

بررسی تاریخی-فقهی موضوع تبعید زنان در حد زنا بر مبنای دیدگاه فیض کاشانی در مفتاح‌الشرائع^۱

* عباس تقوائی

** حسین صابری

*** حسین ناصری مقدم

چکیده

نقد و تحلیل تاریخی هریک از هزاران موضوع فقهی که مورد توجه دانشمندان این حوزه قرار گرفته است، از اهمیت بسیار زیادی برخوردار بوده و نقش و جایگاه هریک از فقیهان صاحب‌نظر و برجسته امامیه را در توسعه مباحث مبنایی مربوطه مشخص می‌سازد و بدین ترتیب زمینه را نیز برای طرح مباحث نو در حوزه‌های حقوقی متناسب با زمانه ما فراهم می‌آورد. در میان این موضوعات آنهایی که مورد اختلاف هستند از اهمیت بیشتری برخوردارند. بنابراین در اینجا ما به بررسی یکی از این موضوعات یعنی «تبعید زن در حد زنا» پرداخته‌ایم که در مورد آن دو دیدگاه مشهور (نظر مخالفان تبعید زن) و دیدگاه غیرمشهور (نظر موافقان تبعید زن) وجود دارد. در این مقاله سیر تحولات تاریخی فقه شیعه امامیه در نگاه به این موضوع در کنار تحلیل ادله طرفین و دامنه توسعه مبنایی و ادله مطرح‌شده توسط مخالفان و موافقان، مخصوصاً با رویکرد به آراء و مبنایی فیض نوگرا در این رابطه، مورد توجه ما قرار گرفته است، چراکه فیض در نقد دیدگاه‌های مشهور و حتی اجماعی از جایگاه ویژه‌ای برخوردار می‌باشد.

کلید واژه‌ها: حدود، حد زنا، تبعید، تعزیر، نفی، تبعید زنان.

۱- تاریخ وصول: ۱۳۹۷/۰۲/۱۲ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۷/۰۸/۱۴

* دانش‌آموخته دکتری فقه و مبنایی حقوق اسلامی، دانشگاه فردوسی مشهد، پردیس بین‌الملل، مشهد، ایران
taghvae.abbas@yahoo.com

** استاد گروه فقه و مبنایی حقوق اسلامی، دانشگاه فردوسی مشهد، مشهد، ایران (نویسنده مسئول)
saberi@um.ac.ir

*** دانشیار گروه فقه و مبنایی حقوق اسلامی، دانشگاه فردوسی مشهد، مشهد، ایران naseri1962@um.ac.ir

۱- طرح مسأله

همان‌طور که می‌دانیم «تبعید» به‌عنوان یکی از انواع «اقدامات تأمینی» مطرح در قوانین جدید جزائی، دارای سابقه طولانی در سیر تحولات تاریخی مجازات‌ها و در متون فقهی بوده است. شاید به همین خاطر باشد که واژه «تبعید» به‌عنوان یک اصطلاح، بیشتر در حقوق جزا و فقه مطرح گردیده است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸، ۱۳۸). در حقوق جزا «نگاهداری مجرمان به عادت در تبعیدگاه» و «ممنوعیت اقامت در محل معین» به ترتیب از جمله «اقدامات تأمینی سالب آزادی» و محدودکننده آن محسوب می‌شود (نوربها، ۱۳۷۵، ۵۲۰ و ۵۲۷). از نظر برخی از حقوقدانان نیز توجه به تبعید به خاطر آن است که اجرای این مجازات در بعضی موارد موجب ارباب دیگران و در نتیجه نوعی «پیشگیری عمومی» می‌شود که این امر «یکی از اهداف اختصاصی کیفر» می‌باشد (گلدوزیان، ۱۳۶۹، ۱، ۸۱). در متون فقهی امامیه، یکی از مباحث اختلافی در موضوع تبعید زنان در قالب دو دیدگاه زیر قابل مشاهده است:

دیدگاه اول - دیدگاه مشهور یعنی نظر مخالفان تبعید زنان؛

دیدگاه دوم - دیدگاه غیرمشهور یعنی نظر موافقان تبعید زنان همچون مردان.

دیدگاه فیض در مفاتیح‌الشرائع چنانکه خواهیم دید، در دسته دوم قرار می‌گیرد، در صورتی که قانون

جدید مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ مطابق با دیدگاه مشهور است (ماده‌ی ۲۲۹).

۲- موافقان قول مشهور (عدم تبعید زن) و بررسی اجمالی ادله آنان

همان‌طور که خواهیم دید فقهای نظیر شیخ مفید، ابوصلاح حلبی، سلاردیلمی، شیخ طوسی، ابن‌براج طرابلسی، ابن‌حمزه طوسی، ابن‌زهره حلبی، محقق حلبی، فاضل‌آبی، علامه حلبی، شهیداول، مقدادسیوری، ابن‌فهدحلی، صمیری بحرانی، شهیدثانی در یکی از دو قولش در شرح «لمعه»، محقق‌اردبیلی (با گرایش به نظر دیگر)، شیخ بهایی، علامه مجلسی، فاضل هندی، سیدعلی طباطبائی، نجفی اصفهانی، مغنیه، گلپایگانی، روحانی، مکارم شیرازی و سبحانی عموماً در مباحث مربوط به انواع حد زن، به مخالفت با تبعید زن برخاسته‌اند، همچنان‌که این مخالفت از یحیی بن سعید حلی در «ایضاح»، شهیداول در «غایه‌المراد»، طبرسی در «مؤتلف»، مجلسی اول در «فقه»، مامقانی در «مناهج»، آیت‌الله طوسی در «موسوعه فقهی» خود و موسوی سبزواری در «مذهب‌الأحكام» نیز نقل شده است. مهمترین ادله این گروه از فقهاء به شرح زیر می‌باشد:

الف- آیه ۲۵ سوره نساء که مربوط به اجرای «قاعده تنصیف» در حد کنیز نسبت به حد زن آزاد است و بر اساس آن در صورت اجرای تبعید برای زن آزاد، برای کنیز نیز باید نصف آن در نظر گرفته شود، در حالی که به اجماع همه فقهاء در حد کنیز تبعید وجود ندارد. اول بار شیخ طوسی در «خلاف» به این استدلال اشاره می‌کند و پس از او فقهایی نظیر علامه حلی در «مختلف»، فاضل هندی، نجفی اصفهانی و گلپایگانی به این استناد نموده‌اند. فیض اشاره‌ای به این استدلال ندارد، ولی برخی مخالفان قول مشهور مانند گلپایگانی و طبسی به نوعی به آن جواب داده‌اند و می‌توان گفت که کنیز به واسطه دلیل خاصی از شمول ادله تبعید خارج شده و بنابراین از عدم تبعید کنیز نمی‌توان به عدم تبعید زن آزاد رسید.

ب- اخبار و روایات که اولین بار شیخ طوسی در «خلاف» بدون آنکه اشاره به خود این روایت‌ها داشته باشد، «اخبار» را در کنار «اجماع»، مستند قول خود می‌شمارد. البته دیگران به این روایت‌ها به شرح زیر اشاره داشته‌اند:

ب-۱) روایت عباد بن صامت (بیهقی، بی‌تا، ۸، از دو طریق در ۲۱۰ و ۲۲۲-۲۲۱ و ابن حنبل، بی‌تا، ۵، ۳۲۱-۳۲۰) از قول رسول اکرم (ص) مبنی بر «یکصد ضربه و یکسال تبعید» برای زنا‌ی بکر با بکر و «یکصد ضربه و رجم» برای زنا‌ی برخوردار با برخوردار که مورد استناد ابن زهره، ابن ادريس و فاضل آبی قرار گرفته و در دلالت آن بر عدم تبعید زن جای بحث است؛

ب-۲) روایت محمد بن قیس (حرعاملی، بی‌تا، ۱۸، ۳۴۷، ۲؛ کلینی، ۱۳۶۷، ۷، ۱۷۷، ۷) از امام باقر (ع) مبنی بر قضاوت امیرالمؤمنین (ع) به «یکصد ضربه و یکسال تبعید» برای مرد و زن بکر که اول بار توسط ابن فهد مورد استفاده قرار می‌گیرد، هر چند که او به تشکیک وارده در سند آن نیز اشاره دارد. با اینحال باید توجه داشت که این حدیث بیشتر مورد استناد مخالفان قول مشهور می‌باشد.

ج- «اجماع» که پیش از همه شیخ طوسی در «خلاف» آن را طرح نموده و همین نقل «اجماع» از او بعدها مورد استناد دیگران از جمله ابن زهره، علامه حلی در «مختلف»، ابن فهد، مقدس اردبیلی، فاضل هندی، سیدعلی طباطبائی، نجفی اصفهانی، مغنیه و گلپایگانی قرار گرفته است. البته ظاهراً اول بار شهید ثانی علی‌رغم گرایش به این قول در «روضه»، با بیان مخالفت ابن‌ابی‌عقیل، در این «اجماع» تردیدی نمی‌کند، کما اینکه در «مسالك» با بیان همین ایراد، به رأی مقابل گرایش پیدامی‌کند. پس از شهیدثانی نیز مقدس اردبیلی و گلپایگانی به‌عنوان موافقان قول مشهور و در نقطه مقابل خوانساری، خویی و طبسی به‌عنوان موافقان تبعید زن در این «اجماع» تردید کرده‌اند. با این وجود آیت‌الله گلپایگانی احتمال

تحقق «اجماع» را حتی با وجود مخالفت یک یا دو نفر نیز بعید نمی‌شمرد.

