

# حجیت عمومات قانون با وجود مخصص شرعی

تاریخ دریافت: ۹۲/۱۰/۱۸

تاریخ تأیید: ۹۳/۲/۲۹

جلال‌الدین قیاسی\*

## چکیده

پس از پیروزی انقلاب اسلامی بخش مهمی از قوانین کیفری ما برگرفته از فقه بوده و قانونگذار در عین التزام شدید به احکام شرعی، در تصویب این دسته از قوانین به شکل گزینشی عمل کرده است و گاه اصل یک حکم و گاه فروع یا شروط و قیود آنها را بیان نکرده است. اینکه باید در چنین مواردی به عمومات و اطلاقات قانون عمل کرد یا حکم خاص شرعی، مورد بحث است. برخی سلیقه شارع در گزینشی عمل کردن و التزام به احکام شرعی را دلیل عمل به خاص دانسته و برخی با استناد به اینکه طبق اصل ۱۶۷ قانون اساسی تنها در حالت ابهام و اجمال و تعارض و سکوت قانون می‌توان به فقه مراجعه کرد و حالت اطلاق و عموم، هیچ‌یک از موارد مذکور شمرده نمی‌شود، عمل به خاص را جایز نمی‌دانند. قول مختار از نظر این مقاله، تفکیک میان احکام خاص اجماعی و احکام خاص مورد اختلاف است که در اولی مانند حکم ممسک و ناظر باید به مخصص شرعی مراجعه نمود؛ اما در حالت دوم عمل به عمومات و اطلاقات نمود.

واژگان کلیدی: اطلاقات، عمومات، مخصص شرعی، اصل ۱۶۷.

## مقدمه

پس از پیروزی انقلاب اسلامی و اخذ مستقیم قوانین از فقه، سؤالات مختلفی در خصوص روش تفسیر این دسته از قوانین پیش روی حقوقدانان کشور قرار گرفت. یکی از این سؤالات آن بود که با وجود منحصص یا مقیدی در فقه آیا می‌توان به اطلاعات و عمومات قوانین موضوعه استناد نمود یا خیر؟ آیا در چنین مواردی باید به حکم عام قانون عمل کرد یا حکم خاص شرع؟

طبق اصل ۱۶۷ قانون اساسی «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 نماید و نمی‌تواند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزد». به نظر برخی از حقوقدانان تنها در موارد اجمال، ابهام، تعارض و سکوت قانون است که می‌توان به فقه مراجعه نمود و با وجود اطلاق و عموم قانون، هیچ‌یک از موارد وجود ندارد تا نیازی به مراجعه به فقه باشد.

تا آنجا که نویسنده، در ادبیات حقوقی سال‌های اخیر مطالعه و جستجو کرده، هیچ محقق‌ای این امر را به عنوان مسئله‌ای مستقل مطرح نکرده است؛ اما در میان تفاسیری که از قانون صورت گرفته می‌توان به پاره‌ای از نظرات دست یافت. قابل ذکر است که هرچند متن قانون مجازات اسلامی در حال حاضر تغییر یافته و پاره‌ای از مثال‌های مذکور در این مقاله ناظر به موادی از قانون پیشین است؛ اما باید توجه داشت نسخ قوانین، در اعتبار قواعد تفسیری، خدشه‌ای وارد نمی‌کند به عنوان مثال اگر گفته شود با وجود قانون خاص عمل به عام جایز نیست در این خصوص تفاوتی نمی‌کند که به قانون در حال اجرا استناد شود یا قانون منسوخ، مهم قاعده‌ای است که استنباط می‌شود و این قاعده همان‌طور که در تفسیر قانون قبلی معتبر بوده در قانون فعلی و قوانین آینده نیز معتبر خواهد بود. اینک در طرح کلی مسئله به مواردی از موضوع بحث اشاره می‌شود.

## ۱. مواردی از موضوع بحث

### ۱-۱. مجازات مجنون

در ماده ۵۲ ق.م.ا سابق آمده بود: «هرگاه مرتکب جرم در حین ارتکاب مجنون بوده و یا پس از حدوث جرم مبتلا به جنون باشد، به دستور دادستان تا رفع حالت مذکور در محل مناسبی نگهداری خواهد شد...». به موجب اطلاق این ماده، حدوث جنون پس از ارتکاب جرم به شکل مطلق - خواه قبل از محاکمه و صدور حکم و خواه پس از آن، خواه در جرایم تعزیری و حدی و خواه در قصاص - رافع مسئولیت کیفری یا حداقل مانع از اجرای مجازات است. در خصوص جرایم حدی این حکم با مواد ۹۵ و ۱۸۰ مقید شده بود.\*

