

تخیری یا تعیینی بودن حق قصاص

تاریخ دریافت: ۹۴/۳/۲۰

تاریخ تأیید: ۹۴/۶/۲۲

علی محمدی جورکویه*

چکیده

یکی از مسائل مطرح در بحث جنایت عمدی بر ضد تمامیت جسمانی این است که از نظر قانون مجازات اسلامی، حق قصاص برای اولیای دم یا مجنی علیه، حق منحصر به فرد است یا اینکه در عرض آن، حق دیگری نیز به نام حق دیه برای وی به رسمیت شناخته شده است و او به استقلال می‌تواند قصاص یا دیه را انتخاب نماید و پشتوانه فقهی آن چیست؟ پس از پیروزی انقلاب اسلامی ایران، همواره قانونگذار در صورت کلی این مسئله به پیروی از نظر مشهور فقهای امامیه بر این عقیده بوده است که حق قصاص حقی تعیینی برای اولیای دم یا مجنی علیه است و حق دریافت دیه در عرض قصاص نیست و تنها با رضایت جانی قابل دریافت است؛ اما در جایی که اجرای حق قصاص مشروط به پرداخت فاضل دیه باشد مانند قصاص مرد در برابر زن، برای پذیرش نظریه تخیری یا تعیینی در ادوار مختلف قانونگذار موضع ثابتی نداشته است؛ این مقاله در صدد است، تعیینی یا تخیری بودن حق قصاص و تحول سیاست تقنینی را با توجه به اقوال و ادله بحث، مورد بررسی قرار دهد.

واژگان کلیدی: حق قصاص، دیه، فاضل دیه، جنایت عمدی، تمامیت جسمانی.

* استادیار پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی (amg134325@yahoo.com).

مقدمه

پس از گذشت بیش از بیست سال از اجرای آزمایشی قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰، قانون مجازات اسلامی جدید در تاریخ ۱۳۹۲/۲/۱۱ به تأیید شورای نگهبان رسید و برای اجرا در یک دوره آزمایشی پنج ساله ابلاغ گردید. قانون مجازات جدید حاوی تحولات فراوانی در کتاب‌های چهارگانه خود از جمله کتاب سوم (قصاص) است. یکی از مباحث چالشی قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰ در کتاب سوم (قصاص) مباحث مربوط به مسئولیت جنایت عمدی بر ضد تمامیت جسمانی زن توسط مرد بود که حسب مورد اولیای دم یا مجنی‌علیه، حق قصاص داشتند. البته این حق، حقی تعیینی بود و دارنده آن، گزینه دیگری را به نحو استقلالی پیش روی خود نداشت و نیز این حق قصاص در قصاص نفس یا مادون نفسی که دیه‌اش به ثلث دیه کامل می‌رسید مشروط به پرداخت فاضل دیه* بود؛ لذا اولیای دم یا مجنی‌علیه در مواردی در استیفای حق خود دچار مضیقه‌هایی می‌شدند؛ نه می‌توانستند قصاص کنند؛ چون توان پرداخت فاضل دیه و تأمین شرط اجرای قصاص را نداشتند و نه می‌توانستند دیه بگیرند؛ چون دریافت دیه منوط به رضایت جانی بود و جانی نیز رضایت نمی‌داد.*** قانونگذار در ماد ۳۶۰ از ق.م.ا. ۱۳۹۲ در راستای تحول در حقوق زنان این چالش را رفع کرده است.*** از این رو این تحقیق درصدد است این تحول را به لحاظ حقوقی و فقهی از طریق بررسی اقوال و ادله آنها مطالعه نماید. گفتنی است برای ورود به این بحث ابتدا باید از کیفیت حق قصاص در جنایت عمدی بر ضد تمامیت جسمانی به طور مطلق سخن بگوییم تا زمینه ورود به بحث از کیفیت حق قصاص در

۸

* فاضل دیه یا مازاد دیه یا ما به التفاوت دیه به تفاوت دیه مورد جنایت و دیه مورد قصاص گفته می‌شود، مثل تفاوت دیه نفس زن، که مورد جنایت واقع شده و دیه نفس مرد جانی که باید قصاص شود.

** در سیر تحول سیاست تقنینی ابتدا در قانون حدود و قصاص مصوب سال ۱۳۶۱ به تبعیت از نظر غیر مشهور فقهای امامیه نظریه تخییر مورد پذیرش قرار گرفت و در ادامه قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ بر اساس نظر مشهور فقهای امامیه به نظریه تعیین روی آورد و سرانجام قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ مجدد نظریه تخییر را ترجیح داد.

*** گفتنی است که ماده ۳۶۰ ق.م.ا. کلیه مواردی را که اجرای قصاص نیازمند پرداخت فاضل دیه است دربر می‌گیرد که از آن جمله قصاص مرد در برابر زن است.

جنایت عمدی مرد بر ضد تمامیت جسمانی زن فراهم گردد. البته همین بحث در مسئله اشتراک در جنایت نیز مطرح می‌باشد. بنابراین بحث را در سه محور تبیین مفاهیم، تخییری یا تعیینی بودن حق قصاص به طور مطلق و تخییری یا تعیینی بودن حق قصاص در موارد نیاز به پرداخت فاضل دیه پی می‌گیریم و بررسی فقهی نیز به صورت مطالعه تطبیقی فقه امامیه و اهل سنت انجام خواهد گرفت.

۱. کیفیت حق قصاص در جرایم عمدی بر ضد تمامیت جسمانی

به لحاظ مقدم بودن بررسی حقوقی، ابتدا وضعیت حقوقی حق قصاص را بررسی و در ادامه به مباحث فقهی آن می‌پردازیم.

گفتنی است وقتی ما از تخییری و تعیینی بودن حق قصاص سخن می‌گوییم، گزینه عفو مجانی را مد نظر نداریم و فارغ از آن بحث می‌کنیم و گرنه اولیای دم یا مجنی علیه حسب مورد به لحاظ حق الناسی بودن این حق می‌توانند جانی را عفو مجانی کنند؛ چنان‌که ماده ۳۴۷ ق.م.ا. ۱۳۹۲ به آن تصریح کرده است.

۱-۱. حق قصاص در قانون مجازات اسلامی

قانونگذار در ماده ۲۰۵ ق.م.ا. ۱۳۷۰ مجازات قتل عمد را، قصاص و حق اولیای دم قرار داده بود: «قتل عمد برابر مواد این فصل موجب قصاص است و اولیای دم می‌توانند با اذن ولی امر قاتل را با رعایت شرایط مذکور در فصول آتیه قصاص نمایند و ولی امر می‌تواند این امر را به رئیس قوه قضاییه یا دیگری تفویض نماید»، که بیانگر تعیینی بودن حق قصاص است و اولیای دم حق دیگری را به نحو استقلالی در عرض قصاص ندارند؛ هرچند می‌توانند با رضایت جانی به جای قصاص، مطالبه دیه نمایند؛ چنان‌که ماده ۲۵۷ ق.م.ا. ۱۳۷۰ به آن تصریح می‌کند: «قتل عمد موجب قصاص است لکن با رضایت ولی دم و قاتل به مقدار دیه کامله یا به کمتر یا زیادتز از آن تبدیل می‌شود».

بنابراین مجازات اصلی و اولی در جنایت عمدی بر ضد تمامیت جسمانی قصاص است و دیه یک واکنش جایگزین است که مشروط به رضایت جانی است و بدون رضایت او یک گزینه بیشتر پیش روی اولیای دم نیست و به دیگر بیان، قصاص حق

تعیینی اولیای دم است.

