

واکاوی فقهی حقوقی مالک حق قصاص و تطبیق آن با موازین فقهی امامیه و اهل سنت با رویکردی به ماده ۳۶۵ قانون مجازات اسلامی (مصوب ۱۳۹۲)

عبدالجبار زرگوش نسب^۱، جواد یعقوبی^۲
(تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۲/۶، تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۷/۲۴)

چکیده

این پژوهش، به روش توصیفی تحلیلی، ماده ۳۶۵ قانون مجازات اسلامی جدید را در دو نظریه ذیل نقد و بررسی کرده است: الف) قول مشهور که قانون مجازات جدید بر اساس آن تنظیم شده و حق عفو از قصاص را برای مجنی علیه پذیرفته است؛ ب) قول غیر مشهور که ماده ۵۴ قانون مجازات اسلامی سابق بر اساس آن تنظیم شده و حق عفو را متعلق به اولیای دم دانسته است. این نوشتار با استناد به ادله قرآنی، روایی، عقلی و هم چنین نظریه تشفی - خاطر، قول دوم را به اثبات رسانده است. هدف تحقیق اثبات نظریه مخالف مشهور است، مبنی بر اینکه با گذشت مجنی علیه قبل از فوت، حق قصاص ساقط نمی شود و اولیای دم می توانند پس از فوت مجنی علیه، مطالبه قصاص یا دیه نمایند. نوآوری این پژوهش، تحلیل ماده ۳۶۵ قانون مجازات جدید با نگاهی جرم شناسانه می باشد و اثبات اینکه با گذشت مجنی علیه قبل از فوت، حق قصاص ساقط نمی شود و اولیای دم می توانند پس از فوت مجنی علیه، مطالبه قصاص یا دیه نمایند.

کلیدواژه‌ها: ماده ۳۶۵ قانون مجازات، مجنی علیه، ولی دم، تشفی خاطر.

۱. دانشیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه ایلام (نویسنده مسئول) /

a.zargooshnasab@ilam.ac.ir

۲. دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه ایلام / javadyaghobi97@yahoo.com

طرح مسئله

از دیرباز این مسئله بین فقها مورد بحث و جدل بوده که به راستی مالک حق قصاص کیست؟ اولیاء دم یا مجنی علیه؟ فقها در مورد مسئله مطرح شده اختلاف نظر دارند؛ برخی به اعتبار پیدایش حق قصاص در زمان حیات مجنی علیه، آن را اولاً و بالذات از حقوق وی، با قابلیت ارث رسیدن و عده‌ای آن را قدرت و سلطنتی می‌دانند که اصالتاً برای اولیای دم جعل شده است.

برابر با قانون رایج در کشور و بر اساس ماده ۳۶۵ قانون مجازات اسلامی (مصوب ۱۳۹۲)، در قتل عمدی به قربانی این اختیار داده شده که قبل از فوت از جانی گذشت یا حتی مصالحه نماید و برابر قانون، در این شرایط اولیای دم پس از فوت او نمی‌توانند مطالبه قصاص یا دیه کنند.

بر اساس این ماده، قانون‌گذار حق قصاص را برای مجنی علیه دانسته و وی اختیار تام در استیفا یا بخشش از قصاص را داراست و حقی برای اولیای دم قائل نشده است. سؤالات این تحقیق نیز عبارت است از:

الف) پرسش اصلی این نوشتار این است که مالک حق قصاص کیست و چه کسی می‌تواند در مورد آن تصمیم‌گیری کند و آن را به موقع اجرا گذارد یا در مورد آن عفو یا مصالحه کند؟ ولی دم یا مجنی علیه؟

ب) آیا اگر حق قصاص به هر گروهی (اولیای دم یا مجنی علیه) اختصاص داده شود، اختیار گذشت نیز به آن گروه تعلق خواهد داشت؟

ج) اگر حق قصاص به ولی دم تعلق داشته باشد آیا این امر از باب توارث است یا از ابتدا و در مرحله تمتع برای وی پیش‌بینی شده است؟

در باب پیشینه تحقیق نیز باید گفت که تحقیقات منسجمی که ابعاد موضوع مطرح شده را بررسی کند به دست نیامد و آنچه در این زمینه به نحوی با مقاله حاضر در ارتباط است با نظر مشهور هم‌نوا شده؛ اما مقاله حاضر بر خلاف آنها، نظر مشهور را نقد کرده و نظر مخالف مشهور را به اثبات رسانده است. از جمله پژوهشهایی که به نحوی در کلیات ارتباطی با مقاله حاضر دارند:

مقاله «واکاوی ماده ۳۶۵ قانون مجازات اسلامی مصوب ۹۲ (اتانازی) از منظر فقه اسلامی» نوشته کاظم خسروی و دیگران در سال ۱۳۹۷ در شماره ۱۵ مجله آموزه‌های

حقوق کیفری، دانشگاه علوم اسلامی رضوی منتشر شده است. نویسندگان در قالب بحث اتانازی این مسئله را بررسی کرده‌اند و از باب رضایت به جرم وارد شده و نتیجه گرفته‌اند به اینکه فرد نمی‌تواند قبل از وقوع جرم، رضایت بدهد که دیگری جان او را بستاند (قتل ترحم‌آمیز داوطلبانه)، لذا حقی برای بخشش بعد از جرح و قبل از فوت نیز ندارد (خسروی، ۱۳۹۷ش، ۱۹۷).

مقاله «قاعده‌انگاری تابعیت حق عفو از قصاص در اطلاق و اشتراط» نوشته سیف‌الله احدی، در سال ۱۳۹۹ و در شماره ۳۲ مجله پژوهش حقوق کیفری منتشر شده است. نویسنده معتقد است که می‌توان تحت یک قاعده کلی حق عفو را از حیث اشتراط و اطلاق تابع حق قصاص دانست، مگر اینکه دلیل خاصی بر نقض آن وجود داشته باشد. دو مقاله فوق با مقاله حاضر تفاوت دارند؛ زیرا نوشتار حاضر با تأیید نظریه غیرمشهور و تأکید بر نتایج تحقیقات حامیان آن، در پی پیشبرد این مطالعات بوده و ضمن بررسی ادله مشهور و ارائه تفسیری تازه از مستندات، در چهارچوب قواعد فقهی و اصولی، از نگاهی متفاوت و جرم‌شناسانه به نقد مبنای قول مشهور می‌پردازد و سپس نظریه مختار را ارائه می‌دهد.

مفهوم شناسی

قصاص: در لغت به معنای پیروی کردن از کسی یا چیزی است؛ چنان‌که گفته می‌شود: «قصص الأثر و قاصصه مقاصه و قصاصا» یعنی از فلانی تبعیت کردم (فیومی، ۱۹۲۹م، ۱۸۸/۲) و در اصطلاح فقها قود را قصاص می‌گویند و قصاص آن است که مجرم باید مشابه و همانند عمل و جنایت خود، مجازات شود (عوده، بی‌تا، ۹۲/۲).

عفو: در لغت به معنای از بین بردن گناه و گذشت و رهاکردن مجازات است (فیومی، ۱۹۲۹م، ۸۰/۲) و در اصطلاح عبارت است از اسقاط حق و ابراء ذمه دیگری است از سوی صاحب حق، نسبت به حقی که بر او دارد (غزالی، بی‌تا، ۱۸۲/۳).

جرم: در لغت به معنی ارتکاب گناه و معصیت است (فیومی، ۱۹۲۹م، ۱۲۰/۱). عوده بیان داشته در اصطلاح لفظ جنایت مترادف جرم است و اختصاص به جرایم خاص ندارد و جرم نیز عمل ممنوعی است که ضمانت اجرای کیفری داشته باشد (عوده، بی‌تا، ۶۷/۱). در فقه امامیه بدون اینکه برای جرم تعریفی به‌کار برده شود، به تعریف کارهایی که موجب مجازات

است پرداخته شده است؛ چنان که گفته شده ارتکاب فعل حرام و ترک واجب که در شرع برای آن حد تعیین شده مستوجب تعزیر است (خویی، ۱۴۲۲ق، ۳۳۷/۱).

مجنی علیه: اسم مفعول از فعل لازم جنی است. کسی است که مورد جنایت واقع شده است. در سخنان فقها بر قتل، ضرب، جراحت وارد کردن و بریدن عضو و... اطلاق می شود (فیومی، ۱۹۲۹م، ۱۳۸/۱).

در این نوشتار، دلایل و نظریات فقهای شیعه و اهل تسنن پیرامون مسئله حاضر، بررسی و کاوش شده و سپس نظریه مختار بیان گردیده است.

