

**A Critical Analysis of Article 351 of the
Islamic Penal Code: Examining the
Transfer of the Right of Retaliation to
Spouses - A Jurisprudential
Comparative Study of Islamic
Denominations**

Seyyed mohammad ali aghaei^{1*}, Seyyed
rasool aghaei², Hasan shakuri³

1- PhD student at the Qom Seminary, is the
corresponding author of the article, Qom, Iran.

2- Assistant Professor, Department of Law, University
of Al-Mustafa International, Qom, Iran.

3- Assistant Professor, Department of Jurisprudence and
Exegesis, University of Al-Mustafa International, Qom,
Iran.

Received Date: 2024/06/11

Accepted Date: 2024/09/16

Abstract

The transfer of the right of retaliation (qisās) to spouses and the quality of their share in this right is a significant topic in Islamic jurisprudence and law, drawing considerable attention from jurists, legal scholars, and experts in judicial courts and criminal jurisprudence. Given the paramount importance of human life in Islamic law, this research holds substantial significance. The choice between transferring or not transferring the right of retaliation to spouses can lead to major changes in the forgiveness or punishment of offenders and, in some instances, expedite the processing of criminal cases. Article 351 of the Islamic Penal Code does not currently recognize such a right for spouses. In Imamiyyah jurisprudence, there is a claimed consensus on excluding spouses from inheriting the right of retaliation. However, contrary to Imamiyyah jurists, many Sunni scholars argue that spouses, like other heirs, should inherit the right of retaliation equally. This study employs a descriptive-analytical and comparative approach. It concludes that the primary basis for the Imamiyyah position is Sheikh Tūsī's consensus, which is deemed unreliable due to the inherent weakness of transmitted consensus. Additionally, arguments such as the healing of the guardian's heart (tashaffī walī al-dam) are found to be insufficiently substantiated. Considering the rule of "retaliation is bound to blood money" (al-qisās malzūm al-diyah), the absence of explicit narrations excluding spouses, and linguistic evidence, the research adheres to general principles and concludes that the exclusion of spouses from the right of retaliation is unfounded. The study aims to propose an amendment to Article 351 of the Islamic Penal Code.

Keywords: Right, Retaliation (Qisās), Spouses, Islamic Denominations, Islamic Jurisprudence, Article 351 of the Islamic Penal Code.

**تحلیل انتقادی مادی ۳۵۱ قانون مجازات اسلامی
در انتقال حق قصاص به زوجین؛ مطالعه تطبیقی
فقه مذاهب اسلامی**

سیدمحمدعلی آقایی^{۱*}، سید رسول آقایی^۲، حسن
شکوری^۳

۱- طلبه سطح ۴ حوزه علمیه استان قم، قم، ایران.

۲- استادیار، گروه حقوق، جامعه المصطفی العالمیه، قم، ایران.

۳- استادیار، گروه فقه و تفسیر، جامعه المصطفی العالمیه، قم، ایران.

دریافت مقاله: ۱۴۰۳/۰۶/۲۲

پذیرش مقاله: ۱۴۰۳/۰۹/۱۶

چکیده

یکی از موضوعات مهم، در فقه و حقوق اسلامی که در محاکم قضایی و فقه جزایی، بسیار مورد توجه فقها، حقوق دانان و صاحب نظران قرار گرفته است، جایگاه زوجین در انتقال حق قصاص و کیفیت سهم آنها از این حق می باشد. با توجه به اهمیت فراوان مسئله نفس و جان در منظر شارع مقدس اسلام، تحقیق حاضر از اهمیت بالایی برخوردار بوده و علاوه بر این جایگاه، انتخاب هر یک از مبانی انتقال یا عدم انتقال حق قصاص به زوجین، موجب تغییرات عمده ای در عفو و یا مجازات مجرمین و در برخی موارد، منجر به تسریع رسیدگی به پرونده های جنایی می گردد. در ماده ۳۵۱ قانون مجازات اسلامی، چنین حقی برای زوجین لحاظ نشده است. از منظر فقه امامیه، ادعای اجماع بر استثنای زوجین از ارث بردن حق قصاص وجود دارد؛ اما برخلاف فقهای امامیه، بسیاری از علمای اهل سنت معتقدند زوجین همچون سایر ورثه حق قصاص را به طور مساوی به ارث می برند. پژوهش حاضر با رویکرد توصیفی-تحلیلی و تطبیقی، به این نتیجه رسیده است که اصلی ترین دلیل فقهای امامیه، اجماع شیخ طوسی می باشد که اجماع منقول به دلیل عدم برخورداری از استحکام کافی، مردود شمرده شده و ادله ای مانند تشفی ولی دم نیز غیرقابل استناد است؛ بنابراین با توجه به قاعده «لقصاص ملزوم الدیه» و سکوت روایات در قبال استثنای زوجین و مساعدت قول لغویان، به عمومات تمسک کرده و خروج زوجین از حق قصاص را منتفی دانسته است. هدف پژوهش حاضر، ارائه پیشنهادی برای اصلاح ماده ۳۵۱ قانون مجازات اسلامی می باشد.

واژگان کلیدی: حق، قصاص، زوجین، مذاهب اسلامی، فقه اسلامی، ماده ۳۵۱ قانون مجازات اسلامی.

مقدمه

یکی از مسائل مهم مبتلابه امروزه، مسئله ارث نبردن زوجین از حق قصاص یکدیگر در فقه امامیه و قانون مدنی است و این ادعا باید مستند به دلیل مستحکم و متقنی باشد که یارای مقابله با عموماً استحقاق حق قصاص برای ورثه و تخصیص زوجین را داشته باشد. برای پاسخ به این مسئله، ابتدا باید ماهیت قصاص معین گردد تا نحوه خروج زوجین از صاحبین حق قصاص مشخص گردد که آیا به نحو تخصیص می‌باشد یا تخصص. سپس حدود، ثغور و معنای دقیق ولی‌دم باید بررسی شود تا مشخص شود که آیا زوجین به‌عنوان اولی، تحت این عنوان ثابت می‌باشند یا خیر.

پر واضح است، توجه به اهمیت فراوان مسئله خون، در منظر شارع مقدس، موجب ارزشمندی تحقیق‌های از این دست و پژوهش حاضر می‌گردد و اتخاذ هر یک از مبانی انتقال یا عدم انتقال حق قصاص به زوجه یا زوجین، موجب تغییرات عمده‌ای در عفو و یا مجازات مجرمین و در بسیاری موارد، منجر به تسریع رسیدگی به پرونده‌های جنایی می‌شود.

طبق تحقیقات به‌عمل آمده، مقالاتی در حول موضوع حاضر نگاشته شده است؛ اما پژوهش‌های موجود تفاوت‌های قابل توجهی با نوشته حاضر دارند.

۱. مقاله «جستاری در روائی محرومیت زوجین از حق قصاص»، نوشته: مسجدرایی و فیض، سال ۱۳۹۸، فصلنامه پژوهش حقوق کیفری، نگارش مستدلی از منظر فقه و حقوق جمهوری اسلامی ایران بوده و جنبه تطبیقی ندارد. علاوه بر این نکته، دستیابی به برخی ادله و اقوال، مقاله حاضر را در رسیدن به نتیجه‌ای متفاوت از نگاشته فوق، یاری نموده است.

۲. مقاله «درنگی در محرومیت زوجین از حق قصاص»، نوشته کشاورز و ناصری مقدم، سال ۱۳۸۸، مجله فقه و اصول مشهد، با نگرشی تطبیقی سعی در نگارش عنوان مذکور داشته است؛ لکن در مقاله حاضر به مفاهیمی مانند ماهیت حق قصاص پرداخته شده است که به مواجهه بهتر با مسئله، به ما یاری می‌رساند. علاوه بر بررسی ماهیت حق قصاص، به اقوال فقها و لغویان با دقت و تمرکز بیشتری پرداخته شده و با تمسک به برخی ادله مانند القصاص ملزوم الدیه و امضایی بودن حق قصاص، راه را برای رسیدن به نتیجه‌ای متفاوت از نتایج موجود، هموار نموده است.

۳. مقاله «ولایة النساء للدم فی القصاص»، نوشته عبد الهادی بن ناصر المری، مجله قضاء، سال ۲۰۲۴م. نویسنده در یکی از بخش‌های مقاله به‌طور مختصر به استحقاق حق قصاص به زنان اشاره نموده و براساس مذهب خود، توارث حق قصاص را علاوه بر مردان، برای زنان نیز ثابت می‌داند.

۴. مقاله «استیفاء القصاص فی جنایة القتل العمد»، نوشته خلیفه عبد الباسط شاهین، ۲۰۰۸ م، مجله کلیة الدراسات الاسلامیه و العربیه للبنات بالاسکندریه که به نقل اقوال و ادله موجود در مسئله صاحبان حق قصاص اشاره نموده و این مسئله را بررسی و محق بودن زوجین را مفروغ‌ عنه لحاظ نموده است. در ادامه جهت تبیین بهتر موضوع، مفاهیم مورد اشاره در مقاله مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

۱. مفهوم‌شناسی

جهت بررسی دقیق مسئله و تعیین جایگاه مستحقین حق قصاص، لازم است در ابتدا مفهوم ولی‌دم را که عموم فقها از آن به‌عنوان وارث حق قصاص یاد کرده‌اند، مورد بررسی قرار دهیم.

