

The Time of Validity of the Religion Equality of the Killer and the Victim for the Implementation of Qisas (Retribution); With an Emphasis on the Uncommon Viewpoint of Sahib al-Jawahir and the Islamic Penal Code¹

Mansoureh Sohrabi Afghoo² 

PhD in Theology (Jurisprudence and Principles of Islamic Law), Lecturer and Instructor at
Hakim Sabzevari University, Sabzevar, Iran.
Email: msohrabi2033@hsu.ac.ir



Abstract

One of the conditions for implementing retribution (qisas) for murder, without which qisas will not be applied despite the occurrence of intentional murder, is the equality of religion between the killer and the victim. Based on this, a Muslim is not subjected to retribution (qisas) for killing various types of non-Muslims, but the reverse is possible. However, in many cases, we observe that the perpetrator injures the victim, and this injury leads to the victim's death. In the period between the injury and the resulting death, one of these two individuals changes their religion. The fundamental question now is whether "the time of the crime" or "the time

* The current article is extracted from the doctoral thesis entitled "An Analysis of Contrary Views to the Famous Opinion of Sahib al-Jawahir Regarding Qisas," under the Supervision of Professor Mohammad Hadi Ghaffari Dor Afshan at Ferdowsi University of Mashhad.

1. Cite this article: Sohrabi Afghoo, M. (2024). The Time of Validity of the Equality of Religion of the Killer and the Victim for the Implementation of Qisas (Retribution); With an Emphasis on the Uncommon Viewpoint of Sahib al-Jawahir and the Islamic Penal Code. *Journal of Fiqh*, 31(117), pp. 43-70. <https://doi.org/10.22081/jf.2024.68086.2752>

* **Publisher:** Islamic Propagation Office of the Seminary of Qom (Islamic Sciences and Culture Academy, Qom, Iran). ***Type of article:** Research Article

▣ **Received:** 13/09/2023 • **Revised:** 19/04/2024 • **Accepted:** 13/05/2024 • **Published online:** 21/07/2024

© The Authors



of qisas" is a condition for the religion equality between the killer and the victim? Most jurists consider "the time of the crime" as the criterion and have advocated against qisas in such cases. However, some jurists like Sahib al-Jawahir consider "the time of qisas" as the condition. Based on this, the current article, using a descriptive-analytical method, argues that claiming equality at the time of injury without evidence is baseless, while discussing the unity of the disbelieving person and exploring arguments from both sides, aligning with Sahib al-Jawahir's stipulation of equality at the time of qisas. Furthermore, this research innovatively includes references to evidence based on the consideration of "the time of qisas" in other hypothetical cases, and presents discussions on another hypothesis that regards "the time of the crime," highlighting debates surrounding it. Finally, the position of the legislator regarding the aforementioned issue has been examined, and appropriate suggestions have been proposed to address legal gaps.

Keywords

Qisas conditions, equality of religion, time of the crime, time of qisas.

زمان اعتبار تساوی دین قاتل و مقتول جهت اجرای قصاص؛ با تکیه بر دیدگاه خلاف مشهور صاحب جواهر و قانون مجازات اسلامی^۱

منصوره سهرابی افقو^{ID}

۱. دکترای الهیات (فقه و مبانی حقوق اسلامی)، مدرس و مربی دانشگاه حکیم سبزواری، سبزوار، ایران.

msohrabi2033@hsu.ac.ir

چکیده

یکی از شرایط قصاص نفس که بدون آن به رغم تحقق قتل عمد، قصاص اعمال نخواهد شد، تساوی قاتل و مقتول در دین است؛ براین اساس مسلمان را در قبال کشتن انواع کافر قصاص نمی‌کنند، ولی بر عکس آن امکان‌پذیر خواهد بود. اما در فرض‌های متعدد شاهد هستیم که جانی، مجنی علیه را مجروح می‌کند و این جراحت موجب مرگ او می‌شود و در فاصله جراحت تا سرایت و مرگ مجنی علیه، یکی از این دو فرد تغییر دین پیدا می‌کند. حال پرسش اساسی این است که «زمان جنایت» یا «زمان قصاص» در تکافوی دینی قاتل و مقتول شرط است؟ مشهور فقیهان، معیار را «حال جنایت» دانسته و به عدم قصاص او قائل شده‌اند؛ ولی برخی از فقیهان چون صاحب جواهر، «حال قصاص» را شرط دانسته‌اند؛ براین اساس جستار حاضر با روش توصیفی-تحلیلی، ضمن اشاره به واحد بودن مکت کفر، با واکاوی ادله دوطرف، همسو با صاحب جواهر اشتراط تکافؤ در «زمان جراحت» را ادعایی بدون دلیل دانسته است. افزون بر این اشاره به شواهدی مبتنی بر رعایت «حال قصاص» در فروض دیگر و بیان مناقشاتی بر فروضی دیگر که «حال جنایت» را لحاظ دانسته‌اند، از دیگر نوآوری‌های این پژوهش است. درنهایت موضع قانون‌گذار در زمینه یاد شده را بررسی و پیشنهاد مناسب برای پر کردن خلأهای قانونی ارائه شده است.

کلیدواژه‌ها

شرایط قصاص، تساوی دین، حال جنایت، حال قصاص.

* مقاله حاضر مستخرج از رساله دکتری با عنوان: «تحلیل دیدگاه‌های خلاف مشهور صاحب جواهر در باب قصاص» با راهنمایی استاد محمدهادی قبولی درافشان از دانشگاه فردوسی مشهد می‌باشد.

۱. **استاد به این مقاله:** سهرابی افقو، منصوره. (۱۴۰۳). زمان اعتبار تساوی دین قاتل و مقتول جهت اجرای قصاص؛ با

تکیه بر دیدگاه خلاف مشهور صاحب جواهر و قانون مجازات اسلامی. فقه، ۳۱(۱۱۷)، صص ۴۳-۷۰.

<https://doi.org/10.22081/jf.2024.67142.2688>

© نوع مقاله: پژوهشی؛ ناشر: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم (پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، قم، ایران) © نویسندگان

□ تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۶/۲۲ • تاریخ اصلاح: ۱۴۰۳/۰۱/۳۱ • تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۲/۲۴ • تاریخ انتشار آنلاین: ۱۴۰۳/۰۴/۳۱



اگرچه همه انسان‌ها از حیث اصل خلقت و کرامت ذاتی، برابر هستند (اسراء، ۷۰)، یکی از عوامل برتری یک انسان بر انسانی دیگر، ایمان و اعتقاد اوست که بر این مبنا مسلمان بر غیرمسلمان برتری دارد (حجرات، ۱۳)؛ از این رو نمی‌توان گفت که یک مؤمن مسلمان و یک کافر احکام برابری دارند؛ بنابراین هیچ مسلمانی را در قبال کشتن کافر حتی کافر ذمی قصاص نمی‌کنند، ولی کافر در قبال کشتن مسلمان قصاص می‌شود؛ پس هرگاه افضل، فروتر را به قتل برساند، از جهت عدم تساوی قصاص نمی‌شود، ولی اگر فروتر برتر را به قتل برساند، قصاص می‌شود؛ اما در صورت تفاوت دین جانی یا مجنی‌علیه در «حال جنایت» با «حال قصاص» تفاوت آرای فقیهان را شاهد هستیم. متأسفانه هیچ منبع و پژوهشی در خصوص تغییر دین جانی و مجنی‌علیه و تأثیر آن بر قصاص دیده نشده است؛ جز اینکه در چند اثر تعاریفی از انواع کافر و نحوه برخورد حکومت اسلامی با ایشان آمده که به قرار ذیل است:

- عزیزان و همکاران. (۱۳۸۲). وظایف غیرمسلمانان در جامعه اسلامی. کلام اسلامی، شماره ۴۶.
- مهاجر میلانی، امیر. (۱۳۹۵). حرمت جان کافر بی‌طرف. مجله دانشگاه علوم اسلامی رضوی، شماره ۱۴.
- همچنین آیت‌الله جعفر سبحانی در درس‌های خارج فقه (۱۳۹۰/۷/۱۲) به شرح دیدگاه امام خمینی علیه السلام در بیان مصادیق مختلف قتل بین کافر و مسلمان و آیت‌الله قاضی نجفی در درس خارج فقه (۱۳۹۷/۲/۲۳-۱۳۹۷/۷/۱۱ و...) به بیان دیدگاه آیت‌الله خوئی در این مصادیق پرداخته است.

لذا از نوآوری‌های این مقاله، پرداختن به مسئله مورد بحث بدون هیچ پژوهش مستقلی در این خصوص است. از سوی دیگر قوی‌تر دانستن دیدگاه صاحب جواهر و در نظر گرفتن «حال قصاص» و تقابل آن در مقابل مشهور فقیهان که «حال جنایت» را در برخی فرض‌ها لحاظ دانسته‌اند، واکاوی ادله ایشان و تطبیق آرا با قانون اساسی و

مجازات اسلامی، بر ارزش این کار افزوده است؛ به گونه‌ای در عمل نیز راه را برای تشتت آرا و هرج و مرج حقوقی خواهد بست.

