



اکنون نزدیک به دو دهه است که رستاخیز علمی در کشور آغاز شده و با سرعتی که برای ناظران جهانی غافلگیرکننده بود - یعنی یازده برابر شتاب رشد متوسط علم در جهان - به پیش رفته است... اما آنچه من می‌خواهم بگویم این است که این راه طی شده با همه‌ی اهمیتش فقط یک آغاز بوده است و نه بیشتر. ما هنوز از قله‌های دانش جهان بسیار عقبیم. باید به قله‌ها دست بیابیم. باید از مرزهای کنونی دانش در مهمترین رشته‌ها عبور کنیم.

بیانیه گام دوم



مجله فقهی - حقوقی مجتمع فقه، حقوق و قضای اسلامی
سال نهم - شماره اول - پیاپی یازدهم - پاییز و زمستان ۱۴۰۲

صاحب امتیاز: مجتمع فقه، حقوق و قضای اسلامی

مدیر مسئول: جواد رفیعی

سرمدیر: ابراهیم ابراهیمی

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

مهدی عطار کاشانی

مدیر داخلی: رضا عسگری

مترجم چکیده‌ها: یعقوب مددی

مشاور علمی این شماره: حجت الاسلام والمسلمین یوسف غلامی

ویراستار: مجید مفید بنوردی

طراح و گرافیسیت: محمد صداقت

حروف چین و صفحه‌آرا: علی جواد دهقان

قیمت: ۵۰۰,۰۰۰ ریال

آدرس: بلوار شهید صدوقی، کوچه ۵، پلاک ۴۰، مجتمع فقه، حقوق و قضای اسلامی

تلفن: ۰۲۵۳۲۹۴۱۰۸۸

وب‌گاه: www.mrasael.ir | [رایانامه: mrasael.mfeqh@gmail.com](mailto:mrasael.mfeqh@gmail.com)

این مجله در پایگاه مجلات تخصصی نورمگز، مگ ایران و مجتمع فقه، حقوق و قضای اسلامی نمایه می‌شود.

www.noormags.ir | www.magiran.com | www.mfeqh.ir

مقالات

- ۷ بررسی فقهی حقوقی، مسئولیت کیفری ناقل بیماری کشنده با تطبیق بر بیماری ایدز/ محمدصیدی
- ۴۳ مشروعیت اعدام بدون درد در فقه امامیه و قانون جمهوری اسلامی ایران / کریم رئیسی
- ۸۳ مدت نفی بلد در مجازات جرم محاربه / حسن حکم آبادی
- ۱۰۳ تبیین مفهومی و مصداقی دو عنوان «منافی عفت» و «رابطه نامشروع» در فقه و حقوق / الیاس نوروزپور
- ۱۲۱ حکم و شرایط قضاء بر اساس شهادت بر شهادت در فقه امامیه و حقوق موضوعه ایران / علی رهبر

اطلاع رسانی علمی

- ۱۵۱ نشست علمی «موضوع شناسی پژوهش های فقهی-حقوقی دستگاه قضا» / علیرضا غلامی
- ۱۷۷ نشست علمی «عناصر و شرایط دفاع مشروع از منظر فقه و قانون» / رضا عسکری
- ۱۸۵ الملخصات

شیوه‌نگارش

نکات کلی

۱. مقاله علمی و ادعاهایی که در آن ارائه می‌شود باید مستند و مستدل باشد.
۲. مقاله باید حداکثر ۷۵۰۰ کلمه باشد.
۳. در صفحه اول نام محققین، رتبه علمی و آدرس پست الکترونیک ایشان به همراه چکیده مقاله و کلمات کلیدی و در صفحه دوم مقدمه و سپس متن مقاله و در نهایت نتیجه و پس از آن منابع نوشته شود.
۴. ارجاع منابع و مآخذ، در متن مقاله در پایان نقل قول یا موضوع استفاده شده داخل پرانتز به شکل زیر آورده شود:
نام خانوادگی مؤلف، نام کتاب، شماره جلد دو نقطه صفحه
* در صورت تکرار اسناد از کلمه «همان» استفاده شود.
۵. فهرست منابع در آخر مقاله و براساس استاندارد MLA آورده شود.
۶. توضیحات اضافی و اصطلاحات در پاورقی آورده شود.

مقالات

بررسی فقهی- حقوقی مسئولیت کیفری ناقل بیماری کشنده با تطبیق بر بیماری ایدز

چکیده

انتقال بیماری‌های کشنده به اشخاص دیگر، یکی از پدیده‌های جدیدی است که در حال حاضر، افرادی را به صورت سهوی یا عمدی، گرفتار نموده است. این موضوع دارای ابعاد مختلف فقهی حقوقی از جمله جرم انگاری عملیات انتقال این بیماری است. با بررسی‌های صورت گرفته، مشخص شد که انتقال بیماری بدون ملاحظه نتیجه آن، یعنی قتل، جرم انگاری نشده و تنها از باب نتیجه، مجازات خواهد شد. در صورتی که فرد، شروع به انتقال بیماری نماید، دو صورت مطرح است: فرض اول اینکه موفق به انتقال نشود و در نتیجه، قتل محقق نشود و یا اینکه تصور کرده است موفق به انتقال شده است؛ اما در واقع، انتقال بیماری صورت نگرفته است. در این صورت، اگر وی قصد قتل داشته است، مجازات شروع به جرم قتل شامل او خواهد بود. فرض دوم آن است که فرد، موفق به انتقال شده است و هرچند در برخی موارد، وقوع قتل فاصله زیادی با فعل انتقال دارد، اما طول فاصله خللی به استناد وارد نمی‌کند و جرم قتل محقق شده است. در این صورت، در پاسخ به این سؤال که چه نوع قتلی رخ داده، سه فرض مطرح می‌شود؛ فرض اول اینکه ناقل و منتقل الیه، شخص واحدی باشند که در صورت انتقال، وی می‌میرد و مجازاتی برای او متصور نیست؛ اما در فرضی که موفق به انتقال نگردد، می‌توان او را از باب شروع به جرم - البته شروع به جرم خودکشی نه قتل - قابل مجازات دانست. فرض دوم، تغایر

*دانش آموخته مدرسه عالی قضاوت و طلبه سطح عالی حوزه علمیه قم.

ناقل و منتقل الیه بدون دخالت شخص ثالث است که در این صورت نیز اگر ناقل، قصد قتل داشته یا علم به کشنده بودن بیماری داشته است، قتل عمد است؛ اما اگر قصد انجام کاری بر روی منتقل الیه داشته است، ولی علم به کشنده بودن بیماری نداشته باشد، قتل شبه عمد است و در غیر این دو صورت، قتل خطای محض است. فرض سوم نیز تغایر ناقل و منتقل الیه و دخالت شخص ثالث است که در این صورت، حکم، تابع نحوه مداخله شخص ثالث است.

کلیدواژگان: ایدز، مسئولیت کیفری، جرم محال، سبب و مباشر، اجتماع اسباب، ناقل بیماری های کشنده.

مقدمه

با گذشت زمان و به موازات پیشرفت علم انسان، بیماری های متنوع و پیشرفته ای دامن گیر جوامع بشری شده است که قابلیت گرفتن جان هر انسانی را دارند و بعضاً درمان آنها ناممکن شده است. بیماری ایدز از جمله بیماری هایی است که در حال حاضر، درمانی برای آن وجود ندارد و انسان فقط تا حدودی به کنترل آن موفق شده است و به واسطه همین کنترل، گاهی فاصله بین ابتلاء و مرگ بیمار چندین سال طول می کشد. به همین لحاظ، این موضوع، جنبه های حقوقی مختلفی پیدا می کند که باید مورد بررسی قرار گیرد. سؤالاتی مثل اینکه آیا می توان شخصی که این بیماری را به دیگری منتقل می کند، بزهکار و مستحق مسئولیت کیفری دانست و در این صورت، نوع مسئولیت او چه بوده و آیا از نوع تعزیر است یا از سنخ دیه محسوب می گردد؟ آیا با توجه به اینکه گاهی فاصله بین مرگ و ابتلای فرد، بسیار طولانی می شود، می توان ناقل بیماری را قاتل تلقی کرد و اگر شخص سومی در فرایند انتقال دخالت نماید، چه کسی و تحت چه عنوانی مسئول خواهد بود؟ همچنین اگر فرد در انتقال بیماری به خود، نقش داشته باشد، آیا می توان وی را به لحاظ حقوقی، مسئول دانست؟ اگر ناقل با قصد انتقال بیماری، اقدام به این کار نماید، اما به هر دلیلی، قادر به این کار نشده یا نتیجه مورد نظر وی حاصل نشود، حکم حقوقی این اقدام چه خواهد بود؟ در بررسی پاسخ این سؤالات، این مسأله نیز مطرح می شود که آیا عنوان مباشرت، تسبیب، شرط و علت در حکم مسأله تأثیر دارد یا خیر؟

برای ارائه بحثی تفصیلی و پاسخ به سؤالات مختلفی که مطرح شد، پژوهش حاضر، ابتدا

چیستی بیماری ایدز و نحوه تأثیر آن بر بدن انسان را توضیح داده و سپس جرم‌انگاری انتقال را بیان می‌کند. در مرحله بعد، به بحث شروع به جرم و جرم محال می‌پردازد و در پایان نیز مسأله را در فرضی که به مرگ قربانی منجر می‌شود، پی می‌گیرد.

۱. موضوع شناسی

واژه «ایدز» از چهار کلمه (acquired immune deficiency syndrome) مشتق شده است که به معنی سندروم نارسایی ایمنی اکتسابی است. این بیماری برای نخستین بار در سال ۱۹۸۱ در آمریکا مورد شناسایی واقع شد و بعد از سه سال دانشمندان پی بردند که دلیل این بیماری، ابتلا به ویروس اچ. آی. وی. است. این ویروس نوعی عفونت است که با درگیری با گلبول‌های سفید خون، باعث ضعف تدریجی سیستم دفاعی بدن و عدم مقاومت آن در برابر بیماری‌ها می‌شود که این نتیجه، طی فرایندی چندمرحله‌ای حاصل می‌گردد؛ مرحله اول، موسوم به «پنجره بازه»، زمانی ۳ الی ۶ ماهه را دربرمی‌گیرد که همراه با علائمی شبیه آنفولانزا بوده و معمولاً بعد از دو هفته بهبود می‌یابد. در مرحله دوم که گاهی تا هفده سال نیز طول می‌کشد، شخص هیچ‌گونه علامتی از بیماری ندارد و به راحتی می‌تواند بیماری را به دیگران منتقل نماید و پس از طی این زمان، تغییراتی مانند تب‌های بلند مدت، اسهال، کاهش وزن، خستگی، بی‌حالی و ضعف ظاهر می‌شود که ظاهراً بی‌دلیل نیز هستند و در نهایت، موجب ضعف سیستم دفاعی و از پای درآوردن بیمار ظرف دو سال می‌شود. (یزدانی و سماواتی، «بررسی فقهی-حقوقی مسئولیت کیفری ناقل ایدز در قتل با تکیه بر انتقال از طریق تماس جنسی»، فصلنامه حقوق پزشکی ۱۰: ۳۶)

۲. جرم‌انگاری انتقال بیماری

یکی از مسائلی که از منظر حقوقی پدیدمی‌آید این مسأله است که آیا کاری که منتهی به انتقال بیماری می‌شود، دارای عنوان مجرمانه است یا خیر؟ و علاوه بر این، آیا ممکن است این اقدام، مشمول حکم قصاص یا دیه گردد یا اینکه قانون‌گذار، ناقل را از حیث ناقل بودن، مستحق مجازات نمی‌داند و چنانچه فرد توسط عاملی زودتر از بیماری از بین نرود، می‌توان ناقل را مجازات کرد یا خیر؟ در ادامه قوانینی که ممکن است بر مورد بحث منطبق باشد، از نظر می‌گذرانیم.

۲-۱. قانون طرز جلوگیری از بیماری‌های آمیزشی و واگیردار

این قانون که در تاریخ ۱۳۲۰/۰۳/۱۱ به تصویب مجلس شورای ملی رسیده است، در ماده ۹ مقرر می‌دارد: «هر کس بدانند مبتلا به بیماری آمیزشی و واگیردار بوده و یا آنکه اوضاع و احوال شخصی او طوری باشد که بایستی حدس بزند بیماری او واگیر است و به واسطه آمیزش او طرف مقابل مبتلا شود و به مراجع قضایی شکایت کند، مبتلاکننده به حبس تأدیبی از ۳ ماه تا ۱ سال محکوم می‌شود». از آنجا که بیماری ایدز و واگیردار بوده و با آمیزش قابل انتقال است، طبق این ماده، اگر شخص مبتلا به ایدز با علم به ابتلاء یا انتظار علم به واگیر بودن بیماری، با دیگری آمیزشی نماید و وی را مبتلا کند، به مجازات مقرر در ماده محکوم می‌شود؛ اما با توجه به تبصره ماده ۱ این قانون که در صدد تعیین بیماری‌های آمیزشی بوده و آنها را به سوزاک، کوفت (سیفلیس) و آتشفک (شانکر نرم) منحصر می‌کند، استناد به این قانون، صحیح نخواهد بود.

۲-۲. لایحه مربوط به مجازات پاشیدن اسید

ممکن است گفته شود انتقال بیماری ایدز با لایحه قانونی فوق منطبق است. ماده واحده مذکور که در تاریخ ۱۳۳۷/۱۲/۱۶ تصویب شده است، مقرر می‌دارد: «هر کس عمداً با پاشیدن اسید یا هر نوع ترکیبات شیمیایی دیگر، موجب قتل کسی بشود، به مجازات اعدام و اگر موجب مرض دائمی یا فقدان یکی از حواس مجنی علیه شود، به حبس جنایی درجه یک و اگر موجب قطع یا نقصان یا از کار افتادن عضوی از اعضاء بشود، به حبس جنایی درجه دو از ۲ سال تا ۱۰ سال و اگر موجب صدمه دیگری بشود، به حبس جنایی درجه دو از ۲ سال تا ۵ سال محکوم خواهد شد...». طبق این ماده، مجازات مذکور تنها در صورتی اعمال می‌شود که عمدی در کار باشد. اما استدلال به این ماده نیز برای مجازات ناقل بیماری ایدز، صحیح نیست؛ زیرا بدیهی است که عنوان اسید یا هر ترکیب شیمیایی دیگر بر بیماری ایدز صدق نمی‌کند.

۲-۳. تهدید علیه بهداشت عمومی

از آنجا که انتقال ایدز تهدیدی علیه بهداشت عمومی است، ممکن است عمل ناقل را منطبق بر ماده ۶۸۸ قانون مجازات اسلامی بخش تعزیرات مصوب سال ۱۳۷۵ دانست. در ماده مزبور چنین

مقرر شده است: «هر اقدامی که تهدید علیه بهداشت عمومی شناخته شود، از قبیل آلوده کردن آب آشامیدنی یا توزیع آب آشامیدنی آلوده، دفع غیر بهداشتی فضولات انسانی و دامی و مواد زاید، ریختن مواد مسموم کننده در رودخانه ها، زباله در خیابان ها و کشتار غیر مجاز دام، استفاده غیر مجاز فاضلاب خام یا پس آب تصفیه خانه های فاضلاب برای مصارف کشاورزی، ممنوع می باشد و مرتکبین چنانچه طبق قوانین خاص، مشمول مجازات شدیدتری نباشند، به حبس تا یک سال محکوم خواهند شد». استدلال به این ماده به این صورت است که چون ایدز بیماری واگیردار و مسری است و نیز به دلیل کشنده بودن آن، تهدیدی جدی علیه بهداشت عمومی خواهد بود؛ علاوه بر اینکه موارد مقرر در ماده، تمثیلی بوده و حصری نیست؛ در نتیجه، می توان مرتکب را به حبس تعزیری تا ۱ سال محکوم کرد. اما این استدلال اولاً فاقد کلیت است؛ زیرا در صدر ماده مذکور، به بهداشت عمومی اشاره شده است و بدیهی است که انتقال بیماری به فرد یا افراد محدود، نمی تواند خطری برای بهداشت عمومی داشته باشد و بنابراین، این ماده، شامل انتقال به افراد محدود نمی شود. همچنین در تفسیر موارد تمثیلی باید تناسب بین آنها مدنظر باشد و با توجه به مثال های ذکر شده، درمی یابیم که این خطرها باید به گونه ای باشند که عموم را در معرض خطر قرار دهند. ثانیاً این استدلال اساساً صحیح نیست؛ زیرا ماده مورد بحث، در صدد جرم انگاری مواردی است که صرف تهدید باشد؛ در حالی که در انتقال ایدز، مرتکب پا را فراتر نهاده و مبادرت به ارتکاب عمل اصلی نموده است. همچنین در تبصره ۱ این ماده آمده است: «تشخیص اینکه اقدام مزبور، تهدید علیه بهداشت عمومی و آلودگی شناخته شود... بر عهده وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی، سازمان حفاظت محیط زیست و سازمان دامپزشکی خواهد بود».

۲-۴. ایراد ضرب و جرح

فرض دیگر این است که مجازات انتقال ایدز را براساس ماده ۶۱۴ قانون مجازات (تعزیرات) مصوب سال ۱۳۷۵ دانست. این ماده مقرر می دارد: «هر کس عمداً به دیگری جرح یا ضربی وارد آورد که موجب نقصان یا شکستن یا از کار افتادن عضوی از اعضاء یا منتهی به مرض دائمی یا فقدان یا نقص یکی از حواس یا منافع یا زوال عقل مجنی علیه گردد، در مواردی که قصاص امکان نداشته

باشد؛ چنانچه اقدام وی موجب اخلال در نظم و صیانت و امنیت جامعه یا بیم تجری مرتکب یا دیگران گردد، به ۲ تا ۵ سال حبس محکوم می‌شود. با توجه به ماده فوق، از آنجا که انتقال ایدز موجب ایجاد مرض دائمی می‌شود و قصاص نیز امکان ندارد، همچنین اقدام مرتکب، موجب اخلال در نظم شده است؛ لذا به مجازات مقرر، محکوم می‌گردد. اما به نظر می‌رسد استدلال به این ماده نیز صحیح نباشد؛ زیرا انتقال ایدز به هر نحوی که باشد، مصداق ضرب و جرح محسوب نمی‌شود و اگر احياناً در انتقال ایدز، ضرب یا جرحی در کار باشد، مرض دائمی، ناشی از جرح نیست، بلکه ناشی از بیماری ایدز است.

طبق آنچه بیان شد، صرف انتقال بیماری ایدز، جرم‌انگاری نشده است. به نظر می‌رسد جای جرم‌انگاری مجرد انتقال در قوانین کیفری خالی است؛ زیرا اصل انتقال، به علت اینکه می‌تواند از مصادیق ایراد ضرر به غیر حساب شود ممکن است مشمول ادله ضرر و دارای حرمت نفسی فرض شود و با توجه به جنبه‌های اجتماعی و؟؟؟ این مسئله چه بسا بتوان با استناد به ادله تعزیر، به جرم بودن اصل انتقال حکم کرد. در مباحث فقهی، همانند این بحث در مسأله تقدیم طعام مسموم مطرح شده و فقها قائل به حرمت این عمل هستند.

۳- جرم‌انگاری شروع به جرم

گاهی شخص ناقل، با قصد انتقال بیماری به دیگری و یا قصد قتل او از این طریق، مقدمات این کار را فراهم می‌کند؛ اما مانعی خارج از اراده وی پدید می‌آید که اگر چنین مانعی در کار نبود، شخص مورد نظر، مبتلا می‌گردید و در نهایت، از پای درمی‌آمد. در این فرض این سؤال مطرح می‌شود که آیا شخص ناقل، مستحق مجازات است و این استحقاق تحت چه عنوانی است؟ در پاسخ باید گفت عنوان مندرج در قانون برای این صورت، «شروع به جرم قتل» بیان شده و قانون‌گذار برای آن تعزیر در نظر گرفته است.

۳-۱. میزان مجازات در قانون

ماده ۱۲۲ قانون مجازات عمومی ماده‌ای است که برای شروع به جرم، جرم‌انگاری و تعیین مجازات نموده است. از آنجا که صرف انتقال بیماری جرم‌انگاری نشده است، لذا شروع به انتقال نیز جرم محسوب نمی‌شود؛ زیرا در ماده ۱۲۲ آمده است: «هر کس قصد ارتکاب جرمی کرده...».

اما روشن است که اگر عامل دیگری از بیماری پیشی نگیرد، بیماری ایدز، منتج به مرگ منتقل الیه می‌شود؛ بنابراین، فی الجمله ناقل بیماری، قاتل است و گرچه فاصله بین رفتار و نتیجه گاهی زیاد است، اما به حکم ماده ۴۹۳ قانون مجازات (وجود فاصله زمانی میان رفتار مرتکب و نتیجه ناشی از آن مانع تحقق جنایت نیست؛ مانند فوت ناشی از انتقال بیماری کشنده...)، وی قاتل محسوب می‌شود؛ لکن نوع مسئولیت آن بسته به نوع قتل، متفاوت است. بنابراین، در بحث حاضر، با جرم قتل سرو کار داریم و از آنجا که در مورد شروع به قتل در قوانین ایران با دو ماده روبه‌رو هستیم (ماده ۱۲۲ مذکور مصوب ۱۳۹۲/۲/۱۱ و ماده ۶۱۳ قانون مجازات بخش تعزیرات مصوب ۱۳۷۵/۳/۶)، حقوقدانان اختلاف نظر دارند که مجازات شروع‌کننده قتل براساس کدام ماده باشد. کسانی همچون محمد بارانی، غلامحسین الهام، محسن برهانی و حسین میرمحمدصادقی به ماده ۶۱۳ قانون مجازات اسلامی (تعزیرات) تمسک کرده‌اند (جعل و تزویر در قانون و رویه قضایی ۱۳۶؛ درآمدی بر حقوق جزای عمومی ۱: ۲۵۳ و جرایم علیه اشخاص ۹۹). در مقابل، عده‌ای همچون احمدرضا عابدی، علی مراد حیدری، احمد حاجی ده‌آبادی و شمس ناتری به ماده ۱۲۲ تمسک جسته‌اند (آیین دادرسی کیفری ۴۶۲؛ جرایم علیه اموال و مالکیت ۱۸۲؛ جرایم علیه اشخاص ۴۶۶ و قانون مجازات اسلامی در نظم کنونی: ۱: ۲۹۷). همچنین اداره حقوقی در نظر مشورتی شماره ۷/۹۲/۹۶۸ در تاریخ ۱۳۹۲/۵/۲۶ این نظر را پذیرفته است.

ماده ۶۱۳ مقرر می‌دارد: «هرگاه کسی شروع به قتل عمد نماید، ولی نتیجه منظور بدون اراده وی محقق نگردد؛ به ۶ ماه تا ۳ سال حبس تعزیری محکوم می‌گردد». همانطور که در صدر ماده، ذکر شده است، این مجازات، برای شروع به قتل عمدی است. در استدلال استناد به ماده فوق می‌توان گفت که ماده ۶۱۳ خاص مقدم و ماده ۱۲۲ عام مؤخر است و عام مؤخر، خاص مقدم را نسخ نمی‌کند؛ بلکه خاص است که عام را تخصیص می‌زند. همچنین وقتی ماده ۷۲۸ قانون مجازات اسلامی به نسخ صریح چند ماده پرداخته، نامی از ماده ۶۱۳ به میان نیاورده است.

در جواب می‌توان بیان داشت اولاً اینکه عام مؤخر نمی‌تواند ناسخ باشد، امری مسلم و قطعی نیست؛ بلکه عده‌ای نظیر شیخ طوسی و سید مرتضی مطلقاً عام مؤخر را ناسخ می‌دانند (العده

۱:۳۹۳ و الذریعه ۱:۱۶). آخوند خراسانی و آیت الله اراکی (ره) معتقدند باید قرائن را بنگریم و چنانچه قرینه، چیزی را روشن نکرد، خاص تخصیص می‌زند (کفایه الاصول ۲۳۷ و اصول الفقه ۱:۳۱۱) و در صدر ماده ۷۲۸ هم آمده است: «کلیه قوانین و مقررات مغایر با این قانون از جمله..... نسخ می‌گردد». حال، این قانون، مغایر خاص باشد یا مانند خود ماده ۱۲۲ عام باشد و نیز عدم ذکر ماده ۶۱۳ در ماده ۷۲۸، خدشه‌ای به استدلال وارد نمی‌کند؛ زیرا همانطور که مشاهده می‌شود، قانون‌گذار در صدر ماده ۷۲۸ قاعده‌ای کلی بیان کرده و بعد به ذکر چند مورد پرداخته است.

مؤید نظر دوم این است که قانون‌گذار در سال ۱۳۷۵ جرم بودن شروع به جرم را نپذیرفته بود و فقط شروع به بعضی جرایم را قابل مجازات می‌دانست؛ مانند مواد ۶۱۳، ۵۴۳، ۵۹۴، ۶۲۱، ۶۵۵، ۶۷۵ و ۶۸۷ تعزیرات. لکن در قانون مصوب ۹۲ در پی ارائه رویکردی جدید، مبنی بر جرم دانستن شروع به جرم و دادن ضابطه‌ای کلی برای مجازات آن است و در واقع، اراده متأخر قانون‌گذار، همین ماده ۱۲۲ است که برای شروع تمامی جرایم با این ضابطه کلی مجازات تعیین شود. به علاوه، بعید است مراد قانون‌گذار این باشد که شروع به قتل، دارای ۳ ماه تا ۶ سال حبس باشد، ولی شروع به قطع عضو بر فرض اثبات، ۲ سال و ۱ روز تا ۵ سال حبس داشته باشد یا اینکه شروع به قتل توسط برادر شخص، مجازاتی یکسان با شروع به قتل از جانب پدر داشته باشد؛ در حالی که مجازات اصلی پدر ۳ تا ۱۰ سال حبس و مجازات برادر، قصاص است. البته این مسأله ناشی از غفلت تقنینی است که مجازات قتل تام توسط پدر ۳ تا ۱۰ سال حبس است؛ اما شروع به قتل توسط برادر ۵ سال و ۱ روز تا ۱۰ سال حبس داشته باشد.

با همه این تفاسیر، به نظر می‌رسد مجازات شروع به قتل بر اساس بند الف ماده ۱۲۲ است که عبارت است از حبس درجه ۴ که طبق ماده ۱۹ قانون مجازات اسلامی، بیش از ۵ تا ۱۰ سال تعیین می‌شود. البته باید به این نکته توجه داشت که صدر ماده ۱۲۲ مقرر می‌دارد: «هر کس قصد ارتکاب جرمی را بکند...» که طبق این قید، شرط اعمال مجازات‌های مقرر در ماده، قصد جرم خواهد بود و با توجه به اینکه در قتل شبه عمد، قاتل قصد قتل ندارد، شروع به چنین قتلی جرم نیست؛ اما در قتل عمد باید گفت طبق ماده ۲۹۰ قانون مجازات اسلامی، قتل عمد، چهار مصداق دارد: اول) جایی که

مرتکب، قصد قتلِ شخص معین یا شخص نامعین از جمع معین را داشته باشد؛ ب) مرتکب، قصد ارتکاب عملی که نوعاً موجب قتل می‌شود با علم به نوعاً گشندگی را دارد؛ ج) مرتکب، قصد انجام فعلی دارد که با توجه به وضعیت شخص مجنی علیه یا اوضاع و احوال دیگر، نوعاً موجب جنایت بر او می‌شود با علم به این وضعیت؛ د) مرتکب، قصد قتل دارد بدون اینکه شخص معین یا جمع معینی مورد نظروی باشد. در صورت اول و چهارم، قصد جرم وجود دارد؛ اما در خصوص نوع سوم و چهارم این سؤال مطرح است که آیا شروع به قتل عمد از این دو نوع نیز جرم است یا خیر؟

در پاسخ به سؤال فوق باید گفت ماده ۱۲۲ شامل تمامی اقسام قتل عمد می‌شود؛ زیرا گرچه در این موارد، شخص مرتکب، قصد قتل ندارد، اما به نظر عده‌ای نظیر مرحوم صاحب جواهر و آیت‌الله خامنه‌ای، قصد چنین فعلی، به منزله قصد قتل است (جواهر ۱۲:۴۲ و خامنه‌ای، «درس خارج قصاص»، به نقل از سایت <https://www.leader.ir/fa>). به بیان دیگر، می‌توان گفت قصد، یک مرحله ثبوتی دارد و یک مرحله اثباتی؛ یعنی در رابطه با قصد اولاً باید بحث کرد که آیا قصدی وجود دارد یا خیر و ثانیاً آیا دلیلی بر وجود قصد وجود دارد یا نه. در مقام ثبوت می‌توان گفت هم قصد وجود دارد و هم دلیل بر آن؛ چراکه اگر فرد قصد قتل نداشت، قطعاً از فعل کشنده استفاده نمی‌کرد و همین استفاده، نشان دهنده قصد قتل وی است و شاید همین موضوع مدنظر قانون‌گذار در تبصره ماده ۲۹۰ قانون مجازات بوده است که مقرر می‌دارد: «در بند ب عدم آگاهی و توجه مرتکب باید اثبات گردد و در صورت عدم اثبات جنایت عمدی است». در واقع، چنین قصدی قصد غیرمستقیم قتل است؛ لذا قصد جرم وجود دارد و طبیعتاً مجازات نیز در پی دارد. البته اگر کسی قصد غیرمستقیم را نپذیرد و مدعی شود که شارع جهت مسدود نمودن راه توجیه قتل (اینکه قاتل ادعا کند که قصد کشتن نداشته است)، این قسم را قتل عمد شمرده است، می‌تواند شروع به قتل در قالب این دو قسم را جرم نداند؛ اما همان نظر اول به واقع نزدیک‌تر است.

بنابراین، به نظر می‌رسد صرف وجود قصد قتل برای جرم بودن شروع به قتل، کافی است؛ چه قصد صریح باشد و چه غیرصریح و چه قتل عمد یا غیرعمد و یا خطای محض بوده باشد.

۳-۲. مبانی فقهی جرم‌انگاری شروع به جرم

به نظر، باید برای جرم‌انگاری شروع به جرم در شرع، دو عنوان «مقدمه حرام» و «تجری» را مورد بحث قرار دهیم؛ با این تفاوت که در مقدمه حرام، امکان حرمت مقدمی شروع به جرم بررسی می‌شود و در بحث دوم، حرمت نفسی شروع به جرم. البته تفاوتی نمی‌کند که فعل به چه عنوان حرام باشد. ما به دنبال اثبات حرمت آن هستیم تا با ضمیمه قاعده «التعزیر لکل عمل محرم»، وجهی برای جرم‌انگاری قانون‌گذار بیابیم.

۳-۲. مقدمه حرام

این عنوان به این مسأله می‌پردازد که آیا مقدمه فعل، در حکم ذی‌المقدمه اشتراک دارد و به بیان دقیق‌تر، آیا حرمتی که برای ذی‌المقدمه ثابت می‌شود، به لحاظ عقلی، به مقدمه نیز سرایت می‌کند یا خیر؟ به عنوان مثال، شرب خمر حرام است؛ اما آیا طی مسیری برای تهیه آن نیز حرام خواهد بود؟ اگر پاسخ ما به این مسأله، مثبت باشد، می‌توان حرمت شروع به انتقال ایدز را از باب شروع به قتل، نتیجه گرفت و حتی می‌توان فراتر از آن، فراهم کردن مقدمات ارتکاب جرم را نیز حرام تلقی کرده و طبق قاعده «التعزیر لکل عمل محرم»، جرم‌انگاری نمود؛ درست برعکس اقدام قانون‌گذار در ماده ۱۲۳ قانون مجازات که صرف مقدمه بودن فعلی برای جرم را جرم ندانسته و می‌گوید: «مجرد قصد ارتکاب جرم و یا عملیات و اقداماتی که فقط مقدمه جرم است و ارتباط مستقیم با وقوع جرم ندارد شروع به جرم نیست و از این حیث قابل مجازات نمی‌باشد». لذا می‌توان گفت قانون‌گذار کیفری قائل به تفصیل شده و آن مقدماتی را جرم‌انگاری کرده است که اگرمانعی در بین نباشد جرم تماماً محقق می‌شود. در هر صورت، فقها در حکم فقهی مقدمه حرام، اختلاف نظر دارند که مروری بر آنها خواهیم داشت.

قول اول در این مسأله، عدم حرمت مقدمه حرام به نحو مطلق است و فقهای نظیر امام خمینی (ره)، محقق نائینی، سید تقی قمی، آیت‌الله جعفر سبحانی، سید بشیر نجفی و فاضل لنکرانی قائل به این قول هستند (تهذیب الاصول ۲۲۲:۱؛ معتمد الاصول ۱۰۸:۱؛ الرسائل ۲:۲۰۲؛ الرسائل العشره ۷۵؛ محاضرات فی اصول الفقه ۲۸۵:۲؛ انوار البهیة فی القواعد الفقهیه ۱۵؛ آراء نافی اصول الفقه ۱۷۴:۱؛ ارشاد العقول

إلى مباحث الاصول ۱:۶۰۲: ومرقات الاصول ۷۵). البته آقای صافی گلپایگانی می فرماید اگر معنای نهی را «زجر عن الفعل» بدانیم، مقدمه حرام، حرام نیست؛ لکن اگر نهی را عبارت از (طلب ترک) بدانیم، نسبت به مقدمه سببیه بلکه جزء آخر از علت تامه حرام، قائل به حرمت می شویم (بیان الاصول ۱:۲۵۵).

قول دوم، تفصیلی است که برخی مطرح کرده اند و گرچه در اینجا نیز اختلافاتی در خصوص تفصیل مورد بحث، وجود دارد، اما نظر مشترک بین آنان، حرمت مقدمه ای است که علت تامه برای ارتکاب حرام است؛ به گونه ای که اگر مقدمه تحقق یابد، ذی المقدمه نیز بدون تردید، محقق می شود. قائلین به این قول عبارتند از آیات عظام نراقی، خوئی، عراقی، رشتی، تبریزی، مکی، کاشف الغطاء، آخوند خراسانی، مکارم شیرازی، بهجت (عوائد الایام ۷۱؛ غایة المامول ۱:۴۲۰؛ اجود التقريرات ۱:۲۵۰؛ دراسات فی علم الأصول ۱:۳۶۴؛ بدائع الافکار فی الأصول ۴۰۲؛ نهایة الافکار ۲:۳۵۶؛ بدائع الافکار ۳۵۷؛ أوثق الوسائل ۲۶؛ قواعد استنباط احکام ۱۵۹؛ کشف الغطاء ۱:۱۶۸؛ کفایة الاصول ۱۲۸؛ أنوار الاصول ۱:۴۲۷ و مباحث الاصول ۲:۱۸۷). البته اگر مقدمه، علت تامه ارتکاب جرم نباشد، چنانچه قصد مکلف از انجام مقدمه، رسیدن به حرام و انجام آن باشد، این گروه از علما اختلاف نظر داشته و فقط مرحوم نراقی و تبریزی قائل به حرمت هستند. (همان)

نظریه سوم نیز نظریه میرزای قمی است که به طور کلی، مقدمه حرام را حرام می داند (قوانین المحکمه فی الاصول ۱:۳۲۶).

تذکر این نکته مهم است که مقدمه مذکور به نحوی نیست که اگر مرتکب، شروع به جرم کند، حتماً جرم محقق می شود؛ بلکه همان گونه که در ابتدای بحث شروع به جرم نیز اشاره شد، ممکن است عاملی خارج از اراده وی، مانع تحقق جرم گردد که در این صورت، سه نفر از فقها قائل به حرمت چنین مقدمه ای هستند و تعداد بسیاری از آنان، این مقدمه را حرام نمی دانند؛ همانطور که میان جرم و گناه، رابطه عموم و خصوص من وجه حاکم بوده و قانون گذار کیفری در وجه اجتماع گناه و جرم، نظر مشهور را پذیرفته است و در ماده ۱۲۳ چنین مقرر داشته است: «مجرد قصد ارتکاب جرم و یا عملیات و اقداماتی که فقط مقدمه جرم است و ارتباط مستقیم با وقوع جرم ندارد، شروع به جرم نیست و از این حیث قابل مجازات نمی باشد». واضح است که منظور از عبارت «از این حیث»، حیث مقدمه بودن است.

تجری در اصطلاح اصولیین، یعنی اشتباه موضوعی در امری که حرمت دارد یا اشتباه حکمی در موضوعی که حکمی غیر از حرمت دارد و سپس انجام دادن عمل بر مبنای اشتباه؛ به عنوان مثال، شخصی به اشتباه، یقین دارد سرنگی که در دست اوست، آلوده به ویروس HIV است و با چنین تصور اشتباهی، آن را به دیگری به این قصد تزریق می‌کند که وی را مبتلا به این ویروس نماید؛ در صورتی که سرنگ مذکور مثلاً واکسن کزاز است. در بحث تجری سه مطلب بررسی می‌شود؛ اول) قبح تجری؛ دوم) استحقاق عقاب متجری؛ سوم) حرمت تجری.

مسأله اول) قبح تجری

در خصوص قبح تجری فقها اختلاف نظر دارند. فقهای نظیر آیات عظام سبحانی، ایروانی، شیرازی، حائری، شیخ انصاری و مکارم شیرازی قائل به عدم قبح هستند و ظاهراً مراد آنان، مطلق قبح، اعم از قبح فعلی و قبح فاعلی است که حتی مرتکب، مستحق سرزنش باشد (ارشاد العقول ۳:۳۶؛ المحصول فی علم الاصول ۳:۳۱؛ الاصول فی علم الاصول ۲:۲۱۶؛ بیان الاصول ۱:۳۹؛ درر الفوائد ۳:۳۷؛ فرائد الاصول ۴:۶؛ و انوار الاصول ۲:۲۲۰).

در مقابل، عده‌ای قائل به قبح تجری هستند؛ از جمله، شهید صدر، سید تقی قمی، اراکی، شاهرودی، میلانی، خوئی، روحانی، مدنی تبریزی، محمد سعید حکیم، میرزاهاشم آملی، آخوند خراسانی، ابوالحسن اصفهانی و مصطفی خمینی (دروس فی علم الاصول ۲:۲۵؛ جواهر الاصول ۶۵؛ بحوث فی علم الاصول ۴:۳۷؛ مباحث الاصول ۱:۳۰۸؛ آراءنا فی اصول الفقه ۲:۱۸؛ اصول الفقه ۱:۳۸۳؛ اضواء و آراء تعلیقات علی کتابنا بحوث ۲:۵۶؛ تحقیق الاصول ۵:۶۶؛ دراسات فی علم الاصول ۳:۳۲؛ غایه المأمول ۲:۲۷؛ زبده الاصول ۴:۴۳؛ قواعد الاصول ۲۵۲، الکافی فی اصول الفقه ۲:۱۹؛ مجمع الافکار و مطرح الانتظار ۳:۳۶؛ کفایه، ۲۵۹؛ وسیله الوصول الی حقائق الاصول ۱:۴۶؛ و تحریرات فی الاصول ۶:۷۷). البته آقای فاضل لنکرانی معتقدند تجری قبح فاعلی دارد و نه فعلی (دراسات فی الاصول ۳:۳۱).

مسأله دوم) استحقاق عقاب تجری

در این مسأله نیز اختلاف نظر وجود دارد و بعضی معتقدند که از نظر عقلی، متجری استحقاق عقاب ندارد؛ مانند آیات عظام: سبحانی، ایروانی، مکارم شیرازی، شیرازی، مصطفی خمینی، فاضل لنکرانی، حائری و شیخ انصاری (ارشاد العقول ۳: ۳۶؛ الاصول فی علم الاصول ۲: ۲۲۰؛ انوار الاصول ۲: ۲۲۰؛ بیان الاصول ۱: ۳۹؛ تحریرات فی الاصول ۶: ۷۷؛ دراسات فی الاصول ۳: ۴۳؛ درر الفوائد ۳: ۳۷؛ و فرائد الاصول ۴۶). البته برخی از این افراد، متجری را مستحق ذمّ می‌دانند؛ مانند: محقق ایروانی و شیخ انصاری (همان).

در مقابل، عده‌ای متجری را عقلاً مستحق عقاب می‌دانند؛ همانند آیات عظام: سیدتقی قمی، اراکی، شهید صدر، شاهرودی، میلانی، خوئی، مدنی تبریزی، محمدسعید حکیم، میرزاهاشم آملی، آخوند خراسانی، ابوالحسن اصفهانی و محمد مومن (آراءنا فی اصول الفقه ۲: ۱۸؛ اصول الفقه اراکی ۱: ۳۸۳؛ مباحث الاصول ۱: ۲۸۶؛ بحوث فی علم الاصول ۴: ۳۸؛ دروس فی علم الاصول ۲: ۲۵؛ جواهر الاصول ۵۷؛ أضواء و آراء تعلیقات علی کتابنا بحوث ۲: ۵۶؛ تحقیق الاصول ۵: ۸۱؛ دراسات فی علم الاصول ۳: ۳۴؛ غایه المأمول ۲: ۲۷؛ قواعد الاصول ۲: ۵۲؛ الکافی فی اصول الفقه ۲: ۱۹؛ مجمع الافکار و مطرح الانتظار ۳: ۳۶؛ کفایة الاصول، ۲۵۹؛ وسیله الوصول إلى حقائق الاصول ۱: ۴۴۷؛ و تسدید الاصول ۱۲: ۲). البته آیت‌الله روحانی قائل به تفصیل شده و می‌فرماید: چنانچه عقاب عاصی به جهت هتک مولی و جرأت بر او باشد، متجری نیز مستحق عقاب است؛ لکن اگر به جهت جعل شارع و بیان او باشد، متجری، مستحق عقاب نیست (زبده الاصول ۴: ۳۲).

مسأله سوم) حرمت تجری

عده کثیری از فقها، قائل به عدم حرمت تجری هستند؛ مانند آیات عظام: سیدتقی قمی، سبحانی، اراکی، ایروانی، مکارم شیرازی، شهید صدر، شیرازی، مصطفی خمینی، ننهاوندی، لنکرانی، خوئی، شیخ انصاری، محمد سعید حکیم، آخوند خراسانی، بروجردی، میرزاهاشم آملی، حجت و مومن (آراءنا فی اصول الفقه ۲: ۱۸؛ ارشاد العقول ۳: ۳۷؛ اصول الفقه اراکی ۱: ۳۷۶؛ الاصول فی علم الاصول ۲: ۲۱۷؛ انوار الاصول ۲: ۲۲۰؛ مباحث الاصول ۱: ۲۸۶؛ بحوث فی علم الاصول ۴: ۶۵؛ بیان الاصول ۱: ۳۹؛ تحریرات فی

الاصول ۶:۸۸؛ تشریح الاصول ۱۷۶؛ دراسات فی الاصول ۳:۳۷؛ دراسات فی علم الاصول ۳:۳۴؛ غایة المأمول ۲:۲۸؛ فرائد الاصول ۱:۳۸؛ الکافی فی اصول الفقه ۲:۱۷؛ کفایة الاصول ۲:۲۶۰؛ لمحات الاصول ۴۳۶؛ مجمع الافکار و مطرح الانظار ۳:۴۴؛ المحجة فی تقریرات الحجة ۲:۵۲؛ و تسدید الاصول ۲:۱۵).
 اما در مقابل، تعداد کمی از علما قائل به حرمت تجری هستند؛ مانند سید محمود شاهرودی و سید علی میلانی (أضواء و آراء تعلیقات علی کتابنا بحوث ۲:۸۹ و تحقیق الاصول ۵:۱۱). به عقیده این گروه، اگر حرمت تجری، ثابت باشد شروع به جرم به طریق اولی حرام است؛ زیرا در شروع جرم، قطعاً عمل مورد نظر، جرم است و چنانچه اشاره شد، اگر مانعی در کار نباشد، جرم به صورت کامل محقق می‌شود؛ بنابراین، ملاک حرمت در آن بیشتر از تجری بوده و طبق قاعده «التعزیر لکل عمل محرم»، حاکم شرع یا قانون‌گذار مورد تأیید وی، می‌تواند آن را جرم‌انگاری کند. البته این استدلال زمانی تمام است که رابطه منطقی گناه و جرم؛ تساوی باشد؛ در حالی که رابطه این دو عموم من وجه است و استدلال مذکور در وجه اشتراک گناه و جرم، جریان دارد و در وجه افتراق از جانب جرم استدلال فوق جریان نداشته و به ناچار استدلالی که در ذیل مطرح می‌شود جریان پیدا خواهد کرد. حتی اگر حرمت تجری به اثبات نرسد، اما قائل به استحقاق عقاب متجری باشیم (همان‌طور که اکثر فقهای متجری را مستحق عقاب می‌دانند)، باز هم قانون‌گذار می‌تواند شروع به جرم را جرم‌انگاری کند؛ زیرا ملاک استحقاق عقاب در شروع به جرم به صورت قوی‌تری هم وجود دارد. البته این سخن طبق نظر فقهایی نظیر شهید اول، کاشانی، شهید صدر، محقق داماد، اردبیلی و مکارم شیرازی (القواعد و الفوائد ۲:۱۴۲؛ کتاب القصاص ۱۷۴؛ ماوراء الفقه ۹:۱۱۵؛ قواعد فقه ۴:۲۴۸؛ فقه الحدود و التعزیرات ۱:۳۷؛ تعزیر و گستره آن ۴۳ و ۴۶) درست است که موضوع قاعده «التعزیر لکل عمل محرم» را هر عمل قبیحی، اعم از ترک واجب یا ارتکاب حرام و اعم از صغیره و کبیره می‌دانند.
 حقوق‌دانان بحشی تحت عنوان جرم محال دارند که به حالتی اطلاق می‌شود که شخصی به قصد جرم، اقدام به کاری کرده و آن اقدام را تا نهایت آن انجام می‌دهد؛ لکن به جهات مادی، نظیر فقدان موضوع یا عدم قابلیت وسیله، جرم مذکور ارتکاب پیدا نمی‌کند؛ به عنوان مثال، فردی سرنگ آلوده در دست خود را به قصد ابتلای دیگری و به تصور اینکه وی خوابیده است، به او تزریق می‌کند و حال آنکه

وی خواب نبوده و در واقع، مرده است یا فردی به تصور اینکه خود مبتلا به ایدز است و به قصد مبتلی نمودن دیگری به این بیماری، با وی آمیزش جنسی می‌کند. در چنین صورتی، آیا می‌توان شخص را مجازات کرد و عنوان کیفری او چه خواهد بود؟ قانون‌گذار در تبصره ماده ۱۲۲ قانون مجازات اسلامی، مقرر می‌دارد که «هر گاه رفتار ارتكابی، ارتباط مستقیم با ارتكاب جرم داشته، لکن به جهات مادی که مرتکب از آنها بی‌اطلاع بوده است، وقوع جرم غیر ممکن باشد، در حکم شروع به جرم است». لذا هر آنچه درباره شروع به جرم گفته شد، به جز بحث مقدمه حرام، در این فرض نیز جریان دارد.

۴- تشخیص قاتل

در صورتی که عمل مورد بحث، منجر به قتل شود، مسأله تشخیص قاتل مطرح می‌شود که شامل مباحث و ابعاد مختلف فقهی است و در ادامه به جنبه‌های این موضوع خواهیم پرداخت.

۴-۱. انواع قتل

بحث از این مطلب به این جهت ضروری است که نوع قتل، تعیین‌کننده نوع مسئولیت و تعیین مسؤل قتل خواهد بود؛ زیرا اگر قتل، عمدی باشد، مسؤل قتل نیز قاتل بوده و مسئولیت او قصاص است؛ مگر در مواردی خاص و چنانچه قتل، شبه‌عمد باشد، قاتل باید دیه را بپردازد. همچنین اگر قتل، خطای محض باشد، چنانچه قتل با علم قاضی، بینة یا قسامه به اثبات برسد عاقله قاتل، مسؤل قتل خواهند بود و در غیر این صورت، خود قاتل دیه را می‌پردازد. البته اگر قاتل اقرار کند و عاقله او را تصدیق کنند، عاقله دیه را می‌دهند (مواد ۴۶۲ و ۴۶۳ قانون مجازات اسلامی). عاقله نیز شامل پدر، پسر و بستگان ذکور نسبی ابوینی یا اُبی مرتکب به ترتیب طبقات ارث، می‌شوند (ماده ۴۸۶ قانون مجازات). نحوه پرداخت توسط عاقله به این صورت است که کسانی که هنگام مرگ شخص از ارث می‌برند، به صورت مساوی مسؤل پرداخت هستند.

فقهای شیعه قتل را به سه قسم عمد محض، شبه‌عمد و خطای محض تقسیم کرده و قتل عمدی را نیز شامل سه صورت می‌دانند؛ ۱- قصد قتل همراه با انجام فعل کشنده؛ ۲- قصد قتل

همراه با انجام فعل نادراً کشنده؛ ۳- انجام فعل کشنده^۲، علماً راجع به دو قسم دیگر قتل معتقدند اگر مرتکب، قصد قتل نداشت، ولی قصد انجام فعلی نسبت به شخصی داشت که کشنده نبود (با هر تعریفی از فعل کشنده)، اما اتفاقاً به مرگ او منجر شد، وی مرتکب قتل شبه عمد شده است؛ اما اگر نه قصد قتل و نه قصد فعل بر شخص مجنی علیه داشت و در هر دو با خطا مواجه شد، در اینجا قتل، خطایی خواهد بود؛ به عنوان مثال، وی به قصد شکار آهو، به سمت او تیری را رها می‌کند، ولی اتفاقاً به انسانی اصابت می‌کند. در همین رابطه، علامه حلی (ره) می‌فرماید: «و اما شبیه عمد و هو آن یکون عمداً فی فعله مخطئاً فی قصده، کمن یضرب تأدیماً فی موت. و اما خطأ محض، بأن یکون مخطئاً فی الفعل والقصد معاً کمن یرمی طائراً فیصیب إنساناً (تبصرة المتعلمین ۱۹۳).

۱. در خصوص اینکه این فعل باید چه خصوصیتی داشته باشد تا قتل، عمدی محسوب شود، میان علما سه نظریه مطرح است. نظریه اول این است که فعل به گونه‌ای باشد که عرفاً سبب قتل باشد. در توضیح این کلام لازم است گفته شود در منتج شدن یک فعل به نتیجه، چند صورت قابل تصور دارد: ۱- قطعی: مانند جایی که یک لیوان حاوی سم کشنده را به دیگری تقدیم کند و وی نیز آن را بنوشد؛ ۲- اغلی: یعنی جایی که احتمال حصول نتیجه قریب به یقین است؛ به عنوان مثال، ۱۰ لیوان را که ۹ عدد از آن حاوی سم کشنده است را به دیگری تعارف کند؛ ۳- غالبی: جایی که احتمال بیش از ۵۰ درصد باشد؛ ۴- بین غالب و نادر: مانند صورتی که احتمال به حدی باشد که عرف آن را نادیده نگیرد، ولی به حد غالب نرسد؛ ۵- نادر: مثلاً سمی که در حالت عادی کشنده نباشد را به شخصی بدهد و آن شخص آن را بنوشد و سپس به علت ترکیب آن سم با مواد غذایی موجود در معده وی، حالت کشنده پیدا کرده و از دنیا برود. در این چند صورت، به نظر می‌رسد عرف فقط در حالت آخر، سببیت را صادق نداند. علمائی نظیر صاحب جواهر و فاضل اصفهانی (جواهر الکلام ۱۲: ۴۲ و کشف اللثام ۱۰: ۱۱) قائل به نظریه نخست هستند. البته در تشخیص سببیت عرفی باید حال شخصی مجنی علیه و اوضاع و احوال مثل سردی یا گرمی هوا نیز لحاظ شود. این مطلب از فتوای این دو بزرگوار در ایراد ضربه با وسیله نادراً کشنده بر شخص مریض فهمیده می‌شود.

دیدگاه دوم، کشندگی غالبی است. این دیدگاه، نظر مشهور علما بوده و بزرگانی چون محقق حلی، شهید ثانی، علامه حلی، سیدعلی طباطبائی، ابوالقاسم خوئی است (شرایع الاسلام ۴: ۱۸۰؛ المختصر النافع ۲: ۲۹۲؛ حاشیه الارشاد؛ تبصرة المتعلمین ۱۹۳؛ تحریر الاحکام الشرعیة ۵: ۴۲۰؛ ریاض ۱۶: ۱۸۵؛ و مبانی تکملة المنهاج ۴: ۳۰۴). طبق این قول نیز باید به وضع جسمی مجنی علیه و همچنین وضعیت حاکم بر محل واقعه، توجه نمود.

در آخرین نظر، کشنده بودن فعل به در معرض قتل قرار دادن دیگری تعبیر شده است و فرقی نمی‌کند که فعل غالباً کشنده باشد یا به طور نادر به مرگ دیگری منجر شود. آیت‌الله خوانساری این نظریه را مطرح نموده است (جامع المدارک ۷: ۱۸۴). البته می‌توان از کلام آقای خوبی نیز چنین برداشتی داشت (مبانی تکملة المنهاج ۴: ۹۷). قانون‌گذار از بین این سه نظریه، نظریه دوم را پذیرفته است (بند ب ماده ۲۹۰ قانون مجازات اسلامی).

۲. آیا صدق قتل عمدی در جایی که مرتکب صرفاً قصد ارتکاب فعل کشنده را دارد، منوط به علم او به کشنده بودن فعل است؟ اکثر علما قصد فعل کشنده را برای تحقق عمد کافی می‌دانند؛ مانند محقق حلی، علامه حلی، فخرالمحققین، شمس‌الدین حلی، شهید ثانی، محقق اردبیلی، سیدعلی طباطبائی، امام خمینی (ره)، میرزا جواد تبریزی، محمدفاضل لنکرانی (شرایع ۴: ۱۸۰؛ قواعد ۳: ۵۸۲؛ تحریر ۵: ۴۲۰؛ ایضاح الفوائد ۴: ۵۵۶؛ معالم الدین ۲: ۵۲۷؛ مسالک الافهام ۱۵: ۶۶؛ مجمع الفائدة و البرهان ۱۳: ۳۷۲؛ ریاض ۱۶: ۱۸۵؛ تحریر الوسيلة ۲: ۵۵۳؛ تنقیح مبانی الاحکام، کتاب القصاص، ۷؛ و تفصیل الشریعة کتاب القصاص، ۱۳). در مقابل، عده‌ای علم به کشنده بودن را شرط می‌دانند نظیر فاضل اصفهانی، خوانساری، سیدعلی حسینی خامنه‌ای (کشف اللثام ۱۱: ۱۰۱؛ جامع المدارک ۷: ۱۸۴؛ تقریرات درس خارج قصاص leader.ir). قانون‌گذار نیز در بند (ب) ماده ۲۹۰ قانون مجازات از این نظر پیروی کرده است.

در نتیجه، قتل در صورتی عمد است که قاتل، قصد قتل داشته یا قصد انجام فعلی روی مقتول داشته باشد که نوعاً یا غالباً کشنده است و علم به این مطلب نیز داشته باشد؛ اما اگر فعل او نوعاً کشنده نباشد یا او علم به کشنده بودن نداشته باشد، شبه عمد خواهد بود و چنانچه نه قصد قتل و نه قصد انجام فعلی بر مجنی علیه داشته باشد، خطای محض محسوب می‌شود.

۴-۲. نحوه مداخله در قتل

در ارتباط با نحوه مداخله در جنایت یا اتلاف، چندین اصطلاح به کار می‌رود که در روایات اشاره‌ای به آنها نشده است، اما پرداختن به آنها هم فائده علمی و هم عملی دارد؛ لذا برای حمل صحیح بار مسئولیت، باید اولاً به تعریفی مناسب از این اصطلاحات دست یابیم و ثانیاً صورت اجتماع این عناوین در یک حادثه را بررسی نماییم. این اصطلاحات عبارتند از مباشر، مسبب، علت، شرط و شریک. اهمیت این اصطلاحات از آن جهت است که شرط و علت بودن برای جنایت، مسئولیت در پی ندارد، اما مباشر، مسبب و شریک، مسئول جرم هستند.

برای تصور صحیح این عناوین و تفکیک آنها از یکدیگر، مثالی می‌زنیم؛ حمید مبتلا به ایدز است و کامران و سیروس از این موضوع مطلع هستند. آنها قصد کشتن سعید را دارند و لذا موضوع را با حمید در میان می‌گذارند. کامران سرنگی را به بدن حمید تزریق کرده و آن را به سیروس می‌دهد و سیروس هم آن را به بدن سعید تزریق کرده و سعید بعد از دو سال به دلیل ابتلا به بیماری ایدز می‌میرد.

۴-۲-۱. اصطلاحات

مباشر

مباشر کسی است که جنایت را به طور مستقیم، انجام می‌دهد؛ مثل کسی که شمشیر را به دیگری زده و او را می‌کشد. این تعریف در ماده ۴۹۴ قانون مجازات اسلامی پذیرفته شده است: «مباشر آن است که جنایت مستقیماً توسط خود مرتکب واقع شود».

مسبب

مسبب کسی است که خود مرتکب جنایت نمی‌شود و فقط سبب وقوع جنایت است؛ به طوری که صرف وجود او دلیلی بر وقوع جنایت نیست، اما اگر وی نباشد نیز جنایت واقع نمی‌شود. ماده

۵۰۶ قانون مجازات تسبیب را چنین تعریف می‌کند: «تسبیب در جنایت آن است که کسی سبب تلف شدن یا مصدومیت یگیری را فراهم کند و خود مستقیماً مرتکب جنایت نشود؛ به طوری که در صورت فقدان رفتار او جنایت حاصل نمی‌شد؛ مانند آنکه چاهی بکند و کسی در آن بیافتد و آسیب ببیند».

شرط

این اصطلاح در قوانین موجود، تعریف نشده است، اما در لسان فقها وجود دارد. علامه حلی (ره) در تعریف آن می‌گوید: «الشرط هو الذی یحصل (الموت) عنده لا به کحفر البئر» (تحریر الاحکام ۴۲۲:۵)؛ یعنی شرط آن است که قتل به وسیله آن اتفاق نمی‌افتد، بلکه وقتی وجود دارد، مرگ حاصل می‌شود؛ مانند حفر بئر. با این وجود، اکثر علما حفر بئر را از مصادیق تسبیب می‌دانند و نه شرط؛ علاوه بر اینکه تعریف ایشان به گونه‌ای است که مرز سبب و شرط را به هم نزدیک کرده و تشخیص آنها را دشوار می‌نماید. سایر علماء بحثی از شرط نکرده یا اگر آن را مطرح کرده‌اند، تعریف و معیار دقیقی ارائه نکرده‌اند. البته مقام معظم رهبری آن را چنین تعریف نموده است: شرط آن است که در بروز اثر از مؤثر، تأثیر می‌گذارد، لکن در نتیجه هیچ تأثیری ندارد و تأثیر آن فقط در این است که موجب می‌شود این اثر از آن مؤثر صادر شود؛ مانند تیز بودن چاقو در موردی که «الف» شخص دیگری را ذبح می‌کند. (خامنه‌ای، «درس خارج قصاص»، به نقل از سایت www.leader.ir/fa)

علت

این عنوان نیز در قانون تعریف نشده و از میان فقها، شهید اول آن را مترادف با مباشر می‌داند (الدروس الشرعیة ۳: ۱۰۷). اما شهید ثانی می‌فرماید: «و ما یضاف الیه الهلاک سمی علة» (مسالك الافهام ۱۲: ۱۶۳)؛ یعنی آنچه که هلاکت به آن نسبت داده می‌شود، علت نام دارد. مثلاً وقتی الف شخص ب را ذبح می‌کند، در واقع، آنچه هلاکت به آن نسبت داده می‌شود، بریدن سر است. آیت‌الله خامنه‌ای علت را این‌گونه تعریف می‌کند: «ما یتولد منه النتيجة»؛ نتیجه در باب قتل، عبارت است از زهوق روح و لذا آن چیزی که نتیجه مذکور از آن متولد شود، علت نام دارد؛ مثل جدا شدن سر از بدن یا شکافته شدن قلب (خامنه‌ای، «درس خارج قصاص»، به نقل از سایت www.leader.ir/fa)

leader.ir/fa). علامه حلی (ره) نیز نزدیک به این تعریف را بیان می‌دارد: «و العلة ما يولد الموت إما ابتداء بغير واسطة كجزء الرقبة وأما بوسائل كالرمي فإنه يولد الجرح، والجرح يولد السراية، والسراية تولد الموت» (تحریر الاحکام ۴۲۲:۵). ایشان علت را به فعل تعریف کرده‌اند و نه به شخص مانند رمی و جزّ. در جواهر الکلام نیز چنین تعریفی آمده است (نجفی ۱۸: ۴۲).

اکنون با توجه به مثال ابتدای بحث، حمید و کامران سبب جنایت هستند و سیروس، مباشر در قتل. آلوده بودن سرنگ شرط و ضعف سیستم امنیتی و عفونت بدن نیز علت قتل خواهد بود.

۴-۲-۲. صورت‌های دخالت در قتل

با توجه به اینکه عوامل فوق گاهی در کنار یکدیگر اجتماع می‌کنند، برای مسأله دخالت در قتل، صورت‌های مختلفی قابل تصور است که هر یک از آنها حکم خاص خود را دارد.

۴-۲-۲. شریک

شریک در جرم مانند اینکه دو نفر به صورت اشتراکی، سرنگ حاوی ویروس HAV را به دیگری تزریق کنند. فقهای امامیه تعریفی از شریک در جرم ارائه نکرده‌اند پس به بحث از شرکت در قتل پرداخته‌اند؛ به عنوان مثال، امام خمینی رحمته الله علیه در تحریر الوسیله می‌فرماید: «تتحقق الشركة فی القتل بأن يفعل کل منهم ما یقتل لو انفراد...»؛ یعنی تحقق شرکت به این است که فعلی که در صورت انجام دادن آن، به تنهایی منتهی به فوت دیگری می‌شود را چند نفری انجام دهند (تحریر الوسیله کتاب القصاص ۶۴۷:۲). محقق خوئی نیز شبیه این تعریف را بیان کرده‌اند (مبانی تکملة المنهاج ۲۶:۲). در ماده ۱۲۵ قانون مجازات فعلی مصوب ۱۳۹۲، چنین مقرر شده است: «هر کس با شخص یا اشخاص دیگر در عملیات اجرایی جرمی شرکت کند و جرم مستند به رفتار همه آنها باشد، خواه رفتار هر یک به تنهایی برای وقوع جرم کافی باشد، خواه نباشد و خواه اثر کار آنان مساوی باشد، خواه متفاوت، شریک در جرم محسوب و مجازات او مجازات فاعل مستقل آن جرم است...». همانطور که گفته شد، مجازات شریک در جرم، همان مجازات کسی است که به تنهایی مرتکب جرم شده باشد؛ لکن در بحث ما که بحث قتل است، در تبصره همان ماده مقرر داشته است: «اعمال مجازات حدود، قصاص و دیات در مورد شرکت در جنایت با رعایت

مواد کتاب‌های دوم، سوم و چهارم این قانون است). در قانون مجازات اسلامی مواد ۳۶۸ الی ۳۷۵ به قتل عمدی اختصاص یافته است. ماده ۳۷۳ قانون مزبور، مقرر می‌دارد: «در مورد شرکت در جنایت عمدی، حسب مورد مجنی علیه یا ولی دم می‌تواند یکی از شرکا در جنایت عمدی را قصاص کند و دیگران باید بلافاصله، سهم خود از دیه را به قصاص شونده بپردازند و یا اینکه همه شرکا یا بیش از یکی از آنان را قصاص کند؛ مشروط بر اینکه دیه مازاد بر جنایت پدید آمده را پیش از قصاص به قصاص شونده بپردازد. اگر قصاص شونده همه شرکا نباشند، هر یک از شرکا که قصاص نمی‌شود نیز باید سهم خود از جنایت را به نسبت تعداد شرکا بپردازد».