ولی اطلاق واژه جرم نسبت به قصاص در ماده ۵۲ به حال خود باقی بود، در حالی که می‌دانیم از لحاظ فقهی، جنون پس از ارتکاب قتل رافع مسئولیت کیفری نیست و قصاص را ساقط نمی‌کند (نجفی، ۱۳۶۲، ج ۲، ص ۱۷۹ / خمینی، ۱۳۶۴، ج ۲، شرط چهارم و پنجم از شرایط معتبر در قصاص، مسئله ۱) هر چند در تبصره ۱ ماده ۱۵۰ قانون مجازات اسلامی ۹۲ این مسئله به روشنی بیان شده: «نسبت به مجازات‌هایی که جنبه حق‌الناسی دارد مانند قصاص و دیه و همچنین ضرر و زیان ناشی از جرم، جنون مانع از تعقیب و رسیدگی نیست»؛ اما این مسئله در قانون سابق بیان نشده و تنها در کتب فقهی وجود داشت و مشخص نبود آیا قاضی باید طبق اطلاق ماده ۵۲ عمل کند یا به تخصیص شرعی، خصوصاً اینکه عمل به تخصیص شرعی بر خلاف تفسیر به نفع متهم و احتیاط در دماء بود.

### ۱-۲. جنایات عمدی کور

حکم جنایت عمدی کور در فقه مورد اختلاف نظر است. برخی همچون شیخ طوسی

---

\* به موجب ماده ۹۵ و ۱۸۰ قانون مجازات: «هرگاه محکوم به حد، دیوانه یا مرتد شود حد از او ساقط نمی‌شود». منظور از محکوم به حد، کسی است که حکم محکومیت او قطعیت یافته است، لذا اگر کسی پس از حکم قطعی به حد، مجنون شود، مجازات در مورد او اجرا خواهد شد.

(طوسی، ۱۴۱۰ق، ج ۲۴، ص ۱۲۴ / ابن‌براج، ۱۴۱۰ق، ج ۲۴، ص ۱۹۶) بر اساس عمل به برخی روایات (حر عاملی، ۱۳۹۱، ج ۲۹، ص ۳۹۹) عمد کور را خطا دانسته‌اند در حالی که برخی دیگر بر اساس عمومات باب قصاص، آن را عمد و مستوجب قصاص دانسته‌اند (ابن‌ادریس، ۱۴۱۰، ج ۲۵، ص ۳۴۳ / عاملی، ۱۴۱۳، ج ۱۵، ص ۱۶۶ / نجفی، ۱۳۶۲، ج ۴۲، ص ۱۸۸) این اختلاف در قانون مجازات اسلامی سابق و فعلی مورد سکوت قرار گرفته است. به نظر برخی از حقوقدانان سکوت قانونگذار دلیل بر رفع ید وی از این تخصیص مورد اختلاف است و از نظر قانونی عمد کور مانند دیگر افراد است (حاجی‌ده‌آبادی، ۱۳۸۷، ص ۳۸۱) این در حالی است که در موارد مشابه، رویه قضایی به تخصیص شرع عمل کرده است.

### ۳-۱. مجازات خطای محض

طبق بند پ ماده ۲۹۲ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ یکی از موارد قتل خطای محض عبارت است از: «جنایتی که در آن مرتکب نه قصد جنایت بر مجنی‌علیه را داشته باشد و نه قصد ایراد فعل واقع شده بر او را، مانند آنکه تیری به قصد شکار رها کند و به فردی برخورد نماید».

چنانچه کسی قصد تیراندازی به حیوان یا شیء یا شخص محقون‌الدمی را داشته باشد و تیر او با برخورد به سنگی کمانه کرده به مجنی‌علیه اصابت نماید هر سه حالت، مشمول اطلاق عبارت «نه قصد جنایت بر مجنی‌علیه را داشته باشد و نه قصد ایراد فعل واقع شده بر او را»، خواهد شد و ذکر شکار در ذیل ماده نیز صرفاً یک تمثیل است و ماده را منحصر بدان نمی‌کند. یعنی چنانچه هدف اولیه انسان باشد عبارت قانون اطلاق دارد خواه وی محقون‌الدم باشد یا مهدورالدم. این اشکال به شکل صریح‌تری در قانون قبل خودنمایی می‌کرد. اداره حقوقی در نظریه ۷/۴۶۵۹ - ۷۰/۱۰/۱۷ چنین عملی را به شکل مطلق خطای محض دانسته و بیان داشته که ملاک خطای محض، خطا در اصابت است.

چنین قتلی در حقوق غرب، عمد تلقی می‌شود و قضات ایرانی نیز تا قبل از پیروزی انقلاب اسلامی چنین قتلی را عمدی می‌دانستند. آرایبی از شعب دیوان عالی

کشور نیز در این مورد وجود دارد. مثلاً شعبه دو دیوان عالی در رأی شماره ۱۷۰۷ مورخ ۱۳۳۶/۸/۱۵ اعلام می‌کند: «با احراز قصد، اشتباه در هدف موجب خروج از ماده نیست». اگر تیراندازی به قصد قتل کسی شده به شخص دیگری اصابت و موجب فوت شود، قتل عمدی تشخیص می‌گردد (گلدوزیان، ۱۳۸۲، ص ۲۱۶).