۱-۱. ولی‌دم: فقها عنوان «ولی‌دم» را مستحق حق قصاص دانسته‌اند؛ لذا برای رفع ابهام، باید بررسی شود که اولاً، زوجین به‌عنوان ولی، تحت این عنوان قرار می‌گیرند یا خیر؟ ثانیاً، آیا رابطه ولی‌دم

در باب قصاص، با عنوان ولایت بر میراث رابطه تساوی دارد یا اخص می‌باشد؟

۱-۱-۱. ولی در لغت: لغویان، اطلاق ولی را بر کسی صحیح می‌دانند که لازم الاطاعه بوده و کفایت امور مولی‌علیه را به عهده دارد (زبیدی، ۱۴۱۴، ۴۰/۲۵۳؛ شرتونی، ۱۴۱۶، ۵/۸۷۰؛ فراهیدی، ۸/۳۶۵). برخی لغویان نیز، ولی را شخصی دانسته‌اند که متولی امور می‌شود، و عنوان ولی را بر زوج نیز اطلاق نموده‌اند (جوهری، ۱۴۰۷، ۶/۲۵۲۹).

۱-۱-۲. ولی‌دم در اصطلاح: عنوان ولی‌دم در منابع فقهی و روایی به‌طور مستقل، به‌صورت جامع و منطقی تعریف نشده است و فقها آن را براساس استنباط خویش تبیین نموده‌اند. در کتب فقهی، ولی با عناوینی مانند صاحب‌الحق، صاحب‌القصاص و ولی‌الدم مطرح شده و بیشتر به مصادیق آن اشاره شده است.

فقه‌های امامی قصاص را از طرفی مختص ولی می‌دانند و از عبارت «ولی القصاص» به‌وفور استفاده نموده‌اند (طوسی، ۱۳۸۷، ۶۵/۷؛ فاضل هندی، ۱۴۱۶، ۱۱/۱۷۶؛ ابن زهره، ۱۴۱۷، ۱/۴۰۶). از طرفی نیز وراثت «غیرزوجین» را صاحب حق قصاص دانسته‌اند (طوسی، ۱۳۸۷، ۵۴/۷ و ۱۷۸/۵؛ فاضل هندی، ۱۴۱۶، ۱۱/۱۴۸؛ حلی، ۱۳۷۴، ۲/۱۹۸؛ محقق حلی، ۱۴۰۸، ۴/۲۱۳؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳، ۱۳/۴۵؛ طبرسی، ۱/۴۸۰؛ صیمری، ۴/۴۰۱ و ۳/۱۴۵؛ ابن ادریس، ۱۳/۱۷). برخی نیز، ولی‌دم را همان مستحقین حق قصاص دانسته‌اند (سرور، ۱۴۲۹، ۱/۲۶۳).

اکثر علمای اهل سنت نیز، ولی‌دم را همان ورثه بیان نموده‌اند (ماوردی، ۱۴۱۹ق، ۱۲/۱۰۰؛ ابن رشد، ۱۴۲۵، ۴/۱۸۵؛ ابن الهمام الحنفی، ۱۳۸۹، ۱۰/۲۴۱؛ ابن قدامه، ۸/۳۵۳؛ العینی، ۱۳/۱۲۲؛ ملا خسرو، ۲/۹۴).

در برخی روایات نیز، اولیای میت، به آخذین دیه تعریف شده‌اند و از آنجا که زوجین نیز جزو آخذین دیه می‌باشند، استثنایی از آن نشده است (کلینی، ۱۳۶۳، ۷/۱۴۰)؛ اما فقها در تعریف ولی‌دم، وراثت را اولیای مقتول دانسته‌اند؛ لکن با استثنای زوجین، ولی را منحصر در وراثت غیرزوجین کرده‌اند. براساس مبنای مشهور فقهای امامیه و اهل سنت، حق قصاص به‌طور جداگانه جعل نشده و مستحقین آن همان ورثه هستند، مگر آنکه دلیل معتبری برای استثنای زوجین ارائه شود که در ادامه بررسی خواهد شد.

۱-۲. قصاص: پس از بررسی مفهوم ولی‌دم، لازم است مفهوم قصاص نیز بررسی شود تا حدود، مصادیق و مستحقین آن مشخص گردد.

۱-۲-۱. قصاص در لغت: لغویان، قصاص را از ریشه «قَصَّ یَقِصُّ» به معنای پیگیری اثر چیزی دانسته‌اند (ابن منظور، ۷/۷۵). این معنا در قرآن نیز آمده است «وَقَالَتْ لِأَخْتِهِ قُصِیْهِ» (القصص / ۱۱) «و مادر موسی به خواهرش گفت: به‌دنبال موسی برو!»؛ بر این اساس، قصاص به مقابله به مثل در جنایات، از جمله قطع عضو، جراحت یا مرگ تفسیر شده است (زبیدی، ۱۴۱۴، ۹/۳۳۸؛ ابن منظور، ۷/۷۵).

۱-۲-۲. قصاص در اصطلاح: فقها قصاص را اجرای عین جنایت بر جانی می‌دانند (نجفی، ۴۲/۷؛ شاهروی، ۱۳۸۲، ۶/۵۹۷).

۲. دیدگاه و آرای موافقان و مخالفان انتقال حق قصاص به زوجین

در ادامه مبحث به بیان دیدگاه مخالفان و موافقان انتقال حق قصاص به زوجین و بررسی ادله آنها پرداخته خواهد شد.

۲-۱. دیدگاه فقهای امامیه:

همان‌طور که در مباحث قبل گفته شد، فقهای امامیه از مخالفان انتقال قصاص به زوجین هستند که در ادامه اقوال و ادله ایشان مورد بررسی قرار خواهد گرفت:

۲-۱-۱. استناد به اقوال فقها:

در این‌که عناوین مستثنای از حق قصاص، کلاله امی یا مطلق نساء و زوجین می‌باشد، میان فقهای امامیه اختلاف وجود دارد: برخی فقها معتقدند که حق قصاص به کلاله امی نمی‌رسد و اصلاً اشاره‌ای به زوجین نمی‌نمایند. بنابراین می‌توان این عدم اشاره و تخصیص زوجین را با لحاظ ادله و عموماً دیگر، مویدی بر عدم استثنای ایشان دانست (حلی، ۳۸۹؛ طوسی، ۱۳۸۷، ۵/۱۷۹).

برخی دیگر قائلند که حق قصاص به مطلق وراث غیر از زوجین می‌رسد (طوسی، ۱۳۸۷، ۷/۵۴ و ۱۳۸۷، ۵/۱۷۸ و، ص ۱۷۸ و ۱۴۰۰، ۷۳۵؛ فاضل هندی، ۱۴۱۶، ۱۱/۱۴۸؛ حلی، ۱۳۷۴، ۹/۲۹۶؛ حلی، ۱۴۰۸، ۴/۲۱۳؛ طبرسی، ۱۴۰۲، ۱/۴۸۰؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳، ۱۳/۴۵؛ صیمری، ۱۴۲۰، ۴/۴۰۱ و ۳/۱۴۵؛ حلی، ۱۳۸۷، ۱۳/۱۷).

ابوالصلاح حلبی می‌گوید: ولی قصاص، غیر کلاله امی می‌باشد و هر آنکه در ارث بردن اولویت داشته باشد، در استحقاق حق قصاص نیز اولویت دارد (حلی، ۳۸۹).

اکثر فقها، دلیلی را که به‌عنوان مستند فتوای عدم استحقاق زوجین از حق قصاص مطرح کرده‌اند، مبتنی بر ادعای اجماعی است که شیخ طوسی آن را نقل نموده و گفته: «قول اکثر فقها بر این است که ارث بردن حق قصاص، مانند ارث بردن دیه از میراث می‌باشد. پس قصاص را کسی به ارث می‌برد که از دیه و مال نیز ارث می‌برد؛ اما گروهی گفته‌اند که این حق به عصبات ذکور می‌رسد؛ اما قول اول اقوی است. گرچه برخی از قوم قائل به نظریه دوم شده‌اند؛ اما در این‌که زوجین هیچ حقی در قصاص ندارند، اجماع وجود دارد» (طوسی، ۱۳۸۷، ۷/۵۴).

طبرسی که از معاصرین شیخ طوسی است زوجین را استثنا کرده است؛ اما ادعای اجماع یا شهرتی در این‌باره مطرح نمی‌کند (طبرسی، ۱۴۰۲، ۲/۳۱۸). این عدم ادعای اجماع، خود می‌تواند با درنظر گرفتن باقی ادله، مویدی بر عدم اجماع و خدشه‌دار شدن اجماع منقول شیخ شود.