در تبصره این ماده آمده است: «اگر مجنی علیه یا ولی دم خواهان قصاص برخی از شرکا باشد و از حق خود نسبت به برخی دیگر، مجانی گذشت کند یا با آنان مصالحه نماید؛ در صورتی که دیه قصاص شونده بیش از سهم جنایتشان باشد، باید پیش از قصاص، مازاد دیه آنان را به قصاص شونده بپردازد». در این خصوص، ماده ۳۷۴ نیز قابل توجه است. در خصوص قتل شبه‌عمد نیز ماده ۴۵۳ مقرر می‌دارد: «هر گاه دو یا چند نفر به نحو اشتراکی مرتکب جنایت موجب دیه گردند، حسب مورد هر یک از شرکا یا عاقله آنها به طور مساوی، مکلف به پرداخت دیه است».

۴-۲-۲-۱. اجتماع مسبب و مباشر

همانطور که گفته شد نحوه مداخله در قتل به چند صورت متصور است که از این صور علت عبارت است از فعل یا حالتی که که از آن نتیجه به وجود می‌آید و بدیهی است که مسئول دانستن فعل یا حالت معقول نیست. کسانی که شرط را مطرح کرده‌اند نیز مسئولیتی برای آن قائل نیستند و تمام مسئولیت را متوجه مباشر و مسبب می‌دانند. مباشر در تمام قتل‌ها و حوادث وجود دارد و یا به تنهایی مرتکب قتل می‌شود که در این صورت، اگر واجد شرایط مسئولیت باشد (ماده ۱۴۰ قانون مجازات)، مسئولیت متوجه خود وی خواهد بود و در فرض فقدان شرایط نیز حسب مورد مباشر یا عاقله وی ضامن و یا در بعض صور، کسی ضامن نیست. گاهی مباشر با همکاری مسبب، مرتکب قتل می‌شود؛ لذا در این فرض این سؤال مطرح می‌شود که کدام یک از آنان ضامن جنایت خواهد

بود؟ برای واضح شدن بحث، مثالی را از اجتماع سبب و مباشر بیان می‌کنیم: حامد سرنگ آلوده‌ای را به کامران می‌دهد تا به همایون تزریق کند و او نیز اقدام به این کار می‌نماید و همایون بعد از مدتی به دلیل بیماری ایدز می‌میرد. در این مثال، کامران مباشر و حامد مسبب نامیده می‌شود.

در فرض اجتماع سبب و مباشر، ممکن است یکی از آنان اقوی از دیگری باشد؛ مثلاً یکی از آنان عالم به آلوده بودن سرنگ بوده و دیگری، جاهل به این مطلب باشد. در این صورت، به نظر اکثر علما، از جمله، محقق حلی، علامه حلی، فخرالمحققین، شهید اول، شهید ثانی، فاضل اصفهانی، سیدعلی طباطبائی، محمدفاضل لنکرانی و مکارم شیرازی، سبب یا مباشر اقوی مسئول خواهد بود (شرایع الاسلام ۴: ۲۴۰؛ تحریر الاحکام ۵: ۲۹؛ قواعد الاحکام ۳: ۵۲۹؛ ایضاح الفوائد ۴: ۵۶۹؛ غایة المراد فی شرح نکت الارشاد ۲: ۳۹۳؛ مسالک الافهام ۱۲: ۱۶۴؛ کشف اللثام ۱۱: ۳۹؛ ریاض المسائل ۱۶: ۴۲۰؛ شرح الصغیر علی مختصر النافع ۳: ۴۷۹؛ تفصیل الشریعه، الدیات ۴-۱۰؛ الفتاوی الجدیده ۳: ۳۸۳؛ غایة الآمال فی شرح کتاب المکاسب ۲: ۲۷۵؛ فقه الصادق ۵: ۱۰۰؛ کشف الرموز ۲: ۶۴۹؛ مختصر النافع ۲: ۳۰۶؛ التنقیح الرائع ۴: ۴۸۸؛ تنقیح مبانی الاحکام، کتاب الدیات ۱۰۷؛ الرسائل الفقهیة، تقریرات لنجم آبادی ۵۶۸؛ المذهب البارع ۵: ۲۹۳؛ تحریر الوسیله ۲: ۵۶۹؛ التعليقات علی شرایع الاسلام ۲: ۵۰۱؛ منهج الصالحین، للوحید ۳: ۵۹۹؛ منهج الصالحین للروحانی ۳: ۳۸۹؛ مبانی تکمله المنهاج ۴: ۳۲۰؛ قواعد الفقهیة للبحروردی ۲: ۳۵؛ و تفصیل الشریعه، کتاب الغصب (۱۶۳).

اما معیار در اقوا بودن چیست؟ میرزا حبیب‌الله رشتی می‌فرماید: قوت مباشر به این است که هم قصد اتلاف داشته باشد و هم در این کار، مختار باشد و چنانچه یکی از این دو امر، منتفی شد، سبب، قوی است؛ لکن اگر مباشر هم قصد اتلاف و هم اختیار آن را داشته باشد، اما اذن شرعی در اتلاف داشت، سبب قوی است (کتاب الغصب ۳۷). طبق این بیان، مجریان احکام و نیز قاضی در صورتی که به استناد حکم شهود کذب، حکمی به ظاهر صحیح را اجرا یا صادر می‌کنند، مسئولیتی ندارند. همچنین طبق معیار ایشان، فرض تساوی مباشر و سبب امکان ندارد؛ ولی در ادامه خواهیم گفت طبق قانون مجازات، فرض تساوی امکان دارد (ماده ۵۲۵) و نظر آیت‌الله مکارم نیز امکان وجود این فرض است.

آیت‌الله مکارم شیرازی معیار اقوا بودن را میزان تأثیر می‌داند یعنی اگر تأثیر مسبب ۷۰٪ و تأثیر مباشر ۳۰٪ باشد، مسبب اقوا و مسئول است که البته در این زمینه، به عرف، اعم از خاص و عام، مراجعه می‌کنیم (فتاوی‌الجدیده ۳: ۳۸۴). به نظر می‌رسد قانون‌گذار نیز این معیار را در ماده ۵۲۶ قانون مجازات پذیرفته است: «در صورتی که مباشر در جنایت بی‌اختیار، جاهل، صغیر غیر ممیز یا مجنون و مانند آنها باشد، فقط سبب، ضامن است». بر طبق ماده ۳۷۹ قانون مجازات منظور از عبارت «مانند آنها» می‌توان به غرور و اکراه یا اضطرار اشاره کرد. البته اضطرار و اکراه در بحث قتل کارایی ندارد.

اما در صورتی که هیچ یک از سبب و مباشر، اقوا نباشد، چه کسی ضامن خواهد بود؟ در فرض اجتماع سبب و مباشر مشهور معتقدند اگر مباشر، اقوی باشد یا با سبب، مساوی باشد، وی ضامن خواهد بود و در غیر این دو صورت، سبب، ضامن است. بزرگانی نظیر محقق حلی، شهید ثانی، فاضل اصفهانی، سید علی طباطبائی، امام خمینی و آقای خوئی این نظر را دارند (شرایع الاسلام ۴: ۲۴۰؛ مختصر النافع ۲: ۳۰۶؛ مسالک الافهام ۱۲: ۱۶۴؛ کشف اللثام ۱۱: ۳۹؛ ریاض المسائل ۱۶: ۴۲۰؛ تحریر الوسیله ۲: ۵۶۹ و مبانی تکمله المنهاج ۴۲: ۳۲۰). البته اگر مسبب، تعدی کرده باشد و مباشر عالم باشد، هر دو ضامن خواهند بود.

در قوانین کشور ایران ابتدا در قانون مدنی ماده ۳۳۲ و سپس در قانون مجازات مصوب سال ۱۳۷۰ ماده ۳۶۳، نظر مشهور پذیرفته شده بود؛ لکن در ماده ۵۲۶ قانون جدید مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ نظر مشهور را کنار نهاده و چنین مقرر داشت: «هر گاه دو یا چند عامل برخی به مباشرت و بعضی به تسبیب در وقوع جنایتی تأثیر داشته باشند، عاملی که جنایت مستند به او است ضامن است و چنانچه جنایت مستند به تمام عوامل باشد، به طور مساوی، ضامن می‌باشند؛ مگر تأثیر رفتار مرتکبان متفاوت باشد که در این صورت، هر یک به میزان تأثیر رفتارشان مسئول هستند. در صورتی که مباشر در جنایت بی‌اختیار، جاهل، صغیر غیر ممیز یا مجنون یا مانند آنها باشد، فقط سبب ضامن است». این ماده در صورتی فقط مباشر را ضامن می‌داند که جنایت به سبب مستند نباشد و در غیر این صورت، هر دو را ضامن می‌داند؛ مگر اینکه مباشر در حکم وسیله در دست سبب باشند که در این صورت، فقط سبب، ضامن است.

۴-۲-۳. اجتماع مسببین

مسبب آن است که به طور مستقیم، مرتکب جرم نشده و فقط سبب شده است تا مباشر، جرمی را انجام دهد. گاهی ممکن است چند مسبب در ارتکاب جنایت نقش داشته باشند. نقش اسباب ممکن است به صورت عرضی یا طولی باشد. مراد از اسباب عرضی آن است که زمان تأثیر آنها یکی باشد؛ مانند اینکه حامد و حمید در معبر عمومی، چاه عمیقی را بکنند تا زمانی که رضا از این مسیر عبور می‌کند، در آن افتاده و بمیرد و رضا نیز هنگام عبور از آن مسیر با جهل به چاه درون آن افتاده و می‌میرد. در این حادثه، رضا که مباشر است، به دلیل جهل، مسئولیتی نداشته و مسببین اقوا و مسئول هستند و از آنجا که در کندن چاه، شرکت داشته‌اند، به صورت مساوی ضامن هستند. ماده ۵۳۳ قانون مجازات مقرر می‌کند: «هرگاه دو یا چند نفر به نحو شرکت، سبب وقوع جنایت یا خسارت بر دیگری گردند؛ به طوری که آن جنایت یا خسارت به هر دو یا همگی مستند باشد، به طور مساوی ضامن می‌باشند».

اجتماع طولی اسباب نیز به این صورت است که اسباب از حیث زمان تأثیر در واقعه، در طول هم بوده و مترتب بر یکدیگر باشند؛ مثلاً حامد چاهی را در معبر عمومی حفر می‌کند و سپس حمید سنگی یا هر وسیله دیگر را در کنار آن قرار می‌دهد و رضا با برخورد به آن وسیله، درون چاه افتاده و می‌میرد. در این مثال، ابتدا سنگ تأثیر خود را گذاشته و سپس چاه تأثیر در قتل دارد. فقها در فرض طولی بودن اسباب، اختلاف نظر داشته و سه دیدگاه متفاوت ارائه کرده‌اند. دسته اول مسئولیت همه اسباب را بر حسب درصد تأثیر در حادثه می‌دانند. آیت‌الله مکارم در جواب استفتائی در این زمینه فرموده‌اند: «معیار، اسناد عرفی است و چنانچه اسناد به همه اسباب باشد، همه مسئولیت مشترک دارند و اگر از نظر اهل خبره، تأثیر بعضی از اسباب بیشتر باشد، به همان نسبت سهم او در ضمان بیشتر است (گنجینه استفتائات قضایی، سؤال ۶۹۵۸).

دیدگاه دوم، ضمان مساوی اسباب است؛ چه تأثیر آنها برابر باشد و چه متفاوت. علمایی نظیر فیض کاشانی، امام خمینی رحمته‌الله علیه، سید محمد سعید حکیم، فیاض کابلی، وحید خراسانی، سید علی سیستانی، مکارم شیرازی، سید محمد صادق روحانی، لطف‌الله صافی و محمد فاضل لنکرانی قائل به این قول

هستند (مفتاح الشرائع ۱۱۵:۲؛ منهاج الصالحين ۳:۳۳۸؛ منهاج الصالحين ۴:۴۰۴؛ منهاج الصالحين ۳:۳۳۹؛ ۵:۵۶۰؛ منهاج الصالحين ۲:۲۷۵؛ القواعد الفقهية ۲:۲۰۷؛ منهاج الصالحين ۳:۳۹۰؛ هداية العباد ۲:۳۳۹؛ تحرير الوسيلة ۱۹۳:۲؛ تفصيل الشريعة، الغصب و احياء الموات والمشتركات و اللقطة ۱۶۲).

دیدگاه سوم نیز سبب واحد را ضامن می‌داند؛ اما میان این گروه نیز اختلاف وجود دارد که کدامین سبب، مسئولیت دارد؟ مشهور فقها، نظیر شیخ طوسی، قاضی ابن براج، فاضل اصفهانی، محقق حلی، محمدحسن نجفی، علامه حلی، شهید ثانی، شمس‌الدین حلی، میرزا حبیب‌الله رشتی، احمد کاشف‌الغطاء و بروجردی معتقدند سببی که تقدم در تأثیر دارد، ضامن است (المبسوط فی فقه الامامیه ۷:۱۸۵؛ المهذب ۲:۵۰۶؛ كشف اللثام و الانبهاهم عن قواعد الاحکام ۱۱:۲۷۹؛ شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام ۴:۲۴۰؛ جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام ۴۳:۱۴۶؛ قواعد الاحکام فی معرفة الحلال و الحرام ۳:۶۵۸؛ تحرير الاحکام الشرعیه علی مذهب الامامیه ۵:۵۵۲؛ ارشاد الاذهان الی احکام الايمان ۲:۱۹۷؛ مسالك الأفهام الی تنقیح شرائع الاسلام ۱۵:۸۱؛ معالم الدين فی فقه آل یاسین ۲:۵۸۰؛ کتاب الغصب ۴:۴۰؛ سفینة النجاة و مشکاة الهدی و مصباح السعادات ۳:۸۷؛ و تقریرات ثلاث ۱۸۹). برخی، نظیر علامه سید محمدجواد عاملی (مفتاح الكرامة فی شرح قواعد العلامة ۱۰:۳۱۹)، سبب مؤخر در وجود را ضامن می‌دانند که در مثال مورد نظر ما، چاه بوده و حمید که آن را حفر کرده است، ضامن خواهد بود. فخرالمحققین در اجتماع اسباب می‌گوید: مسبب اقوا (گذارنده سنگ) ضامن است؛ زیرا به جهت اقوا بودن نسبت به حفرکننده چاه، مانند مباشر است (ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد ۴:۶۶۸).

قانون‌گذار در سال ۱۳۹۲ از نظر مشهور پیروی کرده و در مواد ۵۳۵ و ۵۳۶ نظر خود را به این صورت بیان داشته است: «چنانچه هر دو سبب غیر قاصد جنایت و عملشان مجاز بوده یا حتی غیر مجاز باشد، سبب مقدم در تأثیر، ضامن است (تا اینجا از نظر مشهور تبعیت شده است)؛ لکن چنانچه هر دو مسبب، قاصد جنایت باشند، هر دو به طور مساوی، ضامن هستند (نظر دسته دوم) یا چنانچه مرتکب فعل دوم توجه داشته باشد که ایجاد این سبب در کنار سبب اول، موجب ایراد صدمه به دیگری می‌شود، او ضامن است؛ و لو مقدم در تأثیر نباشد. ولی اگر یک فعل، مجاز و دیگری، غیر

مجاز باشد، مرتکب فعل غیر مجاز ضامن است؛ اعم از اینکه مقدم در تأثیر باشد یا مؤخر، مقدم در وجود مباشر یا مؤخر؛ مگر در صورتی که هر دو قاصد جنایت باشند یا مرتکب فعل مجاز توجه داشته باشد که ایجاد این سبب در کنار سبب اول، موجب ایراد جنایت بردیگری می شود؛ هر چند که مقدم در تأثیر نباشد».

۵- تطبیق معیار قاتل بر ناقل ایدز

در روند انتقال بیماری گاهی ناقل و منتقل الیه، فرد واحدی است و گاهی این دو متعدد هستند. در صورت دوم نیز گاهی آنها دو نفر هستند و گاهی نیز شخص ثالثی به این فرایند، اضافه می شود.

۵-۱. صورت اول: وحدت ناقل و منتقل الیه

این حالت، نوعی خودکشی محسوب شده و شخص، قاتل خود است و در صورت مرگ، مجازات او معقول نیست؛ اما در صورتی که مبتلا به ایدز زنده بماند، طبق شرع اگر اقدام به خودکشی از باب مقدمه حرام - بر فرض حرمت خودکشی - حرام باشد، طبق «قاعده التعزیر لکل عمل محرم»، حاکم می تواند کسی که اقدام به خودکشی کرده است را مجازات کند. در فرض حرمت تجری نیز همین حکم جاری است. اما طبق قانون مجازات، اقدام به خودکشی از باب شروع به جرم، مجازات ندارد؛ زیرا طبق ماده ۱۲۲ شروع به عملی که طبق قانون، جرم انگاری شده باشد، مجازات دارد و حال آنکه خودکشی در قانون جرم انگاری نشده است. لکن قانون گذار می تواند با وجود حرمت نفسی اضرار به نفس (به فرض قبول) برای آن تعزیر معین نماید.

۵-۲. صورت دوم: تغایر ناقل و منتقل الیه بدون دخالت شخص ثالث

این صورت نیز دو فرض را شامل می شود:

۵-۲-۱. ناقل فعال و منتقل الیه، ساکن باشد؛ یعنی منتقل الیه هیچ نقشی در فرآیند انتقال حتی به صورت پذیرنده نداشته باشد و مانند یک وسیله در برابر ناقل باشد مثلاً وی در خواب بوده و دیگری با تزریق سرنگ، او را آلوده به ایدز می کند. در این فرض، چنانچه ناقل با فعل خود قصد قتل منتقل الیه را داشته باشد، قاتل عمد محسوب می شود. همچنین چنانچه قصد قتل نداشته باشد، لکن علم به آلوده بودن وسیله انتقال و کشنده بودن بیماری ایدز داشته باشد، قاتل عمد به

شمار آمده و قصاص می‌شود. لکن در غیر صور فوق، چنانچه قصد انجام کاری روی منتقل الیه داشته باشد، قتل شبه عمد بوده و دیه بر عهده خود فرد خواهد بود (البته نفس فعل انتقال بیماری، حرام بوده و قانون‌گذار می‌تواند برای ناقل، علاوه بر دیه، مجازاتی تعزیری تعیین کند) و در غیر این صورت، قتل، خطای محض بوده و دیه بر عهده خود مرتکب یا عاقله او خواهد بود.

۲-۲-۵. فعالیت ناقل و منتقل الیه با یکدیگر: در حالتی خود بزه دیده در عملیات انتقال بیماری، دخالت داشته اما نه اینکه لزوماً علم به انتقال بیماری داشته باشد؛ مثلاً شوهری که مبتلا به بیماری است، با انجام عمل زناشویی، همسر خود را آلوده می‌کند یا بیماری به پزشک مراجعه کرده و پزشک با لوازم آلوده وی را معاینه و او را آلوده می‌کند. چنین مواردی، ممکن است از مصادیق بحث اجتماع مباشر و مسبب باشد؛ یعنی بزه دیده مسبب است و پزشک و شوهر مباشر هستند و همانطور که بیان شد، طبق نظر مشهور فقها، مباشر، مسئول است؛ مگر آنکه مسبب، اقوا باشد که در فرض عدم اطلاع پزشک و شوهر از آلوده بودن و اطلاع بیمار یا زوجه، پزشک یا شوهر مسئول نیستند و در غیر این صورت، اگر مباشر، اقوا بود، به تنهایی ضامن است. اما در صورت تساوی با مسبب، در صورت جهل هر دو به ابتلاء، طبق نظر مشهور، مباشر به تنهایی مسئول است؛ لکن طبق نظر قانون‌گذار، در صورت استناد به هر دو آنان، به حسب تأثیر مسئول خواهند بود. یک احتمال دیگر این است که این موارد، از مصادیق شرکت در جرم باشد.

۳-۵. صورت سوم: تغایر ناقل و منتقل الیه و دخالت شخص ثالث

این صورت نیز همانند صورت پیشین، دو حالت دارد؛ چراکه منتقل الیه یا نقش فعالی در انتقال دارد یا حالت سکون دارد:

۳-۵-۱. سکون منتقل الیه: در این حالت یا انتقال فقط توسط مباشر صورت گرفته و سببی وجود ندارد؛ مانند جایی که دو نفر به نحو مشترک، سرنگی را به دیگری تزریق کرده‌اند. در این حالت، هر دو نفر، مباشر هستند و به نحو مشترک، مسئول خواهند بود و مطابق آن چیزی عمل می‌شود که در بحث شرکت گفته شد و یا شخص ثالث در این حالت نقش سبب را دارد که بحث اجتماع سبب و مباشر به میان می‌آید و به مقتضای آن عمل می‌شود.

۳-۵-۲. نقش فعال منتقل الیه: در این حالت ممکن است شخص ثالث، سبب و ناقل و منتقل الیه،

مباشر باشند که طبق آنچه در فروض پیشین گفته شد، عمل می‌شود. همچنین ممکن است دو سبب و یک مباشر وجود داشته باشد که در این صورت نیز اولاً مشخص می‌کنیم که از میان مسببین و مباشر کدام یک ضامن هستند و ثانیاً چنانچه مسببین ضامن بودند، به مسأله اجتماع اسباب رجوع کرده و مسئول را مشخص می‌کنیم که طبق آنچه بیان شد، چنانچه اسباب، عرضی باشند، هر دو شریک در جرم و مسئول هستند و اگر اسباب، طولی باشند، بر حسب اختلافی که بین فقها وجود دارد، مسئول مشخص می‌شود.

نتیجه

در این پژوهش نتایج زیر بدست آمد:

- ۱- صرف انتقال بیماری کشنده، مثل ایدز، در مقررات کیفری ایران، جرم‌انگاری نشده است.
- ۲- عناوین قابل تصور برای مبنای جرم‌انگاری شروع به جرم، عبارتند از: بحث مقدمه حرام و بحث تجری. درباره حرمت مقدمه حرام اختلاف نظر وجود دارد. علما قائل به عدم حرمت آن هستند و اگر عده‌ای آن را حرام می‌دانند، فقط مقدمه‌ای را در نظر دارند که با انجام آن ذی‌المقدمه قطعاً محقق می‌شود و نمی‌توان از تحقق جرم تام جلوگیری کرد؛ در حالی که در شروع به جرم، چنین امکانی وجود دارد. در تجری نیز سه محور مورد بحث واقع می‌شود: محور اول حرمت تجری است که نظر غالب فقها، عدم حرمت آن است؛ محور دوم، قبح تجری است که در اینجا نیز شاید بتوان گفت نظر غالب، قبح آن است و محور سوم مربوط به استحقاق عقاب متجری است که در اینجا نیز غالب فقها، متجری را مستحق عقاب می‌دانند.
- ۳- شروع به جرم قتل در قالب انتقال بیماری کشنده و همچنین جرم محال، در رابطه با قتل، بر اساس ماده ۱۲۲ قانون مجازات اسلامی، مطابق بند الف همان ماده، مجازات می‌شود.
- ۴- نحوه مداخله در جنایت به چند صورت متصور است: علت، شرط، تسبیب، مشارکت و مباشرت. علت و شرط، مسئولیتی در جنایت ندارند و مسئولیت اصلی بر عهده مباشر است و مسبب تنها در صورتی مسئول است که جرم به او استناد داشته باشد که نظر مشهور در فقه، عدم امکان استناد رفتار به مسبب است؛ برخلاف ماده ۵۲۶ قانون مجازات اسلامی. شریک نیز طبق قانون و فقه بر حسب قصد، مسئولیت دارد.

۵- اجتماع اسباب به دو صورت طولی و عرضی صورت می‌گیرد. حکم اسباب عرضی همان حکم شرکت در جرم است؛ اما در اجتماع طولی، نظر مشهور فقها و قانون‌گذار، مسئولیت سبب مقدم در تأثیر است. البته به نظر قانون‌گذار، چنانچه هر دو سبب، قصد جنایت داشته باشند یا اینکه سبب دوم با توجه به اینکه رفتار او بعد از سبب اول، موجب خطرناک شدن آن شود، هر دو سبب ضامن هستند. البته مسئولیت سبب مقدم در تأثیر زمانی است که هر دو سبب، مجاز یا غیر مجاز باشند؛ لکن اگر یکی از آنها مجاز و دیگری غیر مجاز باشد، مسبب غیر مجاز، ضامن خواهد بود.

۶- از منظر قانونی و فقهی، قتل سه قسم است؛ عمد، شبه‌عمد و خطای محض و بر اساس ماده ۴۹۲ قانون مجازات، آنچه در مسئولیت قاتل، مهم است، استناد نتیجه به مرتکب رفتار است؛ لذا در صورت تحقق نتیجه، مرتکب، مسئول قتل است و طبق آنچه در بندهای پیشین گفته شد، مسئول و مسئولیت مشخص می‌شود.

فهرست منابع

۱. آخوند خراسانی، محمدکاظم، کفایة الأصول، قم، چاپ اول، انتشارات آل البيت، ۱۴۰۹ هـ. ق.
۲. آملی، میرزا هاشم، مجمع الأفكار و مطرح الأنظار، قم، چاپ اول، المطبعة العلمية ۱۳۹۵ هـ. ق.
۳. اراکی، محمدعلی، أصول الفقه - قم، چاپ اول، موسسه در راه حق، ۱۳۷۵ ش.
۴. اسدی حلی، جمال الدین احمد بن محمد، المهذب البارع في شرح المختصر النافع، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۰۷ هـ. ق.
۵. اصفهانی، سید ابو الحسن، وسیلة الوصول الى حقائق الأصول - قم، چاپ اول، موسسه النشر الاسلامی، ۱۴۲۲ هـ. ق.
۶. اصفهانی فاضل هندی، محمد بن حسن، كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۶ هـ. ق.
۷. الهام، غلامحسین و برهانی، محسن، درآمدی بر حقوق جزای عمومی، چاپ دوم، انتشارات میزان، ۱۳۹۳ ش.
۸. انصاری، مرتضی بن محمدامین، فرائد الأصول، چاپ نهم، قم، مجمع الفكر الاسلامی، ۱۴۲۸ هـ. ق.
۹. ایروانی، علی، الأصول في علم الأصول، قم، چاپ اول، دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، ۱۴۲۲ هـ. ق.
۱۰. بارانی، محمد، جعل و تزویر در قانون و رویه قضائی، چاپ دوم، مرکز آموزش قوه قضائیه، ۱۳۹۸ هـ. ش.
۱۱. تبریزی، موسی بن جعفر، أوثق الوسائل في شرح الرسائل (طبع قدیم)، قم، چاپ اول، کتبی نجفی، ۱۳۶۹ هـ. ق.
۱۲. تبریزی، جواد بن علی، تنقیح مبانی الاحکام، کتاب قصاص، چاپ اول، قم، مجمع الإمام المهدي عجل الله تعالی فرجه الشريف، ۱۴۲۷ هـ. ق.
۱۳. حاجی ده‌آبادی، احمد، جرایم علیه اشخاص (قتل)، چاپ اول، بنیاد حقوق میزان، ۱۳۹۶ هـ. ش.
۱۴. حائری، سیدعلی بن محمد طباطبایی، ریاض المسائل (ط - الحدیثه)، چاپ اول، قم، مؤسسه آل البيت عجل الله تعالی فرجه الشريف، ۱۴۱۸ هـ. ق.
۱۵. حائری یزدی، عبدالکریم، دررالفوائد (طبع جدید)، قم، چاپ ششم، موسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۸ هـ. ق.

۱۶. حائری، مرتضی، مبانی الأحكام في أصول شرائع الإسلام، قم، چاپ اول، مؤسسه النشر الاسلامي ۱۴۲۴ هـ. ق.
۱۷. حسینی خامنه‌ای، سیدعلی، تقریرات درس خارج قصاص؛ برگرفته از پایگاه اطلاع‌رسانی دفتر مقام معظم رهبری به آدرس: <https://www.leader.ir/fa>، بروزرسانی شده در تاریخ ۱۳۹۸/۱۲/۲۰.
۱۸. حسینی روحانی قمی، سیدصادق، فقه الصادق علیه السلام، قم، چاپ اول، دارالکتاب مدرسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۱۲ هـ. ق.
۱۹. -----، منهج الصالحین، قم، چاپ اول، مکتب آیه الله العظمی السیدالروحانی، چاپ اول، بی تا.
۲۰. حسینی سیستانی، سید علی، منهج الصالحین، قم، چاپ پنجم، دفتر حضرت آیه الله سیستانی، ۱۴۱۷ هـ. ق.
۲۱. حسینی شیرازی، سیدصادق، التعليقات على شرائع الإسلام، قم، چاپ ششم، انتشارات استقلال، ۱۴۲۵ هـ. ق.
۲۲. حسینی عاملی، سیدجواد بن محمد، مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة، چاپ اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۹ هـ. ق.
۲۳. حسینی میلانی، علی، تحقیق الأصول، قم، چاپ دوم، الحقائق ۱۴۲۸ هـ. ق.
۲۴. حکیم، سید محمدسعید، مصباح المنهاج، کتاب الطهارة، قم، چاپ اول، مؤسسه المنار، بی تا.
۲۵. حلّی، شمس الدین محمد بن شجاع القطن، معالم الدین في فقه آل یاسین، قم، چاپ اول، مؤسسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۲۴ هـ. ق.
۲۶. حلّی، حسن بن یوسف بن مطهر، تبصرة المتعلمین في أحكام الدین، تهران، مؤسسه چاپ و نشر وابسته به وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، چاپ ۱، ۱۴۱۱ هـ. ق.
۲۷. -----، تحرير الأحكام الشرعية على مذهب الإمامية، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۲۰ هـ. ق.
۲۸. -----، قواعد الأحكام في معرفة الحلال والحرام، چاپ اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۳ هـ. ق.
۲۹. حلّی، نجم الدین، جعفر بن حسن، شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام، چاپ دوم، قم، مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۰۸ هـ. ق.
۳۰. -----، المختصر النافع في فقه الإمامية، قم، مؤسسه المطبوعات الدينية، چاپ ۶، ۱۴۱۸ هـ. ق.

۳۱. حلّی، محمد بن حسن بن یوسف، ایضاح الفوائد في شرح مشكلات القواعد، چاپ ۱، قم، مؤسسه اسماعیلیان، ۱۳۸۷ هـ. ق.
۳۲. حلّی، مقداد بن عبدالله سیوری، التنقیح الرائع لمختصر الشرائع، چاپ اول، قم، انتشارات کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۴ هـ. ق.
۳۳. حیدری، علی مراد، جرائم علیه اموال و مالکیت، چاپ اول، دانشگاه حضرت معصومه علیها السلام، ۱۳۹۶ هـ. ش.
۳۴. خمینی، مصطفی، تحریرات في الأصول، قم، چاپ اول، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی رحمته الله علیه، ۱۴۱۸ ق.
۳۵. خوانساری، سیداحمد بن یوسف، جامع المدارك في شرح مختصر النافع، چاپ دوم، قم، مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۰۵ هـ. ق.
۳۶. خوبی، ابوالقاسم، دراسات في علم الأصول، قم، چاپ اول، مؤسسه دائره المعارف فقه اسلامي بر مذهب اهل بيت عليهم السلام ۱۴۱۹ ق.
۳۷. -----، غاية المأمول - قم، چاپ اول، مجمع الفكر الاسلامي ۱۴۲۸ ق.
۳۸. -----، محاضرات في أصول الفقه، قم، چاپ چهارم، طبع دار الهادي ۱۴۱۷ ق.
۳۹. رشتی، حبیب الله بن محمد علی، بدائع الأفكار، قم، چاپ اول، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، بی تا.
۴۰. رشتی، میرزا حبیب الله، کتاب الغصب، بی تا، بی تا.
۴۱. روحانی، محمدصادق، زبدة الأصول، تهران، چاپ دوم، حدیث دل ۱۳۸۲ ش.
۴۲. سبحانی تبریزی، جعفر، إرشاد العقول الى مباحث الأصول، قم، چاپ اول، مؤسسه امام صادق علیه السلام ۱۴۲۴ ق.
۴۳. -----، المحصول في علم الأصول، قم، چاپ اول، مؤسسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۱۴ ق.
۴۴. شاهرودی، سید محمود، بحوث في علم الاصول، چاپ سوم، قم، مؤسسه دائره المعارف الفقه الاسلامی، ۱۴۱۷ هـ. ق.
۴۵. شمس ناتری، محمد ابراهیم، قانون مجازات اسلامی در نظم حقوقی کنونی، چاپ اول، تهران، نشر میزان، ۱۳۹۲ هـ. ش.
۴۶. شهید اول، محمد بن مکی، الدروس الشرعية في فقه الإمامية، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ دوم، ۱۴۱۷ هـ. ق.
۴۷. -----، اللعة الدمشقية في فقه الإمامية، بيروت، دار التراث -

- الدار الإسلامية، چاپ ۱، ۱۴۱۰ هـ. ق.
۴۸. -----، غاية المراد في شرح نكت الإرشاد، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، چاپ ۱، ۱۴۱۴ هـ. ق.
۴۹. شهيد ثانی، زينالدين بن علی، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، قم، کتابفروشی داوری، چاپ ۱، ۱۴۱۰ هـ. ق.
۵۰. -----، تمهيد القواعد، قم، چاپ اول، دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، ۱۴۱۶ هـ. ق.
۵۱. -----، حاشية الإرشاد، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۱۴ هـ. ق.
۵۲. -----، رسائل، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، چاپ ۱، ۱۴۲۱ هـ. ق.
۵۳. -----، مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام، قم، مؤسسة المعارف الإسلامية، چاپ ۱، ۱۴۱۳ هـ. ق.
۵۴. صدر، محمدباقر، بحوث في علم الأصول، بيروت، چاپ اول، الدار الاسلاميه ۱۴۱۷ هـ. ق.
۵۵. -----، دروس في علم الأصول: الحلقة الثالثة (طبع مجمع الفكر)، قم، چاپ اول، ۱۴۲۳ هـ. ق.
۵۶. -----، مباحث الأصول، قم، چاپ اول، مطبعة مركز النشر-مكتب الإعلام الإسلامي، ۱۴۰۸ هـ. ق. صدر، محمد باقر، بحوث في علم الأصول - بيروت، چاپ اول، ۱۴۱۷ هـ. ق.
۵۷. طباطبایی بروجردی، آقاحسين، تقريرات ثلاث، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۱۳ هـ. ق.
۵۸. طباطبایی حائری، سيد علی بن محمد، الشرح الصغير في شرح مختصر النافع - حديقه المؤمنین، قم، انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی، چاپ اول، ۱۴۰۹ هـ. ق.
۵۹. طباطبایی حکیم، محمد سعید، الکافي في أصول الفقه، بيروت، چاپ چهارم، دار الهلال ۱۴۲۸ هـ. ق.
۶۰. طباطبایی قمی، تقی، الأنوار البهية في القواعد الفقهية، قم، چاپ اول، محلاتي ۱۳۸۱ ش.
۶۱. طوسی، ابو جعفر محمد بن حسن، عده الاصول، تحقيق، محمد مهدي، نجف، نشر مؤسسة آل البيت عليه السلام لإحياء التراث، ۱۴۰۳ هـ. ق.
۶۲. -----، المبسوط في فقه الاماميه، تهران، المكتبة المرتضويه،

- بی تا.
۶۳. -----، النهاية في مجرد الفقه والفتاوى، چاپ دوم، بیروت، دار الكتاب العربي، ۱۴۰۰ ه. ق.
۶۴. عابدی، احمد رضا، آیین دادرسی کیفری، چاپ اول، تهران، مرکز آموزش قوه قضائیه، ۱۳۹۸ ش. ۵.
۶۵. عراقی، ضیاء الدین، بدائع الافکار في الأصول، نجف اشرف، چاپ اول، المطبعة العلمية ۱۳۷۰ ق.
۶۶. -----، نهاية الأفكار، قم، دفتر انتشارات اسلامی (وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم)، چاپ سوم، ۱۴۱۷ ق.
۶۷. علم الهدی، علی بن حسین، الذريعة إلى أصول الشريعة، تهران، چاپ اول، دانشگاه تهران، موسسه انتشارات و چاپ ۱۳۷۶ ش.
۶۸. فاضل موحدی لنکرانی، محمد، دراسات في الأصول، قم، چاپ اول، مرکز فقه الاثمه الاطهار علیهم السلام، ۱۴۳۰ ق.
۶۹. فانی اصفهانی، علی، آراء حول مبحث الألفاظ في علم الأصول، قم، چاپ اول، بی نا ۱۴۰۱ ق.
۷۰. فیض کاشانی، محمد محسن ابن شاه مرتضی، مفاتیح الشرائع، ۳ جلد، انتشارات کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی، قم، چاپ اول، بی تا.
۷۱. کاشف الغطاء، جعفر بن خضر، کشف الغطاء عن مبهمات الشريعة الغراء (طبع جدید)، قم، چاپ اول، دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم ۱۴۲۰ ق.
۷۲. مرعشی نجفی، سید شهاب الدین، القصاص علی ضوء القرآن والسنة، قم، انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی، چاپ ۱، ۱۴۱۵ ه. ق.
۷۳. مدنی تبریزی، یوسف، قواعد الأصول، قم، چاپ دوم، دفتر معظم له ۱۴۲۹ ق.
۷۴. مقدس اردبیلی، احمد بن محمد، مجمع الفائدة والبرهان في شرح إرشاد الأذهان، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ ۱، ۱۴۰۳ ه. ق.
۷۵. -----، مجمع الفائدة والبرهان في شرح إرشاد الأذهان، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ ۱، ۱۴۰۳ ه. ق.
۷۶. مکارم شیرازی، ناصر، انوار الأصول - قم، چاپ دوم، مدرسه الامام علی بن ابی طالب علیهم السلام، ۱۴۲۸ ق.
۷۷. -----، الفتاوى الجديدة، قم، انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیهم السلام،

- چاپ ۲، ۱۴۲۷ هـ. ق.
۷۸. -----، القواعد الفقهية، چاپ سوم، قم، مدرسه امام امیرالمؤمنین علیه السلام، ۱۴۱۱ هـ. ق.
۷۹. مکی عاملی، حسین یوسف، قواعد استنباط الأحكام، قم، چاپ اول، ۱۳۹۱ ق.
۸۰. موحدی لنکرانی، محمدفاضل، تفصیل الشریعة. الغصب، إحياء الموات، المشتركات واللقطة، قم، مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام، ۱۴۲۹ هـ. ق.
۸۱. -----، تفصیل الشریعة في شرح تحرير الوسيلة. الديات، قم، مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام، ۱۴۲۱ هـ. ق.
۸۲. -----، تفصیل الشریعة في شرح تحرير الوسيلة. القصاص، قم، مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام، ۱۴۲۱ هـ. ق.
۸۳. موسوی بجنوردی، سیدحسن، القواعد الفقهیه، قم، مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، چاپ دوم، ۱۳۷۱.
۸۴. موسوی خمینی، روح الله تحرير الوسيلة، قم، مؤسسه تنظیم و نشر آثار الامام الخميني، ۱۴۲۱ هـ. ق.
۸۵. -----، تهذيب الأصول، قم، چاپ اول، دار الفکر، ۱۳۸۲ ش.
۸۶. -----، جواهر الأصول، چاپ اول، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خميني، ۱۳۷۶ ش.
۸۷. -----، الرسائل، قم، چاپ اول، مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، ۱۴۱۰ ق.
۸۸. -----، الرسائل العشرة، قم، چاپ اول، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خميني، ۱۳۷۸ ش.
۸۹. -----، معتمد الأصول، تهران، چاپ اول، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خميني، ۱۴۲۰ ق.
۹۰. موسوی خویی، ابوالقاسم، محاضرات في أصول الفقه (طبع دار الهدای)، چاپ چهارم، قم، ۱۴۱۷ هـ. ق.
۹۱. -----، مباني تکملة المنهاج، قم، مؤسسه إحياء آثار الإمام الخوئي، چاپ اول، ۱۴۲۲ هـ. ق.
۹۲. موسوی گلپایگانی، سید محمدرضا، هداية العباد، قم، دار القرآن الكريم، ۱۴۱۳ هـ. ق.

۹۳. مومن قمی، محمد، تسدید الأصول - قم، چاپ اول، ۱۴۱۹ ق.
۹۴. میرمحمدصادقی، حسین، جرایم علیه اشخاص، تهران، نشر میزان، ۱۳۹۴.
۹۵. نائینی، میرزاحمدحسین غروی، عراقی، آقا ضیاءالدین، علی کزازی، الرسائل الفقهية (تقریرات، للنجم آبادی)، در یک جلد، انتشارات مؤسسه معارف اسلامی امام رضا علیه السلام، قم، اول، ۱۴۲۱ ه. ق.
۹۶. نائینی، محمدحسین، أجدود التقریرات، قم، مطبعة العرفان، چاپ اول، ۱۳۵۲ ش.
۹۷. نجفی، بشیر حسین، مرقاة الأصول بحوث تمهيدية في أصول الفقه، قم، دار الفقه للطباعة و النشر، چاپ دوم، ۱۳۸۳ ش.
۹۸. نجفی (کاشف الغطاء)، احمد بن علی بن محمدرضا، سفينة النجاة و مشکاة الهدی و مصباح السعادات، چاپ اول، نجف اشرف، مؤسسه کاشف الغطاء، ۱۴۲۳ ه. ق.
۹۹. نراقی، احمد بن محمد مهدی، عوائد الايام في بيان قواعد الاحکام و مهمات مسائل الحلال و الحرام، قم، چاپ اول، دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، ۱۳۷۵ ش.
۱۰۰. نراقی، احمد بن محمد مهدی، عوائد الايام في بيان قواعد الأحکام، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۱۷ ه. ق.
۱۰۱. نورانی، مصطفی، قواعد الأصول، قم، چاپ اول، مطبعة الاسلام، ۱۳۹۲ ق.
۱۰۲. وحید بهبهانی، محمداقربین محمد اکمل، الرسائل الفقهية، قم، چاپ اول، مؤسسه العلامة المجدد الوحيد البهبهاني ۱۳۷۸ ش.
۱۰۳. وحید خراسانی، حسین، منهاج الصالحين، چاپ پنجم، قم، مدرسه امام باقر علیه السلام، ۱۴۲۸ ه. ق.
۱۰۴. هاشمی شاهرودی، محمود، اضواء و آراء؛ تعلیقات علی کتابنا بحوث في علم الأصول - قم، چاپ اول، مؤسسه دائره المعارف فقه اسلامی، ۱۴۳۱ ق.
۱۰۵. یزدانی، فاروق و سماواتی، امیر، «بررسی فقهی - حقوقی مسئولیت کیفری ناقل ایدز در قتل با تکیه بر انتقال از طریق تماس جنسی»، فصلنامه حقوق پزشکی ۱۰ (۱۳۸۸)، ۳۵ - ۶۲.
۱۰۶. یوسفی فاضل آبی، حسن بن ابی طالب، کشف الرموز في شرح مختصر النافع، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ سوم، ۱۴۱۷ ه. ق.
۱۰۷. نرم افزار گنجینه استفتانات قضایی؛ پژوهشگاه قوه قضائیه.

رسائل

مجله فقهی - حقوقی مجتمع فقه، حقوق و قضای اسلامی
سال نهم - شماره اول - پایانی یازدهم - پاییز و زمستان ۱۴۰۲
صفحات ۴۳ تا ۸۱

کریم رئیسی*

Karimraisi1372@gmail.com

مشروعیت اعدام بدون درد در فقه امامیه و قانون جمهوری اسلامی ایران

چکیده

قوانین اجرای احکام سالب حیات در جمهوری اسلامی ایران مبتنی بر فقه نگارش یافته است و این حوزه نیز مانند تمام حوزه‌های فقهی و قانونی دیگر، با مسائل مستحدثه‌ای مواجه است که باید مورد بررسی فقهی و قانونی قرار گیرد. یکی از این مسائل مستحدثه، مشروعیت اعدام بدون درد است که این مقاله به جواز یا عدم جواز فقهی و قانونی آن می‌پردازد. این پژوهش ابتدا مسأله مذکور را از منظر قانونی بررسی کرده و سپس با تبیین موضع فقه امامیه در این خصوص، همه حدود مسأله را اولاً از جهت تعیین وسیله استیفاء یا عدم تعیین آن در شرع و ثانیاً با توجه به طریقت یا موضوعیت داشتن هر یک از ابزارهای استیفاء در قصاص و حدود، بررسی می‌کند. در نهایت، با توجه به ادله روایی و قرآنی و نیز با استناد به عبارات فقها، ثابت می‌کند که در اکثر قریب به اتفاق این حدود، اعدام بدون درد نه تنها جایز است، بلکه ترجیح نیز دارد.

کلیدواژگان

اعدام بدون درد، اعدام، سلب حیات، مشروعیت اعدام بدون درد، فقه امامیه، قانون مجازات.

مقدمه

در قانون جمهوری اسلامی ایران که مبتنی بر فقه امامیه تدوین شده است، مجازات‌های سالب حیات به موجب قصاص و حدود اجرا می‌گردند. از سوی دیگر، پیشرفت تکنولوژی این امکان را

*فارغ التحصیل مدرسه عالی قضاوت و طلبه سطح عالی حوزه علمیه قم.

برای ما فراهم کرده است که هنگام اجرای چنین احکامی، مقدار زیادی از آلام جسمانی محکوم علیه را کاهش دهیم. با توجه به این موضوع، سؤال اساسی که پیش روی پژوهشگر فقهی و حقوقی قرار می‌گیرد این است که آیا فقه امامیه و قانون کیفری جمهوری اسلامی ایران، این امکان و اجازه را به ما می‌دهد که احکام سالب حیات را به شیوه بدون درد اجرا کنیم یا خیر؟ طبیعی است که پاسخ فقهی و قانونی به این مسأله می‌تواند باعث تحول در رویه‌های موجود شود. با وجود آنکه این مسأله، اهمیتی حیاتی داشته و یکی از مسائل مستحدثه در دستگاه حقوقی و فقهی کشور است، پژوهش در خوری درباره آن صورت نگرفته و منابعی که به آن پرداخته‌اند نیز یا از نظر فقهی و بررسی ادله توان اثبات مطلب را ندارند و یا صرفاً به مطالعه‌ای تطبیقی با نظام‌های حقوقی سایر کشورها پرداخته و پاسخ آن را در فقه امامیه جست و جو نکرده‌اند. برخی منابع نیز صرفاً به شکل عرفی به این مسأله پرداخته‌اند و ادله فقهی در نوشتار آنان جایگاه اصلی خود را نداشته است؛ بنابراین، این پژوهش تلاش دارد تا با محوریت قانون جمهوری اسلامی و فقه امامیه، مسأله جواز یا عدم جواز اعدام بدون درد را بررسی کرده و پاسخ مناسبی برای آن به دست آورد.

پاسخ به سؤال پژوهش، چند مرحله را شامل می‌شود؛ مرحله اول با بررسی قوانین کیفری جمهوری اسلامی، به این سؤال می‌پردازد که آیا در قوانین کیفری جمهوری اسلامی ایران چنین ظرفیتی وجود دارد که قاضی بتواند با توجه به آن، اجرای احکام سالب حیات را به شیوه بدون درد جسمی معین نماید و اگر چنین ظرفیتی وجود دارد، دیدگاه قانون‌گذار در این خصوص چه بوده و آیا وی تمایل به اجرای بدون درد و آزار دارد یا اجرای همراه با تعذیب را منظور داشته است؟ مرحله دوم به بررسی فقه امامیه، به عنوان منبع قانون کیفری جمهوری اسلامی ایران می‌پردازد که طی آن، ادله تمامی احکامی که منجر به سلب حیات از محکوم می‌شوند، مورد بررسی قرار می‌گیرند و در نهایت، یک دسته‌بندی از حدود و قصاص ارائه می‌شود که به سؤالات سه‌گانه زیر پاسخ دهد:

۱. در چه احکامی از حدود و قصاص، وسیله استیفاء تعیین شده است؟
۲. کدام یک از احکام حدود و قصاص، بدون تعیین وسیله بیان شده‌اند؟
۳. در احکامی که روش معینی برای اجرای حکم دارند، در کدام یک از آنها این روش و ابزار،

موضوعیت داشته و در کدام یک طریقت دارد؟

از آنجا که پاسخ سوالات فوق در مقاله‌ای تحت عنوان طریقت یا موضوعیت داشتن روش استیفاء احکام سالب حیات حدی و قصاص نفس، مورد بررسی نگارنده قرار گرفته است، در این بخش از پژوهش به همان پاسخ‌ها اکتفا می‌شود که طبق آن، در مرحله اول، ما با احکامی مواجه هستیم که شیوه استیفای آنها در ادله، گردن زدن با شمشیر است، اما این وسیله در استیفاء، موضوعیت نداشته و تبدیل آن به وسیله‌ای، دیگر جایز است. در این قسمت سه سؤال اصلی وجود دارد که نتیجه آنها پاسخ به سؤال اصلی، یعنی جواز یا عدم جواز اعدام بدون درد است. این سه سؤال عبارتند از:

۱. تفاوت گردن زدن با دیگر شیوه‌ها در فهم عرفی چیست؟

۲. آیا مراد شارع از قتل، مطلق ازهاق نفس است یا ازهاق نفس را همراه با مقداری تعذیب در

نظر دارد؟

۳. آیا اسهیل بودن گردن زدن، یک فهم مبتنی بر شرع است یا خیر؟

در مرحله دوم ما با حدودی مواجه بودیم که عبارت «یقتل» در آنها به کار رفته بود. در این قسمت نیز این سؤال مطرح می‌شود که با توجه به عدم آزار یا آزار محکوم، در قتل باید چه شرایطی رعایت شود و آیا ما می‌توانیم این قتل را با وسیله‌ای انجام دهیم که آزاری به محکوم علیه نرسد؟ در مرحله آخر نیز با زنانی محصنه و محاربه (صلب) مواجه می‌شویم که روش استیفاء (رجم و صلب) در آنها موضوعیت دارد. در اینجا نیز این بحث مطرح می‌شود که در کدام یک از این دو نوع مجازات، بی‌حس کردن اعضا یا بی‌هوش کردن شخص جهت استیفای حد، جواز شرعی دارد؟

۱. بررسی اعدام بدون درد در قوانین کیفری جمهوری اسلامی ایران

قانون جمهوری اسلامی ایران مبتنی بر فقه تدوین شده است و به همین دلیل، همان‌گونه که در اصل چهارم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران نیز بیان شده است، همه قوانین جزایی و غیر جزایی این نظام باید مطابق با موازین اسلامی باشند (اصل ۴ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران). از آنجا که اجرای احکام جزایی، از قوانین جزایی قابل انفکاک نیست، برای ورود به موضوع

اول نیز باید شیوه اجرای حکم سالب حیات در قوانین جزایی جمهوری اسلامی بررسی گردد.

در نظام حقوقی ایران، قانون شیوه خاصی برای اجرای کیفر سالب حیات معین نکرده و تعیین روش اعدام را بر عهده قاضی گذاشته است. ماده ۱۴ آیین نامه نحوه اجرای احکام قصاص، رجم، قتل، صلب، اعدام و شلاق، مصوب ۱۳۸۲، می گوید: «اجرای قصاص نفس، قتل و اعدام ممکن است به صورت حلق آویز به چوبه دار و یا شلیک اسلحه آتشین و یا اتصال الکتریسته و یا به نحو دیگر به تشخیص قاضی صادرکننده رأی انجام گیرد». روشن است که آیین نامه مذکور، در مقام احصای تمام روش ها نبوده و روش های اجرای این سنخ احکام را، منحصر در موارد ذکر شده نمی داند؛ بلکه تعیین روش مناسب را بر عهده قاضی نهاده است. بنابراین، ماده مذکور بدون ترجیح جانب اخف، قاضی را در انتخاب شیوه ای که مستلزم درد بیشتری برای مجرم است و شیوه ای با درد کم تر، دارای اختیاری می داند. اما ماده یاد شده به وسیله ماده ۱۴۶ آیین نامه جدید مصوب سال ۱۳۹۸، نسخ گردید و ماده ۴۰ آیین نامه جدید جایگزین آن شد که طبق آن: «مجازات های اعدام و قصاص نفس به صورت حلق آویز و از طریق طناب دار و یا به شیوه دیگری که کم ترین آزار را برای محکوم داشته باشد، اجرامی شود». طبق این ماده نیز قاضی در تعیین شیوه اجرای کیفر اعدام، اختیار دارد.

علاوه بر اختیار قاضی در تعیین شیوه اجرای حکم اعدام، رویکرد نظام تقنینی کشور نیز به سمت اتخاذ روش هایی است که کم ترین آزار را برای محکوم داشته باشند؛ به عنوان مثال، برخلاف ماده ۱۴ آیین نامه مصوب ۱۳۸۲، ماده ۴۰ آیین نامه مصوب ۱۳۹۸، با صراحت، جانب اخف را ترجیح داده و از عبارت «یا به شیوه دیگری که کم ترین آزار را برای محکوم داشته باشد»، چنین استنباط می شود که قاضی فقط در صورتی می تواند از اعدام به وسیله طناب دار به روش دیگری عدول کند که آن روش، کم ترین آزار را به محکوم برساند. همچنین در ماده ۴۳۶ قانون مجازات اسلامی چنین آمده است: «قصاص نفس فقط به شیوه های متعارف که کم ترین آزار را به قاتل می رساند، جایز است و مثله کردن او پس از قصاص، ممنوع و موجب دیه و تعزیر مقرر در کتاب پنجم تعزیرات است». در این ماده نیز از عبارت «کم ترین آزار» استفاده شده است؛ بنابراین، نظام تقنینی در جمهوری اسلامی

۱. به معنای موضوعیت داشتن وسیله در احکام سالب حیات.

ایران در حال حرکت به سمتی است که در اجرای مجازات‌های مشابه، آزاری جز تحمل مرگ برای مجرم باقی نماند.

از رویکرد و عبارات قانون‌گذار دو نتیجه اساسی می‌توان گرفت؛ اول آنکه قانون این اجازه را به قاضی داده است که شیوه اجرای حکم سالب حیات را خود معین کند؛ لکن به موجب ماده ۴۰ آیین‌نامه و ماده ۴۳۶ قانون مجازات اسلامی عدول از شیوه متعارف، یعنی اجرای حکم به وسیله طناب دار، فقط در صورتی ممکن است که قاضی شیوه‌ای را تعیین کند که کم‌ترین آزار را برای محکوم علیه داشته باشد. بنابراین، اگر قاضی روش اجرای حکم را به گونه‌ای معین کند که محکوم علیه متحمل آزاری نشود، نه تنها مرتکب خلاف قانون نشده است، بلکه به موجب ماده ۴۰ آیین‌نامه، جانب ترجیح داده شده را نیز رعایت کرده است. البته باید توجه داشت که ماده فوق، عبارت «کم‌آزارترین» را به کار برده است که مترادف عبارت «کم‌آزارتر» نیست؛ بنابراین، هر وسیله‌ای به صرف ایجاد آزار کم‌تر نسبت به طناب دار، نمی‌تواند جایگزین آن گردد و باید آنچه جایگزین طناب دار می‌شود، کم‌ترین آزار را برساند.

دوم آنکه عبارات قانون‌گذار حکایت از آن دارد که رویکرد تقنینی در جمهوری اسلامی ایران در حال حرکت به سمت حذف آزار از مجازات‌های سالب حیات است. این مطلب هم در عبارات آیین‌نامه سال ۱۳۹۸ به طور کامل مشهود است که نسبت به آیین‌نامه سابق تفاوتی آشکار دارد و هم با دقت در عباراتی همچون «کم‌ترین آزار» در ماده ۴۰ آیین‌نامه و ماده ۴۳۶ قانون مجازات اسلامی به دست می‌آید. قانون‌گذار در مواد فوق عبارت «کم‌ترین آزار» را به کار برده است و مسلم است که کم‌ترین آزار در حال حاضر با پیشرفت تکنولوژی، بی‌آزارترین روش است. گرچه اجرای چنین مجازات‌هایی هرگز بدون آزار نبوده و همواره آزارروانی را برای محکوم علیه در پی دارد؛ اما باید به همین مقدار بسنده کرده و از آزار جسمی یا روانی مجرم، جلوگیری کرد و حتی می‌توان گفت این موضوع، خارج از اختیار قاضی بوده و اگر وی از شیوه متعارف (طناب دار) عدول کند، باید به روش فوق عمل کند؛ چرا که آزارروانی محکوم علیه، مصداق کم‌ترین آزار است. همچنین از عبارت مورد بحث (کم‌ترین آزار) این نکته نیز به دست می‌آید که تعذیب در رویکرد فقهی قانونگذار، شرط نیست

و قانون‌گذار تعذیب را قید قتل یا قصاص نمی‌داند و به همین دلیل، از عبارت کم‌ترین آزار استفاده کرده است؛ زیرا اگر قانون‌گذار، تعذیب را در اجرای حکم سالب حیات، اعم از حدی یا قصاص، شرط می‌دانست، با چنین مبنایی نمی‌توانست عبارت «کم‌ترین آزار» که در حال حاضر بی‌آزارترین روش است را در مواد مذکور، در متن ماده بگنجانند.

البته با توجه به تحفظ قانون‌گذار در مواد فوق، به شیوه متعارف (طناب دار)، می‌توان گفت وی نتوانسته است تعذیب را به طور کلی نفی کند؛ زیرا بدهی است که طناب دار، گاهی با تعذیب جسمی برای محکوم علیه همراه بوده و حتی ممکن است این تعذیب به حد غیر قابل دفاعی نیز برسد. بنابراین، نفی کامل تعذیب، شرط نبوده و می‌تواند با طناب دار، حاصل شود؛ اما از سوی دیگر، تعذیب در زمان استیفاء نیز شرط نبوده و عبارت «کم‌ترین آزار»، شامل وسائلی است که تعذیب محکوم علیه را تا حد ممکن کاهش می‌دهد؛ در حالی که اگر استیفاء مشروط به تعذیب بود، جایی برای لحاظ چنین قیدی وجود نداشت. بنابراین، می‌توان گفت پشتوانه فقهی ماده مورد بحث، نظری است که در اعدام محکومین، چیزی بیشتر از اذهاق نفس را معتبر نمی‌داند. چرا که اگر قانون‌گذار حتی ذره‌ای از تعذیب را در اجرای این‌گونه مجازات‌ها شرط می‌دانست، نمی‌توانست ماده را به گونه‌ای تنظیم کند که کاملاً مخالف مرادش باشد و مجازات به گونه‌ای اعمال شود که هیچ‌گونه تعذیبی در بر نداشته باشد؛ در حالی که فرض بر حکیم بودن و اشراف کامل قانون‌گذار بر مسأله است.

۲. اعدام بدون درد در فقه امامیه

پس از بررسی ظرفیت‌های قانونی در رابطه با اعدام بدون درد، ضروری است این مسأله را از منظر فقهی نیز بررسی کنیم. قانون کیفری جمهوری اسلامی اگرچه جانب اخف را ترجیح داد، با این حال، به قاضی این اختیار را می‌دهد که مقداری از تعذیب را بر محکوم علیه تحمیل کند. حال باید دید در فقه چه ظرفیتی، چه در جانب اخف و چه در جانب تعذیب، وجود دارد. با توجه به آنچه در بخش اول مقاله ذکر نمودیم، این مسأله در سه بخش مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۱-۲. احکامی که در آنها گردن زدن تعیین شده است

در برخی از جرایمی که دارای مجازات سلب حیات هستند، گرچه وسیله اجرای حکم، موضوعیتی برای شارع ندارد، لکن شارع به دلیل غرضی که دارد، وسیله‌ای را برای استیفاء این احکام معین کرده است. احکامی که در آنها شارع مقدس، گردن زدن با شمشیر را معین فرموده عبارتند از: ۱. قصاص نفس؛ ۲. زنا با محارم نسبی؛ ۳. زنا با زن پدر؛ ۴. لواط با اکراه؛ ۵. لواط فاعل محصن و ۶. لواط مفعول. البته وسیله استیفاء در این احکام طریقت داشته و این به معنای آن است که ما می‌توانیم گردن زدن با شمشیر را با وسیله‌ای جایگزین کنیم که به غرض شارع در استیفاء این احکام، نزدیک‌تر باشد. در این بخش، احکامی وجود دارند که در ادله آنها، وسیله استیفاء تعیین شده است؛ اما این وسائل، دارای موضوعیت در سلب حیات نبوده و طریقت داشتند. در حال حاضر نیز احکام سالب حیات با وسائلی غیر از شمشیر استیفاء می‌شوند. بنابراین باید دید غرض شارع از تعیین شمشیر به عنوان وسیله استیفاء چه بوده است؟ بدیهی است اگر شارع غرض خاصی از تعیین این وسیله نداشته باشد، می‌توان هر وسیله‌ای را جایگزین آن قرار داد؛ اما اگر شارع غرضی در نظر داشته باشد، جایگزینی وسیله باید به گونه‌ای باشد که تأمین‌کننده غرض وی باشد. بنابراین، محور اصلی این بحث، غرض شارع است که طبق آن می‌توان حکم به جواز یا عدم جواز اعدام به وسائلی داد که آزاری را بر محکوم تحمیل نمی‌کنند. برای پاسخ به این مسأله باید سه سؤالی که در مقدمه بیان کردیم را مورد بررسی قرار دهیم:

۱. تفاوت گردن زدن با دیگر شیوه‌ها در فهم عرفی چیست؟ (عرف)

۲. آیا مراد شارع از قتل، مطلق ازهاق نفس است یا ازهاق نفس را همراه با مقداری تعذیب در نظر دارد؟ (مراد شارع از اقامه حد)

۳. آیا اسهل بودن گردن زدن، یک فهم مبتنی بر شرع است یا خیر؟ (بررسی دلیل شرعی اسهل بودن گردن زدن)

مسأله اول: تفاوت گردن زدن با دیگر شیوه‌ها از منظر عرف

در زمان صدور روایات و آیات قرآن، به عنوان دو منبع فقه امامیه، چندین روش برای اجرای احکام سالب حیات بیان شده است که عبارتند از: گردن زدن با شمشیر (حدود و قصاص و دیات

مجلسی: ۱۴) سوزاندن، پرت کردن از بلندی بادیست و پای بسته، خراب کردن دیوار بر روی محکوم علیه (گلیپایگانی، الدر المنضود، ۲: ۱۷)، سنگسار کردن (طبرسی، المؤلف، ۲: ۳۸۶)، و صلب^۱ (خویی، مبانی تکمله المنهاج، ۴۱: موسوعه، ۳۸۵). تردیدی نیست که از منظر عرف آن زمان نیز گردن زدن آسان‌ترین روش در میان این روش‌های مختلف بوده و نسبت به سایر مجازات‌های سالب حیات، با کم‌ترین آزار به زندگی محکوم علیه خاتمه می‌دهد. قانون‌گذار در آن زمان، برای برخی از احکام سالب حیات، صرف قتل محکوم علیه را در نظر داشته و برای برخی دیگر، علاوه بر گرفتن جان وی، غرض دیگری نیز داشته است.