حکم عفو و گذشت از جنایت پس از وقوع و آثار آن

در این زمینه دو نظریه وجود دارد که به شرح زیر بررسی و مذاقه می شود:

۱. نظریه اول

این نظریه که قول مشهور فقهای امامیه است حق قصاص نفس را در ابتدا متعلق به مجنی علیه می داند که بعد از مرگ وی، به وارثان منتقل می گردد. از جمله پیروان این نظریه، شهید ثانی و نجفی است (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ۸۸/۱۵؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ۵۳/۴۲؛ محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ۱۸۵/۴؛ فاضل لنکرانی، ۱۴۲۱ق، ۳۴۴؛ فاضل لنکرانی، بی تا، ۱/۵۳۴^۲؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۷ق، ۳/۴۱۲). شهید ثانی از مشهورترین پیروان قول مشهور معتقد است که مجنی علیه با اذن خودش، حقی که مال خودش بوده را ساقط کرده است و در نتیجه دیگر حقی برای وراثت، باقی نمی ماند^۴. محقق حلی و نجفی نیز در استدلالی مشابه، حکم به عدم

۳. «سؤال ۲۰۱۵: در ضرب و جرح عمدی، اگر مجنی علیه قبل از مرگ، جانی را از قصاص نفس عفو کند، سپس همان جنایت سرایت کند و موجب مرگ مجنی علیه شود؛ آیا حق قصاص نفس ساقط می شود، یا اینکه ولی دم می تواند قصاص را مطالبه کند؟ و آیا اصولاً مجنی علیه حق چنین عملی را دارد؟ جواب: به نظر این جانب اگر مجنی علیه از جنایت فعلی و سرایت آن، گرچه منجر به مرگ او شود، عفو کند. حق قصاص ساقط می شود؛ و ظاهراً مجنی علیه چنین حقی را دارد.»

۴. «لو قال: اقتلنی أو لأقتلنک، لم یسغ القتل، لأن الإذن لا یرفع الحرمة؛ و لو باشر، لم یجب القصاص، لأنه [کان ممیزاً] أسقط حقه بالإذن، فلا یتسلط الوارث: اگر کسی بگوید مرا بکش والا تو را می کشم، موجب جواز قتل او نمی شود، چون اذن در قتل موجب رفع حرمت نمی گرد و اگر مباشرت کند و او را بکشد،

و جوب قصاص برای اولیای دم می‌دهند و اذن مجنی‌علیه را نافذ دانسته و نجفی به نقل از طوسی در مبسوط، این نظریه را قول مشهور فقها معرفی می‌نماید.^۵

بر خلاف فقه امامیه، این نظریه در فقه اهل تسنن، نظریه مشهوری محسوب نشده و حامیانی اندک دارد (بهوتی، ۱۴۱۴ق، ۲۶۳/۳؛ ابن‌ابی‌تغلب، ۱۴۰۳ق، ۳۱۵/۲؛ ابن‌مفلح، ۱۴۱۸ق، ۲۰۶/۷). بهوتی، از مذهب حنبلی، مسئله گذشت مجنی‌علیه را با اسقاط حق عینی (اعراض) در حقوق مدنی قیاس کرده و معتقد است همان‌طور که اگر فردی، کالای خود را به دریا بیندازد، کالای او هدر رفته، ضایع شده و دیگر حقی بر آن کالا ندارد، در مسئله گذشت مجنی‌علیه نیز چنانچه وی گذشت نماید، گویی که دیگر حقی نداشته است؛ زیرا خودش با اراده خویش، حقتش را ضایع نموده است (بهوتی، ۱۴۱۴ق، ۲۶۳/۳). ابن‌ابی‌تغلب از دیگر فقهای حنبلی نیز در استدلالی مشابه، همین سخن را تکرار کرده است.^۶

قصاص واجب نمی‌شود؛ زیرا صبی ممیز است حقتش را با اذن‌دادن ساقط کرده، لذا وارث (ولی دم) نمی‌تواند بر قاتل مسلط شود» (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ۸۸/۱۵).

۵. «لو قال کامل لآخر مثلا اقتلنی أو لأقتلنک لم یسغ القتل بلا خلاف بل ولا إشکال لأن الإذن لا ترفع الحرمة الحاصلة من نهی المالك الحقيقي و لكن لو أثم و باشر لم یجب القصاص عند الشیخ فی محکی المبسوط و الفاضل فی الإرشاد، بل فی المسالک أنه الأشهر لأنه أسقط حقه بالاذن فلا یتسلط الوارث الذی هو فرع علی المقتول: اگر کسی بالغ و عاقل باشد به دیگری بگوید مرا بکش والا تو را می‌کشم بدون خلاف و اشکال قتلش جایز نیست؛ زیرا اذن موجب رفع حرمتی که از سوی مالک حقیقی (خدای متعال) حاصل شده است، ولی اگر مرتکب گناه شود و مباشرت کند و او را بکشد، به نظر طوسی در مبسوط و حلی در کتاب ارشاد الأذهان و قول اشهر در مسالک شهید ثانی قصاص واجب نمی‌شود، چون با اذن‌دادن حق خود را اسقاط کرده، پس وارث (ولی دم) تسلطی بر قاتل نخواهد داشت، زیرا ولی دم فرع و جانشین مقتول است» (نجفی، ۱۴۰۴ق، ۵۳/۴۲؛ ر.ک: محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ۱۸۵/۴).

۶. «و من قال لإنسان: اقتلنی، أو قال لإنسان: اجرحنی، فقتله، أو قتل من قال له: اقتلنی، أو جرعه أی جرح من قال له: اجرحنی، لم یلزمه شیء؛ لأنّ ذلك جنایةٌ أذن له المجنیّ علیه فیها، فسقط عنه ضمانها، كما لو أمره بإلقاء متاعه فی البحر ففعل: اگر کسی به دیگری بگوید مرا بکش، یا بگوید مرا زخمی کن، سپس او را بکش یا جراحی بر او وارد کن چیزی بر او لازم نمی‌شود؛ چون جنایتی است که مجنی‌علیه به آن اذن داده، پس ضمان آن ساقط شده، مانند جایی است که کسی به دیگری امر کند کالایش را در دریا بیندازد» (ابن‌ابی‌تغلب، ۱۴۰۳ق، ۳۱۵/۲).

۲. نظریه دوم

پیروان این نظریه در مقابل قول مشهور به پا خاسته و حق قصاص نفس را در ابتدا متعلق به اولیای دم می‌دانند. از جمله پیروان این قول، خوبی و مقدس اردبیلی هستند (خوبی، ۱۴۲۲ق، ۲۲۳/۴۲؛ فیض کاشانی، بی‌تا، ۱۳۸/۲-۱۱۸؛ سبزواری، ۱۴۱۳ق، ۵۴/۲۹؛ مقدس اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ۳۹۷/۱۳؛ ابن‌بابویه، ۱۴۰۹ق، ۵۱۲/۵؛ تبریزی، بی‌تا، ۴۳۰/۱؛ بهجت، ۱۴۲۸ق، ۴۷۵/۴؛ منتظری، بی‌تا، ۵۴۸/۲). خوبی، از مشهورترین حامیان مخالف مشهور، در استدلالی متفاوت با آنچه مشهور استدلال کرده‌اند، قصاص را حق ابتدایی اولیای دم می‌داند و بر همین اساس، گذشت مجنی‌علیه را نافذ ندانسته و معتقد است که بر گذشت مجنی‌علیه، هیچ اثری بار نمی‌شود. وی می‌گوید نه تنها مجنی‌علیه، حتی برای گذشت از قصاص ندارد که حتی حقی برای گذشت از دیه نیز ندارد. فیض کاشانی نیز پس از بیان صورت مسئله و قول مشهور، در نهایت معتقد است که حق آن است که حق قصاص، ابتدائاً برای اولیای دم جعل شده و گذشت مجنی‌علیه، نافذ نیست (فیض کاشانی، بی‌تا، ۱۳۸/۲-۱۱۸) و در نهایت، مقدس اردبیلی، معتقد است که سقوط حق قصاص با گذشت مجنی‌علیه، نامعلوم است، چرا که ثبوت این حق برای وی، نامعلوم است و نمی‌تواند رافع مسئولیت کیفری مرتکب شود (ر.ک: مقدس اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ۳۹۷/۱۳؛ خوبی، ۱۴۲۲ق، ۱۶۳/۴۲ و ۲۲۳).