آن دسته از فقهای که عصابات ذکور را مستحقین قصاص لحاظ نموده‌اند باید توجه داشته باشند که علی‌الاشهر آباء و ابناء خارج از عصبه می‌باشند (کاشانی، ۱۳۹۵، ۸۵۶/۱). و طبق این قول، ابناء و آباء حظی از حق قصاص نخواهند برد.

برخی از فقها، ضمن اذعان به عدم ارث بری زوجین از حق قصاص، گفته‌اند: حق عفو برای مطلق وراث متصور است، چه مذکر باشند چه مونث (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ۱۵ / ۲۲۸).

شهید ثانی با تضعیف روایات «لیس للنساء عفو و لا قود» بر این مبنا قائل شده که حق عفو بر عموم وراث قابل تصور می‌باشد و همه آن‌ها دارای حق عفو می‌باشند چه آن‌ها که قصاص را ارث می‌برند و چه آن‌ها که ارثی از آن نمی‌برند.

در پاسخ به قول شهید ثانی باید گفت که: اولاً؛ در رابطه با ضعف قول به تضعیف روایت، مفصل در بخش روایات به آن پرداخته خواهد شد. ثانیاً؛ سوالی که مطرح می‌شود این است که چگونه زوجین جزو کسانی قرار داده می‌شوند که حق قود ندارند؛ اما حق عفو برای آنان صادق است؟ شخص فاقد حق قصاص، حق گذشت از آن‌را هم ندارد؛ چراکه حقی برایش متصور نشده که شخص بخواهد از آن گذشت کند. مگر می‌تواند شخص فاقد الشيء معطی آن باشد؟ در توجیه کلام شهید می‌توان این‌گونه استدلال نمود که عفو، نزد شارع از اهمیت بالایی برخوردار است و ممکن است میل شارع به عدم اقتصاص و قتل، بیشتر باشد؛ لذا حق عفو را برای مطلق وراث قرار داده است و حق قصاص را مختص به افراد خاصی از وراث جعل نموده است. به هر حال اگر چنین برداشتی هم بتوان نمود، کلام ایشان جای تأمل دارد؛ چراکه اولاً؛ این مسئله نیازمند دلیل متقن می‌باشد که با بررسی و تتبع، دلیلی بر این مسئله یافته نشد. ثانیاً؛ لسان شارع در موارد عرض و دم جدیت دارد و در جایگاه‌های متعدد، نفس قصاص را حیات دانسته است، چگونه می‌توان در برخی موارد اجرای آن‌را رها و عفو را مقدم بر آن نماید.

اگر هم به روایاتی استناد شود که مستفاد از آن «العفو لکل ذی سهم جائز» (کلینی ۱۳۶۳، ۷ / ۳۵۷) می‌باشد، باز هم بعید است بتوان رابطه موجود میان حق قصاص و عفو را سلب نمود؛ چراکه روایات در این مورد مطلق‌اند و ظهوری در استثنای برخی صاحبین حق عفو از حق قصاص را ندارند. همان‌گونه که در بررسی روایات به آن اشاره خواهد شد.

از ابن ابی لیلی، به عنوان متقدم ترین قول و استدلال نسبت به این مسئله نقل شده است که زوجین مستثنای از حق قصاص می باشند، با استناد به این که اولاً: زوجیت با وفات زائل می شود و ثانیاً: قصاص برای تشفی است و تشفی بعد زوال زوجیت معنا ندارد (طوسی، ۱۳۸۷، ۵/۱۷۹؛ الشافعی، ۷/۱۵۷).

۲-۱-۲. اجماع: یکی از مهم ترین ادله مورد استناد این گروه، ادعای اجماعی است که شیخ طوسی آن را بیان کرده و گفته: «الزوج و الزوجة یرثان من الدیة، و کل من یرث الدیة، یرث القصاص إلا الزوج و الزوجة، فإنه لیس لهما من القصاص شیء علی حال ... دلیلنا إجماع الفرقة» (طوسی، ۱۳۸۷، ۵/۱۷۹). اجماع مذکور تنها دلیل اصلی و اساسی ای است که فائزین به عدم ارث بری حق قصاص برای زوجین به آن استناد نموده اند که با توجه به دلایل زیر قابل نقد و بررسی است:

یکم) حجیت اجماع منقول غیر متواتر مورد خدشه است (خمینی، ۱۴۲۳، ۲/۴۲۳؛ فیاض حسین، ۱۴۲۸، ۲/۲۸۸؛ انصاری، ۱۴۱۶، ۱/۷۷؛ خراسانی، ۱۴۰۹، ۲۸۹). شیخ انصاری می فرماید: برخی گمان می کنند ادله حجیت خبر واحد، حجیت اجماع منقول به خبر واحد را هم شامل می شود، لکن ملازمه ای بین این دو نیست؛ چرا که اولاً: ادله حجیت خبر واحد شامل موارد اخبار حسی می شود نه اخبار حدسی. مگر این که بگوییم مراد روایات حجیت خبر واحد، کشف حکم صادر از معصوم است حال چه حدسی باشد چه حسی. بر فرض صحت این حرف، شهرت فتوائیه، فتوای فقیه و تمامی ظنونی که صادر از معصوم باشند نیز حجت خواهد بود، در حالی که این گونه نیست. ادله حجیت خبر واحد شامل حجیت اجماع منقول نمی شود؛ چرا که اجماع عملی، دلیل لبی است و به قدر متیقن اخذ می شود که متیقن آن اجماع حسی می باشد و روایات و آیات هم منصرف به اخبار حسی می باشند. برای مثال در آیه نبأ، تفصیل بین فاسق و عادل از این جهت است که فاسق تعمداً بر کذب نداشته باشد که این نکته تنها در اخبار حسی معنا پیدا می کند نه حدسی؛ چرا که در اخبار حدسی فاسق و عادل مشترکند. لازم به ذکر است که شیخ طوسی فقط قائل به اجماع لطفی بوده است (انصاری، ۱۴۱۶، ۱/۸۳). امام خمینی، اجماع منقول را فقط نسبت به شخص کاشف آن، حجت می داند و از آن جا که دلیلی بر حجیت منکشف نداریم و اخبار نیز غیر محسوس می باشد، حجیت آن را محل خدشه می داند (خمینی، ۱۴۲۳، ۲/۴۲۳).

دوم) بر فرض این که اجماع منقول را بپذیریم و ادعای اجماع شیخ را بدون خلل ارزیابی نماییم، باز هم این ادعای اجماع، ما را بی نیاز از رجوع و بررسی ادله نمی نماید؛ چرا که ادعای بزرگانی همچون سید

مرتضی و شیخ طوسی و ابن زهره، گاه از باب اجماع بر صغریاتی است که کبرای آن متسالم و پذیرفته می‌باشد، که ما را از رجوع به ادله و اخذ به مقتضای اولی ادله، بی‌نیاز نمی‌کند (شبیری زنجانی، ۹/ ۳۱۴۷).

تسلم کبریات از حیث اجماع بر صغریات بدین‌گونه است که فقیهی یک حکم فقهی را اجماعی می‌داند و به تبع آن کبریات را نیز اجماعی لحاظ می‌کند. برای مثال اختصاص حق قصاص به ولی دم را اجماعی می‌داند و به تبع آن خروج زوجین از اولیاء دم را نیز اجماعی لحاظ می‌نماید، و یا در موردی که قاضی به علت فسق شهود دچار خطا شود، از طرفی خطا مستند به تقصیر قاضی نمی‌باشد بنابراین مدیون نمی‌باشد، پس می‌توان حکم به استیفای خطای قاضی از بیت المال نمود؛ اما برخی فقها حکم به اجماع در این مسئله و استیفای از بیت المال داده‌اند.

شبیری زنجانی نیز گفته: «اجماعات مرحوم‌شیخ را بزرگان قبول ندارند، شهیدثانی در رساله‌ای، هفتاد مورد از مواردی را که مرحوم شیخ در آن‌ها ادعای اجماع کرده است و در عین حال، خودش بر خلاف آن فتوا داده است، جمع آوری نموده است و لذا این اجماعات برای کسی که مقداری فحص نماید، حتی ظن آور هم نیست، تا چه رسد که اطمینان آور باشد» (۷۶۹۳/۲۵).

سبحانی، فتاوی شیخ طوسی در برخی کتب را مملو از اجماعاتی دانسته که فاقد سند اجماع می‌باشند. مثلاً در موردی که دو نفر فاسق شهادت داده‌اند که زید قاتل است و قاضی هم زید قاتل را قصاص کرده است، سپس مشخص می‌شود که آن دو نفر که شهادت داده‌اند، فاسق بوده‌اند، شیخ طوسی در این مورد فتوا داده، که دیه از بیت المال پرداخت شود و این را هم اجماعی ذکر کرده است و مستند اجماع را نیز، روایت «أَنَّ مَا أَخْطَأَتِ الْقَضَاءُ فِي دَمٍ أَوْ قَطَعَ فَهُوَ عَلَى بَيْتِ مَالِ الْمُسْلِمِينَ» ذکر نموده و از آن‌جا که همه این روایت را قبول دارند، ادعای اجماع مطرح نموده است (سبحانی، ۱۴۳۲، ۳/ ۲۰۴؛ طوسی، ۱۴۰۷، ۶/ ۲۲۸).

