

تحلیل فرایند نظارت شرعی شورای نگهبان بر مصوبات مجلس؛ مطالعه‌ی موردی: قانون مجازات اسلامی

روح‌الله اکرمی*

استادیار دانشکده‌ی حقوق دانشگاه قم، قم، ایران

پذیرش: ۱۳۹۳/۹/۱۵

دریافت: ۱۳۹۳/۵/۱۶

چکیده

شورای نگهبان، به‌عنوان یگانه مرجع صالح به‌منظور نظارت شرعی بر مصوبات مجلس شورای اسلامی، نقشی بی‌بدیل در صیانت از موازین اسلامی در ساحت تقنین دارد. در این نوشتار در قالب مطالعه‌ی موردی، تلاش شده تا فرایند نظارت شورای نگهبان بر قانون مجازات اسلامی، به‌منزله‌ی برجسته‌ترین قانون کیفری کشور، از نظر احراز عدم مغایرت با موازین شرعی بررسی شود. در این راستا، از طریق تتبع در سوابق بررسی قانون مجازات اسلامی در اظهار نظرهای شورای نگهبان، سعی شده تا ضمن ایضاح فتوای معیاری که سنجه‌ی این ارزیابی قرار گرفته است، چگونگی این نظارت با رویکردی انتقادی تحلیل شود، تا گامی در راستای تبیین چگونگی تحقق این بعد از نظارت برداشته شود. مطالعه‌ی صورت‌گرفته حاکی از آن است که مصوبه‌ی کمیسیون قضایی و حقوقی مجلس شورای اسلامی اشکالات متعددی در سنجه‌ی موازین شرعی دارد که شورای نگهبان در فرایند نظارتی خود بسیاری از موارد مزبور را تذکر داده و گاه در قالبی ابتکاری با ارائه‌ی راه حل رفع مغایرت، کمیسیون را در اصلاح صحیح مصوبه ارشاد کرده است. به‌رغم محاسن فراوان عملکرد شورا در نظارت بر قانون، موارد قابل تأملی نیز در این فرایند مشهود است، از طرفی فتوای معیاری که مصوبه با آن سنجیده شده است، در کلیه‌ی مراحل نظارت، یکسان نبوده، و در پاره‌ای موارد، اشکالات شرعی گرفته‌شده، جای تأمل دارد. واکاوی در مرحله‌ی بسیار حساس احراز رفع اشکال مصوبه از سوی شورا نیز نشان از آن دارد که گاه کنترل دقیقی بر اصلاحات صورت‌پذیرفته از سوی کمیسیون اعمال نشده است.

کلیدواژه‌ها: شورای نگهبان، نظارت شرعی، فتوای معیار، قانون مجازات اسلامی، قانونگذاری.

مقدمه

شورای نگهبان یکی از مهم‌ترین نهادهای ارکان قانونگذاری در نظام مقدس جمهوری اسلامی ایران به‌شمار می‌رود که کارکردهای مختلفی در عرصه‌های گوناگون مانند تفسیر قانون اساسی و نظارت بر انتخابات دارد. یکی از مهم‌ترین رسالت‌های نهاد مزبور در نظارت بر ساحت تقنین تبلور می‌یابد، به‌گونه‌ای که اجازه ندهد احکام مغایر با موازین شریعت مقدس اسلام یا اصول زرین قانون اساسی، جامه‌ی قانون به خود گیرند.

پاسداری از احکام اسلام و قانون اساسی، وظیفه‌ای بس خطیر بر دوش شورای نگهبان است که قانونگذار اساسی، در اصل ۹۱ میثاق ملی، بر آن صحنه گذارده و تأکید کرده است. ممنوعیت وضع مقررات مغایر با شرع و قانون اساسی، به‌عنوان تکلیف مجلس شورای اسلامی، موضوع اصل ۷۲، تنها در چارچوب تشخیص اعضای شورای نگهبان، به شرح مندرج در اصل ۹۶، معنا و مفهوم می‌یابد.

در نوشتار حاضر، سعی شده تا فرایند نظارت شرعی شورای نگهبان بر قانون مجازات اسلامی، که مورخ ۱۳۹۲/۲/۱۱ به تأیید شورا رسیده است، بررسی شود تا ضمن ترسیم چگونگی تطبیق مقررات با موازین شرعی از سوی شورای نگهبان، معیارها و آثار سازنده‌ی این سازوکار قانونی نمایان و خلأهای فراروی آن تبیین شود، و از این طریق بتوان مسیر آینده را برای تحقق مطلوب معماری یک نظام حقوقی اسلامی در کشور هموارتر کرد و انتظار قانونگذار اساسی در ابتدای مقررات کشور بر موازین اسلامی را که آرمان جامعه‌ی دینی ماست برآورده ساخت. غایتی که به تصریح اصل ۴ قانون اساسی، نیل بدان در گرو ایفای نقش شورای نگهبان است.

در این راستا، نگارنده با استقصای سوابق ناظر بر بررسی قانون مجازات اسلامی^(۱) در شورای نگهبان و ایرادات شرعی گرفته‌شده بر مواد لایحه که به تصویب کمیسیون قضایی و حقوقی مجلس شورای اسلامی رسیده و بازخورد این اشکالات در اصلاح لایحه، تلاش کرده است تا این فرایند تطبیق را تحلیل و ارزیابی کند. به همین منظور، در بند نخست مقاله سعی شده منبع فقهی‌ای که به‌عنوان سنجه‌ی تطبیق، معیار نظارت شرعی بر قانون از سوی شورا قرار گرفته است تعیین و در بند دوم مراحل اعمال این نظارت تبیین شود.

۱. تعیین فتوای معیار

یکی از بنیادی‌ترین مسائل در زمینه‌ی بررسی مطابقت یا مغایرت شرعی قانون به این نکته بر می‌گردد که از منظر شورای نگهبان کدام منبع فقهی به‌عنوان ملاک ارزیابی قانون مطمح نظر

قرار گرفته است: فتوای مشهور فقها، فتوای ولی فقیه، فتوای مورد تسالم فقهای شورای نگهبان یا دست‌کم منطبق با نظر اکثریت ایشان؟

ایضاح موضوع مذکور می‌تواند از یک سو، زمینه‌ی تفتن به مبانی توجیهی ایرادات شورا بر مصوبات را برای نمایندگان مجلس مهیا کند و از طرف دیگر، در مراحل تدوین طرح‌ها و لوایح، و تصویب آن‌ها در مجلس شورای اسلامی در آینده، به‌مثابه‌ی یک راهنما مورد توجه قرار گیرد تا دیگر از همان مراحل نخستین، رعایت موازین شرعی که وفق اصل ۷۲ قانون اساسی وظیفه‌ی قوه‌ی مقننه شناخته شده، جامه‌ی عمل به خود پوشد و سبب تسهیل و تسریع در فرایند قانونگذاری شود.

تتبع در مبانی استدلالی شورای نگهبان در سنجش قانون حکایت از روشن نبودن فتوای معیار دارد. به‌گونه‌ای که در موارد مصرح در اظهار نظرهای خود شورا، گاهی فتوای حضرت امام خمینی (ره) و گاهی فتوای مقام معظم رهبری به‌عنوان محک بررسی شرعی مصوبه تلقی شده، و در برخی موارد نیز بدون آنکه تصریح شده باشد، فتوای دیگری، که گاهی منطبق بر نظریه‌ی مشهور و گاهی منطبق بر موضع اقلیت است، میزان شرعی این ارزیابی قرار گرفته است. اما به‌طور کلی با فحص در سوابق بررسی‌های شورا، که مدت زمانی معتدبه نیز به درازا کشیده است، می‌توان فتوای معیار را در این فرایند طی دو مرحله‌ی جداگانه از هم تمییز داد و نتیجه گرفت که در ارزیابی‌های صورت‌گرفته تا قبل از تأیید نخستین لایحه در تاریخ ۱۳۹۰/۱۰/۲۸ اغلب در توجیه مغایرت‌های شرعی مصوبه‌ی کمیسیون، به تحریرالوسیله و فتوای حضرت امام ارجاع داده شده است، مذاقه در مفاد اظهار نظرهای مورخ ۱۳۸۸/۱۰/۲۹، ۱۳۸۹/۹/۱، ۱۳۸۹/۱۲/۲۸ و ۱۳۹۰/۸/۲۶ مؤید این نظر است.

در مقابل، در مرحله‌ی پس از تأیید اولیه‌ی لایحه، که به عللی، از انتشار آن جلوگیری و دگرباره مورد سنجش قرار گرفت، یعنی بعد از تاریخ ۱۳۹۰/۱۰/۲۸، هیچ‌گاه مصوبه‌ی کمیسیون با ملاک فتوای امام خمینی (ره) مورد اشکال قرار نگرفته و در موارد مصرح، تنها فتوای مقام معظم رهبری، به‌عنوان سنجه‌ی تطبیق، مورد استشهداد قرار گرفته است. ملاحظه‌ی محتوای اظهار نظرهای مورخ ۱۳۹۱/۶/۲۶، ۱۳۹۱/۱۱/۹ و ۱۳۹۲/۱/۲۱ این مدعا را مدلل می‌سازد. حتی در برخی موارد که تطابق شرعی مصوبه به مناسبت سازگاری با نظر حضرت امام در مرحله‌ی قبل تأیید شده بود، در مرحله‌ی دوم، به‌دلیل تغایر با فتوای مقام معظم رهبری مورد اشکال قرار گرفت.^(۲) به‌طور نمونه، تبصره‌ی ماده‌ی ۲۱۰ لایحه [تبصره‌ی ماده‌ی ۲۱۱ قانون] که مقرر می‌داشت «مواردی از قبیل نظریه کارشناس، معاینه محل، تحقیقات محلی، اظهارات مطلع، گزارش ضابطان و سایر قرائن و امارات می‌تواند مستند علم قاضی قرار گیرد»،

در مرحله‌ی نخست به دلیل عدم تنافی با فتوای حضرت امام توسط شورا تأیید شد؛^(۳) اما بعدها در مورخ ۱۳۹۱/۷/۱ مستند به فتوای مقام معظم رهبری^(۴) این اشکال بر ماده وارد شد که «با توجه به نظر مقام معظم رهبری (مدظله‌العالی) در مورد علم قاضی، در تبصره ماده (۲۱۰) بعد از عبارت "سایر قرائن و امارات" عبارت "که نوعاً علم آور باشند" اضافه شود» (پژوهشکده‌ی شورای نگهبان، ۱۳۹۲: ۷۸).

مواردی نیز در مراحل مزبور به عنوان مغایرت شرعی مطرح شده، اما مبنا و مستند شرعی آن‌ها در اظهار نظر شورا انعکاس نیافته است؛ ممکن است گفته شود این موارد ناظر بر احکامی بوده، که در خصوص آن‌ها به ترتیب طی مراحل اول و دوم، فتوایی از حضرت امام یا مقام معظم رهبری، در دست نبوده و لذا اعضای شورا براساس برداشت اجتهادی خویش نظر داده‌اند، در پاسخ بدین احتمال باید گفت اولاً در مرحله‌ی دوم که فتوای مقام معظم رهبری، معیار شرعی بررسی قانون قرار گرفته بود، در مواردی که از معظم‌له فتوایی در اختیار نبوده، شورا می‌توانست از طریق استفتا این خلأ را پر کند، تا بدین وسیله یکپارچگی قانون حفظ می‌شد.^(۵) ثانیاً در بسیاری از موارد، چه در مرحله‌ی اول و چه در مرحله‌ی دوم، به ترتیب از حضرت امام خمینی(ره) و مقام معظم رهبری در موضوعات مطروحه فتوا در دسترس بوده، و اتفاقاً شورا همسو با همان فتوا بر مصوبه اشکال گرفته بود، بی‌آنکه بر آن استناد و احتجاج کند، که ارجاع به این فتاوا می‌توانست برای جاری ساختن اسلوبی واحد در شاکله‌ی استشکال شرعی بر مصوبه مفید فایده باشد.

