

تحلیل فرآیند عفو مجنی علیه در پرتو مبانی فقهی و اصول حقوقی

علی نجفی توانا

تاریخ دریافت: ۸۵/۱۱/۱۹

استادیار دانشکده حقوق دانشگاه آزاد اسلامی - تهران مرکزی تاریخ تایید: ۸۶/۰۹/۳۰

چکیده

در قوانین بعد از انقلاب، گاه مقرراتی تصویب شده که حتی با مصوبات چند سال قبل از خود نیز به کلی مغایر است. تأسیس مصرحه در ماده ۲۶۸ قانون مجازات اسلامی سال ۱۳۷۰ از جمله ضوابطی است که در جهت عکس پیام نهاد سلف خود، ماده ۵۴ قانون حدود و قصاص سال ۱۳۶۲، به تصویب رسیده است. قانون جدید، برخلاف مفاد قانون گذشته می‌گوید: «چنان چه مجنی علیه قبل از مرگ جانی را از قصاص نفس عفو نماید حق قصاص ساقط می‌شود و اولیای دم نمی‌توانند پس از مرگ، مطالبه قصاص نمایند.»

بررسی و تطبیق دو نهاد سابق و لاحق و منابع فقهی مغذی آنها از یک طرف و مقایسه تأسیس مقرر در ماده ۲۶۸ قانون مجازات اسلامی با سایر نهادهای مشابه و همچنین اصول کیفری از جهت دیگر، این نکته را به ذهن متبادر می‌نماید که قانون مزبور با نهاد رضایت و یا اذن قبل از وقوع جرم در برخی جرایم، با گذشت بعد از تحقق بزه در جرایم قابل گذشت، با عفو عمومی که مستلزم تصویب قانون و در جرایم و شرایط خاصی قابل اعمال است و عفو اختصاصی که صرفاً موجب تعدیل و تخفیف مجازات می‌باشد و اثری در تخفیف جرم و توصیف آن ندارد، انطباق نداشته و کاملاً متفاوت است. قاعده موصوف نه از عوامل توجیه کننده جرم و نه از عوامل رافع مسئولیت کیفری و نه عامل معافیت از کیفر تلقی می‌گردد؛ بلکه نهادی منحصر به فرد و ویژه به حساب می‌آید. این تأسیس از لحاظ ماهیت نیز چندان با قواعد و مسلمات فقهی و حقوقی هماهنگ نمی‌باشد؛ زیرا در تعلق بالذات حق قصاص نفس به مجنی علیه به دلیل عدم تحقق قتل و تعارض با قاعده «اسقاط مال لم یجب» تردید است و از طرفی تملک میت محال بوده و امکان استیفای حق قصاص برای میت قابل تصور نیست. اعلام عفو، مستلزم اراده، اختیار و شرایط جسمی و روانی مناسب و متعارفی است که یک فرد بزه دیده و مصدوم در حالت احتضار چنین اوصافی را ندارد، ضمن آن که اصولاً تا پیش از رسیدگی و احراز مجرمیت و صدور حکم چگونه می‌توان فردی را مورد عفو قرار داد؟ بنابراین، با وصف این که تأسیس موصوف شاید از لحاظ عملی مانع بسیار قوی در اجرای مجازات قصاص نفس و عملی انسانی تلقی گردد؛ به دلیل مغایرت با برخی اصول کیفری به زعم نگارنده محتمل برای بقا ندارد.

واژگان کلیدی: عفو، گذشت، رضایت، مجنی علیه، قانون، مبانی فقهی، اصول حقوقی، حق قصاص.

مقدمه

تحول در امر قانون‌گذاری و تغییر سیاست‌کیفری، از پدیده‌های عادی و اساساً برای پاسخ‌گویی به نیازهای عینی و ملموس جوامع بوده و امری ضروری تلقی می‌گردد.

در این راستا، قانون‌گذار مقتضیات ملی و فرا ملی را مد نظر قرار داده و با تکیه بر مطالعات اجتماعی و اقتصادی، براساس منطق و خرد علمی، به تصویب مقررات جدید یا اصلاح ضوابط گذشته مبادرت می‌ورزد تا بدین‌سان، کاستی‌ها و خلأهای تقنینی را مرتفع سازد. در مقررات مصوب سال‌های اخیر کشور ما، متأسفانه قانون‌گذار، به ویژه در امور کیفری (اعم از مقررات شکلی و ماهوی) کمتر به این اصول عنایت داشته است. نسخ، اصلاح، تغییر بدون مطالعه و کارشناسی قوانین و ابلاغ احکام جدید کیفری، موجب بروز مشکلات بسیار عمیق گردیده است. این در حالی است که محاسبه میزان اضرار مادی و معنوی ناشی از این تغییرات، غیرممکن می‌باشد.

یکی از مصوبات چالش برانگیز و مشکل ساز را می‌توان وضع ماده ۲۶۸ قانون مجازات اسلامی دانست که متضمن حق عفو مجنی علیه است. این قانون در تعارض با نظر مشهور فقها بوده و از لحاظ علمی و عملی بسیار مشکل ساز و در تناقض آشکار با پیام ماده ۵۴ قانون حدود و قصاص مصوب ۱۳۶۱ و نوعی چرخش غیر قابل توجیه در سیاست کیفری تلقی می‌شود. مقنن در ماده ۲۶۸ قانون مجازات اسلامی مقرر می‌دارد: «چنان‌چه مجنی علیه قبل از مرگ، جانی را از قصاص نفس عفو نماید، حق قصاص ساقط می‌شود و اولیای دم نمی‌توانند پس از مرگ مطالبه قصاص نمایند.» این در حالیست که ماده ۵۴ قانون سابق در مقام بیان قاعده‌ای بود که کاملاً مخالف و معارض با پیام این ماده می‌باشد. قانون قبلی چنین مقرر می‌داشت: «با عفو مجنی علیه قبل از مرگ حق قصاص ساقط نمی‌شود و اولیای دم می‌توانند پس از مرگ او، قصاص را مطالبه نمایند.»

تناقض این دو حکم و اشکالات حقوقی و عملی اجرای مفاد ماده ۲۶۸ قانون مجازات اسلامی و نظرات فقهی متهافت در این زمینه، نگارنده را بر آن داشت تا با لحاظ نظرات فقهی - حقوقی اندیشمندان، به کالبد شکافی و تحلیل قانون جدید پرداخته و اشکالات و ابهامات علمی و عملی آن را در حد بضاعت ارائه نماید.

بدیهی است نهاد مقرر در ماده ۲۶۸ قانون مجازات اسلامی با سایر تأسیس‌های حقوقی موجود از قبیل رضایت و گذشت سنخیتی نداشته و به نوعی از الگوبرداری مطلق قانون‌گذار از نظر غیر مشهور فقهای عظام، آن هم بدون کارشناسی کافی و انجام مطالعات لازم جهت ارزیابی تبعات مثبت و منفی اجرای این قانون در نظام عدالت قضایی در متن جامعه، حکایت دارد. ضمن آن‌که این رویکرد، از جهات گوناگون با مبانی و اصول معتبر حقوقی هماهنگی و تطابق ندارد؛ زیرا از طرفی شبهه جواز اذن در قتل را به ذهن متبادر ساخته و چنین استنباط می‌گردد که رضایت پیش از جنایت نیز در قالب پیمانی دوجانبه در اسقاط حق قصاص مؤثر خواهد افتاد. حال آن‌که پر واضح است که رضایت دلیل اباحه قتل نبوده و حق قصاص متعاقب فوت حادث گشته و عملاً ثبوت رضایت مقرون به اشکال می‌باشد.

از جهتی، حق قصاص بنابر عقیده مشهور فقها، متعلق به ولی دم بوده و با چنین تأسیسی لزوماً باید قائل به جواز اسقاط حق غیر باشیم؛ زیرا قصاص بعد از مرگ برای اولیای دم است. مهم‌تر آن‌که، جنایات اصولاً حق الله می‌باشند و از باب امتنان حق الناس شده‌اند و جنبه حق الناس برای ترغیب به گذشت و بخشش است و لذا تفویض اختیار به افراد عادی جهت عفو و رضایت در جنایات علیه نفس، با نظم و امنیت عمومی و اصل حرمت نفوس نیز معارض می‌باشد. در عوض، موافقان تأسیس مزبور، به‌رغم پذیرش مجرمانه بودن فعل ارتكابی، قصاص را منتفی دانسته و بر این باورند که مجنی علیه خود حرمت را از نفسش برداشته و دیگر آن‌که، حق قصاص اولاً و بالذات متعلق به خود مجنی علیه است و ثانیاً و بالعرض به اولیای دم می‌رسد و همچنین قصاص پیش از مرگ در حق مجنی علیه ظهور پیدا می‌کند - یعنی مجنی علیه مالک این حق می‌شود - و بعد از فوت به نحو ارث به اولیای دم منتقل می‌گردد. لذا معتقدند که مقارن با مرگ جوارح مختلف بدن، این حق هم ثبوت می‌کند. ضمن آن‌که حق قصاص در زمان حیات نیز وجود دارد، بنابراین رضایت می‌تواند آن چیزی را که وجود دارد ثابت نماید و نه چیزی را که وجود خارجی ندارد و به علاوه، حق قصاص جزء ماترک تلقی می‌شود و با توجه به این‌که در مورد دیه نیز ابتدا دیون متوفاً را کسر نموده و سپس حقوق وراثت تأدیه می‌شود نتیجه می‌گیرند اگر در این شرایط، مجنی علیه با رضایت خویش این حق را انکار کند، در واقع نسبت به وراثت بر نفس خویش اولویت داشته و آن‌چه را در ملکیتش بوده اسقاط کرده است.

وجود چنین اختلاف‌ها و چالش‌های مهمی با وصف اهمیت موضوع، طرح پاره‌ای مباحث نوین علمی و حقوقی را ضروری می‌سازد و نظر به گستره بحث، سعی می‌شود ابتدا عفو مصرح در قانون جدید را با سایر نهادهای مشابه مانند رضایت، گذشت و غیره تطبیق داده سپس جایگاه آن را با مبانی فقهی و اصول کیفری حاکم بر موضوع مطالعه کرده و در نهایت حکم قانون‌گذار در قانون مذکور را، با مقررات شکلی و ماهوی مقایسه و عناصر مهم آن را تجزیه و تحلیل و موانع اجرایی را با عنایت به قواعد حقوقی و روان‌شناختی بیان نماییم.