بر خلاف فقه امامیه، این نظریه در فقه اهل تسنن، نظریه مشهور محسوب شده و حامیانی به‌نام، از مذهب شافعی و حنفی دارد. شافعی، بیهقی و کاسانی از فقهای حنفی، پس از بیان آیه ۳۳ سوره اسراء، حق قصاص را ابتدائاً متعلق به اولیای دم دانسته و این مسئله را جزو بدیهیات ذکر کرده‌اند، به طوری که ابن حزم که از شافعیه در این مسئله تلویحاً ادعای اجماع کرده و گفته که مجنی‌علیه، مادامی که در قید حیات است به هیچ وجه نه حق قصاص دارد و

۷. (سؤال ۲۵۳۹): «اگر مجنی‌علیه فوت شد و قبل از فوت، جانی و ضارب را عفو کرد، آیا نسبت به قصاص عفو او تأثیر دارد یا نه؟ و اگر جنایت وارده سرایت کند و موجب فوت شود چه طور؟ جواب: اگر جنایت را بدون توجه به سرایت آن عفو کرده باشد، محتمل است ولی دم حق قصاص داشته باشد؛ هر چند خلاف احتیاط است.»

نه حق عفو از قصاص (بیهقی، ۱۴۱۴ق، ۳۵۲/۱۳؛ کاسانی، ۱۴۰۶ق، ۲۵۶/۷ - ۲۴۸؛ ابن-حزم، بی تا، ۱۳۹/۱۱ - ۱۳۸؛ جزیری، ۱۴۱۹ق، ۲۳۳/۵ - ۲۳۲؛ زحیلی، بی تا، ۵۶۹۱/۷؛ عوده، بی تا، ۷۵۷/۱؛ ابن قدامه، بی تا، ۳۹۳/۲).

پذیرش هر یک از این دو نظریه، آثار حقوقی فراوانی را به همراه دارد؛ زیرا چنانچه قصاص را حق مجنی علیه بدانیم، در صورت عفو وی، اولیای دم نمی توانند پس از مرگ او، مطالبه قصاص یا دیه کنند (ماده ۳۶۵ قانون مجازات اسلامی جدید) و در صورت مبادرت به قصاص، مرتکب جنایتی شده اند که خود مستحق قصاص است (ماده ۳۶۴ قانون مجازات اسلامی جدید)؛ اما اگر قصاص را حق ولی دم بدانیم، گذشت مجنی علیه قبل از موت مؤثر نبوده و حق تصمیم گیری با اولیای دم خواهد بود و در نتیجه آنان می توانند با وجود گذشت مجنی علیه، قاتل را قصاص یا با وی مصالحه نمایند (ماده ۵۴ قانون مجازات اسلامی قدیم). برابر با قانون رایج در کشور و بر اساس ماده ۳۶۵ قانون مجازات اسلامی جدید (مصوب ۱۳۹۲)، در قتل عمدی به قربانی این اختیار داده شده که قبل از فوت از جانی گذشت یا حتی مصالحه کند و برابر قانون در این شرایط اولیای دم پس از فوت او نمی توانند مطالبه قصاص یا دیه کنند.

طبق مفاد ماده فوق، قانون گذار حق قصاص را برای مجنی علیه دانسته و وی اختیار تام در استیفا یا بخشش از قصاص را داراست و حقی برای اولیای دم قائل نشده است؛ بنابراین پرسش اصلی این نوشتار این است که مالک حق قصاص کیست و چه کسی می تواند در مورد آن تصمیم گیری کند و آن را به موقع اجرا گذارد یا در مورد آن عفو یا مصالحه کند؟ ولی دم یا مجنی علیه؟ چرا که اگر حق قصاص به هر گروهی (اولیای دم یا مجنی علیه) اختصاص داده شود، اختیار گذشت نیز به آن گروه تعلق خواهد داشت. به علاوه اگر این حق به ولی دم تعلق دارد آیا این امر از باب توارث است یا از ابتدا و در مرحله تمتع برای وی پیش بینی شده است؟

در پاسخ به این پرسشها فقها اتفاق نظر ندارند؛ برخی به اعتبار پیدایش حق قصاص در زمان حیات مجنی علیه، آن را نخست و بالذات از حقوق وی، با قابلیت ارث بردن و عدهای آن را قدرت و سلطنتی می دانند که اصالتاً برای اولیای دم جعل شده است.

قانون مجازات اسلامی، به پیروی از طرفداران قول نخست و از جمله نجفی حق قصاص (نفس و عضو) را اصالتاً متعلق به مجنی علیه می داند؛ اما این حق قابل توریث است و در

صورتی که او رأساً در این مورد تصمیم‌گیری نکرده باشد هم‌چون سایر حقوق و اموال به ارث می‌رسد؛ بنابراین از یک‌سو، مطابق ماده ۳۶۵ قانون مجازات اسلامی جدید «در قتل و سایر جنایات عمدی، مجنی‌علیه می‌تواند پس از وقوع جنایت و پیش از فوت، از حق قصاص گذشت کرده یا مصالحه کند و اولیای دم و وارثان نمی‌توانند پس از فوت او، حسب مورد مطالبه قصاص یا دیه کنند...» از سوی دیگر، مطابق ماده ۳۴۸ قانون فوق‌الذکر، حق قصاص به شرح مندرج در این قانون به ارث می‌رسد. به این ترتیب اگر اولیای دم به دیه تراضی کنند، این دیه جزو ترکه محسوب می‌شود و باید دیون و وصایای میت از آن محل نیز پرداخت شود.

حکم گذشت مجنی‌علیه و آثار آن

فقهای شیعه به اتفاق مجنی‌علیه می‌تواند از قصاص جانی در جنایات مادون نفس بگذرد، پس هرگاه مجنی‌علیه از جنایت جانی بگذرد و جراحت وارده بدون سرایت به اعضای دیگر بهبود یابد، این عفو وی نافذ است (نجفی، ۱۴۰۴ق، ۳۴۳/۴۲)؛ اما در بین فقهای عامه، در این مسئله اختلاف است؛ به طوری که ابوحنیفه معتقد است که مجنی‌علیه اگر استیفاء قصاص را نیکو بداند می‌تواند در جراحات کمتر از نفس، آن را استیفاء نماید؛ اما دیدگاه مالکی و شافعی و یک رأی از احمد بن حنبل در این مسئله این است که مجنی‌علیه، حتی در استیفاء قصاص در جنایات مادون نفس ندارد، چه این استیفاء قصاص را نیکو بداند و چه نه؛ زیرا وی این کار را با قصد تشفی خاطر انجام نمی‌دهد و قصد او انتقام است و تشفی در مورد وی صدق نمی‌کند (عوده، بی‌تا، ۷۵۷/۱؛ ابن‌مفلح، ۱۴۱۸ق، ۳۹۹/۹-۳۹۸؛ کاسانی، ۱۴۰۶ق، ۲۴۶/۷). ولی اگر مجنی‌علیه، جانی را از قصاص عضو، عفو کند و بعداً در اثر سرایت جنایت جانی، وی (مجنی‌علیه)، فوت نماید، آیا حق قصاص نفس ثابت است یا خیر؟ آیا اولیای دم در صورت فوق می‌توانند جانی را قصاص نمایند؟ فقها در این مسئله اختلاف نظر دارند.

به عقیده ابوحنیفه و پیروان او، اگر مجنی‌علیه در هنگام عفو، کلمه جنایت یا جراحت و آنچه را از آن ناشی شود به‌کار برده باشد، عفوش صحیح است و چیزی بر عهده قاتل بار نمی‌شود؛ زیرا عبارتهای موصوف، قتل را در بر داشته و این نوع عفو، عفو از قتل نامیده می‌شود؛ اما در صورتی که مجنی‌علیه در حین عفو، فقط لفظ جراحت را به‌کار برده و چیزی

را که از جراحت نشئت می‌گیرد، تصریح نکرده باشد، به عقیده ابوحنیفه، این عفو صحیح نیست و جانی مسئول قتل عمد خواهد شد، لیکن بر اثر شبهه، قصاص ساقط گردیده و خون‌بها لازم می‌گردد. به نظر ابویوسف و محمد از مذهب احناف، عفو صحیح بوده و مسئولیتی متوجه جانی نیست؛ زیرا عفو از جراحت، شامل عفو از جراحت و آنچه از آن نشئت می‌گیرد، است و عفو از چیزی، به معنی عفو از اثر آن نیز هست (عوده، بی تا، ۱۶۵/۲-۱۶۴).

دیدگاه شافعی در این مسئله مانند دیدگاه ابوحنیفه است؛ یعنی به نظر وی اگر عفو مجنی‌علیه شامل جنایت و آنچه از آن نشئت می‌گیرد باشد، جانی نه مسئولیت قصاص و نه مسئولیت دیه را دارد. ولی اگر عفو مجنی‌علیه تنها شامل جنایت باشد، در این صورت، قصاص ساقط، اما خون‌بهای قتل پابرجا خواهد بود. در مذهب حنابله، در این مورد دو دیدگاه ارائه شده است: یکی مطابق مذهب شافعی و دیگری مطابق دیدگاه ابویوسف و محمد؛ به عقیده مالک، اگر عفو مجنی‌علیه شامل جراحات و تبعات آن باشد، عفو نافذ است و اگر تنها شامل جراحت وارده باشد، در این صورت اگر جنایت وارده سرایت نموده و موجب مرگ مجنی‌علیه شود، جانی مسئول قتل عمد خواهد بود و در صورت اتیان قسامه، جانی قصاص می‌شود (کاسانی، ۱۴۰۶ق، ۲۴۹/۷).