تفاوت محقون الدم و مهدورالدم بودن مقتول در قتل خطایی در کتب فقهی به روشنی و به عنوان یک مسئله مستقل، مورد بحث قرار نگرفته است. فقها در خطای محض گاهی موردی را مثال زده‌اند که قاتل قصد کشتن حیوانی را داشته؛ اما تیر به انسانی خورده است (حلبی، ۱۴۱۰، ج ۲۴، ص ۹۵ / ابن‌براج، ۱۴۱۰، ج ۲۴، ص ۱۶۶ / ابن‌ادریس، ۱۴۱۰، ج ۲۵، ص ۳۰۶). برخی قصد کشتن انسان را هم اضافه کرده‌اند؛ اما کلام آنان در مورد انسان مطلق است و اشاره‌ای به قید محقون الدم یا مهدورالدم ندارد و فقط گفته‌اند قصد قتل حیوان یا انسانی را داشته باشد (طوسی، ۱۴۱۰، ج ۲۴، ص ۱۰۷ / هذلی، ۱۴۱۰، ج ۲۵، ص ۴۸۹). البته چنین اطلاقی را می‌توان به دلیل مطرح‌نبودن این مسئله در آن زمان، حمل بر اهمال کرد. برخی از فقها نیز در مورد انسان، کافر یا دشمن (مهدورالدم) را مثال زده‌اند (مفید، ۱۴۱۰، ج ۲۴، ص ۳۵). امام خمینی نیز در تحریرالوسیله انسان مهدورالدم را مثال زده است (خمینی، ۱۳۶۴، ج ۲، ص ۶۸۲) و در استفتایی چنین پاسخ داده است: «اگر قصد قتل محقون الدمی را داشته باشد و تیر به نفس محقون الدم دیگر اصابت کرده و او را کشته، حکم قتل عمد مترتب است، اگر چه احوط آن است که اولیای دم، مصالحه به دیه نمایند» (نرم افزار گنجینه آرای فقهی مسئله شماره ۱۷۶۵).

اگر در حال حاضر چنین مسئله‌ای رخ دهد آیا قاضی باید بر اساس اطلاق قانون حکم نماید یا قانون را مجمل دانسته و طبق اصل ۱۶۷ به کتب فقهی مراجعه نماید؟

#### ۴-۱. مجازات ممسک و ناظر

ممسک و ناظر، از موارد خاص معاونت در قتل هستند. حکم «ممسک» (کسی که مقتول را نگاه می‌دارد تا قاتل وی را به قتل برساند) و «ناظر» (کسی که جهت تسهیل ارتکاب قتل دیده‌بانی می‌کند) در شرع وارد شده است، مجازات ممسک در شرع،

حبس ابد و مجازات ناظر، کور نمودن چشم است. دو مورد فوق از مصادیق تبصره ۲ ماده ۴۳ قانون مجازات اسلامی سابق بود\* که بر اساس آن «در صورتی که برای معاونت جرمی، مجازات خاصی در قانون یا شرع وجود داشته باشد، همان مجازات اجرا خواهد شد». برخی از حقوقدانان معتقد بودند که اگرچه بر اساس تبصره ۲ ماده ۴۳، قانون و شرع در عرض یکدیگر مطرح شده‌اند؛ اما بر اساس اصل ۱۶۷ قانون اساسی تا زمانی که قانون وجود دارد مراجعه به شرع جایز نیست. در اصل مذکور گفته شده است: «قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوا را در قوانین مدوّنه بیابد و اگر نیابد با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر، حکم قضیه را صادر نماید» در حالی که ممسک و ناظر از مصادیق معاونت در قتل هستند و حکم معاونت در قتل در ماده ۲۰۷ و ۲۰۸ قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰ و ۶۱۲ تعزیرات مصوب ۱۳۷۵ بیان شده است، لذا نیازی به مراجعه به حکم شرعی در این خصوص نمی‌باشد؛ اما در این خصوص، بر خلاف دیدگاه فوق، قضات دیگری مسئله را از موارد مراجعه به حکم خاص شرعی (حبس ابد ممسک) دانسته‌اند (اداره وحدت رویه دیوانعالی کشور، ۱۳۸۶، ج ۱۰، ص ۵۴۹).

### ۵-۱. عدم تناسب در دفاع مشروع

در بحث دفاع مشروع، اگر مدافع در مقام دفاع، تناسب را رعایت نکند آیا باید قصاص شود یا حکمی دیگر دارد؟ طبق عمومات قانون مجازات اسلامی سابق وی مسئولیت تام داشت و باید قصاص می‌شد؛ اما در طول سال‌های گذشته رویه قضایی با استناد به فتاوی امام خمینی<sup>ع</sup> مبتنی بر این بود که قصاص متفیی ولی جانی باید دیه بدهد البته مراجع دیگری همچون آیت‌الله فاضل لنکرانی و آیت‌الله اراکی نیز قائل به پرداخت دیه و نفی قصاص بودند (خدابخشی، ۱۳۸۶، ص ۹۴). به عنوان مثال شعبه ۲۶ دیوانعالی کشور در رأی ۱۳۳۴-۱۳۷۱/۶/۵ در موردی که مهاجم با نانچاکو حمله کرده و مدافع چاقو در آورده، مورد را از موارد دفاع دانسته ولی گفته «... متهم باید در مقام دفاع جراحاتی

\* در قانون جدید نیز همین مضمون تکرار شده است: «ماده ۱۲۷. در صورتی که در شرع یا قانون، مجازات دیگری برای معاون تعیین نشده باشد، مجازات وی به شرح زیر است...».

