**این جزوه صرفا جهت مباحثات روزانه است**

باسمه تعالی

درس خارج فقه استاد سید محمد جواد شبیری **شنبه : 18/10/1395**

**13951018- بررسی جواز قصاص قبل از اداء دین دیان**

**بررسی جواز قصاص قبل از اداء دین دیان**

بحث ما در این رابطه بود که اگر در قتل عمد قصاص به دیه مصالحه شد، دین و وصیت از آن اخراج می­شود. روایات مربوط به آن بحث را خواندیم. مرحوم ابن ادریس; در این مساله مناقشه نموده­اند. لکن ایشان عمدتا به عمومات تمسک کرده­ که در مقابل روایات خاصی موجود در مقام، تمسک به آنها جایی ندارد. در اینجا دو مساله وجود دارد که مرحوم ابن ادریس; هر دو مساله را در یک بحث انجام داده­­اند. بحث اول اینکه­ اگر به جای قصاص دیه گرفته شد، آیا دین و وصیت در آن نیز وارد می­شود یا نه؟ و بحث دوم اینکه اگر ورثه دیه نگرفته باشند، آیا دُیّان حق منع از قصاص و یا حق منع از هبه دیه به قاتل را دارند یا نه؟ از آنجا که ایشان این دو بحث را با هم انجام داده­اند، تشویشی در کلمات ایشان به وجود آمده است. به سبب این تشویش، صاحب کشف الرموز; اشکالاتی به ابن ادریس; کرده­اند که این اشکالات در ادامه بررسی شده و خواهیم گفت که چنین اشکالاتی بر ابن ادریس; وارد نیست.

این بحث چند شاخه دارد: یک بحث در رابطه با هبه و یک بحث درباره قصاص وجود دارد. نسبت به هر دو صورت هبه و قصاص این سوال مطرح است که آیا ورثه می­تواند اقدام به قصاص و یا هبه نماید یا نه؟ بحث دیگر این است که آیا ورثه باید در مرحله اول دین را پرداخت نموده و بعد اقدام به قصاص نمایند، یا آنکه تضمین دین نیز کافی می­باشد و اداء فعلی دین لازم نیست؟ در این بحث روایاتی وارد شده و مسائل ضمان مطرح گردیده است که باید مراد از ضمان موجود در روایات مورد بررسی قرار گیرد، که آیا مراد از آن نفس متعهد شدن ( معنای لغوی ضمان ) می­باشد یا مراد از آن نقل ضمان به عهده ضامن ( معنای شرعی ضمان در نظر شیعه[[1]](#footnote-1) ) است؟

**کلمات فقهاء در مساله**

کلمات فقهاء در مقام بسیار مختلف بوده و یک نوع دشواری در فهم کلمات اصحاب وجود دارد که باید مورد بررسی قرار گیرد. بنده ابتدا کلام شهید اول; هم در دروس و هم در غایة المراد را به جهت طرح مساله بیان می­کنم. ممکن است نسبت به بیان ایشان در این دو کتاب تهافتی دیده شده و نحوه بحث در این دو کتاب مختلف به نظر آید. در ادامه نقل اقوالی از بعض فقهاء متقدمین را بیان خواهیم کرد[[2]](#footnote-2).

**عبارت شهید اول;**

شهید; در دروس می­فرماید:

**و لو قتل فدیته کماله و لو کان عمدا لم یجز للورثة القصاص، إلّا بعد أداء الدین علی المشهور، و قیّده الطبرسی ببذل القاتل الدیة و جوّز الحلّیون القصاص مطلقا**[[3]](#footnote-3)**.**

ایشان موضوع مساله را قصاص قرار داده است و بحث عفو را مطرح نکرده­اند لکن در کلمات دیگری از فقهاء بحث عفو نیز مطرح می­باشد کما اینکه در غایه المراد نیز ( که دقیق­تر از اینجاست ) به کلمات فقهائی که عفو را مطرح کرده­اند اشاره شده است. توجه به این نکته نیز لازم است که شهید; در اینجا به جای ضمان، از **اداء الدین** استفاده نموده­اند. در کتاب غایه المراد معنای **بذل الدیه** شرح داده شده است. مراد از **حلیون**، ابن ادریس; ، محقق حلی; و علامه حلی; می­باشد.

