

رسائل

مجله علمی دانش پژوهان مرکز آموزش های تخصصی فقه

شماره هفت، تابستان ۱۳۹۵

صفحات ۱۲۷ تا ۱۳۶

محمد نیک روش*

Mohammad19941414@gmail.com

نشست علمی بررسی فقهی حکم تعدی در دفاع مشروع

نشست علمی «بررسی فقهی حکم تعدی در دفاع مشروع با حضور جناب آقای دکتر محسن برهانی، استادیار دانشگاه تهران و حجت الاسلام والمسلمین محمد حسین عبدی، از اساتید سطوح عالی حوزه علمیه قم و با اجرای حجت الاسلام طهماسبی، در مرکز آموزش های تخصصی فقه قم برگزار شد. گزارش زیر خلاصه ای از مباحث مطرح شده در این نشست است.

بیان مسئله

قانون گذار در ماده ۱۵۶ می گوید: «هرگاه مردی در مقام دفاع از نفس، عرض، ناموس، مال یا آزادی تن خود یا دیگری در برابر هرگونه تجاوز یا خطر فعلی یا قریب الوقوع با رعایت مراحل دفاع، مرتکب رفتاری شود که طبق قانون جرم محسوب می شود، در صورت اجتماع شرایط مجازات نمی شود.» در مسئله ۸ تحریر الوسیله نیز، این گونه آمده است: «لو تعدی عما هو الکافی فی الدفع بنظره و واقعاً فهو ضامن علی الاحوط»

موضع قانون گذار در قانون مجازات

دکتر برهانی در مقام طرح مسئله از دیدگاه قانون مجازات اسلامی بیان داشتند: قانون مجازات اسلامی در چند مورد به بحث دفاع مشروع اشاره کرده است. ماده اصلی دفاع مشروع ماده ۱۵۶

* دانش پژوه مرکز آموزش های تخصصی فقه و طلبه سطح سه حوزه علمیه قم.

می باشد. در این ماده، قانون گذار درباره دفاع مشروع می گوید در صورت احراز شرایط چهارگانه ای که در ذیل این ماده آمده است، مجازات به طور کلی مرتفع می شود. پس قانون گذار از کلمه شرایط برای عدم مجازات شخص مدافع استفاده می کند.

همچنین قانون گذار در بند «ت» ماده ۳۰۲ یکی از موارد انتفاء قصاص و دیه را در مورد متجاوز و کسی که تجاوز او قریب الوقوع است، مطرح می کند. البته در تبصره دوم ماده ۳۰۲ چنین آمده است که در مورد بند «ت» چنانچه نفس دفاع صدق کند ولی از مراتب آن تجاوز شود، در این صورت قصاص نمی شود و تنها موظف به پرداخت دیه خواهد بود.

ماده ۳۸۰ سومین موردی است که قانون گذار به آن اشاره کرده است. این ماده می گوید اگر شخصی برای دفاع و رهایی از اکراه، با رعایت شرایط مقرر در دفاع مشروع، مرتکب قتل اکراه کننده شود یا آسیبی به او وارد کند، قصاص، دیه و تعزیر ندارد.

علل تعدی شخص از شرایط و مراتب در مقام دفاع

حال سخن در اینجاست که شخصی مدافع است ولی از حدود آن تعدی می کند. یعنی در واقع ما با دو امر مواجه هستیم:

۱. شرایط دفاع که در ذیل ماده ۱۵۶ تحلیل می شود.

۲. مراتب دفاع که در خود ماده ۱۵۶ بیان می شود.

بر اساس مباحث فقهی، مدافع در مقام دفاع باید مطابق قاعده کلی الاسهل فالاسهل، مراتب دفاع را رعایت کند. این اصل را (اصل تدرج در دفاع) اکثر فقیهان پذیرفته اند.

پس در واقع ما در قانون مان با دو امر مواجه هستیم:

۱. شخصی که مراتب و شرایط را رعایت نکند

۲. و در عین حال به دیگری صدمه بزند.

جایگاه تناسب در دفاع مشروع

نکته دیگری که نیاز به توجه دارد، بحث «تناسب» است. یعنی آیا رعایت نکردن تناسب توسط شخص مدافع در مقابل مهاجم، در این بحث مدخلیتی دارد یا خیر؟ به عبارت دیگر، ارزشی که

مدافع به دنبال حفظ آن است با آن ارزشی که شخص مهاجم می‌خواهد از بین ببرد، باید تناسب داشته باشد یا خیر؟ قانون‌گذار به تبع سکوت کتب فقهی نسبت به موضوع تناسب میان حمله و دفاع ساکت بوده، سکوتش از نوع بیانی است؛ یعنی در قانون مجازات جدید ۱۳۹۲/۲/۱ صریحاً مواد ۶۲۵ تا ۶۲۹ را نسخ کرده، کلمه تناسب را از کل قانون مجازات در بحث دفاع مشروع حذف نموده است.

