

مبانی عرفانی حقوق در اسلام

حقوق تطبیقی، نظام‌های حقوقی، حقوق جزاء از دیدگاه حکمت



شامل جزوات آموزشی حضرت آقای دکتر نورعلی تابنده در حقوق تطبیقی

دکتر بیژن بیدآباد

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
سُبْحَانَكَ لَا عِلْمَ لَنَا إِلَّا مَا عَلَّمْتَنَا إِنَّكَ أَنْتَ الْعَلِيمُ الْحَكِيمُ

«منزهی تو ما را دانشی نیست جز آنچه تو به ما آموختی همانا تویی دانشمند حکیم»

قرآن کریم

آیه 32 سوره بقره

طبع و تکثیر این کتاب و ترجمه بخش یا
تمامی آن به هر زبانی به شرط رعایت
امانت آزاد می باشد. علاقه مندان برای
دریافت آخرین اصلاحات و تجدید نظرات
به نگارنده مراجعه نمایند.

بیدآباد، بیژن ۱۳۳۸ - Bidabad, Bijan

مبانی عرفانی حقوق در اسلام، حقوق تطبیقی، نظام‌های حقوقی، حقوق جزا از دیدگاه حکمت / بیژن
بیدآباد - ویرایش ۱ - تهران:، ۱۳۸۸، هجده، ۳۳۹ ص.

9789649623641 :ISBN ریال

فهرست نویسی بر اساس اطلاعات فیبا (فهرست نویسی پیش از انتشار)
کتابنامه

۱- عرفان. ۲- حقوق. ۳- اسلام. ۴- حقوق تطبیقی. ۵- نظام‌های حقوقی. ۶- حقوق جزا. ۷-
حکمت. الف نویسنده. ب عنوان.

.....
.....
.....

۱۳۸۸

مبانی عرفانی حقوق در اسلام
حقوق تطبیقی، نظام‌های حقوقی، حقوق جزا از دیدگاه حکمت

تألیف: دکتر بیژن بیدآباد
ناشر: انتشارات نور فاطمه
آدرس: تهران، خیابان ناصر خسرو، پاساژ رحمانیان، طبقه دوم
ایمیل: bidabad@yahoo.com
وب: <http://www.bidabad.com/>
تلفن: ۰۲۱-۸۸۰۶۰۵۲۴
نوبت چاپ: اوّل ۱۳۸۸
تعداد: ۱۰۰۰ جلد
بهاء: ریال

حقوق: طبع و تکثیر این کتاب و ترجمه بخش یا تمامی آن به هر زبانی به شرط رعایت امانت
آزاد می‌باشد. علاقه‌مندان برای دریافت آخرین اصلاحات و تجدید نظرات به نگارنده
مراجعه نمایند.

شابک: 9789649623641 ISBN: 9789649623641

فهرست مطالب

۱.....	پیشگفتار
۳.....	مقدمه

فصل اول حقوق تطبیقی

۷.....	مقدمه
۸.....	کلیات
۹.....	مبنای بوجود آمدن قواعد حقوقی در جوامع بشری
۱۰.....	انتقاد بردو مکتب فوق و نظریه بینابین
۱۲.....	حقوق علم است یا فن
۱۲.....	روش علمی و منطق حقوقی
۱۳.....	مطالعات تطبیقی در قدیم
۱۴.....	موانع پیشرفت حقوق تطبیقی

۱۵.....	جهات پیشرفت اخیر حقوق تطبیقی.....
۱۵.....	موضوع مطالعات تطبیقی.....
۱۶.....	نحوه مطالعات تطبیقی.....
۱۶.....	هدف مطالعات تطبیقی.....
۱۷.....	طرز کار در مطالعه تطبیقی.....
۱۹.....	اخلاق و حقوق.....
۲۰.....	اقتصاد در سیستم‌های حقوقی.....
۲۰.....	تقسیم بندی گروه‌های مختلف حقوقی.....
۲۰.....	حقوق پیرو و پیشرو.....
۲۱.....	حقوق نوشته و حقوق عرفی.....
۲۲.....	تقسیم بندی سیستم‌های حقوقی بر حسب تاریخ ایجاد.....
۲۲.....	تقسیم بندی سیستم‌های حقوقی بر حسب نژاد و ملیت.....
۲۳.....	ارزش عملی حقوق تطبیقی.....
۲۵.....	سیستم حقوق اسلام.....
۲۵.....	دادرسی اهل ذمه در حقوق اسلام.....
۲۶.....	احوال شخصیه.....
۲۶.....	مرز حکومت اسلامی.....
۲۷.....	کاپیتولاسیون و تفاوت آن با دادرسی اهل ذمه.....
۲۷.....	رعایت قانون خارجی و محدودیت آن.....
۲۷.....	اخلاق حسنه و نظم عمومی.....
۲۷.....	نظم عمومی.....
۲۸.....	اصل آزادی عقود و محدودیت آن.....
۲۹.....	فلسفه تقدم نظم عمومی و اخلاق حسنه.....
۳۰.....	مفهوم نظم عمومی در حقوق داخلی.....

۳۰	مفهوم نظم عمومی در روابط بین‌المللی
۳۱	نظریه منسوب به پيله در مورد نظم عمومی
۳۱	ایرادات بر نظریه پيله
۳۲	نظریه من چینی در مورد نظم عمومی
۳۲	قلمرو نظم عمومی
۳۳	شمردن قوانین نظم عمومی و بحث در این مورد
۳۴	مبنای رعایت قانون خارجی و نظریه تشابه تمدن دو کشور بعنوان ضابطه نظم
۳۴	نسبیت قلمرو نظم عمومی
۳۵	مرجع تشخیص نظم عمومی
۳۶	تعارض دو نظم عمومی
۳۶	اخلاق حسنه
۳۷	قلمرو اخلاق حسنه
۳۷	منشأ اخلاق حسنه
۳۷	قرارداد مخالف با اخلاق حسنه
۳۸	حقوق تطبیقی و مجامع بین‌الملل
۳۸	جامعه ملل و سازمان ملل
۳۹	فهرست اسم سازمانهای بین‌المللی و هدف آنها
۴۱	دادگاه‌های بین‌المللی - منابع حقوقی مستند دادگاه لاهه
۴۱	معاهدات بین‌المللی بعنوان مستند دادگاه لاهه
۴۲	منابع استنتاجی دادگاه لاهه
۴۳	استفاده از حقوق تطبیقی برای تکامل حقوق داخلی (پیوند)
۴۴	چندمثال از پیوند مؤثر
۴۴	چند مثال از پیوند غیر مؤثر
۴۵	پیوند کلی (تقنینی)

۴۵	پیوند کلی اولیه حقوق رم.....
۴۶	پیوند کلی اولیه حقوق اسلام.....
۴۷	پیوند ناپلئونی.....
۴۷	پیوند تشکیل مستعمره.....
۴۹	پیوند مستعمراتی.....
۵۰	پیوند متصرفی.....
۵۰	پیوند تقلیدی (خاوری).....
۵۱	خانواده در نظام‌های حقوقی معاصر.....
۵۱	طبیعت غریزی ازدواج.....
۵۲	ماهیت اجتماعی ازدواج.....
۵۳	ماهیت حقوقی ازدواج.....
۵۴	انتشار و علنی بودن ازدواج.....
۵۵	سن ازدواج.....
۵۶	بررسی و نقد مسئله سن ازدواج.....
۵۷	حرمت (موانع) ازدواج.....
۵۸	حرمت‌های خاص حقوق اسلام و ایران.....
۵۹	قصد و رضای طرفین در ازدواج.....
۵۹	ازدواج مجنون.....
۶۰	فرزند خواندگی.....
۶۰	نسب نامشروع.....
۶۲	تفاوت نسب مشروع و نامشروع.....
۶۲	تعدد زوجات.....
۶۴	نکاح منقطع.....
۶۵	روابط خارج از ازدواج.....

۶۶	مسائل تشکیل واحد خانواده
۶۷	رژیم مالی ازدواج در حقوق مغرب زمین و انواع آن
۶۸	طرز انتخاب رژیم
۶۹	وضعیت زن شوهردار
۶۹	موارد انحلال نکاح
۷۰	بطلان مطلق نکاح
۷۲	بطلان نسبی در نکاح
۷۳	طلاق در حقوق مسیحیت
۷۳	ماهیت حقوقی طلاق
۷۴	طلاق در حقوق اسلام
۷۷	طلاق در حقوق فرانسه

فصل دوم

نظام‌های حقوقی

۸۱	مقدمه
۸۲	سیستم حقوق رومانوژرمانیک
۸۲	دوران قدیم در حقوق رومانوژرمانیک
۸۲	دوران مقارن صلیبی
۸۴	تجدید حقوق رم دوران بعد از صلیبی
۸۴	مکتب حقوق فطری و آثار آن
۸۵	تقسیم بندی علم حقوق به عمومی و خصوصی و مبنای آن
۸۶	دورانهای قبل از انقلاب کبیر فرانسه
۸۷	پارلمانهای فرانسه
۸۷	دوران تدوین قوانین

۸۸	سود و زیان تدوین
۸۹	تقسیم بندی و نظریات حقوقی
۸۹	پیدایش حقوق عمومی و بررسی وظیفه دولت و کنترل آن
۹۰	نقش سه قوه مملکتی در سیستم رومانوژرمانیک
۹۰	منابع حقوق در سیستم‌های حقوق نوشته
۹۱	اول: قانون
۹۱	سلسله مراتب قانون
۹۱	مطابقت قانون عادی با قانون اساسی و کنترل آن
۹۲	معاهدات بین‌المللی
۹۲	لوائح قانونی
۹۳	آئین نامه‌ها و نظامنامه‌ها
۹۳	دوم: عرف
۹۴	تشکیل تدریجی عرف
۹۴	فرق عرف و مد
۹۵	موافقین و مخالفین عرف
۹۶	سوم: رویه قضائی
۹۷	الزام یا عدم الزام اطاعت در رویه قضائی
۹۸	چهارم: نظریات علمای حقوق
۹۸	پنجم: اصول کلی حقوقی
۹۹	نظام حقوقی کامن لائو انگلستان
۹۹	نحوه تشکیل حقوق انگلستان و مراحل آن
۱۰۰	وجه اشتراک سیستم حقوق انگلستان و حقوق رومانوژرمانیک
۱۰۱	دوران نرماندها
۱۰۱	دادگاههای دوران نورماندها

- ۱۰۲.....ایجاد و تحول کامن لاو.....
- ۱۰۲.....انصاف در برابر کامن لاو.....
- ۱۰۲.....مرجع شکایت از دادگاه (رای) کامن لاو.....
- ۱۰۲.....مبنای رأی مهرداد.....
- ۱۰۲.....دستور انصاف و ضمانت اجرای آن.....
- ۱۰۳.....مواردی که انصاف رفع نقص از کامن لاو کرده است.....
- ۱۰۴.....رقابت انصاف و کامن لاو و قطع این رقابت.....
- ۱۰۴.....خصوصیات تحول دوران جدید- قرن نوزدهم.....
- ۱۰۵.....سازمان حقوق انگلستان، تقسیم بندیها و اصطلاحات.....
- ۱۰۵.....اهم تفاوت سیستم کامن لاو و رومانوژرمانیک.....
- ۱۰۶.....تقسیم‌بندی به انصاف و کامن لاو.....
- ۱۰۷.....تفاوت‌های انصاف و کامن لاو.....
- ۱۰۷.....اهم قواعد انصاف.....
- ۱۰۸.....ادغام دادگاه کامن لاو و مراجع انصاف (اصلاحات اخیر).....
- ۱۰۹.....تعریف تراست.....
- ۱۰۹.....نحوه مالکیت تراستی.....
- ۱۱۰.....حقوق اشخاص ذینفع در تراستی.....
- ۱۱۰.....آثار انصاف.....
- ۱۱۱.....ماهیت و شکل (مبدا و علت تاریخی اهمیت تشریفات دادرسی).....
- ۱۱۱.....طرز فکر قاضی انگلیسی.....
- ۱۱۲.....کنترل دادگاه‌های قوه قضائیه و تمام مراجع.....
- ۱۱۲.....قاطعیت محاکم.....
- ۱۱۲.....منابع حقوق در سیستم کامن لاو انگلستان و تفاوت آن با سیستم رومانوژرمانیک.....
- ۱۱۳.....قانون در حقوق انگلستان.....

- عقل در حقوق انگلستان ۱۱۳
- سازمان قضائی انگلستان ۱۱۳
- طرز انتخاب قضات ۱۱۳
- استقلال قضات ۱۱۴
- نظارت کلی قوه قضائیه ۱۱۵
- رعایت سابقه آراء قضائی ۱۱۵
- محدودیت تئوری و عملی در رعایت سابقه ۱۱۶
- آراء لازم الرعایه ۱۱۷
- رابطه قانون و رویه قضائی ۱۱۷
- برداشت قوه قضائیه از قانون ۱۱۸
- اصول کلی حقوقی و قانون ۱۱۹
- مقایسه قواعد و اصول کلی حقوقی در دو سیستم ۱۱۹
- مسئولیت مدنی (اصل کلی) ۱۲۰
- وضعیت امروز و تحول قانونگذاری ۱۲۰
- عرف در حقوق انگلستان ۱۲۱
- عقل در سیستم فرانسه و انگلستان ۱۲۱
- دکترین ۱۲۲
- بررسی با سیستم فعلی حقوق ایران ۱۲۲
- سیستم حقوق آمریکا** ۱۲۴
- تاریخچه مختصر تشکیل آمریکا ۱۲۴
- جهات تفوق سیستم حقوقی کامن لاو در آمریکا ۱۲۵
- سازمان قضائی آمریکا ۱۲۶
- دادگاههای فدرال و ایالتی ۱۲۶
- تقسیم صلاحیت هر گروه دادگاهها ۱۲۷

انتخاب قضات	۱۲۸
منابع حقوق آمریکا.....	۱۲۸
صلاحیت فدرال و ایالتی در تصویب قانون.....	۱۲۸
کنترل مطابقت قوانین عادی با حقوق اساسی	۱۲۹
مرجع تفسیر قانون.....	۱۳۰
تعارض قوانین ایالتی، کامن لاو و ایالتی	۱۳۰
تعارض قوانین ایالتی، کامن لاو و فدرال.....	۱۳۱
تعارض قوانین	۱۳۱
توسعه انصاف	۱۳۲
رعایت سابقه قضائی	۱۳۲
جریانهای وحدت جوئی	۱۳۲
سیستم حقوق هندوستان.....	۱۳۳
مبارزه مذهب برهمنائی و بودائی و وضع بعدی هندوستان در سیستم حقوق هندوستان.....	۱۳۳
طبقات جامعه در مذهب برهمنائی	۱۳۳
اهداف زندگی در مذهب برهمنائی	۱۳۴
دوران تسلط پادشاهان مسلمان بر هندوستان.....	۱۳۵
دوران تسلط کمپانی هند شرقی بر هندوستان.....	۱۳۵
خلع ید از کمپانی و استعمار مستقیم	۱۳۵
دو اثر عمده تسلط انگلستان.....	۱۳۶
دوران قانونگذاری	۱۳۶
دوران استقلال، قانون اساسی	۱۳۷
حقوق فدرال و ایالتی.....	۱۳۸
صلاحیت قانونگذاری	۱۳۸
کنترل مطابقت قانون عادی با قانون اساسی	۱۳۸

- ۱۳۹..... جهات تشابه حقوق هندوستان با حقوق کامن لاو و انگلستان
- ۱۳۹..... جهات افتراق حقوق هندوستان با حقوق کامن لاو و انگلستان
- ۱۴۰..... **سیستم حقوق روسیه**
- ۱۴۰..... تشکیل اولیه روسیه
- ۱۴۰..... دوران تسلط مغول بر روسیه
- ۱۴۱..... شکست مغول و کسب استقلال
- ۱۴۱..... دوران پترکبیر و بعد از آن
- ۱۴۲..... مکتب مارکسیسم، حقوق روسیه سوسیالیستی
- ۱۴۳..... مالکیت خصوصی وسائل تولید و اولین تحول جامعه بشری
- ۱۴۳..... اصول حقوق سوسیالیستی
- ۱۴۴..... آزادی عقیده
- ۱۴۵..... سه هدف اصلی نظام سوسیالیستی
- ۱۴۵..... منابع حقوقی، قانون
- ۱۴۵..... منابع حقوقی، رویه قضائی
- ۱۴۶..... بررسی بعضی نهادها
- ۱۴۶..... مالکیت خصوصی
- ۱۴۷..... ارث
- ۱۴۷..... خانواده و تحول آن
- ۱۴۸..... حقوق جزا، هدف از مجازات
- ۱۴۸..... مبتنی بودن جرم و مجازات بر قانون و تحول آن
- ۱۴۹..... **سیستم حقوق اسلامی**
- ۱۴۹..... دوران تشریح و مبانی اصلی اولیه حقوق اسلام
- ۱۵۰..... دوران تفسیر
- ۱۵۱..... مراحل و ادوار فقه در شیعه و سنی

۱۵۱.....	اجتهاد و تقلید در شیعه و سنی
۱۵۳.....	اجتهاد و تقلید
۱۵۳.....	علل دور شدن کشورهای اسلامی از حقوق اسلامی
۱۵۵.....	ییمه
۱۵۶.....	بانکداری
۱۵۷.....	اخلاق و حقوق اسلام
۱۵۷.....	جهات تشابه و افتراق حقوق اسلامی و حقوق سوسیالیستی
۱۵۸.....	جهات تشابه حقوق اسلام با حقوق نوشته
۱۵۸.....	جهات تشابه حقوق اسلام با حقوق عرفی
۱۵۹.....	تقسیم بندیهای علم حقوق
۱۶۰.....	وضع حقوق اسلام در تقسیم‌بندی حقوق به پیرو و پیشرو
۱۶۲.....	نحوه ایجاد حقوق و نظر حقوق اسلام در مکتب تاریخی و مکتب فطری
۱۶۳.....	منشأ حکومت و اطاعت مردم
۱۶۳.....	حقوق جزای اسلامی
۱۶۴.....	مبتنی بودن جرائم و مجازاتها بر قانون در حقوق اسلام
۱۶۴.....	هدف از مجازات
۱۶۴.....	نصب قاضی و اقتدار وی

فصل سوم

حقوق جزا

۱۶۷.....	مقدمه
۱۶۷.....	جرم
۱۶۹.....	عنصر قانونی
۱۷۱.....	عطف به ماسبق نشدن

۱۷۲.....	علل موجهه جرم.....
۱۷۴.....	عنصر مادی.....
۱۷۷.....	عنصر معنوی.....
۱۷۸.....	شخصی بودن مجازات.....
۱۷۹.....	تناسب جرم و جزاء.....
۱۸۱.....	ترغیب به عفو.....
۱۸۲.....	رفع مسئولیت.....
۱۸۳.....	اضطرار.....
۱۸۵.....	حالت ضرورت.....
۱۸۵.....	مسئولیت در جهل به حکم.....
۱۸۷.....	دفاع مشروع.....
۱۹۰.....	معاونت در جرم با وکالت باطل.....
۱۹۱.....	تعدد و تکرار جرم.....
۱۹۳.....	هزینه- فایده اجتماعی مجازات.....
۱۹۵.....	ترجیح خطا در عفو بر خطا در کیفر.....
۱۹۶.....	مجازات و اقدامات تأمینی.....
۱۹۸.....	قاعده درأ.....
۱۹۹.....	تفسیر قوانین جزائی.....
۲۰۱.....	توسعه فقهی قواعد جزائی بیش از نص قرآن.....
۲۰۳.....	ارجاع جزاء فراتر از نص قرآن به شورا.....
۲۰۴.....	حدود.....
۲۰۵.....	زنا و قذف.....
۲۲۹.....	رجم.....
۲۴۳.....	نظریه حقوقی نفی رجم.....

۲۴۵.....	سرقت.....
۲۴۷.....	مخاربه.....
۲۵۱.....	ارتداد.....
۲۶۱.....	قصاص.....
۲۷۴.....	قطع اعضاء و جروح.....
۲۸۰.....	دیات.....
۳۱۴.....	تغلیظ ديه.....
۳۱۵.....	ديه زن.....
۳۲۴.....	ديه ذمی.....
۳۲۵.....	تعزیرات.....
۳۲۷.....	اجراء قواعد جزائی اسلامی.....

ضمیمه

منابع و مأخذ

۳۳۵.....	فارسی.....
۳۳۸.....	عربی.....
۳۳۹.....	فرانسه.....

پیشگفتار

اصولاً نظرات هر گروه را باید از عقاید صاحب‌نظران آن جستجو کرد. لذا در این کتاب که مبانی عرفانی حقوق در اسلام مد نظر است الزاماً به تفصیل متون عرفا و صوفیه را در بخش‌های مختلف کتاب مستند مباحث قرار می‌دهیم. در این ارتباط دو جزوه درسی از حضرت آقای دکتر نورعلی تابنده بدست نگارنده رسید که به دلیل جامعیت و اختصار و کیفیت تحلیل مطالب آنقدر جذاب بود که زحمت جمع‌آوری مطالب را از نگارنده سلب نمود و تصمیم گرفتیم که عیناً از همان متون در دو فصل این کتاب استفاده نمایم. هرچند تاریخ نگارش این دو جزوه به بیش از سه دهه پیش برمی‌گردد و برخی از مطالب آن به تحلیل تطبیقی مفادی از قوانین آن زمان استناد دارند ولی شیوه نگارش و تحلیل آنقدر متقن و غنی بود که درج آن را به همان صورت بسیار زیبنده یافتیم.

هرچند حقوق مدنی اسلامی توسعه بسیاری در کشورهای اسلامی داشته ولی در این کتاب از شاخه‌های مختلف حقوق به مباحث حقوق جزا می‌پردازیم. زیرا بخش جزائی حقوق اسلام کمتر مورد توجه حقوقدانان قرار گرفته است و لذا حقوق وضعی نیز کمتر از حقوق جزای اسلامی تأسیی جسته است. برخی بر این باورند که حقوق جزای اسلامی خشن‌تر از این است که در عصر حاضر بکار گرفته شود. و در این ارتباط به بعضی از حدود و قصاص و دیات و تعزیرات درباره جرائم مختلف اشاره می‌کنند. بنظر می‌رسد که این نتیجه‌گیری ناشی از عدم اشراف بر حکمت‌های حقوق جزای اسلامی و همچنین تفسیر موسع فقها از نص قرآن کریم است - که در قواعد جزائی باید از آن خودداری نمود. لذا مقصود شارع در حقوق جزای اسلامی برای حقوقدانان بالاخص حقوقدانان وضعی روشن نمی‌باشد. باید اذعان داشت که حقوق جزای اسلامی در شرایط صدر اسلام توانست اعراب قبایلی را که قتل و غارت و سرقت

و تجاوز و تعدی از خصوصیات نهادینه شده اجتماعی آنان شده بود را با کمترین هزینه‌های اجتماعی به افرادی موظف و مقید به رعایت دستورات و قواعد اجتماعی یعنی شریعت محمدی نماید. و حتی آنها را قدمهایی به سمت معنویات و اخلاقیات برد و توانست در آن روزگار بویی از مکارم اخلاقی را به مشام مردمی برساند که این پدیده‌ها را اسطوره‌هایی می‌پنداشتند که فقط نیاکان آنها ذکری از آن نموده بودند.

در این بخش ابتدا نظریات مطرح در موضوع حقوق جزا از نگاه حقوق وضعی آورده شده سپس تعریضی به نظریات اسلام از دیدگاه عرفا و صوفیه شده است. از میان تفاسیر بیش از همه به تفسیر بیان السعاده فی مقامات العباده که از لحاظ ویژگیهای خاص عرفانی و عمق ظرافتهای کلامی و تفسیری بی‌نظیر است استفاده شد. متون استفاده شده از ترجمه این تفسیر شریف یکبار ویرایش کامل شد تا انطباق آن با متن عربی تفسیر بیشتر باشد. لذا متن درج شده تفاوت زیادی با متن ترجمه منتشره دارد.

نظرات خوانندگان چه از بعد انتقادی و چه از بعد تکمیلی برای تکمیل کتاب بسیار سودمند است و دریافت نظرات افراد با نگرشهای مختلف فکری مورد درخواست نگارنده نیز هست و حتی در برنامه تنظیمی خود برای شرفیابی به مکه معظمه و انجام مناسک حج تمتع در نظر دارم در حاشیه انجام این فریضه دینی مطالب این کتاب را با محققین آنجا نیز مطرح تا از نزدیک نظرات و انتقادات برادران اهل سنت را نیز دریافت نمایم. لذا از خوانندگان درخواست دارد تا از تذکر نقائص و اشتباهات خودداری نفرمایند تا در ویرایش‌های بعدی اصلاح گردد.

بدینوسیله از برادر ارجمندم آقای عبدالرضا هرسینی که در بازخوانی متن این کتاب مرا یاری نمودند تشکر و قدردانی می‌نمایم. امید است در آینده نیز از همکاری ارزنده ایشان برخوردار باشم.

بیژن بیدآباد^۱

مقدمه

نگاه بررسی کنندگان حقوق اسلام در طی تاریخ از جنبه‌های مختلف همواره در جهت کشف قواعد حقوقی براساس نگرش‌های مکاتب فقهی به موضوع بوده و هرچند بنای عقل در صدهای اخیر^۲ همواره یکی از منابع تقنین اسلامی مدّ نظر قرار گرفته ولی کمتر به حکمت احکام توجه شده است. کم‌توجهی به حکمت احکام و مدّ نظر قرار دادن صورت کتاب و سنت، و جمع و اجماع نظرات الزاماً به تتبع در کشف مقصود شارع مقدس منتهی نمی‌شود و این امر می‌تواند نقص قابل مشاهده‌ای در تکامل قواعد حقوقی و پویائی فقه تلقی شود که مفهوم آن این است که منبع عقل که اساس تلازم شرع با عقل و عقل با شرع است خفیف می‌گردد.

محققین حقوق^۳ مطالعات حقوق اسلامی را در پنج بُعد طبقه‌بندی می‌کند که این مطالعات یا از طریق علم اصول است یا از طریق قواعد فقه یا از طریق فقه و یا از طریق مطالعه تاریخ فقها و بالاخره بُعد پنجم که مطالعات حقوق اسلامی را از راه مکتب‌های حقوقی اسلامی و شناسائی فکرهای اصلی و تحولات آنها می‌داند. در این کتاب نگاه ما به مطالعه حقوق از دیدگاه حکمت تشریح آن است و بر این اساس تلاش می‌کنیم تا به وجوهی از حکمت‌های تشریح نظر بیافکنیم. اگر علل تشریح و حکم قواعد و احکام در نظر شارع برای ما کشف شود مسلماً توسعه قوانین در راستای نظرات شارع بیشتر امکانپذیر می‌گردد. این نگرش به علل شرایع رویه جدیدی در بررسی احکام حقوقی نیست و در حقوق اسلام قبلاً مورد توجه بسیاری از علمای اصولی فقه^۴ و همچنین فلاسفه حقوق در غرب بوده است و آیات متعددی در قرآن کریم نیز

^۲ - و صریحاً بعد از انتشار کتاب هدایة المسترشدين، محمد تقی نجفی.

^۳ - جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۷۰)، مکتب‌های حقوقی در حقوق اسلام، چاپ دوم، کتابخانه گنج دانش. دیباچه کتاب.

^۴ - نگاه کنید به: محمد کاظم خراسانی، کفایة الاصول، چاپ ایران. محمد سلام مدکور، المدخل للفقہ الاسلامی. مصطفی زید، المصلحة فی التشریح الإسلامی ونجم الدین الطوّی، دار الفکر العربی، القاهرة. محمّرضا آل مظفر، اصول فقه، چاپ دوم، دنباله زیرنویس در صفحه بعد:

علت تشریح را خیر و مصلحت افراد جامعه عنوان نموده است. وجه متمایزه‌ای که در این کتاب به آن توجه شده بررسی مطالب با تاکید بر نظرات عرفاست که هرچند در اصل تفاوتی با دیدگاه‌های اصیل فقهی فقیهان ندارد ولی در ظرافت‌ها از سعه دید متفاوتی برخوردار می‌باشد. نکته‌ای که در این ارتباط باید گفت این است که احاطه بر جمیع حکمت‌هایی که شارع مد نظر داشته تا به وضع و تشریح احکام پرداخته قابل حصول نیست و اگر این اشراف حاصل می‌شد تقنین جدید می‌توانست کاملاً در راستای نظر شارع تحقق پذیرد، لذا در این کتاب به ریز احکام و حکمت‌های آنان نمی‌پردازیم و فقط سعی می‌کنیم مزیت‌های کلی تشریح اسلامی را در ارتباط با کلیات مسائل و ارجحیت آن نسبت به سایر شیوه‌های قانونگذاری بطور خلاصه بررسی نماییم. ورود به مبحث حکمت‌های شارع در ریز احکام می‌تواند موضوع چندین جلد کتاب باشد که انشاءالله مد نظر علمای حقوق در آینده قرار خواهد گرفت.

از طرف دیگر علم اخلاق رشته‌ای از علم است که همواره با تحسین و تقبیح عقلی معیارها و اصول خود را می‌سجد و علم اخلاق از سوی دیگر در مباحث متعالیات انسانی و تزکی و صفا نفس می‌گنجد که مبحثی در مباحث عرفان و تصوف و تربیت انسان قرار دارد. لذا از این رو باب ملازمات و استلزامات عقلی که کاشف اصول اخلاق است که این امر منتج به اشتراک بعضی از بخشهای عرفان و تصوف با اخلاق و تقنین احکام می‌گردد و نگاه عرفانی به تشریح را از دیدگاه حکمت به این حیطة از علم حقوق می‌گشاید.

دنباله زیرنویس از صفحه قبل:

مطبعة نعمان، نجف، ۱۳۸۶ قمری؛ ترجمه علیرضا هدایی، انتشارات حکمت، ۱۳۸۱. مصطفی احمد زرقا، الفقه الاسلامی فی ثوبه الجدید، نشر دارالفکر، ۱۳۸۸. صبحی رجب محمصانی، فلسفة التشریح فی الاسلام، بیروت، دارالعلم للملایین، ج ۵، ۱۹۸۰م؛ ترجمه اسماعیل گلستانی. تهران، امیرکبیر، ۱۳۵۸. محمد سعید مصطفی شبلی، تعلیل الاحکام، چاپ اول، الازهر، قاهره، ۱۳۶۵ق.

فصل اول

حقوق تطبیقی

مقدمه

ذکر برخی از مباحث فلسفی حقوق که علت شکل دادن حقوق و نظام‌های حقوقی در جوامع مختلف می‌شود زیربنای مباحث حقوق تطبیقی است. اصولاً نظام‌های حقوقی از بطن دیدگاه‌ها و اعتقادات و عرف رایج و وجدان عمومی جامعه بروز می‌کند. لذا باید ابتدا به مفهوم حقوق و لزوم الزام آن و واضح آن مراجعه و سپس به بررسی نظام یا نظام‌های حقوقی پرداخت. حقوق چه به معنای مجموعه مقررات حاکم و چه به معنای ابزار استقرار عدالت و حق تعریف شود مسائل زیادی را در بر می‌گیرد که در قوالب قواعد حقوقی متجلی می‌شود. مجموعه قواعد مرتبط به هم سازمان حقوقی را تشکیل می‌دهد و ارتباط خاص بین مجموعه سازمان‌های حقوقی نظم حقوقی جامعه را می‌سازد. حقوق فطری به مجموعه قواعدی گفته می‌شود که عقل به خودی خود بدان حکم می‌کند شاخه اصلی مباحث حقوقی است و قواعد حاکم بر یک جامعه در دوران خاص حقوق وضعی نامیده می‌شود. حقوق فطری در نظام‌های دینی و مذاهب مختلفه آنها منبعث از حاکمیت خداوند و اعتقادات دینی است و در نگاه عقلیون منبعث از انسان و وجدان او بیان می‌گردد. بر این اساس است که مکتبه‌های حقوقی مختلف تأسیس شد و نظام‌های حقوقی متنوع شکل گرفت و نظم حقوقی در هر جامعه‌ای بوجود آمد. تاریخ جامعه، عرف رایج، سنن، آداب، رسوم، جغرافیا، اعتقادات، روحیات، اخلاق و نوع و نحوه استقرار حاکمیت و اقتدار سیاسی در جامعه و بسیاری از مسائل دیگر همه در نوع و شکل نظم حقوقی بوجود آمده در جوامع تأثیرگذار بوده و بلکه باید گفت که هر نظم حقوقی بوجود آمده در هر جامعه‌ای برآیند موارد ذکر شده است. لذا حقوق تطبیقی که تنها به تطبیق و مقایسه نظم‌های حقوقی پردازد بررسی تطبیقی عمیقی نمی‌تواند باشد و آن دسته از تحلیل‌های حقوق تطبیقی از اتقان کافی برخوردارند که همراه با تطبیق قواعد حقوقی نظم‌های حقوقی مختلف فلسفه تطبیقی حقوقی را هم مد نظر قرار دهند.

این فصل از کتاب کلاً به ارائه نظرات حضرت آقای دکتر نورعلی تابنده اختصاص داده شده و در زمینه مباحثی است که درباره حقوق تطبیقی در مدرسه عالی قضائی و علوم اداری قم

وابسته به دانشگاه تهران در سال تحصیلی ۱۳۵۶-۱۳۵۵ مطرح کرده‌اند. این مطالب از روی جزوه^۵ درسی ایشان آورده شده و علیرغم اینکه در بیش از سه دهه پیش نگارش شده و بطور خلاصه به مطالب مهم در این ارتباط پرداخته‌اند عملاً سرفصل مطالب مهم در زمینه‌های مورد نظر ما در این کتاب را پوشش می‌دهد و به عنوان متنی که می‌توان دیدگاه عرفا را درباره موارد مهم حقوق تطبیقی از آن استخراج کرد بسیار مناسب بود. لذا تصمیم بر آن گرفته شد تا متن جزوه در این فصل آورده شود. هرچند ایشان در ابتدای جزوه مرقوم داشته‌اند که: «جزوه حاضر ملخص چکیده درس حقوق تطبیقی ۱ است در مدرسه عالی حقوق قضائی و علوم اداری قم، به هیچوجه بعنوان تألیف جدیدی در حقوق تلقی نمی‌شود. مطالعه جزوه فقط یادآور دروس کلاس بوده است بمنزله یادداشت تلقی می‌شود و دانشجو را از حضور در کلاس مستغنی نمی‌سازد.»

در مطالعه متن لازم است خواننده به سال تحریر این جزوه دقت داشته باشد. و تحلیل‌ها را با شرایط تاریخی آن یعنی سالهای ۱۳۵۶-۱۳۵۵ منطبق داند. ارجاع به بسیاری از وقایع تاریخی و مفاد قانونی مربوط به آن دوره و قبل از آن است. هرچند این موضوع از کیفیت تحلیلی متن نمی‌کاهد.

کلیات

۱- انسان تا بخاطر دارد بصورت اجتماعی زندگی می‌کرده است و مسلماً است قرار و ادامه اجتماع محتاج بقواعدی است که روابط بین افراد را تنظیم نماید، مجموعه این قواعد را علم حقوق می‌نامند. اساس تشکیل جوامع بشری را چه مبتنی بر قرارداد اجتماعی بدانیم و چه انسان را مدنی الطبع بدانیم بهر جهت تا بشر بوده است علم حقوق بوده است و تا باقی بماند این علم باقی خواهد ماند.

^۵ - حضرت آقای دکتر نورعلی تابنده، حقوق تطبیقی ۱، مدرسه عالی قضائی و علوم اداری قم، دانشگاه تهران، سال تحصیلی ۱۳۵۶-۱۳۵۵.

بنابراین انسان را در وضع فعلی باید از گروه حیوانات اجتماعی محسوب داشت منتها با این تفاوت که در حیوانات اجتماعی مانند موربانه، زنبور عسل و مورچه اساس جامعه و روابط افراد مبتنی بر غریزه است. در این جوامع غریزه مانند یک کامپیوتر دقیق وظیفه فرد اعضا جامعه را تعیین می‌کند و آنان بطور خودکار وظیفه را انجام می‌دهند. مقررات امروزی جامعه موربانه و یا کندوی عسل همان است که در میلیونها سال قبل نیز وجود داشته است و کندوی امروزی با کندوی اولیه حتی یک دهم میلیمتر نیز تفاوت ندارد.

در انسان چه غریزه و چه قرارداد او را با اجتماع وادار کرده باشد بهرجهت این خود اوست که مقررات این اجتماع را تصویب و اجرا می‌نماید و مرتباً آنها را تغییر داده و تکمیل می‌کند.

مبنای وجود آمدن قواعد حقوقی در جوامع بشری

۲- مبنای وجود آمدن قواعد حقوقی چیست؟ در این موضوع می‌توان بطور کلی عقاید مختلف را تحت دو مکتب گرد آورد ۱- مکتب تاریخی حقوق ۲- مکتب حقوق طبیعی (یا حقوق فطری). این تقسیم‌بندی و عقاید مختلف علماء در این باره بطور غیرمستقیم با بحث (قرارداد اجتماعی - یا طبیعت اجتماعی) در ارتباط است.

الف- مکتب تاریخی حقوق که منتسکیو طرفدار آن است معتقد است که قواعد حقوقی در هر زمان برحسب احتیاج زمان و مکان ایجاد شده و در طی عمر خود بارها تکامل و تغییر یافته است، و علم حقوق مانند زبان که امری و تصنعی و قراردادی است متدرجاً ایجاد گردیده است. بنابراین مشاهده می‌کنیم که هر ملت و قبیله‌ای برای خود مقررات حقوقی خاصی دارد که در جامعه مجاور نه تنها از آن بیخبرند بلکه چه بسا قاعده‌ای کاملاً متضاد بر جامعه آنها حکومت می‌کند.

به هر یک از نهادهای حقوقی مثلاً عقود- مالکیت و خانواده و یا بردگی توجه کنیم مشاهده خواهیم کرد که در لحظه‌ای از زمان و در مکانی از امکانه بوجود آمده و در طی تاریخ تغییرات فراوانی کرده است. همان نهاد اگر در حقوق ملت دیگری موجود باشد می‌بینیم خلقت آن و سپس تطورش بنحو دیگری بوده و متفاوت است.

ب- مکتب حقوق طبیعی یا فطری^۶ معتقد است که قواعد حقوق مبتنی بر طبیعت امور و اشیاء بوده است و بنابراین حقوق واقعی متعدد نیست بلکه برای تمام بشریت یک علم حقوق وجود دارد و پاسکال که طرفدار این نظریه است می‌گوید: اگر انسان عدالت را می‌شناخت بجای عدالت ثابت سلیقه ایرانیها یا ژرمن‌ها را سرمشق وضع قانون قرار نمی‌داد و عدالت حقیقی در تمام کشورهای روی زمین و در تمام ازمه حکمفرما می‌بود. در حالیکه می‌بینیم هیچ عدالتی یا ظلمی نیست که بواسطه تغییر اقلیم تغییر ماهیت ندهد، سه درجه عرض جغرافیائی سبب می‌شود که کلیه دستگاههای عدالت و قضاوت زیروزبر شود و نصف النهار در چگونگی حقیقت اثر قطعی دارد، قوانین اساسی عوض می‌شود حق هم دوره‌ای دارد.

واقعاً عدالت عجیبی است که رودخانه‌ای آن را متوقف و یا محدود می‌سازد ... در این طرف جبال حقیقت و در آن طرف خطاست مبنای این حقوق فطری برحسب نظریه و سلیقه معتقدین این مکتب مختلف است. بعضی‌ها قواعد مذهبی و بعضی‌ها مقررات عقلی را می‌پذیرند، بعضی‌ها قواعد اخلاقی و بعضی دیگر مفهوم عدالت را مبنای تشخیص قواعد طبیعی می‌دانند. اما این مبانی متکی بر استعمال اصطلاحاتی است بسیار مبهم که بطور مطلق قابل استناد نیست. مثلاً عقل یا عدالت یا اخلاق برحسب امکان و ازمه متخلف متفاوت است و بالنتیجه نظریه‌ای که مدعی تکیه بر ثبات و فطری بودن علم حقوق است خود نیز متفاوت می‌باشد اگر مکتب حقوق فطری را بخواهیم بطور مطلق بپذیریم استدلال منطقی ما را به مکتب تاریخی حقوق می‌کشاند.

انتقاد بردو مکتب فوق و نظریه بینابین

۳- نظریه بسیاری از علماء حقوق بینابین قرار دارد و مخلوطی از دو نظریه فطری بودن و یا مکتب تاریخی حقوق است. انتقادی که بر نظریه تاریخی حقوق وارد است آن است که مطالعات تطبیقی بما نشان می‌دهد گرچه قواعد و مقررات طی ازمه و امکانه تغییر و تحول

⁶ - Droit natural

می‌یابند معهداً غالباً مشاهده می‌شود مایه اصلی بسیاری از نهادها در طول زمان و در امکانه مختلف واحد است. مثلاً مسئله خانواده، تقسیم کار، و حق تسلط بر اشیاء (یا مالکیت) ولو نسبت به اشیاء مصرفی همیشه و همه جا موجود بوده است منتها تنظیم قواعد آن تغییر و تحول یافته است. مکتب فطری حقوق را نیز نمی‌توان بطور مطلق قبول کرد زیرا همانگونه که گفتیم استدلال منطقی این مکتب قبول نظرات متفاوتی را برحسب مبانی متفاوت باعث شده و ما را به مکتب تاریخی حقوق می‌کشاند و از طرف دیگر مشاهدات عینی ما مبنی بر تغییر و تکامل و تفاوت فاحش حقوق‌ها و مقررات مختلف امری بدیهی است. علیهذا غالباً علمای حقوق نظریه ای تلفیقی از دو مکتب بیان می‌دارند ولی هر یک از آنها این تلفیق را بنحوی انجام می‌دهند.

این ترکیب را در قواعد حقوق اسلام بدین نحو مشاهده می‌کنیم که بعضی قواعد اصولی وجود دارند که از طبیعت و ماهیت اشیاء و امور زائیده می‌شود انسان همانند تمام جانداران تابع این قواعد است. مثلاً هر جاندار احتیاج به غذا دارد و حق حیات دارد هر نوع جاندار از لحاظ غریزه موظف و علاقمند به بقای نوع و تولید نسل است هر جاندار حق دارد که از زیر بار استثمار جاندار دیگر بگریزد و ... *فَطَرَتَ اللَّهُ الَّتِي فَطَرَ النَّاسَ عَلَيْهَا، وَ لَنْ تَجِدَ لِسُنَّةِ اللَّهِ تَبْدِيلًا*^۷ این اصول تغییر هستند که باید تحت قواعدی تدوین و تنظیم گردند، در انسان تنظیم قواعد غریزه دست «عقل» است که برحسب مقتضی زمان و مکان آنها را تحت نظم درآورد و باز برحسب همین مقتضیات تکیه را روی این یا آن مقررات قرار می‌دهد. بنابراین می‌توان گفت انسان از لحاظ رعایت و اطاعت معدودی قواعد فطری محدود است و حیات اجتماعی وی او را داخل این محدوده همیشه و همه جا ملزم می‌کند اما خارج از این محدوده بشر همیشه آزاد است که با در نظر گرفتن عدالت و اخلاق و ... بمنظور فراهم ساختن جامعه‌ای که انسانها هرچه بیشتر در آسایش و آزادی باشند مقرراتی وضع کند و عرف و عادات متناسب با زمان و مکان مستقر سازد منتها در تشخیص دامنه و سمت فطریات و جدائی آن از قواعد موضوعه بررسی دقیقی لازم است و اختلاف نظر به چشم می‌خورد.

^۷ - سوره روم، آیه ۳۰. فطرتی است که خدا همه را بدان فطرت بیافریده است.

^۸ - سوره احزاب، آیه ۶۲. سوره فتح آیه ۲۳. و در سنت خدا دگرگونی نخواهی یافت.

حقوق علم است یا فن

۴- با بررسی نظریات گوناگون که در زمینه‌های سابق الذکر ابراز شده است این بحث پیش می‌آید که آیا حقوق علم است یا فن؟ حقوق به اعتبار اینکه یافتن قواعد و اصول روابط انسانها است بدان نحو که هم اکنون وجود دارد یا بنحوی که بهتر به ایده‌آل بشری تحقق می‌بخشد علمی است از زمره علوم اجتماعی که بر پایه اخلاق و اقتصاد و جامعه‌شناسی و روانشناسی و سایر علوم مربوط به انسان استوار شده است. کوشش در این راه بعهده علمای حقوق است که نتیجه کار آنان بصورت دکترین تنظیم می‌شود. حقوق به اعتبار اینکه هر زمان و مکان معین قواعد موجود حقوقی را بر روابط جامعه منطبق کرده و حکم قضیه را استنتاج می‌کند فن است و این تلاش بعهده قضات محول است که محصول کار آنان بصورت رویه قضائی تدوین می‌شود. در اینجا ممکن است از این تعریف توهم شود که دکترین بوضع موجود نظر ندارد و رویه قضائی به ایده‌آل متوجه نبوده و راكد است. اما با توجه به اینکه جامعه در زمان امتداد داشته و دارد و گذشته و حال و آینده بهم مرتبط است علم حقوق به فن حقوق کمک می‌رساند و فن نتیجه تجربیات خود را در اختیار علم قرار می‌دهد.

روش علمی و منطق حقوقی

۵- حقوق خواه علم باشد و خواه فن باید راه حل‌هایی ارائه کند که هم با احتیاجات روزمره مردم و هم با ایده‌آل‌های بشر هرچه بیشتر مطابق باشد. زیرا از جنبه فن بودن مسلماً ذوق و سلیقه متخصص آن و همچنین زمان و مکان اقتضا دارد که محصول کار مفید بحال جامعه بوده و آنان را به اجرای عدالت مطمئن سازد و از جنبه علم بودن چون موضوع آن افراد انسان است که هر یک دارای خصوصیات فکری و روحی اختصاصی می‌باشند و توجه باینکه انسانها بر خلاف ماشین بوده و هیچگاه دو انسان عین هم وجود نخواهد یافت می‌باید با در نظر گرفتن آنکه انسان حیوانی است مختار و دارای اراده مستقل مسائل را حل کند. روش علمی که در حقوق بکار برده می‌شود هرگز با منطق ریاضی سازگار نیست. هیچگاه نمی‌توان بهمان خصوصیات و صورتی که قضایای هندسی یا جبر را حل کنیم در مسایل حقوقی وارد شویم (خانه‌ای را که ۳ بنا و ۶ کارگر ساده در مدت ۶ روز با روزی ۸ ساعت کار می‌سازند قطعاً ۳۶۰ بنا و ۷۲۰ کارگر

در ۴ ساعت خواهند ساخت) زیرا فرمولهای ریاضی تابع قواعد کلی منطقی هستند اما در انسان اراده و اختیار مهمترین عاملی است که مسیر علیت امور را تغییر می‌دهد و بقول آن دانشمند بیائید دعا کنیم کله علم حقوق تابع منطق ریاضی و علیت مطلقه نباشد.

در امور حقوقی نمی‌توان صرفاً و همه جا به قیاس منطقی توسل جست بلکه غالباً باید به روش استقراء متوسل شد و مراجعه به آمار و قواعد سایر علوم اجتماعی در این راه کمک شایانی می‌کند. مثال جالبی که می‌توان زد آنکه (یک موسسه اقتصادی که سرمایه آن دو برابر موسسه دیگری است قدرت و توانائی اقتصادیش بمراتب بیش از دو برابر آخری است).

مطالعات تطبیقی در قدیم

۶- توجه به همین نکات بوده است که غالباً حقوقدانان از قدیم الایام به بررسی تفاوت سیستم‌های مختلف حقوقی علاقمندی داشته‌اند و فی‌المثل حتی افلاطون یا ارسطو هم بعنوان یک فیلسوف در بحث از جامعه بشری مقررات سایر جوامع را مورد مطالعه قرار می‌دهند. سلن^۹ مقنن آتنی یا لیگورگ^{۱۰} مقنن اسپارتی و یا مقنن روم مثلاً اگوست^{۱۱} و ژوستی نین^{۱۲} نیز اطلاعاتی از سایر نظام‌های حقوقی در دست داشتند. در سیستم حقوقی اسلام و مکاتب مختلف آنان نیز روش همسنجی و تطبیق حقوقها معمول بوده و فی‌المثل کتاب «خلاف» شیخ طوسی چند هزار مسئله فقهی را ذکر کرده و اقوال فقهای مذاهب دیگر را نیز آورده است. «در تمام چند هزار مسئله مطروحه حتی یک مورد نمی‌توان دید که راه حل یکی از مذاهب دیگر بهتر از مذهب نویسنده باشد»^{۱۳} اما باید توجه داشت که هر حقوقدانی بعد از تطبیق قواعد مختلف بالاخره خود راه حل مناسب را برمی‌گزیند و اگر حقوقدانانی مجموعه این آرائی را برگزیده است گرد آورد و از آن دفاع کند نمی‌توان او را بطور کنایه و طنز تخطئه کرد زیرا اگر حقوقدانان یا هر عالمی آنقدر در تردید باشد که هیچگاه راه حل قاطعی انتخاب نکند یا پس از قبول راه حل

^۹ - Solon (638 BC-558 BC)

^{۱۰} - Lycurgue

^{۱۱} - Auguste

^{۱۲} - Justinien

^{۱۳} - نقل از کتاب کلیات حقوق تطبیقی دکتر حسن افشار.

مناسب باز هم در دفاع از نظر خود چنان در تردید باشد که هرگز نخواهد یا نتواند از آن دفاع کند ارزشی برای جامعه بشری نخواهد داشت. حقوقدان باید از راه حل مورد نظر خود دفاع نماید ولی عقاید مخالف را نیز بشنود و ضبط کند.

استنباط مسائل حقوقی به مدد عقل سلیم انجام می‌گیرد و در مدتی که مثلاً ابوالعلاء معزی یا ابن راوندی با وجود مخالفت با مذهب همواره جزء علماء و دانشمندان معزز بوده‌اند برای شیخ طوسی امکان آزادانه گزینش مذهب بوده است، دفاع شیخ طوسی از راه حل‌های مذهب جعفری معلول پیروی از این مذهب نیست بلکه علت آنست.

موانع پیشرفت حقوق تطبیقی

۷- با وجود فوایدی که در مطالعات تطبیقی موجود است در راه پیشرفت آن موانعی وجود دارد.

الف- استقرار پیشداوری در ذهن محقق گاه این پیش داوری از تعصب مذهبی است گاه از تعصب مسلکی و مرامی. محقق واقعی باید مصداق^{۱۴} «الَّذِينَ يَسْتَمِعُونَ الْقَوْلَ فَيَتَّبِعُونَ أَحْسَنَهُ» همه اقوال را بشنود و بهترین را برگزیند و این گزینش اگر خالصانه باشد ولو در اول اشتباه باشد ولی بالاخره فکر سلیم محقق مخلص راه صحیح‌تر را می‌یابد.

ب- اعتقاد محقق به ظواهر عبارت قانونی و منحصر کردن تحقیق خود در عبارات و تفسیر تحت‌اللفظی آن (باصطلاح ملا نقطی بودن) مانع استنباط صحیح است. مبنای چنین روشی آن است که محقق سخت معتقد است باید در جستجوی نیت مقنن برآید و این نیت را صرفاً و مجرداً از عبارات قانون استنباط کند. لذا می‌بینیم که قاعده جستجو در نیت مقنن را بمعنی درست توجیه نکرده‌اند و آن را مستند تفسیر تحت‌اللفظی قرار داده‌اند و حال آنکه بقول رئیس دیوان کشور فرانسه ۱۹۰۸ بالو بوپره^{۱۵} حقوقدان «... نباید درصدد برآید تا بفهمد فرضاً نظر قانونگذار در صد سال قبل چه بوده است بلکه باید تحقیق نماید که هرگاه این قانون در عصر حاضر به تصویب می‌رسید قانونگذار از آن چه منظور باید داشته باشد.»

^{۱۴} - سوره زمر، آیه ۱۸. کسانی که به سخن گوش می‌دهند و از بهترین آن پیروی می‌کنند.

^{۱۵} - Ballo Beupre

ج- با محدود بودن جوامع و بسته بودن در آن بروی بیگانگان و عدم برخورد با مشکلات جدید راه‌های سنتی آباء و اجدادی کافی بود و نیازی به یافتن راه‌های جدید احساس نمی‌شد و این عدم نیاز مانع تحریک در این راه بود.

جهات پیشرفت اخیر حقوق تطبیقی

۸- متدرجاً که موانع برطرف شد و یا تضعیف می‌گردید حس کنجکاوی و علم جوئی بشر او را به مطالعه در سایر جوامع وامی‌داشت و مطالعات تطبیقی رونق می‌گرفت.

الف- با پیشرفت علوم و ایجاد هر نظریه که متضمن اثبات ناروا بودن نظریه قبلی بود کم‌کم قدرت پیش‌داوری‌ها تضعیف گردید و با سست شدن اعتقاد به خلود و ابدیت فی‌المثل قانون ناپلئون مکتب تفسیر تحت‌اللفظی (ملانقطی بودن) ضعیف می‌شد.

ب- با امکان تماس‌های سریع مردم با هم عملاً مرزها برداشته شد روابط جوامع و افراد با یکدیگر توسعه یافت و هم‌چنین نیازهای اقتصادی چه از لحاظ کمی و چه از لحاظ کیفی توسعه یافته مشکلات تازه‌ای را متجلی ساخت و این عوامل احساس نیاز به راه‌های جدیدی را بوجود آورده است.

ج- نیاز به حفظ صلح و احتراز از جنگ و بخصوص جنگ‌های جهانی دولتها را وادار می‌کند که هرچه بیشتر در راه تسطیح و از بین بردن پستی و بلندیها بکوشند و موسسات رسمی و غیررسمی که در این راه تشکیل شده مشوق پیشرفت مطالعات تطبیقی بوده و نتایج سودمندی ببار آورده و می‌آورد.

موضوع مطالعات تطبیقی

۹- موضوع مطالعه تطبیقی متفاوت است و از لحاظ توسعه دامنه مطالعات ممکن است باشکال زیر جلوه‌گر شود.

الف- ممکن است مطالعات تطبیقی در مورد یک رشته خاص از علم حقوق بوده و یا چند رشته را دربرگیرد، اصولاً این مطالعات در مورد رشته‌های حقوق خصوصی که از نزدیک روابط خصوصی مردم را تنظیم می‌کند بیشتر امکان داشته و مفید فایده بوده است تا رشته‌های حقوق عمومی.

ب- مطالعات تطبیقی ممکن است شامل یک نهاد حقوقی خاص (مثلاً مالکیت یا خانواده یا ...) بوده و یا اینکه تمام نهادهای یک رشته حقوقی را دربرگیرد و فی‌المثل حقوق مدنی را کلاً مورد مطالعه قرار دهد.

ج- ممکن است مطالعات تطبیقی زمان یا مکان خاصی را مورد نظر قرار دهد و فی‌المثل مسئله مالکیت اراضی را در دوران رنسانس به بعد و تفاوت‌های آنها را در اقالیم مختلفه بررسی کند یا اینکه همان مسائل را در طی ازمینه مختلف و رژیم‌های مختلف در یک کشور معین مثلاً در روسیه تحت مطالعه قرار دهد.

نحوه مطالعات تطبیقی

۱۰- نحوه مطالعه تطبیقی ممکن است:

الف- به تعریف سیستم‌های مختلف اکتفا کند و مانند عکاسی در واقع نمایانگر تصویر حقوق‌های مختلف باشد.

ب- یا اینکه ممکن است تاریخچه هر نهاد را بیان کرده و یا ارتباط آن را در طی تاریخ با سایر نهادها بررسی کند و سپس این مجموعه را با مجموعه مشابهی در سیستم‌های دیگر مقایسه نموده و تفاوتها را بیان دارد و در واقع مطالعات تاریخ حقوق را نیز قوماً با تطبیق انجام دهد.

ج- و نیز ممکن است بدنباله مقایسه و بیان تفاوت‌های نظام‌های مختلف از آنها ارزیابی نیز بعمل آورده و راه‌های بهتر را انتخاب و اعلام نماید.

هدف مطالعات تطبیقی

۱۱- شخص یا هر مرجعی که مطالعات تطبیقی را انجام می‌دهد ممکن است دارای هدف‌های زیرین باشد:

الف- ممکن است مطالعات تطبیقی صرفاً بمنظور کسب اطلاع و ازدیاد دانش بعمل آید و این امر ممکن است یا از طرف افراد و علمائی که انفراداً کار می‌کنند بعمل آید و یا سازمان‌های مأمور وابسته بدولتها و یا ملتها و یا موسسات بین‌المللی (فی‌المثل وابسته به سازمان ملل) به انجام آن مبادرت ورزند و سپس اسناد بررسی خود را در اختیار علاقمندان

بگذارند.

ب- گاهی هدف شخص یا موسسه مطالعه کننده تشریح نهاد یا نهادها و مقایسه آنها با یکدیگر است بدون اینکه در یک مورد خاص نظر و هدفی داشته باشد صرفاً بعنوان انجام وظیفه شخصی یا سازمانی نظریات خود را بدنباله مقایسه اعلام می‌دارد بعبارت دیگر هدف مطالعه قبل از ختم آن معلوم و مشخص نیست.

ج- گاهی هدف خاصی مورد نظر است و بمنظور وصول به آن هدف مطالعات تطبیقی انجام می‌گیرد. مثلاً حبشه بعد از جنگ بین‌الملل دوم کمسیونهای خاصی تعیین کرد و آنان با مطالعه و تطبیق سیستمها و قوانین مختلف مدنی و جزائی مجموعه قوانین مدنی و قانون جزا برای حبشه نوشتند که مستند آخرین نظریات علمی علمای فن می‌باشد.

طرز کار در مطالعه تطبیقی

۱۲- طرز کار و مراحل مطالعه تطبیقی را می‌توان چنین بیان کرد:

الف- بدو باید اسناد و مدارک مربوط به هر سیستم را جمع‌آوری کرد و صحیحترین ترجمه آن را در اختیار داشت.

ب- نمی‌توان اسناد به ترجمه متون حقوقی و مدارک مورد نظر را کافی دانست بلکه باید به رویه قضائی و دکترین و همچنین عرف مردم آن سرزمین توجه داشت و این اسناد و مدارک را با توجه به آنها معنی کرد. مثلاً در ترکیه ازدواج باید در دفاتر مخصوص به ثبت برسد و الا قانونی نبوده و اطفال متولده زنازاده محسوب خواهند شد. اما در عمل مشاهده شده است که اعتقادات مذهبی مردم ازدواج مذهبی را ضروری می‌داند نه ازدواج قانونی را، بنابراین تصور مردم از نکاح و نسب صحیح کاملاً با تصور قانونی متفاوت است، و بسیارند کسانی که ازدواج شرعی را کافی دانسته و آن را به ثبت نمی‌رسانند بنحوی که زنازادگان قانونی آنقدر زیاد می‌شوند که چند سال یکبار قانونی تصویب شده و نسب اینگونه موالید را تشریح و تصحیح می‌کند. یا اصل دوم متمم قانون اساسی ایران در نظر

کسی که وارد به حقوق ایران نباشد تصورات خلاف واقعی از سیستم ایران ایجاد می‌کند.^{۱۶} ج- هر متن نوشته حقوقی را باید بهمان اندازه معتبر دانست که در نظام حقوقی خویش اعتبار دارد. مثلاً در ایران و سیستمهای حقوق نوشته برای بررسی هر مطلب حقوقی باید اول به جستجوی قانون مربوطه رفت و پس از یافتن قانون و مطالعه آن رویه قضائی و عرف را در نظر گرفت زیرا اصل در این سیستمها مقررات قانونی است اما در سیستمهای حقوق عرفی مانند انگلستان باید اول به جستجوی رویه قضائی رفت و سپس جستجو کرد که آیا قانونی در این مورد برای تغییر مقررات عرفی آمده است یا نه، زیرا ممکن است در بسیاری امور اصلاً قانونی تصویب نشده باشد و اصولاً تصویب قانون در این سیستمها برای نسخ عرف یا استثناء بر عرف است.

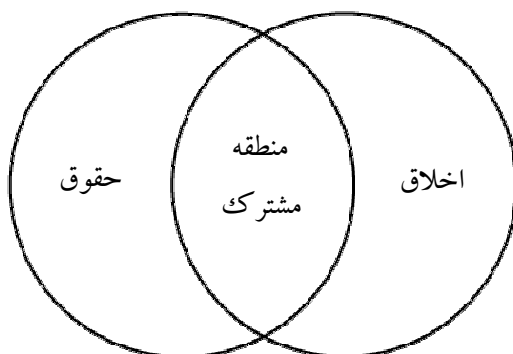
د- بعد از جمع آوری مدارک می‌باید آنها را با هم مطابقت کرد. به صرف ذکر سیستمهای مختلف نمی‌توان مدعی شد که تطبیق انجام گرفته است بلکه باید هر جزء از اختلاف را در ارتباط با سایر اجزاء آن رشته حقوقی یا مشابه خود در سیستم دیگر مطابقت کرد و با توجه

^{۱۶} - متمم قانون اساسی، مورخ ۲۹ شعبان ۱۳۲۵ ه. ق.، اصل دوم: «مجلس مقدس شورای ملی که به توجه و تایید حضرت امام عصر عجل الله فرجه و بذل مرحمت اعلیحضرت شاهنشاه اسلام خلدالله سلطانه و مراقبت حجج اسلامیه کثرالله امثالهم و عامه ملت ایران تاسیس شده است باید در هیچ عصری از اعصار مواد قانونیه آن مخالفتی با قواعد مقدسه اسلام و قوانین موضوعه حضرت خیرالانام صلی الله علیه و آله و سلم نداشته باشد و معین است که تشخیص مخالفت قوانین موضوعه با قواعد اسلامیه بر عهده علمای اعلام ادام‌الله برکات و وجودهم بوده و هست لهذا رسماً مقرر است در هر عصری از اعصار هیاتی که کمتر از پنج نفر نباشد از مجتهدین و فقهای متدینین که مطلع از مقتضیات زمان هم باشند به این طریق که علمای اعلام و حجج اسلام مرجع تقلید شیعه اسامی بیست نفر از علماء که دارای صفات مذکوره باشند معرفی به مجلس شورای ملی بنمایند. پنج نفر از آنها را یا بیشتر به مقتضای عصر اعضای مجلس شورای ملی بالاتفاق یا به حکم قرعه تعیین نموده به سمت عضویت بشناسند تا موادی که در مجلس عنوان می‌شود به دقت مذاکره و غوررسی نموده هر یک از آن مواد معنونه که مخالفت با قواعد مقدسه اسلام داشته باشد طرح و رد نمایند که عنوان قانونیت پیدا نکند و رأی این هیات علماء در این باب مطاع و متبع خواهد بود و این ماده تا زمان ظهور حضرت حجت عصر عجل الله فرجه تغییر پذیر نخواهد بود».

به علل و جهات این اختلاف ارزیابی نمود.

اخلاق و حقوق

۱۳- علم اخلاق در سیستمهای حقوقی - هدف علم اخلاق ترقی و تعالی اخلاق افراد بشر است که فی‌المثل هیچ فردی از زیر بار قول و مسئولیت خود شانه خالی نکند دزدی و خیانت نکند راحت و آسایش دیگران را بخواهد ولو اینکه خلاف آن رفتار برای او ممکن بوده و حتی مفید باشد. هدف علم حقوق این است که جامعه‌ای برقرار سازد که دزدی و خیانت در آن نباشد اما برای این علم تفاوتی نمی‌کند که افراد از روی ترس و یا عدم دسترسی روش صحیح داشته باشند و یا اخلاقاً اینگونه باشند.



قلمرو حقوق و اخلاق را بدو دایره متقاطع تشبیه می‌کنند که هر کدام منطقه مستقل به خود داشته و منطقه مشترکی نیز دارد. مثلاً سرقت و قتل نفس را هم اخلاق و هم حقوق تقبیح می‌کنند. ایثار و انفاق را علم اخلاق توجیه می‌کند و

بدقولی را نهی می‌نماید و حال آنکه علم حقوق کاری به آنها ندارد یا اینکه فی‌المثل انعقاد بیمه شخص ثالث را علم حقوق الزامی می‌داند اما اخلاق در این مورد بی‌تفاوت است. قلمرو این دو متفاوت است و گاهی در طی تاریخ قواعد اخلاقی ضمانت اجرای حقوقی پیدا کرده یا بالعکس بعضی مقررات حقوقی وارد قلمرو اخلاق گردیده‌اند.

در کلیه سیستمهای حقوقی موجود دنیا (بجز سیستمهای مذهبی) اخلاق نقش بارز قاطعی در تدوین حقوق ندارد و در سیستمهای مذهبی نیز این نقش متفاوت است، سیستم اسلامی عبارت است از مجموعه کاملی از تمام شعب علوم یا فنون مربوط به اداره اجتماع (اخلاق، حقوق، اقتصاد...) در عین اینکه سیستم خاص اقتصادی و حقوقی برقرار می‌سازد و می‌خواهد نظم جامعه را در مسیر عدالت حفظ کند می‌کوشد سطح اخلاق فردی را بالا برد. جامعه بمنزله ظرف است که برای تربیت افراد این سیستم حقوقی می‌خواهد ظرف بنحوی باشد که نه تنها

امکانات فشار را به حداقل برساند بلکه امکانات تعالی روحی را به حداکثر فراهم نموده و محرک افراد در طی این مسیر باشد.

اقتصاد در سیستم‌های حقوقی

۱۴- گروه اقتصاد در تدوین حقوق نقش عمده‌ای را حائز است معذالک درجه این تأثیر برحسب نظام‌های حقوقی مختلف متفاوت است. در سیستم‌های غربی و مکاتبی که به اصالت فرد بیشتر توجه دارند قسمت اعظم مقررات اقتصادی را به عرف واگذار می‌کنند و فقط حدودی تعیین می‌نمایند که از حدود تجاوز نشود و در داخل محدوده غالباً «آزادی اراده افراد و آزادی عقود» قواعد اقتصادی وضع می‌کند. اما در نظام‌های سوسیالیستی در واقع هدف علم حقوق استقرار و حفظ نظام اقتصادی سوسیالیستی است و علیهذا مسائل اقتصادی در تدوین حقوق نقشی اساسی و قاطع دارد، بهمین جهت مثلاً می‌بینیم که در این سیستم‌های جرایم بر علیه اقتصاد مجازات‌هایی بس سنگین دارد. و اینگونه جرایم غالباً بعنوان جرایم علیه امنیت داخلی مملکت تلقی گردیده است.

تقسیم بندی گروههای مختلف حقوقی

۱۵- با توجه به مقدماتی که گفته شد و اینکه قواعد حقوقی برحسب مقتضیات اقلیم و نیازهای افراد جوامع و همچنین برحسب ازمنه و امکانه مختلف تفاوت می‌یابد می‌توان گفت به تعداد جوامع بشری سیستم حقوقی وجود دارد اما برای امکان بررسی این سیستمها سعی می‌شود با تکیه بر جهات تشابه، به جهات افتراق توجه کرده و آنها را موجب گروه بندی قرار داد از این حیث بنا به اعتبارات مختلف می‌توان تقسیم‌بندی‌های زیر را معمول داشت.

حقوق پیرو و پیشرو

۱۶- از جهت نقش اراده افراد در تدوین حقوق می‌توان حقوق را به پیشرو و یا پیرو تقسیم کرد. الف- حقوق پیشرو که اختیار تدوین و استقرار حقوق را بدست هیئت حاکمه می‌سپارد و مردم موظفند آنچه را آنان بنام قواعد حقوقی اعلام داشتند اطاعت نمایند و نمونه کامل این

گروه حقوق آلمان نازی و ایتالیای فاشیست است، حقوق روسیه شوروی نیز در بدو انقلاب نمونه کاملی از این گروه بود اما متدرجاً حکومت سوسیالیستی با استقرار قدرت خویش و رسوخ دادن عقاید سوسیالیستی در اذهان مردم تا حدودی از رویه قبلی عدول کرده نرمش یافت.

ب- حقوق پیرو هرچه را که مردم کلاً بپسندند بعنوان حقوق می‌پذیرد. حقوق کشورهای غربی از این نمونه است. حقوق عرفی انگلستان عرف مردم را معتبر می‌داند و حقوق «نوشته» فرانسه اراده همگان را بصورت قانون تصویب می‌کند.

سیستمهای اولیه با آزادی منافات دارد و سیستمهای گروه دوم مهار عقل را از روی غرایز برمی‌دارد.

حقوق نوشته و حقوق عرفی

۱۷- تقسیم‌بندی دیگری که بعمل آمده است حقوق نوشته و حقوق عرف می‌باشد. حقوق نوشته شامل تمام کشورهای اروپائی (بجز انگلستان و روسیه) و غالب کشورهای آسیائی و آفریقائی که حقوق آن کشورها را مدلل قرار داده‌اند می‌شود. از این سیستم در اروپا بنام سیستم رومی ژرمنی^{۱۷} نام برده می‌شود که نقش کشورهای لاتینی و ژرمنی را در تشکیل آن نشان می‌دهد. در این سیستم‌ها معتقدند علم حقوق منحصر به عبارات و مواد قوانین و مقرراتی است که بطور رسمی از طرف مراجع صالحه تصویب گردیده است و اگر هم برای علم حقوق منابع دیگری وجود دارد بخاطر آن است که قانون به آن منابع اختیار بخشیده است. سیستم حقوق عرفی که شامل انگلستان و آمریکا و بعضی کشورها که تحت تأثیر آنها بوده‌اند می‌باشد به تدوین قانون اهمیت نمی‌دهد و حقوق را مجموعه عرف می‌داند که توسط آراء مراجع قضائی مدون می‌گردد. قانون فقط برای تکیه به این عرف و یا برای استثناء وارد کردن بر عرف تصویب می‌شود.

¹⁷ - Romano Germanique

تقسیم بندی سیستم های حقوقی بر حسب تاریخ ایجاد

۱۸- اگر مبدا تاریخی تشکیل اولیه سیستمها را ملاک تقسیم بندی قرار دهیم می توانیم به تقسیمات زیر قائل باشیم:

- حقوق یهود که با ظهور و استقلال بنی اسرائیل بوجود آمد و بعد از مدتی حکومت فقط بصورت حقوق خصوصی در روابط افراد این نژاد باقی ماند تا اینکه در حکومت اسرائیل دومرتبه تا حدی ظاهر گردید.
- حقوق مسیحیت که با استقرار سیاسی و سلطه حکومتی پاپها تشکیل و مدون گردیده و مبنای آن بر اصول مسیحیت اعلام شده است و آثار آن را در حقوق ملل مسیحی مشاهده می کنیم.
- حقوق رم که در رم قدیم بوجود آمد و با امپراطوری ژوستی نین و آگوست مدون گردید و سپس با حقوق مسیحیت و ملل اروپائی تلفیق شده و اینک در لباس حقوق اروپائی جلوه گر است.
- حقوق اسلام که با ظهور اسلام بوجود آمد و با کوشش حقوقدانان ارزشمند آن تکمیل شده و می شود و اینک به طور نسبی در چند کشور حکومت دارد و در سایر کشورهای اسلامی نیز در درجه اول اهمیت قرار گرفته است.
- و نیز حقوق هند و ژاپن و چین که خصوصیات مختص خود را دارا می باشند.

تقسیم بندی سیستم های حقوقی بر حسب نژاد و ملیت

۱۹- اگر نژاد یا ملیت را مبنای تقسیم بندی قرار دهیم (گرچه امروز نژاد خالص نمانده است و ملتها در معرض تغییر و تبدیل بوده اند) می توان سیستم های زیر را قائل شد:

- حقوق یهود که در روابط خصوصی افراد اقلیت این نژاد حکومت می کرد.
- حقوق انگلوساکسون که در انگلستان و آمریکا (که در درجه اول از مهاجرین انگلیسی تشکیل شد) حکومت می کند.
- حقوق کشورهای لاتین که مخلوطی از عرف محلی و حقوق رم می باشد.
- حقوق کشورهای ژرمن که نتیجه ترکیب عرف محلی و حقوق رم می باشد.

- حقوق اسلا و که نحوه‌ای از حقوق عرفی است.
- حقوق اسلام، گرچه اسلام نژاد و ملیت را موجب تمایز نمی‌داند و وحدت عقیدتی در قلمرو خود برقرار می‌سازد، معهدا چون ملیتها و نژادهای مختلف را دربر گرفته است در این تقسیم بندی از آن نیز باید نام برد.

ارزش عملی حقوق تطبیقی

۲۰- غیر از جنبه نظری و مطالعات علمی برای حقوق تطبیقی ارزش عملی نیز وجود دارد. در بسیاری از موارد قضات و حقوقدانان برای انجام وظیفه خویش ناچارند از حقوق خارجی مطلع باشند. ماده ۷ قانون مدنی ایران مقرر می‌دارد اتباع خارجه مقیم در خاک ایران از حیث مسائل مربوط به احوال شخصیه و اهلیت خود و همچنین از حیث حقوق ارثیه در حدود معاهدات مطیع قوانین و مقررات دولت متبوع خود خواهند بود. نظیر این ماده در اکثریت قریب به اتفاق سیستمهای حقوقی خارجی وجود دارد که اجرای آن به قرارداد معامله متقابل موکول است و ایران با غالب کشورهای مهم جهان قرارداد متقابل دارد. و همچنین ماده واحده «قانون اجازه رعایت احوال شخصیه ایرانیان غیرشيعه» که در سال ۱۳۱۲ تصویب شده است مقرر می‌دارد «نسبت به احوال شخصیه و حقوق ارثیه و وصیت ایرانیان غیرشيعه که مذهب آنان برسمیت شناخته شده محاکم باید قواعد و عادات مسلمة متداوله در مذهب آنان را جز در مواردی که مقررات قانون راجع به انتظامات عمومی باشد بطریق ذیل رعایت نمایند...» که در اینگونه موارد حقوقدان و قاضی ناچار به اطلاع از حقوق دیگران است.

۲۱- برای رعایت احوال شخصیه ایرانیان غیرشيعه قضات در موقع رأی دادن ناچار باید برحسب مذهب صاحب دعوا از سیستم حقوق زردشتی، یهودی، مسیحی و یا مذاهب اربعه اهل سنت اطلاع داشته باشند. در این مورد چون انجمن‌ها و مراجع رسمی در ایران برای اقلیتها وجود دارد محاکم معمولاً توسط آنان از مقررات حقوقشان مطلع می‌گردند؛ اما در مورد اطلاع بر حقوق کشور بیگانه موضوع به سهولت قابل حل نیست.

۲۲- در مورد اعمال حقوق خارجی در دعوی داخلی این مبحث پیش می‌آید که آیا دادرس خود می‌باید از حقوق خارج مطلع شده و آن را اجراء نماید یا به مراجع رسمی توسل جوید و از

آنها پرسد؟ در صورت اول چگونه باید مطلع شود؟ و یا اصولاً تا از طرف اصحاب دعوی ایراد نشود نمی‌تواند قانون خارجی را اعمال نماید. و در این صورت نیز آیا بعهدہ ذینفع است که در موعد معینہ از طرف قانون دادرس را از مقررات حقوق خارجی آگاہ سازد؟ در این موضوع سیستمهای گوناگونی وجود دارد.

الف- روش آلمانها: سیستم حقوقی آلمان مقررات حقوق خارجی را در موقعی که لازم‌الرعایه باشد از امور حکمی می‌داند. یعنی قاضی حکم قضیه را باید بر طبق آن حل کند و لذا دادرس باید بدون ایراد اصحاب دعوی رأساً قانون خارجی را اعمال نماید مگر اینکه طرفین صریحاً و آن هم در مواردی که قانون آمره نباشد از اجرای قانون خارجی انصراف خود را اعلام نمایند.

ب- روش انگلستان: در انگلستان قانون خارجی جنبه موضوعی دارد یعنی در هر محاکمه ذینفع باید در موعد معینی به قانون خارجی استناد کند و بدیهی است باید شخصاً موجبات آگاهی قاضی را بر قانون خارجی فراهم سازد. و استثنائی که بر این اصل وارد شده است آنکه در موارد روشن و بدیهی که دادرس حقوق خارجی را می‌شناسد رأساً آن را اجراء می‌کند. مثلاً قوانین کشورهای مشترک‌المنافع در اختیار اوست و همچنین بر همه جهان واضح می‌باشد که در مونت کارلو^{۱۸} قمار آزاد است. آمریکا نیز دارای همین روش است و موجب قانونی که در تمام ایالات تصویب شده است ایالات قوانین یکدیگر را رأساً اجرا می‌نمایند.

ج- روش فرانسوی: آراء مختلف که از محاکم فرانسه صادر شده است قضات را موظف نمی‌داند که رأساً از قانون خارجی اطلاع یافته و آن را اجراء نمایند اما در صورتی هم که رأساً دادگاه به این امر مبادرت نمود آن را صحیح می‌داند، بنابر این روش بینایی دارد.

د- در ایران: دادرس دادگاه رأساً موظف است بدون ایراد اصحاب دعوی قانون خارجی را اجراء کند (مگر اینکه آنان صریحاً انصراف خود را اعلام دارند) و بوسیله وزارت دادگستری و وزارت امور خارجه از مراجع رسمی کشور بیگانه مقررات لازم الاجراء را

^{۱۸} - Monte Carlo - منطقه‌ای مشهور در کشور موناکو واقع در اروپای غربی.

سؤال نماید.

سیستم حقوق اسلام

۲۳- ساکنین کشورهای اسلامی بر دو گونه تقسیم می‌شوند مسلمان و غیرمسلمان. غیرمسلمانان اهل کتاب یعنی آنانکه در اصل توحید و نبوت با اسلام مشترکند ولی تابع یکی از پیغمبران سلف می‌باشند می‌توانند بر مذهب خود باقی باشند و تحت حکومت اسلامی نیز قرار گیرند مشروط بر اینکه مالیات خاصی برای این حمایت و آزادی پرداخت کنند که آن را جزیه می‌گویند. بدیهی است با ادای جزیه از شمول پرداخت مالیاتهای اسلامی مخصوص مسلمین (خمس و زکات و فطره...) خارج می‌باشند. اینان را اهل ذمه نامند. هرگاه یکی از اهل کتاب اسلام آورد از پرداخت جزیه معاف شده و مانند سایر افراد مسلمان به حساب می‌آید. بدیهی است اسلام آوردن افراد اقرار است به زبان، و تسلیم است به حکومت اسلامی. در حکومت اسلامی دادگاه تفتیش عقاید (انگیزیسیون^{۱۹}) وجود ندارد که در صحت اقرار تحقیق کند. اهل ذمه در آنچه مربوط به نظم عمومی و اخلاق حسنه بوده، قوانین آمره اسلامی است باید پیرو نظام جامعه باشند. مثلاً در ماه رمضان تظاهر به روزه خواری نکنند، در ملاء عام شرب خمر نکنند، با دشمنان مملکت اسلام روابط برقرار نسازند و خارج از این حدود آنان آزادند که مقررات مذهب خویش را آزادانه اعمال کنند و در این اعمال تحت حمایت رسمی حکومت قرار دارند.

دادرسی اهل ذمه در حقوق اسلام

۲۴- اهل ذمه حق دارند به مراجع مذهبی خود برای دادرسی مراجعه کنند و دعاوی خویش را بر طبق مقررات مذهب خویش فیصله دهند. اما اگر هر دو با رضایت به قاضی مسلمان رجوع نمودند آن قاضی حق ندارد از رسیدگی و صدور حکم امتناع نماید زیرا آنان خود به حکومت

^{۱۹} - Inquisition - به معنی تفحص و تحقیق و بازجویی دقیق و رسیدگی قضایی است. ولی به دادگاه‌های تفتیش عقاید گفته می‌شود که در اروپای قرون وسطی توسط پدران روحانی مسیحی تأسیس شد و به دست راهبان و رجال دینی اداره می‌شد.

این قانون تن داده و خواستار اجرای آن شده‌اند در این صورت دادرس مسلمان بر طبق قوانین اسلامی در مورد آنان حکم خواهد داد.

احوال شخصیه

۲۵- در صورتی که قاضی در مورد احوال شخصیه عالم به مذهب اصحاب دعوی بود بر طبق آن رأی خواهد داد. اعمالی که بنابر مذهب متبوعه افراد صحیحاً انجام شده است کماکان صحیح خواهد بود. مثلاً اگر زن و شوهری مسلمان گردند محتاج به نکاح جدید نیستند و همان نکاح سابق صحیح شمرده می‌شود مگر اینکه امکان نکاح بین آنان برحسب مقررات اسلام موجود نباشد (مثلاً عمو با برادرزاده، خالو یا خاله با خواهرزاده) اما حتی در چنین موردی که اصل ازدواج در اسلام صحیح نیست فرزندان چنین ازدواجی حلال‌زاده تلقی می‌شوند چون انعقاد نطفه آنان برحسب مذهب متبوعه زوجین صحیح بوده است. اگر زن مسلمان شود و مرد از مسلمان شدن ابا نماید بمصدق «لَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً»^{۲۰} نکاح آنان باطل است.

مرز حکومت اسلامی

۲۶- حکومت اسلامی در اصل حکومتی واحد است که بر مبنای ایدئولوژی اسلامی بنا نهاده شده است و منطقاً یک «حکومت اسلامی» وجود دارد نه حکومت‌های اسلامی زیرا مرز زمینی و نژادی در اسلام اعتباری ندارد بلکه مرز عقیدتی و فکری است و در داخله مرز نیز «إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاهُمْ»^{۲۱} حکومت دارد. در داخله این مرز نظم اجتماعی و اخلاق حسنه بر طبق مکتب اسلام تعیین می‌شود و خارج از آن محدوده اهل ذمه در پیروی مذهب خود آزاد می‌باشند. تمسک به این اصل بصورت مسخ شده آن، یکی از طرق استدلال استعمارگران بود تا کاپیتولاسیون را در داخل غالب ممالک اسلامی برقرار سازند و به بهانه اطاعت از قوانین خویش حکومتی داخل حکومت تشکیل دهند. متأسفانه باید گفت زیرکی و رندی آنان و چه بسا جهل

^{۲۰} - سوره نساء، آیه ۱۴۱. خداوند برای کافران بر مؤمنین راهی قرار نداده است.

^{۲۱} - سوره حجرات، آیه ۱۳. همانا با کرامت‌تر شما نزد خداوند پرهیزگارتر شماست.

و ضعف یا خیانت‌هایی در داخل ممالک اسلامی موجب استقرار کاپیتولاسیون بوده است.

کاپیتولاسیون و تفاوت آن با دادرسی اهل ذمه

مقررات اسلامی در مورد دادرسی اهل ذمه با کاپیتولاسیون زمین تا آسمان فرق دارد.

اول- در مورد مسائل نظم عمومی و اخلاق حسنه تمام ساکنین مملکت اسلامی تابع قانون اسلامی باید باشند. مقررات جزائی کلاً از این گروه است.

دوم- اجازه پیروی از مذهب متبوعه خود مخصوص اهل ذمه است یعنی آنان که مالیات خاصی بنام جزیه می‌پردازند.

سوم- این اجازه مخصوص به پیروان مذاهب است نه اتباع کشور بیگانه بعبارت دیگر قاضی و دادرس که در مورد اهل ذمه حکم می‌دهد گرچه خود از اهل ذمه است ولی تابع حکومت اسلامی است نه اینکه تبعه بیگانه و مجری اصل حاکمیت دولتی دیگر باشد.

رعایت قانون خارجی و محدودیت آن

۲۷- حقوق بیگانه یا مقررات «مذهب اقلیت در کشور» در صورتی اجرا می‌شود که مقررات عمومی مملکت از قوانین آمره و راجع به اخلاق حسنه و نظم عمومی نباشد و الا مقررات حقوق داخلی و قوانین عمومی اجراء خواهد شد، و این محدودیت در تمام سیستم‌های حقوق وجود دارد.

اخلاق حسنه و نظم عمومی

مفهوم اخلاق حسنه و نظم عمومی در سیستم‌های مختلف حقوقی متفاوت است.

نظم عمومی

۲۸- دیدیم که قوانین خارجی در بسیاری از موارد در داخله یک مملکت رعایت می‌شوند و این موارد غالباً به احوال شخصیه اهلیت و خانواده و ارث و وصیت ارتباط دارد و دولتهای جهان با انعقاد قراردادهائی مسئله اجرای قانون خارجی را در مملکت خویش پذیرفته‌اند. تمام سیستم‌های حقوقی در این نکته توافق دارند که هرگاه قانون خارجی با نظم عمومی مملکت و

اخلاق حسنه مورد قبول ملت منافات داشته باشد قابل اجراء نیست. در مبحث اجراء حقوق خارجی باید مسئله نظم عمومی و اخلاق حسنه مورد بررسی قرار گیرد. ۲۹- درك مفهوم نظم عمومی و اخلاق حسنه در زمینه دیگری از حقوق نیز مورد لزوم است. بدین توضیح که در غالب کشورهای آزاد جهان اصل آزادی عقود مورد قبول حقوقدانان می باشد و قانون مدنی ایران نیز در ماده ۹ مقرر می دارد «قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده اند در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد نافذ است». منظور از قانون در این ماده قوانین آمره می باشد که به تخطی از آن جایز نیست. ماده دیگری از قانون مدنی ایران یعنی ماده ۹۷۵ مقرر می دارد «محکمه نمی تواند قوانین خارجی و یا قراردادهای خصوصی را که بر خلاف اخلاق حسنه بوده و یا بواسطه جریحه دار نمودن احساسات جامعه یا بعلت دیگر مخالف با نظم عمومی محسوب می شود به موقع اجراء گذارد» در این دو ماده اصل کلی آزادی عقود تجدید شده است.

اصل آزادی عقود و محدودیت آن

۳۰- اصل بر آن است که افراد را ملزم به قبول تعهدی (اکراه) نمی توان کرد و از طرف دیگر افراد مردم می توانند آزادانه هر عقدی را که بخواهند منعقد نمایند. و این دو قاعده به منزله دو روی یک سکه بوده و جمعاً اصلی را که بنام «آزادی عقود» موسوم است تشکیل می دهند. در قلمرو اصل آزادی عقود اختلاف نظرهایی موجود است طرفداران مکتب اصالت فرد به آزادی هرچه بیشتر اراده فردی معتقدند و محدودیت این آزادی را جز در موارد نادر و معدود جایز ندانسته مقنن و جامعه را موظف می دانند هرچه کمتر در این محدودیت گام بردارند و بالعکس طرفداران مکتب اصالت جامعه این آزادی را فرعی دانسته و افراد را ملزم بدانند که در انعقاد عقود مصالح جامعه را در نظر گیرند. بهره جت همگی بر آنند که اصل رعایت نظم عمومی و اخلاق حسنه محدودیتی است برای رعایت آزادی فردی و مردم در قراردادهای خویش حق ندارند این امر را از نظر دور نگه دارند از این جهت است که هر قراردادی را که با نظم عمومی و اخلاق حسنه مخالف باشد باطل می دانند. بنابر آنچه گفته شد درك مفهوم نظم عمومی در دو مورد ضرورت پیدا می کند.

اول در مورد اجرای قانون خارجی یعنی قلمرو روابط بین‌المللی. دوم در مورد صحت یا بطلان قراردادهای منعقد شده بین افراد یک جامعه یعنی در حقوق داخلی. و بر مبنای همین تقسیم‌بندی تعاریف و بررسیهای مربوط به نظم عمومی را در دو سلسله مطرح می‌سازند: بررسی نظم عمومی در حقوق داخلی و بررسی نظم عمومی در روابط بین‌المللی که در هر دو زمینه نظریات مختلفی ابراز شده است.

فلسفه تقدم نظم عمومی و اخلاق حسنه

۳۱- فلسفه رعایت نظم عمومی و اخلاق حسنه و نیز تقدم آن را بر رعایت قانون خارج یا قراردادهای خصوصی می‌توان چنین توجیه کرد:

اولاً کلیه افراد یک جامعه بصرف زیست در آن جامعه تعهدات و وظایفی بگردن دارند و دارای حقوقی نیز می‌باشند. این حقوق و وظایف را می‌توان همانگونه که طرفداران مکتب «قرارداد اجتماعی» قائلند نتیجه قرارداد فرضی دانست که بین کلیه افراد یک جامعه وجود دارد. علیهذا می‌توان گفت قراردادی که شخص از بدو تولد بطور ضمنی با کلیه افراد یک جامعه منعقد می‌نماید (اساس تشکیل جامعه و نظم عمومی و اخلاق حسنه) که بعضی قواعد را رعایت کند مقدم است بر قراردادی انفرادی که بعداً و با یک یا چند شخص خاص منعقد نماید آزادی وی در انعقاد این عقود شخصی در برابر قراردادهای عمومی (نظم، اخلاق) محدود می‌گردد.

ثانیاً در زمینه روابط بین‌المللی می‌توان گفت نظم عمومی و اخلاق حسنه مقرراتی است که برای حفظ و بقای یک جامعه ضرورت دارد و علیهذا رعایت مصالح حیاتی یک جامعه مقدم است بر رعایت منافع فردی بیگانه که بطور موقت در این جامعه زیست می‌کند. ثالثاً بسیاری از مقررات و عرف مردم آن قدر سلطه دارد که شاید در بعضی موارد قدرت آن از قانون نیز بیشتر باشد. مفهوم نظم عمومی و اخلاق حسنه از این قبیل است و این عرف یا آنقدر قبول عامه یافته است که نیازی نیست تا بصورت عبارات قانونی درآید و یا هنوز کاملاً مدون نشده است که بصورت قانون درآید، اما به هر جهت لازم‌الرعایه است. عرف معمولاً از روحيات و ایده‌آلهای مردم به عبارت دیگر از اخلاق حسنه جامعه سرچشمه

می‌گیرد و گاهی بصورت قانون درمی‌آید. عرف مسیر عبور اخلاق است بسوی قانون. بنابراین رعایت آن با عواطف منطبق است و ضرورت دارد.

مفهوم نظم عمومی در حقوق داخلی

۳۲- مفهوم نظم عمومی برحسب مکاتب مختلف و در زمینه‌های متفاوت حقوق باید مورد بررسی قرار گیرد. در حقوق داخلی نظم عمومی بنا بر نظریه عده‌ای از دانشمندان شامل کلیه قواعدی است که اراده افراد نمی‌تواند آن را نقض کند (قواعد آمره) در مقابل قواعد دیگری که توافق افراد ولو با آن مخالف باشد قابل قبول است (قواعد تفسیری یا تعویضی). قوانین مربوط به اهلیت یا شرایط ازدواج و طلاق در حقوق داخلی از مقررات نظم عمومی در حقوق داخلی وابستگی به اساس قدرت حاکمه ملت (توسط دولت که نماینده وی است) دارد و مجموعه مقرراتی است که برای حفظ سلطه ملت و نظام جامعه و امنیت عمومی و اخلاق حسنه وضع می‌شود. بسیاری موارد ممکن است آنقدر بدیهی تلقی شود که محتاج به قانون نباشد. مثلاً در عقد ازدواج گرچه ماده قانونی وجود ندارد که ازدواج و تعهدات ناشیه از آن فقط بین دو جنس مخالف قابل تحقق است ولی بدیهی است که وجود چنین شرطی از ضروریات عقد است.

مفهوم نظم عمومی در روابط بین‌المللی

در روابط بین‌المللی نظم عمومی معنای محدودتری دارد و حتی بسیاری موارد که در حقوق داخلی مقررات مربوطه بدان جزء نظم عمومی محسوب می‌شود در روابط بین‌المللی نه تنها جزء مقررات نظم عمومی نیست بلکه از لحاظ رعایت قانون خارجی در درجه اول اهمیت قرار دارد، مانند مقررات ازدواج و طلاق و اهلیت که در حقوق داخلی جزء نظم عمومی تلقی می‌شود ولی در روابط بین‌المللی زمینه اصلی مهمترین مورد اجرای قانون خارجی است.

نظم عمومی در روابط بین‌المللی وابستگی به اساس استقلال ملت در برابر ملل دیگر دارد و مجموعه قواعدی است که عدم رعایت آنها در روابط بین‌المللی به استقلال و حیثیت ملت در برابر سایر ملل لطمه وارد می‌سازد. بعبارتی دیگر مجموعه قواعد و نهادهای حقوقی است که وابسته به اساس تمدن و در واقع هویت یک ملت می‌باشد بنحوی که عدم رعایت آنها ولو به

احترام رعایت قانون خارجی جایز نیست زیرا هویت و شخصیت ملت را به خطر می‌اندازد.

نظریه منسوب به پيله در مورد نظم عمومی

۳۳- در مورد نظم عمومی چنین قائل است که قوانین دارای دو صفت هستند ۱- دوام ۲- عمومیت. عمومی بودن قوانین بدین معنی است که در مورد کلیه افراد مقیم در قلمرو مملکت قابلیت اجراء دارد. بدیهی است وقتی قانون بعنوان بیان و مظهر نفع عمومی تصور می‌شود باید در مورد همه ساکنین مملکت بدون استثناء اجراء گردد. دائمی بودن قوانین بدین معناست که چون قانون برای رعایت افراد وضع می‌شود باید تا نسخ نشده است در مورد وی اجراء گردد. عبارت دیگر فرد به هر کجا رود قانون مانند چتر بر سر او سایه می‌افکند. هرگاه هدف از یک قانون حمایت از فرد باشد باید دوامش را حفظ کند و عمومیت را از دست بدهد. اینگونه قوانین خارجی است که در داخل مملکت قابلیت اجراء دارند و هرگاه هدف از قانون غایت اجتماعی باشد چنین قانونی باید در داخله مملکت نسبت به همه افراد بدون استثناء اجراء شود.

ایرادات بر نظریه پيله

ایرادی که مخالفین بر این نظریه می‌گیرند این است که بموجب آن.

اولاً تشخیص منافع افراد از منافع جامعه و تقسیم‌بندی قوانین از این نقطه نظر امری فرضی و دشوار است و حتی گاهی ممکن است اموری که ظاهراً مربوط به نفع فردی است (ازدواج و طلاق) مقنن آن را جزء نظم عمومی تلقی کند.

ثانیاً در این مکتب نظم عمومی اصل تلقی شده است و حال آنکه حقوق امروز متمایل بدان است که نظم عمومی استثناء تلقی گردد. در حقوق ایران ماده ۶ قانون مدنی مقرر می‌دارد کلیه سکنه ایران اعم از اتباع داخله و خارجه مطیع قوانین ایران خواهند بود مگر در مواردی که قانون استثناء کرده باشد.

ثالثاً کلیه قوانینی که درون مرزی باشند در روابط بین‌المللی الزاماً جزء نظم عمومی تلقی نمی‌شوند. مثلاً قواعد راجعه به اموال مسلماً درون مرزی هستند حال آنکه در مورد اموال بیگانگان مقررات خود آنها اجراء می‌گردد.

نظریه من چینی در مورد نظم عمومی

۳۴- نظریه منسوب به من چینی - مرد سیاسی وزیر امور خارجه ایتالیا و حقوقدان معتقد است که اصل شخصی بودن قوانین است، لذا قوانین چون سایه اشخاص را دنبال می کنند و قاضی باید در مورد بیگانگان قوانین آنان را رعایت نماید. مگر در موارد استثنائی از قبیل قوانین مربوط به نظم عمومی همچون قوانین مسئولیت جزائی و مدنی و قوانین مربوط به حقوق عمومی و غیره و مقررات مربوط به تنظیم اسناد قراردادهای خصوصی بین آنان که آن را منعقد کرده اند (زیرا با اراده آزاد قراردادی بسته اند و در روابط خویش آن را به منزله قانون خاصی مقرر داشته اند، بنابراین قاعده حقوقی قرارداد قانون بین طرفین است).

۳۵- بعضی حقوقدانان اصطلاح نظم عمومی ملی و نظم عمومی بین المللی را بکار برده اند و حال آنکه نظم عمومی بین المللی که بر همه ملل یکسان حکومت کند وجود ندارد و نظم عمومی همواره ملی است منتها استناد بآن گاهی در روابط بین المللی ضرورت پیدا می کند نه اینکه نظم عمومی بین المللی باشد. عده ای دیگر اصطلاح مطلق و نسبی را در مورد تفکیک نظم عمومی بکار می برند و حال آنکه نظم عمومی همواره نسبی است و نسبت به مکان و زمان متفاوت است و در دورانهای صلح قلمرو آن محدودتر است و همچنین در مورد کشورهایی که امنیت داخلی شان ثابت بیشتری دارد قلمرو محدودتری دارد.

قلمرو نظم عمومی

۳۶- قلمرو نظم عمومی بنابر عقیده مکتب اصالت فرد که هدف جوامع بشری را حمایت از افراد و حفظ منافع آنان می داند چنین تعیین می گردد.

اولاً نظم عمومی استثناء است نه اصل.

ثانیاً استقرار این استثناء را نمی توان بنظر قاضی واگذار کرد و بلکه باید قانون خاصی آن را پیش بینی کند.

ثالثاً چون نظم عمومی آزادی اراده فردی را محدود می کند ثابت است و فقط مقنن در موارد کاملاً ضروری می تواند آن را تغییر دهد.

بنابر عقیده مکتب اصالت جامعه که هدف جامعه را حفظ جامعه دانسته و افراد را بمنزله

سلولهای یک بدن و جامعه را مثل بدن می‌داند این قلمرو چنین تعریف می‌شود:
 اولاً- چون مقررات برای حفظ منافع جامعه است اصل بر این است که تمام مقررات راجعه به نظم عمومی می‌باشد و نظم عمومی اصل است نه استثناء.
 ثانیاً- برای تشخیص نظم عمومی احتیاج به وجود قانون خاص نیست.
 ثالثاً- نظم عمومی ثابت نبوده و با زمان و مکان قابل تغییر است همانگونه که آزادی اراده افراد ثابت و نامحدود نیست.

شمردن قوانین نظم عمومی و بحث در این مورد

۳۷- بعضی نویسندگان کوشیده‌اند که لیستی از قوانین که بزعم آنها جزء نظم عمومی محسوب است تنظیم نمایند و حتی موسسه حقوق بین‌الملل در سال ۱۹۱۰ نظریه خود را مبنی بر اینکه آرزو دارد دول با انعقاد عقود بین‌المللی با تصویب قوانین روشن قلمرو نظم عمومی را صریحاً تعیین کنند اعلام نمود، اما بعلت اینکه قلمرو نظم عمومی برحسب مقتضیات زمان در معرض تغییر و تبدیل است نمی‌توان لیست مشخصی تهیه نمود، کما اینکه در ایران مقررات و تشریفات طلاق و بعضی مقررات ازدواج مثلاً تعدد زوجات قبل از سال ۱۳۴۶ (تصویب قانون حمایت خانواده) جزء قوانین نظم عمومی به حساب نمی‌آمد و ایرانیان غیرشیعه در مورد مقررات حقوق خانواده تابع مقررات قانون مدنی نبوده بلکه رعایت مذهب خود آنان دستور داده شده بود اما بعد از تصویب قانون حمایت خانواده بر طبق نظریه محاکم و مراجع مشورتی دادگستری مقررات آن قانون جزء نظم عمومی محسوب شده است و شامل اقلیتهای مذهبی نیز می‌گردد.

معهداً در شرایط فعلی می‌توان بعضی قوانین را جزء نظم عمومی دانست مثلاً

۱. قوانین راجعه به امنیت داخلی و خارجی مملکت مسلماً جزء قوانین نظم عمومی بوده و کلیه ساکنین موظفند که آن را اجراء نمایند.
۲. قوانین راجعه به اموال غیرمنقول جزء مقررات نظم عمومی است زیرا این اموال جزء لاینفک سرزمین است و سلطه بر آن جزئی است از حق مالکیت و استقلال ملت.
۳. قوانین راجعه به شکل اسناد سرزمینی بوده و صحت اسناد مشروط به شرایط محل تنظیم سند است.

۴. قوانین راجع به اهلیت و احوال شخصی فقط در حقوق داخلی جزء مقررات نظم عمومی است نه در روابط بین‌المللی.
۵. قوانین جزائی جزء نظم عمومی تلقی می‌شوند.

مبنای رعایت قانون خارجی و نظریه تشابه تمدن دو کشور بعنوان ضابطه نظم

۳۸- گروهی از دانشمندان از این جهت که نظم عمومی مجموعه مقرراتی است که به اراده یک جامعه در مورد طرز اداره اجتماع مربوط است در صورتی اجرای قانون خارجی را در مملکت مجاز می‌داند که اصول تمدن و اساس تمدن در دو جامعه مشترک باشد و در سایر موارد چنین اجازه‌ای نمی‌دهند. این امر گرچه از نظر تئوری قابل قبول بوده اما امروز در دنیا دو جامعه کاملاً مشابه وجود ندارد و حتی آمریکا که از مهاجرین انگلیسی اولیه تشکیل شده است تمدن و اصول کاملاً متفاوتی با انگلستان دارد یا اینکه فرانسه و ایتالیا و اسپانیا که هر سه تمدنی نزدیک به هم دارند در مسئله طلاق متفاوت بوده یا هستند، فرانسه مدتهاست طلاق را جایز می‌داند و حال آنکه ایتالیا بیش از چند سال نیست که آن را پذیرفته است و اسپانیا هنوز آن را اجازه نمی‌دهد. بدین نحو می‌بینیم که این نظریه فقط جنبه تئوری داشته و عملاً قابل اجرا نیست. اگر این همبستگی تئوری را در هر نهاد حقوقی جداگانه مطرح سازیم و مثلاً توجه کنیم که در مسئله طلاق یا ازدواج جوامعی که با هم ایده مشترک دارند اجرای قانون یکدیگر را در خاک خود مجاز دانند اصلاحی در نظریه فوق بعمل می‌آید.

۳۹- گروهی دیگر از دانشمندان مسایل اساسی تشکیل جامعه و تضمن و ضابطه تشخیص نظم عمومی تلقی کرده‌اند و مثلاً قوانین مربوط به حمایت از حیات و حیثیت انسانی آزادیهای اساسی اصول تشکیلات خانواده را جزء نظم عمومی دانسته‌اند، اما این نظریه نیز جنبه تئوری دارد و از اینکه چه اموری جزء اساس تشکیل جامعه و تمدن محسوب می‌شود اتفاق آراء وجود ندارد.

نسبیت قلمرو نظم عمومی

۴۰- نظم عمومی امری است نسبی و برحسب زمان و مکان متغیر است و دم زدن از نظم عمومی بطور مطلق صحیح نیست. نظم عمومی با تغییر زمان و روحیات مردم تغییر می‌یابد کما اینکه

طلاق تا سال ۱۸۸۴ در فرانسه وجود نداشت و بنابراین ابدیت عقد ازدواج جزء مقررات نظم عمومی بشمار می‌آمد و مراجع صالحه فرانسه حتی طلاق واقعه بین زوجین تبعه کشورهای مسلمان را هم نمی‌پذیرفتند اما بعد از این تاریخ که فرانسه طلاق را پذیرفت در این مورد رعایت قانون بیگانه را بلامانع دید. همچنین اثبات نسب غیرشرعی (یا طبیعی^{۲۲}) قبل از سال ۱۹۱۲ در فرانسه خلاف نظم عمومی تلقی می‌شد اما از این تاریخ که فرانسه خود این امر را پذیرفت برخلاف نظم عمومی تلقی نمی‌شد. همچنین در ایران طلاق را محاضر بر طبق مذهب شوهر و (یا قانون دولت متبوعه شوهر) اجراء و ثبت می‌کردند. اما از سال ۱۳۴۶ که قانون حمایت خانواده تصویب شد ارائه گواهی لازم از دادگاه در حقوق داخلی جزء مقررات نظم عمومی در آمد. همچنین قلمرو نظم عمومی در مکان نیز متغیر است و مسئله‌ای که در یک جامعه مخالف نظم عمومی تلقی می‌شود ممکن است در جای دیگر این خصوصیت را نداشته باشد مثلاً در فرانسه تعدد زوجات بر خلاف نظم عمومی است بعکس در ایران و یا اثبات نسب غیرمشروع در ایران بر خلاف نظم عمومی است بعکس فرانسه.

مرجع تشخیص نظم عمومی

۴۱- مرجعی که قانون دولت خارجی را قصد دارد اجراء کند موظف است بررسی نماید که آیا قانون خارجی با نظم عمومی منافات دارد یا نه و در صورت بروز اختلاف چون اختلاف در مراجع قضائی مطرح می‌گردد مراجع تشخیص این امر قاضی مربوطه است. همانطور که ذکر شد چون مبنای صریح و قاطعی وجود ندارد مرجع مسئول این تشخیص نظر به روح قوانین و زمینه اصلی و سازمان حقوق داخلی در این تشخیص مختار است ولو اینکه قانون صریحی وجود نداشته باشد و یا قوانین موجود تصریح نداشته باشد. مثلاً اگر قانون خارجی مهلت‌های لازم را برای اطلاع عامه از قانون رعایت نکرده باشد گو اینکه چنین قانونی ممکن است در کشور اصلی اعتبار قانونی داشته باشد ولی قاضی بیگانه به چنین قانونی به نظر بی‌عدالتی و بی‌اعتباری نگریسته و آن را با نظم عمومی منافی می‌داند. یا اگر مقررات قانون بنابر رعایت

²² - Naturelle

مصالح خاص سیاسی عطف به ماسبق شده و رعایت حقوق مکتسبه افراد را نکرده باشد بعید است که چنین قانونی در کشور بیگانه بعنوان قانون معتبر خارجی رعایت گردد. به هر جهت عملاً تشخیص نظم عمومی بعهدہ قضات است و آنان اختیار این تشخیص را دارند.

تعارض دو نظم عمومی

۴۲- تعارض دو نظم عمومی- اگر بین نظم عمومی کشور با نظم عمومی یک کشور بیگانه تعارض باشد مسلماً نظم عمومی داخلی مقدم است و قانون خارجی در این مورد رعایت نمی‌شود. مثلاً به یک ایرانی متأهل در فرانسه اجازه داده نمی‌شود زن دیگری بگیرد گرچه قانون ایران به او چنین اجازه‌ای را می‌دهد، زیرا تعدد زوجات در فرانسه با نظم عمومی منافات دارد و با توجه به اینکه در اسپانیا تعدد زوجات و طلاق وجود ندارد و ازدواج مجدد زوجینی که با طلاق از هم جدا شده‌اند صحیح نیست اگر زن فرانسوی که از شوهر اسپانیایی خود طلاق گرفته و به زوجیت شخص دیگری درآمده است شکایتی در مراجع فرانسوی مطرح سازد دادگاههای فرانسوی ازدواج دوم زن فرانسوی را معتبر خواهند دانست و حال آنکه در اسپانیا یعنی دولت متبوعه شوهر آن را معتبر نمی‌دانند یا اگر مرد متأهل ایرانی زن اسپانیایی بگیرد ازدواج دوم این مرد در حقوق ایران معتبر است.

اخلاق حسنه

۴۳- اخلاق حسنه دامنه محدودتری از نظم عمومی دارد به این معنی که حقوق گو اینکه به اخلاق کاری ندارد و هدفش گردش عادی امور جاری مردم است معهداً لطمه شدید و واضح به اخلاق حسنه را طرد می‌کند رعایت اخلاق حسنه یکی از حقوق نظم عمومی است و بنابر این نظم عمومی و اخلاق حسنه نسبت به هم عموم و خصوص مطلق دارند. هرچه جزاء اخلاق حسنه است مسلماً نظم عمومی محسوب می‌شود اما ممکن است بعضی امور (مثلاً مقررات ارزی و گمرکی- خروج از کشور بدون رعایت مقررات...) جزء نظم عمومی باشد اما در قلمرو اخلاق حسنه نباشد.

قلمرو اخلاق حسنه

۴۴- قلمرو اخلاق حسنه نیز کاملاً مبهم است و برحسب زمان و مکان متفاوت است و چه بسا امری که در زمان یا مکان معین مجاز شناخته شده ولی در زمان یا مکان دیگر منافی با اخلاق حسنه باشد مثلاً ازدواج عمو عمه یا برادرزاده با خاله و خالو با خواهرزاده در حقوق فرانسه طی شرایطی آزاد است ولی در حقوق کشورهای اسلامی چنین کاری مطلقاً با اخلاق حسنه منافات دارد و یا استعمال مواد مخدره در اوایل شیوع در ایران با اخلاق حسنه منافی تلقی نمی‌شد ولی اینک عرف مردم ایران آن را خلاف اخلاق می‌داند. بطور کلی تشخیص اخلاق حسنه با عرف متداول و قطعی ملت است و عرف در واقع مانند پلی است که قواعد مسلمه اخلاقی را بر علم حقوق تحمیل می‌کند و چه بسا تدریجاً آن را بصورت قانونی مدون درمی‌آورد کما اینکه در مثال سابق مقنن ایران مدتهاست که استعمال افیون را جرم می‌داند.

منشأ اخلاق حسنه

۴۵- منشأ اولیه اخلاق حسنه و مبنای آن در واقع قاعده مذهبی است و تشخیص این مبدأ در مسائل جنسی کاملاً روشن است که اخلاق حسنه از مقررات مذهب سیراب می‌شود مثلاً مسئله ارتباط جنسی نامشروع در کلیه ممالک با اخلاق حسنه منافی تلقی می‌شود. این امر آثار فراوانی در قواعد حقوق دارد. فی‌المثل در بعضی کشورها مانند فرانسه حتی هبه مال به معشوق قابل ابطال است. بدیهی است این شدت عمل نشانه و عکس‌العمل فوری اینگونه ارتباط‌هاست. کما اینکه آمارگرها معتقدند که اقلأً ۶۵٪ مردان متأهل فرانسوی مبتلای اینگونه ارتباط‌ها هستند همچنین تعدد زوجات در فرانسه (و سایر کشورهای غربی) مخالف اخلاق حسنه تلقی می‌شود، شاید سلب این امکان به حکم «الانسان حریص علی مامنع» میزان آمار را تا این حد بالا برده است چه در کشورهای که تعدد تحت شرایطی مجاز است تعدد زوجات و ارتباط نامشروع هیچکدام (و حتی بطور مجموع) به این صدی چند نمی‌رسد.

قرارداد مخالف با اخلاق حسنه

۴۶- قرارداد ممکن است بلحاظ موضوع یا هدف مخالف اخلاق حسنه باشد که در هر دو صورت باطل است. مثلاً کسی آزادی خود یا دیگری را بفروشد و خود یا آن شخص را برده

دیگری قرار دهد که در این مورد بطلان از خود عقد آشکار است یا اینکه کسی خانه را اجاره کند برای اینکه فاحشه‌خانه یا قمارخانه دایر نماید، در این صورت اگر جهت عقد در قرارداد ذکر شده باشد بطلان آن واضح است اما اگر جهت عقد ذکر نشده باشد حقوق ایران آن را باطل نمی‌داند اما حقوق فرانسه به قاضی اجازه ابطال چنین قراردادی را می‌دهد.

حقوق تطبیقی و مجامع بین‌الملل

جامعه ملل و سازمان ملل

۴۷- بعد از جنگ بین‌الملل اول نیاز به همکاری دول و تماس مداوم آنان با یکدیگر احساس گردید و بنای جامعه ملل گذاشته شد و همچنین سازمانهای حقوقی وابسته به آن در لاهه به عنوان «دیوان داوری لاهه» تأسیس گردید. اما چون این سازمان فاقد نیروی اجرائی بوده و از طرف دیگر صرفاً جنبه سیاسی داشت نتوانست نقش چندان مهمی را ایفاء کند و بعد از ۲۱ سال از خاتمه جنگ اول جنگ دوم شعله‌ور گردید و جامعه ملل از بین رفت. بعد از خاتمه جنگ دوم جهانی اساس تشکیل سازمان ملل فعلی بنا نهاده شد و مقارن همان ایام نیز دادگاه بین‌المللی نورنبرگ برای محاکمه تبهکاران جنگ تشکیل شد که عده‌ای از حقوقدانان مشهور جهان و منجمله دندیو دو وابر^{۲۳} در آن شرکت داشتند و اساسی بعنوان حقوق جزای بین‌الملل بنا نهادند. سازمان ملل جدید توجه کرد که به صرف تماس دول با یکدیگر مسائل حل نمی‌شود و باید کوشید که از جهات مختلف جلوه‌های فرهنگ ملل را به یکدیگر شناساند و به نزدیکی معنوی آنان کوشید تا بشر به سوی وحدت گام بردارد و به همین جهت سازمانهای وابسته به سازمان ملل فعالیت وسیعتری را آغاز کردند و سازمانهای جدیدی تشکیل دادند. همچنین در موارد مختلف نیروئی بعنوان صلح تشکیل داد تا جنبه ضمانت اجرائی بعضی از تصمیمات باشند. بعنوان نمونه کنگو- ویتنام و صحرای سینا را نام می‌بریم که نیروی صلح در آن مستقر گردیدند.

²³ - Donnedieu de Vabres

فهرست اسم سازمانهای بین‌المللی و هدف آنها

۴۸- سازمانهای مختلف بین‌المللی - این سازمانها بطور خلاصه عبارتند از:

۱. دیوان دادگستری لاهه: که در مورد دعاوی و اختلافات بین دول اظهار نظر می‌کند. مبانی حقوقی این دیوان بعداً مورد بحث قرار می‌گیرد.
 ۲. دیوان داوری لاهه: در صورتی که به تراضی طرفین داوری در امری بدان ارجاع گردد و همچنین وقتی در متن قراردادی ارجاع امر به داوری آن مقرر شده باشد رسیدگی و اظهار نظر می‌نماید.
 ۳. سازمان بین‌المللی کار: در مقدمه اساسنامه این سازمان برای توجیه و تشریح هدف سازمان می‌گوید: نظر باینکه شرایط موجود کار برای عده زیادی از افراد موجب بی‌عدالتی فقر و محرومیت می‌باشد ...
 ۴. موسسه بین‌المللی رم: برای وحدت حقوق خصوصی که در راه وحدت دادن به حقوق خصوصی می‌کوشید و در زمینه‌های حقوق خصوصی که آمادگی بیشتری در این زمینه دارد طرح‌هایی تهیه نموده است.
- این موسسات صرفاً جنبه حقوقی دارند که در راه وحدت حقوقی کار می‌کنند و مسلماً در مسیر کارشان نیاز وافر به حقوق تطبیقی دارند. موسسات دیگری نیز وابسته به سازمان ملل وجود دارد که مسلماً بطور غیرمستقیم و گاهی مستقیم به حقوق تطبیقی نیاز دارند زیرا آشکارترین جلوه فرهنگ و تمدن یک ملت سیستم حقوقی حاکم بر آن کشور است. اعم این مؤسسات عبارتند از:
۱. یونسکو: سازمان تربیتی علمی و فرهنگی وابسته به سازمان ملل متحد: که در شناساندن فرهنگ و تمدن ملل به یکدیگر کار می‌کند.
 ۲. آژانس بین‌المللی انرژی اتمی: که هدف آن تسریع و افزایش خدمات انرژی اتمی به صلح و بهداشت و رفاه است.
 ۳. سازمان خوار و بار و کشاورزی جهان: که هدف آن بالابردن سطح تغذیه و بازده کشاورزی و همچنین مبارزه با گرسنگی است.

۴. سازمان بهداشت جهانی: که هدف آن تکامل سطح بهداشت در کلیه ممالک جهان است.

۵. بانک بین‌المللی عمران و توسعه: هدف آن مساعدت به توسعه کشورهای کم‌رشد و پیشرفت اقتصادی است.

۶. صندوق بین‌المللی پول: هدف آن بالابردن سطح همکاری‌های بین‌المللی در زمینه مبادلات ارزی است.

۷. سازمان هواپیمایی کشوری بین‌المللی: بمنظور تسهیل و حمل و نقل هوایی بین‌المللی و تدوین قواعد مورد قبول کلیه دول تشکیل گردید.

۸. اتحادیه پستی جهانی: هدف آن ایجاد همکاری کامل بین دولتها در مورد مبادلات پستی است.

۹. اتحادیه بین‌المللی مخابرات: بمنظور تسهیل مخابرات از راه دور و تدوین قواعد این امر تشکیل گردید.

۱۰. سازمان هواشناسی جهانی: بمنظور آگاهی هرچه بیشتر از وضع جوّی کره زمین و آمادگی در برابر حوادث قهری طبیعت با استفاده هرچه بیشتر از طبیعت همکاری کامل بین دول ضرورت دارد و این سازمان بدین منظور تشکیل گردید.

۱۱. سازمان بین‌الدولی مشورتی دریائی: هدف آن تسهیل همکاری دول در امر دریانوردی و ایجاد تأمین هرچه بیشتر در برابر خطرات دریائی.

۴۹- غیر از مؤسسات وابسته به سازمان ملل مؤسسات ملی در داخل کشورها تشکیل گردید و همچنین برحسب وحدت منافع بین چند دولت اتحادیه‌های خاصی از قبیل سنتو- ناتو- اوپک و بازار مشترک اروپا ... بوجود آمد. کلیه آنان در تنظیم روابط خود و مقررات سازمان محتاج به آگاهی از حقوق تطبیقی هستند و اصولاً هرچه دامنه رفت و آمد و روابط وسیع‌تر شده و آسان‌تر می‌گردد دیوار فرضی که بنام مرز سیاسی وجود داشته و دارد نازک‌تر می‌شود بطوری که اکنون بشر در بسیاری زمینه‌ها وجود مرز را حس نمی‌کند و در هر قلمروئی که حذف عملی مرز واضح‌تر و صریح‌تر بشود تدوین مقررات مورد قبول همگانی سهل‌تر و ممکن‌تر خواهد

بود. مثلاً قواعد هوانوردی بین‌المللی یا پست بین‌المللی به سهولت از طرف همگان مورد قبول واقع می‌گردد.

دادگاه‌های بین‌المللی - منابع حقوقی مستند دادگاه لاهه

۵۰- ماده ۳۸ اساسنامه دیوان دائمی دادگستری لاهه منابع حقوقی معتبر در آن دادگاه را چنین ذکر می‌کند.

۱. قواعدی که دول طرف اختلاف در قراردادهای منعقد صریحاً قبول کرده‌اند.
۲. عرف بین‌المللی
۳. اصول کلی حقوقی که مورد قبول ملتهای متمدن قرار گرفته‌اند.
۴. تصمیمات قضائی و همچنین عقیده شخصی علمای بزرگ حقوق در کشورهای مختلف

با بررسی این منابع می‌توانیم آن را بدو گروه کلی تقسیم کنیم.

اول- اصول و قواعدی که برحسب توافق و قرارداد مورد قبول صریح قرار گرفته و به مصداق قاعده کلی «مقررات یک قرارداد به منزله قانون لازم‌الاتباع در روابط متعاقدين است» منبع اساسی برای حل اختلاف قرار می‌گیرد.

دوم- اصول و قواعدی که گرچه طرفین آنها را تصریح نکرده‌اند اما مرجع بین‌المللی می‌تواند با مراجعه به حقوقهای مختلف آنها را استنتاج نماید.

بررسی هر دو گروه محتاج به آشنائی به حقوق تطبیقی است.

معاهدات بین‌المللی بعنوان مستند دادگاه لاهه

۵۱- معاهدات بین‌المللی چون در تمام کشورها به تصویب پارلمان می‌رسد مسلماً ارزش و اعتبار قانون را دارد. ماده ۹ قانون مدنی ایران مقرر می‌دارد «مقررات عهدی که بر طبق قانون اساسی بین دولت ایران و سایر دول منعقد شده باشد در حکم قانون است». حتی بعضی سیستم‌های حقوقی برای معاهدات بین‌المللی ارزشی بالاتر از قانون عادی قائل می‌باشند. قانون اساسی فرانسه در ماده ۵۵ خود بدان اعتبار قانون اساسی را می‌دهد. بدیهی است در مواردی که قرارداد صراحت داشته باشد اعلام و اجرای مقررات آن کمتر دچار اشکال می‌گردد اما در مورد تفسیر

این معاهدات مسلماً هر یک از طرفین مایلند آن را بر طبق اصول حقوقی کشور خویش تفسیر نمایند و مسلماً حقوقدانان هر کشور برای حفظ هرچه بیشتر منافع خویش در موقع انعقاد یا تفسیر قرارداد نیازمندند که به سیستم حقوقی طرف دیگر قرارداد نیز آگاهی داشته باشند.

