

## تأملی فقهی در مدلول ماده ۴۴۰ قانون مجازات اسلامی<sup>۱</sup>

سیده محبوبه حسنی ابوالحسن کلایی \*

محمد محسنی دهکالانی \*\*

علی اکبر جهانی \*\*\*

### چکیده

هنگامی که جانی به جهت ارتکاب جنایت مادون نفس به قصاص محکوم شود، مطالبه مجنی‌علیه برای استیفای قصاص کافی است. اما از آنجا که احتمال گسترش جنایت و سرایت آن به نفس مجنی‌علیه وجود دارد، این پرسش که استیفای قصاص جراحت از جانی، پیش از استقرار کامل بهبودی جنایت واقع شده در مجنی‌علیه جایز است یا خیر؟ قابلیت طرح می‌یابد. مشهور فقها با تکیه بر اطلاقات و عموماً قرآنی و اصل عدم سرایت، جواز قصاص قبل از بهبودی را مبنای خویش قرار داده‌اند. در مقابل برخی از فقها عدم جواز قصاص قبل از بهبودی را پذیرفته‌اند و برخی دیگر میان جراحاتی که نوعاً ساری هستند و آنها که سرایت نمی‌کنند، تفصیل قائل شده‌اند. نکته قابل توجه تأسیسی است که مقنن در ماده ۴۴۰ ق.م.ا. ارائه نموده و آورده است: «قصاص عضو را می‌توان فوراً اجراء کرد لکن اگر علم به سرایت وجود نداشته باشد و قصاص اجراء شود و پس از آن جنایت سرایت کند و سرایت پدید آمده، عمدی محسوب شود، مرتکب حسب مورد، به قصاص نفس یا عضو محکوم می‌شود؛ لکن پیش از اجرای قصاص نفس ولی دم باید، دیه جنایتی را که به عنوان قصاص عضو بر مرتکب وارد شده است را به او بپردازد و اگر سرایت پدید آمده، غیر عمدی محسوب شود، مرتکب به دیه جنایتی که به وسیله سرایت، پدید آمده است محکوم می‌شود و دیه مقداری که قصاص شده است کسر نمی‌شود.» نویسندگان پس از بررسی مسأله و با تدقیق در مستندات و مدارک آن قول به عدم جواز قصاص را واجد وجهت فقهی نمی‌بینند و نیز قول مشهور و مختار قانون‌گذار مجازات اسلامی را بواسطه لوازم نامقبولش، ادله را یارای تأمین آن نیست در نهایت قول به تفصیل را مختار خویش دانسته‌اند.

**کلید واژه‌ها:** جنایت، قصاص، سرایت، اندمال، تأخیر.

۱- تاریخ وصول: ۱۳۹۶/۲/۷ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۶/۹/۲۵

\* دانشجوی کارشناسی ارشد فقه و مبانی حقوق، دانشگاه مازندران، بابلسر، ایران

\*\* دانشیار گروه فقه و مبانی اسلامی، دانشگاه مازندران، بابلسر، ایران (نویسنده مسؤول)

mmdehkalany@umz.ac.ir

\*\*\* استادیار گروه فقه و مبانی اسلامی، دانشگاه مازندران، بابلسر، ایران

## ۱- بیان مسأله

یکی از مسائل مرتبط با جنایت و قصاص آن، مسأله فوریت در قصاص است. آنجا که جانی به سبب ارتکاب جنایت عمدی مادون نفس، به قصاص برابر محکوم می‌شود و مجنی‌علیه خواستار اجرای حکم قصاص می‌شود، وجود یک مسأله حکم اجرای فوری قصاص را با دشواری همراه می‌سازد و آن احتمال سرایت جنایت در مجنی‌علیه است. از آنجا که مطابق با فقه و قانون مجازات اسلامی، قصاص عضو در قصاص نفس داخل است و نیز قصاص در اعضایی که به صورت جزء و کل هستند، تداخل می‌کند، پرسشی مطرح می‌شود که آیا قبل از بهبودی جنایت، مجنی‌علیه می‌تواند جانی را قصاص کند یا خیر؟ چرا که اگر پیش از قصاص جراحات، جنایت تسری یابد قصاص نفس یا عضو بزرگتر، تنها کیفر جانی خواهد بود. در حالی که التزام به جواز قصاص قبل از بهبودی موجب می‌گرداند تا جانی یک‌بار برای جنایت ارتكابی قصاص شود و بار دیگر به جهت تسری محقق گشته به قصاص نفس و یا قصاص عضو دیگر محکوم شود.

## ۲- اقوال فقها

### ۲-۱- اهل سنت

این مسأله از مسائل اختلافی میان فقها محسوب می‌شود. اهل سنت در این مسأله به دو گروه تقسیم شده‌اند؛ شافعی جواز قصاص قبل از بهبودی را برگزیده است و به استحباب صبر تا روشن شدن وضعیت جنایت از نظر بهبودی و سرایت معتقد است (الشاشی القفال، ۱۹۸۸، ۷، ۴۹۳).

در مقابل ابوحنیفه و همچنین مالک معتقدند: تا روشن شدن وضعیت مجنی‌علیه از جهت بهبودی یا سرایت، قصاص جایز نیست (همان، ۱۹۸۸، ۷، ۴۹۴). اگر جنایت بهبود یافت، قصاص عضو مستقر می‌شود و اگر سرایت به نفس نمود قصاص جنایت اولیه ساقط می‌شود و حکم به قصاص نفس می‌شود. به عبارت دیگر رأی اتخاذی ایشان بر این مبنا استوار است که در هر جنایتی احتمال سرایت می‌رود و اگر سرایت کند و مجنی‌علیه بمیرد، از جانی قصاص نفس گرفته می‌شود و اگر سرایت بوجود نیاید و مجنی‌علیه بهبود یابد، از جانی قصاص طرف گرفته می‌شود.

## ۲-۲- فقهای شیعه

فقهای شیعی نیز در این مسأله مواضع مختلفی را اتخاذ نموده‌اند که نویسندگان با استقصاء فتاوا و نظریات فقها، مواضع ایشان را به صورت زیر احصاء نموده‌اند.

### ۲-۲-۱- قائلین به عدم جواز قصاص قبل از بهبودی

بزرگانی چون ابوالصلاح حلبی (حلبی، ۱۴۰۳، ۳۸۸)، شیخ طوسی در یکی از دو قول خود (طوسی، مبسوط، ۱۳۷۸، ۷، ۸۱)، قطب الدین راوندی (راوندی، ۱۴۰۵، ۲، ۴۱۸)، ابن ادریس حلی (ابن ادریس، ۱۴۱۰، ۳، ۴۱۶) و از معاصرین آیت الله سبحانی (تقریرات درس خارج ۹۰/۱۱/۲۶) برآنند که قصاص جانی قبل از بهبودی جنایت وارد شده بر مجنی‌علیه، جایز نیست.

ابوالصلاح حلبی در این باره می‌نویسد: «در مورد هیچ زخم یا قطع عضو یا شکستگی یا دررفتگی تا یأس از بهبود آن حاصل نشود نمی‌توان حکم به قصاص کرد؛ بنابراین اگر در مورد جراحی حکم به قصاص شود ولی مجروح و جانی هر دو خوب شوند یا هر دو خوب نشوند، هیچ کدام حقی بر دیگری ندارد. اما اگر یکی از آن دو خوب شود و زخمش التیام پیدا کند، قصاص در مورد دیگری تکرار می‌شود. این در فرضی است که قصاص به اذن شخص اول انجام گرفته باشد ولی اگر قصاص به اذن او انجام نگرفته باشد، شخص قصاص شده باید به کسی که قصاص به اذن او انجام گرفته رجوع کند نه به مجنی‌علیه» (حلبی، ۱۴۰۳، ۳۸۸).

