

# ضرورت بازنگری در قانون مجازات اسلامی

جلال الدین قیاسی

مقدمه

کلیه قوانین بشری در طول تاریخ دستخوش تغییرات فراوانی شده است. تا آنجا که اغلب حقوق‌دانان گمان کرده‌اند حقوق ثابت معنایی ندارد و این رشته مهم علوم انسانی، ذاتاً نسبی و تحول پذیر است. گرچه برخی از قوانین جمهوری اسلامی ایران که از شرع مقدس گرفته شده است در کلیت خود مشمول چنین قاعده‌ای نخواهند بود ولی باید توجه داشت که اولاً: استنباط از شرع نزد فقیهان اسلام همواره مختلف و گاه متضاد بوده است ثانیاً: میان فقه و حقوق تفاوت‌های آشکاری از لحاظ مبنا، منبع، تقسیم بندی، کیفیت استدلال و نحوه نگارش وجود دارد. با در نظر گرفتن این دو امر به گمان ما، فقه به میدان عمل کشاندن و برآن لباس قانون پوشاندن، هنر و فنی مستقل است که نه هر فقهی بدان متصف است و نه هر حقوق‌دانی بدان آشنا.

پس از پیروزی انقلاب اسلامی و برپایی نظام مقدس جمهوری اسلامی، تلاش‌های فراوانی برای شرعی کردن قوانین صورت گرفت که به تغییرات گسترده‌ای در حقوق منجر شد و قوانین شرع بر همه شاخه‌های حقوق تأثیر گذاشت و کم و بیش آنها را دگرگون کرد ولی به دلایلی چند حقوق جزا مهمترین تجلی گاه این تحولات بود. زیرا پاره‌ای از قوانین ایران مانند قانون مدنی، چون از ابتداء از فقه امامیه گرفته شد و به شکل نخستین خویش باقی ماند. بخشی از قوانین نیز از دایره موضوعات فقهی خارج بوده، کتب فقهی نفیاً

و اثباتاً در آن موارد سخنی نداشتند مانند بسیاری از قوانین آئین دادرسی و جزای عمومی. تنها بخشی از قوانین جزای اختصاصی بود که در این رهگذر دستخوش عمیق‌ترین تحولات گردید که قانون حدود و قصاص و دیات نتیجه آن است.

قانون حدود و قصاص، قانون مجازات اسلامی (دیات) و قانون راجع به مجازات اسلامی هر سه به شکل آزمایشی در سال ۶۱ به تصویب رسیدند و به مدت پنج سال برای اجراء ابلاغ شدند و سرانجام در سال ۱۳۷۰ هر سه قانون تحت عنوان قانون مجازات اسلامی و با موادی پیوسته بهم و با اندک تغییراتی به تصویب رسیدند که قانون اخیر نیز آزمایشی و مدت اجرای آن پنج سال می‌باشد و اینک مورد بحث ما قرار می‌گیرد.

### ضرورت بازبینی در این قانون

ناگفته پیداست که هیچ مصنوع بشری از نقصان مبری نبوده و نیازمند تحول و تکامل است، قانون نیز از این امر مستثنی نبوده، حتی قانون اساسی که در میان تمامی قوانین جایگاه ویژه‌ای دارد و از آن به میثاق ملی تعبیر می‌کنند، چه در ایران و چه در سایر کشورها، در گذشته و حال دستخوش دگرگونی بوده و هر چند گاهی به اصلاح آن می‌پردازند. قوانین جزایی از آنجا که مستند عمل قضات است و مشتمل بر امور جزئی و دقیق می‌باشد به طریق اولی محتاج اصلاح و بازبینی مستمر می‌باشد و اصلاحات جدید باید بیانگر تمامی تجربه‌های مستمر و روزانه قضات و آئینه تمام‌نمای انتقادات و پیشنهادات اساتید علم حقوق باشند.

قانون مجازات اسلامی نیز مانند هر قانون دیگر مشمول همین قاعده است و به دلایل زیر محتاج بازنگری و نقد و بررسی و سرانجام بازنویسی قانونی جدید توسط قانونگذار می‌باشد:

۱- آزمایشی بودن قانون: قبل از هر چیز نفس آزمایشی بودن این قانون، تلقی قانونگذار را از آن روشن ساخته، نشان می‌دهد که آنان نیز به شکل قانونی نهایی بدان نگاه نمی‌کنند. طبعاً از آنجا که بیش از چهار سال از مهلت پنج ساله آزمایش این قانون می‌گذرد از هم اکنون باید گروهی از کارشناسان قضایی آن را بررسی کرده، با جمع‌آوری آرای صاحب نظران و جمع‌بندی آنها به بازنگری و بازنویسی آن بپردازند تا در اصلاحات بعدی از هر گونه شتاب زدگی پرهیز شود و اگر قرار است قانونی در آینده به تصویب برسد از انسجام و استحکامی در خور شأن قانونگذار جمهوری اسلامی برخوردار باشد و همچون قانون مدنی به حیاتی مستمر در عرصه حقوق دست یابد.

۲- روش تقنین: از عمده ترین مباحثی که جنبه زیربنایی دارد و باید به طور جدی مورد بررسی قرار گیرد، روش قانونگذاری در مورد قوانین شرعی از قبیل حدود و قصاص و دیات است. قانونگذار با آنکه در اصول مختلفی از قانون اساسی و قوانین عادی به اصل قانونی بودن جرایم و مجازاتها اشاره کرده و آن را پذیرفته است،<sup>۱</sup> ولی در عمل به دلیل حجم احکام جزایی فقهی، به شیوه گزینشی عمل کرده و تنها بخشی از آنها را به عرصه قانون کشانده و بسیاری از احکام جزایی اسلام در قوانین موضوعه مسکوت مانده است.<sup>۲</sup>

مراجعه به منابع معتبر فقهی یا فتاوای معتبر تنها راه حلی است که برای چنین مواردی در قانون اساسی و دیگر قوانین پیش بینی شده است.<sup>۳</sup> چنین روشی برای پرکردن خلاء قانونی باعث مطرح شدن این سؤال می شود که آیا روش گزینشی روش درستی است و در مراحل بعدی قانونگذاری نیز باید رعایت شود؟ یا بهتر است که تمام مسایل مبتلا به فقهی به شکل مواد قانونی در آید.

