

مرجع احراز موضوع قانون با تأکید بر شرکت در قتل

احمد حاجی ده‌آبادی*

چکیده^۱

تا زمانی که موضوع هر ماده محقق نگردد، حکم قانونی بر آن مترتب نخواهد شد. در مواردی که وجود و عدم موضوع مشکوک است، چه نهادی باید وجود آن را احراز نماید به گونه‌ای که داوری وی، حجیت داشته و لازم‌الاتباع باشد؟ این مقاله با تأکید بر موضوع «استناد قتل به عمل همه شرکا» به پاسخ سؤال فوق می‌پردازد و بر این نکته تأکید می‌کند که مرجع احراز موضوع، شخص قاضی است، هم آنکه وظیفه‌اش صدور حکم است و نظر هیچ نهادی برای قاضی الزام‌آور نیست. البته قاضی باید از مشورت سایر نهادها بهره ببرد؛ در خصوص شرکت در قتل که حاوی دو جزء «مداخله در عملیات اجرایی» و «استناد قتل به همه شرکا» است، در جزء اول از نظر کارشناس و در جزء دوم از نظر عرف به‌عنوان آراء مشورتی باید مطلع باشد.

واژه‌های کلیدی: شرکت در قتل، استناد، کارشناس، پزشکی قانونی، عرف، تسامح و دقت عرفی.

1. مقدمه

هر ماده از مواد قانون از موضوع و محمول (حکم) متشکل است. مثلاً ماده 206 ق.م.آ. 1370 مقرر می‌داشت: «قتل عمد برابر مواد این فصل موجب قصاص است»، در این ماده «قتل عمد» موضوع و «موجب قصاص» محمول و حکم مترتب بر آن است. نسبت موضوع به محمول نسبت علت به معلول است یعنی تا موضوع محقق نگردد، حکم وجود نخواهد یافت و همین که موضوع محقق شد، حکم به دنبال آن خواهد آمد. طبیعی است آنچه در اینجا اهمیت ویژه‌ای پیدا می‌کند، احراز موضوع است. گاه اینکه موضوع تحقق یافته است خیلی روشن است یا چندان خفا ندارد و یا اگر هم خفایی داشته باشد قاضی با توجه به اصول و قواعد، وجود یا عدم موضوع را احراز می‌نماید. مثلاً برای صدور حکم به هشتاد ضربه شلاق برای شرب مسکر، باید احراز گردد که شخص بالغ عاقل عالماً عامداً آن را نوشیده است. نسبت به عالم به مسکر بودن نوشیدنی، گاه یقین به آن هست مثلاً خود اقرار کرده یا شهود شهادت داده‌اند؛ اما اگر قاضی نتواند علم را احراز نماید، با توجه به اینکه اصل بر جهل است، باید عدم آن را مفروض و حکم به برائت متهم دهد. این در حالی است که اگر قاضی نسبت به عامدانه بودن متهم تردید داشته باشد با توجه به اینکه اصل در اعمال اختیاری بودن است، باید وجود آن را محرز بداند و حکم به مجازات وی دهد.

اما گاه اینکه موضوع تحقق یافته یا خیر، به راحتی امکان‌پذیر نیست و نمی‌توان با تمسک به اصول و قواعد در فرض شک، وجود آن را محرز دانست. در این صورت چه نهاد و مرجعی باید وجود آن را احراز نماید و نظرش متبّع است؟ این امر بخصوص در امور کیفری که قواعدی همچون قاعده درأ، اصل تفسیر مضیق قوانین کیفری و اصل برائت و ... حاکم است، اهمیت فوق‌العاده‌ای دارد.

برای نمونه از جمله موضوعات خیلی مهم حقوق کیفری، شرکت در جرم به طور کلی و شرکت در قتل به طور خاص است. ماده 125 ق.م.آ. 1392 مقرر می‌دارد: هر کس با شخص یا اشخاص دیگر در عملیات اجرایی جرمی مشارکت کند و جرم مستند به رفتار همه آن‌ها باشد... شریک در جرم محسوب و مجازات او مجازات

فاعل مستقل آن جرم است.

در نتیجه برای تحقق شرکت در جرم هم به مشارکت به معنای مداخله دو یا چند نفر در انجام عملیات اجرایی جرم نیاز است و هم به استناد جرم به عمل همگان. برای محکوم نمودن دو یا چند نفر به شرکت در قتل، هم باید احراز شود که دو یا چند نفر مرتکب ضرب و جرح دیگری شده‌اند و هم باید احراز شود که مرگ مقتول مستند به عمل ایشان است. احراز جزء اول به نظر آسان است: بر بدن مقتول یک ضربه است یا چند ضربه؛ اگر یک ضربه است آن را یک نفر وارد کرده یا چند نفر؛ اگر چند ضربه است فاعل چند ضربه یک نفر بوده یا چند نفر و ... طبیعی است در اینجا اگر مشکلی پیش آید می‌توان با استفاده از کارشناس و با واریسی جسد مقتول و ... رفع ابهام نمود؛ اما احراز جزء دوم سخت است یعنی چگونه احراز شود که مرگ، مستند به عمل همگان است؟ بدیهی است صرف انجام ضرب و جرح و ایراد جراحی برای تحقق شرکت در قتل کفایت نمی‌کند بلکه استناد قتل به عمل همگان نیز لازم است.

بنابراین اینکه مرجع احراز موضوع کیست، اهمیت ویژه‌ای پیدا می‌نماید. آیا مرجع احراز، عرف است؟ یا اینکه باید به کارشناس مراجعه نمود؟ و یا اینکه نهاد دیگری متولی این امر است؟ این مقاله به پاسخ این سؤال می‌پردازد.

سیر مباحث این نوشتار بدین شکل است که ابتدا با بیان نکاتی به تبیین دقیق محل بحث پرداخته می‌شود (بخش اول) آنگاه از دو نهاد بسیار مهم عرف (بخش دوم) و کارشناس (بخش سوم) بحث می‌شود. سپس نمونه‌هایی واقعی از اختلاف نظر عرف و کارشناس ارائه کرده (بخش چهارم) و در نهایت به تبیین نظر برگزیده (بخش پنجم) خواهیم پرداخت.

1. تبیین محل بحث

1.1. تعریف موضوع

از دیدگاه شهید صدر موضوع حکم اصطلاحی است اصولی که مقصود از آن مجموع اموری است که فعلیت حکم بر آن متوقف است. مثلاً فعلیت وجوب روزه نیاز

به شخصی دارد که مکلف باشد و مسافر و مریض نبوده و هلال ماه رمضان را درک کرده است (به نقل از فرحناک، 1390: 39). بحث تفصیلی در این زمینه را و مباحثی از قبیل رابطه موضوع با اموری از قبیل متعلق، ملاک، مصداق، علت، عنوان مشیر و... باید در منابع مربوطه مشاهده نمود (برای نمونه ر.ک. فرحناک، 1390: 38-59) اما مقصود از موضوع در این نوشتار:

«هر چه را که در گزاره‌های فقهی و مانند آن بیاید و حکم نباشد موضوع {است} بنابراین در جمله اجلس فی المسجد الی الظهر قیودی مانند مسجد و ظهر... موضوع بحث موضوع شناسی دانسته می‌شود.» (آیت‌الله سید علی محقق داماد به نقل از فرحناک: 41 و 268-269)

1.2. انواع موضوعات

موضوع حداقل بر دو گونه است (برای دیدن تقسیمات دیگر ر.ک. همان: 60-68) گاه ساخته و پرداخته قانون است به این معنا که یا اصلاً برای عرف ناشناخته بوده و یا اگر هم مفهومی عرفی دارد، قانون با ابداع معنایی جدید، مفهوم عرفی را کنار زده است. مثلاً چون قانون‌گذار برای اموری از قبیل شرکت و معاونت در جرم و شروع به جرم معنای خاصی آورده است، مفهوم عرفی این واژگان مقصود نیست و این امور، امور تخصصی و ساخته و پرداخته قانون به شمار می‌روند؛ اما گاه موضوع امری است که در میان عرف شناخته شده است و قانون‌گذار معنای جدیدی را برای آن نیاورده است؛ اموری از قبیل مال، شب، روز، آب و... که در مواد قانون به کار رفته‌اند. علیرغم آنکه ممکن است تصور شود در قسم اول این بحث جاری نیست اما هر دو گونه فوق در محل بحث داخل‌اند و می‌بایست از مرجع احراز آن‌ها بحث نمود.

