

A jurisprudential legal dispute regarding the retaliation of the mother in the crime against the child

(Article Type: Original Research)

Ruhollah Akrami^{*1}, Morteza Fathi²

Abstract

Most Islamic jurists believe that a father will not retaliate against his son in a deliberate crime. However, there is disagreement about the mother joining the father. Sunni jurists mainly believe that the mother cannot be retaliated like the father, a position that is also accepted in the penal regulations of the countries subject to Sunni jurisprudence. According to the famous Fatwa of Imami jurisprudence, the regulations of our country have specified the removal of retribution only against the father, and this issue has caused the legal doctrine of the mother to be subject to retribution.

In the present study, the issue is examined with a descriptive analytical method and it is clear that the only valid document of the famous fatwa of the jurists is the general reasons for retribution, which in other cases, like the grandparents, have been left out for reasons that should apply to the mother in the first place; In particular, a parent who is not retaliated according to the hadiths is also referred to as a mother and also the hadiths do not say anything about the retaliation of the mother, and the companions did not even ask the infallibles about this issue. Evidence that exposes the mother's retaliation to suspicions that should be avoided. From a legal perspective, due to the lack of legal clarification, the mother can be excluded from retaliation based on the fatwa of the minority, especially the opinion of the leadership.

Keywords: Retribution punishment, Crime against a child, Retaliation of the mother, Islamic jurisprudence, Iranian criminal law.

1. Associate Professor Department of Criminal Law and Criminology, Faculty of law, Qom University, Qom, Iran; Corresponding Author: r.akrami@qom.ac.ir

2. Assistant Professor Department of Criminal Law and Criminology, Faculty of law, Qom University, Qom, Iran.



تأملی فقهی حقوقی پیرامون قصاص مادر در مقابل فرزند

(نوع مقاله: علمی پژوهشی)

روح‌الله اکرمی*^۱، مرتضی فتاحی^۲

چکیده

اغلب فقهای اسلامی قائل به نفی قصاص از پدر در صورت جنایت عمدی بر فرزند هستند. با وجود این در خصوص الحاق مادر به پدر اختلاف نظر وجود دارد. فقهای اهل تسنن عمدتاً مادر را همانند پدر غیر قابل قصاص می‌دانند، موضعی که در مقررات کیفری کشورهای تابع فقه اهل سنت نیز پذیرفته شده است. با وجود این قوانین کشور ما به تبع قول مشهور فقه امامیه صرفاً بر برداشتن قصاص از پدر تصریح و همین موجب شده است تا دکتربین حقوقی مادر را مستوجب قصاص بداند.

در نوشتار حاضر با روش توصیفی تحلیلی مسأله بررسی و مشخص می‌گردد تنها مستند قابل اعتنای فتوای مشهور عموماً ادله قصاص است که در موارد دیگر مانند اجداد به جهت ملاک‌هایی تخصیص زده شده‌اند که به طریق اولی می‌بایست نسبت به مادر نیز اعمال شوند، به ویژه اینکه والدی که بنابر نصوص قابل قصاص نیست بر مادر نیز اطلاق می‌شود و روایات نیز بر قصاص مادر هیچ‌گونه تصریحی نداشته و اساساً اصحاب در این خصوص حتی سؤال ننموده‌اند، قرائنی که قصاص مادر را در معرض شبهاتی قرار می‌دهد که مجرای اصل احتیاط است. از جهت حقوقی نیز با توجه به عدم تصریح قانونی می‌توان بر اساس فتوای اقلیت به ویژه نظر مقام معظم رهبری مادر را از شمول قصاص خارج نمود.

واژگان کلیدی: مجازات قصاص، جنایت بر فرزند، قصاص مادر، فقه اسلامی، حقوق کیفری ایران

۱. دانشیار گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق، دانشگاه قم، قم، ایران؛ نویسنده مسئول

r.akrami@qom.ac.ir

۲. استادیار گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق، دانشگاه قم، قم، ایران.

درآمد

یکی از مواردی که در فقه اسلامی موجب انتفای قصاص می‌شود، آن است که مجنی‌علیه فرزند جانی باشد. با وجود آن که مالکیه (باجی، ۱۴۲۰، ج ۹، ص ۷۸)،^۱ ظاهریه (ابن حزم اندلسی، ۱۳۵۲، ج ۱۱، ص ۲۹۶)، برخی از اصحاب رأی مانند عثمان بتی (ابن عبدالبر نمری، ۲۰۰۰، ج ۸، ص ۱۳۶) و معدودی از فقهای شافعی (ابن منذر نیشابوری، ۲۰۱۹، ج ۵، ص ۲۵۳) و شیعی (صادقی تهرانی، ۱۴۲۵، ج ۲، ص ۳۲۵) معتقد به قصاص پدر در صورت کشتن فرزند هستند؛ لکن مشهور فقهای اهل سنت (ابن ادريس شافعی، بی‌تا، ۱۱۵۱؛ سرخسی، بی‌تا، ج ۲۶، ص ۹۰؛ ابن قدامه مقدسی، بی‌تا، ج ۹، ص ۳۵۹؛ فیروزآبادی شیرازی، ۱۴۱۶، ج ۳، ص ۱۷۲) و امامیه (طوسی، ۱۴۰۷، ج ۵، صص ۱۵۲-۱۵۱؛ ابن زهره حلبی، ۱۴۱۷، ۴۰۳) قصاص را از پدر منتفی می‌دانند. با وجود این پیرامون الحاق مادر به پدر در عدم قصاص از نظر فقهای سنی قائل به نفی قصاص از پدر باید گفت جمهور ایشان مادر را نیز قابل قصاص نمی‌دانند، و صرفاً قول شاذی از احمد بن حنبل مبنی بر قصاص نقل شده که با اقبال سائرین روبرو نشده است (ابن قدامه مقدسی، بی‌تا، ج ۹، ص ۳۶۰؛ ابن ادريس شافعی، بی‌تا، ۱۱۵۱؛ سرخسی، بی‌تا، ج ۲۶، ص ۹۲؛ فیروزآبادی شیرازی، ۱۴۱۶، ج ۳، ص ۱۷۲). مقررات موضوعه کشورهایی که نظام کیفری آن‌ها بر پایه آموزه‌های فقهی اهل تسنن بنیاد

۱. گفتنی است مالکیه قتل فرزند در صورتی که احتمال آن برود که عامدانه صورت نگرفته باشد، قابل قصاص نمی‌دانند. در حقیقت در نظرگاه این مذهب اصل بر عدم قصاص است مگر وجود سوء نیت سلب حیات در جانی احراز شود. قانون جنایی موریتانی موضع مزبور را پذیرفته و در ماده ۲۸۸ هر چند اصل عدم قصاص والدین را مورد تصریح قرار داده، لکن در جایی که جنایت با ارتکاب رفتارهای عامدانه‌ای نظیر بریدن گلو یا دریدن شکم صورت گیرد، پدر یا مادر را قابل قصاص دانسته است. طبق این ماده:

«La peine de Ghissass s'applique aussi bien à l'égard des parents proches que des parents lointains, à l'exception toutefois des descendants sur les ascendants. Le Ghissass ne s'appliquera pour les ascendants ayant commis un homicide sur la personne de leurs descendants que s'il est volontaire et exécuté au moyen d'un égorgement ou d'un coup de poignard dans le ventre. Hormis ces cas, ils seront condamnés à de très importantes Diya dont l'acquiescement ne pourra être effectué que sur les propres biens».

مشابه چنین اندیشه‌ای در سخن برخی از معاصرین شیعی نیز دیده می‌شود که لسان نصوص قرآنی «و لکم فی القصاص حیاة» را آبی از تخصیص دانسته و استثنای آن را تنها در قتل عاطفی فرزند توسط والد دانسته که به حیات جامعه ضربه نمی‌زند (صانعی، ۱۳۸۸، ج ۱، ص ۱۷۷).

