

تحليل الإلزامات التوعية والكمية للظن المؤدي إلى اللوث

من منظور الفقه والقانون^١

حسن الرضائي الصرمي^٢

الملخص

تعتبر القسامة - في نظام العقوبات الإسلامي - دليلاً من أدلة إثبات الجناية، شأنها شأن الإقرار والشهادة واليمين وعلم القاضي، ومن شروطها وجود اللوث - أي أمانة تثير الظن بصدق المدعي أو إساءة الظن بالمدعي عليه. تُركّز هذه الدراسة على الشروط اللازمة لتحقيق الظن المؤدي إلى اللوث. إن العلاقة الوثيقة بين الشروط التوعية والظن الشخصي والتوعي، تُلزم إعادة التعرف على معنى الظن الشخصي والتوعي. والمراد منهما، وتقديم المعاني والاحتمالات المناسبة لظن القاضي. ومن خلال دلالات الظن الشخصي والتوعي، تُستنتج أربعة احتمالات، وهي: كون الظن متعارفاً أو غيره؛ فعلية الظن وعدمها؛ إمكانية إثبات مصدر الظن وعدمها؛ ظن الخبير أو العادي. وقد درس المؤلف مصداقية كلٍّ من هذه الاحتمالات من منظور الروايات وأقوال الفقهاء وقانون العقوبات الإسلامي، ورأى بعضها معتبرة في تحقق الظن اللوثي. بالإضافة إلى الشروط التوعية، لا بد من مراعاة الشروط الكمية أيضاً؛ فيبدو أنه لا يشترط الظن بمعنى احتمال يزيد عن ٥٠ بالمائة في مشروعية القسامة، ويكفي الظن الإضافي بمعنى الاحتمال الزاجح.

المفردات الأساسية: القسامة، اللوث، الظن الشخصي، الظن التوعي، الظن الفعلي، ظن الخبير.

واکوی بایسته‌های کیفی و کمی ظن محقق لوث از منظر فقه و قانون^۱

حسن رضایی صرمی^۲

چکیده

در نظام جزایی اسلام، قسامه به عنوان یکی از ادله اثبات جنایت در ردیف اقرار، شهادت، سوگند و علم قاضی معتبر دانسته شده و یکی از شرایط آن، وجود لوث -یعنی اماره‌ای که موجب ظن به صدق مدعی یا سوء ظن به مدعی علیه می‌شود- معرفی شده است. تحقیق پیش رو بر بایسته‌های لازم در تحقق ظن محقق لوث تمرکز دارد. ارتباط وثیق بایسته‌های کیفی با ظن شخصی و نوعی، بازشناسی معنا و مقصود از ظن شخصی و نوعی و ارائه معانی و احتمالات متناسب با ظن قاضی را ضروری می‌نماید. از رهگذر معناشناسی ظن شخصی و نوعی، چهار احتمال به دست می‌آید که عبارت‌اند از: متعارف بودن و متعارف نبودن ظن؛ فعلیت و عدم فعلیت ظن؛ قابل اثبات بودن یا قابل اثبات نبودن منشأ ظن؛ ظن کارشناسی یا معمولی. نویسنده اعتبار هر یک از این احتمالات را در تحقق ظن لوثی از منظر روایات، کلمات فقیهان و قانون مجازات اسلامی بررسی نموده و برخی را در تحقق لوث معتبر دانسته است. در کنار بایسته‌های کیفی، توجه به بایسته‌های کمی نیز ضرورت دارد؛ به نظر می‌رسد در مشروعیت قسامه، ظن به معنای احتمال بیش از ۵۰ درصد لازم نیست و ظن اضافی یعنی احتمال راجح کافی است.

واژگان کلیدی: قسامه، لوث، ظن شخصی، ظن نوعی، ظن متعارف، ظن فعلی، ظن کارشناسی.

۱. تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۶/۶

۲. دانش پژوه گروه فقه الجزاء مؤسسه عالی فقه و علوم اسلامی، قم، ایران. hasan77.rezaee@gmail.com

مقدمه

قانون مجازات اسلامی ذیل مباحث کتاب قصاص با تعبیر «راه‌های اثبات قتل» به مباحث قسامه اشاره نموده و قسامه را پس از علم قاضی، اقرار و بینه، راهی برای اثبات ادعای مدعی جنایت معرفی کرده است. از این رو مشروعیت قسامه به نبودن علم قاضی، اقرار و بینه وابسته است.^۱ قسامه تنها در جنایات (اعم از قتل و جرح^۲) به جهت اهمیت مسئله دماء قرار داده شده و در اموال جاری نیست.^۳ بر جریان قسامه در دماء بین شیعه و عامه اجماع است و تنها ابوحنیفه قَسَم را برای مدعی، بی‌تأثیر دانسته است.^۴ شرط دیگر قسامه، وجود «لوث» است. تعبیر «لوث» در روایات باب قسامه نیامده و تنها در ادبیات فقیهان، رایج گشته است؛ ولی بر اعتبار آن در مشروعیت قسامه، ادعای اجماع شده است.^۵ برخی فقیهان افزون بر پذیرش اجماع، بلکه تسالم، دلالت روایات بر اعتبار لوث در مشروعیت قسامه را نیز پذیرفته‌اند؛^۶ اما برخی دیگر در وجود چنین دلالتی اشکال نموده و اعتبار لوث را به ثبوت اجماع متکی دانسته‌اند.^۷ مقاله پیش رو، با پیش فرض اعتبار لوث در مشروعیت قسامه، کیفیت و کمیت ظن محقق لوث را بررسی می‌نماید. شایان ذکر است که بررسی شرایط تحقق لوث -که موضوع مشروعیت قسامه است- بسیار مهم است؛ چون مشروعیت قسامه با خون اشخاص در ارتباط است و قاضی باید در هنگام انجام وظیفه، به صورت شفاف از شرایط آن آگاه باشد. از این رو، نویسنده با تبیین‌های مختلف از ظن شخصی و نوعی، به شفاف‌سازی بحث پرداخته است که از لابه‌لای آن، فهم سخن فقیهان یا نقد برخی از این کلمات آسان خواهد شد. درباره کیفیت ظن محقق لوث (به جز بحث اعتبار اثر قتل در تحقق لوث) و نیز بحث کمیت ظن محقق لوث، بحثی در ادبیات فقیهان نیامده است و نویسنده بر پایه عبارات در

۱. ماده ۳۱۳ قانون مجازات اسلامی؛ نیز مواد ۲۱۲ و ۲۱۳.
۲. نجفی، جواهر الکلام، ج ۴۲، ص ۲۵۳؛ ماده ۴۵۶ قانون مجازات اسلامی.
۳. تبصرة ماده ۱۶۰ قانون مجازات اسلامی.
۴. طوسی، الخلاف، ج ۵، ص ۳۰۳؛ نجفی، جواهر الکلام، ج ۴۲، ص ۲۲۷.
۵. نجفی، جواهر الکلام، ج ۴۲، صص ۲۲۶ و ۲۳۲.
۶. خوئی، مبانی تکملة المنهاج، ج ۴۲ موسوعة، ص ۱۲۶.
۷. اردبیلی، مجمع الفائدة و البرهان، ج ۱۴، ص ۱۸۲؛ نجفی، جواهر الکلام، ج ۴۲، ص ۲۳۱؛ خوانساری، جامع المدارك، ج ۷، ص ۲۵۵.

باب قسامه، حکم هر بحث را استفاده نموده است. ارائه معانی مختلف در ظن شخصی و نوعی متناسب با بحث ظن قاضی نیز از ابداعات دیگر این مقاله است.

مفهوم شناسی

«قسامه» در لغت از ریشه «قسم» بوده و به جهت تقسیم سوگندها بر اولیای دم، قسامه نامیده شده است. بر همین اساس تعبیر «اقسمت» به معنای «سوگند خوردن» به کار رفته است.^۱ قسامه به معنای جماعتی که برای رسیدن به حقتشان قسم می‌خورند نیز آمده است.^۲ با عنایت به شرایط قسامه در سخن فقیهان، به نظر می‌رسد تعریف مذکور در قانون مجازات اسلامی، تعریفی کامل است: «قسامه عبارت از سوگندهایی است که در صورت فقدان ادله دیگر غیر از سوگند منکر و در صورت وجود لوث، شاکي برای اثبات جنایت عمدی یا غیرعمدی یا خصوصیات آن، و متهم برای دفع اتهام از خود اقامه می‌کند».^۳ در این نوشتار، نیازی به بحث از قسامه مدعی علیه نیست؛ چون بحث ما در رابطه با ظن محقق لوث است که موجب مشروعیت اصل قسامه می‌گردد و در ابتدا متوجه مدعی و در طول اقامه نشدن از جانب مدعی، متوجه مدعی علیه می‌شود و مرحله‌ای پس از اصل مشروعیت قسامه خواهد بود.