قانونگذار در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ در موضوع جرم جنایت عمدی بر ضد تمامیت جسمانی، همچنان مجازات قصاص را به عنوان تنها حق استقلالی اولیای دم یا مجنی علیه در ماده ۳۸۱ پذیرفته است: «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 می گردد» و گرفتن دیه را نیز در ماده ۳۵۹ مشروط به رضایت جانی دانسته است: «در موارد ثبوت حق قصاص، اگر قصاص مشروط به رد فاضل دیه نباشد، مجنی علیه یا ولی دم، تنها می تواند قصاص یا گذشت نماید و اگر خواهان دیه باشد، نیاز به مصالحه با مرتکب و رضایت او دارد».

بنابراین در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ در این باره هیچ تغییری در موضع قانونگذار ایجاد نشده است.

۱-۲. حق قصاص در فقه جزایی اسلام

بر اساس فقه جزایی اسلام مسلم است که در جرایم عمدی بر ضد تمامیت جسمانی انسان به طور مطلق (فارغ از جنسیت و تعدد جانی و مجنی علیه)، ولی دم یا مجنی علیه حسب مورد حق قصاص دارد؛ اما این بحث همواره از گذشته در فقه جزایی اسلام مطرح بود که در مواردی امکان دارد ولی دم یا مجنی علیه به دلایلی نخواهد قصاص کند؛ مثل اینکه ولی دم به جهت اینکه سرپرست او از دست رفته، بیشتر نیازمند سرمایه ای برای اداره زندگی خود باشد تا قصاص و یا کسی که دست یا پایش قطع شده، نیازش به یک سرمایه برای حفظ زندگی خود مهم تر از اعمال حق قصاص باشد. در چنین مواقعی چه راهی پیش بینی شده است؟ آیا گزینه دیگری پیش روی آنان وجود دارد یا اینکه چاره ای جز انتخاب قصاص یا گذشت ندارند؟ به دیگر بیان، آیا حق قصاص برای ولی دم یا مجنی علیه، گزینه ای تعیینی است یا تخییری؟ و آنها می توانند در صورت تمایل نداشتن به اجرای قصاص، گزینه دیگر را انتخاب کنند؟ در بررسی این مسئله دو نظریه بین فقهای اسلامی وجود دارد.

۱-۲-۱. نظریه تعیینی بودن حق قصاص

درباره جنایت عمدی بر ضد تمامیت جسمانی انسان به طور مطلق (فارغ از جنسیت و تعدد جانی و مجنی علیه) بیشتر قریب به اتفاق اندیشمندان فقه امامیه بر این باور هستند که مجازات اصلی آن تنها قصاص است، نه یکی از دو گزینه قصاص و دیه. هرچند که ولی دم یا مجنی علیه می‌تواند مجرم را مجانی یا در مقابل دریافت دیه عفو نماید یا در مواردی به دلیل عدم امکان قصاص این مجازات به دیه تبدیل می‌گردد؛ اما این دیه بدل از قصاص است و مجازات اصلی شمرده نمی‌شود و به معنای تخیر نمی‌باشد (ر.ک: شیخ طوسی، ۱۳۸۷، ج ۷، ص ۵۲ / طوسی، ۱۴۰۸، ص ۴۳۲ / محقق حلی، ۱۴۰۳، ج ۴، ص ۲۲۸ / علامه حلی، ۱۴۱۳، ج ۳، ص ۶۲۳ / شهید ثانی، ۱۴۱۰، ج ۱۰، ص ۸۹ / خمینی، [بی تا]، ج ۲، ص ۴۸۱ / خوئی، ۱۴۱۰، ص ۸۳).

طرفداران این نظریه برای اثبات نظریه خود به ادله زیر استناد کرده‌اند:

آیات: از جمله مستندات این نظریه آیاتی از قرآن کریم است که دلالت بر تعیینی بودن حق قصاص دارد و این آیات عبارتند از:

(الف) و بر آنها [= بنی اسرائیل] در آن [= تورات] مقرر داشتیم که جان در مقابل جان و چشم در مقابل چشم و بینی در مقابل بینی و گوش در مقابل گوش و دندان در مقابل دندان می‌باشد و هر زخمی قصاص دارد.*

(ب) ای افرادی که ایمان آورده‌اید! حکم قصاص در مورد کشتگان، بر شما نوشته شده است: آزاد در برابر آزاد و برده در برابر برده و زن در برابر زن. پس اگر کسی از سوی برادر (دینی) خود، چیزی به او بخشیده شود، (حکم قصاص او، تبدیل به دیه گردد) باید از راه پسندیده پیروی کند و او [قاتل] نیز، به نیکی دیه را بپردازد.**

(ج) و تمام حرام‌ها (قابل) قصاص است و هر کس به شما تجاوز کند، همانند آن بر

* وکتبنا علیهم فیها ان النفس بالنفس و العین بالعین و الانف بالانف و الاذن بالاذن و السن بالسن و الجروح قصاص... (مائده: ۴۵).

** یا ایها الذین امنوا کتب علیکم القصاص فی القتلی الحر بالحر و العبد بالعبد و الاثنی بالاثنی فمن عفی له من اخیه شیئی فاتباع بالمعروف و اداء الیه باحسان... (بقره: ۱۷۸).

او تعدی کنید.*

به این بیان که آیات مذکور ظهور در این آموزه دارند که مجازات جرایم عمدی بر ضد تمامیت جسمانی انسان، قصاص است. از این رو ادعای وجود حقی دیگر در عرض حق قصاص برای ولی دم یا مجنی علیه، به معنای دست برداشتن از ظاهر آیات است و حال آنکه بدون دلیل نمی توان از ظهور آیات دست برداشت (ابن زهره حلبی، ۱۴۱۷، ص ۴۰۵ / ر.ک: علامه حلی، ۱۴۱۲، ج ۹، ص ۲۷۵ / شهید ثانی، ۱۴۱۰، ج ۱۰، ص ۱۸۹ / محقق اردبیلی، ۱۴۰۳، ج ۱۳، ص ۴۰۷ / فاضل هندی، ۱۴۰۵، ج ۲، ص ۴۶۶).

به نظر می رسد آیات مذکور نظریه تعیین را تأیید نمی کنند و نیز با نظریه تخییر مخالفتی ندارند؛ منتهای دلالت آیات این است که قصاص، مجازات جرم عمدی بر ضد تمامیت جسمانی است؛ اما اینکه مجازات قصاص تنها گزینه پیش روی ولی دم یا مجنی علیه است و یا اینکه گزینه دیگری برای انتخاب وجود دارد؟ باید گفت: آیات مذکور در این باره ساکت است. حتی امکان دارد گفته شود که آیه ۱۷۸ سوره بقره مؤید نظریه تخییر است؛ زیرا می فرماید: «فمن عفی له من اخیه شیء فاتباع بالمعروف و اداء الیه باحسان». در این آیه شریفه گزینه دیگری پیش روی دارنده حق قصاص گذاشته شده است و آن عفو از قصاص در مقابل دریافت دیه است که به عفو کننده دستور می دهد در این کار شایسته خود، از معروف تبعیت کند و به مجرم دستور می دهد در برابر این عمل عفو کننده به شایستگی بدل قصاص - که دیه باشد - را بپردازد. به دیگر بیان، این آیات ظهور در حصر و عدم دیه مگر به رضایت مجرم ندارند (ر.ک: محقق اردبیلی، ۱۴۰۳، ج ۱۳، ص ۴۰۸ / خوانساری، ۱۴۰۵، ج ۷، ص ۲۶۲). روایات: دسته دوم از مستندات نظریه تعیینی بودن حق قصاص روایات هستند؛ از جمله:

الف) روایت صحیح عبد الله بن سنان از امام صادق علیه السلام:

هر کس به عمد مؤمنی را بکشد از او قصاص می شود، مگر این که اولیای مقتول دیه قبول کنند؛ پس اگر به دیه راضی شدند و قاتل نیز به آن مایل باشد، دیه

*...والحرمت قصاص فمن اعتدی علیکم فاعتدوا علیه بمثل ما اعتدی علیکم... (بقره: ۱۹۴).

