

## تأملی در نظریه تعیینی بودن حق قصاص در قتل عمد

سیدهاشم آل‌طه<sup>۱</sup>، احمد حاجی ده‌آبادی<sup>۲\*</sup>

۱. دانشجوی دکتری، گروه حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دانشگاه آزاد اسلامی واحد قم، قم، ایران

۲. دانشیار دانشکده حقوق دانشگاه تهران، پردیس فارابی، قم، ایران

(تاریخ دریافت: ۹۶/۳/۱۰؛ تاریخ پذیرش: ۹۷/۱۰/۲)

### چکیده

مطابق با نظریه تعیینی بودن حق قصاص، ولی‌دم در قتل عمد، فقط حق قصاص دارد و مطالبه دیه مشروط به رضایت قاتل است. اما مطابق با نظریه تخییری ولی‌دم بین قصاص و مطالبه دیه مخیر خواهد بود و هر کدام را برگزیند، قاتل ملزم به آن است. نظریه تعیینی در فقه امامیه از شهرت زیادی برخوردار است، اما ادله آن اتقان و انسجام لازم را ندارد و در برخی موارد با مشکلات عملی از قبیل هدر رفتن خون مقتول و عدم امکان رعایت مصلحت اولیای دم مواجه خواهد شد. قانونگذار در قانون مجازات اسلامی مصوب ۹۲ برای رفع بعضی از مشکلات، از این نظریه عدول و از ملاک دوگانه تبعیت کرده است؛ با این‌همه، نتوانسته است همه مشکلات و تبعات منفی این نظریه را برطرف کند؛ در حالی که می‌توانست با تبعیت کامل از نظریه تخییری، هماهنگ و قاعده‌مند عمل کند.

### واژگان کلیدی

دیه، قصاص، نظریه تخییری، نظریه تعیینی، ولی‌دم.

## مقدمه

اصطلاح تعیینی یا تخییری بودن قصاص، ناظر به دامنه حق ولی‌دم در قتل عمد است. اگر کسی دیگری را عمداً به قتل برساند و شرایط قصاص فراهم باشد، آیا ولی‌دم می‌تواند قاتل را بر پرداخت دیه اجبار کند، یا اینکه تنها با رضایت او می‌تواند دیه بگیرد؟ در این مورد بین فقها اختلاف نظر وجود دارد: «عده‌ای گفته‌اند: یکی از دو چیز واجب است؛ قصاص یا دیه؛ یعنی هر کدام فی‌نفسه اصل است؛ پس هر کدام را که (اولیای دم) انتخاب کند، آن ثابت و دیگری ساقط است ... بر این اساس، قتل عمد موجب قصاص یا دیه است. عده دیگر گفته‌اند، قتل عمد موجب قصاص است و ولی‌دم فقط مخیر بین قصاص و عفو است ... اگر قصاص کند که بحثی در آن نیست؛ اما اگر عفو کند، دیه ثابت نمی‌شود مگر آنکه قاتل راضی به آن باشد» (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۷: ۵۲). قول اول، تحت عنوان نظریه تخییری و قول دوم، با نام نظریه تعیینی شناخته می‌شود. ابن جنید اسکافی و ابن عقیل عمانی از قدمای فقها این نظریه را مطرح کرده‌اند (علامه حلی، ۱۴۱۲: ۲۷۴؛ طباطبایی، ۱۴۲۰: ۵۲۰). اما نظر مشهور فقهای امامیه بر نظریه تعیینی مبتنی است. صاحب جواهر می‌نویسد: در این مورد مخالف قابل‌اعتنایی نیست؛ ابن‌ادریس نیز در یکجا ادعای عدم خلاف و در جای دیگر ادعای اجماع کرده است (نجفی، ۱۳۶۷: ۲۷۸). این موضوع در بین علمای اهل تسنن نیز اختلافی است. نظر مشهور مذهب مالکی و نظر اجماعی مذهب حنفی، مبتنی بر تعیین قصاص است و ثبوت دیه را در قتل عمد، مشروط به ترازی طرفین می‌دانند (ابن‌رشد حفید، ۱۴۲۵: ۱۸۴؛ کاسانی، ۱۴۰۶: ۲۴۱). اما در مذهب شافعی و حنبلی دو قول مطرح شده است: «قول اول آن است که یکی از دو مورد قصاص یا دیه واجب است؛ قول دوم آن است که قصاص وجوب تعیینی است، اما ولی‌دم می‌تواند از آن عدول کند و خواهان دیه باشد، و قاتل ملزم به پرداخت دیه است و رضایت او شرط نیست» (ابن‌قدامه، ۱۴۲۱: ۴۰۷؛ ماوردی، ۱۴۱۴: ۹۷ - ۹۶).

قانونگذار در قانون سال ۱۳۷۰ در ماده ۲۵۷ کاملاً از نظریه تعیینی تبعیت کرده بود؛ اما در قانون مصوب ۱۳۹۲ از ملاک دوگانه تبعیت دارد؛ یعنی نظریه تعیینی به‌عنوان اصل پذیرفته شده، در عین حال در موارد محدودی برای رفع برخی مشکلات عملی، از نظریه

تخیری یا تفصیلی محقق خوبی تبعیت شده است. بر این اساس، در ماده ۳۵۹ مقرر کرده‌اند: «در موارد ثبوت حق قصاص، اگر قصاص مشروط به رد فاضل دیه نباشد، مجنی‌علیه یا ولی‌دم، تنها می‌تواند قصاص یا گذشت نماید و اگر خواهان دیه باشد، نیاز به مصالحه با مرتکب و رضایت او دارد». اما در مواردی که قصاص مستلزم رد فاضل دیه است، به تبعیت از نظریه تفصیلی محقق خوبی، قانونگذار در ماده ۳۶۰، نظریه تخیری را مبنا قرار داده و در این ماده مقرر شده است:

«در مواردی که اجرای قصاص، مستلزم پرداخت فاضل دیه به قصاص‌شونده است، صاحب حق قصاص، میان قصاص با رد فاضل دیه و گرفتن دیه مقرر در قانون ولو بدون رضایت مرتکب مخیر است».

همچنین در موردی که قاتل فرار کند و دسترسی به او نباشد یا قبل از قصاص فوت کند، طبق ماده ۴۳۵<sup>۱</sup> قصاص بر اساس مقتضای نظریه تخیری به دیه تبدیل می‌شود. با این تغییرات، برخی از مشکلات نظریه برطرف شده است؛ با وجود این مشکلات دیگر همچنان باقی است؛ در حالی که قانونگذار می‌توانست با تبعیت کامل از نظریه تعیینی، در همه مسائل مرتبط، هماهنگ و قاعده‌مند عمل کند و با هیچ‌گونه مشکلی هم مواجه نشود. در این مقاله سعی داریم ضمن بررسی و نقد مبانی فقهی نظریه تعیینی، مشکلات عملی و تبعات منفی این نظریه یادآوری شود. در بخش نخست آن، ادله نظریه تعیینی نقد و بررسی و در بخش دوم، به نتایج و مشکلات عملی این نظریه اشاره شده است.

