

## امکان سنجی «عفو» از سرایت احتمالی در اثر جنایت

حمید مسجدرائی\*

حسن پورلطف‌اله\*\*

رضا الهامی\*\*\*

### چکیده

قانون مجازات اسلامی درباره امکان «عفو» جانی توسط مجنی علیه قبل از بهبودی کامل نسبت به سرایت احتمالی بعدی ناشی از جنایت ضرب و جرح عمدی، به سکوت برگزار کرده است. مراجعه به منابع و فتاوی معتبر اسلامی حاکی از این است که موضوع حاضر، خاستگاه اختلاف نظر بین فقهاست؛ به طوری که مشهور فقیهان عمدتاً به دلیل این که چنین عفوی مستلزم ابراء ما لم یجب می شود آن را صحیح ندانسته و موجب رفع ضمان از سرایت بعدی نمی‌دانند. دیدگاه دوم، چنین عفوی را از باب وصیت صحیح می‌داند که تا ثلث دیده، صحیح و نافذ بوده و بیشتر از ثلث، موقوف به اجازه وراثت می‌باشد. در مقابل، برخی دیگر از فقهای معاصر، بدون توجیه این عفو به وصیت؛ به طور مطلق حکم به صحت چنین عفوی کرده‌اند که نتیجتاً، رفع ضمان هرگونه سرایت بعدی برای جانی را در پی دارد. نوشتار حاضر با روش توصیفی تحلیلی، ضمن بازخوانی مبانی فقهی دیدگاه‌های مطرح و با بهره‌گیری از مستندات و مؤیدات موجود، قول سوم را قابل دفاع دانسته است. پیشنهاد نوشتار حاضر آن است که قانون‌گذار با هدف ایجاد وحدت رویه قضائی، با افزودن یک ماده قانونی، به «صحت عفو از سرایت و عدم ضمان جانی»، وجاهت قانونی ببخشد.

**کلیدواژه‌ها:** عفو از جنایت، سرایت احتمالی، جنایت اولیه، جانی، مجنی علیه، رفع ضمان

تاریخ وصول: ۱۴۰۰/۱۱/۱۹ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۲/۱۶

\* دانشیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشگاه سمنان، سمنان، ایران (نویسنده مسئول)

h\_masjedsaraie@semnan.ac.ir

\*\* دانش آموخته دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشگاه سمنان، سمنان، ایران

hassan.pourlotfollah66@gmail.com

\*\*\* استادیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشگاه تبریز، تبریز، ایران

Dr.elhami.reza@gmail.com

## ۱. تبیین مسأله

یکی از مسائل مورد مناقشه در حقوق جزا، امکان عفو از سرایت احتمالی، قبل از ایجاد آن می‌باشد؛ بدین‌سان که ممکن است مجنی<sup>۱</sup> علیه قبل از بهبودی کامل جنایت وارده - که هر آن ممکن است در اثر سرایت آن، دامنه جنایت اولیه توسعه پیدا نماید - شخص جانی را نسبت به سرایت احتمالی ناشی از جنایت، مورد عفو قرار دهد؛ حال طرح این سؤال مناسب است که آیا امکان عفو سرایت احتمالی قبل از ایجاد آن وجود دارد؟ به تعبیر دیگر، آیا مجنی<sup>۱</sup> علیه استحقاق این را دارد که قبل از استقرار وجودی سرایت، هر نوع سرایت احتمالی ناشی از جنایت اولیه را مورد عفو قرار دهد؟<sup>۱</sup> ناگفته نماند که پرداختن به این مسأله از جهات مختلف حائز اهمیت و ضروری است؛ بدان جهت که از یک سو، وقوع چنین مسائلی در محاکم قضایی در هر زمان و موقعیتی امکان‌پذیر می‌باشد؛ یعنی ممکن است مجنی<sup>۱</sup> علیه قبل از بهبودی جنایت وارده، که احتمال سرایت آن وجود دارد هر نوع سرایت احتمالی ناشی از این جنایت را مورد عفو و بخشودگی قرار دهد یا همراه با اصل جنایت، سرایت احتمالی آن را نیز مورد عفو قرار دهد. از سوی دیگر، نظرات فقیهان در اینباره مختلف بوده و مبنای واحد فقهی ارائه نشده است و در قانون مجازات اسلامی نیز که منبع صدور احکام کیفری است در این زمینه تصریح خاصی به چشم نمی‌خورد؛ گرچه ماده ۳۰۰ قانون مذکور، در خصوص سرایت کردن جنایت ارتكابی به نفس مجنی<sup>۱</sup> علیه و فوت وی و در نتیجه، امکان قصاص قاتل، تصریح کرده است؛ از این‌رو سعی بر این است که با تحلیل و بازخوانی مبانی فقهی دیدگاه‌های وارده و نیز با بهره‌گیری از مستندات و مؤیدات موجود، مسأله حاضر تحلیل و بررسی گردد.

## ۲. دیدگاه‌های فقهی

در این قسمت ابتدا نظرات فقهی وارده را مطرح ساخته و سپس به تحلیل و بازخوانی مبانی فقهی آن‌ها خواهیم پرداخت:

### ۲-۱. دیدگاه اول: عدم جواز عفو

مشهور فقهای امامیه بر این باورند که اگر مجنی<sup>۱</sup> علیه سرایت احتمالی ناشی از جنایت را

۱. عکس این موضوع در فرضی قابل طرح است که در جنایت مادون نفس، احتمال گسترش جنایت و سرایت آن به نفس مجنی<sup>۱</sup> علیه وجود داشته باشد و جانی بخواهد قبل از استقرار کامل بهبودی، استیفای قصاص جراحات از جانی نماید؛ در این خصوص نیز بین فقها اختلاف نظر وجود دارد و قانونگذار عرفی در ماده ۴۴۰ قانون مجازات اسلامی متعرض این بحث شده است؛ جهت مطالعه ر.ک: حسنی ابوالحسن کلایی، محسنی دهکالانی، جهانی، ۱۳۹۷، ۳۳-۵۲.

قبل از این که ایجاد شود، مورد عفو قرار دهد چنین عفو صحیح نمی‌باشد (ابن شجاع قَطَّان، ۱۴۲۴ق، ۲، ۵۷۱؛ علامه حلی، ۱۴۱۳ق، ۳، ۶۳۷؛ همو ۱۴۱۰ق، ۲، ۲۱۲؛ صیمری، ۱۴۲۰ق، ۴، ۴۱۳) از این رو، فخرالمحققین با عبارت «الأصحَّ عندی أنَّه لا یصحَّ»، به عدم صحّت چنین عفو صحیح کرده است (فخرالمحققین، ۱۳۸۷، ۴، ۶۴۱) و شهید ثانی نیز با مطرح ساختن دو قول پیرامون حکم فقهی مسأله، صحیح‌ترین این دو قول را، قول عدم صحّت دانسته و معتقد است که قول اصحّ در میان دو این قول آن است که چنین عفو لغو بوده و شخص جانی در قبال سرایت بعدی، ضامن می‌باشد؛ چون اسقاط شیء قبل از ثبوت آن، دور از انتظام بوده است<sup>۱</sup> (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ۱۵، ۳۰۹)؛ بنابراین مطابق این دیدگاه، اگر بعد از عفو مجنی علیه، جنایت اولیّه منجر به سرایت گردد عفو سابق مجنی علیه، موجب اثر نبوده و شخص جانی در قبال سرایت ایجاد شده، ضامن می‌باشد.

