

مبانی فقهی

حسن پوربافرانی*

استادیار گروه حقوق دانشگاه اصفهان، اصفهان، ایران

پذیرش: ۸۶/۱/۲۲

دریافت: ۸۴/۵/۲۶

چکیده

در حقوق کیفری ایران، آمریت (یا دستور) به قتل در ماده ۲۱۱ قانون مجازات اسلامی جرم انگاری و برای آن مجازات حبس ابد پیش‌بینی شده‌است. علی‌رغم این تصریح، استنباط شعبات مختلف دیوان‌عالی کشور از این ماده به نحوی است که عملاً منجر به حذف این جرم انگاری شده‌است. این شعبات صرفاً امر مکره را قابل مجازات حبس ابد می‌دانند. درحالی‌که در ماده ۲۱۱ قانون مجازات اسلامی - که متخذ از منابع فقهی است - هم امر و هم مکره قابل مجازات حبس ابد شناخته شده‌اند. این مقاله با نگاهی تطبیقی و بخصوص فقهی به نقد نظریات این دیوان که رویه قضایی حاکم به‌شمار می‌آید، می‌پردازد.

کلید واژه‌ها: آمریت به قتل، دستور به قتل، اکراه در قتل، تحریک به ارتکاب جرم، رویه قضایی.

۱- مقدمه

در خصوص آمریت به قتل، هرچند ماده ۲۱۱ قانون مجازات اسلامی بدون هیچ ابهامی «دستور به قتل» را جرم‌انگاری و قابل مجازات حبس ابد می‌داند، اما برداشت شعبات مختلف دیوان عالی کشور از این ماده به‌عنوان نهادی که وظیفه نظارت بر اجرای صحیح قوانین در محاکم را دارد، نه تنها با اطلاق قانون، بلکه با مبانی و منابع فقهی و حتی با دیدگاه‌های پذیرفته شده در حقوق غالب کشورها نیز تفاوت فاحشی دارد. نظریات این شعبات با توجه به

قاهریت آمو مقهوریت مأمور، وجود داشته باشد. شعبه دوم دیوان عالی کشور در اعتقاد به این مطلب تا جایی پیش رفته که محور اصلی در ترتب قصاص بر مأمور و حبس ابد بر مکره را تحقق اکراه دانسته است [۱، ص ۱۵۳]. شعبه بیست و ششم این دیوان هم همین برداشت را داشته و صرفاً آمر مکره را قابل مجازات حبس ابد می‌داند [۱، ص ۱۶۲].

با این اوصاف علی‌رغم صراحت و تفکیک ماده ۲۱۱ قانون مجازات اسلامی، «آمریت به قتل» یا «اکراه در قتل» در رویه قضایی خلط گردیده و آمریت به قتل همان اکراه در قتل به-شمار آمده‌است. به نحوی که در رویه قضایی ایران جرمی به نام «آمریت به قتل» به عنوان جرمی خاص - نه تحت عنوان کلی معاونت در قتل - وجود ندارد. جالب آن است که شعبه دوم دیوان عالی کشور در اتخاذ این عقیده، آن را مبتنی بر منابع فقهی می‌داند. در حالی که در منابع فقهی در کنار «اکراه در قتل»، «آمریت به قتل» هم پیش‌بینی شده و هم برای مکره و هم آمر مجازات حبس ابد تعیین گردیده است.

در ادامه، پس از بیان تعریف آمر و ماهیت حقوقی آمریت به قتل، به بیان رویه قضایی در خصوص ماده ۲۱۱ قانون مجازات اسلامی پرداخته و سپس با مراجعه به منابع فقهی، صحیح یا سقیم بودن این رویه را بحث و بررسی می‌کنیم.

۲- تعریف آمریت

امر کلمه‌ای است عربی که به معانی دستور، فرمان، دستور دادن و فرمودن آمده است. در فرهنگ لاروس در مقابل واژه «أمر» آمده است: «او را در قیام به کاری تکلیف فرمود و دستور داد. به او برای امری اشاره کرد» [۲، ص ۳۱۸]. در المنجد در مقابل این واژه آمده است: «طلب منه فعل شئیء او انشاءه...» یعنی از او انجام کاری یا ایجاد چیزی را خواست [۳، ص ۱۷]. در فرهنگهای فارسی هم واژه امر به مانند فرهنگهای عربی به معنی فرمان دادن، فرمان، حکم [۴، ص ۲۲۱]، فرمودن و فرمان [۵، ص ۴۳۳] و نیز دستور دادن، فرمودن، فرمان، حکم و فرمایش [۶، ص ۳۵۱] آمده است. با توجه به تعاریف فوق از لحاظ لغوی آمر کسی است که انجام کاری را از دیگری می‌خواهد و مأمور هم کاری را برای آمر انجام می‌دهد. بدیهی است در این ارتباط برای تحقق امر، هیچ شرطی از جمله قاهریت آمو مقهوریت مأمور لازم نیست.

می‌گردد و نشانه‌ی علو مقام صادر کننده امر است ... از طرف دیگر کلمه امر نشان‌دهنده وجود اختیاری قانونی و اداری یا عملی نسبت به مأمور است مانند روابط بین رئیس و کارمند و روابط پدر و اولاد و زن و شوهر...» [۷، ص ۶۹]. ایشان در ادامه پس از ذکر مثالهایی از مواد قانونی می‌گویند: «... پر واضح است که منظور از کلمه امر در این مواد اشاره به نوعی تحریک به ارتکاب جرم است» [۷، ص ۶۹].

بدیهی است از لحاظ عرفی در ارتباط با بحث آمر و مأمور می‌توان به نوعی اقتدار معنوی یا مادی آمر نسبت به مأمور اشاره کرد. چون در روابط اجتماعی بدون وجود این اقتدار نمی‌توان انتظار اجرای امر - بخصوص وقتی مأمور به ارتکاب جرم است - را داشت. اقتدار مادی یا معنوی می‌تواند شامل هر چیزی از قبیل موقعیت اجتماعی، اداری، مالی، خانوادگی و... باشد. مثلاً کسی که با پرداخت یا حتی وعده پرداخت مقداری پول به کسی از او انجام کاری را می‌خواهد نسبت به او آمر است و اقتدار او هم در حد پولی است که به مأمور در قبال انجام کار می‌دهد. مسأله مهم در این بحث آن است که ارتکاب عمل مورد خواست و تقاضای آمر است؛ به عبارت دیگر بدون خواست و تقاضای آمر، مأمور هیچ‌گاه مرتکب چنین عملی نمی‌شود. بدیهی است در این خصوص نمی‌توان بیش از این به چیزی از جمله شرط قاهریت آمر و مقهوریت مأمور قائل شد. چراکه در این صورت اگر مأمور چاره‌ای جز انجام مأمور به نداشته باشد، می‌توان او را مکره یا مجبور و یا حتی آلتی در دست آمر محسوب کرد. از این رو برخی از اندیشمندان مسلمان بین امر و اکراه تفاوت قائل شده و گفته‌اند: «امر و اکراه بر قتل تحریک به شمار می‌آید ولی بین امر و اکراه فرق است. چرا که امر تأثیری در اختیار مأمور ندارد و مأمور مخیر در ارتکاب یا عدم ارتکاب جرم است. اما مکره چنین نیست، چرا که اکراه مؤثر بر اختیار اوست و مکره نمی‌تواند هرچه را بخواهد اختیار کند، بلکه اختیار از او سلب شده و باید یا جرم را انجام دهد یا آنچه را به آن تهدید شده، قبول کرده و بر آن صبر کند» [۸، ص ۲۶۸].