## بررسی و نقد دلایل نظریه تعیینی بودن حق قصاص

### دلیل اول: تعیینی بودن؛ اقتضای اطلاق آیات قرآن

قائلان نظریه تعیینی غالباً به ظاهر آیات ۱۷۸ و ۱۹۴ بقره و ۴۵ مائده استناد کرده‌اند (علامه

۱. «ماده ۴۳۵ - هرگاه در جنایت عمدی، به علت مرگ یا فرار، دسترسی به مرتکب ممکن نباشد، با درخواست صاحب حق، دیه جنایت از اموال مرتکب پرداخت می‌شود و در صورتی که مرتکب مالی نداشته باشد در خصوص قتل عمد، ولی‌دم می‌تواند دیه را از عاقله بگیرد و در صورت نبود عاقله یا عدم دسترسی به آنها یا عدم تمکن آنها، دیه از بیت‌المال پرداخت می‌شود و در غیر قتل، دیه بر بیت‌المال خواهد بود...».

حلی، ۱۴۱۲: ۲۷۴؛ شهید اول، ۱۴۱۳ق: ۲۲۴؛ نجفی، ۱۳۶۳: ۲۷۸). آیه ۱۷۸ بقره می‌فرماید: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ» یعنی حکم قصاص در مورد کشتگان، بر شما مقرر شده است. همچنین در قسمتی از آیه ۱۹۴ بقره می‌خوانیم: «فَمَنْ اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ»؛ یعنی هر کس به شما حمله کرد، همانند حمله وی بر او حمله کنید. سومین آیه استنادی آیه ۴۵ مائده است که می‌فرماید: «در آن تورات مقرر داشتیم که جان در مقابل جان، و چشم در مقابل چشم، و بینی در برابر بینی، و گوش در مقابل گوش، و دندان در برابر دندان، قصاص می‌شود و جراحات نیز، قصاص دارد و اگر کسی از قصاص درگذرد، کفاره (گناهان) او محسوب می‌شود و هر کس به آنچه خدا نازل کرده حکم نکند، ستمکار است». استدلال فقهای قائل به نظریه تعیینی آن است که ظاهر این آیات بر تعیینی بودن قصاص دلالت دارد و چنین ظهوری از اطلاق آیات مذکور استنباط می‌شود؛ یعنی آیات مذکور که در مورد قتل عمد نازل شده، به صورت مطلق، فقط قصاص را لازم دانسته و قیدی در مورد اختیار ولی دم، برای مطالبه دیه مطرح نکرده است؛ لذا اخذ دیه، تنها در صورت مصالحه با جانی امکان‌پذیر خواهد بود (نجفی، ۱۳۶۳: ۲۷۸؛ خویی، ۱۴۲۲: ۱۵۳).

### نقد دلیل اول

در نقد استدلال به اطلاق آیات مذکور قرآن می‌توان گفت: اولاً آیات مذکور در مقام بیان تجویز و مشروعیت قصاص است، نه در مقام بیان اختیارات اولیای دم و انحصار حق قصاص در قتل عمد؛ لذا نمی‌توان به اطلاق آنها تمسک کرد؛ و به همین دلیل است که هیچ فقیهی معتقد نیست که طبق اطلاق این آیات، در قصاص شرط خاصی وجود ندارد؛ بلکه بر اساس سایر ادله، شرایط قصاص را تبیین کرده‌اند. یکی از فقهای معاصر، در عین اینکه به نظریه تعیینی معتقد است، در مورد ضعف این استدلال می‌گوید:

«ممکن است گفته شود از اطلاقات قرآن بیش از اثبات قصاص نمی‌توان استفاده کرد و اما حصر قابل اثبات نیست. چه اینکه از مال قاتل فراری دیه اخذ می‌شود و کسی که در ازدحام کشته شده و قاتل او معلوم نیست، از بیت المال دیه او پرداخت می‌شود و این برخلاف حصر مذکور است» (خوانساری، ۱۳۵۵: ۲۶۲).

ثانیاً ظاهر ذیل آیه ۱۷۸ برخلاف مدعای قائلان این نظریه دلالت دارد؛ زیرا، مقرر کرده است که عفو از قصاص، موجب عفو از دیه نیست، بلکه با عفو از قصاص دیه ثابت می شود؛ مگر اینکه از هر دو عفو کند؛ بنابراین دیه بدل قصاص نیست؛ بلکه در عرض آن است؛ در واقع ولی دم مختار بین دو حق قصاص و دیه است (مظاهری، ۱۳۸۴، درس: ۲۶).

ثالثاً در ظاهر آیه ۳۳ اسراء، سلطه ولی دم به صورت مطلق بیان شده است و این اطلاق ظهور در نظر تخییری دارد: «وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيَّهِ سُلْطَانًا فَلَا يُسْرِفُ فِي الْقَتْلِ؛ و نفسی را که خداوند حرام نموده، جز به حق نکشید. و کسی که مظلوم کشته شود، ما حتماً برای ولی او تسلطی قرار داده‌ایم، پس او نباید در کشتن اسراف کند». علامه طباطبایی، مفسر کبیر قرآن، در تفسیر این آیه، با صراحت نظریه تخییری را پذیرفته‌اند؛ لذا می‌گویند: «معنای آیه این است که کسی که مظلومانه کشته شده باشد، ما بر اساس موازین شرعی برای ولی دم او سلطه و قدرتی قرار دادیم تا قصاص کند یا خونبها بگیرد و یا عفو کند» (طباطبایی، ۱۴۱۷: ۹۰).

ناگفته نماند که برخی از قائلان نظریه تعبینی گفته‌اند: هر چند آیه قید نخورده است؛ به قرینه «لاتسرف فی القتل» ظهور در قصاص دارد (مقتدایی، درس خارج، ۸۹/۱۲/۱۶)؛ در پاسخ باید گفت: همان گونه که ایشان اذعان دارد، آیه قید نخورده و اطلاق باقی است و این قرینه، قید حکم محسوب نمی‌شود؛ یعنی اختیار و سلطه مشروع ولی دم را محدود نمی‌کند؛ بلکه ولی دم را از تجاوز در قسمتی از اختیار بازمی‌دارد؛ تا مشمول قتل به ناحق (که در صدر آیه مطرح شد) نشود؛ اما نافی سلطه و اختیار او در مطالبه دیه نیست؛ چه اینکه نافی سلطه او بر عفو نیست.

#### دلیل دوم: روایات

غالب فقهای شیعه به دو روایت استناد کرده‌اند: نخست روایت جمیل بن دراج و دوم صحیحہ حلبی و عبدالله بن سنان که در روایت جمیل بن دراج از قول یکی از دو امام باقر و امام صادق (ع) نقل شده است: «قتل العمد کل ما عمد به الضرب ففیه القود؛ هر فعلی که با قصد زدن، منتهی به مرگ شود، قتل عمد محسوب می‌شود و قصاص در آن ثابت است»