به‌طور نمونه، در ماده‌ی ۲۴۳ مصوبه‌ی کمیسیون هفتادوپنج ضربه شلاق و تبعید از سه ماه تا یک‌سال به عنوان حد قوادی برای مردان پیش‌بینی شده بود، شورا در اظهار نظر مورخ ۱۳۸۸/۱۰/۲۹ بر این ماده این‌گونه ایراد گرفته بود که «در ماده ۲۴۳ حکم به تبعید باید برای بار دوم و مدت آن باید با نظر حاکم باشد و بیش از یک‌سال نباشد، بنابراین ماده مذکور از این جهت اشکال شرعی دارد» (پژوهشکده‌ی شورای نگهبان، ۱۳۹۲: ۸۸). در نظر شورا سه نکته لازم‌الرعايه دانسته شده است: اولاً ثبوت حکم به تبعید در مرتبه‌ی دوم ارتکاب، موضعی که مابین قول مشهور فقهی است (علامه حلی، ۱۴۱۳ق[ب]، ج ۹: ۲۰۲)^(۶)؛ ثانیاً وابستگی تعیین مدت تبعید به صلاح‌دید قاضی، که برخی فقها در مخالفت با آن، دوره‌ی تبعید را تا هنگام توبه محکوم دانسته‌اند (ابن‌فهد حلی، ۱۴۰۷ق، ج ۵: ۶۴؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴۱: ۴۰۱؛ موسوی گلپایگانی، ۱۴۱۲ق، ج ۲: ۱۰۰)؛ ثالثاً تحدید حداکثر زمان تبعید به یک‌سال، قولی که به‌رغم پذیرش از سوی برخی قدامت (ابن‌ادریس حلی، ۱۴۱۰، ج ۳: ۴۵۵)؛ مخالفت بسیاری از فقها را به دنبال داشته است (محقق حلی، ۱۴۱۲، ج ۳: ۳۱۴؛ طباطبایی، ۱۴۱۸ق، ج ۱۶: ۲۸). براساس توضیحات، مشخص

می‌شود که برخی از فرازهای پیشنهاد شورا در زمینه‌ی مقرره‌ی مباحث‌عنه، نقطه‌ی مقابل شهرت فتوایی شکل‌گرفته قرار دارند، اما دقیقاً نظر شورا در راستای تطابق ماده با فتوای حضرت امام در تحریرالوسیله بوده است، امام در آن‌جا می‌فرمایند: قواد از شهر خود به جای دیگر تبعید شده و احوط ثبوت این حکم در مرتبه‌ی دوم است، و بعید نیست که مدت نفی موکول به تشخیص حاکم باشد (موسوی خمینی، بی‌تا، ج ۲: ۴۷۱).

اتفاقاً در مرحله‌ی دوم نیز مواردی قابل اصطیاد بود که مصوبه به دلیل مغایرت با فتوای مقام معظم رهبری مورد ایراد واقع شده است، بدون آنکه به مستند آن تصریح شود. به‌طور مثال در اظهار نظر مورخ ۱۳۹۱/۶/۲۶ بر بند «ب» ماده‌ی ۲۸۸ مصوبه‌ی کمیسیون [ماده‌ی ۲۹۰ قانون] که به‌صورت مطلق ارتکاب کاری را که نوعاً سبب جنایت شده، موجب عمدی تلقی شدن جنایت می‌دانست، این ایراد وارد شده بود که «اطلاق بند (ب) ماده (۲۸۸) نسبت به مواردی که مرتکب در زمان ارتکاب عمل متوجه یا آگاه نبوده که آن کار موجب جنایت می‌شود خلاف شرع است، چنانچه در انتهای این بند عبارت زیر اضافه شود اشکال رفع می‌گردد: «... ولی آگاه و متوجه بوده که آن کار نوعاً موجب آن جنایت یا نظیر آن می‌شود». مضافاً به این‌که تبصره‌های (۲) و (۳) این ماده نیز مبنیاً بر این امر باید اصلاح شوند» (پژوهشکده‌ی شورای نگهبان، ۱۳۹۲: ۹۸). اشکال مذکور دقیقاً هم‌جهت با دیدگاه مقام معظم رهبری مبنی بر عمدی نبودن قتل ناشی از رفتار غالباً کشنده در فرض جهل مرتکب به خصیصه‌ی نوعاً کشندگی اقدام است، که در درس خارج فقه بیان فرموده‌اند (حسینی خامنه‌ای: ۱۳۷۸).

نکته‌ی بسیار تأمل‌برانگیز در فرایند نظارت شرعی بر قانون آن بوده که به‌رغم آنکه حسب مراحل دوگانه، فتوای حضرت امام خمینی یا مقام معظم رهبری به‌عنوان ملاک احراز تطابق یا تغایر شرعی مصوبه در نظر گرفته شده بود، بعضاً شورا در نظارت خود در همان مقطع زمانی، مقررات منطبق بر فتوای معیار را با ملاکی متفاوت سنجیده بود؛ امری که چندان توجیه‌پذیر نیست. در ادامه مواردی از این حالت تشریح می‌شود تا از این طریق ابعاد نقد حاضر و توضیح بیشتری یابد.

نمونه‌ی مرحله‌ی نخست. در مرحله‌ی اول که اصولاً فتوای معیار بر مدار نظر حضرت امام خمینی بوده و شورا بیش از پنجاه اشکال را صریحاً براساس فتوای ایشان بنیان نهاده بود، گاهی مصوبه‌ی همسو با فتوای امام خلاف شرع تلقی شده و تصحیح آن از کمیسیون مطالبه شده بود. برای مثال ماده‌ی ۴۹۹ مصوبه [ماده‌ی ۴۹۵ قانون] اشعار می‌داشت «هر گاه پزشک در معالجاتی که انجام می‌دهد موجب تلف یا صدمه بدنی گردد، ضامن دیه و خسارت است، مگر آن‌که عمل او مطابق مقررات پزشکی و موازین فنی بوده و قبل از اقدام به معالجه از مریض براءت گرفته باشد...». این مقرره منطبق با فتوای حضرت امام است^(۷) که معتقدند اگر بیمار یا

ولی او به پزشکی که از نظر علمی حاذق بوده و در عمل نیز خبره باشد، اجازه‌ی طبابت دهد و در اثر معالجه جنایتی بر بیمار وارد شود، قول قوی‌تر ضمان طیب است (موسوی خمینی، بی‌تا، ج ۲: ۵۶۰). با وجود این، شورای نگهبان در اظهار نظر مورخ ۱۳۸۹/۹/۱ در حالی که موارد متعددی از مصوبه را با تصریح بر مغایرت با فتوای حضرت امام خلاف شرع دانسته بود، در مورد این ماده اعلان داشته «[در ماده (۴۹۹)] از این جهت که ضمان طیب در صورت عدم قصور و تقصیر در علم و عمل، در فرض عدم اخذ برائت، ثابت می‌ماند، خلاف موازین شرع شناخته شد» (پژوهشکده‌ی شورای نگهبان، ۱۳۹۲: ۱۵۰). اشکالی که در نهایت سبب اصلاح مصوبه و الحاق تبصره‌ای با این مضمون شد که «در صورت عدم قصور یا تقصیر پزشک در علم و عمل برای وی ضمان وجود ندارد، هرچند برائت اخذ نکرده باشد». موضعی که هماهنگ با قول شاذی از ابن‌ادریس حلی بوده (ابن‌ادریس حلی، ۱۴۱۰ق، ج ۳: ۳۷۳)، که بسیاری از فقها ادعای اجماع (ابن‌زهره حلی، ۱۴۱۷ق: ۴۱۰-۴۱۱) و اتفاق نظر (محقق حلی، ۱۴۱۲ق، ج ۳: ۴۲۱)^(۸) بر خلاف آن را کرده‌اند.

نمونه‌ی مرحله‌ی دوم. در مرحله‌ی دوم، که اساس ارزیابی لایحه از نظر شرعی بودن بر سنجه‌ی فتوای مقام معظم رهبری استقرار یافته بود، برخی مواد هماهنگ با فتوای ایشان، خلاف شرع دانسته شدند. برای مثال، در اظهار نظر مورخ ۱۳۹۱/۶/۲۶ به‌رغم اینکه شورا اشکالات متعددی را به‌واسطه‌ی مغایرت با فتوای مقام معظم رهبری بر مصوبه وارد کرده و خواستار اصلاح آن‌ها شده بود،^(۹) در همین اظهار نظر برخی مواد منطبق با فتوای معظم‌له را تحت عنوان خلاف شرع، مورد اشکال قرار داده تا تغییر یابند. در بند ۲۳ از همین اظهار نظر بر عموم ماده‌ی ۳۰۳ [ماده‌ی ۳۰۶ قانون] مشعر بر انتفای قصاص در جنایات عمدی بر جنین ایراد شده بود (پژوهشکده‌ی شورای نگهبان، ۱۳۹۲: ۱۰۶). دیدگاهی که مطابق فتوای مقام معظم رهبری تحریر یافته بود،^(۱۰) اما شورا تغییر آن را وفق موضع فقهی متفاوت پیشنهاد کرد. این شیوه‌ی نظارت، ضمن آنکه موجب فرو رفتن منبع فقهی قانون در هاله‌ای از ابهام می‌شود، سبب خواهد شد مجلس نیز نتواند از ابتدا نقش خود را در تصویب مقررات منطبق با موازین شرعی ایفا کند و دچار نوعی تحیر در تشخیص فتوای معیار شود.

عدم حاکمیت منبع فقهی واحد در نظارت شرعی بر قانون، خود موجب بروز این شبهه می‌شود که در وضعیتی که شورا ملتزم به جاری ساختن گفتمان فقهی معینی نبوده و از صلاحیت گزینشی گسترده‌ای در عرصه‌ی مواضع مختلف برخوردار است، به‌نحوی که حتی در مواردی اقوال شاذ و در تضاد با فتوای معیار را به‌عنوان مبنای قانونی توصیف کرده است، که اتفاقاً چنین رویکردی، چنانچه در راستای اتخاذ دیدگاه‌های متناسب با مقتضیات اجتماعی به‌کار گرفته شود،

می‌تواند توجیه نیز بیابد، چرا در سایر موارد از این خط‌مشی تبعیت نکرده است. به‌طور نمونه، اشکالات متعددی بر مصوبه‌ی کمیسیون، در راستای فتاوی‌ای حضرت امام خمینی (مرکز تحقیقات قوه‌ی قضاییه، ۱۳۷۷: ۲۴) و مقام معظم رهبری (مؤسسه‌ی آموزشی و پژوهشی قضا، ۱۳۹۰: ۱۲۱-۱۲۲) از نظر مغایرت شرعی تدارک هزینه‌های درمانی و سایر خسارات مازاد بر دیه گرفته شده است (پژوهشکده‌ی شورای نگهبان، ۱۳۹۲: ۱۲۹، ۱۴۰، ۱۴۳، ۱۵۳، ۱۵۴)، درحالی‌که بسیاری از فقهای معاصر مانند حضرات آیات مکارم شیرازی (مکارم شیرازی، ۱۴۲۷ق، ج ۱: ۳۹۷)، نوری همدانی، مظاهری، موسوی اردبیلی، گرامی، عمید زنجانی (مرکز تحقیقات قوه‌ی قضاییه، ۱۳۷۷: ۳-۲۵)، یزدی (یزدی، ۱۳۸۰: ۸۰) معتقدند که جانی باید هزینه‌های مزبور را نیز جبران کند، و بر این نظریه ادله‌ی متعدد فقهی اقامه شده است (مرعشی شوشتری، ۱۳۷۶، ج ۱: ۱۸۷-۱۹۶)؛ موضعی که به نظر، با توجه به مخارج بالای درمانی، در قیاس با نرخ دیه‌ی اعلامی سالیانه از سوی قوه‌ی قضاییه، با شرایط کنونی جامعه همخوانی بیشتری دارد، اما شورا این موضع مستظهر به پشتوانه‌ی فقهی بالا را به‌دلیل مغایرت شرعی نپذیرفت.

