

بررسی فقهی - حقوقی جنایات ارتكابی توسط صغیر ممیز

با تأکید بر قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲

احمد حاجی ده‌آبادی *

چکیده

صغیر گاه خود مستقلاً مرتکب جنایت علیه دیگری می‌شود و گاه تحت تأثیر اکراه مرتکب جنایت می‌شود. قوانین جزایی قبلی، جنایت عمد و شبه عمد صغیر را به منزله‌ی خطای محض می‌دانست، اما قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، با حذف واژه‌ی «به منزله» جنایت صغیر را ظاهراً خود خطای محض می‌داند. از سوی دیگر قانون قبلی و فعلی مجازات اسلامی به تبع نظر بیشتر فقها در مورد صبی غیر ممیزی که اکراه بر قتل شده، به قصاص اکراه کننده قائل است. گرچه در مورد صبی ممیز، قتل را به اکراه کننده منتسب ندانسته، بلکه به صبی ممیز (اکراه شونده) منتسب دانسته و عاقله‌ی او را مسئول پرداخت دیه‌ی مقتول می‌داند. این اندیشه (تفکیک میان اکراه صبی ممیز و غیر ممیز) در اکراه بر سرقت حدی در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ هم به نوعی پذیرفته شده است. این مقاله با هدف نقد این دو نکته (خطای محض دانستن جنایت صغیر و تفکیک میان اکراه صغیر غیر ممیز و ممیز) به بررسی فقهی - حقوقی این مسئله می‌پردازد.

واژگان کلیدی

صبی ممیز، خطای محض، به منزله‌ی خطای محض، اقوی بودن سبب از مباشر، اکراه صبی ممیز بر قتل.

مقدمه

کودکی از عوامل رافع مسئولیت کیفری و یا به تعبیر قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ از موانع مسئولیت کیفری است (ماده ۱۴۶). این مطلب در روایات متعدد تأکید شده است که حد بر صبی جاری نمی‌شود تا زمانی که بالغ شود (صدوق، ۱۴۱۳: ج ۴، ص ۵۱).

کودکی، مجازات و عقوبت را بر می‌دارد و نه ضمان مالی و خسارات شرعی ناشی از جرم یا عمل ارتكابی صغیر را؛ در نتیجه اگر صغیر بر کسی جنایتی وارد کند- اعم از آنکه خود رأساً بدان دست زند یا آنکه رأساً اقدام نکرده، بلکه در اثر تحریک و تشویق یا اکراه دیگری چنین کند- خسارت قربانی (دیهی نفس و مادون نفس) باید جبران شود. در جایی که صغیر آلت دست دیگری باشد یا اینکه کسی صغیر غیر ممیزی را اکراه بر قتل یا جنایتی دیگر کند، فاعل معنوی و مکره به قصاص محکوم می‌شوند. این مباحث در کتب فقهی مطرح شده است و قوانین جزایی جمهوری اسلامی ایران به پیروی از فقه امامیه تنظیم و تدوین شده‌اند، اما در این موضوع سه مسئله تأمل برانگیز و قابل بررسی است که در ادامه‌ی مقاله توضیح داده خواهد شد. اول آنکه تا قبل از قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ قانون‌گذار در جایی که صبی عمداً مرتکب جنایتی می‌شد، جنایت عمد او را به منزله‌ی خطای محض می‌دانست، چنان‌که تبصره‌ی ۱ ماده‌ی ۲ قانون دیات ۱۳۶۱ و نیز تبصره‌ی ۱ ماده‌ی ۲۹۵ قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰ مقرر می‌داشتند: «جنایت‌های عمدی دیوانه و نابالغ به منزله‌ی خطای محض است» و نیز

تبصره‌ی ماده‌ی ۱۱ قانون دیات ۱۳۶۱ و تبصره‌ی ماده‌ی ۳۰۶ ق.م.ا. ۱۳۷۰ بار دیگر مقرر می‌داشتند: «جنایت عمد و شبه عمد نابالغ و دیوانه به منزله‌ی خطای محض بوده و بر عهده‌ی عاقله می‌باشد». البته قانون‌گذار در کتاب قصاص واژه‌ی «به منزله» را نیاورده بود، اما عمد را از جانب صبی محقق می‌دانست. چنان‌که بر اساس ماده‌ی ۱۷ قانون حدود و قصاص و مقررات آن مصوب ۱۳۶۱ و ماده‌ی ۲۲۱ ق.م.ا. ۱۳۷۰: «هرگاه دیوانه یا نابالغی عمداً کسی را بکشد خطا محسوب و قصاص نمی‌شود، بلکه باید عاقله‌ی آنها دیه‌ی قتل خطا را به ورثه‌ی مقتول بدهند.» اما قانون‌گذار در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، جنایت صبی را کلاً خطای محض می‌داند.

ظاهر بند (ب) ماده‌ی ۲۹۲ ق.م.ا. ۱۳۹۲ آن است که عمد از جانب صبی محقق نمی‌شود و جنایت صبی، خود خطای محض است، نه آنکه به منزله‌ی خطای محض باشد: «ماده‌ی ۲۹۲ - جنایت در موارد زیر خطای محض محسوب می‌شود. الف... ب- هرگاه توسط صبی یا دیوانه ارتکاب یابد.»

دوم، قوانین جزایی به تبع نظر بیشتر فقها در جایی که شخصی، بچه‌ای را اکراه بر قتل می‌کند با تفکیک میان صبی غیر ممیز و ممیز، اکراه کننده‌ی صبی غیر ممیز را به قصاص نفس محکوم کرده، اما مجازات اکراه کننده‌ی صبی ممیز را تنها حبس ابد دانسته، قتل را به صبی ممیز منتسب کرده و در نتیجه عاقله‌ی او را مسئول پرداخت دیه می‌داند.^۱

۱- ماده‌ی ۴ قانون حدود و قصاص و مقررات آن ۱۳۶۱؛ ماده‌ی ۲۱۱ قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰؛ ماده‌ی ۳۷۵ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲

سوم، برای اکراه صبی ممیز در غیر از جرم قتل در قوانین سال‌های ۱۳۶۱ و ۱۳۷۰، مقررهی صریحی وجود نداشت و باید به عموماًت مراجعه می‌شد، اما قانون‌گذار در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ در مورد اکراه صبی ممیز بر سرقت حدی، جرم سرقت حدی را به اکراه کننده منتسب نمی‌داند بلکه او را مشمول سرقت تعزیری می‌داند.^۱ به تعبیر دیگر اندیشه‌ی تفکیک میان صبی غیر ممیز و ممیز در قانون سال ۱۳۹۲ در سرقت حدی نیز به نوعی متجلی شده است.

این مقاله با هدف بررسی این سه مطلب نگاشته شده است؛ لذا ابتدا این مطلب بررسی می‌شود که آیا رویکرد قانون‌گذار قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ در خطای محض دانستن جنایات صغیر صحیح است یا رویکرد قوانین سابق که جنایت صغیر را به منزله‌ی خطای محض می‌دانست؛ سپس به موضوع تفکیک صبی ممیز و غیر ممیز از حیث حکم اکراه بر قتل پرداخته می‌شود و در نهایت حکم اکراه سرقت حدی از منظر قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ هنگامی که اکراه شونده صبی ممیز است، بررسی می‌شود و در نهایت پیشنهادهایی مطرح می‌شود. روشن است که بحث اول و سوم ناظر به قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ بوده، اما بحث دوم ناظر به قانون خاصی نیست بلکه بحثی کاملاً فقهی است.

۱- ماده‌ی ۲۷۲ به شرحی که گفته خواهد شد.