(حر عاملی، ۱۴۱۴: ۳۷). در روایت دوم از امام صادق (ع) نقل شده است: «مَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا مُتَعَمِّدًا قِيدَ مِنْهُ - إِلَّا أَنْ يَرْضَى أَوْلِيَاءُ الْمُقْتُولِ أَنْ يَقْبَلُوا الدِّيَةَ - فَإِنْ رَضُوا بِالْدِّيَةِ وَ أَحَبَّ ذَلِكَ الْقَاتِلُ فَالْدِّيَةُ» (حر عاملی، ۱۴۱۴: ۵۳)؛ کسی که مؤمنی را عمدتاً به قتل برساند قصاص می‌شود؛ مگر اینکه اولیای دم راضی شوند دیه دریافت کنند و قاتل هم مایل به این امر باشد. دیه آن دوازده هزار درهم است. روایت اول با صراحت بیان نمی‌کند که حکم بالاصاله در قتل عمد، فقط قصاص است. مشابه روایت اول در جنایات عمدی زیاد است؛ اما هیچ‌کدام در تعیین قصاص صراحت ندارند (اردبیلی، ۱۴۱۶: ۴۰۶)؛ لذا به اطلاق آنها استناد شده است و غالب فقها نیز روایت اول را به‌عنوان نمونه از این دسته از روایات ذکر کرده‌اند و منظور برخی از فقها از نصوص و روایات متواتره (نجفی، ۱۳۶۷: ۲۷۸) همین دسته از روایات است. اما روایت دوم در تعیین بودن قصاص صراحت دارد؛ لذا دلیل اصلی قائلان نظریه تعیینی در روایات، همان صحیحه ابن‌سنان است؛ اما می‌توان دو پاسخ داد: اول اینکه از آنجایی که این روایت صحیحه با دو روایت صحیحه دیگر از عبدالله بن سنان و ابن‌بکیر که مورد استناد نظریه تخییری بوده و در قسمت نقد مطرح شده، در تعارض است، برای حل این تعارض و ترجیح این روایت، استدلال کرده‌اند که اولاً: این روایت موافق اطلاقات آیات مذکور است و طبق قاعده «خذ ماوافق الكتاب» بر آن روایات ترجیح داده می‌شود؛ ثانیاً: روایات معارض، موافق نظر اهل سنت است؛ لذا روایات معارض حمل بر تقیه می‌شود و این روایت ملاک حکم قرار می‌گیرد (طباطبایی، ۱۴۲۰: ۵۲۱؛ خویی، ۱۴۲۲: ۱۵۳؛ خوانساری، ۱۳۵۵: ۲۶۱). بر این اساس، مشکل تعارض حل و نظریه تعیینی ثابت می‌شود.

### نقد دلیل دوم

در نقد دلیل دوم باید گفت: روایات متواتری که به آنها استناد می‌شود، هیچ‌کدام به صراحت حق مجنی‌علیه را به قصاص منحصر نکرده‌اند؛ بلکه در همه آنها، از جمله در روایت مرسله جمیل، فقط گفته شده است که در جنایات عمدی، حق قصاص وجود دارد و لازمه داشتن حق قصاص، نفی حق مطالبه دیه نیست. از جنبه عقلی و عرفی نیز مسلم

است که وقتی کسی حق اجرای اشد مجازات معین مثل قصاص را دارد، نافی حق او در اعمال مجازات خفیف تر نیست، بلکه به طریق اولی، حق اجرای مجازات معین خفیف تر مثل دیه را خواهد داشت؛ این امر به تصریح احتیاج ندارد؛ بلکه نداشتن این حق طبیعی به تصریح نیاز خواهد داشت، چه اینکه در جنایات غیر عمدی ضد تمامیت جسمانی که جرم سبک تری است، رضایت یا عدم رضایت جانی در اخذ دیه تأثیری ندارد؛ پس در جنایت عمدی علیه تمامیت جسمانی، به طور طبیعی دارنده حق قصاص می تواند این حق را به مجازات سبک تری یعنی دیه تبدیل کند (محمدی جورکویه، ۱۳۹۴: ۱۸). به هر حال فقط یکی از روایات که از عبدالله بن سنان و حلبی نقل شده است، در نظریه تعیینی بودن قصاص صراحت دارد.

در مقابل، روایات صحیحی هست که بر تخییری بودن قصاص دلالت دارند؛ از جمله دو روایت زیر:

روایت اول، صحیحۀ عبدالله بن سنان و ابن بکیر است که در آن می خوانیم:

«از امام صادق (ع) مؤمنی که مؤمن دیگری را عمداً به قتل می رساند، سؤال شد؛ فرمودند: اگر اولیای مقتول هنوز قاتل را نمی شناسند، نزد آنها می رود و به قتل خود اعتراف می کند. پس اگر ایشان او را بخشیدند و قصاص نکردند، به آنها دیه مقتول را می پردازد و یک بنده آزاد می کند و دو ماه متوالی روزه می گیرد و به شصت مسکین صدقه می دهد، این راه توبه او به سوی خدا است» (حر عاملی، ۱۴۱۴، ج ۲۲: ۳۹۸).

روایت صحیحۀ دوم نیز از (عبدالله) ابن سنان نقل شده و متن آن چنین است:

«از امام صادق (ع) مؤمنی پرسیده شد که شخص دیگری را با اینکه می دانست او مؤمن است، از روی عصبانیت به قتل می رساند، آیا توبه او پذیرفته می شود یا خیر؟ امام علیه السلام فرمودند: توبه او این است که اگر اولیای مقتول هنوز قاتل را نمی شناسند، نزد آنها برود و به قتل خود اعتراف کند. پس اگر او بخشیده شد، دیه مقتول را به آنها می پردازد و یک بنده آزاد کرده، دو ماه متوالی روزه می گیرد» (حر عاملی، ۱۴۱۴: ۳۹۹).

مطابق با مدلول این دو روایت صحیحه، در صورت عفو، پرداخت دیه برای قبولی توبه لازم شمرده شده است؛ هر چند اولیای دم مطالبه نکرده باشند. بنابراین وقتی بدون مطالبه اولیای دم، پرداخت دیه برای قبولی توبه واجب باشد، می‌توان گفت که با مطالبه آنها به طریق اولی پرداخت دیه به‌عنوان حق‌الناس واجب می‌شود و نباید مشروط به رضایت قاتل باشد؛ استناد به مفهوم اولویت، از جهت دلالت اقوی است، بنابراین طبق این دو روایت صحیحه، حق اولیای دم فقط قصاص نیست؛ بلکه اولیای دم مختار هستند که قصاص کنند یا دیه بگیرند.

بر این استدلال چنین ایراد گرفته شده است: دستور به پرداخت دیه در این دو روایت، بعد از فرض عفو ولی‌دم و برای تکمیل توبه مطرح شده و امر استحبابی است؛ لذا بر تخییر ولی‌دم دلالت ندارد (مدنی کاشانی، ۱۴۱۰: ۱۵۸).

در پاسخ به این ایراد باید گفت که عفو در این دو روایت به قصاص مربوط است و بر عفو از دیه دلالتی ندارد؛ چه اینکه ظاهر آیه «فمن عفی له من اخیه شیء...» دلالت دارد که پس از عفو از قصاص، پرداخت دیه واجب است. مگر آنکه از دیه نیز عفو شود و قبولی توبه نیز به پرداخت دیه منوط شده که واجب است نه مستحب؛ چه اینکه کفاره در این صورت، طبق این روایت واجب تلقی می‌شود و کسی آن را بر استحباب حمل نکرده است و صاحب جواهر می‌گوید: یکی از ادله وجوب کفاره جمع در قتل عمد، علاوه بر اجماع فقها، همین روایت است (نجفی، ۱۳۶۷، ج ۴۳: ۴۰۷).