منابع استتاجی دادگاه لاهه

۵۲- اول عرف بین‌المللی - عرف بین‌المللی بسیار مهم و غیرصریح است و تشخیص اینکه عرف بین‌المللی در امری وجود دارد یا نه کاری است مشکل که نمی‌تواند اتفاق آراء را جلب نماید ولی متدرجاً که روابط بین‌المللی زیادتیر می‌شود و به خصوص در قلمرو مسائلی که امکان هماهنگی و تدوین قوانین مورد قبول همگان بیشتر است امکان ایجاد عرف بین‌المللی بیشتر خواهد بود مانند مسائل مربوط به هوانوردی و هواشناسی ...

دوم- اصول کلی حقوقی - این اصول متدرجاً مدون‌تر گشته و در بسیاری امور مورد استناد قرار می‌گیرد. فی‌المثل سازمان ملل و تمام موسسات وابسته بدان به کارمندان و کارشناسان نیاز دارند که آنها را با استخدام خویش درآورند. بدیهی است روابط سازمانها با این کارمندان نمی‌تواند تابع مقررات هیچ کشوری باشد و باید اصول و قواعد خاصی مورد عمل و حل فصل قرار گیرد. کوشش بسیاری در این زمینه بعمل آمده است تا اصول کلی حقوقی جمع‌آوری شود و بعضی مصنفین در این راه قواعدی را بعنوان اصل قابل قبول ذکر کرده‌اند. من جمله اصل رعایت حاکمیت دولتها، ملی کردن، اصل تحدید حاکمیت دولت در قلمرو روابط با سایرین، اصل لزوم رعایت حق دفاع مشروع، اصل رعایت و احترام حقوق مکتسبه و قراردادهای منعقد، اصل احترام به حیثیت و حقوق بشری، اصالت الصحه...

سوم کمسیونها - و مجامع ملی و دولتی و بین‌المللی که تشکیل می‌شود موجب برخورد افکار دانشمندان شده و مسائل مبتلابه جوامع مختلف مورد بررسی قرار می‌گیرد و قطعنامه‌های صادره راهنمای دول و سازمانهای بین‌المللی می‌شود تا اصول جدید بین‌المللی بوجود آید و همچنین آراء صادره از مراجع بین‌المللی چون مسبق به بررسی‌های علمی و فنی زیادی است خود به عنوان سابقه و اصل مورد قبول واقع شده است و بعداً جزء مبانی قرار می‌گیرد. از اهم نظریات دادگاه بین‌المللی لاهه قرار تأمین خواسته و همچنین رأی نهائی صادره در مورد اختلاف ایران و

شرکت سابق نفت ایران و انگلیس بود.

استفاده از حقوق تطبیقی برای تکامل حقوق داخلی (پیوند)

۵۳- در حقوق داخلی نیز از تطبیق حقوقهای مختلف استفاده شده از این طریق بسیاری نواقص حقوق داخلی را رفع می‌کنند و یا نهادهای جدید حقوقی وارد می‌نمایند. حقوق تطبیقی را می‌توان به نورافکنی تشبیه کرد که با پرتو افکنی بر حقوق داخلی آن را جلوه بیشتری می‌دهد و نواقص آن را مشخص ساخته و روشن می‌سازد. گروهی از حقوق دانان که منشأ استنتاج قواعد حقوقی را عقل سلیم و منطق حقوقی می‌دانند استفاده از حقوق تطبیقی را در تکامل حقوق داخلی لازم نمی‌دانند. مکتب تاریخی حقوق نیز که به تکوین محلی و تاریخی و تحول تدریجی حقوق و همچنین نسبیّت آن برحسب زمان و مکان معتقد است حقوق بیگانه را غیر قابل استفاده می‌داند، معهدا همواره حقوقدانان برای تدوین مقررات جدید کوشیده‌اند که از مقررات بیگانه نیز اطلاع یابند. تهیه قوانین اسپارت، آتن و رم و حتی کدهای ناپلئون نیز مسبق به مطالعات تطبیقی بوده است.

۵۴- استفاده از حقوق خارجی به آن صورت است که در قلمروی خاص و نهادهای مشخص فکر حقوقی یک سیستم خارجی مورد قبول واقع شده و بر مبنای آن قانونگذاری می‌شود. مانند اینکه نظریه «هدف از مجازات، تربیت مجرم است؛ هدف از اقدامات تأمینی، حفظ جامعه و نیز بهبود و تربیت شخص است» مورد قبول واقع شود و بر مبنای آن مقرراتی وضع گردید و یا آنکه بعد از قبول ایده مقررات مرتبطه کشور خارجی عیناً ترجمه شده و بعنوان مقررات داخلی درآید این نحوه استفاده را پیوند جزئی^{۲۴} نامند. گاهی نیز ممکن است سیستم حقوقی بیگانه‌ای کلاً بعنوان نظام حقوقی جدید در کشوری اعمال شود که آن را پیوند کلی یا پیوند تقنینی^{۲۵} می‌نامند.

۵۵- پیوند جزئی - پیوند جزئی چنانچه با دقت نظر و روشن بینی همراه باشد ممکن است مورد قبول جامعه قرار گرفته و بعد از مدتها چنان با سیستم حقوقی مملکت آمیخته شده با سایر اجزاء

²⁴ - Greffe partielle

²⁵ - Greffe législatif

و نهادهای آن ممزوج شود که جزء لایتجزای آن محسوب گردد و در غیر این صورت بعد از مدتی جامعه آن را طرد می کند و آثار مضرى از آن بیادگار می ماند مانند پیوند عضو خارجی به بدن انسان که موفقیت عملی بستگی به دانش و مهارت و روشن بینی جراح و پزشک دارد. ذیلاً بعضی موارد جزئی که مفید بوده یا نبوده است بعنوان نمونه ذکر می شود:

الف- پیوندهای مؤثر- گرچه بعضی از مصنفین تقسیم بندی اموال را به منقول و غیرمنقول در حقوق ایران مقتبس از حقوق اروپائی می دانند اما این نظر صحیح نیست و در قدیم ترین مأخذ فقه اسلامی این تقسیم بندی مشهود است و آثاری از قبیل اخذ به شفعه و سهم الارث زن و غیره بر این تقسیم بندی مترتب است.

چند مثال از پیوند مؤثر

۱. مسئله ثبت املاک و صدور سند مالکیت- الزام به ثبت وقایع اربعه مقررات آمار و ثبت احوال از قواعد مفیدی است که برحسب اقتضای زمان و احساس ضرورت در حقوق ایران وارد گردیده و نتایج مفیدی داشت.

۲. مسئله غبن در محصولات کشاورزی و نرخ آن را حقوق فرانسه از بلژیک اقتباس نمود و همچنین تفسیر قضائی از ماده ۱۳۸۴ قانون مدنی فرانسه (کد ناپلئون) و اصل حقوقی «مسئولیت دارنده شیء بی جان» را فرانسه از رویه قضائی بلژیک پذیرفت.

ب- پیوندهای غیرمؤثر- پیوندهایی است که به علت بی توجهی تهیه کنندگان حقوق داخلی به زمینه اجتماعی امر ممکن است بی اثر باشد و یا اینکه عدم تناسب نهاد و مقررات وارده با سایر اجزاء مجموعه حقوقی موجب طرد آن گردد، فی المثل:

چند مثال از پیوند غیر مؤثر

۱. مقررات متعددی که در ایران برای تنظیم روابط مالک و مستاجر در شهرها تصویب شده و عملاً بمنظور جبران کوتاهی و قصورهای اقتصادی در تنظیم روابط عرضه و تقاضاست نتیجه نامطلوبی بخشیده و این قسمت از اقتصاد شهری و حقوق مربوط بآن را فلج کرده است همچنین مقررات راجع به حمایت خانواده که طی دو قانون در ۱۳۴۶ و ۱۳۵۳ تحت تأثیر حقوق اروپائی بدون توجه به عرف قدیمی مردم ایران تصویب شده

گرچه بصورت ظاهر برای حمایت زنان است اما در عمل نه تنها مفید نبوده و بلکه کاملاً نتیجه معکوس داشته و مضرات حاصله از آن بیشتر بدوش زنان است، این قوانین نتوانسته‌اند مصلحت واقعی زن و خانواده را تأمین کنند.

۲. زن شوهردار تا ۱۹۳۶ در فرانسه محجور بود و اختیار اموالش بدست شوهرش بود. مقنن فرانسوی در ۱۹۰۷ به تاسی از حقوق اسکاندیناوی تصویب کرد که زن شوهردار در مورد اموالی که نتیجه کار شخصی خود اوست اختیار و اهلیت داشته و در این قلمرو از او رفع حجر شود. اما این پیوند مفید نبود زیرا چون زن در مورد سایر اموال خود محجور تلقی می‌شود و اختیار مطلق اموالش بدست شوهر بود علیهذا هر کس که با زن شوهردار ارتباط مالی داشت می‌باید تحقیق کند که آیا مالی که مورد آن معامله است شخصی زن می‌باشد یا نه و آیا وی در مورد انجام آن معامله محجور است یا نه؟ چون تفکیک اموال با اشتراکی و اختصاصی برای او دشوار بود احتیاطاً در مورد کلیه اموال اجازه شوهر را مطالبه می‌کرد.

پیوند کلی (تقنینی)

۵۶- پیوند تقنینی عبارت از سرایت کلی حقوق یک کشور به کشور دیگر است. این پیوند همیشه نتیجه تفوق نظام سیاسی یا معنوی و به دنباله تصرف سیاسی یا معنوی می‌باشد. در تاریخ بعنوان نمونه می‌توان حقوق رم و یا اسلام را نام برد.

پیوند کلی اولیه حقوق رم

رم با تمدن عظیم و ارتش قوی به هر جا راه می‌یافت ضمن بردن ارتش به کشور مغلوب مقررات حقوقی خویش را نیز که نمونه و مظهر عدالت می‌دانست به آنجا می‌برد و تا حکومت داشت آن مقررات اجراء می‌گردید. اما با هر شکست و بالنهایه با خاتمه و سقوط دولت رم حقوق رم از منطقه رخت برمی‌بست. حقوق رم بعداً نیز بصورت اصلی و اولیه خود باقی نماند و فعلاً فقط آثاری از آن در سیستم‌های حقوقی رومانو- ژرمانیک بنظر می‌رسد. منشاء پیوند کلی حقوقی رم پیروزی سیاسی و حمله ارتش است و بنای آن اعتقاد به عظمت رم و برتری آن بر سایرین است.

پیوند کلی اولیه حقوق اسلام

اسلام حقوق بدون کشور بود و در واقع هدف اسلام از فتح ممالک بردن این سیستم حقوقی بد آنجا بود و نه تفوق سیاسی. اسلام معتقد به نژاد و ملیت نیست تا تفاوت قایل باشد، بلکه معتقد به برتری «مکتب اسلام» است و امت اسلام را بر همه برتری می‌نهد. ورود به این امت برای همگان آزاد است. چنین است که می‌بینیم در دوران خلافت اسلامی مسلمین قسمت مغرب ایران یعنی تا شهر ری را فتح کردند اما از آن منطقه به مشرق اقبال خود ایرانیان بود که اسلام را توسعه داد زیرا این عرب یا عجم نبود که فتوحاتی می‌کرد تا در مقابل آن عکس العمل بوجود آمده و مقاومت شود. از دورانی که تعصب خلفاء حکومت اسلام را به حکومت عرب تبدیل کرد مقاومت‌ها و نهضت‌ها در همه جا و منجمله ایران نضج گرفت. این نهضت‌ها آنگاه که با حفظ اسلام و مخالفت برتری نژادی (تحقیر عجم) بود پیروز شد اما در این جریان بسیاری از افراد نیز که تمایلات آن‌ها با خودخواهی توأم بود مبنای دین جدید و مخالفت با اسلام را گذاشتند که اینان چون عقلاء از روحیه ضد تعصب ایرانی سوء استفاده کرده و مبارزه با تعصب برتری عرب را به مبارزه با اسلام کشاندند و بعد از دوران کوتاهی که نتوانستند قدرتی بدست آورند از بین رفتند و حتی در تاریخ نیز آثار عمده‌ای از آنان نماند و تحلیل بیجا از چنین نهضتهایی که در دوران خود از پشتیبانی همگان برخوردار نبودند غلط و تعصب بیجائی است که ناروا بودن آن بهمان اندازه ناروا بودن تعصب ضد عجم است. اسلام هر کجا را که فتح کرد عقب نشینی ننمود زیرا ملت‌های مغلوب بدون اینکه از این فتح که ایدئولوژیکی بود احساس حقارت نمایند اسلام را پذیرفتند و جزء این تمدن عظیم شدند و بعداً نیز مایل به تجزیه نبودند، بجز در اسپانیا که فساد دستگاه‌ها و همدستی مسیحیان و قتل عام مسلمین موجب عقبگرد اسلام شد.

۱. پیوند ناپلئونی: ناپلئون با فتح هر کشور کدهایی را که تهیه کرده بود و بنام کد ناپلئون نامیده شده بود بر کشور مغلوب تحمیل می‌نمود.
۲. پیوند تشکیل یک مستعمره: مانند مهاجرت انگلیسی‌ها به قاره جدید الاکتشاف آمریکا که قهراً حقوق انگلستان به آن منطقه برده شده و یا زلاندنو و استرالیا.

۳. پیوند مستعمراتی: که دولت استعمارگر با فتح مستعمره و تسلط بر آن حقوق خود را در آنجا پیاده می‌کند.

۴. پیوند متصرفی: مانند وضعیت حقوقی الزاس و لورن و ساووا که چندبار دست بدست بین آلمان و فرانسه گشته است.

۵. پیوند تقلیدی (خاوری): یا غرب زدگی (غالباً بدان نام پیوند خاوری می‌دهند زیرا نمونه های آن در مشرق زمین وجود دارد) که با محو شدن در برابر تمدن مغرب زمین عیناً سیستمهای حقوقی غرب را تقلید کردند.

پیوند ناپلئونی

۵۸- بعد از انقلاب کبیر فرانسه کمیونتهائی متعدد مأمور رسیدگی و تنظیم قانون مدنی شدند اما این مهم در دوران ناپلئون عملی گردید و وی که اهمیت فراوانی برای این امر قایل بود در غالب جلسات شورای دولتی که مشغول تدوین قانون بود شخصاً حضور می‌یافت وی چون علاقمند و طرفدار فکر وحدت اروپا بود و مهمترین عامل وحدت سیاسی را در ایجاد وحدت حقوقی می‌دانست علیهذا به هر جا که می‌رفت قانون خویش را نیز به سوغات می‌برد ولی بعداً که ناپلئون شکست خورد توأمأ قانون او نیز عقب‌نشینی کرد و بجز بلژیک (که شاید بمناسبت تکلم به زبان فرانسه) قانون ناپلئون را حفظ کرد سایر ممالک قوانین دیگری تصویب کردند که تا حد زیادی تحت نفوذ و تأثیر معنوی قانون ناپلئون می‌باشد. در بلژیک نیز با وجودی که متن قانونی را حفظ کردند اما رویه قضائی آن کشور در بعضی موارد با رویه قضائی فرانسه متفاوت است و از یک متن و ماده قانونی حقوقدانان دو کشور دو استنباط متفاوت نموده‌اند. در آمریکای آن زمان جنبشهای استقلال طلبی و عناد مهاجرین آمریکای با کشور مادر (انگلستان) و همچنین وجود مهاجرین اسپانیائی موجب شد که قانون ناپلئون در آنجا به پیشرفتهائی نائل گردد اما پیروزی قطعی بدست نیاورد و فقط تأثیراتی از آن بجای ماند.

پیوند تشکیل مستعمره

۵۹- بعد از کشف قاره آمریکا مهاجرین اروپائی (و بخصوص از انگلیس و فرانسه و اسپانیا و پرتغال) بسمت این قاره به راه افتادند. مهاجرین انگلیسی همانگونه که در کشور مادر عادت

داشتند اختلاف فی مابین خود را می‌خواستند به همان‌گونه که در وطن اصلی خود حل می‌شد رفع نمایند، منتها از یک طرف نداشتن قضات و وکلای مجرب و از طرف دیگر عرف و عادت و نیازهای جدیدی که برحسب مقتضیات نوین بوجود آمده بود سیستم حقوقی مشخصی را برای آنان نمی‌توانست فراهم سازد تا اینکه متدرجاً عده مهاجرین زیادتر شد و در میان آنان قضات و وکلای مجربی نیز به آمریکا مهاجرت کردند و از طرف دیگر دولت انگلستان آنجا را بعنوان مستعمره جدید خود تلقی کرده و تحت نظارت درآورد و لذا سیستم مشخص حقوقی مورد نیاز افتاد. بعد از جنگهای استقلال و مبارزه با دولت انگلیس عناد و دشمنی خاصی با کلیه مظاهر انگلستان و حقوق آن ایجاد شد و از طرفی در همین ایام نظریات آزادیخواهی فرانسه موجب جلب آزادیخواهان جهان گردید و همچنین مهاجرین اسپانیا نیز با قطع رابطه و مبارزه با اسپانیا بدنبال سیستم حقوقی جدیدی می‌رفتند. لذا کشش به سمت حقوق نوشته پیدا شد. اما چون دولت فرانسه به تنظیم و اداره وضع داخلی خود مشغول بوده و نمی‌توانست به توسعه حقوق خود در آمریکا پردازد و از طرف دیگر حقوقدانان ملت آمریکا همه از انگلستان مهاجرت کرده بودند و همچنین ثروت عمده در اختیار ایالات انگلیسی‌نشین قرار گرفته بود حقوق کامن لائو تفوق یافته و با پیروزی ایالات شمالی در جنگهای انفصال این تفوق قطعی گردید. منتها برای حفظ این هماهنگی که بواسطه جنگهای استقلال و انفصال فراهم شده بود رعایت تمایلات گروه‌های مختلف مهاجرین و حفظ و استقلال داخلی ایالات کامن لائو معمول در انگلستان با تمام خصوصیات آن بر همه ایالات تحمیل نگردید و در بسیاری ایالات اثر سیستم حقوقی فرانسه مشهود است. بطور مجموع گرچه فعلاً سیستم حقوق آمریکا را جزء گروه کامن لائو محسوب می‌دارند اما سیستم کامن لائو آمریکا تفاوت‌هایی آشکار با سیستم انگلستان دارد، در قسمت فرانسوی‌نشین کانادا^{۲۶} سیستم حقوقی نوشته تفوق یافت. منتها قبل از تنظیم کد ناپلئون در کانادا عرف و عادات پاریس بعنوان مجموعه قانونی جمع آوری گردید و قوانین کانادا تحت تأثیر این عرف مدون شده بصورت سیستم حقوق نوشته قرار گرفت. در زلاندنو و استرالیا چون کلیه مهاجرین انگلیسی بودند سیستم حقوق کامن لائو مستقر گردید.

²⁶ - Quebec

پیوند مستعمراتی

۶۰- پیوند مستعمراتی - چون بهانه استعمارگران برای تسلط بر مستعمره و توجیه‌کننده این امر از طرف استعمارگر آن است که بر مردم مستعمرات تفوق فکری دارند لذا با تصرف و تسلط بر هر مملکت نتیجه فکری خود یعنی سیستم حقوقی خویش را بر آن تحمیل می‌کردند. چنین است که فرانسه با تصرف کشورهای شمال آفریقا تمام فرهنگ و سنن ملت‌ها را تغییر داده و فرهنگ خود را تحمیل نمود، بعکس پیوند نوع سابق که در محل مهاجرت می‌توان گفت ملت و حقوقی وجود نداشته است و پیوند بدون تحمیل انجام می‌شد در پیوند مستعمراتی در محل مستعمره ملت و تمدن و حقوقی وجود دارد که از ناحیه استعمارگر تحقیر می‌شود. این ملتها متدرجاً استقلال یافتند و برای خویش حقوق جدیدی تنظیم کردند و زبان فرانسه را که زبان رسمی بود به زبان عربی تبدیل نمودند. اما بقول دکتر افشار: «... اما از لحاظ حقوق تطبیقی جالب این است که مردم بومی این سرزمین‌ها که در زمان تسلط فرانسوی‌ها به قوانین فرانسه نفوذناپذیر بودند و تظاهر به علاقه شدیدی نسبت به حقوق و عرف خود می‌نمودند پس از کسب استقلال به هیچوجه رغبتی برای اجرای عرف و سنن قبل از استعمار نشان ندادند و حقوق امروزی این کشورها تحت تأثیر شدید حقوق فرانسه و بی‌گمان جزء سیستم حقوق نوشته است...». قانون^{۲۷} جامعه‌شناس و روانشناس و مرد مجاهد الجزایری در کتبی که راجع به مبارزات مردم الجزایر نوشته است نفوذناپذیری بومیان را نسبت به عادات و رسوم اشغالگر جزئی از مبارزه آنان معرفی می‌کند. اما غالباً نتیجه این مبارزات آن بود که با کمک همان استعمارگر قشر روشنفکر استعمارزده جلوتر می‌آمد تا رهبری مبارزه را بدست می‌گرفت آنگاه استعمارگر بدرخواست استقلال‌طلبان تسلیم می‌شد و مستعمره جدیدالاستقلال را بدست این گروه روشنفکران می‌سپرد و اینان با تنظیم جامعه‌ای برحسب الگوی غرب فشار استعمار را نامحسوس کرده و خشونت آن را نرمش می‌دادند. بقول فانون در چین و شکن مغز هر روشنفکر غرب‌زده سرباز استعمار سنگر می‌گیرد و استعمارگر را از قشون بی‌نیاز می‌سازد، چنین است که الجزایر چون با مبارزه شدیدتری استقلال بدست آورد این خصوصیت در آن کمتر است و همچنین

²⁷ - Frantz Fanon (1925 – 1961).

مصر مقارن هیجان و جنبش سیاسی و فرهنگی از ۱۹۴۸ به تهیه قوانین جدیدی دست یازید که بیشتر از سابق تحت تأثیر عرف محلی و حقوق اسلام است. تحولات حقوقی یک ملت نشان‌دهنده تمدن استقلال و مبارزات آن ملت است.

پیوند متصرفی

۶۱- بعضی از ایالات و ملتها که طی جنگ‌ها دست بدست می‌گشت از لحاظ حقوقی نیز هر بار دچار تغییر می‌شد. زیرا دولت غالب بر مبنای این اعتقاد که وحدت حقوقی ضامن وحدت سیاسی است حقوق خود را در منطقه متصرفی به مرحله اجرا می‌گذاشت. بخصوص که از جنبه علمی نیز حکومت حقوق واحد در تمام سرزمین آسان‌تر از آن است که یک ایالت مستقلاً وضع جداگانه‌ای داشته باشد و چنین است که در نیس و ساووا از ۱۹۶۰ حقوق فرانسه اجراء گردید، الزاس و لون نیز که از ۱۸۷۱ به بعد بارها بین فرانسه و آلمان دست به دست گشته هر بار دچار سرگردانی گردید فعلاً حقوق فرانسه در آنجا حکومت می‌کند منتها بعضی از عادات و رسوم محلی برسمیت شناخته شده است.

پیوند تقلیدی (خاوری)

۶۲- دولت عثمانی قبل از جنگ بین‌الملل اول بطور یک طرفه کاپیتولاسیون را لغو کرد. پس از جنگ جهانی و تجزیه عثمانی دولت جدید ترکیه در موقع انعقاد صلح لوزان تعهد کرد که در مقابل لغو کاپیتولاسیون قوانین اروپائی را قبول کند. این تعهد باضافه روحیه غرب‌زدگی که مدتها بود در مشرق زمین رخنه کرده افکار فلج ساخته بود دست بدست هم داد و حتی ترکیه را به آنجا راند که خط خود را نیز به لاتین تبدیل نمود و رابطه فرهنگی ملت را با گذشته‌شان قطع کرد، ترکیه در تقلید و ترجمه قوانین اروپائی چنان عجله‌ای بخرج داد که بی‌سابقه است. قانون مدنی و تعهدات خود را با تغییرات جزئی از سویس و قانون تجارت را از فرانسه و قانون جزا را از ایتالیا و ... اقتباس کرده و ترجمه نمود و با داشتن حقوقدانهای مبرز اسلامی علیرغم عرف و عادات مردم سیستم حقوقی جدیدی را بر آنان تحمیل کرد که از لحاظ معنوی اثرات آن از شکست سیاسی در جنگ مداوم‌تر بوده و خواهد بود. مصر نیز از لحاظ سیستم‌های حقوقی تاریخچه مفصلی دارد، در اواخر قرن ۱۹ و اوایل قرن ۲۰ کاپیتولاسیون در مصر برقرار

بود و دادگاه‌های مختلطی تشکیل می‌گردید. منوری^{۲۸} و کیل دادگستری فرانسوی مجموعه قانونی تهیه نمود که ملاک عمل و استناد این دادگاه‌ها بوده لیکن مجموعه کاملاً تحت تأثیر کد ناپلئون تهیه شده بود و فقط شامل مواردی بود که این مجموعه فقط می‌توانست مورد استفاده دادگاه‌های مختلط قرار گیرد و علیهذا از مسائلی از قبیل اهلیت ازدواج و احوال شخصیه ذکری نشده است. سیطره حقوق فرانسه بحدی بود که دادگاه‌ها حتی در تفسیر این مجموعه قوانین صریحاً به آراء صادره از محاکم فرانسه استناد می‌کردند. در ۱۹۳۷ کاپیتولاسیون ملغی گردید و در ۱۹۴۸ قانون مدنی مصر که بیشتر از سابق به حقوق اسلام تکیه دارد به تصویب رسید و این قانون بعدها برای سوریه و عراق نیز مدل قرار گرفت. در مصر نیز همزمان و همگام با احیای شخصیت ملت حقوق خاص ملت احیا می‌گردد. اصولاً قبول سیطره حقوق خارجی و محو شدن در برابر آن علت و معلول ضعف شخصیت و هویت یک ملت است.

خانواده در نظام‌های حقوقی معاصر

اینک بعنوان نمونه اهم مسائل مربوط به خانواده را در حقوقهای مختلف مطرح می‌کنیم.

طبیعت غریزی ازدواج

۶۳- اهم غرایز موجود در کلیه حیوانات (و منجمله انسان) غریزه صیانت نفس و بقای نوع است، در تفوق هر یک از این دو بر دیگری نظریاتی متفاوت گفته شده است. گروهی غریزه صیانت نفوس را اقوی دانسته و غریزه جلب لذت را که جزء این غریزه است حاکم بر زندگی بشر می‌دانند و می‌گویند اگر حیوان به تولید نسل اقدام می‌کند از این نظر است که به ادامه حیات خویش علاقمند است و فرزند را بمنزله دنباله وجود خویش دانسته و با بقای وی خود را زنده حس می‌کند. گروهی دیگر غریزه حفظ بقای نوع را اقوی قانون لایتغیر طبیعت می‌دانند می‌گویند و اگر جاندار به وجود خویش علاقمند است و آن را حفظ می‌کند از آن نظر است

²⁸ - Maunoury

که حفظ و بقای نوع از طرف طبیعت به او دستور داده شده است و صیانت نفس از اجزاء غریزه حفظ نوع است. شوپنهاور^{۲۹} معتقد است که طبیعت برای تحمیل نظر خود وادار کردن جانداران به حفظ نسل و اینکه مشتقات آن را تحمل کنند دسیسه‌ای چیده است به این معنی که رابطه جنسیت را در نر و ماده حیوانات بصورت لذت و نیاز شخصی در آورده است تا آنان بقصد رفع نیاز جنسی خویش به یکدیگر نزدیک شوند و طبیعت بدینوسیله قانون خود را تحمیل کند. انسان نیز از حیثیت غریزه از سایر حیوانات جدا نیست و فقط به نیروی عقل بر غریزه مهار می‌زند و آن را در مسیر عقلانی راه می‌برد و الا نابود کردن غریزه و مبارزه با آن و یا محدودیت بیجا در راه اعمال آن مخالف با مصلحت (حیات) است.

۶۴- غریزه مادری در حیوانات ضامن اجرای قانون حفظ نوع است و در حیوانات استخواندار از زمان خلقت اولین حلقه‌های سلسله تکامل این غریزه به چشم می‌خورد ظهور آن مرحله بسیار مهمی در تکامل به حساب می‌آید. غریزه پدری در تمام حیوانات نیست و با مطالعه دقیق در زندگی جانداران مشاهده می‌شود آنگاه که مادر در دوران بارداری و نگهداری یا رضاع محتاج به حمایت است یا در جاندارانی که نوزان تا مدت‌ها نیازمند به مراقبت می‌باشد این غریزه ایجاد می‌شود و بعنوان مددکار به کمک غریزه مادری می‌شتابد که جلوه خارجی این همکاری بنام خانواده است. زندگی انسان از بدو خلقت بصورت خانواده بوده است که پدر و مادر مشترکاً ادامه نسل را بعهدده داشته‌اند منتها نحوه مقررات آن در طی تاریخ متفاوت است. از این دو مقدمه روشن می‌شود که ۱- تولید نسل و حفظ نوع ۲- تشکیل خانواده مستحکم جزء فطرت و غریزه انسان است و هر مقرراتی که در مسیر مخالف با این دو قانون بوده و موجب تضعیف آن باشد برخلاف طبیعت است.

ماهیت اجتماعی ازدواج

۶۵- ماهیت اجتماعی ازدواج و اهمیت آن تشکیل خانواده از گردهم آئی زن و مرد و اشتراک مساعی آنان شروع می‌شود، اما زن و مرد در هیچ جامعه‌ای کاملاً آزاد نبوده‌اند که به میل و

²⁹ - Schopenhauer

هوی و هوس مطلق خویش گرد هم آیند و یا به هر انگیزه‌ای بتوانند از هم جدا شوند بلکه جامعه انسانی همواره در تشکیل و اداره و انحلال آن دینظر بوده و مقررات حاکمه‌ای داشته است که تخلف از آن برای افراد مجاز نبوده است. مبنای این مقررات بدو بر عرف و عادات اخلاقی بوده است. متدرجاً بعضی قواعد اخلاقی بصورت مقررات حقوقی درآمده و ضمانت اجرای اجتماعی پیدا کرده است. مبنای این اخلاق و عادات بر اعتقادات مذهبی استوار است، ژرژ ریبر^{۳۰} در مبحث ازدواج می‌نویسد: «عرفی کردن ازدواج موجب از بین رفتن ارزش مذهبی آن می‌شود و این فکر را در درجه اول اهمیت قرار می‌دهد که احترام این وصلت باید صرفاً با رعایت قواعد اخلاقی تامین گردد اما چنین نظریه و اخلاقی هرگز نمی‌تواند زوجین را در رعایت قواعد اخلاقی تا آنجا پیش ببرد که نسبت به هم فداکاری نمایند...». «قوانین مدنی که نخواهند به اهمیت و نفوذ عامل مذهبی اقرار کنند در راه تامین اخلاق روابط جنسی دچار مشکلات خواهد شد...». «اما در کشورهایی که قواعد سنتی متزلزل شده‌اند بنیان خانواده در معرض خطر است.» بنابراین عرفی کردن ازدواج دنباله انقلابی از مسیر دور شدن از مذهب می‌باشد مانند شوروی و الا باید آخرین نهاد اجتماعی باشد که عوض می‌گردد، در سیستم‌های حقوقی لائیک نیز گرچه انجام تشریفات مذهبی رکن ازدواج نیست اما اگر زوجین انجام آن را شرط کنند ایفای این شرط لازم است.

ماهیت حقوقی ازدواج

۶۶- در حقوق کلیسا تقدیس^{۳۱} است بدین معنی که زوجین قصد هماهنگی خود را در ازدواج به کشیش اعلام می‌کنند و این کشیش است که آن دو را به نام خداوند به هم پیوند می‌دهد. اعلام قطعی قصد و اراده به تنهایی برای تحقق علقه زوجیت کافی نیست و تقدیس است که خالق علقه زوجیت می‌باشد که برای ابد این علقه فناپذیر را ایجاد می‌نماید و تک همسری نیز جزء مقتضای آن است. در سیستم‌های حقوقی مغرب زمین و حتی روسیه و انگلستان همین ماهیت را قبول دارند منتها با این توضیح که بجای کشیش مأمور رسمی دولت و بجای تقدیس

^{۳۰} - ژرژ ریبر، حقوق مدنی، جلد اول، صفحه ۲۹۳.

دفتر ثبت ازدواج را جایگزین کرده‌اند و بنابر این زوجین باید نزد مأمور رسمی دولت حاضر شوند و بعد از تکمیل فرم‌الیه‌های لازم نام خود را بعنوان زن و شوهر در دفتر ثبت نمایند و از لحظه ثبت زن و شوهر محسوب می‌شوند. ممکن است زوجین بلحاظ علاقمندی به مقررات مذهبی قبل از ثبت یا بعد از آن برای ازدواج شرعی نزد کشیش حاضر شوند ولی ازدواج شرعی نه شرط صحت است و نه عدم آن موجب بطلان. در روسیه شوروی^{۳۲} بموجب فرمان صادره در ۱۹۱۷ ازدواج مذهبی را غیرمعتبر اعلام نمودند و ثبت ازدواج را در دفاتر رسمی رکن و شرط صحت اعلام کردند مع‌هذا بعضی جمهوریها تا سال ۱۹۴۴ ثبت ازدواج را لازم نمی‌دانستند اما در این سال قانونی تصویب شده و در کلیه جمهوریها ثبت ازدواج را شرط صحت آن تعیین کردند. با توجه به اینکه تراضی طرفین به هر صورت شرط اساسی و لازم برای تحقق ازدواج است بعضی حقوقدانان ازدواج را عقد می‌دانند ولی اکثراً معتقدند که ازدواج نهاد است منتها زن و مرد اختیار دارند که با تراضی یکدیگر خویشان را مشمول مقررات این نهاد قرار دهند. در اسلام ازدواج عقدی است که با سایر عقود تفاوت بارز دارد و از آن بعنوان «عصمت الشرعیه» تعبیر شده است زوجین حق دارند طی عقدی خود را مشمول مقررات آن قرار دهند. در انعقاد آن مانند سایر عقود شخصاً اختیار دارند و اعلام نیت قاطع و هماهنگ منحصراً بوسیله «ادای صیغه ایجاب و قبول» با توجه به شرایط سایر عقود برای تحقق آن کافی است. حقوق ایران در این قسمت مقررات اسلامی را که معمول به ملت است تصویب کرده است تنها ثبت در دفاتر را الزامی نموده و زوج متمرّد را مستحق مجازات می‌داند. اما عدم ثبت به هیچوجه در صحت ازدواج خللی وارد نمی‌سازد.

انتشار و علنی بودن ازدواج

۶۷- در سیستم‌های حقوقی مغرب زمین قبل از انجام عقد ازدواج مشخصات نامزدها اعلام می‌شود تا کسانی که اعتراضی دارند یا از موارد بطلان عقد ازدواج مطلع می‌باشند آن را اعلام نمایند و در روز معین که ازدواج ثبت می‌گردد در ورودی سالن بخشداری محل یا اداره‌ای که

^{۳۲} - این متن قبل از فروپاشی شوروی نوشته شده است.

مأمور انعقاد ازدواج است باید باز باشد تا همگان بتوانند حضور یابند. فلسفه برقراری این تشریفات این است که امکان هرگونه تقلب و سوء استفاده پنهان کاری را سلب کند.

در حقوق اسلام به خود افراد اعتماد شده است با توجه به اهلیت و عظمت و جنبه قدس معنوی که برای ازدواج قایل شده است توهم این که خلافتی با مصالح اجتماعی سرزنند نمی‌رود. این اعتماد حس شخصیت افراد را تقویت کرده و از طرف دیگر هرگاه خلافتی سرزده باشد از شیوع خبر آن و تزلزل اعتقاد دیگران جلوگیری می‌شود زیرا در مسایل خانوادگی آگاهی همگان بر یک عمل ناروا تزلزل فکری بیار می‌آورد که اثر مضر آن از خود امر خلاف بیشتر است و لذا با توجه به همین فلسفه است که می‌بینم تحقق شرایط لازم برای اثبات زنا و جاری کردن حد آنقدر مشکل است که به ندرت ممکن است زنا قابل اثبات باشد. در فقه اهل سنت حضور دو شاهد عادل را از ارکان عقد دانسته و تحقق آن را برای صحت عقد لازم می‌دانند اما در فقه شیعه حضور شاهد شرط نیست ولی مستحب است و همچنین جشن و دعوت دوستان و ارحام بمناسبت انجام عقد استحباب دارد. قانون مدنی ایران در این قسمت نیز به پیروی از فقه جعفری حضور شهود و علنی بودن را شرط نمی‌داند.

سن ازدواج

۶۸- در کلیه سیستمها مغرب زمین سن رشد در امور مالی با سن قابلیت ازدواج تفاوت دارد مثلاً در فرانسه سن کبر برای زن و مرد ۲۱ سال است اما سن ازدواج برای مرد ۱۸ سال و برای زن ۱۵ سال تعیین گردیده است و اگر دلیل و مصلحت مهمی اقتضا کرد (منجمله حامله شدن زن) می‌توان با تصویب مرجع قانونی به زن یا مرد بدون داشتن شرط سن اجازه ازدواج داد. در اکثر جمهوریهای شوروی سن ازدواج برای مرد ۱۸ سال است یعنی همان سن کبر قانونی و برای زن در بعضی جمهوریها ۱۸ سال و در بعضی دیگر ۱۶ سال تعیین شده است و به هر حال در صورتی که مصالحی اقتضاء کند می‌توان یک سال و در بعضی جمهوریها دو سال قبل از سن مقرر اجازه ازدواج به زن یا مرد داد. در ایتالیا سن ازدواج ۱۸ و ۲۱ سال بود که آن را به حداقل تقلیل دادند و به ۱۲ سال و ۱۴ سال رساندند. در ایران سن کبر در امور مالی ۱۸ سال است، بر طبق ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی سن مقرر برای مرد ۱۸ سال و برای زن ۱۵ سال تعیین شده بود و اجازه

داده شده بود که در هر دو مورد زن تا دو سال و مرد تا سه سال قبل از بلوغ می‌توانند با تصویب دادستان و دادگاه شهرستان معافیت از شرط سن تحصیل نمایند. اما قانون اخیر حمایت خانواده سن مرد را ۲۰ سال و سن زن را ۱۸ سال معین کرد و فقط معافیت شرط سن را از ۱۶ سالگی برای زن مقرر داشت. در حقوق اسلام برای رشد در کلیه امور سن مشخص قید نگردیده است و همین که مرد و زن به سن بلوغ رسیدند امکان ازدواج دارند، تشخیص این سن علی‌القاعده با عرف و عادت محل و اظهار نظر متخصصین علمی است.

بررسی و نقد مسئله سن ازدواج

۶۹- در جانداران که تحت مطالعه بشر قرار دارند مشاهده می‌شود که دو جنس مخالف همینکه استعداد جسمانی آنها تکمیل شد و به بلوغ مقرر رسیدند در جستجوی جفت برمی‌آیند. بطور منطقی در انسان نیز طبیعی‌ترین روش که با سلامت نسل‌های آینده متناسب است اقتضا دارد دوران محدودیت بعد از بلوغ را هرچه بیشتر کاهش دهند. مصالح اقتصادی و اجتماعی در انسان اقتضا می‌کند که هر دو جنس یا لااقل مرد مدتی بعد از بلوغ نیز تامل کند و برنامه زندگی آینده را تنظیم کرده و تا حدی تطبیق با جامعه را بیاموزد. اما این امور و عوارض ازدواج نباید آنچنان پیچیده باشد که دست و پای دو جنس مخالف را ببندد. بجای تاخیر انداختن ازدواج و محدودیت شدید سنی باید شرایط اجتماعی و اقتصادی نامطلوبی را که بشر بدست خویش فراهم کرده است عوض نمود. سن بلوغ جسمانی و عقلانی برحسب مقتضیات اقلیم متفاوت است و اگر زن یا مرد فنلاندی و روسی در ۱۸ یا ۲۰ سالگی بالغ می‌شوند اما زن آفریقائی در نه سالگی امکان داشتن اولاد دارد و همین چند سال پیش جراید خبر مادر شدن یک زن ۹ ساله آفریقائی را درج کردند. پیاده کردن قانون فنلاند و نروژ در آفریقا و کشورهای گرمسیر خطر فساد اخلاقی و رواج ارتباط آزاد و گریز از ازدواج را در بردارد و نسل‌های آینده یک ملت را تباہ می‌سازد. کشورهایی که بجای اقرار به عجز خویش از تنظیم روابط اقتصادی و اجتماعی صحیح که تأمین ازدواج سعادت‌مند را در برداشته باشد محدودیت در سن ازدواج ایجاد می‌کنند و می‌گویند طرفین باید آموزش ببینند و بیاموزند چگونه زندگی خانوادگی را اداره نمایند. توجه ندارند که تشکیل خانواده و ازدواج امری فطری است و مانند غذا خوردن نیاز به آموزش

ندارد بلکه فقط نیاز به آن دارد که وسوسه‌های اجتماعی و اقتصادی لوکس پرستی، اقتصاد مصرف و غیره را که ایجاد شده و می‌شود از محیط دور کند تا این دسایس آنان را نفریبد و از فطرت دور نکند و محدودیت و ممنوعیت در راه ازدواج نشوند. خبر روزنامه کیهان ۵۴/۸/۲۵ جالب توجه است: «لندن رویتر- یک روسپی انگلیسی قصد دارد اتحادیه کارگری متشکل از همکاران خود تشکیل دهد و این اتحادیه «وحدت روسپیان برای تفاهم جنسی و اجتماعی» نام خواهد داشت... یک روسپی زیبا از دیگر روسپیان- زن و مرد - خواسته است که برای بدست آوردن حقوق انسانی خود مبارزه کنند...». گفته می‌شود که در انگلستان صد و پنجاه هزار روسپی وجود دارد، از سوی دیگر روزنامه چاپ سنگاپور گزارش داد که یک سندیکای بین‌المللی «گناه» دختران اروپائی را برای فحشاء به کشورهای خاورمیانه با هواپیما حمل می‌کند. این دختران جوان و زیباروی اهل انگلیس و آلمان غربی و ایتالیا و فرانسه هستند. بالابردن سن ازدواج در کم شدن تعداد ازدواجها کمتر شدن تعداد موالید و بالنتیجه جمعیت مملکت و ضعف و انحطاط نسل اثر مثبتی دارد.

حرمت (موانع) ازدواج

۷۰- محارم: در سیستم حقوق فرانسه و مغرب زمین ازدواج با اقربای در خط مستقیم صعودی و نزولی اعم از اینکه ولادت مشروع یا نامشروع باشد و نیز برادر خواهر و اولاد آنها در نسب مشروع جایز نیست، همچنین ازدواج فرزند خوانده با ابویین و برادر و خواهر صحیح نیست اما با اجازه خاص حرمت ازدواج ناشی از فرزندخواندگی و همچنین ازدواج بین عمو و عمه با برادرزاده یا خالو و خاله با خواهرزاده لغو می‌گردد. قرابت سببی در خط مستقیم موجب حرمت است مگر اینکه مرگ یکی از دو همسر موجب از بین رفتن نکاح باشد. (مثلاً اگر زن و مردی از هم طلاق گرفتند هیچیک از آنان نمی‌تواند با پدران و مادران و یا فرزندان همسر خود (بدیهی است فرزند از همسر دیگری) ازدواج کند مگر اینکه زن یا مرد فوت شده باشد که در این صورت همسر بازمانده مشمول چنین ممنوعیتی نیست). در حقوق شوروی محارم اقربای نسبی و سببی در خط مستقیم و برادر و خواهر می‌باشند. در حقوق اسلام و نیز در حقوق ایران محارم عبارتند از اقربای نسبی و یا سببی در خط عمودی برادر و خواهر و اولاد آنها، همچنین

اگرچه ولادت ناشیه از زنا باشد حرمت بجای خود باقی است. اما فرزندخواندگی چون در این سیستم وجود ندارد حرمتی بدین نام مذکور نیست اما حرمت‌های دیگری وجود دارد که در سیستم‌های غربی موجود نیست. بدیهی است در سیستم‌های تک‌همسری ازدواج دوم با هرکس باشد صحیح نیست و در سایر سیستم‌ها زاید بر عدد معین ازدواج صحیح نیست.

حرمت‌های خاص حقوق اسلام و ایران

۷۱- حرمت‌های خاص سیستم حقوق اسلام و ایران

۱. رضاع: مسئله رضاع از لحاظ زیست‌شناسی بسیار مهم است و دانشمندان معتقدند که شیر مادر بعد از نطفه و رحم مهمترین عامل تشکیل دهنده روح و جسم و شخصیت طفل است. جامعه شناس فرانسوی لئوته^{۳۳} معتقد است که روش فعلی غالب مادران مبنی بر خودداری از شیردادن فرزند خویش و بزرگ کردن وی با شیر خشک عامل مهمی است در آمادگی نسل جدید برای بسیاری انحرافات فکری. با توجه به این نکته و اینکه رضاع نیز مانند نسب نزدیکی جسمی و روحی را باعث می‌شود در حقوق ایران هرگاه شرایط مقرر برای رضاع حاصل شود قرابت ناشیه از رضاع (مرضعه مادر طفل و شوهر او که شیر ناشی از اوست پدر محسوب می‌گردد) عیناً مانند قرابت نسبی ایجاد حرمت می‌نماید.
۲. حرمت جمع مطلق بین دو خواهر: که یک مرد نمی‌تواند در آن واحد همسر دو خواهر باشد یا حرمت جمع نسبی بین عمه و خاله یا برادرزاده یا خواهرزاده بدین معنی که هیچ مردی نمی‌تواند برادرزاده و یا خواهرزاده همسرش را بگیرد مگر با اجازه همسر خود.
۳. نکاح سه طلاقه مگر با محلل: نکاح نه طلاقه بطور ابد.
۴. زنا با زن شوهردار: و نیز مورد ماده ۱۰۵۶ قانون مدنی.
۵. لعان: یعنی مرد مدعی باشد که زن خود را در حال زنا دیده است اما نتواند اثبات نماید طبق مقررات خاصی از هم جدا می‌شوند و حرمت ابدی ایجاد می‌شود.
۶. نکاح در حال احرام.

³³ - Léauté

۷. نکاح با مشرک یا نکاح زن مسلمان با مرد غیرمسلمان (زن ایرانی و تبعه خارجی ولو مسلمان باشد).

قصده و رضای طرفین در ازدواج

۷۲- در حقوق اسلام و ایران ازدواج عقد است منتها عقدی که فرمول و مقررات آن قبلاً تدوین گردیده و زوجین جز در قلمرو مشخصی حق تغییر مقررات آن را ندارند. در حقوق مغرب زمین نیز ازدواج گرچه بنظر بعضی «نهاد» محسوب می‌شود اما انتخاب این وضعیت بنا به رضایت طرفین بوده و از این نقطه نظر عقد محسوب می‌شود. مسلماً اهم شرایط ازدواج در تمام سیستمهای حقوقی قصده و رضای زوجین است و حتی در مواردی که زوجین هنوز به سن کبر قانونی نرسیده‌اند (این در اسلام مطرح نمی‌شود، زیرا بلوغ هم موجب کبر و رشد مالی است و هم موجب قابلیت ازدواج) باز هم قصده و رضای شخص آنها از شرایط اساسی صحت عقد نکاح است.

ازدواج مجنون

۷۳- بنابر این ازدواج مجنون صحیح نیست زیرا وی دارای قصد و رضای صحیح نمی‌تواند باشد. در حقوق شوروی مجنون مطلقاً حق ازدواج ندارد. در حقوق فرانسه مجنون ادواری در دوران افاقه حق ازدواج دارد و اما در حقوق ایران خود مجنون چون فاقد قصد و رضاست نمی‌تواند عقد منعقد نماید اما چنانچه ولی قهری یا قیم مجنون مصلحت او را در ازدواج دانست می‌تواند بجای او عقد را منعقد نماید و ماده ۸۸ قانون امور حسبی مقرر می‌دارد چنانچه پزشک ازدواج محجور را لازم و مفید بداند قیم می‌تواند برای او همسر انتخاب کند. در اینجا اعتقاد به عقد بودن در حقوق روش صحیح‌تری را مطرح ساخته است بدین معنی که ازدواج در عین اینکه امری است اجتماعی و جامعه در تشکیل آن ذینفع است امری بدنی و روانی برای افراد نیز محسوب می‌شود و جامعه حق ندارد به بهانه نظارت در تشکیل خانواده افرادی را که گرچه سلامت روانی ندارند ولی مانند هر بشر نیازهای روانی و جسمانی دارند از ارضای غرایز محروم سازد و یا وادار به فحشاء اخلاقی و یا جنسی نماید. منتها در چنین موردی نظارت بیشتر سرپرست و جامعه ضرورت دارد تا تشکیل خانواده هم به حال زوجین مفید باشد و هم فرزند

ناشیه از آن مانند سایر خانواده‌ها در اجتماع بزرگ شوند. بدیهی است باید حجر شخص به اطلاع همسر آینده او برسد و در غیر این صورت طبق مقررات فسخ نکاح برای طرف حق مقرر است.

فرزند خواندگی

۷۴- در کلیه سیستم‌های حقوقی مغرب زمین مسئله فرزندخواندگی وجود دارد بدین معنی که زوجین فرزندی را که از کانون خانوادگی خودشان نیست تحت شرایط و مقررات خاصی بعنوان فرزندخواندگی تحت حمایت خویش می‌گیرند. شرایط زوجین و شرایط طفل و تشریفات انجام امر توسط قانون پیش‌بینی شده است. پس از قطعیت این امر شناسنامه کودک به عنوان فرزند آن زوجین صادر می‌گردد و تعهدات و وظایف بین آنان مانند نسب واقعی برقرار می‌شود، همانطور که ذکر کردیم حرمت ازدواج نیز برقرار می‌گردد و توارث بین آنان نیز مقرر می‌شود. اما در نظام حقوقی ایران که مقتبس از اسلام است به تناسب عرف و عادت و روحیه خاص مشرق زمین از لحاظ وابستگی عمیق خانوادگی بین افرادی که حتی قرابت بالنسبه دوری دارند فرزندخواندگی به رسمیت شناخته نمی‌شود. اخیراً قانونی بنام حمایت کودکان بی‌سرپرست در ایران تصویب گردید که شاید طلایه قبول این نهاد حقوق فرنگی باشد. در این قانون تشریفات خاصی مقرر شده است تا زوجینی که فرزند ندارند با احراز شرایط مقرر کودکی را بعنوان فرزند بردارند و گرچه صریحاً از شناسنامه کودک اسم برده نشده است ولی از مضمون ماده استنباط می‌گردد که شناسنامه کودک بنام پدر و مادر خوانده صادر می‌شود گرچه این سرپرستی حرمت نکاح و توارث ایجاد نمی‌کند معهداً چون شناسنامه بنام پدرخوانده و مادرخوانده صادر می‌شود بعدها از حیث وراثت و حرمت نکاح و اموری از قبیل تولیت که به نسب ارتباط دارد محتملاً دعاوی زیادی را باعث خواهد شد.

نسب نامشروع

۷۵- بنابه صریح قانونی مدنی ایران مقتبس از فقه اسلامی هرگونه فرزندی که از رابطه نامشروع حاصل شود زنازاده محسوب می‌شود. در روابط نامشروع زن و مرد هرکدام که سوء نیت نداشته و در اشتباه بوده‌اند فرزند نسبت به او نسب مشروع دارد و اگر هر دو در اشتباه بودند اصولاً طفل

زنزاده تلقی نمی‌شود. نسب نامشروع موجب توارث نیست و زنزاده ارث نمی‌برد و مشروع نمی‌باشد مگر نسبت بهمان طرفی که در اشتباه بوده است. مثلاً اگر زنی در حال عده یا زن شوهرداری به همسری مردی درآید و آن مرد حرمت نکاح با زن را مطلع نباشد فرزند آنان نسبت به مادر زنزاده است اما نسبت به پدر مشروع بوده و نسبت می‌برد و بین پدر و فرزند توارث برقرار می‌شود. نسب نامشروع موجب حرمت نکاح می‌گردد. هزینه نگهداری این اطفال با دولت است و شاید بتوان زوجین را نه باعتبار واجب بودن نفقه بلکه بعنوان اضرار به خزانه دولت موظف به پرداخت خرجی نمود. اما شناسائی نسب نامشروع ممکن نبوده و به هیچوجه نسبی را که نامشروع است نمی‌توان مشروع نمود و این امر به ناروا بودن ادامه می‌دهد.

در نظام حقوقی فرانسه و مغرب زمین اگر زن و مردی ازدواج کنند می‌توانند طی سند ازدواج فرزند قبلی خود را که نامشروع زائیده شده است به رسمیت بشناسند و در این صورت کلیه آثار نسب مشروع بر آن مترتب است، یا در ترکیه چون مردم ازدواج شرعی را معتبر می‌دانند غالباً در ثبت واقعه ازدواج مسامحه می‌نمایند؛ قانون، ازدواج (ثبت نشده) را باطل و تبعاً فرزند ناشیه از آن را نامشروع می‌داند هرچندگاه یکبار زنزادگان قانونی زیاد می‌شوند ناچار قانونی می‌گذرد و این نسبه را معتبر اعلام می‌کند. می‌توان گفت در واقع امر این نسبه‌ها از اول مشروع است منتها قانون ترکیه آن را برخلاف عرف و عادت مردم نامشروع می‌داند.

در حقوق شوروی در اوایل انقلاب نسب مشروع و نامشروع یکسان تلقی می‌شد ولی تحولات بعدی و توجه به استحکام خانواده موجب شد که به وضع قبلی بازگشت کنند. در فرانسه بدو نسب نامشروع هیچ آثاری نداشت و کسی نمی‌توانست اثبات نسب کند ولی بعداً با الهام از قوانین اسکاندیناوی در پنج مورد اجازه داده شد که نسب نامشروع اثبات شود، پس از اثبات آثار نسب واقعی بر آن مترتب گردد.

۱. ربودن دختر و انعقاد نطفه مقارن آن ایام.

۲. فریب مکارانه و سوء استفاده از قدرت ولایت و یا قیومیت و وعده ازدواج.

۳. اقرار مرد.

۴. معشوقه داشتن آشکار.

۵. روابط و رفتاری که عرفاً در جامعه پدر با فرزند دارد.

رویه قضائی در عمل چنان این پنج مورد را توسعه داد که می‌توان گفت اصل بر قبول چنین دعوائی است.

تفاوت نسب مشروع و نامشروع

۷۶- گرچه استدلال می‌شود که فرق بین فرزند مشروع یا نامشروع چیست؟ این صفت که به نسب کودک اضافه می‌شود تحت اختیار خود او نبوده است و بنابر این چرا او مجازاتش را بکشد اما این استدلال عمیق نیست. اگر استحکام روابط خانوادگی از نظر جامعه ارزش دارد باید روابط خارج از آن مقررات ممنوع گردد و آثار آن حتی المقدور از کادر رسمی علم حقوق خارج باشد، هرگاه بین زن‌زاده و حلال زاده تفاوتی قائل نباشیم قهراً باید بین ازدواج و روابط آزاد نیز فرق نگذاریم و دیدیم که روسیه شوروی با تجربه این نتیجه را بدست آورد و مقررات اولیه انقلاب را عوض کرد به هر اندازه این تفاوت کمتر باشد آن تفاوت نیز تقلیل خواهد یافت تفاوت ازدواج و روابط آزاد کمتر شده و اساس استحکام خانواده متزلزل‌تر خواهد شد، سرنوشت عده معدودی در زمان و مکان محدود فرضاً فدای نفع اجتماع و سلامت روابط جامعه گردد بهتر از آن است که سلامت جامعه و آینده آن فدای عده معدودی گردد. در اینجا یکی از دو گروه باید فدا گردد، کدام یک اولی است؟

تعدد زوجات

۷۷- بشر در بدو خلقت و ایجاد جوامع ابتدائی نیاز فراوان به ازدیاد افراد داشته است بطوری که هر خانواده یا قبیله‌ای که افراد بیشتر داشتند قوی‌تر و غنی‌تر بودند. مبنای ازدیاد انسان همانند همه جانداران نظیرش تعداد جنس اناث است. برای اینکه هر فرد انثائی به این وظیفه فطری که جنبه سود اجتماعی نیز داشت پردازد و بطور قاطع قادر به انجام آن به حد اعلی باشد در طی تاریخ روشهائی دیده شده است.

۱. می‌گویند در بعضی قبایل در دورانهای قدیم سیستم چندشوهری مورد قبول بوده است که امروز شاید بتوان گفت در دنیا نمونه ندارد. ویل دورانت در مورد رسم چندشوهری می

نویسد «این کیفیت در قبیله‌های تودا بعضی قبایل تبت قابل مشاهده است».^{۳۴} منتسکیو می‌نویسد ابوالظہیر الحسن جهانگرد عرب در قبایل مرز هندوستان و چین به این رسم برخورد کرده آنگاه وی از قبیله‌ای بنام نائیر نام می‌برد که چندشوهری در آن معمول بوده است و سپس علت امر را آن می‌داند که چون مردان باید وظیفه دفاع را بعهده بگیرند این رسم برقرار شده است و علاقه خانواده و زن و فرزند در مردان ضعیف باشد و مانع کار آنان نگردد.

۲. در بعضی قبایل (و منجمله قبایل وحشی جزایر ملانزی) سیستم مادرسالاری مستقر است و زن اختیار تسلط دارد. این نظام نیز به دنباله تحولات اجتماعی و بخصوص اقتصادی متروک شده و شاید بزودی از بین برود.

۳. سیستم تعدد زوجات که آخرین روش بوده است قانون طبیعی حفظ تعادل خود به خود که می‌توان گفت در جوامع بشری و ایجاد عرف و عادت نیز اثر می‌گذارد قهراً ذهن بشر را متوجه این سیستم نموده تمدنهای بیشتری که نیاز به ازدیاد جمعیت داشتند تعدد زوجات را امری عادی و متداول بین همگان نموده بودند؛ اما متدرجاً که از این نیاز کاسته شد عرف و عادت آن را از نظر دور داشت و کم‌کم بصورت امری نامطلوب جلوه‌گر ساخت بطوری که امروز در ممالکی هم که این اجازه وجود دارد مردان بندرت از آن استفاده می‌کنند و عامه به مردان چندهمسری با نظر عادی نمی‌نگرند. اما منع مطلق تعدد زوجات مضرات فراوانی دارد زیرا غریزه با چنین منعی مخالف است و بعلاوه بمصداق «الانسان حریص علی ما منع» (انسان نسبت به چیزهای ممنوعه حریص است) آثاری برخلاف مقصود به بار می‌آورد. طبق آمارهای منتشره در فرانسه که تعدد ممنوع است ۶۵٪ مردان متأهل روابط نامشروع با دیگر نیز دارند، اما در ممالکی که اجازه تعدد داده شده است تعداد مردان چندهمسر به اضافه تعداد مردان متأهلی که رابطه نامشروع دارند شاید به ده درصد نیز نرسد. بقول آقای مرتضی مطهری^{۳۵} که بعد از اشاره به قانون اخیر مصوبه انگلستان

^{۳۴} - نظام حقوق زن در اسلام، مرتضی مطهری، صفحه ۳۳۳.

^{۳۵} - نقل از مجله زن روز و کتاب نظام حقوق زن در اسلام.

درباره جرم نبودن عمل لواط می‌گوید «این مدعیان رهبری بشریت که تعدد زوجات را خلاف انسانیت می‌دانند با تصویب این قانون می‌خواهند بگویند اگر مرد متأهلی از جنس ذکور هوو آورد اشکال قانونی ندارد اما اگر از جنس اناث باشد جرم است و خلاف قانون».

نکاح منقطع

۷۸- متعه: یا نکاح منقطع بنکاح منقطع در زمان رسول اکرم تجویز شد و این امر بهانه‌تراشی مردان را برای عزیمت به جهاد کاهش داد. در زمان عمر خلیفه دوم و به دستور او متعه منع گردید و وی چنین استدلال کرد که چون مقتضیات تشریح متعه نه تنها فرق کرده بلکه کاملاً بحالت متضاد درآمده است لذا متعه نیز نسخ می‌شود، فقه امامیه چون به هیچکس اجازه تغییر دستورات پیغمبر را نمی‌دهد این ممنوعیت را نپذیرفت؛ بنابراین فعلاً این نهاد حقوق مختص فقه شیعه است و در قانون ایران نیز وجود دارد. بر این نهاد هم از جانب سایر مکاتب فقهی اسلام ایراد می‌شود و هم از جانب حقوق مغرب زمین. بعد از جنگ بین‌الملل دوم این زمره بخصوص اول بار در آلمان پیدا شد و بسیاری از متخصصان فن معتقد شدند که قوانینی ولو موقت تصویب گردد و تعدد زوجیت و نکاح آزمایشی اجازه داده شود، بعد قاضی آمریکائی بن لیندزی^{۳۶} و دانشمند انگلیسی برتراند راسل نیز با مطالعه در وضع جوانان و موقعیتهای اجتماعی نحوه ازدواجی را بنام ازدواج آزمایشی پیشنهاد کردند که زن و مردی قبل از تصمیم به ازدواج قطعی و ابدی مدتی بعنوان آزمایشی با یکدیگر ازدواج کنند. استاد دیگر آمریکائی ویلم وان لون پیشنهاد کرده است ازدواج موقت اجازه داده شود.

امروز در غالب کشورهای غربی طلاق به تراضی زوجین را اجازه می‌دهند و در کشورهایی هم مانند فرانسه که طلاق به تراضی را نمی‌پذیرند رویه قضائی چنان روشی را اتخاذ کرده است که عملاً تراضی موجب طلاق می‌شود باید گفت وقتی که به زوجین اجازه داده می‌شود با تراضی از هم جدا شوند و طلاق جاری گردد چه مانعی دارد که این تراضی در اول عقد ازدواج باشد

³⁶ - Benjamin Barr Lindsey

یعنی همین تراضی را در اول امر بیان کرده و حین انعقاد عقد ازدواج توافق کنند که در موعد معینی از هم جدا شوند گرچه غالباً معتقدند نکاح منقطع نکاح محدود به عدد نمی‌باشد و مرد هر چند نفر بخواهد می‌تواند متعه نماید ولی بعضی نیز معتقدند که چون تعداد زنان به چهار نفر محدود شده این تعداد شامل متعه نیز می‌شود یعنی یک مرد جمعاً بیش از چهار نفر زن نمی‌تواند داشته باشد چه دائم و چه منقطع. قانون حمایت خانواده گرفتن همسر مجدد را موقوف به استطاعت و رعایت عدالت دانسته است و لغت همسر کفو در معنای زوجه دائم که همتراز مرد است بکار می‌رود و همچنین عدالت و استطاعت در مورد زوجه دائم است نه منقطع علیهذا ظاهر قانون در مورد نکاح دائم است و ممنوعیت شامل نکاح منقطع می‌گردد اما عملاً رویه قضائی تمایل بر آن دارد که نکاح منقطع را نیز مشمول ممنوعیت و تشریفات مقرره بداند.

روابط خارج از ازدواج

۷۹- روابط خارج از ازدواج: در سیستم حقوق اسلام و نیز حقوق ایران بر روابط نامشروع هیچگونه آثاری بار نمی‌شود و بلکه مورد مجازات قرار می‌گیرد، منع تعدد زوجات و نبودن نهاد حقوقی متعه در کشورهای مغرب زمین روابط خارج از ازدواج را فراوان کرده است و چه بسا تعداد آن از ازدواج بیشتر باشد عمده‌تر آنکه نظر جامعه و مردم نیز متدرجاً با اغماض بیشتری به اینگونه روابط می‌نگرد و زن و مردی را که ازدواج نکرده‌اند و بعنوان دوستی و یا همزیستی با هم زندگی می‌کنند چندان تقبیح ننموده و حتی احیاناً تا حدودی برسمیت می‌شناسد، این شناسائی حتی گاهی به سیستم حقوقی نیز سرایت می‌کند که یک مورد آن را درباره شناختن نسب نامشروع در حقوق فرانسه قبلاً دیدیم و مثال دیگر آن ذیلاً ذکر می‌شود.

مردی که از همسر رسمی خود مجزا بود و بحکم دادگاه بصورت جدائی مسکن^{۳۷} زندگی می‌کرد و بالنتیجه تعهد مالی نسبت به زوجه نداشت معشوقه‌ای گرفت و او را در جائی اسکان داد و هزینه او را می‌پرداخت. این مرد در اثر تصادف با اتومبیلی فوت شد و راننده اتومبیل تحت تعقیب قرار گرفت زن و معشوقه او هر دو تقاضای خسارت ناشیه از جرم نمودند.

³⁷ - Séparation de corps

دادگاههای اولیه زن را بعنوان متضرر از جرم نشناختند زیرا نفقه او بر عهده شوهر نبود اما معشوقه را برای مطالبه ضرر و زیان محق شناختند باین استدلال که عملاً مرد متوفی هزینه آن زن را تقبل کرده و پرداخت می‌نمود. گرچه بعداً این رویه تغییر کرد و دیوان کشور گفت «روابطی که قانوناً برسمیت شناخته شده و مورد حمایت رسمی قانون باشد می‌تواند ملاک قرار گیرد». معهداً این رأی روحیه و روش جامعه را می‌رساند و چه بسا روزی سیستم حقوق فرانسه به پیروی از عرف رسماً چنین قانونی گذراند.

مسائل تشکیل واحد خانواده

۸۰- خانواده در واقع یک واحد جدیدی است که از اتحاد معنوی زن و مرد تشکیل می‌گردد و بعدها شاید اعضای جدیدی که فرزندان باشند به این واحد اضافه گردد تشکیل این واحد مسائل جدیدی را بشرح زیر مطرح می‌سازد:

۱. مسکن زوجین: در سیستم حقوق شوروی مسکن زوجین باید با تراضی بین آنان تعیین شود در سیستم حقوق ایران مقتبس از فقه امامیه مسکن ممکن است در بدو ازدواج با تراضی تعیین گردد و یا حتی اختیار تعیین مسکن به زن داده شود (گروهی از فقهای اسلام دادن این حق را به زوجه باطل می‌دانند) اما اگر تراضی بعمل نیاید اختیار تعیین مسکن با مرد است. در سیستم‌های حقوق غربی تهیه مسکن با مرد است.

۲. نام کودک: در سیستم حقوق اسلام گرچه فرزند ملحق و منسوب به پدر است معهداً چون رسم قبیله‌ای و تعلق به ایل و نژاد یا ملت مطرح نیست و هر نوزادی اسم و رسم مجزا دارد می‌توان گفت انتساب طفل از لحاظ نام پدر و مادر بطور تساوی است. در سیستم حقوق ایران و مدل آن یعنی حقوق غربی نام فامیل پدر به پسر منتقل می‌شود. در شوری به تراضی زوجین نام مرد یا زن یا ثالثی به طفل داده می‌شود و در صورت اختلاف حل موضوع امر راجع حل اختلاف خانوادگی محلی است.

۳. تابعیت زن: همان تابعیت شوهر است و از این جهت در غالب سیستم‌های حقوق جهان و ایران ازدواج زن با مرد بیگانه ممنوع است، در ایران گذشته از این ممنوعیت ازدواج مسلمه یا غیرمسلم جایز نیست.

۴. شغل زن: زن مختار و آزاد است که شغل جداگانه‌ای داشته باشد مگر اینکه برحسب تقاضای شوهر در موارد مصرحه قانونی از اشتغال به آن کار ممنوع گردد. در شوروی چون در اوایل انقلاب مقرر شد که زن و مرد در اموال شخصی خویش و آنچه از کار کردن بدست می‌آورند اختیار مطلق داشته و مالک انفرادی آن هستند لذا زنها به ماندن در کانون علاقه نداشته و مایل بودند کار خارج داشته باشند یا شخصاً درآمدی کسب کنند، لذا فرزندان خود را به مؤسسات دولتی می‌سپردند و این امر هم هزینه و زحمت دولت را زیاد می‌کرد و هم تربیت اطفال به نحو دلخواه عملی نمی‌شد، لذا مقرر گردید کلیه اموالی که زوجین در زمان زوجیت بدست می‌آورند مشترک بین آنان باشد. بدین نحو بدون اینکه در راه اشتغال خارج از خانه برای زن مانع ایجاد کنند او را تشویق به ماندن در خانه کردند.

رژیم مالی ازدواج در حقوق مغرب زمین و انواع آن

۸۱- در کلیه سیستمهای غربی برای روابط مالی و اداره اموال خانواده قبلاً نامزدها قرارداد منعقد می‌کنند که به نام رژیم مالی ازدواج نامیده می‌شود، در حقوق فرانسه این رژیم‌ها از این قرار است و در سایر کشورهای غربی نیز همین مقررات با تفاوت‌های مختصری وجود دارد:

۱. رژیم اشتراکی: اموال خانواده در این رژیم به سه نوع تقسیم می‌شود: اموال خاص مرد و اموال خاص زن و اموال زمان ازدواج که مشترک است. اما به هر جهت در دوران ازدواج اختیار اداره و انتفاع و انتقال هر سه گروه اموال با مرد است که رئیس خانواده است. در شوروی زن و مرد هر دو متساویاً بر اموال مشترک حق و اختیار دارند.

۲. رژیم بدون اشتراک: همان رژیم سابق است، فقط گروه سوم یعنی اموال اشتراکی ندارد.

۳. رژیم جدائی اموال: از اول ازدواج اموال هر یک از زوجین مجزاست و هر کدام مستقلاً حق نقل و انتقال و استفاده را دارند. ممکن است رژیم اشتراکی به حکم دادگاه و به دنباله خیانت و یا قصور شوهر تبدیل به رژیم جدائی اموال شود که آن را رژیم جدائی قضائی می‌نامند.

۴. رژیم جهیزیه: اموال خاص زن مستقل است (مانند رژیم قبلی) و گرچه اداره کردن آن

در اختیار شوهر است اما شوهر حق انتقال ندارد و دیان شوهر نمی‌تواند آن را در ازای دین بازداشت کند.

طرز انتخاب رژیم

۸۲- گرچه انتخاب یکی از این رژیم‌ها موکول به تراضی زوجین است ولی این رژیم‌ها بصورت اساسنامه^{۳۸} است نه قرارداد صرف که بتوان همه مقررات را به میل خود تنظیم کرد، بلکه زوجین می‌تواند یکی از آنها را انتخاب کنند یا رژیمی مخلوط از مقررات آنها برگزینند. هرگاه قبل از ازدواج قراردادی در این مورد بسته نشد رژیم خاص دیگری به نام «رژیم اشتراکی قانونی» از طرف مقنن مستقر شده است که زوجین تابع آن خواهند بود.

در سیستم حقوق ایران و اسلام دارائی و اموال زن مستقل است و به خود او تعلق دارد از این حیث زوج نیز مانند بیگانه حق دخالت قانونی در اموال زوجه ندارد و چون کلیه هزینه‌های خانواده به عهده مرد است زن می‌تواند برای هر خدمتی که می‌کند و حتی برای شیردادن فرزندان خودش مطالبه مزد نماید، معهذا اجازه داده شده است که ضمن ازدواج شروطی مقرر شود و هرگونه تعهدی که با مقتضای عقد مخالف نباشد (وظیفه اداره خانواده، انفاق و تمکین زن ... را می‌توان از اصول مقتضای عقد دانست) بین طرفین مقرر گردد. اختیار مسکن به زن تعیین نوع منزل، یا میزان بعضی دستمزد کارهای خانه، تعهد به پرداخت خسارت در صورت زن دیگر گرفتن، یا هرگونه عمل مجاز دیگری، اختیار وکالت دادن به زن برای طلاق چه بطور مطلق و یا چه بطور مشروط به احراز بعضی شرایط مهریه هم خاص حقوق اسلام است و به قول فقها هدیه‌ایست که در بدو ازدواج از طرف مرد بزن تقدیم می‌گردد تا نمایانگر آمادگی او برای زندگی باشد. مهریه هیچگونه ربطی به زوجیت ندارد و بمحض عقد زن مالک نصف مهر می‌گردد و بعد از زفاف مالک تمام مهر می‌شود و جزء اموال اختصاصی اوست که با سایر اموالش هیچ تفاوتی ندارد.

³⁸ - Statut

وضعیت زن شوهردار

۸۳- در مسیحیت شخصیت زن آن چنان سبک شمرده می‌شد که حتی چنین نتیجه می‌گرفتند که بین تمام زنان فقط حضرت مریم علیها سلام دارای روح خالد و انسانی است و بقیه زنان حالتی بین انسان و حیوان دارند و همچنین عرف قدیم هندو زن را دارای شخصیت انسانی نمی‌دانست و زوجه بمنزله هدیه‌ای بود که از طرف خاندان عروس به داماد تقدیم می‌شد و لذا رضایت او شرط نبود و خود زن شخصیت جداگانه‌ای نداشت تا مال داشته باشد، تحت تأثیر حقوق مسیحیت در سیستم‌های حقوقی اروپا زن شوهردار اهلیت نداشت، از لحاظ مالی محجور بود، اختیار کلیه اموال او با شوهرش بود با توجه به دائمی بودن ازدواج و نبودن طلاق در واقع از زن الی الابد سلب مالکیت می‌شد و اداره و اختیار اموال او به شوهر محول می‌شد. انگلستان در ۱۸۵۷ رژیم «جدائی مال» را در روابط زوجین پذیرفت و به دنبال آن در ۱۸۷۰ و ۱۸۸۲ به زن اهلیت داد. فرانسه در ۱۹۳۳ طرحی تهیه کرد که در ۱۹۳۶ به تصویب رسید و با قبول رژیم جدائی مال و ایجاد رژیم اشتراکی قانونی زمینه را برای اهلیت زن فراهم ساخت. در آلمان در ۱۹۰۰ به زن اهلیت داده شد. بعضی مصنفین فرانسوی (ریبر حقوقدان) می‌گویند ترکیه در ۱۹۲۱ با قبول قانون مدنی سوئیس به زن اهلیت داد و حال آنکه ترکیه قبلی (دولت عثمانی) با قبول مقررات اسلام زن را مستقل می‌شناخت.

موارد انحلال نکاح

۸۴- در سیستم حقوق مسیحیت نکاح ابدی تلقی می‌شد و قابل انحلال نبود. بعضی از روحانیون مسیحی طلاق را در مورد ارتکاب زنا از طرف زن اجازه می‌دادند اما در قرون قبل از رفرم پرتستانها این نظریه نیز از بین رفت و ابدیت آن مطلق گردید. عملاً چون مواردی پیش آمد که زوجین نمی‌توانستند با یکدیگر زیست نمایند یک نحوه جدائی خاصی بنام جدائی بدنی پیش‌بینی شده بود که زوجین به صورت مجزا از هم زندگی می‌کردند و از بسیاری وظائف و تعهدات زوجیت معاف می‌شدند اما علقه قانونی زوجیت بین آنان برقرار می‌ماند پرتستانها در رفرمی که نمودند طلاق را نیز پذیرفتند و حتی موارد آن را از نظریات سابقین نیز بیشتر توسعه دادند و مقید به زنا نکردند. در سیستمهای حقوق غربی و نیز شوروی فعلی موارد انحلال نکاح

عبارت است از طلاق، جدائی بدنی، موارد بطلان نکاح. در سیستم حقوق ایران که هنوز هم تا حد زیادی تابع حقوق امامیه است موارد انحلال نکاح عبارت است از طلاق، فسخ نکاح، انقضای مدت یا بذل مدت در نکاح منقطع. در حقوق ایران مواردی بعنوان بطلان نکاح بصورت مستقل ذکر نشده است و گرچه موارد بسیاری را می‌توان بعنوان بطلان یادآور شد اما مقنن نخواست است صریحاً به این مطلب عنوان جداگانه بدهد. بنابراین بطلان نکاح و طلاق مشترک بین همه سیستمهای حقوقی است. جدائی بدنی مختص سیستمهای اروپایی غربی، فسخ و انقضاء یا بذل مدت مختص حقوق ایران - شاید بعضی موارد فسخ را بتوان بعنوان موارد بطلان یا طلاق در حقوق اروپائی پیدا کرد.

بطلان مطلق نکاح

۸۵- بطلان مطلق عقد به مواردی اطلاق می‌شود که عقد صحیح نیست و هیچ عمل بعدی نمی‌تواند بطلان را محو نموده و ازدواج را تصحیح نماید. چنین مواردی در حقوق فرانسه ممکن است مورد استفاده اشخاص ثالث و دادستان و یا طرفین قرار گیرد اما در سیستم حقوق ایران اشخاص خارجی یا دادستان نمی‌توانند مستقلاً بطلان مطلق را مورد دعوی قرار دهند مگر اینکه استناد به این بطلان مطلق مبنای اثباتی یا نفی در دعوای دیگری قرار گیرد مثلاً ازدواج با محارم چون باطل است بعنوان هتک ناموس یا زنا با محارم قابل تعقیب جزائی است و دادستان ضمن تعقیب جزائی به بطلان نکاح استناد می‌کند.

موارد بطلان مطلق مشترک سیستمهای حقوقی از قرار زیر است، (موارد خاص سیستم حقوقی ایران مقتبس از حقوق اسلام همانهاست که در حقوق مدنی از آن بحث شده است):

۸۶- الف: فقدان قصد و رضا: مثلاً زنی یا مردی بدون توجه سند قباله را امضاء می‌کند و نداند که قباله ازدواج است یا بدون توجه به معنی و اثر صیغه ایجاب و قبول آن را تلفظ نماید، از لحاظ استحکام بخشیدن به ازدواج و کم کردن موارد بطلان مطلق غالباً حقوقدانان فقدان قصد و رضا را بر معلول بودن آن حمل می‌کنند و جزء موارد بطلان نسبی قرار می‌دهند. مثلاً در صورت تلفظ ایجاب و قبول بدون توجه به معانی آن فرض می‌کنند قصد و رضا به صورت مخدوش (مثلاً بعلت اشتباه) وجود داشته است و لذا تنفیذ بعدی را معتبر دانستند.

۸۷- ب: تعدد: در سیستم حقوق تک‌همسری ازدواج‌های بعدی باطل است و اگر هم بعد از ازدواج اولی منحل گردد موجب احیاء ازدواج باطل نمی‌شود. در سیستم حقوق اسلامی و سیستم حقوق مدنی ایران ازدواج بعد از پر شدن عدد چهار باطل می‌باشد. سیستم بعدی قانون حمایت خانواده نیز ازدواج بعد از پر شدن عدد را باطل می‌داند و فقط در قلمرو عدد مجاز تشریفات خاصی را مقرر داشته که عدم رعایت آن جرم تلقی می‌شود.

۸۸- ج: ازدواج با محارم: در تمام سیستم‌های حقوقی باطل است. در سیستم حقوق فرانسه نیز که ازدواج عمو و عمه با برادرزاده یا خالو و خاله با خواهرزاده با اجازه مراجع مخصوص مجاز شمرده شده است در صورتی که بی‌اجازه باشد باطل است و اجازه بعدی موجب تصحیح آن نمی‌شود. در سیستم حقوق ایران حرمت مطلق جمع (بین دو خواهر) موجب بطلان مطلق و حرمت نسبی (جمع عمه و خاله با برادرزاده یا خواهر زاده) موجب بطلان نسبی است و اجازه بعدی همسر اولی موجب صحت ازدواج دومی است.

۸۹- د: عدم بلوغ ازدواجی - در سیستم حقوق اسلام رشد و بلوغی کلی مقرر شده است که با رسیدن به آن سن زن و مرد در تمام اعمال و منجمله ازدواج کبیر شناخته می‌شوند و اگر ولی قهری کودکی در دوران صغر او با استفاده از اختیار ولایت برای او عقد ازدواجی منعقد کرده باشد حقوق امامیه رضایت شخص زوجین را بعد از کبیر شدن لازم می‌داند و چنین عقدی مانند عقد فضولی است که محتاج به تنفیذ بعدی (بعد از کبیر شدن) زوجین است. بعکس بعضی فرق عامه که همان ازدواج را معتبر می‌دانند اما در دوران صغر اگر خود صغیر ازدواجی منعقد نماید مطلقاً باطل است.

در سیستم‌های حقوقی جهان معاصر سن ازدواج کمتر از سن کبیر است و قبل از وصول به بلوغ ازدواج امکان آن هست که به زوجین اجازه ازدواج داده شود (بجز سیستم فعلی معمول در قانون اخیر حمایت خانواده در ایران که سن ازدواج برای مرد ۲۰ سال تعیین شده است و برای مرد در هیچ موردی معافیت از شرط سن اعطا نمی‌شود). ازدواج در سنین مجاز ولی در حال صغر (مثلاً پسر ۱۸ ساله در فرانسه) محتاج به رضایت شخص زوجین و ولی اوست، ازدواج در سنینی که مجاز نیست ولی می‌توان معافیت از شرط سن تحصیل کرد گرچه منطقاً باید از موارد

بطلان مطلق باشد اما عملاً رویه‌های قضائی آن را جزء موارد بطلان نسبی دانسته و اجازه بعدی مراجع را موجب تنفید می‌دانند اما ازدواج در سنین غیرمجاز که نمی‌توان معافیت شرط سن تحصیل کرد بطور مطلق باطل است.

بطلان نسبی در نکاح

۹۰- موارد بطلان نسبی از این قرار است:

۱. اشتباه در شخص طرف به نحوی که آن اشتباه مؤثر باشد یا ذکر صفتی در طرف که بعداً معلوم شود فاقد آن است. تشخیص اینکه صفت مورد شرط جنبه اساسی دارد یا نه با مراجع قضائی است.
۲. اجازه ولی خاص یا قیم در مواردی که احد از زوجین به سن کبر قانونی نرسیده.
- ۹۱- مواردی که وجود دارد که قانون انجام بعضی تشریفات را ضروری می‌داند ولی عدم رعایت آنها موجب بطلان (نه مطلق نه نسبی) نیست بلکه احیاناً ممکن است موجب تعقیب جزائی یا انتظار می‌گردد مثلاً:
 ۱. عدم اجازه مافوق (ازدواج ایرانی یا خارجی) مثلاً برای کارمندان وزارت خارجه.
 ۲. در حقوق ایران عدم ثبت واقعه ازدواج جرم است اما موجب بطلان نیست. (در سیستمهای غربی ثبت از ارکان است).
 ۳. عدم اجازه پدر در مورد باکره رشیده (حقوق ایران) فقط موجب تعقیب انتظامی سردفتر است، در فرانسه و حقوق مغرب زمین چنین موردی که مصداق ندارد.
 ۴. عدم رعایت مقررات انتشار یا ازدواج در عده (در حقوق فرانسه) موجب بطلان نیست. در حقوق ایران مقررات انتشار وجود ندارد و ازدواج در عده موجب بطلان مطلق است.
- ۹۲- موارد فسخ نکاح در حقوق ایران: بعضی از این موارد در سیستمهای حقوقی غربی ممکن است بعنوان موارد بطلان یا طلاق مورد استناد قرار گیرد ولی فسخ نکاح به نحوی که در حقوق ایران مطرح است در آن سیستمها وجود ندارد. بعد از اعلام بطلان نکاح در صورتی که طرفین دارای چنین نیت بوده‌اند مدت سابق را عملاً بعنوان ازدواج تلقی می‌کنند و اگر یکی از طرفین در اشتباه بوده است نسبت به او آن دوران معتبر شناخته می‌شود. این حالت را در حقوق فرانسه

«ازدواج فرضی»^{۳۹} می‌نامند. فسخ نکاح (در سیستم حقوق ایران) نیز از این حیث مانند اشتباه طرفین تلقی می‌شود.

طلاق در حقوق مسیحیت

۹۳- در مسیحیت طلاق ممنوع است: مدت‌ها بین روحانیون مسیحی اختلاف نظری در این مورد موجود بود و عده‌ای از آنان طلاق را فقط در مورد زنا اجازه می‌دادند ولی متدرجاً نظریه منع مطلق طلاق از قرن هشتم میلادی تفوق پیدا کرد و حتی از قرن ۱۲ منع آن امری بدیهی تلقی می‌شد تا در جریان رفرم پرتستانها از نظریه قدیم نیز تجاوز نموده و اینک از نظر آنها در بسیاری موارد طلاق مجاز شمرده می‌شود.

در کشورهای اروپائی در دوران قدیم به پیروی از حقوق مسیحیت طلاق ممنوع بود و هر وقت یا در هر کجا جریان اجتماعی در جهت انحراف و دوری از مذهب ایجاد می‌شد و یا مذهب پرتستان تفوق پیدا می‌کرد طلاق اجازه داده می‌شد. انقلاب کبیر فرانسه طلاق را اجازه داد. بعد از سلطنت مجدد سلسله بوربون و شکست ناپلئون مجدداً طلاق ممنوع گردید تا باز در ۱۸۸۴ طلاق مجاز شمرده شد. امروزه تقریباً در کلیه کشورها (بجز اسپانیا) طلاق مجاز است و ایتالیا نیز اخیراً طلاق را مجاز شمرده. در روسیه شوروی بلافاصله بعد از انقلاب طلاق آزاد و سهل شد. هر یک از زوجین می‌توانستند اعلام طلاق کنند. بعداً مقرر شد که این طلاق باید به ثبت برسد و آخرین تحول اختیار طلاق را به دادگاه داد که هرگاه قطع رابطه (طلاق) بنظر دادگاه ضرورت داشت یا بقای خانواده با تربیت کمونیستی اطفال منافی بوده و خانواده نتوانست چنین تربیتی را تأمین نماید حکم طلاق داده می‌شود.

ماهیت حقوقی طلاق

۹۴- در حقوق غربی چون دادگاه حکم طلاق می‌دهد بنابراین همین که قطعیت دادنامه صادره در دفاتر مربوطه به ثبت رسد طلاق حاصل می‌شود اما در حقوق ایران مأخوذ از حقوق اسلامی طلاق ایقاع است یعنی از یک طرف مانند عقد محتاج به اعلام رسمی است و از طرف دیگر

³⁹ - Putatif

این اعلام صرفاً بعهده مرد است. بنابر این طلاق از ناحیه مرد وقتی واقع شد و شرایط صحت آن محرز گردید در اعتبار آن تردیدی نیست و ثبت طلاق‌نامه گرچه الزامی است و عدم رعایت آن موجب تحمل مجازات است معهداً در صحت آن خللی وارد نمی‌سازد همچنین قوانین حمایت خانواده نیز در این ماهیت تغییری نداده‌اند و فقط دفترخانه را موظف کرده‌اند که قبل از ثبت واقعه طلاق اجازه دادگاه را مطالبه نماید. بالتیجه زوجین موظف شده‌اند برای اخذ گواهی لازم به دادگاه مراجعه کنند.

طلاق در حقوق اسلام

۹۵- در حقوق اسلام و قانون مدنی ایران طلاق به عهده مرد است و مرد هر وقت بخواهد می‌تواند زن را طلاق بدهد در موارد خاصی به زن اجازه داده شده است که خود را مطلقه سازد و در این موارد نیز حاکم به نمایندگی از طرف شوهر ممتنع طلاق را جاری می‌سازد. عمده این موارد عبارتست از:

۱. وقتی که مرد غایب مفقودالاثراً باشد.

۲. استنکاف شوهر از دادن نفقه یا عدم قدرت او برای انفاق

۳. عدم انفاق یا امتناع از ادای سایر وظایف زوجیت

۴. سوء معاشرت

۵. ابتلاء شوهر به بیماری صعب‌العلاج

گذشته از این موارد اصولاً زن حق دارد در اول ازدواج هرگونه شرطی که مخالفت مقتضای عقد نباشد در قباله درج نماید مثلاً حق سکنی را برای خویش قایل شود و در صورت تخلف از این شروط یا فی‌المثل در صورت ندادن نفقه در مدت معین یا زن دیگر گرفتن و امثال آن مرد به زن وکالت بلاعزل اعطاء کند که خود را مطلقه سازد. بنابر این با وسعت دایره اختیارات اولیه زن در تشریط شروط ضمن تنظیم قباله عقد و امکان تفسیر وسیع از موارد پنجگانه مذکور در قانون مدنی و بخصوص وجود خلع و مبارات (که در سیستم‌های غربی مشابه ندارد) مقنن از تنظیم قوانین مضر یا لااقل بی‌اثر به نام حمایت خانواده بی‌نیاز می‌باشد در موارد نهادهای حقوقی که مبنای عاطفی دارد (زوجیت ولایت...) هرچه کمتر دخالت رسمی از طرف مقننه بعمل آید

بهرتر است و اگر حل مسایل در اینگونه موارد به عهده اخلاق و عرف و رویه قضائی واگذار شده و تکامل مورد نظر نیز از این مسیر تأمین شود بهتر است.

۹۶- قانون حمایت خانواده مصوبه ۱۳۵۴ مقرر داشته است (ماده ۸) در موارد زیر زن و شوهر بر حسب مورد می‌توانند از دادگاه تقاضای صدور گواهی عدم امکان سازش نمایند:

۱. توافق زوجین
۲. استنکاف شوهر از دادن نفقه زن و عدم امکان الزام او به دادن نفقه همچنین در موردی که شوهر سایر حقوق زن را وفا نکند و اجبار به ایفاء ممکن نباشد.
۳. عدم تمکین زن از شوهر
۴. سوء رفتار و یا سوء معاشرت از زوجین بحدی که ادامه زندگی را برای طرف دیگر غیر قابل تحمل نماید.
۵. ابتلاء هر یک از زوجین به امراض صعب‌العلاج به نحوی که دوام زناشویی برای طرف دیگر در مخاطره باشد.
۶. جنون هر یک از زوجین در مواردی که فسخ نکاح ممکن نباشد.
۷. عدم رعایت دستور دادگاه در مورد منع اشتغال بکار یا حرفه‌ای که منافی با مصالح خانوادگی یا حیثیات زن یا شوهرش باشد.
۸. محکومیت زن یا شوهر به حکم قطعی به مجازات ۵ سال حبس یا بیشتر یا به جزای نقدی که بر اثر عجز از پرداخت منجر به ۵ سال بازداشت شود یا به حبس و جزای نقدی که مجموعاً منتهی به ۵ سال یا بیشتر حبس و بازداشت شود و حکم مجازات در حال اجرا باشد.
۹. ابتلاء به هرگونه اعتیاد مضر که به تشخیص دادگاه بر اساس زندگی خانوادگی خلل وارد آورد و ادامه زندگی زناشویی را غیرممکن سازد.
۱۰. هرگاه زوج همسر دیگری اختیار کند یا به تشخیص دادگاه نسبت به همسران خود اجرای عدالت نکند.
۱۱. هر یک از زوجین زندگی خانوادگی را ترک کند. تشخیص ترک زندگی خانوادگی

با دادگاه است.

۱۲. محکومیت قطعی هر یک از زوجین در اثر ارتکاب جرمی که مغایر با حیثیت خانوادگی و شئون طرف دیگر باشد، تشخیص اینکه جرمی مغایر با حیثیت و شئون خانوادگی است با توجه به وضع و موقعیت طرفین و عرف و موازین دیگر با دادگاه است.

۱۳. در صورت غایب مفقود الاثر با رعایت مقررات ماده ۱۰۲۹ ق.م این طلاق باین است ولی در مدت عده به تراضی قابل رجوع می‌باشد.

۱۴. در صورت عقیم بودن یکی از زوجین به تقاضای طرف دیگر همچنین در صورتی که زوجین از جهت عوارض و خصوصیات رسمی نتوانند از یکدیگر صاحب اولاد شوند.

۹۷- در انتقاد از ماده فوق سه نکته بارز به چشم می‌خورد.

اول- چنانچه رویه قضائی قوی وجود داشت غالب موارد فوق را از مقررات قانون مدنی می‌توانست استنتاج نماید و حقوق خانواده می‌توانست بدون اینکه ضرر معنوی تغییر هرروزه قانون را تحمل کند به همین نتایج برسد، رویه قضائی فرانسه از سه مورد قانونی موارد بسیاری را استنتاج نموده است.

دوم- بسیاری موارد فوق را ممکن بوده در قباله‌های ازدواج بصورت شرط ضمن عقد بنویسند و به طرفین تفهیم کنند تا با این نحو عرف و عادات اجتماعی که در این مورد مبتنی بر شرع است متزلزل نشده و بنیاد اخلاقی خانواده از هم نپاشد و حال آنکه در قانون حمایت خانواده مصوبه ۱۳۵۳ چنین ماده‌ای را که در قانون قبلی وجود داشت حذف نمود و قدمی رسمی بسوی لائیک نمودن طلاق برداشت.

سوم- چنین طلاقی از لحاظ شرعی باین نیست و طلاق باین نیز با توافق قابل رجوع نیست، قانون قبلی حمایت خانواده طلاقهائی را مقرر داشت که صحت شرعی آن مشکوک است و قانون فعلی ازدواج مشکوک (زوجیت از رجوع به تراضی) را نیز بر آن افزود حال آنکه اگر موارد مذکور را بعنوان شرط ضمن عقد می‌گنجاندند ممکن بود وکالت در طلاق خلع به زن داده شود تا طلاق باین گشته و اختیار رجوع به دست زن بیفتد.

طلاق در حقوق فرانسه

۹۸- امروز در سیستم حقوق فرانسه در سه مورد طلاق مجاز است:

۱. زنای محصنه^{۴۰} در صورتی که در محکمه ثابت گردد و به محکومیت جزائی منجر شود، توجه شود که در حقوق فرانسه شرایط تحقق زنا در مورد مرد بیشتر از زن است و هر زنائی را از طرف مرد نمی‌توان *Adultère* نامید اما هرگونه زنائی از طرف زن محصنه تلقی می‌شود.

۲. زجر و شکنجه

۳. توهین شدید

بسیاری موارد را که قانون ذکر نکرده است از قبیل ترک همخوابگی، ترک انفاق، ترک وفاداری، نشوز زن، حسادت زیاد مرد، مستی و ... را رویه قضائی به منزله توهین شدید گرفته است و تراضی طرفین را نیز گرچه مقنن شرط نموده است اما عملاً موجب طلاق می‌گردد بدین معنی که طرفین با صحنه سازی حکم طلاق می‌گیرند.

۹۹- نقش حقوقدان و علم حقوق در قانونگذاری

۱۰۰- نظارت و تفوق حقوق بر مسائل اداری و دولتی^{۴۱}

پایان

^{۴۰} - Adultère

^{۴۱} - متأسفانه متن مربوط به دو بند اخیر یعنی «نقش حقوقدان و علم حقوق در قانونگذاری» و «نظارت و تفوق حقوق بر مسائل اداری و دولتی» در جزوه موجود نبود. چنانچه شاگردان آن استاد معظم این موارد را در یادداشتهای خود دارند باعث امتنان خواهد بود که در اختیار تنظیم کننده این کتاب قرار دهند.

فصل دوم

نظام‌های حقوقی

مقدمه

این فصل از کتاب کلاً به ارائه نظرات حضرت آقای دکتر نورعلی تابنده اختصاص داده شده و در زمینه مباحثی است که درباره بررسی تطبیقی نظام‌های حقوقی در مدرسه عالی قضائی و علوم اداری قم وابسته به دانشگاه تهران در سال تحصیلی ۱۳۵۶-۱۳۵۷ مطرح کرده‌اند. این مطالب از روی جزوه^{۴۲} درسی ایشان آورده شده و علیرغم اینکه در بیش از سه دهه پیش نگارش شده و بطور خلاصه به مطالب مهم در این ارتباط پرداخته‌اند عملاً سرفصل مطالب مهم در زمینه‌های مورد نظر ما در این کتاب را در ارتباط با بررسی تطبیقی نظام‌های حقوقی پوشش می‌دهد و به عنوان متنی که می‌توان دیدگاه عرفا را درباره موارد مهم حقوق تطبیقی از آن استخراج کرد بسیار مناسب بود. لذا تصمیم بر آن گرفته شد تا متن جزوه در این فصل آورده شود. هرچند ایشان در ابتدای جزوه مرقوم داشته‌اند که: «جزوه حاضر ملخص چکیده درس حقوق تطبیقی ۲ است در مدرسه عالی حقوق قضائی و علوم اداری قم، به هیچوجه بعنوان تألیف جدیدی در حقوق تلقی نمی‌شود. مطالعه جزوه فقط یادآور دروس کلاس بوده است بمنزله یادداشت تلقی می‌شود و دانشجو را از حضور در کلاس مستغنی نمی‌سازد.»^{۴۳}

در مطالعه متن لازم است خواننده به سال تحریر این جزوه دقت داشته باشد. و تحلیل‌ها را با شرایط تاریخی آن یعنی سالهای ۱۳۵۶-۱۳۵۷ منطبق داند. ارجاع به بسیاری از وقایع تاریخی و مفاد قانونی مربوط به آن دوره و قبل از آن است. هرچند این موضوع از کیفیت تحلیلی متن نمی‌کاهد.

^{۴۲} - حضرت آقای دکتر نورعلی تابنده، حقوق تطبیقی ۲، مدرسه عالی قضائی و علوم اداری قم، دانشگاه تهران، سال تحصیلی ۱۳۵۶-۱۳۵۷.

^{۴۳} - متأسفانه چند صفحه از صفحات این جزوه (صفحات ۳۰ و ۱۱۸-۱۱۷) افتاده بود. اگر از شاگردان ایشان نسخه‌ای از آن را در اختیار دارند موجب امتنان خواهد بود اگر کپی صفحات مورد نظر را در اختیار تنظیم کننده این کتاب قرار دهند.

سیستم حقوق رومانوژرمانیک

دوران قدیم در حقوق رومانوژرمانیک

۱- برای درک وضع فعلی هر سیستم حقوقی ناچاریم سوابق آن را از دیرباز لااقل بطور مختصر تحت مطالعه قرار دهیم. سیستم حقوقی فرانسه که بعنوان نمونه این سیستم برمی‌گزینیم (و حقوق ما نیز شباهت کاملی به آن دارد) در طی تاریخ به حقوق رم متصل می‌گردد. رم دارای تمدن عظیم و حکومت مقتدری بود و جلوه این تمدن حقوقی مدون و قوی بود که اصول آن در مجموعه‌هائی جمع‌آوری گردیده بود بالاخره این امپراطوری عظیم بدو با دین مسیحی درافتاده و مسیحیان را طعمه شیران گرسنه قرار می‌داد. بالاخره خود کانون استقرار مسیحیت گردید و مدتها پرچمدار این مذهب و حقوقی منطبق با اخلاق مسیحیت شد اما بالاخره بدنباله حملات متعددی که به این امپراطوری شد هجوم بربرها و ژرمنها بالاخره روم ساقط شد و تجزیه گردید. با از بین رفتن مرکزیت رم اجرای حقوق وابسته به آن امپراطوری در قلمرو آن تعطیل شد و در هر حوزه فئودالیتة عرف و عادات مردم محل اجرا می‌گردید و یا ارباب برحسب مصلحت خویش در اموری که به اداره ملت بستگی داشت قواعدی وضع می‌کرد و اجراء می‌نمود. غالباً این فئودالها قصد داشتند وانمود کنند که مقررات موضوعه با دین مسیح کاملاً منطبق است و علیهذا خود را تحت تعلیم مراجع دینی قلمداد می‌کردند. در این دوران چند بار سعی شد که دوباره حقوق رم مدون و به مرحله اجرا درآید ولی عملی نشد به این معنی که اسپانیا بعد از شروع چنین کاری به تصرف مسلمین درآمد و ایتالیا نیز از طرف لمبارسا تصرف شد، در این دوران حقوق قلمرو بسیار کوچکی داشت و بر روابط مختصر بین مردم حکومت می‌کرد.

دوران مقارن صلیبی

۲- از قرن ۱۲ و ۱۳ میلادی در واقع جنبشی بوجود آمد که حقوقدانان آن را رنسانس حقوق می‌نامند و بقول رنه داوید^{۴۴} این رنسانس شاید از پیروزی دمکراسی در قرن ۱۸ و پیروزی افکار

^{۴۴} - René David

دنباله زیرنویس در صفحه بعد:

سوسیالیستی در قرن ۲۰ کمتر نباشد. ایده صرف مذهبی و آرزوی مدینه فاضله‌ای که مبتنی بر اخلاق مسیحیت باشد رها شد و این اعتقاد آمد که برای اداره شهرها در روابط و تجارت نمی‌توان منتظر تشکیل چنان مدینه‌هائی شد و یا مقررات مربوط به روابط افراد را آن چنان نوشت که گوئی می‌خواهد مدینه فاضله اجرا گردد، با توجه به سطح فعلی فکر و روح هر جامعه روابط بین مردم باید مبتنی بر علم حقوق و مقرراتی باشد که متناسب با مقررات آن روز تدوین می‌گردد. در انگلستان بعد از استقرار سلسله نرماندها و تشکیل دادگاههای شاهی یک نحوه تمرکزی بوجود آورده و برای تسهیل حکومت پادشاه به تدوین کامن لاء (قواعد مشترک) اقدام می‌شد و در واقع تدوین حقوق برای آن بود که پادشاه بهتر و سهل‌تر حکومت کند و مردم نیز آسان‌تر روابط خویش را تنظیم نمایند اما در اروپا چنین تمرکزی نبود تدوین قواعد حقوقی بهیچ وجه جنبه سیاسی نداشت و نمی‌خواست قواعد متشدد را وحدت بخشد بلکه می‌خواست قواعدی مبتنی بر تمدن و عادات و رسوم مشترک اروپا را جمع‌آوری و تثبیت نماید.

۳- به تاریخ این تحول که بنگریم توجه می‌شود که مقارن با جنگهای صلیبی و تماس اجباری تمام طبقات اعم از لشگری و کشوری و بخصوص تجار با مشرق زمین است آشنائی با تمدن عظیم اسلامی موجب شد که روابط جدیدی بوجود آید و در مقام حل مشکلات این روابط نیاز به حقوق مدنی احساس می‌شد. در دو طرف این برخورد از یک طرف تمدن اسلامی با تدوین مقررات و آزادی عقود و قبول عرفهای محلی و خاصیت انعطاف‌پذیری خود را قادر به حل همه این مشکلات می‌دید اما از آن طرف: عرفهای پراکنده و ضعف مقررات حقوقی احساس می‌شد بدین جهت ناچار این جنبش بوجود آمد و برای اینکه حقوق مدنی را برابر حقوق اسلام قرار دهند دانشمندان به حقوق رم که در زمان خویش مدون بود توجه کردند و بدیهی است

دنباله زیرنویس از صفحه قبل:

René David, Camille Jauffret Spinosi. Introduction au droit comparé et deux grands systems de droit contemporains.

دو بخش از کتاب فوق توسط حسین صفائی تحت عنوان نظامهای بزرگ حقوقی معاصر ترجمه و تلخیص شده است. چاپ سوم، نشر دادگستر، ۱۳۸۰.

عرفها با اتصال به سنن و گذشته‌ها از چشمه حقوق رم سیراب می‌شد و این توجه به حقوق رم کاملاً طبیعی و عادی بود. ولی چه بسا احساس حقارت در برابر حقوق اسلام موجب توجه بیشتر به حقوق رم شد تا خاطره عظمت رم را در اذهان زنده کند.

تجدید حقوق رم دوران بعد از صلیبی

۴- این امر موجب شد که علماء مکاتب توجه کنند که در مدارس حقوق رم تدریس گردد و چون تا این تاریخ حقوق حاکمی وجود نداشت و تمام مسائل اجتماعی توسط روحانیون و به کمک قواعد اخلاقی و انصاف مبتنی بر مسیحیت حل می‌شد این جنبش جدید بحثی را بوجود آورد که حقوق رم چون قبل از مسیحیت بوده است آیا از لحاظ مذهب منسوخه نیست؟ و آیا اعمال و تدریس آن کفر نمی‌باشد؟ سن توماس داکن^{۴۵} روحانی فیلسوف به این پرسش پاسخ منفی داد زیرا مسیحیت مجموعه قواعد اخلاقی است و قاعده حقوقی رم مبتنی بر منطق حقوقی می‌باشد و تا منافات یک قاعده و قانون خاص با اخلاق مسیحیت روشن نباشد نمی‌توان آن را برخلاف مذهب دانست بدین نحو در قلمرو تئوری و بحث علمی حقوق رم از نو زنده شد و زبان لاتین نیز که زبان علمی و عمومی تمام علمای زمان بود به توسعه این بحث‌ها کمک نمود.

مکتب حقوق فطری و آثار آن

۵- بحث علمی در مورد مبنای قواعد حقوقی موجب ظهور و تکامل مکتب حقوق فطری شد. این مکتب معتقد بود که قواعد حقوقی برحسب مکان و زمان متغیر می‌باشد و به قول پاسکال یک خط فرضی رودخانه یا سلسله جبال موجب می‌شود امری که در یک طرف مجاز و مستحسن است در طرف دیگر ممنوع و مستوجب مجازات باشد. این مکتب می‌کوشید به کمک عقل و منطق این قوانین مطلق و عمومی که از فطرت و طبیعت انسان و اشیاء سرچشمه می‌گیرد جستجو کرده و بیابد و پس از یافتن آنها را مدون نماید استفاده از عقل و منطق حقوقی که در رم متداول بود توسط این مکتب بکار بسته شد پس از یافتن قواعد به زعم خویش به جمع‌آوری و تدوین آنها اهتمام گردید تمایل به تدوین و تنظیم قوانین از دنباله‌های این مکتب

⁴⁵ - St. Thomas d'Aquin

است. مکتب جدید در قلمرو حقوق خصوصی چندان کاری نکرد زیرا تمام روابط افراد در حقوق رم مورد تنظیم و قانونگذاری قرار گرفته بود این مکتب قواعد مزبور را جمع‌آوری نموده و سپس می‌کوشید که آنها را با حالات جدید تطبیق دهد و از طرفی قاعده کلی و همگانی را استنتاج کرده و همه اروپا را در تحت آنگونه قواعد وحدت بخشد. در حقوق رم اصولاً برای دولت و یا حکومت وظیفه‌ای نمی‌شناختند و به نظر آنان وظیفه دولت حکومت کردن و ایجاد نظم بوده و وظیفه مردم اطاعت، علیهذا حقوق عمومی در دوران عظمت رم موضوع نداشت. مکتب حقوق فطری در این زمینه که خالی بود قدمهای مفید و مؤثری برداشته است و علم حقوق را به ماوراء حکومت تسری داد، به نحوی که اساس مسئله دولت و حکومت را نیز تحت ضابطه‌ای درآورد. بدین طریق سه اثر از این مکتب مشاهده می‌شود:

اول- رواج مجدد حقوق و اتکای به عقل و منطق حقوقی

دوم- تدوین قوانین و مقررات.

سوم- توسعه علم حقوق و میان کشیدن مسئله حکومت و دولت:

تقسیم بندی علم حقوق به عمومی و خصوصی و مبنای آن

۶- تقسیم‌بندی علم حقوق به حقوق عمومی و حقوق خصوصی در این دوران وارد حقوق اروپائی شد. در انگلستان از قرن ۱۱ میلادی وحدت حقوقی ایجاد گردید - بعداً مشروحاً مورد بحث قرار خواهد گرفت که - تقسیم‌بندی علم حقوق به عمومی و خصوصی موضوع نداشت زیرا مبنای ورود این تقسیم‌بندی آن بود که تا قبل از پیدایش مکتب حقوق فطری برای دولت وظیفه‌ای نمی‌شناختند و حقوق فطری برای دولت نیز حدود وظیفه ایجاد نموده بود، به دنباله آن سیستمهای حقوقی مانند انگلستان دولت و افراد را در مقام حل اختلاف برابر می‌دانستند و لذا چنین تقسیم‌بندی قابل پذیرش نبود اما سیستمهای مانند فرانسه در حقوق نوشته به دنباله تأثیر قبلی در حقوق اسلام که از قرن هفتم میلادی آغاز شد خلیفه در رأس سیستم حکومتی حقوقی قرار دارد و مردی عادی است همسان سایر مردم و مانند همانها تحت مقررات قانونی است. داستان تقاضای عمر در بدو خلافت از مردم و پاسخ تند یکی از مستمعین نمایانگر این حقیقت است و همچنین داستانهای فراوانی از محاکمات خلفای راشدین (چه بعنوان فردی و چه بعنوان

خلیفه) یا افراد عادی نیز حاکی از این حقیقت است که حکومت و حاکم‌ها محدود به حدود قانونی است و حتی در مقابل اخذ مالیاتها موظف به انجام وظایفی هستند که اگر انجام ندهند ممکن است مورد بازخواست و محاکمه عادی قرار گیرند، همچنین در انگلستان در زمان غلبه گیوم فاتح از ۱۰۶۹ روشی که اخلاف او در پیش گفتند (در موقع خود تفصیلاً بحث خواهد شد) سیستم حقوقی را بوجود آورد که در آن نیاز به چنین تقسیم‌بندی احساس نمی‌شد و چنین تقسیم‌بندی که به نظر ما کاملاً طبیعی و غیر قابل اجتناب است در حقوق فعلی انگلستان موضوع ندارد. در اروپا توجه علماء و مکاتب علمی و همچنین دروس دانشگاهها متوجه حقوق رم شد و این فکر در ذهن خواص ایجاد گردید که برای تدوین حقوق می‌باید حقوق رم را احیاء نمود. روابط افراد و خلاصه حقوق ملتها همان عرف و عادت محلی بود که برحسب ولایات قلمرو فتودالها متفاوت بود معهداً بعد از انقراض رم نیز حقوق آن به نحو غیرمستقیمی و بصورت نیمه جانی ادامه حیات می‌داد. بسیاری از قواعد عرفهای محلی در ذهن مردم جای گرفته بود برای تدوین حقوق دو راه بنظر می‌رسید اول آنکه عین حقوق رم احیاء شود دوم آنکه عرف و عادت محلی مستقر گردد.

دورانهای قبل از انقلاب کبیر فرانسه

۷- در انگلستان تمرکزی که ایجاد شده بود و نرماندها بعد از تصرف خاک انگلستان می‌خواستند سراسر قلمرو خود را وحدت بخشیده و حکومت خویش را استقرار دهند دادگاههایی که تأسیس نمودند در این مسیر قدم برداشت که عرفهای متفاوت را بهم نزدیک کرده و عرف مشترکی را برای تمام مملکت بوجود آورد که تشکیل کامن لاء (قانون مشترک) نتیجه و محصول این کوشش است. اما در اروپا با استقرار عادات مختلف محلی، نبودن یک حکومت که بخواهد این تفاوتها را وحدت بخشد چنین مسیری برگزیده نشد و حقوق از جنبه تئوری و تدریسی همان حقوق رم بود و از جنبه عملی مقررات عرفهای متفاوت محلها را کوشیدند در مجموعه‌های مدونی جمع‌آوری کنند و مورد عمل قرار دهند. اما چون عرف همواره از گذشته سرچشمه می‌گیرد و قادر به حل و فصل مسایل آینده و بدون سابقه نیست لذا مسائلی که جدیداً در میان مردم مطرح می‌شد قابل حل و فصل با عرف نبود، در اینجا بود که

تحت تأثیر علمی علماء راه حل آن طبق عقل و منطق حقوقی از حقوق رم استخراج می‌گردید.

پارلمانهای فرانسه

۸- دادگاههای محلی که بنام پارلمان نامیده می‌شدند کم‌کم در تدوین و اعلام حقوق نقش مؤثری را ایفا نمودند این دادگاهها گرچه با نظریات علمی حقوقی نیز آشنا بودند ولی نقش مستقل از دانشگاه داشته برای خود وظیفه دیگری قایل بودند که آن اداره مملکت و استقرار نظم صلح قضائی بود. در این مسیر چه به حقوق رم و چه به عرف استناد می‌کردند اما به هر جهت مصلحت شاه یعنی حفظ آرامش را رعایت کرده و بر طبق اصول انصاف رأی می‌دادند. پارلمانها در قضیه‌ای که مطرح می‌شد اگر سابقه نداشت بجای اینکه حکم مورد را صادر نمایند حکم کلی می‌دادند و این احکام به منزله قانون آینده تلقی می‌شد و به همین نحو حقوقی مبتنی بر عرف به توسط مراجع یا محاکمی که تحت تأثیر حقوق رم بودند تدوین می‌شد. آراء پارلمان پاریس کم‌کم بواسطه تفوقی که بر سایرین داشت بیشتر مورد اقبال واقع شده عمومیت می‌یافت. شاه در قلمرو کار و علم این دادگاهها دخالتی نمی‌کرد فقط در مورد مسائل مربوط به حفظ و نگهداری نظم و امنیت و همچنین تشکیل و طرز دادگاهها احیاناً فرامینی صادر می‌نمود. در زمینه حقوق خصوصی بنا به گفته ژرژ ریپر^{۴۶} فیلسوف و حقوقدان فرانسوی «لویی چهاردهم که ما او را دیکتاتور می‌نامیم هرگز جرئت نمی‌کرد و به خود اجازه نمی‌داد در زمینه مسائلی که امروز قوه مقننه به سهولت قانون لازم الاجرا تصویب می‌نماید دستوری صادر نماید، وی مثلاً هرگز در مورد روابط زوجین و مسائل صرفاً شخصی و عاطفی مردم فرمان صادر نمی‌کرد اما مقنن به اصطلاح دمکرات امروز در تمام شئون برای مردم تعیین تکلیف می‌کند». رنه داوید دخالت پادشاه را در صدور فرامین به اختیارات خلیفه اسلامی تشبیه می‌کند که بدون داشتن حق تغییر قانون می‌تواند فرامینی در مورد بهتر اجراء شدن آن صادر نماید.

دوران تدوین قوانین

۹- دو رشته حقوق به موازات یکدیگر در حرکت بودند. در دانشگاهها حقوق رم تدریس و

⁴⁶ - George Ripert

بحث می‌شد و با ریزه‌کاری‌های خاص فنی مسائل حقوقی مطرح می‌گردید و در جامعه و روابط عادی بین مردم مقررات مدون نشده عرف حاکم بود، پارلمان که بصورت دادگاه و مقنن تشکیل شده بود ضمن اینکه از لحاظ علمی در سطح عالی قرار داشته طبعاً با علما در تماس بوده و تحت تأثیر حقوق رم نیز بود اما حقوق عرفی را مورد عمل قرار می‌داد. بارها تصمیم گرفته شد مقررات حقوقی جمع‌آوری و تدوین گردد و حتی لوئی ۱۴ قصد داشت مقررات حقوقی و قانون فرانسه را جمع‌آوری و تدوین کند اما توفیق نیافت. مکتب حقوق فطری معتقد بود که قوانین فطری و طبیعی باید به کمک عقل و منطق حقوقی جستجو و استنتاج شده جمع‌آوری گردد کامبائرس فیلسوف و حقوقدان این مکتب می‌گفت: «بایستی مجموعه قوانین فطری که آزادی ضامن وجود آن عقل ضمانت اجرای آن محسوب می‌شود تدوین گردد» وی گرچه حکومت را مجاز نمی‌دانست که قانون تصویب و اجرا نماید اما بمنظور وصول به هدف خود یعنی استقرار مجموعه قوانین فطری این بدعت را مجاز می‌دانست که رئیس مملکت یکبار چنین قانونی را تصویب و دستور اجراء صادر کند. اما قبول این بدعت ولو برای یکبار موجب آن می‌شود که از آن پس رئیس مملکت خود را مجاز بداند که هرچه را اراده کرد بعنوان قانون تصویب و بر ملت تحمیل نماید بدون اینکه مطابقت آن را با قانون فطری در نظر گیرد. بعد از انقلاب بارها کمیسیون‌هایی مأمور تدوین قانون مدنی فرانسه شدند ولی توفیق نیافتند تا در زمان ناپلئون شورای دولتی فرانسه که از علماء و حقوقدانان دانشمند تشکیل یافته بود این قانون را فراهم آورد. ناپلئون معتقد بود که دیگر دوران «ویران کردن» انقلابی گذشته است و باید سازندگی را شروع کرد و می‌گفت: «داستان انقلاب تمام شد باید تاریخ آن را شروع کرد و متوجه جنبه‌های واقعی و ممکن الوصول بود...». در غالب جلسات این شورا ناپلئون شخصاً حضور می‌یافت و چند مورد معدود خود نیز در مباحثات علمی شرکت کرده اظهار نظر می‌نمود. وی تصویب کدهای قانونی را آنقدر مهم می‌دانست که آن را هم ارج تمام فتوحات جنگی خویش قلمداد می‌نمود.

سود و زیان تدوین

۱۰- تدوین قانون مدنی فرانسه موجب گردید که عرفهای متفاوت محلی کم‌کم محو شد و زیر

لوی قانون واحد وحدت سیاسی بهتر تأمین شود. مقدمات این امر را قبلاً پارلمانها فراهم کرده بودند و بخصوص متدرجاً که پارلمان پاریس اهمیت بیشتری یافته بود آراء آن مورد استفاده و استنتاج سایر پارلمانها قرار می‌گرفت حتی قبل از تدوین قانون مدنی فرانسه گروههای مهاجرین فرانسوی و کانادا در ایالت کبک مجموعه آراء پارلمان فرانسه را بصورت قانون مدنی درآوردند بطوری که بعد از تدوین قانون مدنی فرانسه مهاجرین احتیاج به اقتباس آن نداشتند. با توجه به سوابق تاریخی و همچنین نظریه مکتب حقوق فطری اهمیت شایانی که تهیه‌کنندگان این کدها برای مجموعه قوانین خود قائل بودند موجب شده بود که آن را لایتغیر تلقی کرده و حتی ناپلئون ضمن فتوحات خود به هر جا که می‌رفت قانون مدنی را هم همراه قشون خود می‌برد. بعدها متدرجاً ممالک مزبور آن قانون را طرد کردند و خود قوانین جدید تصویب نمودند که بدیهی است اثر قانون مدنی فرانسه در آنها کاملاً مشهود است. این ایراد را بر تدوین قانون وارد می‌کنند که وحدت حقوقی که تقریباً در اروپا برقرار بود در اثر این امر دچار تزلزل شد و در داخله سیستمهای حقوقی رومانو-ژرمانیک انشعابات بی‌وجود آورد.

تقسیم بندی و نظریات حقوقی

پیدایش حقوق عمومی و بررسی وظیفه دولت و کنترل آن

۱۱- در رم قدیم تقسیم‌بندی حقوق عمومی و حقوق خصوصی وجود نداشت و رشته‌ای بنام حقوق اساسی یا حقوق اداری شناخته نبود و حتی حقوق جزا نیز از انشعابات حقوق خصوصی تلقی می‌شد زیرا غالباً برای ضمانت اجرای روابط افراد وضع می‌شد. با پیدایش مکتب حقوق فطری و نیز نفی جنبه الهی بودن حکومت کوشش شد مقرراتی که تشکیل و اداره حکومت را منظم می‌سازد تدوین گردد و بر مبنای یافتن قواعد مطابق در واقع حکومت و دولت هم در قلمرو علم حقوق قرار داده شود. در این زمینه دو سوال پیش می‌آید که کوشش حقوقی عمومی در راه پاسخ به آن نتایج و آراء متفاوت منتج شده و هر سیستمی روش بخصوصی در این مورد اتخاذ می‌کند.

اولاً اگر قانون مظهر اداره ملت‌ها بوده مردم هرچه را بخواهند قانون تلقی می‌شود و دولت نیز نماینده و مظهر ملت است پس دیگر دولت چگونه می‌تواند مقید باشد.

ثانیاً با تدوین تعهدات و وظایف دولت چگونه می‌توان رعایت آن وظایف را کنترل نمود و محاکمی که خود به هر جهت جزئی از این پنیر (دستگاه حاکمه) هستند چگونه می‌توانند قضاوت کنند و نتیجه قضاوت را اجرا نمایند.

نقش سه قوه مملکتی در سیستم رومانوژرمانیک

۱۲- در سیستم‌های حقوقی گروه حقوق نوشته یا رومانو-ژرمانیک امروز قوه مقننه را مظهر اراده ملت می‌دانند و بهمین جهت این قوه در تدوین قانون هیچ محدودیتی ندارد و حتی کنترل مطابقت قوانین عادی با قوانین اساسی غیرممکن است و دو قوه دیگر یعنی مجریه و قضائیه نسبت به مقننه تابعیت دارند و بنابراین مقننه برای ایجاد وظایف و محدودیتهای آن دو قوه دیگر مقررات و قوانینی را تصویب نموده و رابطه آنان با ملت بواسطه تصمیمات قوه مقننه تدوین می‌گردد اما قوه مقننه خود به هیچ قیدی مقید نیست. در این سیستمها قوه مجریه و قضائیه در واقع قدرت خود را از قانون یعنی تصمیم قوه مقننه می‌گیرند نه از اراده مستقیم ملت اما در سیستم انگلستان هر سه قوه خود را مأمور از طرف ملت می‌دانند و قوانین مصوبه عملاً وقتی در زندگی مردم وارد می‌شود که بر مبنای آنها آرائی از مراجع قضائی قوه قضائیه صادر شود یا در آمریکا دیوان عالی حق دارد قوانین مخالف قانون اساسی را باطل نماید.

