

تأملی فقهی پیرامون ماده ۲۶۸ قانون مجازات اسلامی*

دکتر محمدتقی فخلعی

استادیار دانشکده الهیات دانشگاه فردوسی

Email: fakhlaei@ferdowsi.um.ac.ir

جابر بابایی

دانشجوی فقه و مبانی حقوق اسلامی

چکیده

به بهانه به چالش کشیدن مفاد ماده ۲۶۸ قانون مجازات اسلامی، این مقاله درصدد است مسأله اختیار مقتول در قصاص و عفو را قبل از به هلاکت رسیدن مورد بررسی فقهی قرار دهد. با بررسی آرای فقیهان بزرگ امامیه و اهل سنت و ارزیابی دقیق ادله آن ها این نتیجه حاصل می شود که در قتل عمد حق قصاص، دیه، عفو نسبت به آن ها و مصالحه مالی از حقوق ابتدایی و بالاصاله اولیای دم است و مجنی علیه را در آن حقی نیست. به جز آنچه که تحت عنوان تأدیه دیون و وصایای مقتول از محل دیه به دلیل خاص وارد شده است. در این مقاله در جریان نقد ادله، موضوعاتی همچون اذن در اتلاف نفس و برائت از ضمان طیب قبل از علاج هم مورد بررسی قرار می گیرد.

کلید واژه ها: قصاص، دیه، جنایت، سرایت، ابراء مالم یجب، اسقاط حق غیر.

* . تاریخ وصول: ۱۳۸۵/۱/۲۸؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۸۵/۳/۲۳.

مقدمه

یکی از پرسش‌هایی که در مقررات کیفری فقه اسلامی پاسخ قطعی نیافته، این است که حق قصاص در قتل عمد به طور ابتدایی و بالاصاله از آن چه کسی است با وجود این که فقیهان اسلامی اولیای دم را پس از هلاکت مقتول دارای این حق می‌شناسند ولی می‌پرسند قبل از آن خود مجنی علیه اختیاری در قصاص و عفو دارد یا خیر.

ماده ۲۶۸ قانون مجازات اسلامی طبق یک دیدگاه فقهی مقرر می‌دارد: چنانچه مجنی علیه قبل از مرگ، جانی را از قصاص نفس عفو نماید حق قصاص ساقط می‌شود و اولیای دم نمی‌توانند پس از مرگ او مطالبه قصاص نمایند. این ماده قانونی آشکارا حق اولیای دم در قصاص را در طول حق مجنی علیه یافته و عفو قبل از مرگ را مستقط حق اولیای دم شمرده است.

به نظر می‌رسد قانونگذار در تدوین این ماده تحت تأثیر تمایل فقهی امام خمینی (ره) در تحریرالوسیله قرار داشته است، آن جا که ایشان ضمن اشاره به اختلاف فقیهان در این مسأله قول وجیه تر را صحت عفو دانسته است (۵۵۱/۲).

این در حالی است که طبق ماده ۲۵۷ همین قانون، «قتل عمد موجب قصاص است». این عبارت می‌تواند در این معنا ظهور یابد که وقوع قتل سبب ثبوت قصاص است نه اقدام به ضرب و جرح و ارتکاب عملی که به هلاکت نفس بینجامد. آن گاه این سؤال مطرح می‌شود که عفو مجنی علیه قبل از ثبوت قصاص چگونه می‌تواند معنای قابل قبول بیابد.

همچنین در ماده ۲۶۱ این قانون مقرر شده که قصاص و عفو در اختیار اولیای دم است. به خوبی می‌توان تعارض میان این ماده و ماده پیشگفته را تصور نمود، مگر آن که در یک تحلیل فقهی به اثبات رسد که حق قصاص اصالتاً از آن مجنی علیه است و پس از هلاکت او به تبع و به عنوان ارث به اولیای دم می‌رسد. ممکن است بدین

روش تعارض این دو ماده قانونی و اشکال دیگر مطرح شده در باب ماده ۲۶۸ برطرف شود.

این مسأله بهانه ای شد که نگارنده به پژوهشی وسیع در موضوع مورد بحث دست بزند و محصول آن را در این سطور ارائه دهد.

تبیین دیدگاه های فقهی

فقیهان اسلامی مسأله عفو مجنی علیه را معمولاً در ضمن فرعی مطرح کرده اند که شخصی، دیگری را مورد ضرب و جرح قرار می دهد و یا عضوی از پیکر او از قبیل انگشت را قطع می کند و در پی آن جراحت به دیگر اعضا سرایت می کند و سرانجام به هلاکت او منجر می شود. در این مورد هرگاه در مراحل اولیه ضرب و جرح، مجنی علیه جانی را مورد عفو قرار دهد، آیا این عفو پیشین سبب سقوط قصاص نفس می شود؟ (طوسی، *الخلافاً*، ۲۰۷/۵؛ همو، *المبسوط*، ۱۰۹/۷؛ علامه حلی، *قواعد الاحکام*، ۶۳۷/۳؛ شهید ثانی، *مسالك الافهام*، ۳۰۷/۱۵؛ نجفی، ۴۲۴/۴۲؛ نووی، ۴۸۳/۱۸).

از آن جا که این مسأله فرض های متعددی یافته، سزاوار است در مقام بیان تفصیلی آرای فقیهان، یکایک فرض های آن به طور مستقل مورد بررسی قرار گیرند. فرض نخست: هرگاه شخصی از سر عمد عضوی از دیگری همچون انگشت او را قطع کند و مجنی علیه، قصاص و دیه را مورد عفو قرار دهد و سپس بهبودی یابد، به عقیده اغلب فقیهان اسلامی، قصاص و دیه، هر دو ساقط است (طوسی، *الخلافاً*، ۲۰۷/۵؛ همو، *المبسوط*، ۱۰۹/۷؛ علامه حلی، *قواعد الاحکام*، ۶۳۷/۳؛ شهید ثانی، *مسالك الافهام*، ۳۰۷/۱۵؛ نجفی، ۴۲۴/۴۲؛ نووی، ۴۸۳/۱۸).

برخی از فقیهان امامیه این حکم را اجماعی یافته اند (طوسی، *الخلافاً*، ۲۰۷/۵؛ شهید ثانی، ۳۰۷/۱۵؛ نجفی، ۴۲۴/۴۲).

فرض دوم: مجنی علیه قبل از بهبودی یافتن گفته باشد: جنایت را مورد عفو قرار دادم. در این صورت بیشتر فقیهان امامیه گفته اند: قصاص و دیه هر دو ساقط می شود (محقق حلی ۱۰۱۴/۴؛ شهید ثانی، *مسالك الافهام*، ۳۰۸/۱۵؛ خوئی، ۱۸۲/۲؛ نجفی، ۴۲۴/۴۲).

صاحب *مبانی تکملة المنهاج* ادعای نفی خلاف کرده و این در حالی است که شیخ طوسی در *المبسوط* (۱۰۹/۷) معتقد است در این فرض عفو از قصاص صورت گرفته است نه از دیه. شهید ثانی مسأله را مبنایی یافته است. به عقیده وی هرگاه قصاص اثر کیفری حاصل از جنایت عمدی و واجب بالاصاله باشد و دیه به عنوان مصالحه جایگزین آن شود عفو از قصاص، عفو از دیه نیز هست و اگر اثر یکی از دو امر قصاص و دیه به صورت تخییری و علی البدل باشد با منتفی شدن قصاص، انتفای دیه محل تردید است (شهید ثانی، *مسالك الافهام*، ۳۰۸/۱۵). ولی صاحب *جواهر* معتقد است حتی اگر قصاص و دیه را دو امر تخییری بدانیم باز هر دو ساقط می شود؛ زیرا عفو از جنایت مستلزم عفو از اثر حاصل از آن که امری تخییری است می باشد (نجفی، ۴۲۴/۴۲).

