

رعایت مقدار طول و عرض و عمق در قصاص جراحات*

مسعود امامی**

چکیده

تساوی مقدار قصاص با جنایت، یکی از شرایط قصاص جراحات است. در چگونگی رعایت این شرط، میان فقها اختلاف است و اقوال مختلفی بیان شده است. نویسنده در این مقاله پس از طرح اقوال مختلف در این باره، قول مماثلت نسبی را - که متعلق به اقلیتی از فقهای معاصر است و با فهم عرفی از تساوی قصاص با جنایت سازگارتر است - بر سایر اقوال ترجیح داده است؛ و در نهایت، پیشنهاد داده که قانون مجازات اسلامی - که بر اساس قول مشهور فقها تدوین شده - مطابق با قول مماثلت نسبی، اصلاح شود.

کلیدواژه‌ها:

قصاص، قصاص عضو، جراحات، مماثلت نسبی.

مقدمه

با تصویب قانون مجازات اسلامی جدید در سال ۱۳۹۲، امکان اجرای قصاص در جنایات

* تاریخ دریافت ۹۴/۱۰/۲۵؛ تاریخ پذیرش ۹۵/۲/۲۶.

** دانش‌آموخته حوزه علمیه قم، و عضو هیأت علمی گروه فقه جزا در مؤسسه دایرةالمعارف فقه اسلامی.
masoudimami@yahoo.com

کمتر از قتل نسبت به قانون قبل، بیش تر شده است؛ زیرا در این قانون، موادی وجود دارد که شرایط را برای اجرای قصاص عضو آسان می‌کند. شرط رعایت تساوی قصاص با مقدار طول و عرض و عمق جنایت، در مواد ۳۹۳ و ۳۹۴ قانون مصوب سال ۹۲ و در مواد ۲۷۲ و ۲۷۶ قانون مصوب سال ۷۰ آمده است؛ با این تفاوت که در ماده ۴۰۰ قانون سال ۹۲ آمده که «اگر رعایت تساوی در طول و عرض و عمق جنایت، ممکن نباشد و قصاص به مقدار کمتر ممکن باشد، مجتئعلیه می‌تواند به قصاص کمتر، اکتفا کند و مابه‌التفاوت را ارش مطالبه نماید و یا با رضایت جانی، دیه جنایت را بگیرد». بر اساس این ماده، قصاص به مقدار کمتر از جنایت وارد شده، جایز خواهد بود. از این رو، دقت در رعایت تساوی قصاص با جنایت، ضرورت نخواهد داشت و قضات از این پس نمی‌توانند به استناد این که رعایت تساوی قصاص با جنایت، دشوار یا ناممکن است، به عدم قصاص و پرداخت دیه حکم کنند و مجنی علیه را از حق قصاص خود، محروم نمایند. با توجه به این نکته، بررسی مقررات شرعی مربوط به قصاص عضو و مواد آن در قانون مجازات اسلامی در شرایط فعلی، اهمیت مضاعف یافته است. یکی از این مقررات، تساوی و مماثلت مجازات با جرم در جنایات عمدی است. در چگونگی رعایت تساوی و مماثلت در قصاص جراحات، از گذشته تا کنون، میان فقیهان اختلاف بوده است. قانون مجازات اسلامی جدید به این مسأله در ماده ۳۹۴ پرداخته است. همچنین ماده ۲۷۶ قانون گذشته نیز مقررات مربوط به این مسأله را مطرح کرده است. در این نوشتار، این مسأله از منظر فقهی و حقوقی، بررسی می‌شود و پس از نقد و بررسی مواد مذکور و دفاع علمی از یکی از فتاوی فقهی در این باره، در نهایت، پیشنهادی برای اصلاح ماده ۳۹۴ قانون جدید عرضه می‌شود.

۱. تساوی قصاص عضو با مقدار جنایت

جنایت بر عضو - چنان که در ماده ۳۸۷ ق. م. ا. سال ۹۲ آمده است - عبارت است از «هر آسیب کمتر از قتل» که شامل قطع عضو، جراحات و آسیب به منفعت، شکستگی استخوان و ضرب می‌شود. شرط تساوی قصاص با مقدار جنایت، به اعتبار انواع جنایت بر عضو، مصادیق مختلفی دارد؛ مثلاً تساوی قصاص با مقدار جنایت، در جنایت بر منفعت، به تساوی آن دو در میزان و درصد آسیب وارد شده بر منفعت می‌باشد. برای درک درست این شرط و تشخیص ملاک تساوی، در هر یک از اقسام جنایت بر عضو، می‌بایست به تحلیل

فهم عرفی از معنای مماثلت در مجازات پردازیم که منشأ همه شرایط معتبر در قصاص عضو و رکن مقوم مفهوم قصاص است.

قصاص، چیزی جز حکم به «مماثلت» مجازات با عمل مجرمانه در جرایم علیه تمامیت جسمانی نیست. این نکته از ریشه لغوی کلمه قصاص نیز فهمیده می شود که در قرآن کریم بدان تصریح شده (بقره/۱۷۸ و ۱۷۹) و به معنای تبعیت است (جوهری، ۱۴۱۰: ۱۰۵۱/۳). فقها نیز به تناسب معنای لغوی قصاص با مفهوم فقهی آن، تصریح کرده اند (شهید ثانی، ۱۴۱۰: ۱۱/۱۰؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۶۵/۱۵؛ طباطبایی، ۱۴۱۸: ۱۶/۱۸۱؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۷/۴۲). علت و ملاک این حکم نیز پابندی به عدالت و دوری از ظلم در اجرای مجازات است؛ زیرا عقل، اجرای عدالت در مجازات مجرمان را هنگامی محقق می یابد که مجرم به همان اندازه که مرتکب جرم شده، مجازات شود. علاوه بر این، قرآن کریم برای تبیین مفهوم قصاص، از کلمه «مثل» نیز استفاده کرده است:

فَمَنْ أَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَأَعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا أَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ (بقره/۱۹۴)؛

هر کس به شما تجاوز کرد، همانند آن بر او تعدی کنید.

وَ جَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِّثْلُهَا (شوری/۴۰)؛

کیفر بدی، مجازاتی است همانند آن.

وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ (نحل/۱۲۶)؛

و هر گاه خواستید مجازات کنید، تنها به مانند آنچه که به شما تعدی شده،

کیفر دهید.

پس حکم شرع در جرایم علیه تمامیت جسمانی، مماثلت مجازات با جرم است. اما تشخیص مماثلت و یافتن مصادیق آن، مانند سایر مفاهیم موضوع احکام شرعی، به عرف واگذار شده است. از این رو، مبنای اصلی فتوای فقها در باب قصاص، فهم عرفی از مماثلت مجازات با جرم است؛ و نصوص روایی معتبر و روشنی درباره چگونگی مماثلت قصاص با جنایت بر عضو وارد نشده است. فقها نیز برای اثبات فتاوی خود، در فروع مختلف مربوط به این مسأله، به روایات استدلال نکرده اند.

فهم عرفی از مماثلت مجازات با جرم، به اعتبار اقسام جنایت بر عضو، متفاوت است. عرف به مهم ترین ویژگی یا ویژگی های یک جنایت نظر می کند و جنایت را بر اساس آن تعریف نموده، در مقام قصاص نیز تحقق آن ویژگی یا ویژگی ها را طلب می کند. به بیان واضح تر، عرف ویژگی های یک جنایت را به سه قسم تقسیم می کند. برخی رکن و مقوم

حقیقت یک جنایت هستند که بدون آن‌ها مماثلت در جنایت تحقق نمی‌یابد؛ مانند این که در جنایت بر چشم، ویژگی چشم بودن، رکن حقیقت آن جنایت است و بدون مماثلت در این ویژگی، قصاص، بی‌معنا خواهد بود. قسم دوم، ویژگی‌هایی هستند که رکن مقوم برای حقیقت جنایت نیستند، اما اهمیت آن‌ها به قدری است که عرف، رعایت مماثلت در آن‌ها را در صورت امکان لازم می‌شمارد، ولی قصاص را در فرض عدم امکان آن‌ها تعطیل نمی‌کند؛ مانند جهت چپ و راست در اعضای زوج بدن بنا بر قول اصح در فقه (امامی، ۱۳۹۳: ۱۸۶). قسم سوم، ویژگی‌های بی‌اهمیتی است که عرف به هیچ وجه رعایت مماثلت در آن‌ها را لازم نمی‌داند؛ مانند رنگ چشم، یا زیبایی و زشتی آن، یا ضعف و قدرت حس بینایی. با توجه به تقسیم‌بندی مذکور، باید دید فهم عرفی از مماثلت مجازات با جرم در اقسام گوناگون جنایت بر عضو چگونه است؟

فهم عرفی در مماثلت مجازات با جنایت، در جنایت بر منفعت، به تساوی آن دو در میزان و درصد آسیب وارد شده بر منفعت می‌باشد. فهم عرفی در مماثلت مجازات با جنایت در قطع عضو، به قطع همان عضوی است که جنایت بر آن واقع شده است؛ نه به تساوی قصاص با طول و عرض و عمق مقدار قطع شده و بریده شده. از این رو، اگر انسان تومندی دست کودک نوزادی را قطع کند، دست او قطع می‌شود، هرچند دست جانی چندین برابر دست مجنی‌علیه باشد. فقها در این باره اختلافی ندارند (طوسی، ۱۳۸۷: ۷۸ و ۷۴/۷؛ ابن حمزه، ۱۴۰۷: ۴۴۶؛ ابن ادریس، ۱۴۱۰: ۴۱۵/۳؛ علامه حلی، ۱۴۱۳: ۶۴۰/۳ و ۶۴۳؛ فخرالمحققین، ۱۳۸۷: ۶۴۹/۴؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۲۷۶/۱۵؛ فاضل هندی، ۱۴۱۶: ۲۱۰/۱۱ و ۲۱۱؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۳۶۲/۴۲ و ۳۸۵؛ و خمینی، بی‌تا: ۵۴۴/۲ و ۵۴۷). شیخ طوسی می‌گوید:

«اگر قرار باشد که مقدار و مساحت در قصاص قطع عضو، رعایت شود، این امر به تعطیلی قصاص منجر می‌شود؛ زیرا به ندرت اتفاق می‌افتد که اعضای بدن انسان‌ها از این جهت، مساوی هم باشند» (طوسی ۱۳۸۷: ۷۹/۷).

اگر مقداری از عضو، قطع شده باشد، مماثلت مجازات با جرم اقتضا می‌کند که به همان نسبت از عضو جانی قطع شود. عرف در قصاص قطع قسمتی از عضو، به مقدار طول و عرض و عمق بخش قطع شده توجه نمی‌کند. پس اگر جانی سه سانتیمتر از گوش یا بینی مجنی‌علیه را قطع کرده باشد که مساوی نیمی از گوش یا بینی اوست، قصاص این جنایت به قطع سه سانتیمتر از گوش یا بینی جانی نیست، بلکه به قطع نیمی از گوش یا بینی

جانی است. فقها نیز در قصاص قطع قسمتی از عضو، همین گونه فتوا داده‌اند. آنان در توضیح فتوای خود گفته‌اند که اگر رعایت تساوی مقدار طول و عرض قسمت قطع شده ضروری باشد، چه بسا در بعضی موارد، لازم آید که به جهت قطع بخشی از عضو مجنی علیه، همه عضو جانی قصاص شود، یا بالعکس (طوسی، ۱۳۸۷: ۹۶/۷؛ محقق حلی، ۱۴۰۸: ۲۲۲/۴؛ علامه حلی، ۱۴۱۳: ۶۴۰/۳؛ و ۱۴۲۰: ۵۰۹/۵ و ۵۱۵؛ فخر المحققین، ۱۳۸۷: ۲۱۴/۴؛ شهید ثانی، ۱۴۱۰: ۸۶/۱۰؛ و ۱۴۱۳: ۲۸۵/۱۵؛ فاضل هندی، ۱۴۱۶: ۱۴۱۱/۱۱؛ خمینی، بی تا: ۵۴۶/۲؛ و خوبی، ۱۴۱۸: ۲۰۷/۴۲). صاحب جواهر در این فتوا تردید دارد و در آن مناقشه می‌کند، ولی در نهایت، این احتمال را که فهم عرف از قصاص در این گونه موارد به تساوی نسبت قطع شده با همه عضو است، رد نمی‌کند (نجفی، ۱۴۰۴: ۳۸۴/۴۲). فهم عرفی در مماثلت مجازات با جنایت در جراحات، مورد اختلاف فقها است. آن‌ها در ملاک مماثلت در جراحات، فتاوی‌ای مختلفی دارند. بررسی حقوقی و فقهی این مسأله، موضوع اصلی این نوشتار است که در سرفصل‌های بعد، از آن بحث می‌شود.