بحث در این مورد خود مجال واسعی می طلبد ولی برای آنکه ضرورت طرح این مسأله بیشتر حس شود تذکر چند نکته لازم است:

۱- در اصول بیست و دوم، سی و دوم، سی و ششم، یکصد و شصت و ششم و یکصد و شصت و هفتم و ماده دو قانون راجع به مجازات اسلامی، به این مسأله اشاره شده است. به عنوان مثال اصل یکصد و شصت و ششم مقرر میدارد: «احکام دادگاهها باید مستدل و مستند به مواد قانون و اصولی باشد که براساس آن حکم صادر شده است».

۲- البته گزینشی عمل کردن مخالفتی با اصل قانونی بودن جرائم و مجازاتها ندارد زیرا براساس اصل یکصد و شصت و هفتم قانون اساسی در موارد سکوت قانون، منابع فقهی نیز حکم قوانین موضوعه را دارند و بدیگر سخن اصل یکصد و شصت و هفتم بردیگر موادی که بیانگر اصل قانونی بودن جرائم و مجازاتهاست، حکومت دارد و به توسعه قانون دست زده است لکن چنین روشی منجر به برخی اشکالات خواهد شد که در متن بدانها اشاره شده است.

۳- اصل یکصد و شصت و هفتم قانون اساسی مقرر می دارد «قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوا را در قوانین مدونه بیابد و اگر نیابد با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر حکم قضیه را صادر کند و نمی تواند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزد» همچنین در ماده ۲۹ از قانون تشکیل دادگاههای کیفری ۱ و ۲ و شعب دیوان عالی کشور بیان شده است: «احکام دادگاههای کیفری باید مستدل و موجه بوده و مستند به مواد قانون و اصولی باشد که براساس آن حکم صادر شده است دادگاهها مکلفند حکم هر قضیه را در قوانین مدونه بیابند و اگر قانونی نباشد با استناد به منابع فقهی معتبر یا فتاوی معتبر حکم قضیه را صادر نمایند و دادگاهها نمی توانند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه از رسیدگی به شکایات و دعاوی و صدور حکم امتناع ورزند».

الف - قانون اساسی در اصل یکصد و شصت و هفتم قاضی را مکلف کرده در صورتی که حکم دعوا را در قوانین مدون نیابد به منابع یا فتاوی معتبر مراجعه کند. مراد از منابع معتبر، کتب فقهی معتبر مانند کتب محقق، علامه، شیخ انصاری، صاحب جواهر و غیره و مراد از فتاوی معتبر، فتاوی مراجع مسلم تقلید در هر زمان می باشد. قانونگذار خود در تدوین قانون قول مشهور فقها را برگزیده است. ولی مشکل از آنجا شروع می شود که در مواردی که ما با سکوت قانون روبرو می شویم فتاوی معتبر مخالف قول مشهور فقها باشد. به عنوان مثال قانون مجازات اسلامی در مورد حکم سرایت جنایتی که منجر به مرگ می شود ساکت است و این یکی از موارد رجوع به منابع معتبر یا فتاوی معتبر است. مقتضای اطلاق کلام مشهور فقها این است که سرایت در جنایت عمدی اگر منجر به قتل شود موجب قصاص است چه جانی قصد قتل داشته باشد یا نه، چه جراحت غالباً موجب سرایت بشود یا نه،<sup>۴</sup> در حالی که فقهای معاصر حضرت امام قدس سره، مرحوم آیت الله خوئی و حضرت آیت الله شیخ جواد تبریزی دام ظلّه،<sup>۵</sup> معتقدند اگر ارتکاب فعل عمدی بوده ولی جانی قصد قتل نداشته و جنایت هم غالباً موجب سرایت نشود قصاص ثابت نیست و قتل شبه عمد محسوب می شود.

ب - در چنین مواردی بهتر نیست قانونگذار، خود یکی از دو قول را انتخاب کند و به شکل قانون درآورد؟ ارجاع قاضی به چنین مجموعه ای از آرا و اقوال که اغلب موارد باهم مغایر و حتی متضادند یکی از اشکالات روش گزینشی است.<sup>۶</sup>

ب - جمهوری اسلامی، اصل قانونی بودن جرایم و مجازاتها را پذیرفته و بر همین

۴- ر. ک. به جواهر الکلام - الشیخ محمد حسن نجفی ج ۴۲ ص ۲۹: «السرایه عن جنایة العمد توجب ایقصاص مع التساوی» بلا خلاف آنچه اجده فیہ بل الظاهر الاتفاق علیہ، كما اعترف به فی کشف اللثام، بل فیہ ان اطلاقهم يشمل کل جراحه، قصد بها القتل ام لا، کانت مما تسری غالباً ام لا. و همچنین مبانی تکملة المنهاج - آیت الله خوئی ج ۲ ص ۶: اگر جنایت عمدی بوده ولی غالباً کشنده نباشد و جانی نیز بدین وسیله قصد قتل را نداشته ولی اتفاقاً سرایت جنایت موجب مرگ مجنی علیه شود مشهور میان اصحاب این است که قصاص ثابت می شود ولی چنین حکمی خالی از اشکال نیست...

