

سرگذشت اصل قضایی بودن مجازات ها^۱

مهدی ذوالفقاری^۲

دانش آموخته دکتری دانشگاه آزاد اسلامی، واحد علوم و تحقیقات،

رشته‌ی فقه و حقوق اسلامی، تهران، ایران.

سید محمود مجیدی^۳

استادیار دانشگاه دامغان، گروه حقوق، دامغان، ایران.

چکیده

همواره یکی از مهم ترین مباحث مربوط به مجازات ها، پیچیدگی های ناظر بر تشخیص، تعیین و اجرای آن ها و نیز لزوم نظام مند بودن دادرسی کیفری بوده است. مقصود از اصل قضایی بودن مجازات ها آن است که در دادرسی کیفری، تنها مقام صلاحیت دار قضایی عهده دار تحقیق، دادرسی، تعیین و اجرای مجازات خواهد بود؛ مقامی که در آموزه های فقهی با عناوینی همچون امام، حاکم و قاضی از او نام برده شده است، لذا افراد فاقد چنین صلاحیتی حق ورود به این عرصه و اقدامات خودسرانه را نخواهند داشت. این پژوهش به دنبال پی جوئی سرگذشت، تحولات تقنینی و جایگاه شناسی اصل قضایی بودن مجازات ها می باشد؛ اصلی که علی رغم تصریح به آن در اصل سی و ششم قانون اساسی و پس از طی فراز و فرود های فراوان، سرانجام برای نخستین بار در ماده ی دوازده قانون جدید مجازات اسلامی ۱۳۹۲ هجری شمسی در کنار اصولی همچون برائت و قانونی بودن جرم و مجازات ماده ای را به خود اختصاص داده است. با این وجود هنوز سایه ی سنگین استثنای مختلف در مواردی جدید بر سر این اصل استثنای ناپذیر سنگینی می کند.

واژگان کلیدی: اصل قضایی بودن مجازات ها، مقام صلاحیت دار قضایی، اقامه حدود، محاکمه ی عادلانه.

۱. تاریخ وصول: ۱۳۹۳/۶/۲؛ تاریخ تصویب: ۱۳۹۳/۷/۲۷

۲. پست الکترونیک (مسئول مکاتبات): Mahdizolfaghari2010@gmail.com

۳. پست الکترونیک: Majidi@du.ac.ir

مقدمه

اصل قضایی بودن مجازات ها به عنوان یکی از مهم ترین اصول در حوزه ی مباحث فقه جزایی و حقوق کیفری جلوه گری می نماید. دو معنا از اصل قضایی بودن مجازات ها متصور است. معنای اول، همان فردی کردن مجازات از سوی مقامات صالح قضایی است. معنای دوم که در این مقاله به دنبال واکاوی سرگذشت و تحولات تقنینی آن هستیم عبارت از آن است که در بحث از عقوبات، با قائل شدن به نوعی حق اختصاص ولایت، تنها مقام صلاحیت دار قضایی حق تحقیق، دادرسی، تعیین و به تبع آن، اجرای مجازات را خواهد داشت. در فقه برای اصطلاح مقام صلاحیت دار قضایی - که اصطلاحی امروزی است - واژگان دیگری به کار رفته است. فقها از دیرباز در حقوق کیفری اسلام در بحث از حدود، قصاص، دیات، تعزیرات، امر به معروف و نهی از منکر و نیز قضاوت، صحبت از اذن امام، سلطان، حاکم، قاضی، نایب امام، ناظر در امور مسلمین و فقیه جامع الشرایط را مطرح کرده اند؛ عناوینی که معادل با مقام صالح در عصر کنونی می باشند. به این موضوع حتا در قدیمی ترین کتب فقهی نیز اشاره شده است؛ البته توجه به اصل قضایی بودن در معنای عام آن به حوزه ی حقوق خصوصی و امور مدنی نیز مرتبط است، تا آن جا که در مباحث گوناگون فقهی همچون غصب، رهن و طلاق نیز صحبت از لزوم اذن امام و حاکم مطرح است. با توجه به تحولات حقوق جزا و گذر به دوره ی دادگستری و عدالت عمومی و نیز عمومی تلقی کردن امر مجازات، اصل مذکور در تمام نظام های حقوقی دنیا به رسمیت شناخته شده و در آموزه های حقوق بشر به عنوان مقدمه ی ضروری حق برخورداری از محاکمه ی عادلانه از آن یاد شده است. به نظر می رسد اصل قضایی بودن مجازات ها مبنایی ترین اصل حقوق کیفری پیشرفته محسوب می شود چرا که اصولی نظیر اصل قانونی بودن جرایم و مجازات ها یا اصل برائت تنها در جامعه ای قابل تحقق می باشند که برای محاکمه و مجازات کردن افراد، حکم قضات مازون از طرف حکومت ضروری باشد. بدون چنین حکمی همگان مطمئن باشند که تعرض به حقوق آن ها عنوان مجازات پیدا نکرده و مورد تایید قانون قرار نمی گیرد. در جامعه ی فاقد تضمین قضایی بودن مجازات ها، هر فعل یا ترک فعلی که بنابر فتوای یک مرجع غیررسمی در خور مجازات باشد قابل مجازات نخواهد بود یا دست کم هیچ تضمینی وجود ندارد که مراجع غیررسمی در تعیین مصادیق جرم از نظر حکومت پیروی کنند. با تأملی در مذاق شریعت و اتفاق نظر فقها در بحث از اجرای مجازات ها می توان قائل به آن شد که در سیاست کیفری اسلام، اعمال و اجرای مجازات از صلاحیت های انحصاری

مراجع قضایی می‌باشد؛ حقی که امروزه با عنوان حق انحصاری دولت بر اعمال کیفر در نوشته های حقوقی از آن یاد می‌شود. هم چنین علاوه بر اتفاق نظر فقها، با تأملی در سیره‌ی پویای عقلا و خردورزان جامعه به خوبی مشخص می‌گردد که امروزه مجازات امری کاملاً عمومی تلقی می‌شود. از نظر ایشان اجرای غیر قضایی مجازات امری مذموم و ممنوع به شمار می‌رود. در سطح بین‌المللی، اصل قضایی بودن مجازات ها به صورت یکی از اصول کلی شناخته شده در میان تمامی نظام های حقوق کیفری در جوامع متمدن شناخته شده است. شاهد قطعی، وجود این سیره‌ی عقلایی می‌باشد تا جایی که تقریباً در اکثر نظام های حقوقی جهان امروز اجازه ی اجرای مجازات را به مراجع غیررسمی و غیرحکومتی نمی‌دهند. می‌دانیم که سیره‌ی مسلم عقلا به اقتضای حجیت ذاتی اش چیزی نیست که بتوان به راحتی ادعا کرد شارع خلاف آن را خواستار است؛ برعکس، اصل و قاعده همیشه این بوده که شارع با سیره‌ی عقلا هماهنگ و هم نظر است و حتا رئیس عقلاست (منتظر القائم، ۱۳۸۹ش، صص ۲ و ۳). هرکس مدعی تجویز مجازات فراقضایی و غیر قضاوند باشد باید ادله ی قطعی بر ادعای خود اقامه کند که چنین ادله‌ای اقامه نشده است.^۱

سمت و سوی کلی مقاله در ادامه به دو مبحث اصلی می‌پردازد؛ نخست با تاکید بر مواد قانونی، شمول و گستره‌ی اصل قضایی بودن را تا موضوعات حقوق مدنی بررسی می‌کند؛ (الف: شمول و گستره‌ی اصل قضایی بودن)، و سپس تحولات تقنینی ناظر بر این اصل را در ادوار مختلف قانون گذاری مورد بررسی و تحلیل قرار می‌دهد. (ب: تحولات تقنینی اصل قضایی بودن)؛ تحلیلی که دامنه‌ی آن از مقررات قبل از انقلاب ۱۳۵۷ شمسی آغاز گشته و نهایتاً قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ شمسی را شامل می‌شود.

الف: گستره و شمول اصل قضایی بودن

به رغم جایگاه حیاتی اصل یاد شده در حقوق کیفری باید بر آن بود که اصل قضایی بودن در معنای عام و مطلق خود صرفاً اختصاص به مسائل کیفری ندارد؛ بلکه در امور حقوقی نیز جریان داشته و دارای اهمیت بسزایی است. البته این اصل با توجه به ماهیت حقوق کیفری در این حوزه دارای اهمیت بیشتری است. متأسفانه علی رغم تصریح قانون اساسی در اصل

۱. در این جا بر خود واجب می‌دانم تا از دانشمند فرهیخته جناب آقای دکتر رحیم نوبهار عضو هیات علمی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی تشکر نمایم. تئوریسین و مولف اولین و تنها اثر مستقل فقهی و حقوقی در این زمینه ایشان می‌باشند.