د- «اصل برائت» ذمه زن از مجازات مازاد بر تازیانه بطور عام و «تبعید» بطور خاص که اول بار شیخ طوسی در «خلاف» آن را مطرح ساخته و پس از او کسانی نظیر علامه حلی در «مختلف»، ابن فهد، شهیدثانی در «روضه»، مقدس‌اردبیلی، سیدعلی طباطبائی و نجفی اصفهانی به آن استناد کرده‌اند ولی گلپایگانی علیرغم گرایش به قول مشهور استدلال به آن را نمی‌پذیرد، چرا که با وجود دلیل نوبت به «اصل» نمی‌رسد. البته طبعی نیز به واسطه مخالفت با قول مشهور، به همین دلیل استدلال به «اصل» را به‌عنوان «مؤید اجماع»، مردود می‌شمارد.

ه- در خصوص عدم تبعید زن به استدلال‌های زیر نیز اشاره شده است:

- ه-۱) زن عورت است و حفظ او و بازداشتنش از زنا در تبعید مشکل‌تر است؛
- ه-۲) حیای زن از فامیل و آشنایان خود مانع از زناست که در تبعید به واسطه دوری از خانواده وجود ندارد؛
- ه-۳) حمایت فامیل از زن که در تبعید وجود ندارد، احتمال تکرار عمل زنا را افزایش می‌دهد؛
- ه-۴) زن باید همراه با محارم خود به سفر برود و این یعنی آنکه مسؤولیت عمل او با دیگری باشد؛
- ه-۶) فقر و نیاز مالی زن در تبعید ممکن است موجب تکرار عمل زنا از ناحیه او شود.

چنین استدلال‌هایی اولین بار توسط محقق حلی در «مختلف» و پس از او توسط ابن فهد و شهیدثانی در «روضه» مطرح می‌شود و جالب آن است که شهیدثانی در «مسالك» استدلال به این امور را در مقابل نص مردود می‌شمارد. خود فیض کاشانی نیز، البته به‌عنوان موافق با تبعید زن، به این استدلال مخالفان اشاره، ولی موضع خاصی نسبت به آن اتخاذ نمی‌کند. درمیان فقهای پس از فیض نیز، فاضل‌هندی به بسط این دلایل پرداخته و مجموعه‌ای از این توجیها را برای منع تبعید زن به کار می‌گیرد و فقهای نظیر سیدعلی طباطبائی و نجفی اصفهانی نیز به آن اشاره دارند، با این وجود نجفی اصفهانی به‌عنوان مخالف تبعید زن، استدلال به این امور را به‌عنوان «دلیل شرعی» مردود دانسته، کما اینکه گلپایگانی نیز درخصوص این دلایل نظری مشابه وی داشته و استدلال به آنها را نمی‌پذیرد، همچنان که برخی موافقان با تبعید زن نظیر تبریزی نیز، استدلال به این موارد را «اجتهاد در مقابل نص» می‌دانند. البته برخی نیز با طرح پیشنهاد «تهیه مکان‌هایی برای تبعید زن همراه با خانواده»، به این جواب داده‌اند.

۳- نگاهی به مخالفان قول مشهور و تحلیل ادله آنها

شاید بتوان شیخ صدوق را اولین فقیهی دانست که قائل به تبعید زن و مرد زانی بکر گردیده است. البته مخالفت با قول مشهور از ابن‌ابی‌عقیل عمانی (به نقل علامه‌حلی، مقدادسیوری و مقدس‌اردبیلی) و از او و ابن‌جنید اسکافی (به نقل شهیدثانی در «مسالک»، صاحب‌ریاض و صاحب‌جوهر) نیز نقل شده است. از قرن چهارم تا زمانه فیض ظاهراً کسی غیر از شهید ثانی، آن هم در یکی از دو قولش و در کتاب «مسالک»، گرایشی به این نظر نداشته است. از زمانه فیض تا دوره معاصر تعداد اندکی از فقهاء نظیر سیدخوانساری، خوبی، تبریزی و طبسی با این نظر موافقت داشته‌اند. البته عمده دلیل طرفداران این نظر، علاوه بر نقد ادله قول مشهور، استناد به روایات زیر بوده است:

الف- عمومیت روایت زراره از امام باقر(ع) که در فراز آخر آن آمده که «هرکس شرایط إحصان را نداشته باشد، یکصد تازیانه خورده و تبعیدمی‌شود و کسی که فرجی در اختیار دارد، ولی برخوردار نشده، یکصد تازیانه می‌خورد و تبعیدمی‌شود» (این حدیث در منابع فقهی متعدد از زراره از امام باقر (ع) نقل شده است: کلینی، ۱۳۶۷، ۷، ۱۷۷، ۶؛ شیخ طوسی، ۱۳۶۵، ۱۰، ۴، ۱۲ و ۱۳۹۰، ۴، ۲۰۰-۲۰۱، ۳؛ حرعاملی، بی‌تا، ۱۸، ۳۴۸، ۷). این روایت اولین مرتبه توسط شیخ مفید مورد استناد قرار می‌گیرد. فاضل‌آبی به‌عنوان طرفدار قول مشهور در سند آن ایراد می‌کند و شهیدثانی در «روضه» که موافق مشهور است، آن را دال بر تبعید زن ولی به‌لحاظ سند دارای مشکل می‌خواند. البته روایت دیگری از زراره به همین مضمون داریم (حرعاملی، بی‌تا، ۳۴۸، ۶) که به نظر مقدس‌اردبیلی مشکل‌سندی ندارد.

ب- روایت عاصم بن حمید از محمد بن قیس از امام باقر(ع) در مورد قضاوت امیرالمؤمنین (ع) در خصوص زن و مرد پیر و بکر (حرعاملی، بی‌تا، ۳۴۷، ۲؛ کلینی، ۱۳۶۷، ۷، ۱۷۷، ۷) که فاضل‌آبی به رد سند آن می‌پردازد، ولی مقدس‌اردبیلی تشکیک در سند آن را مردود می‌داند و طرفداران تبعید زن نظیر خوانساری، خوبی، تبریزی و طبسی به آن استناد کرده‌اند. با اینحال به نظر فاضل‌هندی و طبسی دلالت واضحی بر تبعید زن ندارد و به نظر گلپایگانی صحیحه و دال بر تبعید زن است ولی مشهور فقهاء از آن اعراض کرده‌اند. روحانی نیز به‌عنوان یکی از مخالفان تبعید زن، به دلالت آن بر تبعید زن صحه می‌گذارد.

ج- روایت عبدالله بن طلحه از امام صادق(ع) در خصوص جلد و نفی نوجوان زناکار (حرعاملی، بی‌تا، ۳۴۹، ۱۱؛ ابن بابویه، ۱۴۰۴، ۴، ۳۸، ۵۰۳۲) البته از عبدالله بن‌سنان) که به نظر شهید ثانی در «روضه» دال بر تبعید زن است، ولی مشکل‌سندی دارد و مقدس‌اردبیلی هم‌چنین می‌گوید. جالب آن است که

مغنیه در مخالفت با تبعید زن به آن استناد می‌کند، با این حال این روایت یکی از مستندات موافقان تبعید زن یعنی خوئی، تبریزی و طبسی می‌باشد.

د- روایت حلبی (حر عاملی، بی‌تا، ۱۸، ۳۴۸، ۹؛ شیخ طوسی، ۱۳۶۵، ۱۰، ۴-۵، ۱۴) از امام صادق (ع) مبنی بر جلد و نفی زن و مرد بکر، از نظر مقدس‌اردبیلی هرچند دال بر تبعید زن است، ولی در سند آن مشکل وجود دارد. به نظر گلپایگانی هم صحیحه و دال بر تبعید زن است، ولی مورد اعراض مشهور فقهاء واقع شده و با این حال از ادله موافقان تبعید زن، یعنی خوانساری و خوئی است.

ه- روایات دال بر نفی رجم و تبعید از زن دیوانه یا اکراه شده بر زنا با این استدلال که مالک امر خود نیست، یعنی اگر اراده بر زنا داشته باشد، تبعید می‌شود. این دلیل مورد استفاده معاصرین از فقهاء یعنی خوئی و سپس تبریزی قرار گرفته است.

و- روایات دال بر اینکه کنیز فقط نصف آزاد تازیانه می‌خورد، یعنی روایت برید عجلی از امام صادق (ع) و روایت زراره از حسن بن سری از ایشان (حرعاملی، بی‌تا، ۴۰۲-۴۰۱، ۲ و ۳) که مورد استناد تبریزی در عدم تبعید کنیز زناکار قرار گرفته است.

۴- آرای متقدمان از فقهای شیعه تا قرن یازدهم هجری

یکی از قدیمی‌ترین مباحث مربوط به تبعید در حد زنا در کتاب «المقنع» شیخ صدوق مطرح گردیده است. وی در توضیح حد زن و مرد بکری که مرتکب زنا شوند، می‌نویسد که در این صورت آنها را یکصد تازیانه زده، «سپس به مدت یکسال به سرزمین دیگری تبعید می‌کنند» (ابن بابویه، ۱۴۱۰، ۴۳۱) و در همین بحث زنا، به روایتی از امام باقر (ع) در این مورد [همان روایت زراره] استناد می‌کند (ابن بابویه، ۱۴۱۰، ۴۳۴)؛ اما اولین مخالفت صریح با تبعید زن در آرای یکی دیگر از فقهای متقدم یعنی شیخ مفید در «المقنع» ظاهر می‌شود (شیخ مفید، ۱۴۱۰، ۷۸۰) که پس از وی نیز توسط فقهای نظیر ابوالصلاح حلبی (ابوصلاح حلبی، ۱۴۰۳، ۴۰۵) و سالاردیلیمی (سالاردیلیمی، ۱۴۱۴، ۲۵۵) مورد توجه قرار می‌گیرد.

