

سوگند زنان در قسامه

| علی دادخواه* | دانش‌آموخته دکترای فقه و حقوق اسلامی، دانشکده الهیات و معارف اسلامی،
دانشگاه تهران، تهران، ایران
| مهدی منتظر قائم | دانشیار گروه حقوق اسلامی، دانشکده حقوق، دانشگاه علوم قضایی و خدمات
اداری، تهران، ایران

چکیده

قسامه در فقه اسلامی روشی خاص برای اثبات دعوا در دعاوی مرتبط با جنایات بر نفس و عضو به‌شمار می‌آید. با وجود اتفاق نظر در اصل مشروعیت این شیوه قضایی، در برخی از جوانب آن ابهاماتی دیده می‌شود. از جمله این موارد، جایگاه زنان در قسامه است که در آثار فقهی بحث چندانی از آن به میان نیامده است. در این بین، برخی فقها سوگند زنان را معتبر دانسته‌اند و در مقابل، دیگران مرد بودن را شرط اعتبار قسامه به حساب آورده‌اند و به‌طور معمول میان جایگاه مدعی یا مدعی علیه و جایگاه اقربا تفکیک کرده، عدم پذیرش سوگند زنان را به جایگاه اقربا اختصاص داده‌اند. دیدگاه اخیر در قانون مجازات اسلامی (مواد ۳۳۶، ۳۳۷ و ۳۳۸) نیز بازتاب یافته است. پژوهش حاضر با روش توصیفی و تحلیلی، چنین نتیجه می‌گیرد که شرط رجولیت در قسامه، مبتنی بر دلیل معتبری نیست و ذکر واژگان مختص مردان در مستندات قسامه، که دلیل اصلی این دیدگاه قلمداد می‌شود، از باب تغلیب است و امکان الغای خصوصیت از وصف رجولیت در آن‌ها وجود دارد. بر این اساس شمول ادله مشروعیت قسامه، سوگند زنان را همانند مردان در برمی‌گیرد و از این جهت تفاوتی نیز میان جایگاه‌های یادشده وجود ندارد.

واژگان کلیدی: قسامه، سوگند، زن، لوث.

مقدمه

در نظام قضایی اسلام علاوه بر روش‌های متعارف اثبات دعوا، روشی خاص در دعاوی مرتبط با جنایات بر نفس و عضو وجود دارد. در این گونه از دعاوی، در صورت عدم امکان اثبات دعوا از راه‌های متداول، مدعی می‌تواند از طریقی استثنایی به نام "قسامه" بهره گیرد؛ بدین ترتیب که در صورت تحقق "لوث"، به همراه خویشان خود پنجاه سوگند (در قتل عمد) ادا کند و ادعای خود را به اثبات رساند. قسامه در لغت اسم مصدر از "إقسام" است که جایگزین مصدر شده، اصل معنای آن همان قسم (سوگند) است و بر افراد قسم‌خورنده نیز گفته شده است (ابن منظور، ۱۴۱۴: ۴۸۱/۱۲؛ طریحی، ۱۴۱۶: ۱۳۸/۶) و در اصطلاح فقهی به مجموعه قسم‌هایی می‌گویند که در دعوی قتل یا جرح، از جانب ولی دم و خویشان او ادا می‌شود (مقدس‌اردبیلی، ۱۴۰۳: ۱۴۰/۱۴؛ شهیدثانی، ۱۴۱۳: ۱۹۸/۱۵-۱۹۶). لوث نیز که در لغت به معانی متعددی مانند پیچیدن، پوشانیدن، شرّ، جراحت، کینه‌توزی، شبه‌دلیل، آلودن، قوت و... آمده است (ابن منظور، ۱۴۱۴: ۱۸۵/۲-۱۸۶)، در اصطلاح به قرائن و امارات ظن‌آور بر صدق مدعی، مانند شهادت یک شاهد یا حضور شخصی با سلاح خون‌آلود در کنار مقتول آغشته به خون، گفته می‌شود (طوسی، ۱۳۸۷: ۲۱۰/۷؛ محقق‌حلی، ۱۴۰۸: ۲۰۷/۴). به هر روی، با وجود اختلاف دیدگاه‌هایی که در برخی مسائل مرتبط با قسامه وجود دارد، اصل مشروعیت آن مورد اتفاق است (طباطبائی، ۱۴۱۸: ۲۸۴/۱۶) و بر همین اساس در قوانین کیفری جمهوری اسلامی ایران نیز مورد پذیرش واقع شده است.^۱