۳۶ که مقرر می‌دارد: حکم به مجازات و اجرای آن باید تنها از طریق دادگاه صالح و به موجب قانون باشد، این اصل کمتر در قوانین عادی کیفری مورد توجه قرار گرفته است. قبل از ورود به بحث بر آنیم تا جایگاه اصل قضایی بودن را در قوانین حقوقی بررسی کنیم. برخلاف قانون مجازات اسلامی، قانون گذار در قانون مدنی به کرات و به مناسبت های گوناگون صحبت از لزوم مراجعه به حاکم یا دادگاه را مطرح کرده و اذن یا اجازه‌ی مقامات صلاحیت دار را در مسائل حقوقی برجسته نموده است. لازم به ذکر است که بخش عمده‌ای از نقش قابل توجهی که برای حاکم در تنظیم روابط فقهی و حقوقی رایج در جامعه لحاظ شده است، در قالب وظایف و تکالیف حاکم قابل تحلیل بوده و بخشی دیگر را می‌توان در چارچوب اختیارات صرف حاکم مورد بررسی قرار داد. به عبارت دیگر در غالب موارد، نقش حاکم از باب تکالیفی است که برعهده دارد و در انجام یا عدم انجام آن ها مخیر نیست؛ یعنی اختیارات حاکم استثنایی است و اصل بر تکالیف این مقام است. (مسجد سراسی، ۱۳۸۶ش، صفحه ت). در ماده‌ی ۲۸ قانون مدنی، تصرف در اموال مجهول المالک به اذن حاکم یا ماذون از قبل او موکول شده است. در ماده‌ی ۳۱ نیز خروج مال از تصرف مالک تنها به حکم قانون مجاز دانسته شده است. هم چنین ماده‌ی ۲۷۳ این قانون مقرر می‌دارد "اگر صاحب حق از قبول آن امتناع کند، متعهد به وسیله‌ی تصرف دادن آن به حاکم یا قائم مقام او بریء می‌شود و از تاریخ این اقدام مسئول خساراتی که ممکن است به موضوع حق وارد آید نخواهد بود." از این رو قانون گذار بر این اعتقاد است که صرف مراجعه‌ی متعهد به صاحب حق و اعلام آمادگی جهت انجام تعهد، در صورت امتناع متعهد له از قبول، تکلیف از عهده‌ی متعهد ساقط نشده بلکه او مکلف گردیده که مال یا حق مورد نظر را به حاکم یا قائم مقام او تحویل دهد. توجه به این نکته ضروری است که قانون گذار در مسائل مربوط به حوزه‌ی خصوصی نیز نقش و جایگاه خاصی برای قضایی بودن اعمال در نظر گرفته است. به عنوان مثال در ماده‌ی ۵۹۴ شریک در قنات یا امثال آن در صورت نیاز به انجام تعمیر یا تقسیم مال مشترک - در صورت امتناع شریک دیگر از تعمیر یا تقسیم - تنها در صورت مراجعه به حاکم مجاز به تعمیر یا تقسیم حسب مورد شده است. هم چنین مواد ۷۷۹، ۹۹۵، ۱۰۴۱، ۱۰۴۳، ۱۰۶۰، ۱۱۱۲، ۱۱۲۹، ۱۱۱۹، ۱۱۳۰، ۱۱۷۲، ۱۱۸۵، ۱۱۲۷، ۱۱۴۲ از قانون مدنی در این زمینه قابل توجه می‌باشد. هم چنین با بررسی احکام و قواعد مربوط به اختیارات و با تاملی ولو اندک در نگاشته های حقوقی، به خوبی روشن می‌شود که صاحب اختیار فسخ معامله به صرف اراده و اعلام اراده‌ی خود، حق فسخ نخواهد داشت؛ بلکه اجرای

این حق نیازمند مراجعه به دادگاه خواهد بود (کاتوزیان، ۱۳۸۶ش، ص ۳۱۹).^۱ هرچند با فرض تحقق شرایط، حکم دادگاه در این صورت جنبه اعلامی خواهد داشت.

ب: تحولات اصل قضایی بودن در قوانین کیفری

یک: از قانون مجازات عمومی تا قانون حدود و قصاص مصوب ۱۳۶۱ش

از این پس تحولات این اصل در قوانین کیفری مورد مطالعه قرار می گیرد. در ابتدا نگاهی به قوانین کیفری مصوب در ادوار قبل از پیروزی انقلاب انداخته و سپس جایگاه اصل قضایی بودن مجازات ها در هر دوره ی تقنینی مورد بررسی قرار می گیرد. نخستین قانون مجازات در ایران، دی ماه سال ۱۳۰۴ش به تصویب رسید. این قانون ۲۸۹ ماده داشت که طی سه مرحله تصویب شد. پس از پیروزی انقلاب سه قانون حدود و قصاص، دیات و کلیات در سال ۱۳۶۱ش به تصویب رسید و به صورت آزمایشی برای مدت پنج سال به مرحله ی اجرا درآمد. سه قانون مذکور در سال ۱۳۷۰ش با اصلاحاتی در یک قانون جمع شد. قانون مجازات اسلامی مشتمل بر کلیات، حدود، قصاص و دیات در مرداد ۱۳۷۰ش به تصویب کمیسیون امور قضائی و حقوقی مجلس شورای اسلامی رسید و مجمع تشخیص مصلحت نظام موافقت خود را با نظر مجلس اعلام کرد و قانون به مدت پنج سال اجرا شد. در سال ۱۳۷۵ش قانون تعزیرات و مجازات های بازدارنده به قانون مجازات اضافه شد و مدت اجرای آن برای ۱۰ سال دیگر تمدید گردید. سرانجام سال ۱۳۸۶ش برای تصویب یک قانون جامع، لایحه ی مجازات اسلامی شامل کلیات، حدود، قصاص و دیات از سوی قوه ی قضائیه تهیه و به دولت فرستاده شد. پس از تصویب این لایحه در دولت، آذر سال ۱۳۸۶ش لایحه به مجلس فرستاده شد.^۲ البته روند تصویب این لایحه تا سال ۱۳۹۲ش ادامه داشت و بارها مورد اشکال و اصلاح قرار گرفت.

گذشت که در قانون اساسی، اصل ۳۶ با بیانی انحصاری به خوبی اصل قضایی بودن مجازات را به رسمیت شناخته است. انتظار از قانون گذار در قوانین عادی این بوده که در این گونه از قوانین و مهم ترین آن ها قانون مجازات اسلامی با در نظر گرفتن حداقل ماده ای، جایگاه این اصل را به رسمیت شناخته و آن را بیش از پیش به همگان معرفی کند،

۱. البته ایشان در توضیح ذیل ماده ی ۱۳۱ مبنی بر قطع شاخه درخت همسایه می گویند: «این عمل باید از دادگاه خواسته شود و مالک نمی تواند قاضی کار خود باشد»

2. <http://haghgostar.ir> . تاریخ مراجعه ۱۳۹۲/۱۰/۲۰

امری که متأسفانه نه تنها محقق نشده، بلکه در موارد متعددی تخلف از این اصل هم چون استثناهای وارده بر آن جلوه‌گری می‌نماید.

در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ش در مواد متعددی، لزوم اخذ اذن ولی امر و حاکم در بحث از جرم قصاص به چشم می‌خورد. مواد ۲۱۹، ۲۲۱، ۲۰۵، ۲۶۵، ۲۶۰، ۲۶۹ در این زمینه قابل اشاره می‌باشد؛ اما در مواد ۱۸۴، ۲۲۶، ۲۹۵ (تبصره ۲) و ۶۳۰، تخلف از اصل قضایی بودن به وضوح نمایان است. در قانون جدید مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ش قانون گذار با برداشتن یک گام به جلو، اصل قضایی بودن مجازات‌ها را به رسمیت شناخته و در ماده‌ی ۱۲ صحبت از لزوم تعیین مجازات و اجرای آن از سوی دادگاه صالح نموده است.^۱ مواد ۳۰۲، ۳۰۳، ۳۴۷، ۳۴۹، ۴۱۷، ۴۱۸، ۴۱۹، ۴۲۰، ۴۲۱ و ۴۸۶ در این زمینه قابل اشاره بوده که در ادامه به آن‌ها پرداخته خواهد شد.

در ادامه به سراغ بررسی و تحلیل قوانین مختلف مجازات به ترتیب تاریخ تصویب پرداخته و سرگذشت اصل قضایی بودن مجازات‌ها را در هریک به نظاره می‌نشینیم. ابتدا به سراغ قانون مجازات عمومی قبل از انقلاب می‌رویم. در این مورد باید گفت: در قانون مجازات عمومی سال‌های ۱۳۰۴ و ۱۳۵۲ش علی‌رغم پذیرش اصل قانونی بودن جرم^۲ و مجازات^۳ و نیز اصل براءت، صحبتی از اصل قضایی بودن در میان نبوده و این اصل ماده‌ای را در قانون مذکور به خود اختصاص نداده است.^۴ البته بعد از انقلاب مشروطه در اصل دوازدهم متمم قانون اساسی مصوب شعبان ۱۳۲۵ هجری قمری، این گونه بیان شده بود که: حکم به اجرای هیچ مجازاتی نمی‌شود مگر به حکم قانون. با پیروزی انقلاب، روند اسلامی کردن قوانین و استفاده از منابع فقهی، جهت ورود به عرصه‌ی قانون‌گذاری شروع گردید. اولین قانون در این زمینه، قانون حدود و قصاص و مقررات راجع به آن می‌باشد. در این قانون همانند قوانین مجازات عمومی سابق، هیچ ماده‌ای مستقلاً به اصل قضایی بودن مجازات‌ها -

1. Competent Court.

۲. ماده‌ی ۲ - هیچ عملی را نمی‌توان جرم دانست مگر آن چه که به موجب قانون جرم شناخته شده.