شیخ طوسی در مسأله ۳ باب حدود «خلاف»، بکر را «غیرمحسن» دانسته و می‌نویسد که هرگاه مرد «بکری زنا کند، یکصد تازیانه می‌خورد و یکسال تبعید می‌شود» و تعریب را شامل زن بکر نمی‌شمرد و در ادامه می‌افزاید که «مالک نیز قائل به این شده و در مقابل گروهی گفته‌اند که زن و مرد در این حکم برابرند از جمله أوزاعی، ثوری و ابن‌ابی لیلی و احمد و شافعی»، ولی ابوحنیفه حد را صرفاً همان تازیانه

دانسته و تبعید را تعزیر می‌شمرد که منوط به نظر امام است و مقدر نشده، بنابراین اگر امام بخواهد آن را در مورد زن یا مرد، به مقدار زمانی که صلاح بداند، اجرا می‌کند. سپس وی دلیل نظر خود را «اجماع فرقه و اخبار آنها»، «اصل برائت ذمه زن [از تبعید]» و «قول خداوند» (نساء، ۲۵) ذکر می‌کند (شیخ طوسی، ۱۴۰۷، ۵، ۳۶۹-۳۶۸).

شیخ طوسی در «مبسوط» می‌نویسد که در مورد «ثیب» در اسلام چنین تشریح شده که «او را حبس می‌کنند تا بمیرد» و در مورد بکر این‌که «او را می‌آزارند و توبیخ می‌کنند تا توبه کند» و سپس این حکم نسخ گردید بدین شکل که حکم اولی تبدیل به «رجم» و حکم دومی تبدیل به «یکصد ضربه و تبعید یکساله» گردید. از نظر او بکر یعنی غیرمحسن هرگاه زنا کند، در صورت مرد بودن، باید یکصد تازیانه بخورد و به‌جای دیگری به مدت یکسال تبعید شود و اضافه می‌کند که «از نظر ما تبعید در مورد زن [زانی بکر] اجرا نمی‌شود» در صورتی که در میان اهل سنت، کسانی قائل به این شده‌اند (شیخ طوسی، بی‌تا، ۸، ۳-۲).

همچنین وی در «النهایه» تازیانه و تبعید را حد «زن و مرد بکر» می‌داند و در ادامه می‌نویسد که مرد بکر را پس از تازیانه زدن، «به مدت یکسال از سرزمینش به‌جای دیگری تبعید می‌کنند، بعد از آن که سرش را تراشیدند» و زن بکر را یکصد تازیانه می‌زنند و «در هر صورت موی سرش را نمی‌تراشند و تبعیدش نمی‌کنند» (طوسی، بی‌تا، ۶۹۲ و ۶۹۴) و جالب آن است که قسمت اخیر قول وی با قسمت ابتدایی آن تعارض دارد که عین همین دیدگاه و تعارض در آرای قاضی‌ابن براج نیز قابل مشاهده است (ابن براج، ۱۴۰۶، ۲، ۵۲۰-۵۱۹). همچنین دیدگاه مشهور در آرای فقهایی نظیر ابن حمزه طوسی (ابن حمزه، ۱۴۰۸، ۴۱۱-۴۱۰)، ابن زهره حلبی مستند به «اجماع طایفه» و روایت وارده از «طرق مخالف» [همان روایت عباده بن صامت] (ابن زهره، ۱۴۱۷، ۴۲۳) و ابن ادریس مستند به روایت عباده (ابن ادریس، ۱۴۱۰، ۳، ۴۳۹-۴۳۷) مشاهده می‌شود که در دلالت این روایات بر قول مشهور جای بحث است. البته بعدها دیگران نظیر فاضل‌آبی نیز به روایت عباده برای قول مشهور استدلال می‌کنند. محقق حلی در آثارش (محقق حلی، ۱۴۰۹، ۴، ۹۳۷-۹۳۶؛ همو، بی‌تا، ۱، ۲۱۵) و فاضل‌آبی در «کشف‌الرموز» (فاضل‌آبی، ۱۴۱۰، ۲، ۵۴۸-۵۴۷) نیز فقط به دیدگاه مشهور اشاره دارند.

علامه حلی در «مختلف‌الشیعه» با ذکر دیدگاه شیخ طوسی در «نهایه» و سپس دیدگاه وی در «خلاف» و «مبسوط»، به اختلاف موجود در معنای بکر و اشتراک در این امر که «تراشیدن موی سر و

تبعید شامل زن زانی نمی‌شود»، می‌پردازد. وی در ادامه به نظر ابن‌ابی‌عقیل اشاره می‌کند که تبعید را شامل حال زن و مرد بکر می‌داند، اگرچه بکر را تعریف نکرده و در ادامه می‌نویسد که «ظاهراً منظور وی از بکر، مقابل محصن است، هرچند که بر آن تصریح نکرده است». وی سپس به موضوع موردنظر ما می‌پردازد و می‌نویسد که «مسأله مشهور آن است که زن تبعید نمی‌شود و این را شیخ گفته و دیگران پس از او از وی تبعیت کرده‌اند» و سپس به استدلال‌های سه‌گانه شیخ در «خلاف» در این خصوص اشاره و دیدگاه ابن‌ابی‌عقیل را آنچنان‌که در «خلاف» آمده مغایر با این و دال بر آن می‌داند که «زن نیز یکسال تبعید می‌شود» و در میان این دو قول، دیدگاه شیخ را «مشهور» دانسته و در این خصوص استدلال جدیدی را مطرح می‌سازد که در عدم تبعید امکان «حفظ زن و منع او از تکرار مجدد آن عمل است» (علامه حلی، ۱۴۱۲، ۹، ۱۳۷-۱۳۴). او در سایر آثارش نیز قائل به عدم اجرای تراشیدن مو و تبعید در خصوص زن می‌گردد (علامه حلی، ۱۴۱۹، ۳، ۵۲۷؛ ۱۴۱۰، ۲، ۱۷۳ و ۱۴۰۶، ۲، ۳۹۲-۳۹۱). شهید اول (شهید اول، ۱۳۸۸، ۱۷۶) و مقداد سیوری با ذکر ادله قول مشهور و همچنین دیدگاه مخالف حسن [ابن‌ابی‌عقیل] (سیوری حلی، ۱۴۰۴، ۴، ۳۳۸) نیز قائل به عدم تبعید زن هستند.

ابن‌فهد حلی در «المهذب‌البارع» به اختلافات موجود در معنای بکر اشاره و سپس در بیان استدلال کسانی که بکر را «کسی که فرجی در اختیار داشته ولی نزدیکی نکرده» می‌داند (یعنی صدوق، ابن‌حمزه، قاضی، ابن‌زهره، ظاهر مفید و شاگردش [سلار] و مختار علامه در «مختلف» و «تحریر» و فخرالمحققین)، به سه دلیل اشاره می‌کند از جمله اینکه اصل بر برائت از مجازاتی افزون بر تازیانه می‌باشد که نیاز به دلیل دارد و روایت محمد بن قیس که برخی گفته‌اند استدلال به این روایت به واسطه مجهول بودن محمد بن قیس باطل است. می‌دانیم که دلیل اول مستند مخالفان تبعید زن بوده ولی حدیث محمد بن قیس مؤید آن است و ابن‌فهد نیز همین را مبنای مخالفان این حدیث می‌داند که معتقدند «اگر استدلال به این حدیث صحیح می‌بود، باید زن را نیز تبعید می‌کردند، درحالی‌که کسی قائل به این نیست» و سپس می‌گوید که به این پاسخ داده شده که «زن از [شمول] تبعید به واسطه دلیل دیگری خارج شده که اجماع فرقه است، همچنان‌که شیخ در خلاف ذکر کرده و به واسطه آنکه در این صورت او محفوظ‌تر می‌ماند چراکه زن عورت است و در این حالت بهتر می‌توان او را از تکرار همانند آن عمل بازداشت» (ابن‌فهد، ۱۴۱۳، ۵، شرح ۳۱-۲۹).

