

علمی-پژوهشی

ضمان قتل ناشی از جماع در فقه و حقوق کیفری ایران^۱

مدیحه هاشم‌پور *

هادی عظیمی گرکانی **

سید رضا احسان‌پور ***

چکیده

جماع و رابطه جنسی عموماً از اسباب و طرق قتل دیگری نیست. با این وجود، ابتلای احد شرکا به بیماری آمیزشی واگیردار مهلک و نیز عنف در امر جماع می‌تواند موجب قتل گردد. در خصوص مورد نخست، آگاهی فرد از وضعیت ابتلاء به بیماری، طرق انتقال و کشنده بودن آن، شرط تلقی عمد از جماع منجر به فوت است و در فرض عدم آگاهی به هریک از این مؤلفه‌ها و نیز اتخاذ تدابیر پیشگیری از انتقال، دیه ثابت خواهد شد که حسب مورد توسط خود فرد یا عاقله پرداخت می‌گردد. اگر فوت به دلیل عنف و صعوبت در امر جماع بوده باشد، نظر مشهور فقها بر ضمان مستوجب دیه بر عهده جانی است هرچند برخی به استناد «عدم ترتب ضمان بر انجام فعل مجاز» مخالف این دیدگاه هستند. برخی نیز قایل به تفصیل شده و ثبوت دیه را تنها در جایی دانسته‌اند که تهمت اختلاف زوجین وجود داشته باشد. به نظر می‌رسد در صورت احراز تهمت، ولی دم می‌تواند تقاضای اجرای قسامه نماید و در غیر این صورت، اصل بر عدم ضمان است. در حقوق موضوعه ایران، صراحتی بر این حکم یافت نمی‌شود؛ لیکن از خلال سرفصل‌های مختلف قانونی قابل استنتاج است.

کلید واژه‌ها: جماع، بیماری آمیزشی، عنف، ضمان.

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۰۵/۱۳

۱- تاریخ وصول: ۱۳۹۸/۱۱/۲۵

* گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد تهران مرکزی، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران.

** استادیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد تهران مرکزی، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران (نویسنده

مسئول) Garekani1339@yahoo.com

*** استادیار گروه حقوق، دانشگاه شاهد، تهران، ایران

۱- مقدمه

جماع و رابطه جنسی از شوونات زندگی است و عموماً وسیله‌ای برای ارتکاب قتل به شمار نمی‌آید. شاید بتوان گفت که جماع، غیر مستقیم‌ترین شیوه برای کشتن دیگری است (Elliott, 2002, p.23). با این وجود، تصور حدوث مرگ حین جماع و حتی مبادرت به قتل دیگری از این طریق، فرضی غیرمحتمل نیست. این امکان وجود دارد که احد شرکای جنسی بدلیل صعوبت و یا خشونت در امر جماع و یا بدلیل وضعیت جسمی خاص خود تلف شود و یا حتی بدلیل ابتلای احد طرفین به بیماری واگیر کننده مانند هپاتیت و یا ایدز فوت نماید. در اینجا از یک سو، نوع عمل ارتكابی موجب تلف و از سوی دیگر فروض مختلف مربوط به آگاهی فرد از وضعیت خود و یا شریک جنسی و نیز مؤلفه بسیار مهم «جواز عمل ارتكابی»، مباحث فقهی و حقوقی قابل تأملی را موجب خواهد شد. بر این اساس پژوهش پیش رو، در دو بخش، قتل ناشی از انتقال بیماری آمیزشی واگیردار به شریک جنسی (بخش اول) و قتل ناشی از صعوبت در جماع (بخش دوم) و فروض محتمل در هر یک و ضمان ناشی از آن را بررسی خواهد کرد.