فرض سوم: هرگاه مجنی علیه گفته باشد: قصاص را مورد عفو قرار دادم و یا گفته باشد: از دیه گذشتم، به عقیده صاحب *جواهر* نه عفو از قصاص موجب سقوط دیه و نه عفو از دیه موجب سقوط قصاص می شود (نجفی، ۴۲۴/۴۲). ولی به نظر امام خمینی (ره) گرچه عفو از دیه نسبت به سقوط قصاص بی اثر است، ولی عفو از قصاص دیه را هم ساقط می کند و حق مطالبه هیچ کدام باقی نمی ماند (امام خمینی، *تحریر الوسیله*، ۵۵۱/۲).

فرض چهارم: پس از عفو مجنی علیه، جراحات به عضو دیگر و به طور مثال از انگشت به کف سرایت کند و بعد بهبود حاصل شود. در این صورت فقیهان اهل سنت دو دسته شده اند: برخی از جمله شافعیه گفته اند: قصاص و دیه انگشت در اثر عفو مجنی علیه ساقط می شود، قصاص کف هم ثابت نمی شود، ولی دیه کف به استثنای

انگشت ثابت می شود (ابن قدامه ۴۷۲/۹؛ نووی، ۴۸۳/۱۸). آنان استدلال کرده اند که هرگاه قصاص انگشت ساقط شود، ید جانی به ید ناقص تبدیل می شود و دست کامل را در برابر ناقص نباید قصاص کنند (ابن قدامه ۴۷۲/۹). همچنین گفته اند: قصاص عضو هیچ گاه بر اثر سرایت واجب نمی شود (نووی، ۴۸۳/۱۸). قول دیگر از آن ابویوسف و محمد بن حسن شیبانی است که معتقدند در این فرض هیچ چیز بر جانی ثابت نیست. به عقیده آنان عفو از جنایت، عفو از آنچه از آن حادث شود هم هست. این قول به احمد بن حنبل نیز نسبت داده شده است (ابن قدامه، ۴۷۲/۹).

اغلب فقیهان امامیه در این فرض بر این باور شده اند که در انگشت قطع شده قصاص و دیه نیست؛ چرا که این عضو مورد عفو واقع شده است.

ولی جانی می بایست دیه کف به استثنای انگشت را به مجنی علیه بپردازد (طوسی، *المبسوط*، ۱۰۹/۷؛ محقق ۱۰۱۴/۴؛ علامه حلی، *قواعد الاحکام*، ۶۳۷/۳؛ همو، *ارشاد الازهان*، ۲۱۲/۲؛ فخرالمحققین، ۶۴۰/۴؛ شهید ثانی، *مسالك الافهام*، ۳۰۸/۱۵؛ نجفی، ۴۲۶/۴۲؛ امام خمینی، ۵۵۱/۲).

صاحب جواهر گفته است: احتمال قطع کف پس از مردود کردن دیه انگشت به جانی را نزد احدی از اصحابمان نیافتیم (نجفی ۴۲۶/۴۲).

ولی صاحب *مبانی تکملة المنهاج* برخلاف اغلب فقیهان معتقد است اگر سرایت مقصود جانی بوده است یا عمل او غالباً به سرایت می انجامد قصاص کف و در غیر این صورت دیه کف ثابت می شود (خوئی ۱۸۲/۲).

شیخ طوسی به تبع بعضی از فقیهان اهل سنت ادعا کرده است قصاص عضو بر اثر سرایت ثابت نمی شود. بعضی از فقیهان دیگر این سخن را نادرست یافته و معتقد شده اند همان طور که قصاص نفس بر اثر سرایت ثابت می شود قصاص عضو هم به طریق اولی چنین می شود (علامه حلی، *مختلف الشیعه*، ۴۴۸/۹؛ نجفی، ۴۲۶/۴۲).

از این رو صاحب جواهر (۴۲۶/۴۲) علت سقوط قصاص در کف را ضرری

دانسته است که به انگشت مورد عفو واقع شده وارد می شود. او مسأله را از قبیل مسأله قطع کف کامل در برابر جنایت بر کف ناقص می داند.

شیخ طوسی همچنین گفته است: فرقی نیست در این که مجنی علیه، قصاص و دیه، انگشت و آنچه را از آن حادث شود مورد عفو قرار دهد یا عبارت «آنچه از آن حادث شود» را در پی نیاورد؛ چرا که عفو چیزی که بعد حادث شود و ابراء آنچه بعد واجب شود صحیح نیست و چون قصاص کف امکان پذیر نباشد دیه آن ثابت می شود (طوسی، المبسوط، ۱۱۰/۷).

فرض پنجم: مجنی علیه قصاص و دیه جنایت بر عضو را مورد عفو قرار دهد و سپس جنایت به نفس سرایت کند و مرگ شخص را در پی آورد.

در میان فقیهان اهل سنت آرای متفاوتی آشکار گشته است. در حالی که بنا بر نقلی، مالک بن انس قصاص را لازم دانسته است (ابن قدامه، ۴۱۸/۹)، ابویوسف و شیبانی عفو را درست دانسته و چیزی بر جانی لازم ندانسته اند (سرخسی، ۱۵۴/۲۶).

به عقیده حنابله اگر جراحت، موردی همچون جایفه است که در آن قصاص اصلاً ثابت نیست و مجنی علیه قصاص را مورد عفو قرار داده باشد و بعد به نفس سرایت کند حق قصاص برای ولی دم ثابت است؛ چرا که قصاص جایفه امکان پذیر نبوده و عفو از آن هم صحیح نیست.

اما در سایر موارد قصاص نفس ثابت نیست؛ زیرا قصاص نفس به استثنای عضو مورد عفو واقع شده امکان ناپذیر است و از این رو ساقط می شود، نظیر جایی که بعضی از اولیای دم جانی را مورد عفو قرار دهند (ابن قدامه، ۴۱۸/۹).

شافعیه معتقد شده اند: اولاً قصاص نفس در فرض مذکور واجب نیست، به دلیل آن که قصاص انگشت در اثر عفو ساقط شده و چون قصاص تبعض پذیر نیست قصاص نفس هم ساقط می گردد؛ ثانیاً در مورد دیه اگر عفو از آن به لفظ وصیت انجام گرفته باشد بنا بر این که وصیت به نفع قاتل صحیح نباشد، این وصیت نادرست است و

بنابر این که صحیح باشد عفو از دیه انگشت از ثلث ترکه مقتول نافذ است و اگر به لفظ ابراء انجام گرفته باشد در آن دو قول است: یکی این که ابراء هم به مانند وصیت در ثلث مال معتبر است و دیگر آن که ابراء چون اسقاط در حال حیات است به طور کامل صحیح و دیه انگشت ساقط است. اما دیه نفس به استثنای دیه ی انگشت همچنان ثابت است؛ چون عفو و ابراء نسبت به اصل جنایت انجام گرفته است (نووی، ۴۸۳/۱۸ و ۴۸۴).

در سوی دیگر، اغلب فقیهان امامیه فتوا داده اند که برای ولی دم مقتول حق قصاص ثابت است، اما در عین حال لازم است وی دیه انگشت مورد عفو واقع شده را به جانی بپردازد (طوسی، *الخلافا*، ۲۰۸/۵؛ محقق حلی، ۱۰۱۴/۴، علامه حلی، *قواعد الاحکام*، ۶۳۷/۳؛ همو، *الارشاد*، ۲۱۲/۲؛ شهید ثانی، *مسالك الافهام*، ۳۰۸/۱۵، نجفی، ۴۲۷/۴۲) شیخ طوسی که خود در کتاب *الخلافا* (۲۰۸/۵) از اجماع امامیه بر فتوای مشهور یاد کرده و در *المبسوط* (۱۱۰/۷) آن را رأی اصحاب امامیه خوانده است، در همین کتاب از این نظر عدول کرده و به مانند بسیاری از اهل سنت قصاص نفس را منتفی دانسته است. وی نیز استدلال کرده که قصاص انگشت با عفو مجنی علیه ساقط شده است و از آن جا که قصاص تبعض پذیر نیست، قصاص نفس هم ساقط می شود (همان، ۱۱۰/۷).