۲. مراحل احراز تطبیق مصوبه با فتوای معیار

پس از شناسایی گفتمان فقهی‌ای که ملاک نظارت شرعی بر قانون بوده است، در این بخش، عملکرد شورای نگهبان در ارزیابی مذکور، به‌ترتیب در مراحل مجزا به شرح احراز موارد مغایرت شرعی (بند ۱-۲)، بیان محتوای مصداق مغایرت شرعی (بند ۲-۲)، بیان طریق رفع مغایرت شرعی (بند ۲-۳) و در نهایت احراز اصلاح موارد مغایرت شرعی (بند ۲-۴) بررسی شده است.

۲-۱. احراز مصادیق مغایرت شرعی

در نخستین گام از مسیر نظارت شرعی شورا بر مصوبه‌ی مجلس، می‌بایست در فرصت مقررشده‌ی قانونی، با استخراج مواردی از مصوبه که خلاف موازین شرعی، به‌نحو منعکس در فتوای معیار، است، از تأیید آن‌ها اجتناب و اعلام مغایرت کند. در این راستا، شایسته بود ماهیت اظهار نظر شورا در این موارد، متناسب با نوع مغایرت به عمل می‌آمد؛ به این تقریر که در خصوص مصوبات مغایر با اقوال مجمع‌علیه، یا دیدگاه‌هایی که نظر مخالف، از چنان شدوذ و ضعف مبانی استدلالی برخوردار است که مورد اعتنا قاطبه‌ی فقها قرار نگرفته است، از اصطلاح «خلاف شرع» استفاده شود. اما از به‌کارگیری این تعبیر در موارد مبتنی بر رأی فقهی معتبر، هرچند از شهرت نیز برخوردار نباشد، احتراز شود. در چنین حالاتی سزاوار بود اظهار نظر شورا مشعر بر مغایرت آن با فتوای معیار و نه شرع باشد. شورای نگهبان،

به‌درستی در برخی موارد این نکته را لحاظ کرده،^(۱۱) اما در بسیاری از اشکالات، مقررات تصویب‌شده را با عنوان قابل نقد «خلاف شرع» مورد ایراد قرار داده، درحالی‌که اتفاقاً گاه دیدگاه مورد ابتدای مصوبه‌ی کمیسیون، اجماعی یا منطبق با نظرگاه مشهور بوده، با وجود این خلاف شرع قلمداد شده است؛ قضاوتی که قدری جای درنگ دارد.

در این قدم از فرایند نظارت می‌بایست با پرهیز از جزئی‌نگری، در خصوص هر مغایرت شرعی، کلیت مصوبه، در نگاهی کلان مورد ملاحظه قرار می‌گرفت، تا از این طریق ضمن حفظ انسجام درونی قانون، از بقای اشکال وارده در سایر اجزای قانون جلوگیری شود. این ضابطه، به‌نحو مطلوبی در نظارت بر لایحه رعایت نشده است. به‌طور مثال شورای نگهبان، در اظهار نظر مورخ ۱۳۸۸/۱۰/۲۹ تلاش کرد تا شمول برخی نهادها مانند تخفیف قضایی مجازات یا مرور زمان را نسبت به تعزیرات منصوص شرعی منع کند، لیکن این نگرش در تمامی مصوبه انعکاس نیافت؛ درحالی‌که در بند ۱۸ اظهار نظر تسری مرور زمان تعقیب و صدور حکم موضوع ماده‌ی ۱۰۴ مصوبه [ماده‌ی ۱۰۵ قانون]، به تعزیرات منصوص مورد اشکال قرار گرفت (پژوهشکده‌ی شورای نگهبان، ۱۳۹۲: ۵۴)، ولی همین ایراد نسبت به مرور زمان اجرای مجازات، موضوع ماده‌ی ۱۰۶ مصوبه [ماده‌ی ۱۰۷ قانون]، وارد نشد. در خصوص نهاد تخفیف قضایی نیز، شمول آن بر جرایم مستوجب تعزیر منصوص ارتكابی از سوی اطفال و نوجوانان موضوع ماده‌ی ۹۱ مصوبه [ماده‌ی ۹۳ قانون] مورد اشکال واقع شده (پژوهشکده‌ی شورای نگهبان، ۱۳۹۲: ۵۱)، اما چنین ایرادی در خصوص تخفیف قضایی تعزیر منصوص بزه‌کاران بزرگسال موضوع ماده‌ی ۳۶ مصوبه [ماده‌ی (۳۷) قانون] مطرح نشد.

به هر تقدیر، بررسی مصوبه‌ی کمیسیون، حکایت از وجود مقررات مغایر شرع فراوانی داشت، که اگر نظارت شورا در این راستا صورت نمی‌پذیرفت، این موارد در قالب قانونی به مرحله‌ی اجرا در می‌آمدند؛ امری که بی‌گمان در ساختار نظام حقوقی کشور توجیه‌شدنی نیست. با وجود این، هدف مزبور، به‌طور کامل در خصوص قانون محقق نشده است و برخی ملاحظات در خصوص آن وجود دارد، که می‌توان آن‌ها را در دو عرصه از هم تفکیک کرد.

۲-۱-۱. اشکال شرعی بر مقررات غیرمغایر

گاهی بدون آنکه مصوبه‌ی کمیسیون منافاتی با شرع داشته باشد، مورد اشکال قرار گرفته، که طبعاً پیامد چنین اقدامی یا به اصلاح نادرست مصوبه انجامیده^(۱۲) یا در نهایت به عدول از ایراد منجر شده است.^(۱۳)

برخورد شورا با ماده‌ی ۳۷۳ مصوبه پیرامون استیفای قصاص در حالت شرکت در جنایت، نمونه‌ی روشنی از انصراف شورا از اشکال خویش، پس از طی یک فرایند غیرضروری است.

حسب ماده مبحوث‌عنه «در موارد شرکت در جنایت عمدی، حسب مورد، مجنی‌علیه یا ولی‌دم می‌تواند یکی از شرکاء در جنایت عمدی را قصاص کند و دیگران باید فوراً سهم خود از دیه را به قصاص‌شونده بپردازند، و یا این‌که همه‌ی شریکان یا بیش از یکی از آنان را قصاص کند، مشروط بر این‌که دیه‌ی مازاد بر جنایت پدیدآمده را پیش از قصاص، به قصاص‌شوندگان بپردازد. اگر قصاص‌شوندگان همه شریکان نباشند، هر یک از شریکان که قصاص نمی‌شود نیز باید سهم خود از دیه‌ی جنایت را بپردازد»، مطابق تبصره‌ی این ماده نیز «اگر مجنی‌علیه یا ولی‌دم، خواهان قصاص برخی از شریکان باشد و از حق خود نسبت به برخی دیگر مجانی گذشت کرده یا با آنان مصالحه نموده باشد، در صورتی که دیه‌ی قصاص‌شوندگان، بیش از سهم جنایتشان باشد، باید پیش از قصاص، مازاد دیه‌ی آنان را به قصاص‌شوندگان بپردازد». در اظهار نظر مورخ ۱۳۸۸/۱۰/۲۹ بر این ماده اشکال گرفته شد که «در ماده (۳۷۴) و تبصره آن، مقصود از سهم جنایت هر یک از شرکاء باید روشن شود تا اظهار نظر گردد (در این خصوص ر.ک: مسئله‌ی ۴۵ القول فی الواجب از کتاب قصاص تحریرالوسیله)» (پژوهشکده‌ی شورای نگهبان، ۱۳۹۲: ۱۱۹).^(۱۴) این در حالی است که مصوبه هیچ تعارض معناداری با فتوای حضرت امام در تحریرالوسیله نداشته و اساساً متن مصوبه نیز ایرادی ندارد، از این‌رو کمیسیون در اصلاحات انجام‌گرفته در ۱۳۹۰/۵/۲ به‌درستی اظهار کرد که «به نظر کمیسیون در ماده (۳۷۴) ابهامی دیده نشد» (پژوهشکده‌ی شورای نگهبان، ۱۳۹۲: ۱۱۹). اما شورا بار دیگر بر موضع سابق خود در اظهار نظر مورخ ۱۳۹۰/۸/۲۶ اصرار ورزید؛ در پی آن کمیسیون ناگزیر از آن شد تا در اصلاحات ۱۳۹۰/۹/۲۷ در تبصره‌ی ماده، بیشتر بودن سهم شریک در جنایت را ناظر بر حالتی بداند که صاحب حق قصاص سایر شرکا را بخشیده یا با آن‌ها مصالحه کرده است، امری که اشکال آن مستغنی از استدلال است، زیرا مازاد بودن سهم شریک در جنایت متأثر از استناد بخشی از جنایت به سایر شرکا و تفاوت دیه‌ی جانی با مجنی‌علیه است. از این‌رو شورا در بند ۳۰ اظهار نظر مورخ ۱۳۹۱/۶/۲۶ حذف تغییر جدید را خواست و در نهایت، ماده را با همان ترتیبی که در مصوبه‌ی اولیه آمده بود تأیید کرد (پژوهشکده‌ی شورای نگهبان، ۱۳۹۲: ۱۱۹).

ماده‌ی ۴۶۶ مصوبه [ماده‌ی ۴۶۳ قانون] در مورد مسئول پرداخت دیه‌ی خطای محض، نیز شاهد دیگری از سنخ ایراداتی است که اساساً وارد نبوده، با این حال به‌گونه‌ای تغییر یافته که در بردارنده‌ی همان محتوای اولیه است. مطابق این ماده «دیه خطای محض در صورتی که جنایت با اقرار مرتکب، یا نکول او از سوگند، یا نکول او از قسامه ثابت شود، به عهده خود مرتکب است و در غیر این صورت، عاقله باید آن را پرداخت کند». در اظهار نظر مورخ ۸۹/۹/۱ در مورد ماده‌ی اخیر بیان شده بود که «آیا نکول از سوگند مثبت جنایت است یا خیر؟

ابهام دارد، پس از رفع ابهام اظهار نظر خواهد شد» (پژوهشکده‌ی شورای نگهبان، ۱۳۹۲: ۱۴۲). ایراد ابهام در حالی گرفته شده که ماده به‌صراحت قابلیت اثباتی جنایت در حالت نکول از سوگند را پذیرفته، از این‌رو اشکالی متوجه آن نیست، از این‌رو کمیسیون این بخش از ماده را در جلسه‌ی ۱۳۹۰/۹/۲۷ حذف و مقرر کرد «دیه خطای محض در صورتی که جنایت با اقرار مرتکب ثابت شود، بر عهده خود مرتکب است». متعاقباً در اظهار نظر ۱۳۹۱/۶/۲۶ از کمیسیون خواسته شد که متن ماده را مطابق ماده‌ی ۳۰۵ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ اصلاح کند (پژوهشکده‌ی شورای نگهبان، ۱۳۹۲: ۱۴۲). در این راستا در نهایت ماده این‌گونه تأیید شد: «در جنایت خطای محض در صورتی که جنایت با بینه یا قسامه یا علم قاضی ثابت شود، پرداخت دیه بر عهده عاقله است و اگر با اقرار مرتکب یا نکول او از سوگند یا قسامه ثابت شد بر عهده خود او است». مقایسه‌ی متن نهایی مورد تأیید شورا با مصوبه‌ی اولیه حکایت از عدم ورود اشکال از ابتدا دارد.