به هر حال قائلان به تعیین بودن، نه به این دلیل، بلکه به دلیل تعارض واقعی این دو روایت با صحیحه حلبی و ابن‌سنان، به مفاد این دو روایت صحیحه فتوا نداده‌اند و برای ترجیح صحیح اول که بر تعیینی بودن حق قصاص دلالت داشت، دو مرجح را به شرحی که گذشت مطرح کرده‌اند؛ اما به نظر می‌رسد که استناد به دو مرجح برای ترجیح روایت مذکور نیز صحیح به نظر نمی‌رسد؛ زیرا مرجح اول، یعنی موافقت روایت مذکور با اطلاق آیات، تمام نیست؛ چون آیات مورد نظر در مقام بیان همه حقوق و اختیارات ولی‌دم نیست تا از اطلاق آن استفاده شود و لذا اثبات شیء نفی ماعدا نمی‌کند، چه اینکه محقق



خوانساری هم که این مرجع را ذکر کرده است، در صحت آن به شرحی که گذشت تردید می‌کند (خوانساری، ۱۳۵۵: ۲۶۲) و در نهایت چیزی که آیات و روایات اثبات می‌کند، آن بوده که قصاص تجویز شده است؛ اما نفی الزام به پرداخت دیه در صورت مطالبه ولی دم نمی‌کند؛ مگر اینکه منضم به اصل براءت شود و اصل براءت هم در جایی است که دلیل نباشد در مانحن فیه دلیل داریم و اصل عملی براءت توان مقابله با دلیل را ندارد (صانعی، ۱۳۸۲: ۱۹۷) بلکه با توجه به اینکه اطلاق آیه ۳۳ اسراء و ذیل آیه ۱۷۸ سوره بقره طبق شرحی که گذشت، موافق دو روایت صحیحه مورد استناد نظریه تخیری است، می‌توان نتیجه عکس گرفت و گفت اطلاق دو آیه، مرجع دو روایت مذکور تلقی می‌شود.

دومین مرجعی که قائلان نظریه تعیینی در رفع تعارض مطرح کرده‌اند، مخالفت روایت مورد استناد نظریه تعیینی، با نظر اهل سنت بوده که در نتیجه، روایات معارض آن حمل بر تقیه شده است؛ اما با امعان نظر معلوم می‌شود که این مرجع نیز صحیح نیست؛ چرا که مذهب حنفی و نظر غالب مذهب مالکی که در زمان حیات امام صادق(ع) وجود داشته‌اند، قائل به نظریه وجوب تعیینی بوده‌اند و مذهب شافعی و حنبلی که نظریه تخیری را مطرح کرده‌اند، در زمان امام صادق(ع) تأسیس نشده بودند تا حضرت امام(ع) تقیه کند؛ بلکه این دو مذهب مدت‌ها بعد از شهادت امام صادق(ع) به وجود آمدند. لذا تقیه در این مورد موضوعیت ندارد و جای تعجب است که صاحب ریاض بدون توجه به این موضوع می‌گوید: روایات مبتنی بر نظریه تخیری به دلیل موافقت با مذهب شافعی و حنبلی باید حمل بر تقیه شود (طباطبایی، ۱۴۲۰: ۵۲۱). به هر حال استناد به این مرجع صحیح نیست و اگر قرار باشد در زمان تعارض، مخالف نظر اهل سنت بودن، ملاک ترجیح یک روایت باشد، در مانحن فیه، باید به عکس نظر مشهور عمل کرد و روایت صحیح حنبلی و عبدالله ابن سنان را که نظریه تعیینی را مطرح کرده است، به دلیل موافقت با ایشان بر تقیه حمل کرد. چه اینکه حر عاملی در مورد ذیل این روایت از قول شیخ طوسی چنین احتمالی را مطرح کرده است (حر عاملی، ۱۴۱۴، ج ۲۹: ۱۹۷). شایان توجه آن است که اتفاقاً محقق خوینی در بحث دیات این روایت را چون میزان دیه در آن دوازده هزار درهم ذکر شده،

حمل بر تقیه کرده و با صراحت گفته است که چون میزان دیه در این روایت، دوازده هزار درهم ذکر شده است، باید از این روایت دست برداریم و کسی از علمای ما به ذیل حدیث عمل نکرده است (خویی، ۱۴۲۲: ۲۳۳). بنابراین وقتی ذیل این حدیث، به دلیل ذکر میزان دیه دوازده هزار درهم، حمل بر تقیه می‌شود و با توجه به اینکه صدر آن نیز موافق با نظر اهل سنت است، باید طبق مبنای مشهور، این حدیث حمل بر تقیه شود و در نتیجه دو روایت صحیحه مورد استناد نظریه تخیری، ملاک حکم قرار می‌گیرد.

وانگهی می‌توان گفت که دلالت این روایت هم تمام نیست؛ زیرا اولاً قید «احب القاتل» که به رضایت قاتل تفسیر شده، شاید بر وصف غالب حمل شود؛ چون غالباً قاتلان، راضی به دادن دیه هستند و در جای خود ثابت است، وصف غالبی مفهوم ندارد (صانعی، ۱۳۸۲: ۴۷۰؛ قائی، ۱۳۸۵: ۳۳)؛ ثانیاً به نظر می‌رسد، فعل «أَحَبُّ» به معنای حقیقی خود به کار نرفته است؛ زیرا وقتی این کلمه برای انتخاب یک گزینه از بین دو گزینه غیرمطلوب به کار رود، به معنای آسان‌تر و کم‌هزینه‌تر و در واقع به معنای انتخاب بد و ترک گزینه بدتر است: چه اینکه افعَل و تفضیل «أَحَبُّ» در آیه «قَالَ رَبُّ السَّجْنِ أَحَبُّ إِلَيَّ مِمَّا يَدْعُونَنِي إِلَيْهِ» (یوسف: ۳۳) به معنای واقعی محبوب‌تر نیست، چون گناه برای یوسف، محبوب نیست، تا زندان محبوب‌تر محسوب شود؛ لذا در ترجمه واقعی آن گفته شده است: یوسف گفت خدایا زندان برای من از آنچه مرا به آن می‌خوانند، آسان‌تر است (علم‌الهدی، ۱۳۲۵: ۱۳۵؛ فخر رازی، ۱۴۰۹: ۸۲). در مانحن فیه نیز، نه قصاص، و نه دیه، هیچ‌کدام مطلوب واقعی قاتل نیست؛ بلکه از ناچاری، دادن دیه برای او کم‌هزینه‌تر از قصاص است. لذا مفهوم شرط «احب» آن است که اگر توانایی مالی دارد؛ چون غالباً هیچ عاقلی جان را فدای مال نمی‌کند، اگر تمایلی به دادن دیه نداشته باشد، به معنای آن است که توان مالی ندارد. بنابراین اگر وصف غالبی باشد، مفهوم ندارد و اگر قید احترازی باشد، نظریه تعیینی را ثابت نمی‌کند؛ بلکه مطالبه دیه را به تمکن مالی مشروط می‌کند.

در ضمن، علاوه بر این دو روایت صحیحه، برخی روایاتی که دیه را در جنایات علیه مادون نفس مقرر کرده‌اند، اطلاق دارند: برای مثال روایاتی که می‌گوید: «فی العینین الدیه»

(حر عاملی، ۱۴۱۴، ج ۲۹: ۲۸۵) اطلاق دارد و شامل همه نوع جنایت، اعم از عمدی و غیر عمدی می‌شود (حاجی ده‌آبادی، ۱۳۹۱: ۴۶۰). همچنین روایت صحیحه حلبی که در خصوص جنایت عمدی مادون نفس وارد شده است، با صراحت نظریه تخیری را تأیید می‌کند و مؤید استنباط فوق است. متن روایت چنین است:

«عَنْ حَمَّادٍ عَنِ الْحَلْبِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع فِي رَجُلٍ فَقَأَ عَيْنَ امْرَأَةٍ فَقَالَ - إِنْ شَاءُوا أَنْ يَفْقُتُوا عَيْنَهُ وَيُؤَدُّوا إِلَيْهِ رُبْعَ الدِّيَةِ - وَإِنْ شَاءَتْ أَنْ تَأْخُذَ رُبْعَ الدِّيَةِ - وَقَالَ فِي امْرَأَةٍ فَقَأَتْ عَيْنَ رَجُلٍ - إِنَّهُ إِنْ شَاءَ فَقَأَ عَيْنَهَا وَإِلَّا أَخَذَ دِيَةَ عَيْنِهِ» (حر عاملی، ۱۴۱۴: ۱۶۶).