اما موضوعی که در نوشتار پیش‌رو مورد بحث قرار گرفته، بررسی اعتبار سوگند زن در قسامه و نقش جنسیت در این شیوه قضایی است. همان‌گونه که به اجمال گذشت، در فرض تحقق لوث، مدعی می‌تواند برای اثبات ادعای خود به همراه بستگان نسبی اقامه قسامه کند و ادعای خود را به اثبات برساند. در غیر این صورت، مدعی علیه (متهم) است که با درخواست مدعی، باید بر براءت خود قسامه اقامه کند (محقق‌حلی، ۱۴۰۸: ۲۱۰/۴). از آنجا که اداکننده قسم را در سه جایگاه می‌توان تصور کرد: مدعی، یکی از خویشاوندان، و مدعی علیه، قسم زن نیز در این سه مقام قابل بررسی است. آن‌گونه که برخی گفته‌اند در آنجا که زن خود، مدعی است یا به‌عنوان مدعی علیه مورد اتهام واقع شده است، اختلاف روشنی وجود ندارد و قسم زنان مورد پذیرش واقع می‌شود (خویی، ۱۴۲۲: ۱۲۹/۲؛ و رک: مواد ۳۳۷ و ۳۳۸ قانون مجازات اسلامی). از این‌رو آنچه اهمیت بیشتری دارد، بحث از مقام دوم یعنی جایی است که زن به‌عنوان یکی از خویشان، امکان ادای سوگند

۱. رک: مواد ۳۱۲-۳۴۶ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲.

دارد؛ آیا سوگند او همانند سوگند مردان دارای اعتبار است یا اینکه مرد بودن سوگند یادکنندگان شرط صحت قسامه است؟

در بررسی آثار فقهی، به جز اشاره‌هایی کوتاه که از جانب برخی فقیهان به این مسئله شده است، مطلب خاصی به دست نمی‌آید، چه گویی برخی اعتبار رجولیت را مسلم پنداشته و آن را به وضوح خود واگذار کرده‌اند، حال آنکه روشن خواهد شد حکم مذکور از چندان وضوحی برخوردار نیست. در نوشته‌های حقوقی نیز مطلب قابل توجهی در این زمینه دیده نمی‌شود که البته با لحاظ وضعیت یادشده در کتب فقهی، امری طبیعی به نظر می‌رسد، زیرا آنچه در متون قانونی و حقوقی در موضوع قسامه وجود دارد، برداشت‌های مستقیم از منابع فقهی و شرح کلمات فقها است. با وجود این، در قوانین کیفری ایران به اعتبار مرد بودن اداکنندگان سوگند تصریح شده است (ماده ۳۳۶ قانون مجازات اسلامی).

بر این اساس، ضروری است که مسئله مذکور به طور مستقل و در بستر منابع معتبر شرعی مورد واکاوی قرار گیرد. موقعیت خطیر قسامه به جهت ارتباط آن با دماء و نقشی که ممکن است تنها یک سوگند در تحقق آن ایفا کند، گواه بر این ضرورت است.

در مقاله حاضر با روش توصیفی و تحلیلی - استدلالی، نخست سیری در آثار فقها صورت می‌گیرد تا جایگاه مسئله مورد بحث نزد آنان و دیدگاه‌های موجود آشکار شود. سپس به بررسی و نقد ادله مطرح شده پرداخته می‌شود و آنگاه نظریه مختار مورد تبیین قرار می‌گیرد. بستر اصلی تحقیق با عنایت به خاستگاه فقهی قسامه، فقه امامیه است و به نظریات سایر مذاهب فقهی نیز اشاره خواهد شد.

۱- بررسی عبارات فقهای امامیه

در مطالعه آثار فقهی قدما و متأخرین، سخن از موضوع مورد بحث را تنها در شمار اندکی می‌توان یافت که از میان اینان، برخی قسم زن در قسامه را معتبر دانسته‌اند و برخی نامعتبر. در مقابل، بسیاری از کتب فقهی خالی از سخنی در این زمینه هستند، گرچه از بعضی از آن‌ها حکم مسئله قابل برداشت است.