## ۲-۱-۱. مبانی فقهی دیدگاه اول

الف: یکی از ادله فقهی دیدگاه اول آن است که صحّت عفو، منوط بر این است که متعلّق آن واجب شده باشد؛ یعنی یک حقی واجب شده باشد که مورد عفو قرار گیرد؛ به گونه‌ای که وجوب حقّ، به منزله سبب برای جواز عفو باشد و تا حقی واجب نگردد عفو از آن بی‌معنی می‌شود؛ پس در مسأله مورد بحث، از آن جهت که هنوز سبب عفو (سرایت) ایجاد نشده است پس چنین عفو صحیح نمی‌باشد؛ چون مسبّب بر سبب تقدّم نمی‌یابد<sup>۲</sup> (فخرالمحققین، ۱۳۸۷، ۴، ۶۴۱). در واقع، مستدلّ در این استدلال، وجوب حقّ را به منزله سبب برای جواز عفو محسوب نموده است، حال از آن جهت که قاعدتاً تا زمانی که سبب حاصل نشده باشد مسبّب موجود نمی‌گردد در نتیجه، قبل از وجوب یک حقی در اثر ایجاد سرایت، عفو از آن صحیح نمی‌باشد.

ب: دلیل دیگر این است که عفو، همان ابراء می‌باشد؛ و ابراء در واقع، ازاله چیزی است که در ذمه ثابت شده است؛ پس قبل از ثبوت چیزی در ذمه، ابراء از آن صحیح نمی‌باشد. از این رو برخی از صاحب نظران، در تعلیل عدم صحّت چنین عفو تصریح می‌دارند: «لأنّ الإبراء، ازاله مایثبت فی الذمه فلا یصحّ قبل الثبوت فی الذمه» (فخرالمحققین، ۱۳۸۷، ۴، ۶۴۱). و یا برخی دیگر در اینباره

۱. «أصحّهما: أن هذه الألفاظ لاغیه، و یلزمه ضمان ما یحدث، فإن إسقاط الشیء قبل ثبوته غیر منتظم.» نسبت به مجنی علیه استیفای

قصاص نماید

۲. «إنّ السرایه لم تحصل حال العفو فلا یجب مقتضاها ... لأنّ المسبّب لا یتقدّم علی السبب.»

معتقدند: «و هو أن العفو ابراء، و ابراء مما لا يجب لا يصح: لأن شرط العفو كون المعفو عنه ثابتاً في الذمه و هذا ليس كذلك: و این عفو، همان ابراء است و ابراء چیزی که واجب نشده، صحیح نمی‌باشد؛ چون شرط عفو کردن، این است که شیء مورد عفو، در ذمه ثابت گردد که در مسأله مورد بحث، چنین نیست.» (صیمری، ۱۴۲۰ق، ۴، ۴۱۳)؛ در واقع در این استدلال، مستدلل عفو را به منزله ابراء محسوب کرده است؛ از آن جهت که ابراء قبل از اشتغال ذمه، صحیح نمی‌باشد پس عفو از سرایت احتمالی نیز که هنوز ایجاد نشده و ذمه جانی به آن اشتغال نیافته، صحیح نمی‌باشد.

ج: دلیل سوم، مغایرت زمانی عفو و ایجاد سرایت است؛ یعنی از آن جهت که موقع عفو، زمان حال است که شخص مجنی علیه سرایت احتمالی را مورد عفو قرار می‌دهد و اما زمان تحقق سرایت احتمالی، آینده است که هنوز ایجاد نشده است؛ پس به دلیل تغایر زمانی عفو و ایجاد سرایت، امکان عفو از سرایت احتمالی وجود ندارد؛ چرا که زمان حال با زمان آینده، قابل اجتماع نیستند (شهید اول، ۱۴۱۴ق، ۴، ۴۰۰) بنابراین در مسأله مورد بحث، عفو از سرایت احتمالی که استقرار وجودی آن، موکول به زمان آینده است؛ صحیح نمی‌باشد.

د) دلیل استنادی دیگر، که برخی از صاحب‌نظران متذکر آن شده‌اند، این است که لازمه چنین عفوی، در بیشتر موارد، به اسقاط حق غیر منتهی می‌شود (نجفی، ۱۴۰۴ق، ۴۲، ۴۲۹؛ تبریزی، ۱۴۲۶ق، ۳۳۶) بدین‌سان که، اگر بعد از وقوع جنایت اولیه، مجنی علیه سرایت احتمالی ناشی از همین جنایت را مورد عفو قرار داده و ذمه جانی را نسبت به آن بری نماید؛ و سپس جنایت وارده به نفس مجنی علیه سرایت نموده و موجب مرگ وی شود؛ در این صورت، حق قصاص نفس یا دریافت دیه آن، حق وراثت است نه حق مجنی علیه، که استحقاق عفو آن را داشته باشد؛ بنابراین در چنین مواردی از آن جهت که عفو قبلی مجنی علیه، در واقع اسقاط حق غیر محسوب می‌شود، چنین عفوی صحیح نمی‌باشد.

## ۲-۱-۲. نقد و بررسی

در نقد ادله فوق الذکر، می‌توان گفت:

الف) ابراء یا اسقاط ما لم يجب در فرض بطلان آن، صرفاً در مواردی است که موضوع، عرفاً در معرض وجوب و ثبوت نباشد؛ اما تردیدی نیست که در مسأله مورد بحث، موضوع، در معرض

وجوب و ثبوت یا قریب به آن است.<sup>۱</sup> همان طور که در ابراء طیب توسط مریض یا ولی، اینگونه است؛ یعنی قبل از اقدام پزشک به معالجه، که هنوز هیچ حقی واجب و ثابت نشده، ابراء وی از صدمات احتمالی ناشی از معالجه که ممکن است بعداً رخ دهد، صحیح می‌باشد (سبزواری، ۱۴۱۳ق، ۲۹، ۵۴) به عبارت دیگر، در مسأله مورد بحث، بین جنایت ارتكابی و سرایت ناشی از آن، عرفاً فاصله زمانی زیادی متصور نمی‌شود که اشکال اسقاط ما لم یجب یا اجتماع حال و آینده مطرح شود و بلکه با وقوع جنایت اولیه، سرایت ناشی از آن، در معرض وجوب و ثبوت است؛ یعنی جنایت اولیه در واقع زمینه ساز، سرایت ناشی از آن است که از لحاظ عرفی این مقدار فاصله زمانی محلّ نبوده و مجموع جنایت ارتكابی و سرایت ناشی از آن، جنایت واحدی محسوب می‌شود که بعد از ایجاد جنایت اولیه، می‌توان سرایت ناشی از آن را نیز که در معرض ثبوت است، مورد عفو قرار داد.

ب) این که در فرض سرایت به نفس، عفو از سرایت احتمالی، اسقاط حقّ غیر (یعنی اولیای دم) محسوب می‌شود قابل نقد است، بدان جهت که از یک سو، اولاً و بالذات، حق قصاص نفس، متعلّق به خود مجنیّ علیه می‌باشد، چون عوض جان وی است؛ همانگونه که در قصاص عضو، حق قصاص برای خود مجنیّ علیه ثابت می‌شود؛ اما از آن جهت که در قصاص نفس، استیفای آن توسط خود مجنیّ علیه امکان‌پذیر نیست خداوند متعال استیفای آن را برای ولیّ دم قرار داده است؛ پس زمانی که مجنیّ علیه با اختیار خود آن را اسقاط نماید، موضوعی جهت قصاص یا مطالبه دیه برای ولیّ دم باقی نمی‌ماند. و از سوی دیگر، آیه شریفه «من قتل مظلوماً فقد جعلنا لولیه سلطاناً» (مانده، ۴۰) در واقع در مقام اثبات اصل ولایت ولیّ است و هیچ اظهار نظری، درباره عدم ولایت مولیّ علیه، در حیات وی ندارد<sup>۲</sup> (سبزواری، ۱۴۱۳ق، ۲۹، ۵۳؛ فاضل لنکرانی، ۱۴۲۱ق، ۴۴۲). در واقع، لسان دلالی آیه شریفه، لسان اثباتی است و لسان انحصاری و نفی را نمی‌توان از این آیه شریفه استفاده کرد؛ بنابراین از این جهت که حق قصاص نفس مثل قصاص عضو، فی نفسه برای برای خود مجنیّ علیه ثابت می‌گردد، از این رو نمی‌توان اسقاط چنین حقّی را اسقاط حق غیر محسوب نمود.