۱- خطای محض محسوب شدن جنایات صغیر

یکی از بدیهیات نظام حقوقی اسلام این است که کودکی و جنون از عوامل رافع مسئولیت کیفری است. فقها بلوغ و عقل را از جمله شرایط عامه تکلیف می‌دانند و در نتیجه کودکی را که مرتکب حد یا جنایت شده است، مستحق اجرای حد و یا قصاص نمی‌دانند. البته در بحث جنایات چون با مقتول و یا مجنی علیه مواجهیم، عدم مسئولیت کیفری صغیر مانع از آن نیست که دیه‌ی نفس و مادون نفس مجنی علیه پرداخت شود، به همین جهت در روایت معتبره اسحاق بن عمار آمده است: «ان علیا (علی علیه السلام) کان یقول عمد الصبیان خطا یحمل علی العاقله علی علیه السلام می فرمود: عمد کودکان خطاست و دیه‌ی آن بر عاقله حمل می‌شود» (حر عاملی، ۱۴۱۶: ج ۲۹، ص ۴۰۰). این حکم در مورد دیوانه هم در برخی روایات وارد شده است (همان)؛ لذا با جمع این دو، عبارت «عمد الصبی والمجنون خطا تحمله العاقله» در کتب فقهی دیده می‌شود. درباره‌ی این قاعده سه نکته گفته می‌شود:

نکته اول؛ در روایت صحیحه محمدبن مسلم از امام صادق (علیه السلام) نقل شده است: «عمدالصبی و خطاه واحد» (همان: ۴۰۰) و به همین جهت برخی فقها دایره‌ی قاعده را فراتر از باب جنایات می‌دانند. مرحوم شیخ انصاری می‌نویسد:

فقها گرچه این بحث را در باب جنایات آورده‌اند، اما صحیحه محمدبن مسلم و حتی دیگر روایات اشعاری در اختصاص به جنایات ندارد. به همین جهت شیخ طوسی در مبسوط و ابن ادریس در سرائر با استناد به این صحیحه می‌گویند: «اگر بچه‌ای که محرم است مرتکب یکی

از محرّمات احرّامی شود که تنها در صورت عمد کفاره دارد، کفاره واجب نمی‌شود نه بر صبی و نه بر ولی او زیرا عمد و خطای بچه یکی است». در نتیجه هر حکم شرعی مربوط به افعالی که تنها در صورت قاصدانه بودن آن فعل مترتب می‌شود، به گونه‌ای که اگر بدون قصد آن فعل رخ دهد، اثری ندارد، اگر این فعل با قصد از بچه صادر شود به منزله‌ی فعلی است که از غیر بچه صادر شده، اما بدون قصد؛ در نتیجه عقد و ایقاع بچه همراه با قصد شبیه عقد و ایقاع هازل (شوخی کننده) و غالط (اشتباه کننده) و خاطی (خطا کننده) می‌باشد (انصاری، ۱۴۱۵: ج ۳، صص ۲۸۱-۲۸۲)».

در این باره باید گفت: اولاً، ظاهر «عبارت عمد الصبی خطا» آن است که عمد از صبی سر می‌زند، اما عمد او خطا به شمار رفته و عاقله‌ی او عهده‌دار پرداخت دیه هستند. گرچه عمد از صبی غیرمميز محقق نمی‌شود، اما از صبی مميز محقق می‌شود. در نظر بگیریید پسری ۱۴ سال و ۱۱ ماه و ۲۸ روز دارد و دو روز دیگر پانزده ساله و بالغ می‌شود و در حال حاضر دیگر علایم بلوغ (رشد موی شرمگاه و احتلام) را ندارد. مردی به خواهرش متلک می‌گوید و متعرض او می‌شود. صبی مميز هم عصبانی شده او را می‌کشد. روشن است که قتل صورت گرفته عمد است، زیرا ضابطه‌ی عمد که عبارت از قصد فعل به علاوه قصد قتل باشد، در اینجا موجود است و در این دو روز باقی مانده هیچ فعل و انفعال ذهنی قرار نیست در او رخ دهد تا بگوئیم عمد او در دو روز دیگر و پس از بلوغ با وضعیت فعلی او خیلی متفاوت خواهد بود.

بنابراین شکی نیست که عمد از صبی محقق می‌شود. به همین جهت می‌توان بچه‌ی ممیز را وکیل در بیع و شراء کرد و به او وکالت داد تا از مغازه‌ای نمک و... بخرد. اگر عمد از بچه محقق نمی‌شود و بچه‌ی ممیز فاقد قصد می‌بود، نه عبادات صبی مشروعیت داشت و نه می‌توان بچه را در چنین اموری وکیل کرد. به همین خاطر است که تعزیر بچه‌ی ممیز در صورت ارتكاب جرایمی نظیر اعمال منافی عفت و... امکان پذیر است.

ثانیاً، در نقد نظر شیخ انصاری می‌توان گفت، دایره‌ی قاعده‌ی فوق، تنها در محدوده‌ی جنایات یعنی جرایم علیه تمامیت جسمانی اشخاص است و در این محدوده است که عمد صبی، خطا به شمار می‌رود. در نتیجه اگر بچه‌ی ممیزی مرتکب اعمال منافی عفت و... شود تعزیر می‌شود و نمی‌توان کار او را خطا شمرد. ماده‌ی ۱۱۲ ق.م.ا. ۱۳۷۰ مقرر می‌داشت: «هرگاه نابالغی نابالغی دیگر را وطی کند تا ۷۴ ضربه شلاق تعزیر می‌شوند مگر آنکه یکی از آنها اکراه شده باشد.»

به هر حال ذیل قاعده که می‌گوید «تحمله العاقله» دلیل این معناست که محدوده‌ی این قاعده تنها جنایات است و نه کلیه‌ی جرایم. یعنی نمی‌توان گفت همه‌ی جرایم صغار اعم از زنا و لواط و سرقت و... خطا به شمار می‌رود. جالب است بدانیم روایات متعددی در مورد سرقت حدی صغیر، به اجرای حد در بار پنجم دلالت دارند (حرعاملی، ۱۴۱۶: ج ۲۸، صص ۲۹۸ و ۲۹۹). این روایات مبنای عمل برخی فقها همچون شیخ طوسی قرار گرفته است (طوسی، ۱۴۰۰: ۷۱۶).

ثالثاً، قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰ در تبصره‌ی ۱ ماده‌ی ۲۹۵ عین قاعده‌ی فقهی فوق را انعکاس داده بود: «تبصره ۱- جنایت‌های عمدی و شبه عمدی دیوانه و نابالغ به منزله‌ی خطای محض است». پیش از آن در ماده‌ی ۲۲۱ هم مقرر می‌داشت: «ماده ۲۲۱- هرگاه دیوانه یا نابالغی عمداً کسی را بکشد خطا محسوب و قصاص نمی‌شود بلکه باید عاقله آنها دیه قتل خطا را به ورثه مقتول بدهند.»

ظاهر قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ آنست که با حذف واژه‌ی «به منزله»، حقیقتاً جنایت صغیر را خطای محض می‌داند: «ماده ۲۹۲- جنایت در موارد زیر خطای محض محسوب می‌شود:

الف- در حال خواب و بیهوشی و مانند آنها واقع شود.

ب- به وسیله صغیر و مجنون ارتکاب یابد.

پ - ...»