۳- ماهیت حقوقی آمریت به قتل

از لحاظ تحلیل حقوقی، ماهیت آمریت به قتل چیزی جز معاونت در قتل نیست. در دیدگاه کلی‌تر، امر به ارتکاب جرم نیز یکی از مصادیق معاونت به شمار می‌آید. در ذیل ماده ۷-۱۲۱

قانون مجازات فرانسه مصوب ۱۹۹۲ آمده است: «... همچنین کسی که با کمک مالی، وعده، تهدید، دستور یا سوءاستفاده از قدرت و مقام، تحریک به ارتکاب جرمی کند یا آموزشهای لازم برای ارتکاب آن بدهد معاون است». در حقوق کیفری ایران نیز امر به ارتکاب جرم شاید بتواند ذیل یکی از موارد مذکور در قسمت اول بند «۱» ماده ۴۳ قانون مجازات اسلامی قرار گیرد. بر اساس این مقررہ: «اشخاص ذیل معاون جرم محسوب ... می‌شوند: ۱- هر کس دیگری را تحریک یا ترغیب یا تهدید یا تطمیع به ارتکاب جرم نماید ...». از این رو در حقوق کیفری ایران امر به ارتکاب جرم، ماهیتاً معاون در ارتکاب جرم به‌شمار می‌آید و اصولاً مجازات معاون را هم خواهد داشت. در عین حال مقنن در ماده ۲۱۱ قانون مجازات اسلامی با استناد به منابع فقهی به نحو خاص «دستور به قتل» را جرم دانسته و برای آن مجازات حبس ابد وضع کرده است. برای این اقدام مقنن، علاوه بر دلایل فقهی می‌توان دلایل دیگری نیز ذکر کرد. امر به ارتکاب قتل، محرک و منشأ ارتکاب قتل است و فکر ارتکاب جرم از ذهن او نشأت گرفته است؛ اگر تصمیم و فکر او نبود، هیچ‌گاه مأمور مبادرت به قتل نمی‌کرد. بنابراین واکنش کیفری اتخاذی نسبت به او باید سنگین‌تر از معاونانی باشد که مثلاً فقط مبادرت به تهیه وسایل کرده‌اند. بر همین اساس، در حقوق سایر کشورها هم مصادیق معاونت شامل دو دسته کلی است: دسته اول (معاونانی که فکر ارتکاب جرم از مغز آنها نشأت گرفته مانند آمرین یا محرکان به ارتکاب جرم؛ دسته دوم) معاونانی که بدون آن‌که فکر ارتکاب جرم از ناحیه آنها باشد، صرفاً به افراد مصمم به ارتکاب جرم (مباشران) کمک کرده یا تسهیلاتی را برای ارتکاب جرم در اختیار آنها گذاشته‌اند. دیدگاه کلی حقوقدانان آن است که دسته اول مستحق مجازاتی شدیدترند [۹، ص ۴۱۵؛ ۱۰، ص ۷۸]. در حقوق کیفری ایران هر چند مقنن در حالت کلی مجازات یکسانی را برای هر دو دسته معاونان در نظر گرفته، اما به نظر می‌رسد، تفاوت عمده‌ای بین بند «۱» ماده ۴۳ قانون مجازات اسلامی (تحریک به ارتکاب جرم) و دو بند دیگر (تهیه وسایل یا تسهیل وقوع جرم) وجود دارد. در بند «۱» فکر ارتکاب جرم از ناحیه محرک است. در واقع او خواهان ارتکاب جرم است و به دلیل قدرت مادی یا معنوی، یا هر چیز دیگری، جرم را از طریق دیگران انجام می‌دهد. به عبارت دیگر اگر خواست محرک یا اقتدار او نبود مباشران هیچ‌گاه مرتکب جرم نمی‌شدند. در حالی‌که در دو بند دیگر (بند «۲» و «۳» ماده ۴۳) این مباشرانند که تصمیم به ارتکاب جرم دارند و معاونان بنا به ملاحظاتی از جمله دوستی یا شخصیت و موقعیت خاص آنها، وسایل ارتکاب جرم را در اختیارشان گذاشته یا به نوعی به آنها در ارتکاب جرم یاری می‌رسانند. مقنن هم به رغم

برخورد اولیهٔ یکسان با هر دو دسته، در موارد متعددی مانند مادهٔ ۶۲۱ قانون مجازات اسلامی، مجازات محرک یا آمر را شبیه مجازات مباشر مادی تعیین کرده و به عبارت دیگر او را مباشر معنوی دانسته است. مطابق این ماده: «هر کس ... شخصاً یا توسط دیگری شخصی را برباید یا مخفی کند به حبس از ۵ تا ۱۵ سال محکوم خواهد شد...» در این ماده عبارت «توسط دیگری» بیانگر آن است که با دستور یا امر یا فرمان شخص الف (مباشر معنوی) فردی توسط شخص ب (مباشر مادی) ربوده شده است. نقش الف ماهیتاً همان معاونت است که قانونگذار به دلیل خطرناکی او و این که فکر ارتکاب جرم از ذهن او نشأت گرفته و نیز او بوده که ب را با تطمیع یا قدرت یا پول یا ... وادار به ارتکاب جرم کرده، او را همانند مباشر مادی مجازات می‌کند.

این تفاوت مهم بین بند «۱» مادهٔ ۴۲ و دو بند دیگر حتی باعث شده است که برخی از نویسندگان، تحریک به ارتکاب جرم را از اقسام واقعی معاونت به‌شمار نیاورند و معتقد به تفاوت آن و معاونت باشند. این نویسندگان معتقد: «میان تحریک به ارتکاب جرم و معاونت فرقه‌های اساسی و زیادی وجود دارد: محرک شخصاً میل به ارتکاب جرم مورد نظر خود دارد ولی به علل زیادی ... از وجود دیگران استفاده می‌کند، در صورتی که معاون علاقهٔ زیادی به وقوع جرم ندارد... عمل معاون از هر جهت جنبهٔ فرعی و تبعی دارد ولی غالباً عمل محرک سبب و علت اصلی وقوع جرم است و فکر ایجاد جرم از محرک سرچشمه گرفته و بدو ختم می‌شود ... به‌علاوه خطر اجتماعی عمل محرک به مراتب شدید و هولناکتر از عمل معاون است.» [۷، صص ۱۹۵-۱۹۶].

به هر حال خطرناکی عمل تحریک - که امر هم می‌تواند یکی از مصادیق آن به‌شمار آید - باعث شد قانونگذار سال ۱۳۵۲، همچون قانونگذاران برخی از کشورهای دیگر مثل فرانسه [۱۱، ص ۲۱۵]، لبنان [۱۲، ص ۶۲۱] و انگلستان [۱۳، ص ۸۱۹؛ ۱۴، ص ۵۹۳]، در ذیل مادهٔ ۲۷ قانون مجازات عمومی، مجازات معاون را همان مجازات مباشر قرار داده و بگوید: «مجازات معاونت در جنحه یا جنایت، مجازات مباشرت در ارتکاب آن است ولی دادگاه می‌تواند نظر به اوضاع و احوال و میزان تأثیر عمل معاون مجازات را تخفیف دهد». در قوانین پس از انقلاب هم، هرچند به موجب مادهٔ ۷۲۶ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵ مجازات معاون در جرائم تعزیری، حداقل مجازات مباشر تعیین شده است، اما در موارد متعددی مقنن مجازات آمر یا محرک را همانند مجازات مباشر مادی تعیین کرده است. در واقع در این موارد مقنن آمر یا محرک را مباشر معنوی دانسته و او را همانند مباشر مادی مجازات می‌کند. مادهٔ ۶۲۱

قانون مجازات اسلامی در مورد آدم ربایی - که بیشتر به آن اشاره شد - نمونه بارز آن می- باشد و از موارد دیگر نیز مواد ۵۳۸، ۶۳۳ و بند « ۲ » ماده ۶۴۰ قابل ذکر است.

در بحث خاص قتل نیز - که از مهمترین جرائم به‌شمار می‌آید - مقنن با در نظر داشتن خطر امر به قتل برای نظم عمومی، مجازات حبس ابد را برای او پیش‌بینی کرده است. اگر امر امر نبود، هیچ‌گاه مأمور مرتکب قتل نمی‌شد. فکر ارتکاب جرم از او نشأت گرفته و خطرناکی او برای نظم عمومی اگر بیشتر از مباشر مادی نباشد، کمتر نیست.

۴- رویه قضایی در خصوص آمریت به قتل

در حقوق کیفری ایران در خصوص مجازات حبس ابد برای آمریت (یا دستور) به قتل تردیدی وجود ندارد. ماده ۲۱۱ قانون مجازات اسلامی در این خصوص مقرر می‌دارد: «اکراه در قتل و یا دستور به قتل دیگری مجوز قتل نیست، بنابراین اگر کسی را وادار به قتل دیگری کنند یا دستور به قتل رساندن دیگری را بدهند مرتکب، قصاص می‌شود و اکراه کننده و آمر، به حبس ابد محکوم می‌گردند». نکته قابل بحث، تعریف و مفهوم آمریت است. در آرای دادگاههای کیفری ایران، دو رویکرد مختلف نسبت به مفهوم آمریت وجود دارد. دادگاههای عالی از جمله شعبات دوم و بیست و ششم دیوان عالی کشور قائل به شرط قاهریت آمر و مقهوریت مأمور در روابط بین آمر و مأمورند، به عبارتی آمر را همان مکروه می‌دانند؛ در مقابل برخی از دادگاههای تالی و همچنین اداره حقوقی قوه قضاییه چنین شرطی را قائل نیستند. بدیهی است به رغم این‌که هیچ‌کدام از این آرا (شعب دیوان عالی کشور، شعب دادگاههای بدوی و نظریه اداره حقوقی قوه قضاییه) لازم الاتباع نیست، اما نقش قانونی و حتی معنوی دیوان عالی کشور در نقض آرای خلاف دیدگاه خود و ایجاد وحدت رویه غیر قابل انکار است. بنابراین می‌توان گفت آرای شعب مختلف دیوان عالی کشور - که اتفاقاً در موضوع مقاله حاضر به نحو مشابهی می‌اندیشند - حاکی از رویه قضایی کشور است.