شیخ طوسی در مبسوط می‌آورد: «اگر دست مردی قطع شود، مجنی‌علیه می‌تواند در همان حالت که خوش جاری است، جانی را قصاص کند. اما مستحب است تا روشن شدن وضعیت دستش که خوب می‌شود یا سرایت می‌کند، صبر کند. در این مسأله اختلاف وجود دارد و آنچه مقتضای مذهب ما شیعیان است این است که باید صبر کند؛ زیرا مطابق با نظر ما اگر به نفس سرایت کند، قصاص دست در قصاص جان داخل می‌شود» (شیخ، ۱۳۷۸، ۷، ۸۱).

قطب‌الدین راوندی چنین می‌نگارد: «سزاوار نیست که جراحت را، پیش از بهبودی مجروح، قصاص کرد. اگر جراحت بهبود یافت، از جانی قصاص گرفته می‌شود و اگر سرایت به نفس نمود، قصاص جان در آن است» (راوندی، ۱۴۰۵، ۲، ۴۱۸).

ابن ادریس حلی نیز در این باره در کتاب خود این چنین می‌آورد: «گروهی معتقدند، جایز است که زخم موضعه را قبل از بهبودی قصاص نمود و گروهی دیگر گفته‌اند تا قبل از بهبودی جایز نیست، این نظر موافق احتیاط است و چیزی است که اخبار وارده بر ما بر آن دلالت دارند؛ زیرا چه بسا که زخم و جراحت به اذهاق نفس بیانجامد» (ابن ادریس، ۱۴۱۰، ۳، ۴۱۶).

## ۲-۲-۲- قائلین به جواز قصاص قبل از بهبودی

مشهور فقهای شیعی قائل به جواز قصاص قبل از بهبودی مجنی علیه می‌باشند. مشاهیری چون شیخ طوسی در خلاف (شیخ، ۱۴۰۷، ۵، ۱۹۶)، فاضل آبی (آبی، ۱۴۱۷، ۲، ۶۲۴)، محقق حلی (محقق، ۱۴۰۸، ۴، ۲۲۰)، علامه حلی (علامه، تحریر، ۱۴۲۰، ۵، ۵۰۸ و قواعد، ۱۴۱۳، ۳، ۶۲۴ و مختلف، ۱۴۱۳، ۹، ۴۳۷)، فخرالمحققین حلی (فخرالمحققین، ۱۳۷۸، ۴، ۶۴۸)، شهید اول (شهید اول، ۱۴۱۴، ۴، ۳۹۷)، مقداد بن عبدالله سیوری حلی (مقداد، ۱۴۰۴، ۴، ۴۵۳)، جمال‌الدین حلی (جمال‌الدین، ۱۴۱۰، ۴۳۶)، فقاعنی (۱۴۱۸، ۳۱۶)، صیمری (۱۴۰۸، ۳، ۱۵۲)، شهید ثانی (۱۴۱۰، ۱۰، ۸۰)، علی قطفی (۱۴۱۹، ۹۳)، بهاء‌الدین عاملی (بی‌تا، ۹۵۲)، فاضل هندی (۱۴۱۶، ۱۱، ۲۰۶)، نجفی (۱۴۰۴، ۴۲، ۳۵۷)، آیت‌الله خویی (۱۴۲۲، ۴۲، ۱۹۴)، آیت‌الله خراسانی (۱۴۲۸، ۳، ۵۴۰)، امام خمینی (بی‌تا، ۲، ۵۴۲)، آیت‌الله روحانی (بی‌تا، ۳، ۳۵۴) و آیت‌الله تبریزی (۱۴۲۶، ۲۹۲) رأی بر جواز قصاص در این مسأله داده‌اند.

شیخ طوسی در خلاف، برخلاف رأی خود در مبسوط فرموده است: قصاص پیش از بهبودی جنایت جایز است اما صبر کردن تا بهبودی زخم مستحب است (شیخ طوسی، خلاف، ۱۴۰۷، ۵، ۱۹۶).

محقق در شرایع (۱۴۰۸، ۴، ۲۲۰) و مقداد بن عبدالله سیوری در تنقیح الرائع (۱۴۰۴، ۴، ۴۵۳) این نظر را ا شبه دانسته‌اند و علامه حلی نیز در تحریر (۱۴۲۰، ۵، ۵۰۸) آن را قول وجیه و در مختلف (۱۴۱۳، ۹، ۴۷۳) آن را قول قوی می‌خواند.

فخرالمحققین می‌نویسد: «قول قوی در نزد من جواز قصاص است» (فخرالمحققین، ۱۳۷۸، ۴، ۶۴۸) و شهید اول نیز آورده است «اگر مجنی علیه قبل از بهبودی خواهن قصاص باشد، می‌تواند» (شهید اول، ۱۴۱۴، ۴، ۳۹۷).

جمال‌الدین حلی نیز گفته است: «رای شیخ در کتاب خلاف جواز قصاص قبل از بهبودی است. محقق حلی و علامه نیز همین نظر را برگزیده‌اند. این نظر، به همراه استحباب صبر قابل اعتماد است» (حلی، ۱۴۱۰، ۴۳۶).

صاحب مبانی تکمله منهج می‌نویسد: «بنابر نظر مشهور قصاص قبل از بهبودی جایز است. گرچه عدم جواز نیست محتمل است ... به هر صورت ظاهراً آنچه مشهور گفته صحیح است» (آیت‌الله خویی، ۱۴۲۲، ۴۲، ۱۹۴).

### ۲-۲-۳- قول به تفصیل

آیت الله مرعشی نجفی پس از ذکر آراء فقها و جرح و تعدیل مستندات ایشان با تفصیل در مسأله می‌نویسد: «باید حال مجنی‌علیه با توجه به اختلاف مراتب و میزان تحمل او مورد ملاحظه قرار گیرد. عقل به عنوان رسول باطنی بر این مسأله حکم می‌کند» (مرعشی نجفی، ۱۴۱۵، ۳، ۱۲۱).  
حاج آقا رضا مدنی کاشانی نیز همین نظر را برگزیده است. ایشان در کتاب خود می‌نویسد: «اقدام به قصاص در جراحت قبل از بهبودی جز در صورتی که علم به بهبود زخم وجود داشته باشد، جایز نیست و اگر علم به بهبود نباشد، قصاص جایز نیست» (مدنی کاشانی، ۱۴۱۰، ۲۱۰).

### ۳- ادله و مستندات

#### ۳-۱- ادله قول به عدم جواز قصاص قبل از بهبودی

##### ۳-۱-۱- وجود احتمال سرایت و در نتیجه تداخل جنایات

این دلیل اولین بار توسط شیخ طوسی مطرح گشته است، ایشان معتقدند تا جنایت بهبود نیافته نمی‌توان از جانی قصاص نمود؛ زیرا ممکن است جنایت به نفس سرایت کند و بنابراین ما معتقدیم قصاص طرف در قصاص نفس داخل می‌شود، پس جنایت اول در قتل نفس داخل گردیده و تنها از جانی قصاص نفس گرفته می‌شود (شیخ طوسی، مبسوط، ۱۳۷۸، ۷، ۸۱).

به عبارت دیگر در هر جنایتی احتمال سرایت وجود دارد و اگر سرایت واقع شود، سرایت محققه کاشف از این است که حق مجنی‌علیه فقط قصاص نفس است و اگر سرایت نکند و زخم مجنی‌علیه بهبود یابد،

جانی به قصاص جنایت خود محکوم می‌شود؛ لذا در هیچ حالتی حق مجنی‌علیه از بین نمی‌رود و استیفاء می‌گردد.

### نقد و بررسی

این استدلال قابل‌خدشه است؛ چراکه لازمه این سخن آن است که باب قصاص مسدود شود. (مرعشی نجفی، ۱۴۱۵، ۳، ۱۱۸) توضیح آن که صرف احتمال سرایت تا زمان حیات مجنی‌علیه و در اکثر جنایات وجود داشته که جز با مرگ مجنی‌علیه، این احتمال منتفی نمی‌شود و اگر دلیل مطلق احتمال باشد دیگر جایی برای قصاص عضو باقی نمی‌ماند.