بدیهی است که اگر غرض قانون‌گذار و شارع، فقط از میان بردن محکوم علیه باشد، از مجازات گردن زدن استفاده می‌کند؛ چراکه با وجود تکنولوژی ساده آن زمان، این روش سریع‌ترین راه برای خاتمه دادن به زندگی محکوم علیه بدون آزار اضافی بوده است. شاید به همین دلیل و با توجه به همین عرف و عادت بوده است که مکاتب حقوقی در اوایل قرن نوزدهم، اعدام با گیوتین را کم‌آزارترین روش برای مجازات اعدام اعلام کردند؛ چراکه آنان نیز به این نتیجه رسیده بودند که مجازات اعدام باید با بی‌آزارترین روش اجرا شود و عرف و نظریه‌های پزشکی آن روز، این روش را تأیید نمود (شمس ناتری، محمد ابراهیم، بررسی تطبیقی مجازات اعدام: ۴۳۵). این موضوع مؤید روشنی برای این ادعا است که در قرون اخیر که هنوز تکنولوژی به اندازه‌ای رشد نکرده بود که روش‌های کم‌آزارتری برای اعدام اختراع شود نیز مردم معتقد بودند که گردن زدن، آسان‌ترین روشی است که می‌توان برای گرفتن جان محکوم علیه از آن استفاده کرد.

البته به لحاظ تاریخی، عبارات و روایات فقها نیز می‌تواند عرف زمان را بازنمایی کند؛ چراکه این عبارات براساس روایات اسلامی تنظیم شده است که خود، گزارشات تاریخی متقن و محکمی از عرف آن زمان است. شهید ثانی (رحمه الله) با استنباط از همین روایات در مسالک می‌فرماید: «و ظاهر النصوص الدالة على قتل المذكورين الاقتصار على ضرب أعناقهم»؛ یعنی ظاهر روایاتی که دلالت بر قتل مذکورین (کسانی که مشمول تعریف زنا یا محارم می‌شوند) می‌کنند این است که به گردن زدن آنان اکتفا می‌شود (مسالک

۱. البته چنانچه خواهد آمد، صلب از اقسام قتل نیست؛ بلکه می‌تواند منجر به مرگ شود و به همین دلیل در این مقاله ذکر شده است.

الافهام، ۱۴: ۳۶۱). استنباط ایشان از متون شرعی این بوده است که باید مذکورین گردن زده شوند و برای منظور خود، کلمه «اقتصار» را به کار برده است. باید توجه داشت که اولاً زناى با محارم هم شدیدتر از زناى با اجنبیه است و ثانیاً رجم نیز یکی دیگر از مجازات‌های زنا است که شدیدتر از قتل با شمشیر است. اگر ما قائل به قیاس می‌بودیم، باید نتیجه می‌گرفتیم که شخص محصنی که در زناى با اجنبیه رجم می‌شود، با زناى با محارم خود، حداقل باید رجم شود. اما ادله فقهی ما، ضربت با شمشیر را ذکر کرده‌اند که خفیف‌تر از رجم است؛ به همین دلیل، شهید ثانی با استفاده از کلمه «الأقتصار»، چنین القامی کند که این مجازات در میان شیوه‌های اجرای احکام سالب حیات، یک مجازات حداقلی است و ما چون دلیلی بر بیش از این نداریم، به همین مجازات اکتفا می‌کنیم. ظاهر عبارت این است که ایشان از متون شرعی به این فهم رسیده است و با این عبارت، یک ارتکاز شرعی همگام با عرف را به نمایش می‌گذارد.

بنابراین از نگاه عرفی، تفاوت گردن زدن با سایر شیوه‌های مجازات سالب حیات، با توجه به تکنولوژی و توان غالب حکومت‌های آن روز، این است که گردن زدن در آن زمان، آسان‌ترین روشی است که می‌توان از آن برای ازهاق نفس محکومانی استفاده کرد که غرض از مجازات آنها چیزی بیش از قتل آنان نیست.

مسأله دوم: مراد شارع از قتل

با توجه به مباحث گذشته می‌توان گفت مراد و غرض اصلی شارع در رابطه با محل مورد بحث، قتل است. همچنین در چنین مجازات‌هایی که حکم به وسیله گردن زدن با شمشیر استیفاء می‌شد، تفاوت شمشیر با سایر شیوه‌های متداول این بوده است که این شیوه، کم‌آزارترین روش ممکن برای استیفاءی چنین حدی بوده و کلمات برخی فقها نیز مؤید این ادعا بود. علاوه بر این، این نتیجه نیز به دست آمد که دلیل قابل اعتنایی وجود ندارد که طبق آن، گردن زدن با شمشیر را دارای موضوعیت دانست. حال باید به این سؤال پاسخ داد که در چنین مجازات حدی یا قصاصی، قید تعذیب آیا مأخوذ در عنوان بوده و دلیلی بر آن وجود دارد یا خیر؟ برای پاسخ به این مسأله، ابتدا با بررسی ادله این موضوع، باید ببینیم آیا تعذیب در ادله حدود سالب حیات یا قصاص نفس، شرط شده است یا خیر و اگر شرط نشده است، آیا می‌توان از قدر متیقن، یعنی کشتن، یا فراتر نهاد و

ادعا کرد که تعذیب باید لزوماً وجود داشته باشد؟ در مرحله بعد، با بررسی عبارات فقها به این سؤال می‌پردازیم که آیا در کلام فقها، استظهاری مبنی بر این مطلب وجود دارد که مراد شارع از چنین مجازات‌هایی، مطلق ازهاق نفس است یا خیر؟

بررسی ادله احکام سالب حیات

طبق آنچه تاکنون بیان کردیم، از میان رفتن محکوم علیه در مجازات‌هایی که گردن زدن در آنها طریقت دارد، حداقل چیزی است که مورد نظر شارع بوده و این، قدر متیقن حکم است؛ بنابراین، فرارفتن از این قدر متیقن و ادعای اینکه تعذیب نیز باید لزوماً وجود داشته باشد، نیازمند دلیل و اثبات است. در ادله کیفرهای سالب حیاتی که با محل بحث، سنخیت دارند. یعنی گردن زدن را طریق الی القتل می‌دانند. چنین دلیلی وجود ندارد و هیچ دلیل خاص یا عام دیگری نیز بر این ادعا دلالت نمی‌کند. در همین راستا، آیت‌الله سید محمود شاهرودی معتقدند در مورد حد قتل و کیفر آن، یعنی کشتن محکوم... می‌توان گفت اگر مقصود این است که دردناک بودن کیفر و ایجاد درد در محکوم، شرط کیفر است؛ بدان معنا که علاوه بر اصل کشتن و گرفتن جان مجرم، آزار دادن و تعذیب او هم لازم و واجب است، آری دلیلی بر وجود چنین شرطی نیست (حکم بی‌حس کردن اعضاء هنگام اجرای کیفرهای جسمانی: ۱۴). البته ممکن است ادعا شود که قید تعذیب در عنوان این قید مأخوذ بوده و بنابراین، نیازی به روایت یا آیه خاص وجود ندارد. این ادعا به هیچ عنوان قابل دفاع نیست و آیت‌الله شاهرودی نیز با وجود آنکه اصرار دارد که در کیفر بعضی از حدود، قید تعذیب مأخوذ در عنوان است، اما در محل بحث که به چیزی بیش از کشتن محکوم علیه حکم نشده است، اذعان می‌کند که نمی‌توان قید را از عنوان بحث به دست آورد و می‌فرماید: «نفس عنوان کشتن و گرفتن جان محکوم، متضمن این نیست که دردناک بودن و احساس درد کردن محکوم نیز در کیفر شرط شده باشد» (حکم بی‌حس کردن اعضاء هنگام اجرای کیفرهای جسمانی: ۱۴).

بررسی عبارات فقها

گرچه عبارات فقها به عنوان دلیل مستقل لحاظ نمی‌شود؛ اما می‌تواند مؤید برداشتی باشد که از ادله به دست آوردیم. شهید ثانی در باب قصاص کتاب الروضة البهیه، درباره شخصی که کافر، زانی

یا شخصی که لواط کرده است را به قتل می‌رساند، چنین حکم می‌کند: «به علت کشتن این افراد قصاص نمی‌شود» و در ادامه می‌گوید: «ظاهراً تفاوتی نمی‌کند که استیفاء این قتل به آن نوعی باشد که شارع معین کرده است، مانند رجم یا شمشیر یا غیر آنها؛ چون همه این موارد در امر مطلوب که از هاق روح است، شرعاً مشترک هستند» (الروضه البهیه، ۱۰: ۶۷). شیخ طوسی نیز در کتاب تهذیب الاحکام ابتداری از طریق ابوبصیر از امام صادق (علیه السلام) نقل می‌کند که حضرت می‌فرماید: «حد کسی که زانی با محرم می‌کند، حد زانی است؛ الا اینکه گناه زانی با محارم بزرگ‌تر است» و سپس می‌گوید: «این روایت منافاتی با آنچه ذکر شد ندارد؛ زیرا مقصود، کشتن محکوم علیه است و امام مخیر است که رجم کند یا با شمشیر بکشد (التهذیب ۱۰: ۲۴ ذیل ح ۷۱). آیت‌الله شاهرودی نیز در منبع قبلی، اذعان داشتند که در این‌گونه مجازات‌های سالب حیات، مراد شارع فقط از میان بردن محکوم علیه است.

وجه استدلال به کلام شیخ طوسی و شهید ثانی منصرف از نفس حکم است؛ یعنی شاید ما حکمی که آنها داده‌اند را نپذیریم و قائل به تفاوت بین حدود مذکور باشیم؛ اما تعلیل آنها نشانه فهم این فقها از حکمت کیفرهای سالب حیات است. شهید ثانی در مقام استدلال برای حکمی که ذکر کرده‌اند، می‌فرماید: «مراد قتل است؛ یعنی ما غیر از قتل نمی‌خواهیم». (مسالک الافهام، ۱۴: ۳۶۱). شیخ طوسی نیز در مقام تعلیل می‌فرماید: «مقصود، کشتن محکوم علیه است». (التهذیب ۱۰: ۲۴ ذیل ح ۷۱). این موضوع، نشان می‌دهد که حکمت کیفرهای سالب حیات، حداقل در محل بحث ما، فقط از میان بردن است و نه بیش از آن. بنابراین طبق ادله حدود مورد بحث، دلیلی بر شرطیت تعذیب وجود ندارد و فهم برخی از فحول فقها از این ادله نیز این بوده که مراد شارع از تعیین کیفرهای سالب حیات، فقط کشتن محکوم علیه است و چیزی اضافه بر کشتن، شرط نیست.

مسأله سوم: مبنای شرعی اسهل بودن گردن زدن

تاکنون اثبات کرده‌ایم که فهم عرفی، گردن زدن را اسهل می‌داند و فهم فقها از احکام سالب حیات نیز مطلقاً از میان بردن محکوم علیه است. حال سؤال این است که آیا می‌توان ادعا کرد که این حکم موافق شرع نیز بوده و شرع نیز گردن زدن را با توجه به امکانات آن روزگار، آسان‌ترین روش

می دانست و به همین دلیل، این روش را طریقی برای رسیدن به بی‌آزارترین شیوه برای از میان بردن محکوم علیه استفاده می‌کرد؟ این فهم شرعی در کنار فهم عرفی می‌تواند محکم‌ترین دلیلی باشد که برای اعدام بدون درد مورد استفاده قرار می‌گیرد. برای به دست آوردن غرض شارع از تعیین شمشیر به عنوان وسیله استیفاء متداول در جایی که فقط از هاق نفس مراد است، از ادله همه احکام سالب حیاتی بدست می‌آید که در آنها شمشیر تعیین شده است؛ زیرا در همه این احکام، تعیین شمشیر، وجه مشترک بوده و علتی که برای تعیین شمشیر در یکی از آنها ذکر می‌شود، به سایر این احکام نیز تعمیم پیدا می‌کند. همچنین اگر علت عامی در بعضی از احکام کم‌تر از سالب حیات یافت شود که شامل محل بحث نیز بشود، ابائی از استفاده از آن وجود ندارد؛ زیرا آنچه دلیل قرار می‌گیرد، عمومیت علت است نه خصوصیت موضوع.

البته برای رسیدن به پاسخ باید از ادله قصاص و حدود استفاد شود؛ زیرا تاکنون ثابت کردیم که گردن زدن در این حد خاص، طریقی داشته و با توجه به امکانات آن روزگار، این روش هم به لحاظ عرفی و هم به لحاظ عقلی، آسان‌ترین و کم‌آزارترین روش بوده است. حال سؤالی که باید پاسخ داده شود، این است که وجه تعیین گردن زدن به عنوان طریق در قصاص نفس و بعضی از حدود چیست؟ آیا برای وصول به کم‌آزارترین روش از هاق نفس است؟

الف) کتاب

اولین آیه‌ای که ممکن است در این باب مورد استفاده قرار بگیرد، آیه ۳۱ سوره مبارکه اسراء است. خداوند متعال در این آیه می‌فرماید: «وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيهِ سُلْطٰنًا فَلَا يَسْرِفُ فِي الْقَتْلِ إِنَّهُ كَانَ مَنْصُورًا».

گرچه آیه فوق مربوط به بحث قصاص است؛ اما از آنجا که در قصاص و حدودی که محل بحث ما هستند، مجازات قتل بوده و شیوه استیفاء نیز گردن زدن است، تفاوتی میان قصاص نفس و حدود سالب حیات از حیث محل بحث، وجود نداشته و بحث از هر دو، تفاوتی با یکدیگر ندارد. شاهد مورد نظر ما در این آیه شریفه، عبارت «فلا یسرف فی القتل» است. واژه «اسراف» به معنای تجاوز از حد در هر کاری است که انسان انجام می‌دهد (طباطبائی، سید محمد حسین، المیزان،

۱۷: ۲۷۸). امین الاسلام (رحمه الله) در مجمع البیان در تعریف اسراف می‌فرماید: «اسراف، تجاوز از حد مباح به آن چیزی است که مباح نیست» (مجمع البیان، ۳: ۱۵). اما سؤال این است که آنچه در قصاص به عنوان حد قرار داده شده و نباید از آن تجاوز شود، چیست؟ در تفسیر این آیه روایاتی نیز وارد شده است که مضمون آن روایات این است: ولی دم، غیر قاتل را نکشد و او را هم مثله نکند (بروجردی، سیدحسین، جامع احادیث الشیعه، ۳۱: ۲۶۲). این در واقع، یک حد از حدود قصاص است. همچنین در بحث قصاص بیان شد که حکم در قصاص، طبق قول مشهور فقها، قتل است؛ یعنی آنچه ولی دم استحقاق آن را پیدا کرده است، از هاق روح قاتل در مقابل از هاق روح مقتول است و برای فراتر رفتن از این محدوده، نیازمند دلیل هستیم و چون دلیلی وجود ندارد، فراتر رفتن از آن، تجاوز از حد شمرده می‌شود که در آیه از آن نهی شده است.

بنابراین طبق آیه فوق، آزار محکوم علیه، زیاده بر از هاق نفس، اسراف شمرده شده است و اسراف نیز منهی عنه است. پس باید برای استیفاء قصاص یا حد، به روشی عمل کرد که تا حد امکان فقط از هاق روح انجام گیرد. بنابراین، اگر در اجرای این حد، آزاری وجود داشته باشد که گریزی از آن نیست، اشکالی ایجاد نمی‌کند؛ اما اگر جلوگیری از آن امکان داشت و دفع نشد، به نظر می‌رسد چون آزار محکوم علیه در چنین موردی، جهت استیفاء قصاص یا حد نبوده است، مشمول نهی از اسراف خواهد بود. حدود سالب حیات نیز در این فرض، مانند قصاص بوده و در هر دو مورد باید از هاق نفس، بدون آزار قابل پیشگیری انجام شود و اسراف در قتل صورت نگیرد. شارع مقدس در زمان صدور حکم، برای نیل به این غرض در هر دو مورد، گردن زدن با شمشیر را تعیین کرده است.

اشکالی که ممکن است به استدلال ذکر شده وارد شود، این است که اگر قتل به سیف، برای از هاق روح طریقت داشته باشد، اطلاق از هاق روح هر شکلی از قتل متعارف را شامل می‌شود، خواه به سیف، طناب دار یا وسائل جدید باشد؛ بنابراین، آیه مورد بحث، فقط در مقام نفی مجازات دیگران و مثله کردن آنان است، نه تضییق در از هاق روح متعارف و در فرض شک نیز از موارد تمسک به عام در شبهه مصداقیه خودش است. پس نمی‌توان از این آیه، حرمت قتل به طناب دار و وسایل متعارف را استنباط کرد.

پاسخ این اشکال این است که اولاً این ادعا که اگر شمشیر، طریقت داشته باشد، هر شکلی از قتل «متعارف» را شامل می‌شود، صحیح نبوده و چنین فهمی از طریقت به دست نمی‌آید؛ چراکه منظور از اذهاق روح، مطلق اذهاق روح است و به عبارتی، حدی که شارع مقدس در استیفاء برای مکلفین قرار داده، این است که هنگام استیفاء چنین حدود یا قصاص نفسی، فقط باید اذهاق روح کرده و بیش از آن را نمی‌توانند بر محکوم علیه تحمیل کنند. بنابراین، اذهاق روح به هر شکلی منظور شارع نیست؛ بلکه فقط اذهاق روح غرض ایشان است که در هنگام تشریح حکم، شمشیر وسیله مناسبی برای آن بوده است.

ثانیاً طبق آیه، خداوند متعال، حدودی برای استیفاء قتل تشریح کرده است که تعدی از آن اسراف است. سؤال این است که آیا آزار رساندن به محکوم نیز از حدود مورد نهی است؟ در اینجا یا دلیل خاصی بر نفی آزار داده دیگر وجود دارد یا چنین دلیلی وجود ندارد. بنابر فرض اول، مسلم است که تمسک به عام در شبهه مصادیقیه نخواهد بود و حکم آن واضح است. اما در فرض دوم نیز دلیل عام حرمت تعذیب مؤمن آن را در برمی‌گیرد و به عبارتی، دلیلی بر اثبات اضافه بر مطلق اذهاق روح، وجود ندارد. این استدلال نیز صحیح نیست که بگوییم از آیه فوق، طریقت فهمیده می‌شود و بنابراین، آیه شامل وسائل متعارف شده و آزاری که از این وسائل حاصل می‌گردد، مشروع است؛ چراکه آیه چنین چیزی را اثبات نمی‌کند و ادعای اینکه متعارف بودن مساوی است با مشروعیت نیز نیازمند اقامه دلیل دیگری است.

ثالثاً تقیید آیه به نهی از مجازات دیگران و نهی از مثله کردن نیز نیاز به دلیل دارد. البته این دو مورد در روایات ذکر شده است که مصداقی از اسراف هستند؛ اما اثبات شیء، نفی ما عدا نمی‌کند و به عبارتی، واژه اسراف، مطلق است و هر آنچه که بر مشروعیت آن دلیلی اقامه نگردد، از مصادیق اسراف بوده و دلیلی صالح بر تقیید در مقام یافت نمی‌شود. اصل نیز بر عدم تقیید است و بنابراین، آیه بر ظهور خود باقی خواهد ماند.

آیه دیگری که در مقام اثبات مدعا ممکن است به آن استناد شود، آیه ۴۵ سوره مبارکه مائده است. در این آیه خداوند حکیم می‌فرماید: «وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ فَمَن تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَهُ وَمَن لَّمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ» (مائده: ۴۵).

این آیه در مقام اثبات قصاص بوده و شاهد مورد نظر نیز عبارت «النفس بالنفس» است. در این عبارت، «باء» به معنای مقابله است؛ بنابراین، آیه چنین معنا می‌شود که نفسی در مقابل نفس دیگری کشته می‌شود (طباطبائی، سید محمدحسین، المیزان، ۵: ۳۴۴). اما از آنجا که می‌دانیم اگر چند نفر، یک نفر را به قتل برسانند، همگی آنان در مقابل مقتول کشته خواهند شد؛ بنابراین در اینجا مقابله در مقام افاده عدد نیست، بلکه در مقام افاده جنس است (راوندی، قطب‌الدین، فقه القرآن، ۲: ۴۱۷؛ حلبی، ابن زهره، غنیه: ۴۰۵؛ حلی، ابن ادریس، سرائر، ۳: ۳۴۵). پس آیه چنین معنا می‌شود که اگر فردی، فرد دیگری را کشت، در مقابل جان مقتول، جان قاتل نیز گرفته می‌شود. بنابراین، آیه اثبات می‌کند که اگر قاتلی، جانی را به هر شکلی ازهاق کرد، مستحق این است که جان وی گرفته شود و بیش از این نباید باشد (فاضل لنکرانی، محمد، تفصیل الشریعه فی شرح تحریر الوسیله. قصاص، ۳۰۸)؛ چراکه آیه در مقام بیان مقدار ضمانت قاتل در مقابل ازهاق نفس مقتول است و اگر بیش از آن مورد نظر بود، باید آن را بیان می‌کرد.

حال که مقدار ضمانت قاتل فقط ازهاق نفس اوست و در حدود سالب حیات نیز برای مجازات باید مجرم نفس خود را بدهد، به نظر می‌آید شمشیر بدین منظور از سوی شارع تعیین شده است که فقط جان محکوم علیه راستانده و آزار قابل پیشگیری زائد بر آن را بروی تحمیل نماید؛ زیرا طبق مقتضای دلیل، غرض شارع از تشریح مجازات، فقط ازهاق نفس بوده و بیش از آن را منظور نداشته است.

(ب) روایات

۱. قصاص از ابن ملجم

امام علی علیه السلام در روایاتی درباره قصاص ابن ملجم (لعنه الله) به امام حسن علیه السلام توصیه می‌کند که در مقابل ضربه‌ای که به وی وارد شده است، یک ضربه بزند و آن را مثله نکند؛ زیرا رسول الله صلی الله علیه و آله از مثله نهی فرمودند. امام حسن علیه السلام نیز برای قصاص، گردن ابن ملجم را زد (حرّ عاملی، محمد، وسائل الشیعه، ۲۹: ۱۲۷ و ۱۲۸). نکته اول درباره روایت فوق این است که ابن ملجم ضربه‌ای با شمشیر مسموم بر فرق سر امام علی علیه السلام وارد کرد؛ اما امام حسن علیه السلام برای استیفاء قصاص گردن قاتل را زده و او را به سرعت می‌کشد. اگر حضرت می‌خواست مقابله به مثل نماید، باید با شمشیر

مسموم بر فرق سر وی می‌کوفت تا چند روزی را به عذاب بگذرانند. نکته دوم، جمله امام علی (علیه‌السلام) است که به فرزند خود می‌فرماید: «فَاصْرُبُوهُ صَرْبَةً بَصْرِيَّةً». در برداشت اولیه ممکن است قصاص ضربه گرفته شود و در مقابل ضربه‌ای که وارد کرده است، باید ضربه‌ای به او وارد شود؛ اما با دقت در استیفاء نوع قصاص به وسیله امام حسن (علیه‌السلام) با توجه به اینکه فعل حضرت برای ما حجیت دارد، این نکته به دست می‌آید که عبارت امام (علیه‌السلام) در مقام بیان منع از تعذیب و مثله است؛ یعنی اگر قرار بود در مقابل ضربه‌ای که آن ابن ملجم وارد کرده است، ضربه‌ای وارد شود و به عبارتی، قصاص ضربه و جنایت او گرفته شود، باید با شمشیر مسموم بر فرق سر وی کوبیده می‌شد تا هم مماثلت رعایت گردد و هم تعذیب راد رک کند. با تأمل در شیوه استیفاء قصاص توسط امام حسن (علیه‌السلام) در می‌یابیم که ایشان طبق وصیت امام علی (علیه‌السلام) و دستورات دین مبین اسلام، آسان‌ترین و کم‌آزارترین روش، یعنی گردن زدن با شمشیر را انتخاب کردند و قاتل را به سریع‌ترین شکل ممکن از میان برداشتند.

بنابراین، طبق این روایات، آنچه باید انجام شود فقط ازهاق جان محکوم علیه بوده و بیش از آن، مورد نظر نیست. با کنار هم نهادن این دو نکته در می‌یابیم که در اجرای حکم سالب حیات، دستوری که صادر شده و ائمه اطهار (علیهم‌السلام) نیز به آن عمل کرده‌اند، کاریست کم‌آزارترین روش برای اعدام محکوم علیه است که در زمان ما روش‌های دیگری غیر از گردن زدن با شمشیر نیز وجود دارد که به این هدف، نزدیک‌تر است. البته ممکن است گفته شود استدلال فوق، دلیلی برای تعیین وسایل امروزی نیست. اما این اشکال به نظر صحیح نیست؛ زیرا اگر غرض شارع دایره‌مدار تعیین وسیله باشد، هر وسیله‌ای که بتواند این غرض را بهتر تحصیل کند، متعین است و فرض این است که غرض شارع، فقط ازهاق روح بوده و تعذیب نیز نفی شده است و دلیلی بر جواز آن وجود ندارد. بنابراین، متعارف بودن وسیله‌ای در زمان گذشته نیز نمی‌تواند دلیل بر مشروعیت آن وسیله قرار بگیرد؛ بلکه مشروعیت یک وسیله فقط مستند به تأمین غرض شارع به بهترین نحو است.

۲. سرعت در اجرا و منع از تعذیب

آیات و روایاتی که تاکنون بیان شد، ضرورت مطلب را اثبات نمی‌کرد و نیازمند مطالب عدیده‌ای

بود تا با کنار هم نهادن آنها، مطلب اثبات شود. اما مهمترین دلیل برای اثبات مدعای مورد بحث، روایاتی است که از تعذیب منع کرده و دستور می دهند از هاق نفس به سرعت انجام پذیرد. در واقع، این روایات، بهترین تفسیر برای آیات و روایاتی است که تاکنون بیان شد. در این خصوص، روایت مشهوری وجود دارد که به عنوان مهمترین روایت در این باب، در بیشتر کتب معتبر با سندهای مختلف ذکر شده است (کلینی ابوجعفر، محمد بن یعقوب، الکافی، ۲۷۹:۷؛ صدوق، محمد بن علی بن بابویه، من لایحضره الفقیه، ۱۳۰:۴؛ حلی، علامه، حسن بن یوسف، المختلف، ۴۵۳:۹؛ هندی، فاضل محمد بن حسن، کشف اللثام، ۱۱:۱۶۶) که بعضی از این روایات صحیح بوده و برخی علما به صحت آنها اعتراف کرده اند (تفصیل الشرعیه - قصاص، ۳۱۰؛ طوسی، محمد بن حسن، مهذب الاحکام، ۲۸:۳۸۴).

در این روایت، روای از امام معصوم علیه السلام در باره مردی می پرسد که مرد دیگری را با عصا می زند و عصا را بلند نمی کند تا او را می کشد. امام در پاسخ می فرماید: قاتل به اولیاء مقتول تسلیم می شود؛ لکن آن را رها نمی کنند که اولیاء مقتول هر گونه خواستند او را بکشند؛ بلکه وی را با شمشیر و با سرعت می کشند.^۱ علامه مجلسی در مرآت العقول می فرماید: عبارت «یتلذذ به» یعنی برای تشفی او را قبل از کشتن، مثله کنند و بر عقوبت وی بیفزایند و «یجاز علیه» یعنی به سرعت او را بکشند (مجلسی دوم، محمد باقر بن محمد تقی، مرآة العقول، ۲۴:۲۲). شیخ حر عاملی نیز در وسائل الشیعه این احادیث را در بابی با این عنوان بیان کرده است: «بَابُ أَنَّ الثَّابِتَ فِي الْقِصَاصِ هُوَ الْقَتْلُ بِالسَّيْفِ مِنْ دُونَ عَذَابٍ وَلَا تَمْثِيلٍ وَإِنْ فَعَلَهُ الْقَاتِلُ»؛ یعنی ثابت در قصاص قتل به وسیله شمشیر، بدون عذاب و تمثیل است؛ اگرچه فاعل این کار را انجام داده باشد (وسائل، ۲۹:۱۶۲).

نخستین نکته قابل توجه درباره روایت فوق، سیاق آن است؛ به این صورت که روای حکم مسأله را از امام طلب می کند و امام می فرماید: که او را به اولیاء مقتول تسلیم کنید تا او را بکشند. سپس می فرماید: لکن ترک نمی شود تا هر گونه خواستند او را بکشند و از کشتنش لذت ببرند؛ بلکه باید به وسیله شمشیر و سریعاً او را از میان بردارند. بنابراین، اولین دستوری که در اجرای سلب حیات

۱. در برخی روایات عبارت «یتلذذ به» آمده است که به معنای لذت بردن از کشتن محکوم علیه است.

۲. عبارت روایت این گونه است: «یجاز علیه بالسيف».

از سوی امام معصوم صادر می‌شود، این است که از آزار محکوم علیه توسط کسی که متکفل اجرای حکم است، جلوگیری شود و نمی‌توانند قاتل را رها کنند تا هرگونه خواستند او را بکشند و از کشتن وی لذت ببرند. طبق آنچه از علامه مجلسی نقل کردیم، این عبارت به این معناست که نباید اجازه داد برای تشریف اولیاء مقتول، آنان ابتدا قاتل را آزار داده و سپس وی را از بین ببرند یا او را به شیوه‌ای آزاردهنده بکشند؛ گرچه ممکن است خود محکوم علیه، مقتول را به چنین صورتی کشته باشد. بنابراین، نتیجه نخست ما از این روایات، نهی از آزار محکوم علیه هنگام اجرای حکم سالب حیات است. نکته دوم، تعیین شیوه اجرای حکم توسط امام است؛ یعنی امام پس از نهی از اعدام آزاردهنده قاتل، سازوکاری را نیز برای اجرای این دستور تعیین می‌کند و می‌فرماید: «لکن یجاز علیه بالسیف». با کنار هم گذاشتن این مقدمات، این نتیجه به دست می‌آید که شارع مقدس برای اجتناب از آزار محکوم علیه، این روش را تعیین نموده و این روایات صحیح، به طور کامل، دلالت بر این موضوع دارند و دلیل تعیین این طریق نیز همان عبارت «لا یترک یعبث به، و یتلذذ به» است. در حقیقت، شارع با این بیان می‌فرماید شما حق ندارید کسی که محکوم به مرگ شده است را به هر روشی که خواستید، بکشید یا از کشتن او لذت ببرید و به عبارتی، «قصد» شما از کشتن و نتیجه‌ای که می‌خواهید حاصل کنید، برای شارع مهم نیست؛ بلکه او فقط استحقاق مرگ را دارد و نه بیش از آن. به همین دلیل، امام دستور می‌دهد قاتل با سرعت و به وسیله گردن زدن کشته شود؛ چرا که این روش به لحاظ عرفی، آسان‌ترین و کم‌آزارترین روش برای کشتن محکوم علیه بوده و از اعمال قصد کسانی که استیفاء حکم می‌کنند، جلوگیری می‌کند.

شاید اشکال شود که این روایت درباره یک مورد خاص، یعنی قصاص وارد شده و نمی‌توان حکم آن را به حدود تسری داد. اما این اشکال به نظر صحیح نمی‌رسد؛ زیرا پیش از این اشاره کردیم که این استدلال مبتنی بر ذکر علت حکم است که باعث سرایت آن حکم می‌شود. در صدر روایت مورد بحث نیز حکم قصاص بیان شده و در ذیل آن، علت تعیین شمشیر و گردن زدن ذکر شده است. در حدود هم بیان کردیم که حکم، قتل است و گردن زدن با شمشیر به عنوان شیوه استیفاء حد، ذکر شده است. این روایت دلیل آن را ذکر می‌کند و طبیعتاً این دلیل، شامل روش مشترک خواهد بود.

در نتیجه، با دانستن غرض شارع که روایت به آن تصریح کرده و ظهور روشنی در مطلب دارد، باید به جای گردن زدن، روشی را برگزینیم که جز آزاری که توان جلوگیری از آن وجود ندارد، آزار دیگری به محکوم علیه تحمیل نکند؛ چراکه محکوم علیه فقط مستحق مردن است و در زمان صدور روایات، به دردی ناشی از گردن زدن که غیر قابل جلوگیری بود، اکتفا می‌شد. از آنجا که در حال حاضر و با پیشرفت تکنولوژی، این دردها قابل جلوگیری هستند، باید به آزارروانی ناشی از ستاندن جان محکوم علیه کفایت نموده و مطابق غرض شارع رفتار کرد.

۳. دستور به نیکو کشتن

برخی از فقهای امامیه، برای منع تعذیب در اجرای احکام سالب حیات از روایتی نبوی استفاده کرده‌اند (شهید ثانی، زین الدین بن علی، مسالک، ۱۵: ۲۳۴؛ نجفی صاحب جواهر، محمدحسن، جواهر الکلام، ۴۲، ۲۹۶). رسول خدا (صلی الله علیه وآله) می‌فرماید: «اگر خواستید بکشید، نیکو بکشید و اگر خواستید ذبح کنید، نیکو ذبح کنید» (البیهقی، احمد بن حسین، السنن الکبری للبیهقی، ۸: ۱۶۰؛ التیمی السمرقندی، عبدالله بن عبدالرحمن، سنن دارمی، ۲: ۱۲۵۴). فقها معتقدند منظور از «نیکو کشتن» این است که آزار و تعذیبی به واسطه استیفاء قصاص به وسیله شمشیر کُند، به محکوم علیه نرسد و گرچه روایت در باب ذبح حیوان وارد شده است، اما این حکم درباره انسان به طریق اولی ثابت می‌شود. منظور از ذبح نیکو نیز این است که بدون آزار رساندن به مذبوح، سریع تر جان او گرفته شود؛ بنابراین، روایت در مقام نفی هر گونه آزار است که شامل اجرای احکام سالب حیات نیز می‌شود (مرعشی نجفی، سید شهاب الدین، القصاص علی ضوء القرآن و السنة، ۲: ۳۶۳). در خصوص سند روایت نیز گرچه از طرق عامه وارد شده است، اما از آنجا که مطابق با قواعد فقه امامیه است، برخی از فقها به آن استشهاد کرده‌اند.

ج) عبارات فقها

یکی دیگر از مبانی قابل استشهاد برای اثبات اینکه گردن زدن، اسهل از سایر روش‌ها است، عبارات متعدد فقهای بزرگوار است که برخی تصریح به این مطلب دارند و برخی دیگر، اشاراتی دارند که با دقت بیشتری می‌توان دلالت آن را بر مطلب مورد بحث، ثابت کرد. برخی از عبارات نیز گرچه

در مورد حدودی بیان شده‌اند که کم‌تر از سلب حیات هستند، اما علتی را بیان داشته‌اند که طبق آن، می‌توان این عبارات را شامل محل بحث نیز دانست.

۱. کلمات فقها درباره حد قطع عضو

فقه‌های امامیه در باب حد قطع عضو، شرایطی را ذکر کرده‌اند که در بسیاری از کتب معتبر نیز وارد شده است. این شرایط بی‌تردید، اختصاص به بحث قطع عضو دارند و در حد سالب حیات یا قصاص نفس وارد نمی‌شوند؛ اما پاسخ به این سؤال که فقها این شرایط را به چه دلیل ذکر کرده‌اند، می‌تواند این شرایط را به بحث ما نیز مرتبط کند. شیخ طوسی در کتاب المبسوط پس از بیان شرایطی برای استیفاء حد قطع، می‌فرماید: یک بار به وی ضربه می‌زنند و چند بار تکرار نمی‌کنند که وی تعذیب شود «لأن الغرض إقامة الحد من غیر تعذیب، فان علم قطع أوجل من هذا قطع به»؛ یعنی چون غرض، اقامه حد بدون تعذیب است، پس اگر راهی سریع‌تر برای قطع یافتند، به همان راه قطع می‌کنند (طوسی، محمد بن حسن، المبسوط، ۸: ۳۶). علمای بزرگ در کتب خود، این عبارت شیخ طوسی را از المبسوط نقل کرده‌اند (موسوی اردبیلی، سید عبدالکریم، فقه الحدود و التعزیرات، ۳: ۳۹۸ و تفصیل الشریعه. الحدود، ۵۹۴) و برخی نیز این عبارت را به گونه‌ای ذکر کرده‌اند که گویی فتوای ایشان این‌گونه استقرار یافته است (طرابلسی، ابن البراج، المهذب، لابن براج ۲: ۵۴۵؛ حلی، جمال الدین، احمد بن محمد، مهذب البارع، ۵: ۸۸). برخی نیز با نقل عبارات شیخ طوسی، هرگونه اشکال درباره آن را نفی کرده‌اند. برخی دیگر نیز جمله پایانی شیخ را پسندیده‌اند که فرموده است: «اگر راهی سریع‌تر یافت شد، با همان راه، قطع انجام می‌پذیرد» (فقه الحدود و التعزیرات، ۳: ۳۹۸). عبارت شیخ طوسی و تأیید علمای بعد از ایشان نشان‌دهنده ارتکاز ذهنی متشرعین و فقها در باب اقامه حدود است. شیخ طوسی فاصله اندکی از عصر ائمه علیهم‌السلام داشتند؛ به همین دلیل، سخن ایشان که مورد تأیید علما قرار دارد و برخی طبق آن فتوا نیز داده‌اند، ارزش انکارناپذیری برای ما دارد. شیخ طوسی در این عبارت بعد از بیان شرایط استیفاء حد قطع، می‌فرماید: غرض اقامه حد است بدون تعذیب. این عبارت، بدون نیاز به هر توضیحی، به طور کامل ارتکاز ذهنی شیخ طوسی را نشان می‌دهد؛ مبنی بر اینکه در باب حدود، فقط باید حد را اجرا کرده و تا جایی که ممکن است،

از تعذیب محکوم علیه اجتناب کرد. حتی این امکان وجود دارد که بگوییم دلیل فتوای ایشان، حرمت تعذیب مؤمن بوده و بنابراین، تعدی از مقدار متقینی که چاره‌ای از آن نیست، داخل در عموم نهی از تعذیب مؤمن است (هاشمی شاهرودی، سید محمود، موسوعه الفقه الاسلامی طبقاً لمذهب اهل البیت علیهم‌السلام، ۳۳۴:۵)؛ به همین دلیل، شیخ نتیجه می‌گیرد که «اگر راهی سریع‌تر پیدا شود، باید با همان راه، قطع انجام پذیرد». جمله اخیر شیخ، تصریح می‌کند که وسیله قطع و اجرای حد، طریقت دارد؛ به همین دلیل، بی‌تردید باید با روش‌های دیگر، جایگزین شود. حال سؤال این است که این وسیله، طریق به چیست؟ ظاهر عبارت و تفریع شیخ این است که «این وسیله، طریق برای اجرای حد، بازمین بردن بدون تعذیب تا حد ممکن است» و از آنجا که در نظر ایشان، غرض شارع اصالت دارد، حکم به جواز تبدیل آن به وسیله‌ای می‌دهد که بتواند این غرض را بهتر تحصیل کند.

با توجه به عبارات فقها و شیخ طوسی، باید گفت علت حکمی که ایشان بیان داشته‌اند، همان غرض شارع، یعنی اقامه حد بدون تعذیب است و این علت، شامل محل بحث ما نیز می‌شود؛ یعنی در قصاص نفس یا حدود شرعی که حکم آنها قتل است، علت و غرض این حکم، اجرای آن بدون تعذیب محکوم علیه است و بنابراین، طبق برداشتی که از تفریع پایانی شیخ به دست آمد، هرگاه وسیله‌ای یافت شود که بتوان به وسیله آن، حکم را سریع‌تر و همراه با تعذیب کم‌تری اجرا نمود، باید از آن استفاده شود.

اشکالی که به بیان فوق وارد شده و باید به آن پاسخ دهیم این است که شیخ طوسی و فقها در تفریعی که بر علت ذکر شده دارند، عبارت «اعجل» را استفاده کرده‌اند و این عبارت به معنای «سریع‌تر» است؛ بنابراین، این جمله، دلالتی بر این مدعا ندارد که باید کاری کرد که محکوم علیه در اجرای حد، متحمل درد نشود. پاسخ اشکال این است که اولاً علت حکم، عبارت است از اقامه حد بدون تعذیب و جمله متفرع بر آن نیز باید با نظر به علت ذکر شده تفسیر شود، نه به صورت مستقل و ثانیاً این عبارت، زمانی صادر شده است که هیچ امکانی برای از بین بردن درد وجود نداشت و تکنولوژی آن زمان، فقط می‌توانست حکم را سریع‌تر اجرا کند؛ به عبارت دیگر، در تفسیر این جمله

باید زمان و مکان و احوال صدور حکم نیز لحاظ شود. شاید به همین علت است که آیت الله فاضل در کتاب تفصیل الشریعه می‌فرماید: «لازمٌ ما أفادَه، جوازُ القطع فی زماننا هذا مع فقدِ الحسِّ لموضع القطع، بحيث لا يتأذى بذلك أصلاً، أو القطع بإعانة المادّة الكهربائيّة وأمثال ذلك، ولا يبعد الالتزام به»؛ یعنی لازمه بیان شیخ، این است که در زمان ما قطع از طریق بی حس کردن موضع، جایز باشد؛ به گونه‌ای که محکوم علیه هیچ‌گونه اذیت و آزاری را متحمل نشود یا اینکه قطع به وسیله عنصر برق و امثال آن صورت پذیرد و (از نظر ما نیز) التزام به این نظر، بعید نیست (تفصیل الشریعه. حدود، ۵۹۴). برخی دیگر از فقها نیز بیانی شبیه به این مطلب دارند (فقه الحدود و التعزیرات، ۳: ۳۹۸).

۲. کلمات فقها در باب قصاص

فقهای امامیه، به جز اسکافی، وسیله استیفاء قصاص نفس را شمشیر تیز می‌دانند. شهید ثانی در المسالک می‌فرماید:

«استیفاء قصاص متعین است به گردن زدن به وسیله شمشیر و فرقی نمی‌کند که جنایت به وسیله شمشیر باشد یا غیر شمشیر، اعم از غرق کردن یا آتش زدن یا با سنگ زدن و غیر از آنها. نزد اکثر اصحاب، حکم همین‌گونه است؛ زیرا مقصود از قصاص، از هاق روح است و این مقصود با این روش، محقق می‌گردد و زیاده از آن، مثله بوده و منهی عنه است» (مسالک الافهام، ۱۵: ۲۳۵). برخی دیگر از فقها نیز به این مطلب اشاره یا تصریح کرده‌اند (حکیم، سید محمد سعید، منهج الصالحین، ۳: ۲۸۴). همچنین مقدس اردبیلی در مقام تعلیل برای این فتوای فرماید: «... زیرا مجوز قصاص به از هاق روح است و این حاصل است و زیاده از آن، تعذیب است که در شرع وارد نشده است (اردبیلی، احمد بن محمد، مجمع الفائدة و البرهان، ۱۴: ۱۳۲). گرچه این عبارت فقها به قصاص نفس اختصاص دارد، اما علت عامی که در آن ذکر شده است، شامل حدودی نیز می‌شود که به وسیله گردن زدن با شمشیر استیفاء می‌شدند. در این باب، فقها با جمع بین ادله و نیز استفاده از روایات مذکور، حکم می‌کنند که گردن مجرم باید با شمشیر تیز زده شود و در مقام تعلیل این حکم، دلیل عام برای آن بیان کرده و می‌فرمایند: چون آنچه ما مجوز آن را داریم، این است که جان مجرم را بگیریم. حال آیا می‌توان مجوز تعذیب در ضمن استیفاء را داد؟

این سؤال، مشترک میان باب قصاص و باب حدودی است که محل بحث ما قرار دارد؛ زیرا در هر دو مورد، ما اطمینان داریم که حداقل جواز گرفتن جان محکوم علیه، وجود دارد و در مابقی آن شک داریم که آیا بین وسیله‌ای که جان محکوم را با حداقل آزار می‌گیرد و وسیله‌ای که آزار بیشتری را بر محکوم متحمل می‌کند، می‌توان وسیله دوم را انتخاب کرده و آیا جایز است تعذیب بیشتری را بر مجرم تحمیل کنیم؟ با توجه به استدلال فقهای بزرگوار باید گفت آنچه متعین در محل بحث ما است، استیفاء با وسیله‌ای است که کم‌ترین آزار را به مجرم می‌رساند؛ زیرا ما فقط مجوز کشتن محکوم را داریم و زیادت بر تعذیب، مورد نهی شرع مقدس واقع شده است. از آنجا که محکوم علیه در فرض مورد بحث، هنوز مسلمان بوده و احکام مسلمان و مؤمن شامل وی نیز می‌شود، در محل بحث، حرمت تعذیب مؤمن، استصحاب می‌شود و شکی نیست که در محل مورد بحث، موضوع تغییر نیافته و مسلمان محکوم، با مسلمان غیر محکوم، تفاوتی ندارد؛ بلکه صفتی اعتباری بر شخص مسلمان وارد شده است که باعث شک در بقای حرمت تعذیب مؤمن شده است، نه اینکه این صفت، موضوع را به طور کامل، تغییر داده باشد و بنابراین، استصحاب ذکر شده، دچار اشکال نخواهد بود.

البته شاید این اشکال مطرح گردد که در زمان صدور این روایات، استیفاء حد و قصاص به وسیله شمشیر بوده و این وسیله، مستلزم تعذیب بوده است؛ بنابراین، نهایت این است که بگوییم تعذیبی افزون بر تعذیب ناشی از شمشیر، بر مجرم نباید وارد شود، اما کم‌تر از آن جایز است. شاید به همین دلیل، برخی از فقهای معاصر نیز فتوایی داده‌اند که مستلزم حرمت تعذیبی بیش از تعذیب شمشیر است (موسوی خمینی، سید روح الله، تحریر الوسیله، ۲: ۵۳۵).

پاسخ اشکال ذکر شده این است که ما باید زمانه و اقتضائات آن را در اجرای حکم، لحاظ نماییم. در زمان صدور این فتوا و عبارت از سوی فقهای بزرگوار، امکان جلوگیری از تعذیب ناشی از شمشیر وجود نداشته و این امر، تحت اختیار و قدرت مجری حکم نبوده و به همین دلیل، نمی‌توان آن را عمدی تلقی کرده و نهی را شامل آن دانست؛ زیرا ما حکم به وجوب استیفاء داشتیم. به عبارت دیگر، در چنین مواردی، یک حکم وجوب، یعنی استیفاء قصاص یا اجرای حد و یک حکم حرمت، یعنی ممنوعیت آزار و تعذیب مؤمن وجود دارد که در اجرای حکم به وسیله شمشیر، این دو حکم با

یکدیگر تراحم پیدا می‌کنند؛ با این بیان که دلیل اول، امر به انجام فعل و وجوب استیفاء می‌کند و دلیل دوم، از انجام آن، به این دلیل که مستلزم تعذیب مؤمن است، نهی می‌کند. در چنین مصادیقی، استیفاء حد باید به‌گونه‌ای صورت بگیرد که تا حد امکان، سبب تعذیب مجرم نگردد تا مصادق تعدی از حدود الهی قرار نگیرد و بنابراین، مقدار تعذیبی که بر محکوم علیه وارد می‌آید، خارج از اختیار مجری استیفاء بوده و در واقع، چاره‌ای از آن وجود نداشته است و چون نهی به امر خارج از اختیار مکلف، تعلق نمی‌گیرد، نمی‌توان گفت که مجری حکم، فعل حرامی می‌توانست مرتکب شود و شارع از آن نهی نکرد. اما در زمان کنونی که محل بحث ما است، می‌توان آزار محکوم علیه را تا حد قابل توجهی کاهش داد و به همین دلیل، این مقدار آزار، مشمول نهی شارع از تعذیب مؤمن بوده و در نتیجه، باید از چنین تعذیب عمدی محکوم علیه، اجتناب کرد.

برای اینکه اشکال ذکر شده بهتر دفع شود، آن را در قالب یک مثال فقهی توضیح می‌دهیم. فقها در باب تراحم، معتقدند اگر شخصی در حال غرق شدن بود، واجب است انسان، او را از خطر مرگ نجات دهد؛ از طرف دیگر، غصب ملک دیگران نیز حرام است. حال اگر نجات غریق، متوقف بر غصب ملک دیگری باشد، تکلیف چیست؟ در اینجا فقها واجب اهم که حفظ جان مسلمان است را مقدم می‌دارند؛ اما می‌فرمایند تصرف در ملک دیگری تا حدی جایز است که برای انجام واجب، ضرورت دارد و زائد بر آن حرام است. حال اگر مکلف، سه راه متفاوت برای انجام این واجب پیش رو داشته باشد؛ به این صورت که در فرض اول، نجات غریق، متوقف بر تصرف ملک دیگری بوده و نجات غریق نیز متوقف بر سه ساعت تصرف در ملک غیر است. در فرض دوم، همان مکلف، امکاناتی دارد که می‌تواند به وسیله آنها این مقدار تصرف را به سی دقیقه کاهش دهد و در فرض سوم، همان مکلف امکاناتی دارد که می‌تواند بدون تصرف در ملک دیگری، غریق را نجات دهد. حال با این فرض که شمشیر طریقت دارد، اگر مطابق نظر کسانی حکم کنیم که معتقدند آزار تا حد استیفاء به شمشیر، اشکالی ندارد و زیاده بر آن، جایز نیست، باید بگوییم در مثال بالا نیز چون تصرف در ملک غیر، اشکالی ندارد، حتی با وجود امکاناتی که بدون تصرف در ملک غیر نیز غریق را نجات می‌دهد، فرض اول، یعنی تصرف سه ساعت، بلا مانع است؛ زیرا حرمت تصرف در ملک غیر، جهت انجام واجب، در شرایط

فقدان امکانات، برداشته شد و اکنون که امکانات داریم نیز این حرمت رافع شده می دانیم.

به همان میزان که استدلال فوق، سست و غیرقابل پذیرش است، استدلال اشکال مورد بحث نیز غیرقابل دفاع است؛ زیرا جواز تعذیب برای زمانی بود که استیفاء واجب، ناگزیر مستلزم مقداری از تعذیب بود، اما اکنون که امکانات به ما این اجازه را می دهد که تا مقدار زیادی از این تعذیب بکاهیم، چه دلیلی وجود دارد که قائل شویم حرمت تعذیب مؤمن هنوز هم در این مقدار برداشته شده است؟ حتی با فرض وارد بودن اشکال نیز جواز حکم، مورد خدشه قرار نمی گیرد و حداقل می توان گفت جلوگیری از این مقدار از تعذیب جایز است. شاید به همین دلیل، امام خمینی در تحریر الوسیله می فرماید: «لا یبعد الجواز بما هو أسهل من السیف کالبندقة علی المخ بل والاتصال بالقوة الکهربائی» (تحریر الوسیله، ۲: ۵۳۵)؛ یعنی «... و قصاص نمی شود مگر با شمشیر و مانند آن و بعید نیست انجام آن با آنچه که آسان تر از شمشیر است، مانند زدن گلوله بر مغز بلکه و به متصل نمودن به نیروی برق، جایز باشد». ایشان نیز استفاده از غیر شمشیر که اجرای حکم را بر مجرم آسان تر کند را بعید نمی داند که طبق آن می توان سه نتیجه گرفت: نخست آنکه اعدام بدون درد جایز است؛ دوم آنکه وسیله در استیفاء، طریقت دارد و سوم آنکه می توان از وسیله ای استفاده کرد که درد را از بین می برد؛ مانند آنچه معروف است که با تزریق موادی دارویی می توان ضمن بی هوش کردن محکوم علیه و ایست قلبی وی، بدون هیچ گونه آزار جسمانی، حکم اعدام را اجرا کرد.

نتیجه مسأله سوم

با توجه به استنادات سه گانه ای که از آیات قرآن، روایات و عبارات فقها بیان کردیم، اگر نتوانیم به طور یقینی هم وجوب اجرای بدون درد احکام سالب حیات را در صورت امکان آن هم ثابت کنیم یا آن را از باب احتیاط ثابت ندانیم، حداقل چیزی که در این خصوص می توان گفت، این است که استیفاء بدون درد به وسیله شمشیر، جایز است. آیت الله محمد سعید حکیم یکی از فقهای معاصر در این خصوص می فرماید: «یقرّب کون ذکر السیف فیہ لآله الشائعة للقتل من دون تعذیب، فلا مانع من استبدالہ بالآلات الحدیثة المماثلة له فی عدم التعذیب» (حکیم، سید محمد سعید، مسائل معاصره فی فقه القضاء: ۴۳)؛ یعنی نزدیک تر به حق این است که بگوییم ذکر شمشیر در روایات

بدین جهت است که این وسیله، برای قتل بدون آزار، شایع است. بنابراین، مانعی ندارد که وسیله جدیدی جایگزین آن گردد که در عدم آزار، مانند آن باشد. در همین راستا، یکی از فقهای معاصر که سالها در ریاست دیوان عالی کشور را برعهده داشته است، در باب چرایی تعیین شمشیر به عنوان وسیله استیفاء می نویسد:

«اصل در تعیین شمشیر این است که آن سریع‌تر در کشتن است و به وسیله آن، روح جانی به صورتی خارج می‌شود که کم‌ترین آزار را برای وی به دنبال دارد؛ بنابراین، خصوصیتی در قتل به وسیله شمشیر نمی‌بینیم و اگر به جای شمشیر، آلات دیگری قرار گیرند که سریع‌تر عمل کرده و درد کم‌تری را نیز موجب شوند، مانعی از استعمال این آلات وجود ندارد؛ مانند تفنگ، گیوتین، صندلی برق، تزریق سم یا مانند این وسایل که به مرگ سریع و راحت منجر می‌شوند و مرگ نیز عادتاً بر اثر آن اتفاق می‌افتد» (فقه الحدود و التعزیرات، ۱: ۴۰۸).

۲-۱. احکامی که در آنها وسیله‌ای تعیین نشده است

در این بخش، حدودی را مورد بررسی قرار می‌دهیم که مراد از آنها قتل بوده و لسان ادله به چیزی بیش از قتل، دلالت ندارند. تفاوت این دسته از حدود با حدود بخش اول در این است که در بخش اول، بعد از بیان مراد، یعنی قتل، گردن زدن نیز به عنوان وسیله‌ای تعیین شده بود که از هاق روح را با کم‌ترین آزار انجام می‌دهد؛ اما در محل بحث، چنین وسیله‌ای ذکر نشده است و به همین جهت، ممکن است گفته شود که ادله بخش اول نمی‌تواند شامل این بخش گردد. این بخش از حدود عبارتند از: ۱. زنا با کافر یا مسلمان؛ ۲. زنا با کافر یا مسلمان؛ ۳. تفخیز کافر یا مسلمان؛ ۴. بغی؛ ۵. افساد فی الأرض؛ ۶. محاربه؛ ۷. سب النبی. با توجه به اینکه در این حدود، وسیله خاصی برای استیفاء قتل، تعیین نشده است، شاید این شبهه پدید آید که در این حدود نمی‌توان ادعا کرد که وسیله‌ای برای استیفاء آسهل، تعیین شده است؛ بنابراین، استدلال سابق در اینجا جاری نبوده و انصراف به متعارف دارد که دارای افراد متعدد عرفی بوده و در هر زمانی، متعارف اهل زمان و منطقه می‌تواند به عنوان وسیله استیفاء قرار بگیرد.

۱. در صورتی که حکم به اعدام شود نه صلب.

روش استیفاء این دسته از حدود

گرچه برای استیفاء این دسته از حدود، وسیله‌ای تعیین نشده است، اما به نظر می‌رسد روش استیفاء در آنها نیز باید مانند روش استیفاءی دسته اول باشد؛ زیرا در زمان صدور ادله، روش‌های استیفاء منحصر در گردن زدن، احراق، پرتاب از بلندی، خراب کردن دیوار روی محکوم، رجم و صلب بودند و همه این روش‌ها، بجز گردن زدن، با محدوده و اغراض خاصی تعیین شده بودند؛ بنابراین، هیچ فردی نمی‌تواند ادعا کند که این شیوه‌ها قابل تسری به دیگر احکام سالب حیات هستند و به‌عنوان مثال، مجازات زنا‌ی به‌عنف را احراق بداند. نتیجه آنکه گردن زدن به‌عنوان وسیله عام جهت استیفاء احکام سالب حیات بوده و این دسته از احکام نیز به‌همین روش، استیفاء می‌شدند و نه دیگر روش‌ها. علاوه بر این، پیش از این نیز ثابت کردیم که در دسته اول از حدود، گردن زدن طریقت دارد و در این بخش مورد بحث نیز که گردن زدن وسیله استیفاء است، به‌طریق اولی می‌توان گفت این روش، طریقت دارد؛ زیرا در دسته اول، لسان ادله به‌طور صریح، این وسیله را معین کرده بود، در حالی که این ادله، حتی طریقی را برای استیفاء معین نکرده‌اند. بنابراین، در این محل نیز اشتراکاتی وجود دارند که می‌تواند اغراض را به هم پیوند بزند؛ یعنی در هر دو بخش، هم مراد اصلی و غرض اصلی شارع، قتل است و هم وسیله استیفاء شمشیر بوده و نمی‌توان از سایر روش‌های خاص، نظیر رجم و احراق استفاده کرد که کاربست آنها نیاز به تصریح دارد.

اشکالی که در اینجا به ذهن می‌رسد این است که در حدود بخش اول، دلیل بر عدم شرطیت و یا به عبارتی، حرمت تعذیب زائد بر غیر مقدور، ادله استیفاء به وسیله شمشیر بود؛ در حالی که در این بخش از حدود به هیچ وجه، وسیله‌ای تعیین نشده است که بتوان از آن دریافت که قصد شارع، دور کردن تعذیب از محکوم علیه بوده است، بلکه شاید بتوان گفت عدم ذکر این وسیله، دلیل بر این است که چنین غرضی وجود ندارد. پاسخ این اشکال این است که اولاً همان‌گونه که بیان کردیم، در اینجا نیز همان وسیله عامی استفاده می‌شود که کاربرد آن در مواردی است که غرض شارع، مطلق ازهاق نفس است و در این حدود نیز نهایت چیزی که بتوان از ادله اثبات کرد، مطلق ازهاق نفس است؛ بنابراین، وسیله و غرض در همه این موارد، مشترک است. ثانیاً عدم تعذیب، موافق با اصل

بوده و اثبات آن نیاز به دلیل ندارد و به عبارتی، هیچ فردی بدون دلیل متقن شرعی، حق تعدی به دیگران را ندارد؛ بنابراین، تعذیب دیگری است که نیازمند دلیل و اثبات است و در این حدود نیز هیچ دلیل یا عبارتی وجود ندارد که تعذیب را شرط کند. بنابراین، زمانی که قدر متیقن، مطلق از هاق نفس است و دلیلی بر تعذیب نیز وجود ندارد، ادعای عدم جواز اعدام بدون درد، ادعایی بی دلیل است. شاید به همین دلیل است که برخی از فقهای معاصر، بی حس کردن موضع هنگام اجرای حد قطع را به این دلیل جایز دانسته‌اند که دلیلی بر تعذیب وجود ندارد (فقه الحدود و التعزیرات، ۳: ۳۳۹)؛ در حالی که می‌دانیم در آنجا دلیل صریحی بر عدم تعذیب دلالت نمی‌کند.

بنابراین، این دسته از حدود مذکور نیز به لحاظ حکمی، به حدود بخش اول ملحق می‌شوند و به نظر می‌رسد که هر آنچه در بخش اول از حدود بیان کردیم، در اینجا نیز جاری است و حتی اگر قائل به الحاق نباشیم، در اینجا به طریق اولی جواز ثابت است؛ زیرا قدر متیقن از جواز تعدی به محکوم، فقط گرفتن جان او بوده و بیش از آن، به هیچ عنوان دلیلی ندارد؛ در نتیجه، اگر اعدام بدون درد در این حدود را موافق با احتیاط نیز ندانسته و دستگاه قضایی را مکلف به انجام آن ندانیم، حداقل، جواز شرعی و قانونی آن وجود دارد.

۲-۳. مجازات‌هایی که موضوعیت دارند؛ صلب و رجم

با بررسی قصاص نفس و حدود، تنها دو مجازات در فقه امامیه و قانون جمهوری اسلامی (م ۲۸۲ ق. م. ا) وجود دارد که وسیله معین شده در آنها با دیگر مجازات‌ها، تفاوت دارد. یکی از آنها مجازات صلب است که به موجب جرم محاربه اجرا می‌شود (مآئده: ۳۳) و دیگری، کیفر رجم است که به موجب زنای محصنه، واجب می‌شود (م ۲۲۵ ق. م. ا). این دو نوع مجازات، دارای موضوعیت بوده و قابل تبدیل به سایر روش‌های سلب حیات نیستند؛ بنابراین، نمی‌توان استدلال‌های دو بخش پیشین که مجازات‌ها در آنها طریقت داشته و استدلال‌ها نیز مبتنی بر طریقت و جواز استبدال وسیله بودند را به اینجا تسری داد. بنابراین، در این بخش فقط به پاسخ این سؤال می‌پردازیم که آیا بی‌حس یا بی‌هوش کردن محکوم علیه به منظور عدم احساس درد ناشی از اجرای مجازات، جایز است یا خیر؟ پاسخ این سؤال را در دو بخش جداگانه صلب و رجم پیگیری می‌کنیم.

۱-۲-۳. مجازات صلب

«صلب» به معنای «به دار آویختن» محارب است که تا سه روز بر روی یک چوب بسته می‌شود (حلی انصاری، شمس‌الدین محمد بن شجاع، معالم‌الدین فی فقه آل یاسین؛ ۲: ۵۱۸). البته این حکم، متفاوت با روشی است که امروزه به عنوان به دار آویختن اجرامی‌شود؛ یعنی روش امروزی، به گونه‌ای است که مرگ قطعی محکوم علیه را در پی دارد، اما صلب چنین نبوده و ممکن است محکوم علیه پس از سه روز، زنده بماند (تفصیل الشریعه - الحدود ۶۷۲).

