

## تأملی بر ادله فقهی ماده ۳۶۰ قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۹۲

سید هاشم آل طه\*، احمد حاجی ده‌آبادی\*\*

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۷/۰۱/۲۲؛ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۷/۰۳/۲۰)

### چکیده

ماده ۳۶۰ ق.م.ا. به تبعیت از نظریه تفصیلی محقق خوبی مقرر کرده 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 ولو بدون رضایت مرتکب، مخیر است. هرچند تصویب این ماده، گام مؤثری در جهت جلوگیری از هدر رفتن خون مقتول در برخی موارد محسوب می‌شود، اما ادله فقهی آن از اتقان لازم برخوردار نیست و به دلیل تبعیت از ملاک دوگانه، با انتقادهایی از سوی طرفداران هر دو نظریه: تعیینی بودن و تخییری بودن قصاص مواجه است و نمی‌تواند مبنای محکی برای قانون کیفری باشد و از آنجایی که ادله نظریه تفصیلی، هماهنگ با ادله نظریه تخییری است و می‌تواند در جهت اثبات آن نظریه کارایی داشته باشد، به نظر می‌رسد بهترین راه حل، مینا قرار دادن نظریه تخییری است که از مبانی متقن و محکمی برخوردار است و با این تدبیر نه تنها این مشکل، بلکه مشکلات و تبعات منفی دیگر نظریه تعیینی در قانون نیز برطرف می‌شود. لذا در این نوشتار سعی شده است، ضمن نقد و بررسی ادله فقهی نظریه تفصیلی، این ادله در راستای اثبات نظریه تخییری مورد ارزیابی قرار گیرد.

### کلیدواژگان

تخییری یا تعیینی بودن قصاص، حق ولی‌دم، دیه، قصاص.

---

\* نویسنده مسئول: دانشجوی دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی، واحد قم، دانشگاه آزاد اسلامی، قم، ایران

رایانامه: seyed\_aletaha@yahoo.com

\*\* دانشیار، پردیس فارابی دانشگاه تهران، قم، ایران

### طرح مسأله

یکی از موضوعاتی که در قانون با فراز و نشیب همراه بوده است، موضوع اختیار ولی‌دم در قصاص مشروط به پرداخت فاضل دیه است. یکی از مصادیق بارز آن قتل زن توسط مرد است که قصاص قاتل مشروط به پرداخت نصف دیه است؛ قانونگذار در ماده ۴۴ «قانون حدود و قصاص و مقررات آن» مصوب ۱۳۶۱ مقرر داشته بود: هر گاه مردی زنی را به قتل رساند، ولی دم بین قصاص با پرداخت نصف دیه کامل به قاتل و بین مطالبه دیه زن مخیر است، اما ماده ۲۵۸ «قانون مجازات اسلامی» مصوب ۱۳۷۰ مفاد ماده ۴۴ قانون قبل در مورد مخیر بودن ولی‌دم بین قصاص و مطالبه دیه را نسخ کرد و مقرر نمود: حق ولی‌دم فقط منحصر به قصاص با پرداخت نصف دیه است؛ اما مطالبه دیه، مشروط به رضایت قاتل و مصالحه با اوست. از آنجایی که برخی از اولیاء دم توان پرداخت فاضل دیه را ندارند و طبق این ماده نیز امکان مطالبه دیه بدون رضایت قاتل وجود نداشت؛ خون مقتول در معرض تلف قرار می‌گرفت؛ لذا بعد از ۲۲ سال حاکمیت این قانون، در سال ۱۳۹۲ قانونگذار در ماده ۳۶۰ قانون جدید مجازات اسلامی مفاد ماده ۲۵۸ قانون مذکور را نسخ کرد و مقرر داشته است: «درموردی 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».

این ماده به تبعیت از نظریه تفصیلی محقق خوئی در قانون تصویب شده است. وجه تسمیه تفصیلی بودن این نظریه آن است که این نظریه در مقابل دو نظریه: تعیینی بودن و تخییری بودن قصاص مطرح شده است. مطابق با نظریه تخییری بودن قصاص، ولی‌دم بین قصاص و مطالبه دیه مخیرند و هر کدام را که مطالبه کنند، جانی ملزم به آن است؛ اما مطابق با نظریه تعیینی بودن قصاص، حق اصلی ولی‌دم، فقط قصاص است و اخذ دیه مشروط به رضایت قاتل است؛ (طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۷، ص ۵۲) هرچند نظریه تعیینی از شهرت زیادی در فقه امامیه برخوردار است؛ اما در برخی موارد با مشکلات عملی از قبیل هدر رفتن خون مقتول و عدم امکان رعایت مصلحت اولیاء دم مواجه است؛ از جمله مشکلات آن همین موضوع قصاص مشروط به پرداخت فاضل دیه است

که خون مقتول را در معرض تلف قرار می‌دهد؛ لذا مرحوم محقق خوئی در این مورد، نظریه تفصیلی مطرح کرده است که نظری بینابین است، مطابق با این نظریه، چنانچه قصاص مشروط به رد فاضل دیه باشد، نظریه تخییری ملاک قرار می‌گیرد؛ یعنی ولی‌دم بین قصاص و مطالبه دیه مخیر است؛ اما در غیر این صورت، نظریه تعیینی ملاک عمل است؛ یعنی ولی‌دم حق مطالبه دیه ندارد؛ مگر قاتل راضی به پرداخت دیه باشد. (خوئی، ۱۴۲۲ق، ج ۲، ص ۲۲۹). ناگفته نماند قبل از محقق خوئی نیز در برخی مصادیق قصاص مشروط به رد فاضل دیه، چنین حکمی در فقه امامیه مسبوق به سابقه است؛ اما ظاهراً قبل از ایشان کسی این حکم تخییر ولی‌دم بین قصاص و مطالبه دیه را به تمام مصادیق قصاص مشروط به رد فاضل تسری نداده است؛ لذا می‌توان گفت مبتکر نظریه تفصیلی مذکور محقق خوئی است (حاجی ده آیادی، ۱۳۸۴، ص ۳۱۵) در ضمن در فقه اهل سنت کسی قائل به این نظریه تفصیلی نیست، چون در بین فقهای اهل سنت اجماع وجود دارد که فاضل دیه به قاتل داده نمی‌شود (ابن رشد حفید، ۱۴۲۵ق، ج ۴، ص ۳۲۶).

قانون‌گذار در ماده ۳۶۰ قانون مذکور، از نظریه تفصیلی محقق خوئی، تبعیت کرده است. هر چند نظریه تفصیلی مذکور، قدم مؤثری در رفع یکی از تبعات منفی نظریه تعیینی محسوب می‌شود؛ اما در صحت ادله مورد استناد آن تردیدهای جدی وجود دارد، از طرف دیگر، باتوجه به اینکه مبنای اصلی قانونگذار نظریه تعیینی است و این نظریه، استثنایی بر نظریه تعیینی محسوب می‌شود، ممکن است به همین دلیل و یا به دلیل ضعف مبانی این نظریه، در آینده مجدداً به وضعیت قبل برگردد. چه اینکه همانگونه که گفته شد قانونگذار در مصوبه سال ۷۰ از آن عدول کرد. از آنجایی که ادله نظریه تفصیلی می‌تواند در راستای اثبات نظریه تخییری نقش داشته باشد، به نظر می‌رسد بهترین راه‌حل رفع این مشکل، مبنا قرار دادن نظریه تخییری است. در این نوشتار، نخست نظریه تفصیلی و ادله آن تبیین می‌شود؛ سپس نقدهای قائلان نظریه تعیینی و نظریه تخییری نسبت به این نظریه در دو قسمت جداگانه مطرح و مورد بررسی و ارزیابی قرار می‌گیرد.