۲- قتل ناشی از انتقال بیماری آمیزشی واگیردار به شریک جنسی

مطابق این فرض، آقای الف که مبتلا به یکی از انواع بیماری‌های آمیزشی است بدلیل تماس جنسی غیرحفاظت شده، عامل بیماری مهلک را به دیگری انتقال داده و موجب مرگ وی می‌شود. در اینجا برای تشخیص نوع قتل و ضمان ناشی از آن، توجه به چند نکته حایز اهمیت است: (۱) آیا فرد مبتلا از ابتلای خود به بیماری اطلاع داشته است؟ (۲) آیا وی از ماهیت بیماری (قابلیت سرایت، شیوه انتقال و ویژگی کشنده بودن آن) آگاه بوده است؟ (۳) در فرض آگاهی به دو مورد فوق، آیا وی شریک جنسی خود را از بیماری خویش آگاه کرده و رضایت وی را اخذ نموده است؟ (۴) در فرض اخذ رضایت، آیا رضایت تحصیل شده، آگاهانه و آزادانه بوده است؟ (۵) در فرض عدم طرح موضوع به شریک جنسی و عدم اخذ رضایت آیا فرد مبتلا از وسایل پیشگیری جهت جلوگیری از انتقال بیماری استفاده کرده و یا نسبت به سلامت شریک جنسی خود بی‌پروا بوده است؟ (۶) آیا مرتکب قصد قتل شریک خود را داشته و یا صرفاً هدف وی التذاذ جنسی بوده است؟

ضمان ناشی از جماع منجر به تلف، حسب پاسخ به هر یک از سؤالات فوق متفاوت خواهد بود. در

مجموع و در مقام بررسی به پرسش‌های فوق، نتایج زیر قابل ارائه است:

(۱) چنانچه کسی مبادرت به رابطه جنسی را وسیله‌ای برای قتل دیگری قرار دهد، عمل وی قتل عمد و مستوجب قصاص خواهد بود. در اینجا لازمه عمدی بودن رفتار مجرمانه آگاهی فرد از دو مقوله ذیل است: نخست آگاهی از وضعیت ابتلای خود به بیماری و دوم آگاهی از مفهوم این بیماری، طرق انتقال آن به غیر و نیز ماهیت کشنده آن. از اینرو چنانچه فرد مبتلا از هر یک از دو مقوله مذکور آگاهی نداشته باشد، قصد مجرمانه وی احراز نخواهد شد و قتل از نوع شبه عمد خواهد بود (محسنی، بی تا، ۲۹۸). این احتمال وجود دارد که مرتکب علیرغم آگاهی از ماهیت کشنده بودن بیماری و طرق انتقال آن، به تصور عدم ابتلاء، مبادرت به جماع و تلف شریک جنسی خود نماید. برخی بیماری‌های واگیردار مانند ایدز، دارای دوره نهفتگی موسوم به «دوره پنجره» هستند. انجام آزمایش نیز نمی‌تواند ابتلای واقعی فرد را مشخص کند. در این دوره، فرد به شدت عفونی بوده و ناقل بیماری به‌شمار می‌آید؛ بدون آنکه خود اطلاعی از وضعیت مزبور داشته باشد. در اینجا، جماع منتهی به تلف از نوع عمد نخواهد بود (احسان‌پور، ۱۳۸۷، ۱۴۲).

مسأله دیگر وضعیت فردی است که به دلیل انجام رفتارهای پرخطر (رابطه جنسی غیرحفاظت شده متعدد با زنان فاحشه و نیز تمایلات همجنس‌گرایانه) در مظان ابتلاء به بیماری آمیزشی واگیردار بوده لکن در این خصوص آزمایش و بررسی‌های لازم را انجام نداده است. اگر حقیقتاً وی مبتلا بوده و با جماع موجب انتقال بیماری شود، چنین فردی در حکم عالم به وضعیت ابتلا به‌شمار می‌آید یا جاهل به آن؟ آیا در اینجا می‌توان ادعا کرد که شیوه زندگی فرد به گونه‌ای بوده که «می‌بایست» بداند که مبتلا به بیماری آمیزشی واگیردار است؟ در اینجا ابتلای طرف‌های مقابل به بیماری واگیردار مانند ایدز قطعی نیست و در صورت ابتلای احد اطراف، سرایت بیماری نامبرده هرچند محتمل لکن حتمی نمی‌باشد. کسی که علم به ابتلای خود ندارد، هیچگاه نمی‌تواند به قصد قتل دیگری مبادرت به رفتارهای موجب انتقال بیماری نماید. در خصوص نوعاً کشنده بودن رفتار نیز، صرف احتمال ابتلاء کفایت نمی‌کند و قید «آگاهی» منصرف از حالت حدس و گمان است (عباسی و دیگران، ۱۳۸۷، ۱۳۲).