سوم)، اشکال دیگری که به ادعای اجماع مرحوم شیخ وارد می‌شود این است که ایشان در الخلاف، زوجه را از حق قصاص مستثنی می‌دانند؛ اما اشاره‌ای به زوج نکرده و می‌فرماید اولیای مقتول غیرزوجه از حق قصاص بهره می‌برند (طوسی، ۱۴۰۷، ۵/ ۱۵۳). با این بیان، اگر اجماعی نیز در کار بوده باشد، اگر اشاره به اجماع را هم لازم ندانیم، الفتای متناسب با آن اجماع لازم می‌باشد و الا همین فتوا ناقض ادعای اجماع لحاظ می‌شود.

چهارم) عدم ادعای اجماع از جانب فقهای متقدم و هم‌عصر مرحوم شیخ از یک طرف، و عدم استثنای زوجین از طرف دیگر، می‌تواند مؤیدی بر عدم لزوم اعتماد به ادعای اجماع ایشان، و اهتمام در بررسی ادله و اصول موجود در مسئله دانست.

۲-۱-۳. تشفی ولی دم:

برخی فقها مانند شهید ثانی، فاضل مقداد و منقول از ابن ابی لیلی به‌عنوان یکی از ادله ثبوت حق قصاص، به تشفی استناد نموده‌اند؛ چراکه ملاک اصلی در تشفی، نسب است و میان زوجین، نسبی برقرار نیست تا تشفی بتواند مطرح شود؛ لذا حق قصاص میان ایشان منتفی می‌باشد. (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ۱۳/۳۵؛ فاضل مقداد، ۱۴۰۴، ۴/۴۴۵؛ طوسی، ۱۳۸۷، ۵/۱۷۹؛ الشافعی، ۱۴۱۰، ۱۵۷/۷). علاوه بر اینها موارد زیر نیز قابل بررسی است:

یکم) ابن ابی لیلی اولین کسی است که زوجین را به‌دلیل عدم وجود تشفی، از حق قصاص، مستثنا دانسته است. آنچه قابل تأمل می‌باشد این است که در فرض وجود اجماع، ذکر اجماع به‌عنوان دلیل، عقلایی‌تر و خدشه‌ناپذیرتر می‌باشد تا ذکر ادله‌ای مانند تشفی، که مبنایی بر آن در روایات وجود ندارد؛ لذا این نکته نیز در کنار دیگر ادله، می‌تواند مؤیدی بر عدم اجماع لحاظ شود.

دوم) علت قصاص صرفاً برای تشفی نیست و ممکن است هزاران حکمت و علل مختلف داشته باشد که یکی از آن‌ها تشفی باشد، به‌عنوان مثال یکی از آن‌ها جلوگیری از فراگیری جرم و جنایت و ... می‌باشد. همان‌گونه که خداوند متعال در قرآن کریم نیز به حیات بودن قصاص اشاره می‌نماید که وجه حیات بودن آن منحصر در زندگی حیوانی نشده و منظور آن حیات متعالی بشری و معنوی جامعه می‌باشد (عبداللهی، کرامتی معز، ۱۳۹۸، ۴۴-۴۵). با توجه به این موارد، نمی‌توان وجه استحقاق حق قصاص را منحصر در تشفی دانست و با عدم تشفی، عدم استحقاق را نتیجه گرفت و دلیلی نیز بر این مسئله نیافتیم. سوم) زوال زوجیت بعد از مرگ ثابت نمی‌باشد (سبحانی، ۱۴۱۵، ۷۹). در برخی موارد مانند امکان نکاح با زوجه چهارم، زوجیت میت، منقطع لحاظ می‌شود، لکن در بعضی مصادیق زوال زوجیت محل اشکال است؛ چراکه اگر قائل به زوال زوجیت شویم، از آن‌جا که محرمیت با زوجیت حاصل می‌شود، محرمیت با میت باید از بین برود حال آنکه هیچ‌یک از فقها چنین فتوایی صادر نکرده‌اند و حکم به جواز غسل زوجه میت داده‌اند. علاوه بر این نکته، در فرض زوال زوجیت، در فرض دخول به زوجه میت، فقها باید

حکمی فراتر از تعزیر قرار می‌دادند، حال آنکه چنین فتوایی صادر نکرده‌اند؛ لذا آنچه ثابت می‌باشد این است که برخی لوازم زوجیت، پس از مرگ هم باقی می‌ماند و نمی‌توان حکم نمود که تمامی آثار زوجیت، بعد از مرگ از بین می‌رود. علاوه بر موارد فوق، در فرض شک در صدق عنوان زوجیت، استصحاب این عناوین جاری می‌باشد.

چهارم)، این‌که فرموده‌اند نسبی در زوجیت وجود ندارد، پس حق قصاص نیز وجود ندارد، صحیح نمی‌باشد؛ چراکه کبرای کلام، ثابت نیست و دلیلی وجود ندارد که حق قصاص، مختص به ذوی الانساب می‌باشد و ذوی الانساب حقی از آن نمی‌برند. مؤید بر این مطلب نیز مشی عموم فقهاست؛ چراکه اگر چنین دلیلی در دست بود، بی‌نیاز از تفحص و استناد به دلیلی همچون اجماع منقول برای حکم این مسئله بودیم.

پنجم) مستند کلام این ابی لیلی، دلیلی است که یا باید برآمده از روایات باشد یا برآمده از مرتکرات عرفی یا شرعی و آن زوال زوجیت می‌باشد؛ لذا اگر در روایات دلیل وجود نداشته باشد که این ادله را توجیه نمایند، همین دلیل مؤیدی بر عرفی و امضایی بودن این گونه از قوانین و احکام خواهد بود.

۴-۱-۲. ماهیت حق قصاص و مستحقین آن:

برخی از فقها و مفسرین معتقدند که حق قصاص، حقی است که برای خود مقتول جعل شده است و پس از موت او به مثابه سایر اموال، به باقی ورثه به ارث می‌رسد (طوسی، ۱۳۸۷، ۵۴/۷؛ خویی، ۱۴۰۷، ۲/۱۳۱؛ الشافعی، ۱۴۱۰، ۶/۱۳ و ۱۴۱۲، ۱/۲۸۰؛ طبرانی، ۲۰۰۸، ۴/۱۱۰؛ ابن ابی‌جامع، ۱۴۱۳، ۲/۶۳۴؛ ماتریدی، ۱۴۲۶، ۳/۱۵۳).

براساس این قول، عمومات ادله ارث در حق قصاص نیز جریان پیدا می‌کند. پس طبق این مبنا دخول زوجین تحت عمومات ارث ثابت است و برای خروج ایشان نیاز به ادله متقن و مبین وجود دارد. برخی دیگر از علما قائل به این هستند که حق قصاص جعل جداگانه‌ای دارد و ارتباطی به مسئله ارث ندارد. به این صورت که گفته‌اند: حق به نحو استقلالی لحاظ شده است و عفو یا قصاص هر یک از اولیای دم بر حق دیگری تأثیری ندارد (طباطبایی، ۱۳۹۰، ۱۳/۹۰؛ خمینی، ۱۳۹۲، ۵/۴۰۶؛ مدنی کاشانی، ۱۴۱۰، ۱۶۱). مدنی کاشانی در این باره گفته: «حق قصاص مجعول به جعل ثانوی برای وراثت می‌باشد. بنابراین، خروج زوجین از تحت این عنوان به شکل تخصص می‌باشد نه تخصیص؛ چراکه می‌دانیم از طرفی اطلاق اولیاء، زوجین را شامل نمی‌شود؛ چراکه منظور از ولی در آیه شریفه کسی است که ولایت

در امور بعد از مرگ دارد نه در زمان حیات. عدم ولایت زوجه بر زوج که در زمان حیات و ممات واضح است؛ اما عدم ولایت زوج هم به این بیان است که زوج اگر چه در زمان حیات زوجه ولی او می‌باشد لکن، این ولایت با مرگ زایل می‌شود؛ چراکه بعد از او ازدواج می‌کند و الفت بین آنها از بین می‌رود. از طرفی هم ولایت مقدمه بر سلطنت است همان‌گونه که در آیه مقدم ذکر شده است. پس زوجین تخصصاً از بحث خارجند و نیازی به وجود مخصص نمی‌باشد، همان‌طور که در منابع، مخصصی برای آن ذکر نشده است» (۱۴۱۰، ۱۶۱-۱۶۲).

براساس قول دوم، حق قصاص جعل جداگانه داشته و زوجین، تخصصاً از این حق خارج هستند و نیازی به فحص از دلیل خاص و معتبر نیست. این قول به شیوه زیر قابل نقد و بررسی است:

توضیح مطلب فوق این‌که حق قصاص، تحت عمومات ادله ارث قرار ندارد تا مستحقین آن را با مستحقین ارث یکسان دانسته شوند، بلکه جعل ثانویه‌ای ورای جعل ارث دارد. پس مستحقین آن هم نیاز به جعل جداگانه دارند. و به صورت زیر قابل نقد و بررسی است:

اولاً: معنایی که از ولایت ذکر کرده‌اند، و زوجین را از آن خارج نموده‌اند، ثابت نیست. بر فرض هم که ولایت تخصیص بخورد به ولایت بعد از مرگ، باید ثابت شود که ولایت بعد از مرگ برای زوج وجود ندارد تا بتوان چنین نتیجه‌ای را اتخاذ کرد.