۲-۱-۲. عدم اشکال شرعی بر مقررات مغایر

وجود مغایرت شرعی در مصوبه‌ی کمیسیون و مورد اشکال قرار نگرفتن آن، و در نهایت همراه شدن با تأیید شورا را می‌توان به این دسته از ایرادات افزود. توضیح آنکه یکی از قواعد تنصیصی فقه جزایی ناظر بر ضرورت کمتر بودن میزان تعزیر از حد است، فارغ از اقوال مختلف ناظر بر نوع حدی، که تعزیر می‌بایست از آن کمتر باشد،^(۱۵) حداکثر میزان تعزیری که می‌توان برای آن محمل فقهی یافت، نودونه ضربه است،^(۱۶) که قاضی به‌منظور تفرید مجازات در بازه‌ی حداقل تا حداکثر مذکور، مؤلفه‌های متعددی مانند انگیزه‌ی بزه‌کار، شیوه‌ی اقدام ارتكابی و نظایر آن‌ها را در نظر می‌گیرد، اما در هر صورت اجازه‌ی تجاوز از این حداکثر را ندارد. یکی از این مؤلفه‌ها سابقه و پیشینه‌ی کیفری مرتکب است. این در حالی است که اطلاق ماده‌ی ۱۳۷ قانون مجازات اسلامی، به دادگاه اجازه داده که اگر مثلاً کسی مرتکب جرایم موضوع ماده‌ی ۵۹۸ یا ماده‌ی ۶۳۷ کتاب تعزیرات شود، صرفاً به‌دلیل داشتن سابقه‌ی محکومیت مؤثر کیفری، به‌ترتیب تا یکصدویازده و یکصدوچهل هشت ضربه شلاق محکوم کند؛ امری که مغایرت شرعی آن کاملاً آشکار است.

۲-۲. چگونگی بیان مصادیق مغایرت شرعی

یکی از مسائل مطلوب در نظارت شرعی بر مصوبات مجلس آن است که پس از احراز مغایرت، با صراحت اشکال وارده مشخص شده و مبنای آن بیان شود. مطابق ماده‌ی ۱۸۵ آیین‌نامه‌ی داخلی مجلس «شورای نگهبان، در صورت رد مصوبات مجلس، مؤظف است علت

رد را صریحاً به مجلس گزارش نماید».

در اظهار نظرهای شورای نگهبان در خصوص قانون، در موارد بسیاری به خوبی مصداق دقیق مغایرت و نیز مستند شرعی آن (حکم یا ضابطه‌ی شرعی منقوض) تصریح شده است. لیکن در برخی موارد این مهم چندان در متن اظهار نظرهای شورا انعکاس نیافته است که در ادامه بررسی خواهند شد.

۲-۱-۲. عدم ایضاح مصداق مغایرت و مستند آن

گاهی اساساً در اظهار نظرهای شورا نه محتوای مصداق مغایر و نه مستند مغایرت، هیچ‌کدام بازتابی ندارند. در زیر به چند نمونه در این خصوص اشاره می‌شود:

نمونه‌ی (الف). در اظهار نظر مورخ ۱۳۸۸/۱۰/۲۹ نسبت به ماده‌ی ۱۳۹ [ماده‌ی ۱۴۰ قانون] که مصوب شده بود «مسئولیت کیفری، تنها زمانی محقق است که فرد حین ارتکاب جرم، عاقل، بالغ و مختار باشد»، این ایراد گرفته شده بود که «عموم ماده (۱۳۹)، خلاف موازین شرع شناخته شد» (پژوهشکده‌ی شورای نگهبان، ۱۳۹۲: ۶۵). در اینجا اولاً معلوم نیست که منظور از مغایرت شرعی عموم ماده، نسبت به کدام‌یک از قیود عقل، بلوغ یا اختیار، یا هر سه مورد است، و از طرفی نسبت به کدام جرایم؛^(۱۷) در حالی که نظر شورا صرفاً به دلیل احتراز از التزام به قید اختیار، آن هم فقط در جرم قتل بوده، که می‌توانست به‌طور شفاف به مصداقی که نباید مشمول این عموم قرار گیرد، تصریح کند؛ ثانیاً مستند شرعی تغایر نیز تعیین نشده است، چه اینکه حتی در خصوص مجوز نبودن اکراه برای قتل، بین فقها اتفاق نظر وجود ندارد، زیرا در کنار قول مشهور که ادعای اجماع نیز بر آن شده (خوانساری، ۱۴۰۵ق، ج ۷: ۱۸۶)، اقلیتی نیز قائل به رافعییت اکراه در مسئولیت کیفری قائل‌اند (موسوی خویی، ۱۴۲۲ق، ج ۴۲: ۱۴؛ فیاض کابلی، بی تا، ج ۳: ۳۲۹؛ مرعشی شوشتری، ۱۳۷۶، ج ۱: ۱۲۴)، از این رو مناسب بود به مستند نیز اشاره می‌شد.

نمونه‌ی (ب). در اظهار نظر مورخ ۱۳۸۸/۱۰/۲۹ پیرامون تبصره‌ی ماده‌ی ۲۷۷ [ماده‌ی ۲۷۶ قانون] که اشعار می‌داشت «سرقت پدر یا جد پدری از فرزند یا نوه خود جرم نیست»، اشکال شده بود که «اطلاق تبصره ماده (۲۷۷)، خلاف موازین شرع شناخته شد» (پژوهشکده‌ی شورای نگهبان، ۱۳۹۲: ۹۴). صرف نظر از آنکه مستند شرعی اشکال در اظهار نظر مذکور به سکوت برگزار شده، محتوای ایراد نیز روشن نیست و متعلق واژه‌ی «اطلاق» که منافی شرع شناخته شده، محل ابهام است، که آیا به جرم یا سرقت بر می‌گردد، یا به پدر یا جد پدری؛ چه اگر به جرم و سرقت برگردد، ممکن است این‌طور تفسیر شود که منظور شورا آن بوده که ارتکاب هر سرقتی از سوی والد فاقد عنوان مجرمانه نیست؟ موضعی که ممکن است در راستای این نگرش

تحلیل شود که مشهور فقها قائل به تحدید جواز اخذ مال فرزند به پدر نیازمند شده‌اند (حسینی عاملی، ۱۴۱۹ق، ج ۱۲: ۴۱۷)، که بر این مبنا در این موارد صرفاً حد ثابت نمی‌شود (فاضل لنکرانی، ۱۴۲۲ق: ۴۹۸)،^(۱۸) اما بردن مال فرزند توسط پدر ممنوع و مشمول اطلاقات سرقت تعزیری خواهد بود (مقتدایی: ۱۳۸۷)؛ درحالی‌که اگر به‌طور مطلق قائل به اباحتی هر گونه اخذ مال از فرزند توسط پدر شویم (شیخ صدوق، ۱۴۱۵ق: ۳۷۱)،^(۱۹) دیگر هر ربایشی توسط پدر فاقد وصف مجرمانه خواهد شد؛ چنانکه حتی برخی اساساً از نظر شرعی عنوان سارق را بر پدر قابل اطلاق نمی‌دانند (مرعشی نجفی، ۱۴۲۴ق: ۹۴)، و صریحاً تعزیر پدر را منتفی دانسته‌اند (مکارم شیرازی، ۱۴۲۷ق، ج ۳: ۳۷۶).^(۲۰) اگر متعلق «اتلاق» به پدر و جد پدری برگردد، ممکن است مقصود شورا انصراف حکم جرم نبودن سرقت پدر و جد پدری از موارد رابطه‌ی نسب غیرشرعی دانسته شود. در هر صورت عدم وضوح در تبیین مصداق مغایرت سبب شد کمیسیون قضایی اصل تبصره را حذف کند، مسئله‌ای که ممکن است موجب شود دادگاه‌ها در موارد سرقت از مال فرزند، حتی در فرض نیازمندی پدر، به‌دلیل اطلاقات مقررات ناظر بر سرقت تعزیری، حکم به مجازات دهند، امری که به‌دلیل اجماع فقهی مبنی بر جواز چنین اخذ مالی از سوی پدر، توجیه‌بردار نخواهد بود.

۲-۲-۲. بیان مستند مغایرت و عدم تعیین مصداق آن

در برخی موارد با اینکه مستند مغایرت شرعی مصوبه مشخص شده، نوع اشکال دقیقاً توصیف نشده است، که همین امر سبب شده است کمیسیون قضایی نتواند به‌منظور شورا پی‌برد و اشکال را مرتفع کند.

ماده‌ی ۴۸۱ از مصوبه [ماده‌ی ۴۷۷ قانون] نمونه‌ای از این موارد است که اشعار می‌داشت «در موارد علم اجمالی به ارتکاب جنایت توسط یک نفر از دو یا چند نفر معین، چنانچه تعیین مرتکب ممکن نباشد، در صورت حصول لوٹ، صاحب حق می‌تواند از متهمین مطالبه قسامه و در صورت عدم لوٹ مطالبه سوگند نماید، در صورتی‌که همگی، حسب مورد قسامه اقامه کرده یا سوگند یاد نمایند، دیه به‌طور مساوی توسط آنان پرداخت خواهد شد». شورای نگهبان در بند ۱۱ اظهار نظر مورخ ۱۳۸۹/۹/۱ در خصوص این ماده بیان داشته بود «در ماده (۴۸۱) با توجه به فتوای مقام معظم رهبری (مدظله‌العالی) دیه باید از بیت‌المال داده شود، بنابراین لازم است این ماده اصلاح گردد» (پژوهشکده‌ی شورای نگهبان، ۱۳۹۲: ۱۴۵). در این اشکال، مستند نقد وارده بر مصوبه بیان شده، اما اینکه پرداخت دیه از بیت‌المال، ناظر بر حالت وجود لوٹ است یا فقدان آن، یا هر دو صورت؛ و آیا شامل هر جنایتی اعم از بر نفس یا مادون نفس است یا برخی از مصادیق، دقیقاً معین نشده است. نتیجه‌ی این ابهام آن شد که متعاقباً

کمیسیون، به این تصور که ثبوت پرداخت دیه ناظر بر حالت لوث، و آن هم در کلیه‌ی مصادیق جتایات است، ماده را این‌گونه اصلاح کرد «در موارد علم اجمالی به ارتکاب جنایت توسط یک نفر از دو یا چند نفر معین، چنانچه تعیین مرتکب ممکن نباشد، در صورت حصول لوث، دیه از بیت‌المال پرداخت می‌شود». این در حالی است که در فرض وجود لوث، از طریق قسامه تعیین تکلیف می‌شود و نوبت به مسئولیت بیت‌المال نمی‌رسد، و از نظر مقام معظم رهبری مسئولیت بیت‌المال در موارد فقدان لوث نیز محدود به جنایت علیه نفس است، اموری که مصوبه‌ی اصلاحی دقیقاً خلاف آن تنظیم شده‌اند، از این رو مجدداً در اظهار نظر مورخ ۱۳۹۱/۶/۲۶ با ایراد روبه‌رو شده که در ماده‌ی ۴۷۴، شمول اطلاق پرداخت دیه از بیت‌المال به غیر قتل، خلاف فتوای مقام معظم رهبری (مدظله‌العالی) است، باید این ماده اصلاح شود، لذا خود شورا تصحیح ماده را به شکل زیر پیشنهاد می‌دهد که «در موارد علم اجمالی به ارتکاب جنایت، توسط یک نفر از دو یا چند نفر معین، در صورت وجود لوث بر برخی از اطراف علم اجمالی، طبق مواد قسامه در این باب عمل می‌شود، و در صورت عدم وجود لوث، صاحب حق می‌تواند از متهمین مطالبه سوگند کند اگر همگی سوگند یاد کنند در خصوص قتل دیه از بیت‌المال پرداخت می‌شود و در غیر قتل، دیه به نسبت مساوی از متهمان دریافت می‌شود» (پژوهشکده‌ی شورای نگهبان، ۱۳۹۲: ۱۴۵). مسئله‌ای که اگر در همان وهله‌ی نخست ماهیت مغایرت دقیقاً تبیین می‌شد، فرایند را طولانی نمی‌کرد.