«لوث» در لغت به معنای «کندی در کار، پیچیدن، تا کردن، بدی، جراحت، قوت و شدت، تلطخ و ...» آمده^۴، و در اصطلاح فقیهان یا به معنای اماره‌ای است که موجب ظن قاضی به صدق مدعی می‌شود^۵، و یا به معنای سوءظن به مدعی علیه بر پایه امارات ظاهری است.^۶ تعریف به اماره بودن با معنای لغوی «قوت» تناسب دارد؛ چون موجب تقویت ادعای مدعی می‌شود و تعریف به سوءظن به مدعی علیه، با معنای لغوی «تلطخ» تناسب دارد؛ چون سوءظن و تهمت، موجب تلطخ و آلوده شدن متهم به این اتهام است؛ مثل جایی

ماهی
پروژه‌های علمی

سال نهم، شماره ۱۷، بهار و تابستان ۱۴۰۴

۱. جوهری، الصحاح، ج ۵، ص ۲۰۱۰.
۲. ابن منظور، لسان العرب، ج ۱۲، ص ۴۸۱.
۳. ماده ۳۱۳ قانون مجازات اسلامی که قسامه مد نظر فقیهان را به خوبی به تصویر کشیده است.
۴. ابن منظور، لسان العرب، ج ۲، ص ۱۸۵.
۵. نجفی، جواهر الکلام، ج ۴۲، ص ۲۳۲.
۶. طوسی، الخلاف، ج ۵، ص ۳۰۳.

که شخص با دستان آلوده به خون، در کنار مقتول خونین بدن قرار گرفته باشد.^۱ شایان ذکر است که ظن به صدق مدعی یا سوءظن نسبت به مدعی علیه - که در تعریف لوث بدان اشاره شده - مربوط به قاضی است، اما گویندگان سوگند در قسامه تنها در فرض یقین به صدق مدعی می‌توانند به سوگند خوردن اقدام نمایند؛ چون سوگند بدون علم مشروع نیست.^۲

پیشینه

اعتبار لوث در مشروعیت قسامه در قانون مجازات اسلامی، در فصل چهارم (راه‌های اثبات جنایت) در مواد ۳۱۲ به بعد مورد اشاره قرار گرفته است. با اینکه لوث موضوع مشروعیت قسامه بوده و دادگاه‌ها به شدت با این موضوع درگیرند، اما پژوهشی حقوقی درباره بایسته‌های ظن محقق لوث نگاشته نشده است. در فقه جزایی نیز یکی از خلأهای پژوهشی قابل توجه، که نیاز جامعه نیز هست، همین بحث است. در واقع، فقیهان مطالب چندانی درباره کیفیت و کمیت ظن محقق لوث بیان ننموده‌اند. از این رو، ضرورت این مقاله نمایان می‌شود و با عنایت به ارتباط وثیق این مسئله با قانون مجازات، این، بحثی صرفاً علمی نیست و در مقام قانون‌گذاری و قضاوت، کاربردهای فراوان دارد.

یکم. بایسته‌های کیفی ظن قاضی

در این قسمت دو بحث مطرح می‌شود: نخست، اعتبار شخصی یا نوعی بودن ظن؛ دوم، اعتبار اثر قتل (مثل جرح) در تحقق لوث. ارتباط بحث دوم با بایسته کیفی ظن، بر پایه نتیجه‌ای است که نویسنده بدان دست یافته است؛ مبنی بر آنکه اعتبار اثر قتل به معنای اعتبار «ظن بر پایه اثبات قتل» است. از این رو از این لحاظ در بایسته‌های کیفی ظن بحث شده است. درباره چیسستی مقصود از ظن شخصی و نوعی، احتمالات و معانی مختلفی وجود دارد. در ادامه این احتمالات و معانی، بیان شده و پس از آن اعتبار و لزوم هر یک از منظر فقه و قانون بررسی می‌شود.

۱. فاضل، تفصیل الشریعة، ص ۲۱۸.

۲. علامه حلی، إرشاد الأذهان، ج ۲، ص ۲۱۹ و تحریر الأحكام الشرعية، ج ۲، ص ۲۵۳؛ شهید اول، غایة المراد، ج ۴، ص ۴۳۸؛ نجفی، جواهر الکلام، ج ۴۲، ص ۲۳۲؛ فاضل، تفصیل الشریعة، ص ۲۲۴.

الف) مقصود از ظنّ شخص و نوعی

احتمال یکم: مراد از ظنّ شخصی، ظنّ غیرمتعارف است که بر اساس ناهنجاری‌های جسمی یا روحی بوده و باعث می‌شود آن شخص، خوش‌بین و زودباور یا بدبین و دیرباور شود. خوش‌بینی سبب می‌شود در مواردی که برای متعارف مردم ظنّ حاصل نمی‌شود، برای وی ظنّ پدید آید؛ و بدبینی موجب می‌شود که در مواردی که برای مردم متعارف ظنّ پدید می‌آید، برای وی ظنّ پدید نیاید. در مقابل، ظنّ نوعی است که بر امور متعارف و عقلایی متکی است و برای مردم متعارف ظنّ پدید می‌آید.

توجه شود که ظنّ ناشی از دقت بالا در صورتی که از وسواس نشأت گیرد، غیرعقلایی بوده و ظنّ شخصی محسوب می‌شود، اما در صورتی که از عقل و درایت در شناخت قرائن نشأت گیرد، عقلایی بوده و ظنّ نوعی محسوب می‌شود.

احتمال دوم: مراد از ظنّ شخصی، ظنّ فعلی است که همچون علم و شک از صفات نفسانی و قائم به شخص است؛ اعم از آنکه برای نوع مردم هم چنین ظنی پدید آید یا فقط برای او حاصل شده باشد و از این جهت که ظنّ برای خود شخص حاصل است، بدان ظنّ شخصی گفته می‌شود. در مقابل، ظنّ نوعی است که برای خود شخص ظنی حاصل نشده است، اما خصوصیات و قرائن در آن مورد به‌گونه‌ای است که برای نوع مردم ظنّ پدید می‌آید و از این حیث می‌توان آن را ظنّ شأنی نامید؛ بدین معنا که برای شخص حاصل نشده، اما شأنیّت دارد برای وی نیز پدید آید. بر اساس معنای دوم، هرچند ظنّ شخصی و نوعی به لحاظ ماهیت متفاوت‌اند، اما نسبتشان در خارج، عموم من وجه است.^۱

احتمال سوم: مقصود از ظنّ شخص و ظنّ نوعی، ظنّ متعارف و عقلایی است؛ با این تفاوت که ظنّ شخصی برآمده از قرائن غیرقابل عرضه به مردم، و ظنّ نوعی برآمده از قرائن قابل عرضه به مردم باشد. مثلاً اگر ظنّ به عدالت زید از خیر ثقه حاصل شده باشد، نوعی است؛ اما اگر ظنّ به عدالت از رفت‌وآمد شخصی با زید حاصل شده باشد، ظنّ شخصی خواهد بود؛ چون رفت‌وآمد مخصوص وی بوده و قابلیت آن را ندارد که به مردم عرضه شود،

۱. مشکینی، اصطلاحات الأصول و معظم أبحاثها، ص ۱۶۱.

در حالی که می‌توان شخص ثقة را برای اخبار به مردم احضار نمود.

البته خبر ثقة نیز همچون قرائن حاصل از رفت‌وآمد شخصی، گاهی قابلیت عرضه به مردم را ندارد؛ چون گاهی ثقة نیز ناپدید می‌شود یا فوت می‌کند یا به شهری دیگر می‌رود و حضور ندارد تا خبر را برای دیگران نیز نقل نماید، با این حال عدم امکان ارائه عینی منشأ ظن، موجب شخصی شدن آن نمی‌شود. از این رو ممکن است قابل عرضه بودن، به قابلیت در جنس و غالب موارد توجیه شود؛ مثلاً خبر ثقة در غالب موارد قابل ارائه به مردم است؛ هرچند در برخی موارد احضار ثقة ممکن نباشد. به خلاف افعال و احوال شخص که در غالب موارد قابل ارائه حقیقی به مردم نیست. ولی این معنا به این تقریب کاربردی ندارد و صحیح هم نیست؛ چون مردم نسبت به منشأ ظن دو حالت دارند: منشأ نخست، یقین است. مثل اینکه به صورت حضوری خبر شخص ثقة را می‌شنوند و یا فعل و حالت وی را مشاهده می‌نمایند. منشأ دوم، پدید آمدن منشأ ظن، از طریق دیگر مثل اخبار ثقة است؛ یعنی ثقة دوم خبر ثقة اول یا فعل و حالتی که مشاهده نموده را برای مردم نقل می‌نماید.

در صورت نخست که فرض شده هر دو به شکل حقیقی به مردم عرضه شده‌اند، دیگر فرق‌گذاری به قابل عرضه و غیرقابل عرضه معنا ندارد و در صورت دوم همان‌طور که نقل خبر ثقة با خبر ثقة دیگر ممکن است، نقل حالت و فعل شخص هم با خبر ثقة ممکن بوده و حکم یکسانی خواهند داشت.^۱ از این رو در حقیقت مقصود آن است که یقین و اخبار ثقة به منشأ ظن وجود ندارد؛ یعنی خبر ثقة به عدالت یا حالت و فعل حاکی از عدالت، با هیچ‌کدام از خبر ثقة دیگر و یقین ثابت نشده است و تنها شخصی ادعای آن را مطرح می‌نماید. در این صورت اگر امکان عرضه به محکمه وجود داشته باشد، ظن مذکور نوعی بوده و اگر امکان عرضه نداشته باشد، شخصی خواهد بود. بر این اساس، خبر ثقة تا زمانی که آن ثقة در محکمه حاضر نشده و اخبار نداده است، ظن نوعی محسوب نمی‌شود؛ بلکه خبری است که فقط خود مدعی شنیده و برایش ظن حاصل شده است و ظن مذکور

۱. معنای سوم در کلام عالمی ذکر نشده است؛ ولی چون مقاله در مقام تصویر ذهنی ممکن از ظن شخصی و نوعی به لحاظ واقع است تا از گذر آن بایسته‌های کیفی ظن قاضی را مشخص نماید، لازم است تا معانی محتمل ذهنی بیان شده و صحت و سقم آن بررسی شود.