۱. تطبیق عفو مصرح در ماده ۲۶۸ ق.ا.م.ا با سایر نهادهای مشابه و اصول کیفری

۱-۱. تطبیق عفو مصرح در ماده ۲۶۸ ق.ا.م.ا با نهادهای مشابه

برای تفهیم بهتر موضوع مورد نزاع لازم است ابتدا تأسیس «عفو» تعریف و وجود اشتراک و اختلاف آن با سایر نهادهای مشابه بیان گردد:

الف) تعریف عفو

عفو در معانی مختلف و کاملاً متفاوتی به کار رفته است؛ از لحاظ لغوی بخشش، گذشت، مغفرت و

آمزش از معانی آن تلقی می‌شود و در اصطلاح حقوقی حامل مفاهیم متفاوتی است که حسب مورد و با توجه به مقام عفو کننده باید تعریف و تفسیر گردد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۰: ۴۵۳).

از لحاظ کیفری عفو به معنی اعلام گذشت و بخشش نسبت به مرتکب جرم به منظور جلوگیری از تعقیب یا محکومیت وی و یا اجرای مجازات می‌باشد.

اما عفو مورد نظر این مقال، بیان اراده‌ای است که بر اساس آن بزه دیده ضرب و جرح جسمی، از مجازات قصاص نفس گذشت کند. این عفو با سایر نهادهای مشابه از جمله گذشت شاکی، عفو عمومی، عفو اختصاصی و غیره با وصف مشابهت، تفاوت‌های آشکاری دارد.

ب) انواع عفو

برای استخراج مفهوم درست عفو در ماده ۲۶۸ قانون مجازات اسلامی ضرورت دارد سایر نهادهای هم‌عرض، مترادف و مشابه بررسی و با بیان مشخصات عفو یاد شده، مقایسه علمی بین آنها انجام گردد.

● رضایت

رضایت مصدر فعل رضا، حاصل فعل و انفعالات روحی و روانی شخص است و به معانی مختلفی از جمله موافقت، خشنودی، اختیار و طیب به کار می‌رود. برخی نیز آن را اشتیاق و میل بر انجام یا ایجاد امری دانسته‌اند (امامی، ۱۳۸۳: ۱۸۰).

از نظر حقوقی، رضایت به اشتیاق فرد بر انجام عمل حقوقی اطلاق می‌شود. در واقع انسان پس از تصور یک عمل حقوقی و تصدیق مزایای آن، اشتیاق باطنی بر انجام آن امر را پیدا می‌کند. این اشتیاق را در حقوق، رضا می‌نامند (اردبیلی، ۱۳۷۷: ۵۰).

فرایند رضایت که یک امر باطنی است، می‌تواند به صورت اذن در خارج تبلور یابد. مثل اذن در تخریب دیوار، قطع درختان و انجام یک عمل جراحی که بزه دیده قبل از ارتکاب بزه یا مقارن آن بدون اکراه و از روی قصد، رضایت خود را به انجام عمل مجرمانه اعلام نموده و در مواردی می‌تواند از عوامل موجهه جرم و در نتیجه اسباب سقوط مجازات تلقی گردد.

ارتکاب برخی اعمال مجرمانه در صورتی که مسبوق به رضایت بزه دیده باشد، می‌تواند موجب زوال یکی از اجزای متشکله رکن مادی جرم و در نتیجه سلب وصف مجرمانه عمل گردد که در این مورد می‌توان به رضایت ذیحق در جرایمی مانند هتک حرمت منازل، توقیف غیر قانونی، تخریب، تصرف عدوانی و... اشاره نمود. اما در برخی موارد مانند تجاوز به عنف، رضایت موجب تغییر عنوان جزایی به رابطه نامشروع یا زنا خواهد شد.

این در حالیست که عفو مصرح در ماده ۲۶۸ قانون مجازات اسلامی بعد از ورود جراحت و صدمات جسمی و قبل از فوت مجنی علیه اعلام می‌گردد و موجب سقوط مجازات قصاص خواهد شد.

در حقیقت در باب رضایت، چون یکی از عناصر اساسی رکن مادی یعنی قهر، غلبه، عدوان و در مواردی «عدم رضایت» منتفی می‌شود، اصولاً جرمی به وقوع نمی‌پیوندد. در حالی که در عفو ماده ۲۶۸ ق.م.ا. بخششی از اسباب جرم واقع شده که در عین حال خود می‌تواند تحت عناوین جزایی مستوجب قصاص عضو، پرداخت دیه و یا مجازات زندان و غیره باشد؛ ولی چون ممکن است منجر به قتل گردد با تجویز قانون‌گذار عفو موجب اسقاط قصاص نفس و رفع مسئولیت کیفری در این باب برای مرتکب خواهد شد.

اعلام رضایت در مواردی از علل موجهه جرم است و به تجویز مقنن صورت می‌پذیرد. چنان‌که مقنن در بند ۲ ماده ۵۹ ق.م.ا. رضایت بیمار را به لحاظ شرایطی مانند مشروع بودن اقدام و رعایت موازین فنی و علمی موجب زدایش وصف مجرمانه از اعمال طبی و جراحی طبیب دانسته است.

بدیهی است در نظام کیفری ایران در خصوص قتل و ضرب و جرح عمدی به دلایل متعددی از جمله نامشروع بودن عمل، رضایت و اذن فرد - تحت هر دلیل و یا بهانه مانند ابتلا به بیماری غیرقابل درمان پیری و ناتوانی - تأثیری در وصف مجرمانه یا مسئولیت کیفری فاعل که ممکن است با انگیزه شرافتمندانه مرتکب عمل شده باشد ندارد. با این حال در مواجهه با این جرایم که امروزه به قتل از روی ترحم (اتانازی) معروف است، انگیزه شرافتمندانه موجب تخفیف مجازات مرتکب در بسیاری از نظام‌های کیفری جهان می‌گردد. در نادر کشورهای جهان مانند هلند، بلژیک، سوئیس و سوئد از سال ۲۰۰۱ به بعد از قتل ترحمی جرم‌زدایی شده و تحت شرایطی به پزشکان اجازه می‌دهند که در صورت مراجعه و تقاضای صریح فردی که دچار بیماری غیرقابل درمان است و شرایط عقلی متعارف و متعادلی دارد، بعد از جلب نظر پزشک دیگر و با احراز غیرقابل درمان بودن بیماری، با اخذ رضایت کتبی متقاضی مبادرت به تزریق داروهای مخصوص و سلب حیات از فرد نمایند.

ناگفته نماند در کشور ما ضرب و جرح عمدی که با اذن و اجازه مجنی علیه و تبانی با او برای اخذ معافیت از خدمت سربازی صورت گیرد نه تنها موجب مجازات مرتکب، بلکه موجب مسئولیت شخص مصدوم خواهد شد. اما در مورد عفو هر چند مجازات قصاص ساقط می‌شود، ولی بر خلاف مقوله رضایت، وصف مجرمانه عمل زایل نخواهد شد.

● گذشت

گذشت از لحاظ لغوی با عفو مشابهت داشته، ولی از منظر حقوق کیفری با آن تفاوت فراوان دارد. عفو مصرح در ماده ۲۶۸ ق.م.ا. تأسیس منحصر به بزه قتل می‌باشد و در هیچ جرم دیگری اعم از حق الله و حق الناس و تعزیری، تأسیسی بدین صورت مقرر نگردیده است.

البته قذف نیز از جمله جرائم مستوجب حد است که مقنن به ذی حق اجازه عفو قاذف را اعطا و بدین ترتیب استثنائاً امری را که واجد جنبه الهی است، به علت کم اهمیت بودن بزه، قابل عفو تلقی نموده است. در حقیقت در این بزه از دو تأسیس عفو و گذشت می‌توان به جای یکدیگر استفاده کرد. البته در قذف، عفو بعد از حدوث و وقوع جرم و قبل یا در حین و یا بعد از صدور حکم محکومیت، مجازات را منتفی می‌سازد، ولی در خصوص جرم قتل، عفو قبل از ازهاق نفس تنها پس از ضرب و جرح، مجازات شرعی را بردارد.

اثر گذشت در سایر جرائم، حسب نوع جرم و طبقات آن متفاوت است. در جرائم مستوجب حد، گذشت زیان دیده بی‌تأثیر و در قصاص و دیات موجب سقوط مجازات شرعی است. در گروهی از جرائم تعزیری و باز دارنده، که تعقیب جزایی با گذشت شاکی یا مدعی خصوصی موقوف می‌شود، گذشت از موارد سقوط دعوای عمومی است و تعقیب و در صورتی که امر کیفری در مرحله اجرای حکم باشد، گذشت شاکی موجب توقف اجرا و موقوفی آن خواهد شد (مواد ۶ و ۸ ق.آ.د.ک.).

با وجود این، نتیجه گذشت در کلیه این جرائم یکسان نیست. در بسیاری جرائم چنین گذشتی در هر مرحله موجب صدور قرار موقوفی و موقوف الاجرا شدن حکم خواهد بود. اما در بخشی از جرائم، گذشت شاکی یا مدعی خصوصی چنین اثری نداشته و صرفاً موجب تخفیف کیفر (بند یک ماده ۲۲ ق.م.ا) مرتکب می‌گردد.

مقنن در ماده ۷۲۷ قانون مجازات اسلامی با پذیرش روش احصایی، دو گروه از جرائم قابل گذشت را در هم آمیخته و به ذکر مواد مربوطه پرداخته است. در کنار این روش، قانون‌گذار در برخی مواد نیز بر قابل گذشت بودن آن تصریح نموده است که می‌توان از بزه چک پرداخت نشدنی (ماده ۱۲ قانون صدور چک)، و یا توهین به مسئولین و یا نمایندگان سیاسی خارجی (تبصره ماده ۵۱۷ ق.م.ا) نام برد.

به هر کیفیت، بین تأسیس «گذشت» به صورتی که تبیین گردید با نهاد عفو منظور در این نوشتار، تفاوت آشکاری وجود دارد؛ زیرا گذشت در جرائم قابل گذشت می‌تواند موجب سقوط جنبه عمومی و بعضی مواقع، انتفای مسئولیت مدنی گردد، در حالی که در مقوله عفو مندرج در ماده ۲۶۸ ق.م.ا. مطالبه دیه و اعمال سایر مجازات‌های تعزیری موضوع مواد ۲۰۸ و ۶۱۲ قانون مجازات اسلامی پابرجا می‌باشد. گذشته از آن عفو فوق قبل از فوت یعنی حدوث و تکوین جرم قتل، ولی گذشت در سایر موارد بعد از وقوع جرم قابل تصور است.