۱-۱- معتقدین به اعتبار قسامه زنان

طبق بررسی‌ها، از بین فقیهان دوتن از قدما تصریح به اعتبار قسامه زنان کرده‌اند؛ یکی ابن حمزه طوسی است که در کتاب خود الوسيلة قسم زن و مرد را در قسامه یکسان دانسته^۱ و دیگری علامه

۱. «فإذا أوجب خمسين يمينا و كان لولي الدم خمسون رجلا يحلفون بالله تعالى أن المدعى عليه أو عليهم قتل صاحبهم و ان كان له أقل من خمسين رجلا كرر عليهم الأيمان بالحساب فان لم يكن له من يحلف كرر عليه خمسون يمينا و ان كان من يحلف ثلاثة حلف كل واحد سبعة عشر يمينا لأن اليمين لا تنقسم "والرجل والمرأة في اليمين سواء" (ابن حمزه، ۱۴۰۸: ۴۶۰)؛

حلی در کتاب تحریر الأحكام است. وی چنین گفته است:

«نابالغ نمی‌تواند قسم یاد کند، همین‌طور غائب در صورتی که علم نداشته باشد، و همچنین مجنون، و زن می‌تواند سوگند یاد کند»^۱ (علامه حلی، بی تا، ۲/۲۵۳-۲۵۴).

علاوه بر این، عبارت‌های برخی فقها نیز گویای این است که قسامه زنان نزد آنان از اعتبار برخوردار است؛ شیخ طوسی در المبسوط، کتاب القسامه می‌گوید:

«هرگاه ادعای خون [قتل] شود و لوث محقق باشد، وارث مقتول از دو حال بیرون نیست: یا فرد واحد است یا متعدد؛ اگر یک نفر باشد، پنجاه سوگند یاد می‌کند و اگر بیش از یک نفر باشند، گروهی می‌گویند هر فرد پنجاه قسم می‌خورد و گروهی دیگر می‌گویند مجموع آن‌ها، به میزان استحقاق‌شان از دیه، پنجاه قسم را ادا می‌کنند. این نظر اصحّ نزد ماست.

بنابراین طبق نظر کسانی که معتقدند هر فرد پنجاه قسم بخورد، هر کدام پنجاه قسم را ادا می‌کند، چه در میزان استحقاق از دیه یکسان باشند و چه متفاوت، و کسانی که می‌گویند مجموع آنان پنجاه سوگند یاد می‌کنند، معتقدند قسم‌ها بر طبق سهم افراد از دیه تقسیم می‌شود، پس اگر پنج نفر بودند هر فرد ده قسم می‌خورد و اگر یک زن و دو مرد بودند، زن ده قسم یاد می‌کند و هر کدام از آن دو مرد بیست قسم...»^۲ (طوسی، ۱۳۸۷: ۲۳۳/۷).

همان‌گونه که از بخش پایانی عبارت پیدا است، گویا نزد مؤلف، نفوذ قسم زنان همانند قسم مردان امری روشن و بدون اشکال بوده است.

نکته قابل توجه در اینجا این است که دلیلی بر اختصاص عبارت مذکور به جایی که همه قسم

جمله آخر از عبارت مذکور را، هم می‌توان این‌گونه معنا کرد که زن و مرد در اصل امکان ادای سوگند برابرند و قسم زن مانند قسم مرد معتبر است، و هم می‌توان متناسب با عبارت پیش از آن، ناظر به این معنا دانست که هنگام تقسیم پنجاه قسم بر افراد موجود (سه نفر)، زن و مرد به تعداد یکسان سوگند می‌خورند. بنا بر معنای اول، مؤلف به صراحت قسم زنان را مانند قسم مردان معتبر می‌داند، ولی به هر حال مفاد کلام طبق هر دو معنا این است که زن می‌تواند در شمار افرادی قرار گیرد که برای ولی دم سوگند یاد می‌کنند.

۱. «لا يقسم الصبي ولا الغائب إذا لم يحصل له العلم ولا المجنون ويحلف المرأة».

۲. «إذا ادعى الدم وهناك لوث لم يخل الوارث من أحد أمرين إما أن يكون واحداً أو كثيراً فان كان واحداً حلف خمسين يمينا وإن كانوا جماعة قال قوم يحلف كل واحد خمسين يمينا وقال آخرون يحلف الكل خمسين يمينا على قدر استحقاقهم الدية، وهو الأصح عندنا. فإذا تقرر، فمن قال يحلف كل واحد خمسين يمينا حلف كل واحد خمسين يمينا اختلفوا في قدر الاستحقاق من الدية أو اتفقوا، ومن قال يحلف الكل خمسين يمينا قال يقسط على حصصهم من الدية، فإن كانوا خمسة حلف كل واحد عشرة أيمنان وإن كانوا امرأة ورجلين حلفت المرأة عشرة أيمنان، وكل واحد من الرجلين عشرين يمينا...».