غایه المراد شهید; شرح نکت الارشاد است. شهید; در توضیح عبارت ارشاد، یعنی «**و للولیّ القصاص من دون ضمان الدیة للدیّان علی رأیٍ**[[4]](#footnote-4)» می­فرمایند:

**أقول: هذا اختیار ابن إدریس و المحقّق و المصنّف فی المختلف و کثیر من کتبه [ لأنّ موجب العمد القصاص، و أخذ الدیة اکتساب، و هو غیر واجب علی الوارث فی دین مورثه، و للآیة] و قال ابن الجنید و الشیخ فی النهایة: لیس للأولیاء القصاص إلّا بعد ضمان الدین، و لهم العفو**[[5]](#footnote-5)**. و فی المبسوط: روی أنّ لهم منع الوارث من العفو و القصاص حتّی یضمن الدین ، و تبعه الصهرشتی**[[6]](#footnote-6)**. و تبع النهایة أبو الصلاح و القاضی**[[7]](#footnote-7) **و ابن زهرة و الکیذری**[[8]](#footnote-8) **و صفیّ الدین محمّد بن معد العلوی الموسوی، ذکره فی مسألة له فی هذا المعنی، لروایة عبد الحمید بن سعید** (ایشان در ادامه این روایت را ذکر کرده و می­فرماید نباید به این روایت تمسک می­شد) **... و الحقّ فی الاحتجاج روایة أبی بصیر ...**[[9]](#footnote-9)

 در ابتدای بحث عرض کردیم که در کشف الرموز به ابن ادریس; اشکال شده است. یکی از اشکالات ایشان همین اشکال موجود در اینجاست، یعنی چرا به روایت عبد الحمید تمسک شده در حالی که باید روایت ابی بصیر ذکر می­شد. بحث ابن ادریس; مشوش است و روشن نیست که آیا دین باید زمانی پرداخت شود که دیه اخذ شده، یا قبل از دیه هم حق قصاص منتفی خواهد شد؟ اگر صورت اول اراده شده باشد، روایت عبد

الحمید بن سعید مربوط به بحث خواهد بود اما روایت ابی بصیر به بحث ارتباطی نخواهد داشت. اینکه ابن ادریس; روایت عبد الحمید را ذکر کرده به این جهت است که این دو بحث در کلام ایشان با هم ذکر شده و موجب خلط گردیده است. لکن به نظر بنده اصل اشکال بر ابن ادریس; وارد نیست زیرا روایت عبد الحمید مربوط به بخشی از مساله می­باشد و نسبت به بخش دیگر باید به روایت بی بصیر تمسک کرد.

شهید; در ادامه می­فرماید:

**و أجاب المحقّق عنهما**[[10]](#footnote-10) **فی النکت**[[11]](#footnote-11) **بضعف السند و ندورها فلا تعارض الاصول**

ضعف سند داشتن مشکلی ندارد اما مجرد نادر بودن چگونه با **فلا تعارض الاصول** قابل جمع است لذا عبارت ایشان چندان روشن نیست[[12]](#footnote-12). در کتاب نکت بیشتر بر ضعف سند تکیه شده نه به ندور روایت. در نکت نهایه این روایت در دو جا وارد شده است: 1- جلد 2 صفحه 29 که در آنجا **و الروایه ضعیفه النادره** وارد شده و توضیحی نسبت به ضعف آن داده نشده است. 2- جلد 3 صفحه 171 که در اینجا روشن­تر بحث شده و ضعف سند از جهت محمد بن اسلم دانسته شده است. ایشان در نکت ضعف محمد بن اسلم را به نجاشی نسبت داده­اند در حالی که همانطور که سابقا بیان شد در نجاشی تعبیر **قیل** وارد شده است لذا نسبت تضعیف به نجاشی خالی از مسامحه نیست. البته ممکن است ایشان در جواب بگویند در هر حال محمد بن اسلم توثیقی ندارد بلکه حتی قولی بر ضعف او وارد شده که همین مقدار بر ضعف او کفایت می­کند.