1.3. تعیین و عدم تعیین مرجع

گاه قانون‌گذار نهاد خاصی را به عنوان مرجع احراز موضوع معین می‌کند. مثلاً واژه «دشمن» علیرغم آنکه مفهوم شناخته شده‌ای در عرف دارد، قانون‌گذار خود در ماده 25 قانون مجازات جرائم نیروهای مسلح به تعریف آن اقدام کرده است:

منظور از دشمن عبارت است از اشرار، گروه‌ها و دولت‌هایی که با نظام جمهوری اسلامی ایران در حال جنگ بوده یا قصد براندازی آن را دارند و یا اقدامات آنان بر ضد امنیت ملی است.

حال اگر در تشخیص دشمن و احراز اینکه فلان گروه یا دولت، دشمن است یا خیر، ابهامی پیش آید، قانون‌گذار در تبصره ماده فوق، شورای عالی امنیت ملی را به‌عنوان مرجع احراز آن معرفی نموده است:

هرگاه برای دادگاه تشخیص دشمن یا دولت متخاصم محرز نباشد موضوع از طریق قوه قضاییه از شورای عالی امنیت ملی استعلام و نظر شورای مذکور ملاک خواهد بود.

همچنین می‌توان به تبصره مواد 561، 688 و 714^۲ ق.م.آ. 1375 اشاره نمود. این‌گونه موارد از محل بحث خارج است و ما از مواردی بحث کنیم که قانون‌گذار مرجع خاصی را معین نکرده است.

1.4. نظر مشورتی، نظر الزامی

مقصود از مرجع بودن یک نهاد، لازم‌الاتباع بودن نظر آن نهاد است نه اینکه مقصود، نظر مشورتی باشد. مثلاً اگر بپذیریم که نظر کارشناس حجیت دارد، قاضی باید از نظر او تمکین کند و مطابق آن رأی صادر نماید هرچند به صحت مفاد آن اطمینان نداشته باشد بلکه بالاتر یقین به فساد آن داشته باشد.

1.5. اختلاف نهادهای متصور و آثار آن

محل بحث مواردی است که نهادها با هم اختلاف دارند و علیرغم اطلاع از نظر همدیگر، باز بر نظر خویش باقی بوده، دیگران را تخطئه می‌نمایند. مثلاً اگر دو نفر با چاقو به دیگری حمله کنند «الف» به قلب و «ب» به کبد وی بزند و مجروح بمیرد و پزشکی قانونی علت مرگ را ضربه وارد به کبد بداند، در صورتی که حاکم بر استناد را پزشکی قانونی بدانیم، نتایج زیر مترتب است:

اول. بحث شرکت در قتل منتفی است و ما با دو مباشرت: مباشرت در قتل و مباشرت در جرح دیگری مواجه هستیم؛ یک نفر به قصاص نفس محکوم می‌شود و دیگری به دیه جراحات قلب.

دوم. در صورتی که نتوان تشخیص داد که چاقوی به کبد را «الف» وارد کرده است یا «ب»، قصاص از هر دو برداشته می‌شود و دیه نفس لازم می‌گردد. در این صورت در زمان حاکمیت قانون مجازات اسلامی 1370 بعید نبود با استفاده از حکم ماده 315 پرداخت‌کننده دیه نفس را با قرعه معین و دیگری را به دیه جرح محکوم نمود. در حال حاضر که قانون مجازات اسلامی 1392 ماده 315 قبلی را به کلی حذف کرده و مجالی برای قرعه قائل نیست، اولاً بر اساس ماده 482⁵ قصاص ساقط است و ثانیاً بر اساس ماده 479⁶ باید «الف» و «ب» را به پرداخت دیه نفس و جرح بالمناصفه محکوم نمود. طبیعتاً مجازات تعزیری که برای قتل عمد وجود دارد مثل آنچه در ماده 612 ق.م.آ. 1370 آمده است و کماکان معتبر است، قابل اعمال نیست.

سوم. اگر حاکم بر استناد پزشکی قانونی باشد ولی پزشکی قانونی نتواند تشخیص دهد که مرگ در اثر یک ضربه بوده یا هردو ضربه و اگر در اثر یک ضربه بوده کدام یک از دو ضربه وارد به قلب و کبد منجر به مرگ شده است، شبیه صورت دوم، قصاص از هر دو منتفی است و ضوابط صورت دوم اعمال می‌گردد.

این در حالی است که اگر به حاکمیت عرف قائل باشیم به راحتی حکم به شرکت در قتل عمد در فروض بالا داده می‌شود.

2. مرجعیت عرف

این اندیشه که نهاد احراز موضوع عرف است، اندیشه غریبی نیست. برخی فقها در پاسخ سؤال نویسنده مبنی بر اینکه «حاکم به استناد کیست؟ مثلاً اگر سه نفر به قصد کشتن سه ضربه به دیگری بزنند، الف به قلب وی، ب به لب او و ج به کبد وی و مجروح بمیرد اما پزشکی قانونی علت مرگ را ضربه وارد به کبد بداند، قاتل کیست؟» چنین نوشته‌اند:

حاکم به استناد عرف است نه چیز دیگر؛ بنابراین ضربات مختلف از اشخاص بر حسب مورد فرق نمی‌کند؛ بنابراین تشخیص پزشک بر اینکه علت مرگ را به یکی از [دو] مورد ضربه بداند نمی‌توان آن را قاتل حساب نمود. خلاصه در تشخیص استناد، عرف ملاک است نه چیز دیگر مگر اینکه علم وجدانی پیدا شود که سبب مرگ یکی از آن دو ضربه بوده قلب یا کبد (مدنی تبریزی، 1426: 219).

2.1. مبنای مرجعیت عرف

مهم این است که بدانیم دلیل مرجعیت عرف چیست؟ مرحوم امام خمینی در این زمینه معتقدند:

هیچ اشکالی نیست در اینکه تشخیص موضوعات احکام و نیز تطبیق عناوین بر مصادیق موکول به عرف است بدیهی است شارع اقدس در القاء خطاب‌ها مثل دیگران است و زبان خاص و اصطلاح مخصوصی ندارد. در نتیجه در زمینه آیات و اخباری که حاوی احکام‌اند، [هم] فهم آن‌ها و [هم] تشخیص موضوعات آن‌ها بر حسب عنوان و مفهوم و [هم] تشخیص مصادیق آن‌ها در واقع، موکول به عرف عام است نه عقل برهانی دقیق؛ در نتیجه اگر بگویند «خون نجس چنین است»، تشخیص مفهوم خون و مصداق خون به نظر عرف و اگذار شده است در نتیجه اگر عرف چیزی را خون نداند بلکه آن را رنگ خون بداند، حکم به نجاست آن نمی‌نماید گرچه رنگ بر حسب برهان عقلی منتقل به موضوع دیگر نمی‌شود و آنچه را که عرف رنگ دانسته است در واقع خون و اجزای کوچک آن است. نتیجه آنکه موضوع نجاست، عنوان عرفی خون و مصداق آن، امری است که عرف در خارج خون می‌داند (موسوی خمینی، 1379: 220 - 219).