صلب در کلام فقها

در میان فقه‌های امامیه دو نظریه درباره مجازات محاربه مطرح است. دسته اول از فقها معتقد به تخییر میان مجازات‌های چهارگانه محاربه هستند؛ یعنی حاکم مخیر است که محارب را بکشد، یا به دار آویزد یا دست و پا را از خلاف قطع کند یا از محل تبیعد کند (المقنعة (للشیخ المفید)؛ ۸۰۴). دسته دوم از فقها عقیده دارند که حاکم بین این چهار مجازات مخیر نیست؛ بلکه اگر کسی را کشته باشد، اگرچه ولی دم گذشت کرده باشد، امام او را می‌کشد و اگر کسی را کشت و اموالی را برد، آن اموال از او برگردانده می‌شود و دست راست و پای چپ وی قطع می‌شود و سپس کشته و به دار آویخته می‌شود (شیخ طوسی، ابو جعفر محمد بن حسن، النهایه؛ ۷۲۰). علامه حلی طبق همین دو نظریه در التحریر می‌فرماید: «و یصلب المحارب إذا اختار الإمام صلبه حیاً، علی ما ذهبنا إلیه من التخییر، و علی قول الشیخ (رحمه الله) یصلبه مقتولاً؛ یعنی بنابر نظریه تخییر که آن را پذیرفتیم، اگر امام به دار آویختن محارب را اختیار کرد، زنده به دار آویخته می‌شود. اما طبق قول شیخ، یعنی قائلان به تفصیل، اول کشته می‌شود و سپس به دار آویخته می‌شود (علامه حلی، حسن بن یوسف، تحریر، ۳۸۱: ۵). بنابراین، طبق یک نظریه، محارب در حالی به صلیب کشیده می‌شود که مرده است و با پذیرش این نظریه، بحث از اعدام بدون درد، بی‌فایده است؛ چون محکوم علیه، با حالت مرده به صلیب کشیده می‌شود و در بحث از اعدام محارب اثبات کردیم که می‌توان این اعدام را بدون درد، استیفاء کرد. اما طبق نظریه تخییر، بحث از اعدام بدون درد، مجال ظهور و بروز دارد؛ زیرا در این صورت، حاکم مخیر است که محارب را به صورت زنده، به دار آویزد. در ادامه، بر مبنای نظریه دوم،

به پاسخ این سؤال می‌پردازیم که اگر محارب، به صورت زنده به صلیب کشیده شود، آیا بی‌حس یا بی‌هوش کردن وی جایز است یا خیر؟

اعدام بدون درد در صلب بنا بر نظر تخییر

سؤال فوق، خود به این سؤال منجر می‌شود که آیا به دار آویختن مجرم اساساً اعدام محسوب می‌شود یا خیر و اگر از مصادیق اعدام نیست، چه دلیلی وجود دارد که وی در مدتی که بالای دار است، بی‌هوش یا بی‌حس نباشد؟ بهترین مستند فقها برای مجازات محاربه، آیه ۳۳ سوره مائده است که در بخش اول ذکر کردیم و تخییر نیز از همین آیه فهمیده می‌شود. طبق این آیه شریفه، مجازات صلب اصلاً یکی از افراد قتل نیست، بلکه در عرض قتل است و ممکن است به دار آویختن به قتل منتهی نشود؛ به همین دلیل، برخی از فقها گفته‌اند اگر مجرم پس از سه روز زنده می‌ماند، او را می‌کشند (کشف اللثام: ۲: ۴۳۲). به عبارتی دیگر، حاکم در محاربه می‌تواند محارب را بکشد یا اگر نخواست، می‌تواند او را به دار آویزد و در آیه فوق، به دار آویختن نیز همچون تبعید، از مصادیق قتل به شمار نرفته و حد فقط همین سه روز بالای دار بودن است. در راستای همین حکم، برخی از فقهای بزرگوار معتقدند اگر محکوم علیه پس از سه روز زنده ماند، دلیلی بر کشتن وی وجود ندارد و باید رها گردد (تفصیل الشریعه. حدود، ۶۷۲).

امام خمینی نیز می‌فرماید: «ثم ينزل فان كان ميتا يغسل ويكفن ويصلى عليه ويدفن، وإن كان حيّاً قيل يجهز عليه، و هو مشكل، نعم يمكن القول بجواز الصلب على نحو يموت به، و هو أيضاً لا يخلو من إشكال» (تحریر الوسيله، ۲: ۴۹۳)؛ یعنی سپس پایین آورده می‌شود، پس اگر مرده بود، غسل داده، کفن شده، بر روی نماز خوانده و دفن می‌شود و اگر زنده بود، برخی معتقدند که باید کشته شود و این قول، اشکال دارد؛ بله، ممکن است قائل شویم که صلب به گونه‌ای باشد که مجرم بمیرد، اما این گفته نیز خالی از اشکال نیست. بنابراین، طبق مبنای تخییر، حد صلب، یک حد مستقل از قتل است که گاهی به مرگ منجر می‌شود و گاهی نیز مجرم زنده می‌ماند؛ به همین دلیل، نمی‌توان آن را به طور قطعی جزء حدود سالب حیات، دانست، بلکه می‌توان آن را مانند قطع دست در سرقت یا شلاق در زنا، مجازات مستقلی تلقی کرد که ممکن است به سلب حیات نیز ختم شود.

سؤال دومی که باید به آن پاسخ دهیم، این است که آیا تعذیب، مأخوذ در عنوان صلب است یا خیر و اگر مأخوذ در عنوان صلب نیست، آیا دلیلی بر تعذیب مجرم وجود دارد؟ در پاسخ باید گفت تعذیب نمی‌تواند مأخوذ در عنوان صلب باشد؛ چراکه برخی از فقها حکم به صلب محکوم در حال مرگ داده‌اند و در چنین حالتی، محکوم علیه هیچ‌گونه تعذیبی متحمل نمی‌شود و نیز برخی از فقها مجازات صلب را در حالی می‌دانند که شخص زنده نیست تا چیزی احساس کند. به همین دلیل، برخی از فقها با توجه به اینکه محکوم در حالت مرده به دار آویخته می‌شود، گفته‌اند این مجازات با هدف بازدارندگی تشریح شده است؛ اگرچه نوعی تحقیر نیز در آن وجود دارد (تفصیل الشریعه، ۶۷۰). بنابراین، از صرف به دار کشیدن محکوم علیه، نمی‌توان این ادعا را ثابت کرد که غرض از مجازات صلب، تعذیب محکوم است و قدر متیقن بحث این است که محکوم به مدت سه روز بر روی چوبی بسته می‌شود و پس از آن اگر مرده بود، تجهیز شده و دفن می‌گردد و اگر زنده ماند، حد او استیفاء شده و باید وی را رها کرد. در نتیجه، به نظر می‌رسد این ادعا و نظریه، فاقد دلیل بوده و نمی‌تواند پشتوانه محکمی برای مدعی آن قرار گیرد.

ممکن است اشکال شود که اگر تجهیز در صورت عدم فوت محکوم علیه، جایز نباشد، در این صورت، حکم مسأله، مشابه جلد است و نه قطع دست. آیا در جلد، بی‌هوش و بی‌حس کردن مجرم، جایز است؟ علاوه بر این، اگر غرض از حکم، بازدارندگی است، این هدف در مرحله نخست، متوجه خود شخص است نه دیگران؛ در حالی که بی‌هوش کردن محکوم علیه، حصول این هدف، قابل تأمل است. به نظر می‌رسد این اشکال، به‌ویژه در شباهتی که میان مسأله مورد بحث با موضوع جلد مطرح می‌کند، ناتمام بوده و استدلال آن دچار اشکال است؛ چراکه اولاً شلاق زدن، دلالت بر درد کشیدن می‌کند و به عبارتی، درد در عنوان شلاق زدن مأخوذ است و ثانیاً در روایات متعددی، شلاق را به عذاب، دردناک بودن و دارای مراتبی از عذاب توصیف کرده‌اند که همه این توصیفات، بر شرط بودن درد در استیفاء این مجازات دلالت دارند. اما در خصوص باب صلب، ادله‌ای بر دردناک بودن این مجازات، وجود ندارد. بنابراین تشبیه این دو مسأله به یکدیگر، محل تأمل بوده و بدون مناط واحد نمی‌توان احکام را تسری داد. علاوه بر این، اگر هدف از حکم

بازدارندگی باشد، این هدف می‌تواند با تحقیر محکوم علیه نیز حاصل شود؛ هر چند وی بی‌حس یا بی‌هوش بوده و درد ناشی از دار زدن را احساس نکند. قدر متیقن مقدار مجازات برای حصول این هدف نیز به دار آویختن محکوم علیه در انظار عمومی به مدت سه روز است؛ به عبارتی، دار زدن در یک مدت مشخص، فی‌نفسه، می‌تواند باعث تحقیر محکوم علیه شده و همین تحقیر نیز ممکن است وی را از تکرار ارتکاب جرم بازدارد.

تاکنون اثبات کردیم که تعذیب، مأخوذ در عنوان صلب نبوده و چنین قولی، دارای اشکالات مختلفی است. حال باید دید، به‌عنوان آخرین راه اثبات عدم جواز استیفاء بدون درد، دلیل خارجی وجود دارد که با صراحت، درد و تعذیب را شرط در صلب بیان کند یا خیر. با بررسی‌های مختلف فقهی، باید گفت چنین دلیلی نیز وجود ندارد و ادله این موضوع، صرفاً به بیان مجازات، یعنی مجرد به دار آویختن محکوم علیه پرداخته‌اند. تنها اشکالی که در این خصوص به نظر می‌رسد، این است که برخلاف آنچه در حدود بخش اول و دوم بیان شد، در مسأله مورد بحث، با وجود آنکه مقداری از تعذیب، قابل جلوگیری بوده و حتی در زمان صدور ادله نیز امکان استیفاء حد مصلوب با آزاری کم‌تر وجود داشت، اما دلیلی بر این کار وجود ندارد و بنابراین، نباید مانع حد معمولی و آزاری شویم که محکوم علیه به‌طور طبیعی متحمل می‌شود. گرچه این اشکال، خالی از قوت نیست؛ اما باید گفت اولاً بر فرض صحت این ادعا که ائمه دستوری برای جلوگیری از آزار محکوم علیه صادر نکرده یا خود آنان در استیفاء حدود، این کار را نکرده‌اند، در نهایت، عدم وجوب این عمل ثابت می‌شود، اما حرمت استیفاءی بدون درد این حد را اثبات نمی‌کند. ثانیاً پیش از این نیز بیان کردیم که عدم آزار به دیگران، مطابق اصل بوده و نیازی به دلیل خاص ندارد؛ بلکه آنچه نیاز به اثبات و دلیل دارد، آزار رساندن به محکوم علیه در حد خاص است.

طبق آنچه تاکنون بیان کردیم، دلیلی بر وجوب تعذیب محکوم علیه وجود ندارد و حداقل می‌توان ادعا کرد که استیفاء این حدود به‌شکلی که درد کم‌تری را برای محکوم علیه در برداشته باشد، خالی از اشکال است. شاید به همین دلیل، برخی از فقهای معاصر، فتوا به جواز بی‌حس کردن موضع در حدود داده‌اند. از آیت‌الله مکارم شیرازی چنین سؤال شده است که: آیا امکان بی‌حس کردن

عضو حین اجرای حد وجود دارد و آیا در این حکم، فرقی میان حد قطع در سرقت یا قطع در محاربه وجود دارد یا فرقی بین حد قطع یا سایر حدود، از قبیل شلاق یا رجم یا قتل هست؟ ایشان در پاسخ می‌فرماید: «لا إشکال فی ذلك فی الحدود، ولکن لا یجوز التخدير فی الجلد» (الفتاوی الجدیده، ۳: ۳۴۴)؛ یعنی اشکالی در این رابطه در حدود وجود ندارد، اما بی‌حس کردن در شلاق وجود ندارد. سید محمدسعید حکیم نیز همین نظریه را پذیرفته و در پاسخ به سؤالی درباره بی‌حس کردن موضع حد، قائل به جواز این عمل شده است و فقط رجم را از این حکم خارج می‌داند (حکیم، سید محمدسعید، مسائل معاصره فی فقه القضاء: ۱۱۵) که دلایل استثنای ایشان را نیز ذکر خواهیم کرد.

در جمع‌بندی این بخش از پژوهش باید گفت اگر ما قائل به تفصیل یا ترتیب در مجازات‌های محاربه شویم، بحث از اعدام بدون درد، از اساس مطرح نبوده و می‌توان محکوم علیه را بدون درد، اعدام کرده و سپس جنازه وی را به دار آویخت؛ اما اگر معتقد به قول به تخییر شدیم نیز چون صلب در این قول، قسیم قتل بوده و مجازات آن چیزی بیش از به دار آویختن محکوم علیه نیست، تعذیب محکوم علیه نیاز به دلیل دارد که چنین دلیلی وجود ندارد و بنابراین، استیفاء بدون درد این مجازات با تخدیر یا بی‌هوش کردن محکوم علیه، جایز است.

۲-۳-۲. مجازات رجم

مجازات رجم از حدود سالب حیات است که طریقت در استیفاء حد دارد.^۱ مباحثی که در خصوص مجازات صلب بیان کردیم، در خصوص رجم نیز مطرح است؛ یعنی در رجم نیز باید دید آیا درد و تعذیب، مأخوذ در عنوان رجم است یا دلیل خارجی و خاصی بر لزوم متحمل شدن درد توسط محکوم علیه وجود دارد که در این دو صورت، نمی‌توان به حکم اولی، اعدام بدون درد را جایز دانست؛ اما اگر این دو ادعا اثبات نشوند، رجم نیز حکم سایر حدود و قصاص نفس را خواهد داشت. در خصوص مسأله اول، باید گفت در مجازات رجم، مانند بسیاری از حدود دیگر نمی‌توان به راحتی ادعا کرد که قید تعذیب، مأخوذ در عنوان مجازات است؛ زیرا در اینجا نیز حکم اصلی «قتل» است. اما از آنجا که روش استیفاء این حد به وسیله رجم محکوم علیه است، ممکن است کسی ادعا کند

۱. البته اگر حکم به وسیله اقرار ثابت شده باشد و محکوم از حفره فرار کند، حکم به قتل وی ساقط می‌شود (النهایه: ۷۰۰).

که می‌توان ناحیه سر محکوم را بی‌حس کرد تا استیفاء حد به همان شکل انجام شود و آزاری نیز به محکوم نرسد. مخفی نیست که تفاوت این مجازات با شلاق همین است که قدر متیقن از احکام سالب حیات، سلب حیات محکوم است؛ در حالی که در شلاق، عنوان جلد، بر وارد کردن درد به محکوم علیه دلالت دارد و بنابراین، این ادعا، پشتوانه قابل اعتمادی ندارد.

بررسی ادله روایی رجم

بارد مأخوذ بودن تعذیب در عنوان رجم، سراغ ادله خارجی رفته و با بررسی ادله روایی مجازات رجم، باید دید آیا این روایات، دلالتی بر عدم جواز اعدام بدون درد دارند یا خیر؟ برای عدم جواز اعدام بدون درد در مجازات رجم به دو روایت صحیحه (مسائل معاصره فی فقه القضاء: ۱۱۶) استناد شده است:

۱. صحیحه ابو بصیر اول از امام صادق علیه السلام: «قَالَ: قُلْتُ لَهُ الْمَرْجُومُ يَفْرَمَنَّ الْحَفِيرَةَ فَيُطْلَبُ قَالَ لَا- وَلَا يُعْرَضُ لَهُ إِنْ كَانَ أَصَابَهُ حَجْرٌ وَاحِدٌ لَمْ يُطْلَبْ- فَإِنْ هَرَبَ قَبْلَ أَنْ تُصِيبَهُ الْحِجَارَةُ- رَدَّ حَتَّى يُصِيبَهُ أَلَمُ الْعَذَابِ» (وسائل، ۲۸: ۱۰۲)؛ یعنی (راوی) گفت: به او گفتم اگر مرجوم از حفره فرار کند آیا بازگردانده می‌شود؟ فرمود: خیر، به او تعرضی نمی‌شود؛ اگر حتی یک سنگ به او اصابت کرده باشد، بازگشت داده نمی‌شود و اگر فرار کرد و سنگی به وی اصابت نکرده بود، برگردانده می‌شود تا درد عذاب به او برسد.

۲. صحیحه ابی بصیر اول: «أَنَّهُ إِنْ كَانَ أَصَابَهُ أَلَمُ الْحِجَارَةِ فَلَا يُرَدُّ- وَإِنْ لَمْ يَكُنْ أَصَابَهُ أَلَمُ الْحِجَارَةِ رَدَّ- وَ يَأْتِي مَا يَدُلُّ عَلَى ذَلِكَ». (وسائل، ۲۸: ۱۰۳)؛ یعنی اگر درد سنگ به وی اصابت کرده بود، بازگردانده نمی‌شود و اگر درد سنگ به وی اصابت نکرده بود، بازگشت داده می‌شود.

این دو روایت، به شرطیت رسیدن درد به محکوم علیه تصریح می‌کنند و طبق مفاد آنها، یکی از شرایط استیفاء رجم این است که درد ناشی از برخورد سنگ به محکوم علیه، احساس گردد و اگر این‌گونه نشد و محکوم از حفره فرار کرد، باید بازگردانده شود تا این درد را احساس کند؛ بنابراین، دلیل صحیح و صریحی بر لزوم درد کشیدن محکوم علیه در رجم وجود دارد و به همین دلیل، برخی از فقهای معاصر، بی‌حس کردن موضع را جایز ندانسته‌اند (قراءات فقهیة معاصرة، ۱: ۱۵) و برخی

دیگر که بی‌حس کردن موضع را در همه حدود جایز می‌دانند، رجم را از این حکم، استثناء کرده‌اند (مسائل معاصره فی فقه القضاء، ۱۱۵). گرچه برخی فقهای معاصر در حکم عام، این مجازات را استثناء نکرده‌اند و حکم به جواز بی‌حس کردن موضع داده‌اند (الفتاوی‌الجدیده، ۲: ۳۴۴)، ولی ظاهر روایات این است که مراد از درد، درد جسمانی بوده و حمل آن بر تحقیر به نظر، دلیلی ندارد. بنابراین، در مجازات رجم، نزدیک‌تر به احتیاط این است که از آزار طبیعی که در هنگام اجرای رجم به محکوم علیه وارد می‌شود، جلوگیری نگردد و این حد به گونه‌ای استیفاء شود که درد ناشی از سنگ به محکوم علیه چنانچه شود؛ زیرا درباره محل بحث می‌دانیم که حکم آن بااصاله، قتل است و علاوه بر آن، تحمیل مقداری از تعذیب بر محکوم علیه نیز شرط است و از آنجا که رجم، موضوعیت در مجازات دارد و درد نیز جزئی از حد است، جایز دانستن اعدام بدون درد در این حد به حکم اولی، مشکل بوده و ادله از آن پشتیبانی نمی‌کند؛ هرچند بعضی از فقهای معاصر، آن را جایز دانسته‌اند.

نتیجه

در این مقاله، با بررسی مشروعیت اعدام بدون درد در فقه امامیه و قوانین جمهوری اسلامی ایران، نتایج زیر به دست آمد:

۱. طبق قوانین جمهوری اسلامی ایران، اعدام بدون درد هم جایز است و هم قانون آن را ترجیح داده است؛ چرا که برای اجرای حکم سالب حیات، قاضی مختیر است طناب داریابی آزارترین شیوه را انتخاب کند.

۲. به جز مجازات صلب و اعدام، روش‌های مجازات در همه حدود دیگر، طریقت دارند و برای اعدام محکوم از روشی استفاده می‌شود که کم‌ترین آزار را برای محکوم علیه دربردارد که با قائل شدن به جواز تبدیل وسیله، می‌توان وسیله‌ای را جایگزین کرد که به غرض شارع، یعنی اعدام با کم‌ترین آزار، نزدیک‌تر باشد.

۳. اگر قاضی صلب را در محاربه انتخاب کرد، این روش، دارای موضوعیت بوده و قابل جایگزینی نیست. همچنین در خصوص این حد، دلیلی بر شرطیت تعذیب وجود ندارد و اعدام بدون درد در آن

از منظر فقهی جایز است.

۴. رجم از مجازات‌هایی است که موضوعیت داشته و باید به مرگ منتهی شود. روایات مربوط به این مجازات، دلالت بر شرطیت درد در استیفاء حد دارند؛ بنابراین، به حکم اولی نمی‌توان رجم را بدون درد اجرا کرد.

۵. نتیجه نهایی آنکه همه احکام سالب حیات به جز رجم، از منظر شرعی و قانونی نه تنها می‌توانند بدون درد اجرا شوند، بلکه ادله شرعی و قانونی ترجیح می‌دهند که تا حد ممکن، از دردهای مجرم محکوم به مرگ، کاسته شود.

فهرست منابع

قرآن کریم

۱. آیین نامه نحوه اجرای احکام قصاص، رجم، قتل، صلب، اعدام و شلاق، مصوب ۱۳۸۲.
۲. آیین نامه نحوه اجرای احکام قصاص، رجم، قتل، صلب، اعدام و شلاق، مصوب ۱۳۹۸.
۳. اردبیلی، سید عبد الکریم موسوی. فقه الحدود و التعزیرات، چاپ دوم، قم: مؤسسه النشر لجامعة المفید، ۱۴۲۷ ه.ق.
۴. اردبیلی، احمد بن محمد. مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۰۳ ه.ق.
۵. بروجرودی، آقا حسین طباطبایی. جامع أحادیث الشیعة، چاپ اول، تهران: انتشارات فرهنگ سبز، ۱۴۲۹ ه.ق.
۶. البیهقی، أحمد بن الحسین بن علی بن موسی الخُشْرُو جردی الخراسانی. السنن الكبرى، چاپ سوم، بیروت: دار الکتب العلمیة، ۱۴۲۴ ه.ق - ۲۰۰۳ م.
۷. التمیمی السمرقندی، أبو محمد عبد الله بن عبد الرحمن بن الفضل بن بهرام بن عبد الصمد الدارمی. مسند الدارمی المعروف ب(سنن الدارمی)، چاپ اول، عربستان سعودی: دارالمغنی للنشر والتوزیع، ۱۴۱۲ ه.ق - ۲۰۰۰ م.
۸. حلبی، ابن زهره، حمزة بن علی حسینی. غنیة النزوع إلى علمي الأصول والفروع، چاپ اول، قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۱۷ ه.ق.
۹. حلّی، ابن ادريس، محمد بن منصور بن احمد. السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، چاپ دوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۰ ه.ق.
۱۰. حلّی انصاری، شمس الدین محمد بن شجاع، معالم الدین فی فقه آل یاسین.
۱۱. حکیم، سید محمد سعید طباطبایی. منهاج الصالحین (للسید محمد سعید)، چاپ اول، بیروت: دارالصفوة، ۱۴۱۵ ه.ق.
۱۲. ----- مسائل معاصرة في فقه القضاء، چاپ دوم، نجف: دارالهلل، ۱۴۲۷ ه.ق.
۱۳. حلّی، جمال الدین، احمد بن محمد اسدی. المذهب البارع فی شرح المختصر النافع، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۰۷ ه.ق.
۱۴. حلّی، علامه، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی. مختلف الشیعة فی احکام الشریعة، چاپ دوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۳ ه.ق.
۱۵. خمینی، سید روح الله موسوی. تحریر الوسیلة، چاپ اول، قم: مؤسسه مطبوعات دارالعلم،؟؟؟
۱۶. خویی، سید ابو القاسم موسوی. مبانی تکملة المنهاج، چاپ اول، قم: مؤسسه احياء آثار الإمام

الخوئي، ١٤٢٢ هـ. ق.

١٧. راوندي، قطب الدين، سعيد بن عبدالله. فقه القرآن (للاوندي)، چاپ دوم، قم: انتشارات كتابخانه آيت الله مرعشي نجفي، ١٤٠٥ هـ. ق.
١٨. سبزواری، سيد عبد الأعلى. مهذب الأحكام (للسبزواری)، چاپ چهارم، قم: مؤسسه المنار-دفتر حضرت آية الله، ١٤١٣ هـ. ق.
١٩. شاهرودى، سيد محمود هاشمى. حكم بى حس كردن اعضاء هنگام اجراى كيفرهاى جسمانى، مجله فقه اهل بيت، شماره ١٥، ١٣٧٧.
٢٠. ----- جمعى از پژوهشگران، موسوعة الفقه الإسلامى طبقاً للمذهب أهل البيت (عليه السلام)، چاپ اول، قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامى بر مذهب اهل بيت (عليه السلام)، ١٤٢٣ هـ. ق.
٢١. ----- قراءات فقهية معاصرة، چاپ اول، قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامى بر مذهب اهل بيت (عليه السلام)، ١٤٢٣ هـ. ق.
٢٢. شمس ناترى، محمد ابراهيم. بررسى تطبيقى مجازات اعدام، قم: مركز انتشارات دفتر تبليغات اسلامى حوزه علميه قم، ١٣٧٨.
٢٣. شيرازى، ناصر مكارم. الفتاوى الجديدة (لمكارم)، چاپ دوم، قم: انتشارات مدرسه امام على بن ابى طالب (عليه السلام)، ١٤٢٧ هـ. ق.
٢٤. طباطبايى، سيد محمد حسين. الميزان فى تفسير القرآن، چاپ نهم، قم: منشورات اسماعيليان، ١٣٨٣.
٢٥. طبرسى، امين الإسلام، فضل بن حسن. المؤلف من المختلف بين أئمة السلف، چاپ اول، مشهد: مجمع البحوث الإسلامية، ١٤١٠ هـ. ق.
٢٦. طبرسى، امين الإسلام، فضل بن حسن. مجمع البيان فى تفسير القرآن، بيروت: طبعه دار المعرفة، ١٤٠٨ هـ. ق.
٢٧. طرابلسى، ابن براج، قاضى، عبد العزيز. المهذب (لابن براج)، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامى وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم، ١٤٠٦ هـ. ق.
٢٨. طوسى، ابو جعفر، محمد بن حسن. تهذيب الأحكام، چاپ چهارم، تهران: دار الكتب الإسلامية، ١٤٠٧ هـ. ق.
٢٩. ----- النهاية فى مجرد الفقه و الفتاوى، چاپ دوم، بيروت: دار الكتاب العربى، ١٤٠٠ هـ. ق.
٣٠. ----- المبسوط فى فقه الإمامية، چاپ سوم، تهران: المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية، ١٣٨٧ هـ. ق.

۳۱. عاملی، حرّ، محمد بن حسن. وسائل الشيعة، چاپ اول، قم: مؤسسه آل البيت عليه السلام، ۱۴۰۹ هـ. ق.
۳۲. عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی. مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام، چاپ اول، قم: مؤسسه المعارف الإسلامية، ۱۴۱۳ هـ. ق.
۳۳. ----- الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية (المحشى - كلانتر)، چاپ اول، قم: کتاب فروشی داوری، ۱۴۱۰ هـ. ق.
۳۴. فاضل هندی، محمد بن حسن. كشف اللثام والإبهام عن قواعد الأحكام، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۶ هـ. ق.
۳۵. قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران.
۳۶. قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲.
۳۷. قمی، صدوق، محمد بن علی بن بابویه. من لا يحضره الفقيه، چاپ دوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۳ هـ. ق.
۳۸. کلینی، ابو جعفر، محمد بن یعقوب. الكافي (ط - الإسلامية)، چاپ چهارم، تهران: دارالکتب الإسلامية، ۱۴۰۷ هـ. ق.
۳۹. گلپایگانی، سید محمد رضا موسوی. الدر المنصود في أحكام الحدود، چاپ اول، قم: دارالقرآن الکریم، ۱۴۱۲ هـ. ق.
۴۰. لنکرانی، محمد فاضل موحدی. تفصیل الشریعة في شرح تحرير الوسيلة - القصاص، چاپ اول، قم: مرکز فقهی ائمه اطهار عليه السلام، ۱۴۲۱ هـ. ق.
۴۱. ----- تفصیل الشریعة في شرح تحرير الوسيلة - الحدود، چاپ اول، قم: مرکز فقهی ائمه اطهار عليه السلام، ۱۴۲۲ هـ. ق.
۴۲. مجلسی دوم، محمد باقر بن محمد تقی. مرآة العقول في شرح أخبار آل الرسول، چاپ دوم، تهران: دارالکتب الإسلامية، ۱۴۰۴ هـ. ق.
۴۳. ----- حدود و قصاص و دیات (مجلسی)، چاپ اول، تهران: مؤسسه نشر آثار اسلامی، ؟؟؟
۴۴. مرعشی نجفی، سید شهاب الدین. القصاص على ضوء القرآن والسنة، چاپ اول، قم: انتشارات کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی، ۱۴۱۵ هـ. ق.
۴۵. مفید، محمد بن محمد بن نعمان عکبری. المقنعة (للشيخ المفيد)، چاپ اول، قم: کنگره جهانی هزاره شیخ مفید، ۱۴۱۳ هـ. ق.
۴۶. نجفی، صاحب الجواهر، محمد حسن. جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام، چاپ هفتم، بیروت: دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ هـ. ق.

مدت نفی بلد در مجازات جرم محاربه

چکیده

در قانون مجازات اسلامی برای جرم محاربه، چهار نوع مجازات به صورت تخییری، لحاظ شده است. از این میان دو مجازات صلب و قطع عضو، بنا به دلایل سیاسی و حقوق بشری اجرا نمی‌شوند. تبعید محارب نیز غالباً با مفاسدی همراه است و تحت نظر قرار دادن وی نیز نمی‌تواند از این مفاسد جلوگیری نماید؛ به همین جهت، این مجازات نیز در عمل، تبدیل به حبس در تبعید می‌شود. بنابراین، مجازات محارب، منحصر در دو مورد اعدام و حبس در تبعیدگاه می‌شود. از سوی دیگر، فقها در خصوص مدت زمان تبعید یا همان نفی بلد در جرم محاربه، اختلاف نظر داشته و در این موضوع، سه نظریه مطرح نموده‌اند: اول، حبس نامشخص که دائر مدار توبه است؛ دوم، حداقل یک سال حبس و آزادی مشروط به توبه پس از یک سال؛ و سوم، حبس ابد. قانون‌گذار در این خصوص، مجازات حداقل یک سال را مشخص نموده و این موضوع سبب می‌شود تا قضات با این استدلال که تبعید با چنین شرایطی، برای جرایم امنیتی مانند محاربه، بازدارندگی و تنبیه کافی دربر ندارد، مجازات تبعید را نیز کنار نهاده و غالباً با انتخاب گزینه اعدام، مجرمین محارب را مجازات می‌کنند.

پژوهش حاضر با استفاده از این ظرفیت که تبعید نیز در مواردی می‌تواند به عنوان مجازات قرار گیرد، پیشنهاد می‌کند که نظریه سوم فقها در خصوص مدت زمان تبعید در محاربه، جایگزین نظریه فعلی قانون‌گذار شود تا با رعایت توازن و تناسب مجازات‌های محارب، قضات، مخیر بین اعدام و

*فارغ التحصیل مدرسه عالی قضاوت و طلبه سطح عالی حوزه علمیه قم.

حبس ابد در تبعیدگاه شده و موارد اعدام کاهش پیدا کند. همچنین با عنایت به تبصره ۲ ماده ۲۷۸ می‌توان پذیرفت که توبه محارب محکوم به حبس ابد در تبعیدگاه، با مصلحت رهبری به عنوان حکم ثانوی می‌تواند سبب آزادی وی شود.

کلیدواژگان: نفی بلد، تبعید، محاربه، حبس ابد، حبس در تبعید، توبه، اعدام.

مقدمه

ماده ۲۸۲ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، برای جرم محاربه، چهار نوع مجازات حدی بیان کرده است که درباره تخییری یا ترتیبی بودن این مجازات‌ها، اختلاف نظر وجود دارد و این موضوع، به تفاوت تکلیف و اختیار قاضی منجر می‌گردد. قانون‌گذار در ماده ۲۸۳ قانون فوق، با پذیرش قول به تخییری بودن این مجازات‌ها، این اختیار تام را به قاضی داده است تا با صلاحدید خود، هریک از مجازات‌های مذکور را انتخاب نموده و بدان حکم دهد. این ماده و دیدگاه قانون‌گذار درباره آن، صرف نظر از اشکالاتی نظیر اعطای اختیار تام به قاضی غیر مجتهد، مبتلی به این اشکال بسیار مهم است که برخلاف اصول و روش‌های سیاست تقنینی، حوزه اختیارات قاضی را گسترش داده و علاوه بر این، تناسب میان جرم و مجازات را در مرحله صدور حکم مجازات محارب، لحاظ نمی‌کند؛ یعنی در حال حاضر، قضات دادگاه‌ها به دلیل ملاحظات ماندمسأله حقوق بشرو فشارهای ناشی از آن در عرصه بین‌المللی و یا مشکلات و دشواری‌های مرحله اجرایی، معمولاً دو مجازات صلب و قطع عضو را کنار نهاده و رغبتی به این دو مجازات حدی نشان نمی‌دهند. مجازات نفی بلد (یا همان تبعید) نیز با مشکلات و دشواری‌های عدیده‌ای در مرحله اجرا مواجه است و طبق آن، مجرم باید تحت مراقبت و کنترل‌های ویژه قرار داشته باشد و حتی حق هم‌سفره شدن با دیگران را نیز ندارد؛ به همین دلیل، این مجازات حدی نیز عملاً غیر قابل اجرا است و تبدیل به حبس در تبعید می‌شود. این مسائل سبب می‌شود تا قاضی، مخیر بین دو مجازات اعدام و حبس یک ساله^۱ گردد که در اینجا نیز شرایط به‌گونه‌ای است که قاضی، مجازات اعدام را به مجازات حبس یک ساله ترجیح می‌دهد؛ چرا که از یک سو، جرم محاربه و به طور کلی، جرائم امنیتی، جرائم سنگینی

۱. البته اگر در حبس یک ساله، محبوس توبه کند، بعد از یک سال، آزاد می‌شود.

محسوب می‌شود و با توجه به وحشت‌آفرینی و اخلال در امنیت و نظم جامعه، سیاست تقنینی کشورها بر سخت‌گیری در این جرایم و حذف گزینه‌های تخفیفی، مانند تعویق و تعلیق مجازات است و از سوی دیگر، رعایت عدالت جزایی نیز مقتضی چنین حکمی خواهد بود؛ زیرا در جرایمی همچون اخاذی با سلاح که به مراتب، از محاربه خفیف تر است، قانون‌گذار، اختیار انتخاب مجازاتی به مراتب سنگین‌تر را به قاضی داده است. با توجه به این شرایط، قاضی ترجیح می‌دهد به جای مجازات یک سال حبس و لو حبس در تبعید، مجرم را به اعدام محکوم نموده و به سادگی از مجرم حدی بگذرد.

راه‌حل مشکل ذکر شده - که فقط در فرض تخییری بودن مجازات محاربه پدید می‌آید نه در فرض ترتیبی بودن -^۱ تمسک به تفسیری خاص از مجازات نفی بلد است؛ به این بیان که در مورد مدت نفی بلد، سه نظریه وجود دارد: نظریه اول، نفی بلد را منوط به عدم توبه می‌داند و طبق آن، مجرم به محض توبه، آزاد می‌شود. طبق نظریه دوم که مورد پذیرش قانون‌گذار نیز قرار گرفته است، محارب حداقل یک سال در تبعید به سر می‌برد و در صورت توبه پس از یک سال، آزاد می‌شود. نظریه سوم نیز بر آن است که محارب برای ابد، نفی بلد می‌شود و در صورت توبه نیز چون توبه او پس از دستگیری صورت گرفته است، مقبول واقع نمی‌شود. با توجه به اینکه حکم نفی بلد قابلیت اجرایی شدن ندارد و در نهایت، این حکم تبدیل به حبس در تبعید می‌گردد، با اختیار قول سوم در باب میزان مدت نفی بلد، در واقع، قاضی میان دو حکم اعدام و حبس ابد، مخیر بوده و در انتخاب این دو گزینه، به توازن لازم جهت رعایت عدالت قضایی دست یافته و انتخاب او در مجازات اعدام که سنگین‌ترین مجازات است، منحصر نمی‌گردد.

این نوشتار، ابتدا معنای نفی بلد را روشن نموده و سپس با ذکر اقوال مختلف درباره مدت نفی بلد و ادله آنها، برخی از این اقوال را رد نموده و جهت حل معضل مورد اشاره، به بیان قول صحیح در مسأله می‌پردازد.

۱. زیرا در فرض ترتیبی بودن مجازات‌ها، قاضی مکلف است متناسب با جرم ارتكابی در حین وقوع محاربه، مجازات را تعیین کند و نمی‌تواند در تمام موارد، حکم به اعدام بدهد و امید است که قانون‌گذار در اصلاحات آینده، این قول را انتخاب کرده و مانع مجازات‌های سنگین در باب محاربه شود؛ به‌ویژه آنکه گاهی در احراز جرم محاربه، افراط شده و مقام قضایی، برای موارد مشابهی مانند زورگیری با سلاح و نیز مجازات محاربه تعیین می‌کند.

۱. مفهوم‌شناسی

ابتدا به بررسی معنای لغوی واژه «تبعید» پرداخته و سپس معنای اصطلاحی آن را به بحث خواهیم گذاشت.

۱-۱. معنای لغوی تبعید و واژگان مرتبط

واژه «تبعید» از ریشه «بعد» و در لغت به معنای دور کردن است (ابن منظور ۳: ۸۹ و طریحی ۱: ذیل واژه) مؤلف کتاب صحاح و سایر کتب لغت نیز همین معنا را اختیار کرده‌اند و در این معنا، هیچ‌گونه اختلافی مشاهده نمی‌شود. واژه «نفی» نیز به معنای طرد کردن، دفع کردن، تبعید کردن و کنار گذاشتن آمده است و «نفی بلد» یعنی راندن شخصی [از شهری] به شهری دیگر (ابن فارس، معجم مقاییس اللغة ۵: ۴۵۶؛ طریحی، مجمع البحرین ۱: ۴۱۸؛ ابن اثیر، النهایة ۵: ۱۰۱؛ ابن منظور، لسان العرب ۱۵: ۳۳۷؛ فیروزآبادی، القاموس المحيط ۴: ۳۹۹ و جوهری، صحاح اللغة ۶: ۲۵۱۳). در مجمع البحرین نیز «تغریب» به معنای «رفتن به سرزمین غربت» آمده است (طریحی ۱: ۱۳۱ و ۳: ۲۹۹). برخی دیگر نیز تصریح نموده‌اند که «تغریب» به معنای نفی بلد است. (ابن اثیر، النهایة ۴: ۳۴۹ و ابن منظور، لسان العرب ۱: ۶۳۸).

۱-۲. معنای اصطلاحی تبعید

«تبعید» در اصطلاح فقه و حقوق، عبارت است از «بیرون کردن مجرم از محل ارتکاب جرم یا محل سکونت وی» (لنگرودی، مبسوط در ترمینولوژی ۲: ۱۱۳۸) و به عبارت دیگر، مجازاتی است که به موجب آن، فرد مجرم از اقامت در وطن و شهر خود، ممنوع شده و برای مدتی به سکونت در محلی دیگر، محکوم می‌شود. تعیین محل تبعید بر عهده دادگاه رسیدگی‌کننده به جرم است و در صورتی که مجرم در محلی غیر از زادگاه خود، مرتکب جرم شده باشد، تبعید او به زادگاه وی جایز نیست و باید حتماً به محل دیگری تبعید شود. ظاهراً این اصطلاح پس از مشروطه در ایران رواج یافته و امروزه در متون قانونی، رواج بسیاری دارد (همان).

همانطور که گفته شد، در کتب لغت نیز کاربرد دو اصطلاح «تغریب» و «نفی» (یا نفی بلد) به همین معنا، شایع‌تر است (طریحی، مجمع البحرین ۱: ۱۳۱ و ۳: ۲۹۹؛ ابن اثیر، النهایة ۴: ۳۴۹ و

ابن منظور، لسان العرب ۱: ۶۳۸). در کتب فقهی نیز این دو اصطلاح، مترادف یکدیگر بیان شده‌اند (فقعانی، الدر المنضود: ۲۹۵). البته برخی از فقها معتقدند مراد از تبعید، نگهداری و استقرار در یک شهر نیست؛ بلکه به این معناست که فرد، مدام تحت تعقیب قرار می‌گیرد و از ورود وی به هر مکانی که قصد آن را دارد، جلوگیری می‌شود (السراثر، حلی ۳: ۵۰۵). برخی دیگر، همچون مرحوم دکتر گرجی، معتقدند نفی بلد غیر از تبعید است. ایشان در کتاب آیات الاحکام و ذیل بحث مجازات محاربه می‌گوید: «به نظر این جانب، مقصود از این تعبیر (یعنی نفی بلد)، تبعید نیست، بلکه نفی از صفحه گیتی است؛ یعنی به هر وسیله کیفر مرگ است» (۱۸۷). هدف این پژوهش، پرداختن به چنین اختلافاتی نبوده و در این خصوص، به همان قول مشهور بسنده می‌کند که تبعید و نفی بلد را به یک معنا دانسته و مراد از آن را دور شدن از شهر و دیار خود می‌داند.

۲. شروط تبعید محارب

در مورد نحوه اجرای تبعید محارب در تحریر الوسیله چنین آمده است: «اگر محارب از شهرش به شهر دیگری نفی بلد شود، والی باید به شهری که به آنجا برده می‌شود، بنویسد که با او هم‌غذا نگردیده و معاشرت و خرید و فروش و ازدواج و مشاوره نشود و احوط آن است که کمتر از یک سال نباشد؛ اگرچه توبه کند و اگر توبه نکند، استمرار پیدا می‌کند و اگر بلاد شرک را بخواهد، از آنها جلوگیری می‌شود. برخی نیز گفته‌اند که حتی اگر بلاد شرک با او همکاری کرده و او را بپذیرند، باید با آنها مقاتله کرد و او را پس گرفت» (۲۴۱:۴).

همچنین علامه مجلسی در مورد نحوه مجازات محارب در کتاب خود می‌نویسد: «میان علمادر این مسأله دو قول است: اول آنکه امام علیه السلام مخیر است میان چهار امر؛ اول آنکه او را گردن بزنند؛ دوم آنکه او را زنده بردار کشند، و بردار کشیدن ظاهراً نه به روش ملوک است که به گلو می‌آویزند، بلکه چوبی در زمین نصب می‌کنند و او را بر آن چوب به طناب می‌پیچند و می‌گذارند تا بمیرد و هر گاه او را طعام و آب ندهند، غالباً تا سه روز زنده نمی‌ماند؛ سوم آنکه دست راست و پای چپ او را ببرند و چهارم آنکه او را از آن شهر بیرون کنند و به حاکم هر شهر دیگری که می‌رود، بنویسند که او بیرون رانده شده است؛ با او طعام مخورید و آب مخورید و دختر به او مدهید و خرید و فروش مکنید تا آنکه

به شهر دیگر رود و همچنین نگذارند که در هیچ شهری قرار بگیرد و مشهور این است که (این حکم) مدتی ندارد (و) تازه است چنین می‌کنند و در روایتی وارد شده است که تا یک سال چنین می‌کنند و حمل کرده‌اند بر صورتی که توبه کند در اثنای سال؛ چنانچه روایت نیز ایمانی به آن دارد و...» (مجلسی دوم، حدود و قصاص و دیات ۴۴).

مرحوم گرجی نیز در مورد مجازات نفی بلد، پس از پذیرفتن عدم فرق بین معنای نفی بلد در محاربه با تبعید، می‌گوید: «بر فرض، مقصود از آیه تبعید باشد، تبعید به آن نحو که در اخبار آمده و فقها به آن فتوی داده‌اند - یعنی هیچ کس نباید با محارب تبعید شده، مراد پیدا کند و معامله‌ای انجام دهد - به یقین از مرگ بدتر است؛ چرا که محارب را زجر کش می‌کند» (گرجی ۱۸۷).

قانون‌گذار نیز در ماده ۲۸۴ قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۹۲، می‌گوید: «مدت نفی بلد در هر حال، کمتر از یک سال نیست؛ اگر چه محارب بعد از دستگیری توبه نماید و در صورتی که توبه نکند، همچنان در تبعید باقی می‌ماند». در مورد شروط اجرا، در ماده بعدی بیان می‌دارد که: «در نفی بلد، محارب باید تحت مراقبت قرار گیرد و با دیگران معاشرت، مراد و رفت و آمد نداشته باشد». با بررسی اقوال مختلف فقها و حقوقدانان درمی‌یابیم که در تبعید محارب، رعایت شرایطی لازم است که در تبعیدهای دیگر، مانند تبعید مرد قواد در مرتبه دوم یا تبعید مرد زناکار دارای همسری که هنوز دخول به همسر نکرده است، چنین شرایطی بیان نشده است.

به نظر نگارنده، بر فرض که بپذیریم تبعید و نفی بلد به یک معنا هستند، اما تبعیدی که به عنوان مجازات در جرم محاربه، تشریح شده است، در مرحله عمل از سایر تبعیدهای حدی متفاوت بوده و دارای قیودی است که اجرای آنها در شرایط کنونی، بسیار مشکل بوده و آنچه مقصود شارع مقدس بوده است، امکان اجرا شدن ندارد؛ به عنوان مثال، اگر قاضی در یک پرونده، محارب را به تبعید یا همان نفی بلد به نقطه‌ای مرزی در جنوب کشور محکوم نماید، لازمه اجرای تبعید حدی این است که اولاً: وی در مکان خاصی محبوس نباشد؛ زیرا برخی از مراجع مراد از تبعید را به معنای تحت نظر قرار گرفتن مجرم می‌دانند و نه زندانی کردن وی در محلی که تبعید شده است. آیت‌الله بهجت می‌فرماید: «محکوم به تبعید را نباید زندانی کرد؛ بلکه آزاد است و حق خروج از آن شهر را

ندارد» (گنجینه استفتائات قضایی، کد سؤال ۱۰۷). همچنین آیت الله فاضل در این باره می فرماید: «مراد، زندانی نمودن نیست؛ بلکه آنچه مراد شرع است، این است که به مردم ابلاغ شود که با این فرد معامله و رفت و آمد نکنند و این در خصوص محارب است» (جامع المسائل ۲: ۱۱۶۴). آیت الله مکارم نیز در این باره می فرماید: «کافی است که در آن محل، تحت نظر باشد و زندانی کردن دلیلی ندارد» (گنجینه استفتائات قضایی، کد سؤال ۱۰۷).

ثانیاً: این فرد باید در رفت و آمدهای آزاد خود در حوزه تبعیدشده، تحت مراقبت بوده و با کسی هم سفره نشود، با کسی حرف نزند و... که با توجه به وضعیت فعلی و گسترش فناوری های ارتباطات و فضای مجازی، لازمه این امور این است که همواره چندین نفر، به صورت شبانه روزی، مراقب مجرم باشند که این کار، امری دشوار و هزینه بر است و در موارد فراوانی نیز تبعید محارب، با مفاسد دیگری همراه است؛ به همین دلیل، به نظر جمعی از فقها، می توان با صلاح دید و اختیار حاکم شرع، محارب را در محل تبعید، حبس نمود؛ به عنوان نمونه، در یکی از استفتائات، از محضر مقام معظم رهبری چنین سؤال شده است: «بر اساس قانون مجازات اسلامی که یکی از اطراف تخییر در مجازات محاربه و افساد فی الارض را نفی بلد، ذکر کرده است، گاهی قضات محترم در دادگاه های انقلاب اسلامی در مورد مجازات گروهک های تروریستی یا قاچاقچیان مواد مخدر، مصلحت در تعیین نفی بلد، تشخیص می دهند. با توجه به اینکه اجرای این نحو مجازات با اوضاع و شرائط کنونی غیر ممکن می باشد، بلکه تبعید نمودن آنها به محلی ممکن است زمینه برای همکاری بهتر آنها با سازمان و تشکیلات منافقین و یا قاچاقچیان حرفه ای باشد آیا می توانند مدت تبعید را تبدیل به حبس نمایند؟ با توجه به اینکه بعضی از فقها و مفسرین، نفی از ارض را به معنی حبس تفسیر نموده اند». ایشان در پاسخ به این سؤال این گونه بیان داشته اند: «اگر آزادی تبعیدی در تبعیدگاه، مستلزم مراد به دیگران و موجب مفاسدی باشد و تحت مراقبت قرار دادن وی جهت جلوگیری از معاشرت و مراد به وی با دیگران ممکن نباشد، حبس او در تبعیدگاه به منظور پیشگیری از مفاسد و ممانعت وی از معاشرت و رفت و آمد با دیگران اشکال ندارد» (گنجینه استفتائات قضایی، کد سؤال ۵۳۳۵).

همچنین در استفتائی دیگر از برخی فقها چنین آمده است: «اگر منظور از نفی بلد، تحت نظر قرار دادن باشد، در موارد خاصی که تبعید به مفاسد دیگری منجر می‌شود مانند زنان، قاچاقچیان و افراد شرور - آیا می‌توان مدت تبعید را به حبس تبدیل نمود؟» آیت‌الله موسوی اردبیلی در پاسخ به این استفتاء بیان داشته‌اند: «اگر حبس، مفاسد نداشته باشد، محبوس می‌گردد» (گنجینه استفتائات قضایی، کد سؤال ۱۰۷). آیت‌الله نوری همدانی نیز چنین پاسخ داده‌اند: «اگر حاکم شرع، مصلحت در زندانی کردن مجرم بداند، مانعی ندارد» (گنجینه استفتائات قضایی، کد سؤال ۱۰۷). آیت‌الله فاضل لنکرانی نیز اختیار امر را به قاضی سپرده و می‌فرماید: «اگر حد باشد، باید اجرا شود و تمهیداتی برای عدم مفسده اجرا شود و اگر امکان اجرای حد نباشد، قاضی خود تصمیم لازم را بگیرد».

(گنجینه استفتائات قضایی، کد سؤال ۱۰۷)

آنچه در این مسأله باید مورد توجه قرار بگیرد این است که تبدیل تبعید به حبس، در واقع، حکم ثانوی است و از باب جلوگیری از مفاسد مجرم است، نه اینکه مجازات اصلی حبس باشد؛ بنابراین، در مقام عمل این مجازات تبدیل به حبس در تبعید می‌گردد که اقرب به غرض شارع بوده و خود این مجازات نیز حدی محسوب می‌شود. این حبس در تبعید، تعزیری نیست؛ زیرا در صورت تعزیری خواندن این حبس، برخی از قواعد فقهی، مانند لزوم مادون حد بودن تعزیر و نبود تعزیری با عنوان حبس ابد، نقض می‌شود. موضع قانون‌گذار نیز در مورد تعدّر اجرای حد رجم، تمایل به حدی دانستن این مجازات است و در ماده ۲۲۵ قانون مجازات اسلامی می‌گوید: «حد زنا برای زانی محسن و زانیه محصنه، رجم است. در صورت عدم امکان اجرای رجم، با پیشنهاد دادگاه صادرکننده حکم قطعی و موافقت رئیس قوه قضائیه، چنانچه جرم با بینه ثابت شده باشد، موجب اعدام زانی محسن و زانیه محصنه است و در غیر این صورت، موجب صد ضربه شلاق برای هریک می‌باشد». در این ماده، قانون‌گذار با تعدّر اجرای حد، مجازاتی حدی را انتخاب کرده است، نه مجازاتی تعزیری؛ چرا که در صورت تعزیری بودن، مجازات جایگزین برای آنکه مادون حد باشد، باید تا ۹۹ ضربه شلاق تعیین می‌شد. البته در جرایم منافی عفت، بنابر نص خاص، شلاق تا ۹۹ ضربه نیز جایز است و قانون‌گذار به دلیل همین نص خاص، در ماده ۱۹ قانون مجازات اسلامی

و ذیل یکی از بندهای مجازات درجه ۶ می نویسد: «شلاق از سی و یک تا هفتاد و چهار ضربه و تا نود و نه ضربه در جرایم منافی عفت» و اگر این نص خاص نبود، دون الحد به معنای دقیق، یعنی از کمترین حد که ۷۵ ضربه شلاق است باید کمتر باشد.

در پرونده‌ای هم که در شعبه ۲۲ دادگاه تجدیدنظر استان تهران مطرح بوده، به این امر تصریح شده است، به این بیان که در رای آمده است: «رای دادگاه در خصوص نظرخواهی آقای ... به وکالت ... نسبت به دادنامه شماره ۳۶۲۵۳ مورخ ۷۴/۶/۲۸ صادره از شعبه ۱۰ دادگاه انقلاب اسلامی تهران از جهت محکومیت به ۹ سال حبس در تبعید و تعلیق مدت چهار سال از حبس صادره ...؛ چون نفی بلد به صراحت ماده ۱۹۰ قانون مجازات اسلامی به عنوان حد است و در نظر گرفتن حبس در تبعید نیز قهراً به عنوان حد می باشد و تعلیق مجازات به صراحت ماده ۲۵ قانون مجازات اسلامی در مجازات‌های تعزیری و بازدارنده است؛ نه در مجازات به عنوان حد ...» (پرونده به کلاسه ۷۴/۲۲-۳۷۹).

با توجه به مطالب بیان شده، می توان گفت نظر فقهایی که قائل به نفی بلد ابدی هستند، به گونه‌ای که توبه مجرم را به تنهایی، پس از گذشت یک سال تبعید، موجب توقف مجازات نمی دانند. از جهات مختلف با اصول و قواعد حقوقی و نیز عدالت قضایی مبتنی بر سیاست‌های ترمیمی و تریبی قابل بازگشت، متناسب تر و بهتر است؛ به همین لحاظ، برای انتخاب نظر مناسب، به بیان اقوال فقها در باب مدت زمان نفی بلد و دلایل ایشان می پردازیم.

۳. اقوال فقها درباره مدت زمان نفی بلد

در این موضوع نیز اقوال و نظرات مختلفی از سوی فقها بیان شده است.

۳-۱. تا زمان توبه محارب

برخی از فقها معتقدند نفی بلد محارب، با توبه او تمام می شود و امر دائر مدار توبه است و پذیرش توبه را نیز منوط به گذشتن یک سال نمی دانند. ایشان در استدلال بر این مدعا معتقدند روایات این

۱. این مسأله در فرض تخیری بودن مجازات چهارگانه، دارای ثمره است و حداقل آن این است که اختیار مقام قضایی را محدود می کند و این با سیاست تقنینی، سازگارتر است و الا در مواردی که مجازات محارب، ترتیبی است، این بحث ثمره چندانی ندارد؛ زیرا حکم باید متناسب با جرم انجام شده صادر شود که این امر، خودبه خود، اختیار قاضی را محدود می نماید.

باب از جهت مدت زمان نفی بلد، مطلق هستند و آنچه که در روایت مدائنی از ابی الحسن الرضا علیه السلام یا سایر روایات در مورد یک سال تبعید آمده است، در واقع، از این باب است که توبه محارب در این مورد، بعد از یک سال واقع شده است؛ سپری شدن یک سال، خصوصیتی نداشته و ملاک و معیار جهت توقف مجازات تبعید، توبه محارب است، نه گذشت مدت زمان یک سال.

صاحب جواهر در این باره می نویسد: «المشهور بین الأصحاب بل عن بعض الإجماع أن المراد من النفی هو أن ینفی المحارب عن بلده، و یکتب إلى کل بلد یأوی إلیه بالمنع من مؤاکلتة و مشاربته و مجالسته و مبیاعته ففی خبر المدائنی عن الرضا علیه السلام «قلت کیف ینفی؟ و ما حد نفیه؟ قال: ینفی من المصر الذی فعل فیہ ما فعل إلى مصر آخر غیره، و یکتب إلى أهل ذلك المصر بأنه منفی، فلا تجالسوه و لا تبایعوه و لا تناکحوه و لا تؤاکلوه و لا تشاروه، فیفعل ذلك به سنة فأن خرج من ذلك المصر إلى غیره کتب إلیهم بمثل ذلك حتی تتم السنة قلت: فان توجه إلى أرض الشریک لیدخلها، قال: «إن توجه إلى أرض الشریک لیدخلها قوتل أهلها» لكن المصنف و غیره بل الأكثر علی عدم التقیید بالسنة، بل لم یحک إلا عن ابن سعید» (جواهر الکلام ۴۱: ۵۹۲).

صاحب کتاب النفی و التغریب فی مصادر التشریح، دو روایت موجود در مسئله را اینگونه نقل می کند: «عن عبیدالله بن اسحاق المدائنی، عن ابی الحسن الرضا علیه السلام... و یکتب إلى اهل ذلك المصر انه منفی... فیفعل ذلك به سنة (کلینی، الکافی ۷: ۲۴۶) و عن عبیدالله المدائنی، عن ابی عبدالله علیه السلام... فلا یزال هذه حاله سنة، فاذا فعل به ذلك تاب و هو صاغر» (طوسی، التهذیب ۱۴۰). سپس می نویسد: «اقول، و فیهما ضعف و قدم، و الافراج عنه انما ینکون بعد التوبة، فالمدار علی التوبة، لا انقضاء العام» (طوسی ۳۹۷).

شیخ مفید (المقنعه ۸۰۴)، ابن ادریس (السرائر ۳: ۴۵۴)، شهید ثانی (مسالك ۲: ۴۵۰) و آیت الله بهجت (جامع المسائل ۵: ۳۳۴) نیز از دیگر قائلین به این نظریه هستند و ابن فهد حلی نیز اگرچه در نحوه انجام مجازات، نظری غیر از تبعید در یک مکان دارد، با این وجود، معتقد است تبعید با توبه محارب، متوقف می شود. ایشان می گوید: «التغریب عموماً بالنسبة إلى الزمان و البلدان، فیمنع من کل بلد یقصدہ دائماً حتی یتوب، و هو فی المحارب» (ابن فهد حلی، المهدب البارع ۵: ۳۲).

بنابراین به نظر این گروه از فقها، محارب در صورت توبه، آزاد می‌شود و لازم نیست که حتماً یک سال در تبعید باقی بماند و به تعبیر دیگر، می‌توان گفت طبق نظر این گروه از فقها، مدت نفی بلد در محاربه، مشخص نیست و دائرمدار توبه مجرم است.

۳-۲. یک سال و پس از توبه محارب

عده‌ای از فقها بر این نظر هستند که محارب باید حداقل یک سال در تبعید بماند و پس از آن، در صورت توبه، آزاد می‌شود. بنابراین، توبه محارب تبعیدشده، بعد از تحمل یک سال تبعید پذیرفته می‌شود. قانون‌گذار نیز در ماده ۲۸۴ قانون مجازات اسلامی این نظر را پذیرفته و می‌گوید: مدت نفی بلد در هر حال، کمتر از یک سال نیست؛ اگرچه محارب بعد از دستگیری، توبه کند و در صورتی که توبه نکند، همچنان در تبعید باقی می‌ماند. مرحوم سبزواری ابتدا در باب مجازات نفی بلد می‌نویسد: «إذا نفى الحاكم الشرعي المحارب عن بلده إلى بلد آخر يكتب إلى كل بلد يأوي إليه عن معاشرته ومؤاكلته ومبايعته ومناكحته ومشاورته والأحوط وجوباً أن لا يكون أقل من السنة وإن تاب، ولو لم يتب استمر النفي إلى أن يتوب لاستمرار الموضوع، فیتبعه استمرار الحكم لا محالة» (مذهب الاحکام ۲۸: ۱۲۸)؛ یعنی حاکم باید محارب را از شهر خود به شهر دیگری بفرستد و به مردم آن شهر نیز دستور دهد تا با او معاشرت و... نداشته باشند. احتیاط واجب این است که حتی اگر محارب توبه کند، مدت نفی بلد کمتر از یک سال نباشد. در صورتی که پس از یک سال نیز توبه نکند، نفی بلد او استمرار پیدا می‌کند. سپس در باب مدت زمان تبعید این چنین توضیح می‌دهد: «قد ذکر لفظ السنة فیما مرّ من الحدیث، و عن الصادق علیه السلام: «یفعل ذلك به سنة، فإنه سیتوب و هو صاغر» و لکن نسب إلى المشهور عدم الفتوی بهذا التحدید و أما الشمول لما إذا تاب، فلاطلاق الحدیث، و فتوی الأصحاب، و لما مرّ سابقاً» (همان). حضرت امام خمینی رحمته الله علیه نیز در این باره می‌فرماید: «احوط آن است که کمتر از یک سال نباشد؛ اگرچه توبه کند و اگر توبه نکند، استمرار پیدا می‌کند و اگر بلاد شرک را بخواهد، از آنها جلوگیری می‌شود» (تحریر الوسیله ۴: ۲۴۱).

۳-۳. تبعید ابدی و عدم پذیرش توبه

عده‌ای از فقها اعتقاد دارند که نفی محارب از بلد خود، ابدی است و توبه ایشان پذیرفته نیست.

این گروه معتقدند ادله‌ای که توبه محارب پس از دستگیری را بی تأثیر می‌داند، مطلق بوده و هیچ دلیل و روایتی آنها را قید نکرده است؛ بنابراین، محدود کردن تبعید به زمان خاص یا یک سال، احتیاج به دلیل دارد و روایتی که گروه اول یا دوم بدان استناد کرده‌اند (روایت مدائنی) نیز ضعیف است. همچنین قیاس نفی بلد محارب بانفی بلد در موارد دیگری که حکم یک سال تبعید را دارند، مانند قوادی مرد در بار دوم یا زنا‌ی مرد همسر داری که هنوز دخول نکرده است، قیاس مع الفارق و باطلی است که مذهب شیعه آن را قبول ندارد. شهید اول در استدلال بر این قول، می‌گوید: «فی المحاربة، هی تجرید السلاح والحدّ القتل أو الصلب أو قطع یده الیمنی ورجله الیسری، ولو تاب قبل القدرة علیه سقط الحدّ دون حقّ الآدمی و توبته بعد الظفر لا اثر لها فی حدّ أو غرم أو قصاص، وینفی عن بلده و یکتب الی کلّ بلد یصل الیه بالمنع من مجالسته و مواکلته و مبايعته، و یمنع من بلاد الشرك فان مکنوه قوتلوا حتی یخرجوه» (اللمعة الدمشقية فی فقه الإمامیة ۲۶۳).