شهید ; در ادامه می­فرماید:

**و جمع الشیخ أبو منصور الطبرسی**[[13]](#footnote-13) **فی کافیه بأنّ القاتل إذا بذل الدیة وجب قبولها، و لم یکن للأولیاء القصاص إلّا بعد الضمان، و إن لم یبذلها جاز القود بلا ضمان**[[14]](#footnote-14)

به نظر بنده ممکن است بین عبارت دروس و عبارت غایه المراد جمع کرد و تنافی آنها را از بین برد. به این صورت که بگوییم مراد از ضمان دین همان ضمان اصطلاحیست به این صورت که باید بین دیان و ورثه عقد ضمان بسته شود که این عقد ضمان به منزله اداء دین خواهد بود؛ چون در این صورت بنا بر نظر شیعه ذمه میت فارغ خواهد شد. در ضمان مبنای شیعه با مبنای اهل تسنن متفاوت است زیرا شیعیان ضمان را نقل ذمه می­دانند اما بنا بر نظر اهل تسنن ضمان ضمّ ذمه می­باشد. طبق نظر اهل سنت با ضمان، هم مدیون و هم ضامن، ضامن خواهند شد اما در نظر شیعیان با عقد ضمان ذمه مدیون فارغ شده و دین از ذمه مدیون به

ذمه ضامن منتقل می­گردد. بنابراین طبق نظر شیعیان دین میت با ضمان به ورثه منتقل شده و گویا میت دین خود را اداء می­کند.

**عبارت شهید ثانی;**

در اینجا مرحوم شهید اول; شرط بودن ضمان دین نسبت به قصاص را به مشهور نسبت می­دهد اما شهید ثانی; قول دیگری را به شهید نسبت داده است. شهید ثانی; در مسالک اقوال مساله از جمله قول طبرسی; را نقل کرده و در ادامه می­فرماید: **الأشهر الجواز مطلقا**[[15]](#footnote-15) ممکن است شهید ثانی; دوره­های بعد از محقق حلی; و علامه حلی; را نیز در نظر گرفته و با توجه به مجموع آنها اشهر بودن آن قول را تلقی کرده باشد. در مفاتیح الشرایع نیز این دو قول نقل شده و قول اول که همان **عدم المنع من القصاص من دون وفاء للدین** می­باشد را اشهر دانسته­اند[[16]](#footnote-16).

بنده اقوال دیگری را در این مساله یادداشت کرده­ام که می­خوانم. توجه به این نکته نیز لازم است که اکثر فتواهایی که نقل می­کنیم در بحث قصاص وارد شده است. بعضی از این فتواها به بحث عفو هم پرداخته­اند ولی اکثرا مربوط به بحث قصاص می­باشند. اما در روایات هم در رابطه با قصاص و هم در رابطه با عفو روایاتی وارد شده است که باید هر دو دسته بررسی شده و تعارض بین آنها و جمع بین آنها بررسی گردد.

**عبارت شیخ طوسی;**

مرحوم شیخ طوسی; چنین می­فرماید:

**و إن قتل إنسان و علیه دین، وجب أن یقضی ما علیه من دینه**[[17]](#footnote-17) **سواء کان قتله عمدا أو خطأ. فإن کان ما علیه یحیط بدینه**[[18]](#footnote-18)**، و کان قد قتل عمدا، لم یکن لأولیائه القود، إلّا بعد أن یضمنوا الدّین عن صاحبهم. فإن لم یفعلوا ذلک، لم یکن لهم القود علی حال، و جاز لهم العفو بمقدار ما یصیبهم**[[19]](#footnote-19)

ایشان در بخش دیگری از نهایه عبارتی دارند که هم در رابطه با قود و هم در رابطه با عفو بحث کرده­اند ولی در آنجا بحث ضمان وارد نشده است. وجه جمع عبارات ایشان به همان وجهی است که در ذیل عبارات شهید; بیان شد. عبارت دیگر ایشان چنین است:

**و إذا قتل الإنسان و علیه دین، وجب علی أولیائه أن یقضوا دینه من دیته، سواء کان قد قتل خطأ أو عمدا. فإن کان قد قتل عمدا، و أراد أولیاؤه القود أو العفو، لم یکن لهم ذلک إلّا بعد أن یرضوا أصحاب الدّیون أولا. ثمَّ إن شاءوا بعد ذلک، قتلوه، و إن شاءوا، عفوا عنه، و إن شاءوا، قبلوا الدّیة**[[20]](#footnote-20)**.**

با توجه به این عبارت ایشان ممکن است ضمان را به معنای اصطلاحی بگیریم چرا که شرط ضمان اصطلاحی رضایت طرفین می­باشد و بدون رضایت دائن، ضمانت محقق نمی­گردد. نتیجه این کلام این خواهد بود که [ برای قصاص و یا عفو ] قضاء دین و یا همان بریء الذمه شدن میت باید تحقق پیدا کند.