مراحل تفسیر حقوق کیفری در صورت وجود اجمال یا ابهام

مرحله ۱: احراز نظر قانون‌گذار است (چه به نفع متهم باشد، چه به ضرر متهم؛ چه به نفع اکثریت باشد، چه به ضرر اکثریت).

مرحله ۲: در صورتی که نظر قانون‌گذار احراز نشود، سراغ اصل تفسیر مضیق قوانین کیفری می‌رویم؛ یعنی هرگاه شک کردیم که رفتاری مضمول قاعده کیفری می‌شود یا نه، اصل بر این است که نمی‌شود و براساس عقیده‌ی ما، همه‌ی این موارد به اصل براءت باز می‌گردد.

مرحله ۳: در صورتی که در مرحله اول و دوم کارایی نداشته باشد، به سراغ تفسیر به نفع متهم می‌رویم. یعنی چنانچه علت معافیتی در قانون وجود داشت و شک کردیم که آیا این علت معافیت رفتار الف را در بر می‌گیرد یا نه؟ می‌گوییم در بر می‌گیرد و این شخص معاف می‌شود.

طرف دیگر بحث این است که آیا دفاع مشروع، امری خلاف اصل است یا منطبق بر اصل؟ اگر دفاع مشروع امری خلاف اصل بود، آن را به صورت استثنایی تفسیر می‌کردیم؛ یعنی تا آن جا که ممکن است، قلمروی آن را محدود فرض کنیم.

بنابراین در این مسئله، با دو سؤال مواجه هستیم:

اولاً، با مدافعی مواجه هستیم که یا شرایط دفاع را رعایت نکرده است و یا مراتب دفاع را. حال این

شخص را ضامن بدانیم یا خیر؟

ثانیاً، در صورت ضامن، ضامن به قصاص است یا ضامن به دیه؟

در پاسخ باید گفت، علی‌القاعده قانون در این زمینه سکوت نموده و دفاع را منوط به رعایت شرایط و مراتب کرده است؛ یعنی اگر شرایط و مراتب نبود، موضوع دفاع منتفی است و از این رو

دفاعی هم نخواهد بود. از طرف دیگر، دفاع مشروع امری استثنایی است که براساس قواعد، اعمال مجازات آن در اختیار حکومت است. در نتیجه شخص به طور کامل ضامن است.

جایگاه دفاع مشروع در کتب روایی

حجت الاسلام والمسلمین عبدی: روایتی از وسائل الشیعه (ج ۲۹: ۳۵) می فرماید: «محمد بن یعقوب عن علی بن ابراهیم عن ابیه عن ابن ابی عمیر و صفوان و عن ابی علی الاشعری عن محمد بن عبد الجبار عن صفوان جمیعاً عن عبد الرحمن بن الحجاج قال: قال لی ابو عبدالله علیه السلام یخالف یحیی بن سعید قضاتکم قلت نعم. قال هات شیئاً ممّا اختلفوا فیه. قلت اقتتل غلامان فی الرحبة فعض احدهما صاحبه فعمد المعضوض الی حجر. فضرب به راس صاحبه الذی عضه. فشجه فکفر فمات. فرفع ذلک الی یحیی بن سعید فاقاده. فعظم ذلک علی ابن ابی لیلی و ابن شبرمة. و کثر فقه الکلام و قالوا. إنّما هذا الخطا فوداه عیسی بن علی من ماله. قال فقال إن من عندنا لیقیدون بالوکزة. و إنّما الخطأ ان یرید الشیء فیصیب غیره».

ظاهراً معضوض برای دفاع از خویش، این عمل را انجام داده است. یحیی بن سعید حکم به قصاص می دهد. بین ابن لیلی و ابن شربه (که از قضات بودند) اختلاف ایجاد می شود. بحث به اینجا می رسد که این شخص از خودش دفاع کرده است. این دو می گویند که قتل وی خطایی است؛ ولی عیسی بن علی می گوید که مرادش از خطا، نه خطای محض، بلکه قتل شبه عمد است. سؤال: چرا یحیی بن سعید در مسئله دفاع مشروع حکم به قصاص و عیسی بن علی حکم به دیه داده اند؟ آنچه بر حسب ظاهر به نظر می آید، این است که شخص از خودش دفاع کرده است؛ بنابراین نباید قصاص شود. ولی از طرفی احتمال تعدی هم می رود؛ زیرا امام علیه السلام قصاص را تأیید می کند و از طرف دیگر هم، مبنایی به نام تناسب مطرح می شود که شخص معضوض آن را رعایت نکرده است.