یعنی امام صادق(ع) درباره مردی که چشم زنی را درآورده بود، فرمود: اگر خواستند می‌توانند چشم مرد را درآورند و یک‌چهارم دیه را به او بدهند و اگر خود آن زن بخواهد، می‌تواند یک‌چهارم دیه کامل را بگیرد. همچنین حضرت در مورد زنی که چشم مردی را درآورده بود، فرمود اگر خواست می‌تواند قصاص کند یا دیه یک چشم را بگیرد.

بنابراین طبق این روایت صحیحه، اعم از اینکه قصاص منوط به پرداخت فاضل دیه باشد یا نباشد، اخذ دیه از جانی به رضایت او مقید نشده است و با اولویت یا الغای خصوصیت، می‌توان حکم آن را در قتل نیز ثابت دانست (حاجی ده‌آبادی، ۱۳۸۴: ۳۲۸ - ۳۳۰).

#### دلیل سوم: اجماع

یکی دیگر از دلایل استنادی این نظریه، اجماع است، از جمله کسانی که اجماع را مطرح کرده‌اند، شیخ طوسی بوده که با صراحت گفته است: دلیل ما اجماع است (طوسی، ۱۴۰۷: ۱۷۶). ابن‌ادریس هم ادعای عدم خلاف می‌کند و می‌گوید کسی از اصحاب ما مخالف این حکم نیست (ابن‌ادریس، ۱۴۱۱، ج ۳: ۳۲۷). اما برخی فقط این فتوا را بین امامیه مشهور می‌دانند و ادعای اجماع نکرده‌اند (علامه حلی، ۱۴۱۲: ۲۷۴؛ اردبیلی، ۱۴۱۶: ۴۱۲).

#### نقد دلیل سوم

در نقد ادعای اجماع سه نکته شایان ذکر است: اولاً معدودی از معتقدان این نظریه، به

اجماع استناد کرده‌اند؛ بدیهی است چنانچه اجماع محصل یا حتی منقول محرز بود، همه قائلان نظریه به اجماع استناد می‌کردند؛ اما چنین امری محرز نیست؛ ثانیاً، شیخ بهایی از قائلان هر دو نظریه با عنوان «بعضی» یاد می‌کند: «بعضی از مجتهدین گفته‌اند که ولی مقتول مخیر است میان قصاص کردن و خونبها گرفتن یا عفو نمودن و بعضی برآند که هر گاه ولی مقتول به خونبها راضی شود، بر قاتل واجب است که خونبها بدهد» (شیخ بهایی، ۱۳۱۹: ۴۳۸). این قرینه‌ایست که علاوه بر ابن جنید اسکافی و ابن عقیل عمانی که از بنیانگذاران این نظریه بوده‌اند، عدّه دیگری از فقهای شیعه نیز قائل به این نظریه بوده‌اند که ایشان از نظر آنها مطلع بوده است؛ اما به دلیل عدم شهرت، مکتوبات و نظریات آنها در کتب شناخته‌شده منعکس نشده است یا حداقل در زمان ایشان چنین بوده است؛ چه اینکه برخی از متقدمان مثل ابن براج، نظریه تخیری مشروط به تمکن مالی قاتل را پذیرفته‌اند<sup>۱</sup> (ابن براج، ۱۴۰۶: ۴۵۶) و ظاهر عبارات طبرسی در تفسیر مجمع البیان دلالت بر نظریه تخیری دارد (طبرسی، ۱۴۱۵، ج ۱: ۴۸۹ و ج ۶: ۲۴۸) اما در کتب فقهی به نظر آنها اشاره نشده است و در زمان ما نیز برخی از فقها از جمله، آیت‌الله مظاهری و آیت‌الله صانعی (صانعی، ۱۳۸۲: ۴۷۱) قائل به نظریه تخیری هستند؛ ثالثاً، بر فرض که اجماع در این مسئله هم محقق باشد، چون مستند نظر آنها روایت عبدالله بن سنان بوده، این اتفاق نظر ناشی از مدرک مذکور و اجماع مدرکی یا محتمل المدرکی است و چنین اجماعی حجیت ندارد و کاشف از نظر معصوم نیست.

#### دلیل چهارم: قاعده اتلاف

علامه حلی در تبیین این دلیل می‌گوید: «جنايات بر تمامیت جسمانی نوعی تلف محسوب می‌شود و طبق قاعده اتلاف، برای جبران، باید بدل مثلی داده شود؛ یعنی مماثلت شرط است و عدول از بدل مثلی، به قیمت یا جنس دیگر جایز نیست، مگر با تراضی طرفین»

۱. «فاما القتل العمد، ففيه القود، أو الدية، وقبول الدية أولى عن الهاشمی و دية العمد تجب فی مال القاتل، دون غيره من جميع الناس، فان لم يكن له مال، لم يكن لأولياء الدم الا نفسه» (ابن براج، ۱۴۰۶).

(علامه حلی، ۱۴۱۲، ج ۹: ۲۷۴). همین استدلال را برخی از جمله شهید ثانی نیز مطرح کرده‌اند (شهید ثانی، ۱۴۱۶: ۲۲۵). به هر حال طبق این قاعده، بدل جنایت، قصاص نفس و قصاص عضو قطع شده است و دادن دیه فقط با مصالح میسر می‌شود و طبق نظر این دسته از فقها، این نوعی معاوضه تلقی می‌شود (طباطبایی، ۱۴۲۰: ۵۲۱).

### نقد دلیل چهارم

در پاسخ به این استدلال باید گفت؛ اولاً قاعده اتلاف به نظر بسیاری از فقها فقط ناظر به اتلاف حقیقی مال است و شامل اتلاف حکمی (یعنی اتلافی که در حکم اتلاف مال است) نمی‌شود؛ البته نباید تصور کرد که نوع دوم سبب ضمان نیست. بلکه غرض آن است که این قاعده شامل آن نمی‌شود و در موارد اتلاف حکمی، باید به ادله دیگر تمسک کرد (محقق داماد، ۱۳۶۳: ۱۱۰) لذا مشکل است که با استناد به این قاعده، بتوان اختیار ولی‌دم را به قصاص محدود کرد؛ چون موضوع قصاص مالی نیست؛ ثانیاً وجوب پرداخت دیه در جنایات شبه‌عمد و خطای محض و همچنین قتل عمد فاقد شرایط قصاص، دلالت بر آن دارد که قاعده اتلاف در موضوع جنایت و مسئولیت کیفری جاری و حاکم نیست؛ زیرا در قاعده اتلاف، تفاوتی بین عمد و خطای محض نیست و تقصیر به‌عنوان شرط مسئولیت حقوقی در اتلاف مطرح نشده است و در همه فروض مذکور، مثل یا قیمت حسب مورد باید پرداخت شود، اما در جنایات چنین نیست. در غیر این صورت باید در جنایات غیر عمدی نیز قصاص ثابت می‌شد.

