

قلمرو اختیارات ولی قهری در استیفای قصاص در فقه مذاهب اسلامی

احمد علی‌دادی^۱، عبدالعلی توجّهی^۲

^۱ کارشناسی ارشد، دانشگاه مذاهب اسلامی، تهران، ایران (نویسنده مسئول)

^۲ عضو هیئت علمی گروه حقوق، دانشگاه شاهد، تهران، ایران

چکیده

استیفای قصاص در صورت صغیر یا مجنون بودن ولی دم، از مواردی است که محل اختلاف نظر فراوان فقیهان اسلامی واقع شده است. صورت مسأله موردی است که شخصی به طور عمد کشته شود و ولیّ او در صغیر یا مجنون منحصر باشد. سوالی که در این پژوهش به آن پاسخ داده شده این بوده که آیا ولی قهری صغار و مجانین، می‌تواند از سوی آن‌ها استیفای قصاص نماید و یا قاتل را عفو و یا با وی مصالحه کند یا خیر؟ پژوهشگر با شیوه‌ی توصیفی تحلیلی در صدد بررسی این موضوع برآمده و این نتیجه حاصل آمده است که در مسأله‌ی مورد بحث، برخی از فقهای امامیه و اهل سنت از جمله شافعیه و حنابله معتقدند که باید تا زمان بلوغ اولیای دم صغیر و افاقه‌ی اولیای دم مجنون منتظر ماند و اولیای کبار هم نمی‌توانند حق قصاص خویش را استیفا کنند. عده‌ای دیگر بر این باورند که اولیای دم کبار حق دارند درباره‌ی حق قصاص خویش تصمیم بگیرند و در صورت اختیار قصاص، باید سهم دیه‌ی اولیای صغیر و مجنون را تضمین کنند. دسته‌ی سوم بین جایی که ولیّ دم، صغیر باشد و موردی که ولیّ دم، مجنون باشد، تفاوت گذاشته‌اند. درباره‌ی مجنون، به ولیّ مجنون، اختیار تصمیم‌گیری درباره‌ی حق قصاص داده‌اند؛ ولی به دلیل روایت معتبری در مقام، از اجازه‌ی تصمیم‌گیری به ولیّ صغیر درباره‌ی حق قصاص پرهیز کرده‌اند. سرانجام گروهی دیگر، به ولیّ صغیر و مجنون اختیار تام داده‌اند تا بر اساس مصلحت مولی‌علیه خویش، درباره‌ی حق قصاص آنان تصمیم بگیرند. از بین چهار نظریه‌ی پیشین، نظر اخیر از سوی نگارنده، نظریه‌ی برگزیده معرفی شد. این نظریه، مطابق با فتوای فقیهان بزرگی چون علامه‌ی حلی، فخرالمحققین، شهید ثانی، فقهای حنفی و مالکی، و همچنین محمد حسن نجفی است و در بین فقیهان معاصر نیز عده‌ای آن را پذیرفته‌اند. فتوای مقام معظم رهبری نیز مطابق این نظریه است.

واژه‌های کلیدی: ولی قهری، استیفای قصاص، صغیر، مجنون، ولی دم.

۱. مقدمه

مال، جان، ناموس و آبروی همه انسانها - نه فقط مسلمین - از نظر شرع مقدس اسلام، محترم است. هیچکس حق تعدی به حریم دیگران را ندارد و تجاوز به حقوق مشروع هیچکس و به هیچوجه پذیرفته نیست. یکی از مهم‌ترین مجازات‌هایی که در حقوق کیفری اسلام، تشریع شده، قصاص است. کیفر قصاص، گرچه در نظام‌های کیفری قبل از اسلام نیز اعمال می‌شده است و از این حیث از جمله قوانین امضایی محسوب می‌شود، اما اعمال آن در حقوق کیفری اسلام، افزون بر ارتکاب جنایات عمدی، مستلزم تحقق شرایط دیگری مثل تساوی در دین، انتفای ابوت و تساوی در عقل است که فقهای مذاهب اسلامی در کتاب‌های فقهی خود تحت عنوان «شرایط ثبوت حق قصاص» به طور گسترده به شرح آن پرداخته‌اند؛ البته با تحقق شرایط مذکور و پس از ثبوت قصاص این کیفر بی‌درنگ اجرا نخواهد شد؛ بلکه اعمال این مجازات نیز به شرایط متعددی بستگی دارد که در منابع فقهی، تحت عنوان «شرایط استیفای حق قصاص» از آن بحث شده است.

از جمله این شرایط که از مهمترین آنها هم بشمار می‌آید، تقاضای اولیای دم است. این به آن معناست که اجرای مجازات قصاص، بدون تقاضای اولیای دم مشروع نیست و اولیای دم مقتول همان‌گونه که حق دارند قاتل را قصاص کنند؛ می‌توانند قاتل را عفو و یا با وی مصالحه نمایند و این امر در راستای سیاست جنایی اسلام مبنی بر کیفر زدایی از برخی جرایم قابل توجیه و تفسیر می‌باشد. در حقوق کیفری اسلام، قتل عمد از جمله جرایم حق‌الناسی است که اعمال کیفر قصاص در مورد آن منوط به درخواست ولی دم است. ولی دم که بر اساس نظر مشهور فقهای مذاهب اسلامی شامل کلیه ورثه (اعم از زن و مرد) می‌شود، ممکن است یک نفر باشد یا بیش‌تر از یک نفر باشد. تقاضای قصاص در صورت وحدت ولی دم نیز در حالت‌های متعددی قابل بحث است؛ زیرا ممکن است ولی دم حاضر یا غایب، عاقل یا مجنون و بالغ یا صغیر باشد.

استیفای قصاص در صورت صغیر یا مجنون بودن ولی دم، از مواردی است که محل اختلاف نظر فراوان فقیهان اسلامی واقع، و اقوال متعددی درباره‌ی آن بیان شده است؛ به گونه‌ای که آثار این اختلاف در قوانین موضوعه نیز ظهور یافته است. صورت مسئله موردی است که شخصی به طور عمد کشته شود و ولی او در صغیر یا مجنون منحصر باشد؛ و این‌که آیا ولی قهری صغار و مجانین، می‌تواند از سوی آنها استیفای قصاص نماید و یا قاتل را عفو و یا با وی مصالحه کند یا خیر؟ البته در تقسیم‌بندی ما، فرض وحدت ولی دم شده است؛ ولی حکم مسئله با صورتی که اولیای دم متعدد، و همه‌ی آنها صغیر یا مجنون باشند، یکسان است. در این پژوهش می‌کوشیم تا به جهت رعایت اختصار، اولاً حالت‌هایی که احکام آن در یک قسمت قابل طرح است، تحت یک عنوان مطرح شود و ثانیاً در بحث و بررسی هر قسمت، عنایت بیش‌تر بر مباحثی باشد که مورد سؤال بوده، احیاناً ابهام یا اجمال قانونی دارد.

در این پژوهش سعی بر این است که مباحثی همچون حق صغار در استیفای قصاص مورد بررسی واقع گردد تا از این طریق به ارائه راهکارهایی همچون تصویب قانون مناسب‌تر و استفاده قضات از تفسیر مناسب در باب قوانین جاری یاری رسانده شود. البته مهمترین هدف این تحقیق بحث و بررسی مواردی است که از جهت فقهی و در بعضی موارد از جهت قانونی دچار ابهام و اجمال است.