۱. اشتراط تکافوی دین جانی و مجنی علیه در «حال جنایت»

فقیهان در مصادیقی به تکافوی زمان جنایت بین جانی و مجنی علیه اشاره و حکم به عدم قصاص کرده‌اند؛ از جمله:

۱-۱. مسلمان شدن مجنی علیه کافر پس از سرایت زخم توسط جانی مسلمان

اگر مسلمانی دست ذمی را به عمد قطع کند، به گونه‌ای که جنایت بر جان او سرایت کند و به مرگ او منجر شود. حال اگر ذمی پیش از اینکه جنایت در او سرایت کند و بمیرد مسلمان شود، بحث در این است که قصاص ثابت است یا خیر و اگر قصاص ندارد، آیا دیه مسلمان ثابت است یا دیه کافر؟ (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۱۵، ص ۱۴۷؛ خمینی، بی‌تا، ج ۲، ص ۵۲۰).

۱-۲. آزاد شدن مجنی علیه مملوک پس از سرایت زخم توسط جانی حرّ

اگر جانی حر به مجنی علیه در زمان مملوک بودن جنایتی مسری را وارد کند، ولی در زمان سرایت جنایت، مجنی علیه آزاد شده باشد و در حال حرّ بودن بمیرد، آیا قصاص ثابت است؟

مطابق نظر فقیهان، جانی به قصاص عضو و نفس محکوم نمی‌گردد؛ بلکه تنها دیه نفس را به استاد قتل در زمان سرایت می‌پردازد (محقق حلی، ۱۴۰۹ق، ج ۴، ص ۱۹۷؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۱۵، ص ۱۴۷؛ نجفی، ۱۳۶۲، ج ۴۲، ص ۱۵۹؛ خمینی، بی‌تا، ج ۲، ص ۵۲۰؛ خویی، بی‌تا، ج ۲، ص ۶۶)؛ زیرا از نظر محقق و به تبعیت صاحب جواهر، تکافؤ جانی و مجنی علیه در زمان جنایت محقق نیست (محقق حلی، ۱۴۰۹ق، ج ۴، ص ۱۹۷؛ نجفی، ۱۳۶۲، ج ۴۲، ص ۱۵۹). از دیدگاه آیت‌الله خویی نیز از آنجاکه مجنی علیه در زمان ایراد جنایت مسلمان نبوده است، پس قاتل مسلمان قصد قتل یک شخص مسلمان یا قصد قتل حرّ را نداشته است (خویی، بی‌تا، ج ۲، ص ۶۶).

۳-۱. ارتداد جانی مسلمان پس از جراحت بر مجنی علیه کافر

آیت الله محقق در مسئله پنجم از ملحقات تساوی قاتل و مقتول در دین، فرض ایراد جراحت مسلمان بر نصرانی را مطرح کرده، می‌فرماید: «لو جرح مسلم نصرانیا ثم ارتدَّ الجارح و سرت الجراحة فلا قود لعدم التساوی حال الجناية و عليه دية الذمي»؛ اگر مسلمان به مسیحی زخمی بزند، سپس مسلمان مرتد شود و آن جراحت سرایت کند و مسیحی را بکشد، قصاصی بر مسلمان مرتد شده نخواهد بود؛ به دلیل عدم تساوی آن دو در حال جنایت و باید دیه ذمی را پردازد. حال آنکه اولاً، روشن نیست که چرا ایشان فقط خصوص نصرانی را ذکر کرده است؛ زیرا نصرانی بودن مجنی علیه موضوعیت ندارد و تفاوتی میان نصرانی و دیگر کافران نیست (علامه حلی، ۱۴۲۰ق، ج ۲، ص ۲۷۹؛ خویی، بی‌تا، ص ۷۲؛ قانی نجفی، ۱۳۹۷/۷/۲۴؛ خمینی، بی‌تا، ج ۲، ص ۴۹۳) و صاحب جواهر به صراحت ایشان را ملت واحده می‌داند (نجفی، ۱۳۶۲ق، ج ۴۲، ص ۱۵۵)؛ همچنین اطلاق روایت‌هایی همچون «لَا يُقْتَلُ الْمُسْلِمُ إِذَا قَتَلَ الْكَافِرَ» (حر عاملی، ۱۴۰۳ق، ج ۲۹، ص ۱۰۷)، نشان از این امر دارد.

از سوی دیگر مرتد همچون کافران دیگر و حتی پست‌تر از آنها محسوب گشته است؛ چنان که جزیه از مرتد پذیرفته نشده و کشتن او در صورت عدم توبه واجب بوده و مهدورالدم است؛ اما در دیگر کافران مثل ذمی، در مقابل پرداخت جزیه، از جان و مال او محافظت می‌گردد؛ همچنین ذبیحه مرتد به اجماع فقیهان حلال نیست؛ اما در ذبیحه ذمی اختلاف نظر است (نجفی، ۱۳۶۲ق، ج ۴۲، صص ۱۶۳-۱۶۴)؛ براین اساس اگر مرتد بر ذمی جنایتی وارد کند، صرف نظر از حکم حدی مرتد، به دلیل تساوی هر دو در کفر و عموماً و اطلاقات ادله، قصاص ثابت است؛ مگر آنکه پیش از قصاص به اسلام رجوع کرده باشد. در این صورت مجازات از نوع قصاص منتفی می‌شود و به حسب مورد، دیه و تعزیر ثابت است (علامه حلی، ۱۴۱۲ق، ج ۳، ص ۶۰۵؛ فخر المحققین، ۱۳۸۷ق، ج ۴، ص ۵۹۵؛ هندی، ۱۴۱۶ق، ج ۱۱، ص ۹۰)؛ ثانیاً، در خصوص فرضی که مسلمان بر کافری جنایتی وارد کند و بعد مرتد شود و مرگ مجنی علیه پس از ارتداد اتفاق افتد، دو دیدگاه به شرح ذیل طرح شده است:

مشهور فقیهان به عدم قصاص قاتل قاتل‌اند و او را به پرداخت دیه ذمی ملزم می‌دانند

و علت این امر را عدم کفویت قاتل و مقتول در حال جنایت دانسته‌اند (محقق حلی، ۱۴۰۹ق، ج ۴، ص ۱۹۸؛ علامه حلی، ۱۴۲۰ق، ج ۵، ص ۴۵۸؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۱۵، ص ۱۵۳؛ تبریزی، ۱۳۸۷، ص ۱۴۳). صاحب جواهر پس از بیان حکم آیت‌الله محقق بر عدم ثبوت قصاص، می‌فرماید: «بلاخلاف أجده فيه بين من تعرض له»؛ در قول به عدم ثبوت قصاص، بین کسانی که متعرض این فرض شده‌اند، اختلافی وجود ندارد» (نجفی، ۱۳۶۲، ج ۴۲، ص ۱۶۴). البته باید گفت اشتراط تکافؤ در زمان جنایت، در کلام آیت‌الله محقق بدین معنا نیست که تکافؤ در زمان سرایت، شرط نمی‌باشد یا اشتراط در زمان جنایت، تمام موضوع برای قصاص می‌باشد؛ بلکه به معنای اشتراط آن، افزون بر اشتراط تکافؤ در زمان سرایت و جزو موضوع بودن آن برای قصاص است.

همچنین صاحب جواهر در این فرض تساوی قاتل و مقتول در حال جنایت و سرایت را امری مسلم نزد فقیهان دانسته است و در توضیح دلیل ایشان و سخن محقق می‌فرماید: «به دلیل عدم تساوی آن دو در حال جنایتی که در اخراج روح مدخلیت دارد؛ پس بر این قضیه صدق نمی‌کند که «کافری عمدأ کافری را کشته است و از اینجاست که مساوی بودن قاتل و مقتول، در یکی از دو حالت (جراحت و سرایت) فقط کفایت نمی‌کند؛ از این رو اگر مسلمانی مرتدی را مجروح کند، سپس اسلام آورد، از قاتل قصاص نمی‌شود؛ پس در فرض مسئله، با تغییر یافتن حال جارح به حالی (ارتداد) که مقتضی هم کفو بودن با مسیحی باشد، البته طبق آن مبنا حکم، مانند ارتداد تغییر نمی‌یابد؛ ولی چون که جنایت در هر دو حالت بر او مورد ضمان است، آنچه در مقدار دیه معتبر است، افزون بر مورد ضمان بودنش در حال سرایت، این است که دیه ذمی را برای او [نه اولیای ذمی] ضمانت می‌کند و مثل همین مسئله است که مسلمان ذمی‌ای را بکشد، سپس مرتد شود که مسلمان مرتد شده به سبب این قتل کشته نمی‌شود؛ گرچه مرتد به سبب قتل ذمی کشته می‌شود. همه کسانی که به عدم ثبوت قصاص حکم کرده‌اند، این گونه بر این حکم (عدم قصاص) استدلال کرده و آن را (تساوی در زمان جنایت و سرایت) مسلم انگاشته‌اند» (نجفی، ۱۳۶۲، ج ۴۲، صص ۱۶۴-۱۶۵).