شبهه آنچه از سوی مقتول واقع شده انجام می‌داد و با تعدی از آن باید دیه پرداد» (بازگیر، ۱۳۷۶، ص ۶۰۳). یا رأی شماره ۱۸-۱۳۷۵/۸/۲۲ هیأت عمومی شعب کیفری دیوانعالی (خدابخشی، ۱۳۸۶، ص ۱۰۰).

## ۱-۶. جنایات شخص خواب

طبق ماده ۲۹۲ قانون مجازات اسلامی: «جنایت در موارد زیر خطای محض محسوب می‌شود: الف) در حال خواب و بیهوشی و مانند آنها واقع شود...» و طبق ماده ۴۶۳: «در جنایت خطای محض در صورتی که جنایت با بینه یا قسامه یا علم قاضی ثابت شود، پرداخت دیه برعهده عاقله است و اگر با اقرار مرتکب یا نکول او از سوگند یا قسامه ثابت شد برعهده خود او است».

حکم قانون در مورد شخص خواب مطلق است؛ زیرا بر اساس ماده ۴۶۳ در هر قتل خطایی که با بینه یا قسامه یا علم قاضی اثبات شود عاقله باید دیه را پرداخت کند؛ اما این حکم در فقه مقید است؛ به این معنا که اگر نائم دایه باشد بنابر تفصیلی که در فقه آمده اگر برای کسب افتخار در شیردادن طفل اقدام به این کار نموده باشد خود ضامن دیه است و اگر بر اثر فقر اقدام به شیردادن کرده باشد عاقله او ضامن است. از مراجع اخیر برخی به آن تقيید فتوا داده (خویی، ۱۳۹۶، ج ۲، ص ۲۲۳) و برخی در آن تردید نموده و فتوا نداده‌اند (خمینی، ۱۳۶۴، ج ۲، ص ۶۸۹). فقهای گذشته نیز در این مسئله اختلاف داشته‌اند (خویی، همان).

موارد فراوان دیگری را می‌توان برشمرد که قانون، بیانگر حکمی عام است، ولی منحصصی از شرع نیز وجود دارد. آیا با وجود اتخاذ چنین روشی توسط قانونگذار، می‌توان گفت در چنین مواردی حکم مسئله در قانون مطرح شده است و نوبت به مراجعه به فقه نمی‌رسد؟

قبل از طرح دیدگاه‌های مختلف باید خاطر نشان کرد که اگر قانونگذار قیدی را عمداً نادیده انگاشته و ما نیز از طریق مراجعه به مشروح گزارش‌های تصویب قانون یا طرق دیگر علم و آگاهی از این تعمد داشته باشیم از محل بحث خارج است؛ زیرا هدف از تفسیر قانون، آگاهی از مراد مقنن است و با علم به مراد مقنن دیگر جایی

برای طرح احتمالات مختلف باقی نمی‌ماند؛ اما اگر در خصوص مراد مقنن تردیدی وجود داشته باشد، دلایلی را که طرفین می‌توانند در این مورد ابراز نمایند می‌توان به شرح زیر دسته‌بندی کرد.

## ۲- طرح دیدگاه‌های مختلف در مسئله

### ۲-۱. دلایل کسانی که قائل به اکتفا به اطلاق یا عمومات قانون هستند

الف) مسائل مطروحه در فقه غالباً مورد اختلاف است برخی از این اقوال مطلق و برخی مقید است و قانونگذار لزوماً باید یکی از آنها را انتخاب کند. هنگامی که حکم مسئله‌ای در قانون به شکل مطلق بیان می‌شود نشانگر آن است که قانونگذار از حکم مقید یا به تعبیری دیگر از آن قید، رفع ید کرده است. به عنوان مثال در مورد جنایت کور، برخی از مجتهدین آن را تابع عمومات باب قصاص می‌دانند و برخی به مخصّصی که در مورد کور در شرع وارد شده معتقد هستند، با توجه به اینکه قانونگذار از اختلاف‌های فقهی آگاه است همین که قانون را به شکل مطلق بیان کرده است، نشانگر این است که به نظریه فقهی تخصیص معتقد نیست.

ب) عمل به مخصّص شرعی ممکن است خود نوعی نقض غرض باشد و دست قانونگذار را در انتخاب حکم مطلق ببندد؛ زیرا بنا بر فرض، هرگاه وی بخواهد نظریه عام یا مطلق را انتخاب کند مفسر قانون با عمل به مخصّص شرعی، نظریه دیگر را خواهد گزید.