۲. استیفای قصاص از سوی ولی قهری در پرتو آراء فقها:

۱-۱ فقهای امامیه

نظر به اینکه صغار و مجانین، به دلیل محجوریت از تصرف در امور خود و از جمله از اعمال حق قصاص خود محروم شده‌اند و شرعاً و قانوناً ولایت آنها بر عهده‌ی ولی یا وصی قرار داده شده، پرسش مهمی که مطرح می‌شود، آن است که میزان

ولایت ولی و وصی تا چه حد است. آیا ولایت آنها عام است و شامل همه‌ی امور و شؤون صغیر و مجنون می‌شود؟ یا این‌که ولایت محدود و مقید یا دست کم تصرف در بعضی از امور صغیر و مجنون از دایره‌ی ولایت آنها خارج است؟ برای مثال، در موضوع مورد بحث، اگر ولی دم، صغیر یا مجنون نبود، حق داشت قصاص جانی را تقاضا کند؛ همان‌طور که حق داشت جانی را به طور مجانی یا با مصالحه‌ی با او در مقابل دیه یا کمتر یا بیشتر از آن ببخشد. اکنون که او به دلیل صغر یا جنون، از اعمال این حقوق ممنوع شده است، آیا تمام اختیارات یا بعضی از اختیارات پیشین، برای ولی صغیر یا مجنون نیز وجود دارد یا ولایت ولی به قیودی محدود است که او را از تصمیم‌گیری در امور پیش گفته باز می‌دارد؟

نظر فقهای اسلامی درباره‌ی حدود اختیارات ولی در چگونگی اعمال قصاص صغیر و مجنون متفاوت است؛ بدین سبب بهتر است پیش از هر اظهار نظری با نظریات گوناگون در این خصوص آشنا شویم:

پیش از طرح اقوال در این باب، یادآوری این نکته لازم است که فقیهان و حقوق‌دانان اسلامی، مسأله‌ی حدود و اختیارات ولی صغیر و مجنون در حق قصاص را در دو مبحث بررسی کرده اند: یکی در «کتاب حجر» در احکام حجر صبی، آنگاه که در زمینه ولایت ولی بر طفل سخن گفته‌اند و دیگری در «کتاب قصاص» در بیان شرایط استیفای قصاص، در فرض صغیر یا مجنون بودن ولی دم و به طور عمده در قالب این مسأله که هرگاه مادری کشته شود که ورثه‌ی او در طفل صغیر یا مجنون منحصر است و این طفل یا مجنون، پدر یا جد پدری داشته باشد، آیا پدر و یا جد پدری، حق اعمال قصاص یا عفو قاتل را دارد یا خیر؟ البته چنانکه پیش‌تر نیز یادآور شدیم، فرض وحدت صغیر یا مجنون مدخلیتی ندارد، بلکه ملاک در مسأله آن است که ولی دم مقتول، در صغیر یا مجنون منحصر باشد (اعم از این‌که یک یا چند نفر باشند). تا آنجا که نگارنده تتبع کرده، در این مسأله، پنج نظریه از سوی فقیهان مطرح شده است که اکنون به نقل و نقد آن می‌پردازیم.

۱-۱-۱ عدم جواز تصمیم‌گیری درباره‌ی حق قصاص به وسیله ولی

نخستین نظریه‌ای که در این خصوص مطرح شده، این است که اگر ولی دم، در صغیر یا مجنون منحصر باشد، هیچ‌کس حتی پدر و جد پدری، حق تصمیم‌گیری درباره‌ی قصاص یا عفو را ندارند.

از مهمترین قائلان این قول، مرحوم شیخ طوسی در دو کتاب المبسوط و خلاف و شهید اول در لمعه است. در کتاب المبسوط آمده است:

«فإن كان الوارث واحداً يولي عليه مجنون وله أب أو جد مثل أن قتلت أمه و قد طلقها ابوه فالقود له وحده و ليس لأبيه ان يستوفيه بل يصبر حتى اذا بلغ، كان ذلک اليه و سواء كان ذلک اليه و سواء كان القصاص طرفاً او نفساً و سواء كا الولی أبا او جدأ او الوصی، الباب واحد و فيه خلاف...» [۱]

«هرگاه وارث یک نفر باشد که به دلیل جنون یا صغر سن تحت ولایت پدر یا جد پدری است، مثل موردی که مادر مطلقه او (صغیر یا مجنون) کشته شده باشد، حق قصاص فقط از آن او است و پدر، حق استیفای قصاص را ندارد؛ بلکه باید صبر کنند تا صغیر بالغ شود. [در این مسأله] مساوی است که قصاص در عضو یا در نفس باشد؛ چنان‌که مساوی است ولی، پدر و یا جد پدری یا وصی باشد، در حکم فرقی نخواهد بود و در این مسأله اختلاف است...»

فرض طلاق به این جهت است که برخی از اهل سنت شوهر را از اولیای دم می‌دانند و گرنه طبق نظر فقهای شیعه شوهر از اولیای دم نیست و ذکر صورت طلاق تأثیری در حکم ندارد به همین جهت در مفتاح الکرامه این‌گونه آمده است:

«و تصور المسأله فی طفل امه و له أب أو جد عندنا و قد طلقها ابوه عند العامه...» [۲]

شیخ طوسی در کتاب خلاف می نویسد :

«... ان كان الولی واحداً مولی علیه لجنون و له أب او جد، لم یکن لأحد أن یتوفی له حتی یبلغ، سواء كان القصاص فی الطرف او فی النفس، او یموت فیقوم وارثه مقامه...» [۳]

«اگر ولی دم، واحد، و به دلیل جنون یا صغر مولی علیه (محجور) باشد، و پدر و یا جد داشته باشد، هیچ کس نمی تواند حق قصاص را استیفا کند، مگر آنکه عاقل یا بالغ گردد خواه قصاص در عضو یا نفس باشد، یا بمیرد که در این صورت، وارثش قائم مقام او خواهد بود.»

ظاهر دو عبارت شیخ، این است که برای تصمیم گیری درباره ی قصاص، چاره ای جز صبر تا زمان بلوغ یا افاقه ی صغیر و مجنون نیست. وی درباره ی قاتل و این که او تا زمان بلوغ یا افاقه چه وضعیتی دارد، در المبسوط می نویسد:

«تا زمان بلوغ صبی یا افاقه ی مجنون، قاتل در زندان محبوس می شود، و این برای جمع بین حق قاتل و ولی دم صغیر یا مجنون است؛ حق قاتل تا شاید زنده بماند. و حق صغیر از جهت اطمینان [به از بین رفتن حق او به فرار قاتل یا غیر آن.]» [۴]

در متون فقهی، برای این نظریه، به سه وجه استناد شده است که به بررسی آنها می پردازیم.

وجه اول: اجماع

صاحب جواهر الکلام پس از نقل این نظریه از مرحوم شیخ طوسی در دو کتاب «المبسوط و خلاف» می نویسد:

«بل عن الخلاف منهما و ظاهر المبسوط الإجماع علیه.» [۵]

یعنی از کتاب خلاف و ظاهر المبسوط، اجماع بر این مطلب استفاده می شود. از عبارت خلاف، و عبارت «دلیلنا اجماع الفرقه» که شیخ طوسی در پایان مسأله آورده است می توان استظهار کرد که اجماع مورد ادعای او برای تمام فرض هایی است که در مسأله بیان شده است؛ ولی از عبارت شیخ در المبسوط اجماعی بودن مسأله، قابل استظهار نیست؛ بلکه خود وی در پایان عبارت، به اختلافی بودن مسأله و این که در آن، اتفاق نظر وجود ندارد، تصریح می کند.

به هر حال، حتی در صورتی که از عبارتهای شیخ اجماعی بودن استظهار شود، چون این اجماع، اولاً اجماع منقول است و اجماع منقول حجت نیست و ثانیاً در مسأله به وجوه دیگری نیز استناد شده و دست کم، اجماع ادعا شده، محتمل المدرك است و در مواردی که احتمال مدرکی بودن اجماع وجود داشته باشد، اجماع حجت نیست، بلکه ملام و مناط، خود مدرک و مستند اجماع است، به این وجه اعتماد نمی شود و ثالثاً مرحوم شیخ طبق مبانی خاصی ادعای اجماع های فراوانی دارد که بسیاری از آنها مورد پذیرش متأخران پس از او نمی باشد حتی در برخی موارد مشهور بر خلاف آن است.

وجه دوم: عدم شمول عمومات

ولایت حق قصاص، از جمله حقوق مخصوص ولی دم است و در فرض ما، گرچه ولی دم به دلیل صغر یا جنون از تصرف در آن منع شده، تصرف دیگران از جمله پدر و جد پدری در این حق، نیازمند دلیل است و از ادله ای که ولایت پدر یا جد پدری را بر امور صغیر و مجنون ثابت می کند، چنان عموم و شمولی موجود نیست که بتوان از آن، ولایت آنها را در حقوقی مثل (حق طلاق، عتق و قصاص) که تلافی آن ممکن نیست، استفاده کرد. [۶] به بیان دیگر، اصل اولی در این مقام، عدم جواز تصرف دیگران در امور صبی و مجنون است و جواز ولایت به دلیل نیاز دارد و چون عمومات ولایت از شمول این مورد قاصر است، باید بر اساس اصل اولی، به عدم جواز حکم کرد.