محقق اردبیلی هم احتمال عدم قصاص نفس را مطرح کرده است. او استدلال کرده که چون مجنی علیه نسبت به جنایت انجام گرفته گذشت کرده، قصاص این جنایت ساقط شده و دیگر آثار آن هم به تبع مورد عفو قرار گرفته است؛ چرا که متبادر از عفو از جنایت عفو از لوازم آن هم هست (اردبیلی، ۱۴۱/۱۴). صاحب *مبانی تکملة المنهاج* معتقد است که در این فرض اگر سرایت مقصود جانی بوده یا عمل او غالباً به سرایت می انجامد، قصاص نفس ثابت است و در غیر این صورت در جنایت شبه عمدی داخل می شود (خوئی، ۱۸۲/۲). امام خمینی (ره) در این مسأله با

پذیرش فتوای مشهور بر لزوم قصاص، رد دیه انگشت به جانی را مورد اشکال قرار می دهد هر چند آن را احوط می داند (امام خمینی، *تحریر الوسیله*، ۵۵۲/۲).

فقیهان گروه نخست تصریح کرده اند که سقوط قصاص عضو هیچ گاه مستلزم سقوط قصاص نفس نیست، چنان که اگر مجنی علیه قصاص عضو را استیفا کند و آن گاه بر اثر سرایت به نفس به هلاکت رسد اولیای دم یک بار دیگر می توانند قصاص نفس را بخواهند. در این جا هم سقوط قصاص عضو به واسطه عفو به مثابه سقوط آن به واسطه استیفا در نفی قصاص نفس تأثیری ندارد (علامه حلی، *مختلف الشیعه*، ۴۴۸/۹؛ شهید ثانی، *مسالك الافهام*، ۳۰۹/۱۵). همچنین در رد استدلال شافعیه گفته اند: ضرورت فقهی قائم شده است بر این که عفو از عضو مقتضی عدم تکافو در نفس نیست و بدین جهت شخص کامل را در برابر قتل مقطوع الید قصاص می کنند (نجفی، ۴۲۸/۴۲).

صاحب جواهر استدلال محقق اردبیلی را مبنی بر این که متبادر از عفو، عفو از آثار جنایت است، سخن بسیار ضعیف و فاقد معنای محصلی یافته و گفته است: این که جراحی در اثر عفو غیرمضمون باشد مستلزم عدم ضمان در سرایت نیست و این که مشهور شده است که غیر مضمون سرایت آن هم مضمون نیست در غیر مضمون ابتدایی است، از قبیل جایی که قطع ید به حق و به موجب حکم شرع انجام شود (همان، ۴۲۷/۴۲).

فرض ششم: هرگاه مجنی علیه بگوید: جنایت و آنچه را از آن حادث شود مورد عفو قرار دادم (طوسی، *الخلافا*، ۲۰۸/۵؛ همو، *المبسوط*، ۱۱۰/۷، نووی، ۴۸۴/۱۸، ابن قدامه، ۴۷۲/۹؛ علامه حلی، *مختلف الشیعه*، ۴۴۸/۹) و یا صریحاً بگوید: هم جنایت و هم سرایت را مورد عفو قرار دادم (محقق حلی، ۱۰۱۴/۴؛ فخرالمحققین، ۶۴۰/۴؛ نجفی، ۴۲۸/۴۲؛ امام خمینی، ۵۵۲/۲) یا بگوید: از قصاص نفس خود گذشتم (خوئی، ۱۸۲/۲؛ سرخسی، ۱۵۳/۲۶) و سپس جنایت به نفس سرایت کند و شخص را به هلاکت رساند،

در باب قصاص نفس و دیه مقتول در بین فقیهان اختلاف نظر جدی پدید آمده است. از آن جا که این فرض هسته اصلی پژوهش حاضر را تشکیل می دهد، لازم است همه جوانب آن به دقت مورد بررسی قرار گیرد.

در مورد قصاص، اغلب فقیهان اهل سنت عفو از آن را صحیح دانسته اند. حتی فتاوی منقول برخی از فقیهان تابعی هم حاکی از آن است که این مسأله نزد آنان دارای اهمیت بوده است. به طور مثال از حسن بصری، طاوس یمانی، شعبی، سفیان ثوری، قتاده و اوزاعی روایت شده که عفو مجروح از خون خود را صحیح دانسته و گفته اند: ورثه حق ندارند جانی را به قتل رسانند (ابن قدامه، ۴۷۲/۹؛ ابن حزم، ۴۸۶/۱۰). فقیهان مذاهب اربعه هم این عفو را درست دانسته اند و سخنان ابوحنیفه، احمد بن حنبل و فقیهانی همچون ابویوسف و شیبانی حاکی است که علاوه بر قصاص قائل به سقوط دیه هم شده اند (سرخسی، ۱۵۳/۲۶؛ ابن حزم، ۴۸۶/۱۰؛ ابن قدامه، ۴۷۲/۹). شافعیه نیز در سقوط قصاص با دیگران هم رأی شده اند. به گمان آنان عفو از قصاصی که هنوز واجب نشده درست است، به دلیل آن که اگر شخصی به دیگری بگوید: مرا به قتل رسان و هیچ مسئولیتی بر تو نیست و طرف مقابل چنین کند، قصاص قاتل لازم نگردد. بنابراین در مورد عفو از قصاص هم به طریق اولی چنین است (نووی، ۴۸۴/۱۸).

شافعیه در باب دیه گفته اند: اگر عفو از دیه به لفظ وصیت انجام گرفته باشد و قائل به صحت و صیت به نفع قاتل شویم، این وصیت از ثلث اموال مقتول نافذ است و اگر قائل به بطلان وصیت شویم، دیه نفس به استثنای دیه، انگشت لازم آید و اگر به لفظ ابراء انجام گرفته باشد و آن را در حکم وصیت بدانیم از ثلث نافذ است و اگر آن را چون وصیت ندانیم عفو از دیه انگشت درست بوده و مازاد بر آن نادرست است؛ زیرا ابراء مالیم (نووی، ۴۸۴/۱۸؛ ابن قدامه، ۴۷۲/۹).

در میان فقیهان اهل سنت ابن حزم فقیه ظاهری قاطعانه فتوا داده که عفو از قصاص از سوی مجنی علیه پذیرفته نیست. او حتی مدعی شده است که هیچ گونه

اختلافی بین احدی از امت پدید نیامده است در این که مقتول تا زمانی که در قید حیات است حقی در قصاص ندارد و در نتیجه حقی در عفو هم ندارد. وی گفته است: متون کتاب و سنت عفو از قصاص نفس را برای خویشان مقتول پس از مرگ او قرار داده است. ابن حزم در باب دیه هم معتقد شده که دیه مقتول برای خویشان او نه از باب میراث بلکه به عنوان حقی اصیل پس از مرگ ثابت می شود. بنابراین، عفو و اسقاط دیه هم توسط مجنی علیه باطل و بی اثر است (ابن حزم، ۴۹۰/۱۰).

فقیهان امامیه نیز در این فرض دیدگاه های متفاوتی یافته اند. ابن جنید اسکافی گفته است: در جنایت عمدی وصیت مجنی علیه به عفو قاتل، قصاص را ساقط و دیه را لازم می سازد (علامه حلی، *مختلف الشیعه*، ۴۴۸/۹). شیخ طوسی در *الخلاف* (۲۰۹/۵) عفو از قصاص را درست دانسته و محقق اردبیلی (۱۴۲/۱۴) صحت آن را بعید ندانسته است. امام خمینی (*تحریر الوسیله*، ۵۵۲/۲) هم با اشاره به اختلاف نظر حاصل در مسأله قول نیکوتر را صحت عفو دانسته است. محقق حلی (۱۰۱۴/۴) علامه در *قواعد الاحکام* (۶۳۷/۳) دچار تردید شده اند. علامه در *مختلف الشیعه* (۴۴۸/۹) و *ارشاد الازهان* (۲۱۲/۲) معتقد است که عفو مجنی علیه سرایت ناشی از جنایت را شامل نمی شود. دیگران همچون فاضل هندی در *کشف اللثام* (۴۷۵/۲)، صاحب جواهر (۴۲۹/۴۲) و آیت الله خوئی (۱۸۳/۲) به عدم صحت عفو و ثبوت قصاص قائل شده اند. شهید ثانی در *مسالك الافهام* (۳۰۹/۱۵) همین قول را اصح یافته است.