یادکنندگان و از جمله زن، در جایگاه مدعی قرار داشته‌اند وجود ندارد و بنابر ظاهر کلام، آنچه مفروض مسئله است، طرح ادعای قتل و وجود وارثانی است که حاضر به ادای سوگندند، بدون اینکه مدعی بودن همگی آن‌ها موضوعیتی در حکم داشته باشد.

همچنین اگر گفته شود که ذکر قسم زن در این عبارت صرفاً از باب ذکر مثال است، بدون اینکه بیان حکم واقعی مورد نظر باشد، زیرا نمونه بارز تفاوت در میزان سهم الارث، تفاوت سهم زن و مرد است و از این رو مثال به وجود یک زن و دو مرد آورده شده است. در پاسخ باید گفت که هیچ دلیلی بر این سخن وجود ندارد و با وجود امکان تمثیل به موارد دیگر، ذکر مثالی غیر واقعی بعید به نظر می‌رسد.

شبهه عبارت مبسوط، عبارت علامه حلی در قواعد الأحكام است که می‌گوید:

«هنگامی که سهام وارثان متفاوت باشد، هم احتمال تساوی آنان در تقسیم پنجاه قسم میان‌شان وجود دارد - عدد کسری به طور کامل ادا می‌شود - و هم احتمال تقسیم براساس سهام، بنابراین مرد دو برابر زن قسم یاد می‌کند...»^۱ (علامه حلی، ۱۴۱۳: ۶۲۱/۳).

جمعی از شارحین و محققین قواعد نیز کلام علامه را مورد تأیید قرار داده‌اند (رک: فخرالمحققین، ۱۳۸۷: ۶۲۱/۴؛ عمیدی، ۱۴۱۶: ۷۱۹/۳؛ فاضل هندی، ۱۴۱۶: ۱۴۷/۱۱).

۱-۲- معتمدین به عدم اعتبار قسامه زنان

در مقابل، در کلام عده‌ای از فقها سخن از عدم اعتبار قسم زن در قسامه به میان آمده است، هر چند در عبارات قدما چنین حکمی مشاهده نشد. مقدس اردبیلی در مجمع الفائدة و البرهان می‌نویسد:

«[از جمله احکام قسامه] اینکه اداکنندگان سوگند قسامه پنجاه مرد باشند، بنابراین قسم زن و نابالغ کافی نیست»^۲ (مقدس اردبیلی، ۱۴۰۳: ۱۸۱/۱۴).

عاملی نیز در مفتاح الکرامه این طور می‌گوید:

«آیا زن می‌تواند قسم بخورد؟ ظاهر آن است که نمی‌تواند، زیرا تعابیر موجود در روایات از این قرارند: خمسون رجلاً، ستة نفر، اهلوا أنتم، و لیحلف الیهود، و لیحلف أهل المقتول و أهل القاتل؛ و در فتاوا، تعبیر "قوم" وجود دارد و همه این‌ها ظهور یا صراحت در سوگند نخوردن زنان دارند»^۳ (عاملی، بی تا، ۶۳/۱۱).

۱. «و إذا اختلفت سهام الورثة احتمل تساویهم فی تقسیط الخمسین علیهم، و یکمل المنکسر، و التقسیط بالحصص، فیحلف الذکر ضعف الأنثی...».

۲. «و فیها احکام... و کون حالف یمین القسامة خمسین رجلاً فلا یکفی المرأة و الصبی».

۳. «و هل تحلف المرأة الظاهر أنها لا تحلف لأن الموجود فی الأخبار خمسون رجلاً و ستة نفر و اهلوا أنتم و لیحلف الیهود و لیحلف أهل المقتول و أهل القاتل و الموجود فی الفتاوی القوم و الكل بین ظاهر أو صریح فی عدم حلف النساء».

همچنین صاحب جواهر بیان می‌دارد که نصوص، صراحت در مرد بودن اداکننده قسم دارند (نجفی، ۱۴۰۴: ۲۴۸/۴۲).

