد تبرع زوجه بر عهده زوج می‌باشد، در حالی که در این تبصره زوجه باید قصد تبرع را اثبات کند. در صورت وجود چنین شرطی به صورت ارتكازی، اصل شرط بر تبرع بوده است و مخالفت زوجه با این شرط متعارض است، بنابراین اثبات عدم تبرع از ناحیه زوجه لغومی شود.

رد نظر تعدد اسباب

در ادامه و برای پاسخ به اشکال استاد حجت الاسلام و المسلمین دکتر علوی قزوینی درباره

۱. همان.

عدم وضوح واحد بودن اسباب، حجت الاسلام و المسلمین حبیبی تبار با اصلی حقوقی چنین پاسخ دادند: در صورت تداخل در مسئولیت مدنی و مسئولیت قراردادی تکلیف چیست؟ مانند اینکه در صورت جراحی، احتمال بالا بودن ریسک این جراحی وجود دارد و پزشک قصد آزمایش داشته باشد، و قبل از جراحی با توافقی بین پزشک و بیمار، مبلغی را به عنوان خسارت معین می‌کنند. حال در صورت وقوع نقص پیش‌بینی شده پس از عمل، این عمل جراحی سبب ضمان قهری و مسئولیت مدنی است که راجع به همان سبب، قرارداد امضا شده است. بنابراین در تداخل مسئولیت قراردادی و مسئولیت مدنی، آیا این تعدد سبب محسوب می‌شود؟ با بیان کدام یک از حقوق‌دان‌ها مطابقت دارد؟ اما بحث در اینجا است که شرطی که در نکاح‌نامه ذکر شده و مضرات آن بر زوجه مترتب است و طرفین اقدام به امضا برای موجبی که همان مسئولیت مدنی و ضمان قهری بوده را انجام داده‌اند، در تداخل مسئولیت مدنی و قراردادی، مسئولیت قراردادی مقدم می‌شود. در اینجا باید به مضمون آن عمل شود و بحث تعدد وجود ندارد تا مسبب متعدد شود.

همچنین در مورد مراد از اموال در متن قانون، استاد حجت الاسلام و المسلمین حبیبی تبار قائل به اموالی هستند که به نحو متعارف تحصیل شده باشد نه مواردی که مانند ارث رسیدن به زوج باشد.

مبنای اختلاف در تقدم توافقی خصوصی بر ضابطه قانونی

حجت الاسلام و المسلمین حبیبی تبار در مورد عدم قدرت قانون‌گذار در دخالت توافقات خصوصی اشخاص، مؤید هستند و قائل به صحت شروط فیما بین هستند. در مورد ظلم به زوجه ایشان بر خلاف استاد حجت الاسلام و المسلمین دکتر علوی قزوینی قائل به عدم ظلم به زوجه هستند، زیرا در کشور ما وظیفه اصلی زندگی بر عهده مرد بوده و زوجه بجز کارهای محدود مسئولیتی ندارد و شاید بالعکس ظلم به آقایان باشد. در صورت توسعه این طرز تفکر، بنظر ایشان ظلم فاحشی به آقایان در جامعه است، زیرا: اولاً بنیاد خانواده را سست می‌کند. ثانیاً هیچ داعی شرعی بر الزام یا تشویق مردم به امضاء چنین شرطی وجود ندارد. ثالثاً در مقام تفسیر شرطی که بر اساس نظر قاطبه فقها اصل آن خلاف شرع است، به نحوی توسعه اجرایی و عملی پیدا می‌کند که مطلوب نیست.

حجت الاسلام والمسلمین حبیبی تبار به دلیل تبعات شدید و غیر قابل جبران وسست شدن بنیان خانواده، این تبصره را نیازمند بازنگری جدی دانستند.

حجت الاسلام والمسلمین دکتر علوی قزوینی دلیل امضاء این شروط در ضمن عقد را به داعی این دانسته که بعد از طلاق زوجه بلا تکلیف و بدون هزینه در جامعه رها نشود. البته نسبت به ارتکازی بودن این شرط اشکالی وارد کردند که ممکن است شرط تنصیف بین عامه مردم پذیرفته نباشد و این مبحث به لحاظ صغروی دارای اشکال است.

حجت الاسلام والمسلمین استاد حبیبی تبار به عنوان نکته پایانی و در پاسخ به استاد علوی چنین فرمودند: در مقام اجرا رابطه بین شرط تنصیف و اجرت المثل به شکل طولی می باشد، و زوج با پرداخت هریک از این دو نسبت به دیگری معاف نمی شود و هر کدام به صورت جداگانه اجرا می شوند و تداخلی با یکدیگر ندارند.