● عفو عمومی

این تأسیس که نشانه رأفت و اغماض جامعه نسبت به اعمال مجرمانه سابق افراد تلقی

می‌گردد، از نهادهای منبعث از دموکراسی و معمولاً از اختیارات قوه مقننه می‌باشد. در خصوص برخی جرایم یا گروهی از مجرمین که معمولاً در شرایط خاص مبادرت به اعمال مجرمانه ورزیده‌اند، قانون‌گذار با هدف اعاده آرامش، اعطای فرصت مجدد برای متخلفین، تقلیل التهاب اجتماعی و یا بستر سازی برای آشتی ملی، مبادرت به اعلام عفو عمومی با توسل به اختیارات قانونی خود می‌نماید.

چنین عفو موجب زدایش جنبه کیفری فعل مجرمانه و در نتیجه عدم امکان تعقیب جزایی مرتکب و در نهایت سقوط واکنش کیفری خواهد گردید. شمول عفو عمومی موجب انتفای پیشینه کیفری و آثار متعدد دیگری می‌شود، چنان‌که گویی فرد عفو شده هیچ‌گاه مرتکب عمل مجرمانه نگردیده است. با وجود این، جبران خسارت بزه دیدگان از این قاعده مستثناست.

اعطای این حق به مقنن در اکثر نظام‌های سیاسی از طریق قانون اساسی پیش‌بینی می‌شود. قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، با وصف آن‌که در پیش‌نویس آن به موجب اصل ۹۰ مقرر گردیده بود: «اعلام عفو عمومی پس از تصویب مجلس شورای ملی با رئیس جمهور است...» در این باب سخنی به میان نیاورده است. با این حال بعد از انقلاب از طریق مجلس قوانین متضمن عفو مرتکبین جرائم در راستای اختیارات قانون‌گذاری - به ویژه در اجرای اصل ۷۱ قانون اساسی - تصویب شده است که می‌توان به قانون عفو و منع تعقیب دارندگان اسلحه غیر مجاز (مصوب ۱۳۶۲/۱/۱۶ اشاره کرد (اردبیلی، ۱۳۷۷: ۲۶۸) قبلاً نیز لایحه قانونی عفو عمومی متهمان و محکومان جزایی (مصوب ۱۳۵۸/۲/۱۶) کلیه کسانی را که تا تاریخ تصویب قانون موصوف مرتکب جرم گردیده و مورد تعقیب واقع و حکم قطعی نسبت به آنان صادر شده یا نشده باشد - مشروط به جلب نظر شاکی خصوصی - مشمول عفو قرار داده بود (همان: ۲۶۲).

چنان‌که ملاحظه می‌شود تنها وجه مشترک عفو عمومی با نهاد مصرحه در ماده ۲۶۸ ق.م.ا. سقوط مجازات کیفری است و از جهات دیگر همانند شخصیت، شرایط و توجیهاات عفو و حتی بقای برخی مجازات‌های تعزیری برای بزه قتل و آثار آن، تفاوت زیادی بین این دو تأسیس وجود دارد.

● عفو اختصاصی

از دیگر نهادهای مشابه باید از بخشش خاص و یا خصوصی بالاترین مقام اجرایی و اصطلاحاً شخص اول مملکت که در نظام سلطنتی سلطان و در حکومت جمهوری، رئیس جمهور نامیده می‌شود نام برد. در نظام‌های مبتنی بر حکومت یک فرد همانند آن‌چه تا قرون اخیر در دنیا رایج بوده است، عدالت و قانون منبعث از وجود فرمانروایان و سلاطین بوده و جان و مال و ناموس مردم کاملاً در سیطره قدرت او قرار داشته است.

با تبدیل حکومت‌ها به صورت فعلی، این تأسیس که زمانی صرفاً ناشی از اراده یک فرد بود، در قالب قانون و تحت قیودی در اختیار بالاترین مقام اجرایی کشور - حسب نظام حکومتی آن - قرار گرفت. در کشور ما این نوع عفو به دلیل شیوه خاص حکومتی، طبق اصل ۱۱۰ قانون اساسی از اختیارات مقام رهبری محسوب و طی تشریفات نسبت به مجرمینی که محکومیت قطعی لازم‌الاجرا یافته‌اند، اعمال می‌گردد. در این گونه موارد رئیس قوه قضائیه به مناسبت‌های مختلف، بعد از گزینش محکومین زندانی واجد شرایط توسط مسئولان زندان‌ها و کمیسیون عفو و بخشودگی، آنان را به مقام رهبری معرفی می‌نماید (ماده ۲۴ ق.ا.م.ا).

قطع نظر از انتقادهای فراوانی که به این نوع عفو از قدیم الایام وارد بوده و آن را نشانه دخالت قوه مجریه در قوه قضائیه و نافی عدالت قضایی و اجتماعی و معارض حقوق جامعه می‌دانند؛ وجود این عفو در برخی مواقع می‌تواند از بروز هیجانات و تشنجات اجتماعی و سیاسی بکاهد (آشوری، ۱۳۷۶:۱۷۹).

بر این اساس عفو مندرج در ماده ۲۶۸ ق.ا.م.ا. کاملاً با نهاد عفو اختصاصی متفاوت است؛ زیرا: اولاً: اولی مربوط به بزه دیده و در اختیار اوست؛ در حالی که دومی از حقوق حکومتی است. ثانیاً: عفو اول قبل از تکوین جرم و حتی قبل از تعقیب و محکومیت مجرم اعمال می‌گردد، در حالی که عفو خاص بعد از صدور حکم قطعی لازم‌الاجرا ممکن است.

ثالثاً: عفو ماده ۲۶۸ ق.ا.م.ا. شامل بزه قتل مستوجب قصاص می‌گردد، در حالی که عفو خاص در مورد تمام جرائم تعزیری و بازدارنده و در شرایطی برای حدود نیز قابل اعمال می‌باشد. رابعاً: زیان دیده در مورد اول از حق خود صرف نظر می‌کند، در حالی که در دومی اعطاکننده عفو به عنوان نماینده جامعه و با لحاظ مصلحت آن اقدام می‌نماید.

مقایسه عفو مقرر در ماده ۲۶۸ ق.ا.م.ا. با سایر نهادهای مشابه، نشانگر این واقعیت می‌باشد که این عفو تأسیسی کاملاً متمایز و متفاوت و در نوع خود در فرهنگ تقنینی ملی و جهانی، جدید و منحصر به فرد تلقی می‌شود. بی‌بدیل بودن این نهاد، نه تنها در مقایسه با اصول حقوق عرفی، بلکه در تطبیق با نظریات فقهی و همچنین اصول علمی کاملاً محسوس است.

بررسی ماهیت حقوقی این نهاد در پرتو سایر اصول حقوق کیفری نیز اندیشمندان علوم جنایی را با پدیده متفاوت و غیر قابل تطبیقی مواجه می‌نماید که با هیچ یک از محورهای شناخته شده و قابل دفاع حقوق کیفری مطابقت ندارد.

۲-۱. ماهیت عفو مقرر در ماده ۲۶۸ ق.ا.م.ا. در تطبیق با اصول کیفری

عفو مصدوم و مجروح قبل از فوت، بر اساس کدامین اصول و اسباب کیفری می‌تواند موجب

سقوط مجازات قصاص شود؟ آیا می‌توان چنین عفوی را از اسباب توجیه‌کننده جرم دانست یا باید آن را از عوامل رافع مسئولیت تلقی نمود؛ یا این‌که عفو موصوف از جهات مشروعیت عمل و یا از معاذیر معاف‌کننده مجازات، و یا از اسباب سقوط مجازات به شمار می‌آید؟

برای پاسخ به این ابهام‌ها باید به شکل جداگانه نقش عفو را در حالات مختلف وقوع جرم، اعمال مجازات و غیره در پرتو اصول کیفری بررسی نمود:

الف) عفو توجیه‌کننده جرم قتل

یکی از شروط محوری تحقق قتل، ارتکاب آن به نحو عدوان، عنف و به ناحق می‌باشد. بنابراین مانند بسیاری از اعمال که رضایت قربانی یا اذن وی مانع از تحقق مسئولیت کیفری فاعل می‌باشد، ممکن است چنین تصور شود که عفو سابق بر تحقق قتل با نفی عنصر عدوان، از عوامل توجیه‌کننده جرم به شمار خواهد آمد. لیکن، چنین برداشتی قابل دفاع نمی‌باشد؛ چرا که اذن و رضایت مانع از تحقق جرم، زمانی مؤثر است که فاعل در شرایط خاص در اعمال مشخصی مانند عملیات پزشکی یا ورزشی، با رعایت ضوابط و در حدود مقررات عرفی اقدام کند که در این صورت اصولاً جرمی واقع نمی‌شود و یا مانند تجاوز به عنف موجب تغییر توصیف جزایی آن می‌گردد. این در حالیست که در مورد بحث، ضرب و جرح به طور غیر قانونی واقع شده و سبب جرم به ناحق و عدواناً اتفاق افتاده است. همچنین در مورد اذن و رضایت، مسئولیت کیفری و حقوقی منتفی است، ولی در عفو موصوف، خللی به ارکان جرم وارد نمی‌شود و وصف مجرمانه عمل، همچنان به قوت خود باقی است.

ب) عفو از موانع مسئولیت کیفری

ممکن است گفته شود تدبیر مقرر در ماده ۲۶۸ ق.ا.م.ا. و شرایط مندرج در آن، بعد از وقوع جرم ضرب و جرح و احراز ارکان و عناصر آن، مجوزی برای زدایش مسئولیت کیفری فاعل آتی جرم قتل تلقی می‌شود. این استدلال نیز بنا به ادله پیش گفته، کاملاً مغایر با منطق حقوقی است؛ زیرا اصولاً شرط اعمال عفو موصوف، منوط به وقوع جرم و احراز مسئولیت می‌باشد. در حالی که زوال مسئولیت کیفری در قانون متکی به شرایطی است که با این نهاد کاملاً متفاوت می‌باشد.

از طرفی خواه در مورد علل موجهه جرم و یا در خصوص علل رافع مسئولیت کیفری، اصولاً امکان مجازات فاعل از بین می‌رود و این در حالی است که نهاد عفو مجنی علیه صرفاً موجب اسقاط کیفر قصاص است، ولی مانعی برای اعمال سایر مجازات‌های مقرر از جهت حفظ نظم عمومی وجود ندارد.