### تبیین نظریه تفصیلی

محقق خویی مبتکر این نظریه، در کتاب «مبانی تکملة المنهاج» در چند مسأله این نظریه را تبیین کرده است یکی از آن موارد، مسأله ۱۳۰ این کتاب است که اختصاص به حکم تعیینی قصاص دارد؛ در این مسأله می‌گوید:

«آنچه در قتل عمد ثابت است، قصاص است نه دیه، لذا ولی‌دم حق مطالبه دیه را ندارد؛ مگر اینکه قاتل به دیه راضی شود. در این صورت قصاص ساقط و دیه ثابت می‌شود و جایز است، به کمتر یا بیشتر از مقدار دیه تراضی کنند؛ اما اگر قصاص مستلزم رد فاضل دیه باشد، مانند موردی که مردی، زنی را به قتل برساند، ولی‌دم بین قصاص و مطالبه دیه مخیر است. دلیل این تخییر چند روایت معتبر است که قبلاً ذکر شد» (خویی، همان، ص ۱۵۴-۱۵۱).

برخی از فقهاء که سابقه شاگردی ایشان را داشته‌اند، مثل آیات عظام، روحانی، تبریزی و وحید خراسانی، مطابق با این نظریه تفصیلی فتوا داده‌اند (وحیدخراسانی، ۱۳۸۶، ج ۳، ص ۵۴۷؛ روحانی، ۱۴۱۴ق، ج ۲۶، ص ۱۱۵؛ تبریزی، ۱۴۲۹ق، ج ۱، ص ۲۴۰). البته علاوه بر قائلان این نظریه، تعداد قابل توجهی از فقهاء در سابق نیز حکم به تخییر ولی‌دم زن مقتول، بین قصاص مشروط به رد فاضل دیه و مطالبه دیه، داده‌اند، از جمله شیخ صدوق، سید مرتضی علم‌الهدی، شیخ طوسی (در نهاییه)، ابوصلاح حلبی و سلار دیلمی، علامه حلبی، فاضل هندی چنین فتوا داده‌اند (صدوق، ۱۴۱۵ق، ص ۵۱۵؛ علم‌الهدی، ۱۴۱۵ق، ص ۵۳۹؛ طوسی، ۱۳۹۰ق، ص ۷۴۷؛ حلبی، ۱۴۰۳ق، ص ۳۸۴؛ سلار، ۱۴۱۴ق، ج ۱، ص ۲۳۸؛ علامه حلبی، ۱۴۱۹ق، ج ۳، ص ۵۹۴؛ فاضل‌هندی، ۱۴۰۵ق، ج ۲، ص ۴۴۶). تفاوت نظر محقق خویی با فقهای مذکور آن است که او حکم کلی صادر کرده؛ یعنی این حکم را به تمام موارد مشابه تسری داده است؛ برای روشن شدن ابعاد تاثیر نظریه تفصیلی، مصادیق مهم قصاص مشروط به رد فاضل دیه است، مطرح می‌شود.

**اولین مصداق** بارز آن اشتراک در جنایت است که قصاص یکی از شرکاء منوط به رد فاضل

دیه به قصاص شونده است؛ البته اشتراک در جنایت را می‌توان به سه دسته کلی تقسیم:

دسته اول اشتراک انسان با انسان دیگر که هر دو مسئول و مشمول حکم قصاص باشند. در این صورت اولیاء دم یا مجروح می‌توانند همه شرکاء در جنایت را مشروط به پرداخت فاضل دیه، قصاص کنند یا برخی را قصاص کنند و بقیه موظف به دادن دیه نسبت به سهمشان به وراثت قصاص شوندگان هستند و همچنین می‌توانند هیچکدام را قصاص نکنند و از همه به نسبت سهمشان دیه بگیرند. در این مورد چند روایت معتبر وجود دارد (کلینی، ۱۳۶۷، ج ۷، ص ۲۸۳) لذا اکثر فقهای امامیه همین‌گونه فتوا داده‌اند (مفید، ۱۴۱۰، ج ۱، ص ۷۴۵؛ طوسی، ۱۳۸۷، ج ۷، ص ۱۳؛ حلبی، ۱۴۰۳، ص ۳۸۳؛ روحانی، همان ص ۱۱۵...) البته با این تفاوت که قائلان نظریه تعیینی تخییر صاحب قصاص در مطالبه دیه را از باب تخصیص بر قاعده پذیرفته‌اند؛ اما قائلان نظریه تفصیلی و قائلان نظریه تخییری آن را مطابق با قاعده می‌دانند.

دسته دوم که خود شامل پنج مصداق است، اشتراک در جنایت با عاملی است که قصاص او شرعاً ممکن نیست؛ اما خودش یا عاقله‌اش ضامن دیه باشند؛ مثل موردی که یکی از شرکاء دیوانه یا صغیر یا غیر عامد یا پدر مقتول باشد یا جنایت علیه کافر توسط کافر با مشارکت مسلمان باشد؛ لذا شریک مسئول در صورتی قصاص می‌شود که فاضل دیه به او پرداخت شود.

دسته سوم که سه مصداق را در برمی‌گیرد، اشتراک با عاملی است که مسئولیت کیفری و حقوقی عمل و اثر آن برعهده کسی نیست؛ مثل اینکه قتل در نتیجه عمل یک انسان و یک درنده و یا عامل طبیعی باشد؛ همچنین اگر جنایت در نتیجه عمل جانی و عمل خود مقتول و مجروح مشترکاً تحقق یابد که نصف دیه هدر است و قصاص منوط به رد نصف دیه است در حکم رد فاضل دیه در این دو قسم اخیر نیز اختلاف قابل توجهی بین فقهای امامیه نیست و مستند آنها در این دو قسم مقتضای مذهب و عموماً ادله است (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۷، ص ۶۸؛ ابن ادریس، ۱۴۱۱، ج ۳، ص ۹۷۴؛ محقق حلی، ۱۴۰۹، ج ۴، ص ۱۰۰۳ و ۱۰۰۴؛ شهید ثانی، ۱۴۱۶، ج ۱۵، ص ۲۴۳ و ۲۴۴؛ نجفی، همان، ص ۴۴، ۳۱۰ و ۳۱۱؛ خمینی، همان، ص ۵۳۷) اما در تخییر ولی‌دم در مطالبه دیه در مصادیق این دو قسم اخیر مشارکت، اختلاف وجود دارد. قائلان تعیینی حکم به پرداخت فاضل دیه داده‌اند؛ اما تخییر ولی‌دم را مطرح نکرده‌اند؛ فقط به تخییر در قسم اول

مشارکت حکم داده‌اند که ذکر شد؛ اما قائلان نظریه تفصیلی، طبق ادله ای که ذکر خواهد شد، معتقد به مخیر بودن ولیّ دم و مجروح بین قصاص و مطالبه دیه در همه موارد نه‌گانه مذکور هستند. (خویی، همان صص ۳۰، ۳۲، ۳۵ و ۳۶، تبریزی، همان، ص ۳۲؛ روحانی، همان، ص ۱۱۵؛ وحید خراسانی، همان، ص ۵۱۳)

**مصدق دهم**، قتل یک زن توسط مرد است که حکم آن از دیدگاه قائلان تفصیلی ذکر شد اما نظر مشهور فقهای امامیه آن است که ولیّ دم و مجروح حق قصاص در صورت رد فاضل دیه را دارند اما بدون رضایت قاتل حق مطالبه دیه را ندارند و در صورت عدم تمکن مالی برای رد فاضل دیه، باید صبر کنند تا متمکن شوند یا قاتل راضی به دادن دیه شود (نجفی، همان، ص ۸۲؛ خمینی، ۱۳۹۰ق، ج ۲ ص ۵۱۹).