مضاف بر این که دلیل اخص از مدعاست؛ زیرا مدعا صبر در همه جنایات است (مطلقاً صبر) و دلیل احتمال سرایت است. بدیهی است در جایی که احتمال عقلایی عدم سرایت می‌رود، صبر وجهی ندارد. پس به ناچار می‌بایست، میان جنایتی که غالباً سرایت‌کننده است و جنایاتی که از نظر عقلایی سرایت در آن وجهی ندارد تفصیل قائل شد.

از دیگر ایرادات وارد بر این استدلال این است که اگر در هر جنایتی تا بهبود کامل مجنی‌علیه صبر شود، با توجه به جنایات متعدد حادث‌گشته و مرور زمان جهت بهبود مجنی‌علیه، جانیان را باید محبوس نمود. نگهداری تمامی جانیان در حبس موجب اختلال در نظم عمومی جامعه و بروز عسر و حرج خواهد شد.

صاحب جواهر نیز در رد استدلال می‌نویسد: «اگر ظن -یا احتمال- این که زخم سرایت خواهد کرد، موجب از بین رفتن آنچه در واقع ثابت است، باشد (مانع از قصاص کردن زخم باشد)، در این صورت چیزی (سرایت) که بالقوه است، بالفعل خواهد بود و این جایز نیست. همچنین اگر این احتمالات را ارزش دهیم، هیچ حقی به اثبات نخواهد رسید. چون هر حقی را در نظر بگیریم ممکن است مدعی علیه از آن تبرئه شود و این تالی باطل است» (نجفی، ۱۴۰۴، ۴۲، ۳۵۸).

شرح اشکال مطروحه این‌گونه است که آنچه که بالفعل و بالقطع ثابت‌گشته، قصاص است؛ زیرا حکم قطعی جروح قصاص آنهاست. صرف این احتمال که گسترش و سرایت این جراحت در آینده محتمل است موجب از بین رفتن و معلق نمودن آنچه در واقع و بالفعل ثابت است نمی‌تواند باشد. زیرا در این صورت سرایت را که تنها در قوه و احتمال است قطعی و بالفعل فرض نموده‌ایم. به عبارت دیگر اگرچه سرایت در صورت محقق‌شدن می‌توانست حکم قصاص جرح را از بین ببرد، اما در شرایط فعلی به علت عدم تحقق

سرایت و در قوه و احتمال بودن نمی‌تواند حکم ثابت قطعی را از بین ببرد و یا معلق گرداند. ایشان در ادامه با بیانی دیگر عدم ارزش احتمال سرایت را تأکید نموده و اشاره می‌کنند که در هر حقی احتمالاتی وجود دارد که ممکن است متهم به استناد این احتمالات از آن حق تبرئه شود و یا حداقل استیفای حق را با شبهاتی مواجه می‌گرداند. ارزش گذاشتن و مؤثر دانستن این احتمالات صرف، موجب می‌شود تا هیچ حقی به اثبات نرسد. در پی داشتن این نتیجه و تالی فاسد موجب می‌شود که برای این احتمالات صرف ارزشی قائل نشویم.

آیت‌الله فاضل لنکرانی نیز می‌نویسند: واضح است که احتمال ساقط‌کننده‌ی قصاص جرح در آینده، مانع از استیفای حقی که در حال حاضر ثابت است، نمی‌باشد (لنکرانی، ۱۴۲۲، ۳۷۸).

### ۳-۱-۲- روایت

اسحق ابن عمار به سند شیخ طوسی از امام صادق(ع) نقل نموده است که ایشان فرموده‌اند: «امیرالمؤمنین علی(ع) می‌فرمودند: زخم‌ها تا خوب نشده، درباره‌ی آنها قضاوت و داوری نمی‌کنند»<sup>۱</sup> (حر عاملی، ۱۴۰۹، ۲۹، ۲۸۰).

ظاهراً مراد از این که حکم قصاص به سبب جراحات منوط و مشروط به بهبودی گشته، بدین جهت است که اگر جراحت بهبود نیابد و سرایت به نفس نماید، حکم دیگری غیر از قصاص جراحت دارد و آن حکم به قصاص نفس است.

### نقد و بررسی

در موثقه یا حسنه اسحق از زبان امام صادق(ع) آمده که حضرت علی(ع) می‌فرمود: زخم‌ها تا خوب نشده درباره‌ی آنها قضاوت و داوری نمی‌کنند.

بررسی سندی: طباطبایی قمی ذیل این حدیث می‌نویسد: سند این روایت به جهت غیاب بن کلوب مخدوش است (طباطبایی قمی، ۱۴۲۶، ۱۰، ۸۰۵). همچنین آمده است: «سند آن مجهول است؛ زیرا غیاب بن کلوب از اهل سنت است» (مرعشی نجفی، ۱۴۱۵، ۳، ۱۲۰).

۱- بِإِسْنَادِهِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْحُسَيْنِ الصَّفَّارِ عَنِ الْحَسَنِ بْنِ مُوسَى الْخَشَّابِ عَنْ غِيَاثِ بْنِ كَلُوبٍ عَنْ إِسْحَاقَ بْنِ عَمَّارٍ عَنْ جَعْفَرِ بْنِ عَلِيٍّ عَ كَأَنَّ يَقُولُ لَا يُقْضَى فِي شَيْءٍ مِنَ الْجَرَاحَاتِ حَتَّى تَبْرَأَ. حرعاملی؛ باب ۴۲ از ابواب موجبات ضمان حدیث یکم، ۲۹، ۲۸۰.

در رجال ابن داوود از غیاث بن کلوب نام برده شده است که دارای کتاب حدیثی است (حلی، ۱۳۴۲، ۲۷۱) شیخ طوسی در فهرست می‌نویسد که او کتابی دارد که از اسحاق بن عمار روایت کرده و موسی بن خشاب از غیاث نقل می‌کند (طوسی، ۱۴۲۰، ۳۵۵).

آیت‌الله خویی می‌نویسد: شیخ در عده آورده که غیاث بن کلوب از اهل سنت است اما طائفه شیعه تا زمانی که معارضی نباشد به اخبار او عمل می‌کنند و عمل به اخبار کسی که مخالف شیعه است مشروط به وثاقت و دوری او از کذب و دروغ است. پس به وثاقت غیاث اگرچه از اهل سنت است حکم می‌شود (خویی، بی‌تا، ۱۳، ۲۳۵).

اسحاق بن عمار (نجاشی، ۱۳۶۵، ۷۱) و محمد بن حسن الصفار (حلی، ۱۳۴۲، ۳۰۷) و حسن بن موسی الخشاب (نجاشی، ۱۳۶۵، ۴۲) امامی و ثقة معرفی شده‌اند.

بررسی دلالتی: فقها معمولاً این روایت را بر موردی که احتمال سرایت وجود دارد، حمل می‌کنند. صاحب جواهر در این باره می‌نویسد: «مراد آن است که در جراحی که حال فاسد شدن و بهبود یافتنش معلوم نیست درباره آن قضاوت و داوری نمی‌کنند تا بهبود پیدا کند. پس روایت یاد شده ناظر به جراحی نیست که موجبات قصاص در آن فراهم شده و شک در حصول مانع قصاص است» (نجفی، ۱۴۰۴، ۴۲، ۳۵۸). به بیان دیگر این روایت به موردی که احتمال عقلایی سرایت در آن می‌رود، حمل می‌شود.