ج) عفو عامل معافیت از کیفر

معاذیر قانونی و معاف کننده کیفر به اموری اطلاق می‌شوند که صرفاً مربوط به کیفر فاعل جرم بوده و در مواردی صادق است که بزه به طور کامل واقع و مسئولیت کیفری مرتکب احراز و اثبات شده باشد. این معاذیر بنا بر ملاحظات سیاست جنایی و اجتماعی موجب معافیت بزهکار از مجازات می‌گردد (اردبیلی، ۱۳۷۷: ۲۰۰). این گونه معاذیر حسب مورد در برخی جرایم به منظور تسریع در کشف جرم و تعقیب مجرم و اجرای عدالت کیفری توسط مقنن پیش بینی شده است. در حقیقت این گونه معافیت‌های قانونی را باید هزینه‌های اجتماعی تلقی نمود که برای وصول به منفعت اولی صرف می‌گردد.

هرچند ممکن است فرایند هر دو نهاد عفو مجنی علیه و معاذیر معاف کننده شباهت داشته باشند، ولی فلسفه وجودی آن دو به حدی متفاوت و معارض است که امکان مقایسه وجود ندارد؛ ضمن آن که در مورد عذرهای معاف کننده، جرم تمام مراحل تکوین خود را گذرانده و مسئولیت کیفری فاعل مستقر شده است. در حالی که در مورد عفو مجنی علیه هنوز قتلی به وقوع نپیوسته است. از این رو نمی‌توان عفو موصوف را از این گونه اسباب معافیت تلقی نمود.

د) عفو مقرر در ماده ۲۶۸ ق.م.ا.؛ تدبیر قانونی متفاوت

عفو مقرر در ماده ۲۶۸ ق.م.ا. چنان که ملاحظه شد با هیچ یک از نهادهای موجود در حقوق عرفی مطابقت ندارد. بنابراین چنین تأسیسی را باید به عنوان «یک حق ویژه» تلقی نمود و مورد ملاحظه قرار داد. امتیازی که شاید به دلیل حق الناس بودن قصاص برای مجنی علیه در نظر گرفته شده است. اما آیا جواز این تأسیس با توجه به مراحل مختلف تکوین جرم قتل، شرایط اعمال مجازات قصاص و مالکیت حق قصاص و از لحاظ فقهی و منطق حقوقی، با ایرادها و اشکالاتی مواجه نخواهد شد؟ شاید بررسی دقیق تر جهات مذکور و مرتبط در بخش بعدی نه تنها در تبیین موضوع بلکه در یافتن پاسخ مؤثر باشد.

۲. تحلیل عفو مجنی علیه در پرتو مبنای فقهی و اصول حقوقی

پیام قانون‌گذار در ماده ۲۶۸ ق.م.ا. قطع نظر از ویژگی منحصر به فرد بودن، چنان که اشاره شد با اصول حاکم بر حقوق کیفری انطباق و سنخیتی ندارد. اما اشکال و ایراد، منحصر به تعارض و تغایر با اصول موصوف نبوده، بلکه چنان که خواهیم دید از ابعاد مختلف شکلی و ماهوی در اموری مانند حقوق ذی حق، زمان وقوع جرم، تعلق حق قصاص، اجرای این حق، شرایط معطی و غیره نیز مشکلات قابل توجهی مشاهده می‌گردد.

الف) تطبیق با اصول و مبانی فقهی و حقوقی

بی‌گمان در تمام کتب و منابع تاریخی مجازات قصاص نفس، مترتب بر قتل و متعلق به اولیای دم مقتول می‌باشد. این کیفر از جمله قواعدی است که در اسلام به صورت امضایی از ادیان سابق پذیرفته شده است. بنابراین در تحلیل و تشریح حق قصاص می‌توان به سابقه تاریخی و رویه معمول ادیان الهی، خصوصاً نظرات فقهی علمای اسلام مراجعه نمود.

آنچه مسلم است صاحب نظران، اعمال مجازات قصاص نفس را حق مسلم ولی دم - قطع نظر از آن‌که مالک حق اجرای قصاص و یا وارث حق قصاص و یا مالک بالذات آن باشد - می‌دانند. در اکثر منابع فقهی این موضوع امری مسلم و غیر قابل تردید بوده و قانون حدود و قصاص (مصوب ۱۳۶۱) و قانون مجازات اسلامی (سال ۱۳۷۰) بر همین اساس تدوین گردیده است. برخی از فقهای حنفی مطلقاً در چنین مواردی حکم به قصاص داده‌اند و برخی از فقهای معروف شیعه از جمله آیت الله خوئی نیز قائل به این دیدگاه است و مقرر می‌دارد که انسان مسلط بر نفس خودش نیست تا اذن در اتلاف نفس، مسقط ضمان باشد. بنابراین عموماً ادله قصاص که در استحکام و اتفاق آنها بحثی نیست، شامل این مورد نیز می‌شود و لذا این حق از حقوق مسلم اولیای دم است (ذاکری، ۱۳۸۱: ۷۸). در این میان، ابوحنیفه اعتقاد دارند که به خاطر شبهه، قصاص به دیه تبدیل می‌شود (جزیری، بی‌تا: ۱۲۶ و ابوزهره، ۱۹۸۸/۲۴: ۲۵۹)

شیخ طوسی در کتاب مشهور خود مبسوط به صراحت اظهار نظر نموده‌اند:

«در صورتی که مجنی علیه، جانی را از قصاص عفو نماید و پس از آن فوت نماید، اولیای دم حق قصاص خواهند داشت؛ زیرا عفو قاتل توسط مجنی علیه، عفو به شمار نمی‌رود. دلیل این مسئله آن است که مجنی علیه قبل از فوت خود، نسبت به چیزی جانی را عفو نموده است که خود او نسبت به آن حقی ندارد. به عبارت دیگر، پیش از فوت خود، قصاص نفس موردی پیدا نکرده است تا بتوان عفو جانی را نسبت به آن پذیرفت. بنابراین اولیای دم مقتول می‌توانند قاتل را قصاص یا او را عفو نمایند. در صورتی که قصاص نمودند جای سخن دیگری باقی نمی‌ماند و اگر دیه را مطالبه نمودند، قاتل موظف است دیه را به صورت کامل پرداخت نماید» (طوسی، ۶۶).

آیت الله موسوی خوئی صراحتاً اظهار نظر نموده‌اند:

«در صورتی که مجنی علیه، جانی را از قصاص عفو نماید، قصاص ساقط نخواهد شد و در این مسئله میان فقها هیچ اختلافی وجود ندارد. دلیل

این مسئله آن است که عفو باید در موضوع خود صورت گیرد و از ناحیه شخصی صادر شود که قانوناً اختیار آن را داشته باشد؛ اما در این جا عفو در زمانی صورت گرفته است که مجنی علیه حق قصاص نفس نداشته است» (موسوی خوئی، ۱۸۲).

آیت الله سید محمد صادق روحانی، در استفتانات خود آورده‌اند:

«اگر مجنی علیه از زنده ماندن خود مأیوس شود، و وصیت نماید که جانی از قصاص عفو شود یا قصاص نفس تبدیل به دیه گردد یا ولی دم ملکف باشند با جانی مصالحه نمایند، این وصیت غیر مشروع است و نافذ نیست» (روحانی، ۱۳۷۸: ۷۹).

ماده ۱ قانون حدود و قصاص سابق و ماده ۲۰۵ قانون مجازات اسلامی اعمال قصاص قتل عمد را حق اولیای دم دانسته است. این قاعده در مواردی از قانون کیفری سابق از جمله مواد ۶، ۷، ۸ و ۱۵ و در قانون مجازات اسلامی در مواد ۲۰۹، ۲۱۰، ۲۱۲ و ۲۱۹ تکرار گردیده است. به عبارت دیگر، اولیای دم مقتول، صاحب انحصاری حق اعمال قصاص بوده و به علت حق الناس بودن، به هیچ وجه اسقاط آن ممکن نمی‌باشد. شارع مقدس با تصریح به این حق در قرآن کریم (اسراء: ۳۳) مجوز تخصیص و انتقال آن را تحت هیچ عنوان و برای هیچ مقامی صادر نفرموده و صرفاً اولیای دم را توصیه به گذشت می‌نماید. تصریح و تکرار این حق در مواد مختلف قانون مجازات اسلامی سابق و حال، متضمن تحکیم آن می‌باشد.

در راستای چنین سیاستی و در جهت تقویت حق موصوف بوده است که مقنن در ماده ۵۴ قانون حدود و قصاص سابق با زدایش آخرین ابهام‌ها، اسقاط چنین حقی را نیز از طرف بزه دیده اصلی غیر ممکن دانسته است. بنابراین مقنن در تشریح ماده ۲۶۸ ق.م.ا. ضمن عدول از اصول مصرح در مواد قبلی قانون، اصول و قواعد حاکم بر قانون‌گذاری را نیز نادیده انگاشته است؛ زیرا پیام ماده فوق اگر در مقام بیان یک اصل حقوقی باشد، لازم می‌آید که مقنن اصول مخالف سابق را اصلاح نماید و اگر برای اعمال تخصیص در یک قاعده است، باید مبانی و جهات قانون خاص با قانون عام مغایرت نداشته باشد.

ب) از حیث تحقق بزه قتل

مجازات قصاص زمانی قابل تصور است که ضرب و جرح منتهی به قتل شود؛ خواه متصل باشد و یا با فاصله زمانی. ایجاد حق قصاص بدون فوت مجنی علیه قابل تصور نبوده و قابل دفاع منطقی و قانونی نمی‌باشد. مقنن در ماده ۲۰۵ قانون مجازات اسلامی، قتل را مستوجب

قصاص نفس می‌داند و اصولاً تا زمانی که آثار جنایت در شخص باقی مانده و روح از بدن خارج نشود، قتلی اتفاق نیفتاده است. اکثر فقها و صاحب نظران حقوقی بر این قید تکیه و تأکید دارند (محقق حلی، بی تا: ۵۱۷؛ موسوی خوئی، بی تا: ۳/۲؛ خمینی، ۱۳۹۰: ۵۰۸/۲). آیت الله خوئی در مخالفت با این تأسیس معتقدند که اگر مجنی علیه قصاص نفس را ببخشد، قصاص نفس ساقط نمی‌شود، چون قصاص نفس حق ولی است نه مجنی علیه، بنابراین، عفو او تأثیری ندارد. همچنین، گذشت از دیه نیز تأثیری ندارد، زیرا دیه پس از مرگ ثابت می‌شود. بنابراین دیه قبل از مرگ، اسقاط مالیم واجب است که اثری ندارد (موسوی خوئی، بی تا: ۱۸۲/۲). عده‌ای نیز در این مسئله جانب احتیاط را برگزیده‌اند و با طرح این سؤال که آیا مجنی علیه می‌تواند قبل از آن‌که بمیرد، جانی را از قصاص نفس عفو نماید، موضوع را با دیدی تردیدآمیز نگریسته‌اند و نهایتاً نظر داده‌اند که جواز عفو بعید نیست و احتیاط در مصالحه است (کریمی، ۱۳۸۰: ۷۷).