بحرانی در «غایه‌المرام» به قول مخالف مشهور اشاره‌ای ندارد و بیشتر به اختلاف در معنای بکر

پرداخته (بحرانی، ۱۴۲۰، ۴، ۳۱۷) و همین اختلاف مورد توجه شهیدثانی نیز در «روضه» واقع شده که ضمن اشاره به هر دو قول، با استناد به روایت عبدالله بن طلحه، جانب دیدگاهی را می‌گیرد که بکر را «غیرمحصن» دانسته و سپس به قول گروه دیگر با عنوان «وقیل» اشاره می‌کند که این حکم را مختص به کسی دانسته‌اند که «فرجی در اختیارش هست ولی نزدیکی نکرده» و به روایت زراره استناد کرده‌اند. وی در ادامه می‌افزاید که هردوی این روایت‌ها، هرچند بپذیریم که از سلامت سند برخوردارند، ولی بر تبعید زن دلالت می‌کنند که برحسب ادعای شیخ، خلاف «اجماع» می‌باشد. [از طرف دیگر در سلامت سند آنها نیز جای بحث است] چراکه در سند حدیث اول، موسی بن بکیر [واقفی] است در سند حدیث دوم محمد بن قیس که مشترک میان ثقه و غیرثقه می‌باشد. او در ادامه، قول اول [اختصاص تبعید به کسی که ازواج نکرده] را «أجود» و قول دوم [اختصاص تبعید به کسی که فرجی در اختیار دارد، ولی نزدیکی نکرده] را «أحوط» می‌خواند با این استدلال که «در حد بنا بر تخفیف است». او سپس با ذکر اینکه «تراشیدن مو و تبعید شامل حال زن نمی‌شود»، می‌افزاید که او را فقط یکصد تازیانه می‌زنند، به واسطه «اصل براءت» و شیخ بر این «ادعای اجماع» نموده، انگار که به دیدگاه مخالف ابن‌ابی‌عقیل توجه نکرده که به واسطه اخبار سابق‌الذکر «تبعید را در مورد زن ثابت دانسته است». وی در نهایت دیدگاه اول را که مشهور است، «أولی» به حال زن و «حفظ او» و همچنین «منع او از تکرار آن عمل» دانسته است (شهیدثانی، بی‌تا، ۹، ۱۱۱-۱۰۸).

شهیدثانی در «مسالك الافهام» مجازات‌های سه‌گانه را به «اتفاق فقهاء» در خصوص بکر واجب شمرده و سپس با ذکر روایت موسی بن بکر [زراره] و مرسله محمد بن قیس، این دو روایت را متضمن «تبعید زن و مرد» دانسته و می‌نویسد که ولی «مشهور در میان اصحاب این است که تبعید مختص مرد است و حتی شیخ در خلاف در این خصوص ادعای اجماع نموده که اگر این اجماع تام باشد، حجت بوده و گرنه اقتضای نص آن است که تبعید در مورد زن نیز ثابت باشد و این دیدگاه مختار ابن‌ابی‌عقیل و ابن‌جنید می‌باشد». وی در ادامه به استدلال مخالفان تبعید زن، یعنی «عورت بودن زن و حفظ وی و منع او از تکرار عمل زنا که در غربت امکان آن نیست» اشاره می‌کند ولی چنین تحلیلی را غیرقابل معارضه با نص می‌شمارد که تنها می‌تواند «مؤیدی برای حکم و حکمتی برای آن» باشد (شهیدثانی، ۱۴۱۶، ۱۴، ۳۶۷-۳۷۰). بنابراین وی جزء اولین کسانی است که قبل از فیض کاشانی «قدیمین» را باهم از طرفداران «تبعید زن» می‌شمرد؛ ضمن آنکه دیدگاه وی در «مسالك» ظاهراً موافق تبعید زن و عکس نظر او در

«روضه» است.

محقق اردبیلی در «مجمع الفائدة والبرهان» پس از ذکر دیدگاه علامه که «تازیانه و تراشیدن موی سر و تبعید» را مختص «مرد آزاد غیرمحسن» دانسته، در شرح آن به اختلافات موجود در معنای بکر در روایات وارده در این مورد، می‌پردازد که بعضی از آنها نیز عام بوده و شامل «زن و مرد زانی» می‌شوند مثل روایت حلبی که آن را صحیح دانسته‌اند، ولی به واسطه وجود عبدالرحمن بن حماد که مجهول است، در آن تردید وجود دارد. روایت عبدالرحمن از امام صادق(ع) نیز همین‌گونه است و زن و مرد بکر را مشمول «یکصد ضربه و یکسال تبعید» می‌داند که چون روایت عامی [از ناحیه مخالفان] است، مشکلی ایجاد نمی‌کند و همچنین روایت زراره و روایتی دیگر از او مبنی بر اینکه «هرکس فرجی در اختیار دارد و برخوردار نشده، یکصد تازیانه خورده و تبعید می‌شود» که این را مرسله دانسته‌اند و شاید در «تهذیب» از یونس بن عبدالرحمن آمده و در کتب دیگر طریق آن صحیح باشد یا در «کافی» از یونس به‌طور مرسله آمده ولی در «تهذیب» از یونس از زراره آمده که در این صورت صحیح می‌باشد و مانند این است حسنه محمد بن قیس و گفته شده که محمد بن قیس مشترک است فلذا این حسنه بوده و قول به اینکه این احادیث غیرثقه هستند، نادرست می‌باشد. وی سپس به بیان استدلال کسانی می‌پردازد که بکر را برابر با «غیرمحسن» گرفته‌اند و در ادامه به فروعی اشاره می‌کند که برخی از آنها به بحث ما مرتبط هستند:

فرع سوم - اگر مقدر شدن تراشیدن مو را در بعضی از روایات بپذیریم که مخصوص مرد است، این نباید در مورد زنان اجرا شود...؛

فرع چهارم - آیا تبعید مختص مرد است یا عام بوده [و شامل مرد و زن می‌شود]؟ کسی قائل به این نیست که «اعم» باشد غیر ابن‌ابی‌عقیل که در «مختلف» این را از او نقل کرده و برخی از اخبار را به خاطر آنکه متضمن تبعید زن هستند، رها کرده‌اند چراکه غیر ابن‌ابی‌عقیل کسی قائل به تبعید زن نشده است. ولی به نظر محقق اردبیلی «در این ایراد است» چراکه «اگر این اجماعی باشد، امکان حذف آن از دو خبر (مذکور) و اینکه به واسطه وجود معارض فقط عمل به این را ترک کنیم، وجود دارد نه اینکه کل خبر را کنار بگذاریم. در صورتی هم که این اجماعی نباشد، نیاوردن [حکم] ابن‌ابی‌عقیل با تقدیر مسلم بودن اجماع، حجت نیست چراکه با این کار مسلماً اجماع ثابت نمی‌شود»؛

فرع پنجم - «گفته‌اند که تبعید و تراشیدن هر دو مختص به مرد هستند و بر زن چیزی از این دو نیست» که این به نظر محقق «غیرظاهر» است، مگر آنکه بگوییم «دلیل قوی در این رابطه نداریم و اصل

[برائت] و ظاهر بعضی از ادله (که به تازیانه یا رجم بسنده نموده‌اند) دلالت بر نفی آن دو [درمورد زنان] و اجماع نیز فقط درمورد [اجرای آنها درخصوص] مرد وجود دارد» (محقق اردبیلی، ۱۴۰۲، ۱۲، شرح صص. ۷۷ - ۷۲).

۵- آرای فقهای هم‌عصر فیض کاشانی تا معاصرین از فقهاء

از زمانه فیض به بعد نیز شیخ بهایی (شیخ بهایی، بی‌تا، ۴۲۰)، علامه مجلسی (علامه مجلسی، بی‌تا، ۱۶) و فاضل‌هندی بر نظر مشهورند. صاحب «کشف‌الثام» در قسم چهارم حد زنا به «یکصد تازیانه و تراشیدن مو و تبعید» اشاره کرده و آن را حد «مرد بکر غیرمحسن آزاد» می‌شمرد همچنان که در «نهایه»، «سرائر»، «تحریر»، «مراسم»، «الوسیله»، «سرائع»، «نافع»، «الجامع [للسرائع]» و «المقنعه» آمده است، با این تفاوت که [شیخ] مفید و سلار و ابن حمزه «بکر» را ذکر نکرده و این حد را درخصوص کسی دانسته‌اند که «فرجی را مالک بوده و از آن برخوردار نشده» و ابن‌ابی‌عقیل، ابن‌زهره، ابن‌جنید، [شیخ] صدوق، شیخ‌طوسی در «خلاف» و در «مبسوط» و حلبی «تراشیدن [موی سر]» را ذکر نکرده‌اند. به نظر وی خبر علی بن جعفر از برادرش امام‌کاظم (ع) و خبر حنان از امام صادق (ع) دلالت بر مجموع این مجازات‌های سه‌گانه باهم دارند و آیه دلالت بر مجازات جلد به‌طور خاص دارد (نور، ۲) و خبر عباده دلالت بر جلد همراه تبعید دارد که اینها را سابقاً ذکر کردیم.

به نظر وی در این که تراشیدن موی سر شامل حال زن نمی‌شود «اتفاق نظر» است همچنان که از ظاهر [ادله] برمی‌آید به‌واسطه «اصل برائت» و اینکه این کار «غایت شناعة» می‌باشد و باز از نظر وی در اینکه تبعید شامل حال زن نمی‌شود «وفاق با مشهور» است و در «خلاف» و ظاهر «مبسوط» ادعای اجماع بر آن شده و زن فقط یکصد تازیانه می‌خورد چه «مملکه باشد و چه نباشد» و در «خلاف» درخصوص عدم تبعید زن علاوه بر «اجماع و اخبار» به قول خداوند [در عقوبت کنیز] استناد می‌کند و دیگران بر این دلایل [سه‌گانه] افزوده‌اند که «اگر زن تبعید شود باید یا با محرم و یا با شوهر خود باشد، درحالی که اولاً هیچ‌کس مسؤول عمل دیگری نیست [و ثانیاً] جایز نیست که زنان بدون محارم خود سفر کنند» و بدین دلیل که «انزجار آنها از زنا به‌واسطه حیای آنان از خویشاوندان و آشنایان است» و به خاطر آن که «محافظت آنها از دست مردان» واجب می‌باشد که این نیز در غربت ممکن نیست و «چه بسا که فقر آنان در غربت شدت بگیرد» و مجموعه این عوامل باعث شود که مجدداً مرتکب این عمل زشت

باشوند. از نظر محقق اردبیلی هر چند این امر مخالف دیدگاه حسن [ابن‌ابی‌عقیل] می‌باشد، به واسطه آنچه در حسنه محمد بن قیس گذشت، ولی خود وی در این ایرادی کند و معتقد است که این حدیث نمی‌تواند به صراحت دال بر تبعید زن باشد، چراکه ممکن است مراد از آن این باشد که امیرالمؤمنین (ع) در مورد زناى مرد بکر با زن بکر به «یکصد تازیانه و تبعید یکساله به سرزمین دیگری» قضاوت نمودند که «این صراحت در تبعید هر دوى آنها ندارد و می‌تواند مختص به تبعید مرد زانی بکر باشد» (فاضل هندی، ۱۴۲۴، ۱۰، ۴۴۶-۴۴۱).

سیدعلی طباطبایی پس از ذکر اختلاف موجود در معنای بکر، گرایش خود به سمت این دیدگاه که بکر همان «غیرمحسن» است را، با «مشهور» خواندن آن نشان می‌دهد و قصور سند مستندات دیدگاه دیگر [اختصاص بکر به «کسی که فرجی در اختیار دارد و از آن برخوردار نشده»] و اینکه احادیث مستند آنها دلالت بر «تبعید زن» نیز دارد، در کنار ضعف دلالت آنها که «جبری» برای آن وجود ندارد؛ را دلیل بر رد این دیدگاه می‌شمرد. وی عدم تبعید زن را «مطلق» می‌انگارد و بدین‌وسیله در هر صورتی زن را از شمول حکم تبعید خارج و این حکم را «أشهر أقوى» می‌خواند که حتی «عموم متأخرین از علمای شیعه بر آن هستند»، همچنان که در ظاهر «مختلف» بر آن تصریح گردیده و حتی بطور صریح در «خلاف»، «غنیه» و ظاهر «مبسوط» ادعای «اجماع» بر آن شده که این «حجت است» و به واسطه «اصل [برائت]» ترجیح دارد همچنان که «شهرت عظیمه ظاهره» موجب ترجیح آن می‌شود. عده زیادی از فقهاء در این خصوص به «عورت بودن زن» اشاره و «حفظ زن و جلوگیری از انجام مجدد آن عمل» که «در غربت بر آن ایمن نیستیم» را دلیل این امر شمرده‌اند. این دیدگاه مخالف نظر عمانی است که قائل به تبعید زن شده و شاید نیز از اسکافی حکایت شده باشد و این نظر هر چند که برخی صحیح‌ها بر آن دلالت داشته باشد، «شاذ» بوده، بعلاوه آنچه گفته شد از اینکه «ممکن است منظور از آن تبعید زن نباشد» بلکه امر تبعید اختصاص به مرد بکری داشته باشد که در قضاوت امیرالمؤمنین (ع) با زن بکر زنا نموده است. (طباطبائی، ۱۴۲۲، ۱۵، ۴۸۹-۴۸۴). بدین ترتیب صاحب ریاض پس از فیض اولین کسی است که در میان طرفداران حکم «تبعید زن» بطور ضمنی به «قدیمین» اشاره می‌کند.

نجفی اصفهانی در بیان حد زانی می‌نویسد که موی «مرد غیرمحسن» را می‌تراشند و سپس او را یکصد تازیانه زده و به مدت یکسال تبعید می‌کنند و بدین ترتیب «تراشیدن سر» را به متن «شرایع» می‌افزاید و این حکم را موافق ظاهر محکی عمانی، اسکافی، حلبی و صریح محکی از «مبسوط» و

«خلاف» و «سرائر» می‌داند که حتی در «مسالک» به «اکثر متأخرین» نسبت داده شده و حتی در غیر «مسالک» نسبت «شهرت» به آن داده شده و در ظاهر «سرائر» و صریح «خلاف»، ادعای «اجماع» بر آن شده است. صاحب‌جواهر در ادامه به روایات وارده در این خصوص و اختلافات موجود در معنای بکر و مراد از تبعید می‌پردازد که از آن می‌گذریم. وی همه مباحث مطرح شده را مربوط به «مرد» می‌داند و در خصوص زن با ذکر نظر صاحب شرایع مبنی بر اینکه «زن را یکصدتازیانه می‌زنند و او را نه تبعید می‌کنند و نه موی سرش را می‌تراشند»؛ این کلام را با عبارت «هیچ خلافی که قابل اعتناء باشد در این خصوص نیافتیم»، تأیید کرده و می‌افزاید که حتی در «کشف‌اللثام» ظاهراً در مورد دومی [یعنی عدم تراشیدن مو] آمده که مورد «اتفاق نظر» است و از «خلاف»، «غنیه»، ظاهر «مبسوط» در مورد اولی [یعنی عدم تبعید زن]، ادعای «اجماع» شده و حتی در این خصوص به قرآن کریم [همان آیه ۲۵ سوره نساء] استدلال شده است. صاحب‌جواهر در ادامه به استدلال‌هایی در این خصوص اشاره می‌کند که عیناً در «ریاض» آمده است و سپس همه این دلایل را دارای اشکال می‌شمرد که «صلاحیت آنکه دلیل شرعی محسوب شوند را ندارند» و به همین دلیل [شهادتانی] در «مسالک» در این ادله توقف نموده و گفته که «اگر اجماع تام نباشد، مقتضای نص، ثبوت تبعید در خصوص زنان است، همچنان که این دیدگاه برگزیده ابن‌ابی‌عقیل و ابن‌جنید است». وی در ادامه به نظر شهیدثانی نیز ایراد کرده و می‌نویسد که «علاوه بر آنکه نص مزبور صراحت در تبعید زن ندارد، به واسطه اجماع مزبور به پشتوانه شهرت عظیم موجود و به واسطه اصل [برائت ذمه زن از تبعید] دارای معارض می‌باشد، پس بدون شک اصح آن است که زن تبعید نمی‌شود» (صاحب‌جواهر، ۱۳۶۳، ۴۱، ۳۲۹-۳۳۳).

در سیر تاریخی فقه شیعه هر چند محمدجواد مغنیه نیز قائل به قول مشهور می‌شود (مغنیه، ۱۴۲۱، ۶، ۲۵۹)، ولی خوانساری در «جامع‌المدارک» به مخالفت با آن برخاسته و می‌نویسد که آنچه ذکر شده مبتنی بر «عدم تراشیدن موی سر و تبعید برای زن» بوده، پس در مورد تراشیدن مو، روایات دال بر اجرای آن در خصوص مرد هستند و دلیلی که آن را در مورد زن اجرا کنیم، نداریم، ولی در مورد «تبعید» هر چند ادعای اجماع شده بر اینکه زن تبعید نمی‌شود ولی نسبت خلاف به برخی [از فقهاء در این رابطه] داده شده و شهیدثانی در این مورد در «مسالک» تردید نموده و برخی از روایات دال بر ثبوت «تبعید» در مورد زن هستند از جمله قول امام باقر(ع) در صحیح‌ه محمد بن قیس و صحیح‌ه حلبی که هر دو در خصوص «زن و مرد بکر» قائل به ثبوت «یکصدضربه و تبعید» باهم شده‌اند (خوانساری، ۱۴۰۵، ۷، ۳۲). بدین ترتیب

می‌بینیم که وی گرایش خود را به سمت تبعید زن نشان می‌دهد.

ظاهراً امام خمینی موضع مشخصی بین دو قول ندارد (امام خمینی، ۱۳۸۶، ۴، ۵۱۸)، ولی مجدداً آیت‌ا... خوبی به مخالفت با قول مشهور برخاسته و از نظر او در مورد ثبوت تبعید برای زن اشکال وجود داشته و «أقرب آن است که تبعید برای زن ثابت است» (خوبی، ۱۴۲۲، ۴۱، ۲۴۳-۲۴۲). وی در شرح مورد اخیر می‌افزاید که «وجه اشکال در ثبوت تبعید برای زنان» آن است که در این خصوص ادعای اجماع شده که زن تبعید نمی‌شود «ولی نسبت خلاف به ابن‌ابی‌عقیل و ابن‌جنید داده شده» و شهیدثانی در «مسالك» در آن تردید کرده است. سپس ایشان در بیان نظر خود می‌نویسند که «قول به ثبوت [تبعید برای زن] اقرب بوده و تعدادی از روایات بر آن دلالت می‌کنند» از جمله صحیحه محمد بن قیس، صحیحه حلبی و صحیحه عبدالرحمن که موضوع هر سه زن و مرد بکر زانی است. سپس وی استدلال جدیدی را در اینجا مطرح می‌سازد مبنی بر اینکه روایات زیادی داریم در خصوص نفی رجم و تبعید از زن دیوانه یا زنی که مجبور به زنا شده؛ چراکه چنین زنی مالک امر خود نبوده [اراده بر زنا نداشته] و چنین روایاتی به وضوح دلالت بر این دارند که اگر زن مالک امر خود بود، سنگسار و تبعید در مورد او ثابت می‌شود. بنابراین اگر اجماعی در اینجا وجود داشت پس بر مبنای آن عمل می‌شد ولی «اجماع وجود ندارد، لذا نمی‌توانیم از آنچه روایات صحیحه بر آن دلالت دارند [از وجوب نفی در مورد زن] دست برداریم» (خوبی، ۱۴۲۲، ۴۱، شرح ۲۴۵-۲۴۴).

آیت‌الله گلپایگانی در «الدر المنضود» تحت عنوان «کلامی در [اجرای] تبعید و تراشیدن [موی سر] در مورد زن»؛ مباحثی را مطرح می‌کند که قابل توجه است. وی با ذکر عبارت محقق [حلی]، [صاحب] جواهر و شیخ [طوسی] در «مبسوط» و «خلاف»، به اکثر ادله وارده در خصوص عدم تبعید زن اشاره و سپس می‌نویسد که «مخفی نیست که این ادله به گونه‌ای نیستند که بدان‌ها تمسک شده و در اثبات حکم شرعی مورداستناد واقع شوند چراکه در مقابل آنها دلیل محکمی بر اعتبار تبعید در مورد زنان داریم».

در مورد اصل [برائت] حال قضیه روشن است، چراکه اصل در صورتی می‌تواند دلیل واقع شود که دلیل نداشته باشیم و در مورد آیه نیز می‌توان به واسطه وجود دلیل، از ظاهر آن در این مورد خارج شد و اما سایر موارد ذکر شده «اموری اعتباری و وجوهی استحسانی» اند که به آنها در خصوص اثبات اصل حکم تمسک نمی‌شود و فقط توجیهی برای یک حکم ثابت هستند. البته «اگر اجماع متحقق می‌شد دلیلی وجود داشت که راهی برای فرار از آن نبود» و به نظر ایشان شاید بشود آن را محقق دانست چراکه خلاف

موجود در این مسأله منحصر به مخالفت یک نفر یا دو نفر یعنی ابن‌ابی‌عقیل و ابن‌جنید بوده، لذا قابل‌اعتناء نیست و «نمی‌تواند به اجماع آسیبی بزند»، ولی تعدادی از روایات دال بر تبعید زن هستند از جمله صحیح‌ه محمد بن قیس از امام کاظم (ع) و صحیح‌ه حلبی از امام صادق (ع) در مورد قضاوت امیرالمؤمنین (ع) که در مورد «زن و مرد بکر» هستند. ظاهر همه این روایات تبعید مرد و زن از سرزمینشان است و برخی از بزرگان عصر این را اختیار و در این خصوص با عنایت به روایات وارده در «نفی رجم و تعزیر از زن دیوانه و زنی که اکراه بر زنا شده است»، استدلال جدیدی را مطرح کرده‌اند (گلپایگانی، ۱۴۱۲، ۱، ۳۳۰-۳۲۸) که ذکر این دلیل در مباحث «تکمله» گذشت. ایشان در ادامه به تردید در مباحث مذکور [در ثبوت تبعید برای زن] پرداخته و می‌نویسد که «به روایات فوق‌الذکر عمل نشده و حتی مشهور فقهاء از آن اعراض کرده‌اند و اگر روایتی چنین شود از اعتبار ساقط می‌شود». به نظر ایشان در اینجا بحثی مبنایی وجود دارد:

الف- «بعضی گرایش به این دارند که وجهی برای دست برداشتن از روایات معتبر، صرفاً بدین خاطر که مشهور از آن روی برگردانیده‌اند، نیست».

ب- «مبنای معروف که نزد عده زیادی از فقهاء و ما محقق می‌باشد این است که به واسطه اعراض مشهور، حدیث از اعتبار ساقط می‌شود» و این شهرت دارد که حدیث قوی با اعراض مشهور دچار سستی می‌شود و هر حدیث ضعیفی با عمل اصحاب قوت می‌گیرد چراکه «بنای آنها بر عمل به روایات بوده است». لذا «اگر روایتی در دسترس آنان بوده و در حق آنها احتمال آن نمی‌رفت که نتوانند به آن برسند و با این وجود به آن عمل نمی‌کردند، این کاشف از آن بود که در آن روایت ایرادی می‌دیدند که آن ایراد بر ما مخفی مانده و به همین دلیل اطمینان به آن روایت کاهش پیدا می‌کند» (گلپایگانی، ۱۴۱۲، ۱، ۳۳۱-۳۳۰). در پاورقی این کتاب به اشکال دیگر موجود در روایت که در «کشف اللثام» و «ریاض» آمده اشاره شده مبنی بر این که برخلاف دیدگاه ابن‌ابی‌عقیل روایت محمد بن قیس صراحت در تبعید زن و مرد بکر، هردو ندارد و می‌تواند مراد از زنا «زن بکر و مرد بکر»، زنا «مرد بکر با زن بکر باشد و بدین ترتیب مضمون حدیث مختص مرد بکر می‌شود (گلپایگانی، ۱۴۱۲، پاورقی ۱، ۳۳۱). البته این ایراد را قبلاً در «کشف اللثام» و «ریاض» ذکر کردیم.

آیت‌الله تبریزی در «أسس الحدود والتعزیرات» با مبنا قراردادن «شرائع الاسلام» محقق حلی در رد تراشیدن موی سر و تبعید زن، می‌نویسد: «نباید در این تردید کرد» چراکه «تراشیدن مو و تبعید» در حق

مرد زانی غیر محصنی که فرجی در اختیار دارد ولی از آن برخوردار نشده، آمده و سرایت آن به زن وجهی ندارد (تبریزی، ۱۴۱۷، ۱۲۰)، هرچند در مقابل ادعای عدم ثبوت «تبعید یکساله» در مورد زن، محکی از ابن‌ابی‌عقیل و ابن جنید ثبوت آن برای زن و مرد زانی غیرمحصن است که شهید ثانی در آن تردید کرده و بسیاری از روایات وارده در این خصوص در حق مرد زانی هستند، ولی بعضی از آنها بر ثبوت «تبعید» در مورد مرد و زن زانی وارد شده‌اند مثل صحیح حلی. همچنین روایت وارده در خصوص کنیز زناکار مبنی بر اینکه «تبعید نمی‌شود تا این که آزاد شود»، «غایت را در انتفای تبعید از کنیز، آزادی وی قرار داده» و مقتضای آن ثبوت «تبعید در مورد زن» همچون مرد است. اما این که گفته‌اند محتملاً زن را نمی‌شود تبعید کرد چون دوری وی از خانواده و اهلش، مخصوصاً به واسطه شدت گرفتن فقر او و احتیاج او به نفقه، بیشتر به او جرئت فجور می‌دهد و تبعید او همراه محارم از قبیل حمل وزر او بر غیر اوست در حالی که هیچ کس مسئول عمل دیگری نیست؛ همه این موارد و استدلال‌ها «از قبیل اجتهاد در مقابل نص» بوده و «بر والی واجب است که ترتیب تبعید را به گونه‌ای بدهد که از اجرای آن محذوری پیش نیاید» (تبریزی، ۱۴۱۷، شرح صص. ۱۲۲-۱۲۱). وی در اثر دیگرش «تنقیح مبانی الاحکام» با عباراتی مشابه، به همین توضیحات می‌پردازد با این تفاوت که در آنجا علاوه بر صحیح حلی، به صحیح محمد بن قیس و روایت عبدالرحمن نیز استناد کرده است. بعلاوه او به این نیز استدلال می‌کند که در مورد «زن دیوانه و اکراه شده بر زنا» آمده که به واسطه عدم اختیار آن دو، نه حدی بر آن‌هاست و نه تبعید می‌شوند؛ بنابراین در صورتی که اختیار داشته باشند، حد و نفی در مورد آنها قابل اجراست (تبریزی، ۱۴۲۹، ۱۱۱-۱۱۰).

در نقطه مقابل آیت‌الله روحانی (روحانی، ۱۴۱۴، ۲۵، ۴۲۲)، آیت‌الله مکارم شیرازی (مکارم شیرازی، ۱۴۱۸، ۳۱۰-۲۹۹) و آیت‌الله سبحانی (سبحانی، ۱۴۲۳، ۱۱۸-۱۱۲) در مطابقت با نظر مشهور، به مخالفت با تبعید زن پرداخته‌اند.

شیخ نجم‌الدین طبری در کتاب مستقلی تحت عنوان «النفی و التغریب» با ذکر تفصیلی طرفداران و ادله دو قول، به روایات وارد شده در این خصوص از طرف امامیه و غیر امامیه می‌پردازد و در انتهای بحث به ذکر تفصیل آرای قائلین به جواز و قائلین به عدم جواز پرداخته و در جمع‌بندی بحث می‌گوید که «زن تبعید می‌شود اگرچه موجب این می‌شود که نتواند از شوهرش برخوردار شود، البته بر شوهر وی است که با او هم‌سفر شود و ...» (طبری، ۱۴۱۶، ۲۵۶-۲۳۹).

۶- دیدگاه فیض در خصوص «تبعید زن»

همان‌طور که دیدیم در کتاب «النفی و التغریب» آمده که نفی «تبعید زن» آرای مشهور فقهای امامیه بوده که کسانی مثل فیض در «مفاتیح» در خصوص آن تردید کرده‌اند (طبسی، ۱۴۱۶، ۲۴۰). وی فیض را در کنار اشخاصی نظیر ابن‌ابی‌عقیل، شهید ثانی، محقق اردبیلی، سید خوانساری و سید خوئی از قائلین به «تبعید زن» می‌شمرد (طبسی، ۱۴۱۶، ۲۴۷-۲۴۵).