اطلاق روایت نیز برای استناد به آن کافی نیست؛ زیرا برای تمسک به اطلاق یک روایت باید مقدمات حکمت وجود داشته باشد و از شرایط مقدمات حکمت این است که قدر متیقن در مقام مخاطب وجود نداشته باشد؛ زیرا بزرگان علم اصول وجود چنین قدر متیقنی را مانع از تمسک به اطلاق کلام می‌دانند. بدین صورت که معمول در میان عقلا این است که زمانی که احتمال عقلایی سرایت وجود داشته باشد صبر را لازم می‌دانند و زمانی که احتمال سرایت به حکم عقل منتفی باشد صبر کردن وجهی نخواهد داشت. به عبارت دیگر قدر متیقنی به نام احتمال سرایت وجود دارد که مانع از اطلاق‌گیری در روایت می‌شود.

دلیل دیگر برای رد این روایت این است که گفته شده «در روایت لای ناهیه وجود دارد و غالب در روایات این است که لای ناهیه بر کراهت و نهی تنزیهی حمل می‌شود و نه نهی تحریمی» (مرعشی نجفی، ۱۴۱۵، ۳، ۱۲۰).



در مقابل آقا رضا مدنی کاشانی دلالت این روایت را پذیرفته و معتقد است که حکم به قصاص در جراحات مشروط به بهبودی است؛ زیرا در صورت سرایت به نفس و عدم بهبودی، حکم دیگری که همان قصاص نفس است بر آن بار خواهد شد و با این بیان اشکالی بر دلالت این روایت وارد نیست و اشکال صاحب جواهر و بعضی از معاصرین، بر دلالت این حدیث مردود است. (مدنی کاشانی، ۱۴۱۰، ۲۰۸) نویسندگان نیز همسو با آیت‌الله مدنی کاشانی اشکال وارده از سوی صاحب جواهر و دیگر فقها را وارد ندانسته و معتقدند دلالت روایت بر جنایاتی که نوعاً ساری هستند، ایرادی وجود ندارد.

### ۲-۳- ادله قول به جواز قصاص قبل از بهبودی

#### ۳-۲-۱- عمل به عمومیت آیات

عمومات وارده در باب قصاص مانند «و إِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ» (نحل، ۱۲۶) و عموم «فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ» (بقره، ۱۹۴) و عموم «وَالْجُرُوحُ قِصَاصٌ» (مائده، ۴۵). تقریب به استدلال این گونه است که قصاص فرع بر جرح است و صبر در آن نیامده بلکه مبادرت از آن استفاده می‌شود و اگر تأخیر مراد شارع بود، باید آن را بیان می‌نمود. به عبارت دیگر آیات شریفه بیانگر این مطلب هستند که مجنی‌علیه می‌تواند به محض ورود جراحت، جانی را قصاص کند. خصوصاً این که گفته شده فاء در "فاعتدوا" و "فاعقبوا" بر تعقیب فوری دلالت می‌کند و این معنا با صبر خواه به صورت وجوب، خواه استحباب و احتیاط سازگاری ندارد.

#### نقد و بررسی

به نظر می‌رسد اشکال تمسک به آیات این است که این آیات غالباً در مقام بیان اصل حکم در هنگام تشریح هستند و به شروط و تفصیل احکام نظری ندارند. بلکه شروط و تفصیل احکام از سنت دانسته می‌شود.

#### ۳-۲-۲- مقتضای اصل عملی در مقام

اول آنکه در هنگام شک نسبت به وجود یا لزوم شیء اصل عدم لزوم و وجوب آن می‌باشد. دوم آن که اصل در جنایت، عدم سرایت آن است (حسینی عاملی، بی‌تا، ۱۱، ۱۸۹). به دیگر سخن جنایت در هنگام قصاص سرایت نکرده و شک در سرایت آن در آینده وجود دارد، پس جواز قصاص ثابت است.

## نقد و بررسی

اصل عدم هنگام شک این گونه برطرف می‌گردد که شک گاهی در سبب<sup>۱</sup> است و گاهی در مسبب و اصل عدم در شک سببی، شک در مسبب را از بین می‌برد و عکس آن صادق نیست و مسأله مورد بحث اصل برائت در مسبب است که در سبب جاری نمی‌شود (حیدری، ۱۴۱۲، ۲۹۴) توضیح آن که سرایت سبب است و صبر نمودن، مسبب آن و شک در سرایت و عدم سرایت، شک در سبب است که با جاری شدن اصل عدم در آن، شک در مسبب که وجوب و عدم وجوب صبر بود را از بین خواهد برد. اما جریان اصله‌ی العدم شک در وجوب و عدم وجوب صبر، اصل عدم شک در مسبب خواهد بود که توانایی از بین بردن شک در سبب (سرایت و عدم سرایت) را نخواهد داشت.

به عبارت دیگر با جاری کردن اصله‌ی العدم هنگام شک در سبب و از میان رفتن آن، شک در مسبب نیز از بین می‌رود. این در حالی است که با جاری شدن اصله‌ی العدم هنگام شک در مسبب، شک در سبب به جای خویش باقی است. به بیان ساده‌تر این که از عدم سبب، عدم مسبب لازم می‌آید، لکن از عدم مسبب، عدم سبب التزام نمی‌یابد.

بر استصحاب عدم سرایت نیز این گونه اشکال شده است که این نوع استصحاب از اصل مثبت<sup>۲</sup> است که نزد شیعه حجیت ندارد مگر در دو مورد - آنجا که واسطه خفیه باشد و آنجا که ملازمه میان این دو آشکار و روشن باشد و شنونده با کمترین توجه این ملازمه را دریابد- این دو شرط و این معنا در ما نحن فیه وجود ندارد. پس مجالی برای استصحاب عدم سرایت باقی نمانده است.

مضاف بر این که اصول یاد شده از اصول عملیه هستند و اصول عملیه تنها هنگام عدم یا اجمال و یا تعارض نص بکار می‌رود، به همین مناسبت است که فرموده‌اند: الاصل دلیل حیث لا دلیل له.

## وجود یک تعارض

نکته‌ای که حائز اهمیت است این است که قائلان به جواز قصاص قبل از بهبودی در فرع دخیل در آن دچار اختلاف شده‌اند. آنجا که پس از اجرای قصاص، مجنی علیه به علت سرایت ناشی از جنایت جانی،

۱- سبب، وصف وجودی که حکم دائر مدار آن است، به عبارت دیگر سبب امری است که شارع آن را نشانه حکم شرعی قرار داده است؛ بگونه‌ای که از وجود آن، وجود حکم و از عدمش، عدم حکم لازم می‌آید. مثل خویشاوندی که سبب ارث بردن است.

۲- اصل مثبت، «اثبات امر خارجی بوسیله استصحاب» است. یعنی با استصحاب بخواهیم امر خارجی غیر شرعی را ثابت کنیم، در حالی که این استصحاب به امور خارجی، اثر شرعی نیز خواهد داشت. به عبارت دیگر اصل مثبت آن است که بین مستصحب و اثر شرعی یک امر عقلی و عادی واسطه شود. اصولیون معتقدند که اصل مثبت حجت نیست.

فوت کند این که آیا ولی دم باید پیش از اجرای قصاص نفس، دیه‌ی جنایتی را که به عنوان قصاص عضو بر مرتکب وارد شده است، به او بپردازد یا خیر، مورد اختلاف این گروه از فقها قرار گرفته است و ایشان را به دو دسته تقسیم نموده است.

**دسته‌ی اول؛** عده‌ای از فقها فرموده‌اند که اگر قبلاً عضو را قصاص کردند و سپس سرایت حاصل شد، و مجنی‌علیه مرد، واجب نیست بابت قصاص قبلی، دیه‌ای بپردازند (نجفی، ۱۴۰۴، ۴۲، ۳۵۸). علت این امر به عقیده صاحب جواهر این است که چون سبب قصاص که قتل نفس است وجود دارد و این که قبلاً دو دست او را بریده‌اند، از باب قصاص بوده است. لذا هنگام قصاص نفس جانی، لازم نیست از بابت آنها چیزی به او بدهند؛ هرچند اگر قصاص نمی‌کردند قصاص دست‌ها در قصاص نفس داخل می‌شد (همان، ۱۴۰۴، ۴۲، ۳۲۶).