مقنن با چنین نگرشی در ماده ۲۱۶ ق.م.ا. حتی در مورد ضرب و جرحی که می‌توانست موجب مرگ مجروح شود، ولی فاعل دوم مجروح را به قتل برساند، مسؤلیت قتل را متوجه شخص دوم می‌داند؛ حتی اگر جراحات سابق به تنهایی می‌توانست موجب مرگ قربانی گردد.

ج) از حیث مالکیت حق قصاص در آرای فقها

در قوانین فعلی ما حق قصاص از حقوق بلامنازع اولیای دم و مستند به نصوص قرآنی و آرای بسیار قوی فقهی است. با این حال، بر اساس برخی آرای فقهی، اصولاً حق قصاص بالذات و از ابتدا به مجنی علیه تعلق دارد ولی چون به دلیل فوت، امکان استیفا و اعمال قصاص توسط وی ممکن نمی‌باشد، این حق از طریق ارث به اولیای دم منتقل می‌گردد و اولیای دم به عنوان نایب مقتول استیفاً قصاص می‌کنند (طوسی، بی تا: ۴۸۴/۶ و طبرسی، ۵۳۴). محور اساسی استدلال طرفداران این نظریه، تقدم مسبب بر سبب مالکیت دیه از سوی مجنی علیه است و این تملک قبل از فوت صورت می‌پذیرد؛ چون محال است که مقتول بعد از فوت مالک گردد. لذا تنها از این جهت فرض مالکیت مجنی علیه قبل از فوت تقریر می‌شود که بتوان آن را به ورثه منتقل نمود؛ چرا که دیه بابت نفس میت است و نفس میت متعلق به خود اوست (شهید اول، ۱۴۱۳: ۴۲ و ۴۳). به علاوه، پرداخت کلیه دیون میت و اجرای وصایای او از دیه بدل از کیفر قصاص نفس نشانگر تعلق دیه به مجنی علیه می‌باشد. پس اگر قصاص به ورثه تعلق داشته باشد، بدل آن نیز باید به آنها تعلق پیدا کند (محقق حلی، بی تا: ۵۱۷/۲).

گروهی از فقهای عظام نیز چنین استدلال می‌کنند که حق قصاص اصالتاً متعلق به اولیای دم است و در صورت تجویز چنین حقی برای مجنی علیه که روح او سرانجام از هاق می‌یابد، لزوماً باید

قائل به جواز اسقاط حق غیر باشیم؛ زیرا قصاص از حقوق ارثیه اولیای دم است که پس از مرگ حادث می‌شود (حر عاملی، بی‌تا: ۳۲۴ و حسینی روحانی، ۱۴۱۵: ۱۹/۱۸۹).

گروهی از فقها نیز اعتقاد دارند که جنایات اصولاً جنبه الهی دارند و حق الناس بودن آنها نه تنها استثنا است، بلکه جنبه خصوصی آن بیشتر جهت ترغیب به عفو و بخشش است. از این رو به نظر آنها، تفویض اختیار به افراد عادی جهت عفو و گذشت، ناقض نظم عمومی و معارض با اصل حرمت نفوس می‌باشد (طوسی، بی‌تا: ۲۳۸/۳).

در این میان، برخی فقها در مقام موافقت با تجویز و تفویض این حق به مجنی علیه، هر چند فعل ارتكابی را واجد وصف مجرمانه دانسته‌اند، با این استدلال که مجنی علیه خود حرمت را از نفسش برداشته، قصاص را منتفی می‌شمارند (طباطبائی، ۱۴۲۲: ۱۳/۴۵۹ و سلار دیلمی، ۱۴۰۴: ۱۲۷).

عده‌ای از فقها نیز بر این باورند که حق قصاص اولاً و بالذات از حقوق مجنی علیه است و تعلق آن به اولیای دم، جنبه فرعی و عرضی دارد. در نتیجه قصاص پیش از مرگ در حق مجنی علیه ظهور پیدا می‌کند و متعاقب فوت به ارث به اولیای دم منتقل می‌گردد. این فقها چنین نتیجه می‌گیرند که مقارن با مرگ جوارح مختلف بدن، این حق هم ثبوت می‌کند، ضمن آن که حق قصاص در زمان حیات نیز وجود دارد. بنابراین رضایت می‌تواند آن چیزی را که وجود دارد ثابت نماید و نه چیزی را که وجود خارجی ندارد و دیگر این که، حق قصاص جزء ماترک تلقی می‌شود و اگر در چنین شرایطی مجنی علیه با رضایت خویش این حق را انکار کند، در واقع نسبت به وراثت بر نفس خویش اولویت دارد و آنچه را در ملکیتش بوده اسقاط کرده است (مقدسی اردبیلی، بی‌تا: ۱۳/۱۶۳؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۰: ۳۵۶ و فاضل مقداد، ۱۳۸۵: ۱۸۷).

به عقیده نگارنده شاکله استدلال مدافعین تعلق حق قصاص نفس به مجنی علیه، بر اساس فرض استوار است و این امر به وضوح از نظرات برخی فقها که «تملك حق قصاص توسط میت را جزء قاعده نقادیر شرعیه می‌دانند» برمی‌آید. بر مبنای این قاعده امر معدومی موجود فرض می‌شود. قانون‌گذار موجود لاحق را که فعلاً وجودش محل تردید است و ای بسا که معلوم بشود، موجود فرض می‌کند. (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۰: ۲/۲۵).

به عبارت روشن تر بزه دیده ضرب و جرح، در شرایطی که خود را مشرف به فوت می‌بیند، ضارب و یا جراح خود را برای مرگی که محتمل است و هنوز موجود نیست مورد عفو قرار می‌دهد.

این طرز استدلال محاط بر هیچ قاعده و اصول فقهی یا حقوقی نمی‌باشد؛ زیرا:

اولاً: شخص متوفا هیچ‌گاه از لحاظ حقوقی نمی‌تواند مالک شود و اصولاً تملك میت محال می‌باشد. جالب این که اکثر طرفداران تعلق حق قصاص به مجنی علیه، بر محال بودن مالکیت مقتول

بعد از فوت و عدم امکان استیفای آن اذعان دارند.

ثانیاً: قطع نظر از منابع معتبر قرآنی و فقهی که بدان اشاره شد، متضرر اصلی در فقدان مجنی علیه، بازماندگان وی هستند که از لحاظ روحی و عاطفی به شدت آسیب دیده و دچار تألمات شدید روانی شده و در بسیاری موارد از بعد مادی نیز متحمل خسارات فراوانی به علت از دست دادن پدر یا فرزند می‌گردند، و حق قصاص برای ترضیه و تشفی خاطر آنها و ما به ازای خساراتی است که از فقدان مورث به آنها وارد می‌شود.

ثالثاً: قوی‌ترین دلیل بر تعلق این حق به اولیای دم در کنار ادله متعدد پیشین، تسلط و اختیار مطلق است که آنها نسبت به اعمال و یا عدم اجرای آن دارند، به گونه‌ای که می‌توانند آن را بدون هیچ شرطی اسقاط یا اعمال نمایند. به عبارت دیگر، تسلط اولیای دم به اعمال حق قصاص و یا عفو آن نه صرفاً از باب توارث، بلکه بالذات است؛ زیرا اگر فقط از باب ارث باشد، مالکیت اولیای دم نسبت به آن مستقر نمی‌شود، مگر پس از ادای حقوق و دیون که به ترکه میت تعلق گرفته و یا مرتب بر وصایای اوست (ماده ۸۶۹ و ۸۶۸ قانون مجازات اسلامی).

از دیگر ادله‌ای که ثابت می‌کند حق قصاص نفس، ماترک تلقی نمی‌شود، عدم امکان استیفای آن توسط زوجین می‌باشد؛ زیرا اگر غیر از این باشد زوجین باید به موجب سبب از آن ارث ببرند (ماده ۸۶۴ ق.م.ا)؛ در صورتی که به صراحت ماده ۲۶۱ ق.م.ا. زوجین در قصاص و نیز اجرا و عفو آن اختیاری ندارند.

و انگهی، اگر این حق از طریق ارث امکان انتقال داشته باشد، در مورد وارث که مورث خود را عمداً می‌کشد و از ارث محروم می‌شود، باید پس از رفع حجاب - به علت عدم امکان ارث وی - سایر ورثه بتوانند تقاضای قصاص او را نمایند (ماده ۸۸۰ قانون مدنی).

اگر تصور شود، مجنی علیه فاقد اولیای دم و ورثه باشد، تکلیف چیست؟ از باب مدنی، حاکم متولی و متصدی ترکه اوست (ماده ۸۶۶ قانون مدنی). ولی آیا چنین حاکمی می‌تواند به عنوان وارث قهری و قانونی تقاضای اعمال قصاص کند؟ پاسخ به این سؤال چندان آسان نیست؛ زیرا حق قصاص نفس، طبق موازین فقهی حق الناس است و اعمال آن جز با درخواست اولیای دم ممکن نمی‌باشد. قوانین جزایی ما به تأسی از منابع فقهی در مواد ۲۰۸ و ۶۱۲ ق.م.ا. شرط اعمال مجازات قصاص را درخواست اولیای دم دانسته است؛ در صورتی که اگر دیه تلقی می‌گردید و وارثی وجود نداشت و یا اعراض می‌نمود، نماینده جامعه می‌توانست به قائم مقامی وارث و یا به عنوان مجهول الوارث حق مزبور را اعمال و یا اجرا نماید. با این وصف قانون مجازات اسلامی به ویژه در تعارض با مواد ۲۰۸ و ۶۱۲، اعمال قصاص را توسط ولی امر مسلمین به قائم مقامی ولی دم در شرایطی که

مجنی علیه ولی دم نداشته باشد پیش‌بینی نموده است (ماده ۲۶۶ ق.م.ا). این در حالی است که در تمام منابع فقهی و مقررات جزایی این حق متعلق به ولی دم و صرفاً برای او جعل گردیده است. فراموش نکنیم که این حق هر چند دارای تبعات مادی باشد، ولی لزوماً مالی نیست.