۴-۱- قائلین به شرط قاهریت آمر و مقهوریت مأمور (شعب دیوان عالی کشور)

الف) شعبه دوم دیوان عالی کشور در پرونده کلاسه ۲۱/۲۷۱۷/۲- طی دادنامه شماره ۲/۳۱۲ مورخ ۷۱/۶/۲ می‌گوید: «... و ثانیاً هر چند حسب مستفاد از محتویات پرونده این امر مسلم است که تجدید نظرخواه در موقع نزاع ضمن ترغیب و تحریک به قتل فریاد می‌زده که

«بکشیدشان خونبهای آنها را من می‌دهم» لیکن آیا این جملات به عنوان امر به قتل تلقی می‌شود یا خیر، قابل دقت و بررسی است و مستندات دادگاه هرچند صحیح است لیکن استنتاج و استفاده دادگاه از مستندات برای مورد صحیح نیست. با این توضیح که اگر مسائل ۳۴ تا ۳۶ جلد ۲ تحریر الوسیله و مسأله ۱۷ جلد ۲ میان‌تکمله المنهاج و عبارات مذکور در صفحات ۴۷ و ۴۸ جلد ۴۲ جواهر الکلام و ماده ۲۱۱ قانون مجازات اسلامی دقیقاً مورد توجه قرار گیرد، مشخص می‌شود که مستندات مورد اشاره کلاً شامل ما نحن فیه نمی‌شود و فرضاً اگر در سایر مستندات ابهامی وجود داشته باشد، ولی عبارت مرحوم صاحب جواهر تلفیقاً با عبارت مرحوم محقق رفع هرگونه ابهامی را می‌نماید و عبارت چنین است: «الصورة الثانية اذا اكرهه على القتل...» که به این ترتیب ملاحظه می‌شود محور اصلی در ترتب قصاص بر مأمور و حبس ابد بر مکروه تحقق اکراه و قاهریت امر مکروه و مقهوریت مأمور مکروه است و صرف امر بدون وعید بر جنایت اعظم یا جنایت مشابه و یا این‌که با وجود وعید هم چنانچه امر قدرت انجام وعید را نسبت به مأمور نداشته باشد، حکم مذکور مترتب نیست و اصولاً چنین عبارتی که از معترض صادر گردیده عرفاً و لغتاً امر نیست بلکه طلب مطلق است که در فقه و قانون برای آن تعیین مجازات نشده است. به این ترتیب با توجه به جهات مذکور دادنامه تجدیدنظر خواسته توجیه شرعی و قانونی ندارد، نقض می‌شود و رسیدگی مجدد آن به شعبه دیگر دادگاه کیفری یک ... محول می‌گردد» [۱، صص ۱۵۱-۱۵۳].

همان‌طور که ملاحظه می‌شود شعبه دوم دیوان عالی کشور با استناد به برخی از منابع فقهی و بخصوص جواهر الکلام، محور اصلی در ترتب قصاص بر مأمور و حبس ابد بر مکروه را تحقق اکراه و قاهریت امر مکروه و مقهوریت مأمور مکروه دانسته است. به نظر می‌رسد شعبه دوم دیوان عالی کشور در اتخاذ این رأی به چیزی به نام «امر به قتل» به عنوان جرمی خاص معتقد نیست و منظور از «امر به قتل» در عبارات فقها و «دستور به قتل» در ماده ۲۱۱ قانون مجازات اسلامی را همان اکراه در قتل می‌داند. دقت در عبارات ذیل رأی و بخصوص عبارت «...» و صرف امر بدون وعید بر جنایت اعظم یا جنایت مشابه و یا این‌که با وجود وعید هم چنانچه امر قدرت انجام وعید را نسبت به مأمور نداشته باشد، حکم مذکور مترتب نیست...» مؤید این استنباط است. با این اوصاف، این‌که آیا مستندات مورد اشاره شعبه دوم

۱. در این قسمت از دادنامه تمامی مطالب صفحات ۴۷ تا ۵۱ جلد ۴۲ جواهر الکلام، از عبارت «اذا اكرهه على القتل...» تا انتهای پاراگراف «و اما الكلام فى المملوك المميز...» ذکر شده است. در حالی‌که به نظر می‌رسد مطالب صفحات ۴۹ تا ۵۱ که ناظر به امر مولی نسبت عبد است، ربطی به موضوع ندارد.

دیوان عالی کشور تا چه میزان صحیح است و استدلال‌های مطروحه هم تا چه حد محکم، مطلبی است که متعاقباً در بحث از مبانی فقهی آمریت به قتل به آن خواهیم پرداخت.

ب) شعبه ۲۶ دیوان عالی کشور در پرونده کلاسه ۴۰۸۲/۲۶/۶ طی دادنامه شماره ۲۰۰۸ مورخ ۷۲/۳/۱ درخصوص پرونده‌ای که متهمان آن ۱- عباس، ۲- محمد، ۳- مهدی و ۴- سعید هستند و اتهامات متهمان ردیف اول و دوم شرکت و ردیف سوم و چهارم معاونت در قتل عمدی است همین اعتقاد را داشته و صراحتاً منظور از آمر را آمر مکره دانسته است. بر اساس برخی از مطالب پرونده: «متهم ردیف یکم در صفحه ۸۴ و غیر آن گفته است: «متهم ردیف سوم دستور داد او را به قتل برسانیم و قرار بود سیصد هزار تومان به ما بدهد که بین من و متهم ردیف دوم تقسیم شود. مقتول را در مراسم عروسی به ما نشان داد. متهم ردیف دوم او را بیرون آورد و دستهای او را گرفت و من با ضربه چاقو زدم که به زیر قلب او خورد.» متهم ردیف دوم در صفحه ۷۰ گفته است: «مقتول را به بیرون صدا زدم و من دست او را از پشت گرفتم و متهم ردیف یکم با چاقو ضربه زد.» متهم ردیف سوم در صفحه ۶۲ گفته است: «به متهمان ردیف یکم و دوم پیشنهاد دادم که آن مرحوم را بکشید و در مقابل به شما سیصد هزار تومان می‌دهم و اگر لازم شد شما را به خارج می‌برم.» متهم ردیف چهارم در صفحه ۵۴ گفته است: «متهم ردیف سوم گفت بیا مقتول را از میان برداریم و من قبول کردم و قرار بود مبلغ سیصد هزار تومان به قاتل بدهد. من هم قبول کردم.»

در این پرونده دادگاه بدوی (دادگاه کیفری یک)، با توجه به اقرار صریح متهمان، متهم ردیف چهارم را از معاونت تبرئه و به تحمل ۷۰ ضربه شلاق، متهمان ردیف دوم (ممسک) و سوم (آمر) را به حبس ابد و متهم ردیف یکم (مباشراً) را به قصاص نفس محکوم کرد که مورد اعتراض محکوم علیه ردیف سوم (آمر) و وکیلش قرار گرفته به شعبه ۲۶ دیوان عالی کشور ارسال شد.

دادنامه شعبه ۲۶ دیوان عالی کشور در نقض حکم دادگاه بدوی نسبت به متهم ردیف سوم (آمر) به شرح ذیل است: «بسمه تعالی. با توجه به محتویات پرونده و اظهارات متهمان در مراحل اولیه و بعدی که شرح ماچرا را از ابتدا تا انتها اقرار [کرده] و توضیح داده‌اند و تطابق گفته‌ها با هم، بزه انتسابی توطئه و قتل و امساک نسبت به متهمان ثابت است. بنابراین رأی صادره مبنی بر قصاص نسبت به قاتل (عباس) و حکم حبس ابد نسبت به محمد صحیح و مطابق موازین شرع و قانون است و لذا ابرام می‌گردد. ولی در مورد متهم ردیف سوم به نام مهدی در صورت احراز این‌که او آمر بوده، به حبس محکوم نمی‌شود زیرا با مراجعه به

ماده ۲۱۱ و تبصره‌های مربوط از قانون مجازات اسلامی، امر مکره محکوم به حبس ابد است و به عبارت دیگر، امری که دارای شرایط آمریت باشد. در نتیجه حکم حبس ابد نسبت به نامبرده نقض می‌گردد و به علت اینکه کارش نوعی معاونت در گناه و قتل است به تعزیر متناسب محکوم می‌شود. ضمناً رأی برائت سعید نیز ابرام می‌شود» [۱، صص ۱۶۱-۱۶۲].

ج) علاوه بر این دو، شعبه ۲۰ دیوان عالی کشور هم در پرونده کلاسه ۱۷-۳۶۲۶، طی دادنامه شماره ۲۰/۲۴۶ مورخ ۷۱/۳/۳۱ تقریباً همین جهت‌گیری شعبات ۲ و ۲۶ دیوان عالی کشور را در پیش گرفته است [۱، ص ۱۶۰].