نهاده شده است، مجازات مادر در صورت کشتن فرزند را همانند پدر دانسته و در این زمینه تفصیلی قائل نشده‌اند و به صورت کلی پدر و مادر را در صورت ارتکاب جنایت بر فرزند قابل قصاص نمی‌دانند. ماده ۱۲۶ قانون جزای شرعی برونتی مصوب سال ۱۳۰۱^۱، ماده ۳۰۶ قانون مجازات پاکستان اصلاحی سال ۱۹۹۷^۲، ماده ۳۱ قانون جنایی سودان مصوب ۱۹۹۱^۳، ماده ۱ مکرر قانون شماره ۱۸ پیرامون احکام قصاص و دیه اصلاحی ۲۰۱۶ در لیبی^۴، ماده ۲۳۳ قانون جرایم و مجازات‌های یمن مصوب ۱۹۹۴^۵ و ماده ۲۰۴ قانون کیفری شرعی ایالت زامفارای نیجریه مصوب سال ۲۰۰۰ متضمن چنین رویکردی هستند.^۶

بر خلاف فقه اهل سنت و مقررات کیفری کشورهای تابع آن، مشهور فقهای امامیه بر قصاص مادر نظر داده‌اند، و حکم پدر را متمایز از وی دانسته‌اند. موضعی که در قوانین مجازات کشور ما پس از انقلاب اسلامی نیز قابل اصطیاد است. در نوشتار حاضر با روشی توصیفی تحلیلی ضمن بررسی موضع مشهور فقهای اهل تشیع و دلایل ایشان در خصوص مسأله قصاص مادر، تلاش شده است تا بررسی شود که آیا دلایل اقامه شده بر موضع مزبور توانایی اثبات مدعا را دارند یا خیر؟، و در ادامه کوشش شده تا

۱. در حالی که ماده ۱۲۶ در بند نخست مجازات قتل عمد را قصاص تعیین نموده است، در بند دوم مقرر می‌دارد: «mother or father who commits qatlul-'amd against her or his own child, is guilty of an offence and shall be liable on conviction to a fine not exceeding \$100,000, imprisonment for a term not exceeding 25 years or both».

۲. «Qatl'amd not liable to qisas. Qatl'amd shall not be liable to qisas in the following cases, namely:..., (b) when an offender causes death of his child or grandchild, how lowsoever; and (c) when any wali of the victim is a direct descendant, how lowsoever, of the offender».

۳. طبق این ماده: «يسقط القصاص في أي من الحالات الآتية: أ) إذا كان المجني عليه أو وليه فرعاً للجاني ...».

۴. «يستثنى من القصاص طبقاً للمادة ۱ من قتل فرعه».

۵. «إذا اعتدى الأصل على فرعه بالقتل أو الجرح فلا قصاص».

6. «When intentional homicide is not punishable with death Except in the circumstances mentioned in section 200, intentional homicide is punishable with the payment of diyyah and not with death in any of the following circumstances:- (a) where the offender is an ascendant of the victim or where the intention of the ascendant is clearly shown to be the correction or discipline of the victim» (Peters, 2010: p. 61).

ضمن تبیین موضع مقررات موضوعه در این زمینه و برداشت دکترین از آن، امکان ارائه راهکارهایی که بتواند در نظام حقوقی و قضایی کشور جهت اتخاذ موضع مناسب‌تر قابلیت توجیه را بیابند مطمح‌نظر قرار گیرد.

۱. قصاص مادر در فقه امامیه

فتوای مشهور در میان فقهای امامیه انصراف حکم عدم قصاص به پدر در صورت جنایت عمدی بر فرزند است، با وجود این ضعف دلایل مشهور موجب شده برخی از فقها بر نفی قصاص از مادر نیز فتوا داده یا دست‌کم احتیاط را در این زمینه لازم بدانند. در ادامه مواضع مزبور به تفکیک مورد بررسی قرار می‌گیرند.

۱-۱. نظریه مشهور مبنی بر قصاص مادر

اکثریت فقهای شیعی معتقد به قصاص مادر در صورت جنایت عمدی بر فرزند هستند (شیخ مفید، ۱۴۱۳، ۷۴۹؛ طوسی، ۱۴۰۷، ج ۵، صص ۱۵۳-۱۵۲؛ ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰، ج ۳، ص ۳۳۷؛ محقق حلی، ۱۴۰۸، ج ۴، ص ۱۹۹؛ نجفی، ۱۴۰۴، ج ۴۲، ص ۱۷۰). در مورد ادله‌ی نظریه مشهور باید گفت هیچ‌گونه دلیل نقلی که به طور خاص قصاص مادر را تجویز نماید، وجود ندارد و در تأیید این موضع ضمن تمسک به اطلاقات و عمومات ادله قصاص، به دلیل لبی اجماع و عدم ولایت مادر استشهد شده است. از این رو لازم است دلایل مزبور مورد بررسی قرار گیرند.

۱-۱-۱. اجماع

در مورد دلیل اجماع باید گفت بنا بر مبنای کسانی که اجماع را حجت می‌دانند، این حجیت ناظر بر اجماع میان قداما است که تدقیق در آثار بر جای مانده از ایشان تحقق اجماع در خصوص ثبوت قصاص مادر را ثابت نمی‌نماید؛ چه برخی از ایشان صرفاً حکم جنایت عمدی پدر را مورد توجه قرار داده و مسأله‌ی قصاص مادر به سکوت برگزار شده است (ابن براج طرابلسی، ۱۴۰۶، ج ۲، ص ۴۵۹). عده‌ای نیز همانند اخبار وارده حکم را تحت تعبیر عدم قصاص والد در صورت جنایت بر ولد بیان نموده و از این حیث هیچ تفصیل صریحی میان پدر یا مادر قائل نشده‌اند (ابن زهره حلبی، ۱۴۱۷، ۴۰۳؛

کیدری، ۱۴۱۶، ۴۹۲؛ ابن سعید حلی، ۱۴۰۵، ۵۷۲). افزون بر آن چه گفته شد بعضی نیز اساساً حکم را بر مجرد قتل فرزند اعم از این که مرتکب پدر یا مادر مجنی‌علیه باشد مترتب نموده‌اند، به طور مثال عمادالدین طوسی در وسیله در حالی که ابتدا در جمله‌ای حکم ثبوت قصاص فرزند در صورت قتل پدر را با تعبیر «إذا قتل إنسان أباه» بیان می‌کند، در فراز بعدی در بحث نفی قصاص در فرزندکشی، بدون آن که حکم را بر پدر بار نماید چنین می‌نویسد «إذا قتل إنسان ولده أو ولد ولده لم یقتل به و لزمه الدیه فی ماله» (ابن حمزه طوسی، ۱۴۰۸، ۴۳۱)؛ استفاده از تعبیر «انسان» به جای «أب» به روشنی می‌تواند عدم اختصاص حکم نفی قصاص را به پدر از نظر این فقیه نشان دهد. تعدادی نیز مانند ابن جنید اسکافی هم که صراحتاً بر عدم قصاص مادر فتوا داده‌اند (علامه حلی، ۱۴۱۳، ج ۹، ص ۴۵۱).

همین عدم احراز اتفاق نظر اصحاب بر قصاص مادر و اتفاقاً وجود فتاوی معارض با چنین موضعی موجب شده برخی از متأخرین مانند فیض کاشانی در مفاتیح الشرایع بر اختلاف نظر در مورد قصاص مادر اشاره نمایند به نحوی که خود ایشان نیز در این زمینه توقف نمایند، وی در آن جا می‌نویسد «لا یقتص من الأب لابنه بالنص و الاجماع، ... أما الام فلا قولاً واحداً منا» (فیض کاشانی، بی تا، ج ۲، ص ۱۲۷).

با فرض آن که اجماعی نیز که در این زمینه از سوی بعضی ادعا شده (طوسی، ۱۴۰۷، ج ۵، ص ۱۵۲؛ موسوی سبزواری، ۱۴۱۳، ج ۲۸، ص ۲۲۹) را بپذیریم، چون در مورد این مسأله برخی روایات در دست است، چنین اجماعی مدرکی و یا دست کم محتمل‌المدرکیه است که در اثبات حکم قصاص مادر حجیت شرعی ندارد. از این رو باید سراغ دلیل دوم رفت.

۱-۱-۲. عدم ولایت مادر

ابن فهد حلی در مذهب البارع تعمیم حکم عدم قصاص به جد پدری را به استناد اشتراک در ولایت می‌پذیرند، لکن در مورد مادر به جهت ولایت نداشتن مادر حکم عدم قصاص در مورد ایشان را نمی‌پذیرند (ابن فهد حلی، ۱۴۰۷، ج ۵، ص ۱۹۰)، مشابه همین رویکرد آثار دیگران نیز مشهود است (طباطبایی، ۱۴۱۸، ج ۱۶، ص ۲۵۰). در نقد توقف عدم قصاص بر داشتن ولایت بر مجنی‌علیه باید گفت در هیچ کدام از ادله چنین دلیلی مشهود نیست که بتوان انتفای ولایت در مادر را موجب انصراف دلیل از وی دانست.