آنچه در کلام فوق به عنوان دلیل مرجعیت عرف بیان شده است، آن است که شارع نسبت به احکام فقهی و طبیعتاً قانون‌گذار در مباحث حقوقی شیوه خاصی را برای ابلاغ نظرات خود برنگزیده است و از همان شیوه متداول میان عقلا استفاده کرده است. شیوه متداول میان عقلا در فهم و تبادل مقصودشان، شیوه عرفی است. در نتیجه مرجع احراز

موضوع در عالم خارج از ذهن، عرف است. لازم به ذکر است که صاحب نظر فوق بر این نکته تأکید می کند که مقصود وی از عرف، عرف دقیق است نه عرف تسامحی مگر اینکه در جایی خود قانون گذار تسامح عرفی را به رسمیت شناخته باشد (همان: 220). در نتیجه نمی توان بر اندیشه فوق این ایراد را گرفت که عرف، در خیلی از موارد تسامح می کند چنانکه که در جایی چند نفر به کسی حمله می کنند می گوید: «ریختند بر سر او و او را کشتند» در حالی که ممکن است یکی چاقو به قلب و دیگری به کبد زده اما سومی به لب و چهارمی به کتف وی زده است. بدیهی است این قضاوت، قضاوت تسامحی عرفی است و گرنه اگر به عرف بگوییم که قاتل کسی است که عمل کشنده را انجام داده و باعث کشتن وی شده است، عرف کسی را که ضربه به لب و کتف مقتول زده است قاتل نمی شمرد.

2.2. نقد و بررسی

باید دو حوزه مفاهیم و تطبیق مفاهیم بر مصادیق خارجی را از هم جدا دانست. در حوزه اول، مرجعیت با عرف است اما در حوزه دوم، دلیلی که آورده شده، این نتیجه را اثبات نمی نماید. بر تعبیر دیگر گاه سؤال این است که واژه مثلاً «آب» «اسلحه» «شب» و ... که در فلان ماده به کار رفته است به چه معناست. در این موارد به عرف مراجعه می کنیم چون مخاطب قانون عرف است و قانون گذار از شیوه خاصی برای مفاهیم استفاده ننموده است؛ اما گاه سؤال این است که آیا مایع داخل این لیوان، آب است یا خیر و آیا فلان شیء، اسلحه است یا خیر. در اینجا چه دلیلی وجود دارد که تشخیص عرف، حاکم و لازم الاتباع باشد. در نتیجه باید با برخی صاحب نظر آن هم عقیده بود که چنین نوشته اند:

استدلال برخی از قائلین به نظریه اول مبنی بر اینکه شارع در مفاهیم و گفتگوی خویش روش خاصی برگزیده است هر چند سخن مقبولی است لکن مثبت قبول عرف در کارایی تطبیقی نیست. آنچه با این استدلال ثابت می گردد حضور عرف در کارایی اول [مراجعه به عرف در مفاهیم مفردات و هیئت های به کار رفته در دلیل] آن

است که عرف لفظی و مقبول همگان است نه عرف در کارایی سوم [تطبیق مفاهیم عرفی بر مصادیق] که از سنخ داوری و قضاوت است. آیا کسانی که این کارایی را برای عرف نپذیرفته‌اند، معتقد به همسانی محاوره شارع با آحاد مردم نبوده‌اند؟ قطعاً چنین نیست. لکن - به حق - معتقد بوده‌اند که حاصل این همسانی، لزوم مراجعه به عرف در تطبیق مفاهیم بر مصادیق نیست. (علیدوست، 1384: 263).

3. مرجعیت کارشناس

اندیشه دوم آن است که مرجع تشخیص موضوعات خارجی را کارشناس بدانیم. مرحوم آیت‌الله سید حسن مرعشی در پاسخ سؤال نویسنده^۷ مبنی بر اینکه حاکم به استناد کیست؟ چنین مرقوم نموده‌اند:

قتل مستند به کسی است که ضربه کشنده را زده است و تشخیص آن با پزشک است مگر آنکه معلوم گردد زدن به قلب نیز جزء العله برای مرگ بوده است.

3.1. دلیل مرجعیت کارشناس

تنها دلیلی که بیان شده این است که کارشناس با بیان دقیق و علمی حادثه، حقیقت را روشن می‌سازد. به تعبیر فنی، نظر کارشناس، نظری علمی و یقینی است در حالی که قضاوت عرفی، نظر ظنی و گمان آور است و عقلاً تا وقتی که بتوان به حقیقت و علم و یقین رسید، نوبت به ظن و گمان نمی‌رسد.

مرحوم آیت‌الله مرعشی در پاسخ به این سؤال نویسنده که اگر نظر پزشکی قانونی بر دقت عرفی مقدم است، مبنای تقدم و ملاک آن چیست، مرقوم نموده‌اند: «برای اینکه پزشک کالبد شکافی می‌کند و علت مرگ را دقیقاً مشاهده می‌نماید». آیت‌الله مکارم شیرازی نیز پاسخ داده‌اند:

در فقه امری که جنبه تخصصی داشته باشد به اهل خبره ارجاع می‌شود. مثلاً در باب عیوب متاع، نظر اهل خبره در مقدار عیب مورد قبول است و هم‌چنین در مسئله آرش جنایات و امثال آن.

خلاصه اینکه نظر کارشناس، نظر علمی و یقینی و مبتنی بر واقعیت خارجی است و نظر سایر نهادها همچون عرف، نظر ظنی است و در صورت امکان دستیابی علمی و یقینی به واقعیت نوبت به ظن و گمان نمی‌رسد.

3.2. نقد و بررسی

اولاً پیش‌تر در تبیین محل بحث گذشت که بحث ما در موضوعات تخصصی و پیچیده نیست. طبیعی است در موضوعات پیچیده و تخصصی که دیگر نهادها قضاوتی ندارند یا اگر هم دآوری دارند، امروزه مصیب به واقع به شمار نمی‌روند نظر کارشناس می‌تواند معتبر باشد. ثانیاً گذشت که بحث در مواردی است که دیگر نهادها علیرغم اطلاع از نظر کارشناس، آن را تخطئه می‌نمایند و بر نظر خویش اصرار می‌ورزند، آن را صائب دانسته و به حقیقت واصل می‌دانند. ثالثاً بحث در مواردی است که قانون‌گذار نهاد خاصی را به‌عنوان مرجع تعیین ننموده است. حال اینکه در این‌گونه موارد باز عقلاً چنین حکم کنند که نظر کارشناس بر دیگر نهادها مقدم است، معلوم نیست و به همین جهت است که اگر عقلاً پس از اطلاع از نظر کارشناس آن را صحیح ندانند و یا حداقل در صحت مفاد آن اطمینان پیدا ننمایند، طبق آن عمل نمی‌نمایند و این حاکی از آن است که تقدم نظر کارشناس بر دیگر نهادها یک حکم مطلق و بدون ملاک و معیار نیست. این امر بخصوص آنگاه مهم جلوه می‌کند که قاضی به صحت مفاد نظر کارشناس اطمینان نداشته باشد. مثلاً کارشناس می‌گوید متهم مجنون است ولی به نظر قاضی متهم اراده لازم برای ارتکاب جرم داشته و یا حداقل قاضی در این زمینه تردید دارد. آیا جز این است که قاضی باید تحقیقاتش را ادامه دهد تا به اطمینان برسد؟ و آیا این جز به معنای عدم اعتبار نظر کارشناس است؟

4. ارائه نمونه‌های واقعی از اختلاف نظر عرف و کارشناس

اینکه بین نهادهایی که می‌توانند به تشخیص موضوع اقدام کنند گاه اختلاف عقیده است به‌گونه‌ای که علیرغم اطلاع از نظر همدیگر، باز بر نظر خویش باقی‌اند، امری

روشن است در عین حال به دو نمونه فقهی و حقوقی در این زمینه اشاره می‌کنیم.