ثانیاً: برای عدم ولایت زوج، به موت و از بین رفتن الفت و جواز تزویج استدلال شده است، که ولایت و الفت و جواز تزویج ارتباطی با هم ندارند و تزویج بعدی زوج هم دخلی به ولایت زوج وارد نمی‌کند، همان‌گونه که در حیات بر فرض عدم الفت و تزویج، ولایت زوج از بین نمی‌رود.

ثالثاً: برای اثبات مدعا، دو مقدمه را باید ثابت نمود. الف) جعل حق قصاص به‌عنوان ثانوی می‌باشد. ب) عنوان سلطنت مخصص موضوع حکم قصاص می‌باشد.

چنانچه با وجود همه آنچه بیان شد، مقدمه اول را بپذیریم، پذیرش مقدمه دوم کمی دشوار خواهد بود؛ چراکه اولاً: متعلق سلطنت قتل و موضوع آن ولی می‌باشد. یعنی للولی سلطنة فی القتل، پس سلطه ولی در قتل است و ظهور آیه این است که موضوع حکم در آیه شریفه، مطلق اولیاء می‌باشد که معنای آیه این چنین می‌شود «خداوند تشریعاً حقی برای ولی قرار داده است و ولی نباید در قتل اسراف کند». پس سلطنت لزوماً مخصص موضوع نمی‌باشد؛ چراکه تعلق سلطنت به نسبت به قتل است نه تخصیص وراث.

ادامه آیه هم که خداوند می‌فرماید: «فَلَا يُسْرِفُ فِي الْقَتْلِ» (الاسراء/۳۳) موید این است که تعلق سلطنت برای تخصیص یا تخصص ولی نمی‌باشد.

به بیان دیگر بر فرض اثبات جعل ثانوی بودن این حق، دلیلی وجود ندارد که مستحقین این حق، غیر مستحقین ارث باشند.

در این شکی نیست که شرط لازم جریان سلطنت، ولایت می‌باشد. همان‌طور که برخی به آن اشاره کرده‌اند (صدر، ۹/۳۲۹)؛ اما این دلیل نمی‌شود که زوج را از عنوان ولی خارج کنیم. بلکه صرف خروج یک عنوان مثلاً زوجه هم برای عدم بی‌فایده بودن قید سلطنت، کافی می‌باشد.

براساس آنچه گفته شد جعل حق را، چه به شکل اولی بگیریم چه ثانوی، مستحقین حق قصاص، همان اولیاء یا به بیان دیگر وراث می‌باشند. همان‌گونه که قریب به اتفاق فقهای متقدمین به آن متذکر شده‌اند. علاوه بر این مسئله همه فقها در بحث اولیای مقتول معتقدند که زوجین داخل در وراث هستند. در تعریف ولی هم گفته‌اند: ولی همان وراث اند غیر زوجین. یعنی زوجین را استثنا می‌کنند. و مستثنی جزو مستثنی‌منه است. یعنی زوجین تحت عنوان ولی قرار می‌گیرند؛ اما با استثنا خارج می‌شوند. پس طبق مبنای مشهور فقها ماهیت حق قصاص، جعل جداگانه‌ای نیست. خود همین قول هم می‌تواند مؤید باشد بر این‌که نحوه جعل حق قصاص، بر فرض اگر هم ثانوی باشد، دلیلی بر تفاوت در مستحقین آن به‌دست فقها نرسیده است که این‌گونه بحث نموده‌اند.

۲-۱-۵- استناد به روایات:

یکم) أَحْمَدُ بْنُ مُحَمَّدٍ الْكُوفِيُّ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ أَحْمَدَ النَّهْدِيِّ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْوَلِيدِ عَنْ أَبِي عَنِ الْعَبَّاسِ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (ع) قَالَ: لَيْسَ لِلنِّسَاءِ عَفْوٌ وَلَا قَوْدٌ (کلینی، ۱۳۶۳، ۷/۳۵۷؛ طوسی، ۱۴۰۷، ۴/۲۶۲). در این روایت که در کافی و استبصار آمده است، امام صادق حق عفو و قصاص را از نساء استثنا کرده‌اند و ایشان را دارای چنین حقی نمی‌دانند. علی‌الظاهر مراد از نساء، در روایت فوق مطلق نساء نمی‌باشند؛ چراکه برخی از نساء مانند دختر از قصاص ارث می‌برند. بنابراین مراد از نساء، همان کلاله‌امی می‌باشد که در مقابل عصبه ذکور قرار می‌گیرند؛ اما آنچه قابل تأمل است این است که صاحبین حق قود و قصاص مطلق وراث هستند و جایی برای سوال از عصبه ذکور یا کلاله‌امی باقی نمی‌ماند، لذا برخی از بزرگان در عمل به این روایت، تعلل کرده و آن‌را ضعیف دانسته‌اند (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ۱۵/۲۲۸). علی‌ای‌حال، روایت نسبت به زوجین مسکوت می‌باشد.

عامل ضعیف شمردن روایت، وجود شخص محمد بن احمد حمدان القلانسی مشهور به محمد بن احمد النهدی می‌باشد که تنها در رجال منسوب به ابن غضائری تضعیف شده است (ابن غضائری، ۱۳۸۰، ۹۶) و علامه به توقف در آن حکم داده است؛ اما در کشی به نقل از نضر، او را مورد وثوق دانسته‌اند (حلی، ۱۴۰۲، ۱۵۲). مرحوم خوئی نیز به تضعیفات موجود درباره این شخص پاسخ داده و ایشان را توثیق نموده‌اند (خوئی، ۱۴۱۳، ۳۴۴/۱۵).

۲-۲-۲.

دوم) عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ أَحْمَدَ بْنِ يَحْيَى عَنْ إِبْرَاهِيمَ بْنِ هَاشِمٍ عَنِ النَّوْفَلِيِّ عَنِ السَّكُونِيِّ عَنْ جَعْفَرٍ عَنْ أَبِيهِ: أَنَّ عَلِيًّا كَانَ لَا يُورَثُ الْمَرْأَةَ مِنْ دِيَةِ زَوْجِهَا شَيْئًا وَلَا يُورَثُ الرَّجُلَ مِنْ دِيَةِ امْرَأَتِهِ شَيْئًا وَلَا الْإِخْوَةَ مِنَ الْأُمِّ مِنَ الدِّيَةِ شَيْئًا (طوسی، ۱۳۶۵، ۹ / ۳۸۰).

در سند روایت فوق، اسماعیل بن ابی زیاد ملقب به سکونی وجود دارد که از اهل سنت بوده و برخی از فقها او را تضعیف نموده‌اند. گرچه بسیاری نیز او را توثیق نموده و به روایاتش عمل کرده‌اند (خوئی، ۱۳۷۲، ۴ / ۲۳).

مستفاد از روایت فوق، عدم ارث بردن زوجین از دیه می‌باشد و از آن‌جا که مخالف با روایات صریح دیگری می‌باشد که استحقاق دیه را برای زوجین ثابت دانسته و فقها نیز طبق آن فتوا داده‌اند، روایت مذکور یا حمل بر تقیه می‌شود یا حمل می‌شود به صورتی که یکی از آن‌ها قاتل دیگری می‌باشد (حر عاملی، ۱۴۱۶، ۲۶ / ۳۹).

آنچه توجه به آن لازم است این است که عموم علمای اهل سنت، زوجین و نساء را صاحب حق قصاص و دیه می‌دانند، پس این وجه که روایت در فرض تقیه مطرح شده باشد، خیلی محتمل نیست و فرضی که یکی از ایشان قاتل و دیگری مقتول بوده است، سازگاری بیشتری دارد.

۳-۲-۲.

سوم) عَلِيُّ بْنُ الْحُسَيْنِ بْنِ فَضَالٍ عَنْ عَبَّاسِ بْنِ عَامِرٍ عَنْ دَاوُدَ بْنِ الْحُصَيْنِ عَنْ أَبِي الْعَبَّاسِ فَضْلِ الْبِقَابِ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع قَالَ: قُلْتُ لَهُ هَلْ لِلنِّسَاءِ قَوْدٌ أَوْ عَفْوٌ؟ قَالَ: لَا وَ ذَلِكَ لِلْعَصَبَةِ (طوسی، ۱۴۰۷، ۹ / ۳۹۷). در روایت فوق نیز مانند روایت اول، نساء از حق قصاص محروم شده‌اند و از آن‌جا که نساء مقابل عصبه ذکور واقع شده است، مراد از نساء را کلاله امی لحاظ می‌نماییم. این خبر موثق می‌باشد و مجلسی این

روایت را توثیق نموده است (مجلسی، ۱۴۰۶، ۱۵/۴۴۳ و ۱۴۰۴، ۲۴/۱۸۰). در روایت فوق تصریح شده است به این که حق قصاص مختص به عصبه می باشد. اکثر فقهای امامیه، حق قصاص را مختص عصبات ذکور ندانسته و مطلق وراث را مستحقین حق قصاص دانسته اند و روایات عصبه را حمل بر تقیه یا ... کرده و از آن اعراض نموده اند (طوسی، ۱۳۸۷، ۷/۵۴).