۱-۱-۳. عموم و اطلاق ادله قصاص

عمده‌ی فقهای قائل به قصاص مادر در احتجاجات خویش تنها قرار داشتن حکم قصاص مادر تحت شمول عموم و اطلاق ادله قصاص را به عنوان مثبت موضع خویش مورد استناد قرار داده‌اند (طباطبایی، ۱۴۱۸، ج ۱۶، ص ۲۵۰؛ خوانساری، ۱۴۰۵، ج ۷، ص ۲۳۳؛ تبریزی، ۱۴۲۶، صص ۱۴۷-۱۴۶).

قبل از بررسی این دلیل عاری از فایده نیست نظری بر دوگانگی دیدگاه مشهور بیاندازیم در حالی که در مورد جنایت عمدی مادر نسبت به فرزند به استناد عمومات ادله بر قصاص فتوا داده و معتقدند دلیل مخصصی که بتواند این مورد را مستثنا سازد وجود ندارد، در عین حال در موارد دیگر مانند قصاص پدر، اجداد پدری و حتی مادری، یا حد سرقت بر مادر، عموم ادله قصاص و حد سرقت را بنا بر برخی ملاحظات کنار گذاشته‌اند که همان ملاکات در مورد قصاص مادر، حتی بعضاً به طریق اولی، جریان دارند.

الف. وحدت ملاک وجوب تعظیم میان پدر و مادر. برخی از فقهای قائل به نظریه‌ی مشهور مبنی بر ثبوت قصاص مادر، در تأیید عدم قصاص پدر به لزوم حرمت و جایگاه پدر استدلال می‌نمایند (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۱۵، ص ۱۵۶؛ حسینی روحانی، ۱۴۱۲، ج ۲۶، ص ۵۰)؛ به گونه‌ای که همین ملاحظه سبب شده بعضی حتی حق قصاص از پدر برای فرزندی که ولایت بر دم دارد را نپذیرند (مدنی کاشانی، ۱۴۱۰، ۹۱). این در حالی است که ملاک ضرورت رعایت حرمت و تعظیم در فرع عدم قصاص مادر نیز می‌تواند جاری شود، و از همین رو است که عده‌ای با چنین استدلالی اعتقاد یافته‌اند که مقتضای چنین ملاکی آن است که قصاص نیز از مادر برداشته شود، چرا که می‌توان گفت مادر با پدر از جهت لزوم رعایت حرمت دارای ملاک مشترک است، بلکه مستفاد از آموزه‌های شرعی اولویت مادر بر پدر در این زمینه است، که «از مذاق شرع استفاده می‌شود که اهتمام به مادر بیش از پدر است؛ چنان که در حدیث صحیح وارد شده است: مردی خدمت پیامبر (صلی الله علیه و آله و سلم) آمد و پرسید با رسول الله به چه کسی احسان نمایم؟ حضرت فرمود به مادرت؛ دو مرتبه همین سؤال را تکرار نمود و آن حضرت همین جواب را دادند؛ برای سومین مرتبه همین سؤال را تکرار کرد و حضرت فرمودند: به مادرت؛ در دفعه چهارم سؤال نمود: و پیامبر فرمودند به پدرت» (حسینی خامنه‌ای، ۱۳۸۰، جلسه ۱۶۴، ص ۵؛ منتظری، ۱۳۷۳، ج ۲، ص ۵۳۸). در تأیید این

موضع در جای دیگر نیز بیان شده است که «مادر از جهت رعایت حقوق بر پدر تقدم دارند بلکه حقوق وی بیش از پدر است»^۱ (صانعی، ۱۳۸۶، ۲۷۷).

نکته جالب آن که عده‌ای از قائلین به قصاص مادر، در بحث از سرقت اموال فرزندان توسط مادر با استدلال به همین ملاک ضرورت احترام شأن مادر، بر برداشتن حد از وی فتوا داده یا چنین افتایی را بلا اشکال دانسته‌اند و مشخص نیست چگونه ایشان در حالی که در مورد حد سرقت با وجود نص نبوی مورد استشهاد جهت برداشتن کیفر «أنت و مالک لأبیک» که صراحت در ترتب حکم بر پدر دارد، به دلیل اشتراک ملاک تکریم، مادر را نیز ملحق به حکم پدر دانسته،^۲ ولی همین استدلال را در قصاص مطرح نمی‌نمایند، در حالی که روایات وارد در این خصوص بر ترتب حکم بر «والد» دلالت دارند که اطلاق آن بر مادر پذیرفتنی‌تر است.

ب. وحدت ملاک انتساب تولد فرزند به پدر و مادر. یکی دیگر از وجوهی که فقهای قائل به موضع مشهور جهت نفي قصاص از پدر و اجداد پدری بیان نموده‌اند آن است که چون در روایات بر نفي قصاص از والد تصریح شده است، و تولد فرزند به پدر انتساب دارد، و چنین مقتضایی در مورد اجداد پدری نیز جاری است، لذا قصاص از پدر و اجداد اعم از ابی و امی ساقط است، چه این که مطلوب نیست فرزند موجب از بین رفتن والدی شود که سبب وجود وی بوده است (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۱۵، ص ۱۵۶؛ فیض کاشانی، بی‌تا، ج ۲، ص ۱۲۷؛ مدنی کاشانی، ۱۴۱۰، ۸۵؛ حسینی روحانی، ۱۴۱۲، ج ۲۶، صص ۵۱-۵۰). در این جا نیز باید گفت همین ملاک در مورد مادر دست‌کم برابر با پدر، و با قوت بیشتری نسبت به اجداد به ویژه اجداد مادری که انتسابشان به مجنی‌علیه به واسطه‌ی همین مادر می‌باشد برقرار است، لذا چگونه در این جا با چنین استدلالی بر نفي قصاص از مادر فتوا داده نشده و همچنان عمومات ادله قصاص مستند

۱. ایشان در این زمینه به عباراتی از کتاب التعریف علامه کراچکی در مورد وجوب حق والدین استشهاد نموده که در آنجا آمده است «قد جعل الله تعالى حق الام مقدما، لأنها الجناح الكبير و الذراع القصير، أضعف الوالدین و أوجهما فی الحیاة إلی معین إذ كانت أكثر بالولد شفقه و أعظم تعبا و عناء؛ فروی أن رجلا قال للنبی (صلی الله علیه و آله): یا رسول الله ای الوالدین أعظم، قال التی حملته بین الجنین و ارضعته بین التدیین و حضنته علی الفخذین و فدتها بالوالدین».

۲. علامه حلی در تعلیل بلا اشکال دانستن فتوای برخی از قدما در نفي حد بر مادر در سرقت از اموال فرزند بیان می‌نمایند «لأنها أحد الابوين فیسقط القطع عنها كما یسقط عن الاب لإشتراکهما فی وجوب الاعظام» (علامه حلی، ۱۴۱۳، ج ۹، ص ۲۴۵).

قرار گرفته است! چرا که مناط ولادت اختصاصی به پدر ندارد و مادر نیز همانند پدر جزئی از علت برای فرزند محسوب می‌شود. در این راستا می‌توان از نصوص قرآنی نیز بهره برد که بر این حقیقت علمی مکشوف در عصر حاضر دلالت دارند که تکوین انسان برخاسته از ترکیب اسپرم مرد و تخمک زن بوده و نطفه مزوجی از هر دو است، به فرموده خداوند متعال «یخرج من بین الصلب و الترائب» و یا «نطفه أمشاج نبتلیه»، که احادیث متعددی نیز بر این رویکرد دلالت دارند.

در هر صورت با قطع نظر از اشتراکات ملاک‌های فوق که موجب شده برخی از قائلین به قصاص مادر، در موارد دیگر بر برداشتن مجازات از سایرین نظر دهند، لکن بنا بر مبنای تحقیق چون در ادله نقلی چنین مواردی به عنوان علتی برای نفی قصاص منصوص نگردیده‌اند، و بیان آن‌ها صرفاً از بعد نشان دادن معیارهای دوگانه در کلام برخی از قائلین به قول ثبوت قصاص مادر بود، در ادامه دلایل و قرائنی که موجب تشکیک در شمول اطلاق و عموم ادله قصاص در خصوص جنایت مادر بر فرزند از سوی اقلیتی از فقها شده را بررسی می‌نماییم.