صاحب کتاب الدر المنصود نیز در بیان نحوه اثبات جرم محاربه و تخییر امام در انتخاب مجازات می‌نویسد: «و لا یشترط أخذ النصاب، بل ولا الأخذ. و یتبث بالإقرار مّرة، و بشهادة عدلین ذکرین، لا بشهادة النساء. و یتخیّر الإمام فی حدّه بین الصلب، أو القتل، أو القطع مخالفا، أو النفی. و توبته قبل القدرة علیه یسقط الحدّ دون حقّ الآدمی، و بعد الظفر لا اثر لها مطلقا» (فقعی ۳۰۷). طبق این بیان، توبه محارب قبل از دستگیری، سبب سقوط حد می‌شود، اما حقوق الناس را باید جبران کند؛ همچنان که توبه بعد از دستگیری نیز سبب سقوط حد نمی‌شود. مرحوم اردبیلی نیز در ذیل آیه شریفه مربوط به مجازات محاربه می‌نویسد: «إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ قَبْلِ أَنْ تَقْدِرُوا عَلَيْهِمْ» معلوم آنّ الساقط بالتوبة إنّما هو الحدّ الذي هو حقّ الله، لا حقوق الناس، مثل القتل قصاصا و يؤئده «فَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ عَفُورٌ رَحِيمٌ» فالقتل الواجب حدّا یسقط، و یبقى الجائر قصاصا و قید التوبة بقبل القدرة فلو قدروا علیهم ثمّ تابوا لم یسقط عنهم شیء من الحدود و حقوق الله فی الدنيا، و أمّا الذنب فی الآخرة فیسقط بالتوبة مطلقا فی حقوقه تعالی» (زبدة البیان فی أحكام القرآن ۶۶۵)؛ یعنی توبه محارب پس از دستگیری، هیچ اثری در مجازات و حکم دنیوی آنها ندارد و صرفاً می‌تواند عقوبت اخروی آنها را برداشته و سبب بخشش آنها شود.

اما شاید بتوان گفت در میان فقهایی که در این گروه قرار دارند، کامل‌ترین توضیح را همراه با استدلال، مرحوم خوبی بیان فرموده‌اند. ایشان در این باره می‌فرماید: «و لا أمان له ولا يبايع ولا يؤوى ولا يطعم ولا يتصدق عليه حتى يموت. على المشهور شهرة عظيمة، فإنهم لم يقيدوا النفي بزمان خاص، وقد صرح الشهيد الثاني باستمرار النفي الى الموت في الروضة والمسالك، ونسبه في الثاني الى الاكثر وتدل على ذلك صحيحة حنان عن ابي عبدالله عليه السلام: لا يبايع ولا يؤوى... فإن مقتضى اطلاقها استمرار الحكم إلى أن يموت. و تؤيدها رواية زرارة عن أحدهما (عليه السلام)... لا يبايع ولا يؤتى بطعام و عن ابن سعيد أن حد النفي سنة واحدة، و لكن لا دليل عليه إلا الروايات المتقدمة و بما أنها ضعاف جميعاً، فلا يمكن الاعتماد عليها اصلاً. ثم إن صريح المحقق في النافع و الشهيد الثاني في الروضة تقييد زمان النفي بعدم التوبة، فاذا تاب يسقط حكم النفي فيسمح له بالاستقرار في أي مكان شاء. و هذا مما لا نعرف له وجهاً ظاهراً، و مقتضى اطلاق الدليل من الآية و غيرها أن التوبة بعد الظفر به لا أثر لها فيبقى منفياً حتى يموت» (مباني تكملة المنهاج ۱: ۳۲۴). طبق نظر ایشان، محارب در تنگنای معاشرتی قرار می‌گیرد و تا پایان مدت حیات خود، در تبعید می‌ماند و محدودیت زمانی خاصی ندارد. علت این امر، اطلاق آیه و صحیح حنان است که روایت زراره نیز مؤید آن است. علاوه بر آن، ایشان روایات دال بر تقييد زمانی را نیز ضعیف‌السند می‌داند و نظر برخی فقها که نفی ابدی را مشروط به عدم توبه کرده‌اند را نیز فاقد دلیل می‌داند.

۳-۴. نظریه برگزیده

پیش از این اشاره شد که نظریه سوم، نسبت به نظریه‌ای که مبنای ماده ۲۸۴ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ قرار گرفته است، از آن جهت ترجیح دارد که این نظریه می‌تواند جایگزین مناسبی برای مجازات اعدام باشد؛ بنابراین، نظریه سوم، مناسب‌تر است و ترجیح آن نیز به این معنا نیست که مقام قضایی در همه جرایمی که دارای مجازات یک سال تبعید است، از این مجازات استفاده کرده و در نتیجه، این تغییر، منجر به مجازات سختگیرانه‌تر برای دیگر جرائم گردد؛ بلکه این مجازات جایگزین حکم اعدام می‌شود تا مجرم امکان حیات و بازگشت به جامعه را، هر چند پس از تحمل ۲۰ سال حبس، پیدا نماید و مجازات اعدام نیز تنها در مواردی صادر شود که محارب،

مرتکب قتل نفس شده است. در حال حاضر، مشاهده می‌شود که مقامات قضایی به سادگی درباره همه موارد محاربه، مجازات اعدام را انتخاب کرده و افراد را از هستی ساقط می‌کنند؛ با این استدلال که قانون‌گذار در موارد خفیف‌تر، واکنشی به مراتب، شدیدتر از یک سال حبس را داشته است و بنابراین، محارب نیز با مجازات یک سال حبس، آنچنان که باید، تنبیه نمی‌شود و لذا با تعذر اجرای دو مورد دیگر و جهت رعایت مصالح و معاذیر بین‌المللی حقوق بشری، راهی جز اعدام فرد مجرم باقی نمی‌ماند. با جایگزینی نظریه سوم، این مشکل قابل حل خواهد بود.

در خصوص جایگزینی نفی ابد به جای نفی یک ساله - در مواردی که انتخاب قاضی متناسب با جرم ارتكابی، یک سال تبعید است - که رفتاری سخت‌گیرانه و برخوردی شدید در مجازات محارب است نیز، نظر نگارنده این است که این تغییر، با نگاه به ماده ۲۷۸ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ و تبصره ۲ آن، قابل دفاع و ارجح است؛ به این بیان که قانون‌گذار در بند (پ) ماده ۲۷۸ آورده است که حد سرق در مرتبه سوم، حبس ابد است و تبصره ۲ همین ماده بیان می‌کند که «در مورد بند (پ) این ماده و سایر حبس‌هایی که مشمول عنوان تعزیر نیست، هرگاه مرتکب حین اجرای مجازات توبه کند و مقام رهبری آزادی او را مصلحت بداند، با عفو ایشان از حبس آزاد می‌شود. همچنین مقام رهبری می‌تواند مجازات او را به مجازات تعزیری دیگری تبدیل کند». بنابراین، با توجه به اینکه مجازات نفی بلد ابدی در واقع، همان حبس ابد است، مشمول این ماده شده و مجرم می‌تواند با داشتن شرایط این ماده، از تخفیف موجود در آن استفاده کند؛ والا اگر قرار باشد به جای نفی بلد یک ساله، نفی ابدی فقط جایگزین شده و اعدام نیز صورت بگیرد، نتیجه این تغییر، چیزی جز سخت‌گیری مطلق و تبدیل مجازات یک ساله به نفی ابد نخواهد بود.

۱. البته لازم به ذکر است که از منظر فقهی، توبه در جرایم حدی تنها در صورتی موجب سقوط حکم می‌شود که جرم با اقرار شخص اثبات شده باشد؛ بنابراین، درباره محاربه نیز توبه پس از دستگیری، اثری در سقوط مجازات ندارد (گنجینه استفتائات قضایی، کد سؤال ۵۷۹۶). قانون‌گذار نیز در ماده ۱۱۴ قانون مجازات اسلامی مصوب ۹۲ بیان می‌دارد: «در جرایم موجب حد به استثنای قذف و محاربه، اگر قبل از اثبات جرم توبه کند و ندامت و اصلاح او برای قاضی محرز شود، حد از او ساقط می‌گردد. همچنین اگر جرائم فوق غیر از قذف، با اقرار ثابت شده باشد، در صورت توبه مرتکب حتی پس از اثبات جرم، دادگاه می‌تواند عفو مجرم را توسط رئیس قوه قضائیه از مقام رهبری درخواست کند». در تبصره اول این ماده نیز آمده است: «توبه محارب قبل از دستگیری یا تسلط بر او، موجب سقوط حد است»؛ بنابراین، توبه به خودی خود نمی‌تواند سبب عفو محارب و آزادی او از حبس گردد. آنچه می‌تواند زمینه آزادی او را مهیا کند، مصلحت رهبری است. با این توضیحات، آزادی محارب با توبه، از باب حکم ثانوی است که مقید به مصلحت رهبری شده است.

البته برخی از حقوقدانان معتقدند مجازات اعدام از مجازات حبس ابد راحت‌تر است؛ چراکه فرد با اعدام فقط یک لحظه درد را تحمل می‌کند، اما در حبس ابد، فرد به تدریج از بین می‌رود. بنابراین، از نظر این گروه، جایگزینی حبس ابد به جای اعدام، بسیار سخت‌گیرانه است. دکتر گلدوزیان در این خصوص می‌نویسد: «در صورتی که مجازات شدید متناسب با اهمیت قبح جرم ارتكابی، مورد نظر باشد، مجازات اعدام به شدت و سختی حبس دائم نیست و اگر شدت مجازات موجب تسکین حس انتقام جویی می‌گردد، حبس دائم به مراتب، شدیدتر از اعدام است؛ زیرا معمولاً تأثیر کیفر بر روح انسان، تابع سنگینی و شدت مجازات نیست، بلکه تأثیر کیفر بستگی به طول مدت تحمل مجازات دارد. در واقع، آنچه موجب انصراف افراد از ارتكاب جرم می‌گردد، اعمال مجازات علنی و وحشتناک، ولی زودگذر و قابل فراموشی سریع از طریق اعدام یک محکوم نیست؛ بلکه برعکس، محروم نمودن تدریجی و مستمر انسان از موهبت آزادی، یعنی حبس است که به جبران زبانی که بزه‌کار بر جامعه وارد کرده، با محرومیت از نعمت آزادی، محکوم علیه تاوان زیان جامعه را پس می‌دهد و نتیجتاً مجازات ملایم و معتدل ولی مداوم، بیشتر موجب ترس از کیفر و انصراف عموم از ارتكاب جرم می‌گردد» (بایسته‌های حقوق جزای اختصاصی ۳۷۹).

نظر نگارنده با مجازات موجود در قانون فعلی این تفاوت را دارد که در نظر ما، در کنار اعدام مجازات دیگری به نام حبس ابد وجود دارد که مقام قضایی را مجاب می‌کند تا در بسیاری از موارد، به جای اعدام، آن را انتخاب کند و در مواردی نیز که قصد تبعید وجود دارد، با انتخاب نفی بلد ابدی و وجود تبصره ۲ ماده ۲۷۸، امکان عفو مجرم وجود دارد؛ بنابراین، این دیدگاه، به رفتاری معقول‌تر و آسان‌تر خواهد انجامید. علاوه بر این، اختیار دادن به یک مقام قضایی غیرمجتهد برای انتخاب میان یک سال حبس و اعدام، سلطنت و اختیار نامعقولی را به او اعطا می‌کند؛ بنابراین، انتخاب این مجازات و نظریه مورد نظر نگارنده، در راستای سیاست‌های تقنینی صحیح بوده و از دامنه اختیارات قاضی به حد قابل قبولی فرومی‌کاهد. نکته حائز اهمیت برای نگارنده، نه هم‌سطح بودن چهار مجازات موجود در محاربه، بلکه تناسب جرم و مجازات است و این چهار مجازات با یکدیگر مقایسه نمی‌گردند؛ بلکه هر مجازاتی با جرم ارتكابی به لحاظ اهمیت و تناسب سنجیده می‌شود.

از جمله مؤیدات دیدگاه نگارنده این است که طبق قانون فعلی، مجازات معاون جرم محاربه دچار اشکالاتی است؛ چراکه مجازات قانونی جرم محاربه، تخییر بین چهار مجازات اعدام، صلب، قطع دست راست و پای چپ و تبعید است که در تعیین درجه این مجازات، طبق ماده ۱۹ و تبصره ۲ آن در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، باید قائل شویم که چون اعدام، اشد مجازات چهارگانه است لذا درجه مجازات اعدام به عنوان درجه این مجازات تعیین می‌گردد. پس مجازات این جرم، درجه یک است. از سویی دیگر، در تعیین مجازات معاون این جرم طبق ماده ۱۲۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، باید یک تا دو درجه کمتر را به عنوان مجازات انتخاب نمود؛ بنابراین، مجازات معاونت در محاربه، طبق این ماده حبس تعزیری، درجه ۲ یا ۳ خواهد بود که در صورت انتخاب مجازات تبعید برای مجرم اصلی، مجازات معاون حداقل ۱۰ سال خواهد بود و امکان مجازات معاون به مدت حبس تا ۲۵ سال نیز وجود دارد؛ در حالی که این امکان، خلاف سیاست‌های تقنینی و اصل عدالت قضائی است؛ زیرا در تعیین مجازات معاونت در جرم، باید قائل به مجازاتی کمتر از مجازات مجرم اصلی شویم و حال آنکه در طبق این قانون، می‌توان مجرم اصلی را به عنوان مثال، ۵ سال تبعید نمود و معاون جرم را باید حتماً به مجازات حبس بیش از ۱۰ سال محکوم کرد؛ لذا با انتخاب نظر برگزیده نویسنده، این مشکل نیز حل می‌گردد.

البته قانون‌گذار، قول مشهور امامیه را پذیرفته است که قائل به تخییر هستند؛ با این تفاوت که اکثر فقهای که قائل به تخییر مقام قضایی در انتخاب مجازات بوده‌اند، این قید را می‌افزایند که قاضی هنگام صدور رأی، عمل ارتكابی محارب را در نظر بگیرد؛ یعنی اگر محارب مرتکب قتل نفس شده است، بهتر است که مجازات قتل را اعمال کند و اگر مرتکب قتل نشده، مالی را نیز به غارت نبرده و صرفاً ایجاد ناامنی کرده است، بهتر آن است که محکوم به تبعید گردد. اما قانون‌گذار متأسفانه در یک اقدام عجیب به این مورد اشاره‌ای نکرده است. از طرف دیگر، اینکه محارب در برخی موارد با تشخیص قاضی پرونده در باب توبه پس از یک سال، مشمول آزادی شود، خلاف احتیاط است؛ زیرا احراز توبه پس از اثبات جرم حدی غیر از جرائم تعزیری بوده و برعهده حاکم شرع است و قاضی پرونده نمی‌تواند درباره آن حکم نماید. لذا به دلیل حساسیت شارع و سخت‌گیری

وی در عدم تعطیلی حدود، در این گونه موارد، احتیاط آن است که در کنار توبه مجرم، شرط دیگری به نام مصلحت رهبری نیز لحاظ گردد.

نتیجه

یکی از مجازات‌های جرم محاربه، تبعید یا همان نفی بلد است که فقها درباره مدت زمان آن، اختلاف نظر داشته و قانون‌گذار قول فقهای را پذیرفته است که قائل به تبعید حداقل یک سال هستند و در صورت توبه مجرم پس از یک سال، توبه او را قبول می‌کنند. این انتخاب قانون‌گذار با اشکالات مختلف اجرایی مواجه است؛ از قبیل اختیار بیش از حد مقام قضایی در مجازات فرد محارب که از حبس یک سال تا اعدام است، عدم تمایل به انتخاب تبعید یک ساله توسط مقام قضایی و... به نظر نگارنده، با انتخاب نظریه فقهای که اعتقاد به نفی بلد ابدی دارند، این مشکلات قابل حل خواهد بود؛ لذا از میان اقوال مختلف فقها، نفی بلد ابدی پذیرفته شد که طبق آن، توبه مجرم به تنهایی مورد قبول نبوده و برای آزادی مجرم باید علاوه بر توبه وی، مصلحت مقام رهبری نیز لحاظ گردد. بنابراین، قاضی در مجازات محارب، بین چهار مجازات زیر مخیر است: اعدام، صلب، قطع و تبعید ابدی.

فهرست منابع

قرآن کریم

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 ق.
۲. ابن فارس، ابوالحسن احمد بن فارس بن زکریا. معجم مقائیس اللغه، چاپ اول، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، ۱۴۰۴ ق.
۳. ابن منظور، جمال الدین محمد بن مکرم. لسان العرب و دار صادر، چاپ اول، بیروت، ۱۹۹۷.
۴. اردبیلی، احمد بن محمد. مجمع الفائده و البرهان فی شرح ارشاد الاذهان، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۰۳ ق.
۵. برهانی، محسن، درآمدی بر حقوق جزای عمومی، تهران، میزان، چاپ اول، ۱۳۹۴.
۶. بهجت فومنی، محمد تقی. استفتانات، قم: دفتر حضرت آیت الله بهجت، ۱۴۲۸ ق.
۷. ----- جامع المسائل، قم: دفتر حضرت آیت الله بهجت، ۱۴۲۶ ق.
۸. تبریزی، جواد. اسس الحدود و التعزیرات، چاپ اول، قم: دفتر مولف، ۱۴۱۷ ق.
۹. جعفری لنگرودی، محمد جعفر. مبسوط در ترمینولوژی حقوق، چاپ اول، تهران: گنج دانش، ۱۳۷۸.
۱۰. جوهری، اسماعیل بن حماد. الصحاح - تاج اللغه و صحاح العربیه، چاپ اول، بیروت: دار لعلم للملایین، ۱۴۱۰ ق.
۱۱. حر عاملی، محمد بن حسن. وسائل الشیعه، چاپ پنجم، تهران: مکتبه الاسلامیه، بی تا.
۱۲. حلی، جمال الدین احمد بن محمد اسدی. المهذب البارع فی شرح المختصر النافع، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۷ ق.
۱۳. حلی، یحیی بن سعید. الجامع للشرائح، قم: موسسه سیدالشهدا العلمیه، ۱۴۰۵ ق.
۱۴. سبزواری، سید عبدالاعلی. مهذب الاحکام، قم: موسسه المنار و دفتر حضرت آیت الله، ۱۴۱۳ ق.
۱۵. طبرسی، فضل بن حسن. مجمع البیان فی تفسیر القرآن، چاپ سوم، تهران: انتشارات ناصر خسرو، ۱۳۷۲.
۱۶. طبسی، نجم الدین. حقوق زندانی و موارد زندان در اسلام، چاپ اول، قم: بوستان کتاب، بی تا.
۱۷. ----- وارد السجن فی النصوص و الفتاوی، چاپ اول، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، ۱۳۷۴ ش.
۱۸. طریحی، فخر الدین. مجمع البحرین، چاپ سوم، تهران: المکتبه المرتضویه، ۱۳۷۵.
۱۹. طوسی، ابوجعفر محمد بن الحسن. تهذیب الاحکام، تصحیح، حسن الموسوی خراسان،

- تهران: دارالکتب الاسلامیه، ۱۴۰۷ ق.
۲۰. _____ . المبسوط فی فقه الامامیه، تهران: المکتبه المرتضویه، بی تا.
۲۱. _____ . النهایه فی مجرد الفقه و الفتاوی، چاپ دوم، بیروت: دارالکتب العربی، ۱۴۰۰ ق.
۲۲. عاملی (شهید اول)، محمد بن مکی. اللعه دمشقیه فی فقه الامامیه، بیروت: دارالتراث - الدارالاسلامیه، ۱۴۱۰ ق.
۲۳. عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی. الروضه البهیة، بیروت: موسسه الاعلمی، بی تا.
۲۴. _____ . مسالک الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام، قم: موسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۳ ق.
۲۵. فاضل لنکرانی، محمد. تفصیل الشریعه فی شرح تحریر الوسیله - الحدود، چاپ اول، قم: مرکز فقهی ائمه اطهار، ۱۴۲۲ ق.
۲۶. فاضل هندی، محمد بن حسن. کشف اللثام و الابهام عن قواعد الاحکام، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۶ ق.
۲۷. فراهیدی، خلیل بن احمد. کتاب العین، چاپ دوم، قم: نشر هجرت، ۱۴۱۰ ق.
۲۸. گرجی، ابوالقاسم. مقالات حقوقی، چاپ دوم، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۲.
۲۹. گلدوزیان، ایرج. بایسته های حقوق جزای اختصاصی، جرایم علیه تمامیت جسمانی، شخصیت معنوی، اموال و مالکیت، امنیت و آسایش عمومی، چاپ چهارم، تهران: میزان، ۱۳۹۶.
۳۰. _____ . بایسته های حقوق جزای عمومی، چاپ بیست و سوم، تهران: میزان، ۱۳۹۶.
۳۱. مجلسی، محمدباقر. حدود و قصاص و دیات، چاپ اول، تهران: موسسه نشر آثار اسلامی، بی تا.
۳۲. محقق حلی، نجم الدین جعفر بن الحسن. شرائع الاسلام، چاپ اول، قم: موسسه معارف الاسلامیه، ۱۴۱۵ ق.
۳۳. مفید، محمد بن محمد بن نعمان. المقنعه، قم، کنگره جهانی هزاره شیخ مفید، ۱۴۱۳ ق.
۳۴. موسوی خمینی، سید روح الله. تحریر الوسیله، چاپ ششم، قم: موسسه النشر الاسلامی، بی تا.
۳۵. موسوی خویی، سید ابوالقاسم. مبانی تکمله المنهاج، بیروت: دارالزهرا، بی تا.
۳۶. میرمحمد صادقی، حسین. جرایم علیه آسایش و امنیت عمومی، چاپ سی و هفتم، تهران: میزان، ۱۳۹۶.
۳۷. نجفی، محمدحسن. جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، بیروت: دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ ق.
۳۸. نرم افزار گنجینه استفتائات قضایی.

تبیین مفهومی و مصداقی دو عنوان «منافی عفت» و «رابطه نامشروع» در فقه و حقوق

چکیده

دو عنوان «منافی عفت» و «رابطه نامشروع» از عناوین مجرمانه مهمی هستند که در قانون تعزیرات، مورد استفاده قرار گرفته و در ماده ۶۳۷ قانون تعزیرات مصوب سال ۱۳۷۵، جرم‌انگاری شده‌اند؛ اما مفهوم و گستره مصداقی این دو عنوان مجرمانه، روشن نبوده و قضات با تفاسیر مختلفی که از این ماده دارند، آراء متعددی را صادر کرده‌اند.

پژوهش حاضر، با بررسی مواد مختلف قانونی، از جمله ماده ۳ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب و نیز بند ۲ قانون احترام به آزادی‌های مشروع و حفظ حقوق شهروندی، مباحث حقوقی و نظرات فقها، ضرورت رجوع به اصل ۱۶۷ قانون اساسی را در تبیین این دو عنوان محرز می‌داند. بر این اساس مفهوم معیار در منافی عفت و رابطه نامشروع عملی است که موجب شکسته شدن حریم‌ها در امور جنسی و جسمی منجر به گناه و فساد شود؛ خواه فیزیکی و جسمی باشد یا اعم از آن. از منظر این پژوهش، تفاوت بین دو عنوان یادشده، صرفاً در وجود رابطه در یکی از آنها است و به این ترتیب، تکلیف مصداقی مبهم و مورد اختلاف، همچون رابطه پیامکی عاشقانه بین زن و مرد نامحرم، روشن شده و چنین اعمالی، مجرمانه دانسته می‌شود.

کلیدواژه‌ها

منافی عفت، رابطه نامشروع، عفت عمومی، حریم خصوصی، آزادی‌های مشروع، ماده ۶۳۷

* دانش پژوه مدرسه عالی قضاوت و طلبه سطح عالی حوزه علمیه قم.

در ادبیات کیفری ایران از مفاهیم مشابهی چون رابطه نامشروع و عمل منافی عفت استفاده شده است که از شایع‌ترین جرایم در نظام حقوقی ایران هستند. درباره این مفاهیم، این سؤال مطرح می‌شود که آیا رابطه نامشروع با عمل منافی عفت، متفاوت است یا قانون‌گذار، این دو عبارت را از باب تفنن در عبارت‌پردازی به دنبال یکدیگر بیان کرده است؟ (جوانمرد، رویه‌های قضایی و نظریه‌های مشورتی پیرامون جرم رابطه نامشروع ۱: ۳۹ و ۴۰) و آیا این اعمال، شامل روابط غیر فیزیکی نیز می‌شود یا خیر؟ قانون‌گذار در ماده ۶۳۷ قانون مجازات اسلامی بخش تعزیرات، بیان می‌دارد: «هرگاه زن و مردی که بین آنها علقه زوجیت نباشد، مرتکب رابطه نامشروع یا عمل منافی عفت غیر از زنا، از قبیل تقبیل یا مضاجعه شوند، به شلاق تانود و نه ضربه محکوم خواهند شد و اگر عمل با عنف و اکراه باشد، فقط اکراه‌کننده تعزیر می‌شود».

ماده مذکور از چالش برانگیزترین مواد در قوانین کیفری است که منشأ رویه‌های قضایی مختلفی بوده است؛ به عنوان مثال، دادگاه بدوی شعبه ۱۱۵۸ دادگاه عمومی جزایی تهران به شماره دادنامه ۹۰۰۹۳۲-۹۱/۱۷/۹ بر تحقق جرم رابطه نامشروع از طریق ارتباط مجازی استوار گردیده است؛ در حالی که رأی دادگاه بدوی شعبه ۱۰۴۸ دادگاه عمومی جزایی تهران به شماره دادنامه ۱۰۱۰۰۴-۹۱/۸/۲۷ اشعار دارد که ارتباط تلفنی، سبب تحقق جرم رابطه نامشروع نمی‌گردد (به نقل از سایت پژوهشگاه قوه قضاییه، سامانه جامع پردازش و انتشار آراء قضایی به آدرس <http://raay.ijri.ir>. در تاریخ ۱۳۹۹/۴/۱۷). اداره حقوقی قوه قضاییه به عنوان بازوی مشورتی قضات نیز نظریات مختلف و متعارضی را در این خصوص ابراز نموده است؛ مانند نظریات شماره ۷/۳۴۹۲-۶/۸-۱۳۸۸/۶ که می‌گوید: «ارتباط تلفنی از مصادیق رابطه نامشروع دانسته شده و طبق قانون مجازات اسلامی، قابل پیگرد است» و نظریه مشورتی شماره ۷/۹۷۹-۳/۲-۱۳۶۳/۳ اداره حقوقی قوه قضاییه که می‌گوید: «مکاتبه عاشقانه جرم نیست» (جوانمرد، همان ۱: ۳۹ و ۴۰). به عبارت دیگر، بحث در عنصر مادی ماده ۶۳۷ است که قانون‌گذار دو عنوان «رابطه نامشروع» و «عمل منافی عفت» را توأمان و صرفاً با بیان دو مثال، جرم‌انگاری نموده است، بدون ارائه هر

گونه ضابطه‌ای که بتوان به وسیله آن، حکم مصادیق مشکوک و مستحدثه را معین نمود. پژوهش حاضر با این نگاه که عنصر زمان و مکان در فهم این دو عنوان مؤثر است و با توجه به مباحث حقوقی و دیدگاه فقها، تلاش دارد تا مفهوم و ضابطه‌ای در این خصوص ارائه نماید که باعث روشن شدن هر دو عنوان مذکور شده و حکم مصادیق دیگری، همچون دو چرخه سواری زنان با پوشش مناسب، به کار بردن الفاظ رکیک و جنسی، رابطه پیامکی همراه با الفاظ عاشقانه بین دو نفر، مصافحه زن و مرد نامحرم حتی بدون قصد التذاذ جنسی و موضوعاتی از این قبیل، روشن گردد. برای تبیین این دو عنوان، نخست معنای لغوی و برخی استعمالات قرآنی آنها و سپس تعریف و تفاوت‌های این دو عنوان را از منظر حقوقی و سپس فقهی مورد بررسی قرار می‌گیرد تا در نهایت، بتوان حکم مصادیق مشکوک و مبهم را مشخص نمود.

۱. مفهوم‌شناسی

۱-۱. معنای لغوی عفت

واژه «عفت» در کتب لغوی دارای معانی متعددی است؛ از جمله کتاب العین و کتاب لسان العرب می‌گویند: «العفة الكفَّ عَمَّا لَا يَحِلُّ، وَ يَجْمَلُ» (فراهیدی، ۱: ۹۲ و ابن منظور ۹: ۲۵۳). همچنین معجم مقاییس اللغة عفت را چنین معنا نموده است: «العفة الكفَّ عَمَّا لَا يَنْبَغِي» (احمد بن فارس ۴: ۳). برخی کتب لغوی دیگر نیز عفت را به همین معنای ذکر شده دانسته‌اند (حمیری، شمس العلوم و دواء کلام العرب من الکوم ۷: ۴۳۱۰). به اعتقاد دهخدا نیز عفت، ترک شهوات است در هر چیز؛ پارسائی و احتراز از محرّمات، خصوصاً از شهوات حرام و همچنین از حرام باز ایستادن (دهخدا، لغت نامه ۱۰: ۱۵۹۷۴). می‌توان همه این معانی را به یک معنای کلی بازگرداند و عفت در لغت را به معنای خودداری از چیزی که بر فرد حلال و شایسته نیست، دانست.

۱-۲. مفهوم عفت و اعمال منافی عفت در قرآن

قرآن کریم در ارتباط با اعمال منافی عفت صرفاً در چند آیه، از واژه «زنا» یا واژه‌ای هم‌ریشه با آن استفاده کرده است؛ به عنوان نمونه، در آیه ۳۲ سوره اسراء می‌فرماید: «وَلَا تَقْرُبُوا الزَّوْجِيْنَ اِنَّهٗ كَانَ فَاحِشَةً وَّ سَاءَ سَبِيْلًا». این واژه در آیاتی، همچون آیه ۶۸ سوره فرقان و آیه ۲ و ۳ سوره نور نیز آمده است. در آیاتی دیگر، از واژه‌های «فحشا»، «فاحشه» و «فواحش» استفاده شده است؛ به عنوان مثال، در آیه

۱۶۹ سوره بقره می فرماید: «إِنَّمَا يَأْمُرُكُمْ بِالسُّوءِ وَالْفَحْشَاءِ وَأَنْ تَقُولُوا عَلَى اللَّهِ مَا لَا تَعْلَمُونَ». همچنین این واژگان در آیه ۲۴ سوره یوسف، آیه ۱۹ و ۲۱ سوره نور، آیه ۲۸ و ۴۵ سوره عنکبوت، آیات ۱۵، ۱۹، ۲۲ و ۲۵ سوره نساء و آیه ۱۵۱ سوره انعام نیز آمده‌اند.

برخی از مفسران معتقدند: «کلمه فواحش، جمع «فاحشه» است که به معنای کار بسیار زشت و شنیع است و خدای تعالی در کلام خود، زنا و لواط و نسبت زنا به مردان و زنان پاک دامن را از مصادیق فاحشه شمرده و از ظاهر کلام برمی آید که مراد از فاحشه ظاهری، گناهی علنی و مقصود از فاحشه باطنی، گناه سری و روابط نامشروع برقرار کردن در پنهان است» (طباطبایی، المیزان ۷: ۵۱۷ و قدسی، نقد و بررسی ماده ۶۳۷ قانون مجازات اسلامی ۱۵۶، ۶۷). صاحب تفسیر نمونه نیز ذیل آیه ۱۵۱ سوره انعام می نویسد: «فواحش، جمع فاحشه به معنای گناهی است که فوق العاده زشت و تنفرآمیز است. شک نیست که جمله «ما ظهر منها و ما بطن»، هر گونه گناه زشت آشکار و پنهانی را شامل می شود؛ ولی در بعضی از احادیث از امام باقر علیه السلام نقل شده است که فرمود: «ما ظهر هو الزنا و ما بطن هو المحاله»؛ یعنی منظور از گناه آشکار، زنا و منظور از گناهان پنهان، گرفتن معشوقه های نامشروع پنهانی و مخفیانه است. اما ذکر این مواد، به عنوان بیان یک مصداق روشن است، نه اینکه منحصر به همین مورد بوده باشد» (مکارم شیرازی ۶: ۳۴ و ۳۵). از دیدگاه مفسران دیگر نیز کلمه «فاحشه» در بسیاری از موارد، به همین اعمال منافی عفت اشاره دارد (محقق داماد، عمل منافی عفت در قرآن ۱۲).

در آیات مختلفی نیز به کلمه «عفت» اشاره شده است؛ از جمله، آیه ۳۳ سوره نور می فرماید: «وَلَيْسَتَعْظِيفِ الَّذِينَ لَا يَجِدُونَ نِكَاحًا حَتَّى يُغْنِيَهُمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ» که این واژه در تفسیر انوار التنزیل (بیضاوی ۴: ۱۰۶) و الاصفی فی تفسیر القرآن (فیض کاشانی، ۲: ۸۴۵) به معنای تلاش در پاکدامنی و منصرف شدن از شهوت به واسطه ریاضت، معنا شده است. همچنین راغب اصفهانی در کتاب خود، معنای عفت را چنین بیان می دارد: «العفة حصول حالة للنفس تمتنع بها عن غلبه الشهوة»؛ یعنی عفت به معنای حاصل شدن حالتی درونی و نفسانی است که توسط آن، از غلبه و تسلط شهوت جلوگیری می شود» (راغب اصفهانی، مفردات الفاظ قرآن، ۵۷۳).

۲. بررسی حقوقی منافی عفت و رابطه نامشروع

از آنجا که این دو عنوان صرفاً در بخش تعزیرات ماده ۶۳۷ قانون مجازات اسلامی بیان شده و نزاع در تفسیر و فهم ماده مذکور است، ابتدا، این ماده با توجه به نظرات حقوق دانان و تعاریف آنان از این دو عنوان و نسبت میان آنها از منظر ایشان بررسی می‌شود تا در ادامه، امکان انطباق دیدگاه آنان با فقه قابل ارزیابی باشد.

۱-۲. تعاریف حقوقی منافی عفت

قانون گذار با توجه به مستندات فقهی، عمل مجرمانه منافی عفت را جرم‌انگاری نموده است؛^۱ اما تعریف جامع و مانعی که حدود و ثغور آن را روشن نماید، ارائه نکرده^۲ و تنها مصادیق آن را ذکر کرده است. در نتیجه، عناصر تشکیل دهنده این نوع جرایم مشخص نیست. بر همین اساس، هر یک از حقوق دانان با توجه به برداشت‌های خود از قانون، این عمل را تعریف نموده‌اند که چند نمونه از این تعاریف را بیان می‌کنیم:

۱. هر گونه رفتار جنسی خارج از محدوده نکاح میان دو یا چند نفر که ناشی از گزینه جنسی باشد، خواه این التذاذ جنسی برای هر دو یا برای یکی از دو طرف باشد؛ رفتار مذکور، برخلاف رفتار معمول بوده و اکثریت مردم با انجام آن عمل همگامی ندارند (انصاری، روان‌شناسی جرایم و انحرافات جنسی، ۴۱).

۲. هر گونه روابط جنسی ناشی از تمایل زن و مرد با یکدیگر که از حد و مرز متعارف جامعه فراتر باشد؛ به نحوی که جامعه نتواند آن را غمض عین کند، بلکه به عنوان یک عمل ضد عفت و اخلاق عمومی، مردود و مستحق مجازات می‌باشد (ولیدی، جرایم علیه عفت و اخلاق عمومی ۵۲).

۳. هر گونه رابطه جنسی و غیر متعارفی است که وجود آن جز با زن و شوهر شرعی و قانونی مجاز نمی‌باشد (شامبیاتی، حقوق جزای عمومی ۳: ۵۴۴).

۴. ارتکاب امور جنسی شرم‌آور در عرف یک جامعه، بدون واقعه و یا شروع در آن. اگر برای واقعه و یا شروع در آن باشد، هتک ناموس است. در معنای عام، شامل همه آنها است؛ مانند تجارت یا

۱. با توجه به اصل چهارم قانون اساسی، کلیه قوانین و مقررات مدنی و جزایی، مالی، اقتصادی، اداری، فرهنگی، نظامی، سیاسی و... باید بر اساس موازین اسلامی باشد.

۲. در ادامه خواهد آمد که تبصره ماده ۳۰۶ قانون آیین دادرسی کیفری ۹۲، در راستای سیاست افتراقی دادرسی بوده و در مقام بیان تعیین مفهوم و معیار نیست.

توزیع صورت‌های خلاف عفت و اخلاق عمومی و تشویق به فساد جنسی و شهوت‌رانی. همچنین در مورد رابطه نامشروع بیان داشته است که «رابطه جنسی دو انسان در حوزه تحریم شارع، مانند زنا، لواط، تفخیز و جز اینها...» (جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق ۶۸۸).

با توجه به تعاریف بیان شده، می‌توان گفت حقوق دانان بین دو عنوان رابطه نامشروع و عمل منافی عفت، تفاوتی ننهاد و تعاریف مذکور، در مقام بیان رابطه نامشروع بوده‌اند، نه عمل منافی عفت و صرفاً مواردی را شامل می‌شود که رابطه‌ای بین طرفین محقق باشد؛ بنابراین، اعمالی مانند دوچرخه‌سواری زنان با پوشش نامناسب را دربر نمی‌گیرد. همچنین بعضی از تعاریف، قصد التذاذ جنسی را نیز در تعریف لحاظ کرده‌اند و بنابراین، رفتارهای نامشروعی که طرفین، قصد التذاذ ندارند را دربر نمی‌گیرد؛ مانند مصافحه زن و مرد نامحرم با یکدیگر بدون قصد التذاذ. دایره بعضی از تعاریف نیز محدود و مضیق بوده و رابطه نامشروع را منحصر در رفتار فیزیکی می‌دانند که باعث می‌شود تا روابط غیرفیزیکی، از تعریف خارج شوند. اما وجه اشتراک تعاریف مذکور، دخالت و قضاوت عرف برای فهم این عنوان است. بر این اساس، تعاریف مذکور، شامل برخی مصادیق نمی‌شوند که در ادامه، تعریفی جامع و مانع از این دو عنوان بیان خواهد شد.

۲-۲. نسبت منافی عفت با رابطه نامشروع از دیدگاه حقوقی

در رابطه با تفسیر و نسبت‌سنجی ماده ۶۳۷ می‌توان به دو دیدگاه اشاره نمود؛ بنابر دیدگاه اول، روابط نامشروع، مترادف با عمل منافی عفت است و مثال تقبیل و مضاجعه به هر دو عنوان برمی‌گردد (طهماسبی، آیین دادرسی کیفری ۲: ۲۱۳) و طبق دیدگاه دوم، این دو عنوان، مترادف نبوده و مثال تقبیل و مضاجعه نیز فقط به منافی عفت برمی‌گردد (عابدی، آیین دادرسی کیفری ۳۹). طبق دیدگاه دوم، عمل منافی عفت با توجه به مثال تقبیل و مضاجعه، فقط ناظر به روابط فیزیکی است و عنوان رابطه نامشروع ناظر به روابط غیرفیزیکی است؛ اما طبق دیدگاه اول، روابط نامشروع و عمل منافی عفت مترادف بوده و با توجه به مثال تقبیل و مضاجعه، فقط ناظر به روابط فیزیکی هستند و روابط غیرفیزیکی در این ماده، جرم‌انگاری نشده است.

اثر هر یک از دو دیدگاه را می‌توان در تعقیب و صلاحیت محاکم و رویه‌های قضایی مشاهده نمود؛

به‌عنوان نمونه، در سی و هشتمین جلسه نقد آراء دادگاه‌های تجدیدنظر استان تهران با موضوع تبیین قلمرو و مصادیق ماده ۶۳۷ قانون مجازات اسلامی (تعزیرات) مصوب ۱۳۷۵ که در بهمن ۱۳۹۴ انجام شده است، نظر اکثریت قضات به این شرح بوده است: «موضوع ماده ۶۳۷ قانون مجازات اسلامی، دارای دو قسمت است؛ نخست، رابطه نامشروع و دوم، عمل منافی عفت به‌غیر از زنا و قیود تقبیل و مضاجعه، تمثیلی برای قسمت دوم این ماده می‌باشد و جرم رابطه نامشروع به‌صرف برقراری رابطه‌ای که محتوای آن خلاف شرع باشد، محقق می‌شود و نیازی به تماس فیزیکی نیست (جوانمرد، رویه‌های قضایی و نظریه‌های مشورتی پیرامون جرم رابطه نامشروع: ۱: ۳۹).

اداره حقوقی قوه قضاییه نیز در نظریات متعدد خود در خصوص ماده ۶۳۷ ق.م.رابطه نامشروع و عمل منافی عفت را از یکدیگر جدا نمی‌داند؛ به‌عنوان مثال، در نظریه شماره ۷/۳۸۸۰ مورخ ۱۳۸۱/۴/۱۹ آورده است: «رابطه نامشروع در قانون، تعریف نشده است؛ مع‌هذا همان‌طور که از تعریف آن برمی‌آید، عمل دو‌جانبه، یعنی توافق زن و مرد اجنبی بر نوعی از روابط جنسی ناقص غیر از زنا و امثال آن است؛ بنابراین، صرف مکالمه تلفنی، قدم زدن در پارک، مکاتبه و... رابطه نامشروع به معنای یادشده به‌شمار نمی‌آید». براساس این نظریه، مثال ذیل ماده ۶۳۷ به هر دو عنوان برمی‌گردد و دو عنوان با یکدیگر مترادف هستند. همچنین این اداره در نظریه شماره ۷/۳۶۲۴ مورخ ۱۳۸۴/۶/۶ می‌گوید: «در تعریف جرایم منافی عفت می‌توان گفت جرایمی است که ناشی از روابط نامشروع و خارج از علقه زوجیت زن و مرد و برحسب عرف و احساسات جامعه، قبیح بوده یا اعمالی است که شرع مقدس، ممنوع کرده و منافی عفت یا اخلاق عمومی جامعه است که از مصادیق آن، روابط نامشروع زن و مرد یا تظاهر به فسق در انظار عمومی است». (حداد زاده نیری، تحقیق در جرایم منافی عفت ۱۱۹: ۶۷). در این نظریات، رابطه نامشروع و عمل منافی عفت، معادل یکدیگر فرض شده‌اند.

با این وجود، نظریه مشورتی شماره ۷/۳۲۷-۱۳۹۱/۲/۱۸ اداره حقوقی به شرح زیر است: «سوال: در صورتی که خانمی (اعم از مجرد یا متأهل) از طریق تلفن با مرد نامحرم تماس‌های مکرر داشته باشد یا پیامک‌های عاشقانه یا شوخی‌های جنسی و یا ایمیل‌های متعدد با موضوع روابط جنسی به یکدیگر ارسال نمایند یا از طریق نرم‌افزارهای ارتباطی مجازی تحت موبایل با یکدیگر

روابط غیرمتعارف داشته باشند، آیا چنین مواردی، مصداق رابطه نامشروع یا اعمال منافی عفت موضوع ماده ۶۳۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵ می باشد؟ پاسخ: صرف نظر از اینکه تطبیق موضوع و رفتار با حکم قانونی، وظیفه مرجع قضایی رسیدگی کننده است که با توجه به محتویات پرونده انجام می شود، ولی ارتباط تلفنی یا اینترنتی یا مجازی به این نحو، در صورت وجود سایر شرایط قانونی و با توجه به عرف محل، ممکن است رابطه نامشروع تلقی شود». طبق این نظر، رابطه نامشروع و عمل منافی عفت، جدای از هم در نظر گرفته شده اند و برخلاف نظریات قبلی اداره مذکور، رابطه غیرفیزیکی جرم دانسته شده است.

همچنین قانون گذار در سال ۱۳۹۴ در تبصره الحاقی به ماده ۳۰۶ قانون آیین دادرسی کیفری، جرایم منافی عفت را تعریف نموده است: «منظور از جرایم منافی عفت در این قانون، جرایم جنسی حدی، همچنین جرایم رابطه نامشروع تعزیری، مانند تقبیل و مضاجعه است». نکته قابل توجه در این تعریف، قید «در این قانون است». برخی معتقدند این تبصره، قرینه ای برای این مطلب است که در ماده ۶۳۷، عمل منافی عفت و روابط نامشروع، مترادف بوده و هر دو ناظر به روابط فیزیکی هستند؛ بنابراین، رابطه غیرفیزیکی اصلاً جرم نیست. اما برخی دیگر معتقدند با توجه به قید «در این قانون»، نمی توان این تبصره را به ماده ۶۳۷ تسری داد؛ زیرا ماده ۶۳۷ قانون تعزیرات، قانون ماهوی است و از «حیث ماهوی» در مقام بیان است، ولی تبصره ماده ۳۰۶ قانون شکلی است و از «حیث صلاحیت» در مقام بیان است؛ پس دو عنوان جدای از هم می باشند (عابدی، آیین دادرسی کیفری ۴۰).

ممکن است به نظریه کسانی که دو عنوان رابطه نامشروع و عمل منافی عفت را مترادف با هم می گیرند این گونه ایراد گرفت که قرینه لفظیه وجود دارد که قانون گذار بین آن دو فرق گذاشته و کلمه «یا» را آورده است و طبق قواعد لفظی، اصل بر تأسیس بوده و توصیف و یکی بودن دو عنوان، خلاف قاعده خواهد بود؛ بنابراین؛ می توان نتیجه گرفت که دو عنوان مستقل از هم بوده و مثال های ذیل عمل منافی عفت، بازگشت به رابطه نامشروع نمی کند. ممکن است گفته شود ماده ۶۳۷ بر اساس ماده ۱۰۱ لایحه تعزیرات سال ۱۳۶۲ تهیه و تنظیم گردیده و در ماده ۱۰۱ قانون مذکور، عبارت «رابطه

نامشروع» وجود نداشت؛ لکن در سال ۱۳۷۵ که قانون تعزیرات تهیه و تصویب گردید، عبارت «رابطه نامشروع» به ماده اضافه شد که حکایت از آن دارد که قانون‌گذار مواردی را جرم می‌داند که جرم‌انگاری آنها با عمل منافی عفت - که قراین نشان می‌دهد صرفاً فیزیکی - جسمی است - ممکن نبود. به بیان دیگر، می‌توان ادعا نمود که تلقی قانون‌گذار از منافی عفت، روابط فیزیکی بوده که عنوان رابطه نامشروع را اضافه نموده است.

البته برای احراز رابطه نامشروع، نباید آن را یک عنوان کلی دانست؛ بلکه عنوان رابطه نامشروع، مرکب از دو کلمه «رابطه» و «نامشروع» است. برای احراز عنوان رابطه نامشروع، ابتدا باید وجود رابطه احراز شود. رابطه، یک مفهوم عرفی است و برای فهم آن باید به عرف رجوع نمود. می‌توان رابطه را چنین تعریف نمود: «آنچه که دو تن را یا دو چیز را به هم پیوستگی و ارتباط دهد» (عمید، فرهنگ عمید ۵۲۸). در مرحله دوم باید به بررسی این امر پرداخت که آیا این رابطه، نامشروع است یا خیر؟ در واقع، پس از کشف وجود رابطه، باید نامشروع بودن آن احراز شود.

۳. بررسی فقهی منافی عفت و رابطه نامشروع

موضوع مهمی که باید مورد بررسی قرار گیرد، انطباق ماده ۶۳۷ که در مقام جرم‌انگاری دو عنوان رابطه نامشروع و عمل منافی عفت است، با ضوابط و معیارهای فقهی است و باید دید تعاریف، تفاسیل و تفاسیری که حقوق دانان از دو عنوان مذکور، ارائه کرده‌اند، چه نسبتی با فقه دارد؟ آیا این مباحث اصولاً صحیح و منطبق با اصول تفسیری متون قانونی و نیز نظرات فقها درباره موضوع این مواد هستند یا خیر؟ به همین منظور، تعاریف فقها از این دو عنوان و نسبت بین آنها از منظر فقهی بیان خواهد شد.

۳-۱. منافی عفت و رابطه نامشروع؛ عنوان فقهی یا روایی

در ارتباط با عنوان رابطه نامشروع و عمل منافی عفت، در ابواب مختلف فقهی صرفاً مصادیقی به صورت حصری بیان شده است؛ مانند زنا، لواط، تفخیز، قیادت، قذف، نزدیکی با بهائم، وطی اموات، استمناء، بوسیدن بر وجه حرام، خوابیدن تحت یک لحاف و اینکه کسی بکارت دختری را با انگشت از بین ببرد. قانون‌گذار برخی از این موارد را در بخش حدود، جرم‌انگاری نموده است؛

اما از آنجا که جرایم منافی عفت و رابطه نامشروع، برخاسته از سنت‌ها و عرف‌های اجتماعی و متغیر است، این جرایم، دارای مصادیق مشکوکی نیز هستند که شارع، بیانی خاص و جزئی درباره این‌گونه مصادیق ندارد. بنابراین، نخست باید به این سؤال پاسخ دهیم که آیا این دو عنوان، عنوان‌هایی فقهی و روایی هستند یا عناوینی عرفی؟ این بحث از آنجا اهمیت دارد که مشخص می‌کند آیا برای فهم و ارائه معیار، باید به فقه و روایات مراجعه نمود یا به لغت و ارتکازات و کتب غیر فقهی؟

آیت‌الله شبیری زنجانی از جمله فقهای است که این دو عنوان را عناوینی عرفی دانسته و معتقد است برای فهم آنها باید به عرف مراجعه کرد؛ به بیان دیگر، از آنجا که این دو عنوان، برخاسته از عرف اجتماعی است و عرف هر منطقه، متفاوت با سایر مناطق است، برای تعیین مصادیق مشکوک آنها نیز باید به فهم عرف عام منطقه رجوع کرد. ایشان در پاسخ به استفتائی مبنی بر اینکه آیا این دو عنوان، از عناوین روایی و فقهی هستند یا از عناوین عرفیه، چنین پاسخ داده‌اند: «دو اصطلاح مذکور، فقهی نیستند» (استفتاء مرکز آموزش‌های تخصصی فقه از دفتر آیت‌الله شبیری زنجانی، کد استفتاء ۱۴۰۳). آیت‌الله گرامی نیز از جمله فقهای است که این نظر را پذیرفته است (استفتاء مرکز آموزش‌های تخصصی فقه از دفتر آیت‌الله گرامی، کد استفتاء ۹۸/۹۰۷).

در مقابل این نظریه، برخی از فقها قائل به فقهی و روایی بودن دو عنوان مذکور هستند که با توجه به روایات و فهم دقیق از معیارهای آن، یا رجوع به عرف متشرعه می‌توان تکلیف مصادیق مشکوک را معین نمود. حضرات آیات مکارم شیرازی و علوی گرگانی قائل به این نظریه هستند (استفتاء از دفتر آیت‌الله العظمی مکارم شیرازی، کد استفتاء ۹۸۰۸۰۸۰۰۸ و استفتاء از دفتر آیت‌الله العظمی علوی گرگانی، کد استفتاء ۱۴۳۲۸).

۲-۳. نظرات فقها در معنای منافی عفت

همان‌گونه که بیان شد، برخی از فقها سعی داشتند تا این مفهوم را روشن نمایند؛ از جمله، حضرت آیت‌الله مکارم شیرازی در تعریف این عنوان بیان فرموده‌اند: «به اعمالی که برخلاف پاکدامنی و طهارت باشد، اعمال منافی عفت اطلاق می‌شود» (استفتاء از دفتر آیت‌الله العظمی مکارم

شیرازی، کد استفتاء، ۹۸۰۷۰۱۰۱۸). همچنین حضرت آیت الله علوی گرگانی این عنوان را چنین تعریف کرده است: «هر گونه عملی که برخلاف سیره متشرعه، در روابط اجتماعی باشد یا برخلاف دستورات اخلاقی و عملی صادره از اهل بیت علیهم السلام باشد و در سطح جامعه موجب شکسته شدن حریم‌ها در امور جنسی و جسمی، حتی بین محارم شود یا موجب اباحه‌گری در جامعه شود؛ عمل منافی عفت است» (استفتاء از دفتر آیت الله العظمی علوی گرگانی، کد استفتاء، ۱۴۳۲۸). با ملاحظه تعاریف مذکور، می‌توان گفت برای تشخیص این عنوان، دو ملاک وجود دارد؛ ملاک اول، رجوع به عرف متشرعه در روابط اجتماعی است و ملاک دوم، رجوع به دستورات اخلاقی و عملی شرع مقدس. شاید بتوان گفت در مورد مصادیق روشن، ملاکات شارع می‌تواند حکم را روشن نماید؛ لکن در مصادیق مشکوک، که بر حسب عرف و جامعه متغیر است، عرف متشرعه می‌تواند راهگشا باشد.

۳-۳. نظرات فقها در معنای روابط نامشروع

فقها در تعریف رابطه نامشروع با یکدیگر اختلاف نظر دارند و ریشه آن، اختلاف آنان درباره رابطه فیزیکی و جسمی است که آیا چنین رابطه‌ای، در تحقق عنوان نامشروع، شرط است یا خیر؟ برخی از فقها در تعریف رابطه نامشروع گفته‌اند: هرگونه رابطه بین زن و مرد نامحرم که منجر به گناه یا فساد شود، روابط نامشروع صدق می‌کند؛ گرچه غالباً به زنا اطلاق می‌شود و اعم از تماس جسمی است، مثل مکالمه عاشقانه (استفتاء از دفتر حضرت آیت الله علوی گرگانی، کد استفتاء ۱۴۳۲۸). این گروه از فقها، تماس فیزیکی و جسمی را در تحقق عنوان نامشروع، شرط نمی‌دانند؛ بلکه هر عملی که لذت جنسی داشته و نوعاً موجب تحریک جنسی شود یا مفسده و معرضیت در فتنه را به دنبال داشته باشد را برای تحقق این عنوان، کافی می‌دانند؛ بنابراین، حضور فیزیکی بین دو نفر شرط نیست و به عبارت دیگر، گرچه مصادیق بیان شده در فقه برای این عنوان به صورت جسمی و فیزیکی است، لکن با توجه به پیشرفت‌های امروزی و امکان ارتباط غیر فیزیکی بین دو نفر، تحقق رابطه نامشروع ممکن است؛ زیرا آنچه اهمیت دارد، مفسده و در معرضیت فتنه است، نه حضور فیزیکی.

تأکید بر این نکته می‌تواند موثر باشد که صرف صحبت کردن تلفنی بین دو نامحرم و یا حضور فیزیکی دو نفر در کنار یکدیگر، سبب تحقق عنوان رابطه نامشروع نمی‌گردد؛ بلکه این ارتباط باید

به‌گونه‌ای باشد که برای نوع مردم، ایجاد مفسده و وقوع در گناه را فراهم نماید. از قائلین به این نظر می‌توان به حضرات آیات علوی گرگانی، مکارم شیرازی و صافی گلپایگانی اشاره نمود (استفتاء از دفتر آیت‌الله مکارم شیرازی، کدرهگیری ۹۸۰۷۰۱۰۱۸؛ استفتاء از دفتر آیت‌الله صافی گلپایگانی، کدرهگیری ۱۳۰۱۳۱ و استفتاء از دفتر علوی گرگانی، کدرهگیری ۱۴۳۲۸). ایشان در پاسخ به سؤال، بودن زن و مرد در یک محیط کاری که گاهی مستلزم خلوت با نامحرم، مأموریت و مسافرت با هم، خنده و شوخی و مسائلی از این قبیل باشد، عنوان رابطه نامشروع را محرز دانسته‌اند (گنجینه استفتائات قضایی، کداستفتاء ۸۵۰۵).

در مقابل، عده‌ای دیگر از فقها، همچون آیت‌الله شبیری زنجانی و آیت‌الله محفوظی، تعریفی محدود از این عنوان ارائه کرده و آن را از عناوین عرفیه می‌دانند و معتقدند بر فرض وجود این عنوان، مختص به امور جسمی و فیزیکی مذکور در فقه خواهد بود. به عقیده ایشان، برای صدق این عنوان، رابطه جسمی فیزیکی، شرط است (استفتاء از دفتر آیت‌الله محفوظی، کدرهگیری ۱۲۰۲۹۱) و مواردی، مانند استفتاء مذکور و رابطه پیامکی عاشقانه دختر و پسر و موارد دیگر را اگر (عملی) باشند که مفسده دارد یا موجب تحریک شهوت شود یا نوعاً محرک باشد یا خوف وقوع در حرام در آن باشد، جایز نمی‌دانند؛ ولی از نظر عرف نیز عنوان رابطه نامشروع بر این روابط، صدق نمی‌کند. در همین راستا، آیت‌الله محفوظی در پاسخ به سؤالی مبنی بر اینکه مراد از رابطه نامشروع چیست، می‌فرماید: «به هر نوع جرم فیزیکی جنسی، مثل زنا و مقدمات آن، رابطه نامشروع و به اعم از آن، مثل چشم‌چرانی، اعمال منافی عفت گویند» (گنجینه استفتائات قضایی، کداستفتاء ۸۵۰۵ و استفتاء از دفتر آیت‌الله محفوظی، کدرهگیری ۱۲۰۲۹۱).

طبق نظریه نخست، امکان تعقیب و رسیدگی مرتکبین طبق بخش تعزیرات ماده ۶۳۷ قانون مجازات اسلامی وجود دارد؛ زیرا عنوان رابطه نامشروع محرز است. اما طبق نظریه دوم، نمی‌توان مرتکبین را تحت ماده مذکور تعقیب نمود؛ زیرا اگرچه فرد، فعل حرامی انجام داده است، اما با قبول این مبنا که بنای قانون‌گذار بر عدم رجوع به فقه در تعزیرات است، عنوان رابطه نامشروع، محرز نشده است.

۳-۴. نسبت بین رابطه نامشروع و منافی عفت از منظر فقه

با توجه به مطالب پیش گفته، می‌توان گفت از منظر فقه، رابطه بین منافی عفت و رابطه نامشروع، عموم و خصوص مطلق بوده و اعمال منافی عفت، اعم از رابطه نامشروع است؛^۱ چراکه در روابط نامشروع، حتی اگر مخفیانه باشد، وجود رابطه بین دو نامحرم، موضوعیت دارد، اما در عمل منافی عفت، رفتار جنسی خلاف شرع، موضوعیت دارد و به عبارت دیگر، باید رفتار شخص به تنهایی، مخالف پاکدامنی باشد. بخش تعزیرات ماده ۶۳۷ قانون مجازات اسلامی، این دو عنوان را برای زن و مردی که علقه زوجیت بین آنها نباشد، به کار برده است؛ یعنی این ماده، تفکیکی بین رابطه نامشروع و عمل منافی عفت قرار نداده است. در حالی که بیان شد که در عمل منافی عفت، رابطه وجود ندارد؛ بلکه اگر امور جنسی و مخالف عفت با دو نفر محقق گردید، از موارد رابطه نامشروع است و در غیر این صورت، از موارد منافی عفت خواهد بود. این در حالی است که بیان دو عنوان توسط قانون‌گذار، اثری در بر ندارد؛ زیرا صرف عبارت «رابطه نامشروع» وافی به مقصود بوده و نیازی به عنوان «منافی عفت» نیست.

۴. معیار تعزیر در اعمال منافی عفت و رابطه نامشروع

در این بخش، به پاسخ این سؤال پرداخته می‌شود که معیار جرم‌انگاری در موضوعات منافی عفت و رابطه نامشروع که با آبروی شهروندان مرتبط است، چیست؟ به عبارت دیگر، آیا هر عمل حرام و منافی عفت یا رابطه نامشروعی را باید جرم‌انگاری نمود و برای آن تعزیر معین کرد؟ البته بحث تفصیلی و تعیین کامل حدود و ثغور این مسأله، خارج از موضوع این نگارش است؛ اما به طور کلی، می‌توان گفت مبنای تعزیر در ارتکاب محرمات که اعمال منافی عفت یا رابطه نامشروع، یکی از مصادیق آن است، چند قاعده فقهی مستند به روایات است که مفهوم آنها اینست: «من ارتکب حراما او ترک واجبا لم یعیّن الشارع فیه الحد، فلامام او نائبه تعزیره بما دون الحد بحسب رأیه». فقها درباره مدلول این روایت، دیدگاه‌های مختلفی ابراز نموده‌اند و دیدگاه پذیرفته این است که هر عمل قبیحی که مفسده دارد - اعم از اینکه ترک واجب باشد یا ارتکاب حرام، صغیره باشد یا کبیره و

۱. به هر نوع جرم فیزیکی جنسی، مثل زنا و مقدمات آن، رابطه نامشروع و به اعم از آن، مثل چشم‌چرانی، اعمال منافی عفت گویند. (استفتاء از دفتر آیت الله محفوظی، کد استفتاء ۱۲۰۲۹۱).

همچنین اعم از اینکه کار مباحی باشد که قبح عقلایی پیدا کرده و سبب فساد و اخلال شده باشد۔
رامی توان تعزیر نمود. شهید اول معتقد است: «تعزیر، متناسب با جنایت و جرمی است که واقع شده
است؛ اگر کوچک و حقیر باشد، تعزیر آن نیز کم است؛ چون تابع مفسده است و به همین دلیل، فعل
صبی اگر مفسده داشته باشد، تعزیر دارد و نیز فعل مجانین» (عسکری، ضابطه جرم‌انگاری در متون
فقهی و مواد قانونی با تکیه بر قاعده «التعزیر لکل عمل محرم»، رسائل ۵ و ۶).

آنچه بیان شد، جهت ارائه ضابطه جرم‌انگاری در مقام قانون‌گذاری بود؛ در مقام تعقیب و
رسیدگی‌های قضایی، مقام قضایی در مواردی مانند چشم‌چرانی و نگاه به نامحرم که از مصادیق
اعمال منافی عفت بوده و می‌توان بر اساس ذیل ماده ۶۳۸ قانون مجازات اسلامی بخش تعزیرات،
مرتکب آن را مجازات نمود و مواردی، مانند رابطه پیامکی عاشقانه دختر و پسر که مصداق رابطه
نامشروع در نظر برخی از فقها است، باید در محدوده قانون و مطابق ماده ۱۰۲ آیین دادرسی کیفری
صورت پذیرد و مقام قضایی نمی‌تواند به طور مستقل، اقدام تحقیقی را انجام دهد. در همین راستا،
استفتائی از حضرات آیات فاضل لنکرانی و مکارم شیرازی صورت گرفته است که لازم است به آن
توجه نمود: «سؤال: تحقیق از مسایل شخصی و خانوادگی و یا مفاصد اخلاقی افراد، چه حکمی
دارد؟ پاسخ: در صورتی که در خفا انجام گرفته است، جایز نیست» (پایگاه اطلاع‌رسانی آیت‌الله
فاضل لنکرانی، احکام و فتاوا، جامع المسائل، سوال ۲۱۹۳). در سؤال دیگری آمده است: «چنانچه
مأموران انتظامی گزارش نمایند که اشخاصی در منزل مسکونی خود در حال ارتکاب اعمال
منافی عفت هستند، آیا قاضی محکمه می‌تواند مجوز ورود به محل را صادر نماید؟ پاسخ: مادامی
که به صورت یک توطئه و فساد گسترده در نیاید، ورود به محل و تجسس جایز نیست» (پایگاه
اطلاع‌رسانی آیت‌الله مکارم شیرازی، مرکز پاسخ‌گویی به احکام شرعی و مسائل فقهی).