۵- ر. ک. به تحریر الوسيلة - امام خمینی قدس سره - مسأله ۱۵ از موجبات قصاص، مبانی تکملة المنهاج - آیت الله السید ابوالقاسم الخوئی ج ۲ ص ۶، تقریرات درس خارج فقه (کتاب قصاص) حضرت آیت الله شیخ جواد تبریزی دام ظلّه

۶- البته در این مورد بخصوص ممکن است قضات از باب احتیاط در دماء به فتاوی معتبر مراجعه نمایند و به دیگر سخن در مقام تخییر بین فتاوی معتبر و قول مشهور مرجعی وجود داشته باشد ولی چنین ترجیحی فقط در احکامی که منجر به قتل خواهند شد وجود دارد و در قصاص عضو یا دیگر مسائل، مشکل تعارض منابع معتبر و فتاوی معتبر باقی است.

اساس با وجود منابع فقهی، دست به تدوین قانون موضوعه زده است یعنی تشخیص داده است که منابع فقهی حتی الامکان نباید به طور مستقیم مورد استفاده قرار گیرند، اما از سویی دیگر بخشی از احکام فقهی را در قانون نیاورده است. اگر دلیل گزینشی عمل کردن این است که حجم کتاب قانون زیاد خواهد شد باید گفت چنین امری هیچ اشکالی در پی ندارد همچنان که قانون مدنی مشتمل بر ۱۳۳۵ ماده است و قانون جزایی برخی از کشورها نیز حجم زیادی دارد. بعلاوه اگر قانون به شکل فنی نوشته شود و از تکرار مواد اضافی که در قانون فعلی زیاد به چشم می خورد، جلوگیری شود بنظر نمی رسد که ما با مواد قانونی خیلی زیادی مواجه باشیم.

ج - اگر به هر دلیل اصل گزینشی بودن را هم بپذیریم سؤال دیگری مطرح خواهد شد که ملاک گزینش این احکام و ترجیح ذکر آنها در کتاب قانون چیست؟  
آیا کثرت ابتلاء ملاک بوده، با اینکه می بینیم بسیاری از احکام ذکر شده نادر الوقوع و برخی احکام ذکر نشده از مسائلی هستند که بیشتر مورد ابتلا می باشند.<sup>۷</sup>  
آیا کلی بودن و قاعده بودن ملاک بوده است آن که بسیاری از احکام ذکر شده حاوی هیچ قاعده کلی نیست و از این لحاظ مانند احکام ذکر نشده می باشند.<sup>۸</sup>  
آیا اهمیت مسائل مطروحه ملاک طرح آنها بوده است؟ با آنکه احکام مهمی در این قانون ذکر نشده و در مقابل احکام کم اهمیت تری را ذکر کرده اند.<sup>۹</sup>  
به هر حال چنین تبعیض و تفریقی دلیل موجهی ندارد و باید موارد سکوت در قوانین موضوعه به حداقل ممکن خود برسد.

۳ - اشکالات موجود در قانون - اشکالات موجود در قانون مجازات اسلامی دلیل مهم دیگر و بلکه مهمترین دلیل ضرورت بازنگری در این قانون می باشد. از آنجا که شرح و بسط هر یک از اشکالات مجال واسعی می طلبد ما تنها به رئوس مطالب اشاره نموده، مثالهایی را در این مورد ذکر می کنیم چرا که شرح تفصیلی این امر کتابی مستقل نیاز دارد. اشکالات موجود در مجموعه فعلی دارای صور ذیل می باشد:

۷- به عنوان مثال مسأله سرایت در جنایت با وجود کثرت ابتلا به آن سکوت مانده ولی ماده ۲۲۵ به مسأله ای نادر الوقوع پرداخته و می گوید: هر گاه کسی در حال خواب یا بیهوشی شخصی را بکشد قصاص نمی شود...

۸- کلی بودن یکی از اوصاف قاعده حقوقی است و منظور ما از اینکه بسیاری از مواد حاوی هیچ قاعده کلی نمی باشد این است که نسبت به مسایل ذکر نشده از شمول و گستردگی بیشتری برخوردار نیستند.

۹- به عنوان مثال بحث مسک و ناظر در قتل مطرح نشده ولی در ماده ۲۹۳ جنایت بر عضو زائد مورد بحث قرار گرفته است.

الف - کیفیت قانون نویسی - روش قانون نویسی خود فن خاصی است که عدم رعایت آن مشکلات فراوانی را ایجاد می کند. فنی نبودن انشای قانون مجازات اسلامی در بسیاری از مواد به نحو چشم گیری روشن است. به عنوان مثال ماده ۲۴۴<sup>۱</sup> قانون مذکور مربوط به بحث قسامه می باشد. این ماده که از طولانی ترین مواد این کتاب قانون است، عیناً تجزیه شده و با تفاوت بسیار ناچیز و گاه بی هیچ تفاوتی دوباره در شکل سه ماده ۲۴۵، ۲۴۶، ۲۴۷<sup>۱۱</sup> در ذیل همان ماده ظاهر شده است، وجود چنین موادی در یک مجموعه قوانین مادر چیزی نیست که بتوان به سادگی از کنار آن گذشت. از تبعات چنین سبک قانون نویسی، پایین آمدن درجه اعتبار آن قانون است.

ب- وجود برخی از قوانین حقوقی در قانون مجازات اسلامی - مانند مواد ۳۲۱ یا ۳۵۶،<sup>۱۲</sup> در مورد ماده اخیر ذکر این نکته ضروری است که اگر چه سوزاندن اموال دیگری براساس ماده ۱۲۷ قانون تعزیرات جرم است و مستوجب مجازات می باشد ولی ماده ۳۵۶ در مقام بیان جنبه حقوقی مسأله است. به هر حال هر دو مسأله از مصادیق قاعده اتلاف

---

۱۰- ماده ۲۴۴: در موارد لوث اگر مدعی علیه حضور خود را هنگام قتل در محل واقعه منکر باشد و قراینی که موجب ظن به وقوع قتل توسط وی می گردد وجود نداشته باشد، قاضی از مدعی می خواهد که اقامه بینه نماید در صورتی که مدعی اقامه بینه نکند مدعی علیه پس از ادای سوگند تبرئه می شود و در صورتی که حضور مدعی علیه هنگام قتل محرز باشد مدعی علیه می تواند برای تبرئه خود اقامه بینه نماید و اگر بینه اقامه نکرد لوث ثابت می شود و مدعی باید اقامه قسامه کند و در صورتی که از اقامه قسامه امتناع نمود می تواند از مدعی علیه مطالبه قسامه نماید در این صورت مدعی علیه باید برای برائت خود به ترتیب مذکور در ماده ۲۴۷ عمل نماید در این حالت اگر مدعی علیه از اقامه قسامه ابا نماید مدعی علیه محکوم به پرداخت دیه می شود.