مناقشه‌های وارد بر «حال جنایت»

اشکال اول: در مقام اشکال به استدلال آیت‌الله خویی در دو فرض اولیه باید گفت حکم صحیح در مسئله در صورت تفاوت حال مجنی‌علیه از حیث دین، میان حال ایراد جنایت و سرایت آن، مشروعیت قصاص است؛ زیرا معیار در مشروعیت قتل، عمدی بودن آن و مسلمان بودن مقتول است و این دو شرط در این مسئله محقق است؛ اما اشتراط تعمد به قتل مسلمان از ادله قابل برداشت نیست (طوسی، ۱۳۶۳، ج ۴، ص ۲۷۳)؛ چون کسی که کشته شده است، هرچند در زمان ایراد جنایت کافر بوده، در زمان سرایت جنایت مسلمان بوده است و قتل هم به عمد از جانی مسلمان سر زده است؛ در نتیجه با توجه به عدم شمول «لَا يَمْلَأُ مُسْلِمٌ بِدِمِّيِّ» در مورد این قتل، چنین قتلی مشمول اطلاق ادله قصاص خواهد بود (قائمی، ۱۳۹۷/۷/۱۰). افزون از این، محدود کردن روایات قصاص به مورد اراده قتل به خاطر ایمان مجنی‌علیه، راه را برای قتل باز می‌کند و این بهانه را به دست قاتلان می‌دهد که بگویند ما مجنی‌علیه را به خاطر مسلمان بودنش نکشتیم تا مستحق قصاص باشیم؛ همچنین در ادله ثبوت قصاص به قصد قتل حرّ نیز اشاره نشده است و صرف قصد قتل کفایت می‌کند. شاهد اینکه اگر جانی حرّ کسی را بکشد که فکر می‌کند عبد محقون الدّم است، درحالی که در واقع حرّ باشد، قصاص می‌شود (قائمی، ۱۳۹۷/۷/۱۱).

از سوی دیگر باید گفت در سخنان آیت‌الله خویی تعارض‌هایی دیده می‌شود؛ بدین شرح که با وجود اینکه معیار دین جانی را در دو فرض (۱) مسلمان شدن کافر جانی پس از سرایت زخم بر مجنی‌علیه کافر؛ و (۲) ارتداد جانی مسلمان پس از سرایت زخم بر نصرانی را حال قصاص می‌داند و به عدم قصاص در اولی و قصاص در دومی قائل است، اما در این مسئله (مسلمان شدن مجنی‌علیه کافر پس از سرایت زخم توسط جانی مسلمان)، معیار دین مجنی‌علیه را زمان ایراد جنایت می‌داند (خویی، بی‌تا، ج ۲، ص ۶۶). حال آنکه در فرضی مشابه (ارتداد مجنی‌علیه مسلمان پس از سرایت زخم توسط جانی مسلمان)، معیار دین مجنی‌علیه را حال قصاص لحاظ کرده، به عدم قصاص قائل است.

اشکال دوم: در مقام اشکال به فرض سوم نیز باید در نظر گرفت که آیت الله محقق در این فرض، همچون مسئله اول، به عدم ثبوت قصاص قائل است؛ چنان که در مسئله اول نیز می فرماید: «اگر مسلمانی دست ذمی را به عمد قطع کند، آن گاه ذمی اسلام آورد و جنایت بر جان او سرایت کند و او را بکشد، نه قصاصی در عضو مسلمان و نه قصاصی بر جان او می شود...؛ زیرا کفویت در اسلام در وقت جنایت حاصل نیست» (محقق حلی، ۱۴۰۹ق، ج ۴، ص ۱۹۷). حتی ایشان در ذیل مسئله اول، متفرعاتی همچون قطع دست برده توسط مسلمان و بعد آزاد شدن برده یا قطع دست بالغ توسط نابالغ و بعد بالغ شدن او و مرگ آنها (مجنی علیه آزاد شده - جانی بالغ شده) پس از سرایت این جنایت را به همین حکم و علت (عدم تکافؤ دین جانی و مجنی علیه در زمان ایراد جنایت) منتسب دانسته است (محقق حلی، ۱۴۰۹ق، ج ۴، ص ۱۹۷).

اما اشکال وارد بر نظر صاحب جواهر تفاوت در رأی و استدلال ایشان در دو مسئله اول و مسئله محل بحث است. توضیح اینکه ایشان همسو با محقق، معیار در قصاص جانی و مجنی علیه را حال حدوث جنایت دانسته، معیار در دیه را حال استقرار جنایت (زمان سرایت) می داند و دلیل ایشان بر این حکم مستند بودن قتل است (نجفی، ۱۳۶۲، ج ۴۲، صص ۱۵۹-۱۶۰)؛ اما در اینجا در مسئله تردید کرده، گفته اند اگر بر مسئله اجماع داشته باشیم که به اجماع متعبدیم، در غیر این صورت برای عدم ثبوت قصاص دلیلی نداریم و اطلاعات ادله قصاص اینجا را هم شامل است و این مورد مشمول مخصّص «لَا يُقَادُ مُسْلِمٌ بِذِمِّيٍّ» نیست و بر اشتراط تکافؤ و مساوات در زمان جنایت دلیلی نداریم. حال آنکه دو مسئله هر چند در شکل متفاوت اند، مناط و معیار واحدی دارند. پرسش ما از ایشان وجه تفاوت دو مسئله است که چرا در اولی، تکافؤ در زمان جنایت بین جانی و مجنی علیه شرط است، ولی در مسئله محل بحث، شرط نیست؟ اما آیت الله محقق در هر دو مسئله، حکم واحدی داده و استدلال یکسانی ارائه داده است.

لذا با توجه به این بیان صاحب جواهر که «لادلّیل یدلّ علی اعتبار المساواة فی حال الجنایة و سرایتها» (نجفی، ۱۳۶۲، ج ۴۲، ص ۱۶۵)، اگر تکافؤ در زمان جنایت و سرایت محقق نباشد، ولی در زمان قصاص حاصل شود، در ثبوت قصاص کفایت می کند و در صورتی

که تکافؤ در زمان سرایت تا زمان قصاص برقرار ماند، قصاص ثابت می‌شود؛ و گرنه اگر پس از سرایت جنایت و مرگ مجنی‌علیه، تکافؤ از میان رفت، حکم به قصاص مخالف «لَا يُقَادُ مُسْلِمٌ بِدِمِّيِّ» است (قاینی، ۱۳۹۷/۷/۲۸). چنان‌که برخی به صراحت ظاهر روایت را بر حال قصاص حمل کرده‌اند (خویی، بی‌تا، ج ۲، ص ۶۵). البته استدلال محقق با استدلال آیت‌الله خویی متفاوت و اشکال بر آن نیز متفاوت است؛ چنان‌که اشکال استدلال محقق این است که اشتراط تساوی جانی و مجنی‌علیه در زمان حدوث جنایت صرف ادعاست و دلیلی برای آن وجود ندارد؛ زیرا مجنی‌علیه در زمان سرایت جنایت مسلمان است و در نتیجه در صورت قصاص جانی، قصاص جانی مسلم به خاطر قتل مسلم صدق می‌کند و در نتیجه مانعی از قصاص او وجود ندارد. شاهد اینکه جانی مسلمان را ضامن دیه مسلمان (ده‌هزار درهم) می‌دانند و این به جهت استناد قتل مجنی‌علیه مسلمان به اوست. حال که قتل به او مستند است، به چه دلیل قصاص مشروع نباشد؟ (قاینی، ۱۳۹۷/۷/۱۰).

خطای آیت‌الله محقق ناشی از خلط میان مسئله اختلاف در حال جانی با مسئله اختلاف در حال مجنی‌علیه است. در مسئله اختلاف در حال جانی گذشت که معیار حال قصاص است و در نتیجه اگر جانی در حال جنایت کافر، ولی در حال قصاص مسلمان باشد، قصاص نمی‌شود؛ زیرا اگر قصاص شود، عنوان قصاص مسلمان به خاطر قتل ذمی صدق می‌کند؛ بنابراین در آن مسئله معیار حال قصاص است، نه حال جنایت. گویا این خلط اتفاق افتاده است که اگر اینجا هم بگویند معیار حال قصاص است، مشکل عدم تکافؤ در دین رخ خواهد داد. حال آنکه اگر اعتبار به لحاظ حال استقرار و تحقق قتل بدانیم، مشکل عدم تکافؤ در دین رخ نخواهد داد؛ زیرا در این مسئله در صورت قصاص، قصاص مسلمان به خاطر قتل مسلمان رخ می‌دهد، نه قصاص مسلمان به خاطر قتل ذمی.

