

The Jurisprudential and Legal Possibility of Discrimination in Retaliation

Hojjatollah Fathi*

Assistant Professor of the Institute of Islamic Culture and Thought, Department of
Jurisprudence and Law, Qom, Iran

(Received: April 12, 2020; Accepted: March 13, 2021)

Abstract

One of the emerging issues is discrimination in retaliation. Discrimination in retaliation means that the parties agree that instead of blood-vengeance, a limb of the criminal should be retaliated against, and in the retaliation in limb, the criminal and the victim should agree to a lesser amount of the crime committed for retaliation. For example, if the criminal cuts the hand of the victim from the elbow, it could be cut off from the wrist with the agreement of the criminal and the victim. Although the legislature acknowledged the legitimacy of discrimination in retaliation, the law is silent on retaliation. From the jurisprudential point of view, most contemporary jurists do not consider it permissible, but in the view of some jurists, it is not forbidden. While presenting different views, the author has provided several arguments on the permissibility of discrimination in retaliation and believes that assuming that discrimination in retaliation is a prescriptive sanctity, there is no positive sanctity. Even from the point of view of the jurists who do not allow discrimination in retaliation, if the parties agree on discrimination in retaliation and implement it, the right to retaliation will be revoked and due to the silence of the law, the court can rule on cancellation of retaliation based on Article 167 of the Constitution and referring to a valid jurisprudential ruling. It is also suggested that the legislature also accepts discrimination in retaliation as it has accepted discrimination in limb under the Article 390 of the Islamic Penal Code.

Keywords: Discrimination in Retaliation, Cancellation of Retaliation, Imamiyyah Jurisprudence.

* Corresponding Author, Email: fathiamoli@yahoo.com

پژوهش‌های فقهی، دوره ۱۸، شماره ۱، بهار ۱۴۰۱
صفحات ۳۰۱-۳۱۷ (مقاله پژوهشی)

امکان سنجی فقهی حقوقی تبعیض در قصاص نفس

حجت‌الله فتاحی*

استادیار، گروه فقه و حقوق، پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، قم، ایران
(تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۰۱/۲۴؛ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۱۲/۲۳)

چکیده

یکی از مسائل مستحدثه، تبعیض در قصاص نفس است. منظور از تبعیض در قصاص نفس آن است که با توافق طرفین به جای قصاص نفس، عضوی از اعضای جانی مورد قصاص قرار بگیرد و در قصاص عضو، جانی و مجنی‌علیه به مقدار کمتری از جنایت وارده برای قصاص توافق کنند؛ برای مثال اگر جانی دست مجنی‌علیه را از آرنج قطع کرد، با توافق جانی و مجنی‌علیه دست جانی از مچ قطع شود. هر چند قانونگذار مشروعیت تبعیض در قصاص عضو را پذیرفت، ولی در مورد قصاص نفس، قانون ساکت است. از نظر فقهی بیشتر فقهای معاصر آن را مجاز نمی‌دانند، ولی به نظر برخی فقها منعی ندارد. نگارنده ضمن طرح دیدگاه‌ها، ادله متعددی بر جواز تبعیض در قصاص نفس اقامه کرده است و معتقد است بر فرض آنکه تبعیض در قصاص حرمت تکلیفی داشته باشد، حرمت وضعی ندارد و حتی از نظر فقهایی که تبعیض در قصاص را از نظر تکلیفی جایز نمی‌دانند، اگر طرفین بر تبعیض در قصاص توافق و آن را اجرا کنند، حق قصاص ساقط می‌شود و با توجه به سکوت قانون، دادگاه می‌تواند با استناد به اصل ۱۶۷ قانون اساسی با رجوع به فتوای معتبر فقهی حکم به سقوط قصاص کند. همچنین پیشنهاد می‌شود همان‌گونه که قانونگذار در ماده ۳۹۰ قانون مجازات اسلامی تبعیض در قصاص عضو را پذیرفته است، تبعیض در قصاص نفس را نیز مورد پذیرش قرار دهد.

واژگان کلیدی

تبعیض در قصاص، سقوط قصاص نفس، فقه امامیه.

۱. مقدمه

در نظام حقوقی اسلام مجازات‌ها به سه دسته تقسیم می‌شوند؛ برخی مجازات‌ها غیرقابل گذشت هستند که در اصطلاح به آنها حق‌الله محض گفته می‌شود که همه حدود به غیر از حد قذف در این دسته قرار می‌گیرند؛ برخی مجازات‌ها نیز جنبه حق‌الناسی آن غالب است و قابل گذشت محسوب می‌شوند که قصاص، دیات، حد قذف و بخشی از تعزیرات در این گروه قرار می‌گیرند؛ دسته سوم حالتی بینابین دارند و تا قبل از اثبات یا مرافعه براساس اختلاف در مبنا جنبه حق‌الناسی آن غلبه دارد و قابل گذشت است و بعد از اثبات یا مرافعه جنبه حق‌اللهی غلبه دارد و غیرقابل گذشت است؛ حد سرقت که در این دسته قرار دارد.

موضوع بحث ما دسته دوم مجازات‌ها یعنی مجازات‌های قابل گذشت است. بی‌تردید در این دسته از مجازات‌ها با گذشت شاکی خصوصی در هر مرحله‌ای مجازات ساقط می‌شود. گذشت می‌تواند شامل تمام یا بخشی از مجازات شود؛ برای مثال شاکی تمام یا بخشی از دیه را ببخشد یا با اجرای بخشی از حد قذف از ادامه اجرای حد صرف نظر کند و مقدار باقیمانده را مورد گذشت قرار دهد، اما قصاص نفس، عضو و منافع این موضوع جای طرح و بحث دارد و اختلاف دیدگاه هم در فقه و هم در حقوق کیفری وجود دارد که در این پژوهش بررسی می‌شود.

تبعیض در قصاص در دو فرض قصاص نفس و مادون نفس قابل بحث است که در این مقاله فقط به موضوع تبعیض در قصاص نفس پرداخته می‌شود.