۱۳- در سیستمهای رومانو-ژرمانیک (که ما فرانسه را بعنوان مدل تحت بررسی بیشتر قرار می‌دهیم) تقسیم‌بندیهای مشابهی از رشته‌های علم حقوق دارد و بخصوص در زمینه حقوق خصوصی و مبحث تعهدات و ازدواج که از حقوق رم و عرف و حقوق کلیسا سرچشمه می‌گیرد غالب نهادهای حقوقی در این کشورها مشابه است و اصطلاحات مشابهی بکار برده می‌شود و بهمین جهت ترجمه متون حقوقی به یکدیگر آسان است.

منابع حقوق در سیستم‌های حقوق نوشته

۱۴- منابع اصلی علم حقوق در این سیستمها را بطور کلی عبارت می‌دانند از:

۱. قانون
۲. عرف
۳. رویه قضائی

۴. عقاید علمای حقوق

و بعضی بر این چهار منبع پنجمی نیز اضافه کرده و اصول کلی حقوقی را بعنوان منبع اسم می‌برند. گرچه اصول کلی حقوقی مبنائی مسلم در علم حقوق است اما این اصول اگر مذکور در قانون باشند عنوان قانون آن را در بر می‌گیرد و اگر مبتنی بر رویه قضائی باشد جزء رویه قضائی محسوب می‌شود و بنابراین بعنوان منشأ مستقلی نمی‌توان از آن نام برد.

اول: قانون

۱۵- در سیستم حقوق نوشته قانون منشأ اصلی حقوق و حق است بنحوی که در خارج از قانون وجود حق تصور نمی‌شود. ازدیاد قدرت مقننه و دخالت تدریجی دولت‌ها در کلیه امور و توسعه حقوق عمومی کم‌کم قانون را در اذهان عمومی از حق به معنای اخلاقی آن متمایز ساخت اما علم حقوق همواره مبنای خود را در قانون جستجو می‌کند در این زمینه ژرژ پیر حقوقدان مشهور فرانسوی معتقد است که: «وظیفه حقوقدان در تفسیر آنچه به تصویب می‌رسد خلاصه نمی‌شود بلکه علم حقوق محدوده وسیعتری دارد که خود مقننه را نیز در برمی‌گیرد».

سلسله مراتب قانون

۱۶- منظور از قانون نه تنها مصوباتی است که مقننه به تصویب می‌رساند بلکه آئین‌نامه‌ها و نظاماتی که قوه مجریه نیز در حدود اختیار قانونی خویش تصویب می‌کند در زمره منابع حقوق و بعنوان قانون نام برده می‌شود. سلسله مراتب این مقررات بنحو زیر است:

۱. قانون اساسی

۲. قوانین عادی و قراردادهای منعقد بین دول

۳. لوایح قانونی مصوبه

۴. آئین‌نامه‌ها و نظامنامه‌ها

۵. بخشنامه‌ها

مطابقت قانون عادی با قانون اساسی و کنترل آن

۱۸- قانون اساسی در سیستمهای حقوق نوشته منطقی‌اً از برتری برخوردار است و مقننه و مجریه

موظف هستند مصوبات خود را با آن تطبیق دهند اما چون برای مطابقت قانون عادی با قانون اساسی ضمانت اجرای موثری وجود ندارد در عمل قانون اساسی و قانون عادی ارزش قضائی برابری دارند حتی می‌توان گفت قانون عادی اعتبار و قدرت بیشتری دارد و در واقع حیثیت خاص قانون اساسی بواسطه خصوصیت سیاسی آن است که محصول کار هیئت مقننه فوق‌العاده می‌باشد. در آلمان ماده ۳۰ قانون اساسی فدرال می‌گوید «قوه مقننه باید قانون و حقوق را رعایت کند و در برابر دستوری مخالف با این قاعده هر آلمانی حق دارد در صورتی که نتواند از طریق دیگری آن را ابطال کند در برابر آن مقاومت نماید». دیوان عالی فدرال سوئیس قوانین کانتونها را در صورت تضاد با قانون اساسی فدرال ابطال می‌کند یا در شرایط خاصی که عده معینی از مردم تقاضا نمایند قانون تصویب شده قطعی را برای قبول یا رد عمومی در معرض رفراندوم قرار می‌دهند.

معاهدات بین‌المللی

۱۸- قوانین عادی و معاهدات بین‌المللی هر دو به تصویب مجلس مقننه عادی می‌رسد و بنابراین غالب حقوقدانها و سیستمهای حقوق نوشته آن دو را همدریف می‌دانند ولی بعضی معتقدند که چون در انعقاد معاهدات بین‌المللی اراده دو ملت ابراز می‌شود و متوافق می‌گردد باید آن را بر قانون داخلی که مظهر اراده یک ملت است برتری داد و قانون اساسی ۱۹۵۸ فرانسه از این قبیل است.

لوائح قانونی

۱۹- لوائح قانونی هر چندگاه یکبار به اشکال مختلف در بعضی سیستمهای حقوقی (فرانسه، ایران و سوئیس و...) به چشم می‌خورد که مقنن به شخصی معین یا مرجع معین اختیار می‌دهد در قلمرو خاصی وضع قانون کرده به اجرای آزمایشی آن اقدام نماید و نتیجه امر را برای اتخاذ تصمیم نهائی به قوه مقننه گزارش دهد. هم اکنون در حقوق ما لوائح قانونی فراوانی مورد عمل است که مقنن به کمیسیونهای مجلسین اختیار تصویب بعضی مقررات را داده است. در مورد این لوائح قانونی از این نظر که بمنزله قانون تلقی می‌شود ظاهراً مرجعی نباید بتواند مطابقت آنها را با قانون اساسی کنترل نماید اما چون تصویب لوائح قانونی به مستند اعطای اختیارات تقنینی

است و مقنن گرچه خود عملاً قانونی مخالف با قانون اساسی تصویب می‌کند اما از نظر اصول حق این کار را ندارد در اعطای اختیارات نیز قوه مقننه اختیاراتی را می‌تواند اعطا کند که خود حائز باشد و علیهذا تصویب لایحه برخلاف قانون اساسی علی القاعده باید بعنوان تجاوز از اختیارات تلقی گردد و ابطال شود. در ایران لوایح مصوبه کمیسیونهای مجلسین را مشمول کنترل نمی‌دانند اما لوایح مصوبه شخص فقط در صورتی که از موارد مصرحه اختیارات تجاوز شده باشد را مشمول می‌دانند.

آئین نامه‌ها و نظامنامه‌ها

۲۰- آئین نامه‌ها و نظامنامه‌ها باید فقط در اموری باشد که تصویب آن علی الاصول در اختیار قوه مقننه است و یا بموجب اختیاری باشد که مقنن در طی قانون بقوه مجریه اعطا می‌کند و نیز باید با قوانین عادی و اساسی منطبق باشد. محاکم قضائی (در فرانسه بلژیک، سوئیس، آلمان، ایران) آئین‌نامه‌ای را که برخلاف مقررات قانون و یا خارج از حدود اختیارات باشد اجرا نخواهند کرد. اصل ۸۹ متمم قانون اساسی ایران مقرر می‌دارد (دیوانخانه عدلیه و محکمه‌ها وقتی احکام و نظامنامه‌های عمومی و یا ایالتی را مجری خواهند داشت که آنها مطابق با قانون باشند. در ایران و فرانسه محاکم قضائی در هر مورد به چنین آئین‌نامه یا تصویب‌نامه‌ای برخورد کردند موظف هستند در همان مورد و پرونده خاص از اجرای آن خودداری کنند اما نمی‌توانند بطور کلی آن را ابطال نمایند اما در فرانسه بررسی قرار داده و چنانچه آن را با قانون منطبق ندانست ابطال کند.

دوم: عرف

۲۱- روانشناسان حرکات انسان را از جنبه نیروی محرکه‌ای که باعث عمل شده است به چهار گروه تقسیم کرده‌اند:

۱. حرکات غریزی
۲. حرکات واکنشی
۳. حرکات ارادی
۴. حرکات عادی

عادت در اصطلاح علم حقوق عبارت است از اتخاذ روش خاصی برای رفع نیازمندیهای خویش به نحوی که برای رفع هر نیازمندی همیشه روش واحدی اتخاذ شود. عرف عبارت است از عادت‌هایی که منشأ اولیه آن تفکر و اختیار بوده و افراد یک جامعه حرکات ارادی مسبوق به تعقل و اختیار را مدتهای مدید بصورت واحد و یکنواختی تکرار کرده بصورت عادی درآورند بنابراین عرف خاص از عادت تلقی می‌شود.

تشکیل تدریجی عرف

۲۲- تشکیل عرف و عادت مراحل دارد که می‌توان بدین نحو خلاصه کرد: بدو موضوعی بصورت عادی در بین مردم شایع می‌شود و افراد بدان عادت پیدا می‌کنند بدون اینکه آن امر الزامی تلقی شود مانند بسیاری عادات شخصی، در مرحله بعد این عادت به صورت متداول درآمده و حالت روانی الزام‌آور آن از افراد تجاوز می‌کند. در مرحله سوم این معمول در منطقه وسیعی و فی‌المثل در مملکتی متداول شده و همگانی می‌شود بطوری که هر فرد توقع دارد که سایرین بدانگونه رفتار نمایند.

فرق عرف و مد

۲۳- از همین تعریف و ذکر مراحل عرف می‌توانیم فرق بین عرف و مد را تشخیص دهیم زیرا عرف در طی سالیان دراز نوعی حالت اجبار پیدا کرده و افراد از لحاظ روانشناسی خود را ملزم به رعایت آن می‌دانند و سایرین نیز انجام این الزام را کنترل می‌کنند و حال آنکه مد این الزام را ندارد و صرفاً جنبه زیباپسندی را برحسب سلیقه شخصی (یا اشخاص) تأمین می‌کند. فی‌المثل اگر کسی رعایت صف و نوبت را که عرف است ننماید مورد ملامت شدید و اعتراض سخت دیگران واقع می‌شود اما اگر کراوات نزنند و شلوار و لباس برحسب مد روز نپوشد مورد ملامت همگانی واقع نمی‌شود. به عبارت دیگر عادت تقلید از گذشته است و ریشه آن در سابقه جامعه است ولی مد مانند چنگک و شاخه به آینده قلاب شده و بزعم خویش جامعه را می‌خواهد رو به آینده ببرد. عادت بیشتر جنبه عمومی و هماهنگی داشته و مسبوق به تعقل و اختیار است ولی مد اختصاصی‌تر بوده و بستگی به سلیقه‌های فردی دارد.

۲۴- عرف منبع مستقل حقوق تلقی نمی‌شود بلکه در سیستمهای حقوق نوشته از آن جهت به

عرف اعتبار می‌دهند که قانون خود در موارد متعددی رجوع به عرف را دستور داده است و در واقع اعتبار آن ناشی از دستور قانون است. عرف برای اینکه الزام‌آور باشد باید مسلم و قطعی باشد و قانون مدنی ایران بارها امر را به «عرف مسلم» ارجاع می‌نماید و حتی در سیستمهای حقوقی عرفی نیز مسلم بودن عرف که نتیجه قدمت آن است شرط اساسی اعتبار به آن می‌باشد مثلاً در حقوق انگلستان عرفی مسلم و قدیمی به حساب می‌آید که قبل از ۱۱۸۹ موجود بوده است. به استثنای مسائل حقوق تجارت که عرف مؤخر از آن تاریخ نیز قابل قبول است. اما همینکه عرفی موجود بود فرض بر آن است که این عرف قدیمی و مسلم است مگر اینکه حدوث آن ثابت شود و یا نحوه عرف مقتضی حدوث آن باشد (فی المثل عرف در مورد مسایل مربوط به اتومبیل و غیره).

موافقین و مخالفین عرف

۲۵- موافقین و مخالفین عرف سیستمهای حقوق نوشته و حقوق عرفی، قانون و عرف را منبع حقوق می‌دانند اما در سیستم اهمیت و اولویت را به یکی از آن دو می‌دهند. اولویت عرف را می‌توان جلوه‌ای از حقوق پیرو دانست که پیروی حقوق از آراء مردم مستقیم و دائمی است. در سیستمهای دموکراسی که اولویت و قاطعیت با قانون است گرچه اساس سیستم حقوقی بر پیروی از آراء مردم قرار دارد ولی این پیروی بصورت تصویب قانون (بر مبنای خواست مردم) جلوه می‌کند و قانون بعد از تصویب پیشرو علم حقوق و ملت قرار می‌گیرد. عمده ادله موافقین اولویت عرف در انتقاد بر قانون آن است که با استناد به مکتب تاریخی حقوق و تحول مداوم آن می‌گویند:

اولاً قانون چون عمومیت بیشتری دارد بر همگان و بالتیجه بر بسیاری افراد که آشنا بدان نیستند تحمیل شده و نمی‌تواند همه جا مطابق عدالت باشد حال آنکه عرف آن عمومیت را ندارد.

ثانیاً قانون ثابت است و تغییر آن ممکن نیست مگر آنکه بعد از مدت‌ها اجرا و احساس نارضائی مردم اقدام به تغییر آن شود و گرچه خود ثبات موجب اطمینان خاطر می‌گردد اما نارضائیهای فراوانی احیاناً ایجاد می‌کند.

ثالثاً قانون نمی‌تواند تمام حالات ممکنه را پیش بینی کند.

بعضی از حقوق‌دانان انگلیسی حقوق و طرز اداره جامعه را به طرز تربیت و نگاه داری حیوان خانگی مثلاً سگ تشبیه کرده می‌گویند شما هرگز برای سگ خود قانون وضع و ابلاغ نمی‌کنید هر وقت کار بدی کرد او را تنبیه می‌کنید و هر وقت کار خوبی کرد پاداش می‌دهید و خود آن حیوان متدرجاً از مجموعه تنبیهات و پاداشها روش متناسب را درک می‌کند. اما موافقین اولویت قانون همان عدم ثبات را بر عرف ایراد می‌کنند و معتقدند که عرف ناشی از عواطف و احساسات مردم است و بیشتر تابع غریزه است تا تعقل از طرفی بواسطه ابهام و مجمل بودن دستاویز مناسبی است برای اینکه حکومت‌های خودکامه آنچه را می‌خواهند بنام عرف تحمیل می‌نمایند.

سوم: رویه قضائی

۲۶- در سیستم‌های حقوق نوشته قاضی تابع قانون است و برای رأی خویش باید از مواد مصوبه قبلی استفاده نماید. با توجه به اینکه مقنن نمی‌تواند کلیه حالات را پیش‌بینی کند و جامعه در رشد و حرکت اجتماعی خود به مسائلی برخورد می‌کند که قانون پیش‌بینی نکرده است ولی قاضی نمی‌تواند به هیچ بهانه‌ای از صدور رأی خودداری کند و ناچار است مسائل مطروحه را حل کند لذا در این مورد تفسیری که قوه قضائیه از قانون بعمل می‌آورد و یا اصول کلی حقوقی که ابداع می‌نماید یکی از منابع حقوق محسوب می‌شود. در چنین مواردی قاضی با توجه به روح قانون و نیت مقنن حکم مسئله را حل می‌کند اما به قول بالو بوپره رئیس وقت دیوان کشور فرانسه در ۱۹۰۸ وقتی عبارت قانون مبهم باشد قاضی نباید درصدد برآید تا بفهمد فرضاً نظر قانونگذار در صد سال قبل چه بوده است بلکه باید تحقیق نماید که هرگاه این قانون در عصر حاضر به تصویب می‌رسد قانونگذار از آن چه منظوری باید داشته باشد. چنین است که مثلاً قانون جزای فرانسه سرقت را ربودن مال غیر به نحو متقلبانه تعریف می‌کند. بعدها که برق بوجود آمد همان ماده سرقت را بر سرقت برق نیز تطبیق دادند و حال آنکه مسلماً تعریف فوق بر سرقت برق تطبیق نمی‌کند (حقوق ایران نیز همین گونه است). یا در تفسیر قوانین اصولی از قبیل سوءاستفاده از اعمال حق، مسئولیت دارنده شیئی بی‌جان، غنی شدن بدون جهت که

موجب اضرار به غیر باشد اصولی استنتاج کرده است که حتی گاهی در قوانین بعدی مقنن نیز به آن اشاره کرده است. یا در قوانین اسلام خمر تحریم شده است و بر این تحریم آثار حقوقی از قبیل عدم مالکیت مسلمان بر آن یا عدم صحت بیع آن بار شده است، در بدو تشریح این حرمت لغت خمر بر شراب انگور و خرما تلقی می‌شد زیرا هنوز نمی‌توانستند از سایر مواد مشروب تهیه نمایند اما بعداً که علیرغم عده معدودی از فقهای اهل سنت و فقهای شیعه آن را بر هر یک از انواع شراب که سکر بیاورد اطلاق نمودند و از صد سال قبل فقهای شیعه حرمت را به مواد مخدر از قبیل تریاک و غیره نیز تسری دادند (کتاب ذوالفقار^{۴۷} و تفسیر بیان السعاده^{۴۸}).

الزام یا عدم اطاعت در رویه قضائی

۲۷- در سیستم حقوق عرفی چون محاکم موظف به رعایت آراء سابق الصدور می‌باشند در واقع عرف وقتی بصورت قاعده حقوقی درمی‌آید که مورد رأی محکمه‌ای قرار گیرد اما الزام به رعایت سابقه در سیستم حقوق نوشته وجود ندارد و رویه قضائی ممکن است تفسیر جدیدی از قانون و اصول که مخالف آراء سابق باشد بعمل آورد. استثنائاً در آلمان آراء صادره از «دیوان فدرال عدالت اساسی» برای محاکم لازم الاجراست و از این حیث رعایت سابقه الزامی است و همچنین در سوئیس رأی دیوان عالی فدرال مبنی بر «مخالف بودن قانون ایالتی با قانون اساسی فدرال» سابقه الزامی تلقی می‌شود. در ایران نیز تحت شرایط خاصی رأی هیئت عمومی دیوان

^{۴۷} - حضرت حاج ملا علی بیدختی گنابادی، ذوالفقار، در حرمت کشیدن تریاک، چاپ چهارم، انتشارات حقیقت، ۱۳۸۲، تهران، باب ششم از فقره چهارم، صص ۷۳-۶۹.

^{۴۸} - حضرت حاج ملا سلطانمحمد بیدختی گنابادی، بیان السعاده فی مقامات العبادة، چاپ دوم، در چهار مجلد قطع رقعی در سال ۱۳۴۴ شمسی در چاپخانه دانشگاه تهران به طبع رسیده است. این تفسیر به زبان عربی است و ظرافت کلامی منحصر به فردی دارد که ترجمه آن کیفیات عبارات و اشارات آن را تنزل می‌دهد. ترجمه فارسی آن توسط محمدآقا رضاخانی و دکتر حشمت‌الله ریاضی، سازمان چاپ و انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۳۷۷، تهران، موجود است ولی استفاده از آن بدون مراجعه به متن اصلی کافی نیست لذا مترجمان متن فارسی را با متن عربی در مجلّات چاپی با هم آورده‌اند.

عالی کشور الزام آور بوده و حکم قانون را دارد و این امر شاید تا حدی تحت تأثیر حقوق اسلامی بوده که حجیت اجماع را با روش حقوق غربی تلفیق کرده است.

چهارم: نظریات علمای حقوق

۲۸- نظریات علمای حقوق گرچه بطور مستقیم اثری محسوس ندارد اما تأثیر فراوان و غیرمستقیم آن از جهات متعدد محسوس است.

الف- بسیاری از دانشمندان و علمای حقوق خود منشأ خدمات قضائی نیز هستند و نظریات خویش را بصورت آراء ابراز می کنند و یا به اشتغال به شغل و کالت نظریات خویش را در معرض قضاوت گذارده و قاضی با بررسی دو نظر مخالف یا متضاد رأیی صادر می کند که از یکی از دو دکتربین متفاوت متأثر است.

ب- بسیاری از نمایندگان مقننه خود صاحب نظر بوده و یا تحصیلات حقوقی کرده و از نظریات علمی آگاه می شوند و عندالاقضاء باعث می شوند آن نظریات بصورت قانون مدون درآید در اینجا نظریه و انتقاد ژرژریبر را یادآور می شویم که معتقد است علم حقوق نباید مصنوعات مقننه را موضوع علم قرار دهد بلکه خود مقننه نیز باید تابع علم حقوق باشد با تکیه بر این نقش اخیر دکتربین و توسعه آن تا حدی نظر ژرژریبر نیز تأمین می گردد.

پنجم: اصول کلی حقوقی

۲۹- اصول کلی حقوقی- در سیستم حقوق نوشته مقنن ضمن تنظیم قانون قواعدی را به عنوان اصول کلی حقوقی بیان می کند این اصول اگرچه جزء قانون است و تعیین و تغییر آن در اختیار مقنن می باشد معهداً عمومیت و دوام آن از سایر مواد قانونی و سایر مصوبات مقننه بیشتر است زیرا با روحیه مردم متناسب بوده و عامه بدان آشنائی بیشتری دارند و در واقع برنامه زندگی آنها را تعیین می کند تا رفتار خود را بر طبق آن تنظیم کنند و این اصول در قوانین متعدد بطور صریح یا ضمنی مورد اتکاء قرار می گیرد. مثلاً اصل لزوم عقود، اصل آزادی اراده فردی در انعقاد عقد. گاهی اصول موضوعه و مقررات قانونی کافی نبوده و یا مصلحت جامعه و روح قانون قوه قضائیه را رهبری می کند که بنحو خاصی اتخاذ تصمیم کند. چنین تصمیماتی با تکرار و مورد اقبال واقع شدن بعنوان اصل کلی در متن حقوق وارد می شود. مثلاً مسئولیت دارنده مال

در برابر خسارتی که از این مال به دیگران وارد می‌شود اول بار بعنوان اصل از طرف رویه قضائی بلژیک مستند به ماده ۱۳۸۴ قانون مدنی ناپلئون اعلام شد و سپس در رویه قضائی فرانسه نیز وارد گردید یا نظریه سوءاستفاده از حق که از طرف علمای حقوق مطرح می‌شد اول بار در سوئیس مطرح شد و سپس در فرانسه مورد قبول رویه قضائی واقع گردید و در موارد مختلف مورد استفاده قرار گرفت.

نظام حقوقی کامن لائو انگلستان

نحوه تشکیل حقوق انگلستان و مراحل آن

۳۰- حقوق فعلی انگلستان با کمک سیستم خاص خود به نحوه تدریجی تشکیل شده است و در واقع هر وقت ضرورتی و موردی پیش‌آمد کرده قاعده حقوقی مخصوص آن مورد از طرف محاکم انشاء گردیده است. بنابر این بررسی حقوق انگلستان از بررسی تاریخچه آن جدا شده و فهم آن بیشتر از هر سیستم حقوقی دیگری نیازمند به مطالعه تاریخ تدوین آن می‌باشد. این سیستم در طی قرون ضامن استقلال و حیثیت انگلستان و ازدیاد روزافزون نفوذ وی در خارج مملکت و تأمین آزادی‌ها و عظمت آن در داخل کشور بوده است. قاضی انگلیسی دادگاه لاهه در دعوی مطروحه بین ایران و انگلستان حکم به نفع ایران صادر کرد و استقلال و حیثیت قوه قضائیه انگلستان را به دنیا نشان داد. زیرا وی معتقد بود همانگونه که ملت او قوه مجریه را مأمور اجراء و پیشبرد سیاست نموده است قوه قضائیه را مأمور اعلام حق کرده است. دولت انگلستان در تمام مستعمرات نظام کلی حقوق خود و طرز دادرسی را که متکی به عرف و عادت و سنن بود و از اخلاق و عقل استمداد می‌کرد پیاده نمود اما در قلمرو امور شخصی و روابط خصوصی افراد آن مملکت دادگاههای تأسیس نموده عرف محلی را پیاده می‌کرد نه عرف انگلستان را و بدین نحو شاید سنگینی بار این استعمارچندان محسوس نبود تا سایر استعمارها.

۳۱- تقنین و تشکیل تدریجی حقوق سیستمهای حقوق نوشته که مبتنی بر تقنین است قواعد کلی را قبلاً بوسیله قانون اعلام می‌کنند و قضات موظفند در موارد خاص حکم قضیه را با منطقی حقوقی استنتاج کنند و بعبارت دیگر یک قیاس منطقی تشکیل دهد که کبرای آن قاعده

قانونی است و صغرای آن دعوی مورد طرح و نتیجه این قیاس بصورت حکم قضائی اعلام می‌شود. اما حقوقدانان انگلیسی معتقدند که سیستم تصویب قانون به منزله آن است که قاعده‌ای که دیروز نبود امروز بطور ناگهانی بوجود آید و بنابر این حقوق بصورت مقطع و بریده بریده و بدون ارتباط با گذشته خلق می‌شود حال آنکه در جامعه بشری حقوق بطور ناگهانی توسط قانون بوجود نمی‌آید بلکه این ملت است که طی تحولات تاریخی خود قواعد حقوقی را تدریجاً بوجود می‌آورد. بنابر این در لحظه‌ای که دعوی طرح می‌گردد قاضی باید در عرف مسلم مردم که بصورت آراء محاکم قضائی درآمده است جستجو کند که برای چنین موردی چه قاعده‌ای تجویز کرده‌اند و بعد از یافتن عرف مناسب و رعایت جانب انصاف بر طبق آن رأی صادر کند و اگر این رأی بدون سابقه قبلی باشد ممکن است خود مبنا و مستند آراء بعدی قرار گیرد در واقع رأی قاضی اعلامیه رسمی است مبنی بر اینکه چنین قاعده‌ای وجود دارد.

وجه اشتراک سیستم حقوق انگلستان و حقوق رومانوژرمانیک

۳۲- وجه اشتراک دو سیستم - گرچه سیستم حقوق فرانسه به منطقی بودن خود افتخار دارد و سیستم حقوق انگلستان به سنتی بودن و ارتباط مداوم با گذشته افتخار می‌کند معهداً در هر یک از دو سیستم نشانه‌های خصوصیت دیگری نیز هست. در سیستم حقوقی فرانسه در تدوین قانون و همچنین صدور آراء و تشکیل رویه قضائی به عرف و سنتهای ملت توجه کامل می‌شود و همچنین در حقوق انگلستان نیز عقل و منطق خاص آن سیستم حکومت می‌کند و قواعد انصاف مبتنی بر استنباط عقلانی قاضی است و غالباً دستور انصاف در پیچه‌ای است که قضات در موقع مقتضی نظریات علمی جدیدی که در دنیا ابراز می‌شود از آن دریچه وارد قلمرو علم حقوق می‌نماید.

۳۳- تاریخ تدوین حقوق انگلستان و رسیدن آن به وضع فعلی را می‌توان به چهار مرحله تقسیم کرد:

اول دوران ملوک الطوائفی و قبایل وحشی.

دوم از سال ۱۰۶۹ تصرف انگلستان توسط نورماندها دوران جدید و شروع کامن لائو

(بمعنای اخص).

سوم از سال ۱۴۸۵ تا سال ۱۸۳۲ دوران تدوین قواعد انصاف. چهارم از سال ۱۸۳۲ دوران جدید و وضع فعلی حقوق انگلستان.

دوران نرماندها

۳۴- در دورانی که قبایل وحشی بر اروپا تسلط یافته و رم منقرض شده بود ژوت‌ها انگلس‌ها و ساکسون‌ها بر انگلستان فعلی مسلط شده و هفت دولت تشکیل دادند که بعدها متدرجاً تمرکز یافت. حقوق این دوران چندان مدون و مجهز نبود. با آمدن نرماندها و استیلای کامل آنان در سال ۱۰۶۹ میلادی گرچه بنا به ظاهر غالبین حقوق انگلوساکسن را باقی گذاشتند اما عملاً حقوق خود را به انگلستان وارد نمودند و بدین نحو دوران جدید حقوق انگلستان پایه‌گذاری شد. در این دوره گیوم فاتح که خود از فنودالها بود از تجربیات سابق استفاده کرده به هر یک از فنودالها میزان کمتری اراضی داد تا قدرت آنان بدان اندازه نرسد که مزاحم قدرت دولت مرکزی باشند. از طرفی دیگر در مواقع ضروری برای ازدیاد مالیاتها و اطمینان از وصول مالیات‌های جدیدالتصویب از هر فنودالیه نمایندگانی نزد شاهان می‌آمدند و شاه بعنوان مشورت وضع مالیاتهای جدید یا ازدیاد آن را بنظر این نمایندگان می‌رسانید و با تصویب آنان دستور اجراء می‌داد. این نمایندگان هر بار در برابر تسلیم به پیشنهاد شاه حقوق مزایای جدید برای مردم می‌گرفتند.

دادگاههای دوران نورماندها

۳۵- در دوران ملوک الطوائفی دادگاههای محلی مذهبی خانی، شاهی وجود داشت. در اواخر قرن سیزدهم دادگاههای شاهی قدرت کامل یافته و سایر مراجع متدرجاً حذف شدند. دادگاههای شاهی سه نوعند:

۱. دادگاههای مالی (دادگاه خزانه‌دار که مأمور رسیدگی به امور مالی شاه یا ملکه است).
۲. دادگاه دعاوی عمومی مأمور رسیدگی به دعاوی عادی حقوقی افراد مرد بود.
۳. دادگاه شاه (یا ملکه) در مورد کلیه دعاوی وابسته به شاه یا ملکه و بخصوص مربوط به اختلال صلح پادشاه صلاحیت داشت. که هر یک از این دادگاهها می‌کوشیدند با تفسیر

خاص دامنه صلاحیت خود را توسعه دهند.

اگر کسی از احکام این دادگاهها شکایت داشت می‌توانست مستقیماً به شاه شکایت کند و شاه شکوائیه را به مهرداد خویش که سمت کشیش و مشاور مذهبی را نیز داشت ارجاع می‌نمود تا وی رسیدگی نماید.

ایجاد و تحول کامن لائو

۳۶- بدو عرفهای متفاوت و مختلف در مناطق انگلستان اجرا می‌گردید و هر ناحیه عرف خود را داشت. بدو قضاتی از طرف پادشاه تعیین شدند که به بازرسی به ایالات می‌رفتند و سپس به این قضات اختیار داده شد که به امور جزائی و بعداً طی اجازه‌ای دیگر به امور حقوقی در محل پردازند، از آن پس مقرر شد که این دادگاههای سیار عرض حالها را در محل قبول کرده و آنها را همراه خویش به لندن بیاورند تا در آنجا رسیدگی شود. این رفت و آمد قضات سیار موجب شناسائی عرفهای متفاوت شد و آنها را نیز بهم شناساند و در موضوع عرف معقول‌تر مورد پذیرش قرار گرفت که این امور و همچنین صدور آراء و تشکیل رویه قضائی موجب وحدت عرفها گردید. لغت کامن لائو حاکی از این مرحله وحدت عرفهاست و در برابر عرفهای محلی بکار برده می‌شد.

انصاف در برابر کامن لائو

۳۷- شکایت از دادگاههای شاهی را پادشاه یا ملکه به مهرداد ارجاع می‌نمودند متدرجاً به مهرداد اختیار داده شد که بدون ارجاع و مستقیماً این شکایات را بپذیرد و تحت رسیدگی قرار دهد، ازدیاد این شکایات باعث شد که مهرداد به تنهایی نتواند به همه آنها رسیدگی کند و قضات خاصی را مأمور رسیدگی بدانها کند که بدین نحو دادگاههای مهرداد بوجود آمد. ...

مرجع شکایت از دادگاه (رای) کامن لائو

مبنای رأی مهرداد

دستورانصاف و ضمانت اجرای آن

... انجام تعهد باید تعهد خود را نیز انجام دهد.^{۴۹} مهرداد دستور می‌داد نه رأی و این دستور بدنبال خود اجرائی نداشته بلکه متعهد رأساً موظف به انجام دستور مهرداد بود و هرگاه از دستور مهرداد سرپیچی می‌نمود اموالش مصادره می‌شد یا خودش بازداشت می‌گردید تا شخصاً بر طبق انصاف عمل کند بدین طریق با وجود اینکه دستور مهرداد بصورت رأی دادگاه نبود اما عملاً ضمانت اجرای حبس و مصادره مال به آن قدرت می‌بخشید.

مواردی که انصاف رفع نقص از کامن لائو کرده است

اینک برای روشن شدن موضوع چند مورد که انصاف از کامن لائو رفع نقص کرده است ذکر می‌کنیم:

الف- در تراست که نهاد حقوقی خاص انگلیس است شخص دارائی خود را به دیگری می‌سپارد که بعد از مرگش در آمد آن را به فرزندانش برساند، در سیستم کامن لائو شخص امین مذکور مالک اموال می‌شود و کامن لائو نمی‌توانست او را از بهره‌برداری اموال منع کند که قواعد انصاف در این مورد به کمک آمد و مقررات تراست را تدوین کرد. در این باره مفصل‌تر بحث خواهد شد.

ب- کامن لائو حق مالکیت و اختیار مالک را مطلق می‌دانست. قاعده انصاف این اختیار را محدود کرد و قاعده‌ای شبیه لاضرر را ایجاد نمود.

ج- در مورد عدم انجام تعهدات کامن لائو قاعده‌ای برای الزام ممتنع نداشت که انصاف رفع این نقیصه را نمود و متعهد را ملزم به انجام تعهد کرد.

د- کامن لائو خواننده دعوا را نمی‌توانست الزام به ارائه اسناد کند یا شخص ثالث ذینفع را در دعوی بپذیرد ولی مقررات انصاف برحسب مورد این نقیصه را جبران کرد.

^{۴۹} - متأسفانه صفحه ۳۰ این جزوه افتاده بود. اگر از شاگردان ایشان نسخه‌ای از آن را در اختیار دارند موجب امتنان خواهد بود اگر نسخه‌ای در اختیار تنظیم کننده این کتاب قرار دهند. در این صفحه مباحث «مرجع شکایت از دادگاه (رای) کامن لائو»، «مبنای رأی مهرداد» و «دستور انصاف و ضمانت اجرای آن» مطرح شده است.

رقابت انصاف و کامن لائو و قطع این رقابت

۴۰- رقابت انصاف و کامن لائو- گرچه انصاف کامن لائو را بعنوان مبنای حقوق معرفی می‌کرد و آن را محترم می‌دانست و هیچگاه مدعی نبود که با دستور مهرداد آن را فسخ می‌کند مع هذا چون قدرت اجرائی آن متکی به قدرت سلطنت بود قواعد آن به رقابت با قواعد کامن لائو توسعه می‌یافت و هر یک از این دو رشته مستقلاً در توسعه قلمرو خود می‌کوشیدند. این رقابت روز به روز بیشتر می‌شد. دادگاههای کامن لائو به همراهی و کمک پارلمان که طرفدار محدودیت شاه و مامورینش بود جلو این رقابت را گرفتند بدین شرح که در ۱۶۱۶ مأمورین پلیس برای اجرای دستور مهرداد (ضبط مال و بازداشت متهم) با مقاومت مواجه شدند و مقاوم پلیسی را کشت. دادگاه کامن لائو متهم به قتل را تبرئه کرد و گفت که چون هیچ مرجعی جز دادگاه حق بازداشت شخصی را ندارد مقاومت متهم دفاع مشروع تلقی می‌شود و در مقام دفاع مشروع از مال و جان، کشتن مهاجم جرم نیست این رأی با آزادیخواهان پارلمان به تأیید ژاک اول پادشاه رسید. اثر دیگر این رأی آن بود که سیر حقوق انگلستان را به سمت حقوق رم کند نمود و بعدها با تلفیق قواعد کامن لائو و انصاف این حرکت متوقف شد.

خصوصیات تحول دوران جدید- قرن نوزدهم

۴۱- در قرن نوزدهم تحولی در حقوق انگلستان پدیدار شد که اهم آنها را می‌توان چنین خلاصه کرد:

الف- در ۱۸۳۲، ۱۸۳۳ و ۱۸۵۲ متدرجاً قوانینی تصویب شد و با تغییر آئین دادرسی در واقع قاضی انگلیسی را از تقید کامل و بی‌حدی که به تشریفات دادرسی داشت رها کرده و ذهن او را متوجه «ماهیت» نمود تا از آن پس در سیستم کامن لائو به دنباله گروه بندی مطالب برحسب ماهیت باشد.

ب- قبلاً برای حصول به یک راه حل کامن لائو باید به دادگاه مخصوص آن و برای تحصیل دستور انصاف به دادگاه انصاف رجوع می‌شد و هر نوع دادگاه قواعد مخصوص خود را اجراء می‌کردند اما در تحولات جدید به همه دادگاهها اجازه داده شد، که متساویاً قواعد کامن لائو یا انصاف را اعمال کنند.

ج- تحت تأثیر افکار آزادیخواهی و نفوذ افکار بنام روش تقنینی که سابقه قبلی نداشت شروع گردید و در قرن نوزدهم به بعد نیز ادامه یافت.

د- با پیدایش افکار جدید سوسیالیستی به مسائل جدید کارگری که کامن لاو به حل آنها قادر نبود مقنن دخالت کرده و برای تنظیم این رشته امور قوانین متعددی تصویب کرد و در قرن ۲۰ جریان افکار سوسیالیستی جانشین افکار آزادیخواهی قرن ۱۹ گردید.

سازمان حقوق انگلستان، تقسیم بندیها و اصطلاحات

۴۲- اصولاً اصطلاحات خاصی در سیستم حقوق انگلستان وجود دارد که قابل ترجمه به لغت دیگری نیست و در موقع ترجمه باید شرح آن را بیان کرد. مانند آنکه گلهای خاصی در یک منطقه از زمین می‌روید یا غذای مخصوص یک گروه از مردم که در همان محل یا نزد همان مردم نامی مخصوص به خود دارد غیرقابل ترجمه است و برای نقل به زبان دیگر باید عین همان لغت را بکار برد یا شرح و ترجمه نموده مثلاً «تراست» خاص حقوق انگلیس است و قابل ترجمه نیست زیرا نهاد خاصی است مخلوط از مالکیت و وقف و حبس. همچنین تقسیم‌بندیهایی که در سیستم حقوق نوشته از رشته‌های مختلف حقوق بعمل می‌آورند و به نظر ما بدیهی می‌رسد در حقوق انگلستان وجود ندارد. مثلاً تقسیم‌بندی به حقوق عمومی و حقوق خصوصی یا رشته‌های مختلف حقوق مدنی تجارت و غیره به نحوی که در حقوق فرانسه موجود است در حقوق انگلستان موجود نیست و دو تقسیم‌بندی عمده که برای تسهیل مطالعه حقوقی لازم است مورد نظر قرار گیرد انصاف کامن لاو یا ماهیت و تشریفات است.

اهم تفاوت سیستم کامن لاو و رومانوژرمانیک

۴۳- اهم تفاوت‌هایی که بین سیستم رومانوژرمانیک و سیستم انگلستان وجود دارد می‌توان بطور خلاصه ذکر کرد:

۱. مبنای استنتاج و حقوق رم مبنی بر استنباط منطقی از قواعد و مقررات پیش ساخته است ولی اساس حقوق انگلیس مبنی بر کشف قواعد حقوقی است در مورد قضیه‌ای که مطرح می‌شود. بنابر این در حقوق نوشته چه بسیار مقرراتی که حتی یکبار مورد عمل پیدا نکرده‌اند ولی در حقوق انگلستان تا مورد خاص پیدا نشود قاعده تدوین نمی‌گردد.

۲. حقوق نوشته مبتنی بر منطق خاص حقوقی و قیاس است - حقوق انگلستان مبتنی بر عرف و رویه قضائی است.
۳. در حقوق نوشته قانون اصل بوده و اقوی است در سیستم حقوق انگلستان سابقه آراء قضائی اقوی است گرچه از قرن نوزدهم جریان قانونگذاری اهمیت بیشتری یافته است هنوز هم اولویت با رویه قضائی است.
۴. قاعده حقوق نوشته دستورالعمل رفتار آینده است قاعده حقوق انگلستان اعلامیه نحوه حل اختلاف.
۵. قاعده حقوقی در حقوق نوشته برای برقراری نظم اجتماع است و در حقوق انگلستان برای هدف اخص یعنی سازش دادن و حل اختلاف است.

تقسیم‌بندی به انصاف و کامن لائو

۴۴- اهم تقسیم‌بندی موجود در حقوق انگلستان این تقسیم‌بندی است که در واقع تمام تقسیم‌بندی‌های حقوق رومانو- ژرمانیک را در برمی‌گیرد. کامن لائو عبارت است از قاعده‌ای صرفاً حقوقی و بر مبنای رأی دادگاه شاهی دادگاه عرفهائی را که مسلم باشد قبل از سال ۱۱۸۹ موجود بوده است مبنای رأی قرار می‌دهد و در صورتی که دلیل بر شروع عرف یافت نشود فرض قانونی بر آن بود که آن عرف قبل از ۱۱۸۹ موجود بوده است مگر در مورد اموری که مسلم بود عرف مربوطه نمی‌توانست در آن سنوات موجود باشد مانند مسائل مربوط به هواپیمائی و اتومبیل و غیره. آرائی که در هر قضیه صادر می‌شود مبنای آراء آینده تلقی می‌شود از همین تعریف کاملاً روشن می‌گردد که کامن لائو به تنهایی قادر به حل صحیح و منطقی تمام مشکلات نبوده و در برخورد با مسائل جدید و دنیای جدید سرگردان می‌شود. یافتن آرائی که منطبق با موضوع دعوی و احتیاجات جامعه باشد دشوار و بسیاری اوقات محال است. قواعد انصاف که مبتنی بر عقل و اخلاق و انصاف است جبران این کمبود را می‌نماید. انصاف برای هر مورد خاص قاعده مجزائی دارد و در دعاوی ظاهراً شبیه ممکن است نظریات متضادی بدهد مثلاً «فرض کنیم که آقای الف در ساختمان خود پنجره‌ای به سمت منزل آقای ب دارد که از قدیم حق روشنائی داشته است. اگر ب ساختمانی کند که مزاحم نور باشد بدیهی است که الف

می‌تواند به کامن لائو شکایت کند کامن لائو ب را به پرداخت خسارت محکوم می‌نماید. طبق قواعد انصاف متضرر از جرم می‌تواند تقاضای دستور موقت مبنی بر منع ساختمان یا تقاضای تخریب ساختمان ب را بنماید اما دادگاه انصاف موظف به قبول این تقاضا نیست و تصمیم او منوط به مطالعه در این امر است که آیا رفتار ب در این مورد خصمانه و به قصد اضرار است یا از روی عدم اطلاع به حق الف و اینکه آیا الف رفتار دوستانه داشته است و بموقع ب را آگاه ساخته است یا عمداً منتظر مانده تا ب ساختمان خود را تمام کند آنگاه تقاضای تخریب نماید.^{۵۰} دادگاه انصاف برحسب مورد حکم به نفع الف ممکن است بدهد و یا تقاضای او را رد کند که در صورت اخیر مشارالیه فقط حق دارد از کامن لائو جبران خسارت را بخواهد.

تفاوت‌های انصاف و کامن لائو

۴۵- تفاوت‌های انصاف و کامن لائو را می‌توان در ۶ مورد خلاصه کرد:

اول- منشأ مقررات انصاف دادگاههای خزانه‌دار و منشأ قواعد کامن لائو دادگاههای شاهی می‌باشند گرچه امروزه دادگاه‌ها می‌تواند به هر دو گروه قواعد استناد کند معیناً تفاوت‌هایی بین آنها برقرار است.

دوم- طرز اجرای دو نوع احکام متفاوت است.

سوم- آئین دادرسی در سیستم انصاف کتبی است نه شفاهی بعکس آئین دادرسی در کامن لائو.

چهارم- در دادگاههای انصاف ژوری شرکت نمی‌کند.

پنجم- قلمرو مسائل قابل طرح متفاوت است. مثلاً تراست، الزام به انجام متعهد در

صلاحیت انصاف است و جبران خسارت و مسئولیتهای مدنی در صلاحیت کامن لائو.

ششم- اعطای امتیازات مقررات انصاف الزامی نیست وابسته به تصمیم دادرسی است.

اهم قواعد انصاف

۴۶- گرچه در هر قضیه دستور دادگاه انصاف به شخص طرفین بستگی دارد معیناً قواعد کلی

^{۵۰} - مثال از کتاب عدالت در انگلستان آقای دکتر خادم

از آن استنتاج و تدوین شده است که اهم آنها بقرار زیر است.

۱- انصاف هیچ تجاوزی به حق بدون علاج را نمی‌کند گرچه کامن لائو نیز همین ادعا را دارد اما در مورد حقوقی که خود برسمیت می‌شناسد تجاوز را محکوم می‌کند: کامن لائو مستنکف از انجام تعهد را به پرداخت خسارت محکوم می‌نماید و اما انصاف ممکن است او را به اجرای تعهد نیز ملزم سازد.

۲- انصاف مبنای حقوقی عمل قضایا را قبول دارد و آن را نسخ نمی‌کند، و حتی در آراء خود غالباً آرائی را از کامن لائو انتخاب کرده و با قیاس آن را مبنا قرار می‌دهد و فقط برای قناعت وجدان است که ممکن است از کامن لائو دور شود.

۳- در صورتی که انصاف نسبت به طرفین متخاصمین متساوی باشد مهردار به کسی که کامن لائو او را محق بشناسد کمک می‌کند.

۴- در صورت تعارض چند انصاف با یکدیگر و تساوی آنها آنکه از لحاظ زمان مقدم است مرجح خواهد بود مثلاً اگر چند نفر یک ملک را رهن کرده باشند آنکه تاریخ رهن او مقدم است در استیفای حق مرجح است.

۵- کسی می‌تواند از انصاف استفاده کند که روش خودش منصفانه نباشد مثلاً در مورد یک رهن باطل در صورتی رهن می‌تواند استرداد مال را بخواهد که پول اخذ شده را مسترد کند.

۶- انصاف به قصد واقعی توجه دارد نه صورت ظاهر قضایا یعنی در واقع همان قاعده «العقود تابعة للقصد».

۷- انصاف تقلب در قانون را قبول ندارد- مثلاً اگر مدیون با حيله طلبکار را از طلب خود بیخبر نگه دارد (مثلاً به مورث بدهکار باشد) مرور زمان جاری نمی‌شود.

ادغام دادگاه کامن لائو و مراجع انصاف (اصلاحات اخیر)

۴۷- در سال ۱۸۷۳ و ۱۸۷۵ قوانینی در مورد سازمان قوه قضائیه گذشت که بنام Judicature Acts موسوم است. بموجب این اصلاحات دو سیستم حقوق با هم تا حدی اختلاط یافتند به این معنی که آئین دادرسی واحدی برای تمام دادگاهها مقرر شده و دادگاههای عالی از آن پس

حق داشتند که هر یک از قواعد دو گروه را که لازم دانستند اعمال کنند و متقاضیان نیز در خلال دعوی واحد حق داشتند اجرای هر دو نوع مقررات را در خواست نمایند. در دادگاههای عالی از آن پس دو شعبه وجود دارد که قضات آنها با هم متفاوتند یک شعبه طبق مقررات انصاف و یک شعبه طبق مقررات کامن لائو رسیدگی می‌کند. موارد جدیدی که بموجب قانون بوجود می‌آیند مثلاً مسائل مربوط به شرکتهای سهامی در صلاحیت شعبه انصاف است امروز دیگر انتخاب انصاف یا کامن لائو بستگی به موضوع اختلاف دارد. مثلاً دعاوی و مسائل راجعه به حقوق جزا، حقوق تعهدات، مسئولیت‌های مدنی جزء قلمرو کامن لائو است و تابع مقررات آن، حقوق عینی تراست، مبحث شرکتهای تجاری و ورشکستگی و مسائل ارث و وصیت در قلمرو انصاف است و تابع مقررات مختصر بدان می‌باشند.

تعریف تراست

۴۸- تراست^{۵۱} نهاد حقوقی مختص انگلستان است که ترجمه صحیح آن به زبانهای دیگر ممکن نیست. در حقوق سیستم رومانو- ژرمانیک نمونه ندارد و در حقوق اسلام شاید بتوان گفت مخلوطی از وقف و حبس و وصیت است. شخصی که مطمئن نیست وراثت او لیاقت اداره اموالش را داشته باشند برای بعد از مرگ خود اموالش را به یک یا چند نفر می‌دهد که بنام تراستی^{۵۲} نامیده می‌شوند. تا این اشخاص بعنوان مالک در ماترک دخالت کنند و آن را به مصرف بازماندگان برسانند.

نحوه مالکیت تراستی

۴۹- نحوه مالکیت تراستی مالکیت در سیستم حقوق رومانو- ژرمانیک و حقوق ایران که در مسئله مالکیت با حفظ سابقه اسلامی تحت تأثیر آن قرار گرفته است به سه جزء تقسیم می‌شود:

۱. حق استعمال و اداره اموال
۲. حق انتقال
۳. حق مالکیت بر نتایج و عواید حاصله

⁵¹- Trust

⁵²- Trustee

مالک یک مال هر سه حق را بر ملک خود دارد. تجزیه این حقوق و حذف بعضی از آنها از مجموعه مالکیت صحیح تلقی نمی‌شود. اما در تراست اینطور نیست و تراستی حق اداره کردن و انتقال مال را دارد اما حق استفاده شخصی از آن را ندارد. بدین نحو سه عنصر مالکیت مفروض در حقوق رومانو- ژرمانیک بنحوی تجزیه می‌گردد که تصور و قبول آن برای حقوقدانان آن رژیم تعجب‌آور است. در زمانی که تراست در حقوق انگلستان ایجاد شد هنوز عقود ضمانت اجرائی را که بعدها در اثر توسعه قواعد انصاف پیدا کرد فاقد بود و چون از لحاظ تئوری حق مالکیت اموال به تراستی تعلق داشت و وی به هیچکس حساب پس نمی‌داد تعهد او در برابر ذینفع وراث مالک اولیه تعهدی اخلاقی بود و ضمانت اجرای حقوقی نداشت. در اثر شکایات عدیده‌ای که به مهرداد داده می‌شد هر بار وی در اختلافات مطروحه علیه تراستی خائن دستور بازداشت را می‌داد تا او را مجبور سازد که به وظیفه اخلاقی خود عمل نماید ولی این دستور موجب تغییر تئوری حقوقی نبوده و تراستی کماکان مالک تلقی می‌گردید. متدرجاً قواعد انصاف مالکیت شخصی تراستی را محدود نمود مثلاً مقرر داشت که اگر تراستی مال را فروخت قیمت آن مال جزء تراست خواهد بود و همچنین اگر خریدار عالم به موضوع بود و یا بصورت قهری مال را انتقال گرفته بود گرچه انتقال مالکیت بعمل می‌آید اما مال کماکان جزء تراست باقی مانده و مالک جدید تراستی محسوب می‌شود. هر نفر از تراستی‌ها (در صورت تعدد آنان) بمیرد کسی بجای او معین نمی‌شود و سهم او بین سایر تراستی‌ها تقسیم می‌شود.

حقوق اشخاص ذینفع در تراستی

۵۰- اشخاص ذینفع که تراست در واقع نفع آنان مقرر شده است و Cestui نامیده می‌شوند حق قانونی ندارند و سیستم کامن لاء برای آنان حقی قائل نیست چون سیستم انصاف. چون انصاف تضمین کننده و مجری قواعد عقلی و اخلاقی است با تحول تدریجی در سیستم انصاف متدرجاً حقوق منتفعین تثبیت شده و عملاً به آنان حق داده شد که منافع ملک را مطالبه کنند.

آثار انصاف

۵۱- به این نحوه می‌بینیم که انصاف (بعنوان مثال تحولات در مورد تراست و آراء انصاف را در

نظر می‌گیریم) در واقع برخلاف حقوق (بمعنای اخص) و عرف که جلوه‌گاه آنها مقررات کامن لائو است قدم برمی‌دارد و عرف را تغییر می‌دهد و در صورت تعارض قاعده انصاف و کامن لائو قاعده انصاف مقدم است و در واقع انصاف زمینه‌ای است که توسط آن مقررات اخلاقی یا مذهبی و یا نظریات علمی جدید متدرجاً وارد علم حقوق می‌شود.

ماهیت و شکل (مبدا و علت تاریخی اهمیت تشریفات دادرسی)

۵۲- بدواً و علت تاریخی اهمیت تشریفات در محاکمات انگلستان همواره (حتی در دعاوی حقوقی) ژوری شرکت می‌کرد. ژوری چه بسا از افراد بی‌سواد و عامی تشکیل یافته و به ماهیت قضایا چندان وارد نبود و لذا می‌بایست توجه شود که مسئله بنحو صحیحی بر آنان عرضه گردد و در جلسه دادرسی که شفاهی و بدون پرونده بود موضوع دعوی چنان روشن و مشخص گردد که بتواند در قالب سؤالهای منجزی که امکان پاسخ (بله یا نه) در آن متصور است درآید، در سیستم حقوق انگلستان که قاضی ایجاد کننده حقوق است معتقدند که اگر تشریفات دادرسی صحیح باشد مسلماً به رأی عادلانه‌ای منجر خواهد شد بعکس سیستم‌های حقوقی رم که معتقدند ماهیت قضیه اهمیت بیشتری دارد و وقتی در ماهیت امر رای مطابق عدالت باشد به مسائل حواشی و تشریفات با آن دقت و ریزه کاری نگریسته نمی‌شود.

طرز فکر قاضی انگلیسی

۵۳- قاضی انگلیسی چون موجد حق و حقوق است و قبل از رأی او در واقع قاعده حقوقی و حقی وجود ندارد لذا خود را موظف نمی‌داند که رأی را مدلل و موجه صادر نماید و حتی این اواخر قاضی انگلیسی چنین الزامی را توهین به حیثیت قضائی خود تصور می‌کرد اما متدرجاً با تصویب قوانین فراوان و نزدیک شدن سیستم حقوقی آنها به سیستم حقوقی فرانسه و اینکه متدرجاً در دانشگاهها دروس حقوق تدریس می‌شد و از لحاظ حقوق تطبیقی نیز این نیاز برای بیگانگان ایجاد شد که از حقوق انگلستان مطلع باشند قضات مبانی آراء خود را می‌نوشتند تا بتواند مورد مطالعه محققین قرار بگیرد. در هر دادرسی باید توجه شود که اصحاب دعوی و متهم رفتار قانونی بعمل آورده و در جریانات دادرسی کلیه حقوق حقه اصحاب دعوا از حق دفاع و غیره کاملاً رعایت شده باشد که در این صورت ماهیت حتماً صحیح است.

کنترل دادگاههای قوه قضائیه و تمام مراجع

کنترل محاکم عالی انگلستان بیشتر در مورد نحوه جریان دادرسی است و بخصوص در مورد محاکم اداری فقط دقت فراوان می‌شود تا جریان تشریفات امر کاملاً مطابق مقررات قانون باشد. منتها بمنظور حفظ حقوق اجتماعی مردم در برابر تعدیات احتمالی دولت محاکم عالی موجود در نظام حقوقی انگلستان مراجع اداری را موظف می‌کند که رأی را مدلل و مشروح بنویسند. بعکس نظام حقوقی فرانسه که شورای دولتی در فرانسه صرفاً متن تصمیم را مورد نظر قرار می‌دهد و شرح و تفصیل نمی‌خواهد.

قاطعیت محاکم

۵۴- بعد از آئین دادرسی مهمترین نکته‌ای که مورد نظر قاضی انگلیس قرار می‌گیرد قاطعیت رأی و قابلیت اجرای سریع و قاطع آن است نه اینکه باز برای اجرای این رأی به صدور رأی دیگری نیاز افتد. در غالب سیستمهای نوشته منجمله حقوق ایران آراء محاکم از چنین قابلیت اجرائی برخوردار نیست. قاضی انگلیسی حق دارد دستور بازداشت هر شخص عادی یا مرجع شغلی را که در اجرای رأی کوتاهی کند صادر نماید و بنا به مثل قضائی «آدم متمرّد بهتر است در گوشه زندان آب خنک بخورد تا مزه مقاومت در برابر رأی محاکم را بچشد» مجازات متمرّد فوراً اجرا می‌گردد.

منابع حقوق در سیستم کامن لاو انگلستان و تفاوت آن با سیستم رومانوژرمانیک

۵۵- منابع حقوق انگلستان عبارت است از:

۱. رویه قضائی

۲. قانون

۳. عرف و عادت

۴. عقل

دو تفاوت با منابع حقوق سیستم فرانسه مشاهده می‌شود:

قانون در حقوق انگلستان

اول در سیستم انگلستان رویه قضائی بر قانون تقدم دارد و در تدوین حقوق نقش مؤثری را بعهده دارد و این از نکات جالب و مشخص این سیستم حقوقی است که بررسی کردیم و مفصلاً در سطور آینده نیز بحث خواهیم کرد.

عقل در حقوق انگلستان

دوم دکترین که در حقوق فرانسه نقش مؤثری را دارد و زائیده مطالعات تجربیدی حقوقدانان است گرچه خود بر عقل استوار است اما در حقوق انگلستان جای خود را به عقل داده است. منظور از عقل در اینجا یافتن آن راه حلی است که قناعت وجدانی و اخلاقی قاضی را تأمین کند و عقل متعادل قاضی آن راه حل را متناسب‌تر با انصاف و اخلاق بداند. بدین نحو «عقل» در سیستم حقوقی انگلستان از «دکترین» در سیستم حقوق فرانسه متحول‌تر بوده و به اندازه آن ذهنی و تجربیدی نیست بلکه نظر به واقعیات عالم خارج دارد. نقطه تحول و تکامل عمده حقوق انگلستان نیز از این منبع است.

سازمان قضائی انگلستان

قبل از بررسی در رویه قضائی که مهمترین منبع حقوق بشمار می‌رود حق آن است که راجع به قضاوت و قوه قضائیه که بوجود آورنده رویه قضائی هستند و طرز فکر آنها، بررسی مختصری معمول داریم.

طرز انتخاب قضاات

۵۶ - امروز قضاات در انگلستان از بین کسانی که به شغل و کالت اشتغال داشته و سوابق فنی و اخلاقی آنان روشن است آن هم توسط خود قوه قضائیه انتخاب می‌گردند و با توجه به اینکه تعداد وکلای حائز شرایط تقریباً ده برابر تعداد قضاات است و اینکه انتخاب قضاات برای تمام عمر می‌باشد هرگاه به یک یا دو قاضی احتیاج افتد انتخاب اصلح ممکن است. شأن قضائی آن قدر در جامعه زیاد است که انتخاب یک وکیل بعنوان قاضی بالاترین افتخار و موفقیت بشمار می‌رود. قاضی برای تمام عمر انتخاب می‌شود و به هیچوجه سرنوشت او ارتباط با هوا و هوس

قوه مجریه ندارد. در صورت انتساب تقصیر به قاضی بر طبق سنت و قانون مجلس عوام و لردها مدافعات قاضی را استماع می‌کنند و در صورت اثبات تقصیر حکم به عزل او می‌دهند اما از سیصد سال پیش تا کنون حتی یکبار چنین موردی پیدا نشده است. از لحاظ مادی نیز زندگی آنان کاملاً تأمین است و مثلاً رئیس دادگاه عالی (معادل رئیس دادگاه شهرستان) سالیانه هشت هزار پوند دریافت می‌دارد. پرداخت حقوق قضات نیز باقوه مجریه نیست بلکه همواره مقدار معینی از بودجه مملکت به صندوق مخصوصی داده می‌شود و پرداخت حقوق قضات از این صندوق است تا اینکه هیچوقت قوه قضائیه محتاج قوه مجریه نباشد. انتخاب قاضی با در نظر گرفتن جهات اخلاقی و سابقه کار است و داشتن لیسانس حقوق یا دکترا هنوز هم جزء شروط محسوب نمی‌شود. حتی مدت‌ها در دانشگاه رشته‌ای که حقوق تدریس کند موجود نبود و علاقمند به مطالعات و تحصیلات حقوقی می‌باید عملاً در کار محاکم باشد، تا از جهت علمی و فنی و بالخصوص اخلاقی مورد تعلیم و تربیت و کنترل قرار گیرد اکنون نیز که به لحاظ تدوین مقررات و شناختن و شناساندن حقوق تدریس علوم حقوقی در دانشگاه معمول شده است به هیچوجه لیسانس حقوق و اخذ دیپلم دانشگاهی در انتخاب قاضی موثر نیست.

استقلال قضات

۵۷- تا اواخر قرن ۱۷ مسئله استقلال قضات بنحو فعلی مطرح نبود بلکه حکومت سعی می‌کرد قضات را تحت نظر داشته باشد تا نیت او را اجراء کند و نمونه‌های معدودی از این قضات نام برده‌اند. در اواخر قرن ۱۷ مجلس عوام جیمز دوم را از سلطنت خلع کرد و استقلال قضات را تأمین نمود و انتخاب یا عزل آنها را در اختیار مجلس عوام قرار داد. در سیستم حقوق انگلستان که قوه مجریه حق هیچگونه دخالت و نظارتی در قوه قضائیه ندارد وجود دادرها نیز که همواره مجری اوامر مجریه هستند ضرورت ندارد و خود دادگاهها همانطور که دیدیم مراقب اجرای آراء خود بوده و متمرّد از حکم دادگاه را بازداشت می‌کنند. این استقلال در نظر خود قضات وزنه معتبر و ضمانت اجرائی قوی است برای حفظ آزادیهای فردی و اینکه اتحاد معنوی دو قوه مقننه و مجریه و تبانی آنها موجب تضییع حقوق مردم نگردد. در مورد اجرای دستورات محاکم خود آنان نظارت قاطع دارند و تمام مأمورین (جز مأمورین گارد سلطنتی) تابع

دستورات محاکم می‌باشند، انتشار جریان دعاوی سرّی از طرف هر مقامی باشد موجب تعقیب است و دادگاه دستور مجازات متخلف را می‌دهد.

نظارت کلی قوه قضائیه

۵۸- قوه قضائیه در سیستم حکومت انگلستان از ملت کسب نیرو می‌کند و بنابر این حق دارد بر تمام امور مملکت نظارت نماید و هیچ اختلافی ممکن نیست مطرح شود مگر اینکه نظر قاطع و نهائی در مورد آن از طرف قوه قضائیه ابراز می‌شود. تمام ادارات و مراجع اداری ممکن است مانند افراد عادی مدعی علیه یا متهم قرار گیرند. گرچه دادگاههای اختصاصی و تخصصی از قبیل دادگاه اداری، دادگاه مالیاتی، دادگاه مالک و مستاجر و ... وجود دارد اما از آراء آنها می‌توان شکایت کرد و این شکایت در مرحله استینافی در عدلیه مورد نظر قرار می‌گیرد. دادگاههای عالی که اینگونه دعاوی را بررسی می‌کنند چون جامعیت در صلاحیت ندارند اگر رای بدوی را غلط دانستند خود رای می‌دهند و اگر کارها زیاد بود می‌توانند بعضی امور را به سایر دادگاهها ارجاع نمایند، آئین دادرسی دادگاهها را خود دادگاههای عالی تهیه می‌کنند. در واقع همانگونه که ناپلئون از تنظیم کدهای فرانسه بخود می‌باید کشور انگلستان نیز حق دارد از داشتن چنین قوه قضائیه‌ای بخود بیالد. سرّ سیادت چندین قرن انگلستان بیشتر در داشتن قوه قضائیه‌ای مستقل و قوی است.

رعایت سابقه آراء قضائی

۵۹- از خصوصیات سیستم حقوقی مبتنی بر رویه قضائی آن است که رویه‌های سابق لازم الرعایه باشند. قبلاً گرچه محاکم در هر مورد جستجو می‌کردند که آراء سابق را در موارد مشابه بیابند معهداً از لحاظ تئوری رعایت سابقه الزامی نبود ولی عملاً رعایت می‌شد اما در قرن نوزدهم و معاصر دورانی که در فرانسه مکتب «تفسیر تحت اللفظ» نفوذ و اعتبار یافت در انگلستان نیز مکتب مشابه آن رعایت سابقه را الزامی تلقی نمود تا آنکه در ۱۹۶۶ مجلس لردان قانونی گذرانده و دیوان عالی لردان را از رعایت سابقه معاف نمود. دیوان عالی لردان که بجای دیوان عالی کشور است مجلسی است مرکب از ۹ نفر حقوقدانان که عضو مجلس لردان نیز می‌باشند و برای مادام العمر منصوب شده‌اند باضافه وزیر دادگستری و سایر لردانی که سابقاً در

دادگستری قاضی بوده‌اند.

محدودیت تئوری و عملی در رعایت سابقه

۶۰- رعایت سابقه گرچه در تمام سیستمهای قضائی کم و بیش سابقه دارد و قضات به آراء پیشینیان اجر می‌نهند و مثلاً در ایران آراء هیئت عمومی دیوان کشور الزامی تلقی می‌شود اما در سیستم کامن لائو انگلستان قاطعیت آراء و سابقه استناد بدانها رکن اول حقوق تلقی می‌شود. دکتر خادم^{۵۳} بعد از ذکر این خصیصه فعلی حقوق انگلستان و تفاخر آنان بانحصار در داشتن چنین روشی می‌نویسد: «تاریخ حقوق ملل دیگر نیز ما را به این حقیقت می‌رساند که استناد برویه قضائی و آراء علمای سابق حقوق یا قضات قدیم در کشورهای دیگر قبل از تولد کامن لائو سابقه داشته است. از جمله تا آنجا که اطلاع داریم در شبه جزیره عربستان با ظهور دین اسلام علمای شیعه و شعب مختلف اسلام این طرز استناد به احکام را باب کردند. علمای صدر اسلام در موارد مختلف و در قضایائی که در حل آنها به این علماء مراجعه می‌شد فتاوی و احکامی داده‌اند که بعد از آنها مورد استناد دیگران قرار می‌گرفت و هنوز هم که هنوز است این رسم در بین علمای مذاهب اسلام معمول و متداول است. فتاوی احادیث و اخبار که حتی قبل از ایجاد دادگستری بشکل فعلی ملاک احکام قرار می‌گرفت این سنت در بین علمای اسلام زمانی معمول گردیده که در آن زمان هنوز انگلستان فاقد حکومت واحد بوده و از حقوق در آن کشور اثری موجود نبوده است. در حدود قرن ۱۲ یعنی ششصد سال بعد از اسلام بود که کامن لائو بوجود آمد و بعید نیست که این مقررات از شبه جزیره عربستان به روم و از آنجا به انگلستان رفته باشد و یا اصولاً خود رومی‌ها هم دارای چنین سنتی بوده‌اند که قبلاً به انگلستان برده و زمینه را برای کامن لائو فراهم کرده باشند. (هزاران مثل در این مورد می‌توان ذکر کرد که اهم آنها قضیه سمره بن جندب است که از آن قاعده لاضرر در مقابل اصل تسلیط استنتاج می‌شود) ... حال آنکه در کشورهای مختلف اسلامی چنین همتی را نداشتند و شاید هم بتوان گفت که تعصب مذهبی و پیروی بدون چون و چرا از دستورات ... و یا آنکه در این امر و ادامه

^{۵۳} - کتاب عدالت در انگلستان - دکتر خادم ص ۷۱.

ابداعات قصور روا داشتند».

آراء لازم الرعايه

۶۱- رعایت سابقه در مقررات و قواعد انصاف نیست زیرا انصاف بستگی به شخص دارد و برحسب هر شخص و هر پرونده متفاوت است و در سایر امور هم وقتی قاضی سوابق متعددی در برابر خود داشت شخصاً کوشش می‌کند و آنچه را با پرونده عمل مطروحه نزد او متناسب است انتخاب می‌نماید. رعایت سابقه مطلق نیست و محدودیت‌هایی از نظر تئوری و عملی دارد.

۱. از جنبه نظری آراء صادره برحسب محاکم تقسیم می‌شوند.

الف- آراء صادره از طرف استیناف^{۵۴} برای خود او و سایر محاکم مادون سابقه لازم الرعايه است.

ب- آراء صادره از دیوان عالی عدالت^{۵۵} بدون اینکه سابقه الزام‌آور برای خود آن محکمه یا محاکم مادون محسوب گردند اما مورد استناد و مطالعه و اعتماد قضات قرار می‌گیرند.

ج- آراء سایر مراجع سابقه لازم الرعايه تلقی نمی‌گردند.

۲. از لحاظ عملی مجموعه آرای جمع‌آوری شده ملاک عمل قضات است. در این مجموعه‌ها تمام آراء جمع‌آوری نشده، فقط آرائی که جنبه قضائی جالبی دارند گردآوری می‌شود. عملاً سایر آراء مورد رعایت واقع نشده و جزء سابقه لازم الرعايه به حساب نمی‌آیند و بدین طریق الزام رعایت سابقه بطور غیرمستقیم نرمش پیدا میکند.

بطور متوسط ۷۵ درصد آراء مجلس لردان (دیوان عالی) و ۲۵٪ آراء محاکم استیناف و ۱۰٪ آراء دیوان عالی عدالت در مجموعه‌ها منتشر می‌شود.

رابطه قانون و رویه قضائی

۶۲- سیستم قضائی انگلستان مبتنی بر رویه قضائی است و بندرت ضرورت تصویب قانون احساس شده است و لذا اصل در حقوق انگلستان سابقه قضائی است و باید برای یافتن راه حل

⁵⁴ - Court of Appeal

⁵⁵ - High court of justice

به سوابق آراء مراجعه نمود و آنگاه برای اطمینان از اینکه سابقه نسخ شده است یا نه درصدد جستجوی قانون برآیند یا اگر سوابقی در رویه قضائی یافت نشد در قلمرو قانون به جستجو پرداخت. از این مطلب و استثنائی بودن قانون دو نتیجه گرفته می‌شود.

اولاً قانون چون استثناست باید محدود تفسیر شده و به موارد نص محدود گردد.

ثانیاً در تأمین همین نظر باید مقررات قانونی را تحت اللفظی تفسیر نمود.

برداشت قوه قضائیه از قانون

۶۳- قانون بطور مجرد در نظر قاضی انگلیسی ارزشی ندارد. وی معتقد است مادام که بر مبنای یک قانون رائی صادر نشده است وجود قانون کان لم یکن می‌باشد. بعد از اینکه به مستند مقررات مختلفه یک قانون آرائی صادر شد این آراء در مجموعه رویه قضائی ثبت شده و برای آیندگان الزام‌آور است و از این لحظه است که می‌توان گفت این قانون در قلمرو حقوق انگلستان وارد شده است و محاکم بعدی در صدور آراء خود دیگر به قانون استناد نمی‌کنند بلکه به آراء سابق که به مستند آن صادر شده است نظر می‌دهند. و از اینجاست که می‌بینیم بسیاری قوانین بجهت آنکه مبتنی بر آنها آرائی صادر نشده است مورد استناد قضات قرار نمی‌گیرد، قانون بدین نحو متروک شده و بحال عدم اجراء درمی‌آید، حالتی که در حقوق رومانوژرمانیک بنام *Desuetude* موسوم بوده ولی رسمیت ندارد، هر چندگاه یکبار مقنن انگلیسی ناچار می‌شود اینگونه قوانین را ملغی کند. در ۱۸۶۱ نهصد قانون و در ۱۸۶۷ هزار و سیصد قانون متروکه یکبار الغاء گردید. قانون به آن نحوی که مورد قبول و عمل قضات قرار گیرد در حقوق انگلستان مؤثر است، نه بحسب ظاهر عبارات. مثلاً قانونی تصویب شد که بازداشت مدیون جایز نیست مگر در صورتی که عدم پرداخت بعلت سوءنیت باشد. محاکم تا مدتها این قانون را بلااجراء گذاشتند و به این مستمسک که علی القاعده مدیونی که از انجام دستور دادگاه مبنی بر پرداخت دین خویش خودداری می‌کند نسبت به رأی دادگاه تمرّد کرده و باید توقیف شود. لذا دستور بازداشت می‌دادند تا قانون دیگری در ۱۹۷۰ تصویب شد و مقررات صریحی وضع کرد و بازداشت مدیون را جز در مورد نفقه اشخاص واجب النفقه، مالیات بر درآمد و بدهی بیمه ممنوع نمود.

اصول کلی حقوقی و قانون

۶۴- حقوق انگلستان توأم با وقایع است نه مبتنی بر تئوریهای مجرد. بنابراین اصول کلی حقوقی بنحوی که در سیستم رومانو-ژرمانیک متداول است بنظر آنان قاعده حقوقی نیست بلکه دستور اخلاقی است و فی‌المثل اصل منع رقابت مکارانه، اصل غنی شدن بی‌جهت بقیمت خسارت دیگری، سوء استفاده از حق، ... و غیره بنظر حقوقدانان انگلیسی قاعده اخلاقی است و نه اصل حقوقی. وقتی می‌توان آن را اصل حقوقی دانست که بر مبنای آن آرائی صادر شود. اصول حقوقی در سیستم کامن لائو آن کلیت و شمولی را که در سیستم حقوق نوشته از آن برخوردار است ندارد. مثلاً قانونی تصویب شد که اختیار تعیین هزینه دادرسی را به قاضی واگذار نمود. برحسب حالات مختلف و متفاوت میزان هزینه دادرسی متفاوت می‌شد و آنقدر تعداد حالات و اصول مربوطه به تعیین هزینه دادرسی متعدد شد که قانون دیگری برای کم کردن این تعداد و جبران «تورم اصل» حالات را به ۳۵ مورد محدود کرد و آراء سابقه درباره این موارد در ۱۴۸ صفحه جمع‌آوری شد.

مقایسه قواعد و اصول کلی حقوقی در دو سیستم

۶۵- قواعد حقوقی (اعم از قانونی و قضائی) در سیستم حقوق فرانسه بیشتر وابسته به اخلاق و احیاناً مذهب است تا به آئین دادرسی و تشریفات و لذا روش کلی و برنامه زندگی و رفتار مردم را برای آینده تعیین می‌کند. مثلاً اصل کلی حقوقی سوء استفاده از حقوق یا اصل محدودیت آزادی عقود در برابر نظم عمومی و اخلاق حسنه روش کلی زندگی است که ربطی به فرد خاصی از مردم یا پرونده مخصوصی از محاکمات و دعاوی ندارد و در هر دعوی فقط قاضی باید بکوشد اصل لازم را بر مورد خاص منطبق کند، اما در انگلستان اصول کلی حقوقی به آئین دادرسی نیز مرتبط است و اصول کلی حقوقی در حقوقی انگلستان بلافاصله و به سهولت بر قضیه منطبق است. فهم اصل حقوقی بدون مطالعه و درک جزئیات پرونده‌ای که منجر به اعلام آن اصل شده است ممکن نیست، اصل حقوقی در فرانسه عام‌تر و مجردتر است. مثلاً در مورد قرارداد منعقد بین دو نفر که با هم مواجه نیستند حقوق رومانو-ژرمانیک بحث می‌کند که آیا نظریه اعلام عرضه را بپذیرد یا نظریه دریافت پیشنهاد را و اینکه قرارداد آیا در لحظه‌ای منعقد

می‌شود که قبول کننده اعلامیه قبول خود را ارسال داشته یا در لحظه‌ای که این قبول به پیشنهاددهنده برسد. و حال آنکه همین مثال از نقطه نظر قاضی انگلیسی نمی‌تواند بنابر یک اصل کلی حل شود. بلکه برحسب اینکه قرارداد مستقیماً بین طرفین (تلفن یا تلکس) بسته شده یا بواسطت (ارسال نامه یا پست) منعقد شده باشد و همچنین برحسب اینکه تاریخ انعقاد قرارداد یا محل آن مورد نظر باشد، متفاوت است.

مسئولیت مدنی (اصل کلی)

در مورد مسئولیت مدنی اصطلاح خاص «تقصیر»^{۵۶} بمعنای کاملاً معادل حقوق فرانسه وجود نداشته و اصطلاح «روش نامشروع» که انواع و اقسامی دارد مورد عمل است. در مورد اصطلاح «غفلت»^{۵۷} که یکی از شقوق تقصیر است توجه می‌شود که آیا شخص در چنین موردی موظف به انجام دقت و احتیاط خاص بوده است یا نه؟ مثلاً هرگاه مسئولیت مدنی مالکی مورد بحث باشد برحسب اینکه متضرر آیا حق داشته است در ملک این مالک وارد شود یا نه؟ آیا مالک او را به دعوت ورود به ملک کرده است یا نه؟ آیا متضرر صغیر است یا کبیر؟ آیا خسارت بدناله اعمال مربوط به اداره و تنظیم ملک و اسباب کشی است یا نه؟ اصل حقوقی متفاوت خواهد بود. بدین نحو حقوق فرانسه را می‌توان سیستم «بسته» نامید که تمام حقوق در مجموعه محدود بسته‌ای جمع‌آوری شده است و حل هر موضوع را در داخل این محدوده باید جستجو کرد و اما حقوق انگلیس «باز» است که درهای آن بروی ورود قواعد و اصول جدید باز است و در واقع محاکمات و دعاوی جدید اصول جدیدی به علم حقوق می‌افزاید.

وضعیت امروز و تحول قانونگذاری

۶۶- از یک قرن قبل و بخصوص بعد از جنگ دوم جهانی بواسطه امواج فکری جهانی و پیش آمدن مسائل جدید در زمینه امور اقتصادی، کارگری، بیمه و بهداشت و حمل و نقل و مسائل بازار مشترک نیاز بداشتن مقررات جدید که با مقررات سایر ملل نیز منطبق باشد انگلستان به تصویب قوانین جدید و فراوانی اقدام کرد بطوری که امروز دیگر قانون نقش مهمتری را بازی

⁵⁶ - Fault

⁵⁷ - Negligence

می‌کند و از این حیث به حقوق رومانو- ژرمانیک نزدیک شده است. همچنین مسائل جدید موجب ابتلائات و اقدامات نوینی در دستگاههای اداری می‌شود که نیازمند به مقررات نوینی است لذا در زمینه امور اداری قوانین فراوانی تهیه شده است. اما قدرت مشترک تمام این قوانین آن است که با اجرای آن مستقیماً به قوه قضائیه واگذار شده یا اجراکنندگان کماکان تحت کنترل این قوه قرار دارند. از طرف دیگر چون اجرای این قوانین تا حدی فوریت دارد و نمی‌توان منتظر ماند که حقوق و رویه قضائی با سیستم خاص خود این قوانین را هضم کرده و بر مبنای آن آراء صادر نماید لذا کمیسیونهای خاصی برای رفرمها و تفسیر قانون تشکیل می‌شود. بدین نحو متدرجاً روحیه قدیم قضائی که رعایت رویه را مقدم بر قانون می‌شمرد تغییر یافته و امروز اگر نگوئیم قانون را بر رویه مقدم می‌دارند لاقلاً باید آن دو را هم تراز تلقی کرد که از این حیث نیز تشابه و نزدیکی با حقوق فرانسه پیدا شده است.

عرف در حقوق انگلستان

۶۸- حقوق انگلستان عرفی بوده ولی کوشش برای جمع‌آوری عرفها و وحدت دادن بدانها کاملاً و لاو عرف را بصورت رویه قضائی درآورد و امروز حقوق انگلستان مبتنی بر رویه قضائی است که از عرف ناشی شده است نه مستقیماً مبتنی بر عرف. قانون مصوبه ۱۲۶۵ عرفی را معتبر می‌داند که قبل از ۱۱۸۹ موجود بوده است اما در صورت شک در تاریخ تحقیق عرف باید فرض کرد که عرف قبل از این تاریخ وجود داشته است مگر در مواردی که بلکه مسلم باشد عرف بعد از آن تاریخ بوجود آمده است. عرفهای تجارتنی شامل این محدودیت نیست.

عقل در سیستم فرانسه و انگلستان

۶۸- سیستم حقوق فرانسه «بسته» است یعنی به کامل بودن و کفایت قوانین اعتقاد دارد و فقط عقل را برای استنتاج حکم قضیه از قوانین پیش‌نوشته بکار می‌برد و حال آنکه در «سیستم باز» حقوق انگلستان عقل برای رفع نقیصه قانون یا رویه قضائی موجود و ایجاد قانون و قاعده جدید بکار رفته است. اثر عقل در حقوق انگلستان بسیار مهم است و قواعد عمده انصاف مثل «منع حیل‌های قانونی» از این طریق ایجاد شده و همچنین قواعد مناسب حقوق رم یا مسیحیت از این طریق توسط قضات وارد حقوق انگلستان شده و در آن حل گردیده است. حقوقدانان انگلیسی

به این خصیصه حقوق خود می‌بالند و به این جهت آن را لایق می‌دانند که خاصیتی مافوق «ملی» داشته باشد. بدیهی است بعد از دخالت عقل و صدور آراء بر مبنای آن همان آراء بعداً بعنوان سابقه مورد استناد قرار می‌گیرد و قضات بعدی عقل را در جستجوی پیدا کردن سابقه مناسب نیز با قضیه بکار می‌گیرند. بطور خلاصه نقش عمده و تعریف عقل در حقوق انگلستان عبارتست از نظریات جاری زمان، اعمال عرفهای تثبیت شده، هماهنگی لازم بین تصمیمات قضائی، اعمال اصولی که قبلاً قبول و مرتباً اعمال شده و ... خلاصه عقل متوجه نفع دائمی و نفع و ثبات حق و امنیت قضائی می‌باشد.

دکترین

۶۹- در حقوق انگلستان که حقوق تجربیدی نیست و قاضی بدون نیاز به تحصیل علم حقوق عملاً باید بدین امور وارد شود دکترین نقش عمده‌ای نمی‌تواند داشته باشد گاه نظریات جدید از راه عقل وارد حقوق انگلستان شده و می‌شود اما مقارن با تحولات اخیر و هماهنگی و ارتباط بیشتر با سیر جهان کرسی‌های علم حقوق تأسیس گردید و بدین ترتیب دکترین شروع به جلوه‌گری کرد و نقش آن در جمع‌آوری رویه‌ها و انتخاب رویه مناسب مشهود است.

بررسی با سیستم فعلی حقوق ایران

۷۰- سیستم حقوقی ایران در کلیات از سیستم حقوق فرانسه اقتباس شده است و جهات متعددی می‌توان برای این اقتباس ذکر کرد در کتاب عدالت در انگلستان^{۵۸} در این مورد چنین اظهار نظر شده است: «علاوه بر آنکه پیشروان تحصیلات خارجه به علل فراوانی به فرانسه عزیزت نمودند و با سرزمینهای سیستم کامن لاو به جهت ظاهر پیچیده قوانین آنها کاری نداشتند و اصولاً آمادگی و ساخته و پرداخته بودن سیستم لاتین که با طبع راحت و فرمولپسند شرقی بیشتر جور بوده باعث گردید که ایران نیز سیستم قضائی خود را با عجله و شتاب فراوان و بدون تأمل و دقت از سیستم فرانسوی تقلید کند و متأسفانه این شتاب نتایج و ثمرات نیکوئی برای سازمان قضائی ایران نداشت تا آنجا که می‌توان به جرأت قبول کرد که قسمت اعظم نابسامانی

^{۵۸} - عدالت در انگلستان، دکتر علی خادم ص ۷۵.

تشکیلات قضائی ایران و فقدان امنیت اجتماعی ما معلول عدم توجه به این نکات و ناپختگی کسانی بود که در سازمان‌دادن دستگاه قضائی کاردانی لازم را نداشتند ... موفقیت عدالت انگلستان را در قضات آن باید جستجو کرد نه در قوانین آن سرزمین ...» نمی‌توان گفت صرفاً «طبیع راحت طلب شرقی و ...» موجب انتخاب این سیستم شده است.

سیستم حقوق اسلام که قبلاً در ایران مستقر بود با تکیه فراوان به عقل و عرف که موجب تحرک و تحول آن است و در حقوق انگلستان نیز نکته مثبت آن شمرده می‌شود با آسایش و راحتی ملت متناسب‌تر بود، اگر سیستم قضائی انگلستان مورد نمونه قرار می‌گرفت ناچار رویه قضائی و رعایت سابقه و انصاف و عرف باید مبنای حقوقی قرار می‌گرفت و تمام اینها مبتنی بر اسلام بود و موجب تجدید نیروی آن و انطباق با شرایط جدید جهان می‌گردید و حال آنکه غرب‌زدگی که از دوران ناصرالدین شاه شروع شده مرتباً تب آن تاکنون بالا رفته است و عکس‌العمل غلط آن «ملیت بدون ملت» است که فعلاً مشهود است و در آرزوی زیر و زبر کردن همه مسائل بنیادی بوده و هست. از طرفی دیگر بعضی وقایع تاریخی این ایده را بوجود آورده بود که ایران باید به سمت لائیک‌پیش برود. قانون اساسی خود قدمی در این راه بود و برای اینکه با مقاومت روبرو نشود ماده دوم متمم قانون اساسی تصویب شد ولی هرگز اجراء نگردید. ماده ۱ قانون سابق مجازات عمومی عوض شد و در قانون جدید حتی بعنوان تعارف خشک و خالی از امور شرعیه نامی برده نشده است. در قانون جدید حمایت خانواده مواردی که قانوناً ممکن بود با شرع تطبیق داده شود بدون اینکه چنین زحمتی را بخود راه دهند گنجانند اما مشاهده می‌شود هرچه بسمت لائیک شدن پیش می‌رویم نابسامانی دستگاه عدالت بیشتر می‌شود. این نابسامانی صرفاً معلول قبول سیستم حقوق نوشته نیست بلکه معلول آنست که اولاً نوشته‌ها برخلاف چندین قرن روحیات مردم است و ثانیاً قانون و قوه قضائیه مستقل و قدرتمند از لحاظ معنوی نداریم.

سیستم حقوق آمریکا

تاریخچه مختصر تشکیل آمریکا

۷۰- قاره آمریکا قبل از کریستف کلمب مسکن تعداد معدودی سرخپوستان بود و این تعداد به اندازه‌ای کم بود که می‌توان آن قاره را در آن ایام بدون سکنه تلقی کرد. بعد از کشف آمریکا از سایر ممالک اروپائی و بخصوص انگلستان و فرانسه و اسپانیا و پرتغال بدانجا مهاجرت کردند و در جستجوی طلا و شرایط زندگی بهتر با هر مانعی برخورد نمودند از میان برداشتند و سرخپوستان را نیز کشتند و اراضی آنان را تصرف کردند. بنابراین در محل جدید سیستم حقوقی و حتی جامعه انسانی باقی نماند بلکه تقریباً اولین جامعه انسانی همان گروه‌های مهاجرین بود. بدیهی است چون در بین مهاجرین اولیه قاضی و حقوقدانان مجرب نبود اختلافات به نحو ساده و بر مبنای تصور آنان از سیستم حقوقی مملکت اولیه خویش حل می‌شد و در این راه دو ایده الهام‌گر آنان و پایه اولیه حل اختلافات این جوامع بود.

اول توجه به متون مذهبی و حقوقی مسیحیت.

دوم اقتصاد محلی. در واقع مقتضیات خاص اقتصاد جدید الولاده‌ای که این گروه‌ها را به سمت خود می‌کشاند.

در قرن ۱۸ شرایط زندگی بهتر شد و روحیه مهاجرین که اکثریت عددی و نیروئی آن انگلیس بود نیز اقتضا داشت که سیستم حقوقی مشخصی داشته باشند. از طرفی دیگر برای مقاومت در برابر استبداد شاه بهترین دست‌آویز همان کامن لائو بود. کامن لائو بدست تعدادی حقوقدانان که مهاجرت کرده بودند پی‌ریزی می‌گردید. در این جریانات کانادا مستقل شد و مهاجرت موجب جذب تعدادی از مهاجرین فرانسوی گردید و نیز انقلاب فرانسه و رواج افکار آزادیخواهی در آمریکای جدید آنان را در مقاومت و مبارزه با انگلستان و استقلال طلبی تأیید نمود و همچنین در این ادوار چون مهاجرین اسپانیائی نیز استقلال یافته بودند و سیستم حقوقی نوینی می‌خواستند اقبال به سمت سیستم رومانو-ژرمانیک زیادتر شد اما به نتیجه قطعی نرسید زیرا:

اولاً گرچه مهاجرین انگلیسی با دولت انگلستان در مبارزه بودند اما روحیه و عادات آنان متناسب با کامن لائو بوده منتها سیستم حقوقی مستقلی را طلب می‌کردند.

ثانیاً ایالات ثروتمندتر در اختیار مهاجرین انگلیسی بود. بدین لحاظ نفوذ آنان تفوق داشت. ثالثاً حقوقدانان مهاجر در آمریکا فقط از گروه کامن لائو بودند. رابعاً فرانسه در این ایام چنان به خویشتن و امور داخلی مشغول بود که مجال کمک به پیشبرد نظریات سیستم حقوقی خود را نداشت.

جهات تفوق سیستم حقوقی کامن لائو در آمریکا

نتیجه این مبارزه گرچه به تفوق کلی سیستم کامن لائو منجر شد و امروز طرز استدلال در سیستم حقوقی و منابع حقوقی در آمریکا مقتبس از حقوق کامن لائو است اما آثاری از نفوذ سیستم رومانو-ژرمانیک نیز در آن دیده می‌شود. استقلال حقوقی ایالات و میل اینکه ایالات بتوانند همزیستی داشته و دولت فدرال واحد تشکیل دهند موجب شد که عادات و رسوم و سیستمهای حقوقی را مطابق میل هر گروه آزاد گذارند. قوانین و آرای صادره در انگلستان قبل از ۱۷۷۶ که آمریکا استقلال یافت مورد قبول و مستند آمریکاست زیرا در آن ایام همان قانون بر آمریکا حکومت می‌کرد و گرچه قوانین و آراء بعدی قانون خارجی تلقی می‌شود معیناً آرای مراجع قضائی دو مملکت خیلی بهم نزدیک است زیرا روحیه و طرز کار قضات همواره تحت تأثیر سیستم انگلستان قرار دارد. بنابراین در بررسی فعلی ما نکات افتراق این دو سیستم را بیشتر مورد توجه قرار می‌دهیم. در سایر جهات چون هر دو حقوق از یک خانواده تلقی می‌شوند آنان را مشابه باید دانست.

۷۱- اصول اساسی سیستم کامن لائو به شرح زیر به دو صورت متفاوت در این دو سیستم تکامل یافته است:

الف- اصل تفوق حقوق: بدان معنی است که تمام افراد مردم و سازمانهای دولتی نیز تابع نظم و مقررات حقوقی هستند و نظارت در این امر به عهده دادگستری است. مدتها شکایت اداری نیز مانند تمام دعوی خصوصی نزد دادگاههای عمومی مطرح می‌گردید، اما مقتضیات زمان و توجه به احتیاجات جدید زندگی و ضرورت اخذ تصمیمات فوری و قاطع که نیازمند اظهار نظر افراد متخصص است تدریجاً موجب ایجاد مراجع خاصی گردید که می‌توان بدانها نام دادگاههای اداری داد. در آمریکا دادگاههای اداری هم ایالتی و هم فدرال تأسیس شده است

اما بهر جهت تصمیمات این دادگاهها قطعی نیست و شکایت از آنها در دادگستری مطرح می‌گردد و رای قطعی از مراجع قضائی صادر می‌شود.

ب- اصل احترام به سابقه قضائی: تحت تأثیر عناد با انگلستان و در دوران مبارزه استقلال طلبانه و حتی تا مدتها بعد از آن ارزش سابقه قضائی مورد قبول نبود و حملاتی بدین اصل می‌شد بعد از آن که هیجان استقلال طلبانه به هدف خود رسید و بحران مبارزه با یادگارهای انگلستان فروکش کرد این افراط تعدیل شد. امروز رعایت سابقه گرچه الزامی نیست ولی معمولاً به سوابق قضائی احترام می‌گذارند مگر اینکه رعایت سابقه آراء را مخالف عدالت تشخیص دهند. با استقلال هر ایالت قوه قضائیه آن نیز مستقل بوده و رویه قضائی هر ایالت نیز مجزا است.

ج- هیات منصفه مدنی: یکی از وجوه اشتراک دو سیستم دخالت ژوری در دعاوی مدنی است. در انگلستان متدرجاً موارد شرکت هیئت منصفه را در امور مدنی تقلیل داده و تقریباً حذف کردند اما در آمریکا این روش چون جزء اصول قانون اساسی درآمده است موارد رجوع به آن تصویب گردیده است و قوانین عادی نمی‌تواند آن را لغو کند.

سازمان قضائی آمریکا

۷۲- آمریکا چون از ایالات مختلف تشکیل گردیده است برای ایجاد یک وحدت سیاسی و استحکام آن ناچار از رعایت استقلالهای محلی است و با این ایده و هدف و به این نحو دولت فدرالی تشکیل گردیده که ایالات آن در داخله خویش استقلال داشتند. علیهذا دو سیستم حقوقی بموازات هم ایجاد گردیده است: حقوق فدرال و حقوق ایالتی.

دادگاههای فدرال و ایالتی

دادگاههای فدرال و ایالتی - دو سلسله دادگاه «ایالتی و فدرال» در آمریکا وجود دارد. سلسله دادگاهها عبارتند از دادگاه بدوی و استیناف که آن در دیوان عالی است، بعکس بعضی کشورهای فدرال (مانند آلمان فدرال، استرالیا، کانادا، سویس) که دادگاههای بدوی فقط ایالتی هستند و فقط دیوان عالی تمیز است که فدرال می‌باشد در آمریکا ممکن است که هدایت و استیناف نیز در دادگاه فدرال مطرح گردد. استیناف دادگاه بدوی فدرال در دادگاه استیناف فدرال مطرح می‌شود و آراء مهمی که به تشخیص دیوان عالی کشور ارزش طرح شدن از آن

دیوان داشته باشد قابل شکایت فرجامی است. تعداد قضات دیوان عالی یک رئیس و ۸ عضو است که همگی در رأی شرکت می‌کنند. دادگاههای اختصاصی فدرال نیز وجود دارند که بهر جهت آراء آنها قابل اعتراض در دادگاه شهرستان یا استیناف فدرال است. در داخله هر ایالت سلسله دادگاههای ایالتی نیز وجود دارد که در بعضی ایالت‌ها سه مرحله است (بدوی، استیناف، دیوان عالی ایالتی) و در بعضی ایالات دیوان عالی وجود ندارد. ژوری در بیشتر محاکمات شرکت دارد زیرا قانون اساسی اجازه داده است در محاکماتی که مدعی به زاید بر ۲۰ دلار باشد و بشرطی که موضوع بعنوان انصاف مطرح نشده باشد هریک از اصحاب دعوی می‌توانند تقاضا کنند ژوری دخالت کند.

تقسیم صلاحیت هر گروه دادگاهها

۷۴- در تشکیل ایالات متحده آمریکا چون توجه خاص به استقلال هر ایالت شده است در مسئله مبانی حقوق و همچنین صلاحیت دو سلسله دادگاهها اصل بر صلاحیت دادگاههای ایالتی است نه دادگاه فدرال. برای تشخیص موارد صلاحیت دادگاههای فدرال دو مبنا وجود دارد:

۱. از نظر موضوع دعوی - دعاوی که موضوع مورد بحث مربوط به قانون اساسی یا یکی از قوانین فدرال باشد دادگاههای فدرال صلاحیت دارند.
۲. از نظر شخصی اصحاب دعوی - هرگاه دولت ذینفع باشد یا اصحاب دعوی تبعه دو ایالت باشند یا یکی از آنان دیپلمات خارجی باشد موضوع در صلاحیت دادگاههای فدرال است.

در غالب مواردی که دادگاه فدرال صالح به رسیدگی است این صلاحیت انحصاری نیست و اصحاب دعوی می‌توانند بر حسب تراضی به دادگاه ایالتی رجوع نمایند که در این صورت آخرین حکم قطعی دادگاه ایالتی قابل فرجام در دیوان عالی است. تمرکز قضائی که در سیستم انگلستان وجود دارد - تقریباً همه دادگاههای عالی در لندن وجود دارد - در آمریکا نیست و این تفاوت هم بمناسبت خصوصیت فدرال بودن آمریکا و میل به حفظ استقلال داخلی ایالات بوجود آمده است.

انتخاب قضات

۵۷- قضات فدرال با پیشنهاد رئیس جمهور و تصویب کنگره برای همه عمر انتخاب می‌شوند. رسیدگی به تقصیرات و محاکمه آنها در صلاحیت کنگره است. اما قضات ایالتی به سابقه قضائی آمریکا و اینکه هر گروه از مهاجرین اولیه در موقع اختلاف کسی را بعنوان قاضی و حکم برمی‌گزیدند انتخابی می‌باشد. این روش انتخابی گرچه ظاهراً با دموکراسی سازگارتر است ولی ممکن است این عیب را ایجاد کند که چه بسا قاضی برای تحصیل آراء بیشتر وعده‌های ناروا بدهد و با اشخاص ذینفع بند و بست نماید و در جریان کار نیز برای جلب نظر موکلین و تهیه مقدمات انتخاب بعدی از بیطرفی خارج شود. با قبول سیستم انتخابی و نتایج نامطلوبی که از آن حاصل شد تعدادی ایالات این روش را ترک کردند و تعدادی دیگر متوجه جبران نقایص آن گردیدند بطوری که امروز انتقادات مذکور چندان وارد نیست. هریک از ایالات که سیستم انتخابی را حفظ نموده‌اند به یکی از طرق ذیل متوسل شده و یا چند روش را با هم اجرا نمودند:

اول- اصلاحیه‌های قانونی تصویب گردید و تدریجاً استقلال قضات را در برابر موکلین حفظ و تأمین نمود.

دوم- متدرجاً قوانینی تصویب گردید و مدت انتخاب را طولانی‌تر کرد.
سوم- مجمع خاص دولتی تشکیل گردید تا صلاحیت کاندیداها را بررسی کند و فقط به کسانی حق انتخاب شدن داده می‌شود که این مجامع اعلام می‌نمایند.

منابع حقوق آمریکا

منابع حقوق آمریکا همان منابع حقوق در انگلستان است، منتها در مورد قانون رویه قضائی و رعایت سابقه لازم است نکاتی را یادآور شویم.

صلاحیت فدرال و ایالتی در تصویب قانون

۷۶- در مجموعه حقوق آمریکا در همه امور و نیز در تشخیص مرجع صالح برای تصویب قانون اصل بر صلاحیت مراجع ایالتی است. آمریکا دارای قانون اساسی مدونی است - بعکس انگلستان که قانون اساسی ندارد و سازمان حقوق اساسی آن نیز مانند سایر رشته‌های حقوقی بر

مبنای رویه قضائی است - که تمام ایالات و تمام مراجع فدرال تابع آن هستند. موارد صلاحیت دولت مرکزی برای تهیه قوانین منحصر به مواردی است که در قانون اساسی مطرح می‌باشد که اصلاحیه‌های بعدی مواردی را بر آن افزوده است، در غیر این موارد مراجع ایالتی حق تصویب قانون را دارند قوانین چه ایالتی و چه فدرال باید با قانون اساسی مطابقت داشته باشند.

کنترل مطابقت قوانین عادی با حقوق اساسی

۷۷- محاکم اجراء هر قانونی که با قانون اساسی منطبق نباشد (چه ایالتی و چه فدرال) استثنا و بدان امتناع می‌کنند. صرف نظر از ایراد اصحاب دعوی خود دادگاه نیز رأساً موظف است از اجرای چنین قانونی خودداری کند، طریقه دوم کنترل آن است که دیوان عالی مستقلاً می‌تواند قانونی را که با قانون اساسی منطبق نباشد ملغی سازد. نمونه عمده آن در چند سال قبل بود که در یکی از ایالات سیاهپوستان را از نام‌نویسی در یک دانشگاه بخصوص که به سفیدپوستان اختصاص داده شده بود محروم نمودند سیاه پوستی از جواب ردی که به او دادند شکایت کرد و دیوان عالی قانون ایالتی مزبور را ملغی نموده و بالتیجه دانشگاه را به قبول آن متقاضی ملزم نمود. قاعده الغای کلی یک قانون در قانون اساسی آمریکا ذکر نشده است اما رویه قضائی در سال ۱۸۰۳ آن را استنتاج کرده بصورت یک اصل حقوقی مستقر نموده است. در سال ۱۸۰۲ جان آدامس رئیس جمهور در آخرین روزهای ریاست جمهوری خود انتصاب ماربوری را به قضاوت فدرال به کنگره پیشنهاد نمود. کنگره نیز آن را تصویب کرد. اما ابلاغ انتصاب وی وقتی آماده امضاء شد که جفرسن رئیس جمهور جدید و کابینه او شروع به کار نموده بودند و وزیر مربوطه از ارسال ابلاغ امتناع کرد. ماربوری به استناد قانونی به دیوان عالی حق می‌دهد وزیر را ملزم به ارسال ابلاغ نماید استناد کرده و الزام او را از دیوان عالی خواست. اما دیوان عالی قانون مورد استناد را با قانون اساسی مخالف دانسته آن را ابطال نمود. احترام مردم به قانون اساسی: ناشی از آن است که این قانون به قیمت فداکاریها و جنگ‌هایی تهیه و حفظ شده است مظهر وحدت سیاسی و مبنای ایجاد تشکیلات ملیت واحد است، در مقابل استقلال ایالات همین قانون است که مظهر وحدت آنهاست. اصولاً اختیارات تمام مراجع منبعث از قانون اساسی است و حتی اعتبار و قدرت کامن لائو نیز از آن جهت است که قانون اساسی به آن اعتبار داده است.

مرجع تفسیر قانون

تفسیر قانون اساسی در صلاحیت دیوان عالی است: دیوانعالی برحسب موقعیت‌ها و جریانهای جهانی با تفسیرهای منطقی از قانون اساسی قواعدی تازه بمنظور حل مسائل نوین بوجود آورده است مثلاً معتقد است چون آزادی در اداره اموال و حق حیات برای همه مردم شناخته شده است لذا هر قانونی که این حقوق را محدود کند باید موجه بوده و دلیل صحیحی داشته باشد و لذا تصویب قوانین مصادره مال یا محدودیت‌هایی در تساوی افراد باید جهت قانونی و صحیح داشته باشد.

تعارض قوانین ایالتی، کامن لائو و ایالتی

۷۸- اول- موارد صلاحیت ایالتی - ظاهراً بنظر می‌رسد که مواد و موضوعاتی که اختیار قانونگذاری آن در صلاحیت ایالات است دعاوی مربوط نیز در صلاحیت دادگاههای ایالتی باشد و بالعکس اما همیشه و بطور مطلق این ملازمه وجود ندارد. مثلاً تصویب قوانین مسئولیت جزائی در صلاحیت مقننه ایالتی است معهداً ممکن است چنین دعوائی در دادگاه فدرال مطرح گردد فی‌المثل وقتی که مقصر و زیان‌دیده تبعه دو ایالت باشند. قانون مصوبه ۱۷۸۹ در چنین موردی دادگاه را موظف به اجرای قوانین ایالتی می‌کند اما اگر قانون ایالتی وجود نداشته باشد چه باید کرد؟ آیا کامن لائو ایالتی را می‌توان اجراء کرد و عبارت قانون ایالتی شامل کامن لائو آن هم می‌شود یا نه؟ بدواً رویه قضائی آمریکا معتقد بود که چون اصطلاح «قوانین» بکار برده شده است باید فقط قوانین مصوبه را اجرا کرد. و اگر قانون ایالتی در موضوع دعوی موجود نباشد باید کامن لائو همگانی کشور را اجراء نمود اما بعد از ۱۹۳۸ رویه تغییر کرد و دادگاه فدرال را موظف به اجرای مجموعه حقوق ایالتی (اعم از قانون و کامن لائو) نموده یک مورد آن هم رائی بود که در دعوی مطروحه تومپکینس^{۵۹} علیه راه آهن خصوصی اری^{۶۰} صادر شد ترن باری متعلق به این کمپانی که در واگن آن بازمانده بود حین عبور از ایالت پنسیلوانیا خواهان دعوی را مجروح کرده بود. دادگاه فدرال طبق قانون فدرال موظف بود مقررات ایالت محل

⁵⁹ - Tompkins

⁶⁰ - Erie

وقوع حادثه (پنسیلوانیا) را اجراء نماید، کمپانی تقصیر و غفلت را متوجه خود مجروح دانسته و ایراد کرد که بر طبق رویه قضائی پنسیلوانیا در چنین موردی مجروح حق مطالبه خسارت ندارد. دادگاه بدوی و استیناف بنابر رویه قضائی قبلی معتقد بودند چون «قانون مصوبه‌ای» در پنسیلوانیا راجع به این موضع وجود ندارد باید کامن لائو همگانی کشور اجراء گردد نه کامن لائو ایالتی. اما دیوانعالی رای را نقض کرد و نظر داد که کامن لائو ایالتی نیز مثل قانون لازم الاجرا است.

تعارض قوانین ایالتی، کامن لائو و فدرال

۷۹- دوم موارد صلاحیت فدرال- در موارد صلاحیت قانونگذاری کنگره کامن لائو همگانی کشور ایجاد می‌شود. مثلاً ثبت علائم و اختراعات جزء صلاحیت کنگره است که در مورد آن و حتی موارد وابسته بدان مثل رقابت مکارانه کامن لائو فدرال تشکیل گردیده.

تعارض قوانین

۸۰- مسئله تعارض قوانین و قلمرو قانونی هر ایالت بنحو واحد و توسط قانون فدرال حل نشده است بلکه در هر یک از ایالات در این زمینه مقررات خاص وجود دارد. مثلاً تلاقهای صادره از محاکم رنو (مرکز نوادا) در نظر بسیاری ایالات مفتضحانه بوده و آن ایالات علیرغم قانون اساسی که آراء صادره از هر ایالت را در سایر ایالات نیز معتبر می‌داند بعنوان مخالفت با اخلاق حسنه از قبول آن خودداری می‌کردند تا بالاخره قضیه بنحو بینابین حل شد که این احکام را از بعضی آثار معتبر و از جهات دیگر قبول نکنند. یا قانونی در ماساچوست گذشت و میزان خسارتی که مسدوم یا وارث مسدوم متوفی می‌توانست از مرتکب عمل تصادف مطالبه کند محدود کرد. بسیاری از ایالات این قانون را با نظم عمومی خود منافی دانسته و اجراء نمی‌کردند. در مواردی که قاضی باید مقررات خارجی (ایالات دیگر) را اجرا کند - نسبت به کامن لائو هر ایالت فرض بر این است که قضات سایر ایالات از آن اطلاع دارند و رأساً آن را اجراء می‌کنند. اما در مورد قانون سایر ایالات فرض بر آن بود که اگر اصحاب دعوی ایراد کرده و قانون ایالت دیگر را عرضه کنند قاضی آن را اجراء می‌کند و الا رأساً موظف نبود از آن مطلع بوده و به اجرای آن اقدام کند. اما این رویه عوض شده و در غالب ایالات فعلاً قوانین خارجی را قاضی رأساً اجراء می‌کند.

توسعه انصاف

۸۱- مراجع خاصی بنام دادگاههای انصاف وجود دارد مسایلی را که علم حقوق حل نکند به آن مراجع ارجاع می‌شود. توسعه این محاکم بسیار زیاد بوده و راه نفوذ قواعد مسیحیت در حقوق آمریکا بشمار می‌رود. مثلاً قبل از تصویب قانون راجع به طلاق مسایل مربوط به زوجیت و بطلان نکاح و امثال آن در انصاف مطرح می‌شد.

رعایت سابقه قضائی

۸۲- قاعده انصاف رعایت سابقه قضائی رکن تشکیل سیستم کامن لائو است. اما در آمریکا بواسطه فدرال بودن نظام مملکتی قاعده مذکور دچار نوسانات خاصی شده است. زیرا اگر ایالات بطور قاطع موظف باشند سابقه قضائی را رعایت کنند این امر بضرر وحدت مملکت تمام شده و فاصله‌های حقوق بین ایالات را تشدید می‌کند و بهمین جهت فکر و روال کار قضات آمریکا بین این دو هدف نوسان دارد. دادگاههای عالی موظف به رعایت سابقه نیستند و ممکن است نظریه جدیدی اتخاذ نمایند. تغییر رویه از طرف دیوان عالی غالباً بمنظور تأمین نظریات علمی و اجتماعی و قضائی جدید بوده و بمنظور وحدت بخشیدن به رویه ایالات است تا اینکه اگر حقوق یک ایالت از مسیر کلی منحرف شد آن را به مسیر کلی قضائی ایالات متحده باز آرد. قبل از جنگها و انفصال دیوان عالی اعلام کرد که کنگره حق ندارد ایالات را از قبول بردگی منع کند ولی بعداً رویه را تغییر داد. همچنین در ۱۹۰۵ دیوان کشور قانونی را که در نیویورک گذشته و ساعات هفتگی کارگران نانوائی را به ۶۰ ساعت تقلیل داده بود ابطال کرد و در ۱۹۱۰ قانون کنگره را در مورد تقلیل ساعات کارگران صغیر مخالف قانون اساسی تشخیص داد و حال آنکه در همه این موارد دیوان عالی بعداً رویه خود را تغییر داد.

جریانهای وحدت جوئی

۸۳- در آمریکا کوششهای معنوی فراوانی می‌شود که حقوق ایالات به سمت وحدت گرایش پیدا کند، و بدین منظور دادگاههای ایالتی به آراء و رویه‌های قضائی سایر ایالات نیز استناد می‌کنند و آنها را تا حدی قبول دارند و به موازات کامن لائو ایالتی رویه قضائی فدرال توسعه می‌یابد. از طرف دیگر با اصلاحیه‌های متعددی که بر قانون اساسی نوشته شده و می‌شود

صلاحیت کنگره و مراجع فدرال را در اتخاذ تصمیم و تصویب مقررات زیاده‌تر می‌کنند. و همچنین هر قانونی که در ایالات تصویب می‌شود بخصوص اگر در مسایل اقتصادی یا اموری باشد که ارتباط با روابط افراد ایالات مختلف داشته باشد آئین‌نامه اجرائی را مراجع فدرال می‌نویسند تا در همه ایالات معتبر بوده و حقوق ایالات را به وحدت سوق دهد. همچنین طرح قوانین جزائی، تجارت و مسایل مشترک بصورت نمونه از طرف مراجع فدرال تهیه و به همه ایالات پیشنهاد می‌گردد.

سیستم حقوق هندوستان

مبارزه مذهب برهمنی و بودائی و وضع بعدی هندوستان در سیستم حقوق هندوستان

۸۴- سیستم حقوقی فعلی هندوستان مخلوطی از حقوق قدیم هندوستان و سیستم حقوقی انگلستان است و این مخلوط بنحوی است که حقوق فعلی را می‌توان گفت در مقابل هر دو عنصر تشکیل دهنده خویش استقلال ذاتی داشته با روحیه مردم آن سرزمین و نظریات جدید تطابق دارد. لذا در کلیه مناطقی که تحت تأثیر افکار برهمنی است و از این جهت نزدیکی با حقوق قدیم هندوستان دارد (مانند جنوب آفریقا و جنوب شرقی آسیا) مورد نمونه برداری قرار گرفته است. مذهب بودائی در هندوستان ایجاد شد و تا سده ۸ میلادی در زور آزمائی با مذهب برهمنی توفیق یافت ولی در این سده مذهب برهمنی تفوق قطعی یافت و برافکار جامعه تسلط پیدا کرد.

طبقات جامعه در مذهب برهمنی

۸۵- در مذهب برهمنی هر بشری از بدو تولد به یکی از طبقات چهارگانه اجتماع تعلق دارد و این تعلق جزئی از هویت و شخصیت اوست. طبقات چهارگانه عبارتند از:

۱- برهنها (روحانیون)

۲- لشکریان

۳- کشاورزان

۴- سایر طبقات

نجس‌ها خارج از طبقات هستند و همچنین بالاترین مجازات (که بمنزله مرگ اجتماعی است) اخراج فرد است از طبقه خویش که چون چنین شخصی در هیچ طبقه‌ای راه ندارد بمنزله مرده تلقی می‌شود. این طبقات چهارگانه مکمل یکدیگر تلقی گردیده و وجود آنان برای حفظ اجتماع ضروری تشخیص داده می‌شود ولی سلسله مراتب اولویت به همان ترتیبی که ذکر شد در روابط آنها برقرار است.

اهداف زندگی در مذهب برهمنائی

۸۶- مذهب برهمنائی بدون اینکه قواعد و مقررات قاطعی برای امور حقوقی مقرر دارد ولی اصولاً چون طرز زندگی بشر را بطور کلی و همه جانبه مورد نظر قرار می‌دهد، برحسب نظریه خویش - بعنوان مقررات حقوقی - توصیه‌هایی نموده است. در مذهب برهمنائی هدف زندگی سه است:

اول- فضیلت یا اخلاق: که تنظیم کننده آن برهمن هستند، قواعد اخلاقی تنظیم شده را دهارما می‌گویند.

دوم- نفع: که مجموعه قواعد آن بنام آرته‌ها به سلطان حکومت کردن و به مردم ثروتمند شدن را می‌آموزد.

سوم- لذات: مجموعه دستورات آن بنام کاما می‌باشد.

مرد کامل باید بنحوی رفتار کند که هر سه این هدفها را تأمین نماید.

۸۷- مجموعه مقررات دهارما که از نظم طبیعی اشیاء سرچشمه می‌گیرد بعنوان مدل زندگی بوده و توصیه‌های اخلاقی است. دهارما در واقع وظیفه مردم را معنی می‌کند و بهیچوجه ایجاد حق نمی‌نماید. لذا به قضات توصیه می‌کند اگر در موردی قانونی نبود برحسب وجدان عدالت و انصاف حکم کنند. از طرف دیگر برهمنائی معتقد است که دنیا در حال سراسیمگی انحطاط است و در این مسیر چهار دوران مشخص شده است که دنیای ما اینک در دوران چهارم قرار دارد. دهارما توصیه می‌کند که اگر عرف و مردم قوانین دهارما را تحقیر نمودند و مخالف آن عمل کردند باید همان عرف را معتبر دانست و بدین نحو احترام فراوانی برای عرف قایل است

که ولو آن را با دهارما (که بهر جهت جنبه الهی دارد) مخالف بدانند بدون اینکه بآن جنبه الهی بدهد ولی آن را می‌پذیرد. دستگاه حکومت مختار است در تمام زمینه‌ها (جز در قلمرو دهارما) برحسب مقتضیات زمان وضع قانون کند و مردم باید اطاعت نمایند، سلطان حافظ و مراقب مقررات می‌باشد.

لذات: در جوامع بشری زن بمنزله وسیله تأمین لذات است.

حکومت عرف: تغییرپذیری سریع عرف سابقه قضائی نمی‌تواند لازم الاجرا باشد زیرا با حکومت دائمی عرف منافات دارد.

دوران تسلط پادشاهان مسلمان بر هندوستان

۸۸- در دوران تسلط اسلام فقط دادگاههای جزائی تشکیل می‌شد که نظم عمومی را طبق مقررات اسلامی حفظ کند و چون مردم آزاد بودند که روابط شخصی خویش را هرگونه مایلند تغییر و تبدیل دهند و تنظیم نمایند لذا عملاً در روابط خصوصی افراد همان مقررات مذهبی اجرا می‌گردید.

دوران تسلط کمپانی هند شرقی بر هندوستان

۸۹- کمپانی هند شرقی با اعمال نفوذ بدو از جنبه تجاری و سپس سیاسی هندوستان را قبضه کرد. کمپانی با راجه‌ها و شاهان هندوستان قرارداد بسته و میزان مالیات مناطق زیر نفوذ خود را یکجا پرداخت می‌کرد تا آزاد باشد بهرنحوی که می‌خواهد مالیاتها را جمع‌آوری کند و برای تأمین این نظر اختیار تأسیس دادگاه را نیز در این مناطق از راجه و شاه گرفت. در مناطق و شهرهای دیگر دادگاههای انگلیسی تشکیل شد که بدعاوی اتباع خارجه هندیها و یا خارجی‌های دیگر رسیدگی می‌کرد تا در سال ۱۸۵۸ که انگستان از کمپانی خلع ید کرد و اداره مستعمره را مستقیماً بدست گرفت.

خلع ید از کمپانی واستعمار مستقیم

۹۰- انگلستان در نظر نداشت حقوق و قواعد حقوق خود را عیناً در هندوستان پیاده کند بلکه می‌خواست مردم را در روابط خودشان و مقررات حقوقی آزاد بگذارد و علیهذا در صدد

تدوین و اجرای حقوق هند برآمده و در دادگاهها نیز از مشاورین محلی که Pundit نامیده می‌شدند استفاده می‌کرد. در تدوین حقوق هندوستان دولت انگلستان دچار اشتباه شد و تصور کرد که دهارما جامع تمام مقررات حقوقی بوده و لازم الاجرا است. علیهذا به جمع‌آوری و ترجمه آن اقدام کرده قسمتی در حدود ثلث یا نصف آن ترجمه شد که غلطهای فراوانی در این ترجمه‌ها مشهود است. این دستور اجرای الزامی دهارما بدون توجه به عرف موجب شد حقوق هند از مسیر اصیل خود منحرف شود و همچنین تصویری که انگلیسها از سابقه قضائی در حقوق خود داشتند و حقوق هند را نیز همانگونه تصور می‌کردند این انحراف را تشریح و تسهیل کرد. ناشی بودن و جهل مشاورین قضائی این اشتباه را بوجود آورد و انگلستان بعد از وقوف بر این اشتباه در ایالات شمالی به تصحیح آن اقدام کرد اما در ایالات جنوب تغییر روش را مصلحت ندانست و به اشتباه ادامه داد. دادگاهها در بعضی مسائل مانند ارث، خانواده، ازدواج، مقررات مذهب اسلام یا هندورا (برحسب مذهب متداعین) اجرا می‌کردند و در موارد دیگری مقررات انصاف و عدالت را.

دو اثر عمده تسلط انگلستان

دو اثر عمده تسلط انگلستان در حقوق هند عبارت بود از:

- اول- حقوق هندو که تا آن تاریخ بواسطه تسلط پادشاهان مسلمان در خفا بود آشکار شد و هم تراز با اسلام گردید.
- دوم- مقرراتی واحد که بر همه حکومت می‌کرد از هم پاشید. محلی کردن حقوق و وجود عرفهای مختلف ناحیه‌ای باعث تفرقه شد.

دوران قانونگذاری

۹۰- از ۱۸۳۳ تحولی در مسیر تدوین قوانین جدید پیدا شد که می‌توان آن را دوران قانونگذاری دانست. در این سال به هیئت سه نفری مشاورین (مانند هیئت وزراء) فرماندار کل هندوستان یک نفر بنام وزیر دادگستری افزوده شد و وی کمسیونری را مأمور تهیه قوانین کرد. اولین برنامه این بود که سه مجموعه قوانین تهیه شود: یکی در مورد مسائل خاص مسلمین، دیگری در مورد هندوها و سومی مجموعه قوانین محلی برای همگان. گرچه این طرح عیناً

اجراء نشد ولی کمیسیونهای مأمور قانونگذاری که بعداً تأسیس شد در مسائلی که حقوق ساکت بوده و یا تلون داشت قوانینی گذراندند، در تهیه این قوانین تمام نظریات نوین حقوقی و تحولات علمی حقوق انگلیس را در نظر گرفتند و عملاً این قوانین بمنزله مرحله تکاملی حقوق انگلیس بود منتها بصورت قانون درآمد. نواقص سیستم کامن لاو را در مسایل عقود، مسئولیت مدنی و امثال آنها رفع کردند. دو نکته به این کار کمک کرد و بسیاری از قواعد حقوقی انگلستان را همراه سیستم آن به هند آورد و با حقوق محلی هندو مخلوط کرده و سیستم خاصی را بوجود آورد:

اولاً اهمیتی که در حقوق هندو به عرف داده می‌شود، الزام قاضی باینکه در مورد سکوت مقررات به ندای وجدان و عدالت و انصاف توجه کرده طبق آن رأی دهد موجب شد در بسیاری موارد بخصوص راجع به مقتضیات نوین جوامع بشری قواعد معموله انگلستان مطابق انصاف تلقی شده و اجراء گردد.