۱۱- ماده ۲۴۵: در موارد لوث در صورت نبود قرائن موجب ظن به قتل برای تحقق قسامه مدعی باید حضور مدعی علیه را هنگام قتل در محل واقعه ثابت نماید در صورتی که حضور مدعی علیه احراز نشود اگر مدعی علیه حضور خود را هنگام قتل در محل واقعه انکار نماید ادعای او با ادای سوگند پذیرفته می شود.

ماده ۲۴۶: در مواردی که حضور مدعی علیه در محل قتل محرز باشد چنانچه مدعی علیه برای تبرئه خود بینه معتبر اقامه کند لوث محقق نمی شود.

ماده ۲۴۷: هرگاه مدعی اقامه قسامه نکند می تواند از مدعی علیه مطالبه قسامه نماید در این صورت مدعی علیه باید برای برائت خود به ترتیب مذکور در ماده ۲۴۸ به قسامه عمل نماید و چنانچه ابا کند محکوم به پرداخت دیه می شود.

۱۲- ماده ۳۲۱: «هرگاه بیطار و دامپزشک گرچه متخصص باشد در معالجه حیوانی هرچند با اذن صاحب او باشد موجب خسارت شود ضامن است».

ماده ۳۵۶: «هرگاه کسی آتشی را روشن کند و دیگری مال شخصی را در آن بیندازد و بسوزاند عهده دار تلف یا خسارت خواهد بود و روشن کننده آتش ضامن نیست».

بوده که در فصل دوم قانون مدنی تحت عنوان ضمان قهری در مبحث اتلاف مورد بحث قرار گرفته و نیازی به ذکر آن در یک کتاب قانون جزایی نبوده است. دلیل انتخاب چنین شیوه نامتناسبی در قانون نویسی از سوی قانونگذار، پیروی از طرح عناوین و مسایل در کتب فقهی بوده است.<sup>۱۳</sup>

ج- عدم مطابقت عنوان باب با مواد آن - اصولاً هدف از قرار دادن تعدادی از مواد تحت عنوانی خاصی، تسهیل در امر مراجعه به قانون می باشد ولی قانون مجازات اسلامی در پاره ای از موارد چنین مسأله ای را رعایت نکرده است. به عنوان مثال ماده ۳۳۹<sup>۱۴</sup> ربطی به اشتراك در جنایت که عنوان باب است ندارد و محل مناسب برای طرح ماده ۳۳۹ بحث تسبیب می باشد. همچنین ماده ۲۱۸<sup>۱۵</sup> ربطی به شرکت در قتل ندارد ولی در این باب مطرح شده است.

د- بی توجهی در نام گذاری عنوان باب - قانون مجازات اسلامی از چهار کتاب (کلیات - حدود - قصاص - دیات) تشکیل شده است که کتاب دیات نیز به نوبه خود مشتمل بر سیزده باب می باشد، ابواب پنجم تا هشتم کتاب دیات عبارتند از: باب پنجم - موجبات ضمان. باب ششم - اشتراك در جنایت. باب هفتم - تسبیب در جنایت. باب هشتم - اجتماع سبب و مباشر یا اجتماع چند سبب.

با ملاحظه ابواب فوق، بلافاصله این سؤال به ذهن خطور می کند که با توجه به این که تسبیب خود یکی از موجبات ضمان است چگونه در عرض موجبات ضمان به عنوان بایی مستقل مطرح شده است همچنان که اجتماع سبب و مباشر نیز یکی از موجبات ضمان شمرده می شود ولی در عرض باب پنجم مطرح شده است. اصولاً چه رابطه ای میان باب پنجم با سه باب بعدی وجود دارد؟ آیا در باب پنجم، کلیات موجبات ضمان گفته شده و در ابواب دیگر به شرح و بسط آن پرداخته است؟ آیا مقنن به تکرار بی مورد دست نزده است؟

۱۳- تفکیک مسائل حقوقی از جزایی، بدانگونه که در حقوق مرسوم است، در فقه مدنظر نبوده است، بدین جهت کتب فقهی براساس روش مرسوم خود به طرح مسائل پرداخته اند و ایرادی نیز متوجه چنین اسلوب تألیفی نیست ولی تبعیت از این روش در تدوین قوانین موضوعه، قابل قبول نخواهد بود.

۱۴- ماده ۳۳۹: «هرگاه کسی در معبر عام یا هر جای دیگری که تصرف در آن مجاز نباشد چاهی بکند یا سنگ یا چیز لغزنده ای بر سر راه عابران قرار دهد یا هر عملی که موجب آسیب یا خسارت عابران گردد انجام دهد عهده دار دیه یا خسارت خواهد بود ولی اگر این اعمال در ملک خود یا در جائی که تصرفش در آن مجاز است واقع شود عهده دار دیه یا خسارت نخواهد بود».