۱-۲. نظریه اقلیت مبنی بر عدم قصاص مادر

مستفاد از دلایل مشهور آن است که تنها دلیل قابل اعتنا برای پذیرش قصاص مادر، همان اطلاق و عموم ادله قصاص است، که هر چند خود ایشان در مواردی از این اطلاقات و عمومات دست برداشته‌اند ولی در خصوص مادر آنها را مورد استناد قرار داده‌اند. با وجود این در شمول چنین اطلاقاتی به جنایات ارتكابی توسط مادر تأملات جدی‌ای وجود دارد که موجب شده علاوه بر ابن جنید اسکافی و ابن حمزه طوسی (علامه حلی، ۱۴۱۳، ج ۹، ص ۴۵۱؛ ابن حمزه طوسی، ۱۴۰۸، ۴۳۱)، تعداد قابل توجهی از معاصرین بر نفی قصاص از مادر یا ضرورت رعایت احتیاط در آن سوق داده شوند (مرعشی نجفی، ۱۴۱۵، ج ۱، صص ۳۶۹-۳۶۸؛ حسینی خامنه‌ای، ۱۳۸۰، جلسه ۱۶۴، ص ۶؛ منتظری، ۱۳۷۳، ج ۲، صص ۵۳۹-۵۳۸؛ حسینی شیرازی، ۱۴۰۹، ج ۸۹، ص ۱۷۸؛ صانعی، ۱۳۸۶، ۲۷۷؛ گرامی قمی، ۱۳۹۰، ۵۱۱؛ هادوی تهرانی، ۱۳۹۵، ۲۶). در این قسمت مهم‌ترین ملاحظاتی که شمول حکم قصاص نسبت به مادر را با چالش روبرو می‌سازد را بررسی می‌نماییم.

۱-۲-۱. شمول واژه والد منصوص در روایات نسبت به مادر

در روایات رسیده حکم قصاص از والد در مورد جنایت بر ولد برداشته شده است. در صحیح حمران به نقل از امام محمد باقر یا امام جعفر صادق (علیهما السلام) نقل شده که فرمودند «لا یقاد والد بولده، و یقتل الولد إذا قتل والده عمدا» (عاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۹، ص ۷۷). روایت از نظر سندی صحیح بوده و از حیث دلالت بر انتفای قصاص از والد در صورت قتل ولد دلالت دارد. مشابه همین تعبیر در روایت علاء بن فضیل نیز از امام صادق (علیه السلام) نقل شده که فرمودند «لا یقتل الوالد بولده و یقتل الولد بوالده» (عاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۹، ص ۷۸)؛ هر چند برخی به خاطر آن که راوی از علاء، محمد بن سنان است که مشهور او را به غلو متهم نموده‌اند، لذا روایت را تضعیف نموده‌اند لیکن بنا بر مبنای تحقیق محمد بن سنان ثقه بوده، به ویژه آن که فردی مانند احمد بن محمد بن عیسی که از جدی‌ترین مقابله‌کنندگان با غالیان بوده است، اخبار زیادی را از او نقل کرده است؛ در هر صورت این که در خبر مورد بحث راوی از محمد بن سنان شخصیتی نظیر یونس بن عبدالرحمن است، روایت معتبر است. خیر بعدی موثقه اسحاق بن عمار است که از امام صادق (علیه السلام) به نقل از پدر بزرگوارشان امام محمدباقر (علیه السلام) آورده‌اند که فرموده‌اند «أن علیاً علیه السلام کان یقول: لا یقتل والد بولده إذا قتله، و یقتل الولد بالوالد إذا قتله...» (عاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۹، ص ۷۹). روایت دیگر به نقل از کتاب ظریف است که از حضرت امیرالمؤمنین (علیه السلام) نقل کرده‌اند که «و قضی أنه لا قود لرجل أصابه والده، فی أمر یعیب علیه فیه، فأصابه عیب من قطع و غیره و یکون له الدیه و لا یقاد» (عاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۹، صص ۷۹-۸۰). روایت از نظر سندی صحیح است و از جهت دلالت نفی قصاص از والد را به جنایات مادون نفس نیز تعمیم داده است. روایت دیگر که از نظر سندی ضعیف است ناظر بر وصیت نبی مکرم اسلام به حضرت امام علی (علیه السلام) است که فرمودند «یا علی لا یقتل والد بولده» (عاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۹، ص ۸۰).

در این جا این بحث مطرح است که منظور از «والد» که در این روایات قصاص از او برداشته شده کیست؟ برخی احتمال اطلاق والد بر مادر را به اعتبار تغلیب «والدان» داده‌اند (مرعشی نجفی، ۱۴۱۵، ج ۱، ص ۳۶۷)، که با این اشکال روبرو شده که اطلاق والد بر مادر بر خلاف پدر مجاز است و لذا نمی‌توان بر تعمیم حکم بر آن قطع پیدا کرد

(موسوی گلپایگانی، ۱۴۱۲، ج ۳، ص ۵۲). لکن در پاسخ باید گفت در نصوص چنانچه در استعمال واژه‌ای نظر بر ریشه‌ی آن باشد، اطلاق کلمه‌ی مذکر برای مؤنث امری پذیرفته شده است، بدون آن که مجازی در کار باشد. در روایاتی که عنوان والد به کار رفته می‌توان گفت اعتبار ولادت اگر نگوییم ظهور، دست کم اشعار به مادر دارد و از این رو کلمه والد اعم از پدر و مادر است، در لغت عرب نیز در مورد زنی که تازه وضع حمل کرده است، «امراه والد» گفته شده است، چه اتفاقاً برخی اطلاق «والد» بر پدر را مجزاً دانسته و اطلاق آن را بر مادر حقیقت لغوی می‌دانند چرا که پدر فرزند را به دنیا نمی‌آورد بلکه سبب در ولادت است (جبوری، ۲۰۱۷، ۶۰۶)؛ با قطع نظر از این مطلب در این جا که نظر بر مسأله ولادت است، جنسیت کسی که ولادت به او منتسب است مطمح نظر نیست، کلمه والد به کار می‌رود؛ بنا بر این مبنا در مورد چنین تعبیری که سیاق آن همانند «لا یقتل حر بعدد» و یا «لا یقاد مسلم بدمی» می‌باشد که در آن‌ها هیچ کس احتمال هم نداده است که استثنای از عمومات شامل «حره» و «مسلمه» نشود، استعمال «والد» از مادر انصراف نخواهد داشت، و از همین رو شهرت فتوایی شکل گرفته در این زمینه نیز مبتنی بر همین استنباط لغوی اختصاص کلمه «والد» به جنس مذکر در میان عموم است. علاوه بر آن چه گفته شد اضافه می‌نماید در سخن و فتاوی فقها اعم از امامیه و اهل سنت از این جهت که عرب زبان یا آشنا با آن زبان بوده‌اند، والد را بر مادر نیز اطلاق کرده‌اند، و همین خود می‌رساند که والد در پدر منحصر نیست. سخن شیخ صدوق ذیل حدیثی از حضرت امیرالمؤمنین (علیه‌السلام) در بحث از ارث که در آن آمده است قابل توجه است که «لا یحجبهم عن الثلث إلا الولد و الوالد»، می‌فرمایند «أن الام تحجب الاخوه من الام عن المیراث؛ فإن قال قائل: إنما قال «والد» و لم یقل «والدین» و لا قال «والده»، قیل له هذا جائز کما یقال ولد یدخل فیه الذکر و الانثی و قد تسمى الام والدا...» (ابن بابویه قمی، ۱۴۱۳، ج ۴، ص ۲۵۹). در هر صورت گرچه باز گفته شود قدر متیقن از والد پدر است، این قدر متیقن مانع از اخذ به اطلاق مخصص خصوصاً در بحث خطیر دماء نیست.