از میان فقهای معاصر نیز برخی به اعتبار مرد بودن سوگند یادکنندگان تصریح کرده‌اند (رک: خمینی، ۱۳۷۹: ۵۲۹/۲؛ فاضل لنکرانی، ۱۴۲۱: ۲۴۲-۲۴۳؛ سبزواری، ۱۴۱۳: ۲۶۳/۲۸). صاحب کتاب مهذب الاحکام دلیل این حکم را ظواهر ادله قسامه و نیز تسالم فقیهان بزرگ می‌داند (رک: خمینی، ۱۳۷۹: ۵۲۹/۲؛ فاضل لنکرانی، ۱۴۲۱: ۲۴۲-۲۴۳؛ سبزواری، ۱۴۱۳: ۲۶۳/۲۸). همین‌طور مؤلف تفصیل الشریعة، عبارت تحریر الوسیلة در اعتبار رجولیت را این‌گونه شرح می‌دهد: «اعتبار مرد بودن در قسامه به دلیل تعبیر به رجل در بسیاری از روایات گذشته است و روشن است که در چنین جاهایی که احتمال خصوصیت در مرد بودن وجود دارد، ادعای الغای خصوصیت، آنگونه که در برخی مقامات ممکن است، مجالی ندارد...»^۱ (فاضل لنکرانی، ۱۴۲۱: ۲۴۲-۲۴۳).

۲- قسامه زن نزد سایر مذاهب فقهی

در مذاهب فقهی غیر امامیه چند دیدگاه در مسئله قسامه زنان وجود دارد:

فقهای حنبلی سوگند زنان را در قسامه قابل قبول نمی‌دانند. استدلال آنان این است که در روایت نبوی «یقسم خمسون رجلاً منکم...» لفظ رجل وارد شده است. علاوه بر اینکه قسامه دلیلی است که به وسیله آن قتل عمد اثبات می‌شود، بنابراین همانند شهادت، از جانب زنان مورد قبول واقع نمی‌شود و اثبات مال (دیه) نیز در قتل، امری ضمنی است، از این رو گرچه در مسائل مالی شهادت زنان قابل پذیرش است، ولی در قتل، حتی برای اثبات دیه اعتباری ندارد (ابن قدامه، بی تا، ۲۴/۱۰؛ بهوتی، بی تا، ۹۲/۶). مالکی‌ها در این مسئله میان قتل عمد و قتل خطایی تفاوت گذاشته‌اند و قسامه زنان را تنها در قتل خطایی معتبر دانسته‌اند، زیرا غرض از اقامه قسامه در قتل خطایی، اثبات دیه است، پس دعوا در حقیقت، دعوایی مالی است و از آنجا که شهادت زنان در امور مالی قابل قبول است، قسامه آن‌ها نیز در این فرض مورد قبول واقع می‌شود. اما در دعوی قتل عمد که برای اثبات قصاص است نه امر مالی، قسم زنان همانند شهادت آن‌ها پذیرفته نمی‌شود (قرافی، ۱۹۹۴: ۳۰۱/۱۲-۳۰۱؛ ابن جزری، ۱۴۰۴: ۳۴۲).

حنفیه نیز که تنها قسامه نفی (در جانب مدعی علیه و برای دفع اتهام) را معتبر می‌دانند، قسم زن را در صورتی صحیح می‌دانند که مقتول در خانه او یا در جایی که تنها او حضور دارد، یافت شود، زیرا در این صورت اتهام متوجه او است و قسامه نیز برای نفی اتهام است. اما در سایر موارد، چون وجوب

۱. «و أما اعتبار الرجولية في القسامة فللتعبير بالرجل في كثير من الروايات المتقدمة، و من الواضح أنه لا مجال في مثل المقام مما يحتمل فيه خصوصية الرجولية لدعوى إلغاء الخصوصية كما في بعض المقامات...».

قسامه از باب وجوب نصرت است و زن از جمله اهل نصرت به شمار نمی‌آید، قسامه او مورد قبول واقع نمی‌شود (کاسانی، ۱۴۰۹: ۲۹۴/۷-۲۹۵).

در مقابل، فقهای شافعی قسامه زنان را معتبر می‌دانند به این دلیل که حقیقت قسامه، سوگندی است که در دعوا ادا می‌شود و مانند سایر سوگندها است که برای اثبات استحقاق وضع شده‌اند، بنابراین در حق زنان نیز مشروع است (ماوردی، ۱۴۱۵: ۳۹/۱۳؛ رملی، ۱۹۳۹: ۳۷۶/۷).

ظاهریه نیز همانند شافعیه، قسامه زنان را صحیح می‌دانند، زیرا لفظ رجل در خبر نبوی، هم مردان را دربرمی‌گیرد و هم زنان را و نصرت، که به‌عنوان دلیل وجوب قسامه ذکر شده است، بر هر مسلمانی واجب است، نه فقط بر مردان (ابن حزم، بی‌تا: ۸۹/۱۱-۹۰).

