

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

WWW.KETAB.IR

تأثیر دیدگاه فقہ بر قوانین کیمنز

در جرایم علیه تمامیت جسمانی اشخاص

اسماعیل آقابابائی بنی



پرونده علوم و فرهنگ اسلامی

تأثیر دیدگاه‌های فقهی بر قوانین کیفری
 در جرایم علیه تمامیت جسمانی اشخاص
 اسماعیل آقابابانی بنی
 ناشر
 پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی
 وابسته به دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم
 تهیه
 پژوهشکده فقه و حقوق
 سرویراستار
 محمداقبر انصاری
 ویراستار
 ابوالقاسم آرزومندی
 لیتوگرافی، چاپ و صحافی
 چاپخانه مؤسسه بوستان کتاب
 چاپ اول: تابیز ۱۳۹۷
 شمارگان: ۵۰۰
 قیمت: ۵۰۰۰۰ تومان
 عنوان: ۴۷۰؛ مسلسل: ۷۵۵

نشانی
 قم، خیابان معلم، پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، نشر
 پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی
 تلفن و دورنگار: ۳۷۸۳۲۸۳۳ - ۰۲۵
 ص.پ: ۳۷۱۸۵/۳۶۸۸
 کدپستی: ۳۷۱۵۶۱۶۵۹۱
 مراکز پخش
 ۱. قم، میدان شهدا، تلفن و دورنگار ۳۷۸۳۲۸۳۴ - ۰۲۵
 ۲. تهران، خیابان انقلاب، روبروی درب دانشگاه تهران،
 پاساژ فروزنده، طبقه همکف، واحد ۳۱۲، تلفن:
 ۰۲۱ - ۶۶۹۵۱۵۳۴
 وب‌گاه: www.pub.isca.ac.ir
 رایانامه: nashr@isca.ac.ir
 فروشگاه مجازی نشر: www.shop.isca.ac.ir
 فروشگاه نشر دیجیتال: www.pajooahaan.ir
 همه حقوق برای ناشر محفوظ است.

سرشناسه:
 عنوان و نام پدیدآور:
 مشخصات نشر:
 مشخصات ظاهری:
 شابک:
 وضعیت فهرست‌نویسی:
 یادداشت:
 یادداشت:
 موضوع:
 موضوع:
 موضوع:
 شناسه افزوده:
 رده‌بندی کنگره:
 رده‌بندی دیویی:
 شماره کتابشناسی ملی:

آقابابانی بنی، اسماعیل، ۱۳۴۷-
 تأثیر دیدگاه‌های فقهی بر قوانین کیفری در جرایم علیه تمامیت جسمانی اشخاص/
 اسماعیل آقابابانی بنی؛ تهیه پژوهشکده فقه و حقوق
 قم: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، معاونت پژوهشی، پژوهشگاه علوم و فرهنگ
 اسلامی، ۱۳۹۷
 ۴۷۶ ص
 ۵۰۰۰۰ ریال
 ۷۵۵-۴۳۵-۴۵۵؛ همچنین به صورت زیرنویس
 نمایه
 جرایم علیه اشخاص (فقه)
 جرایم علیه اشخاص - ایران
 حقوق جزا - ایران
 دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، معاونت پژوهشی، پژوهشگاه علوم و فرهنگ
 اسلامی، پژوهشکده فقه و حقوق
 BP ۱۹۵/۳/۷ ۲۲ ۱۳۹۷
 ۲۹۷/۳۵
 ۵۳۹۳۸۶۳

۱۳.....سخنی با خواننده

۱۷.....مقدمه

فصل اول: نگاهی به مسئله قانونگذاری کیفری

۲۷.....گفتار اول: پیشینه و مسائل مطرح در رابطه میان فقه و قانون

۲۸.....الف) پیشینه رویکرد به شرع در قانونگذاری

۲۸.....۱. پیش از انقلاب

۳۲.....۲. بعد از انقلاب

۳۳.....ب) مشکلات موجود و راهکارها در قانونگذاری کیفری

۳۳.....۱. مشکلات مطرح در قانونگذاری در امور کیفری

۳۸.....۱-۱. جلوگیری از تشتت آرا به عنوان حکم ثانوی

۴۰.....۱-۲. بهره‌گیری از روش فقهی

۴۲.....ج) نحوه انطباق قانون با شرع

۴۸.....د) معیار انتخاب فتوا در تدوین قانون

۵۴.....۱. راهکارهای ناظر به وضع موجود

۵۷.....۱-۱. انتخاب فتوا و تنفیذ آن توسط فقیه حاکم

۶۳.....۱-۲. استفاده از قاعده اهم و مهم

- ۳-۱. صرف نظر کردن فقیه حاکم از اعمال ولایت در ناحیه قانونگذاری..... ۶۵
- ۴-۱. استناد به بنای عقلا..... ۶۶
۲. تغییر در شیوه استنباط احکام..... ۶۸
- ۱-۲. توجه به عقل به عنوان یکی از منابع استنباط احکام..... ۶۹
- ۲-۲. تخصصی شدن اجتهاد و شورای فقهی..... ۷۰
- گفتار دوم: رجوع به فقه در حقوق کیفری..... ۷۱
- الف) جایگاه فقه در فرض وجود قانون..... ۷۲
- ب) در مصادیق اصل ۱۶۷ قانون اساسی..... ۷۶
۱. مقررات موجود..... ۷۷
۲. دیدگاه‌های حقوق دانان..... ۸۶
- جمع‌بندی..... ۹۱
- گفتار سوم: تأثیر عرف و علوم جدید بر تغییر احکام..... ۹۲
- الف) نقش پیشرفت علوم و تحولات عرفی در تغییر موضوع احکام..... ۹۳
- ب) رویکرد قوانین کیفری..... ۹۵