تفاوت «خطای محض» با «به منزله‌ی محض»:

ممکن است گفته شود، خطای محض دانستن جنایت صغیر با به منزله‌ی خطای محض دانستن آن چه تفاوتی می‌کند در حالی که در هر دو قصاص منتفی و دیه برعهده‌ی عاقله است؟

پاسخ این است که تفاوت این دو تعبیر، حداقل در دو مورد ظاهر می‌شود:

۱-۱- تعزیر صبی ممیز

در فرضی که بچه‌ی ممیزی به ناحق مرتکب قتل عمد دیگری شده است، گرچه قصاص منتفی است و دیه بر عهده‌ی عاقله‌ی اوست، اما این امر مانع

تعزیر مرتکب نیست. مطابق قانون مجازات ۱۳۷۰ ممکن بود چنین بچه‌ای را تعزیر کرد، زیرا تبصره‌ی ۱ ماده‌ی ۲۹۵ جنایت عمدی را و ماده‌ی ۲۲۱ قتل عمد را از او محقق می‌دانستند گرچه این عمد به منزله‌ی خطای محض بود، اما این «به منزله‌ی دانستن» تنها در این حد است که قصاص منتفی است و دیه بر عهده‌ی عاقله است. آن‌گاه محتمل بود بتوان از ماده‌ی ۶۱۲ ق.م.ا. ۱۳۷۵ - که کماکان معتبر است - بهره برد که مقرر می‌دارد:

ماده ۶۱۲ - هرکس مرتکب قتل عمد شود و شاکی نداشته یا شاکی داشته ولی از قصاص گذشت کرده باشد و یا به هر علت قصاص نشود، در صورتی که اقدام وی موجب اخلال در نظم و صیانت و امنیت جامعه یا بیم تجری مرتکب یا دیگران گردد، دادگاه مرتکب را به حبس از سه تا ده سال محکوم می‌نماید.

تبصره - در این مورد معاونت در قتل عمد موجب حبس از یک تا پنج سال خواهد بود.

شاهد عبارت «مرتکب قتل عمد شود...و... به هر علت قصاص نشود» است. البته، صحیح آن است که گفته شود ماده‌ی ۶۱۲ با توجه به مجازات حبس سه تا ده سال مربوط به جرایم بزرگسالان است و در نتیجه امکان مجازات چنین صغیری وجود ندارد، اما در حال حاضر به هیچ وجه نمی‌توان بر اساس قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ هیچ نوع مجازات تعزیری و اقدام تأمینی و تربیتی برای چنین صغیری در نظر گرفت، زیرا اولاً ماده‌ی ۲۹۲ جنایت او را خطای محض محسوب کرده و شامل مواردی است که تعزیر ایشان عقلاً منطقی نیست، همچون فرد خواب و بیهوش و... . قانون ۱۳۹۲،

تنها تعزیری که برای جنایات در نظر گرفته، ماده‌ی ۴۴۷ است که برای قتل عمد به ماده‌ی ۶۱۲ ق.م.ا. ۱۳۷۰ و برای سایر جنایات عمدی به ماده‌ی ۶۱۴ همان قانون ارجاع داده است. طبعاً وقتی جنایت صغیر، خطا باشد، مشمول دو ماده‌ی فوق نمی‌شود.

ثانیاً، در فصل دهم بخش دوم کتاب اول قانون مجازات اسلامی که مشتمل بر مواد ۸۸ تا ۹۵ و با عنوان «مجازات‌ها و اقدامات تأمینی و تربیتی اطفال و نوجوانان» بوده هیچ مقرره‌ای درباره‌ی اینکه بتوان صغیری که مرتکب جنایت (آن هم در حد قتل) شده را مجازات کرده و اقدام تأمینی و تربیتی در حق او اعمال کرد، وجود ندارد. مواد ۸۸ و ۸۹ در مورد جرایم تعزیری است. ماده‌ی ۹۱ درباره‌ی لزوم رشد در افراد بالغ کمتر از هیجده سال است. سایر مواد هم هیچ اشاره‌ای به چنین مطلبی نکرده و طبعاً مطابق اصل قانونی بودن نمی‌توان چنین صبی ممیزی را حتی تعزیری سبک نمود. آیا چنین نتیجه‌ای قابل التزام است؟

۱-۲- تعزیر معاون جنایات عمد صغیر

تفاوت دیگر «به منزله‌ی خطای محض» دانستن و یا خود خطای محض بودن در معاون جرم روشن می‌شود. فرض کنید بچه‌ی ممیزی به مردی مراجعه می‌کند و می‌گوید کسی به خواهر و یا مادرم فحش داده و... او هم بچه را تحریک به قتل آن مرد می‌کند و بچه‌ی ممیز هم مزاحم را می‌کشد. سؤال این است مردی که او را تحریک کرده چه مجازاتی دارد؟ مطابق قانون سابق چون فعل مرتکب قتل عمد بوده ولی به منزله‌ی خطای محض به

شمار می‌رفت این امکان وجود داشت که معاون را بر اساس تبصره ماده‌ی ۶۱۲ مجازات کرد، اما بر اساس قانون فعلی چنین امکانی وجود ندارد، زیرا قانون‌گذار جنایت مرتکب را خطای محض می‌داند. از آنجا که معاونت تنها در جرایم عمدی رُخ می‌دهد و در جرایم غیر عمدی معاونت وجود ندارد؛ لذا در این فرض نیز معاونت معنا ندارد.

ممکن است گفته شود قانون‌گذار در ماده‌ی ۱۲۸ معاونت در جرایم صغار را پذیرفته است. مطابق این ماده: «هرکس از فرد نابالغ به عنوان وسیله ارتکاب جرم مستند به خود استفاده نماید به حداکثر مجازات قانونی همان جرم محکوم می‌گردد. همچنین هرکس در رفتار مجرمانه فرد نابالغی معاونت کند به حداکثر مجازات معاونت در آن جرم محکوم می‌شود.»

در نتیجه می‌توان معاون در قتل عمد و سایر جنایات عمدی صغیر را مجازات کرد، اما باید دانست این استدلال ضعیف است، زیرا ذیل ماده‌ی ۱۲۸ تنها امکان معاونت در جرایم صغار را پذیرفته است بدون اینکه بیان کند معاونت در چه جرایمی رخ می‌دهد و شرایط معاونت چیست. در نتیجه، باید به سایر مواد از جمله ماده‌ی ۱۲۶ مراجعه کرد. مطابق ماده‌ی ۱۲۶ معاونت در جرایم غیرعمدی محقق نمی‌شود، زیرا تبصره‌ی ماده‌ی فوق مقرر می‌دارد: «برای تحقق معاونت در جرم، وحدت قصد و... شرط است». به تعبیر دیگر ماده‌ی ۱۲۶، معاونت را تنها در جرایم عمدی محقق می‌داند و بند پ ماده‌ی ۲۹۲ جنایات صغیر را خطای محض می‌داند. جمع بین این دو ماده نتیجه‌ای جز این ندارد که نمی‌توان معاون جنایات عمدی صغیر را مجازات کرد. به

اگر کسی قائل باشد که در امور کیفری می‌توان به فقه مراجعه کرد، چنین معاونی را به علت ارتکاب فعل حرام و بر اساس قاعده‌ی «التعزیر لکل حرام» می‌توان مجازات کرد.

۱-۳- تأملی در واژه‌ی «محسوب»

ممکن است گفته شود جنایات عمدی صغیر، حقیقتاً خطای محض محسوب نمی‌شود، بلکه همانند قانون سابق به منزله‌ی خطای اوست، زیرا قانون‌گذار در ماده‌ی ۲۹۲ (و نیز در ماده‌ی ۲۹۰ و ۲۹۱) عبارت «محسوب می‌شود» را به کار برده و مقرر می‌دارد: «جنایت در موارد زیر خطای محض محسوب می‌شود». این واژه مفهومی این معناست که امری در حقیقت خطای محض نبوده، ولی خطای محض به شمار رفته است، پس تفاوتی میان قانون قدیم و جدید نیست.