در مقام نقد این دلیل، برخی گفته‌اند که در صورت وجود مصلحت و عدم وجود مفسده، ادله‌ای عمومات ولایت، مقتضی جواز تصمیم‌گیری ولی صغیر و مجنون در این باب است و بسیاری از فقیهان، از جمله مرحوم علامه‌ی حلی در کتاب الحجر «قواعد الأحکام» و محقق کرکی در «جامع المقاصد» و نیز محمد حسن نجفی در کتاب القصاص «جواهرالکلام»، به این مطلب تصریح کرده‌اند. [۷]

وجه سوم: روایت اسحاق ابن عمار

«اسحاق بن عمار عن جعفر عن أبيه (ع) أن علياً (ع) قال: انتظروا بالصغار الذين قتل أبوههم أن يكبروا فإذا بلغوا خيروا فإن أحبوا قتلوا أو عفواً أو صالحوا.» [۸]

«اسحاق بن عمار از امام صادق (ع) و او از پدرش از حضرت علی (ع) نقل می‌کند که حضرت فرمود: درباره‌ی کودکان صغیری که پدرشان کشته شده است، منتظر بمانید تا بزرگ شوند؛ آن‌گاه که بالغ شدند، مخیرند تا اگر میل داشتند، قصاص یا عفو و یا با قاتل مصالحه کنند.»

درباره‌ی استدلال به روایت برای قول شیخ می‌توان گفت:

اولاً روشن نیست که شیخ طوسی به استناد این روایت، به این قول قائل شده باشد؛ زیرا در کتاب الخلاف فقط عبارت «دلیلنا اجماع الفرقه و أخبارهم» نقل شده است و معلوم نیست که مقصود از اخبار مذکور، این روایت باشد. ثانیاً این روایت فقط درباره‌ی صغیر است و تسری حکم به مورد مجنون به دلیل این روایت، درست نیست. ثالثاً آنچه در روایت، مورد امر قرار گرفته، انتظار تا زمان بلوغ است؛ ولی در زمینه‌ی لزوم یا عدم لزوم حبس قاتل تا زمان بلوغ، بیانی وجود ندارد. اگر گفته شده: حبس قاتل، لازمه‌ی وجوب انتظار است، [۹] پاسخ داده می‌شود که اولاً ملازمه، محل اشکال است و افزون بر این، این حبس، تعذیب و عقوبتی زاید بر قصاص شمرده می‌شود بی آن‌که دلیلی بر آن دلالت کند. به هر حال، نظر شیخ طوسی را نمی‌توان به استناد این روایت پذیرفت، بنابراین نظریه‌ی نخست در این مسأله، با هیچ‌یک از ادله مورد استناد، قابل توجیه نیست.

در عبارت مذکور از المبسوط در ظاهر، به دلیل دیگری نیز استناد شده و آن عبارت از «جمع بین حقین»، یعنی حق قاتل و حق ولی دم است. از آنجا که این امر، به صورت دلیل مستقل، قابلیت استناد ندارد و بعید هم به نظر می‌رسد که شیخ طوسی آن را دلیل خود بداند، بلکه فقط به صورت مؤید آن را نقل کرده است، از بیان آن در شمار ادله، خودداری شد.

به جز آنچه بیان شد در برخی متون فقهی برای این نظریه به وجه دیگری نیز استناد شده است. در توجیه این وجه، گفته شده که فلسفه تشریع قصاص، تشفی خاطر اولیای دم است. اولیا با از دست دادن عزیز خود، تألم روحی شدید می‌یابند و شارع مقدس، با جعل قصاص، از تألم روحی آنها کاسته و روشن است که استیفای قصاص به وسیله ولی صغیر یا مجنون با توجه به این مطلب که آنان در حال صغر و جنون به درک این مطالب توانا نیستند، موجب تشفی خاطر اولیای دم صغیر و مجنون نمی‌شوند. [۱۰]

در مقام نقد این وجه نیز باید گفت:

همان‌طور که در تبیین این وجه بیان شده، تشفی خاطر اولیای دم، یکی از فلسفه‌های قصاص دانسته شده است و نمی‌توان با استناد به این‌که فلسفه و حکمت حکمی در موردی موجود نیست، حکمی را نفی کرد؛ افزون بر این که در بسیاری از موارد، با استیفای قصاص ولی نیز صغیر یا مجنون تا حدی از این حکمت و فلسفه قصاص، بهره می‌برند.

۱-۲ جواز اخذ دیه به وسیله ولی دم

عده‌ای از فقیهان به جهت ادله‌ای که بعضی از آنها اشاره شد، انتظار تا زمان بلوغ صغیر یا افاقه‌ی مجنون را پذیرفته و گفته‌اند: ولی (سرپرست) صغیر و مجنون گرچه حق ندارد، قاتل را قصاص کند، در صورت اقتضای مصلحت می‌تواند از قاتل دیه بگیرد یا به گونه‌ای با او مصالحه کند، و او را عفو کند. مؤلف کتاب مبانی تکمله المنهاج، ضمن طرح مسأله و بیان هردو قول جواز و عدم جواز قصاص، درباره‌ی آن می‌نویسد:

«إذا كان ولي الميت صغيراً أو مجنوناً و كان الولي كالأب و الجد أو الحاكم الشرعي، فهل لوليه الإقتصاص من القاتل أم لا قولان: لا يبعد العدم، نعم إذا اقتضت المصلحة أخذ الدية من القاتل أو المصالحة: معه في أخذ الشيء جاز لوليه ذلك.» [۱۱]

«بعید نیست که قول عدم جواز قصاص درست باشد. بله، در صورتی که مصلحت صغیر یا مجنون در گرفتن دیه از قاتل یا مصالحه با او، به گرفتن چیزی در برابر عفو باشد، عفو قاتل برای ولی صغیر و مجنون جایز است.»

گویا از بین فقیهان معاصر، نظر آیت الله مکارم شیرازی نیز با این نظریه منطبق است. از ایشان سؤال شده است: آیا دایره‌ی ولایت ولی قهری بر مولی علیه صرفاً بر حقوق مالی ناظر است یا اطلاق دارد. به عبارت دیگر، آیا ولی قهری در حق قصاص نفس و عضو از باب ولایت می‌تواند قاتل و جانی را عفو کند یا این‌که لزوماً غبطه‌ی صغیر در اخذ دیه است و بدون آن مجاز به عفو نیست؟

و ایشان پاسخ داده‌اند :

«ولایت ولی صغیر شامل دیه و مانند آن می‌شود؛ اما نمی‌تواند بر خلاف غبطه‌ی صغیر، دیه و مانند آن را ببخشد یا به نفع خود تصرف نماید.» [۱۲]

این نظریه چند امر را در بر دارد:

اولاً ولی صغیر یا مجنون حق قصاص قاتل را ندارد: دلیل این مطلب آن است که نزد صاحبان این نظریه، اطلاق یا عمومی که با آن بتوان ولایت آب و جد را در همه‌ی موارد، حتی مثل اعمال قصاص از طرف صغیر یا مجنون، ثابت کرد، در ادله وجود ندارد. [۱۳] به عبارت دیگر، صاحبان این نظریه در این معنا که استیفای قصاص از حقوق انحصاری ولی دم است، با قائلان قول اول متفق هستند.

ثانیاً ولی صغیر یا مجنون می‌تواند قاتل را در صورت اقتضای مصلحت در برابر گرفتن دیه یا مصالحه در گرفتن چیزی عفو کند. این بدان دلیل است که ولایت آب و جد در چنین مواردی که رعایت مصلحت مولی علیه است، ثابت است و از ادله‌ی ولایت، این مقدار ولایت آب و جد استفاده می‌شود.

در مقام نقد این نظریه، می‌توان گفت دلیلی بر این تفصیل وجود ندارد که ولی تنها در صورت وجود مصلحت در گرفتن دیه و مال بتواند اعمال ولایت کند اگر ادله‌ی ولایت عام است شامل قصاص هم می‌شود و ممکن است مصلحت در قصاص قاتل باشد.

۳-۱- جواز استیفای قصاص یا اخذ دیه با رعایت مصلحت صغیر

صاحبان این نظریه بر این باورند که ولی مجنون یا صغیر، در صورت اقتضای مصلحت و غبطه آن دو، حق دارد از طرف آنها قصاص را استیفا کند؛ چنان که حق دارد در صورت وجود مصلحت در عفو، قاتل را در مقابل عوض (دیه یا چیز دیگری بنا به اقتضای مصلحت) ببخشد. اما حق عفو مجانی قاتل را ندارد.