**کلام تابعین شیخ طوسی;**

در مهذب ابن براج; جلد 1 صفحه 420 نیز این عبارت شیخ; بیان شده است. در سرائر جلد 2 صفحه 49 نیز این عبارت نهایه نقل شده و بحث مفصلی بیان گردیده است. این عبارت شیخ; در جلد 3 صفحه 220 سرائر نیز وجود دارد.

در عبارتی که از شهید; این بیان وجود داشت : **و تبع النهایه ابو الصلاح** که همان ابو الصلاح حلبی مراد است. ابو الصلاح; از شیخ طوسی; بزرگتر بوده و قبل از شیخ; نیز ( سال 447 یعنی 13 سال قبل از شیخ طوسی;) وفات کرده است. ایشان هر چند از جهت سنی از شیخ; بزرگتر بوده لکن شاگرد ایشان می­باشد. شیخ طوسی; از معاصرین خود در رجال تنها ابو الصلاح; را ذکر نموده و فرموده **قرا علینا و علی المرتضی;** . به نظر بنده شیخ; و شاگردان ایشان به جهت تواضع و بزرگسالی ابو صلاح به ایشان احترام گذاشته­اند[[21]](#footnote-21). اینکه شهید; ایشان را تابع نهایه قرار داده است شاید به این جهت باشد که کتاب کافی ابو الصلاح; بعد از نهایه شیخ; نوشته شده باشد. تهذیب اولین تالیف شیخ طوسی; می­باشد و تالیف دوم ایشان کتاب نهایه و سومین تالیف نیز استبصار می­باشد. به نظر می­رسد ایشان کتاب نهایه را در همان اوائل زمان سید مرتضی; تالیف کرده­اند. لذا این احتمال که کافی ابو الصلاح بعد از نهایه شیخ; نوشته شده باشد بسیار جدی است.

عبارت ابو الصلاح چنین است :

**إذا قتل الغارم** ( یعنی مدیون ) **عمدا أو خطاء قضی دینه من الدیة و ورث ما فضل عنه و إذا لم یخلف المقتول عمدا ما یقضی دینه لم یجز لأولیائه القود حتی تتکلفوا بما علیه منه**[[22]](#footnote-22)**.**

این **تتکلفوا** به چه معناست؟ یکی از معانی آن این است که دین اداء شود. معنای دیگر آن **تضمنوا** ( به عهده بگیرند ) می­باشد که در این صورت این بحث به وجود خواهد آمد که آیا مراد از آن همان ضمان شرعیست یا معنای لغوی آن اراده شده است؟ به عبارت دیگر همان بحث­هایی که در مورد عبارت نهایه وجود داشت در عبارت ابو الصلاح نیز جاری خواهد بود.

همانطور که ملاحظه می­شود ابتدای کلام ابوالصلاح نیز مربوط به بحث قود است. لکن در نهایه دو عبارت وجود داشت که در عبارت اول به بحث قود اشاره شده بود و به همین جهت فقهاء بیشتر به این عبارت ایشان پرداخته­اند اما در عبارت دومی که از ایشان بیان کردیم ملاحظه شد که بحث عفو نیز داخل در مساله بوده و تنها بحث قود نیست. کما اینکه در عبارت ابن براج نیز عفو مطرح شده است.

عبارت شیخ; در مبسوط چنین است:

**و الذی رواه أصحابنا أنه إذا کان علیه دین لم یکن لولیه العفو علی غیر مال، و لا القود إلا أن یضمن حق الغرماء**[[23]](#footnote-23)

در این عبارت نیز هم بحث عفو و هم بحث قود بررسی شده است.