۲. رعایت طول و عرض و عمق در قصاص جراحات در قانون

ماده ۳۹۳ قانون مجازات اسلامی سال ۹۲، به بیان شرایط قصاص عضو پرداخته است. شرط دوم در ماده ۳۹۳، این است که «قصاص با مقدار جنایت، مساوی باشد». ماده ۳۹۴ به همین شرط مربوط است و مصداق این شرط را در قصاص جراحات توضیح می‌دهد. در این ماده آمده است:

رعایت تساوی مقدار طول و عرض، در قصاص جراحات لازم است؛ لکن اگر طول عضو مورد قصاص، کمتر از طول عضو آسیب دیده در مجنی علیه باشد، قصاص نباید به عضو دیگر سرایت کند و نسبت به مازاد جنایت، دیه گرفته می‌شود؛ لکن میزان در عمق جنایت، صدق عنوان جنایت وارده است. ماده ۳۹۴ جایگزین ماده ۲۷۶ قانون مجازات اسلامی سال ۷۰ شده است. ماده ۲۷۶ بدین قرار است:

جرحی که به عنوان قصاص وارد می‌کنند، باید از حیث طول و عرض مساوی با جنایت باشد؛ و در صورت امکان، رعایت تساوی در عمق نیز لازم است. تبصره: در جراحات موضعه و سمحاق، تساوی در عمق شرط نیست و مماثلت عرفی، کافی است.

قبل از بررسی این دو ماده، این توضیح لازم است که جراحات در قانون، به تبع فقه، به جراحات شجاج (جراحات سر و صورت) و جراحات غیرشجاج تقسیم می‌شود. انواع جراحات شجاج در ماده ۷۰۹ قانون سال ۹۲ این‌گونه تعریف شده است:

جراحات سر و صورت و دیه آن‌ها به این ترتیب است:

۱. حارصه: خراش پوست بدون آن‌که خون جاری شود، یک صدم دیه کامل؛
۲. دامیه: جراحی که اندکی وارد گوشت شود و همراه با جریان کم یا زیاد خون باشد، دو صدم دیه کامل؛
۳. متلاحمه: جراحی که موجب بریدگی عمیق گوشت شود، لیکن به پوست نازک روی استخوان نرسد، سه صدم دیه کامل؛
۴. سمحاق: جراحی که به پوست نازک روی استخوان برسد؛ چهار صدم دیه کامل؛
۵. موضحه: جراحی که پوست نازک روی استخوان را کنار زده و استخوان را آشکار کند، پنج صدم دیه کامل؛
۶. هاشمه: جنایتی که موجب شکستگی استخوان شود، گرچه جراحی را تولید نکرده باشد، ده صدم دیه کامل؛
۷. منقله: جنایتی که موجب شکستگی استخوان شود، و درمان آن جز با جابه‌جا کردن استخوان میسر نباشد، پانزده صدم دیه کامل؛
۸. مأمومه: صدمه یا جراحی که به کیسه مغز برسد، یک سوم دیه کامل؛
۹. دامغه: صدمه یا جراحی که کیسه مغز را پاره کند، که علاوه بر دیه مأمومه، موجب ارش پاره شدن کیسه مغز نیز می‌باشد.

در ماده ۲۷۶ قانون سال ۷۰، میان جراحات سر و صورت (شجاج) و غیر آن، تفکیک نشده است. کلمه «جرحی» که در آغاز ماده آمده، مطلق است و شامل جراحی شجاج و غیرشجاج می‌شود. پس بر اساس این ماده، مراعات مقدار طول و عرض در قصاص همه جراحات، لازم است. اما درباره عمق، گفته شده که «در صورت امکان، رعایت تساوی در عمق نیز لازم است».

مفهوم مخالف این جمله، این است که در صورت عدم امکان، رعایت تساوی در عمق در همه جراحات (اعم از شجاج و غیرشجاج) لازم نیست. چنین حکمی درباره مقدار طول و عرض و عمق جراحات، علاوه بر این که قابل دفاع علمی نیست، با فتوای هیچ‌یک

از فقها نیز مطابق نمی باشد؛ زیرا بنا بر قول مشهور، رعایت مقدار طول و عرض در جراحی لازم است و رعایت مقدار عمق لازم نیست، ولی این قول، به جراحات شجاج مربوط است و در میان فقیهان چنین قولی - چنان که خواهد آمد - در جراحات غیر شجاج وجود ندارد.

ماده ۳۹۴ قانون سال ۹۲ نیز گرفتار همین اشکال است. در این ماده نیز میان جراحی شجاج و غیر شجاج تفکیک نشده است؛ و کلمه «جراحات»، مطلق است و جراحی شجاج و غیر شجاج را در بر می گیرد. در حالی که پایان ماده، حکمی را درباره مقدار عمق بیان کرده است که به رعایت مقدار عمق در جراحی شجاج مربوط است؛ زیرا هیچ فقهی در جراحات غیر شجاج چنین فتوایی نداده است.

تدوین کنندگان قانون سال ۷۰ که در گزینش آرای فقهی، توجه خاصی به کتاب تحریر الوسیله داشته اند، کوشیده اند در این ماده و تبصره آن، فتوای امام خمینی در تحریر الوسیله را منعکس کنند، ولی از این نکته غفلت کرده اند که رأی فقها از جمله امام خمینی درباره عدم رعایت عمق در جراحی، به جراحات شجاج مربوط است. امام خمینی می گوید:

«در قصاص جراحات شجاج، تساوی در طول و عرض لازم است؛ گروهی از فقها گفته اند که تساوی در عمق لازم نیست، بلکه صدق نام جراحی کافی است؛ اما این نظر قابل تأمل و اشکال است؛ و قول درست این است که تساوی در عمق در صورت امکان، رعایت شود... این حکم جراحی حارصه، دامیه و متلاحمه است. اما در مورد جنایت سمحاق و موضحه ظاهراً تساوی در عمق شرط نیست، پس انسان لاغر در مقابل جنایت بر انسان چاق، قصاص می شود تا عنوان سمحاق و موضحه تحقق یابد» (خمینی، بی تا: ۵۴۱/۲).