در مورد دیه شیخ طوسی در کتاب *الخلاف* (۲۰۸/۵) عفو از آن را به منزله وصیت و در چارچوب ثلث نافذ دانسته است.

همو در *المبسوط* (۱۱۰/۷ و ۱۱۱) مسأله را به چند صورت بررسی کرده و گفته است: اگر مجنی علیه دیه را برای قاتل وصیت کرده باشد در باب صحت این وصیت دو دیدگاه فقهی وجود دارد و بنابر مذهب امامیه که وصیت به نفع قاتل درست است این وصیت در ثلث نافذ می باشد و اگر به عفو و ابراء تعبیر کرده باشد باز هم دو

دیدگاه وجود دارد: یکی آن که ابراء و اسقاط در بیماری مرگ در ثلث و دیگر آن که در کل نافذ است و در هر صورت وی ابراء را نسبت به دیه انگشت صحیح دانسته است، نه در مازاد بر آن؛ چرا که چنین چیزی ابراء مالم یجب است.

فقیهانی که قصاص را حق بی واسطه ی اولیای دم می دانند و عفو از آن را بی اثر می بینند، دیه را هم تابع قصاص یافته و معتقدند اسقاط دیه از سوی مجنی علیه در حقیقت اسقاط چیزی است که هنوز واجب نشده است و اسقاط مالم یجب اثری ندارد (خوئی، ۱۸۳/۲).

ادله اقوال

با بررسی مجموع گفته های فقیهان امامیه و اهل سنت به دسته بندی ادله طرف ها می پردازیم:

أ) ادله فقیهانی که به نادرست بودن عفو فتوا داده اند:

۱- از آن جا که قصاص حقی است که با مرگ مقتول ثابت می شود، عفو قبل از آن اسقاط حقی که ثابت نشده و ابراء مالم یجب است (محقق حلی، ۱۰۱۴/۴؛ علامه حلی، *مختلف الشیعه*، ۴۴۸/۹؛ فاضل هندی، ۴۷۵/۲؛ نجفی، ۴۲۹/۴۲؛ خوئی، ۱۸۳/۲).

۲- قصاص حقی است که به طور ابتدایی و بی واسطه به اولیای دم تعلق می گیرد و مجنی علیه از هیچ حقی در آن برخوردار نیست و عفو او اسقاط حق غیر است (ابن حزم، ۴۹۰/۱۰؛ فاضل هندی، ۴۷۵/۲؛ نجفی، ۴۲۹/۴۲؛ خوئی، ۱۸۲/۲).

ب) ادله فقیهانی که به صحت عفو و سقوط قصاص فتوا داده اند:

۱- ادله عفو از قصاص همچون آیه کریمه «فَمَنْ تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَهُ» (مائده/۴۵)، (طوسی، *الخلافا*، ۲۰۹/۵؛ فاضل هندی، ۴۷۵/۲؛ نجفی، ۴۲۸/۴۲؛ اردبیلی، ۱۴۲/۱۴).

۲- از آن جا که جنایت بر عضو در سرایت مؤثر است به منزله سبب برای آن

محسوب می شود. بنابراین، عفو از سبب به مثابه عفو از مسبب است (فخرالمحققین، ۶۴۰/۴؛ اردبیلی، ۱۴۲/۱۴؛ نجفی، ۴۲۹/۴۲).

۳- فقیهان در باب ضمان طیب فتوا داده اند که براءت طیب قبل از شروع به درمان موجب سقوط ضمان می شود. این امر گرچه ابراء مالم یجب، ولی صحیح است. پس در باب عفو هم به طریق اولی ابراء مالم یجب صحیح است (فخرالمحققین، ۶۴۰/۴؛ نجفی، ۴۲۸/۴۲).

۴- قصاص و دیه حقی است که اصالتاً به مجنی علیه تعلق می گیرد و از او به عنوان ارث به اولیای دم منتقل می شود. مؤید این نظر آن که دیه به فتوای فقیهان جزو ترکه مقتول محسوب و دیون و وصایای او از ناحیه دیه تأدیه می شود (سرخسی، ۱۵۳/۲۶؛ نجفی، ۴۲۹/۴۲).

۵- عفو مجنی علیه پس از ارتکاب جنایت به مانند اذن ابتدایی او مسقط قصاص است، به این معنا که اگر شخصی به دیگری فرمان دهد مرا به قتل برسان و او چنین کند قصاص بر مرتکب واجب نیست (سرخسی، ۱۵۳/۲۶؛ نووی، ۴۸۴/۱۸).

۶- ادله وجوب وفای به پیمان از قبیل المؤمنون عند شروطهم (حرعاملی، ۱۲/۳۵۳ و ۵)، به این معنا که مجنی علیه به عفو جانی متعهد شده است و التزام به آن شرعاً واجب است.

اصل اولی: قبل از نقد تفصیلی ادله طرف ها می بایست مقتضای اصل لفظی یا عملی را معلوم کنیم. در این باره باید گفت: اصل اولی، حرمت قتل نفس محترمه است، مستفاد از آیه « وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ » (انعام: ۱۵۱) طبق این اصل هرگاه در مورد معینی دلیل اطمینان بخشی بر ثبوت قصاص نفس نباشد باید به این اصل لفظی و عمومات تحریم قتل نفس رجوع کرد.

برخی از فقیهان اصل صحت عفو را در این مسأله مطرح کرده اند (فاضل هندی، ۴۷۵/۲؛ نجفی، ۴۲۸/۴۲). به نظر می رسد این اصل مستفاد از عموماً کتاب و سنت است که در آن به عفو ترغیب شده است و هرگاه نتوان بطلان عفو را به دلیل اثبات کرد مقتضای اصل، صحت عفو است.

از طرفی، براساس قاعده فقهی «ادرؤالحدود بالشبهات» بروز هرگونه شبهه ای موجب سقوط کیفر می شود. بنابراین که این قاعده در قصاص هم جریان یابد (بجنوردی، ۱۶۰) و بنابر اصل احتیاط در دماء می توان گفت در صورت همسنگی ادله طرف ها و عدم امکان ترجیح، مسأله مورد بحث در مقوله شبهه دارئه قرار می گیرد و می بایست به سقوط قصاص حکم نمود.^۱

آیا اصل عملی استصحاب بقای حق قصاص پس از عفو مجنی علیه جاری است؟ در پاسخ باید گفت: اگر حق قصاص برای مجنی علیه اصالتاً ثابت شده باشد با عفو او قطعاً از بین رفته است و اگر این حق برای اولیای دم ثابت باشد از آن جا که ثبوت آن در گروی هلاکت مجنی علیه است، پس از عفو مجنی علیه حدوث آن مشکوک است. بنابراین، هیچ یک از دو استصحاب جاری نمی شود؛ چرا که در یکی یقین سابق و در دیگری شک لاحق مفقود است. در همین جا می توان مسأله را در باب استصحاب کلی قسم دوم تصور نمود که به عقیده اغلب اصولیان گرچه استصحاب فرد جاری نیست، ولی کلی حق قصاص را می توان استصحاب کرد؛ زیرا کلی این حق در ضمن یکی از دو مصداق حق مجنی علیه و حق ولی دم پدید آمده و بقای آن مشکوک است و می توان استصحاب کلی حق قصاص را جاری کرد.

نقد و ارزیابی ادله

1 - برای آشنایی با مسأله شمول قاعده درء الحد بر قصاص بنگرید به مقاله پژوهشی در قاعده فقهی درء الحد، اثر نگارنده در نشریه دانشکده الهیات، شماره ۴۷ و ۴۸، ص ۱۵۶ و ۱۵۷.