۲. بررسی دیدگاه‌ها

مقصود از تبعیض در قصاص نفس آن است که اولیای دم خواهان این باشند که به جای قصاص نفس قاتل عمد و کشتن وی، مثلاً یک بند انگشت او را قطع کنند یا یک چشم قاتل را کور کنند یا یک سیلی به صورت قاتل بزنند و قاتل هم به این امر رضایت داشته باشد. آیا از نظر قانونی و فقهی چنین امری مشروع و مجاز است یا خیر؟ قانون مجازات

اسلامی هرچند تبعیض در قصاص عضو را در ماده ۳۹۰ پذیرفته است، اما راجع به تبعیض در قصاص نفس نفیاً و اثباتاً بیانی ندارد و ساکت است. در متون فقهی و منابع روایی نیز نصی نفیاً و اثباتاً در موضوع دیده نشده است. بیشتر فقهای معاصر تبعیض در قصاص نفس را نپذیرفته‌اند و تنها دو تن از فقها در صورت رضایت طرفین مشروعیت آن را پذیرفته‌اند. بنابراین ابتدا از منظر حقوقی و در ادامه از منظر فقهی این موضوع بررسی می‌شود.

همان‌گونه‌که بیان شد، قانون نفیاً و اثباتاً بیان صریحی ندارد و ساکت است؛ آیا این سکوت به معنای جواز است؟، چون منع قانونی برای تبدیل وجود ندارد یا دال بر منع است؟، چون نصی بر جواز وجود ندارد؟

ممکن است گفته شود اصل بر اباحه است و مادامی که قانون تبعیض در قصاص نفس را منع نکرده است، این عمل قانوناً مجاز است و منعی ندارد؛ لکن می‌توان گفت در حقوق کیفری اصل بر توقیفی بودن مجازات‌هاست و هر گونه تبدیل و تغییر نیازمند مجوز قانونی است و عدم منع این اختیار را به قاضی نمی‌دهد که هر گونه صلاح‌دید به تغییر و تبدیل مجازات‌ها اقدام کند. بنابراین از نظر حقوقی تبدیل قصاص نفس به قصاص عضو پذیرفته نیست و صاحب حق قصاص فقط می‌تواند در چارچوب مقررات اقدام به قصاص نفس کند^۲، همچنین در هر مرحله از مراحل تعقیب، رسیدگی یا اجرای حکم می‌تواند به‌طور مجانی یا با مصالحه، در برابر حق یا مال گذشت کند. ماده ۳۴۷ ق.م.ا. مقرر می‌دارد: «صاحب حق قصاص در هر مرحله از مراحل تعقیب، رسیدگی یا اجرای حکم می‌تواند

۱. ماده ۳۹۰ ق.م.ا. اگر جنایت بر عضو، دارای مراتب باشد، مجنی‌علیه می‌تواند با رضایت مرتکب قسمتی از جنایت را قصاص کند، مانند آنکه در جراحی توضیح به متلاحمه و در قطع دست از آرنج به قطع دست از مچ بسنده و از قصاص قسمت دیگر گذشت یا مصالحه نماید.

۲. ماده ۳۸۱ ق.م.ا.: «مجازات قتل عمدی در صورت تقاضای ولی دم و وجود سایر شرایط مقرر در قانون، قصاص و در غیر این صورت مطابق مواد دیگر قانون از حیث دیه و تعزیر عمل می‌گردد.»

به‌طور مجانی یا با مصالحه، در برابر حق یا مال گذشت کند. البته مصالحه بر دیه یا حق منوط به موافقت قاتل است». نکته قابل تأمل این است که آیا مصالحه بر قصاص عضو یا منفعت یا آسیب بدنی کمتر از آن، مصالحه بر اهدای کلیه و مانند آن مصداق مصالحه بر حق یا مال محسوب می‌شود یا خیر؟ اگر مصالحه در برابر حق یا مال بر آن صدق کند، می‌تواند مشمول ماده ۳۴۷ق.م.ا. باشد.

برخی فقها مانند حضرات آیات مکارم شیرازی و موسوی اردبیلی، آن را مصداق مشروعی از مصالحه دانسته و برخی دیگر همانند آیت‌الله صافی گلپایگانی آن را جایز ندانسته‌اند (ر.ک: گنجینه استفتائات قضایی، سؤال‌های ۶۶۸۰ و ۶۶۹۰). به‌نظر می‌رسد یا توجه به مالیت عرفی برخی اعضای بدن، مصالحه طرفین بر اهدای عضو چون کلیه می‌تواند مصداقی از مصالحه بر مال باشد.

حداقل به نظر دو تن از فقها مصالحه مجنی علیه با قاتل بر سقوط قصاص نفس در مقابل اهدای عضو منعی ندارد و جایز است و می‌تواند مصداقی از ماده ۳۴۷ق.م.ا. باشد که مقرر می‌دارد: «صاحب حق قصاص در هر مرحله از مراحل تعقیب، رسیدگی یا اجرای حکم می‌تواند به‌طور مجانی یا با مصالحه، در برابر حق یا مال گذشت کند». بنابراین مصالحه مذکور منعی ندارد و عموماً «الصُّلْحُ جَائِزٌ بَيْنَ النَّاسِ» (کلینی، ۱۳۶۳، ج ۵: ۲۵۹) نیز شامل این مصالحه می‌شود. ممکن است گفته شود صلح در صورتی جایز است که حلالی حرام و حرامی حلال نشود، چون در سخن امیر المؤمنین (ع) به شریح قاضی آمده است: «وَاعْلَمَنَّ أَنَّ الصُّلْحَ جَائِزٌ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ إِلَّا صُلْحًا حَرَمَ حَلَالًا أَوْ أَحَلَ حَرَامًا» (کلینی، ۱۳۶۳، ج ۷: ۴۱۳؛ صدوق، ۱۴۱۳ق، ج ۳: ۳۲). در موضوع بحث مصالحه قصاص نفس با اهدای عضو، حرامی حلال می‌شود، چون قطع عضو حرام و با این مصالحه حلال می‌شود و لذا موضوع صلح قرار نمی‌گیرد. در پاسخ می‌توان گفت اولاً برخی مصادیق مانند اهدای یک کلیه به نظر فقها مشروع است (گنجینه استفتائات قضایی، سؤال ۴۰۶۵؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۹ق: ۱۲۴؛ سیستانی، ۱۴۲۲ق: ۵۷۶) و با مصالحه، حرامی حلال نمی‌شود و از این رو حداقل در برخی مصادیق منعی ندارد؛ ثانیاً تمام نفس جانی برای اولیای دم هدر است و

مصالحه بر آسیب کمتر که عقلاً و عرفاً استبعادی نداشته و منجر به مثله شدن نباشد و موجب نجات جان قاتل است، منعی ندارد و معلوم نیست حرامی حلال شده باشد و مصداقاً چنین امری ثابت نیست و نمی‌توان در شبههٔ مصداقیه به عموم عام تمسک کرد.