**مصدق یازدهم** در مورد مسلمانی است که عادت به قتل کافر ذمی پیدا کند که در این فرض، اولیاء دم مقتول ذمی، در صورت پرداخت مازاد دیه، حق قصاص قاتل مسلمان را دارند و اگر بخواهند می‌توانند دیه بگیرند هر چند قاتل راضی نباشد. در این مورد، اختلاف قابل توجهی بین فقهای امامیه وجود ندارد؛ یعنی علاوه بر قائلان تفصیلی و تخییری، قائلان تعیینی نیز قائل به این حکم هستند (طباطبایی، ج ۲، ص ۵۱۱؛ نجفی، همان، ص ۵۳؛ خویی، همان، ص ۷۴؛ تبریزی، همان، ص ۱۳۰) و مستند این حکم چند روایت است. ضمن اینکه در این مورد اصل بر آن است که اولیاء دم کافر حق قصاص مسلمان را ندارند و مطالبه دیه مطابق با اصل است.

**مصدق دوازدهم** قتل ختثای مشکل است که لازمه قصاص قاتل او، رد فاضل دیه است، دیه ختثای مشکل سه چهارم دیه کامل است، براین اساس به عنوان مثال اگر ختثی توسط مرد کشته شود یا زن توسط ختثی کشته شود، لازمه قصاص قاتل، رد ربع دیه کامل به قاتل است. سایر صور شراکت نیز براین اساس محاسبه می‌شود (حلی، همان، ص ۳۸۶، علامه حلی، ۱۴۱۹ق، ج ۳، ص ۵۹۶؛ فاضل‌هندی، همان، ج ۲، ص ۴۴۷؛ نجفی، همان، ص ۸۱؛ تبریزی همان، ص ۷۸).

**مصدق سیزدهم** اختلاف نظر در بین اولیاء دم است به عنوان مثال اگر یک نفر یا چند نفر از اولیاء دم قاتل را به صورت مجانی عفو کنند یا برخی مطالبه دیه کنند و قاتل به آنها دیه پرداخت کند، اما حداقل یکی از اولیاء دم خواهان قصاص باشد، در این صورت طبق نظر مشهور فقهاء،

قصاص قاتل منوط به رد دیه سهم عفو کننده و همچنین دیه مقدر پرداخت شده به قاتل است (شهید ثانی، ۱۴۱۶ق، ج ۱۵، ص ۲۳۹؛ خمینی، همان، ص ۵۳۷).

نتیجه‌ای که این بررسی بدست می‌دهد آن است که از سیزده مورد مذکور که قصاص مستلزم رد فاضل دیه است، فقط در دو مورد (اول، یازدهم) بین فقهای امامیه اتفاق نظر وجود دارد که صاحب قصاص میان قصاص و مطالبه دیه مخیر است. طبق نظر مشهور در سایر موارد اصل تعیینی بودن قصاص حاکم است؛ اما طبق نظر تفصیلی در همه موارد فوق صاحب حق قصاص، می‌تواند دیه مطالبه کند ولو آنکه جانی راضی نباشد.

### ادله نظریه تفصیلی

محقق خوئی دلیل اثبات نظریه تفصیلی خود را چنین بیان می‌کند:

«در مواردی که قصاص مشروط به رد فاضل دیه است، ولی دم ملزم به پرداخت نصف دیه نیست؛ بلکه می‌تواند به جای قصاص، دیه مطالبه نماید و مبنای این حکم چند روایت معتبر است که قبلاً ذکر شد و علاوه بر آن اگر ولی دم در اینگونه موارد نتواند مطالبه دیه کند خون مسلمان در معرض تلف قرار می‌گیرد؛ زیرا گاهی ولی دم قادر به رد فاضل دیه نیست و قاتل هم راضی به دادن دیه نمی‌شود و در این صورت خون مسلمان هدر است. و اگر گفته شود، اصل در قتل عمدی قصاص است و دیه فقط در صورت تراضی ثابت می‌شود؛ در پاسخ باید گفت، ادله‌ای که بر تعیینی بودن قصاص دلالت دارد، از اینگونه موارد که لازمه قصاص رد فاضل دیه است، منصرف است» (خوئی، همان، ص ۳۰).

بنابراین، نظریه تفصیلی مستند به دو دلیل است: اول، روایات خاص؛ دوم «قاعده لایبطل دم امرء مسلم» که به صورت جداگانه مورد بررسی قرار می‌گیرند.

### روایات

روایات مورد استناد محقق خوئی، سه روایت است که هر سه مورد را از نظر سند صحیح است و

در ذیل مسئله ۴۰ کتاب مذکور مطرح شده است. (خویی، همان، ص ۳۹). این روایات مربوط به مردی است که زنی را به قتل می‌رساند. در این روایات مقرر شده است، اگر اولیاء دم زن بخواهند قصاص کنند، باید نصف دیه را به قاتل پرداخت کنند و اگر خواهان دیه باشند، قاتل باید نصف دیه را به آنها پرداخت کند، این سه روایت عبارتند از: صحیح حلی، صحیح عبدالله ابن سنان، و صحیح عبدالله ابن مسکان، که متن آنها به شرح ذیل است:

۱. روایت اول. صحیح حلی:

«حلی می‌گوید از امام صادق (ع) در مورد حکم مردی که زنی را عمداً به قتل می‌رساند سوال شد، امام فرمود: اولیاء دم، می‌توانند قصاص کنند اما باید نصف دیه را پردازند اگر خواهان دیه باشند، نصف دیه یک مرد به آنها تعلق می‌گیرد و اگر زنی مردی را به قتل برساند در برابر او قصاص می‌شود و غیر از قصاص زن قاتل، حق دیگری (فاضل دیه) به آنها تعلق نمی‌گیرد» (حرعاملی، محمد، ج ۲۹، ۱۴۱۴، ص ۸۱).

۲. روایت دوم. صحیح عبدالله ابن سنان:

«راوی می‌گوید امام صادق (ع) در مورد حکم مردی که زنی را کشته بود فرمود: اگر اولیاء دم زن بخواهند می‌توانند، قصاص کنند؛ اما باید به بستگان قاتل نصف دیه پرداخت کنند. اگر خواهان دیه باشند نصف دیه یعنی پنج هزار درهم به آنها داده می‌شود. و در مورد زنی که به عمد، شوهرش را کشته بود فرمود: اگر اولیاء دم او بخواهند قصاص کنند او را می‌کشند و هیچ کس بیش از جانش مجازات نمی‌شود» (حرعاملی، همان، ص ۸۰).