بحث دیگری نسبت به این مساله وجود دارد که در کلمات این فقهاء بیان نشده اما در روایات بیان گردیده است. در روایات متعددی به این مضمون وارد شده که ورثه می­توانند عفو نمایند اما با عفو کردن ذمه آنها مشغول شده و ضامن دیه می­شوند و چنین نیست که اول باید ضمان حاصل شود تا بتوانند بعدا عفو نمایند، بلکه عفو جایز است اما نا خودآگاه ذمه­شان مشغول خواهد شد. در بعض روایات وارد شده که عفو جایز است اما در بعض روایات دیگر وارد شده که با عفو کردن ذمه آنها مشغول می­شود، جمع بین این روایات شاید به این صورت باشد که لازم نیست ضمان، قبل از عفو محقق شود بلکه عفو کردن هم جایز است ولی با عفو کردن ذمه آنها مشغول خواهد شد[[24]](#footnote-24). این مضمون در روایت ابی بصیر نیز وارد شده که این روایت در کتب بسیاری از جمله فقیه، مقنع، تهذیب و احتمالا در کتاب کافی نیز موجود می­باشد. اینکه این روایت در کتابهای فقیه و مقنع و تهذیب وارد شده به این معناست که طبق آن فتوا داده شده است. لکن بحث آن روایت غیر از بحث ما می­باشد که باید مستقلا خوانده شده و به این نکته توجه گردد. لذا چنانچه گفته شد باید فتوای فقیه و مقنع را به همین جهت از سایر فتاوا جدا کنیم.

فقیه دیگری که فتوای شیخ طوسی; را پذیرفته و ادعای اجماع هم بر آن نموده است مرحوم ابن زهره; می­باشد. عبارت ایشان در غنیه چنین می­باشد:

**متی لم یترک المقتول عمدا ما یقضی دینه لم یجز لأولیائه القود إلا أن یضمنوا قضائه**[[25]](#footnote-25)

این عبارت در اصباح الشیعه کیدری; نیز وارد شده است[[26]](#footnote-26) لکن در کتاب غنیه اضافاتی نیز وجود دارد. یکی از مصادر عمده اصباح الشیعه غنیه بوده که در بعض موارد به آن اشاره می­نماید. در ادامه عبارت غنیه این جمله وارد شده است: **بدلیل الاجماع المتکرر ذکره** که مراد از آن همان اجماع طایفه می­باشد[[27]](#footnote-27).

**مخالفین شیخ طوسی;**

تا زمان ابن ادریس; فتواها به همین شکل بوده و ما مخالفی در آن ندیدیم. اما اولین کسی که در این مساله تردید کرده ابن ادریس; می­باشد و بعد از ایشان محقق حلی; و علامه; با نظر ایشان موافقت نموده است. از معاصرین علامه; و محقق; تنها کسی که کلام ابن ادریس; را نپذیرفته، یحیی بن سعید; ( پسر عموی محقق حلی;) در جامع للشرایع می­باشد. در دو بخش از جامع للشرایع این مساله بیان شده که در هر دو مورد نیز فتوای شیخ طوسی; پذیرفته شده است.

**و صلی الله علی سیدنا و نبینا محمد و آل محمد**

محققین گرامی می توانند همه روزه دروس استاد (حفظه الله) را در کانال های ذیل پیگیری نمایند.