۳- بررسی دیدگاه‌ها

در ادامه، دو دیدگاه عمده میان فقهای امامیه درباره قسامه زنان مورد بررسی قرار می‌گیرند.

۳-۱- نظریه عدم اعتبار قسامه زن

۳-۱-۱- بررسی مبانی

برای ارزیابی نظریه یادشده، به تحلیل و بررسی مبانی و ادله‌ای که در کلام قائلین به آن ذکر شده‌اند، می‌پردازیم؛

الف) وجود الفاظ اختصاصی ذکور در روایات

همان‌طور که از بررسی عبارات فقهای امامیه روشن شد، دلیل اصلی معتبر نبودن قسامه زنان نزد معتقدان به آن، وجود الفاظ مختص مردان، به‌ویژه لفظ "رجل"، در روایات قسامه^۱ و ظهور یا صراحت آن‌ها در اعتبار رجولیت است.

یادآور می‌شود که استفاده از واژه‌های مختص به جنس مذکر در خطاب‌های وارد در قرآن و روایات، همواره پرسش‌هایی را به‌همراه داشته است که از جمله مهم‌ترین آن‌ها این پرسش است که آیا حکم مذکور در این‌گونه خطاب‌ها، اختصاص به مردان دارد یا نه؟ پاسخ این پرسش، صحت و سقم دلیل مزبور بر شرط رجولیت در قسامه را نیز روشن می‌کند. بدین‌منظور با مراجعه به ابواب مختلف فقه، دو مورد از مسائلی که شبهه اختصاص حکم به جنس ذکور در آن‌ها مطرح شده است و همچنین سخنان برخی فقیهان در جواب شبهه یادشده را مورد اشاره قرار می‌دهیم تا مرور این سخنان، تبیین محل بحث را میسر سازد؛

۱. مانند روایت منقول از امام صادق علیه‌السلام «فی القسامة خمسون رجلاً» فی العمد» (حرّعاملی، ۱۴۰۹: ۱۵۹/۲۹).

۱. استدلال به روایت اُبی خدیجه^۱ بر اعتبار ذکوریت در قاضی و مفتی: در توجیه اعتبار شرط مذکور و ممنوعیت زنان از تصدی منصب قضا و افتا، دلایل متعددی مورد استناد فقها قرار گرفته است (رک: منتظری، ۱۴۰۹: ۳۳۵/۱-۳۶۱). یکی از این دلایل، روایت اُبی خدیجه از امام صادق علیه السلام و استناد به تعبیر "رجل" در آن است (رک: منتظری، ۱۴۰۹: ۳۳۵/۱-۳۶۱).

در رد این استدلال، ذکر واژه رجل را از باب "تغلیب" و بیان مورد غالبی دانسته‌اند، زیرا آنچه غالب و متعارف است، قضاوت مردان است و قضاوت زنان، امری نامعهود است که حتی یک مورد از آن دیده نشده است (غروی، ۱۴۱۸: ۲۲۵/۱). به تعبیر دیگر، استدلال به مفهوم رجل در روایت مورد اشاره، به منزله تمسک به مفهوم لقب است که قطعاً حجیتی ندارد (منتظری، ۱۴۰۹: ۳۶۱/۱).

۲. استدلال به آیه ۳۳ سوره مانده^۲ بر اختصاص حکم محاربه به مردان: نظریه مشهور بر تساوی زنان و مردان در حکم محاربه و عدم اختصاص آن به مردان است (نجفی، ۱۴۰۴: ۵۶۸/۴۱). در مقابل، نظری منسوب به ابن جنید اسکافی وجود دارد که حکم محاربه را اختصاص به مردان داده است (علامه حلّی، ۱۴۱۳: ۲۵۹/۹). در استدلال بر این نظریه گفته شده است که خطاب آیه محاربه به مردان است نه زنان و داخل شدن زنان در ضمن خطاب مردان، مجاز است و این تنها در مواردی که اجماع بر آن وجود دارد قابل پذیرش است (ابن ادریس حلّی، ۱۴۱۰: ۵۰۸/۳).

در اینجا نیز برخی از فقها در نقض استدلال ذکر شده، به قاعده تغلیب استناد کرده‌اند. مقدس اردبیلی، در این باره سخنی گفته است که راهکاری کلی در استنباط احکام به شمار می‌آید:

«احکام زنان اغلب به روش متعارف تغلیب، داخل در احکام مردان است.»