شایان ذکر است که گاه مصداق مغایرت مطرح شده، اما به دلیل سهو در تبیین آن، اشکال به درستی انعکاس نیافته است. به‌طور مثال ماده‌ی ۴۰۰ از مصوبه [ماده‌ی ۳۹۹ قانون] مقرر می‌داشت «اگر عضو مورد جنایت، زائد باشد و مرتکب، عضو زائد مشابه نداشته باشد، به پرداخت دیه محکوم می‌شود». شورای نگهبان در بند ۷۴ از اظهار نظر مورخ ۱۳۸۸/۱۰/۲۹ در مورد این ماده بیان کرد «در ماده (۴۰۰) پرداخت دیه، خلاف موازین شرع است، باید خسارت‌ها را حاکم معین کند. (به مسئله‌ی ۴ ذیل الثامن من المقصد الثانی فی الجنایه تحریرالوسیله توجه شود)» (پژوهشکده‌ی شورای نگهبان، ۱۳۹۲: ۱۲۷). در این اظهار نظر، شورا با استناد به فتوای حضرت امام حکم بر ثبوت دیه‌ی از بین بردن عضو زائد و غیر اصلی را خلاف شرع دانست و قائل به تعیین خسارت توسط حاکم شد، این در حالی است که حضرت امام معتقدند در چنین مواردی که جنایت ارتكابی موجب ایراد نقص، در معنای خاص خود، در مجنی‌علیه نمی‌شود، مجرای حکومت خواهد بود، و جالب آنکه تأکید می‌فرمایند که این حکومت، در معنایی غیر از مفهوم اصطلاحی مرادف ارشاست، و منظور از آن ثبوت صلاحیت اصدار حکم و تصمیم‌گیری برای قاضی به‌نحوی است که اختلاف

پیش‌آمده را فیصله دهد، که می‌تواند از طریق دستور مصالحه به طرفین و حتی تعزیر جانی محقق شود (موسوی خمینی، بی‌تا، ج ۲: ۵۹۳).^(۲۱) از این رو حصر مفهوم حکومت در حکم به خسارت در نظر شورای نگهبان، و تأیید معادل‌سازی آن با ارش، به شرحی که در اصلاحات نهایی ماده منعکس شد، مابین فتوایی است که مستند اعلام مغایرت شرعی ماده قرار گرفت.

۲-۳. بیان طریق رفع مغایرت شرعی

یکی از محاسن عملکرد شورای نگهبان، در نظارت شرعی لایحه، به ارائه‌ی طریق به کمیسیون قضایی و حقوقی مجلس برای چگونگی رفع اشکال مصوبه بر می‌گردد. امری که با توجه به اینکه ممکن است ضرورتاً نمایندگان محترم مجلس احاطه‌ی فقهی بر مسائل نداشته باشند، عاملی مهم در ارشاد ایشان برای اصلاح مصوبه خواهد بود.

ضرورت این مطلب با مذاقه در سوابق لایحه روشن‌تر خواهد شد. چه اینکه در بسیاری از موارد که شورا در اظهار نظر خویش نحوه‌ی رفع اشکال را تبیین نکرده، کمیسیون نتوانسته به حاق اشکال پی ببرد و از این رو مصوبه به‌درستی تصحیح نشده و مجدداً همان مسئله مورد ایراد قرار گرفته است.^(۲۲)

گفتنی است که در بسیاری از موارد عدم تأمین نظر شورای نگهبان در اصلاحات کمیسیون، خود شورا چگونگی تصحیح عبارتی مواد را پیشنهاد کرده که متعاقب آن اشکال برطرف می‌شده است.^(۲۳)

با وجود این، در برخی موارد که شورا در خصوص چگونگی اصلاح مصوبه به کمیسیون راهکار داده، بین مبنای اشکال وارده و نحوه‌ی رفع مغایرت پیشنهادی چندان هماهنگی مشاهده نمی‌شود که در زیر به ذکر چند نمونه از این موارد بسنده می‌شود.

نمونه‌ی (الف). ماده‌ی ۴۸۹ از مصوبه‌ی کمیسیون [ماده‌ی ۴۸۵ قانون] اشعار می‌داشت «هرگاه محکوم به قصاص عضو یا تعزیر یا حد غیر مستوجب سلب حیات، در اثر اجراء مجازات کشته شود یا صدمه‌ای بیش از مجازات مورد حکم به او وارد شود، چنانچه قتل یا صدمه، عمدی یا مستند به تقصیر باشد، مجری حکم حسب مورد به قصاص یا دیه محکوم می‌شود. در غیر این صورت، بیت‌المال دیه را پرداخت خواهد کرد». در بند ۱۴ اظهار نظر ۱۳۸۹/۹/۱ بر این ماده اشکال شده بود که «شمول عبارت «در غیر این صورت» در قسمت اخیر ماده‌ی ۴۸۹، نسبت به موردی که قصاص عضو انجام گیرد و مجری تجاوز از مجازات مقرر نکرده باشد، دیه ندارد، بدین سبب با توجه به فتوای حضرت امام (ره) خلاف موازین شرع شناخته شد (ر.ک: مسئله‌ی ۱۳ القول فی کیفیت الاستیفاء تحریر الوسیله)» (پژوهشکده‌ی شورای نگهبان، ۱۳۹۲: ۱۴۷). در این استشکال، شورا ضمان بیت‌المال بر پرداخت دیه در موارد سرایت قصاص عضو در غیر موارد

مبتنی بر عمد و تقصیر را، به دلیل مغایرت با فتوای حضرت امام که قائل به عدم ثبوت دیه‌اند، خلاف شرع می‌داند. حضرت امام در این زمینه می‌فرمایند: «قصاص‌کننده‌ی عضو، جز در موارد تعدی، ضامن سرایت قصاص نیست» (موسوی خمینی، بی‌تا، ج ۲: ۵۳۶). صرف‌نظر از آنکه فتوای امام هیچ تصریحی بر نفی دیه به شکل کلی نداشته، که بتوان عدم ضمان بیت‌المال را از آن استنتاج کرد، اما بنابر قراینی می‌توان برداشت شورای نگهبان در این زمینه را تقویت کرد، چه برخی فقها در اثبات بحث از فرع مزبور، به وجود قول مبنی بر ثبوت دیه بر بیت‌المال اشاره کرده و آن را نپذیرفته‌اند (شهید ثانی، ۱۴۱۲ق، ج ۲: ۴۱۵؛ فاضل اصفهانی، ۱۴۱۶ق، ج ۱۱: ۱۶۸؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۹ق، ج ۱۱: ۱۱۵)، از این رو چنانچه امام مایل به اتخاذ چنین موضعی بودند، به قرینه‌ی اینکه در مقام بیان بوده‌اند، حتماً بدان تصریح می‌فرمودند. به هر روی چه بسا عدم تصریح در فتوای امام، سبب شده بود که اشکال شورا چندان برای کمیسیون روشن نباشد و لذا در جلسه‌ی ۱۳۹۰/۵/۲ اصل ماده را حذف کرد. متعاقباً در اظهار نظر مورخ ۱۳۹۱/۶/۲۶ بار دیگر بر ایراد سابق تأکید و مقرر شد «حذف ماده (۴۸۹) مصوبه قبلی صحیح نبوده و لازم است ایراد این شورا در خصوص ماده مذکور رفع شود؛ چنانچه این ماده به این صورت اصلاح شود اشکال مرتفع می‌گردد: (ماده ۴۸۹. هر گاه محکوم به قصاص عضو یا تعزیر یا حد غیر مستوجب سلب حیات، در اثر اجرای مجازات کشته شود یا صدمه‌ای بیش از مجازات مورد حکم به او وارد شود، چنانچه قتل یا صدمه، عمدی یا مستند به تقصیر باشد، مجری حکم حسب مورد به قصاص یا دیه محکوم می‌شود. در غیر این صورت در مورد قصاص و حد، ضمان متفی است و در تعزیرات، دیه از بیت‌المال پرداخت می‌شود)» (پژوهشکده‌ی شورای نگهبان، ۱۳۹۲: ۱۴۷). نکته‌ی شایان توجه در اظهار نظر مجدد شورا آن است که پیشنهاد شورا برای رفع اشکال شرعی ماده با مبنای اصل اشکال اولیه تطابقی ندارد، زیرا شورا مصوبه را به دلیل تعارض با فتوای حضرت امام مورد اشکال قرار داد، و فرع مورد استشهاد شورا از تحریرالوسیله نیز، هر چند صراحتی در نفی ضمان بیت‌المال در پرداخت دیه ناشی از سرایت قصاص عضو نداشت، با توجیهی که مذکور افتاد، می‌توانست در چارچوب اشکال شورا به کار رود. اما در پیشنهاد شورا نه تنها بحث از انتفای ضمان دیه در حدود نیز اضافه شده، که حتی بر خلاف فتوای حضرت امام، در تعزیرات ضمان بیت‌المال را پذیرفته است.^(۲۴)

نمونه‌ی (ب). ماده‌ی ۳۹۵ از مصوبه‌ی اولیه‌ی کمیسیون [ماده‌ی (۳۹۴) قانون] مقرر می‌داشت: «رعایت تساوی مقدار طول و عرض، در قصاص جراحات لازم است؛ لکن اگر طول عضو مورد قصاص، کمتر از طول عضو آسیب‌دیده در مجنی‌علیه باشد، قصاص نباید به عضو دیگر سرایت کند و نسبت به مازاد جنایت، دیه گرفته می‌شود؛ لکن میزان در عمق جنایت، صدق

عنوان جنایت وارده مانند سمحاق یا موضحه است، و در صورت امکان، رعایت تساوی در مقدار عمق نیز لازم است». در بند ۷۲ از اظهار نظر ۱۳۸۸/۱۰/۲۹ در مورد این ماده اعلان شد «در قسمت اخیر ماده (۳۹۵) عبارت «مانند سمحاق یا موضحه است و در صورت امکان، رعایت تساوی در مقدار عمق نیز لازم است» حذف شود. (مانند مسئله ۸ تحریرالوسیله اصلاح شود)» (پژوهشکده‌ی شورای نگهبان، ۱۳۹۲: ۱۲۶). در این اشکال، با اینکه مبنای فقهی اشکال معین شده، نه تنها دقیقاً ماهیت ایراد تبیین نشده است، که شیوه‌ی پیشنهادی برای اصلاح مقرر نیز با مبنای استنادی تعارض دارد. تدقیق در فتوای حضرت امام به تنویر موضوع یاری می‌رساند، ایشان در تحریرالوسیله با اشاره به دیدگاه برخی فقها مبنی بر اینکه در قصاص جراحات تساوی در عمق شرط نیست و مجرد اطلاق عنوان جراحت مخصوص کفایت می‌کند، این قول را مورد اشکال قرار داده و معتقدند که تساوی در عمق در جراحات حارصه، دامیه و متلاحمه، در صورت امکان باید رعایت شود، اما در موضحه و سمحاق تساوی شرط نیست (موسوی خمینی، بی‌تا، ج ۲: ۵۴۱-۵۴۲). با روشن شدن فتوای حضرت امام معلوم می‌شود که مصوبه‌ی اولیه‌ی مجلس موافق با این موضع بوده و رعایت تساوی در جنایات موضحه و سمحاق را ضروری ندانسته و صدق عنوان جنایت را کافی دانسته است، ولی در سایر جراحات رعایت تساوی در مقدار عمق را در صورت امکان لازم انگاشته بود. لیکن قدری در عبارت‌پردازی دچار ایراد بود و می‌بایست به مثابه‌ی اصل فتوای امام (ره) اصلاح می‌شد. اما شکل پیشنهاد شورا سبب شده که در نهایت مصوبه به گونه‌ای در آید که حتی در فرض امکان رعایت تساوی در عمق، چنین شرطی ضروری دانسته نشود و ظاهر ماده موافق قول مورد مناقشه‌ی حضرت امام تنظیم شود، درحالی‌که هدف شورا تصحیح ماده مطابق فتوای ایشان بود.