پرداخت می‌شود.*

(ب) روایت مرسل جمیل بن دراج:

قتل عمدی عبارت است از قتلی که ضربه در آن از روی قصد باشد که مجازات قصاص دارد.**

برابر این روایات مجازات جرم قتل عمدی قصاص است؛ (ر.ک: علامه حلی، ۱۴۱۲، ج ۹، ص ۲۷۵ / شهید ثانی، ۱۴۱۰، ج ۱۰، ص ۸۹ / طباطبائی، ۱۴۰۴، ج ۲، ص ۵۲۰)؛ به ویژه روایت نخست که به لحاظ سندی صحیح و از نظر محتوا نیز صریح است در اینکه رضایت جانی در تبدیل مجازات قصاص به دیه، شرطی لازم است و به دیگر بیان، می‌گوید: مجازات جرم قتل به‌طور معین قصاص است، نه تخیر بین قصاص و دیه.

۱۳

حقوق اسلامی / تخیری یا تمیمی بودن حق قصاص

البته روایت جمیل علاوه بر ارسال، منتهای دلالتش این است که قصاص، مجازات جرم عمدی بر ضد تمامیت جسمانی است؛ اما نسبت به اینکه مجازات قصاص تنها گزینه پیش روی ولی دم یا مجنی‌علیه است یا اینکه گزینه دیگری برای انتخاب وجود دارد؟ ساکت است؛ زیرا هیچ‌گونه حصری از آن فهمیده نمی‌شود (محقق اردبیلی، ۱۴۰۳، ج ۱۳، ص ۴۰۸).

اجماع: برخی از فقیهان این نظریه را اجماعی بین اندیشمندان فقه امامیه معرفی کرده و گفته‌اند: در قتل عمد با وجود تمام شرایط قصاص، دیه واجب نمی‌شود. اگر قاتل دیه بدهد و ولی دم نیز به آن راضی گردد، دیه پذیرفته است و در این صورت حق قصاص ولی دم ساقط می‌گردد و دلیل آن نیز اجماع فقهاست (ابن‌زهرة، ۱۴۱۷، ص ۴۰۵ / ر.ک: ابن‌ادریس، ۱۴۱۰، ج ۳، ص ۳۳۰ / طباطبائی، ۱۴۰۴، ج ۲، ص ۵۲۰).
اجماع مذکور از دو جهت مخدوش است: الف) مخالفت برخی از قدمای فقه امامیه با آنکه در طرح نظریه تخیر خواهد آمد (ب) مدرکی بودن آن. به این ترتیب دیگر حجیتی برای آن باقی نمی‌ماند و قابل استناد نمی‌باشد.

* من قتل مؤمنا متعمدا قید منه الا ان یرضی اولیاء المقتول ان یقبلوا الدیة فان رضوا بالدیة و احب ذلك القاتل فالدیة...» (حر عاملی، ۱۴۱۴، ج ۲۹، ص ۵۳).
** قتل العمد کل ما عمد به الضرب فعلیه القود...» (حر عاملی، ۱۴۱۴، ج ۲۹، ص ۳۷).

موافقت با اصل: علاوه بر ادله فوق می‌توان گفت که اصل نیز بر تعیینی بودن حق قصاص است. توضیح اینکه تعیینی بودن قصاص به عنوان مجازات جرم عمدی برضد تمامیت جسمانی موافق اصل* و پذیرش تخییر در مسئله مخالف اصل است و هر آنچه مخالف اصل باشد، نیازمند دلیل و اثبات است و چنین دلیلی در این‌جا وجود ندارد (ر.ک: طباطبایی، ۱۴۰۴، ج ۲، ص ۵۲۰ / حسینی روحانی، ۱۴۱۲، ج ۲۶، ص ۱۱۲).

برابر قواعد اصولی، اصل یک دلیل فقهاتی است و آنگاه نوبت به آن می‌رسد که دلیل اجتهادی در بین نباشد. به بیان دیگر، تا زمانی که دلیل علمی از قبیل نقل و عقل وجود داشته باشد، نمی‌توان به اصل عملی استناد کرد. از این‌رو در بحث حاضر تا زمانی که آیات و روایات و دلیل عقل در بین است و می‌تواند راهنما باشد، نمی‌توان به سراغ اصل رفت.

بنابراین تنها دلیل نظریه تعیین - که قابلیت استناد دارد - روایت صحیح عبدلله بن سنان از امام صادق علیه السلام است.

در بین فقهای اهل سنت نظریه تعیینی بودن حق قصاص مورد پذیرش ابوحنیفه و مالک است. همچنین احمد حنبل در یکی از دو رأی خود بر این عقیده است. (ر.ک: ابن قدامه، [بی‌تا]، الف، ج ۹، ص ۴۱۴ / ابن رشد حفید، ۱۴۱۵، ج ۲، ص ۳۲۸ / ابن قدامه، [بی‌تا]، ب، ج ۹، ص ۴۷۴ / کاشانی، ۱۴۰۹، ج ۷، ص ۲۴۷).

عمده دلیل فقهای اهل سنت بر نظریه تعیینی بودن حق قصاص به این شرح است:

الف) آیه شریفه «کتب علیکم القصاص» (بقره: ۱۷۸).

ب) روایت منقول از پیامبر اسلام صلی الله علیه و آله که: «من قتل عمدا فهو قود».

با این بیان که آیه و روایت فوق گزینه‌ای غیر از قصاص را پیش روی ولی دم قرار نمی‌دهد.

در پاسخ استدلال به روایت گفته شده است: مقتضای روایت مذکور وجوب قصاص در جرم قتل عمدی است که ما هم آن را انکار نمی‌کنیم؛ زیرا ما نیز قصاص را واجب می‌دانم و این منافاتی با آنچه که ما به آن قائلیم (تخییر بین قصاص و دیه) ندارد.

* اصل اولی در احکام این است که حکم، بدلی نداشته باشد.

(عبدالرحمن بن قدامه، [بی تا]، ج ۹، ص ۴۱۵) که همین پاسخ را می توان در استدلال به آیه ۱۷۸ سوره بقره نیز ارائه کرد.

ج) جنایت عمدی تلفی است که به واسطه آن بدل واجب می شود، پس این بدل نیز مانند بدل سایر تلفات معین می باشد.

این استدلال نیز کارآیی ندارد؛ زیرا وقتی نوبت به آن می رسد که ما دلیل خاص مبنی بر اینکه مجازات جنایت عمدی قصاص یا دیه است نداشته باشیم و اگر چنین دلیلی موجود باشد - که نظریه رقیب مدعی آن است - امکان چنین استدلالی وجود ندارد.

۲-۲-۱. نظریه تخییر

نظریه دیگر در این مسئله، تخییر است. بر اساس عقیده ابن جنید و ابن ابی عقیل در فقه امامیه مجازات جرم بر ضد تمامیت جسمانی، قصاص یا دیه است و ولی دم یا مجنی علیه حسب مورد بین انتخاب یکی از آن دو مخیر است. به دیگر بیان، این دو مجازات در عرض یکدیگرند، نه در طول هم (به نقل از: علامه حلی، ۱۴۱۲، ج ۹، صص ۲۷۴ و ۳۵۴).