۲-۴- قائلین به عدم شرط قاهریت آمر و مقهوریت مأمور

در مورد نظریات قائلین به عدم شرط قاهریت آمر و مأمور، ابتدا به بیان حکم یکی از شعبات دادگاههای کیفری یک - با توجه به استنادات مطرح شده در آن - و سپس نظر اداره حقوقی قوه قضاییه خواهیم پرداخت. بدیهی است همان‌گونه که پیش از این گفته شد، این دو مورد صرفاً به دلیل استدلال و استنادات مطرح شده در آنها مطرح می‌شود و حاکی از رویه قضایی نیست. از این رو صرفاً نظر شعب دیوان عالی کشور - که در بند قبلی به آنها اشاره شد - را می‌توان حاکی از رویه قضایی دانست.

الف) دادنامه شماره ۱۳/۶۶/۲ مورخ ۷۰/۲/۵ شعبه ۲۷ دادگاه کیفری یک استان ... :

متهمان این پرونده چهار نفر به ترتیب به نامهای ۱- عوض، ۲- حسن، ۳- محمد و ۴- یاور هستند و اتهامات آنها هم عبارت است از شرکت در منازعه دسته جمعی، توهین، تحریک و معاونت در قتل عمدی در حکم صادره در این پرونده چنین آمده است:

«با مرور صفحات پرونده و اظهارات متهمان، شکات و شاهدان عینی قضیه محرک اصلی قضیه متهم ردیف اول بوده که به بستگان و کسان خود دستور داده است طرفهای مقابل را به قتل برسانند و خونبهای آنان را پرداخت خواهد کرد. تحریک وی که از جمله ریش سفیدان طایفه خود بوده مؤثر واقع شده و منجر به نزاع با آلت قتاله از جمله قمه و خنجر و قتل چهار نفر از طرف مقابل شده است. لذا بزه انتسابی به وی (عوض) به شرح فوق برای دادگاه محرز است و طبق باب ۱۳ جلد ۱۹ و سائل الشیعه، استبصار جلد ۴ صفحه ۲۸۳ باب من امر غیره بقتل انسان فقتله، مبانی تکمله المنهاج جلد ۲ ص ۱۲ مسأله ۱۷ و جواهر جلد ۴۲ صفحه ۴۸، آقای عوض به جرم امر به قتل و وقوع آن به حبس ابد محکوم می‌گردد و متهمان ردیفهای

دوم و سوم و چهارم به علت شرکت در نزاع دسته جمعی منجر به قتل، به استناد ماده ۱۱ و ۱۴ قانون راجع به مجازات اسلامی با رعایت فرع خامس از صفحه ۴۷۷ جلد ۲ تحریر الوسیله با رعایت این که نامبردگان حدود بیست ماه در زندان بوده‌اند هر یک به تحمل شش ماه حبس محکوم می‌گردند. در مورد اتهام دیگر متهمان مبنی بر توهین و اهانت، طبق ماده ۸۶ قانون تعزیرات هر یک از متهمان موصوف (چهار نفر) به تحمل سی ضربه شلاق محکوم می‌گردند. در خصوص اتهام آقایان حسن و یعقوب و یاور مبنی بر تحریک به قتل با عنایت به انکار نامبردگان و عدم اقامه بینه شرعیه رأی به برائت آنان صادر می‌گردد» [۱، ص ۱۵۰].

این رأی همان رأیی است که شعبه ۲ دیوان عالی کشور آن را نقض کرد. همان‌طور که ملاحظه می‌شود این رأی دقیقاً همان مستندات فقهی رأی شعبه ۲ دیوان عالی کشور یعنی *تحریر الوسیله*، *مبانی تکمله المنهاج* و *جوهر الکلام* را دارد. اما در استنباط از این منابع، به وسیله دادگاه تالی و عالی کاملاً دو نظر مختلف اتخاذ شد.

ب) نظریه شماره ۷/۵۱۲۲ مورخ ۱۳۷۲/۸/۲۵ اداره حقوقی قوه قضاییه:

«در مسأله ۳۴ از کتاب *قصاص تحریر الوسیله*، حضرت امام رضوان‌اله تعالی علیه فقط موضوع اکراه را مطرح فرموده‌اند، و متعرض مسأله امر بدون اکراه نشده‌اند و عدم تعرض به مسأله امر به این معنی نیست که نظر حضرت امام قدس سره این است که امر محکوم به حبس ابد نمی‌شود، زیرا اثبات شئی نفی ما عدا نمی‌کند و در بعضی از روایات وارده و کلمات اصحاب رضوان‌الله تعالی علیهم موضوع امر بدون اکراه ذکر شده است. در کتاب *وسائل* جزء ۱۹ باب ۱۳ از ابواب *قصاص نفس* حدیث ۱۸ آمده است: *فِي رَجُلٍ أَمَرَ رَجُلًا بِقَتْلِ رَجُلٍ فَقَتَلَهُ، فَقَالَ يُقْتَلُ بِهِ الَّذِي قَتَلَهُ وَ يُحْبَسُ الْأَمْرُ بِقَتْلِهِ حَتَّى يَمُوتَ فِي الْحَبْسِ وَ صَاحِبُ جَوَاهِرِ* پس از نقل روایت که در متن شرایع نیز به آن اشاره شده است می‌فرماید: «و لا بأس بالعمل بها بعد صحتها و عمل غیر واحد من الاصحاب بها. فما عساه يظهر من المتن من التوقف فی ذلك فی غیر محله» و با این توضیح قانونگذار از روایت و کلمات اصحاب استفاده کرده، و حکم امر غیر مکروه را مانند حکم امر مکروه قرار داده است و فقهای شورای نگهبان نیز شریعت آن را تأیید کرده‌اند. بنابراین بین نظر حضرت امام رضوان‌اله تعالی علیه و نظر فقها معارضه‌ای وجود ندارد تا از این جهت احتیاج به اصلاح قانون داشته باشد» [۱۵، صص ۴۲۳-۴۲۴].

نکته قابل ذکر این که آرای اخیر در این خصوص نزدیکی بیشتری با موضع سایر کشورها نیز دارد. به عنوان مثال به موجب ماده ۶-۱۲۱ قانون مجازات فرانسه مصوب ۱۹۹۲: «معاون جرم به معنای مذکور در ماده ۷-۱۲۱ همانند مباشر مجازات خواهد شد». بدیهی است

امر یا دستور به ارتکاب جرم هم همان‌گونه که در ماده ۷-۱۲۱ این قانون به آن اشاره شده از مصادیق بارز معاونت براساس قانون فرانسه به‌شمار می‌آید [۱۱، صص ۲۲۲-۲۲۴]. حتی بر اساس قانون فرانسه در مواردی ممکن است معاون به مجازاتی شدیدتر از مجازات مباشر اصلی هم محکوم شود [۱۶، ص ۴۲۹]. در حقوق انگلستان هم صرف تحریک به ارتکاب جرم^۱، صرف‌نظر از این‌که منتج به ارتکاب جرم به‌وسیله مباشر بشود یا خیر، جرم است [۹، صص ۴۶۴؛ ۱۳، ص ۷۶۴]. در عین حال اگر شخص تحریک شده مرتکب جرم بشود، تحریک کننده معاون جرم محسوب خواهد شد [۹، صص ۴۶۴-۴۶۵]. اما در خصوص مجازات معاون جرم مطابق بخش هشتم قانون معاونین و شرکای جرم مصوب ۱۸۶۱ اصلاح شده به‌وسیله قانون جزای ۱۹۷۷ [۱۴، ص ۵۹۳]: «هرکس در ارتکاب جرم قابل کیفر خواستی شرکت^۲ یا معاونت^۳ نماید... در معرض محاکمه، صدور کیفر خواست و مجازات به عنوان مجرم اصلی قرار خواهد گرفت [۱۷، ص ۴۲].»

بر همین اساس در دعوی کریگ و بنتلی^۴ در سال ۱۹۵۲، بنتلی که در توقیف پلیس بود رو به کریگ کرده و فریاد زد «حسابش را برس». کریگ به طرف مأمور پلیس تیراندازی کرد و او را کشت و به قتل عمد محکوم شد، اما به دلیل جوانی (صغرش) از مجازات اعدام رهایی یافت. بنتلی نیز به دلیل تشویقش به قتل عمد محکوم شد و به دار آویخته شد [۱۷، ص ۴۳]. به موجب ماده ۲۱۸ قانون مجازات لبنان هم: «محرک به مجازات همان جرمی که قصد محقق ساختن آن را داشته محکوم خواهد شد، اعم از این‌که جرم ارتکاب شود یا شروع شود یا ناقص بماند...».