نتیجه

قاضی، مرجعی است که باید مصادیق جرایم منافی عفت را به طور دقیق، مشخص کند. با
توجه به مجازات‌های لحاظ‌شده برای جرایم منافی عفت و با عنایت به اینکه در جامعه کنونی،
برداشت‌های مختلف و متفاوتی از این نوع جرایم وجود دارد، بهتر بود که قانون‌گذار کلیه جرایم

منافی عفت را با دقت تعیین و معرفی کند و یا حداقل، ضابطه‌ای ارائه می‌داد تا به کمک آن بتوان این نوع جرایم را تشخیص داد. با توجه به مطالب بیان شده و با توجه به اصل ۱۶۷ قانون اساسی و همچنین مواد مختلف قانونی، ضرورت رجوع به فقه جهت تبیین و روشن شدن محدوده دو عنوان «رابطه نامشروع» و «اعمال منافی عفت» روشن می‌گردد.

از منظر فقهی، منافی عفت عبارت است از هر عملی که مخالف سیره متشرعه یا برخلاف دستورات اخلاقی و عملی صادره از معصومین بوده و موجب شکسته شدن حریم‌ها در امور جنسی و جسمی گردد. فقها در تعریف رابطه نامشروع بایکدیگر اختلاف نظر دارند. عده‌ای این عنوان را شامل هرگونه رابطه بین دو نامحرم می‌دانند که سبب لذت جنسی بوده و نوعاً موجب تحریک جنسی و مفسده و معرضیت در فتنه باشد و عده‌ای دیگر، این عنوان را منحصر در مصادیق ذکر شده در فقه، مانند زنا و لواط می‌دانند که ناظر به رابطه غیرشرعی فیزیکی است و مواردی مانند رابطه پیامکی عاشقانه بین دو نامحرم، گرچه حرام است، ولی عنوان مذکور را بر آن صادق نمی‌دانند. به عبارت دیگر، عمل منافی عفت و رابطه نامشروع، اعمالی هستند که مخالف دستورات شرع مقدس در محدوده جنسی بوده و تنها تفاوت بین این دو عنوان را می‌توان به وجود رابطه دانست؛ ولی تفکیک قانون‌گذار بین دو عنوان در ماده ۶۳۷ قانون مجازات اسلامی بخش تعزیرات، تأثیری ندارد؛ زیرا صدر ماده مذکور، این دو عنوان را مقید به دو نامحرم نموده و عنوان رابطه نامشروع می‌توانست همه اعمال غیرشرعی و مورد نظر قانون‌گذار، اعم از رابطه فیزیکی و غیر فیزیکی، را دربرگیرد. مراد از منافی عفت بین زن و مرد نامحرم در ماده ۶۳۷ قانون مجازات اسلامی بخش تعزیرات نیز همان رابطه نامشروع است.

براین اساس می‌توان گفت مواردی چون به کار بردن الفاظ رکیک و فحش جنسی، تماشای فیلم‌های مبتذل، دوچرخه‌سواری زنان در اماکن عمومی، چشم‌چرانی، حضور جمعی از مردان و زنان در یک جشن بدون حفظ حجاب و به صورت نیمه‌عریان، منافی عفت هستند و اگر به صورت علنی اتفاق بیافتد، می‌توان بر اساس ماده ۶۳۸ قانون مجازات اسلامی بخش تعزیرات، جرم دانست. همچنین مواردی همچون مبدل پوشی و پوشیدن لباس جنس مخالف و حیوان دوستی

نیز از مصادیق اعمال منافی عفت نخواهند بود. مواردی چون خلوت کردن زن و مرد نامحرم، مصافحه زن و مرد نامحرم هرچند بدون انگیزه و التذاذ جنسی و رابطه پیامکی (مکاتبه) زن و مرد نامحرم به صورت عاشقانه و مهیج و نیز مکالمه زن و مرد به صورت شهوانی و مهیج، از مصادیق رابطه نامشروع بوده و می‌توان این موارد را نیز براساس ماده ۶۳۷ قانون مجازات اسلامی بخش تعزیرات، جرم دانست.

فهرست منابع

قرآن کریم

۱. آخوندی، محمود. «اثبات جرایم منافی عفت از نگاهی دیگر»، مجله مطالعات راهبردی زنان، زمستان ۱۳۸۲، شماره ۲۲.
۲. ابن منظور، ابوالفضل، جمال الدین، محمد بن مکرم. لسان العرب، چاپ سوم، بیروت: نشر دارالفکر للطباعة والنشر والتوزیع، ۱۴۱۴ ه. ق.
۳. احمد بن فارس بن زکریا ابوالحسین. معجم المقاییس اللغه، چاپ اول، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه، ۱۴۰۴ ه. ق.
۴. استفتاء مرکز آموزش های تخصصی فقه از دفتر حضرت آیت الله صافی، آبان ۱۳۹۸، شماره اتوماتیک ۱۳۰۱۳۱، شماره دفتری ۷/۸/۹۸.
۵. استفتاء مرکز آموزش های تخصصی فقه از دفتر حضرت آیت الله شبیری زنجانی، مهر ۱۳۹۸، شماره ۱۴۰۰۳.
۶. استفتاء مرکز آموزش های تخصصی فقه از دفتر حضرت آیت الله گرامی، مهر ۱۳۹۸، شماره ۹۸/۹۰۷.
۷. استفتاء مرکز آموزش های تخصصی فقه از دفتر حضرت آیت الله محفوظی، مهر ۱۳۹۸، شماره ۱۲۰۲۹۱.
۸. استفتاء مرکز آموزش های تخصصی فقه از دفتر حضرت آیت الله مکارم شیرازی، کد رهگیری ۹۸۰۷۰۸۰۰۵۷-۹۸۰۸۰۸۰۰۸۴-۹۸۰۷۰۱۰۰۱۸.
۹. استفتاء مرکز آموزش های تخصصی فقه از دفتر حضرت آیت الله علوی گرگانی، آبان ۱۳۹۸، شماره ۱۴۳۲۸.
۱۰. انصاری، مسعود. روان شناسی جرایم و انحرافات جنسی، انتشارات اشراقی، ۱۳۷۱.
۱۱. برهانی، محسن، صوت تدریس، مرکز آموزش های تخصصی فقه، تابستان ۹۶.
۱۲. بیضاوی، عبدالله بن عمر. انوار التنزیل و اسرار التاویل، چاپ اول، بیروت: نشر دار احیاء التراث العربی، ۱۴۱۸ ه. ق.
۱۳. پایگاه اطلاع رسانی دفتر حضرت آیت الله فاضل لنکرانی، احکام و فتاوا، جامع المسائل: <http://www.lankarani.com/far/bok/view.php?ntx=۵۸۷#۰۳۷۰۲۹>
۱۴. پایگاه اطلاع رسانی دفتر حضرت آیت الله مکارم شیرازی، مرکز پاسخ گویی به احکام شرعی و مسائل فقهی: <https://makarem.ir/ahkam/fa/home/istifta/>، ۲۶۵۶۲۴/.
۱۵. پژوهشگاه قوه قضائیه، سامانه جامع پردازش و انتشار آراء قضایی: raay.ijri.ir.

۱۶. جعفری لنگرودی، محمدجعفر. ترمینولوژی حقوق، انتشارات گنج دانش، ۱۳۹۰.
۱۷. جوانمرد، بهروز، «رویه‌های قضایی و نظریه‌های مشورتی پیرامون جرم رابطه نامشروع»، دوفصل نامه رویه قضایی، بهار و تابستان ۱۳۹۵، شماره ۱.
۱۸. حدادزاده نیری، محمدرضا، «تحقیق در جرایم منافی عفت»؛ مجله حقوقی دادگستری، پاییز ۱۳۸۸، شماره ۶۷.
۱۹. حمیری، نشوان بن سعید. شمس العلوم و دواء الکلام العرب من الکلام، چاپ اول، بیروت: نشر دارالفکر المعاصر، ۱۴۲۰ ه. ق.
۲۰. دهخدا، علی اکبر. لغت نامه دهخدا، تهران: موسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، ۱۳۷۷.
۲۱. راغب اصفهانی، حسین بن محمد. مفردات الفاظ القرآن، بیروت: دارالقلم، ۱۴۱۶.
۲۲. شامبیاتی، هوشنگ. حقوق جزای عمومی، انتشارات روزین، ۱۳۷۷.
۲۳. طباطبایی، سیدمحمدحسین. تفسیر المیزان، چاپ چهاردهم، چاپخانه دفتر انتشارات اسلامی، زمستان ۱۳۸۰.
۲۴. طهماسبی، جواد. آیین دادرسی کیفری، چاپ اول، نشر میزان، ۱۳۹۶.
۲۵. عابدی، احمدرضا. آیین دادرسی کیفری، نشر مرکز آموزش قوه قضاییه، چاپ اول.
۲۶. عسگری، رضا. ضابطه جرم‌انگاری در متون فقهی و مواد قانونی با تکیه بر قاعده «التعزیر لکل عمل محرم»، مجله رسائل، زمستان ۹۴ و بهار ۹۵، شماره ۵ و ۶.
۲۷. عمید، حسن. فرهنگ عمید، چاپ هجدهم، انتشارات امیرکبیر، ۱۳۶۲ ه. ش.
۲۸. فراهیدی، خلیل بن احمد. العین، چاپ دوم، قم: نشر هجرت، ۱۴۱۰ ه. ق.
۲۹. فیض کاشانی، ملاحسن. الصافی فی تفسیر القرآن، چاپ اول، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۱۸ ه. ق.
۳۰. قدسی، سیدابراهیم، «نقد و بررسی ماده ۶۳۷ قانون مجازات اسلامی»، مجله مطالعات اسلامی، بهار ۱۳۸۴، شماره ۶۷.
۳۱. محقق داماد، سیدمصطفی، «عمل منافی عفت در قرآن»، مجله تحقیقات حقوقی، بهار و تابستان ۱۳۸۵، شماره ۴۳.
۳۲. مکارم شیرازی، ناصر. تفسیر نمونه، چاپ بیست و یکم، چاپخانه فروی، ۱۳۷۸.
۳۳. نرم‌افزار گنجینه استفتائات قضایی، پژوهشگاه قوه قضاییه.
۳۴. ولیدی، محمدصالح، جرایم علیه عفت و اخلاق عمومی، موسسه انتشارات امیرکبیر، چاپ چهارم، تهران، ۱۳۹۴ ه. ش.

حکم و شرایط قضاء بر اساس شهادت بر شهادت در فقه امامیه و حقوق موضوعه ایران

چکیده

شهادت بر شهادت در فرضی مطرح می‌شود که در فرآیند دادرسی، حضور شاهد نزد قاضی برای اداء شهادت، به دلایلی همچون غیبت، بیماری، مسافرت یا حبس متعذر باشد. از دیدگاه فقها در چنین مواردی شهادت بر شهادت با شرایط خاصی، فی الجمله پذیرفته شده است. مشهور فقها قائل به عدم جواز این نوع شهادت در حدود هستند؛ اما در حقوق الله که جنبه حدی نداشته و صرفاً احکام شرعیه را اثبات می‌کنند و همچنین در حقوق الناس، شهادت بر شهادت را صحیح می‌دانند. یکی از ادله عدم جواز شهادت بر شهادت در حقوق الله، روایت امام باقر علیه السلام است و دلیل قائلین به جواز نیز اطلاق روایات باب شهادت و روایات دیگری همچون معتبره غیاث بن ابراهیم است. شهادت بر شهادت در حقوق الناس یا مربوط به دیون، املاک و عقود است که مشهور فقها در این حالت، با تمسک به عموم روایات، این شهادت را پذیرفته‌اند؛ و یا مربوط به قصاص است که تنها عده قلیلی از فقها به استناد اجماع و اطلاق روایات، این مورد را پذیرفته‌اند. همچنین طبق نظر مشهور فقها، به استناد ظهور روایات در رجولیت، شهادت بر شهادت توسط زنان صحیح نیست.

فقها درباره شرایط صحت شهادت بر شهادت، اختلاف نظر دارند و تطابق مواد قانونی بانظرات برخی فقها نیز محل ایراد است؛ چراکه به نظر می‌رسد برخی شروطی که قانون‌گذار مقرر کرده است، همچون شرط تعذر حضور شاهد اصل که در ماده ۱۸۸ قانون مجازات اسلامی آمده است، با توجه به ادله فقهی،

* دانش‌آموخته مدرسه قضاوت، طلبه سطح عالی حوزه علمیه قم.

صحیح نیست. از سویی دیگر، در برخی فروض همچون شهادت بر شهادت شاهد فرع، شهادت بر شهادت صحیح به نظر می‌رسد؛ اما قانون به تبع نظر برخی فقها، آن را صحیح ندانسته است.

کلیدواژه‌ها: شهادت، شاهد، شهادت بر شهادت، حقوق الله، حقوق الناس، شاهد اصل، شاهد فرع.

مقدمه

در منازعات و حوادث اجتماعی که در محاکم حقوقی و کیفری مطرح می‌شوند، شاهد یا شاهدان وقوع حادثه، یکی از مهمترین ادله اثبات دعوی محسوب می‌شوند. در فقه امامیه و قانون مجازات اسلامی، شاهدی که شهادت او مؤثر است، به دو گونه تقسیم می‌شود؛ یعنی گاهی فرد، خود به صورت مستقیم گواه واقعه بوده است که این قسم، شهادت اصل نام دارد و شاهد آن نیز شاهد اصل گفته می‌شود و گاهی به واسطه شاهد واقعه از آن رخداد اطلاع یافته و بر شهادت او گواهی می‌دهد که این قسم نیز شهادت فرع نام داشته و چنین شهادی را نیز شاهد فرع می‌نامند.

این تقسیم از اهمیت بالایی برخوردار است؛ چراکه که ممکن است شاهد اصلی یک واقعه، بر اثر عواملی مانند مسافرت، غیبت، یا قوای قاهره، از حضور در دادگاه معذور گردد. به همین لحاظ، فقهاء به این موضوع توجه داشته و چنین تعذری را موجب استماع و پذیرش شهادت بر شهادت (شهادت فرع) می‌دانند؛ بنابراین اگر شهادت، واجد شرایط شرعی برای صدور حکم قضایی باشد، قاضی اجازه دارد تا با شرایطی، طبق شهادت فرع، حکم را صادر نماید. در اینجا این سؤال مطرح می‌شود که اولاً شهادت فرع در چه مواردی صحیح است و ثانیاً چه شرایطی برای صحت این نوع شهادت ذکر شده است و آیا تمام شرایطی که فقها مطرح کرده‌اند، در قانون نیز منعکس شده است یا خیر؟

پژوهش حاضر تلاش دارد تا شرایط و موارد صحت شهادت بر شهادت را مورد مطالعه قرار داده و آراء مختلف فقها در این موضوع را جمع‌آوری نماید. علاوه بر این، با تطبیق و مقایسه نظرات فقها با مواد قانونی مرتبط، نواقص و اشکالات مواد قانونی را مد نظر قرار می‌دهد.

برای پاسخ به سؤال پژوهش، ابتدا به تبیین مراد از شهادت بر شهادت و ادله مشروعیت آن پرداخته و سپس فروض مختلف شهادت بر شهادت مطرح و در گام بعدی، شرایط صحت چنین شهادتی در فقه بررسی می‌شود. در پایان نیز شهادت بر شهادت از منظر قانون و شرایط صحت قانونی آن بررسی می‌شود.

۱. تعریف شهادت بر شهادت و ادله مشروعیت آن

در برخی شرایط خاص، حضور شاهد اصل امکان پذیر نبوده و لذا با شرایطی که در ذیل به آن اشاره می‌شود، شاهد فرع حضور یافته و بر شهادت شاهد اصل، شهادت می‌دهد. این نوع شهادت را شهادت فرع و شاهد آن را نیز شاهد فرع می‌نامند. شهادت بر شهادت شامل دو قسم می‌شود: شهادت بر شهادت شاهد اصل و شهادت بر شهادت شاهد فرع و هر یک از این دو قسم نیز دارای ادله‌ای است که در ادامه بیان می‌شود.

۱-۱. ادله شهادت بر شهادت شاهد اصل

شهادت بر شهادت فی الجمله در حق شاهد اصل مقبول است (شیخ طوسی، المبسوط فی فقه الإمامیه ۸: ۲۳۱ و شهید ثانی، مسالك الألفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام ۱۴: ۲۶۹)؛ اما نه به این معنا که شاهد فرع، شهادت دهد که شاهد اصل چنین و چنان گفت؛ زیرا در این صورت، دیگر شهادت بر شهادت بر آن صدق نکرده و مصداق خود شهادت است. مراد از شهادت بر شهادت در اینجا این است که شاهد فرع، شهادت دهد که شاهد اصل بر چنین چیزی شهادت داد و به عبارت دیگر، مراد، شهادت بر شهادت است، نه شهادت بر گفتار شاهد اصل^۱ (نراقی، مستند الشیعه فی أحكام الشریعه ۱۸: ۳۸۴). ادله اعتبار این نوع شهادت عبارت است از: آیات قرآن کریم، روایات و اجماع فقها.

الف) آیات

شیخ طوسی برای اثبات صحت شهادت بر شهادت به آیه شریفه «و استشهدوا شهیدین من رجالکم»^۲ استناد نموده و معتقد است اطلاق این آیه شریفه، شامل چنین شهادتی شده و صحت آن را اثبات می‌کند؛ یعنی شاهد گرفتن در آیه شریفه، هم شامل شاهد اصل و هم شاهد فرع می‌شود (المبسوط فی فقه الإمامیه ۸: ۲۳۱). شهید ثانی نیز معتقد است آیه مورد بحث، عمومیت داشته و شامل شهادت بر شهادت اصل و فرع می‌شود (مسالك الألفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام ۱۴: ۲۶۹). فاضل هندی

۱. در تفاوت احکام این دو حالت می‌توان به این مورد اشاره کرد که اگر شهادت بر شهادت باشد، در ترتیب اثر دادن به این شهادت، هم باید شرایط شهادت را در مورد شاهد اصل بررسی کرد و هم در مورد شاهد فرع؛ چراکه شاهد فرع، شهادت بر شهادت دیگری داده است و بنابراین، در اینجا دو شهادت وجود دارد که باید شرایط شهادت را برای هر دو بررسی نمود. اما در فرض دوم که شهادت بر گفتار است، فقط یک شهادت وجود دارد که باید شرایط آن را سنجید.

۲. بقره: ۲۸۲

برای اثبات شهادت بر شهادت به عموم آیه شریفه «وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ» استناد می‌کند؛ استدلال ایشان بدین گونه است که اقامه شهادت در آیه شریفه، عمومیت داشته و شهادت اصل و شهادت فرع را شامل می‌شود (فاضل هندی، کشف اللثام والإيهام عن قواعد الأحكام ۱۰: ۳۵۸).

مرحوم نراقی می‌فرماید برخی از فقها مانند شهید ثانی در مسالک و فاضل هندی در کشف اللثام به عمومات قبول شهادت نیز استدلال کرده‌اند (۱۴: ۲۶۹ و ۱۰: ۳۵۸)، اما استدلال به عموماتی همچون عموم آیات پیشین، صحیح نمی‌باشد؛ زیرا آن عمومات، اصل شهادت شاهد اصل را اثبات می‌کند، اما اثبات آنچه که نسبت به آن شهادت داده است، دلیلی ندارد. زیرا ملازمه‌ای بین ثبوت و قبول شهادت شاهد اصل و ثبوت و قبول آنچه که نسبت به آن شهادت داده است، وجود ندارد (نراقی، مستند الشیعه فی أحكام الشریع، ۳۸۶: ۱۸).

به نظر می‌رسد استدلال به عمومات شهادت، خالی از اشکال باشد؛ زیرا آیات مذکور در مقام بیان اصل شهادت نیستند و از آنها چنین استفاده می‌شود که مسلمانان باید در هر موقعیتی که امکان آدای شهادت وجود دارد، حضور یافته و شهادت دهند؛ اعم از اینکه در مقام شاهد اصل باشند و یا شاهد فرع.

ب) روایات

در کتاب شریف من لا یحضره الفقیه و سایر کتب روایی از امام باقر علیه السلام آمده است: «فی الشهادة علی شهادة الرجل، و هو بالحضرة فی البلد، قال: نعم، و لو کان خلف ساریة، یجوز ذلك إذا کان لا یمکنه أن یمیّمها هو لعلّة تمنعه من أن یحضر و یمیّمها، فلا بأس بإقامة الشهادة علی الشهادة» (ابن بابویه، من لا یحضره الفقیه ۳: ۷۱؛ عاملی، وسائل الشیعه ۲۷: ۴۰۳ و طوسی، الاستبصار فیما اختلف من الأخبار ۳: ۲۰). این روایت که برخی از فقها به آن استناد کرده‌اند، به روشنی بیان می‌کند که اگر شاهد اصلی از حضور در محکمه معذور باشد، شخص دیگری می‌تواند بر شهادت او شهادت دهد. (شهید اول، الدروس الشرعیة فی فقه الإمامیة، ۲: ۱۴۱؛ نراقی، مستند الشیعه فی أحكام الشریعه ۱۸: ۳۸۶؛ نجفی، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام ۴۱: ۱۸۹؛ سبزواری، مهذب الأحكام، ۲۷: ۲۰۳؛ و طباطبایی قمی، سید تقی، هدایة الأعلام إلى مدارك شرائع الأحكام: ۳۹۵).

همچنین امام رضا علیه السلام می فرماید: «فإذا شهد رجل على شهادة رجل فإنَّ شهادته تقبل و هي نصف شهادة، وإذا شهد رجلان على شهادة رجلٍ فقد ثبتت شهادة رجلٍ واحد، وإن كان الذي شهد عليه في مصره». (نوری، مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل ۱۷: ۴۴۲) مطابق این روایت، شهادت یک مرد بر شهادت مردی دیگر، نصف شهادت محسوب می شود؛ بنابراین، شهادت دومرد بر شهادت مردی دیگر، یک شهادت محسوب می گردد (نجفی، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام ۴۱: ۱۹۰؛ نراقی، مستند الشیعه فی أحكام الشریعه ۳۸۶: ۱۸؛ و قمی، سید تقی طباطبایی، هدایة الأعلام إلى مدارک شرائع الأحكام؛ ۳۹۵).

مرحوم صاحب جواهر می فرماید: «در میان روایات، روایتی وجود دارد که بیان می کند شهادت بر شهادت جایز نیست؛ اما این روایت شاذ بوده و یا حمل بر تقیه می شود». (جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام ۴۱: ۱۸۹) روایت مورد نظر می فرماید: «عن غياث بن إبراهيم عن جعفر عن أبيه علیه السلام: أن علياً علیه السلام قال: لا أقبل شهادة رجل على رجل حيٍّ وإن كان باليمين» (عاملی، وسائل الشیعه ۲۷: ۴۰۳). در این روایت، شهادت بر شهادت در موردی که شاهد اصل زنده باشد، پذیرفته نمی شود.

مرحوم فیض کاشانی معتقد است که می توان این روایت را به سه گونه دیگر نیز تفسیر نمود؛ تفسیر اول این است که شهادت بر شهادت در خصوص مدعی علیه غایب، پذیرفته نمی شود؛ زیرا ممکن است شخص غایب، شهودی را حاضر کند که با شاهدان فعلی در تعارض باشد. تفسیر دوم این است که شهادت بر شهادت در خصوص شخص زنده، مورد قبول نیست؛ ولی بعد از موت شخص، مورد قبول واقع می گردد. تفسیر سوم این است که شهادت بر شهادت شخص واحد بر علیه شخص دیگر نیز قبول نیست؛ بلکه باید دو شخص برای قبول چنین شهادتی وجود داشته باشد (فیض کاشانی، الوافی ۱۶: ۱۰۱۸). مرحوم فیض خود، تفسیر سوم را می پذیرد که به نظر می رسد این تفسیر، قریب به صحت نیز است.

بنابراین با توجه به این روایت، روایت مذکور در من لا یحضره الفقیه دلالت بر این مطلب دارد که شهادت بر شهادت در صورتی مورد قبول واقع می گردد که مانعی برای حضور شاهد اصل، وجود داشته باشد و روایت مستدرک الوسائل نیز اصل قبول شهادت بر شهادت را ذکر می کند، ولی در

خصوص شرایط آن چیزی بیان نمی‌دارد؛ بنابراین، صحت اصل شهادت بر شهادت با شرایطی که در ادامه خواهد آمد، ثابت می‌شود.

ج) اجماع

صاحب جواهر ادعای اجماع محصل و منقول بر صحت شهادت بر شهادت می‌کند و معتقد است که نقل اجماع در حدّ نزدیک به تواتر بوده و از مجموع روایات مذکور و اجماع موجود، قطع به جواز شهادت بر شهادت حاصل می‌شود (نجفی، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام ۱: ۱۸۹). مرحوم نراقی و برخی دیگر از فقها نیز برای جواز شهادت بر شهادت، به اجماع قطعی استناد می‌کنند (مستند الشیعة فی أحكام الشریعة ۱۸: ۳۸۴؛ شهید ثانی، مسالك الأفهام إلی تنقیح شرائع الإسلام ۱۴: ۲۶۹؛ فاضل هندی، کشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام ۱۰: ۳۵۸؛ طباطبایی قمی، سیدتقی، هدایة الأعلام إلی مدارك شرائع الأحكام ۳۹۵؛ سبزواری، مهذب الأحكام، ۲۷: ۲۰۳؛ و لنکرانی، تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسیلة - القضاء و الشهادات؛ ۵۶۹). بنابراین می‌توان بر صحت و جواز شهادت بر شهادت فی الجملة، به اجماع استناد نمود.

۲-۱. شهادت بر شهادت شاهد فرع

منظور از این نوع شهادت، این است که شاهد ثالثی بر شهادت شاهد دوم شهادت دهد؛ به عبارت دیگر، دو شاهد دیگر در محکمه حاضر شده و بر چیزی که شاهد فرع نسبت به آن شهادت داده است، شهادت دهند. مطابق نظر مشهور فقهاء، شهادت بر شهادت فرع، مورد قبول نیست (حلی، المهذب البارع فی شرح المختصر النافع ۴: ۵۷۰؛ ابن البراج، المهذب، ۲: ۵۶۱؛ ابن ادریس حلی، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی ۲: ۱۲۷؛ سبزواری، مهذب الأحكام، ۲۷: ۲۰۵؛ و لنکرانی، تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسیلة - القضاء و الشهادات؛ ۵۷۴ و ۵۷۶)، اما برخی از فقهاء، همچون مرحوم فیاض، آن را مورد قبول می‌دانند. در ادامه، این نظرات مورد بررسی قرار می‌گیرد.

الف) نظریه مشهور فقها

مشهور فقها سه دلیل بر ردّ شهادت بر شهادت فرع اقامه کرده‌اند. دلیل اول، اجماع است و دلیل دوم، اصل عدم حجیت است که طبق مفاد آن، اصل، عدم حجیت شهادت بر شهادت فرع است؛ مگر آنکه دلیلی بر خلاف آن وجود داشته باشد که در این صورت نیز استثنای از این اصل فقط به

میزان دلالت دلیل (قدر متیقن) صورت می‌گیرد؛ بنابراین، از آنجا که روایات مربوط به این بحث، فقط دلالت بر حجیت شهادت بر شهادت دارند، شامل محل بحث نشده و شهادت بر شهادت فرع، اعتباری ندارد. سومین دلیل نظریه مشهور، روایت عمرو بن جمیع از امام صادق علیه السلام است: «قال: اشهد علی شهادتک من ینصحک إلی أن قال: و لا تجوز شهادة علی شهادة علی شهادة» (عاملی، وسائل الشیعه ۲۷: ۴۰۴). گرچه این روایت به لحاظ سندی، ضعیف است، اما عمل مشهور به آن، این ضعف را جبران نموده است. این روایت به صراحت، شهادت بر شهادت فرع را مردود می‌داند. (نراقی، مستند الشیعة فی أحكام الشریعة ۱۸: ۴۰۴؛ و نجفی، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام ۴۱: ۱۹۲)

ب) نظریه غیر مشهور

مرحوم فیاض و حضرت آیت الله وحید خراسانی شهادت بر شهادت شاهد فرع را مورد قبول می‌دانند (فیاض، منهاج الصالحین ۳: ۲۷۲ و وحید خراسانی، منهاج الصالحین ۳: ۴۷۰). مرحوم آقای خویی تمام ادله مشهور را قابل نقد دانسته و در نتیجه، چنین شهادتی را مقبول می‌داند. ایشان در خصوص اصل عدم حجیت معتقدند مشهور از آنجایی به این اصل استدلال می‌کنند که اطلاقات ادله قبول شهادت و نیز دو روایت معتبره طلحة بن زید که می‌فرماید «أنه کان لا یجیز شهادة علی شهادة فی حدّ» (عاملی، وسائل الشیعه ۲۷: ۴۰۴) و معتبره غیاث بن ابراهیم که می‌فرماید: «قال علیه السلام: لا تجوز شهادة علی شهادة فی حدّ، و لا کفالة فی حدّ» (عاملی، وسائل الشیعه ۲۷: ۴۰۴) را شامل محل بحث ندانسته و بنابراین، چنین نتیجه گرفته‌اند که اصل، عدم حجیت بوده و دلیلی بر صحت و اعتبار شهادت بر شهادت فرع وجود ندارد؛ در حالی که هر چند دو روایت معتبره طلحه و غیاث قابل استناد برای بحث حاضر نیست؛ اما نمی‌توان پذیرفت که اطلاقات ادله قبول شهادت شامل این فرض نمی‌شود؛ چرا که اطلاقات قبول شهادت بی‌تنه، حکم را به صورت قضیه حقیقیه ثابت می‌کنند و بنابراین، مانعی برای ثبوت بی‌تنه به واسطه بی‌تنه دیگر وجود ندارد (مبانی تکملة المنهاج ۴۱: ۱۷۴).

مرحوم خویی در خصوص روایت عمرو بن جمیع که دلیل دوم نظریه مشهور بود نیز معتقد است که این ضعف، با عمل مشهور جبران نمی‌شود و اجماع مورد ادعای مشهور را نیز رد نموده و بنابراین، دلیلی بر عدم صحت شهادت بر شهادت فرع نمی‌بیند (مبانی تکملة المنهاج ۴۱: ۱۷۴).

مرحوم آقای تبریزی نیز می‌فرماید وجود عمرو بن جمیع در سلسله سند روایت مذکور، باعث ضعف سند آن شده و نمی‌توان گفت عمل مشهور به این روایت، این ضعف را جبران می‌نماید؛ زیرا مشخص و محرز نیست که مشهور در فتوای خود به این روایت استناد کرده باشند. لذا اگر جماعی در این خصوص وجود داشته باشد، به همان اخذ می‌شود و در غیر این صورت، دلیلی بر عدم اعتبار شهادت بر شهادت شاهد فرع وجود ندارد (أسس القضاء والشهادة: ۵۷۰).

در خصوص اصل عدم حجیت نیز می‌توان چنین پاسخ داد که هر چند روایات باب، دلالتی بر صحت شهادت بر شهادت فرع ندارند ولی می‌توان به اطلاعات ادله بینه تمسک کرده و محل بحث را از موارد استثناهای آن اصل برشمرد؛ بنابراین به نظر می‌رسد با توجه به مخدوش بودن ادله مشهور، می‌توان شهادت بر شهادت فرع را صحیح دانست؛ زیرا همانطور که بیان شد استناد مشهور برای فتوای خود به روایت عمرو بن جمیع محرز نیست و از سوی دیگر ادله قبول شهادت اطلاق داشته و شامل این فرض هم می‌شود.

۲. فروض شهادت بر شهادت و اقوال در آنها

شهادت بر شهادت دارای فروض مختلفی است که نیازمند بررسی است. به طور کلی، این نوع شهادت در حقوق الناس اعتبار دارد؛ اما در حقوق الله جاری نمی‌شود. در حقوق الناس نیز برخی از فقها میان عقود و دیون و قصاص، تفاوت قائل شده‌اند. در مورد شهادت زنان نیز اختلافاتی وجود دارد که تفصیل آن خواهد آمد.

۲-۱. شهادت بر شهادت در حقوق الله

حقوق الهی که در محاکم مطرح می‌شوند، دو نوع هستند؛ برخی از آنها صرفاً جنبه حق الهی دارند که شامل حدود و تعزیرات می‌شوند و برخی دیگر نیز هم دارای جنبه حق الهی هستند و هم جنبه حق الناسی. در مورد دسته اول، مشهور فقها قائل به عدم اعتبار شهادت بر شهادت هستند؛ اما در نوع دوم، فقها اختلاف نظر دارند. همچنین برخی از فقها این سؤال را مطرح کرده‌اند که آیا می‌توان در حقوق الهی که شهادت بر شهادت پذیرفته نمی‌شود، لوازم و احکام شرعیه مترتب بر آن را پذیرفت یا خیر؟ در ادامه این سه فرع بررسی خواهد شد.

الف) شهادت بر شهادت در حقوق صرفاً الهی

در این نوع از حقوق الهی، مشهور فقهاء با استناد به اجماع و روایات، قائل به عدم صحت شهادت بر شهادت هستند. این نوع حقوق نیز به دو قسم حدود و تعزیرات تقسیم می‌شوند که هر یک دارای ادله خاصی است.

ادله عدم نفوذ شهادت بر شهادت در حدود

مهمترین دلیل برای عدم نفوذ شهادت بر شهادت فرع در حدود، برخی از روایات است. در این خصوص، روایتی از امیرالمؤمنین علیه السلام می‌فرماید: «إِنَّه كَانَ لَا يَجِيزُ شَهَادَةَ عَلِيٍّ شَهَادَةَ فِي حَدِّ» (عاملی، وسائل الشیعه ۲۷: ۴۰۴)؛ یعنی در حدود، شهادت بر شهادت، نافذ نیست. این دلیل را برخی فقهاء همچون ابن ادریس مطرح کرده‌اند و فقهای دیگری نیز با وی موافقت نموده‌اند (ابن ادریس، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی؛ ۱۲۷، ۲؛ علامه حلی، تحریر الأحکام ۵: ۲۸۰؛ شهید ثانی، حاشیة الإرشاد ۴: ۱۵۸؛ طوسی، المبسوط فی فقه الإمامیة ۸: ۲۳۱؛ همو، الخلاف ۶: ۳۱۶؛ نراقی، مستند الشیعة فی أحكام الشریعة: ۱۸: ۳۸۸؛ سبزواری، مهذب الأحکام، ۲۷: ۲۰۳ و لنکرانی، تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسیلة - القضاء والشهادات؛ ۵۷۲).

روایت دیگری نیز از امام باقر علیه السلام است که می‌فرماید: «لَا تَجُوزُ شَهَادَةُ عَلِيٍّ شَهَادَةَ فِي حَدِّ، وَلَا كِفَالَةَ فِي حَدِّ» (عاملی، وسائل الشیعه ۲۷: ۴۰۴). طبق این روایت، شهادت بر شهادت و نیز کفالت در حدود، جایز نیست.

ادله عدم نفوذ شهادت بر شهادت در تعزیرات

طبق نظر فقهاء، شهادت بر شهادت در تعزیرات نیز جایز نیست؛ زیرا تعزیرات نیز از حقوق الله محسوب می‌شوند و مبتنی بر تخفیف هستند. مهمترین دلیلی که برای این ادعا مطرح شده است، استناد به ظهور همان روایات سابق مربوط به حدود است. به عقیده برخی از فقهاء، اگرچه نصوص، اختصاص به حد دارند، اما کلمه حد در روایات، ظهور در اعم از حد و تعزیر دارد؛ زیرا این واژه در روایات متعددی بر تعزیر نیز اطلاق شده است (نجفی، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام ۴۱: ۱۹۰ و ۱۹۲ و ۲۰۹؛ شهید اول، الدروس الشرعیة فی فقه الإمامیة ۲: ۱۴۱؛ شهید ثانی، مسالک الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام ۱۴: ۲۸۶؛ فاضل هندی، کشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحکام ۱۰: ۳۶۰؛

طباطبایی قمی سیدتقی، هدایة الأعلام إلى مدارك شرائع الأحكام ۳۹۵؛ سبزواری، مهذب الأحكام ۲۰۴:۲۷ و لنکرانی، تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسيلة - القضاء و الشهادت؛ (۵۷۲).

ب) شهادت بر شهادت در حقوق مشترک بین خدا و انسان

در مورد شهادت بر شهادت در حقوق مشترک بین خدا و انسان برخی فقها آن را نافذ می‌دانند و برخی نیز قائل به عدم نفوذ آن هستند. مرحوم صاحب جواهر بیان می‌دارد که به اعتقاد فقهایی همچون شهید ثانی، دو روایت ذکر شده در ابتدای بحث حدود، دچار ضعف سندی است و از سوی دیگر، دلیل دیگری نیز بر تخصیص اصل عدم حجیت در این موارد در دست نیست؛ بنابراین، در حقوق مشترک بین خدا و انسان، باید شهادت بر شهادت را پذیرفت (نجفی، همان ۱۹۱:۴۱).

اما برخی دیگر از فقها معتقدند که در این موارد، چون عنوان «حق الله» بر آنها صادق است، همان دلایل قبلی، شامل آنها نیز شده و بنابراین، شهادت بر شهادت در چنین مواردی صحیح نیست (فاضل هندی، کشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام ۱۰:۱۳۵۹ و نراقی، مستند الشیعة فی أحكام الشریعة ۱۸:۳۸۸). این گروه در مقام پاسخ به اشکال شهید ثانی، مبنی بر ضعف سندی روایات نیز معتقدند این ضعف با عمل مشهور جبران می‌شود (نجفی، همان ۱۹۱:۴۱).

به اعتقاد این گروه، در مواردی که شک داریم که آیا از حقوق الهی است و در نتیجه شهادت بر شهادت در آنها نافذ نیست یا از حقوق الناس است و در نتیجه شهادت بر شهادت در آنها نافذ است؛ مقتضی اصل، عدم ترتب اثر است. آنان دو دلیل بر این ادعای خویش اقامه نموده‌اند: دلیل اول، اصل عدم و دلیل دوم، عدم صحت تمسک به عام در شبهات موضوعیه است. طبق دلیل اول، اصل اولی، عدم حجیت است و در فرض شک در ترتب اثر شهادت، اصل عدم ترتب که ناشی از اصل عدم حجیت است، اجرامی شود. طبق دلیل دوم نیز ما در اصل حکم، شک نداریم؛ یعنی شک نداریم در حقوق الهی شهادت بر شهادت جایز نیست و در حقوق الناس جائز است. آنچه متعلق شک ما قرار دارد، مصداق خاص است که آیا از موارد حقوق الهی است یا از موارد حقوق الناس؟ بنابراین شبهه، موضوعیه است و نمی‌توان به عموم ادله جواز استناد نمود و نتیجه آن، اجرای اصل برائت است.

ج) نفوذ شهادت بر شهادت نسبت به لوازم و احکام شرعی مترتب بر موضوع حد

فلسفه عدم پذیرش شهادت بر شهادت در حقوق الهی، تخفیف و چشم‌پوشی از گناهان و عدم

ترویج فساد گناه است؛ به همین لحاظ، این مسأله مهم در این خصوص مطرح می‌شود که آیا می‌توان میان اجرای حد و سایر احکام شرعیه‌ای که بر حد مترتب می‌شود، تفکیک نمود؟ یعنی در حقوق الهی حد اجرا نشود، ولی احکامی همچون حرمت نکاح مادر، دختر و خواهر مفعول در لواط بر فاعل لواط را با شهادت بر شهادت فرع، اثبات کنیم.

به عقیده فقها، این تفکیک صحیح بوده و در فقه نیز چنین تفکیک‌هایی به صورت فراوان رخ داده است. برخی در تحلیل این حکم می‌گویند: «در هر موردی که شک کردیم که از حقوق خداوند متعال است تا شهادت فرع قبول نشود و یا از حقوق انسان است، مقتضی اصل، عدم ترتب اثر است؛ زیرا وقوع شهادت و اثبات حد، امری حادث است و ما پیش از آن، یقین به عدم اثبات حد داشتیم؛ اکنون که شک در وقوع امری داریم که بر آن حد مترتب می‌شود، مقتضی اصل استصحاب این است که به آن ترتیب اثر ندهیم؛ علاوه بر این، این موضوع از موارد شبهه موضوعیه بوده و نمی‌توان به عموم ادله شهادت تمسک کرد؛ یعنی ما در اصل حکم، شکی نداریم، بلکه شک ما در مصداق خاص است که آیا از موارد حقوق الله است و یا حقوق الناس؛ فلذا شبهه، موضوعیه بوده و برائت جاری می‌کنیم. با این حال، شهادت بر شهادت فقط نسبت به حدود جایز نیست. اما نسبت به سایر احکام شرعیه مترتب بر موضوع حد، مانند حرام شدن مادر، دختر و خواهر مفعول بر فاعل در بحث لواط و سایر حقوق الله که مربوط به حد نمی‌باشد، مقبول است؛ زیرا تفکیک آن بین حد و حکم مترتب بر آن، جایز است و به عبارتی، مقتضی، موجود بوده و مانع، مفقود است؛ یعنی در فقه، تفکیک بین لوازم و ملزومات، شایع و صحیح است؛ مانند اثبات مال مسروقه و قطع ید که هر دو لازم یک امر، یعنی سرقت، هستند. در بحث حاضر نیز می‌توان لازم و ملزوم را از یکدیگر تفکیک نمود؛ زیرا در روایات به موضوع حد اشاره شده است و بیانی نسبت به احکام مترتب بر حد وجود ندارد.

بنابراین عمومات و اطلاقات ادله قبول شهادت و بینه، این موارد را شامل شده و چنین تفکیک‌هایی در فقه، امری شایع است؛ به عبارت دیگر، دلیل اثباتی ترتب یک لازم با لازم دیگر، تفاوت دارد؛ به عنوان مثال، در مال مسروقه، یک شاهد و قسم کافی است، بر خلاف قطع ید؛ لذا مثلاً در سرقت، دست سارق قطع نمی‌شود، اما مال مسروقه از وی سلب می‌شود» (سبزواری، مهذب الأحکام ۲۷: ۲۰۴).

باتوجه به مطالب مذکور به نظر می‌رسد شهادت بر شهادت در حقوق الله جایز نبوده و در سایر احکام شرعیه مترتب بر موضوع حد، مانند حرام شدن مادر، دختر و خواهر مفعول بر فاعل در بحث لواط، مورد قبول است و تفاوتی نیز نمی‌کند که حق الله از حقوق مشترک بین خدا و انسان باشد یا از سنخ حقوقی باشد که صرفاً حق الله هستند.

۲-۲. شهادت بر شهادت در حقوق الناس

طبق نظر مشهور فقها شهادت بر شهادت در حقوق الناس مطلقاً جائز است؛ اما برخی فقها قصاص را از این حکم مستثنی می‌دانند.

طبق نظر مشهور فقها، شهادت بر شهادت در حقوق الناس، مانند قصاص، طلاق، دین، قرض و عقود، مطلقاً و در عیوب زنان که غالباً دیگران نمی‌توانند نسبت به آن علم پیدا کنند، پذیرفته می‌شود و دلیل آن اجماع و اطلاق روایات است که فقهای زیادی به این مسأله اشاره کرده‌اند (طوسی، المبسوط فی فقه الإمامیه ۸: ۲۳۱؛ شیخ طوسی، الخلاف، ۶: ۳۱۳؛ محقق حلی، شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام ۴: ۱۲۸؛ علامه حلی، إرشاد الأذهان إلى أحكام الإیمان ۲: ۱۶۴؛ شهید ثانی، حاشیه الإرشاد ۴: ۱۵۷؛ سبزواری، مهذب الأحکام، ۲۷: ۲۰۳؛ نجفی، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام ۴۱: ۱۹۰؛ شهید اول، الدروس الشرعیه فی فقه الإمامیه ۲: ۱۴۰؛ فیاض، منهج الصالحین ۳: ۲۷۲؛ و طباطبایی قمی، هدایة الأعلام إلى مدارک شرائع الأحکام؛ ۳۹۵).

در مقابل مشهور، برخی از فقها قصاص را از این حکم استثنا نموده و معتقدند از میان حقوق الناس نمی‌توان قصاص را با شهادت بر شهادت اثبات کرد. مشهور فقها بر این باورند که شهادت بر شهادت در مورد قصاص جایز است و شهید ثانی بر صحت آن ادعای اجماع می‌کند (شهید ثانی، حاشیه الارشاد ۴: ۱۵۷)؛ اما شیخ طوسی در نهاییه و ابن ادریس حلی در سرائر این نظر را رد می‌کنند. این دو فقیه بزرگ معتقدند شهادت بر شهادت فقط در دیون، املاک و عقود، صحیح است و از ظاهر عبارت ایشان به دست می‌آید که در قصاص، جایز نمی‌باشد (النهاییه فی مجرد الفقه و الفتاوی ۳۲۸ و السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی ۲: ۱۲۷). مرحوم ابن براج نیز همین نظر را تأیید نموده و قائل به صحت این نوع شهادت در دیون، عقود و املاک است (المهذب ۲: ۵۶۰).

۳-۲. شهادت بر شهادت توسط زنان

شهادت بر شهادت توسط زنان دو حالت را شامل می‌شود؛ حالت اول، مواردی که اگر زن شاهد اصل هم باشد، شهادت وی پذیرفته نیست. درباره این حالت، اختلاف و نزاع خاصی وجود نداشته و روایت امیرالمؤمنین علیه السلام نیز که می‌فرماید: «شهادة النساء لا تجوز في طلاق، و لا نکاح، و لا في حدود، إلا في الديون و ما لا يستطيع الرجال النظر إليه»، عمومیت داشته و شامل شهادت اصل و فرع می‌شود (علامه حلی، مختلف الشیعة فی أحكام الشریعة ۸: ۵۲۹ و شهید اول، الدروس الشریعیة فی فقه الإمامیة ۲: ۱۴۱).

حالت دوم که مورد اختلاف اصلی فقها است، مواردی را شامل می‌شود که اگر زن، شاهد اصل باشد - منفرداً یا منضمماً - شهادت وی پذیرفته می‌شود (نجفی، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام ۴۱: ۲۰۸). برخی همچون سید تقی قمی تمایل به عدم صحت شهادت بر شهادت زنان در این فرض دارند (هدایة الأعلام إلى مدارك شرائع الأحكام ۳۹۹) و برخی نیز این نظر را اولی و یا موافق احتیاط دانسته‌اند (فاضل، تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسيلة - القضاء و الشهادات ۵۷۸ و طوسی، المبسوط فی فقه الإمامیة ۸: ۲۳۴)؛ اما برخی دیگر، همچون شهید اول و آیت الله وحید خراسانی شهادت فرع توسط زنان را در این فرض پذیرفته‌اند (شهید اول، الدروس الشریعیة فی فقه الإمامیة ۲: ۱۴۱ و وحید خراسانی، منهاج الصالحین، ۳: ۴۶۹). برخی نیز این نظر را قوی دانسته‌اند (طوسی، همان ۸: ۲۳۴) البته شیخ طوسی در الخلاف شهادت زنان را فقط در دیون، املاک و عقود صحیح می‌داند (طوسی، الخلاف ۶: ۳۱۶).

طرفداران نظریه پذیرش شهادت بر شهادت توسط زنان دلایلی را بر ادعای خویش اقامه کرده‌اند و قائلین به نظریه عدم جواز نیز صرفاً بر ظهور روایات در اعتبار رجولیت تکیه کرده و ادله نظریه مخالف را نیز نقد کرده‌اند. در ادامه به بیان این ادله و اشکالات وارد بر آنها خواهیم پرداخت.

بررسی ادله قائلین به جواز شهادت بر شهادت توسط زنان

قائلین به جواز شهادت بر شهادت توسط زنان در مجموع، پنج دلیل بر مدعای خویش اقامه کرده‌اند که هر یک از سوی مخالفین با اشکالاتی مواجه شده است.

دلیل اول: آیات

بنا بر نقل مرحوم نراقی، شیخ طوسی با استناد به عموم آیه شریفه «فَإِنْ لَمْ يَكُونَنَّ رَجُلَيْنِ فَرَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ»، شهادت بر شهادت زنان را پذیرفته است. اما به عقیده برخی، این دلیل مخدوش است؛ چراکه طبق روایت داود بن حصین، این آیه شریفه، مربوط به دین است که اگر دو شاهد مرد حضور نداشتند، با یک شاهد مرد و دوزن نیز ثابت می‌شود (مستند الشیعة فی أحكام الشریعة ۱۸: ۳۹۵ و فاضل هندی، کشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام ۱۰: ۳۶۵).

دلیل دوم: اخبار

به عقیده شیخ طوسی، روایات مربوط به شهادت بر شهادت، عمومیت داشته و شامل شهادت بر شهادت توسط زنان نیز می‌شود. در مقابل، مرحوم نراقی بیان می‌کند که «این روایات، همه ظهور در اعتبار رجولیت دارند و نمی‌توان با استناد به روایات، چنین حکمی داد؛ علاوه بر آن، مادرباره پذیرش شهادت بر شهادت توسط زنان حتی یک خبر هم نداریم، چه رسد به اخبار متعدده» (نراقی، مستند الشیعة فی أحكام الشریعة ۱۸: ۳۸۷).

دلیل سوم: اجماع

سومین دلیلی که شیخ طوسی برای ادعای خود نقل کرده‌اند، اجماع منقول است. در پاسخ به این استدلال نیز مرحوم نراقی اینگونه بیان کرده‌اند که: «اجماع منقول حجیت ندارد خصوصاً اگر شهرت قطعی بر خلاف آن باشد (همان).

دلیل چهارم: اصل قبول شهادت

آخرین دلیل شیخ طوسی برای اثبات جواز شهادت بر شهادت توسط زنان، استناد به اصل قبول شهادت است؛ یعنی اگر در موردی شک کنیم که شهادت بر شهادت فرع، صحیح است یا خیر، اصل، پذیرش شهادت است. در پاسخ به این استدلال نیز مرحوم نراقی معتقد است که اصل، خلاف این امر است (همان)؛ به این بیان که اعتبار شهادت به عنوان یک دلیل ظنی، خلاف اصل است و بنابراین، در موارد شک باید اصل عدم حجیت و عدم ترتب اثر شهادت را جاری کرد. از سوی دیگر، واضح است که شهادت بر شهادت توسط زنان، از موارد یقینی خروج از اصل نیست.

دلیل پنجم: اولویت

برخی معتقدند شهادت بر شهادت زنان، در مواردی که شهادت آنان صحیح باشد، به دلیل اولویت، جایز است. (طباطبایی قمی، سیدتقی، هدایة الأعلام إلى مدارك شرائع الأحكام؛ ۳۹۹). اشکال چنین سخنی این است که در اینجا اولییتی وجود نداشته و احکام شرعی، تبعدی هستند و دلیلی بر اعتبار شهادت بر شهادت زنان وجود ندارد.

طبق نقدهایی که بر ادله قائلین به جواز وارد شد، می‌توان گفت شهادت بر شهادت توسط زنان مطلقاً صحیح نیست؛ اعم از اینکه در آن مورد اصالتاً شهادت زنان پذیرفته نباشد. که در این فرض، به قیاس اولویت، شهادت فرع آنها نیز صحیح نیست. یا اینکه شهادت زنان در آن مورد اصالتاً پذیرفته باشد که در این فرض نیز ضمن نقد ادله قائلین به جواز، دلیل اصلی عدم جواز این است که ظاهر روایات مربوط به شهادت، رجولیت را شرط می‌داند (سبزواری، مهذب الأحكام ۲۷: ۲۰۶).

۳. شرایط صحت شهادت بر شهادت

فقها در مجموع، شش شرط را برای صحت شهادت بر شهادت بیان کرده‌اند که در ادامه با استناد به کتب فقهی مختلف بیان می‌شوند.

۱-۳. لزوم دو شاهد فرع بر شهادت شاهدان اصل

شرط اول آن است که برای هر شاهد اصل، دو شاهد فرع لازم است و دلیل این شرط، اجماع و روایاتی است که در مباحث پیشین بیان شد. در این خصوص، لازم نیست شاهدان فرعی هر شاهد اصلی با دیگری مغایرت داشته باشد؛ زیرا اطلاق روایات، شامل این مورد نیز می‌شود. بنابراین شهادت دو نفر بر هر کدام از شاهدان اصلی و نیز شهادت یک شاهد فرع، همراه شاهد اصل بر شاهد اصلی دیگر و برعکس آن جایز است (نراقی، مستند الشیعه فی أحكام الشریعة ۳۸۸: ۱۸؛ ابن براج، المهذب، ۵۶۰: ۲؛ ابن ادریس، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی ۱۳۲: ۲؛ علامه حلی، إرشاد الأذهان إلى أحكام الإیمان ۱۶۴: ۲؛ شهید ثانی، حاشیة الإرشاد ۴: ۱۶۱؛ سبزواری، مهذب الأحكام، ۲۷: ۲۰۵؛ منهج الصالحین، فیاض ۳: ۲۷۲؛ و خوبی، مبانی تکملة المنهاج ۴: ۱۷۶).

۲-۳. غیبت یا معذور بودن شاهد اصل برای شهادت

در خصوص این شرط دو نظریه میان فقها وجود دارد؛ عده‌ای با آن مخالفت کرده و آن را صحیح نمی‌دانند، اما عده‌ای دیگر بر شهرت و حتی اجماع بر صحت این شرط استدلال نموده‌اند.

نظریه اول: اشتراط تعذر و غیبت شاهد اصل

عده‌ای از فقها معتقدند شهادت شاهد فرع در صورتی صحیح است که شاهد اصل، حضور نداشته و یا حضور یافتن او دارای مشقتی باشد که تحمل آن غالباً ممکن نباشد و یا به اسباب دیگر، مانند موت و مرض نتواند حضور پیدا کند (طوسی، المبسوط فی فقه الإمامیة ۸: ۲۳۳؛ شیخ طوسی، الخلاف ۶: ۳۱۴ و ۳۱۵؛ ابن ادریس، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی ۲: ۱۳۲؛ علامه حلی، إرشاد الأذهان إلى أحكام الإیمان ۲: ۱۶۵؛ شهید اول، الدروس الشرعية فی فقه الإمامیة ۲: ۱۴۱؛ شهید ثانی، حاشیة الإرشاد ۴: ۱۶۲؛ نجفی، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام ۴۱: ۱۹۹؛ و طباطبایی قمی، هدایة الأعلام إلى مدارك شرائع الأحكام؛ ۳۹۴).

استدلال این گروه از فقها این است که اولاً در خصوص این شرط، شهرت عظیم بین اصحاب وجود دارد؛ حتی شیخ طوسی در الخلاف ادعای اجماع بر آن می‌کند. (۶: ۳۱۶) ثانیاً روایت محمد بن مسلم در کتاب شریف من لا یحضره الفقیه دلالت بر صحت این شرط می‌کند: «فی الشهادة علی شهادة الرجل، و هو بالحضرة فی البلد، قال: یجوز ذلك إذا كان لا یمکنه أن یقیمها هو لعلة تمنعه من أن یحضر و یقیمها، فلا بأس بإقامة الشهادة علی الشهادة» (ابن بابویه، من لا یحضره الفقیه ۳: ۷۱؛ عاملی، وسائل الشیعه ۲۷: ۴۰۳ و طوسی، الاستبصار فیما اختلف من الأخبار ۳: ۲۰۰). این روایت می‌فرماید شهادت شاهد فرع در صورتی جایز است که شاهد اصل، منع از حضور داشته باشد. (نراقی، مستند الشیعه فی أحكام الشریعة ۱۸: ۳۹۱ و ۳۹۲؛ نجفی، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام ۴۱: ۱۹۹ و ۲۰۰) برخی فقها نیز این دو استدلال را چنین تقریر کرده‌اند که گرچه اجماع قطعی نیست؛ اما شهرت عظیم فقها بر این شرط، موجود بوده و گرچه روایت محمد بن مسلم ضعیف السند است؛ اما این ضعف با شهرت و عمل مشهور به این روایت، جبران می‌گردد (نجفی، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام ۴۱: ۱۹۹ و ۲۰۰؛ و لنکرانی، تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسیلة - القضاء والشهادات؛ ۵۸۰).

مرحوم نراقی نیز استدلال را چنین بیان می‌کند که گرچه فقها برای این مطلب به اجماع و روایت صحیح استدلال نموده‌اند؛ اما کتاب الخلاف عده‌ای از اصحاب را مخالف این شرط می‌داند.

ایشان در ادامه می‌فرماید: مخالفین این شرط، شاذ و نادر بوده و می‌توان ادعای اجماع بر این مطلب نمود و در هر صورت، روایت صحیح‌ه محمد بن مسلم نظر مخالفین صحت این شرط را رد می‌کند (مستند الشیعة فی أحكام الشریعة ۱۸: ۳۹۱ و ۳۹۲). ایشان دلیل سومی نیز بیان می‌کنند؛ به این بیان که در صورت مشقت شدید برای شاهد اصل، شهادت بروی به دلیل نفی ضرر و حرج، واجب نیست. در این صورت یا باید حق مشهود له از بین برود و یا اینکه شهادت فرع را قبول نمائیم؛ فرض اول که به اجماع فقها باطل است و لذا تنها فرض دوم باقی می‌ماند. بنابراین در صورت عدم مشقت برای حضور شاهد اصل، شهادت فرع، صحیح نبوده و باید شاهد اصل، حضور داشته باشد (نراقی، مستند الشیعة فی أحكام الشریعة ۱۸: ۳۹۲). ایشان در ادامه یک فرع فقهی مربوط به این مسأله را مطرح نموده و می‌فرماید: (بر فرض صحت شرط مذکور) آیا برای قبول شهادت بر شهادت، باید هیچ شاهد اصلی امکان حضور نداشته باشد یا آنکه صرفاً عذر دو شاهد اصلی که شاهدان فرع برای آنها اقامه شهادت می‌کنند، کافی است؟ در پاسخ بیان می‌دارد که نیازی به معذور بودن همه شاهدان اصلی نیست؛ چراکه صحیح‌ه محمد بن مسلم فقط عذر دو شاهد اصلی را مطرح نموده که شهادت داده‌اند و دلالتی بر معذور بودن غیر این دو شاهد اصلی ندارد؛ بنابراین، اگر حضور شاهدان اصلی با عذر مواجه بود و مشهود له دو شاهد اصلی دیگر نیز برای اثبات مدعای خود داشته باشد، باز هم مشهود له می‌تواند برای شاهدان اصلی متعذر، شاهد فرع اقامه کرده و نیازی به دعوت و حضور شاهدان اصلی دیگر نیست (همان).

لازم به ذکر است که زمان تعذر در بحث حاضر، زمان طلب اداء شهادت است و طبق نظر صاحب جواهر، این شرط باید تا زمان اقامه شهادت مراعات شود؛ بنابراین اگر بعد از اقامه شهادت و قبل از صدور حکم قاضی، عذر شاهدان اصلی برطرف شود، مانعی برای قبول چنین شهادتی وجود ندارد (نجفی، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام ۴۱: ۲۰۱).

نظریه دوم: عدم اشتراط تعذر و غیبت شاهد اصل

برخی از فقها با نظریه اول مخالفت نموده و معتقدند ضرورتی برای معذور بودن شاهد اصل وجود ندارد و بدون عذر نیز می‌توان شهادت بر شهادت را پذیرفت. مرحوم آقای خوئی می‌فرماید: مشهور

برای نظر خود دو دلیل دارند که هر دو دارای اشکال است؛ دلیل اول، اجماع است که ثابت نبوده و خلاف آن از اسکافی و صاحب کشف اللثام نقل شده است و صاحب جواهر نیز نظر برخی را بر خلاف اجماع نقل می‌کند (مبانی تکملة المنهاج ۴۱: ۱۷۴). به عقیده صاحب جواهر، چنین شرطی بین اصحاب، شهرت عظیم داشته و حتی شیخ طوسی در الخلاف ادعای اجماع بر آن نموده است؛ با وجود این، خلاف این نظر نیز از اسکافی در مختلف الشیعه نقل شده است (شهید ثانی، مختلف الشیعة فی أحكام الشریعة ۸: ۵۲۷) و در نظر صاحب کشف اللثام نیز عدم اشتراط چنین شرطی را اقوی می‌داند؛ زیرا ادله‌ای که چنین شرطی را معتبر می‌دانند، ضعیف است و در نتیجه، با توجه به اطلاق ادله قبول شهادت، اصل اولی، عدم اشتراط این شرط بوده و شهادت در فرض مورد بحث، مورد قبول خواهد بود (فاضل هندی، کشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحکام، ۱۰، ۳۶۶ و نجفی، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام ۴۱: ۱۹۹ و ۲۰۰).

دلیل دوم مشهور که مورد نقد مرحوم خوئی قرار گرفته است، روایت محمد بن مسلم از امام باقر علیه السلام است که طبق دلالتی که دارد، شهادت فرع در صورتی صحیح است که شاهد اصل توان حضور نداشته باشد. این روایت از جهت سندی ضعیف است؛ چراکه از دو طریق مختلف نقل شده است و در هر دو طریق، اشکالاتی در سند آن وجود دارد؛ طریق او، توسط محمد بن مسلم نقل شده و در «التهدیب» آمده است که در سند آن «ذبیان بن حکیم» وجود دارد که شخصی مهمل است و طریق دوم نیز روایتی است که شیخ صدوق نقل کرده و در سند او «علی بن احمد بن ابی عبدالله» وجود دارد که هر دو شخص در هر دو سلسله سند، توثیق نشده‌اند؛ بنابراین، شرط مذکور نامعتبر بوده و چنین شهادتی با توجه به اطلاق ادله قبول شهادت، مورد قبول است (خوئی، مبانی تکملة المنهاج ۴۱: ۱۷۴).

مرحوم فیاض و آیت الله وحید خراسانی نیز نظر مشهور را دارای اشکال دانسته و قبول شهادت شاهد فرع حتی در صورت عدم عذر شاهد اصل را نظر اقوی می‌دانند (منهاج الصالحین، ۳: ۲۷۳ و منهاج الصالحین، ۳: ۴۷۱).

شیخ طوسی در الخلاف اشاره به این قول نموده و می‌فرماید: برخی اصحاب (قائل آن را ذکر

نمی‌کند) در فرض مورد بحث، قائل به جواز و امکان چنین شهادتی هستند و استدلال می‌کنند که با توجه به اطلاق ادله قبول شهادت، اصل، جواز آن بوده و اختصاص آن به زمان یا وجه خاصی، محتاج دلیل است؛ در حالی که چنین دلیلی وجود ندارد (الخلاف ۶: ۳۱۴).

در جمع بندی این بحث می‌توان گفت اجماعاتی که شیخ طوسی نقل می‌کند، بر مبنای قاعده لطف بوده و قبول چنین اجماعی با مشکل مواجه است. از سوی دیگر، روایت محمد بن مسلم نیز ضعیف السند بوده و عمل مشهور نیز نمی‌تواند جبران این ضعف سند باشد؛ چراکه ممکن است مبنای عمل مشهور، دلیل دیگری باشد؛ بنابراین، اطلاق ادله قبول شهادت، شامل فرض عدم معذوریت شاهد اصل نیز شده و در نتیجه، می‌توان گفت شرط معذور بودن شاهد اصل، نامعتبر بوده و چنین شهادتی، حجیت دارد.