۳. ماده‌ی ۲ - هیچ عملی را نمی‌توان جرم دانست مگر آن چه که به موجب قانون جرم شناخته شده.

۴. با این وجود و علی‌رغم عدم اشاره به اصل قضایی بودن مجازات‌ها اما در عین حال باید اذعان داشت که در این قوانین صحبتی از استثناهای وارد بر اصل قضایی بودن مجازات‌ها نیز مطرح نیست.

بر خلاف اصل قانونی بودن جرم و مجازات - اشاره نکرده است.^۱ البته این قانون با گام برداشتن در مسیر یک بام و دو هوا و در موارد متعددی گاه نشانه‌های پذیرش اصل قضایی بودن مجازات‌ها را به نمایش گذاشته و گاه استثناهای اصل را قانون‌گذاری کرده است. در ادامه به بررسی مواد مرتبط در این قانون می‌پردازیم. مطابق ماده یک قانون مارالذکر برای اولیای دم در قتل عمد حق قصاص وجود دارد؛ البته استیفاء این حق را قانون‌گذار مشروط و معلق به اذن ولی مسلمین یا نماینده‌ی او کرده است.^۲ هر چند در صورت قصاص شخصی قاتل از سوی ولی دم بدون اذن ولی امر ضمانت اجرای کیفری در نظر گرفته نشده است. از ماده‌ی ۱۵ این قانون برمی‌آید که اجرای قصاص اگر با اذن ولی امر باشد موجب قصاص نیست. وضع این ماده به خودی خود موجب بی‌پروایی و نقض احتیاط در دماء می‌گردد.^۳ علت اینکه فقط اولیاء دم چنین حقی دارند و برای قصاص کننده‌ی غیر از ولی دم چنان مجازاتی در نظر گرفته شده آن است که فقها اتفاق نظر دارند که مستحق قصاص، به صورت مطلق مهدورالدم نیست و فقط نسبت به اولیای دم - یعنی کسانی که شرعاً حق قصاص برای آن‌ها ثابت است - خونس مباح است و چنانچه غیر اولیای دم، کسی مستحق قصاص را به قتل برساند، مرتکب قتلی شده که مستوجب قصاص است. این مطلب از دیدگاه فقهای اهل سنت این گونه نقل شده است که: مهدورالدم بودن در قصاص نسبی است و جانی فقط نسبت به مجنی علیه (در قصاص عضو) یا اولیای دم خونس مباح است و نسبت به افراد دیگر، محقون الدم است و علت نسبیت این است که قصاص، حق است و واجب نیست و جانی فقط نسبت به صاحب حق، مهدورالدم بوده و چنانچه شخصی اجنبی حتا بعد از حکم به قصاص، مرتکب قتل جانی شود، مرتکب قتل عمد شده است؛ زیرا فردی محقون الدم را کشته و رأی جمهور فقهای اهل سنت همین است. (عوده، ۱۴۱۳ق، ج ۱، ص ۵۴۷). مرحوم محقق حلی نیز در این خصوص می‌فرماید: «اگر بر مسلمانی قصاص واجب شود و غیر ولی دم او را بکشد، قاتل مستحق قصاص است». صاحب جواهر در شرح این عبارت می‌نگارد: «در این

۱. موضوعی که بالاخره با تصویب قانون جدید مجازات اسلامی در سال ۱۳۹۲ش به آن جامه‌ی عمل پوشیده شد.

۲. ماده‌ی ۱ - قتل عمد برابر مواد این فصل موجب قصاص است و اولیاء دم می‌توانند با اذن ولی مسلمین یا نماینده او قاتل را با رعایت شرایطی که خواهد آمد به قتل برسانند.

۳. ماده‌ی ۱۵ - کسی که محکوم به قصاص است باید با اذن ولی دم او را کشت، پس اگر کسی بدون اذن ولی دم او را بکشد مرتکب قتلی شده که موجب قصاص است.

حکم اشکال و اختلافی میان فقها نیست؛ به جهت عموم ادله‌ی قصاص و این که استحقاق قصاص نسبت به شخصی، باعث سقوط احترام نفس به صورت مطلق نمی شود^۱ (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴۲، ص ۱۶۷).

نتیجه این که محکوم به قصاص فقط نسبت به اولیای دم مهدورالدم بوده و نسبت به سایر اشخاص، خونش محترم است (آقابابایی، بی تا، صص ۱۷۹ و ۱۸۰). همچنین با جعل ماده‌ی ۲۲ در این قانون یکی از موارد بحث برانگیز در حقوق کیفری برای اولین بار قانون‌گذاری شد. در این ماده آمده بود: «قتل نفس در صورتی موجب قصاص است که مقتول شرعاً مستحق کشتن نباشد و اگر مستحق قتل باشد قاتل باید استحقاق قتل او را طبق موازین در دادگاه اثبات کند». نمونه‌ی دیگر تخلف از اصل قضایی بودن مجازات‌ها در این ماده اتفاق افتاده است. موضوعی که رد پای آن حتا در جدیدترین نسخه‌ی قانون مجازات اسلامی نیز دیده می شود. آنچه نخست از این ماده به ذهن متبادر شده و متأسفانه خلاف اصل قضایی بودن مجازات‌ها می باشد آن است که اگر شخصی از نظر قاتل مهدورالدم باشد به مرتکب اجازه داده شده تا با اتکاء به همین اعتقاد دست به قتل زده و بعداً با اثبات ادعای داشتن چنین اعتقادی در دادگاه خود را تبرئه سازد. این در حالی است که در قانون مذکور و در ماده‌ی ۵۱ آن، ولی‌دم در صورتی می‌تواند حق قصاص خود را استیفاء کند که اذن حاکم شرع اخذ شده باشد و تنها پس از اخذ چنین اذنی ولی یا اولیاء دم می‌توانند قاتل را شخصاً قصاص کنند یا برای انجام این کار وکیل بگیرند.^۱ همچنین در ماده‌ی ۵۵ در بحث از قصاص عضو نیز به عنوان اصلی کلی صحبت از لزوم اخذ اذن حاکم شرع شده است.^۲ در ادامه و طی مواد ۱۱۶ و ۱۲۰، قانون‌گذار به نقش حاکم شرع - و نه افراد عادی - به عنوان متولی در اجرای حدود اشاره کرده بود.^۳ یکی از استثنای‌های وارد بر اصل قضایی بودن

۱. ماده‌ی ۵۱: ولی‌دم بعد از اذن حاکم شرع می‌تواند شخصاً قاتل را قصاص کند و یا وکیل بگیرد.
۲. قطع عضو یا جرح آن اگر عمدی باشد موجب قصاص است و مجنی‌علیه می‌تواند با اذن حاکم شرع جانی را با شرایطی که می‌آید قصاص می‌نماید. این مفهوم از ماده قابل برداشت نیست که در جرایم غیر عمدی نیاز به اذن حاکم شرع نمی‌باشد.
۳. ماده‌ی ۱۱۶ - مناسب است که حاکم شرع مردم را از زمان اجراء حد آگاه سازد و لازم است عده‌ای از مؤمنین که از سه نفر کمتر نباشند در حال اجرای حد حضور یابند.
ماده‌ی ۱۲۰ - حاکم شرع می‌تواند به علم خود در حق الله و حق الناس عمل کند و حد الهی را جاری نماید و لازم است مستند علم را ذکر کند و در حق الله متوقف به درخواست کسی نیست ولی در حق الناس اجراء حد موقوف به درخواست صاحب حق می‌باشد