آیت‌الله مرعشی نجفی نیز معتقد است اگر ولی دم بخواهد قصاص کند، می‌تواند و یا می‌تواند دیه‌ی کامل بگیرد؛ زیرا نفس در مقابل نفس قرار می‌گیرد و ارتباطی بین قصاص نفس و قصاص دست سابق وجود ندارد. ایشان در ادامه می‌نویسد در این مسأله مخالفی نیافتم (مرعشی نجفی، ۱۴۱۵، ۲، ۴۵۹).

شیخ طوسی معتقد است اگر ولی دم بخواهد جانی را قصاص کند، می‌تواند بدون پرداخت چیزی قصاص را مطالبه کند اما اگر خواهان دیه شود، نمی‌تواند دیه کامل را مطالبه کند بلکه باید دیه‌ی آنچه مقابل قصاص عضو قرار گرفته از دیه کامل کم شود (شیخ طوسی، ۱۳۷۸، ۷، ۶۴). به عبارت دیگر شیخ معتقد است که بین قصاص جانی و اخذ دیه از او تفاوت وجود دارد بدین صورت که در هنگام قصاص قاتل، پرداخت دیه‌ی جراحت قصاص شده به او وجهی ندارد. اما هنگام اخذ دیه، دیه‌ی جراحت قصاص شده از دیه‌ی کامل کسر می‌شود؛ زیرا مجنی‌علیه آنچه جانشین آن مقدار از دیه باشد را قبلاً اخذ نموده است. شیخ می‌نویسد: اگر مردی دستان شخص دیگری را قطع کند و قصاص شود سپس جنایت در مجنی‌علیه تسری یافته موجب مرگ وی شود ولی دم می‌تواند جانی را بدون پرداخت چیزی قصاص کند؛ زیرا جنایت به نفس رسیده است. اما نمی‌تواند دیه بگیرد؛ زیرا جانشین دیه را قبلاً استیفاء نموده است (همان، ۱۳۷۸، ۷، ۶۲). شیخ معتقد است تنها قتلی که قصاص در آن واجب باشد اما گرفتن دیه جایز نباشد، همین مسأله است (همان).

محقق حلی پس از آن که قصاص در نفس را بدون پرداخت چیزی جایز می‌داند، می‌نویسد: در مطالبی که شیخ نقل می‌کند، تردید است؛ زیرا نفس به تنهایی دیه دارد و آنچه استیفاء شده برای قصاص عضو بوده

است (محقق، ۱۴۰۸، ۴، ۲۱۷). علامه نیز در تحریر قصاص جانی را بدون پرداخت دیه عضو قصاص شده ثابت می‌داند. (علامه، تحریر، ۱۴۲۰، ۵، ۴۹۹) ابن ادریس حلی نیز بر همین نظر است (۱۴۱۰، ۳، ۴۱۳). شهید ثانی نیز معتقد است ولی دم می‌تواند بدون پرداخت دیه جانی را قصاص نماید و می‌نویسد: قصاص از آن ولی دم است؛ زیرا در این مورد، بدلیل قصاص سابق عضو، قطعاً قصاص عضو در قصاص نفس داخل نمی‌شود (شهید ثانی، مسالک، ۱۴۱۳، ۱۵، ۲۵۹). ایشان در جای دیگر می‌نویسد: ولی دم می‌تواند بدون پرداخت چیزی جانی را قصاص نفس نماید؛ زیرا قصاص دستان جانی از بابت دستان مجنی‌علیه بوده و اگر جنایت سرایت کند و مجنی‌علیه بمیرد، جانی مانند قاتل عمد است که می‌توان او را قصاص نمود. برای قطع دستان جانی چیزی به او نمی‌دهند؛ زیرا قطع دست او از بابت قصاص بوده است. گرچه اگر قصاص دست استیفاء نمی‌شد در قصاص نفس داخل می‌شد (همان، ۱۴۱۳، ۱۵، ۲۵۸).

این دسته از فقها در خصوص قصاص جانی در این شرایط بدون پرداخت دیه‌ی جراحات قصاص شده اتفاق دارند. اما شیخ طوسی در ارتباط با اخذ دیه در این شرایط معتقد است که دیه‌ی جراحات قصاص شده از دیه‌ی کامل کسر گردد؛ زیرا مجنی‌علیه در زمان حیات آنچه را که جانشین آن میزان از دیه بوده، دریافت کرده است. دلیل دوم این که در غیر این صورت گویا مجنی‌علیه دو مرتبه حق خود را استیفاء کرده که این ظلم است (همان، ۱۴۱۳، ۱۵، ۲۵۹). با این توضیح که جانی برای ارتکاب یک جنایت منتهی به قتل هم به پرداخت دیه کامل و هم به قصاص جنایت محکوم می‌شود. علت سومی که برای سخن شیخ طوسی نقل شده، این است که اگر ولی دم مجاز باشد که دیه را به صورت کامل اخذ کند، عوض و معوض در نزد او جمع می‌شود که جایز نیست. (همان) بدین صورت که عوض جنایات را خود مجنی‌علیه اخذ کرده و اکنون ولی دم دیه‌ی کامل که شامل دیه‌ی جنایت اولیه نیز می‌باشد اخذ کرده که باعث جمع شدن عوض و معوض نزد او می‌شود. هیچ کدام از این دلایل نزد دیگر فقها از جمله محقق حلی (۱۴۰۸، ۴، ۲۱۷) و شهید ثانی (۱۴۱۳، ۱۵، ۲۶۰) و نجفی (۱۴۰۴، ۴۲، ۳۲۷) مقبول واقع نشده و آنان معتقدند برای نفس، دیه‌ای جداگانه است که سرایت آن را واجب می‌سازد و سرایت خودش جنایت دیگری است. یعنی آنچه بابت جراحات قصاص کرده از باب ضمان جنایت بوده و ربطی به سرایت ندارد. شهید ثانی می‌نویسد: علت این امر آن است که عدوان از سوی جانی انجام گرفته پس مقابله به مثل (قصاص) یا بدل آن (دیه) تا زمانی که مانعی وجود نداشته باشد، ثابت است. حصول عدوان به این دلیل است که سرایتی که مضمون است حاصل شده از باب قاعده "فرع المضمون مضمون". ثبوت مقابله به مثل، به سبب آیه اعتدی (بقره، ۱۹۴)

است و ثبوت دیه به سبب آیه سلطنت (الاسراء، ۳۳) و اینکه از نظر شرعی دیه بدل از نفس است، می‌باشد. مانعی نیز وجود ندارد؛ زیرا مجنی‌علیه تنها، قسمتی را قصاص کرده - تنها دست‌ها و پاها را- و این نسبت به نفس، تنها قسمتی است که مانع محسوب نمی‌شود؛ زیرا آنچه استیفاء شده از باب قصاص عمل اول بوده نه در مقابل سرایت حادث شده، بنابراین قصاص آنها تأثیری در اسقاط عوض جان نخواهد داشت.

**دسته دوم؛** آیت‌الله خویی و شاگردانش آیت‌الله وحید خراسانی و آیت‌الله روحانی و آیت‌الله جواد تبریزی در مقابل معتقدند اگر ولی‌دم خواهان قصاص شود، باید دیه جرحی که جانی بابت آن قصاص شده است را بپردازد (خویی، ۱۴۲۲، ۴۲، ۱۹۵) در رد این باور آمده است: اگر قصاص جراحت پیش از سرایت واقع شود، قصاص عضو بزرگتر و نفس بدون پرداخت چیزی از سوی مجنی‌علیه یا ولی‌دم او به جانی صورت می‌پذیرد؛ زیرا هر دو قصاص در محل خود و به حکم شرع واقع شده است (مدنی کاشانی، ۱۴۱۰، ۲۰۹).