۳-۳. عدم انکار شاهد اصل

انکار شاهد اصل دو فرض دارد؛ یعنی این انکار یا پس از صدور حکم قضایی بر طبق شهادت شاهد فرع صورت می‌گیرد و یا آنکه قبل از صدور حکم حاکم است.

فرض اول: انکار پس از صدور حکم

در فرض اول، انکار شاهد اصل، اثری در حکم ندارد. فقها برای این مطلب به دو دلیل تمسک نموده‌اند؛ برخی همچون آیت‌الله وحید با استدلال به استصحاب، چنین نظری را پذیرفته‌اند (وحید، منهاج الصالحین ۳: ۴۷۱)؛ به این بیان که حکم شرعی به صورت صحیح صادر شده و پس از انکار، شک در صحت آن می‌کنیم که در این صورت، استصحاب صحت آن جاری می‌شود. برخی دیگر از فقها به اطلاق نفوذ حکم حاکم تمسک نموده و معتقدند «ادله نفوذ حکم حاکم، اطلاق داشته و شامل این مورد نیز می‌شود و مادامی که علم به بطلان این حکم ایجاد نشود، به قوت خود باقی است» (علامه حلی، إرشاد الأذهان إلى أحكام الإيمان ۲: ۱۶۵؛ شهید ثانی، حاشیة الإرشاد ۴: ۱۶۴؛ نجفی، جواهر الکلام في شرح شرائع الإسلام ۴۱: ۲۰۴؛ نراقی، مستند الشیعة في أحكام الشریعة، ۸: ۴۰۱؛ طباطبایی قمی، هداية الأعلام إلى مدارك شرائع الأحكام؛ ۳۹۴؛ سبزواری، مهذب الأحكام، ۲۷: ۲۰۷؛ ولنکرانی، تفصیل الشریعة في شرح تحریر الوسیلة - القضاء والشهادات؛ ۵۸۲). مرحوم خویی

نیز این دلیل را این‌گونه تقریر کرده است که «حکم به سبب شهادت بی‌بینه شرعی و مبتنی بر آن صادر شده است؛ لذا با انکار شاهد اصل، نقض نمی‌شود» (مبانی تکملة المنهاج ۴۱: ۱۷۸).

فرض دوم: انکار قبل از صدور حکم

حکم فرض دوم بستگی تامی به پذیرش یا عدم پذیرش شرط دوم دارد. اگر شرط تعذر حضور شاهد اصل را نپذیریم، حکم مسأله در فرض انکار، دائر مدار عدلیت شاهد اصل و یا فرع است. مرحوم آقای خوبی، حضرت آیت‌الله وحید خراسانی و نیز مرحوم فاضل لنکرانی می‌فرمایند: در صورتی که شاهد اصل، عدل باشد، به شاهد فرع، توجهی نمی‌شود؛ اما اگر شاهد فرع، عدل باشد، باید شهادت او پذیرفته شود؛ زیرا متوقف بودن قبول شهادت فرع بر تعذر حضور شاهد اصل، ثابت نبوده و علاوه بر این، روایاتی نیز بر آن دلالت دارد (مبانی تکملة المنهاج ۴۱: ۱۷۸؛ منهاج الصالحین ۳: ۴۷۱؛ تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسیلة - القضاء و الشهادات؛ ۵۸۲ و ۵۸۴)؛ مانند صحیحہ عبد الرحمن و صحیحہ ابن سنان که امام صادق علیه السلام می‌فرماید: «فی رجل شهد علی شهادة رجل فجاء الرجل فقال: إني لم أشهده، قال: تجوز شهادة أعدلهما، وإن كانت عدالتهما واحدة لم تجز شهادته» (عاملی، وسائل الشیعه ۲۷: ۴۰۵) و معتبره عبد الرحمن که می‌فرماید: «قال: سألت أبا عبد الله علیه السلام عن رجل شهد شهادة على شهادة آخر فقال: لم أشهده فقال: تجوز شهادة أعدلهما» (همان). وجه استناد به روایت به این صورت است که اگر شاهد اصل، شهادت شاهد فرع را انکار کند، کسی که عدالت او بیشتر و عدل باشد، شهادت او قبول شده و در صورتی که عدالت آنان مساوی باشد، شهادت‌ها تعارض کرده و ساقط می‌شوند.

اما در صورتی که شرط تعذر حضور شاهد اصل را بپذیریم، در حکم مسأله باید بین صورت تعذرو حضور شاهد اصل، تفصیل دهیم و بنابراین، مسأله دو صورت پیدا می‌کند. صورت اول این است که حضور شاهد اصل، امکان داشته باشد که در این صورت، شهادت شاهد فرع اساساً موضوعی ندارد و با شاهد اصل، تعارضی نخواهد داشت (علامه حلی، إرشاد الأذهان إلى أحكام الإيمان ۲: ۱۶۵؛ نراقی، مستند الشیعة فی أحكام الشریعة ۱۸: ۴۰۲؛ شهید ثانی، حاشیة الإرشاد ۴: ۱۶۳؛ و طباطبایی قمی، هدایة الأعلام إلى مدارك شرائع الأحكام: ۳۹۴).

مرحوم سبزواری نیز معتقد است در صورت انکار، شهادت‌های شاهدان اصل و فرع دارای اشکال است؛ زیرا حجیت شهادت شاهدان اصل با انکار خود آنان از بین می‌رود و در خصوص حجیت شاهدان فرع نیز شک داریم که آیا ادله شهادت بر شهادت شامل آن می‌شود یا خیر؟ اگرچه در روایت صحیح‌السند در این خصوص وجود دارد، اما با این حال، موضوعی برای تعارض وجود ندارد؛ زیرا اعتبار شهادت شاهدان فرع، مشروط به عدم وجود شاهدان اصل است و بنابراین، در صورت حضور شاهدان اصل، نوبت به شاهدان فرع نمی‌رسد و دیگر موضوعی باقی نمی‌ماند تا بحث از رجحان هر یک بر دیگری و عدلیت، مطرح باشد (سبزواری، مهذب الأحكام، ۲۰۶: ۲۷ و ۲۰۷).

صورت دوم آن است که حضور شاهد اصل، امکان نداشته باشد که در این فرض، شهادت شاهد فرع پذیرفته می‌شود. مرحوم نراقی در این خصوص می‌فرماید: «در صورتی که این انکار همراه با تعذر حضور شاهد اصل باشد - مانند اینکه به وسیله خبری که محفوف به قرینه است، فهمیده شود و یا دو شاهد عادل انکار او را بیان کنند - شهادت فرع پذیرفته است؛ زیرا به مقتضای اطلاق روایات، چنین شهادتی پذیرفته بوده و دلیلی بر عدم قبول آن وجود ندارد و به عبارتی، ادله قبول شهادت شاهد فرع اطلاق داشته و شامل این فرض نیز می‌شود» (نراقی، مستند الشیعة فی أحكام الشریعة: ۱۸: ۴۰۲).

خلاصه حکم انکار شاهد اصل چنین بیان می‌شود که انکار شاهد اصل اگر بعد از حکم قضایی صورت پذیرد، اثری ندارد؛ اما اگر این انکار قبل از صدور حکم انجام گیرد، طبق نظری که قبول شهادت شاهد فرع را مشروط به تعذر حضور شاهد اصل نمی‌داند، در این صورت نیز پس از انکار شاهد اصل، باید عدل از شاهدان مورد قبول واقع شود. در فرض تساوی در عدالت نیز شهادت ساقط می‌شود.

۳-۴. نام بردن از شاهد اصل

از جمله شرایط قبولی شهادت فرع این است که شاهد فرع هنگام شهادت نزد قاضی، از شاهد اصل نام ببرد؛ زیرا ممکن است فسق شاهد اصل برای قاضی محرز باشد و یا وی دارای صفتی باشد که موجب رد شهادت وی می‌شود. البته ضرورتی ندارد که تصریح به عدالت و یا اعتراف به صدق شاهد اصل در شهادت کند (شهید ثانی، حاشیة الإرشاد: ۱۶۵؛ علامه حلی، إرشاد الأذهان إلی أحكام

الإيمان ۲: ۱۶۵ و فاضل هندی، كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام ۱۰: ۳۶۷؛ با این حال، صاحب كشف اللثام نقل می‌کند که طبق نظر شیخ مفید، جایز نیست شخصی شهادت بر شهادت دیگری بدهد مگر آنکه بدانند آن شخص، عادل است؛ اما دلیلی بر این سخن نیست و تنها در صورتی شهادت جایز نیست که شخص علم به کذب دیگری داشته باشد (فاضل هندی ۱۰: ۳۶۷).
بنابراین این مسأله چندین صورت پیدامی‌کند:

۱. اینکه هر دو شاهد فرع، نام شاهد اصل را ذکر کنند و تصریح به عدالت آنان کنند که در این صورت، شهادت فرع پذیرفته می‌شود.

۲. هر دو شاهد فرع، نام شاهد اصل را ذکر کنند، اما عدالت آنها را بیان نکنند که در این صورت، قاضی باید نسبت به شاهدان اصل، تحقیق کرده و طبق نتیجه آن حکم کند.

۳. هر دو شاهد فرع، عدالت شاهدان اصل را بیان کنند، اما نامی از آنان را ذکر نکنند که در این صورت، شهادت آنان مورد قبول نیست (طوسی، المبسوط في فقه الإمامية ۸: ۲۳۴ و ابن ادریس حلی، السرائر الحاوي لتحرير الفتاوى ۲: ۱۲۹)؛ زیرا ممکن است آنان با این گمان که شاهدان عادل هستند، اقدام به شهادت کرده باشند؛ در حالی که جهل مرکب به این موضوع داشته و گمان آنان باطل بوده است؛ به عبارت دیگر، ممکن است در نظر شاهدان فرع، عدالت معنای خاصی غیر از آنچه در شریعت معتبر است، داشته باشد. (فاضل هندی، كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام ۱۰: ۳۶۶ و ۳۶۷؛ و تبریزی، أسس القضاء والشهادة: ۵۷۶).

با این بیان، یکی از شرایط صحت شهادت بر شهادت، نام بردن شاهد اصل است؛ گرچه تصریح به عدالت آنان لازم نیست.

۳-۵. شهادت بر شیء واحد

یکی دیگر از شرایط قبولی شاهدان فرع، شهادت بر شیء واحد است؛^۱ هر چند از لحاظ لفظ، متفاوت باشند. بنابراین اگر یکی از آنان شهادت بر بیع دهد و دیگری شهادت بر اقرار به بیع دهد، بیع ثابت نمی‌شود. به همین منوال، اگر در زمان و متعلق آن نیز اختلاف داشته باشند، شهادت

۱. لازم به ذکر است که این شرط، از شرایط اختصاصی قبول شهادت بر شهادت نبوده و از شرایط عمومی پذیرش مطلق شهادت و بیینه است.

نافذ نخواهد بود؛ مانند اینکه یکی شهادت بر بربع در شهری خاص دهد و دیگری شهادت بر بربع در شهر دیگر دهد و یا یکی از آنان شهادت بر سرقت یک دینار و دیگری شهادت بر سرقت یک درهم دهد (نجفی، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام ۴۱: ۲۱۱؛ علامه حلی، إرشاد الأذهان إلى أحكام الإيمان ۲: ۱۶۷؛ شهید ثانی، حاشیة الإرشاد ۴: ۱۷۵؛ سبزواری، مهذب الأحكام، ۲۷: ۲۰۸؛ فیاض، منهاج الصالحین، ۳: ۲۷۳؛ خویی، مبانی تکملة المنهاج ۴۱: ۱۷۹؛ لنکرانی، تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسيلة - القضاء والشهادات: ۵۸۵ و وحید خراسانی، منهاج الصالحین ۳: ۴۷۱).

۳-۶. همراهی شهادت با یکی از اسباب جواز تحمل و اداء شهادت بر شهادت

اسباب تحمل شهادت بر شهادت به سه صورت بیان شده است: ۱. استدعاء؛ ۲. استماع شهادت توسط شاهدان فرع؛ ۳. شهادت اصل با ذکر سبب آن. از میان این سه صورت، صورت اول مورد قبول همه فقها بوده و صورت دوم و سوم نیز اختلافی است که به صورت تفصیلی به آنها خواهیم پرداخت. ۱. استدعاء: یعنی شاهد اصل از شاهد فرع درخواست کند که طبق شهادت او شهادت بدهد؛ به عنوان مثال، بگوید: «شهادت می‌دهم درهمی برای فلانی بر ذمه فلانی است» و بر این شهادت من شهادت بدهد. این نوع شهادت به دلیل وجود درخواست در آن، استدعاء نامیده شده است. این حالت رافقهایی همچون شیخ طوسی مطرح کرده‌اند و به عقیده برخی نیز اعلی مراتب تحمل شهادت بر شهادت، همین صورت است (طوسی، المبسوط فی فقه الإمامیة ۸: ۲۳۲؛ محقق حلی، شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام ۴: ۱۲۸؛ علامه حلی، إرشاد الأذهان إلى أحكام الإيمان ۲: ۱۶۴؛ شهید ثانی، حاشیة الإرشاد ۴: ۱۵۹؛ جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام ۴۱: ۱۹۵ و ۱۹۶ و شهید اول، الدروس الشرعیة فی فقه الإمامیة ۲: ۱۴۲). مرحوم نراقی، نظر مرحوم اسکافی را این گونه بیان می‌کند: «فقط در صورت اول، صحیح بوده و در صورت دوم و سوم، جایز نیست و مشهور فقها در یک صورت نظرشان بر عدم صحت تحمل شهادت است و آن در صورتی است که شاهد اصل بگوید: «شهادت می‌دهم که بر ذمه فلانی، فلان چیز است» بدون اینکه درخواست کرده و یا در محکمه بوده و یا سببی ذکر کرده باشد» (نراقی، مستند الشیعة فی أحكام الشریعة ۱۸: ۳۹۷).

۲. استماع شهادت توسط شاهدان فرع؛ یعنی شاهد فرع بشنود که شاهد اصل نزد قاضی به حق

شهادت می‌دهد که در این صورت، می‌تواند نسبت به آن اداء شهادت کند. این حالت را نیز برخی دیگر از فقها پذیرفته‌اند (طوسی، المبسوط في فقه الإمامية ۸: ۲۳۲؛ محقق حلی، شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام ۴: ۱۲۸؛ علامه حلی، إرشاد الأذهان إلى أحكام الإيمان ۲: ۱۶۴؛ شهید ثانی، حاشیة الإرشاد ۴: ۱۵۹؛ نجفی، جواهر الکلام في شرح شرائع الإسلام ۴۱: ۱۹۵ و ۱۹۶ و شهید اول، الدروس الشرعية في فقه الإمامية ۲: ۱۴۲).

۳. شهادت اصل با ذکر سبب آن؛ یعنی شاهد اصل، شهادت به حق داده و سبب وجوب آن را نیز بیان کند؛ مانند اینکه بگوید: «شهادت می‌دهم که هزار درهم به دلیل خرید خانه برای فلانی بر ذمه فلانی است». این فرض را نیز گروهی از فقها پذیرفته‌اند (طوسی، المبسوط في فقه الإمامية ۸: ۲۳۲؛ علامه حلی، إرشاد الأذهان إلى أحكام الإيمان ۲: ۱۶۴؛ شهید ثانی، حاشیة الإرشاد ۴: ۱۵۹ و نجفی، جواهر الکلام في شرح شرائع الإسلام ۴۱: ۱۹۵ و ۱۹۶).

بنابراین اگر شهادت بر شهادت غیر از سه صورت فوق باشد، شاهد فرع، متحمل شهادت شاهد اصل نخواهد بود؛ زیرا چنین شهادتی بر مبنای علم نخواهد بود. مانند صورتی که شاهد فرع بشنود که شاهد اصل چنین می‌گوید: «أشهد أن لفلان بن فلان على فلان بن فلان، ألف درهم» (طوسی، المبسوط في فقه الإمامية ۸: ۲۳۲؛ محقق حلی، شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام ۴: ۱۲۸؛ علامه حلی، إرشاد الأذهان إلى أحكام الإيمان ۲: ۱۶۴؛ شهید ثانی، حاشیة الإرشاد ۴: ۱۵۹؛ و نجفی، جواهر الکلام في شرح شرائع الإسلام ۴۱: ۱۹۵ و ۱۹۶).

از مجموع ۶ شرط ذکر شده در کتب فقهی، ۵ شرط مورد قبول واقع شد و در مواردی که شهادت بر شهادت، مبنای صدور حکم قرار گیرد، باید این شرایط وجود داشته باشد و قاضی مربوطه آنها را احراز نماید؛ در غیر این صورت، چنین شهادتی مورد قبول نبوده و نمی‌تواند مبنای حکم قرار گیرد.

۴. بررسی حقوقی شهادت بر شهادت

در بررسی قوانین موجود کشور، نکاتی در خصوص موضوع پژوهش به دست آمده است که به صورت مختصر به آنها اشاره می‌گردد:

• در قوانین کشور ما، بحث شهادت بر شهادت در قانون مجازات اسلامی در مواد ۱۸۸، ۱۸۹

و ۱۹۰، در قانون آیین دادرسی کیفری در تبصره ۲ ماده ۱۱۹ و ماده ۲۳۱ آیین دادرسی مدنی مورد اشاره قرار گرفته است. تبصره ۲ م ۱۱۹ قانون آیین دادرسی کیفری نیز بیان می‌دارد که در صورتی که شهادت بر شهادت، مستند رأی دادگاه باشد، استماع آن توسط قاضی صادرکننده رأی، الزامی است.

- قانون‌گذار در ماده ۱۸۹ قانون مجازات اسلامی، نظریه غالب فقها را صحیح دانسته و بیان می‌دارد که شهادت بر شهادت در جرایم موجب حد و تعزیر، صحیح نبوده و در قصاص، دیه و ضمان مالی جاری است و این ماده در واقع، عبارت دیگری از شهادت بر شهادت در حقوق‌الله و حقوق‌الناس است و اشاره شد که این نوع شهادت در حقوق‌الله جایز نبوده و در حقوق‌الناس، قابل قبول است؛ هرچند برخی فقهای این شهادت را فقط در دیون، املاک و عقود، جاری می‌دانند.

- یکی از خلأهای قانونی در این خصوص، عدم اشاره به شهادت بر شهادت توسط بانوان بوده و در حالی که در موارد فراوانی ممکن است شاهد مورد نظر، زن باشد، موضع تقنینی قانون‌گذار در این خصوص روشن نیست. البته می‌توان با مراجعه به ماده ۱۶۷ قانون اساسی، حکم فقهی این فرض را نیز به دست آورد؛ اما با توجه به عدم وجود سیستم یکپارچه در محاکم قضایی، این موضوع باعث صدور آراء گوناگون در پرونده‌های مختلف قضایی خواهد شد. البته می‌توان گفت در این خصوص، قانون به عمومات شهادت اکتفاء کرده و نیازی به تکرار آن ندیده است.

- در خصوص شرایط پذیرش شهادت بر شهادت نیز طبق ماده ۲۳۱ آیین دادرسی مدنی، در کلیه دعاوی که جنبه حق‌الناسی - اعم از جزایی و مدنی، مالی و غیر آن - داشته باشد، در صورتی که حضور شاهد اصلی، متعذر یا متعسر باشد، شهادت بر شهادت شاهد اصلی، مسموع خواهد بود؛ مانند اینکه در بحث سرقت، جنبه مالی آن توسط شاهد فرع، قابل اثبات است. همچنین ماده ۱۸۸ قانون مجازات اسلامی، به تعذر حضور شاهد اصل، اشاره نموده و نظریه غالب فقها را پذیرفته است؛ در حالی که نظر دیگر، چنین شرطی را معتبر و صحیح ندانسته و آن را رد نمود.

- تبصره ۲ ماده ۱۸۸ نیز اشاره به شهادت بر شهادت شاهد فرع داشته و می‌گوید چنین شهادتی، صحیح نیست؛ هرچند این ماده مطابق یکی از اقوال در این مسأله است، اما در مباحث گذشته ثابت شد که چنین شهادتی صحیح است.

• در خصوص انکار شاهد اصلی نیز قانون‌گذار در ماده ۱۹۰ قانون مجازات اسلامی، طبق نظر مشهور فقها عمل نموده است. این ماده فروض مختلفی را شامل می‌شود که پیش از این به بحث گذاشته شد؛ ولی قانون‌گذار فقط دو فرض را بیان نموده و نظریه مشهور را در این خصوص پذیرفته است. در این مورد، برخی فقها معتقدند در صورت انکار شهادت فرع توسط شاهد اصل، اگر شاهد اصلی غایب بوده و انکار او توسط دو شاهد عادل بیان شود، شهادت فرع صحیح بوده و اعتنائی به این انکار نمی‌شود.

• یکی دیگر از خلأهای قابل مشاهده در قانون فعلی کشور، عدم اشاره به أداء شهادت به سبب یکی از اسباب آن است که یکی از شرایط اساسی صحت شهادت بر شهادت است.

نتیجه

شهادت بر شهادت در حدود جایز نیست؛ اما در حقوق الناس مطلقاً و در سایر احکام شرعی الهی و عیوب زنان که غالباً دیگران نمی‌توانند نسبت به آن علم پیدا کنند، پذیرفته می‌شود. شهادت زنان به عنوان شاهد فرع نیز طبق نظر مشهور فقها، جایز نیست.

فقها صحت شهادت بر شهادت را مشروط به شش شرط دانسته‌اند که عبارتند از: ۱. به تعداد هر شاهد اصل، دو شاهد فرع وجود داشته باشد؛ ۲. شاهدان فرع از شاهدان اصل نام برده و تصریح به عدالت آنان کنند؛ ۳. حضور شاهد اصل امکان پذیر نبوده یا مشقت داشته باشد و یا شاهد اصل، غایب باشد؛ ۴. شاهد اصل، شاهد فرع را انکار نکند؛ ۵. شهادت بر شیء واحد صورت پذیرد و ۶. شهادت به سبب یکی از اسباب صحت شهادت فرع اقامه شود که عبارتند از: استدعاء، شنیدن شاهد فرع و بیان سبب وجوب حق توسط شاهد اصل. از میان این شروط شش‌گانه، شرط تعذر حضور شاهد اصل هنگام شهادت مورد قبول واقع نشده و صحیح به نظر نمی‌رسد و قانونگذار نیز باید این شرط را از ماده ۱۸۸ قانون مجازات حذف کند.

همچنین قانونگذار شهادت بر شهادت شاهد فرع را نپذیرفته است؛ اما به نظر می‌رسد این نظر نیز صحیح نبوده و باید چنین شهادتی نیز پذیرفته شود. برخی دیگر از شروط نیز اگرچه مورد قبول است، اما در چگونگی شرطیت آن اختلاف وجود دارد؛ مانند عدم انکار شاهد فرع توسط شاهد اصل.

فهرست منابع

قرآن کریم

۱. ابن بابویه (شیخ صدوق)، محمد بن علی. من لا یحضره الفقیه، چاپ دوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۳ ق.
۲. ابن براج طرابلسی، عبد العزیز. المهذب (لابن البراج)، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۰۶ ق.
۳. تبریزی، جواد بن علی. أسس القضاء والشهادة، چاپ اول، قم: دفتر آیت الله تبریزی، بی تا.
۴. حلّی، ابن ادریس، محمد بن منصور بن احمد. السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، چاپ دوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۰ ق.
۵. حلّی، جمال الدین، احمد بن محمد اسدی. المهذب البارع فی شرح المختصر النافع، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۰۷ ق.
۶. حلّی، نجم الدین، جعفر بن حسن، (محقق حلّی). شرائع الإسلام فی مسائل الحلال والحرام، چاپ دوم، قم: مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۰۸ ق.
۷. خوبی، سید ابوالقاسم موسوی. مبانی تکملة المنهاج، چاپ اول، قم: مؤسسه احیاء آثار الإمام الخوئی، ۱۴۲۲ ق.
۸. سبزواری، سید عبد الأعلى. مهذب الأحكام (للسبزواری)، چاپ چهارم، قم: مؤسسه المنار، ۱۴۱۳ ق.
۹. شهید اول، محمد بن مکی عاملی. الدروس الشرعية فی فقه الإمامیة، چاپ دوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۷ ق.
۱۰. شهید ثانی، زین الدین بن علی عاملی. حاشیة الإرشاد، چاپ اول، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، ۱۴۱۴ ق.
۱۱. طباطبایی قمی، سید تقی. هداية الأعلام إلى مدارك شرائع الأحكام، چاپ اول، قم: انتشارات محلاتی، ۱۴۲۵ ق.
۱۲. طوسی، محمد بن حسن. الاستبصار فیما اختلف من الأخبار، چاپ چهارم، تهران: دارالکتب الإسلامیة، ۱۴۰۷ ق.
۱۳. ----- الخلف، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۰۷ ق.
۱۴. ----- المبسوط فی فقه الإمامیة، چاپ سوم، تهران: المكتبة المرتضویة

- لإحياء الآثار الجعفرية، ١٣٨٧ ق.
١٥. عاملي، محمد بن حسن (شيخ حر عاملي). وسایل الشيعه، چاپ اول، قم: موسسه آل البيت عليه السلام، ١٤٠٩ ق.
١٦. علامه حلّي، حسن بن يوسف بن مطهر اسدي. إرشاد الأذهان إلى أحكام الإيمان، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامي وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم، ١٤١٠ ق.
١٧. ----- . مختلف الشيعة في أحكام الشريعة، چاپ دوم، قم: دفتر انتشارات اسلامي وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم، ١٤١٣ ق.
١٨. فياض كابلّي، محمد اسحاق. منهاج الصالحين (للفياض)، بی تا.
١٩. فاضل هندی، محمد بن حسن. كشف اللثام والإيهام عن قواعد الأحكام، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامي وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم، ١٤١٦ ق.
٢٠. فيض كاشاني، محمد محسن ابن شاه مرتضى. الوافي، چاپ اول، اصفهان: كتابخانه امام اميرالمؤمنين علي عليه السلام، ١٤٠٦ ق.
٢١. لنكراني، محمد فاضل موحدی. تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء والشهادات، چاپ اول، قم: مركز فقهی ائمه اطهار عليه السلام، ١٤٢٠ ق.
٢٢. نجفی، محمد حسن. جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام، چاپ هفتم، بيروت: دار إحياء التراث العربي، ١٤٠٤ ق.
٢٣. نراقي، مولی احمد بن محمد مهدي. مستند الشيعة في أحكام الشريعة، چاپ اول، قم: مؤسسه آل البيت عليه السلام، ١٤١٥ ق.
٢٤. نوری، حسين بن محمد تقی. مستدرک الوسائل و مستنبط الوسائل، چاپ اول، قم: موسسه آل البيت عليه السلام، ١٤٠٥ ق.
٢٥. وحيد خراسانی، حسين. منهاج الصالحين (للوحد)، چاپ پنجم، قم: مدرسه امام باقر عليه السلام، ١٤٢٨ ق.

اطلاع رسانی علمی

رسائل

مجله فقهی - حقوقی مجتمع فقه، حقوق و قضای اسلامی

سال نهم - شماره اول - پیاپی یازدهم - پاییز و زمستان ۱۴۰۲

صفحات ۱۵۱ تا ۱۷۵

علیرضا غلامی*

saeed13gholami@gmail.com

نشست علمی «موضوع شناسی پژوهش های فقهی - حقوقی دستگاه قضا»

مقدمه

نشست علمی «موضوع شناسی پژوهشی فقهی - حقوقی دستگاه قضا» با حضور دکتر سیدبهبزاد پورسید قائم مقام رئیس سابق پژوهشگاه قوه قضائیه، توسط مدرسه عالی قضاوت برگزار شد. دکتر پورسید در ابتدای این نشست به معرفی اجمالی پژوهشگاه قوه قضائیه و بیان وظائف و فعالیت های این مرکز پرداختند. سپس چالش های پژوهشی در عرصه فقهی - حقوقی و قضایی و نیز چالش هایی که نظام حقوقی ایران با آن مواجه است را مورد بررسی قرار دادند. وی در ادامه، موضوع شناسی در مسایل فقهی - حقوقی را به دو نوع پسینی و پیشینی تقسیم کردند و به طور خلاصه به بیان بایسته های تحقیق و پژوهش خصوصاً در مسائل قضایی پرداختند. دکتر پورسید در بخش پایانی این نشست به معرفی برخی موضوعات پژوهشی در نظام های مختلف حقوقی مانند نظام حقوقی قراردادها، نظام حقوقی خانواده و ... پرداختند. در این شماره، به موضوعات فقهی - حقوقی مورد نیاز در دستگاه قضا اشاره شده است.

* فارغ التحصیل مدرسه عالی قضاوت و طلبه سطح عالی حوزه علمیه قم.

۱. بسیاری از گزارش های پژوهشگاه در سایت پژوهشگاه قوه قضائیه به آدرس www.ijri.ir موجود است. همچنین می توان حدود چهل هزار رأی را در بانک داده های آرای قضایی در بخش سامانه آراء و رویه های قضایی این سایت جستجو کرده و به آن ها مراجعه کرد. در حال حاضر آراء سال های ۹۱ تا ۹۳ در این سامانه موجود است و به زودی آراء مربوط به سال های ۹۴ و ۹۵ هم در سامانه بارگزاری خواهد شد. این چهل هزار رأی از حدود یک و نیم میلیون رأی قرائت شده، انتخاب شده و چکیده و کلیدواژه های آن نوشته شده است. البته در برخی موارد مستندسازی هم انجام گرفته است. همچنین یک طرح درختواره وجود دارد که می توان آراء را به صورت دسته بندی در آن ملاحظه کرد و در هر موضوع ارتباط بین موضوعات حقوقی، کیفی و غیره را برقرار کرد.

۱. محورها و موضوعات

در این بخش به محورها و موضوعات مورد ابتلاء دستگاه قضا که قابلیت تمرکز علمی و انجام کار پژوهشی بر آنها وجود دارد پرداخته می‌شود.

۱.۱. محور اول: حقوق و عدالت

این بحث از منظر فلسفه حقوق قابل توجه است که آیا در حوزه تقنین و قضا تکلیفی بر اجرای عدالت داریم یا خیر؟ در این زمینه تئوری‌های متعددی وجود دارد؛ برخی معتقدند تکلیف در حوزه تقنین و قضا حفظ نظم اجتماعی است و هیچ ربطی هم به عدالت ندارد. برخی هم معتقدند که هم در تقنین و هم در قضا وظیفه مراعیت و حفظ عدالت است. طبق برخی از تئوری‌های افراطی هر آنچه که در قانون آمد، عدالت است. این که کدام یک از این تئوری‌ها مورد پذیرش واقع شود و چه نگاهی باید حاکم باشد، بسیار مهم است.

بسیاری از مباحث ماهوی نظیر مشروعیت قوانین، ماهیت قوانین، نسبت عدالت و قوانین، ارتباط حقوق اسلامی و جهان بینی و... قابل طرح است ولی به بحث از تبیین جایگاه عدالت در نظام حقوقی کشور می‌پردازیم. بحث از این که آیا اصول حقوقی ما باید از عدالت تبعیت کند یا خیر؟ مثلاً در قوانینی مانند حمایت از مصرف کننده و قانون موجر و مستاجر، حمایت از حقوق مؤلفین و مصنفین، آیا به دنبال عدالت هستیم؟ قوانین موجر و مستاجر از قبل از انقلاب گاهی افراطی و گاهی تفریطی تدوین شده است. گاهی اوقات قانون را به نفع موجر نوشته‌ایم و گاهی اوقات به نفع مستاجر. گاهی مشکل این بوده است که مستاجرین و تقاضا زیاد است و لذا موجرین زور می‌گفته‌اند، بنابراین قانونگذار قانون را به نفع مستاجر تنظیم کرده است، در برخی از اوقات نیز برای ترغیب موجر، قانون را به نفع موجر تنظیم کرده است. این روند در قانون‌های سال‌های ۵۶ و ۶۲ و ۷۶ مشخص است. در قانون ۷۶ نظام موجر و مستاجر را به حقوق مدنی و نظام فقه نزدیک کردیم اما مشکل حل نشد.

ضابطه عدالت در قانون چیست؟ چگونه یک قانون عدالت را تضمین کرده است؟ چگونه می‌توان این تضمین عدالت را ارزیابی کرد؟ بحث از عدالت در برخی از موضوعات شکلی هم مطرح

است. مثلاً در قانون آیین دادرسی مدنی که یک قانون شکلی است مواردی نظیر مرور زمان وجود دارد. پرسش اینجا است که آیا مرور زمان به نفع مردم است و موجب تضمین حقوق آنها می شود یا خیر؟ پس گاهی اوقات نگاه ماهوی و گاهی نگاه شکلی به عدالت داریم. برای روشن شدن بحث دو مثال مطرح می کنیم.

۱.۱.۱. مثال اول: اعتبار سند رسمی

در کشور ما چندین سال است که موضوع سند رسمی تبدیل به مشکل نظام حقوقی شده است. این مسئله در مواد ۴۷ و ۴۸ قانون ثبت^۱ و ۱۳۰۹ قانون مدنی^۲ که شورای نگهبان آن را خلاف شرع اعلام کرد، مطرح شده است. آیا اساساً برای این که کسی را مالک بشناسیم باید سند رسمی داشته باشد و یا این که سند عادی هم کفایت می کند؟ در قبل از انقلاب به نظم اجتماعی بها داده شد و ملکیت کسی که سند رسمی ندارد به رسمیت شناخته نشد، اما بعد از انقلاب با این مشکل مواجه شدیم که بسیاری از معاملات مردم قول نامه ای است. بسیاری از دعاوی که الان در دادگستری مطرح است مبتنی بر همین دعاوی است که مستند آن قول نامه است. اگر مواد ۴۷ و ۴۸ قانون ثبت را مبنا قرار دهیم باید همه این دعاوی را رد کنیم و به دلیل این که سند رسمیت ندارند، قرار عدم استماع صادر کنیم. از سوی دیگر، به دلیل این که بیع واقع شده پس باید ملکیت هم واقع شده باشد و باید همه این دعاوی رسیدگی شود. بحث عالم ثبوت و اثبات است. در واقع باید دید آیا عالم اثبات فقط اثر شکلی دارد و یا اینکه اثر ماهوی هم دارد؟ نیز تاثیر ثبت و تنظیم سند رسمی در حصول مالکیت چیست؟

یکی از چالش های ما در نظام بین المللی در بحث ارزیابی سهولت کسب و کار، بحث از شاخص های حقوق مالکیت است. در دنیا نظام های قضایی بر مبنای حمایت از مالکیت مورد سنجش قرار می گیرد و ما در ایران به دلیل اینکه دعاوی مالکیت را خارج از سند رسمی می پذیریم،

۱. ماده ۴۷: در نقاطی که اداره ثبت اسناد و املاک و دفاتر اسناد رسمی موجود بوده و وزارت عدلیه مقتضی بداند ثبت اسناد ذیل اجباری است: ۱- کلیه عقود و معاملات راجعه به عین یا منافع اموال غیرمنقوله که در دفتر املاک ثبت نشده ۲- صلح نامه و هبه نامه و شرکت نامه.

ماده ۴۸: سندی که مطابق مواد فوق باید به ثبت برسد و به ثبت نرسیده، در هیچ یک از ادارات و محاکم پذیرفته نخواهد شد. ۲. ماده ۱۳۰۹: در مقابل سند رسمی یا سندی که اعتبار آن در محکمه محرز شده دعوی که مخالف با مفاد یا مندرجات آن باشد به شهادت اثبات نمی گردد.

در استانداردهای بین المللی رتبه فوق العاده پایینی داریم و در دنیا معتقدند که نظام حقوقی ما تضمین مالکیت نمی‌کند چرا که دعوی خلاف سند رسمی را استماع می‌کنیم. بعد از بیان این مقدمه به شما به عنوان یک پژوهشگر می‌گوییم که چالش نظام قضایی در این زمینه دو چیز است:

۱. افزایش تعداد پرونده‌های حقوقی مبتنی بر دعوی مالکیت.

۲. عدم اعتبار ویژه سند رسمی نسبت به سایر ادله.

عدم اعتبار سند رسمی نسبت به سایر ادله، مطابق نظر شورای نگهبان و در ذیل ماده ۱۳۰۹ است. سابقاً ماده ۱۳۰۹ بیان می‌داشت که نمی‌توان با شهادت شهود، امری خلاف سند رسمی را اثبات کرد ولی شورای نگهبان این ماده از قانون مدنی را خلاف شرع اعلام کرده است. پس سند رسمی نسبت به شهادت شهود هیچ ارزش ویژه‌ای ندارد و هم عرض همه ادله قرار می‌گیرد. آیا این امر درست است یا خیر؟ آیا عدالت، تضمین مالکیت فرد است و یا این که عدالت ایجاد نظم حقوقی و اعتبار بخشیدن به سند رسمی و کاهش دعوی مالکیت است؟ رویکرد ما چیست و نظام قضایی ما چه کاری باید انجام دهد؟ بدون تعارف، تکلیف ما در این مسئله روشن نیست. آقای لاریجانی در یک جلسه به صراحت این پرسش را مطرح کردند که تکلیف ما در دعوی سند رسمی چیست؟ پاسخ به این پرسش به رویکرد ما برمی‌گردد که عدالت در نظم حقوقی است یا تضمین حقوق مالکیت.

۲.۱.۱. مثال دوم: قطعیت احکام

مراحل دادرسی در نظام دادرسی ما عبارتند از: رسیدگی بدوی، رسیدگی تجدیدنظر، و خواهی در دعوی غیابی، اعاده دادرسی، فرجام خواهی، فرجام خواهی خاص از طریق دادستان و یک اعاده دادرسی خاص که عبارت است از اعتراض به حکم بر اساس عنوان خلاف شرع یا قانون از طریق رئیس قوه قضائیه که ماده ۴۷۷ قانون آیین دادرسی کیفری به آن اشاره می‌کند.

معمولاً برای اینکه یک پرونده قطعیت پیدا کند، تمام این موارد در آن طی می‌شود. به همین دلیل فرآیند رسیدگی طول می‌کشد و در حال حاضر اطاله دادرسی یکی از مسائل جدی در کشور ما

است. اطاله دادرسی یعنی یک پرونده از صفر تا صد برای اینکه من بتوانم به عنوان صاحب حق، از تضمین حق خودم از طریق اجرای احکام برخوردار بشوم، تمام فرآیندهای تعریف شده را طی کند که بسیار زمان بر است. به عبارت دیگر قبل از اتمام این مراحل، احکام می‌تواند غیر قطعی باشد و مورد اعتراض قرار گرفته و اجرا نشود. در این جا سوال این است که آیا عدالت تسریع در رسیدگی احقاق حقوق مردم است و یا این که عدالت این است که فرد به حق خود برسد ولو این که یک پرونده ده سال به طول انجامد؟ باید بین این دو، یک نظر را انتخاب کنیم؟ آیا عدالت در عدم قطعیت است و یا در امکان اعتراض و یا این که قطعیت و عدم قطعیت دایر مدار قاضی منصوب یا مأذون است؟ بدین صورت که رای قاضی منصوب را قطعی بدانیم اما در مورد قاضی مأذون همیشه می‌توان اعتراض کرد؟ غربی‌ها یک تئوری به نام انتخاب عمومی^۱ دارند. باید دید در مقام انتخاب عمومی، اقتضای عدالت، انتخاب کدام یک از این موارد است؟

رویه قضایی در این مسئله بسیار مختلف است. بسیاری از قضات بر اساس مواد ۴۷ و ۴۸ و بسیاری از قضات بر اساس ۱۳۰۹ رای می‌دهند. این اختلاف آرا به دلیل مخدوش بودن نظام تقنین است. یکی از چالش‌های جدی ما، کمی نقش آفرینی دیوان عالی کشور به عنوان رای وحدت رویه است. به کزات با این تعارض آرا مواجه می‌شوید که نیازمند حضور و تاثیرگذاری جدی دیوان عالی کشور هستیم. در طول ۱۳ سال گذشته دیوان عالی کشور کمتر از ۷۰ رای صادر کرده است در حالی که وظیفه دیوان عالی کشور، ارتقا آراء و ایجاد وحدت رویه است. این میزان بسیار کم است و بدین معناست که دیوان عالی کشور باید جدی‌تر به وظیفه خود عمل کند. با این تعداد رای وحدت رویه مشکل تعارض آرا حل نمی‌شود. این اختلاف و تعدد آراء باعث فساد می‌شود؛ چون وکلا در ارجاع آراء به شعبه‌های خاص نقش آفرینی می‌کنند تا پرونده خود را به شعبه‌ای که رای را مطابق با نظر وکیل است ارجاع دهند. برای این کار قبل از تلاش برای ارجاع پرونده سعی می‌کنند تا از رویه‌ای که قاضی شعبه بر اساس آن رای می‌دهند مطلع شوند و بعد تمام تلاش خود را برای ارجاع پرونده به آن شعبه انجام می‌دهند. این مسئله که یک پرونده در یک شعبه یک رای بگیرد و در شعبه دیگر رأی

۱. Public Choice

دیگری بگیرد قطعاً عدالت نیست. قضات انگلیس گاهی به رای یک قاضی در سیصد سال پیش استناد می‌کنند، یعنی خود قضات رویه ایجاد می‌کنند، یعنی قاضی سعی می‌کند نظر خود را با قاضی سابق تطبیق دهد در حالی که قاضی فعلی ما می‌گوید نظر من است و این امر موجب تعدد و تعارض آراء قضایی می‌شود.

در حال حاضر در این مسئله با مشکل تعارض قوانین مواجه هستیم. برخی از قضات مواد ۴۷ و ۴۸ را اجرا می‌کنند و برخی معتقدند این دو ماده منسوخ هستند. این در حالی است که در مجموعه قوانین آمده است که طبق نظریه شورای نگهبان ماده ۱۳۰۹ حذف شده است. دکتر کاتوزیان معتقدند شورای نگهبان صلاحیت اعمال نظر در مورد قوانین قبل از انقلاب را ندارد. قبل از اصلاحات قانون اساسی در سال ۶۸ شورای عالی قضایی بخش نامه‌ای برای قضات ارسال کرد بدین مضمون که اگر شورای نگهبان قانونی را خلاف شرع اعلام کرده باشد، قضات مکلف به تبعیت نیستند مگر این که شورای عالی قضایی به آنها ابلاغ کرده باشد. این امر حاکی از این است که نظریه دکتر کاتوزیان مسبوق به سابقه است و شورای عالی قضایی هم در صلاحیت شورای نگهبان در مورد قوانین قبل از انقلاب تردید داشته‌اند. برخی دیگر معتقدند که این موارد مشروع است تا زمانی که شورای نگهبان اعلام نظر کند. این مورد از جمله مشکلات حقوقی است که باید حل شود.

۲.۱. محور دوم: حقوق و اخلاق

یکی دیگر از مشکلات مبنایی ما این است که رابطه حقوق و اخلاق در کشور ما آنطور که شایسته است، مشخص نیست. یکی از بحث‌های جدی ما در این حوزه مربوط به مسئولیت‌های حرفه‌ای است. سوالی که در مورد افرادی نظیر پزشکان، پرستاران، وکلا، خبرنگاران، مشاوران، مهندسی‌نظر و حسابداران مطرح می‌شود این است که آیا وظیفه آنها با وظیفه فرد عادی یکی است؟ مثلاً اگر حال کسی در خیابان بد شود، آیا پزشک هم مانند فرد عادی می‌تواند بدون رسیدگی از کنار این فرد بگذرد؟ در نظام‌های غربی یک سری کدهای رفتاری 'نوشته‌اند برای این که افراد یک سری الزامات اخلاقی در یک سری حرفه‌ها دارند. مانند این که پزشک، امین اسرار مریض است. آیا ما

تکلیف این مسئولیت‌های حرفه‌ای را در نظامات حقوقی خود روشن کرده‌ایم؟
در زمان خصوصی‌سازی یک شرکت، وزارت اقتصاد به وکلا و حسابداران تکلیف کرده است که اطلاعات مالی این شرکت را شفاف کنند. در این صورت اگر حسابداری اطلاعات غلط بدهد و ما براساس این اطلاعات غلط و تصور اینکه شرکت خیلی سودآور است، اقدام به خرید آن کنیم اما در ادامه مشخص شود که زیان انباشته دارد؛ آیا چنین فردی که مسئولیت حرفه‌ای دارد با کسی که خبر را در روزنامه منتشر می‌کند، از یک مسئولیت برابر برخوردارند؟ در واقع حسابدار اطلاعات مالی شرکت را داشته ولی با این وجود ما را فریب داده است اما فرد دیگر تنها خبر را منتشر کرده است. در حال حاضر بحث مسئولیت‌های حرفه‌ای در دنیا به شدت در حال گسترش است در حالی که ما درباره آن غفلت کرده‌ایم.

بحث کارکردهای اخلاق در حقوق، بسیار مسئله مبنایی و مهمی است، چرا که بسیاری از تعهداتی که امین، وکیل، وصی، ولی، قیم و صاحبان مشاغل و حرفه‌های مختلف دارند، تعهدات اخلاقی است. این مسئله، ضرورت پرداختن به تبیین رابطه بین حقوق و اخلاق و اخذ مبنای صحیح در این مسئله را روشن می‌سازد.

تأثیرات اخلاق اجتماعی در قانون‌گذاری

موضوع تأثیرات اخلاق اجتماعی در قانون‌گذاری یکی از چالش‌های ماست. مثلاً در زمان اصلاح قانون حمایت از خانواده با یک بحث جدی مواجه شدیم. در این قانون بیان شده بود که افراد حق ازدواج با فرزندخوانده را ندارند. شورای نگهبان این موضوع را خلاف شرع اعلام کرد و بیان کرد در این جا رابطه محرمیت وجود ندارد تا مانع ازدواج شود. ممکن است بگوییم این نظر از جهت فقهی درست است اما بحث اخلاقی و اجتماعی هم مطرح است. بر این اساس آیا به مصلحت است که کسی که فرزندی را به فرزندخواندگی می‌گیرد در ادامه با او ازدواج کند؟ در این صورت رابطه‌ای که این دو در طول فرزندخواندگی دارند مبتنی بر چیست؟ آیا امکان دارد فرد به طمع ازدواج آتی، این شخص را به فرزندخواندگی درآورد؟ آیا امکان دارد که نوع رفتارش با شخص را با نگاه‌های دیگری تنظیم کند؟ این نوع از مباحث مربوط به اخلاق اجتماعی است. آیا اخلاق اجتماعی در نظیر این

موارد می‌تواند برای ازدواج با فرزندخوانده محدودیت‌هایی را اقتضا کند؟ این مسئله قابل تاملی است که آیا مالزماً می‌توانیم چنین مواردی را از ادله حقوقی استنباط کنیم؟

به عنوان مثال دیگر، آیا شروطی که در عقدنامه‌ها شرط می‌شود توانسته است نظام حقوقی خانواده را از تزلزل نجات دهد؟ در حالی که دعاوی خانوادگی کم نشده است و روابط زوجین را که بر مبنای اخلاق استوار بود، به صورت حقوقی درآوردیم. بنده فکر می‌کنم یکی از اشتباهاتی که الان هم آن را مرتکب می‌شویم آموزش‌های حقوقی به زوجین است. خانواده بر مبنای قوانین حقوقی درست نمی‌شود. خانواده پایه اخلاقی می‌خواهد. ما هر زمانی که اخلاق را در دل حقوق تعریف کردیم به مشکل برخوردیم. بسیاری از تعهداتی که افراد نسبت به هم دارند را جرم انگاری کردیم؛ نظیر نفقه؛ یعنی شوهر اگر نفقه ندهد می‌توان او را زندانی کرد، در واقع نه تنها رابطه اخلاقی را حقوقی کرده‌ایم، علاوه بر آن جرم انگاری نیز نموده‌ایم. بنده معتقدم قواعد اخلاقی ما به دلیل اینکه مبتنی بر باورهای دینی و فرهنگ‌های اخلاقی است می‌توانست ضمانت اجرای موثرتری نسبت به قواعد حقوقی داشته باشد. اگر اخلاق را حقوقی کنیم مردم از هم طلبکار می‌شوند و نتیجه آن وضعیت فعلی کشور ما است.

بنده در سفر به سمنان از رئیس دادگستری سمنان شنیدم که میزان تحصیلات مردم در این استان به نسبت متوسط کل کشور بالاتر است. همچنین میزان دعاوی این استان نیز زیاد است. آیا احتمال دارد که بین افزایش سطح تحصیلات و رجوع به دادگستری رابطه‌ای وجود داشته باشد؟ در زمانی که سطح تحصیلات مردم افزایش می‌یابد، توقعات آنها از هم بیشتر می‌شود و عفو و گذشتی که قبلاً در جامعه سنتی داشتیم، دیگر نخواهیم داشت. قبلاً افراد گذشت می‌کردند ولی الآن می‌گویند حق من است. این احتمال را برای رئیس دادگستری مطرح کردم و گفتم نیازمند مطالعه است. در یک مطالعه‌ای که در پژوهشگاه انجام دادیم ارتباط بین افزایش دعاوی با سطح سواد و درآمد و اشتغال در پنج جرم اول کشور بررسی شد. این مطالعه در برخی استان‌ها کاملاً معنادار است. این اطلاعات می‌تواند مورد برنامه‌ریزی قرار گیرد و به عنوان مثال در یک استان با افزایش اشتغال و درآمد، جرم‌زدایی نمود. در این صورت چنین فعالیت و عملکردی تنها به قوه قضائیه ارتباط ندارد

چرا که افزایش درآمد و اشتغال زایی وظیفه دولت است.

۳.۱. محور سوم: نظام حقوقی قراردادها

یکی دیگر از چالش‌های دستگاه قضایی کشور، چالش‌های موجود در نظام حقوقی قراردادهاست که در ادامه بررسی می‌کنیم.

۱.۳.۱. چالش اول: نیازهای جدید

نیازهای امروز ما در حوزه قراردادها با پیچیدگی‌هایی که به وجود می‌آید با پنجاه سال پیش متفاوت است. گاهی یک قرارداد با حجم یک صفحه نوشته می‌شد ولی الآن در برخی قراردادها متن قرارداد به پنجاه صفحه می‌رسد مانند قراردادهای مشارکت و قراردادهای انتقال تکنولوژی. مثلاً شرکت ایران خودرو در قرارداد با پژو فرانسه یک متن قرارداد، ۱۰۰ صفحه‌ای و یک متن پیوست به حجم پنج هزار صفحه دارد. وقتی قاضی با چنین حجمی از قرارداد روبرو می‌شود کار خیلی پیچیده می‌شود. این مسئله‌ای است که نیاز به کار علمی دقیق دارد.

۲.۳.۱. چالش دوم: عقود مرکب

بسیاری از قراردادهای ما به صورت ساده و نظیر بیع و اجاره صرف نیست، بلکه بسیاری از قراردادهای ما به صورت ترکیبی از قراردادهاست. یکی از مباحث مطرح در عقود مرکب، تجزیه آن است. یعنی اگر یک جز از آن باطل شد، آیا روی سایر اجزای هم تاثیر می‌گذارد؟

۳.۳.۱. چالش سوم: ضمانت اجراهای جدید

یکی دیگر از چالش‌های نظام حقوقی قراردادها، جوابگو نبودن ضمانت اجراهای سنتی نسبت به عقود و قراردادهای جدید است. به عنوان مثال وقتی در قانون مدنی از نقض تعهدات قراردادی صحبت می‌شود، فوراً به عنوان ضمانت اجرا از فسخ قرارداد سخن به میان می‌آید در حالی که فسخ، جوابگوی نیازهای ما نیست. در برخی از موارد پایبندی و التزام طرفین به تعهدات قراردادی خود، مناسب‌ترین ضمانت اجرا است. در تغییرات و مشکلات اقتصادی و تحولات اجتماعی باید به دنبال ضمانت اجراهای جدید بگردیم.

در مواد ۲۳۷ و ۲۳۹ قانون مدنی^۱ در بحث شرط فعل، یک ضمانت اجرای طولی قرار داده شده

۱. ماده ۲۳۷. هر گاه شرط در ضمن عقد شرط فعل باشد اثباتاً یا نفیاً کسی که ملتزم به انجام شرط شده است باید آن را به جا

است. اگر شرطی فعلی قرار داده شد و مشروط علیه این شرط را اجرا نکرد، مشروط له، اول اجبار و الزام مشروط علیه و بعد فسخ قرارداد را مطالبه می‌کند. در هیچ نظام حقوقی این نظام طولی وجود ندارد بلکه در عرض هم هستند. آقای خوبی در فقه المعاملات همین مبنا را پذیرفته‌اند. ایشان معتقدند در شرط فعل فرد می‌تواند یا فسخ کند و یا التزام بخواهد. در این موضوع ما با چالش روبرو هستیم. این ضمانت اجرا جواب نمی‌دهد و موجب اطاله دادرسی می‌شود، چرا که ابتدا باید طرح دعوا کرد و بعد به سراغ فسخ رفت در حالی که اگر من حق انتخاب داشتم ممکن بود ابتدائاً قرارداد را فسخ کنم.

یکی از موارد پر کاربرد در قراردادهای ما وجه التزام است. آیا این وجه التزام فعلی همان وجه التزام سنتی است؟ براساس ماده ۲۳۷ و ۲۳۹ قانون مدنی اگر وجه التزامی در قرارداد تعیین شده باشد، در صورت تخلف، دادگاه مکلف است براساس همان وجه التزام رای دهد، خواه خسارت کمتر از وجه التزام و یا بیشتر باشد. در حال حاضر با وجه التزام شناور در قراردادها مواجه هستیم، مثلاً وجه التزام به میزان ۱۵۰ درصد خسارت. آیا این شرط از لحاظ فقهی درست و قابل پذیرش است و موجب غرر نمی‌شود؟

۴.۳.۱. برخی موضوعات در نظام حقوقی قراردادها

۴.۳.۱.۱. قرارداد پیش فروش ساختمان

ماهیت و آثار این قرارداد در نظام حقوقی ما معلوم نیست. در قانون مربوط به پیش فروش ساختمان مواد عجیبی وجود دارد که نمی‌توان آنها را با بیع سنتی یا قراردادهای تعهد بر بیع تحلیل کرد. آیا قرارداد پیش فروش ساختمان به بیع است و از آثار و احکام آن برخوردار است یا عقد دیگری است یا از عقود مرکب است و یا اصلاً عقد جدیدی است؟

۴.۴.۳.۱. تأثیر شرایط شکلی بر قراردادها

براساس قانون موجر و مستاجر حتماً دو شاهد باید در قرارداد اجاره وجود داشته باشد. در این صورت اگر دو شاهد وجود نداشت، آیا قرارداد باطل است؟ دلیل این شرایط شکلی چیست؟ در قانون

بیاورد و در صورت تخلف طرف معامله می‌تواند به حاکم رجوع نموده، تقاضای اجبار به وفاء شرط بنماید. ماده ۲۳۹. هرگاه اجبار مشروط علیه برای انجام فعل مشروط ممکن نباشد و فعل مشروط هم از جمله اعمالی نباشد که دیگری بتواند از جانب او واقع سازد، طرف مقابل حق فسخ معامله را خواهد داشت.

پیش فروش ساختمان ذکر شده که قرارداد حتماً باید در دفترخانه رسمی ثبت شود، دلیل این امر چیست؟ معلوم نیست که این شرایط شکلی مبتنی بر چه چیزی فرض شده است؟ قانونگذار این شرایط را با چه منظوری در نظر گرفته است؟

۳.۴.۳.۱. رابطه عقود پایه و قراردادهای ثانوی

فرض کنید یک قرارداد بیع بسته شده و براساس آن چک و یا حواله صادر شده است. اگر قرارداد بیع باطل باشد، قرارداد دوم درست است و یا باطل؟ در این صورت آیا باید چک پرداخت شود یا خیر؟ آیا اصل تجریدی بودن و استقلال، حاکم است؟

دکتر کاتوزیان و دکتر شهیدی معتقد بودند که عقودی به نام عقود تبعی وجود دارد مانند عقد حواله و عقود ضمان که مبتنی بر یک عقد پایه هستند. آیا بین عقود پایه و عقد تبعی رابطه ای وجود دارد تا بطلان و عدم نفوذ عقد پایه در عقد تبعی تاثیر بگذارد؟ وضعیت این رابطه در نظام حقوقی ما روشن نیست.

۴.۴.۳.۱. رگولاتوری در قراردادها (قاعده گذاری دولت در نحوه فروش و خدمات شرکتها)

فرض کنید از وزارت ارتباطات برای فروش خدمات اپراتوری مجوز گرفته شده است. وزارت ارتباطات برای قراردادی که شرکت اپراتوری می بندد، شرایط می گذرد و نباید از آن تخلف کرد. آیا دولت می تواند برای نحوه فروش شرکت قاعده گذاری کند؟ آیا دولت می تواند در صورت تخلف اقدام به جرمه و یا ابطال قرارداد نماید؟ مستند فقهی و حقوقی این عمل چیست؟

۵.۴.۳.۱. شروط غیر منصفانه و تاثیر آن بر قراردادها

با اصطلاحی تحت عنوان شروط غیر منصفانه^۱ در حقوق غرب مواجه هستیم. بر این اساس، شرکت ملزم می شود که اگر تصمیم داشت کالایی را به دیگران بفروشد، حق ندارد گران تر از یک مبلغی بفروشد، در حالی که قیمت فروش شرکت ممکن است از قیمت خرید کمتر باشد یا این که شرط شود اگر قرار است فلان کالا فروخته شود به من یا شخص خاصی فروخته شود. آیا این شروط درست است؟ در حقوق فرانسه تاسیسی انجام شده و شورایی قرارداد داده شده و شروط غیر منصفانه که مربوط به قراردادهای خصوصی مردم است، وارد این شورا شده و این شروط ابطال می شود. اما در نظام

۱. Unfair conditions

حقوقی ما در بسیاری از قراردادها این شروط غیرمنصفانه اعمال می‌شود. اعتقاد بنده این است که اغلب قراردادهای خودروسازها با مشتری غیرمنصفانه است. مثل پیش خرید ماشین با قیمت روز بازار که معلوم نیست در آن زمان چقدر باشد و یا ماشین دارای چه آپشن‌هایی باشد. در برخی از موارد هم ماشین (الف) را تحویل نمی‌دهند و بالاجبار ماشین (ب) را تحویل مشتری می‌دهند. غیرمنصفانه بودن مفهوم حقوقی دارد؛ یعنی حقوق مشتری در نظر گرفته نشده و محلّ به حقوق مشتری است و چه بسا موجب غرر می‌شود. مسئله این است که هرکس در جامعه زورش برسد، شروطش را بر ما تحمیل می‌کند.

همچنین در مسئله اخلال در رقابت که مثلاً کارخانه ماشین توزیع نمی‌کند - تا ماشین را به قیمت روز می‌فروشد و هر چه عرضه کمتر باشد قیمت بالاتر می‌رود؛ یعنی در عمل قیمت را خود خودروساز در بازار تعیین می‌کند - یا مثلاً بانک مرکزی اعلام می‌کند که سکه را ده هزار تومان زیر قیمت روز می‌فروشد - در حالی که قیمت روز سکه به دست خود بانک مرکزی است - قراردادهای تابع چه قاعده‌ای باشد؟ این مسائل بحث‌های جدیدی است که تا به حال مورد بررسی قرار نگرفته است.

۱.۳.۴. شرط جبران خسارت و اخذ ربح مرکب

نظام بانکی در وضعیت حاضر ربح مرکب می‌گیرد؛ یعنی نه تنها خسارت بلکه خسارت بر خسارت می‌گیرد. بر اساس قانون پولی و بانکی، این قراردادها در حکم سند رسمی است. لذا با مراجعه به دادگاه مشتری مکلف به پرداخت می‌شود؛ ولی آیا عدم النفع و خسارت بر خسارت در نظام حقوقی ما پذیرفته شده است که نظام بانکی ما مطالبه چنین خسارتی را می‌نماید؟ سوال ما پیشینی است که آیا بانک‌ها می‌توانند چنین قراردادی را ببندند؟ و اگر چنین دعوایی در محاکم طرح شود تکلیف قاضی چیست؟

۱.۳.۴. وجه التزام و تبعات آن و تفکیک خسارت قراردادی و غیر قراردادی

یکی از چالش‌ها در نظام حقوقی کشور این است که اگر در عقود شرط خسارت قراردادی شد، آیا می‌توانیم مازاد بر آن، مطالبه خسارت کنیم یا خیر؟ این بحث هنوز در نظام‌های غربی محل بحث و چالش است. آیا خسارت غیر قراردادی با خسارت قراردادی قابل جمع است یا خیر؟

۱. ۳. ۴. ۸. عقود بانکی و وثائق بانکی

بانک‌ها در ازای قراردادهای مشتری، رهن مطالبه می‌کنند. یکی از دلایل اینکه با وجود عدم پرداخت بدهی افراد، بانک اقدام نمی‌کند، این است که بانک صبر می‌کند تا بدهی به اندازه مال مرهونه برسد تا بتواند کل آن را تملک کند. در واقع بانک از عدم پرداخت بدهی ناراحت نمی‌شود و یکی از دلایل افزایش معوقات بانکی در کشور ما همین امر است. در حالی که در ظاهر بانک‌ها باید از جهت استیفای حقوق مردم زودتر اقدام به وصول مطالبات کند ولی رویه بانک‌ها خلاف این امر است و بانک از نپرداختن معوقات استقبال می‌کند. تکلیف عقود رهنی با نظام بانکی ما غیر شفاف است.

۱. ۳. ۴. ۹. قراردادهای تجاری و مدنی

آیا قرارداد بیع تجاری با قرارداد بیع مدنی متفاوت است؟ برخی از حقوقدانان معتقدند که این دو متفاوتند و در نهایت تکلیف آن در نظام حقوقی ما مشخص نیست. در نظام‌های غربی این دو سیستم جدا شده است ولی در کشور ما بلا تکلیف است.

۱. ۳. ۴. ۱۰. شرط خسارت و تنوع آن

معمولاً در قراردادهای جبران زیان‌های ناشی از عدم اجرای به موقع یا نقض قرارداد، شرطی برای جبران خسارت تعیین می‌شود. این موضوع که قدری در کشور در قالب وجه التزام سابقه دارد، امروزه با تنوع و گستردگی بیشتری روبرو شده است. در هر حال در شرایط کنونی توجه به این بخش از توافقات قراردادی برای تحکیم قراردادها لازم و ضروری به نظر می‌رسد. شناخت این شروط و بررسی فقهی حقوقی آنها هم لازم است.