ثانیاً اعتقاد هندوان به اینکه حاکم برای حفظ نظام حکومت و تدوین عرفهای مطابق وجدان و اخلاق و نظم عمومی می‌تواند مقرراتی وضع کند موجب می‌شد که بسیاری از قوانین و مقررات موضوعه مورد قبول واقع گردد و به دستگاه حاکمه مملکتی این اجازه داده شود که قوانین را تغییر و تبدیل دهند که هنوز این اثر حقوق هندو در حقوق اساسی هندوستان مشهود است و اصلاح قانون اساسی با سهولتی بیش از سیستم‌های حقوق مشابه امکان پذیر است.

دوران استقلال، قانون اساسی

۹۱- قانون اساسی هندوستان در ۱۹۵۰ تصویب شد و بموجب نص این قانون سیستم حقوقی مستقر در هندوستان ابقاء گردید و ادامه یافت. در این قانون طبقات اجتماعی حذف شد و آزادی مذاهب برقرار گردید. این قانون اساسی مدیون سالها مبارزه و فداکاریهای ماهاتما گاندی و شاگردان مکتب او بود. در قوانین بعدی هم که متدرجاً به تصویب رسید و اساس نوینی فراهم کرد نقش آزادیخواهی و آرامش‌طلبی پیداست. قانون ازدواج در ۱۹۵۵ سیستم قبلی هندوستان را منقلب کرد. بموجب عرف قدیم زن بمنزله هدیه‌ای بود که از جانب

خاندانش به داماد داده می‌شد. زن شخصیت انسانی نداشت و فقط وسیله تأمین لذت جوئی (کاما) به حساب می‌آمد و علیهذا اعلام رضایت او در ازدواج ضروری نبود. قانون جدید رضایت زن را در ازدواج لازم دانسته و حداقل سن برای ازدواج برقرار کرد. ممنوعیت از ازدواج بین طبقات و مذاهب مختلف را حذف نمود. تعداد زوجات را منع کرد. طلاق را که در حقوق هندو نبود قبول کرده وارد حقوق نمود. زن را جزء وراثت قرارداد ...

حقوق فدرال و ایالتی

۹۲- دولت هندوستان بواسطه اینکه از جوامع متعدد با آداب و رسوم متفاوت تشکیل شده است به صورت فدرال اداره می‌شود و ایالات تا حدودی در اداره امور خویش خودمختار هستند. زبانهای رسمی جمعاً در هندوستان بعدد ۱۵ می‌رسد که از چهار زبان اصلی منشعب است.

صلاحیت قانونگذاری

طرز تنظیم صلاحیت قانونگذاری با سیستم آمریکا (در آمریکا اصل بر صلاحیت مقننه ایالتی است) متفاوت است به این منی که در قانون اساسی در ۶۶ مورد قانونگذاری در صلاحیت مراجع ایالتی و ۹۷ مورد در صلاحیت مراجع فدرال ذکر شده و مواردی که ذکر نشده است در صلاحیت هر دو مرجع است. بعقیده ذی نظران حقوق هندی این روش موجب می‌شود که سیر تکامل ملت به سوی وحدت حقوقی تسهیل گردد.

کنترل مطابقت قانون عادی با قانون اساسی

دیوان عالی (که فدرال است و در رأس سایر دادگاهها که فقط ایالتی می‌باشند قرار دارد) قوانین ایالتی یا فدرال را که مخالف با قانون اساسی باشد ابطال می‌نماید اما چون تغییر قانون اساسی امکانپذیر است اگر قانون مورد بحث هدف سیاسی بسیار مهمی را تأمین کرده باشد به تغییر قانون اساسی اقدام می‌گردد. مثلاً قانون اصلاحات ارضی مصوبه در بنگال شرقی چون مخالف با قانون اساسی بنظر می‌رسید به تغییر قانون اساسی اقدام شد؛ یا در مورد محاکمه اخیر بانو ایندیرا گاندی به تغییر قانون اساسی اقدام شد و علیهذا دیوان عالی رای دادگاه بدوی را مبنی بر محکومیت ایندیرا گاندی فسخ کرد. دیوان عالی از ۱۳ نفر قضات به ریاست وزیر

دادگستری تشکیل می‌شود. آئین دادرسی را خود دیوان عالی تصویب می‌نماید که به امضای رئیس جمهور قابل اجراست.

جهات تشابه حقوق هندوستان با حقوق کامن لائو و انگلستان

۹۳- جهات تشابه با سیستم کامن لائو بطور ملخص از این قرار است:

الف- تفوق آراء محاکم بر مصوبات مقننه. البته چون هندوستان در مسیر تحول است و تأمین این تحول با تدوین قانون می‌باشد لذا قانون در هندوستان بیش از انگلستان قدرت و ارزش دارد.

ب- قوه قضائیه کاملاً مستقل بوده و بهیچوجه تابع مقامات اجرائی فدرال یا ایالتی نیست و بر تمام دستگاهها نظارت دارد. تمام اختلافات ولو در مراجع اختصاصی مطرح شوند بالاخره اعتراض یا استیناف آنها در دادگستری مطرح می‌گردد.

ج- تقسیم‌بندی حقوق عمومی و حقوق خصوصی در هندوستان نیز موضوع ندارد.

د- تئوریه‌ها و اصطلاحات و تکنیک‌های حقوقی مشابه حقوق انگلستان هستند. گرچه قانون در هندوستان از اعتبار حقوقی بیشتری برخوردار است تا انگلستان، معهذا تصویب قوانین بیشتر برای تنظیم تدوین و تشریح تئوریه‌ها و اصول است تا ایجاد امر نوین.

جهات افتراق حقوق هندوستان با حقوق کامن لائو و انگلستان

۹۴- جهات افتراق با سایر سیستمهای کامن لائو بطور مختصر از این قرار است:

الف- هندوستان نیز مانند آمریکا قانون اساسی مدونی دارد که حاکم بر همه مملکت است، بعکس انگلستان که دارای قانون اساسی نیست.

ب- سیستم حکومت و حقوق هندوستان مانند آمریکا فدرال است، اما در صلاحیت قانونگذاری اصل و استثناء نیست و صلاحیت هر دو مرجع ذکر شده است. انگلستان فدرال نیست.

ج- دادگاههای پائین فقط ایالتی هستند (در انگلستان همه دادگاهها متمرکز در سازمان مرکزی، در آمریکا دو سری دادگاه فدرال و ایالتی) و دیوان عالی فدرال است.

د- فرقی بین انصاف و کامن لائو وجود ندارد. تفاوت این دو در انگلستان بعلت سابقه

تاریخی وجود دادگاههای مهرداد بود که چون در هندوستان چنین دادگاهی ایجاد نشد لذا چنین تفاوتی نیز بوجود نیامد.

هـ - در زمینه مالکیت زارعی و مالکیت دسته‌جمعی خانواده همان روش قدیم هندو معمول است منتهی اصطلاحات حقوق انگلیس بکار برده می‌شود.

سیستم حقوق روسیه

تشکیل اولیه روسیه

۹۵- اول در اواسط قرن ۹ هجری قبایلی که ظاهراً از اسکاندیناوی آمده بودند به جنوب روسیه مهاجرت کرده و در ۸۶۲ تسلط خود را بر روسیه مستقر ساخته و شهر «کیف» را مرکز قرار دادند و این حکومت تا سال ۱۲۳۶ میلادی که توسط مغول برچیده شد ادامه یافت. در سال ۹۸۹ سن ولادیمیر پادشاه وقت به دین مسیحی درآمد و علیهذا جامعه روس به سمت مسیحیت کشیده شد. برای استقرار مبانی مسیحیت، نفوذ آن در عرف و عادات متداول مردم در اوایل قرن ۱۱ هجری شروع به تدوین مجموعه قانونی عرف و عادات نمودند و بدینوسیله حقوق کلیسا در لوای حقوق بیزانس وارد روسیه شد. با انقراض بیزانس مسیحیت روسیه مبنای کلیسائی خارج از مملکت را از دست داد و می‌توان گفت تا حدی خود جانشین بیزانس گردید. از این مرحله حقوق بیزانس (حقوق رم) و حقوق مسیحیت (مجزا از پاپ و رم) به موازات و تماس با هم در روسیه تحول یافت و روسیه از دنیای سایر مسیحیان اروپا در انزوا افتاد.

دوران تسلط مغول بر روسیه

۹۶- مرحله دوم از سال ۱۲۳۶ که مغول به روسیه تسلط یافت شروع می‌شود. در این دوران حقوق روسیه از تحول بازماند و دچار رکود شد. در دورانهای بعدی و حقوق متداول در آن دورانها چندان آثاری از سلطه مغولان باقی نمانده است زیرا مغولها دارای حقوق قوی و مستقلی نبودند. در این دوران علاقه به حفظ شخصیت و حیثیت ملی باعث شد که کشیشها بعنوان مظهر ملیت و مذهب متدرجاً نفوذ یافتند. تجمع در اطراف آنان قوی‌تر و فشرده‌تر گردید

و با توجه به اینکه کلیسای آنان تابع رم نبود سلطه مغول باعث شد که مسیحیت روسیه بیشتر از پیش در لاک انزوای خود فرورفته و از سایر مسیحیان منزوی گردد و حتی بعد از احیای استقلال نیز این انزوا مرتفع نشد، زیرا مبنای اصلی آن اختلاف مذهب بود با سایر مسیحیان جهان. مسیحیان روسیه ارتدکس بودند. اثر دیگر آن دوران این بود که روسها به شهر جدید الولاده مسکو توجه یافتند و از لحاظ ملت مرکزیت از کیف به مسکو منتقل گردید که این اثر هنوز هم باقی است.

شکست مغول و کسب استقلال

۹۷- مرحله سوم- بعد از قریب صد سال مبارزه بالاخره ایوان سوم در ۱۴۸۰ موفق به آزاد کردن روسیه شد و مرحله جدیدی در تاریخ و حقوق روسیه شروع گردید. در این دوران فئودالیته مستقر شد و لزوم مقابله با حملاتی که از مغرب کشور عملی می‌گردید و نگرانی حفظ استقلال موجب ایجاد دیکتاتوری شدید تزارها شد. در این دوران روسیه سخت مشغول بخود بود و چون کلیسای روسیه پایگاهی در خارج نداشت در تحت اختیار تزارها قرار گرفت. در این دوران اقدام اساسی در زمینه تنظیم حقوق بکار نرفت اهم کارهای اصلاحی تدوین حقوق مسیحیت و حقوق عرفی به دستور تزار الکسیس میخائیلویچ بود که مجموعه حقوق عرفی آن در ۱۶۴۹ تدوین شد.

دوران پترکبیر و بعد از آن

۹۸- مرحله چهارم از ۱۶۸۹ یعنی جلوس پترکبیر شروع شد. در این دوران فئودالیته لغو گردید، حقوق خصوصی طبق مقررات عرفی حل و فصل می‌شد. پتر کبیر از روی مدل اروپای غربی و بخصوص فرانسه سازمان اداری مملکت را اصلاح نمود با بیرون آمدن از انزوا و ایجاد روابط با اروپای غربی و بخصوص فرانسه متدرجاً مجموعه‌های قانون جزا و سازمان قضائی تدوین گردید. خصوصیات حقوق روسیه عبارت بود از:

۱. حقوق جاری همان حقوق بیزانس «و بالتیجه رم و مسیحیت» و عرف محلی بود.

۲. سازمان قضائی مملکت و رویه‌های قضائی ضعیف بود.

در این مرحله حقوق روسیه تحول یافت و به حقوق اروپائی نزدیک شد و کم کم در ردیف

سیستم‌های حقوقی رومانو- ژرمانیک قرار گرفت. در این دور که تا انقلاب کمونیستی ۱۹۱۷ طول کشید در واقع حقوق روسیه از شعب رومانو- ژرمانیک بود و بعد از ۱۹۱۷ نیز جزء نکات مشخصی که هدف انقلاب بود سایر جهات سیستم حقوقی روسیه همان رومانو- ژرمانیک باقی ماند بنحوی که بعضی مصنفین هنوز هم آن را رشته‌ای خاص از آن خانواده می‌دانند و می‌گویند وقتی می‌توان سیستم حقوقی روسیه را مجزا دانست که انقلاب کمونیستی بوقوع پیوندد و الا اینک که روسیه بزعم رجال مملکت در حالت سوسیالیسم بوده و در مسیر وصول به کمونیسم است سیستم حقوقی خاصی ندارد.

مکتب مارکسیسم، حقوق روسیه سوسیالیستی

۹۶- مکتب مارکسیسم گو اینکه بنام مارکس نامیده می‌شود ولی از قدیم الایام در تاریخ بشر آثاری از آن بچشم می‌خورد. مارکس و انگلس شاگرد و همکار او که هر دو در محیط اجتماعی و حقوقی اروپائی غربی بزرگ شده بودند مکتب جدیدی را بنا نهادند. آنچه که از این مکتب به مسایل حقوقی و اجتماعی مرتبط است از این قرار است. آنان معتقدند که بشر اولیه بصورت کمون^{۶۱} (که لغت کمونیست از آن ریشه است) زندگی می‌کرده و دارای دولت و حقوق نبوده است زیرا وسایل تولید در اختیار همگان قرار داشت. از روزی که گروهی از انسانها وسایل تولید را تحت اختیار خویش گرفتند دیگران برای حفظ حیات ناچار به پیروی از آنها گردیدند و این امر مبنای تشکیل دولت و سلطه بعضی بر بعضی دیگر شد، مسلط برای حفظ سلطه خویش و توجیه آن به ایجاد علم حقوق و مذهب دست زد. مالکیت وسایل تولید در طی تاریخ تحول می‌یابد این تحول تحت ضابطه منطق ماتریالیستی (ماتریالیسم دیالکتیک) و عبور از مراحل فئودالیت، بورژوازی و سرمایه‌داری می‌باشد. سرمایه‌داری که به اوج خود رسید کارگران طغیان می‌کنند و حکومت را واژگون می‌سازند و آنگاه که قدرت را بدست گرفتند بلحاظ اشتراک منافع با تمام کارگران جهان در همه جهان حکومت را بدست می‌گیرند. قدرت که قرن‌ها بصورت مطلق در دست مالکین وسایل تولید بود، بدست کارگر می‌افتد و دیکتاتوری

⁶¹ - Commune

کارگر راه را برای حصول به کمونیسم و بی‌نیازی از حقوق و دولت هموار می‌سازد و وسایل تولید از مالکیت خصوصی خارج می‌شود. اولین و مهمترین تاریخ بشریت روزی بود که مالکیت وسایل تولید به انحصار عده‌ای درآمد و دومین تحول عظیم تاریخ در روزی خواهد بود که مجدداً این مالکیت سلب گردد و دیگر به وجود دولت و حقوق نیازی نباشد. گروهی که در وصول به این هدف عجله داشتند از همان اول نابود کردن دولتها و سیستم‌های حقوقی را نیز جزء برنامه کار خود قرار دادند که بنام «آنارشیت» مشهورند. این انشعاب را می‌توان به خوارج در تاریخ اسلام تشبیه کرد.

مالکیت خصوصی وسایل تولید و اولین تحول جامعه بشری

۱۰۰- علی‌رغم پیش‌بینی مارکس اولین کشوری که انقلاب کمونیستی در آن بوقوع پیوست (روسیه) کشوری بود که تمدنی کشاورزی داشت و تعداد کارگران آن از سایر ممالک کمتر بود. مارکسیسم تا قبل از تاریخ ۱۹۱۷ (انقلاب روسیه) بصورت یک فلسفه صرف بود که قسمت اجتماعی و فلسفی آن بعنوان اثبات نظر خویش به وقایع تاریخی استناد می‌کرد. مبحث سیاسی آن از وقتی اهمیت یافت و مورد بحث قرار گرفت که حزب کمونیست روسیه بر اوضاع آن کشور تسلط یافت. این مکتب چون محتاج بود که بطور روزمره با اوضاع سیاسی داخلی و جهان تطابق یابد و به همین جهت صفت لنیسم نیز بآن اضافه شد. گرچه اساس این تطابق روزمره و تحول مداوم در مبنای اصول مارکسیسم وجود دارد معیناً انطباق عملی آن با پیروزی انقلاب میسر گردید. هگل به تحول تاریخ و حقوق معتقد بود و منشأ تحول را در تکامل روحیه بشری می‌دانست؛ اما مارکس با قبول تحول معتقد بود که نحوه تولید و توزیع کالا و اقتصاد سیاسی مبنای این تحول و تکامل روحیه بشری است، اقتصاد زیربناست و سایر مظاهر جامعه روبنائی است که بر حسب زیربنا متفاوت می‌باشد.

اصول حقوق سوسیالیستی

۱۰۱- لنین با تسلط بر قدرت به زعم خویش حکومت سوسیالیستی کارگری برقرار کرد. این سیستم طبق نظر انقلابیون دیکتاتوری طبقه کارگر است و بعنوان وضعیت واسطه و محلل به حساب می‌آید تا با ایجاد و استقرار اخلاق کمونیستی و نظم و تساوی جامعه را به سمت

کمونستی بکشاند و در راه فراهم کردن این زمینه باید با هر مخالف داخلی و خارجی که مانع تکامل جامعه باشد به شدت مبارزه کرد. حقوقدان سوسیالیست معتقد است که تمام تحولات بشری در گذشته و آینده مبتنی بر تحول اقتصادی است و اقتصاد است که عادات، حقوق و اخلاق را بوجود می‌آورد و با هر تحولی در اقتصاد که بمنزله زیربنای جامعه است تمام مظاهر دیگر جامعه که روبناست تغییر می‌کند. تغییر و تحول وسایل تولید و در نتیجه کمیت و کیفیت تولید و بالتبع مصرف موجب تحول و تغییرات مقررات جوامع بشری است و در واقع ابزار تولید که مخلوق انسان است خالق جامعه و مقررات حاکمه بر جامعه است. این تحول مبتنی بر قواعد طبیعی است نه الهی. از جمع شدن نظریه تحول اجتماعی و نظریه ماتریالیسم مکتب مارکسیسم ایجاد می‌شود که می‌گوید دنیا برحسب قوانین طبیعی در حرکت است که باید آن قوانین را کشف کرد نه اینکه جبر باشد بلکه این بشر است که تاریخ می‌سازد و منتها قوانین این ساختن را باید کشف کرد.

آزادی عقیده

۱۰۲- سیستم حقوقی فعلی شوروی بر این مبنا قرار دارد که آزادی را بمعنای موجود در غرب خطائی می‌داند که هیئت حاکمه با عوام فریبی آن را مستمسک خویش قرار داده‌اند تا بر دوش ملت سوار باشند بدون اینکه ملت توجه پیدا کند، ملت را به بهانه انتخابات و دخالت مستقیم در امور و ظاهر آزادی می‌فریبند و حال آنکه در معنا و نتیجه آن استبداد و اجباری است که خود خواسته‌اند، همانطور که منتسکیو می‌گوید «آزادی آن نیست که هر فرد هر چه بخواهد بکند بلکه آزادی واقعی آن است که افراد آنچه را حقاً و عقلاً باید بخواهند بتوانند بکنند». کمونیسم و حقوق آن درصدد است که افراد را تربیت کند که چه بخواهند و چه نخواهند و قبل از تحقق چنین تربیتی برای مردم آزادی را هرج و مرج و انحطاط اخلاقی می‌داند. فرد در وصول و انجام دادن آنچه باید بخواهد آزاد است، شده اینکه آزاد باشد هر چه به او تلقین کردند بخواهد و نباید شده آزاد باشد که به چنین هدف تلقینی سرمایه‌داری برسد چون غیر از نظام کمونیستی نجات و حقیقی در جهان وجود ندارد. دولت سوسیالیستی اقتدار کامل دارد که ملت را در این مسیر و بمنظور وصول به کمونیستی رهبری کند و قواعد حقوق وسیله است که دولت در این

مسیر از آن استفاده کرده و دشمنان تعالی و تحول جامعه را در هم بکوبد. سایر دول و نظام‌های موجود دنیا خطری برای بشریت تلقی می‌شوند زیرا برای رفع تضادها و تسلط بر بحرانهای اقتصادی در دنیا جنگ بر راه می‌اندازند یا استعمار می‌کنند.

سه هدف اصلی نظام سوسیالیستی

۱۰۳- حقوق سوسیالیستی در مسیر خود سه هدف اصلی دارد که از آن نظام مورد نظر است:

اول- حفظ امنیت مملکت تا اینکه جامعه با آرامش بتواند در مسیر تکامل قدم بردارد.

دوم- پیشرفت اقتصادی و تأمین رفاه و آسایش اقتصادی مردم.

سوم- تربیت افراد جامعه بمنظور تخلق به اخلاق کمونیستی تا اینکه پس از وصول به آن مرحله و بی‌نیازی از دولت و قانون مجهز به اخلاقی باشد که بتواند قائم مقام قواعد حقوقی گردیده انسان را از دولت بی‌نیاز سازد.

منابع حقوقی، قانون

۱۰۴- حقوق در نظام سوسیالیستی برای آماده کردن و آماده داشتن جامعه بمنظور حرکت به سوی کمونیستی و قبول آن نظام است. رهبری جامعه از این حیث به هیئت حاکمه سپرده شده است و قانون زبان هیئت حاکمه است. در انجام این وظیفه مهمترین منبع حقوق قانون است و هیئت حاکمه نیز خالق آن می‌باشد. اختیار قانونگذاری بموجب قانون اساسی ۱۹۳۶ با دولت مرکزی بود ولی از ۱۹۵۳ بعد این اختیار به جمهوری‌ها واگذار شد، فقط دولت مرکزی در هر زمینه اصول و کلیاتی را تصویب می‌کند که قوانین جمهوریها نباید با آن اصول مخالف باشد. در هر جمهوری شورای عالی و همچنین در مسائل فدرال شورای عالی اتحاد جماهیر شوروی تصمیم می‌گیرد. ولی عملاً حتی در مورد تغییر قانون اساسی هیئت رئیسه شورا در فاصله جلسات به تصویب مقررات اقدام نموده و با افتتاح جلسه شورا مجموعه مقررات مصوبه را تسلیم می‌دارد تا یکجائی تصویب گردد.

منابع حقوقی، رویه قضائی

۱۰۵- مسئله انفصال قوا و استقلال قوه قضائیه بنحوی که در سیستم‌های غربی مطرح است مورد

قبول شوروی نیست و آنان قوه قضائیه را نیز وسیله‌ای برای نیل به هدف اجتماعی می‌دانند. قاضی نیز باید با نظارت در اجرای قوانین و اطاعت از نظام سوسیالیستی جامعه را به سمت جلو سوق دهد. قاضی کمونیستی در اساس نظام موجود بحثی ندارد و نمی‌تواند مجری عقاید مختلف باشد وی باید بکوشد نیت مقنن را از قانون کشف کند و با تفسیر دقیق و تحت اللفظی قانون سعی کند دقیقاً آن را اجراء نماید. رویه قضائی بنحوی که در نظام‌های غربی مطرح است و صدور آرائی که نشان دهنده تحولات دکترین و عقاید جامعه باشد در شوروی موضوع پیدا نمی‌کند و بعقیده آنها در نظام سرمایه‌داری قاضی با آراء خود پایه‌های قدرت استعمار را تقویت می‌کند و اگر احیاناً گاهی آرائی بنفع کارگر صادر می‌گردد برای فریب آنها و تسکین دادن حالت هیجان کارگران می‌باشد. دیوان عالی و سرداور (قائم مقام دیوان عالی در محاکمات اداری) حق تفسیر قانون دارند و این تفسیر برای محاکم لازم الاتباع است. معهدا چون تحولات اقتصادی شوروی بعد از انقلاب مشابه غرب است (با این تفاوت که دولت کارفرمای منحصر می‌باشد) علیهذا رویه قضائی و اصول کلی حقوق مجموعاً تشابه زیادی با حقوق غرب دارد.

بررسی بعضی نهادها

بطور نمونه وضع فعلی و تحول قبلی بعضی نهادهای مهم را در حقوق شوروی مختصراً بررسی می‌کنیم.

مالکیت خصوصی

۱۰۶- مبنای اقتصادی رژیم کمونیستی بر سخت‌گیری نسبت به مالکیت خصوصی و حذف آن در مورد وسایل تولید است اما حذف مطلق مالکیت خصوصی در مورد اراضی نتیجه مفیدی نداد و عملاً مشاهده شده که از بازدهی کار کشاورزی کاسته گردید لذا مجدداً اراضی را بعنوان حق انتفاع دائم به افراد واگذار کردند و بعداً این انتفاع دایم به کلخوزها واگذار شد. در مورد اموال مصرفی امکان مالکیت شخصی با محدودیتی مجاز است و هرکس می‌تواند منزل، اتومبیل، موتور و دوچرخه و لباس و لوازم مصرفی باندازه معین داشته باشد ولی برای جلوگیری از رکود سرمایه در مقام تهیه وسایل مصرفی در داشت این گونه اموال نیز نمی‌توان افراط کرد مثلاً مساحت منزل محدود به حدودی می‌باشد که برحسب وضعیت و نیاز مالک متفاوت است

و حق تعویض آن مطلق نیست. متدرجاً با بهبود وضع اقتصادی و استقرار و استحکام نظام حاکمه محدودیتها کمتر شده و قلمرو مالکیت شخصی توسعه پیدا کرد.

ارث

مقررات ارث در ۱۹۱۸ بنحو خیلی محدود باقی ماند و ماترک در مورد خانه و اثاثیه مصرفی تا میزان ده هزار روبل قابل انتقال قهری تلقی شد و مازاد آن به دولت تعلق گرفت. ولی متدرجاً بموازات بهبود اقتصادی قلمرو مالکیت شخصی توسعه یافته و محدودیتهای ارث هم کمتر گردید.

خانواده و تحول آن

۱۰۷- بموجب فرمان صادره در ۱۹۱۷ ازدواج بین کبار معتبر شناخته شده و منوط به اعلام رضایت شخص زوجین گردید. برای ازدواج سهولت فراوانی قائل شدند و همینکه دو نفر رأساً به دفتر مراجعه نموده و نام خود را بعنوان زوجین ثبت می‌کردند قانون آنها را زن و شوهر می‌دانست و امر طلاق هم به همین سهولت و صرفاً با همین تشریفات بود، سهولت طلاق موجب ازهم پاشیدگی خانوادگی گردید لذا ناچار به اصلاحاتی شدند که طی مراحل عملی شده. بنابه نوشته‌های حقوقدانان شوروی تمام این مراحل و تصمیمات حساب شده بود. اول طلاق آزاد شد تا اینکه تمام زنان و مردانی که در دوران تزاری تحت فشارهای ازدواج کرده بودند بتوانند به سهولت از هم جدا شوند و بعد از گذشتن مدتی که این منظور عملی گردید نسبت به طلاق سخت‌گیری شد و انجام آن موقوف به رأی دادگاه گردید. همچنین مقررات جامعی برای ازدواج تدوین شد و تقریباً همان سیستم حقوقی غرب در این زمینه عملی گردید. در بدایت امر شاید نظام کمونیستی چندان به استحکام خانواده اعتقادی نداشته و وجود آن را جزء ضروریات نمی‌دانست اما چون یکی از هدفهای سه‌گانه حکومت سوسیالیستی تربیت مردم و تخلق آنان به اخلاق کمونیستی و آماده کردن آنان برای قبول آن نظام است و در طی تجربه ثابت شد که دولت نمی‌تواند برای کودک مربی خوب و مؤثری باشد مجدداً به استحکام خانواده همت گماشته شد و در این زمینه قواعد مضبوطی مقرر گردید تا وظیفه خطیر تربیت اولاد به این کانون عاطفی واگذار شود. شاید در همین مسیر باشد که مقرر شده است یکی از موارد طلاق

مجاز وقتی است که کانون خانوادگی به جهتی از جهات دیگر نتواند به وظیفه تربیتی خویش پردازد و بقای خانواده با تربیت کمونیستی منافات داشته باشد. اصول کلی مربوط به خانواده از طرف دولت مرکزی تنظیم گردیده و جمهوریها در تدوین قواعد مفصل و مشروح اختیار و استقلال دارند. در شوروی مقررات مربوط به خانواده را مستقلاً و بنام «حقوق خانواده» بررسی می‌کنند نه جزء حقوق مدنی.

حقوق جزا، هدف از مجازات

۱۰۸- در نظر حقوقدانان سوسیالیست حقوق جزا برای تنبیه مجرمین و از بین بردن موانع تحول و تکامل جامعه است و علیهذا در نظر انقلابیون اولیه هر جرمی که به امنیت جامعه و همچنین تکامل اقتصادی لطمه بزند شدیدترین مجازات را دارد. و چون انواع و اقسام چنین جرایمی را نمی‌توان شمرد لذا قاضی کمونیست خود حق دارد با قیاس و تشبیه جرایم را تشخیص دهد.

مبنتی بودن جرم و مجازات بر قانون و تحول آن

در نظر مقننین اولیه انقلاب اصل مبتنی بودن جرایم بر قانون، اصلی ضروری تلقی نمی‌گردید و لزومی ندارد که قاضی کمونیست را به چنین اصلی مقید ساخت، بلکه وجدان اجتماعی قاضی کافی است، قانون ۱۹۲۲ و ۱۹۲۶ جزا از این اصل نامی نمی‌برد جرم «ضد انقلاب، تضعیف سیاست اقتصادی دولت، خرابکاری» تعریف روشنی ندارد و قاضی در تفسیر وسیع مواد مربوط به این جرم یا سایر جرایم آزاد است. این تفسیر وسیع وسیله‌ای شد در دست ارباب قدرت که مخالفین خود را به بهانه‌ای بکوبند و دروکنند. قاضی کمونیست نیز نشان داد که تعلق قضات به حزب بی‌طرفی به آنان لطمه می‌زند و آنان را مانند عروسکی در دست حزب دولتی و عقیده سیاسی حکومت قرار می‌دهد. این قضات آنقدر در تفسیر موسع بخصوص از جرم ضد انقلاب افراط کردند که در ۱۹۳۶ دیوان عالی رأی داد: «در مورد جرایمی که نقص خاص وجود دارد قضات نمی‌توانند ماده دیگری را موسعاً تفسیر کنند و عمل مذکور را مشمول آن بدانند». با تحولات اقتصادی و استقرار حکومت جدید و کم شدن بیم از مخالفین و همچنین نرمی خاصی که بعد از استالین پیدا شد، بدنبال قانون ۱۹۵۳ که اختیار قانونگذاری به خود جمهوریها سپرده شد حقوق جزا هم تحولی پیدا کرد. از طرف دولت مرکزی اصول اساسی آئین دادرسی

کیفری و حقوق جزا تدوین گردید و مقرر شد که قوانین جمهوری‌ها باید با رعایت این اصول تنظیم شود. اصل مبتنی بودن جرایم و مجازات‌ها بر قانون پذیرفته شد و همچنین تربیت مجرم بعنوان هدف عمده مجازات اعلام شد و بدین نحو دو گام اساسی برداشته شد و از این حیث حقوق جزای آنان به حقوق غرب نزدیک شد.

سیستم حقوق اسلامی

حقوق اسلامی خود موضوع درس جداگانه‌ای قرار گرفته و علیهذا از آن اطلاع مجملی حاصل است بنابراین در درس حقوق تطبیقی فقط بذکر بعضی از مباحث آن اکتفا شده و نکاتی را که بیشتر مطمح نظر مطالعات تطبیقی قرار می‌گیرد یادآور می‌شویم.

دوران تشریح و مبانی اصلی اولیه حقوق اسلام

۱۰۹- در دوران حیات پیامبر تدریجاً قرآن نازل می‌گردید به هر مناسبتی آیات مربوط به حل قضیه‌ای می‌شد. مجموعه این آیات بعداً جمع‌آوری گردید که به اتفاق آراء کلیه محققین قرآن را تشکیل می‌دهند. ژول لابوم^{۶۲} قرآن را مورد بررسی قرار داده و برحسب تعداد آیات مربوط به هر موضوع و تعداد صفحاتی را که این آیات در قرآن اشغال می‌کنند تقسیم‌بندی خویش را تنظیم کرده است که جالب توجه می‌باشد.

۱. تهذیب اخلاق ۱۸۴ صفحه

۲. در عقاید ۹۶ صفحه

۳. نظام اجتماع (ازدواج خانواده، رحم، خدمه، قبیله، شوری، شرکت، دولت، ظلم، مالکیت و مالیات قشون و جنگ، مقررات و قوانین) ۹۱ صفحه

۴. در توحید ۸۸ صفحه

۵. پیروزی (پیروزی، ابتکار عمل، کمک) ۸۴ صفحه

۶. تورات ۸۴ صفحه

^{۶۲} Jules La Baume به نقل از کتاب زمینه حقوق تطبیقی در اسلام و...

۷. دین (پرهیزگاری، ایمان، اهل کتاب، روز حساب، قضا و قدر، گناه، توبه و غیره) ۷۵ صفحه
۸. محمد ۳۳ صفحه
۹. عبادات (نماز و روزه و زکات و حج و مساجد و غیره) ۳۴ صفحه
۱۰. تبلیغ ۳۲ صفحه
۱۱. قرآن ۲۹ صفحه
۱۲. ماوراءالطبیعه ۱۶ صفحه
۱۳. نصاری ۱۵ صفحه
۱۴. شریعت (قصاص، عفو و غیره) ۱۴ صفحه
۱۵. بنی اسرائیل ۱۳ صفحه
۱۶. علوم و فنون ۸ صفحه
۱۷. تاریخ ۳ صفحه
۱۸. تجارت ۲ صفحه

شاید بتوان همین تقسیم‌بندی را از بعضی جهات مبنای اهمیت امور در سیستم اسلام قرار داد. بسیاری نکات که در قرآن نیامده است در مورد بعضی مسائل دستوری کلی داده شده ولی جزئیات آن ذکر نشده (طرز تازیانه زدن، میزان دقیق دیه‌ها، رکعات نماز و...) در اینگونه امور روش پیغمبر اسلام (ص) بمنزله قانون بود زیرا آیه قرآن مقرر کرده بود «ولکم فی رسول اللّٰه... اسوة حسنه» روش پیغمبر بهترین نمونه و روش است. لذا در این دوران دو منبع اساسی حقوق قرآن و سنت بود. این دو منبع به اتفاق تمام حقوقدانان اسلامی جنبه خلاقه حقوقی داشته و به عبارت دیگر مبنای تشریح است. دوران حیات پیامبر را دوران تشریح نامیده‌اند.

دوران تفسیر

۱۱۰- بعد از رحلت پیغمبر دو نظریه در میان امت پیدا شد. نظریه اول که علی (ع) و پیروان او بدان معتقد بودند بر این مبنا قرار دارد که رهبری مذهبی و اجتماعی جامعه بعهدہ کسی است که پیغمبر تعیین کرده است و این شخص کسی جز علی نیست. (بعدها کسی که علی تعیین کند

و اصولاً امامت قوم بر حسب تعیین امام قبلی است) و اینان بهتر از هر کسی از معانی واقعی قرآن و سنت پیامبر (ص) اطلاع دارند. به این گروه در طی تاریخ بمناسبت نامهای مختلفی از قبیل شعوبی، شیعه، خاصه می‌گفتند. گروه دوم معتقد بودند که «کتاب خدا و سنت پیغمبر ما را بس است». به این گروه اهل سنت، سنی، عامه می‌گفتند.

مراحل وادوار فقه در شیعه و سنی

۱۱۱- عامه حتی قبل از جمع‌آوری عملی احادیث (و حتی قرآن) شروع به اجتهاد کردند. یعنی آیات قرآن و احادیثی را که شنیده بودند مورد بررسی و استدلال قرار داده و از آن استخراج رأی می‌کردند، گرچه بعداً توجه نمودند که استناد به سنت بدون جمع‌آوری مدارک آن موجب خودسری در آراء می‌شود و به جبران مافات به جمع‌آوری احادیث همت گماشتند، معهذاً مضرات این روش در تاریخ اسلام و حقوق آن باقی ماند. این دوران برای اهل سنت دوران اجتهاد است. اما در همین دوران شیعه چون معتقد به عصمت ائمه بود و آنان را رهبر مذهبی و اجتماعی می‌دانست در هر موضوعی به آنان رجوع کرده و نظرشان را جمع‌آوری و بمنزله مبنای حقوق قرار می‌داد. شیعه معتقد است که دوران تشریح با وفات پیامبر خاتمه یافت و دوران ائمه در واقع دوران تفسیر است و در این دوران هیچکس جز امام به تمام معانی قرآن و سنت وارد نیست و لذا آنان منبع حقوق هستند.

اجتهاد و تقلید در شیعه و سنی

۱۱۲- افراط در اجتهاد از طرف اهل سنت و حتی اجازه دادن به مجتهد که در برابر نص اجتهاد کند موجب تفرقه و تشتت عظیمی گردید لذا در دوران عباسیان بعد از مأمون دستور داده شد که فقط رأی چهار نفر از فقها (ابوحنیفه، مالک، شافعی و احمد حنبل) معتبر است و همه موظفند از رأی این چهار نفر پیروی کنند. گرچه در اوایل ایجاد این وضع عده‌ای شخصاً به اجتهاد ادامه می‌دادند و رأی خود را به اجرا می‌گذاشتند اما متدرجاً این عقیده را تزریق نمودند که این چهار نفر دارای نیروی الهی بودند که هیچکس بعد از آنان قوه قدسیه را نخواهد داشت و علیهذا همگان باید از آنان تقلید نمایند، حتی علماء نیز تقلید کنند و بدینگونه باب اجتهاد مسدود شد و فقه اهل سنت به حال جمود ماند. مستشرقین نیز از اسلام فقط اهل سنت را

می‌شناسند و با این سد باب اجتهاد برخورد می‌کنند. تعجب است که چگونه محرز گردید الی الابد کسی که دارای قوه قدسیه باشد نخواهد آمد و باز تعجب بیشتر آنکه با بودن و قرب زمانی به جعفر بن محمد صادق (ع) و اخلاف دانشمند او مذهب جعفری را در این ردیف نشمرند تا اینکه در حدود بیست سال قبل شیخ شلتوت عالم عالیقدر مصری و رئیس جامع الازهر این نقیصه و غرض‌ورزی را در حدود امکانات خویش جبران کرد.

۱۱۳- دوران تفسیر در فقه شیعه با غیبت امام خاتمه می‌یابد و دوران اجتهاد شروع می‌شود. در این دوران مجتهدین و حقوقدانان اسلامی باید با توجه به قرآن و سنت و تفاسیری که ائمه از آنها نموده‌اند و آرائی که به عنوان حکم قضیه صادر کرده‌اند استنتاج احکام نمایند و تمام مسائل مبتلابه جامعه اسلامی را حل کنند. در این دوران اجماع و عقل نیز جزء منابع حقوق به حساب آمده و گرچه ظاهراً دوران تشریح تمام شد معهداً با دامنه وسیعی که برای آزادی اراده فردی باقی است و همچنین اعتبار عرف و عادات محلی مجتهد می‌تواند به مناسبت‌های روزگار احکام خاصی مقرر دارد. بخصوص که تعداد قواعد آمره در حقوق اسلام چندان زیاد نیست. اسنوک هورگونتر^{۶۳} می‌گوید حقوق اسلام «در استراحت و رکود مطلق فرورفته است و سکوتی چون گورستان بر او مستولی است». وی به نقش اجتهاد در حقوق اسلام وارد نیست و لایتغیر بودن قرآن و سنت را به معنای رکود تفسیر می‌کند. بدیهی است این چنین تفسیری از ناحیه حقوقدانان کاملاً منطبق با هدف و غرض دولتهای آنهاست که از تحقیقات علماء ولو بی‌غرضانه باشد در هدفهای مغرضانه خود بهره‌برداری می‌کنند. مثلاً رنه داوید در مبحث «کوشش رهبران کشورهای اسلامی بمنظور ترک حقوق اسلامی و گرویدن به حقوق مغرب زمین» می‌نویسد: «تجربه نشان داده است که با یک نوک قلم نمی‌توان از همه گذشته‌ها گذشت ... حقوق کشورهای اسلامی نه رومانو- ژرمانیک است نه کامن لاول، اقل مدتی طولانی لازم دارد تا به یکی از این دو گروه پیوندد، اگر بخواهند آثار سنن قضائی اسلام را محو کنند، این تمام جامعه است که باید تحول یابد نه تنها علم حقوق و این تمدن اسلامی است که باید یکجا بدور انداخته شود».

⁶³ - Christiaan Snouck Hurgronje (1857-1936)

اجتهاد و تقلید

۱۱۴- در نظر امامیه مجتهد گذشته از آشنائی به مبانی حقوقی اسلام و مسلماً آشنائی به مبانی مذهبی و اخلاقی که روح قانون محسوب می‌شوند باید دارای قوه قدسیه‌ای بوده و هدف او خدمت به اسلام و جامعه بشریت باشد تا اینکه علو هدف در بسیاری موارد راه حلهای قضایا را برای او روشن کند. چنین کسی با اعلام نظری فقهی اگر نظر او با واقعیت حکم الهی منطبق باشد دو اجر دارد، اجر کوشش علمی و اجر برای اجرای حکم الهی و اگر هم نظرش با واقعیت حکم الهی منطبق نباشد چون از روی خلوص نیت کار کرده است به احدی الصوابین (یکی از دو اجر) می‌رسد. شخصی که اطلاعات فقهی و حقوقی اسلامی ندارد در امور خود باید از نظر مجتهد پیروی کند همانگونه که بیمار از نظر طبیب یا کسی که ساختمان می‌سازد از نظر مهندس ساختمان پیروی می‌کند و این پیروی که بمنزله اطاعت از نظر کارشناس است در فقه تقلید نام دارد. در فقه امامیه تقلید عالم از عالم جایز نیست، بعکس فقه عامه که جز ۴ مجتهد دیگری را قبول ندارند. نقش اجتهاد در تمام زمینه‌های حیات اسلامی نمودار است فتوای مشهور مرحوم میرزای شیرازی در زمان ناصرالدین شاه موجب لغو امتیاز رژی شد و شاید از آن روز به قدرت و تحرک این امر توجه شد و استعمار به محو و تضعیف و فاسد کردن آن پرداخت.

علل دور شدن کشورهای اسلامی از حقوق اسلامی

۱۱۵- علل دور شدن کشورهای اسلامی از حقوق اسلام مورد توجه همه محققین است و حتی رنه داوید ضمن اینکه نکات مثبت فراوانی را از حقوق اسلام توجه کرده و آن را تحت بررسی قرار داده است، از یک طرف حس غرور ملل مغرب زمین و اعتقاد کامل به اینکه در هیچ جای دنیا مقررات و قواعدی بهتر از آنچه خود دارند وجود ندارد موجب گردید که با تصرف و استعمار مشرق زمین الزاماً و تدریجاً حقوق خود را پیاده کردند. روشنفکران غربزده نیز که مورد تقویت استعمار قدیم و جدید هستند مقهور عظمت و رفاه مادی مغرب زمین واقع شده و هرچه را به گذشته ملت مربوط است تحقیر می‌کنند. در این میان اگر هم جنبشی بعنوان ملیت بوجود آید غرب زدگی و استعمار سعی می‌کند آن را هم تحت اختیار بگیرد و یا جنبش تصنعی ساخت خویش ایجاد کرده تحت همان لوا و زیر همان ماسک به اعمال خود ادامه دهد.

فی‌المثل بعنوان جانبداری از ملیتی بدون ملت هزار و اند سال سابقه ملی را ندیده می‌گیرند و در این راه غالباً رجزخوانیهای همان استعمارگران از حلقوم بیطرفانه یا چه بسا مغرضانه محققین درمی‌آید. مثلاً رنه داوید است که می‌گوید: «ایران مفتخر بداشتن سنتی است که غلبه و تصرف اسلام آنها را بفراموشی نسپرد». این جمله را اگر زیر ذره بین بگذاریم چنین معنا می‌دهد که ما در صورتی مفتخر خواهیم بود که از قریب هزار و چهار صد سال عرف و سنت‌های ملی و اخلاقی بگذریم و حتی لغات متداول در این دوران را طرد کنیم و برگردیم به قبل از این ۱۴۰۰ سال مخلوطی باشیم از ۱۵۰۰ سال قبل فراموش شده امروز مغرب زمین. شاید در این امر حقوقدانان اسلامی بخصوص در قرون اخیر بیش از همه قصور ورزیده باشند زیرا با عدم قدرت معنوی رهبری جامعه را از دست داده‌اند نه فقیه ولایت داشته است و نه والی فقاقت. این انحراف حقوق جاریه از مسیر صحیح اسلامی نتیجه و معلول قصور و عدم لیاقت حقوقدانان اسلامی بوده است.

۱۱۶- رنه داوید ضمن آنکه در موارد متعددی جهات استحکام و تحول‌پذیری حقوق اسلام را بیان کرده است اضافه می‌نماید که دول و جوامع اسلامی در موارد متعددی ناچار از قبول حقوق مغرب زمین شدند زیرا اسلام نتوانسته است همه امور را تنظیم کند و چون با تکامل تمدن مسایل جدیدی در جهان امروز به وجود می‌آید که حقوق اسلام ... قادر به حل آن نبوده و ناچار است قواعد غربی را بپذیرد و بدین نحو متدرجاً حقوق اسلام در کشورهای اسلامی متروک گردید و جز مسائل شخصی از قبیل ازدواج و ارث چیزی در قلمرو اسلام باقی نماند. بر این نظریه انتقاداتی وارد است به این معنی که صرف نظر از معنویت اسلام اصولاً حقوق اسلامی متأخر بر حقوق رم که مبنای حقوق فعلی غرب است بوده مسلماً از آن جلوتر است و بخصوص نرمش آن وی را بی‌نیاز می‌کند که دست توسل به حقوق رم دراز کند، ثانیاً در این زمینه کوتاهی از علمای قرون اخیر اسلامی بوده است که سم استعمار خون آنها را مسموم و فکرشان را راکد گذاشت که از تحول بی‌بهره بمانند، ثالثاً فشارهای استعماری و نفاق ملل مسلمان موجب شد که حکومت‌ها به تحت سیطره مغرب زمین قرار گیرند و بدیهی است که نوکر در خط مشی خویش از ارباب تقلید می‌کند و چنین است که می‌بینیم رکود و جمود

قواعد حقوقی بیشتر در قلمرو حقوق عمومی است و حقوق خصوصی به آن اندازه دچار رکود نبوده است و از طرفی چون قواعد حقوق خصوصی مستقیماً با عواطف عامه مردم و روابط روزمره آنان بستگی دارد تغییر آنها مشکل بوده و ارزش چنین اقدامی را ندارد.

بیمه

۱۱۷- یکی از علل گرایش ممالک اسلامی را به حقوق مغرب زمین آن می‌دانند که بعضی نهادها در حقوق اسلام وجود ندارد و تأمین نظر جامعه‌های فعلی بشری در آن موارد ممکن نیست لذا دولتهای ممالک اسلامی ناچار به حقوق مغرب زمین التجا می‌جویند بعنوان مثال به بیمه اشاره می‌کنند. حقوق اسلامی بالذات پویا و در تحرك است و همه مسائل را در چارچوب اصول کلی می‌تواند حل کند، در این امور نیز اگر حقوقدانان اسلامی بیکار و ساکن نمی‌ماندند و در مواجهه با هر پدیده‌ای نوین و نیازی جدید مقررات لازم را اعلام می‌کردند و چنین توهمی بوجود نمی‌آمد روزهای اولیه که نیاز به بیمه احساس می‌شد می‌بایستی آن نیاز را طبق مقررات اسلامی حل نمایند. بیمه به اعلاترین حد ممکن در حقوق اسلام وجود دارد و فقط نام آن فرق می‌کند. ملت تابع حقوق اسلام با مالیاتهایی که به خزانه (بیت‌المال) می‌دهند حق دارند خدماتی را از خزانه بخواهند و بیت‌المال ضامن جان و مال ناموس آنهاست. تمام مردم در قبال همه خطرات: بیماری، فقر، بیکاری و غیره بیمه هستند و حتی بیمه ازدواج نیز می‌باشند. داستانهای زمان خلافت خلفای راشدین و بعدها همه نشان دهنده این تضمین است، با توجه به روش معمول که بعنوان رویه قضائی اسلامی تلقی می‌گردد و می‌بینیم اولاً همه مردم در مقابل ضروریات زندگی بیمه هستند. ثانیاً بیمه‌گر بیت‌المال است و این نشان‌دهنده اعتقاد به ملی بودن بیمه است. مصلحت نیست نسبت به ضروریات حیات فردی و اجتماعی هر شرکت خصوصی بیمه‌گر باشد پولها را جمع کند و احیاناً حق بیمه شده را نیز نپردازد و یا نتواند بپردازد. اسلام معتقد به ملی شدن بیمه حداقل ضروریات زندگی است و همه مردم بدون قرارداد اختصاصی نزد «بیمه ملی» بیمه هستند. گرچه اهمّ بیمه‌ها که احیاناً ضروری می‌باشند بعهده خزانه ملی (بیت‌المال) است ولی با توجه به آزادی اراده فردی در انعقاد هر عقد و نیز توسل به قلمرو عقد صلح و شرکت و غیر آن انعقاد بیمه بین افراد و در قلمرو حقوق خصوصی نیز بلامانع است و

بیمه‌هایی در ضرورت درجه دوم یا ضرورت برای طبقه خاصی (مثلاً بیمه حریق کالا یا غرق کشتی مورد ضرورت تجار است نه همگان) با رعایت شرایط عقد بصورت خصوصی نیز قابل اجراست.

بانکداری

۱۱۸- نکته دیگری که بعنوان مشکل قرن جدید ذکر می‌شود لزوم بانکها و منافات آن با قاعده حرمت رباست. این حرمت منصوص قرآن است. توجه داشته باشیم که حقوق اسلام از اخلاق جدا نیست و اخلاقاً ربا بدترین استثمار بوده و بسیار زشت است که شخصی برای نیازهای ضروری: بیماری، مسکن و ... ناچار باشد با وام پولی بگیرد و چند برابر پس بدهد. عقد مضاربه، مزارعه و مساقات یعنی وام دادن بمنظور تجارت یا زراعت و شرکت در نفع یا ضرر آن جایز است و حتی می‌توان این نفع احتمالی را به مبلغ معینی صلح کرد. اما اگر این مضاربه و صلح بعنوان حيله شرعی باشد جایز نیست و خلاف اخلاق است. جامعه خود باید توجه کند که به حيله شرعی تمسک نشود و واقعاً وام در راه تولید (زراعت دامداری، تجارت ...) بکار رود، تا از سود آن هم مبتکر کار و هم وام‌دهنده استفاده نمایند. در مورد نیازهای مردم به وام برای تأمین بعضی هزینه‌های ناگهانی باید وام بدون بهره داده شود. اخیراً صندوقهای ملی قرض الحسنه‌ای ایجاد شده که امید است پروپائی بگیرد. مسلماً بانکهای خصوصی که برای نفع شخصی کار می‌کنند در اینکه کار تولیدی (زراعت، تجارت و غیره ...) انجام شود ذینفع نبوده و نسبت بآن بی تفاوت می‌باشند. آنان از وامی که می‌دهند سود می‌خواهند خواه وام گیرنده وام را به صرف هزینه بیمارستان برساند یا تجارت کند. حکومت اسلامی منطقاً نباید چنین بی‌توجهی را آزاد بگذارد باید اصولاً بانکداری را ملی اعلام کند، بعد از آنکه بانکداری کاملاً ملی شد خزانه با تعهدات بیمه‌ای که دارد ناچار است وام‌های مصرفی را بدون بهره بپردازد. در مورد وام به منظور کار تولیدی نیز توجه می‌کند تا در هر رشته از تولید که مصلحت جامعه بود وام بپردازد و می‌تواند سهم خود را از سود مضاربه یا مزارعه و مساقات به مبلغ معینی صلح کند. اگر وام‌گیرنده سود برد اشکالی پیش نمی‌آید و اگر زیان برد زیان او از محل بیمه اجباری پرداخت می‌گردد و از این طریق حرمت ربا با ملی شدن بانکها و بیمه‌ها و نظارت دقیق دولت

عملی می‌گردد. بنابراین اینگونه سر و صداها در مورد بیمه و ربا غالباً از حلقوم‌های عوام‌فریبانه‌ای است که به بهانه آزادیخواهی می‌خواهند سرمایه‌داران عظیم آزاد باشند تا بتوانند کمپانی‌های عظیم بانک و بیمه تشکیل دهند و در بهره‌برداری و انتفاع از ضعف مالی مردم مقید نباشد.

اخلاق و حقوق اسلام

۱۱۹- اسلام همانطوری که همه محققین می‌گویند مجموعه کلی است که در آن از وظایف انسان نسبت به خدا، نسبت به خود، و نسبت به جامعه سخن رفته است و ترکیبی است که قابل تجزیه نیست در اسلام «در پس هر قاعده حقوقی اصل دیگری نهفته و مستقر است که عبارت است از عدالت»^{۶۴}، و همین روح اخلاقی است که به قواعد حقوقی هدف می‌بخشد. در سیستم‌های دیگر جهان رعایت مقررات حقوقی و حفظ نظم اجتماع هدف تلقی می‌شود ولی در اسلام وسیله‌اند برای تعالی اخلاق و ظرفند برای پرورش انسان اصیل چنین است که حیل شرعی بر فرض از نظر حقوقی مجاز باشد و مرتکب بگریزد (حیله شرعی برای ربواخواری، حیله شرعی برای زنا) ولی از نظر اخلاقی گناهکار است و مجازات الهی دارد، این اخلاق آنگونه که مکتب مارکسیسم می‌گوید مبتنی بر اقتصاد نیست بلکه زیربنای جامعه تلقی می‌شود که اقتصاد و حقوق و غیره ... همه باید بر آن مبتنی باشد. به اقتصاد نقش مهمی داده می‌شود و دو حد افراط و تفریط (غنا و فقر) هر دو مورد مذمت است. «انسان اگر خود را بی‌نیاز ببیند طغیان می‌کند»^{۶۵}، آیه قرآن «نزدیک است که فقر به کفر انجامد»^{۶۶}.

جهات تشابه و افتراق حقوق اسلامی و حقوق سوسیالیستی

۱۲۰- بنابراین وجه تشابهی بین سیستم‌های حقوق سوسیالیستی و اسلامی وجود دارد که هر دو سیستم وضع و اجرای قواعد حقوقی را هدف خود ندانسته بلکه آنها را در خدمت اخلاق خاص

^{۶۴} - کتاب زمینه حقوق تطبیقی در اسلام و...

^{۶۵} - سوره علق، آیات ۶-۷. «إِنَّ الْإِنْسَانَ لِرَبِّهِ لَكَنُفٍ».

^{۶۶} - «كَادَ الْفَقْرُ أَنْ يَكُونَ كُفْرًا». حدیث نبوی.

مکتب خویش می‌دانند منتها آنکه این سیستم‌ها بوسیله دو وجه افتراق متمایز می‌گردد.

۱. اخلاق مارکسیستی مبتنی بر اقتصاد و زائیده آن است یعنی روبنا تلقی می‌شود، اما در اسلام اخلاق و تعالی اخلاقی افراد مردم زیربنا و اصل تلقی شده همه نهادهای جامعه و گرایش اقتصاد مبتنی بر آن است.

۲. مبانی اخلاقی در نظام کمونیستی بوضوح و روشنی اخلاق در اسلام نیست و از این هیئت رهبران جامعه سوسیالیستی که واضح حقوق هستند معیار و بنیاد تشخیص آن می‌باشند و حال آنکه اخلاق اسلامی مبتنی بر اصول اعتقادی و روشی است که در قانون اساسی آن (قرآن) و رویه پیغمبر بیان و ارائه شده است.

جهاات تشابه حقوق اسلام با حقوق نوشته

۱۲۱- بهترین تضمین برای اجرای مقررات حقوقی انقیاد باطنی مردم و همکاری آنان با دستگاه حکومت است. بدانسان که فیلسوف بزرگی مانند سقراط به احترام قانون جام شوکران را سر می‌کشد. در سیستم‌های حقوقی کنونی مردم به قوانین چندان اعتقادی ندارند یا لاقلاً بخود اجازه می‌دهند گاهی در خفا آن را نقص کنند. دعاوی فراوان دادگستریها، مالیاتها و عوارض ممنوعیتها دلیل این امر است. حقوق اسلام در زمینه حقوقی بالنسبه معدودی مقرراتی وضع کرده است که مردم با اعتقاد به تقدس آنها و با انقیادی باطنی باید بدان گردن نهند و در زمینه وسیعی به عرف و آزادی اراده فردی عقل و اجتهاد مجال داده است تا آنچه را همه مردم بخواهند و مصلحت جامعه باشد خود وضع نمایند.

جهاات تشابه حقوق اسلام با حقوق عرفی

۱۲۲- قانون اساسی در حقوق اسلام مقررات قرآن و سنت است که هیچ قاعده بعدی و یا عرف حق ندارد آن را نقض نماید و مقرراتی که با این قانون و سنت پیغمبر منافات داشته باشد از درجه اعتبار ساقط است. از این دو منبع تنها قرآن مدون شده و در صحت صدور آن شکی نیست اما در صحت احادیث که بیان‌کننده سنت هستند می‌توان شک کرد که آیا واقعاً امر مشخصی جزو سنت هست یا نه، اما همینکه تشخیص داده شد که در صحت صدور حدیث تردیدی نیست حجیت آن دیگر قابل شک نیست. در مذهب شیعه اخباری که از ائمه رسیده

است بمنزله تفسیر قرآن است نه بمنزله شارح، بیان یکی از ائمه که می‌فرماید: اگر خبری از ما بشما برسد که با قرآن مخالف باشد باور نکنید و آن را دور بیندازید، مبین همین امر می‌باشد. از این حیث یعنی داشتن قانون اساسی مدون و نیز مقدار زیادی سنت مسلم سیستم حقوق اسلامی با حقوقهای نوشته تشابه دارد اما تفاوت آنها در آن است که اسلام قوانین نوشته دیگری بر آنها اضافه نمی‌کند که بتواند هم‌عرض باشد ولی سیستم‌های حقوق نوشته مرتباً مجموعه‌های قانونی منتشر می‌کنند.

تقسیم بندی‌های علم حقوق

۱۲۳- تقسیم‌بندی متداول حقوق بنحوی که در سیستم نوشته وجود دارد در اسلام موجود نیست و از این حیث سیستم حقوق اسلامی مانند حقوق انگلستان خود را نیازمند به چنین تقسیم‌بندی‌هایی نمی‌داند. حکومت و افراد هیئت حاکمه مانند مردم معمولی تابع قوانین هستند و لذا دولت با کارکنان آن را نیز در مراجع عمومی قضائی می‌توان تعقیب نمود. علیهذا نیازی به تمایز حقوق عمومی نیست. مبارزه طبقاتی (که بمنزله حفظ منافع هر طبقه ولو بضرر طبقه دیگر است) و خلاصه اختلاف طبقاتی بدین معنا در حقوق اسلام وجود ندارد زیرا هرگونه مبارزه در داخله جامعه بضرر جامعه است و همه موظف به حل اختلاف هستند «و إِنْ طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا فَإِنْ بَغَتْ إِحْدَاهُمَا عَلَى الْأُخْرَى فَقَاتِلُوا الَّتِي تَبْغِي حَتَّى تَفِيَّ إِلَى أَمْرِ...»^{۶۷} اگر دو گروه از مؤمنین مجادله کردند بین آنان (دو برادر) اصلاح کنید و اگر یکی از آن دو بر دیگری ستم کرده و تجاوز می‌نماید با او مبارزه کنید تا به سمت حق و راستی (امر خداوند) برگشت نماید، به محض اینکه برگشت کرد بین آنان بعدالت رفتار کرده حکم به حق دهید... بنابراین فی‌المثل سیستم خاصی بنام حقوق کار ضرورت ندارد و فی‌المثل اعتصاب هرگاه بمنزله مبارزه باشد شامل آیه «اجازه داده شد بکسانی که مورد ستم قرار گرفتند که مقابله کنند...»^{۶۸} یا

^{۶۷} - سوره حجرات، آیه ۹.

^{۶۸} - آیه ۳۹، سوره حج. «أُذِنَ لِلَّذِينَ يُقَاتِلُونَ بِأَنَّهُمْ ظَلِمُوا وَإِنَّ اللَّهَ عَلَىٰ نَصْرِهِمْ لَقَدِيرٌ».

آیه دیگر «صدا بلند کردن به ناسزا مورد بغض خداست مگر وقتی که مظلوم صدا را بلند کند»^{۶۹} خواهد بود و مجاز شمرده می‌شود لاغیر. و علیهذا از لحاظ احترام عرف و باز بودن سیستم حقوقی تشابهی با حقوق انگلستان وجود دارد با این تفاوت که قاضی در اسلام قانون اساسی مدونی دارد که از آن نمی‌تواند سرپیچی کند.

۱۲۴- مکتب اسلام راجع به نحوه ایجاد حقوق بین مکتب فطری و تاریخی قرار دارد. بعضی قواعد و اصول وجود دارد که به فطرت بشر مرتبط است و این فطرت قابل تغییر نیست. در این زمینه مقرراتی وضع شده است که در همه ازمه و امکانه باید اجرا شود مانند حرمت قتل نفس و سرقت و لواط و در سایر زمینه‌ها آیات مختلف قرآن که انسان را خلیفه خدا در روی زمین می‌داند و بنا به حدیث «چیزی را که همه مسلمین خوب بدانند مسلماً خوب است» می‌توان عرفهای مردم را و اراده افراد را مبنای تشریح دانست.

وضع حقوق اسلام در تقسیم‌بندی حقوق به پیرو و پیشرو

۱۲۵- از جهت نقش اراده افراد در تدوین حقوق می‌توان حقوق را به پیشرو و پیرو تقسیم کرد. می‌دانیم که از لحاظ ارزش جامعه و فرد و رابطه آن دو با هم دو مکتب فلسفی متقابل هم قرار دارند (اصالت فرد و اصالت جامعه). مکتب اصالت فرد هدف زندگی اجتماعی را تأمین آسایش فردی دانسته و هدف جامعه را در آن می‌داند که هرچه کلیه افراد و یا اکثریت گفتند ولو غیرمنطقی باشد تحقق بخشد. حقوق ناشیه از چنین اعتقادی و یا روشی در واقع پیرو اراده مردم است و اثر آن را می‌توان حقوق پیرو نامید. تقریباً غالب کشورهای غربی امروز کم و بیش حقوقشان دارای این خصوصیت است منتها در سیستم حقوقی عرفی این پیروی روشن تر و صریح به چشم می‌خورد. مکتب اصالت جامعه افراد را بعنوان یک فرد جامعه و عضوی از یک پیکر در نظر می‌گیرد قواعد و مقررات را فقط هیئت حاکمه که بزعم خویش مظهر ملت هستند وضع می‌کنند و مردم به دنباله‌روی آن موظفند و چنین حقوقی را پیشرو می‌توان نامید. حکومتها و حکام مطلقه‌ای که برای خویش ادعای رسالتی اجتماعی دارند مانند هیتلر و موسولینی

^{۶۹} - سورة نساء آیه ۱۴۸، لا يُجِبُّ اللَّهُ الْجَهْرَ بِالسُّوءِ مِنَ الْقَوْلِ إِلَّا مَنْ ظَلَمَ.

(رهبران حکومت آلمان و ایتالیا قبل از خاتمه جنگ دوم جهانی) را می‌توان از این گروه دانست. آزادی بحث و انتقاد که از جمله ضروریات حیات انسانی است در چنین سیستم مطرود است. در سیستم حقوقهای پیرو در واقع علم حقوق و دانشمندان آن مانند الله‌ای هستند که از بچه‌ای نگهداری می‌کنند، بچه‌ای که مختار و آزاد است به هر جا برود هر کار بکند فقط آنان موظفند خواسته او را برآورند و تسهیل کنند. مسلماً چنین وضعیتی نمی‌تواند صد در صد منطبق بر منطق عقل و ایده آل بشری باشد زیرا در انسان عقل و منطق تا حدود ممکن در غرایز مهارزده و آنها را رهبری می‌کند، سست کردن این مهار کشش خودسرانه غرایز را باعث می‌شود و با سرکشی غرایز را باعث می‌شود و با سرکشی غرایز انحرافات پیدا می‌شود و حتی صورت قانونی بخود می‌گیرد. هم‌اکنون نمونه‌هایی از آن در بعضی کشورها بچشم می‌خورد و مباحثی که در محافل رسمی مطرح می‌شود دورنمایی زشت را بچشم می‌رساند. سیستمهای حقوق پیشرو افراد عادی مردم را عملاً نادان و صغیر تلقی می‌کنند و آنان را موظف می‌دانند هر چه سرپرست مقرر داشته است اطاعت کنند در چنین سیستمهایی افراد مانند پیچ و مهره می‌باشند. آقای دکتر افشار^{۷۰} بعنوان مثال حقوق پیشرو، از حقوق اسلام و روسیه نام برده است: «افراد انسان و فعالیتهای اجتماعی که در سایر دسته‌های حقوقی پیشرو هستند در این دسته پیرو تلقی می‌گردند. هر مطالعه حقوقی که از طرف پیروان بعمل آید یا بمنظور تطبیق این اصول است با موارد یا توضیحی است در خصوص اجرای حقوق مزبور یا بیشتر از نظر توجیه و تمجید اصول موجود در آن حقوق می‌باشد. تمایل عالم‌گیر شدن را نیز از مختصات حقوق پیشرو می‌توان دانست بعلاوه این دسته از حقوق در موقع ایجاد مخالفت شدید و عمیقی با اصل معمول سابق ابراز می‌دارند و همین مخالفت در واقع علت موجودیت آنها می‌باشد. مهمترین و کامل‌ترین نمونه‌های حقوق مذهبی حقوق اسلام است، در مدت ۱۴ قرن اصول حقوق اسلام بخصوص در قسمت حقوق مدنی قابلیت تطبیقی فوق العاده با احتیاجات مختلف ملتها که از لحاظ تمدن نیز تفاوت بسیار داشته‌اند نشان می‌دهد ولی بدلایلی که فعلاً بحث آنها مورد نظر نیست امروز حقوق بسیاری از کشورهای مسلمان منطبق به حقوق اسلام نمی‌باشد. قوانین ترکیه و ایران

^{۷۰} - در کتاب کلیات حقوق تطبیقی.

نمونه‌هایی از این عدم انطباق را نشان می‌دهند. برای نمونه کامل حقوق سیاست اقتصادی، حقوق روسیه شوروی را می‌توان ذکر کرد. زندگی بیش از یکصد و هفتاد میلیون از مردم مستقیماً تابع حقوق سویت می‌باشد. متأسفانه ملل سیاسی و تبلیغی مانع بزرگی در راه مطالعه علمی این حقوق ایجاد نموده است این حقوق انقلابی که منظورش اجرای نظریات سیاسی و اقتصادی خاصی است خصوصیت آشتی‌ناپذیر با کلیه دسته‌های حقوقی اعلام داشته است و بهمین علت بیشتر مطالعاتی که از طرف پیروان و یا دیگران در خصوص حقوق سویت بعمل آمده است از شائبه اعراض سیاسی مصون نمانده است. در مورد اسلام این نظر صحیح نیست و حتی قول مذکور دچار تناقض است زیرا یکجا حقوق اسلام را پیشرو صرف دانسته و در چند سطر دیگر از قابلیت تطبیق فوق العاده این حقوق با ملل مختلف سخن رفته است. سیستم حقوق شوروی را می‌توان حقوق پیشرو دانست منتها این خصوصیت در اوایل انقلاب کاملاً بارز و قاطع بود ولی بعداً که حکومت جدید در اذهان مردم تسلط یافت نرمشی در آن پیدا شد. بدین نحو که فعلاً اصول کلی قانونگذاری از طرف شورای عالی اتحاد جماهیر شوروی تعیین می‌شود و هر جامعه‌ای قوانین خود را بنحوی که با این اصول مخالف نباشد تدوین می‌نماید.

نحوه ایجاد حقوق و نظر حقوق اسلام در مکتب تاریخی و مکتب فطری

۱۲۶- حقوق اسلام نه حقوقی است پیرو مانند حقوق مغرب زمین که مطیع خاص مردم بوده و هر چه را که آنان بگویند معتبر بدانند، این سیستمها بسیاری اعمال خلاف فطرت را مجاز دانسته و حتی کنگره هموسکسوتلها را در سالن شهرداری آمستردام و به ریاست یکی از وزرای کابینه تشکیل می‌دهند ... و غیره و غیره. و نه حقوقی است پیشرو مانند روسیه و سیستمهای کمونیستی که مدعی است آنچه را حکومت در مسیر اصول کمونیسم لازم بداند قانون و حقوق است و مردم خواه ناخواه باید پیرو آن باشند. بنابراین موضع خاص اسلام بین نظریه تاریخی و فطری حقوق قرار دارد. در این زمینه نیز نه پیرو صرف است و نه پیشرو صرف هدف را تعیین می‌کند که انحراف از آن جایز نیست ولی مسیرهای متفاوت به سوی هدف را می‌پذیرد. مثلاً کسی که از تهران بخواهد به سوی مشهد برود رهبر قوم باید روی او را به سمت مشرق نموده و او را آزاد بگذارد از هر مسیری می‌خواهد برود اما این شخص حق ندارد پشت به مشرق یا رو به

شمال و جنوب برود زیرا از هدف دور می‌گردد.

۱۲۷- حقوق عمومی بمعنائی که در سیستم حقوق مغرب زمین وجود دارد در سیستم حقوق اسلام وجود ندارد. دولت و حکومت نیز مانند همه افراد مردم تابع قانون است. رنه داوید بعنوان نیمه انتقاد می‌گوید: «جامعه‌ای که دولت آن اعتبار ندارد مگر بعنوان خادم مذهب» ولی همین عبارت خود نشان‌دهنده آنست که دولت اسلامی خادم انسانیت است لذا نه مخدوم جامعه و ارباب آنها است و نه خادم خواستها و امیال افراد انسانها بلکه خادم هدف اخلاقی اسلام می‌باشد. داستان عمر و پاسخ عربی که او را به شمشیر حواله کرد را می‌دانیم و نیز می‌دانیم که هرگز حدت و غضب عمر پاسخگو را در بر نگرفت. قضاوت‌های قضات اسلام رویه قضائی روشنی است که نشان می‌دهد تمام افراد ملت و حتی شخص خلیفه و عمال او در برابر قاضی یکسان می‌ایستند.

منشأ حکومت و اطاعت مردم

۱۲۸- منشأ حکومت و اطاعت مردم از آن مبتنی بر آیه ^{۷۱} «یا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَ أَطِيعُوا الرَّسُولَ وَ أُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ» می‌باشد اهل سنت هر کس را که بر حکومت مسلط شد ولو چنگیز و تیمور لنگ باشد او را اولی الامر دانسته و اطاعت او را واجب می‌دانند. معلوم نیست این نظریه و با این قاطعیت در چه زمانی برای آنان پیدا شد و حال آنکه ائمه اهل سنت غالباً در دورانی از زمان با خلفا نحوه‌ای مبارزه داشته‌اند. شاید محققین بعدی اهل سنت بمنظور توجیه خلافت خلفای راشدین قبل از علی، توجیه معاویه و یزید، توجیه اطاعت از خلفاء و احکام خلاف شرع بعضی از آنان چنین تعبیری را نموده‌اند. در نظر امامیه اولی الامر ائمه می‌باشد و در زمان غیبت حقوق‌دانان پاک نیت (مجتهدین ... ^{۷۲}

حقوق جزای اسلامی

^{۷۱} - سورة نساء، آیه ۵۹.

^{۷۲} - متأسفانه صفحات ۱۱۸-۱۱۷ از جزوه افتاده بود. اگر از شاگردان ایشان نسخه‌ای از آن را در اختیار دارند موجب امتنان خواهد بود اگر کپی صفحات مورد نظر را در اختیار تنظیم کننده این کتاب قرار دهند.

مبنتی بودن جرائم و مجازاتها بر قانون در حقوق اسلامهدف از مجازاتنصب قاضی و اقتدار وی^{۷۳}

۷۳ - متأسفانه متن چهار بند اخیر یعنی «حقوق جزای اسلامی»، «مبنتی بودن جرائم و مجازاتها بر قانون در حقوق اسلام»، «هدف از مجازات» و «نصب قاضی و اقتدار وی» در جزوه موجود نبود. چنانچه شاگردان آن استاد معظم این موارد را در یادداشتهای خود دارند باعث امتنان خواهد بود که در اختیار تنظیم کننده این کتاب قرار دهند.

فصل سوم

حقوق جزا

مقدمه

حقوق جزاء به مجموعه‌ای از قوانین اطلاق می‌شود که معین کننده اعمال مخالف انتظامات عمومی و جرم و کیفر آن است. در تقسیم‌بندی‌ها حقوق جزای طبیعی بیشتر شامل مباحث نظری حق و مجازات آن می‌شود و حقوق جزای موضوعه به بررسی جرم و کیفر آن می‌پردازد. در این فصل مروری کلی به موضوعات اصلی در باب هر دو بخش خواهیم داشت و محاسن حقوق جزاء را از نگاه مصالح خمسسه یعنی مصلحت حفظ نفس و دین و عقل و نسل و مال بررسی خواهیم نمود. با توجه به اینکه مصالح مزبور مدّ نظر است این نگاه مبنای عقل را بایست در تدوین قوانین جزائی مدّ نظر قرار دهد. مسلماً ورود به ریز مصالح و حکمت‌های احکام و ظهور آثار و ارزیابی قوانین بسیار گسترده و شاید غیرقابل جمع باشد در این مقال قصد بر آن نیست که به آن پرداخته شود ولی فقط با اشاره به کلیات در معدود مواردی به نمونه‌هایی اشاره می‌شود که وجوهی از حکمت‌های عقلی-عرفانی شرایع جزائی در اسلام بارز شود.

جرم

در اصطلاح حقوقی جرم عبارت از عمل یا خودداری از عملی است که قانون برای آن کیفری مشخص کرده باشد. در حقوق جزای اسلامی جرم به محظورات یا امور ممنوعی نسبت داده می‌شود که برای آن در شرع کیفر حدّ یا تعزیر معین شده باشد. جرم از لحاظ طبیعت آن به جرائم حقوق عمومی و جرائم اختصاصی شامل جرائم سیاسی و نظامی طبقه‌بندی می‌شود. در جرائم اصلی کلی بر غیرقابل گذشت بودن جزا است- مواردی که تعقیب جرم به مصلحت زیان‌دیده از جرم نباشد در برخی نظامهای حقوقی بعنوان استثناء بر این اصل کلی پذیرفته شده است. عناصر جرم که مشترک در بین همه جرائم است عبارت از عناصر قانونی و مادی و معنوی یا روانی می‌باشد.

در حقوق وضعی جرم و مجازات آن برای حفظ مصالح اجتماعی تعریف می‌گردد ولی

در شرع مصالح فرد و جامعه هر دو مد نظر شارع قرار دارد. این تفاوت سبب گستردگی تفاوت‌ها در بین قوانین وضعی و احکام شرعی می‌گردد که بسیار مبسوط‌تر از آن است که بخواهیم در اینجا به آن پردازیم. ولی از دیدگاه حکمت این موضوع قابل اشاره است که احکام تشریحی حقوق جزای اسلامی هم تربیت و مصالح فرد و هم تربیت و مصالح جامعه را توأمان مد نظر قرار می‌دهد. از لحاظ فلسفه حقوق این به معنای این است که تعادل بین اصالت فرد^{۷۴} و اصالت اجتماع^{۷۵} با ملاحظه خصیصه‌های هر دو مکتب مد نظر قرار داده می‌شود.

دیگر اینکه تربیت بیش از تأدیب مد نظر شارع است. هرچند این موضوع در حقوق وضعی نیز مورد توجه است ولی عمق و اهمیت آن به میزان دقت شارع در این باب نیست.

جرائم برحسب طبیعتشان به جرایم علیه اجتماع و علیه اشخاص طبقه‌بندی می‌شوند. در نوع اول بیشتر مصالح جامعه مد نظر شارع قرار دارد تا مصالح فرد. در این طبقه‌بندی جرائم حدود از نوع اول و جرائم قصاص و دیات از نوع دوم و بعضی جرائم تعزیری در نوع اول و بعضی در نوع دوم طبقه‌بندی می‌شوند هرچند باید گفت که همه انواع مجازات هم به منظور حفظ مصالح فرد و هم حفظ مصالح جامعه تشریح شده‌اند ولی شدت مصالح فردی و اجتماعی در آنها برحسب نوع جرم متفاوت است.

جرم سیاسی که در شرع از آن به بغی نام برده می‌شود در اصل تفاوتی با جرم عادی ندارد و فقط از لحاظ انگیزه ارتکاب متفاوت است. جرم سیاسی به دلیل اهمیت مصالح و امنیت جامعه اهمیت می‌یابد. جرم سیاسی در مذاهب مختلف اسلامی تعاریف مختلف دارد چه که امام در نظر اهل سنت و شیعه متفاوت است. برادران اهل سنت حاکم مسلمین را امام می‌دانند و مجازات بغات را به دلیل بغی بر علیه حاکم مستحق مجازات جرم سیاسی می‌شمارند ولی شیعه هر حاکم مسلمین را اولی الامر نمی‌دانند و در زمان غیبت مجازات بغی معطل است زیرا حاکم سیاسی خلیفه الله نیست و از لحاظ فقهی حکم بغی در ارتباط با او صادق نیست.^{۷۶} مجازات

⁷⁴ - Individualism.

⁷⁵ - Socialism.

⁷⁶ - بغی در فقه جعفری خروج از اطاعت امام عادل است و عصمت شرط امام و عدالت شرط نایب اوست. یعنی اگر رهبر امام نباشد و یا عادل نباشد رهبر شرعی نیست. جواهر الکلام، محمد حسن نجفی. علامه حلی در دنباله زیرنویس در صفحه بعد:

بغات در مراحل مختلف بغی و شدت اقدامات آنها متفاوت و شدت عمل به اندازه خوابانیدن شورش مباح است و آن هنگام که آنها اسلحه بر زمین بگذارند خون و اموالشان محترم است. اتخاذ تصمیم در این مورد و اقدامات تعزیری تکمیلی با اولی الامر است.

عنصر قانونی

عنصر قانونی جرم تصریح می‌دارد که محاکم تنها مجاز به جرم دانستن اعمالی هستند که قانون آن را جرم شناخته و از این رهگذر مواردی که به زعم عده‌ای یا افرادی جرم شناخته شود ولی در قانون به عنوان جرم مصرح نشده باشد مجازات ندارد. اصل اباحه در همین ارتباط مطرح است که آنچه که نص قانون آن را جرم نشمرده جرم نیست. براین اساس فقط شارع یا قانونگذار است که جرم و مجازات را تعیین می‌کند و قاضی نیز مجاز نیست شریعت یا قانون را به مواردی خارج از دستور مقنن و صراحت ذکر شده در متون مقننه توسعه دهد. لذا در قوانین جزائی قانون جزا محدود به تفسیر مضیق است هرچند قاضی مجاز به تفسیر از طریق قیاس منصوص العله می‌باشد بطوری که اگر قانون عملی را به صراحت جرم شناخته باشد قاضی می‌تواند از وجه تشابه عمل واقع شده با جرم مصرح در قانون عمل واقع شده را جرم بشناسد به شرطی که علت آن به نص صریح آمده باشد. البته تفسیر به قیاس در همه کشورها پذیرفته نشده و بسیاری از کشورها نیز آن را محدود پذیرفته‌اند. به هر حال در این ارتباط اگر قانون ابهام داشته باشد و تلقی جرم بودن عملی مبهم باشد و نتوان معنای صریحی از قانون کشف کرد باید آن را به نفع متهم نادیده گرفت. این موضوع به معنای این نیست که فقط به مواردی که قانونگذار هنگام تصویب می‌توانسته در نظر بگیرد اکتفا کنیم. مثلاً هنگام وضع شریعت صحبت از برق یا پول الکترونیک و سرقت آن نبوده و قوانین حول اشیاء مادی ملموس تحریر شده و معنی آن این نیست که عمل سرقت برق یا سرقت اینترنتی جرم محسوب نمی‌شود. این موضوع یکی از

دنباله زیرنویس از صفحه قبل:

المنتهی بغی را خروج از اطاعت امام می‌داند. شیخ طوسی در کتاب خلاف باغی را کسی می‌داند که بر امام عادل بشورد و با او بجنگد و مانع سپردن حق به او بشود.

مباحث مهم در فقه پویای امامیه است که باید براساس موازین فقهی حیطة تعریف جرم را در هر زمانی متناسب با ملازمات آن دوره تحلیل و تفسیر نماید.

در این ارتباط باید به قاعده حقوقی «لاجریمه و لا عقوبة الا بنص» در حقوق اسلام اشاره کرد که مبحث بسیار مهمی را در حقوق جزای اسلامی باز می‌نماید. براساس این قاعده جرمه و عقوبت فقط بر بنای نص باید استوار شود. یعنی اگر نص فعل یا ترک فعلی را جرم شناخت آن فعل یا ترک فعل مشمول عقوبت و جرمه خواهد بود. اگر به مفهوم نص توجه کنیم به این نتیجه خواهیم رسید که سنت نص نیست و فقط قرآن کریم در حقوق جزائی اسلام نص است. یعنی اگر فعل یا ترک فعلی در قرآن تصریح و منصوص باشد و برای آن جزاء مقرر شده باشد جرم است. در غیر این صورت حکم جرم در حقوق اسلام را ندارد بلکه حکم جرم مستنبط از سنت را دارد. یعنی جزای جرائمی که رسول اکرم ص و امام ع و فقها در جامعه خود وضع کرده‌اند و بیش از احکام قرآن است حکم حقوق جزای وضعی را دارد و نه حکم حقوق جزای اسلامی. به عبارت دیگر جرم‌های مازاد بر منصوص قرآن جرم‌های وضعی است که ثابت نیستند و حکم حقوق وضعی را دارند و در ازمنه مختلف و امکانه متفاوت متغیرند همانگونه که سنت به وضوح این اختلاف در عقوبت جرم‌های یکسان را در شرایط مختلف نشان می‌دهد و لذا نباید آنها را در ردیف حقوق جزای قطعی اسلامی دانست. بلکه حقوق وضعی است که در دوران‌های متفاوت با توجه به شرایط مختلف توسط رسول اکرم ص و امام ع و فقها بر مبنای ادله عقلی یا عرفی ایشان مقرر شده. مسلماً این تقریرات از لحاظ حقوق جزای اسلامی نص نیست هرچند وقتی در قوانین موضوعه ذکر می‌شوند حکم جرم در حقوق وضعی پیدا می‌کنند زیرا قانون در این حالت نص شناخته می‌شود. و نص قرآن متفاوت از نص قانون است.

اصل قانونی بودن جرم در حقوق اسلام قرن‌ها قبل از حقوق فرانسه مطرح بوده و از نظر اجرا از باب تسامح و تساهل در برخی از مجازاتها نظیر تعزیرات دست قاضی باز گذاشته شده که میزان مجازات را تا حد لزوم تغییر دهد. در بسیاری از موارد نیز اجازه داده تا قاضی حدود را به وسیله شبهات دفع کند و حتی بر قاضی است تا شبهات را به مقر به جرم القاء و تلقین نماید تا اقرار او به دلیل وجود شبهات بی اثر شود و اگر این تلاش موجب شبهه‌ای نشد عدول از اقرار

به وی تلقین، تعلیم و پیشنهاد شود تا منجر به رفض قضاء گردد.^{۷۷} در قرآن می‌فرماید: ^{۷۸} «و ما هیچ قومی را عذاب نمی‌کنیم تا آن‌گاه که پیامبری بفرستیم». و می‌فرماید: ^{۷۹} «پروردگار تو مردم قریه‌ها را هلاک نکرد تا آن‌گاه که از خودشان پیامبری بر آنها مبعوث داشت و او آیات ما را بر آنها بخواند. و ما قریه‌ها را نابود نکرده‌ایم مگر آنکه مردمش ستمکار بوده‌اند».

عطف به ماسبق نشدن

نتیجه مهم دیگری از اصل قانونی بودن مجازات‌ها عطف به ماسبق نشدن قوانین کیفری است. این قاعده در شریعت اسلام در موارد عدیده‌ای ذکر شده و قرآن کریم موارد خاصی را در این باره تصریح فرموده که این اصل یعنی عطف به ماسبق نشدن قانون را مقرر می‌نماید. می‌فرماید: ^{۸۰} «از آنچه در گذشته کرده‌اید خدا عفو کرده است، ولی هر که بدان باز گردد خدا از او انتقام می‌گیرد». در جای دیگر می‌فرماید: ^{۸۱} «اگر دست بردارند گناهان گذشته آنها آمرزیده شود و اگر بازگردند، دانند که با پیشینیان چه رفتاری شده است».

در نظر مذهبی به اعلامیه حقوق بشر می‌فرمایند: ^{۸۲} «ماده یازدهم هم بند دوم آن تقریباً طبیعی است و هیچ ملتی قانون را عطف به ما سبق نمی‌کند دیانت مقدسه اسلام هم همینطور

^{۷۷} - پیشنهاد قاضی در عدول از اقرار در نظر بعضی از فقها مستحب شمرده می‌شود ولی سیره پیامبر اکرم (ص) و امیرالمؤمنین علی (ع) اینگونه بوده است. نگاه کنید به: ابن همام، شرح فتح القدر، جلد ۴، ص ۱۲۱. به نقل از: عبدالقادر عوده و اسماعیل صدر، التشریح الجنائی الاسلامی مقارنا بالقانون الوضعی. ترجمه فارسی اکبر غفوری، تحت عنوان حقوق جنائی بر اساس مذاهب پنجگانه و مقایسه آن با حقوق عرفی، بنیاد پژوهشهای اسلامی، آستان قدس رضوی، مشهد.

^{۷۸} - سوره اسراء، آیه ۱۵. «وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّىٰ نَبْعَثَ رَسُولًا».

^{۷۹} - سوره قصص، آیه ۵۹. «وَمَا كَانَ رَبُّكَ مُهْلِكَ الْقُرَىٰ حَتَّىٰ يَبْعَثَ فِي أُمِّهَا رَسُولًا يَتْلُوا عَلَيْهِمْ آيَاتِنَا وَمَا كُنَّا مُهْلِكِي الْقُرَىٰ إِلَّا وَأَهْلُهَا ظَالِمُونَ».

^{۸۰} - سوره مائده، آیه ۹۵. «عَفَا اللَّهُ عَمَّا سَلَفَ وَمَنْ عَادَ فَيَنْتَقِمُ اللَّهُ مِنْهُ».

^{۸۱} - سوره انفال، آیه ۳۸. «إِنْ يَنْتَهُوا يُغْفَرْ لَهُمْ مَا قَدْ سَلَفَ وَإِنْ يَعُودُوا فَقَدْ مَضَتْ سُنَّتُ الْأَوَّلِينَ».

^{۸۲} - حضرت آقای حاج سلطانحسین تابنده، «نظر مذهبی به اعلامیه حقوق بشر» صص ۵۵-۵۴.

است که دربارهٔ ربا که از بزرگترین گناهان محسوب و عمل به آن را اعلان جنگ به خدا و رسول فرموده مع ذلک از گذشتهٔ آن عفو فرموده حتی بطوریکه در فقه ذکر شده اگر کسی عالم بحرمت آن نباشد و مرتکب گردد و بعداً علم بحرمت آن پیدا کند گذشتهٔ او مورد عفو و آنچه گرفته حلال است ولی اگر عالم بحرمت باشد و در عین حال مرتکب ربا شود آنچه از مدیون بعنوان ربا می‌گیرد ملک او نمی‌شود و اگر بعداً هم توبه کند باید آنچه را بعد از علم به حرمت گرفته تماماً به طرف رد کند که اشتغال ذمه دارد پس حکم عمل ربا در صورت عدم علم با صورت علم داشتن فرق می‌کند.» در قرآن می‌فرماید: «و خدا معامله را حلال و ربا را حرام کرده است پس کسی که موعظهٔ خدا به او رسید باز ایستاد پس برای اوست چیزهای گذشته و امر او با خداست.»^{۸۳} آیات دیگری نیز این مبحث را در مورد بسیاری از ترتیبات اجتماعی مقرر می‌دارند. برای مثال آیه: «و نباید دو خواهر را در یک زمان به زنی گیرید، مگر آنکه بیش از این چنین کرده باشید.»^{۸۴} ترتیبات اجتماعی قوانین قبلی و حقوق افراد در این ارتباط را سلب نمی‌کند. یا در آیه دیگر می‌فرماید: «با زنانی که پدرانتان به عقد خویش درآورده‌اند زناشویی نکنید مگر آنکه پیش از این چنان کرده باشید.»^{۸۵} که تصریح موضوع اخیر است. در سورهٔ مائده نیز در مورد صید در احرام مشابه این موضوع یافت می‌شود که می‌فرماید: «از آنچه در گذشته کرده‌اید خدا عفو کرده است و کسی که به آن بازگردد پس خدا از او انتقام می‌گیرد.»^{۸۶}

علل موجهه جرم

در هر حال مواردی نیز وجود دارد که علیرغم اینکه در قانون جرم شناخته می‌شوند ولی با

^{۸۳} - سورهٔ بقره آیه ۲۷۵: وَ أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَ حَرَّمَ الرِّبَا فَمَنْ جَاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِنْ رَبِّهِ فَاتَّبَعَهَا فَلَهُ مَا سَلَفَ وَ أَمْرُهُ إِلَى اللَّهِ

^{۸۴} - سورهٔ نساء آیه ۲۳: وَ أَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ

^{۸۵} - سورهٔ نساء آیه ۲۲: وَ لَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ

^{۸۶} - سورهٔ مائده: آیه ۹۵: عَفَا اللَّهُ عَمَّا سَلَفَ وَ مَنْ عَادَ فَيَنْتَقِمُ اللَّهُ

توجه به شرایط و اوضاع پیش آمده در مورد فردی که این عمل را با شرایط معین انجام می‌دهد به موجب نص قانونی دیگری غیرقابل مجازات است و این موارد تحت عنوان علل موجهه شامل مواردی نظیر حکم قانون، امر آمر قانونی و دفاع مشروع و حالت ضرورت و رضای زیان‌دیده از جرم یا برخی موارد خاص دیگر می‌باشد.

در متون قانونی قدیم و جدید موارد خاصی نیز از علل موجهه قید می‌شود که مشهورترین آن قتل در فراش است که در حقوق فرانسه نیز آمده است که این موارد در قوانین و متون حقوقی نظام‌های مختلف حقوقی برحسب رویه‌های قانونی اشکال متنوعی دارد که وارد مباحث آن نمی‌شویم ولی باید گفت به‌طور کلی در حقوق جزا برخی اعمال که جرم محسوب می‌شوند ولی در عرف و عادت وجود دارند در عداد علل موجهه تلقی می‌شوند. مثلاً تأدیب شاگرد از طرف استاد یا گوشمال پدر به فرزند به قصد تأدیب مشروط به اینکه از حد متعارف خارج نشده باشد جرم تلقی نمی‌شوند.

یکی دیگر از علل موجهه رضای فرد زیان‌دیده از جرم می‌باشد. بطور کلی در حقوق جدید اصل بر آن است که رضای زیان‌دیده از جرم اعم از جرائم قابل گذشت و جرائم غیرقابل گذشت مجوز ارتکاب جرم نیست. و به عبارت دیگر اگر عملی به موجب قانون جرم شناخته شده باشد با اقترا با عنصر دیگر جرم است اگرچه به رضای زیان‌دیده از جرم واقع شده باشد مگر در موارد استثنائی: فقدان یکی از عناصر جرم در بعضی از اعمال که تحقق جرم با عدم رضای زیان‌دیده از جرم ملازمه دارد که در صورت راضی بودن زیان‌دیده جرم قابل تحقق نیست؛ دیگر مواردی که رضای زیان‌دیده از جرم یکی از علل موجهه است مثلاً طبیبی که با رضایت بیمار اقدام به جراحی بیمار نموده و عمل منجر به مرگ یا نقص عضو بیمار می‌گردد و چنانچه عمل به منظور معالجه و با رعایت قواعد مربوط به طبابت و الزامات و احتیاطات لازم صورت گرفته باشد از مجازات معاف است. یا مواردی در اعمال ورزشی که بر اثر ضربه حریف از پای درآید و یا دچار نقص عضو شود به شرط متعارف بودن ضربه و رعایت قواعد ورزشی چون دو حریف به میل خود به مسابقه یا تمرین پرداخته‌اند رضای زیان‌دیده از جرم مؤثر است. رضای زیان‌دیده از جرم را علمای حقوق مشروط به این می‌دانند که رضا بیش از

عمل یا مقارن آن داده شده باشد. و رضا باید آزادانه و بدون فریب و یا خدعه و یا اکراه و اجبار تحصیل شده باشد و شرایط اهلیت و صلاحیت وجود داشته باشد.

عنصر مادی

در شریعت اسلام برخلاف فرمایشات عیسی (ع) اندیشه و قصد و حتی تصمیم به ارتکاب جرم جز در موارد استثنائی مستوجب کیفر نمی‌باشد. لذا عنصر مادی جرم از عناصر اصلی تحقق جرم محسوب می‌شود و باید هم این عنصر شرط تحقق جرم محسوب شود. در غیر این صورت کار به تفتیش عقاید می‌رسد که با روح قواعد اسلام ماینیت دارد. در قرآن کریم می‌فرماید:^{۸۷} «ای کسانی که ایمان آورده‌اید از ظن به شدت دوری کنید که بعضی از ظن‌ها گناه هستند و تجسس نکنید». یکی از تفاسیر این آیه در مسائل حقوقی همان چیزی است که اصطلاحاً امروزه لزوم وجود عنصر مادی جرم در حقوق جزا می‌باشد و حذف این عنصر را مابین روح حقوق جزا می‌دانند. زیرا غرض از حقوق جزا قصد و تصمیم برهم زدن نظم اجتماع نیست و بنابراین آنچه قابل مجازات است که ضمن یک عمل صورت خارجی و فعلیت به خود گرفته باشد. عنصر مادی جرم گاه جرم فعل است (به معنی انجام عمل مجرمانه) و گاه ترک فعل است به معنی ترک تکلیف و امتناع از وظایف قانونی که سبب جرم گردد. مثلاً خودداری از دادن غذا به محبوس و مردن او از گرسنگی. در مورد اخیر علمای حقوق جزا معتقدند که عمل ناشی از ترک فعل وقتی جرم محسوب می‌شود که به موجب نص قانون تعریف و تصریح شده باشد. این موضوع یعنی جرم نبودن قصد ارتکاب جرم یکی از موارد مشخص در حقوق جزای اسلامی است. و حتی صرف مهیا ساختن ابزار جرم و همچنین اعمال مقدماتی در این ارتباط اگر خود فی نفسه از لحاظ جزائی جرم نباشند مستوجب کیفر نخواهد بود. مراحل بعد از این چون شروع به جرم یا انصراف از آن یا مُحال شدن جرم و یا عقیم ماندن آن همه با توجه به میزان تجرّی صورت گرفته نسبت به قانون و قانونگذار مستوجب کیفر هستند که ظرافتهای خاص

^{۸۷} - سورة حجرات، آیه ۱۲. «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اجْتَنِبُوا كَثِيرًا مِّنَ الظَّنِّ إِنَّ بَعْضَ الظَّنِّ إِثْمٌ وَلَا تَجَسَّسُوا».

خود را دارد و در فقه نیز به آنها پرداخته شده و شاید طرح بسیاری از ویژگیهای مترقی آنها مقدم بر سایر نظامهای حقوقی باشد. این موارد بالاخص در مبحث تجرّی جرم تفصیلات فقهی وسیعی دارد.

جرم برحسب زمان وقوع به جرم‌های آنی و مستمر تقسیم می‌شود. جرم آنی عبارت از عمل یا خودداری از عملی است که معمولاً در مدت کوتاهی - که همان لحظه تحقق عنصر مادی جرم است - واقع می‌گردد. و جرم مستمر قصد سوء مرتکب بجای اینکه آنجا تحقق خارجی پیدا کند در مدت متناهی استمرار دارد. گاهی جرم آنی صورتی به خود می‌گیرد که تشخیص آن از جرم مستمر آسان نیست. این مورد در تکرار جرم به دفعات ولی با وحدت قصد رؤیت می‌گردد که مشمول عنوان تعدد جرم نیست.

عنصر مادی جرم اگر یک یا چند عمل باشد به جرم ساده و جرم مرکب تقسیم‌بندی می‌شود و در جرم ساده یک عمل برای تحقق جرم کافی است و در جرم مرکب تحقق جرم موقوف به ارتکاب چند عمل است. در نوع اخیر اگر همه اعمال از یک نوع باشد آن را جرم به عادت می‌گویند و گرنه جرم مرکب به معنی اخص می‌نامند.

نظریه علمای حقوق براین است که عنصر مادی جرم به نتیجه عمل بستگی ندارد یعنی لازم نیست که فعل همیشه به نتیجه‌ای که مطلوب عامل است برسد بلکه ممکن است که عملی که به آن اقدام شده است بر اثر برخورد به مانع خارجی یا به سبب انصراف عامل به نتیجه مطلوب منتهی نگردد و بنابراین مسئله شروع جرم و جرم محال و جرم عقیم پیش می‌آید.

در مبحث شروع جرم لازم است بدانیم که در کدامیک از مراحل اندیشه و تصمیم و تهیه وسائل کار و شروع به اجرا باید مجازات تعیین شود. اندیشه و تصمیم و تهیه وسائل جزئی اصولاً نباید قابل مجازات باشد و فقط نقطه شروع به اجراست که برای آن مجازات تعیین می‌شود. در خصوص تشخیص نقطه شروع به اجرا عقاید مختلفی موجود است. گروهی براین باورند که ملاک نظر در تشخیص شروع جرم موضوع عمل و اختلالی است که از ناحیه آن در نظم اجتماع پدید می‌آید. این نظر به عقیده عینی^{۸۸} مشهور و در مقابل آن عقیده ذهنی^{۸۹} مناط

^{۸۸} - Objective

تشخیص شروع به جرم شخصیت مجرم و امکان خطری است که از ناحیه او متوجه نظم اجتماع است. نظریه اخیر در بین حقوقدانان طرفدارای بیشتری دارد.

در نظامهای مختلف حقوقی جرائمی که شروع به آنها جرم است متفاوت است. برای مثال حقوق جزا در بسیاری از کشورها شروع به جرم در امور جنائی مطلقاً قابل مجازات و در امور جنحه در موارد تصریح قانون قابل مجازات است و در خلاف شروع جرم قابل مجازات نیست. مجازات شروع به جرم نیز برحسب اینکه، جرم شروع شده از چه نوع باشد متفاوت است. براساس دیدگاه عینی شروع به جرم عملی است که از عناصر تشکیل دهنده جرم باشد ولی از لحاظ دیدگاه ذهنی هر عملی که کاشف از تصمیم قاطع عامل در ارتکاب جرم به کیفیتی باشد که بی‌برخورد به مانع خارجی جرم واقع شود شروع جرم به شمار می‌رود. در این دیدگاه قصد عامل در ارتکاب جرم اهمیت زیادی دارد. مسلماً اقداماتی که جنبه مقدماتی داشته باشد نظیر فراهم کردن ابزار و وسایل کار مشمول عنوان شروع به جرم نیست.

انصراف از جرم و معلق ماندن قصد نیز ملاحظاتی را شامل می‌شود که درخور توجه است. اگر کسی قصد ارتکاب جرمی را نموده و حتی اقدام به شروع اجرای آن را هم کرده هرگاه به میل خود از انجام عمل انصراف پیدا کند اخلاقاً قابل مجازات نیست و سیاست جزائی نیز اقتضاء می‌کند چنین کسی مجرم شناخته نشود تا انگیزه‌ای برای تعلیق قصد جرم باشد و به انصراف از آن تشویق گردد. و این تعلیق در صورتی موجب عدم تحقق شروع به جرم است که مولود اراده شخصی باشد نه بواسطه موانع خارجی. یعنی انصراف از جرم ناشی از اراده آزاد موجب جرم نبودن عمل است ولی انصرافی که فقط مولود اراده خارجی باشد موجب جرم شمردن عمل و تحقق شروع به جرم است. لازم به ذکر است که انصراف غیر از ندامت است و ندامت بعد از ارتکاب ممکن است حاصل گردد که مجرم پشیمان شده و در صدد ترمیم عمل خود برآید.

در این ارتباط جرمی که اعمال تشکیل دهنده آن به انجام رسیده و به علت برخورد به مانع

دنباله زیرنویس از صفحه قبل:

خارج از اراده عامل به نتیجه مطلوب نرسیده باشد، جرم عقیم نامیده می‌شود و از جهت اینکه به نتیجه مطلوب عامل نرسیده شبیه به شروع جرم است و ممکن است که جرم از جهت حصول نتیجه که منظور عامل است عقیم بماند که در این صورت آن را جرم ممتنع می‌نامند که از لحاظ علمای حقوق جرم عقیم و جرم ممتنع هر دو در حکم شروع به جرم بوده و قابل مجازات می‌باشند.

عنصر معنوی

برای تحقق جرم لازم است میان عملی که قانون قابل مجازات شناخته و شخص عامل رابطه روانی که اراده است وجود داشته باشد. این ویژگی در جرائم عمدی قابل درک است ولی در جرائم غیرعمدی که حسب الفرض عامل قصد ارتکاب جرم را ندارد باید دخالت اراده را بررسی نمود. به عبارتی هرگاه فعل و نتیجه آن هر دو مورد اراده و خواست عامل باشد جرم عمدی است و در این صورت اراده به سوء نیت یا سوء قصد یا عمد یا علم تعبیر می‌شود. و هرگاه فقط فعل مورد اراده عامل بوده ولی نتیجه آن را اراده و پیش‌بینی نکرده باشد اراده خطای جزائی نامیده می‌شود. لذا جرائم عمدی به جرائمی گفته می‌شوند که عنصر معنوی آن سوء نیت است و در این قبیل جرائم وقوع جرم متوقف بر وجود سوء نیت و ثبوت آن فرع بر اثبات سؤنیت است.

برخی از علمای حقوق جزا سوء نیت را به اراده معطوف به مقصودی که وصول به آن قابل مجازات شناخته شده تعریف کرده‌اند و کسی می‌تواند دارای سوء نیت و بالتیجه مجرم شناخته شود که صاحب اراده و علم باشد. با وجود اراده ارتکاب عمل قابل مجازات جرم است بدون توجه به اینکه سبب یا محرک اراده که آن را داعی یا انگیزه می‌نامند چه باشد، و فقط انگیزه جرم می‌تواند در تعیین مجازات و میزان آن مؤثر باشد. سوء نیت به موارد عام و خاص، ساده و با اندیشه قبلی، جازم (قطعی) و اتفاقی، معین و نامعین و سایر طبقه‌بندی‌ها تقسیم می‌شود که از ذکر آن در اینجا پرهیز می‌نماییم.

جرم غیرعمدی جرمی است که عامل عمل را اراده کرده ولی نتیجه آن را نخواسته باشد.

عنصر معنوی در این نوع جرائم به جای سوءنیت خطا نامیده می‌شود. جرائم ناشی از بی‌احتیاطی، بی‌مبالاتی یا عدم مهارت در کار و یا اموری که قانون رکن معنوی جرم را از این قبیل موارد تعریف کرده اعمال مجرمانه‌ای است که در جرائم غیر عمد قرار می‌گیرند. در حقوق جزائی اسلام نیز قصد ارتکاب جرم تصریح و جرائم غیر عمدی و عمدی یعنی جرمی که با قصد مجرمانه صورت می‌پذیرد تفکیک شده است. می‌فرماید: ^{۹۰} «در آنچه اشتباه کرده‌اید گناهی نیست اما آنچه قلوبتان قصد کرده گناه است».

شخصی بودن مجازات

این اصل به این معنی است که کسی مسؤولیت جنائی ندارد مگر اینکه مرتکب عملی شود که قانون آن را جرم شناخته باشد. لذا کسی به گناه دیگری مجازات نخواهد شد. این قاعده بطور عام در نظام‌های حقوقی مختلف پذیرفته شده است. قرآن کریم می‌فرماید: ^{۹۱} «هیچ کس بار گناه دیگری را بر دوش نکشد». و می‌فرماید: ^{۹۲} «هر کس مرتکب کار بدی شود جزایش را ببیند». و می‌فرماید: ^{۹۳} «هر کس عمل صالحی کند، بر خودش است و هر که بد کند بر خودش است». این آیات به معنی تأیید اصل شخصی بودن مجازات‌ها در اسلام می‌باشد.

مبعضی که در حقوق جزائی اسلام که ظاهراً متناقض با این اصل دیده می‌شود دیه بر عاقله است. یعنی عملاً عاقله که در تعریف آن بین فقها اختلافاتی نیز هست می‌باید خونبهای ناشی از فعل مجرم را بر عهده بگیرد. در اعراب قبل از اسلام رسم بر این بود که نزدیکترین خویشاوند یا خویشاوندان قاتل بار مسؤولیت را بر عهده داشت و این موضوع پس از اسلام نیز به نحوی ادامه یافت و لذا فقها اعم از عامه و خاصه به تعلق دیه در قتل خطاء بر عاقله فتوا داده‌اند. معانی

^{۹۰} - سوره احزاب، آیه ۵. «وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ وَ لَكِنْ مَا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ».

^{۹۱} - سوره فاطر، آیه ۱۸. «وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى»

^{۹۲} - سوره نساء، آیه ۱۲۳. «مَنْ يَعْمَلْ سُوءًا يُجْزَ بِهِ».

^{۹۳} - سوره فصلت، آیه ۴۶. «مَنْ عَمِلَ صَالِحًا فَلِنَفْسِهِ وَمَنْ أَسَاءَ فَعَلَيْهَا».

متعددی برای عاقله در لغت و اصطلاح ذکر کرده‌اند^{۹۴} ولی از نظر کلی از واژه عاقله کسانی مدّ نظر هستند که مفهوم توانائی جلوگیری از ارتکاب جرم را می‌رسانند. قول مشهور فقها از عاقله عصبه است که اقارب از سمت پدر و ورثه مذکر مجرم براساس الاقرب فالاقرب به ترتیب طبقات ارث می‌باشد و در صورتی که مجرم یا عاقله مُعسر باشد بر امام ظاهر است تا دیه را بپردازد.

این قاعده هرچند نصّ قرآنی ندارد و در حیطة تفسیر موسع از احکام جزائی است و چنانچه به آن خواهیم پرداخت باید از تفسیر موسع احکام جزائی خودداری نمود ولی عقلی بودن این اجماع را می‌توان از این بابت دریافت که همانطور که افراد از یکدیگر دارایی ارث می‌برند لازم است بدهی را هم به ارث برند و دیه چون بدهی‌ای است که حال شده نباید تا قبل از زمان فوت منتظر ماند و در زمان باید پرداخت شود. علت اینکه عصبه شامل ورثه مذکر می‌شوند نیز این است که عاقله که مذکر هستند قدرت عقال مجرم در ارتکاب جرم را دارند لذا اناث عصبه نیستند چون توانائی عقال و منع مجرم را ندارند. وقتی این بار جزائی بر عاقله حمل شود عملاً اقارب مذکر به حسب اقرب بودنشان بر خود لازم خواهند دانست که از ارتکاب جرم ممانعت شوند که این امر خود روشی برای کنترل جامعه در ارتکاب به جرم است.

تناسب جرم و جزاء

یکی از اصولی که مدّ نظر حقوق معاصر است تناسب جرم و مجازات است یعنی باید مجازات متناسب با فعل جرم باشد. در برخی از قوانین جزائی در کشورهای مختلف این موضوع حتی به این شکل نیز مطرح شده که برخی جرائم را جزای به مثل و متناسب به آن نمی‌دهند و عملاً تفریط در این کار است. مثلاً عقوبت قتل را اعدام نمی‌دهند و استدلال می‌کنند که نباید فرد مجرم را اعدام کرد بلکه باید او را از لحاظ روانی تحت مراقبت قرار داد تا دیگر مرتکب این جرم نشود. هرچند این گزاره از لحاظ مستمع قابل قبول به نظر می‌رسد ولی

^{۹۴} - نگاه کنید به: ذکر الله احمدی، نهاد عاقله در حقوق کیفری اسلام، نشر میزان، ۱۳۸۱، تهران.

موجب می‌گردد که اولاً جرأت افراد در تجرّی به ارتکاب جرم افزایش یابد و ثانیاً گرچه از لحاظ نظری اصلاح و تأدیب مجرم بسیار پسندیده است ولی آیا در عمل هم می‌توان این کار یعنی اصلاح مجرم را انجام داد اگر بشود که بسیار پسندیده است ولی چه تضمینی خواهد بود که مرتکب که ترسش از ارتکاب هم ریخته شده دچار تجرّی نشود و در آینده مرتکب جرم نشود. از این جهت است که هم افراط در جزاء دادن و هم تفریط در جزاء دادن هر دو می‌تواند به حال فرد چه مظلوم و چه ظالم و جامعه مضر باشد. لذا متناسب بودن مجازات با جرم به نظر عاقلانه‌تر می‌رسد تا افراط و تفریط در عقوبت.

در اسلام تساوی عقوبت با جرم مدّ نظر قرار گرفته و ترغیب عفو را در آن قرار داده که عفو مجرم توسط معنی علیه به دلیل ایجاد حال ندامت در جانی و ملاحظه رحم و مروّت معنی علیه چون جانی را خجل و شرمنده می‌کند می‌تواند در جلوگیری از ارتکاب آتی او به جرم مشابه بسیار مؤثر باشد. از طرفی چون اصل عقوبت را نیز در نظر عموم منتفی نمی‌کند موجب راحت خیال دیگر افراد جامعه به ارتکاب جرم نمی‌گردد و ترس افراد از عقوبت را همچنان برقرار می‌دارد. قرآن کریم می‌فرماید: «پس هر کس بر شما تعدی کند. به همان اندازه تعدی‌اش بر او تعدی کنید.»^{۹۵} و در سوره شوری می‌فرماید: «جزای هر بدی بدی است همانند آن.»^{۹۶} و می‌فرماید: «هر کس کار نیکی انجام دهد ده برابر به او پاداش دهند، و هر که کار بدی انجام دهد تنها همانند آن کیفر ببیند، تا ستمی بر آنها نرفته باشد.» و می‌فرماید: «هر کس که کار نیکی به جای آرد، بهتر از آن را پاداش یابد و هر که مرتکب گناهی شود، پس آنان که مرتکب گناه می‌شوند جز به اندازه عملشان مجازات نشوند.» و می‌فرماید: «هر کس کار بدی

^{۹۵} - سوره بقره، آیه ۱۹۴. «فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ».

^{۹۶} - سوره شوری، آیه ۴۰: «وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلُهَا فَمَنْ عَفَا وَأَصْلَحَ فَأَجْرُهُ عَلَى اللَّهِ».

^{۹۷} - سوره انعام، آیه ۱۶۰. «مَنْ جَاءَ بِالْحَسَنَةِ فَلَهُ عَشْرُ أَمْثَالِهَا وَمَنْ جَاءَ بِالسَّيِّئَةِ فَلَا يُجْزَى إِلَّا مِثْلُهَا وَهُمْ لَا يُظْلَمُونَ».

^{۹۸} - سوره قصص، آیه ۸۴. «مَنْ جَاءَ بِالْحَسَنَةِ فَلَهُ خَيْرٌ مِنْهَا وَمَنْ جَاءَ بِالسَّيِّئَةِ فَلَا يُجْزَى الَّذِينَ عَمِلُوا السَّيِّئَاتِ إِلَّا مَا

كَانُوا يَعْمَلُونَ».

^{۹۹} - سوره غافر، آیه ۴۰. «مَنْ عَمِلَ سَيِّئَةً فَلَا يُجْزَى إِلَّا مِثْلُهَا».

بکنند جز همانند عملش کیفر نیابد.» و می‌فرماید: ^{۱۰۰} «اگر عقوبت می‌کنید، چنان عقوبت کنید که شما را عقوبت کرده‌اند. و اگر صبر کنید، صابران را صبر نیکوتر است. صبر کن، که صبر تو جز به توفیق خدا نیست و بر ایشان محزون باش و از مکرشان دل‌تنگی منماید، زیرا خدا با کسانی است که می‌پرهیزند و نیکی می‌کنند.» ^{۱۰۱}

ترغیب به عفو

در حقوق متعارف ترغیب به عفو جایگاهی ندارد ولی در حقوق جزاء اسلامی ترغیب به عفو و گذشت بسیار مورد توجه است. زیرا اسلام با توجه به فطرت بشر و جایز الخطا بودن وی بر این موضوع واقف است که بسیاری از خطاها ناشی از سرشت انسان است که حتی در اکثر موارد عقل هم جلودار آن نیست و هرگاه قوای غضبیّه و شهویّه در انسان غلبان کند آن می‌کند که نباید کند و وقتی که این قوا فروکش کرد فاعل آن شرمنده از آن خواهد بود. لذا باید راهی برای این نوع مصادیق از قبل مهیا کرد و بهترین روش در این موارد ترغیب به عفو مجنی علیه است.

در بسیاری از موارد مرتبط با حدود و قصاص و دیات و تعزیرات که به آن اشاره خواهد شد علیرغم حفظ حقوق مظلوم معذکک عفو نیز توصیه شده است. می‌فرماید: ^{۱۰۲} «و آنان که چون ستمی به آنها رسد انتقام می‌گیرند. جزای هر بدی بدیی است همانند آن. پس کسی که عفو کند و آشتی ورزد مزدش با خداست، زیرا او ستمکاران را دوست ندارد. بر کسانی که پس

^{۱۰۰} - سورة نحل، آیات ۱۲۸-۱۲۶. «وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ وَلَئِنْ صَبَرْتُمْ لَهُوَ خَيْرٌ لِلصَّابِرِينَ. وَاصْبِرْ وَمَا صَبْرُكَ إِلَّا بِاللَّهِ وَلَا تَحْزَنْ عَلَيْهِمْ وَلَا تَكُ فِي ضَيْقٍ مِمَّا يَمْكُرُونَ. إِنَّ اللَّهَ مَعَ الَّذِينَ اتَّقَوْا وَالَّذِينَ هُمْ مُحْسِنُونَ»

^{۱۰۱} - شرح برخی از این آیات در قسمت‌های دیگر این کتاب آورده شده است.

^{۱۰۲} - سورة شورا، آیات ۴۴-۳۹. «وَالَّذِينَ إِذَا أَصَابَهُمُ الْبَغْيُ هُمْ يَنْتَصِرُونَ. وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلُهَا فَمَنْ عَفَا وَأَصْلَحَ فَأَجْرُهُ عَلَى اللَّهِ إِنَّهُ لَا يُحِبُّ الظَّالِمِينَ. وَ لَمَنْ اتَّصَرَ بِعَدُوِّهِ فَلْيَظْلِمِهِ فَاُولَئِكَ مَا عَلَيْهِمْ مِنْ سَبِيلٍ. إِنَّمَا السَّبِيلُ عَلَى الَّذِينَ يَظْلِمُونَ النَّاسَ وَيَبْغُونَ فِي الْأَرْضِ بِغَيْرِ الْحَقِّ أُولَئِكَ لَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ. وَ لَمَنْ صَبَرَ وَ غَفَرَ إِنَّ ذَلِكَ لَمِنْ عَزْمِ الْأُمُورِ. وَ مَنْ يُضْلِلِ اللَّهُ فَمَا لَهُ مِنْ وَلِيٍّ مِنْ بَعْدِهِ»

از ستمی که بر آنها رفته باشد انتقام می‌گیرند، ملامتی نیست. ملامت در خور کسانی است که به مردم ستم می‌کنند و به ناحق در روی زمین سرکشی می‌کنند. برای آنهاست عذابی دردآور. و آن که صبر کند و از خطا درگذرد، این از کارهای پسندیده است. هر کس را که خدا گمراه کند از آن پس هیچ دوستی نخواهد داشت.^{۱۰۳} و در سورهٔ رعد می‌فرماید: «آنان که برای خشنودی پروردگار خویش صبر کردند و نماز گزارند و در نهان و آشکار از آنچه روزیشان کرده بودیم انفاق کردند و بدی را به نیکی دفع می‌کنند سرای آخرت برایشان است».^{۱۰۳} و خطاب به رسول اکرم ص است که فرمود: «پاسخ بدی آنها را به خوبی بده و ما به سخن آنان آگاه‌تریم».^{۱۰۴} و فرمود: «بندگان الرحمن کسانی هستند که در روی زمین به فروتنی راه می‌روند و چون جاهلان آنان را مخاطب سازند به ملایمت سخن گویند».^{۱۰۵} و باز می‌فرماید: «اینان به سبب صبری که کرده‌اند دوبار پاداش داده می‌شوند، اینان بدی را به نیکی می‌زدایند».^{۱۰۶}

رفع مسئولیت

برای اینکه بتوان مرتکب عملی را که قانون جرم شناخته مجازات کرد باید وضعیت بدنی و فکری او به کیفیتی باشد که توانائی عاملیت داشته باشد و هرگاه فاقد یکی از اجزاء مستلزمه باشد نمی‌توان او را مسئول شناخت. عوامل رافع مسئولیت شامل کودکی، جنون اعم از دائمی یا ادواری می‌شود که در مورد اخیر وقتی قابل مجازات است که در حالت افاقه مرتکب عمل شده باشد، حتی اگر بعد از ارتکاب جرم دیوانه شود باید تعقیب او موقوف ماند که فرمود: بر مجنون حرجی نیست.^{۱۰۷} حالات شبیه جنون نظیر خواب‌های طبیعی یا مصنوعی که

^{۱۰۳} - سورهٔ رعد، آیه ۲۲: وَ الَّذِينَ صَبَرُوا ابْتِغَاءَ وَجْهِ رَبِّهِمْ وَأَقَامُوا الصَّلَاةَ وَأَنفَقُوا مِمَّا رَزَقْنَاهُمْ سِرًّا وَعَلَانِيَةً وَيَدْرُؤْنَ بِالْحَسَنَةِ السَّيِّئَةَ أُولَئِكَ لَهُمْ عُقْبَى الدَّارِ.

^{۱۰۴} - سورهٔ مؤمنون، آیه ۹۶: اذْفَعْ بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ السَّيِّئَةِ نَحْنُ أَعْلَمُ بِمَا يَصِفُونَ.

^{۱۰۵} - سورهٔ فرقان، آیه ۶۳: وَعِبَادُ الرَّحْمَنِ الَّذِينَ يَمْشُونَ عَلَى الْأَرْضِ هَوْنًا وَإِذَا خَاطَبَهُمُ الْجَاهِلُونَ قَالُوا سَلَامًا.

^{۱۰۶} - سورهٔ قصص، آیه ۵۴: أُولَئِكَ يُؤْتُونَ أَجْرَهُمْ مَرَّتَيْنِ بِمَا صَبَرُوا وَيَدْرُؤْنَ بِالْحَسَنَةِ السَّيِّئَةَ.

^{۱۰۷} - فقه القرآن ج: ۱ صص: ۱۸۲-۱۸۱. و قوله فَمَنْ شَهِدَ مِنْكُمُ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ أَرَادَ تَعَالَى مِنَ شَهِدِ الشَّهْرِ وَ هُوَ مَنْ

دنبالهٔ زیرنویس در صفحهٔ بعد:

سُمنامبولیسم^{۱۰۸} نام دارد و بطور طبیعی در برخی افراد اتفاق می‌افتد یا در اثر هیپنوتیزم عارض می‌گردد به دلیل فقدان اراده مسئولیت جزائی نخواهند داشت. خواب، بی‌هوشی و نسیان هم از این موارد است. از طرفی جهل و مستی و ناهوشیاری ناشی از مصرف الکل و سایر مواد تخدیرزا در صورتی رافع مسئولیت کیفری است که به کلی سلب اراده و شعور از شخص نموده باشد و همچنین مرتکب خود را برای ارتکاب عمل مست یا تخدیر نکرده باشد.

اجبار و اکراه چه به دلیل عامل مادی خارجی و یا به دلیل فشار روحی ناشی از تهدید که در اراده عامل مؤثر شود و او را به ارتکاب جرم بکشاند می‌تواند از عوامل رافع مسئولیت محسوب گردد. خطا و حصر و مواردی از این دست به عنوان عوامل رافع مسئولیت ذکر می‌شوند. تمام این موارد در اصل مفهوم اضطرار می‌دهند ولی چون اضطرار را به صورت جدا ذکر می‌کنند در اینجا نیز همین تفکیک را قائل می‌شویم.