شخصی خواهد بود. پس بیان بهتر از قابل عرضه و غیرقابل عرضه بودن به مردم، آن است که اگر ظن کننده بتواند منشأ ظن خود را اثبات نماید، ظن وی نوعی خوانده می‌شود و اگر نتواند منشأ ظن خود را برای دیگران اثبات نماید، ظن وی، ظن شخصی نامیده می‌شود.

احتمال چهارم: ظن شخصی، ظنی است که از دقت فراوان ناشی از تجربه، عقل و استعداد خاص سرچشمه می‌گیرد؛ در حالی که برای مردم متعارف چنین ظنی پدید نمی‌آید. مثلاً برای مسئولان اطلاعاتی و امنیتی در حین فعالیت، ظنونی پدید می‌آید که برای مردم متعارف حاصل نمی‌شود؛ یا برای فقیه به‌خاطر ممارست در امر دین، تجربیات عملی در این زمینه، استعداد ویژه و نیز ذکاوت در مذاق‌شناسی سخنان معصومان علیهم‌السلام ظنونی پدید می‌آید که برای طلاب مبتدی پدید نمی‌آید؛ یا قاضی به دلیل برخورد با پرونده‌های مختلف و تجربیات قضایی فراوان، گاهی به ظنونی می‌رسد که برای مردم متعارف حاصل نمی‌شود؛ پزشک و سایر متخصصان نیز به‌خاطر تجربیات فراوان که در رشته خود کسب نموده‌اند، به ظنونی دست می‌یابند که برای دیگران پدید نمی‌آید. در مقابل، ظن نوعی، ظنی است که به سبب تجربیات معمول و متداول و ذکاوت معمولی پدید می‌آید که ممکن است برای اشخاص دقیق و باتجربه و متخصص، چنین ظنی پدید نیاید. می‌توان ظن شخصی بدین معنا را «ظن کارشناسی» نامید.

احتمال پنجم: ظن شخصی ظنی است که از عوامل نفسانی که منشأیی در خارج ندارند، سرچشمه می‌گیرد و ظن نوعی، ظنی است که منشأ آن بیرون از نفس است؛ مثلاً پیدایش ظن از خواب یا حدس ذهنی، ظن شخصی است اما پیدایش ظن از اخبار شخص عادل یا فاسق، ظن نوعی است.

به نظر می‌رسد این احتمال، یا بازگشت به «ظن غیرمتعارف و متعارف» دارد، یعنی ظن شخصی ظن ناشی از امور غیرمتعارف است و ظن ناشی از خواب یا حدس ذهنی در حقیقت دو مصداق از این معنا است؛ یا بازگشت به «ظن ناشی از تجربه و ذکاوت و ظن ناشی از اطلاعات متداول» دارد، یعنی ظن شخصی ظنی است که عامل نفسانی مثل تجربیات شخصی یا هوش و ذکاوت خاص، منشأ آن شده است، به‌خلاف ظن نوعی که با تجربه عمومی و ذکاوت معمولی به‌دست آمده است.^۱

۱. معنایی دیگر از ظن نوعی راجع به اماره در اصول مطرح شده است که ظن نوعی، ظنی است که برای غالب

نتیجه: در مراد از ظن شخصی و ظن نوعی چهار معنا و احتمال قابل طرح است: متعارف بودن و متعارف نبودن ظن، فعلیت و عدم فعلیت ظن، قابل اثبات بودن یا قابل اثبات نبودن منشأ ظن، ظن کارشناسی یا معمولی.

باید دانست امکان مشروط‌سازی لوث به هر چهار احتمال، ممکن است؛ یعنی امکان دارد مشروعیت قسامه مشروط به ظن فعلی‌ای باشد که متعارف بوده و قابل اثبات برای دیگران هم باشد و از تجربه و اطلاعات متداول نشأت گرفته باشد. در ادامه، شرطیت هر یک از این احتمالات در فقه و قانون مورد بررسی قرار می‌گیرد.

ب) واکاوی لزوم متعارف بودن ظن

ظن غیرمتعارف در فقه: از نظر فقهی، اجماعی بر اعتبار ظن غیرمتعارف در تحقق لوث وجود ندارد؛ بلکه چه بسا بر عدم اعتبار ظن غیرمتعارف اجماع باشد؛ چون فقیهان در بحث ظن محقق لوث، درصدد بیان مصادیق (همچون خبر ثقه، شخص با سلاح خون‌آلود در کنار مقتول آغشته به خون) برآمده‌اند، و ذکر مصادیق، ظهور در عدم کفایت ظن شخصی و لزوم ظن نوعی دارد؛ زیرا ظن غیرمتعارف، معیار و قانونی نداشته و وابسته به قرائن مختلف و احوال شخصی ظان است و از این رو ذکر مصادیق، تناسبی با آن ندارد. همچنین برخی تعبیر در کلمات دانشمندان، همچون «التهمة الظاهرة، بأمارات ظاهرة» ظهور در اعتبار ظن نوعی دارد؛^۱ چون معنای اعتبار ظن غیرمتعارف، آن است که نیازی به ظاهر بودن ظن برای دیگران نیست و مهم آن است که برای خود شخص ظن ایجاد شود.

افزون بر این، لفظ «ظن» به ظن متعارف انصراف دارد؛ توضیح اینکه به عقیده مشهور اصولیان، ظن ظان فاقد اعتبار بوده و در حکم شک است و در قول به عدم اعتبار، بین موردی که ظن جنبه طریقیست داشته و موردی که ظن جنبه موضوعیت داشته تفاوتی نگذاشته‌اند و در استدلال بر این مطلب به انصراف الفاظی چون شک و ظن موجود در دلیل

مردم در غالب موارد قیام اماره حاصل شود؛ مثل اینکه خبر ثقه برای غالب مردم در غالب موارد ظن‌آور است اما ممکن است خبر ثقه‌ای به خاطر اضطراب متن برای غالب مردم ظن‌آور نباشد. به نظر می‌رسد این معنا در بحث اماره به جهت بیان کیفیت جعل حجیت برای اماره مؤثر است و ارتباطی با موضوع بحث پیدا نمی‌کند. ۱. فاضل، تفصیل الشریعة، ص ۲۲۴: «الأمر المذكورة في المتن إنما يوجب حصول الظن نوعاً».

به فرض متعارف آن تمسک جسته‌اند.^۱ از سوی دیگر، ظانّ، کسی است که از راه‌ها و اسباب غیرمتعارف که معمولاً برای انسان‌های عادی ظن ایجاد نمی‌کند، ظن پیدا می‌کند^۲؛ مثل اینکه کسی از خبر کودکی یا فردی دروغ‌گو، به سمت و سوی قبله ظن حاصل نماید. بر اساس این انصراف و با توجه به معنای «ظانّ»، این نتیجه به دست می‌آید که اگر لفظ «ظن» در ادله روایی اعتبار لوث یا سخنان فقیهان و یا حتی در قانون ذکر شود، از ظن غیرمتعارف انصراف خواهد داشت و انصراف به معنای عدم اعتبار ظن غیرمتعارف و عدم تحقق لوث با آن خواهد بود. آری، ادعای انصراف در سخنان اصولیان در خصوص ظن مذکور در روایات است، ولی نکته انصراف در کلمات فقیهان و کلام قانون‌گذار نیز جاری است و وجهی برای تخصیص به خصوص روایات وجود ندارد.

البته در روایات، تعبیر «ظن» به کار نرفته است تا انصراف به ظن متعارف داشته باشد. فقیهانی که شرطیت لوث را از روایات استفاده نموده‌اند، شرطیت را از تعبیری چون «فاسق، فاجر، مرد معروف به شرّ، ظاهر بودن عداوت» استفاده نموده‌اند^۳ که ظهور در ظن متعارف دارد؛ زیرا اموری را ذکر نموده است که به صورت متعارف موجب مظنون شدن به شخص می‌شود.