از مهم‌ترین قائلان به این قول علامه حلی در قواعد الأحکام است. وی در کتاب القصاص این اثر، ضمن بیان قول شیخ طوسی و تعریض بر آن، می‌نویسد:

«... اگر کسی به این قول قائل شود که ولی، حق استیفای قصاص را دارد، قول وجیهی است، یعنی دارای وجه و دلیل است.» [۱۴]

او ضمن پذیرش این قول در کتاب الحجر قواعد الأحکام، افزون بر حق استیفای قصاص، بر جواز عفو در برابر مال به وسیله ولی تصریح می‌کند. [۱۵] این قول را عده‌ای دیگر از فقیهان قدیم، از جمله محقق حلی [۱۶]، و از فقیهای معاصر مؤلف کتاب فقه الإمام جعفر الصادق (ع) [۱۷] و نیز آیت الله بهجت [۱۸] پذیرفته‌اند. محقق در کتاب شرایع گرچه به جواز استیفای قصاص به وسیله ولی صغیر تصریح نکرده است، ولی پس از آن که قول شیخ طوسی مبنی بر عدم جواز را نقل کرده است آن را نمی‌پذیرد، با توجه به این که بیش از دو قول را مطرح نکرده است می‌توان این نظریه را به وی نیز اسناد داد. [۱۹] قرینه‌ی اسناد این است که او در بحث لقیط شرایع نیز عبارتی دارد که از پذیرش این نظریه حاکی است. متن عبارت به این شرح است:

«گر کسی قائل شود که ولی (سرپرست)، در موردی که فردی صغیر از روی خطا جنایتی وارد کند، حق اخذ دیه، و در صورتی که به عمد جنایتی وارد کند، حق استیفای قصاص دارد، قول نیکو و پسندیده‌ای است؛ زیرا وجهی برای تأخیر قصاص نیست، پس از آنکه سبب قصاص موجود است.» [۲۰]

فاضل هندی نیز در کتاب کشف اللثام، قول به جواز استیفای قصاص را وجیه دانسته و تأخیر در استیفای آن را سبب تضییق حق صغیر شمرده است. [۲۱] ولی در کلام صاحب شرایع و ریاض در خصوص عفو یا اخذ دیه به صراحت سخنی به میان نیامده است.

در متون فقهی، به چند دلیل به این قول استناد شده است:

دلیل اول: فخر المحققین (حلی) در مقام استدلال به این قول می‌نویسد:

«... ولی صغیر و مجنون قائم مقام آنان هستند؛ بدین جهت، تمام حقوق آنها را استیفا می‌کنند؛ پس هر حقی که برای مولی علیه ثابت است، در زمان محجوریت ولی دم برای ولی او نیز ثابت است و مفهوم ولایت چیزی جز این نیست.» [۲۲]

آنچه در این بیان به صورت دلیل آمده، تکرار مدعا است، مگر آنکه منظور وی، عموم ولایت ولی بر همه تصرفات مربوط به مولی علیه باشد که این عموم نیز چون مخالف اصل اولیف است، به دلیل نیاز دارد.

دلیل دوم: جلوگیری از تضییق حق قصاص :

شهید ثانی در کتاب لقطه‌ی «مسالك الأفهام» ضمن بیان دو قول جواز و عدم جواز استیفای قصاص در خصوص صغیر و مجنونی که «لقیط» شده‌اند، قول به جواز استیفای قصاص را تقویت کرده، در مقام استدلال برای آن می‌افزاید:

«... تشریع قصاص برای حفظ جان‌ها است، چنان‌که خدای متعال فرموده است: (و لکم فی القصاص حیاة) و تأخیر قصاص با فرض این که قاتل، خود را در معرض آن قرار داده، موجب از دست رفتن غایت و هدفی است که قصاص برای آن تشریع شده است.» [۲۳]

وقتی به این نکته که بنابر نظر مشهور فقیهان در صورت فوت قاتل، ولی دم، حق گرفتن دیه را نیز ندارد، توجه کنیم، میزان اعتماد ما به این وجه بیشتر خواهد شد. نکته‌ی قابل توجه در مقام بیان ادله‌ی این نظریه، این است که صاحبان این قول، برای عدم جواز عفو مجانی ولی صغیر یا مجنون، هیچ وجهی پیدا نکرده‌اند. گویا عدم پذیرش عفو مجانی، بیش‌تر به لحاظ عدم تصور مصلحت صغیر در این نوع عفو بوده است.

۱-۴-۱ بر خورداری از اختیار تام با رعایت غبطه‌ی صغیر

این نظریه در این‌که ولی صغیری یا مجنون، در صورت اقتضای مصلحت آن دو می‌تواند از طرف آنها قاتل را قصاص کند و نیز در اینکه اگر مصلحت در عفو آنها باشد می‌تواند قاتل را در برابر عوض (دیه یا کمتر یا بیشتر از آن) عفو کند، با نظریه‌ی سوم مشترک است. امتیاز این نظریه‌ی در آن است که این حق را به ولی نیز می‌دهد که به صورت اقتضای مصلحت، قاتل را حتی به صورت مجانی نیز عفو کند.

از مهم‌ترین قائلان این قول، علامه حلی در کتاب تذکره الفقهاء است. او پس بیان معنا که در صورت اقتضای مصلحت، ولی (سرپرست) می‌تواند قصاص را استیفا کند و اگر مصلحت در عفو در برابر عوض باشد، حق عفو دارد، می‌نویسد:

«و ان عفی مطلقاً فالأقرب اعتبار المصلحت ایضاً، فإن كانت المصلحت فی العفو مجاناً اعتماداً کما أن له الصلح ببعض ماله مع المصلحت.» [۲۴]

«و اگر (ولی صغیر) بخواهد مطلقاً عفو کند، اقرب این است که مصلحت او را در نظر بگیرد. پس اگر مصلحت در عفو به طور مجانی بود آن را به جای آورد همچنان که می‌تواند به بعضی از مالش در صورت مصلحت صلح کند.»

محقق کرکی نیز پس از بیان این سخن علامه حلی، این قول را می‌پذیرد و می‌نویسد:

«ما قریه قوی متین.» [۲۵]

آنچه (علامه) آن را تقریر کرده است قوی و محکم است.

افزون بر این علامه‌ی حلی در کتاب القصاص ارشاد الأذه ان تصریح می‌کند: در صورتی که عفو بدون مال برای صغیر مصلحت داشته باشد، ولی می‌تواند قاتل را عفو کند. محقق اردبیلی در توضیح این سخن علامه چنین می‌نگارد:

«تصور غبطه در آن‌جا که تصمیم دارد با گرفتن مال، قاتل را عفو کند، روشن است؛ اما در آن‌جا که بدون مال بخواهد او را عفو کند، مورد تأمل است و امکان دارد به این صورت تصور کرد که قاتل دارای شخصیت و منزلت اجتماعی است که اگر عفو شود، صغیر نزد قاتل و قبیله‌ی او مورد لطف و عنایت قرار می‌گیرد و حاکمان و متولیان امور نیز از او هیچ مالیاتی اخذ نمی‌کنند و چه بسا صغیر را مورد تعلیم و تربیت قرار می‌دهند؛ در حالی که اگر قاتل قصاص می‌شد، به جان و مال خود او یا پدر و مادر یا دیگر بستگان وی ضرر و زیان وارد می‌ساختند.» [۲۶]

۱-۵ تفکیک میان صغیر و مجنون و تردید در صغیر (انتظار بلوغ)

قائلان این نظریه بین مولی علیه صغیر و مجنون تفاوت قائل شده‌اند و می‌گویند در مورد مجنون ولی از اختیار کامل برخوردار است، لکن درباره‌ی صغیر لازم است تا زمان بلوغ وی منتظر بماند تا پس از بلوغ، خود در مورد حق قصاص تصمیم‌گیری نماید. همچنین برابر این نظریه، ولی قهری حق ندارد از طرف مولی علیه یا مولی علیه استیفای قصاص یا درخواست دیه نماید؛ بلکه این حق صرفاً در اختیار ولی یا اولیای دم می‌باشد و بایستی تا رسیدن آنان به بلوغ و اخذ تصمیم در این مورد از سوی مشارالیه‌هم منتظر ماند. از جمله فقهای که قائل به این نظریه‌اند می‌توان از شیخ طوسی [۲۷]، شهید اول (ره) نام برد.

شهید اول (ره) می‌فرماید:

«چنانچه ولی دم، صغیر و دارای پدر یا جد باشد هیچ‌یک نمی‌توانند استیفای قصاصاً کنند تا زمانی که صغیر به بلوغ برسد.» [۲۸]

از آنجا که یکی از قائلان به این نظریه، امام خمینی (ره) است و قوانین جزایی جمهوری اسلامی ایران، به طور عمده بر مبنای فتوای ایشان تهیه، تنظیم و تصویب شده است، لازم است نظر وی نیز در این مسأله بررسی شود.