به نظر می‌رسد مادهٔ ۳۴۷ ق.ا.م.ا از این حیث در مقام بیان نیست و اگر قانونگذار تبعیض در قصاص نفس به معنای مذکور را می‌پذیرفت، صریحاً آن را بیان می‌کرد؛ همان‌گونه که در مادهٔ ۳۹۰ این قانون حکم تبعیض در قصاص عضو را پذیرفته است و با نبود مقدمات حکمت، مادهٔ ۳۴۷ ق.ا.م.ا چنین اطلاقی ندارد. در این صورت قانون ساکت است و باید با استناد به اصل ۱۶۷ قانون اساسی و رجوع به منابع و فتاوی معتبر حکم قضیه را روشن کرد و دید آیا از نظر فقهی تبعیض قصاص نفس و تبدیل آن به قصاص کمتر از نفس شرعاً جایز است یا خیر؟

این فرع در منابع فقهی مورد بحث قرار نگرفته است و از فروع جدید محسوب می‌شود. در استفتائات به عمل آمده بیشتر مراجع معاصر همانند حضرات آیات بهجت، میرزا جواد تبریزی، صافی گلپایگانی و فاضل لنکرانی تبدیل قصاص نفس به عضو را جایز ندانسته‌اند و برخی فقهای معاصر همانند مرحوم آیت‌الله موسوی اردبیلی معتقدند تبدیل قصاص نفس به قصاص عضو با رضایت طرفین اشکالی ندارد و جایز است (ر.ک: گنجینهٔ استفتائات قضایی، سؤال ۳۸).

۳. مستندات اقوال

۳.۱. ادلهٔ قول به عدم جواز تبدیل
چند دلیل برای این دیدگاه بیان شده است یا می‌توان اقامه کرد:

۱. مادهٔ ۳۹۰: «اگر جنایت بر عضو، دارای مراتب باشد، مجنی‌علیه می‌تواند با رضایت مرتکب قسمتی از جنایت را قصاص کند مانند آنکه در جراحت موضعه به متلاحمه و در قطع دست از آرنج به قطع دست از مچ بسنده و از قصاص قسمت دیگر گذشت یا مصالحه نماید.»

دلیل اول: عدم دلیل بر جواز

یکی از ادله‌ای که در برخی فتاوا آمده، آن است که دلیلی بر جواز تبدیل قصاص نفس به قصاص عضو نداریم و لذا تبدیل قصاص نفس به قصاص عضو جایز نیست (صافی گلپایگانی، گنجینه استفتائات قضایی، سؤال ۳۸)؛ به این بیان که مجازات توقیفی است و تبدیل و تغییر آن محتاج به دلیل است و چنین دلیلی وجود ندارد. برخی روایات می‌تواند مؤید این دلیل است.

در روایت صحیح عبدالله سنن (علامه حلی، ۱۴۱۸ق، ج ۹: ۲۸۷؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۱۵: ۲۲۵؛ نجفی، ۱۳۶۶، ج ۴۲: ۲۷۹) از امام صادق (ع) آمده است: «أَبَا عَبْدِ اللَّهِ ع يَقُولُ مَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا مُتَعَمِّدًا أُفِيدَ مِنْهُ إِلَّا أَنْ يَرْضَى أَوْلِيَاءَ الْمَقْتُولِ أَنْ يَقْبَلُوا الدِّيَةَ فَإِنْ رَضُوا بِالذِّيَّةِ وَ أَحَبَّ ذَلِكَ الْقَاتِلُ فَالذِّيَّةُ اثْنَا عَشَرَ أَلْفًا أَوْ أَلْفُ دِينَارٍ؛ امام صادق (ع) می‌فرمود: هر کس مؤمنی را عمداً بکشد قصاص می‌شود مگر آنکه اولیای مقتول راضی شوند که دیه قبول کنند؛ پس اگر راضی به دیه شدند و قاتل هم پذیرفت دیه آن [در صورت توافق طرفین] دوازده هزار یا ده هزار دینار است» (طوسی، ۱۳۹۰ق، ج ۴: ۲۶۱).

ظهور روایت این است حق اولیای دم، منحصر به قصاص نفس است و در صورت توافق طرفین دیه است و دیه می‌تواند در فرض توافق دوازده هزار یا ده هزار دینار باشد. ممکن است گفته شود این روایت از لحاظ بیان همه جهات تبدیل، در مقام بیان نیست، کما اینکه بی‌گمان طرفین می‌توانند بر امر غیرمالی نیز توافق و مصالحه یا بر کمتر از مقدار دیه نیز توافق کنند یا به‌طور کلی قاتل را بلاعوض عفو کنند. روایت فقط از این حیث در مقام بیان است که حکم اصلی قتل عمد قصاص نفس است و تبدیل آن نیاز به رضایت طرفین دارد.