۱۵- ماده ۲۱۸: «هرگاه ایراد جرح هم موجب نقص عضو شود وهم موجب قتل، چنانچه با یک ضربت باشد قصاص قتل کافی است و نسبت به نقص عضو قصاص یا دیه نیست»

آشنایان با نحوه تبویب کتب فقهی می‌دانند که هیچیک از فروض مذکور پاسخ سؤال نیست بلکه قانونگذار در نحوه تبویب مسامحه کرده است. در کتب فقهی موجبات ضمان عنوانی است عام که به سه عنوان مباشرت، تسبیب و تراحم موجبات تقسیم می‌شود.<sup>۱۶</sup> البته برخی همچون علامه در کتاب قواعد خود تراحم موجبات را به عناوین ریزتری نیز تقسیم کرده است ولی همه کتب فقهی در این امر متفق القولند که موجبات ضمان حداقل به مباشرت و تسبیب تقسیم می‌شود.<sup>۱۷</sup> مراد قانونگذار از باب پنجم که تحت عنوان موجبات ضمان نوشته شده است، موجبات ضمانی است که به نحو مباشرت صورت بگیرد.<sup>۱۸</sup> بنابراین شایسته بود که به جای چهار باب (پنجم تا هشتم)، قانونگذار تنها یک باب تحت عنوان کلی موجبات ضمان انتخاب و آنگاه این باب را به چهار فصل (مباشرت - تسبیب - اشتراك در جنایت و اجتماع سبب و مباشر یا اجتماع چند سبب) تقسیم می‌کرد.

هـ- تکرار مواد - قانونگذار در کتاب حدود در مورد شرایط مسؤولیت کیفری، مسایلی را مکرراً ذکر کرده که هیچ نیازی به تکرار آنها نبوده است. در مواد ۶۴، ۱۱۱، ۱۳۰، ۱۴۶، ۱۶۶ و ۱۹۸،<sup>۱۹</sup> عاقل و بالغ و مختار بودن متهم را در تحقق مسؤولیت کیفری

۱۶- محقق در شرایع ج ۲ ص ۱۰۱۹ (النظر الثانی از کتاب دیات) فرموده است: «فی موجبات الضمان: والبعث اما فی المباشرة او التسبیب او تراحم الموجبات» بسیاری از کتب معتبر فقهی همچون مسالک الافهام شهید ثانی یا جواهر الکلام شیخ محمد حسن نجفی که شرح شرایع می‌باشند نیز به تبع از شرایع همین تقسیم بندی را پذیرفته و شرح کرده‌اند. امام خمینی قدس سره در تحریر الوسیله ج ۲ در کتاب دیات موجبات ضمان را به سه مبحث (مباشر - اسباب - تراحم موجبات) تقسیم کرده‌اند.

۱۷- مرحوم آیت الله خوئی در کتاب مبانی تکملة المنهاج، ج ۲، نیز موجبات ضمان را به مباشرت و تسبیب تقسیم نموده ولی به دنبال آن تراحم موجبات را تحت عنوان مستقلی مطرح کرده و در واقع تقسیم بندی مشهور را دنبال کرده است.

۱۸- این امر از مقایسه مسائل باب پنجم با کتب فقهی روشن می‌شود.

۱۹- ماده ۶۴: «زنا در صورتی موجب حد می‌شود که زانی یا زانیه بالغ و عاقل و مختار بوده و به حکم و موضوع آن نیز عالم باشد»

ماده ۱۱۱: «لواط در صورتی موجب قتل می‌شود که فاعل و مفعول بالغ و عاقل و مختار باشند»

ماده ۱۳۰: «حد مساحقه درباره کسی ثابت می‌شود که بالغ، عاقل، مختار و دارای قصد باشد»

ماده ۱۴۶: «قذف در مواردی موجب حد می‌شود که قذف کننده بالغ و عاقل و مختار و دارای قصد باشد و...»

ماده ۱۶۶: «حد مسکر بر کسی ثابت می‌شود که بالغ و عاقل و مختار و آگاه به مسکر بودن و حرام بودن آن باشد»

ماده ۱۹۸: «سرقت در صورتی موجب حد می‌شود که دارای کلیه شرایط و خصوصیات زیر باشد: ۱- سارق به حد بلوغ شرعی رسیده باشد. ۲- سارق در حال سرقت عاقل باشد. ۳- سارق

با تهدید و اجبار و ادا به سرقت نشده باشد»

وی شرط دانسته است، در حالی که با توجه به مواد ۴۹، ۵۱ و ۵۴<sup>۲۰</sup> که در آنها حدود مسؤلیت کیفری مشخص شده است هیچ نیازی به مواد بالا نبوده است.<sup>۲۱</sup> عجیب این که از مسأله جهل به حکم و موضوع یا اشتباه در موضوع که قاعداً به کتاب اول (قواعد جزای عمومی) مربوط است هیچ سخنی به میان نیامده است. مقنن در کتاب حدود گاهی جهل به حکم و موضوع و شبهه موضوعی را مطرح نموده (مانند مواد ۶۴ و ۶۶ که به باب زنا مربوط است)<sup>۲۲</sup> و گاه در مورد آن سکوت کرده است (مانند باب دوم در مورد لواط). اگر ذکر جهل به حکم و موضوع در باب زنا ما را از ذکر آن در باب لواط بی نیاز می کند پس چرا دوباره در باب حد مسکر و سرقت این مسأله تکرار شده است<sup>۲۳</sup> و اگر قرار است در هر باب این مسأله جداگانه مطرح شود چرا قانون در باب لواط و مساحقه در این مورد ساکت است. روش صحیح قانون نویسی اقتضا می کند که مقنن در ابتدای کتاب حدود، در یک ماده مسأله جهل به حکم و موضوع را به طور کلی مطرح و از تکرار بی جا و سکوت بی جا خودداری کند.

آنچه تاکنون گفته شد در مورد تکرار شکلی مواد بود اما قانون مجازات اسلامی به تکرار مضمونی مواد نیز دچار است یعنی بسیاری از مواد این قانون در باب قصاص و دیات، مثالها و مصداقهایی از یک قاعده کلی هستند که قبلاً به شکل ماده ای جداگانه

۲۰- ماده ۴۹: «اطفال در صورت ارتکاب جرم مبراً از مسؤلیت کیفری هستند و...»