دلیل دیگر بر عدم اعتبار ظن غیرمتعارف، آن است که در امور شخصی، ظن شخصی مورد توجه است، اما در باب احتجاجات و مسائل مربوط به حقوق اشخاص، ظن شخصی معیار قرار نمی‌گیرد؛ چون اگر دایر مدار ظن یا اطمینان شخصی باشد، باعث هرج و مرج شده و هرکس با استناد به عدم ثبوت ظن برای خود یا ثبوت ظن بر خلاف، از روی عمد یا خطا به حقوق دیگران تعدی می‌کند. از این رو با توجه به کثرت اشتباه یا سوءاستفاده در این گونه موارد، مدار بر باور نوعی قرار می‌گیرد، تا نظام اجتماع به هم نخورد.^۴ جریان این استدلال در نظام قضایی، وابسته به وحدت یا تعدد قاضی است؛ در صورتی که

۱. نخستین کسی که به عدم اعتبار حالت غیر متعارف اشاره نموده محقق کاشف الغطا است و شیخ انصاری و محقق نایینی به عبارت ایشان اشاره می‌نمایند: کاشف الغطا، کشف الغطاء، ج ۱، ص ۳۰۸؛ انصاری، فرائد الأصول، ج ۱، ص ۲۲؛ خویی، أجود التقریرات، ج ۲، ص ۴۱؛ همو، غایة المأمول، ج ۲، ص ۶۰.
۲. سبحانی، إرشاد العقول، ج ۳، ص ۸۰.
۳. خویی، مبانی تکملة المنهاج، ج ۲، موسوعة، ص ۱۲۶.
۴. زنجانی، کتاب نکاح، ج ۱۶، ص ۵۲۷۶.

قاضی، شخصی همچون معصوم یا مجتهد جامع‌الشرایط باشد و با صدور حکم، رجوع به شخص دیگر جایز نباشد، معیار بودن ظن شخصی قاضی، موجب اختلال نظام قضایی نخواهد شد؛ چون با عنایت به اینکه از جمله شرایط قاضی، عدالت وی است، سوءاستفاده منتفی خواهد بود و با عنایت به خصوصیت عالم بودن وی، کثرت اشتباه وجود نخواهد داشت. و بر فرض کثرت اشتباه و یا حتی سوءاستفاده، تنها مخالفت با واقع ایجاد می‌شود و اختلال و هرج و مرج پدید نمی‌آید. اما اگر تعدد قاضی در بین باشد، اختلال نظام می‌شود. نظام قضایی ایران بر پایه قابلیت تعدد قاضی استوار است؛ چون حکم دادگاه اول قابل اعتراض است.^۱

از این رو، اگر قاضی اول ظن شخصی پیدا نماید و اعتراض شود و برای قاضی دوم ظنی ایجاد نشود، یا حکم، به دیوان عالی کشور برسد که مشتمل بر چند قاضی است و برای برخی ظن پدید آید و برای برخی پدید نیاید، صدور حکم با اختلال مواجه می‌شود؛ یعنی نه تنها نقض حکم دادگاه بدوی، بلکه اختلاف در دادگاه عالی بین قضات، موجب معلق ماندن حکم خواهد شد و عملاً در اکثر موارد، قسامه جاری نخواهد شد. پس اگر مشروعیت ساختار تعدد قضایی ولو به جهت اضطرار به این ساختار پذیرفته شود، لازمه چنین ساختاری عدم اعتبار ظن شخصی خواهد بود؛ چون اعتبار آن مستلزم اختلال نظام است.

با این حال، به نظر می‌رسد جاری دانستن هرج و مرج و اختلال در نظام قضایی، ناشی از مستقل‌انگاری ظن غیرمتعارف است. در حالی که در واقع چنین نیست که فقط ظن غیرمتعارف قاضی معتبر باشد؛ بلکه حداکثر می‌توان گفت: افزون بر ظن متعارف، ظن غیرمتعارف هم محقق لوث است. این مطلب موجب اختلال نظام قضایی نخواهد شد؛ چون اولاً، موارد ظن متعارف در مقایسه با ظن غیرمتعارف، فراوان است؛ ثانیاً، به جهت خصوصیات متداول در قضات و گزینشی که در انتخاب ایشان صورت می‌گیرد، موارد ظن غیرمتعارف در ایشان اندک است؛ ثالثاً، در همین موارد اندک هم گاهی کار به اعاده دادرسی نمی‌رسد.

از شواهد عدم اعتبار ظن غیرمتعارف آن است که قضاوت قاضی در دید عقلا امری شخصی انگاشته نمی‌شود، بلکه جنبه اجتماعی و محکمه‌پسند بودن قضاوت نیز مد نظر

مباحثات

پرونده‌های قضایی

واکاوی بایسته‌های کیفری و کمی ظن محقق لوث از منظر فقه و قانون

۱. مواد ۴۲۷، ۴۷۴ و ۴۷۷ قانون آیین دادرسی کیفری.

قرار می‌گیرد^۱، خصوصاً در نظام تعدد قاضی که ممکن است قضات دیگر نیز حکم را بررسی نموده و صلاحیت حکم را بسنجند.

شاهد دیگر، موافقت اعتبار ظن متعارف با درک مصلحت واقع است؛ چون موضوع قسامه لوث است و لوث با ظن محقق می‌شود؛ از این رو مشروعیت قسامه متوقف بر ظن است و از سوی دیگر، احکام تابع مصالح و مفاسد بوده و قسامه به جهت مصلحت رسیدن به حقوق و ضایع نشدن خون جعل شده است؛ در نتیجه ظن شخصی به معنای بدبینی یا خوش‌بینی قاضی، در نهایت موجب ضایع شدن حق یکی از اطراف دعوا است، که خلاف مصلحت خواهد بود.

ظن غیرمتعارف در قانون: قانون^۲، لوث را به «اماره‌ای که موجب ظن قاضی به صدق مدعی می‌شود» تعریف نموده و در آن از تعبیر «ظن حاکم» استفاده می‌کند که ظهور در آن دارد که ظن شخص حاکم محقق لوث است؛ اعم از آنکه متعارف یا غیرمتعارف باشد. تعبیر به «ظن حاکم» در برخی کلمات فقیهان نیز مورد اشاره قرار گرفته است.^۳

ممکن است در این فرض نیز برای اثبات عدم اعتبار ظن غیرمتعارف به «انصراف ظن از ظن غیرمتعارف» تمسک شود؛ لکن به نظر می‌رسد تمسک به انصراف، مخدوش باشد؛ از این جهت که وقتی ظن به شکل مطلق ذکر شود، اطلاق داشته و شامل ظن متعارف و ظن غیرمتعارف می‌شود، اما وقتی به حاکم اضافه می‌شود، ظهور در موضوعیت داشتن ظن حاصل برای حاکم پیدا نموده و دیگر انصراف از ظن غیرمتعارف نخواهد داشت. لذا باید نظر قانون‌گذار را بر اعتبار ظن حاکم اعم از متعارف و غیرمتعارف دانست.

ولی به نظر می‌رسد ظن غیرمتعارف حاکم از نظر قانون به دلایلی نامعتبر باشد:

۱. در داستان قضاوت حضرت داود علیه السلام نیز اشاره‌ای به این نکته شده است: «لَمْ يَحْتَمِلْهَا قَلْبُكَ وَ لَمْ يَرْضَ بِهَا قَوْمُكَ» که بیان می‌کند در قضاوت بدون مستند، نه حضرت تحمل آن را دارد و نه قوم وی بدان راضی می‌شوند؛ که تعبیر دوم به جنبه محکمه‌پسند بودن قضاوت اشاره دارد. کلینی، الکافی، ج ۷، ص ۴۲۱.
۲. قانون مجازات اسلامی، ماده ۳۱۴: «لوث عبارت از وجود قرائن و اماراتی است که موجب ظن قاضی به ارتکاب جنایت یا نحوه ارتکاب از جانب متهم می‌شود.»
۳. شهید اول، غایة المراد، ج ۴، ص ۴۱۳؛ ابن براج، المهذب، ج ۵، ص ۲۱۴؛ شهید ثانی، مسالک الأفهام، ج ۱۳، ص ۴۸۳؛ اردبیلی، مجمع الفائدة و البرهان، ج ۱۴، ص ۱۸۰؛ نجفی، جواهر الکلام، ج ۴۲، ص ۲۳۲؛ خمینی، تحریر الوسيلة، ج ۲، ص ۵۲۷؛ فاضل، تفصیل الشریعة، ص ۲۲۴.

دلیل یکم: آن است که هر چند لفظ «ظن» به لفظ «حاکم» اضافه شده است، اما همچنان شمول نسبت به ظن غیرمتعارف بر عهده اطلاق است و در این فرض، هر چند انصراف ثابت نشود، اما نمی‌توان انصراف را به طور کلی رد نمود. یعنی احتمال انصراف وجود دارد و همین مقدار در عدم اعتبار ظن غیرمتعارف کفایت می‌نماید. در اینجا این ابهام وجود دارد که اگر ظن متعارف و نوع مردم معیار است، اضافه ظن به حاکم چه وجهی دارد؟! به احتمال قوی، آوردن تعبیر «ظن حاکم» از این باب باشد که مرجع تشخیص ظن، حاکم است؛ یعنی در حقیقت آنچه در مشروعیت قسامه معتبر است، تحقق ظن متعارف است و مسئول احراز این موضوع، حاکم است. حاکم در مقام احراز، خود را از باب امارت سلوک شخصی، معیار قرار می‌دهد؛ یعنی هر انسانی خود را تافته جدا بافته از دیگران نمی‌پندارد و فکر می‌کند آنچه خود متعارف محسوب می‌کند، برای دیگران نیز چنین است و خود را شخصی غیرمتعارف محسوب نمی‌کند. از این رو اگر حاکم به این نتیجه برسد که ظان است یا در این مسئله شک کند، طبعاً به تحقیق پرداخته و ظن متعارف را به دست می‌آورد.