این استدلال به هیچ وجه صحیح نیست، زیرا اولاً، اینکه عبارت «محسوب می‌شود» گاه بدین معنا می‌باشد صحیح است (از جمله در ماده‌ی ۲۲۱ ق.م.ا. ۱۳۷۰ که پیشتر گذشت)، اما در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ این واژه به هیچ وجه بار این معنا را ندارد که امری در واقع خطای محض نیست و قانون آن را خطای محض محسوب کرده است؛ برای مثال قانون‌گذار در ماده‌ی ۱۲۶ مقرر می‌دارد: «اشخاص زیر معاون جرم محسوب می‌شوند...» در حالی که مواردی که قانون آورده، در حقیقت معاون جرم‌اند نه اینکه معاون نبوده و معاون به شمار رفته‌اند. همچنین ماده‌ی ۲۹۰ مقرر می‌دارد: «جنایت در موارد زیر عمدی محسوب می‌شود...» در حالی

که این موارد همگی در حقیقت عمدی هستند؛ لذا قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰ درباره‌ی این موارد در ماده‌ی ۲۰۶ مقرر می‌داشت: «قتل در موارد زیر قتل عمدی است....». به هر حال عبارت «محسوب می‌شود» بار چنین معنایی را ندارد.

ثانیاً، اینکه در قانون قدیم عبارت «به منزله» بود که در قانون جدید حذف شده، این حذف نشانگر آن است که قانون‌گذار در صدد بیان نکته‌ی جدیدی است و آن اینکه این موارد را در واقع خطای محض به شمار آورده است.

ثالثاً، ماده‌ی ۲۹۲ بر دو بخش است؛ یک قسمت آن بند پ است که در حقیقت خطای محض است و یک قسم بندهای الف و ب است که در قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰ آن را به منزله‌ی خطای محض می‌دانست. اگر کل ماده مواردی بود که قانون سابق آن را به منزله‌ی خطای محض می‌دانست، جا داشت که گفته شود عبارت «محسوب می‌شود» در قانون جدید به معنای آن است که جنایتی، خطای محض نیست، ولی خطای محض به شمار می‌رود.

رابعاً، ماده‌ی ۲۹۲ هم در مورد جنایات صغیر و مجنون است و هم در مورد جنایت در حال خواب و بیهوشی و مانند آن. برای هر دو مورد قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰ واژه‌ی «به منزله» را به کار برده بود. تبصره‌ی ۱ ماده‌ی ۲۹۵ آن در مورد عمد و شبه عمد نابالغ و دیوانه است، اما ماده‌ی ۳۲۳ آن قانون مقرر می‌داشت: «هرگاه کسی در حال خواب بر اثر حرکت و غلطیدن موجب تلف یا نقص عضو دیگری شود جنایت او به منزله‌ی خطای محض بوده و عاقله او عهده دار خواهد بود».

اینکه این ماده واژه‌ی «به منزله» را به کار برده بدان علت بود که خطای محض در جایی است که فعلی که مقدمه‌ی جنایت است ارادی باشد. چنان‌که بند پ ماده ۲۹۲ ق.ا.م.ا. ۱۳۹۲ و بند الف ماده ۱۳۷۰ مثال «مانند آنکه تیری را به قصد شکاری رها کند و به شخصی برخورد نماید» را به کار برده بود. در روایات هم چنین آمده است که خطای محض آن است که «ترید الشی فتصیب غیره» (حر عاملی، ۱۴۱۶: ج ۲۹، صص ۴۱-۳۵)؛ لذا قانون‌گذار قتل در حال خواب را خطای محض حقیقی نمی‌داند بلکه آن را به منزله‌ی خطای محض می‌داند.

در اینجا نظر مخالفی وجود دارد. صاحب جواهر معتقد است قتل در حال خواب و بیهوشی در حقیقت خطای محض است. او با استناد به اولویت می‌گوید: «وقتی فعلی ارادی از شخص سرزند، مثلاً به طرف شکاری تیراندازی کند و به انسانی برخورد نماید، خطای محض باشد به طریق اولی مواردی که فعلی ارادی از شخص سر زده است، خطای محض می‌باشد» (نجفی، ۱۳۶۷: ج ۴۳، صص ۵۱ و ۵۲). برخی از معاصرین نیز این عقیده را پذیرفته‌اند (مدنی کاشانی، ۱۴۰۸: ۱۰).

مقصود از نقل چنین مباحثی این است که نویسنده احتمال بسیار زیاد می‌دهد که قانون‌گذار ۱۳۹۲ تحت تأثیر اندیشه صاحب جواهر قتل در حال خواب و بیهوشی را خطای محض حقیقی دانسته است. با حذف واژه‌ی «به منزله» و «در حکم» از قانون سابق و سبک نگارش ماده‌ی ۲۹۲ این معنا تقویت می‌شود که قانون‌گذار موارد ماده‌ی ۲۹۲ را حقیقتاً خطای محض می‌داند. در نتیجه اشکالات سابق بازمی‌گردد.

ممکن است گفته شود عبارت «محسوب می‌شود» در ماده‌ی ۲۹۲ معنای عامی دارد که هم شامل مواردی که خطای محض حقیقی هستند، می‌شود و هم شامل مواردی که خطای محض حقیقی نیستند، ولی خطای محض به شما رفته‌اند:

قانون‌گذار در صدر ماده از عبارت «محسوب می‌شود» استفاده کرده است تا بتواند همه‌ی مواردی که حکم خطای محض دارند (اعم از اینکه ماهیت و حقیقت آن خطای محض باشد یا نباشد) را در یک ماده جای دهد (مزروعی، ۱۳۹۴: ۲۰۷)

در پاسخ گفته می‌شود، نتیجه‌ی چنین سخنی آن است که ماده‌ی ۲۹۲ مجمل است، یعنی به هر حال جنایات صغیر چیست؟ عمد است ولی خطای محض محسوب می‌شود یا حقیقتاً خطای محض است؟ معاون در قتل صغیر بر اساس چه ماده‌ای و چگونه مجازات می‌شود؟

لازم به ذکر است قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰ در دو ماده بر این مطلب تأکید می‌کرد که جنایات صغیر خطای محض بوده و بر عهده‌ی عاقله‌ی اوست. جدای از ماده ۲۲۱ که پیشتر گذشت، تبصره‌ی ماده‌ی ۳۰۶ هم مقرر می‌داشت: «جنایت عمد و شبه عمد نابالغ و دیوانه به منزله‌ی خطای محض و بر عهده‌ی عاقله می‌باشد.» در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ مقررهی صحیحی در این باره وجود ندارد، گرچه شاید بتوان از ماده‌ی ۴۶۷ به نوعی ضمان عاقله صبی را استفاده کرد.

ماده ۴۶۷- عاقله، مکلف به پرداخت جنایت‌های کمتر از موضعه نیست، هر چند مرتکب، نابالغ یا مجنون باشد.

به هر حال ضروری است قانون‌گذار در این باره، قانون مناسب وضع کند.

۲- اکراه در قتل

قانون‌گذار در ماده‌ی ۳۷۵ ق.م.ا. ۱۳۹۲ به تبع مشهور فقها مقرر می‌دارد که اگر کسی صغیر غیرممیز را بر قتل اکراه کند، مکره قصاص می‌شود ولی اگر صغیر، ممیز باشد، عاقله‌ی او باید دیه را بدهند و مکره حبس ابد می‌شود:

ماده ۳۷۵. اکراه در قتل، مجوز قتل نیست و مرتکب قصاص می‌شود و اکراه کننده به حبس ابد محکوم می‌گردد.

تبصره ۱. اگر اکراه شونده طفل غیرممیز یا مجنون باشد فقط اکراه کننده محکوم به قصاص است.

تبصره ۲. اگر اکراه شونده، طفل ممیز باشد، عاقله‌ی او دیه‌ی مقتول را می‌پردازد و اکراه کننده به حبس ابد محکوم می‌شود.