بررسی مسئله تعدی در دفاع مشروع از کتاب تحریر الوسیله

در ادامه استاد عبدی بیاناتی به شرح ذیل داشتند. حضرت امام رحمه الله در کتاب الدفاع به این فرع اشاره کرده اند زیرا ایشان در تحریر، کتاب الجهاد ندارد و این هم براساس مبنایشان است که جهاد ابتدایی را مشروع نمی دانند.

حضرت امام رحمه الله در مسئله ۸ می فرمایند: «لو تعدی عما هو الکافی فی الدفع بنظره و واقعا فهو ضامن علی الاحوط.» (تحریر الوسیله ۱: ۴۴۸) فاعل این فعل کیست؟ فهم این سؤال برای کشف حکم مسئله بسیار اساسی است. با توجه به مسائل اول تا هفتم، آنچه از فتوا برمی آید و موضوع قرار گرفته، مهاجم است؛ یعنی مراد از مهاجم در کلام امام رحمه الله هم شامل لص می شود، هم محارب و هم مهاجم بالمعنی الاخص.

در ادله، این حکم نوعاً برای محارب و لص بیان شده است؛ یعنی در مورد محارب و لص اجازة دفاع داده شده است. لذا در صورت وجود اطلاق در بحث حاضر، شاید نتوان چنین اطلاقی را در مورد هر مهاجمی پذیرفت.

اگر موضوع، محارب و لص باشد، ظاهراً صرف تلبس به مبدأ، برای بقاء کافی است. به عبارت دیگر همین که کسی برای دزدی اقدام کند، به او دزد گفته می شود. محارب نیز همین طور است؛ یعنی با «تشهیر سیف» عنوان محارب بر آن صدق می کند. اما مهاجم اینگونه نیست، بلکه مهاجم جنبه فعلی دارد و تنها زمانی که در حال حمله کردن است، به او مهاجم گفته می شود؛ ولی در حالی که برمی گردد، دیگر عنوان مهاجم بر او صدق نمی کند. در واقع با تبدیل موضوع به صورت محسوس روبه رو هستیم. پس تبدیل موضوع در مهاجم داریم؛ ولی در لص و محارب اینگونه نیست.

بررسی قید علی الاحوط بر اساس منطق تطبیقات حقوقی

دکتر برهانی: برداشت بنده از آخرین عبارتی^۱ که مرحوم امام رحمه الله در تحریر آورده اند این است که ایشان ضمان را بیان کرده و سپس قید «علی الاحوط» را اضافه کرده اند. حال این قید علی الاحوط را به کدام جهت سوق دهیم؟ یعنی احوط این است که ضمان متعلق به قصاص است یا متعلق به دیه؟ اگر در مسئله دفاع مشروع بخواهیم با منطق تطبیق حقوقی پیش برویم، در صورت وجود نداشتن شرایط، اینگونه حکم می دهیم:

اگر مدافع از شرایط و مراتب عدول کرده بود، اساساً نام مدافع بروی اطلاق نمی شود. یعنی این شخص متعدی است و قصاص می شود؛ مگر اینکه بگوییم وی در موقعیت خاصی در مقام دفاع بوده و از این رو در حکم مدافع است. به عبارتی، این شخص مثل کسی

۱. فهو ضامن علی الاحوط.

نیست که ابتدایه ساکن قصد قتل داشته باشد؛ بلکه احتمال دارد که هُل شده باشد و قوه‌ی تمرکزش را از دست داده باشد. بنابراین از آن روکه چنین احتمالی می‌رود، آیا می‌توان با این فرد مانند کسی برخورد کرد که ابتدایه ساکن اسلحه می‌خرد تا آدم بکشد یا خیر؟ بنابراین احتیاط در این است که نباید این دو شخص را مانند یکدیگر سنجید و علی‌الاحوط ما را به سمت ضمان به دیه سوق می‌دهد.