چهارم) در برخی روایات نیز استحقاق دیه از کلاله نفی شده و صرفاً ایشان را فاقد چنین حقی دانسته اند. از آن جا که دیه به صاحبان حق قصاص می رسد، به تصریح تمامی روایات، کلاله امی از استحقاق حق قصاص محروم می باشند (کلینی، ۱۳۶۳، ۷/۱۳۹ و ۱۴۰). لذا عموم روایات موجود در این باب، در مقام بیان نفی کلاله امی می باشد و مراد از نساء نیز که در روایت اول و سوم نیز آمده است، همین کلاله امی می باشد. بنابراین هیچ گونه اشاره ای ردا یا اثباتا به زوجین نشده و در قبال ایشان، روایات مسکوت می باشند.

۲-۱-۶. وابستگی قصاص به دیه:

فقهائ گفته اند که استحقاق قصاص ملزوم استحقاق دیه است (شهید اول، ۱۴۳۰، ۱۴/۶۲۰؛ بحرالعلوم، ۱۳۶۲، ۴/۲۵۸). به بیان دیگر، حق قصاص و دیه رابطه تساوی با هم دارند و مستحقین آن هم به حکم اولی یکی هستند مگر این که دلیل خاصی دلالت بر تخصیص کند. پس از آن جا که حق قصاص و دیه لازم و ملزوم هم هستند، فقدان یکی، موجب فقدان دیگری می شود. حال آنکه عموم فقها فتوا دارند بر این که زوجین دیه را به ارث می برند (طوسی، ۱۳۸۷، ۷/۵۴؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳، ۱۳/۴۵؛ حلی، ۱۳۷۴، ۹/۲۹۶). با این وصف یا باید دلیل خاصی نسبت به تخصیص زوجین از حق قصاص یا جعل حق دیه بر ایشان داشته باشیم، یا باید نسبت به حق قصاص زوجین تجدیدنظر شود.

۲-۱-۷. امضایی بودن حق قصاص:

نائینی در تعریف احکام امضائیه می فرماید: امور امضائیه امور معتبره عرفیه ای است که به جهت عرف و عقلا موجودند که ملازم اثر عرفی عقلایی می باشد و وجود آن مبتنی بر وجود یا عدم شریعت نمی باشد (نائینی، ۱۳۷۶، ۴/۳۸۶). شاهرودی از جمله کسانی است که احکام کیفری را از امور امضایی دانسته و جایگاه ویژه ای برای عرف در این زمینه قائل شده است (هاشمی شاهرودی، ۱۳۸۲، ۳/۳۵۴). پس با این بیان، در فرض عدم وجود ادله متقن بر استثنای زوج از حق قصاص، می توان با توجه به امضایی

بودن احکام کیفری و با نگرش به عرف حاضر و مقتضیات آن، اعطای حق قصاص به زوج را بعید ندانست.

بنابراین براساس آنچه گفته شد مشخص گردید که لغویان زوج را در زیر مجموعه ولی دانسته‌اند اما زوجه را خیر. همچنین قول به اختصاص حق قصاص به زوجین هیچ قائلی ندارد، گرچه استثنای زوجه و بقای حق قصاص زوج را شیخ طوسی در خلاف قائل شده است. علاوه بر اینها روایات نسبت به زوجین مسکوت می‌باشند، و ادله‌ای که می‌توان برای اثبات حق قصاص برای زوجین، به آن‌ها تمسک نمود، قاعده القصاص ملزوم الدیه و سکوت روایات در قبال زوجین می‌باشد.

۲-۲. دیدگاه فقهای اهل سنت:

فقهای اهل سنت در بحث انتقال حق قصاص به زوجین دو دیدگاه دارند. جمهور فقهای اهل سنت از موافقان انتقال قصاص به زوجین هستند. به این صورت که شافعی، حنفیه و حنابله معتقدند که قصاص همچون دیه است و بدون هیچ‌گونه استثنائی به وراثت منتقل می‌گردد، چه رابطه سببی باشد و چه نسبی و چه آن‌ها مذکر باشند و چه مؤنث (شافعی، ۱۴۱۰، ۷/ ۱۵۷؛ ماوردی، ۱۴۱۹، ۱۲/ ۱۰۰؛ ابن رشد، ۱۴۲۵، ۴/ ۱۸۵؛ ابن الهمام الحنفی، ۱۳۸۹، ۱۰/ ۲۴۱؛ ابن قدامه، ۳۵۳/ ۸؛ العینی، ۱۳/ ۱۲۲؛ النووی، ۱۴۱۲، ۸/ ۳۲۶؛ الزحیلی، ۷/ ۵۶۷۹، شیرازی، ۳/ ۱۸۹). لکن آنچه از مبنای فقهی مالکیه به دست می‌آید این است که حق قصاص در زوج و زوجه معتبر نمی‌باشد و فقط در عصبه مطرح می‌شود (ابن رشد، ۱۴۲۵، ۴/ ۱۸۵؛ السرخسی، ۲۶/ ۱۵۷؛ العینی، ۱۳/ ۱۲۲؛ عمرانی، ۱۴۲۱، ۱۱/ ۳۹۷؛ ماوردی، ۱۴۱۹، ۱۲/ ۱۰۰). در ادامه اقوال و ادله ایشان این دو گروه مورد بررسی قرار خواهد گرفت:

۲-۲-۱. دیدگاه جمهور اهل سنت و موافقان انتقال حق قصاص

(۱) استناد به حدیث پیامبر (ص) است که گفته‌اند: «من ترک مالا او حقا فلورثته» (الکاسانی،

۱۴۰۶، ۵/ ۲۶۸). بنا بر روایت فوق، اموال و حقوق میت، از آن ورثه می‌باشد. و از آن‌جا

که حق قصاص هم از مصادیق حقوق میت می‌باشد، پس به مطلق وراثت می‌رسد.

(۲) «کتب إلى رسول الله (ص) أن أورث امرأة أشيم الضبابي، من دية زوجها (مالک بن انس، ۲/

۸۶۶؛ سرخسی، ۲۶/ ۱۵۷). طبق روایت مذکور، رسول الله همسر اشیم را جزو ورثه

محسوب کرده است و وراثت طبق عموم «من ترک مالا او حقا فلورثته» از ما ترک میت

سهم می‌برند. ما ترک نیز مطلق است و هم عین را شامل می‌شود و هم حق را (الشیرازی، ۱۸۹ / ۳).

۳) روایت: «ان علیا (ع) کان یقسم الدیة علی من أحرز المیراث» (السرخسی، ۱۵۷ / ۲۶). امام علی (ع)، دیه را بین وراث تقسیم می‌نمود.

۴) قال علی (ع): إذا أوصی الرجل بثلثة دخلت دیتة فی تلك الوصیة ولان بدل نفسه كسائر أمواله حتی یقضی منه دینه فیرث منه جمیع ورثته كسائر الاموال (السرخسی، ۱۵۷ / ۲۶). «امام علی (ع): اگر مردی ثلث مال خود را وصیت نماید، دیه او نیز در همان ثلث لحاظ می‌شود و مانند باقی دارایی او می‌باشد تا زمانی که بدهی خود را پردازد، پس همه ورثه او مانند بقیه اموالش، از آن ارث می‌برند». سرخسی با استناد به اطلاق این دو روایت و عدم تخصیص و اخراج بعضی افراد مانند زوجین، ارث بری زوجین از حق قصاص را ثابت می‌داند (السرخسی، ۱۵۷ / ۲۶).

۵) روایت یوسف عن ابیه عن ابی حنیفه عن حماد عن ابراهیم انه قال: «لکل وارث فی الدم نصیب» (القاضی، ۱۶۱/۱؛ الشیبانی، ۵۱۱/۴). «هر وارثی که از اموال ارث می‌برد در ارث بردن از سهم قصاص نیز حق دارد». طبق این روایت، همه وراث نسبت به خون مقتول، در یک منزلت و جایگاه هستند. یکی از مواردی که مشمول این روایت می‌شود حق قصاص زوجین است.

۶) روایت أبی شریح الکعبی که گفته: رسول الله (ص) فرموده‌اند: «ألا إنکم یا معشر خزاعة قتلتم هذا القتیل من هذیل، وإنی عاقله، فمن قتل له بعد مقاتلته هذه قتیل، فأهله بین خیرتین: أن یأخذوا العقل، أو یقتلوا» (ابوداود، بی تا، ۱۷۲/۴). «رسول خدا (ص) فرمود: «آگاه باشید، ای اهل خزاعه! شما این فرد از هذیل را کشتید و من دیه‌ی او را می‌پردازم. پس هرکس پس از سخن من، کسی را به قتل برساند، خانواده‌ی مقتول بین دو گزینه مخیرند: یا دیه را بپذیرند، یا قاتل را قصاص کنند». استدلال به روایت فوق، به این شکل است که لفظ «اهل» هم شامل مردان می‌شود و هم زنان. همان‌گونه که دیه متعلق به تمامی وراث می‌باشد، قود و قصاص هم ملحق به دیه می‌شود و متعلق به تمامی وراث می‌باشد (العمرانی، ۱۴۲۱، ۱۱ / ۳۹۸).