از مطالعه‌ی ماده‌ی فوق به دست می‌آید که قانون‌گذار گرچه اقوی بودن مکره نسبت به مکره را به عنوان اصل و قاعده‌ی کلی پذیرفته است و به همین جهت در ماده‌ی ۱۵۱ مقرر می‌دارد: «...در جرایم موجب تعزیر اکراه کننده به مجازات فاعل جرم محکوم می‌شود» و باز به همین جهت در ماده‌ی ۳۷۷ تصریح می‌کند: «اکراه در جنایت بر عضو موجب قصاص اکراه کننده است»، اما در مورد اکراه بر قتل، اقوی بودن سبب (مکره) نسبت به مباشر را نپذیرفته است جز در مورد صغیر غیر ممیز و یا مجنون. حتی اگر مکره، طفل ممیز باشد باز از منظر قانون‌گذار، مکره اقوای از مکره نیست و به همین جهت جنایت به مکره منتسب نبوده بلکه به مکره منتسب است و عاقله‌ی

او باید دیه را بدهند گرچه مکره مجازات حبس ابد را خواهد داشت. این اندیشه به نوعی در ماده‌ی ۵۲۶ تکرار شده است:

ماده ۵۲۶ - هرگاه دو یا چند عامل، برخی به مباشرت و بعضی به تسبیب در وقوع جنایتی، تأثیر داشته باشند، عاملی که جنایت مستند به اوست ضامن است و چنانچه جنایت مستند به تمام عوامل باشد به‌طور مساوی ضامن می‌باشند مگر تأثیر رفتار مرتکبان متفاوت باشد که در این صورت هر یک به میزان تأثیر رفتارشان مسئول هستند. در صورتی که مباشر در جنایت بی‌اختیار، جاهل، صغیر غیرممیز یا مجنون و مانند آنها باشد فقط سبب، ضامن است.

به نظر می‌رسد تفصیل میان صبی ممیز و غیر ممیز صحیح نبوده و در هر دو صورت باید جنایت را منتسب به مکره دانست. بدین منظور ابتدا به اقوال و مستند نظر فوق اشاره شده و آن اقوال نقد و بررسی می‌شوند.

۲-۱- اقوال

بیشتر فقهای گذشته و حال با تفکیک میان صبی ممیز و غیر ممیز، در مورد صبی ممیز به پرداخت دیه توسط عاقله‌ی او قائل‌اند؛ از جمله محقق حلی (حلی، ۱۴۰۸: ج ۴: ص ۱۸۴)؛ شهید ثانی (عاملی، ۱۴۱۰: ج ۱۰، ص ۲۸)، صاحب ریاض (طباطبایی، ۱۴۱۸: ج ۱۶، ص ۱۸۹)، اما برخی از مراجع معاصر، میان صبی ممیز و غیر ممیز تفکیک نکرده‌اند؛ برای مثال صاحب جواهر با تفکیک میان امر و اکراه، در اینکه مکره سبب اقوی از صبی ممیز مکره نباشد، مناقشه می‌کند ولی به صراحت به اقوی بودن قائل نیست. گرچه نظر مشهور را در جایی که کسی بچه‌ای را امر به قتل می‌کند بدون اینکه او را اکراه کرده باشد، می‌پذیرد:

الا انه قد يناقش بان الظاهر تحقق الاكراه بالنسبه اليه فانه لايقاد منه اذا قتل و اذا تحقق فالسبب اقوى فينبغي القود نعم اذا لم يتحقق الا الامر اتجه ما ذكر فتامل جيدا (نجفی، ۱۳۶۷: ج ۴۲، ص ۵۱).

حضرت امام (عجل الله فرجه) در تحریر الوسیله گرچه قصاص مکره را در حد احتمال بیان می کنند، اما در نهایت احتیاط را در عدم قصاص مکره و وجود حکم حبس ابد برای او می داند (موسوی خمینی: ج ۲، ص ۵۱۴). اما مرحوم آیت الله بهجت در این مورد، احتیاط را در مصالحه‌ی مکره و عاقله‌ی صبی می داند.^۱ گویا در نظر ایشان بداهت و حتمیت اینکه قتل منتسب به مکره نیست ثابت نیست، اما آیت الله مکارم به صراحت اقوی بودن مکره نسبت به صبی ممیز را می پذیرد. ایشان در پاسخ به این سؤال که:

الف - در خصوص حکم مکره (وادار کننده) بر جنایت در موارد زیر بفرمایید:

- در صورتی که مکره (وادار شده) طفل غیر ممیز باشد.

- مکره (وادار شده) طفل ممیز باشد لکن درجه‌ی اکراه عموماً و یا نسبت به این کودک بسیار شدید بوده است، به گونه‌ای که عرفاً جنایت مستند به مکره (وادار کننده) است.

- مکره (وادار شده) طفل ممیز می باشد، لکن میزان اکراه مشخص نمی باشد.

۱- ایشان در پاسخ به استفتایی در این باره می گویند: «اگر مباشرت ممیز کالعدم باشد مکره قصاص می شود و احتیاطاً مصالحه با عاقله و مکره شود» (گنجینه استفتائات قضایی، سوال ۶۷۳۷). ظاهراً عبارت فوق افتادگی دارد و کلمه «در غیر این صورت» و مانند آن قبل از واژه احتیاطاً آورده نشده، گرچه مقصود بوده است.

ب. ملاک برای قصاص مکره (وادر کننده) طفل چیست؟ (این که عرف جنایت را مستند به وی بدانند یا چیز دیگری است).

چنین پاسخ داده‌اند:

الف - در هر سه صورت جنایت به اکراه کننده اسناد داده می‌شود.

ب - ملاک همان اسناد عرفی است. (گنجینه استفتائات قضایی، کد ۶۷۳۷).

حتی ایشان در فرضی که کسی کودکی را امر کند و نه اکراه، باز به

قصاص امر معتقدند و چنین پاسخ داده‌اند:

هرگاه کسی کودکی را امر به قتل کند و تهدید و اکراه نباشد و کودک مرتکب قتل گردد آیا امر حبس ابد می‌شود و دیه بر عاقله است یا امر

قصاص می‌شود یا بین کودک ممیز و غیر ممیز فرق است؟

امر قصاص می‌شود و بین ممیز و غیر ممیز تفاوتی نیست مگر در مواردی که کودک مراهق باشد و بسیار هوشیار به طوری که عرف عمل

را به مباشر نسبت دهد نه سبب (همان، کد ۵۸۲).

مرحوم نجفی کاشف‌الغطا نیز فرقی میان این دو ننهاده است: «لو اکراه علی

القتل فقتل اقتص منه اذا كان بالغاً عاقلاً و الا فمن المکره و کذا لو امره بالقتل

فالقصاص علی المباشر...» (نجفی کاشف‌الغطاء، ۱۴۲۳: ج ۳، ص ۷۲).

۲-۲- ادله

در اینجا آیه و روایتی که به صراحت بیان دارد که اگر کسی صبی ممیز را اکراه بر قتل کند، عاقله او باید دیه را بدهند و مکره قصاص نمی‌شود، وجود ندارد. آنچه فقها آورده‌اند این است که چون صبی ممیز از خود اراده و اختیار دارد و با این اراده و اختیار مرتکب قتل دیگری می‌شود، جنایت به

او منتسب است نه به اکراه کننده؛ برای مثال شهید ثانی در مسالک می نویسد: «اگر مکره بچه‌ی غیر ممیز یا مجنون باشد، آمر قصاص می‌شود، زیرا این دو مانند وسیله‌اند... و اگر بچه ممیز و حرّ باشد، قصاص نیست زیرا عمد بچه در حالی که مختار باشد خطا به شمار می‌رود چه رسد به جایی که مکره باشد و دیه بر عاقله‌ی مباشر لازم است» (عاملی، ۱۴۱۳، ج ۱۵، ص ۸۶).

سیدعلی طباطبایی هم معتقد است: «اگر صبی ممیز را اکراه بر قتل کند، مکره قصاص نمی‌شود، زیرا مباشرت در قتل ننموده است چرا که صبی به واسطه ممیز بودن از وسیله بودن برای مکره خارج شده است» (طباطبایی، ۱۴۱۸: ج ۱۶، ص ۱۸۹).