### ایرادها و مشکلات نظری و عملی نظریه تعیینی بودن قصاص

نظریه تعیینی با ایرادها و مشکلات نظری و عملی مواجه است که اهم آنها عبارتند از: ۱. هدر رفتن خون مقتول در برخی موارد؛ ۲. عدم قاعده‌مندی در نظریه تعیینی به دلیل تخصیص اکثر؛ ۳. عدم سلطه لازم ولی‌دم برای اعمال مصلحت؛ ۴. افزون‌خواهی برخی از اولیای دم در مصالحه.

#### ایراد اول: هدر رفتن خون مقتول در برخی موارد

اولین ایراد آن است که در مواردی، خون مقتول هدر می‌شود یا در معرض هدر قرار می‌گیرد؛ یعنی با قاعده «لا یبطل دم امرء مسلم» در تقابل است. برخی از این موارد عبارتند از:

۱. در صورتی که یک نفر، دو نفر یا بیشتر را به قتل برساند، اگر یکی از اولیا قصاص کند، اولیای دم سایر مقتولان حق مطالبه دیه ندارند (طوسی، ۱۴۰۷: ۱۸۲؛ ابن‌ادریس، ۱۴۱۱: ۳۴۸؛ خمینی، ۱۳۸۵: ۲۸۰) چون طبق این نظریه، حق اصلی فقط قصاص است؛ لذا از اموال او نیز نمی‌توان دیه سایر مقتولان را وصول کرد؛ البته ناگفته نماند که در این مورد، برخی از فقها از جمله ابی‌علی، علامه حلی در کتاب ارشاد، فخرالمحققین در برخی فتاوی در کتاب ایضاح و فاضل مقداد در این مسئله، قاعده لایبطل را بر مقتضای نظریه تعیینی ترجیح داده‌اند و معتقدند که در صورت قصاص قاتل توسط برخی از اولیای دم مقتولان، به ورثه سایر مقتولان نیز دیه تعلق می‌گیرد (نجفی، ۱۳۶۷: ۳۱۷). همچنین محقق خوبی نیز این نظر را ترجیح داده است (خویی، ۱۳۴۲: ۶۶). قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ در این مورد، ملاک دوگانه دارد و در قتل نفس، از نظریه تعیینی و در جنایات مادون نفس از نظریه تخییری تبعیت کرده است؛ زیرا: «به موجب ماده ۳۸۴، امکان اخذ دیه از سوی اولیای دم مقتول یا مقتولان دیگر جز با موافقت قاتل ممکن نیست، در حالی که در مادون نفس، طبق ماده ۳۹۲، برای جنایتهایی که قصاص در آنها ممکن نیست، مرتکب به پرداخت دیه و تعزیر محکوم می‌شود» (میرمحمد صادقی، ۱۳۹۵: ۴۱۹). بنابراین در این مورد نیز خون سایر مقتولان هدر است.

۲. طبق این نظریه، در صورت مرگ قاتل قبل از قصاص، خون مقتول هدر است (خمینی، ۱۳۸۵: ۲۸۰). در حالی که در شبه‌عمد و خطای محض چنین نیست. شیخ طوسی در عین حال که قبول دارد برخی از فقها در این مسئله قائل به پرداخت دیه هستند، بر این باور است که خون مقتول با مرگ قاتل هدر است و حتی تلویحاً ادعای اجماع می‌کند و می‌گوید: «مذهب ما چنین اقتضایی دارد» (طوسی، ۱۳۸۷: ۶۵) زیرا طبق این نظریه، پرداخت دیه به مصالحه نیاز دارد و بعد از مرگ قاتل، امکان مصالحه نیست، بنابراین امکان وصول دیه از اموال او وجود ندارد (طوسی، ۱۴۲۰: ۱۸۴؛ علامه حلی، ۱۴۱۲: ۲۸۶). البته برخی از فقها در عین حال که قائل به نظریه تعیینی هستند؛ در این مورد با استناد به معتبره ابی‌بصیر (که مربوط به فرار قاتل است) معتقدند هر جا قصاص ممکن نباشد، برای

جلوگیری از هدر رفتن خون مسلمان، قصاص به دیه تبدیل می‌شود (خویی، ۱۴۲۲: ۱۵۴).  
قانون مجازات اسلامی نیز در ماده ۴۳۵ از نظر اخیر تبعیت کرده است.

۳. طبق مقتضای این نظریه، در صورتی که قاتل فرار کند و دسترسی به آن نباشد، خون مقتول هدر است. البته اگر بعد از فرار فوت کند و دسترسی به او نباشد، عده شایان توجهی از فقها از مقتضای قاعده طبق دلیل خاص عدول کرده‌اند و معتقدند که دیه از مال قاتل و اگر ندارد از اموال اقارب او بر اساس الاقرب فالاقرب وصول می‌شود (خمینی، ۱۳۸۵: ۲۸۰؛ طوسی، ۱۴۰۰: ۷۳۶). مستند این حکم روایت صحیحۀ ابن ابی نصر بوده که از امام جواد(ع) نقل کرده است (حر عاملی، ۱۴۱۴: ۳۹۵). اما در فرض عدم فوت، نظر مشهور فقها آن است که قصاص به دیه تبدیل نمی‌شود. در این مورد هم محقق خویی معتقد است قاتل فراری که به او دسترسی نیست، اگر فوت هم نکند، قصاص به دیه تبدیل می‌شود (خویی، ۱۴۲۲: ۱۵۴). به هر حال هر دو مورد، عدول از نظریه است. ماده ۴۳۵ قانون مجازات اسلامی از نظر محقق خویی تبعیت کرده است.

۴. در صورتی که کسی علاوه بر قتل، عضو بدن شخصی دیگری را قطع کند؛ اعم از اینکه قبل از قتل یا بعد از قتل باشد، مشهور فقهای امامیه معتقدند که اول باید عضو جانی قصاص شود، سپس قصاص نفس انجام گیرد، چون با رعایت ترتیب، هم حق مجنی‌علیه و هم حق ولی‌دم رعایت می‌شود؛ با این همه، اگر ولی‌دم مقتول قبل از قصاص عضو، مبادرت به قصاص نفس کند، طبق مقتضای این اصل، دیه مقطوع العضو هدر است و حاکم شرع فقط حق تعزیر ولی‌دم را دارد (خمینی، ۱۳۸۵، ج ۲: ۲۸۰). البته عده‌ای از جمله علامه حلی و فخرالمحققین معتقدند که باید دیه داده شود (علامه حلی، ۱۴۱۳: ۶۲۵؛ حلی ابن‌علامه، ۱۳۸۷: ۶۲۷).

۵. در صورتی که کسی دست فردی را قطع کند و در قبال جنایت قصاص شود و پس از آن، جانی فوت کند، یا به دلیل قتل، قصاص شود و پس از آن جنایت سرایت کند و به سبب سرایت مجنی‌علیه فوت کند، طبق این نظریه، چون اصل بر قصاص است و جانی هم وجود ندارد تا مصالحه کند، خون او هدر است. همین حکم: در مورد کسی که مرتکب قطع عضو و

قتل دیگری می‌شود و بعد از قصاص او، جرح مجنی‌علیه به نفس سرایت می‌کند، جاری است؛ یعنی خون مجنی‌علیه هدر خواهد بود (نجفی، ۱۳۶۷: ۳۲۶). یکی از استدلال‌هایی که در مورد مسئله اول شده آن است که: فوت جانی به سبب سرایت به منزله قصاص است و لذا دیه تعلق نمی‌گیرد (طوسی، ۱۳۸۷: ۶۵). برخی از طرفداران نظریه تعیینی در مسئله دوم و مسئله اول در صورتی که جانی قبل از مجنی‌علیه فوت کند، از نظریه عدول کرده و برخی از آنها به پرداخت نصف دیه و برخی به دیه کامل حکم داده‌اند (خویی، ۱۴۲۲: ۱۷۱ و ۱۷۲). قانون مجازات اسلامی در این مورد ساکت بوده، اما از آنجایی که مبنای اصلی آن طبق ماده ۳۵۹ نظریه تعیینی است، قاضی نمی‌تواند به پرداخت دیه حکم کند.