به عقیده فقهای امامیه، اگر مجنی‌علیه، جانی را عفو نماید، مثلاً جانی انگشت مجنی‌علیه را قطع نموده و مجنی‌علیه او را از آن عفو نموده است، این عفو نافذ است و اگر در اثر سرایت جراحت وارده، کف دست او از بین برود، قصاص از انگشت ساقط، ولی در کف ثابت می‌شود؛ اما اگر مجنی‌علیه، جانی را از قطع دست عفو نماید و اثر جراحت وارده باعث مرگ وی شود، در این صورت قصاص برای اولیای مقتول ثابت می‌شود (نجفی، ۱۴۰۴ق، ۴۲۶/۴۲؛ خمینی، بی تا، ۵۵۲/۲-۵۵۱). دیدگاه قانون‌گذار هم در ماده ۳۰۰ قانون مجازات اسلامی^۸ مبتنی بر نظر نجفی است.

۸. اگر مجنی‌علیه به تصور اینکه جنایت وارده بر او به قتل منجر نمی‌شود و یا اگر به قتل منجر شود قتل، عمدی محسوب نمی‌شود، قصاص کند یا گذشت یا مصالحه بر دیه یا غیر آن نماید و بعد از آن، جنایت واقع شده، به نفس سرایت کند و به فوت مجنی‌علیه منجر شود، هرگاه قتل مشمول تعریف جنایات عمدی باشد، قاتل به قصاص نفس محکوم می‌شود و چنانچه عضو مرتکب، قصاص شده یا با او مصالحه شده باشد، ولی دم باید قبل از قصاص نفس، دیه عضو قصاص شده یا وجه المصلحه را به وی بپردازد؛ لکن اگر جنایت

با ملاحظه نظریات فقها می‌توان چنین گفت: اگر مجنی‌علیه جانی را از عضو ایراد دیده، عفو نماید، چنانچه این حق وی است، بدون تردید عفو وی نافذ است و اگر در اثر جرح وارده عضو دیگر مجنی‌علیه از بین برود، جانی باید خون‌بهای آن عضو را بپردازد و اگر منجر به مرگ وی گردد، قصاص ساقط، ولی خون‌بها پابرجا خواهد بود زیرا اولاً: جانی قصد کشتن وی را نداشته است که در غیر این صورت عمل او قتل عمد نامیده می‌شد و قصاص لازم بود؛ ثانیاً: در اثر شبهه قصاص ساقط شده و به خاطر اینکه خون وی هدر نرود، خون‌بها جایگزین می‌شود؛ اما اگر مجنی‌علیه تصریح نموده باشد یعنی از عضو ایراد شده و تبعات آن، جانی را عفو نموده باشد، به فرض اگر در اثر جنایت وارده عضو دیگرش تلف شود و یا منجر به مرگ وی گردد، این عفو وی نافذ خواهد بود؛ زیرا مجنی‌علیه چنانچه حق و صلاحیت اعطای عضو خود را برای نجات شخص دیگر داراست، حق عفو از جنایت و اثر آن را به طریق اولی دارا خواهد بود. مجنی‌علیه در صورتی حق عفو و قصاص را از دست می‌دهد که صغیر و مجنون باشد و در غیر آن، حق عفو و قصاص عضو را به اتفاق همه فقها دارا بوده و در غیر عضو (نفس)، حق عفو را به عقیده برخی فقها دارد و به عقیده برخی دیگر از فقها ندارد؛ اما اگر ولی دم پس از ایراد ضرب و جرح و قبل از وفات مجنی‌علیه، جانی را عفو نماید، این عفو اعتبار دارد یا خیر؟ در میان فقها در این مورد دو دیدگاه وجود دارد:

۱. دیدگاه اول

عفو اولیای دم قبل از وفات مجنی‌علیه اعتبار ندارد؛ زیرا ولی دم قبل از وفات مجنی‌علیه چیزی را عفو نموده که مالک آن نبوده است، به خاطر اینکه ولی دم پس از مرگ مورث خود، مالک حق قصاص می‌شود. علاوه بر دلیل فوق، عفو از قتل ایجاب می‌نماید که قتل از قبل موجود باشد.

مشمول تعریف جنایات عمدی نگردد، به پرداخت دیه نفس، بدون احتساب دیه عضو قصاص شده یا وجه المصلحه اخذ شده، محکوم می‌شود. مفاد این ماده، در موردی که جنایت ارتكابی به قسمت بیشتری از همان عضو مورد جنایت سرایت کند نیز جاری است.

۲. دیدگاه دوم

عفو ولی دم قبل از وفات مجنی علیه اعتبار دارد؛ زیرا هنگامی که جرح، منجر به مرگ مجنی علیه می‌گردد، آشکار می‌شود که مرگ از روز وقوع جرح به وجود آمده است، بنابراین عفو مذکور، عفوی است که از یک حق ثابت به وجود آمده است (کاسانی، ۱۴۰۶ق، ۲۴۵/۷؛ خمینی، بی تا، ۵۵۲/۲).

در مسئله قبل، عفو اولیای دم قبل از فوت مجنی علیه جهت تقریب اذهان بحث شد؛ اما اینک عفو مجنی علیه بحث می‌شود که مسئله اصلی این نوشتار نیز هست. عفو مجنی علیه در جنایات جراحاتی نافذ است، تأکیدی است که درباره گذشت از قتل عمد وجود دارد، درباره گذشت از جنایات جراحاتی غیر از قتل نیز هست و بدیهی است در این موارد حق گذشت به مجنی علیه اختصاص دارد، همان طور که حق قصاص دارد، جز اینکه این حق بعد از موت به وارثان وی منتقل می‌شود، ولی در مورد عفو از حق قصاص نفس، توسط خود مجنی علیه، دیدگاههای مختلفی در فقه وجود دارد که در واقع به این مسئله برمی‌گردد که آیا حق قصاص، ابتدائاً برای خود مجنی علیه به وجود می‌آید یا برای ورثه او؟

اگر این حق، در ابتدا و اصالتاً متعلق به خود او باشد و به وجود آمدن سبب آن برای عفو از آن کافی باشد، طبیعی است که حق عفو نیز وجود دارد، اما اگر این حق، متعلق به وارثان باشد و بعد از مرگ او به وجود آید، بدیهی است که عفو نافذ نخواهد بود، زیرا در واقع ابراء مالم یجب خواهد بود. البته طرفداران این دو نظریه هر کدام دلایل متعددی برای اثبات عقیده خود ارائه نموده‌اند که در جای خود، درخور تأمل و دقت فراوان است و خوبی، در استدلالی متفاوت با آنچه مشهور استدلال کرده‌اند، قصاص را حق ابتدایی اولیاء دم می‌داند و بر همین اساس، گذشت مجنی علیه را نافذ ندانسته و معتقد است که بر گذشت مجنی علیه، هیچ اثری بار نمی‌شود. وی می‌گوید نه تنها مجنی علیه، حقی برای گذشت از قصاص ندارد که حتی حقی برای گذشت از دیه نیز ندارد (خویی، ۱۴۲۲ق، ۲۲۳/۴۲).

دسته‌ای از فقیهان اهل سنت قائلند به اینکه حق قصاص در پی ارتکاب جنایت ایجاد می‌شود و از آنجا که جنایت بر خود مجنی علیه وارد شده است، بدیهی است که حق قصاص برای او ایجاد می‌گردد، ولی با توجه به اینکه مقتول به سبب مرگ نمی‌تواند استیفای این حق را بکند، وارثان از راه ارث، جانشین وی در استیفای این حق می‌شوند و این حق میان آنان مشترک خواهد بود و به این جهت طبق سهم وارثان، میان آنان تقسیم می‌شود، همان طور

که مال مقتول بین آنان تقسیم می‌شود (کاسانی، ۱۴۰۶ق، ۲۴۲/۷). قول مشهور فقهای اهل- تسنن در این مسئله، بر تعلق ابتدایی حق قصاص بر اولیای دم است. به طوری که شافعی، بیهقی و کاسانی از فقهای حنفی، پس از بیان آیه ۳۳ سوره اسراء، حق قصاص را ابتدائاً متعلق به اولیای دم دانسته و این مسئله را جزو بدیهیات ذکر کرده‌اند. هم‌چنین عوده و ابن حزم در این مسئله تلویحاً ادعای اجماع کرده و گفته که مجنی‌علیه، مادامی که در قید حیات است به هیچ‌وجه نه حق قصاص دارد و نه حق عفو از قصاص (ر.ک: عوده، بی‌تا، ۱۶۵/۲-۱۶۴).