۲-۳- ارزیابی نظر مشهور

اینکه در اکراه صبی ممیز بر قتل، قتل به صبی منتسب است و نه به اکراه کننده و به همین جهت اکراه کننده قصاص نمی‌شود و عاقله‌ی بچه باید دیه‌ی مقتول را بدهند از جهاتی انتقادپذیر و تأمل‌برانگیز است:

اول، نقض به اکراه بر جنایت مادون نفس: بیشتر فقها اکراه بر جنایت مادون نفس را محقق می‌دانند، بدین معنا که اگر به کسی بگوید دست فلانی را قطع کن و الاً تو را می‌کشم، قطع دست ثالث برای او جایز است و اکراه کننده به قصاص دست محکوم می‌شود. گرچه برخی اکراه را در اینجا نیز همانند اکراه بر قتل محقق نمی‌دانند (نوری همدانی، ۱۳۷۷: ج ۱، ص ۲۷۱).

حال سؤال این است که چرا در اینجا که مکره برای فرار از کشته شدن، دست ثالث را با اراده قطع می‌کند، جنایت را به خود او منتسب نمی‌دانند؟

به بیان دیگر، اگر صغیر ممیز اکراه شده بر قتل اراده دارد و به همین جهت جنایت منتسب به اوست، در موردی که بالغ عاقلی اکراه بر جنایت مادون نفس شده نیز باید بگویند جنایت منتسب به مکره است، در حالی که اکثر قریب به اجماع فقها جنایت را به مکره منتسب و او را محکوم به قصاص عضو می‌دانند. ماده‌ی ۳۷۷ ق.م.ا. هم مطابق همین نظر تنظیم شده است.

بر مبنای نظر مرحوم آیت‌الله خوئی، این اشکال وارد نیست. ایشان در مورد اکراه بر جنایت بر مادون نفس معتقد است، جنایت به اکراه شده منتسب است. النهایه چون او کار حرامی انجام نداده و برای او جایز بوده که برای حفظ نفس، دست ثالث را قطع کند، قصاص نمی‌شود و باید دیه بدهد و اکراه کننده تعزیر می‌شود (خوئی، ۱۴۲۲: ج ۲، صص: ۲۰ و ۲۱).

دوم، امکان سوء استفاده: اقوی ندانستن اکراه کننده نسبت به بچگی ممیزی که بر قتل اکراه شده، باعث سوء استفاده می‌شود، زیرا شخصی که می‌خواهد دیگری را بکشد به علت ترس از دستگیری و قصاص، صغیر ممیزی را اکراه بر قتل فرد مورد نظر می‌کند و در نتیجه نه او قصاص می‌شود و نه ممیز.

این اشکال بر مبنای نظر مرحوم آیت‌الله خوئی هم وارد است، زیرا ایشان در اینجا همانند دیگر فقها، جنایت را به اکراه کننده منتسب نمی‌دانند و عاقله‌ی صبی ممیز را مسئول پرداخت دیه می‌دانند (خوئی، ۱۴۲۲: ج ۲، صص ۱۴ و ۱۵). این اشکال در موارد دیگری هم بر نظر ایشان وارد است؛ از جمله در همان بحث قبلی (اکراه بر جنایت بر مادون نفس) و اکراه بر قتل

دیگری، زیرا در هر دو مبحث، مرحوم آیت‌الله خویی جنایت را منتسب به اکراه شونده می‌داند و قائل به سقوط قصاص و ثبوت دیه بر مباشر است (همان: صص ۱۴، ۲۰ و ۲۱). این نظر در عمل می‌تواند باعث سوء استفاده شود، زیرا فردی که می‌خواهد دیگری را بکشد یا عضوی از او را قطع کند به علت ترس از دستگیری و قصاص، شخص ثالثی را اکراه بر این عمل می‌کند و او هم آن را انجام می‌دهد و نه مکره و نه مکره هیچ کدام قصاص نمی‌شوند. سوم، نبود تفصیل در مورد مجنون: آنچه در ماده‌ی ۳۷۷ و به تبع نظر بیشتر فقها آمده، این است که قانون‌گذار در اکراه صبی غیر ممیز و دیوانه، جنایت را مستند به اکراه کننده می‌داند، اما در مورد صبی ممیز چنین عقیده‌ای ندارد. ممکن است اشکال شود که چرا در مورد صبی، میان ممیز و غیر ممیز تفاوت نهاده شده، اما در مورد دیوانه چنین تفکیکی نهاده نشده و به طور مطلق، جنایت را مستند به او ندانسته و به اکراه کننده منتسب می‌داند؟ به تعبیر دیگر دیوانه همانند بچه دو قسم است برخی از ایشان هیچ‌گونه اراده و قدرت تمیزی و... ندارند، اما برخی دیگر از ایشان چنین نبوده، قدرت تمیز خوب و بد را دارند و به همین جهت است که اولاً ظاهر قاعده‌ی فقهی متخذ از روایات که مقرر می‌دارد: «عمد الصبی والمجنون خطأ تحمله العاقله» (حر عاملی، ۱۴۱۶: ج ۲۹)، آن است که عمد از برخی مجانین هم سر می‌زند همانند عمد از بچه؛ ثانیاً گرچه بر دیوانه حد جاری نمی‌شود اما در صورت ارتکاب جرم برخی از ایشان تعزیر می‌شوند. وجود تعزیر برای برخی دیوانگان نشان وجود اراده در اوست.

چهارم، رجوع نکردن عاقله‌ی صبی ممیز به اکراه کننده: به فرض که جنایت به علت مباشرت به بیجه منتسب است و بیجه چون مباشر اتلاف بوده، عاقله‌ی او ضامن‌اند، چرا عاقله نتوانند از باب قاعده‌ی تسبیب به اکراه کننده مراجعه کرده و دیه‌ی پرداختی را از او بگیرند؟ برخی (آیت الله مکارم شیرازی) در موارد مشابه به رجوع به مکره معتقدند؛ برای مثال در مورد اکراه بر جنایت مادون نفس معتقدند:

«تا تهدید جدی به قتل نفس نباشد اضرار به دیگران اشکال دارد خواه تهدید به اشد باشد یا نباشد و شخص مجنی‌علیه می‌تواند دیه را از جانی بگیرد و جانی پس از پرداخت رجوع به مکره می‌کند» (گنجینه استفتائات قضایی، سوال ۶۷۸۲).

نیز در مورد اکراه بر اتلاف مال شهید ثانی ضمان را بر اکراه شونده می‌داند، اما احتمال می‌دهد که بر اکراه کننده باشد و اگر به اکراه شونده رجوع شود او بتواند به اکراه کننده رجوع کند (عاملی، ۱۴۱۶: ۷۶).

پنجم، امکان اقوی دانستن مکره نسبت به صبی ممیز: در تبیین ادله و از مباحث بالا روشن شد که آنچه در اینجا به عنوان دلیل بیان شده است، عرف و قضاوت عرف است (هر چند به صراحت پای عرف در برخی کتاب‌ها به میان کشیده نشده است) یعنی در تبیین نظر مشهور گفته شده که به علت وجود اراده در صبی ممیز، عرف جنایت را منتسب به او می‌داند و نه اکراه کننده. از سوی دیگر، برخی مراجع معاصر هم با ادعای استناد عرفی، جنایت را به اکراه کننده منتسب می‌دانند. اینکه عرف چگونه استنادی دارد، باید با کار میدانی و... به دست آورد، اما فارغ از آن به نظر می‌رسد می‌توان از دو

روایت که درباره‌ی قتل شخصی توسط برده‌ی دیگری و در نتیجه‌ی امر مولی به عبد وارد شده، بهره برد. اولین روایت معتبره إسحاق بن عمار از امام صادق (ع) است:

فی رجل أمر عبده أن یقتل رجلاً فقتله، قال: «فقال: یقتل السید به» (حر عاملی، ۱۴۱۶: ج ۲۹، ص ۴۷)؛ امام صادق (ع) درباره‌ی مردی که به برده‌اش دستور داده بود که مردی را بکشد، فرمودند: «مولی در مقابل مقتول قصاص می‌شود».