ج) پای‌بندی به این روش که ما همواره به دنبال مخصّص و مقید شرعی باشیم در بسیاری از موارد با تفسیر به نفع متهم سازگاری ندارد مثلاً مجازات خاص ممسک و ناظر که در شرع وارد شده بسیار سنگین‌تر از مجازات عام معاونت در قتل است.

### ۲-۲. دلایل کسانی که قائل به عمل به مخصّص یا مقید شرعی هستند

الف) از مجموعه موضع‌گیری‌ها و قانون‌های تصویب شده در سال‌های گذشته استنباط می‌شود که اولاً از نظر قانونگذار، تأمین نظر شارع بسیار مهم بوده و قانونگذار به طرق



مختلف کوشیده است تا حکمی بر خلاف شرع صادر نشود و ثانیاً قانونگذاری در خصوص جرائمی که برگرفته از شرع هستند گزینشی بوده و تمامی احکام با تفصیل و قیود خود به شکل قانون تدوین نشده است. بنابراین چه بسا حکمی مانند دیه اهل کتاب اصلاً در قانون مجازات اسلامی قبل ذکر نشده بود در حالی که این قابل تصور نیست قانونگذار از چنین مسئله مهم و مورد ابتلائی رفع ید کرده یا آن را فراموش کرده باشد. همچنین بسیاری از فروع فقهی که دائرمدار وجود یک قید یا شرط در موضوع هستند مورد بحث قرار نگرفته؛ زیرا بنای قانونگذار خصوصاً در قانون مجازات اسلامی قبل بر گزینشی عمل کردن بوده است و از میان فروع فقهی مفصل تنها به فروع مهم بسنده کرده است و گاه حتی فروع مهمی مانند دیه اهل کتاب یا حکم مرتد را به ملاحظات بین‌المللی، مسکوت گذاشته است و گاه فرعی، فقهی را به اجمال و بدون ذکر قیود بیان کرده است. بنابراین چاره‌ای نیست جز آنکه به جستجو از مقید یا مخصص شرعی پرداخته و در صورت یافتن به آن عمل نموده و تنها در حالت اطمینان از فقدان آن به عموماً یا مطلقاً عمل نماییم.

ب) رویه قضایی خواه به معنای خاص یعنی آرای هیئت عمومی دیوانعالی کشور و خواه به معنای عام\* در طول سالیان گذشته از همین دیدگاه پیروی کرده است. در خصوص این استدلال باید گفت رویه قضایی در معنای عام خود الزامی قانونی ندارد و در مورد آرای هیئت عمومی نیز هر چند از الزام قانونی برخوردارند؛ اما حداقل می‌توان آن را نقد نظری نمود تا در آینده اصلاح یا به قانون تبدیل شود.

### ۳. بررسی دو دیدگاه

به نظر می‌رسد استدلال گروه اخیر از قوت بیشتری برخوردار است؛ زیرا چنان‌که در

\* رویه قضایی به معنای عام خود، تصمیمات قضایی مکرری است که در موارد مشابه اتخاذ شده و این تکرار به درجه‌ای رسیده که به نوعی الزام معنوی یافته است؛ یعنی عملاً از جانب قضات مورد اتباع است هر چند قانوناً حق مخالفت با آن را دارند، در واقع رویه قضایی در صورت اخیر، خود نوعی عرف خاص یعنی عرف قضایی است، هر چند که عرف در محل خود از صلابت، استحکام و استمرار بیشتری نسبت به رویه قضایی برخوردار است (مدنی، ۱۳۷۲، ص ۳ / کاتوزیان، ۱۳۶۹، ص ۱۱۸).

استدلال نخست این گروه گفته شد سلیقه قانونگذار در گزینشی عمل کردن و در عین حال التزام به رعایت دقیق مسائل شرعی بر کسی پوشیده نیست. این استدلال بر دلایل دیگر گروه مخالف، حاکم است یعنی نشان می‌دهد اگر قانونگذار در خصوص مسئله‌ای اختلافی، حکم عام را انتخاب کرده، لزوماً ناشی از رفع ید از حکم خاص نبوده؛ بلکه می‌تواند ناشی از گزینشی عمل کردن نیز باشد و همین احتمال مانع از آن است که اطمینان به رفع ید از خاص به وجود آید و حکم به آن تعیین پیدا کند (اذا جاء الاحتمال بطل استدلال) و در واقع ظهور عام یا مطلق را در عموم و اطلاق از بین می‌برد. البته چنین احتمالی لزوماً اثبات کننده این مسئله نیز نیست که قانونگذار حکم خاص را مدنظر داشته؛ بلکه مسئله اجمالی شده و باید با روش دیگری آن را حل کرد که در نظریه مختار بدان اشاره کرده‌ایم. اگر بتوان به گونه‌ای یکی از دو احتمال را ترجیح داد، هرچند حکم قضایی به ضرر متهم خواهد بود؛ اما در عین حال گریزی از آن نیست؛ زیرا تمسک به قاعده تفسیر به نفع متهم (استدلال سوم دیدگاه اول) تنها در حالت شک در مراد مقنن جایز است.