(۲) در خصوص وضعیتی که فرد مبتلا علیرغم آگاهی از ابتلای خود به بیماری واگیردار (جهت نیل به حداکثر لذت جنسی، بدون وسیله پیشگیری) مبادرت به رابطه با شریک خود کرده و درخصوص انتقال بیماری و احتمال تلف وی هرچند فاقد قصد نتیجه (قصد قتل) است، اما بی‌پروایی و بی‌تفاوتی نشان می‌دهد، می‌توان قائل به قتل عمد بود. به زعم برخی حقوقدانان، در اینجا رفتار مرتکب تنها رابطه جنسی و نه انتقال بیماری است و رفتار جنسی نیز فی‌نفسه فعل مجرمانه به‌شمار نمی‌آید و آنچه که موجب مرگ

بزه‌دیده شده انتقال بیماری است که به هیچ وجه مدّ نظر مرتکب نبوده است؛ از اینرو با فقدان قصد فعل مجرمانه (انتقال بیماری) مورد از مصادیق قتل خطایی و نه عمدی خواهد بود (احسان‌پور و دیگران، ۱۳۹۱، ۱۱۷). این مورد متفاوت از موردی است که فرد، مبادرت به تزریق سم به دیگری می‌کند چه آنکه از فعل تزریق سم جز قصد مسموم نمودن طرف مقابل را نمی‌توان انتظار داشت.

در پاسخ به نظر فوق می‌توان گفت که در اینجا قصد انتقال بیماری واگیردار، به تبع رابطه جنسی، مفروض انگاشته می‌شود. فرض کنید آقای الف جهت گوش مالی دادن به دیگری با چاقوی آلوده به سم (که از سمی بودن آن آگاه است) خراشی غیر کشنده را به بدن دیگری وارد می‌آورد که به دلیل سرایت سم به بدن مجنی‌علیه موجب مرگ وی می‌گردد. در این جا هم (مانند مثال رابطه جنسی توسط فرد مبتلا به بیماری واگیردار) مرتکب تنها قصد وارد کردن خراش و نه مرگ بزه‌دیده را دارد در حالی که آنچه موجب مرگ شده سرایت سم و نه خراش جزئی است؛ با این حال کسی در عمدی بودن قتل تردیدی به خود راه نخواهد داد زیرا «سم» و «چاقوی مسموم» قابل تفکیک از هم نیست و «قصد ایراد جراحت با چاقوی مسموم» ملازم با «قصد مسموم نمودن دیگری» است. در بحث ما نیز کسی که از ابتلای خود به بیماری واگیردار آگاهی داشته و مع‌الوصف مبادرت به رابطه جنسی غیرحفاظت شده می‌نماید، قصد انتقال بیماری به دیگری را حسب «قاعده تلازم» دارا است و از اینرو قصد فعل مجرمانه مفروض قرار می‌گیرد. با فرض وجود قصد فعل، در صورت نوعاً کشنده بودن بیماری واگیردار، مورد از مصادیق بند ب ماده ۲۹۱ ق.م.ا خواهد بود (احسان‌پور، ۱۳۸۸، ۳۵).

به عقیده نگارنده باید میان حالتی که بین رفتار مرتکب و نتیجه حاصل از رفتار وی تلازم منطقی وجود دارد با زمانی که تلازم مزبور مفقود است، قائل به تفاوت شد. به‌عنوان مثال اگر زنی که با علم به ابتلای خود به بیماری ایدز جهت التذاذ جنسی مبادرت به رابطه جنسی غیرحفاظت شده نماید، قصد فعل وی تنها مبادرت به رابطه جنسی و نه انتقال ایدز است و از لحاظ علمی میان فعل وی و انتقال ایدز تلازم منطقی وجود ندارد و ابتلای شریک جنسی از این طریق (برخلاف موردی که مرد، مبتلای به این بیماری است) غیر محتمل است؛ فلذا نمی‌توان عمل را قتل عمد دانست.

(۳) در خصوص وضعیتی که فرد از ابتلای خود به بیماری واگیر جنسی آگاهی داشته لیکن (بدلایل متعدد) بدون اطلاع به طرف مقابل و صرفاً با رعایت جوانب احتیاط مانند استفاده از وسایل پیشگیری، مبادرت به جماع نموده و بدلیلی همچون پاره شدن کاندوم، سرایت بیماری صورت گرفته و منجر به تلف