همان‌گونه که ملاحظه می‌شود، سختگیری قانون مجازات لبنان نسبت به محرک همانند قانون انگلستان است. اگر شخص تحریک شده مرتکب جرمی هم نشود، در عین حال محرک قابل مجازات است. به تعبیر دکتر نجیب حسنی: «وضع تحریک کننده به ارتکاب جرم بدتر از وضع فاعل یا شریک جرم است. چون این دو اگر مرتکب عملی که قانون آن را جرم می‌داند نشوند مجازاتی نخواهند داشت. علت این امر در اصل «استقلال تعقیب تحریک کننده» است و این‌که تحریک کننده به صرف تحریکش مستحق مجازات است» [۱۲، ص ۶۲۳].

-
1. incitement
 2. aid and abet
 3. counsel and procure
 4. Craig and Bentley (1952)

۵- مبانی فقهی آمریت به قتل

۵-۱- حدیث زرارہ

مبنای تمامی مطالب فقہا پیرامون بحث اکراه در قتل و همچنین امر به قتل و اعمال مجازات حبس ابد برای مکروه و امر حدیثی به نام حدیث زرارہ است. این حدیث در کتب حدیث شیعہ به شرح ذیل آمده است: «... عن ابن رثاب، عن زرارہ، عن ابی جعفر(ع) فی رجل امر رجلاً یقتل رجلاً فقتله؟ فقال: یقتل به الذی قتله و یحبس الامر بقتله فی السجن حتی یموت» [۱۸، ص ۲۸۵؛ ۱۹، ص ۳۲]. در این کتب روایات دیگری هم وجود دارد که تماماً مربوط به مواردی است که عبد (بندہ) با اطاعت مولای خود مرتکب قتل دیگری می‌شود [۱۸، ص ۲۸۵؛ ۱۹، صص ۲۳-۲۴]. به نظر می‌رسد این روایات صرف‌نظر از سالبه به انتفا موضوع بودن، ربطی به بحث ما ندارد. به عبارت دیگر، تنها روایتی که مربوط به رابطه انسانهای آزاد با یکدیگر (غیررابطه مولی و عبد) است، روایت زرارہ است. خوشبختانه فقہای بزرگوار ما این روایت را روایت صحیح دانسته و به مقتضای آن هم عمل کرده‌اند. شهید ثانی در *مسالك الافهام* می‌گوید: «مصنف، محقق حلی، این حکم (مجازات حبس ابد برای آمر) را به روایتی (روایت زرارہ) نسبت داده است که بویی از توقف و تردید دارد، ولی چون روایت صحیح است، چنین حکمی عیب و ایرادی ندارد» [۲۰، ص ۴۱]. صاحب جواهر هم تردید محقق حلی را در این خصوص درست ندانسته و به دلیل صحیح بودن روایت و عمل تعداد زیادی از اصحاب به آن، عمل به آن را صحیح و فاقد اشکال می‌داند [۲۱، ص ۴۸].

همان‌گونه که ملاحظه می‌شود، در این روایت هیچ قید یا شرطی از جمله شرط قاهریت آمر و مقهوریت مأمور وجود ندارد و براساس آن صرف امر به قتل (و تحقق قتل به وسیله مباشر) قابل مجازات حبس ابد برای آمر و قصاص نفس برای مباشر است. بدیهی است این روایت مستند فقہا برای اعمال مجازات حبس ابد برای مکروه نیز قرار گرفته است. چون وقتی آمر قابل مجازات حبس ابد است، به طریق اولی مکروه مستحق چنین مجازاتی است.

۵-۲- کلام فقہا

مطالب فقہا پیرامون بحث آمریت به قتل و اکراه در قتل ذیل دو دسته کلی قابل تقسیم‌بندی است. در ذیل با توضیح این دو دسته به بیان کلام برخی از فقہا نیز می‌پردازیم:

(الف) دستة اول: دستة اول از فقها کسانی هستند که این روایت را به همین شکل مطلق آن مورد استناد قرار داده و در کنار بحث از اکراه در قتل، بحث امر به قتل را هم به طور مستقل و جداگانه و به استناد همین روایت بحث و بررسی می‌کنند. حتی در این میان برخی از فقها فقط راجع به امر بحث کرده و اساساً متعرض بحث اکراه نشده‌اند که در ذیل به نظریات ایشان هم اشاره خواهیم کرد.

هر چند شیوة بیان شیخ طوسی در مبسوط، او را در زمره فقهای دستة دوم - که بعداً راجع به مطالب آنها سخن خواهیم گفت - قرار می‌دهد، اما مطلب او در نهاییه کاملاً واضح و فاقد هرگونه ابهامی است: «و اذا امر انسان حرأ بقتل رجل فقتله المأمور وجب القود علی القاتل دون الأمر و كان علی الامام حبسه ما دام حياً، فان أمر عبده بقتل غيره فقتله كان الحكم أيضاً مثل ذلك سواء، و قد روى: أنه يقتل السيد و يستودع العبد السجن، و المعتمد ما قلناه» [۲۲، صص ۳۸۶-۳۸۵]. یعنی اگر انسان آزادی را امر به کشتن دیگری کند و مأمور او را بکشد، قصاص بر قاتل است نه آمر و بر امام است که آمر را مادام که زنده است، حبس کند، و اگر بنده خود را امر به کشتن دیگری کند و بنده او را بکشد، باز هم حکم به همین ترتیب است و روایت شده است: «مولى قصاص مى‌شود و عبد به حبس ابد محکوم مى‌شود ولی حکم قابل اعتماد آن چیزی است که ما گفتیم». همان‌طور که ملاحظه می‌شود ایشان اساساً وارد بحث اکراه نشده و فقط از امر صحبت کرده و دقیقاً به مقتضای روایت مزبور هم فتوی داده‌اند. همچنین هیچ شرطی هم برای اعمال مجازات حبس ابد بر آمر، از جمله قاهریت آمر و مقهوریت مأمور قائل نشده‌اند.

از فقهای متقدم علاوه بر شیخ طوسی، سخن ابی‌الصلاح حلبی در *الكافی* هم در این مورد قابل ذکر است: «و من قتل أو جرح غيره بغير حق لأمر آمر أو اكراهه فالقود و القصاص مستحق عليه دون الأمر و المكره لما بيناه من عدم تأثير الأمر و الإكراه فى الظلم و يخلد الأمر و المكره الحبس حتى يموت...» [۲۳، ص ۲۸۷]. یعنی کسی که به جهت امر یا اکراه او، به غیر حق دیگری را بکشد یا مجروح کند، خودش قصاص می‌شود، نه آمر و مکره به دلیل آنکه امر و اکراه در ظلم بی‌تأثیر است و آمر و مکره به حبس ابد محکوم می‌شوند... در این کلام به‌صورت دقیق، هم از امر و هم از اکراه صحبت شده و دقت در متن عربی مذکور تفاوت آمر و مکره را از نظر این فقیه بزرگوار - با وجود آنکه هر دو را مستحق مجازات حبس ابد می‌داند - کاملاً آشکار می‌سازد. همچنین هیچ قیدی هم در این سخن برای اعمال مجازات حبس ابد بر آمر مشاهده نمی‌شود.

سخن ابن حمزه در *الوسیله* هم در این خصوص برای تفکیکی که بین امر و اکراه کرده و هم امر و هم مکروه را قابل مجازات حبس ابد می‌داند، شنیدنی است. او می‌گوید: «... و ان امر صیباً او مجنوناً و لم یرکهه لزم الیه عاقلته و ان اکراهه کان النصف الیه علی الامر و نصفها علی عاقله القاتل...» [۲۴، ص ۴۲۸]. یعنی «اگر کودک یا مجنون را امر به کشتن دیگری کند ولی او را اکراه بر قتل نکند، دیه بر عاقله کودک یا مجنون است و اگر اکراه کند او را بر قتل، نصف دیه بر امر و نصف دیگر بر عاقله قاتل است».

از میان متقدمین کسانی که دقیقاً متوجه تفاوت امر و مکروه هستند عبارتند از ابن براج در *جواهر الفقه* [۲۵، ص ۲۱۴] و مذهب [۲۶، صص ۴۶۶-۴۶۷] و یحیی ابن سعید در *جامع للشرایع* [۲۷، ص ۴۹۶]. البته این دو فقیه به اعمال مجازات حبس ابد برای امر و مکروه اشاره‌ای ندارند. ابن ادریس هم در *سرائر* می‌گوید: «هر گاه انسانی به دیگری امر کند که دیگری را بکشد و او این کار را بکند، قصاص بر قاتل مباشر واجب است، نه امر و بر امام است که امر را مادام که زنده است حبس کند و اگر اکراه کند مردی مرد دیگری را به قتل شخصی و او این کار را بکند، باز بر مکروه که مباشر قتل است قصاص است نه مکروه...» [۲۸، ص ۳۴۹].

همین‌طور محقق حلی هرچند در *شرایع* وارد بحث امر نشده و حتی اعمال مجازات حبس ابد برای مکروه را هم منتسب به روایت کرده است، اما در *مختصر النافع* ضمن رعایت این تفکیک و بدون هیچ قید و شرطی برای امر آورده است: «ولو اکراه علی القتل فالقصاص علی القاتل لا المکره، و کذا لو امره بالقتل فالقصاص علی المباشر و یحبس الامر ابداً» [۲۹، ص ۲۸۵].