ممکن است گفته شود اتخاذ چنین روشی در قانونگذاری از جانب مقنن، قابل قبول نبوده و خلاف مصلحت و نفع متهم است؛ اما در پاسخ می‌توان گفت حتی با پذیرش چنین انتقادی باز چاره‌ای جز تبعیت از مراد مقنن نیست؛ زیرا در روش تفسیر قانون جای چندانی برای مصلحت سنجی قاضی باقی نمی‌ماند؛ بلکه آنچه ملاک است عمل به مراد مقنن است و اگر مصلحت‌اندیشی‌های قضات، ملاک تفسیر قانون قرار گیرد چه بسا در بسیاری از موارد، مصلحت را در تفسیر قانون بر ضرر متهم تشخیص دهند. به نظر ما لازم نیست دادرس همه جا به دنبال منطوق صریح باشد؛ بلکه باید از طریق تمامی روش‌های صحیح، همچون تفسیر لفظی، اصولی، منطقی، تاریخی و ... به دنبال یافتن مراد مقنن باشد و اگر پس از آزمودن تمامی روش‌های مذکور، همچنان در حالت شک باقی ماند، آن‌گاه نوبت به تفسیر مضیق یا تفسیر به نفع متهم خواهد رسید. چنین امری در نوشته بسیاری از حقوقدانان مورد تأکید قرار گرفته است. به عنوان مثال:

نباید چنین وانمود شود که این اصل (تفسیر به نفع متهم) از همان اولین مرحله تفسیر قوانین موضوعه می‌تواند مورد استفاده قرار گیرد؛ بلکه این اصل باید قدرت خود را

بیشتر در مرحله‌ای به کار ببرد که جست‌وجوی از مراد مقنن به پاسخ روشنی نرسیده است (Andrew Ashworth, 1992, p.68,69).

اگر دادرسی به مقصود قانونگذار پای‌بند نباشد و مواد قانون را به سلیقه خود و آنچه‌ان که او مصالح اجتماع را تشخیص می‌دهد تفسیر کند، همیشه بیم آن می‌رود که قانون پس از تصویب قوه مقننه بر خلاف منظور آن قوه اجرا شود و حکومت به دست دادرسان باشد نه نمایندگان ملت (کاتوزیان، ۱۳۶۹، ص ۲۲۹).

البته چنان‌که بارها متذکر شده‌ایم، ما منکر عنصر عدالت‌خواهی و مصلحت‌اندیشی و توجه به مقتضیات زمان در قانون نیستیم، ولی معتقدیم همه این امور باید در مقام تقنین مورد توجه قرار گیرد، نه در مقام قضا؛ اما در عین حال از اشکال مطرح شده در دیدگاه اول نیز به راحتی نمی‌توان گذشت که عمل به مخصص شرعی ممکن است خود نوعی نقض غرض باشد و دست قانونگذار را در انتخاب حکم مطلق می‌بندد؛ زیرا بنا بر فرض، هرگاه وی بخواهد نظریه عام یا مطلق را انتخاب کند مفسر قانون با عمل به مخصص شرعی، نظریه دیگر را خواهد گزید.

#### ۴. حل مشکل

برای حل چنین اشکالی باید میان احکام خاص اختلافی از یک سو و احکام خاص جماعی یا حداقل مشهور فقه امامیه از سوی دیگر، تفکیک قائل شد. در مورد احکام اختلافی، به نظر می‌رسد باید به اطلاق و عموم قانون پای‌بند بود. به عنوان مثال طبق ماده ۲۲۰ قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰ «پدر یا جد پدری که فرزند خود را بکشد قصاص نمی‌شود و به پرداخت دیه قتل به ورثه مقتول و تعزیر محکوم خواهد شد». همین مضمون در ماده ۳۰۱ قانون جدید نیز به این شکل بیان شده است «قصاص در صورتی ثابت می‌شود که مرتکب، پدر یا از اجداد پدری مجنی‌علیه نباشد و مجنی‌علیه، عاقل و در دین با مرتکب مساوی باشد». اطلاق قانون قصاص، مقتضی آن است که تنها در موردی که پدر فرزند را بکشد قصاص نخواهد شد؛ اما فرزند به عنوان ولی‌دم می‌تواند پدر را قصاص کند در حالی که بسیاری از فقها معتقدند فرزند حق قصاص پدر را ندارد (نجفی، ۱۳۶۲، ج ۴، ص ۱۷۵). یعنی اطلاقات قصاص می‌تواند توسط فقه

مقید شود و فرزند حق قصاص ندارد در حالی که برخی مانند امام خمینی، قصاص را جایز می‌داند. در چنین مواردی باید اطلاق قانون را حمل بر انتخاب یکی از دو فتوا از جانب قانونگذار نمود.