شریک جنسی شده است، می‌توان حکم به خطایی بودن قتل داد. در اینجا قصد فعل، تنها قصد برقراری رابطه جنسی و نه انتقال بیماری است و بین رابطه و انتقال بیماری نیز تلازمی وجود ندارد. شخص مبتلا، تمامی تدابیر منطقی برای جلوگیری از سرایت را اتخاذ نموده است. حتی به نظر، نمی‌توان عدم اعلام وضعیت ابتلا به بیماری آمیزشی واگیردار را تقصیر به شمار آورد. از اینرو در صورت ابتلای شریک جنسی به بیماری واگیر منجر به فوت، بدلیل فقدان قصد فعل در مرتکب، قتل از نوع خطایی خواهد بود (مصطفوی و دیگران، ۱۳۹۱، ۲۲۰). برخی از حقوقدانان در تأیید این امر گفته‌اند: «جرم‌انگاری رفتارهای مبتلایان به ایدز (به عنوان گونه‌ای از بیماری آمیزشی واگیردار) که در روابط جنسی خود، هرچند شریک خویش را از وضعیت ابتلای خود آگاه نساخته ولی حقیقتاً به دنبال اتخاذ تدابیر پیش‌گیرنده و یا کاستن از خطر انتقال عفونت هستند، تا حدودی غیر منصفانه است. هم‌چنین ممکن است با چنین رویکردی به‌طور بالقوه، رفتار گروه کثیری از کسانی که به انجام رابطه جنسی سالم می‌پردازند ولی به دلایل مختلفی نمی‌توانند وضعیت ابتلای خود به بیماری آمیزشی را برای دیگر شرکای خویش آشکار نمایند، موضوع جرم‌انگاری قرار گیرد. در حقیقت فرض مسوولیت برای چنین رفتارهایی، استفاده نادرست از حقوق جزا است و در تعارض مستقیم با اهداف سیاست بهداشت عمومی قرار دارد.» (Elliott, 2002, p.23).

(۴) چنانچه فرد مبتلا به بیماری واگیردار، وضعیت خود را به طرف مقابل اطلاع داده لکن شریک جنسی به دلایلی (همچون اهمیت ندادن به موضوع، خطر اندک سرایت، هیجان جنسی و یا تمایل به فرزندآوری) به این رابطه منجر به تلف رضایت داده باشد، رضایت مزبور اسباب اباحه مسوولیت مرتکب نخواهد بود زیرا جرم، عملی مخل نظم اجتماعی است و غرض از تأسیس مجازات بیش از هر چیز، حفظ نظم و دفاع از منافع عمومی جامعه است. قانون جزا از قوانین آمره محسوب و قوانین جزایی بیشتر در جهت استقرار نظم عمومی و بقای جامعه تدوین شده‌اند (نوربها، ۱۳۸۵، ۳۱۶). علمای حقوق و رویه قضایی هیچ‌گاه رضایت مجنی‌علیه را مؤثر در ماهیت جرم نشناخته و آن را از کیفیات موجهه جرم قلمداد نکرده‌اند (اردبیلی، ۱۳۹۸، ۱، ۱۸۸).

آنچه که در موارد چهارگانه فوق در خصوص مسوولیت کیفری ناشی از انتقال بیماری آمیزشی واگیردار گذشت، اعم از جماع مشروع (=رابطه جنسی زن و شوهر) و یا رابطه جنسی متعارف (= غیر همجنس‌گرایی) و غیر آن است. همچنین قابلیت صدق برخی عناوین کیفری مانند انتقال بیماری آمیزشی

واگیردار (به موجب قانون طرز جلوگیری از بیماری‌های آمیزشی و واگیردار مصوب ۱۳۲۰) و یا صدق سایر عناوین کیفری حدی (حسینی و دیگران، ۱۳۹۵، ۱۰۵) در مقام تعدد، خارج از حوزه این پژوهش است.

۳- قتل ناشی از صعوبت در جماع

صعوبت در جماع می‌تواند بدلیل تعدد رابطه جنسی در یک نوبت یا طولانی بودن زمان آمیزش، خشونت در وطی، مبادرت به رابطه مقعدی و یا وضعیت خاص جسمانی شریک جنسی (بزرگی آلت تناسلی، تنگی مهبل یا بیماری احد شرکا) باشد. اگرچه متبادر از «جماع»، رابطه مشروع مرد با حلیله خود است، لکن حکم موضوع عموماً می‌تواند (۱) در رابطه نامشروع (زنا)، (۲) همجنس‌گرایی (لواط) و نیز (۳) صعوبت از جانب زوجه صدق نماید. در مجموع می‌توان در خصوص حکم قتل ناشی از صعوبت در جماع قائل به سه نظر شد: ضمان، جواز و تفصیل.