دلیل دوم: ظاهر ماده ۱۳۱۵ که صرف حضور فرد در محل وقوع جنایت را از مصادیق لوث محسوب نموده است؛ با اینکه اگر ظن غیرمتعارف حاکم نیز معتبر باشد، صرف حضور نیز می‌تواند موجب تحقق ظن و لوث برای حاکم ظان شود.

دلیل سوم: ظاهر ماده ۲۳۱۶ است که بر پایه آن، لزوم متعارف بودن ظن اثبات می‌شود؛ چون با اعتبار ظن غیرمتعارف، دیگر وجهی ندارد مقام قضایی موظف باشد در صورت استناد به قسامه، قرائن و امارات موجب لوث را در حکم خود ذکر نماید؛ چراکه اعتبار ظن غیرمتعارف به معنای مهم نبودن قرائن و امارات و کفایت حصول ظن از هر طریقی برای حاکم است.

ج) واکاوی لزوم فعلیت ظن

فعلیت ظن در فقه: آیا افزون بر متعارف بودن ظن، فعلیت ظن برای قاضی هم لازم است یا

۱. ماده ۳۱۵: «فقدان قرائن و امارات موجب ظن و صرف حضور فرد در محل وقوع جنایت، از مصادیق لوث محسوب نمی‌شود و او با ادای یک سوگند، تبرئه می‌گردد.»
۲. ماده ۳۱۶: «مقام قضائی موظف است در صورت استناد به قسامه، قرائن و امارات موجب لوث را در حکم خود ذکر کند. مواردی که سوگند یا قسامه، توسط قاضی رد می‌شود، مشمول این حکم است.»

ظن شأنی کفایت می‌کند؟ به نظر برخی فقیهان، مقتضای احتیاط، فعلیت ظن برای قاضی و به تعبیر دیگر جمع بین ظن شخصی و نوعی است؛^۱ چون ظن فعلی متعارف، در خارج اخص مطلق از ظن نوعی است.

به نظر می‌رسد اگر مراد از احتیاط، احتیاط در مقام عمل باشد، با توجه به اینکه مسئله مربوط به حقوق مردم است که به دو طرف گره خورده است، احتیاط در جانب هر یک، مخالف احتیاط در جانب دیگری است؛ یعنی شرطیت ظن فعلی متعارف در صورتی که در واقع، اجتماع هر دو لازم نباشد، موجب تضییع حق مدعی خواهد بود. اما اگر مراد از احتیاط، احتیاط به لحاظ ادله و از باب اکتفا به قدر متیقن باشد، در صورتی صحیح است که ادله مشروعیت قسامه اطلاق نداشته باشد؛ در حالی که ادله مشروعیت قسامه اطلاق داشته و شامل حصول لوث و عدم حصول لوث می‌شود. از این رو به لحاظ ادله به قدر متیقن از تخصیص، یعنی «لزوم حصول ظن متعارف» اکتفا می‌شود و در تقیید زائد، یعنی «لزوم فعلیت ظن»، به اطلاق ادله رجوع شده و اعتبار «فعلیت ظن» نفی می‌شود. به هر حال تمسک به اطلاق ادله یا احتیاط، در فرضی است که بر اعتبار فعلیت ظن یا عدم اعتبار آن، دلیلی نباشد.

به نظر می‌رسد اگر استدلال «انصراف حصول ظن به حصول ظن متعارف» پذیرفته شود، کفایت ظن نوعی و عدم لزوم فعلیت ظن اثبات می‌شود؛ با این توضیح که مشروعیت قسامه در روایات، منوط به حصول لوث شده است و لوث شرط مشروعیت قسامه قرار گرفته است. لذا این دلیل در حقیقت مشتمل بر دو معنا است؛ اول اینکه، «اگر ظن حاصل شود، قسامه مشروع است» و دوم اینکه، «اگر ظن حاصل نشود، قسامه مشروع نیست». بر این اساس، اگر انصراف در جمله دوم پیاده شود، در دید عرف بدین معنا خواهد بود که عدم حصول ظن در صورتی که ناشی از امور غیر متعارف (بدینی) باشد، مشروعیت را نفی نمی‌کند. به تعبیر دیگر، نتیجه عرفی انصراف، وابسته بودن مشروعیت قسامه به ظن متعارف و نوعی خواهد بود. پس مقتضای انصراف (افزون بر عدم اعتبار ظن غیر متعارف)، عدم اعتبار فعلیت ظن، و کفایت ظن شأنی (ظن نوعی) خواهد بود.

ممکن است بر لزوم فعلیت، به موضوعیت داشتن ظن در مشروعیت قسامه استدلال شود؛

۱. مکارم، استفتائات جدید، ج ۲ سؤال ۱۵۴۲؛ گنجینه استفتائات قضایی (نرم افزار)، سؤال ۷۰۰۰.

از این جهت که تا موضوع فعلی نشود، حکم ثابت نخواهد شد. لکن این استدلال صحیح نیست؛ چون فعلیت هر موضوعی به تناسب همان موضوع است؛ اگر موضوع مشروعیت قسامه، ظن فعلی باشد، تابع حصول ظن فعلی است؛ اما اگر موضوع مشروعیت قسامه ظن نوعی (شأنی) دانسته شود، فعلیت آن تابع حصول همان خواهد بود. به بیان دیگر، عناوین اخذ شده در موضوعات احکام، ظاهر در لزوم فعلیت عنوان است، مثل تعبیر «العالم واجب الإکرام» که ظهور در لزوم فعلیت عالم بودن برای ترتب وجوب اکرام دارد؛ حال اگر گفته شود «مشروعیت قسامه منوط به تحقق ظن است» یا گفته شود «حجیت خبر منوط به تحقق ظن است»، مطابق ظهور ادعا شده، دال بر فعلیت اصل ظن خواهد بود؛ اما اینکه کیفیت فعلیت به شکل شخصی یا شأنی باشد، ربطی به ظهور مذکور ندارد. در حقیقت تفاوت «عالم» با «ظن» در این جهت است که «عالم» قائم به شخص است و تا علم در شخص پدید نیاید، «عالم» صدق نمی‌کند و با تحقق علم در شخص، فعلیت هم به تبع حاصل خواهد شد؛ اما در «ظن» این‌گونه نیست که در ادله به صورت «ظان» یا «ظن الحاکم» ذکر شده باشد؛ بلکه از تعابیری چون «فی قلب من قلب الیهود، الفاجر الفاسق، الرجل المعروف بالشرّ، الفاسق» اعتبار ظن استفاده می‌شود که در هیچ‌کدام قیام ظن به شخص معیار قرار نگرفته است؛ پس موضوع دلیل، «ظن» است و این موضوع هم با ظن شخصی و هم با ظن نوعی فعلیت می‌یابد.

با توجه به مطالب گفته شده، می‌توان تعابیر مذکور در ادله همچون «فی قلب من قلب الیهود، الفاجر الفاسق، الرجل المعروف بالشرّ، الفاسق» را دال بر عدم اعتبار فعلیت ظن برای شخص دانست؛ چون این تعابیر به طور معمول موجب ظن نوعی می‌شود و ملازمه‌ای با حصول ظن شخصی (فعلیت ظن) ندارد.

فعلیت ظن در قانون: در ماده ۳۱۴ به تعریف لوث پرداخته شده و لوث را به اماره تعریف نموده است. کاربرد رایج اماره در کلمات اصولیان، در طریق معتبری است که موجب ظن نوعی به واقع می‌شود، اما اماره در تعابیر فقیهان به معنای مطلق طریق ظن آور نیز به کار می‌رود. به یقین در محل بحث، از اماره، طریق معتبر اراده نشده است و به همین جهت، لوث با شهادت شاهد عادل ثابت می‌شود، با اینکه قتل با آن اثبات نمی‌شود. هرچند منصرف از

۱. مظفر، أصول الفقه، ج ۳، ص ۱۶.

تعبیر «اماره» عدم لزوم فعلیت ظن برای قاضی است، اما با توجه به اینکه در ادامه تعبیر «ظن قاضی» آمده است، می‌تواند قرینه باشد که مراد از اماره، طریقی است که موجب ظن متعارف برای شخص قاضی شود. پس ظاهر ماده ۳۱۴، لزوم فعلیت ظن برای قاضی خواهد بود. اما ظاهر ماده ۳۱۶ افزون بر اثبات لزوم متعارف بودن ظن، دال بر عدم لزوم فعلیت ظن است؛ چون اگر ظن متعارف و نوعی محقق باشد، اما برای قاضی ظن فعلی پدید نیاید، بدین معنا خواهد بود که عدم حصول ظن وی غیر متعارف است؛ در حالی که در همین ماده نسبت به فرض عدم حصول ظن نیز ذکر امارات و قرائن را لازم دانسته است که ظاهر در لزوم متعارف بودن عدم حصول ظن است و لازمه این مطلب، آن است که اگر برای قاضی به صورت غیر متعارف ظن پدید نیاید و متعارف حصول ظن باشد، لوث محقق است که معنای آن عدم لزوم فعلیت ظن خواهد بود. شاید وجه آنکه در تعریف لوث معیار را «ظن قاضی» قرار داده است، آن باشد که ظن قضات در غالب موارد متعارف است و مرجع تشخیص هم کسی جز قاضی نیست و تا برای قاضی ظن پدید نیاید، مشروعیت قسامه ثابت نخواهد شد. از این رو، ظن قاضی را معیار قرار داده و در ماده‌ای دیگر به لزوم ذکر امارات اشاره نموده‌اند تا از موارد نادر که ظن متعارف وجود دارد و برای قاضی به فعلیت نرسیده است، جلوگیری شود.