مؤید ادعای اعتماد قانون سال ۷۰ در ماده ۲۷۶ به تحریر الوسیله، این است که در تبصره این ماده، جراحی موضحه و سمحاق که از اقسام جراحات شجاج می باشند، از حکم ذکر شده در ماده، استثنا شده اند و این استثنا مطابق فتوای امام خمینی در مسأله ذکر شده است.

در تبصره این ماده درباره جراحی سمحاق و موضحه آمده است که «تساوی در عمق، شرط نیست و مماثلت عرفی کافی است». این جمله دقیق نیست؛ زیرا چنان که گذشت، فقها پیوسته در بحث قصاص، در صدد تحقق مماثلت عرفی بوده اند و اختلاف آرای آن ها

نیز برخاسته از درک متفاوتشان از مصادیق مماثلت عرفی میان قصاص با جنایت وارد شده بر عضو بوده است و بحث آن‌ها درباره رعایت یا عدم رعایت مقدار طول و عرض و عمق در جراحات، در واقع بحث درباره تحقق یا عدم تحقق مماثلت عرفی است. با توجه به این نکته، روشن می‌شود که شرط بودن تساوی در عمق یا شرط نبودن آن، چیزی غیر از مماثلت عرفی نیست. پس جمله «تساوی در عمق شرط نیست و مماثلت عرفی کافی است» غلط است.

۳. رعایت طول و عرض و عمق در قصاص جراحات در فقه

در منابع فقهی درباره رعایت طول و عرض و عمق در قصاص جراحات، میان جراحات شجاج و غیرشجاج فرق نهاده شده است. از این رو، بررسی این موضوع طی دو سرفصل مطرح می‌شود:

الف: رعایت طول و عرض و عمق در قصاص جراحات غیرشجاج

بیش تر فقها مسأله تساوی قصاص با جنایت را در موارد جراحات، در بحث جراحات شجاج (جراحات سر و صورت) مطرح کرده‌اند و به ندرت درباره تساوی قصاص در جراحات غیرشجاج سخن گفته‌اند. از بررسی و جمع‌بندی آرای فقها در منابع فقهی، به دست می‌آید که درباره شرط تساوی قصاص با جنایت در جراحات غیرشجاج، دو قول در میان فقیهان مطرح است. قول مشهور، این است که رعایت طول و عرض و عمق در قصاص، لازم است. این قول به وضوح در آثار فقهی مطرح نشده است، ولی از کلمات فقیهان درباره جراحات شجاج، تلویحاً این نکته به دست می‌آید که اصل اولی نزد آنان، این است که در قصاص جراحات می‌بایست تساوی در مقدار طول و عرض و عمق رعایت شود؛ و این اصل اولی فقط در مورد تساوی در عمق در جراحات شجاج، تخصیص می‌خورد؛ زیرا این گونه جراحات، اسامی خاصی دارند که این اسامی به اعتبار کیفیت عمق جراحات - نه کمیت آن - تعیین شده‌اند؛ پس رعایت تساوی در اسم خاص جراحات (کیفیت جراحات) می‌تواند جایگزین تساوی در کمیت و مقدار عمق باشد.

شواهدی برای چنین برداشتی از کلمات فقها وجود دارد. شیخ طوسی در آغاز بحث تساوی قصاص با جنایت در جراحات، به صراحت بر لزوم رعایت مقدار طول و عرض و عمق تأکید می‌کند و آن‌گاه که به بحث جراحات شجاج وارد می‌شود، تساوی در مقدار

عمق را استثنا می‌کند (طوسی، ۱۳۸۷: ۷/۷۴-۷۵). محقق اردبیلی نیز بعد از نقل قول مشهور بر عدم اعتبار عمق، می‌گوید: «گویا مقصود آنان از عدم اعتبار عمق، در خصوص جراحات سر (شجاج) است. « سپس بعد از مناقشه در قول مشهور می‌گوید: «اعتبار تساوی در عمق، در جراحات غیر سر، ممکن است، ولی اعتبار آن در جراحات سر، مشکل است» (اردبیلی، ۱۴۰۳: ۱۴/۱۱۶). در نهایت آیت الله فاضل لنکرانی تصریح کرده است که فقها اختلافی در اعتبار عمق در جراحات غیر شجاج ندارند (فاضل، ۱۴۲۱: ۳۷۹). البته این ادعا با وجود قول دوم، نقض می‌شود.

قول دوم در جراحات غیر شجاج، لزوم رعایت «مماثلت نسبية» است. قائلان این قول، در مطلق جراحات (اعم از شجاج و غیر شجاج)، رعایت تساوی در طول و عرض و عمق را لازم نمی‌دانند و معتقدند که فقط رعایت «مماثلت نسبية» میان قصاص و جنایت لازم است. توضیح بیش تر درباره این قول، ضمن بیان آرای فقها درباره جراحات شجاج می‌آید.