۲. اشتراط تکافؤ دین جانی و مجنی‌علیه در «حال قصاص»

از دیدگاه برخی از فقیهان، معیار در دین قاتل و مقتول، زمان قصاص است؛ بنابراین اگر تکافؤ در زمان جنایت و سرایت محقق نباشد، ولی در زمان قصاص حاصل شود، در

ثبوت قصاص کفایت می‌کند (ابن‌براج، ۱۴۰۶ق، ج ۲، ص ۴۶۱؛ محقق حلی، ۱۴۰۹ق، ج ۴، ص ۱۹۷؛ علامه حلی، ۱۴۲۰ق، ج ۲، ص ۲۴۸؛ نجفی، ۱۳۶۲، ج ۴۲، ص ۱۵۸؛ خمینی، بی‌تا، ج ۲، ص ۵۲۰؛ خوئی، بی‌تا، ج ۲، ص ۷۷). چنان‌که شرح شواهدی بر این مبنا ضروری به نظر می‌رسد:

۱-۲. مسلمان شدن قاتل کافر پس از جراحت یا قتل کافر دیگر

فقیهان در این فرض که کافری پس از جراحت یا کشتن کافری دیگر مسلمان شود، با توجه به اطلاق روایت معتبر «لَا يَتَّقَادُ مُسْلِمٌ بِذِمَّتِي»^۱، حدیث جب (الاسلامُ يُجِبُّ مَا قَبْلَهُ) و قاعده درأ (الحدود تدرأ بالشبهات) به عدم قصاص قاتل اند؛ زیرا معیار را زمان قصاص دانسته‌اند، نه زمان جنایت؛ از این رو هر چند این شخص در حال جنایت کافر بوده، در زمان اجرای قصاص مسلمان است و در صورت اجرای حکم قصاص در مورد او قصاص مسلمان در مقابل کافر صدق می‌کند. البته دیه کافر در صورت ذمی بودن باید پرداخت گردد؛ یعنی در صورتی که مقتول، ذمی باشد به جهت محقون الدم بودن دیه دارد، ولی در فرض حربی بودن، قصاص و دیه‌ای ندارد؛ زیرا جان و مال کافر حربی حرمتی ندارد (ابن‌براج، ۱۴۰۶ق، ج ۲، ص ۴۶۱؛ محقق حلی، ۱۴۰۹ق، ج ۴، ص ۱۹۷؛ علامه حلی، ۱۴۲۰ق، ج ۲، ص ۲۴۸؛ شهید اول، ۱۴۱۱ق، ص ۲۶۹؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۱۰، ص ۶۱؛ نجفی، ۱۳۶۲، ج ۴۲، ص ۱۵۸؛ خمینی، بی‌تا، ج ۲، ص ۵۲۰؛ خوئی، بی‌تا، ج ۲، ص ۷۷).

۲-۲. ارتداد مجنی علیه مسلمان پس از سرایت زخم توسط جانی مسلمان

یکی دیگر از شاهد مثال‌هایی که حال قصاص در نظر گرفته شده، فرضی است که جانی مسلمان دست مسلمان دیگری را قطع کند و سپس در حالتی که مجنی علیه مسلمان مرتد شده است، جراحت سرایت کند و او را بکشد. فقیهان در حکم به عدم ثبوت قصاص نفس و عدم دیه متفق بوده‌اند (ابن‌براج، ۱۴۰۶ق، ج ۲، ص ۴۶۷؛ نجفی، ۱۳۶۲، ج ۴۲، ص ۱۶۱؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۱۵، ص ۱۴۹؛ مرعشی نجفی، ۱۴۱۵ق، ج ۱، ص ۲۹۱؛ خوئی، بی‌تا، ج ۲، ص ۶۷)، اما در قصاص عضو و مطالبه آن توسط ولی دم اختلاف نظر دارند. برخی مثل محقق حلی (محقق حلی، ۱۴۰۹ق، ج ۴، ص ۱۹۷) بر این عقیده‌اند که مجنی علیه پس از ارتداد به جهت

عدم تکافؤ حق مطالبه قصاص ندارد، ولی اولیای دم می‌توانند قصاص عضو را مطالبه کنند؛ زیرا آنچه مهدور است، تلف نفس او بوده است که در زمان ارتداد او رخ داده، ولی تلف عضو او در زمان ارتداد و مهدورالدم بودن او نبوده است. یا می‌توان گفت: این جنایت قبل از ارتداد شخص مضمون واقع شده بود، حال پس از ارتداد و شک در بقای آن، ضمان آن استصحاب می‌گردد (نجفی، ۱۳۶۲، ج ۴۲، ص ۱۶۱؛ شهید اول، ۱۴۱۴ق، ج ۴، ص ۳۵۳)؛ اما شیخ طوسی (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۵، ص ۱۶۵؛ طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۷، ص ۲۷) و به تبعیت از ایشان آیت‌الله خویی (خویی، بی‌تا، ج ۲، ص ۶۷) با بیان استدلالی متفاوت، قصاص عضو را همچون قصاص نفس ساقط می‌دانند؛ چنان که آیت‌الله خویی بر این باور است که این حق باید از طریق مورث به وارث منتقل شود و در اینجا خود مورث هم پس از ارتداد حق قصاص ندارد؛ پس حق قصاصی نیست تا پس از مرگ به وارث منتقل شود (خویی، بی‌تا، ج ۲، ص ۶۷).

در اشکال به استدلال آیت‌الله خویی گفته شده است که «اگر قرار باشد انتقال اموال و حقوق او پس از مرگ باشد، حرف ایشان صحیح است، ولی فرض این است که به مجرد ارتداد همه اموال و حقوق مرتد به ورثه او منتقل می‌شود و این فرد قبل از ارتداد به یقین حق قصاص داشت و به مجرد ارتداد این حق هم مثل دیگر حقوق به ورثه او منتقل می‌شود. ارتداد در حکم مثل مرگ است و همان‌گونه که فرد پس از مرگ نه مالک چیزی است و نه حقوقی دارد و به مجرد مرگ، همه اموال و حقوقی که در هنگام مرگ داشته است، به ورثه منتقل می‌شود، در ارتداد هم این‌گونه است و همه اموال و حقوقی که در هنگام ارتداد داشته است، به ورثه منتقل می‌شود؛ بر همین اساس فقیهان گفته‌اند: به مجرد ارتداد، زوجه‌اش از او جدا می‌شود و اموالش به ورثه می‌رسد. آری در مرتد ملی حق با ایشان است؛ چون به مجرد ارتداد اموال منتقل نمی‌شود و با مرگ او اموال و حقوقش منتقل می‌شود و چون در زمان مرگ خودش حق مطالبه قصاص نداشته است، حق قصاص به ورثه منتقل نمی‌شود» (قاینی، ۱۳۹۷/۷/۱۶).

شیخ طوسی نیز در عدم ثبوت قصاص عضو این‌گونه استدلال می‌کند که قصاص عضو به عدم سرایت به نفس مشروط است؛ اما در این فرض جنایت بر عضو به خاطر

سرایت در نفس، موضوع قصاص نیست و جنایت بر نفس هم به دلیل کفر و ارتداد، موجب قصاص نیست؛ همان‌گونه که دیه عضو جایی ثابت است که به نفس سرایت نکند؛ و گرنه در دیه نفس تداخل می‌کند و اینجا دیه نفس هم مضمون نیست (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۵، ص ۱۶۵؛ طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۷، ص ۲۷)؛ اما این سخن شیخ نیز با این اشکال مواجه است که قصاص عضو در صورتی در قصاص نفس تداخل می‌کند که قصاص نفس استیفا شود؛ اما اگر مانعی از قصاص نفس باشد، تداخل صورت نمی‌گیرد و اطلاق ادله قصاص عضو ثابت است و تنها در فرض قصاص نفس مقید شده‌اند (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۱۵، ص ۱۴۹؛ محقق حلی، ۱۴۰۹ق، ج ۴، ص ۱۹۷).

۳. ادله قائلان به اشتراط تکافؤ دین جانی و مجنی‌علیه در «حال قصاص»

۳-۱. عموماً قرآن

مفاد عموماً قرآنی ثبوت قصاص برای هر کسی است که دیگری را بکشد که در خروج از این ادله بر نکشتن مسلمان به سبب کشتن کافر اکتفا می‌شود و دلیلی نیست که بر اعتبار مساوات قاتل و مقتول هم در حال جنایت و هم سرایت جنایت و قصاص دلالت کند؛ از جمله آیات ذیل: «وَكُتِبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ ...» (مائده، ۴۵)؛ «وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيهِ سُلْطَانًا» (اسراء، ۳۳)؛ «وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ» (بقره، ۱۷۹).

۳-۲. روایت «لَا يُقَادُ مُسْلِمٌ بِذِمِّيٍّ»

بی‌تردید در این فرض‌ها، قصاص مسلمان برای کافر به جهت «حال قصاص» صورت نمی‌گیرد (محقق حلی، ۱۴۰۹ق، ج ۴، ص ۱۹۷؛ علامه حلی، ۱۴۲۰ق، ج ۲، ص ۲۴۸؛ نجفی، ۱۳۶۲، ج ۴۲، ص ۱۶۵)؛ بلکه در بعضی فرض‌ها مثل ارتداد جانی مسلمان پس از جراحت بر مجنی‌علیه کافر، مناقشه‌پذیر است که اسلام قاتل، متقدم است. عموم ادله قصاص حکم به جواز را ثابت می‌کند و از طرفی شکی نیست که تحت خصوص قتل کافر توسط مسلمان قرار نمی‌گیرند؛ زیرا در حین سرایت و قصاص فرد، قاتل مسلمان محسوب نشده، بلکه مرتد

است؛ به بیان دیگر گرچه با توجه به مخصّص عدم قتل مسلمان به خاطر کافر، اسلام مانع از تأثیر مقتضی، یعنی همان عمومات ثبوت قصاص در از میان بردن نفس محترمه است، در فرض نبود مانع، مقتضی تأثیر خود را خواهد داشت؛ اما در برخی از فرض‌ها، مثل «ارتداد مجنی‌علیه مسلمان پس از سرایت زخم توسط جانی مسلمان» و «مسلمان شدن قاتل کافر پس از جراحت یا قتل کافر دیگر»، مانع وجود داشته، از تأثیر مقتضی ممانعت می‌کند؛ چنان‌که اگر فردی کافر، قتلی را انجام داده، اسلام آورد، در چنین حالتی به دلیل متأخر بودن اسلام، مخصّصاتی چون قاعده «جب»^۱ (فرایدی، ۱۴۰۹ق، ج ۶، ص ۲۴؛ راغب اصفهانی، ۱۴۰۲ق، ج ۱، ص ۸۵؛ بجنوردی، ۱۳۸۶، ج ۱، ص ۵۳ و ۷۴) یا «لَا يُقَادُ مُسْلِمٌ بِدِمِّيِّ» به عنوان مانعی از تأثیر عمومات «الْنَفْسُ بِالنَّفْسِ» جلوگیری کرده و حکم به قصاص را منتفی می‌سازد (نجفی، ۱۳۶۲، ج ۴۲، ص ۱۶۵).