اضطرار

عقلاً اضطرار نیز یکی از عوامل رافع مسئولیت می‌تواند تلقی شود که کمتر در حقوق وضعی به آن پرداخته شده است ولی در فقه پیش‌بینی شده و بسیاری از مواردی که ارتکاب جرم ناشی از فعل مضطر بوده منجر به درأ حدود و رفع مسئولیت وی می‌گردد. این موضوع از آیاتی که در مورد مأکولات نازل شده قابل استنباط است. البتّه در این موارد رعایت نیت عدم

دنبالّه زیرنویس از صفحه قبل:

توجه إليه الخطاب فعلى هذا الصبي إذا احتلم في نصف يوم من شهر رمضان أمسك ما بقي تأديبا و لا قضاء عليه فيما مضى و يمك الكافر أيضا إذا أسلم في ثمار رمضان للتأديب. و الجنون و المغمى عليه في الشهر كله لا قضاء عليهم عندنا بدلالة قوله فَمَنْ شَهِدَ و تقديره فمن كان شاهدا الشهر و يتوجه الخطاب إليه و الجنون و المغمى عليه ليسا بعاقلين حتى يتاوهما الخطاب. و الكافر و إن كان مخاطبا بالشرعيات فقد سامح الله معه إذا أسلم. و قسم هذا الكلام بعض أصحابنا فقال من نوى الصوم في أول الشهر ثم أغمى عليه و استمر به أياما فهو بحكم الصائم لم يلزمه قضاء و إن لم يكن مفيقا في أول الشهر وجب عليه القضاء و إنما يحمل هذا على الاستحباب لأنه تعالى قال ما جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ.

¹⁰⁸ - Somnambulism

تخطی و از حد نگذراندن از محدودیت‌های نقض حدود الهی در زمان اضطرار است. در سوره بقره می‌فرماید: «پس کسی که ناچار شود هرگاه که بی‌میلی جوید و از حد نگذراند گناهی بر او نیست که خداوند آمرزنده و بخشنده است.»^{۱۰۹} در شرح این آیه فرموده‌اند: «^{۱۱۰} فَمَنْ اضْطُرَّ یعنی کسی که مجبور به استفاده از این محرّمات باشد. غَيْرَ باغٍ وَ لَا عَادٍ، باغ از بغیه، به معنی خواستن، یا از بغی به معنی فجور و زنا، یا از بغی به معنی تکبر است. و در خبر، به کسی که برای سرگرمی به شکار پردازد، به طلب کننده لذت و به کسی که نافرمانی ورزیده و بر امام خروج کرده، تفسیر شده است. و نیز، به کسی که از حقّ خود تجاوز نماید باغی گویند، خواه تجاوز از حدّ در امامت باشد که قایل به امامت امام باطلی باشد، یا امام باطل را با امام حقّ شریک کند، یا در امام حق غلو کند به اینکه درباره امام چیزی بگوید و معتقد باشد که خود امام آن را نگفته است. یا تجاوز از حد در سایر حقوق الهی و حقوق خلق بوده باشد، یا تجاوز از حد در همه افعالی باشد که از مدارک و قوای عمّاله صادر می‌شود، زیرا که افراط و تفریط در همه آنها تجاوز از حدّ به حساب می‌آید و هر یک از این معانی، در اخبار تفسیر شده است. فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ، یعنی در خوردن از این چیزهایی که یاد شد، بر او گناهی نیست. إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ، یعنی خداوند عیب و نقصهای شما را می‌پوشاند. رَحِيمٌ یعنی به شما رحم می‌کند و اذن ارتکاب چیزی که در غیر آن شرایط بر شما حرام کرده را هنگام قرارگرفتن در مخمّصه می‌دهد. از امام صادق ع است^{۱۱۱}: کسی که مضطرّ به خوردن مردار و خون و گوشت خوک شود و از اینها نخورد تا بمیرد، او کافر است.» در سوره مائده می‌فرماید: «پس کسی که ناچار در مخمّصه ماند بی‌آنکه قصد گناه داشته باشد پس خداوند آمرزنده و بخشنده است.»^{۱۱۲} گرچه این مخمّصه به معنی قحطی و گرسنگی است ولی استعمال آن در موارد مشابه نیز قابل تفسیر و تأویل و تعمیم

^{۱۰۹} - سوره بقره، آیه ۱۷۳ و سوره نحل، آیه ۱۱۵. فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ باغٍ وَ لَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ.

مشابه این آیه در سوره انعام، آیه ۱۴۵ نیز نازل شده است.

^{۱۱۰} - بیان السّعادة فی مقامات العباد، جلد دوم ترجمه، صص ۳۴۰ - ۳۳۹.

^{۱۱۱} - الصافی، ج ۱، ص ۱۵۹.

^{۱۱۲} - سوره مائده آیه ۳، فَمَنْ اضْطُرَّ فِي مَخْمَصَةٍ غَيْرٍ مُتَجَانِفٍ لِإِثْمٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ.

می‌باشد. در آیه دیگری می‌فرماید: «پس به تحقیق به تفصیل چیزهایی را که بر شما حرام شده است را بیان کرده است مگر آنگاه که ناچار گردید.»^{۱۱۳}

حالت ضرورت

یکی دیگر از موارد علل موجهه که عمل فرد جرم شناخته نمی‌شود حالت ضرورت است و آن هنگامی است که فرد بایست برای نجات دیگری مرتکب جرم شود. مثلاً طبیعی هنگام زایاندن مادر او را در وضعی می‌بیند که نجات او متوقف بر عملی است که منتهی به فنا کردن کودک می‌باشد. در این حالت گرچه سقط جنین ممنوع است ولی پزشک مجرم نیست. البته علمای حقوق در این مورد یعنی حالت ضرورت ملاحظاتی را نیز مطرح می‌سازند. بطور کلی از لحاظ تاریخی در حقوق روم و یونان قدیم ارتکاب بعضی جرائم در حالت ضرورت تجویز شده و در اسلام و آئین مسیح نیز قاعده ضرورت تجویز شده و حقوق جدید نیز آن را پذیرفته است ولی ملاحظه‌ای که در این باب مطرح است از باب قیاس عقلی بین جان یا مال فدا شده با جان یا مال نگهداری شده است. اگر جان یا مال فدا شده ارزش کمتری از جان یا مال نگهداری شده باشد عملی به نفع اجتماع واقع شده مضافاً قابل مجازات نبودن جرم در حالت ضرورت شامل شرایطی نظیر قریب‌الوقوع و غیر قابل احتراز بودن خطر و عدم توانائی در اجتناب از جرم بوسیله یا وسائل دیگر، تناسب میان شدت جرم و خطری که از آن اجتناب ورزیده می‌شود نیز می‌گردد.

مسئولیت در جهل به حکم

در ارتباط با عوامل رافع مسئولیت باید این موضوع را اضافه نمود که عبارت حقوقی «جهل به حکم رفع تکلیف نمی‌کند» کاربرد فراوانی در حقوق داخلی دارد و بر این اساس چنانچه مجرم علت جرم خود را جهل به حکم اعلام نماید این قصور در دانستن قانون، رفع تقصیر وی

^{۱۱۳} - سوره انعام، آیه ۱۱۹، وَ قَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ.

نمی‌نماید. این اصل برای این است که جهل به حکم مستمسک مجرم قرار نگیرد و مشوق افراد جامعه باشد تا از قوانین موضوعه اطلاع یابند ولی از سوی دیگر باعث شده تا حقوق افرادی که واقعاً به قوانین مربوطه جهل داشته‌اند ضایع گردد. لذا عبارت حقوقی مزبور را باید به رفع تکلیف در جهل به حکم وضعی و عدم رفع آن در جهل به حکم فطری تغییر داد. یعنی باید تمیزی بین احکام وضعی یا موضوعه و احکام فطری قائل شد. احکام فطری دلالت بر جرائمی دارند که وجدان هر کس به آن اعتراف می‌کند مثلاً ظلم و ستم و اجحاف و ضایع کردن حقوق دیگران و سرقت و تعدی و تجاوز و بسیاری موارد دیگر را هر کس به عنوان جرم و خطا می‌شناسد ولی بسیاری کسانانی که نمی‌دانند مثلاً برای ساختن انبار در پارکینگ منزل خود نیازمند مجوز شهرداری هستند و یا در روز مشخص با اتومبیل حق ورود به منطقه‌ای از شهر را ندارند و این احکام اخیر همگی در زمره احکام وضعی یا موضوعه هستند. مثال‌های بسیاری از این دو گروه احکام می‌توان نام برد.

احکام فطری بر مبنای قواعد عقلی کلی هستند و اختصاص به مذهب، قانون یا کشور خاص ندارند و زمان و مکان در آن تأثیر چندانی ندارد و وجدان مصدق آنهاست و در همه جا بکار می‌روند. لذا مجرم نمی‌تواند برای ارتفاع تکلیف خود را به جاهل وادارد و نمی‌تواند به قاعده «قیح عقاب بلا بیان» متمسک شود. یعنی بطور مثال نمی‌تواند بگوید که من نمی‌دانستم سرقت یا ظلم یا تجاوز اعمال زشتی هستند. ولی در احکام وضعی و موضوعه این موضوع متفاوت است. مجرم می‌تواند استدلال کند که من در این شهر یا کشور غریب و نمی‌دانستم که در بین ساعات مشخص نباید با اتومبیل وارد محدوده مرکزی شهر شد. لذا به قاعده «قیح عقاب بلا بیان» متمسک شده و از خود دفاع مشروع می‌کند. قاعده «قیح عقاب بلا بیان» یک قاعده عقلی می‌باشد و قواعد عقلی اساس تمیز حق هستند و نفی آنها می‌تواند منجر به نفی حق و یا اصولاً قضاء گردد و لذا معقول نیست که فردی را نسبت به خطایی که از آن مطلع نبوده مجازات کرد. در مورد احکام فطری دستور قرآن کریم صریح است و می‌توان استنباط نمود که جهل به حکم فطری رفع تکلیف نمی‌نماید ولی در مورد احکام وضعی وقتی جهل به حکم رفع تکلیف نمی‌کند که حکم به مجرم ابلاغ شده باشد. در سوره بقره در مورد ممنوعیت ربا این مصداق به

وضوح دیده می‌شود که می‌فرماید: «و خدا معامله را حلال و ربا را حرام کرده است پس کسی که موعظه خدا به او رسید باز ایستاد پس برای اوست چیزهای گذشته و امر او با خداست و آنان که بدان کار باز گردند اهل جهنمند و طولانی در آن خواهند بود»^{۱۱۴}. در این آیه تنبیه برای کسانی خواهد بود که ابلاغ حکم و تفهیم تشریح اتفاق افتاده باشد و معنی آن بر این است که اگر پیام خداوند به آنها نرسیده پس مرتکب گناهی نیز نشده‌اند.

دفاع مشروع

دفاع مشروع از موارد علل موجهه است که تقریباً در کلیه مکاتب حقوقی رایج جهان پذیرفته شده است. در دفاع مشروع تصریح می‌شود که در صورت اجتماع شرایط خاصی نظیر تجانس دفاع با تجاوز و خطر و عدم امکان به توسل به قوای حکومتی و یا عدم تأثیر مداخله قوای دولتی در رفع تجاوز و خطر و عدم محرک بودن خود فرد در ایجاد تجاوز و خطر اگر فردی در مقام دفاع از نفس یا عرض یا ناموس یا مال خود یا دیگری و یا آزادی تن خود و یا دیگری در برابر هرگونه تجاوز فعلی و یا خطر قریب‌الوقوع عملی انجام دهد که جرم باشد قابل تعقیب و مجازات نخواهد بود. در این راستا وقتی دفاع از دیگری جایز است که او ناتوان از دفاع بوده و تقاضای کمک کرده باشد یا در موقعیتی باشد که امکان استمداد نداشته باشد.

مبنای دفاع مشروع از قدیم در حقوق روم و یونان بوده و در فقه اسلام به صراحت تشریح شده و در اسلام نیز برای درجات مختلف حالات انسانی تشریح و تقنین شده است. بسیاری از علمای حقوق در درجات مختلف دفاع را به نفع اجتماع دانسته و آن را ضروری اعلام کرده‌اند. زیرا عمل مهاجم محل نظم اجتماع است. سیسرون دفاع مشروع را حق طبیعی افراد دانسته و هگل در رساله فلسفه حقوق خود می‌نویسد: حمله نفی حق است و دفاع نفی این نفی و بنابراین اثبات حق است. برخی دیگر از علمای حقوق پا فراتر از این گذاشته و معتقدند که دفاع مشروع

^{۱۱۴} - سوره بقره، آیه ۲۷۵. وَ أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَ حَرَّمَ الرِّبَا فَمَنْ جَاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِنْ رَبِّهِ فَانْتَهَى فَلَهُ مَا سَلَفَ وَ أَمْرُهُ إِلَى اللَّهِ وَ مَنْ عَادَ فَأُولَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ.

نه تنها حق بلکه وظیفه است.

قرآن می‌فرماید: «به آنان اجازه پیکار داده شد آنگاه که به آنها ستم کنند و بی‌تردید خداوند بر پیروزی آنان تواناست.»^{۱۱۵} در تفسیر این آیه آمده است که: «أُذِنَ جَوَابَ سُئُولِ مَقْدَرٍ است، گویا گفته شده اگر خداوند از مؤمنین دفاع می‌کند پس برای مؤمنین شایسته نیست که جنگ کنند، پس خدای تعالی فرمود: لِلَّذِينَ يُقَاتِلُونَ به آن کسانی از مؤمنین که قتال می‌کنند اجازه داده شده است. اِذْنٌ بر بنای مفعول و بر بنای فاعل خوانده شده است و بنابر هر یک از دو قرائت لفظ يُقَاتِلُونَ بر بنای مفعول و بر بنای فاعل خوانده شده است. بِأَنَّهُمْ ظَلَمُوا در نزول آیه ذکر شده که مشرکین مسلمین را اذیت می‌کردند به طوری که همیشه سرشکسته و کتک خورده پیش رسول خدا ص می‌آمدند و شکایت به او می‌بردند پس رسول خدا ص به آنان می‌گفت: صبر کنید من مأمور به جنگ نشده‌ام تا آنکه هجرت نمود پس این آیه بر او نازل شد و این اولین آیه‌ای است که درباره قتال نازل شده است.»^{۱۱۶}

در سوره بقره می‌فرماید: «و در راه خدا با کسانی که با شما می‌جنگند بجنگید و تعدی نکنید که خدا تعدی کنندگان را دوست ندارد.»^{۱۱۷} این آیه دستور دفاع است در مقابل آنان که به جنگ می‌پردازند و همچنین این آیه اجازه تعدی را نیز سلب فرموده چه «تعدی از ابتدا» یعنی تجاوز و شروع جنگ و چه «تعدی در میانه» جنگ یعنی بیش از آنکه لازم است به دشمن آسیب زده شود یا ادامه جنگ پس از آنکه ایشان تسلیم گشتند یا به اسیران آنها یا غیرنظامیان آنها تجاوز شود. حکم دفاع در این آیه نیز آمده است: «همچنان که مشرکان همگی به جنگ با شما برخاستند، همگی به جنگ با ایشان برخیزید.»^{۱۱۸} این آیه شریفه نیز جواز به دفاع و مقابله به مثل می‌فرماید: «ماه حرام در مقابل ماه حرام قرار دارد و در برابر (هتک) حرمت‌ها قصاص است پس کسی که به شما تجاوز کرد بر او همانند آنچه بر شما تجاوز کرده مقابله به مثل کنید و از

^{۱۱۵} - سوره حج، آیه ۳۹، اُذِنَ لِلَّذِينَ يُقَاتِلُونَ بِأَنَّهُمْ ظَلَمُوا وَإِنَّ اللَّهَ عَلَىٰ نَصْرِهِمْ لَقَدِيرٌ.

^{۱۱۶} - بیان السَّعَادَةِ فِي مَقَامَاتِ الْعِبَادَةِ، ترجمه، جلد دهم، صص ۱۰۵-۱۰۴.

^{۱۱۷} - سوره بقره، آیه ۱۹۰، وَ قَاتِلُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ الَّذِينَ يُقَاتِلُونَكُمْ وَلَا تَعْتَدُوا إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ الْمُعْتَدِينَ.

^{۱۱۸} - سوره توبه، آیه ۳۶، وَ قَاتِلُوا الْمُشْرِكِينَ كَافَّةً كَمَا يُقَاتِلُونَكُمْ كَافَّةً.

خدا بترسید و بدانید که خداوند با پرهیزگاران است.^{۱۱۹} از این آیه استنباط می‌شود که اگر مال کسی را غضب کردند می‌تواند مالش را پس بگیرد یا تعدی به مثل نماید که تقاص نام دارد و همچنین این آیه بر قصاص به مفهوم تلافی و مقابله به مثل در برابر عمل جانی نیز دلالت دارد و بر دفاع در جنگ نیز مصداق می‌یابد و مشمول تقاص نیز می‌شود.^{۱۲۰}

در نهج البلاغه حضرت امیر ع به معقل بن قیس ریاحی هنگامی که او را با سه هزار تن در مقدمه سپاه خود به شام می‌فرستد می‌فرماید: «از خدایی بترس که از دیدار او ناچاری، و جز آستانش پایانی نداری. جنگ مکن مگر با آن که با تو بجنگد... کینه آنان شما را و ندارد که جنگ را آغاز کنید پیش از آن که به راه راستشان بخوانید و در عذر را به رویشان فراز کنید.»^{۱۲۱}

^{۱۱۹} - سورة بقره، آیه ۱۹۴، الشَّهْرُ الْحَرَامُ بِالشَّهْرِ الْحَرَامِ وَالْحُرُمَاتُ قِصَاصٌ فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ وَ اتَّقُوا اللَّهَ وَ اعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ مَعَ الْمُتَّقِينَ.

^{۱۲۰} - نگاه کنید به ابوالقاسم گرجی (۱۳۸۰) آیات الاحکام (حقوقی و جزایی) نشر میزان صص ۷۳ - ۷۰.

^{۱۲۱} - نهج البلاغه، نامه ۱۲، ترجمه جعفر شهیدی، انتشارات علمی و فرهنگی، چاپ پانزدهم، ۱۳۷۸، ص ۲۷۹. شرح نهج البلاغه، ۱۵، ۹۲، ۱۲ - و من وصیة له ع وصی بها معقل بن قیس. معقل بن قیس کان من رجال الکوفة و ابطالها و له رئاسة و قدم أوفده عمّار بن یاسر إلى عمر بن الخطاب مع الهرمزان لفتح تستر و کان من شیعة علی ع وجهه إلى بنی ساقه فقتل منهم و سبی و حارب المستورد بن علفة الخارجي من تمیم الرباب فقتل کل واحد منهما صاحبه بدجلة و قد ذکرنا خبرهما فیما سبق و معقل بن قیس ریاحی من ولد ریاح بن یربوع بن حنظلة بن مالک بن زید مناة بن تمیم. قوله ع و لا تقاتلن إلا من قاتلك نمی عن البغی. و سر البردین هما الغداة و العشی و هما الأبردان أيضا. و وصاه أن یرفق بالتاس و لا یكلفهم السیر فی الحر. قوله ع و غور بالتاس انزل بهم القائلة و المصدر التغویر و یقال للقائلة الغائرة. قوله ع و رفه فی السیر أي دع الإبل ترد رفها و هو أن ترد الماء کل یوم متى شاءت و لا ترهقها و تحشمها السیر و یجوز أن یكون قوله و رفه فی السیر من قولك رفهت عن الغریم أي نفست عنه. قوله ع و لا تسر أول اللیل قد ورد فی ذلك خبر مرفوع و فی الخبر أنه حین تنشر الشیاطین و قد علل امیر المؤمنین ع النهی بقوله فإن الله تعالی جعله سکنا و قدره مقاما لا طعنا یقول لما امتن الله تعالی علی عباده بأن جعل لهم اللیل لیسکنوا فیہ کره أن یخالفوا ذلك و لکن لقائل أن یقول فکیف لم یکره السیر و الحركة فی آخره و هو من جملة اللیل أيضا و یمكن أن یكون فهم من رسول الله ص أن اللیل الذی جعل سکنا للبشر إنما هو من أوله إلى وقت السحر. ثم أمره ع بأن یریح فی اللیل بدنه و ظهره و هی الإبل و بنو فلان مظهرون أي هم ظهر ینقلون علیه كما تقول منجبون أي لهم نجائب. قال الراوندي الظهر الخیول و لیس بصحیح و الصحیح ما ذکرناه. قوله ع فإذا وقفت أي فإذا وقفت ثقلک و رحلتک لتسیر فلیکن ذلك حین ینبطح السحر. قال الراوندي فإذا دنباله زیرنویس در صفحه بعد:

معاونت در جرم با وکالت باطل

معاونت و همکاری در ارتکاب جرم جرم است. لذا اگر بر اثر تحریک، ترغیب، تهدید و یا تطمیع کسی را مصمم به ارتکاب جرم کند یا با دسیسه و فریب و نیرنگ موجب وقوع جرم گردد و یا هرکس با علم و اطلاع وسایل ارتکاب جرم را تهیه کند یا طریق ارتکاب آن را با علم به قصد مرتکب ارائه نماید و یا عالماً و عامداً وقوع جرم را تسهیل کند مشمول معاونت در جرم شده است. معاونت در جرم محقق نمی‌شود مگر عمل مرتکب اصلی جرم باشد و معاون قصد مجرمانه داشته باشد و قصد او با مرتکب اصلی وحدت داشته باشد.

وکالت یکی از مباحث و ابزارهای مهم در احقاق حق و حتی تحریف حق است. وکالت از دیدگاه بدبینانه آن شغلی است که وکیل با دریافت حق الزحمه از موکل خود سعی می‌نماید موکل خود را در دادگاه محق کند چه حق با موکل وی باشد و چه نباشد. این نحوه نگرش به وکالت بسیار اسف‌بار است و قرآن کریم این نوع وکالت را نفی می‌فرماید. قرآن کریم دستور معاونت و یاری در نیکی و تقوا می‌فرماید و از یاری در گناه و تجاوز منع می‌نماید. می‌فرماید: «در نیکوکاری و پرهیزگاری همکاری کنید و در گناه و تجاوز همکاری نکنید و از خدا بترسید»

دنباله زیرنویس از صفحه قبل:

وقفت ثم قال و قد روي فاذا واقفت قال يعني اذا وقفت تجارب العدو و إذا واقفته و ما ذكره ليس بصحيح و لا روي و إنما هو تصحيف أ لا تراه كيف قال بعده بقليل فاذا لقيت العدو و إنما مراده هاهنا الوصاة بأن يكون السير وقت السحر و وقت الفجر. قوله ع حين ينطح السحر أي حين يتسع و يمتد أي لا يكون السحر الأول أي ما بين السحر الأول و بين الفجر الأول و أصل الانطاح السعة و منه الأبطح بمكة و منه البطيحة و تطح السيل أي اتسع في البطحاء و الفجر انفجر انشق. ثم أمره ع إذا لقي العدو أن يقف بين أصحابه وسطاً لأنه الرئيس و الواجب أن يكون الرئيس في قلب الجيش كما أن قلب الإنسان في وسط جسده و لأنه إذا كان وسطاً كانت نسبتة إلى كل الجوانب واحدة و إذا كان في أحد الطرفين بعد من الطرف الآخر فرمما يختل نظامه و يضطرب. ثم فاه ع أن يدنو من العدو دنو من يريد أن ينشب الحرب و فاه أن يبعد منهم بعد من يهاب الحرب و هي البأس قال الله تعالى و حين البأس أي حين الحرب بل يكون على حال متوسطة بين هذين حتى يأتيه الأمر من أمير المؤمنين ع لأنه أعرف بما تقتضيه المصلحة. ثم قال له لا يحملكم بغضكم لهم على أن تبدؤوهم بالقتال قبل أن تدعوهم إلى الطاعة و تعذروا إليهم أي تصيروا ذوي عذر في حربهم. و الشئان البغض بسكون النون و تحريكها.

که او عقوبت سخت کننده است.^{۱۲۲} و کالت باطل یعنی تلاش برای تفوق باطل بر حق، معاونت در جرم است و لذا برای اینکه روند جریان محاکم رو به صلاح و فلاح باشد باید معاون در جرم در عقوبت مجرم سهیم و شریک گردد. یعنی وکیل باید فقط درصدد احقاق حق محق باشد نه احقاق حق موکل خود. البته موارد استثناء بر این موضوع نیز وجود دارد که بسیاری از اختلافات، ناشی از تفسیر متفاوت قانون توسط طرفین دعوی و وکلای آنها می‌باشد.

در قرآن کریم آمده است: «هرکس در کار نیکی میانجی شود او را از آن نصیبی است و هرکس در کار بدی میانجی شود او را از آن بهره‌ای است و خدا نگهبان بر هر چیزی است.»^{۱۲۳} و کالت که نوعی شفاعت و میانجیگری است نیز مشمول این آیه قرار می‌گیرد و بر این اساس باید چنانچه در احقاق حق کوشید، از موکل خود حق الزحمه دریافت دارد ولی اگر در محق کردن باطل کوشید باید به جرم معاونت در جرم، بخشی از مجازات را به عهده گیرد. زیرا اگر وکیل با علم و اطلاع وسایل تبرئه مجرم را تهیه کند یا طریق تبرئه او را با علم به عمل مجرم ارائه نماید و یا عالماً و عامداً تبرئه مجرم را تسهیل کند مشمول معاونت در جرم شده است.

مسلم است اعمال این روش، وکالت را به سمت قضاوت عادلانه و یاری صادقانه وکیل خواهد کشانید و فساد این شغل را تقلیل خواهد داد. جزای معاونت در جرم و انتساب و تحمیل آن به وکیل در این باب از آن سو اهمیت دارد که از فرصت جویی مجرمان در ضایع نمودن حقوق دیگران از طریق بکارگیری وکلا را مانع می‌شود.

تعدد و تکرار جرم

ارتکاب جرائم متعدد توسط شخص واحد مشمول احکام تعدد جرم است. در ارتباط با تعدد جرم اعم از اعتباری یا واقعی نظریات مختلفی در نظام‌های حقوقی مطرح است. در برخی

^{۱۲۲} - سوره مائده آیه ۲. تَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَ التَّقْوَىٰ وَ لَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَ الْعُدْوَانِ وَ اتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ شَدِيدُ الْعِقَابِ.

^{۱۲۳} - سوره نساء آیه ۸۵. مَنْ يَشْفَعُ شَفَاعَةً حَسَنَةً يَكُنْ لَهُ نَصِيبٌ مِنْهَا وَ مَنْ يَشْفَعُ شَفَاعَةً سَيِّئَةً يَكُنْ لَهُ كِفْلٌ مِنْهَا وَ كَانَ اللَّهُ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ مُّقْتِنًا.

نظام‌ها جمع مجازات‌ها مطرح می‌شود که در حال حاضر کمتر رایج است جمع مجازات‌ها به عقیده مخالفین این نظریه ظالمانه و افراط در مجازات است و اصولاً گاهی اوقات عملاً مجازات جمع‌پذیر نیستند. در شیوه دیگر اصل بر عدم جمع مجازات‌هاست و فقط مجازات آشد مورد حکم واقع می‌شود و بقیه جرائم که مجازات خفیف‌تری دارند مورد حکم قرار نمی‌گیرند. اشکال این رویه در این است که اگر جرمی که دارای مجازات است شدیدتر بوده به علتی قابل تعقیب گردد بقیه جرائم قابل تعقیب نخواهد بود. برای رفع این نقیضه بعضی از نظام‌های حقوقی مقرر می‌دارند که باید هر یک از جرائم ارتكابی مورد حکم واقع شوند ولی فقط مجازات اشد اجرا گردد. بعضی اصلاحات نیز در این مورد در بعضی کشورها مطرح است که اگر تعدد جرم دلالت بر بزهکاری نماید دادگاه مجاز است تا مجازات را تا حدی بیش از حداکثر مجازات مقرر قانونی تعیین نماید که معمولاً این حد تعریف شده نیز می‌باشد مثلاً حداکثر مجازات بعلاوه نیم آن. برخی جرائم نیز قاعده تعدد در آنها جاری نیست.

وقتی کسی بخاطر ارتكاب جرم محکوم می‌شود از زمان قطعیت حکم تا زمانی که هنوز آثار عمل مجرمانه به قوت خود باقی است مرتکب جرم دیگری گردد مشمول عنوان تکرار جرم شده و معمولاً مستوجب مجازات شدیدتری می‌گردد. علمای حقوق تشدید مجازات را برای این لازم می‌دانند که مرتکب در ارتكاب جرم مصر بوده و برای جامعه حالتی خطرناک دارد، و لذا لازم است عکس‌العمل شدیدتری در قبال عمل او اتخاذ گردد. برای تحقق تکرار جرم قطعیت یافتن محکومیت قبلی متهم ضروری است. شروط دیگری هم بسته به نظام‌های مختلف حقوقی باید محقق گردد تا تکرار جرم تحقق یابد.

در شرع جرائم به حسب کیفیت ارتكاب جانی به دو نوع جرایم بسیط و اعتیادی طبقه‌بندی می‌شوند. جرم بسیط از فعل واحد به وجود می‌آید چه جرم آنی و چه مستمر باشد. در مقابل جرایم اعتیادی جرائمی هستند که از تکرار فعل واحد به وجود می‌آیند. یعنی خود فعل جرم نیست ولی اعتیاد به ارتكاب آن جرم محسوب می‌شود. جرایم اعتیادی از نص تحریم کننده فعل استنباط می‌شود که اگر نص اعتیاد به فعل را شرط مجازات بداند جرم اعتیادی تلقی می‌شود و اگر مجرد وقوع فعل را کافی بداند جرم بسیط می‌باشد. در بسیاری از مجازات‌های

اسلامی جرم‌های اعتیادی از مجازات سنگین‌تری در مراحل مختلف اعتیاد به ارتکاب جرم برخوردارند که این موضوع خصوصیات روانشناسی مجرم را مدّ نظر قرار داده است. و از این لحاظ حکمت تربیت افراد مصر در ارتکاب جرم را با تشدید مجازات آنها می‌توان دریافت. لازم به ذکر است که این موضوع متفاوت از جرائم آنی و مستمر است که این طبقه‌بندی^{۱۲۴} در فقه مورد توجه قرار نگرفته ولی از تعمیم تعریف جرم و خصوصیات آن استدلالاً قابل برداشت است. تکرار جرم در مبحث فقهی تجرّی مورد بحث قرار می‌گیرد که در تشدید مجازات متجرّی که دچار تکرار در جرم می‌گردد مدّ نظر قرار می‌گیرد. عقوبت متجرّی در حدود بسیار مشخص است که به آن خواهیم پرداخت.

هزینه – فایده اجتماعی مجازات

برخلاف هزینه‌های فردی اقدامات مجرمانه هزینه‌های اجتماعی جرم بسیار زیاد است هرچند هزینه‌های اخیر کمتر مدنظر قرار می‌گیرد. از لحاظ اقتصادی هزینه‌های اجتماعی جرم از سمت افزایش نااطمینانی و نهایتاً بالا بردن ریسک اثر خود را در اقتصاد نشان می‌دهد. نااطمینانی‌ها اثرات بسیار شدیدی بر بنیان‌های اقتصادی بالاخص بخش حقیقی اقتصاد یعنی تولید و سرمایه‌گذاری دارند. هر وقت نااطمینانی افزایش یابد نرخ ریسک سرمایه‌گذاری به معنای متوسط هزینه‌های پیش‌بینی نشده برای هر واحد سرمایه‌گذاری افزایش یافته و نهایتاً نرخ خالص بازدهی سرمایه‌گذاری را پائین می‌آورد. از این دیدگاه هر وقت جرم‌ها در جامعه اتفاق می‌افتند با بالا رفتن نرخ ریسک اقتصاد دچار رکود از سمت تقاضای سرمایه‌گذاری و در اثر آن عدم افزایش ظرفیت تولیدی در آینده شده که حاصل آن کاهش رفاه اقتصادی جامعه خواهد بود.

^{۱۲۴} - جرم آنی از فعل یا ترک فعلی به وجود می‌آید که در زمان محدود حادث شود و جرم مستمر جرمی است که قابل تجدید یا استمرار باشد و وقوع آن همه‌زمانی را که جرم در آن تجدید می‌شود یا استمرار می‌یابد را در بر می‌گیرد. و نوع اخیر به جرایم متجدد و مداوم تقسیم می‌شود که در متجدد استمرار جرم منوط به اراده مکرر جانی است و در مداوم جرم بدون دخالت اراده جانی استمرار می‌یابد.

از لحاظ اجتماعی شیوع جرم سبب تجری افراد می‌گردد و تابوهای اجتماعی براحتی شکسته می‌شود و افراد با دیدن اقدامات مجرمانه جرأت می‌یابند که اقدام به جرم نمایند و این موضوع کل اجتماع را ناآرام و آبدستن حادثه و جرم می‌نماید و نتیجتاً امنیت اجتماعی را نیز مخدوش می‌کند.

از لحاظ اخلاقی سستی رأی افراد جامعه و عدم اعتماد به یکدیگر از عوارض شیوع اقدامات مجرمانه است. پائین آمدن درجه اعتماد سبب افزایش هزینه‌های محکم‌کاری قراردادها و هزینه‌های ضمانت و بیمه قراردادها و ... می‌گردد که از این سو هزینه‌های جرم را در اقتصاد بالا می‌برد. هرچند که از بین رفتن اخلاقیات و اعتماد تعامل انسانها را در جامعه به صعوبت می‌کشاند. از سوی دیگر تنش‌های ناشی از ارتکاب جرم هم به صورت مستقیم بر افراد درگیر در جرم و هم به صورت غیرمستقیم منجر به تنش‌های روحی در جامعه می‌شود که آرامش زندگانی انسانها را تضعیف می‌نماید.

جرم‌ها سبب می‌شوند هزینه‌های واحدهای تولیدی متخلف پائین‌تر از واحدهای تولیدی صحیح‌العمل باشد. و این موضوع با پائین آوردن بهای تمام شده کالا و یا خدمت تولید شده عملاً شرایط رقابتی بهتری را برای متخلف پدید می‌آورد و در صحنه رقابت می‌تواند بر تولیدکننده صحیح‌العمل تفوق جوید و حتی او را به ورشکستگی کشاند. لذا واحدهایی که رویه‌های قانونی را دنبال می‌کنند به صورت پنهان در مقایسه با واحدهای متخلف به صورت ضمنی مجازات می‌شوند و این مسئله سوای اینکه ظلم تلقی می‌شود بلکه سبب می‌گردد که افراد و بنگاههای صحیح‌العمل نیز برای بقای خود به تخلف و جرم و گریز از قانون روی آورند.

از لحاظ قضایی، حل و فصل، داوری و تشکیلات لازم برای رتق و فتق منازعات حقوقی هزینه‌های سنگینی بر اجتماع تحمیل می‌شود که قابل توجه هستند و در نظام‌های سیاسی در جهان هزینه‌های زیادی به این امر تخصیص دارد و مسلماً با افزایش جرم بیشتر و بیشتر نیز می‌گردد. و این هزینه‌ها عملاً به صورت مستقیم و یا غیرمستقیم بر آحاد افراد جامعه تحمیل می‌شود.

هزینه‌های فرصتی^{۱۲۵} که به دلیل وقوع جرم بر مجنی‌علیه و افراد در ارتباط با وی تحمیل می‌گردد خود فرصت‌های رشد اقتصاد را از بین برده و سبب اتلاف منابع می‌گردد. این امر نهایتاً به کند نمودن رشد اقتصادی نیز می‌انجامد.

در مقابل مجموع این هزینه‌ها که به دلیل عملکرد مجرمانه مجرمین بالاخص مجرمان پیشگام بوجود می‌آید مجازات مجرم در حد جرم ارتكابی در مقابل هزینه‌ای که عمل مجرم بر اجتماع تحمیل می‌کند بسیار ناچیز است. لذا تاوان تخلف مجرم بیش از حد مقرر در قوانین امروزه است. لذا باید به گونه‌ای این مجازات را مقرر کرد تا لاقل ترس از ارتكاب جرم سبب انتفاع اجتماع از فایده مجازات مجرم شود. از سویی چون بشر بسیار خودخواه و خودپرست است برای عموم افراد لطمه به بدن فرد دردناک‌تر از مجازات دیگر می‌باشد. لذا تنبیهات بدنی بر اساس آنچه که در شرع تقریر یافته می‌تواند سبب اصلاح نفوس و ترس افراد جامعه از ارتكاب جرم گردد. لذا با مقایسه هزینه‌های جرم و فایده‌های تعزیرات شرعی اتخاذ سیاست‌های تنبیهی شرعی می‌تواند سبب خالص فایده مثبت ناشی از تفاضل هزینه جرم و فایده مجازات شود. در غیر این صورت این فایده منفی بوده و مجازات مجرم سبب اصلاح جامعه نمی‌گردد. اتخاذ این شیوه سبب می‌شود که با قربانی کردن چند مجرم جامعه را از بلای جرم انبوه و انبوه جرم نجات داد.

ترجیح خطا در عفو بر خطا در کیفر

یکی از موارد ظریف در تشریح فقه اسلامی که به عنوان یکی از اصول مقرر در شریعت تلقی می‌شود ترجیح دادن خطا و اشتباه در صدور حکم عفو نسبت به خطا در کیفر است. این اصل از فرمایش رسول اکرم (ص) اخذ شده که فرمود^{۱۲۶}: «حدود را هر اندازه می‌توانید از

¹²⁵ - Opportunity cost

¹²⁶ - «ادراء الحدود عن المسلمین ما استطعتم فان كان له مخرج فخلوا سبيله فان الامام ان یخطی فی العفو خیر من یخطی فی العقوبه». الجامع الصحیح و هو السنن الترمذی، ترمذی، کتاب الحدود، شركة مصطفی البابی الحلی و اولاده، مصر، ۱۳۸۲ق، ج ۴، ص ۳۳، ح ۱۴۲۴. در باب این حدیث از لحاظ روائی فقهای جعفری معتقدند که عمل فقها و دنباله زیرنویس در صفحه بعد:

مسلمانان دور کنید، پس اگر راه گریز و دوری از اجرای حد برای مجرم یافتید رهاش کنید. چون اگر پیشوا و امام مسلمین در عفو و بخشش خطا کند، بهتر است از اینکه در مجازات خطا نماید.»

این اصل عملاً قاضی را در شرایطی قرار داده که اگر صلاح دانست خود را به تهازل و خطا اندازد و اقدام به صدور رأی برائت از عقوبت مجرم دهد بدون اینکه ضامن باشد. این اصل عمومی است و درباره تمام جرائم حدود، تعزیرات، قصاص و دیات قابلیت انطباق دارد. این اصل هنگامیکه مدعی حاکم باشد کاربرد بسیاری در تسامح و تساهل در اجرای حکم دارد ولی وقتی حق از آن شاکی و مدعی علیه خصوصی باشد این کاربرد حکمی مشخص آن به دلیل لزوم رعایت قسط و عدل از بین می‌رود. چون در این حالت قاضی موظف به رعایت عدل بین طرفین می‌باشد ولی در این حالت هم اگر در عفو خطا کند هنوز بهتر از این است که در عقوبت خطا کند.

مجازات و اقدامات تأمینی

علمای حقوق در تعریف مجازات آن را عکس‌العملی به حکم قانون و از طرف اجتماع می‌دانند که بر مجرم تحمیل می‌شود و هدف آن این است که از لحاظ اخلاقی مجرم مجازات شود تا موجب تنبیه او و همچنین ارباب دیگران گردد و از لحاظ تربیتی سبب اصلاح و تربیت افراد جامعه شود. مجازات‌ها از لحاظ شدت و ضعف و نوع مجازات اعم از اصلی، تکمیلی و تبعی و از لحاظ ماهیت اعم از مجازات‌های بدنی، و مجازات‌های سالب آزادی و مجازات‌های محدودکننده آزادی و مجازات‌های سلب‌کننده حق و مجازات‌های نقدی (ثابت و یا نسبی) در نظام‌های حقوقی مختلف تعاریف متنوعی دارند و برخی استعمال می‌شوند و برخی از آنها

دنباله زیرنویس از صفحه قبل:

شهرت عملی جبران ضعف سند را نموده است. محمد بجنوردی موسوی، قواعد فقهیه، تهران، میعاد، ۱۳۷۲، به نقل از علی طباطبایی، ریاض المسائل، قم، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۲۲ق، ج ۱۳، صص ۶۱۱ و ۶۱۲، نقل می‌کند که او حدیث مزبور را متواتر دانسته است.

پیش‌بینی نگردیده‌اند. برای مثال در حقوق اسلام بسیاری از مجازات‌های بدنی تصریح شده که در حقوق کشورهای غیراسلامی و گاه اسلامی ممنوع و یا اغماض شده است. صحت این موضوع در بین علمای حقوق در کشورهای مختلف مورد بحث است و نظرات متضادی در این باره می‌باشد.

دیدگاه اسلام در استفاده از تنبیه بدنی اثرات اصلاحی و تنبیهی و تنبیهی زیادی دارد و دستورات جزائی اسلام با توجه به شناخت اولیاء الهی از نفس انسانی تدوین شده و اثرات تربیتی بسیاری بر آن مترتب است. همانطور که مشاهده شده که در کشورهایی که دست سارق به جرم سرقت قطع می‌شود دزدی به عنوان یک پدیده شاذ و نادر می‌باشد. از لحاظ بررسی هزینه از دست دادن انگشتان یک دست یک یا چند فرد از جامعه در مقابل منفعت محو کردن پدیده دزدی بسیار اقتصادی است. یعنی از لحاظ دیدگاه محاسباتی هزینه-فایده اجتماعی این مجازات بسیار بیشتر از هزینه اجتماعی آن است و خالص فایده که عبارت از تفاوت منافع ایجاد شده برای اجتماع و هزینه ایجاد شده برای فرد ناشی از این نوع تنبیه می‌باشد مثبت و بسیار بزرگ خواهد بود.

تفاوت از مجازات که اهداف اخلاقی و تربیتی دارد اقدامات تأمینی به منظور محدود کردن و یا تربیت و اصلاح مجرم بکار می‌رود. این اقدامات تأمینی گاهی درمانی و تربیتی هستند و گاهی محدودکننده به نحوی که شرایطی را برای افراد خطرناک مهیا می‌سازد که اگر اشکالات مستمر روانی در آنها هست یا مشاعیر آنها در اثر مصرف مواد مخدر یا الکل دچار اختلال موقتی شده برای مدت لازم در محدودیت بسر برند و از تعامل با اجتماع دور باشند. در قوانین نظام‌های مختلف حقوقی کانون‌هایی برای این کار اعم از تیمارستان‌ها و یا کانون‌های اصلاح و تربیت اطفال بزهکار در نظر گرفته می‌شود.

یکی از شیوه‌های مهم در تشریح مجازات برقراری و تقنین مجازات سخت و پیچیده نمودن فرآیندهای اثبات و نهایتاً عفو مجرم است. تحذیر از جرم با ترساندن از مجازات و نهایتاً توسل به شبهات برای عفو مجرم هم هدف تحذیر از جرم و هم هدف اصلاح فرد و جامعه و هم هدف عدالت را با ملاحظه خصوصیات فطری بشر یکجا در بر دارد. برای تشریح این فرآیند

به برخی مجازات‌ها اشاره می‌نمائیم. این مباحث در بخش حدود، تعزیرات، قصاص و دیات در متون فقهی تفصیل کافی دارد و در اینجا قدری به آنها خواهیم پرداخت.

قاعده درأ

یکی از موارد مهم و مطرح در تشریح فقه اسلامی اجمال عمدی برخی از احکام است که علاوه بر تحذیر افراد جامعه از ارتکاب آن اثبات جرم معلق به محال شده و اجرای کیفر عملاً بی‌مصدق می‌ماند. در این ارتباط می‌توان به قاعده درأ اشاره کرد که خود شارع تعلیم فرموده که با استفاده از شبهات از اجرای حدود جلوگیری کنید.^{۱۲۷} این قاعده یکی از ظریفترین وجوه حکمت را در تشریح و اجرا به نمایش می‌گذارد. از یک سوی با سختگیری تشریحی با ایجاد ترس تحذیر از خلاف می‌نماید و از سوی دیگر با اجازه ضم شبهه اجرای حکم را معلق می‌نماید. طیف وسیع شبهات رادع در معلق ساختن حدود آنقدر زیاد و کافی است که بتوان اجرای حد را با ضم آنها موقوف نمود و مجرم را بری از خلاف دانست.

^{۱۲۷} - «درأ» مصدر «تدرأ»، «ادرتوا» به معنی «ساقط کردن» و «دفع کردن» و «تعطیل کردن» است. نگاه کنید به: فراهیدی، خلیل بن احمد، العین، قم، دارالهجرة، ۱۴۰۹ق. و همچنین: جوهری، اسماعیل بن حماد، الصحاح، بیروت، دارالعلم للملایین، ۱۴۰۷ق. نام این قاعده براساس فرمایش رسول اکرم (ص) است که فرمود حدود را با شبهات مانع شوید. «وَ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ص اذْرَءُوا الْخُدُودَ بِالشُّبُهَاتِ» من لایحضره الفقیه ج: ۴ ص: ۷۴، ۵۱۴۶. یعنی حدود را با شبهات دور کنید، در اجرای حد، شفاعت و کفایت و سوگند پذیرفته نمی‌شود. در روایت دیگری حضرتش (ص) رسیده که فرمود: «ادفعوا الحدود ما وجدتم له مدفعاً» یعنی حدود را تا راه دفع دارد، دفع کنید. سنن ابن ماجه، محمد بن یزید قزوینی، دارالفکر للطباعة و النشر، بی تا، ج ۴، ص ۸۵۰. و نیز شیخ صدوق در المقنع از حضرت علی (ع) نقل می‌کند که آن حضرت فرمود: «ادرتوا الحدود بالشبهات». قواعد الفقهیه، حسن موسوی بجنوردی، انتشارات اسماعیلیان، قم، ۱۴۰۸ ق، چاپ دوم، ص ۱۱۹. علی (ع) خطاب به مالک اشتر می‌نویسند: «و اطلق عن الناس عقد کلّ حقد، و اقطع عنك سبب کل وتر، و اقبل العذر، و ادرء الحدود بالشبهات و تغاب عن کل ما لا یصلح لك». مجلسی، محمدباقر، بحار الانوار. آیت الله خمینی می‌نویسد: حد با ادعای شبهه ای که در حق مدعی آن ممکن باشد، ساقط می‌شود. یسقط الحد بدعوی کل ما یصلح ان یكون شبهة بالنظر الی المدعی. آیت الله سید روح الله موسوی خمینی، تحریر الوسیله، ج ۲، ص ۴۱۳.

شبهه به معنی مماثلت دو یا چند چیز است که مفاهیمی چون شک، ظن، جهل، ناآگاهی، ابهام، التباس یا مجاز را در مقابل حقیقت القاء می‌نماید. فقها شبهات را به حکمیه و موضوعیه طبقه‌بندی و قاعده‌درأ را برای هر دو گروه آن مجری دانسته‌اند. در حکمیه فاعل جاهل به حکم است و در موضوعیه شبهه در تحقق فعل است. و باب شبهات آنقدر وسیع است که به خوبی می‌توان از آن برای درأ حد استفاده نمود.

این روش آنچنان منطبق با درک فطرت انسان و قوای حاکم بر اوست که زیاتر از این تمهید روشی را نمی‌توان برای دور کردن افراد جامعه از جرم پیدا کرد. زیرا قوایی که محرک اعمال بشر هستند همواره در شرایط معمول روانی بر او مسلطند و می‌توانند انسان را به بزهکاری بکشانند. و اگر تقنینی این موضوع را نادیده بگیرد عملاً موجبات ظلم را فراهم کرده و اگر بکلی از آن صرف نظر کند موجبات تشییع جرم را فراهم ساخته است. بر این اساس است که نوع تقنین و مجازات علی‌الاصول باید منطبق با خواص نفس بشری و متناسب با قوای بدنی مجرم و روحیات و اخلاقیات و صفات او باشد تا از لحاظ روانشناسی تربیتی بتواند مجرم را متنبه و تربیت کند.

اکثر قریب به اتفاق فقهای همه مذاهب اسلامی^{۱۲۸} این قاعده را قبول دارند و در بسیاری از مذاهب اهل سنت حتی معنی حدود به تعزیرات نیز تسری داده شده است و این قاعده تعزیرات را نیز در بر می‌گیرد.

تفسیر قوانین جزائی

بطور کلی دو نوع تفسیر مضیق و موسع در ارتباط با قوانین جزائی مطرح است. در تفسیر مضیق منطوق صریح قانون محدودکننده تفسیر قانون می‌باشد. در این حالت برداشت مفهوم بیش از منطوق مجاز نیست لذا تعمیم قانون به موارد مشابه و استفاده از قیاس در تسری قانون به

^{۱۲۸} - ظاهریه حدیث مربوط به درأ را از رسول اکرم نمی‌دانند. نگاه کنید به: ابن همام (محمد بن عبدالواحد بن همام الحنفی)، شرح فتح القدیر، المطبعة الکبری الامیریة، ق ۱۳۱۶، جلد ۴ ص ۱۳۹.

دیگر موارد مطرح نشده در نصّ قانون محدود می‌باشد. عطف به ماسبق نشدن قوانین جزایی و تفسیر مضیق قوانین جزایی از نتایج اصل قانونی بودن جرایم و مجازاتها بوده و تفسیر مضیق قوانین جزایی برای این است که بر اساس اصل قانونی بودن جرایم و مجازاتها قوانین جزایی توسعه و تعمیم نیابند تا اگر قاضی رکن قانونی جرم را در قانون نیافت، نتواند مواد قانونی را تفسیر و یا از قیاس استفاده کند و عملی را که در قانون به صراحت جرم نیست را جرم بشناسد.

در مقابل تفسیر موسّع به قاضی وسعت می‌دهد که هر آنچه در متن قانون نیامده را با قیاس با سایر جرم‌ها جرم بشمارد. تفسیر موسّع دست مفسّر را باز می‌گذارد تا مفهوم قانون را به فراتر از منطوق آن تعمیم دهد. هر دو نوع تفسیر از معایب و محاسنی برخوردارند ولی در نوع موسّع تا تفسیر مبتنی بر یک دیدگاه فلسفی جامع نباشد تعمیم جرم به سایر موارد غیرمطروحه در نصّ قانون می‌تواند به تفاسیر متفاوت منتهی شود. این ویژگی عملاً باعث شده تا زمینه تفسیر موسّع در حقوق مبتنی بر فقه اسلامی فضیلت خاصی بیابد زیرا منابع فقه که مبتنی بر قرآن و سنت و عقل و اجماع می‌باشد زمینه بسیط و گسترده‌ای را برای تفسیر نصوص جزائی بوجود آورده است. هر چند این وسعت می‌تواند باب تفسیر به رأی را باز و دست مفسر را در حمل الفاظ بر معانی ظنیّه عقلیه باز گذارد ولی طرح اصولی نظیر حسن و قبح عقلی و اجماع عقلا و سیره آنها و رویه قضائی موانعی است که تا حدّ بسیاری از این امر جلوگیری می‌کند. برخی از تفسیر موسّع قوانین جزائی دفاع می‌کنند و معتقدند که تفسیر مضیق وقتی می‌تواند صحیح باشد که قانون نقص نداشته باشد و چون قانون جزا نمی‌تواند کلیه اعمال خلاف را پیش بینی نماید لذا مجرمان از کیفر و اجرای عدالت می‌گریزند. به این دلیل، قیاس را مطرح تا طبق آن کیفر مناسب به عملی که در قانون پیش بینی نشده و یا ابهام در آن است داده شود. در صورتی که اعطای اختیار به قاضی در تفسیر موسّع قوانین جزایی باعث می‌شود قاضی هر فعلی را با طرح قیاس به جرم جرم بداند و افراد جامعه را دچار مخاطره نماید. آنچه که مسلم است بین قوانین جزایی و حقوقی تفاوت‌های مهمی وجود دارد. در امور کیفری علاوه بر امور مالی؛ جان، شرف، حیثیت و نیز آزادی افراد مطرح است. و اصولی نظیر اصل قانونی بودن جرائم و مجازاتها و قاعده قبح عقاب بلا بیان و درأ مانع از آن می‌شود که قاضی بتواند از محدوده نظر قانونگذار

فراتر رفته و دایره شمول قانون جزا را به مواردی وسیع‌تر از نظر قانونگذار تعمیم دهد. تفسیر موسع به حکومتها اجازه می‌دهد تا با بوسیله آن عناوین مجرمانه‌ای برای مخالفان خود ایجاد کنند که در قانون صریحاً قید نشده است. لذا بطور کلی تفسیر مضیق برای مواردی است که قانون به نفع متهم نباشد و در مواردی تفسیر موسع جایز است که به نفع متهم باشد چه در ماهیت و چه در شکل. در صورتی که قانون جزا مجمل و یا مبهم باشد قانونگذار خود باید در صدد تفسیر بر آمده و اعلام نظر کند.

توسعه فقهی قواعد جزائی بیش از نص قرآن

مواردی که فقها چه شیعه و چه سنی از تعمیم حدود می‌نمایند تفسیر موسع نص قرآن تلقی می‌شود و همانطور که ذکر آن رفت به طور کلی باید از تفسیر موسع در قواعد جزائی خودداری نمود. در قواعد جزائی سنت نمی‌تواند حجیت داشته باشد زیرا وقتی شارع مقدس جرائم دیگر بیش از جرائم مربوط به حدود اربعه را در نص کتاب نیاورده نه از نقص کتاب و نه از عدم اطلاع شارع در هنگام تقنین بوده است. بلکه عمداً از ذکر و تعیین حدود برای آنها خودداری فرموده است.

در فقه خاصه و عامه تعداد حدود متفاوت و بیش از تعدادی است که در قرآن برای آنها حد ذکر شده است مسلماً عدم ذکر جرائم و سکوت شارع درباره جرائمی بیش از آن بی حکمت نبوده و گرنه شارع مقدس آنها را نیز در زمره حدود در کتاب انشاء می‌فرمود. در حقوق اسلامی در حیطة حقوق جزا و مشخصاً در حدود نص قرآن است که باید مد نظر قرار گیرد که جز احتمال معنا در آن نمی‌رود، و نص دلیلی است که مدلول آن کاملاً روشن و آشکار است؛ و تفسیر موسع از آن نباید به سادگی صورت پذیرد. در این ارتباط باید به این موضوع توجه نمود که سنت دلیلی نیست که مدلول آن روشن باشد و آنقدر اخبار و احادیث و روایات غلط و متناقض و مجعول نقل شده که سنت را نه تنها ظنی الصدور بلکه ظنی الدلاله کرده است. لذا با استفاده از سنت عملاً نباید از قواعد جزائی اسلامی تفسیر موسع نمود. آنچه که مورد اجماع و قبول حقوقدانان جزاست این است که باید از تفسیر موسع در

احکام کیفری خودداری نمود. این موضوع در باب توسعه حدود به مواردی بیش از نص کتاب و یا تعمیم تعزیرات براساس سنت اهمیت بسزائی دارد. یعنی نمی‌توان قواعد کیفری که در قرآن نیست را با تفسیر از سنت با استفاده از مفهوم آیات موسعاً تفسیر نمود. لذا بسیاری از مجازات‌هایی که در فقه در باب حدود و تعزیرات و قصاص و دیات از آنان نام برده می‌شود مبتنی بر تفسیر موسع آیات هستند که باید مورد تجدید نظر و بازبینی قرار داده شود.

همانطور که در تفسیر قواعد جزائی ذکر شد در صورتی که قانون جزا مجمل و یا مبهم باشد قانونگذار خود باید نص قانون را تفسیر کند. لذا تنها کسانی که مجاز به تفسیر قوانین جزائی اسلام هستند نبی اکرم ص و امام ع و اولی الامر می‌باشند. به عبارت دیگر تعمیم حدود در قرآن به مواردی بیش از آنچه که در قرآن آمده فقط در اختیار این گروه است و در زمان غیبت چون دسترسی به امام ع یا اولی الامر نیست، نتیجتاً تفسیر یا تعمیم مجازات با استنباط از سنت اشکال پیدا می‌کند. به عبارت دیگر نباید براساس اینکه رسول خدا ص یا امام ع در صدر اسلام اقدام به جزاء دادن مجرمی فرموده‌اند قاعده جزائی استنباط نمود و در زمان حاضر بر اساس آن استنباط اقدام به مجازات افراد نمود. این امر از جهتی به دلیل آن است که شرایط زمان و مکان تغییر یافته و شدت یا ضعف مجازات در مواردی بیش از نص کتاب در آن زمان مناسب این زمان نیست و به واسطه همین حکمت بوده است که شارع مقدس آن را در قرآن تصریح نفرموده. بررسی مجازات‌ها درباره جرمهای یکسان نیز این امر را نشان می‌دهد. زیرا می‌بینیم که برای جرم واحد و مجرم یکسان و شرایط مساوی در زمانهای مختلف بر طبق اخبار وارده حضرات پیامبر ص و امام ع جزای متفاوتی مقرر داشته‌اند. این موارد آنقدر زیاد است که لااقل نمی‌توان وجود این اختلافات جزائی را منکر شد و در مباحث حدود و قصاص و تعزیرات و دیات در فقه می‌توان بوضوح این اختلاف و تفسیر جزائی را مشاهده نمود. این اختلافات به قدری گسترده است که فقها فصل تعزیرات در حقوق جزای اسلامی را اینگونه طبقه‌بندی کرده‌اند که جرائمی که دارای قدر معین جزا نمی‌باشند تعزیرات نامیده شده‌اند یا جزای برخی از جرم‌ها در دیات به مقادیر گوناگونی مطرح شده که همه آنها مورد اجماع ایشان نیز هست. ولی باید گفت که اشکال اساسی در این است که ذکر شد یعنی جزا در زمانها و

حالات مختلف یکسان نبوده و در آن زمان پیامبر ص یا امام ع نوع جزائی را که به مصلحت فرد و جامعه تشخیص داده‌اند اعمال فرموده‌اند و لزومی نیست تا همان جزاء در زمانهای دیگر با استنباط فقهی از سنت آن بزرگواران تقنین و اعمال گردد.

ارجاع جزاء فراتر از نص قرآن به شورا

شارع مقدس با علم به اینکه تقریرات کتاب قرآن سندی لایتغیر خواهد بود و حکم افعال در ازمه و امکانه مختلف و شرایط آنها در همه موارد ثابت نمی‌تواند باشد لذا مواردی را فقط در نص کتاب تقریر فرمود که کلی و لایتغیر هستند و در طول زمان تغییر نمی‌یابند. بر این اساس حکمت بالغه شارع بر آن قرار گرفت تا بعضی از قواعد جزائی نظیر حدود اربعه را در قرآن ذکر و مجازات لازمه برای آنها را قید نماید و باقی را عمداً ذکر نفرمود تا در هر زمانی نسبت به آنها با ملاحظات خاص آن زمان تعیین گردند.

در زمانی که پیامبر حیات داشتند تکلیف مسلمین متفاوت از زمانهای دیگر بود. زیرا آن حضرت با ارتباطی که با مرکز صدور وحی داشت درباره هر موضوعی در ارتباط با نحوه اداره جامعه شخصاً تصمیم می‌گرفت هر چند با دیگران نیز مشورت می‌فرمود. قرآن کریم می‌فرماید: ^{۱۲۹} «در کار با آنها مشورت کن پس آنگاه که عزم کردی پس به خدا توکل کن». ولی برای بعد بعد از خود اداره امور جامعه مشمول این آیه قرار گرفت که فرمود: ^{۱۳۰} «امرشان شورا بین آنهاست». در ارتباط با این مطلب و مبحث مورد نظر در این کتاب باید گفت که احکامی که در کتاب قرآن مشخصاً در ارتباط با احکام جزائی مطرح نگردید شامل آیه اخیر الذکر است. این آیه مشخص نمی‌کند که امور مسلمین بعد از حضرت نباید منطبق با سنت باشد و همچنین تصریح نمی‌دارد که باید مطابق سنت پیامبر باشد. آنچه از این آیه دریافت می‌شود این است که باید مؤمنین در امور خود به مشورت پردازند و تصمیم‌گیری درباره آن با خودشان است. به

^{۱۲۹} - سوره آل عمران، آیه ۱۵۹. «و شاورهم فی الأمرِ فإِذَا عَزَمْتَ فَتَوَكَّلْ عَلَى اللَّهِ».

^{۱۳۰} - سوره شورا، آیه ۳۸. «و أمرهم شورى بينهم».

عبارت دیگر مفهومی چون قرارداد اجتماعی را در تقنین و حل مسائل و اداره امور جامعه خود به دنبال دارد.

حدود

حدود جمع حد است و حد در لغت بمعنی منع است و بمعنی حایل میان دو چیز و بمعنی نهایت چیزی می‌باشد و در شرع عبارت از عقوبتی معین است که شارع آن را بر مکلف به جهت ارتکاب معصیتی وضع فرموده است. حدودی که در شرع برای سیاست و جلوگیری از متجاوزین مقرر گردیده اگر دارای قدر معین باشند اصطلاحاً حد خوانده می‌شوند و اگر دارای قدر معین نباشند آن را تعزیر می‌نامند. چهار نوع از حدود که تصریح قرآنی دارد از موارد قابل توجه در این مبحث است.^{۱۳۱} اقسام حدود در قرآن فقط شامل حد زنا، حد قذف در دشنام دادن و نسبت کردن به زنا، حد سرقت و حد محاربه است. علیرغم اینکه افعالی نظیر لواط، تفخیز، ازدواج مسلم با زن ذمی، بوسیدن پسر از روی شهوت، سُحوق، قیادت، سب پیامبر ص یا ائمه معصومین ع، ادعای نبوت، سحر، استعمال یا نوشیدن مسکر، ارتداد، وطی بهائم، استمناء، تخلی در کعبه^{۱۳۲} و موارد دیگر تقبیح و تحریم شده اما صراحتی برای حد در قرآن برای مرتکبین آنها نیست ولی فقها شیعه آنها را ذکر کرده‌اند. موارد حد نزد فقهای اهل سنت شامل زنا، قذف، شرب خمر، سرقت، حراجه، ارتداد و بغی می‌شود.^{۱۳۳} با توجه به مطالبی که درباره عدم لزوم توسعه قواعد فقهی جزائی بر مبنای سنت بیش از قرآن ذکر شد نباید برای مرتکبین این تخلفات

^{۱۳۱} - حسینی جرجانی سید امیر ابوالفتوح؛ آیات الأحکام (جرجانی)، قرن دهم، انتشارات نوید؛ تهران؛ ۱۴۰۴ ق؛ چاپ اول؛ تحقیق: میرزا ولی الله اشراقی سرابی. جلد ۲، صص ۶۸۰-۶۵۱.

^{۱۳۲} - در فقه شیعه دو مورد اخیر جزو تعزیرات آورده می‌شوند. نگاه کنید به: ابوالقاسم گرجی، حدود و تعزیرات و قصاص (۱۳۸۱)، مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران.

^{۱۳۳} - نگاه کنید به: عبدالقادر عوده و اسماعیل صدر، التشریح الجنائی الاسلامی مقارناً بالقانون الوضعی. ترجمه فارسی اکبر غفوری، تحت عنوان حقوق جنائی بر اساس مذاهب پنجگانه و مقایسه آن با حقوق عرفی، بنیاد پژوهشهای اسلامی، آستان قدس رضوی، مشهد.

بیش از حدود ذکر شده در قرآن براساس سنت جرم در نظر گرفت. یعنی مجازات این اعمال و دیگر جرم‌ها نباید منبعث از سنت پیامبر ص یا امام ع تحریر گردد و آنچه که فقه متداول برای این جرائم ذکر می‌کند مورد قبول نمی‌تواند باشد و نیاز به بازنگری با ملاحظه شرایط جدید هر زمان و مکان دارد و همانطور که ذکر شد تصمیم‌گیری درباره آنها که آیا جرم تلقی شوند یا نه و به چه میزان برای آنها مجازات تقریر شود باید به شورا رجوع نمود.

زنا و قذف

درباره حدود زنا و قذف آیات ابتداء سوره نور به بیان این موضوع پرداخته‌اند. در قرآن کریم می‌فرماید^{۱۳۴}: «زن زناکار و مرد زناکار را هریک صد ضربه بزیند». خود این آیه در طول زمان اثبات نفی رجم است هرچند رجم در حقوق منتج از تورات در دوران نبوت پیامبر ص هم در نظام حقوقی آن زمان اجرا شده یا نشده باشد. در نفی رجم نیز به تفصیل ذکر شد ولی از باب جزئیات احکام زنا و مجازات آن به شرح بیست و شش آیه اول سوره نور می‌پردازیم که جزئیات این مجازات را از لحاظ پیچیدگی فرآیند اثبات، بررسی نمائیم. در این آیات قرآن کریم می‌فرماید^{۱۳۵}: «سوره‌ای است که آن را نازل کرده‌ایم و واجبش ساخته‌ایم و در

^{۱۳۴} - سوره نور، آیه ۲، «الرَّائِيَةُ وَالرَّائِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ».

^{۱۳۵} - سوره نور، آیات ۲۶-۱، «سُورَةٌ أَنْزَلْنَاهَا وَفَرَضْنَاهَا وَأَنْزَلْنَا فِيهَا آيَاتٍ بَيِّنَاتٍ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ. الرَّائِيَةُ وَالرَّائِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ وَلَا تَأْخُذْكُمْ بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَلَيَشْهَدُ عَذَابُهُمَا طَائِفَةٌ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ. الرَّائِي لَا يَنْكِحُ إِلَّا زَانِيَةً أَوْ مُشْرِكَةً وَالرَّائِيَةُ لَا يَنْكِحُهَا إِلَّا زَانٍ أَوْ مُشْرِكٌ وَحُرْمٌ ذَلِكَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ. وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ. إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ بَعْدِ ذَلِكَ وَأَصْلَحُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ. وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ. وَالْخَامِسَةَ أَنَّ لَعْنَتَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ. وَ يَدْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ. وَالْخَامِسَةَ أَنَّ غَضَبَ اللَّهِ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ. وَلَوْ لَا فَضْلُ اللَّهِ عَلَيْكُمْ وَرَحْمَتُهُ وَأَنَّ اللَّهَ تَوَّابٌ حَكِيمٌ. إِنَّ الَّذِينَ جَاءُوا بِالْإِفْكِ عُصْبَةٌ مِنْكُمْ لَا تَحْسَبُوهُ شَرًّا لَكُمْ بَلْ هُوَ خَيْرٌ لَكُمْ لِكُلِّ امْرِئٍ مِنْهُمْ مَا اكْتَسَبَ مِنَ الْإِثْمِ وَالَّذِي تَوَلَّى كِبْرَهُ مِنْهُمْ لَهُ عَذَابٌ عَظِيمٌ. لَوْ لَا إِذْ سَمِعْتُمُوهُ ظَنَّ الْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بِأَنْفُسِهِمْ خَيْرًا وَقَالُوا هَذَا إِفْكٌ مُبِينٌ. لَوْ لَا جَاءُوا عَلَيْهِ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَإِذْ لَمْ يَأْتُوا

دنباله زیرنویس در صفحه بعد:

آن آیتی روشن فرستاده‌ایم، باشد که پند گیرید. زن زناکار و مرد زناکار را هر یک صد ضربه بزنید. و اگر به خدا و روز قیامت ایمان دارید، مباد که در حکم خدا نسبت به آن دو دستخوش ترحم گردید. و باید که به هنگام شکنجه کردنشان گروهی از مؤمنان حاضر باشند. مرد زناکار، جز زن زناکار یا مشرک را نمی‌گیرد، و زن زناکار را جز مرد زناکار یا مشرک نمی‌گیرد. و این بر مؤمنان حرام شده است. کسانی را که زنان عقیف را به زنا متهم می‌کنند و چهار شاهد نمی‌آورند، هشتاد ضربه بزنید، و از آن پس هرگز شهادتشان را نپذیرید که مردمی فاسقند. مگر کسانی که بعد از آن توبه کنند و به صلاح آیند. زیرا خدا آمرزنده و مهربان است. و کسانی که زنان خود را به زنا متهم می‌کنند و شاهدی جز خود ندارند، هر یک از آنها را چهار بار شهادت است به نام خدا که از راستگویان است. و بار پنجم بگوید که لعنت خدا بر او باد اگر از دروغگویان باشد. و اگر آن زن چهار بار به خدا سوگند خورد که آن مرد دروغ می‌گوید، حد از او برداشته می‌شود. و بار پنجم بگوید که خشم خدا بر او باد اگر مرد از راستگویان باشد. چه می‌شد اگر فضل و رحمتی که خدا بر شما ارزانی داشته است نمی‌بود؟ و اگر نه این بود که خدا توبه‌پذیر و حکیم است؟ کسانی که آن دروغ بزرگ را ساخته‌اند گروهی از شما نیستند. مپندارید

دنباله زیرنویس از صفحه قبل:

بِالشَّهَادَةِ فَأُولَئِكَ عِنْدَ اللَّهِ هُمُ الْكَاذِبُونَ. وَ لَوْ لَا فَضْلُ اللَّهِ عَلَيْكُمْ وَ رَحْمَتُهُ فِي الدُّنْيَا وَ الْآخِرَةِ لَمَسَّكُمْ فِيمَا أَفَضْتُمْ فِيهِ عَذَابٌ عَظِيمٌ. إِذْ تَلَقَّوْهُ بِالْأَسْتِخَامِ وَ تَقُولُونَ يَا فَوَاحِشُ مَا لَيْسَ لَكُم بِهِ عِلْمٌ وَ تَحْسَبُونَهُ هَيِّئًا وَ هُوَ عِنْدَ اللَّهِ عَظِيمٌ. وَ لَوْ لَا إِذْ سَمِعْتُمُوهُ قُلْتُمْ مَا يَكُونُ لَنَا أَنْ نَتَكَلَّمَ بِهَذَا سُبْحَانَكَ هَذَا بُهْتَانٌ عَظِيمٌ. يَعِظُكُمُ اللَّهُ أَنْ تَعُودُوا لِمِثْلِهِ أَبَدًا إِنْ كُنْتُمْ مُؤْمِنِينَ. وَ يُبَيِّنُ اللَّهُ لَكُمْ الْآيَاتِ وَ اللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ. إِنَّ الَّذِينَ يُحِبُّونَ أَنْ تَشِيعَ الْفَاحِشَةُ فِي الَّذِينَ آمَنُوا لَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ فِي الدُّنْيَا وَ الْآخِرَةِ وَ اللَّهُ يَعْلَمُ وَ أَنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ وَ لَوْ لَا فَضْلُ اللَّهِ عَلَيْكُمْ وَ رَحْمَتُهُ وَ أَنَّ اللَّهَ رُؤُوفٌ رَحِيمٌ. يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَتَّبِعُوا خُطُوَاتِ الشَّيْطَانِ وَ مَنْ يَتَّبِعْ خُطُوَاتِ الشَّيْطَانِ فَإِنَّهُ يَأْمُرُ بِالْفَحْشَاءِ وَ الْمُنْكَرِ وَ لَوْ لَا فَضْلُ اللَّهِ عَلَيْكُمْ وَ رَحْمَتُهُ مَا زَكَا مِنْكُمْ مِنْ أَحَدٍ أَبَدًا وَ لَكِنَّ اللَّهَ يُزَكِّي مَنْ يَشَاءُ وَ اللَّهُ سَمِيعٌ عَلِيمٌ وَ لَا يَأْتِلِ أُولُوا الْفَضْلِ مِنْكُمْ وَ السَّعَةِ أَنْ يُؤْتُوا أُولِي الْقُرْبَى وَ الْمَسَاكِينَ وَ الْمُهَاجِرِينَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَ لِيَعْفُوا وَ لِيَصْفَحُوا أَلَا تُحِبُّونَ أَنْ يَغْفِرَ اللَّهُ لَكُمْ وَ اللَّهُ غَفُورٌ رَحِيمٌ إِنَّ الَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ الْغَافِلَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ لَعُنُوا فِي الدُّنْيَا وَ الْآخِرَةِ وَ لَهُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ يَوْمَ تَشْهَدُ عَلَيْهِمْ أَلْسِنَتُهُمْ وَ أَيْدِيهِمْ وَ أَرْجُلُهُمْ بِمَا كَانُوا يَعْمَلُونَ يَوْمَئِذٍ يُؤْفِكُهُمُ اللَّهُ دِينَهُمُ الْحَقَّ وَ يَعْلَمُونَ أَنَّ اللَّهَ هُوَ الْحَقُّ الْمُبِينُ الْحَيِّثَاتُ لِلْحَيِّثِينَ وَ الْخَبِيثُونَ لِلْخَبِيثَاتِ وَ الطَّيِّبَاتُ لِلطَّيِّبِينَ وَ الطَّيِّبُونَ لِلطَّيِّبَاتِ أُولَئِكَ مُبَرَّزُونَ مِمَّا يَقُولُونَ لَهُمْ مَغْفِرَةٌ وَ رِزْقٌ كَرِيمٌ».

که شما را در آن شری بود. نه، خیر شما در آن بود. هر مردی از آنها بدان اندازه از گناه که مرتکب شده است به کیفر رسد، و از میان آنها آن که بیشترین این بهتان را به عهده دارد به عذابی بزرگ گرفتار می‌آید. چرا هنگامی که آن بهتان را شنیدید مردان و زنان مؤمن به خود گمان نیک نبردند و نگفتند که این تهمتی آشکار است؟ چرا چهار شاهد بر ادعای خود نیاوردند؟ پس اگر شاهدانی نیاورده‌اند، در نزد خدا در زمره دروغگویانند. اگر فضل و رحمت خدا در دنیا و آخرت ارزانیان نمی‌بود، به سزای آن سخنان که می‌گفتید شما را عذابی بزرگ درمی‌رسید. آن گاه که آن سخن را از دهان یکدیگر می‌گرفتید و چیزی بر زبان می‌رانید که در باره آن هیچ نمی‌دانستید و می‌پنداشتید که کاری خرد است، و حال آنکه در نزد خدا کاری بزرگ بود. چرا آن گاه که این سخن شنیدید نگفتید: ما را نشاید که آن را بازگویم، پروردگارا تو منزهی، این تهمتی بزرگ است؟ خدا شما را اندرز می‌دهد که اگر از مؤمنان هستی، بار دیگر گرد چنان کاری مگردید. خدا آیات را برای شما بیان می‌کند. و خدا دانا و حکیم است. برای کسانی که دوست دارند در باره مؤمنان تهمت زنا شایع شود، در دنیا و آخرت عذابی دردآور مهیاست. خدا می‌داند و شما نمی‌دانید. چه می‌شد اگر فضل و رحمتی که خدا به شما ارزانی داشته است نمی‌بود؟ و اگر نه این بود که خدا مهربان و بخشاینده است؟ ای کسانی که ایمان آورده‌اید، پای به جای پای شیطان مگذارید. و هر که پای به جای پای شیطان گذارد، بدانند که او به فحشا و منکر فرمان می‌دهد. و اگر فضل و رحمتی که خدا بر شما ارزانی داشته است نمی‌بود، هیچ یک از شما هرگز روی پاکی نمی‌دید. ولی خدا هر کس را که بخواهد پاکیزه می‌سازد. و خدا شنوا و داناست. توانگران و آنان که گشایشی در کار آنهاست، نباید سوگند بخورند که به خویشاوندان و مسکینان و مهاجران در راه خدا چیزی ندهند. باید ببخشند و ببخشایند. آیا نمی‌خواهید که خدا شما را بیامرزد؟ و خداست آمرزنده مهربان. کسانی که بر آنان پاکدامن و بی‌خبر از فحشا و مؤمن تهمت زنا می‌زنند، در دنیا و آخرت لعنت شده‌اند و برایشان عذابی است بزرگ، روزی که زبانشان و دستهایشان و پاهایشان به زیانشان بر کارهایی که می‌کرده‌اند شهادت دهند. آن روز که خدا جزایشان را به تمامی بدهد و بدانند که خدا حقیقت آشکار است. زنان ناپاک برای مردان ناپاک و مردان ناپاک برای زنان ناپاک و

زنان پاک برای مردان پاک و مردان پاک برای زنان پاک. آنها از آنچه در باره‌شان می‌گویند منزه‌اند. آمرزش و رزق نیکو برای آنهاست.».

در شرح این آیات می‌فرمایند^{۱۳۶}: «سُورَةُ» در اوّل فاتحه بیان «سوره» گذشت، و در اینجا مرفوع قرائت شده مبتدا یا خبر برای محذوف است، یا مبتدا است و «أَنْزَلْنَاهَا» نازل کردیم آن را، خبر آن و جواز ابتدا به آن بودن تنوین برای تفعیم یا تنويع است. و با نصب قرائت شده مفعول محذوفی است از غیر ماده فعل مذکور یا از محذوفی است که «أَنْزَلْنَاهَا» قول آن را تفسیر می‌کند. «وَفَرَضْنَاهَا» و واجب کردیم آن را، یا وقت آن را معین کردیم و تعیین نمودیم، یا واجب کردیم آنچه که در آن است را بر مردم، یا آن را تفصیل دادیم و تمییز دادیم، و آنچه در آن است را از احکام تمییز دادیم، یا آن را عطا کردیم. «وَأَنْزَلْنَا فِيهَا آيَاتٍ» و در آن آیاتی نازل کردیم، تدوینیه «بَيِّنَاتٍ» روشن، یا بیان کننده معانی یا مبین‌های مقاصد، یا احکام تکلیفیه در صورت کلمات و حروف ظاهرات المصالح «لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ» شاید متذکر شوید حکمت‌های آن و مصالح آن و به آنها دانا شوید سپس شروع کرد در بیان آیات پس گفت: «الرَّائِيَةُ وَالرَّائِي» زنا کننده زن و زنا کننده مرد یا از آن دو حکم آن دو یا «الرَّائِيَةُ» مبتدا و قول او «فَأَجْلِدُوا» خبر آن است و دخول به تقدیر «أَمَّا» یا توهم آن برای بودن در مقام تفصیل است، یا برای تضمّن معنی شرط مبتداست، چون به معنی کسی است که زنا داده است. و هر دو به نصب خوانده شده، به تقدیر فعل ناصب بر آن دو از ماده فعل متأخر یا «اجلدوا» یا از ماده دیگر مانند «اذکروا» یا «احضروا» و تقدیم زانیه با اینکه اولی به تقدیم است، برای این است که زنا از او قبیح‌تر است، و اینکه شأن او به فطرتش این است که مردان را از خویش منع نماید و چون مرد را تمکین داد از او اولی به عقاب است و برای این است که حدّ زن مساوی حدّ مرد است و تعالی گفت: «كُلٌّ وَاحِدٌ مِنْهُمَا مِائَةٌ جَلْدَةٍ» هر کدام را یک صد تازیانه بزنید، با اینکه شأن زن در حدود این است که به نسبت مردان تخفیف داده شود. «وَلَا تَأْخُذْكُمْ بِهِمَا» و بر آنها نگیرید، متعلّق به «لَا تَأْخُذْكُمْ» است، و باء برای سببیت یا متعلّق به قول او «رَأْفَةٌ» رأفت می‌باشد و

^{۱۳۶} - ترجمه تفسیر بیان السعاده فی مقامات العبادة، جلد ۱۰، صفحات ۳۰۶-۲۶۴.

تقدیم آن بر مصدر برای ظرف بودن آن است. «فی دینِ اللّهِ» در دین خدا، ظرف لغو متعلق به «اجلدوا» یا به «لا تأخذکم» یا به «رأفة» است، که دین خدا تشبیه به مکان مخصوص شده است یا ظرف مستقرّ حال از فاعل «اجلدوا» یا از مفعول آن، و آن را حال از مفعولش قرار داد مفید این است که اگر آن دو در دین خدا نباشد زده نمی‌شوند، یا حال از مفعول «لا تأخذکم» است یا صفت «رأفة» فایده تقیید به تنبیه برای خلوص از شوب هوی است. «إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ» اگر به خدا و روز آخر ایمان دارید، قید «جلد» یا عدم اخذ رأفت است، و شرط برای تهییج است. «وَلْيَشْهَدْ عَذَابُهُمَا طَائِفَةٌ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ» و باید عذاب آن دو را گروهی از مؤمنین شاهد باشند، یا جماعتی اقل آن سه است، و گفته‌اند اقل آن یک است و گفته‌اند اقل آن اینجا چهار است زیرا اقلی که زنا به آن ثابت می‌شود شهادت چهار است و گفته‌اند عدد آنها منوط به رأی امام است و مقصود از احضار طائفه در عذاب آنها برای تنکیل آن دو به تفضیح علاوه بر تنکیل آن دو به عذاب است تا برای آنان تعذیب شدید و عبرت دیگران باشد. و این آیه در بیان حدّ زناکارین مجمل است، چون اگر دو زناکننده هر دو یا یکی از آن دو از اهل ذمه باشند یا هر دو مسلمان باشند، هر دو محصنه باشند یا غیر محصنه، هر دو بکر باشند یا غیر بکر، هر دو حرّ باشند یا عبد، برای هر کدام حکم مخصوصی است و این حکم دو نفر حرّ مسلم غیر محصن غیر بکر است. روایت شده که پنج نفر که در زنا گرفته بودند را پیش عمر آوردند پس امر کرد که بر هر یک از آنان حدّ اقامه شود و امیرالمؤمنین ع حاضر بود، پس گفت: ای عمر این حکم آنها نیست. گفت: تو بر آنان حدّ اقامه کن، پس یکی از آنها را مقدم دانست به زدن گردنش و دیگری را مقدم کرد به سنگسارش و سوّمی را زدن حدّ به او تعیین نمود و چهارمی را به نصف حدّ مقدم ساخت و پنجمی را به تعزیر مقدم نمود؛ پس عمر متحیر شد و مردم از فعل او تعجب کردند، پس عمر به او گفت: یا ابالحسن پنج نفر در قضیه واحد پنج نوع حدّ بر آنان اقامه نمودی و هیچ چیز از آنها شبیه دیگر نمی‌باشد. پس امیرالمؤمنین علی ع گفت: اما اوّلی چون ذمی بود و از ذمه‌اش خارج شد و حدّی برای او جز شمشیر نمی‌باشد و اما دوّمی مردی محصن بود که حدّ او رجم است و اما سوّمی غیر محصن بود حدّش تازیانه است، و اما چهارمی عبد است و نصف حدّ زده شود و اما پنجم، و مجنون مغلوب عقلش است. و نفر ششمی هم نقل

شده و گفت و ششم را رها کن، پس گفت: و اما پنجم از او آن فعل بود با شبهه پس تعزیرش و تأدیش کردیم و اما ششمی مجنون بود و مغلوب به عقل است تکلیف از او ساقط است. و تفصیل دو زناکار و حکم آن در کتابهای فقهیه طلب می کند. «الزَّانِي لَا يَنْكِحُ إِلَّا زَانِيَةً أَوْ مُشْرِكَةً وَ الزَّانِيَةُ لَا يَنْكِحُهَا إِلَّا زَانٍ أَوْ مُشْرِكٌ» زانی نکاح نکند مگر زانیه را یا مشرکه را و زانیه نکاح نکند مگر با زانی یا مشرک، در اینجا زانی را مقدم کرد، زیرا که مقام برای بیان حکم آن دو است و مرد مقدم بر زن است و اولی به حکم گفته اند: آن رد کسی است که تمتع از زنهای زناکار و تزویج با آنان که آنها در دنیا به زنا معروف و مشهورند که مرد نمی تواند آنان را بر تحصیانشان نگهدارد می باشد، و در خبر از صادق ع است، آنان زنان مشهور به زنا و مردان مشهور به زنا هستند که به آن مشهورند و به آن شناخته می شوند و مردم به این منزلت خوانند؛ پس هرکس که حلاً زنا بر او اقامه شود و یا به زنا شهرت داشته باشد شایسته نیست احدی با او نکاح کند تا از او توبه معروف شود. و در خبری است که: این در جهر است و اگر انسانی زنا کند سپس توبه نماید هرطور بخواهد ازدواج کند. و در خبری است: خداوند زانی را مؤمن و نه زانیه را مؤمنه اسم نمی گذارد و این برای آن است که او تعالی آن دو را در قبال مؤمنین قرین های مشرک و مشرکه قرار داده است. پس بنابر آنچه در اخبار ذکر شده آیه نهی ای است در صورت اخبار، و آن اکد از اتیان به صورت نهی است و آن کنایه از نهی مؤمن و مؤمنه از نکاح زانیه و زانی و مشرکه و مشرک است. زیرا که اخبار از زانی و زانیه به انحصار نکاح آنان در آنها دلالت می کند بر اینکه عنوان زنا اقتضای حصر نکاح آنها در آنها است. پس هر عقیف و عقیفه راضی به نکاح آن دو از آنها باشد خود به منزله زانی و زانیه است و عقیف و عقیفه راضی نمی شوند به منزله زانی و زانیه قرار گیرند پس آنان با زانی و زانیه و مشرک و مشرکه نکاح نمی کنند. و لذا به این مکتبی تصریح نمود و گفت: «و حُرِّمَ ذَلِكَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ» بر مؤمنین این حرام شده است، یعنی مؤمنین و مؤمنات لکن او تغلیباً اکتفا بر مؤمنین کرد، گفته اند که معنی آیه این است که کسی که زنا کند در حال زنا مجامعت نمی کند مگر بر کسی که شریکه او در زنا باشد یا مشرکه باشد و او از زانیه بدتر است یعنی زن شریکه او در زنا یا حال او بدتر از زنا است، و گفته اند: این حکم برای هر زانی و زانیه ثابت است و نکاح غیر موصوف به زنا بر آن

دو حرام است اعم از اینکه آن دو مشهور به آن باشند یا نباشند. سپس این حکم را با قول او تعالی: «وَأَنْكَحُوا الْأَيَّامِي مِنْكُمْ تَا آخِر آيَه»^{۱۳۷} نسخ نمود یا معنی بر اخبار است و مقصود این است که زانی رغبت نمی‌کند و عقد نمی‌کند مگر به زانیه به عدم سنخیت بین او و بین صالحات. پس اخبار از کلّ به اعتبار غالب است، «وَالَّذِينَ يَرْمُونَ» و کسی که تهمت می‌زند، چون حکم زانی و زانیه و حدّ آن دو را بیان کرد و بر آنان سخت گرفت خواست که بیان نماید که نسبت فاحشه به بندگان امر عظیمی است که قائل آن مستحقّ عذاب است مثل عذاب زانی و زانیه؛ غایت الامر اینکه عذاب او دون مرتبه عذاب آن دو است به درجه‌ای و اینکه بیان نماید که اثبات فاحشه بندگان مثل اثبات سایر حقوق نیست که در آن به دو بینه اکتفا شود تا مردم جرأت نکنند به نسبت دادن زنا به عباد، پس گفت: کسانی که رمی می‌کنند «الْمُحْصَنَاتِ» زنان شوهردار را، زانانی که فرج‌هایشان را با عفاف و اسلام و حریت و بلوغ و عقل محصون می‌دارند زیرا که مراد از احصان در اینجا این است. «ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةٍ شُهَدَاءَ فَأَجْلَدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً» و چهار شاهد هم نیاورند به آنها هشتاد تازیانه بزنید، این آیه مانند اکثر آیات مجمل است. زیرا ظاهر آن اختصاص رامین به مردان، و مرمی به زنان است، در حالی که فرقی در رامی و مرمی بین زن و مرد، عبد و حرّ، محصن و غیرمحصن و بکر و غیربکر و نه بین اینکه رمی در حضور مرمی یا در غیاب او باشد نیست، در اکثر مذکورات اختلافی نیست، و نه بین رمی بالصراحه یا به کنایه غیرمحمّله غیر آن و لکن لازم است رامی به معنی کلمه عارف باشد پس اگر بگوید: تو زنا می‌کنی یا پدرت در مورد تو زنا کرده است، یا: ای ابن فاعلت یا تو مفعولی و تو عمل قوم لوط انجام می‌دهی، یا از پدرت نیستی، یا مادر من زنا نکرده است در مقامی جز تعریض احتمال داده نشود، یا من از زنا نیستم تعریضاً به دیگری در مقامی که غیر تعریض محتمل نباشد، یا در مقام سبّ چیزی بگوید که صریح در رمی باشد با قصد رمی مثلاً: زن تو فاعله است، یا مثل نسبت به دیوث بودن با قصد رمی، رمی است. ولی اگر به لفظ رمی قصدی نداشته باشد یا

^{۱۳۷} - سوره نور، آیه ۳۲. وَ أَنْكَحُوا الْأَيَّامِي مِنْكُمْ وَ الصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَ إِمَائِكُمْ إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ وَ اللَّهُ وَاسِعٌ عَلِيمٌ. عَزَبَهائِتانِ را و غلامان و کنیزان خود را که شایسته باشند همسر دهید. اگر بینوا باشند خدا به کرم خود توانگرشان خواهد ساخت، که خدا گشایش دهنده و داناست.

رمی صریح نباشد، مثل اینکه بگوید: تو از حرام زاده شدی، که آن مشترک بین رمی و توگد از غذای حرام و انعقاد در حال حیض است رمی نمی‌شود. بلی، اگر امثال این را در حضور مسلم بگوید هتک حرمت او می‌شود و گوینده‌اش مستحق تعزیر است و چون تعالی حکم زنا را محصنین و حکم لواط و سحر را قتل قرار داده در اثبات آنها چهار مرد را معتبر دانسته بدون اعتبار زنان عوض آنها منفرد یا منضم تا اثبات آن سخت شود و برای کسی که این را به احدی نسبت دهد بدون اتیان به چهار مرد حدّ قرار داده تا احدی جرأت نسبت این را به مردم نیابد و اگر آنها را بر آن ببیند جرئت ابراز آن را نیابد تا مبدا مسلمانان بدون جرم مفتضح شوند، یا که مجرم توبه کند و مفتضح نگردد و روح او با جرمی که ممکن است از آن توبه کند و بعد آن عبادت خدا نماید نرود، و مبدا نیز عامّه بر خاصّه افترا نبندند، و مبدا جرأت اظهار یابند چون آنها را بر متعه ببیند زیرا که خدا می‌دانست که آنها بزودی آن را انکار خواهند کرد و بر آن مؤاخذه خواهند نمود. پس شاهد زنا را فقط چهار مرد قرار داد تا مبدا اگر یکیشان بر تمتع به متعه دید جرأت بر اظهار نداشته باشد. زیرا قلیل است که چهار مرد بر لوطی اتفاق اطلاع پیدا کنند اگر چه حلال باشد. روایت شده که از صادق ع سؤال شد چرا در زنا چهار شاهد قرار داده شد و در قتل دو شاهد؟ پس گفت: خداوند متعه را برای شما حلال کرد، و می‌دانست که شما بزودی آن را انکار می‌کنید پس احتیاطاً چهار شهود قرار داد و اگر چنین نمی‌کرد بر ضرر شما می‌شد و کم می‌شود که چهار شاهد بر یک امر واحد اجتماع نمایند. و در روایتی گفت ع: در زنا دو حدّ وجود دارد، و جایز نیست که هر دو نفر بر یکی شهادت دهند، زیرا که بر مرد و زن هر دو حدّ است و قتل که حدّ فقط بر قاتل اقامه می‌شود و از مقتول دفع می‌گردد «وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ» دیگر ابداً شهادت آنها را قبول نکنید و آنها فاسق هستند، معنی تعلیل در آن عطف است، به باقرع نسبت داده شده که «وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْخَبِيثَاتِ» در مدینه نازل شده گفت: خداوند مفتری را بری نمود از اینکه افترا بندد کسی را که مسمی به ایمان است و خدای عزّ و جلّ گفت: «أَفَمِنْ كَانَ مُؤْمِنًا لِمَنْ كَانَ فَاسِقًا لَا يَسْتَوُونَ» (آیا کسی که مؤمن باشد مانند کسی است که فاسق است؟ مساوی نیستند)، و خدا او را منافق قرار داد و گفت: «ان المنافقين هم الفاسقون» (و همانا منافقین فاسقون هستند) و خداوند او را از اولیاء (دوستان،

نزدیکان) ابلیس قرار داده گفت: «إِلَّا إِبْلِيسَ كَانَ مِنَ الْجِنِّ فَفَسَقَ عَنْ أَمْرِ رَبِّهِ» (جز ابلیس که از جن بود و از امر خدا فاسق بود) و او را ملعون قرار داده پس گفت: «إِنَّ الَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ الْغَافِلَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ لُعُنُوا فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ» (کسانی که بر زنان شوهردار بی‌خبر مؤمن تهمت می‌زنند، در دنیا و آخرت لعنت شده‌اند). «إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ بَعْدِ ذَلِكَ وَأَصْلَحُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ» مگر آنانی که پس از این توبه کنند و اصلاح نمایند پس همانا خدا آمرزنده رحیم است. روایت است از صادق ع سؤال شد، چگونه توبه او شناخته می‌شود؟ پس گفت: خودش را بر رؤس (در حضور) خلافت هنگامی که زده می‌شود تکذیب کند و استغفار ریش نماید. پس اگر چنین کرد پس توبه‌اش ظاهر شده است. و در خبری از صادق ع است: قاذف هشتاد تازیانه به او زده می‌شود، و شهادت او ابداً قبول نمی‌شود مگر بعد توبه یا خودش را تکذیب نماید و اگر سه شهادت دادند و یکی ابا کرد آن سه تازیانه زده می‌شوند، و شهادت آنان قبول نمی‌شود تا چهارم بگوید: مانند میل در سرمه‌دان، و کسی بر خودش شهادت دهد که زنا کرده شهادت او قبول نمی‌شود تا چهار مرتبه، هر مرتبه بازاء یک شاهد تکرار کند، و بنابراین قول او: «إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا» استثنائی از قول او: «لَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا»، یا از قول او: «أُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ» می‌شود و جایز است که مراد از توبه توبه خاصه جاریه به دست خلفاء خدا باشد. زیرا که اگر چنین توبه‌ای حاصل شود جمیع ماسلف را می‌پوشاند و بنابراین جایز است که استثناء از قول او: «فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً» باشد. و مراد از اصلاح بعد توبه و رمی اصلاح نفوسشان با اعمال صالحه باشد یا استرضاء مرمی و تکذیب خودش نزد کسی که نزد او رمی کرده و هتک حرمت مرمی کرده و در حضور او یا تسلیم خودش است برای اجرای حد بدون اینکه در قلبش حرجی بیاید از آنچه که بر او قضا شود. «وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ» و کسانی که زوجهایشان را رمی می‌کنند، وقتی حکم فذف اجنبی را ذکر نمود خواست که حکم رمی ازواج را بیان نماید تا توهم نشود که رمی ازواج مانند اجنبیه است «وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ» و شاهدهایی جز خودشان نداشته باشند، در اتیان به این استثناء اشعار به این است که رمی از ظن و تخمین و حدس باشد و از شهود و عیان باشد و این حکم برای کسی است که ببیند، نه کسی که حدس بزند. «فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ» پس شهادت یکیشان چهار شهادت است یا جای چهار شهود، «اربع

شهادت» با نصب بطور مفعول مطلق قرائت شده و بنابر این «شهادة أحدهم» مبتداء محذوف الخیر است، یا واجب است یا بر آنها یا خبر محذوف المبتداء است یا واجب یا معتبر یا حکم الله شهادت یکیشان می‌باشد، و به رفع خوانده شده که در این صورت «شهادة أحدهم» مبتدا و «اربع شهادت» خبر آن می‌باشد، یا «شهادة احدهم» بر وجوه سابقه می‌باشد و «اربع شهادت» بدل از آن است. و مقراد از «احدهم» یک نفر غیر معین است تا به عموم بدلی افاده نماید یعنی شهادت هر یک از آن چهار شاهد باشد. «بِاللَّهِ» به خدا، متعلق به «شهادت» یا به «شهادة احدهم» یا متنازع فیه است «إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ» که او صادق است، یعنی در آنچه که به آن رمی کرده و این جمله مفعول «شهادة احدهم» یا «شهادت» است، و عامل از آن معلق است، یا خبر از «شهادة» است، و وجه جواز حمل آن بر «شهادة» برای بودن شهادت در معنی قول است. یا مستأنفه جواب سؤال مقدر است، گویا که گفته شده: چه بگوید یا چه شهادت دهد؟ پس گفت: بگوید: «انه لمن الصادقين» او از راستگویان است. «وَالْخَامِسَةُ». پنجمی، یعنی شهادت پنجم، «أَنَّ لَعْنَتَ اللَّهِ» همانا لعنت خدا، با تخفیف نون «انَّ» و رفع «لعنة الله» و تشدید نون «انَّ» و نصب «لعنة الله» قرائت شده «عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ» بر او اگر از دروغگویان باشد، و این لعان مرد است، که حکم آن سقوط حدّ قذف از او، لزوم جدایی بین او (مرد) و بین او (زن) است. «وَيَذْرُؤُا عَنْهَا الْعَذَابَ» و برداشته می‌شود از او عذاب یا «أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ» که چهار بار به خدا سوگند خورد که او (شوهرش) از دروغگویان است در آنچه که او را به آن رمی کرده است «وَالْخَامِسَةَ» و پنجمی، «الخامسة» به رفع مبتداء و به نصب آن عطف بر «أربع شهادت» منصوب قرائت شده «أَنَّ غَضَبَ اللَّهِ» همانا غضب خدا، به تخفیف نون قرائت شده و «غضب» فعلی ماضی به تخفیف است و «غضب الله» مصدر مرفوع و به تشدید نون قرائت شده و «غضب الله» مصدر منصوب است «عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ» بر آن اگر از راستگویان است، در آنچه که به آن رمی شده، از امام صادق ع است در جواب کسی که از این آیه سؤال کرده: که آن قاذف که زنش را قذف کرده، پس هرگاه قذف کند سپس اقرار کند که آن دروغ است به او حدّ زده می‌شود و زنش به او بازگردانده می‌شود، و اگر ابا کرد که آلا که اتفاق افتاده پس باید چهار مرتبه خدا را شاهد بگیرد که او از راستگویان است، و پنجم

خودش را لعن کند اگر از دروغگویان باشد و اگر (زن) بخواهد عذاب را از خودش رفع کند و عذاب همان رجم است باید چهار مرتبه خدا را شاهد بگیرد که او (مرد) از دروغگویان است، و پنجم غضب خدا بر آن (زن) باشد اگر (آن مرد) از راستگویان باشد. پس اگر نکند رجم می‌شود، و اگر بکند حدّ را از خودش رفع می‌کند، پس تا روز قیامت (این زن) برای آن (مرد) حلال نمی‌شود. گفته شد: چه میبینی اگر بین آن دو جدایی افکنده شود، و آن زن فرزندی داشته باشد که مرده باشد؟ گفت: مادرش از او ارث می‌برد، و اگر مادرش بمیرد ورثه او خالوهایش هستند و هرکس بگوید که او ولد زنا است حدّ زده می‌شود. گفته شد: آیا فرزند به او داده می‌شود اگر اقرار به آن کند؟ گفت: نه، و نه کرامت دارد و نه ارث فرزند می‌برد، و فرزند از او ارث می‌برد. و در خبری است: این آیه درباره‌ی مردی از مسلمین نازل شد که نزد رسول خدا ص آمد و ادّعا کرد که مردی را با زنش دیده است. و در خبری است که عویمر بن ساعده عجلانی آن را دیده بود و نزد رسول خدا ص آمد، و ملاحظه کرده بودند. و در خبری است که هلال بن امیه زوجه‌اش را به شریک بن سمحا قذف کرد. و از صادق ع است: هرگاه مردی زنش را قذف کند آن لعان نمی‌شود تا اینکه بگوید: دیدم بین دو پای او مردی با آن زنا می‌کرد. و از باقر ع است: امام پشت به قبله می‌نشیند و آن دو را رو به قبله جلو خودش به خدای می‌دارد و به مرد ابتدا می‌کند سپس به زن، اگر مرد دو یا سه بار خدا را شاهد گرفت و نکول نمود حدّ زده می‌شود، و بین او و زنش جدایی افکنده نمی‌شود. و در خبر اشاره شده که چون خداوند برای مرد مدخلی قرار داده که برای غیر او قرار نداده شهادت او را چهار شهادت به خدا قرار داده به جای چهار شهود به خلاف غیر او از پدر و فرزند و برادر و غیره و اگر غیر او این را بگوید به او گفته می‌شود: چطور داخل مدخلی شدی که این را در آن تو تنها ببینی؟ تو متهم هستی «وَلَوْ لَا فَضْلُ اللَّهِ عَلَيْنَا وَرَحْمَتُهُ» و اگر فضل خدا بر شما و رحمت او نبود، مکرر گذشت که مراد از فضل رسالت و احکام آن و رسول است، و از رحمت ولایت و آثار آن و علی ع است. «وَأَنَّ اللَّهَ تَوَّابٌ حَكِيمٌ» و همانا خداوند بسیار توبه پذیر و حکیم است در تفضیح شما یا تعجیل در عقوبت. جواب را برای تفضیح عقوبت حذف کرد، گویا که ممکن نیست که بر زبان جاری شود، و (تا) ذهن شنونده (نیز) به هر راهی که ممکن است برود، و برای این است

که تعالی بر طریق مخاطبات عرف جاری می‌سازد زیرا که خشمناک چون غضبش در غایت اشتداد شدت گیرد شدت غضب او نمی‌گذارد سخن به درازا کشد و خطاب تمام شود و قسمتی از آن را حذف می‌کند و گرچه اصل غضب اقتضای اطاله کلام و تغلیظ آن را دارد. «إِنَّ الَّذِينَ جَاؤُا بِالْإِفْكِ» همانا کسانی که افک آورند، «افک» مانند ضرب و علم افکی با کسر و فتح و تحریک، دروغ گفتن است، و «افکه عنه» مانند ضرب او را منصرف کرد یا او را قلب کرد یا رأی او را برگردانید است «عُصْبَةٌ» گروهی، یا جماعتی «لَا تَحْسَبُوهُ شَرًّا لَّكُمْ» از شما هستند آن را شر بر خود مپندارید، ضمیر برای افک یا آوردن با افک مستفاد از «جَاؤَا بِالْإِفْكِ» است «بَلْ هُوَ خَيْرٌ لَّكُمْ» بلکه آن برای شما خیر است، زیرا که افک آنها مورث ضرر برای شما نیست بلکه به شما نفع می‌رساند، زیرا که کفارة ذنوب شما و تخفیف بارهای سنگین شماست. «لِكُلِّ امْرِئٍ مِنْهُمْ مَا اكْتَسَبَ مِنَ الْإِثْمِ» هر مردی از آنان (که افک آورد) مقداری از اثم کسب می‌کند، زیرا که از این گروه کسی که افترا می‌گوید با علم به اینکه آن افترا است و از آنها که ظناً و تخمیناً می‌گویند، و از آنها که تقلیداً می‌گویند و از آنها که گوش فرا می‌دهند و آنها که می‌شنوند، برای هر یک از آنها قدری اثم کسب می‌کنند. «وَ الَّذِي تَوَلَّى كَيْبَهُ» و کسی که دامن زند (کسب کرده) بیشتر آن را، معظم اثم را مانند عبدالله بن ابی سلول که او رأس اصحاب افک بود، نزد او اجتماع می‌کردند و به مردم سخن می‌گفت به سخن افک و آن را بین مردم شایع می‌کرد و می‌گفت همسر پیامبر شما با مردی خوابیده تا صبح شده سپس آمده او را می‌کشد به خدا (زن) از او (مرد) نجات پیدا نمی‌کند و او (مرد) از آن نجات پیدا نمی‌کند. و گفته‌اند: مقصود مسطح بن اثاثه است، و گفته‌اند حسان بن ثابت است یا معنی می‌دهد کسی که تولی کرد او تکبر کرده و از انقیاد رسول ص و توقیر او تأنف ورزیده «مِنْهُمْ» از آنها، یا از این گروه «لَهُ عَذَابٌ عَظِيمٌ» بر او عذاب عظیمی است، در تفاسیر خاصه و عامه نقل شده که (این) آیات درباره عایشه نازل شده، و سبب نزول آن این است که رسول خدا ص در غزوه بنی المصطلق با او خارج شد و رسول ص هر وقت می‌خواست در غزوه‌ای خارج شود با یکی از زنانش، بین آنان قرعه می‌انداخت و بعد از آن که از این غزوه برگشت و نزدیک به مدینه، عایشه حین اینکه اجازه رحیل داده شدند بلند شد و قدم زد تا از لشکر جلو افتاد، پس چون شأن آن قضاء

نمود به سوی رحل راه افتاد، پس دست به سینه‌اش زد گردنبندش را نیافت پس در جستجوی گردنبندش برگشت و برای پیدا کردن آن معطل شد، و گروه مردانی که هودج او را حمل می‌کردند آمدند و هودج او را حمل کردند و گمان کردند که او در آن است و گردنبندش را پیدا کرده، و برگشت و نه داعی و نه مجیبی در محل لشکر نیافت پس در منزلی که بود ماند به گمان اینکه قوم بزودی فقدان او را درمی‌یابند. صفوان بن معطل سلمی از پشت لشکر آمد و در آن منزل صبح کرد و او را شناخت، از شترش فرود آمد و او را سوار کرد و افسار آن را کشید تا به لشکر رسید، پس منافقین تهمت‌ها در حق او (زن) گفتند، پس این آیات برای تبریّه او نازل شد. و از خاصّه نقل شده که آن درباره ماریه قبطیه و آنچه که عایشه به او رمی کرده بود نازل شده. از باقر ع روایت شده که گفت: چون ابراهیم فرزند رسول خدا ص هلاک شد بر رسول خدا ص حزن آمد حزنی شدید، پس عایشه به او گفت: چه چیز تو را اندوهناک کرده است؟ او جز فرزند جریح چیزی نیست، پس رسول خدا ص علی ع را مبعوث کرد و امر نمود به قتل او پس علی ع رفت و با او شمشیر بود و جریح قبطی در بستان بود پس علی ع درب بستان را زد و جریح رو به آن آمد تا درب را برایش باز کند، وقتی علی ع را دید و در صورت او غضب را شناخت پشت کرد، برگشت و درب بستان را باز نکرد. پس علی ع به دیوار برجست و به بستان فرود آمد و دنبالش کرد و جریح پشت کرده مدبراً فرار نمود، چون ترسید که دستش به او برسد بالای نخل رفت و علی ع هم به دنبالش رفت، چون به او نزدیک شد خود را از بالای نخل پایین انداخت و عورتش نمایان شد که نه آنچه مردان دارند و نه آنچه زنان راست را نداشت، پس علی ع به نبی ص منصرف شد پس گفت به او: ای رسول خدا وقتی مرا برای امری مبعوث می‌کنی مانند میخ گذاخته شوم تا آن را انجام دهم، یا دست نگهدارم؟ گفت: نه بلکه دست نگهدار، گفت: قسم به کسی که تو را به حق مبعوث نمود نه آنچه مردان دارند و نه آنچه زنان دارند را نداشت، پس گفت: حمد خدایی را که از ما اهل بیت بدی را برگرداند. و حکایت رمی ماریه به نحو دیگری روایت شده است. «لَوْ لَا إِذْ سَمِعْتُمُوهُ ظَنَّ الْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بِأَنْفُسِهِمْ خَيْرًا» چرا وقتی آن را شنیدند مؤمنین و مؤمنات در حق خودشان گمان خیر نکردند؟! عدل از خطاب به غیبت اشعار به این است که ایمان اقتضای ظنّ خیر به مؤمن می‌کند، چون

ایمان که به معنی اسلام است اقتضای تسلیم و عدم استبداد به رأی پیروی و عدم تفوه به آنچه مقتضای هوی و ظنّ تسلیم و انقیاد به مؤمنین است، و با ظنّ تسلیم به مؤمن ظنّ اتباع هوی و فحشا به او باقی نمی‌ماند. و ظرف را مقدم نمود زیرا که مقصود توبیخ بر عدم ظنّ خیر حین شنیدن افک و تحضیض بر ظنّ خیر است و گرنه در غیر زمان افک ظنّ خیر مسلماً مفروغ عنه است. و مراد از مؤمنین و مؤمنات صفوان و عایشه، یا ماریه و جریح است، یا مراد همه مؤمنین است، و مراد از «أنفسهم» کسی است که ذکر شد، و لکن با کلمه «أنفسهم» ادایشان نمود تا اشعار به این نماید که شایسته است هر یک به منزله نفس دیگری باشد. «وَقَالُوا» و گفتند، عطف بر «ظنّ المؤمنون» است، «هَذَا إِفْكٌ مُّبِينٌ لَوْ لَا جَاؤُ عَلَيْهِ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَإِذْ لَمْ يَأْتُوا بِالشُّهَدَاءِ فَأُولَئِكَ عِنْدَ اللَّهِ هُمُ الْكَافِرُونَ» این تهمت آشکاری است چرا بر آن چهار گواه نیاوردند چون گواهانی نیاوردند پس ایشان نزد خدا از دروغگویانند، و این از جمله مقول قول است، یا ابتداء کلام از خدا است و اشاره است که مدّعی هرگاه بیّنه معتبری بر آن نداشته باشد نزد خدا مکذّب است و بر او حکم دروغ مترتب می‌شود. «وَلَوْ لَا فَضَّلُ اللَّهُ عَلَيْكُمْ وَرَحْمَتُهُ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ» و اگر فضل خدا بر شما و رحمت او در دنیا و آخرت نبود، این کلمه را تکرار کرد چون اولی در رمی زوج می‌باشد، و این در قضیه خاصی است که رمی ماریه یا عایشه است! «لَمَسَّكُمْ فِيمَا أَفْضَلْتُمْ فِيهِ عَذَابٌ عَظِيمٌ» برای آنچه که گفتگو می‌کردید عذاب سهمگینی به شما می‌رسید، در اینجا جواب حریماً ذکر شد بر اقتضای تطویل و تغلیظ غضب و تصریح به بزرگی عذاب به این که سبب این غضب و تغلیظ عذاب خوض در این افک است. «إِذْ تَلَقَّوْنَهُ بِأَلْسِنَتِكُمْ» هنگامی که به زبانهایتان قبول می‌کنید، یعنی نه با دلهایتان، یعنی آنرا بین خودتان می‌گردانید بدون تحقیقی راجع به آن، گویا که زبانهای شما آن را می‌گیرد و آنچه را که غیر شما آنرا القاء می‌کند قبول می‌نماید بدون اینکه ذوات شما و قلوب شما از آن اطلاعی داشته باشد. گفته می‌شود: «تَلَقَّي الْقَوْلَ» به معنی آنرا قبول کرد است و «تَلَقَّوْنَهُ» با دو تاء مطابق اصل، «تَلَقَّوْنَهُ» با تخفیف از «لَقِيَهُ» به معنی تناول کرد آن را، و «تَلَقَّوْنَهُ» با کسره حرف مضارعه از همین ماده، و «تَلَقَّوْنَهُ» از «اللقاء» و «تَلَقَّوْنَهُ» از «ولق» به معنی دروغ گفت است، و «تَلَقَّوْنَهُ» از «ألق» به معنی دروغ گفت، و «تَتَقَفُونَهُ» از «تقف» یعنی چون طلب کرد و یافت و «تَتَقَفُونَهُ» از «وقف» به معنی تبعیت

کرد قرائت شده است. «وَتَقُولُونَ بِأَفْوَاهِكُمْ» و به زبانهایتان می‌گوئید به غیر اطلاع قلبهایتان و اعتقاد آن «مَا لَيْسَ لَكُمْ بِهِ عِلْمٌ وَ تَحْسِبُونَهُ هَيِّنًا» بجیزی که به آن علمی ندارید و آن را آسان می‌انگاشتید، سهلی که اثمی در آن نیست و تبعی ندارد «وَهُوَ عِنْدَ اللَّهِ عَظِيمٌ» و آن نزد خداوند بزرگ است. بدان که زمان‌ها متشابهند و حال اهل هر زمانی مشابه حال اهل زمان سالف و آتی است. زیرا که اهالی زمانهای سالفه طبق آنچه که از سیره آنان به ما رسیده مانند اهل این زمان بوده‌اند، منتحلین به دین بودند برای اغراض نفسانیه، نه برای جهت غایات انسانی، و غیبت کننده بودند و تهمت زننده کسی که داخل در دین می‌شد و عوراتشان و عیوبشان را تجسس می‌کردند، و بعضی آنها به بعضی لقب‌های بد می‌دادند، و با ظاهر شدن بدیهی برادرانشان خوشحال می‌شدند، و با ظاهر شدن محاسن آنها ناراحت، و همه اینها منافی دین است، بلکه مناقض با غایات مقصوده از تدبیر است. «وَلَوْ لَا إِذِ سَمِعْتُمُوهُ قُلْتُمْ مَا يَكُونُ» چرا وقتی آن را شنیدید نگفتید که نباشد، صحیح نباشد «لَنَا أَنْ نَتَكَلَّمَ بِهِذَا» بر ما که در این باره سخن گوئیم «سُبْحَانَكَ» منزهی تو، چرا تعجباً نگفتید «سبحانك» از جرأت بر مثل این قول، یا تنزیهاً بر خدا از اینکه حرم نبی‌اش ص فاجره باشد. زیرا که در فجور او کراهت مردم بر او باشد و کراهت آنها منافی دعوت او است. «هَذَا يُهْتَنُّ عَظِيمٌ» این بهتانی بزرگ است، فی نفسه زیرا که نسبت فجور اعظم بهتان است و بالنسبت به مبهوت علیه که حرم رسول ص می‌باشد «يَعْظُمُ اللَّهُ» خداوند شما را موعظه می‌کند، نصیحت می‌کند و خیر شما را طلب می‌کند «أَنْ تَعُودُوا» که (به این عمل) برگردید، مبادا برگردید، یا کراهت داشته باشید که برگردید، یا در اینکه عود کنید، یا با موعظه شما را از اینکه برگردید منع می‌کند. «لِمِثْلِهِ أَبَدًا» مثل آن ابداً، در دنیا هستید «إِنْ كُنْتُمْ مُؤْمِنِينَ» اگر مؤمن هستید، شرط برای تهیج است، زیرا که ایمان اقتضای عدم تفوه به مثل آن در حق کسی که در دین او باشد می‌کند. «وَيُبَيِّنُ اللَّهُ لَكُمُ الْآيَاتِ» خداوند آیات را بر شما روشن می‌سازند، یا احکام را یا آثار آن را یا آیات تدوینیه که دلالت بر احکام تکلیفیه قالبیه و قلبیه می‌کنند. «وَاللَّهُ عَلِيمٌ» و خداوند علیم است، می‌داند آنچه را که برای شما شایسته است و آنچه را که شایسته نیست و آنچه را که بر افعال شما مترتب است «حَكِيمٌ» حکیم است، برای شما حکمی تشریح نمی‌کند و شما را از امری منع نمی‌کند مگر به حکمتی که مقتضی آن

باشد. «إِنَّ الَّذِينَ يُحِبُّونَ أَنْ تَشِيعَ الْفَاحِشَةُ» کسانی که دوست دارند که فاحشه شایع شود، فاحشه زنا یا چیزی است که قبح آن شدید باشد، یا هر چیزی که خدای عزّ و جل آن را نهی کرده است؛ «فِي الَّذِينَ آمَنُوا» درباره کسانی که ایمان آورند، متعلّق به «تشیع» است و معنی آن: کسانی که دوست دارند زنا یا سایر فواحش در مؤمنین زیاد شود، یا کسانی که دوست دارند که ذکر فاحشه در مؤمنین زیاد شود، یا ظرف مستقرّ حال از «الفاحشه» است و معنی آن: کسانی که دوست دارند فاحشه ثابت در مؤمنین ظاهر شود و ذکر آن زیاد گردد. «لَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ فِي الدُّنْيَا» برای آنها عذاب دردناکی در دنیاست، به حد مقرر آن در شریعت یا به عذاب هنگام احتضار، یا به ترس از افتضاح یا به استیحاّش مؤمنین از آنها است. «وَالْآخِرَةُ وَاللَّهُ يَعْلَمُ» و آخرت و خداوند می‌داند که برای آنان در دنیا و آخرت عذاب است و لذا شما را از عود منع می‌کند. «وَأَنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ» و شما نمی‌دانید، و لذا شما دوست دارید و نمی‌ترسید؛ و جمله معطوف بر جمله «إِنَّ الَّذِينَ يُحِبُّونَ» است یا بر اسم «إِنَّ» و خبر آن و هر دوی آنان در مقام تعلیل قول او: «يَعْظَمُكُمُ اللَّهُ» می‌باشند، یا جمله «اللَّهُ يَعْلَمُ» حالیه و مفید تعلیل است. و از صادق ع است که گفت: هر کس درباره مؤمن چیزی بگوید که دو چشمش دیده و دو گوشش شنیده پس او از کسانی است که خداوند عزّ و جل گفته: «إِنَّ الَّذِينَ يُحِبُّونَ». و از کاظم ع است: که به او گفته شد: مردی از برادرانم به من خبری از او رسید که کراحت داشتم از او سؤال کردم آن را انکار کرد در حالیکه این خبر را گروهی ثقه به من خبر دادند، پس گفت: گوش و چشمت را از برادرت تکذیب کن، و اگر نزد تو پنجاه قسامه شهادت دهند و بر تو قول دیگری بگویند پس او را تصدیق کن و آنان را تکذیب نما و بر علیه او چیزی اذاعه نکن که شین او باشد به آن و مروّت او را هدم کنی که از کسانی می‌شویی که خدای تعالی گفت: «إِنَّ الَّذِينَ يُحِبُّونَ». و از رسول خدا ص است: کسی که اذاعه فاحشه نماید مانند مبتدی آن است. «وَلَوْ لَا فَضْلُ اللَّهِ عَلَيْكُمْ وَرَحْمَتُهُ وَأَنَّ اللَّهَ رُؤُوفٌ رَحِيمٌ» و اگر فضل خدا بر شما و رحمت او نبود و اینکه خداوند رؤوف و مهربان است، تکرار این کلمه اشاره به نهایت قبح این گفتار و شدّت غضب به خاطر آن و قبح حبّ شیاع فاحشه در مؤمنین است، و حذف جواب اینجا برای اشعار به شدّت قبح و شدّت غضب بر حبّ شیاع فاحشه است. «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا» ای کسانی که ایمان آوردید، آنها

را ندا داد تا اظهاراً برای لطف به آنان و ترغیباً برای استماع خطاب او «لَا تَتَّبِعُوا خُطُوَاتِ الشَّيْطَانِ» از گامهای شیطان تبعیت نکنید، در اشاعه فاحشه و رمی بری و غیربری و در سوره بقره در قول او «لَا تَتَّبِعُوا خُطُوَاتِ الشَّيْطَانِ» تحقیق خطوات گذشت. «وَمَنْ يَتَّبِعْ خُطُوَاتِ الشَّيْطَانِ» و هر کس پیرو لجامهای شیطان باشد گمراه و شقی می‌شود. «فَإِنَّهُ يَأْمُرُ بِالْفَحْشَاءِ» که شیطان امر به فحشاء می‌کند، بالغه در قبح «وَالْمُنْكَرِ» و منکر، که عقل و عرف آنرا خوب نمی‌دانند، آن چیزی است که به قبح نرسیده باشد. «وَلَوْ لَا فَضْلُ اللَّهِ عَلَيْكُمْ وَرَحْمَتُهُ مَا زَكَا مِنْكُمْ مِنْ أَحَدٍ أَبَدًا» و اگر فضل خدا بر شما و رحمت نبود احدی از شما ابداً پاک نمی‌شد، «زکی» «یزکو» «زکاء» نمو کرد است، مانند «أزکی» و «زکی الرَّجُلِ» یعنی صالح و متنعم گشت و از کدورت‌ها صاف شد. «وَلَكِنَّ اللَّهَ يُزَكِّي مَنْ يَشَاءُ» و لکن خداوند تزکیه می‌کند کسی را که بخواهد، به استعداد از قبل او به سبب قول او یا فعل او «وَاللَّهُ سَمِيعٌ» و خداوند شنوا است به اقوال مقالی و حالی او «عَلِيمٌ» دانا است، به افعال او و احوال او و نیات او و استعدادهای مکمونه غیرظاهره بر او بر غیر او «وَلَا يَأْتَلِ» و نباید سوگند خورند، «أَلَا» «الوَأ» مانند «ضرب» و «أَلُوَأ» مانند «قعود» و «أَلِيَا» مانند «مضی» و «ائتلی» کوتاهی کرد و کندی کرد و تکبر نمود است، «آلی»، و «ائتلی» سوگند یاد کردن است، و در نزول آیه گفته شده که گروهی از صحابه سوگند یاد کردند بر مردی که به چیزی از افک تکلم کند تصدق نمایند، و با آنان مواسات نکنند. و گفته‌اند: آیه درباره ابی‌بکر و مُسَطَّح بن اثاثه نازل شده که پسر خاله ابوبکر و از مهاجرین و از بدریین بود، و فقیر بود و نفقه او را ابوبکر متحمل می‌شد و از رؤسای اصحاب افک بود، چون در افک فرو رفت از او قطع نمود و سوگند یاد کرد که به او نفعی نرساند، پس نازل شد: «وَلَا يَأْتَلِ» «أُولُوا الْفَضْلِ مِنْكُمْ وَ السَّعَةِ» صاحبان فضل از شما و سعه، به مواسلت او باز گشت و مراد از فضل وسعتی است زیاده بر آنچه که انسان در نفقه‌اش به آن احتیاج دارد و سعه اعم از آن است و از آنچه که به قدر حاجت انفاق به نحو سعه باشد یا یکی از آن دو مخصوص به مال دیگری مخصوص به سعه قلب از جهت علم و اخلاق است. «أَنْ يُؤْتُوا» که بدهند، کراهت داشته باشند که بدهند، یا بر اینکه ندهند، یا در اینکه ندهند. و این بنا بر این است که «لَا يَأْتَلِ» به معنی سوگند نخورد باشد، و اگر به معنای کوتاهی نکند باشد پس آن به تقدیر «فی» است، یعنی

صاحبان فضل از شما در اینکه ندهند کوتاهی نکنند «أُولِي الْقُرْبَى» به خویشاوندان، یعنی به خویشاوندان خودشان یا خویشاوندان رسول ص «وَالْمَسَاكِينِ وَالْمُهَاجِرِينَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَ لِيُعْفُوا وَ لِيَصْفَحُوا» و مسکینان و مهاجرین در راه خدا و باید که عفو کنند و در گذرند، به «ان توتوا» و این دو به غیبت و خطاب قرائت شده و مکرر گذشت که عفو عبارت از ترک انتقام است چه قرین به حقد قلب بر مسی باشد یا نباشد، و صفا عبارت از تطهیر قلب از حقد بر آن است، لکن این دو مانند فقرا و مساکین که هرگاه مفترق شوند جمع می‌شوند، هرگاه جمع شوند مفترق می‌شوند. و آیه اشاره دارد به کیفیت حسن عمل با مسی خصوصاً طبق آنچه که از سبب نزول آن نقل شد؛ پس مثل اینکه گفته است: و گنهکار را عفو نمایند و درگذرند و صاحبان فضل در احسان به او اگر دارای اهلیت احسان باشد کوتاهی نکنند. «أَلَا تُحِبُّونَ أَنْ يَغْفِرَ اللَّهُ لَكُمْ» آیا دوست ندارید که خدا بر شما غفران نماید، ترغیب در مراتب مذکوره با بهترین وجه است، یعنی خداوند مسی را می‌بخشد، هر کسی که می‌خواهد که خدا او را ببخشد در عفو از مسی همانند خدا شود، که مشکل خدا شدن لامحاله لامحاله مورد بخشش خدا قرار می‌گیرد. «وَاللَّهُ غَفُورٌ رَحِيمٌ» و خداوند بخشنده رحیم است، می‌بخشد کسی را که بدکار را ببخشد، و رحم می‌کند به کسی که به مسی احسان کند. «إِنَّ الَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ الْغَافِلَاتِ» همانا کسانی که زنان محصنه غافل، از آنچه به آن قذف شده‌اند «الْمُؤْمِنَاتِ لَعُنُوا فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ وَ لَهُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ» مؤمنات، لعنت دنیا و آخرت و عذاب سخت برای آنان است، آن را تکرار کرد که اولی برای بیان عقوبت صوریه و حدود دنیویه است. و این بیان عقوبت اخروی و حدود باطنیه است، و برای تنبیه بر بزرگی گناه «يَوْمَ تَشْهَدُ عَلَيْهِمْ» روزی که بر آنان گواهی دهند با تاء و یا قرائت شده «أَلْسِنَتُهُمْ وَ أَيْدِيهِمْ وَ أَرْجُلُهُمْ بِمَا كَانُوا يَعْمَلُونَ يَوْمَئِذٍ يُوقَفُهُمُ اللَّهُ دِينَهُمْ» زبانهایشان و دستهایشان و پاهایشان در آن روز خداوند دین آنان را می‌دهد، یعنی جزائشان «الْحَقُّ وَ يَعْلَمُونَ أَنَّ اللَّهَ هُوَ الْحَقُّ الْمُبِينُ» حق، و بدانند که خداوند حق آشکار است. روایت شده که جوارح بر مؤمن شهادت نمی‌دهد، نیست جز اینکه شهادت بر کسی می‌دهد که کلمه عذاب بر او است. «الْخَبِيثَاتُ لِلْخَبِيثِينَ وَ الْخَبِيثُونَ لِلْخَبِيثَاتِ وَ الطَّيِّبَاتُ لِلطَّيِّبِينَ وَ الطَّيِّبُونَ لِلطَّيِّبَاتِ» زنان خبیث برای مردان خبیث و مردان خبیث برای زنان خبیث و زنان طیب برای مردان طیب و مردان طیب برای

زنان طیب، مراد از خبیثات و طیبات اقوال خبیثه و طیبه است به قرینه اینکه خبیثات و طیبات را به دنبال افک ذکر کرد، یا اعمال خبیثه و طیبه است چه از سنخ افعال و اقوال باشد، یا از علوم و اخلاق و احوال، یا مراد از آن زنان خبیثه و طیبه است به قرینه اینکه بعد افک عایشه یا ماریه ذکر کرد یا مراد مطلق از چیزی است که مسمی به خبیثات و طیبات باشد چه از سنخ اقوال و اوصاف، یا از سنخ ذوات باشد از قبیل خوردنی‌ها و نوشیدنی‌ها و پوشیدنی‌ها و نگاه کردنی‌ها و مسکن‌ها و نکاح شده‌ها و بر تعمیم خبیثات تعمیم خبیثین می‌سزد برای مردان و زنان به طریق تغلیب. و از حسن مجتبی ع است که او پس از آنکه با معاویه و اصحابش محاجه نمود و از مجلس او برخاست گفت: «الخبیثات للخبثین والخبیثون للخبیثات» ای معاویه به خدا سوگند تو و اصحابت و شیعه تو این هستید، و «الطیبات للطیبین الی آخر آیه» علی بن ابی طالب و اصحاب او و شیعه او هستند. «أولئک» آنها، یعنی صفوان و عایشه یا جریح و ماریه و امثال آن دو، یا مردان پاک و زنان پاک «مُبرؤنَ مِمَّا یَقُولُونَ» مبرا هستند از آنچه می‌گویند درباره آناناز افک یا از آنچه که خبیث‌ها می‌گویند، یعنی از اینکه مانند قول آنان بگویند: «لَهُمْ مَغْفِرَةٌ وَرِزْقٌ كَرِيمٌ» مغفرت و رزق کریم برای آن می‌باشد، به (سبب) پاکی آنها و پاکی این دو».