در بین فقهای امامیه، می‌توان گفت همه کسانی که ارث قصاص را مطرح کرده‌اند، همین نظر را دارند (خویی، ۱۴۲۲ق، ۲۲۳/۴۲؛ طوسی، ۱۳۸۷ق، ۵۴/۷؛ محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ۲۲۸/۴؛ شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ۹۴/۱۰؛ خمینی، بی‌تا، ۴۸۱/۲؛ فیض کاشانی، بی‌تا، ۱۳۸/۲-۱۱۸؛ سزواری، ۱۴۱۳ق، ۵۴/۲۹؛ مقدس اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ۳۹۷/۱۳).

دسته‌ای دیگر از فقیهان امامیه معتقدند که حق قصاص در ابتدا برای وارثان قرار داده شده (ابن‌بابویه، ۱۴۱۳ق، ۳۱۸/۴؛ طوسی، ۱۳۸۷ق، ۵۴/۷؛ محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ۲۲۸/۴). چون حق قصاص برای تشفی خاطر است و تشفی نسبت به مقتول معنایی ندارد؛ زیرا او مرده است و اولیای دم باید تشفی خاطر پیدا کنند، به همین دلیل، حق قصاص به طور برابر برای تمام اولیاء جعل شده است، نه به نسبت سهم الارث. در فقه اهل تسنن نیز به تشفی خاطر جهت تعلق حق قصاص به اولیای دم استدلال شده است^۹ (جزیری، ۱۴۱۹ق، ۲۳۳/۵-۲۳۲).

در این نظر، اولیای دم، به عقیده بعضی از فقیهان همان وارثان هستند و به عقیده بعضی دیگر فقط عصبه حق قصاص دارند.

علاوه بر این، به نظر می‌رسد حق قصاص مترتب بر قتل عمد است و قبل از آن به وجود نمی‌آید و در نتیجه نمی‌تواند این حق ابتدائاً برای مقتول جعل شود و از ظاهر آیه ۳۳ اسراء

۹. «لا ریب فیہ أن القتل یحدث عند أولیاء الدم حقداً شدیداً، و یتربک فی أنفسهم لوعه لا تنطفئ إلا بالتشفی من القاتل، و تحکمهم فیہ، فقد جعل الشارع لأولیاء الدم سلطاناً، علی القاتل: بدون تردید قتل کینه شدید نزد اولیای مقتول را ایجاد می‌کند و در نفس آنان آتشی شعله‌ور که خاموش نمی‌شود، مگر با تشفی خاطر از قاتل و تسلطشان بر او به وجود می‌آورد، شارع مقدس برای اولیای دم تسلط بر قاتل قرار داده است» (جزیری، ۱۴۱۹ق، ۲۳۳/۵-۲۳۲).

نیز همین استفاده می‌شود. بعضی از فقها نیز که در کلام خویش به جای ارث قصاص از تولی قصاص سخن گفته‌اند همین دیدگاه را مدنظر داشته‌اند (خویی، ۱۴۲۲ق، ۱۲۷/۲). در ماده ۵۴ قانون مجازات اسلامی سابق نیز ابتدائاً همین نظر قبول شده و عفو مجنی‌علیه از قصاص نفس، غیرنافذ دانسته شده بود، ولی اخیراً و بعد از تصویب قانون مجازات اسلامی در سال ۱۳۹۲ و در ماده ۳۶۵، عفو مجنی‌علیه، موجب سقوط حق قصاص دانسته شده است. در ادامه این نوشتار، ادله مورد استناد دو گروه حامیان مشهور و مخالف مشهور، بحث و نقد خواهد شد.

بررسی مستندات و دلایل طرفین دو نظریه

دلایل و مستندات طرفداران دو نظریه به شرح زیر بررسی و کاوش می‌شود:

۱. مستندات و ادله نظریه اول (قول مشهور)

این نظریه که قول مشهور فقهای امامیه است حق قصاص نفس را ابتدائاً متعلق به مجنی‌علیه می‌داند. مهمترین دلایل حامیان این نظریه به شرح ذیل است:

یک: استناد به آیه «وَ كَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنْ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ فَمَنْ تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَهُ وَ مَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ» و در تورات بر آنان مقرر داشتیم که جان در برابر جان، چشم در برابر چشم، بینی در مقابل بینی و گوش در برابر گوش و دندان در مقابل دندان است؛ و زخمیها را قصاص باید کرد و هر که از قصاص درگذرد و عفو کند، آن کفاره (گناهان) او خواهد بود و هر که مطابق آیات الهی داوری نکند، آنها حقاً ستمگرند» (مائده، ۴۵) و هم‌چنین آیه «وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ وَ مَنْ قَتَلَ مَظْلُوماً فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيهِ سُلْطَانًا فَلَا يُسْرِفُ فِي الْقَتْلِ إِنَّهُ كَانَ مَنْصُورًا» و کسی را که خداوند خونش را حرام شمرده، نکشید، جز به حق! و کسی را که خداوند (کشتن وی را) حرام کرده نکشید جز به حق و هر کس به ستم کشته شود، به وارث او تسلطی داده‌ایم، پس او نباید در مکافات قتل زیاده‌روی کند، همانا او حمایت شده است!» (اسراء، ۳۳).

در استدلال به این آیات، بر تعلق حق قصاص به مجنی‌علیه، ایراداتی وارد است که قابل کتمان و چشم‌پوشی نیست:

الف) در استدلال آیه ۴۵ سوره مائده، بر تعلق حق قصاص به مجنی‌علیه، جای تأمل جدی وجود دارد و در نهایت اشکال و ضعف است که از این آیه، تعلق حق قصاص به مجنی‌علیه برداشت شود، چرا که این آیه در مقام بیان برابری محل قصاص وارد شده است نه تعلق حق قصاص به مجنی‌علیه (طوسی، ۱۳۹۰ق، ۲۶۸/۴). به‌طور خلاصه، آنچه از آیه به‌دست می‌آید تخییر میان سه امر است: قصاص، عفو و گرفتن دیه (فخرالمحققین، ۱۳۸۷ق، ۵۸۲/۴). برخی از مفسرین، در تفسیر این آیه، همین معنی را برداشت کرده‌اند؛ یعنی آیه را در مقام بیان برابری عضو قصاص‌شونده با عضو قصاص‌شده دانسته‌اند (فیض کاشانی، ۱۴۱۸ق، ۲۷۸/۱؛ طبرسی، ۱۳۷۲ش، ۳۰۷/۳) اما برخی دیگر، در تفسیر این آیه، اولیای دم را خطاب قرار داده و این حق را برای آنها قرار داده‌اند که قصاص کنند یا دیه بگیرند؛ از جمله این مفسرین، می‌توان شیخین را نام برد (مفید، ۱۴۱۳ق، ۱۲۸؛ ابن‌بابویه، ۱۴۱۳ق، ۱۶۰/۴؛ ابن‌بابویه، ۱۳۶۲ش، ۲۷۶/۱؛ کاسانی، ۱۴۰۶ق، ۳۷۷/۹).

ب) هم‌چنین در استدلال به آیه ۳۳ سوره اسراء بر تعلق حق قصاص به مجنی‌علیه نیز ضعفی جدی وجود دارد، چرا که طبق نظر اکثر مفسرین، این آیه در مقام جعل حق قصاص برای اولیای دم وارد شده است که فراز پایانی آیه نیز خود گویای همین معنی و برداشت است (قمی، ۱۴۰۴ق، ۱۹/۲؛ عیاشی، ۱۳۸۰ق، ۲۹۰/۲؛ ابن‌بابویه، ۱۴۱۳ق، ۱۶۰/۴؛ مفید، ۱۴۱۳ق، ۷۳۴؛ طوسی، ۱۴۰۷ق، ۲۱۸/۱۰؛ ابن‌شهر آشوب مازندرانی، ۱۳۷۹ق، ۴۷؛ نوری، ۱۴۰۸ق، ۲۲۵/۱۸؛ قرشی، ۱۴۱۲ق، ۱۴/۶؛ طباطبایی، ۱۴۱۷ق، ۹۰/۱۳؛ طبرسی، ۱۳۷۲ش، ۶۳۸/۶). علاوه بر این، حق قصاص در قتل عمد به‌وجود می‌آید است و پیش از آن به وجود نمی‌آید؛ لذا نمی‌تواند این حق در ابتدا برای مقتول قرار داده شود، از آیه ۳۳ سوره اسراء نیز همین معنا به‌دست می‌آید. به نظر می‌رسد که خویی نیز که در عبارات خود به جای ارث قصاص از متولی شدن قصاص سخن گفته همین دیدگاه مقصود او بوده است (خویی، ۱۴۲۲ق، ۱۲۷/۲).