فصل دوم: تأثیرپذیری قوانین ماهوی از فقه در جرایم علیه اشخاص

- گفتار اول: ضمان و مسئولیت کیفری..... ۱۰۰
- الف) اصول و قواعد حاکم بر ضمان کیفری..... ۱۰۱
- ب) رویکرد قوانین کیفری..... ۱۰۵
۱. فرض ضمان با دعوت شبانه..... ۱۰۶
- ۱-۱. مستندات روایی..... ۱۰۹
- ۲-۱. نقد و بررسی روایات..... ۱۱۱
- ۳-۱. اقوال فقهی در مسئله..... ۱۲۰

- ۱-۳-۱. در صورت کشته شدن دعوت شده ۱۲۰
- ۱-۳-۱-۱. قصاص دعوت کننده ۱۲۱
- ۱-۳-۱-۲. پرداخت دیه توسط دعوت کننده ۱۲۸
- ۱-۳-۲. در صورت مفقود شدن دعوت شونده ۱۳۱
- ۱-۳-۲-۱. عدم ضمان ۱۳۲
- ۱-۳-۲-۲. ضمان ۱۳۲
- ۱-۳-۳. در فرض مرگ طبعی دعوت شونده ۱۳۴
- جمع بندی و نتیجه گیری ۱۳۶
۲. تبدیل مسئولیت با فرار قاتل ۱۳۷
- ۲-۱. موضع قانونگذار ۱۳۷
- ۲-۲. آرای فقها ۱۴۱
- ۲-۲-۱. مجازات قتل عمد ۱۴۱
- ۲-۲-۲. تأثیر مرگ قاتل بر مجازات ۱۴۹
- ۲-۲-۳. تأثیر فرار بر مجازات قاتل ۱۵۵
- ۲-۳. مستندات مسئله ۱۵۹
- جمع بندی ۱۶۱
- گفتار دوم: جنبه عمومی در جرایم علیه اشخاص ۱۶۳
- الف) جنبه عمومی جرم در حقوق کیفری ۱۶۳
- ب) فقه و جنبه عمومی جرم ۱۶۸
۱. از نظر قواعد ۱۶۸
۲. بر اساس ادله خاص در قتل ۱۷۳
- ج) رویکرد قانونگذار در لحاظ جنبه عمومی در قتل و جرح عمدی ۱۸۱

۱. مباشرت در قتل و جرح عمدی ۱۸۱
۲. معاونت در قتل و جرح عمدی ۱۸۹
- ۲-۱. دیدگاه حقوقی ۱۸۹
- ۲-۱-۱. استقلالی یا تبعی بودن مجازات معاون ۱۸۹
- ۲-۱-۲. مجازات ناظر و ممسک از نظر قانون ۱۹۴
- ۲-۲. بررسی فقهی ۲۰۰
- ۲-۲-۱. مستندات و اقوال فقهی در مجازات ممسک و ناظر ۲۱۲
- ۲-۲-۱-۱. مستندات روایی ۲۱۲
- ۲-۲-۲-۲. آرای فقها ۲۱۵
- جمع‌بندی ۲۱۸
- ۲-۲-۲. ماهیت مجازات ممسک و ناظر در شرع ۲۱۹
- ۲-۲-۳. مجازات ممسک و ناظر در صورت انتقای قصاص ۲۲۲
- گفتار سوم: شرکت در قتل و قصاص بعد از پیوند عضو ۲۲۵
- الف) شرکت در قتل ۲۲۵
۱. دخالت میزان جرم ارتكابی شریک در مسئولیت ۲۲۵
۲. قتل با سلب آخرین رمق حیات ۲۳۴
- ب) امکان قصاص در صورت رفع اثر جنایت با پیوند عضو ۲۴۱
۱. بررسی حقوقی ۲۴۳
۲. بررسی فقهی ۲۴۵
- ۲-۱. حق جانی و مجنی‌علیه در پیوند عضو ۲۴۵
- ۲-۱-۱. حق جانی در پیوند عضو ۲۴۸
- ۲-۱-۲. حق مجنی‌علیه در پیوند ۲۵۲