تا آنجا که نگارنده تفحص کرده، از امام خمینی در خصوص مسأله‌ی مورد بحث (موردی که ولی دم، در صغیر یا مجنون منحصر باشد)، نظری در تحریر الوسیله ذکر نشده است؛ اما در مبحث کیفیت استیفای قصاص در تحریر الوسیله، مسأله‌ای مطرح شده است که شاید بتوان به گونه‌ای حکم مورد نظر را نیز از آن به دست آورد.

امام خمینی در مسأله‌ی ۱۵ این مبحث می‌نویسد:

«إذا كان له أولياء شركاء في القصاص ... لو كان بعضهم مجنوناً فأمره الی ولیه و لو كان صغيراً ففي رواية انتظرو بألصغار الذين ثلث أبوهن ان يكبروا، فإذا بلغوا خيروا فإن احبوا قتلوا او عفواً او صالحوا.» [۲۹]

«هرگاه برای مقتول، اولیای دم متعدد که همه در قصاص شریک هستند، وجود داشته باشد، ... اگر برخی از آنان مجنون باشد تصمیم‌گیری حق قصاص، با ولی مجنون است؛ اما اگر ولی دم، صغیر باشد، در روایتی آمده است: درباره‌ی اطفالی که پدرشان کشته شده، صبر کنید تا بزرگ شوند. هرگاه بالغ شدند، خود مخیرند. اگر خواستند، قصاص می‌کنند و اگر خواستند، می‌بخشند یا با قاتل مصالحه می‌کنند.»

مسأله مذکور، در فرض تعدد اولیای دم مطرح شده؛ ولی به لحاظ وحدت ملاک دومسأله، و اینکه در هر دو فرض از جمله اولیای دم، صغیر و مجنون هستند و ولی آنها به لحاظ محجوریت از طرف آنها تصرف می‌کند و به ویژه با عنایت به این مطلب که حدیث بعید به نظر می‌رسد که حکم دو مسأله در نظر حضرت امام متفاوت باشد.

نکته‌ی مهم و قابل توجه در عبارت تحریر الوسیله آن است که امام خمینی، بین ولی دم مجنون و ولی دم صغیر تفاوت گذاشته است. امر مجنون به طور قطع به ولی او واگذار شده است و اطلاق کلام امام، اقتضا می‌کند که ولی، حق هرگونه تصمیمی در حق قصاص مجنون را دارد و بسته به مصلحت او، قاتل را قصاص یا عفو می‌کند. ظاهر عبارت محشی تحریر الوسیله نیز این مطلب را تأیید می‌کند. او در شرح عبارت، پس از بیان اقوال می‌نویسد:

«مقتضای عموم ادله ولایت آن است که بسته به مصلحت مجنون، ولی او می‌تواند قصاص کند یا دیه بگیرد یا عفو کند؛» [۳۰]

اما در صورتی که ولی دم صغیر باشد، عبارت حضرت امام به تردد ایشان در این مسأله اشعار دارد. این تردد در فتوا، که نتیجه‌ی آن احتیاط در مقام عمل است، از پاسخ استفتائاتی که از وی صورت گرفته نیز قابل استفاده است. از امام پرسیده شده است:

«اگر اولیای مقتول، بعضی دیگر کبیر باشند، آیا با پرداخت حق دیه‌ی صغیر، اولیای کبیر می‌توانند قصاص نمایند یا خیر؟ در جواب این پرسش آمده است: «علی‌الأحوط باید صبر نمایند تا صغیر بالغ شود و اظهار نظر کند.» [۳۱] باز سؤال شده است: «اگر در صورت فوق، ولی صغیر بخواهد قصاص نماید و قصاص را غبطه‌ی صغیر تشخیص دهد، آیا می‌تواند بدون پرداخت دیه‌ی صغیر، قصاص نماید؟» و ایشان پاسخ داده‌اند: «ولی صغیر، حق قصاص از طرف صغیر را ندارد.» [۳۲] در پاسخ سؤال دیگری، وجوب انتظار، مقید به حالتی دانسته شده است که زمان بلوغ صغیر نزدیک باشد و اگر فاصله تا زمان بلوغ زیاد باشد، به نحوی که تأخیر، موجب وقوع فساد یا در معرض تضییق حق کبار باشد و به تشخیص ولی صغار، گرفتن دیه به مصلحت آنها باشد، با تأمین حق صغار، اقوا جواز قصاص توسط کبار دانسته شده است.» [۳۳]

از مجموعه عبارت تحریرالوسیله، استفتائات و نیز شرحی که شارح تحریرالوسیله در این خصوص آورده، چند امر قابل نتیجه‌گیری است:

اولاً نظر امام خمینی درباره‌ی حدود اختیارات ولی مجنون و ولی صغیر در این باب، یکسان نیست و ولی مجنون، اختیارات گسترده‌تری در مقایسه با ولی صغیر دارد؛ چیزی که در هیچ یک از اقوال گذشته مطرح نشده بود. این تفاوت از نظر فقهی از دو جهت قابل توجیه است: یکی آن‌که بگوییم: در نظر حضرت امام، از ادله‌ی ولایت پدر، جد، وصی یا حاکم بر مجنون، چنان عموم یا اطلاقی استفاده می‌شود که این تعمیم، از ادله ولایت بر صغیر قابل استفاده نیست. وجه دیگری که ظاهر عبارت تحریرالوسیله نیز به آن اشعار دارد، این است که ادله‌ی ولایت صغیر و مجنون از جهت شمول و اطلاق چندان متفاوت نیست؛ ولی مشکل در ناحیه‌ی ولایت بر صغیر، روایت اسحاق بن عمار است که در خصوص صغیر وارد شده است. گویا وجود این روایت که در وجوب انتظار تا زمان بلوغ ظهور دارد و رفع ید از آن، بدون دلیل درست نیست، از یک طرف، و این که لازمه‌ی پذیرش مضمون روایت، حبس قاتل و انتظار تا زمان بلوغ است که خود مستلزم مشکلاتی است از طرف دیگر، باعث شده، تا در مقام فتوا نظر صریحی در تحریرالوسیله درباره‌ی صغیر بیان نشود.

به این ترتیب من الحیث المجموع به دلیل روایت اسحاق ابن عمار، امام خمینی به وجوب انتظار تا زمان بلوغ در خصوص صغیر متمایل شده است. این نظریه‌ی را تعدادی از فقیهان نیز پذیرفته اند. برخی از پرسش و پاسخ‌ها که از آن، وجوب انتظار فهمیده می‌شود عبارتند از:

سؤال: چنانچه مقتول، ورثه صغیر داشته باشد، بفرمایید: آیا همواره اخذ دیه از سوی اولیای صغار، اصلح به حال صغار است یا این که حسب مورد می‌توان جانی را عفو یا از وی مطالبه قصاص نمود؟

آیت الله موسوی اردبیلی:

«صغیری که وارث مقتول است، ولی او باید صبر کند تا صغیر، کبیر شود و بعد بزرگ شدن، او مخیر است بین قصاص و عفو از قصاص و اخذ دیه و ولی صغیر حق عفو از قصاص و اخذ به دیه را ندارد، علی‌الظاهر.» [۳۴]

آیت الله فاضل لنکرانی:

«بلی، در فرض فوق (در صورتی که اولیای دم صغیر باشند) باید از قاتل، کفیل مطمئن یا دیه‌ی مشروط بگیرند و او را آزاد کنند تا صغیر پس از کبیر شدن به هر نحو مایل بود، عمل کند؛ اما در صورت عدم امکان یکی از این دو، قیم صغیر یا حاکم شرع طبق مصلحت صغیر تصمیم گرفته و عمل کنند.» [۳۵]

از برخی از فتاوا نیز لزوم احتیاط فهمیده می‌شود:

آیت الله خامنه‌ای:

«باید صبر کنند تا اولیای دم که صغیر هستند، کبیر شوند علی‌الأحوط.» [۳۶]

ثانیاً تردد در فتوا درباره‌ی صغیر، نتیجه‌ی آن احتیاط است و عمل به احتیاط در مقام، با مفاد روایت اسحاق بن عمار یعنی انتظار تا زمان بلوغ یکسان است.

ثالثاً بنابر نظر امام خمینی، هرگاه فقیهی در مسأله‌ای فتوا نداده باشد، رجوع در آن مسأله به فقیهان دیگر، با رعایت اعلم فالأعلم جایز است؛ بنابراین، حتی برای مقلدان وی، عمل به احتیاط و بالتبع انتظار تا زمان بلوغ واجب نیست.