د) واکاوی لزوم اثبات منشأ ظن

آیا ظن متعارفی که برای قاضی ثابت شده است، باید برای دیگران هم قابل اثبات باشد؟ یا همین که قرائن و امارات، نشانگر متعارف بودن ظن باشد، کافی است و در اثبات، به وثاقت و عدالت قاضی اکتفا می‌شود؟ به نظر می‌رسد اگر منشأ ظن قاضی خواب و حدس نباشد، و ناشی از قرائن و امارات و در نتیجه ظن متعارف باشد، اخبار قاضی کفایت می‌کند.

کفایت اخبار قاضی به لحاظ قانون، بدان جهت است که در ماده ۳۱۴ تعبیر به قرائن و امارات و ظن قاضی شده است و در فرض، قرینیت و اماریت و ظن قاضی محقق است. به تعبیر دیگر، قانون اطلاق دارد و شامل فرضی که امکان اثبات قرائن نیست هم می‌شود. آری، ممکن است ماده ۳۱۶ که آوردن قرائن و امارات را لازم دانسته، ظاهر در لزوم قابل اثبات بودن برای دیگران دانسته شود؛ اما چنین نیست و ظهور این تعبیر تنها به این مقدار است که منشأ حصول ظن، اموری باشد که قرینیت و اماریت داشته باشد و ظهوری ندارد که

قاضی باید بتواند این امارات را برای دیگران، از طریقی غیر از خودش اثبات نماید. لذا اگر خود قاضی شخصی با سلاح آغشته به خون را در کنار بدن غرق به خون مشاهده نماید، لوث محقق می‌شود؛ اگرچه هیچ‌کس غیر از قاضی این صحنه را ندیده باشد. به لحاظ ادله شرعی و کلمات فقهیان نیز وجهی برای شرطیت قابلیت اثبات ظن وجود نداشته و می‌توان به اطلاق ادله تمسک نمود؛ یعنی وقتی ظنی متعارف برای قاضی پدید آید، لوث محقق می‌شود هرچند اثبات آن برای دیگران از طریقی جز خبر خود قاضی مقدور نباشد.

ه) واکاوی اعتبار ظن کارشناسی

ظن کارشناسی را می‌توان در یک دسته‌بندی ناشی از دو جهت دانست: حدس وابسته به تجربیات و استعداد، و دیگری ذکاوت در درک قرائن و امارات پنهان. در صورت دوم، ظن کارشناسی قاضی یک ظن متعارف محسوب می‌شود که امکان ذکر آن هم وجود دارد و با ذکر آن برای دیگران، قرینه و اماره بودن تصدیق می‌شود و اشکالی در تحقق لوث با چنین ظنی نیست.

اما اگر ظن کارشناسی ناشی از حدس وابسته به تجربیات و استعداد شخصی قاضی باشد به‌گونه‌ای که با نقل احوال قضیه و بیان جهات حصول ظن، برای دیگران چنین ظنی پدید نیاید، کفایت آن در تحقق لوث محل تأمل است؛ از سویی برای مردم متعارف در این قضیه ظن پدید نمی‌آید و می‌توان آن را غیر متعارف دانست؛ و از سوی دیگر ظن کارشناسی یک ظن عقلایی و قابل قبول محسوب می‌شود و عقلاً بر پایه اعتبار و بها دادن به آن، به متخصصان در هر رشته رجوع می‌نمایند.

به نظر می‌رسد انصراف ظن از ظن غیر متعارف، شامل ظن محل بحث نمی‌شود؛ اگرچه از جهتی ظن غیر متعارف نامیده شود. از اعتبار آن نیز هرج و مرج و اختلال نظام حاصل نیامده و منافاتی با درک مصلحت واقع نیز ندارد. روایات نیز اطلاق داشته و شامل ظن ناشی از اطلاعات متداول و ظن ناشی از کارشناسی می‌شود. بلکه می‌توان از راه اولویت، اعتبار ظن کارشناسی را استفاده نمود؛ زیرا اعتبار ظن متعارف و عدم اعتبار ظن غیر متعارف به جهت موضوعیت داشتن این دو عنوان نیست؛ بلکه ظن متعارف به‌عنوان طریق ظنی عقلایی به واقع معیار قرار گرفته است و جهت انصراف از ظن غیر متعارف نیز غیر عقلایی بودن آن است. از سوی دیگر، طریقی که از ظن حدسی کارشناسی پدید می‌آید، در نظر خود عرف، واقع‌نماتر

از ظن متعارف است؛ بنابراین ممکن است در موردی برای مردم متعارف ظن پدید آید، اما برای کارشناس خبره ظن پدید نیاید یا برعکس؛ که در هر دو صورت عرف نظر کارشناس را قوی‌تر از نظر خود می‌پندارد. می‌توان ظن کارشناسی - اگرچه حدسی - را ظن متعارف نیز دانست؛ زیرا نوع مردم هم اگر این مقدمات از اطلاعات و تجربیات را داشته باشند، چنین حدسی می‌زنند و به همین جهت ظن حدسی کارشناسی عقلایی شمرده می‌شود.

آری، ظاهر کلمات فقیهان از ذکر مصادیق لوث، مثل شاهد عادل و ظاهر تعبیر به «التهمة الظاهرة، بأمارات ظاهرة» آن است که ظن ناشی از حدس کارشناسی محقق لوث نیست. همچنین ظن حدسی کارشناس با تعبیر قانون‌گذار به «امارات و قرائن» و بیان لزوم ذکر قرائن سازگاری ندارد؛ از این جهت که ظاهر تعبیر به قرینه و اماره مواردی است که عرف قرینیت و اماریت آن را درک می‌کند.

نیز اینکه در ماده ۳۱۵ صرف حضور را محقق لوث ندانسته، اشعار به عدم اعتبار ظن حدسی کارشناسی دارد^۱ و این اشعار در کنار ذکر «با فرض فقدان قرائن و امارات» ظهور قوی‌تری در عدم اعتبار ظن حدسی کارشناس ایجاد می‌نماید.

و) واکاوی لزوم وجود اثر قتل

مشهور بر این باورند که وجود اثر قتل در تحقق لوث، شرط نیست؛ چون متعارف چنین است که انسان با امراض می‌میرد و موت ناگهانی نادر است. بنابراین اگر شخصی ناگهان بمیرد، ظهور در این دارد که کسی وی را به قتل رسانده است؛ مثل اینکه او را خفه کند یا بیضه او را فشار دهد (یا سمی به وی بخوراند که در درازمدت موجب مرگ شود).^۲ در مقابل، شیخ طوسی در مبسوط و ابن جنید^۳ قائل به اعتبار اثر قتل در لوث شده‌اند. علامه حلی در مختلف، انتفای ظن با انتفای اثر را به‌عنوان وجه قول ابن جنید ذکر نموده است.^۴

۱. تعبیر اشعار از این جهت است که ظن حدسی کارشناسی به صرف حضور حاصل نمی‌شود، بلکه نکات دیگری نیز مورد لحاظ کارشناس قرار می‌گیرد.

۲. طوسی، الخلاف، ج ۵، ص ۳۱۰؛ صیمری، غایة المرام، ج ۴، ص ۳۹۶؛ حلی، قواعد الأحكام، ج ۳، ص ۶۱۶.

۳. طوسی، المبسوط، ج ۷، ص ۲۱۵؛ علامه حلی، مختلف الشیعة، ج ۹، ص ۴۴۵.

۴. علامه حلی، مختلف الشیعة، ج ۹، ص ۴۴۵.

به نظر می‌رسد با توجه به اینکه موارد لوث مختلف است، اعتبار اثر قتل نیز مختلف بوده و تفصیل در مسئله لازم است. در مواردی که اخبار به قتل، مثلاً از شاهد عادل صورت می‌گیرد، هرچند اثر قتل موجود نباشد، اما بر اساس شهادت شاهد عادل، ظن به قتل، محقق می‌شود. اما در مواردی که شهادت بر قتل محقق نیست و فقط قرینه‌هایی وجود دارد (مثل اینکه مقتول در خانه شخصی پیدا شود که دشمنی با او داشته و تهدید به قتل نیز نموده است)، مسئله از دو زاویه قابل بررسی است: نخست، از زاویه حصول ظن به قتل؛ دوم، از زاویه امکان علم به قتل برای ولی دم. به نظر می‌رسد در این حالت هر دو جهت مخدوش است؛ چون با فقدان اثر قتل، اصل قتل مشکوک خواهد بود و احتمال دارد شخص به دلیل سکت قلبی، مغزی و امثال آن مرده باشد، و از این رو ظن مذکور ظن تقدیری است. یعنی اگر این شخص به مرگ طبیعی نمرده باشد، به احتمال قوی قاتلش صاحب‌خانه است. از سوی دیگر، علم مدعی نیز تقدیری خواهد بود؛ یعنی اگر این شخص کشته شده باشد، یقین دارد قاتلش صاحب‌خانه است. بر این اساس، می‌توان گفت در فرض قیام قرینه‌هایی، اثر قتل در تحقق لوث معتبر است.