مجازات‌ها در بحث از محاربه در قوانین کیفری عبارت از این است که اشخاص عادی می‌توانند به قصد مبارزه و دفاع با محاربین و مفسدین دست به اسلحه ببرند. ابتدا به بیان سابقه‌ی تقنینی این موضوع به ترتیب اشاره کرده و در ادامه به تحلیل آن می‌پردازیم. در قانون حدود و قصاص و دیات و مقررات راجع به آن و در تبصره‌ی ماده‌ی ۱۹۶ آمده بوده که: هر فرد یا گروهی که برای مبارزه با محاربان و از بین بردن فساد در زمین دست به اسلحه برند محارب نیستند. در ادامه و با تصویب قانون مجازات اسلامی در سال ۱۳۷۰ش در ماده‌ی ۱۸۴ و لایحه جدید مجازات اسلامی در ماده‌ی ۲۸۱ آن آمده بود که: فرد یا گروهی که برای دفاع و مقابله با محاربان دست به اسلحه برد محارب نیست. این ماده عیناً در اصلاحیه‌ی مورخ ۱۳۹۰/۸/۷ ش و نیز اصلاحیه‌ی مورخ ۱۳۹۱/۹/۱۴ ش به قوت خود باقی بود. هرچند در ابتدای تقدیم لایحه، در ماده‌ی ۲-۲۲۸ این گونه بیان شده بود که هر فرد یا گروهی که برای دفاع و مبارزه با محاربان دست به اسلحه برد محارب نیست. نهایتاً نیز در ماده‌ی ۲۸۰ قانون جدید مجازات اسلامی ۱۳۹۲ش کماکان این موضوع محلی را به خود اختصاص داده و این گونه جلوه‌گری می‌کند که "هر فرد یا گروهی که برای دفاع و مقابله با محاربان دست به اسلحه برد محارب نیست". ملاحظه شد که در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ش عیناً تبصره‌ی ماده‌ی ۱۹۶ قانون حدود و قصاص تکرار شده بود آنچه از این مواد قابل استنباط بود این که ظاهراً قانون‌گذار اجازه‌ی اقدام داوطلبانه و خودسرانه به عموم شهروندان داده است تا در برابر محاربین و مفسدین فی‌الارض دست به اقدام مقابل بزنند و احتمالاً از کیان جامعه - و نه از خود - دفاع کنند. موضوعی که برخلاف مفاد اصل قضایی بودن مجازات‌ها است. در مورد مبنای این ماده احتمالات مختلفی مطرح شده است؛ عده‌ای محارب را مهدورالدم دانسته‌اند؛ از نظر برخی مبارزه با محارب دفاع مشروع است و عده‌ای مبارزه با محارب را مصداق نهی از منکر دانسته‌اند (زراعت، ۱۳۸۰ش، ص ۱۵۳). این برداشت از روایات که می‌توان رأساً دست به اقدام مسلحانه علیه محارب زد تعبیری خلاف روایات دیگر می‌باشد، چه اینکه در روایات این باب صحبت از آن شده که حمله‌ای اتفاق افتاده است. مثلاً در روایت می‌خوانیم: «إذا دخل علیک» (حر عاملی، ۱۴۱۰ق، ج ۱۵، ص ۱۱۹). یا «دخل دار آخر» (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۷، ۲۹۴) و «ان اراد القتل» (محدث نوری، ۱۴۰۸ق، ج ۱۱، ص ۹۸) امری که غالب فقها نیز بر آن صحه گذارده‌اند. شاید به همین دلیل بوده است که هم در لایحه و به تبع آن در قانون جدید مجازات اسلامی ۱۳۹۲ش با حذف گروه دوم یعنی مفسدین، صرفاً اقدام علیه محاربان مجاز دانسته شده است. البته تغییر موضوع از مبارزه به دفاع و نهایتاً حفظ کلمه مبارزه در قانون

جدید و به کار بردن کلمه مقابله نشان دهنده‌ی دغدغه‌ی قانون‌گذار بوده است به این معنا که صرفاً دست به اسلحه بردن جایی خواهد بود که شخصی از سوی محاربان مورد حمله قرار گیرد؛ به ویژه با عطف کردن مقابله به دفاع باید قائل به آن شد که در اینجا دفاع مشروع تحقق می‌باشد. در دفاع نیز چون دیگر صحبت از مجازات نیست و عنصر قانونی جرم مفقود است لذا شخصی که مورد هجوم قرار گرفته با دست به اسلحه بردن مرتکب جرمی نمی‌شود. در نتیجه می‌توان قائل به آن شد که تحقق دفاع در این ماده، خروج موضوعی از بحث قضایی بودن مجازات‌ها دارد. در خصوص محارب در کتب فقهی شیعه دلیلی بر اجرای حد محارب بدون اذن امام و توسط اشخاص عادی وجود ندارد. آنچه در این خصوص در متون فقهی ما مطرح شده، دفاع در مقابل محارب و لِّصّ بوده (شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۴۰۷) و روایات زیادی در خصوص لزوم دفاع در مقابل لِّصّ وجود دارد. (حبیب‌زاده، ۱۳۷۰ش، ص ۱۳۸).^۱ صاحب جواهر بعد از نقل بعضی از این احادیث می‌فرماید: از این احادیث استفاده می‌شود که تفاوتی میان دفاع در برابر محارب و لِّصّ و سایر ظالمان نیست؛ اگر چه مجازات‌ها متفاوت اند و همه‌ی این موارد در کیفیت دفاع و شرایط آن از جمله تدرّج و تناسب دفاع با حمله مشترک اند. (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴۱، ص ۵۸۰). نتیجه اینکه از نظر فقه شیعه محارب و باغی نسبت به اشخاص به صورت کلی مباح الدم نیستند و همان گونه که ذکر شد، مجازات محاربان و جنگ با باغیان در اختیار امام معصوم (ع) یا حاکم اسلامی است و آن چیزی که بر اشخاص عادی واجب بوده و چنان چه منجر به قتل شود مجازات ندارد، دفاع بوده و از شروط معتبر در قصاص، محقون الدم بودن مقتول نسبت به قاتل است و محارب یا لِّصّ که در حکم محارب است، نسبت به کسی که با او محاربه می‌کند و یا به او حمله و تهاجم کرده، محقون الدم نیست؛ اما نسبت به سایر اشخاص محقون الدم است. اگر تفسیر و برداشتی جز این مد نظر باشد باید گفت: با توجه به اینکه به موجب اصول ۳۶ و ۱۵۹ قانون اساسی و نیز ماده‌ی ۱۲ قانون جدید مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ش، مرجع رسمی رسیدگی به تظلمات و اجرای احکام، دادگستری می‌باشد و قانون عادی نمی‌تواند جواز تشکیل دادگاه و صدور حکم و اجرای آن را به اشخاص عادی بسپارد و با توجه به منبع اجرای عدالت کیفری خصوصی به موجب عهد بین‌المللی،

۱. منظور از «لِّصّ» کسی است که با زور و قهر و غلبه و به طور علنی وارد منازل مردم شده و قصد ربودن اموال را دارد.

اعلامیه‌ی جهانی حقوق بشر و میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی، حکم ماده‌ی مذکور مبنی بر وآن هادن اجرای عدالت به شهروندان عادی و اینکه اشخاص عادی اختیار داشته باشد کسانی را که محارب می‌باشند به قتل برسانند، بر خلاف قانون اساسی و عهد نامه‌های بین‌المللی و میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی می‌باشد. به نظر می‌رسد حکم اخیر که برخی فقها آن را ذکر کرده‌اند، اختصاص به جامعه‌ای دارد که مسلمان نبوده و فاقد حکومت اسلامی است، (شکری، ۱۳۸۴ش، ص ۲۰۹ و ۲۱۰) نه جامعه‌ای که دارای حکومت اسلامی بوده و مطابق اصل چهار قانون اساسی خود سعی در اسلامی سازی قوانین دارد؛ البته در قانون حدود و قصاص در سال ۱۳۶۱ش و در بحث از محاربه طی دو ماده‌ی ۲۰۹ و ۲۱۰ صحبت از قضایی بودن اجرای مجازات‌ها است در ماده‌ی ۲۰۹ هر گاه محارب کسی را در حال محاربه کشته باشد و اولیاءدم او خواهان قصاص باشند قاضی را مکلف می‌نمود که حکم قصاص می‌دهد. همچنین در ماده‌ی ۲۱۰ و در بحث از قصاص عضو نیز محارب را تنها می‌شد با حکم دادگاه قصاص نمود.^۱

دو: از قانون راجع به مجازات اسلامی تا قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ هجری شمسی

پس از بررسی قانون حدود و قصاص، به سراغ قانون راجع به مجازات اسلامی مصوب ۱۳۶۱ ش می‌رویم: در ماده‌ی ۹ قانون مذکور و در تعریف قصاص ذکر گردیده بود: «قصاص کیفری است که جانی به آن محکوم می‌شود و باید با جنایت او برابر باشد». می‌توان از «محکوم می‌شود» این گونه برداشت کرد که نظر قانون‌گذار بر آن بوده که جهت حکم به قصاص چه قصاص نفس و چه عضو - حتما باید جلسه‌ی دادرسی تشکیل گردد و این دادگاه خواهد بود که حکم به قصاص خواهد داد؛ اما در ادامه و در تبصره‌ی ۴ آن مقرر شده بود: "در صورتی که عمل مجرمانه به عنوان امر به معروف و نهی از منکر صورت پذیرد جرم محسوب نمی‌گردد". این در حالی است که در بسیاری از اقوال اگر امر به معروف و نهی از منکر نیازمند به قتل یا جرح باشد، اذن امام در آن شرط بوده و این مهم، امری نظام مند محسوب

۱. ماده‌ی ۲۰۹ - هر گاه محارب کسی را در حال محاربه کشته باشد و اولیاء دم خواهان قصاص او باشند، قاضی باید با اجتماع شرایط، حکم به قصاص نماید.
ماده‌ی ۲۱۰ - محارب اگر در هنگام محاربه جرحی که موجب قصاص است بر کسی وارد آورد شخص مجنی‌علیه با حکم دادگاه می‌تواند او را قصاص نماید.