در میان متأخرین سیدعلی طباطبایی در *ریاض المسائل* در شرح عبارت فوق از محقق به همین شیوه به تفکیک امر از اکراه پرداخته و قائل به مجازات حبس ابد برای امر شده است [۳۰، ص ۲۳۹]. همین‌طور آیه‌ا... خوئی و حاج سید احمد خوانساری هم به همین شیوه بحث کرده‌اند [۳۱، ص ۱۳؛ ۳۲، ص ۱۸۶]. حتی یکی از فقهای پرتلاش معاصر با تصریح کامل برای تفکیک امر از اکراه می‌گوید: «... اما اگر اکراهی در میان نباشد و فقط او را امر به قتل کند و او (مأمور) بدون اکراه یا حتی گمان اکراه مرتکب قتل شود، قصاص بر قاتل است، به دلیل اطلاعات ادله و حبس (ابد) بر امر است به دلیل روایات...» [۳۳، ص ۷۷].

آیتا... منتظری هم در *دراسات فنی و لایه الفقیه و فقه الدوله الاسلامیه*، در بحث از موارد حبس ابد، مورد پنجم و ششم را به ترتیب به بحث امر به قتل دیگری کردن و شخص مملوکی

که به امر آقای خود کسی را کشته باشد، اختصاص داده و در این مورد اساساً بحثی از اکراه به میان نیاورده و تمام بحث ایشان حول محور «امر» است [۲۴، صص ۵۲۸-۵۳۱].

در پایان نظریات دسته اول فقها به متن سؤال و فتوای حضرت آیت‌الله... گلپایگانی - که دقیقاً به مقتضای روایت زراره فتوا داده و هیچ‌گونه قید و شرطی در این خصوص قائل نشده است. - اشاره می‌شود: «سؤال: اگر بنده به کسی بگویم برو فلانی را بزن و او مخیر در انجام عمل باشد و مجبور نباشد و آن شخص هم برود و او را مورد ضرب قرار بدهد به - طوری که دندان و جای دیگر بدنش خون آلود شود دیه او به عهده آمر است یا ضارب؟ جواب: در فرض سؤال دیه بر عهده کسی است که مباشر در زدن است و آمر نیز معصیت کرده، بلکه در بعض موارد جنایت، حبس دارد» [۳۵، ص ۲۸۶]. همان‌طور که ملاحظه می‌شود در فرض سؤال دقیقاً به مخیر بودن مأمور اشاره شده است؛ با این حال فتوای آیت‌الله... گلپایگانی آن است که اگر چنین آمریتی در قتل هم محقق شود، مجازات آمر، حبس ابد است. بدیهی است منظور از آمر در «بعضی موارد جنایت»، آمریت به قتل و منظور از مجازات «حبس» هم مجازات حبس ابد است.

ب) دسته دوم: دسته دوم از فقها هر چند غالباً روایت زراره را صحیح دانسته و معتقد به مجازات حبس ابد برای مکره هستند، اما در کنار بحث از اکراه، بحث از امر را به صورت مستقل و جداگانه طرح نکرده و این روایت را هم صرفاً برای بیان مجازات حبس ابد برای مکره مورد استناد قرار داده‌اند. محقق حلی در شرایع بدون وارد شدن به بحث امر می‌گوید: «اذا اکره علی القتل، فالقصاص علی المباشر دون الأمر، و لا یتحقق الاکراه فی القتل، و یتحقق فیما عداه. و فی روایه علی ابن رئاب یحبس الأمر بقتله حتی یموت» [۳۶، ص ۱۹۹]. همان‌گونه که ملاحظه می‌شود ایشان ضمن بیان عدم تحقق اکراه در قتل، اعمال مجازات حبس ابد برای مکره را منتسب به روایت کرده است. این مسأله به نوعی نشانگر تردید ایشان نسبت به صحت روایت و در نتیجه نسبت به اعمال مجازات حبس ابد برای آمر است. پیش از او شیخ طوسی در مبسوط ضمن اتخاذ همین روش و با بیان عدم تحقق اکراه در قتل، حتی متعرض اعمال مجازات حبس ابد برای مکره یا آمر نیز نشده است [۳۷، ص ۴۱]. شاید این عدم اشاره شیخ طوسی و تردید اندک محقق نسبت به اعمال مجازات حبس ابد برای مکره یا آمر، بر برخی از فقهای پس از آنها تأثیرگذار بوده و باعث شده که آنها به صورت مستقل و جداگانه متعرض بحث امر به قتل نشوند و فقط از بحث اکراه در قتل صحبت به میان آورند. همچنین آنها با نوعی احتیاط، اعمال مجازات حبس ابد را صرفاً برای مکره قائل شده و در بحث امر به

قتل به نوعی سکوت یا توقف را پیشه سازند؛ هرچند تمام این فقها حدیث زراره را صحیح دانسته و برای اعمال مجازات حبس ابد برای مکروه آن را مورد استناد قرار می‌دهند. از جمله این فقها علامه در قواعد است که متعرض بحث امر نشده و صرفاً از اکراه در قتل بحث کرده و مکروه را مستوجب مجازات حبس ابد می‌داند [۳۸، صص ۲۸۱-۲۸۲]. شهیدین در لمعه [۳۹، ص ۲۸۶] و شرح لمعه [۴۰، ص ۲۳۹] هم به همین شرح بحث کرده و متعرض بحث امر به-صورت مستقل نشده‌اند. شهید ثانی همین روش را در *مسالك الافهام* هم در پیش گرفته است [۲۰، صص ۴۰-۴۱]. مرحوم صاحب جواهر و حضرت امام هم به همین شکل صرفاً از اکراه در قتل بحث کرده و متعرض بحث از آمریت به قتل در رابطه انسانهای آزاد با یکدیگر (نه عبد) به صورت مستقل و جداگانه نشده‌اند، از این رو اعمال مجازات حبس ابد را هم برای آمر مکروه- که موضوع بحث آنها بوده- و نه آمر غیر مکروه قائل شده‌اند [۲۱، صص ۴۷-۴۸؛ ۴۱، ص ۶۴۴]. به عبارت دیگر، این دسته از فقها موضوع امر به قتل را محل بحث خویش قرار نداده‌اند تا مجازات حبس ابد را هم برای آمر (غیرمکروه) قائل باشند. این در حالی است که این دسته از فقها روایت زراره را که برای اعمال مجازات حبس ابد برای آمر مکروه به آن استناد کرده، صحیح می‌دانند. همان‌طور که می‌دانیم «اکراه در قتل» با «امر به قتل» هم در لغت و هم در عرف تفاوت دارد. صرفاً در اکراه به قتل شرط قاهریت مکروه و مقهوریت مکروه وجود دارد، در حالی که در بحث از امر به قتل چنین شرطی نیست. با این اوصاف همان‌گونه که اشاره خواهیم کرد، نمی‌توان این سکوت را حمل بر این معنا کرد که از نظر این دسته از فقها، اعمال مجازات حبس ابد برای آمر غیرمکروه درست نیست.

ج) نظر یکی از فقهای معاصر: مرحوم مدنی کاشانی در پایان بحث از اکراه در قتل صراحتاً به شرط قاهریت آمر و مقهوریت مأمور اشاره کرده و معتقد است: «تبصره: هر آنچه در ارتباط با مجازات حبس ابد برای آمر گفتیم ظاهراً مربوط به جایی است که آمر قاهر و مأمور مقهور او باشد و الا اگر شخصی از دیگری سؤال و خواهش کند که مرتکب قتل شود و او هم اطاعت بکند، حکم به حبس آمر غیر ظاهر است. بلکه اطلاق لفظ آمر به چنین شخصی مشکل است. زیرا فرق است بین سؤال (خواهش) و امر و واضح است که ادله شامل مورد سؤال (خواهش) نمی‌شود» [۴۲، ص ۲۰].

به نظر می‌رسد بحث این فقیه بزرگوار در این قسمت از مطالب کتابشان، بیشتر بحث لفظی است تا چیز دیگر. با توجه به این که در بحث تعریف آمریت و واژه‌شناسی امر، راجع به این مطلب صحبت کردیم از تکرار آن خودداری می‌شود.

۶- نقد رویه قضایی با توجه به منابع فقهی

با توجه به این‌که در متن حکم شعبه دوم دیوان عالی کشور به مسأله ۱۷ از کتاب مبانی تکلمه المنهاج استناد شده بود، در ذیل ابتدا با ذکر بخشی از این مسأله و ترجمه تمام آن متوجه می‌شویم این مطلب تا چه حد مؤید استدلال شعبه دوم دیوان عالی کشور است. سپس به نقد رویه قضایی با توجه به دیگر منابع فقهی می‌پردازیم.