ماده ۵۱: «چون در حال ارتکاب به هر درجه که باشد رافع مسؤلیت کیفری است»

ماده ۵۴: «در جرائم موضوع مجازاتهای تعزیری یا بازدارنده هر گاه کسی بر اثر اجبار یا اکراه که عادتاً قابل تحمل نباشد مرتکب جرمی گردد مجازات نخواهد شد...»

۲۱- از لحاظ فن قانون نویسی، شرایط عامه تکلیف در حقوق جزا، در بخش جزای عمومی و تحت عنوان حدود مسؤلیت کیفری ذکر می شود و در قوانین مربوط به جزای اختصاصی تنها شرایط اختصاصی و استثناءات ذکر می شود.

۲۲- ماده ۶۴: «زنا در صورتی موجب حد می شود که زانی یا زانیه بالغ و عاقل و مختار بوده و به حکم و موضوع آن نیز آگاه باشند.»

ماده ۶۶: «هرگاه مرد یا زنی که باهم جماع نموده اند ادعای اشتباه و ناآگاهی کند در صورتی که احتمال صدق مدعی داده شود، ادعای مذکور بدون شاهد و سوگند پذیرفته می شود و حد ساقط می گردد»

۲۳- ماده ۱۶۶: «حد مسکر بر کسی ثابت می شود که بالغ و عاقل و مختار و آگاه به مسکر بودن و حرام بودن آن باشد. تبصره ۱ - در صورتی که شراب خورده مدعی جهل به حکم یا موضوع باشد و صحت دعوی وی محتمل باشد محکوم به حد نخواهد شد.»

ماده ۱۹۸: «سرقت در صورتی موجب حد می شود که دارای کلیه شرایط و خصوصیات زیر باشد: ۱ - ... بند ۵ - سارق بداند و ملتفت باشد که مال غیر است. بند ۶ - سارق بداند و ملتفت باشد که ربودن آن حرام است...»

مطرح شده است، به عنوان مثال در ماده ۲۹۵ بند «ب» مقرر شده است:

«ماده ۲۹۵: در موارد زیر دیه پرداخت می شود: بند الف: ... . بند ب: قتل یا جرح یا نقص عضو که بطور خطاء شبیه عمد واقع می شود و آن در صورتی است که جانی قصد فعلی را که نوعاً سبب جنایت نمی شود داشته باشد و قصد جنایت را نسبت به مجنی علیه نداشته باشد مانند آنکه کسی را به قصد تأدیب بتحوی که نوعاً سبب جنایت نمی شود بزند و اتفاقاً موجب جنایت گردد یا طبیعی مباشرتاً بیماری را بطور متعارف معالجه کند و اتفاقاً سبب جنایت بر او شود».

در این ماده ملاک کلی در قتل شبه عمد بیان شده است که جانی باید قصد وقوع فعل را برمجنی علیه داشته ولی قصد قتل وی را نداشته باشد و عمل وی نیز نوعاً کشنده نباشد و حتی دو مثال نیز در این رابطه ذکر شده است. علی رغم این، در ماده ۳۲۸ قانون مذکور آمده است:

«هرگاه کسی به دیگری صدمه وارد کند و یا کسی را پرت کند و او بمیرد در صورتی که نه قصد جنایت داشته باشد و نه کاری را که قصد نموده است نوعاً سبب جنایت باشد شبه عمد محسوب و عهده دار دیه آن خواهد بود».

چنان که ملاحظه می شود ماده فوق بیانگر هیچ مطلب جدیدی نیست. قانونگذار کتاب قانون را به کتاب شرح قانون تبدیل کرده و با چنین مثالهایی به تکرار بی جا دست زده است. نمونه هایی از این تکرار بی جا در موارد دیگر نیز وجود دارد که از ذکر آنها خودداری می کنیم.

و- تغییرات ناقص و خلاف مصلحت - قانون دیات سابق در ماده ۱۲ عاقله را چنین تعریف کرده بود:

«عاقله عبارتست از بستگان نزدیک ابوینی یا ابی مساند پدر و جد پدری و برادر و پسر و عمو و پسران عمو»

در این ماده مشخص نشده بود که آیا افراد مذکور در عرض هم ضامن خواهند بود یا در طول هم و بر حسب طبقات ارث به گونه ای که با وجود طبقه اول نوبت به طبقه دوم نخواهد رسید. قانونگذار از این لحاظ در قانون مجازات اسلامی در ماده ۳۰۷ تعریف فوق را تغییر داده و بخشی از آن را حذف کرده و عباراتی را به آن افزوده و چنین مقرر داشته است:

«عاقله عبارتست از بستگان ذکور نسبی پدر و مادری یا پدری به ترتیب

طبقات ارث بطوری که همه کسانی که حین الفوت می توانند ارث ببرند بصورت مساوی عهده دار پرداخت دیه خواهند بود».

چنان که ملاحظه می شود عبارت «بستگان نزدیک ابوینی یا ابی» در قانون سابق و عبارت «بستگان ذکور نسبی پدر و مادری یا پدری» در قانون جدید برپدر و پسر صدق نمی کند و فقط شامل برادر و عمو و پسر عموها می شود، نهایت این که در قانون دیات سابق مقنن در مقام تمثیل به پدر و پسر نیز اشاره کرده و آنها را مصداق تعریف خود قرار داده، هرچند بین آن تعریف و تمثیل مطابقتی وجود نداشت زیرا پدر یا فرزند از بستگان ابوینی یا ابی حساب نمی شوند. ولی به هر حال شمول قانون نسبت به پدر و پسر اشکال نداشت، اما قانونگذار در قانون جدید به حذف مثالها پرداخته و خود تعریف عاقله شامل پدر و پسر نمی شود.