۳. روایت سوم. صحیح عبدالله ابن مسکان:

«عبدالله بن مسکان می‌گوید امام صادق (ع) فرمود: اگر زنی مردی را بکشد قصاص می‌شود و اگر مردی زنی را بکشد و اولیاء دم زن بخواهند قصاص کنند، باید فاضل دیه آن مرد را بدهند و اگر طالب قصاص نباشند، بلکه خواهان دیه باشند دیه یک زن را باید بگیرند که نصف دیه یک مرد است» (حرعاملی، همان، ص ۸۱).



به نظر می‌رسد از ظاهر این روایات چنین استظهار شده است که چون در این روایات، ولی‌دم زن در صورتی که قاتل مرد باشد، بین قصاص و دیه مخیر شده است؛ اما اگر این شرط مطرح نباشد، ولی‌دم چنین اختیاری ندارد؛ چه اینکه در آخر روایات اول و دوم، در مورد قتل مرد توسط زن که مستلزم رد فاضل دیه نیست، ولی‌دم او، چنین اختیاری ندارد؛ بلکه در روایت اول تصریح شده است بغیر از نفس قاتل (قصاص)، حق دیگری ندارد و این دلیلی بر تعیینی بودن قصاص در غیر موارد مشروط به رد فاضل دیه است. بنابراین، دلیل تخییر ولی‌دم زن مقتول، همان شرط رد فاضل دیه است؛ و لذا زن بودن نیز در ملاک حکم نقشی ندارد و از آن‌جا که خصوصیت شده و براین اساس، ایشان این حکم را به تمام موارد مشابه که قصاص مستلزم رد فاضل دیه است، تعمیم داده است.

#### قاعده لایبطل

دلیل دومی که محقق خوئی برای اثبات این نظریه مطرح کرده است، قاعده «لایبطل دم امرء مسلم» است؛ مستند این قاعده؛ چند روایت معتبر است؛ از جمله روایت صحیح ابی بصیر است که عیناً عبارت «لایبطل دم امرء مسلم» در آن مطرح شده است (حرعاملی، ۱۴۱۴ق، همان، ص ۳۹۵). مفهوم این عبارت آن است که خون مسلمان نباید هدر رود. البته گفتنی است که در: «برخی روایات سخن از عدم بطلان خون است و قید مسلمان هم ندارد در نتیجه شامل غیر مسلمانانی که در پناه حکومت اسلامی زندگی می‌کنند نیز می‌شود» (حاجی ده آبادی، ۱۳۸۸، ص ۱۲۶). علت تمسک به این قاعده در این مسأله آن است که در مواردی که قصاص مشروط به رد فاضل دیه است، اگر اولیاء دم توان پرداخت دیه مازاد را نداشته باشند، نمی‌توانند قصاص کنند و از طرفی چون طبق اصل تعیینی بودن قصاص، مطالبه دیه نیز مشروط به رضایت قاتل است و اگر او راضی به دادن دیه نباشد، اولیاء دم، حق مطالبه دیه هم ندارند و لذا در این صورت خون مقتول در معرض تلف قرار می‌گیرد. محقق خوئی برای رفع این مشکل، به این قاعده متمسک شده است؛ و معتقد است با استناد به این قاعده می‌توان گفت، در مواردی که قصاص مشروط به رد فاضل دیه است، ولی‌دم بین قصاص و دیه مخیر است (خوئی، همان، ص ۳۰).

## نقد ادله نظریه تفصیلی

از آنجایی که نظریه تفصیلی مذکور بر هیچیک از دو نظریه تعیینی و تخییری منطبق نیست هر دو دلیل آنها با انتقاد قائلان دو نظریه مذکور مواجه شده است؛ لذا نقدهای مطرح شده نسبت به هر دو دلیل از دیدگاه دو نظریه مخالف در دو قسمت جداگانه مطرح می‌شود، سپس نقدهای مورد بررسی و ارزیابی قرار می‌گیرد.

### نقد و بررسی روایات مورد استناد

#### ۱. نقد استناد به روایات از دیدگاه قائلان تعیینی و بررسی آن

تحلیلی که قائلان تعیینی در مورد روایات مورد استناد نظریه تفصیلی دارند، برخلاف نظر محقق خوینی است؛ از جمله صاحب جواهر در این مورد می‌گوید:

«در قتل عمد، اصل قصاص است و ثبوت دیه موقوف به تراضی طرفین است و لذا در صورتی که قاتل راضی به پرداخت دیه نشود، نمی‌توان او را مجبور به این امر کرد. لذا اطلاق این دسته از روایات در مطالبه دیه، مقید به رضایت قاتل می‌شود» (نجفی، همان، ص ۸۲).

بنابراین، از دیدگاه صاحب جواهر، دلیل اول ناتمام است، نه تنها نمی‌تواند یک نظریه کلی را شکل دهد بلکه حتی توان اثبات تخییر ولی‌دم در مطالبه دیه در همان موضوع روایت را هم ندارد. همچنین محمد تقی مجلسی در کتاب روضه المتقین استدلالی مشابه صاحب جواهر دارد و می‌گوید: در مورد این روایات و سایر روایاتی که ولی‌دم را مخیر در مطالبه دیه می‌داند، باید گفت: با توجه به اینکه اخبار زیادی دلالت دارد که مطالبه دیه فقط با تراضی طرفین مجاز است، لذا باید اخبار دسته اول را حمل بر تراضی کرد؛ چون غالباً اولیاء دم راضی به دیه نمی‌شوند؛ اما غالب جانیان راضی به دیه می‌شوند (مجلسی، ۱۴۰۶ق، ج ۱۰، ص ۴۸۶). یعنی در واقع تعارضی بین این دو دسته روایات نیست و جمع عرفی بین آنها صورت می‌گیرد. علامه مجلسی نیز سخن پدر را تکرار می‌کند و می‌گوید: این روایات را باید حمل بر رضایت جانی کرد (علامه مجلسی، ۱۳۶۳، ج ۲۴، ص ۲۹). البته تعبیر مجلسی اول مبنی بر اینکه روایاتی وجود دارد که رضایت قاتل را شرط

می‌داند، از دقت لازم برخوردار نیست؛ چون ظاهراً فقط یک روایت وجود دارد که با صراحت شرط رضایت قاتل را مطرح کرده است و آن روایتی است که از عبدالله بن سنان نقل شده است. بقیه روایات مورد استناد به رضایت قاتل تصریح ندارند؛ اما فقهاء به اطلاق آنها استناد کرده‌اند، لذا صاحب جواهر هم برای تقیید روایات مربوط به قتل زن توسط مرد فقط به همین روایت اشاره می‌کند و می‌گوید این روایات «با صحیح ابن سنان مقید می‌شود؛ (نجفی، همان، ص ۲۷۹). متن روایت ابن سنان که به باور ایشان، همه روایات مطلق، را تقیید می‌زند، به شرح ذیل است:

«عبدالله بن سنان می‌گوید: از امام صادق (ع) شنیدم که می‌فرمود: کسی که مومنی را عمداً به قتل برساند، قصاص می‌شود؛ مگر اینکه اولیاء دم راضی شوند دیه دریافت کنند و قاتل هم آن را ترجیح دهد. دیه آن دوازده هزار درهم است» (حرعاملی، همان، ص ۱۹۶).