دلیل دوم: آیات دال بر وجوب مماثلت در قصاص

ممکن است گفته شود به استناد آیاتی چون آیه ۱۹۴ سوره بقره «فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ» در قصاص مماثلت واجب است و قصاص عضو مماثل با قصاص نفس

نیست؛ همچنین ممکن است گفته شود لفظ قصاص که از قصص‌الآثر به معنای پیروی و تطابق با جنایت است (ابن‌اثیر، بی‌تا، ج ۴: ۷۲؛ فاضل مقداد، ۱۴۱۹ق، ج ۲: ۳۵۴) اقتضای تساوی مجازات با جرم ارتكابی را دارد و در نتیجه قصاص به کمتر از جنایت ارتكابی جایز نیست، بنابراین تبدیل قصاص نفس به عضو جایز نیست. این استدلال هم تام نیست، چون ادله‌ای که بر مماثلت در قصاص تأکید دارد، بر حرمت تعدی و تجاوز از مماثلت در قصاص دلالت دارد و بر حرمت مصالحه و توافق بر کمتر از جنایت وارده دلالتی ندارد. فاضل مقداد می‌نویسد: منظور از وجوب مماثلت عدم جواز تعدی است (فاضل مقداد، ۱۴۱۹ق، ج ۲: ۳۵۵). بنابراین وجوب مماثلت دلالتی بر عدم جواز تبعیض و تخفیف در عقوبت و قصاص ندارد، بلکه تخفیف در عقوبت و عفو بخشی از عقوبت، نیکو و حسن است. در آیه ۱۷۸ سوره بقره آمده است: «فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتَّبِعْ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدِّ إِيَّهِ بِإِحْسَانٍ». برخی مترجمان در ترجمه این آیه نوشته‌اند: «ای کسانی که ایمان آورده‌اید، بر شما درباره کشته‌شدگان (به عمد، حکم) قصاص نوشته و مقرر شده: آزاد در برابر آزاد، و برده در برابر برده، و زن در برابر زن. پس هر که (هر قاتلی که) از جانب برادر (دینی) خود (ولی مقتول) مورد چیزی از عفو قرار گرفت (همه حق قصاص یا بعضی از آن را بخشید یا تبدیل به دیه نمود) پس (بر عفوکننده است نسبت به بقیه یا گرفتن دیه) پیروی از معروف، و (بر قاتل است) پرداخت دیه به او به نیکی و احسان. این (دستور که قصاص حکم تخییری است نه واجب معین) تخفیف و رحمتی است از جانب پروردگارتان. پس هر که بعد از عفو، تجاوز کرد (قاتل را کشت) او را عذابی دردناک خواهد بود» (مشکینی، نرم‌افزار جامع التفاسیر، ترجمه آیه ۱۷۸ سوره بقره). در این ترجمه آمده است می‌توان همه قصاص یا بعضی از آن را بخشید.

برخی مفسران نوشته‌اند: «و اگر (شیء) را نکره آورد، برای این بود که حکم را عمومیت دهد، بفرماید: هر حقی که باشد، چه تمامی حق قصاص باشد و چه بعضی از آن»، البته عفو بعض از قصاص را به عفو برخی از اولیای دم مثال زدند. (ر.ک: فخر رازی، ۱۴۲۰ق، ج ۵: ۲۲۷؛ طباطبائی، ۱۴۱۷ق، ج ۱: ۴۳۲)، ولی منحصر به این مثال نیست.

۳.۲. ادله قول به جواز تبعیض در قصاص نفس

به نظر می‌رسد به دلایل ذیل تبدیل قصاص نفس با قصاص عضو که موجب نجات جانی است، در صورتی که برخلاف اخلاق حسنه نباشد و به مثله شدن جانی منجر نشود، جایز است، چون مثله کردن صریحاً نهی شده و در وصیت امیرالمؤمنین (ع) به امام حسن (ع) آمده است: «...وَ لَا يُمَثَّلُ بِالرَّجُلِ فَإِنِّي سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ ص يَقُولُ - إِيَّاكُمْ وَ الْمُثَلَّةَ وَ لَوْ بِالْكَلْبِ الْعَفُورِ؛ هیچ‌کس را مثله مکن پس به درستی از پیامبر خدا (ص) شنیده‌ام که می‌فرمود بپرهیزید از مثله کردن حتی نسبت به سگ‌ها» (امام علی (ع)، ۱۴۱۴ق: ۳۶۲؛ حر عاملی، ۱۴۱۴ق، ج ۲۹: ۱۲۸). همچنین فقها یکی از مصادیق اسراف در قتل را مثله کردن بیان داشته‌اند (سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۲۸: ۲۸۹).

ممکن است گفته شود چه موقع تبدیل قصاص نفس به عضو به مثله شدن منجر نمی‌شود؟ برای مثال اگر توافق کردند یک انگشت قاتل را قطع کنند، آیا این مصداق مثله کردن است؟ اگر نیست به چه دلیل؟ آیا مثله فقط مال اعضای بیرونی است یا شامل اعضای درونی بدن نیز می‌شود؟ در پاسخ می‌توان گفت مثله کردن حقیقت شرعیه ندارد و امری عرفی است. عرفاً به قطع یک انگشت مثله کردن نمی‌گویند، همچنان‌که به قطع یک کلیه عرفاً مثله شدن نمی‌گویند. بلکه اگر بخشی از انگشت، گوش و بینی بریده شده عرفاً مثله شدن بر آن صادق است.

دلیل اول: حق الناس بودن قصاص نفس

قصاص حق الناس است و عفو از قصاص مورد تشویق قرآن حکیم در آیه ۱۷۸ سوره بقره «فَمَنْ عَفَىٰ لَهُ مِنْ أُخِيهِ شَيْءٌ فَاَتَّبِعْ بِالْمَعْرُوفِ وَ آدَاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ» است و قاعده عمومی در حق الناس این است که طرفین می‌توانند بر تمام یا بخشی از این حق با هم توافق کنند و تبعیض در قصاص مصداقی از عفو معوض است. عفو می‌تواند معوض یا بلاعوض باشد و عفو معوض می‌تواند در مقابل مال یا حق یا هر امر مشروع دیگری مانند قصاص عضو باشد، مگر آنکه این توافق برخلاف اخلاق حسنه باشد یا از نظر شرع ممنوع باشد. در موضوع بحث، تبعیض در قصاص نفس اگر به مثله شدن منجر نشود، نه برخلاف اخلاق حسنه است و نه در شرع ممنوع شده است.