مستند این نظریه عبارت است از:

دلیل اول: روایات

الف) روایت صحیح عبدالله بن سنان از امام صادق علیه السلام که درباره توبه مؤمنی که مؤمن دیگری را در اثر شدت عصبانیت می کشد، فرمود: توبه اش به این است که اگر اولیای مقتول نمی دانند، نزد آنها برود و اعلام کند او آن شخص را کشته است. پس اگر اولیای مقتول او را عفو کردند، به آنها دیه بدهد و ... *

ب) روایت صحیح عبدالله بن سنان و موثق ابن بکیر از امام صادق علیه السلام درباره توبه مؤمنی که مؤمن دیگری را می کشد، فرمود: اگر به خاطر ایمانش او را کشته باشد، توبه ای برایش نیست و اگر از روی غضب یا یک امر دنیایی او را کشته باشد، توبه اش به این

* توبته ان لم يعلم انطلق إلى أوليائه فأعلمهم أنه قتله ، فان عفى عنه أعطاهم الدية وأعتق رقبة وصام شهرين متتابعين وتصدق على ستين مسكينا (حر عاملی، ۱۴۱۴، ج ۱۵، ص ۵۸۰).

است که قصاص شود و اگر او را نمی‌شناسند، نزد اولیای مقتول برود و به قتل صاحبشان اقرار نماید؛ پس اگر او را عفو کردند و نکشتند، به آنها دیه بدهد ... *

چنان‌که ملاحظه می‌کنید برابر مفاد این روایات مجازات جرم قتل عمد، قصاص یا دیه می‌باشد، بدون اینکه سخنی از رضایت مجرم به پرداخت دیه در آنها به میان آمده باشد و این دو روایت می‌گویند: اگر اولیای دم عفو کردند قاتل دیه می‌پردازد یعنی باید دیه بپردازد و نمی‌تواند مخالفت نماید و به دیگر بیان، رضایت قاتل به پرداخت دیه شرط نیست.

ج) روایت **ابی‌بکر** **حضرمی** از امام **صادق** علیه السلام درباره فردی که فرد دیگری را از روی عمد به قتل می‌رساند، فرمود: «جزایش جهنم است. می‌گوید سؤال کردم؛ آیا برایش امکان توبه هست؟ فرمود: آری؛ دو ماه پی‌درپی روزه بگیرد شصت مسکین را اطعام کند و یک بنده آزاد کند و دیه بپردازد ...» **

د) روایت **عیسی** **ضریر** از امام **صادق** علیه السلام درباره توبه فردی که فرد دیگری را از روی عمد به قتل می‌رساند، فرمود: «خودش را تسلیم کند. گفتم: می‌ترسد که او را بکشند. فرمود: پس به آنها دیه بدهد. گفتم: می‌ترسد از موضوع آگاه بشوند. فرمود: دیه را در چیزی بپیچد و در وقت نماز داخل خانه آنها بیندازد.» ***

این دو روایت نیز پیام دو روایت پیشین را تأیید می‌کند؛ زیرا سخنی از رضایت مجرم به پرداخت دیه در آنها نیست، بلکه صرف دستور به پرداخت دیه است. البته بعضی روایت **حضرمی** را از نظر **سندی** ضعیف و غیر قابل استناد شمرده‌اند. (حسینی روحانی، ۱۴۱۲، ج ۲۶، ص ۱۱۴).

* إن كان قتله لا يمانه فلا توبة له وإن كان قتله لغضب أو لسبب من أمر الدنيا فإن توبته أن يقاد منه وإن لم يكن علم به انطلق إلى أولياء المقتول فأقر عندهم بقتل صاحبهم، فإن عفا عنه فلم يقتلوه أعطاهم الدية و أعتق نسمة و صام شهرين متتابعين و أطمع ستين مسكيناً توبة إلى الله عز و جل (حر عاملی، ۱۴۱۴، ج ۲۹، ص ۳۰-۳۱).

** جزاؤه جهنم؛ قلت له: هل له توبة؟ قال: نعم يصوم شهرين متتابعين و يطعم ستين مسكيناً و يعتق رقبة و يؤدي دية؛ قلت: لا يقبلون منه الدية؟ قال: يتزوج إليهم ثم يجعلها صلة يصلهم بها؛ قلت: لا يقبلون منه ولا يزوجه؛ قال: يصره صرراً يرمى بها في دارهم (حر عاملی، ۱۴۱۴، ج ۲۲، ص ۳۹۹-۴۰۰).

*** يمكن من نفسه؛ قلت: يخاف أن يقتلوه؛ قال: فليعطهم الدية؛ قلت: يخاف أن يعلموا ذلك؛ قال: فليُنظر إلى الدية فليجعلها صرراً، ثم لينظر مواقيت الصلاة فيلقها في دارهم (حر عاملی، ۱۴۱۴، ج ۲۹، ص ۳۳).

ه) *ابی شریح خزاعی* و *یزید* نقل می‌کنند که از *رسول خدا* ﷺ شنیدند، فرمود: کسی که خونی از او ریخته شود یا جرحی به او وارد شود، بین سه امر مخیر است: اینکه قصاص کند یا دیه بگیرد یا عفو نماید.*

و) *ابی هریره* از *رسول خدا* ﷺ نقل می‌کند، که فرمود:

فردی که از او کسی کشته شود یکی از دو گزینه را در اختیار دارد؛ یا اینکه قصاص کند و یا اینکه دیه بگیرد.**

برابر این روایات نیز ولی دم مخیر بین انتخاب قصاص و دیه است و سخنی از رضایت مجرم به پرداخت دیه نیست که مؤید روایات پیشین است.

این دو روایت در متون روایی شیعه ثبت نشده است و تنها در متون روایی اهل سنت آمده‌اند و به لحاظ سندی و دلالتی دچار ضعف هستند (فاضل هندی، ۱۴۰۵، ج ۲، ص ۴۶۶ / حسینی روحانی، ۱۴۱۲، ج ۲۶، ص ۱۱۴).

بنابراین مهم‌ترین مستند این نظریه نزد امامیه از حیث روایات روایت صحیح *عبدالله بن سنان* و روایت دوم صحیح *عبدالله بن سنان* و موثق *ابن بکیر* است که در این باره نیز گفته‌اند: هر چند ظاهر این دو روایت تخییر است؛ اما به لحاظ معارض بودن آنها با روایت *عبدالله بن سنان* (مذکور در مستندات نظریه تعیین)، روایت اخیر *عبدالله بن سنان* بر آن دو روایت مقدم است؛ چراکه این روایت موافق آیات و مخالف نظر اهل سنت می‌باشد (خوانساری، ۱۴۰۵، ج ۷، ص ۲۶۱).

لیکن چنان‌که گفته شد آیات مورد ادعا هیچ دلالتی بر مدعا ندارند، از این رو نمی‌توانند مرجح روایت *عبدالله بن سنان* (مذکور در مستندات نظریه تعیین) در مقام تعارض آن با دو روایت صحیح دیگر در نظریه تخییر باشند. علاوه بر این، همان‌طوری که گذشت، نظریه تعیین نیز بین اهل سنت طرفداران زیادی دارد؛ پس نمی‌توان گفت که روایات تعیین مخالف نظریه اهل سنت است و این مخالفت مرجح می‌باشد.

فرض می‌گیریم که مجازات اصلی این جرم، تنها قصاص باشد؛ لیکن گفتنی است

* من أصيب بدم أو خبل الخبل الجراح فهو بالخيار بين احدى ثلاث اما ان يقتص أو يأخذ العقل أو يعفو... (احمد بن حنبل، [بی تا]، ج ۴، ص ۳۱).

** من قتل له قتيل فهو بخير النظرين: إما أن يقتل وإما أن يفدى (قزوینی، [بی تا]، ج ۲، ص ۸۷۶).

که گذشتن از قصاص و انتخاب دیه از سوی ولی دم، به معنای اسقاط بخشی از حق خود است و این اسقاط نیازی به رضایت مجرم ندارد تا عدم رضایت او مانع این انتخاب ولی دم باشد، بلکه او اختیار دارد و می‌خواهد به هر دلیلی از قسمتی از حق خود بگذرد. چنان‌که هر طلبکاری حق دارد از قسمتی از طلب خود گذشت کرده و باقیمانده آن را مطالبه نماید و این عمل وی هیچ نیازی به رضایت بدهکار ندارد و بدهکار نمی‌تواند با اعلان عدم رضایت خود مانع این تصمیم طلبکار گردد (ر.ک: فاضل هندی، ۱۴۰۵، ج ۲، ص ۴۶۶ / طباطبایی، ۱۴۰۴، ج ۲، ص ۵۲۰ / حسینی روحانی، ۱۴۱۲، ج ۲۶، ص ۱۱۴).