در مقام بررسی این نقد باید گفت این نقد ناتمام است؛ زیرا روایت عبد الله بن سنان به دو شرط می‌تواند آن روایات را تقیید بزند: اول اینکه مفهوم داشته باشد؛ دوم اینکه روایت معارض نداشته باشد. اما در مورد شرط اول آن تردید جدی وجود دارد؛ زیرا برخی معتقدند: احتمال دارد، شرط رضایت قاتل در این روایت، وصف غالبی باشد؛ یعنی چون در غالب موارد، جانی رضایت دارد دیه پرداخت کند و جان خود را نجات دهد، این قید حمل بر تأکید می‌شود و مفهوم ندارد (صانعی، ۱۳۸۲، ج ۲، ص ۴۷۰؛ قاننی، ۱۳۸۵، ج ۲، ص ۳۳). حتی برخی اصولیان معتقدند احتمال غالبی بودن قید نیز مانع انعقاد مفهوم است (طباطبایی، ۱۴۰۴ق، ج ۲، ص ۵۲۰). در واقع وصف غالبی، قید حکم نیست؛ بلکه قید موضوع است؛ لذا مفهوم ندارد (مظفر، ۱۳۸۶ق، ج ۲، ص ۱۰۵). در این صورت، تعارض ظاهری بین این روایات برطرف می‌شود. و نوعی جمع عرفی صورت می‌گیرد و همه روایات به صورت هماهنگ دلالت بر نظریه تخییری خواهند داشت.

بر فرض گفته شود این قید، قید احترازی است و مفهوم دارد، شرط دوم یعنی عدم تعارض واقعی با روایت دیگر محرز نیست؛ زیرا این روایت با چند روایت صحیح و معتبر دیگر معارض است. از جمله روایت صحیح دیگری از عبدالله بن سنان و ابن بکیر است که متن این روایت چنین است:

«از امام صادق علیه‌السلام درباره مؤمنی که مؤمن دیگری را عمداً به قتل می‌رساند، سوال شد؛ فرمودند: اگر اولیاء مقتول هنوز قاتل را نمی‌شناسند، نزد آن‌ها می‌رود و به قتل خود اعتراف می‌کند. پس اگر ایشان او را بخشیدند و قصاص نکردند، به آنها دیه مقتول را می‌پردازد و یک بنده آزاد می‌کند و دو ماه متوالی روزه می‌گیرد و به شصت مسکین صدقه می‌دهد این راه توبه او به سوی خدا است» (حرعاملی، همان، ج ۲۲، ص ۳۹۸).

مطابق این روایت، پرداخت دیه برای قبولی توبه، واجب است، هر چند اولیاء دم مطالبه دیه نکرده باشند. براین اساس، وقتی بدون مطالبه اولیاء دم، پرداخت دیه واجب باشد، بدیهی است با مطالبه آنها پرداخت دیه به عنوان حق الناس به طریق اولی واجب می‌شود؛ و رضایت قاتل نمی‌تواند شرط پرداخت دیه باشد و لذا تعارض بین این دو روایت مسلم است و روایت مورد نظر نمی‌تواند روایات تخییری را تقیید بزند مگر اینکه مرجحی داشته باشد که بر روایت معارض ترجیح داده شود.

بر این اساس برخی از قائلان نظریه تعیینی، که به این تعارض واقعی اذعان دارند و برای رفع این تعارض به دو مرجح موافقت با قرآن و مخالفت با نظر عامه استناد کرده‌اند (خوانساری، ۱۴۰۵، ۱۴۰۵، ص ۲۶۱) مرادشان از موافقت با کتاب، هماهنگی روایت ابن سنان با اطلاق آیات ۱۷۸ بقره (کتب علیکم القصاص) و آیه ۴۵ مائده (النفس بالنفس...) است و مدعی هستند اطلاق آیات مذکور اقتضاء دارد، فقط قصاص ثابت باشد و مطالبه دیه منوط به رضایت قاتل است (همان). در مورد دومین مرجح نیز گفته‌اند چون روایت ابن سنان مخالف نظر عامه است؛ لذا روایات معارض آن که موافق فقه عامه است، حمل بر تقیه می‌شود. (طباطبائی، همان، ۵۲۱؛ ص ۱۵۳؛ خوانساری، همان) گفتنی است محقق خویی نیز همین استدلال را قبول دارد و این دو مرجح را هم ذکر کرده است (خویی، همان، ص ۱۵۳) معذک معتقد است این روایت به شرحی که گذشت منصرف از مواردی است که قصاص مشروط به رد فاضل دیه است (خویی، همان، ص ۳۰).

اما در نقد استناد به این دو مرجح باید گفت، استناد به دو مرجح مذکور نیز تمام نیست؛ اما مرجح اول صحیح به نظر نمی‌رسد زیرا صدر دو آیه مذکور، در مقام بیان همه حقوق و اختیارات

ولی دم نیست، تا به اطلاق آن استناد شود؛ فقط در مقام بیان مشروعیت قصاص برای ولی دم است؛ لذا اثبات قصاص در آیه نافی دیه نیست؛ به قول معروف، اثبات شیء نفی ماعدا نمی کند؛ (آل طه، سید هاشم؛ حاجی ده ابادی، احمد، ۱۳۹۷، ص ۸۰۲) چه اینکه آیت الله خوانساری نیز اذعان دارد که:

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

از طرفی ذیل آیه ۱۷۸ بقره که می فرماید «فمن عفی له من اخیه شیء فاتباع بالمعروف و اداء الیه باحسان» ظهور در وجوب دیه در صورت عفو از قصاص دارد؛ یعنی با عفو از قصاص، دیه ثابت است، مگر اینکه از دیه هم عفو کند (مظاهری ۱۳۸۴، درس شماره درس ۲۶) و لذا این آیه با روایات استنادی نظریه تخییری هماهنگ است. اما استناد به مرجح دوم نیز صحیح نیست؛ چرا که مذهب حنفی و نظر مشهور مذهب مالکی که در زمان حیات امام صادق (ع) شکل گرفتند و حضور داشتند، قائل به نظریه تعیینی بوده اند و مذهب شافعی و حنبلی که نظریه تخییری را مطرح کرده اند، در زمان امام صادق (ع) تأسیس نشده بودند، تا امام صادق (ع) تقیه کند؛ بلکه این دو مذهب مدتها بعد از شهادت امام صادق (ع) بوجود آمده اند. لذا تقیه در این مورد منتفی است. (آل طه، سید هاشم؛ حاجی ده ابادی، احمد، همان، ص ۸۰۷) بنابراین نتیجه استناد به این مرجح، معکوس می شود؛ یعنی اگر این مبنا برای ترجیح روایت ملاک باشد، روایتی که رضایت قاتل را شرط می داند، به دلیل موافقت با نظر مذهب حنفی و مالکی، باید حمل بر تقیه شود. چه اینکه حرعاملی در مورد ذیل این روایت، که دیه را دوازده هزار درهم معین کرده، از قول شیخ طوسی احتمال تقیه را مطرح کرده است (حرعاملی، همان، ج ۲۹، ص ۱۹۷). و همچنین محقق خویی نیز چنین نظری دارند (خویی، همان، ص ۲۳۳) و آنچه مسلم است از فقهای امامیه کسی به ذیل این

حدیث عمل نکرده است. بنابراین چون ذیل این حدیث، حمل بر تقیه شده است و صدر آن نیز موافق با نظر اهل سنت است، باید طبق مبنای مشهور، این حدیث حمل بر تقیه شود و در نتیجه روایت صحیحه مورد استناد نظریه تخییری، ملاک حکم قرار می‌گیرد.