روش رفع تعارض در صورت سکوت قانون

دکتر برهانی: وقتی قانون ساکت است، منطق قانونی این است که: یا قانون را مبتلا به اجمال کنیم یا واقعاً دارای اجمال باشد. در این صورت طبق اصل ۱۶۷ قانون اساسی به منابع معتبر فقهی رجوع می‌کنیم. در این مرحله، این سؤال پیش می‌آید که باید به کدام فقه مراجعه کرد؟ در پاسخ به این سؤال در عمل با دو رویکرد مواجه هستیم:

۱. برخی از قضات که به طور کلی به فقه مراجعه نمی‌کنند.

۲. برخی از قضات که قصد مراجعه دارند، به تحریر الوسیله مراجعه می‌کنند.

در اینجا سؤال دیگری نیز طرح می‌شود که اگر مجرم، مقلد مرجع دیگری باشد، چگونه می‌توان او را بر اساس فتوای مرجعی که از او تقلید نمی‌کند، محاکمه و مجازات نمود؟ پس در صورت اجمال برای رفع تعارض باید به کدام فتوی مراجعه کرد؟ اگر در مسئله‌ای نظرات یکسان بود، مشکلی وجود ندارد. اما اگر مقلد شخص مشخصی بود، به وی رجوع می‌کنیم؛ در غیر این صورت باید به فتوایی مراجعه کرد که منجر به عدم قصاص و ضمان دیه شود. نتیجه کلام این است که:

۱. در گام اول به قانون مراجعه می‌شود. به نظر ما هم قانون روشن است. قانون می‌گوید این امر

استثنایی است و در امر استثنایی، حکم به قصاص فهمیده می‌شود.

۲. در گام دوم ما به عنوان مقام قضایی می‌گوییم قانون دارای اجمال و ابهام است. پس به

اصل ۱۶۷ رجوع کرده، در نهایت به فتوای معتبر تمسک می‌شود. البته این مبنای بنده است و شاید سایر استادان آن را نپذیرند. گام دوم نیز دارای دو مرحله است:

۱.۲. نظر مرجع تقلید مرتکب، اجرامی شود.

۲.۲. در صورتی که مرتکب، مرجع تقلید نداشت، باید مقام قضایی جانب احتیاط را برگزیند.

حجت الاسلام والمسلمین عبدی: سه نکته اساسی در فرمایشات دکتر برهانی بود:

راه حل علاج ابهام قانونی

نکته اول آن است که در علاج این ابهام قانونی چه باید کرد؟ اگر مسئله اتفاقی است، مشکلی نیست. اما اگر اختلاف است به فتوای اضیق مراجعه شود یا فتوای مقلد یا نظر قاضی؟ این خود معرکه بحث است.

رابطه قصاص و دیه

اما نکته دیگر اینکه، به نظر می‌رسد دکتر برهانی در تفسیر قانونی، از قواعد تفسیر متن بیرون رفته‌اند. به عبارت دیگر به یک کلی رسیده‌اند و این کلی را در یک فرد متیقن گرفته‌اند. به عقیده‌ی ایشان در واقع با مجرمی مواجه هستیم که باید مجازات شود و در مورد نوع مجازات از جهت قصاص یا دیه شک داریم. در این میان قدر متیقن دیه است. معنای این سخن این است که مایک کلی طبیعی داریم که مردد شده است بین قصاص و دیه. از طرف دیگر رابطه قصاص و دیه هم باید عام و خاص مطلق باشد و ما متیقن - یعنی خاص - را انتخاب می‌کنیم. این در حالی است که باید بررسی شود آیا قصاص و دیه، عام و خاص هستند یا متباینین؟ ظاهراً دیه و قصاص دو فرد متباینین هستند و اگر متباینین شدند، دیگر متیقنی وجود ندارد، بلکه یک جنایت است با تعارض دو طرف آن و در واقع علم اجمالی پیدا می‌شود.

مناقشه در قید علی الاحوط

نکته سوم اینکه تلقی بنده این است آقای دکتر برهانی، علی الاحوط را به یک مناقشه صغروی زده‌اند. در واقع تصویر امام بدین شکل است که در صورتی که فردی وارد میدان شود، این فرد در مقام دفاع به چه میزان می‌تواند بر خود و تناسب فعلش مسلط باشد؟ رعایت تناسب و الاسهل فالاسهل که دشوار است و تدارک آن در آنات هیجانیه امکان ندارد. درست است این عمل فی نفسه مشکل است، ولی در حقیقت ایشان یک استثنای منقطع درست کرده، از فرض مسئله خارج شده‌اند.