می‌گردد؛ لذا در ادامه‌ی قانون‌گذاری‌های کیفری عملاً امر به معروف و نهی از منکر که به عنوان یکی از عوامل موجه خودنمایی می‌کرد حذف گردید. می‌توان این حذف را حرکتی مثبت جهت پذیرش اصل قضایی بودن مجازات‌ها به حساب آورد. این حذف حاکی از توجه به مبانی فقهی و حقوقی مورد قبول قانون گذار بوده و حذف این تبصره اقدامی جهت قانون‌مند شدن دخالت افراد به عنوان امر به معروف و نهی از منکر است. (آقابابایی، بی تا، ص ۱۴۸) یک سال بعد در سال ۱۳۶۲ش با تصویب قانون مجازات اسلامی - کتاب سوم دیات - یکی از بحث برانگیزترین استثناهای اصل قضایی بودن مجازات‌ها قانون گذاری شد؛ مسئله ای که حتی با تصویب قانون جدید مجازات اسلامی در سال ۱۳۹۲ش نیز کماکان به عنوان نکته ای منفی در قانون جزا حضور خود را حفظ کرده است. به هر جهت در تبصره‌ی دوم ماده‌ی سوم از قانون مجازات اسلامی سال ۱۳۶۲ش آمده بود: «در صورتی که در دادگاه ثابت شود جنایت های عمدی که به اعتقاد قصاص یا به اعتقاد مهدورالدم بودن طرف انجام شود و بعداً معلوم گردد که مجنی علیه مورد قصاص و یا مهدورالدم نبوده است به منزله خطاء شبیه عمد است». این تبصره که به عنوان تبصره‌ی دوم ماده‌ی ۲۹۵ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ش نیز وجود داشت خود به تنهایی می‌توانست موجب بی‌پروایی و بی‌احتیاطی در دماء و نهایتاً سفک دماء گردد. برای اولین بار در قانون مجازات اسلامی ۱۳۶۲ش قانون‌گذار اصطلاح مهدورالدم را به عرصه‌ی متون قانونی راه داد «در قوانین مجازات ایران قبل از پیروزی انقلاب و خصوصاً بعد از اصلاحات سال ۱۳۵۲ش در عمل کشتن شخصی به عنوان مهدورالدم شرعی منتفی بود و جواز قتل زانی و زانیه در فراش نیز در ماده‌ی ۱۷۶ برگرفته از حقوق عرفی بود.» (آقابابایی، ص ۱۴۷). منظور از مهدورالدم کسی است که خونس هدر است و در مقابل ریختن خون او، قصاص یا دیه وجود ندارد (ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ج ۵، ص ۲۵۷ و نیز طریحی، ۱۴۱۶ق، ج ۳، ص ۵۱۷). در میان فقها در تقسیم‌بندی مهدورالدم به مطلق و نسبی و تعیین مصادیق آن اختلاف نظر وجود دارد به گونه‌ای که در لایحه‌ی مجازات اسلامی و در ماده‌ی ۲۰۲ آن (ماده‌ی ۱-۳۱۳ لایحه‌ی تقدیمی) در ابتدا مصادیق مهدورالدم محصور و مشخص شده بود که این انحصار از سوی شورای نگهبان خلاف شرع دانسته شد. همچنین در ماده‌ی ۳۰۳ قانون جدید با عباراتی دیگر مضمون و محتوای چنین تجویزی پذیرفته شده است. در ماده‌ی ۳۰۳ آمده است: هرگاه مرتکب مدعی باشد که مجنی علیه، حسب مورد در نفس یا عضو، مشمول ماده‌ی ۳۰۲ این قانون است یا وی با چنین اعتقادی، مرتکب جنایت بر او شده است، این ادعا باید طبق موازین در دادگاه ثابت شود و دادگاه موظف است نخست به ادعای مذکور رسیدگی کند. اگر ثابت

نشود که مجنی‌علیه مشمول ماده‌ی ۳۰۲ است و نیز ثابت نشود که مرتکب بر اساس چنین اعتقادی، مرتکب جنایت شده است مرتکب به قصاص محکوم می‌شود ولی اگر ثابت شود که به اشتباه با چنین اعتقادی، دست به جنایت زده و مجنی‌علیه نیز موضوع ماده‌ی ۳۰۲ نباشد مرتکب علاوه بر پرداخت دیه به مجازات مقرر در کتاب پنجم «تعزیرات» محکوم می‌شود. در تبصره‌ی دوم ماده‌ی ۲۹۵ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ ش نیز آمده بود: «در صورتی که شخصی کسی را به اعتقاد قصاص یا به اعتقاد مهدورالدم بودن بکشد و این امر بر دادگاه ثابت شود و بعداً معلوم گردد که مجنی‌علیه مورد قصاص و یا مهدورالدم نبوده است قتل به منزله‌ی خطای شبیه عمد است. و اگر ادعای خود را در مورد مهدورالدم بودن مقتول به اثبات برساند قصاص و دیه از او ساقط است».

همچنین در ماده‌ی ۲۲۶ قانون مذکور آمده بود که: «قتل نفس در صورتی موجب قصاص است که مقتول شرعاً مستحق کشتن نباشد و اگر مستحق قتل باشد قاتل باید استحقاق قتل او را طبق موازین در دادگاه اثبات کند». در مورد تبصره‌ی دوم ماده‌ی ۲۹۵ باید اشعار داشت که تصویب آن، این ذهنیت را ایجاد کرده بود که قانون گذار، قتل نفس براساس تصورات و ذهنیات یا اعتقادات اشخاص مبنی بر مهدورالدم بودن مقتول را عامل موجّه تلقی کرده و قاتل را از قصاص معاف دانسته است، اما با توجه به ریشه‌های فقهی، این تبصره حداکثر فقط در خصوص موارد اشتباه در هویت مهدورالدم قابل تطبیق می‌بود و چنانچه مقتول مهدورالدم بوده یا مستحق قصاص نسبت به قاتل می‌بود و قاتل در هویت او خطا کرده و شخص دیگری را به قتل برساند، در صورت اثبات ادعای خود می‌توانست با استناد به این تبصره، از مجازات قصاص معاف شده و دیه‌ی مقتول را بپردازد. اما برداشت بعضی قضات و شعب دیوان عالی کشور مبنی بر تسری معافیت این تبصره به موارد اشتباه در حکم و مواردی که قاتل به تصور و نظر خودش کسی را مهدورالدم دانسته و بعد خلاف آن ثابت شده است، با منطق و اصول حاکم بر حقوق جزای اسلام و نظریات فقها تطابق نداشت، لذا تبصره‌ی مذکور بایستی به گونه‌ای اصلاح می‌شد که امکان تطبیق این قبیل قتل‌ها با آن فراهم نباشد و یا دیوان عالی کشور با رأی وحدت رویه که در حکم قانون است، مقصود و مراد تبصره‌ی ۲ ماده‌ی ۲۹۵ ق.م.ا. را برای قضات تبیین می‌نمود (آقابابایی، بی تا، ص ۲۱۷) مسئله‌ای که نه تنها اتفاق نیفتاد، بلکه با صدور رای اصراری شماره‌ی ۲۰-۱۳۷۶/۱۱/۲۸ هیات عمومی دیوان عالی کشور این احتمال قوت گرفت که صرف احراز داشتن اعتقاد به واجب‌القصاص بودن یا مهدورالدم بودن مجنی‌علیه در انتفای قصاص مرتکب کافی بود (شکری، ۱۳۸۴ ش، ص ۳۱۷)؛ موضوعی که در قانون قدیم تبدیل به

رویهی قضایی شده بود و با وجود مادهی ۳۰۳ قانون جدید مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ - ش نیز متأسفانه باز ادامه خواهد داشت؛ چه اینکه در این ماده نیز با آوردن این عبارت که: ".... اگر ثابت شود که با اشتباه به چنین اعتقادی، دست به جنایت زده و مجنی علیه نیز موضوع مادهی ۳۰۲ نباشد...." همان رویه‌ی سابق را دنبال نموده است.

اما در مورد مادهی ۲۲۶ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ش نیز این نکته قابل ذکر است که در بحث از مهدورالدم دو نظریه‌ی عمده وجود دارد؛ بنا بر یک نظر، ارتکاب هر عملی که شرعاً به واسطه‌ی ارتکاب آن عمل کیفر مرگ مستقر می‌گردد، مصداق اباحه مطلق است (محارب - باغی - ساب النبی ...) که کشتن در این صورت حتا اگر بدون اذن حاکم باشد مستوجب قصاص نخواهد بود (شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ج ۱۰، ص ۶۷، و علامه مجلسی، ص ۸۳؛ و نیز فاضل هندی، ۱۴۱۶ق، ج ۲، ص ۴۵۴). بنابر نظر دیگر چنین افرادی صرفاً در مقابل حاکم مهدورالدم هستند؛ لذا اباحه نسبی بوده و در مقابل دیگران محقون‌الدم می‌باشند. متأسفانه قانون گذار ایرانی از نظر اول پیروی کرده است در حالی که نظر دوم با واقعیات جامعه و نیز اصل قضایی بودن مجازات‌ها سازگارتر بود هرچند در این قانون طی برخی مواد دیگر صحبت از لزوم قضایی بودن اجرای مجازات شده بود.^۱ پس از قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰ش، نوبت به بررسی قانون تعزیرات و مجازات‌های بازدارنده مصوب ۱۳۷۵ش می‌رسد؛ قانونی که کماکان به عنوان قانون قابل اجرا بدان عمل می‌شود. قتل ساب‌النبی و قتل در فراش دو موضوعی است که در این قانون و نیز در قانون جدید مجازات اسلامی به عنوان استثناهایی بر اصل قضایی بودن مجازات‌ها قابل بررسی می‌باشد. (نوبهار، ۱۳۸۹ش، صص ۸۹ و ۱۳۲).^۲ پیرامون ساب‌النبی و مجازات او باید گفت: برای اولین بار در مادهی ۱۶ قانون تعزیرات - مادهی ۵۱۲ قانون مجازات اسلامی - این عمل جرم‌انگاری شد. در این ماده می‌خوانیم: «هر کس به مقدسات اسلام و یا هر یک از انبیاء عظام یا ائمه طاهرین یا حضرت صدیقه طاهره اهانت نماید اگر مشمول حکم ساب‌النبی باشد اعدام می‌شود و در غیر این صورت به حبس از یک تا پنج سال محکوم خواهد شد». بر این ماده

۱. مادهی ۲۶۵ - ولی دم بعد از ثبوت قصاص با اذن ولی امر می‌تواند شخصاً قاتل را قصاص کند و یا وکیل بگیرد.