ناگفته نماند یک ایراد نقضی نیز به قائلان نظریه تعیینی وارد است و آن در مورد نحوه استناد به روایات مربوط به اشتراک در قتل و روایات موضوع جنایت بر ذمی است؛ زیرا این دسته از روایات، وضعیت مشابهی با روایات مورد استناد نظریه تفصیلی دارند؛ یعنی ولی‌دم بین مطالبه دیه از جانیان و قصاص همه آنها مشروط به رد فاضل دیه مخیر شده است؛ اما این دسته از روایات با روایت ابن سنان مقید به رضایت قاتل نشده‌اند.

## ۲. نقد روایات مورد استناد از دیدگاه قائلان تخییری

از دیدگاه نظریه تخییری ولی‌دم بین قصاص و مطالبه دیه مخیر است؛ اعم از اینکه قصاص مشروط به رد فاضل دیه باشد یا نباشد. لذا از دیدگاه و منطق قائلان تخییری در پاسخ به استظهاری که از روایات شده می‌توان گفت این استدلال تمام نیست؛ زیرا اولاً، در این روایات مخیربودن ولی‌دم، منوط به شرطی نشده است، بلکه قصاص منوط به رد فاضل دیه شده است؛ لذا این حکم، نافی تخییر ولی‌دم مرد مقتول نیست؛ در واقع تأکید این روایات، بر حکم رد فاضل دیه در صورت قصاص است و این تأکید می‌تواند به خاطر آن باشد که مذاهب مذاهب حنفی و مالکی که در زمان امام صادق (ع) حضور فعال داشتند، قائل به رد فاضل دیه نبودند (ابن رشد حنفی، همان، ص ۳۲۶) و لذا امام در مقام بیان این مهم است تا پیروان امامیه به اشتباه اهل سنت دچار نشوند؛ بنابراین، قید رد فاضل دیه، مربوط به اجرای قصاص است؛ ارتباطی با حکم جواز مطالبه دیه ندارد. و از زن بودن مقتول در این روایات، می‌توان الغاء خصوصیت کرد و حکم را به موارد دیگر تسری داد.

دلیلی که این برداشت را تقویت می‌کند آن است که روایات معتبر دیگری وجود دارد که تخییر ولی‌دم را هم در قصاص مشروط به رد فاضل دیه، و در قصاص مطلق هم مطرح کرده است از جمله، روایت صحیحه حلبی است. متن این روایت چنین است:

«امام صادق (ع) در باره مردی که چشم زنی را درآورده بود، فرمود: اگر تصمیم

آنها مبنی بر قصاص چشم باشد، باید یک چهارم دیه را به جانی بدهند و اگر آن زن بخواهد می‌تواند یک چهارم دیه کامل را بگیرد. همچنین حضرت در مورد زنی که چشم مردی را درآورده بود فرمود: مخیر است قصاص کند یا دیه یک چشم را بگیرد. (حرعاملی، همان، ص ۱۶۶).

قسمت اول حدیث مشابه سه روایت فوق است؛ اما قسمت دوم حدیث، به قصاص مطلق و غیر مشروط به رد فاضل دیه اختصاص دارد، در عین حال، ولی دم را مخیر بین قصاص مطلق و مطالبه دیه می‌داند؛ معلوم می‌شود که تخییر در مطالبه دیه، ارتباطی با رد فاضل دیه ندارد و نظریه تفصیلی محقق خوبی با این حدیث هماهنگ نیست. ممکن است گفته شود این حدیث مربوط به جنایات مادون نفس است و شامل قتل نفس نمی‌شود. در پاسخ باید گفت، هر چند این روایت در خصوص مادون نفس است؛ ولی با اولویت یا الغاء خصوصیت می‌توان حکم آن را در قتل نیز ثابت دانست (حاجی ده آبادی، ۱۳۸۴، ص ۳۳۰). ضمن اینکه قائلان نظریه تفصیلی و غالب طرفداران نظریه تعیینی تفاوتی بین قتل نفس و جنایات مادون نفس قائل نیستند؛ (نجفی، همان ص ۳۴۳؛ خویی، همان، ص ۲۲۹؛ وحیدخراسانی، همان، ص ۵۴۷). لذا این حکم نسبت به قتل هم ثابت است. و با توجه به اینکه این روایت نیز از نظر سند صحیح است (خویی، همان، ص ۱۵۲) و از جهت دلالت نیز تمام است و تخییر ولی دم و مجروح به طور مطلق بین قصاص و دیه ثابت می‌شود و وجهی برای نظریه تفصیلی باقی نمی‌ماند.

روایت دیگری که وضعیت مشابه روایت فوق را دارد، روایت معتبر سوره بن کلب است متن

این حدیث چنین است:

«سوره بن کلب می‌گوید: از امام صادق (ع) در مورد مردی که مرد مقطوع الید را کشته بود سؤال شد؛ امام فرمود: اگر دستش در قبال جنایتی که کرده قصاص شده یا دیگری دست او را قطع کرده و او دیه آن را جانی گرفته است، در صورتی که اولیاء دم او بخواهند قصاص کنند، باید دیه دستی که قبلاً قطع شده را به قاتل بدهند و اگر بخواهند دیه بگیرند، باید دیه دست را از کل دیه کم کنند و مابقی دیه را بگیرند و اما اگر دست مقتول به خاطر جنایت او قطع نشده باشد یا دیگری

دست او را قطع کرده، اما دیه آن را نداده باشد، در این صورت، اگر اولیاء مقتول تصمیم به قصاص داشته باشند، بدون اینکه چیزی بدهند قصاص می‌کنند و اگر دیه بخواهند دیه کامل را می‌گیرند» (حرعاملی، همان، ص ۱۱۱).

قسمت اول این روایت مربوط به قصاص مشروط به رد فاضل دیه است؛ اما در قسمت دوم قصاص مستلزم رد فاضل دیه نیست؛ باین‌همه، اولیاء دم می‌توانند بدون رضایت قاتل دیه مطالبه کنند. بنابراین، طبق استدلالی که در مورد روایت فوق مطرح شد، این روایت نیز از جهت دلالت بر مخیر بودن ولی دم صراحت دارد؛ هم نظریه تخییری را ثابت می‌کند و هم دلیلی بر رد نظریه تفصیلی محقق خوبی است؛ اما از جهت سند برخی معتقدند سوره بن‌کلیب توثیق نشده است. و روایت ضعیف است (تبریزی، همان، ص ۵۷)؛ اما علامه مجلسی در کتاب «مرآة العقول فی شرح اخبار آل الرسول» آن را حسن می‌داند (مجلسی، ۱۳۶۳، ج ۲۴، ص ۹۷) و چون مفاد آن هماهنگ با روایات صحیح است قابل استناد است.