۳-۱- ضمان

نظر مشهور فقهای شیعه، ثبوت ضمان در صورت تلف شریک جنسی است. چنانچه عنف در وطی، به قصد قتل بوده و یا نوعاً موجب تلف باشد، (مشروط به آگاهی فرد از کشنده بودن رفتار خود) قصاص ثابت می‌گردد (طباطبایی، ۱۴۰۴، ۲، ۵۳۴). لکن چنانچه عمل نوعاً کشنده نبوده (که عموماً نیز اینگونه نیست) و یا مثلاً زوج نسبت به کشنده بودن رفتار خود جاهل بوده باشد، دیه شبه عمد را ضامن خواهد بود. شهید ثانی (۱۴۱۳، ۱۵، ۲۳۰)، شیخ مفید (۱۴۱۰، ۷۴۷)، فاضل هندی (۱۴۱۶، ۱۱، ۲۴۸)، فاضل مقداد (۱۴۰۴، ۴، ۴۷۲)، ابن فهد (۱۴۰۷، ۵، ۲۶۵)، فخر المحققین (۱۳۸۷، ۴، ۶۵۷) و بسیاری دیگر از فقها مایل به این نظر بوده و حتی مرحوم خوئی این قول را «علی المشهور بین الاصحاب» دانسته است (خوئی، بی‌تا، ۲، ۲۲۴). این حکم حسب تطبیق موضوع بر کبرای قضیه حمله منطقیه است. (= هر رفتاری که موجب قتل شود، مستوجب ضمان است و صعوبت در جماع نیز یکی از مصادیق این رفتارها به شمار می‌آید).

علاوه بر عمومات مربوط به ضمان رفتارهای مستوجب دیه، عمده دلیل فقها ناظر بر روایاتی است که بطور خاص در این خصوص وارد شده است: نخست صحیحه سلیمان بن خالد از امام صادق (ع) «انه

سئل عن رجل اعنف على امرته فزعم انها ماتت من عنفه قال الدينة كاملة ولا يقتل الرجل»^۱ (حر عاملی، ۱۴۱۶، ۲۹، ۲۶۹) و دوم روایت زید از امام باقر (ع) «فی رجل نکح امرأه فی دبرها فألح علیها حتی ماتت من ذلك قال علیه الدينة»^۲ (ابن بابویه، ۱۳۶۳، ۴، ۱۴۸) روایت دوم از آنرو که به وطی در دُبُرِ زوجه (به عنوان طریق نامتعارف جماع) اشاره داشته و از این حیث تفصیلی قایل نشده، حاتر توجه بوده و از اینرو مورد تصریح فقها قرار گرفته است (موسوی، ۱۴۱۳، ۲۹، ۱۰۷؛ محسنی، ۱۳۸۲، ۲۳۰).

۳-۲- جواز

این قول منسوب به صاحب جواهر است (نجفی، ۱۴۰۲، ۴۳، ۵۳). دلیل آن نیز مشروعیت رفتار زوج در وطی زوجه می‌باشد. مستند این قول قاعده فقهی «الفعل السائغ لا يتعقبه الضمان»^۳ است. (در فقه اهل سنت مفهوم این قاعده تحت عبارت «الجواز الشرعی ینافی الضمان»^۴ آمده است.) (آل کاشف، ۱۴۲۲، ماده ۹۱). طبق این قاعده، چنانچه فردی مبادرت به رفتار مجاز و مشروعی نماید، اعم از اینکه این رفتار تکلیف شرعی وی بوده (مانند تأدیب فرزند) و یا اختیار انجام آن را داشته (مانند قتل در فراش)، مسؤولیت و ضمان منتفی است (احسان پور، ۱۳۹۶، ۲۸۷). اگرچه این قاعده، به صراحت مورد اشاره نویسندگان کتب قواعد فقهی قرار نگرفته است، فقها ضمن بحث در ابواب مختلف فقهی، گاه احکامی را به استناد این قاعده بیان و انشاء داشته‌اند که نزدیکترین آن به مورد فعلی، «عدم ضمان وطی منجر به افضاء» است (که به تصریح صاحب ریاض، در این خصوص میان فقها خلافی نیست.^۵) (طباطبایی، ۱۴۰۴، ۱۸، ۴۸۵). بر این اساس می‌توان وطی منجر به فوت شریک جنسی را نیز فاقد ضمان دانست. (به قطع، این حکم منصرف از موردی است که جماع غیرمشروع مانند زنا واقع شده باشد).