دلیل دوم: اطلاق سلطنت ولی مقتول

در آیه ۳۲ سوره اسراء برای ولی مقتول سلطنت قرار داده شده و آمده است: «مَنْ قُتِلَ مَظْلُوماً فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيَّهِ سُلْطٰناً فَلَا يُسْرِفُ فِي الْقَتْلِ» این سلطنت عام است و همان‌گونه که شامل قصاص نفس و تبدیل آن به دیه و غیر آن و عفو مجانی می‌شود، شامل تبدیل آن به قصاص عضو نیز می‌شود و ادامه آیه نیز مؤید این ادعاست، چون از اسراف در قتل نهی شده است و تبدیل قصاص نفس به قصاص عضو نه تنها اسراف در قتل نیست، بلکه ممنوعیت آن موجب اسراف در قتل می‌شود.

ممکن است گفته شود استدلال به این آیه مشکل است، چون اولاً سلطنت ولی دم منوط به رضایت قاتل نیست. آیا ولی دم می‌تواند بدون رضایت قاتل او را مجبور به پرداخت دیه کند؟ اگر نمی‌تواند ولایت و سلطنت نیست. اگر جواب مثبت است، این سخن برخلاف نظر مشهور قریب به اجماع فقهاست. همچنین آیا در تبدیل قصاص نفس به عضو رضایت قاتل شرط است؟ اگر جواب مثبت باشد که سلطنت نیست و اگر پاسخ منفی باشد دلیل آن چیست؟ و چگونه می‌توان در شبهه مصادیق به خود عام تمسک کرد؟ در پاسخ می‌توان گفت اولاً سلطنت به این معنا نیست ولی دم هر گونه رفتاری را که مورد نظرش است، بتواند با قاتل انجام دهد؛ ثانیاً یک مطلب این است آیا اطلاق سلطنت شامل مصالحه و توافق بر قصاص عضو به جای قصاص نفس می‌شود یا خیر؟ مطلب دیگر این است که آیا برای این توافق رضایت جانی شرط است یا نه؟ تمسک به آیه در موضوع بحث در خصوص مطلب اول است نه مطلب دوم.

ثالثاً تمسک به اطلاق و عموم سلطنت از مصادیق تمسک به عام در شبهه مصادیق آن نیست. تمسک به عام در شبهه مصادیق آن به این نحو است که مولی می‌گوید اکرم‌العلما و ما شک داریم که آیا زید عالم است یا نه و لذا نمی‌شود به عموم عام استناد کرد. ولی در بحث ما شکی نیست که حق ولی دم در تبعیض در قصاص نوعی سلطنت است و شک در این است که آیا این سلطنت مشروع است یا خیر؟ بنابراین اطلاق سلطنت ولی دم شامل تبعیض نیز قصاص می‌شود، و لکن این اطلاق به رضایت قاتل مقید شده است.

دلیل سوم: وجوب حفظ جان

یکی از واجبات حفظ نفس است و بر این اساس برخی فقها معتقدند اگر اولیای دم در جنایت به دیه راضی شدند، بر قاتل واجب است در صورت توانایی دیه را بپذیرد، حتی اگر بیش از مبلغ دیه مقدر باشد (ر.ک: عمانی، حیاة ابن اَبی عقیل و فقهه، ۱۴۱۳ق، ۵۴۴: شهید ثانی، الروضة البهیة، ۱۴۱۰ق، ج ۹۰: ۱۰؛ مرعشی نجفی، ۱۴۱۵ق، ج ۲: ۳۱۸-۳۱۷)، چون حفظ نفس واجب است. البته نظر مخالف هم وجود دارد و برخی فقها پذیرش دیه را بر قاتل واجب نمی‌دانند.^۱ در مواردی که تبدیل قصاص نفس به قصاص عضو آسیب جدی به بدن وارد نمی‌کند نیز همان مبنا جریان دارد و برای حفظ جان، قصاص عضو جایز است.

ممکن است گفته شود این سخن که حفظ جان بر قاتل واجب است، برای ولی دم در تبدیل قصاص نفس به عضو حق ایجاد نمی‌کند. در پاسخ می‌توان گفت تبعیض در قصاص امر طرفینی است، اینکه حفظ جان بر قاتل واجب است، ایجاد حق برای ولی دم نمی‌کند، ولی برای جانی این حق را ایجاد می‌کند که مثلاً با راضی شدن به قطع یک انگشت یا اهدای یک کلیه جان را نجات دهد و نمی‌توان گفت شما لزوماً باید کشته شوید و حق ندارید برای حفظ جان خویش به قصاص کمتر از نفس با اولیای دم مصالحه و توافق کنید، به‌خصوص در مواردی که آسیب وارده برای تبدیل قصاص نفس به قصاص عضو بسیار جزئی و کم‌اهمیت باشد.

دلیل چهارم: قاعده اهم و مهم

یکی از قواعد مهم فقهی قاعده اهم و مهم است، بی‌شک حفظ جان نسبت به اعضای بدن اهم است و اگر حفظ جان منوط به قطع عضو باشد، مطابق قاعده اهم و مهم می‌توان برای حفظ اهم نسبت به قطع عضو اقدام کرد و این موضوع امری عقلایی است، از این‌رو در معالجات پزشکی اگر حفظ جان و نجات بیمار منوط به قطع عضو باشد، تردیدی در مشروعیت قطع

۱. البته نظر مخالف هم وجود دارد و برخی فقها پذیرش دیه را بر قاتل واجب نمی‌دانند. ر.ک: نجفی، ۱۳۶۶،

عضو نمی‌کنند (فاضل لنکرانی، ۱۳۷۷، ج ۲: ۴۸۴)، بنابراین در فرض بحث که حفظ جان منوط به قطع عضو است، مطابق با قاعده‌ی اهم و مهم، قطع عضو مشروع است.