۲-۲. شرط مماثلت در قصاص ۲۵۶

۲-۳. بقا یا انتفای قصاص با پیوند عضو ۲۵۸

۲-۴. هزینه‌های پیوند ۲۶۷

فصل سوم: تأثیرپذیری قوانین شکلی از فقه در جرایم علیه اشخاص

گفتار اول: ادله اثبات دعوا ۲۷۴

الف) تحولات در ادله اثبات دعوا ۲۷۵

۱. دوره آزمایش ایزدی ۲۷۵

۲. دوره ادله مذهبی ۲۷۶

۳. دوره ادله قانونی ۲۷۶

۳. دوره اقتناع وجدانی قاضی ۲۷۷

۵. دوره دلایل علمی ۲۷۸

ب) رویکرد قوانین کیفری در برخورد با ادله ۲۷۹

۱. اقرار و اثبات قتل ۲۷۹

۱-۱. جایگاه اقرار در امور کیفری ۲۷۹

۱-۱-۱. اقرار در قوانین ۲۸۳

۱-۱-۱-۱. جایگاه و ویژگی‌های اقرار کیفری در مقایسه با سایر ۲۸۵

ادله اثبات دعوا ۲۸۵

۱-۱-۱-۲. تفاوت‌های اقرار مدنی با کیفری ۲۸۶

۱-۱-۱-۳. مصادیق خلط امور کیفری با مدنی ۲۸۹

۱-۱-۲. اقرار از نظر فقه ۲۹۲

۱-۱-۳. استناد به اقرار به رغم تعارض ۲۹۷

۱-۲. اقرار معارض به قتل و سلب مسئولیت از اقرارکنندگان ۳۱۲

- ۱-۲-۱. پذیرش انکار بعد از اقرار در فقه ۳۲۰
- ۱-۲-۲. اقرار متقابل در فقه ۳۲۳
۲. سایر ادله ۳۳۵
- ۲-۱. قرعه ۳۳۵
- ۲-۱-۱. چرایی و موارد استناد به قرعه ۳۳۵
- ۲-۱-۲. قرعه در حقوق کیفری ۳۳۷
- ۲-۱-۳. قرعه در فقه ۳۴۲
- ۲-۲. قسم و قسامه ۳۵۱
- ۲-۲-۱. موضع قانونگذار ۳۵۱
- ۲-۲-۲. آرای فقهی ۳۵۷
- ۲-۲-۳. نقد و بررسی ۳۶۱
- گفتار دوم: نقش حاکم اسلامی در اجرای قوانین کیفری ۳۶۶
- الف) تأثیر نگاه حکومتی بر قانونگذاری کیفری ۳۶۸
- ب) رویکرد قانونگذار در ایران ۳۷۱
۱. اختیار حاکم در جانشینی از ولی دم ۳۷۱
- ۱-۱. بررسی حقوقی ۳۷۲
- ۱-۱-۱. ولی دم صغیر و مجنون ۳۷۲
- ۱-۱-۲. در دسترس نبودن یا ناشناخته بودن ولی دم ۳۷۵
- ۱-۱-۳. امتناع ولی دم از اظهار نظر ۳۷۸
- ۱-۲. بررسی فقهی ۳۸۲
- ۱-۲-۱. ولی دم صغیر و مجنون ۳۸۳
- ۱-۲-۲. در دسترس نبودن یا ناشناخته بودن ولی دم ۳۹۱

- ۳-۲-۱. امتناع ولی دم از اظهار نظر..... ۳۹۳
۲. نقش اذن حاکم در قصاص..... ۴۰۱
- ۱-۲. موضع قانونگذار..... ۴۰۲
- ۲-۲. نقش اذن حاکم در قصاص از نظر فقهی..... ۴۰۵
- ۱-۲-۲. محل نزاع..... ۴۰۵
- ۲-۲-۲. اقوال فقهی..... ۴۱۰
- ۳-۲-۲. مستندات و ادله..... ۴۱۴
- ۱-۲-۳. دلایل معتقدان به لزوم اذن..... ۴۱۵
- ۲-۲-۳. ادله قایلان به عدم اذن..... ۴۱۷
- ۳-۲-۳. نقد و بررسی..... ۴۱۹

نتایج تحقیق..... ۴۲۹

کتابنامه..... ۴۳۵

نمایه‌ها..... ۴۵۷

آیات..... ۴۵۷

روایات..... ۴۵۹

موضوعی..... ۴۶۳

اعلام و مشاهیر..... ۴۷۲

مکان‌ها..... ۴۷۳

کتاب‌ها..... ۴۷۴

تنالگان..... ۴۷۵

سخنی با خواننده

در اصل چهارم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران تصریح شده است: «کلیه قوانین و مقررات مدنی، جزایی، مالی، اقتصادی، اداری، فرهنگی، نظامی، سیاسی و غیر اینها، باید براساس موازین اسلامی باشد...». بر این اساس، اهمیت و ضرورت بررسی‌های فقهی در خصوص قوانین کیفری از چند جهت عنایت ویژه می‌طلبد:

۱. قوانین کیفری، برخلاف حوزه حقوق خصوصی و مدنی، ارتباط مستقیم با حاکمیت و اختیارات حکومتی دارد. در فقه اسلامی نیز اقامه بخش مهمی از این قوانین تحت عنوان اقامه حدود، از وظایف حکومت مشروع اسلامی است و در بخش دیگری تحت عنوان تعزیرات، هم اجرا و هم حداقل در مواردی، تعیین مجازات و تقدیر آن، در اختیار و وظیفه این حکومت است.