۱ - از امام صادق در خصوص عمل مردی سوال شد که در جماع با همسر خود خشونت به خرج داده تاجایی که گمان شد بدلیل این خشونت مرده است. حضرت فرمودند که در اینجا مرد بدلیل قتل همسر خود قصاص نمی‌شود لیکن باید یک دیه کامل را پرداخت کند.
 ۲ - از امام باقر در خصوص مردی سوال شد که با همسر خود از پشت رابطه داشته و فشار وارده موجب مرگ وی شده است. حضرت فرمودند که حکم قضیه پرداخت دیه می‌باشد.
 ۳ - فعلی که مجاز باشد بدنبال خود ضمان نخواهد داشت.
 ۴ - جواز شرعی در خصوص ارتکاب یک عمل نافی ضمان ناشی از آثار آن عمل است.
 ۵ - و یسقط ذلك ای لزوم الدينة عن الزوج لو افضى زوجته بعد البلوغ بلا خلاف فیه فی الجملة لانه فعل سائغ مأذون فیه شرعاً فلا ینبغی ان یوجب ضماناً.

غالب فقها اگرچه به مضمون این قاعده پایبند هستند ولی آن را شامل این مورد نمی‌دانند. زیرا هرچند جماع با زوجه مشروع است، لکن جماع به عنف فاقد مشروعیت بوده و منصرف از نتیجه، مستوجب تعزیر است. همچنین اباحه رفتار مرتکب، مانع از ایجاد ضمان نیست. فقهای معظم در این خصوص از عباراتی نظیر «لا منافاه بین الجواز و الضمان»^۱ (مقدس اردبیلی، ۱۴۰۳، ۱۳، ۳۸۱) استفاده کرده‌اند. میرفتاح در عناوین، به صراحت اشاره دارد که «انّ اذن الشارع و عدمه، غیرملازم للضمان و عدمه»^۲ (مراغی، بی‌تا، ۲، ۱۶۵). صاحب جواهر ذیل بحث در خصوص ضمان ناشی از حفر گودال در شوارع عام به جهت مصلحت مسلمین، که موجب صدمه به دیگری شود، عبارت «و کونه سائناً لا ینافی الضمان»^۳ را به کار برده است (نجفی، ۱۴۰۲، ۴۳، ۱۰۳). دلیل این نظر، آن است که «الاذن الشرعیّه، انما تدفع الاثم»^۴. این سخن ایشان بدین معنا است که جواز رفتار، نافی حرمت آن است و حرمت رفتار با عقوبت کیفری تناسب دارد نه ضمان. اجراء و اعمال حق، آن گونه که از حدیث لا ضرار نیز مستنبط است، مناسبتی با اضرار به غیر ندارد.

۳-۳- تفصیل (ضمان در صورت شبهه)

قول به تفصیل، منسوب به شیخ طوسی در کتاب نهاییه است (طوسی، ۱۴۰۰، ۷۵۳). از آنجا که قصد قتل در جماع بنحوی که متلف باشد، قابل احراز نیست؛ از اینرو شیخ وجود تهمه (شبهه اختلاف زوجین) را موجب تفصیل حکم دانسته است. بر این اساس، اگر میان زوجین اختلاف وجود داشته باشد، دیه برعهده جانی است و در غیر این صورت، ضمانی وجود نخواهد داشت. مستند این حکم علی‌الظاهر، روایتی از امام صادق (ع) است: «قال سئلته عن رجل اعنف علی امرأته؛ أو امرأه اعنفت علی زوجها فقتل احدهما الآخر قال لا شیء علیهما اذا كانا مأمونین فان اتهمها الزما الیمین بالله انهما لا یریدا القتل»^۵ (حر عاملی، ۱۴۱۶، ۲۹، ۲۷۰). در خصوص این روایت اولاً برخی فقها آن را مرسل و ضعیف دانسته‌اند (فاضل آبی، ۱۴۰۸، ۲،

۱ - منافاتی بین جایز بودن رفتار و قبول ضمان برای آن نیست.

۲ - وجود و یا عدم اذن شارع بر ارتکاب عمل، ملازمی با اثبات و یا عدم ضمان برای آن ندارد.

۳ - مشروع بودن عمل منافی ضمان آور بودن آن نیست.

۴ - اذن شارع به ارتکاب رفتار، صرفاً حرمت عمل را از بین می‌برد.