دومین روایت معتبره سکونی از امام صادق (ع) است:
قال: قال امیر المؤمنین (ع): «فی رجل أمر عبده أن یقتل رجلاً فقتله، فقال امیر المؤمنین (ع): و هل عبد الرجل إلا کسوطه أو کسیفه؟ یقتل السید و یتودع العبد السجن» (همان)؛ امیرالمؤمنین علی (ع) درباره‌ی مردی که به عبدش دستور داده بود دیگری را بکشد فرمودند: «آیا جز این است که برده‌ی شخص مثل تازیانه یا شمشیر اوست؟ مولی قصاص می‌شود و عبد به زندان سپرده می‌شود؟».

گرچه برخی در سند دو روایت فوق خدشه کرده‌اند (طباطبایی، ۱۴۱۸)، اما هر دو روایت موثق‌اند، ضمن اینکه روایت دوم بر اساس سند و نقل شیخ صدوق صحیح است (خویی، ۱۴۲۲: ۱۶). گرچه بر اساس این نقل عبد حبس ابد می‌شود. ضمن اینکه برخی فقها بدان عمل کرده‌اند (خویی، همان).
با الغاء خصوصیت و نیز تنقیح مناط و اولویت می‌توان گفت، کسی که صغیر را اعم از ممیز و غیر ممیز اکراه بر قتل کرده است، سبب اقوی از مباشر محسوب شده و قصاص می‌شود.

نکته‌ی پایانی اینکه حکم کسی که صغیر ممیزی را با تهدید به قتل، اکراه بر قطع عضو دیگری کند و او نیز چنین کند چیست؟ از یک طرف بر اساس اطلاق ماده‌ی ۳۷۷ جنایت منتسب به مکره است و باید قصاص شود و از طرف دیگر ملاکی که در اکراه بر قتل بود یعنی ملاک تبصره‌ی ۲ ماده‌ی ۳۷۵، جنایت را منتسب به صبی می‌داند و عاقله‌ی او را عهده‌دار دیه... به نظر می‌رسد با توجه به اولویت باید گفت ماده‌ی ۳۷۷ اعمال می‌شود.

نتیجه آنکه نظر صحیح آنست که اگر کسی، بچه‌ای را اکراه بر قتل و یا سایر جنایات کند، اکراه کننده به قصاص نفس و یا مادون نفس محکوم می‌شود، اعم از آنکه اکراه شونده، طفل غیر ممیز یا ممیز باشد.

۳- اکراه بر سرقت حدّی

قانون‌گذار به غیر از آنکه به اکراه صبی بر قتل اشاره کرده است، در مورد سرقت هم به طور خاص مقرر می‌دارد:

ماده ۲۷۲. هرگاه کسی مال را توسط مجنون، طفل غیر ممیز، حیوان یا هر وسیله‌ی بی‌اراده‌ای از حرز خارج کند، مباشر محسوب می‌شود و در صورتی که مباشر طفل ممیز باشد رفتار آمر حسب مورد مشمول یکی از سرقت‌های تعزیری است.

سابقه‌ی این ماده به تبصره‌ی ۲ ماده‌ی ۱۹۸ ق.م.ا. ۱۳۷۰ برمی‌گردد که در آن تنها صحبت از طفل غیر ممیز شده بود و استفاده کننده در حکم مباشر تلقی شده بود نه اینکه خود مباشر باشد:

تبصره ۲. بیرون آوردن مال از حرز توسط دیوانه یا طفل غیر ممیز و حیوانات و امثال آن در حکم مباشرت است.

آنچه محل بحث است ذیل ماده است که در مورد آمری که طفل ممیزی را امر به سرقت می‌کند، او را مشمول یکی از سرقت‌های تعزیری می‌داند. علی‌رغم آنکه قانون واژه‌ی آمر را به کار برده است، اما مقصود، اکراه تحمل‌ناپذیر است و یا به تعبیر بهتر اکراه تحمل‌ناپذیر در قالب امر به سرقت یعنی اینکه کسی به طفل ممیزی بگوید سرقت کن و الاً تو را می‌کشم و... زیرا اگر کسی، طفل ممیزی را تنها امر به سرقت کند و یا تهدیدی که تحمل کردنی باشد به کار برد (برای مثال بگوید سرقت کن و الاً سیلی به گوش تو می‌زنم)، چنین شخصی معاون در سرقت است و جرم سرقت منتسب به او نیست. قانون‌گذار از یک سو در بند الف ماده‌ی ۱۲۶، شخصی را که «دیگری را ترغیب، تهدید، تطمیع یا تحریک به ارتکاب جرم کند» معاون به شمار آورده است و از سوی دیگر در ماده‌ی ۱۵۱، اکراه تحمل‌ناپذیر را مانع مسئولیت کیفری می‌داند. جمع بین این دو ماده، ما را بدین مطلب رهنمون می‌کند که مقصود از تهدید در بند الف ماده‌ی ۱۲۶، تهدید تحمل‌ناپذیر است. در نتیجه اگر کسی تنها به صبی ممیز امر به سرقت کند یا امر به سرقت کند، اما با تهدید قابل تحمل و صبی مرتکب سرقت شود، آمر، معاون جرم سرقت محسوب می‌شود و بر اساس ماده ۱۲۸ مجازات می‌شود:

ماده ۱۲۸. هرکس از فرد نابالغ به عنوان وسیله‌ی ارتکاب جرم مستند به خود استفاده نماید به حداکثر مجازات قانونی همان جرم محکوم می‌گردد. همچنین هرکس در رفتار مجرمانه فرد نابالغی معاونت کند به حداکثر مجازات معاونت در آن جرم محکوم می‌شود.

از آنجا که قانون‌گذار ذیل ماده‌ی ۲۷۲، جرم سرقت را منتسب به کسی می‌داند که صبی ممیز را امر به سرقت کرده است، روشن می‌شود که مقصود، امر با تهدید تحمل‌ناپذیر و به تعبیر بهتر اکراه تحمل‌ناپذیر است. یعنی اگر کسی به صبی ممیز بگوید «شیشه‌ی فلان مغازه را بشکن و موبایلی را بردار و الاً تو را می‌کشم»، سرقت حدی رخ داده و جرم سرقت به امر منتسب است، اما قانون‌گذار به علت آنکه صبی ممیز از خود اراده داشته است، سرقت منتسب به امر را در قالب یکی از سرقت‌های تعزیری مجازات می‌کند. نتیجه آنکه ذیل ماده‌ی ۱۲۸ مفهوم این معناست که قانون‌گذار به علت وجود اراده در صغیر ممیز، به نوعی جرم سرقت را منتسب به صغیر می‌داند؛ لذا به اجرای حد سرقت بر امر و مکروه قائل نیست و از سوی دیگر سرقت را به امر و مکروه هم منتسب می‌داند. در اینجا چند اشکال و سؤال مطرح است: اول. سرقت چه فرقی با قتل دارد که قانون‌گذار در اکراه صغیر ممیز بر قتل، قتل را منتسب به مکروه نمی‌داند، ولی در اینجا سرقت را منتسب به امر می‌داند گرچه مجازات حدی را به تعزیری تبدیل می‌کند؟

شاید بتوان به این اشکال این گونه پاسخ داد که قانون‌گذار سرقت را منتسب به امر نمی‌داند، اما چون می‌خواسته او را تعزیر کند، عنوان سرقت تعزیری را برای او قائل شده است کما اینکه در مورد امر و مکروه صغیر ممیز در قتل عمد مجازات را امکان‌پذیر دانسته او را به حبس ابد محکوم می‌کند. به تعبیر دیگر بدون هیچ گونه شکئی، امر قابل مجازات است و عمل او فعلی حرام و جرمی تعزیری است (امر و اکراه صبی ممیز بر سرقت) و مجازات او

دون‌الحدّ است. حال اعمال مجازات تعزیری در قالب هر اسم و عنوانی که باشد، اهمیتی ندارد؛ از جمله اینکه او را سارق تعزیری بنامند.