نمونه اول در بحث خوردنی‌ها است، فقها می‌گویند خوردن گوشت آن گروه از ماهی‌ها که فلس‌دار باشند با صید، حلال است. مسئله این است که گاه اینکه فلان ماهی فلس‌دار است روشن است اما گاه قضیه پیچیده و مبهم است چرا که ماهی در نگاه معمولی عرفی فلس‌دار نیست اما اگر به دید کارشناسی نگریسته شود فلس‌دار است. نمونه‌ای واقعی این است که آیا تاس ماهی و ماهی اوزن برون و ... فلس‌دار محسوب می‌شود یا خیر. در این زمینه برخی فقها موافق رجوع به کارشناس و برخی مخالف‌اند. از جمله موافقین، می‌توان مرحوم امام خمینی را نام برد که بر اساس دستور ایشان در سال 1362 سمیناری در بندر انزلی با شرکت گروهی از جمله متخصصان علوم زیست برگزار شد و نتیجه نظر کارشناسان این بود که انواع تاس ماهیان دریای خزر، ماهی اوزن برون، شیر ماهی و فیل ماهی در قسمت‌هایی از بدنشان خصوصاً روی ساقه بالایی دمی فلس‌های لوزی شکلی دارند (به نقل از علیدوست، 1384: 269). حال این نظر را با این استفتا مقایسه کنید که: «چیزی که در نظر متخصصین فلس است ولی در عرف به آن فلس نگویند اعتباری ندارد» (تبریزی، 1378، پاسخ به سؤال 17589).

نمونه واقعی دوم مربوط به بحث شرکت در قتل است که در آن تقابل دیدگاه عرف با کارشناس روشن است به گونه‌ای که عرف حتی پس از اطلاع از نظر کارشناس، کماکان بر عقیده خود باقی است و نظر کارشناس را تخطئه می‌کند:

کلاسه پرونده 16/5045/27 تاریخ رسیدگی 19/1/74 شعبه 27 دیوان عالی کشور.

خلاصه جریان پرونده: متهمان: 1. الف 27 ساله... 2. ب 26 ساله، خانه‌دار. 3. ج. 55 ساله، خانه‌دار. به اتهام شرکت در قتل عمدی «د» با سبق تصمیم و نقشه قبلی و دفن جسد مقتول به صورت غیر مجاز و متهمه ردیف دوم علاوه بر اتهام فوق به اتهام تمکین از زنای مقتول با داشتن شرایط احصان و غیره تحت تعقیب قرار گرفته‌اند. بدین توضیح که در تاریخ 18/3/73 مقتول... به طرز فجیعی در منزل باجناب خود (متهم ردیف یکم) به قتل می‌رسد و جسدش در زیرزمین همان منزل دفن و مخفی می‌گردد...

متهم ردیف یکم انگیزه جنایت خود را چنین شرح داده است: «وقتی با همسر (متهمه ردیف دوم) ازدواج کردم در شب عروسی متوجه شدم که باکره نیست ولی به خاطر حفظ آبرو سکوت کردم و به زندگی ادامه دادم تا اینکه دو ماه قبل متوجه شدم چند جای پای همسر سیاه شده، علتش را پرسیدم به من گفت: پایم به در اصابت کرده. بعد از چند روز باجنابم (مقتول) به منزل ما آمد و من برای انجام کاری بیرون رفته بودم وقتی برگشتم حرکات مشکوکی از همسر و باجنابم مشاهده کردم که به انجام زناي آنها پی بردم. وقتی... مقتول از خانه بیرون رفت بعد از تحقیق و پرس و جو از زنی متوجه شدم که این دو با هم از زمان مجردی زنی رابطه نامشروع داشته‌اند که زنی را به زیرزمین بردم، می‌خواستم سرش را ببرم ولی متأسفانه چاقو گردنش را نبرید. او را رها کردم، خیلی ناراحت بودم. شروع به نمازخواندن کردم. از خداوند کسب تکلیف کردم. به قرآن رجوع کردم که نوشته بود زناکار را بکشید و به دریا بیندازید [!؟] بعد تصمیم به کشتن مقتول گرفتم ولی زنی راضی نبود. گفت: پدر و مادرم را خبر کنم تا با کمک آنها او را بکشیم. پدرخانم به من گفت: هر دو را بکش. من جواب خون دخترم و مقتول را می‌دهم. اگر نکشی من آن دو را با همسر خودم هر سه را می‌کشم. بعد فوراً بازگشت؛ اما مادر خانم ماند. وقتی مقتول به منزل ما آمد، زنی گفت: الان وقتش است باید او را کشت. یک قابلمه آب جوش درست کرده بود، به سر او ریخت. بعد من با چاقو به او حمله کردم [که ظاهراً حدود 30 ضربه چاقو به زده است] ولی چون خیلی قوی بود چاقو را از من گرفت و یک ضربه به سر من زد که من بر زمین افتادم. می‌خواست به سینه‌ام بزند که من چاقو را گرفتم. چاقو دستم را برید و یک ضربه به کتف من زد. در همان لحظه زنی با آچار شلاقی به سر او کوبید که قسمتی از مغز سرش بیرون ریخت و به زمین افتاد و در همان موقع مادر خانم (متهمه ردیف سوم) طناب را به گردن وی انداخت و کشید که او کشته شد و با کمک مادرزنی او را در زیرزمین دفن کردیم...» (به نقل از بازگیر، 1376، 2: 614 - 615).

پیش از آنکه ادامه پرونده و از جمله نظریه پزشکی قانونی نقل شود، این سؤال را مطرح می‌کنیم که از دیدگاه عرفی قاتل چه شخص یا اشخاص هستند؟ فرض کنیم در زمان گذشته زندگی می‌کردیم که پزشکی قانونی وجود نداشت. چگونه باید

تصمیم‌گیری کنیم؟

نویسنده، این پرونده را به کرات در کلاس‌های درس حقوق جزای اختصاصی مطرح نموده است و دانشجویان در پاسخ به این سؤال برخی زن را مباشر قتل و برخی زن و مرد را شریک در قتل و عده‌ای کمی هر سه نفر (مرد و زن و مادرزن) را شریک در قتل می‌دانستند. آنچه مهم است این است که از دیدگاه عرفی زن را اگر تنها قاتل ندانیم لاقلاً شریک در قتل شناخته می‌شود. به هر حال باجناب گرچه 30 ضربه چاقو خورده ولی چاقو را از دست متهم ردیف یکم گرفته و می‌خواسته به سینه وی چاقو بزند که نتوانسته و یک ضربه به کتف وی زده و در همین حال زن با آچار شلاقی چنان محکم به سر او (باجناق) زده است که مغزش بیرون ریخته است. آنچه جالب است ادامه پرونده است که:

در نظریه پزشکی قانونی علت مرگ پارگی قلب و ریه و خونریزی داخلی تعیین گردیده است و توضیحاً بیان داشته «اگر فشاری به گردن نیز وارد نمی‌گردید پس از چند دقیقه خونریزی منجر به مرگ می‌شود» (همان، 614-615).