مادهی ۲۶۹ - قطع عضو و یا جرح آن اگر عمدی باشد موجب قصاص است و حسب مورد مجنی علیه می‌تواند با اذن ولی امر جانی را با شرایطی که ذکر خواهد شد قصاص نماید.

۲. پیرامون تحلیل انتقادی این دو موضوع مراجعه شود به نوبهار، ۱۳۸۹ش، صص ۸۹ و ۱۳۲ به بعد.

اشکالاتی وارد بود از جمله اینکه اگر چه تصویب این ماده، از جهت بیان مجازات سبّ النبی و اسلامی کردن قوانین بر اساس اصل چهارم قانون اساسی، اقدام مثبتی بود؛ اما این ماده وافی به مقصود نبوده و قانون‌گذار حکم صریحی را در خصوص سبّ النبی (ص) یا انبیای عظام و ائمه طاهرین (ع) بیان نکرده بود. در حالی که در این ماده مشخص نشده که اهانت به انبیای عظام، حکم سبّ النبی را دارد یا خیر؟ مصادیق و مقصود قانون‌گذار از «مقدسات» مشخص نبود. قاعدتاً منبع تشخیص این امور براساس اصل ۱۶۷ قانون اساسی، نظریات فقهی و فتاوی معتبر خواهد بود که به جهت ابهامات موجود در این زمینه، بازهم تصویر روشنی قابل ارائه نبوده و شاید اختلاف نظر فقها باعث شده بود قانون‌گذار حکمی قطعی و شفاف بیان نکند. هرچند به نظرمی رسد قانون‌گذار با تصویب این ماده، سیاست جنایی ایجاد نظم براساس قانون را دنبال نموده و هدفش از وضع این ماده جلوگیری از اقدامات خودسرانه‌ی اشخاص در خارج از چهارچوب قانون بوده و با آوردن عبارت «اعدام می‌شود» خواسته برساند چنانچه کسی متهم به این عمل شد، باید در دادگاه صالح به اتهام او رسیدگی و چنانچه مشمول حکم سبّ النبی باشد، اعدام و الا مجازات حبس تعزیری - که توسط حاکم معین می‌شود - در مورد او اجرا می‌شود (آقابابایی، بی تا، صص ۱۷۸ و ۱۷۹)، اما در قانون جدید مجازات اسلامی ۱۳۹۲ ش و طی ماده‌ی ۲۶۱، قانون‌گذار با صراحت بیشتری دست به جرم‌انگاری زد. در این ماده می‌خوانیم: "هر کس پیامبر اعظم صلی الله علیه و آله وسلم و یا هر یک از انبیاء عظام الهی را دشنام دهد یا قذف کند سبّ النبی است و به اعدام محکوم می‌شود. تبصره - قذف هر یک از ائمه معصومین علیهم السلام و یا حضرت فاطمه زهرا سلام الله علیها یا دشنام به ایشان در حکم سبّ نبی است".

در این ماده بر خلاف قانون قبلی به صراحت عمل مجرمانه‌ی سبّ النبی تعریف شده که خود از این حیث نکته‌ای مثبت محسوب می‌شود. از ظاهر این ماده و تبصره‌ی آن بر نمی‌آید که افراد عادی مجاز به اقدام در به قتل رساندن سبّ النبی باشند؛ اما با توجه به اینکه در فقه از نظر گروهی از فقها، کشتن سبّ النبی بر فرض نبودن خوف جانی مالی واجب یا جایز است، این تصور خالی از قوت نیست، چه اینکه با تمسک به ماده‌ی ۳۰۳ قانون جدید نیز مرتکب می‌تواند ادعای اعتقاد به مهدورالدم بودن را مطرح نموده و از قصاص خلاصی یابد. امری که در قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰ ش نیز با تمسک به ماده‌ی ۲۲۶ آن قانون قابل تحقق بود. موضوعی که یکی از استثنای اصل قضایی بودن مجازات‌ها به حساب می‌آید و متأسفانه اشاره‌ی صریحی به عدم اجازه‌ی افراد عادی در تمسک به اجرای مجازات در آن نشده است؛ هر چند برخی با استناد به کلمه‌ی «اعدام می‌شود» برآنند که این عمل باید

قانون‌مند باشد. با توجه به پذیرش اصل قضایی بودن مجازات‌ها در میان ملت‌های گوناگون، هر گاه التزام به این حکم و اجرای آن - جواز قتل ساب‌النبی از سوی افراد فاقد صلاحیت قضایی - موجب وهن اسلام در اذهان گردد و به گسترش این باور دامن بزند که اسلام و مسلمانان در اجرای عدالت قضایی، احتیاط‌های رایج در میان عقلا را به کار نمی‌بندند، این جواز منتفی خواهد بود؛ زیرا هر گاه ضرر جانی و مالی و جرحی که مکلف در اجرای حکم با آن مواجه می‌شود، بتواند مانع اجرای این حکم شود، ضرر و آسیبی که متوجه اصل دین خواهد شد، به طریق اولی مانع اجرای این حکم خواهد شد. (نوبهار، ۱۳۸۹ش، ص ۱۰۹).

آخرین موضوعی که در قوانین مجازات عمومی ۱۳۰۴ و قانون تعزیرات ۱۳۷۵ هجری شمسی وجود داشته و به عنوان استثنایی بر اصل قضایی بودن مجازات‌ها مطرح است عبارت از قتل زن و مرد زناکار از سوی شوهر می‌باشد. در ماده‌ی ۱۷۹ قانون مجازات عمومی ۱۳۰۴ش آمده بود: «هرگاه شوهری زن خود را با مرد اجنبی در یک فراش یا در حالی که به منزله‌ی وجود در یک فراش است مشاهده کند و مرتکب قتل یا جرح یا ضرب یکی از آن‌ها یا هر دو شود معاف از مجازات است. هر گاه کسی به طریق مزبور دختر یا خواهر خود را با مرد اجنبی ببیند و در حقیقت هم علاقه‌ی زوجیت بین آن‌ها نباشد و مرتکب قتل شود، از یک ماه تا شش ماه به حبس تأدیبی محکوم خواهد شد و اگر در مورد قسمت اخیر این ماده مرتکب جرح یا ضرب شود، به حبس تأدیبی از هشت روز تا دو ماه محکوم می‌شود». در ماده‌ی ۶۳۰ قانون تعزیرات نیز می‌خوانیم: «هر گاه مردی همسر خود را در حال زنا با مرد اجنبی مشاهده کند و علم به تکمیل زن داشته باشد می‌تواند در همان حال آنان را به قتل برساند و در صورتی که زن مکره باشد فقط مرد را می‌تواند به قتل برساند. حکم ضرب و جرح در این مورد نیز مانند قتل است».

در قانون جدید مجازات اسلامی ۱۳۹۲ش با ورود این موضوع به مواد قانونی مرتبط با انتفای قصاص، در بند «ث» از ماده‌ی ۳۰۲ آمده است: «زانی و زانیه در حال زنا نسبت به شوهر زانیه در غیر موارد اکراه و اضطرار به شرحی که در قانون مقرر است». حکم کلی ماده این است که اگر مرتکب، شوهر زانیه باشد به قصاص و پرداخت دیه محکوم می‌شود.

۱. ماده‌ی ۳۰۲ - در صورتی که مجنی‌علیه دارای یکی از حالات زیر باشد، مرتکب به قصاص و پرداخت دیه، محکوم می‌شود:
الف- مرتکب جرم حدی که مستوجب سلب حیات است.