اشکال شده که اعتبار اثر قتل به هدف نفی مرگ طبیعی و اثبات لوث است، در حالی که با وجود اثر قتل، ناتوان از اثبات لوث است؛ زیرا با وجود اثر قتل، احتمال دارد مقتول با خودزنی، خود را به قتل رسانده باشد؛ مثلاً در خانه دشمنش خود را کشته تا دشمن او با قصاص نابود شود.^۱

در پاسخ باید گفت که خودزنی امری نادر است و مرگ ناگهانی، هرچند نادر است، اما موارد آن به قدری است که در نظر عرف بدان اعتنا می‌شود؛ به‌ویژه در دوران کنونی که عدد مرگ‌های ناگهانی بیشتر شده است؛ از این رو اگر اثر قتل موجود نباشد، اطمینان عرفی به وقوع قتل پدید نمی‌آید؛ اما اگر اثر قتل موجود باشد، اطمینان عرفی وجود دارد که کسی وی را به قتل رسانده و همین مقدار در ظن قاضی به صدق مدعی و در علم مدعی به قتل کفایت می‌کند.

نتیجه: آنکه اگر لوث با قرینه‌های مقالی ثابت شود، قتل هم به ملازمه ثابت خواهد شد، اما اگر با قرینه‌های ثابتی شود، تنها در فرض وقوع قتل، قاتل را (به صورت ظنی برای قاضی و یقینی برای مدعی) مشخص می‌کند و لازم است وقوع قتل از قرینه‌های دیگری مثل وجود اثر

مباحث

واکوری بایست‌های کیفی و کمی ظن محقق لوث از منظر فقه و قانون

۱. طوسی، الخلاف، ج ۵، ص ۳۱۰.

قتل، به دست بیاید. در حقیقت، ظن بر پایه اثبات قتل، موجب تحقق لوث می‌شود و تا این کیفیت از ظن پدید نیاید، لوث محقق نخواهد شد.

دوم. بایسته‌های کمی ظن قاضی

مراد از کمیت، مقدار لازم از ظن در تحقق ظن لوثی است؛ یعنی از مطلق ظن، ظن قوی، ظن نزدیک به علم (اطمینان) کدام لازم است؟ یادآوری این نکته لازم است که درباره یقین‌آور بودن قسامه، این بحث مطرح شده است که قسامه موجب ظن قوی است، نه یقین^۱؛ اینکه قسامه موجب یقین یا ظن است، با بحث کنونی متفاوت است؛ چون تحقق ظن لوثی شرط مشروعیت قسامه است و پس از مشروعیت یافتن و اقامه قسامه، حکم اثبات می‌شود.

پس در قسامه، بحث می‌شود که مثلاً قسم خوردن پنجاه نفر موجب یقین به واقع می‌شود یا نه؟ در حالی که در کمیت ظن لوثی بحث در این باره است که پیش از اقامه قسامه، اماره حالیه یا مقالیه‌ای که به نفع مدعی وجود دارد، باید چه اندازه ظن برای قاضی ایجاد نماید تا بر اساس آن لوث را محقق دانسته و قسامه مشروع باشد؟

راجع به کمیت ظن لوث، برخی فقیهان در تعریف لوث به «ظن غالب» تعبیر کرده‌اند.^۲ برخی دیگر، مراد از تعبیر مذکور را حصول ظن دانسته‌اند^۳؛ همان‌طور که فقیهان در بحث شک در رکعات، غلبه ظن را مطرح نموده و مرادشان حصول ظن است؛ یعنی مراد از غلبه آن است که ظن بر شک غلبه نموده و شک را کنار بزند. در برخی کلمات نیز به تعبیر «ظن» اکتفا شده است^۴، یا برخی در تعریف لوث به غلبه ظن و در ادامه سخنان به حصول ظن تعبیر نموده‌اند.^۵ از این رو اجماعی بر لزوم ظن قوی برای تحقق لوث وجود ندارد. روایات نیز اطلاق دارند و

ما اجتهاد
پژوهش‌های فقهی

سال نهم، شماره ۱۷، بهار و تابستان ۱۴۰۴

۱. محقق حلی، المعتمد، ج ۲، ص ۶۸۸.
۲. ابن حمزه، الوسيلة، ص ۴۶۰؛ حلی، شرائع الإسلام، ج ۴، ص ۲۰۷.
۳. طوسی، المبسوط، ج ۷، ص ۲۱۳؛ ابن ادریس، السرائر، ج ۳، ص ۳۳۸؛ عاملی، مفتاح الکرامه، ج ۱۱، ص ۵۶؛ نجفی، جواهر الکلام، ج ۴۲، ص ۲۳۹.
۴. اسکافی، مجموعة فتاوی ابن جنید، ص ۳۶۷؛ ابن براج، المهذب، ج ۲، ص ۵۰۰؛ علامه حلی، تحرير الأحكام، ج ۲، ص ۲۵۲ [و لوقیل إن أفاد خبرهم الظنّ کان لوثاً أمکن.]; شهید ثانی، اللمعة الدمشقیة، ص ۲۷۱.
۵. علامه حلی، قواعد الأحكام، ج ۳، ص ۶۱۵.

دلالتی بر لزوم قوت ظن ندارد؛^۱ تا چه رسد به اینکه بر اعتبار ظن نزدیک به علم (اطمینان) دلالت داشته باشد. از این رو مطلق ظن در حصول لوث کفایت می‌کند. مقتضای اطلاق «ظن» در ماده ۳۱۴ قانون مجازات اسلامی^۲ نیز آن است که مطلق ظن در حصول لوث کفایت می‌کند. به نظر می‌رسد بحث کمیت ظن را می‌توان با توجه به معنایی دیگر در رابطه با ظن توسعه داد؛ چراکه ظن گاهی به اعتبار سنجش با طرف دیگر، ظن نامیده می‌شود، نه از این جهت که احتمال بالای ۵۰ درصد در آن وجود دارد؛ بلکه از این جهت که در قیاس با طرف دیگر، از احتمال بیشتری برخوردار است و می‌توان آن را «ظن اضافی» نام نهاد. مثلاً اگر ده نفر متهم به قتل باشند، تحقق ظن به معنای احتمال بالای ۵۰ درصد، تنها در یک نفر ممکن است، و ما بقی احتمال تا تکمیل ۱۰۰ درصد در مجموع ۹ نفر دیگر خواهد بود. از این رو اگر احتمال قاتل بودن نفر اول ۶۰ درصد باشد، احتمال قاتل بودن نه نفر دیگر در مجموع ۴۰ درصد خواهد بود. در همین مثال، اگر احتمال قاتل بودن در مورد سه نفر به صورت مردد (نه اشتراکی) ۴۰ درصد باشد و احتمال قاتل بودن ۷ نفر دیگر در مجموع ۶۰ درصد باشد، تعبیر ظن راجع به هر یک از سه نفر به کار می‌رود؛ با اینکه نه در مجموع و نه به صورت انفرادی ظن به معنای احتمال بالای ۵۰ درصد وجود ندارد، اما چون احتمال قاتل بودن هر یک از این سه نفر نسبت به قاتل بودن هر یک از هفت نفر دیگر بیشتر است، مظنون نامیده می‌شوند.

فقیهانی که شرطیت لوث را از روایات استفاده نموده‌اند، شرطیت را از تعابیری چون «فاسق، فاجر، مرد معروف به شرّ، ظاهر بودن عداوت، مقتضای احتیاط در جان» استفاده نموده‌اند^۳ و این تعابیر در بیش از احتمال راجح نسبت به سایر افراد، یعنی در بیش از «ظن اضافی» ظهور ندارد. ظاهر ماده ۳۳۲^۴ نیز کفایت «ظن اضافی» است؛ چون بیان نموده که

۱. همان‌طور که در مقدمه اشاره شد، در روایات سخنی از شرطیت لوث در اعتبار قسامه به میان نیامده است و شرطیت لوث از اجماع استفاده شده است. بنابراین به مقداری که اجماع بر آن دلالت دارد، اخذ شده و در مقدار مشکوک، به اطلاق روایات مراجعه می‌شود و قدر متیقن از اجماع شرطیت «مطلق ظن» در مشروعیت قسامه است.

۲. مفاد ماده ۳۱۴: «لوث عبارت از وجود قرائن و اماراتی است که موجب ظن قاضی به ارتکاب جنایت یا نحوه ارتکاب از جانب متهم می‌شود.»

۳. خویی، مبانی تکملة المنهاج، ج ۴۲ موسوعه، ص ۱۲۶.

۴. ماده ۳۳۲: «اگر لوث علیه دو یا چند نفر به شکل مردد حاصل شود، پس از تعیین مرتکب به وسیله مجنی

اگر لوٲ علیه چند نفر به شکل مردد پدید آید، مدعی می‌تواند با تعیین یکی و اقامه قسامه علیه او، وقوع جنایت را اثبات نماید؛ در حالی که اگر لوٲ علیه ۳ نفر حاصل شده باشد، احتمال قاتل بودن هر یک از سه نفر زیر ۵۰ درصد خواهد بود.