دو: سبب وجود قصاص و دیه، مرگ نیست بلکه جنایتی است که منجر به مرگ می‌شود؛ لذا مجنی‌علیه برای تملک حقوق و اموالی که سببش هنگامی که در قید حیات بوده به‌وجود آمده، اهلیت لازم را دارد (انصاری، ۱۴۱۰ق، ۳۵/۱۵؛ زیدان، ۱۴۱۰ق، ۱۸۴). نقدی که به این دلیل مشهور وارد است این است که هر چند فقیهان درباره صحیح نبودن ابراء دینی که محقق نشده، اتفاق نظر دارند و ابراء مال‌م‌یجب را باطل می‌دانند، اما درباره ابراء دینی که سبب

آن به وجود آمده، ولی خود دین هنوز واجب نشده است، اختلاف نظر دارند. علمای مذاهب حنبلی، حنفی و شافعی قائل به این هستند که سبب پیش از واجب شدن دین، برای ابراء آن کفایت نمی‌کند، مثل اینکه اگر شخصی کالایی از دیگری بستاند و خریدار، فروشنده را از ضمان درک مبیع در صورت مستحق‌الغیر درآمدن و فروشنده هم خریدار را از ضمان درک ثمن ابراء کند و سپس ثمن یا مبیع مستحق‌الغیر درآید، اینجا ابراء اثری نخواهد داشت، چون اگرچه هنگام ابراء سبب آنکه عقد است به وجود آمده، اما حق و دین، تنها بعد از معلوم شدن مستحق‌الغیر بودن مبیع یا ثمن در ذمه به وجود می‌آید، ولی حقی که به وجود نیامده، نمی‌توان ساقط کرد؛ هر چند سبب آن به وجود آمده باشد، فقیهان مالکی در این مورد اختلاف نظر دارند. از بین فقیهان امامیه تنها انصاری در کتاب المکاسب وجود سبب حق را برای ابراء و اسقاط کافی دانسته است (ر.ک: محقق داماد، ۱۴۲۶ق، ۲/۲۵۹)؛ لذا در مسئله مورد بحث، آن اتفاق نظری که مدنظر حامیان قول مشهور است، برقرار نیست.

نقد نظریه مشهور:

برخی از طرفداران قول مشهور، این پرسش را مطرح کرده‌اند که: اگر حق قصاص، در ابتدا و اصالتاً به اولیای دم تعلق دارد و آنان مالک این حق هستند؛ چرا هنگامی که میراث برای پرداخت دین متوفی کفایت نکند، اولیای دم حق عفو مجانی و بدون پرداخت یا ضمانت دیون طلبکاران متوفی را ندارند و هنگام تبدیل قصاص به دیه، دیه از جمله میراث محسوب و باید موارد وصیت و دیون مجنی‌علیه از آن پرداخت شود؟ به عبارت دیگر، چرا ولی دم حقی را که ذاتاً به او تعلق دارد و به اراده او به دیه یا غیر آن تبدیل شده، مالک نمی‌شود و ناگزیر است آن را در جهت منافع مجنی‌علیه هزینه کند؟ (مرادی، ۱۳۹۵ش، ۱۶).

پاسخ این ایراد روشن است؛ علت این است که همان‌طور که ذکر شد، حق ابتدایی اولیای دم قصاص است به جهت تشفی خاطر؛ اینکه اگر ولی دم به دیه تراضی کند، مالک دیه نیست و ابتدا باید دیون متوفی را پرداخت کند دلیل بر این نمی‌شود که او مالک حق قصاص نیست، چرا که اگر او به دیه تراضی نمی‌کرد و قصاص را برمی‌گزید، هیچ طلبکاری حق دخالت نداشت و هم چنین اولیای دم هیچ تعهدی به جبران مطالبات غرمایی متوفی هم نداشتند. فقط در صورتی اولیای دم نسبت به مطالبات غرمایی متوفی مسئول هستند که بدون عوض، جانی را عفو کنند (ماده ۴۳۲ قانون مجازات اسلامی ۹۲).

حق قصاص قبل از آنکه به قصاص عضو و قصاص نفس قابل تقسیم باشد به خودی خود دارای ماهیتی عام است. در آیات مربوط به قصاص و در همه احادیثی که از ائمه هدی علیهم السلام روایت شده است حق قصاص عموماً به ولی دم تعلق دارد؛ ترجمه و برداشت همگان از ولی دم، همان ولی یا سرپرست مقتول است و از این جهت حق قصاص را منحصر به وی می‌دانند. برخی نیز بنا بر دلایلی مانند قابلیت انتقال حق قصاص، قیاسی که حاصل از ماهیت تبدیل-شدن قصاص به دیه است و قدرت بر عفو و اختیار در تراضی مجنی‌علیه بر قصاص و هم‌چنین بر مبنای اصل (اصل عدم حق ولی) و گاه بر اساس قاعده احسان (در زمان عفو توسط مجنی‌علیه) که حاصل آن عدم امکان قصاص شمرده می‌شود، حق را برای مجنی‌علیه برمی‌شمرند.

ولی نویسندگان، به موضوع دیگری اعتقاد دارد و آن اینکه قصاص حاصل عملی است که ممکن است موجب جنایت بر نفس یا اعضاء گردد و در اثر وقوع این حادثه، حق قصاص در عالم امکان منتشر می‌شود و به کسی تعلق خواهد داشت که بتواند بدون هر نوع مانعی بدان دست پیدا کند و از آن استفاده کند (اهم موانع عبارتند از: کفر، ارتداد، جنون، رابطه ابوت و بنوت و...).

۲. مستندات و ادله نظریه دوم (قول مخالف مشهور)

پیروان این نظریه در مقابل قول مشهور به پا خاسته و حق قصاص نفس را در ابتدا و اصالتاً متعلق به اولیای دم (ورثه) می‌دانند. مهمترین دلایل طرفداران این نظریه به شرح زیر است:

۱-۲. آیات

آیه «وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ وَمَنْ قَتَلَ مَظْلُوماً فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيَّهِ سُلْطٰنًا فَلَا يُسْرِفُ فِي الْقَتْلِ إِنَّهُ كَانَ مَنصُورًا: کسی را که خداوند کشتن وی را حرام کرده نکشید جز به حق، و هر کس به ستم کشته شود به وارث او تسلطی داده‌ایم، پس او نباید در قتل زیاده‌روی کند، همانا او حمایت شده است» (اسراء، ۳۳). خداوند ابتدائاً و به جانشینی از مجنی‌علیه، ولی دم را مالک و صاحب حق قصاص قرار داده است (خویی، ۱۴۲۲ق، ۲/۲۲۳). هم‌چنین همان‌طور که در صفحات قبل نوشته شد، طبق نظر اکثر مفسرین، این آیه در مقام جعل حق قصاص برای اولیای دم جعل شده است (قمی، ۱۴۰۴ق، ۲/۱۹؛ عیاشی،

۱۳۸۰ق، ۲/۲۹۰؛ ابن بابویه، ۱۴۱۳ق، ۴/۱۶۰؛ مفید، ۱۴۱۳ق، ۷۳۴؛ طوسی، ۱۴۰۷ق، ۱۰/۲۱۸؛ ابن شهر آشوب مازندرانی، ۱۳۷۹ق، ۴۷؛ نوری، ۱۴۰۸ق، ۱۸/۲۲۵؛ قرشی، ۱۴۱۲ق، ۶/۱۴؛ طباطبایی، ۱۴۱۷ق، ۱۳/۹۰؛ طبرسی، ۱۳۷۲ش، ۶/۶۳۸).

۲-۲. روایات

استناد به روایت نقل شده از پیامبر ﷺ: «و حجة ابن الجنید: ما روی عن النبی ﷺ أنه قال: من قتل له قتیل فهو بخیر النظرین: إما أن یفدی و إما أن یقتل: از پیامبر ﷺ روایت شده هر کسی فردی از خویشاوندانش کشته شود مخیر است بین دو چیز: دیه بگیرد یا قصاص کند» (ابن اثیر جزری، بی تا، ۷۷/۵؛ ابن حزم، بی تا، ۱۱/۱۲۶؛ ابن ابی عقیل، ۱۴۱۳ق، ۵۴۳؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ۱۵/۲۲۶؛ شهید اول، بی تا، ۲/۱۰؛ ابوداود سجستانی، بی تا، ۴/۱۷۲؛ نسائی، ۱۴۱۱ق، ۸/۳۸؛ ابن قدامه، بی تا، ۲/۸۷۶). با توجه به این حدیث، خداوند اولیای مقتول را بین گرفتن دیه و قصاص، مخیر کرده است، بنابراین حق قصاص نفس و دیه برای اولیای دم ثابت است. هم چنین محمد ابن اسحاق بر منبای حدیثی از رسول اکرم ﷺ معتقد است حق قصاص برای ولی است، اعم از قصاص نفس یا عضو (فتحی بهنسی، ۱۴۰۹ق، ۹۱).