۲. قوانین کیفری عرصه مهمی برای چالش‌های حقوق بشری است. رعایت فقه اسلامی در قوانین کیفری، این چالش‌ها را به سوی فقه سرازیر می‌کند؛ از این رو ضرورت و حساسیت انطباق قوانین با فقه مضاعف و تشدید می‌شود. اگر این کار به خوبی انجام نشود، بیم آن می‌رود در صحنه چالش‌ها، به جای

احکام معتبر فقهی، بدل‌های توهمی آن حضور داشته باشد و باعث تحلیل‌های نادرست حقوق بشری بر له یا علیه فقه گردد.

۳. نسبت به قوانین مدنی، قوانین کیفری سابقه کمتری در رعایت فقه اسلامی دارد. نویسندگان قانون مدنی ایران، سال‌ها پیش از تشکیل جمهوری اسلامی، با رعایت برخی از چارچوب‌های شکلی حقوق فرانسه، تلاش کردند محتوای آن را اقوال عمدتاً مشهور فقه شیعه قرار دهند؛ اما در مورد قوانین کیفری، تا عصر جمهوری اسلامی، تلاش یا انگیزه‌ای برای رعایت فقه اسلامی وجود نداشته است؛ بنابراین قوانین کیفری در رعایت فقه اسلامی، حدود پنجاه سال از قوانین مدنی عقب‌تر و ناپخته‌تر است.

۴. قوانین کیفری با جان، ناموس، آبرو و اموال مردم، بدون دخالت عنصر اراده، آن‌چنان‌که در حوزه حقوق خصوصی وجود دارد، ارتباط مستقیم دارد. در فقه اسلامی نیز اهمیت دماء، فروج و اموال مورد توجه ویژه بوده و اجرای برخی اصول ترخیصی مخالف احتیاط در آنها استثنا شده است؛^۱ از این‌رو رعایت فقه اسلامی در قوانین کیفری، احتیاط ویژه در حوزه این قوانین را هم می‌تواند تأمین کند. بر اساس اهمیت و ضرورت‌های فوق، پژوهش حاضر تلاش می‌کند چگونگی تأثیر دیدگاه‌های فقهی بر بخشی از قوانین کیفری جمهوری اسلامی ایران را نقد و بررسی کند. فاضل ارجمند جناب آقای دکتر اسماعیل آقابابایی بنی، با بهره‌گیری از دانش فقهی حوزوی و حقوقی دانشگاهی و سابقه طولانی و پر بار آموزشی و پژوهشی در حوزه فقه و حقوق جزایی، طی چند سال کوشش علمی، به عنوان عضو هیئت علمی پژوهشکده فقه و حقوق، این پژوهش را

۱. رک: مرتضی انصاری؛ کتاب المکاسب؛ ج ۱، ص ۱۹۸. محمدحسین نائینی؛ المکاسب و البیع؛ ج ۱، ص ۱۷۵. عبدالنبی عراقی؛ المعالم الزلفی فی شرح العروة الوثقی؛ ص ۲۶۲.

نگاشته است. در اینجا صمیمانه از زحمات ایشان سپاسگزاری می‌کنیم. از آغاز این پژوهش تا مراحل نهایی و نشر آن، پژوهشکده از همکاری عزیزانی برخوردار بوده است که از همه آنان، از جمله افراد ذیل تشکر و قدردانی می‌شود:

۱. جناب آقای دکتر جعفر کوشا و حجج اسلام و المسلمین آقایان عباسعلی زارعی سبزواری، حسنعلی علی‌اکبریان مدیر گروه فلسفه فقه و حقوق پژوهشکده، محمدعلی خادمی کوشا مدیر گروه دانش‌های وابسته فقه و دکتر محمد صالحی مازندرانی مدیر گروه مسائل فقهی - حقوقی. این افراد، تشکیل دهنده شورای پژوهشی طرح تحقیق و متن آن بوده‌اند.

۲. حجج اسلام و المسلمین آقایان سیدضیاء مرتضوی ناظر کل پژوهش و حسنعلی علی‌اکبریان ناظر دوم برای فصل اول آن و دکتر عادل ساریخانی ارزیاب پژوهش.

۳. حجج اسلام و المسلمین رسول نادری کارشناس و مسئول دفتر پژوهش و دبیر شورای پژوهشی و علیرضا فجری کارشناس گروه مسائل فقهی - حقوقی که هر دو، کارشناس و پیگیری انجام به موقع پژوهش بر عهده داشته‌اند.

۴. نشر پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی که به آماده سازی و نشر کتاب حاضر همت گماشته‌اند.

سیف‌الله صرامی

مدیر پژوهشکده فقه و حقوق

فقه موجود حاصل تلاش علمای بنامی است که در طول سال‌های متمادی سعی کرده‌اند با استفاده از قرآن کریم و آثار به‌جای‌مانده از امامان معصوم علیهم‌السلام، مجموعه‌های گران‌بهایی را فراهم آورند و این گنجینه عظیم مورد توجه جوامع گوناگون حتی جوامع غربی قرار گرفته است.^۱

در ایران از آغاز قانونگذاری، توجه به فقه امری معمول بوده است و تجربه تدوین قانون مدنی بر پایه آرای فقهی را می‌توان از مصادیق بارز آن دانست.^۲ تأکید بر شرعی‌بودن و تطبیق قانون بر شرع نیز در مجالس قانونگذاری امری معمول بوده است.^۳ افراد زیادی از صاحب‌نظران حوزوی نیز به تأثیرپذیری قوانین قبل از انقلاب از فقه امامیه تصریح کرده و آورده‌اند «در دوران مشروطیت

۱. برای نمونه رک: میرخلیل سیدنقوی؛ «قرآن و مسئله قانونگذاری»؛ به نقل از حقوق در اسلام، گردآوری خدوری و هربرت. ج. لیسنی که مطالبی را از ربرت هوگوت جاکسون، دادستان امریکایی، در اهمیت فقه و حقوق اسلام نقل می‌کند و گفتگو با سیدمصطفی محقق داماد چاپ شده در: قانونگذاری در نظام جمهوری اسلامی، ص ۲۶۱ که به استفاده قوانین فرانسه از فقه حنفی می‌پردازند.