۷) روایت عائشه که گفته: پیامبر^(ص) به خانواده مقتول فرمودند: «أَنْ يَتَحَجَّزُوا، الْأَوَّلُ فَالْأَوَّلُ، وَإِنْ كَانَتْ امْرَأَةً» (ابو عبید، ۱۳۸۴، ۲/ ۱۶۰). «پیامبر^(ص) به خانوادگی مقتول فرمود: «صف بکشید، یکی پس از دیگری، حتی اگر مقتول زن باشد». عبارت «یتحجّزوا» اشاره به استحقاق نساء از حق قصاص می‌باشد؛ چراکه معنای «یتحجّزوا»، ترک و کف از قود یا دیه است. پس اگر بنا بود نساء خارج از این استحقاق باشند، جعل کف بی‌معنا می‌بود (ابو عبید، ۱۳۸۴، ۲/ ۱۶۰؛ العمرانی، ۱۴۲۱، ق، ۱۱/ ۳۹۸؛ الماوردی، ۱۴۱۹، ۱۲/ ۱۰۰).
 ۲-۲-۲. دیدگاه مالکیه: فقهای مالکی از مخالفان انتقال حق قصاص به زوجین می‌باشند و در این زمینه به دلایل زیر استناد نموده‌اند:

۱) استناد به آیه ۳۳ سوره اسراء که می‌فرماید: «وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيَّهِ سُلْطَانًا». به این صورت که گفته شده لفظ «ولی» در آیه مذکور دلالت بر رجال و عصابات ذکور دارد. پس دلالت دارد به این که غیر از عصابات رجال، حقی برای دیگری متصور نیست؛ چراکه قود و قصاص برای دفع عار از نسب است و منحصر در نسب می‌شود. مانند ولایتی که در نکاح مطرح می‌شود (ماوردی، ۱۴۱۹، ۱۲/ ۱۰۰؛ عمرانی، ۱۴۲۱، ۱۱/ ۳۹۷).

۲) روایت ابی شریح الکعبی که گفته، پیامبر^(ص) فرموده‌اند: «أَلَا إِنَّكُمْ يَا مَعْشَرَ خِزَاعَةَ قَتَلْتُمْ هَذَا الْقَتِيلَ مِنْ هَذِيلٍ، وَإِنِّي عَاقِلُهُ، فَمَنْ قَتَلَ لَهُ بَعْدَ مَقَالَتِي هَذِهِ قَتِيلًا، فَأَهْلُهُ بَيْنَ خَيْرَتَيْنِ: أَنْ يَأْخُذُوا الْعَقْلَ، أَوْ يَقْتُلُوا» (ابوداود، بی تا، ۴/ ۱۷۲). این گروه گفته‌اند این که پیامبر^(ص) از لفظ «اهل» استفاده نموده است مؤید این مطلب است که لفظ «اهل» در لغت عربی هم معنای لفظ «آل» می‌باشد. لفظ «آل» نیز زمانی استعمال می‌شود که جنس رجال مدنظر باشد. و برای اناث به کار نمی‌رود. همان گونه که سیبویه گفته است که «فاهله بین خیرتین، ای: قرابت و عصبته». کسانی که ادعا می‌کنند به صرف استعمال لفظ «اهل» نساء هم داخل می‌شوند و روایت شامل آن‌ها هم می‌شود؛ قولشان تضعیف می‌شود؛ چراکه به قرینه وجود لفظ «اهل» در کنار لفظ «عصبه» و «قتل»، شبهه این است که «اهل» را به معنی آل و قرابت معنا کنیم. مؤید این نکته نیز این است که وقتی گفته می‌شود آل فلان، بمعنی قرابت از جهت رجال است نه نساء. و نکته دیگری که

می تواند مؤید کلام ما باشد این است که نساء غالباً دچار شفقت و ضعف می باشند و احوال مستقر ندارد، فلذا ولایت رجال قوی تر می باشد (الشنقیطی، ۴ / ۳۵۴).

(۳) اگر اناث بتوانند قصاص را به ارث ببرند، لاجرم باید بتوانند مانند رجال، عاقله هم واقع بشوند. عقل مختص عصبه رجال می باشد، پس اناث مانند اجانب سهمی از قود نخواهند داشت (ماوردی، ۱۴۱۹، ۱۲ / ۱۰۰).

(۴) وراثت، خلافت است و خلافت با نسب سازگار است نه با سبب؛ چرا که سبب هم که زوجیت باشد با مرگ از بین می رود (العینی، ۱۳ / ۱۲۲).

(۵) وجوب دیه بعد از مرگ حاصل می شود و خود مرگ هم باعث زوال زوجیت می باشد. پس انقطاع زوجیت موجب انقطاع وراثت می شود (السرخسی، ۲۶ / ۱۵۷). لکن زوال زوجیت ثابت نیست؛ چراکه تصریح داریم به بقای آثار نکاح بعد از مرگ مانند جواز غسل و... (الهیتمی، ۱۳۵۷، ۸ / ۲۱۲).

نتایج:

- ۱- براساس بررسی های به عمل آمده در ادله استثنای زوجین از حق قصاص، در می یابیم که مستند قول اخراج زوجین، اجماع منقول از شیخ طوسی است، که حجیت اجماع منقول نزد کثیری از فقها و اصولیون محل خدشه می باشد.
- ۲- دلیل تشفی نیز که برخی ذکر نموده اند، قابلیت استناد ندارد؛ چراکه اولاً؛ وجه آن و مبتنی بودنش بر ارتکاز شرعی یا عقلایی بر پژوهشگر عیان نشد، ثانیاً؛ انحصار تشفی در نسب نیز قابل اثبات نمی باشد.
- ۳- ماهیت حق قصاص نیز، ماهیتی است که شامل زوجین می شود.
- ۴- ظاهر استثنائات موجود در روایات باب، درباره کلاله امی بوده و نسبت به زوجین مسکوت می باشند.
- ۵- مخصصی برای خروج زوجین از تحت عمومات به ارث رسیدن حق قصاص، یافت نشد.
- ۶- هیچ یک از فقها، قائل به ارث بردن زوجین از حق قصاص نشده است، حتی آن دسته از فقهای که قائل به امضایی بودن حقوق کیفری شده اند.

با توجه به عدم قول فقها بر استثنای زوجین از حق قصاص، فتوا به حکمی که هیچ قائلی ندارد، کمی دشوار و خلاف احتیاط به نظر می‌رسد. پس از قول استثنای زوجین اعراض می‌نماییم. بنابراین با توجه به فتوای شیخ طوسی در یکی از کتب ایشان، بر انحصار استثنای زوجه از حق قصاص و مساعدت قول لغویان مبنی بر صدق عنوان ولی بر زوج و متبادر از عنوان ولی، که زوجه را شامل نمی‌شود، بقای زوج بر استحقاق حق قصاص ثابت می‌ماند.

References

- Abdollahi M & Karami Moaz H. (2019). "Jurisprudential and Legal Challenges of Retribution of a Man for a Woman in Confrontation with Human Dignity". *Comparative Studies of Jurisprudence and Principles of Islamic Sects*. 2(1). [In Persian]
- Abū Dāwūd, S. (Nd). *Sunan Abī Dāwūd*. Beirut: al-Maktabat al-‘Aṣrīyyat. [In Arabic]
- Allāmiḥ Ḥillī, Ḥ. (1982). *Rijāl al-‘Allāmiḥ Ḥillī*. Qum: al-Sharīf al-Rādīq. [In Arabic]
- al-Sarakhsī, M. (Nd). *al-Mabsūṭ*. Beirut: Dār al-Ma‘rifat. [In Arabic]
- Anṣārī, A. (Nd). *al-āthār*. Beirut: Dār al-Kutub al-‘Ilmīyyat. [In Arabic]
- Anṣārī, SM. (1995). *Farā'id al-Uṣūl*. Qum: al-Nashr al-Islāmī. [In Arabic]
- Aynī, M. (1999). *al-Bināyat Sharḥ al-Hidāyat*. Beirut: Beirut: Dār al-Kutub al-‘Ilmīyyat. [In Arabic]
- Baḥr al-‘Ulūm, M. (1983). *Bulghat al-Faqīh*. Tehran: Maktabat al-Ṣādiq. [In Arabic]
- Fāḍil Hindī, M. (1995). *Kashf al-Lithām*. Qum: al-Nashr al-Islāmī al-Tābi‘at li-Jimā‘at al-Mudarrisīn Fī Ḥuzat ‘Ilmīyyat Qum. [In Arabic]
- Fāḍil Miqdād, M. (1983). *al-Tanqīḥ al-Rā’ih lil-Mukhtaṣar al-Shar‘ī*. Qum: Mar‘ashī Najafī. [In Arabic]
- Fayyāḍ, Ḥ. (2007). *Sharḥ al-Ḥalqat al-Thālithat*. Qum: Sharkat al-Muṣṭafā li-Iḥyā’ al-Turāth. [In Arabic]
- Fiyḍ Kāshānī, M. (2016). *Mafātīḥ al-Shar‘at*. Tehran: Shahīd Muṭaharī. [In Arabic]