«مسأله ۱۷: لو أمر غیره بقتل احد، فقتله، فعلى القاتل القود، و على الأمر الحبس موبداً إلى ان يموت و لو اكره على القتل...» [۲۱، ص ۱۳].

«مسأله ۱۷: اگر دیگری را امر به کشتن شخصی کند و او هم او را بکشد، بر قاتل قصاص است و بر آمر حبس ابد است و اگر او را اکراه بر قتل کند، پس اگر آنچه به آن او را ترسانده، کمتر از قتل باشد، تردیدی در عدم جواز قتل نیست، و اگر با این‌حال او را بکشد بر او قصاص و بر مکره حبس ابد است. اما اگر آنچه به آن او را ترسانده، قتل باشد، نظر مشهور باز هم همان حکم صورت اول است و لکن این حکم مشکل است و بعید نیست که در اینجا قتل جایز باشد و در این صورت قصاص بر مباشر نیست و لیکن بر او دیه است و حکم مکره هم در این صورت همان حکم صورت اول - حبس ابد - است. این در صورتی است که مکره بالغ و عاقل باشد. و اگر مجنون یا صغیر غیرممیز باشد، قصاص بر مکره است و اگر صغیر ممیز باشد قصاص نه بر مکره و نه بر مکره صغیر نیست. بلی در این صورت بر عاقله صغیر دیه است و بر مکره، حبس ابد».

همان‌گونه که ملاحظه می‌شود مسأله ۱۷ مبانی تکلمه المنهاج نه تنها مؤید استدلال شعبه دوم دیوان عالی کشور نیست، بلکه دقیقاً در جهت عکس آن در کنار بحث از اکراه در قتل، بحث از آمریت به قتل را هم مطرح کرده و برای آن هیچ قید و شرطی هم قائل نشده است. با این وصف، این‌که شعبه دوم دیوان عالی کشور از این مسأله شرط قاهریت آمر و مقهوریت مأمور را استنباط کرده، عجیب است.

سایر فقهای دسته اول هم دقیقاً به مقتضای روایت صحیحه زباره عمل کرده و صرف امر به قتل را در صورت تحقق قتل قابل مجازات حبس ابد می‌دانند. آنها در این میان به هیچ شرطی از جمله شرط قاهریت آمر و مقهوریت مأمور نیز قائل نیستند، زیرا در این صورت کافی بود صرفاً از اکراه صحبت کنند و حرفی از امر به میان نیاورند. نکته قابل توجه این است که بنا بر بحث تعریف آمریت، امر در صورتی محقق می‌شود که مأمور صرفاً به خاطر

امر امر مرتکب قتل شود، به نحوی که اگر امر امر نبود، مأمور هیچگاه مرتکب قتل نمی‌شد. بدیهی است امر در صورتی محقق می‌شود که امر دارای نوعی اقتدار مادی یا معنوی نسبت به مأمور باشد، در غیر این صورت هیچگاه نمی‌توان امر را محقق دانست. درعین حال، نباید این اقتدار مادی یا معنوی را تا حد اکراه پیش برد یا آن را به وجود شرط قاهریت امر و مقهوریت مأمور مقید کرد. بدیهی است این اقتدار مادی یا معنوی ممکن است صرف پولی باشد که امر برای ارتکاب قتل به مأمور می‌دهد. بنابراین اگر الف با دادن مقدار زیادی پول به ب از او بخواهد که مرتکب قتل ج شود و ب صرفاً به خاطر امر و پول الف مرتکب قتل شود، در این صورت به نظر می‌رسد که امر بنا به نظر این دسته فقها محقق شده است. برعکس اگر ب خود درصدد قتل ج باشد و در این راه الف نیز او را که درحالت تردید و دو دلی به‌سر می‌برد، تحریک به این کار کند، نمی‌توان الف را امر به‌شمار آورد. همین‌طور وقتی بزرگ خانواده‌ای از عضو کوچکتر که نسبت به او موقعیت سنی، اجتماعی و مادی بهتری دارد، بخواهد مرتکب قتل دیگری شود و او هم صرفاً بخاطر امر بزرگتر این کار را انجام دهد و مسأله هم به شکلی باشد که اگر امر بزرگتر نبود، کوچکتر هیچگاه مرتکب قتل نمی‌شد، آمریت به قتل محقق است. بدیهی است در این موارد دقیقاً مفهوم امر محقق است و همان‌گونه که قبلاً ملاحظه شد معنی واژه «أمر» هم چیزی جز این نیست.

سکوت دسته دوم از فقها را نیز همان‌گونه که در نظریه اداره حقوقی قوه قضاییه آمده است، نمی‌توان حمل بر این معنا کرد که از نظر آنها اعمال مجازات حبس ابد برای امر غیر مکره درست نیست. خوشبختانه برخی از همین فقها - که از اعظام فقهای شیعه به‌شمار می‌آیند - این سکوت را در برخی آثار دیگرشان ندارند. اگر شیخ طوسی در مبسوط از «امر به قتل» صحبت نکرده، اما در نهاییه از آن صحبت کرده و مجازات حبس ابد را هم برای امر قائل شده و هیچ قید یا شرطی هم در این خصوص قائل نشده است [۲۲، صص ۲۸۵-۲۸۶]. اگر محقق حلی در شرایع از «امر به قتل» صحبت نکرده، اما سخن او در مختصرالنافع - که پیشتر بیان شد [۲۹، ص ۲۸۵] - هرگونه تردیدی را در این خصوص از بین می‌برد.

علاوه بر این، اغلب این فقهای بزرگوار هم هم‌چون فقهای دسته اول حدیث زراره را صحیح دانسته‌اند. حدیث زراره هم در این خصوص بدون هیچ ابهامی برای مطلق «امر» قائل به مجازات حبس ابد است. با این وصف، ذکر این نکته هم لازم است که استناد شعبه دوم دیوان عالی کشور به جواهرالکلام و تحریرالوسیله در این خصوص درست نیست، چون همان‌طور که اشاره شد، این دو کتاب اساساً متعرض مسأله امر بدون اکراه نشده‌اند تا بتوان از آن وجود قید

قاهریت آمر و مقهوریت مأمور را استنباط کرد. تمام مباحث این دو کتاب حول بحث اکراه بوده و بدیهی است در حالت اکراهی رابطه بین مکره و مکره رابطه قاهریت و مقهوریت است. اما بدون تردید این رابطه را نمی‌توان در مورد رابطه آمر و مأمور هم جاری دانست.

۷- نتیجه‌گیری

آمر یا «دستور دهنده» به قتل دیگری، فرد خطرناکی است که به درستی در همه سیستمهای حقوقی، واکنش کیفری اتخاذی علیه او سنگین است. خطر آمر برای نظم عمومی به حدی است که در برخی از سیستمهای حقوقی صرف امر یا تحریک به ارتکاب جرم، قابل مجازات به همان مجازات جرم مورد تحریک است؛ حتی اگر آن جرم واقع نشود. خوشبختانه در سیستم حقوق کیفری اسلام - که در آن جان انسانها اهمیت فراوانی دارد و کشتن یک انسان هم‌ردیف کشتن تمامی انسانها فرض شده است «من قتل نفساً بغير نفس أو فساد فی الارض فکانما قتل الناس جميعاً» (سوره مائده، آیه ۳۲) - نیز این حمایت کیفری وجود دارد و مجازات حبس ابد برای امر به قتل پیش‌بینی شده است. حقوق کیفری ایران هم با تمسک به مبانی فقهی، مطابق با ماده ۲۱۱ قانون مجازات اسلامی، صراحتاً در کنار «اکراه به قتل»، «دستور به قتل» دیگری را هم جرم و قابل مجازات حبس ابد می‌داند.

«دستور به قتل» در ماده ۲۱۱ قانون مجازات اسلامی، ترجمه همان «امر به قتل» در مبانی و منابع فقهی است. تحقق امر زمانی است که مباشر صرفاً به خاطر امر آمر مرتکب جرم قتل شود به نحوی که اگر امر آمر نبود، مباشر هیچ‌گاه مرتکب قتل نمی‌شد. با احراز این مطلب، موضوع آمریت به قتل محقق شده و حکم مجازات حبس ابد برای آمر قابل اعمال است. در این راستا هیچ شرط یا قید دیگری برای تحقق آمریت (از جمله شرط قاهریت آمر و مقهوریت مأمور) که شعبه دوم دیوان عالی کشور به آن اعتقاد دارد، لازم نیست و در مبانی و منابع فقهی هم به این مطلب اشاره‌ای نشده است. مبانی و منابع فقهی مطلق امر به قتل را قابل مجازات حبس ابد می‌داند. با اعتقاد به وجود رابطه قاهریت آمر و مقهوریت مأمور، اساساً از بحث امر خارج شده و وارد حیطة اکراه شده‌ایم؛ چون در اکراه، مکره قاهر و مکره مقهور اوست. به فرض درستی این عقیده (شعبه دوم دیوان عالی کشور) بحث فقهای عظام - که اغلب در کنار اکراه در قتل، از امر به قتل هم صحبت کرده‌اند - لغو و بیهوده خواهد بود. چون آنچه مطابق این عقیده از امر ترسیم می‌شود و حتی در نظریه شعبه دوم دیوان عالی کشور نیز به آن تصریح شده است، چیزی جز اکراه به قتل نیست.