يعقوب المددى

madadi.0118@gmail.com

الملخصات

دائرة نفوذ الشرط فى العفو عن القصاص

المحقق: محمد طاهر آسا^١

من المقبول عند الفقهاء الامامية، العفو عن القصاص وأن يعفو اولياء الدم عن القصاص تبرعاً أو مشروطاً بأخذ الدية أو أكثر منها. لكن نفوذ شروط أخرى ضمن العفو كقطع عضو الجانى أو نفى أسرته عن البلد أو ... مما يجدر بالتأمل والبحث عن نطاق حق القصاص ودائرة نفوذ الشرط فيه و ماهية العفو. ولدى الفقهاء هنا اتجاهان: الأول يعتبر العفو ابراء و جريان الشرط فيه غير مسموح وهو خيرة اكثرهم - و الثانى و هو الصحيح - يعتقد انّ العفو صلح فلا مانع عندهم من جريان الشرط فيه . اما قطع الاعضاء فإن كان فاقد الضرر المعتنى به كاصابة الجرح أو نتف اللحم فغير ممنوع نظراً الى عدم حرمة. وإن لزم منه ضرر كبير غير منته الى القتل كقطع الأصابع و اليد، فههنا اتجاهان: الصحيح منهما نفوذ الشرط هنا و الدليل الرئيسى للقول به هو وجوب حفظ نفس الجانى. و اما الشرط على أسرة الجانى فاذا كان تحصيله ممكناً كما اذا وافق الأسرة او تعهد الجانى على انجازه أو كان التحصيل بالتسبيب فهونا فذ.

المفردات الرئيسية: العفو، القصاص، شرط قطع الاعضاء، الاشتراط فى العفو، الشرط على أسرة الجانى .

١. من طلاب مستوى الثالث فى الحوزة العلمية بقم المقدسة و المركز التخصصى لدراسة الفقه .

المعاونة في القتل مع الاعتقاد بمهدورية دم المقتول

المحقق: حسن حكم آبادي^١

من المباحث الهامة في مسألة القتل، تبديله من العمد الى شبه العمد. و من مصاديقه القتل مع الاعتقاد بكون المقتول مهدورالدم. فإنه ربما يظهر بعد القتل خطأ القاتل في اعتقاده وقد اوجد المعاون هذه العقيدة فيه. ففي هذه الموارد وان كان القتل عمداً بحسب الماهية، لكنّه يخرج القتل من الوصف بالعمد و يصير شبه عمد و يتبرئ القاتل من القصاص. إن الملاك في هذا التبديل و الإخراج، أن يكون خطأ القاتل ناشئاً من الخطأ في الموضوع دون الاشتباه الحكمي فانه لا يخرج القتل من العمد. ثم ان في عقوبة المعاون في هذا القتل اربعة آراء؛ الاول: برائته. الثاني: أنه في حكم المعاون في القتل الشبيه بالعمد والثالث: إن السبب هنا اقوى من المباشر والرابع: إن التعاون المحقق من قبيل التعاون في القتل التعمدي. في هذه المقالة بعد التحري عن ماهية التعاون من اتجاه الفقهاء و المحامين، فارق التعاون والتسبب، مصاديق مهدورالدم و انواع الخطأ في الاعتقاد بمهدورية الدم خرجنا بأن القول الأخير و هو كونه من قبيل التعاون في العمدى هو الصحيح وأن ماهية هذه المقاتل، التعمد. ولكن القاتل يتمتع من التخفيف في المجازاة للخطأ في اعتقاده.

المفردات الرئيسية: التعاون في القتل، مهدورالدم، السبب و المباشر، الخطأ الموضوعي، الخطأ الحكمي، القتل شبه العمد.

تحليل فقهي حول المادة ١٠٢ من قانون المحاكمات الاجرامية مرتكزاً على مفهوم الشاكي الخاص ومصادقه

المحقق: محمد مهدي الشعيب^٢

إن التحقيق والتعقيب عن الجرائم المنافية للعفة -بأي وجه كان- قد اعتبر ممنوعاً طبق المادة ١٠٢ من قانون المحاكمات الاجرامية وقد استفيد هذا المنع من الادلة. وقد ورد ذيل هذه المادة وفقاً للدلالة الشرعية استثناء موارد؛ الاول: الجرائم المنتظمة لتعارضها مع الوظائف الاساسية للحكومة. و

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

٢. من طلاب مستوى الثاني في الحوزة العلمية بقم المقدسة و المركز التخصصي لدراسة الفقه.

الثانى: الجرائم العنيفة التى إنجازها بمرئى المجتمع حيث انها تشوّه العفة العامة مع ان القدر المتيقن من ادلة الامر بالمعروف والنهى عن المنكر، الجرائم والمعاصى العنيفة. والثالث: الاعتداءات القهرية العنيفة. ويمكن الاستناد بحق الناس لجواز الفحص فى هذا المورد.