آری، اینکه فقیهان خبر فاسق، صبی و زن را محقق لوٲ نمی‌دانند و اینکه قانون صرف حضور در کنار مقتول را موجب لوٲ نمی‌داند، دال بر این مطلب است که صرف احتمال راجح به قاتل بودن یک شخص در مقابل اشخاص دیگر، موجب تحقق لوٲ نیست. بنابراین ظن اضافی و احتمال راجح باید معتنا به و در نظر عقلا قابل توجه باشد؛ هرچند بیش از ۵۰ درصد نباشد.

جمع‌بندی و نتیجه‌گیری

لوٲ اماره‌ای است که موجب ظن به صدق مدعی می‌شود. هر ظنی محقق لوٲ نبوده، بلکه بایسته‌هایی کیفی و کمی لازم است.

شرط کیفی ظن برای تحقق لوٲ از منظر فقه و قانون آن است که متعارف باشد؛ اما فعلیت آن برای قاضی و امکان اثبات منشأ ظن برای دیگران لازم نیست.

اطلاق روایات شامل ظن کارشناسی، ولو حدسی می‌شود؛ بلکه مقتضای اولویت ظن کارشناسی نسبت به ظن متعارف آن است که ظن کارشناسی نیز محقق لوٲ باشد. با این حال، ظاهر کلمات فقیهان و قانون آن است که ظن کارشناسی در صورتی که حدسی باشد، محقق لوٲ نیست.

از منظر فقهی، شرط کیفی دیگر ظن محقق لوٲ آن است که در فرضی که ظن ناشی از قرینه‌ی حالی است، اثر قتل موجود باشد. از منظر قانون نمی‌توان عبارتی یافت که بتوان از منطوق آن، حکم این شرط را استفاده نمود؛ لکن از سیاق فصل چهار قانون مجازات اسلامی که درباره‌ی راه‌های اثبات جنایت است و نیز از مواد ذیل این فصل که «جنایت» را به‌عنوان موضوع مواد مفروض گرفته‌اند، استفاده می‌شود که قانون شرط مذکور را معتبر می‌داند. از حیث کمیت نیز از منظر فقه و قانون، مطلق ظن برای تحقق لوٲ کفایت می‌کند و

ماهیچوار
پژوهش‌های قضایی

سال نهم، شماره ۱۷، بهار و تابستان ۱۴۰۴

حصول ظن قوی یا اطمینان لازم نیست؛ بلکه حصول ظن به معنای احتمال بالای ۵۰ درصد لازم نیست و احتمال راجح کفایت می‌نماید، به شرطی که این احتمال راجح قابل اعتنا باشد.

منابع و مأخذ

۱. ابن ادریس حلی، محمد بن منصور، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چ ۲، ۱۴۱۰ق.
۲. ابن منظور، محمد بن مکرم، لسان العرب، بیروت-لبنان: دار الفکر للطباعة و النشر و التوزیع- دار صادر، چ ۳، ۱۴۱۴ق.
۳. اردبیلی، احمد بن محمد، مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چ ۱، ۱۴۰۳ق.
۴. اسکافی، ابن جنید، محمد بن احمد کاتب بغدادی، مجموعة فتاوی ابن جنید، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چ ۱، ۱۴۱۶ق.
۵. انصاری، مرتضی، فرائد الأصول، قم: مجمع الفکر الاسلامی، چ ۹، ۱۴۲۸ق.
۶. جوهری، اسماعیل بن حماد، الصحاح تاج اللغة و صحاح العربية، بیروت لبنان: دارالعلم للملایین، چ ۱، ۱۴۱۰ق.
۷. حلبی، ابن زهره، حمزة بن علی حسینی، غنية النزوع إلى علمي الأصول و الفروع، قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام، چ ۱، ۱۴۱۷ق.
۸. حلی، جعفر بن حسن، المعترف فی شرح المختصر، قم: مؤسسه سید الشهداء علیه السلام، چ ۱، ۱۴۰۷ق.
۹. حلی، علامه حلی، حسن بن یوسف، مختلف الشیعة فی أحكام الشریعة، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چ ۲، ۱۴۱۳ق.
۱۰. _____، إرشاد الأذهان إلى أحكام الإیمان، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چ ۱، ۱۴۱۰ق.
۱۱. _____، تحرير الأحكام الشرعية على مذهب الإمامية (ط - القديمة)، مشهد: مؤسسه آل البيت علیهم السلام لإحياء التراث، چ ۱، [بی تا].
۱۲. _____، قواعد الأحكام فی معرفة الحلال و الحرام، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چ ۱، ۱۴۱۳ق.
۱۳. حلی، محقق، نجم الدین، جعفر بن حسن، شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام، قم: مؤسسه اسماعیلیان، چ ۲، ۱۴۰۸ق.
۱۴. خمینی، روح الله موسوی، تحرير الوسيلة، قم: مؤسسه مطبوعات دار العلم، چ ۱، ۱۴۰۹ق.
۱۵. خوانساری، احمد بن یوسف، جامع المدارک فی شرح مختصر النافع، قم: مؤسسه اسماعیلیان، چ ۲، ۱۴۰۵ق.
۱۶. خویی، ابو القاسم موسوی، مبانی تکملة المنهاج، قم: مؤسسه إحياء آثار الإمام الخوئي، چ ۱، ۱۴۲۲ق.
۱۷. _____، غاية المأمول، تقریرات جواهری، محمد تقی، قم: مجمع الفکر الاسلامی، چ ۱، ۱۴۲۸ق.

۱۸. زنجانی شبیری، موسی، کتاب نکاح، قم: مؤسسه پژوهشی رای پرداز، چ ۱، ۱۴۱۹ق.
۱۹. سبحانی تبریزی، جعفر، إرشاد العقول الى مباحث الأصول، تقریرات: حاج عاملی، محمد حسین، قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام، چ ۱، ۱۴۲۴ق.
۲۰. شیرازی، ناصر مکارم، استفتائات جدید، قم: انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام، چ ۲، ۱۴۲۷ق.
۲۱. صیمری، مفلح بن حسن (حسین)، غایة المرام في شرح شرائع الإسلام، بیروت: دار الہادی، چ ۱، ۱۴۲۰ق.
۲۲. طرابلسی، ابن براج، قاضی، عبد العزیز، المہذب (لابن البراج)، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چ ۱، ۱۴۰۶ق.
۲۳. طوسی، شیخ طوسی، محمد بن حسن، الخلاف، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چ ۱، ۱۴۰۷ق.
۲۴. _____، المسبوط في فقه الإمامية، تہران: المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية، چ ۳، ۱۳۸۷ق.
۲۵. _____، النهاية في مجرد الفقه و الفتاوى، بیروت: دار الكتاب العربي، چ ۲، ۱۴۰۰ق.
۲۶. طوسی، محمد بن علی بن حمزہ، الوسيلة إلى نيل الفضيلة، قم: انتشارات کتابخانہ آیة اللہ مرعشی نجفی، چ ۱، ۱۴۰۸ق.
۲۷. عاملی، جواد بن محمد حسینی، مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - القديمة)، بیروت: دار إحياء التراث العربي، چ ۱، [بی تا].
۲۸. عاملی، شہید اول، محمد بن مکی، اللمعة الدمشقية في فقه الإمامية، بیروت: دار التراث - الدار الإسلامية، چ ۱، ۱۴۱۰ق.
۲۹. _____، غایة المراد في شرح نکت الإرشاد، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، چ ۱، ۱۴۱۴ق.
۳۰. قانون مجازات اسلامی، ۱۳۹۲ش.
۳۱. کلینی، محمد بن یعقوب، الکافی، تہران: دار الکتب الإسلامية، چ ۴، ۱۴۰۷ق.
۳۲. گنجینه استفتائات قضایی (نرم افزار)، مرکز تحقیقات فقهی حقوقی قوہ قضائیه، قم.
۳۳. لنکرانی، محمد فاضل موحدی، تفصیل الشریعة في شرح تحریر الوسيلة - القصاص، قم: مرکز فقهی ائمہ اطہار علیہم السلام، چ ۱، ۱۴۲۱ق.
۳۴. مشکینی اردبیلی، علی، اصطلاحات الأصول و معظم أبحاثها، قم: الہادی، چ ۶، ۱۳۷۴ش.
۳۵. مظفر، محمد رضا، أصول الفقه، قم: مؤسسه النشر الاسلامی، چ ۵، ۱۴۳۰ق.
۳۶. نایینی، محمد حسین، أجود التقریرات، تقریر: خویی، ابوالقاسم، قم: مطبعة العرفان، چ ۱، ۱۳۵۲ش.
۳۷. نجفی، صاحب جواهر، محمد حسن، جواهر الکلام في شرح شرائع الإسلام، بیروت: دار إحياء التراث العربي، چ ۷، ۱۴۰۴ق.
۳۸. نجفی، کاشف الغطاء، جعفر بن خضر مالکی، کشف الغطاء عن مہمات الشریعة الغراء (ط - الحديثه)، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزة علمیہ قم، چ ۱، ۱۴۲۲ق.