(د) از حیث وجود موضوع عفو

پیش‌تر دیدیم که با ازهاق روح از بدن، قتل حادث و جرم مستوجب قصاص خواهد شد. در واقع تا زمانی که مجنی علیه حیات دارد، امکان احراز بزه قتل و اعمال مجازات قصاص وجود ندارد. این استدلال فصل مشترک دیدگاه‌های تمام فقها و از بدیهیات اصول کیفری، عرفی و مقررات جزایی فعلی کشور ما می‌باشد.

مقتن در ماده ۲۶۸ ق.م.ا، بر خلاف چنین اصلی امکان اسقاط این حق را قبل از تکوین مراحل جرم و تحقق قتل، برای شخص مجنی علیه پیش‌بینی نموده است. قطع نظر از تعلق این حق به دیگری - اولیای دم - چون حق مذکور هنوز وجود پیدا نکرده است، قابل اسقاط نمی‌باشد. به عبارتی، وقتی حقی به وجود نیامده و مستقر نشده باشد، اسقاط آن جایز نیست؛ زیرا اسقاط مالم یجب است. در مورد قصاص نیز چنین است، زیرا حق قصاص حقی است که با مرگ مجنی علیه مستقر می‌شود و تعلق به اولیای دم دارد و مجنی علیه حق اسقاط آن را ندارد (موسوی خوئی، بی‌تا: ۱۸۲/۲).

مدافعین تشریح حق عفو برای مجنی علیه معتقدند که ضرورتی به تحقق کامل حق نیست؛ زیرا به محض ایجاد سبب حق، اسقاط آن صحیح بوده و می‌تواند به عنوان عامل سقوط حق، بعد از تحقق کامل آن باشد (خمینی، ۱۳۹۰: ۵۲۲/۲ و شیرازی، بی‌تا: ۸۸).

در امور حقوقی نیز در مورد امکان اسقاط حق به دلیل ایجاد سبب آن، به استناد نظرات برخی از حقوق‌دانان گفته می‌شود که در تمام مواردی که سبب حق ایجاد گردیده، اسقاط آن صحیح می‌باشد (کاتوزیان، ۱۳۷۰: ۳۸۱/۱).

به نظر می‌رسد در تسری این تفکر به امور کیفری، به ویژه به حق قصاص باید احتیاط بیشتری نمود؛ زیرا:

اولاً: بسیاری از حقوق‌دانان بر اساس ماده ۶۹۱ قانون مدنی که می‌گوید: «ضمان دینی که هنوز سبب آن ایجاد نشده است باطل است»، می‌گویند که پیام ماده مذکور امری استثنایی و صرفاً مربوط به تعهد ضامن به تأدیه مالی است که بر ذمه دیگری است (ماده ۶۸۴ قانون مدنی). بدیهی است که اگر بر اساس قراین و دلایل سبب ایجاد دین ثابت شود، قبل از تحقق می‌توان پرداخت آن را ضمانت نمود. به همین دلیل صرف وجود سبب در سایر امور از جمله ابراء، کافی برای ابراء نیست و باید موضوع ابراء در زمان ابراء به طور کامل به وقوع پیوسته باشد (شهیدی، ۱۳۶۸: ۷۳/۱).

ثانیاً: این تشریح مغایر با قاعده «اسقاط مالم یجب» می‌باشد. چگونه می‌توان پذیرفت حقی را که هنوز به طور کامل محقق نشده اسقاط نمود؟ هر چند ممکن است سبب آن ایجاد شده باشد، ولی تحقق آن همچنان مفروض و محتمل است. بسیاری از فقها و صاحب نظران اصولاً اسقاط حقی را که به طور کامل محقق نشده صحیح ندانسته و اثری برای آن قائل نشده و آن را باطل دانسته‌اند (طوسی، بی‌تا: ۱۱۱/۷؛ محقق حلی، ۱۴۱۲: ۲۴۱/۴؛ نجفی، ۱۳۶۵: ۴۰۶/۴۲ و ۴۲۸ و موسوی خوئی، بی‌تا: ۱۸۳/۲).

ثالثاً: اگر اسقاط اعمال حق قصاص را قبل از تکوین و تکامل جرم ممکن فرض نماییم، باید اعمال و اجرای آن را نیز تصدیق نماییم. چگونه می‌توان تصور کرد حقی قابل اسقاط باشد ولی نتوان آن را اجرا و اعمال نمود؟ به عبارت دیگر، زمانی برای فرد اختیار عفو و اسقاط حق متصور است که بتواند آن را استیفا کند، در حالی که در این بحث هیچ‌گاه عقلاً، قانوناً و منطقاً امکان اجرا، اعمال و استیفای حق قصاص نفس برای مجنی علیه وجود ندارد.

هـ) از حیث شخص مجنی علیه

مجنی علیه فردی است که جنایت نسبت به او وارد شده و مورد ضرب و جرح قرار گرفته است. مستنبط از مفهوم و منطوق ماده ۲۶۸ ق.م.ا، مجنی علیه قربانی اقدامات و عملیات خشونت‌آمیز فاعل و کسی است که بر اثر جنایت جسمی ممکن است در شرف فوت قرار داشته باشد. مقتن به چنین فردی اجازه می‌دهد که قبل از مرگ، جانی را از قصاص نفس عفو نماید.

بررسی دقیق تر شرایط روانی و جسمی مجنی علیه بعد از ورود صدمات جسمی و قبل از ازهاق روح و در دوره‌ای که قربانی با مرگ اصطلاحاً دست و پنجه نرم می‌کند، انسان را در مورد صحت قابل دفاع بودن صدور چنین مجوزی معمولاً دچار تردید و تشکیک می‌نماید. تحلیل حقوقی اهلیت و بررسی روانشناختی وضعیت بزه دیده شاید موجب تبیین بیشتر موضوع گردد.

عفو مانند رضایت، علی القاعده باید با قصد و رضا، بدون اجبار بیرونی و درونی انجام گرفته و عفو کننده دارای اهلیت استیفا باشد. در واقع هر شخصی که دارای اهلیت دارا شدن حقوق باشد، می‌تواند مجنی علیه قرار گیرد، اما برای عفو باید فرد دارای اهلیت استیفا نیز باشد.

در واقع احراز شرایط تکلیف، حداقل شرایط لازم برای چنین اهلیتی است که در صورت جمع بودن سایر عوامل، عفو منشأ اثر خواهد بود. بلوغ یکی از محوری ترین عامل فردی است که بدون احراز آن، افعال فرد فاقد اثر قانونی است - قطع نظر از این که طفل غیربالغ ممیز باشد یا غیر ممیز - اعمال حق عفو مانند رضایت، نیاز به وصول به مرحله‌ای از تکوین و تکامل جسمی و عقلی و روحی دارد که شخص بتواند با تمیز بین سره از ناسره و خوب از بد، منافع و مضار اعمال خود را درک و ارزیابی نماید.

عقل نوعی توانایی و حالت درونی است که فرد به اتکای آن ضمن شناخت امور و اصول، موضوعات و اشیا و پدیده‌های اطراف را تجزیه و تحلیل نموده و در قالب معیارهای عمومی بر رفتار خود تسلط داشته و کنش قابل قبولی دارد. عقل خواه فطری و اکتسابی، حسب نوع ترکیب ژنتیکی، تربیت و تغذیه ممکن است در افراد مختلف دارای درجات متفاوت باشد.

همچنین عقل ممکن است به دلیل وجود برخی اختلالات روحی و روانی، نقصان یافته یا زایل شود و جنون یکی از اختلالات دماغی است که نه تنها موجب عدم مسئولیت کیفری (ماده ۵۲ ق.م.ا.) بلکه موجبی برای بطلان اعمال حقوقی (ماده ۲۱۲ قانون مدنی) تلقی می‌شود.

امروزه در اکثر کشورهای جهان آن دسته از اعمال و افعال فرد مبتلا به اختلالات روحی و روانی که موجب شود وی تسلط و اداره کنش و واکنش خود را از دست بدهد و به نوعی دچار نقیصه روانی و یا عقلی شود، مانند افراد عادی ارزیابی نمی‌گردد. به گونه‌ای که در امور کیفری مسئولیت زایل شده یا تقلیل می‌یابد. این در حالیست که در کشور ما حالت جنون صرفاً رافع مسئولیت کیفری است و سایر بیماری‌های روانی و روحی مانند افسردگی حاد، پارانوئید، سادیسم و مازوخیست و غیره تأثیری در ارزیابی عملکرد افراد و مسئولیت کیفری آنان در برخی جرایم مانند قتل ندارد.

از دیگر عوامل لازم برای صحت و درستی عفو، وجود اختیار می‌باشد. استیفای حق عفو، نوعی عمل و اقدام حقوقی و مستلزم وجود قصد و رضای سالم و به دور از هرگونه اجبار، اکراه، اشتباه، اضطراب و غیره می‌باشد. به عبارت دیگر، هرگونه جهل، اشتباه، اکراه، اجبار، تهدید، مستی... با توجه به نسبت مفاهیم فوق نزد اشخاص و با لحاظ مؤلفه‌های سنی، جنسی، سلامت و بیماری... موجب بی‌اثری افعال حقوقی آنان می‌گردد (مواد ۹۵، ۹۹، ۲۰۰، ۲۰۲، ۲۰۳، ۲۰۴ قانون مدنی).