والأخير من هذه الموارد ما اذا يوجد هنا شاك خاص. لكن يرى الفقهاء أن جرماً كالزنا اذا وقع عن التراضى فاقد للشاكي الخاص؛ فعلى هذا يختص الشاكي الخاص بما اذا وقع الجرم قهراً و عنفاً. فاذا ينحصر الشاكي الخاص فى المجنى عليه أو وليه. و الذين انثلّموا عرضاً من هذه الناحية سوى زوج المتهمه بالزنا حيث يتمكن من التوسل باللعان يشكل صدق الشاكي الخاص عليهم. لكن يمكنهم المراجعة الى المحكمة بوصف المعلن للجرم. وبالطبع لا يتمتعون من مزايا الشاكي الخاص واحكامه.

المفردات الرئيسية: ممنوعة التفحص، منافى العفة، الشاكي الخاص، الاعتداء العنيفة، المنتظمة، المادة ١٠٢ ق.م.ا.

تعريف اهل الكتاب وكيفية تحليفهم فى فقه الامامية وقانون المجازات الاسلامية

المحقق: عباس المهاجرانى^١

إن الاعتناء بالدعاوية القضائية للأقليات الدينية - خصوصاً اهل الكتاب - من تكاليف جهاز القضاء وربما يتوقف هذا التحزى على تحليف جميع أو بعض اطراف الدعوى. و هنا تبدو مسألة هامة هي: بم يحلف اهل الكتاب؟ هل اللازم إحلافهم باسم الله تعالى أو يكفى الإحلاف بإسم المقدسات فى ملتهم أو بالفاظ أخر؟ ومن ثمّ تعرضنا فى هذه المقالة لمسألة كيفية تحليفهم من وجهة الفقه الإمامية وقانون المجازات. و لا يخفى أن هذه المسألة نظراً الى نقص القانون حول اختيار الرأى الصحيح فيها مع اهميتها الوافرة بحاجة الى التحزى عنها وتبيين مبانيها.

ولما كان من المسائل الرئيسية فى الحكومة الاسلامية معرفة اهل الكتاب، تصدّينا بادئ الامر للتحقيق عن هذه المسئلة و التحزى عن عنوانها وقمنا ثانياً بكيفية تحليفهم و بعد الاستقصاء فى كلمات الفقهاء يبدو لنا نظريتان؛ الأولى جواز تحليفهم بغير إسم الله تعالى والثانية؛ وهى رأى المشهور اعتبار التحليف باسمه تعالى و بين المشهور خلاف فى مشروعية ضمّ كلمات مثل «خالق النور» فى

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

تحليف اهل الكتاب . ومستند القولين الاخبار والاجماع الواردة في الباب .
المفردات الرئيسية: التحليف، كيفية التحليف، اهل الكتاب، اهل المجوسى، الذمى، حقوق الأقليات.

استئناء المعرفة لتمايز مفهومى «الرشوة» و «التحفة» مع التحليل عن ثلاثة مصاديق غامضة لمفهوم الرشوة

المحقق: على السلطان محمدى^١

إنّ الاتجاهات المختلفة بين الفقهاء فى تمايز مفهومى الرشوة و التحفة تؤدّى كثيراً الى تحبير المقنن فى امر التشريع و القضاة فى القضاة فحذراً من هذا التحيرو الإبتلا بالرشوة و تبعاتها القهرية، يبدو ضرورة التحزى عن هذا التمايز مع القيام بتحليل مصاديقها الغامضة، كالبيع المحاباتى و بذل المنافع و مدح القاضى . يلوح من الاستقصاء عن نظرات الفقهاء ، أنّ هنا اتجاهين: الأول يرتكز على أنّ المائز بينهما غرض الباذل والثانى يرى الإختلاف الجوهرى بينهما هو المائز إنّ الغرض تابع هذا الإختلاف الجوهرى . و بالطبع يؤدّى هذان الاتجاهان الى الخلاف فى جريان قاعدة اصالة الصحة و عدمه لكشف المصاديق حين الشك فى البذول المشكوكة .

ثم إنّ الفقهاء أجمعوا على حرمة اخذ الرشوة تكليفاً و اما حكم اعطائها فذهبوا الى التفصيل فيه كما أنّ فى حكم أخذ التحفة تفصيلاتٍ . و أما المصاديق الغامضة فالبيع المحاباتى إن جرى وفقاً للاغراض المعترية فى الرشوة فلاشك أنّ التخفيف المعتنى به من مصاديق الرشوة . و اما بذل المنافع فلم نعر على خلاف فى حرمة اذا جرى وفق الاغراض المعترية فى الرشوة . لكن مدح القاضى فففيه خلاف ؛ فيراه بعض الفقهاء رشوةً و حراماً اذا جرى طبق تلك الاغراض . و لكن المحقق الخوئى يرى حرمة مشروطاً بدخوله تحت عنوان الاعانة على الظلم .

المفردات الرئيسية: الرشوة، التحفة الى القاضى ، مصاديق الرشوة ، مدح القاضى ، البيع المحاباتى ،

بذل المنافع .

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