مطابق نظریه پزشکی قانونی، قاتل یک نفر است و آن‌هم متهم ردیف یکم که جرح وارد کرده است. انصافاً عرف پس از اطلاع از نظریه متخصص و کارشناس فوق، از قضاوت خود دست نمی‌کشد و شوهر را تنها قاتل نمی‌داند. عرف در قضاوت دقیق خود اگر زن را تنها قاتل نداند، حداقل او را شریک در قتل می‌داند و زن و شوهر را قاتل می‌داند.

ادامه پرونده چنین است:

به هر حال پس از تحقیقات لازم دادگاه عمومی... بزهکاری متهمین را محرز تشخیص داده. در خصوص اتهام متهمه ردیف 2 و 3 دایر بر شرکت آنان در قتل موصوف به لحاظ اعلام گذشت اولیای دم مقتول قرار موقوفی تعقیب صادر کرده. در خصوص متهم ردیف یکم به قصاص نفس وی پس از پرداخت دو ثلث دیه از جانب اولیای مقتول به وی صادر گردیده (همان، 614-615).

بنابراین دادگاه، موضوع شرکت در قتل عمد را محرز و هر سه را شریک در قتل دانسته است. النهایه با گذشت اولیای دم از متهمه ردیف دوم و سوم، به قصاص متهم

ردیف یکم پس از پرداخت دوسوم دبه به وی حکم داده است. حکم صادره مورد اعتراض قرار گرفته پرونده به دیوان عالی کشور ارسال شده که شعبه 27 دیوان عالی کشور، حکم دادگاه بدوی را نقض و چنین رأی داده است:

بسمه تعالی. با توجه به محتویات پرونده به ویژه نظر پزشکی قانونی شرکت متهمه ردیف سوم در قتل را منتفی می‌سازد زیرا در ذیل همان گواهی پزشکی تصریح گردیده (در صورتی که فشاری به گردن نیز وارد نمی‌گردید پس از چند دقیقه نیز خونریزی منجر به مرگ می‌شد) به هر حال در نظریه مذکور اشاره به خفه کردگی نشده است با اینکه دخالت متهمه مشارالیه در قتل موصوف، در حد انداختن طناب به گردن مقتول در اواخر امر بوده است، به هر حال شرکت وی در قتل جدا مشکوک است ولی شرکت در قتل نسبت به متهمان ردیف یکم و دوم محرز و مسلم است؛ بنابراین وقتی شرکا در قتل دو نفر شدند که از یکی از آنها اولیای دم اعلام گذشت کرده‌اند نسبت به ردّ فاضل دبه به قاتل محکوم به قصاص فرق می‌کند و باید اولیای دم نصف دبه کامله را در حق قاتل مذکور بپردازند نه دوسوم و لذا دادنامه فوق‌الاشاره در خصوص حکم قصاص نقض می‌گردد (همان، 614-615).

ممکن است در نقد رأی شعبه 27 دیوان عالی کشور چنین گفته شود که در این رأی نوعی پارادوکس است زیرا از یک سو به دادگاه بدوی ایراد می‌گیرد که چرا متهمه ردیف سوم را شریک در قتل دانسته است با اینکه در نظریه پزشکی قانونی اشاره به خفه کردگی نشده است و از سوی دیگر خود به نظریه پزشکی قانونی عمل ننموده است؛ زیرا موضوع را شرکت در قتل عمد تلقی نموده است در حالی که طبق نظر پزشکی قانونی مرگ در اثر خونریزی داخلی بوده که اثر جراحاتی است که متهم ردیف اول ایجاد کرده است و پزشکی قانونی در مورد شکستگی جمجمه و نقش آن در مرگ که اثر کار متهمه ردیف دوم بوده است، نفیاً یا اثباتاً اظهار نظری نکرده است. پس این رأی حاکی از تناقض است.

اما می‌توان از رأی دیوان دفاع نمود که دیوان معتقد است، دقت عرفی اقتضا می‌کند که قضیه، شرکت در قتل عمد است و شرکا زن و شوهر می‌باشند؛ اما اینکه هر سه را شریک در قتل بدانیم، این مبتنی بر تسامح عرفی است که پذیرفته نیست و

پیش تر گذشت که مقصود از عرف در این مباحث، دقت عرفی است و نه تسامح عرفی. در نتیجه ایراد دیوان عالی کشور به دادگاه بدوی و خاطر نشان ساختن نظریه پزشکی مبنی بر عدم دخالت متهمه ردیف سوم در قتل، نه از باب حجیت نظر پزشکی قانونی بلکه از باب توجه دادن دادگاه به اینکه حکم صادره از آن دادگاه مبتنی بر تسامح عرفی است، است.^۸

ممکن است گفته شود در این پرونده، چون نظر کارشناسی پزشکی قانونی مورد تردید است، لذا اعتبار ندارد و قاضی باید به بررسی بیش تر پردازد تا به نتیجه قطعی برسد.

در جواب باید گفت که این به معنای عدم حجیت نظر کارشناس است؛ یعنی همان گونه که پیش تر گفته شد مقصود از حجیت نظر کارشناس، الزامی بودن نظر کارشناس و لزوم متابعت قاضی از آن در صدور رأی است. این معنا می طلبد که حتی اگر قاضی نظر مخالف با نظر کارشناس داشته باشد، به نظر کارشناس تن در دهد. اینکه بگوییم در صورت اقتناع نشدن قاضی از نظر کارشناس او به بررسی ادامه دهد و نظر کارشناس یا کارشناسان دیگر را جلب کند تا به قرار و اطمینان برسد، همه به معنای عدم حجیت نظر کارشناس است.

5. تبیین نظر برگزیده؛ قاضی با در نظر گرفتن نظر دقیق ترین نهاد

آنچه به نظر صحیح است این است که مرجع تشخیص موضوع، شخص قاضی است و او باید تشخیص دهد که موضوع، در خارج محقق شده است یا خیر. قاضی باید در این زمینه و بسته به هر موضوع از نهادی که به طور دقیق تر به او کمک می کند بهره جوید گرچه در خصوص استناد در قتل، از عرف بهتر می تواند کمک بجوید. نظر برگزیده از سه جزء متشکل است. ذیلاً به تبیین این سه جزء می پردازیم:

5.1. معیار بودن تشخیص قاضی

از آنجا که وظیفه فصل خصومت و اصدار حکم بر عهده قاضی است، طبیعتاً

قاضی خود باید تشخیص دهد که آیا موضوع در خارج محقق شده است یا خیر؛ این قاضی است که باید تشخیص دهد فلان مرد نفقه را داده است یا خیر، آیا فلان متهم زنا کرده است یا خیر و آیا فلان شخص، قاتل است یا خیر؟ در این گونه موارد برای تشخیص مردم و عرف و عادت آن‌ها سهمی وجود ندارد (برای مطالعه بیشتر ر.ک. علیدوست، 1384: 373 - 372). به دیگر سخن معنا ندارد که قاضی مکلف به صدور حکم باشد اما تشخیص او در وجود یا عدم وجود موضوع در خارج، ملاک نباشد. به همین دلیل است که در مواد مختلف قانون از تشخیص دادگاه و احراز قاضی صحبت به میان رفته است. مثلاً اصل 165 قانون اساسی مقرر می‌دارد: «محاکمات، علنی انجام می‌شود و حضور افراد بلا مانع است مگر آنکه به تشخیص دادگاه علنی بودن آن منافی عفت عمومی یا نظم عمومی است...». ماده 135 قانون آیین دادرسی کیفری 1378 هم مقرر می‌دارد: «کفالت شخصی پذیرفته می‌شود که اعتبار او به تشخیص قاضی صادرکننده قرار برای پرداخت وجه الکفاله محل تردید نباشد...».