لیکن باید توجه داشت که عفو از قصاص و مطالبه دیه، صرف گذشت از بخشی از حق توسط دارنده حق نیست، به مانند آنچه که در دین است؛ بلکه یک معاوضه است و نیاز به رضایت طرف مقابل دارد. مثل اینکه طلبکار بخواهد از تمام یا بخشی از دین در مقابل عوضی از غیر جنس طلب، گذشت نماید که این گذشت به رضایت بدهکار بستگی دارد. از این رو در صورت عدم رضایت مجرم، امکان تبدیل مجازات قصاص به دیه وجود ندارد؛ در نتیجه تخییری در بین نخواهد بود (ر.ک: علامه حلی، ۱۴۱۲، ج ۹، ص ۲۷۵ / فاضل هندی، ۱۴۰۵، ج ۲، ص ۴۶۶ / طباطبایی، ۱۴۰۴، ج ۲، ص ۵۲۰ / حسینی روحانی، ۱۴۱۲، ج ۲۶، ص ۱۱۴).

به نظر می‌رسد درباره این اشکال، این سؤال جای طرح دارد؛ اگر دست‌برداشتن دارنده حق قصاص از این حق و مطالبه دیه به جای آن، یک معاوضه صرف است، پس چرا شارع آن را «عفو» نامیده است و یکی از عناوین معاوضه یا معامله را بر آن نگذاشته است؟ علاوه بر اینکه از واژه عفو و موارد کاربرد آن استفاده می‌شود که همواره عفو به معنای گذشتن و کوتاه آمدن از تمام حق خود یا بخشی از آن است.

در جرایم غیر عمدی بر ضد تمامیت جسمانی - که جرمی سبک‌تر است - امکان گرفتن دیه وجود دارد و رضایت یا عدم رضایت جانی تأثیری ندارد؛ پس چطور می‌شود در جرایم عمدی بر ضد تمامیت جسمانی - که جرمی سنگین‌تر است - اراده ولی دم یا قربانی جرم به تنهایی برای گرفتن دیه کافی نباشد و نیاز به رضایت مجرم داشته باشد؟ قصاص حق است و به طور طبیعی دارنده آن باید بتواند این حق خود را

به مجازات سبک‌تری یعنی دیه تبدیل نماید.

اگر گفته شود که قانونگذار می‌خواهد مجازات این نوع از جرایم عمدی قصاص باشد تا موجب بازدارندگی گردد و دادن حق تبدیل قصاص به دیه، این هدف را نقض می‌کند، باید گفت: این اشکال درست نیست؛ زیرا اگر درست باشد، به حق عفو مجانی از قصاص و حق تقاضای دیه به شرط رضایت مجرم نیز این اشکال وارد است و باید بگوییم که آنها نیز با هدف قصاص ناسازگارند و نباید چنین حقی به ولی دم یا مجنی‌علیه داده شود. در حالی که می‌بینیم حق عفو مجانی از قصاص و حق تقاضای دیه به شرط رضایت مجرم پذیرفته شده است. پس به حق تبدیل قصاص به دیه نیز این اشکال وارد نیست.

حفظ حیات و سلامتی جسمانی از اموری است که برابر آموزه‌های دینی اسلام بر انسان مسلمان واجب است؛ هرچند که مستلزم پرداخت هزینه‌ای باشد. از این رو وقتی ولی دم یا قربانی جرم راضی می‌گردد، با دریافت دیه از قصاص چشم‌پوشد، پذیرش آن از سوی مجرم امری واجب است؛ چراکه حفظ حیات یا سلامتی جسمانی او در گرو آن است و به این ترتیب دیگر جایی برای اظهار رضایت یا عدم رضایت مجرم نسبت به انتخاب دیه توسط ولی یا قربانی جرم باقی نمی‌ماند (ر.ک: شهید اول، ۱۴۱۱، ص ۲۵۴ / شهید ثانی، ۱۴۱۰، ج ۱۰، ص ۹۰ / محقق اردبیلی، ۱۴۰۳، ج ۱۳، ص ۴۰۹-۴۱۰). در برابر این استدلال گفته شده است؛ فرض می‌گیریم پذیرش دیه بر مجرم برای حفظ تمامیت جسمانی اش واجب باشد؛ اما این تکلیف مجرم، حق جدیدی برای دارنده حق قصاص ایجاد نمی‌کند و حق او را از تعیینی به تخیری تغییر نمی‌دهد. به بیان دیگر، پذیرش دیه برای حفظ حیات یا سلامتی جسمی خود، تکلیفی بر دوش مجرم است که مانند سایر تکالیفش تنها مربوط به او می‌شود و در صورت عدم انجام آن، مجازات سرپیچی از دستور را دارد؛ چنان‌که کسی بر خلاف دستور شرع اقدام به خودکشی کند که پیامد خاص خود را دارد؛ لذا این تکلیف مجرم، تأثیری در توسعه دامنه حق ولی دم یا قربانی جرم ندارد (ر.ک: طباطبایی، ۱۴۰۴، ج ۲، ص ۵۲۰-۵۲۱ / حسینی روحانی، ۱۴۱۲، ج ۲۶، ص ۱۱۴-۱۱۵).

به نظر می‌رسد اگرچه این ادعا که تکلیف یک شخص، تغییری در نوع حق دیگری

ایجاد نمی‌کند، درست باشد، لیکن باید توجه داشت که دارنده حق قصاص، حق عفو را نیز داراست و وقتی که از یک سو او دارای حق عفو از قصاص و مطالبه دیه می‌باشد و از دیگر سو، مجرم نیز در صورت پیش‌آمدن چنین وضعیتی، به هر دلیلی موظف به پرداخت دیه باشد، این گزینه‌ای دیگر در کنار گزینه حق قصاص خواهد بود که بیان دیگری از تخییر است و از آنجا که در آن‌سوی این تکلیف مجرم، حق فرد دیگری وجود دارد، در صورت امتناع او از انجام این تکلیف، حاکم اسلامی می‌تواند برابر قاعده «الحاکم ولی الممتنع» او را به انجام تکلیف اجبار نماید؛ چنان‌که می‌تواند از خودکشی او جلوگیری کند.

در بین اهل سنت نیز شافعی معتقد به تخییر است؛ هرچند برخی در این موضوع از شافعی قول به تعیین را نیز نقل کرده‌اند (کاشانی، ۱۴۰۹، ج ۷، ص ۲۴۷)، ولی نظریه مشهور او تخییر است و می‌گوید: هر کس شخصی را بکشد، ولی مقتول مخیر است بین اینکه قاتل را قصاص کند یا از او دیه بگیرد و یا او را بدون دیه عفو نماید و وقتی که ولی مقتول حق دارد دیه بگیرد و از قصاص بگذرد، فرقی نمی‌کند قاتل آن را بپذیرد یا نپذیرد؛ زیرا خداوند این سلطه را به ولی دم علیه قاتل داده است (شافعی، ۱۴۰۳، ج ۶، ص ۱۰).

همچنین احمد حنبل و اکثر فقهای مدینه از اصحاب مالک و غیر او در این مسئله معتقد به تخییرند (ابن رشد حفید، ۱۴۱۵، ج ۲، ص ۳۲۸).

مستند این نظریه عبارت است از: *شبهه‌نامه نومی انسانی و مطالعات فرهنگی* (الف) روایت ابوهریره از پیامبر اسلام ﷺ که در بحث از مستندات نظریه تخییر نزد امامیه گذشت.