۱. ۳. ۴. ۱۱. پرداخت ارزش خارجی در قرارداد

آیا باید ارزش خارجی را بپذیریم یا خیر؟ تفاوت این دو در ماده ۵۲۲ آیین دادرسی مدنی است. براساس آن، اگر دعوا در مطالبه وجه براساس ارزش خارجی باشد، دادگاه حکم به خسارت نمی‌دهد در حالی که اگر دعوا در مورد حکم به ریال باشد، دادگاه حکم به خسارت می‌دهد. چرا باید بین این دو تفاوت گذاشت و تکلیف ارزش خارجی در نظام قراردادی ما مشخص نیست. آیین دادرسی ما چیزی را پذیرفته است که خیلی با منطق و عدالت سازگاری ندارد.

۱. ۳. ۴. ۱۲. قرارداد با ثمن شناور

مانند قراردادهای فروش خودرو که قبلاً اشاره شد و تکلیف صحت و بطلان آن را از نظر فقهی - حقوقی باید بررسی کنیم .

۱. ۳. ۴. ۱۳. قراردادهای هوشمند^۱

این نوع قرارداد، از موضوعات جدید است؛ مانند قراردادهای اینترنتی که در آن کالایی ارائه می‌شود و بدون این‌که شرایط قرارداد را بدانیم، فقط با کلیک قبول و پرداخت مبلغ، قرارداد به صورت اتوماتیک بسته می‌شود، بدون این‌که در سایر شروط توافق انجام شود. اصل ماهیت این قراردادها و ارکان عقد و نیز وضعیت شروط و نظام حقوقی حاکم بر آنها قابل بررسی است .

۱. ۳. ۴. ۱۴. انتقال مالکیت و انتقال خطر^۲ (ریسک)

در دنیا قراردادهایی وجود دارد که در آنها کالا فروخته می‌شود ولی شرط می‌شود که مالکیت منتقل نشود. خیلی از قراردادهایی که تجار در تجارت بین الملل می‌بندند با این قید است. در این صورت اگر دچار اختلال شویم دادگاه باید چنین قراردادی را صحیح بداند یا خیر؟ نظام‌های غربی چنین قراردادی را صحیح دانسته‌اند. برخی از حقوقدان‌های ما هم معتقدند که انتقال مالکیت الزاماً هم زمان با انعقاد قرارداد نیست حتی در بیع؛ چرا که عقود ما الزاماً تملیکی نیست بلکه عقود عهدی هم وجود دارد.

یا مثلاً در تلف مبیع قبل از قبض، اگر هنوز کالا تحویل داده نشده و تلف شود، خسارت از مال بایع است. یعنی تازمانی که هنوز کالا تحویل داده نشده است ریسک از جانب بایع است، در این صورت آیا می‌توان شرط خلاف نیز نمود؟ آیا می‌توان زمان انتقال ریسک را خود متعاقدين تعیین کنند؟ حتی اصل مفهوم ریسک و خطر محل بحث است چرا که اگر ریسک و خطر متعارف را در معاملات جاری ملاک باشد، بسیاری از معاملات باید باطل تلقی شود. شهید مطهری در اقتصاد اسلامی تعبیری دارند که البته مورد بحث و مناقشه است. ایشان در معاملات بورس می‌فرمایند

۱. Open Price

۲. Smart Contract

۳. Transfer of title & transfer of risk

اساساً معاملات بورسی دارای یک خطر است و معاملات بورسی بدون خطر نداریم. تعبیر ایشان این است که عرف در این معاملات از خطر و ریسک صرف نظر می‌کند و لذا نمی‌توان این نوع غررها را باطل کرده و مشمول «نهی النبی عن بیع الغرر» دانست. بر این اساس، جایگاه خطر در معاملات جدید کجاست و آیا مفهوم غرر در معاملات ما تغییر کرده است؟

۱. ۳. ۴. ۱۵. بلاک چین

بلاک چین معاملاتی است که در یک زنجیره انجام می‌شود. به طور مثال در ۵۰ سیستم کامپیوتری ثبت می‌شود و بر همین اساس در حوزه فناوری بیان می‌شود که معاملات در حوزه بلاک چین تردیدناپذیر و قطعیت‌آور است. با این وجود آیا می‌توان معاملاتی که در حوزه بلاک چین انجام می‌شود نظیر «بیت کوین» را مسلم بدانیم و یا این که ممکن است مشکوک الصدور تلقی شود؟ در حوزه حقوقی وضعیت معاملات در حوزه بلاک چینی مشخص نیست و برخی از نظام‌های حقوقی چنین معاملاتی را رسمیت نمی‌بخشند و این موضوع در دنیا اختلافی است.

۱. ۴. ۱. محور چهارم: نظام حقوق خانواده

به نظر خانواده در شرایط امروز به لحاظ مفهومی نیازمند بررسی‌های جدی است؛ مفهوم فرزند، مفهوم اداره خانواده، مفهوم ولایت پدر و شکل‌های جدید خانواده از جمله مواردی هستند که نیاز به تحلیل و موضوع‌شناسی و پژوهش دارد. در ادامه به چند مورد از موضوعاتی که در نظام حقوق خانواده قابل بررسی و تأمل است اشاره می‌شود:

۱. ۴. ۱. ۱. باروری‌های پزشکی

در این زمینه ما با پدیده‌های جدیدی همچون انجماد اسپرم مرد و روش‌های جدید باروری و... مواجه هستیم که همه این موارد نیاز به موضوع‌شناسی و پژوهش علمی دارد.

۱. ۴. ۱. ۲. عیوب جدید در فسخ نکاح

برخی از عیوب در قانون مدنی آمده است که مقتبس از ادله فقهی ما است. ولی با برخی از بیماری‌های جدید مواجه هستیم که در قانون وجود ندارد، آیا می‌توان این موارد را نیز از جمله عیوب دانست؟ نظیر بیماری «ام اس». برای این کار باید ادله فقهی عیوب دیده شود که آیا بیماری‌ها احصا شده است یا خیر؟ بیماری‌ها توقیفی است یا خیر؟

۳. ۴. ۱. ترنس‌ها و احکام مرتبط با آن

بحث ترنس‌ها پیرامون افرادی است که گرایش به جنس مخالف دارند و آن در مورد آنها عمل پزشکی انجام می‌شود. در حال حاضر برای عمل تغییر جنسیت به دادگاه خانواده دادخواست می‌دهند و مجوز می‌گیرند. در یک مورد خانم متاهلی درخواست تغییر جنسیت داده است، در این صورت صرف نظر از حکم تغییر جنسیت آیا دادگاه در مورد انفساخ نکاح هم باید حکم صادر کند یا خیر؟ همچنین وضعیت فرزند این خانواده چه خواهد شد؟ در یکی از پرونده‌های این موضوع فرد تغییر جنسیت داده و نکاح هم منفسخ شده است ولی بعد از مدتی پشیمان شده و تصمیم دارد دوباره به صورت زن تغییر جنسیت بدهد. آیا در این صورت به نکاح قبلی باز می‌گردد؟ از جمله تبعات حقوقی این موضوع ارث، وصیت و محرمیت است.

۴. ۴. ۱. بارداری از طریق انتقال اسپرم از مرد اجنبی

این موضوع پیرامون انتقال اسپرم مرد اجنبی به خانمی که در زوجیت مرد دیگری است، مربوط می‌شود؛ یعنی زن و شوهری که باردار نمی‌شوند، اسپرم مرد اجنبی را به این خانم منتقل می‌کنند و در نتیجه این خانم با اسپرم مرد اجنبی باردار می‌شود. حکم این مسئله اختلافی است. مقام معظم رهبری این عمل را جایز می‌دانند ولی براساس نظر آیت الله بهجت خلاف شرع است. طفل از جهت نسب به صاحب اسپرم باز می‌گردد اما حکم مسئله در مورد محرمیت و ارث و حضانت چگونه است؟ در این موارد فتاوی نیز مختلف است. در صورتی که زوجین، مقلد مراجع مختلف، با فتاوی متفاوت باشند، حکم مسئله انتقال اسپرم چگونه خواهد بود؟ مستند قانونی انتقال اسپرم از مرد اجنبی بر اساس کدام قانون در حقوق خانواده است؟ انتقال جنین تحت عنوان رحم اجاره‌ای در قانون مشخص شده است ولی در مورد انتقال اسپرم مرد اجنبی بحثی نشده است.

۵. ۴. ۱. مسئولیت‌های ناشی از دست‌کاری ژنتیکی

بحث دیگری که می‌تواند مورد مطالعه قرار گیرد موضوع دست‌کاری و مهندسی ژنتیک است. همان‌طور که می‌دانید براساس علم ژنتیک می‌توانند در صفات و رفتار انسان‌ها تغییر ایجاد کنند. فرض کنید در موردی با دست‌کاری ژنتیکی در ژن‌های یک فرد، او دچار رفتارهای عصبی خشن شود، آیا چنین شخصی مجرم تلقی می‌شود؟ مسئولیت فردی که این اختلال را ایجاد کرده است، چیست؟

۱. ۴. ۶. نظام مالی خانواده در صورت اشتغال زن و بیکاری شوهر

در بسیاری از خانواده‌ها زن، نان آور است. در این صورت وضعیت نظام مالی خانواده چگونه است؟ آیا وسایلی که زن از محل درآمد خود برای خانواده تهیه می‌کند برای خود اوست و یا این که برای زوجین است؟ آیا با وجود اشتغال زن و بیکاری شوهر، زن تکلیفی به پرداخت نفقه دارد؟ شرایط کنونی جامعه اهمیت نظام مالی خانواده را فوق العاده بالا برده است.

۱. ۴. ۷. پرداخت مهریه به شکل سکه بهار آزادی

با وجود افزایش قیمت سکه، چه تصمیمی در مورد بدهکاران مهریه می‌توان گرفت؟ آیا باید این افراد را حبس نمود و یا این که براساس قیمت درج شده در قرارداد حساب کرد؟ به عبارت دیگر باید قیمت آن را به نرخ روز و یا به نرخ زمان عقد محاسبه نمود؟ صدور بخش نامه از طرف رئیس قوه قضائیه برای آزادی زندانی‌های مهریه راه حل مقطعی است در حالی که ما به دنبال راه حل حقوقی هستیم. نظام‌سازی براساس ارائه راه حل حقوقی محقق می‌شود.

۱. ۴. ۸. نکاح موقت بلند مدت (صیغه ۹۹ ساله) و طلاق صوری برای استفاده از مستمری

در یک پرونده خانمی برای این که مستمری پدر او قطع نشود، به جای ازدواج از صیغه ۹۹ ساله استفاده می‌کند، آیا چنین قراردادی درست است؟ در شرایط فعلی یکی از چالش‌های نظام تامین اجتماعی طلاق‌های صوری است که برای استفاده زوجه از مستمری پدر محقق می‌شود. آیا طلاق صوری برای چنین هدفی صحیح است؟

۱. ۴. ۹. مراجعه به دستگاه قضا در طلاق توافقی

در طلاق سازشی بسیاری معتقدند رجوع به نظام قضایی لزومی ندارد و نیازی به رأی قاضی نیست. این امر بازگشت به مصلحت‌سنجی و انتخاب عمومی دارد که آیا دخالت دولت در این موارد درست است یا خیر؟

۱. ۵. ۵. محور پنجم: نظام حقوق اموال

۱. ۵. ۱. اموال سایبری

آیا نام دامنه، مال سایبری است؟ آیا شماره تلفن اختصاصی و اطلاعات هویتی مالیت دارد و به واسطه افشای آن می‌توان خسارت گرفت؟ این موارد در دنیا جزو اموال به حساب می‌آید و بدون رضایت فرد، امکان افشای آن وجود ندارد؟

۱.۵.۲. اموال جدید و جایگاه آن

به عنوان مثال آیا بیت کوین و توکن که توضیح دادیم، مال به حساب می‌آید و می‌توان بر روی آن قرارداد انجام داد؟ برخی معتقدند بیت کوین یکی از راه‌های دورزدن تحریم‌ها است. اگر چنین مواردی از نظر مالیت دارند، چنان‌که در دنیا خرید و فروش می‌شوند، در صورت تصرف، سرقت و سایر دعاوی، چگونه می‌توان طرح دعوا نمود؟

۱.۵.۳. تردید در مال بودن اموال غیر عینی

در حقوق مالکیت فکری اختلاف نظر وجود دارد و برخی فتوا داده‌اند که حقوق مالکیت فکری قابلیت احترام ندارد و می‌توان کتاب دیگری را بدون اجازه او منتشر کرد. آیا این مبنا قابل پذیرش است؟ موارد دیگری همچون حریم خصوصی، اعتبار و شهرت، ضرر معنوی، نام تجاری و بسیاری موارد دیگر حول محور نظام حقوقی اموال قابل طرح و بررسی است.

۱.۶.۱. محور ششم: نظام حقوق تجارت

۱.۶.۱. مفهوم شرکت و شخصیت حقوقی

اساساً تکلیف ما در مورد مفهوم شرکت و شخصیت حقوقی خیلی روشن نیست. تفکیک دارایی، یکی از اثرهای شخصیت حقوقی است؛ یعنی در صورت ورشکستگی شرکتی که دارای اموال است، طلبکار نمی‌تواند به سایر اموال صاحب شرکت مراجعه کند. آیا چنین مسئله‌ای در نظام فقهی ما قابل توجیه است؟ برخی از فقها شخصیت حقوقی را بر اساس عموماً فقه‌المعاملات نظیر المؤمنون عند شروطهم و آزادی اراده پذیرفته‌اند. اما باید دید این مفهوم به درستی در نظر فقها فهم شده است یا خیر؟ در موارد این چنینی بحث موضوع شناسی بسیار اهمیت می‌یابد.

۱.۶.۲. حاکمیت شرکتی

حاکمیت شرکتی تئوری جدیدی است که بعد از بحران‌های مالی در دو دهه اخیر در شرق آسیا و در اروپا و آمریکا بدان پرداخته شده است و موضوع نوبی است که باید بدان توجه نمود و حول آن تحقیق کرد.

بحث از مسئولیت شرکا، مسئولیت مدیران و شرکا، مبناهای قرارداد در شرکت‌های تجاری و تبعات آن، - یعنی آیا شرکت‌های تجاری مبتنی بر قرارداد هستند و یا تاسیس مستقل به حساب می‌آیند؟

و همچنین بحث از اداره شرکت و ترتیبات آن، اسناد تجاری، ورشکستگی، خلق پول و... همه از مواردی است که ذیل نظام حقوق تجارت جای بحث و بررسی دارد و هنوز تکلیف آن در نظام حقوقی و فقه ماروشن نیست. توجه داشته باشید که ممکن است در موضوعات حقوق تجارت ماده قانونی وجود داشته باشد، اما بحث ما در مورد مبنای آن و نظام‌سازی در این حوزه است.

۷.۱. محور هفتم: دادرسی عادلانه

۷.۱.۱. تفکیک دعاوی خرد و بزرگ

در بسیاری از نظام‌های حقوقی دنیا بین دعاوی خرد و کلان تفکیک شده است. در دعاوی خرد لزومی ندارد قاضی قضاوت کند و به یک نهاد ابلاغ شده است که در مورد دعاوی خرد تصمیم‌گیری کند. در نظام دادرسی ما نیز شورای حل اختلاف برای همین منظور تاسیس شد. اما اکنون در این شورا هم قاضی عضو شورا حکم می‌کند و در واقع شورا نقش قضایی دارد و امر با نحوه رسیدگی به دعاوی خرد در سایر نظام‌های حقوقی متفاوت است. آیا می‌توان صلاحیت‌های قضایی را از شورای حل اختلاف گرفت؟ در این صورت رجوع به شورای حل اختلاف اختیاری خواهد بود در حالی که فعلاً بر اساس قیمت و ارزش مالی دعوی، رجوع به دادگاه یا شورای حل اختلاف مشخص می‌شود و اختیاری در آن وجود ندارد.

۷.۱.۲. اثر فتاوی مراجع در احکام قضایی

اگر کسی در یک حکم با استفاده از اختلاف فتاوی مرتکب عملی شود و در دادگاه مورد استناد قرار دهد، در این صورت حکم مسئله چه خواهد بود؟ در پرونده قضایی یک مدیر برای اخذ پورسانت، فتاوی یکی از مراجع مبنی بر این که اخذ پورسانت اشکال شرعی ندارد را در دادگاه به عنوان مجوز فعل خود ارائه داده بودند.

۷.۱.۳. معاملات به قصد فرار از دین

بر اساس ماده ۲۱۸ قانون مدنی^۱ معامله به قصد فرار از دین اگر صوری باشد، باطل است. در این صورت حکم مسئله در فرض صوری نبودن چگونه خواهد بود؟ در حال حاضر در محاکم برای چنین مواردی، حکم به عدم نفوذ داده می‌شود، در حالی که به نظر می‌رسد چنین حکمی محل

۱. ماده ۲۱۸: هرگاه معلوم شود که معامله با قصد فرار از دین به طور صوری انجام شده آن معامله باطل است.

تردید است و نمی‌توان به صرف زیان طلبکاران چنین حکمی داد. در هر صورت اگر بخواهیم از این حکم دفاع کنیم باید برای آن مبنای علمی پیدا کنیم.

در قانون اجرای محکومیت‌های مالی، در موضوع معامله به قصد فرار از دین با وجود علم فردی که مال به او منتقل شده، دادگاه باید مال را از شخص بگیرد، اما در قانون مشخص نشده است که در نهایت چه کاری باید با این مال انجام شود؟ آیا باید به صاحبش تحویل داده شود و یا این که به عنوان جریمه به بیت‌المال پرداخت شود؟

۴. ۷. ۱. گواهی پزشکی و الزام قاضی بر صدور حکم

آیا پذیرش گواهی پزشکی قانونی مبنی بر شرب مسکر برای قاضی الزام‌آور است و یا این که قاضی می‌تواند به آن توجه نکند؟ در حال حاضر رویه اختلافی است و برخی معتقدند در صورتی که گواهی پزشکی قانونی صادر شود، قاضی باید بر اساس آن حکم کند، اما برخی معتقدند که قاضی باید احراز کند و برای او علم آور باشد و به همین دلیل گواهی پزشکی قانونی را به دلیل عدم علم آوری نپذیرفته‌اند. به طور کلی کارشناسان در امر قضا دخالت کرده و خیلی اثرگذار هستند، در حالی که چنین شأنی برای کارشناسی وجود ندارد.

۵. ۷. ۱. حقوق و مسئولیت‌های اجتماعی

فرض کنید یک شرکت مانند شرکت نفت که دارای فعالیت عمومی است را مجبور به انجام فعالیتی به جهت مسئولیت اجتماعی کنیم. مثلاً در سال گذشته در زندان رجایی شهر کرج حدود ۵۰ میلیارد تومان پرونده کلاهبرداری از داخل زندان وجود داشته است. دلیل این امر استفاده غیرقانونی زندانیان از موبایل در داخل زندان و کلاهبرداری از این طریق بوده است. بازپرس پرونده به شرکت‌های مخابراتی گفتند که از باب مسئولیت‌های اجتماعی باید هزینه کنید و جلوی کلاهبرداری را بگیرید، چون خود این شرکت‌ها منفعت ارائه خدمات مخابراتی را می‌برند، خود آنها باید در مورد ساماندهی وضعیت استفاده غیرقانونی از تلفن در زندان هزینه کنند به قول معروف «من له الغنم فعلیه الغرم». در این صورت، این شرکت‌ها باید «بی‌تی‌اس»‌های اطراف زندان را برای موبایل‌های درون زندان کور کنند. این شرکت‌ها ابتدا مقاومت کردند ولی بازپرس اعلام کرد در صورت عدم اقدام

شرکت‌ها، قوه قضائیه ادعای اختلال مخابراتی را مطرح کرده و جلوی فعالیت‌های آنها را خواهد گرفت. همین امر موجب شد تا این شرکت‌ها هزینه کنند و به تبع آن «بی‌تی‌اس»‌های رجایی شهر نسبت به موبایل‌های داخل زندان سرویس نمی‌دهد. این امر سبب شده تا پرونده‌ها تقلیل پیدا کند. این امر مفهوم همان مسئولیت اجتماعی است که شرکت‌ها در قبال منفعتی که می‌برند برای برخی از نیازهای مردم و جامعه باید هزینه کنند.

۸.۱. محور هشتم: نظام حقوق کیفری ۱.۸.۱. موجبات ضمان در استناد عرفی

ماده ۴۹۲ قانون مجازات اسلامی^۱ در مورد موجبات ضمان در استناد عرفی مسئولیت، وضعیت روشن و مشخصی ندارد. مسئولیت پزشک در اصلاحات دچار تغییراتی شد که با قانون مجازات قبلی متفاوت است. در شرایط فعلی پزشکان کماکان به دنبال برائت هستند اما تلقی بنده این است که با وجود ماده ۴۹۵ در قانون مجازات جدید^۲، اخذ برائت بی‌مورد است. اما در صورتی که حکم برائت گرفته شد و پزشک هم مرتکب تقصیر سنگین حرفه‌ای شد، در چنین شرایطی آیا می‌توان مسئولیت را بر عهده پزشک گذاشت و یا این که به دلیل اخذ برائت، پزشک دیگر مسئولیتی نخواهد داشت؟

۲.۸.۱. سازش دادستان با متهم در دعاوی کیفری

در دنیا دادستان‌ها با مجرمین بر یک مبلغ توافق می‌کنند و از دعاوی عمومی صرف نظر می‌کنند. آیا امکان دارد در نظام حقوقی ما از مجرم خسارت دریافت کنیم و به جای آن برای وی پرونده‌سازی نکنیم؟

۳.۸.۱. چالش تعیین دیه در محاکم کیفری

عموم پرونده‌ها در موضوع تصادفات به دادگاه کیفری می‌رود و شرکت‌های بیمه برای پرداخت دیه رای دادگاه را مطالبه می‌کنند. آیا لزومی دارد که این پرونده‌ها به دادگاه کیفری برود و یا این که اگر پزشکی قانونی دیه را تعیین کند، کفایت می‌کند؟ اساساً آیا تعیین دیه وظیفه حاکم است و یا

۱. ماده ۴۹۲- جنایت در صورتی موجب قصاص یا دیه است که نتیجه حاصله مستند به رفتار مرتکب باشد اعم از آنکه به نحو مباشرت یا به تسبیب یا به اجتماع آنها انجام شود.

۲. ماده ۴۹۵- هرگاه پزشک در معالجاتی که انجام می‌دهد موجب تلف یا صدمه بدنی گردد، ضامن دیه است مگر آنکه عمل او مطابق مقررات پزشکی و موازین فنی باشد یا این که قبل از معالجه برائت گرفته باشد و مرتکب تقصیری هم نشود و چنانچه اخذ برائت از مریض به دلیل نابالغ یا مجنون بودن او، معتبر نباشد و یا تحصیل برائت از او به دلیل بیهوشی و مانند آن ممکن نگردد، برائت از ولی مریض تحصیل می‌شود.

اینکه می‌توان تعیین دیه را در صلاحیت پزشکی قانونی قرار داد که در این صورت بخش عمده‌ای از دعاوی کیفری کاسته خواهد شد.

۸.۱.۴. مفهوم حقوق عامه و محدوده نقش دادستان در مداخلات

مفهوم حقوق عامه در دنیا هم شفاف نیست؛ به طور مثال دادستانی اعلام می‌کند وزارت راه فلان کار را انجام نداد و در نتیجه ما جاده را بستیم؟ آیا اساساً این اختیار در صلاحیت دادستان قرار دارد یا خیر؟

۸.۱.۵. نقش مدعی العموم در دعاوی حقوقی

در بحث خسارات عمومی در آیین دادرسی کیفری به دادستان اجازه داده شده است که به عنوان مدعی العموم دخالت کند. آیا می‌توان چنین نقشی را برای دادستان در نظر گرفت و اگر امکان دارد چرا تاکنون محقق نشده است؟ اگر امکان ندارد چرا برای آن قانون جعل شده است؟

۸.۱.۶. آثار حقوقی تحصیل مال نامشروع

در صورت تحصیل نامشروع، آیا منافع حاصل از آن باید به دولت پرداخت شود و یا این که باید به صاحبان سهامی که متهم با سرمایه آنها اقدام به تحصیل مال نامشروع کرده است، پرداخت شود؟ آیا ماهیت مال نامشروع جرمیه است و یا این که مال یک شخص است که باید به او پرداخت شود؟

۸.۱.۷. سایر موضوعات

از دیگر موضوعاتی که ذیل نظام حقوق کیفری قرار می‌گیرند و باید در مورد آنها کار پژوهشی و علمی صورت گیرد، می‌توان به اثر اخذ براءت توسط طیب، دیه جراحات، تزامم موجبات دیه در خسارت، مجازات جایگزین حبس - محل بحث در مورد این موضوع پیرامون مبنای مجازات‌های جایگزین حبس است - میانجی‌گری در امر کیفری و... اشاره نمود. در نظام حقوق ما حتی مفهوم فساد اقتصادی و اخلاف در نظام اقتصادی تعریف روشنی ندارد و جا دارد در مورد آن کار شود.

۹.۱. محور نهم: قانون برنامه ششم

۹.۱.۱. استفاده از ظرفیت‌های بخش خصوصی

در بند پ ماده ۱۱۳ قانون برنامه ششم آمده است که سازمان زندان‌ها می‌تواند از سرمایه‌گذاری

۱. سازمان زندان‌ها و اقدامات تأمینی و تربیتی کشور مجاز است مشارکت و سرمایه‌گذاری بخش غیردولتی و عمومی را در حوزه بهره‌برداری و یا توسعه زیرساخت‌های لازم در زمینه‌های حرفه‌آموزی، اشتغال حین حبس و پس از آزادی، آموزش، سلامت و

بخش خصوصی استفاده کند. در این صورت بخش خصوصی در چه نوع تعاملی با سازمان زندان‌ها منتفع خواهد شد؟ آیا مراد این است که بخش خصوصی اقدام به تأسیس زندان کند و در قبال آن از زندانی برای اقامت در زندان هزینه دریافت کند که نمونه‌ی آن به صورت زندان‌های بخش خصوصی در غرب وجود دارد؛ یا این که بخش خصوصی اقدام به راه‌اندازی خط تولید و کارخانه در زندان نماید و از این طریق سرمایه‌گذاری کند؟

۲.۹.۱. تدوین برنامه جامع پیشگیری از جرم و ارتقای سلامت اجتماعی

قوه قضائیه تا پایان سال اول برنامه ششم مکلف شده است بند ۱۱۳ این قانون را بنویسد. سال اول برنامه به اتمام رسیده است، اما بنده اطلاع ندارم که چنین برنامه‌ای تنظیم شده است یا خیر؟ از جمله موضوعاتی که می‌توان بر روی آن کار کرد این است که اساساً شاخص‌های برنامه پیشگیری از جرم چیست؟ ارتقای سلامت اجتماعی به چه معناست؟

۳.۹.۱. عوامل مؤثر در بروز دعاوی و جنایات به تفکیک حوزه‌های قضایی

بر اساس بند ۱۱۳ قانون برنامه ششم قوه قضائیه مکلف شده است تا عوامل مؤثر در بروز دعاوی و جنایات را به تفکیک در حوزه‌های قضایی، شناسایی کند. به عنوان مثال در استان قم به مطالعه‌ی اولین جرم ارتكابی به همراه علل آن پرداخته شود تا در راستای پیشگیری مورد استفاده قرار گرفته و راهکارهای پیشنهادی عملیاتی شود. این فضای مطالعاتی را می‌توان به دعاوی حقوقی و کیفری تعمیم داد ولی در حال حاضر انجام نشده است. برداشت بنده این است که نتیجه این مطالعه و برنامه به تناسب فضای فرهنگی و قومیتی استان‌ها متفاوت خواهد بود و هر استان مدل متناسب با خود را خواهد داشت.

درمان، طرح‌های حمایتی از خانواده زندانیان و کمک به خودکفایی زندان‌ها در قالب انواع مختلف قراردادهای رسمی جلب و یا توسعه دهد.

۱. بند ۱: قوه قضائیه مکلف است حداکثر تا پایان سال دوم اجرای قانون برنامه به منظور پیشگیری و کاهش جرم، دعاوی و اختلافات، نسبت به شناسایی عوامل مؤثر در بروز دعاوی و جرائم به تفکیک در حوزه‌های قضایی هر استان اقدام و پس از بررسی جامع پژوهشی، اقدامات لازم را انجام و لوایح مورد نیاز را تهیه و با رعایت اصل هفتاد و چهارم قانون اساسی به مجلس شورای اسلامی تقدیم نماید.

۱. ۹. ۴. بازنگری در قوانین جزایی با هدف کاهش عناوین مجرمانه

بندچ ماده ۱۱۳ قانون برنامه 'در مورد بازنگری در قوانین جزایی با هدف کاهش عناوین مجرمانه است. در این صورت کدام یک از عناوین مجرمانه رامی توان کاهش داد؟ چنین عملی نیازمند یک منطق حقوقی قابل پذیرش است. شاخص لازم برای کاهش عناوین مجرمانه چیست؟

۱. ۹. ۵. ارتقای شاخص های توسعه حقوقی قضایی

در بند د ماده ۱۱۳ قانون برنامه^۲ به موضوع ارتقای شاخص های توسعه حقوقی - قضایی اشاره شده است. یک فهرست مفصل در رابطه با شاخص های توسعه قضایی وجود دارد و قوه قضائیه مکلف شده است تا آنها را انجام بدهد. بنده از اینکه این شاخص توسط چه کسی و بر اساس چه منطقی نوشته شده است اطلاع ندارم ولی قطعاً برای تحقق آن نیازمند برنامه هستیم و این برنامه بدون مطالعه امکان اجرا ندارد.

۱. ۹. ۶. ساز و کار تامین بودجه مورد نیاز قوه قضائیه

دولت موظف شده است ۲/۹ درصد از منابع بودجه عمومی کشور را به قوه قضائیه اختصاص دهد. البته در طول دو سال گذشته این امر محقق نشده است و به نظر می رسد حدود ۲ درصد اختصاص یافته است. آیا می توان منابع مالی برای قوه قضائیه تامین کرد؟ ممکن است بگوییم قوه قضائیه به صورت خودگردان اداره شود و هزینه های مورد نیاز توسط خود قوه تامین شود. به جای این که برخی از هزینه های دادرسی وارد جیب دولت شود، به مصرف خود قوه قضائیه برسد. این مورد هم در حوزه حقوق عمومی و حقوق مالی است که نیاز به فکر و کار دارد.

۱. بند چ: در اجرای سیاست بازنگری در قوانین جزایی و با هدف کاهش عناوین مجرمانه قوه قضائیه مکلف است به منظور بازنگری در مصادیق عناوین مجازات های سالب حیات با توجه به تغییر شرایط، کاهش عناوین مجرمانه و استفاده از ضمانت اجراهای انتظامی، انضباطی، مدنی، اداری و ترمیمی و متناسب سازی مجازات ها با جرائم، نسبت به تنقیح، اصلاح و رفع خلأهای قوانین جزایی با رعایت قانون تدوین و تنقیح قوانین و مقررات کشور مصوب ۱۳۸۹/۳/۲۵ و اصلاحات بعدی آن اقدام و حداکثر تا پایان سال دوم اجرای قانون برنامه اقدامات قانونی مورد نیاز را به عمل آورد.

۲. بند د: قوه قضائیه مکلف است نسبت به ارتقاء شاخص های توسعه حقوقی و قضایی در طول اجرای قانون برنامه حداقل به شرح جدول شماره (۱۶) اقدام کند. دولت نیز مکلف است اعتبارات مورد نیاز را بر اساس سیاست های کلی قضائی مبنی بر تأمین بودجه متناسب با مأموریت ها و وظایف قوه قضائیه از جمله موارد مندرج در جدول شماره (۱۷) در بودجه های سنواتی پیش بینی و تأمین نماید.

۱. ۹. ۷. تدوین سند امنیت قضایی

بر اساس قانون برنامه ششم قوه قضائیه مکلف به تدوین سند امنیت قضایی است که این کار مستلزم پژوهش و کار علمی است.

۱. ۱۰. ۸. منع صدور قرار تأمین منتهی به بازداشت

در بند ۳ ماده ۱۱۳ قانون برنامه آمده است که قضات با لحاظ ظرفیت اعلام شده و تناسب قرار تأمین، از صدور قرارهای تأمین منتهی به بازداشت، در موارد ضروری، به موجب قوانین مربوط باید خودداری کنند. بنده اطلاع ندارم که آیا نگرارش احکام قانون برنامه ششم مبتنی بر تحقیق و مطالعه است یا خیر؟ تا جایی که بنده خبر دارم اینگونه نیست و به بررسی نیاز دارد.

رسائل

مجله فقهی - حقوقی مجتمع فقه، حقوق قضای اسلامی

سال نهم - شماره اول - پیاپی یازدهم - پاییز و زمستان ۱۴۰۲

صفحات ۱۷۷ تا ۱۸۴

رضاعسکری

r.askari5803@yahoo.com

نشست علمی «عناصر و شرایط دفاع مشروع از منظر فقه و قانون»

مقدمه

نشست علمی «عناصر و شرایط دفاع مشروع در فقه و قانون» با حضور آیت الله عبدالله احمدی شاهرودی از اساتید سطوح عالی و خارج حوزه علمیه در مرکز آموزش های تخصصی فقه برگزار شد. در این نشست علمی، عناصر فقهی و قانونی صدق دفاع مشروع و شرایط آن مورد بررسی قرار گرفته است.

۱. عناصر صدق عنوان دفاع

موضوع بحث حاضر فرضی است که در آن، فردی اقدام به دفاع از جان، مال یا ناموس خود در برابر حمله شخصی دیگر نماید؛ اعم از اینکه این حمله به شخص مدافع صورت گرفته باشد یا به شخص دیگری که ارتباطی با مدافع دارد. صدر ماده ۱۵۶ قانون مجازات اسلامی، ماهیت دفاع را بیان نموده و در ادامه نیز به بیان شرایطی می پردازد که بدون آنها، دفاع مشروعیت ندارد؛ بنابراین، دفاع مشروع، شرایط خاصی را می طلبد که به تبع آن، احکام ویژه ای نیز در پی دارد. در صدر ماده مذکور آمده است: «هرگاه فردی در مقام دفاع از نفس، عرض، ناموس، مال یا آزادی تن خود یا دیگری در برابر هرگونه تجاوز یا خطر فعلی یا قریب الوقوع با رعایت مراحل دفاع مرتکب رفتاری شود که طبق قانون جرم محسوب می شود، در صورت اجتماع شرایط زیر، مجازات نمی شود...». با دقت

* فارغ التحصیل مدرسه عالی قضاوت و طلبه سطح عالی حوزه علمیه قم.

در این بخش از ماده می‌توان دریافت که تحقق عنوان و ماهیت دفاع، مشروط به دو شرط اصلی و مهم است؛ اول آنکه حمله، بالفعل یا قریب‌الوقوع صورت گرفته باشد و دوم آنکه این حمله به شخص مدافع یا شخص دیگری شود که این ماده آن را تفسیر می‌کند و به عبارت دیگر، شخصیت مدافع‌عنه اهمیت دارد.

۱-۱. حمله بالفعل یا قریب‌الوقوع

حمله به یک فرد گاهی بالفعل بوده و مدافع اقدام به دفاع می‌کند و گاهی نیز اقدام بالفعلی وجود ندارد، اما خطر حمله قریب‌الوقوع وی وجود دارد. اگر دفاع در غیر این دو صورت انجام شود، اساساً دفاع صدق نمی‌کند. به لحاظ لغوی نیز دفاع به معنای «دور کردن» و «دفع کردن» است و تا چیزی نباشد یا امری متوجه انسان نباشد، دفع کردن و دور نمودن، معنایی پیدا نمی‌کند؛ به عنوان مثال، حمله باید متوجه وطن انسان باشد تا انسان در موقعیت دفاع قرار گرفته و حمله مهاجم را دفع و دور نماید. به همین دلیل ماده ۱۵۶ قید «تجاوز یا خطر فعلی یا قریب‌الوقوع» را می‌افزاید. البته تجاوز و حمله اگر بالفعل نیست، لزوماً باید قریب‌الوقوع باشد؛ بنابراین اگر به عنوان مثال، درب خانه قفل باشد و کسی انسان را تهدید به قتل کند که نمی‌تواند وارد خانه شود، خطر او قریب‌الوقوع نیست و در چنین فرضی، دفاع صدق نمی‌کند؛ حتی اگر مهاجم، مسلح باشد. فقها نیز تصریح دارند که اگر شخصی آن سوی رودخانه ایستاده و شما را با چاقو تهدید به قتل می‌کند، اما توان عبور از رودخانه را ندارد؛ شما نمی‌توانید با این ادعا که مرا تهدید کرد، او را به عنوان دفاع از خود، با تیر کمان به قتل برسانید.

۱-۲. مدافع‌عنه

دومین عنصری که در تحقق عنوان دفاع، اهمیت فراوانی دارد، مدافع‌عنه است؛ یعنی کسی که قصد دفاع از او را داریم. ماده ۱۵۶ در این خصوص می‌گوید: «خطر و تجاوز باید متوجه شخص مدافع یا شخص دیگری باشد». تبصره ماده ۱۵۶، منظور از «شخص دیگر» را تفسیر نموده و معین کرده است که شخص دیگر باید یا از بستگان مدافع باشد یا از کسانی که مسئولیت وی برعهده او است و یا شخصی باشد که فاقد توان دفاع از خویش است که یا تقاضای کمک کرده و یا در وضعیتی

بوده است که امکان استمداد نداشته است و به همین دلیل، تقاضای کمک نیز نکرده است. عنوان دفاع بر اقدامی که برای دفع حمله خاصی صورت می‌گیرد، فقط در سه صورت مذکور صدق می‌کند. اما در غیر این سه صورت، اقدام انسان، تحت عنوان دفاع قرار نمی‌گیرد؛ یعنی دفاع از فردی که توان دفاع از خودش را دارد، اما از خود دفاع نمی‌کند یا این که فاقد توان دفاع از خویش است؛ اما با وجود امکان استمداد از دیگران، تقاضای کمک نمی‌کند.

درباره فرض اخیر، یعنی شخصی که توان دفاع از خویش را دارد، اما دفاع نکرده و چه بسا راضی به تجاوز یا حمله نیز باشد؛ این سؤال مطرح است که آیا افراد دیگر، مکلف یا مجاز به هیچ اقدامی نیستند؟ به عنوان مثال، اگر جوانی قصد تعرض به دختری دارد و دختر نیز با او همراهی می‌کند، آیا در این موارد حق مداخله به صورت کلی سلب شده است؟ یا اگر فردی قصد کشتن فرد دیگری را دارد و او نیز راضی به کشته شدن بوده و چه بسا خود او درخواست این اقدام را نماید؛ آیا صحیح است که از کار وی ممانعت نکرده و بگوییم چون خود، راضی به این اقدام است، ما هیچ اقدام و ممانعتی نباید داشته باشیم و اساساً در چنین مواردی چه تفاوتی بین بستگان فرد و افراد اجنبی وجود دارد؟ در پاسخ باید گفت اعتبار شرط مورد بحث در تحقق عنوان دفاع، تنها به این معناست که چنین اقداماتی ذیل عنوان دفاع قرار نمی‌گیرند و به هیچ وجه به این معنا نیست که در مثال‌های مذکور، هیچ اقدامی صورت نگیرد؛ بلکه ممکن است عناوین دیگری همچون حفظ نفس محترمه و نهی از منکر در اینجا مطرح باشد و احکام این عناوین را داشته باشد.

۲- شرایط دفاع مشروع

پس از بحث از عناصر صدق عنوان دفاع، باید بررسی کرد که مشروعیت دفاع چه شرایطی دارد. دفاع نیز همچون بسیاری از افعال، در برخی شرایط، مجاز و مشروع بوده و در برخی شرایط نیز غیرمجاز و نامشروع است و معصیت محسوب می‌شود که هر یک از دو صورت نیز احکام خاص خود را دارد. اگر دفاع مشروع باشد، عمل فی نفسه جرم است؛ اما چون عنوان دفاع مشروع بر او صدق می‌کند، مجازاتی اعم از قصاص و دیه و تعزیر و ضمان مالی ندارد. این مهمترین ثمره‌ای است که در بحث از شرایط مشروعیت دفاع، وجود دارد. ماده ۱۵۶ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ به بیان شرایط دفاع مشروع می‌پردازد.

۲-۱. ضروری بودن رفتار ارتكابی برای دفع خطر

شرط اول آن است که رفتار ارتكابی برای دفع خطر و تجاوز، ضرورت داشته باشد؛ به عنوان مثال، اگر دفاع به وسیله نواختن یک سیلی محقق می شود، مدافع نمی تواند اقدام به جرح یا قتل مهاجم نماید و در صورت ارتكاب چنین عملی، گرچه دفاع محسوب می شود؛ اما از آنجا که ضرورت نداشته است، دفاع مشروع نخواهد بود. فقها این شرط را با تعبیر «الاسهل فالاسهل» بیان فرموده اند. در قانون مجازات سابق این مطلب در دو بند تصریح شده بود؛ یعنی در یک بند می گفت: «اقدام متناسب با خطر باشد» و در بند دیگری بیان می کرد که «اقدام بیش از حد لازم نباشد». این دو بند در ماده ۱۵۶ قانون مجازات اسلامی در یک بند گنجانده شده و تصریح می کند که «رفتار ارتكابی برای دفع خطر و تجاوز ضرورت داشته باشد». البته شرط مورد بحث، در روایات معصومین علیهم السلام به صراحت بیان نشده و روایات صرفاً و بدون هرگونه قید و شرطی می فرمایند: «دمه مباح» و در واقع، اعتبار این شرط، مستند به اجماع فقها بوده و دلیل اصلی آن همین اجماع است؛ هرچند برخی فقها سعی کرده اند تا این شرط را مستند به ارتكاز روایات و معنای دفاع نیز نمایند. این مسأله نظیر مسأله امر به معروف و نهی از منکر است که در آن، وقتی سخن از رعایت مراتب می شود، استناد به اجماع فقهای می شود.^۱

۲-۲. استناد دفاع به خوف عقلائی

دومین شرطی که برای مشروعیت دفاع مطرح است، استناد اقدام دفاعی به خوف عقلائی است. طبق این شرط، به صرف احتمال، نمی توان اقدام مدافع را مشمول عنوان دفاع مشروع دانست.

۲-۳. عدم ایجاد خطر و تجاوز به سبب اقدام آگاهانه فرد مدافع

شرط سوم برای تحقق دفاع مشروع این است که خطر و تجاوزی که مورد دفاع واقع می شود، به سبب اقدام آگاهانه یا تجاوز خود فرد و دفاع متقابل فرد دیگر صورت نگرفته باشد. گاهی ممکن است شخص مدافع با اقدام آگاهانه خود، سبب حمله فردی دیگر شود که در این صورت، دفاع وی در برابر چنین مهاجمی، دفاع مشروع محسوب نمی شود؛ به عنوان مثال، اگر شخصی چاقویی را در

۱. مراتب نهی از منکر، عبارتند از: انکار قلبی، انکار لسانی و انکار یدی که منوط به اذن حاکم است؛ مگر در مواردی که منکر از منکرانی باشد که شارع به هیچ وجه، راضی به وقوع آن نیست که در این صورت، حتی اگر قبل از نهی از منکر یدی، نتوان اجازه حاکم را اخذ کرد، نهی از چنین منکری لازم است؛ مانند موردی که نفس محترمه ای در معرض قتل قرار گرفته باشد.

برابری از ارادل و اوباش بگیرد، مسلماً این رفتار فرد، سبب تحریک و حمله فرد اوباش خواهد شد و در این فرض، اگر شخص اول در مقابل حمله ارادل و اوباش از خود دفاع کند، اقدام او مشمول عنوان دفاع مشروع نخواهد بود.

۲-۴. عدم امکان توسل به قوای دولتی

شرط چهارم این است که توسل به قوای دولتی امکان پذیر نباشد یا این که مداخله قوای دولتی برای دفع خطر و هجمه، مؤثر و کافی نباشد.

۳- حکم دفاع نامشروع

اگر شخصی واقعاً در مقام دفاع قرار گرفته و عناصر صدق عنوان دفاع، محقق شده باشد؛ اما تناسب و حد لازم که مراد فقها از الاسهل فالاسهل است را رعایت ننماید، حکم اقدام وی چه خواهد بود؟ به عنوان مثال، وی با وجود آنکه می‌توانست خطراً با ضربه چاقو به دست یا پای مهاجم، دفع کند، اما تیر به قلب او زده و او را به قتل رسانده است. آیا مدافع در چنین شرایطی مسئولیتی دارد یا خیر و اگر مسئولیت دارد، چه مسئولیتی است؟ سؤال دیگر این است که در چنین مواردی آیا باید تفاوتی میان حالت علم و اراده و جهل و سهو مدافع قائل نشده و در هر دو حالت، حکم به مجازات مدافع دهیم یا آنکه بین حالت علم و اراده و جهل و سهو مدافع تفکیک نهاده و بگوییم: اگر مدافع عالمانه و عامدانه مرتبه‌ای غیر ضروری از دفاع را انجام داده است، محکوم به مجازت است؛ به عنوان مثال، مدافع می‌داند با یک سیلی می‌تواند مهاجم را دفع کند، با این وجود، با چاقو به قلب او حمله کرده و او را مجروح نموده یا به قتل رسانده است. اما اگر مدافع سهواً مرتکب دفاع غیر ضروری گردد، محکوم به مجازات نخواهد بود؛ به عنوان مثال، مدافع می‌داند که جراحت به دست برای دفع او کافی است و نیازی به قتل او نیست، اما به صورت کاملاً سهوی، چاقو در قلب مهاجم فرورفته و او به قتل رسیده است.

امام خمینی رحمته الله علیه در مسأله هشت تحریر الوسیله به پاسخ این سؤال پرداخته و در بحث امر به معروف و نهی از منکر، فصلی تحت عنوان «الدفاع» را مطرح فرموده‌اند. ایشان ابتدا دفاع از کشور اسلامی که از اقسام دفاع واجب بوده و فرار از آن جایز نیست را بیان کرده‌اند. پس از آن سراغ دفاع از

جان، عرض و مال رفته و دفاع از جان و عرض را واجب می‌داند؛ اما در عین حال، اگر فرد قادر به فرار باشد، فرار وی مجاز است. دفاع از مال نیز دفاع مجاز بوده و فرار در آن نیز به طریق اولی، جایز خواهد بود. مرحوم امام در این بحث تصریح می‌کنند که در تمام موارد و حالات دفاع - اعم از اینکه دفاع واجب باشد یا جایز و نیز اعم از اینکه فرار جایز باشد یا خیر - رعایت سلسله مراتب الاسهل فالاسهل لازم است و اگر از میزانی تعدی و تجاوز کند که به نظر خود وی و در عالم واقع، برای دفع کافی بوده است؛ علی الاحوط، ضامن است. عبارت امام رحمته الله علیه در این مسأله چنین است: «لو تعدی عما هو الکافی فی الدفع بنظره و واقعاً فهو ضامن علی الاحوط»؛ یعنی اگر به نظر مدافع، سیلی زدن برای دفع مهاجم کافی بوده و در عالم واقع نیز مهاجم به یک سیلی دفع می‌شد؛ علی الاحوط، این فرد ضامن است. در نظریه امام، سه مسأله مهم وجود دارد که باید مورد تحلیل واقع شود. مسأله نخست این است که آیا منظور از تعدی در کلام امام رحمته الله علیه فقط تعدی عمدی است یا تعدی سهوی را نیز شامل می‌شود؟ عبارت مطلق امام رحمته الله علیه که می‌فرماید: «لو تعدی...»، مطلق بوده و مقید به خطا یا عمد نشده است. بنابراین، تعدی اعم از تعدی خطایی و سهوی است. مسأله دوم، مربوط به قید «بنظره و واقعاً» می‌شود. برای تعدی و تجاوز از میزان کافی، به طور کلی، چهار صورت قابل تصور است: صورت اول آنکه مدافع، خود، معتقد است که تعدی نموده و میزان کمتری لازم بوده است، اما در واقع، تعدی صورت نگرفته و اقدام وی، عملی ضروری برای دفع حمله بوده است و تفاوتی نیست که تعدی خطائی باشد یا عمدی. صورت دوم آنکه هم به نظر خود مدافع و هم به لحاظ واقع، تعدی صورت گرفته است. صورت سوم آنکه هم به نظر مدافع و هم به لحاظ واقع، تعدی صورت نگرفته است و صورت چهارم اینکه در نظر مدافع، تعدی صورت نگرفته و میزان انجام شده از عمل برای دفع حمله لازم بوده است؛ اما به لحاظ واقع، این اقدام، فراتر از میزان مورد نیاز بوده و تعدی صادق است. در میان این صورت‌های چهارگانه، صورت دوم قطعاً ضمان دارد، اما سایر صورت‌ها ضمانی ندارند.

مسأله سوم نیز در خصوص قید «ضامن» است و این سؤال را برمی‌انگیزد که آیا منظور از ضامن، ضمانت نسبت به دیه است یا اعم از قصاص و دیه؟ برخی معتقدند ضمانت در این فرض، اعم

از قصاص و دیه است؛ یعنی اگر تعدی عمدی بوده است، باید قصاص شود و اگر تعدی سهوی بوده است، باید دیه پرداخت شود. طبق این قول، «ضامن» در هر موردی، به حسب خود آن مورد، معنا و تفسیر می‌شود؛ همانطور که در بحث امر به معروف و نهی از منکر نیز حکم تعدی و عدم رعایت مراتب چنین بوده و نوع ضمانت به حسب مورد، یا قصاص است یا دیه و مرحوم آیت‌الله خوبی نیز در مسأله چهارم از مسائل امر به معروف و نهی از منکر، این موضوع را بیان کرده است. اما دیدگاه دوم معتقد است که باب دفاع نباید با باب امر به معروف مورد قیاس واقع شود. در باب دفاع، حتی اگر تعدی عمدی باشد، ضمان به طور کلی، دیه است و روایات این باب فقط می‌گویند: «دمه مباح»؛ چراکه وی حمله‌کننده است و شرط رعایت مراتب نیز به دلیل اجماع فقها، در زمره شروط دفاع مشروع قرار داده شده است و فقها با استناد به همین اجماع معتقدند اگر مدافع، تعدی نماید، ضامن خواهد بود. بنابراین، به نظر می‌رسد منظور از این ضمانت، ضمانت به دیه بوده و شامل قصاص نخواهد بود. برخی در دفاع از این دیدگاه استدلال کرده‌اند که کلمه «ضامن» فقط برای دیه استفاده می‌شود؛ بنابراین، در اینجا نیز حتی اگر تعدی عمدی باشد، مراد از ضمانت فقط دیه است. اشکال این استدلال این است که مرحوم امام در مسأله نهم تحریرالوسیله کلمه ضامن را برای قصاص و دیه به کار برده‌اند.

به نظر می‌رسد قید «علی الاحوط» در کلام امام را می‌توان قرینه بر این ادعا دانست که مراد از ضامن، فقط دیه است؛ به این معنا که اگر درباره فردی شبهه داشته باشیم که آیا مستحق قصاص است یا خیر، قطعاً قصاص کردن او مخالف احتیاط و دیه، موافق احتیاط است. با این توضیح، معنا ندارد که ضامن را اعم از دیه و قصاص بدانیم؛ یعنی معنا ندارد بگوییم که در فرض عمدی، احتیاطاً قصاص شود و در فرض سهوی نیز احتیاطاً دیه اخذ شود. اما اگر ضمانت به معنای دیه در نظر گرفته شود، احتیاط از هر دو سو رعایت شده است؛ یعنی از سویی اگر فرد واقعاً مستحق قصاص نباشد، قصاص نمی‌شود و فقط از او دیه اخذ می‌شود و از طرفی دیگر، در روایات، شرط رعایت مراتب ذکر نشده و مهاجم، مهدورالدم تلقی شده است؛ بنابراین، گرچه شخص مدافع، به لحاظ واقع و به نظر خود، تعدی نموده است، اما نهایتاً باید گفت وی مرتکب معصیت شده و از آنجا که مهاجم نیز

طبق فرمایش معصومین علیهم السلام، مهدورالدم است، وی ضامن نخواهد بود. با همه این توضیحات، امام علیه السلام معتقد است احتیاط این است که وی دیه را بپردازد؛ چراکه وی خود را متعدی دانسته و در این مورد، جانب مقتول را ترجیح داده است. اما معنا ندارد که بگوییم احتیاط این است که وی قصاص شود؛ چراکه این عمل خود، خلاف احتیاط از جانب مدافع است. بنابراین لحاظ احتیاط در هر دو طرف، یعنی طرف مدافع و طرف مهاجمی که بدون رعایت مراتب به قتل رسیده است، مقتضی آن است که مدافع را فقط ضامن دیه بدانیم. البته طبق فتوای مرحوم امام خمینی این دیه بنا بر احتیاط بوده و ممکن است برخی آن را قبول نداشته باشد.

طبق آنچه بیان شد، اگر مدافع تعدی کند - اعم از اینکه تعدی او خطایی باشد یا عمدی - وی ضامن دیه خواهد بود و قانون مجازات اسلامی نیز در تبصره ۲ ماده ۳۰۲ همین نکته را بیان داشته و می‌گوید: «چنانچه نفس دفاع، صادق باشد، ولی از مراتب آن تجاوز شود، قصاص منتفی است؛ لکن مرتکب به شرح مقرر در قانون، به دیه و مجازات تعزیری محکوم می‌شود». دقت شود که این تبصره به صورت مطلق، صرف تجاوز از مراتب را سبب محکومیت به دیه دانسته و آن را مقید به تجاوز سهوی نکرده است.

يعقوب مددى

madadi.0118@gmail.com

الملخصات

التحرى عن المسؤولية الجزائية لناقل الأمراض المميتة فقهيًا وحقوقيًا بالتنزيل على مرض الإيدز

محمد صيدى

ان نقل الامراض المميتة الى السائرين ظاهرة جديدة فى عصرنا هذا. قد اصيب بها اشخاص سهواً او عمدا. ان هذا الموضوع ذو جهات مختلفة فقهيّة و حقوقية؛ منها ترسيم الإجرام لعملية نقل هذا المرض. و بعد التحرى تبين ان الأخذ فى الإنتقال من دون لحاظ نتيجته لم يرتسم له جرم و انما ارتسمت العقوبة للنتيجة. اذا أخذ الناقل فى نقل المرض يتصور وجهان: الاول انه لا يؤدى فعله الى نقل المرض ولا يتفق القتل طبعاً أو تخيلاً ان النقل قد تحقق ولكنه لم يقع. فحينئذٍ انما يشمله عقوبة الإبتداء بالقتل لو كان قصده القتل. والثانى انه أدى الى الانتقال وان تخلل بينه وبين القتل زمن طويل إلا انه لا يمنع من الاستناد اليه فالقتل واقع وله وجوه: الاول: ما اذا اتحد الناقل والمنتقل اليه وقد مات بالانتقال فلا يتصور له عقوبة و ان لم يمت فيحتمل هنا عقوبة الإبتداء فى جرم الإنتحار. الثانى: ما اذا افترقا وقد اتفق القتل من دون دخالة ثالثٍ فإن قصد القتل او علم بكون المرض مميتاً فلاشك انه قتل عمد وان قصد ارتكاب جرم على المنتقل اليه من دون ان يعلم انه مميت فالقتل شبه عمد والأ فالقتل خطأ. الثالث: ما اذا تغاير الناقل والمنتقل اليه وقد اتفق القتل بدخالة ثالثٍ فالحكم تابع لنوع المداخلة. المفردات الرئيسية: الإيدز، الناقل والمنتقل اليه، الجرم المحال، السبب والمباشر، اجتماع السبب والمباشر، اجتماع الاسباب، الامراض المميتة.

مشروعية عقوبة الإعدام دون ألم في الفقه الإمامي وقانون الجمهورية الإسلامية الإيرانية

كريم رئيسي

لقد دُونت قوانين تنفيذ الأحكام القاضية على الحياة في الجمهورية الإسلامية الإيرانية على أساس الفقه الإمامي و هذا الموضوع كغيره من الموضوعات الفقهية و القانونية واجه مسائل مستحدثة تحتاج بطبيعة الحال إلى دراسة فقهية و قانونية تناسبها . مشروعية عقوبة الإعدام من دون ألم من تلك المسائل المستحدثة و تعرّض مقالتنا هذه لحكمها من حيث الجواز فقهياً و قانونياً و عدمه . في بحثنا هذا بدأنا بدراسة المسألة المذكورة من الجهة القانونية ثم أوضحنا موقف الفقه الإمامي تجاهها و في خلال ذلك درسنا جميع الحدود بملاحظة أمرين : تعيين آلة تنفيذ الحكم و عدمه شرعاً و أنه هل لآلات تنفيذ الحكم في باب الحدود و القصاص موضوعية أو أنها طريقية ؟ و أخيراً أنبتنا بالأدلة الروائية و القرآنية و كلمات الفقهاء أن الإعدام من دون ألم في أكثر الموارد أرجح من سائر العقوبات فضلاً عن جوازه .

المفردات الرئيسية: الإعدام من دون ألم، الإعدام، القضاء على الحياة، مشروعية الإعدام من دون ألم، الفقه الإمامي، قانون العقوبة

زمن نفى البلد في عقوبة جرم المحاربة

حسن حكم آبادي

قد ذكر في قانون العقوبات الإسلامي لجرم المحاربة اربعة عقوبات تخييراً . و من بينها لاينجز عقوبتا الصلب و قطع العضو نظراً الى الملاحظات السياسية و الحقوق البشرية . و تبعيد المحارب ايضاً يلزم المفسدة التي لا يمنع منها تحت المراقبة . و من ثم استبدلت هذه العقوبة الى الحبس في النفي . و على هذا انحصرت عقوبة المحارب في الإعدام و الحبس في المنفى . و من وجهة اخرى قد اختلف الفقهاء في أمد نفى البلد لجرم المحاربة على ثلاثة آراء؛ الاول: الحبس الى ان يتوب ، الثاني: الحبس الى سنة و الإخلاء المشروط بالتوبة بعد السنة؛ و الثالث: الحبس المؤبد . و المقنن قد اختار الثاني و قد ادى هذا القانون الى عدم حكم القضاة بالحبس و ترجيح الاعدام نظراً الى عدم رادعية هذه العقوبة

فى الجرائم الأمنية كالمحاربة .

ان دراستنا هذه نظراً الى امكان المجازاة بنفى البلد قامت باقتراح استبدال الاتجاه الثالث من اتجاهات الفقهاء فى المحاربة للمقرّر الآن فى القانون حتى يتخيّر القضاة بين الإعدام والحبس المؤبّد تضائلاً لموارد الإعدام مع مراعاة التناسب .

و نظراً الى الملاحظة ٢ من المادة ٢٧٨ يبدو امكان ان تصير توبة المحارب المحكوم بالحبس المؤبّد فى المنفى موجباً لإطلاقه بالعنوان الثانوى اذ كان ذامصلحة عند الحاكم .
المفردات الرئيسية: نفى البلد، التباعد، المحاربة، الحبس المؤبّد، الحبس فى التباعد، التوبة، الإعدام .

تبيين عنوانى «منافى العفة» و«الرابطه غير الشرعية» مفهوماً ومصادقاً فى الفقه والقانون

الياس نوروزپور

ان عنوانى «منافى العفة» و«الرابطه غير الشرعية» من العناوين الجرمية الهامة التى ذكرت فى قانون التعزيرات وقد ارتسم لهما الإجرام فى المادة ٦٣٧ من قانون التعزيرات المصوّب سنة ١٣٧٥ .
ولكن المفهوم وكذلك رحاب مصاديقهما غامضان والقضات نظراً الى اختلاف تفسيرهم من هذه المادة يصدرن آراء مختلفة .

هذه الدراسة بعدتحرى المواد القانونية المختلفة كالمادة ٣ من قانون محاكمات المحاكم العمومية والثورة و الفقرة ٢ من قانون الإحترام بالحريّات الشرعية و حفظ الحقوق المّواطنية و المباحث الحقوقية الأخرى وآراء الفقهاء، قد اثبتت لزوم المراجعة الى الأصل ١٦٧ من القانون الأساسى فى تبيين هذين العنوانين .

وعلى هذا فالمعيار فى العمل المنافى للعفة و الرابطه غير الشرعية هوكل عمل يؤدّى الى نقض الخُرّم فى الأمور الجنسية و الجسمية و ينجز الى الذنب و الفساد جسمياً كان ام غيره . و الفرق بين هذين العنوانين من اتجاه هذه الدراسة هو وقوع الارتباط فى احدهما من دون الآخر . و من ثمّ تعتبر المصاديق الغامضة كالرسائل الغرامية بين الرجل و المرأة جُرمًا .

المفردات الرئيسية: منافي العفة، الرابطة غير الشرعية، العفة العمومية، الحریم الشخصية، الحرّيات الشرعية، المادة ٦٣٧ من العقوبات الإسلامية جزء التعزيرات .

حكم القضاء المبتنى على الشهادة على الشهادة وشروطه من اتجاه فقه الامامية

على رهبر

الشهادة على الشهادة تُوجّه في عملية اصدار الحكم فيما اذا تعدّر حضور الشاهد عند القاضي لدلائل كالغيبه والمرض والسفر والحبس . وقد اعتبرها الفقهاء في نحو ما ذكر بشرائط خاصة . ذهب المشهور من الفقهاء الى عدم اعتبار هذا النوع من الشهادة في الحدود بخلافها في سائر حقوق الله التي تثبت الأحكام الشرعية فحسب و كذا في حقوق الناس فذهبوا الى اعتبارها . ثم ان من ادلة عدم اعتبارها في حقوق الله ما روى عن الباقر عليه السلام . واما مستند القائلين بجوازها فهو اطلاق ادلة الشهادة واخبار أخرى كمعتبرة غياث بن ابراهيم .

ثم ان الشهادة على الشهادة في حقوق الناس اذا تعلقت بالديون والاملاك والعقود فالمشهور على اعتبارها نظراً الى عموم الأدلة واما اذا كانت في القصاص فقليل من الفقهاء رأى عدم صحتها نظراً الى الإجماع واطلاق الأدلة .

ونظراً الى اشتراط الرجولية في الشهادة لاتصح عند المشهور شهادة المرأة على الشهادة . ان في شروط صحة الشهادة على الشهادة خلافاً بين الفقهاء . ولا يخلو التطابق بين المواد القانونية وآراء الفقهاء من الإشكال حيث يبدو أن من الشروط المقررة في القانون ما لتوافق الأدلة الفقهية كشرط تعدر حضور الشاهد الأصيل المذكور في المادة ١٨٨ من قانون العقوبة الإسلامي . ومن جهة اخرى تلوح صحة الشهادة على الشهادة في بعض الصور كالشهادة على شهادة الفرع الا أن القانون لا يرى صحتها تبعاً لبعض الفقهاء .

المفردات الرئيسية: الشهادة، الشاهد، الشهادة على الشهادة، حقوق الله، حقوق الناس، الشاهد الاصيل، الشاهد الفرع .