مجازات رجم، مبنای قرآنی ندارد و بنای آن روایی است. برخی از علمای اخباری که توجه بیشتر به ظاهر الفاظ روایات دارند رجم را مطرح دانسته‌اند. همانطور که در شأن نزول آیات ۴۱-۴۴ سوره مائده^{۱۳۸} آمده به پیغمبر عرض کردند که ما مرتکب زناي محصنه شده‌ایم،

^{۱۳۸} - سوره مائده، آیات ۴۱-۴۴. سَمَاعُونَ لِلْكَذِبِ أَكْلُونَ لِّلْسُخْتِ فَإِن جَاءوك فَاحْكُم بَيْنَهُم أَوْ أَعْرَضْ عَنْهُمْ وَ إِن تُعْرَضْ عَنْهُمْ فَلن يَصْرُوكْ شَيْئاً وَ إِن حَكَمْتَ فَاحْكُم بَيْنَهُم بِالْقِسْطِ إِنَّ اللّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ. وَ كَيْفَ يَحْكُمُونَكَ وَ عِنْدَهُمُ التَّوْرَةُ فِيهَا حُكْمُ اللّهِ ثُمَّ يَتَوَلَّوْنَ مِن بَعْدِ ذَٰلِكَ وَ مَا أَوْلَٰئِكَ بِالْمُؤْمِنِينَ. إِنَّا أَنْزَلْنَا التَّوْرَةَ فِيهَا هُدًى وَ نُورٌ يَحْكُمُ بِهَا التَّيْبُونَ الَّذِينَ أَسْلَمُوا لِلَّذِينَ هَادُوا وَ الرِّبِّيُّونَ وَ الْأَحْبَارُ بِمَا اسْتَحْفَظُوا مِن كِتَابِ اللّهِ وَ كَانُوا عَلَيْهِ شُهَدَاءَ فَلَا تَخْشَوُا النَّاسَ وَ اخْشَوُا اللّهَ وَ لَا تَشْتَرُوا بِآيَاتِي ثَمَنًا قَلِيلًا وَ مَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللّهُ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ. ای پیامبر، غمگین نکند تو را کردار آنان که به کفر می‌شتابند. چه آنهایی که به زبان گفتند که ایمان آوردیم و به دل ایمان نیاورده‌اند و چه آن یهودان که گوش می‌سپارند تا دروغ بندگان و برای گروهی دیگر که خود نزد تو نمی‌آیند سخن چینی می‌کنند، و سخن خدا را دگرگون می‌سازند، و می‌گویند: اگر شما را اینچنین گفت بپذیرید و گرنه از وی دوری گزینید. و هر کس را که خدا عذاب او بخواهد، تواس از قهر خدا رهایی نخواهی داد. اینان کسانی هستند که دنباله زیر نویس در صفحه بعد:

حضرت فرمودند به دین خود عمل کنید. و چون در تورات مجازات آنها رجم بوده حال برخی از علماء از این روایت نتیجه می‌گیرند که در زمان پیغمبر و با نظر حضرتش ص رجم امضاء شده و لذا این سنت رسول اکرم ص است، حال اینکه این استنباط غلط است. موارد روایی که درباره رجم ذکر می‌شود نیز غالباً ضعیفند و یا نیمه‌ای از داستان هستند که کفایت شرایط داوری بر موضوع را نمی‌کنند.

لذا گرچه حد زنا بسیار شدید گفته می‌شود ولی در قرآن منحصر به تنبیه یکصد ضربه است ولی این زدن نیز به شرط اثبات است که آنقدر شرایط اثبات وقوع زنا مشکل است که

دنباله زیرنویس از صفحه قبل:

خدا نخواست است که دل‌هایشان را پاک گرداند. آنان را در دنیا خواری و در آخرت عذابی بزرگ است. گوش‌نهادگان بر دروغند، خورندگان حرامند. پس اگر نزد تو آمدند میانشان حکم کن یا از ایشان رویگردان شو و اگر رویگردان شوی هیچ به تو زبانی نرسانند. و اگر میانشان حکم کنی به عدالت حکم کن که خدا عدالت‌پیشگان را دوست دارد. چگونه تو را داور قرار می‌دهند، در حالی که تورات که حاوی حکم خداست در نزد آنهاست؟ سپس از حکم تو رویگردان می‌شوند و اینان ایمان نیاورده‌اند. ما تورات را که در آن هدایت و روشنایی است، نازل کردیم. پیامبرانی که تسلیم فرمان بودند بنا بر آن برای یهود حکم کردند و نیز خداشناسان و دانشمندان که به حفظ کتاب خدا مأمور بودند و بر آن گواهی دادند، پس، از مردم مترسید، از من بترسید و آیات مرا به بهای اندک بفروشید. و هر که بر وفق آیتی که خدا نازل کرده است حکم نکند، کافر است.

روایتست از امام باقر علیه السلام که سبب نزول این آیت آن بود که زن خیبریه از بزرگان خیبر زنا کرد با کسی و حال آن که محصنه بود و نمی‌خواستند که سنگسار کنند او را کسی فرستادند نزد پیغمبر صلی الله علیه و آله و سلم که از این مسأله استفسار نمایند به طمع آن که شاید به سنگسار کردن امر نفرماید. آن حضرت فرمود که بحکم من راضی می‌شوید گفتند آری پس حکم فرمود که سنگسار کنند. ایشان قبول نکردند جبرئیل علیه السلام آمد و خبر داد آن حضرت را که ابن‌صوریا نام شخصی است در میان ایشان او را حکم گردان میان خود و ایشان. پیغمبر صلی الله علیه و آله و سلم به ایشان گفت که ابن‌صوریا را می‌شناسید گفتند آری می‌شناسیم و تعریف بسیار کردند او را آن حضرت او را طلب نمود گفت که سوگند می‌دهیم ترا به خدای تعالی که در کتابی که موسی علیه السلام از نزد خدا آورده حد زنا می‌محصن و محصنه را رجم یافتید یا نه. گفتند آری یافتیم و اگر نمی‌ترسیدیم از پروردگار آن کتاب که تورات است من نیز پنهان می‌داشتم و اعتراف نمی‌کردم به صدق قول تو. پس این آیت نازل شد. حسینی جرجانی سید امیر ابوالفتح؛ آیات الأحکام، قرن دهم، انتشارات نوید؛ تهران؛ ۱۴۰۴ ق؛ چاپ اول؛ تحقیق: میرزا ولی الله اشراقی سرابی. جلد ۲، صص ۶۶۳-۶۶۲.

اثبات وقوع این جرم تعلیق به محال است. همانطور که در تفسیر آیات سوره نور ملاحظه شد برای اثبات وقوع زنا چهار شاهد عادل باید عمل را مثل میل در مکحله یعنی چون میله در سرمه‌دان ببینند و آلا دیدن اینکه دو نفر عریان روی هم باشند کفایت نمی‌کند یا اینکه از بین آنها باید نخ عبور دهند و گیر کند. باید گفت که اولاً چهار شاهد عادل به سهولت قابل جمع کردن در محل زنا نیست و ثانیاً اگر شاهدی اقدام به بازبینی و تبیین جرم نماید مثلاً سرش را خم کند تا دخول را چون میل در مکحله ببیند بدلیل اینکه تجسس در عیوب کرده از عدالت ساقط شده و شهادت او قبول نیست. طبق تبصره ماده ۴۳ قانون آیین دادرسی کیفری نیز این موضوع به این شکل مصرح است که «تحقیق در جرایم منافی عفت ممنوع است» و از لحاظ فقهی مستند به آیات قرآن است.^{۱۳۹} لازم به ذکر است که تعداد شهود قتل دو نفر است ولی شهود زنا باید چهار نفر باشند. شهود قتل شرط عدالت ندارند ولی شهود زنا باید عادل باشند. شهود قتل می‌تواند از زنان هم باشند ولی شهود زنا باید فقط مرد باشند. شهود قتل منفرداً می‌توانند در محکمه شهادت دهند ولی شهود زنا باید هر چهار تا با هم در محکمه شهادت دهند و اگر نفر چهارم دیرتر وارد محکمه شود سه شاهد اول باید حد زده شوند. کما اینکه در زمان علی (ع) چهار نفر برای شهادت زنا خدمت حضرتش رسیدند ولی نفر چهارم از آنها لحظاتی دیرتر وارد شد که حضرت سریع دستور فرمودند سه نفر اول را حد زدند. بجای چهار شاهد عادل حداقل باید پنجاه شاهد غیرعادل وقوع زنا را شهادت دهند که در این صورت اگر زانی با زانیه مقرر به زنا نباشند شهادت پنجاه نفر باطل خواهد بود. حال اگر با شهود یا اقرار مجرم اثبات جرم شد و فرد توبه کرد حد منتفی است. راهکار اثبات توبه، یکبار اقرار پیش حاکم و یکبار پیش خود فرد است. توبه فرد همین است که وقتی بگوید پشیمان هستم باید بپذیرند. یعنی

^{۱۳۹} - سوره حجرات آیه ۱۲، یا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اجْتَنِبُوا كَثِيرًا مِّنَ الظَّنِّ إِنَّ بَعْضَ الظَّنِّ إِثْمٌ وَلَا تَجَسَّسُوا وَلَا يَغْتَبَ بَعْضُكُم بَعْضًا أَلَيْسَ بِكُلِّ لَحْمٍ أَخِيهِ مِثْلًا فَكَرِهْتُمُوهُ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ تَوَّابٌ رَّحِيمٌ. ای کسانی که ایمان آورده‌اید، از گمان فراوان بپرهیزید. زیرا پاره‌ای از گمانها در حد گناه است. و در کارهای پنهانی یکدیگر جستجو نکنید. و از یکدیگر غیبت نکنید. آیا هیچ یک از شما دوست دارد که گوشت برادر مرده خود را بخورد؟ پس آن را ناخوش خواهید داشت. و از خدا بترسید، زیرا خدا توبه‌پذیر و مهربان است.

اگر حتی بعد از اقرار به جرم انکار کرد از او پذیرفته می‌شود - چه به عنوان توبه و چه به عنوان نفی ارتکاب. اگر شخص زانی چهار بار، در چهار مجلس اقرار کند و بعد انکار نماید مجازات وی به جلد تبدیل می‌شود. از طرفی اصل مسلمی به نام قاعده درأ در مبحث حدود در فقه مطرح است که «با کوچک‌ترین شبهه، حد ساقط می‌شود». مثلاً بگوید در خواب مرتکب این جرم شدم، یا مشهود علیه قبل از قیام بینه توبه کند؛ درباره احصان مرد شرط شده که باید زوجه دائمی داشته باشد و باید با او نزدیکی کرده باشد و باید هر صبح و شام به وی دسترسی داشته باشد و متمکن از دخول باشد و اگر زوجه اش غایب یا بیمار باشد به نحوی که مرد متمکن از استمتاع نباشد و یا مرد در حبسی باشد که دسترسی به زوجه خود نداشته باشد حکم احصان مرتب نخواهد شد. در مورد احصان زن نیز شرط داشتن شوهر دائم قید شده است. و اگر شوهر در مسافرت باشد حکم احصان بر زن مرتب نخواهد بود. و اگر مسافر با وجود داشتن همسر زنا کند مشمول رجم نیست. و اگر مجرم به حرم پناهنده شود به احترام حرم حد جاری نمی‌شود. و اگر مجرم شبهه کند که با اعتقاد بر اینکه با زوجه خودش نزدیکی کرده مرتکب زنا شود حد بر او جاری نمی‌شود زیرا قصد ارتکاب جرم را نداشته است. و یا اگر مجرم شبهه کند که سابقه بیماری اعصاب داشته باشد حد ساقط است. و اگر هر یک از طرفین شبهه کنند که اکراه یا اجبار در ارتکاب زنا داشته‌اند بر مکره یا مجبر حدی نیست. و هر شبهه‌ای که مبین جهلی از قصور یا تقصیر در مقدمات باشد مُسقط حد است و هر چند این موضوع برخلاف اصل کلی «جهل به حکم رفع مسؤولیت نمی‌کند» می‌باشد ولی باید از تفسیر مُوسع در احکام کیفری خودداری نمود. و اگر موجب رجم با اقرار ثابت شده باشد فرد گریخته از گودال رجم چه بعد از خوردن سنگریزه‌ای به او و چه قبل از آن بازگردانده نمی‌شود زیرا فرار از حفره به منزله بازگشت از اقرار و مُسقط حد خواهد بود. و اگر زانیه حامل باشد حد تا وضع حمل و پایان دوره لبا به تعویق می‌افتد. و شبهات بسیار دیگر که می‌تواند از هر طرف اقامه شود که مُسقط حد شود.

تصدی رجم باید از جانب کسی باشد که حدی از حدود بر وی نباشد و در زمان غیبت این تصدی برای کسی واقع نمی‌شود و اقامه حدود موقوف به مطالبه صاحبان حق است. و امام

می‌تواند او را عفو کند و میزان اولی الامر است.^{۱۴۰}

حاکم شرع هم موظف است با تحذیر و طفره تلاش کند که تا حد امکان جرم به اثبات نرسد و اگر مجرم مصر بود او را چند بار بازگرداند و دادرسی را به تعویق اندازد تا از اقرار پشیمان شود، و با عدم مراجعه بعدی وی موضوع به خودی خود منتفی شود، یا حتی به وی راههای فرار از حد را القاء نماید. اگر مرتکب خودش نیز در محکمه اقرار به جرم کند قاضی وظیفه دارد تا چهار بار در جلسات متمایز نپذیرد و او را تحذیر از اعتراف و اقرار به جرم نماید. مزید بر تأکید همانطور که در آیه ۴ سوره نور قرائت شد که: «کسانی را که زنان عفیف را به زنا متهم می‌کنند و چهار شاهد عادل نمی‌آورند هشتاد ضربه بزیند و از آن پس هرگز شهادتشان را نپذیرید که مردمی فاسقند مگر کسانی که بعد از آن توبه کنند و صلاح آیند». تأکید بر حضور چهار شاهد دارد و تفسیر قابل درک آن این است که آنهایی که با ارائه مدارک حتی مثبتة مثلاً فیلمبرداری اثبات زناى غیر می‌نمایند مستوجب ۸۰ ضربه شلاق هستند و منبهد شهادت آنها قبول نیست و اگر موظف به تجسس سیاسی هستند از کار برکنار شوند چون دیگر شهادت آنها قابل پذیرش نیست، مگر مدارک مثبتة ارائه شده خود را تکذیب کنند. شارع مقدس اسلام چهار شهود را برای این لازم دانسته که جرم اثبات نشود. نکته دیگر مسئله اضطرار یا اجبار یا اکراه در وقوع زنا است که هر کدام از این موارد ملغی حد هستند.

در آیین دادرسی کیفری و کلاً حقوق شکلی، جرایم با یکی از ادله اقرار، شهادت، قسامه و علم قاضی اثبات می‌شوند. بطور کلی دو نوع علم وجود دارد: یکی علم «شخصی قاضی» که ناشی از دیدن یا شنیدن یا دریافتهای شخصی قاضی است و علم دیگر «علم نوعی» است که می‌تواند در محاکم مورد استناد قرار بگیرد. علم نوعی از برآیند بررسی پرونده به دست می‌آید. یعنی قاضی با توجه به شواهد و قرائن، اقناع وجدانی پیدا می‌کند. بخشی از این قرائن براساس نظریه کارشناسی به دست می‌آید و بخشی هم با توجه به انعکاس دفاعیات متهم و مسایلی که طرفین مطرح می‌کنند بدست می‌آید و از برآیند این مسایل قاضی به علم می‌رسد. زنا فقط از

^{۱۴۰} - نگاه کنید به: ابوالقاسم گرگی، حدود و تعزیرات و قصاص (۱۳۸۱)، مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه

دو طریق شهادت و اقرار قابل اثبات است. و در فقه امامیه، در بحث اثبات زنا علم قاضی مطرح نیست و زنا از راه علم قاضی قابل اثبات نیست. اشکال اساسی در این مورد یعنی عدم قبول علم قاضی به عنوان طریق اثبات جرم این است که حق متهم از بین می‌رود، زیرا زمینه‌ای برای اعتراض پیدا نمی‌کند چون علم قاضی ضابطه و ملاک ندارد.

براساس قاعده تنفیر در فقه امامیه اگر اجرای حدودی باعث شود که مردم از آن حکم متنفر شوند نباید آن اجرا شود. یعنی طبق این قاعده نباید احکام شرعی را طوری اجرا کرد که موجب نفرت مردم شود. علیرغم همه این مطالب در رجم، سنگریزه باید زده شود و نه خاک و نه سنگ درشت و اگر فرد نمرود و فرار کرد تعقیبش نباید کرد و در رجم، اعدام قطعی نیست. اگر با اقرار خودش هم زنا اثبات شده باشد و داخل گودی ایستاد و تا سنگریزه زنند و بعد ترسید و فرار کرد، کسی مجاز نیست تعقیبش کند و کاری به او داشته باشد. و یا اگر زیر سنگریزه زنده ماند آزاد است. از طرفی بسیاری اقرار را شرط ثبوت زنا نمی‌دانند و فقط شهادت چهار شاهد عادل که زنا را به ایلاج و اخراج ببینند شرط ثبوت زنا می‌شمارند که چون دقت و یا جستجو و تجسس در ثبوت ایلاج و اخراج مسقط عدالت شاهد عادل است لذا رجم در عمل امکانپذیر نیست.^{۱۴۱}

لذا با این تفاصیل اگر دو نفر عریان در میدان اصلی شهر در ملاء عام جفت شوند و زنا کنند هنوز به سادگی قابل اثبات نخواهد بود. همانطور که واضح گردید این سختگیری بیش از همه بر زنا‌ی محصنه ملحوظ شده که منشاء ضایع نمودن چندین حق است. یکی منع خیانت پنهانی زن و شوهر نسبت به یکدیگر است که طبق توافق ازدواج قرارداد وفاداری بین همدیگر امضاء نموده‌اند. و دیگر جلوگیری از تولد فرزند زنا است که از لحاظ روانشناسی این فرزند به علت تمتع و تلذذ شدید والدین هنگام نزدیکی مدارک حسی شدیدی نسبت به مظاهر دنیا پیدا می‌کنند و این موضوع عملاً باعث می‌شود که از لحاظ رفتاری بیش از دیگران مرتکب بزهکاری برای کسب مادیات بشود. و در روایات هم آمده است که لقیه طبعاً مخالف اولیاء

^{۱۴۱} - من لایحضره الفقیه، محمد بن علی بن بابویه (شیخ صدوق). ترجمه و شرح من لایحضره الفقیه، محمدجواد

غفاری، تهران: انتشارات صدوق، چاپ اول، ۱۳۶۷ ش. ج ۵، صص: ۳۳۶-۳۷۴.

الهی است و علت این موضوع این است که انبیاء و اولیاء و اوصیاء الهی فرد را از حبّ دنیا برحذر می‌دارند و این مخالف فطرت لقیه است که مظاهر دنیویه را به غایت زیبا و متلذذ می‌بیند.

رجم

مجازات‌ی نظیر رجم یا تبعید^{۱۴۲} را به عنوان احکام امضائی در اسلام پذیرفته‌اند که بالاخص در مورد رجم به نظر صحیح نمی‌باشد. شرح این گزاره به تفصیل می‌کشد ولی برای روشن شدن موضوع به ذکر برخی از دلایل مرتبط با این بحث می‌پردازیم.

به‌طور کلی قرآن کریم در مورد مجازات زنا می‌فرماید: «زن و مرد زناکار را هریک صد ضربه بزنید و اگر به خدا و روز قیامت ایمان دارید، مبادا که در حکم خدا نسبت به آن دو دستخوش ترحم گردید و باید که به هنگام تعذیب آنها گروهی از مؤمنان حاضر باشند»^{۱۴۳}. حکم قرآن در مقام ناسخ نسبت به روایات و اخبار قرارداد و نسبت به سنت میزان است. رجم در قوم نوح رایج بوده و نه به عنوان حکم و تشریح، بلکه به عنوان سنت جهال قوم نوح. در قرآن کریم می‌فرماید: «قوم نوح پیامبران را تکذیب کردند آنگاه که برادرشان نوح به آنها گفت: آیا پروا نمی‌کنید؟ من برای شما پیامبری امین هستم. از خدا بترسید و از من اطاعت کنید. من از شما در برابر هدایت خود مزدی نمی‌طلبم. مزد من تنها بر عهده پروردگار جهانیان است. پس از خدا بترسید و از من اطاعت کنید. گفتند آیا به تو ایمان بیاوریم و حال آنکه فرومایگان پیرو تو هستند؟ گفت دانش من به کارهایی که می‌کنند نمی‌رسد. اگر می‌فهمید حسابشان تنها با پروردگار من است. و من مؤمنان را طرد نمی‌کنم. جز بیم‌دهنده‌ای آشکار نیستم. گفتند ای نوح

^{۱۴۲} - یکی از موارد ذکر شده تبدیل حکم قتل به تبعید در مورد یهود و قوم بنی قین قاع (قینقاع) بود که به شفاعت عبدالله بن ابی که حلیف قوم بود پیامبر حکم قتل را به تبعید بدل فرمود. نگاه کنید به تاریخ اسلام، علی اکبر فیاض، چاپ دانشگاه تهران، چاپ چهاردهم، ۱۳۸۲، صفحه ۷۷.

^{۱۴۳} - سوره نور، آیه ۲، «الرَّائِبَةُ وَالرَّائِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ وَلَا تَأْخُذْكُمْ بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَلْيَشْهَدْ عَذَابَهُمَا طَائِفَةٌ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ».

اگر بس نکنی سنگسار می شوی»^{۱۴۴}.

این سنت جاهلیت در ازمنه بعدی نیز بود مخالفین با دین رسمی و خدایان جامعه در معرض سنگسار قرار می گرفتند. در مورد اصحاب کهف می خوانیم که وقتی بیدار شدند و قرار شد که یکی از آنها گمنام به شهر طرسوس یا افسوس برود تا غذایی بخرد و اگر آنها را میشناختند سنگسار می کردند یا به کیش خود برمی گرداندند. در بخشی از شرح کاملی درباره قصه اصحاب کهف می نویسد^{۱۴۵}: «حکایت اصحاب کهف مربوط به بعد از میلاد است و در اناجیل از آن نامی برده نشده و بطوریکه آقای صدر بلاغی در کتاب قصص قرآن در ذیل کلمه کهف ذکر کرده اند ابتدا بوسیله گریگوریوس توریسی^{۱۴۶} یکی از اسقفهای بزرگ که تاریخ فرانکها را نوشته است (۷۹۰-۸۲۸) و متاخر است^{۱۴۷} مورخ و نویسنده داستان ۱۲۲ قدیس و سیگبرت^{۱۴۸} نویسنده زبان شناس بلژیک منتشر شده است ولی نزد دانشمندان بزرگ و قدیسین و اسقفهای دیانت مسیح قبلاً نیز مورد توجه بوده چون اسقفهای نجران به فرستادگان قریش گفتند که از پیغمبر (محمد صلی الله علیه و آله) سؤال کنند و تاریخ آنها در حدود دو قرن قبل از گریگوریوس توریسی بوده است و چون این قضیه مهم بعد از میلاد بود از این رو ارتباطی با یهود نداشته و هر چند دو موضوع دیگر که مربوط به موسی و خضر و قصه ذوالقرنین است با یهود هم ارتباط دارد ولی قصه اصحاب کهف به آنها ارتباطی ندارد و بعضی گفته اند که دانشمندان یهود به فرستادگان قریش تعلیم دادند و نوشته اند که قریش نضرین حارث و عقبه (بضم عین و سکون قاف) بن ابی معیط را نزد علمای یهود به مدینه فرستادند که سؤالاتی از آنها

^{۱۴۴} - سوره شعرا، آیات ۱۱۶-۱۰۵، «كَذَّبَتْ قَوْمُ نُوحٍ الْمُرْسَلِينَ إِذْ قَالَ لَهُمْ أَخُوهُمْ نُوحٌ أَلَا تَتَّقُونَ إِنِّي لَكُمْ رَسُولٌ أَمِينٌ فَاتَّقُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا. وَ مَا أَسْأَلُكُمْ عَلَيْهِ مِنْ أَجْرٍ إِنْ أَجْرِيَ إِلَّا عَلَى رَبِّ الْعَالَمِينَ فَاتَّقُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا. قَالُوا أ نُوْمِنُ لَكَ وَ اتَّبَعَكَ الْأَرْذُلُونَ. قَالَ وَ مَا عَلَّمِي بِمَا كَانُوا يَعْمَلُونَ إِنْ حِسَابُهُمْ إِلَّا عَلَى رَبِّي لَوْ تَشْعُرُونَ. وَ مَا أَنَا بِطَارِدِ الْمُؤْمِنِينَ إِنْ أَنَا إِلَّا نَذِيرٌ مُبِينٌ. قَالُوا لَئِنْ لَمْ تَنْتَهِ يَا نُوحُ لَتَكُونَنَّ مِنَ الْمَرْجُومِينَ.»

^{۱۴۵} - حضرت حاج سلطانحسین تاینده رضا علیشاه ثانی، سه داستان اسرارآمیز عرفانی، صفحات ۵۷-۹. شرح کاملی از مستندات تاریخی و تفسیری و تحلیلی حکایت اصحاب کهف آمده است.

^{۱۴۶} - Gregoirde Tours

^{۱۴۷} - Metaphraste

^{۱۴۸} - Sigebert

بگیرند و جواب آن را از محمد بخواهند ولی این موضوع مناسب به نظر نمی‌رسد چون قصه اصحاب کهف مربوط به دوره مسیحیت و به علمای مسیحی است نه دانشمندان یهود، از این رو قول فرستادن آنها به نجران انطباق به نظر می‌رسد چون نجران از مراکز مهم مسیحیت بود نه یهود و محتمل است که یهود از بزرگان نصاری شنیده باشند. قضیه اصحاب کهف^{۱۴۹} بطوریکه بیشتر مورخین می‌نویسند در شهر افسوس که در ترکیه کنونی (آسیای صغیر) واقع است اتفاق افتاده است این شهر همانطور که قبلاً ذکر کردیم و اکنون فقط خرابه‌هایی از آن باقی مانده در حدود شصت تا هفتاد کیلومتر (۴۰میل) تا شهر ازمیر که از شهرهای ساحلی زیبای ترکیه می‌باشد واقع شده و در آن زمان مرکز آسیای صغیر و مقر والی و از شهرهای مهم محسوب می‌شده و بتکده مهمی بنام آرتامیس داشته چون مردم آنجا بت پرست بودند و در عمران و تزیینات بتکده هم کوشش زیادی داشتند و مجسمه بزرگ زیبایی از بت دیانا ساخته بودند و غار هم در حدود دو فرسخ تا آنجا فاصله دارد و زیارتگاه نیز می‌باشد ولی متأسفانه نگارنده نتوانستم به زیارت غار موفق گردم. این قضیه پس از میلاد در قرن سوم واقع شده و پادشاه و والی آنجا که تحت سیطره و حکومت امپراتور روم که مرکز آن در آن زمان شهر رم بوده و تجزیه نشده بود و بعداً که تجزیه شد شهر کنستانتینوپل (قسطنطنیه یا اسلامبول کنونی) مرکز روم شرقی گردید قرار داشت معروف به دقیانوس بود که به لغت رومی دسیوس^{۱۵۰} می‌گفتند و درالمنجد در ذکر کلمه اصحاب کهف نام او را داقیوس (با قاف) نوشته و عده آنها را هم هفت نفر ذکر کرده است، این پادشاه بت پرست بوده یا بطوری که بعضی هم گفته‌اند خودش دعوی خدایی داشت و نسبت به مسیحیان نیز که موحد بودند بسیار سختگیر بوده و ظلم می‌کرده، حکومت او هم دوام نکرد و از سال ۲۴۹ تا ۲۵۱ میلادی سلطنت کرد و چون فشار و ظلم او با نصاری در سال ۲۵۰ به نهایت شدت رسید محتمل است که آن چند نفر در همان سال فرار کرده باشند. پادشاهی هم که اصحاب کهف در زمان او بیدار شدند تاودوسیوس^{۱۵۱} بود که بطوریکه در فرهنگ قصص قرآن

^{۱۴۹} - این قسمت بیشتر از فرهنگ قصص قرآن تألیف آقای صدر بلاغی، ذکر شهر افسوس گرفته شده و بعضی از قسمتهای آن از تواریخ دیگر مذکور گردیده است.

^{۱۵۰} - Decius

^{۱۵۱} - Theodosius

مذکور است که از سال ۴۰۸ تا ۴۵۰ سلطنت کرده ولی این تاریخ با آنچه درباره مدت خواب آنها که سیصد سال شمسی بوده مخالف است مگر آنکه مدت خواب را چنانچه بعداً ذکر می‌کنیم کمتر بگوئیم یا تاریخ اشتباه باشد (۵۰۸ تا ۵۵۰) و بنابراین تاریخ، آنها در سال آخر سلطنت تاودوسیوس بیدار شدند. تاودوسیوس موحد و متدین به دیانت مسیح (ع) بود اهل شهر افسوس نیز در زمان او همان مذهب را داشتند و بطوریکه می‌نویسند آنها عموماً فقط به معاد روحانی عقیده داشتند نه جسمانی، و موضوع بیدار شدن اصحاب کهف سبب شد که آنها به معاد جسمانی نیز معتقد گردند ولی مرحوم حجّت بلاغی در اواخر کتاب حجة التفاسیر می‌نویسد که طبق نوشته آلبرت ماله اصحاب کهف در زمان تراژان که از سال ۹۸ تا ۱۱۷ میلادی سلطنت می‌کرده به غار پناهنده شدند و بیداری آنان در سال ۴۲۲ یا ۴۲۵ در زمان سلطنت تئودوز دوم (۴۰۸ تا ۴۵۰) میلادی اتفاق افتاده ولی این قول با اعتقاد سیصد سال درست نیست و باید پناه بردن آنها در سال ۱۲۲ یا ۱۲۵ باشد و آن در زمان هادرین است که از ۱۱۷ تا ۱۳۸ میلادی حکومت کرد و مورخ الدولة سپهر در ناسخ التواریخ پناهنده شدن آنها را در سال ۲۵۶ میلادی در زمان دسیوس ذکر نموده است. اصحاب کهف بطوریکه عتیق نیشابوری در تفسیر خود می‌نویسد فرزندان پادشاهانی بودند که دقیانوس آنها را شکست داد و از هر کدام یک شاهزاده به دربار خود برای خدمت آورد ولی در قصص قرآن تألیف آقای صدر بلاغی آنها را از اعیان و اشراف و مقربان دقیانوس نوشته‌اند. علت انصراف آنها را هم از شرک و گرایش به توحید به اختلاف گفته‌اند ولی در روحیه آنها انزجار از شرک و بت پرستی رسوخ یافته بود و هر کدام از دیگران از ترس پادشاه پنهان می‌داشتند.».

در قرآن کریم می‌فرماید^{۱۵۲}: «همانطور که آنها را می‌رانیدیم برانگیختیم که خودشان از همدگر سؤال کردند چقدر ما توقف کردیم و خوابیدیم، دیگران گفتند یک روز یا قسمتی از روز را خوابیدیم دیگری گفت خدا بهتر می‌داند که چقدر در اینجا ماندیم؛ خوب است یک

^{۱۵۲} - سورة کهف، آیات ۱۹-۲۰، «وَكَذَلِكَ بَعَثْنَاهُمْ لِيَتَسَاءَلُوا بَيْنَهُمْ قَالَ قَائِلٌ مِّنْهُمْ كَمْ لَبِثْتُمْ قَالُوا لَبِثْنَا يَوْمًا أَوْ بَعْضَ يَوْمٍ قَالُوا رَبُّكُمْ أَعْلَمُ بِمَا لَبِثْتُمْ فَابْعَثُوا أَحَدَكُمْ بِوَرِقِكُمْ هَٰذِهِ إِلَى الْمَدِينَةِ فَلْيَنْظُرْ أَيُّهَا أَزْكَى طَعَامًا فَلْيَأْتِكُمْ بِرِزْقٍ مِّنْهُ وَ لِيَتَلَطَّفَ وَلَا يُشْعِرَنَّ بِكُمْ أَحَدًا. إِنَّهُمْ إِنْ يَظْهَرُوا عَلَيْكُمْ يَرْجُمُوكُمْ أَوْ يُعِيدُوكُمْ فِي مِلَّتِهِمْ وَلَنْ تُفْلِحُوا إِذًا أَبَدًا».

نفر از خودمان را با پول به شهر بفرستیم تا جستجو کند و هر جا خوراک بهتری باشد بخرد، و خیلی با مدارا و نرمی رفتار کند که ما را نشناسند و مغبون هم نشود و هیچ کدام خود را یا رفقا را معرفی نکنند که اگر بفهمند، شما را می‌کشند یا سنگسار می‌کنند یا مجبور می‌کنند که به کیش آنها برگردید درین صورت رستگار نخواهید بود». در تفسیر این آیه می‌فرماید^{۱۵۳}: یعنی همانطور که خواباندن آنها نشانی و آیت بزرگی از ما بود همینطور بیدار کردن ما آنها را آیه و علامت دیگری از غرائب و عجائب قدرت ما بود که از حال همدگر سؤال کنند تا بدانند حال آنها عجیب تر از این است که به ظاهر بر همه کس مکشوف باشد و عظمت امر خدا نسبت به آنها و حقیقت آن را هرکسی درک نکند، ازین راه یقین به صحت بعث وبرانگیخته شدن در روز واپسین افزون گردد. سپس یکی گفت چقدر مادرین غارتوقف کردیم و خوابیدیم دیگران گفتند گمان می‌کنیم یک روز یا مقداری از روز^{۱۵۴} ولی پس از آنکه متوجه شدند قیافه آنها تغییر کرده و موها و ناخنها بلند شده تعجب کرده گفتند خدا بهتر می‌داند که چقدر خوابیده‌ایم، یا آنکه یک عده گفتند یک روز یا قدری از روز و بعضی دیگر همان ابتدا گفتند خدا دانایتر است ولی چون دیدند نمی‌توانند کاملاً مدت را تعیین کنند و تشخیص دهند از این موضوع صرف نظر کرده و درباره احتیاج به خوراک و رفع گرسنگی سخن گفتند و اظهار کردند که خوب است به یکی از خودمان پول^{۱۵۵} بدهیم (که ورق عبارت از نقره مسکوک است) تا به شهر برود و برای ما تهیه خوراکی بنماید و نام آن شهر طرسوس یا افسوس بود که از شهرهای

^{۱۵۳} - حضرت حاج سلطانحسین تابنده رضا علیشاه ثانی، سه داستان اسرارآمیز عرفانی، صفحات ۲۲-۲۱.

^{۱۵۴} - چون خیلی پیاده روی کرده و خسته بودند مدت زیادی خوابیدند ولی چون متوجه بودند که چه موقع از روز است که می‌خوابند از این رو موقعی که بیدار شدند موقع روز را درک کردند بنابراین نمی‌توانستند کاملاً تشخیص دهند مگر آنکه مثلاً ظهر خوابیده و نزدیک غروب بیدار شده باشند درین صورت شک پیدا می‌شود که غروب همان روز است یا روز بعد ولی به هر حال یک روز بیشتر یا نصف روز گمان می‌کردند.

^{۱۵۵} - از ظاهر آیه که کلمه ورق ذکر شده اینطور استنباط می‌شود که در آن زمان اوراقی بوده مانند حواله یا اسکناس که به جای پول مسکوک مصرف می‌شده ولی مفسر جلیل (تفسیر بیان السعاده فی مقامات العباده) ورق را به نقره مسکوک تفسیر فرموده‌اند.

نسبتاً بزرگ بود، و دقت کند کدامیک از کسبه غذای بهتر دارند و خودشان نیز درست ترند و در خرید نرمی و مهربانی کند که مغیون نشود و خود نیز ناشناس و گمنام باشد و هیچ کس را بنام و مشخصات خود آگاه نکند چون اگر مطلع شوند و بر شما ظفر یابند شما را با بدترین وضعی می کشند یا سنگسار می کنند یا به کیش خود برمی گردانند در صورتیکه خداوند بر شما نعمت داده و شما را از آنها و دین آنها خلاصی و نجات عنایت فرموده و اگر بخواهید به آن کیش برگردید هیچگاه رستگار نخواهید شد.».

لذا به وضوح پیداست که رجم برای اعمال ظلم و فشار توسط جهال قوم بکار برده می شده تا افراد را به کیش و دین ملی جامعه برگردانند. داستان قوم انطاکیه نیز در قرآن کریم در سوره یس مؤید همین موضوع است که رجم توسط جهال مذهبی و حکمرانان به اسم مذهب برای الزام به پیامبران به پرهیز از ابلاغ دین و رسالت آنها اعمال می شده است. در قرآن کریم می فرماید^{۱۵۶}: «داستان مردم آن قریه را برایشان بیاور، آن گاه که رسولان بدان جا آمدند. نخست نخست دو تن را به نزدشان فرستادیم و تکذیبشان کردند پس با سومی نیروشان دادیم و گفتند: ما به سوی شما فرستاده شده ایم. گفتند: شما انسانهایی همانند ما هستید و خدای رحمان هیچ چیز نفرستاده است و شما جز دروغ نمی گوید. گفتند: پروردگار ما می داند که ما به سوی شما فرستاده شده ایم. و بر عهده ما جز پیام رسانیدن آشکارا هیچ نیست. گفتند: ما شما را به فال بد

^{۱۵۶} - سوره یس، آیات ۳۳-۱۳، «وَ اضْرِبْ لَهُمْ مَثَلًا أَصْحَابَ الْقَرْيَةِ إِذْ جَاءَهَا الْمُرْسَلُونَ. إِذْ أَرْسَلْنَا إِلَيْهِمُ اثْنَيْنِ فَكَذَّبُوهُمَا فَعَزَّزْنَا بِثَالِثٍ فَقَالُوا إِنَّا إِلَيْكُم مُّرْسَلُونَ. قَالُوا مَا أَتَيْتُم بِشَيْءٍ مِنَّا وَ مَا أَنْزَلَ الرَّحْمَنُ مِن شَيْءٍ إِنْ أَنْتُمْ إِلَّا تَكْذِبُونَ. قَالُوا رَبُّنَا يَعْلَمُ إِنَّا إِلَيْكُم لَمُرْسَلُونَ. وَ مَا عَلَيْنَا إِلَّا الْبَلَاغُ الْمُبِينُ. قَالُوا إِنَّا تَطَيَّرْنَا بِكُمْ لَئِن لَّمْ تَنْتَهُوا لَنَرْجُمَنَّكُمْ وَ لَيَمَسَّتْكُمْ مِنَّا عَذَابٌ أَلِيمٌ. قَالُوا طَائِرُكُم مَّعَكُمْ أ إِنْ دُكِّرْتُمْ بَلْ أَنْتُمْ قَوْمٌ مُّسْرِفُونَ. وَ جَاءَ مِنَ أَقْصَا الْمَدِينَةِ رَجُلٌ يَسْعَى قَالَ يَا قَوْمِ اتَّبِعُوا الْمُرْسَلِينَ. اتَّبِعُوا مِنْ لَا يَسْأَلُكُمْ أَجْرًا وَ هُمْ مَهْتَدُونَ. وَ مَا لِي لَا أَعْبُدُ الَّذِي فَطَرَنِي وَ إِلَيْهِ تُرْجَعُونَ. أ اتَّخَذُ مِنْ دُونِهِ آلِهَةً إِنْ يُرِدْنِ الرَّحْمَنُ بِضُرٍّ لَا تُغْنِي عَنْهُمْ شَفَاعَتُهُمْ شَيْئًا وَ لَا يُنْقِذُون. إِنِّي إِذًا لَفِي ضَلَالٍ مُّبِينٍ. إِنِّي آمَنْتُ بِرَبِّكُمْ فَاسْمِعُونِ. قِيلَ ادْخُلِ الْجَنَّةَ قَالَ يَا لَيْتَ قَوْمِي يَعْلَمُونَ. بِمَا غَفَرَ لِي رَبِّي وَ جَعَلَنِي مِنَ الْمُكْرَمِينَ. وَ مَا أَنْزَلْنَا عَلَى قَوْمِهِ مِن بَعْدِهِ مِنْ جُنْدٍ مِنَ السَّمَاءِ وَ مَا كُنَّا مُنْزِلِينَ. إِنْ كَانَتْ إِلَّا صَيْحَةً وَاحِدَةً فَإِذَا هُمْ خَامِدُونَ. يَا حَسْرَةَ عَلَى الْعِبَادِ مَا يَأْتِيهِمْ مِنْ رَسُولٍ إِلَّا كَانُوا بِهِ يَسْتَهْزِئُونَ. أ لَمْ يَرَوْا كَمْ أَهْلَكْنَا قَبْلَهُمْ مِنَ الْقُرُونِ أَنَّهُمْ إِلَيْهِمْ لَا يَرْجِعُونَ. وَ إِنْ كُلٌّ لَمَّا جَمِيعٌ لَدُنَا مُّحْضَرُونَ».

گرفته‌ایم. اگر بس نکنید سنگسارتان خواهیم کرد و شما را از ما شکنجه‌ای سخت خواهد رسید. گفتند: شومی شما، با خود شماست. آیا اگر اندر زتان دهند چنین می‌گویید؟ نه، مردمی گزاف‌کار هستید. مردی از دوردست شهر دوان‌دوان آمد و گفت: ای قوم من، از این رسولان پیروی کنید. از کسانی که از شما هیچ مزدی نمی‌طلبند، و خود مردمی هدایت‌یافته‌اند، پیروی کنید. چرا خدایی را که مرا آفریده و به نزد او بازگردانده می‌شوید، نپرستم؟ آیا سوای او خدایانی را اختیار کنم، که اگر خدای رحمان بخواهد به من زبانی برساند، شفاعتشان مرا هیچ سود نکند و مرا رهایی نبخشند؟ و در این هنگام من در گمراهی آشکار باشم. من به پروردگارتان ایمان آوردم. سخن مرا بشنوید. گفته شد: به بهشت در آی. گفت: ای کاش قوم من می‌دانستند که پروردگار من مرا بیامرزید و در زمره گرامی‌شدگان درآورد. و از آن پس بر سر قوم او هیچ لشکری از آسمان فرو نفرستادیم. و ما فروفرستنده نبودیم. جز یک بانگ سهمناک نبود که ناگاه همه بر جای سرد شدند. ای دریغ بر این بندگان. هیچ پیامبری بر آنها مبعوث نشد مگر آنکه مسخره‌اش کردند. آیا ندیده‌اند که چه مردمی را پیش از آنها هلاک کرده‌ایم که دیگر به نزدشان باز نمی‌گردند. و کس نماند مگر آنکه نزد ما حاضرش آرند.» در شرح این آیات می‌فرمایند^{۱۵۷}: «وَ اضْرِبْ لَهُمْ» برای آنان بزن، یا ذکر کن برای آنها «مَثَلًا» مثلی، حالی شبیه به آنها تا به قیح احوالشان و افعالشان آگاه گردند. «أَصْحَابَ الْقَرْيَةِ» اصحاب قریه، یا مثل اصحاب قریه را. و این بدل از «مَثَلًا» است یا متعدی قرار دادن «اضرب» به واحد یا مفعول اول «اضرب» و «مَثَلًا» مفعول دوم آن و قریه انطاکیه است که عیسی ع به آن فرستاد، یا خدابه آن فرستاد چنانچه در بعضی اخبار است. «إِذْ جَاءَهَا الْمُرْسَلُونَ إِذْ أَرْسَلْنَا» وقتی آمدند فرستادگانی که فرستادیم، «إِذْ» اول بدل از «اصحاب القریة» است بدل اشتمال، و «إِذْ» دوم بدل از اولی است «إِلَيْهِمْ اثْنَيْنِ فَكَذَّبُوهُمَا فَعَزَّزْنَا» بر آنها دو نفر را پس تکذیبشان کردند پس معززشان کردیم، یا تقویت کردیم آن دو را «بِثَلَاثٍ» به سومی، که او شمعون یا پیامبری از خدای تعالی است، و اسم آن دو رسول یحیی و یونس ع بود. «فَقَالُوا إِنَّا إِلَيْكُمْ مُرْسَلُونَ» پس

^{۱۵۷} - تفسیر بیان السعاده فی مقامات العباد، جلد ۱۲ ترجمه، صفحات ۱۷۶-۱۶۸.

گفتند ما بر شما فرستاده شد گانیم، از امام باقر ع نقل شده که خداوند دو مرد را به شهر انطاکیه فرستاد، پس، آن دو آوردند آنها را آنچه که نمی‌شناختند پس بر آن دو سخت گرفتند و آن دو را گرفتند و در بیت الاصنام حبس کردند ... (تا آخر حدیث که در تفاسیر مذکور است). و در روایتی است که عیسی ع این دو رسول را مبعوث کرد پس به انطاکیه آمدند و به پادشاه آنجا دست نیافتند، و مدت اقامت آن دو طولانی شد پس روزی پادشاه خارج شد، آن دو تکبیر گفتند، پادشاه آن دو را گرفت و در بیت الاصنام حبس کرد، پس عیسی ع شمعون صفا را رأس حواریین مبعوث کرد، پس شمعون ناشناس داخل شهر شد و آن دو رسوا را یاری کرد و پادشاه و اهل شهر را در دین داخل نمود، چنانچه در تفاسیر است. «قَالُوا مَا أَنْتُمْ إِلَّا بَشَرٌ مِثْلُنَا» گفتند نیستید شما جز بشری مثل ما، بشریت را برای آن دو اثبات کردند و آن دو را حصر در آن نمودند به اعتقاد اینکه بودن در رسالت خدا از مواد و نقایص آن مجرد است «وَمَا أَنْزَلَ الرَّحْمَنُ مِنْ شَيْءٍ» و خدای رحمان چیزی نازل نکرده، زیرا که رحمان به بشر نازل نمی‌کند «إِنْ أَنْتُمْ إِلَّا تَكْذِبُونَ» شما جز دروغ نمی‌گویید، به منزله نتیجه است. «قَالُوا» گفتند، بعد آنچه اصرار ورزیدند بر انکار به تأکیدات عدیده «رَبُّنَا يَعْلَمُ إِنَّا إِلَيْكُمْ لَمُرْسَلُونَ وَ مَا عَلَيْنَا إِلَّا الْبَلَاغُ الْمُبِينُ» پروردگار ما می‌داند که ما فرستاده شدگان هستیم و بر ما جز تبلیغ آشکار چیزی نیست، از غایت انکارشان اقتضای بر مدعی و تأکیدات او نکردند «قَالُوا إِنَّا تَطَيَّرْنَا بِكُمْ لَئِن لَّمْ تَنْتَهُوا» گفتند: ما شما را به فال بد می‌گیریم اگر پایان ندهید، از آنچه که می‌گویید «لَتَرْجُمَنَّكُمْ وَ لَيَمَسَّنَّكُمْ مِنَّا عَذَابٌ أَلِيمٌ» شما را سنگسار می‌کنیم و عذاب سختی از ما به شما خواهد رسید، علاوه بر رجم «قَالُوا طَائِرُكُمْ مَعَكُمْ» گفتند: تطییر شما با شماست، این کلمه مکرر گذشت. «أَإِنْ دُكِّرْتُمْ» آیا چون اندرز داده شوید، تطییر می‌زنید یا وعده می‌دهید «بَلْ أَنْتُمْ قَوْمٌ مُّسْرِفُونَ» بلکه شما قوم اسرافکاران هستید، در جمیع امور پس غریب نیست که ما را عذاب کنید بعد از آنکه به شما تذکر داده شد که ما جز حق نمی‌گوییم. «وَ جَاءَ مِنْ أَقْصَا الْمَدِينَةِ رَجُلٌ يَسْعَى» و مردی از اقصاء شهر سعی‌کنان رسید. او حبیب نجار مؤمن آل‌یس بود. گفته‌اند: او به محمد ص ایمان آورد و بین آن دو ششصد سال فاصله بود، و در غاری عبادت خدا می‌کرد، و چون خبر رسولان به او رسید دینش را اظهار نمود. و از نبی ص است که او گفت: صدیقین سه هستند،

حبيب نجار مؤمن آل یس، و حزقیل مؤمن آل فرعون و علی بن ابیطالب ع. «قال یا قوم اتبعوا المرسلین اتبعوا من لا یسئلكم أجراً» گفت: ای قوم از رسولان پیروی کنید، از کسانی پیروی کنید که اجر و مزدی از شما نمی‌خواهند، فلذا آنها به اتباع احق بودند، چون نظر به دنیای شما ندارند و بر آنان همی جز آخرت شما نیست «و هم مهتدون» و آنها هدایت یافته‌گانند، از ظهور هدایت کردن آنها از اقوالشان و افعالشان «و ما لی لا أعبد الذی فطرنی» چرا من عبادت نکنم کسی را که مرا آفریده است؟ و فاطر به عبادت از هر معبود اولی است «و ایه ترجعون» و به او باز می‌گردید، و کسی که رجوع خلق آخرالامر به او باشد اولی است به اینکه عبادت شود «أأخذ من دونه إلهة إن یردن الرحمن بصرًا لا تُغن عني شفاعتهم شيئاً» غیر او خدائی گیرد که که اگر رحمان ضرری اراده کند شفاعت آنها چیزی را از من بی‌نیاز ننماید، و معبود لابد از عابد دفع کند و اگر دفع نکند پس لا اقل نزد کسی که می‌خواهد ضرر بزند شفاعت کند «و لا یُنقذون» و نجات نمی‌دهند، از آن «إني إذا لقي ضلال مبین» همانا من آنگاه در گمراهی آشکار باشم، ظاهر کرد (ع) دینش را چون دید تقیه به خیر عباد نیست و نه نصر رسولان ع، پس گفت: «إني آمنت بربکم» همانا به رب شما ایمان آوردم، خطاب به رسولان ع یا به اهل قریه است با تلمیح به بطلان دین آنها و حقیقت دین او «فاسمعون قیل اذخل الجنة» پس گوش کنید گفته شود داخل بهشت شو، یعنی ملائکه یا خدا بعد قتل او بشارت به او قبل دخول او اکراماً و اعزازاً باشد «قال یا لیت قومي یعلمون بما غفر لي ربي و جعلني من المکرمین» گفت ای کاش قوم من می‌دانستند آن را که پروردگار من مرا بخشیده است و مرا از اکرام شدگان قرار داده، در حدیثی است: او حیاً و میتاً قومش را نصیحت کرد. «و ما أنزلنا علی قومه من بعده من جند من السماء» و بر قوم او از آسمان لشگری نفرستادیم، چنانچه در روز بدر و خندق چنین نازل کردیم، بلکه امرشان را با یک صیحه کفایت کردیم. «و ما کنا منزلین» و نازل نکردیم بر آنان، «ما» نافییه یا موصوله معطوفه بر «جند» است، یعنی آنچه را که بر سابقین نازل کردیم از احجار و امطار و ریاح «إن کانت» که نبود، مؤاخذه ما «إلا صیحة واحدة» مگر صیحه‌ای واحد که جبریل فریاد کرد «فإذا هم خامدون» پس همه خاموش شدند. «یا حسرة علی العباد» ای دریغ بر بندگان، ای قوم حسرت بر بندگان باد، یا حسرت را به عادت عرف منادی قرار داد. «ما یأتیهم

مِنْ رَسُولٍ إِلَّا كَانُوا بِهِ يَسْتَهْزِئُونَ» هیچ پیامبری برای آنان نیامد مگر اینکه استهزایش کردند، تعریض به امت محمد ص و تنبیه برای آنهاست. «أَلَمْ يَرَوْا كَمْ أَهْلَكْنَا قَبْلَهُمْ مِنَ الْقُرُونِ أَنَّهُمْ إِلَيْهِمْ لَا يَرْجِعُونَ وَ إِن كُلًّا لَّمَّا جَمِيعٌ لَدَيْنَا مُحْضَرُونَ» آیا ندانسته‌اند چه قدر از نسلها را پیش از آنها هلاک کرده‌ایم، که به سویشان بر نمی‌گردند، نظیر آیه در آخر سوره هود در قول او^{۱۵۸} «و ان کلاً لما لیوفینهم ربک اعمالمهم» گذشت.».

همین ماجرا را درباره حضرت شعیب می‌خوانیم. در سوره هود می‌فرماید^{۱۵۹}: «و بر مدین برادرشان شعیب را فرستادیم. گفت: ای قوم من، خدای یکتا را پرستید؛ شما راهیچ خدایی جز او نیست. و در پیمانانه و ترازو نقصان مکنید. اینک شما را در نعمت می‌بینم. و از روزی که عذابش شما را فروگیرد بیمناکم. ای قوم من، پیمانانه و ترازو را از روی عدل، کامل ادا کنید و به مردم چیزهایشان را کم مدهید و چون تبه‌کاران در زمین فساد مکنید. اگر ایمان آورده‌اید، آنچه خدا باقی می‌گذارد برایتان بهتر است. و من نگهبان شما نیستم. گفتند: ای شعیب، آیا نمازت به تو فرمان می‌دهد که ما آنچه را پدرانمان می‌پرستیدند ترک گوئیم، یا در اموال خود آنچه‌ان که خود می‌خواهیم تصرف نکنیم؟ به راستی تو مردی بردبار و خردمند هستی. گفت:

^{۱۵۸} - سوره هود، آیه ۱۱۱. حقا که پروردگار تو به طور کامل سزایشان را خواهد داد.

^{۱۵۹} - سوره هود، آیات ۸۴-۹۵، «و إلی مدین آحاهم شعیباً قال یا قوم اعبدوا الله ما لکم من إله غیره و لا تنقصوا المکیال و المیزان إني أراکم بخیر و انی أخاف علیکم عذاب یوم محیط. و یا قوم أو فوا المکیال و المیزان بالقیسط و لا تبخسوا الناس أشياءهم و لا تعنوا فی الأرض مفسدین. بقیة الله خیر لکم إن کنتم مؤمنین و ما أنا علیکم بحفیظ. قالوا یا شعیب أ صلاتک تأمرک أن تنزک ما یعبد أبائنا أو أن تفعل فی أموالنا ما نشؤا إلیک لأنت الحلیم الرشید. قال یا قوم أ رأیتم إن کنت علی بیته من ربی و رزقی منه رزقاً حسناً و ما أرید أن أخالفکم إلی ما أنهاکم عنه إن أرید إلا الإصلاح ما استطعت و ما توفیقی إلا بالله علیه توکلت و إلیه أنیب. و یا قوم لا یجرمنکم شقاقی أن یتصیکم مثل ما أصاب قوم نوح أو قوم هود أو قوم صالح و ما قوم لوط منکم ببعید و استغفروا ربکم ثم توبوا إلیه إن ربی رحیم و دود. قالوا یا شعیب ما نفقه کثیراً ممّا تقول و إنا لتراک فینا ضعیفاً و لو لا رهطک لرحمتناک و ما أنت علینا بعزیز. قال یا قوم أ رهطی أعز علیکم من الله و اتخذتموه و راءکم ظهراً إن ربی بما تعملون محیط. و یا قوم اعملوا علی مکانیکم إني عامل سوف تعلمون من یأتیه عذاب یخزیه و من هو کاذب و ارتقیوا إني معکم رقیب و لما جاء أمرنا نجینا شعیباً و الذین آمنوا معه برحمة منا و أخذت الذین ظلموا الصیحة فأصبحوا فی دیارهم جائمین کأن لم یغنوا فیها إلا بعداً لمدین کما بعدت نمود.».

ای قوم من، چه می‌گویید اگر با من از جانب پروردگارم حاجتی باشد و او مرا رزقی نیکو عطا کرده باشد؟ اگر شما را نهی می‌کنم برای آن نیست که خود سودی ببرم. تا آنجا که بتوانم قصدی جز به صلاح آوردنتان ندارم. توفیق من تنها با خداست. به او توکل کرده‌ام و به درگاه او روی می‌آورم. ای قوم من، مخالفت با من شما را به کاری واندازد تا آنچه بر قوم نوح یا قوم هود یا قوم صالح یا در همین نزدیکی به قوم لوط رسید، به شما نیز برسد. از پروردگارتان آمرزش بخواهید. به درگاهش توبه کنید، که پروردگار من مهربان و دوست‌دارنده است. گفتند: ای شعیب، بسیاری از چیزهایی را که می‌گویی نمی‌فهمیم، تو را در میان خود ناتوان می‌بینیم، اگر بخاطر قبیله‌ات نبود، سنگسارت می‌کردیم و تو بر ما پیروزی نیابی. گفت: این قوم من، آیا قبیله من در نزد شما از خدا پیروزمندتر است؟ آیا خدا را پس پشت خویش افکندید؟ و حال آنکه پروردگار من به هرکاری که می‌کنید احاطه دارد. ای قوم من، شما همچنان که هستید به کار خویش مشغول باشید و من هم به کار خویش مشغول می‌شوم. به زودی خواهید دانست که آن عذاب خوارکننده بر چه کسی فرود می‌آید و چه کسی دروغ‌گوست. منتظر بمانید، من نیز با شما منتظر می‌مانم. چون امر ما فراز آمد، شعیب و کسانی را که به او ایمان آورده بودند به رحمت خویش رهانیدیم. و ستمکاران را صیحه‌ای فرو گرفت و در خانه‌های خویش بر جای مردند؛ چنان که گویی هرگز در آن دیار نبوده‌اند. هان لعنت بر مردم مدین باد، همچنان که لعنت بر قوم ثمود».

اینگونه که از آیات زیر مفهوم می‌گردد رجم در زمان موسی (ع) به عنوان یک سنت جا افتاده برای برخورد با پیامبران بکار برده می‌شده. در سوره دخان می‌خوانیم^{۱۶۰}: «پیش از آنها قوم فرعون را آزمودیم و پیامبری بزرگوار نزدشان آمد که بندگان خدا را به من تسلیم کنید که من پیامبری امینم و نیز بر خدا برتری مجوئید که من با حاجتی روشن نزد شما آمده‌ام و اگر بخواهیم مرا رجم کنید من به پروردگار خود و پروردگار شما پناه می‌برم و اگر به من ایمان نمی‌آورید

^{۱۶۰} - سوره دخان، آیات ۱۷-۲۲، «وَلَقَدْ فَتَنَّا قَبْلَهُمْ قَوْمَ فِرْعَوْنَ وَجَاءَهُمْ رَسُولٌ كَرِيمٌ. أَنْ أَدُّوا إِلَيَّ عِبَادَ اللَّهِ إِنِّي لَكُمْ رَسُولٌ أَمِينٌ. وَأَنْ لَا تَغْلُوا عَلَى اللَّهِ إِنِّي آتِيكُمْ بِسُلْطَانٍ مُبِينٍ. وَإِنِّي عُذْتُ بِرَبِّي وَرَبِّكُمْ أَنْ تَرْجُمُونِ. وَإِنْ لَمْ تُؤْمِنُوا لِي فَاعْتَرِلُونِ. فَدَعَا رَبَّهُ أَنْ هُوَ لَأِ قَوْمٍ مُجْرِمُونَ»

از من کنار گیرید. پس پروردگارش را خواند که اینان مردمی مجرمند». و همین موضوع در سوره مریم^{۱۶۱} است درباره ابراهیم (ع) که ابراهیم (ع) نیز تهدید به رجم شد که اگر دست از دعوت برداری تو را رجم خواهیم کرد: «و در این کتاب ابراهیم را یاد کن که او پیامبری راستگو بود. آنگاه که پدرش را گفت: ای پدر، چرا چیزی را که نه می‌شنود و نه می‌بیند و نه هیچ نیازی از تو برمی‌آورد، می‌پرستی؟ ای پدر، مرا دانشی داده‌اند که به تو نداده‌اند. پس، از من پیروی کن تا تو را به راه راست هدایت کنم. ای پدر، شیطان را مپرست، زیرا شیطان خدای رحمان را نافرمان بود. ای پدر، می‌ترسم عذابی از جانب خدای رحمان به تو رسد و تو دوستدار شیطان باشی. گفت: ای ابراهیم، آیا از خدایان من بیزار هستی؟ اگر باز نایستی سنگسارت می‌کنم. اکنون زمانی دراز از من دور باش. گفت: تو را سلامت باد. از پروردگارم برایت آمرزش خواهم خواست. زیرا او بر من مهربان است. از شما و از آن چیزهایی که به جای خدای یکتا می‌خوانید کناره می‌گیرم و پروردگار خود را می‌خوانم، باشد که چون پروردگارم را بخوانم محروم نشوم. چون از آنها و آنچه جز خدای یکتا می‌پرستیدند کناره گرفت، اسحاق و یعقوب را به او بخشیدیم و همه را پیامبری دادیم، و رحمت خویش را به آنها ارزانی داشتیم و سخن نیکو و آوازه بلند دادیم».

سنگسار زنان و مردان به جرم روابط جنسی خارج از ازدواج زنا ریشه در یک رسم قدیمی قبیله‌ای یهود دارد. گرچه در تورات هیچ آیه مشخصی در مورد سنگسار زانی و زانیه وجود ندارد، لیکن مجازات رابطه جنسی خارج از ازدواج و مشخصاً زنا محصنه از نظر تورات مرگ

^{۱۶۱} - سوره مریم، آیات ۴۱-۵۱، «وَ اذْكُرْ فِي الْكِتَابِ اِبْرَاهِيمَ اِنَّهُ كَانَ صِدِّيقًا نَبِيًّا. اِذْ قَالَ لِاَبِيهِ يَا اَبَتِ لِمَ تَعْبُدُ مَا لَا يَسْمَعُ وَّ لَا يَبْصُرُ وَّ لَا يُغْنِي عَنْكَ شَيْئًا. يَا اَبَتِ اِنِّي قَدْ جِئْتُكَ مِنَ الْعِلْمِ مَا لَمْ يَأْتِكَ فَاتَّبِعْنِي اَهْدِكَ صِرَاطًا سَوِيًّا. يَا اَبَتِ لَا تَعْبُدِ الشَّيْطَانَ اِنَّ الشَّيْطَانَ كَانَ لِلرَّحْمٰنِ عَصِيًّا يَا اَبَتِ اِنِّي اَخَافُ اَنْ يَمَسَّكَ عَذَابٌ مِنَ الرَّحْمٰنِ فَتَكُونَ لِلشَّيْطَانِ وَلِيًّا. قَالَ اَرَاغِبُ اَنْتَ عَنِ الْاِلٰهِي يَا اِبْرَاهِيمَ لَئِنْ لَمْ تَنْتَهَ لَارْجَمَنَّكَ وَ اَهْجُرْنِي مَلِيًّا. قَالَ سَلَامٌ عَلَيْكَ سَاَسْتَغْفِرُ لَكَ رَبِّي اِنَّهُ كَانَ يٰ حَفِيًّا. وَ اَعْتَرَلَكُمْ وَّ مَا تَدْعُونَ مِنْ دُونِ اللّٰهِ وَ اَدْعُوا رَبِّي عَسٰى اَلَّا اَكُونَ بِدُعَاءِ رَبِّي شَقِيًّا. فَلَمَّا اَعْتَرَلَهُمْ وَّ مَا يَعْبُدُونَ مِنْ دُونِ اللّٰهِ وَ هَبْنَا لَهُ اِسْحٰقَ وَ يَعْقُوبَ وَ كُلًّا جَعَلْنَا نَبِيًّا. وَ وَهَبْنَا لَهُمْ مِنْ رَحْمَتِنَا وَ جَعَلْنَا لَهُمْ لِسَانَ صِدْقٍ عَلِيًّا. وَ اذْكُرْ فِي الْكِتَابِ مُوسٰى اِنَّهُ كَانَ مُخْلِصًا وَ كَانَ رَسُوْلًا نَبِيًّا».

است: «مردی که با زن همسایه‌اش زنا کند باید بمیرد، هم او و هم شریک جرمش»^{۱۶۲}. حتی در تفسیر آن گفته‌اند اگر زن، زن همسایه نباشد هنوز عناصر جرم کامل نیست.

برخی چون ابوالفتوح رازی^{۱۶۳} درباره آیه^{۱۶۴}: «يَا أَيُّهَا الرَّسُولُ لَا مَحْزَنَ لَكَ الَّذِينَ يُسْرِعُونَ فِي الْكُفْرِ مِنَ الَّذِينَ قَالُوا آمَنَّا بِأَفْوَاهِهِمْ وَ لَمْ يُؤْمِنُوا قُلُوبُهُمْ وَ مِنَ الَّذِينَ هَادُوا سَمَاعُونَ لِلْكَذِبِ سَمَاعُونَ لِقَوْمٍ آخَرِينَ لَمْ يَأْتُوكَ يَجْرِفُونَ الْكَلِمَةَ مِنْ بَعْدِ مَوَاضِعِهِ يَقُولُونَ إِنْ أُوتِيتُمْ هَذَا فَخُذُوهُ وَإِنْ لَمْ تُؤْتَوْهُ فَاحْذَرُوا وَ مَنْ يُرِدِ اللَّهُ فِتْنَتَهُ فَلَنْ تَمْلِكَ لَهُ مِنَ اللَّهِ شَيْئاً أُولَئِكَ الَّذِينَ لَمْ يُرِدِ اللَّهُ أَنْ يُطَهِّرْ قُلُوبَهُمْ لَهُمْ فِي الدُّنْيَا خِزْيٌ وَ لَهُمْ فِي الْآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ» ذکر می‌کنند که: جماعتی از احبار یهود گروهی را نزد رسول خدا ص فرستادند تا راجع به دو نفر از اشراف اهل خبیر که زنا کرده بودند حکم دهد. و حکم آنها در تورات رجم بود که نمی‌خواستند درباره آن دو اجرا نمایند. و چون یهودیان بنی‌قریظه و بنی‌نضیر با مسلمین در حال صلح بودند این جماعت را با گروهی از این دو قبیله همراه ساختند. حضرتش فرمود: حکم آنها در تورات شما محکوم به رجم است و آنها منکر شدند. تا ابن‌صوری را احضار کردند، و او اقرار کرد که حکم زنا می‌محصنه در تورات رجم است. در صورتی که در متن تورات نیز آیه رجم مشاهده نمی‌شود.^{۱۶۵}

انجیل عهد جدید از شیوه اجرای حکم سنگسار به عنوان یک رسم قدیم یهودی نام می

^{۱۶۲} - تورات، لویتیکوس، بخش ۲۰ آیه ۱۰.

^{۱۶۳} - حسین بن علی ابوالفتوح رازی، روض الجنان و روح الجنان فی تفسیر القرآن. ج ۶ صص ۳۸۲-۳۷۹.

^{۱۶۴} - سوره مائده، آیه ۴۱. ای پیامبر، غمگین نکند تو را کردار آنان که به کفر می‌شتابند. چه آنهایی که به زبان گفتند که ایمان آوردیم و به دل ایمان نیاورده‌اند و چه آن یهودان که گوش می‌سپارند تا دروغ بدهند و برای گروهی دیگر که خود نزد تو نمی‌آیند سخن چینی می‌کنند، و سخن خدا را دگرگون می‌سازند، و می‌گویند: اگر شما را اینچنین گفت بپذیرید و گرنه از وی دوری گزینید. و هر کس را که خدا عذاب او بخواهد، تو اش از قهر خدا رهایی نخواهی داد. اینان کسانی هستند که خدا نخواسته است که دل‌هایشان را پاک گرداند. آنان را در دنیا خواری و در آخرت عذابی بزرگ است.

^{۱۶۵} - حسین بن علی ابوالفتوح رازی، روض الجنان و روح الجنان فی تفسیر القرآن. جلد ۳، صص ۴۶۴ - ۴۶۲. برای احادیثی قریب به این مضمون نگاه کنید به: جامع البیان ج ۶، صص ۱۵۴-۱۵۲. اسباب نزول ۱۴۹.

برد: «یهودیان سنگ برداشتند تا او را سنگباران کنند»^{۱۶۶}. و اگر با توجه به نص انجیل قضاوت کنیم، بنظر می‌رسد که مسیح این رسم قدیم دین یهود را در مورد زنان و مردانی که مرتکب زنا شده‌اند لغو کرده است: «که ناگاه کاتبان و فریسیان زنی را که در حین زنا دستگیر شده بود نزد او آوردند و او را مجبور ساختند که بر پای بایستد به نوعی که در معرض دید کامل همگان باشد. آنان به مسیح گفتند ای بزرگوار این زن را در حین ارتکاب عمل زنا گرفته‌ایم و موسی در کتاب قانون به ما فرمان داده است که این قبیل زنان باید سنگسار شوند. تو چه می‌گوئی؟ اما مسیح ... به آنان گفت هر که از شما گناه نکرده است نخستین سنگ را بر او بیندازد ... پس چون شنیدند ... از پیرترینشان شروع کردند تا به آخر یکی پس از دیگری بیرون رفتن. عیسی تنها ماند با آن زن که همچنان سر پای ایستاده بود. پس عیسی قد برافراشت و جز آن زن هیچکس را ندید. عیسی به بالا نگریست و گفت ای زن آنان کجا شدند؟ هیچکس ترا محکوم نکرد؟ زن پاسخ داد نه جناب. عیسی گفت منم ترا محکوم نمی‌سازم و بازگرد و دیگر گرد گناه مگرد»^{۱۶۷}.

در قرآن حداقل شانزده آیه در مورد زنا وجود دارد، ولی در هیچ موردی نه برای زنای محصنه مجازات مرگ تعیین شده و نه به سنگسار به عنوان شیوه مجازات اشاره شده است. در این مورد برخی از متشرعین برای توجیه رجم مقصر را بز عایشه می‌دانند. آنان از قول عایشه نقل می‌کنند که محمد ص آیه‌های مختلف قرآن را زیر بالش و تشک پنهان می‌کرد. از جمله این آیات یکی هم آیه مربوط به رجم بوده است. عایشه گفته است: «ما مشغول کفن و دفن رسول الله بودیم و بزری آمد و آیه رجم را از زیر تشک بیرون کشید و خورد»^{۱۶۸}.

قرآن کریم در ارتباط با رابطه جنسی مرد و زنی که طبق قانون به یکدیگر تعلق نداشته باشند یعنی زنا بطور عام و زنای محصنه بطور خاص سختگیر است، لیکن برای این قبیل اعمال

^{۱۶۶} - انجیل یوحنا، ۳۱:۱۰

^{۱۶۷} - انجیل یوحنا، باب هشتم آیات ۳ تا ۱۲.

^{۱۶۸} - به نقل از راغب اصفهانی در کتاب محاضرات، جلد ۲ صفحه ۲۵۰، چاپ مصر، ۱۲۸۷ هجری. نقل شده در باستانی پاریزی، کوچه هفت پیچ، انتشارات نگاه، تهران ۱۳۷۰ صفحه ۴۳۴.

مجازات مرگ تعیین نکرده است: «به زن و مرد زناکار هریک صد شلاق بزیند. اجازه ندهید که ترحم بحال آنان شما را از اطاعت خدا باز دارد اگر برآستی به خدا و روز بازپسین ایمان دارید و بگذارید که تعدادی از مؤمنین شاهد اجرای تنبیه آنان باشند. هیچیک از آنها نمی‌تواند با زن یا مرد مسلمان ازدواج کند»^{۱۶۹}.

پطروشفسکی^{۱۷۰} بر این باور است که رجم زنان و مردان زناکار را نخستین بار فقهای اهل سنت (شافعیان و حنفیان) معرفی کرده‌اند و بنظر می‌رسد که شیعه این رسم را از آنان گرفته باشد. پطروشفسکی بر آن باور است که: مجازاتهای شدیدی که برای زنا پیش‌بینی شده بوده کمتر مجری و عملی می‌گشته، زیرا که در این امور برای صدور حکم مجازات اظهار شوهر، حتی در صورتی که زوجه گناهکار خویش را در محل جرم دیده باشد، کافی نبوده و شهادت چهار گواه که عمل زنا را بچشم دیده باشند، ضرورت داشته و چنین وضعی فقط در موارد استثنائی می‌توانست وقوع یابد. و اجرای مجازات «حد» برای زناکاران مشروط به شرایط مشکلی است. مسلم است که هیچکس روابط جنسی را در معرض دید دیگران و بخصوص چهار شاهد عادل انجام نمی‌دهد. اعتراف خود متهم به ارتکاب زنا می‌تواند مبنائی برای اجرای مجازات باشد، لیکن اعتراف به این قبیل گناهان از طرف متهم نیز با توجه به شدت مجازات امری بعید بنظر می‌رسد. مواردی نظیر زمانی که شوهر در سفر است و زن باردار می‌شود نیز بسیار نادر است. پس می‌بایست سنگسار در تاریخ اسلام وجود نمی‌داشت و یا پدیده‌ای بود بس نادر و شاذ.

نظریه حقوقی نفی رجم

از بُعد اصول کلی حقوقی نیز شاید منتفی بودن رجم را بتوان بدین شکل مطرح کرد که هر

^{۱۶۹} - سورة نور، آیات ۲ تا ۴. «الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ وَلَا تَأْخُذْكُمْ بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَلَيْشَهِدَ عَدَاؤُهُمَا طَائِفَةٌ مِّنَ الْمُؤْمِنِينَ الزَّانِي لَا يَنْكِحُ إِلَّا زَانِيَةً أَوْ مُشْرِكَةً وَالزَّانِيَةُ لَا يَنْكِحُهَا إِلَّا زَانٍ أَوْ مُشْرِكٌ وَحُرْمٌ ذَلِكَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ. وَالدِّينُ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ»

^{۱۷۰} - پطروشفسکی، اسلام در ایران، ترجمه کریم کشاورز، صفحه ۱۸۰.

عقدی براساس شرایط توافق شده ضمن عقد جاری می‌گردد و هرگاه این شرایط به ترتیبی بهم خورد آثار عقد به شکل ما هو عقد نافذ نیست. این اصل کلی دربارهٔ عقود گفته شده و منجمله عقد نکاح. با استفاده از این مبحث به شرط ضمنی ضمن عقد نکاح اشاره می‌شود که بطور تلویحی یا افواهی، بطور صریح یا ضمنی بین مرد و زن هنگام عقد نکاح یا قبل از آن جاری و توافق می‌شود که آن انحصار مضاجعت طرفین بین شوهر و زن است و یا لاقل خودداری مضاجعت زن با غیر از شوی خود می‌باشد. اگر این موضوع صراحتاً هم ذکر نشود عرف مسلم است و عقد را از شکل عقد مطلق به عقد مشروط تبدیل می‌کند. و براساس قاعدة العقود تابعة للقصد^{۱۷۱} تا مادامی که طرفین قصد عنوان عقد را نکرده‌اند عقد مورد نظر محقق نخواهد شد و تحقق اعتبارات متعاقدين و پیوند آنها به یکدیگر نفیاً و اثباتاً منوط به قصد و ارادهٔ طرفین می‌باشد کلیه اموری که انشاء طرفین به دلالت مطابقه و با تضمّن و التزام بر قصد آن دلالت دارد مدلول التزامی عقد است و مانند شروط و خصوصیات سایر عقود همه بر عقد مترتب خواهد شد و خصوصیات و آثاری که طرفین قصد آن را کرده‌اند مشمول ادلهٔ صحت معامله است. لذا شرطی که عرف مسلم جامعه در ضمن عقد نکاح انحصار مضاجعت طرفین بین متعاقدين نکاح و یا لاقل خودداری مضاجعت زن با غیر از شوی خود را بر مبنای قصد طرفین تلویحاً یا افواهی، صریحاً یا ضمناً منظور می‌دارد و انشاء عقد نکاح به دلالت مطابقه با تضمّن و التزام بر قصد آن دلالت دارد مدلول التزامی عقد نکاح است شرط ضمن العقد تلقی می‌گردد و لازم الوفا می‌باشد. عدم انشاء این شرط نیز دلالت بر عدم شرط نمی‌کند زیرا که قبل از انشاء نیز آن معنا در نفس انشاء کننده وجود دارد و انشاء علت وجود آن نیست و اعتبار نفسانی منشئی که با صیغ انشائی و یا بوسیلهٔ فعل انشاء می‌شود فعل اختیاری شخصی متعاقدين است و فعل اختیاری شخص جز به خود او و اراده‌اش به چیز دیگری نیازمند نیست. لذا در هر دو صورت اگر یکی از طرفین مرتکب زنا شوند در همان دم اسقاط احصان متحقق و زنا محصنه محسوب نمی‌شود. چون مرتکب عملاً زانی یا زانیه شرط ضمن العقد با زوج خود را زیر پا گذاشته و رعایت نکرده

^{۱۷۱} - نگاه کنید به: ابوالقاسم گرگی، مبانی حقوق اسلامی (۱۳۸۷)، انتشارات مجد، تهران.

و آثار احسان و عقد زناشویی بین آن دو دیگر مترتب نیست. لذا نمی‌توان مرتکب را به سزای رجم و زنا محصنه مجازات نمود. اگر هم مرد مرتکب زنا با غیر شود اگر زن هنگام عقد تلویحاً یا افواهاً یا صراحتاً یا ضمناً به او اجازه تعدد زوجات داده باشد باز مفهوم زنا محصنه برای مرد با غیر از زن خود نافذ نیست چون حکم تعدد زوجات دارد. و در لحظه‌ای که طرفین از خطای احراز شده صرف نظر می‌کنند مصالحه آنان حکم رجوع داشته و آثار عقد نکاح بین آنان کما فی السابق ساری خواهد شد.

سرقت

قسم دوم از حدود که حد قذف و رمی بود که در ضمن حد زنا به آن پرداخته شد. سوم از اقسام حدود حد سرقت است. در قرآن کریم می‌فرماید^{۱۷۲}: «و مرد دزد و زن دزد را به کیفر کاری که کرده‌اند قطع ید کنید»^{۱۷۳} این عقوبتی است از جانب خدا، که او پیروزمند و حکیم است. هر کس پس از کردار ناپسندش توبه کند و به صلاح آید، خدا توبه او را می‌پذیرد، که او آمرزنده و مهربان است. آیا ندانسته‌ای که فرمانروایی آسمانها و زمین از آن خداست، هر که را بخواهد عذاب می‌کند و هر که را بخواهد می‌آمرزد و بر هر کاری تواناست؟» در شرح این

^{۱۷۲} - سورة مائده، آیات ۳۸-۴۰. وَ السَّارِقُ وَ السَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جِزَاءَ بِمَا كَسَبَا نَكَالًا مِّنَ اللَّهِ وَ اللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ. فَمَن تَابَ مِن بَعْدِ ظُلْمِهِ وَ أَصْلَحَ فَإِنَّ اللَّهَ يَتُوبُ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ. أَلَمْ تَعْلَمْ أَنَّ اللَّهَ لَهُ مُلْكُ السَّمَاوَاتِ وَ الْأَرْضِ يُعَذِّبُ مَن يَشَاءُ وَ يَغْفِرُ لِمَن يَشَاءُ وَ اللَّهُ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ.

^{۱۷۳} - قطع ید سارق از سنت‌هایی است که حضرت عبدالمطلب ع بنا نهاد و سپس توسط رسول اکرم ص نیز امضاء گردید. در قرآن در آیات ۳۸-۴۰ سوره مائده می‌فرماید: «دست زن و مرد دزد را به کیفر کاری که کرده‌اند ببرید این عقوبتی است از جانب خدا، که او پیروز حکیم است. هر کس پس از کردار ناپسندش توبه کند و به صلاح آید، خدا توبه او را می‌پذیرد که او آمرزنده و مهربان است، آیا ندانسته‌ای که فرمانروایی آسمانها و زمین از آن خداست هر که را بخواهد عذاب می‌کند و هر که را بخواهد می‌آمرزد و بر هر کاری تواناست.» وَ السَّارِقُ وَ السَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جِزَاءَ بِمَا كَسَبَا نَكَالًا مِّنَ اللَّهِ وَ اللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ. فَمَن تَابَ مِن بَعْدِ ظُلْمِهِ وَ أَصْلَحَ فَإِنَّ اللَّهَ يَتُوبُ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ. أَلَمْ تَعْلَمْ أَنَّ اللَّهَ لَهُ مُلْكُ السَّمَاوَاتِ وَ الْأَرْضِ يُعَذِّبُ مَن يَشَاءُ وَ يَغْفِرُ لِمَن يَشَاءُ وَ اللَّهُ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ.

آیات می‌فرماید^{۱۷۴}: «وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا» سارق و سارقه را قطع ید کنید، چون حکم محارب و مفسد فی الارض و کافر را ذکر کرد حکم سارق که او هم مفسد است ولی نه به حدّ قتل را نیز ذکر کرد و شرایط سرقت و دیه به حدّ از حرز (در محافظ بودن مسروقه) و رسیدن مسروق به ربع دینار، و در غیرمواقع گرسنگی قحطی و شرایط قطع از ابتدا به دست و اینکه قطع نمی‌شود مگر چهار انگشت از دست راست، از اصل آن و انگشت ابهام ترک می‌شود، و اینکه پای چپ قطع می‌شود نه پاشنه مذکور در کتب فقهی مفصله است، و اینجا جای تحقیق و تفصیلش نیست، «جَزَاءَ بِمَا كَسَبَا نَكَالًا مِّنَ اللَّهِ» جزائی است به آنچه که آن دو کردند زجری از خدا و خدا، عقوبتی از او، «وَ اللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ» و خدا عزیز حکیم است، «فَمَنْ تَابَ مِن بَعْدِ ظُلْمِهِ» پس کسی که بعد ظلمش توبه کرد، به توبه خاص نبویه یا ولویه از قبل قدرت امام به قرینه سابق و به بیان معصومین ع «وَأَصْلَحَ» و اصلاح کرد، مسروق را به صاحبش برگرداند، دیگر مانند محارب حدّی برای او نیست «فَإِنَّ اللَّهَ يُتُوبُ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ» زیرا که خدا برای او توبه می‌کند، همانا خدا غفور رحیم است، تعلیل است برای ماقبلش «أَلَمْ تَعْلَمْ أَنَّ اللَّهَ لَهُ مُلْكُ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ» آیا ندانستی که همانا ملک آسمان و زمین خدا راست، چون مقامی که گذشت این مظنه را خطور می‌دهد که شایسته نیست که حدّی که بر علیه محاربه یا سرقت او ثبت شده به محض توبه از او و با قول او قبول و ساقط شود، آیا ندانستی، و خطاب یا عامّ است برای هر کس که خطاب در مورد او آورده شده یا خاص به محمّد ص است از قبیل به تو می‌گویم تا همسایه بشنود. «يُعَذِّبُ مَن يَشَاءُ وَيَغْفِرُ لِمَن يَشَاءُ وَ اللَّهُ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ» هر که را خواهد عذاب کند و از هر که خواهد درگذرد و او بر هر چیز تواناست.

برای اجرای حد سرقت شبهات بسیاری مطرح است که درأ حد می‌کنند. میزان مال از این قسم است و باید از میزان خاصی بیشتر باشد. و مالک قصد حفظ و ضبط آن را بحسب عرف کرده باشد. و آنکه گرفتن مال بنفس خود سارق باشد نه به وسیله دیگری. و آنکه برای رفع گرسنگی و معیشت حیات سارق و عائله او نباشد. و آنکه دزد پدر نباشد که از مال پسر دزدیده

^{۱۷۴} - تفسیر بیان السعاده فی مقامات العباد، جلد ۴، صفحات ۳۲۹-۳۲۷.

باشد و مملوک نباشد که از مال خواجه دزدیده باشد و شریک نباشد که از مال مشترک دزدیده باشد. مال در محفظه یا محل سرپوشدار باشد، قحطسالی یا تنگسالی نباشد، و مراد از قطع ید بریدن چهار انگشت است غیر ابهام از بیخ انگشتان از دست راست بر وجهی که کف دست بماند. پس اگر بعد از قطع ید بر وجه مذکور با دیگر دزدی کند به شرایط مذکوره پای چپ او را باید برید بر وجهی که پاشنه بماند. پس اگر بار دیگر دزدی کند حبس مخلد کنند او را. پس اگر در حبس دزدی کند قتل واجب شود. و وجوب حد مذکور موقوفست بر ثبوت سرقت مذکوره به گواهی دادن یا به اقرار دو نوبت. و اما به اقرار یک نوبت رد مال ثابت شود نه حد و هم چنین به سوگند خوردن مدعی با یک گواهی. کسی که توبه کند بعد از آن که دزدی کرده باشد و استقامت ورزد بر آن توبه پس توبه سارق و سارقه مسقط عذاب اخرویست چنانکه متفق علیه است و مسقط حد است حسب نظر علماء شیعه بشرط آنکه توبه پیش از ثبوت شرعی سرقت واقع شود.^{۱۷۵} علاوه بر این اجرای حدود در زمان غیبت خود مورد تأیید اجماع فقها نیست و بسیاری موارد دیگر نظیر تعبیر قطع ید به مفهوم سلب اختیار که عرف از آن استنباط می‌کند و غیر از آن.

محاربه

قسم چهارم حد محاربه است. تحذیر و ترساندن از محاربه با خدا و رسول نیز از این دیدگاه جالب است. برای شرح این موضوع به آیات زیر مراجعه می‌نمائیم^{۱۷۶}: «جزای کسانی که با خدا و پیامبرش جنگ می‌کنند و در زمین به فساد می‌کوشند، آن است که کشته شوند، یا بردار گردند یا دستها و پاهایشان یکی از چپ و یکی از راست بریده شود یا از سرزمین خود

^{۱۷۵} - حسینی جرجانی سید امیر ابوالفتوح؛ آیات الأحكام (جرجانی)، قرن دهم، انتشارات نوید؛ تهران؛ ۱۴۰۴ ق؛ چاپ اول؛ تحقیق: میرزا ولی الله اشراقی سراپی. جلد ۲، صص ۶۷۵-۶۷۴.

^{۱۷۶} - سوره مائده، آیات ۳۳-۳۴، «إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خِلَافٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ ذَلِكَ لَهُمْ جِزْيٌ فِي الدُّنْيَا وَ لَهُمْ فِي الْآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ. إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ قَبْلِ أَنْ تَقْدِرُوا عَلَيْهِمْ فَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ».

خودش نافذ است. بلکه مقصود از توبه آن است که مناط اسلام و ایمان است به سبب قبول دعوت ظاهری یا دعوت باطنی که آن تنها امر بین خدا و عبد نیست بلکه باید رسول ص یا امام ع نیز توبه او را قبول کند و برای او استغفار کند، و از او پیمان بگیرد، و هر کس که رسول یا امام برای او استغفار کند و توبه‌اش را بپذیرد، گناه او بخشیده شده و توبه‌اش قبول و دارای شاهد و گواه است، زیرا که اسلام، ماقبلش را می‌پوشاند.»

مراد از محاربه در عرف شرع کسی است که آلت حرب را از برای ترسانیدن مردم خواه در بحر و خواه در بر و خواه در شب و خواه در روز و خواه مرد و خواه زن و خواه قوی و خواه ضعیف برهنه کند. و مراد از قطع ایدی و ارجل که از طریق مخالفت آمده باشد برین وجه که دست راست ایشان را ببرند و پای چپ ایشان را به طریقی که در حد سرقت مذکور شد. و مراد از نفی اخراج است و از ارض جنس ارض مطلقا باین معنی که آن را از آن شهر بیرون کنند و در هر شهری که قرار گیرد حاکم شرع به مردمان آنجا بنویسد که محاربت و با او مخالطه و معامله نکنید حتی که اگر به دیار کفر رود همین عمل کرده شود تا آن که بمیرد. و میان فقهاء در آن که وجوب امور مذکور در حد محارب بر سبیل تخییر است یا ترتیب اختلاف است. شیخ مفید بر آنست که تخییر است و امام معیر است میان اقسام اربعه مذکوره در جمیع صور محاربه از قتل و اخراج و اخذ مال و اضافه. و شیخ ابو جعفر بر آنست که ترتیبی است و هر یک از اقسام اربعه مذکوره جزای یکی از صور محاربه است به تفصیلی که در محلش مذکور است. یعنی اگر محارب با خدا رسول و ساعی فساد در روی زمین قتل نفس نمود کشته می‌شود. و اگر با قتل نفس سرقت هم نمود پس از استرداد مال (مسروق شده) بدار می‌کشند تا کشته شود. و اگر قتل نفس اتفاق نیفتاد بلکه فقط مال سرقت کرد و پای آن بریده می‌شود از خلاف یعنی در دفعه اولی دست راست از اصول اصابع و در دفعه ثانی پای چپ از وسط قدم و دفعه سیم حبس می‌کنند و در دفعه چهارم بقتل می‌رسانند. و اگر شمشیر کشیده محاربه با خدا و رسول و سعی فساد در زمین نمود بدون قتل نفس و بدون اخذ مال (سرقت) نفی بلد می‌کنند تا به یک سال و اعلان می‌کنند و بنویسند که او محارب و تبعید شده است با آن هم مجلس نشوید و معامله نکنید و هم نکاح و هم طعام نشوید و با آن مشورت نکنید تا به مدت یک سال و اگر از

آن بلد به بلد دیگر برود به آن شهر اعلام می‌کنند و بنویسند مثل نوشته اول تا این که یک سال تمام شود. و اگر توجه به ارض مشرک و کفار کند با اهل آن شهر مقاتله می‌شود تا این که آن محارب کشته شود. لیکن مختار محققان قول اول است از جهت آنکه ظاهر کلمه تخییر است بلکه کلمه او برای تنويع است نه تخییر باین معنی که حد محارب و مفسد به یکی از انواع چهارگانه مجازات جزاء داده می‌شود بقدر جنایات ایشان بنا بر این روایات وارده در تفصیل حکم محارب موافق با قرآن می‌شود. و دلیلی که دلالت بر تفصیل مذکوره کند موجود نیست با آن که اصل عدم وجوب آنست. پس آیه مذکوره دلالت می‌کند بر وجوب تخییری افعال مذکوره در حد محارب که حد محارب با خدا و رسول و مفسد در روی زمین ترتیبی است بقدر جنایات ایشان. از آیه فوق استحقاق محارب بعذاب آخرت مستفاد می‌گردد ولی حتمی بودن آن معلوم نیست چون که استحقاق اعم از فعلیت است و در آیه شریفه دلالت بر حتمی بودن عذاب نیست زیرا که جایز و ممکن است که خداوند بفضل خود عفو فرماید به اسقاط آنچه مستحق شده‌اند از عذاب بزرگ. یعنی اگر آنان که توبه کنند پیش از آن که بر ایشان قادر شوند. این استثناء متعلق است به افعال مذکوره که بر سیل حد واقع شود نسبت به محارب زیرا که توبه مسقط آنهاست بخلاف آن چه بر سیل قصاص واقع شود مثل قتل زیرا که توبه مسقط آن نباشد و هم چنین است رد مال از او بعینه یا بقیمت آن. و دور نیست که گفته شود که توبه محارب در حقوق الناس موقوفست بر عفو مستحقان آن حقوق از آن حقوق و بعد از عفو مستحقان حقوق الناس ساقط گردد. پس تواند بود که استثناء مذکوره متعلق باشد به افعال مذکوره مطلقاً خواه حد و خواه قصاص چنانکه در آیه حد قذف مذکور شد و تقیید توبه به آنکه پیش از قدرت باشد از جهت آنست که توبه محارب بعد از دست یافتن برو مسقط حد نیست اگرچه مسقط عذاب اخروی باشد. یعنی آیه مذکوره دالست بر آن که توبه محارب پیش از دست یافتن بر او مسقط حد از او است.^{۱۷۸}

ترساندن و قراردادن راه برگشت و توبه و اصلاح عمل در همه موارد ذکر شده قابل

^{۱۷۸} - حسینی جرجانی سید امیر ابوالفتوح؛ آیات الأحکام (جرجانی)، قرن دهم، انتشارات نوید؛ تهران؛ ۱۴۰۴ ق؛ چاپ اول؛ تحقیق: میرزا ولی الله اشراقی سرابی. جلد ۲، صص ۶۸۰-۶۷۶.

ملاحظه است. یعنی در تمام این موارد ترساندن و تحذیر به بالاترین وجه است ولی راه صلاح و توبه به آسانترین شکل قرار داده شده تا ارتکاب به جرم در کمترین حد خود قرار گیرد و حرکت به سلم و سلامت در سهلترین وضعیت باشد. مسلماً این نظام جزائی توانائی اصلاح جامعه را خواهد داشت و هزینه‌های متنوع جرم را از گردن جامعه تا حد بسیار زیادی ساقط خواهد کرد.

ارتداد

یکی دیگر از مواردی که جزء حدود قرآنی نیست ولی فقها به آن اشاره نموده‌اند تحذیر و ترساندن از ارتداد است و این به دلیل این است که شارع مطهر قصد فرموده تا با القاء شدائد نسبت به بازگشت از تفکر متعالی به سوی تفکرات گذشته افراد را از رجعت باز دارد و آنها را به سوی تعالی ملزم نماید. علیرغم اینکه در فقه مجازاتی نظیر قتل برای ارتداد ذکر می‌شود ولی ملاحظاتی دارد که تحقق آن را معلق می‌نماید. در قرآن کریم می‌فرماید^{۱۷۹}: «آنها که از شما از دین خود بازگردند و کافر بمیرند اعمالشان در دنیا و آخرت تباه شده و جاودانه در جهنم باشند». در شرح این آیه می‌فرمایند^{۱۸۰}: «وَمَنْ يَرْتَدِدْ مِنْكُمْ عَنْ دِينِهِ» و کسی که از شما برگردد از دین او، از کلام او تعالی، و عطف است بر «لا يزالون» یا بر «يسألونك» یا مقول قول رسول ص است یا جمله حالیه است «فَيَمُتْ» پس بمیرد، عطف است بر «يرتدّد»، «وَهُوَ كَافِرٌ» و او کافر است، تقیید موت به کفر در ترتّب عقوبت برای اشعار به این است که کسی بمیرد و قبل از احتضار کافر باشد، نمی‌شود بر عقوبت او حکم کرد، به جواز اینکه ولایت را در حین احتضار و ظهور علی ع او بپذیرد. پس اگر علی ع در حین احتضار بر او ظاهر شد و او علی ع را انکار کرد، موت او بر کفر بوده و الا فلا و کسی که حال محتضر از قبول و ردّ را نمی‌داند، جایز

^{۱۷۹} - سوره بقره، آیه ۲۱۷، «وَمَنْ يَرْتَدِدْ مِنْكُمْ عَنْ دِينِهِ فَيَمُتْ وَهُوَ كَافِرٌ فَأُولَئِكَ حَبِطَتْ أَعْمَالُهُمْ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ

وَأُولَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ»

^{۱۸۰} - بیان السعاده، جلد ۲، صفحات ۴۴۸-۴۴۶.

نیست که حکم بر اسلام او و نه کفر بکند و تفوه بر لعن او شایسته نیست «فَأُولَئِكَ» پس آنها، تکرار مبتداست به اسم اشاره بعیده برای احضار دوباره آنان به اوصاف ذمیمه‌شان، و برای تحقیر آنها تا در زجر و ردع ابلغ باشد. «حَبِطَتْ أَعْمَالُهُمْ» اعمالشان حبط است، به تحقیق قبیل این گذشت که اعمال قالبیه که عبارت از حرکات و هیئات و اذکار متجدده که جزئی از آن با جزئی جمع نمی‌شود و جزئی از آن در دو لحظه باقی نمی‌ماند، محکوم به ثبات نیستند و نه به تجسم، اما حقایق آن داعی این عمل است و مکتسب از آن پس شئون نفس جوهریه است و آن ثابت و متصفه به تقدّر و تجسم و حبط است. و حبط عمل عبارت از بطلان آن و زوال آن از صفحه نفس است، و چون نفس دارای دو جهت است، جهت دنیویه و آن جهت اضافه‌اش به کثرات است و جهت اخرویه که آن جهت اضافه‌اش به عالم توحید و ارواح است. و هرگاه عمل جسمانی یا نفسانی از او صادر شود، نفس کیفیت هر دو جهت را به خود می‌گیرد. و ثمره کیفیت جهت دنیوی‌اش خلاص از عذاب اوصاف رذیله می‌باشد و ثمره کیفیت اخروی‌اش فراغ از خلق و تلذذ به مناجات خداست. پس کسی که مرتدّ شود، اعمالش حبط می‌شود «فِي الدُّنْيَا وَ» در دنیا و، کسی که بمیرد و کافر باشد اعمالشان حبط می‌شود در «الْآخِرَةِ» در آخرت، این مبنی بر این است که ظرف، ظرف برای «حبط» باشد، و مجاز است که حال از «اعمالهم» باشد، و معنی می‌دهد که کسانی از شما که از دین او برگردد و کافر بمیرد، اعمالشان حبط می‌شود در حالی که در جهات دنیوی‌شان ثابت است و در جهات اخروی‌شان ثابتند. و هر کس از شما که از دینش برگردد و بر ایمان بمیرد، اعمالش در هر دو ثابت می‌ماند «وَأُولَئِكَ» و آنها، اسم اشاره بعید را به همانچه که ذکر شد تکرار کرد. «أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ» اصحاب آتشند در آن مخلدند، درباره نزول آیه گفته‌اند: مسلمانها در اولین جنگی که پیش از جنگ بدر با مشرکان نمودند، از مشرکین کشتند در اول ماه رجب، پس مشرکان از محمد ص از ماه حرام پرسیدند و گفته‌اند که مسلمانان از آن سؤال کردند.»

در جای دیگر می‌فرماید^{۱۸۱}: «هر آینه خداوند آنان را که ایمان آورند سپس کافر شدند و

^{۱۸۱} - سوره نساء، آیه ۱۳۷، «إِنَّ الَّذِينَ آمَنُوا ثُمَّ كَفَرُوا ثُمَّ آمَنُوا ثُمَّ كَفَرُوا ثُمَّ أُذِدُّوا كُفْرًا لَمْ يَكُنِ اللَّهُ لِيُغْفِرْ لَهُمْ وَلَا دُنْيَا لَهُمْ فِي مَا كَانُوا يَعْمَلُونَ» دنباله زیرنویس در صفحه بعد:

باز ایمان آورند سپس کافر شوند و به کفر خویش افزودند نخواهد آمرزید و به راه راست هدایت نخواهد کرد». در شرح این آیه فرموده‌اند^{۱۸۲}: «إِنَّ الَّذِينَ آمَنُوا» همانا کسانی که ایمان آوردند، مفهوم آیه عام است و تنزیل آن خاص، زیرا که مراد از آن منافقین است که به محمد ص ایمان آوردند یعنی اسلام آوردند. «ثُمَّ كَفَرُوا» سپس کفر ورزیدند، بر خلاف او عهد بستند در مکه «ثُمَّ آمَنُوا» سپس ایمان آوردند، قول او را در غدیر قبول کردند و با علی ع به خلافت او بیعت کردند «ثُمَّ كَفَرُوا» سپس کفر ورزیدند، به تخلفشان از لشکر اسامه در حال حیات او «ثُمَّ ارْتَدُّوا كُفْرًا» سپس از دیار کفر کردند به تشدید آنها بر آل محمد ص «لَمْ يَكُنِ اللَّهُ لِيَغْفِرْ لَهُمْ وَلَا لِيَهْدِيَهُمْ سَبِيلًا» خداوند آنها را نخواهد بخشید و به راهی هدایت نخواهد کرد زیرا که آنها از فطرت مرتد شدند به قطع فطرت انسانی پس به توبه رجوع نمی‌کنند و راهی برای دار راحت برای آنها نیست، چون فطرت انسانی است که راه به سرای راحت است. پس برای آنها مغفرت متصور نیست و نه هدایت، زیرا مرتد فطری توبه‌ای برایش نیست چنانکه به فارسی گفته‌اند: «مردود شیخی را اگر تمام مشایخ عالم جمع شوند نتوانند اصلاح نمایند» زیرا که مرتد فطری قاطع فطرتش است.»

و در جای دیگر می‌فرماید^{۱۸۳}: «کسی که پس از ایمان به خدا کافر می‌شود نه آنکه او را به زور واداشته‌اند تا اظهار کفر کند و حال آنکه دلش به ایمان خویش مطمئن است بل آنان که در دل را به روی کفر می‌کشایند مورد خشم خداوند و عذابی بزرگ برایشان مهیاست.» در پاسخ به سؤالی راجع به ارتداد و نظریه عرفا در آن‌باره می‌فرماید^{۱۸۴}: «ارتداد به طوری

دنباله زیرنویس از صفحه قبل:

لِيَهْدِيَهُمْ سَبِيلًا»

^{۱۸۲} - بیان السعاده، جلد ۴، صفحات ۲۲۹-۲۲۸.

^{۱۸۳} - سوره نحل، آیه ۱۰۶، «مَنْ كَفَرَ بِاللَّهِ مِنْ بَعْدِ إِيمَانِهِ إِلَّا مَنْ أَكْرَهَ وَ قَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ وَ لَكِنْ مَنْ شَرَحَ بِالْكَفْرِ صَدْرًا فَعَلَيْهِمْ غَضَبٌ مِنَ اللَّهِ وَ لَهُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ».

^{۱۸۴} - حضرت حاج سلطانحسین تابنده، رضاعلیشاه ثانی، رساله رفع شبهات، انتشارات حقیقت، چاپ ششم، ۱۳۸۲، صفحات ۱۲۸-۱۲۱.

که فقهای شیعه ذکر کرده‌اند دو قسم است: ملّی و فطری؛ مرتدّ ملّی آن است که کسی در موقع بلوغ بر کفر باشد و اَبُوئین او هم کافر باشند و او پس از بلوغ اسلام بیاورد بعد از اسلام برگردد. و وجه تسمیه به نام ملّی آن است که او از ملّت و ارتباط با مسلمین برگشت نموده است. و مرتدّ فطری آن است که اَبُوئین او مسلم باشند و بر اسلام متولّد گردیده و بالغ شده و پس از بلوغ که اسلام داشته از آن برگشته و کافر شده است و چون از فطرت خود که اسلام است برگشت نموده، از این رو او را مرتدّ فطری می‌گویند. و ارتداد و کفر او هم اقسام دارد که یا انکار صانع یا انکار نبوت، یا انکار یکی از ضروریات دین کند، یا سبّ یا استهزا به پیغمبر نماید یا توهین به مقدّسات اسلامی کند؛ مانند آنکه قرآن را بسوزاند، یا آنکه مدّعی نسخ دیانت مقدّسه اسلام گردد، و به عقیده شیعه سبّ یکی از ائمه هدی - علیهم السّلام - نیز باعث ارتداد و کفر است. قول قریب به اتّفاق بین شیعه آن است که مرتدّ فطری توبه او ظاهراً قبول نمی‌شود و قتل او واجب است و در زمان حیات او، زوجه او بر او حرام می‌شود و باید عده وفات بگیرد و اموال او پس از ادای دیون او بین ورثه تقسیم می‌شود هر چند زنده باشد؛ که اخبار هم در این باره ذکر شده، از جمله عمّار بن موسی ابوالیقظان ساباطی که از اصحاب حضرت صادق علیه السّلام بود، از آن حضرت روایت کرده که فرمود: *كُلُّ مُسْلِمٍ بَيْنَ مُسْلِمِينَ ارْتَدَّ عَنِ الْإِسْلَامِ وَ جَحَدَ مُحَمَّدًا (ص) نُبُوَّتُهُ وَ كَذَبَهُ فَإِنَّ دَمَهُ مُبَاحٌ لِكُلِّ مَنْ سَمِعَ ذَلِكَ عَنْهُ وَأَمْرَتُهُ بَائِنَةٌ يَوْمَ ارْتَدَّ فَلَا تَقْرُبُهُ وَ يُقَسِّمُ مَالَهُ عَلَى وَرَثَتِهِ وَ تَعْتَدُ أَمْرَأَتُهُ عِدَّةَ الْمُتَوَفَّى عَنْهَا زَوْجُهَا وَ عَلَى الْإِمَامِ أَنْ يَقْتُلَهُ وَ لَا يَسْتَيْبُهُ*^{۱۸۵}.

یعنی، هر مسلمی که از دو مسلم متولّد شده باشد (پدر و مادر او مسلم باشند) و او از اسلام برگردد و منکر نبوت حضرت محمّد (ص) شود و تکذیب کند، خون او هدر است و هر که آن را از او بشنود می‌تواند او را بکشد و زوجه او از همان موقع ارتداد او، در حکم طلاق بائن است و باید عده وفات بگیرد و اموال او هم بر ورثه تقسیم می‌شود و امام البتّه او را می‌کشد و توبه او را قبول نمی‌کند. و چون او هم باز موظّف به قبول این حقّ و مکلف است، از این رو گفته‌اند توبه او باطنا قبول می‌شود و ممکن است خداوند از او عفو بفرماید، زیرا با آنکه همه افراد بالغ مکلفند، خلاف عدل است که توبه او نزد خداوند قبول نباشد ولی اگر کسی رده او را مطلع

^{۱۸۵} - من لایحضره الفقیه، ج ۴، باب ارتداد، حدیث ۳۵۴۶.

نشود و توبه کند، عبادات او قبول و بدن او طاهر است، و شرح کامل آن مربوط به کتب فقهیه مفصّله است. و اگر ارتداد او ملّی باشد، او را وادار به توبه می‌کنند و تا سه روز مهلت می‌دهند. اگر توبه کرد، آزاد است و اگر توبه نکرد، کشته می‌شود ولی تا موقعی که زنده است عصمت نکاح و مالکیت او باقی است. و اگر توبه کرد و مجدّد مرتدّ شد، در مرتبه چهارم و بنا به قولی در مرتبه سوم مرتدّ فطری را دارد و کشته می‌شود. و حدیثی در آن‌باره از علی بن جعفر روایت شده که از برادر خود، حضرت موسی بن جعفر - علیهما السّلام - سؤال کرد: عَنْ مُسْلِمٍ تَنَصَّرَ. قَالَ: يُقْتَلُ وَ لَا يُسْتَتَابُ. قُلْتُ: فَتَنْصِرَانِ اسْلَمَ ثُمَّ ارْتَدَّ مِنَ الْإِسْلَامِ. قَالَ: يُسْتَتَابُ فَإِنْ تَابَ وَ إِلَّا قُتِلَ. سؤال کردم درباره مسلمی که نصرانی شده باشد. فرمود: کشته می‌شود و توبه او قبول نیست. عرض کردم: اگر نصرانی اسلام آورد و بعد مرتدّ شد، فرمود: وادار به توبه می‌شود اگر توبه کرد، و الاّ کشته می‌شود؛ که تفصیل آنها در کتب فقه مذکور است. ولی ابن جنید از بزرگان فقهای متقدّمین شیعه معتقد است که ارتداد یک قسم بیش نیست و باید مرتدّ را وادار به توبه کرد. اگر قبول نمود، او را آزاد می‌گذارند، وگرنه باید کشته شود. و بعض دیگر هم گفته‌اند که عموم ادّله بر این قول دلالت دارد و تخصیص دادن به واسطه چند خبر واحد خالی از اشکال نیست. و عمّار ساباطی راوی خبر هم فطحی بوده است. و ابن جنید محمد بن احمد بن جنید ابوعلی کاتب اسکافی از بزرگان فقهای شیعه و از اجلّه عظمای فقهای شیعه بود و معاصر با نواب ناحیه مقدّسه و از خلفا و امرای معاصر الطّائِع لله عبّاسی و معزالدّوله از آل بویه بوده و در سال ۳۸۱ وفات یافت و شیخ مفید و ابو عبدالله احمد بن عبدالواحد معروف به ابن عبدون و جمع دیگری از بزرگان شیعه از او روایت کرده‌اند. و اسکاف (به کسر الف) نام دو محل است در نواحی نهروان و اطراف بغداد که ابنای جنید از زمان پادشاهان ایران رؤسای آنجا و مورد احترام همه مردم بودند. و بعضی اسکاف را به معنی کفّاش یا نجّار هم گفته‌اند، ولی در اینجا آن معنی مراد نیست. ابن جنید معتقد است که فرقی بین مرتدّ ملّی و فطری نیست و باید او را وادار به توبه نمود و اگر قبول نکرد باید کشته شود. ولی عرفا برای مرتدّ ملّی و فطری معنی دیگری هم ذکر نموده و گفته‌اند که انسان به حسب فطرت به عوالم علوی ارتباط دارد و همان ارتباط سبب می‌شود که او را به سوی خداوند بکشاند که به اعتباری معنی جبل الهی و ریسمان خدایی

این است. و اگر به ظاهر هم ارتباط با نمایندگان خدا و هادیان راه دین پیدا کند، به ریسمان خلقی و حبل من الناس نیز متصل شده، ولی اگر این اتصال دوم را به انکار خدا یا نمایندگان او یا ردّ ضروریات دین قطع کند، ولی فطرت او منقطع نشده باشد مرتدّ ملّی است؛ چون از ملّت و ریسمان خلقی که اتصال از راه نمایندگان است برگشته و انکار نموده است. و چون فطرت او هنوز برنگشته توبه او قبول می‌شود، چون هنوز استعداد او برای تجدید اتصال باقی است. ولی اگر ارتداد او به جایی برسد که به کلی قطع امید از اتصال مجدّد او پیدا شود و سیاهی کفر همه قلب او را فرا گرفته و نقطه روشنی آن بکلی از بین رفته، چون درحقیقت از فطرت خود که ارتباط با توحید است روگردان شده و حبل الهی را قطع نموده، توبه او قبول نمی‌شود؛ مانند کسانی که مرتکب قتل انبیا و اولیا شده و بر انکار شرایع و استهزا و توهین به احکام اصرار ورزند که غالباً حال توبه هم برای آنها پیدا نمی‌شود و مرتدّ فطری می‌باشند؛ زیرا استعداد برگشتن به ایمان از آنها محو و منتفی شده^{۱۸۶} که بنابراین بیان حبل من الله همان توحید فطری، و حبل من الناس اسلام و ایمان تکلیفی است. البته با این نظریه تشخیص مرتدّ ملّی از فطری اختصاص به علمایی دارد که ورثه انبیا و ائمه هدی بوده و دارای قوه قدسیه باشند که بتوانند از آن راه پی به حقیقت و باطن افراد ببرند، سپس حکم به قبول یا عدم قبول توبه نمایند و این قبیل افراد خیلی نادر و کم می‌باشند. از این رو هر کسی نمی‌تواند حکم به ارتداد فطری برای کسی بنماید مگر صاحب قوه قدسیه در آن باره حکم کند. و دیگران اگر هم بخواهند در آن باره نظری بدهند باید احتیاط نموده و حکم ارتداد ملّی را جاری کنند که عقیده ابن جنید هم آن را تأیید می‌کند. و حضرت جدّ امجد اعلیٰ مرحوم حاج ملا سلطان محمد سلطان علی شاه در تفسیر

^{۱۸۶} - بعضی از محققین و صاحبان عرفان گفته‌اند که به اعتباری حبل خدایی وجود انبیا و نمایندگان و خلفای الهی است که از طرف خداوند برای رقاء و تکمیل بشر فرستاده شده و حبل من الناس عبارت از استغفار است که مربوط به بنده است که از آن راه باید به سوی خدا برود که در قرآن مجید فرموده: مَا كَانَ اللَّهُ لِيُعَذِّبَهُمْ وَأَنْتَ فِيهِمْ وَمَا كَانَ اللَّهُ مُعَذِّبَهُمْ وَهُمْ يَسْتَغْفِرُونَ. سوره الانفال، آیه ۳۳: تا آنگاه که تو در میانشان هستی خدا عذابشان نکند و تا آنگاه که از خدا آمرزش می‌طلبند، نیز خدا عذابشان نخواهد کرد، که جمله اولی اشاره: بِحَبْلِ مِنَ اللَّهِ وَ دَوْمَى حَبْلِ مِنَ النَّاسِ است.

بیان السعاده در آخر جزء سوم در ذیل تفسیر آیه شریفه: «وَمَنْ يَتَّبِعْ غَيْرَ الْإِسْلَامِ دِينًا فَلَنْ يُقْبَلَ مِنْهُ»^{۱۸۷} شرحی در این باره می‌نویسند، و در جمع بین نظریه فقها و عرفا ذکر می‌کنند که آنچه در اخبار درباره فرق بین مرتدّ ملی و فطری وارد شده و فقها فتوی داده‌اند، اشاره است به اینکه این دو امر کاشف از آن دو ارتداد هستند که حقیقت و واقع این دو موضوع می‌باشد؛ زیرا کسی که متولّد بر اسلام شده و در آن امر بزرگ شده و نشو و نما یافته، اسلام او حکم ذاتیات را دارد و کمتر از آن بیرون می‌رود مگر آنکه فطرت او قطع شود. ولی آنکه متولّد بر کفر شده و نشو او بر آن بوده و بعدا داخل در اسلام شده، اسلام او حکم عرضی دارد و ممکن است از او زائل شود ولی فطرت قطع نشود. و بنابراین بیان، لازم نیست که به زحمت و تکلف اثبات کنیم که توبه مرتدّ فطری باطنا قبول می‌شود ولی ظاهرا قبول نمی‌شود. و با بیانی که ایشان فرمودند معلوم می‌شود که حکم به ارتداد فطری بعض مرتدّین مخصوص راسخین در علم و مطلعین بر بواطن و صاحبان قوه قدسیه است که ائمه هدی - علیهم السّلام - و یا کسانی که قوه قدسیه را که در اجتهاد شرط است دارا باشند، هستند و همین افراد می‌توانند متوجّه شوند که چه کسی بر حال کفر مرده است، و گرنه به هر کسی که ظاهرا دارای آن حال باشد، نمی‌توانیم بگوییم که او کافر یا لعن او جایز است، که گفته شده:

هیچ کافر را به خواری منگرید که مسلمان مردنش باشد امید

و آیات شریفه آخر جزء سوم در سوره آل عمران: «وَمَنْ يَتَّبِعْ غَيْرَ الْإِسْلَامِ دِينًا فَلَنْ يُقْبَلَ مِنْهُ وَهُوَ فِي الْآخِرَةِ مِنَ الْخَاسِرِينَ»^{۱۸۸} تا آیه کریمه: «إِنَّ الَّذِينَ كَفَرُوا بَعْدَ إِيمَانِهِمْ ثُمَّ اذْدَابُوا كُفْرًا لَنْ نُقْبَلَ تَوْبَتَهُمْ وَ أُولَئِكَ هُمُ الضَّالُّونَ»^{۱۸۹}، با دقّت و تعمق بدان اشاره دارند و در سوره بقره آیه ۲۱۷ نیز فرموده: «وَمَنْ يَرْتَدِدْ مِنْكُمْ عَنْ دِينِهِ فَيَمُتْ وَهُوَ كَافِرٌ فَأُولَئِكَ حَبِطَتْ أَعْمَالُهُمْ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ وَأُولَئِكَ»

^{۱۸۷} - سوره آل عمران، آیه ۸۵: «و هر کس دینی جز اسلام اختیار کند از او پذیرفته نخواهد شد.»