(ب) جرم قتل ضمان دارد و ضمانش قصاص یا دیه است. وقتی مجازات قصاص بدون ابراء ساقط گردد، دیه ثابت می‌شود (عبدالرحمن بن قدامه، [بی تا]، ج ۹، ص ۴۱۵).

(ج) با پرداخت دیه این امکان برای قاتل به وجود می‌آید که خودش را زنده کند، پس انجامش بر او لازم است (ابن قدامه، [بی تا]، الف، ج ۹، ص ۴۱۵).

چنان‌که ملاحظه می‌شود نظریه تخییر در بین اهل سنت از شهرت بیشتری برخوردار است.

در نتیجه می‌توان گفت: مهم در مستندات این دو نظریه نزد امامیه روایات هستند؛ روایت عبد‌الله بن سنان در مستندات نظریه تعیین از یک سو و دو روایت موثقه ابن‌بکیر و روایت عبد‌الله بن سنان در مستندات نظریه دوم از دیگر سو. روایت نخست تبدیل قصاص به دیه را مشروط به رضایت مجرم می‌داند؛ اما دو روایت دیگر مطلق‌اند و چنین شرطی را ذکر نمی‌کنند و از این رو بین آنها تعارض وجود دارد؛ لیکن این تعارض بدوی و ظاهری است؛ زیرا برابر قواعد اصولی در چنین مواردی دلیل مطلق بر دلیل مقید حمل می‌شود و به این شیوه به تعارض پایان داده می‌شود. علاوه بر اینکه می‌توان ادعا کرد، از آنجا که امام در این دو روایت از جهت شرط بودن رضایت یا شرط نبودن آن در مقام بیان نیست؛ لذا اطلاقی برای آنها از این جهت منعقد نمی‌شود تا تعارضی - هرچند بدوی - ایجاد گردد و نیاز به رفع داشته باشد. بر این بنیاد می‌توان نظریه تعیین را وجیه دانست.

قانونگذار نیز در ماده ۲۰۵ و ۲۵۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ از همین نظریه پیروی کرده بود و در ماده ۳۵۹ و ۳۸۱ ق.م.ا. ۱۳۹۲ نیز بر همین پیروی وفادار مانده است.

اما این بحث به همین جا پایان نمی‌پذیرد و به صورت دیگری ادامه می‌یابد؛ چنانچه تقاضای قصاص و به دنبال آن اجرائش منوط به پرداخت دیه باشد، آیا در چنین فرضی نیز نظریه تعیین صائب است؟ یا پاسخ تغییر می‌کند؟ مانند اینکه قاتل مرد و مقتول زن باشد که ولی دم حق قصاص دارد به شرط آنکه مقدار تفاوت بین دیه مرد و زن را بپردازد و همین‌طور در قصاص عضو، آنگاه که دیه آن عضو به یک سوم دیه کامل برسد.

۲. کیفیت حق قصاص در موارد نیاز به پرداخت فاضل دیه

۲-۱. حق قصاص در جنایت عمدی مرد بر ضد تمامیت جسمانی زن در قانون مجازات اسلامی

قانونگذار در قانون حدود و قصاص سال ۱۳۶۱ که نخستین قانون کیفری بر اساس فقه

جزایی اسلام پس از پیروزی انقلاب اسلامی ایران بود، نظریه تخییر را ترجیح داده و در ماده ۴۴ این قانون مقرر کرده بود: «هرگاه مردی زنی را به قتل برساند، ولی دم مخیر است بین قصاص با پرداخت نصف دیه کامل به قاتل و بین مطالبه دیه زن از قاتل».

لیکن در ماده ۲۰۹ ق.م.ا. ۱۳۷۰ مجازات قتل عمدی زن مسلمان توسط مرد مسلمان را قصاص و حق اولیای دم قرار داد؛ ولی مشروط به پرداخت نصف دیه مرد توسط اولیای دم زن به مرد قاتل: «هرگاه مرد مسلمانی عمداً زن مسلمانی را بکشد محکوم به قصاص است لیکن باید ولی زن قبل از قصاص قاتل نصف دیه مرد را به او بپردازد».

از این ماده می‌توان فهمید که حق قصاص اولیای دم زن، حقی تعیینی است و آنها حق دیگری را به نحو استقلالی در عرض قصاص ندارند؛ هرچند می‌توانند با رضایت جانی به جای قصاص مطالبه دیه نمایند؛ چنان‌که ماده ۲۵۷ ق.م.ا. ۱۳۷۰ به آن تصریح می‌کند. بنابراین مجازات اصلی و اولی در جنایت عمدی مرد بر ضد تمامیت جسمانی زن قصاص است و دیه یک واکنش جایگزین است که مشروط به رضایت جانی است و بدون رضایت او یک گزینه بیشتر پیش روی اولیای دم نیست و به عبارت دیگر، قصاص در اینجا نیز حق تعیینی اولیای دم است.

لیکن قانونگذار در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ در موضوع جرم جنایت عمدی مرد بر ضد تمامیت جسمانی زن، نسبت به قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰ تغییر موضع داده و برای رفع چالش موجود به ویژه در بحث قصاص مرد در برابر زن در ماده ۳۶۰ ق.م.ا. ۱۳۹۲ پذیرفته است که اولیای دم زن، علاوه بر داشتن حق قصاص، می‌توانند به نحو استقلالی حق تقاضای دیه را نیز داشته باشند و در گرفتن دیه نیازی به رضایت جانی ندارند: «در مواردی که اجرای قصاص، مستلزم پرداخت فاضل دیه به قصاص شونده است، صاحب حق قصاص، میان قصاص با رد فاضل دیه و گرفتن دیه مقرر در قانون ولو بدون رضایت مرتکب مخیر است».

بر این اساس، حکم ماده مذکور عام است و تمامی مواردی را که قصاص نیازمند پرداخت فاضل دیه است دربر می‌گیرد که قصاص مرد در برابر زن نیز یکی از مصادیق حکم این ماده است؛ لذا اولیای دم زن مخیر بین دو حق استقلالی هستند: حق تقاضای قصاص و حق تقاضای دیه. پس حق قصاص در اینجا یک حق تخییری است.

۲-۲. حق قصاص در جنایت عمدی مرد بر ضد تمامیت جسمانی زن در فقه جزایی اسلام

از اندیشه‌های فقهی امامیه در این باره می‌توان به دو نظریه دست یافت:

۲-۲-۱. نظریه تعیین

بیشتر فقهای امامیه بر این باورند که مجازات جرایم عمدی بر ضد تمامیت جسمانی، قصاص و تعیینی است و بدلی در عرض آن وجود ندارد و در این باره جنسیت مجرم و مجنی‌علیه تأثیری ندارد. یعنی اگر مجرم مرد و مجنی‌علیه زن باشد نیز مجازات قصاص و تعیینی است. شیخ مفید از قدمای فقهای امامیه در این باره می‌نویسد: «وقتی مردی به عمد زنی را بکشد و اولیای زن تصمیم به اخذ دیه بگیرند، قاتل اگر راضی به آن شد باید آن را بپردازد (شیخ مفید، ۱۴۱۰، ص ۷۳۹).

گفتنی است اینکه می‌گوییم بیشتر فقها بر این عقیده‌اند، به این جهت است که این نظریه توسط آنها در اصل مجازات جرایم عمدی بر ضد تمامیت جسمانی به طور کلی مطرح شده است، نه اینکه در خصوص موردی که مجرم مرد و مجنی‌علیه زن باشد نیز به آن تصریح کرده باشند و اگر ملاک تصریح باشد، باید گفت تنها بعضی از آنها در خصوص موردی که مجرم مرد و مجنی‌علیه زن باشد این نظریه را به صراحت بیان کرده‌اند (ر.ک: حلی، ۱۴۱۰، ج ۳، ص ۳۵۰ / نجفی، ۱۳۶۷، ج ۲، ص ۸۲ / خمینی، [بی تا]، ج ۲، ص ۵۱۹).