۲. برای مطالعه رک: سیدمحمد آذین؛ «دو تجربه از ورود فقه به قانون (بررسی تجربه قانون مدنی و قانون مجازات اسلامی)»، ماه‌نامه علوم انسانی مهرنامه؛ ش ۵، ص ۱، مهر ۱۳۸۹. احمدرضا نائینی؛ «نقش رضاخان در تدوین قانون مدنی»، پیام بهارستان؛ دفتر دوم، ش ۳، ص ۱، بهار ۱۳۸۸.

۳. برای نمونه رک: متین دفتری؛ سیر قانونگذاری در ایران؛ ص ۴۲.

هم حکومت مجاز نبود قوانین معارض با شرع وضع کند»^۱ یا گفته‌اند «قبل از انقلاب هم قوانین شرعی بودند».^۲ مرحوم مدرس نیز در تأیید قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۳۰ می‌نویسد: «حقیر در کمیسیون مجلس شورای ملی و کمیسیون خارج حاضر بودم، به قدر امکان سعی نمودم، الضرورات تبیح المحظورات. امور جزایی که به محاکم جنحه و محاکم جنایی اختصاصی که بر طبق قانون تشکیلات باشد، ارجاع می‌شود، موافق شرع‌اند باشد و مواردی که متعلقه امور اداری است، مخالفتی با قوانین اسلامی ندارند».^۳

این روند بعد از انقلاب شکل دیگری به خود گرفت و قانونگذار به جای توجه به فقه در کنار دیگر منابع قانونگذاری، در بسیاری از موارد متن فقه را در قانون به‌خصوص قوانین کیفری آورد و بدین ترتیب دور دیگری در تقنین فقه آغاز گردید و به دلیل کم‌تجربگی قانونگذاران مشکلاتی در حوزه فقه و حقوق پدید آورد که برخی با توجه به آرای صاحب‌نظران به بررسی این مشکلات پرداخته‌اند.^۴

با توجه به طرح‌شدن مباحث کلی و مشکلات فقه و قانونگذاری در جای خود،^۵ این تحقیق بیشتر به مصادیق، آورده‌های فقهی، انتظارات جامعه و رویکرد

۱. گفتگو با سیدمصطفی محقق داماد، در قانونگذاری در نظام جمهوری اسلامی؛ ص ۲۶۱.

۲. رک: «گفتگو با آیت‌الله سیدمحمدحسن مرعشی شوشتری»، در قانونگذاری در نظام جمهوری اسلامی؛ ص ۲۷۹ - ۲۸۰.

۳. برای مطالعه بیشتر در تأثیرگذاری شرع بر تدوین قوانین رک: محمود حکمت‌نیا؛ «اصلاحات در دستگاه قضایی»؛ پاییز ۱۳۷۹.

۴. رک: ابراهیم شفیعی سروستانی؛ قانونگذاری در نظام جمهوری اسلامی؛ آسیب‌ها و بایسته‌ها (پژوهش و گفتگو).

۵. چند نمونه از این دست تحقیقات عبارت‌اند از: ابراهیم شفیعی سروستانی؛ قانونگذاری در نظام جمهوری اسلامی؛ آسیب‌ها و بایسته‌ها (پژوهش و گفتگو). همو، فقه و قانونگذاری (آسیب شناسی قانونگذاری در نظام جمهوری اسلامی). احمد حاجی ده‌آبادی؛ بایسته‌های تقنین.

قانونگذار با ارائه چند نمونه از مواد قانونی در حوزه جرایم علیه تمامیت جسمانی اشخاص پرداخته است. توضیح اینکه با پیروزی انقلاب و تحول اساسی در قوانین کیفری، پس از برخی فرازونشیب‌ها ابتدا قانون حدود و قصاص و مقررات آن در سوم شهریور ۱۳۶۱، قانون تعزیرات در ۱۳۶۲ و سپس قانون مجازات اسلامی که از قوانین مادر در حقوق کیفری است، در هفتم آذر ۱۳۷۰ به تصویب رسید و با چندین بار تمدید آزمایشی به جز کتاب پنجم آن، با تصویب قانون جدید مجازات اسلامی در اول اردیبهشت ۱۳۹۲ منسوخ گردید.