ب: رعایت طول و عرض و عمق در قصاص جراحات شجاج

آرای مطرح درباره شرط تساوی قصاص با مقدار جنایت در جراحات شجاج و به عبارت دیگر، رعایت طول و عرض و عمق در قصاص این گونه جراحات، بدین شرح است:

قول اول: بیش تر فقیهان این قول را برگزیده‌اند که رعایت مقدار طول و عرض در جراحات شجاج لازم است، ولی رعایت مقدار عمق لازم نیست، بلکه عمق جراحات در شجاج، به مقداری خواهد بود که نام خاص جراحات و شجّه صدق کند (طوسی، ۱۳۸۷: ۷/۷۵؛ محقق حلی، ۱۴۰۸: ۴/۲۱۹؛ محقق حلی، ۱۴۱۸: ۱/۳۰۱؛ اردبیلی، ۱۴۰۳: ۱۴/۱۱۶؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۴۲/۳۵۴؛ علامه حلی، ۱۴۱۳: ۳/۶۴۲؛ ۱۴۲۰: ۵/۵۰۷؛ ۱۴۱۰: ۲/۲۰۹؛ و ۱۴۱۱: ۱۹۸؛ فقہانی، ۱۴۱۸: ۱۴۱۶؛ شهید اول، ۱۴۱۰: ۲۷۱؛ شهید ثانی، ۱۴۱۰: ۱۰/۸۰؛ و ۱۴۱۳: ۱۵/۲۷۲؛ فاضل هندی، ۱۴۱۶: ۱۱/۲۲۱؛ طباطبایی، ۱۴۱۸: ۱۶/۳۲۳؛ بهایی، ۱۴۲۹: ۹۵۲؛ فیض کاشانی، بی تا: ۲/۱۳۱؛ خویی، ۱۴۱۸: ۴۲/۱۹۲؛ و روحانی، ۱۴۱۲: ۲۶/۱۴۹)؛ زیرا تفاوت جراحات شجاج مانند حارصه، دامیه، و متلاحمه با یکدیگر، بر اساس مقدار عمق جراحات است؛ پس تساوی در نام جراحات، جایگزین تساوی در عمق خواهد بود. در این میان بعضی از آن‌ها بر لزوم رعایت مقدار طول و عرض در قصاص جراحات، ادعای اجماع کرده‌اند (فاضل هندی، ۱۴۱۶: ۱۱/۲۲۱؛ طباطبایی، ۱۴۱۸: ۱۶/۳۲۳).

قول دوم: برخی همچون شهید اول، محقق اردبیلی، صاحب جواهر و آیت الله سیداحمد خوانساری لزوم رعایت مقدار طول و عرض در جراحات را پذیرفته‌اند؛ اما در قول مشهور مبنی بر عدم لزوم رعایت مقدار عمق و اکتفا به صدق عنوان جراحت، اشکال کرده و آن را خلاف مماثلت در قصاص شمرده‌اند (عاملی، بی تا: ۱۱/۱۸۶؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۳۵۴/۴۲؛ اردبیلی، ۱۴۱۳: ۱۴/۱۱۶؛ و خوانساری، ۱۴۰۵: ۷/۲۷۳-۲۷۴). گویا شهید اول، لزوم رعایت مقدار عمق و عدم لزوم در صدق عنوان شجّه و جراحت را می‌پذیرد. اما سایر فقهای نام‌برده قول مشهور را نپذیرفته‌اند، ولی فتوایی بر خلاف آن نیز نداده‌اند. به نظر می‌رسد نتیجه عملی موضع‌گیری آنان، این است که در قصاص جراحات می‌بایست احتیاطاً ضمن رعایت صدق عنوان جراحت، مقدار عمق نیز در صورت امکان، رعایت شود. آیت الله محمدتقی بهجت نیز بر این نظر است که اگر صدق عنوان شجّه متوقف بر عمق بیش‌تر باشد، قصاص به دیه تبدیل می‌شود (مجموعه آرای فقهی حقوقی، بی تا: ۱/۱۵۱). پس به نظر ایشان، باید رعایت صدق عنوان شجّه بشود و در عین حال برای آن که مقدار عمق در قصاص بیش از مقدار عمق در جنایت نباشد، رعایت مقدار عمق نیز لازم است. یکی از فقهای معاصر نیز رعایت مقدار طول و عرض و عمق را در صورت امکان، لازم می‌داند؛ و در صورتی که صدق عنوان شجّه با عمق کمتر تحقق یابد و مراعات مقدار عمق موجب تغییر عنوان شجّه شود، از رعایت عمق، منع می‌کند. او در فرضی که صدق عنوان شجّه با عمق بیش‌تر تحقق یابد، می‌گوید: «اگر مقدار بیش‌تر ضرر معتدبه نداشته باشد، مجنی علیه می‌تواند مقدار بیش‌تر را قصاص کند؛ و در غیر این صورت، باید به مقدار عمق قصاص کند و نسبت به مازاد، دیه بگیرد» (شیرازی، بی تا: ۸۹/۴۱۴).

قول سوم: برخی همچون امام خمینی در موارد سمحاق و موضحه، مراعات عمق را لازم نمی‌دانند؛ و در سایر موارد مانند حارصه، دامیه و متلاحمه، در صورت امکان، مراعات آن را لازم می‌شمارند. امام خمینی در موارد غیر سمحاق و موضحه، احتمال داده است که اگر امکان رعایت عمق نباشد و به همین جهت، قصاص به کمتر از عمق در جنایت واقع شود، پرداخت ارش مابه‌التفاوت از سوی جانی لازم باشد (خمینی، بی تا: ۲/۵۴۱؛ سبزواری، ۱۴۱۳: ۲۹/۱۰-۱۱؛ فاضل، ۱۴۱۳: ۳۷۴).

علت این‌که این گروه از فقها میان سمحاق و موضحه با دیگر جراحات شجاج، فرق نهاده‌اند، این است که سمحاق و موضحه، دو جراحی هستند که به اعتبار انتهای بریدگی و جراحت وارد شده بر بدن، تعریف شده‌اند. سمحاق، جراحی است که به پوست نازک

روی استخوان برسد؛ و موضعه، جراحی است که پوست نازک روی استخوان را کنار زده و استخوان را آشکار کند؛ اما حارصه، دامیه و متلاحمه، چنان که در تعریفشان در ماده ۷۰۹ آمده، جراحاتی هستند که به اعتبار شروع و آغاز بریدگی و جراحت وارد شده تعریف شده اند (فاضل، ۱۴۱۳: ۳۷۴). پس مقدار عمق در سمحاق و موضعه، بر خلاف سایر جراحات، قابل تغییر نیست؛ زیرا اگر بریدگی در این دو جراحت، به محل نهایی در تعریفشان برسد، عنوان سمحاق و موضعه صدق می کند؛ و در عمق کمتر از این دو محل، این دو عنوان صدق نمی کنند؛ و در عمق بیش تر، محل نهایی، غیر از آن چیزی خواهد بود که در تعریف آمده است. اما در سایر جراحات، با رسیدن بریدگی به نقطه ذکر شده در تعریف، عنوان جراحت صدق می کند و با افزوده شدن بر عمق جراحت، مادامی که تعریف جراحت بعدی صدق نکند، همچنان عنوان قبلی صادق است. ماده ۲۷۶ قانون سال ۷۰، بر اساس این قول تدوین شده است.