سه دلیل برای این نظریه از طرف قائلین به آن اقامه گردیده است:

دلیل اول، اینکه ولی قهری نمی‌تواند این حق قصاص را استیفا نماید؛ زیرا قصاص حق ولی دم است و معلوم نیست که خواسته وی هنگام بلوغ چیست تا برآورده گردد، همچنین غرض از قصاص، تشفی خاطر ولی دم می‌باشد و با تعجیل در اجرای قصاص پیش از بلوغ وی، این هدف تأمین نمی‌شود. در نتیجه، باید انتظار کشید تا ولی دم به بلوغ برسد و خودش تصمیم بگیرد.

دلیل دوم، در مواردی که امکان تدارک و جبران وجود ندارد، مانند عفو از قصاص ولو در برابر مال. ولایت ولی قهری ثابت نشده است و اصل نیز عدم ولایت افراد بر یکدیگر است، مگر موردی که با دلیل از این اصل خارج شده باشد. در نتیجه، حق ولی دم صغیر تا زمان بلوغ وی باقی است.

دلیل سوم، موثق اسحاق بن عمار از امام صادق (ع) که آن حضرت از پدران بزرگوارش، از حضرت علی (ع) نقل فرموده است که:

«در مورد صغاری که پدرانشان کشته شده است منتظر بمانید تا بزرگ شوند و آن‌گاه که به بلوغ رسیدند مخیرشان بگذارید تا اگر خواستند قصاص یا عفو یا مصالحه کنند.» [۳۷]

ایرادی که در عمل بر این نظریه‌ی وارد است، اضطراب خاطر و وضعیت مبهم قاتل تا هنگام بلوغ اولیای دم صغیر است که گاه ممکن است سال‌ها طول بکشد. آیا قاتل باید این مدت را در زندان بگذراند یا با ضمانت یا وثیقه یا بدون آن آزاد گردد؟

شیخ طوسی (ره) در این باره می‌فرماید:

«وقتی ثابت شد که پدر نمی‌تواند از طرف فرزند صغیرش قصاص کند، قاتل زندانی می‌شود تا صغیر بالغ گردد؛ زیرا زندان به نفع هردو طرف می‌باشد؛ به نفع قاتل است چون مدتی دیگر زنده می‌ماند و به نفع صغیر است چون حق او محفوظ می‌ماند.» [۳۸]

در مقابل صاحب جواهر حبس را جایز نمی‌دانند و می‌فرمایند:

«زندانی کردن قاتل، ضرر زدن به او و تعجیل در مجازات وی بدون دلیل است.» [۳۹]

فقه‌های معاصر نیز بعضاً با حبس قاتل مخالفانند و برخی دیگر قاتل به تخییر بین حبس و اخذ وثیقه هستند. بنابراین، ایراد مذکور با اخذ ضمانت یا وثیقه و یا کفیل بر طرف می‌گردد.

۱-۲ فقهای اهل سنت

عالمان اهل سنت نیز در این مسأله اختلاف نظر دارند. در صورتی که مقتول ولی دم نداشته باشد، میان فقهای اتفاقی است که امام (سلطان) جانی را قصاص می‌کند؛ زیرا ولی کسی است که سرپرست ندارد. لیکن به عقیده‌ی ابویوسف، چنانچه مقتول اهل سرزمین اسلام باشد، امام حق ندارد قاتل را قصاص کند بلکه باید خون‌بها بگیرد؛ زیرا محال است که مقتول از سرزمین اسلام باشد و ولی دم نداشته باشد، پس او ولی دم دارد احتمالاً در نهایت شناخته نشده است و ولایت سلطان در صورتی است که مقتول فاقد ولی باشد، به عکس کافر حربی که اگر پس از ورود به سرزمین اسلام، مسلمان و بعد کشته شود، ظاهر این است که وی در سرزمین اسلام، ولی ندارد. [۴۰] در صورتی که مستحق قصاص یک نفر باشد و یا چند نفر باشند، حکم مسأله متفاوت خواهد بود.

چنانچه صاحب حق قصاص یک نفر و بالغ باشد، حق دارد در صورت تمایل مبادرت به استیفای قصاص کند و نیز به این سبب که به نحو کمال و بلامعارض حق قصاص دارد. زیرا خداوند می‌فرماید:

«وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُوماً فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيَّهِ سُلْطَانًا فَلَا يَسْرِفُ فِي الْقَتْلِ» [۴۱]

«کسی که از روی ستم کشته شود ما به ولی دم او نسبت به جانی تسلط قرار داده‌ایم اما در خونریزی اسراف ننماید.»

وقتی که اولیای دم چند نفر هستند یا همه‌ی آنان کبیرند؛ یا در میان آنان صغیر و یا مجنون وجود دارد؛ یا همگی در لحظه‌ی استیفای قصاص حضور دارند و یا بعضی غایب‌اند:

در صورتی که صاحبان قصاص، همگی کبیر و در صحنه حاضر باشند، طبق قاعده هر یک از آنان حق استیفای آن را دارند به نحوی که اگر یک نفر از اولیای دم قاتل را بکشد، به منزله‌ی استیفای قصاص از طرف بقیه خواهد بود؛ زیرا اگر قصاص، حق مقتول تلقی شود، همه‌ی وراثت به استیفای حق مقتول موفق شده‌اند، هم‌چنانکه در استیفای حقوق مالی چنین است. اگر آن‌گونه که مالک [۴۲] و ابوحنیفه [۴۳] نظر داده‌اند، قصاص حق ابتدایی و بآلایستقلال ورثه به حساب آید، همه‌ی آنان به نحو کامل آن را تملک کرده‌اند. این نظر مطابق با اصل است، ولی فقهای این دو مذهب شرط می‌دانند که همه‌ی صاحبان حق قصاص در لحظه‌ی اجرای قصاص حاضر و نسبت به اجرای آن اتفاق نظر داشته باشند، زیرا احتمال دارد که بعضی از ورثه از قصاص جانی بگذرند و عفو بعضی از ورثه، حق قصاص بقیه را ساقط می‌کند.

چنانچه یکی از اولیای دم قبل از هماهنگی و اتفاق سایرین مبادرت به اجرای قصاص کند، مطابق با مذهب مالک و ابوحنیفه، عمل او قصاص از ناحیه‌ی جمع تلقی می‌شود؛ زیرا طبق قاعده هریک از اولیای دم، ولایت بر استیفای قصاص دارد. با این حال بقیه‌ی وراثت حق ندارند از اولیای جانی دیه بگیرند چون تمام حق آنان با عمل یکی از وراثت استیفا شده است. این زای با نظر مالک و ابوحنیفه در این خصوص، که نام‌برندگان مجازات قتل عمد را فقط قصاص می‌دانند و لاغیر، منطبق است با این همه، اضافه می‌کنند که ولی دم به سبب آن‌که در قصاص کردن بر امام پیش‌دستی کرده است، تعزیر خواهد شد. [۴۴]

شافعیه و حنابله عقیده دارند، ولی دمی که قبل از اتفاق بقیه، مبادرت به قتل جانی کند، مرتکب عملی شده که از انجام دادن آن ممنوع بوده است؛ زیرا تمامیت جسم و جان جانی را مالک و مسلط نبوده؛ پس زمانی که بدون اتفاق و هماهنگی دیگران استیفای قصاص کرده، فی الواقع بدون اجازه‌ی صاحبان حق، حق آنان را استیفا کرده است.

نظر برتر و پذیرفتنی در این مذاهب این است که با وصف فوق، ولی دم یاد شده قصاص نمی‌شوند؛ زیرا اولاً وی به نحو مشارکت حق قصاص داشته است؛ ثانیاً جانی می‌بایست قصاص می‌شد. هم‌چنان که اگر یکی از دو شریک، با کنیز مشترک زنا کند، حد بر او جاری نمی‌شود.

لیکن بنابر رأی دیگری، وی ملزم به تأدیه‌ی خون‌بهاء معادل سهام بقیه‌ی اولیای دم نسبت به آنان خواهد بود. لازمه‌ی رأی اخیر این است که اولیای جانی با حذف و کسر سهم اجرا کننده قصاص از دیه، بقیه‌ی دیه را از او باز ستانند؛ تا سایر صاحبان حق قصاص بتوانند از ماترک جانی دیه بگیرند. این رأی شافعی و حنابله با نظریه‌ی آنان مبنی بر این‌که حق قصاص ابتدئاً برای خود مقتول «مورث» به جود می‌آید و سپس به ورثه مقتول منتقل می‌گردد و این‌که در قتل عمد یکی از دو مجازات یعنی قصاص و دیه، بدون تعیین واجب می‌شود، سازگار و منطبق است. [۴۵]

اما در صورتی که مستحق قصاص کودک و یا دیوانه باشد، شافعی و حنابله قائلند که ولی قهری، حق استیفای قصاص و اجرای قصاص را ندارند و لازم است قصاص تا بلوغ صغیر یا افاقه‌ی مجنون به تأخیر افتد. [۴۶]

شافعی و حنابله برای مدعای خود به سه وجه استناد کرده‌اند:

اولاً فلسفه‌ی تشریع قصاص، تشفی قلب ولی دم و فرو نشاندن غیظ اوست و چون ولی دم، صغیر است، تشفی برای او حاصل نمی‌شود و قصاص، حق اوست؛ بدین سبب باید تا زمان بلوغ وی، آن را به تأخیر انداخت.