ثانیاً، تعبیر آخر روایت حلبی که فرمود اگر زن مرتکب قتل شود؛ حقی غیر از نفس او ندارد، مراد تعیینی بودن قصاص و عدم حق مطالبه دیه نیست، بلکه ناظر بر فاضل دیه است؛ چه اینکه در روایت دوم (روایت ابن‌سنان) هم که مشابه همین روایت است، فرمود اگر خواهان قصاص باشد، جانی بیش از جاننش مجازات نمی‌شود، مراد از تعبیر آخر روایت حلبی نیز همین است یعنی اگر قصاص کرد، دیگر حقی به دیه مازاد ندارد؛ لذا این قید نافی حق مطالبه دیه نیست؛ اگر خواهان دیه باشد، همانند حکم قسمت اول روایت که زن مقتول بود و اولیاء دم او حق مطالبه دیه داشتند در این مورد هم حق دیه محفوظ است. قرینه‌ای که این برداشت را تقویت می‌کند آن است که در قسمت دوم حدیث عبدالله بن‌سنان، حضرت نمی‌فرمایند که حق انحصاری ولی دم قصاص است، بلکه جمله شرطیه مشابه قسمت اول بکار می‌برند و می‌فرمایند «اگر اولیاء دم قصاص بخواهند» می‌توانند قصاص کنند. این جمله به قرینه جمله قبلی حضرت، قصاص در مقابل دیه را تداعی می‌کند؛ یعنی ولی دم بین قصاص و دیه مخیر است. ممکن است گفته شود این شرط در مقابل گزینه عفو است، اما با توجه به قرینه قبل و قرینه بعد، گزینه مقابل قصاص، در این حدیث، دیه است؛ زیرا جمله بعدی حضرت نیز دفع دخل مقدر است؛ یعنی سؤال و تردیدی وجود داشته که



حضرت برای دفع آن تردید و سؤال پاسخ می‌دهد که کسی بیش از جانش مجازات نمی‌شود. این تردید می‌تواند ناشی از این مطلب باشد که اگر اولیاء دم مرد مقتول، دیه بخواهند، دیه کامل تعلق می‌گیرد؛ چون دیه مقتول ملاک است نه قاتل؛ پس قاعدتاً در صورت قصاص، باید نصف دیه هم بگیرند، حضرت در پاسخ این شبهه می‌فرماید: هیچ جانی بیش از جانش مجازات نمی‌شود. بنابراین، حق مطالبه دیه در عرف متشرعه معلوم و مفروض بوده است و اگر در قسم دوم، فقط قصاص واجب بود و دیه واجب و متعارف نبود، این جمله حضرت جایگاه و معنایی نداشت و کسی هم مدعی قصاص و مطالبه فاضل دیه باهم نمی‌شد تا حضرت چنین پاسخی بدهند که استثناء از قاعده محسوب می‌شود.

بنابراین روایات مورد استناد نظریه تفصیلی هماهنگ با ادله نظریه تخییری است و دلالت دارد که ولی‌دم و مجروح بین قصاص و مطالبه دیه منخیر است ولو آنکه جانی راضی نباشد.

#### نقد دلیل قاعده لایبطل

صاحب جواهر استناد به این قاعده را در این مورد نمی‌پذیرد و در پاسخ می‌گوید: در صورت فقر اولیاء دم در پرداخت فاضل دیه، باید قصاص را به تأخیر انداخت تا اولیاء دم قادر به رد فاضل دیه شوند و این انتظار، ابطال خون محسوب نمی‌شود (نجفی ۱۳۶۷، ص ۸۲).

در پاسخ به نقد صاحب جواهر می‌توان گفت: «این سخن در صورتی که امید به تمکن مالی زن برود صحیح است. در حالی که بحث در موردی است که اولیای دم زن توانایی پرداخت فاضل دیه را ندارند و امید به تمکن آنها در آینده نیست» (حاجی‌ده آبادی، ۱۳۸۸، ص ۱۳۶) البته با وجود روایاتی که تخییر ولی‌دم را ثابت می‌کند، اعم از اینکه ولی‌دم معسر باشد یا نباشد، نیازی به استناد به این قاعده نیست هر چند در مواردی که مشمول روایات منصوص نمی‌شود و خون مقتول به طور حتمی هدر می‌رود، اثبات این نظریه منوط به قاعده مذکور است.

همچنین در نقد استناد به این دلیل می‌توان گفت: دلیل اخص از مدعا است؛ چون ادعای ایشان شامل همه موارد مشمول رد فاضل دیه می‌شود که برخی از آنها نه منصوص است و نه مشمول «قاعده لایبطل» است به عنوان مثال در غیر از چهار مصداقی که گفته شد نص خاص وجود دارد در

سایر موارد اگر اولیاء دم مقتول با وجود تمکن مالی برای پرداخت فاضل دیه، خواهان دیه باشند، طبق این نظریه میان قصاص و گرفتن دیه مخیرند در حالی که مشمول هیچیک از دو دلیل نیستند. همچنین اگر اولیاء دم مقتول ده نفر باشند که خواهان دیه باشند اما قاتل راضی به دادن دیه نباشد اگر یکی از آنها قاتل را عفو کند، طبق این نظریه، اولیاء دم میان قصاص با دادن یک دهم دیه و گرفتن نه دهم دیه مخیرند. در حالی که دلیلی برای این امر اقامه نشده است (حاجی ده‌آبادی، ۱۳۸۴، ص ۳۲۶) ضمن اینکه با این روش زمینه دور زدن قانون نیز فراهم می‌شود؛ به طوری که بسیاری از موارد از شمول ضمانت اجرای نظریه تعیینی بودن قصاص در غیر موارد مشمول رد فاضل دیه، خارج می‌شوند.

همچنین در نقد استناد به این قاعده گفته شده است « ادله عدم بطلان خون مسلمان می‌گوید هر جا خون مسلمانی مضمون بود هدر نمی‌رود؛ اما اینکه خون مسلمان کجا مضمون است و کجا مضمون نیست مدلول این روایات و قاعده نیست» (قائمی، ۱۳۹۷، جلسه ۱۰۳) درحقیقت، مراد آن است که طبق مبنای محقق خوبی که اصل بر قصاص است و دیه ثابت نیست با این قاعده نه دیه ثابت می‌شود و نه تخییر در مطالبه آن در موارد رد فاضل دیه؛ مگر در مواردی که روایات خاص با استناد به این قاعده دیه را ثابت کرده است. اما مطابق با نظریه تخییری که با قتل یکی از دو امر قصاص و دیه، به اختیار ولی دم، ثابت است در هر موردی که امکان قصاص نباشد می‌توان به این قاعده استناد کرد. در واقع می‌توان گفت این قاعده از دلایل اثبات نظریه تخییری است؛ چون ثبوت دیه را مفروض داشته و لذا به نتیجه آن که نباید هدر رود، تاکید می‌کند. به عبارت دیگر، دلالت التزامی بر ثبوت دیه در انواع قتلها دارد. منتها در قتل عمد، چون قصاص تجویز شده است، اگر ولی دم قصاص کند دیه منتفی است؛ اما اگر نخواهد مجازات کیفری قصاص را اعمال کند یا امکان قصاص نباشد، خسارت حقوقی دیه به قوت خود باقی است و هدر نمی‌رود.

### نتیجه‌گیری

۱. ادله مورد استناد نظر تفصیلی که مبنای تصویب ماده ۳۶۰ است، دلالت صریحی بر مفاد این نظریه ندارد؛ بلکه از ادله اثبات کننده و مؤید نظریه تخییری محسوب می‌شود؛ لذا طبق این ادله،

اعم از اینکه قصاص مستلزم رد فاضل دیه باشد یا نباشد، ولی دم و مجروح، می‌توانند دیه مطالبه کنند، هرچند قاتل راضی نباشد.