بر خلاف قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ش در بحث از قصاص، در قانون جدید مجازات اسلامی ۱۳۹۲ش، در این بحث و علاوه بر قانون تعزیرات، قتل در فراش به عنوان یکی از استثناهای اصل قضایی بودن مجازات‌ها صریحاً مورد اشاره قرار گرفته است. تسری این حکم به صرفاً شوهر بعد از انقلاب اسلامی و اختصاص آن به زن و مرد زناکار و نه سایر بستگان، خود اقدامی مثبت از این حیث تلقی می‌گردد. واقعیت این است که این مسئله دارای مخالفینی هم می‌باشد و نقاط ابهام فراوانی در مورد آن وجود دارد. علی‌رغم اشاره‌ی بند ۳۰۲ در تبصره‌ی ماده‌ی ۳۰۲ قانون جدید باید گفت: در این حالت نیز - در قتل زن و مرد زناکار - باید شوهر مکلف به اثبات ادعای خود در دادگاه باشد. متأسفانه قانون‌گذار با عدم اشاره به این بند در تبصره‌ی یک، چنین توهمی را ایجاد کرده که بر خلاف بندهای تبعی که باید مرتکب از دادگاه اجازه داشته باشد چنین اجازه و نظارتی در کار نیست. همان طور که قبلاً گذشت این مواد بیان‌کننده و نشان‌دهنده‌ی دوره‌ی خصوصی از عدالت کیفری و تجویز آن می‌باشد. این مهم خود می‌تواند در عمل جرم‌زا باشد.^۱

سه: در قانون مجازات اسلامی جدید

در پایان به بررسی برخی مواد قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۹۲ش همراه با بررسی و تحلیل مواد مرتبط می‌پردازیم. گذشت که یکی از تحولات مثبت قانون جدید، ماده‌ی ۱۲ آن می‌باشد. این ماده به تعریف اصل قضایی بودن مجازات‌ها و قانونی بودن دادرسی

ب- مرتکب جرم حدی که مستوجب قطع عضو است، مشروط بر اینکه جنایت وارد شده، بیش از مجازات حدی او نباشد، در غیر این صورت، مقدار اضافه بر حد، حسب مورد، دارای قصاص و یا دیه و تعزیر است.
پ- مستحق قصاص نفس یا عضو، فقط نسبت به صاحب حق قصاص و به مقدار آن قصاص نمی‌شود.
ت - متجاوز و کسی که تجاوز او قریب الوقوع است و در دفاع مشروع به شرح مقرر در ماده‌ی ۱۵۶ این قانون جنایتی بر او وارد شود.
ث- زانی و زانیه در حال زنا نسبت به شوهر زانیه در غیر موارد اکراه و اضطرار به شرحی که در قانون مقرر است.

تبصره ۱- اقدام در مورد بندهای (الف)، (ب) و (پ) این ماده بدون اجازه دادگاه جرم است و مرتکب به تعزیر مقرر در کتاب پنجم «تعزیرات» محکوم می‌شود. تبصره ۲- در مورد بند (ت) چنانچه نفس دفاع صدق کند ولی از مراتب آن تجاوز شود قصاص منتفی است، لکن مرتکب به شرح مقرر در قانون به دیه و مجازات تعزیری محکوم می‌شود.

۱. پیرامون ابهامات و اشکالات حکم به جواز قتل در فراش نگاه کنید به: نوبهار، ۱۳۸۹ش، ص ۱۳۹ به بعد.

اختصاص یافته است؛ موضوعی که از سوی سخنگوی کمیسیون قضایی و حقوقی مجلس هشتم از آن به عنوان یک نوآوری این قانون یاد شده است.^۱ البته در لایحه‌ی تقدیمی این گونه آمده بود که «حکم به مجازات یا اقدام تأمینی و تربیتی و اجرای آن باید از طریق مرجع صالح، به موجب قانون و با رعایت شرایط کیفیات مقرر در آن باشد». شورای نگهبان قانون اساسی با درایتی خاص، این گونه بر ماده اشکال گرفت که: «ماده‌ی ۱۲ از این حیث که مشخص نیست مراد از مرجع صالح آیا دادگاه صالح است یا اعم از آن؟ ابهام دارد و در صورت اعم بودن از دادگاه صالح مغایر اصل ۳۶ قانون اساسی است؛ (نامه‌ی شماره‌ی ۸۸/۳۰/۳۷۱۳۵ مورخه ۱۳۸۸/۱۰/۲۹ ش شورای نگهبان به رئیس مجلس شورای اسلامی، ص ۲۰).^۲ لذا در زمان تصویب قانون جدید و با رفع این اشکال، حکم به مجازات و اجرای آن تنها به دادگاه صالح واگذار شد.^۳ گاه نیز از اشکالات شورای نگهبان بر لایحه این گونه استنباط می‌شود که در میان ایشان کماکان نگرش تلقی از عدالت خصوصی با توجه به مفاهیم فقهی وجود دارد چه اینکه در ماده‌ی ۴۲۰ قانون صدر الذکر آمده: «اجرای قصاص حق ولی‌دم و مجنی‌علیه است که در صورت مرگ آنان این حق به ورثه ایشان منتقل می‌شود و باید پس از استیذان از ولی‌امر از طریق واحد اجرای احکام کیفری مربوط انجام گیرد». از نظر شورای محترم نگهبان: «این ماده نباید حسب مورد مانع مباشرت ولی‌دم یا مجنی‌علیه شود، لذا این ماده باید اصلاح شود». (نامه‌ی شماره ۸۸/۳۰/۳۷۱۳۵ مورخه ۱۳۸۸/۱۰/۲۹ ش شورای نگهبان به رئیس مجلس شورای اسلامی، ص ۷).^۴ در ماده‌ی ۱۰۰ قانون جدید، قانون‌گذار به صراحت اجرای مجازات در جرایم قابل گذشت را نه به دلخواه شاکی بلکه منوط به شکایت او در دادگاه نموده است. هم چنین در ماده‌ی ۲۱۹ قانون مذکور اختیار کیفیت نوع و میزان حدود شرعی نه به دست افراد عادی، بلکه تکلیف دادگاه محسوب شده است، اما به یک باره با تصویب بند ب از ماده‌ی ۲۹۱ تجویز قتل و جنایات با

1. <http://haghgostar.ir/>

۲. در ماده‌ی ۲ آیین جدید دادرسی کیفری نیز می‌خوانیم: دادرسی کیفری باید مستند به قانون باشد....

۳. در مقدمه‌ی لایحه نیز به صراحت فردی کردن قضایی مجازات‌ها به معنای فردی کردن کیفر - معنای اول از اصل قضایی بودن مجازات‌ها - مورد توجه تدوین‌کنندگان بوده و به عنوان یکی از نقاط مثبت لایحه بدان اشاره شده بود.

۴. موضوعی که در ماده‌ی ۴۱۸ قانون جدید مجازات اسلامی به آن جامه‌ی عمل پوشیده شده است.

ادعای داشتن تصور و اعتقاد به مهدورالدم بودن مطرح شده و با شبه عمدی به حساب آوردن چنین جرایمی وقوع آن ها تسهیل شده است. در ماده‌ی ۳۰۳ نیز همان طور که در بحث قتل به اعتقاد مهدورالدم بودن قبلاً گذشت، علی‌رغم انتظار از قانون‌گذار، متأسفانه تحول مثبتی در این زمینه به چشم نمی‌خورد. البته همانند قوانین گذشته در اجرای قصاص، اذن مقام رهبری یا نماینده او در ماده‌ی ۴۱۷ قانون جدید شرط شده و در ماده‌ی ۴۱۸ قانون مذکور صحبت از استیذان از مقام رهبری در اجرای قصاص شده که همگی دلالت بر نظام‌مند بودن و قضایی بودن اجرای مجازات قصاص دارند. یکی از تحولات مثبت قانون جدید مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ش نسبت به سایر قوانین آن است که برای اولین بار در این قانون علاوه بر تصریح و اختصاص ماده ای به اصل قضایی بودن مجازات‌ها، در صورتی که صاحب حق بر خلاف مقررات - اذن مقام رهبری و استیذان - اقدام به قصاص کند، حکم این مهم در ماده‌ی ۴۲۰ با در نظر گرفتن مجازات تعزیری برای صاحب حق قصاص در چنین حالتی تبیین شده است. با توجه به اطلاق حق قصاص، مجازات تعزیری در نظر گرفته شده هر دو قصاص نفس و عضو بدون کسب اذن و استیذان را در بر می‌گیرد.