۲-۴. احراز اصلاح موارد مغایرت شرعی

پس از آنکه شورای نگهبان مصوبه‌ی مجلس را مورد اشکال شرعی قرار می‌دهد، مجلس مطابق مواد ۱۸۶ و ۱۸۷ آیین‌نامه‌ی داخلی خود، مکلف به بررسی مصوبه در راستای اشکالات ارجاعی شورا است، متعاقب آن شورا نیز باید در چارچوب رسالت کلی خود مبنی بر نظارت شرعی بر مصوبات مجدداً آن را کنترل کند. این جنبه از نظارت به حدی اهمیت دارد که حتی اگر اشکال شرعی‌ای ناظر بر مصوبه‌ی اولیه باقی مانده که مغفول واقع شده باشد، مطابق تبصره‌ی ۲ ماده‌ی ۱۸۶ آیین‌نامه‌ی داخلی، شورای نگهبان می‌تواند پس از رفع ایراد در نوبت اول، بار دیگر این مغایرت‌ها را که مربوط به اصلاحیه نیست، به مجلس اعلام کند؛ سازوکاری که در نظارت قانون اساسی شورای نگهبان بر مصوبات پذیرفته نشده است. در لایحه، این‌گونه نظارت پس از ارسال متن اصلاحی مورد اهتمام شورای نگهبان بوده

است، به نحوی که در موارد متعددی که تغییرات کمیسیون به درستی انجام نگرفته بود، با ایراد مجدد روبه‌رو شده‌اند.

اما در سوابق بعضاً مشاهده شده که متن بازگردانده شده از کمیسیون، اصلاحات مورد نظر شورا را اعمال نکرده، اعم از آنکه به کلی حذف شده^(۲۵) یا با وضعیت سابق مجدد ارسال شده،^(۲۶) با وجود این با اشکال عدم تأمین نظر شورا مواجه نشده‌اند؛ یا گاه اشکال به نحوی اصلاح شده که با دیدگاه شورا یا فتوای معیاری که شورا تعیین کرده است، انطباق دقیق نداشته، و با وجود این مورد ایراد مجدد واقع نشده است.

نمونه‌ی (الف). ماده‌ی ۱۹۷ از مصوبه‌ی اولیه‌ی کمیسیون [ماده‌ی (۱۹۸) قانون] مقرر می‌داشت: «رجوع از شهادت شرعی، موجب سلب اعتبار شهادت می‌شود و اعاده شهادت پس از رجوع از آن، مسموع نیست». شورای نگهبان در بند ۳۳ از اظهار نظر مورخ ۱۳۸۸/۱۰/۲۹ در مورد این ماده اعلان کرده بود «اتلاق ماده (۱۹۷) نسبت به رجوع از شهادت بعد از صدور حکم و اجراء، خلاف موازین شرع شناخته شد (ر.ک: مسئله‌ی ۸ و ۹ کتاب شهادت تحریر، ذیل القول فی اللواحق)». (پژوهشکده‌ی شورای نگهبان، ۱۳۹۲: ۷۶). در اینجا از مجلس خواسته شده که مفاد ماده متناسب با فتوای حضرت امام اصلاح شود. ایشان در این خصوص بین سه مرحله قائل به تفصیل شده‌اند (موسوی خمینی، بی تا، ج ۲: ۴۵۲-۴۵۳):



این در حالی است که بعد از اشکال شورا، کمیسیون در جلسه‌ی ۱۳۹۰/۵/۲ ماده را بدین شرح اصلاح کرد که «رجوع از شهادت شرعی قبل از صدور حکم، موجب سلب اعتبار شهادت می‌شود؛ و اعاده شهادت پس از رجوع از آن، مسموع نیست». در اصلاحیه منطوقاً به حکم حالت (الف) تصریح شده، اما مفهوماً حاکی از عدم اسقاط اعتبار شهادت در حالات (ب) و (ج) است، امری که کلیت آن مغایر با فتوایی بوده که مبنای ارزیابی شرعی لایحه قرار گرفته بود، با وجود این، در جلسه‌ی مورخ ۱۳۹۰/۱۰/۲۸ شورای نگهبان خلاف شرع شناخته نشد.^(۲۸)

نمونه‌ی (ب). ماده‌ی ۶۷۱ مصوبه [ماده‌ی ۶۶۵ قانون] مقرر می‌داشت: «قطع و از بین بردن دو بیضه، موجب دیه کامل و هر کدام از آن‌ها، موجب نصف دیه کامل است». در اظهار نظر مورخ ۱۳۸۹/۹/۱ بر این ماده ایراد گرفته شد که «خلاف فتوای حضرت امام (علیه‌الرحمه) است» (پژوهشکده‌ی شورای نگهبان، ۱۳۹۲: ۱۸۹). بنابر فتوای حضرت امام قطع دو بیضه دیه‌ی کامل دارد، اما در خصوص دیه‌ی هر کدام از آن‌ها به‌طور جداگانه، ایشان معتقدند که اگر همزمان قطع شوند، برای بیضه‌ی چپ دو سوم و برای بیضه‌ی راست یک‌سوم دیه ثابت خواهد شد، اما چنانچه بیضه‌ها در دو مرحله قطع شوند، ایشان برای بیضه‌ی چپ دو سوم، اما برای بیضه‌ی راست نصف دیه قائل‌اند (موسوی خمینی، بی‌تا، ج ۲: ۵۸۴). این در حالی است که کمیسیون ماده را بدون تفصیل بین قطع دفعی یا جداگانه‌ی بیضه بدین شکل اصلاح کرد: «قطع دو بیضه یک‌بار دیه کامل و قطع بیضه چپ، دو ثلث دیه و قطع بیضه راست، ثلث دیه دارد»، و شورای نگهبان ماده را که تطابق دقیقی با فتوای حضرت امام نداشت، تأیید کرد.

نمونه‌ی (ج). ماده‌ی ۳۶۲ مصوبه [ماده‌ی ۳۶۱ قانون] مقرر می‌داشت: «اگر مجنی علیه یا ولی‌دم، گذشت و اسقاط حق قصاص را معلق یا مشروط به پرداخت وجه‌المصالحه یا امر دیگری کند، حق قصاص تا حصول شرط، برای او باقی است». در اظهار نظر مورخ ۱۳۸۸/۱۰/۲۹ در این زمینه بیان شد «در ماده (۳۶۲) مقصود از معلق یا مشروط باید روشن شود تا اظهار نظر گردد (در این خصوص به مسئله‌ی ۱ کتاب قصاص فصل القول فی کیفیت الاستیفاء تحریرالوسیله مراجعه شود)» (پژوهشکده‌ی شورای نگهبان، ۱۳۹۲: ۱۱۶). در مستند ارجاعی شورا، آمده که اگر ولی‌دم، از جانی به شرط دیه [از نوع شرط نتیجه] گذشت کند، چه گذشت مشروط باشد (آن را انشا کرده، اما تأثیرگذاری گذشت را مشروط بر دیه کرده)، و چه گذشت معلق باشد (اصل انشای گذشت را معلق بر دیه کرده باشد)، بنابر قول صحیح‌تر به اعتقاد حضرت امام خمینی (ره) گذشت درست بوده و در صورت پذیرش جانی، حق قصاص ساقط خواهد شد. اما چنانچه ولی‌دم جانی را به شرط پرداخت دیه [از نوع شرط فعل] مورد گذشت قرار دهد، اسقاط حق قصاص منوط به تحقق فعل مشروط، یعنی پرداخت دیه، است (موسوی خمینی، بی‌تا، ج ۲: ۵۳۴).^(۲۹) در هر صورت، متعاقب اشکال شورا، کمیسیون ماده را این‌گونه اصلاح کرد که «اگر مجنی علیه یا ولی‌دم، گذشت و اسقاط حق قصاص را مشروط به پرداخت وجه‌المصالحه یا امر دیگری کند، حق قصاص تا حصول شرط، برای او باقی است». در اصلاحیه، بر خلاف نظر شورا، تفاوت بین گذشت مشروط و معلق، مورد توجه قرار نگرفته، و در ضمن سیاق ماده به‌ترتیبی است که صرفاً صورت شرط فعل بودن دیه را مطمح نظر قرار داده، درحالی‌که اصل تفصیلی که در فتوای حضرت امام واجد اثر بوده، ناظر بر همین

موضوعی است که مغفول مانده و تأیید شورا را نیز به همراه آورده است.^(۳۰) شایان ذکر است که گاه خود شورا چگونگی اصلاح ماده را در قالب عباراتی پیشنهاد می‌داده، اما در کمیسیون متن پیشنهادی به گونه‌ای تغییر می‌یافته است که مغایرت شرعی یابد، اما در مرحله‌ی بازبینی با اشکال مجدد روبه‌رو نمی‌شده است. برای مثال، در خصوص ماده‌ی ۳۰۳ مصوبه [ماده‌ی ۳۰۶ قانون] که قائل به عدم ثبوت قصاص در اسقاط جنین بود، شورا در اظهار نظر مورخ ۱۳۹۱/۶/۲۶ برای رفع اشکال ماده پیشنهاد کرد که تبصره‌ای با این مضمون به آن اضافه شود: «اگر جنینی به‌طور طبیعی متولد، و جنایت قبل از تولد منجر به نقص یا مرگ او پس از تولد شود و یا نقص او بعد از تولد باقی بماند، قصاص ثابت است» (پژوهشکده‌ی شورای نگهبان، ۱۳۹۲: ۱۰۶). متن پیشنهادی مطابق فتوای محقق حلی در شرایع الإسلام تحریر یافته بود.^(۳۱) متعاقباً کمیسیون در جلسه‌ی ۱۳۹۱/۹/۱۴ تبصره‌ای بدین شرح به ماده الحاق کرد: «اگر جنینی زنده متولد شود و دارای قابلیت ادامه حیات باشد و جنایت قبل از تولد، منجر به نقص یا مرگ او پس از تولد شود و یا نقص او بعد از تولد باقی بماند قصاص ثابت است». در اصلاحیه‌ی کمیسیون، بر خلاف پیشنهاد شورا ثبوت قصاص متوقف بر وجود قابلیت حیات در جنین شده است، و شورا بدون آنکه اشکالی وارد کند، به تبصره اعتبار بخشید. این در حالی است که اتفاقاً قائلان به موضع فقهی مذکور جملگی معتقدند که قابلیت و استقرار حیات در جنین شرط ثبوت قصاص بر جانی نیست،^(۳۲) و حتی بیان فرموده‌اند که اگر جنین در اثر جنایت وارده در دوره‌ی جنینی، با حیاتی غیرمستقر به دنیا بیاید، و فرد دیگری بعد از تولد به این حیات غیرمستقر پایان دهد، فقط نفر اول قاتل محسوب می‌شود (محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۴: ۲۶۷؛ علامه حلی، ۱۴۱۳ق [الف]، ج ۳: ۶۰۹؛ فاضل اصفهانی، ۱۴۱۶ق، ج ۱۱: ۴۷۳؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴۳: ۳۸۱).

نتیجه‌گیری

با بررسی سوابق اعمال نظارت شرعی شورای نگهبان بر لایحه‌ی مجازات اسلامی، مصوب کمیسیون قضایی و حقوقی مجلس، می‌توان استفاده کرد که معیار ارزیابی لایحه در یک مقطع زمانی، فتاوی‌ای حضرت امام خمینی (ره) بوده، و در ادامه‌ی فتوای مقام معظم رهبری (مدظله العالی) سنجه‌ی تطبیق شرعی قرار گرفت. با وجود این، در موارد متعددی شورای نگهبان از این اصل کلی عدول کرده و بر مبنای مواضع فقهی متمایزی، که بعضاً متضمن اقوال شاذ بوده، در مورد مصوبه‌ی کمیسیون اظهار نظر کرده است.

حجم انبوه مواد لایحه از یک سو و دومرحله‌ای شدن نظارت بر لایحه از سوی دیگر، بعضاً سبب شده که در بررسی تغایر شرعی مواد با موازین اسلامی، گاهی مقرراتی که مخالفی با موازین شرعی نداشته، مورد اشکال واقع شود و در نقطه‌ی مقابل برخی مصوبات مغایر از نظر مغفول ماند و تأیید شوند. در مواردی نیز که اشکال شرعی مواد به‌درستی گرفته شده است، بعضاً مشاهده شده که نگاه به قانون کلان نبوده و همان اشکال که در مواد دیگر وجود داشته، مصون از ایراد مانده است که این امر سبب بروز تهاافت و تشتت در قانون می‌شود. شایان ذکر است که بخش عمده‌ای از ایرادات نیز متأثر از ضعف اولیه در تدوین پیش‌نویس و مفاد مصوب کمیسیون نهفته است، به‌نحوی که لایحه را با اشکالات متعدد مواجه کرده، و نظارت شورای محترم نگهبان بسیاری از این ایرادات را مرتفع ساخت.