بحث ما در این نیست که نمی دانیم تعدی شده است یا خیر؟ امام می فرماید «لو تعدی»، در این صورت تعدی رخ داده است. یعنی صغری محفوظ است و لذا نمی توان علی الاحوط را تفسیر این دانست که شبهه مفهومی داریم. در واقع در این مسئله با شبهه حکمیة روبه رو هستیم.

تاریخچه فقهی مسئله تعدی در دفاع مشروع

بعد از اینکه بیان کردیم امام بین لص، مهاجم و محارب فرق نگذاشته اند، می خواهیم تاریخچه ای این فرع را بیان کنیم. در بحث حدود کتاب روضه عبارتی وجود دارد که می تواند قرینه منفصله ای برای تفسیر فرمایش امام باشد. مسئله تعدی در دفاع آنچنان ریشه دار نیست. ریشه مسئله به یک فرع مصداقی در مورد سرقت بازمی گردد. این فرع، در مورد دزدی است که اقدام به سرقت کرده و مقبلاً دستش و مدبراً پایش قطع شده است. این مصداق آرام آرام الغای خصوصیت شده و به مسئله مهاجم و مسئله دفاع نفس تبدیل شده است. البته شاید فضای حقوقی معاصر نیز در رشد مسئله دفاع مشروع مؤثر بوده باشد؛ چرا که در گذشته این مسئله خیلی مطرح نبوده است. از میان معاصرین آسید عبدالاعلی هم این مسئله را مطرح کرده اند و از عبارتی شبیه عبارت امام - البته بدون علی الاحوط - استفاده کرده اند. مسئله رادر کتاب شرح لمعه که مشابه عبارات دروس شهید است، بررسی می کنیم: «ولو كف كف عنه، فإن عاد عاد، فلو قطع يده مقبلاً ورجله مدبراً ضمن الرجل. فإن سرتا ضمن النصف قصاصاً، أو دية ولو أقبل بعد ذلك فقطع عضواً ثالثاً رجع الضمان إلى الثلث.» (الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية (المحشى - كلاتر)، ۹: ۳۵۰)^۱

در عبارات فقها ضمانت ديه وجود دارد؛ ولی ضمانت قصاص نداریم. در این صورت تعبیر «ضامن» بدین معناست که می توان ضامن قصاص یا ديه باشد. در واقع ضامن قصاص به معنای ضامن جنایت و تعدی است.

در ادامه از تعبیر ضمن الرجل استفاده شده است ولی نوع ضامن به صورت ديه و قصاص مشخص نشده است. اگر دست را بریدیم، سپس در حال برگشت پای او را نیز قطع کردیم، اگر این دو عمل با یکدیگر سرایت کرد، شهید می فرماید ضامن نصف - «قصاصاً أو دية» - است. مسئله این است که این حرف عطف «أو» به چه معناست؟ برخی از محشین مانند مرحوم آشیخ احمد

۱. و لو كَفَّ كَفَّ عَنْهُ، فَإِنْ عَادَ عَلَيْهِ، فَلَوْ قَطَعَ يَدَهُ مَقْبَلًا ثُمَّ رَجَلَهُ مَدْبَرًا ضَمَّنَ الرَّجُلَ، فَإِنْ سَرَتَا ضَمَّنَ النِّصْفَ قِصَاصًا أَوْ دِيَّةً، وَ لَوْ أَقْبَلَ بَعْدَ ذَلِكَ فَقَطَعَ عَضْوًا ثَالِثًا ضَمَّنَ الثَّلَاثَ، بِخِلَافِ مَا إِذَا قَطَعَ يَدَهُ مَقْبَلًا ثُمَّ رَجَلَهُ، فَإِنَّهُ يَضْمَنُ النِّصْفَ لِتَوَالِي الْجُرْحَيْنِ. (الدروس الشرعية في فقه الإمامية، ۲: ۵۹).

دشتی این عبارت را این گونه تفسیر می‌کنند: قصاصا بدین معناست که اگر قصاص کرد و دیه بدین معناست که راضی به دیه به عنوان بدل قصاص شود. اشکال این تفسیر این است که بدل را با «أو» عطف نمی‌کنند، چرا که با تحقق ضمان، طبق قاعده دیه هم وجود خواهد داشت.