بررسی سخن آیت‌الله خویی نشان می‌دهد که تناقضی مهم در سخنان ایشان وجود دارد؛ چرا که ایشان معتقد است اگر جراحی که جانی وارد ساخته با قصد سرایت باشد و یا غالباً سرایت‌کننده بوده باشد و مجنی‌علیه پیش از بهبودی قصاص جراحت را استیفاء نموده باشد، سپس جراحت در مجنی‌علیه سرایت نموده و باعث مرگ وی گردد، سرایت آن عمد تلقی گشته و ولی‌دم باید برای قصاص جانی دیه‌ی جراحت پیشین را به او بپردازد و این به این معناست که اگر خواهان دیه شود، از دیه‌ی کامل، دیه‌ی جراحت کسر خواهد شد. اما اگر جراحت وارد آمده با قصد سرایت همراه نباشد و یا غالباً سرایت‌کننده نباشد و مجنی‌علیه پیش از بهبودی جانی را قصاص کند، سپس جراحت در مجنی‌علیه سرایت یافته و موجب مرگ وی گردد، سرایت تحقق یافته شبه‌عمد تلقی گشته و دیه‌ی کامل از آن ولی‌دم است. همان‌گونه که مشاهده می‌شود، آنجا که سرایت عمد تلقی شد اگر ولی‌دم دیه را مطالبه می‌نمود، دیه‌ی کامل منهای دیه‌ی جراحت به او تعلق می‌گرفت و آنجا که سرایت شبه‌عمد محسوب می‌گشت دیه‌ی کامل به ولی‌دم داده می‌شد. به نظر نمی‌رسد این نتیجه مطابق با هیچ یک از مراجع چهارگانه فقهی ما باشد.

نتیجه‌ی فاسد دیگری که التزام به این نظریه در پی دارد، این است که در جایی که دیه جراحت وارد بر مجنی‌علیه بیش از دیه‌ی کامل انسان شود، ولی‌دم برای قصاص قاتل باید بیش از یک دیه‌ی کامل را به او بپردازد. به طور مثال اگر جانی دو دست و بینی کسی را قطع کند و مجنی‌علیه قبل از بهبودی جانی را قصاص کند سپس جراحت وارد بر مجنی‌علیه سرایت نموده و او را به کام مرگ بکشاند، اگر ولی‌دم

خواهان قصاص قاتل باشد باید ابتدا دو دیه کامل به قاتل پرداخت کند و سپس او را قصاص نفس نماید. ناگفته پیداست چنین عملی با قواعد فقهی ما سازگاری ندارد.

### ۳-۳- دلیل قول به تفصیل

هر جنایت و جراحتی که به وقوع می‌پیوندد دارای یکی از حالات سه‌گانه ذیل خواهد بود. اول اینکه می‌دانیم به نفس یا به عضو سرایت می‌کند که در این صورت قطعاً اقدام به قصاص در آن، قبل از بهبودی جایز نیست. دوم اینکه می‌دانیم سرایت نخواهد کرد که طبق عمومات ادله، اقدام به قصاص در آن جایز است. حالت سوم جایی است که سرایت یا عدم سرایت در آن، مجهول است که در این هنگام باید صبر نمود تا واقعیت مشخص شود که اگر جرح مسری است، قصاص عضو یا نفس واجب شود و اگر جرح بهبود می‌یابد تنها قصاص جرح و جنایت اولیه واجب شود.

اثبات این نظریه‌ی تفصیلی مبتنی بر سه مقدمه است؛

اولاً: این جرح در واقع یا محکوم به قصاص جرح است یا قصاص نفس و عضو و از آیه شریفه دو حکم مختلف و لو به اعتبار دو حالت، استفاده نمی‌شود. به این معنا که آیه «وَ الْأَجْرُوحِ قِصَاصٌ» (مائده، ۴۵) قصاص جراحت را لازم می‌شمرد و جنایتی که جانی مرتکب شده یا بهبود می‌یابد که در این صورت جانی به قصای جنایتش محکوم می‌گردد و یا به عضوی سرایت خواهد کرد و جانی نیز به قصاص همان عضو محکوم خواهد شد. همچنین ممکن است که جنایت جانی به نفس مجنی‌علیه سرایت کند که در این صورت جانی به قصاص نفس محکوم خواهد شد. همانگونه که مشاهده می‌شود هر یک از حالات سه‌گانه حکم مخصوص به خود را دارد و این‌گونه نیست که دو حکم مختلف بر یک صورت منطبق باشد.

ثانیاً: ممکن است بتوانیم نفی تعدد حکم را از برخی از روایات استفاده کنیم. مانند روایت ابو عبیده حذاء. در این روایت، ابو عبیده از امام باقر(ع) می‌پرسد که شخصی با ستون خیمه‌ای بر سر مجنی‌علیه می‌کوبد به طوری که عقل او از بین می‌رود تکلیف چیست؟ حضرت می‌فرماید تا یک سال منتظر می‌ماند چنانچه در این مدت مجنی‌علیه بمیرد، جانی قصاص می‌شود ولی در صورت زنده ماندن و بازنگشتن عقل مجنی‌علیه پس از یک سال، جانی باید دیه کامل بپردازد. راوی دوباره می‌پرسد: به جهت زخمی که در اثر برخورد ستون با سر مجنی‌علیه ایجاد شده نباید دیه‌ای جدای از دیه‌ی ذهاب عقل بپردازد؟ حضرت می‌فرماید: خیر؛ زیرا مرتکب فقط یک ضربه زده ولی آن یک ضربه دو جنایت را بوجود آورده است به همین

جهت او را به جنایت شدیدتر ملزم ساختم و آن دیه کامل بوده است<sup>۱</sup> (حر عاملی، ۱۴۰۹، ۲۹، ۳۶۶). مطابق این روایت امام (ع) پیش از روشن شدن وضعیت مجروح حکم به دیه نمی‌کند چه رسد به قصاص.

ثالثاً: هنگام شک در مشروعیت فعلی جواز اقدام به قصاص جرح، اصل عدم مشروعیت فعلی قصاص است (مدنی کاشانی، ۱۴۱۰، ۲۰۹ و ۲۱۰).

نتیجه حاصل از این سه مقدمه این است که اقدام به قصاص جنایت پیش از علم به بهبودی جنایت در حالت سوم که سرایت یا عدم سرایت جراحت مجهول است، جایز نیست.

### ۳-۳-۱- بررسی حقوقی مسأله

قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۹۲ موضع دوم، یعنی جواز قصاص قبل از بهبودی را برگزیده است.

ماده ۴۴۰ در این زمینه اشعار می‌دارد: «قصاص عضو را می‌توان فوراً اجراء کرد لکن اگر علم به سرایت وجود نداشته باشد و قصاص اجراء شود و پس از آن جنایت سرایت کند و سرایت پدید آمده، عمدی محسوب شود، مرتکب حسب مورد، به قصاص نفس یا عضو محکوم می‌شود لکن پیش از اجرای قصاص نفس ولی دم باید، دیه جنایتی را که به عنوان قصاص عضو بر مرتکب وارد شده است را به او بپردازد و اگر سرایت پدید آمده، غیر عمدی محسوب شود، مرتکب به دیه جنایتی که به وسیله سرایت، پدید آمده است محکوم می‌شود و دیه مقداری که قصاص شده است کسر نمی‌شود».

دو نکته در این ماده محل توجه است:

اول آن که شرط اولیه در این ماده به چه معناست (اگر علم به سرایت وجود نداشته باشد).