۳-۳. عدم اجماع تعبّدی

صاحب جواهر در حالی که به تسالم فقیهان بر تلازم تکافؤ حال جنایت و سرایت در صورت ارتداد جانی مسلمان پس از جراحت بر مجنی‌علیه کافر اشاره کرده است، بر این باور است که اگر اجماعی بر این حکم (عدم قصاص) و مساوات موجود باشد، ما نیز بدان ملتزم هستیم، و گرنه مناقشه در آن ممکن است. گویا با این بیان قصد تعریض در این امر را داشته‌اند و می‌خواهند بیان کنند که این مسلم بودن بین فقیهان مورد جزم و یقین نیست (قاینی، ۱۳۹۷/۷/۷). آیت‌الله خوئی نیز در این مسئله به تبعیت آن را قولی اظهر می‌داند؛ زیرا معیار دین در جانی را حال قصاص او و در مجنی‌علیه حال جنایت او دانسته است (خوئی، بی‌تا، ج ۲، صص ۶۸-۶۹)؛ بنابراین در صورت عدم اجماع، اعتبار مساوات در هر دو حالت جنایت و سرایت، ادعای بدون دلیل است. البته باید گفت اگرچه در

۱. جبّ در لغت به معنای قطع کردن و ترک کردن است.

۲. در اصطلاح فقیهان شیعه و سنی بنا بر حدیث نبوی «الاسلامُ یُجِبُّ ما قُبِلَهُ» به قاعده‌ای گفته می‌شود که بر پایه آن برای تشویق کفار به اسلام آوردن، اگر کافر پیش از مسلمان شدن کاری انجام داده یا سخنی گفته یا اعتقادی داشته است که در اسلام آثار زیان‌بار یا عقوبت دارد، با اسلام آوردن این آثار نادیده گرفته می‌شود؛ بی‌آنکه به جبران کردن نیازی داشته باشد.

این مسائل اختلافی بین فقیهان وجود ندارد (محقق حلی، ۱۴۰۹ق، ج ۴، ص ۱۹۸؛ علامه حلی، ۱۴۲۰ق، ج ۵، ص ۴۵۸؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۱۵، ص ۱۵۳)، وجود اجماع غیرمحمتمل است؛ از این رو به نظر می‌رسد سخن صاحب جواهر که می‌فرماید: «هیچ خلافی بین کسانی که متعرض این فروع شده‌اند، وجود ندارد»، صحیح به نظر برسد. حتی ایشان با این عبارت، اجماع را نیز تضعیف کرده است؛ زیرا طبق این بیان، خیلی از فقیهان اساساً متعرض این مسائل نشده‌اند و در نتیجه اجماعی از آنها محقق نشده است؛ یعنی این طور نیست که این مسائل از مسائل متلقى از آرای قدما و برداشت از متون روایات و متصل به زمان معصوم علیه السلام باشد؛ زیرا ملاک اعتبار شهرت و اجماع یکی از دو امر است: یکی حکایت و کشف از متن روایت هر چند سند آن ذکر نشده باشد که ارزش روایت مشهور ضعیف‌السند را دارد. دیگری حکایت و کشف از ارتکاز فقیهان یا متشرعه زمان معصوم است؛ اما در محل بحث هیچ کدام از این دو ملاک و معیار وجود ندارد و ردی از آنها در کتاب‌های قدما از جمله نه‌ایه شیخ طوسی دیده نمی‌شود. مسائلی که در اینجا مطرح می‌شود، از جمله مسائلی است که شیخ طوسی از اهل سنت گرفته است و پس از بیان صورت آن، فتوای خود را براساس ضوابط فقه شیعه در کتاب مبسوط بیان فرموده است. فقیهان متأخر از ایشان نیز هر یک به بررسی قاعده‌مند این فروع پرداخته و حکم آنها را براساس نظر خود استنباط کرده‌اند؛ و گرنه فروعی که در اینجا طرح می‌شود، هر چند حکم آنها از اطلاعات ادله قابل استنباط است، نه در روایات و نصوص ما بدان اشاره شده و نه در آرای فقیهانی آمده است که در آرایشان به نقل اصول و متون روایات می‌پرداخته‌اند. این نشان می‌دهد که این مسائل تفریعاتی است که بعدها مطرح شده است و جزو مسائل مطرح در زمان ائمه معصومین علیهم السلام نبوده است (قاینی، ۱۳۹۷/۷/۱۵)؛ بنابراین با توجه به اینکه در مسئله اجماع تعدی راه ندارد، و جهی برای قول فقیهان به عدم قصاص در فرض مسئله وجود ندارد.

۳-۴. تبیین قانونی مسئله

در قانون مجازات فعلی، قانونگذار در ماده ۳۰۱ می‌گوید: «قصاص در صورتی ثابت

می شود که مرتکب، پدر یا از اجداد پدری مجنی علیه نباشد و مجنی علیه، عاقل و در دین با مرتکب مساوی باشد. تبصره: چنانچه مجنی علیه مسلمان باشد، مسلمان نبودن مرتکب، مانع قصاص نیست». سپس در مواد ۳۱۰ و ۳۱۱ به تساوی قاتل و مقتول در دین اشاره کرده است:

ماده ۳۱۰: «هرگاه غیرمسلمان، مرتکب جنایت عمدی بر مسلمان، ذمی، مستأمن یا معاهد شود، حق قصاص ثابت است. در این امر، تفاوتی میان ادیان، فرقه‌ها و گرایش‌های فکری نیست. اگر مسلمان، ذمی، مستأمن یا معاهد بر غیرمسلمانی که ذمی، مستأمن و معاهد نیست جنایتی وارد کند، قصاص نمی‌شود؛ در این صورت مرتکب به مجازات تعزیری مقرر در کتاب پنجم «تعزیرات» محکوم می‌شود. تبصره (۱): غیرمسلمانانی که ذمی، مستأمن و معاهد نیستند و تابعیت ایران را دارند یا تابعیت کشورهای خارجی را دارند و با رعایت قوانین و مقررات وارد کشور شده‌اند، در حکم مستأمن می‌باشند؛ تبصره (۲): اگر مجنی علیه غیرمسلمان باشد و مرتکب پیش از اجرای قصاص مسلمان شود، قصاص ساقط و افزون بر پرداخت دیه به مجازات تعزیری مقرر در کتاب پنجم «تعزیرات» محکوم می‌شود».

ماده ۳۱۱: «اگر پس از تحقیق و بررسی به وسیله مقام قضایی، در مسلمان بودن مجنی علیه هنگام ارتکاب جنایت تردید وجود داشته و حالت او پیش از جنایت، عدم اسلام باشد و ولی دم یا مجنی علیه ادعا کند که جنایت عمدی در حال اسلام او انجام شده است و مرتکب ادعا کند که ارتکاب جنایت، پیش از اسلام آوردن وی بوده است، ادعای ولی دم یا مجنی علیه باید ثابت شود و در صورت عدم اثبات، قصاص منتفی است و مرتکب به پرداخت دیه و مجازات تعزیری مقرر در کتاب پنجم «تعزیرات» محکوم می‌شود. اگر حالت پیش از زمان جنایت اسلام او بوده است، وقوع جنایت در حالت عدم اسلام مجنی علیه باید اثبات شود تا قصاص ساقط گردد و در صورت عدم اثبات با سوگند ولی دم یا مجنی علیه یا ولی او قصاص ثابت می‌شود. حکم این ماده در صورتی که در مجنون بودن مجنی علیه تردید وجود داشته باشد نیز جاری است».