در مقام ارزیابی ادله طرف‌ها چند تأمل فقهی مهم ارائه می‌شود:

۱- مهم‌ترین پرسشی که سرنوشت این بحث در گروی پاسخ آن است این است که حق قصاص نفس اصالتاً از آن چه کسی است: مجنی علیه یا اولیای دم. اگر این حق به مجنی علیه تعلق یافته باشد عفو و اسقاط آن صحیح و بی‌اشکال است و اگر برای اولیای دم ثابت باشد عفو مجنی علیه نادرست و اسقاط حق غیر است. پس باید دید مقتضای ادله چیست؟

به عقیده نگارنده واضح‌ترین دلیل، آیه کریمه « وَ مَنْ قَتَلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيَّهِ سُلْطَانًا فَلَا » (اسراء/۳۳) است. این آیه در این ظهور دارد که قدرت و اختیار بر قصاص به عنوان مجعولی شرعی برای ولی دم نهاده شده است. حتی از سیاق عبارت آیه و تقدیم «لولیه» بر مفعول به می‌توان معنای حصری را از آن استفاده کرد؛ چرا که گفته‌اند: «تقدیم ما حقه التأخیر یفید الحصر». آن گاه می‌توان ادعا کرد دلالت آیه کریمه بر معنای موردنظر نص‌گونه و یا اظهر است. شماری از فقیهان و مفسران بزرگ همین معنا را از آیه کریمه دریافته‌اند (علامه طباطبایی، ۹۰/۱۳؛ خوئی، ۱۳۱/۲ و ۱۴۲؛ امام خمینی، *البیع*، ۲۶۹/۵؛ اصفهانی، ۲۵۳/۵). علامه محمدحسین اصفهانی در این باره می‌نویسد: ثبوت حق قصاص برای وارثان مقتول از باب ارث ثابت مقتول نیست، بلکه حقی ابتدایی است که برای ورثه به عنوان اولیای دم ثابت شده است، چنان‌که آیه کریمه « وَ مَنْ قَتَلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيَّهِ سُلْطَانًا فَلَا » (اسراء/۳۳) به ظاهر بر این دلالت می‌کند سلطنت، مجعولی ابتدایی برای ولی دم است، نه برای مقتول که آن را اولیای دم به ارث ببرند. بنابراین، با حق خیاری که برای مورث ثابت می‌شود مقایسه نمی‌شود، بلکه از قبیل جعل خیار ابتدایی برای طرف‌های بیع در مجلس عقد بیع است (اصفهانی، ۲۵۳/۵).

شگفت آن که امام خمینی که در جایی عفو از قصاص را قول وجیهی یافته است (تحریر الوسیله، ۵۵۲/۲) هم ایشان در جای دیگر تصریح می کند که حق قصاص بنابر دلالت آیه کریمه سوره اسراء حق ثابت اولیای میت است، نه میراث آنان (البیع، ۲۶۹/۵).

۲- فقیهان در بحث از موجبات قصاص، از هاق نفس یا بیرون رفتن روح از بدن را شرط ثبوت قصاص دانسته اند (محقق حلی، ۹۷۱/۴؛ شهید ثانی، الروضه، ۱۱/۱۰؛ نجفی، ۱۱/۴۲) از آیات «كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ» (بقره/ ۱۷۸) و «وَمَنْ قَتَلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيَّهِ سُلْطَانًا فَلَا» (اسراء/ ۳۳) چنین برداشت می شود که ثبوت قصاص به عنوان قتل تعلیق یافته است و ظاهراً مفهوم عرفی قتل هم به بیرون رفتن روح از بدن صدق می کند نه ارتکاب عملی که بدان بینجامد. بنابراین، اطلاق قاتل بر جانی تا زمانی که مجنی علیه در قید حیات است صحت سلب دارد، مگر آن که گفته شود: از هاق نفس شرط متأخر در ثبوت قصاص و دارای اثر قهقرایی است؛ یعنی کاشف از آن است که عفو قبل از وفات صحیح بوده است. ولی این توجیه هم خالی از اشکال نیست؛ چرا که اولاً مقوله شرط متأخر و اثر قهقرایی که در باب عقد فضولی و مکره مطرح است امری برخلاف اصل بوده و قابل تعمیم نیست؛ ثانیاً این توجیه نمی تواند حق قصاص را برای مجنی علیه به اثبات رساند؛ چه آن که صحت عفو مجنی علیه فرع بر ثبوت حق قصاص برای او است و چنان که گذشت مستفاد از آیه سوره اسراء ثبوت قصاص برای اولیای دم است.

۳- ادله عفو از قصاص در قرآن کریم نمی توانند به عنوان دلایلی عام بر صحت عفو مجنی علیه مورد استدلال قرار گیرند؛ چرا که به طور مثال به گفته اکثر مفسران مستفاد از عبارت «فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ» که در ذیل آیه کریمه «كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ» (بقره/ ۱۷۸) آمده، آن است که

عفوکننده ولی دم مقتول است (جصاص، ۱/۱۸۴؛ قرطبی، ۲/۲۵۳؛ فاضل مقداد، ۶۷۵؛ طبرسی، ۱/۴۹۰؛ علامه طباطبایی، ۱/۴۳۲). آیه کریمه «فَمَنْ تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَهُ» که در ذیل «أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ» (مانده/۴۵) آمده، گرچه به ظاهر عام است و شامل مجنی علیه و اولیای دم می‌شود ولی ادله ای که حق قصاص را برای اولیای دم ثابت می‌کند مانع از آن می‌شود که اصالة العموم در این آیه منعقد شود. سرانجام این که از این آیه به کمک دیگر ادله می‌توان فهمید که عفو از قصاص نفس در اختیار ولی دم و در قصاص عضو در اختیار مجنی علیه است.

نکته مهم در مسأله این که موضوع عفو یا اسقاط حق تابع ثبوت آن است و اختیار سقوط قصاص برای کسی است که این حق برای او ثابت شده است. بنابراین، عمومات عفو یا اصل صحت عفو موضوع خود را ثابت نمی‌کند و استدلال مطرح شده در گفتار برخی از فقیهان در این باره ناتمام و غیرقابل قبول است.

۴- گفته اند: این که فقیهان بنابر روایت هایی (حرعاملی ۹/۹۴/۲ و ۱۳/۱۱۲/۱، ۱۳/۳۷۲/۳ و ۲/۳) فتوا داده اند که دیون و وصایای مقتول در صورتی که اموال دیگری از او باقی نمانده باشد از محل دیه تأدیه می‌شود، دلیل بر آن است که دیه اصالتاً به خود مقتول تعلق دارد و به عنوان جزئی از ترکه به اولیای دم می‌رسد (نجفی، ۴۲/۴۲۹). بنابراین، قصاص هم حق بالاصاله او است. این مسأله خود قرینه ای است که مانع از ظهور پیشگفته در آیه «وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيَّهِ سُلْطَانًا» (اسراء/۳۳) می‌شود (شاهرودی، ۷۸).

در پاسخ باید گفت: این که بنابر نظر مشهور دیه در حکم ترکه مقتول محسوب و دیون و وصایای او از محل آن تأدیه می‌شود (نجفی ۳۹/۴۴ و ۴۵) تابع دلیل خاص است (همو، ۴۲/۴۲۹) و نمی‌توان با اطمینان از آن نتیجه گرفت که دیه و قصاص اصالتاً حق مقتول است. روایات هم نمی‌تواند در برابر ظهور یا صراحت آیه کریمه اسراء

مقاومت کند. بلی، تنها عبارت «فهو حق بدیته من غیره» که در ذیل یکی از روایات آمده است (حرعاملی، ۲/۹۲/۱۹) احق بودن مقتول از دیگران را نسبت به دیه بیان می‌کند. بنابراین، مسأله همچنان نیازمند به تأمل است.

۵- یکی از دو اشکال مهمی که بر صحت عفو وارد است این است که از آن جا که ثبوت قصاص و دیه در گروهی از هاق نفس و هلاکت مقتول است عفو پیشین او اسقاط حقی است که هنوز ثابت نشده و ابراء چیزی است که واجب نشده است و عقل آن را پذیرا نیست. طرفداران دیدگاه مقابل کوشیده اند با پاسخ نقضی از این اشکال عبور کنند. آنان مدعی شده اند مسأله برائت طیب قبل از درمان، آشکارا از مصادیق ابراء مالم یجب است. نتیجه این که چنین ابرائی در فقه وارد شده و محظوری در کار نیست. بلکه، اگر چنین ابرائی قبل از حدوث جنایت صحیح است عفو پس از حدوث به طریق اولی چنین است.