ممکن است گفته شود انسان مالک نفس و اعضای بدن خویش نیست و چون مالک نفس و اعضای بدن خویش نیست، حق مصالحه در مورد اعضای بدن را ندارد؛ در جواب می‌توان گفت اولاً به نظر خیلی‌ها انسان مالک بر اعضای بدن است؛ به نظر برخی این مالکیت، تکوینی و به نظر برخی این مالکیت، ذاتی و به نظر برخی این مالکیت، اعتباری است (ر.ک: مطلبی و همکاران، ۱۳۹۹: ۱۷۷). فی‌الجمله مسلم است انسان بر بدن خویش حق تصرف دارد و لذا تصرفاتی چون اهدای خون، اهدای عضو یا از بدن که خطر جانی نداشته باشد، جایز است (ر.ک: خامنه‌ای، گنجینه استفتائات قضایی، سؤال ۳۹۰۴: موسوی اردبیلی، گنجینه استفتائات قضایی، سؤال ۴۰۶۵: منتظری، ۱۴۲۷ق: ۷۴) و در فرض موضوع بحث نه تنها خطر جانی ندارد، بلکه هدف نجات جان است؛ کسی نمی‌گوید که اگر مثلاً دست کسی فاسد و سیاه شد به نحوی که طبق نظر پزشکان متخصص اگر آن دست قطع نشود فساد به کل بدن سرایت می‌کند و موجب مرگ بیمار می‌شود؛ بیمار حق ندارد دست فاسد خویش را قطع کند، چون مالک اعضای بدن خویش نیست؛ همچنین است اگر مثلاً دست یا پای کسی به اتومبیل در حال سقوط به دره گیر کند، به نحوی که در صورت سقوط، مرگ قطعی یا آسیب بسیار شدید بدنی ایجاد می‌شود و تنها راه نجات این باشد که دست یا پای او قطع شود؛ بی‌شک قطع دست یا پا در این فرض جایز است و موجب ضمان نیز نمی‌شود.

دلیل پنجم: لزوم وفای به شرط

مطابق با قاعده‌ی المؤمنون عند شروطهم (بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۳: ۲۴۷) وفای به شرط لازم است، مگر آنکه برخلاف کتاب و سنت باشد یا حرامی را حلال یا حلالی را حلال کند^۲ و

۱. «عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ قَالَ: الْمُسْلِمُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ إِلَّا كُلَّ شَرْطٍ خَالَفَ كِتَابَ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ فَلَا يَجُوزُ» (طوسی، ۱۳۶۴ق، ج ۳: ۲۰۲؛ ج ۷: ۲۲).

۲. «عَنْ إِسْحَاقَ بْنِ عَمَّارٍ عَنْ جَعْفَرٍ عَنْ أَبِيهِ عَنْ أَنَّ عَلِيَّ بْنَ أَبِي طَالِبٍ عَ كَانَ يَقُولُ مَنْ شَرَطَ لِأَمْرٍ أَنَّهُ شَرَطًا فَلَيْفَ لَهَا بِهِ

همان‌گونه که در بحث صلح گذشت، عفو کردن از قصاص نفس به شرط اهدای عضو حداقل در مواردی مانند اهدای کلیه برای نجات بیمار برخلاف کتاب و سنت نبوده و حرام نیست و چنین شرطی مشروع و لازم‌الوفاست.

دلیل ششم: احتیاط و عدم تهاجم به دما

یکی از قواعد مهم فقهی قاعده احتیاط و عدم تهاجم به دماء است. احتیاط و حفظ جان افراد و عدم تهاجم بر دماء اقتضا دارد با تبدیل قصاص نفس به قصاص عضو جلوی قتل نفس گرفته شود و احتیاط به‌ویژه در دماء بسیار مطلوب و حسن است.

نکته: حرمت تکلیفی و وضعی

با فرض عدم جواز و حرمت تکلیفی اگر اولیای دم با جانی بر قطع عضو توافق کردند و با رضایت جانی قصاص عضو انجام گرفت، آیا حق قصاص نفس برای اولیای دم باقی است یا خیر؟ آیا علاوه بر حرمت تکلیفی، حرمت وضعی هم دارد و این توافق باطل بوده و لزوم وفا ندارد؟

قاعده کلی این است که هر گاه شرط برخلاف مقتضای عقد یا شرع باشد، عقد نیز فاسد و باطل است و لزوم وفا ندارد (ر.ک: فاضل مقداد، ۱۴۰۴ق، ج ۳: ۲۴۳). در خبر ابن‌سنان از امام صادق(ع) آمده است: «عَنْ ابْنِ سِنَانٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع فِي رَجُلٍ قَالَ لِامْرَأَتِهِ إِنَّ نَكَحْتُ عَلَيْكَ أَوْ تَسَرَّيْتُ فَهِيَ طَالِقٌ قَالَ لَيْسَ ذَلِكَ بِشَيْءٍ إِنْ رَسُولَ اللَّهِ ص قَالَ مَنْ اشْتَرَطَ شَرْطًا سِوَى كِتَابِ اللَّهِ عَزَّ وَ جَلَّ فَلَا يَجُوزُ ذَلِكَ لَهُ وَ لَا عَلَيْهِ؛ ابن‌سنان از امام صادق(ع) در مورد مردی روایت می‌کند که آن مرد به زن خویش گفت اگر من بر تو زن دیگری و یا کنیز دیگری گرفتم پس آن زن مطلقه باشد. امام(ع) فرمود: این چیزی نیست. رسول اکرم(ص) فرمود: کسی که شرطی بر خلاف کتاب و سنت نماید این شرط نه بر او و نه بر کسی که شرط بر علیه اوست، نافذ نیست» (طوسی، ۱۳۹۰ق، ج ۳: ۲۳۲).

به نظر می‌رسد در موضوع بحث حتی اگر این شرط را مخالف شرع بدانیم، بعد از عمل به شرط و قطع عضو جانی، استیفای قصاص نفس محل تردید و شبهه و برخلاف احتیاط در دماء است و در صورت بقای حق قصاص نفس و اصرار اولیای دم بر قصاص لازم است بدو به حسب مورد و لحاظ شرایط شرعی و قانونی، قصاص عضو یا دیه تدارک شود و بعد از آن نسبت به قصاص نفس اقدام شود.