خلاصه هر کس مخاطب قانون است و وظیفه‌ای مطابق قانون بر عهده دارد تشخیص او ملاک است. به همین جهت است که تشخیص مطابق شرع بودن یا مخالف نبودن قوانین و مقررات بر عهده فقهای شورای نگهبان است (اصل چهارم و اصل نود و پنجم) و تشخیص موجه بودن عذر رئیس جمهور یا وزیر برای پاسخگویی به سؤال نمایندگان بر عهده مجلس شورای اسلامی است (اصل هشتاد و هشتم).

5.2. مشورت گرفتن از نهادهای دیگر

حال که قاضی خود باید تشخیص دهد آیا موضوع قانون در خارج محقق شده است یا خیر از چه نهاد یا نهادهایی در این تشخیص بهره گیرد و در صورتی که نهادها با هم اختلاف داشتند، نظر کدام یک از نهادها را بر دیگری ترجیح دهد؟

برخی صاحب نظران بحثی را با عنوان «مراجعه به عرف در تطبیق مفاهیم عرفی بر مصادیق» آورده‌اند و با نام بردن از نهادهایی همچون فقیه و متصدی استنباط، شخص مکلف، عرف خاص و مقید، عرف خیره و کارشناس، عقل و دقت کامل، عرف عام

(دقیق و مسامح)، در نهایت با ارائه سه اصل⁹ نتیجه گرفته‌اند:

نه اصرار بر مرجعیت عرف در امر تطبیق صحیح است و نه الحاح بر رد آن و نه عقل و امثال آن را جایگزین عرف نمودن پایه علمی دارد، آنچه صحیح است اصرار بر دقت در تطبیق و رد تسامح و اغماض در آن است... [در نتیجه] مرجعیت با نهادی است که دقیق‌تر داوری نماید بدون اینکه حق تسامح داشته باشد و پر واضح است که عرف عام و داوری توده مردم در بسیاری از موارد به‌عنوان اطمینان‌بخش‌ترین و در عین حال ساده‌ترین و در دسترس‌ترین راه قبول است. (علیدوست، 280:384 - 278).

صاحب‌نظر فوق در پاورقی نوشته‌اند: «اندیشه دقیق‌تر بودن عقل در همه موارد از دیگر نهادها با توجه به اینکه موارد بی‌شماری از موارد تطبیق ربطی به عقل ندارد و حوزه، حوزه درک عقل نیست، توهمی بیش نخواهد بود». (همان: 280)

ما در کلیت با اندیشه فوق موافقیم بدین معنا که معیار تشخیص، شخص قاضی است اما قاضی خود باید تشخیص دهد نظر کدام‌یک از نهادها به واقع نزدیک است و در نتیجه از نهاد خاصی نمی‌توان در اینجا نام برد. گرچه معتقدیم در خصوص بحث «استناد در شرکت در قتل» تنها و تنها از عرف می‌توان کمک گرفت.

5.3. لزوم در نظر گرفتن قضاوت عرف در موضوع شرکت در قتل

جزء سوم نظر برگزیده این است که لازم است قاضی در خصوص استناد قتل به عمل همه شرکا داوری عرف را حتماً در نظر بگیرد و از آن اطلاع یابد (گرچه نظر عرف برای قاضی الزام آور نیست). این بدان علت است که حوزه استناد، حوزه‌ای نیست که نهاد دیگری همچون کارشناس بتواند دخالت کند. استناد موضوعی است که تنها و تنها در حیطه صلاحیت عرف است. ادله به قرار زیر است:

1) استناد به معنای سببیت نیست بلکه به معنای انتساب جرم به عمل همگان است. انتساب جرم به همگان یعنی اینکه عمل شرکا به‌گونه‌ای باشد که بگویند این چند نفر قاتل‌اند. برای اینکه این نکته بهتر روشن شود مطلبی را از مرحوم آیت‌الله خوئی می‌آوریم. ایشان در جایی که کسی (غیر دایه) در حال خواب بر اثر حرکت و غلتیدن

موجب تلف دیگری شود معتقدند دیه لازم نیست نه بر نائم و نه بر عاقله وی و نه بر بیت‌المال. ایشان در تبیین اینکه بر نائم لازم نیست معتقدند «سببیت» امری است و «استناد» امری دیگر. درست است که شخص خواب سبب مرگ دیگری شده است اما آنچه ضمان نسبت به قصاص و دیه را ایجاب می‌نماید آن است که قتل به دیگری مستند باشد و وی قاتل به شمار رود و چون شخص نائم، عمد و شبه عمد و خطای محض نداشته قتل به وی مستند نیست.¹ ما در مورد صحت و سقم سخن ایشان در مورد قتل در حال خواب بحثی نداریم آنچه مقصود ماست، تفکیک سببیت و علیت از استناد است. در نتیجه استناد به معنای انتساب است یعنی بر عمل شخص، آن جرم و بر خود شخص، اسم فاعل آن جرم صدق کند مثلاً بگویند قتل و قاتل (برای مطالعه بیشتر ر.ک. به حاجی ده‌آبادی، استناد و نقش آن در شرکت در جرم، 1390، 146 - 107).

در نتیجه آنچه ما از پزشکی قانونی انتظار داریم آن است که سبب قتل را مشخص کند اما اینکه قتل به چه کسی مستند است و قاتل چه کسی است، این کار پزشکی قانونی نیست. مثلاً اگر الف داخل چای ب سم بریزد و ب آن را بنوشد و بمیرد، پزشکی قانونی می‌گوید سبب مرگ سمی بوده که در داخل معده ب است اما اینکه قتل مستند به ب است یا الف کار عرف است. عرف می‌گوید که اگر ب جاهل باشد، قتل به الف مستند است و اگر ب عالم باشد، قتل به خودش مستند است.

آنچه ما از پزشکی قانونی انتظار داریم موضوع اول است نه موضوع دوم. نه تنها در شرکت در قتل به طور خاص و شرکت در جرم که واژه استناد در این دو نهاد حضور جدی دارد، (مواد 42، 214 و 215 ق.م.آ. 1370) بلکه در سایر موارد حضور این واژه (مثل مواد 240، 315، 332، 616، 631 و 1238 قانون مدنی) وضعیت به همین قرار است. در نتیجه برای محکوم نمودن فردی به سرقت، کلاهبرداری، خیانت در امانت، اختلاس، شرب خمر و... باید انتساب و استناد این جرائم به وی محرز باشد و بتوان گفت وی سارق، کلاهبردار... است و در تمام این موارد کارشناس سهمی ندارد. به‌عنوان مثال اگر «الف» به قصد کشتن ب در منزل وی بمبی را کار گذارد و «ب» با اطلاع از قضیه به نیروی انتظامی خبر دهد و مأمور نیروی انتظامی در حین خنثی کردن بمب بر اثر انفجار آن بمیرد، اگر مرگ مأمور نیروی انتظامی به «الف»

مستند باشد و بگوییم «الف» قاتل اوست، «الف» به عنوان قاتل مجازات می شود اما اگر مستند نباشد، نمی توان حکم به قاتل بودن و مجازات جرم قتل داد. بدیهی است در اینجا از کارشناس کاری بر نمی آید، کارشناس تنها می گوید مرگ به علت اصابت پاره های بمب بوده است اما اینکه آیا «الف» قاتل وی است یا خیر در حوزه کارشناس نیست.