۱-۲-۲. استبعاد سکوت معصوم نسبت به حکم قصاص مادر

با فرض آن که حکم نفی قصاص از والد در روایات سابق‌الذکر را ناظر بر مادر

هم ندانیم، این‌گونه نتیجه گرفته می‌شود که اخبار نسبت به حکم جنایات مادر سکوت دارند، که به زعم برخی از معاصرین وجود اخبار متضمن حکم نفی قصاص از پدر و والد مذکور به جهت شیوع بیشتر چنین قتل‌هایی بوده که در مورد مادر چنین چیزی جز به ندرت اتفاق می‌افتاد و لذا با سکوت روبرو هستیم (صانعی، ۱۳۸۶، ۲۷۷)؛ اما همین مسأله نیز نه تنها مانعی بر توجیه‌پذیری نظریه عدم قصاص مادر نیست بلکه خود همین مسأله می‌تواند به تقویت این موضع یاری رساند و موجب تشکیک در قرار داشتن جنایت مادر بر فرزند تحت عمومات و اطلاعات ادله قصاص شود چرا که با توجه به اعتقاد اهل سنت به منتفی بودن قصاص از مادر، چنانچه از نظر امامیه حکم متمایز می‌بود، انتظار می‌رفت ائمه معصومین (علیهم‌السلام) در این خصوص تصریح می‌فرمودند تا حکم بر شیعیان مشتبه نشود، و از آن طرف اگر میان شیعیان اندک ذهنیتی هم مبنی بر تفاوت حکم مسأله وجود می‌داشت، دست‌کم باید در این زمینه سؤال می‌شد تا رفع شبهه شود. ممکن است گفته شود با توجه به شمول عمومات ادله قصاص نیازی به بیان حکم قصاص مادر نبوده است. در پاسخ به چنین شبهه‌ی مقدری باید گفت اولاً شمول عمومات نسبت به یک فرع مانع از آن نیست که معصوم (علیه‌السلام) در خصوص آن ورود نمایند، چه در همان روایاتی که سابقاً مذکور افتاد مشاهده می‌شود با وجود قرار داشتن قتل والد تحت عمومات قصاص، حکم مسأله نیز بیان شده بود، و به علاوه در مورد برخی از فروع نیز مانند قتل مادر توسط فرزند مردم از امام (علیه‌السلام) سؤال می‌کردند؛ همان‌گونه که در روایت اَبی‌عبیده آمده است «سألت أبا جعفر علیه‌السلام عن رجل قتل امه؛ قال یقتل بها صاغرا و لا اظن قتلها بها كفاره له و لا یرثها» (عاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۹، ص ۷۸)؛ ثانیاً نسبت به قتل فرزند توسط مادر، اتفاقاً چنانچه موضع امامیه نفی قصاص می‌بود، ضرورت ورود مستقیم به این قضیه و پرسش مردم از ائمه (علیهم‌السلام) به مراتب بیشتر می‌نمود چه این که زمانی که در مورد مستثنیات عمومات قصاص که میان آحاد جامعه اسلامی مشترک است، این تعداد سؤال و روایت داریم، در فرضی که موضع اختلافی است منطقاً تعرض به مسأله از اهمیت مضاعفی برخوردار بوده است تا شیعیان متوجه حکم شوند، و همین خود این شبهه را ایجاد می‌کند که در ارتکاز ذهنی شیعیان آن بوده که با وجود نفی قصاص از پدر، جریان این حکم اگر نگوییم به طریق اولی، به طور برابر نسبت به مادر هم جاری

است که انگیزه‌ای در پرسیدن پیرامون آن احساس نکرده‌اند و در نقطه‌ی مقابل این احتمال هست که بتوان گفت ائمه (علیهم‌السلام) نیز چون حکم جنایت مادر بر فرزند تفاوتی با پدر نداشته است نسبت به آن ورود نکرده‌اند و در غیر این صورت همانند دیگر مواردی که ایشان موارد اختلافی با اهل سنت مانند بول، منی و شهادت زن به جای مرد را مورد اشاره قرار می‌دادند در اینجا نیز حتماً بر این تمایز حکمی تصریح می‌فرمودند (حسینی خامنه‌ای، ۱۳۸۰، جلسه ۱۶۴، صص ۵-۶؛ صانعی، ۱۳۸۶، ۲۷۷؛ قائینی، ۱۳۹۷، جلسه ۳۱). چنین سکوتی خود موجب شبهه‌ی جدی در فتوای به قصاص مادر می‌شود.

۱-۲-۳. اقتضای برخی نصوص

افزون بر آن چه گفته شد، از برخی روایات وارده نیز می‌توان در مشروعیت قصاص مادر تشکیک نمود. در روایتی محمد بن قیس از امام محمدباقر (علیه‌السلام) در مورد زنی که زنا کرده و در اثر آن باردار شده و پس از تولد فرزندش را به قتل می‌رساند، سؤال می‌کند و امام (علیه‌السلام) برای قتل فرزند حکم به شلاق می‌دهند (عاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۸، ص ۱۴۲). در این جا عدم حکم به قصاص مادر با مبانی آن دسته از فقهای که قتل ولدالزنا را پیش از رسیدن به سن تمییز و اسلام آوردن موجب قصاص می‌دانند سازگاری ندارد (محقق حلی، ۱۴۰۸، ج ۴، ص ۱۹۷؛ موسوی سبزواری، ۱۴۱۳، ج ۲۸، ص ۲۲۵)، و وجهی که باقی می‌ماند آن است که گفته شود عدم قصاص به این دلیل بوده است که قاتل مادر بوده است.

۱-۲-۴. قاعده درأ و اصل احتیاط در دماء

مجموع ملاحظات پیشین هر چند گفته شود به طور جزم نفی قصاص از مادر را نتواند مدلل سازد، لکن در این که تجویز قصاص را نیز با شبهه همراه می‌کند تردیدی نیست، همان شبهه‌ای که توانسته مشهور را به لزوم رعایت احتیاط و سقوط مجازات در قصاص جد ملتزم نماید (ابن فهد حلی، ۱۴۰۷، ج ۵، ص ۱۹۰؛ مدنی کاشانی، ۱۴۱۰، ۸۷)، اگر نگوییم به قوت بیشتر، دست‌کم به همان اندازه در مورد مادر نیز احتیاط را لازم‌الرعایه می‌نماید. در این راستا برخی به استناد قاعده درأ بر برداشتن قصاص

متماایل شده‌اند (مرعشی نجفی، ۱۴۱۵، ج ۱، ص ۳۶۸؛ منتظری، ۱۳۷۳، ج ۲، ص ۵۳۹-۵۳۸؛ حسینی شیرازی، ۱۴۰۹، ج ۸۹، ص ۱۷۸)؛ که در این زمینه باید گفت چون قاعده در ا در باب قصاص جاری نمی‌باشد شاید چنین احتجاجی قابل قبول نیست ولی به اعتبار اصل احتیاط در دماء می‌بایست بر عدم قصاص مادر نظر داد، و احتیاط اگر در جایی جایز باشد بنابر موازین فقهی در مورد دماء واجب است (مکارم شیرازی، ۱۴۱۸، ۱۷۶). به تعبیر برخی از معاصرین «باب قصاص مانند بقیه ابواب فقهی نیست که در مقام شک در یک مورد تمسک به اطلاق ادله نماییم، بلکه مسأله قصاص مسأله دم و جان است و در دماء و نفوس عند الشک احتیاط لازم است» (حسینی خامنه‌ای، ۱۳۸۰، جلسه ۱۶۴، ص ۴).

باری، به عنوان نتیجه‌گیری کلی از بحث فقهی باید گفت با توجه به شبهات مطرح در خصوص شمول اطلاق و عمومات ادله قصاص نسبت به جنایات مادر بر فرزند اولاً تمسک به عام در چنین شبهه مصداقی در هر بابی از ابواب فقه جایز نیست؛ ثانیاً به طور خاص در باب دماء باید گفت زمانی که استنادپذیری خبر واحدی که از نظر سند مشکلی نداشته و صراحت در تعیین کیفر دارد از سوی بسیاری از فقها مورد مناقشه قرار می‌گیرد (محقق حلی، ۱۴۰۸، ج ۴، ص ۱۱۴) و اجماعی نیز که ملحق به آن است نمی‌تواند مثبت حکم جزایی باشد، در بحث کنونی نیز بدون آن که نص صریحی بر حکم قصاص مادر باشد، تسری عموم یا اطلاق ادله به چنین مصداق شبهه‌ناکی خلاف احتیاط است.