برخی فقها به سقوط قصاص در فرض عمل به شرط حرام فتوا داده‌اند (ر.ک: گنجینه استفتائات قضایی، ۸۲۳).

از مجموع ادله استفاده می‌شود تبدیل قصاص نفس به قصاص عضو در صورتی که به مثله شدن و تقطیع اجزا منجر نشود، در فرض رضایت جانی و اولیای دم منعی ندارد و بر فرض وجود حرمت تکلیفی، حرمت وضعی ندارد و با انجام قصاص عضو بدل از قصاص نفس، قصاص نفس منتفی است.

۴. نتیجه

در مورد تبعیض قصاص نفس از نظر فقهی دو دیدگاه وجود دارد و از مجموع ادله استفاده می‌شود تبعیض در قصاص نفس با رضایت طرفین جایز است و ادله متعددی مانند حق الناس و قابل گذشت بودن قصاص، اطلاق سلطنت ولی مقتول، مشروعیت صلح، لزوم وفای به شرط، وجوب حفظ جان، قاعده اهم و مهم، قاعده احتیاط در دماء بر جواز تبعیض دلالت دارد و بر فرض حرمت شرعی، حرمت وضعی ندارد و با عمل به شرط، حق قصاص ساقط است. سیاست قانونگذار در پذیرش تبعیض در قصاص عضو و سکوت در قصاص نفس چندان موجه نیست، چون مبانی آن واحد است و برخی فقهای معاصر نیز موافق این دیدگاه بوده و همچنین این دیدگاه موافق با سیاست کلی کشور در خصوص کاهش موارد اعدام است. از این رو پیشنهاد می‌شود تبعیض در قصاص نفس همانند تبعیض قصاص عضو پذیرفته شود.

کتابنامه

– نهج البلاغه.

۱. ابن اثیر، مبارک بن محمد (بی تا). *النهائية في غريب الحديث و الأثر*، چ اول، قم: مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان.
۲. بجنوردی، سید حسن بن آقابزرگ موسوی (۱۴۱۹ق). *القواعد الفقهية*، چ اول، قم: الهادی.
۳. حر عاملی، محمد بن حسن (۱۴۱۴ق). *وسائل الشیعه*، قم: مؤسسه آل‌البتیت (ع) لاحیاء التراث.
۴. سبزواری، سید عبدالاعلی (۱۴۱۳ق). *مهذب الاحکام فی بیان الحلال و الحرام*، تحقیق مؤسسه المنار، قم: دفتر آیت‌الله سبزواری.
۵. سیستانی حسینی، سید علی (۱۴۲۲ق). *المسائل المنتخبة*، چ نهم، قم: دفتر حضرت آیت‌الله سیستانی.
۶. شهید ثانی، زین‌الدین بن علی عاملی (۱۴۱۳ق). *مسالك الافهام الى تنقيح شرائع الاسلام*، چ اول، قم: مؤسسه المعارف الإسلامیة.
۷. شهید ثانی، زین‌الدین بن علی عاملی (۱۴۱۰ق)، *الروضه البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیه*، تحقیق سید محمد کلانتر، قم: انتشارات داوری.
۸. صدوق، محمد بن علی بن بابویه (۱۴۱۳ق). *من لا یحضره الفقیه*، چ دوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۹. طباطبائی، سید محمد حسین (۱۴۱۷ق). *المیزان فی تفسیر القرآن*، قم: نشر اسلامی.
۱۰. طوسی، محمد بن حسن (۱۳۹۰ق). *الاستبصار*، تهران: دارالکتب الاسلامیة.
۱۱. ----- (۱۳۶۴ق). *تهذیب الاحکام*، تحقیق سید حسن موسوی خراسان، تهران: دارالکتب الاسلامیة.
۱۲. علامه حلی، حسن بن یوسف (۱۴۲۱ق). *تحریر الاحکام الشرعیه*، تحقیق ابراهیم

- بهارى، قم: مؤسسه امام صادق(ع).
۱۳. علامه حلی، حسن بن یوسف (۱۴۱۸ق). *مختلف الشیعه فی احکام الشریعه*، قم: نشر اسلامی.
۱۴. عمانی، حسن بن علی بن ابی عقیل حدّاء (۱۴۱۳ هـ ق). *حیاء ابن ابی عقیل و فقهه*، قم: مرکز معجم فقهی.
۱۵. فاضل لنکرانی، محمد (۱۳۷۷). *جامع المسائل*، چ اول، قم: مطبوعاتی امیر.
۱۶. فاضل مقداد، مقداد بن عبدالله سیوری (۱۴۰۴ق). *التنقیح الرائع لمختصر الشرائع*، چ اول، قم: کتابخانه آیت‌الله مرعشی نجفی (ره).
۱۷. ----- (۱۴۱۹ق). *کنز العرفان فی فقه القرآن*، تحقیق سید محمد قاضی، مجمع جهانی تقریب مذاهب اسلامی.
۱۸. فخر رازی، محمد بن عمر (۱۴۲۰ق). *التفسیر الکبیر (مفاتیح الغیب)*، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
۱۹. کلینی، محمد بن یعقوب (۱۳۶۳). *الکافی*، تحقیق علی‌اکبر غفاری، تهران: دارالکتب الاسلامیه.
۲۰. *گنجینه استفتائات قضایی*، مرکز تحقیقات فقهی و حقوقی قوه قضاییه، قم. (نرم‌افزار)
۲۱. مرعشی نجفی، سید شهاب‌الدین (۱۴۱۵ق). *القصاص علی ضوء القرآن و السنه*، قم: انتشارات کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی قدس سره.
۲۲. مشکینی، میرزا علی، نرم‌افزار جامع التفاسیر.
۲۳. مطلبی، معصومه؛ مرادخانی، احمد؛ شفیعی مازندرانی، سید محمد (۱۳۹۹). «بررسی مبانی فقهی و حقوقی مالکیت انسان بر بدن»، *مجله علمی پژوهش‌های فقهی*، مقاله ۸، دوره ۱۶، ش ۱، بهار، ۷۷.
۲۴. مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۹ق). *احکام پزشکی*، چ اول، قم: انتشارات مدرسه امام علی بن ابی‌طالب(ع).