برخی از فراز و فرودهای قانون جدید مجازات اسلامی ۱۳۹۲ش در قبال اصل قضایی بودن مجازات ها ذکر گردید. در پایان به یکی دیگر از نکات منفی و استثناهای وارده بر اصل مذکور در این قانون اشاره می‌شود که عبارت است از تقنین، تجویز و اعتقاد به مهدورالدم در عضو علاوه بر اعتقاد به مهدورالدم بودن در نفس. بر خلاف متون فقهی و قانونی که داشتن تصور یا اعتقاد به مهدورالدم بودن صرفاً نفس را شامل می‌شد، اما در قانون جدید با وضع بند «ب» ماده‌ی ۳۰۲ و نیز ماده‌ی ۳۰۳ آن جا که می‌گوید: "هر گاه مرتکب مدعی باشد مجنی‌علیه حسب مورد در نفس یا عضو مشمول ماده‌ی ۳۰۲ این قانون است ... " جرم زایی جدیدی بر خلاف مفاد اصل قضایی بودن مجازات ها محقق شده، موضوعی که در فقه امامیه سابقه نداشته است؛ حکم این ماده بیشتر بر طبق نظر فقهای اهل سنت تحریر یافته، چه اینکه از دیدگاه فقهای اهل سنت، جرایمی که باعث مهدورالدم شدن مرتکب می‌گردند عبارتند از: قطع طریق یا حراجه، بغی، قتل، قطع عمدی و سرقت. ممکن است نفس یا عضو مهدورالدم باشد و هدر بودن عضو جانی عمدی به عنوان قصاص و هدر بودن عضو سارق در سرقت، مشمول حد از این باب است. (آقابابایی، بی تا، ص ۱۳۹). نهایتاً آنکه هرگاه اصل ۳۶ قانون اساسی به صراحت و با لحن عام، اصل قضایی بودن مجازات ها را پذیرفته است و در قانون جدید مجازات اسلامی اصل مذکور مستقلاً در کنار اصولی همچون

برائت و قانونی بودن جرم و مجازات مورد اشاره قرار گرفته است؛ از قانون گذاران و مفسران انتظار می رود این اصل را با توجه به فلسفه وجودی آن فهم کنند. بدین منظور بازنگری در کلیه مواردی که به گونه ای با اصل قضایی بودن مجازات ها مغایر باشد، ضروری است (نوبهار، ۱۳۸۹ش، ص ۱۹۸).

نتیجه

اصل قضایی بودن مجازات ها یکی از اصول بنیادین حقوق جزا محسوب می شود به گونه ای که حتا اصولی همچون اصل برائت و اصل قانونی بودن جرم و مجازات در سایه اصل مذکور معنا و مفهوم پیدا می کنند. گرچه در قانون اساسی این اصل با لسان حصر مورد پذیرش قرار گرفته است، اما در قوانین عادی کیفری همیشه شاهد وجود استثناهایی بر این اصل با عناوین مختلف بوده ایم. در این پژوهش موقعیت اصل مذکور در قوانین گذشته بررسی شد. در جدید ترین نسخه قانون مجازات اسلامی طی ماده ی دوازده، اصل قضایی بودن مجازات ها با این بیان که «حکم به مجازات یا اقدام تامینی و تربیتی و اجرای آن ها باید از طریق دادگاه صالح، به موجب قانون و با رعایت شرایط و کیفیات مقرر در آن باشد.» هم چنین ماده ی ۴۲۰ قانون مذکور نیز نوآوری دیگری در راه پذیرش اصل مورد بحث محسوب می گردد. چه اینکه برخلاف قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ شمسی، در قانون جدید و در ماده ی مارالذکر مقرر شده است: «اگر صاحب حق قصاص، برخلاف مقررات اقدام به قصاص کند به تعزیر مقرر در کتاب پنجم تعزیرات محکوم می شود». بنابراین، اقدام به تعیین مجازات برای هرگونه اعمال خصوصی و غیرمادون مجازات حتا توسط صاحبان حق قصاص، از نوآوری های قابل توجه و قابل تایید قانون جدید محسوب می گردد. هم چنین به نظر می رسد که از دیدگاه این قانون هیچ فرد مهدورالدمی وجود ندارد چه آنکه قانون گذار عمداً از لفظ مهدور الدم - یا اصطلاحات مشابه- استفاده نکرده و تنها در ماده ی ۳۰۲، از اشخاصی نام برده که قتل آن ها مستلزم قصاص نیست، نه آنکه قتل آن ها جایز باشد. با این اوصاف باید گفت: با توجه به وجود مبانی روشن و دلایل متقن برای اصل قضایی بودن مجازات ها در حقوق کیفری اسلام، انتظاری بیشتر از آنچه که در قانون جدید مجازات اسلامی اتفاق افتاده، مورد توقع است؛ چرا که هنوز در این قانون نیز مواردی چون قتل، جرح و قطع به اعتقاد مهدورالدم بودن با تلقی نادرستی که از آن می شود به عنوان استثناهایی بر اصل قضایی بودن مجازات ها وجود دارد، اصلی که پذیرش حتا یک استثنا به

هدم و نابودی آن خواهد انجامید؛ این امر چهره ای نامتناسب از حقوق جزایی ما که متناسب با منابع فقهی نگارش یافته است عرضه می نماید.

منابع

- آقابابایی، حسین، *قتل نفس به اعتقاد مهدور الدم بودن مقتول*، چ ۱، قم، مجله فقه اهل بیت علیهم السلام (فارسی)، موسسه دائره المعارف اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام، بی تا.
- ابن منظور، جمال الدین محمد بن مکرم، *لسان العرب*، چ ۳، بیروت، دار الفکر للطباعة و النشر و التوزیع، دار صادر، ۱۴۱۴ق، ج ۱۵.
- حبیبزاده، محمد جعفر، *بررسی جرم محاربه و افساد فی الارض*، چ ۱، تهران، مؤسسه کیهان، ۱۳۷۰ش.
- حر عاملی، محمد بن حسن، *وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه*، چ ۱، قم، مؤسسه آل البیت علیهم السلام، ۱۴۱۹ق، ج ۲۹، ۲۸، ۱۸، ۱۰.
- ذوالفقاری، مهدی، *مبانی فقهی اصل قضایی بودن مجازات ها*، رساله دکتری، دانشگاه آزاد اسلامی واحد علوم و تحقیقات تهران، ۱۳۹۲ش.
- زراعت، عباس، *شرح قانون مجازات اسلامی بخش حدود*، چ ۱، تهران، انتشارات ققنوس، ۱۳۸۰ش، ج ۱.
- شکری، رضا و قادر سیروس، *قانون مجازات اسلامی در نظم حقوق کنونی*، چ ۴، ویرایش دوم، تهران، نشر مهاجر، ۱۳۸۴ش.
- طریحی، فخر الدین، *مجمع البحرین*، چ ۱، تهران، کتاب فروشی مرتضوی، ۱۴۱۶ق، ج ۳.
- عاملی، شهید ثانی زین الدین بن علی، *الروضه البهیة فی شرح اللمعه دمشقیه*، چ ۱، قم، کتاب فروشی داوری، ۱۴۱۰ق، ج ۳ و ۱۰.
- عوده، عبدالقادر، *التشريع الجنایی الاسلامی مقارنا بالقانون الوضعی*، الطبعة الثانیة عشر، بیروت، موسسه الرساله، ۱۴۱۳ق، الجزء الاول.
- فاضل هندی اصفهانی، محمد بن حسن، *كشف اللثام و الابهام عن قواعد الاحکام*، چ ۱، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۶ق، ج ۴ و ۱۰.
- کاتوزیان، ناصر، *قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی*، چ ۷، تهران، انتشارات میزان، ۱۳۸۳ش.
- کلینی، ابو جعفر محمد بن یعقوب، *الکافی*، چ ۴، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۴۰۷ق، ج ۷ و ۱۴.
- مسجد سראیی، حمید، *بررسی تحلیلی مسئولیت ها و اختیارات حاکم در فقه جزایی و حقوق کیفری ایران*، رساله دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده الهیات، دانشگاه تهران، ۱۳۸۶ش.
- مصدق، محمد، *شرح قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ با رویکرد کاربردی*، چ ۲، تهران، انتشارات جنگل، ۱۳۹۲ش.

منتظر القائم، مهدی، حجیت ذاتی سیره عقلا، قم، مجله انجمن معارف اسلامی، ۱۳۸۹ش، نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، الطبعة السابعة، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ق، ج ۴۳، ۴۲، ۴۱، ۴۰، ۲۱، ۴۳، ۴۲، ۴۱، ۴۰، ۲۱.

نوبهار، رحیم، اصل قضایی بودن مجازات ها، تحلیل فقهی حق بر محاکمه عادلانه، چ ۱، ویرایش اول، تهران، موسسه مطالعات و پژوهش های حقوقی شهر دانش، ۱۳۸۹ش.

نوری، محدث میرزا حسین، مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل، چ ۱، بیروت، موسسه آل البيت عليهم السلام، ۱۴۰۸ق، ج ۱۸ و ۱۷.

قانون آیین دادرسی دادگاه های عمومی و انقلاب در امور کیفری مصوب ۱۳۹۲ش.

قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۵۸ش.

قانون تعزیرات و مجازات های بازدارنده مصوب ۱۳۷۵ش.

قانون حدود و قصاص مصوب ۱۳۶۰ش.

قانون راجع به مجازات اسلامی مصوب ۱۳۶۱ش.

قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ش.

قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ش.

قانون مدنی مصوب ۱۳۰۷ش.

لایحه آیین دادرسی کیفری.

لایحه مجازات اسلامی.

متمم قانون اساسی مصوب شعبان ۱۳۲۵ق.

نامه ها و نظریات شورای نگهبان قانون اساسی در راستای لایحه مجازات اسلامی.

نظریه مشورتی شماره ۷/۸۶۳ مورخ ۱۳۷۶/۱/۱۰ اداره حقوقی قوه قضائیه.

نظریه مشورتی شماره ۷/۱۴۶۵ مورخ ۱۳۷۱/۲/۳۰ اداره حقوقی قوه قضائیه.