مستند این نظریه همان مستنداتی است که در بحث پیشین گذشت؛ البته در تکمیل آن استدلال‌ها گفته شده است: اصل در این نوع از جرایم، قصاص است و دیه متوقف بر تراضی می‌باشد و امتناع یا اعسار دارنده حق قصاص موجب ایجاد گزینه‌ای دیگر در کنار گزینه قصاص نمی‌شود؛ نهایت چیزی که این امر اقتضا می‌کند، به تأخیرافتادن قصاص تا زمان تمکن پیدا کردن دارنده حق قصاص برای پرداخت فاضل دیه و اجرای قصاص است (نجفی، ۱۳۶۷، ج ۲، ص ۸۲).

چنان‌که گذشت قانونگذار در ماده ۲۵۸ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ از این

نظریه پیروی کرده بود.

۲-۲-۲. نظریه تخییر

نظریه دیگر در این بحث نظریه تخییر است و علاوه بر ابن جنید و ابن ابی عقیل که به طور کلی در بحث جنایت عمدی بر ضد تمامیت جسمانی قائل به تخییر هستند، برخی دیگر از فقیهان فقط در خصوص همین بحث بر این باورند؛ در هر موردی که قصاص نیاز به پرداخت فاضل دیه دارد، دارنده حق قصاص، حق تقاضای دیه را نیز دارد بدون اینکه نیازی به رضایت جانی باشد (ر.ک: شیخ طوسی، [بی تا]، ص ۷۴۷-۷۴۸ / حلبی، ۱۴۰۳، ص ۳۸۳-۳۸۴ / خوئی، ۱۴۰۷، ج ۲، ص ۲۸ / حسینی روحانی، ۱۴۱۲، ج ۲۶، ص ۱۱۵).

یکی از اساطین فقه امامیه در این باره می‌نگارد:

اگر مردی به عمد زنی به قتل برساند و اولیای زن بخواهند قاتل را قصاص کنند، می‌توانند البته به شرط اینکه فاضل دیه مرد نسبت به دیه زن یعنی پنج هزار درهم یا ... را پردازند و اگر فاضل دیه را پردازند به هیچ وجه نمی‌توانند قصاص را اجرا کنند و اگر دیه مطالبه کنند، حق دریافت دیه کامل زن را دارند (شیخ طوسی، [بی تا]، ص ۷۴۷-۷۴۸).

مستند نظریه تخییر عبارت است از:

روایات: روایات قابل استناد در این باره متعدد است (ر.ک: حر عاملی، ۱۴۱۴، ج ۲۹، ص ۸۰-۸۷) که در اینجا فقط به برخی از آنها می‌پردازیم:

الف) روایت صحیح عبد‌الله بن سنان از امام صادق ع درباره مردی که به عمد زنش را کشت؛ امام فرمود: «اگر اولیای زن خواستند قاتل را قصاص کنند، قصاص می‌کنند؛ اما نصف دیه قاتل را به اولیای او می‌پردازند و اگر خواستند نصف دیه یعنی پنج هزار درهم می‌گیرند».*

ب) روایت صحیح عبد‌الله بن مسکان از امام صادق ع که فرمود: «چنانچه مردی زنی را بکشد، اگر اولیای دم قصاص بخواهند، باید فاضل دیه مرد نسبت به دیه زن را پردازند و مرد قاتل را در مقابل زن مقتول قصاص کنند و اگر قصاص نخواهند، دیه کامل زن را

* ان شاء اهلها ان یقتلوه قتلوه و یؤدوا الی اهله نصف الدیة و ان شاءوا اخذوا نصف الدیة خمسة آلاف درهم.» (حر عاملی، ۱۴۱۴، ج ۲۹، ص ۸۰).

می گیرند که نصف دیه مرد است».*

(ج) از امام باقر^{علیه السلام} روایت شده است:

مردی را نزد رسول خدا^{صلی الله علیه و آله} آوردند که با ستون خیمه بر سر زن بارداری زده و او را کشته بود؛ رسول خدا^{صلی الله علیه و آله} اولیای زن را مخیر کرد که پنج هزار درهم دیه بگیرند و قاتل یک برده یا کنیز به جهت حملی که در شکم زن بود آزاد کند و یا اولیای دم پنج هزار درهم به اولیای قاتل بدهند و او را قصاص کنند.**

برابر این روایات اولیای دم در صورت تمایل می توانند تقاضای قصاص به شرط پرداخت نصف دیه مرد یا تقاضای دیه نمایند، بدون اینکه نیازی به موافقت مجرم داشته باشد. به دیگر بیان، در مواردی که قصاص مرد در برابر زن نیازمند پرداخت فاضل دیه است، ولی دم یا قربانی جرم بین انتخاب قصاص با پرداخت دیه و انتخاب دیه مخیر می باشد (ر.ک: خوئی، ۱۴۰۷، ج ۲، ص ۲۸).

اضافه بر این روایات، برخی نیز به قاعده «لایبطل» استدلال کرده اند با این بیان که اگر حق انتخاب دیه در کنار گزینه انتخاب قصاص، برای دارنده حق قصاص نباشد، لازم می آید در مواردی خون مسلمان هدر رود و شارع راضی به آن نمی باشد؛ مانند اینکه دارنده حق قصاص تمکن از پرداخت دیه نداشته باشد و قاتل هم حاضر به پرداخت دیه نباشد (موسوی خوئی، ۱۴۰۷، ج ۲، ص ۲۸). به دیگر سخن، نظریه تعیین در این جا با قاعده «لایبطل دم امرأ مسلم» ناسازگار است.

با در نظر گرفتن مستندات این دو نظریه، نظریه تخیر قوی تر می نماید؛ چراکه روایات موجود در این باره، از جمله روایات مذکور به وضوح بر این مطلب دلالت دارد که اولیای دم زن در صورت تمایل می توانند دیه تقاضا نمایند؛ بدون اینکه سخنی از رضایت مجرم به میان آورده باشد و از آنجا که شارع در مقام بیان است، اگر شرطی ضروری بود، باید بیان می فرمود.

* ... و اذا قتل الرجل المرأة فان ارادوا القود ادوا فضل دية الرجل (على دية المرأة) و اقادوه بها و ان لم يفعلوا قبلوا الدية، دية المرأة كاملة و دية المرأة نصف دية الرجل (حر عاملی، ۱۴۱۴، ج ۲۹، ص ۸۱).

** اتی رسول الله صلی الله علیه و آله وسلم برجل قد ضرب امرأة حاملا بعمود الفسطاط فقتلها، فخير رسول الله صلی الله علیه و آله وسلم اولیائها ان ياخذوا الدية خمسة آلاف درهم و غرة و صيف او وصيفة للذی فی بطنها، او يدفعوا الی اولیاء القاتل خمسة آلاف و يقتلوه (حر عاملی، ۱۴۱۴، ج ۲۹، ص ۸۲).

روایات عام باب قصاص نیز مشکلی بر سر راه استناد به این روایات ایجاد نمی‌کنند؛ زیرا آنها عام و اینها خاص هستند و برابر قواعد اصولی با تخصیص روایات عام توسط روایات خاص، مشکل تعارض ظاهری این دو گروه از روایات حل می‌گردد.

چنان‌که گذشت قانونگذار در قانون حدود و قصاص سال ۱۳۶۱ از همین دیدگاه پیروی نموده بود و در ماده ۴۴* این قانون مقرر کرده بود؛ لیکن در ماده ۲۵۸** قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ از این نظریه برگشت و به نظریه تعیین روی آورد. و مجدد در سال ۱۳۹۲ در ماده ۳۶۰*** ق.م.ا به پیروی از نظریه تخییر برگشته است و در مواردی که اجرای قصاص نیازمند پرداخت فاضل دیه است، مانند قصاص مرد در برابر زن، پذیرفته است که اولیای دم علاوه بر حق قصاص، بتوانند بدون رضایت قاتل تقاضای دیه نمایند.