ثانیاً تأخیر در قصاص باعث می‌شود تا قاتل تمتع و لذت بیشتری از زندگی ببرد و برای صغیر نیز در استیفای قصاص، تشفی حاصل می‌شود.

ثالثاً ولی قهری، در طلاق زوجیه صغیر ولایت ندارد؛ بنابراین حق ندارد حق قصاص وی را نیز استیفا کند. [۴۷]

در مذهب ابوحنیفه [۴۸] در این باره دو رأی ارائه شده است:

نظر اول همان است که شافعی و حنابله بیان داشته‌اند و نظریه‌ی دوم بر آن است که در صورتی که مستحق قصاص، صغیر یا دیوانه باشد، قاضی و حاکم حق دارند بدون آن‌که منتظر بلوغ صغیر و یا افاقه‌ی مجنون باشند، از قاتل استیفای قصاص کنند. به نظر مالکیه [۴۹]، ولی قهری صغیر و مجنون و وصی آنان از طفل به نیابت از صغیر و مجنون، قاتل را قصاص می‌کند و نیازی به انتظار بلوغ و یا افاقه‌ی مجنون ندارد. ابوحنیفه عقیده دارد که پدر و جد، به عکس وصی، حق دارند که از طرف صغیر اجرای قصاص کنند؛ زیرا ولایت آنان بر اساس مصلحت صغیر بر قرار گردیده است. ابویوسف می‌گوید باید در انتظار بلوغ صغیر ماند. مالک نیز عقیده دارد که وصی و حاکم حق دارند جانی را قصاص نمایند.

مالکیه و حنفیه در توجیه جواز استیفای قصاص به وسیله‌ی ولی صغیر، به عموم ولایت تمسک کرده و گفته‌اند:

همانطور که ولی بر نفس صغیر در مثل تزویج ولایت دارد، بر استیفای قصاص نیز ولایت دارد؛ افزون بر اینکه بر اساس فلسفه‌ی تشریع ولایت، ولی آنچه را به مصلحت صبی است، انجام دهد و استیفای قصاص به مصلحت او است؛ زیرا اگر استیفا نشود، چه بسا بر اثر مرگ و یا فرار قاتل، قصاص فوت شود. اگر هدف از قصاص، تشفی قلب ولی دم است، این مقصود پس از بلوغ برای صغیر حاصل می‌شود؛ زیرا وقتی آگاه شد قاتل پدرش برای قصاص کشته شد، تشفی برای وی حاصل می‌شود. [۵۰]

همچنین در صورتی که میان صاحبان حق قصاص، صغیر یا مجنون و یا بعضی از آنها غایب باشند، به عقیده مالک و ابوحنیفه، اولیای دم کبیر و عاقل در انتظار بلوغ و افاقه‌ی نمی‌مانند و مبادرت به استیفای قصاص می‌کنند؛ زیرا قصاص در ابتدا و بالذات به نفع وراثت به وجود آمده است و حق کامل و استقلالی هر یک از آنان به حساب می‌آید؛ چون اولاً سبب استحقاق در هر یک از وراثت مستقل است؛ ثانیاً قصاص تجزی‌بردار نیست. این دو در تأیید نظر خود به فرمایش حضرت علی (ع) خطاب به فرزندش امام حسن (ع) اشاره می‌کنند. آن امام بزرگوار پس از آن‌که ابن ملجم وی را مجروح ساخت به امام حسن فرمود: اگر خواستی او را بکش، و اگر خواستی از او بگذر، و اگر بگذری برای تو بهتر است. و امام حسن (ع) او را کشت و حال آن‌که در میان وراثت، صغیر هم بود.

نام‌برندگان از دو جهت به این سخن استناد کرده‌اند:

اول اینکه امام علی (ع)، امام حسن (ع) را در قتل و یا عفو قاتل مخیر کرد بدون آنکه او را مقدّم به رعایت بلوغ صغار سازد؛ و دوم این‌که امام حسن (ع) قاتل را قصاص کرد و منتظر بلوغ صغار نشد، چون این اقدامات با حضور صحابه‌ی پیامبر (ص) صورت گرفت و مورد اعتراض هیچ‌کدام واقع نشد، نشان می‌دهد که موضوع اجماعی است.

با این همه، مالکیه و حنفیه بر این عقیده هستند که باید در انتظار مراجعت و حضور غایب بمانند؛ زیرا احتمال دارد که ولی دم غایب از قصاص جانی منصرف شده باشد و حاضرین «عفو» او را مخفی نگه دارند، پس اگر به ولی دم حاضر، اجازه‌ی استیفای قصاص داده شود، مبادرت به استیفای حقی کرده که با «عفو» از میان رفته است.

در مذهب ابوحنیفه میان احتمال عفو صغیر و مجنون و احتمال عفو و گذشت غایب کبیر، تفاوت می‌گذارند؛ زیرا این احتمال در حین قصاص، از جانب غایب کبیر محقق است ولی از جانب صغیر و مجنون محقق و ثابت نیست؛ چه، آن‌که آنان فاقد اهلیت برای «عفو» هستند.

در مذهب مالکیه میان غیبت کم و اندک، و غیبت طولانی که امید برگشت و مراجعت غایب وجود ندارد تفاوت گذاشته می‌شود و انتظار مورد نظر در نوع اول را شرط می‌دانند، این رأی در مذهب مالکیه رأی راجح و برتر به شمار می‌رود، و بنابر رأی ضعیف، میان دو حالت فوق تفاوت گذاشته نمی‌شود. [۵۱]

میان مذاهب چهارگانه اهل سنت اتفاقی است که تأخیر در استیفای قصاص باعث آزادی جانی نخواهد شد، بلکه تا زمان استیفای قصاص در زندان خواهد ماند. پس تا حضور غایب و بلوغ صغیر و افاقه‌ی مجنون، محبوس خواهد شد. این‌که جانی در موارد فوق در حبس می‌ماند بدان جهت است که، آزاد کردند موجب تضییق حق می‌شود؛ زیرا احتمال فرار و مخفی شدن وجود دارد. دیگر این وی مستحق قتل است، و قتل متضمن تضییق جان و نفع جانی است، پس در صورتی که تفویت جان وی مقدور نباشد، تفویت نفع او که در دسترس است، مقدور خواهد بود.

از قاتل، کفیل برای رهایی او پذیرفته نمی‌شود؛ زیرا در مجازات‌ها اخذ کفیل از جانی درست نیست چرا که فایده کفالت در این است که اگر احضار مکفول متعذر گردد، از کفیل استیفای حق به عمل آید. چنان‌چه متهم به قتل کفیل معرفی کند و احضار مکفول مقدور نباشد، استیفای قصاص از کفیل امکان نخواهد داشت. [۵۲]

نتیجه‌گیری

از مجموع مطالب مذکور در این تحقیق می‌توان به این نتیجه کلی دست یافت:

در صورتی که تمام اولیای دم، صغیر یا مجنون باشند، در این‌که ولی صغیر و مجنون، حق تصمیم‌گیری درباره‌ی حق قصاص مولی علیه خود را دارد یا خیر، بین فقیهان امامیه و اهل سنت اختلاف است و اقوال متعدّدی مطرح شده است. برخی از فقیهان به دلیل وجود روایت معتبری در خصوص حق قصاص صغیر، بر این رأی‌اند که باید تا زمان بلوغ صغیر، صبر کرد تا خود اولیاء تصمیم بگیرند که آیا قصاص کنند، ببخشند یا دیه بگیرند؛ اما گروهی از فقیهان نامدار امامیه، با اعتقاد به عموم ادله‌ی ولایت، تصمیم‌گیری درباره‌ی حق قصاص را بر عهده‌ی ولی صغیر گذاشته‌اند. درباره‌ی مجنون نیز رأی راجح، واگذاشتن تصمیم به ولیّ او است؛ گرچه برخی در این مورد نیز به انتظار تا زمان افاقه‌ی وی ملتزم شده‌اند.