قوانین کیفری از جمله قانون مجازات اسلامی این مباحث را در برگرفته است: ۱. مباحث مربوط به جرم؛ ۲. صور دخالت در جرم (مجرم)؛ ۳. واکنش در قبال پدیده مجرمانه (مجازات)؛ ۴. جرایم علیه شخصیت معنوی افراد؛ ۵. جرایم علیه تمامیت جسمانی افراد؛ ۶. جرایم علیه اموال و مالکیت؛ ۷. جرایم علیه امنیت کشور؛ ۸. جرایم علیه نظم و آسایش عمومی؛ ۹. جرایم علیه اخلاق و عفت عمومی؛ ۱۰. جرایم جنسی.

با توجه به ده مبحث بالا، این تحقیق جهات زیر را برای محدود شدن بحث در نظر دارد:

۱. تنها در محدوده «جرایم علیه تمامیت جسمانی افراد» تأثیر دیدگاه‌های فقهی بر قانونگذاری کیفری را اعم از ماهوی و شکلی بررسی می‌کند، با این حال بیشتر به مسئله قتل توجه دارد.

۲. به مسائلی می‌پردازد که با آرای فقهی متفاوت و درخور توجه همراه است.

۳. در صدد شرح قانون نیست.

۴. از میان آرای فقهی، فتاوی فقهای امامیه را مبنای بحث قرار می‌دهد.

بنابراین تحقیق پیش‌رو در صدد است ضمن مبنی‌آوردن قانون مجازات

اسلامی (مصوب ۱۳۹۲) و قوانین کیفری دیگر، برخی موضوعات و مواد قانونی مرتبط با جرایم علیه تمامیت جسمانی اشخاص را که به ظاهر برگرفته از آرای فقهی است و در عین حال دارای اشکال‌های نظری فقهی و اجرایی است، بررسی و نقد کند و به دنبال پاسخ دادن به این سؤال اصلی است که در قوانین شکلی و ماهوی راجع به تمامیت جسمانی علیه اشخاص، کدام رأی فقهی می‌تواند ضمن داشتن مستند قوی، بهتر به نیازهای جامعه پاسخ گوید؟ سؤال‌های فرعی نیز عبارت‌اند از:

۱. قانونگذاری کیفری دارای کدام دشواری‌های فقهی است؟
 ۲. تقنین کیفری تا چه حد با تحول موضوعات و یافته‌های علمی جدید همراهی می‌کند؟
 ۳. نگاه حکومتی به فقه چه تحولاتی را در قانونگذاری کیفری به دنبال دارد؟ و برخی پرسش‌های دیگر.
- از آنجاکه قوانین کیفری در حمایت از ارزش‌ها، متعرض آزادی‌های عمومی می‌گردد و در ایران از گزینه‌های فقه امامیه، نیازهای جامعه، تحولات حقوقی دیگر کشورها از جمله فرانسه و مقررات و کنوانسیون‌های بین‌المللی متأثر است، این تحقیق در صدد است از بعد تأثیرپذیری از فقه امامیه و تنظیم مواد بر اساس آرای فقهی مباحث را دنبال کند. اکتفا نکردن به نظر مشهور در تقنین که گاه مشکلات اغماض ناپذیری به دنبال دارد، تبیین صحیح مسئله و بیان آرای متفاوت فقهی و در نهایت تلاش برای ارائه راه حل‌های متناسب در هر موضوع، از اهداف دیگر این تحقیق است.

نکته شایان ذکر دیگر این است که فقه با توجه به سابقه طولانی و تأثیرپذیری آن از کتاب و سنت که منابعی فراتر از اطلاعات بشری‌اند، می‌تواند

تأثیر مثبت در قوانین داشته باشد و ترقی قوانین را رقم زند و لزوم ابتدای قوانین بر شرع هم عملاً این تأثیرپذیری را محقق ساخته است؛ از این رو در اینجا نمی‌خواهیم به بررسی نحوه تأثیر یا مثبت و منفی بودن این تأثیر بپردازیم، بلکه بحث ما این است که آیا در این تأثیرپذیری، مقررات موجود به‌ویژه مقررات کیفری از همه ظرفیت فقه بهره گرفته و با الهام از منابع فقهی حقوقی غنی را پایهریزی کرده است؟

به نظر می‌رسد پاسخ این سؤال منفی است و عدم دقت کافی در منابع موجود و آرای فقهی قابل طرح در قانون، گاه مشکلاتی در اجرا به وجود آورده و ناخواسته به تلقی ناکارآمدی فقه در تقنین دامن زده است. البته این مصادیق گرچه اندک است، در جرایم علیه اشخاص اهمیت خاصی می‌یابد؛ زیرا از یک سو در غالب جرایم عمدی علیه اعضا و نفس به تبعیت از دستور قرآن کریم مبنی بر «وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ»^۱ مجازات قصاص در نظر گرفته شده است و از سوی دیگر، مسئله حیات امری در خور توجه است که اسلام به‌طور خاص به رعایت احتیاط در آن توصیه کرده است.

از این رو تحقیق حاضر، از میان مقررات متعددی که می‌تواند تحت تأثیر فقه به نگارش درآید و شکل قانون به خود بگیرد، فقط بر جرایم علیه اشخاص تمرکز کرده و به‌رغم گستردگی مباحث مربوط به جرایم علیه اشخاص، برای پرهیز از تکرار مباحث موجود، به بررسی نمونه‌هایی پرداخته که از یک سو تحت تأثیر مستقیم فقه به نگارش درآمده‌اند و از سوی دیگر به لحاظ منطق حاکم بر قانون‌نویسی در حقوق، به لحاظ عملی یا نظری اشکالاتی دارند و در

مقایسه با موارد مشابه از چالش بیشتری بر خوردارند. بر این اساس به گزینش چند مصداق از مصادیق متعدد اکتفا و در دو مرحله قوانین ماهوی و شکلی این مباحث را عرضه کرده‌ایم.