۲. ایراد اصلی قائلان نظریه تعیینی مبنی تقیید روایات مورد استناد نظریه تفصیلی و تخییری با روایات دیگر صحیح نیست؛ چراکه تنها یک روایت به رضایت قاتل در گرفتن دیه صراحت دارد و این روایت در برابر روایات صحیح و معتبر دیگر که با ذیل آیه ۱۷۸ بقره هماهنگ هستند تاب مقاومت ندارد و باتوجه به اینکه حکم صدر و ذیل این روایت نیز موافق فقه عامه حاضر در زمان معصوم بوده است، باید حمل بر تقیه شود؛ ضمن اینکه احتمال دارد این شرط وصف غالب باشد که در این صورت مفهوم نخواهد داشت و با قبول این احتمال، این روایت با سایر روایات تخییری قابل جمع عرفی است.

۳. با توجه به اینکه نظریه تخییری از مبانی متقن برخوردار است و برخی از فقهای صاحب نام قدیمی و برخی از فقهای معاصر قائل به این نظریه بوده و هستند و این نظریه با تبعات منفی نظریه تعیینی مواجه نیست؛ و با توجه به ایرادهای مذکور نظریه تفصیلی، پیشنهاد می‌شود، قانونگذار، نظریه تخییری را به جای نظریه تفصیلی مبنای قانون کیفری قرار دهد.

## منابع و مأخذ

۱. آل طه، سید هاشم؛ حاجی ده آبادی، احمد، ۱۳۹۷، تأملی در تعیینی بودن حق قصاص در قتل عمد؛ پژوهش‌های فقهی، دوره ۱۴، شماره ۴. صفحات ۷۷۹-۸۱۹.
۲. ابن‌یدریس الحلّی، محمد، ۱۴۱۱ق، السرائر، ج ۳، مؤسسة النشر الإسلامی، قم.
۳. ابن‌رشد حفید، محمد بن‌احمد بن‌رشد، ۱۴۲۵ق، *بداية المجتهد ونهاية المقتصد*، ج ۴، دار الحدیث، القاهرة.
۴. تبریزی، جواد، ۱۴۲۹ق، *تنقیح مبانی الاحکام کتاب القصاص*، ج ۱، چاپ سوم، دار الصدیقه الشهدی، قم.
۵. حاجی ده آبادی، احمد، ۱۳۸۴، *قواعد فقه دیات*، چاپ اول، انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، تهران.
۶. \_\_\_\_\_، ۱۳۸۸، *فاضل دبه و حیطة اختیار ولی دم در قتل زن*، مطالعات راهبردی زنان، ش ۴۵، ص ۱۴۲-۱۱۵.
۷. حرعاملی، محمد، ۱۴۱۴ق، *وسائل الشیعة*، ج ۲۲ و ۲۹، مؤسسه آل‌البیت، قم.
۸. حلبی، أبو صلاح تقی بن‌نجم، ۱۴۰۳ق، *الکافی فی الفقه*، مکتبه الامام امیر المؤمنین، اصفهان.
۹. علامه حلّی، حسن بن‌یوسف، ۱۴۱۹ق، *قواعد الأحکام*، ج ۳، مؤسسة نشر اسلامی، قم، چاپ اول.
۱۰. خوانساری، احمد، ۱۴۰۵ق، *جامع المدارک*، ج ۷، مکتب صدوق، تهران، چاپ دوم.
۱۱. خمینی، روح‌الله، ۱۳۹۰ق، *تحریر الوسیله*، ج ۲، مطبعة الآداب. نجف، چاپ دوم.
۱۲. خویی، ابوالقاسم، ۱۴۲۲ق، *مبانی تکملة المنهاج*، ج ۴۲، مؤسسه احیاء آثار امام خویی.
۱۳. روحانی، محمدصادق، ۱۴۱۴ق، *فقه الصادق*، ج ۲۶، دارالکتب، قم، چاپ سوم.
۱۴. سلار دیلمی، حمزه، ۱۴۱۴ق، *المراسم العلویة فی الاحکام النبویة*، ج ۱، مجمع جهانی اهل بیت، قم.

۱۵. صانعی، یوسف، ۱۳۸۲، *فقه الثقلین فی شرح تحریر الوسیله*، ج ۲، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، تهران.
۱۶. شیخ صدوق، محمد بن علی، ۱۴۱۵ق، *المقنع*، مؤسسة الإمام الهادی، قم.
۱۷. شهید ثانی، زین الدین، شهید ثانی (عاملی)، زین الدین، ۱۴۱۶ق، *مسالك الأفهام*، ج ۱۵ مؤسسة المعارف الاسلامیة، قم، چاپ اول.
۱۸. طباطبائی، علی، ۱۴۰۴ق، *ریاض المسائل*، (چاپ قدیم دو جلدی)، ج ۲، مؤسسه آل البيت، قم.
۱۹. طوسی، محمد بن حسن، ۱۳۹۰ق، *النهاية*، دارالکتب العربی، بیروت چاپ دوم.
۲۰. \_\_\_\_\_، ۱۳۸۷ق، *المبسوط*، ج ۷، تهران، المكتبة المرتضوية لاهياء الآثار الجعفرية.
۲۱. علم الهدی، سید مرتضی، ۱۴۱۵ق، *الانتصار*، قم، مؤسسة النشر الإسلامی.
۲۲. فاضل هندی، محمد بن حسن، ۱۴۰۵ق، *كشف اللثام*، ج ۲، قم، نشر کتابخانه مرعشی نجفی.
۲۳. قائنی، محمد، ۱۳۸۵، *المبسوط فی فقه المسائل المعاصر*، ج ۲، مرکز فقه الانمة الاطهار علیهم السلام، قم.
۲۴. \_\_\_\_\_، ۱۳۹۶، *تقریرات درس خارج فقه سال تحصیلی ۹۷-۹۶*، پایگاه اطلاع رسانی قائنی نجفی، <http://www.qaeninajafi.ir>، تاریخ دسترسی تیر ماه ۱۳۹۷.
۲۵. کلینی، محمد بن یعقوب، ۱۳۶۷، *الفروع من الکافی*، ج ۷، دارالکتب الاسلامیة، تهران، چاپ سوم.
۲۶. مجلسی، محمد تقی، ۱۴۰۶ق، *روضه المتقین*، ج ۱۰، مؤسسه فرهنگي اسلامی کوشانپور، قم، چاپ دوم.
۲۷. مجلسی، محمد باقر، ۱۳۶۳، *مرآة العقول فی شرح أخبار آل الرسول*، ج ۲۴، دارالکتب الاسلامیة، تهران.
۲۸. محقق حلّی، جعفر بن حسن، ۱۴۰۹ق، *شرايع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام*، ج ۴، انتشارات استقلال، تهران، چاپ دوم.
۲۹. مفید، محمد بن محمد بن نعمان، ۱۴۱۰ق، *المقنعة*، ج ۱، مؤسسة النشر الإسلامی، قم، چاپ دوم.

۳۰. نجفی، محمد حسن، ۱۳۶۷، *جواهر الکلام*، ج ۴۲، دارالکتب الاسلامیه، تهران، چاپ سوم.
۳۱. مظاهری، حسین، ۱۳۸۴، *تقریرات درس خارج فقه*، پایگاه اطلاع رسانی دفتر آیت الله مظاهری، [www.almazageri.ir](http://www.almazageri.ir)، تاریخ دسترسی خرداد ۱۳۹۵.
۳۲. مظفر، محمد رضا، ۱۳۸۶ق، *اصول الفقه*، ج ۲، دارالنعمان، نجف، چاپ دوم.
۳۳. وحید خراسانی، حسین، ۱۳۸۶، *منهاج الصالحین*، ج ۳، ص ۵۳۴، مدرسه الإمام باقرالعلوم، قم.