درحالی که هم لغتاً و هم عرفاً در معنای امر شرط قاهریت آمر و مقهوریت مأمور نهفته نیست و اغلب فقهای عظام هم با توجه به این معنا و تفکیک دقیق، بین امر و اکراه متعرض هر دو مطلب شده؛ از این رو هم برای آمر و هم برای مکره قائل به مجازات حبس شده‌اند. با این اوصاف نادرستی نظر شعبه بیست و ششم دیوان عالی کشور - که صرفاً آمر مکره را به استناد ماده ۲۱۱ قانون مجازات اسلامی قابل مجازات حبس می‌داند - روشنتر از آن است که نیاز به برهان داشته باشد. چون صرف‌نظر از مبانی و منابع فقهی که خلاف این مطلب است، در خود ماده ۲۱۱ قانون مجازات اسلامی در کنار «اکراه به قتل» «دستور به قتل» دیگری هم جرم و قابل مجازات حبس ابد دانسته شده و این که جرم «دستور به قتل» را نادیده گرفته و صرفاً «اکراه به قتل» را قابل مجازات حبس ابد بدانیم، جز اجتهاد در مقابل نص چیز دیگری نیست.

۷- منابع

- [۱] بازگیر، یداله، *قانون مجازات اسلامی در آئینه آراء دیوان عالی کشور (قتل عمد)*، چ ۲، ج ۱، تهران، انتشارات بازگیر، ۱۳۸۲.
- [۲] جبر، خلیل، *فرهنگ لاروس*، ترجمه سیدحمید طبیبیان، چ ۳، ج ۱، تهران، انتشارات امیرکبیر، ۱۳۷۰.
- [۳] معلوف، لوئیس، *المنجد*، چ ۳۳، بیروت، دارالمشرق، ۱۹۹۲.
- [۴] عمید، حسن، *فرهنگ عمید*، چ ۷، ج ۱، تهران، انتشارات امیرکبیر، ۱۳۶۹.
- [۵] پادشاه (شاد)، محمد، *فرهنگ آندراج*، ج ۱، تهران، انتشارات کتابخانه خیام، ۱۳۳۵.
- [۶] معین، محمد، *فرهنگ معین*، چ ۸، ج ۱، تهران، انتشارات امیرکبیر، ۱۳۷۱.
- [۷] زاهدی، لطیف، *تحریک به ارتکاب جرم*، تهران، چاپخانه سپهر، ۱۳۵۱.
- [۸] عوده، عبدالقادر، *التشريع الجنائي الاسلامي مقارناً بالقانون الوضعي*، چ ۵، ج ۱، بیروت، ۱۹۶۸.
- [9] Ashworth, Andrew, *Principles of criminal Law*, Fourth Edition, New York, Oxford university press, 2003.
- [۱۰] بوشهری، جعفر، *حقوق جزا (اصول و مسائل)*، چ ۱، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۹.
- [11] Conte, Philippe et Du Chambon, Patrick Maistre, *Droit penal general*, Paris, Armand Colin, 1999.

[۱۲] نجيب حسنى، محمود، شرح قانون العقوبات اللبناني (القسم العام)، بيروت، دارالنهضة

العربية، ۱۴۰۴.

[13] Herring, Jonathan, *Criminal Law*, New York, Oxford university press, 2004.

[14] Pine, Janet and Gobert, James, *Criminal Law*, Fourth Edition, New York, Oxford university press, Fourth Edition, 2003.

[۱۵] شهرى، غلامرضا و ستوده جهرمى، سرورش، نظريات ادارة حقوقى قوة قضائيه در

زمينه مسائل كيفرى، ج ۲، تهران، انتشارات روزنامه رسمى كشور، ۱۳۷۵.

[۱۶] استقانى، گاستون، لواسور، ژرژ و بولوک، برنار، حقوق جزاى عمومى، ترجمه حسن

دادبان، ج ۱، ج ۲، تهران، انتشارات دانشگاه علامه طباطبايى، ۱۳۷۷.

[۱۷] كلاركسون، س. م. و.، تحليل مباني حقوق جزا، ترجمه حسين ميرمحمدصادقى، تهران،

جهاد دانشگاهى شهيد بهشتى، ۱۳۷۱.

[۱۸] كلينى رازى، محمد ابن يعقوب، الفروع من الكافى، ج ۷، تهران، دارالكتب الاسلاميه،

۱۳۶۷.

[۱۹] حر عاملى، محمدابن حسن، وسائل الشيعه، ج ۱۹، بيروت، داراحياء التراث العربى، بى تا.

[۲۰] جبعى عاملى، زين الدين، قصاص (ترجمه كتابى از مسالك الافهام)، ترجمه ابوالحسن

محمدى، ج ۲، تهران، مركز نشر دانشگاهى، ۱۳۷۳.

[۲۱] نجفى، محمدحسن، جواهرالكلام، ج ۳، ج ۴۲، تهران، دارالكتب الاسلاميه، ۱۳۶۷.

[۲۲] شيخ طوسى، محمدبن حسن، النهايه و نكتها، ج ۱، ج ۳، قم، مؤسسه نشر اسلامى،

۱۴۱۲.

[۲۳] حلى، ابى الصلاح، الكافى فى الفقه، اصفهان، منشورات مكتبه الامام اميرالمؤمنين، ۱۳۶۲.

[۲۴] ابن حمزه، محمدابن على، الوسيله، ج ۱، قم، مطبعه الخيام، ۱۴۰۸.

[۲۵] ابن براج، عبدالعزيز، جواهرالفقه، ج ۱، مؤسسه نشر اسلامى، قم، ۱۴۱۱.

[۲۶] ابن براج، عبدالعزيز، المهذب، ج ۱، ج ۲، قم، مؤسسه نشر اسلامى، ۱۴۰۶.

[۲۷] يحيى ابن سعيد، ابى زكريا، الجامع للشرايع، سلسله الينابيع الفقيهيه، ج ۱، ج ۲۵، بيروت،

دارالتراث، ۱۴۱۰.

[۲۸] ابن ادريس حلى، محمد، سرائر، ج ۲، ج ۳، قم، مؤسسه نشر اسلامى، ۱۴۱۱.

[۲۹] محقق حلى، ابوالقاسم، مختصرالنافع، ج ۴، مؤسسه البعثه، ۱۴۱۳.

[۳۰] طباطبايى، سيدعلى، رياض المسائل، ج ۱، ج ۱۰، بيروت، دارالهادى، ۱۴۱۲.

- [۳۱] خوئی، ابوالقاسم، مبانی تکمله المنهاج، ج ۲، نجف، مطبعه الآداب، ۱۹۷۶.
- [۳۲] خوانساری، حاج سید احمد، جامع المدارک، ج ۲، ۷، قم، چاپ اسماعیلیان، ۱۴۰۵.
- [۳۳] حسینی شیرازی، سیدمحمد، الفقه (کتاب القصاص)، ج ۲، ج ۸۹، بیروت، دارالعلوم، ۱۴۰۹.
- [۳۴] منتظری، حسینعلی، دراسات فی ولایه الفقیه و فقه الدوله الاسلامیه، ج ۱، ج ۲، قم، المرکز العالمی للدراسات الاسلامیه، ۱۴۰۸.
- [۳۵] گلپایگانی، سیدمحمد رضا، مجمع المسائل، ج ۲، ج ۳، قم، دارالقران الکریم، ۱۳۶۹.
- [۳۶] محقق حلّی، ابوالقاسم، شرایع الاسلام، ج ۴، بیروت، دارالاضواء، ۱۴۰۳.
- [۳۷] شیخ طوسی، محمدابن حسن، مبسوط، ج ۷، تهران مکتبه المرتضویه، بی تا.
- [۳۸] علامه حلّی، جمال الدین ابی منصور، قواعد الاحکام، ج ۲، قم، منشورات الرضی، بی تا.
- [۳۹] شهید اول، شمس الدین محمد، اللمعه دمشقیه، ج ۱، بیروت، دارالناصر، ۱۴۰۶.
- [۴۰] جبعی عاملی، زین الدین، الروضه البهیة فی شرح لمعه دمشقیه، ج ۳، ج ۲، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۳۶۷.
- [۴۱] خمینی، روح...، تحریر الوسیله، ج ۲، تهران، مکتبه العلمیه الاسلامیه، بی تا.
- [۴۲] مدنی کاشانی، آقارضا، کتاب القصاص، ج ۲، قم، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۳.