نتیجه

قانونگذار در موضوع جنایت عمدی بر ضد تمامیت جسمانی به طور کلی در قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰ و نیز قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ مجازات قصاص به صورت مجازات تعیینی وضع کرده است و آن را حق اولیای دم یا مجنی‌علیه حسب مورد قرار داده است و در عرض آن مجازات دیگری را قرار نداده است و دریافت دیه را منوط به رضایت جانی و در طول قصاص پذیرفته است و در این قانونگذاری از نظریه مشهور فقهای امامیه پیروی کرده است که مهم‌ترین مستند مشهور فقهای امامیه در این نظریه روایت صحیح *عبدالله بن سنان* از امام صادق علیه السلام است. البته بین فقهای اهل سنت نیز نظریه تعیینی بودن حق قصاص مورد پذیرش *ابوحنیفه*، *مالک* و *احمد حنبل* در یکی از دو

* ماده ۴۴: هرگاه مردی زنی را به قتل رساند ولی دم مخیراست بین قصاص با پرداخت نصف دیه امل به قاتل و بین مطالبه دیه زن از قاتل.

** ماده ۲۵۸: هرگاه مردی زنی را به قتل رساند ولی دم حق قصاص قاتل را با پرداخت نصف دیه دارد و در صورت رضایت قاتل می‌تواند به مقدار دیه یا کمتر یا بیشتر از آن مصالحه نماید.

*** ماده ۳۶۰: در مواردی که اجرای قصاص، مستلزم پرداخت فاضل دیه به قصاص شونده است، صاحب حق قصاص، میان قصاص با رد فاضل دیه و گرفتن دیه مقرر در قانون ولو بدون رضایت مرتکب مخیر است.

نظرش است؛ اما چنانچه کیفیت جنایت به گونه‌ای باشد که اجرای حق قصاص منوط به پرداخت فاضل دیه باشد، مانند قصاص مرد در برابر زن، قانونگذار در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ نسبت به قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰ تغییر موضع داده است و برای مقابله با چالش موجود در قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰، در عرض وضع مجازات قصاص، مجازات دیه را نیز برای اولیای دم یا مجنی‌علیه حسب مورد بدون نیاز به اخذ رضایت جانی، به رسمیت شناخته است و به دیگر بیان، مجازات چنین جرمی را یکی از دو مجازات (قصاص یا دیه) به صورت تخییری قرار داده است و در این تغییر موضع از نظریه غیر مشهور فقهای امامیه پیروی کرده است که مهم‌ترین مستند طرفداران نظریه تخییر در فقه امامیه، روایت صحیح عبدالله بن مسکان از امام صادق علیه السلام و روایت صحیح عبدالله بن مسکان از امام صادق علیه السلام و قاعده لایبطل می‌باشد.

منابع

- * قرآن كريم.
١. ابن قدامه، عبدالرحمن؛ شرح كبير؛ بيروت: دارالكتاب العربي، [بى تا]، الف.
 ٢. ابن قدامه، عبدالله بن احمد؛ المغنى؛ بيروت: دارالكتاب العربي، [بى تا]، ب.
 ٣. اردبيلى (محقق اردبيلى)، احمد؛ مجمع الفائدة والبرهان؛ ج ١٣، جامعه مدرسين، قم: ١٤٠٣ق.
 ٤. اسدى (علامه حلى)، حسن بن يوسف؛ قواعد الاحكام؛ ج ٣، چ ١، قم: مؤسسة النشر الاسلامى، ١٤١٣ق.
 ٥. —؛ مختلف الشيعه؛ ج ٩، چ ١، قم: مؤسسة النشر الاسلامى، ١٤١٢ق.
 ٦. اصفهانى (فاضل هندی)، محمد بن حسن؛ كشف اللثام؛ ج ٢، قم: مكتبة آيت الله مرعشى نجفى، ١٤٠٥ق.
 ٧. حر عاملی، محمد بن حسن؛ وسائل الشيعه؛ ج ١٥، ٢٩ و ٢٢، چ ٢، قم: مؤسسة آل البيت، ١٤١٤ق.
 ٨. حسينى روحانى، سيد محمد صادق؛ فقه صادق؛ ج ٢٦، چ ٢، قم: مؤسسة دارالكتاب، ١٤١٢ق.
 ٩. حفيد، ابن رشد؛ بداية المجتهد و نهاية المقتصد؛ [بى جا]، دارالفكر، ١٤١٥ق.
 ١٠. حلى (ابن زهرة)؛ حمزه بن على؛ غنية النزوع؛ ج ١، قم: مؤسسة الامام الصادق، ١٤١٧ق.
 ١١. حلى (ابو اصلاح)؛ تقى الدين؛ كافى؛ اصفهان: مكتبة الامام امير المؤمنين، ١٤٠٣ق.
 ١٢. حلى (محقق حلى)، جعفر بن حسن؛ شرائع الاسلام؛ ج ٤، چ ٢، بيروت: دارالاضواء، ١٤٠٣ق.
 ١٣. حلى، محمد بن ادریس؛ سرائر؛ ج ٣، چ ٢، قم: جامعة المدرسين، ١٤١٠ق.

١٤. خميني، روح الله؛ تحرير الوسيلة؛ ج ٢، قم: دارالكتب العلمية اسماعيليان، [بى تا].
١٥. خوئى، سيدابوالقاسم؛ تكملة المنهاج الصالحين؛ ج ٢٨، قم: نشر مدينة العلم، ١٤١٠ق.
١٦. —؛ مباني تكملة المنهاج؛ ج ٢، قم: دار الهادى، ١٤٠٧ق.
١٧. خوانسارى، سيداحمد؛ جامع المدارك؛ ج ٧، ج ٢، تهران: مكتبة الصدوق، ١٤٠٥ق.
١٨. شافعى، محمدبن ادريس؛ كتاب الام؛ ج ٢، بيروت: دارالفكر، ١٤٠٣ق.
١٩. طباطبائى، سيدعلى؛ رياض المسائل؛ ج ٢، قم: مؤسسه آل البيت، ١٤٠٤ق.
٢٠. طوسى (ابن حمزه)، محمدبن على؛ وسيله؛ ج ١، قم: مكتبة آيت الله مرعشى، ١٤٠٨ق.
٢١. طوسى (شيخ طوسى)، محمدبن حسن؛ المبسوط؛ ج ٧، تهران: المكتبة المرتضوية، ١٣٨٧.
٢٢. —؛ النهاية؛ قم: منشورات قدس، [بى تا].
٢٣. عاملى (شهيد ثانى)، زين الدين بن على؛ روضه البهيه؛ ج ١٠، ج ١، قم: انتشارات داورى، ١٤١٠ق.
٢٤. عكبرى بغدادى (شيخ مفيد)، محمدبن محمد؛ المقنعة؛ ج ٢، قم: جامعه المدرسين، ١٤١٠ق.
٢٥. قزوينى، محمدبن يزيد؛ سنن ابن ماجه؛ ج ٢، بيروت: دارالفكر، [بى تا].
٢٦. كاشانى، علاء الدين بن مسعود؛ بدائع الصنائع؛ ج ١، باكستان: المكتبة الحبيبية، ١٤٠٩ق.
٢٧. مكى عاملى (شهيد اول)، محمدبن جمال الدين؛ اللعة الدمشقيه؛ ج ١، قم: دارالفكر، ١٤١١ق.
٢٨. نجفى، محمدحسن؛ جواهر الكلام؛ ج ٤٢، ج ٢، تهران: دارالكتب الاسلاميه، ١٣٦٧.