گرچه قانون فعلی نسبت به سابق کامل تر شده است؛ به گونه‌ای که مفاد ماده ۲۰۷

قانون مجازات اسلامی^۱ مصوب ۱۳۷۰، تنها در مورد قتل طرح شده بود، در حالی که موضوع آن از امور عمومی جنایت، اعم از قتل و جنایت بر عضو بوده، به قتل اختصاص ندارد. این اشکال در قانون جدید مرتفع شده و موضوع ماده ۳۱۰، مطلق «جنایت عمدی» را که اعم از قتل و جنایت بر عضو هست شامل می‌شود؛ همچنین در قانون سابق قانون‌گذار در ماده ۲۱۰^۲ تنها به کافر ذمی پرداخته بود، اما در قانون جدید حکم قتل معاهد، مستأمن را نیز ذکر کرده است؛ همچنین با دقت در مواد یادشده محرز است که قانون‌گذار به تبع فقیهان شیعه قصاص مسلمان در برابر غیرمسلمان را مجاز ندانسته است و با استناد به این مواد، می‌توان مستأمن، ذمی و معاهد را در خصوص جنایات عمدی در حکم مسلمانان قرار داد و احکام مسلمانان را بر آنها بار نمود؛ زیرا قتل آنان توسط غیرمسلمان مستوجب قصاص است؛ همچنین اگر آنها مرتکب قتل غیرمسلمانی بشوند که ذمی، معاهد و مستأمن نباشد، قصاص نخواهند شد و در نهایت به تعزیر محکوم می‌شوند؛ از این رو ماده ۲۱۰ سابق که در فصل اول (قتل عمد) آمده بود و مفادش با شرایط قصاص مناسب به نظر می‌رسید، در قانون جدید در ماده ۳۱۰ در فصل سوم (شرایط عمومی قصاص) مقرر شده است.

اما با این وجود هنوز ایرادهایی به مواد این قانون وارد است که عبارت‌اند از:

۱. با توجه به اصل سیزدهم قانون اساسی،^۳ قرارداد ذمه در حقوق ایران دیگر محلی از اعراب ندارد و استفاده از آنها در برخی قوانین عادی بر نوعی سهل‌انگاری حمل می‌گردد؛ بر همین اساس استفاده از عبارت کافر ذمی نمی‌تواند صحیح باشد و قانون‌گذار بهتر است از عبارت «اقلیت‌های دینی شناخته‌شده در قانون اساسی استفاده کند.

۲. گرچه قانون‌گذار به حکم مستأمن و معاهد نیز در کنار کافر ذمی پرداخته است،

۱. «هرگاه مسلمانی کشته شود، قاتل قصاص می‌شود».

۲. «هرگاه کافر ذمی عمداً کافر ذمی دیگری را بکشد، قصاص می‌شود؛ اگرچه پیرو دو دین مختلف باشند».

۳. «ایرانیان زرتشتی، کلیمی و مسیحی تنها اقلیت‌های دینی شناخته می‌شوند که در حدود قانون در انجام دادن مراسم دینی خود آزادند و در احوال شخصی و تعلیمات دینی بر طبق آیین خود عمل می‌کنند».

آنچه در این باب ایجاد مسئله می‌کند، تعریف‌نشدن این اصطلاح‌ها و تعیین مصادیق آنهاست. حال آنکه تعریف این موارد در فقه نیز چندان مورد توافق نمی‌باشد و گاهی برای یک دسته از غیرمسلمانان، فقیهان یا نویسندگان مختلف نام‌های متفاوتی را برگزیده‌اند. افزون‌براین جای این پرسش باقی است که آیا با توجه به پذیرش بیان‌نامه جهانی حقوق بشر و منشور سازمان ملل متحد و... از سوی جمهوری اسلامی ایران که طبق ماده ۹ قانون مدنی^۱ باید آنها را در حکم قانون دانست، می‌توان هنوز به وجود غیرمسلمان معاهد و مستأمن و ... قائل بود. آیا پذیرش بقا و موضوعیت این قراردادها در نظام حقوقی ایران، در تضاد با تعهدات بین‌المللی و وضعیت واقعی ایران نمی‌باشد؟

۳. فرض‌هایی نیز در این قانون مسکوت مانده است؛ از جمله اینکه «اگر مسلمانی مرتکب قتل کافر ذمی یا معاهد یا مستأمن گردد، تکلیف چگونه خواهد بود؟» یا «حکم جنایت کافر حربی بر کافر حربی چیست؟» در مورد فرض اول باید گفت: در چنین فرضی قصاص منتفی است؛ زیرا یکی از شرایط ثبوت قصاص تساوی در دین است که در این فرض وجود ندارد؛ ولی اگر عادت به این کار کرده باشد، به دلیل عادت و تکرار قصاص خواهد شد؛ به بیان دیگر باید گفت فرد مسلمان اگر فرد کافری را بکشد، قصاص نمی‌شود؛ خواه آن کافر ذمی مانند یهود، نصاری و مجوس باشد که با حکومت اسلامی عقد ذمه منعقد می‌کنند یا کافر حربی مانند بت‌پرستان و... باشد که با مسلمانان سر جنگ دارند و یا اهل کتاب باشد که شرایط ذمه را نپذیرند و یا مستأمن باشد.

اما در فرضی که کافر حربی مرتکب قتل کافر حربی دیگری گردد، باید بگوییم به ظاهر عموم و اطلاقات ادله قصاص، شامل این فرض نیز می‌شود و معنی برای قصاص وجود ندارد. چنانکه برخی از فقیهان نیز به این حکم فتوا داده‌اند (شهید اول، ۱۴۱۴ق، ج ۴، ص ۳۴۸؛ علامه حلی، ۱۴۱۴ق، ج ۲، ص ۲۰۴؛ اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ج ۱۴، ص ۳۰؛ نجفی، ۱۳۶۲، ج ۴۲، ص ۱۵۶؛ مرعشی نجفی، ۱۴۱۵ق، ج ۱، ص ۳۰۰). از سوی دیگر باید گفت که در سخنان آیت‌الله خوئی،

۱. «مقررات عهدی که بر طبق قانون اساسی بین دولت ایران و سایر دول منعقد شده باشد، در حکم قانون است.»

تعارض‌هایی دیده می‌شود؛ بدین شرح که با وجود اینکه معیار دین جانی را در دو فرض (۱) مسلمان شدن کافر جانی پس از سرایت زخم بر مجنی علیه کافر و (۲) ارتداد جانی مسلمان پس از سرایت زخم بر نصرانی را حال قصاص می‌داند و به عدم قصاص در اولی و قصاص در دومی قائل است؛ اما در این مسئله (مسلمان شدن مجنی علیه کافر، پس از سرایت زخم توسط جانی مسلمان) معیار دین مجنی علیه را زمان ایراد جنایت می‌داند (خویی، بی تا، ج ۲، ص ۶۶). حال آنکه در فرضی مشابه (ارتداد مجنی علیه مسلمان پس از سرایت زخم توسط جانی مسلمان)، معیار دین مجنی علیه را حال قصاص لحاظ کرده است و به عدم قصاص قائل است.

از سوی دیگر باید گفت که در سخنان آیت‌الله خویی، تعارض‌هایی دیده می‌شود؛ بدین شرح که با وجود اینکه معیار دین جانی را در فروض (۱) مسلمان شدن کافر جانی پس از سرایت زخم بر مجنی علیه کافر و (۲) ارتداد جانی مسلمان پس از سرایت زخم بر نصرانی را حال قصاص می‌داند و به عدم قصاص در اولی و قصاص در دومی قائل است، اما در این مسئله (مسلمان شدن مجنی علیه کافر پس از سرایت زخم توسط جانی مسلمان) معیار دین مجنی علیه را زمان ایراد جنایت می‌داند (خویی، بی تا، ج ۲، ص ۶۶). حال آنکه در فرضی مشابه (ارتداد مجنی علیه مسلمان پس از سرایت زخم توسط جانی مسلمان)، معیار دین مجنی علیه را حال قصاص لحاظ کرده و به عدم قصاص قائل است.

۴. گرچه بر طبق ماده ۳۱۱ قانون مجازات اسلامی، جهت مجازات مرتکب، شرط تساوی در دین در زمان وقوع جنایت معتبر است^۱ و در نتیجه تغییر دین از سوی جانی یا

۱. این مسئله در مواد مربوط به شرایط دیگر قصاص نیز مطرح شده است؛ ماده ۳۰۷ ق.م.ا: «ارتکاب جنایت در حال مستی و عدم تعادل روانی در اثر مصرف مواد مخدر، روان گردان و مانند آنها، موجب قصاص است؛ مگر اینکه ثابت شود بر اثر مستی و عدم تعادل روانی، مرتکب به کلی مسلوب الاختیار بوده است که در این صورت، علاوه بر دیه به مجازات تعزیری مقرر در کتاب پنجم «تعزیرات» محکوم می‌شود؛ لکن اگر ثابت شود که مرتکب قبلاً خود را برای چنین عملی مست کرده و یا علم داشته است که مستی و عدم تعادل روانی وی ولو نوعاً موجب ارتکاب آن جنایت یا نظیر آن از جانب او می‌شود، جنایت عمدی محسوب می‌گردد».

ماده ۳۰۸ ق.م.ا: «اگر پس از تحقیق و بررسی به وسیله مقام قضایی، در بالغ یا عاقل بودن مرتکب، هنگام

مجنی علیه بنا بر قاعده نباید تأثیری در مجازات متناسب با دین دوطرف داشته باشد (مزروعی، ۱۳۹۴، ص ۵۱۷)؛ اما به نظر می‌رسد استثنائی در تبصره ۲ ماده ۳۱۰ قابل ملاحظه باشد که می‌فرماید: «اگر مجنی علیه غیر مسلمان باشد و مرتکب پیش از اجرای قصاص مسلمان شود، قصاص ساقط و...» که حال قصاص را در این مورد لحاظ کرده است.