توضیح مسأله این که در مسأله ضمان طیب به فرض پذیرش اصل ضمان، فقیهان فرعی را مطرح کرده اند که اگر طیب قبل از اقدام به عمل درمان از خسارت ناشی از آسیب احتمالی برائت جوید آیا به سقوط ضمان می‌انجامد یا خیر.

آنان به طور مشهور به برائت طیب و نفی ضمان فتوا داده اند و برخی هم از قبیل ابن ادریس حلی و شهید ثانی به عدم برائت قائل شده اند^۱ (روضه، ۱۱۲/۱۰؛ *مسالك الافهام*، ۳۲۹/۱۵). امثال محقق اول و ثانی و علامه حلی در مسأله تردید یافته اند (محقق حلی، ۱۰۲۰/۴؛ علامه، *قواعد الاحکام*، ۶۵۱/۳؛ همو، *تحریر الاحکام*،

1 - به رغم آن که در گفته های کثیری از فقیهان قول به عدم برائت طیب به ابن ادریس حلی نسبت داده شده است (شهید ثانی، *روضه*، ۱۱۳/۱۰؛ همو، *مسالك الافهام*، ۳۳۰/۱۵، اردبیلی، ۲۳۰/۱۴؛ سیدعلی طباطبایی، ۵۳۳/۲؛ نجفی، ۴۷/۴۳)، ولی تحقیق خلاف آن را ثابت می‌کند؛ چه این که عبارت این فقیه صریح است در عدم ضمان طیب، خواه برائت حاصل کند و خواه نکند، مشروط بر آن که فراتر از دستور بیمار کاری انجام ندهد (ابن ادریس، ۳۷۳/۳).

۲۶۲/۲؛ محقق ثانی، ۲۸۱/۷). تنها اشکال مهم این گروه آن است که براءت قبل از علاج، ابراء مالم یجب است.

مهم ترین ادله دیدگاه مشهور دو چیز است: (۱) نیاز قطعی جامعه انسانی به خدمات طبابت و این که اگر چنین براءتی صحیح نباشد رغبت به این کار در طبیبان کاهش می یابد و امر علاج و درمان متعذر می گردد و جامعه در تنگنای شدیدی قرار می گیرد. بنابراین، ضرورت و حاجت ابراء طبیب را مشروع می گرداند. (۲) روایت سکونی از امام صادق(ع)، قال: قال امیرالمؤمنین(ع): من تطب أوتیطر فلیأخذ البراءة من ولیه و إلا فهو ضامن^۱ (کلینی، ۱/۳۶۴/۷؛ طوسی، **تهذیب الاحکام**، ۵۸/۲۳۴/۱۰؛ حرعاملی، ۱/۱۹۵/۱۹).

برای حل اشکال ابراء مالم یجب هم چندین راه حل پیشنهاد کرده اند:

- این که چنین براءتی از باب ضرورت جایز باشد (اردبیلی ۷۸/۱۰).
- این که ابراء به صورت قضیه شرطیه انجام بگیرد. به این معنا که بیمار یا ولی او به صورت شرط ابتدایی متعهد شوند در صورت بروز جنایت احتمالی هیچ گونه خسارتی به طبیب تحمیل نشود. با این توجیه مسأله در عموم «المؤمنون عند شروطهم» قرار می گیرد(همان، ۲۳۰/۱۴)، مشروط بر اینکه روایت مزبور تعهدات ابتدایی را هم در برگیرد.
- این که به صورت شرط ضمن عقد اجاره و مانند آن براءت حاصل شود، به این معنا که در ضمن قرارداد معالجه براءت طبیب از خسارت های احتمالی شرط شود، از قبیل اشتراط سقوط خیار حیوان و مجلس و مانند آن در ضمن عقد بیع که جملگی

۱ - به این روایت به علت ضعف سندی آن اشکال شده است؛ چرا که تنها راوی آن سکونی است که به روایات او اعتماد نکرده اند. ولی برخی از فقیهان این ضعف را به واسطه شهرت فتوایی پیرامون آن جبران یافته تلقی نموده اند (شهید ثانی، **روضه**، ۱۱۲/۱۰، همو، **مسالك الافهام**، ۳۲۹/۱۵؛ اردبیلی، ۷۷/۱۰؛ سیدعلی طباطبایی، ۵۳۳/۲؛ نجفی، ۴۷/۴۳؛ خوانساری، ۱۸۹/۶).

تحت عموم «المؤمنون عند شروطهم» قرار می گیرد (نجفی، ۴۸/۴۳؛ خوانساری، ۱۸۹/۶).

- این که برائت از ضمان در واقع به اذن در اتلاف باز گردد. توضیح این که همچنان که به عقیده فقیهان اذن در اتلاف حقوق مالی به انگیزه های عقلایی صحیح است، چنین اذنی در حقوق غیرمالی هم درست است، به ویژه در مسأله مهمی همچون طبابت و درمان که عقلاً تثبیت ارکان آن در جامعه را شدیداً خواستارند (نجفی، ۴۸/۴۳). بعضی هم در مورد دلالت روایت سکونی این احتمال را مطرح کرده اند که مقصود از آن برائت بعد از جنایت باشد نه قبل از علاج (فاضل هندی، ۴۸۳/۲؛ نجفی، ۴۸/۴۳؛ سیدعلی طباطبایی، ۵۳۳/۲).

مجموع استدلال های پیشگفته مسأله برائت طیب را از مقوله ابراء مالم يجب خارج می کند یا آن را از باب ضرورت تجویز می کند. بنابراین، قیاس عفو از قصاص با برائت طیب مع الفارق است؛ چرا که هیچ یک از ویژگی های مسأله طیب در آن تحقق نمی یابد. در واقع چنین قیاسی از مصادیق بارز قیاس ظنی است که بنیان فقه امامیه بر معارضه با آن استوار شده است.

۶- بر صحت عفو استدلال شده است به اینکه عفو مجنی علیه پس از ارتکاب جنایت به مانند اذن ابتدایی او است و اذن ابتدایی در اتلاف نفس مسقط قصاص است، به این معنا که اگر شخصی به دیگری فرمان دهد که او را به قتل رساند و او چنین کند خون مقتول هدر است و قصاص واجب نمی شود. این دیدگاه ابتدا در میان فقیهان اهل سنت مطرح شد (نووی، ۳۹۷/۱۸ و ۴۸۴؛ ابن شریینی، ۱۱/۴؛ سرخسی، ۱۵۴/۲۶) و احتمالاً از آن جا وارد عرصه فقه شیعه شد و به نحوی دیدگاه فقیهان شیعه را تحت تأثیر قرار داد.

توضیح این که فقیهان امامیه معمولاً این مسأله را در باب اکراه بر قتل و تحت عنوان «هرگاه کسی به دیگری فرمان دهد مرا به قتل رسان و گر نه تو را به قتل می رسانم» مورد بحث قرار داده اند. فقیهان در پاسخ به این که آیا چنین اذن یا دستوری، قتل را مباح می گرداند جملگی به حرمت قتل فتوا داده اند؛ چرا که به عقیده آنان اکراه در قتل راه نمی یابد. با وجود این، در صورت ارتکاب قتل در ثبوت قصاص دچار تردید شده اند. طبق نظر مشهور در این فرض قصاص ساقط می شود. استدلال آنان معمولاً بر محور اذن در اتلاف نفس می چرخد. آنان گفته اند: مقتول حق خود را با اذن ساقط کرده و برای وارث هم اختیاری در قصاص باقی نمانده است (علامه حلی، قواعد الاحکام، ۵۹۰/۳؛ همو، تحریر الاحکام، ۲۴۱/۲؛ شهید ثانی، مسالک الافهام، ۸۹/۱۵؛ اردبیلی، ۳۹۷/۱۳؛ فاضل هندی، ۴۴۴/۲).