۶. در مواردی که قصاص به رد فاضل دیه مشروط است و اولیای دم قادر به پرداخت آن نیستند و قاتل هم حاضر به مصالحه نیست، طبق نظریه تعیینی حق مطالبه دیه وجود ندارد؛ لذا باید صبر کرد تا قاتل حاضر به مصالحه یا ولی دم قادر به رد فاضل دیه شود (نجفی، ۱۳۶۷: ۸۲؛ خمینی، ۱۳۸۵: ۵۱۹). در این صورت خون مقتول در معرض تلف قرار می‌گیرد. لذا برخی از فقها با اینکه نظریه تعیینی را پذیرفته‌اند، با استناد به قاعده لایبطل و برخی با استناد به روایات خاص در این باب، از مقتضای این نظریه در خصوص ولی دم زن مقتوله عدول کرده‌اند (فاضل هندی، ۱۴۰۵: ۴۴۶؛ علامه حلی، ۱۴۱۳: ۵۹۴). محقق خوئی در همه مواردی که لازمه قصاص رد فاضل دیه بوده، این تفصیل را تعمیم داده است (خویی، ۱۴۲۲: ۳۱ و ۳۲). قانونگذار در ماده ۳۶۰ قانون مجازات اسلامی، از نظر تفصیلی محقق خوئی تبعیت کرده است.

#### ایراد دوم: عدم قاعده‌مندی و انسجام در نظریه تعیینی به دلیل تخصیص اکثر

علاوه بر موارد مذکور که برخی از فقها یا مشهور آنان به استناد روایات معتبر، نظریه تعیینی را تخصیص یا تقیید زده‌اند، روایات دیگری وجود دارد که در مسائل مرتبط با قصاص وارد شده‌اند و فقها بر اساس آنها، روایات تخییر ولی دم را پذیرفته‌اند؛ که به دو مورد اشاره می‌شود: مورد اول، روایت صحیحه ابی‌ولاد که از امام صادق (ع) در مورد حکم مسلمانی که توسط مسلمان دیگری کشته شده است، اما ولی‌دمی غیر از اهل ذمه ندارد،



سؤال شد؛ حضرت فرمود: بر آنها اسلام عرضه شود، هر کدام که دین اسلام را پذیرفت، ولی دم مقتول محسوب می شود و او مخیر است قصاص کند یا مطالبه دیه کند (حر عاملی، ۱۴۱۴: ۱۲۴). محقق خوبی طبق مضمون حدیث حکم می دهد و می گوید فقهای امامیه طبق این حدیث فتوا داده اند و ظاهراً مخالفی در این مورد نیست (خویی، ۱۴۲۲: ۱۶۲). چون در این روایت، رضایت قاتل در پرداخت دیه شرط نشده است، فقها در این مورد نظریه تخیری را پذیرفته اند؛ در واقع از باب تخصیص پذیرفته اند، در حالی که می توان به صورت یقینی، از موضوع این حدیث الغای خصوصیت کرد و حکم را تعمیم داد؛ چرا که سابقه قبلی اعتقادی ولی دم، خصوصیتی در این حکم ندارد؛ بلکه می توان گفت کسی که مسلمان می شود، مشمول قاعده سلطنت ولی دم مسلمان خواهد بود و اگر ولی دم مسلمان چنین حقی نداشت، این حق به تازه مسلمان تسری نمی یافت؛ مورد دوم روایتی است که ابی ولاد از امام صادق (ع) نقل می کند که حضرت فرمود: «اگر مسلمانی کشته شود و ولی دم غیر از امام نداشته باشد؛ امام ولی اوست و می تواند قصاص کند یا دیه بگیرد و آن را در بیت المال مسلمین قرار دهد؛ اما حق عفو ندارد» (حر عاملی، ۱۴۱۴: ۱۲۴). در این حدیث شرط تراضی با قاتل یا رضایت او مطرح نشده است؛ لذا فقها غالباً طبق این حدیث، به تخیر امام فتوا داده اند (خویی، ۱۴۲۲: ۱۶۲؛ ابن فهد الحللی، ۱۴۰۷: ۳۶۷؛ خوانساری، ۱۳۵۵: ۲۷۴).

بنابراین، روح حاکم بر این روایات و روایتی که قبلاً به عنوان نمونه ذکر شد، همه حکایت از ملاک واحد دارند و تعداد آنها به قدری بوده که می توان گفت تواتر معنوی حاصل شده است و روح حاکم بر این روایات خاص و روایات عامی که مورد استناد نظریه تخیری بوده اند، همه یکی است و همه از وحدت نظر، انسجام و قاعده مندی شریعت در احکام قصاص حکایت دارند و هماهنگ با اطلاق آیه ۳۳ اسراء هستند؛ اما نظریه تعیینی، موجب ازهم پاشیدگی این مجموعه منسجم شده است.

#### ایراد سوم: عدم سلطه لازم ولی دم برای اعمال مصلحت

در مواردی که مصلحت اولیای دم مطالبه دیه است، مثل موردی که ولی دم در فقر شدید قرار

دارد و با فقدان مقتول، امکان تأمین معاش را ندارد یا مقتول مدیون است و ورثه او توان پرداخت بدهی مورث خود را ندارند، ولی دم سلطه لازم را برای اعمال مصلحت نخواهد داشت، چه اینکه در ماده ۴۳۲ به این مشکل اشاره و مقرر شده است که حق گذشت مجانی را ندارد، اما راه حل اصلی آن (که مطالبه دیه است) مقرر نشده است. همچنین در مواردی که قاتل اتفاقی مرتکب قتل و زمینه اصلاح با تبدیل قصاص به دیه فراهم می‌شود؛ یعنی وضعیت قاتل به گونه‌ای است که گرفتن دیه بهتر از عفو در او اثر بازدارندگی دارد؛ هرچند خودش به این امر واقف نباشد و به دلایل روانی، حاضر به مصالحه نباشد، یا به علت فقر شدید توان پرداخت دیه نداشته باشد؛ در صورت احراز اعسار، می‌توان از طریق اعطای تسهیلات بانکی یا بیمه تأمین اجتماعی تمهیدات لازم را برای پرداخت دیه فراهم کرد. در این گونه موارد، مصلحت ایجاب می‌کند که ولی دم به جای قصاص، دیه مطالبه کند تا یک خانواده دیگر از سرپرست محروم نشود و یک انسان حیات دوباره یابد. اما نظریه تعیینی فرصت چنین مصلحت‌اندیشی فردی و اجتماعی را فراهم نمی‌کند.

### نتیجه‌گیری

۱. نظریه تعیینی، مبانی محکم نقلی و ادله قوی عقلی ندارد و بیشتر تحت تأثیر ادعای اجماع و شهرت فتوایی شکل گرفته و ادامه یافته است و به دلیل تخصیص‌های بسیار در فروع مسئله، انسجام منطقی و قاعده‌مندی لازم را هم ندارد و برخلاف اطلاق آیه شریفه ۳۳ اسراء، سلطه ولی دم را محدود کرده و در موارد زیادی با قاعده «لایبطل دم امرء مسلم» در تقابل است و نتایج آن با عدالت و مصلحت فردی و اجتماعی سازگار نیست.