قول چهارم: بعضی از فقهای معاصر در لزوم مراعات طول، عرض و عمق در قصاص، رأی کاملاً متفاوتی دارند. آنان بر این عقیده اند که تساوی در مقدار طول و عرض و عمق جراحات، لازم نیست، بلکه مماثلت نسبی در قصاص جراحات (اعم از شجاج و غیر شجاج) لازم است؛ یعنی رعایت نسبت جراحت با اعضای مجاور و نسبت آسیب به اعضای داخلی لازم است. پس اگر جانی نیمی از فاصله میان گوش و چشم را پاره کرده باشد و سبب پارگی بخش هایی از اعضای داخلی شده باشد، نیمی از فاصله میان گوش و چشم او بریده و به همان نسبت، به بخش های داخلی او آسیب وارد می شود، هر چند طول و عرض و عمق هر دو جراحت متفاوت باشد. نگارنده فقط فتوای آیت الله رضا مدنی کاشانی و آیت الله ناصر مکارم شیرازی را مطابق این نظر یافته است (مکارم شیرازی، ۱۴۲۷: ۳۷۸/۱؛ ۵۲۱/۲؛ مدنی کاشانی، ۱۴۱۰: ۲۰۵).

قانون گذار در ماده ۳۹۴ - چنان که در بند اول گذشت - به روشنی میان جراحت شجاج و غیر شجاج تفکیک نکرده است؛ ولی روشن است که مقصود او در این ماده، جراحات شجاج است؛ زیرا حکم ذکر شده در این ماده، تقریباً مطابق قول اول مربوط به جراحات شجاج است. پس می توان گفت که در ماده ۳۹۴ قانون سال ۹۲، قول اول از میان اقوال طرح شده درباره جراحات شجاج، برگزیده شده و در ماده ۲۷۶ قانون سال ۷۰، قول سوم انتخاب شده است.

ج: دفاع از قول مماثلت نسبی

چنان که گذشت، درباره رعایت مقدار طول و عرض و عمق در قصاص جراحات، نص معتبری وجود ندارد که فقها به آن استناد کرده باشند؛ از این رو، مستند همه اقوال طرح شده، فهم عرفی از مماثلت قصاص با جنایت در جراحات است. به نظر نگارنده، قول دوم در قصاص جراحات غیر شجاج و قول چهارم در قصاص جراحات شجاج که در واقع یک قول در مطلق جراحات می باشند، با فهم عرفی از مماثلت در قصاص سازگارتر است؛ زیرا فقیهان پذیرفته اند که رعایت طول، عرض و عمق در قصاص قطع عضو و قطع بخشی از عضو لازم نیست، بلکه درک عرفی در تساوی و مماثلت قصاص با جنایت در قطع عضو و قطع بخشی از عضو، به قطع همان عضو جانی یا قطع همان نسبت از بخش قطع شده از عضو است؛ هر چند مقدار قطع شده در قصاص با مقدار قطع شده در جنایت، از نظر کوچکی و بزرگی یکسان نباشند. همچنین بیش تر آنان پذیرفته اند که رعایت مقدار عمق نیز در قصاص جراحی شجاج، لازم نیست؛ زیرا در صورت رعایت مقدار عمق، چه بسا در مقام قصاص - به علت تفاوت جانی و مجنی علیه در چاقی و لاغری و بزرگی و کوچکی اعضا - جراحی کاملاً متفاوت با جنایت، ایجاد گردد؛ از این رو، به درستی دریافته اند که فهم عرفی در لزوم مماثلت در قصاص به تساوی مقدار عمق نیست، بلکه به ایجاد همان آسیب به اعضای خارجی و داخلی بدن جانی و صدق عنوان جراحی است. به نظر می رسد، فهم عرفی در قصاص همه جراحات بر لزوم رعایت تساوی در طول و عرض و عمق نیست، بلکه بر تساوی نسبت دو جراحی با ابعاد بدن جانی و مجنی علیه است. پس مقدار طول و عرض جراحی در جانی باید به اندازه نسبت جراحی وارد شده بر مجنی علیه با همه عضو یا اعضای مجاور او باشد. از این رو، اگر نیمی از پیشانی یا فاصله میان گوش و بینی مجنی علیه بریده شده باشد، قصاص آن به بریدن نیمی از پیشانی یا نیمی از فاصله میان گوش و بینی جانی است، هر چند مقدار طول و عرض جراحی جانی با جراحی مجنی علیه یکسان نباشد و مقدار عمق جراحی در جانی نیز باید به ایجاد همان نسبت از آسیب وارد شده بر پوست و هر یک از اعضای داخلی بدن مجنی علیه باشد. پس اگر نیمی از طحال مجنی علیه سوراخ شده است، قصاص آن به سوراخ کردن نیمی از طحال جانی است، هر چند مقدار عمق هر دو جراحی یکسان نباشد.

کسی را تصور کنید که با بریدن چاقو یا پاشیدن اسید، نیمی از صورت کودک

خردسالی را از بین برده است و به همین سبب، چهرهٔ کودک را تا آخر عمر، کریه و بدمنظر کرده است. اگر قصاص این جنایت به رعایت مقدار طول و عرض آسیب در مجنی علیه باشد، چه بسا آسیب وارد شده بر جانی به علت بزرگی صورت او، به مقدار یک پنجم صورتش هم نرسد. آیا در این صورت، می توان ادعا کرد که جانی «مثل» ظلمی که بر مجنی علیه وارد کرده، مجازات شده است؟! آیا مساوات میان مجازات با جرم، رعایت شده است؟! پس از دیدگاه عرف، جراحی بر همه یا بخشی از عضو، تفاوتی با قطع همه یا بخشی از عضو ندارد؛ و در هر دو، تساوی مقدار طول و عرض و عمق جنایت شرط نیست، بلکه تساوی نسبت جنایت با همهٔ عضو یا اعضای دیگر لازم است.