۱. «لأنّ اسقاط ما لم یجب علی فرض بطلانه آنما هو فی مورد لم یکن لموضوع معرضیه عرفیه للوجوب و الثبوت، و لا ریب فی أنّ المقام له معرضیه عرفیه لذلك».

۱. «فلأنّ الحقّ أولاً و بالذات لنفس المجنیّ علیه، و حیث أنّه لا یمكن استیفاؤه جعله الله تعالی لولیه، فإذا أسقطه باختراره فلا موضوع للولیّ، و أما الآیه المبارکه و لا تقتلوا النفس الّتی حرّم الله الأ بالحقّ و من قتل مظلوماً فقد جعلنا لولیه سلطاناً فلا یُسرف فی القتل إنّهُ کان متصوّراً» (مانده: ۴۰)، فی مقام اثبات أصل الولایه للولیّ، و لا نظر لها إلى عدم الولایه للمولیّ علیه فی زمان حیاته أصلاً» (سبزواری، ۱۴۱۳ق، ۲۹، ۵۴).

ج) عمده اشکالی که بر صحت عفو از سرایت قبل از ایجاد آن، مطرح شده، این است که چنین عفوی در بیشتر موارد، بر اسقاط حق دیگری منجر می‌شود (نجفی، ۱۴۰۴ق، ۴۲، ۴۲۹؛ تبریزی، ۱۴۲۶ق، ۳۳۶) بدین سان که بر فرض مثال، اگر بعد از وقوع جنایت اولیه، شخص مجنی علیه ذمه جانی را نسبت به سرایت احتمالی بری نماید و سپس جنایت وارده به نفس مجنی علیه سرایت کرده و موجب مرگ وی شود در این صورت، از آنجا که قصاص نفس یا دریافت دیه آن، حق وراثت است نه حق مجنی علیه، پس عفو یا ابراء ذمه جانی توسط مجنی علیه، ابراء یا اسقاط حق دیگری محسوب می‌شود که صحیح نیست.

در پاسخ اشکال فوق باید گفت: این که عفو از سرایت قبل از ایجاد آن، در فرض سرایت به نفس، اسقاط حق غیر (وراثت) محسوب می‌شود؛ چنین ادعایی در جای خود قابل نقد می‌باشد؛ بدان جهت که از یک سو، حق قصاص نفس، اولاً و بالذات، متعلق به خود مجنی علیه می‌باشد، چون عوض نفس وی است؛ همان طور که در قصاص عضو، حق قصاص برای خود مجنی علیه ثابت می‌شود؛ اما از آن جهت که، در قصاص نفس، استیفای آن توسط خود مجنی علیه، امکان پذیر نیست؛ خداوند متعال استیفای آن را برای ولی دم قرار داده است؛ پس زمانی که مجنی علیه با اختیار خود آن را اسقاط کرد، موضوعی جهت قصاص برای ولی دم باقی نمی‌ماند. و از سوی دیگر، آیه شریفه «من قتل مظلوماً فقد جعلنا لولیه سلطاناً» (مانده، ۴۰) در واقع در مقام اثبات اثبات اصل ولایت ولی است و هیچ اظهار نظری، درباره عدم ولایت مولی علیه، در حیات وی ندارد (سبزواری، ۱۴۱۳ق، ۲۹، ۵۳)؛ در واقع لسان دلالتی آیه شریفه، لسان اثباتی است و لسان انحصاری و نفی را نمی‌توان از این آیه شریفه استفاده کرد. از این رو برخی از صاحب نظران در این زمینه تصریح دارند: «حق قصاص، ابتدا برای خود میت ثابت می‌شود؛ چون عوض جاننش است؛ همانطور که حق قصاص عضو، برای خود مجنی علیه ثابت می‌شود؛ نهایت امر، فرق بین این دو، در این است که در قصاص عضو، امکان استیفای قصاص، برای مجنی علیه وجود دارد از این رو خودش استیفای می‌نماید، ولی در قصاص نفس، امکان استیفای برای خود مجنی علیه وجود ندارد؛ در نتیجه به وراثت وی منتقل می‌گردد؛ بنابراین برگشت

این عفو، به اسقاط حق غیر (یعنی ولی مقتول) نیست بلکه اسقاط حق خودش است»<sup>۱</sup> (موحدی لنکرانی، ۱۴۲۱ق، ۴۴۲) بنابراین از این جهت، که چه در فرض سرایت عضوی و چه نفسی، مجنی<sup>۲</sup> علیه، با عفو اختیاری خود، در واقع حق خودش را که فی نفسه برای وی ثابت است، از دمه جانی بری می‌نماید؛ بنابراین چنین عفوئی به اسقاط حق غیر منتهی نمی‌شود و صحیح می‌باشد.

## ۲-۲. دیدگاه دوم: جواز عفو از باب وصیت

مطابق این دیدگاه که قائل نخست آن مرحوم شیخ طوسی در کتاب خلاف بوده، این است که عفو سرایت احتمالی ناشی از جنایت ارتكابی صحیح می‌باشد؛ و چنین عفوئی به منزله وصیت است که اگر کمتر از ثلث دیه باشد فی نفسه صحیح و نافذ است و در فرض تجاوز از ثلث، نفوذ آن، منوط به اجازه ورثه می‌باشد (شیخ طوسی، ۱۴۰۷ق، ۵، ۲۰۸). بنابراین مطابق این دیدگاه، مجنی<sup>۳</sup> علیه استحقاق این را دارد که قبل از بهبودی کامل جنایت اولیه، سرایت احتمالی ناشی از این جنایت را مورد عفو قرار دهد که در فرض ایجاد سرایت، عفو سابق مجنی<sup>۴</sup> علیه تا ثلث دیه، صحیح و موجب اثر بوده و موجب رفع ضمان سرایت بعدی از عهده جانی می‌شود، اما در فرض تجاوز سرایت از ثلث دیه، نفوذ چنین عفوئی منوط به اجازه ورثه مجنی<sup>۵</sup> علیه می‌باشد.

ناگفته نماند که مرحوم شیخ طوسی، برخلاف نظر خود در کتاب خلاف، در کتاب مبسوط در این زمینه قائل به تفصیل شده و معتقد است که اگر عفو مجنی<sup>۶</sup> علیه نسبت به سرایت احتمالی، با لفظ وصیت باشد چنین عفوئی صحیح بوده و به منزله وصیت محسوب می‌شود، اما اگر با غیر لفظ وصیت باشد، یعنی با لفظ عفو یا ابراء ابراز نماید از آن جهت که لفظ فقط بر معنای خود دلالت می‌کند چنین عفوئی تبدیل به وصیت نمی‌شود و از طرف دیگر، چون ابراء یا اسقاط ما لم یجب محسوب می‌شود، پس چنین عفوئی صحیح نیست (شیخ طوسی، ۱۳۸۷ق، ۷، ۱۱۰)؛ بنابراین مطابق نظر شیخ طوسی در کتاب مبسوط، عفو از سرایت احتمالی قبل از ایجاد آن، تنها در فرضی، صحیح و موجب اثر است که با لفظ وصیت ابراز شده باشد و در غیر این صورت، صحیح نیست.

۱. «أنَّ حَقَّ الْقِصَاصِ إِذَا يَكُونُ لِلْمَيِّتِ ابْتِدَاءً، لِأَنَّهُ عَوْضَ نَفْسِهِ، كَمَا أَنَّ حَقَّ الْاِقْتِصَاصِ فِي الطَّرَفِ ثَابِتٌ لِلْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ، غَايَةُ الْأَمْرِ أَنْ يَفْرُقَ بَيْنَهُمَا هُوَ إِمْكَانُ اسْتِيفَاءِ الْحَقِّ فِي الثَّانِي لِلْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ وَ عَدَمُ إِمْكَانِهِ فِي الْأَوَّلِ لَهُ، وَ لِأَجْلِهِ يَنْتَقِلُ إِلَى الْوَارِثِ وَ عَلَيْهِ فَلَا يَكُونُ مَرْجِعُ الْعَفْوِ إِلَى إِسْقَاطِ حَقِّ الْغَيْرِ وَ هُوَ الْوَلِيُّ، بَلْ إِسْقَاطُ لِحَقِّ نَفْسِهِ».