از نکات برجسته‌ی عملکرد شورای نگهبان در بررسی قانون، بیان مستندات ایرادات وارده و ارائه‌ی پیشنهاد به‌منظور ارشاد کمیسیون قضایی به نحوه‌ی اصلاح مصوبه در بسیاری از موارد بوده است. با وجود این، در زمینه‌ی برخی مواد، اشکال وارده یا مستند شرعی آن به‌درستی تبیین نشده یا پیشنهاد ارائه‌شده به‌منظور رفع اشکال چندان تناسبی با مستند شرعی‌ای، که مبنای اعلام مغایرت بوده، نداشته است؛ امری که در نهایت به بلا تکلیفی کمیسیون و حتی در مواردی به اصلاح نادرست مصوبه انجامیده است.

مشکلی که چه بسا، با اعمال نظارت دقیق‌تر در مرحله‌ی بازبینی اعمال اصلاحات قابل جبران بود، لیکن در این مرحله از فرایند نظارت نیز با آنکه شورا در پاره‌ای از موارد از تأیید مصوبه‌ی اصلاحی، به‌دلیل وجود اشکال، خودداری کرده بود، کماکان بسیاری از مصادیق نیز به‌رغم بقای اشکال به تأیید نهایی رسیدند.

یادداشت‌ها

۱. به‌منظور رعایت اختصار، از قانون مجازات اسلامی، با تعبیر مطلق قانون یاد می‌شود.
۲. شایان ذکر است که در مرحله‌ی دوم بررسی لایحه، می‌توان بر خلاف رویه‌ی شورا، موارد متعددی از مصوبه‌ی کمیسیون را مشاهده کرد که ضمن در بر داشتن مقررات معارض با فتوای مقام معظم رهبری، تأییدیه‌ی شورا را اخذ کردند، که به نظر باید علت آن را ناشی از مغفول ماندن این فتاوا در نظارت صورت‌گرفته طی این مرحله دانست، چراکه فرض تعدد در اعمال معیار دوگانه غیرقابل دفاع خواهد بود. تقیید تحقق قوادی به وقوع زنا یا لواط وفق تبصره‌ی ۱ ماده‌ی ۲۴۲، عدم اطلاق کذب بر انتساب مساحقه در ماده‌ی ۲۴۵، تداخل حد در مورد کذب فرد واحد به اسباب متعدد به حکم ماده‌ی ۲۵۸، عدم ثبوت قصاص به واسطه‌ی اجرای قسامه در جنایت بر اعضا و منافع مطابق ماده‌ی ۴۵۶، ثبوت دیه‌ی کامل در مطلق اعضای داخلی بدن، به نحوی که طحال را هم شامل شود، در ماده‌ی ۵۶۳، تنها برخی از موادی است که در تعارض با فتوای رهبری تأیید شده‌اند (برای دیدن فتوای مقام معظم رهبری در موارد مزبور، به ترتیب ر.ک: مؤسسه‌ی آموزشی و پژوهشی قضا، ۱۳۹۰: ۴۶، ۴۸، ۵۱، ۸۲ و ۱۴۸).
۳. حضرت امام خمینی (ره) در تحریرالوسیله بر قابلیت اثباتی علم قاضی تصریح فرموده و حجیت آن را به افاده‌ی «علم نوعی» تحدید نکرده‌اند، ایشان می‌فرمایند: «للحاكم أن يحكم بعلمه في حقوق الله و حقوق الناس، فيجب عليه إقامة حدود الله تعالى لو علم بالسبب» (موسوی خمینی، بی‌تا، ج ۲: ۴۶۸).
۴. برای دیدن فتوای معظم‌له، ر.ک: مؤسسه‌ی آموزشی و پژوهشی قضا، ۱۳۹۰: ۳۶۹.
۵. خاطر نشان می‌شود که گاه این راهکار در سطحی محدود، به‌کار گرفته شده است؛ برای مشاهده ر.ک: پژوهشکده‌ی شورای نگهبان، ۱۳۹۲: ۱۸۷.
۶. علامه در مختلف ضمن آنکه قول بر ثبوت نفی بلد در مرتبه‌ی دوم را به برخی فقها مانند شیخ مفید، ابوصلاح حلبی و سلار دیلمی نسبت می‌دهد، لیکن تصریح کرده که مشهور فقها از جمله شیخ طوسی، ابن‌براج طرابلسی و ابن‌ادریس حلی خلاف آن را قائل‌اند.
۷. ناگفته نماند مقام معظم رهبری نیز در این زمینه با حضرت امام خمینی هم‌نظرند، ر.ک: مؤسسه‌ی آموزشی و پژوهشی قضا، ۱۳۹۰: ۱۳۱.
۸. محقق حلی در تعلیقه‌ی خویش بر نهاییه می‌نویسد: «أن الأصحاب متفقون على أن الطيب يضمن ما يجنبه بعلاجه»؛ شهید اول در غایه‌المراد پس از نقل عبارت محقق فرموده‌اند: «قد عرفت أن الإجماع المنقول بخبر الواحد حجة» (حر عاملی، ۱۴۱۴ق، ج ۴: ۴۴۸).
۹. نظیر مغایرت‌های موضوع بندهای ۳۳ و ۴۰.
۱۰. از معظم‌له استفتا شده بود که «اگر مامایی با اخذ پول عمداً کاری کند که موجب مرگ نوزاد هنگام ولادت شود، آیا قصاص می‌شود؟»، معظم‌له فرموده بودند: «این کار حرام است، و بر انجام‌دهنده آن، دیه ثابت است والله العالم» (مؤسسه‌ی آموزشی و پژوهشی قضا، ۱۳۹۰: ۱۵۱).
۱۱. مانند اشکالات موضوع بندهای ۵۱، ۵۲، ۷۰، ۷۸ و ۸۱ از اظهار نظر مورخ ۱۳۸۹/۹/۱؛ و نیز بند ۹ از اظهار نظر مورخ ۱۳۹۰/۸/۲۶.

۱۲. مانند اشکال وارده بر ماده‌ی ۳۸۰ موضوع اظهار نظر ۱۳۸۸/۱۰/۲۹، و نیز ایراد وارده بر ماده‌ی ۷۱۲ در اظهار نظر ۱۳۸۹/۱۲/۲۸ (پژوهشکده‌ی شورای نگهبان، ۱۳۹۲: ۱۹۶ و ۱۲۱).
۱۳. نظیر ایراد وارد بر ماده‌ی ۳۳۳ طی اظهار نظر ۱۳۹۱/۶/۲۶، و نیز اشکال وارد بر تبصره‌ی ۴ ماده‌ی ۷۱۷ در اظهار نظر ۱۳۸۹/۱۲/۲۸ (پژوهشکده‌ی شورای نگهبان، ۱۳۹۲: ۱۹۸ و ۱۱۱).
۱۴. البته آدرس صحیح مستند مورد ارجاع، مسئله‌ی ۴۴ ذیل مبحث القول فی الموجب که در قسمت قصاص نفس تحریرالوسیله مطرح شده است.
۱۵. برای مطالعه‌ی اقوال مزبور، رک: ساریخانی، عادل و اکرمی، روح‌الله، بررسی فقهی حقوقی تعزیرات با تأکید بر قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، ۱۳۹۳: ۱۴۴-۱۴۵).
۱۶. این مبنا براساس نظر فقهای است که معتقدند تعزیر باید کمتر از حد زنا، یعنی صد ضربه شلاق باشد (ابن‌ادریس حلی، ۱۴۱۰ق، ج ۳: ۴۶۶؛ کیدری، ۱۴۱۶ق: ۵۲۱ و ۵۲۵؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴: ۴۴۸).
۱۷. اهمیت مطلب وقتی روشن‌تر می‌شود که برخی فقها، در کنار قتل، در زنا ارتکابی توسط مردان نیز اکراه را رافع مسئولیت ندانسته و در این خصوص فرموده‌اند: «یثبت حکم الزنا إذا کان الزانی ممن یصح منه القصد إلیه، سواء کان مکرهاً أو سکران» (ابن‌زهره حلبی، ۱۴۱۷ق: ۴۲۴؛ کیدری، ۱۴۱۶ق: ۵۱۴)، همین دیدگاه سبب شده که علامه حلی به‌رغم فتوای بر سقوط حد از زانی مکره، اشکال این حکم را نیز مورد تأکید قرار دهد (علامه حلی، ۱۴۱۳ق[الف]، ج ۳: ۵۲۲).
۱۸. «قوله (صلی الله علیه و آله و سلم): «أنت و مالک لأبیک» فإنه و إن لم یمنکن الالتزام بظاهره و هو ثبوت الملكیة؛ لعدم قابلیه الحر لها، و عدم کون مال الولد ملکاً لأبیه قطعاً، و کذا لم نلتزم بثبوت إباحه التصرف للوالد مطلقاً، إلاً أنه یستفاد منه عدم قطع ید الوالد إذا سرق من مال الولد».
۱۹. شیخ صدوق در این زمینه فرموده‌اند: «لا بأس للرجل أن يأکل و يأخذ من مال ولده بغیر إذنه» (شیخ صدوق، ۱۴۱۵ق: ۳۷۱)، علامه حلی این فتوا را به پدر شیخ صدوق نیز منتسب کرده است (علامه حلی، ۱۴۱۳ق[ب]، ج ۵: ۳۲).
۲۰. البته لزوماً عدم تعزیر مستخرج از اباحه رفتار ارتکابی پدر نخواهد بود، بلکه ادله‌ی دیگری نظیر لزوم تعظیم پدر، و نیز تعلیل برخی روایات وارده و قاعده درأ در این زمینه می‌توانند مستند قرار گیرند.
۲۱. «الأرش و الحکومة التي بمعناه انما یكون فی موارد لو قیس المعیب بالصحیح یكون نقص فی القیمه، فمقدار التفاوت هو الأرش و الحکومة التي بمعناه؛ و أما لو فرض فی مورد لا توجب الجنایة نقصاً بهذا المعنی و لا تقدیر له فی الشرع کما لو قطع إصبعه الزائده، أو جنی علیه و نقص شمه و لم یکن فی التقویم بین مورد الجنایة و غیره فرق، فلا بد من الحکومة بمعنی آخر، و هی حکومة القاضی بما یحسم ماده النزاع إما بالأمر بالتصالح أو تقدیره علی حسب المصالح أو تعزیره».
۲۲. ایراد وارد بر ماده‌ی ۲۲۵ منعکس در اظهار نظرهای ۱۳۹۱/۶/۲۶ و ۱۳۹۱/۱۱/۹ (پژوهشکده‌ی شورای نگهبان، ۱۳۹۲: ۸۵)؛ اشکال ناظر بر بند ۲ ماده‌ی ۲۹۲ طرح‌شده در اظهار نظرهای ۱۳۸۸/۱۰/۲۹ و ۱۳۹۰/۸/۲۶ (پژوهشکده‌ی شورای نگهبان، ۱۳۹۲: ۹۹)؛ ایراد ماده‌ی ۴۶۶ موضوع اظهار نظرهای مورخ ۱۳۸۹/۹/۱ و ۱۳۹۱/۶/۲۶ (پژوهشکده‌ی شورای نگهبان، ۱۳۹۲: ۱۴۲) را باید در عداد چنین نمونه‌هایی دانست.