(مقدس اردبیلی، ۱۴۰۳: ۲۸۷/۱۳)

علاوه بر قاعده تغلیب، وجه دیگری نیز در این زمینه ذکر شده است. علامه حلّی پس از نقل نظر مخالف ابن جنید و پذیرش نظریه مشهور بر تساوی مردان و زنان در حکم، چنین استدلال کرده است که تعلیق مجازات بر وصف (محاربه با خدا و رسول و افساد در زمین) در آیه شریفه، به واسطه مناسبت و اقتران میان آن دو، اشعار به علیّت دارد. بنابراین هرگاه علت (محاربه و افساد) تحقق یابد، معلول آن (مجازات) ثابت خواهد بود و ویژگی فاعل مثل عبد بودن و حرّ بودن، یا عالم بودن و جاهل بودن، مداخلیتی نخواهد داشت (علامه حلّی، ۱۴۱۳: ۲۶۰/۹).

۱. «ایاکم أن يحاكم بعضكم بعضاً إلى أهل الجور و لكن انظروا إلى "رجل" منكم يعلم شيئاً من قضایانا ...» (حرّعاملی، ۱۴۰۹: ۱۳/۲۷).

۲. «إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَاداً أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خِلافٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ ذَلِكَ لَهُمْ جَزَائِهِمْ فِي الدُّنْيَا وَ لَهُمْ فِي الْآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ.»

به نظر می‌رسد مراد علامه از این استدلال، اشاره به "تنقیح مناط"^۱ باشد که در فقه امامیه از آن به "الغای خصوصیت" یا "مناسبت حکم و موضوع" نیز تعبیر می‌شود (رک: سبحانی، ۱۳۸۳: ۱۰۷). در مذهب امامیه، تنقیح مناط در صورت ابتدای بر یقین و تا جایی که فهم عرفی با آن مساعدت داشته باشد، روشی صحیح برای تعمیم حکم است و ارتباطی با قیاس باطل ندارد (رک: محقق حلّی، ۱۴۲۳: ۲۶۰؛ وحید بهبهانی، ۱۴۱۵: ۱۴۷ و ۲۹۴-۲۹۵؛ بحرانی، ۱۴۰۵: ۱/۵۶؛ سبحانی، ۱۳۸۳: ۱۰۶).

کلام راهگشای صاحب حدائق را نیز در این زمینه می‌توان مورد اشاره قرار داد:

«بخش اعظم احکام، از عبادات و معاملات و مانند آن و همین‌طور سؤالات [وارد در روایات]، تنها در خصوص مردان وارد شده است، حال آنکه دخول زنان در حکم، تا زمانی که علم به خصوصیتی برای مردان در آن حکم نباشد، مورد هیچ‌گونه اختلاف نظری نیست... این امر صرفاً به دلیل همان گفته پیشین ماست که آنچه در اخبار ذکر شده، حمل بر مجرد تمثیل می‌شود و حکم، از طریق تنقیح مناط قطعی، به غیر آنچه مذکور است تعمیم پیدا می‌کند» (بحرانی، ۱۴۰۵: ۴۴۲/۵).

حاصل سخن آنکه در کلمات فقها برای اثبات تعمیم حکم و عدم اختصاص آن به مردان، در خطاب‌هایی که با الفاظ مذکر بیان شده‌اند، به دو دلیل عمده استناد شده است: قاعده تغلیب و حمل الفاظ اختصاصی ذکور بر مورد غالب و دیگری تنقیح مناط قطعی و الغای خصوصیت. گرچه این دو طریق، از دو مقوله مجزا از یکدیگرند، تفاوت چندانی میان معنای مورد نظر از آن‌ها در کلام مستدلین دیده نمی‌شود. برای نمونه وقتی ذکر واژه رجل در لسان دلیل، به عنوان بیان مورد غالب تلقی می‌گردد، مقصود آن است که وصف رجولیت مدخلیتی در علت و مناط حکم ندارد و از آن الغای خصوصیت می‌شود.