از نظر پیشینه در اصل بایسته‌های قانونگذاری کیفری و برخی موضوعات مبتلابه متخذ از فقه تا کنون آثار علمی متعددی به جامعه عرضه شده است؛ از این رو نوشته حاضر اولاً به جای مباحث کلی بیشتر به مصادیق نظر دارد و کلیات را در حد لزوم و برای ورود به مصادیق مد نظر قرار می‌دهد و ثانیاً بیشتر به موضوعاتی نظر دارد که یا فاقد سابقه تحقیقی است یا در صورت داشتن سابقه، بعد فقهی آن به خوبی بیان نگردیده است. به نظر می‌رسد طرح برخی آرای فقهی در قوانین موجود به‌ویژه قوانین کیفری به دلیل کم‌توجهی قانونگذار به معیارها و مبانی تقنین است و در بسیاری از موارد می‌توان آرای فقهی سازگار با اصول حاکم بر حقوق کیفری را به عنوان متن قانون برگزید که در این صورت ضمن داشتن مستند قوی، بهتر می‌تواند اهداف قانونگذار کیفری را در پاسخگویی به نیازهای جامعه برآورده سازد؛ از این رو به نظر می‌رسد:

۱. در برخی مواد قانونی لازم است به دیدگاه فقهی مساعدتر در مقام اجرا توجه شود.

۲. در برخی مواد اکتفا به قواعد کلی حاکم بر حقوق کیفری و حذف مواد قانونی راهگشا تر است.

۳. در نقطه مقابل گاه سکوت و ارجاع به فقه، مانند مصادیق ماده ۲۲۰^۱

۱. این ماده مقرر می‌دارد: «در مورد حدودی که در این قانون ذکر نشده است، طبق اصل یکصد و شصت و هفتم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران عمل می‌شود».

مشکلاتی را در عمل فراهم می‌آورد.

۴. بر خلاف قوانین مدنی، گاه سکوت قانون کیفری حکم بیان را دارد؛ مثل عدم مجازات مرتد - به جز در برخی جرایم مطبوعاتی -^۱ که به دلیل بی‌توجهی به تفاوت قانون و فقه و نبود بیان صریح از قانونگذار، رجوع به فقه در موارد سکوت قانون کیفری را دامن می‌زند. این بحث به لحاظ مبنایی در فراهم‌آوری اصل قانونی‌بودن جرم و مجازات‌ها تأثیر گذار است؛ درحالی‌که بی‌توجهی به آن، گاه زمینه‌ساز نگاه فقهی به متن قوانین است. خلط بین نظام فقهی و نظام حقوقی هم بر توسعه این دست مشکلات دامن می‌زند.^۲

به هر حال پرداختن به بحث‌هایی از این دست که کارآمدی فقه را در مسئله قانونگذاری بررسی کند و راهکارهایی سازگار با فقه در این خصوص ارائه دهد، از این جهت اهمیت دارد که اگر کارآمدی قوانین مبتنی بر فقه نادیده گرفته شود، علاوه بر مشکلات داخلی، در سطح فواملی و مطالعات حقوقی کم‌کم این تلقی را به وجود خواهد آورد که احکام اسلامی فقط امری مقدس و مورد تمجید است، ولی در جامعه قابل اجرا نیست.^۳

۱. در ماده ۲۶ قانون مطبوعات (مصوب ۱۳۶۴) آمده است: «هر کس به وسیله مطبوعات به دین مبین اسلام و مقدسات آن اهانت کند، در صورتی که به ارتداد منجر شود، حکم ارتداد در حق وی صادر و اجرا و اگر به ارتداد نینجامد، طبق نظر حاکم شرع بر اساس قانون تعزیرات با وی رفتار خواهد شد». در این ماده هر چند از مجازات مرتد سخن به میان آمده، طبق اصل تفسیر مضیق قوانین کیفری و نبود حکم صریح برای مجازات مرتد در قوانین کیفری دیگر، تنها در حیطه جرایم مطبوعاتی مجازات مرتد قانونی است، مگر اینکه مجازات مرتد را از اقسام حدود و مشمول ماده ۲۲۰ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ بدانیم که در جای خود نیاز به بررسی دارد.

۲. برای مطالعه بیشتر درباره پیامدهای خلط بین سیستم قضایی قانونی و سیستم قضایی فقهی و اجتهادی ر.ک: سیدمحمدحسن مرعشی؛ دیدگاه‌های نو در حقوق، ج ۲، ص ۱۸۰ به بعد.

۳. ر.ک: ابراهیم شفیعی سروسستانی؛ قانونگذاری در نظام جمهوری اسلامی؛ ص ۴۵۲، به نقل از رنه دیوید؛ نظام‌های بزرگ حقوقی معاصر.