- Ḥalabī, T. (Nd). al-Kāfī Fī al-Fiqh. Isfahan: Maktabat Imām Amīr al-Mu‘minīn. [In Arabic]
- Hāshimī Shāhrūdī, SM. (1962). Farhang Fiqh Muṭābiq Madhhab Ahl al-Bayt. Qum: Fiqh Wa Ma‘ārif Ahl al-Bay. [In Arabic]
- Haytamī, A. (1938). Tuḥfat al-Muḥtāj Fī Sharḥ al-Minhāj. Egypt: al-Maktabat al-Tijārīyyat al-Kubrā. [In Arabic]
- Ḥillī, Ḥ. (1995). Mukhtalif al-Shī‘at. Qum: Jimā‘at Mudarrisīn Ḥuzat ‘Ilmīyyat Qum. [In Arabic]
- Ḥurr ‘Āmilī, M. (1995). Tafṣīl Wasā’il al-Shī‘at Ilā Taḥṣīl Masā’il al-Shī‘ih. Qum: Āl al-Bayt li-Iḥyā’ al-Turāth. [In Arabic]
- Ibn Ghaḍā’irī, A. (2001). al-Rijāl. Qum: Dār al-Ḥadīth. [In Arabic]
- Ibn Humām, K. (1969). Faṭḥ al-Qadīr ‘Alā al-Hidāyat. Egypt: Muṣṭafā al-Bābī al-Ḥalabī Wa ‘Awlādiḥ. [In Arabic]
- Ibn Idrīs Ḥillī, M. (1967). Muwsū‘at Ibn Idrīs Ḥillī. Qum: Dalīl Mā. [In Arabic]
- Ibn Junayd Iskāfī, M. (1995). Majmū‘at Fatāwā Ibn Junayd. Qum: Jimā‘at Mudarrisīn Ḥuzat ‘Ilmīyyat Qum. [In Arabic]
- Ibn Quddāmat, ‘A. (1968). al- Mughnī. Cairo: Maktabat al-Qāhirat. [In Arabic]
- Ibn Rushd, A. (2004). Bidāyat al-Mujtahid wa Nihāyat al-Muqtaṣid. Cairo: Dār al-Ḥadīth. [In Arabic]
- Ibn Zuhriḥ, Ḥ. (1996). Ghunīyat al-Nuzū‘ Ilā ‘Ilmay al- Uṣūl wa al-Furū‘. Qum: Maktabat Imām al-Ṣādiq.. [In Arabic]
- Imrānī, Y. (2000). al-Bayān fī Madhhab al-Imām al-Shāfī‘ī. Jaddah: Dār al-Minhāj. [In Arabic]
- Kāsānī, ‘A. (1985). Badā’i‘ al-Ṣanā’i‘ Fī Tartīb al-Sharā’i‘. Qum: Dār al-Kutub al-‘Ilmīyyat. [In Arabic]
- Kharshī al-Mālikī, M. (Nd). Sharḥ Mukhtaṣar Khalīl lil-Kharshī. Beirut: Dār al-Fikr. [In Arabic]
- Khoei, S. (1993). Mu‘jam Rijāl al-Ḥadīth. Np: Npn. [In Arabic]
- Khomeini, SR. (2002). Tahdhīb al- Uṣūl. Tehran: Nashr Wa Tanzīm Āthār Imām Khomeini [In Arabic]
- Khurāsānī, M. (1988). Kifāyat al- Uṣūl. Qum: Dār Āl al-Bayt. [In Arabic]
- Koleini, M. (1987). al-Kāfī. 4th ed. Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmīyyat. [In Arabic]

- Madanī Kāshānī, R. (1990). Kitāb al-Qiṣāṣ lil-Fuqahā wa al-Khawāṣ. Ch2. Qum: Jimā'at Mudarrisīn Ḥuzat 'Ilmīyyat Qum. [In Arabic]
- Majlisī, M. (1983). Mir'āt al-'Uqūl fī Sharḥ 'Akhbār Āl al-Rasūl. Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmīyyat. [In Arabic]
- Majlisī, M. (1985). Malādh al-Akhyār. Qum: Āyatullāh Mar'ashī Najafī. [In Arabic]
- Mālik ibn Anas. (1985). al-Muwatta'. Beirut: Dār al-Iḥyā' al-Turāth al-'Arabī. [In Arabic]
- Māwardī, A. (1998). al-Ḥawī al-Kabīr. Beirut: Dār al-Kutub al-'Ilmīyyat. [In Arabic]
- Muḥaqqiq Ḥillī, J. (1988). Sharā'ī' al-Islām Fī Masā'il al-Ḥalāl Wa al-Ḥarām. Qum: Ismā'īlīyān. [In Arabic]
- Nā'inī, M. (1997). Fawā'id al-Uṣūl. Qum: Jimā'at al-Mudarrisīn Fī Ḥuzat 'Ilmīyyat Qum. [In Arabic]
- Nawawī, Z. (1991). Rawḍat al-Ṭālibīn Wa 'Umdat al-Muftīn. Beirut: al-Maktab al-Islāmī. [In Arabic]
- Ṣadr, M. (2009). Māwarā' al-Fiqh. Beirut: Dār al-'Aḍwā'. [In Arabic]
- Ṣaymarī Baḥrānī, M. (1988). Talkhīṣ al-Khilāf wa Khulāṣat al-Ikhtilāf. Qum: Maktabat Āyatullāh al-Mar'ashī [In Arabic]
- Ṣaymarī Baḥrānī, M. (1999). Ghāyat al-Marām Fī Sharḥ Sharā'ī' al-Islām. Beirut: Dār al-Hādī. [In Arabic]
- Shāfi'ī M. (1989). al-'Um. Beirut: Dār al-Ma'rifat. [In Arabic]
- Shahīd Thānī, Z. (1992). Masālik al-'Afhām 'Ilā Tanqīḥ Sharā'ī' al-Islām. Qum: al-Ma'ārif al-Islāmīyyat. [In Arabic]
- Shinqīṭī, M. (Nd). Sharḥ Zād al-Mustaqni' Fī Ikhtīṣār al-Muqni. Np: Durūs Ṣuwṭīyyah. [In Arabic]
- Shīrāzī, A. (Nd). al-Muhadhdhab fī Fiqh al-'Imām al-Shāfi'ī. Beirut: Dār al-Kutub al-'Ilmīyyat. [In Arabic]
- Shiybānī, A. (Nd). al-Aṣl al-Ma'rūf bil-Mabsūṭ. Karachi: al-Qur'ān Wa al-'Ulūm Islāmīyyat. [In Arabic]
- Shubayrī Zanjānī, SM. (Nd). Kitāb al-Nikāḥ. Qum: Ra'y Pardāz. [In Arabic]

- Subḥānī, J. (2011). al-Mabsūṭ fī Uṣūl al-Fiqh. Ch1. Qum: Imām Ṣādiq. [In Arabic]
- Surūr, I. (2008). al-Mu'jam al-Shāmil lil-Muṣṭalaḥāt al-'Ilmīyyat Wa al-Dīnīyyat. Beirut: Dār al-Hādī. [In Arabic]
- Ṭabarsī, F. (1990). al-Mu'talif min al-Mukhtalif Bayn al-'A'immat al-Salaf. Mashhad: Āstān al-Raḍawīyyat. [In Arabic]
- Ṭabarsī, F. (1993). Majma' al-Bayān. Tehran: Nāsir Khusru [In Arabic]
- Ṭabāṭabāyī, M. (1970). al-Mīzān fī Tafsīr al-Qur'ān. Beirut: al-'A'lāmī. [In Arabic]
- Ṭūsī, M. (1967). al-Mabsūṭ Fī Al-Fiqh al-Imāmīyyat. Tehran: al-Maktabat al-Murtaḍawīyyat. [In Arabic]
- Ṭūsī, M. (1967). Khilāf. Qum: Jimā'at Mudarrisīn Ḥuzat 'Ilmīyyat Qum. [In Arabic]
- Ṭūsī, M. (1980). al-Nihāyat Fī Mujarrad al-Fiqh Wa al-Fatāwā. Beirut: Dār al-Kutub al-'Arabī. [In Arabic]
- Ṭūsī, M. (1987). Tahdhīb al-'Aḥkām. Ed: Khersan, H. Tehran: Dār al-Kutub al-'Islāmīyyat. [In Arabic]
- Zubiydī, M. (1993). Tāj al-'Arūs. Beirut: Dār al-Fikr. [In Arabic]
- Zuḥaylī, W. al-Fiqh al-Islāmī Wa Adillatih. Damascus: Dār al-Fikr. [In Arabic]