این پاسخ نادرست است، زیرا قضیه به همین جا ختم نمی‌شود؛ چراکه سارق علاوه بر مسئولیت کیفری، مسئولیت مدنی هم دارد و باید عین مال مسروقه را برگرداند و در صورت تلف، مثل یا قیمت آن را بدهد. حال سؤال این است که در محل بحث آیا امر باید از عهده‌ی خسارت مال مسروقه برآید یا صبی ممیز؟ به خصوص اگر مال در دست صبی ممیز تلف شده و اصلاً به دست آمر نرسیده باشد؟ آیا در اینجا نباید همانند اکراه صبی ممیز بر قتل، که عاقله‌ی او عهده‌دار پرداخت دیه‌اند و نه مکروه، اینجا هم جبران خسارت مال مسروقه بر عهده‌ی آمر نباشد؟ آن وقت چگونه می‌شود کسی سارق باشد، ولی مسئولیت مدنی نداشته باشد؟

دوم. وضعیت در سایر جرایم چگونه است؟ اگر کسی، صبی ممیز را امر (اکراه غیر قابل تحمل) به محاربه، قوادی، سب النبی (ﷺ) و قذف (اعم از سب و قذف لفظی یا غیر لفظی)، بغی و افساد فی الارض نماید، آیا جرم رخ داده به آمر منتسب است یا خیر؟ و اگر منتسب است، همان جرم حدّی یا شبیه سرقت تعزیری، جرمی تعزیری مناسب آن؟ مثلاً اگر او را اکراه بر نوشتن مطلبی حاوی نسبت دادن زنا و لواط به دیگری کند، آیا آمر، قاذف محسوب می‌شود و حد قذف بر او جاری است؟ یا اینکه او به جرم تعزیری توهین محکوم می‌شود؟ آیا می‌توان با توجه به ماده‌ی ۲۷۲ و ۳۷۵ گفت صدر ماده‌ی ۱۲۸ را باید تقلید کرد. یعنی گرچه ماده‌ی ۱۲۸ مقرر می‌دارد: «هرکس از فرد نابالغ به

عنوان وسیله‌ی ارتكاب جرم مستند به خود استفاده نماید به حداکثر مجازات قانونی همان جرم محکوم می‌گردد...»، اما این ماده در مورد کسی که صغیر ممیز را به ارتكاب جرم حدی منتسب به دیگری (یعنی مواردی غیر از زنا و لواط و مساحقه و شرب مسکر که در آن مباشرت شرط است و عمل به مکره منتسب نمی‌شود) اکراه نماید، جرم حدی به استفاده کننده منتسب نیست و او به حداکثر مجازات قانونی همان جرم محکوم نمی‌شود، بلکه به تعزیر محکوم می‌شود؟

نتیجه‌گیری و پیشنهادها

قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰ عمد و شبه عمد صغیر و مجنون را به منزله‌ی خطای محض می‌دانست در حالی که قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ آن را حقیقتاً خطای محض می‌داند. حذف واژه «منزله» صحیح نیست و اقدام قبلی قانون‌گذار صحیح است.

قانون‌گذار سابق به صراحت دیه‌ی جنایات صبی و ممیز را عهده‌ی عاقله می‌دانست. در قانون فعلی چنین مقرره‌ی صریحی وجود ندارد و لازم است قانون‌گذاری صریحی انجام شود.

گرچه مشهور فقها و قوانین مجازات اسلامی پس از انقلاب تا حال حاضر، عاقله‌ی صبی ممیزی را که توسط دیگری اکراه بر قتل شده است، مسئول پرداخت دیه‌ی مقتول می‌داند و نه اکراه کننده را، اما به نظر می‌رسد این مسئله از ادله‌ی فقهی قوی و صحیحی برخوردار نیست ضمن آنکه باعث سوء استفاده‌ی فراوان نیز می‌شود. می‌توان قتل را به اکراه کننده‌ی صبی ممیز منتسب دانست همانند اکراه کننده صبی غیر ممیز.

اینکه قانون‌گذار در موضوع اکراه صبی ممیز به جرم فقط در دو جرم سرقت حدی و قتل، قانون وضع کرده است، صحیح نیست و لازم است قاعده‌ای کلی در این زمینه وضع شود. آنچه پیشنهاد می‌شود جز در موارد جرایمی مثل زنا و لواط و مساحقه و شرب خمر که مباشرت در آنها شرط است و به هیچ وجه به اکراه کننده منتسب نمی‌شود، در سایر جرایم، جرم را به اکراه کننده منتسب بداند اعم از آنکه اکراه شده، صبی غیر ممیز باشد یا صبی ممیز.

منابع

- ◀ انصاری، مرتضی بن محمد امین ۱۴۱۵ هـ.ق. کتاب المکاسب المحرمه و البیع و الخیارات، قم، کنگره بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.
- ◀ تبریزی، میرزا جواد ۱۴۲۶ هـ.ق. تنقیح مبانی الاحکام کتاب القصاص، دار الصدیقه الشهیده سلام الله علیها.
- ◀ حر عاملی، حسن ۱۴۱۶. وسائل الشیعه، قم، موسسه اهل البیت لاحیاء التراث.
- ◀ حلی، جعفر بن حسن ۱۴۰۸. شرایع الاسلام، قم، موسسه اسماعیلیان.
- ◀ موسوی الخمینی، سید روح الله. تحریر الوسیله، قم، دارالعلم.
- ◀ موسوی الخوی، سید ابوالقاسم ۱۴۲۲ هـ.ق. مبانی تکمله المنهاج، چاپ شده در موسسه الامام الخوی، قم، مؤسسه احیاء آثار الامام الخوی.
- ◀ صدوق، محمد بن علی بن بابویه ۱۴۱۳ هـ.ق. من لایحضره الفقیه، قم، دفتر انتشارات اسلامی.
- ◀ طباطبایی حایری، سید علی ۱۴۱۸ هـ.ق. ریاض المسائل، قم، مؤسسه آل البیت (ع).
- ◀ طوسی، محمد بن حسن ۱۴۰۰. النهایه فی مجرد الفقه و الفتاوی، بیروت، دارالکتاب العربی.
- ◀ عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی، ۱۴۱۳ هـ.ق. مسالک الافهام، قم، مؤسسه المعارف

الاسلامیه.

- ◀ _____ ۱۴۱۶ هـ.ق. تمهید القواعد، قم، انتشارات دفتر تبلیغات حوره علمیه قم.
- ◀ _____ ۱۴۱۰ هـ.ق. الروضه البهیة فی شرح المعه الدمشقیه، قم، داوری.
- ◀ گنجینه استفتائات قضایی.
- ◀ مدنی کاشانی، آقارضا ۱۴۰۸. کتاب الادیات، مؤسسه النشر الاسلامی.
- ◀ مزروعی، رسول ۱۳۹۴. شرح مبسوط قانون مجازات اسلامی، قم، موسسه دائره المعارف فقه اسلامی.
- ◀ نجفی کاشف الغطاء، احمد بن علی بن محمد رضا ۱۴۲۳ق. سفینه النجاه و مشکاه الیهدی و مصباح السعادات، نجف اشرف، موسسه کاشف الغطاء.
- ◀ نجفی، محمد حسن ۱۳۶۷. جواهر الکلام، تهران، دارالکتب الاسلامیه، تهران، سوم.
- ◀ نوری همدانی، حسین ۱۳۷۷. هزار و یک مسئله فقهی، مهدی موعود (عج).