اما همان گونه که گفته شد در مصادیق دیگر همچون «ارتداد مجنی علیه مسلمان پس از سرایت زخم توسط جانی مسلمان»، در نظر گرفتن حال قصاص در کلام فقیهان محرز است و حتی مناقشه‌هایی در خصوص لحاظ حال جنایت در مصادیق دیگری همچون «مسلمان شدن مجنی علیه کافر پس از سرایت زخم توسط جانی مسلمان» و «آزاد شدن مجنی علیه مملوک در هنگام سرایت زخم توسط حرّ» نیز وارد بود که به تفصیل توضیح داده شد. هر چند در حقوق ایران نیز مسکوت باقی مانده است؛ بر این اساس از آنجا که احکام قصاص برگرفته از فقه اسلامی است، در موارد سکوت، رجوع به منابع فقهی و استخراج حکم ضروری به نظر می‌رسد.

۵. قسمت اخیر ماده ۳۱۰ قانون مجازات اسلامی و تبصره یک آن نیز بر این مطلب دلالت دارد که چنانچه مسلمان، ذمی، مستأمن، معاهد یا غیر مسلمانی که تابعیت ایران را دارد یا با رعایت قوانین و مقررات وارد کشور شده است، بر دیگری که دارای هیچ یک از این اوصاف نیست و به اصطلاح حربی است، جنایت عمدی وارد کند، مجازات او از نوع قصاص و پرداخت دیه نیست؛ بلکه مرتکب بر اساس ماده ۴۴۷ قانون مجازات اسلامی و مواد ۶۱۲ و ۶۱۴ و تبصره آن از کتاب تعزیرات به مجازات تعزیری محکوم

→

ارتکاب جنایت، تردید وجود داشته باشد و ولی دم یا مجنی علیه ادعا کند که جنایت عمدی در حال بلوغ و یا افاقه او از جنون سابقش انجام گرفته است؛ لکن مرتکب خلاف آن را ادعا کند، ولی دم یا مجنی علیه باید برای ادعای خود بیینه اقامه کند. در صورت عدم اقامه بیینه، قصاص منتفی است. اگر حالت سابق بر زمان جنایت، افاقه مرتکب بوده است، مرتکب باید جنون خود در حال ارتکاب جرم را اثبات کند تا قصاص ساقط شود؛ در غیر این صورت با سوگند ولی دم یا مجنی علیه یا ولی او قصاص ثابت می‌شود.»

می‌شود. البته مرتکب تنها در صورت وجود شرایط موجود در این دو ماده، چون اخلال در نظم یا بیم تجری به مجازات مقرر در این مواد محکوم خواهد شد؛^۱ اما در این مورد نیز این پرسش طرح می‌گردد که در چه مواردی کشتن کافر حربی مجاز می‌باشد؟ آیا این حالت‌های قانونی مشخص گردیده‌اند؟ متأسفانه تدوین‌کنندگان این موارد و حالت‌ها را مشخص نکرده‌اند و در عمل راه را برای تشدد آرا و نوعی هرج و مرج حقوقی باز گذاشته‌اند.

نتیجه‌گیری

از دیدگاه مشهور فقیهان، معیار در دین قاتل و مقتول، «زمان جنایت» است؛ اما از دیدگاه صاحب جواهر و برخی دیگر از فقیهان معاصر، «زمان قصاص» شرط است؛ بر این اساس اگر تکافؤ در زمان جنایت و سرایت محقق نباشد، اما در زمان قصاص حاصل شود، در ثبوت قصاص کفایت می‌کند. اما با مناقشه‌های وارد بر قائلان به «زمان جنایت» و بررسی ادله فقیهان مقابل ایشان، در نظر گرفتن «حال قصاص» قوی‌تر به نظر می‌رسد؛ چنان که در بعضی فرض‌ها (ارتداد جانی مسلمان پس از جراحت بر مجنی علیه کافر) که اسلام قاتل متقدم است، عموم ادله قصاص حکم به جواز را ثابت می‌کند. از سویی بی‌شک روایت «لَا يُقَاتُ مُشْلِمٌ بِدِمِّيِّ» شامل آن نمی‌گردد؛ زیرا قاتل مسلمان محسوب نشده، بلکه مرتد است؛ به عبارتی دیگر گرچه با توجه به مخصص عدم قتل مسلمان به سبب کافر، اسلام

۱. ماده ۶۱۲ ق.م.ا: «هر کس مرتکب قتل عمد شود و شاکی نداشته یا شاکی داشته [باشد] ولی از قصاص گذشت کرده باشد و یا به هر علت قصاص نشود، در صورتی که اقدام وی موجب اخلال در نظم و صیانت و امنیت جامعه یا بیم تجزی مرتکب یا دیگران گردد، دادگاه مرتکب را به حبس از سه تا ده سال محکوم می‌نماید. تبصره: در این مورد معاونت در قتل عمد موجب حبس از یک تا پنج سال خواهد بود؛ ماده ۶۱۴ ق.م.ا: «هر کس عمداً به دیگری جرح یا ضربی وارد آورد که موجب نقصان یا شکستن یا از کارافتادن عضوی از اعضا یا منتهی به مرض دائمی یا فقدان یا نقص یکی از حواس یا منافع یا زوال عقل مجنی علیه گردد، در مواردی که قصاص امکان نداشته باشد، چنانچه اقدام وی موجب اخلال در نظم و صیانت و امنیت جامعه یا بیم تجزی مرتکب یا دیگران گردد، به دو تا پنج سال حبس محکوم خواهد شد و در صورت درخواست مجنی علیه مرتکب به پرداخت دیه نیز محکوم می‌شود. تبصره: در صورتی که جرح وارده منتهی به ضایعات فوق نشود و آلت جرح اسلحه یا چاقو و امثال آن باشد، مرتکب به سه ماه تا یک سال حبس محکوم خواهد شد.»

مانع از تأثیر مقتضی، یعنی همان عمومات ثبوت قصاص در نابودی نفس محترمه است، در فرض نبود مانع مقتضی تأثیر خود را خواهد داشت. اما در برخی از فرض‌ها، مثل «ارتداد مجنی علیه مسلمان پس از سرایت زخم توسط جانی مسلمان» و «مسلمان شدن قاتل کافر پس از جراحی یا قتل کافر دیگر»، مانع وجود دارد و از تأثیر مقتضی ممانعت خواهد کرد؛ چنان‌که اگر فردی کافر، قتلی را انجام دهد و اسلام آورد، در چنین حالتی به دلیل متأخر بودن اسلام، مخصّصاتی چون قاعده «جَب» یا «لَا يُقَادُ مُسْلِمٌ بِدِمِّیِّ» به عنوان مانعی از تأثیر عمومات قرآنی جلوگیری می‌کند و حکم به قصاص را منتفی می‌سازد. گفتنی است قانون‌گذار به تبعیت از مشهور، در مواد مختلف نیز «حال جنایت» را مطرح کرده است و فرض‌های دیگری مرتبط با این مسئله نیز در قوانین موضوعه مسکوت مانده است؛ بر همین اساس امید است پژوهش حاضر، گامی ناچیز در توجه به این مسئله و مشابه آن باشد.

فهرست منابع

* قرآن کریم

۱. ابن براج، عبدالعزيز. (۱۴۰۶ق). المذهب (ج ۲، چاپ اول). قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
۲. اردبیلی، احمد بن محمد. (۱۴۰۳ق). مجمع الفائدة والبرهان (ج ۱۴، چاپ اول). قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
۳. بجنوردی، حسن. (۱۳۸۶). القواعد الفقهية (ج ۱، چاپ سوم). قم: دلیل ما.
۴. تبریزی، جواد. (۱۳۸۷). تنقیح مبانی الأحكام (کتاب القصاص) (چاپ سوم). قم: دارالصدیقه الشهیده علیها السلام.
۵. حر عاملی، محمد بن حسن. (۱۴۰۳ق). وسائل الشیعة (ج ۲۹). بیروت: دار احیاء التراث العربی.
۶. خمینی، روح الله. (بی تا). تحریر الوسيلة (ج ۲). تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی علیه السلام.
۷. خویی، ابوالقاسم. (بی تا). مبانی تکملة المنهاج (ج ۲). بی جا: بی نا.
۸. راغب اصفهانی، حسین بن محمد. (۱۴۰۴ق). المفردات فی غریب القرآن (ج ۱، چاپ دوم). بیروت: دفتر نشر کتاب.
۹. سبحانی، جعفر، درس خارج فقه، ۱۳۹۰/۷/۱۲؛
<https://www.eshia.ir/Feqh/Archive/sobhani/feqh/90>
۱۰. شهید اول، محمد بن مکی. (۱۴۱۱ق). اللمعة الدمشقية فی فقه الإمامية. بی جا: دارالفکر.
۱۱. شهید اول، محمد بن مکی. (۱۴۱۴ق). غایة المراد فی شرح نکت الإرشاد (ج ۴، چاپ اول). قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی.
۱۲. شهید ثانی، زین الدین بن علی. (۱۴۱۳ق). مسالک الأفهام (ج ۱۰ و ۱۵). قم: مؤسسه معارف اسلامی.
۱۳. طوسی، محمد بن حسن. (۱۴۰۷ق). الخلاف (۵). قم: جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۱۴. طوسی، محمد بن حسن. (۱۳۶۳). الإستبصار (ج ۴). تهران: دارالکتب الاسلامیه.