برخی متقابلاً استدلال کرده اند که چون اذن مقتول ارتکاب قتل را مباح نگردانده، عنوان قتل عدوانی و قتل نفس محترم همچنان پا برجاست و عمومات قصاص این مورد را شامل می شود (علامه حلی، قواعد الاحکام، ۵۹۰/۳؛ شهید ثانی، مسالک الافهام، ۸۹/۱۵؛ اردبیلی، ۳۹۷/۱۳؛ فاضل هندی، ۴۴۴/۲)، نظیر موردی که بر قتل غیراکراه کند و مثلاً بگوید: زید را به قتل برسان و گر نه تو را به قتل رسانم. در چنین قتلی بی تردید قصاص ثابت می شود (نجفی، ۴۴۵/۴۲).

بعضی هم در مسأله توقف کرده و یا اذن مقتول را شبهه دارئه یافته و از این جهت به سقوط قصاص حکم کرده اند (شهید ثانی، مسالک الافهام، ۸۹/۱۵).

آنچه به نظر درست می رسد این است که باید در این مسأله بین صورت اکراه بر قتل خود و عدم اکراه تفکیک کرد. در فرض نخست در صورتی می توان به سقوط قصاص حکم کرد که مسأله در مقوله ی دفاع مشروع بگنجد؛ چه آن که طبق فرض اگر مأمور به قتل فرمان دهنده اقدام نکند جان خودش در معرض هلاکت قرار می گیرد. بنابراین، به عنوان دفاع از خود طرف مقابل را به قتل می رساند و چنین قتلی نه تنها

جایز، بلکه واجب است. در همین فرض اگر با کمتر از ارتکاب قتل بتواند جان خود را برهاند ارتکاب قتل جایز نیست.

اما در فرض عدم اکراه هیچ مجوزی برای ارتکاب قتل وجود ندارد و اذن در اتلاف هم نمی تواند عنوان قتل عدوانی و قتل نفس محترمه را از بین ببرد یا در امر قصاص شبهه بیافریند. برخی از فقیهان تیزبین امامیه هم به این معنا تصریح کرده اند که فقط ارتکاب قتل از باب دفاع مشروع سبب انتفای حکم تحریم قتل و سقوط قصاص و دیه می شود (اردبیلی، ۳۹۷/۱۳؛ نجفی، ۴۴۵/۴۲؛ خوئی، ۱۶/۲؛ امام خمینی، ۵۱۴/۲) و در رد بر استدلال مشهور بر این تأکید کرده اند انسان بر اتلاف نفس خویش مسلط نیست تا در نتیجه اذن در اتلاف مسقط ضمان باشد. نتیجه آن که عمومات حاکم است (خوئی، ۱۷/۲).

با این توضیح معلوم می شود که قیاس مسأله عفو به اذن ابتدایی در اتلاف نفس از این جهت باطل است که حکم اصل یا مقیس علیه، باطل و غیرقابل قبول و ساختمان قیاس از پای بست ویران است.

۷- ادعا شده جنایت بر عضو در سرایت به نفس موثر و به منزله سبب برای آن است و عفو از سبب هم به مثابه عفو از مسبب است (اردبیلی، ۱۴۲/۱۴). در کلام شافعیه و شیخ طوسی هم آمده که چون قصاص قابل تبعض نیست عفو از عضو به منزله عفو از کل است (نووی، ۴۸۳/۱۸؛ طوسی، *المبسوط*، ۱۱۰/۷) و این گمانه ای باطل بیش نیست؛ چرا که عضو هیچ گاه جزئی از نفس نیست و به همین دلیل فرد کامل را در برابر قتل مقطوع الید قصاص می کنند و نیز آن جا که ابتدا قصاص عضو استیفا شود و سپس به نفس سرایت کند بار دیگر قصاص نفس لازم می آید. افزون بر این، در قصاص عضو تساوی عضو مطرح است ولی در قصاص نفس چنین نیست. نتیجه آن که قصاص نفس حقی مستقل از قصاص عضو و دارای ویژگی های متفاوت است.

به نظر نگارنده این که گفته اند هرگاه اولیای دم قصاص نفس را مطالبه کنند می بایست دیه عضو مورد عفو واقع شده را به جانی بپردازند محل تأمل و اشکال است؛ چرا که دو مقوله قصاص عضو و قصاص نفس و عفو نسبت به آن ها هیچ گونه ارتباط و پیوستگی ای به یکدیگر ندارند و عفو از عضو نه در عفو از قصاص نفس تأثیری دارد و نه در چگونگی استیفای آن.

۸- این که برای صحت عفو به عموم «المؤمنون عند شروطهم» استدلال شده بود پاسخش این است که ادله وجوب وفای به شرط آن دسته از شرط ها و تعهداتی را در بر می گیرد که شرعاً الزام آور باشند. اما در مسأله مورد بحث التزام به عفو و اسقاط حق غیر شرعاً الزام آور نیست و ادله وفای به شرط آن را شامل نمی شود.

نتیجه نهایی

از مجموع مباحث گذشته و مقایسه میان آرای طرف ها می توان به چند نتیجه دست یافت:

نخست این که ادله طرفداران صحت عفو از سرایت معمولاً ضعیف و مناقشه پذیر است.

دوم این که از آن جا که قصاص نفس حق ابتدایی و بالاصاله ی اولیای دم است که با هلاکت مقتول ثابت می شود، اسقاط آن توسط مجنی علیه اسقاط حق غیر و امری است که واجب نشده است و لذا بر آن اثری مترتب نمی شود. بنابراین، شایسته است در مبادی قانونگذاری نظام، به ماده ۲۶۸ قانون مجازات اسلامی نگاهی اصلاحی افکنده شود و دست کم یک بار دیگر این ماده نزد اصحاب فقه و حقوق مورد ارزیابی واقع شود.

سوم این که با پذیرش تفکیک دو مقوله قصاص عضو و نفس از یکدیگر و استقلال آن ها، مجنی علیه هرگونه اختیاری در مطالبه قصاص عضو یا مصالحه آن با دیه و یا عفو کلی را دارد. ولی مسأله قصاص و دیه نفس کاملاً در اختیار اولیای دم

است. بنابراین، معلوم می شود آنچه در سخنان شیخ طوسی پیرامون تأثیر عفو مجنی علیه در ثلث و مانند آن مطرح شده (طوسی، *الخلاف*، ۲۰۸/۵؛ همو، *المبسوط*، ۱۱۰/۷) غیرقابل قبول است. نه عفو از قصاص، نه وصیت به عفو و نه مصالحه با مال، هیچ کدام از اختیارات مجنی علیه نیست.

چهارم این که با پذیرش این قول که حق قصاص اصالتاً از آن مجنی علیه است، اگر قبل از مرگ قصاص نفس را مورد عفو قرار دهد این عفو پذیرفته است؛ چون اسقاط حق غیرمالی است که به مجنی علیه تعلق داشته است. در این صورت عفو از قصاص نفس به هیچ یک از دلالت های لفظی مقتضی^۱ عفو از دیه نیست و اگر به عفو از دیه تصریح کند در چارچوب ثلث پذیرفته می شود و فرقی نیست در این که به لفظ وصیت باشد یا به ابراء و اسقاط؛ چرا که طبق نظر مشهور فقیهان امامیه منجزات مریض همچون وصایای مالی او در ثلث نافذ است.^۲

منابع

القرآن الکریم

آخوند خراسانی، محمدکاظم (د.۱۳۲۸ق) *کفایة الاصول*، قم: مؤسسه النشر الاسلامی، الطبعة الاولى، ۱۴۱۲ق.

ابن حزم، ابومحمد، علی بن احمد (د.۴۵۶ق)، *المحلی*، بیروت: دارالفکر، بی تا.

1 - مقصود دلالت مطابقی، تضمینی و التزامی است که لزوم آن، بین بالمعنی الاخص است.
2 - برخی از فقیهان امامیه همچون شیخ مفید، شیخ طوسی در *النهاية* (۶۲۰)، ابن ادریس حلی (۲۱۳/۳)، محقق اردبیلی (۲۱۴/۴) و برخی اخباریان (بحرانی ۶۱۳/۲۰) منجزات مریض را از اصل ترکه نافذ می دانند. ولی بیشتر فقیهان همچون شیخ طوسی در *المبسوط*، علامه حلی، فخرالمحققین، محقق اول و ثانی، شهیدین و صاحب جواهر آن را از ثلث نافذ می دانند. (علامه، *مختلف الشیعه*، ۴۱۲/۶؛ *تذکره الفقهاء* ۴۸۸/۲، *تحریر الاحکام*، ۳۱۰/۱؛ فخر المحققین، ۶۰/۲، محقق حلی، ۳۵۳/۲؛ محقق ثانی، ۹۴/۱۱؛ شهید ثانی، *الروضه*، ۶۴/۵ و *مسالك الافهام* ۱۵۶/۴ و ۳۰۶/۶؛ نجفی، ۷۷/۲۶).