2) وجود قواعدی نظیر «در اجتماع سبب و مباشر، مباشر ضامن است مگر اینکه سبب اقوی از آن باشد» نیز حکایت از حاکمیت عرف دارد زیرا در واقع این عرف است که در اجتماع سبب و مباشر، تلف را به مباشر نسبت می دهد و در فرضی که سبب اقوی باشد، تلف را به سبب مستند می داند.

همچنین در جایی که دو عامل یک ثابت و دیگری پویا باعث مرگ دیگری شده باشند، قتل مستند به عامل پویاست هر چند عامل ثابت نقش بیش تری در حدوث مرگ داشته باشد. آنچه پشتوانه این حکم است، حاکمیت عرف در این زمینه است؛ یعنی این عرف است که عامل پویا را مسبب حادثه می داند.

برای نمونه استفتایی به شرح زیر از مراجع تقلید معاصر شده است:

شخصی در اثر بی احتیاطی در رانندگی با عابر پیاده ای برخورد نموده و در اثر آن پای عابر شکسته و در بیمارستان بستری شده است. وی بعد از 20 روز فوت می کند. اولیای دم به عنوان قاتل غیر عمد از راننده شکایت می کنند و دادگاه برای تعیین سبب مرگ، پرونده را به پزشکی قانونی ارجاع نموده و پزشکی قانونی به این شرح اعلام نظر نموده است: «اگرچه جسد توسط پزشکی قانونی کالبد گشایی نشده و تعیین علت دقیق مرگ دشوار است ولیکن به نظر اعضای کمیسیون، تصادف و آسیب وارده در زمینه کهولت و بیماری دیابت موجب تشدید عوارض و تسریع در مرگ شده است. میزان دخالت تصادف در حدوث مرگ حدود ده درصد است».

مراجع معاصر با اختلاف تعبیر، قتل را مستند به تصادف دانسته اند.^{۱۱}

آنچه در این مثال جالب می نماید این است که از نظر کمیسیون، میزان دخالت تصادف در حدوث مرگ حدود ده درصد است و طبعاً میزان دخالت کهولت و بیماری، نود درصد است و با وجود این قتل تنها مستند به عامل پویا شده است.

3) برای حاکمیت عرف می‌توان از ماده 372 ق.م.آ 1392 بهره برد: «هرگاه کسی آسیبی به شخص وارد کند به گونه‌ای که وی را در حکم مرده قرار دهد و تنها آخرین رمق حیات در او باقی بماند و در این حال دیگری با انجام رفتاری به حیات غیر مستقر او پایان دهد نفر اول قصاص می‌شود و نفر دوم به مجازات جنایت بر میت محکوم می‌گردد...».

چگونگی استفاده از این ماده بدین شرح است که قانون‌گذار نفر دوم را که به حیات مجروحی که آخرین رمق در او باقی مانده خاتمه بخشیده است، قاتل ندانسته است و نفر اول را قاتل می‌داند. با اینکه اگر پرونده‌هایی از این گونه موارد را به پزشکی قانونی ارجاع دهیم، قاتل را نفر دوم می‌داند که به حیات دیگری پایان بخشیده است. به تعبیر دیگر قاتل دانستن نفر اول و قاتل ندانستن نفر دوم، تنها مبتنی بر حاکمیت نظر عرف است.

ممکن است در اینجا گفته شود که مراجعه به عرف با چالش‌هایی مواجه است از جمله اینکه گاه در مسئله واحد هر کس ادعا می‌کند نظر عرف چنین و چنان است. در این موارد چه کنیم؟ این حقیقتی است غیر قابل انکار که ما نوعاً ارتکازات ذهنی خود را به حساب عرف می‌گذاریم. فارغ از این نکته، دیده می‌شود که گاه دو نفر دو ادعای مختلف دارند به این دلیل که عرف چنین و چنان گفته‌اند.

برای نمونه اگر دو نفر با همدیگر چاقویی را دست گرفته و دست دیگری را ببرند، شرکت در قطع عضو محقق شده است اما اگر هر کدام یک چاقو دست گرفته یکی از بالا دست دیگری را ببرد و دیگری از پایین دست دیگری را ببرد و دست مجنی علیه قطع شود، آیا شرکت در قطع عضو محقق شده است؟ بدیهی است که اگر قائل به صدق شرکت باشیم، مجنی علیه می‌تواند دست هر دو را با پرداخت یک دیه دست به هر دو قطع کند و می‌تواند دست یک نفر را قطع کند و در این صورت جانی که دستش قصاص نشده، باید نصف دیه دست را به قصاص شونده بپردازد؛ اما اگر قائل به عدم صدق شرکت باشیم، مجنی علیه نمی‌تواند دست هیچ‌کدام را قطع کند ولو خودش فاقد دست است بلکه باید دست نفر اول را از بالا به اندازه جنایتش و دست نفر دوم را از

پایین به اندازه جنایتش قصاص کند. حال کدام یک از این دو نظر صحیح است؟
مرحوم آیت الله خوئی معتقد است که موضوع شرکت در قطع عضو در این فرض نیز محقق شده است و دلیل خود را صدق عرفی می‌داند یعنی عرفاً در اینجا نیز شرکت در قطع عضو صادق است:

إذا وضع احد سکینا فوق یده و آخر تحتها و ضغط کل واحد منهما علی سکینه حتی التقیا، فذهب جماعه الی انه لیس من الاشتراک فی الجنایه، بل علی کل منهما القصاص فی جنایته ولكنه مشکل جداً و لا یبعد تحقق الاشتراک بذلك للصدق العرفی (خوئی، 1422: 33).

جالب اینجاست که مرحوم امام خمینی معتقد است که شرکت در قطع عضو محقق نشده است:

لو جعل احدهما آلته فوق یده و الآخر تحتها، فقطع کل جزء منها حتی وصل الألتان و قطعت الید، فلا شرکة و لا قطع، بل کل جنی جنایه منفردة و علیه القصاص او الدیة فی جنایته الخاصه (ر.ک: موسوی خمینی، بی تا: 518).

برخی فقها در تبیین نظر ایشان، معتقد است عرفاً شرکت در قطع عضو صورت نپذیرفته است (صانعی، 1383: 154).

در این زمینه نویسنده معتقد است نظر آیت الله خوئی تنها در فرضی صحیح است که هر دو نفر قصد قطع دست را داشته و یا کارشان نوعاً باعث قطع دست شود و گرنه در صدق شرکت در قطع عمدی دست تردید جدی وجود دارد بلکه می‌توان گفت شرکت محقق نشده است.

به هر حال پرسش این است که برای این آسیب چه باید کرد؟ به نظر می‌رسد اینجا از مواردی است که لازم است قاضی و هرکس دیگری که به قضاوت عرف نیاز دارد، با آمارگیری و مطالعه میدانی مشخص نماید که کدام یک از دو نظر ادعایی صحیح است. نیز حضور هیئت منصفه و نهادهایی شبیه آن می‌تواند کمک شایانی نماید. بدیهی است اگر واقعاً عرف قضاوت‌های متفاوتی داشته باشد و به تعبیر بهتر عرف‌های متفاوتی وجود داشته باشد، لازم است قانون‌گذار شخصاً مداخله نماید و با بررسی همه جانبه موضوع آنچه را که به عدالت نزدیک‌تر است برگزیند و مادام که قانون‌گذار چنین

نکرده است چون قاضی انتساب عمل به شخص را احراز ننموده است، نمی‌تواند اثر یا آثار آن عمل را بار نماید.