(فقه)https://telegram.me/mjshobeiri

(اصول الفقه) https://telegram.me/mjshobeiri2

1. بر اساس نظر شیعه ضمان موجب بریء الذمه شدن مضمون له می­شود و در مقابل ذمه ضامن مشغول خواهد شد. [↑](#footnote-ref-1)
2. ما معمولا در نقل اقوال تنها تا زمان علامه حلی; را مورد بررسی قرار می­دهیم اما نسبت به اقوال متاخرین تنها به استدلالها و ادله مساله توجه می­کنیم. [↑](#footnote-ref-2)
3. الدروس الشرعية في فقه الإمامية؛ ج، ص: 313 [↑](#footnote-ref-3)
4. در اصطلاح علامه حلی; کلمه علی رأیٍ به معنای علی رأیی و مختار ایشان می­باشد. در مقدمه کتاب ارشاد از فخر المحققین; نقل شده که ایشان از پدرشان نقل می­کند که مراد از علی رای ، مختار مصنف می­باشد. وقتی از مرحوم آیت الله خوانساری; سوال شرعی پرسیده می­شد، ایشان در جواب فتوای خود را نقل نمی­کردند بلکه فتوای شخص دیگری که موافق فتوای ایشان بود را نقل می­فرمودند. ممکن است روش علامه; نیز همانند روش مرحوم خوانساری; بوده و تواضع کرده باشند. [↑](#footnote-ref-4)
5. در اینجا تعبیر به ضمان الدین شده در حالی که در دروس به اداء الدین تعبیر شده بود که ممکن است در تحریر محل نزاع متفاوت باشد. [↑](#footnote-ref-5)
6. نمی­دانم که مرحوم صهرشتی در چه کتابی از ایشان تبعیت کرده است. سابقا کتاب اصباح الشیعه را به صهرشتی نسبت می­دادند در حالی که آن کتاب متعلق به کیدری بود و بعد هم به نام کیدری چاپ شد. صهرشت همان منطقه طرشت نزدیک تهران میباشد. [↑](#footnote-ref-6)
7. ابن براج [↑](#footnote-ref-7)
8. صاحب اصباح الشیعه [↑](#footnote-ref-8)
9. غاية المراد في شرح نكت الإرشاد؛ ج، ص: 326 [↑](#footnote-ref-9)
10. دو روایت عبد الحمید بن سعید و أبی بصیر [↑](#footnote-ref-10)
11. نکت النهایة [↑](#footnote-ref-11)
12. ممکن است هر دو با هم یک استدلال بوده و جزء العله باشند؛ یعنی اولا این حدیث مقتضی نداشته و ضعیف است و ثانیا اصحاب به آن عمل نکرده­اند و چیز دیگری وجود ندارد که بدل المقتضی قرار گیرد. مبنای محقق حلی; در قبول روایت ما قبله الاصحاب یعمل به و ما ترکه الاصحاب یترک می­باشد که با این معنا مناسبت دارد. [↑](#footnote-ref-12)
13. ابو منصور طبرسی همان صاحب احتجاج است. صاحب احتجاج کتابی در فقه به نام الکافی داشته که این کتاب اکنون در دست ما نیست لکن از آن کتاب مطالبی در سایر کتب نقل شده است. [↑](#footnote-ref-13)
14. غاية المراد في شرح نكت الإرشاد؛ ج، ص: 328 [↑](#footnote-ref-14)
15. مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام، ج، ص: 248 [↑](#footnote-ref-15)
16. مفاتيح الشرائع، ج، ص: 141 [↑](#footnote-ref-16)
17. در کتاب نهایه موجود در نرم افزار جامع الاحادیث بدیته ضبط شده ، لکن استاد بدینه قرائت نمودند. [↑](#footnote-ref-17)
18. در کتاب نهایه موجود در نرم افزار جامع الاحادیث بدیته ضبط شده ، لکن استاد بدینه قرائت نمودند. [↑](#footnote-ref-18)
19. النهاية في مجرد الفقه و الفتاوى، ص: 309 [↑](#footnote-ref-19)
20. النهاية في مجرد الفقه و الفتاوى؛ ص: 619 [↑](#footnote-ref-20)
21. تقي بن نجم الحلبي ثقة له كتب قرأ علينا و على المرتضى. رجال‏الطوسي ص : 417 [↑](#footnote-ref-21)
22. الكافي في الفقه؛ ص: 332 [↑](#footnote-ref-22)
23. المبسوط في فقه الإمامية؛ ج، ص: 56 [↑](#footnote-ref-23)
24. این معنا ضمان اصطلاحی نیست بلکه حاصل الضمان می­باشد. مثلا اگر کسی مال کسی را از بین ببرد ضمنه اطلاق می­شود به این معنا که آن شخص یصیر ضامنا . [↑](#footnote-ref-24)
25. غنية النزوع إلى علمي الأصول و الفروع؛ ص: 241 [↑](#footnote-ref-25)
26. إصباح الشيعة بمصباح الشريعة، ص: 285 [↑](#footnote-ref-26)
27. تا قبل از زمان شهید اول; مراد از اجماع علی وجه الاطلاق ، اجماع مسلمین بوده است و اگر به معنای خاصی بیاید باید همراه با قید باشد . از آنجا که در غنیه الاجماع المتکرر ذکره بیان شده ، به معنای اجماع طایفه خواهد بود. [↑](#footnote-ref-27)