- ابن قدامه، عبدالرحمان بن محمد بن احمد (د ٦٨٢ق)، **الشرح الكبير**، بيروت: دارالكتاب العربي، بي تا.
- ابن قدامه، عبدالله بن محمد بن احمد (د ٦٢٠ق)، **المعنى**، بيروت: دارالكتاب العربي، بي تا.
- اصفهانى، محمدحسين (د ١٣٦١هـ.ق)، **حاشية المكاسب**، المطبعة العلمية، الطبعة الاولى، ١٤١٨ق.
- امام خمينى، روح الله مصطفى (د ١٣٦٨)، **تحرير الوسيله**، قم: مؤسسه مطبوعاتي اسماعيليان، الطبعة الثالثة، ١٤٠٨ق.
- _____، **كتاب البيع**، قم: مؤسسه مطبوعاتي اسماعيليان، الطبعة الرابعة، ١٤١٠ق.
- انصارى، شيخ مرتضى بن محمد امين (د ١٢٨١ق)، **فرائد الاصول**، قم: مؤسسه النشر الاسلامي، بي تا.
- بجنوردى، سيدمحمد، **قواعد فقهيه**، تهران: نشر ميعاد، ١٣٧٠.
- جصاص، ابوبكر احمد بن على رازى (م ٣٧٠ق)، **احكام القران**، بيروت: دارالكتب العلميه، الطبعة الاولى، ١٤١٥ق.
- حراملى، محمد بن حسن (د ١١٠٤ق)، **وسايل الشيعة الى تحصيل مسائل الشريعة**، تهران: دارالكتب الاسلاميه.
- ابن ادريس حلى، محمد بن منصور (٥٩٨ق)، **السرائر الحاوي لتحرير الفتاوى**، قم: مؤسسه النشر الاسلامي، الطبعة الثانيه، ١٤١٠ق.
- خوانسارى، سيداحمد (د ١٤٠٥ق)، **جامع المدارك فى شرح المختصر النافع**، تهران: مكتبة الصدوق، الطبعة الثانيه، ١٣٥٥.
- خوئى، سيدابوالقاسم (د ١٤١٣ق)، **مبانى تكملة المنهاج**، قم: انتشارات لطفى و دارالهادى، بي تا.

- سرخسی، ابوبکر محمد بن ابی سهل، *المبسوط*، بیروت: دارالمعرفه، ۱۴۰۶ق.
- شاهرودی، سید محمود، *قرائات فقہیة معاصرة في الحقوق و القضاء*، بیروت: الغدير للطباعة و النشر، الطبعة الاولى، ۱۴۲۴ق.
- شربینی، محمد (د۹۷۷ق)، *مغنی المحتاج الى معرفة معانی الفاظ المنهاج*، قاهره: مطبعة مصطفى البابي الحلبي، ۱۳۷۷ق.
- شهید ثانی، زین الدین الجبعی العاملی (د۹۶۵)، *الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة*، تحقیق علی اکبر کلانتر، قم: انتشارات داوری، الطبعة الاولى، ۱۴۱۰ق.
- _____، *مسالك الافهام الى تنقيح شرايع الاسلام*، قم: مؤسسة المعارف الاسلامیة، الطبعة الاولى، ۱۴۱۳هـ.
- طباطبای، سید علی (د۱۲۳۱ق)، *رياض المسائل فی بیان الاحکام بالدلائل*، قم: مؤسسة ال البيت، الطبعة الحجریه، ۱۴۰۴ق.
- طباطبای، محمد حسین (د۱۴۰۲ق)، *الميزان فی تفسیر القرآن*، قم: مؤسسة النشر الاسلامی.
- طبرسی، ابوعلی، فضل بن الحسن (د۵۶۰ق)، *مجمع البیان فی تفسیر القرآن*، بیروت: مؤسسة الاعلمی، الطبعة الاولى، ۱۴۱۵ق.
- طوسی، محمد بن الحسن (د۴۶۰ق)، *تهذیب الاحکام*، دارالکتب الاسلامیه، الطبعة الرابعة، ۱۳۶۵.
- _____، *المبسوط فی فقه الامامیه*، تهران: المكتبة المرتضویة، ۱۳۸۷ق.
- _____، *الخلاف*، قم: مؤسسة النشر الاسلامی، الطبعة الاولى، ۱۴۱۷ق.

- _____، **النهاية في مجرد الفقه و الفتاوى**، قم: انتشارات قدس، بی تا.
- علامه حلي، حسن بن يوسف بن المطهر (د٧٢٦ق)، **ارشاد الازهان الى احكام الايمان**، قم: مؤسسة النشر الاسلامي، الطبعة الاولى، ١٤١٠ق.
- _____، **تحرير الاحكام**، مؤسسة ال البيت، الطبعة الحجرية، بی تا، بی جا.
- _____، **تذكرة الفقهاء**، المكتبة الرضوية لاحياء الاثار الجعفرية، بی تا.
- _____، **قواعد الاحكام**، قم: مؤسسة النشر الاسلامي، الطبعة الاولى، ١٤١٣ق.
- _____، **مختلف الشيعة**، قم: مؤسسة النشر الاسلامي، الطبعة الاولى، ١٤١٢ق.
- فاضل مقداد، مقداد بن عبدالله سيوري (د٨٢٦ق)، **كنز العرفان في فقه القران**، قم: مكتب نويد اسلام، الطبعة الاولى، ١٤٢٢ق.
- فاضل هندی، محمد بن حسن اصفهانی (د١٣٧ق)، **كشف اللثام**، قم: مكتبة آيت الله العظمى المرعشي، ١٤٠٥ق.
- فخرالمحققين، محمد بن الحسن بن يوسف الحلبي (د٧٧٠ق)، **ايضاح الفوائد في شرح اشكالات القواعد**، قم: المطبعة العلمية، الطبعة الاولى، ١٣٧٨ق.
- فخلعی، محمدتقی، «پژوهشی در قاعده فقهی درء الحد»، **نشریه دانشکده الهيات دانشگاه فردوسی مشهد**، شماره ٤٧ و ٤٨، بهار و تابستان ١٣٧٩.
- قرطبي، ابو عبدالله، محمد بن احمد انصاري (د٦٧١ق)، **الجامع لاحكام القران**، بيروت: داراحياء التراث العربي، ١٤٠٥ق.

- کلینی، محمد بن یعقوب (د۳۲۸ق)، **الکافی**، تهرآن: دارالکتب الاسلامیة، الطبعة الثالثة، ۱۳۸۸ق.
- محقق اردبیلی، مولی احمد بن محمد (د۹۹۳ق)، **مجمع الفائدة و البرهان فی شرح ارشاد الاذهان**، قم: مؤسسة النشر الاسلامی، ۱۴۰۳ق.
- محقق کرکی، علی بن حسین (د۹۴۰ق)، **جامع المقاصد فی شرح القواعد**، قم: مؤسسة ال البيت، الطبعة الاولى، ۱۴۰۸ق.
- محقق حلی، جعفر بن حسن (د۶۷۶ق)، **شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام**، تهرآن: انتشارات استقلال، الطبعة الثانية، ۱۴۰۹ق.
- مظفر، محمدرضا (د۱۳۸۱ق)، **اصول الفقه**، انتشارات دفتر تبلیغات حوزه علمیه قم، چاپ سوم، ۱۳۶۸.
- نجفی، محمدحسن (د۱۲۶۶ق)، **جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام**، تهرآن: دارالکتب الاسلامیه، الطبعة الثالثة، ۱۳۶۷.
- نووی، محی الدین بن شرف (د۶۷۶ق)، **المجموع شرح المهدب**، بیروت: دارالفکر، بی تا.