دقت در مفاهیم فوق و عنایت به اعتبار نسبی آنها، با لحاظ شرایط فردی انسان‌ها از یک طرف، و حالت خاص مجنی علیه که تحت تأثیر ضربات و صدمات جسمی و روحی قرار گرفته است از جهت دیگر و همچنین حضور احتمالی فاعل جرم یا اطرافیان - اعم از اقربا و دوستان منجی علیه یا جانی - و طبیعتاً فشار تحریکات لفظی و عاطفی و یا احیاناً تهدیدات علنی و یا ضمنی نسبت به او و بازماندگان و غیره، احتمال دارد مجنی علیه را بعضاً در شرایطی قرار دهد که چرا باید تنها به مصادیق منفی و نادر توجه کرد؟ آیا انسان در درستی و صحت چنین عفوی نباید دچار تردید گردد؟ آیا واقعاً می‌توان گفت مجنی علیه با اراده سالم و پس از سنجش منفعت و مضار امر، در حالت آزادی و اختیار و بدون جبر و فشار روحی و جسمی و روانی و عاطفی، و بدون اثر پذیری از عوامل درونی و بیرونی غیرقابل مقاومت - با توجه به شرایط وخیم جسمی - چنین تصمیمی را اتخاذ نموده است؟

برای پاسخ به این سؤال باید به دقت آسیب‌پذیری روانی و احیاناً اجبار و اضطراب قربانی را در شرایط بسیار نامساعد جسمی و تحمل دردهای جان فرسا، خون‌ریزی، ضعف و ناتوانی در تکلم، عدم تمرکز فکری، تپش شدید قلب... در وی را مد نظر داشت. این امر از منطوق و مفهوم ماده ۲۶۸ ق.م.ا. به روشنی قابل استنباط می‌باشد؛ زیرا از نظر واضعان این ماده، مجنی علیه پس از ایراد جراحات، ناگزیر فوت خواهد نمود و اساساً بحث حق قصاص نیز به همین خاطر مطرح شده است. آن‌چه مسلم است مجنی علیه بعد از تحمل ضرب و شتم از جهات مختلف به شدت متأثر و متألّم می‌باشد. از بعد جسمی تحولات و تغییرات فیزیولوژیکی در جهت خنثاسازی اثر جراحات و صدمات و ترمیم آن در جریان است و از جنبه دیگر تحت این شرایط امکان هر نوع فعل و انفعال متعادل مغزی و فکری در قربانی به شدت تقلیل و تضعیف می‌گردد.

اکثر ما در زندگی گاهی دچار مصدومیت یا جراحی و یا سایر بیماری‌های جسمی شده و در آن شرایط خاص، قریب به اتفاق فعل و انفعالات روزمره ما اعم از فکری و جسمی، دچار اختلال و بی‌نظمی می‌گردد. پر واضح است که علت اصلی این به هم ریختگی و اختلال، ناتوانی جسمی و ذهنی افراد در گذر از مراحل تفکر، طراحی، اقدام و اتمام امور محوله و جاری می‌باشد.

از نظر تأثیرات روانی نیز حالات قبل از وقوع حادثه جسمانی به ویژه مراحل ایجاد و رشد خشونت، خواه در خشونت تعارض‌آمیز و خواه تعرض‌آمیز، و گذر از مراحل تعرض به هشدار، اصرار، تقابل منفی و در نهایت ایراد ضرب و جرح، قربانی را در چنان اوضاع روحی قرار می‌دهد که تبعات آن ممکن است در صورت زنده ماندن تا سال‌ها به طول انجامد. احساس مظلومیت و مورد تعدی واقع شدن، افسردگی مفرط به دلیل ناتوانی در مقابله به مثل، رشد حس انتقام نسبت به جانی، ترس و پانیک ناشی از صدمات وارده جسمانی، حداقل نتایج جنایت جسمی وارده به مجنی علیه می‌باشد. آیا در چنین شرایط روحی، عقلی، روانی و جسمی می‌توان عفو مجنی علیه را حائز شرایط صحیحی یک عمل حقوقی مؤثر دانست؟ آیا از لحاظ حقوقی، پزشکی و روانشناسی اصولاً می‌توان اجازه تصمیم‌گیری سرنوشت‌ساز و دارای بار مالی و حقوقی را - هر چند ناچیز - به چنین شخصی اعطا نمود؟

پاسخ دادن به این سؤال زمانی حساس‌تر می‌شود که توجه کنیم بعد از وقوع سبب جنایت ضرب و جرح - تا زمان از هاق روح، حسب نوع صدمات، ممکن است مدتی طول بکشد. با ملاحظه منطوق ماده ۲۶۸ ق.م.ا. و مفهوم منبعث از آن چنین استنباط می‌گردد که مقنن زمانی را مدنظر داشته که در آن مجنی علیه احساس کند مرگ او نزدیک بوده و چنین پیامی به وضوح از سیاق عبارات ماده یاد شده مشهود است. بدیهی است در این دوره ابتدا، آثار حیات کاملاً مشهود می‌باشد، ولی انتهای آن به علت ناتوانی و ضعف ناشی از صدمه و جراحی، صدق عرفی حیات ممکن نیست.

مطابق یک نظر اظهارات و تصمیمات مجنی علیه باید مرتب ارزیابی گردد؛ چرا که در برهه‌ای از این مرحله اصولاً فرد هیچ تسلط و کنترل قابل قبولی بر اعمال و اظهارات خود ندارد. لذا قید عبارت «قبل از مرگ» یعنی زمان متصل به مرگ، اگر دوره‌ای باشد که آخرین رمق حیات در شخص ملاحظه گردد، بحث قصد، اراده و عقل به کلی منتفی و اصولاً سالبه به انتفای موضوع است (حجتی، ۱۳۸۰: ۱۵۹ و ر.ک: میرحسین، ۱۳۷۸ و مرادی، ۱۳۷۸). هر چند در این خصوص نباید سایر فروض را نادیده انگاشت و چه بسا مجنی علیه در کمال سلامت روحی و عقلی اقدام به عفو نموده و از این حیث نظر فوق ناظر به مورد غالب بوده و نمی‌توان آن را به عنوان یک حکم کلی و مطلق تلقی نمود.

گذشته از آن در مواردی که مجنی علیه دارای وضعیت بحرانی جسمی و روحی است، ضرورت دارد که با جلب نظر کارشناس و احراز سلامت جسمی و روحی نسبت به ارزیابی عفو وی اقدام گردد. آیا در چنین شرایطی پزشک قانونی یا معالج می‌تواند سلامت جسمی و روانی لازم را در قربانی برای اعلام و اعمال عفو تأیید کند؟ ضمن آن که یکی از تبعات حق، امکان استیفای ذی حق از حق موصوف است. وقتی کسی در شرایطی قرار ندارد که اصالتاً و یا وکالتاً بتواند حقی را استیفا کند چگونه می‌تواند آن را مورد عفو قرار دهد!؟

(و) از لحاظ مقررات شکلی

اعمال حکم ماده ۲۶۸ ق.ا.م.ا از لحاظ اصول حاکم بر تشریفات دادرسی نیز ممکن است مواجه به اشکال گردد. بعد از وقوع هر جرمی مراحل مانند کشف جرم، تعقیب مجرم، تحقیق از وی و صدور حکم برای احراز اتهام و محکومیت متهم به مجازات مقرر قانونی، طی می‌شود. بنابراین باید پرسید در چه مواردی امکان اعمال عفو جانی توسط مجنی علیه قابل تصور می‌باشد؟ لازم به ذکر است این اشکال در مورد مواد دیگر قانون مجازات اسلامی از جمله مواد ۲۲۶ و ۲۶۰ و تبصره ۲ ماده ۲۹۵ ق.ا.م.ا نیز صادق می‌باشد.

پاسخ دادن به این سؤال چندان آسان نیست؛ زیرا تا زمانی که شخص مورد تعقیب قرار نگیرد و اتهامش به استناد دلایل قانونی در دادگاه ثابت نشود، امکان انتساب مسؤلیت کیفری نسبت به او وجود ندارد و چنان که می‌دانیم در قریب به اتفاق موارد بعد از ضرب و جرح - به ویژه در جوامع کنونی - امکان دسترسی به متهم بسیار مشکل است و بر فرض آن که فوری دستگیر شود، تشریفات دادرسی تا صدور حکم نهایی مستلزم طی زمان طولانی است. بنابراین معلوم نیست مقنن چه موارد و مصادیق عملی را مد نظر قرار داده که بر اساس آن چنین حکمی را در قانون مقرر داشته است؟ شاید در پاسخ بتوان گفت این حکم می‌تواند مختص مواردی باشد که جانی بعد از جنایت در کنار قربانی باقی مانده و

یا فوراً دستگیر و یا تسلیم گردیده و به جرم ارتكابی با حضور مأمورین یا شهود، اقرار و اعتراف نماید. در چنین شرایطی گذشت مجنی علیه می‌تواند موجب اعمال ماده ۲۶۸ ق.ا.م.ا. گردد. این فرض بسیار بعید و نادر نیز در تطبیق با اصول آیین دادرسی کیفری متزلزل جلوه می‌کند؛ زیرا در این حالت برای اجتناب از ورود اضرار به اولیای دم و ذیحق نیز لازم است رسیدگی کیفری انجام و صحت انتساب اتهام ثابت و سپس عفو مجنی علیه توسط مرجع ذیصلاح مورد ارزیابی و قبول واقع گردد.

از منظر علوم جنایی به ویژه جرم‌شناسی نیز اعمال چنین عفوی قابل دفاع نمی‌باشد؛ چرا که ممکن است مرتکب جرم از لحاظ روانی و رفتاری در حالت خطرناک قرار داشته و نیاز به مراقبت و کنترل و اعمال تدابیر تأمینی و تربیتی ویژه داشته باشد. آیا عفو و رها کردن چنین فردی به حال خود، امنیت وی و جامعه را دچار مخاطره نخواهد کرد؟

نتیجه‌گیری

تأسیس مقرر در ماده ۲۶۸ قانون مجازات اسلامی، متضمن ایجاد حق عفو برای مجنی علیه در مورد مرتکب ضرب و جرح و قاتل احتمالی، از ابعاد مختلف بررسی شد. هر چند نگارنده با توجه به تبعات این حق که می‌تواند موجبی جهت تقلیل مجازات قصاص و ترویج فرهنگ عفو و اغماض گردد، بسیار تمایل دارد از چنین نهادهایی حمایت کند، ولی محدودیت و موانع مختلف فقهی و قانونی، رادع و مانع محکمی در مقابل این کشش انسانی ایجاد نموده است. بررسی‌ها نشان داد که حق عفو مجنی علیه به کیفیتی که در قانون پیش‌بینی شده است در تعارض با مفاد ماده ۵۴ قانون حدود و قصاص سال ۱۳۶۱ و در حقیقت در تخالف با منابع فقهی مغذی آن تفکر می‌باشد. این در حالی است که چنین دگرگونی در سیاست کیفری امری نامتعارف و برای اهل فن غیرقابل هضم است؛ به ویژه آن‌که تاکنون توجه و براهین قانع‌کننده‌ای برای این تغییر سیاست ارائه نگردیده است.