^{۱۸۸} - سوره آل عمران، آیه ۸۵: «... و چنین کسی در آخرت از زیان کاران است.»

^{۱۸۹} - سوره آل عمران، آیه ۹۰: «توبه کسانی که پس از ایمان آوردن کافر شدند و بر کفر خود افزودند، پذیرفته نخواهد شد و اینان گمراهانند.»

أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ^{۱۹۰}. و با عقیده‌ای که ما شیعه اثنی عشری داریم که در موقع مرگ حقیقت ولایت هم نزد محضّر حاضر است و او را دعوت به ایمان می‌کند که فرموده: یا حارّ همدان، مَنْ يَمُتْ يَرِنِي مِنْ مُؤْمِنٍ أَوْ مُنَافِقٍ قُبُلًا، نمی‌توانیم بگوییم که فلان کافر یا منافق به طور قطع بر کفر و نفاق مرده است؛ زیرا ممکن است در آن موقع که ظهور ولایت بر او می‌شود، از گناه و کفر خود پشیمان شده و توبه کند، مگر آنکه خود آن بزرگواران بر کفر او در موقع مرگ تصریح بفرمایند یا او را در زمان حیاتش ردّ کنند؛ مانند عبدالله بن سعد بن ابی سرح برادر رضاعی عثمان و چند نفر دیگر که در زمان حضرت رسول (ص) مردود شدند. یا محمد بن نصیر نمیری و احمد بن هلال کرخی و ابومحمد حسن الشریعی و ابوجعفر محمد بن علی شلمغانی معروف به ابن ابی‌العزافر که مدعی بایّت قائم در غیبت صغری شدند و از ناحیه مقدسه تویح در لعن آنها رسید و مرتدّ شدند. ولی ما از طرف خودمان نمی‌توانیم لعن به کسی بنماییم، مگر آنکه لعن صریح در آیات و اخبار شده باشد؛ مانند: فَلَعْنَةُ اللَّهِ عَلَى الْقَوْمِ الظَّالِمِينَ و امثال آن و فرمایش: اللَّهُمَّ الْعَنِ أَوَّلَ ظَالِمٍ ظَلَمَ حَقَّ مُحَمَّدٍ وَ آلِ مُحَمَّدٍ وَ آخِرَ تَابِعٍ لَهُمْ عَلَى ذَلِكَ. اللَّهُمَّ الْعَنِ الْعِصَابَةَ الَّتِي جَاهَدَتِ الْحُسَيْنَ (ع) الخ. وَاللَّهُمَّ الْعَنِ بَنِي أُمِّيهِ قَاطِبَةً، و همچنین افرادی که لعن آنها صریحاً رسیده است، مانند معاویه و یزید و غیر آنها. ولی نسبت به کسانی که مشکوک هستیم، احتیاط ترک لعن آنهاست و اگر کافر یا فاسق مرده باشند، همان لعن عمومی و عمومات لعن شامل آنها می‌شود و احتیاج به ذکر اسم نیست. در این موضوع هم بعضی ایراد گرفته‌اند که نویسنده این رساله از مرز خود خارج شده و احکام فقهیه را با عرفان مخلوط نموده؛ در صورتی که باید از هم جدا باشد. در جواب گفته می‌شود: اولاً غالب بزرگان سلسله ما کمال مرتبه علمی و فقهی را داشته و حتّی مجتهد هم بوده‌اند و باضافه مخلوط شدن محسوب نمی‌گردد بلکه هر دو یعنی هم علما هم عرفا در شیعه در یک مرز هستند و هر دو از مشکوّه نبوت و ولایت استضاء می‌کنند و این مرزها را امثال شخص اعتراض کننده برای ایجاد نفاق و اختلاف ایجاد می‌کنند:

^{۱۹۰} - «و از میان شما آنان که از دین خود باز گردند و کافر بمیرند، اعمالشان در دنیا و آخرت تباه شده و جاودانه

مؤمنان معدود لیک ایمان یکی جسمشان معدود لیکن جان یکی

خلاصه این مبحث را در ذیل شرحی دربارهٔ سورهٔ توحید می‌فرمایند^{۱۹۱}: «مرتد فطری در اصطلاح فقهاء آن است که بر فطرت اسلام متولد شده و ابوبن او مسلم باشند و او پس از رسیدن به سن تکلیف از دین برگردد. و مرتد ملی آن است که بر فطرت اسلام متولد نشده باشد و بعداً اسلام بیاورد و سپس برگردد و توبه مرتد فطری پذیرفته نیست ولی ملی را باید توبه دهند که شرح آن در کتب فقهیه مذکور است ولی عرفاء اصطلاح دیگری دارند و میگویند مرتد ملی آن است که هنوز نور ایمان از دل او کاملاً محو نشده و امید برگشت به ایمان برای او هست. و مرتد فطری آنست که بکلی سفیدی و نور ایمان از دل او رخت بر بسته و تاریکی کفر و شقاوت همه دل او را فرا گرفته باشد مانند کشندگان انبیاء و اولیاء که توبه آنها قبول نیست. بنابراین اصطلاح اول ظاهراً هم مرتد ملی و فطری معلوم و جدا میشوند ولی با اصطلاح دوم مرتد فطری را هر کسی نمیداند مگر اولیای خدا که از درون و مکمونات قلبی بشر و عواقب آنها آگاهند و بنابراین حکم به قتل مرتد نیز مخصوص امام که از قلوب آگاه است و کسانی که از طرف امام ماذون هستند میباشد».

همین تأیید نیز در تفسیر شریف بیان السعاده فی مقامات العباده در ارتباط با اجرای حدود آمده است. در شرح آیات^{۱۹۲}: «و کسی را که خدا کشتنش را حرام کرده مگر به حق نمی‌کشند و زنا نمی‌کنند. و هر که این کارها کند، عقوبت گناه خود را می‌بیند. عذابش در روز قیامت مضاعف می‌شود و تا به خواری در آن مخلد خواهد بود» می‌فرمایند^{۱۹۳}: «و لَا يَقْتُلُونَ النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ» نفسی را که خداوند کشتن آن را حرام کرده نمی‌کشند، در عالم صغیر و نه در عالم کبیر برخلاف کسی که بندهٔ رحمان نگشته است، خواه بندهٔ شیطان باشد یا غیر رحمان از اسماء

^{۱۹۱} - حضرت حاج سلطانحسین تاینده، رضا علیشاه ثانی، رهنمای سعادت، ترجمه مقدمه تفسیر بیان السعاده با هفت

سوره، چاپ ۱۳۴۲، صفحه ۲۶۹.

^{۱۹۲} - سوره فرقان، آیات ۶۸-۶۹. «و لَا يَقْتُلُونَ النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ وَ لَا يَزْنُونَ وَ مَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ يَلْقَ أَثَامًا يُضَاعَفْ لَهُ الْعَذَابُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَ يَخْلُدُ فِيهِ مُهَانًا».

^{۱۹۳} - بیان السعاده، جلد ۱۰، صفحات ۴۹۹-۴۹۶.

او تعالی، که او نفس محترمه از قوای انسانیه یا قوای حیوانیه در طریق انسانیه را به غیر حق می‌کشد چه در خارج نفسی را بکشد یا نکشد «إِلَّا بِالْحَقِّ» جز به حق، یا به امر حق، یا به امر حق از قصاص و حد، یا به حق مطلق به اینکه دستش دست حق باشد. بدان، مادامی که دست قاتل دست حق نشده یا مسخر امر حق نگشته و مادامی که زبان امرکننده به قتل زبان حق یا مسخر امر او نگشته باشد اجازه به قتل و نه امر به قتل ندارد، چه آنکه در قصاص و حد باشد یا غیر آن. و لذا قتل و اجرای حدود اجازه داده نشده مگر از حاکم الهی یا کسی که آن حاکم او را امر به آن کرده باشد به حیثی که مأمور مسخر امر حاکم و متحرک به امر او باشد، و اما کسی که چنین نباشد اجازه قتل و نه امر به قتل ندارد. چنانچه گفته شده:

آن که جان بدهد اگر بکشد رواست نایب است و دست او دست خداست

و بنابراین معنی می‌دهد: نفسی را که خداوند قتل آن را حرام کرده است نمی‌کشند مگر با خدا، یعنی با دست خدا. «وَلَا يَزْنُونَ» و زنا نمی‌کنند، پیروی شهوات نمی‌کنند. بدان که ذنوب انسان منحصر در مقتضیات شیطنت و قوه غضبیه و قوه شهویه است و همانطور که خدای تعالی به امهات مقتضیات ثلاث اشاره کرد. زیرا خواستن غیر خدا از مقتضیات شیطنت است، بلکه می‌گوییم مقتضیات شیطنت منحصر در خواستن غیر خداست، زیرا که هر اعجاب به نفس و هر مرایات و مجادله و غیر آنها از مقتضیات شیطنت خواستن غیر خداست و قتل نفس از مقتضیات غضب و زنا از مقتضیات شهوت است. و بنابر تعمیم قتل نفس و تعمیم زنا همه مقتضیات آن دو منحصر در آن است. «وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ» و هر کس انجام دهد آن را، که ذکر شد از ثلاث «يَلْقَ أَثَامًا» گناه را خواهد دید، عقوبت آن را، یا «اثام» چنانچه در خبر است وادی‌ای در جهنم است، یا آن کسی است که خدا آن را در آن اثم دانست همانند منع و نصر بر او اثم را حساب آورد. «بِضَاعِفٍ لَهُ الْعَذَابُ» عذاب بر او مضاعف می‌شود، بدل از قول او «يَلْقَى أَثَامًا» یا مستأنف است جواب سؤال مقدّر «يَوْمَ الْقِيَامَةِ» روز قیامت، و معنی مضاعف شدن عذاب این است که عذاب او در قیامت نسبت به عذابش و حد آن در دنیا مضاعف می‌شود، یا نسبت به عذاب او در برزخ در قیامت مضاعف می‌شود. زیرا که در برزخ به عذاب از خودش معذب می‌شود به ظهور صورت عصیان و چون واصل به قیامت شود هم به عذاب از خودش است و به عذابی که جزای

عملش می‌باشد عذاب می‌شود، و به عبارت دیگر در برزخ با تجسم عملش عذاب می‌شود، در قیامت به آن و به جزای آن، و مراد این نیست که عذاب بالنسبه به استحقاقش مضاعف می‌شود تا منافی عدل او باشد. «وَيَخْلُدُ فِيهِ» و در آن مخلد می‌شود، یا در عذاب یا در اثم «مُهَاناً» به خواری، تقیید برای اشعار برای این است که بعضی عذاب می‌شوند بر اعلی وجه اهانت، یا آن تأکید و بیان است.»

قصاص

قتل نفس در قرآن کریم منع شده مگر در مواردی که قرآن از آن به حق نام می‌برد. می‌فرماید^{۱۹۴}: «بگو: بیاید تا آنچه را که پروردگارتان بر شما حرام کرده است برایتان بخوانم. اینکه به خدا شرک می‌آورید. و به پدر و مادر نیکی کنید. و از بیم ناداری فرزندان خود را مکشید. ما به شما و ایشان روزی می‌دهیم. و به کارهای زشت چه پنهان و چه آشکارا نزدیک شوید. و کسی را که خدا کشتنش را حرام کرده است - مگر به حق - مکشید. اینهاست آنچه خدا شما را بدان سفارش می‌کند، باشد که به عقل دریابید.»

قرآن قتل یک نفس را همانند قتل همه دانسته می‌فرماید^{۱۹۵}: «از این رو بر بنی اسرائیل مقرر داشتیم که هر کس کس دیگر را نه به قصاص قتل کسی یا ارتکاب فسادی بر روی زمین بکشد، چنان است که همه مردم را کشته باشد. و هر کس که به او حیات بخشد چون کسی است که همه مردم را حیات بخشیده باشد.» این آیه را اینگونه شرح می‌فرماید:^{۱۹۶} «مِنْ أَجْلِ

^{۱۹۴} - سورة انعام، آیه ۱۵۱. «قُلْ تَعَالَوْا أَتْلُ مَا حَرَّمَ رَبِّيَ عَلَيْكُمْ أَلَّا تُشْرِكُوا بِهِ شَيْئًا وَ بِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا وَ لَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ مِنْ إِمْلَاقٍ نَحْنُ نَرْزُقُكُمْ وَ إِيَّاهُمْ وَ لَا تَقْرَبُوا الْفَوَاحِشَ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَ مَا بَطَّنَ وَ لَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ ذَلِكَمْ وَصَاكُمْ بِهِ لَعَلَّكُمْ تَعْقِلُونَ.»

^{۱۹۵} - سورة مائده، آیه ۳۲. «مِنْ أَجْلِ ذَلِكَ كَتَبْنَا عَلَى بَنِي إِسْرَائِيلَ أَنَّهُ مَنْ قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا وَ مَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا. وَ لَقَدْ جَاءَتْهُمْ رُسُلُنَا بِالْبَيِّنَاتِ ثُمَّ إِنَّ كَثِيرًا مِنْهُمْ بَعَدَ ذَلِكَ فِي الْأَرْضِ لَمُسْرِفُونَ.»

^{۱۹۶} - بیان السعاده فی مقامات العباده، ترجمه، جلد ۴، صص ۳۲۳-۳۲۱.

الأرضِ در زمین، زمین عالم صغیر یا کبیر لَمُسْرِفُونَ اسراف کنندگان، از حدود خدا با خونریزی و حلال شمردن محارم و غیر آن چنانکه در خبر است تجاوز می‌کنند، و چون قتل را ذکر کرد و در ذمّ کسی که مرتکب آن شود رسید مقام مقامی است که سؤال شود: چگونه است حال کسی که با اولیای خداع محاربه کند، پس تعالی در جواب این سؤال گفت: «...»

قصاص به معنی مجازات کردن جانی به مماثلت جنایتی که مرتکب شده است. قصاص در موارد متعددی تعریف و تشریح شده که شامل قتل نفس یا قطع عضو یا جرح می‌شود که احکام تفصیلی آن در کتب فقهی و حقوقی مندرج است.^{۱۹۷} قصاص در آئین‌های قبل از اسلام نیز وجود داشته است. در تورات آمده است:^{۱۹۸} «اگر کسی انسانی را طوری بزند که منجر به مرگ وی گردد، او نیز باید کشته شود. اما اگر او قصد کشتن نداشته و مرگ، تصادفی بوده باشد، آنوقت مکانی برایش تعیین می‌کنم تا به آنجا پناهنده شده، بست بنشیند ولی اگر شخصی، به عمد و با قصد قبلی به کسی حمله کند و او را بکشد، حتی اگر به قربانگاه من نیز پناه برده باشد، باید از بست بیرون کشیده، کشته شود. هر که پدر یا مادرش را بزند، باید کشته شود. هر کس انسانی را بدزدد، خواه او را به غلامی فروخته و خواه نفروخته باشد، باید کشته شود. هر کس پدر یا مادر خود را لعنت کند، باید کشته شود. اگر دو نفر با هم گلاویز بشوند و یکی از آنها دیگری را با سنگ یا با مشت چنان بزند که مجروح و بستری شود اما نمیرد، و بعد از اینکه حالش خوب شد بتواند با کمک عصا راه برود، آنوقت ضارب بخشیده شود، بشرطی که تمام مخارج معالجه و تاوان روزهای بیکاری مجروح را تا وقتی که کاملاً خوب نشده بپردازد. اگر کسی غلام یا کنیز خود را طوری با چوب بزند که منجر به مرگ او گردد، باید مجازات شود. اما اگر آن غلام یا کنیز چند روزی پس از کتک خوردن زنده بماند، اربابش مجازات نشود، زیرا آن غلام یا کنیز به او تعلق دارد. اگر عده‌ای با هم درگیر شوند و در جریان این دعوا، زن حامله‌ای را طوری بزنند که به سقط جنین او منجر شود، ولی به خود او آسیبی نرسد، ضارب هر

^{۱۹۷} - نگاه کنید به: ابوالقاسم گرجی، حدود و تعزیرات و قصاص (۱۳۸۱)، مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه

تهران.

^{۱۹۸} - تورات، سفر خروج، باب ۲۱، آیات ۳۶-۱۲.

مبلغی را که شوهر آن زن بخواهد و قاضی آن را تأیید کند، باید جریمه بدهد. ولی اگر به خود او صدمه‌ای وارد شود، باید همان صدمه به ضارب نیز وارد گردد: جان بعوض جان، چشم بعوض چشم، دندان بعوض دندان، دست بعوض دست، پا بعوض پا، داغ بعوض داغ، زخم بعوض زخم، و ضرب بعوض ضرب. اگر کسی با وارد کردن ضربه‌ای به چشم غلام یا کنیزش او را کور کند، باید او را بعوض چشمش آزاد کند. اگر کسی دندان غلام یا کنیز خود را بشکند، باید او را بعوض دندانش آزاد کند. اگر گاوی به مرد یا زنی شاخ بزند و او را بکشد، آن گاو باید سنگسار شود و گوشتش هم خورده نشود، آنوقت صاحب آن گاو بیگناه شمرده می‌شود. ولی اگر آن گاو قبلاً سابقه شاخ زنی داشته و صاحبش هم از این موضوع با خبر بوده، اما گاو را نبسته باشد، در اینصورت باید هم گاو سنگسار گردد و هم صاحبش کشته شود. ولی اگر بستگان مقتول راضی شوند که خون بها را قبول کنند، صاحب گاو می‌تواند با پرداخت خونبهای تعیین شده، جان خود را نجات دهد. اگر گاوی به دختر یا پسری شاخ بزند و او را بکشد، همین حکم اجرا شود. اما اگر گاو به غلام یا کنیزی شاخ بزند و او را بکشد، باید سی مثقال نقره به ارباب آن غلام یا کنیز داده شود و گاو هم سنگسار گردد. اگر کسی چاهی بکند و روی آن را نپوشاند و گاو یا الاغی در آن بیفتد، صاحب چاه باید قیمت آن حیوان را تماماً به صاحبش بپردازد و حیوان مرده از آن او باشد. اگر گاوی، گاو دیگری را بزند و بکشد، صاحبان آن دو گاو باید گاو زنده را بفروشند و قیمت آن را میان خود تقسیم کنند، و هر یک از آنها هم می‌تواند نیمی از گاو کشته شده را برای خود بردارد. ولی اگر گاوی که زنده مانده، سابقه شاخ زنی داشته و صاحبش آن را نبسته باشد، باید گاو زنده‌ای بعوض گاو کشته بدهد و گاو کشته شده را برای خود بردارد.»

همانطور که ملاحظه می‌شود احکام فوق در دیانت یهود بسیار سختگیرانه و افراطی است و بر عکس آن در دیانت مسیح جانب تفریط را دارد. در انجیل متی آمده است: «شنیده‌اید که به پیشینیان گفته شده، قتل مکن، و هر که قتل کند، سزاوار محاکمه خواهد بود. اما من به شما می‌گویم، هر که بر برادر خود خشم گیرد، سزاوار محاکمه است؛ و هر که به برادر خود راقا گوید، سزاوار محاکمه در حضور شورا است؛ و هر که به برادر خود احمق گوید، سزاوار آتش

جهنم بود. پس اگر هنگام تقدیم هدیه‌ات بر مذبح، به یاد آوردی که برادرت از تو شکایتی دارد، هدیه‌ات را بر مذبح واگذار و نخست برو و با برادر خود آشتی کن و سپس بیا و هدیه‌ات را تقدیم نما. با شاکی خود که تو را به محکمه می‌برد، تا هنوز با وی در راه هستی، صلح کن، مبادا تو را به قاضی سپارد و قاضی تو را تحویل نگهبان دهد و به زندان افتی. آمین، به تو می‌گویم که تا دینار آخر را نپردازی، از زندان به‌در نخواهی آمد. شنیده‌اید که گفته شده، زنا مکن. اما من به شما می‌گویم، هر که با شهوت به زنی بنگرد، همان‌دم در دل خود با او زنا کرده است. پس اگر چشم راست تو را می‌لغزاند، آن را به‌در آر و دور افکن، زیرا تو را بهتر آن است که عضوی از اعضایت نابود گردد تا آن که تمام بدنت به دوزخ افکنده شود. و اگر دست راست تو را می‌لغزاند، آن را قطع کن و دور افکن، زیرا تو را بهتر آن است که عضوی از اعضایت نابود گردد تا آن که تمام بدنت به دوزخ افکنده شود. همچنین گفته شده که هر که زن خود را طلاق دهد، باید به او طلاقنامه‌ای بدهد. اما من به شما می‌گویم، هر که زن خود را جز به علت خیانت در زناشویی طلاق دهد، باعث زناکار شدن او می‌گردد؛ و هر که زن طلاق داده شده را به زنی بگیرد، زنا می‌کند. و باز شنیده‌اید که به پیشینیان گفته شده، سوگند خود را مشکن، بلکه به سوگندهای خود به خدا وفا کن. اما من به شما می‌گویم، هرگز سوگند مخورید، نه به آسمان، زیرا که تخت پادشاهی خداست، و نه به زمین، چون کرسی زیر پای اوست، و نه به اورشلیم، زیرا که شهر آن پادشاه بزرگ است. و به سر خود نیز سوگند مخور، زیرا حتی مویی را سفید یا سیاه نمی‌توانی کرد. پس بله شما همان بله باشد و نه شما نه، زیرا افزون بر این، شیطانی است. نیز شنیده‌اید که گفته شده، چشم به عوض چشم و دندان به عوض دندان. اما من به شما می‌گویم، در برابر شخص شرور نایستید. اگر کسی به گونه‌ی راست تو سیلی زند، گونه‌ی دیگر را نیز به سوی او بگردان. و هرگاه کسی بخواهد تو را به محکمه کشیده، قبایت را از تو بگیرد، عبایت را نیز به او واگذار. اگر کسی مجبورت کند یک میل با او بروی، دو میل همراهش برو. اگر کسی از تو چیزی بخواهد، به او بده و از کسی که از تو قرض خواهد، روی مگردان. شنیده‌اید که گفته شده، همسایه‌ات را محبت نما و با دشمنت دشمنی کن. اما من به شما می‌گویم دشمنان خود را محبت نمایند و برای آنان که به شما آزار می‌رسانند، دعای خیر

کنید، تا پدر خود را که در آسمان است، فرزندان باشید. زیرا او آفتاب خود را بر بدن و نیکان می‌تاباند و باران خود را بر پارسایان و بدکاران می‌باراند. اگر تنها آنان را محبت کنید که شما را محبت می‌کنند، چه پاداشی خواهید داشت؟ آیا حتی خراجگیران چنین نمی‌کنند؟ و اگر تنها برادران خود را سلام گویند، چه برتری بر دیگران دارید؟ مگر حتی بت‌پرستان چنین نمی‌کنند؟ پس شما کامل باشید چنانکه پدر آسمانی شما کامل است.^{۱۹۹}

قرآن کریم با در میانه دو آئین فوق قرار می‌گیرد و آیاتی صریح درباره قصاص تشریح می‌نماید که در زمان و شرایط تاریخی قبایل عرب در هنگام ظهور اسلام آثار اجتماعی بسیار وسیعی بر اصلاح جامعه غیرمدنی و قبائلی آن عصر به جای می‌گذارد. تاریخ نشان می‌دهد که قتل و غارت و انتقام از پدیده‌های شایع جامعه عرب آن روز بوده و وضع آیات قصاص عملاً جلوی این پدیده را گرفت و آن را به حداقل ممکن خود تقلیل داد. لذا در قرآن حیات جامعه را در ارتباط با قصاص مطرح می‌کند. می‌فرماید^{۲۰۰}: «کسی را که خدا کشتنش را حرام کرده است مکشید مگر به حق. و هرکس که به ستم کشته شود، به طلب‌کننده خون او قدرتی داده‌ایم. ولی در انتقام از حد نگذرد، که او پیروزمند است». در شرح این آیه می‌فرمایند: «و لا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ وَ نَفْسِي رَا كِه خدائند کشتن آن را حرام کرده جز به حق نکشید، با اسباب آن که در شرع مقرر گردیده است از ارتداد بعد ایمان و تکرار بعضی معاصی که بر آنها حد است بعد مراتب حد و قتل نفس و زنا بعد احصان و لواط و چنان که بارها تکرار شده حق همان ولایت است، و ولایت ظهور حق اول تعالی شأنه است، پس معنا بر این است و نفسی را نکشید مگر با فاعلیت حق، نه با فاعلیت خودتان چنان که مولوی قدس سره گفته:

آن که از حق یابد او وحی و خطاب هر چه فرماید بود عین صواب
آن که جان بخشد اگر بکشد رواست نایب است و دست او دست خداست

پس تا انسان از حکم نفسش خارج نشده و داخل در حکم خدا یا حکم کسی که داخل در

^{۱۹۹} - انجیل متی، باب پنجم، آیات ۴۸-۲۱.

^{۲۰۰} - سوره اسراء، آیه ۳۳. «و لا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ وَ مَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوِیِّهِ سُلْطٰنًا فَلَا یُسْرِفُ فِی الْقَتْلِ إِنَّهُ كَانَ مَنصُورًا».

حکم خداست نشود، اجازه ندارد که کسی را بکشد یا حکم به قتل بدهد، قاتل هر که می‌خواهد باشد و مقتول هر که می‌خواهد باشد، چنان که مولوی قدس سره از زبان علی علیه السلام گوید:

من چو تیغم و آن زنده آفتاب ما رمیت اذ رمیت در حراب
 رخت خود را من ز ره برداشتم غیر حق را من عدم انگاشتم
 زاجتهاد و از تحرّی رسته‌ام آستین بر دامن حق بسته‌ام

وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا وَكُتِبَ عَلَيْهِ مَقْتُلٌ فَهُوَ مُسْتَحِقٌّ بِقَتْلِ قَاتِلِهِ فَجَعَلْنَا لَوْلِيَّهِ بِسْمِ اللَّهِ بِتَحْقِيقِ
 قرار داده‌ایم برای ولی‌اش، بر کسی که امر او بر اوست و او به میراث او اولی است و آنها همه
 ورثه می‌باشند سُلْطَانًا سُلْطَانِي، تسلطاً بر قاتل که قصاص کند یا به دیه رجوع نماید و چون برای
 ولی مقتول بر قاتل سلطانی قرار دادیم فَلَا يُسْرِفُ بِسْمِ اللَّهِ اسراف نکند، تشدید قتل نفس فِي الْقَتْلِ
 در قتل، به اینکه به غیر استحقاق کسی را بکشد که آن اسراف است، چون اعضایش را حرکت
 داده و بدون امری از خدا کسی را کشته است و فَلَا تُسْرِفُوا خَطَابًا بر تشدید قتل قرائت شده، یا
 معنا می‌دهد که ولی در قتل اسراف نکند به اینکه بیش از یکی را در مقابل یکی نکشد یا کسی
 را که از آن قصاص می‌گیرد مثله ننماید. یا آیه همانطور که وارد شده درباره قتل حسین ع نازل
 شده، و معنی می‌دهد که اسراف در قتل نیست، ولو جمیع اهل زمین در مقابل حسین ع کشته
 شود، چنانچه در اخبار به آن تفسیر شده است. إِنَّهُ كَانَ مَنصُورًا همانا او یاری شده است، همانا
 مقتول یا ولی منصور است، به تسلیط خدا ولی او را و نصرت حکام ولی او را و معنای دو تفسیر
 اول و سوم ظاهر است و بر دوم تعلیل است برای نهی، یعنی ما از اسراف نهی کردیم، چه ولی
 مقتول یاری شده بود و قادر بر اسراف است.»

در همین ارتباط می‌فرماید: «ای کسانی که ایمان آورده‌اید، درباره کشتگان بر شما قصاص
 مقرر شد: آزاد در برابر آزاد و بنده در برابر بنده و زن در برابر زن. پس هر کس که از جانب
 برادر خود عفو گردد باید که با خشنودی از پی ادای خونبها رود و آن را به وجهی نیکو بدو
 پردازد. این حکم، تخفیف و رحمتی است از جانب پروردگارتان و هر که از آن سرباز زند،
 بهره او عذابی است دردآور. ای خردمندان، شما را در قصاص کردن زندگی است. باشد که

پروا کنید.»^{۲۰۱} در تفسیر این آیات می‌فرمایند: «یا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا ای کسانی که به ایمان عام، ایمان آوردید و دعوت ظاهری و بیعت عمومی نبوی را قبول نمودید. کُتِبَ عَلَیْكُمْ در لوح محفوظ یا در سینه نبی ص برای شما نوشته شده مقصود این است که واجب شده است، و به همین جهت و برای اشاره به ضرری که در این مورد و متوجه آنان است، فعل را با عَلَیْ متعدی نمود. الْقِصَاصُ، قصاص آن است که با جانی چنان رفتار کنند که او با مورد جنایت رفتار کرده است. و جوب قصاص بر حکام، پس از درخواست اولیای دم با این امر، منافاتی ندارد. زیرا ولی دم (صاحب خونبها) بین قصاص و دیه و عفو مخیر است. فِي الْقَتْلِ متعلق به کُتِبَ است. الْحُرُّ بِالْحُرِّ، آزاد در مقابل آزاد کشته می‌شود. بِالْحُرِّ که جار و مجرور است، متعلق به فعل یَقْتُلُ یا به اسم مفعول (مقتول) است. و این حکم در صورتی ثابت است که قتل عمدی باشد نه فعلی که محقق شود ناشی از خطاست. در ضمن، این آیه مانند سایر آیات، مجمل و به بیان نیازمند است. پس نباید این اشکال وارد شود که مسئله بر خلاف مفهوم با قید مخالف^{۲۰۲} است. چون مفهوم قید قطعاً در اینجا اعتباری ندارد و تفصیل مسئله موکول به فقه است. وَ الْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَ الْأَنْثَى بِالْأَنْثَى (و بنده به بنده و زن به زن) نقل شده است که دو طایفه از عرب بودند که یکی از آنها قدرت بیشتری بر دیگری داشت و چنین قرارداد بسته بودند که طایفه قدرتمند، در برابر هر بنده،

^{۲۰۱} - سورة بقره، آیات ۱۷۹-۱۷۸. «یا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَیْكُمْ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ الْحُرُّ بِالْحُرِّ وَ الْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَ الْأَنْثَى بِالْأَنْثَى فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَحِبِّهِ شَيْءٌ فَاتَّبِعْ بِالْمَعْرُوفِ وَ آدَاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ذَلِكَ تَخْفِيفٌ مِنْ رَبِّكُمْ وَ رَحْمَةٌ فَمَنْ اعْتَدَى بَعْدَ ذَلِكَ فَلَهُ عَذَابٌ أَلِيمٌ. وَ لَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ».

^{۲۰۲} - مفهوم در مقابل منطوق است. منطوق عبارت از حکمی است که خود لفظ دلالت بر آن دارد. مفهوم بر دو قسم است: مفهوم موافق و مفهوم مخالف. مفهوم موافق عبارت است از اینکه در مفهوم موافق با حکم منطوق باشد. مانند قول خدای تعالی: وَلَا تَقُلْ لَهُمَا أُفٌ که مفهوم آن دلالت بر نهی از زدن و ناسزا گفتن و هر چیزی که در اهانت و ایدای پدر و مادر شدیدتر از حکم منطوق باشد.

مفهوم مخالف: عبارت از آن است که حکم در مفهوم مخالف باشد با حکم در منطوق که آن در جای خود به اقسامی از قبیل مفهوم شرط و مفهوم وصف و غایت و عدد و حصر و قید تعمیم می‌شود. ظاهر مفهوم مخالف الْحُرُّ بِالْحُرِّ، این است که عبد در مقابل حُرّ قصاص نشود، یعنی اگر عبدی حُرّی را بکشد، طبق مفهوم مخالف قید نباید قصاص شود. در حالی که چنین مفهومی در این آیه قطعاً منظور نیست. اصول فقه مظفر، ص ۱۰۷ تا ۱۱۰.

آزادی را بکشد و در برابر مؤنث، مذکر را و در برابر یک مرد، دو مرد را. وقتی که اسلام آمد، داوری به رسول خدا بردند، پس آیه نازل شد و آنها مأمور به مقابله به مثل شدند. *فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ جَانِبِ أَخِيهِ،* هر کسی که مورد عفو قرار گرفته، یعنی جنایتکاری که بخشیده شده است. *مِنْ (از جانب) أَخِيهِ،* برادر دینی اش که همان صاحب خون است، یا از خون برادرش که کشته شده. عبارت را با لفظ برادر ادا نمود تا به این امر دلالت داشته باشد که لازمه عفو و بخشش، مهربانی و مهرورزی است، چنانچه مهربانی و عطوفت مقتضی عفو است. پس مناسب مقام این است که لفظی بیاورد که مقتضی مهرورزی و مهرورزی نیز مقتضی آن باشد. *شَيْءٌ* و چیزی از عفو از قصاص، نه از دیه، یا چیزی از عفو، به این معنی که یک وارث عفو کند. *فَاتَّبَاعٌ* یعنی عفوکننده باید از امور پسندیده پیروی کند، یا اینکه حکم عفوکننده تبعیت است، یا اینکه پیروی از گذشت در خوبها واجب است. *بِالْمَعْرُوفِ* به طریقی رفتار کند که عقلاً تحسین کنند، و آن را به خوبی و نیکی بشناسند، یعنی در مطالبه دیه، تعفف و اضرار نباشد و زیادتر از مقدار مقرر نگیرد، و از سوی جانی نیز باید و *أَدَاءٌ* پرداخت خوبها، *إِلَيْهِ،* به کسی که قصاص را عفو کرده، *يَا حَسَانَ،* با احسان و نیکی صورت پذیرد. یعنی زیر پوشش نوعی از احسان قرار بگیرد. این در حقیقت توصیه‌ای برای بخشنده است که با مدارا و عدم تعدی و تعفف همراه باشد، و توصیه‌ای است به جانی که حيله و فریب و مسامحه و بخل و اکراه در کارش نباشد. *ذَلِكَ تَخْفِيفٌ* یعنی اجازه در عفو، با انتقال به دیه یا بدون آن، یعنی تخییر بین سه چیز، عفو با دیه، بدون دیه و قصاص، (زیرا جواز بخشش دیه به طریق اولی از گذشت بر قصاص استفاده می‌شود، و عفو از قصاص از قول خدای تعالی *فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ،* تا آخر آیه استفاده می‌شود) تخفیفی است در چیزی که بر شما واجب کردیم که آن مؤاخذه کردن به جهت جنایت است. *مِنْ رَبِّكُمْ وَ رَحْمَةٌ* یعنی این رحمت خداوند است که بخشش را که مستلزم بقای نفوس است جایز دانسته و از سویی ولی مقتول و صاحب خون را تکلیف به عفو بدون عوض نکرده است. نقل شده است که اهل تورات تنها *حَقَّ* قصاص یا بخشش داشتند، و اهل انجیل *حَقَّ* بخشش و دیه داشتند، و این امت، مخیر بین سه چیز هستند، و به روایت نسبت داده شده که در شرع موسی قصاص بود، و در شرع عیسی دیه، پس دین سهل اسلام آمد و هر دو را تشریح نمود. *فَمَنْ اعْتَدَى* یعنی هر کس از صاحبان خون و

جانمی از حدّ خودش تجاوز بکند، بَعْدَ ذَلِكَ پس از آنکه حدّ آنها از قصاص و عفو و دیه ذکر شد، فَلَهُ عَذَابٌ أَلِيمٌ پس برای او عذابی دردناک است، و وجه توصیف عذاب به دردناک بودن گذشت. و چون ممکن بود این توهّم پیش آید که تشریح قصاص موجب از بین رفتن نفوس بشری است، و از بین رفتن نفوس خلاف حکمت الهی است، چنانچه ملّتها و دینهای باطل بر این عقیده هستند بنابراین، این توهّم را رفع نمود به اینکه قصاص موجب باقی ماندن نفوس است نه از بین رفتن آنها، زیرا تشریح قصاص موجب منع همه نفوس است از تجرّی بر قتل. پس قصاص باعث از بین رفتن نفوس اندکی شده و در عوض نفوس زیادی میمانند، به خلاف ترک قصاص که مطلب برعکس می شود. پس فرمود: وَ لَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ در قصاص برای شما حیات است، عرب در مقابل این جمله، جمله دیگری می گوید که مقصودشان افاده همین معنی است و آن جمله این است القتل انفي للقتل^{۲۰۳} و مفسران وجوهی یاد کرده اند که دلالت می کند بر اینکه تعبیر قرآن بر تعبیر مقابل، ترجیح دارد. یا اُولِي الْأَلْبَابِ صاحبان عقل و خرد را از آن جهت، خاصّ خطاب و ندا قرار داد که احترام و بزرگی داشتن برای آنها باشد و از سوی دیگر، می خواهد بگوید تنها خردمندان هستند که می فهمند چگونه در قصاص زندگی است و آنها کسانی اند که تشریح حکمها مخصوص آنهاست و در آفرینش اشیا، آنها منظور نظرند. آنها هستند که وجودشان مهمّ است و نه غیر آنها. لَعَلَّكُمْ شَآئِدًا لِّمَا آتَى صَاحِبَانَ عَقْلٍ وَ خَرْدٍ، تَتَّقُونَ، پرهیزگار شوید. ترجّی از ذکر قصاص، یا از نهادن حیات در قصاص، یا از ذکر حیات، ناشی می شود، پس اگر دو معنی اول مقصود باشد، معنی آیه این است: که خداوند برای شما قصاص را تشریح کرد، یا حیات را در قصاص قرار داد، تا شاید شما از کشتن پرهیزید، یا از معاصی پرهیز کنید، یا متّصف به تقوی باشید. اگر معنی سوم مراد باشد، معنی آیه چنین است: خداوند برای بقای شما قصاص را تشریح فرمود، تا شاید از معاصی پرهیز کنید و متّصف به تقوی باشید. نسبت دادن ترجّی به خداوند، درست نیست، زیرا رجاء تحقّق نمی پذیرد، مگر از جاهل که منتظر حصول چیزی است که از اختیارش خارج است و به آن رغبت داشته و حق تعالی چنین

^{۲۰۳} - به این معنی که قتل (در جهت قصاص) بهترین دفع کننده قتلهای بعدی است.

نیست. پس رجاء از خدای تعالی به معنی علت آوردن است و ممکن است به این صورت تعبیر شود که خداوند تعالی نیز مانند پادشاهان و بزرگان خلق سخن گفته باشد، چه آنان وعده‌هایی را که می‌دهند، با اگر و شاید و امید است ادا می‌کنند، تا کسانی که به آنها وعده می‌دهند، آنکا و اطمینان به وعده پیدا نکنند و بین خوف رجا باقی بمانند. و یا اینکه حال بندگان را ملاحظه نموده و شأن بندگان، رجاء و طمع داشتن است، پس ترجی به اعتبار حال مخاطب است.^{۲۰۴}

اعراب جاهلیت در چهار ماه رجب، شوال، ذیقعد و ذیحجه از غارت و قتل خودداری می‌کردند و برخی این رسم را از زمان حضرت ابراهیم ع می‌دانند.^{۲۰۵} و چون این موضوع که مورد قبول اعراب آن زمان بود و خود عاملی برای جلوگیری از تعدی شناخته می‌شد بعنوان یک حکم امضائی مورد قبول رسول اکرم ص نیز واقع شد. آیه زیر از این سنت در جهت کنترل تعدی در جامعه استفاده نموده و حقوق طرفین را در این ارتباط مشخص می‌نماید. می‌فرماید: «این ماه حرام در مقابل آن ماه حرام و شکستن ماه‌های حرام را قصاص است. پس هر کس بر شما تعدی کند. به همان اندازه تعدی‌اش بر او تعدی کنید و از خدا بترسید و بدانید که او با پرهیزگاران است.»^{۲۰۶} در شرح این آیه می‌فرمایند: «الشَّهْرُ الْحَرَامُ بِالشَّهْرِ الْحَرَامِ از آن جهت ماه حرام نامیده شده که قتال و جنگ در آن ماه حرام است، حتی اگر مردی قاتل پدر یا برادرش را در آن ماه ببیند نباید به او متعرض شود. ماه‌های حرام چهار ماه بود، سه ماه پشت سر هم ذیقعد، ذیحجه و محرم و یک ماه دیگر تنهاست که آن ماه رجب است. ذی‌القعد را از آن جهت به این نام می‌نامیدند که از جنگ قعود می‌کردند، یعنی می‌نشستند و جنگ نمی‌کردند، و چون در سال عمره قضا (بعد از صلح حدیبیه در سال هفتم هجری) از جهت جنگ کردن ممانعت داشتند، به نحوی که مشرکان در سال قبل از آن (در سال ششم در وقت صلح حدیبیه)

^{۲۰۴} - بیان السعاده فی مقامات العباد، ترجمه، جلد ۲، صص ۳۵۵-۳۵۰.

^{۲۰۵} - سید هاشم بحرانی، البرهان فی تفسیر القرآن، ج ۲، ص ۱۲۲. در برهان به برخی روایات نیز اشاره شده که

تحریم جنگ در این چهار ماه علاوه بر آیین ابراهیم ع در آیین یهود و مسیح و سایر انبیاء ع نیز بوده.

^{۲۰۶} - سوره بقره، آیه ۱۹۴. «الشَّهْرُ الْحَرَامُ بِالشَّهْرِ الْحَرَامِ وَ الْحَرُمَاتُ قِصَاصٌ فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ وَ اتَّقُوا اللَّهَ وَ اعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ مَعَ الْمُتَّقِينَ».

متعرض قتال آنها شده بودند، پس آن مانع را از آنان برداشت به اینکه: جنگ مشرکان در ماه حرام در ازاء جنگ آنها در ماه حرام یا مقصود تبریک گفتن بر مؤمنان و تسلی دادن به آنها باشد به اینکه دخول مکه در ماه ذی القعدة در مقابل جلوگیری مشرکان در ذی القعدة سال قبل. پس تقدیر آیه چنین است: قتال در ماه حرام در برابر قتال در ماه حرام است، و دخول مکه در ماه حرام در برابر جلوگیری آنها در ماه حرام است. وَ الْخُرُمَاتُ جَمْعُ حُرْمَتٍ اسْتِ بَا ضَمِّهِ وَ سَكُونٍ يَأْتِي بِدَوِّ ضَمِّهِ (حُرْمَةٌ) مِثْلُ هُمُزَةٍ وَ أَنْ بَعْنَى چيزی است که هتک و شکستن آن روا نباشد، و به معنی پیمان، و هیبت و بهره است. قِصَاصٌ گفته شده که: مشرکان از اینکه پیامبر را در سال حدیبیه رد کرده بودند فخر می کردند، پس خدای تعالی از باب توییح به آنان فرمود: وَ الْخُرُمَاتُ قِصَاصٌ. و حرامها را قصاص است. این معنی به حضرت باقر ع نسبت داده شده است. برخی گفته اند: منظور از این آیه، برداشتن حرج از مسلمانان در سال عمره قضا است، و گویای این است که حفظ حرمتها واجب، و هتک آنها جایز نیست، ولی قصاص جایز است. و جمع آوردن لفظ خُرُمَاتُ به اعتبار حرمت ماه و حرمت احرام و حرمت حرم است و این قول خدای تعالی که می فرماید: فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ (پس کسی که بر شما تعدی کند) این وجه را تأیید می کند. و اعتدی و عدی، و تعدی به معنی ظلم کرد است. فَأَعْتَدُوا عَلَيْهِ (پس بر او تعدی کنید) یعنی در ماه حرام و در حرم، یا مطلقاً در هر جا که باشد، و استعمال لفظ اعتداء در حالی که از جانب مسلمانان تعدی نیست، از باب مشاکلت و تجرید است، مانند آنچه که در کلمه عدوان گذشت^{۲۰۷}. بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ وَ اتَّقُوا اللَّهَ یعنی در شروع به تعدی و تجاوز کردن به زیادتر از مقابله به مثل، از خدا بترسید. چون نفسها اطلاع از مقدار قصاص ندارند، بلکه نفوس طالب این هستند که چند برابر جنایت جانی، از او قصاص بگیرند چون می ترسند که جانی و غیرجانی دوباره بر تعدی جرأت پیدا کنند و بخواهند تا شعله غضب خویش را خاموش کنند، بر

^{۲۰۷} - اشاره به شرح کلمه عدوان در آیه قبل (سوره بقره، آیه ۱۹۳): وَ قَاتِلُوهُمْ حَتَّى لَا تَكُونَ فِتْنَةٌ وَ يَكُونَ الدِّينُ لِلَّهِ فَإِنْ انْتَهَوْا فَلَا عُدْوَانَ إِلَّا عَلَى الظَّالِمِينَ (با آنها بجنگید تا دیگر فتنه ای نباشد و دین خدا باشد ولی اگر بازایستادند تعدی جز بر ستمکاران نیست) است که عدوان مصدر عدا یعدو عدواً به معنی ظلم و عقوبت در غیر استحقاق است ولی در اینجا از قید عدم استحقاق مجرد شده است و از جهت تشاکل در این معنی بکار رفته است.

اساس این جهات، خداوند این خوف و این شعله را با این گفتار که وَ اعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ مَعَ الْمُتَّقِينَ، بدانید که محققاً خدا با پرهیزگاران است، خاموش نمود. یعنی از تعدی بر خودتان نترسید و با خدا تسلی یابید، نه با مورد تأیید قرارداد غضب. بدان که نفوس در مراتب تسلیم و فرمانبری مختلف هستند، پس برخی از نفوس، اصلاً اطاعت و تسلیم ندارند و از خداوند هیچ امر و نهی نمی‌پذیرند و آغازگر تعدی به غیرند و از جانی هر مقدار که می‌توانند قصاص می‌گیرند، نه کتابی دارند و نه خطابی، و امر آنان موکول به وقت مرگ است. بعضی از نفوس قدرت قبول امر و نهی را دارند، ولی قدرت ترک قصاص را ندارند. پس خداوند، قصاص به اندازه جنایت را اجازه داد و از تجاوز از مقدار جنایت نهی فرمود، و از راه لطف و مهربانی، در مثل چنین موردی فرمود: اگر صبر کنید صبر برای شما بهتر است. برخی از نفوس قدرت ترک قصاص را دارند، ولی بر صفح که پاکیزه نمودن دل است از کینه‌توزی نسبت به جانی، قدرت ندارند، لذا خدای تعالی کظم غیظ و عفو جانی را به او تکلیف نموده است و برخی نفوس قادر به صفح هستند ولیکن قادر به احسان به جانی نیستند که خداوند بر آنان صفح را تکلیف فرموده و آخرین مراتب قدرت به احسان بر جانی است که وَاللَّهُ يَجِبُ الْمُحْسِنِينَ. یعنی خداوند محسنین را دوست دارد. بنابراین، تکلیف خدای تعالی بر مردم به مقدار توانایی نفوس است که لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا^{۲۰۸} و اینکه از معصومین ع، با تصریح و اشاره وارد شده است که ایمان درجاتی دارد به نحوی که اگر صاحب درجه اول را بر دومی و صاحب درجه دومی را بر سومی و هکذا حمل کنیم هلاک می‌شود، اشاره به این معنی است و اینکه هر نفسی از جانب خدا نوعی از تکلیف را دارد، و فتوا دهنده باید نظر به حال اشخاص نموده و برحسب احوال آنان تکلیف نماید.»

^{۲۰۸} - سورة اعراف، آیه ۴۲ و مؤمنون آیه ۶۲ و انعام آیه ۱۵۲ لَا تُكَلِّفُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا و بقره، آیه ۲۸۶، لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا خدا هیچ کسی را جز به اندازه وسعتش تکلیف نمی‌کند و سوره بقره آیه ۲۳۳: لَا تُكَلِّفُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا هیچ کس بیش از قدرتش مکلف نمی‌شود.

قطع اعضاء و جروح

در آیه و الجروح قصاص درباره قصاص قطع اعضاء و جرح نیز آمده است^{۲۰۹}: «و در تورات بر آنان مقرر داشتیم که نفس در برابر نفس و چشم در برابر چشم و بینی در برابر بینی و گوش در برابر گوش و دندان در برابر دندان و هر زخمی را قصاصی است. و هر که از قصاص درگذرد، گنااهش را کفاره‌ای خواهد بود. و هر که به آنچه خدا نازل کرده است حکم نکند، از ستمکاران است.» در شرح این آیه می‌فرمایند^{۲۱۰}: «وَ كَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا فِي تورات این حکم را وضع کردیم که اظهار این مطلب تقریر عدم رضایت آنان به حکم خداست، و اینکه به داوری حضرت محمد ص راضی شدند تا از حکم تورات فرار کنند. أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ مجمل است و محتاج به بیان یعنی نفس مرد در مقابل مرد و عبد در مقابل عبد و مؤنث در مقابل مؤنث است، یا اینکه حکم تورات عام است (یعنی تفاوتی ندارد هر که کسی را کشت باید کشته شود). وَ الْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَ الْأَنْفَ بِالْأَنْفِ وَ الْأُذُنَ بِالْأُذُنِ وَ السِّنَّ بِالسِّنِّ وَ الْجُرُوحَ قِصَاصٌ یعنی باید قصاص انجام شود. البته هر فقره از آن محتاج به تقدیر دیگری است و آن این است که نفس در مقابل نفس کشته می‌شود و چشم در مقابل چشم در آورده شود و هکذا. فَمَنْ تَصَدَّقَ بِهِ پس کسی که به قصاص تصدق کند یعنی از قصاص عفو کند و به دیه راضی شود. فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَهُ آن دیه کفاره گناهانش می‌باشد. وَ مَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ و هر که به آنچه خدا نازل کرده است حکم نکند از ستمکاران خواهد بود. این موضوع را سه مرتبه تکرار نمود برای اینکه کمال اهمیت آن را برساند زیرا حکم به ما انزل الله چنانکه دانستی معیار تمام حرکات و سکانات و مصحح عبارات و سیاسات است و به وسیله آن معاش و معاد استوار می‌شود، و نیز تکرار برای این است که جمله اول ناظر به امت محمد ص است زیرا که خطاب در قول خدا: فلا تخشوا الناس تا آخر آیه^{۲۱۱} به امت محمد ص است و جمله دوم ناظر به احکام تورات و اهل آن است،

^{۲۰۹} - سورة مائده، آیه ۴۵. «وَ كَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَ الْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَ الْأَنْفَ بِالْأَنْفِ وَ الْأُذُنَ بِالْأُذُنِ وَ السِّنَّ بِالسِّنِّ وَ الْجُرُوحَ قِصَاصٌ فَمَنْ تَصَدَّقَ بِهِ وَ مَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ».

^{۲۱۰} - بیان السعاده فی مقامات العباده، ترجمه، جلد ۴، صص ۳۴۰-۳۳۸.

^{۲۱۱} - سورة مائده، آیه ۴۴. إِنَّا أَنْزَلْنَا التَّوْرَةَ فِيهَا هُدًى وَ نُورٌ يَحْكُمُ بِهَا النَّبِيُّونَ الَّذِينَ أَسْلَمُوا لِلَّذِينَ هَادُوا وَ الرِّبَّانِيُّونَ وَ

دنباله زیرنویس در صفحه بعد:

و جمله سوم ناظر به احکام انجیل و اهل آن است.»

از طرفی برای جلوگیری از تعدی بیش از میزان عقوبت شده و همچنین اعتدالی اخلاق جامعه با کظم غیظ و عفو جانی و خودداری از قصاص کردن تا حدّ ممکن تصریح می‌دارد: «اگر عقوبت می‌کنید، چنان عقوبت کنید که شما را عقوبت کرده‌اند. و اگر صبر کنید، صابران را صبر نیکوتر است. صبر کن، که صبر تو جز به توفیق خدا نیست و بر ایشان محزون مباش و از مکرشان دلتنگی منماید، زیرا خدا با کسانی است که می‌پرهیزند و نیکی می‌کنند.»^{۲۱۲} در تفسیر این آیات می‌فرماید: «وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَابُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ یعنی اگر جهت قصاص عقاب کردید همان طوری که عقاب شدید عقوبت کنید. و به لفظ شك (إِنْ) آورد تا مشعر بر این باشد که برای مؤمن قصاص کردن شایسته نیست، بلکه شأن مؤمن عفو است و اقدام بر قصاص مشکوک می‌نماید. قصاص برای کسی است که از مرتبه نفس بالاتر نرفته است. و قول خدای تعالی: وَ لِيُعْفُوا وَ لِيُصْفَحُوا^{۲۱۳} (عفو و صفح کردن) برای کسی است که از مرتبه نفس به مرتبه قلب عروج کرده باشد و قول خداوند که: وَ اللَّهُ يُحِبُّ الْمُحْسِنِينَ^{۲۱۴} در مورد کسی است که متصّف بر صفات روح باشد، یا به عبارت دیگر: اولی پیرامون کسی است که رسالت را پذیرفته

دنباله زیرنویس از صفحه قبل:

الأخبار بما استخفظوا من كتاب الله و كانوا عليه شهداء فلا تخشوا الناس و اخشون و لا تشتروا بآياتي ثمنا قليلا و من لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الكافرون. ما تورات را که در آن هدایت و روشنائی است نازل کردیم. پیامبرانی که تسلیم (مسلمان) بودند بنا بر آن برای یهود حکم کردند و ربانیون و علماء که به حفظ کتاب خدا مأمور بودند بر آن گواه بودند. پس از مردم نترسید، از من بترسید و آیات مرا به بهای اندک مفروشید. و آنان که به آنچه خدا نازل کرده حکم نکنند پس کافرند.

^{۲۱۲} - سورة نحل، آیات ۱۲۸-۱۲۶. «وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَابُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ وَ لَئِنْ صَبَرْتُمْ لَهُوَ خَيْرٌ لِلصَّابِرِينَ. وَ اصْبِرْ وَ مَا صَبْرُكَ إِلَّا بِاللَّهِ وَ لَا تَحْزَنْ عَلَيْهِمْ وَ لَا تَكُ فِي ضَيْقٍ مِمَّا يَمْكُرُونَ. إِنَّ اللَّهَ مَعَ الَّذِينَ اتَّقَوْا وَ الَّذِينَ هُمْ مُحْسِنُونَ»

^{۲۱۳} - سورة نور، آیه ۲۲، وَ لَا يَأْتَالِ أَوْلُوا الْفَضْلِ مِنْكُمْ وَ السَّعَةِ أَنْ يُؤْتُوا أُولِي الْقُرْبَى وَ الْمَسَاكِينَ وَ الْمُهَاجِرِينَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَ لِيُعْفُوا وَ لِيُصْفَحُوا أَلَا تُحِبُّونَ أَنْ يَغْفِرَ اللَّهُ لَكُمْ وَ اللَّهُ غَفُورٌ رَحِيمٌ.

^{۲۱۴} - سورة آل عمران آیه ۱۳۴، الَّذِينَ يُنْفِقُونَ فِي السَّرَّاءِ وَ الضَّرَّاءِ وَ الْكَاطِمِينَ الْغَيْظَ وَ الْعَافِينَ عَنِ النَّاسِ وَ اللَّهُ يُحِبُّ الْمُحْسِنِينَ.

باشد و دومی درباره شخصی که نبوت را پذیرفته و سومی کسی که ولایت را قبول کرده باشد. **وَ لَئِنْ صَبَرْتُمْ لَهَوْ خَيْرٌ لِّلصَّابِرِينَ** یعنی اگر در قصاص صبر کنید بهتر است، مقصود از صبر عفو و کظم غیظ است که در آیات دیگر نیز ذکر شده است همان گونه که راضی بودن به منزله صفا است، و فوق جمیع مراتب احسان است نسبت به کسی که بدی کرده باشد. نزول آیه همچنان که در اخبار آمده در مورد غزوه أُحُد است که مشرکین کشته‌های مسلمانان را مثله کردند، پس مسلمانان گفتند اگر خداوند ما را بر آنان مسلط کرد بهترین آنان را مثله خواهیم کرد. یا این که وقتی رسول خدا ص بر جنازه حمزه حاضر شد و دید آنچه را که به او کرده‌اند گریه کرد و فرمود: اگر خداوند مرا بر قریش مسلط سازد هفتاد مرد از آن‌ها را مثله خواهم کرد، پس جبرئیل ع بر آن حضرت ص نازل شد و این آیه را آورد که: **وَ إِنِّ عَاقِبَتُهُمْ...** مضمون آیه عام است. **وَ اصْبِرْ** چون مؤمنینی که از دار نفس خارج نشده‌اند طاقت تحمل اذیت را ندارند و به قصاص رو می‌آورند لذا خداوند به طریق مدارا فرمود: **وَ لَئِنْ صَبَرْتُمْ** (اگر صبر کنید) مگر حضرت محمد ص که او را صریحاً بر صبر امر فرمود، **ثُمَّ** برای اشعار بر این معناست که تمکن از صبر نعمتی از جانب خداست. چون حس بشری مقتضی انتقام است فرمود: **وَ مَا صَبْرُكَ إِلَّا بِاللَّهِ وَ لَا تَحْزَنْ عَلَيْهِمْ وَ نِيسْتِ شَكِيَّابِي** بردباری‌ات مگر برای خدا پس بر یارانت که کشته و مثله شدند اندوهگین مباش، یا بر گمراهان مکرکننده بر خودت یا علی ع و مؤمنین اندوهگین مباش. **وَ لَا تَكُ فِي ضَيْقٍ مِّمَّا يَمْكُرُونَ** و از آنچه که در حق خودت و یارانت، یا در حق علی ع مکر می‌کنند در تنگی مباش. و این اشاره به صفا و پاک کردن دل است از کینه‌ورزی بر بدکاران. **إِنَّ اللَّهَ مَعَ الَّذِينَ اتَّقَوْا** همانا که خداوند با کسانی است که متقی باشند، و آنها یاران تو هستند، یا تو و پیروانت هستید یا علی ع و پیروانش هستند از آنچه که در حق تو و اصحابت روا داشتند پس تو در تنگنا و اندوه نباش، چرا که شما پرهیزگاران را نزد خدا تقرب و مقامی است، یا از حيله‌های آنان در تنگی مباش که بر تو و یا علی ع یا به پیروانش نمی‌تواند صدمه بزنند. یا این جمله در مقام تعلیل جمله سابق است که در این صورت معنای آیه این است که: خداوند با کسانی است که از تنگی، اندوه، کینه بر بدکار پرهیز کنند، یا اشاره بر آخرین مرتبه عبودیت و تقوای حقیقی است که عبارت از فنای تام در خدا و سفر به سوی حق در حق است.

همانطوری که بارها متذکر شدیم که خدا با بندگان و مخلوقات خود دو معیت دارد: یک معیت که از صفات رحمت رحمانی است و آن عام است و معیت دیگر از صفات رحمت رحیمی است که خاص است و آنچه که در امثال این مقام مقصود است همین نوع اخیر از معیت است. وَالَّذِينَ هُمْ مُحْسِنُونَ آنانی که دارای حسن و کار نیک‌اند، که همان ولایت است، یا کسانی که بر بدکنندگان خودشان هم خوبی می‌کنند؛ این آیه همانطوری که ذیل تفسیر تنزیل نیز اشاره شد به مراتب انسان از اول مقام اسلام تا آخر کمال انسان اشاره دارد. زیرا از قول خدای تعالی: وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ اشاره به اولین مرتبه او در اسلام دارد، و از وَلَئِنْ صَبَرْتُمْ لَهُوَ خَيْرٌ لِلصَّابِرِينَ وَاصْبِرْ وَمَا صَبْرُكَ إِلَّا بِاللَّهِ بر دومین مراتب که از قبیل عفو، کظم غیظ و... از قول وَلَا تَحْزَنْ عَلَيْهِمْ وَلَا تَكُ فِي ضَيْقٍ مِمَّا يَمْكُرُونَ اشاره بر سومین مرتبه است که مقام صفح و پاک کردن قلب از کینه بدکاران می‌باشد. و قول خدا: إِنَّ اللَّهَ مَعَ الَّذِينَ اتَّقَوْا اشاره بر آخرین مقام تقوی است که آن مقام فنای تام است و آن فانی شدن از فنا است و قول: وَالَّذِينَ هُمْ مُحْسِنُونَ اشاره بر بالاترین مقامات انسان است که مقام بقای بعد از فناست. اگر آنچه را که در اسفار اربعه برای سالکین و اصطلاح صوفی صافی طیّ مباحث گذشته بیان کردیم به خاطر بیاوری برای تو امکان تفتن بر مضامین آیه فراهم می‌شود و می‌فهمی که آیه‌ها اشاره بر اسفار اربعه دارد. والله ولي التوفيق.»

در آیات دیگر همین موضوع به نحو دیگر بیان می‌فرماید: «هر کس عقوبت کند هم چنان که او را عقوبت کرده‌اند، آن گاه بر او ستم کنند، خدا یاریش خواهد کرد. زیرا خدا عفوکننده و آمرزنده است. این بدان سبب است که خدا از شب می‌کاهد و به روز می‌افزاید و از روز می‌کاهد و به شب می‌افزاید. و خدا شنوا و بیناست.»^{۲۱۵} در شرح این آیات می‌فرماید:^{۲۱۶} «وَمَنْ عَاقَبَ وَ كَسَىٰ كَ عَقُوبَتِ كَ كُفِّ، يََا ظَالمِ رَا مَجَازَاتِ مِ كُفِّ مَ عَاقِبَ بِهِ بِ مِثْلِ أَن كَ بِهٗ اَوِ ظَلمِ شُدِّهٗ، يََا بِهٗ مِثْلِ أَنِجِهٗ بِهٗ اَوِ ظَلمِ شُدِّهٗ، نَامِیدَن أَن بِهٗ عَاقِبَ بِاِیْنِکَ عَاقِبَ دَرِ جِزَا اسْتِعمَالِ

^{۲۱۵} - سورة حج، آیات ۶۱-۶۰. «وَمَنْ عَاقَبَ بِمِثْلِ مَا عُوقِبَ بِهِ ثُمَّ بُغِيَ عَلَيْهِ لِيَنْصُرَهُ اللَّهُ إِنَّ اللَّهَ لَعَفُوٌّ غَفُورٌ. ذَلِكَ بِأَنَّ اللَّهَ يُؤَلِّجُ اللَّيْلَ فِي النَّهَارِ وَ يُؤَلِّجُ النَّهَارَ فِي اللَّيْلِ وَ أَنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ بَصِيرٌ.»

^{۲۱۶} - بیان السعادة فی مقامات العبادة، ترجمه، جلد ۱۰، صص ۱۳۲-۱۳۰.

می‌شود به مشاکلت با قول او وَ مَنْ عَاقَبَ اسْتُ تُمُّ بُغِي عَلَيْهِ سِيسِ بر او ظلم شد، یعنی بر کسی که مکافات عقوبت می‌کرد یا بر کسی که ابتداءً ظلم کرد و اگر چه صریحاً ذکر نشده، ولی آن به التزام مذکور است. لَيَنْصُرُنَّهُ اللَّهُ الْبَتَّ خداوند یاری می‌کند، یا خدا یاری می‌کند معاقب یا ظالم نخست را. إِنَّ اللَّهَ لَعَفُوٌّ غَفُورٌ همانا خداوند بر عفو غفور است، جواب سؤال مقدر است در مقام تعلیل، یعنی خداوند یاری می‌کند معاقب قصاص کننده را که بر او بغی شده است. زیرا که او عفوکننده لغزشهای اوست که لازمه پیروی از هوا در اقتصاص است، حیث اینکه عفو مرضی او بوده یا ظالم را بعد از بغی بر او یاری می‌کند، زیرا که او بعد از آنکه به مقدار ظلمش عقوبت شد از ظلمش عفو می‌شود ذَلِكَ این، یعنی اذن در قصاص و یاری قصاص کننده که بر او بغی شده، یا ظالم بعد از اقتصاص از او که بغی بر او ب به، سبب أَنَّ اللَّهَ اینکه خداوند، نه غیر او يُؤَلِّجُ اللَّيْلَ فِي النَّهَارِ داخل می‌کند شب را در روز، یا داخل می‌کند شب اقتصاص را در جای روز عفو، یا شب ظلم را مکان روز عدل می‌کند، یا از شب رذایل می‌کاهد و به بروز خصایل می‌افزاید وَ يُؤَلِّجُ النَّهَارَ فِي اللَّيْلِ و روز را در شب داخل می‌کند، و داخل می‌کند یا از روز خصایل کم می‌کند و بر شب رذایل اضافه می‌کند، پس اقتصاص مقتصص و ظلم ظالم هر دو چون تسخیر خدا و امر تکوینی اوست، پس اگر به هر کدام از آن دو بیش از قدر ترخیص، کاری شود به یاری کسی که مورد بغی قرار گرفته عقوبت می‌شود و در سوره آل عمران تفصیل شب و روز در نظیر این آیه گذشت. وَ أَنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ و همانا خداوند شنواست، بر آنچه که باغی و قصاص گیرنده و قصاص شونده می‌گویند بَصِيرٌ بصیر است، به آنچه که انجام می‌دهند.».

و همچنین می‌فرمایند: «و آنان که چون ستمی به آنها رسد انتقام می‌گیرند. جزای هر بدی بدیی است همانند آن. پس کسی که عفو کند و آشتی ورزد مزدش با خداست، زیرا او ستمکاران را دوست ندارد. بر کسانی که پس از ستمی که بر آنها رفته باشد انتقام می‌گیرند، ملامتی نیست. ملامت در خور کسانی است که به مردم ستم می‌کنند و به ناحق در روی زمین سرکشی می‌کنند. برای آنهاست عذابی دردآور. و آن که صبر کند و از خطا درگذرد، این از کارهای پسندیده است. هر کس را که خدا گمراه کند از آن پس هیچ دوستی نخواهد

داشت.^{۲۱۷} در شرح این آیات مرقوم داشته‌اند:^{۲۱۸} «وَالَّذِينَ إِذَا أَصَابَهُمُ الْبَغْيُ هُمْ يَنْتَصِرُونَ وَكَسَانِي

که چون به آنها ستم رسد آنها یاری می‌طلبند، «هم» تأکید برای ضمیر منصوب است یا مبتدا مثل «هم یغفرون» و چون انظلام مذموم است و از رذایل به شمار می‌آید آنان را با وصف انتصار ذکر نمود، یعنی شأن آنها انتصار است، و اما عفو از مُسی و ترک انتقام با وجود قوه مدافعه در مظلوم انظلام مذموم نیست، بلکه آن عفو ممدوح است، و انظلام این است که در مظلوم موقع ظلم و قوه جنبیدن غضب نباشد و چون نفس منتصره به قدر ظلم در انتصار قانع نمی‌شود، بلکه زیاده بر جنایت را طلب می‌کند جهت تأدیب به بندگانش، تعالی گفت: وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلُهَا کيفر هر بدی یک بدی است همانند آن، دوّمی را به مشاکلت بدی نامید، یا اینکه آن به نسبت به جانی اسائه است، یعنی در انتصار از مماثله فزونی نکنید. فَمَنْ عَفَاَ پس هر کس عفو نماید، از مُسی به ترک انتقام بعد اقتدار بر او، و جمله معطوف است بر جمله «جزاء سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ» و «فاء» برای ترتیب در اخبار است. یعنی چون دانستی که تجاوز از انتصار در مماثله جزای بدی نیست، بلکه ظلم است پس بدان که هر کس عفو نماید وَاصْلَحَ و صلح کند، اسائه مُسی را با عفو فَأَجْرُهُ عَلَى اللَّهِ پس اجر او بر خداست، غایت تفخیم برای عفو است، حیث اینکه اجر آن را به غیر خودش و کالت نکرده است. إِنَّهُ لَا يُحِبُّ الظَّالِمِينَ همانا او ظالمین را دوست ندارد، جواب سؤال مقدر است، گویا که گفته شده، آیا خداوند ظالم را دوست دارد که امر به عفو از او می‌کند؟ پس گفت: خداوند ظالمین را دوست ندارد، پس ترغیب به عفو از حبّ نیست، بلکه از حبّ به مؤمنین است که در معرض ثواب جزیل قرار بگیرند، یا تعلیل برای قول او «ینتصرون» یا برای قول او: «جزاء سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ» یا برای قول او: «فمن عفی و أصلح فأجره علی الله» می‌باشد. چنانچه از ترغیب بر عفو که از آن مستفاد می‌شود، گویا که گفته: انتقام نسبت به قوه عاقله که شأن آن

^{۲۱۷} - سورة شورا، آیات ۴۴-۳۹. «وَالَّذِينَ إِذَا أَصَابَهُمُ الْبَغْيُ هُمْ يَنْتَصِرُونَ. وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلُهَا فَمَنْ عَفَا وَأَصْلَحَ فَأَجْرُهُ عَلَى اللَّهِ إِنَّهُ لَا يُحِبُّ الظَّالِمِينَ. وَ لَمَنْ أَنْتَصَرَ بَعْدَ ظُلْمِهِ فَأُولَئِكَ مَا عَلَيْهِمْ مِنْ سَبِيلٍ. إِنَّمَا السَّبِيلُ عَلَى الَّذِينَ يَظْلِمُونَ النَّاسَ وَ يَبْغُونَ فِي الْأَرْضِ بِغَيْرِ الْحَقِّ أُولَئِكَ لَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ. وَ لَمَنْ صَبَرَ وَ غَفَرَ إِنَّ ذَلِكَ لَمِنْ عَزْمِ الْأُمُورِ. وَ مَنْ يُضْلِلِ اللَّهُ فَمَا لَهُ مِنْ وَلِيٍّ مِنْ بَعْدِهِ»

^{۲۱۸} - بیان السعاده فی مقامات العباده، ترجمه، جلد ۱۳، صص ۸۶-۸۲.

عفوست نوعی ظلم می‌باشد، زیرا که شأن آن شأن خدای عفوکننده غفور است. و همانا او ظالمین را دوست ندارد پس انتقام را ترک کنید و از مسی عفو نمایید. وَ لَمَنِ انْتَصَرَ بَعْدَ ظُلْمِهِ وَ بِر كَسِي كَه بَعْدَ ظَلْمِ اَوْ اِنْتِصَارِ كُنْد، عَطْفِ اسْت، دَر اَن رَفَع تَوْهْمِ اسْت كَه مَنْتَصِرِ ظَالِمِ اسْت وَ غَيْرِ مَحْبُوبِ وَ بَرَايِ اَوْ مَوْاَخِذَه دَنِيوِي وَ عَقُوبَتِ اِخْرُوِي اسْت. فَأُولَئِكَ مَا عَلَيْهِمْ مِنْ سَبِيلٍ، بَرِ اَنَانِ هِيْجِ حَرْجِي نِيَسْت، نَه دَر دُنْيَا وَ نَه دَر اٰخِرْت. اِنَّمَا السَّبِيلُ هَمَانَا حَرْج، دَنِيوِي وَ عَقُوبَتِ اِخْرُوِي عَلَيِّ الَّذِيْنَ يَظْلِمُوْنَ النَّاسَ وَ يَبْغُوْنَ فِي الْاَرْضِ بِرِ كَسَانِي اسْت كَه بَرِ مَرْدَمِ ظَلْمِ مِي كُنْد وَ دَر زَمِيْنِ بَغِي مِي نَمَايَنْد، دَر عَالَمِ صَغِيْرِ يَا كَبِيْرِ بَغِيْرِ الْحَقِّ بَه غَيْرِ حَقِّ، وَ اِگَر بَه وَجْهِي ظَالِمِ بَرِ مَسِي بَاشَنْد وَ بَرِ قُوَه عَاقِلَه، لِيَكُنْ اَن ظَلْمِ بَه حَقِّ اسْت اُولَئِكَ لَهُمْ عَذَابٌ اَلِيْمٌ وَ لَمَنْ صَبَرَ وَ بَرَايِ اَنهَا عَذَابِي دَر دَنَاكِ اسْت وَ بَرَايِ كَسِي كَه صَبَرَ كُنْد، يَعْني لَكِنْ كَسِي كَه اَز اِنْتِقَامِ صَبَرَ كَرْدَه وَ عَفَرَ وَ بِيخَشْد، بَه تَطْهِيْرِ قَلْبِ اَز حَقْدِ بَرِ مَسِي اِنَّ ذٰلِكَ لَمِنْ عَزْمِ الْاُمُوْرِ هَمَانَا اَيْنِ اَز عَزْمِ دَر اُمُوْرِ اسْت، يَا اَز اُمُوْرِي كَه عَزْمِ بَه اَن شَايِسْتَه اسْت كَه اَز اَجَلِّ خِصَالِ مِي بَاشْد. وَ مَنْ يُضِلِلِ اللّٰهُ هَر كَه رَا خِدا گْمَرَاه كُنْد، اسْتَدْرَاكِ اسْت، يَعْني وَ لَكِنْ كَسِي كَه خِداوَنْد اَوْ رَا اَز اَيْنِ دُو خِصْلَتِ بَه اَقْدَامِ بَه قِصَاصِ گْمَرَاه كُنْد فَمَا لَهُ مِنْ وَّلِيٍّ مِنْ بَعْدِهِ دِيْگَرِ بَرَايِ اَوْ هِيْجِ يَاوَرِي بَعْدِ اَز اَوْ نِيَسْت. عَدَمِ وَصُوْلِ وَ اِهْتِدَاءِ بَه اَن دُو خِصْلَتِ رَا ضَلَالَتِ نَامِيْد، زِيْرَا كَه اَن اِنْحِرَافِ اَز كَمَالِ اِنْسَانِي اسْت كَه جَاذَه بَه خِدا اسْت. يَا مَعْني مِي دَهْدِ كَسِي كَه خِداوَنْد اَوْ رَا بَا جِنَايَتِ وَ ظَلْمِ بَرِ بَنْدِگَانِ بَه غَيْرِ حَقِّ گْمَرَاه سَازْد.».

ديات

در متون حقوقی و فقهی دیه بعنوان مالی که بدل نفس مقتول به ولی او داده می‌شود و یا به بدل اعضاء مجروح - که آن را ارش نیز می‌نامند - یا بدل از کار افتادن آن تعلق می‌گیرد اطلاق می‌گردد.^{۲۱۹} در همه موارد دیه توسط شارع مشخص نشده و در مواردی به حاکم واگذار گردیده است. دیه یا خونبها در سنن و عرف و آئین‌های قبل از اسلام نیز وجود داشته است ولی

^{۲۱۹} - نگاه کنید به: ابوالقاسم گرگی، دیات (۱۳۸۲)، مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران.

آزاد کردن بنده مؤمن، در اینجا دیه را مقدم انداخت برای اتمام به بیان آن، زیرا که به نظر می‌آمد که کفار بر آنها نباشد، بر کفار بر آن دیه مسلم است، و در آیه سابق تأخیر انداخت زیرا که حقّ النَّاس است و آزاد کردن حقّ الله. فَمَنْ لَمْ يَجِدْ پس اگر نیافت، بنده‌ای و نه ثمن آن را فَصِيَامٌ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ تَوْبَةً مِنَ اللَّهِ، دو ماه پیایی روزه بگیرد توبه از خدا، سبب توبه از خداست. وَ كَانَ اللَّهُ عَلِيمًا وَ خَدَا عَلِيمٌ است، به وضع احکام حَكِيمًا حکیم است و آن را بر غایات محکم وضع می‌کند. وَ مَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُتَعَمِّدًا فَجَزَاؤُهُ جَهَنَّمُ خَالِدًا فِيهَا وَ غَضِبَ اللَّهُ عَلَيْهِ وَ لَعْنَةُ وَ أَعَدَّ لَهُ عَذَابًا عَظِيمًا و هر کس مؤمنی را به عمد بکشد جزائش جهنم است که در آن مخلد خواهد بود خدا بر او خشم کند و او را لعن کند و عذابی عظیم برایش مهیا سازد، تهدید به چیزی است که احدی از اصحاب کبائر را به آن تهدید نکرده و تعمّد مورث و عید شدید است چنانچه در اخبار است اگر او را از جهت ایمانش با علم به آن بکشد، نه اینکه او را بکشد از غضب، یا جدل یا کینه از جهت دیگر بر او در این صورت اگر چه عمدی است از وجهی خفی مشوب به خطا است. و کسی که مؤمنی را از جهت ایمانش بکشد، مانند کسی است که صاحبش را کشته باشد، و کسی که صاحبش را که امام است بکشد از آتش خلاص ندارد و توبه‌ای بر او نیست، یا موفق به توبه نمی‌شود چنانکه در اخبار است، و برای این است که وارد شده که غیبت مؤمن اشدّ از زنا است، یا از هفتاد زنا، یا از هفتاد زنا، یا از هفتاد زنا، و در بعضی اخبار با محارم، و سرّ چیزی است که ما ذکر کردیم، زیرا ذکر مؤمن به بدی از جهت ایمان او ذکر صاحبش است به بدی و ذکر امام به بدی از اکبر کبائر است».

در قتل خطائی مقدار دیه به اشکال زیر ذکر شده که شامل دارائی‌های آن زمان بوده و در حال حاضر ادای آن با ارقام زیر عملاً مشکل ساز است:

- ۱- هزار مثقال یا هجده نخود طلای مسکوک خالص. (همچنین هزار دینار نیز ذکر شده که هر دینار باید یک مثقال طلای خالص مسکوک باشد).
- ۲- ده هزار درهم. (برابر هزار دینار معادل شده است. هر درهم معادل ۱۲/۶ نخود نقره مسکوک یا معادل ۰/۵۲۵ مثقال نقره صرافی است. نقره نباید غیر مسکوک باشد).
- ۳- هزار گوسفند. (نباید خیلی لاغر یا معیوب باشند).

۴- دوپست گاو. (نباید خیلی لاغر یا معیوب باشند).

۵- دوپست حله بُرد یمانی که هر بُرد از آن شامل دو جامه باشد. (حله شامل ازار یا پائین پوش

و ردا یا بالاپوش با هم است و جنس حله را نیز چون حریر و ابریشم و خز دانسته‌اند).

۶- صد شتر (همچنین روایت شده که سی شتر آن ماده یکساله و سی شتر آن ماده دوساله و سی

شتر ماده سه ساله و ده شتر آن ماده دو ساله باشد. درباره نوع شترها اختلافات زیادی هست

که شتران مُسن پنج سال به بالا و یا نر و یا مطلق شتر و در مذاهب اهل تسنن ترکیبی از

شترهای مُسن تر از سه سال و داخل پنج سال و آبستن هفت ساله و در نظری به تعداد مساوی

ماده یکساله و ماده دوساله و ماده سه ساله و ماده چهارساله و در رأی دیگر ترکیب دیگری

از همین شتران ذکر شده).

در اینکه دیه را باید به یکی از اقلام فوق یا تلفیقی از آنها ادا کرد و یا بهای آن را پرداخت

نیز در مذاهب مختلف اختلاف است و اولویت انتخاب اقلام نیز مطرح شده و در اعداد ذکر

شده هم اجماع کامل نیست. آراء موجود در مجموع بر این است که انتخاب یکی از موارد

ششگانه در اختیار جانی است و اولیاء دم نمی‌تواند از قبول آن امتناع کند و باید ظرف یک سال

ادا شود و در عدد یک سال هم اختلاف است و تعداد سال بر حسب عمد یا غیر عمد یا خطائی

بودن قتل فرق دارند.^{۲۲۲}

مسلماً تکیه بر الفاظ روایاتی که این قاعده از روی آنها بنا شده است سبب این تشدد و

پراکندگی در تعیین مقدار و ارزش دیه شده است. مشابه همین موضوع در زکات ذکر شده که

موارد مشمول زکات به احشام ثلاث و غلات اربعه و نقدین منحصر می‌شود که در آن زمان

عمده کالای مبادلاتی و تولیدی را تشکیل می‌داده و محض اختیار آنها در این زمان به موارد

درآمدی مشمول زکات کاملاً بی‌معنی است زیرا فقط معدودی از منابع درآمدی را شامل

می‌شود و اصل بر پرداخت از درآمد است و نه اقلام نه‌گانه مزبور. و انحصار موارد زکات به

اقلام فوق به هیچ‌وجه عقلی نیست و لذا شرعی هم نیست. همانطور که توقف موارد زکات به

^{۲۲۲} - برای شرح در ویژگی‌های ذکر شده نگاه کنید به: ابوالقاسم گرگی، دیات (۱۳۸۲)، مؤسسه انتشارات و

اقدام فوق حاکی از توقف پویایی فقه نسبت به زمان است به همانگونه انحصار دیه به موارد ششگانه مذکور توقف پویایی فقه در امر دیات می‌باشد. اصولاً این نوع اشکالات به متدولوژی کشف احکام شارع در فقه مربوط می‌شود که نقش کتاب در آن کمتر از احادیث و اخبار و روایت و فن درایه و رجال است و توجه حکمی به موضوعات کمرنگ‌تر از ظاهر الفاظ منصوصات می‌باشد.

در مقاله‌ای در این ارتباط تحت عنوان دیه انسان می‌نویسد^{۲۳۳}: «روزنامه‌های پنجشنبه ۷۱/۱/۲۰ از تشکیل یک کنفرانس خبری خبر دادند که طی آن حضرت آیت‌الله مقتدایی ریاست محترم دیوان عالی کشور در مورد مسأله دیات اظهار داشتند: مبلغی که تاکنون به عنوان دیه تعیین می‌شد به مراتب از دیه واقعی شرعی کمتر است و می‌بایستی مبلغ مناسبی - که ایشان آن را هفتاد میلیون ریال اعلام داشتند - تعیین گردد. بدواً از این که بعد از چند سال تجربه کردن قانون قبلی دیات به این مسأله توجه شده است باید شکر گزار بود و این توجه را با حسن قبول پذیرا شد. اما در این مورد توضیح و تذکر نکاتی لازم به نظر می‌رسد که طی چند مبحث عرضه می‌شود:

ماهیت دیه: ماده ۲۹۴ قانون مجازات اسلامی مصوبه ۱۳۷۰ و ماده اول قانون دیات، دیه را

^{۲۳۳} - حضرت آقای حاج دکتر نورعلی تابنده، دیه انسان (در حاشیه کنفرانس خبری قوه قضائیه)، مجموعه مقالات فقهی و اجتماعی، انتشارات حقیقت، صص ۸۲-۷۲، تهران، ۱۳۷۸. روز چهارشنبه ۷۱/۱/۱۹ رئیس دیوان عالی کشور مصاحبه‌ای کرده و تصمیماتی را که در جلسه مسؤولین دادگستری اتخاذ شده بود بیان کردند. از آن جمله تغییر مبلغ دیه نفس بود که به نظر اعضای آن کمیسیون باید حدود هفت میلیون تومان باشد و ایشان این تصمیم را به نام قانون تعرفه کرده و از آن تاریخ لازم‌الاجرا دانستند. همان روز مقاله‌ای در این زمینه نوشته و به روزنامه اطلاعات فرستادم. دو روز بعد به واسطه تشنجی که از لحاظ مبلغ بیمه در محیط شرکت‌های بیمه و رانندگان ایجاد شد، آیت‌الله یزدی اعلام کردند که دیه تغییر نکرده است. این مقاله در روزنامه اطلاعات سه‌شنبه ۷۱/۱/۲۵ درج شد و آن روزنامه این مقدمه را بر آن نوشت: «لازم به یادآوری است مطلب زیر که درباره دیه نگاشته شده قبل از اعلام نظر حضرت آیت‌الله یزدی پیرامون عدم تغییر نحوه محاسبه انواع دیه به رشته تحریر درآمده است؛ مع‌الوصف از آنجا که نگارنده محقق ابعاد مختلف شرعی و عرفی موضوع را مفصلاً مورد تحقیق و بررسی قرار داده است، به درج آن مبادرت شد.»

بدین گونه تعریف می‌کند: «دیه مالی است که به سبب جنایت بر نفس یا عضو به مجنی علیه یا ولی یا اولیای دم او داده می‌شود». این ماده ترجمه عباراتی است که فقها در این مورد بیان کرده‌اند: «و هی المال الواجب بالجناية علی الحرفی النفس اودونها».^{۲۲۴} «الدیه: هی المال المفروض فی الجنایه علی النفس او الطرف او الجرح او نحو ذلك».^{۲۲۵} «هی المال الواجب بالجنایه علی الحرفی نفس اودونها».^{۲۲۶} بنابراین صرف ارتکاب جنایت صرف نظر از این که مجنی علیه جوان، پیر، سالم، بیمار و... باشد مبلغ مشخص و ثابتی را بر جانی تحمیل می‌کند. از سوی دیگر در کلیه مواردی که کمترین احتمال و امید بهبود و التیام جنایت وارده می‌رود و مجنی علیه و بستگان او درصدد درمان برمی‌آیند، گرفتاری و زحمت مداوا و هم‌چنین هزینه آن در همه جنایاتی که حتی از نظر قانون مشابه هستند یکسان نیست. آیا صحیح است که در این موارد به طور یکسان فقط مبلغ دیه به مجنی علیه پرداخت شود و هزینه‌های درمانی برعهده مجنی علیه گذاشته شود؟ به نظر می‌رسد از باب تسبیب و این که جانی موجب و سبب این هزینه‌ها شده است، آنچه در حد عرف از طرف مجنی علیه پرداخت شده است باید به عهده جانی گذاشته شود. بدین طریق نکته‌ای که از طرف حضرت آیت‌الله مقتدائی بیان شده است: «... وی با اشاره به این که قبل از اجرای این قانون مردم و محاکم با مشکلاتی مواجه بوده‌اند، گفت: غالب دیه‌هایی که طبق قانون سابق برای نقص عضو تعیین می‌شد هزینه بیمارستان و درمان افراد را تأمین نمی‌کرد و شخص مصدوم متضرر نیز می‌شد.» مورد توجه قرار گرفته و مشکل اشاره شده حل می‌شود. در قوانین سابق به مجنی علیه اجازه داده شده بود که خسارات مادی و خسارات معنوی ناشیه از جرم را مطالبه کند که تعیین میزان هر دو نوع ضرر و زیان بر عهده دادگاه بود. می‌توان دیه را مشابه خسارات معنوی دانست که مجنی علیه به میزان مشخص و ثابتی دریافت می‌کند و خسارات مادی را دادگاه می‌تواند از باب تسبیب مورد حکم قرار دهد. چنین تصمیمی با تعاریف دیه نیز منافات ندارد.

^{۲۲۴} - تحریر الوسیله.

^{۲۲۵} - مبانی تکملة المنهاج.

^{۲۲۶} - حاشیه شرایع الاسلام.

میزان دیه: در تعیین میزان دیه از طرف بعضی ادعای حصول اجماع شده است. مبنای نظر چند روایت است که در وسایل الشیعه (جزو ۱۹، باب اوّل) از مبحث دیات ذکر شده است: ۱. صحیحہ عبدالرحمان بن الحجاج که گفت از ابن ابی لیلی شنیدم که می‌گفت در جاهلیت دیه صد شتر بود. پیامبر اکرم این قاعده را تنفیذ کرد سپس «... فرض علی اهل البقر ماتی بقره و علی اهل الیمن ماتی حله و...» به صاحبان گاو دویست عدد گاو و بر اهل یمن دویست حله یمانی و به اهل طلا هزار دینار و... مقرر داشت. آن‌گاه عبدالرحمن می‌گوید من این شنیده خود را به حضرت اباعبدالله (ع) عرضه داشتم. آن حضرت فرمود که علی (ع) دیه را هزار دینار می‌فرمود و برای اهل بادیه و صحرا صد شتر، برای اهل آبادی صد گاو و یا هزار گوسفند... ۲. ابن ابی عمیر از جمیل بن دراج روایت می‌کند که گفت دیه هزار دینار یا ده هزار درهم است ولی از صاحبان حله حله گرفته می‌شود و از صاحبان شتر شتر و از صاحبان... و نیز روایت دیگری که برای احتراز از تطویل از ذکر آن‌ها خودداری می‌شود. به دنبال ذکر این اخبار بعضی از فقها نظر خویش را ابراز کرده و گفته‌اند: این دو روایت ظاهراً اختیار در انتخاب یکی از انواع دیه را بیان می‌کند نه این که بخواهد اهل هر شغل و صنفی را موظف به دیه خاص شغل و صنف خود نماید؛ زیرا ظاهراً این روایات در مقام ارفاق و آسان‌گیری است نه این که وظیفه خاص تعیین نماید^{۲۲۷}. ماده ۲۹۷ قانون مجازات اسلامی مصوبه ۱۳۷۰ و ماده ۳ قانون سابق دیات مقرر می‌دارد: «دیه قتل مرد مسلمان یکی از امور ششگانه ذیل است که قاتل در انتخاب هریک از آن‌ها مخیر می‌باشد و تلفیق آن‌ها جایز نیست:

۱. یک صد شتر سالم و بدون عیب که خیلی لاغر نباشند؛
۲. دویست گاو سالم و بدون عیب که خیلی لاغر نباشند؛
۳. یک هزار گوسفند سالم و بدون عیب که خیلی لاغر نباشند؛
۴. دویست دست لباس سالم از حله‌های یمن؛
۵. یک هزار دینار مسکوک سالم و غیرمغشوش که هر دینار یک مثقال شرعی طلا به وزن ۱۸

^{۲۲۷} - مبانی تکملة المنهاج، ج ۲، ص ۱۸۷.

نخود است؛

۶. ده هزار درهم مسکوک سالم و غیرمغشوش که هر درهم به وزن ۱۲/۶ نخود نقره می‌باشد...» تبصره ماده ۳ پرداخت بهای دیه انتخابی را جز به تراضی طرفین اجازه نداده است، اما در تبصره ماده ۲۹۷ «در صورت تراضی طرفین یا تعدّر همه آنها» پرداخت بهای دیه انتخابی مجاز شناخته شده است و این امر تکاملی است در حقوق جزا که تجربه چندساله آن را موجه ساخته است.

بحث و بررسی ماده ۲۹۷: ماده ۲۹۷ به جای ماده ۳ سابق‌الذکر آمده است. در اخباری که مبنای تعیین دیه قرار گرفته است غالباً اصل دیه را مسکوک (پول رایج زمان) قرار داده‌اند. نهایت آن که به واسطه وضع اقتصادی معاملات آن زمان که غالباً تهاتری و بدون مبادله پول بوده و هم‌چنین کمبود پول رایج، اجازه داده شده است که «اهل الابل، اهل البقر، اهل الیمن...» هریک از کالای دم دست خود دیه را پرداخت نمایند. آیا اگر امروز ما توفیق زیارت حضرت صادق (ع) را داشتیم یا توفیق زیارت و شرفیابی حضور امام زمان (عج) را داشتیم و ظهور آن حضرت در زمان حیات ما واقع می‌شد، آن بزرگوار در پاسخ شیعیان ایرانی خود چنین فرمایشی می‌کرد؟! اسلام آخرین دین الهی است که تا قیام قیامت نسخ نخواهد شد. در تمام ازمه و امکانه و در تمام حالات، قواعد و مقررات عالیّه آن قابلیت اجرایی دارد. آیا ماده ۲۹۷ سابق‌الذکر در دوران کنونی یا در اماکنی از قبیل آلاسکا، سوئد و نروژ و... امکان اجرا دارد؟ پس چگونه است که چنین ماده‌ای در قوانین ما تصویب شده است؟ برای بررسی این مطلب لازم است مقدمه‌ای در باب تصرفات پیغمبر (ص) و امام معصوم (ع) ذکر کنیم: استاد و فقیه عالی‌قدر شادروان محمود شهابی در کتاب ارزشمند خویش ادوار فقه^{۲۲۸} مطلبی را بیان کرده است که ذیلاً به آن اشاره می‌شود: «آری علمای شیعه می‌گویند تصرف پیغمبر (ص) قولی باشد یا فعلی، بر یکی از سه وجه زیر است:

۱. بر وجه تبلیغ که از آن به فتوا تعبیر شده؛

۲. بر وجه امانت؛

^{۲۲۸} - شهابی، محمود: ادوار فقه، ج ۱، ص ۵۱۶ و ج ۳، ص ۵۷.

۳. بر وجه قضا و حکومت.

شهید اول در کتاب القواعد والفوائد این موضوع را تحت عنوان فایده تحقیق کرده که شهید دوم نیز عین آن را با اندک زیادتى در کتاب تمهیدالقواعد آورده است. در اینجا آن قسمت تلخیص و ترجمه می‌شود...». سپس شادروان به ترجمه قسمت موردنظر پرداخته و آن ترجمه را چنین آورده است: «تصرف پیغمبر فعلی باشد یا قولی، یک بار به طریق تبلیغ است و آن فتوا می‌باشد و باری به طریق امامت است مانند جهاد و تصرف در بیت‌المال و بار دیگر به طریق قضا است مانند فصل خصومت میان متداعیین از راه بیّنه یا سوگند یا اقرار... و هر تصرفی در عبادت از باب تبلیغ می‌باشد... گاهی نسبت به موردی تردید پیش می‌آید که آیا از قبیل تبلیغ است یا از قبیل قضا یا...». در جلد سوم کتاب یاد شده در مبحث استدراکات نیز به توضیح بیشتری در این مورد پرداخته و ترجمه‌ای را از کتاب زادالمعاد فی هدی العباد تألیف ابن قیم جوزی آورده است که وی در شرح غزوه حنین چنین توضیح داده است: «مأخذ نزاع فقیهان این است که نبی صلی الله علیه و سلم امام و حاکم و مفتی بوده درحالی که رسول می‌بوده است. پس گاهی به منصب رسالت حکمی می‌گفته... و گاهی به منصب فتوا می‌گفته... و گاهی به منصب امامت می‌گفته پس در آن وقت و در آن مکان و با آن اوضاع و احوال، مصلحت امت را در آن دیده که گفته است و در این مورد پیشوایان بعد از او را لازم است که آن گفته را به اقتضای مصلحت امت زمانا و مکانا رعایت کنند چنان که پیغمبر (ص) رعایت کرده بود.» آن‌گاه استاد در جلد سوم اثر یاد شده، صفحه ۵۹، چنین می‌فرماید: «از این دو قسمت که در اینجا نقل شد چند مطلب فقهی دانسته می‌شود:

۱. اتفاق میان علمای شیعه و سنی در این که تصرف پیغمبر را سه وجه است؛

۲. این که منشأ اختلاف در بعضی از مسایل صغروی و مصداقی است نه کبروی و مفهومی؛

۳. این که علمای تسنن اجتهاد و رای را حتی در برابر نص جایز و روا دانسته...».

در هر مورد تشخیص این که تصرف پیغمبر (ص) یا ائمه معصومین (ع) از کدام وجه است، مسأله‌ای دقیق و اجتهادی است و شاید بتوان گفت از مهم‌ترین کوشش‌های مجتهدین عظام می‌تواند باشد که لازمه حصول نتیجه مطلوب از اجتهاد، آگاهی کامل به شرایط زمانی، مکانی

و حالی است. و چه بسا به تدریج و با پیشرفت جوامع اسلامی و جوامع بشری به طور اعم بسیاری از تصرفات را که قدما از وجه رسالت می‌دانسته‌اند، فقهای بعدی آن را از وجه امامت تلقی کرده و خود را مجاز در تغییر آن بدانند. مسایل مربوط به معاملات، عقود و ایقاعات چون مورد عمل شیعیان بوده است، بررسی‌های مربوط به آن در طی تحول جامعه متکامل شده است به طوری که امروز این مبحث حقوقی اسلام، مترقی‌ترین نظام حقوقی است، اما چون بعد از خلافت کوتاه مدت حضرت امام حسن (ع) شیعه دیگر حکومت مستقل و مستقری نداشت، لذا مباحث مربوط به حکومت و امامت ملت و تصویب مقررات جدید در مورد امور مستحدثه در زمینه امور سابق الذکر و مسایل حقوق جزا رشد و توسعه لازم را پیدا نکرد و حال آن که علم حقوق با تحولات زمانی و مکانی باید متحول و متکامل شود و مبحث قضایی و حقوق جزای فقه اسلامی - که به هر جهت تحت سیطره اصول و قواعد لایتغیر عبادی و اخلاقی اسلام است - نیز از این قاعده مستثنا نیست. فقهای معاصر اخیر اصولاً این مباحث را مورد بحث و تدریس قرار نمی‌دادند و آنان که استثنائاً به بررسی این مسایل می‌پرداختند، شرایط همان زمان و مکان را که حکومت شیعه قطع شد ملاک قرار می‌دادند. فرمایش ائمه معصومین را در ما نحن فیه می‌توان از باب تصرفات امامت دانست که بنا به مقتضای ازمنه و امکانه می‌تواند از طرف ولی امر به نحو دیگری مقرر شود. در مورد تصویب مقررات لازم چون ولایت امر در همه زمینه‌ها با مجلس شورای اسلامی است، آن مجلس می‌تواند با رعایت روح فرمایشات امام معصوم و در نظر گرفتن قدرت خرید دینار و درهم آن زمان و تطبیق آن با ارزش مسکوک طلای امروزی (اسکناس پول تلقی نمی‌شود بلکه به منزله رسیدی است از مقدار معینی طلا یا نقره که به عنوان پشتوانه اسکناس در خزانه بانک موجود می‌باشد) میزان دیه را برحسب مسکوک طلای ایران تعیین کند.

بررسی قضایی تصمیم اعلام شده: مسأله ۹ تحریرالوسیله^{۲۲۹} که مورد استناد قرار گرفته و مبنای اصلاحیه‌ای است که به صورت تبصره ماده ۲۹۷ تصویب شده است چنین مقرر می‌دارد: «نعم لو تعذر جمع الاصناف و طالب الولی القیمه تجب اداء القیمه واحده منها والجان مخیر فی ذلك و

لیس للولی مطالبه قیمة احدها المعین.» که جمله آخری تصریح دارد در مواردی هم که تمام اصناف دیه متعذر باشد باز هم تعیین جنس مورد دیه که باید قیمت آن پرداخت گردد از طرف جانی خواهد بود: وی می‌تواند از هر صنفی که بخواهد برای ارزیابی انتخاب کند لذا تعیین مبلغ مقطوع به عنوان ارزش شتر، گاو و گوسفند صحیح نیست زیرا ارزش این اصناف و تناسب بین آنها متغیر است و بخصوص شرایط اقلیمی، زمانی و یا خشک‌سالی و امثاله در این ارزیابی و تناسب بین آنها کاملاً مؤثر است. تورم و گرانی روزافزون کالاها نیز مسلماً در این زمینه اثر قطعی دارد. مسأله دیگر این که «تعذر» مذکور در مسأله ۹ تحریرالوسیله، تبصره ماده ۲۹۷، اعم است از تعذر در پرداخت، تعذر در دریافت و تصرف و تعذر در نگه‌داری موقت دیه از طرف مأمورین اجرای حکم. مسلم است امروز در مورد همه شقوق ماده ۲۹۷ یک و یا چند نوع از این انواع تعذر وجود دارد، بنابراین بدون نیاز به چنین استدلالی دادگاه‌ها می‌توانستند به عنوان «تعذر» حکم به پرداخت قیمت بدهند و به همین طریق نیز رفتار می‌کردند. ریاست محترم دیوان عالی کشور این تصمیمات را مبتنی بر جلسه مشاوره مسؤولین قوه قضائیه معرفی کردند ولی اسامی این مسؤولان را بیان نفرمودند منتها سابقاً در موارد دیگری جراید این مسؤولان را چنین عداد کرده‌اند: ۱. حضرت آیت الله یزدی؛ ۲. حضرت آیت الله مقتدائی؛ ۳. حضرت آیت الله موسوی تبریزی دادستان کل؛ ۴. حضرت آیت الله محقق داماد ریاست سازمان بازرسی کل کشور؛ ۵. حضرت حجت الاسلام شوشتری وزیر دادگستری؛ ۶. حضرت حجت الاسلام عباسی فر رییس دیوان عدالت اداری؛ ۷. حضرت حجت الاسلام صدیقی ریاست دادگستری استان تهران. چنین جلسه‌ای از لحاظ قانون صلاحیت تفسیر قضایی را ندارد و تفسیر قضایی به عهده محاکم است. فقط اگر هیأت عمومی دیوان عالی کشور (آن‌هم به دنبال صدور آرای قطعی شده متضاد) هر تصمیمی بگیرد به عنوان تفسیر قضایی (و نه قانون) لازم الاجراست. در این کنفرانس خبری روزنامه‌ها چندین بار از طرف حضرت آیت الله مقتدائی این تصمیم شورای مسؤولان را - که حتی قدرت قانونی یک تفسیر قضایی لازم الاجرا را ندارد و فقط می‌تواند توصیه‌ای عالمانه تلقی شود - قانون نامیده‌اند. به نظر می‌رسد معظّم‌له که سال‌ها نیز عضو شورای عالی قضایی بوده‌اند به تعریف قانون توجه دارند. به نظر می‌رسد استعمال این لغت سهوالقلم روزنامه یا

خبرنگار باشد.

نتیجه‌گیری: متأسفانه جو ایجاد شده در زمان تصویب اولیه این قوانین مجال نداد تا اظهار نظر حقوقدانان مجربّی که به اصول و مبانی اسلام نیز وارد بوده و بدان اعتقاد داشتند مورد توجه قرار گیرد ولی باعث خوشوقتی است که اینک تجربه این مدت اولیای امور قوه قضائیه را نیز متوجّه بعضی نکات ساخته است. متأسفانه در طریق رفع مشکلات باز هم به مقررات قانون جزا و آیین دادرسی توجه نشده است. ادامه جوّ ایجاد شده سابق الذکر موجب شده است آرای یک‌نواختی صادر گردد و فقدان بحث قضایی رویه قضایی روشنی به وجود نیاورده است. اینک به نظر می‌رسد:

۱. تصمیم جلسه مشاوره مسئولان قوه قضائیه صرفاً به‌عنوان توصیه و نظر مشورتی به محاکم اعلام گردد و محاکم هستند که باید تصمیم بگیرند.
۲. رؤسای شعب جزایی دیوان کشور همگی مجتهد هستند و می‌باید طبق نظر فقهی خود رأی دهند. هیچ مرجع و شخصی حق ندارد نظر خود را به آنان تحمیل کرده و متوقّع باشد که مجری آن باشند. حتی قانون نیز نمی‌تواند مجتهد را وادار کند برخلاف نظر فقهی خود و طبق قانون رأی دهد. تلفیق بین دو اصل - استقلال رأی مجتهد و حرمت تقلید و اطاعت، لزوم رعایت و اطاعت قانون - به‌صورت تبصره ماده ۲۹ قانون تشکیل دادگاه‌های کیفری یک و دو و شعب دیوان کشور در آمده است که مقرر می‌دارد: «در صورتی که قاضی مجتهد جامع الشرایط باشد و فتوای فقهی او مخالف قانون باشد، پرونده جهت رسیدگی به قاضی دیگر محول می‌شود.»
۳. ماده ۲۹۷ می‌تواند به این صورت اصلاح شود که با رعایت قدرت خرید پول و رعایت تناسب اسکناس و سکه طلا و نیز تطابق آن با خصوصیات و قدرت خرید دینار و درهم در زمان فرمایش امام معصوم (ع) مبنای دیه تعدادی سکه طلای ایران تعیین گردد و بهای سکه در اوّل فروردین و اوّل مهرماه هر سال از طرف بانک ملی تعیین و ملاک عمل قرار گیرد.
۴. حتّی با قانون موجود نیز اجرای تصمیم اعلام شده به صورت بخشنامه (که اشتباه نام قانون به آن اطلاق شده است) صحیح نیست و می‌باید یا قانون جدیدی تصویب گردد و یا این که رویه قضایی ایجاد شود. مسلماً قانون جدید و وفور قانون، در قبال سود مورد نظر مضاری هم دارد که

می‌توان آن را «تورم قانون» نام گذاشت و لذا اصولاً قوه قضائیه‌ای محکم و قوی و مستقل باید تمام این گونه مسایل را از راه ایجاد رویه قضایی حل کند.

از فضلا و فقهای علاقه‌مند استدعا می‌شود به کم‌مایگی مخلص نظر نکنند - *أُنظُرُ إِلَى مَا قَالَ وَ لَا تُنظُرُ إِلَى مَنْ قَالَ* - و نظرات خویش را برای اهل فن بیان فرمایند.

در مقاله‌ای دیگر تحت عنوان قصاص و دیه می‌نویسند^{۳۰}: «مدت‌های مدید است که قانون اسلامی قصاص در این مملکت اجرا نشده است و اینک که قوانینی در این زمینه گذشته است، مردم با آن ناآشنا هستند و در رسیدگی محاکم و اجرای حکم مشکلاتی پیش می‌آید. اخیراً نیز مقاله‌ای در مورد دیه در روزنامه سلام درج شده بود. چون تعیین و پرداخت دیه غالباً به جای قصاص موردنظر قرار می‌گیرد، شایسته است به هر دو مسأله دیه و قصاص در یک نوشته پرداخته شود و ارتباط آن دو با یکدیگر نیز مورد بررسی قرار گیرد. نوشته زیر بررسی مختصری است که هدف عمده نویسنده آن است که صاحب‌نظران و اساتید بررسی‌های جامع ارائه فرمایند و مشکلات عدیده‌ای را که در تفسیر قانون بدان برخورد می‌شود (لوث، قسامه، گواهی، قصاص عضو و دیه...) موردنظر قرار دهند. در اصل تشریح قصاص چون مستند به صریح آیات قرآن است (*كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ*) هیچ‌گونه اختلافی نیست؛ بلکه در مورد قلمرو قصاص و چگونگی آن، ادله اثبات ادعا، شرایط قصاص و احیاناً تبدیل آن به دیه مباحثی قابل طرح است و همچنین بحث در این که آنچه از احکام قصاص و دیه در اخبار آمده است؛ کدام قسمت عینا و بدون تفسیر لازم الاتباع است و کدام قسمت مربوط به قلمرو حکومت بر ملت (امامت) است که برحسب اقتضای زمان قابل تغییر می‌باشد. به موجب صریح آیه ۱۱۰ سوره کهف پیغمبر

^{۳۰} - حضرت آقای حاج دکتر نورعلی تابنده، قصاص و دیه، مجموعه مقالات فقهی و اجتماعی، انتشارات حقیقت، صص ۱۰۹-۸۳، تهران، ۱۳۷۸. مسأله قصاص و دیه و رابطه این دو مورد توجه کلیه مردم است. لذا در تعقیب مقالات سابق راجع به دیه، مقاله فعلی نوشته شد که ممکن است بعضی مطالب آن تکراری باشد ولی این امر بنا به ضرورت تفهیم مطلب بود. البته چون مسأله قصاص و هم‌چنین مسأله دیه از مسلمات فقه اسلامی است، بنابراین بحث ما برپایه قبول و اطاعت از حکم اسلامی است و جنبه فقهی دارد. این مقاله در روزنامه سلام در شماره‌های مورخه ۱۱ و ۲۵ اسفند ۱۳۷۲ درج شد.

(ص) مأمور است که اعلام فرماید: «من بشری هستم مثل شما جز این که به من وحی می‌رسد که...»^{۲۳۱}. این اعلام حاکی از آن است که خارج از قلمرو وحی آنچه پیغمبر از قبیل لشکرکشی‌ها و تنظیم قشون، مأموریت دادن‌ها، و اداره امور حکومت اسلامی انجام می‌دهد، به‌عنوان یک بشر عادی است، منتها بشری معصوم از گناه. خداوند خواسته است برای هدایت بندگان خود به آنان الگوی زندگی ارائه دهد و پیغمبر (ص) را الگوی زندگی مسلمین قرار داده است: لَقَدْ كَانَ لَكُمْ فِي رَسُولِ اللَّهِ أُسْوَةٌ حَسَنَةٌ. روش پیغمبر برای شما مردم الگویی زیبا و مناسب است.^{۲۳۲} و لذا وی را از خطا محفوظ می‌دارد و او را در مقام عصمت متمکن می‌فرماید و در این زمینه خصوصیت این حضرت را چنین بیان می‌فرماید: مَا ضَلَّ صَاحِبُكُمْ وَ مَا غَوَىٰ وَ مَا يَنْطِقُ عَنِ الْهَوَىٰ إِنْ هُوَ إِلَّا وَحْيٌ يُوحَىٰ؛ یار و مصاحب شما گمراه نشد و از سر هوای نفس سخن نگفت و سخن او جز وحی نیست.^{۲۳۳} و چنین مقرر فرموده است که پیغمبر و دختر گرامی او و علی (ع) جانشین او و یازده فرزند علی (ع) در مقام عصمت متمکن باشند. اما عصمت مانع آن نیست که پیغمبر (ص) نیز مانند سایر افراد بشر اعمال و گفتار بشری هم داشته باشد و به اقتضای رییس حکومت و اداره مملکت قولی و فعلی بوی منتسب باشد. تشخیص این امور از یکدیگر بسیار مهم و لازم است. استاد و فقیه ارجمند شادروان محمود شهابی در کتاب ارزشمند خویش^{۲۳۴} مطلبی را در این زمینه و در ارتباط با فقه بیان کرده است که ذیلاً خلاصه آن آورده می‌شود: «آری علمای شیعه می‌گویند تصرف پیغمبر (ص) قولی باشد یا فعلی بر یکی از سه وجه زیر است: ۱. بر وجه تبلیغ که از آن به فتوا تعبیر شده ۲. بر وجه امامت ۳. بر وجه قضا و حکومت.» «شهاد اول در کتاب القواعد والفوائد این موضوع را تحت عنوان فایده تحقیق کرده که شهاد دوم نیز عین آن را با اندک زیادتی در کتاب تمهید القواعد آورده است در اینجا آن قسمت تلخیص و ترجمه می‌شود.» سپس شادروان استاد شهابی به ترجمه قسمت موردنظر

^{۲۳۱} - قُلْ إِنَّمَا أَنَا بَشَرٌ مِّثْلُكُمْ يُوحَىٰ إِلَيَّ....

^{۲۳۲} - سوره احزاب، آیه ۲۱.

^{۲۳۳} - سوره نجم، آیات ۲ و ۳ و ۴.

^{۲۳۴} - شهابی، محمود: ادوار فقه، ج ۱، ص ۵۱۶ و ج ۳، ص ۵۷.

پرداخته و آن ترجمه را چنین آورده است: «تصرف پیغمبر فعلی باشد یا قولی، یک بار به طریق تبلیغ است و آن فتوا می‌باشد و باری به طریق امامت است مانند جهاد و تصرف در بیت‌المال و بار دیگر به طریق قضا است مانند فصل خصومت میان متداعیین از راه بینه یا سوگند یا اقرار... و هر تصرفی در عبادات از باب تبلیغ می‌باشد... گاهی نسبت به موردی تردید پیش می‌آید که آیا از قبیل تبلیغ است یا از قبیل قضا یا...». در جلد سوم کتاب یاد شده^{۲۳۵} در قسمت استدراکات نیز به توضیح بیشتری در این مورد پرداخته و ترجمه‌ای را از کتاب زادالمعاد فی هدی العباد ابن قیم جوزی آورده است که وی در شرح غزوه حنین چنین توضیح داده است: «مأخذ نزاع فقیهان این است که نبی صلی الله علیه و سلم امام و حاکم و مفتی بوده در حالی که رسول می‌بوده است. پس گاهی به منصب رسالت حکمی می‌گفته... و گاهی به منصب فتوا می‌گفته... و گاهی به منصب امامت می‌گفته؛ پس در آن وقت و در آن مکان و با آن اوضاع و احوال مصلحت امت را در آن دیده که گفته است و در این مورد پیشوایان بعد از او را لازم است که آن گفته را به اقتضای مصلحت امت زمانا و مکانا رعایت کند، چنان‌که پیغمبر (ص) رعایت کرده بود.» آن‌گاه استاد در همان جلد اثر یاد شده^{۲۳۶} چنین می‌فرماید: «از این دو قسمت که در اینجا نقل شد چند مطلب فقهی دانسته می‌شود:

۱. اتفاق میان علمای شیعه و سنی در این که تصرف پیغمبر را سه وجه است.
 ۲. این که منشأ اختلاف در بعضی از مسایل صغروی و مصداقی است نه کبری و مفهومی.
 ۳. این که علمای تسنن اجتهاد و رأی را حتی در برابر نصّ جایز و روا دانسته‌اند...».
- در هر مورد تشخیص این که تصرف پیغمبر (ص) یا امام معصوم (ع) از کدام وجه است، مسأله‌ای دقیق است و شاید بتوان گفت این تشخیص می‌تواند موضوع مهم‌ترین کوشش‌های مجتهدین عظام باشد. لازمه حصول نتیجه مطلوب از چنین کوشش و اجتهادی آن است که مجتهد آگاهی کامل به شرایط زمانی، مکانی و حالی جامعه داشته باشد. چه بسا به تدریج و با پیشرفت جوامع اسلامی و جوامع بشری به‌طور عمّ بسیاری از تصرفات را که گروهی از وجه

^{۲۳۵} - صفحات ۵۶ و ۵۷.

^{۲۳۶} - ص ۵۹.

رسالت می‌دانسته‌اند متأخرین بر آنان از وجه امامت تلقی کرده و خود را مجاز در تغییر آن‌ها و انطباق با شرایط جامعه بدانند. حقوق واقعی اسلام (فقه اسلامی) بعد از انقضای خلافت حضرت امام حسن (ع) دیگر حکومتی نداشت و علی‌هذا احکام مربوط به حکومت و مسایل حقوق جزای اسلامی به واسطه عدم اجرا نتوانست بامقتضیات زمان و مکان تطابق شرعی پیدا کند و به صورت راکد و در قالب جامعه اسلامی دوران خلافت اولیه باقی مانده است. ائمه بعد از آن حضرت هیچ‌یک حکومت نداشتند؛ حتی حضرت رضا (ع) که مدت کوتاهی به قبول ولایتعهدی مجبور شدند، به صحابه فرموده بودند: حکومت ما اهل بیت جز در زمان قائم آل محمد تحقق نخواهد یافت. بر همین مبنا قبول ولایتعهدی را مشروط به آن فرمودند که در هیچ‌یک از امور حکومت دخالت نفرمایند و حتی از قبول امامت در نماز عید نیز اکراه داشتند که داستان این نماز مشهور است. آنچه از فقه اسلامی مربوط به قلمرو حقوق خصوصی بود مانند عقود و معاملات، نکاح و طلاق، ارث و وصیت، تحویل بالنسبه کافی پیدا کرد، به نحوی که امروز به حق می‌توان مدعی بود حقوق خصوصی فقه اسلامی مترقی‌ترین نظام حقوقی است. اما حقوق جزای اسلامی در ارتباط با شرایط زمان و مکان جامعه، مورد بحث و عمل قرار نگرفت و این مباحث حتی غالباً از طرف فقهای عظام نیز تدریس نمی‌شد و ندرتا اگر مورد بحث و فحص قرار می‌گرفت چون امکان اجرای آن نبود و ضروری نمی‌دیدند که تطابق آن را با مقتضیات و نیازهای جامعه، مورد نظر و بحث قرار دهند زیرا امکان این که در عمل به مشکلات آن برخورد کنند نبود. بطور مثال اخباری در مورد تعیین مقدار و نوع دیه وارد شده است و اخباری مشابه آن در مورد مهرالمتعه^{۲۳۷} آمده است که نوع کالایی که مردان متفاوت باید بپردازند بیان گردیده است. در مورد اخبار مهرالمتعه تحویل ایجاد شده و نظری بیان گردیده است که شرح مفصل‌تر آن خواهد آمد اما در مورد اخبار مربوط به دیه چنین تحوولی به وجود نیامده است. اصل قصاص به موجب آیه ۱۷۹ سوره بقره وَ لَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاتٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ، در حکم قصاص برای شما مردم حیات و زندگی وجود دارد تشریح شده و درباره قتل

^{۲۳۷} - هرگاه در ازدواج دایم مهر تعیین نشود، اگر قبل از زفاف طلاق واقع گردد، زن استحقاق مهری را دارد که

متناسب با استطاعت مرد تعیین شود. این مهر را اصطلاحاً «مهرالمتعه» گویند.

در آیه ۱۷۸ از همان سوره آمده است: «كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى الْحُرُّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالْأُنثَى بِالْأُنثَى؛ در مورد قتل، بر شماست که آزاد در برابر آزاد، بنده در مقابل بنده و زن در برابر زن قصاص شود.» که قصاص نفس را در مورد قتل عمد مقرر داشته و در تشریح آن شکی نیست و مانند بسیاری واجبات با عنوان كُتِبَ عَلَيْكُمْ - بر شما مقرر شد - آمده است. این آیات در واقع تشریح قاعده‌ای است که مطابق با غریزه بشری است. میل به انتقام طبق فطرت بشر به‌طور عادی بر او حکومت دارد منتها شدت غضب و انتقام‌جویی بعضی افراد و در بعضی دوران‌ها جامعه بشری را به آنجا کشانده و می‌کشاند که اگر قدرت داشت در برابر یک نفر مقتول چندین نفر را به قتل می‌رساند. و این آیات نه برای امریه و تشریح ابتدایی حکم قصاص نازل شده بلکه برای جلوگیری از تعدی و تجاوز از حد نازل شده است و در واقع ضمن تنفیذ اصل قاعده قصاص برای آن حد و مرزی تعیین کرده است تا از حد اعتدال خارج نشود، علی‌هذا این تشریح در مسیر محدودیت حق قصاص است و نشان‌دهنده کوشش شارع است بر این که بتوان این حق را محدود کرد و یا احیاناً از اعمال آن منصرف شد. در عین حال توصیه فراوانی به عفو یا اخذ دیه شده است که ولی دم اگر خواست از قاتل گذشت کند یا به دریافت دیه اکتفا نماید. آیه ۱۳۴ سوره آل عمران قاعده‌ای کلی را بیان می‌کند و جزو صفات متقین چنین می‌فرماید «... وَالْكَاطِمِينَ الْغَيْظَ وَالْعَافِينَ عَنِ النَّاسِ وَاللَّهُ يُحِبُّ الْمُحْسِنِينَ.» که در این آیه درجات عفو و تقوا را بیان داشته و می‌گوید: اگر توانستی غیظ و غضب خود را فرو بده؛ سپس اگر قدرت روحی بیشتری پیدا کردی، در دل نیز طرف خود را عفو کن و در مرحله آخر اگر توانستی به او احسان کن که خداوند احسان‌کنندگان را دوست دارد. و نیز در تفسیر آیه ۱۷۸ سوره بقره، مفسر والا مقام شادروان علامه طباطبائی اخذ دیه یا گذشت را بر اجرای قصاص غلبه می‌دهد آنجا که می‌فرماید: «... و اگر "شیء" را نکره آورده (فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ، پس هر کس از طرف برادرش عفو گردد) برای این بود که حکم را عمومیت دهد و بفرماید هر حقّی که باشد، چه تمامی حق قصاص باشد چه بعضی از آن، مثل این که صاحبان خون چند نفر باشند بعضی

حق قصاص خود را به قاتل ببخشند و بعضی نبخشند که در این صورت نیز دیگر قصاص عملی نمی‌شود^{۲۳۸} بلکه مثل آن صورتی که همه صاحبان حق از حق خود صرف‌نظر کنند، تنها باید دیه یعنی خونبها بگیرند...»^{۲۳۹}. شادروان آیت‌الله طالقانی در تفسیر همین آیه آورده است: «چهره خشمگین وارث قصاص در زیر پرده رحمت و برادری پوشیده شود و عواطف همبستگی ایمانی جایگزین کینه و جدایی گردد... چون با عاطفه، عفو و کشش برادری پیش آمد و کینه و قصاص از میان رفت باید قدرت قضایی و اولیای مقتول از آن پیروی نمایند. قید بالمعروف راه را برای شناخت شرایط و مصالح اجتماعی باز می‌گذارد...»^{۲۴۰}. بنابراین حکم قصاص برای ولی دم ایجاد حق می‌کند نه اینکه او را ملزم به قصاص نماید. قصاص در قانون اولیه جمهوری اسلامی که به نام قانون حدود و قصاص است صرفاً به منزله دعوی مدنی تلقی شد و گذشت یا عدم تعقیب ولی دم قاتل را به کلی معاف می‌نمود. متأسفانه در بدو تنظیم آن لایحه جوی ایجاد شده بود که به حقوقدانان معتقد مسلمان امکان اظهار نظر و مشورت داده نشد. فی‌المثل در آن لایحه آمده: هرگاه در قتل عمد اولیای دم گذشت کنند قاتل مطلقاً آزاد می‌شود. حال آن که در قانون بعدی تعزیرات در قتل غیر عمد به واسطه رانندگی وسیله نقلیه، اگر هم اولیای دم گذشت کنند باز هم قاتل مجازات می‌شود. و بدین نحو عملاً قتل غیر عمد شدیدتر از عمد بود. در همان اوان بررسی لایحه قصاص آقای دکتر ناصر کاتوزیان از اساتید مسلم حقوق و کاملاً وارد به مسایل فقهی عنوان کرد که بنا به آیه شریفه «... مَنْ قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا

^{۲۳۸} - ولی قانون مجازات اسلامی فتوایی مخالف با این نظر را الهام‌بخش ماده ۲۶۴ قرار داده و مقرر نموده است: «در صورتی که ولی دم متعلد باشد، موافقت همه آنها در قصاص لازم است چنانچه همگی خواهان قصاص قاتل باشند قاتل قصاص می‌شود و اگر بعضی از آنها خواهان قصاص و دیگران خواهان دیه، خواهان قصاص می‌توانند قاتل را قصاص کنند لکن باید سهم دیه سایر اولیای دم را که خواهان دیه هستند بپردازند و اگر بعضی از اولیای دم به‌طور رایگان عفو کنند دیگران می‌توانند بعد از پرداخت سهم عفوکنندگان به قاتل او را قصاص نمایند.»