با توجه به این مسأله که دخول پدر و پسر در عاقله از لحاظ فقهی مورد اختلاف است،<sup>۲۴</sup> چنین نتیجه گرفته می شود که مقنن پدر و پسر را داخل در عاقله نمی داند و حتی اگر شکی هم وجود داشته باشد اصل براءت ذمه حکم می کند که آنان را ضامن ندانیم. ولی باید توجه داشت حکم ضمان عاقله در جامعه امروز ما و بلکه در جوامع گذشته که بافت غیر قبیلگی داشته اند، امری خلاف عرف تلقی می شده و تنها دلیل پذیرش این امر تعبد شرعی بوده است به طوری که بزرگانی نیز بدین امر تصریح نموده اند: اگر ما بودیم و عقل، چنین حکمی نمی کردیم.<sup>۲۵</sup> حال که براساس تعبد شرعی چنین حکمی پذیرفته شده، حداقل کاری که قانونگذار در جهت تطبیق این حکم با شرایط فعلی جامعه می توانست انجام دهد این بود که با توجه به اختلاف فقهی در مورد افراد عاقله، قولی را انتخاب کند که با عرف امروز هماهنگی بیشتری داشته باشد، یعنی پدر و پسر را هم داخل در عاقله بداند زیرا

۲۴- برای کسب اطلاع بیشتر از تعریف عاقله و بحث تفصیلی در این مورد ر. ک به مسؤلیت عاقله در پرداخت دیه - تألیف نگارنده در مجموعه تحقیقی «موارد ناهماهنگی قانون دیات با مقتضیات زمان» در مرکز تحقیقات استراتژیک. امام خمینی قدس سره در تحریر الوسیله ج ۲ بحث لواحق عاقله مسأله ۱، نیز بدین خلاف اشاره دارند. با توجه به تعریف قانون از عاقله و اختلافی بودن مسأله دخول پدر و پسر و حذف مثالهای قانون دیات سابق، مقتضای ماده ۳۰۷ قانون مجازات اسلامی حذف پدر و پسر از افراد عاقله است.

۲۵- قطب راوندی در کتاب فقه القرآن - سلسلة الینابیع الفقهیه ج ۲۴ ص ۲۲۷ می گوید «بل هو حکم شرعی تابع للمصلحة ولو خلینا والعقل ما اوجبنا...»

برای کسب اطلاع بیشتر از انتقاداتی که بر حکم ضمان عاقله وارد شده و پاسخهایی که در این رابطه مطرح شده که همگی حکایت از غیر عرفی بودن این حکم را در جوامع غیر عشیرگی دارد ر. ک به «مسؤلیت عاقله در پرداخت دیه» تألیف نگارنده در مجموعه «موارد ناهماهنگی قانون دیات با مقتضیات زمان» مرکز مطالعات استراتژیک.

عرف امروز ما، پدر را بیشتر مسؤول عمل فرزند خود می‌داند تا عمو، یا پسر را بیشتر مسؤول عمل پدر می‌داند تا پسر عمو. عجیب این که فتوای امام خمینی قدس سره نیز مبنی بر بودن پدر و پسر در زمره عاقله چنین است:

«در مورد بودن پدر و هرچه بالاتر رود و پسر و هر چه پایینتر بیاید در داخل عصبه اختلاف نظر وجود دارد ولی نظر قوی‌تر این است که هر دو داخل هستند»<sup>۲۶</sup>

عبارت قانونگذار هیچ اجمال و ابهامی نیز ندارد تا با تمسک بدان نیز قاضی حق رجوع به منابع معتبر یا فتاوی معتبر را داشته باشد بلکه به روشنی ظهور در نفی دخول آن دو دارد.

مثالی دیگر: چنان که می‌دانیم براساس موازین فقهی دیه اشخاص برحسب جنس (زن یا مرد) تفاوت دارد و در مواردی که مردی عمداً زنی را بکشد، قصاص وی در صورتی ممکن است که ما به التفاوت دیه مرد و زن (نصف دیه کامل مرد) به قاتل پرداخت شود. طبیعی است اگر مردی همسر خود را به قتل برساند، قصاص وی منوط به پرداخت حداقل یک میلیون و هشتصد هزار تومان به وی می‌باشد که در بسیاری از موارد تهیه چنین پولی برای اولیای دم ممکن نیست از طرف دیگر براساس ماده ۲۵۷ «قتل عمد موجب قصاص است لکن با رضایت ولی دم و قاتل به مقدار دیه کامل یا به کمتر یا زیادتر از آن تبدیل می‌شود»

یعنی مجازات اصلی قتل قصاص است و تبدیل آن به دیه منوط به رضایت قاتل است. در مواردی که قاتل احساس کند اولیای دم استطاعت پرداخت فاضل دیه را ندارند با توجه به قانون فعلی می‌تواند به پرداخت دیه راضی نشود و در نتیجه اولیای دم نه قانوناً حق گرفتن دیه را دارند (چون قاتل راضی به پرداخت نیست) و نه حق قصاص دارند (زیرا توانایی پرداخت فاضل دیه را ندارند).

از لحاظ فقهی این امر مسلم است که مجازات ابتدایی قتل عمد، قصاص است ولی در مواردی که استیفای قصاص منوط به رد فاضل دیه می‌باشد برخی از فقها معتقدند: ولی دم مخیر است با پرداخت مابه التفاوت دیه قصاص کند یا دیه بگیرد (در این حالت مطالبه دیه منوط به رضایت قاتل نیست). از مراجع تقلید فعلی حضرت آیت الله شیخ جواد تبریزی همین عقیده را دارند از فقهای سلف، علامه در کتاب قواعد به چنین حکمی فتوا

داده و مؤلف کشف اللثام در شرح بقواعد آن را قبول کرده است.<sup>۲۷</sup> عجیب این که قانون حدود قصاص در ماده ۴۴ خود همین ترتیب را مقرر نموده بود:

«هر گاه مردی زنی را به قتل برساند ولی دم مخیر است بین قصاص با پرداخت نصف دیه کامل به قاتل و بین مطالبه دیه زن از قاتل».