۲۵. منتظری، حسین علی (۱۴۲۷ق). *احکام پزشکی، چ سوم، قم: سایه*.
۲۶. موسوی بجنوردی، سید حسن بن آقابزرگ موسوی (۱۴۱۹ق). *القواعد الفقهیة، چ اول، قم: الهادی*.
۲۷. نجفی، محمدحسن (۱۳۶۶). *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، تحقیق قوچانی، تهران: دارالکتب الاسلامیة*.

References

- Nahj al-Balaghah.

1. Allama Hali, Hassan Ibn Yusuf (1997). *Mokhtalef _Shiites Fi Ahkam- Sharia*, Qom, Islamic publication. (in Arabic)
2. (2000). *Tahrir al-Ahkam al-Shari'a*, research by Ibrahim Bahari, Qom, Imam Sadegh (AS) Institute. (in Arabic)
3. Bojnurdi, Sayyid Hassan Ibn Agha Bozorg Mousavi (1998). *Al-Qawaed Al-Fiqhiya*, Al-Hadi Publishing, Qom - Iran, first. (in Arabic)
4. Fadhil Miqdad, Miqdad bin Abdullah Sivari (1984). *Al-Tanqih al-Ra'i Le MokhTasa Al-Sharayea*, Library of Ayatollah Marashi Najafi - Rah, Qom - Iran, first. (in Arabic)
5.(1998). *The Treasure of Mysticism in the Fiqh of the Qur'an*, research by Seyyed Mohammad Qazi, World Assembly for the Rapprochement of Islamic Religions. (in Arabic)
6. Fakhri Razi, Muhammad ibn Umar (1999). *Al-Tafsir al-Kabir (Mafatih al-Ghayb)*, Beirut, Dar Al-Ahya Al-Tarath Al-Arabi. (in Arabic)
7. Fazel Lankarani, Mohammad (1999). *Jame'at al-Masa'il*, Amir Press, Qom, first edition. (in Persain)
8. Hore Ameli, Muhammad ibn Hassan (1994). *Vasaelo-shia*, Qom, Al-Bayt (AS) Foundation for the Revival of Heritage. (in Arabic)
9. Ibn Athir, Mubarak Ibn Muhammad , *Alnahaya Fi Algharib hadith V alathar*, Ismailian Press, Qom - Iran, first, unpublished. (in Arabic)
10. Klini, Mohammad Ibn Ya'qub (1986). *Al-Kafi*, research by Ali Akbar Ghaffari, Tehran, Islamic Library. (in Arabic)
11. Makarem Shirazi, Nasser (2008). *Medical Rulings*, Imam Ali Ibn Abi Talib School Publications, Qom - Iran, First. (in Persain)
12. Marashi Najafi, Sayyid Shahab al-Din (1994). *Al-Qisas in the light of the Qur'an and Sunnah*, Qom - Iran. (in Arabic)
13. Meshkini, Mirza Ali, *Comprehensive Interpretation Software*. (in Persain)
14. Montazeri, Hossein Ali (2006). *Medical Rulings*, Shadow Publishing, Qom - Iran, III. (in Persain)
15. Motalebi, Masoumeh & Moradkhani, Ahmad (2021). "Shafiei Mazandarani Seyed Mohammad, A Study of the Jurisprudential and Legal Principles of

- Human Ownership of the Body”, *Scientific Journal of "Jurisprudential Research"*, Article 8, Vol. 16, No. 1. (in Persain)
16. Mousavi Bojnourdi, Sayyid Hassan Ibn Agha Bozorg Mousavi (1998). *Al-Qawaed Al-Fiqhiya*, Al-Hadi Publishing, Qom - Iran, First. (in Arabic)
 17. Najafi, Mohammad Hassan (1999). *Javaher-Alkalam Fie Sharh-Sharaeh-alislam*, Quchani Research, Tehran, Islamic Books House. (in Arabic)
 18. Omani, Hassan Ibn Ali Ibn Abi Aqeel Hudha (۱۹۹۲). *Life of Ibn Abi Aqeel and jurisprudence*, Qom: Center of jurisprudential dictionary.
 19. Sabzevari, Seyyed Abdul Ali (1993). *MOHAZAB ALAHKAM FI-BAYAN ALHALAL VA-ALHARAM*, the research of the Al-Manar Institute, Qom, the office of Ayatollah Sabzevari. (in Arabic)
 20. Saduq, Muhammad ibn Ali ibn Babawiyyah (1993). *Man LA Ya- azrat al-Faqih*, Islamic Publications Office affiliated with the Society of Teachers of the Seminary of Qom, Qom - Iran, II. (in Arabic)
 21. Shahid Thani, Zayn al-Din bin Ali Ameli (1990), *Al-Rawdha al-Bahiyya fi Sharh al-Lama'a al-Damashqiyyah*, research by Sayyid Muhammad Kalantar, Qom, Davari Publications. (in Arabic)
 22. (1992 AH). *Problems of understanding to refine the laws of Islam*, Ch. I, Qom: Islamic Enlightenment Foundation. (in Arabic)
 23. Sistani, Sayyid Ali Hosseini, *Selected Issues*, Office of Hazrat Ayatollah Sistani, Qom - Iran, ninth. (in Arabic)
 24. Tabatabai, Seyyed Mohammad Hussein (1996). *Al-Mizan Fi Tafsir Al-Quran*, Qom, Islamic Publishing. (in Arabic)
 25. *Treasury of Judicial Referendums*, Jurisprudential and Legal Research Center of the Judiciary, Qom. (software) (in Persain) (in Arabic)
 26. Tusi, Mohammad Ibn Hassan (1970). *Al-Istibsar*, Tehran, Islamic Library. (in Arabic)
 27. (1986). *Tahdhib al-Ahkam*, research by Seyyed Hassan Mousavi Khorsan, Tehran, Islamic Library. (in Arabic)