۱۵. طوسی، محمد بن حسن. (۱۳۸۷). المبسوط فی فقه الامامیه (ج ۷). تهران: المکتبه المرتضویه.
۱۶. عزیزان، مهدی؛ لطیفی، رحیم و حیدری، حبیب. (۱۳۸۲). وظایف غیرمسلمانان در جامعه اسلامی. کلام اسلامی، شماره ۴۶، صص ۱۱۳ - ۱۴۰.
۱۷. علامه حلی، حسن بن یوسف. (۱۴۱۲ق). قواعد الأحکام. بی جا: مؤسسه نشر اسلامی.
۱۸. علامه حلی، حسن بن یوسف. (۱۴۱۳ق). مختلف الشیعه فی احکام الشریعه. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۱۹. علامه حلی، حسن بن یوسف. (۱۴۱۴ق). تذکره الفقهاء. قم: مؤسسه آل البيت علیه السلام للاحیاء التراث.
۲۰. علامه حلی، حسن بن یوسف. (۱۴۲۰ق). تحریر الأحکام (چاپ اول). قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام.
۲۱. فاضل هندی، محمد بن حسن. (۱۴۱۶ق). کشف اللثام والإبهام عن قواعد الأحکام (ج ۱۱). قم: مؤسسه النشرالاسلامی.
۲۲. فخر المحققین، محمد بن حسن. (۱۳۸۷ق). ایضاح الفوائد (ج ۴). قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۲۳. فراهیدی، خلیل بن احمد. (۱۴۰۹ق). العین. (ج ۶، چاپ دوم). قم: مؤسسه دارالهجره.
۲۴. قاینی، محمد، دروس خارج فقه، ۷، ۱۰، ۱۱، ۱۵، ۱۶، ۲۸ مهر ۱۳۹۷؛
<https://taghdir.ismc.ir/lessons/feqh?category=1>
۲۵. قائنی نجفی، محمد، درس خارج فقه، ۱۳۹۷/۲/۲۳؛ ۱۱، ۲۴ مهر ۱۳۹۷؛
<http://www.qaeninajafi.ir/feqh/feqh1396-97.html>
۲۶. محقق حلی، شیخ نجم الدین. (۱۴۰۹ق). شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام (ج ۴، چاپ دوم). تهران: استقلال.
۲۷. مرعشی نجفی، سید شهاب الدین. (۱۴۱۵ق). القصاص علی ضوء القرآن و السنة (ج ۱). قم: بی نا.
۲۸. مزروعی، رسول. (۱۳۹۴). شرح مبسوط قانون مجازات اسلامی (تحت اشراف آیت الله هاشمی شاهرودی). بی جا: مؤسسه دایرة المعارف فقه اسلامی.

۲۹. مهاجر میلانی، امیر. (۱۳۹۵). حرمت جان کافر بی طرف. مجله دانشگاه علوم اسلامی رضوی، شماره ۱۴، صص ۱۶۷-۱۸۹.
۳۰. نجفی، شیخ محمدحسن. (۱۳۶۲). جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام (ج ۴۲، چاپ هفتم). بیروت: دار احیاء التراث العربی.

References

* The Holy Qur'an.

1. Allamah Helli, H. b. Y. (1992). *Qawa'id al-Ahkam*. n.p.: Islamic Publication Institute. [In Arabic]
2. Allamah Helli, H. b. Y. (1993). *Mukhtalaf al-Shi'ah fi Ahkam al-Shari'ah*. Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic]
3. Allamah Helli, H. b. Y. (1994). *Tadhkirat al-Fuqaha*. Qom: Alulbayt Le Ihya al-Turath Institute. [In Arabic]
4. Allamah Helli, H. b. Y. (2000). *Tahrir al-Ahkam* (1st ed.). Qom: Imam Sadiq Institute. [In Arabic]
5. Ardabili, A. b. M. (1983). *Majma' al-Fa'idah wa al-Burhan* (Vol. 14, 1st ed.). Qom: Al-Nashr Al-Islami Institute. [In Arabic]
6. Azizan, M., Latifi, R., & Heydari, H. (2003). Duties of Non-Muslims in Islamic Society. *Islamic Theology*, 46, pp. 113-140. [In Persian]
7. Bejnourdi, H. (2007). *Al-Qawa'id al-Fiqhiyah* (Vol. 1, 3rd ed.). Qom: Dalil Ma. [In Arabic]
8. Fakhr al-Muhaqqiqin, M. b. H. (1987). *Idhah al-Fawa'id* (Vol. 4). Qom: Esmailian Institute. [In Arabic]
9. Farahidi, K. b. A. (1988). *Al-'Ayn* (Vol. 6, 2nd ed.). Qom: Dar al-Hijrah Institute. [In Arabic]
10. Fazel Hindi, M. b. H. (1995). *Kashf al-Litham wa al-Ibham 'an Qawa'id al-Ahkam* (Vol. 11). Qom: Al-Nashr Al-Islami Institute. [In Arabic]
11. Hur Amili, M. b. H. (1983). *Wasa'il al-Shi'ah* (Vol. 29). Beirut: Dar Ihya' al-Turath al-Arabi. [In Arabic]
12. Ibn Baraj, A. (1986). *Al-Muhadhdhab* (Vol. 2, 1st ed.). Qom: Al-Nashr Al-Islami Institute. [In Arabic]
13. Khoei, A. (n.d.). *Mabani Takmilat al-Minhaj* (Vol. 2).
14. Khomeini, R. (n.d.). *Tahrir al-Wasilah* (Vol. 2). Tehran: Institute for Compilation and Publication of Imam Khomeini's Works.

15. Mar'ashi Najafi, S. S. (1994). *Al-Qisas 'ala Dhaw' al-Qur'an wa al-Sunnah* (Vol. 1). Qom: n.p. [In Arabic]
16. Mazroui, R. (2015). Comprehensive Commentary on Islamic Penal Code (under the supervision of Ayatollah Hashemi Shahroudi). n.p.: Islamic Encyclopedia of Fiqh Institute. [In Persian]
17. Mohajer Milani, A. (2016). The Sanctity of the Life of a Neutral Non-Believer. *Journal of Razavi University of Islamic Sciences*, 14, pp. 167-189. [In Persian]
18. Muhaqqeq Helli, S. N. (1988). *Shara'i' al-Islam fi Masa'il al-Halal wa al-Haram* (Vol. 4, 2nd ed.). Tehran: Istiqlal. [In Arabic]
19. Najafi, S. M. H. (1983). *Jawahir al-Kalam fi Sharh Shara'i' al-Islam* (Vol. 42, 7th ed.). Beirut: Dar Ihya' al-Turath al-Arabi. [In Arabic]
20. Qa'ini Najafi, M. (2018, May 13; October 11, 24). Dars-e Kharej Fiqh. From: <http://www.qaeninajafi.ir/feqh/feqh1396-97.html> [In Persian]
21. Qaini, M. (2018, October 7, 10, 11, 15, 16, 28). Dars-e Kharej Fiqh. From: <https://taghrir.ismc.ir/lessons/feqh?category=1> [In Persian]
22. Raghیب Isfahani, H. b. M. (1984). *Al-Mufradat fi Gharib al-Quran* (Vol. 1, 2nd ed.). Beirut: Nashr al-Kitab Office. [In Arabic]
23. Shahid Awwal, M. b. M. (1990). *Al-Lum'ah al-Dimashqiyah fi Fiqh al-Imamiyah*. n.p.: Dar al-Fikr. [In Arabic]
24. Shahid Awwal, M. b. M. (1993). *Ghaya al-Murad fi Sharh Nukat al-Irshad* (Vol. 4, 1st ed.). Qom: Islamic Propagation Office Publications. [In Arabic]
25. Shahid Thani, Z. b. A. (1992). *Masalik al-Afham* (Vols. 10 & 15). Qom: Islamic Studies Institute. [In Arabic]
26. Sobhani, J. (2011, October 4). Dars-e Kharej Fiqh, 12/7/1390 AP. From: <https://www.eshia.ir/Feqh/Archive/sobhani/feqh/90> [In Persian]
27. Tabrizi, J. (2008). *Taqniyah Mabani al-Ahkam (Kitab al-Qisas)* (3rd ed.). Qom: Dar al-Siddiqah al-Shahidah. [In Arabic]
28. Tusi, M. b. H. (1984). *Al-Istibsar* (Vol. 4). Tehran: Dar al-Kutub al-Islamiyah. [In Arabic]

29. Tusi, M. b. H. (1987). *Al-Khilaf* (Vol. 5). Qom: Teachers Community of Islamic Seminary of Qom. [In Arabic]
30. Tusi, M. b. H. (2008). *Al-Mabsut fi Fiqh al-Imamiyah* (Vol. 7). Tehran: Maktabah al-Murtazawiyah. [In Arabic]