۲. نظام حقوقی ایران

در حقوق موضوعه کشور به تبعیت از فتوای مشهور فقهای امامیه تنها بر نفی قصاص از پدر تصریح شده است. مفاد ماده ۱۶ قانون حدود و قصاص مصوب ۱۳۶۱، ماده ۲۲۰ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ و در نهایت ماده ۳۰۱ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ متضمن چنین حکمی است، حسب ماده اخیر «قصاص در صورتی ثابت می‌شود که مرتکب پدر یا از اجداد پدری مجنی‌علیه نباشد».

قانونگذار در مقررات مزبور صراحتاً حکم قصاص یا عدم قصاص مادر را بیان ننموده است. در این راستا با توجه به این‌که قانونگذار در مقرراتی مطلق حکم جنایت

عمدی را قصاص تعیین نموده است، و از طرف دیگر در مقام بیان موانع ثبوت قصاص تنها رابطه پدری را مورد حکم قرار داده است، ملاحظه‌ی اقتضای این نوع تقنین را می‌توان به معنای تعیین قصاص نسبت به مادر دانست، از همین رو حقوقدانان اظهار داشته‌اند عدم قصاص مادر «فاقد توجیه و استدلال حقوقی است زیرا قاعده کلی با توجه به مدارک و ادله موجود دلالت بر ثبوت قصاص به مجرد ارتکاب جنایت عمدی دارد که از این قاعده منحصرأً اجرای کیفر قصاص پدر و جد پدری استثنا شده است و نمی‌توان حکم آن را به دیگر موارد مانند مادر و غیر آن تسری داد چرا که اگر حکمی مخالف اصل و قاعده و مغایر با عموم ادله باشد، باید بر مورد آن اقتصار نموده و ضمن عدم تعمیم آن، بر موضع اتفاق اکتفا کرد» (صادقی، ۱۳۹۴، ۲۱۹؛ و نیز میرمحمدصادقی، ۱۳۹۴، ۱۵۵؛ آقایانی، ۱۳۹۷، ۲۲۷؛ مرادی، ۱۳۹۶، ۴۴۲).

با وجود آن چه گذشت باید گفت با توجه به شبهه‌ناک بودن موضع مشهور فقها در قابل قصاص دانستن مادر لازم است در دو بستر تقنین و قضا در این زمینه با به گونه‌ای رفتار شود تا از تبعات اجرای حکم قصاص نسبت به مادر کاست.

۲-۱. اصلاح در حوزه تقنین

از حیث سیاست تقنینی باید گفت بر مقنن فرض است نسبت به بازبینی در مقررات موجود جهت برداشتن قصاص از مادر مبادرت نماید. مبنای چنین ضرورتی را می‌توان در ملاحظاتی چند در نظر گرفت.

الف. با توجه به اصل چهارم قانون اساسی لازم است «کلیه قوانین و مقررات مدنی، جزایی، مالی، اقتصادی، اداری، فرهنگی، نظامی، سیاسی و غیر اینها باید بر اساس موازین اسلامی باشد»، در اصل مزبور مقنن منبع یا فتوای خاصی نظیر فتوای دارای شهرت را شرط مشروعیت قانون ندانسته، بلکه اتفاقاً مستفاد از اصل دوم که ابتدای نظام جمهوری اسلامی بر پایه وحی الهی و نقش بنیادین آن در بیان قوانین را از طریق اجتهاد مستمر فقهای جامع‌الشرایط بر اساس کتاب و سنت معصومین (علیهم‌السلام) دانسته است، باید گفت اجتهادات فقهای معاصر به ویژه در مواردی که در راستای برابری وضعیت زنان و مردان موضوع اصل بیستم شکل گرفته است، می‌تواند به خوبی مبنایی برای قانونگذاری و اصلاح مقررات باشد. چنین اجتهادی که با لحاظ شبهات

موجود در حکم قصاص مادر بسیاری از معاصرین را به مخالفت با آن و لزوم رعایت احتیاط در آن سوق داده است و قانونگذار بدون هیچ‌گونه مانعی می‌تواند بر اساس آن قانونگذاری نماید؛ چرا که مقام تقنین در نظام حقوقی متمایز از مقام افتاء در نظام فقهی است، چه مقنن در این زمینه از آزادی عمل بیشتری برخوردار است و می‌تواند میان مواضع فقهی مختلف به گزینش مواردی مبادرت نماید که با مصالح اجتماعی سازگاری بیشتری دارد.

ب. نکته دیگر که در قانونگذاری در بحث از مجازات مادر در صورت فرزندکشی می‌تواند مورد توجه قرار گیرد به مسأله الزامات بین‌المللی‌ای بر می‌گردد که حکم کنونی قصاص مادر به جهت جنایت بر فرزند، بر خلاف پدر، می‌تواند با آنها تعارض نماید چه از یک‌سو چه بسا این حکم به زعم برخی تداعی‌کننده‌ی نابرابری میان زن و مرد تلقی شود که در عرصه بین‌المللی در قالب اسناد مختلف بر مقابله‌ی با آن تأکید شده است، و از سوی دیگر به گسترش موارد کیفرهای سالب حیات می‌انجامد که حسب ماده ۶ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی که به آن ملحق شده‌ایم بر تحدید آن تأکید شده است؛ از این رو هر چند الزامات بین‌المللی مجوزی برای کوتاه آمدن از موازین شرعی نیست، لکن در جایی که ظرفیت فقهی تطبیق با این هنجارهای بین‌المللی فراهم بوده و از انتقادات به قانون نیز می‌کاهد، جایگزینی قصاص با دیه و تعزیر در مورد جنایات عمدی مادران علیه فرزندان گزینه مطلوب‌تری به نظر می‌رسد.

ج. تأمل سوم به این مسأله عائد است که در نظام قانونگذاری کشور ما به ویژه در فرآیند تصویب قانون مجازات اسلامی کنونی، قوه مقننه در معنای اعم خود بر تطبیق قانون با نظرات و فتاوی ولی فقیه اهتمام ویژه‌ای داشته است. در بررسی قانون مزبور پس از طرح مسائلی در خصوص فتوای معیار در احراز شرعی بودن مقررات از مقام رهبری استعلام می‌شود که ایشان در پاسخ به یکی از اعضای شورای نگهبان بیان می‌دارند: «در احکام نظامیه عموماً باید نظر فقهی ولی‌امر را میزان قرار داد و گر نه میزانی باقی نخواهد ماند. در حال حاضر میزان، نظرات امام راحل (اعلی الله مقامه) است و باید عمل شود؛ مگر در مواردی که این حقیر نظر دیگری داشته باشم» (مشروح مذاکرات شورای نگهبان، جلسه مورخ ۱۳۸۸/۱۲/۲۶). بر اساس چنین رویکردی در فرآیند تصویب قانون مجازات اسلامی ایرادات متعددی از سوی شورای نگهبان بر مصوبه

کمیسیون قضایی گرفته شد که حسب آن شورا با استناد به فتوای مقام معظم رهبری مصوبه را خلاف شرع اعلام می‌نمود و اصلاح آن را از مجلس درخواست می‌کرد، تدقیق در مفاد اظهارنظرهای شورا مانند موارد مطروح در مورخ ۱۳۸۹/۹/۱؛ ۱۳۹۱/۶/۲۶ و ۱۳۹۱/۷/۱ درستی این ادعا را ثابت می‌نماید. بررسی موارد مزبور نشان می‌دهد در برخی از موارد حتی در حالی که مصوبه اولیه با نظر مشهور سازگارتر بوده است، شورای نگهبان اصلاح مصوبه بر اساس فتوای ولی فقیه را مورد تذکار قرار می‌دهد، به طور نمونه در خصوص ماده ۲۱۱ قانون مجازات اسلامی در شرایطی که مصوبه اولیه هم‌سو با نظر مشهور علم قاضی را هر چند علم شخصی باشد حجت دانسته بود، با وجود این شورا در اظهارنظرهای ۱۳۹۱/۷/۱ و ۱۳۹۱/۱۱/۹ بر لزوم اصلاح آن وفق فتوای مقام معظم رهبری و تحدید حجیت علم قاضی به موارد علم نوعی تصریح نمود (پژوهشکده شورای نگهبان، ۱۳۹۵، ۸۴). بر همین مبنا نیز باید گفت اساساً مشروعیت حکم قصاص مادر از نظر قانونی با توجه به نظر مقام معظم رهبری در مخالفت با آن حسب مبنای مختار شورای نگهبان به عنوان رکنی از قوه قانونگذاری محل مناقشه‌ی جدی است که می‌تواند محمل دیگری برای اصلاح قانونی باشد.