نهاد مذکور در عین حال مخالف با نظرات مشهور فقهای صاحب نامی است که افکار آنها دارای اعتبار و محل توجه و احترام می‌باشد. از این جهت نیز حکم ماده ۲۶۸ ق.ا.م.ا. چندان منطبق و هماهنگ با دیدگاه بسیاری از فقها تلقی نمی‌شود. این امر زمانی بیشتر اهمیت پیدا می‌کند که نظرات فقهای مذکور برای مقنن سال ۱۳۶۱ ملاک و مناط اعتبار فقهی و موجب تصویب ماده ۵۴ قانون حدود و قصاص گردیده است و معلوم نیست چرا قانون‌گذار در سال ۱۳۷۰، نظر اقلیت را بر نظر مشهور مرجع دانسته است.

مقایسه این تأسیس با نهادهای مشابه از جمله رضایت قبل از ارتکاب جرم، گذشت بعد از تحقق و اثبات جرم در جرایم قابل گذشت، عفو عمومی و اختصاصی، ثابت می‌کند که نهاد جدید نمی‌تواند با هیچ یک از اصول کیفری حاکم بر نهادهای دیگر مطابقت داشته باشد. مهم‌تر آن‌که این نهاد را نمی‌توان مستمسکی برای قتل و مستند اذن به قتل قرارداد؛ زیرا قوانین جزایی فقط برای حمایت از حقوق خصوصی افراد وضع نشده، بلکه حافظ نظم اجتماع نیز می‌باشد. از این رو اعتقاد غالب بر آن است که اذن مجنی علیه، سلب مسئولیت از مرتکب قتل نمی‌کند و حتی فردی نیز که تحت تأثیر احساسات نوع دوستی و رحم و شفقت، بیمار مشرف به موت را می‌کشد (اتانازی)، مرتکب عمل مجرمانه شده و قابل قصاص است. پس از لحاظ منطقی، جانی عمدی نیز نباید از چنگال عدالت و مجازات بگریزد.

اعمال این حق از لحاظ منطقی، برای فردی که در شرایط جسمی و روحی متعادل قرار ندارد چندان قابل دفاع نمی‌باشد و اصولاً در تحقق این حق تا زمان فوت بزه دیده ضرب و جرح، محل تردید است. بعد از فوت نیز متوفا نمی‌تواند مالک شود، ضمن آن‌که با مرگ مجنی علیه حق اعمال قصاص و یا عفو آن متعلق به بازماندگان و اولیای دم خواهد بود. به عبارت رساتر، حق قصاص حقی است که به تبع فوت مجنی علیه قهراً به وراثت وی منتقل می‌شود و پیش‌بینی حق عفو برای مجنی علیه نوعی «اسقاط مالم یجب» تلقی می‌گردد.

از دیگر ایرادها وارد به این قاعده، بروز اشکال‌های شکلی در اجرای آن می‌باشد. اساساً تا زمانی که اتهامی ثابت نگردیده و قاتل معین نشده است، چگونه می‌توان فرد مظنون و یا متهم به ارتکاب جرم را، به ویژه در مواردی که جمع اسباب و مباشر وجود دارد، بدون رسیدگی و طی تشریفات قانونی و تعیین مجرم عفو کرد؟! آیا چنین عملی قبل از هر چیز بسترساز مشکلات قانونی نخواهد بود؟

از منظر جرم‌شناسی نیز چنین عفوی می‌تواند هم برای مرتکب جرم که ممکن است مبتلا به آسیب‌های روحی و روانی و یا اختلال شخصیت باشد و هم برای امنیت جامعه، خطرآفرین باشد. بنابراین منطقی این است که قانون‌گذار، ضمن احترام به آرای فقهی، شرایط و الزامات اجتماعی را همانند آنچه در مورد سقط جنین، تأخیر تادیه، مرور زمان، تجدید نظر، تعدد قاضی، تعدد محاکم و غیره اعمال گردیده است، مدنظر قرار داده و با تجدید نظر در این سیاست، حکم ماده ۲۶۸ قانون مجازات اسلامی را نسخ نماید.

منابع

۱. ابن زهره، علی، *غنیة النزوع الی علمی الاصول و الفروع*؛ جلد ۲۴، بیروت، مؤسسه الفقه الشیعه، ۱۹۸۸م.
۲. اردبیلی، محمدعلی، *حقوق جزای عمومی*، تهران، نشر میزان، چاپ اول، ۱۳۷۷.
۳. آشوری، محمد، *آئین دادرسی کیفری*، جلد اول، نشر مجد، چاپ سوم، ۱۳۷۶.
۴. امامی، سید حسن، *حقوق مدنی*؛ جلد اول، انتشارات اسلامیه، چاپ چهاردهم، تهران ۱۳۷۳.
۵. جزیری، عبدالرحمن، *الفقه علی المذاهب الاربعه*، جلد پنجم، دارالفکر، بی تا.
۶. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *ترمیمولوژی حقوق*، نشر گنج دانش، چاپ یازدهم، ۱۳۸۰.
۷. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *مکتب‌های حقوقی در حقوق اسلام*، ج ۲، تهران، انتشارات گنج دانش، ۱۳۷۰.
۸. حجتی، مجید، *رضایت و گذشت مجنی علیه و تأثیر آن در قتل عمدی*، دانشگاه امام صادق، دانشکده معارف اسلامی و حقوق، رساله کارشناسی ارشد، ۱۳۸۰.
۹. حر عاملی، محمد، *وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه*، جلد هفدهم، بیروت، دارالاحیاء التراث العربی، بی تا.
۱۰. حسینی روحانی، سید محمد صادق، *فقه الصادق فی شرح التبصره العلامه حلی*، جلد نوزدهم، قم، چاپخانه علمیه، ۱۴۱۵ق.
۱۱. خمینی، روح الله، *تحریر الوسیله*، جلد ۲، آداب نجف، ۱۳۹۰ق.
۱۲. دلایل دیگری از جمله پرداخت دیه به قاتلین متعدد برای اعمال قصاص تمام آنها و یا پرداخت دیه به سایر ورثه و امکان اجرای قصاص قاتل توسط یک نفر و یا برخی از ورثه... نیز در جهت تحکیم فرض منظور در نوشتار می باشد.
۱۳. ذاکری، حجت الله، *بررسی و تحلیل قتل عمد و مجازات آن در اسلام*، مؤسسه اندیشه، چاپ اول، ۱۳۸۱.
۱۴. روحانی، سید محمد صادق، *استفتانات*، چاپ اول، قم، انتشارات سپهر، ۱۳۷۸.
۱۵. سلار دیلمی، *الجوامع الفقهیه*، قم، مکتبه آیت الله العظمی مرعشی نجفی، ۱۴۰۴ق.
۱۶. شهیدی، مهدی، *سقوط تعهدات*، جلد اول، تهران، انتشارات دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۶۸.
۱۷. شیخ طوسی، محمد بن حسن، *التبیین فی تفسیر المیزان*، جلد ۶، لبنان، بیروت، دارالاحیاء التراث العربی، بی تا.
۱۸. شیرازی، سید محمد، *الفقه (کتاب القصاص)*، قم، دارالقرآن الحکیم، بی تا.
۱۹. طباطبائی، السید علی، *ریاض المسائل*، جلد سیزدهم، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۲۲ق.
۲۰. طبرسی، فضل بن حسن، *مجمع البیان فی تفسیر القرآن*، جلد ۶، قم، انتشارات اسلامیه.
۲۱. طوسی، محمد بن الحسن، *المبسوط*، الجزء السابع، المکتبه المرتضویه.
۲۲. طوسی، محمد بن حسن، *الخلاف*، جلد سوم، دارالمعارف الاسلامیه، بی تا.
۲۳. طوسی، محمد بن حسن، *المبسوط*، جلد ۷، تهران، مکتبه المرتضویه، بی تا.
۲۴. فاضل مقداد، *کنز العرفان فی فقه القرآن*، جلد دوم، تهران، مکتبه مرتضویه، ۱۳۸۵ق.
۲۵. کاتوزیان، ناصر، *حقوق مدنی (در ایقاع)*، جلد اول، تهران، نشر یلدا، ۱۳۷۰.
۲۶. کاتوزیان، ناصر، *دوره مقدماتی حقوق مدنی*، اعمال حقوقی، تهران شرکت انتشار، چاپ سوم، ۱۳۷۴.
۲۷. کریمی، محمدباقر، *مجموعه استفتانات فقهی و نظریات حقوقی راجع به قتل*، انتشارات فردوسی، چاپ اول، ۱۳۸۰.

۲۸. محقق حلّی، ابوالقاسم، *شرایع الاسلام*، جلد چهارم، بیروت، ۱۴۱۲ق.
۲۹. محقق حلّی، حسن بن محمد، *تذکره الفقهاء*، جلد ۲، قم، دارالمکتبه العلمیه، بی تا.
۳۰. مرادی، حسن، *رضایت مجنی علیه در جرایم علیه اشخاص*، دانشگاه تربیت مدرس، ۱۳۷۸.
۳۱. مقدس اردبیلی، المولی احمد، *مجمع الفائده و البرهان*، جلد سیزدهم، النشر الاسلامی، چاپ اول، بی تا.
۳۲. مکارم شیرازی، ناصر، *انوار الفقاهه*، قم، مؤسسه انتشاراتی علی بن ابیطالب، چاپ اول، ۱۴۲۰ق.
۳۳. مکتی عاملی، محمد (شهید اول)، *القواعد و الفوائد*، جلد اول، قم، مکتب اصفهانی، ۱۳۱۴ق.
۳۴. موسوی خوئی، السید ابوالقاسم؛ *مبانی تکمله المنهاج*، الجزء الثاني، النجف الاشرف، مطبعه الآداب.
۳۵. موسوی خوئی، سید ابوالقاسم، *مبانی تکمله المنهاج*، جلد ۲، لبنان، بیروت، دارالزهرا، بی تا.
۳۶. میرحسینی، حسین، *سقوط قصاص در نظام حقوقی اسلام و ایران*، دانشگاه تربیت مدرس، ۱۳۷۸.
۳۷. نجفی، محمد حسن، *جواهر الکلام*، تهران، چاپ اسلامی، جلد ۴۲، ۱۳۶۵.
۳۸. نووی، شرف الدین، *المنهاج، سنندج*، انتشارات غزالی، چاپ اول، ۱۳۶۸.