قصاص جراحات فرض های مختلفی دارد که پای بندی به اقوال فقها - غیر از قول به مماثلت نسبی - در برخی از این فرض ها محظوراتی را در پی دارد. همین نکته نشان دهندهٔ برتری قول به مماثلت نسبی بر سایر اقوال است. توضیح آن که در رعایت تساوی طول و عرض و عمق جراحی در قصاص، با جراحی وارد شده بر مجنی علیه، چهار قول است. سه قول نخست در لزوم رعایت تساوی در طول و عرض، اختلافی ندارند و اختلافشان در رعایت تساوی در عمق است. بنا بر قول چهارم که قول مختار است، رعایت تساوی در هیچ یک از طول و عرض و عمق جراحی لازم نیست و مماثلت نسبی کافی است. اینک بنا بر سه قول نخست که رعایت تساوی در طول و عرض لازم می باشد، فروع مختلفی مطرح است:

۱. طول یا عرض جراحی وارد شده بر مجنی علیه، بخشی از عضو او را فرا گرفته و این مقدار از طول یا عرض، بخشی از عضو جانی را نیز فرامی گیرد.
۲. طول یا عرض جراحی وارد شده بر مجنی علیه، همهٔ عضو او را فرا گرفته است و این مقدار از طول یا عرض، همهٔ عضو جانی را نیز فرامی گیرد.
۳. طول یا عرض جراحی وارد شده بر مجنی علیه، بخشی از عضو او را فرا گرفته است، ولی این مقدار از طول یا عرض، همهٔ عضو جانی را فرامی گیرد.
۴. طول یا عرض جراحی وارد شده بر مجنی علیه، همهٔ عضو او را فرا گرفته است، ولی این مقدار از طول یا عرض، بخشی از عضو جانی را فرامی گیرد.
۵. طول یا عرض جراحی وارد شده بر عضو مجنی علیه، به مقداری است که بیش از همهٔ عضو جانی است.

حکم فرض اول تا چهارم بنا بر سه قول نخست - که رعایت تساوی در طول و عرض

لازم است - روشن می باشد و مشکلی نیز پیش نمی آید. اما رعایت تساوی در طول و عرض در فرض پنجم، موجب می شود که جراحت در جانی، عضو دیگرش را نیز فراگیرد و این مخالف مماثلت عرفی در قصاص است. روشن است که در فرض پنجم بنا بر قول به مماثلت نسبی، هیچ محظوری پیش نمی آید؛ و همین نکته، نشان دهنده اتقان قول مماثلت نسبی نسبت به سایر اقوال است.

فقههای مدافع سه قول نخست، برای رفع محذور پیش آمده در فرض پنجم، فتوا داده اند که در این صورت، در قصاص، به عضو مماثل جانی اکتفا شده و نسبت به مازاد، ارزش گرفته می شود (محقق حلی، ۱۴۰۸: ۲۲۰/۴؛ علامه حلی، ۱۴۱۳: ۶۴۳/۳؛ ۱۴۲۰: ۵۰۷/۵ و ۱۴۱۰: ۲۰۹/۲؛ فخر المحققین، ۱۳۸۷: ۶۴۹/۴؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۲۷۶/۱۵؛ فاضل هندی، ۱۴۱۶: ۲۲۴/۱۱؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۳۶۲/۴۲؛ خمینی، بی تا: ۵۴۳/۲؛ خویی، ۱۴۱۸: ۱۹۶/۴۲ و ۱۹۷). در این میان، محقق اردبیلی که از قائلان قول دوم است، احتمال داده که در این فرض، همچون موارد قطع عضو عمل شود؛ یعنی مقدار طول و عرض رعایت نشود و به مماثلت نسبی اکتفا شود (اردبیلی، ۱۴۰۳: ۱۱۷/۱۴).

در ماده ۳۹۴ قانون سال ۹۲، فرض پنجم مطرح شده و برای رفع محذور پیش آمده در این فرض - همچون قول مشهور - حکم شده است که «اگر طول عضو مورد قصاص، کم تر از طول عضو آسیب دیده در مجنی علیه باشد، قصاص نباید به عضو دیگر سرایت کند و نسبت به مازاد جنایت، دیه گرفته می شود».

۴. پیشنهاد اصلاح قانون

چنان که گذشت، در ماده ۳۹۴ میان جراحت شجاج و غیر شجاج فرق گذاشته نشده است، در حالی که فتاوی فقها در این دو مورد، متفاوت است. پس اگر قرار بر این باشد که قانون مطابق قول مشهور میان فقها تدوین شود، باید ماده ۳۹۴، بر اساس قول اول در جراحات غیر شجاج و بر اساس قول دوم در جراحات شجاج، اصلاح شود. بر این اساس، این ماده پیشنهاد می شود:

رعایت تساوی مقدار طول و عرض، در قصاص جراحات لازم است؛ لکن اگر طول عضو مورد قصاص، کمتر از طول عضو آسیب دیده در مجنی علیه باشد، قصاص نباید به عضو دیگر سرایت کند و نسبت به مازاد جنایت، ارزش گرفته می شود و رعایت تساوی در مقدار عمق جراحت غیر شجاج نیز لازم است؛ ولی میزان در عمق جنایت شجاج، صدق

عنوان جنایت وارده است .

در صورتی که قول به مماثلت نسبی در جراحات شجاج و غیر شجاج پذیرفته شود، این ماده پیشنهاد می شود:

در قصاص جراحات، رعایت مماثلت نسبی لازم است و رعایت تساوی در طول و عرض و عمق لازم نیست؛ و مماثلت نسبی، به رعایت نسبت جراحت با اعضای مجاور و اعضای داخلی است .

نتیجه گیری

در رعایت مقدار طول و عرض و عمق در قصاص جراحت، اختلاف است . معدودی از فقهای معاصر، قول به مماثلت نسبی را پذیرفته اند . این قول، به فهم عرفی از مماثلت قصاص با جنایت نزدیک تر است و محظورات اقوال دیگر را هم ندارد . از این رو، سزاوار است قانون مجازات اسلامی بر اساس این قول، اصلاح شود .