6. نتیجه‌گیری

1. در مواردی که وجود و عدم موضوع در عالم خارج از ذهن، محل تردید باشد و قانون‌گذار نهاد خاصی را به‌عنوان مرجع احراز موضوع معرفی نکرده باشد، این قاضی است که باید تشخیص دهد آیا موضوع محقق شده است یا خیر.
2. این وضعیت در سایر موارد هم جاری است یعنی هر کس مخاطب قانون باشد و قانون وظیفه خاصی را بر دوش او گذاشته باشد، تشخیص او ملاک عمل است.
3. از آنجا که واقعیت موضوع، متعلق حکم قانون است، در نتیجه قاضی باید سعی نماید این نکته را احراز نماید که آیا واقعیت موضوع در خارج محقق شده است یا خیر. در راه احراز این نکته بسته به هر موضوع، نهاد خاصی می‌تواند بهتر به او کمک نماید. البته نظر این نهاد در حد نظر مشورتی خواهد بود.
4. اصولاً استناد، موضوعی نیست که در حیطه تخصص کارشناس باشد زیرا آنچه از کارشناس انتظار می‌رود، تعیین سببیت است اما استناد به معنای انتساب جرم به عمل شخص است و این موضوع، اصولاً موضوعی عرفی است. در نتیجه نه تنها در شرکت در قتل و شرکت در جرم بلکه در همه پرونده‌های کیفری و حقوقی قاضی برای احراز انتساب جرم و یا عمل به متهم یا مدعی علیه، لازم است از قضاوت عرف بهره‌گیری.

پی‌نوشت‌ها

¹. این پژوهش با استفاده از اعتبارات معاونت پژوهش و فناوری دانشگاه تهران (شماره طرح 27941/1/05) انجام شده است.

². مطابق تبصره ماده 561 «تشخیص ماهیت تاریخی - فرهنگی به عهده سازمان میراث فرهنگی کشور است».

³. تبصره 1 ماده 688 مقرر می‌دارد: «تشخیص اینکه اقدام مزبور تهدید علیه بهداشت عمومی و آلودگی محیط زیست شناخته می‌شود و نیز غیر مجاز بودن کشتار دام و دفع فضولات دامی و هم‌چنین اعلام جرم مذکور حسب مورد بر عهده وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی، سازمان حفاظت محیط زیست و سازمان دامپزشکی خواهد بود».

⁴. مطابق این تبصره: «اظهار نظر کارشناسی در خصوص تشخیص بی‌احتیاطی یا بی‌موالاتی یا عدم رعایت نظامات دولتی یا عدم مهارت در مورد سوانح مربوط به وسیله نقلیه زمینی، آبی و هوایی حسب مورد، اداره راهنمایی و رانندگی، شرکت راه‌آهن جمهوری اسلامی ایران، سازمان بنادر و کشتیرانی و سازمان هواپیمایی کشوری است».

⁵. بر اساس این ماده: «در موارد علم اجمالی به انتساب جنایت به یکی از دو یا چند نفر و عدم امکان تعیین مرتکب، چنانچه جنایت عمدی باشد قصاص ساقط و حکم به پرداخت دیه می‌شود».

⁶. ماده 479 مقرر می‌دارد: «هرگاه کسی در اثر رفتار عده‌ای کشته یا مصدوم شود و جنایت مستند به برخی از رفتارها باشد و مرتکب هر رفتار مشخص نباشد، همه آن‌ها باید دیه نفس یا دیه صدمات را به طور مساوی بپردازند».

⁷. اصل این سؤال در قسمت قبلی آورده شد.

⁸. برای مطالعه گزارش دیگری از پرونده و نیز ادامه آن ر. ک به حبیبی تبار. 1381:279 - 286. ایشان موضوع را شرکت در قتل عمد تلقی نموده و شرکا را تنها زن و شوهر می‌داند النهایه قتل را از مصادیق تبصره 2 ماده 295 ق.م.آ. 1370 یعنی قتل به اعتقاد مهدورالدم بودن دانسته‌اند و در مورد زن نسبت به زنا چون قضیه به نوعی اجبار و اکراه معنوی بوده است، حکم به برائت داده‌اند. نکته ای مهم این است که در رأی ایشان آمده: «پزشکی قانونی گزارش نموده که علت تامه مرگ مقتول، ضربات چاقو و ضربات آچارفرانسه بوده» (همان: 283). اگر چنین باشد دیگر تفاوتی میان عرف و کارشناس نیست اما باید بررسی کرد آیا پزشکی قانونی دو بار نظر داده یا یک‌بار و روایت آقای بازگیر از نظر پزشکی قانونی که فاقد آچارفرانسه است درست است یا خیر.

⁹. این سه اصل عبارت‌اند از: «اصل اول. در هر قضیه‌ای که مبین قانون است، وقتی حکم به موضوع تعلق می‌گیرد و قرینه خاصی وجود ندارد، منظور قانون‌گذار واقع خارجی موضوع است ... اصل دوم. لازم جداناپذیر اصل اول این است که هر نهادی که متکفل تشخیص مصداق و تطبیق مفهوم بر موارد افراد می‌گردد نظرش طریقی‌ات دارد نه موضوعیت و اصالت؛ به همین دلیل اگر غافل یا جاهل باشد و اشتباه نماید اعتباری به تطبیق آن نهاد نیست ... اصل سوم. لازم دیگر اصل اول عدم پذیرش تسامح در تطبیق مفاهیم بر مصادیق است» (علیدوست، همان: 273 - 270).

¹⁰. خویی، 1422: 223 - 222: «اما الاول [که ديه بر عهده نائم باشد] فلا وجه له عدا ما قبل منان قتل النائم باعتبار ارتفاع الاختيار عنه من باب الاسباب التي ضمانها عليه دون العاقله و لذا ذكر الاصحاب ذلك في باب ضمان النفوس و لكنّه لا دليل عليه مطلقاً ما لم يستند القتل اليه بالاختيار لعمد او شبه عمد او خطأ محض، لوضوح ان مجرد كونه سببا لا يوجب الضمان بدون تحقق ذلك و عليه فلا يتم ذكر الاصحاب ذلك في باب ضمان النفوس».

¹¹. مجموعه آرای فقهی - قضایی در امور کیفری، ج 1، ص 307 - 308.

منابع

الف. فارسی

بازگیر، یدالله (1376). **قتل عمد**. (ج 2). تهران: انتشارات ققنوس.

تیریزی، شیخ جواد (1378). **استفتائات جدید**. قم: انتشارات سرور.

حاجی ده آبادی، احمد (1389). **قواعد فقه جزایی**. قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.

حاجی ده آبادی، احمد (1390). «استناد و نقش آن در شرکت در جرم». **مجله تحقیقات حقوقی**. ش 53.

حبیبی تبار، جواد (1381). **گام به گام با نهاد دادرسی**. قم: نشر گام به گام.

علیدوست، ابوالقاسم (1384). **فقه و عرف**. اول. تهران: سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.

فرحناک، علیرضا (1390). **موضوع شناسی در فقه**. قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی.

مجموعه آرای فقهی قضایی در امور کیفری (1381). مرکز تحقیقات فقهی (ج 1). قم: حوزه معاونت آموزش و تحقیقات قوه قضائیه.

ب. عربی

خویی، سید ابوالقاسم (1422). **موسوعة الامام الخویی (مبانی تکملة المنهاج)**. (ج 42). قم: موسسه احیاء آثار الامام الخویی.

صانعی، یوسف (1383). **فقه الثقلین** (کتاب القصاص). قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار
الامام الخمینی قدس سره.

مدنی تبریزی، سید یوسف (1426). **کتاب القضا**. قم: دفتر معظم له.

موسوی خمینی، سید روح آ... (1379). **کتاب البیع**. قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار الامام
الخمینی.

موسوی خمینی، سید روح الله (بی تا). **تحریر الوسيله**. (ج 2). قم: دارالعلم.