۲-۳. اسقاط مال میباید

ثابت شدن حق قصاص برای مجنی علیه، منوط به مرگ اوست و تا فوتی محقق نشده، حتی هم به وجود نمی آید و این امر از مصادیق ابراء مال میباید است و این ابراء طبق قول مشهور فقهای امامیه باطل است (سبزواری، ۱۴۱۳ق، ۲۹/۵۴؛ مجلسی، ۱۴۰۴ق، ۱۲/۳۱۳).

۲-۴. تشفی و تسلی خاطر اولیای دم

حق قصاص برای تسلی خاطر اولیای مقتول است و این تشفی برای خود مقتول بی معناست، بنابراین حق قصاص در ابتدا و اصالتاً برای اولیای دم ثابت شده است، نه برای مجنی علیه؛ زیرا تشفی از حقوق ولی دم بوده که در باب قصاص برای او قرار داده شده است (مجلسی، ۱۴۱۴ق، ۸/۶۱۲؛ محقق داماد، ۱۴۲۶ق، ۷۰؛ ابن عابدین، ۱۳۸۴ق، ۶/۵۶۸). هم چنین ابوحنیفه می گوید: مقصود از قصاص، تشفی و تشفی برای ورثه حاصل می شود نه برای مرده، بنابراین قصاص، ابتدائاً حق ورثه است و این حق برای هر یک از آنان به طور کامل و مستقل و نه به نحو شرکت، ثابت است (کاسانی، ۱۴۰۶ق، ۷/۲۴۲). هم چنین در نظریه تشفی

خاطر^{۱۰}، اهداف و اعتبار مجازات با مدنظر داشتن حقوق قربانیان توجیه می‌شود که از رضایت خاطر قربانیان و خویشاوندان وی به وجود می‌آید، مجازات ایزاری باری آرامش احساس رنجی است که در قربانی و اطرافیان وی به وجود آمده، بدون شک و تردید که این احساس رنجش هنگامی تسکین می‌شود که سبب آن در محضر عدالت مجازات شود. در صورتی که قربانیان جنایات، امیدی به سپردن جنایتکاران به دست عدالت نداشته باشند، خودشان وارد می‌شوند و به جای قانون جا می‌دهند که منجر به هرج و مرج و اخلال در نظم می‌شود. لذا در مسئله مورد بحث این نوشتار، بهتر آن است که قانون‌گذار جهت نظم جامعه و طبق قول فقها، بر اساس نظریه تشفی، ماده ۳۶۵ قانون مجازات را اصلاح نماید تا ناخواسته باعث انتقامهای نامنظم نشود.

۳. نظریه مختار

از مجموع استدلالهای فقهای امامیه و جمهور به نظر می‌رسد که قول فقهای مخالف مشهور امامیه و مشهور فقهای جمهور، با موازین فقهی و عقلی، سازگاری بیشتری دارد، چرا که باعث حفظ حقوق اولیای دم می‌شود که این خود باعث سامان دادن به نظم عمومی می‌شود؛ زیرا وقتی مجنی‌علیه، قبل از فوت از حق قصاص گذشت می‌کند، حقوق اولیای دم که قربانیان این جنایت هستند، پایمال می‌شود. چه حقوق مادی و چه معنوی. حقوق مادی ناشی از تصالح به دیه و حقوق معنوی ناشی از تشفی خاطر. با استفاده از نظریه تشفی خاطر که فقهای مخالف مشهور به آن استناد کرده‌اند و پیوند آن با مسائل جرم‌شناسی، این نتیجه به دست می‌آید که نظریه تشفی خاطر، از اهمیت زیادی در مباحث جرم‌شناختی برخوردار است که باعث بازگشت آرامش به آغوش اولیای دم و قربانیان جنایت شده و به تبع آن منجر به گسترش آرامش در جامعه می‌شود؛ چون اگر اولیای دم از طریق قانون، تشفی خاطر نیابند، خودشان قانون را به دست می‌گیرند و به دادگستری خصوصی روی می‌آورند که این خود باعث جنایتهای دیگری شده و منجر به انتقامها و ضد انتقامهای نامنظم می‌گردد و لذا شایسته است مسئله گذشت مجنی‌علیه، از زاویه قربانیان این جرم بررسی و تحلیل شود. مجنی‌علیه از دنیا رفته و خانواده، همسر و فرزندان از خود به جای گذاشته است. اگر طبق مبنای قول مشهور، گذشت مجنی‌علیه را نافذ بدانیم، با حقوق بازماندگان قربانی جرم چه

می‌کنیم؟ اعتبار مجازات ناشی از رضایت خاطری است که در روان قربانیان جرم ایجاد می‌کند. آیا صرف این جمله که مجنی‌علیه، بعد از جنایت و قبل از فوت، قاتل را بخشیده است باعث آرامش آلام روحی و جسمی بازماندگان خواهد شد؟ بازماندگان مقتول، باید تشفی خاطر یابند و بسیار دور از ذهن است که این تشفی با صرف شنیدن این جمله که مقتول در واپسین لحظات حیات خویش، از خون قاتل گذشت کرد، پدید آید. گرچه گذشت در اسلام بسیار توصیه شده است و این نوشتار در مقام زیرسؤال بردن این فضیلت اخلاقی نیست، بلکه با نگاهی رئالیسم به مسئله معتقد است که خشم فروخته اولیای دم، با شنیدن گذشت مجنی‌علیه، تسکین نمی‌یابد و شایسته است که این مسئله در قالب نظریه تشفی خاطر، بررسی شود. «در بادی امر به نظر می‌رسد چنین دیدگاهی به ارضای ناپخته حس انتقام، تنزل یابد. به قول معروف، انتقام شیرین است و پیشنهاد این است که مجازات، وسیله انتقام باشد، همان‌گونه که ازدواج، وسیله ارضای شهوت است؛ یعنی ابزاری است که جامعه آن را برای احساس طبیعی و قوی تأیید کرده است؛ اما قراردادن موضوع در قالب انتقامی خام، وجه‌ای غیرمنصفانه به این نظریه می‌بخشد. انتقام در معنای عادی خود اگر مطلقاً غیرمنطقی نباشد، دست‌کم به لحاظ اخلاقی مورد تردید است، به‌ویژه اینکه آموزه‌های مسیحیت نیز آن را رد می‌کند. به‌رحال چیزی به‌عنوان خشم به‌حق وجود دارد که همان تألم خاطر مشروعی است که قربانیان جنایت، احساس کرده‌اند و تردیدی نیست که این احساس رنجش، زمانی تسکین می‌یابد که عامل ایجاد آن دستگیر و در محضر عدالت، حاضر شود؛ بنابراین معنای نظریه تشفی خاطر این است که مجازات به‌منظور اقتناع احساس رنجشی است که به‌طور طبیعی در قربانی ایجاد شده است» (کاتینگهام، ۱۳۸۴ ش، ۲۰). پس شایسته است که مقنن، با رویگری به نظریه تشفی خاطر و به‌تبع دیدگاه خوبی، به ماده ۵۴ قانون مجازات سابق که با روح عدالت کیفری نزدیکتر است بازگشته و آن را احیاء نماید.

نتیجه

پس از تحلیل و بررسی ماده ۳۶۵ قانون مجازات اسلامی جدید و تطبیق آن با موازین فقهی امامیه و اهل تسنن، بر خلاف قول مشهور و بر اساس دیدگاه خوبی و مشهور فقهای اهل-تسنن، این نتایج به‌دست آمد:

۱. مجنی علیه، حقی برای بخشش و عفو پس از جنایت و قبل از فوت را ندارد؛ زیرا این حق طبق ادله (اعم نقلی و عقلی) اساساً برای وی جعل نشده است، بلکه این حق برای اولیای دم جعل شده است.
 ۲. ثابت شدن حق قصاص برای مجنی علیه، منوط به مرگ اوست و تا فوتی محقق نشده، حقی هم به وجود نمی آید و این امر از مصادیق اسقاط مال می‌جذب است و این اسقاط طبق قول مشهور فقهای امامیه باطل است.
 ۳. حق قصاص برای تسلی و تشفی خاطر اولیای مقتول است و این تشفی برای خود مقتول بی‌معناست، بنابراین حق قصاص اصالتاً برای اولیای دم ثابت شده است، نه برای مجنی علیه؛ زیرا تشفی از حقوق ولی دم بوده که در باب قصاص برای او قرار داده شده است. هم‌چنین مقصود از قصاص، تشفی و تشفی برای ورثه و شخص زنده حاصل می‌شود نه برای مجنی علیه و شخص فاقد حیات؛ هم‌چنین تشفی خاطر باعث آرامش اولیای دم و جلوگیری از ایجاد انتقامهای شخصی می‌شود. بنابراین قصاص، ابتدائاً حق ورثه است و این حق برای هر یک از آنان به‌طور کامل و مستقل و نه به نحو شرکت، ثابت است.
- پیشنهاد کاربردی این نوشتار آن است که شایسته است نص ماده ۳۶۵ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، اصلاح شده و مقنن حق قصاص را برای اولیای دم ثابت بداند نه مجنی علیه؛ چرا که این امر منجر به انتقامهای شخصی و دایرشدن دادگستری خصوصی می‌شود.