۲-۲. اقدام در حوزه قضا

تا زمانی که حکم قانون مجازات در خصوص قصاص مادر مورد بازبینی قرار نگرفته است، می‌توان با توجه به برخی ملاحظات در اصدار حکم قصاص در پرونده‌های احتمالی خودداری نمود. این ملاحظات دو بعد دارد، یک بعد نظری و یک بعد عملی که در رویه قضایی به کار گرفته می‌شود.

از جنبه‌ی نخست باید گفت چون قانونگذار صریحاً نسبت به حکم قصاص مادر تصریح ننموده است لذا با تشکیک در اطلاعات قانون می‌توان قانون را دارای اجمال دانست، و در چنین صورتی زمینه برای تمسک به اصل ۱۶۷ قانون اساسی و به تبع ارجاع به فتوای فقهای مخالف قصاص مادر فراهم گردد. بیان این نکته ضروری است هر چند راقم این سطور بر موضع مقررات کنونی بر قصاص مادر تردید ندارد، چه بر این عقیده‌ایم این که قانونگذار جنایت عمدی را به طور کلی مستوجب قصاص دانسته و چون در مقام بیان صرفاً جنایات پدر بر فرزند را مستثنا نموده است، می‌بایست مادر

را محکوم به قصاص دانست، لکن در راستای اتخاذ موضع احتیاط در احکام سالب حیات به ویژه در موضوع مورد بحث، چنین راهکاری را به رغم اشکالات آن می‌توان در پیش گرفت که هم ظواهر قانونی نقض نشود و هم جانب احتیاط در دماء رعایت شده باشد. از جنبه‌ی عملی نیز باید گفت اساساً رویه قضایی در موارد متعدد با وجود نص یا اطلاقات قانونی در احکامی که با فتوای ولی فقیه تغایر داشته است، از عمل به قانون سر باز زده و بر حسب فتوای مقام معظم رهبری عمل نموده است. جهت رعایت ایجاز و احتراز از اطاله کلام به ذکر دو نمونه در این خصوص بسنده می‌شود.

نخست. قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰ صریحاً تکرار سوگند شاکی را در قسامه پذیرفته و آن را مثبت قصاص می‌دانست. موضعی که خلاف فتوای مقام معظم رهبری بود و از همین رو برخی از دادگاه‌ها از پذیرش تکرار سوگند از ناحیه اولیای دم امتناع نموده به نحوی که قوه قضاییه در بخشنامه شماره ۱/۱۲۹۹۰ به تاریخ ۱۳۷۷/۱۲/۱۰ مستند به فتوای مقام معظم رهبری بر احتراز از حکم به قصاص بر اساس تکرار سوگند از سوی مراجع قضایی تأکید نمود. متعاقباً رییس وقت قوه قضاییه در ۱۳۸۰/۹/۲۱ طی نامه‌ای به مقام معظم رهبری در مورد عمل بر اساس قانون و خلاف فتوای ایشان و تکلیف افرادی که قبلاً با اقامه قسامه‌ی مبتنی بر تکرار سوگند محکوم شده‌اند استعلام می‌نمایند که ایشان با قصاص آنها مخالفت و حتی اذن اجرای احکام قصاص صادر شده قبلی مربوط به قسامه را نیز نمی‌دهند، تا آن که در نهایت با تصویب قانون اصلاح موادی از قانون مجازات اسلامی در زمستان ۱۳۸۰ زمینه‌ی صدور حکم بر اساس تکرار سوگند شاکی در قسامه سلب گردید.

دوم. مورد بعدی ناظر بر مسأله دیه طحال است که به رغم آن که ماده ۵۶۳ قانون مجازات اسلامی به صراحت بر ثبوت دیه کامل در اعضای فرد حتی اگر عضو از اعضای داخلی باشند تصریح نموده و رفع ید از این قاعده را تنها در جایی مجاز دانسته است که در قانون ترتیب دیگری مقرر شده باشد؛ با وجود این برخی از محاکم در اطلاق قانون نسبت به طحال تشکیک نموده و حکم به ارش می‌دادند، موضعی که با نظر محاکمی که طحال را به عنوان عضو داخلی موجب دیه کامل می‌دانستند تعارض داشته و منجر به طرح موضوع در هیأت عمومی دیوان عالی کشور شد، که متعاقب اعلام نظر دادستان کل کشور مبنی بر این که «چون نظریه‌ی فقهی مقام معظم رهبری مبنی

بر ثبوت ارش در طحال است، لذا باید دیدگاه ایشان به عنوان فقیه حاکم قاطع اختلاف باشد»، هیأت عمومی طی رأی وحدت رویه شماره ۷۴۰ «با عنایت به فتاوی معتبر فقهی، مبنی بر تعیین ارش برای از بین بردن طحال» مقرر داشت «دادگاه باید با رعایت مقررات این ماده برای آن ارش تعیین کند» (روزنامه رسمی جمهوری اسلامی ایران، شماره ۲۰۴۵۴، مورخ ۱۳۹۴/۳/۶)، که با توجه به بیانات دادستان کل کشور، مقصود از عبارت «فتاوی فقهی»، نظریه مقام معظم رهبری بوده است.

در هر صورت مقصود از ذکر این موارد با قطع نظر از اشکال چنین برخوردی صرفاً اشاره به سوابق رویه قضایی از حیث کنار نهادن نص قانون و یا تشکیک در اطلاعات قانونی و به تبع اجمال انگاری آنها و رجوع به فتاوی فقهی و مشخصاً فتاوی ولی فقیه در اصدار حکم است، که در خصوص قصاص مادر نیز قابل امعان نظر است.

برآمد

۱. اغلب فقهای اهل سنت و قوانین کیفری کشورهای تابع آن بر این موضع هستند که در صورت ارتکاب جنایت عمدی بر فرزند، مادر همانند پدر قصاص نخواهد شد.

۲. مشهور فقهای امامیه به استناد عموم ادله قصاص، اجماع و عدم ولایت مادر وی را از شمول حکم قصاص مستثنی نموده‌اند، که ارزیابی ادله نشان می‌دهد اولاً در این زمینه اجماعی وجود ندارد و با فرض پذیرش آن به جهت مدرکی بودن با اجماع تعبدی که حجیت داشته باشد روبرو نیستیم، در ادله نقلی نیز انتقای قصاص بر ولایت داشتن جانی بر مجنی‌علیه متوقف نشده تا عدم ولایت مادر موجب انصراف حکم از وی گردد، افزون بر آن که شمول عموم ادله قصاص با شبهاتی جدی روبرو است که موجب گردیده اقلیت فقها بر تسری حکم عدم قصاص از پدر به مادر نظر دهند.

۳. اقلیت فقها معتقدند اولاً نصوص وارده نفی قصاص را ناظر بر والد دانسته که والد در نصوص و زبان عرب بر مادر نیز اطلاق می‌گردد، به ویژه آن که ملاک اتصاف در آن ولادت است که نسبت به پدر و مادر اشتراک دارد. گذشته از آن با وجود قول اهل تسنن مبنی بر قابل قصاص نبودن مادر، چنانچه جامعه شیعه احتمال می‌داد معصومین (علیهم‌السلام) در این مورد نظر متفاوتی دارند، انتظار می‌رفت به طریق اولی در قیاس با موارد غیر اختلافی مانند جنایت فرزند بر مادر که از ائمه (علیهم‌السلام) در مورد آن می‌پرسیدند در چنین موضوع مهمی نیز کسب آگاهی کنند، و در طرف مقابل در حالی که از معصومین (علیه‌السلام) از قتل فرزند توسط والد یا پدر سؤال می‌شد، ایشان در مقام بیان، یا در کلامی مطلق بر نفی قصاص از والد حکم داده و یا صرفاً بر عدم قصاص پدر تصریح نموده و مسأله مهمی چون جنایات ارتکابی توسط مادر را مورد تعریض قرار نمی‌دادند. به هر صورت مجموع این موارد شمول اطلاقات ادله قصاص نسبت به مادر را در معرض شبهه و تردید قرار می‌دهد که وجوب احتیاط در دماء اقتضاء می‌کند از چنین تعمیمی خودداری شود.