۵ - از امام صادق در خصوص زن و مردی سوال شد که حین جماع به دیگری فشار آورده و یکی از آندو دیگری را تلف کرده باشد. حضرت فرمودند چیزی برعهده ایشان نیست اگر تهمت و اختلافی بین آنها نبوده باشد، والا باید به خداوند قسم یادکنند که قصد قتل نداشته‌اند.

۶۳۹) ثانیاً عبارت «لا شیء علیهما» که دلالت بر عدم ضمان دارد، مخالف با اصول و نیز روایات دیگری است که قائل به اثبات دیه شده‌اند. جمع این دو روایت می‌تواند بدین نحو باشد که مراد از «لا شیء علیهما» عدم ثبوت قصاص است و دیه همچنان مستقر خواهد بود. ثالثاً آنگونه که برخی فقها گفته‌اند در صورت وجود تهمت و ادعای ولی دم در خصوص عمدی بودن قتل، مورد از مصادیق جریان قسامه است و نه اجرای قسم توسط ناگر (ابن ادریس، ۱۳۸۷، ۱۳، ۶۶). غالب فقها این نظر را پذیرفته‌اند.

در قانون مجازات اسلامی، موضع قانونگذار در خصوص مورد مشخص نیست و تنها شاید بتوان از مجموع مواد قانونی وضع شده، نظر مقنن را (بر درستی نظر سوم) کشف نمود. سکوت قانونگذار در ما نحن فیه را نیز نمی‌توان چندان خالی از اشکال دانست (به‌ویژه آنکه از حیث فراوانی در مرحله شیوع عام قرار ندارد). نظر به گستردگی مصادیق قابل ذکر در تحقق جنایات، اشاره به تمامی آنها غیر ممکن و حتی غیر ضروری است. مقنن حکیم با وضع قواعد کلی، تمامی فروض (اعم از مواردی که پیش از این توسط فقها و حقوقدانان مورد اشاره قرار گرفته و یا مصادیقی که بعد از این، قابل تصور خواهند بود) را به مقررات مزبور ارجاع می‌دهد و خود را از دشواری احصاء تمامی فروض محتمل رها می‌کند. طبق این دیدگاه، عمده مواد قانونی مذکور در باب اسباب ضمان در کتاب دیات، که بیان مصادیق مختلف ایجاد ضمان می‌باشد، بلاوجه است.

۴- نتیجه‌گیری

جماع اگر موجب انتقال بیماری آمیزشی واگیردار باشد، بنحوی که منتهی به فوت شریک جنسی گردد، ضمان (قصاص در صورت عمد و دیه در صورت شبه عمد) ثابت خواهد بود. عدم آگاهی فاعل از ابتلای به بیماری آمیزشی واگیردار یا طرُق انتقال یا کُشنده بودن آن و نیز اتخاذ تدابیر پیشگیرنده در فرض آگاهی از بیماری، موجب اثبات صرفاً دیه است که در فرض اخیر دیه بدلیل خطایی بودن قتل بر عهده عاقله قرار خواهد گرفت. چنانچه صعوبت در امر جماع موجب مرگ شده باشد، در صورت عدم وجود تهمت، قتل از نوع شبه عمد بوده و در صورت وجود تهمت و به درخواست ولی دم تشریفات قسامه اجرا خواهد شد.

فهرست منابع

۱. ابن ادریس، محمد، (۱۳۸۷)، موسوعه ابن ادریس الحلّی. به تحقیق محقق خراسانی، دلیل ما، قم.
۲. ابن بابویه، محمد بن علی، (۱۳۶۳). من لا یحضره الفقیه، جامعه مدرسین، قم.
۳. ابن فهد حلّی، جمال‌الدین، (۱۳۶۹)، المقتصر من شرح المختصر، آستان قدس رضوی، مشهد.
۴. احسان‌پور، سید رضا، (۱۳۸۷)، «ایذ و حقوق کیفری»، فصلنامه حقوق پزشکی، دوره ۲، شماره ۵.