منابع و مأخذ

- ۱ . ابن ادریس، محمد بن منصور بن احمد (۱۴۱۰ هـ . ق)، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه، قم، دوم .
- ۲ . ابن حمزه طوسی، محمد بن علی بن حمزه (۱۴۰۸ هـ . ق)، الوسيلة إلى نیل الفضيلة، انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی، قم، اول .
- ۳ . اردبیلی، احمد بن محمد (۱۴۰۳ هـ . ق)، مجمع الفائدة والبرهان فی شرح إرشاد الأذهان، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین، قم، اول .
- ۴ . امامی، مسعود (۱۳۹۳ هـ . ش)، شرح مبسوط قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ (قصاص عضو)، مؤسسه دایرة المعارف فقه اسلامی، قم، اول .
- ۵ . بهایی عاملی، بهاءالدین محمد بن حسین (۱۴۲۹ هـ . ق)، جامع عباسی، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین، قم، اول .
- ۶ . جوهری، اسماعیل بن حماد (۱۴۱۰ هـ . ق)، الصحاح - تاج اللغة و صحاح العربية، دار العلم للملایین، بیروت، اول .
- ۷ . خمینی، سید روح الله موسوی (بی تا)، تحریر الوسيلة، مؤسسه مطبوعات دار العلم، قم، اول .

٨. خوانساری، سید احمد بن یوسف (١٤٠٥ هـ.ق)، جامع المدارك فی شرح مختصر النافع، مؤسسه اسماعیلیان، قم، دوم.
٩. خوئی، سید ابوالقاسم موسوی (١٤١٨ هـ.ق)، موسوعة الإمام الخوئی، مؤسسة إحياء آثار الإمام الخوئی، قم، اول.
١٠. روحانی قمی، سید صادق حسینی (١٤١٢ هـ.ق)، فقه الصادق علیه السلام، دارالکتاب، قم، اول.
١١. سبزواری، سید عبدالأعلى (١٤١٣ هـ.ق)، مهذب الأحكام، مؤسسه المنار، قم، چهارم.
١٢. شهید اول، محمد بن مکی (١٤١٠ هـ.ق)، اللمعة الدمشقية فی فقه الإمامية، دار التراث - الدار الإسلامية، بیروت، اول.
١٣. شهید ثانی، زین الدین بن علی (١٤١٠ هـ.ق)، الروضة البهية فی شرح اللمعة الدمشقية، کتاب فروشی داوری، قم، اول.
١٤. _____ (١٤١٣ هـ.ق)، مسالك الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام، مؤسسة المعارف الإسلامية، قم، اول.
١٥. شیرازی، سید محمد حسینی (بی تا)، الفقه، دار العلوم، بیروت، اول.
١٦. طباطبائی، سید علی بن محمد (١٤١٨ هـ.ق)، ریاض المسائل، مؤسسه آل البيت عليهم السلام، قم، اول.
١٧. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن (١٣٨٧ هـ.ق)، المبسوط فی فقه الإمامية، المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية، تهران، سوم.
١٨. عاملی، سید جواد بن محمد حسینی (بی تا)، مفتاح الكرامة فی شرح قواعد العلامة، دار إحياء التراث العربی، بیروت، اول.
١٩. علامه حلّی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی (١٤١١ هـ.ق)، تبصرة المتعلمين فی أحكام الدين، مؤسسه چاپ و نشر وابسته به وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، تهران، اول.
٢٠. _____ (١٤١٣ هـ.ق)، قواعد الأحكام فی معرفة الحلال و الحرام، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین، قم، اول.
٢١. _____ (١٤٢٠ هـ.ق)، تحرير الأحكام الشرعية علی مذهب الإمامية، مؤسسه امام صادق علیه السلام، قم، اول.

٢٢. _____ (١٤١٠ هـ.ق)، إرشاد الأذهان إلى أحكام الإيمان، دفتر انتشارات اسلامي وابسته به جامعه مدرسین، قم، اول.
٢٣. فاضل لنكراني، محمد (١٤٢١ هـ.ق)، تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القصاص، مركز فقهی ائمه اطهار عليهم السلام، قم، اول.
٢٤. فاضل هندي، محمد بن حسن (١٤١٦ هـ.ق)، كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، دفتر انتشارات اسلامي وابسته به جامعه مدرسین، قم، اول.
٢٥. فخر المحققين، محمد بن حسن بن يوسف (١٣٨٧ هـ.ق)، إيضاح الفوائد في شرح مشكلات القواعد، مؤسسه اسماعيليان، قم، اول.
٢٦. فقحانی، علی بن علی بن محمد بن طی (١٤١٨ هـ.ق)، الدر المنضود في معرفة صيغ النيات والإيقاعات والعقود، مكتبة إمام العصر (عج) العلمية، قم، اول.
٢٧. فيض كاشاني، محمد محسن ابن شاه مرتضى (بى تا)، مفاتيح الشرائع، كتابخانه آيت الله مرعشى نجفى، قم، اول.
٢٨. مجموعه آراى فقهى حقوقى، امور كيفرى (بى تا)، مركز تحقيقات فقهى قوه قضائيه، قم، اول.
٢٩. محقق حلى، نجم الدين جعفر بن حسن (١٤١٨ هـ.ق)، المختصر النافع في فقه الإمامية، مؤسسة المطبوعات الدينية، قم، ايران، ششم.
٣٠. _____ (١٤٠٨ هـ.ق)، شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام، مؤسسه اسماعيليان، قم، دوم.
٣١. مدنی كاشانی، حاج آقا رضا (١٤١٠ هـ.ق)، كتاب القصاص للفقهاء والخوارج، دفتر انتشارات اسلامي وابسته به جامعه مدرسین، قم، دوم.
٣٢. مكارم شیرازی، ناصر (١٤٢٧ هـ.ق)، استفتائات جدید، انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام، قم، دوم.
٣٣. نجفی، محمد حسن (١٤٠٤ هـ.ق)، جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام، دار إحياء التراث العربی، بیروت، هفتم.