۴. نظر بر مطالب پیش‌گفته ضرورت دارد قانونگذار حکم عدم قصاص مادر را که علاوه بر داشتن پشتوانه فقهی با الزامات بین‌المللی ناظر بر تقلیل احکام سالب حیات و وضع مقررات برابر میان زن و مرد نیز سازگاری دارد را مطمح‌نظر قرار داده، و تا زمان

اصلاح قانونی نیز می‌توان با لحاظ مشی قانونگذار مبنی بر تطبیق قوانین با فتوای ولی فقیه، اطلاق حکم قصاص مطرح در قانون نسبت به مادر را مورد تشکیک قرار داد و با اجمال‌انگاری مقررات موضوعه با تمسک به راهکار اصل ۱۶۷ قانون اساسی حسب فتوای مقام معظم رهبری از حکم به قصاص مادران در صورت جنایت بر فرزند خودداری نمود.

منابع الف) فارسی

۱. قرآن کریم
۲. آقایی نیا، حسین، ۱۳۹۷. **جرایم علیه اشخاص: جنایات**، تهران: نشر میزان.
۳. ابن ادریس حلی، ابي جعفر محمد، ۱۴۱۰ق. **السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی**، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۴. ابن ادریس شافعی، محمد، بی تا. الام، ریاض: بیت الافکار الدولیه.
۵. ابن بابویه قمی (شیخ صدوق)، محمد، ۱۴۱۳ق. **من لا یحضره الفقیه**، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۶. ابن براج طرابلسی، ابوالقاسم عبدالعزیز، ۱۴۰۶ق. **المهذب**، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۷. ابن حزم اندلسی، ابي محمد علی، ۱۳۵۲ق. المحلی، مصر: اداره الطباعه المنیریة.
۸. ابن حمزه طوسی، ابي جعفر محمد، ۱۴۰۸ق. **الوسیله الی نیل الفضیله**، قم: کتابخانه آیت الله مرعشی ره.
۹. ابن زهره حلبی، سید عزالدین حمزه، ۱۴۱۷ق. **غنیة النزوع فی الی علمی الاصول و الفروع**، قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام.
۱۰. ابن سعید حلی، یحیی، ۱۴۰۵ق. **الجامع للشرائع**، قم: مؤسسه سیدالشهداء العلمیه.
۱۱. ابن عبدالبر نمری، یوسف، ۲۰۰۰م. **الاستدکار**، بیروت: دار الکتب العلمیه.
۱۲. ابن فهد حلی، جمال الدین أحمد، ۱۴۰۷ق. **المهذب البارع فی شرح المختصر النافع**، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۱۳. ابن قدامه مقدسی، موفق الدین عبدالله، بی تا. المغنی، بی جا: دارالکتب.
۱۴. ابن منذر نیشابوری، محمد، ۲۰۱۹م. **الاشراف علی مذاهب أهل العلم فی الاجتماع و الاختلاف**، بیروت: دار الکتب العلمیه.
۱۵. باجی، ابي الولید سلیمان، ۱۴۲۰ق. **المنتقى: شرح موطا مالک، بیروت: دار الکتب العلمیه.**
۱۶. پژوهشکده شورای نگهبان، ۱۳۹۵. قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ در پرتو **نظرات شورای نگهبان**، تهران: پژوهشکده شورای نگهبان.
۱۷. تبریزی، میرزا جواد، ۱۴۲۶ق. **تنقیح مبانی الاحکام: القصاص**، قم: دار الصدیقه الشهیده سلام الله علیها.

۱۸. جبعی عاملی (شهید ثانی)، زین الدین، ۱۴۱۳ق. *مسالك الافهام إلى تنقيح شرائع الاسلام*، قم: مؤسسه المعارف الاسلاميه.
۱۹. جبوری، أحمد، ۲۰۱۷م. *موسوعه أساليب المجاز في القرآن الكريم*، بيروت: دارالكتب العلميه.
۲۰. حسینی خامنه‌ای، سیدعلی، ۱۳۸۰. *تقریرات خارج فقه قصاص*، جلسه ۱۶۴.
۲۱. حسینی روحانی، سید صادق، ۱۴۱۲ق. *فقه الصادق علیه السلام*، قم: مدرسه امام صادق علیه السلام.
۲۲. حسینی شیرازی، سیدمحمد، ۱۴۰۹ق. *الفقه: کتاب القصاص*، بیروت: دارالعلوم.
۲۳. حلی (علامه)، ابی منصور حسن، ۱۴۱۳ق. *مختلف الشیعه فی أحكام الشریعه*، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۲۴. حلی (محقق)، ابی القاسم جعفر، ۱۴۰۸ق. *شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام*، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۲۵. خوانساری، سیداحمد، ۱۴۰۵ق. *جامع المدارک فی شرح المختصر النافع*، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۲۶. سرخسی، شمس الدین، بی تا. *المبسوط*، بیروت: دارالمعرفه.
۲۷. صادقی، محمدهادی، ۱۳۹۴. *جرایم علیه اشخاص: صدمات جسمانی*، تهران: نشر میزان.
۲۸. صادقی تهرانی، محمد، ۱۴۲۵ق. *تبصره الفقهاء علی تبصره المتعلمین*، قم: اسماعیلیان.
۲۹. صانعی، یوسف، ۱۳۸۸. *استفتائات قضایی*، قم: انتشارات پرتو خورشید.
۳۰. صانعی، یوسف، ۱۳۸۶. *فقه الثقلین فی شرح تحریر الوسیله: کتاب القصاص*، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی ره.
۳۱. طباطبایی، سیدعلی، ۱۴۱۸ق. *ریاض المسائل فی تحقیق الأحكام بالدلائل*، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
۳۲. طوسی، ابی جعفر محمد، ۱۴۰۷ق. *کتاب الخلاف*، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۳۳. عکبری بغدادی (شیخ مفید)، ابی عبدالله محمد، ۱۴۱۳ق. *المقنعه*، قم: انتشارات کنگره جهانی هزاره شیخ مفید ره.

۳۴. فیروزآبادی شیرازی، ابراهیم، ۱۴۱۶ق. المهذب، بیروت: دار الکتب العلمیه.
۳۵. فیض کاشانی، ملا محمد محسن، بی تا. *مفاتیح الشرائع*، قم: کتابخانه آیت الله مرعشی ره.
۳۶. قائینی، محمد، ۱۳۹۷. *تقریرات خارج فقه قصاص*، جلسه ۳۱.
۳۷. کیدری، قطب الدین محمد، ۱۴۱۶ق. *إصباح الشیعه بمصباح الشریعه*، قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام.
۳۸. گرامی قمی، محمدعلی، ۱۳۹۰. *رساله توضیح المسائل*، قم: دفتر معظم له.
۳۹. مدنی کاشانی، آقارضا، ۱۴۱۰ق. *کتاب القصاص للفقهاء و الخواص*، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۴۰. مرادی، حسن، ۱۳۹۶. *جرایم علیه اشخاص*: جنایات، تهران: نشر میزان.
۴۱. مرعشی نجفی، سید شهاب الدین، ۱۴۱۵ق. *القصاص علی ضوء القرآن و السنه*، قم: کتابخانه آیت الله مرعشی ره.
۴۲. مکارم شیرازی، ناصر، ۱۴۱۸ق. *أنوار الفقاهه: کتاب الحدود و التعزیرات*، قم: انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام.
۴۳. منتظری، حسینعلی، ۱۳۷۳. *رساله استفتائات*، تهران: نشر تفکر.
۴۴. موسوی سبزواری، سید عبدالاعلی، ۱۴۱۳ق. *مهذب الاحکام فی بیان الحلال و الحرام*، قم: مؤسسه المنار.
۴۵. موسوی گلپایگانی، سید محمدرضا، ۱۴۱۲ق. *الدر المنضود فی احکام الحدود*، قم: دار القرآن الکریم.
۴۶. میرمحمد صادقی، حسین، ۱۳۹۴. *جرایم علیه اشخاص*، تهران: نشر میزان.
۴۷. نجفی، محمد حسن، ۱۴۰۴ق. *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
۴۸. هادوی تهرانی، مهدی، ۱۳۹۵. *تقریرات خارج فقه قصاص*.

(ب) انگلیسی

1. Peters, Ruud, (2001), *The reintroduction of Islamic criminal law in Northern Nigeria*, Lagos: European Commission.