^{۲۳۹} - علامه طباطبائی؛ تفسیر المیزان، ترجمه ۴۰ جلدی، ج ۲، ص ۴۲۳.

^{۲۴۰} - طالقانی، آیت‌الله محمود؛ پرتوی از قرآن، ج ۲، ص ۵۵.

قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا...»^{۲۴۱} هر کس به ناحق (نه به قصاص قتل کسی یا به دلیل انجام فسادی بر روی زمین) مرتکب قتلی شود گویی همه مردم را کشته است، بنابراین در چنین جرمی کل مردم و جامعه ولی دم است و مدّعی العموم (دادستان) باید از طرف جامعه اقامه دعوا کند و مرتکب جرم را مجازات کند. نظریه مشابهی قبلاً نیز به طور ضمنی از طرف شادروان آیت الله طالقانی ابراز شده بود. آن شادروان در تفسیر آیه ۱۷۳ سوره بقره چنین آورده است: «قید بالمعروف راه را برای شناخت شرایط و مصالح اجتماعی باز می گذارد تا اگر عفو قاتل موجب سلب امنیت و تجرّی به جنایت یا بقای کینه و دشمنی شود حق عمومی و خصوصی باقی و راه قصاص باز باشد.»

قصاص عضو: قصاص نفس به موجب آیه سابق الذکر است: «كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ»^{۲۴۲}، ۷۳ بقره در قتل مقرر و حکم الهی بر شما قصاص است؛ در مورد قصاص عضو هم مستند استنباط فقهی آیه ۴۱ سوره مائده و سنت است. مبنای قصاص عضو آیه ۴۵ سوره مائده است. از آیه ۴۱ آن سوره به بعد تا چند آیه در ارتباط با هم بوده و شأن نزول واحدی دارند. و آن در مورد مراجعه یهودیان به پیغمبر بود که در مورد زنای محصنه و قصاص عضو سؤال کردند که شرح آن بعداً خواهد آمد. در ضمن آیه ۴۲ خطاب به پیغمبر آمده است «...فَإِنْ جَاءُوكَ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ...» اگر (کفار) به حکومت نزد تو آمدند بین آنها حکم کن و یا از حکم دادن اعراض کن که «... چون "جأؤ" به صیغه جمع آمده است اشعار به آن دارد که طرفین دعوا هر دو کافر ذمی باشند»^{۲۴۳}. از این آیه قاعده کلی در قضا استنتاج می شود بدین توضیح: «هرگاه کافران اهل ذمه مراغه پیش قاضی مسلمان بیاورند، قاضی مخیر است موافق شرع و اسلام با ایشان رفتار کند یا آن که آنها را به حکام و قضات مذهب خودشان ارجاع دهد...». این معنا از آیه ۴۷ مائده استنباط می شود: «وَلِيَحْكُمُ أَهْلُ الْإِنجِيلِ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فِيهِ...». شادروان علامه طباطبائی در تفسیر المیزان نسبت به تفسیر این آیه چنین آورده است: انجیل

^{۲۴۱} - سوره مائده، آیه ۳۲.

^{۲۴۲} - سوره بقره، آیه ۱۷۸.

^{۲۴۳} - خزائلی، محمد؛ احکام قرآن، جاویدان، چاپ چهارم، ص ۶۵۷.

چون حکم تورات را تصدیق کرده و قدری از محرّمات آن را حلال کرده است، عمل به تورات (در غیر از آنچه انجیل حلال کرده است) خود عمل به آنچه خدا در انجیل فرستاده است می‌باشد و منظور از حکم آنچه در انجیل نازل شده همین است. این آیات می‌رسانند که اهل کتاب در مورد مجازات مجرمین طبق مذهب خودشان رفتار می‌کردند منتها گاهی برای رهایی از یک مشکل یا به‌منظور خاص دیگری از پیغمبر استفتا می‌کردند. شأن نزول آیات ۴۱ به بعد سوره مائده آن است که دو نفر از اشراف خبیر زنا کردند «... و احبار یهود خواستند حکم سنگسار کردن (رجم) را که در تورات وجود داشت به تازیانه تبدیل کنند. کسی را فرستادند تا از پیامبر (ص) حکم زنای مردی که خود زن دارد و به اصطلاح محصن است بپرسند و سفارش کردند اگر پیامبر (ص) حکم تازیانه کرد از او بپذیرند و اگر حکم سنگسار داد رد کنند.»^{۲۴۴}

پیامبر برحسب اعلام جبرئیل به آنان اعلام کرد که در تورات اصلی آن‌ها حکم این مورد رجم است. آن‌ها هم رد کردند. بعد از آن که حاضرین چه‌بسا توجه کردند که خداوند پیغمبر (ص) را از احکام مندرج در تورات حقیقی مستحضر می‌سازد، قبیله بنی قریظه شکایت از قبیله بنی نضیر برده و به‌عرض مقام رسالت رساندند که چون بنی نضیر از ما قوی‌ترند در مقام قصاص «... در برابر کشته شدن یک مردشان دو مرد ما را می‌کشند و در برابر کشته شدن برده‌ای از ایشان شخص آزادی را از ما می‌کشند. دیه جرحه‌های وارده بر ما را نصف دیه جرحه‌های خود حساب می‌کنند.»^{۲۴۵} که پیغمبر آنان را از حکم تورات آگاه ساخت و آیه ۴۵ سوره مائده در این مورد است: «وَكُنِبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ...» در کتاب تورات بر یهودیان مقرر کردیم که تن در برابر تن و چشم در برابر چشم و بینی در برابر بینی... قصاص شود.»

ماهیت دیه - نوع و مقدار آن: گذشته از مواردی که شرعاً و قانوناً حکم قصاص داده نمی‌شود (خطا، شبه‌عمد، عدم امکان قصاص معادل جنایت...) در کلیه مواردی هم که می‌توان حکم به قصاص داد، از لحاظ اخلاقی به اولیای دم یا معنی‌علیه توصیه شده است از قصاص

^{۲۴۴} - علامه طباطبائی، المیزان، ترجمه ۴۰ جلدی، ج ۹، ص ۲۰۵.

^{۲۴۵} - همان کتاب، ص ۲۳۷.

منصرف شوند و قاتل را عفو کرده یا به دریافت دیه رضایت دهند. آیه ۳۵ سوره بنی اسرائیل می‌فرماید: «... کسی که مظلوم کشته شده باشد ما به حسب شرع برای صاحب او سلطنت قرار دادیم تا اگر خواست قاتل را قصاص کند و اگر خواست خون‌بها بگیرد و اگر هم خواست عفو کند حال صاحب خون هم باید در کشتن اسراف نکند و غیر قاتل را نکشد و یا بیش از یک نفر را به قتل نرساند.»^{۲۴۶} عین آیه و معنا و تفسیر آیات دیگری که عفو یا اخذ دیه را بر قصاص ترجیح می‌دهد، قبلاً بیان شد. اینک به بررسی ماهیت دیه، نوع و میزان آن از نظر قانون مجازات اسلامی و شرع انور می‌پردازیم. ماده ۲۹۷ قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۷۰ و ماده ۳ قانون سابق دیات مقرر می‌دارد: «دیه قتل مرد مسلمان یکی از امور ششگانه ذیل است که قاتل در انتخاب هر یک از آن‌ها مخیر می‌باشد و تلفیق آن‌ها جایز نیست.

۱. یکصد شتر سالم و بدون عیب که خیلی لاغر نباشند؛
 ۲. دو یست گاو سالم بدون عیب که خیلی لاغر نباشند؛
 ۳. یک هزار گوسفند سالم و بدون عیب که خیلی لاغر نباشند؛
 ۴. دو یست دست لباس سالم از حله‌های یمن؛
 ۵. یک هزار دینار مسکوک سالم و غیر مغشوش که هر دینار یک مثقال شرعی طلا به وزن ۱۸ نخود است؛
 ۶. ده هزار درهم مسکوک و غیر مغشوش که هر درهم به وزن ۱۳/۶ نخود نقره می‌باشد.
- تبصره ماده ۱ قانون سابق دیات پرداخت بهای دیه انتخابی و اخیراً در صورت رضایت طرفین را اجازه نداده بود اما در تبصره ماده ۲۹۷ قانون فعلی مجازات اسلامی «در صورت تراضی طرفین یا تعدّر همه آن‌ها»، پرداخت بهای دیه انتخابی اجازه داده شده است و این امر تکاملی در حقوق جزا است که تجربه چند ساله قانون موقت سابق آن را موجه ساخته است و اینک که تجربه کوتاه چند ساله این اثر مفید را نشان داد، حق آن است که اولیای امور و مقنن توجه کرده و از تجربه حقوقدانان مطلع و دارای تجربه طولانی استفاده کنند. امروز معمولاً جانی درهم نقره را انتخاب می‌کند و حکم به پرداخت درهم داده می‌شود. اجرای حکم به این صورت است که

^{۲۴۶} - همان کتاب، ج ۲۵، ص ۲۵۷.

وزن نقره، تعداد دراهم مورد محکومیت را قیمت‌گذاری می‌کنند و به مجنی علیه یا اولیای دم می‌پردازند و حال آن‌که چون ماده قانونی متکی بر اخبار واصله از امام معصوم است، علی‌القاعده باید درهمی پرداخت گردد که مورد نظر و اشاره امام (ع) بوده است و چنین درهمی هم‌اکنون نیز وجود دارد منتها در موزه‌ها نگهداری می‌شود. اگر قایل شویم که به‌استناد تعدّر پرداخت درهم می‌توان بهای آن را پرداخت کرد باید بهای درهم موجود در زمان امام معصوم را ارزیابی کرد و برحسب قیمتی که موزه‌ها تعیین کنند، دیه را پرداخت نمود. زیرا قیمت سکه به میزان فلز آن نیست مثلاً سکه بهار آزادی را که فعلاً متجاوز از بیست هزار تومان قیمت دارد، اگر ذوب کنند قیمت طلای آن شاید از ده درصد این مبلغ کمتر باشد یا سکه‌های کوچک ۱ تومانی و ۲ تومانی فعلی را اگر ذوب کنند ارزش فلز آن شاید بیش از یک ریال نباشد. ارزش سکه به ضرب آن است و نه به فلز آن. تعیین نوع و میزان دیه در قانون، مقتبس از بعضی اخبار ائمه معصومین (ع) است. در تعیین میزان دیه از طرف بعضی فقها ادعای اجماع شده است و مبنای این نظر چند روایت است که در وسایل‌الشیعه (جزو ۱۹ باب اول) مبحث دیات ذکر شده است:

۱. صحیح‌ه عبدالرحمان بن الحجاج گفت: از ابن ابی لیلی شنیدم که می‌گفت: در جاهلیت دیه انسان صد شتر بود. پیامبر اکرم این قاعده را تنفیذ کرد و سپس «... فرض علی اهل البقر ماتی بقره و علی اهل الیمن ماتی حله...»، بر صاحبان گاو، دویت رأس گاو، اهل یمن دویت حله یمانی و بر اهل طلا هزار دینار... مقرر داشت. آنگاه عبدالرحمن می‌گوید: من این شنیده خود را بر حضرت اباعبدالله (ع) عرضه داشتم. آن‌حضرت فرمود که علی (ع) دیه را هزار دینار می‌فرمود و برای اهل بادیه و صحرا صد شتر، برای اهل آبادی، ۲۰۰ گاو یا هزار گوسفند....

۲. ابن ابی عمیر از جمیل بن دراج روایت می‌کند که گفت دیه هزار دینار یا ده هزار درهم است ولی از صاحبان حله، حله گرفته می‌شود و از صاحبان شتر، شتر و... و روایات بسیار دیگری که برای احتراز از تطویل از ذکر آن‌ها خودداری می‌شود.

به‌دنبال ذکر این اخبار بعضی از فقها نظر خویش را ابراز کرده و گفته‌اند: «این روایات ظاهراً اختیار در انتخاب یکی از انواع دیه را بیان می‌کند نه این‌که بخواهد اهل هر شغل و صنفی را

موظف به دیه خاص شغل و صنف خود نماید زیرا ظاهراً این روایات در مقام ارفاق و آسان‌گیری است نه این که تعیین وظیفه خاص نماید.^{۲۴۷}

دیه و خسارات ناشی از جرم: ماده ۲۹۴ قانون مجازات اسلامی، ماده اول قانون سابق (قانون دیات) دیه را بدین گونه تعریف می‌کند: «دیه مالی است که به سبب جنایت بر نفس یا عضو به مجنی علیه یا ولی یا اولیای دم داده می‌شود.» این تعریف، ترجمه عباراتی است که فقها در این مورد بیان کرده‌اند از این قرار: «الدیه هی المال المفروض فی الجنایه علی النفس او الطرف او الجرح او نحو ذلك»^{۲۴۸} «هی المال الواجب بالجنایه علی الحر فی النفس او مادونها»^{۲۴۹} «هی المال الواجب بالجنایه علی الحر فی نفس اودونها»^{۲۵۰} بنابراین صرف ارتکاب جنایت صرف نظر از اوضاع و احوال و عواقب جنایت و صرف نظر از این که مجنی علیه جوان یا پیر یا کودک، سالم یا بیمار باشد مبلغ مشخص و ثابتی را بر جانی تحمیل می‌کند. اما از طرف دیگر در کلیه مواردی که کمترین احتمال و امید بهبود و التیام آثار جنایت وارده می‌رود، مجنی علیه و بستگان او درصدد درمان برمی‌آیند و این گرفتاری و زحمت درمان و همچنین هزینه آن در همه جنایاتی که از نظر قانون مشابه هستند یکسان نمی‌باشد و چه بسا هزینه درمان از مبلغ دیه بیشتر باشد. آیا صحیح است که در این مورد به طور یکسان فقط مبلغ دیه داده شود و این هزینه‌ها بر مجنی علیه تحمیل گردد؟ به نظر می‌رسد از باب تسبیب و این که جانی موجب و سبب این هزینه‌ها شده است آنچه در حد عرف از طرف مجنی علیه هزینه شده است باید به عهده جانی گذاشته شود. قانون مسؤلیت مدنی مصوبه ۱۳۳۹ در ماده ۱ مقرر می‌دارد: «هرکس بدون مجوز قانونی عمداً یا در نتیجه بی‌احتیاطی به جان یا سلامتی یا حال... لطمه‌ای وارد نماید که موجب ضرر مادی یا معنوی دیگری شود، مسؤول جبران خسارات ناشی از عمل خود می‌باشد.» و ماده ۵ همان قانون طرق مختلف جبران خسارت را ذکر کرده است. در رویه قضایی به مجنی علیه اجازه داده می‌شد که

^{۲۴۷} - مبانی تکملة المنهاج، ج ۲، ص ۱۸۷.

^{۲۴۸} - مبانی تکملة المنهاج.

^{۲۴۹} - تحریر الوسیله.

^{۲۵۰} - حاشیه شرایع الاسلام.

خسارات مادی و خسارات معنوی ناشیه از جرم را مطالبه کند که تعیین هر دو نوع خسارت برعهده دادگاه بود. می‌توان دیه را قائم‌مقام خسارات معنوی دانست که مجنی‌علیه به‌طور مقطوع دریافت می‌کند و تعیین خسارات مادی را کماکان برعهده دادگاه گذاشت. چنین تفسیری نه‌تنها با تعاریف دیه منافاتی ندارد بلکه می‌توان آن را موردقبول ضمنی نیز دانست زیرا مقنن به دعوی شاکی خصوصی و متقاضی قصاص بیشتر جنبه یک دعوی خصوصی می‌دهد (به استثنای مواردی معدود از قبیل قتل غیرعمد در اثر رانندگی، قتل عمد تحت شرایط ماده ۲۰۸ قانون مجازات اسلامی که جنبه عمومی به آن داده شده و مرتکب مورد مجازات نیز قرار می‌گیرد). ماده ۲۲۷ به‌بعد قانون مجازات اسلامی در مبحث قصاص لغات مدعی، مدعی‌علیه و اصطلاحات دعوی مدنی را به‌کار می‌برد و شرایطی را برای این دعوی تعیین می‌کند (فی‌المثل مدعی باید جازم باشد، مدعی‌علیه مشخص باشد و مدعی نوع قتل را تعیین کند) که مخصوص دعاوی مدنی است و چون در یک دعوی مدنی باید کلیه خسارات جبران گردد لذا جانی باید خسارات را جبران کند و این خسارات غیر از دیه است و به هر جهت مسؤولیت پرداخت دیه موجب برائت از مسؤولیت‌بار تسبیب نیست.

نتیجه: اسلام آخرین دین الهی است که احکام آن تا قیام قیامت نسخ نخواهد شد. در تمام ازمه و امکانه و در تمام حالات، قواعد و مقررات آن قابلیت اجرایی داشته و منطبق با صفت دینِ سمحه سهله می‌باشد. آیا ماده ۲۹۷ قانون مجازات اسلامی ما در اماکنی از قبیل آلاسکا، سیبری، سوئد، نروژ و... امکان اجرا دارد؟ و چون جواب منفی است پس باید پرسید: چگونه این ماده در قانون ما تصویب شده است؟ در اخباری که مبنای تعیین نوع و میزان دیه قرار گرفته است غالباً اصل دیه را مسکوک (پول رایج زمان) قرار داده‌اند نهایت آن که به‌واسطه سبک اقتصادی معاملات در آن زمان که غالباً تهاتری و بدون مبادله پول بود و همچنین به‌واسطه کمبود پول رایج، در پاسخ سؤال‌کننده‌ای اجازه داده شده است که «اهل الابل ابل و اهل البقر بقر و اهل الیمن...»، هر کدام از کالای دم دست خود دیه را پرداخت کنند. حال اگر امروز ما توفیق زیارت حضرت صادق (ع) را داشتیم یا ظهور حضرت ولی‌عصر (عج) در زمان ما واقع می‌شد، آیا آن بزرگواران در پاسخ شیعیان ایرانی خود چنین فرمایشی می‌کردند؟ این اخبار و

فرمایشات معصوم (ع) را می‌توان از باب تصرّفات حکومتی دانست که بنا به مقتضای ازمه و امکانه می‌تواند از طرف ولی امر به‌نحو دیگری مقرر شود و چون ولایت امر در امور تقنینی با مجلس شورای اسلامی است، آن مجلس می‌تواند با رعایت روح فرمایشات امام معصوم (ع) قاعده سهله و سمحه را با تصویب قانون متناسب با زمان تحقّق بخشد. بدین‌گونه که با در نظر گرفتن قدرت خرید درهم و دینار آن زمان و تطبیق آن با ارزش مسکوک طلای امروزی (اسکناس پول تلقی نمی‌شود بلکه به منزله رسیدی است از مقدار معینی طلا یا نقره که به‌عنوان پشتوانه اسکناس در خزانه بانک موجود می‌باشد) میزان دیه را برحسب مسکوک طلای رایج تعیین کند و در هر مورد مسکوک طلا به نرخ روز اجرای حکم محاسبه شود. در بعضی موارد نیاز است که ثلث دیه حساب شود (دیه عضوی که کمتر از ثلث دیه کامل باشد برای زن و مرد مساوی است و دیه عضوی که مازاد بر آن باشد برای زن نصف مرد است، دیه قتل در ایام خاص و در اماکن خاص یک ثلث بیشتر از دیه کامل است...) و حال آن‌که هیچ‌یک از ارقام ششگانه ماده ۲۹۷ (صد شتر، دویست گاو، هزار گوسفند، دویست حله یمانی، هزار دینار و ده هزار درهم) قابل تقسیم بر سه نیست که ناچاریم برای احتساب ثلث قیمت آن‌ها را در نظر بگیریم و از طرفی اذعان مقامات مسؤول قضایی به این‌که در مورد پرداخت یکی از شقوق دیه ذکر شده تعذّر در پرداخت وجود دارد ما را بدان‌جا رهبری می‌کند که اخبار واصله در مورد نوع و میزان دیه را از قبیل ذکر مثال بدانیم بخصوص که تناسب بهای اقلام شش‌گانه امروز مانند ایام سابق نیست. مورد دیگر مشابهی در فقه وجود دارد که اتخاذ چنین تصمیمی را می‌تواند توجیه کند و آن در مورد مهرالمتعه است. در عقد دائم بدون ذکر مهر اگر قبل از نزدیکی طلاق واقع شد، مرد باید مهرالمتعه بپردازد که میزان آن بستگی به استطاعت مرد دارد. در این مورد در جلد ۱۵ وسائل‌الشیعه (کتاب نکاح، باب ۴۹) اخبار متعدّدی به مضمون مشابهه بلکه واحد آمده است و به‌طور نمونه به ذکر یکی از آن‌ها اکتفا می‌شود: «اذا كان الرجل موسعا عليه متع امراته بالعبد والامه والمقر یمتع بالحنطه والزبيب والثوب والدرهم... وقتی مرد ثروتمند بود مهرالمتعه زن را غلام و کنیز می‌دهد و تنگ دست مویز و لباس و درهم می‌پردازد...». در زمینه شرح این اخبار و استناد بدان‌ها فقها فقط قاعده کلی آن را مورد عمل قرار می‌دهند و می‌گویند

مهرالمتعه برحسب استطاعت مرد تعیین می‌شود که چون مسأله در قلمرو حقوق خصوصی بوده، مورد بحث و عمل مداوم قرار داشته و تحوّل یافته است و امروز فقها (و قانون مدنی) معتقدند تأدیه عین کالایی که در اخبار آمده است ضروری نیست. «در مقدار متعه حال مرد از حیث فقر و غنی ملاحظه می‌شود. نظر به صریح آیه مزبور مثلاً اگر توانگر است از قبیل خانه یا غلام و کنیز یا حیوان یا ثوب نفیس می‌دهد و اگر متوسط الحال باشد از قبیل پارچه یا انگشتر متوسط و اگر فقیر است از قبیل انگشتر و پارچه مناسب حال خود می‌دهد و اشیای مذکوره که در اخبار اسم برده شده ظاهراً از باب مثال است نه از جهت حصر و تعیین...»^{۲۵۱} اما در مورد دیه چون مورد عمل نبوده است تحول ضروری پیدا نشده و در تعیین نوع و میزان آن به ترجمه عین عبارات اخبار اکتفا شده است حتی در مبانی تکملة المنهاج که اخبار وارده را از بعضی جهات برای تسهیل دانسته است، این تسهیل را به جهات دیگر تسری نداده است.»

همچنین در مقاله‌ای دیگر تحت عنوان قسامه هم به مسئله رایج دیه و هم مسائل مهم در ادعای قتل و اثبات راه‌های آن در قسامه می‌نویسند^{۲۵۲}: «چندی قبل به یک رأی جزایی برخورد کردم که دیه مصدوم (طفل چندساله مصدوم در اثر تصادف با اتومبیل) را برحسب درهم نقره انتخاب شده از طرف معجرم، تعیین کرده و قیمت ریالی آن میزان نقره را مورد حکم قرار داده بودند. پدر طفل تا آن تاریخ چندین برابر مبلغ ریالی هزینه درمان کرده بود و هنوز هم می‌بایستی مرتباً به درمان ادامه دهد؛ بنابراین از من استمداد می‌کرد. لایحه اعتراضیه‌ای تهیه شد به این مضمون: مسلماً امروز در ایران نه درهم و نه دینار رواج دارد، نه حله یمانی موجود است و نه سایر انواع دیه با جامعه ایران انطباق دارد. مبنای ذکر این انواع دیه، خبر مروی از حضرت صادق (ع) می‌باشد که در این صورت باید همان درهمی که مورد نظر حضرت بوده و در آن زمان رایج بوده است پرداخت گردد و هم‌اکنون این درهم در موزه‌های جهان موجود است - که هر کدام قطعاً میلیون‌ها ارزش دارد - و اگر هم قیمت آن داده می‌شود باید قیمت همان

^{۲۵۱} - آیت‌الله‌زاده مازندرانی حایری، شیخ محمدباقر؛ ازدواج و طلاق در اسلام و سایر ادیان، صص ۴۱-۴۲.

^{۲۵۲} - حضرت آقای حاج دکتر نورعلی تابنده، قسامه، مجموعه مقالات فقهی و اجتماعی، انتشارات حقیقت، صص

۱۱۰-۱۰۰، تهران، ۱۳۷۸. اطلاعات ۸ آذر ۱۳۷۵ و نیز: افتخارات ملی (۱۱ آذر ۱۳۷۵).

درهم محاسبه شود. از طرفی دیه مالی نیست که به واسطه ارتکاب جنایت پرداخت می‌شود و مانع پرداخت خسارت نیست «خسارات و هزینه درمان به استناد مواد قانون مسؤلیت مدنی و قاعده شرعی تسبیب باید جداگانه احتساب و پرداخت گردد...». متأسفانه اثری بر آن لایحه مترتب نشد. همین مطلب را بعداً طی دو مقاله: یکی در روزنامه اطلاعات و دیگر مقاله‌ای در روزنامه سلام مورّخه ۱۱ و ۲۵ اسفند ۷۲ توضیح دادم و پیشنهاد کردم که دیه برحسب بهای سکه طلای رایج ایران تعیین گردد و در اوّل هر سال یا دوبار در سال، بهای رسمی سکه از بانک استعلام شده و مبنای ارزیابی قرار گیرد و نیز خسارات و هزینه درمان به موجب قانون مسؤلیت مدنی پرداخت شود. گرچه اخیراً دیه را منحصر در سکه طلا و نقره (دینار و درهم) کرده و بهای طلای آن را مورد عمل قرار می‌دهند - که هر دو بخش این تصمیم خلاف قانون است - ولی معذکک ایرادات به جای خود باقی است. در مورد خسارات و هزینه درمان خوشبختانه دیوان عالی کشور در رأی اصراری هیأت عمومی شماره شش ۷۵/۴/۵ پرونده اصراری کلاسه ۱۸۱۳-۸۶۵۲ ح چنین نظر داده است: «... نظر به این که از احکام مربوط به دیات و فحواى مواد قانون راجع به دیات نفی جبران سایر خسارات وارده به مجنی علیه استنباط نمی‌شود و با عنایت به این که منظور از خسارات و ضرر و زیان وارده همان خسارت و ضرر و زیان متداول عرفی می‌باشد لذا مستفاد از مواد ۱ و ۲ و ۳ قانون مسؤلیت مدنی و با التفات به قاعده کلی لاضرر و هم چنین قاعده تسبیب و اتلاف لزوم جبران این گونه خسارات بلاشکال است بنابراین به اکثریت آرا اجرا می‌گردد.» اخیراً مقاله‌ای در چند شماره روزنامه اطلاعات از آیت‌الله صالحی نجف‌آبادی در مورد «قضاوت زنان» و نیز مقاله‌ای به عنوان «نقش زمان و مکان در تغییر احکام» آیت‌الله موسوی بجنوردی در همان روزنامه درج شد که مطالب بسیار آموزنده و ابتکاری داشت. مطالعه این آرا و نیز رأی هیأت عمومی مرا تشویق کرد که مجدداً در این زمینه‌ها مطالبی را عرضه بدارم، بدان امید که مورد بحث و نقد صاحب نظران قرار گیرد. قانون مدنی که از طرف علما و حقوقدانان طراز اول و مجرب تهیه و مورد تأیید مرحوم مدرس نیز قرار گرفت و تصویب گردید بسیار دقیق بوده، با مقررات شرع و مقتضیات زمان و مکان انطباق داشت (متأسفانه اکثر اصلاحاتی که در سال ۱۳۷۰ در آن به عمل آمد قابل انتقاد است و در

همان زمینه‌ها از ارزش قانون کاست). اما قانون مجازات اسلامی که در تاریخ قانونگذاری ما تازه است نیازمند بررسی اجتهادی و عرضه پیشنهادهای است که با تکیه بر اجتهادات مبتنی بر مقتضیات زمان و مکان اصلاح گردد. در زمینه‌های طرق اثبات جرم بطور کلی، علم قاضی، قسامه، عاقله، ارش، قصاص عضو مسایلی است که باید با دید جدیدی مورد بررسی قرار گیرد. از طرفی چون همه امور را از مقنن خواستن صحیح نیست و به انتظار قانون جدید نشستن قوه قضائیه را سست و کم‌فعالیت می‌کند، شایسته است قضات و حقوقدانان با دیدی اجتهادی قوانین فعلی را تفسیر کنند تا رویه قضایی منطبق با اوضاع زمان و مکان تدوین گردد. از مواد قانون مجازات اسلامی روشن است که مقنن قتل را نیز مانند یک امر حقوقی تلقی کرده از مدعی می‌خواهد در ادعای خود جازم باشد و علیه شخص معینی اقامه دعوا کند (ماده ۲۴۸). حال آن که بمصدق آیه «... مَنْ قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا - کسی که جز در مورد قصاص نفس یا فساد در زمین دیگری را بکشد مثل آن است که همه مردم را کشته است و هر کسی نفسی را حیات بخشد گویی همه را حیات بخشیده است»^{۲۵۳} در مورد چنین قتلی مدعی شخصی تنها نیست بلکه جامعه هم مدعی است که باید دادستان (که متأسفانه حذف شده است) - و نه قاضی محکمه - آن را تعقیب کند. در بسیاری از موارد ولی دم نمی‌تواند شخص معینی را طرف ادعا قرار دهد (مواد ۲۲۸ و ۲۲۹) یا این که نمی‌تواند نوع قتل را معین کند (ماده ۲۳۰) که عمدی است یا شبه‌عمد یا خطای محض.^{۲۵۴} الزام او به تعیین نوع قتل - که امری دقیق و تخصصی است - تکلیف مالایطاق است و یا در مواردی «... باید با صلح میان قاتل و اولیای مقتول و عاقله دعوا را خاتمه داد» (ماده ۲۳۰) در صورتی که صلح عقد است و محتاج به تراضی طرفین و اگر آنان صلح نکردند تکلیف چیست؟ قانون از ماده ۲۳۹ به بعد به قسامه پرداخته است که یکی از آثار و دلایل حقوقی دانستن قتل است بدین توضیح که در امر حقوقی هدف فیصله دعواست ولی در امر جزایی باید هدف کشف واقعیت باشد. قانون بدون این که تعریف صریحی از قسامه به عمل آورده باشد

^{۲۵۳} - سوره مائده، آیه ۳۲.

^{۲۵۴} - و اصولاً این اصطلاحات نزد غیر اهل فن نامأنوس است و از آن اطلاعی ندارند.

مواردی را که قسامه قابل اجراست ذکر می‌کند و سپس در ماده ۲۴۸ تعریف گونه‌ای را از قسامه به نحو زیر بیان می‌نماید: «در موارد لوث قتل عمد با پنجاه قسم ثابت می‌شود و قسم خورندگان باید از خویشان و بستگان نسبی مدعی باشند و در مورد آن‌ها رجولیت شرط است.

تبصره ۱: مدعی و مدعی علیه می‌توانند حسب مورد یکی از قسم خورندگان باشند.

تبصره ۲: چنانچه تعداد قسم خورندگان کمتر از پنجاه نفر باشند هریک از قسم خورندگان مرد می‌تواند بیش از یک قسم بخورد به نحوی که پنجاه قسم کامل شود.

تبصره ۳: چنانچه هیچ مردی از خویشان و بستگان نسبی مدعی برای قسامه وجود نداشته باشد مدعی می‌تواند پنجاه قسم بخورد ولو زن باشد.»

یکی از آقایان وکلای دادگستری بیان کرد در محاکمه‌ای که در مرکز استانی داشته است وقتی یک نفر از معرفی شدگان گفت: «چون شخصاً ندیده‌ام قسم نمی‌خورم»، رییس دادگاه به او خطاب کرد و گفت: «تو پیغمبر (ص) را ندیده‌ای ولی قسم می‌توانی بخوری که قرآن را آورده است» و بدین طریق وی را تشویق به سوگند نمود. متأسفانه در شرایط فعلی جامعه و عدم توجه سوگندخورندگان و رویه‌ای که عملاً به وجود آمده است، ممکن است بسیاری از بی‌گناهان فدای اغراض شخصی مدعی شوند. تشریح قسامه در قرآن نیامده است و لذا فقها آن را از احکام امضایی می‌دانند که شارع این رسم و حکم متداول قبل از اسلام را تنفیذ و امضاء نموده است. مبنای این استنباط واقعه‌ای است که در زمان پیغمبر (ص) واقع شده است و استاد شادروان محمود شهابی در کتاب ادوار فقه^{۲۵۵} متن چند خبر منقول از حضرت صادق (ع) را می‌آورد که خلاصه برگردان آن‌ها چنین است: «مقارن واقعه خیبر گروهی از انصار رفیق خود را گم کردند. بعد از جستجو او را کشته یافتند. به رسول‌الله عرض کردند: فلان یهودی رفیق ما را کشته است قصاص او را می‌خواهیم. حضرت از خواهان‌های قصاص خواستند دو مرد عادل از غیر خودتان شهادت دهند تا من قصاص کنم و اگر ندارید ۵۰ مرد سوگند خورند تا قصاص کنم. پس آنان گفتند ما شاهد نداریم و اگر داریم از این که بر امری که ندیده‌ایم سوگند

^{۲۵۵} - شهابی، محمود؛ ادوار فقه، جلد سوم، صص ۳۴۹ - ۳۵۰.

خوریم ... پس رسول‌الله خود دیه او را پرداخت...» در مبانی تکملة المنهاج^{۲۵۶} نیز اخبار مربوط به این امر را ذکر کرده و صحیحه یزید بن معاویه عجلای و صحیحه سعد بن زیاد و معتبره زراوه را نیز آورده است که حاکی است به دنباله این مطلب رسول‌الله فرمود: «به وسیله قسامه خون مسلمین حفظ می‌شود. بدین توضیح که اگر یک فرد فاجر فاسق فرصتی سری پیدا کرد که دشمن خود را در خفا بکشد از ترس قسامه اقدام به قتل نکند. مدعی دم ۵۰ قسم بخورد و اگر او قسم نخورد مدعی علیه یعنی متهم به قتل ۵۰ قسم بخورد که ما نکشته‌ایم و قاتل او را نیز نمی‌شناسیم که اگر مدعی قسم نخورد و مدعی علیه قسم‌ها را ادا کرد دیه پرداخت می‌شود.» مؤلف بزرگوار مبانی تکملة المنهاج بعد از ذکر این اخبار اضافه می‌کند: «این ذکر علت ما را بر این دلالت می‌کند که بگوییم قسامه در همه موارد نیست بلکه صرفاً در موردی است که مدعی علیه (متهم) شخصی فاسق و متهم به شرارت باشد... زیرا اگر بالعکس فاسق فاجر علیه یک نفر مدعی قتل باشد و به قسامه توسل جوید و آن شخص قصاص شود، خون او هدر شده است.» گرچه قسامه در زمان پیغمبر اجرا نشد و اول بار در زمان عثمان یا بنا به بعضی روایات در زمان خلیفه دوم اجرا شد، معذک از همین واقعه زمان پیغمبر استنباط تشریح و امضای این قاعده دوران جاهلیت شده است ولی بر این استنباط نکات زیر قابل توجه است: هرگاه قسامه واقع شده بود و با ختم آن قصاص انجام می‌شد و یا دیه مقرر و معلول قسامه پرداخت می‌گردید، می‌توانستیم به ضرس قاطع بگوییم حکمی امضایی تشریح شده است ولی سوابقی در تشریح احکام اسلامی هست که پس از دستور اجرای حکم و بلافاصله قبل از شروع اجرا، وحی نازل می‌شد و حکم جدیدی می‌آورد که در تشریح لعان وارد شد: هلال بن امیه پسرعموی سعد بن عباده اجنبی‌ای را با زن خود در یک فراش دید و چهار بار خدمت حضرت رسول (ص) عرض کرد. حضرت از او مطالبه چهار شاهد کرد که شاهد نداشت. دستور اجرای حد قذف صادر شد اما هنوز اولین تازیانه به او نواخته نشد که حالت وحی بر حضرت عارض گردید، مأمورین اجرا چون سابقه داشتند که در این گونه موارد حکم جدیدی می‌آید توقف کردند. بعد از اتمام وحی حضرت فرمود: او را رها کنند و حکم لعان آمد (مرد ۵ بار سوگند

^{۲۵۶} - مبانی تکملة المنهاج، جلد دوم، صفحات ۱۰۳ به بعد.

بخورد. سپس زن ۵ بار بر کذب ادعای او سوگند بخورد. سپس آنان بدون نیاز به ادای صیغه طلاق از هم جدا شده و همیشگی بر یکدیگر حرام می‌شوند). چه‌بسا در قضیه قسامه اگر صحابه حاضر به سوگند می‌شدند قبل از ادای اولین سوگند حکم جدید می‌آمد. به هر جهت به نظر می‌رسد این میزان از جریان امر کافی و حاکی از امضای حکم نیست مگر این که تصریح به امضا شود همان‌گونه که در مورد سعی صفا و مروه واقع شد: چون در مناسک حج دوران جاهلیت سعی بین صفا و مروه معمول بود مسلمین آن را خوش نداشتند و انجام نمی‌دادند تا آیه ۱۵۸ سوره بقره سعی بین صفا و مروه را از «شعائرالله» شمرده و مقرر می‌دارد: *فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِ أَنْ يَطُوفَ بِهِمَا* که چون در مقام پاسخ به روش مسلمین بود با عبارت «فَلَا جُنَاحَ - باکی نیست» آمده است که وجوب از آن استنباط شده است. به‌طور کلی در مورد احکام امضایی باید دقت کرد. تفسیر کشف الاسرار^{۲۵۷} میبیدی ذیل آیه ۷۵ سوره آل عمران می‌نویسد: «مصطفی (ص) گفت ما مِنْ شَيْءٍ فِي الْجَاهِلِيَّةِ وَ هُوَ تَحْتَ أَقْدَامِي إِلَّا الْأَمَانَةَ؛ هیچ چیز از جاهلیت نیست مگر آن که من آن را زیرپا انداختم مگر رعایت امانت». به‌نظر می‌رسد تا تصریح به امضای حکم نباشد نمی‌توان به‌طور قاطع آن را امضا شده دانست. آیت‌الله موسوی بجنوردی در مصاحبه‌ای بعد از تشریح مسأله عاقله می‌گویند: «... در مسایل تعبدی به لفظ رجوع می‌کنیم و به اطلاق لفظی... اما در مسایل عقلایی چون اسلام امضاکننده است باید دید که اسلام چه چیز را امضاء کرده است.^{۲۵۸} و سپس در پاسخ سؤال دیگری که آیا عقل می‌تواند در مواردی که شارع علت حکم را بیان نکرده است علت را کشف کند، چنین اظهارنظر کرده‌اند: «در تعبدیات نمی‌تواند اما بحث ما راجع به تعبدیات نیست بلکه مربوط به مسایل عقلایی است و عقل قدرت کشف علت حکم را در این‌گونه مسایل دارد». تفسیر المیزان در تفسیر آیه ۱۰۲ سوره اعراف (و ما وَجَدْنَا لِأَكْثَرِهِمْ مِنْ عَهْدٍ وَإِنْ وَجَدْنَا أَكْثَرَهُمْ لَفَاسِقِينَ) تحت عنوان «چرا حکم عقل را مقدم بر حکم شرع آورد» می‌نویسد: «... این است که احکام عقلی عهدهایی است که خدای سبحان در عین

^{۲۵۷} - میبیدی، رشیدالدین: تفسیر کشف الاسرار، جلد دوم، ص ۱۷۰؛ همچنین خرمشاهی، بهاء‌الدین، ترجمه قرآن،

ذیل ص ۵۹.

^{۲۵۸} - اطلاعات ۱۴ مهر ۱۳۷۵.

خلقت بشر و آن روزی که پدر بشر را صورتگری می‌کرد از وی گرفت...»^{۲۵۹} در این زمینه مکالمه‌ای را که بین عمر بن عبدالعزیز و ابوقلابه جریان یافته و در صحیح بخاری آمده است به نقل از ادوار فقه^{۲۶۰} می‌آوریم: «... پس عمر از ابوقلابه پرسیده است تو در این باره (قسامه) چه می‌گویی؟ او بعد از اظهار تعارف و تواضع گفته است: یا امیرالمؤمنین اگر ۵۰ کس گواهی دهند بر مردی که وی در دمشق زنا کرده و خود ندیده باشند، آیا تو را رأی چنان است که او را رجم (سنگسار) کنی؟ عمر پاسخ داد: نه. ابوقلابه گفته است: اگر ۵۰ نفر در نزد تو بر مردی شهادت دهند که در حمص دزدی کرده و او را ندیده‌اند آیا تو دست آن مرد را با این شهادت جدا می‌کنی؟ پاسخ داده است: نه. و در برخی روایات است که ابوقلابه گفته است پس من به عمر گفتم از چه راه هرگاه کسانی که نزد تو هستند شهادت دهند که کسی دیگری را در شهری دیگر کشته به چنین شهادتی حکم به قصاص می‌کنی؟ عمر بن عبدالعزیز پس از این واقعه به عاملان خود درباره قسامه نوشت... به شهادت ۵۰ تن که سوگند یاد کنند (قسامه) قصاص روا مدارید.» آن‌گاه استاد شهابی دلایل موافقین و مخالفین قسامه را بیان می‌کند. نکته دیگر این که مستنبط از اخبار مروی از حضرت صادق (ع) همان‌طور که در مبانی تکملة المنهاج آمده است، آن است که مدعی علیه (متهم) قسامه باید مشهور به فسق و فجور باشد و مدعی قسامه (ولی دم و شاکی) نباید این‌گونه باشد. به‌علاوه حکمت برقراری قسامه ذکر شده است و در دنیای امروز و با کشفیات علمی جدید دیگر چنان توهمی نمی‌رود و هرگونه قتل کشف می‌گردد. اما صرف‌نظر از این بحث فقهی (که باز هم بقول آقای آیت‌الله موسوی بجنوردی در مصاحبه سابق الذکر: "... نباید فکر کنیم که فقه یعنی اسلام و این اشتباه بزرگی است که الآن وجود دارد. اسلام غیر از فقه است") چون فعلاً در قوانین جاریه قسامه مقرر شده است و مادام که تغییرات و اصلاحات قانونی در آن داده نشده است همین مواد قانونی لازم‌الاجراست، حق آن است قضات با دیدی دقیق و با تفسیر قضایی از همین قوانین در حدود اختیارات خود مسایلی را روشن سازند تا رویه قضایی محکم و منطبق با مصالح جامعه و مقتضیات زمان و

^{۲۵۹} - المیزان، ترجمه فارسی ۴۰ جلدی، جلد ۱۶، ص ۲۷.

^{۲۶۰} - جلد سوم، ص ۴۵.

مکان به وجود آید. بدین منظور چون مبنای قانونگذاری در مورد قسامه مطالبی است که ذکر شد باید تفسیر مواد قانونی را با توجه به سابقه شرعی انجام داد و به جزئیات واقعه زمان رسول الله (ص) توجه کرد. هرگاه این واقعه را به منزله امضای یک رسم جاهلیت بدانیم باید جزئیات امر و مکالمات معموله را نیز امضا شده بدانیم. در این که حضرت به صحابه پیشنهاد سوگند فرمود و نه امر به سوگند، نشان دهنده آن است که به طور کلی احتراز از سوگند خوردن اولی است. در اخلاق اسلامی طبق اخبار واصله از سوگند راست تا بتوان باید احتراز کرد و سوگند به دروغ که از بالاترین گناهان و بنا به نظر بسیاری از گناهان کبیره است و مرتکب آن با یک عمل دو گناه انجام می دهد: دروغگوئی (دروغگو دشمن خداست) و مؤکد کردن دروغ به سوگند. شیطان به دروغ نزد آدم و حوا سوگند خورد که شجره ممنوعه درخت خلد است. سوگند خورد که من ناصح امین شما هستم. سوگند دروغ عمل شیطانی است. نکته دیگر آن که صحابه عرض کردند: «از سوگند خوردن بر امری که ندیده ایم اکراه داریم.» و این بیان مورد تأیید حضرت واقع شد و از این نکته چنین استنباط می شود که سوگند خورنده باید شخصا دیده باشد و این نکته از مقررات قانونی نیز استنباط می شود. بدین توضیح که شهادت شهود ولو در همه موارد قاطع دعوا نیست ولی در هر صورت شهود باید سوگند بخورند که تمام حقیقت را بگویند و غیر از حقیقت نگویند. به طریق اولی در قسامه که اثر قاطع دعوا دارد و سرنوشت و حیات یک انسان بدان بسته است، مسلماً سوگند خورندگان باید شاهد امر باشند. در ماده ۲۵۱ قانون مجازات اسلامی آمده است: «قسم خورندگان باید علم به ارتکاب قتل داشته باشند و از روی جزم قسم بخورند و قسم از روی ظن کفایت نمی کند.» علم مذکور در این ماده باید چنان قاطع باشد که نه تنها ایراد ضرب یا ایراد جرح را به چشم دیده باشد بلکه شاهد باشد که بلافاصله مضروب فوت نمود تا هیچ گونه سببیتی برای مرگ جز ایراد ضرب متصور نباشد. در پرونده ای که دخالت داشتم، ضارب بعد از یک ضربه فرار کرده بود و مضروب شخصا سویچ ماشین خود را به دیگری (که سوابق سوءظن بین آنان موجود بود) داد و در ماشین خود نشست تا او را به درمانگاه برسانند. بعد از دو ساعت که به درمانگاه رسیده بود مضروب (که اینک سه جراحت داشت و حال آن که ضارب مشخص یک ضربه زده بود) فوت نمود. در مراسم قسامه چند نفر

قسم خوردند و حال آن که حتی بعضی از آنان موقع ایراد جرح در محل نبوده و شاهد آن نبوده‌اند و حکم قصاص صادر شد. متأسفانه بسیاری اوقات به معنای دقیق ماده ۲۵۱ و هم‌چنین دستورالعمل آیات قرآنی: «وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ إِنَّ السَّمْعَ وَالْبَصَرَ وَالْفُؤَادَ كُلُّ أُولَئِكَ كَانَ عَنْهُ مَسْئُولًا»^{۲۶۱} (چیزی را که بدان علم نداری پیروی نکن زیرا چشم و گوش و قلب در برابر آن مسؤول هستند) و هم‌چنین: «إِنَّ الظَّنَّ لَا يُغْنِي مِنَ الْحَقِّ شَيْئًا»^{۲۶۲} (ظن و گمان ذره‌ای جای یقین را نمی‌گیرد) توجه نمی‌شود. نکته دیگر آن که صرف دیدن ایراد ضرب و جرح کافی نیست زیرا باید رابطه سببیت بین آن و مرگ یقین شود؛ یعنی مشخص باشد که مرگ در اثر آن ایراد ضرب و جرح بوده است و این مسأله امری است که در تخصص پزشک متخصص (پزشک قانونی) می‌باشد. نکته دیگر آن که در جریان واقعه زمان حضرت که امروز مبنای قانونگذاری قرار گرفته است، حضرت از صحابه سؤال فرمودند: «شاهد از غیر خود دارید؟» که از این نکته غیربودن شاهد قابل قبول استنباط می‌شود و از این که طبق قانون «قسم‌خوردگان در قسامه باید از خویشان و بستگان نسبی مدعی باشند - ماده ۲۴۸» چنین مستفاد می‌شود که در قسامه به‌عکس شهادت که شاهد باید غیر باشد، "غیر" قابل قبول نیست و منسوبین نسبی مدعی پذیرفته می‌شوند که از تلفیق این دو قاعده فقهی و قانونی چنین استنباط می‌شود که هرگاه منسوبین ولی دم قتل را به چشم دیده باشند، چون شهادت آن‌ها مسموع نیست می‌توانند به قسامه توسل جویند و قسامه چون باید با علم کامل و رؤیت واقعه باشد اینان که شهادتشان قابل قبول نیست قسامه را اجرا می‌کنند و لذا قانون تصریح کرده است که انتساب قسم‌خوردگان با مدعی به دادگاه باید ثابت گردد و هم‌چنین منبع اطلاعات آنان پرسش شود و دقت گردد که شخصاً واقعه را دیده باشند و هم‌چنین در جزئیات شهادت آنان دقت شود که آیا فقط ایراد ضرب و جرح را دیده‌اند یا یقین دارند همان ضرباتی که ایراد آن را دیده‌اند موجب مرگ شده است؟ چگونه و به چه دلیل فوت را به‌عمل متهم منتسب می‌کنند؟ بدان امید که بادقت قضات حق آشکار شود و جان یک نفر به هدر نرود.»

^{۲۶۱} - آیه ۳۶، سوره اسراء.

^{۲۶۲} - آیه ۳۶، سوره یونس.

تغلیظ دیه

مبحث دیگر که باید با تعمق به آن نگریست ماههای حرام و تغلیظ دیه در چهار ماه رجب و ذی القعدة و ذی الحجه و محرم است که علاوه بر دیه کامل ادای ثلث دیه هم به عنوان تغلیظ تقریر می‌شود. این تقنین هم مأخذ روایی دارد و حکمت وضع آن در آن دوران حفظ شرایط مورد قبول اعراب آن زمان مبنی بر خودداری از ارتکاب جنایت در آن چهار ماه است. و همینطور که قرآن تصریح می‌دارد اهل فقط برای مواقیت است. می‌فرماید: ^{۲۶۳} «از تو درباره هلالهای ماه می‌پرسند، بگو: برای آن است که مردم وقت کارهای خویش و زمان حج را بشناسند.» در شرح این آیه می‌فرمایند: ^{۲۶۴} «يَسْتَلُونَكَ عَنِ الْأَهْلِ سَوَالٍ مِي قَاتٍ تُو رَا اِز اِهْلَهُ، مستأنف مقطوع از سابقش است و از این رو به ادات وصل نیآورده است و قمر در اول ماه تا دو شب هلال است و گفته‌اند تا سه و گفته‌اند تا هفت و سؤال می‌کردند از هلال چگونه است که در ابتدا در اول ماه ضعیف است سپس رو به تزیاید است تا بدر می‌شود، سپس رو به نقصان گذاشته تا جایی که ضعیف و مخفی گشته، تا اینکه در اول ماه دیگر هلال می‌شود؟ و مقصودشان استفسار از سبب آن بود. و چون اهل نظر نبودند و بر ادراک دقایق اسباب آن قدرت نداشتند و علم آن نه برای دنیای آنان و نه برای آخرتشان نفعی نداشت، تعالی شأنه از جواب مطابق سؤال اعراض کرد و نبی‌اش ص را امر کرد که حکم و غایات مترتبه بر آن را جواب دهد پس گفت: قُلْ هِيَ مَوَاقِيتُ بَکُو اَن مَوَاقِيتُ اَسْتُ، جمع میقات و آن چیزی است که وقت به آن اندازه و دانسته می‌شود، یعنی اینکه هلالها و اختلاف آنها سبب شناختن اوقات و شناختن آنچه که بستگی به شناخت وقت دارد، می‌شود، از زراعات و تجارات و دیون و عده‌های زنان و حج و روزه و فطر لِلنَّاسِ برای مردم، یا برای انتفاع مردم وَ الْحَجِّ وَ حِجِّ، یعنی برای مناسک آن، ذکر نمودن حج را خاص کرد برای اهتمام به اینکه اکثر مناسک آن وقتی از ماه را دارد و این غایات مترتبه بر اختلاف هلالها به ادنی تذکری شناخته می‌شود شناخته شده و در شناختن آن فوائد کثیره از معرفت بر فاعل حکیم مدبر علیم قدیر اعتنا کننده به خلقتش و به

^{۲۶۳} - سورة بقره، آیه ۱۸۹. «يَسْتَلُونَكَ عَنِ الْأَهْلِ قُلْ هِيَ مَوَاقِيتُ لِلنَّاسِ وَ الْحَجِّ».

^{۲۶۴} - بیان السعادة فی مقامات العبادة، ترجمه، جلد ۲، صص: ۳۷۸-۳۸۸.

ویژه به انسان، و معرفت انعام او و احسان او که استلزام به تعظیم او و شکر او و توجه به او و تضرع بر او در بزرگ و کوچک و کم و زیاد است به خلاف آن چیزی که از آن سوال کردند.»

به عبارتی ماه‌ها شرافت خاصی جز تعیین موقع و زمان ندارند و مردم این زمان نیز از لحاظ خودداری از ارتکاب جنایت در این ماه‌ها تفاوتی برای چهار ماه حرام قائل نیستند لذا تغلیظ دیه در این ماه‌ها عقلانی به نظر نمی‌رسد و نمی‌تواند حکم شرع باشد. هر چند اخباری دال بر تغلیظ دیه در این ماه‌ها وجود دارد ولی مصداق نمی‌یابد. برخی مُعَلَّظ شدن دیه قتل را در حرم مکه نیز ذکر کرده‌اند ولی بسیاری دیگر به دلیل نبودن نص آن را نپذیرفته‌اند. سایر موارد تغلیظ در جنایت بر اعضاء و در قتل اقارب نیز از همین موارد است.^{۲۶۵}

دیه زن

یکی از موارد بحث انگیز دیگر دیه زنان است که خیلی مورد توجه و انتقاد گروه‌های مختلف قرار دارد و از جهت تساوی حقوق مرد و زن مورد بحث قرار گرفته است. قبل از شروع به بحث باید این نکته را یادآور شد که اختلاف و تفاوت در این موضوع یک مبحث وجودی نیست بلکه یک مبحث حقوقی است. از لحاظ وجودی همانطور که قرآن تصریح می‌دارد تفاوتی میان زن و مرد نیست. می‌فرماید: «ای مردم، ما شما را از نری و ماده‌ای بیافریدیم. و شما را جماعتها و قبیله‌ها کردیم تا یکدیگر را بشناسید. هر آینه گرامی‌ترین شما نزد خدا، پرهیزگارترین شماست.» این آیه تصریح می‌دارد که از لحاظ وجودی تفاوتی بین مرد و زن نیست و تعلق آنها به گروه‌های متفاوت اجتماعی و قبائل مختلف قومی و نژادی عامل برتری آنها نیست و هر کدام که در مراتب تقوا بالاتر باشند نزد خداوند مکرم‌ترند. با این دیدگاه اسلام زن را در شرایط فرهنگی عرب جاهلی از مملوکات مرد به یک وجودی مستقل هم‌تراز با

^{۲۶۵} - نگاه کنید به: ابوالقاسم گرگی، دیات (۱۳۸۲)، مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، صص ۷۵-۷۰.

^{۲۶۶} - سوره حجرات، آیه ۱۲. «يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَىٰ وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ».

مرد ارتقاء داد. در این ارتباط می‌نویسند: ^{۲۶۷} «در مسئله نابرابری زن و مرد که گفته‌اید، راجع به این موضوع بسیار صحبت شده و من خودم بارها در مجالس فقری صحبت کرده‌ام. کتاب‌های فراوانی نوشته شده است در اینکه زن و مرد عین هم نیستند که حرفی نیست. به بدن خود نگاه کنید می‌بینید که زن و مرد با هم متفاوتند. این تفاوت‌های بدنی مسلماً اقتضای بعضی تفاوت‌های روحی می‌کند ولی این تفاوت است نه اختلاف. خداوند وظایفی را در مجموعه طبیعت به عهده زن گذاشته است و وظایف دیگری را به عهده مرد. وظایف هر کدام از اینها از دیگری بر نمی‌آید. از طرفی شما تصور نکنید که خداوند فقط مشغول تدبیر و تنظیم کار انسان‌هاست. انسان‌ها هم جزیی از این عالم طبیعت هستند، انسان‌ها هم از بسیار جهات جسمی مانند حیوانات هستند. حیوانات می‌توانند در بعضی جهات مدل انسان باشند. در مورد اختلاف و تفاوت زن و مرد، اسلام این اختلاف را خیلی کم کرده است. در مسائل اجتماعی بعضی از فقهای قدیم معتقد هستند که قوانین و مقررات اجتماعی را خداوند به صورت پیشنهاد فرموده است نه اینکه حتماً آن اجرا شود و بنابراین یک جامعه که ولایت بر خود دارد می‌تواند در هر زمان بنا به مقتضیات زمان قوانین خود را بنویسد. بنابراین زن مسلماً انسان است. از طرف دیگر از جنبه حقوقی اگر در نظر بگیرید یک نظام حقوقی مجزا و تک تک نمی‌تواند مورد بررسی قرار بگیرد. مثلاً فرض بفرمایید در قوانین، مرد موظف به این است که خرج خانواده را بدهد ولی اگر مرد نداشت چه باید کرد؟ و اگر کس دیگری نبود چه بکند؟ این مقرراتی است که برای آسایش طرفین گذاشته‌اند. در نظام حقوقی اسلام تمام هزینه‌ها و تمام زحمات زندگی را به عهده مرد گذاشته‌اند که زن هیچ زحمتی نکشد. برای اینکه زن هرگاه نسل آورد، نسلش در کمال سلامت و آرامش و آسایش باشد. از لحاظ اقتصادی هم اگر زن از خودش اموالی داشت می‌تواند آن اموال را مستقیماً و جداگانه اداره کند و حتی یک قران از آن را به خانه نیاورد. در مقابل این زحماتی که به مرد داده شده مسلماً در زندگی خانوادگی یک مزایایی برای او قائل شده‌اند. خود دیه به معنای ارزش خون نیست. اینکه می‌گویند خونبها غلط است و

^{۲۶۷} - حضرت آقای حاج دکتر نورعلی تابنده مجذوبعلیشاه، مکاتیب عرفانی، قسمت چهارم، جزوه ۲۵، صفحات

این بنابر فهم مردم در دورانی است که فهم دقیقی نداشتند. برای اینکه در خود قرآن می‌گوید هر مؤمنی مؤمن دیگری را بدون جهت بکشد آتش جهنم بر او وارد است. کسی که آتش جهنم برای او وارد است چه قیمتی می‌تواند بدهد؟ این خونها به منزله جریمه اوست و به منزله این است که تا حدی جبران خسارات مالی طرف بشود. به علاوه بعضی از مفسرین در تفسیر آیه^{۲۶۸} «كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ الْحُرُّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالْأُنثَىٰ بِالْأُنثَىٰ»، می‌گویند از این آیه استنباط این که زن دیه‌اش نصف مرد است نمی‌شود. بنابراین این احکام در طی تاریخ وضع شده است که قرن‌ها بشر چنین تصویری داشته است. کما اینکه هم اکنون مشغول تغییر این قوانین هستند.».

در زمان جاهلیت که اعراب حتی نوزاد دختر را زنده به گور می‌کردند این حمایت بسیار پر اهمیت بود. در قرآن آمده است:^{۲۶۹} «و چون از دختر زنده به گور شده پرسیده شود که به چه گناهی کشته شده است.» شرح داده‌اند که:^{۲۷۰} «وَ إِذَا الْمَوْؤُودَةُ سُئِلَتْ وَ آنگاه که دختران زنده به گور شده سؤال شوند، «مَوْؤُودَةٌ» کنیزی است که زنده دفن شده باشد، زیرا که دختران را از خوف لحوق عار زنده دفن می‌کردند، می‌گفتند: آنها دختر بزرگ می‌شوند پس با غیر اهلیشان ازدواج می‌کنند، یا خوفاً از عائله‌مندی، و گفته‌اند: هرگاه هنگام ولادت آن می‌رسید حفره‌ای حفر می‌کردند و زن بر رأس آن می‌نشست که اگر نوزاد دختر بود او را در حفره می‌انداختند. بِأَيِّ ذَنْبٍ قُتِلَتْ به کدامین گناه کشته شد، و مقصود این است که از خود دختر زنده به گور شده یا از قاتلین، از حال او سؤال می‌شود.» اسلام در این شرایط تساوی کامل بین زن و مرد را مقرر و فرمود: «و هر کس که کاری شایسته کند چه زن و چه مرد اگر مؤمن باشد به بهشت می‌رود و به قدر آن گودی که بر پشت هسته خرماست به کس ستم نمی‌شود.»^{۲۷۱}

^{۲۶۸} - سورة بقره، آیه ۱۷۸.

^{۲۶۹} - سورة تکویر، آیات ۸-۹ «وَ إِذَا الْمَوْؤُودَةُ سُئِلَتْ. بِأَيِّ ذَنْبٍ قُتِلَتْ».

^{۲۷۰} - بیان السعاده فی مقامات العباد، ترجمه، جلد ۱۴، ص: ۴۵۳.

^{۲۷۱} - سورة نساء، آیه ۱۲۴. «وَ مَنْ يَعْمَلْ مِنَ الصَّالِحَاتِ مِنْ ذَكَرٍ أَوْ أُنْثَىٰ وَ هُوَ مُؤْمِنٌ فَأُولَٰئِكَ يَدْخُلُونَ الْجَنَّةَ وَ لَا يُظَلَّمُونَ نَقِيرًا».

ولی از لحاظ حقوقی جامعه آن زمان مملو از سنن و آداب و رسوم بود که زنان را تحقیر و حقوق مساوی مردان به آنان نمی‌داد پیامبر اکرم بیش از این نمی‌توانست سنت شکنی نماید و جامعه را اجبار به قبول حقوق مساوی مردان و زنان نماید. مشخصاً مردان عرب حاضر نبودند که زنانی که در رقیّت آنان بود را همتراز خود بدانند و با آنها برخوردی همتراز نمایند. لذا پیامبر اکرم ص اقدام به وضع حقوق حمایتی برای آنها نمود و قواعدی چون وجوب مهریه و نفقه و تأمین شرایط زندگی در خور آنها را تقریر فرمود. حضرتش تعدد زوجات را به حداکثر چهار زن محدود کرد و در شرایط آن زمان که مردها در جنگها کشته و خانواده‌ها بی سرپرست شده بودند این قاعده را وضع نمود که هم زنان و هم یتیمان سرپرستی داشته باشند و هم رسوم اعراب در تعدد بی حدّ و حصر زوجات را تا حدّ ممکن محدود کرده باشد^{۲۷۲} و از طرفی شرط تعدد زوجات را عدالت بین زنان قرار داد که تعلیق به محال است.^{۲۷۳} در اعراب جاهلی زنان

^{۲۷۲} - سورة نساء، آیات ۴-۲. «مال یتیمان را به یتیمان دهید و حرام را با حلال مبادله نکنید. و اموال آنها را همراه با اموال خویش مخورید، که این گناهی بزرگ است. اگر شما را بیم آن است که در کار یتیمان عدالت نوزید، از زنان که شما را پسند افتد، دو، و سه و چهار به نکاح در آورید. و اگر بیم آن دارید که به عدالت رفتار نکنید تنها یک زن بگیرید یا هر چه مالک آن شوید. این راهی بهتر است تا مرتکب ستم نگردید. مهر آنان را به طیب خاطر به آنها بدهید. و اگر پاره‌ای از آن را به رضایت به شما بخشیدند بگیرید که خوش و گوارایتان خواهد بود.» «وَ اتُوا الیتیمی اموالهم و لا تبدلوا الخبیث بالطیب و لا تأکلوا اموالهم الی اموالکم انه کان حوباً کبیراً. و ان خفتنم الا تقسطوا فی الیتیمی فانکحوا ما طاب لکم من النساء منی و ثلاث و رباع فان خفتنم الا تعدلوا فواحدة او ما ملکتم ایمانکم ذلک اذنی الا تعولوا. و اتوا النساء صدقاتهن نحلة فان طبن لکم عن شیء منه نفساً فکلوه هنیئاً مریناً.»

^{۲۷۳} - سورة نساء، آیات ۱۳۰-۱۲۸. اگر زنی دریافت که شوهرش با او بی‌مهر و از او بیزار شده است، باکی نیست که هر دو در میان خود طرح آشتی افکنند، که آشتی بهتر است. و بخل و فرومایگی بر نفوس مردم غلبه دارد. و اگر نیکی و پرهیزگاری کنید خدا به هر چه می‌کنید آگاه است. هر چند بکوشید هرگز نتوانید که در میان زنان به عدالت رفتار کنید. لکن یکباره به سوی یکی میل نکنید تا دیگری را سرگشته رها کرده باشید. اگر از در آشتی در آید و پرهیزگاری کنید خدا آمرزنده و مهربان است. و اگر آن دو از یکدیگر جدا شوند خدا هر دو را به کمال فضل خویش بی‌نیاز سازد که خدا گشایش‌دهنده و حکیم است. «وَ ان امرأة خافت من بعلها نشوزاً او اِعراضاً فلا جناح علیهما ان یصلحا بینهما صلحاً و الصلح خیر و اخصرت النفس الشح و ان تحسنوا و تقفوا فان الله کان بما تعملون خبیراً. و لن تستطیعوا ان تعدلوا بین النساء و لو حرصتم فلا تمیلوا کل المیل فتذروها کالمعلقة و ان دنباله زیر نویس در صفحه بعد:

همچون سایر املاک ما ترک به ارث برده می‌شدند. رسول اکرم ص این سنت را لغو فرمود و حق انتخاب را به زن داد.^{۲۷۴} و حتی درباره زنان اینگونه انشاء فرمود که اگر مرد خواست زنی جای زن خود بگیرد حق ندارد اموالی را که به او داده بازستاند.^{۲۷۵} و مقرر فرمود اگر مردی وعده ازدواج به زنی داد و بعد از ازدواج و قبل از مضاجعت منصرف شد باید - بابت جبران خسارت روحی که از این سبب به زن وارد می‌شود را - در حد خویش و به میزان نصف آنچه که به او وعده کرده است به وی بپردازد.^{۲۷۶} حتی اگر زن دچار فحشا شد مرد نباید زن را از

دنباله زیرنویس از صفحه قبل:

تَصْلِحُوا وَ تَتَّقُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ غَفُوراً رَحِيماً. وَإِنْ يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلًّا مِنْ سَعَتِهِ وَ كَانَ اللَّهُ وَاسِعاً حَكِيماً»

^{۲۷۴} - سورة نساء، آیه ۱۹. «ای کسانی که ایمان آورده‌اید، شما را حلال نیست که زنان را بر خلاف میلشان به ارث ببرید. و تا قسمتی از آنچه را که به آنها داده‌اید بازپس ستانید بر آنها سخت مگیرید، مگر آنکه مرتکب فحشایی به ثبوت رسیده شده باشند. و با آنان به نیکویی رفتار کنید. و اگر شما را از زنان خوش نیامد، چه بسا چیزها که شما را از آن خوش نمی‌آید در حالی که خدا خیر کثیری در آن نهاده باشد.» «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَرِثُوا النِّسَاءَ كَرْهًا وَ لَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ وَ عَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ فَإِنْ كَرِهْتُمُوهُنَّ فَمَعْسَى أَنْ تَكْرَهُوا شَيْئًا وَ يُجْعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا»

^{۲۷۵} - سورة نساء، آیات ۲۱-۲۰. «اگر خواستید زنی به جای زنی دیگر بگیرید و او را قنطاری مال داده‌اید، نباید چیزی از او بازستانید. آیا به آنان تهمت می‌زنید تا مهرشان را باز پس گیرید؟ این گناهی آشکار است. و چگونه آن مال را باز پس می‌گیرید و حال آنکه هر یک از شما از دیگری بهره‌مند شده است و زنان از شما پیمانی استوار گرفته‌اند.» «وَ إِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَ آتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَ تَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَ إِنَّمَا مُبِينًا وَ كَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ وَ أَخَذَنْ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا»

^{۲۷۶} - سورة بقره، آیات ۲۳۷-۲۳۶. اگر زنی را که با آنها نزدیکی نکرده‌اید و مهری برایشان مقرر نداشته‌اید طلاق گوید، گناهی نکرده‌اید. ولی آنها را به چیزی در خور بهره‌مند سازید: توانگر به قدر توانش و درویش به قدر توانش. این کاری است شایسته نیکوکاران. اگر برایشان مهری معین کرده‌اید و پیش از نزدیکی طلاقشان می‌گویید، نصف آنچه مقرر کرده‌اید بپردازید مگر آنکه ایشان خود، یا کسی که عقد نکاح به دست اوست، آن را ببخشد. و بخشیدن شما به پرهیزگاری نزدیکتر است. و فضیلت را میان خود فراموش مکنید، که خدا به کارهایی که می‌کنید بیناست. «لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَ مَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدَرَهُ وَ عَلَى الْمُقْتَرِ قَدَرَهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ. وَ إِنْ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَ قَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فِصْنَفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوا الَّذِي بِيَدِهِ عَقْدَةُ النِّكَاحِ وَ أَنْ تَعْفُوا أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى وَ لَا تَنْسُوا فَرِيضَةً لَكُمْ فِيهَا»

دنباله زیرنویس در صفحه بعد:

خانه‌اش بیرون کند.^{۲۷۷} و مرد را محدود نمود که بیش از چهار ماه حق ندارد از همبستر شدن با زوجه‌اش خودداری کند.^{۲۷۸} و در هنگام طلاق علیرغم اختیار مرد در طلاق^{۲۷۹} باز حمایت مرد از زن را مورد توجه قرار داد^{۲۸۰} و حتی به مرد اجازه نمی‌دهد زن را از منزل بیرون کند و اگر زن زن مطلقه باردار بود هزینه‌های زن در دوران بارداری همه به عهده مرد است^{۲۸۱} چنانچه زوجه

دنباله زیرنویس از صفحه قبل:

الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ إِنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ.»

^{۲۷۷} - سورة نساء، آیه ۱۵. و از زنان شما آنان که مرتکب فحشا می‌شوند، از چهار تن از خودتان بر ضد آنها شهادت بخواهید. اگر شهادت دادند زنان را در خانه نگهدارید دارید تا هنگامی که به موت فوت کنند یا خدا راهی پیش پایشان نهد. «وَاللَّائِي يَأْتِيَنَّ الْفَاحِشَةَ مِنْ نِسَائِكُمْ فَاسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِنْكُمْ فَإِنْ شَهِدُوا فَأَمْسِكُوهُنَّ فِي الْبُيُوتِ حَتَّى يَتَوَفَّاهُنَّ الْمَوْتُ أَوْ يَجْعَلَ اللَّهُ لَهُنَّ سَبِيلًا.»

^{۲۷۸} - سورة بقره، آیات ۲۲۶-۲۲۷. «برای کسانی که سوگند می‌خورند که با زنان خویش نیامیزند چهار ماه مهلت است. پس اگر باز آیند، خدا آمرزنده و مهربان است. و اگر عزم طلاق کردند، خداوند شنوا و داناست. «لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِنْ فَؤُا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ. وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ.»

^{۲۷۹} - در این راستا و در ارتباط با ایقاعات می‌فرمایند: «ایقاعات افعالی هستند که دو طرف لازم ندارند مانند طلاق یا بنده آزاد کردن. و چون طلاق اثر افسردگی و اختلاف است لذا در شریعت اسلام مکروه است از باب کراهت و بدی سببش، مگر در موقعی که طلاق رفع کدورت و نفاق نموده و ضرر طلاق ندادن بیشتر باشد، که در صورت عدم تشریح و اجازه طلاق در بعضی موارد ممکن است طرفین تمام عمر را به زحمت افتند یا منجر به قتل نفس یا هلاک یا ارتکاب عمل قبیح شود، مخصوصاً در صورت تقید زوجات. و گاهی می‌شود که مرد بدگمان می‌گردد یا بدی از زن می‌بیند که موجب کدورت او می‌شود و چون تحمل مرد بیشتر است و زود به اجرای غضب و مفارقت و تجدید زندگی حاضر نمی‌شود، و برعکس زنان که زود افسرده و به مختصر چیزی غضبناک می‌شوند، لذا در طلاق اختیاری به زنان داده نشده و فقط به اختیار مرد قرار داده شده است.» حضرت آقای حاج سلطانحسین تابنده، تجلی حقیقت در اسرار فاجعه کربلا، انتشارات حقیقت، چاپ چهارم، ۱۳۷۲، صفحه ۲۸.

^{۲۸۰} - سورة بقره، آیه ۲۴۱. برای زنان مطلقه بهره‌ای است شایسته، چنان که در خور مردان پرهیزگار باشد. «وَالْمُطَلَّقاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ.»

^{۲۸۱} - سورة طلاق، آیات ۶-۱. ای پیامبر، اگر زنان را طلاق می‌دهید به وقت عده طلاقشان دهید. و شمار عده را نگه دارید. و از خدای یکتا پروردگارتان بترسید. و آنان را از خانه‌هایشان بیرون مکنید. و از خانه بیرون نروند مگر آنکه به آشکارا مرتکب کاری زشت شوند. اینها احکام خداوند است، و هر که از آن تجاوز کند به خود دنباله زیرنویس در صفحه بعد:

مایل به دریافت حقی برای شیردادن بچه بود این هزینه و تأمین مایحتاج زوجه بعهده مرد گذاشته شد.^{۲۸۲} برای دختران و زنان و مادران حق الارث معین کرد.^{۲۸۳} و مقرر فرمود که مردان

دنباله زیرنویس از صفحه قبل:

ستم کرده است. تو چه دانی، شاید خدا از این پس امری تازه پدید آورد. و چون به پایان مدت رسیدند، یا به وجهی نیکو نگاهشان دارید یا به وجهی نیکو از آنها جدا شوید و دو تن عادل از خودتان را به شهادت گیرید. و برای خدا شهادت را به راستی ادا کنید. هر که را به خدا و روز قیامت ایمان دارد، اینچنین اندرز می‌دهند. و هر که از خدا بترسد، برای او راهی برای بیرون‌شدن قرار خواهد داد، و از جایی که گمانش را ندارد روزی‌اش می‌دهد. و هر که بر خدا توکل کند، خدا او را کافی است. خدا کار خود را به اجرا می‌رساند و هر چیز را اندازه‌ای قرار داده است. اگر در تردید هستید، از میان زنان آنهایی که از حیض مأیوس شده‌اند و آنهایی که هنوز حیض نشده‌اند عده‌شان سه ماه است. و عده زنان آبستن همان وضع حمل است. و هر که از خدا بترسد، خدا کارش را آسان خواهد کرد. این فرمان خداست که بر شما نازل کرده است. و هر که از خدا بترسد، گناهانش را از او می‌زداید و او را پاداشی بزرگ می‌دهد. هر جا که خود سکونت گزینید آنها را نیز به قدر توانایی خود مسکن دهید. و تا بر آنها تنگ گیرید میزاریدشان. و اگر آبستن بودند، نفقه‌شان را بدهید تا وضع حمل کنند. و اگر فرزند شما را شیر می‌دهند، مزدشان را بدهید و به وجهی نیکو با یکدیگر توافق کنید. و اگر به توافق نرسیدید، از زنی دیگر بخواهید که کودک را شیر دهد. «یا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا. فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِنْكُمْ وَاقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ ذَلِكَ يُوعِظُ بِهِ مَنْ كَانَ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَمَنْ يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مَخْرَجًا. وَيَرْزُقْهُ مِنْ حَيْثُ لَا يَحْتَسِبُ وَمَنْ يَتَوَكَّلْ عَلَى اللَّهِ فَهُوَ حَسْبُهُ إِنَّ اللَّهَ بَالِغُ أَمْرِهِ قَدْ جَعَلَ اللَّهُ لِكُلِّ شَيْءٍ قَدْرًا. وَاللَّائِي يَنْسَنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نَسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحْضُنَّ وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ وَمَنْ يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مِنْ أَمْرِهِ يُسْرًا. ذَلِكَ أَمْرُ اللَّهِ أَنْزَلَهُ إِلَيْكُمْ وَمَنْ يَتَّقِ اللَّهَ يُكَفِّرْ عَنْهُ سَيِّئَاتِهِ وَيُعْظِمْ لَهُ أَجْرًا. أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجُوهِكُمْ وَلَا تُضَارُوهُنَّ لِيُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ وَإِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ وَآتَمِرُوا بِتَيْمِكُمْ بِمَعْرُوفٍ وَإِنْ تَعَاَسَرْتُمْ فَمَسْزُوعٌ لَهُ الْآخَرَى.»

۲۸۲ - سورة بقره، آیات ۲۳۳-۲۳۱. هرگاه زنان را طلاق دادید و مهلتشان سرآمد، یا آنان را به نیکو وجهی نگه دارید یا به نیکو وجهی رها سازید. و، تا بر آنها زیان برسانید یا ستم بکنید نگاهشان مدارید. و هر کس که چنین کند به خویشتن ستم کرده است. و آیات خدا را به ریشخند مگیرید و از نعمتی که خدا به شما داده است و از آیات و حکمتی که برای موعظه شما فرستاده است یاد کنید و از خدا بترسید و بدانید که او به همه چیز آگاه

دنباله زیرنویس در صفحه بعد:

دنباله زیرنویس از صفحه قبل:

است. و چون زنان را طلاق دادید و مهلتشان سرآمد، مانع مشوید که به نکاح همسران خود- هر گاه که میانشان رضایتی حاصل شده باشد- درآیند. کسی که از شما به خدای و روز قیامت ایمان آورده باشد اینچنین پند گیرد. و این شما را بهتر و به پاکی نزدیکتر است. خدا می داند و شما نمی دانید. مادرانی که می خواهند شیردادن را به فرزندان خود کامل سازند، دو سال تمام شیرشان بدهند. خوراک و لباس آنان، به وجهی نیکو، بر عهده صاحب فرزند است و هیچ کس بیش از قدرتش مکلف نمی شود. نباید هیچ مادری به خاطر فرزندش زبانی ببیند و هیچ پدری به خاطر فرزندش. و قیم نیز چنین بر عهده دارد. و اگر پدر و مادر بخواهند با رضایت و مشاورت یکدیگر فرزندشان را از شیر بازگیرند مرتکب گناهی نشده اند. و هر گاه بخواهید کسی دیگر را به شیردادن فرزندتان برگمارید، اگر مزدی نیکو و در خورش بپردازید گناهی نیست. از خدا بترسید و بدانید که او به کاری که می کنید بصیر و بیناست. «وَ إِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَلَبَسْنَ فَمَسْكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرَحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِيَعْتَدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ وَلَا تَتَّخِذُوا آيَاتِ اللَّهِ هُزُورًا وَ اذْكُرُوا نِعْمَتَ اللَّهِ عَلَيْكُمْ وَ مَا أُنزِلَ عَلَيْكُمْ مِنَ الْكِتَابِ وَ الْحِكْمَةِ يَعِظُكُمْ بِهِ وَ اتَّقُوا اللَّهَ وَ اعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ. وَ إِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَلَبَسْنَ فَمَسْكُوهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضُوا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ ذَلِكَ يُوعِظُ بِهِ مَنْ كَانَ مِنْكُمْ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَ الْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَ أَرْكَى لَكُمْ وَ أَطْهَرُ وَ اللَّهُ يَعْلَمُ وَ أَنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ. وَ الْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنَمِّ الرِّضَاعَةَ وَ عَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَ رِزْقُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلِّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا لَا تُضَارُّ وَالِدَةٌ بَوْلِدًا وَ لَا مَوْلُودٌ لَهُ بَوْلِدٌ وَ عَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ فَإِنْ أَرَادَا فِصَالًا عَنْ تَرَاضٍ مِنْهُمَا وَ تَشَاوُرٍ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا وَ إِنْ أَرَدْتُمْ أَنْ تَسْتَرْضِعُوا أَوْلَادَكُمْ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِذَا سَلَّمْتُمْ مَا آتَيْتُم بِالْمَعْرُوفِ وَ اتَّقُوا اللَّهَ وَ اعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ».

۲۸۳ - سورة نساء، آیات ۱۱-۱۲. «خدا درباره فرزندانان به شما سفارش می کند که سهم پسر برابر سهم دو دختر است. و اگر دختر باشند و بیش از دو تن، دو سوم میراث از آنهاست. و اگر یک دختر بود نصف برد و اگر مرده را فرزندی باشد هر یک از پدر و مادر یک ششم میراث را برد. و اگر فرزندی نداشته باشد و میراث بران تنها پدر و مادر باشند، مادر یک سوم دارایی را برد. اما اگر برادران داشته باشد سهم مادر، پس از انجام وصیتی که کرده و پرداخت وام او یک ششم باشد. و شما نمی دانید که از پدران و پسرانان کدام یک شما را سودمندتر است. اینها حکم خداست، که خدا دانا و حکیم است. اگر زنانان فرزندی نداشتند، پس از انجام دادن وصیتی که کرده اند و پس از پرداخت دین آنها، نصف میراثشان از آن شماست. و اگر فرزندی داشتند یک چهارم آن. و اگر شما را فرزندی نبود پس از انجام دادن وصیتی که کرده اید و پس از پرداخت وامهایتان یک چهارم میراثتان از آن زنانان است. و اگر دارای فرزندی بودید یک هشتم آن. و اگر مردی یا زنی بمیرد و میراث بر وی نه پدر باشد و نه فرزند او اگر او را برادر یا خواهری باشد هر یک از آن دو یک ششم برد. و اگر بیش از یکی بودند همه در یک سوم مال- پس از انجام دادن وصیتی که کرده است بی آنکه برای وارثان زیانمند باشد و نیز پس از ادای دنباله زیرنویس در صفحه بعد:

باید وصیت کنند که مخارج زنانشان را بعد از مرگ تا یکسال از ماترک مرد بدهند و آنها را از خانه‌هایشان اخراج نکنند.^{۲۸۴} که همه این حقوق برای زنان در آن دوران بی‌سابقه بود.

با این تفصیل برمبنای اخبار و روایاتی فقها دیه زن را نصف دیه مرد اظهار داشته‌اند که مشخصاً در این باب نصی در کتاب قرآن نازل نشده و تنها اجماع ایشان بر این امر قرار گرفته است هرچند روایاتی از رسول اکرم ص نیز وارد شده که فرقی بین نفس مؤمنه و نفس مؤمن

دنباله زیرنویس از صفحه قبل:

دینش - شریک هستند. این اندرزی است از خدا به شما و خدا دانا و بردبار است. «يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ فَإِنْ كُنَّ نِسَاءً فَوْقَ اثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ وَإِنْ كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا النِّصْفُ وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِنْ كَانَ لَهُ وَلَدٌ وَلَهُ أُبَاهُ فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ فَإِنْ كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ السُّدُسُ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ آبَاؤُكُمْ وَأَبْنَاؤُكُمْ لَا تَدْرُونَ أَيُّهُمْ أَقْرَبُ لَكُمْ نَفْعًا فَرِيضَةٌ مِنَ اللَّهِ إِنْ اللَّهُ كَانَ عَلِيمًا حَكِيمًا. وَلكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُنَّ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلِكُمُ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكَنَّ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ وَلَهُنَّ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكَنَّ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَكُمْ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ الثُّمُنُ مِمَّا تَرَكَنَّ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ تُوصُونَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ وَإِنْ كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَالَةً أَوْ امْرَأَةٌ وَ لَهٗ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ فَإِنْ كَانُوا أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرِ مُضَارٍّ وَصِيَّةً مِنَ اللَّهِ وَ اللَّهُ عَلِيمٌ حَلِيمٌ».

سوره نساء، آیه ۱۷۶. از تو فتوی می‌خواهند، بگویی که خدا درباره کلاله برایتان فتوی می‌دهد: هر گاه مردی که فرزندی نداشته باشد بمیرد و او را خواهری باشد، به آن خواهر نصف میراث او می‌رسد. اگر خواهر را نیز فرزندی نباشد، برادر از او ارث می‌برد. اگر آن خواهران دو تن بودند، دو ثلث دارایی را به ارث می‌برند. و اگر چند برادر و خواهر بودند، هر مرد برابر دو زن می‌برد. خدا برای شما بیان می‌کند تا گمراه نشوید، و او از هر چیزی آگاه است. «يَسْتَفْتُونَكَ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِي الْكَلَالَةِ إِنْ امْرُؤٌ هَلَكَ لَيْسَ لَهُ وَلَدٌ وَ لَهٗ أُخْتٌ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ وَ هُوَ يَرِثُهَا إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا وَلَدٌ فَإِنْ كَانَتَا اثْنَتَيْنِ فَلَهُمَا الثُّلُثَانِ مِمَّا تَرَكَ وَإِنْ كَانُوا إِخْوَةً رِجَالًا وَ نِسَاءً فَلِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ يُبَيِّنُ اللَّهُ لَكُمْ أَن تَضِلُّوا وَ اللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ».

^{۲۸۴} - سوره بقره، آیه ۲۴۰. مردانی از شما که می‌میرند و زنانی برجای می‌گذارند باید که درباره زنان خود وصیت کنند که هزینه آنها را به مدت یک سال بدهند و از خانه اخراجشان نکنند. پس اگر خود خارج شوند، در مورد تصمیمی که به نحو شایسته‌ای برای خود می‌گیرند گناهی بر شما نیست. و خدا غالب و حکیم است. «وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا وَصِيَّةً لِأَزْوَاجِهِمْ مَتَاعًا إِلَى الْحَوْلِ غَيْرِ إِخْرَاجٍ فَإِنْ خَرَجْنَ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِي مَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ مِنْ مَّعْرُوفٍ وَ اللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ».

نیست و دیه هر دو یکسان است.^{۲۸۵} و با توجه به اینکه نصّ قرآن در این باب نیست اقامه ادله سنن موجب قطعیت حکم نیست و می‌تواند با ملاحظات زمان و مکان مورد تغییر و تصحیح قرار گیرد. حقوقی که اسلام در صدر اسلام برای زنان قرار داد عملاً وضعیت اجتماعی زنان را بسیار ترفیع داد ولی سنن و آداب رایج آن عصر اجازه نمی‌داد که در مسائل اجتماعی زنان هم‌دوش مردان به رتق و فتق امور پردازند. ولی این موضوع در عصر حاضر کاملاً متفاوت از صدر اسلام است. زنان آن عصر عهده‌دار مسؤولیت و هزینه زندگی نبودند و لذا هنگام پرداخت‌های مالی در مقایسه با مردان هم‌تراز آنان بهره نمی‌بردند زیرا هزینه‌های زن بر عهده مرد گذاشته شده بود. قرآن کریم علت برتری مرد به زن را در وظیفه نفقه زن دانسته و می‌فرماید: «مردان، از آن جهت که خدا بعضی را بر بعضی برتری داده است، و از آن جهت که از مال خود نفقه می‌دهند، بر زنان تسلط دارند».^{۲۸۶} و هرآینه هرگاه شرایط اجتماعی زن را در عرف هزینه فارغ از نفقه مرد بسازد برتری مالی مرد نسبت به زن خودبخود براساس آیه اخیرالذکر ملغی می‌شود. لذا در این زمان که زنان در مصادر امور اجتماعی قرار می‌گیرند و سمت‌هایی نظیر صدارت، وزارت یا حتی ریاست دولت را اختیار می‌کنند از لحاظ مالی هم‌تراز مرد تلقی و از لحاظ حقوق عارضه باید در موارد مرتبط با این امر از حقوق یکسانی برخوردار باشند. از این جهت است که باید دیه زن را در دنیای امروزی همانند دیه مرد تلقی نمود.

دیه ذمی

از موارد حقوقی بحث انگیز دیگر دیه اهل ذمه است. اهل ذمه در صدر اسلام به کسانی از اهل کتاب گفته می‌شد که تمایل به اسلام آوردن نداشتند و بر دین خود باقی می‌ماندند. لذا حکومت اسلام در آن زمان برای انقیاد آنان و ارائه حقوق شهروندی مبلغی از ایشان تحت عنوان جزیه مالیات اخذ می‌کرد. سؤال اساسی در اینجا در این است که آیا بعد از گذر حکومت اسلامی در صدر اسلام آیا هنوز باید حقوق اهل ذمه همانند دوران صدر اسلام باشد یا

^{۲۸۵} - نگاه کنید به: ابوالقاسم گرگی، دیات (۱۳۸۲)، صص ۷۶-۷۵، مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران.

^{۲۸۶} - سوره نساء، آیه ۳۳. «الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ»

خیر؟ برای تشریح این موضوع باید ابراز داشت که وقتی پیامبر اسلام ص در مدینه سکونت گزید حکومت تشکیل داد و علی القاعده هر فردی می‌بایست از قواعد حکومتی تبعیت می‌نمود. در آن زمان هر کس مسلمان می‌شد به مفهوم این بود که تبعه حکومت شده و از حکومت اطاعت می‌کند. اقرار به اطاعت از حکومت بیعت نبوی بود که به صرف گفتن کریمه لا اله الا الله نزد رسول خدا ص یا مأذونین آن حضرت تحقق می‌یافت و بسیاری نظیر ابوسفیان هم بودند که به اسلام اعتقاد نداشتند ولی اسلام آوردند یعنی تابعیت حکومت را پذیرفتند. مفهوم ذمی بودن نیز به این معنی بود که فردی یهودی یا نصرانی یا مجوس به صراحت اسلام را نمی‌پذیرفت و این عدم پذیرش به معنی آن بود که تبعیت حکومت را نمی‌پذیرد. لذا حکومت نیز حقوق آنان را تقلیل داده بود و از آنها جزیه نیز اخذ می‌کرد. منجمله از این موارد دیه ذمی بود که حکومت مقدار آن را به کسرهای از دیه مسلم تقلیل داده بود.^{۲۸۷} و این مقدار دیه نیز منصوص قرآن نیست و جزء حقوق وضعی آن زمان می‌باشد و همانطور که مکرر به آن اشاره شده حقوق وضعی فراتر از نص قرآن منوط به شرایط مکان و زمان متغیر است و نباید بر اساس سنت مسلم و قطعی فرض گردد. انطباق مفهوم اسلام با حکومت در آن زمان موجب شده بود تا این قاعده یعنی کمتر بودن دیه ذمی وضع گردد و وقتی انطباق مفهوم حکومت با اسلام وجود ندارد به عبارت دیگر در زمان غیبت این قاعده قابلیت اجرا نمی‌یابد. لذا در این زمان نباید فرقی میان دیه مسلم و دیه ذمی قائل شد. همین موضوع در مباحث قصاص مرتبط با اهل ذمه نیز صادق است.

تعزیرات

در تعزیر میزان عقوبت بسته به نظر حاکم است ولی مقدار آن کمتر از حد است. تعزیر تأدیبی است که فاعل آن مستحق حد نیست. مواردی که درباره تعزیر مرسوم بوده نظیر زنا و لواط از چهار بار کمتر، ازاله بکارت، تأدیب اطفال، وطی، تخیلی در کعبه، شهادت زور و به

^{۲۸۷} - نگاه کنید به: ابوالقاسم گرگی، دیات (۱۳۸۲)، صص ۷۶-۷۵، مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران.

ناحق، تجاوز از حد در دفاع مشروع، جلوگیری از اشراف چشم چران به منزل غیر و موارد دیگر می‌باشد.^{۲۸۸} مجازات تعزیری شامل وعظ، تهدید، جلد، ضرب، توبیخ، حبس، صلب، جریمه، بدنامی، تشهیر (رسوا کردن)، تبعید، تراشیدن سر، منع اختلاط و حتی هجر (زوج بستر از زوجه‌اش جدا کند) نیز می‌شود که بعضی آنها مبتنی بر نص قرآن و برخی دیگر مستنبط از سنت عملی و برخی اجماع است ولی در همه آنها فعل جرم در شرع تصریح شده هرچند میزان مجازات مقرر نگردیده باشد و اختیار قاضی در تعیین مجازات مطلق و نامحدود نیست و شامل امور تخیری نمی‌شود. تعزیرات جدا از حدود است که در قرآن ذکر شده و در طبقه‌بندی حدود قرار نمی‌گیرد.

نکته اساسی در تعزیرات به دلیل اینکه همانند حدود در امور اجتماعی نص قرآنی ندارند و همانطور که ذکر آن رفت به دلیل اینکه باید از تفسیر قواعد جزائی بیش از نص قرآن خودداری نمود لذا تعزیرات در حقوق جزائی اسلام را نمی‌بایست از سنت اخذ نمود. و مستندات احادیث و اخبار و روایات نباید به سبک متداول وسیله استنباط احکام تعزیراتی قرار گیرد و میزان مجازات خطاها و جرم‌های تعزیراتی همانند آنچه که پیامبر اکرم ص و یا امام ع مقرر داشته‌اند در نظر گرفته شود و باید نوع جرم و میزان عقوبت با توجه به شرایط زمان و مکان و با رجوع به شورا تعیین شوند. این موضوع در بخشهای قبل تحت عنوان تفسیر قواعد جزائی بیش از نص قرآن و رجوع به شورا در موارد فراتر از نص قرآن مورد بحث قرار گرفت. مفهوم این موضوع این است که باید جامعه در زمان فعلی با توجه به شرایط این زمان تصمیم بگیرد که آیا برای افعالی نظیر لواط، تفریض، ازدواج مسلم با زن ذمی (وقتی زن مسلمان دارد)، بوسیدن پسر از روی شهوت، سُحق، قیادت، سب پیامبر ص یا ائمه معصومین ع، ادعای نبوت، سحر، استعمال یا نوشیدن مسکر، ارتداد، وطی بهائم، استمناء، تخلی در کعبه و امثال آن و مواردی که در صدر اسلام مصداق نداشته‌اند و در زمان حاضر مصداق یافته‌اند جرم هستند یا نه و اگر هست میزان عقوبت آن به چه اندازه است.

^{۲۸۸} - نگاه کنید به: ابوالقاسم گرگی، حدود و تعزیرات و قصاص (۱۳۸۱)، مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه

به هر حال در جمع‌بندی این مبحث به این اکتفا می‌کنیم که باید مجازات‌ها منطبق با اصول روانشناسی تربیتی باشد. مثلاً تحقیر کردن مجرم که گاهی دیده شده بر گردن وی آفتابه انداخته و او را در حین مضروب ساختن در شهر می‌گردانند یا دستان دختری را که لاک ناخن زده در کیسه محتوی جانوران ناخوشایند نظیر سوسک فرو برند مغایر با اصول روانشناسی تربیتی می‌باشد و اینگونه اقدامات سبب تشدید جرم در آینده می‌شود زیرا در دل مجرم تعذیب شده به این شکل، همواره حس انتقام مخفی می‌شود و در اولین فرصت بروز کرده و آسیب زیادی را به جامعه وارد می‌آورد.

اجراء قواعد جزائی اسلامی

امر قانون و امر آمر قانونی شامل مواردی می‌شود که مأموران حکومتی برای اجرای قانون انجام می‌دهند. این موارد طبیعتاً جرم تلقی می‌شوند ولی چون به حکم قانون هستند جرم نیستند مثلاً انجام قصاص در متون حقوقی به طور کلی پذیرفته شده که عملی که به امر آمر قانونی انجام شود فاقد اعلان جرم خواهد بود. این مبحث ملاحظات خاصی را در فقه دارد. برای مثال آمر قانونی شاید دستوری به رأی خود صادر کند و در این حال علی‌القاعده طبق رویه‌های حقوقی رایج مأمور موظف به انجام آن است. در صورتی که این وظیفه برای مأمور اسلام همواره تأیید نمی‌شود. در اسلام کل افراد انسانها اعم از مأمور و غیرمأمور مسؤول هستند و این مسؤولیت هم عقلی و هم شرعی است و با توجه به تلازم عقل و شرع این مسؤولیت در تضاد عقل در مقابل شرع قرار نمی‌گیرد زیرا آنچه که عقل حکم کند شرع نیز همان حکم کند.^{۲۸۹} در روایت منقول است که می‌فرماید: همه شما نگهبان و مسؤولید.^{۲۹۰} و این مسئله عملاً مأمور را در

^{۲۸۹} - کل ما حکم به العقل حکم به الشرع، وکلما حکم به الشرع حکم به العقل. قاعده تلازم شرع و عقل نزد متکلمین.

^{۲۹۰} - بحار الأنوار ج: ۷۲ صفحات: ۳۹ - ۳۸. ح ۳۶ - الکافی عن أبي علي الأشعري عن محمد بن عبد الجبار عن ابن فضال عن غالب بن عثمان عن روح ابن أخت المعلي عن أبي عبد الله ع قال اتقوا الله و اغدوا فإلکم تعیبون علی قوم لا یغدون بیان «و اعدوا» أي فی أهالیکم و معاملیکم و کل من لکم علیهم الولاية و روی عن التبی ص کلکم راع و دنباله زیرنویس در صفحه بعد:

انجام اوامر محوله مسؤول می‌سازد و او باید درباره جزئیات مأموریتش فکر نموده و انطباق آن با شرع و عقل را بسنجد تا از بابت اعمال وی ظلم به دیگری روا نگردد.

در امر آمر قانونی باید آمر مقام صالح باشد و ثانیاً مأمور در استخدام حکومت برای آن وظیفه خاص باشد و ثالثاً مرتکب برحسب قانون ملزم به اجرای آن باشد. صور مختلفی را می‌توان در این ارتباط در نظر گرفت. مثلاً می‌توان امر آمر قانون را بدون امر قانونی تصور نمود بدین معنی که شخصی از مقامات دولتی به زیردست خود امری می‌کند که اجرای آن خلاف قانون یا خلاف وظیفه مأمور است در این حالت برخی از حقوقدانان جزا بر این عقیده‌اند که برای رعایت نظم اداری مأمور ملزم است که امر قانون را اطاعت کند و این اطاعت باید کورکورانه رعایت شود و در این حالت عمل مأمور جرم نیست و فقط عمل آمر جرم است. در اسلام مأمور موظف است که بررسی نماید که امری را که دریافت کرده قانونی است یا نه و هرگاه آن را قانونی تشخیص داد اجرا نماید. لذا اگر به امر غیرقانونی مافوق خود اقدام کرد مجرم است. در تفسیر این موضوع برخی موضوع را به حالت‌های قابل تمیزی می‌شکنند. به این ترتیب که اگر غیرقانونی بودن امریه ظاهر باشد مأمور نباید آن را انجام دهد و اگر انجام دهد مجرم است. و در حالت دیگر غیرقانونی بودن امریه ظاهر نمی‌باشد و چنانچه مأمور آن را انجام داد مجرم نیست. تفسیر اخیر در بسیاری از رویه‌های جزائی متداول نیز پذیرفته شده است ولی در عمل به دلیل ویژگی‌های خاص تمیز کمتر در رسیدگی‌های قضائی مدنظر قرار می‌گیرد. ملاحظات جزائی در این ارتباط بسیار زیاد است که از ذکر آن در اینجا پرهیز می‌نمائیم. برای مثال اگر مأمور ثابت کند که ارتکاب او به امر رئیس وی که صلاحیت تحکّم به او را داشته و اجبار در امثال امر داشته واقع شده مشمول معافیت از مجازات می‌شود. در برخی از قوانین نیز مشمول تخفیفاتی در مجازات می‌گردد.

در باب این موضوع در احکام جزائی اسلام در زمان غیبت مسئله مهمی مطرح است و آن

دنباله زیرنویس از صفحه قبل:

كُلُّكُمْ مَسْئُولٌ عَنْ رَعِيَّتِهِ «فإنكم تعيرون على قوم لا يعدلون» بين الناس من أمراء الجور فلا ينبغي لكم أن تفعلوا ما تلمون غيركم عليه.

این است که هر فردی مجاز به عقوبت رساندن مجرم در ارتباط با حدود و تعزیرات و قصاص و دیات براساس آنچه در شریعت اسلام آمده است نیست. بر همین اساس است که وقتی صلاحیت حکم و تحکم در زمان غیبت دچار اشکال است نتیجتاً امثال امر مأمور نیز به همان اشکال دچار است.

پیامبر اسلام ص در ابتدای بعثت و زمانی که در مکه اقامت داشت و هنوز به مدینه تشریف نبرده بود هدف اصلی بعثت خود را تکمیل فضائل و خصائل اخلاقی اعلام فرمود. از حضرتش نقل است که:^{۲۹۱} «من تنها برای تکمیل فضائل اخلاقی مبعوث شده‌ام». در مکه کسی که اسلام می‌آورد فقط وظایف اعتقادی و تبعیت از پیامبر بر او بود. ولی وقتی حضرتش ص به مدینه مهاجرت کرد در مدینه حکومت تشکیل شد و لازمه حکومت هم اطاعت افراد جامعه می‌باشد. به عبارت دیگر در آن زمان هر کس مسلمان می‌شد تبعه حکومت می‌شد و بسیاری بودند که اعتقادی هم به اسلام نداشتند ولی اسلام آوردند و تابع حکومت شده بودند. پذیرفتن تابعیت حکومت به معنای الزام به قبول قلبی اعتقادات اسلامی نبود و فقط تبعه حکومت موظف بود که اختلال در نظم جامعه ایجاد نکند. در این صورت بود که حکومت با تبعه خود و اعتقادات وی کاری نداشت. مفهوم ارتداد در آن دوران این بود که کسی که از صمیم قلب ایمان آورد و نه اسلام و بعد برگشت او را باید نصیحت کنند تا برگردد و اگر دوباره به همین حالت برگشت باز باید برای بار دوم او را نصیحت کنند و اگر برای بار سوم تکرار شد حکمش قتل است. در آن زمان مفهوم اسلام منطبق با حکومت بود و نه به مفهوم اعتقاد به اسلام. یعنی در آن زمان در مدینه اگر فردی اعلام می‌کرد که از اسلام برمی‌گردد یعنی از تبعیت حکومت اعراض کرده است. و حکومت بود که او را مجازات می‌کرد نه اسلام. این موضوع در همه حکومت‌ها نیز واقع می‌شود. یعنی در دیگر حکومتها نیز هرگاه فردی به حکومتش خیانت کند مستوجب مجازات است. این مسئله چه در حکومتهای استبدادی و چه در حکومتهای دموکراسی هر دو وجود دارد منتها در حکومتهای استبدادی دیکتاتور فرد را عقوبت می‌کند و در حکومتهای

^{۲۹۱} - متقی هندی، کنز العمال، ج ۳، ص ۱۶، ح ۵۲۱۷۵، «انما بعثت لاتمم مکارم الاخلاق».

دموکراسی قانون این کار را می‌کند. و این به عقوبت رسانیدن نه این است که وظیفه هر فردی باشد بلکه این وظیفه به اجتماع سپرده شده که حکومت نمایندگی اجتماع را به عهده دارد. یعنی هر فردی مجاز به مجازات مرتد نیست. در این صورت حتی اگر حکم اعدام داشت اگر گریخت کسی حق ندارد او را بکشد و این حق متعلق به فرد آن جامعه نیست که هرکسی حق داشته باشد این حکم را جاری کند و فقط حکومت است که می‌تواند این حکم را اجرا نماید. حتی در قصاص هم خود وارث باید قصاص کند چون حق متعلق به اوست - می‌تواند به دیگری وکالت دهد ولی حق متعلق به اوست و افراد دیگر هم حقی ندارند که به خود اجازه دهند که کسی که مستحق اعدام است را قصاص کنند. و اگر حکومت هم این کار را می‌کند در اصل حق او را می‌گیرد و به خود او می‌دهد. این موضوع در دفاع اعم از جنگی یا شخصی هم متبلور است. دفاع بر فرد واجب است ولی در همین دفاع هم به فرد اجازه داده نشده که اگر دسترسی به مأمور حکومت اسلامی داشت خود نباید اقدام به دفاع نماید. اگر این دسترسی وجود نداشت آنگاه حق دارد از خودش دفاع کند. این قاعده در نظام‌های حقوقی امروزی هم گنجانده شده که دفاع باید توسط مأمور حکومت صورت گیرد و اگر دسترسی نداشت خودش دفاع نماید. دلیل آن این است که حکومت متعلق به مردم است و همه مردم مأمور حکومت هستند ولی وقتی می‌توانند اقدام به دفاع نمایند که امکان دسترسی به مأمور رسمی دولت وجود نداشته باشد.^{۲۹۲} پس در ارتباط با اسلام اگر زمان اقامت رسول خدا در مدینه بود مخالفت با اسلام مفهوم ارتداد داشت و نه جای دیگر و نه در زمان دیگر.

با توجه به این موضوع باید گفت که اجرای احکام جزائی اسلام در دوران غیبت همانند صدر اسلام نیست. اکثریت فقهای شیعه نیز بر این باورند که در دوران غیبت اجرای احکام جزائی اسلام متولی ندارد. شیخ الطائفه در اجراء حدود در زمان غیبت^{۲۹۳} ابراز می‌دارد: «که اگر

^{۲۹۲} - این مضامین از بیانات حضرت آقای حاج دکتر نورعلی تابنده در ۱۳۸۸/۴/۲۶ برداشت شده است.

<http://mazaesoltani.net/download/mp3/88/88-04-26-Sobeh-Jomeh-Defa-Ertedad-128.mp3>

^{۲۹۳} - ابوجعفر محمدبن حسن بن علی بن حسن طوسی، معروف به شیخ الطائفه، مهدی موعود، ترجمه جلد ۱۳ بحار الانوار علامه مجلسی، ترجمه: علی دوانی، چاپ بیستم، دار الکتب الاسلامیه، تهران ۱۳۶۴، باب هفدهم دنباله زیرنویس در صفحه بعد:

گفته شود تکلیف حدود در زمان غیبت چیست؟ اگر مثلاً حدّ جانی که شرع واجب دانسته، در باره او اجرا نشود، لازم می‌آید که احکام دین منسوخ گردد و اگر آنطور که شرع دستور داده حدود باید جاری شود، چه کسی آن را اجرا می‌کند؟ می‌گوئیم: حدود در گردن مستحق آن باقی خواهد ماند. اگر امام ظاهر گردد و آن افراد هم زنده باشند، امام با اقامه شهود و اقرار آنها حدّ را جاری می‌سازد، و اگر آن روز مرده باشند، گناه عدم اجراء حدّ، در گردن کسانی است که جان امام زمان را در معرض خطر انداختند و او را مجبور کردند که غائب شود، و این موجب نسخ احکام دین نیست. زیرا اجراء حدود در صورت تمکن و برطرف شدن مانع واجب است، و اگر مانعی ایجاد شود ساقط می‌گردد، و در صورتی تعطیل حدود موجب نسخ احکام دین است، که: با امکان و برطرف شدن موانع جاری نگردد.»

دنبالۀ زیرنویس از صفحه قبل:

گفتار شیخ الطائفه راجع باثبات غیبت وجود اقدس امام زمان عجل الله فرجه.

ضمیمہ

منابع و ماخذ

فارسی

- احمدی، ذکر الله، نهاد عاقله در حقوق کیفری اسلام، نشر میزان، ۱۳۸۱، تهران.
- افشار، حسن، کلیات حقوق تطبیقی، دانشگاه تهران، ۱۳۴۶، تهران.
- آل مظفر، محمّرضا، اصول فقه، چاپ دوم، مطبعه نعمان، نجف، ۱۳۸۶ قمری؛ ترجمه علیرضا هدایی، انتشارات حکمت، ۱۳۸۱.
- باستانی پاریزی، کوچه هفت پیچ، انتشارات نگاه، تهران ۱۳۷۰.
- بجنوردی، حسن موسوی، قواعد الفقهیه، انتشارات اسماعیلیان، قم، ۱۴۰۸ ق، چاپ دوم.
- پطروشفسکی، ایلیا پاولوویچ، اسلام در ایران: از هجرت تا پایان قرن نهم هجری، ترجمه کریم کشاورز، تهران ۱۳۵۴ ش.
- جعفری لنگرودی، محمّد جعفر (۱۳۷۰)، مکتب‌های حقوقی در حقوق اسلام، چاپ دوم، کتابخانه گنج دانش.
- حسینی جرجانی سید امیر ابوالفتوح؛ آیات الأحکام (جرجانی)، قرن دهم، انتشارات نوید؛ تهران؛ ۱۴۰۴ ق؛ چاپ اول؛ تحقیق: میرزا ولی الله اشراقی سرابی.
- حضرت آقای حاج دکتر نورعلی تابنده، بیانات در ۱۳۸۸/۴/۲۶.
<http://mazaresoltani.net/download/mp3/88/88-04-26-Sobeh-Jomeh-Defa-ertedad-128.mp3>
- حضرت آقای حاج دکتر نورعلی تابنده، دیه انسان (در حاشیه کنفرانس خبری قوه قضائیه)، مجموعه مقالات فقهی و اجتماعی، انتشارات حقیقت، صص ۸۲-۷۲، تهران، ۱۳۷۸.
- حضرت آقای حاج دکتر نورعلی تابنده، قسامه، مجموعه مقالات فقهی و اجتماعی، انتشارات حقیقت، صص ۱۱۰-۱۰۰، تهران، ۱۳۷۸.
<http://www.sufism.ir>
- حضرت آقای حاج دکتر نورعلی تابنده، قصاص و دیه، مجموعه مقالات فقهی و اجتماعی، انتشارات حقیقت، صص ۱۰۹-۸۳، تهران، ۱۳۷۸.
<http://www.sufism.ir>
- حضرت آقای حاج دکتر نورعلی تابنده، حقوق تطبیقی ۱، مدرسه عالی قضائی و علوم اداری قم، دانشگاه تهران، سال تحصیلی ۱۳۵۶-۱۳۵۵.
<http://www.sufism.ir>

- حضرت آقای دکتر نورعلی تابنده، حقوق تطبیقی ۲، مدرسه عالی قضائی و علوم اداری قم، دانشگاه تهران، سال تحصیلی ۱۳۵۷-۱۳۵۶. <http://www.sufism.ir>
- حضرت آقای حاج دکتر نورعلی تابنده مجذوبعلیشاه، مکاتیب عرفانی، قسمت چهارم، جزوه ۲۵، ۱۳۸۸. <http://www.jozveh121.com>
- حضرت حاج سلطانحسین تابنده گنابادی، رضاعلیشاه ثانی، تجلی حقیقت در اسرار فاجعه کربلا، انتشارات حقیقت، چاپ چهارم ۱۳۷۲. <http://www.sufism.ir>
- حضرت حاج سلطانحسین تابنده، رضاعلیشاه ثانی، رساله رفع شبهات، انتشارات حقیقت، چاپ ششم، ۱۳۸۲. <http://www.sufism.ir>
- حضرت حاج سلطانحسین تابنده، رهنمای سعادت، ترجمه مقدمه تفسیر بیان السعاده فی مقامات العباده با هفت سوره، انتشارات حقیقت، ۱۳۴۲. <http://www.sufism.ir>
- حضرت حاج سلطانحسین تابنده، قرآن مجید و سه داستان اسرار آمیز عرفانی، چاپ سوم، انتشارات حقیقت، ۱۳۶۵، تهران. <http://www.sufism.ir>
- حضرت حاج سلطانحسین تابنده، نظر مذهبی به اعلامیه حقوق بشر. انتشارات صالح، ۱۳۴۵، تهران. <http://www.sufism.ir>
- حضرت حاج ملا سلطانمحمد بیدختی گنابادی، بیان السعاده فی مقامات العباده. ترجمه حشمت الله ریاضی و محمد آقا رضاخانی، سازمان چاپ و انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۳۷۷، تهران. <http://www.sufism.ir>
- حضرت حاج ملا علی بیدختی گنابادی، ذوالفقار، در حرمت کشیدن تریاک، چاپ چهارم، انتشارات حقیقت، ۱۳۸۲، تهران. <http://www.sufism.ir>
- حضرت علی ابن ابیطالب، نهج البلاغه، ترجمه جعفر شهیدی، انتشارات علمی و فرهنگی، چاپ پانزدهم، ۱۳۷۸، تهران.
- خرمشاهی، بهاءالدین، ترجمه قرآن جامع تفاسیر نور، مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی، لوح فشرده CD.
- خزائلی، محمد؛ احکام قرآن، جاویدان، چاپ چهارم.

- خمینی، سید روح الله موسوی (۱۳۷۶)، ترجمه تحریر الوسیله، ترجمه سید محمد باقر موسوی همدانی، انتشارات دارالعلم قم.
- ژرژ ریبر، حقوق مدنی.
- شهابی، استاد محمود، ادوار فقه، جلد اول، سازمان انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، چاپ دوم، ۱۳۶۶.
- شیخ صدوق، محمد بن علی بن بابویه، من لایحضره الفقیه، ترجمه و شرح من لایحضره الفقیه، محمدجواد غفاری، تهران: انتشارات صدوق، چاپ اول، ۱۳۶۷ ش.
- صبحی رجب محمصانی، فلسفه التشریح فی الاسلام، بیروت، دارالعلم للملایین، چ ۵، ۱۹۸۰م؛ ترجمه اسماعیل گلستانی. تهران، امیرکبیر، ۱۳۵۸.
- صدرالدین بلاغی، فرهنگ قصص قرآن، امیرکبیر، چاپ هفدهم، تهران.
- طالقانی، محمود؛ پرتوی از قرآن. چاپ دوم: تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۴۶.
- طباطبائی، سیدمحمدحسین، المیزان فی تفسیر القرآن، بیروت، مؤسسه العالمی للمطبوعات، ۱۹۷۰، ترجمه محمدجواد حجتی کرمانی، تهران، بنیاد فکری و علمی علامه طباطبائی.
- طوسی، ابوجعفر محمدبن حسن بن علی بن حسن، معروف به شیخ الطائفه، مهدی موعود، ترجمه جلد ۱۳ بحار الانوار علامه مجلسی، ترجمه: علی دوانی، چاپ بیستم، دار الکتب الاسلامیه، تهران ۱۳۶۴.
- عوده، عبدالقادر و اسماعیل صدر، التشریح الجنائی الاسلامی مقارنا بالقانون الوضعی. ترجمه فارسی اکبر غفوری، تحت عنوان حقوق جنائی بر اساس مذاهب پنجگانه و مقایسه آن با حقوق عرفی، بنیاد پژوهشهای اسلامی، آستان قدس رضوی، مشهد.
- فیاض، علی اکبر، تاریخ اسلام، چاپ دانشگاه تهران، چاپ چهاردهم، ۱۳۸۲.
- گرجی، ابوالقاسم، (۱۳۸۰) آیات الاحکام (حقوقی و جزایی) نشر میزان.
- گرجی، ابوالقاسم، حدود و تعزیرات و قصاص (۱۳۸۱)، مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران.
- گرجی، ابوالقاسم، دیات (۱۳۸۲)، مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران.

- گرجی، ابوالقاسم، مبانی حقوق اسلامی (۱۳۸۷)، انتشارات مجد، تهران.
- مازندرانی حایری، شیخ محمدباقر؛ ازدواج و طلاق در اسلام و سایر ادیان.
- مدکور، محمد سلام، المدخل للفقہ الاسلامی، چاپ اول، ۱۹۵۴.
- مطهری، مرتضی، نظام حقوق زن در اسلام، انتشارات صدرا، چاپ چهاردهم، ۱۳۶۹.
- میدی، رشیدالدین، تفسیر کشف الاسرار، جامع تفاسیر نور، مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی، لوح فشرده CD.

عربی

- ابن همام (محمد بن عبدالواحد بن همام الحنفی)، شرح فتح القدير، المطبعة الكبرى الاميرية، ق ۱۳۱۶.
- بحرانی، هاشم، البرهان في تفسير القرآن. جامع تفاسیر نور، مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی، لوح فشرده CD.
- ترمذی، الجامع الصحيح و هو السنن الترمذی، شركة مصطفى البابی الحلبي و اولاده، مصر، ۱۳۸۲ ق.
- جوهری، اسماعیل بن حماد، الصحاح، بیروت، دارالعلم للملایین، ۱۴۰۷ ق.
- حضرت حاج ملاسلطان محمد بیدختی گنابادی، بیان السعادة في مقامات العبادة، چاپ دوم، در چهار مجلد رقمی به زبان عربی، ۱۳۴۴ هجری شمسی، چاپخانه دانشگاه تهران.
- <http://www.sufism.ir/>
- خادم، عدالت در انگلستان
- خوئی، ابوالقاسم، مبانی تکملة المنهاج الصالحین، مؤسسة احیاء آثار امام خوئی.
- رازی، حسین بن علی ابوالفتوح، روض الجنان و روح الجنان في تفسير القرآن. جامع تفاسیر نور، مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی، لوح فشرده CD.
- راغب اصفهانی، محاضرات، چاپ مصر، ۱۲۸۷ هجری.
- شیخ صدوق، المقنع، جامع الاحادیث نور، مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی، لوح فشرده CD.
- شیخ صدوق، من لایحضره الفقیه، جامع الاحادیث نور، مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی، لوح فشرده CD.

- طباطبایی، علی، ریاض المسائل فی بیان الاحکام بالدلائل، قم، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۲۲ق.
- طبرسی، فضل بن الحسن، تفسیر جامع البیان، جامع تفاسیر نور، مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی، لوح فشرده CD.
- فراهیدی، خلیل بن احمد، العین، قم، دارالهجرة، ۱۴۰۹ق.
- فیض کاشانی، ملا محسن، الصّافی. جامع الاتفاسیر نور، مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی، لوح فشرده CD.
- قزوینی، محمد بن یزید، سنن ابن ماجه، دارالفکر للطباعة و النشر، بی تا.
- قمی، علی بن ابراهیم، نورالثقلین، جامع تفاسیر نور، مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی، لوح فشرده CD.
- متقی هندی، کنز العمال فی سنن الاقوال و الافعال، مؤسسه الرساله، بیروت، ۱۹۸۹ م.
- مجلسی، محمدباقر، بحار الأنوار، جامع الاحادیث نور ۲، مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی، لوح فشرده CD.
- محمد سعید مصطفی شلبی، تعلیل الاحکام، چاپ اول، الازهر، قاهره، ۱۳۶۵ق.
- محمد کاظم خراسانی، کفایة الاصول، چاپ ایران.
- مصطفی زید، المصلحة فی التشريع الإسلامی ونجم الدین الطّوّفی، دار الفكر العربي، القاهرة.
- مصطفی احمد زرقا، الفقه الاسلامی فی ثوبه الجدید، نشر دارالفکر، ۱۳۸۸.
- نجفی، محمد تقی، هداية المسترشدين، نور الحکمة، مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی، لوح فشرده CD.

فرانسه

- René David, Camille Jauffret Spinosi. Introduction au droit comparé et deux grands systems de droit contemporains.
دو بخش از کتاب فوق توسط حسین صفائی تحت عنوان نظام‌های بزرگ حقوقی معاصر ترجمه و تلخیص شده است. چاپ سوم، نشر دادگستر، ۱۳۸۰.