دوم آن که در این ماده به صراحت آمده است که اگر سرایت عمد تلقی گردد، پیش از اجرای قصاص نفس ولی دم باید دیه جنایتی را که به عنوان قصاص عضو بر مرتکب وارد شده است، به او بپردازد (به عبارت دیگر اگر ولی دم خواهان دیه شود دیه‌ی جراحت قصاص شده از دیه‌ی کامل کسر می‌گردد) و اگر

۱- مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ وَعَنْ عَلِيِّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ جَمِيعاً عَنِ ابْنِ مَجْبُوبٍ عَنْ جَمِيلِ بْنِ صَالِحٍ عَنْ أَبِي عُبَيْدَةَ الْخُدَّاءِ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا جَعْفَرٍ عَ عَنْ رَجُلٍ ضَرَبَ رَجُلًا بِعَمُودٍ فَسَطَّطَ - عَلَى رَأْسِهِ ضَرْبَةً وَاحِدَةً فَأَجَافَهُ - حَتَّى وَصَلَتْ الضَّرْبَةُ إِلَى الدِّمَاغِ فَذَهَبَ عَقْلُهُ - قَالَ إِنْ كَانَ الْمَضْرُوبُ لَا يَعْقِلُ مِنْهَا الصَّلَاةَ - وَ لَا يَقِيلُ مَا قَالَ وَ لَا مَا قِيلَ لَهُ - فَإِنَّهُ يَنْتَظَرُ بِهِ سَنَةً - فَإِنْ مَاتَ فِيهَا بَيْنَهُ وَ بَيْنَ السَّنَةِ أُقِيدَ بِهِ ضَارِبُهُ - وَ إِنْ لَمْ يَمُتْ فِيهَا بَيْنَهُ وَ بَيْنَ السَّنَةِ - وَ لَمْ يَرْجِعْ إِلَيْهِ عَقْلُهُ أُعْرِمَ ضَارِبُهُ الدِّيَةَ فِي مَالِهِ - لِذَهَابِ عَقْلِهِ قَلْتُ - فَمَا تَرَى عَلَيْهِ فِي الشَّجَةِ شَيْئاً قَالَ لَا - لِأَنَّهُ إِذَا ضَرَبَ ضَرْبَةً وَاحِدَةً - فَجَنَّتِ الضَّرْبَةُ جَنَائِبَيْنِ - فَالزَّمْتُهُ أَغْلَطَ الْجَنَائِبَيْنِ وَ هِيَ الدِّيَةُ -

سرایت واقع شده شبه عمد تلقی شود، ولی دم استحقاق دیه‌ی کامل را دارد. واضح است که قانون‌گذار نظریه‌ی آیت‌الله خویی را مورد توجه قرار داده است و به تناقض ایجاد شده در خود ماده و نیز میان این ماده و دیگر مواد توجهی نداشته است. به عنوان مثال در ماده ۲۹۶ مقرر نموده است: «اگر کسی، عمداً جنایتی را بر عضو فردی وارد سازد و او به سبب سرایت جنایت فوت کند، چنانچه جنایت واقع شده مشمول تعریف جنایت عمدی باشد، قتل عمدی محسوب می‌شود، در غیر این صورت، قتل شبه عمدی است و مرتکب علاوه بر قصاص عضو به پرداخت دیه نفس نیز محکوم می‌شود.»

همان‌گونه که مشخص است قسمت دوم این ماده این چنین مقرر نموده است که قصاص جراحت وارد شده و نیز دیه‌ی کامل در سرایت شبه عمد بر عهده‌ی جانی است. این در حالی است که در سرایت عمدی اگر ولی دم خواهان دیه شود، دیه‌ی کامل به او تعلق نمی‌گیرد.

### ۳-۳-۲- تبیین نظریه مختار

نگارنده بر این باور است که عقیده و باور مشهور به جهات متعدد دارای اشکال است. نخست آن که رأی و نظر مشهور در این مورد بر بنیاد راسخی استوار نیست؛ زیرا تمسک به اطلاق آیات در این مقام از این جهت که آیات کریمه ناظر بر اصل تشریح‌اند صحیح نبوده و اصول نیز به صورت کلی هنگامی دلیل محسوب می‌شوند که امارات و ادله لفظی خلاف و یا حتی وفاق آنها وجود نداشته باشد.

دوم این که التزام به جواز قصاص قبل از بهبودی در هر دو صورت ذکر شده تالی فاسدی را به دنبال خواهد داشت که با قواعد و مبانی فقهی ما ناسازگار است. توضیح این مطلب بدین صورت است که اگر همانند دسته‌ی اول اعتقاد به عدم پرداخت چیزی از سوی ولی دم به جانی، داشته باشیم موجب می‌شود تا جانی در جنایت منتهی به قتل هم به قصاص جنایت اولیه محکوم شود و هم به قصاص نفس. فساد این باور در ضمن مثال که در گذشته مطرح نموده‌ایم، واضح‌تر خواهد بود. آنجا که جانی دو دست و بینی مجنی‌علیه را با قصد سرایت جنایت به نفس او قطع کند و پس از قصاص جانی، مجنی‌علیه به سرایت بمیرد، جانی محکوم به قصاص نفس و یا پرداخت دیه کامل می‌گردد که با قاعده الجانی لا یجنی اکثر من نفسه تعارض خواهد داشت. همچنین از عدالت بدور است که جانی که قصاص عضو شده، مجدداً به قصاص نفس یا دیه‌ی کامل محکوم گردد؛ زیرا گویا به جهت یک عمل دو مرتبه مجازات می‌گردد.



از سویی دیگر موافقت با نظر آیت‌الله خویی و قانون مجازات نیز ظلم به اولیای دم بوده که موجب پایمال شدن خون مجنی‌علیه می‌گردد؛ زیرا دادن حق قصاص به ولی‌دم به شرط پرداخت دیه‌ی کامل یا حتی در مواردی چند دیه کامل، نه تنها مخالف عدالت و دادگستری است بلکه به نوعی موجب می‌شود تا ولی‌دم از استیفای حق خویش منصرف گردد و سرایت بوجود آمده از طرف جانی هیچ‌گونه ضمانتی را در پی نداشته باشد.

التزام به نظریه عدم جواز قصاص قبل از بهبودی نیز به جهت پشتیبانی‌نشدن توسط ادله متقن و نیز اختلال در نظم جامعه و به دنبال داشتن عسر و حرج برای حکومت اسلامی و صاحبان حق، مقبول واقع نمی‌شود.

به نظر می‌رسد نظر تفصیلی آیت‌الله مرعشی نجفی و مدنی کاشانی از اعتبار بیشتری برخوردار بوده و همسو با اصول و بنیادهای فقهی است. با این بیان که در جراحات و جنایاتی که احتمال عقلایی سرایت در آن وجود ندارد، صبر و جهمی ندارد و مجنی‌علیه می‌تواند خواهان اجرای فوری قصاص شود و حکومت نیز موظف است تا حق او را استیفاء نماید. اما در جراحاتی که احتمال سرایت در آن سخن بجا و بخردانه‌ای است، برای اجرای قصاص جانی باید تا بهبودی مجنی‌علیه و روشن شدن وضعیت او صبر نمود.

#### ۴- نتیجه‌گیری

به نظر می‌رسد مسأله فوریت در قصاص از جمله مسائلی است که از دید صاحب‌نظران مغفول مانده است. این بحث خود در دو مقام قابل تأمل و پی‌گیری است:

اول؛ بررسی جواز و عدم جواز قصاص جانی پیش از بهبود مجنی‌علیه.

دوم؛ بررسی لزوم یا عدم لزوم پرداخت دیه‌ی قصاص جنایت اولیه به جانی پیش از قصاص سرایت جنایت.

در مقام نخست باید گفت آنچه مختار نویسندگان در مسأله قرار گرفته است، تفصیل میان جنایات محقق شده است. بدین معنا که جنایت جانی، از نظر امکان تسری و عدم این امکان بررسی می‌گردد. آن‌جا که جنایت واقع شده نوعاً ساری بوده باشد تأخیر در اجرای قصاص ضروری می‌نماید و آنجا که بحث سرایت در مورد جنایت واقع شده منتفی باشد، فوریت در قصاص استبعادی ندارد.

در مقام دوم نیز باید گفت نظر به لوازم و توابع نامقبول مسأله و نظر فقهای عظام در سرایت اتفاقی و مقایسه آن با سرایت عمدی و نیز تناقض موجود در مدلول ماده ۴۴۰ ق.م.ا آنچه مختار نگارندگان قرار گرفته، عدم ضمان قصاص جنایت اولیه است.