۵. احسان پور، سید رضا، (۱۳۹۶)، دایره المعارف علوم جنایی، اجرای قاعده عدم ضمان ناشی از ارتکاب فعل مجاز در فقه و حقوق جزایی، میزان، تهران.
۶. احسان پور، سید رضا، (۱۳۸۸)، مسوولیت کیفری انتقال ایدز، انتشارات حقوقی، تهران.
۷. احسان پور، سید رضا؛ محسنی دهکلانی، محمد؛ حسنی، منصوره، (۱۳۹۱)، «عوامل اسقاط مجازات ناشی از انتقال ایدز»، فصلنامه پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی، ش ۳۰.
۸. اردبیلی، محمد علی، (۱۳۹۸)، حقوق جزای عمومی. نشر میزان، تهران، چاپ شصتم.
۹. آل کاشف الغطاء، محمد حسین، (۱۴۲۲)، تحریر المجله، مجمع جهانی تقریب مذاهب، قم.
۱۰. حر عاملی، محمد بن حسن، (۱۴۱۶). وسایل الشیعه، موسسه آل البيت، قم.
۱۱. حسینی، سید محمد و احسان پور، سید رضا، (۱۳۹۵)، «بررسی امکان تطبیق عنوان محاربه یا افساد فی الارض بر انتقال آگاهانه ویروس عامل ایدز، در حقوق کیفری ایران؛ با نظر به آرای صادره در ایالات متحده آمریکا»، حقوق پزشکی، شماره ۳۷.
۱۲. خویی، سید ابوالقاسم، (بی تا). مبانی تکمه المنهاج، انتشارات علمی، تهران.
۱۳. شهید ثانی، زین الدین ابن علی، (۱۴۱۳)، مسالک الافهام الی تنقیح شرایع الاسلام، موسسه معارف اسلامی، قم.
۱۴. شیخ مفید، محمد بن حسن، (۱۴۱۰)، المقتعه، جامعه مدرسین حوزه علمیه، قم.
۱۵. طباطبایی، سید علی، (۱۴۰۴)، ریاض المسایل، موسسه آل البيت، قم.
۱۶. طوسی، محمد بن حسن، (۱۴۰۰)، النهایه فی مجرد الفقه و الفتاوی، دار الکتاب العربی، بیروت.
۱۷. عباسی، محمود؛ عباسیان، لادن؛ احسان پور، سید رضا؛ قنبری، افسانه، (۱۳۸۷). «انتقال بیماری ایدز از طریق تماس جنسی و انتقال خون؛ از آثار حقوقی تا پیامدهای کیفری»، فصلنامه حقوق پزشکی، دوره ۲، شماره ۴.
۱۸. فاضل آبی، حسن بن ابی طالب، (۱۴۰۸)، کشف الرموز فی شرح المختصر النافع، جامعه مدرسین حوزه علمیه، قم.
۱۹. فاضل مقداد، ابو عبدالله، (۱۴۰۴)، التنقیح الرائع لمختصر الشرائع، کتابخانه آیت الله مرعشی، قم.
۲۰. فاضل هندی، محمد، (۱۴۱۶)، کشف اللثام عن قواعد الاحکام، جامعه مدرسین حوزه علمیه، قم.
۲۱. فخر المحققین، محمد بن حسن، (۱۳۸۷)، المقتصر من شرح المختصر، انتشارات اسماعیلیان، قم.
۲۲. محسنی، محمد آصف، (۱۳۸۲)، الضمانات الفقهیة و آسیابها، پیام مه، قم.
۲۳. محسنی، محمد آصف، (بی تا)، الفقه و المسایل الطبیه. انتشارات یاران.
۲۴. مراغی، میر عبدالفتاح، (بی تا)، العناوین الفقهیه، دفتر انتشارات اسلامی، قم.
۲۵. مصطفوی، سید مصطفی و احسان پور، سید رضا، (۱۳۸۶). مسوولیت کیفری ناشی از انتقال ایدز و عوامل رافع آن؛ مطالعه تطبیقی در حقوق ایران، کانادا و فقه امامیه، پژوهش‌نامه حقوق اسلامی، دوره ۸، ش ۲۶.
۲۶. مقدس اردبیلی، احمد بن محمد، (۱۴۰۳). مجمع الفائده و البرهان فی شرح ارشاد الازدهان، به تصحیح آقا مجتبی عراقی، دفتر انتشارات اسلامی، قم.
۲۷. موسوی سبزواری، عبدالاعلی، (۱۴۱۳)، مذهب الأحکام فی بیان الحلال و الحرام، انتشارات موسوی، قم.
۲۸. نجفی، محمد حسن، (۱۴۰۲). جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، دار احیاء التراث العربی، بیروت.
۲۹. نوربها، رضا، (۱۳۸۵)، زمینه حقوق جزای عمومی، انتشارات گنج دانش.