البته از لحاظ قانون‌نویسی در مواردی که مسئله اجماعی نیست و قانونگذار می‌خواهد حکم عام یا مطلق را انتخاب نماید، باید به گونه‌ای به رد حکم خاص یا مقید اشاره کند، مثلاً چنانچه به حکم خاص ممسک یا ناظر قائل نباشد می‌تواند در تبصره‌ای بیان کند که حکم این دو مورد نیز همانند سایر موارد معاونت در قتل است یا در خصوص قتلی که توسط نابینا صورت می‌گیرد بیان کند که نابینا نیز مانند بینا قصاص می‌شود. همین روش در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ در پاره‌ای از موارد اتخاذ شده است، به عنوان مثال در ماده ۳۰۴ مقرر شده است «جنایت عمدی نسبت به نابالغ موجب قصاص است» دلیل این مسئله آن است که برخی از فقها جنایت بر کودک را موجب قصاص دانسته و برخی موجب قصاص نمی‌دانند (خویی، ۱۳۹۶، ج ۲، صص ۱۶۷، ۱۶۸ و ۱۷۲ / تبریزی، ۱۴۱۷، ص ۱۵۹). برای دفع همین شبهه است که قانونگذار به این مسئله اشاره کرده است؛ وگرنه عمومات باب قصاص شامل بالغ و نابالغ هر دو می‌شود و علی‌القاعده نباید نیازی به این ماده باشد؛ اما در مواردی که حکم مخصص شرعی، امری اجماعی یا حداقل حکم مشهور فقها باشد، نمی‌توان به اطلاق یا عموم قانون عمل کرد. دلیل این مسئله همان است که در بالا به آن اشاره شد یعنی سیره قانونگذار در طول سال‌های گذشته، چنان‌که قانون مدنی ما نیز در گذشته بر اساس احکام اجماعی و در موارد اختلافی غالباً بر اساس قول مشهور فقهای امامیه نوشته شده بود و همین مسئله، خود، حکم قرینه‌ای را دارد که با آن می‌توان به مراد مقنن پی‌برد و لذا در مواردی مانند حدوث جنون پس از صدور حکم محکومیت به قصاص یا حکم ممسک یا ناظر نمی‌توان گفت حکم عام قانون، کفایت نموده و نیازی به مراجعه به حکم خاص شرعی نیست.

اگر گفته شود طبق اصل ۱۷۶ قانون اساسی، تنها در حالات سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه باید به منابع فقهی مراجعه نمود و با وجود اطلاق و عموم، هیچ‌یک از موارد بالا وجود ندارد، در پاسخ می‌توان گفت سیره قانونگذار و رویه

قضایی ممتد و اختلاف نظر قضات، خود بهترین دلیل است که این اطلاق و عموم قانون به دلیل همین مسائل مذکور، در مقام قضاوت و عمل به قانون، دچار اجمال شده است و برای حل آن، چنان‌که گفته شد در پاره‌ای از موارد چاره‌ای جز مراجعه به منابع فقهی نیست؛ اما در هر حال باید توجه داشت که این مسئله تابعی از مسئله عمل به اصل ۱۶۷ قانون اساسی است و خود اصل مذکور دارای اشکالاتی است که به طور طبیعی به چنین مواردی سرایت می‌کند (برای توضیح بیشتر ر.ک: قیاسی، ۱۳۸۰، ص ۲۵). یکی از این اشکالات اینکه، طبق اصل مذکور، قاضی در عمل به تمامی فتاوی معتبر منخیر است و فتوای رهبری در این خصوص تعینی ندارد هر چند که طبق نقل شفاهی، برخی از فقهای محترم شورای نگهبان معتقدند که فتوای رهبری تعیین دارد؛ اما حتی رویه قضایی نیز در طول سال‌های گذشته بر خلاف آن شکل گرفته و به عنوان مثال در قضیه اشتباه در قتل، همزمان فتوای مرحوم آیت‌الله گلپایگانی و مقام رهبری هر دو مورد استناد قرار گرفت. هزاران استفتا از مراجع عظام در طول سال‌های گذشته که در نرم افزارهای قوه قضائیه موجود است، گواه دیگری بر این قضیه است و برای حل ریشه‌ای و اساسی آن باید در اصل ۱۶۷ و نحوه اجرایی آن بازبینی مجددی صورت گیرد هرچند که در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ بسیاری از مخصصات و مقیدات شرعی که در قانون قبل مورد سکوت قرار گرفته بود، بیان شده و قانون اخیر از این حیث نیاز به چنین راه‌حلی را تقلیل بخشیده است.

## نتیجه

چنان‌چه در کنار مطلقات یا عمومات قانون موضوعه، مخصص یا مقیدی از شرع وجود داشته باشد که در قانون ذکر نشده، اگر از هر طریقی علم داشته باشیم که قانونگذار از این مخصص یا مقید رفع ید کرده است به همان عموم قانونی عمل می‌کنیم؛ اما در فقدان چنین علمی با توجه به آگاهی از مبانی و روش قانونگذار در طول سال‌های گذشته، چنان‌چه حکم خاص مذکور از موارد اجماعی یا حکم مشهور فقهای امامیه است، مادامی که علم به رفع ید از آن نداشته باشیم به آن عمل می‌کنیم و در غیر این صورت به عموم عام، تمسک خواهیم کرد.