فهرست منابع

- قرآن کریم.
- ابن ابی تغلب، عبدالقادر بن عمر، *نیل المآرب بشرح دلیل الطالب*، کویت، مکتبه الفلاح، ۱۴۰۳ق.
- ابن ابی عقیل، حسن بن علی، *حیة ابن ابی عقیل و فقهه*، قم، انتشارات مرکز معجم فقهی، ۱۴۱۳ق.
- ابن اثیر جزری، مبارک بن محمد، *النهایه*، قم، اسماعیلیان، بی تا.
- ابن بابویه، محمد بن علی، *الخصال*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۳۶۲ش.
- همو، *من لایحضره الفقیه*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ق.
- ابن حزم، علی بن احمد، *المحلی بالآثار*، بیروت، دارالفکر، بی تا.
- ابن شهر آشوب مازندرانی، محمد بن علی، *مناقب آل ابی طالب*، قم، علامه، ۱۳۷۹ق.
- ابن عابدین، محمد امین بن عمر، *رد المحتار علی الدر المختار*، بیروت، دارالکتب العربی، ۱۳۸۴ق.
- ابن قدامه، عبدالله بن احمد، *المعنی*، بیروت، دارالکتب العربی، بی تا.
- ابن مفلح، ابراهیم بن محمد، *المبدع فی شرح المقنع*، بیروت، دارالکتب العلمیه، ۱۴۱۸ق.
- ابوداود سجستانی، سلیمان بن اشعث، *سنن ابی داود*، بیروت، المکتبه العصریه، بی تا.
- انصاری، مرتضی بن محمد امین، *کتاب المکاسب*، تهران، دارالکتب، ۱۴۱۰ق.
- بهجت، محمد تقی، *استفتائات*، قم، انتشارات دفتر حضرت آیه الله بهجت، ۱۴۲۸ق.
- بهوتی، منصور بن یونس، *شرح منتهی الارادات*، بیروت، عالم الکتب، ۱۴۱۴ق.
- بیهقی، احمد بن حسین، *معرفة السنن و الآثار*، حلب، دارالوعی، ۱۴۱۲ق.
- تبریزی، جواد، *استفتائات جدید*، قم، بی نا، بی تا.
- جزیری، عبدالرحمن، *الفقه علی المذاهب الأربعة*، بیروت، دارالثقلین، ۱۴۱۹ق.
- خسروی، کاظم؛ دانشور ثانی، رضا؛ اصغری، عبدالرضا، «واکاوی ماده ۳۶۵ قانون مجازات اسلامی مصوب ۹۲ (اوتانازی) از منظر فقه اسلامی»، *آموزه های حقوق کیفری*، شماره ۱۵، ۱۳۹۷ش.
- خمینی، سید روح الله، *تحریر الوسیله*، قم، دارالعلم، بی تا.
- خویی، سید ابوالقاسم، *مبانی تکمله المنهاج*، قم، مؤسسه احیاء آثار امام خویی، ۱۴۲۲ق.
- زحیلی، وهبه، *الفقه الإسلامی و ادلته*، دمشق، دارالفکر، بی تا.
- زیدان، عبدالکریم، *العفو عن العقوبه فی فقه الاسلامی*، ریاض، دارالعاصمه، ۱۴۱۰ق.
- سبزواری، سید عبدالاعلی، *مهذب الأحكام*، قم، مؤسسه المنار، ۱۴۱۳ق.
- شهید اول، محمد بن مکی، *القواعد و الفوائد*، قم، کتابفروشی مفید، بی تا.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی، *الروضه البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة*، قم، کتابفروشی داوری، ۱۴۱۰ق.
- همو، *مسالك الأفهام الی تنقیح شرائع الإسلام*، قم، مؤسسه المعارف الإسلامیه، ۱۴۱۶ق.

- طباطبایی، سید محمدحسین، *المیزان فی تفسیر القرآن*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ق.
- طبرسی، فضل بن حسن، *مجمع البیان فی تفسیر القرآن*، تهران، ناصر خسرو، ۱۳۷۲ش.
- طوسی، محمد بن حسن، *الاستبصار*، تهران، دارالکتب الإسلامیه، ۱۳۹۰ق.
- همو، المبسوط، تهران، المكتبة المرتضوية، ۱۳۸۷ق.
- همو، تهذیب الأحکام، تهران، دارالکتب الإسلامیه، ۱۴۰۷ق.
- عوده، عبدالقادر، *التشريع الجنائي الاسلامی مقارنا بالقانون الوضعی*، بیروت، دارالکتب العربی، بی تا.
- عیاشی، محمد بن مسعود، *تفسیر العیاشی*، تهران، المطبعة العلمیه، ۱۳۸۰ق.
- غزالی، محمد، *احیاء علوم الدین*، بیروت، دارالمعرفة، بی تا.
- فاضل لنکرانی، محمد، *تفصیل الشریعة*، قم، مرکز فقهی ائمه اطهار، ۱۴۲۱ق.
- همو، *جامع المسائل*، قم، امیر قلم، بی تا.
- فتحی بهنسی، احمد، *التصاص فی الفقه الاسلامی*، بیروت، دارالشروق، ۱۴۰۹ق.
- فخرالمحققین، محمد بن حسن، *ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد*، قم، مؤسسه اسماعیلیان، ۱۳۸۷ق.
- فیض کاشانی، ملا محسن، *الأصفی فی تفسیر القرآن*، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۱۸ق.
- همو، *مفاتیح الشرائع*، قم، کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی، بی تا.
- فیومی، احمد بن محمد، *المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر*، قاهره، دار العصور، ۱۹۲۹م.
- قرشی، سید علی اکبر، *قاموس قرآن*، تهران، دارالکتب الاسلامیه، ۱۴۱۲ق.
- قمی، علی بن ابراهیم، *تفسیر القمی*، قم، دارالکتب، ۱۴۰۴ق.
- کاتینگهام، جان، «فلسفه مجازات»، مترجمان: باطنی، ابراهیم؛ برهانی، محسن، *فقه و حقوق*، شماره ۴، ۱۳۸۴ش.
- کاسانی، ابوبکر بن مسعود، *بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع*، بیروت، دارالکتب العلمیه، ۱۴۰۶ق.
- مجلسی، محمدباقر بن محمدتقی، *مرآة العقول فی شرح أخبار آل الرسول*، تهران، دارالکتب الإسلامیه، ۱۴۰۴ق.
- مجلسی، محمدتقی بن مقصودعلی، *لوامع صاحبقرانی*، قم، مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۱۴ق.
- محقق حلی، جعفر بن حسن، *شرائع الإسلام*، قم، مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۰۸ق.
- محقق داماد، سید مصطفی، *ایقاع: اخذ به شفعه*، تهران، نشر علوم اسلامی، ۱۴۲۶ق.
- مرادی، حسن، «تحلیل فقهی - حقوقی عفو جانی توسط مجنی علیه قبل از مرگ»، *پژوهش حقوق کیفری*، شماره ۱۶، ۱۳۹۵ش.

- مفید، محمد بن محمد، *المقنعة*، قم، کنگره جهانی هزاره شیخ مفید، ۱۴۱۳ق.
- مقدس اردبیلی، احمد بن محمد، *مجمع الفائدة و البرهان فی شرح ارشاد الأذهان*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۳ق.
- مکارم شیرازی، ناصر، *استفتائات جدید*، قم، انتشارات مدرسه امام علی، ۱۴۲۷ق.
- منتظری، حسینعلی، *رساله استفتائات*، قم، بی نا، بی تا.
- نجفی، محمدحسن، *جواهر الکلام*، بیروت، دارإحیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ق.
- نسائی، احمد بن شعیب، *سنن النسائی*، بیروت، دارالکتب العلمیه، ۱۴۱۱ق.
- نوری، حسین بن محمدتقی، *مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل*، بیروت، مؤسسه آل البيت، ۱۴۰۸ق.