مراجع

۱. شیخ طوسی، ابوجعفر محمد بن الحسن، "المبسوط"، المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية، بی تا، بی جا، ج ۷، ص ۵۴
۲. حسینی عاملی، سید محمد جواد، "مفتاح الکرامه"، ج ۱۲، ص ۴۵۸
۳. شیخ طوسی، "کتاب الخلاف"، مؤسسه النشر الإسلامی، چاپ اول، قم، ۱۴۱۶ ه.ق، ج ۵، ص ۱۷۹
۴. شیخ طوسی، "المبسوط"، ج ۷، ص ۵۵
۵. نجفی، محمد حسن، "جواهر الکلام"، ج ۴۲، ص ۳۰۳
۶. موسوی خوئی، سید ابوالقاسم، "مبانی تکملة المنهاج"، ج ۲، ص ۱۳۳
۷. نجفی، محمد حسن، "جواهر الکلام"، ج ۴۲، ص ۳۰۳
۸. طوسی، ابوجعفر محمد بن الحسن، "التهذیب"، دارالکتب الإسلامیة، چاپ چهارم، تهران، ۱۳۶۵ ه.ش، ج ۱۰، ص ۱۷۶، ح ۹
۹. فاضل لنکرانی، محمد، "تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسیلة، المطبعة العلمية"، قم، ۱۴۰۷ ه.ق، کتاب القصص، ص ۲۴۹
۱۰. شیخ طوسی، "المبسوط"، ج ۳، ص ۳۴۶
۱۱. خوئی، سید ابوالقاسم، "مبانی تکملة المنهاج"، ج ۲، ص ۱۳۲
۱۲. مکارم شیرازی، ناصر، "مجموعه استفتائات جدید، نشر مدرسه الإمام علی بن ابیطالب (ع)"، ص ۴۱۰، مسأله ۱۳۶۵
۱۳. خوئی، سید ابوالقاسم، "مبانی تکملة المنهاج"، ج ۲، ص ۱۳۳
۱۴. علامه حلی، ابی منصور حسن بن یوسف، "قواعد الأحکام"، ج ۳، ص ۶۲۳
۱۵. همان، ج ۲، ص ۱۳۵
۱۶. حلی (فخر المحققین)، محمد بن الحسن، "ایضاح الفوائد فی شرح القواعد، مطبعة العلمية"، چاپ اول، قم، ۱۳۸۸ ه.ق، ج ۲، ص ۵۲
۱۷. مغنیه، محمد جواد، "فقه الإمام الصادق (ع)"، چاپ چهارم، دارالجواد، بیروت، ۱۴۰۲ ه.ق، ج ۶، ص ۳۳۵
۱۸. "گنجینه آرای فقهی - قضایی"، دفتر آموزش روحانیون و تدوین متون فقهی، قم، بی تا، پاسخ سؤال ۵۵
۱۹. محقق حلی، "شرايع الإسلام"، ج ۴، ص ۲۳۶
۲۰. همان، ج ۳، ص ۲۶۱
۲۱. فاضل هندی، "کشف اللثام"، انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۵ ه.ق، ص ۴۶۵
۲۲. حلی (فخر المحققین)، محمد بن الحسن، "ایضاح الفوائد"، ج ۲، ص ۵۲ و ج ۴، ص ۳۲۳
۲۳. شهید ثانی (العالمی)، زین الدین بن علی، "مسالك الأفهام"، مؤسسه معارف اسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۷ ه.ق، ج ۱۲، ص ۴۷۸
۲۴. علامه حلی، حسن بن یوسف، "تذکره الفقهاء"، منشورات المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية، بی تا، بی جا، ج ۲، ص ۸۲
۲۵. محقق کرکی، علی بن الحسین، "جامع المقاصد"، ج ۵، ص ۱۸۷
۲۶. محقق اردبیلی المولی احمد، "مجمع الفائدة و البرهان فی شرح ارشاد الأذهان"، مؤسسه نشر اسلامی، چاپ اول، قم، ج ۱۴، ص ۱۴۰
۲۷. طوسی، محمد بن الحسن، "المبسوط فی الفقه الإمامیه"، تهران، المكتبة المرتضوية، بی تا، ج ۲، ص ۲۰۰
۲۸. العالمی، محمد بن مکی (شهید اول)، "الدروس الشریعة فی الفقه الإمامیه"، قم، مؤسسه نشر الإسلامیة، بی تا، ج ۳، ص ۳۱۸
۲۹. موسوی خمینی (امام) سید روح الله، "تحریر الوسیلة"، ج ۲، ص ۴۳۸
۳۰. مطهری، احمد، "مستند تحریر الوسیله"، کتاب القصص، مطبعة الخيام، قم، ۱۴۰۰ ه.ق، ص ۱۸۳
۳۱. کریمی، حسین، "موازن قضایی از دیدگاه امام خمینی"، انتشارات شکوری، قم، ۱۳۶۵ ه.ش، ج ۱، ص ۱۶۵، مسأله ۳۶

۳۲. همان، مسأله‌ی ۳۷
۳۳. همان، ص ۱۷۱، مسأله‌ی ۵۵
۳۴. "گنجینه آرای فقهی - قضایی"، دفتر آموزش روحانیون و تدوین متون فقهی، سؤال ۵۵
۳۵. فاضل لنکرانی، محمد، "جامع المسائل"، مطبوعاتی امیر، چاپ اول، ۱۳۷۷ ه.ش، ج ۲، ص ۴۵۷
۳۶. "گنجینه‌ی آرای فقهی - قضایی"، پیشین، سؤال ۱۱۳
۳۷. حر عاملی، "وسائل الشیعة"، مکتب الإسلامیة، چاپ ششم، تهران، ج ۱۹، ص ۸۵
۳۸. طوسی، محمد بن الحسن، "المبسوط"، ج ۷، ص ۵۵
۳۹. نجفی، محمد حسن، "جواهر الکلام"، دارالکتب الإسلامیة، چاپ ششم، تهران، ۱۳۹۴ ه.ق، ج ۴۲، ص ۳۰۴
۴۰. ابن قدامة، شمس‌الدین ابوالفرج عبدالرحمن، "الشرح الكبير على متن المقنع"، دار الكتاب العربی للنشر والتوزيع، بی جا، بی تا، ج ۴، ص ۲۲۸، ج ۹، ص ۳۹۴، الکاسانی، علاء الدین، أبو بکر بن مسعود بن أحمد، "بدائع الصنائع"، دار الکتب العلمیة، بی جا، الطبعة: الثانية، ۱۴۰۶ هـ ج ۷، ص ۲۴۳ و ۲۴۵، شیرازی، أبو اسحاق إبراهيم بن علی بن یوسف، "المهذب"، دار الکتب العلمیة، ج اول، بی تا، بی جا، ج ۲، ص ۱۹۶
۴۱. اسراء/ ۳۳
۴۲. "شرح الكبير"، همان
۴۳. "بدائع الصنائع"، ج ۷، ص ۲۴۲
۴۴. مصری، زین الدین بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم، "البحر الرائق شرح كنز الدقائق"، بی جا، بی تا، ص ۳۰۰ و ۳۰۱
۴۵. "شرح الكبير"، ج ۹، ص ۳۸۶ و ۳۸۷، المهذب، ج ۲، ص ۱۹۷
۴۶. ابن قدامة المقدسی، أبو محمد موفق الدین عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسی ثم الدمشقی الحنبلي، "المغنی"، مکتبة القاهرة، بی جا، بی تا، ج ۹، ص ۴۶۰، "المهذب"، ج ۲۰، ص ۹۰
۴۷. همان
۴۸. "بدائع الصنائع"، ج ۷، ص ۲۴۳
۴۹. رُعینی المالکی، شمس الدین أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسی المغربي، "مواهب الجلیل فی شرح مختصر خلیل"، دارالفکر، بیروت، ۱۴۱۲ هـ ج ۶، ص ۲۵۲
۵۰. "المغنی"، ج ۹، ص ۴۶۰، "المهذب"، ج ۲۰، ص ۹۰
۵۱. "مواهب الجلیل"، ج ۶، ص ۲۵۰ و ۲۵۱، "شرح الكبير"، ج ۴، ص ۲۲۸، "بدائع الصنائع"، ج ۷، ص ۲۴۳ و ۲۴۴، "البحر الرائق"، ص ۳۰۰ و ۳۰۱
۵۲. شرح الكبير، ج ۹، ص ۳۸۴ و ۳۸۵، مواهب الجلیل، ج ۶، ص ۲۵۰، المهذب، ج ۲، ص ۱۹۶