## منابع

۱. ابن‌ادریس، محمد؛ السرائر (چاپ در مروارید علی اصغر، سلسله‌الینابیع الفقهیة)؛ ج ۱، بیروت: الدار الاسلامیه، ۱۴۱۰ق.
۲. ابن‌براج، عبدالعزیز؛ مهذب (چاپ در سلسله‌الینابیع الفقهیة)؛ ج ۲۴، چ ۱، بیروت: الدار الاسلامیه، ۱۴۱۰ق.
۳. بازگیر، یدالله؛ قانون مجازات اسلامی در آیینہ آرای دیوان عالی کشور (قتل عمد)؛ تهران: انتشارات ققنوس، ۱۳۷۶.
۴. تبریزی، میرزا جواد؛ کتاب القصاص؛ چ ۱، قم: مکتب آیت‌الله العظمی تبریزی، ۱۴۱۷.
۵. حاجی‌ده‌آبادی، احمد؛ قواعد فقه جزایی؛ قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، ۱۳۸۷.
۶. حر عاملی، محمدبن‌الحسن؛ وسائل الشیعه؛ ج ۲۹، چ ۴، بیروت: دارالتراث العربی، ۱۳۹۱ق.
۷. حلبی، ابوالصلاح؛ کافی (چاپ در مروارید علی اصغر، سلسله‌الینابیع الفقهیة)؛ ج ۲۴، چ ۱، بیروت: الدار الاسلامیه، ۱۴۱۰ق.
۸. خدابخشی، عبدالله؛ «جنبه‌های مدنی و کیفری دفاع مشروع»؛ مجله تخصصی الهیات و حقوق، تهران: بهار ۸۶، شماره ۲۳، ص ۹۱-۱۱۶.
۹. خمینی، روح‌الله؛ تحریرالوسیله؛ ج ۲، قم: مکتبه‌العلمیة الاسلامیة، ۱۳۶۴.
۱۰. خویی، سیدابوالقاسم؛ مبانی تکملة‌المنهاج؛ ج ۲، چ ۲، نجف: مطبعه‌الادب، ۱۳۹۶.
۱۱. طوسی، محمدبن‌حسن؛ النهایه؛ (مروارید علی اصغر، سلسله‌الینابیع الفقهیة، چ ۱، بیروت: الدار الاسلامیه، ۱۴۱۰ق.

۱۲. عاملی (شهید ثانی)، زین‌الدین بن علی؛ **مسالك الافهام**؛ ج ۲۴، قم: مؤسسه معارف اسلامی، ۱۴۱۳.
۱۳. قیاسی، جلال‌الدین؛ «حدود و اختیارات قاضی در مراجعه به منابع فقهی در امور کیفری»؛ **مجله علوم اجتماعی و انسانی دانشگاه شیراز**، دوره هفدهم، شماره اول پاییز ۱۳۸۰، ص ۳۳-۴۲.
۱۴. کاتوزیان، ناصر؛ **مقدمه علم حقوق**؛ چ ۱۲، تهران: مدرس، ۱۳۶۹.
۱۵. گلدوزیان، ایرج؛ **محشای قانون مجازات اسلامی**؛ تهران: مجد، ۱۳۸۲.
۱۶. مدنی، سیدجلال‌الدین؛ **ادله اثبات دعوی**؛ چ ۳، تهران: گنج دانش، ۱۳۷۲.
۱۷. —؛ **رویه قضایی**؛ چ ۱، تهران: مؤلف، ۱۳۷۲.
۱۸. **مذاکرات و آرای هیئت عمومی دیوانعالی کشور سال ۸۳**؛ ج ۱۰، تهران: اداره وحدت رویه دیوانعالی کشور، ۱۳۸۶.
۱۹. مفید، محمدبن‌نعمان؛ **المقنعه** (چاپ در مروارید علی اصغر، سلسله-الینابیع الفقهیة)، ج ۲۴، چ ۱، بیروت: الدار الاسلامیه، ۱۴۱۰ق.
۲۰. نجفی، محمدحسن؛ **جواهر الکلام**؛ ج ۴۲، چ ۳، قم: دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۶۲.
۲۱. نرم افزار گنجینه آرای فقهی مسئله شماره ۱۷۶۵، نسخه دوم سال ۹۱ مؤسسه آموزشی و پژوهشی قضا.
۲۲. هذلی، یحیی بن السعید؛ **الجامع الشرائع** (چاپ در مروارید علی اصغر، سلسله-الینابیع الفقهیة)؛ ج ۲۴، چ ۱، بیروت: الدار الاسلامیه، ۱۴۱۰ق.
23. Ashworth, Andrew; **Principles of Criminal law**; published by oxford university press, reprinted 1992.