۲۳. مصادیق ناظر بر مواد ۲۴۳، ۲۶۵، ۳۵۰، ۳۵۴ و ۴۱۶ (پژوهشکده‌ی شورای نگهبان، ۱۳۹۲: ۸۸، ۹۲، ۱۱۴، ۱۱۵ و ۱۳۰) شاهد صدق این مدعا هستند.
۲۴. حضرت امام خمینی (ره) در کتاب *حدود تحریرالوسیله* فرموده‌اند «من قتله الحد أو التعزیر فلا دیة له إذا لم يتجاوز» (موسوی خمینی، بی‌تا، ج ۲: ۴۸۱)؛ جالب آن است که در غنیه بر این امر ادعای اجماع شده (ابن‌زهره حلبی، ۱۴۱۷ق: ۴۲۰)، و مشهور فقهای امامیه بر همین موضع‌اند (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴۱: ۴۷۰)؛ و تنها شیخ طوسی در یکی از دو قولش در کتاب *مبسوط* در خصوص تعزیرات احتیاط را در ثبوت دیه بر بیت‌المال دانسته (شیخ طوسی، ۱۳۸۷، ج ۸: ۶۳)، که همین موضع احتیاطی را بعداً ابن‌سعید حلی نیز اختیار کرده (ابن‌سعید حلی، ۱۴۰۵ق: ۵۵۹)، اما خود شیخ‌الطائفه در کتاب *خلاف* که آخرین اثر فقهی ایشان است، از این موضع عدول کرده‌اند (شیخ طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۵: ۴۹۴).
۲۵. نظیر اشکال موضوع بند ۴۱ اظهار نظر مورخ ۱۳۸۹/۹/۱ ناظر بر ماده‌ی ۲۳۶ (پژوهشکده‌ی شورای نگهبان، ۱۳۹۲: ۸۷)؛ و نیز اشکال موضوع بند ۴۱ اظهار نظر مورخ ۱۳۸۸/۱۰/۲۹ ناظر بر ماده‌ی ۲۵۳ (پژوهشکده‌ی شورای نگهبان، ۱۳۹۲: ۹۰)؛ و همچنین اشکال موضوع بند ۳ اظهار نظر مورخ ۱۳۸۹/۹/۱ ناظر بر ماده‌ی ۴۴۸ (پژوهشکده‌ی شورای نگهبان، ۱۳۹۲: ۱۳۷).
۲۶. مانند اشکال موضوع بندهای ۱۲ و ۱۶ اظهار نظر مورخ ۱۳۸۹/۹/۱ ناظر بر مواد ۴۸۲ و ۴۹۹ (پژوهشکده‌ی شورای نگهبان، ۱۳۹۲: ۱۴۶ و ۱۵۰).
۲۷. حدود واجد جنبه‌ی حق‌الله، در مفهومی اعم از حق‌الله محض یا حق مشترک مورد نظر است.
۲۸. گفتنی است بعداً کمیسیون قضایی، بدون آنکه با اشکالی از شورای نگهبان مواجه شود، در جلسه‌ی مورخ ۱۳۹۱/۹/۱۴، عبارت «اجرای مجازات» را جایگزین عبارت «صدور حکم» کرده، که تا حدی اشکال را برطرف کرد، هرچند کماکان انطباق دقیقی با فتوای معیار ندارد.
۲۹. «لو عفا بشرط الدیة صحّ علی الأصح، و لو کان بنحو التعلیق فإذا قبل سقط القود، و لو کان الشرط إعطاء الدیة لم یسقط القود إلّا بإعطائه». برای تحلیل فتوای حضرت امام، ر.ک: فاضل لنکرانی، ۱۴۲۱ق: ۲۸۷؛ مقتدایی: ۱۳۸۹.
۳۰. اشکال تأیید ماده به شکل کنونی زمانی آشکارتر می‌شود که چه بسا از عبارات ماده، و به شکل برجسته‌تری ماده‌ی بعدی، که با مشکل مشابه ماده‌ی مورد بحث دچار است، ممکن است اطلاق حکم بقای حق قصاص را نسبت به صورت گذشت مشروط به دیه، از نوع شرط نتیجه، نیز استفاده کنند، امری که مغایر صریح فتوای حضرت امام است.
۳۱. «لو ضربها، فألقته فمات عند سقوطه، فالضارب قاتل، یقتل إن کان عمدا، و یضمن الدیة فی ماله إن کان شیبها، و یضمنها العاقله إن کان خطأ؛ و کذا لو بقی ضمنا و مات أو وقع صحیحا و کان ممن لا یعیش مثله» (محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۴: ۲۶۶).
۳۲. شهید ثانی در این زمینه می‌نویسد: «ضابط الحكم بالقصاص أو الدیة فی الجمیع تیقن حیاته بعد الانفصال، سواء كانت مستقرّة أم لا، و موته من الجنایة، لصدق إزهاق الروح المحترمة» (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۱۵: ۴۸۷).

منابع و مأخذ

- ابن‌ادریس حلی، محمد (۱۴۱۰ق)، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، قم: مؤسسه النشر الاسلامی، چ دوم، ج ۳.
- بن‌بابویه قمی [شیخ صدوق]، محمدبن علی (۱۴۱۵ق)، المقنع، قم: مؤسسه الإمام الهادی (ع)، چ اول.
- بن‌زهره حلی، سید ابوالمکارم حمزه‌بن علی (۱۴۱۷ق)، غنیة النزوع إلى علمی الاصول و الفروع، قم: مؤسسه الإمام الصادق علیه‌السلام، چ اول.
- ابن‌سعید حلی، یحیی (۱۴۰۵ق)، الجامع للشرائع، قم: مؤسسه سیدالشهداء العلمیه، چ اول.
- ابن‌فهد حلی، جمال‌الدین ابوالعباس احمد (۱۴۰۷ق)، المهذب البارع فی شرح المختصر النافع، قم: مؤسسه النشر الاسلامی، چ اول، ج ۵.
- پژوهشکده‌ی شورای نگهبان (۱۳۹۲)، قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ در پرتو نظرات شورای نگهبان، تهیه و تنظیم فهیم مصطفی‌زاده، تهران: پژوهشکده‌ی شورای نگهبان، چ اول.
- حسینی خامنه‌ای [مقام معظم رهبری]، سید علی (۱۳۷۸)، تقریرات خارج فقه بحث قصاص [جلسه‌ی مورخ ۱۳۷۸/۸/۱۱].
- حسینی عاملی، سید محمدجواد (۱۴۱۹ق)، مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه، قم: مؤسسه النشر الاسلامی، چ اول، ج ۱۱ و ۱۲.
- حلی [علامه]، حسن‌بن یوسف (۱۴۱۳ق [الف])، قواعد الاحکام فی معرفه الحلال و الحرام، قم: مؤسسه النشر الاسلامی، چ اول، ج ۳.
- حلی [علامه]، حسن‌بن یوسف (۱۴۱۳ق [ب])، مختلف الشیعہ فی احکام الشریعہ، قم: مؤسسه النشر الاسلامی، چ اول، ج ۹، ۵ و ۳.
- حلی [محقق]، نجم‌الدین جعفر بن حسن (۱۴۰۸ق)، شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، قم: اسماعیلیان، چ دوم، ج ۴.
- حلی [محقق]، نجم‌الدین جعفر بن حسن (۱۴۱۲ق)، النهایه و نکتها، قم: مؤسسه النشر الاسلامی، چ اول، ج ۳.
- خوانساری، سید احمد (۱۴۰۵ق)، جامع المدارک فی شرح المختصر النافع، قم: اسماعیلیان، چ دوم، ج ۷.

- ساریخانی، عادل و اکرمی، روح‌الله (۱۳۹۳)، «بررسی فقهی حقوقی تعزیرات با تأکید بر قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲»، دوفصلنامه‌ی پژوهشنامه‌ی حقوق کیفری، ش ۱۰، ص ۱۳۹-۱۶۲.
- طباطبایی، سید علی (۱۴۱۸ق)، *ریاض المسائل فی تحقیق الأحكام بالدلائل*، قم: مؤسسه آل‌البيت عليهم السلام، چ اول، ج ۱۶.
- طوسی [شیخ]، محمدبن حسن (۱۴۰۷ق)، *کتاب الخلاف*، قم: مؤسسه النشر الاسلامی، چ اول، ج ۵.
- طوسی [شیخ]، محمدبن حسن (۱۳۸۷)، *المبسوط فی فقه الامامیه*، تهران: المكتبة المرتضویة لإحياء الآثار الجعفریة، چ سوم، ج ۸.
- عاملی [شهید ثانی]، زین‌الدین بن علی (۱۴۱۲ق)، *الروضه البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة*، قم: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه‌ی علمیه‌ی قم، چ اول، ج ۲.
- عاملی [شهید ثانی]، زین‌الدین بن علی (۱۴۱۳ق)، *مسالك الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام*، قم: مؤسسه المعارف الإسلامیه، چ اول، ج ۱۵.
- عاملی [شهید اول]، شمس‌الدین محمدبن مکی (۱۴۱۴ق)، *غایة المراد فی شرح نکت الإرشاد*، قم: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه‌ی علمیه‌ی قم، چ اول، ج ۴.
- فاضل اصفهانی [هندی]، بهاء‌الدین محمدبن حسن (۱۴۱۶)، *كشف اللثام عن قواعد الأحكام*، قم: مؤسسه النشر الاسلامی، چ اول، ج ۱۱.
- فاضل لنکرانی، محمد (۱۴۲۲ق)، *تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسیلة: الحدود*، قم: مرکز فقه الاثمة الاطهار علیهم السلام، چ اول.
- فاضل لنکرانی، محمد (۱۴۲۱ق)، *تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسیلة: القصاص*، قم: مرکز فقه الاثمة الاطهار علیهم السلام، چ اول.
- فیاض، محمداسحاق (بی‌تا)، *منهاج الصالحین*، بی‌جا: بی‌نا، ج ۳.
- کیدری، قطب‌الدین (۱۴۱۶ق)، *إصباح الشیعه بمصباح الشریعة*، قم: مؤسسه الإمام الصادق علیه السلام، چ اول.
- مرعشی شوشتری، سید محمدحسن (۱۳۷۶)، *دیدگاه‌های نو در حقوق کیفری اسلام*، تهران: میزان، چ دوم، ج ۱.
- مرعشی نجفی، سید شهاب‌الدین (۱۴۲۴ق)، *السرقة علی ضوء القرآن و السنة*، قم: کتابخانه‌ی آیت‌الله مرعشی نجفی، چ اول.
- مرکز تحقیقات فقهی قوه‌ی قضاییه (۱۳۷۷)، «آراء و نظریات صاحب‌نظران و مراجع تقلید

- پیرامون خسارات زاید بر دیه»، دوماهنامه‌ی دادرسی، ش ۹، ص ۲۳-۲۵.
- مقتدایی، مرتضی (۱۳۸۹ و ۱۳۸۷)، *تقریرات خارج فقه*، جلسات (۱۳۸۷/۹/۲) و (۱۳۸۹/۹/۸)، رؤیت‌شده در (<http://www.eshia.ir/>).
- مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۷ق)، *استفتائات جدید*، قم: مدرسه‌ی امام علی‌بن ابی‌طالب علیه‌السلام، ج دوم، ج ۳ و ۱.
- مؤسسه‌ی آموزشی و پژوهشی قضا (۱۳۹۰)، *ره‌توشه قضایی: استفتائات قضایی از محضر رهبر معظم انقلاب حضرت آیت‌الله خامنه‌ای مدظله‌العالی*، قم: نشر قضا، ج اول.
- موسوی خویی، سید ابوالقاسم (۱۴۲۲ق)، *مبانی تکملة المنهاج*، قم: مؤسسه احیاء آثار الامام الخویی، ج اول، ج ۴۲.
- موسوی خمینی، روح‌الله (بی‌تا)، *تحریر الوسیله*، قم: مؤسسه‌ی مطبوعات دارالعلم، ج اول، ج ۲.
- موسوی گلپایگانی، سید محمدرضا (۱۴۱۲ق)، *الدر المنضود فی احکام الحدود*، قم: دارالقرآن الکریم، ج اول، ج ۲.
- نجفی، محمدحسن (۱۴۰۴ق)، *جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام*، بیروت: دار احیاء التراث العربی، ج هفتم، ج ۴۳ و ۴۱.
- یزدی، محمد (۱۳۸۰)، *مسائل فقهی جدید*، قم: نصاب، ج اول.