تفسیر دیگر این است که «أو»، ابهام شهید ثانی باشد. یعنی شهید ثانی می‌فرماید این شخص ضامن است ولی نمی‌دانیم به چه چیز. آیا به قصاص و یا به دیه؟ یعنی همین شبهه‌ای که در مورد فرمایش امام‌رحمه‌الله مطرح شده، نسبت به عبارت شهید ثانی هم وارد است. اما ظاهراً حق در مسئله این است که این «أو» به دو مبنا یعنی مبنای مشهور و مبنای شیخ طوسی اشاره دارد. شیخ طوسی در کتاب مبسوط می‌فرماید: «فأما إن ضربه فقطع يده و هو مقبل إليه فسرى القطع إلى نفسه، فإن ذلك هدر لأنها سراية عن مباح. فإن قصده فضربه دفعا فقطع يده فولى المقطوع فضربه ضربة أخرى و هو مولى فقطع يده الأخرى فالأولة هدر، والثانية مضمونة، فإن اندملت كان له الخيار بين أن يقتص في اليد أو يعفو يأخذ نصف الدية، وإن سرت إلى النفس فلا قصاص في النفس، لكن يجب القصاص في اليد أو نصف دية النفس.» (المبسوط ۸: ۷۶)

شیخ طوسی قصاص نفس را قبول ندارند. با توجه به این گزارش تاریخی، امام‌رحمه‌الله می‌خواهند با تعبیر «الأحوط» به اختلاف بین مشهور و شیخ طوسی اشاره کنند. مشهور معتقدند باید مراتب الاسهل فالاسهل نسبت به مهاجم رعایت شود و اگر کسی الاسهل فالاسهل رعایت نکرد، طبق عموماً، دیگر عنوان مدافع براو صادق نیست و در این صورت باید قصاص شود. اما از طرف دیگر نصف این عمل مضمون و نصف آن غیر مضمون بوده است؛ یعنی در یک درگیری و دفاع، نصف آن به عنوان مدافع وارد معرکه درگیری شده و نصف دیگر آن مرتکب تعدی شده است. در این صورت اطلاعات ادله عدم قصاص مدافع در مقابل محارب و لص، ممکن است بتواند مخصص عموماً قصاص بشوند. امام‌رحمه‌الله از یک طرف با مشهور و عموماً روبه‌رو هستند و از طرف دیگر با این مواجه شده‌اند که خون محارب، لص و مهاجم، مطلقاً هدر است؛ یعنی چه مراتب الاسهل فالاسهل رعایت شده باشد، چه رعایت نشده باشد. امام‌رحمه‌الله یا باید مخصص را اخذ کنند و معنای آن این است که ضمان به قصاص وجود ندارد و یا این که جهت مقابل را قبول کنند که ضمان به

قصاص وجود دارد. ایشان در نهایت عمومات را حاکم می‌کنند و احوط را وجوب ضمان می‌دانند. با توجه به ریشه‌ی تاریخی که بیان شد مراد از این ضمان، ضمان به قصاص است، نه قصاص به دیه. اما ممکن است اشکال شود که چرا تعبیر ضمان به قصاص استفاده نشده است. پاسخ خواهیم داد که این عمل، علتی دارد و آن اینکه موارد متفاوت است. از این رو فقیه نمی‌تواند از تعبیر قصاص استفاده کند. چرا که هر حکمی تابع موضوع خود است. در بحث از دفاع، ممکن است فرد تعدی از دفاع کرده باشد، ولی در عین حال موضوع قصاص هم نبوده باشد. زیرا ممکن است در زمان تعدی به اعتبار این که مهدور الدم است، ضربه زده باشد. پس به نظر می‌رسد اگر بخواهیم طبق قواعد سخن بگوییم ضمان در این مسئله قطعاً قصاص است، اما امام رحمه الله به صورت کلی با عنوان ضمان بیان کرده‌اند. در چنین حالتی مورد این کلی را باید قاضی تشخیص دهد که آیا در پرونده شرایط قتل عمد وجود داشته است یا خیر؟

ممکن است اشکال شود احتیاط در مسئله آن است که امام رحمه الله بفرمایند احتیاط در این است که قصاص نباشد؛ چرا که قصاص مؤونه بیشتری می‌برد. جواب این است که نگاه ما به قصاص و دیه اقل و اکثری نیست. این دو، دو مجازات هم عرض هستند. ادله مشهور هم نسبت به تعدی و جنایت تام بوده و عمومات شامل این مصادیق هم می‌شود. هر کس جنایت کند، قصاص خواهد شد، در مثال حاضر نیز با فرض تعدی، موضوع مدافع عوض شده و در عنوان مهاجم داخل شده است. نتیجه آنکه «فهو ضامن علی الاحوط»، به معنای قصاص بر اساس قواعد است.