با توجه به مطالب یادشده، مباحث تحقیق را ابتدا با نگاهی به مسئله قانونگذاری کیفری دنبال می‌کنیم، آن‌گاه به بررسی نمونه‌هایی از مقررات ماهوی و شکلی که متأثر از فقه به نگارش در آمده‌اند، می‌پردازیم.

بر این اساس در فصل اول با نگاهی به قانونگذاری کیفری و مشکلات آن، نحوه تدوین قانون بر مبنای شرع را در قبل و بعد از انقلاب بیان کرده و به سؤالات متعددی پرداخته‌ایم که از آن جمله است: در تدوین قوانین کیفری با چه مشکلاتی مواجه بوده‌ایم؟ در انطباق قانون با شرع چه راهکاری را باید در نظر گرفت؟ در موارد نقص قانون، فقه چه جایگاهی در حقوق کیفری دارد؟ بر اساس کدام مبانی فقهی می‌توان فتاوی کارآمد را در متن قانون گنجاند و بدان حجیت شرعی بخشید؟ با توجه به تحول علوم جدید به‌ویژه علوم پزشکی، چه تغییر نگرشی را می‌توان در برداشت‌های فقهی از روایات و به دنبال آن در فتاوا و مقررات کیفری یافت؟

پاسخ سؤالات یادشده، علاوه بر اینکه تصویری کلی از مشکلات پیش رو در قانونگذاری را ارائه می‌دهد، در فصل‌های دوم و سوم تحقیق، به هنگام بررسی آرا و تطبیق مقررات با آرای فقهی بسیار راهگشاست و بر اساس آن می‌توان ارجاع مقررات به فتاوی کارآمد و صرف‌نظر کردن از آوردن برخی آرای فقهی در متون قانونی را توصیه کرد.

در خصوص مقررات ماهوی که فصل دوم را بدان اختصاص داده‌ایم، شایان ذکر است این دست از مقررات از دو بعد نیاز به توجه و بررسی دارد:

۱. گاه تغییر فرهنگ جامعه و پیشرفت علوم اعم از علوم پزشکی و علوم مربوط به کشف جرم می‌تواند در خدمت فقه و حقوق قرار گیرد و موجب تجدید نظر در احکام گردد که مسئولیت دعوت‌کننده در شب، تبدیل مسئولیت

با فرار قاتل، مسئله امکان قصاص در صورت پیوند عضو و پایان دادن به حیات غیرمستقر که از نظر فقه و علم پزشکی تعریف متفاوت دارد، از آن جمله است.

۲. برخی مباحث نیز خاص اقتضای نظم در جامعه است که به رغم توجه حقوق به آن، در فقه مغفول مانده یا به نحو مقتضی مورد بحث و کاوش قرار نگرفته است که برای نمونه جنبه عمومی در جرایم علیه تمامیت جسمانی را مطرح و بررسی کرده ایم.

از این رو می توان گفت طرح مباحث یادشده با هم، گرچه در بدو امر به نوعی ناهماهنگی و ناهمگونی را به ذهن تداعی می کند، در جهت لزوم توجه بیشتر به آرای فقهی و نگاه به مقتضیات جامعه و آورده های علوم در آنها آوردن مسائل را در یک مجموعه توجیه می کند.

فصل بعدی تحقیق حاضر، به مقررات شکلی می پردازد که تحت تأثیر آرای فقهی به مقررات راه یافته اند و همانند مباحث ماهوی در فصل قبل، توجه به مقتضیات جامعه و آورده های علوم دیگر می تواند دگرگونی را هم در اصل مباحث فقهی و هم در مقررات متخذ از فقه به دنبال داشته باشد.

در این میان، ادله اثبات جرایم علیه تمامیت جسمانی و تعارض ادله یا نبود دلایل در کشف مرتکب، مباحثی را بر می انگیزد که در یک فصل این دست مباحث را پی گرفته ایم. دسته دوم از مقررات شکلی نیز به فرض تشکیل حکومت و نقش حاکم در اجرای مجازات های مرتبط با جرایم علیه اشخاص ناظر است که به تناسب در فصلی مستقل بدان پرداخته ایم و چنان که گذشت، برای پرهیز از مباحث تکراری و پرداختن به مباحثی که ناسازگاری بین فقه و حقوق در آن بیشتر نمود پیدا می کند، ناچار به صورت گزینشی به طرح چند بحث اکتفا کرده ایم.

در اینجا لازم می‌دانم از استادان و همکارانی که در ارزیابی، راهنمایی و غنابخشی تحقیق سهمی داشته‌اند، از جمله حجج اسلام والمسلمین آقایان سیف‌الله صرامی، سیدضیاء مرتضوی، حسنعلی علی‌اکبریان، محمدعلی خادمی کوشا، عباسعلی زارعی سبزواری، دکتر عادل ساریخانی، دکتر محمد صالحی مازندرانی و همچنین دکتر جعفر کوشا تقدیر ویژه کنم؛ نیز از حجج اسلام والمسلمین رسول نادری، علیرضا فجری، محمد گودرزی، آقای ابوالقاسم آرزومندی ویراستار محترم و سایر همکارانی که در تهیه و آماده‌سازی این نوشته متحمل زحمت شدند، سپاسگزارم.

اسماعیل آقابابائی بنی