با تحلیل و بررسی نظرات مرحوم شیخ طوسی در هر دو کتاب فقهی وی، فهمیده می‌شود که مطابق نظر شیخ طوسی در کتاب خلاف، عفو سرایت احتمالی قبل از ایجاد آن، به طور مطلق (یعنی با هر لفظی ابراز گردد) از باب وصیت، صحیح است که تا ثلث دیه، نافذ بوده و نفوذ بیشتر از ثلث، منوط به اذن وراثت می‌باشد. اما نظر وی در کتاب مبسوط، مبتنی بر تفصیل است؛ بدین سان که عفو از سرایت احتمالی، تنها در صورتی صحیح و موجب رفع ضمان سرایت بعدی است که با لفظ وصیت ایراد گردد و اگر با لفظ عفو یا ابراء ابراز گردد، صحیح و موجب اثر نمی‌باشد.

### ۲-۲-۱. نقد و بررسی (اشکال)

ممکن است استشکال شود که عفو از سرایت احتمالی جنایت بر نفس در صورتی که منتهی به مرگ وی شود منوط به ثبوت حق قصاص یا دیه نفس و متوقف بر ازهاق روح است؛ یعنی روح مجنی علیه باید از بدنش جدا شود، اما قبل از ثبوت چنین حقی برای مجنی علیه، وصیت به آن امکان پذیر نمی‌باشد. به عبارت دیگر، وصیت مجنی علیه به عوض نفس خود قبل از مرگ، وصیت به چیزی است که هنوز مستحق آن نمی‌باشد (نجفی، ۱۴۰۴ق، ۴۲، ۴۲۹) بنابراین نمی‌توان جواز عفو سرایت احتمالی را با احتساب آن به منزله وصیت، توجیه کرد.

### ۲-۲-۲. پاسخ اشکال

در پاسخ چنین اشکالی می‌توان گفت این که وصیت به چیزی که موصی بعداً استحقاق آن را پیدا می‌کند، صحیح نیست؛ این استدلال در جای خود قابل نقد می‌باشد؛ چراکه همان طور که خود مُستشکل نیز به آن اعتراف کرده است (نجفی، ۱۴۰۴ق، ۴۲، ۴۲۹) ممکن است عموم ادله‌ای که بر مشروعیت وصیت دلالت می‌نمایند، شامل مواردی که میت بعداً استحقاق مالکیت آن را پیدا می‌کند، نیز بشود و موجب مشروعیت این‌گونه وصیت گردد. بنابراین با توجه به اقتضای عموم ادله وصیت، اشکال وارده، چندان وارد به نظر نمی‌رسد.

البته این دیدگاه، از این لحاظ قابل تأمل است که، در فرضی که بعد از عفو مجنی علیه، جنایت وارده سرایت به نفس مجنی علیه کرده و موجب مرگ وی شود؛ از آن جا که در این صورت چنین وصیتی، وصیت برای قاتل محسوب می‌شود؛ صحت چنین عفوی مبتنی بر این است که وصیت



برای قاتل صحیح باشد؛ همانگونه که برخی از صاحب‌نظران بر این باور هستند؛ از این‌رو شیخ طوسی در این زمینه معتقد است: «و الذی یقتضیه مذهبنا أنّها تصحّ للقاتل لأنه لا مانع منه: آن چه که مذهب امامیه آن را اقتضاء می‌نماید، این است که وصیت برای قاتل صحیح می‌باشد؛ چون مانعی برای آن وجود ندارد» (شیخ طوسی، ۱۳۸۷، ۷، ۱۱۰). مطابق نظر برخی دیگر از فقها همچون ابن جنید اسکافی که وصیت برای قاتل را جز در قتل خطایی، صحیح نمی‌داند<sup>۱</sup> (ابن جنید، ۱۴۱۶ق، ۳۷۱) توجیه این عفو از باب وصیت، محل اشکال است.

### ۲-۳. دیدگاه سوم: جواز عفو مطلقاً

در مقابل دیدگاه دوم، برخی دیگر از صاحب‌نظران، بدون توجیه عفو از سرایت احتمالی به وصیت، به طور مطلق حکم به صحت چنین عفوی کرده‌اند. از این‌رو، امام خمینی (ره) در این باره معتقد است: «اگر مجنی علیه، بگوید: این جنایت و سرایت ناشی از آن را عفو کردم؛ شبهه‌ای وجود ندارد که نسبت به آن مقدار جنایتی که هنگام عفو، ثابت شده است عفو صحیح می‌باشد. اما سرایتی که هنوز ثابت نشده، صحت چنین عفوی، محل خلاف است که قول وجیه‌تر، صحت چنین عفوی است» (موسوی خمینی، بی‌تا، ۲، ۵۵۲) و برخی نیز با عبارت «و اعلم أنه لا یبعد العفو عن السرایه بالتبع و بعد وجود ما یؤثره» (محقق اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ۱۴، ۱۴۳)؛ جواز عفو از سرایت احتمالی را به تبع وجود اصل جنایت، که مؤثر در سرایت است، چندان بعید ندانسته است. یعنی از آن جهت که، منشأ و سبب سرایت که عبارت از اصل جنایت است، تحقق یافته است؛ بنابراین عفو از سرایت احتمالی ناشی از آن نیز، صحیح می‌باشد. محقق سبزواری نیز، قائل به این دیدگاه شده و حکم به جواز چنین عفوی می‌نماید (سبزواری، ۱۴۱۳ق، ۲۹، ۵۴) بنابراین فرق بین دیدگاه دوم و سوم در این است که مطابق دیدگاه دوم، صحت چنین عفوی از باب وصیت می‌باشد که قاعدتاً تا ثلث صحیح و نافذ بوده است. اما مطابق دیدگاه سوم، بدون نیاز به توجیه جواز این عفو از باب وصیت، می‌توان به طور مطلق، حکم به صحت چنین عفوی کرد؛ طبیعی است که مطابق این دیدگاه، بعد از عفو مجنی علیه، هر نوع سرایتی ایجاد شود، شخص جانی در قبال آن، محکوم به ضمان نیست.

۱. «قال ابن الجنید: و عفو المقتول خطأ عن جنایته کوصیته یصح منها ما یصح من وصایاه، فأما عفو عن القاتل عمدا فباطل لا یصح لوجهین أحدهما أنه عفی عمدا لایملک و الثانی أنه وصیه لقاتل عمدا و هی لاتصح عندنا» (ابن جنید، ۱۴۱۶ق، ۳۷۱).

## ۲-۳-۱. مبانی فقهی دیدگاه سوم

## اول: صحت ابراء طیب در روایات

در روایت سکونی از امام صادق (ع) آمده است: «قَالَ: قَالَ أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ (ع) مَنْ تَطَبَّبَ أَوْ تَبَيَّنَ فَلْيَأْخُذِ الْبِرَاءَةَ مِنْ وَلِيِّهِ وَإِلَّا فَهُوَ لَهُ ضَامِنٌ» (حرّ عاملی، ۱۴۰۹ ق، ۲۹، ۲۶۰؛ کلینی، ۱۴۰۷ ق، ۷، ۳۶۴؛ شیخ طوسی، ۱۴۰۷ ق، ۱۰، ۲۳۴). در این روایت، امام صادق (ع) از امام علی (ع) نقل می‌نماید؛ هر کس که در مقام طبابت است اگر از ولیّ مریض اخذ براءت کند در مقابل صدمات ناشی از طبابت ضامن نیست و گرنه محکوم به ضمان است. از این رو مشهور فقها، با استناد به این روایت و ادله دیگر، بر این باورند که اگر پزشک قبل از معالجه، از مریض یا ولیّ او اخذ براءت نماید در مقابل صدمات وارده، ضامن نیست (محقق حلی، ۱۴۱۸ ق، ۲، ۳۰۴؛ ابوالصلاح حلبی، ۱۴۰۳ ق، ۴۰۲؛ ابن ادریس، ۱۴۱۰ ق، ۳، ۳۷۳).

قانون‌گذار نیز در قانون مجازات اسلامی (مصوب ۱۳۹۲)، ابراء پزشک از صدمات احتمالی ناشی از معالجه را، موجد اثر دانسته و در ماده ۴۹۵ مقرر می‌نماید: «هرگاه پزشک در معالجاتی که انجام می‌دهد موجب تلف یا صدمه بدنی گردد، ضامن دیه است مگر آن که عمل او مطابق مقررات پزشکی و موازین فنی باشد یا این که قبل از معالجه براءت گرفته شود و مرتکب تقصیری هم نشود و چنانچه اخذ براءت از مریض به دلیل نابالغ یا مجنون بودن او، معتبر نباشد و یا تحصیل براءت از او به دلیل بیهوشی و مانند آن ممکن نگردد، براءت از ولیّ مریض تحصیل می‌شود.» و در تبصره دوم این ماده نیز مقرر می‌دارد: «ولیّ بیمار اعم از ولیّ خاص است مانند پدر و ولیّ عام که مقام رهبری است. در موارد فقدان یا عدم دسترسی به ولیّ خاص، رئیس قوه قضاییه با استیذان از مقام رهبری و تفویض اختیار به دادستان‌های مربوطه به اعطای براءت به طیب اقدام می‌نماید» همان‌گونه که مشاهده می‌شود قانون‌گذار نیز صراحتاً اعطای براءت به طیب، قبل از ارتکاب هر نوع جنایت و صدمه‌ای را صحیح و موجب براءت ذمه طیب از تمام جنایات احتمالی ناشی از معالجه دانسته است.

وجه استدلال آن است که اگر ابراء طیب قبل از جنایت صحیح باشد ابراء جانی قبل از ایجاد سرایت، به طریق اولی صحیح است؛ چراکه اولاً، برخلاف مسأله طبابت که ابراء ذمه طیب از

صدمات احتمالی، از باب ناچاری و اضطرار است، یعنی چون مریض مجبور به مداوای خود می‌باشد به خاطر رفع بیماری و تامین سلامتی خود، اقدام به ابراء ذمه طیب از صدمات احتمالی می‌نماید تا پزشک اقدام به معالجه وی نماید؛ اما در مسأله مورد بحث، ابراء ذمه جانی از مسؤلیت سرایت احتمالی، از باب اضطرار و ناچاری نیست و بلکه از باب عفو و تفضل است که در شرع مقدس نسبت به آن، بسیار ترغیب و تشویق شده به گونه‌ای که از جمله عبادات محسوب می‌شود؛ از این رو در موارد تردید نسبت به صحت چنین عفوی، می‌توان با استناد به اصله الصحه، حکم به صحت چنین عفوی کرد<sup>۱</sup> (فخرالمحققین، ۱۳۸۷، ۱۴، ۶۴۱)؛ ثانیاً، همان‌گونه که برخی از صاحب‌نظران نیز متذکر شده‌اند عفو از سرایت احتمالی، مشکل‌تر از ابراء طیب قبل از معالجه نیست؛ از این رو اگر ابراء طیب جایز باشد، عفو از سرایت قبل از ایجاد آن، به طریق اولی جایز است (شهید اول، ۱۴۱۴ق، ۴، ۴۰۰)؛ از این رو برخی از صاحب‌نظران در این زمینه، تصریح دارند: بر فرض این که عفو از سرایت قبل از ایجاد آن، ابراء ما لم یجب محسوب گردد؛ اما با توجه به وجود دلیل بر صحت و جواز چنین چیزی در برخی موارد، همچون ابراء طیب قبل از معالجه، مانعی از صحت آن، در مسأله مورد بحث وجود ندارد؛ و بلکه به طریق اولی صحیح و جایز می‌باشد؛ چراکه در ابراء طیب، ابراء قبل از وجود جنایت است؛ اما در مسأله مورد بحث، ابراء بعد از تحقق جنایت و قبل از ایجاد سرایت است<sup>۲</sup> (فاضل لنکرانی، ۱۴۲۱ق، ۴۴۲)؛ یعنی بر خلاف مسأله ابراء طیب - که هنوز هیچ جنایتی ایجاد نشده است - در مسأله مورد بحث، منشأ و سبب سرایت (جنایت اولیه) ایجاد شده است؛ یعنی زمینه ایجاد چنین سرایتی وجود دارد که ممکن است در اثر عوامل مختلف جنایت اولیه منجر به سرایت گردد؛ از این رو مجنی علیه، با احتمال ایجاد سرایت و قبل از وقوع آن، اقدام به ابراء ذمه جانی از مسؤلیت کیفری سرایت ناشی از جنایت می‌نماید. بنابراین اگر ابراء ذمه طیب قبل از ایجاد هر گونه صدمه، موجب براءة ذمه وی از صدمات احتمالی ناشی از معالجه باشد؛ در مسأله مورد بحث نیز، به طریق اولی، باید عفو از سرایت احتمالی صحیح باشد.

۱. «لصخته قبل الجنایه فی قول علی علیه السلام من تطبب أو تبیطر فلیأخذ البراءه من ولیه و آلا فهو له ضامن و إذا صح قبل الجنایه و قبل السرایه فبینهما اولی (لأصاله) الصحه (و لآئه) من باب العفو المرغب فیه شرعاً فهو من باب العبادات فیناسب الصحه»  
 ۲. «أما كونه إبراء مما لا یجب، فلا مانع منه بعد قیام الدلیل علی جوازه و صخته فی بعض الموارد، كالإبراء عن الجنایه للطیب و البیطار، بل فی المقام یكون بطریق اولی، لآئه هناك كان الإبراء عن الجنایه قبلها، و هنا یكون بین الجنایه و بین السرایه كما هو المفروض» (فاضل لنکرانی، ۱۴۲۱ق، ۴۴۲).

## دوم: مقتضای عموم ادله عفو و کثرت ترغیب به آن

عموم ادله عفو و کثرت ترغیب و تحریصی که در آموزه‌های دینی، نسبت به عفو و گذشت شده است، موجب این گردیده که، عفو و گذشت در جامعه نیز ارزش ذاتی پیدا کند به گونه‌ای که در عرف مردم نیز رایج شده که «در عفو لذتی است که در انتقام نیست» که از جمله این ادله، آیه شریفه ۱۳۴ آل عمران: «الَّذِينَ يَنْفِقُونَ فِي السَّرَّاءِ وَالضَّرَّاءِ وَالْكَاطِمِينَ الْغَيْظِ وَالْعَافِينَ عَنِ النَّاسِ وَاللَّهُ يُحِبُّ الْمُحْسِنِينَ» می‌باشد، که خداوند متعال در این آیه شریفه، فرو بردن خشم و عفو را همسان با انفاق در راه خدا قرار داده که فضیلت آن بر کسی پوشیده نیست؛ از این‌رو چنین افرادی را جزو محسنین قرار داده که محبوب خداوند متعال هستند. از آنجا که این آیه شریفه به طور عام بر فضیلت و ارزش ذاتی هر نوع عفو و بخشش تصریح می‌نماید عموم مفاد این آیه شریفه و توصیه صریحی که به عفو و گذشت نموده است، می‌تواند بر جواز عفو از سرایت احتمالی قبل از استقرار وجودی آن دلالت نماید. از سوی دیگر، این عفو، همچون صدقه است که در آیه شریفه «... وَالْجُرُوحِ قِصَاصٌ فَمَنْ تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَهُ» (مائده، ۴۵) به آن تصریح شده است؛ از آن جا که «من» موصوله، برای عموم وضع شده است؛ از این‌رو مفاد آیه شریفه، بعد از تشریح قانون قصاص، به طور عام، عفو و بخشش را، موجب کفاره گناهان شخص مجنی علیه برشمرده است؛ یعنی ضمن این که خداوند متعال در این آیه شریفه در مقام تشریح قانون قصاص است در عین حال، توصیه به عفو نموده و آن را موجب پاکیزگی شخص مجنی علیه از گناهان قبلی دانسته است که به نوعی تشویق به عفو و گذشت می‌باشد و مقتضای عموم آن، می‌تواند بر مشروعیت عفو از سرایت احتمالی در مسأله مورد بحث نیز دلالت نماید (شیخ طوسی، ۱۴۰۷ق، ۵، ۲۰۹؛ سبزواری، ۱۴۱۳ق، ۲۹، ۵۴)؛ از این‌رو، یکی از فقها در تعلیل صحت چنین عفوی می‌نویسد: «لعموم ادله العفو و کثرة الترغیب و التحریص فی الکتاب و السنه» (محقق اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ۱۴، ۱۴۳) یعنی عموم ادله عفو و ترغیب و تشویق زیادی که به عفو و بخشش شده است اقتضا می‌کند که عفو از سرایت قبل از ایجاد آن، صحیح و مترتب اثر باشد.

## سوم: مقتضای اصل و عموم ادله

دلیل دیگر، استناد به اصل می‌باشد که مرحوم شیخ طوسی نیز با عبارت «الاصل جواز، و المنع یحتاج الی دلیل» به آن استناد نموده است (شیخ طوسی، ۱۴۰۷ق، ۵، ۲۰۹). به نظر می‌رسد مراد

از جواز در کلام شیخ طوسی، همان صحّت است؛ یعنی منظور از این اصل، همان اصاله الصحه می‌باشد؛ همان‌گونه که برخی از صاحب‌نظران نیز به آن اشاره کرده‌اند «لأنّ الأصل، صحّه العفو» (نجفی، ۱۴۰۴ق، ۴۲، ۴۲۹) یعنی در فرضی که مجنی علیه، سرایت احتمالی ناشی از جنایت را قبل از این که ایجاد گردد، مورد عفو قرار دهد و درباره صحّت یا عدم صحّت چنین عفو، تردید واقع شود اصل بر این است که چنین عفو صحیح بوده و موجد اثر می‌باشد. و از طرف دیگر، دلیل دیگری که جلو این اصل را گرفته و مانع از استناد به آن گردد، وجود ندارد؛ بنابراین با استناد به اصاله الصحه می‌توان حکم به صحّت چنین عفو کرد و طبیعتاً موجب رفع ضمان از سرایت بعدی شود.

همچنین، هیچ مانع عقلی و شرعی بر صحّت چنین عفو در مسأله مورد بحث، وجود ندارد؛ بدین‌سان که اگر مجنی علیه بگوید «سرایت ناشی از این جنایت را مورد عفو قرار دادم» گرچه هنوز این سرایت پیدا نشده است اما این قول مجنی علیه، علیه وی حجت و ملاک بوده و به مقتضای آن عمل می‌شود؛ بدان جهت که از یک سو، ادله لزوم وفای به شرط همچون «المؤمنون عند شروطهم» (حرّ عاملی، ۱۴۰۹ق، ۲۱، ۲۷۶) عمومیت دارد و در این مسأله نیز مجنی علیه را ملزم می‌نماید که به مقتضای قول و تعهدی که داده، عمل نماید.<sup>۱</sup> از سوی دیگر، طبق آیه «لم تقولون ما لاتفعلون» (صفّ، ۲) قول بدون عمل، به شدت مورد مذمت قرار گرفته است که شامل این مورد نیز می‌شود.<sup>۲</sup> (محقق اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ۱۴، ۱۴۳)؛ بنابراین مقتضای عموم ادله وفای به شرط از یک جهت، و عموم مذمت قول بدون عمل از جهت دیگر، مستلزم آن است که عفو از سرایت احتمالی، صحیح و موجد اثر باشد هرچند که موقع عفو، سرایت، وجود خارجی نیافته است؛ بدین معنی که عدم وجود خارجی سرایت موقع عفو، منافاتی با جواز چنین عفو ندارد و بلکه هر موقع، سرایت پیدا شد، این قول مجنی علیه بر علیه وی، حجت بوده و موجب رفع ضمان سرایت بعدی از عهده جانی می‌شود.

#### چهارم: تحقیق سبب سرایت (جنایت اولیه)

۱. برخی استناد به ادله وفای به عهد را در این مقوله مورد اشکال قرار داده اند، با این تقریر که ادله وجوب وفای به شرط شامل فقط شروطی می‌شود که شرعاً الزام آور باشند اما در مسأله مورد بحث، التزام به عفو و اسقاط حق غیر شرعاً الزام آور نیست و مشمول ادله وفای به شرط نمی‌شود (ر.ک: فخلعی، ۱۳۸۶: ۱۲۶).

۲. «مع أنّه لا مانع فی العقل و الشرع عن سقوط حقّ حتّی بقوله: عفوت عن اثر هذه الجنایه و ان لم يوجد و یكون مؤاخذاً بقوله، و یعمل معه بمقتضاه، فإنّ عموم أدله الإیفاء بالشرط - و ذمّ القول بغیر عمل، مثل «لِمَ تَقُولُونَ مَا لَا تَفْعَلُونَ» (صفّ: ۲) یشمله» (محقق اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ۱۴، ۱۴۳).

دلیل دیگر این است که هرچند موقع عفو، هنوز معفو عنه (سرایت)، وجود خارجی نیافته است اما چنین عفوی، ابراء ما لم يجب محسوب نمی‌شود که به عدم صحت چنین عفوی حکم شود؛ بدان جهت که وجود سبب، مانند وجود مسبب می‌باشد که موجب تحقق وجوب مسبب می‌شود هرچند که مسبب، استقرار وجودی نیافته باشد؛ چراکه عدم استقرار، منافی با وجوب آن نیست؛ چون نقیض اخص با عین اعم هیچ گونه منافاتی ندارد؛ بنابراین در مسأله مورد بحث نیز هرچند که در زمان عفو، سرایت، استقرار وجودی نیافته است اما از آن جهت که سبب آن، یعنی جنایت اولیه تحقق یافته است پس تحقق سبب سرایت، برای تحقق وجوب سرایت کافی است و مصحح چنین عفوی می‌شود (شهید اول، ۱۴۱۴ق، ۴، ۴۰۰؛ فخرالمحققین، ۱۳۸۷، ۴، ۶۴۱)؛ از این رو، محقق اردبیلی در اینباره، معتقد است: «عفو از سرایت قبل ایجاد آن، ابراء ما لم يجب نیست؛ تا ابراء و عفو از معدوم محسوب گردد؛ چون سبب سرایت (جنایت اولیه) با برخی از آثارش، موجود است» (محقق اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ۱۴، ۱۴۲) و محقق صیمری نیز در تعلیل صحت این عفو تصریح می‌دارد: «وجود سبب مانند وجود مسبب است، از آن جهت که، سبب سرایت؛ یعنی جراحت اولیه، موقع عفو موجود است؛ پس عفو از سرایت، صحیح می‌باشد؛ همانگونه که اگر خود سرایت موجود می‌بود؛ عفو از آن صحیح می‌شد» (صیمری، ۱۴۲۰ق، ۴، ۴۱۳) بنابراین در مسأله مورد بحث، هر چند موقع عفو، سرایت استقرار وجودی پیدا نکرده است، اما از آن جهت که سبب آن، تحقق خارجی یافته است پس وجود سبب سرایت، مستلزم وجوب سرایت نیز می‌شود که همین قدر، برای دفع اشکال ابراء ما لم يجب کافی است و موجب جواز این گونه عفو می‌شود.

### ۲-۳-۲. تبیین دیدگاه مختار

طبق بررسی‌های صورت گرفته، درباره حکم فقهی عفو از سرایت احتمالی قبل از بهبودی کامل جنایت وارده، دیدگاه‌های مختلفی مطرح شده است؛ به گونه‌ای که با تحلیل منابع فقهی، سه دیدگاه فقهی در این زمینه احصاء گردیده است که مطابق نظر مشهور فقیهان، عفو از سرایت احتمالی قبل از ایجاد آن صحیح نیست؛ بنابراین اگر بعد از عفو مجنی علیه، جنایت اولیه سرایت پیدا کند شخص جانی در قبال سرایت ایجاد شده، ضامن می‌باشد. اما مطابق دیدگاه دوم که قائل اصلی و نخست آن، مرحوم شیخ طوسی در کتاب خلاف بوده؛ چنین عفوی در حکم وصیت می‌باشد که تا ثلث صحیح و نافذ بوده و در فرض تجاوز از ثلث دیه، نفوذ آن موقوف به اجازه ورثه است. اما در مقابل این

دو دیدگاه، برخی از فقهای معاصر، به طور مطلق حکم به صحت چنین عفو کرده‌اند؛ یعنی بدون نیاز به توجیه این عفو از باب وصیت - که مقدار سرایت تا ثلث دیه، صحیح و نافذ باشد - به طور مطلق عفو از سرایت احتمالی را صحیح می‌دانند که موجب رفع ضمان از هرگونه سرایت بعدی می‌شود. حال با تحلیل و بررسی‌های صورت گرفته و نیز با توجه به ادله متعددی که پیرامون مسأله آورده شد، دانسته می‌شود که در میان این دیدگاه‌های وارده، دیدگاه سوم از نقطه قوت برخوردار بوده و می‌توان عفو از سرایت را قبل از استقرار وجودی آن، به طور مطلق صحیح و موجد اثر دانست که قاعدتاً موجب رفع ضمان هر گونه سرایت بعدی از عهده شخص جانی می‌شود.

عمده استدلال نیز مبتنی بر این است که اگر ابراء طیب قبل از جنایت صحیح باشد ابراء جانی قبل از ایجاد سرایت، به طریق اولی صحیح است، اما در پاسخ باید گفت استدلال به قیاس اولویت و به طریق اولی بودن، قابل مناقشه می‌باشد؛ زیرا این که بیمار ناچار به ابراء طیب است وقتی در مقابل سایر ضوابط عدم ضمان طیب قرار می‌گیرد از آن نمی‌توان اولویت را استنباط نمود، ضوابطی مانند عدم تقصیر پزشک؛ در حالی که در مانحن فیه، جانی ممکن است مرتکب جنایت عمدی شده باشد و یا در جنایت غیر عمدی مقصر باشد. به علاوه در مورد پزشک، قاعده احسان مبنای عدم ضمان است که در مورد غیر پزشک چنین قاعده ای ممکن است صادق نباشد. برخی نیز اساساً معتقدند قیاس عفو از قصاص یا دیه در جنایات با براءة طیب، قیاس مع الفارق است و از مصادیق بارز قیاس ظنی است و دلایل متعددی نیز برای آن بر شمرده اند (فخلی، ۱۳۸۶، ۱۲۳).

در تحلیل حقوقی این مسأله نیز می‌توان گفت هرچند که درباره حکم قانونی عفو از سرایت احتمالی قبل از ایجاد آن، ماده قانونی صریحی ذکر نشده است اما از آن جهت که در موارد مشابهی قانون گذار، ابراء قبل از ثبوت حق را صحیح و قانونی دانسته، می‌تواند مؤید صحت عفو در مسأله مورد بحث گردد؛ مثلاً قانون گذار در قانون مجازات اسلامی (مصوب ۱۳۹۲)، ابراء پزشک قبل از معالجه از صدمات احتمالی را، توسط مریض یا ولی وی، موجد اثر دانسته و در ماده ۴۹۵ مقرر می‌نماید: «هرگاه پزشک در معالجاتی که انجام می‌دهد موجب تلف یا صدمه بدنی گردد، ضامن دیه است مگر آن که عمل او مطابق مقررات پزشکی و موازین فنی باشد یا این که قبل از معالجه، براءة گرفته شود و مرتکب تقصیری هم نشود و چنانچه اخذ براءة از مریض به دلیل نابالغ یا مجنون بودن او، معتبر نباشد و یا تحصیل براءة از او به دلیل بیهوشی و مانند آن ممکن نگردد، براءة از ولی مریض تحصیل

می‌شود.» و در تبصره دوم این ماده نیز مقرر می‌دارد: «ولی بیمار اعم از ولی خاص است مانند پدر و ولی عام که مقام رهبری است. در موارد فقدان یا عدم دسترسی به ولی خاص، رئیس قوه قضاییه با استیذان از مقام رهبری و تفویض اختیار به دادستان‌های مربوطه به اعطای برائت به طبیب اقدام می‌نماید.» همان‌طور که مشاهده می‌شود قانون‌گذار، صراحتاً اعطای برائت به طبیب قبل از ارتکاب هر نوع جنایت و صدمه‌ای را صحیح دانسته و موجب برائت ذمه پزشک از تمام جنایات احتمالی ناشی از معالجه می‌داند. حال همان‌گونه که قبلاً به تفصیل گفته شد اگر ابراء طبیب از جنایات احتمالی قبل از اقدام به معالجه، صحیح باشد؛ عفو از سرایت احتمالی قبل از بهبودی کامل جنایت اولیه، به طریق اولی جایز است؛ بدان جهت که اولاً، برخلاف مسأله ابراء ذمه طبیب، که کاملاً به نفع بیمار است؛ یعنی مریض جهت رفع بیماری و تامین سلامتی خود، اقدام به ابراء ذمه طبیب از صدمات احتمالی می‌نماید تا پزشک اقدام به معالجه وی نماید؛ اما در مسأله مورد بحث، ابراء ذمه جانی از مسئولیت کیفری سرایت احتمالی، از باب عفو و تفضل بوده که در شرع مقدس نسبت به آن، بسیار ترغیب و تشویق شده به گونه‌ای که از جمله عبادات محسوب می‌شود از این‌رو، لازمه ارزش ذاتی عفو در اسلام این است که در چنین مواردی با استناد به اصله الصحه، حکم به صحت چنین عفوی گردد. ثانیاً، ابراء طبیب قبل از معالجه، مشکل‌تر از عفو سرایت احتمالی قبل از بهبودی جنایت است؛ بدان جهت که ابراء طبیب، ابراء قبل ارتکاب هر نوع جنایت است، یعنی پزشک هنوز به معالجه، هیچ اقدام عملی نکرده است؛ حال آن که در مسأله مورد بحث، جنایت اولیه واقع شده است یعنی سبب و منشأ سرایت تحقق یافته است که هر آن، ممکن است که منجر به سرایت گردد؛ یعنی احتمال ایجاد سرایت با توجه به ایجاد سبب آن (جنایت اولیه) در مسأله مورد بحث، به مراتب بیشتر از وقوع صدمات احتمالی ناشی از معالجه است؛ بنابراین وجه اولویت جواز عفو سرایت احتمالی نسبت به ابراء طبیب، کاملاً نمایان است.

### نتیجه گیری

از مجموع مطالب مطرح شده نتایج ذیل حاصل می‌گردد:

- ۱- با وجود اختلاف نظر فقهی درباره حکم فقهی عفو سرایت احتمالی قبل از بهبودی کامل، مشهور فقیهان با استناد به این که در زمان عفو، هنوز هیچ سرایتی ایجاد نشده، چنین عفوی



مستلزم ابراء ما لم یجب است که صحیح نمی‌باشد. اما در مقابل مشهور، برخی دیگر از صاحب‌نظران معتقدند چنین عفوئی به منزله وصیت است که تا ثلث دیه، صحیح و نافذ بوده و بیشتر از ثلث، موقوف به اجازه ورثه می‌باشد. در مقابل این دو دیدگاه، برخی دیگر از فقهای معاصر، قائل به صحت چنین عفوئی به طور مطلق هستند.

۲- از دیدگاه مختار نویسندگان، قول سوم از نقطه قوت برخوردار بوده و می‌توان به طور مطلق، حکم به صحت چنین عفوئی کرد که قاعدتاً موجب رفع ضمان هر گونه سرایت بعدی از عهده شخص جانی می‌شود. عمده ادله‌ای که تقویت و دفاع از این دیدگاه را یاری می‌نماید، دلایل ذیل است:

اولاً- از یک سو، عمده دلیل قائلین به عدم جواز عفو آن است که چنین عفوئی به ابراء یا اسقاط ما لم یجب می‌انجامد که صحیح نیست؛ اما چون فرض مسأله در این است که جنایت اولیه ایجاد شده است، و قبل از بهبودی کامل آن مجنی علیه سرایت احتمالی را مورد عفو قرار داده است؛ بنابراین به جهت وجود سبب و منشأ سرایت (جنایت اولیه)، سرایتی که مورد عفو قرار گرفته، گرچه هنوز استقرار وجودی پیدا نکرده است اما مشمول حکم وجوب است و نتیجتاً اشکال ابراء ما لم یجب پیش نمی‌آید.

ثانیاً- عفو از سرایت احتمالی، به مراتب سهل‌تر از ابراء طبیب قبل از معالجه است، و اگر ابراء طبیب از جنایات احتمالی قبل از اقدام به معالجه، صحیح باشد؛ عفو از سرایت احتمالی به طریق اولی صحیح است.

ثالثاً- کثرت ترغیب و تحریصی که در آیات و روایات نسبت به عفو و گذشت شده است، موجب این گردیده که عفو، از جمله عبادات محسوب گردد و مستلزم این است که در موارد تردید، می‌توان با استناد به اصله الصحه، حکم به صحت چنین عفوئی کرد.

رابعاً- هیچ مانع عقلی و شرعی از جواز چنین عفوئی وجود ندارد؛ چرا که مقتضای عموم ادله وفای به شرط از یک جهت، و عموم مذمت قول بدون عمل از جهت دیگر، مستلزم این است که عفو از سرایت احتمالی صحیح و موجد اثر باشد.

۳- از آنجا که مسأله مورد بحث، مبتلی به بوده، یعنی این امکان وجود دارد که شخص مجنی علیه قبل از بهبودی جنایت اولیه، شخص جانی را نسبت به سرایت بعدی جنایت، مورد عفو قرار دهد پیشنهاد می‌شود قانون‌گذار با هدف ایجاد وحدت رویه و جلوگیری از تشتت آرای محاکم قضایی، به صحت عفو از سرایت احتمالی و عدم ضمان جانی در قالب ماده قانونی جداگانه ای وجاهت قانونی ببخشد. متن پیشنهادی از این قرار است: «هرگاه مجنی علیه پس از ایراد جنایت توسط جانی، وی را نسبت به سرایت احتمالی ناشی از جنایت عفو کند صحیح بوده و موجب رفع هرگونه ضمان از شخص جانی می‌شود.»

### فهرست منابع

- ۱- ابن ادريس حلی، محمد بن منصور (۱۴۱۰ق). *السرائر الحاوی لتحرير الفتاوی*. (چاپ دوم). قم: موسسه النشر الاسلامی.
- ۲- ابن جنید اسکافی، محمد (۱۴۱۶ق). *مجموعه فتاوی ابن جنید*. (چاپ اول). قم: موسسه النشر الاسلامی.
- ۳- ابن شجاع قطان، شمس الدین محمد (۱۴۲۴ق). *معالم الدین فی فقه آل یاسین*. (چاپ اول). قم: موسسه امام صادق علیه اسلام.
- ۴- ابوالصلاح حلبی، تقی الدین (۱۴۰۳ق). *الکافی فی الفقه*. (چاپ اول). اصفهان: کتابخانه عمومی امام امیر المومنین علیه السلام.
- ۵- اردبیلی (محقق)، احمد بن محمد (۱۴۰۳ق). *مجمع الفائدة و البرهان فی شرح ارشاد الأذهان*. (چاپ اول). قم: موسسه النشر الاسلامی.
- ۶- تبریزی، میرزا جواد (۱۴۲۶ق). *تنقیح مبانی الاحکام (کتاب قصاص)*. (چاپ دوم). قم: دار الصدیقه الشهبده سلام الله علیها.
- ۷- جبعی عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی (۱۴۱۳ق). *مسالك الأفهام الی تنقیح شرائع الاسلام*. (چاپ اول). قم: موسسه المعارف الاسلامیه.
- ۸- حرّ عاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۹ق). *تفصیل وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه*. (چاپ اول). قم: موسسه آل البيت علیهم السلام.

- ۹- حسنی ابوالحسن کلایبی، محبوبه؛ محسنی دهکلانی، محمد؛ جهانی علی اکبر (۱۳۹۷). تأملی فقهی در مدلول ماده ۴۴۰ قانون مجازات اسلامی. فصلنامه پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی. ۱۴(۵۱)، ۳۳-۵۲.
- ۱۰- حلّی (علامه)، حسن بن یوسف (۱۴۱۰ق). *ارشاد الأذهان الی احکام الایمان*. (چاپ اول). قم: موسسه النشر الاسلامی.
- ۱۱- حلّی (علامه)، حسن بن یوسف (۱۴۱۳ق). *قواعد الاحکام فی معرفه الحلال و الحرام*. (چاپ اول). قم: موسسه النشر الاسلامی.
- ۱۲- حلّی (محقق)، جعفر بن حسن (۱۴۱۸ق). *المختصر النافع فی فقه الامامیه*. (چاپ ششم). قم: موسسه المطبوعات الدینیّه.
- ۱۳- سبزواری، سید عبد الأعلى (۱۴۱۳ق). *مهذب الاحکام*. (چاپ چهارم). قم: موسسه المنار.
- ۱۴- صیمری، مفلح بن حسن (۱۴۲۰ق). *غایه المرام فی شرح سرائع الاسلام*. (چاپ اول). بیروت: دار الهادی.
- ۱۵- طوسی (شیخ الطائفه)، محمد بن حسن (۱۳۸۷ش). *المبسوط فی فقه الإمامیه*. (چاپ سوم). تهران: المکتبه المرتضویه لإحیاء الآثار الجعفریه.
- ۱۶- طوسی (شیخ الطائفه)، محمد بن حسن (۱۴۰۷ق). *تهذیب الاحکام*. (چاپ چهارم). تهران: دار الکتب الاسلامیه.
- ۱۷- طوسی (شیخ الطائفه)، محمد بن حسن (۱۴۰۷ق). *کتاب الخلاف*. (چاپ اول). قم: موسسه النشر الاسلامی.
- ۱۸- عاملی (شهید اول)، محمد بن مکی (۱۴۱۴ق). *غایه المرام فی شرح نکت الارشاد*. (چاپ اول). قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی.
- ۱۹- فاضل لنکرانی، محمد (۱۴۲۱ق). *تفصیل الشریعه فی شرح تحریر الوسیله (القصاص)*. (چاپ اول). قم: مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام.
- ۲۰- فخرالمحققین، محمد بن حسن بن یوسف (۱۳۸۷ش). *ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد*. (چاپ اول). قم: موسسه اسماعیلیان.

۲۱- فخلعی، محمدتقی (۱۳۸۶). تاملی فقهی پیرامون ماده ۲۶۸ قانون مجازات اسلامی. *مطالعات اسلامی*. ۱۰۵-۱۳۰، ۷۵.

۲۲- کلینی، محمد بن یعقوب (۱۴۰۷ق). *الکافی*. (چاپ چهارم). تهران: دار الکتب الاسلامیه.

۲۳- موسوی خمینی، سید روح الله (بی تا). *تحریر الوسیله*. چاپ اول. قم: موسسه مطبوعات دار العلم.

۲۴- نجفی (صاحب جواهر)، محمدحسن (۱۴۰۴ق). *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*. (چاپ هفتم). بیروت: دار احیاء التراث العربی.