## فهرست منابع

- ۱- آبی، فاضل، حسن بن ابی طالب یوسفی، (۱۴۱۷)، کشف الرموز فی شرح مختصر النافع، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم، چاپ سوم.
- ۲- اصفهانی، فاضل هندی، محمد بن حسن، (۱۴۱۶)، کشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم، چاپ اول.
- ۳- القفال، سیف‌الدین، ابی‌بکر محمد بن احمد الشاشی، (۱۹۸۸)، حلیه العلماء فی معرفه مذاهب الفقهاء، مکتبه الرساله الحدیثه، عمان، چاپ اول.
- ۴- تبریزی، جواد بن علی، (۱۴۲۶)، تنقیح مبانی الأحكام - کتاب القصاص، دار الصدیقه الشهبیده سلام الله علیها، قم، چاپ دوم.
- ۵- حلبی، ابو الصلاح، تقی‌الدین بن نجم‌الدین، (۱۴۰۳)، الکافی فی الفقه، کتابخانه عمومی امام امیر المؤمنین علیه السلام، اصفهان، چاپ اول.
- ۶- حلّی، علامه، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، (۱۴۱۳)، قواعد الأحكام فی معرفه الحلال و الحرام، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم، چاپ اول.
- ۷- حلّی، علامه، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، (۱۴۲۰)، تحریر الأحكام الشرعیه علی مذهب الإمامیه، مؤسسه امام صادق علیه السلام، قم، چاپ اول.
- ۸- حلّی، علامه، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، (۱۴۱۳)، مختلف الشیعیه فی أحكام الشریعیه، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم، چاپ دوم.
- ۹- حلّی، محقق، نجم‌الدین، جعفر بن حسن، (۱۴۰۸)، شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام، مؤسسه اسماعیلیان، قم، چاپ دوم.
- ۱۰- حلّی، ابن ادریس، محمد بن منصور بن احمد، (۱۴۱۰)، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم، چاپ دوم.

- ۱۱- حلی، فخر المحققین، محمد بن حسن بن یوسف، (۱۳۷۸)، إيضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد، مؤسسه اسماعیلیان، قم، چاپ اول.
- ۱۲- حلی، مقداد بن عبدالله سیوری، (۱۴۰۴)، التنقیح الرائع لمختصر الشرائع، انتشارات کتابخانه آیه‌الله مرعشی نجفی، قم، اول.
- ۱۳- حلی، جمال الدین، احمد بن محمد اسدی، (۱۴۱۰)، المقتصر من شرح المختصر، مجمع البحوث الإسلامیه، مشهد، اول.
- ۱۴- حلی، حسن بن علی بن داوود، (۱۳۴۲)، الرجال لابن داود، دانشگاه تهران، تهران، چاپ اول.
- ۱۵- خراسانی، حسین وحید، (۱۴۲۸)، منهاج الصالحین، مدرسه امام باقر علیه‌السلام، قم، چاپ سوم.
- ۱۶- خمینی، سید روح الله موسوی، (بی‌تا)، تحریر الوسیله، مؤسسه مطبوعات دار العلم، قم، چاپ اول.
- ۱۷- خویی، سید ابو القاسم موسوی، (۱۴۲۲)، مبانی تکمله المنهاج، مؤسسه إحياء آثار الإمام الخوئی ره، قم، چاپ اول.
- ۱۸- خویی، سید ابو القاسم موسوی، (بی‌تا)، معجم رجال الحديث و تفصیل طبقات الرجال، جلد ۱۳، بی‌جا. ۱۹
- ۱۹- راوندی، قطب الدین، سعید بن عبدالله، (۱۴۰۵)، فقه القرآن، انتشارات کتابخانه آیه‌الله مرعشی نجفی، قم، چاپ دوم.
- ۲۰- صیمری، مفلح بن حسن (حسین)، (۱۴۰۸)، تلخیص الخلاف و خلاصه الاختلاف، انتشارات کتابخانه آیه‌الله مرعشی نجفی، قم، چاپ اول.
- ۲۰- طوسی، ابوجعفر، محمد بن حسن، (۱۳۸۷)، المبسوط فی فقه الإمامیه، المکتبه المرتضویه لإحياء الآثار الجعفریه، تهران، چاپ سوم.
- ۲۱- طوسی، ابو جعفر، محمد بن حسن، (۱۴۰۷)، الخلاف، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم، چاپ اول.
- ۲۲- طوسی، ابو جعفر، محمد بن حسن، (۱۴۲۰)، فهرست کتب شیعه، مکتبه المحقق الطباطبائی، قم، چاپ اول.
- ۲۳- عاملی، حرّ، محمد بن حسن، (۱۴۰۹)، وسائل الشیعه، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، قم، چاپ اول.
- ۲۴- عاملی، شهید اول، محمد بن مکی، (۱۴۱۴)، غایه المراد فی شرح نکت الإرشاد، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، قم، چاپ اول.
- ۲۵- عاملی، شهید ثانی، زین الدین بن علی، (۱۴۱۳)، مسالک الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام، جلد ۱۵، مؤسسه المعارف الإسلامیه، قم، چاپ اول.

- ۲۶- عاملی، شهید ثانی، زین الدین بن علی، (۱۴۱۰)، الروضه البهیه فی شرح اللمعه دمشقیه (المحشی - کلاتر)، کتابفروشی داوری، قم، چاپ اول.
- ۲۷- عاملی، بهاء الدین، محمد بن حسین و ساوجی، نظام بن حسین، (بی‌تا)، جامع عباسی و تکمیل آن (محشی، ط - قدیم)، مؤسسه منشورات الفراهانی، تهران، چاپ اول.
- ۲۸- عاملی، سید جواد بن محمد حسینی، (بی‌تا)، مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه (ط - القدیمه)، دار إحياء التراث العربی، بیروت، چاپ اول.
- ۲۹- فقحانی، علی بن علی بن محمد بن طی، (۱۴۱۸)، الدر المنضود، مکتبه امام العصر (عج) العلمیه، قم، چاپ اول.
- ۳۰- قطیفی، علی بن ابراهیم بن سلیمان، (۱۴۱۹)، شرح ترددات المختصر النافع، دار المصطفی لإحياء التراث، قم، چاپ اول.
- ۳۱- قمی، سید صادق حسینی روحانی، بی‌تا، منهاج الصالحین، بی‌جا، بی‌جا.
- ۳۲- قمی، سید تقی طباطبایی، (۱۴۲۶)، مبانی منهاج الصالحین، منشورات قلم الشرق، قم، چاپ اول.
- ۳۳- کاشانی، حاج آقا رضا مدنی، (۱۴۱۰)، کتاب القصاص للفقهاء و الخواص، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه، مدرسین حوزه علمیه قم، قم، چاپ دوم.
- ۳۴- لنکرانی، محمد فاضل موحدی، (۱۴۲۲)، تفصیل الشریعه فی شرح تحریر الوسیله، مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام، قم، چاپ اول.
- ۳۵- مرعشی نجفی، سید شهاب الدین، (۱۴۱۵)، القصاص علی ضوء القرآن و السنه، انتشارات کتابخانه آیة الله مرعشی نجفی قدس سره، قم، چاپ اول.
- ۳۶- نجاشی، احمد بن علی، (۱۳۶۵)، رجال النجاشی، مؤسسه النشر الاسلامی التابعه لجامعه المدرسین بقم المشرفه، قم، چاپ ششم.
- ۳۷- نجفی، صاحب الجواهر، محمد حسن، (۱۴۰۴)، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، دار إحياء التراث العربی، بیروت، چاپ هفتم.
- ۳۸- سبحانی، جعفر، درس خارج، مدرسه فقاها، کتاب القصاص، (۱۳۹۰)، تاریخ مشاهدہ ۱۳۹۵/۲/۳ آدرس: