

[نکته 1](#_Toc531668147)

[کلام مرحوم صاحب جواهر در مسأله تداعی 1](#_Toc531668148)

[استدلال صاحب جواهر بر قصاص 1](#_Toc531668149)

[اشکال به استدلال صاحب جواهر 2](#_Toc531668150)

[اشکال به سائر وجوه در کلام صاحب جواهر 3](#_Toc531668151)

**موضوع**: شرط سوم قاتل پدر مقتول نباشد /شروط قصاص /قصاص

**خلاصه مباحث گذشته:**

بحث در تداعی بنوت شخصی بود که گفتیم اگر دو نفر ادعای اب بودن برای مقتولی را بکنند و یکی یا هردو قاتل باشند محقق در مسأله فرمود احتمال اعتبار قرعه برای تعیین اب هست مطلقا ولی بعد ایشان فرمود این تهجم بر دماء است و احتیاط اقتضای عدم قصاص دارد. مرحوم خوئی تفصیل دادند بین موردی که علم اجمالی داریم به اینکه احدهما اب هست که در این صورت برای تعیین اب قرعه می اندازیم و پدر را با قرعه مشخص کرده و اگر همان شخص قاتل بود قصاص نمی شود ولی اگر شخص دیگر یا هردو قاتل بود قصاص ثابت است.

# نکته

اینکه در عناوین آمده است تداعی بنوّت، این اعم از این است که فرزند مدعی پسر باشد یا دختر.

# کلام مرحوم صاحب جواهر در مسأله تداعی

مرحوم صاحب جواهر[[1]](#footnote-1) در توضیح کلام محقق[[2]](#footnote-2) که قرعه را به عنوان احتمال مطرح کرده بود، فرموده است این احتمال بسیار قوی است اگر اجماع بر خلاف آن نداشته باشیم.

## استدلال صاحب جواهر بر قصاص

ایشان چند دلیل برای قصاص آورده است که عبارتند از:

1. القرعة لکل امر مشکل : مانحن فیه هم مشکل است و پدر را با قرعه خارج می کنیم و قصاص در طرف دیگر جاری می شود، اگر مستحق قصاص باشد ( جایی که هر دو قاتل باشند یا طرفی که قرعه به نامش در نیامده است قاتل باشد )
2. عموم ادله­ی قصاص که از آنها فقط پدر استثناء شده است.
3. عدم طل دم إمرء مسلم: خون مسلم هدر نمی رود.
4. در جایی که هر دو قاتل باشند علم اجمالی داریم به اینکه یکی از اینها باید قصاص شود، حال مرحوم محقق و دیگران چرا حکم به عدم قصاص می کنند؟

## اشکال به استدلال صاحب جواهر

این وجوهی که در کلام صاحب جواهر آمده است بر محقق پوشیده نبوده است ولی به نظر ایشان معتبر نبوده است. در مورد ادله قرعه باید بگوئیم که یا اطلاق ندارد و یا اگر داشته باشد اطلاق آن قابل تمسک نیست چون فقه جدید به وجود می آید. آنچه که در روایت[[3]](#footnote-3) در خصوص تداعی آمده است اطلاق ندارد و مربوط به جایی است که قرعه قبل از قتل بوده است و برای تعیین نسب به قرعه رجوع کرده اند، که البته اگر نسب تعیین شد تمام آثار آن هم ثابت می شود و یکی از آثارش هم این است که اگر کسی که به قرعه، پدر فرزند شناخته شده است، فرزند را بکشد قصاص نمی شود. مورد این روایت مربوط به تعیین فرزند برای تحویل اوست. از کلام خود صاحب جواهر بر می آید که در مورد دلیل خاص قرعه تشکیک کرده اند و صاحب جواهر هم روایت را خوب تلقی نکرده است. روایت نمی گوید که هر جا نسب مشکل بود قرعه بیندازید بلکه می گوید برای تحویل بچه باید قرعه بیندازید. صاحب جواهر می گوید «دعوى الفرق بين ما قبل القتل و بعده بأن القصاص في الأول تابع دون الثاني لا حاصل لها» کأنّ قائل به فرق می خواهد بگوید که قرعه ای منتج است و ثمره اش عدم قصاص است که قبل از قتل اتفاق افتاده باشد، و دلیل قرعه برای اثبات نسب، مربوط به قبل از اتفاق افتادن قتل است نه اینکه بعد از اتفاق قتل قرعه بیندازیم و ببینیم چه کسی قاتل است. مفاد دلیل قرعه برای تحویل فرزند است نه برای اینکه ببینیم چه کسی باید کشته شود و چه کسی نباید کشته شود. بله بعد از تعیین اینکه پدر چه کسی است، حال اگر کسی این ولد را کشت اگر قاتل، پدر معین شده بالقرعه باشد قصاص نمی شود. در خود دلیل قرعه اطلاق نسبت به آثار، حتی جایی که غرض تحویل فرزند نباشد ، بلکه منحصرا غرض نفی و اثبات قصاص باشد نیست. اگر بگوئید ذیل روایت تعلیلی دارد که عمومیت را می رساند خواهیم گفت که اگر عمومیت را بخواهیم بفهمیم و به موارد دیگر تعمیم دهیم اشکالاتی که به عمومات قرعه می آمد که تأسیس فقه جدید بود اینجا هم می آید. القرعه دلیل حیث لا دلیل اصلا، اگر اصلی ولو برائت در مقام بود به قرعه رجوع نمی کنیم. اشکال نکنید که دیگر جایی برای قرعه باقی نمی ماند و لغو می شود، زیرا می گوئیم همان تطبیقاتی که در روایات قرعه آمده برای دفع لغویت کافی است. مورد روایت در مانحن فیه هم در فرض علم اجمالی است. لذا گفتیم اینکه محقق مطلقا گفته است رجوع به قرعه، این کلام محقق قابل التزام نیست و مرحوم خوئی[[4]](#footnote-4) هم خوب فهمیده است که تفصیل بین علم اجمالی و عدم آن داده است. نتیجه اینکه مورد روایت قرعه مربوط به قبل از قتل است و برای تعیین نسب است. حال اگر بعد از تعیین نسب قتل اتفاق افتاد باید آثار قرعه را بار کرد که یکی از آنها، عدم قصاص پدر تعیین شده بالقرعه است. حال که روایت صلاحیت برای مانحن فیه ندارد، اطلاقات ادله باقی می ماند که مفاد اطلاقات - همانطور که صاحب جواهر می گوید- اینجا شبهه­ی مصداقیه است و در شبهه­ی مصداقیه حدود به وسیله شبهات دفع می شود و در نتیجه قصاص نداریم. پس دلیل قرعه اطلاق ندارد و اینکه صاحب جواهر فرموده است لا فرق بین اینکه قرعه قبل القتل یا بعد القتل باشد صاحب جواهر خوب مطلب را تلقی نکرده است و قائل خوب فهمیده است که بین قبل القتل و بعد القتل تفصیل داده است.

## اشکال به سائر وجوه در کلام صاحب جواهر

اما جواب سائر وجوهی که در کلام صاحب جواهر آمده است این است که به عمومات ادله قصاص و لا یطل دم امرء مسلم تمسک کرده است. می گوئیم این عمومات مربوط به جایی است که قاتل والد نباشد و تمسک به عام در مانحن فیه از باب تمسک به عام در شبهه­ی مصداقیه است. لذا خود صاحب جواهر از قاعده مقتضی و مانع یا اصل عدم ازلی ( دو وجه در کلام صاحب جواهر محتمل بود) استفاده کرده است. کأنّ در اینجا مقتضی قصاص هست لکن مانعی به نام ابوت موجود است. پس تا مانع احراز نشود یا از باب ثبوت مقتضی یا از باب استصحاب عدم ازلی، حکم به ترتب قصاص می شود. قاعده مقتضی و مانع هم در مانحن فیه اعتبار ندارد، نوبت به اصل عدم ازلی می رسد که در جایی است که دلیل بر قرعه نداشته باشیم که آقای خوئی قرعه را در مانحن فیه قبول دارد. اما در مورد علم اجمالی که در کلام صاحب جواهر آمد باید بگوئیم این علم اجمالی در مانحن فیه اثر ندارد و منشأ ثبوت قصاص نمی شود. علم اجمالی به اینکه یا زید قاتل است یا عمر، باید بگوئیم علم اجمالی موجب قصاص نمی شود و منجز نیست، زیرا به وسیله علم اجمالی در اینجا مانند موردی است که علم به جنابت یکی از دو شخص داریم که منجز نیست. پس علم اجمالی منجز نیست خصوصا در مورد ما که یکی پدر است که قتل او حرام است و از قبیل دوران امر بین محذورین است. علم اجمالی قاضی به قاتل بودن یکی، موجب حکم به قصاص نیست. قاضی حکم می کند به آنچه که با قطع نظر از قضا در این بین ثابت است. اگر بحث قضاوت نبود و دو نفر آمدند و اعتراف کردند به اینکه علم اجمالی داریم شخصی را کشته ایم حال وظیفه ما چیست؟ اینجا فتوی به برائت هر دو از قصاص و دیه می دهیم. در باب قضا مشکلی ندارد که قاضی بر خلاف واقع حکم بکند، در جایی که موازین با قطع نظر از قضا اقتضای حکم به خلاف واقع را داشته باشد، مثل قضیه درهم ودعی که یک نفر دو درهم و یک نفر یک درهم نزد ودعی می گذاشت. حال یکی عند الودعی گم می شد که حکم به تنصیف یکی از آن دو درهم موجود می کردیم و نصف را به صاحب یک درهم و یکی و نصف را به صاحب دو درهم می دهیم که اینجا قطعا مخالف با واقع حکم شده است. میزان قضا این است که خلاف وظیفه فعلیه حکم نکند. وظیفه در بحث درهم ودعی با قطع نظر از قواعد قضا این است که به خاطر قاعده عدل و انصاف حکم به تنصیف شود. در نتیجه مانحن فیه اگر مجرای قاعده قرعه باشد صرف علم اجمالی که در کلام صاحب جواهر آمده است نه از ناحیه نفی قصاص و نه از ناحیه­ی اثبات قصاص اثری ندارد.

1. [جواهر الکلام، محمد حسن نجفی، ج42، ص171.](http://lib.eshia.ir/10088/42/171/كاللقيط%20) [↑](#footnote-ref-1)
2. [شرائع الإسلام، جعفر بن الحسن بن یحیی (المحقق الحلّی)، ج4، ص199.](http://lib.eshia.ir/71613/4/199/مجهولا) [↑](#footnote-ref-2)
3. [تهذیب الاحکام، شیخ طوسی، ج8، ص170.](http://lib.eshia.ir/10083/8/170/اليمن) محمد بن يعقوب عن علي عن ابيه عن ابن ابي نجران عن عاصم بن حميد عن ابي بصير عن ابي جعفر عليه‌السلام قال : بعث رسول الله صلى‌الله‌عليه‌وآله عليا عليه‌السلام إلى اليمن فقال له حين قدم : حدثني باعجب ما مر عليك فقال : يارسول الله اتاني قوم قد تبايعوا جارية فوطؤها جميعا في طهر واحد فولدت غلاما واحتجوا فيه كلهم يدعيه فاسهمت بينهم وجعلته للذي خرج سهمه وضمنته نصيبهم فقال له النبي صلى‌الله‌عليه‌وآله : إنه ليس من قوم تنازعوا ثم فوضوا أمرهم إلى الله الا خرج سهم المحق. [↑](#footnote-ref-3)
4. [مبانی تکملة المنهاج، السید أبوالقاسم الخوئی، ج2، ص73.](http://lib.eshia.ir/21001/2/73/اثنان) [↑](#footnote-ref-4)