۲. هرچند قانونگذار در برخی از فروع مسائل قصاص، با تبعیت از نظریه تفصیلی و ملاک دوگانه، تا حدودی از مشکلات عملی و تبعات منفی نظریه تعیینی کاسته، از آنجایی که ملاک و مبنای اصلی آن در قصاص، این نظریه بوده است، برخی ایرادهای نظری و عملی، مثل هدر رفتن خون مقتولان در برخی از موارد و عدم امکان مصلحت‌اندیشی اولیای دم بر مقررات قصاص، هنوز پابرجاست. به نظر ما، تنها با تبعیت کامل از نظریه تخیری می‌توان مشکلات فعلی را برطرف کرد.

## کتابنامه

- قرآن کریم.

۱. ابن براج طرابلسی، عبدالعزیز (۱۴۰۶ق). *المهذب*، جلد ۲، قم: مؤسسه النشر الإسلامی.
۲. ابن ادریس الحلّی، محمد (۱۴۱۱ق). *السرائر*، جلد ۳، قم: مؤسسه نشر اسلامی.
۳. ابن رشد حفید، ابوالولید محمد بن رشد (۱۴۲۵ق). *بدایه المجتهد و نهایه المقتصد*، جلد چهارم، قاهره: دارالحدیث.
۴. ابن فهد الحلّی، احمد بن محمد (۱۴۰۷ق). *المهذب البارع*، جلد ۵، قم: مؤسسه نشر اسلامی.
۵. ابن قدامه، موفق الدین عبدالله بن احمد (۴۲۱ق). *المقنع فی فقه احمد بن حنبل*، جلد ۱، چ اول، جدّه: مکتبه السوادی.
۶. اردبیلی، احمد (۱۴۱۶ق). *مجمع الفوائد*، جلد ۱۳، چ اول، قم: مؤسسه نشر اسلامی.
۷. حاجی ده آبادی، احمد (۱۳۹۱). *قواعد فقه جزایی*، چ اول، قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.
۸. \_\_\_\_\_ (۱۳۸۴). *قواعد فقه دیات*، چ اول، تهران: سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
۹. حر عاملی، محمد (۱۴۱۴ق). *وسائل الشیعه*، جلد ۲۲، ۲۸ و ۲۹، قم: مؤسسه آل البيت.
۱۰. حلّی (ابن علامه)، محمد بن الحسن (۱۳۸۷ق). *ایضاح الفوائد*، جلد ۴، قم: المطبعة العلمیة.
۱۱. خوانساری، احمد (۱۳۵۵). *جامع المدارک*، جلد ۶ و ۷، چ دوم، تهران: مکتب صدوق.
۱۲. خویی، ابوالقاسم (۱۴۲۲ق). *مبانی تکملة المنهاج*، جلد ۴۲، مؤسسه احیای آثار امام خویی.
۱۳. خمینی، روح الله (۱۳۸۵ق). *تحریر الوسيله*، جلد ۲، چ دوم، نجف: مطبعة الآداب.
۱۴. شهید ثانی (عاملی)، زین الدین (۱۴۱۶ق). *مسالك الأفهام*، ج ۱۵، چ اول، قم: مؤسسه معارف اسلامی.

۱۵. شیخ بهایی عاملی، بهاء‌الدین (۱۳۱۹ق). جامع عباسی، تهران: مؤسسه انتشارات فراهانی.
۱۶. صانعی، یوسف (۱۳۸۲). فقه الثقلین فی شرح تحریر الوسیله، کتاب القصاص، جلد ۲، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
۱۷. طباطبایی، علی (۱۴۲۰ق). ریاض المسائل، جلد ۲، چ اول، قم: مؤسسه نشر اسلامی.
۱۸. طباطبایی، محمد حسین (۱۴۱۷ق). المیزان فی تفسیر القرآن، جلد ۱۳، چ پنجم، قم: دفتر انتشارات جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۱۹. طبرسی (۱۴۱۵ق). مجمع البیان فی تفسیر القرآن، جلد ۱ و ۶، چ اول، بیروت: منشورات مدرسة الاعلمی للمطبوعات.
۲۰. طوسی، محمدبن حسن (۱۴۰۷ق). الخلاف، جلد ۵، قم: مؤسسه نشر اسلامی.
۲۱. \_\_\_\_\_ (۱۳۸۷ق). المبسوط، جلد ۷، تهران: المكتبة المرتضوية لاحیاء الآثار الجعفرية.
۲۲. \_\_\_\_\_ (۱۴۰۰ق). النهاية، چ دوم، بیروت: دارالکتب العربی.
۲۳. علامه حلی، حسن بن یوسف (۱۴۱۲ق). مختلف الشیعه، جلد ۹، چ اول، قم: مؤسسه نشر اسلامی.
۲۴. \_\_\_\_\_ (۱۴۱۳ق). قواعد الاحکام، جلد ۳، چ اول، قم: مؤسسه نشر اسلامی جامعه مدرسین.
۲۵. علم‌الهدی، سید مرتضی (۱۳۲۵ق). امالی، جلد ۲، چ اول، قم: کتابخانه آیت‌الله مرعشی نجفی.
۲۶. فاضل هندی، محمدبن حسن (۱۴۰۵ق). کشف اللثام، جلد ۲، قم: نشر کتابخانه مرعشی نجفی.
۲۷. فخر رازی، محمد فخرالدین (۱۴۰۱ق). تفسیر فخر رازی، جلد ۵، چ اول، بیروت: دارالفکر.
۲۸. قاننی، محمد (۱۳۸۵). المبسوط فی فقه المسائل المعاصر، جلد ۲، قم: مرکز فقه الاثمة الاطهار.

۲۹. کاسانی، ابوبکر بن مسعود بن احمد (۱۴۰۶ق). *بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع*، بی جا: دارالکتب العلمیه.
۳۰. محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۶۳). *قواعد فقه بخش مدنی*، چ اول، تهران: نشر علوم اسلامی.
۳۱. محمدی جورکویه، علی (۱۳۹۴). *تخییری یا تعیینی بودن حق قصاص*، فصلنامه حقوق اسلامی، سال دوازدهم، شماره ۴۴: ۷ تا ۲۹.
۳۲. مدنی کاشانی، رضا (۱۴۱۰ق). *کتاب القصاص للفقها والخواص*، چ دوم، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
۳۳. مظاهری، حسین (۱۳۸۴). درس ۲۶ خارج فقه، قصاص، مورخ ۱۳۸۴/۶/۱۴، [www.almazageri.ir](http://www.almazageri.ir)
۳۴. ماوردی، ابوالحسن علی بن محمد بن محمد (۱۴۱۹ق). *الحاوی الکبیر فی فقه الامام شافعی*، جلد ۱۲، چ اول، بیروت: دارالکتب العلمیه.
۳۵. مقتدایی، مرتضی (۱۳۸۹). درس خارج فقه، مورخ ۸۹/۱۲/۱۶، <http://www.eshia.ir>
۳۶. میرمحمدصادقی، حسین (۱۳۹۵). *جرایم علیه اشخاص*، چ ۲۲، تهران: نشر میزان.
۳۷. نجفی، محمد حسن (۱۳۶۷). *جواهر الکلام*، ج ۴۲ و ۴۳، چ سوم، تهران: دارالکتب الاسلامیه.