چنین ترتیبی مسلماً به مصلحت نزدیکتر است ولی اصرار قانونگذار در تبعیت از قول مشهور منجر به آن شده است که در ماده ۲۵۸ قانون مجازات اسلامی ماده ۴۴ سابق را نسخ و به تبعیت از قول مشهور مقرر دارد:

«هرگاه مردی زنی را به قتل رساند ولی دم حق قصاص قاتل را با پرداخت نصف دیه دارد و در صورت رضایت قاتل می تواند به مقدار دیه یا کمتر یا بیشتر از آن مصالحه نماید».

مبنای تبعیت از قول مشهور به شکل مطلق، مبنای صحیحی نمی باشد و لزومی ندارد تا زمانی که فتوای مخالف و مقرون به صلاحی وجود دارد قانونگذار خود را در تنگنا قرار داده و فقط به قول مشهور (هرچند خلاف مصلحت) تمسک کند.

ز- ابهام در عبارت قانون- در ماده ۲۴۵ ق. م. ا. آمده است:

«در موارد لوث در صورت نبود قرائن موجب ظن به قتل برای تحقق قسامه مدعی باید...»

تعبیری مشابه این در ماده ۲۴۴ نیز با اندک تفاوتی وجود دارد. صدر و ذیل این عبارت باهم تناقض دارد، زیرا لوث در جایی تحقق می یابد که قرائن موجب ظن وجود داشته باشد<sup>۲۸</sup> حال چگونه موردی می تواند از موارد لوث باشد ولی قرائن موجب ظن در آن وجود نداشته باشد.<sup>۲۹</sup> البته با تأویل و توجیهاتی می توان دست به تفسیر این عبارت زد

۲۷- اگر ولی دم فقیر بوده یا از رد فاضل دیه امتناع نماید اقرب آن است که حق مطالبه دیه زن را دارد ولو قاتل بدین امر راضی نباشد، به دلیل این که هدر رفتن خون مسلمان جایز نیست و در اینجا هر یک از قصاص یا ترك آن منجر به هدر رفتن خون مسلمان می شود زیرا اگر ولی دم (بدون پرداخت فاضل دیه) اقدام به قصاص نماید نصف خون قاتل به هدر می رود و اگر قصاص را (به دلیل عدم توانایی پرداخت فاضل دیه) ترك کند تمام خون مقتول به هدر می رود و احتمال دارد حق مطالبه دیه را نداشته باشد زیرا اصل در چنین جنایتی آن است که موجب قصاص می شود. کشف اللثام - الفاضل الهندی ج ۲ ص ۴۴۸.

۲۸- ماده ۲۳۹ در این مورد مقرر می دارد: «هرگاه بر اثر قرائن و اماراتی و یا از هر طریق دیگری از قبیل شهادت یک شاهد یا حضور شخصی همراه با آثار جرم در محل قتل یا وجود مقتول در محل تردد... و یا امثال آن حاکم به ارتکاب قتل از جانب متهم ظن پیدا کند مورد از موارد لوث محسوب می شود»

۲۹- هنگام طرح این مسأله با یکی از فقهای محترم شورای نگهبان نیز ایشان قبول داشتند که در این

و معنایی را از آن استنباط کرد و به مقنن نسبت داد ولی عبارت نامفهوم همواره موجب تفسیرهای متعدد از قانون و در نتیجه صدور آرای متهاافت خواهد شد.

مثالی دیگر - در ماده ۳۳۲ آمده است:

«هرگاه ثابت شود که مأمور نظامی یا انتظامی در اجرای دستور آمر قانونی تیراندازی کرده و هیچگونه تخلف از مقررات نکرده است ضامن دیه مقتول نخواهد بود و جز مواردی که مقتول و یا مصدوم مهدور الدم نبوده، دیه به عهده بیت المال است».

در صدر این ماده مقنن مأموری را که با رعایت تمامی ضوابط تیراندازی کرده و موجب قتل شده است مبراً از مسؤولیت دانسته ولی از آنجا که خون هیچ مسلمانی نباید هدر برود در ذیل ماده در صدد بیان نحوه پرداخت دیه مقتول می باشد ولی کلمه «جز» در این عبارت زاید است، مراد مقنن این بوده که «در مواردی که مقتول یا مصدوم مهدور الدم نبوده دیه به عهده بیت المال است» بنابراین یا باید کلمه «جز» حذف شود و یا کلمه «نبوده» به «بوده» تبدیل شود، به این صورت: «جز در مواردی که مقتول یا مصدوم مهدور الدم بوده، دیه برعهده بیت المال است».

سخن در مورد قانون مجازات اسلامی، بسیار است و آنچه گفته شد رئوس مطالب و مسایل کلی آن بود که حتی به شکل بسیار مختصر در وسع یک مقاله نیست.<sup>۳۰</sup> به نظر می رسد تدوین چنین قوانینی به روشهای مناسبتری نیازمند است. کار جمعی، نظر خواهی از صاحب نظران و جمع بندی این نظرات، شتاب نداشتن در تدوین یا اصلاح قانون و تحقیقات گسترده و عمیق در ارتباط با این امر، از جمله پیشنهادهاتی است که می توان در این مورد ارائه داد.

پرتال جامع علوم انسانی

ماده تناقض صدر و ذیل وجود دارد.

۳۰- مسائل مربوط به حقوق جزای عمومی و ابهامات و اشکالات مربوط به بسیاری از مواد نیز بدلیل همین اختصار مورد بررسی قرار نگرفت