فیض در فراز اخیر مفتاح ۵۲۰ از «مفاتیح» تحت عنوان «حد زنا» به موضوع «نفی بلد» اشاره نموده و می‌نویسد که «اگر زانی غیرمحسن بود یک‌صد تازیانه می‌خورد و یکسال تبعید می‌شود، نزد گروهی به واسطه نصوص وارد» از جمله [حدیث] نبوی که می‌گوید «بر [زنان] مرد بکر با زن بکر، یک‌صد تازیانه و یکسال تبعید است» [روایت محمد بن قیس] که فیض در «وافی» نیز آن را ذکر کرده (فیض، ۱۴۳۰، ۹، ۱۲۴۰) و از جمله آنها صحیح‌ه‌ای است که می‌گوید: «مرد بکر و زن بکر یک‌صد تازیانه می‌خورند و یک سال تبعید می‌شوند» (فیض، ۱۴۳۰، ۲۴۲، ۱۴۹۷۵-۲۰) که همان روایت عبدالرحمن بن حماد از حلبی است که در «وسائل الشیعه» از عبدالرحمن و حماد روایت شده است. از نظر او بکر به «غیرمحسن» گفته می‌شود و در روایتی آمده که «هرگاه نوجوان زنا کند تازیانه می‌خورد و سرش را تراشیده و او را از سرزمینش تبعید می‌کنند» (حرعاملی، بی‌تا، ۱۸، ۳۴۹) که البته در آن «تراشیدن سر» نیامده است) و گفته شده که بکر «کسی است که فرجی را با عقد دائمی زنی، در اختیار دارد ولی نزدیکی نکرده و هرکس چنین نبود، فقط تازیانه می‌خورد» به واسطه نصوصی از جمله روایتی که در آن آمده «کسی که غیرمحسن است یک‌صد تازیانه خورده و تبعید نمی‌شود، ولی کسی که فرجی در اختیار دارد ولی نزدیکی نکرده، یک‌صد تازیانه می‌خورد و تبعید می‌شود» (همان روایت زراره که فیض در اثر حدیثی‌اش به آن اشاره دارد: فیض، ۱۴۳۰، ۹، ۱، ۲۳۹، ۱۴۹۶۳-۸) و در روایتی آمده که «محسن رجم می‌شود و کسی که فرجی در اختیار دارد ولی نزدیکی نکرده یک‌صد تازیانه خورده و تبعید می‌شود» (روایت زراره؛ فیض، ۱۴۳۰، ۲۳۹، ۱۴۶۹۴-۹) و در روایت دیگری آمده که «قضاوت کرد در مورد زانی محسن به رجم و در مورد زن و مرد بکر به یک‌صد تازیانه و یکسال تبعید به جایی غیر از سرزمینش و این دو کسانی هستند که فرجی را در اختیار دارند، ولی از آن برخوردار نشده‌اند» (روایت محمد بن قیس؛ فیض، ۱۴۳۰، ۲۳۹، ۱۴۹۶۵-۱۰).

از نظر فیض «مشهور» اختصاص تبعید به مرد است و حتی در «خلاف» ادعای وفاق بر آن شده

است و در این خصوص استدلال به این شده که «زن عورت است و هدف از آن حفظ و صیانت زن و ممانعت از تکرار عمل زنا توسط اوست که در تبعید، ایمن از آن نیستیم» و سپس تأکید می‌کند که «قدیمین با این نظر مخالفت کرده‌اند» و با اظهار اینکه «نصوص مؤید نظر آنان است» (فیض کاشانی، ۱۴۰۱، ۲، ۷۲-۷۱)، گرایش خود به این دیدگاه را نشان می‌دهد.

۷- نتیجه‌گیری

با توجه به مجموعه مباحث مطرح‌شده در سیر تاریخی دیدگاه فقهای شیعه از متقدمین تا متأخرین و تطابق این آراء و قانون جدید مجازات اسلامی با دیدگاه فیض کاشانی موارد زیر قابل طرح است:

الف- در میان متقدمان از فقهای شیعه، موافقت با تبعید زن به دو تن یعنی قدیمین نسبت داده شده است، در صورتی که مسلماً در همان قرن چهارم هجری، شیخ صدوق قائل به این امر بوده است.

ب- دیدگاه موافق دوباره در قرن دهم هجری یعنی نزدیک به زمان ظهور اخباریان در میان فقهای شیعه طرفداران و یا حداقل گرایش‌هایی پیدا می‌کند از جمله شهید ثانی در «مسالک» و مقدس اردبیلی در «مجمع الفائدة والبرهان».

ج- دیدگاه موافق پس از فیض نیز در میان فقهای معاصر طرفدارانی یافته نظیر خوانساری در «جامع المدارک»، خوبی در «تکمله المنهاج»، تبریزی در یکی از آثارش یعنی «تنقیح مبانی الاحکام» و طبسی در «النفی و التغریب».

د- فیض کاشانی در بیان گرایش خود به این دیدگاه، آن را مورد تأیید نصوص می‌شمارد، بنا بر این چنین به نظر می‌رسد که:

د-۱) فیض اجماع ذکرشده بر عدم تبعید زن را مردود می‌شمارد؛

د-۲) او شهرت منجبر با عمل صحابه را نیز قابل معارضه با نصوص نمی‌داند؛

د-۳) به نظر او سایر مستندات ذکرشده را نیز به واسطه وجود نصوص قابلیت اینکه ادله شرعی محسوب شوند را ندارند یعنی همان چیزی که حتی برخی مخالفان تبعید زن، نظیر شهید ثانی نیز بنا به نقل صاحب جواهر و البته در «روضه»، به آن ادعان کرده‌اند؛

د-۴) آنچه مسلم است، اگر سایر ادله کنار برود و روایات مبنا قرار گیرد، مستندات موافقان تبعید

زن، هم با لحاظ تعداد و تنوع و هم با لحاظ سند و دلالت محکم‌تر از مستندات قول مشهور است؛

د-۵) شاید به همین دلیل باشد که در ادوار اولیه فقه و دوره‌های میانی آن که عصر اخباریگری است شاهد گرایش به این نظر هستیم؛

د-۶) به نظر می‌رسد که گرایش به نظر همانند دیدگاه فیض در دوره معاصر افزایش یافته است؛

د-۷) علیرغم گرایش به این دیدگاه غیر مشهور، قانون جدید مجازات اسلامی هنوز هم در بحث زنا و هم در بحث قیادت منطبق با دیدگاه مشهور می‌باشد ولی در بحث تبعید محاربه همچون اغلب کتب فقهی اشاره‌ای به جنسیت ندارد و البته باید توجه داشت که تعریف محاربه در این قانون و در عموم کتب فقهی به‌گونه‌ای است که بیشتر شامل حال مردان می‌شود.

فهرست منابع

۱. ابن ابی جمهور، محمد بن زین‌الدین، (۱۴۱۰)، الاقطاب الفقهیه علی مذهب الامامیه، تحقیق: شیخ محمد حسون، مطبعه خیام، چاپ اول.
۲. ابن ادریس، محمد بن احمد، (۱۴۱۰)، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، جلد ۳ و ۴، دفتر انتشارات اسلامی، قم، چاپ دوم.
۳. ابن بابویه، محمد بن علی، (۱۴۱۵)، المقنع، مؤسسه الامام الهادی، مطبع اعتماد، قم.
۴. ابن بابویه، محمد بن علی، (۱۴۰۴)، من لایحضره الفقیه، جلد ۴، تصحیح و تعلیق: علی‌اکبر غفاری، جامعه المدرسین فی الحوزه العلمیه، قم، چاپ دوم.
۵. ابن بابویه، محمد بن علی، (۱۴۱۸)، الهدایه، مؤسسه الامام الهادی، مطبع اعتماد، قم، چاپ اول.
۶. ابن براج، عبدالعزیز بن نحریر، (۱۴۰۶)، المهذب، جلد ۲، مؤسسه النشر الاسلامی التابعه لجماعه المدرسین، قم.
۷. ابن حمزه طوسی، محمد بن علی، (۱۴۰۸)، الوسيله الی نیل الفضیله، تحقیق: شیخ محمدحسون، المطبعه: خیام، چاپ اول.
۸. ابن حنبل، احمد بن محمد، (بی‌تا)، مسند احمد، دار صادر، بیروت.
۹. ابن زهره، حمزه بن علی، (۱۴۱۷)، غنیه النزوع الی علمی الاصول و الفروع، مؤسسه امام صادق، قم، چاپ اول.
۱۰. ابن فهد حلّی، احمد بن محمد، (۱۴۱۳)، المهذب البارع فی شرح المختصر النافع، جلد ۵، تحقیق: مجتبی عراقی، مؤسسه النشر الاسلامی التابعه لجماعه المدرسین، قم.

۱۱. ابوالصلاح حلبی، تقی بن نجم، (۱۴۰۳)، الکافی فی الفقه، تحقیق: رضا استادی، مکتبه الامام امیرالمؤمنین العامه، اصفهان.
۱۲. بحرانی، مفلح بن حسن، (۱۴۲۰)، غایه المرام فی شرح شرائع الاسلام، جلد ۴، تحقیق: شیخ جعفر کوثرانی عاملی، دارالهادی، چاپ اول.
۱۳. بیهقی، احمد بن حسن، (بی تا)، السنن الکبری، جلد ۸، دارالفکر.
۱۴. تبریزی، میرزا جواد، (۱۴۱۷)، اسس الحدود و التعزیرات، مهر، قم، چاپ اول.
۱۵. تبریزی، میرزا جواد، (۱۴۲۹)، تنقیح مبانی الاحکام (الحدود و التعزیرات)، دار الصدیقه الشهیده، چاپ سوم.
۱۶. حر عاملی، محمد بن حسن، (بی تا)، وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه، جلد ۱۸، (چاپ الاسلامیه، ۲۰ جلدی)، تصحیح و تحقیق: الشیخ عبدالرحیم الربانی الشیرازی، دار احیاء التراث العربی، بیروت.
۱۷. خمینی، روح الله، (۱۳۸۶)، تحریر الوسیله، جلد ۴، ترجمه همراه با متن عربی، ترجمه: سید محمدباقر موسوی همدانی، مؤسسه انتشارات دارالعلم، چاپ اول.
۱۸. خوانساری، سید احمد، (۱۴۰۵)، جامع المدارک فی شرح المختصر النافع، جلد ۷، تعلیق: علی اکبر غفاری، مکتبه الصدوق، تهران، چاپ دوم.
۱۹. خویی، ابوالقاسم، (۱۴۲۲)، مبانی تکمله المنهاج: القضاء و الحدود، جلد ۴۱، مؤسسه احیاء آثار الامام خویی، قم.
۲۰. روحانی، محمدصادق، (۱۴۱۴)، فقه الصادق، جلد ۲۵، مؤسسه دارالکتاب، قم.
۲۱. سبحانی، جعفر، (۱۴۲۳)، الحدود و التعزیرات فی الشریعه الاسلامیه الغراء، مؤسسه الامام الصادق، قم، چاپ اول.
۲۲. سالردیلمی، حمزه بن عبدالعزیز، (۱۴۱۴)، المراسم العلویه فی الاحکام النبویه، تحقیق: سید محسن حسینی امینی، مطبعه امیر، قم.
۲۳. سیوری حلی، مقداد بن عبد...، (۱۴۰۴)، التنقیح الرائع لمختصر الشرائع، جلد ۴، تحقیق: سید عبداللطیف حسینی کوه کمری، مکتبه آیت... مرعشی، قم، چاپ اول.
۲۴. شهید اول، محمد بن مکی، (۱۳۸۸)، اللمعه دمشقیه، الهام، تهران، چاپ اول.
۲۵. شهید ثانی، زین الدین بن علی، (بی تا)، الروضه البهیة فی شرح اللمعه دمشقیه، جلد ۹، تصحیح و تعلیق: السید محمد کلانتر، دار العالم الاسلامی، بیروت.
۲۶. شهید ثانی، زین الدین بن علی، (۱۴۱۶)، مسالک الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام، جلد ۱۴، مؤسسه المعارف الاسلامیه، چاپ اول.

۲۷. شیخ بهایی، محمد بن حسین، (بی‌تا)، جامع عباسی، مؤسسه انتشارات فراهانی، تهران.
۲۸. صاحب جواهر، محمدحسن بن باقر، (۱۳۶۳)، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، جلد ۴۱، تحقیق و تصحیح: محمود قوچانی، دار الکتب الاسلامیه، چاپ ششم.
۲۹. طباطبائی کربلایی، علی بن محمدعلی، (۱۴۲۲ و ۱۴۲۳)، ریاض المسائل فی تحقیق الاحکام بالدلائل، جلد ۱۵ و جلد ۱۶، مؤسسه آل البیت (ع) لاحیاء التراث، چاپ اول.
۳۰. طبسی، نجم‌الدین، (۱۴۱۶)، النفی و التغریب فی مصادرالتشریع الاسلامی، مجمع الفکر الاسلامی، قم، چاپ اول.
۳۱. طوسی، محمد بن حسن، (۱۳۹۰)، الاستبصار فیما اختلف من الاخبار، تحقیق و تعلیق: سید حسن موسوی خراسان، دارالکتب الاسلامیه، تهران.
۳۲. طوسی، محمد بن حسن، (۱۳۶۵)، تهذیب الاحکام، جلد ۱۰، تحقیق و تعلیق: سیدحسین موسوی خراسان، دارالکتب الاسلامیه، تهران، چاپ چهارم.
۳۳. طوسی، محمد بن حسن، (۱۴۰۷)، الخلاف، جلد ۵، مؤسسه النشرالاسلامی التابعه لجماعه المدرسین، قم، چاپ دوم.
۳۴. طوسی، محمد بن حسن، (بی‌تا)، المبسوط فی الفقه الامامیه، جلد ۸، تصحیح و تعلیق: محمدباقر بهبودی، المکتبه المرتضویه لاحیاء الآثار الجعفریه، چاپ سوم.
۳۵. طوسی، محمد بن حسن، (بی‌تا)، النهایه فی مجرد الفقه و الفتاوی، انتشارات قدس محمدی، قم.
۳۶. علامه حلّی، حسن بن یوسف، (۱۴۰۶)، شرح تبصره المتعلمین فی احکام الدین، جلد ۲، المؤلف: السیدصادق الحسینی الشیرازی، دارالایمان، مطبعه مهر، قم.
۳۷. علامه حلّی، حسن بن یوسف، (۱۴۱۰)، ارشاد الازهان الی احکام الایمان، جلد ۲، تحقیق: فارس حسون، مؤسسه النشرالاسلامی التابعه لجماعه المدرسین، قم، چاپ اول.
۳۸. علامه حلّی، حسن بن یوسف، (۱۴۱۹)، قواعد الاحکام فی معرفه الحلال و الحرام، جلد ۳، مؤسسه النشرالاسلامی التابعه لجماعه المدرسین، قم، چاپ اول.
۳۹. علامه حلّی، حسن بن یوسف، (۱۴۱۲)، مختلف الشیعه فی احکام الشریعه، جلد ۹، مؤسسه النشرالاسلامی التابعه لجماعه المدرسین، قم، چاپ اول.
۴۰. علم‌الهدی، علی بن حسین، (۱۴۱۵)، الانتصار، مؤسسه النشرالاسلامی التابعه لجماعه المدرسین، قم.
۴۱. فاضل آبی، زین‌الدین ابی علی الحسن بن ابی‌طالب، (۱۴۱۰)، کشف الرموز فی شرح المختصرالنافع، مؤسسه النشرالاسلامی التابعه لجماعه المدرسین، قم، چاپ اول.

۴۲. فاضل هندی، بهاء‌الدین محمد بن حسن، (۱۴۲۴)، کشف اللثام عن قواعد الاحکام، جلد ۱۰، مؤسسه النشر الاسلامی التابعه لجماعه المدرسین، قم، چاپ دوم.
۴۳. فیض کاشانی، ملامحسن، (۱۴۰۱)، مفاتیح الشرایع، جلد ۲، تحقیق: مهدی رجائی، کتابخانه آیت ا... مرعشی نجفی، قم، چاپ اول.
۴۴. فیض کاشانی، ملامحسن، (۱۴۳۰)، کتاب الوافی، جلد ۲، القسم الاول، مکتبه الامام امیرالمؤمنین علی (ع)، اصفهان، چاپ اول.
۴۵. قانون مجازات اسلامی.
۴۶. کلینی، محمد بن یعقوب، (۱۳۶۷)، الفروع من الکافی، تصحیح و تعلیق: علی‌اکبر غفاری، دارالکتب الاسلامیه، تهران، چاپ سوم.
۴۷. گلپایگانی، سید محمدرضا، (۱۴۱۲)، الدر المنضود فی احکام الحدود، جلد ۱، تقریر اباحت بقلم: علی کریمی جهرمی، دار القرآن الکریم، قم، چاپ اول.
۴۸. مجلسی، محمدباقر، (بی‌تا)، حدود و قصاص و دیات، تحقیق و بررسی: علی فاضل، مؤسسه نشر آثار اسلامی.
۴۹. محقق حلّی، جعفر بن حسن، (۱۴۰۹)، شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، جلد ۲، تعلیق: السیدصادق شیرازی، انتشارات استقلال، مطبعه امیر، تهران، چاپ دوم.
۵۰. محقق حلّی، جعفر بن حسن، (بی‌تا)، المختصر النافع، جلد ۱، مؤسسه المطبوعات الدینی، قدس، قم.
۵۱. مغنیه، محمدجواد، (۱۴۲۱)، فقه الامام جعفر الصادق، جلد ۶، مؤسسه انصاریان للطباعه و النشر، قم.
۵۲. مفید، محمد بن محمد، (۱۴۱۰)، المقنعه، مؤسسه النشر الاسلامی التابعه لجماعه المدرسین، قم، چاپ دوم.
۵۳. مقدس اردبیلی، احمد بن محمد، (۱۴۰۲)، مجمع الفائده و البرهان فی شرح ارشاد الذهان، جلد ۱۳، تحقیق: عراقی، اشتهاردی و یزدی اصفهانی، مؤسسه النشر الاسلامی، قم.
۵۴. مکارم شیرازی، ناصر، (۱۴۱۸)، أنوار الفقاهه: کتاب الحدود و التعزیرات، جلد ۱، تحقیق و تعلیق: ابراهیم البهادری، مدرسه الامام علی بن ابی‌طالب، الطبعه الاولى.
۵۵. نورپها، رضا، (۱۳۷۵)، زمینه حقوق جزای عمومی، قانون وکلای دادگستری، تهران، چاپ دوم.