اینک براساس مطالب مذکور، می‌توان دلیل اصلی نظریه عدم اعتبار قسامه زنان را مورد ارزیابی قرار داد، زیرا سخنانی که در اثبات تعمیم احکام به زنان، از فقیهان نقل شد، عیناً در این مسئله نیز جریان خواهد داشت. بنابراین با استناد به قاعده تغلیب و با تنقیح مناط قطعی می‌توان گفت که صرف ذکر واژه رجل و سایر واژگان مردانه در روایات قسامه، هیچ دلالتی بر اختصاص حکم به مردان و عدم نفوذ قسامه زنان ندارند. برای توضیح بیشتر این مدّعا، امکان استناد به هریک از دو دلیل یادشده را مورد اشاره قرار می‌دهیم؛

استناد به قاعده تغلیب: همان‌گونه که گفته شد، تغلیب روشی متعارف در بیان احکام است و

۱. تنقیح مناط آن‌جاست که موضوع در دلیل شرعی با اوصاف و خصوصیتی همراه شود که عرف آن‌ها را دخیل در موضوع نمی‌داند و همچون مثال ارزیابی می‌کند (سبحانی، ۱۳۸۳: ۱۰۶).

به تعبیر صاحب حدائق، بسیاری از احکام شریعت با وجود تساوی مردان و زنان در آن‌ها، در خصوص جنس مذکر وارد شده‌اند. در روایات باب قسامه نیز وضعیت به همین شکل است و طبیعی به نظر می‌آید که از باب تغلیب، موضوع حکم تنها در خصوص مردان و با الفاظ مختص به آنان وارد شود، به خصوص آنکه مسائل مربوط به قتل‌ها و خون‌ریزی‌ها اغلب اختصاص به مردان دارد و زنان، کمتر در چنین مسائلی وارد می‌شوند.

شواهد روشنی نیز بر این امر وجود دارد؛ یکی آنکه در روایات، همان‌گونه که واژه رجل برای قسم‌یادکنندگان به کار رفته است، بر مجنی‌علیه و همچنین شخص مدعی‌علیه (متهم) نیز گفته شده است (رک: حرّعاملی، ۱۴۰۹: ۱۵۱/۲۹-۱۵۸)^۱، در حالی که هیچ فقیهی مرد بودن مجنی‌علیه یا مدعی‌علیه را در اجرای قسامه شرط ندانسته است.

دیگر این‌که در هیچ‌یک از روایات قسامه (رک: حرّعاملی، ۱۴۰۹: ۱۵۱/۲۹-۱۶۰) ذکر می‌شود که زن یا مقابله و مقایسه آن با قسم مرد مشاهده نمی‌شود، آنگونه که مثلاً در شهادت زن دیده می‌شود (رک: حرّعاملی، ۱۴۰۹: ۳۵۰/۲۷-۳۶۶). این شاهد بر آن است که در احادیث قسامه، زنان داخل در مراد از الفاظ مردانه‌ای نظیر رجل هستند.

استناد به تنقیح مناط قطعی و الغای خصوصیت: ملاحظه روایات، به‌عنوان تنها مستند مشروعیت قسامه، به‌وضوح دلالت بر امکان تنقیح مناط در این خطاب‌های شرعی دارد. در بخش مهمی از احادیث، شارع تصریح به علّت و مناط حکم در قسامه کرده و عللی همچون بازدارندگی از وقوع قتل^۲، صیانت از حیات انسانی^۳ و جلوگیری از هدر رفتن خون مسلمان^۴ را به‌عنوان فلسفه تشریح قسامه برشمرده است (رک: حرّعاملی، ۱۴۰۹: ۱۵۱/۲۹-۱۵۸). تأمل در علّت موردنظر قانون‌گذار

۱. مانند این روایت که قسامه را در خصوص مقتول مرد بیان کرده است: «إِذَا وُجِدَ رَجُلٌ مَقْتُولٌ فِي قَبِيلَةِ قَوْمٍ...» (حرّعاملی، ۱۴۰۹: ۱۵۳/۲۹)، یا این دو روایتی که با واژه رجل از مدعی‌علیه تعبیر کرده‌اند: «أَتَمَّا جُعِلَتِ الْقَسَامَةُ لِيُغْلَظَ بِهَا فِي الرَّجُلِ الْمَعْرُوفِ بِالشَّرِّ الْمَتَّهِمِ...» (حرّعاملی، ۱۴۰۹: ۱۵۴/۲۹) و «... فليقسم خمسون رجلاً منكُم على "رجل"...» (حرّعاملی، ۱۴۰۹: ۱۵۶/۲۹).

۲. عن زرارة، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «إنما جعلت القسامة احتياطاً للناس ليكيما إذا أراد الفاسق أن يقتل رجلاً، أو يغتال رجلاً حيث لا يراه أحد، خاف ذلك فامتنع من القتل» (حرّعاملی، ۱۴۰۹: ۱۵۱/۲۹).

۳. عن الحلبي، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «...إنما القسامة نجاة للناس» (حرّعاملی، ۱۴۰۹: ۱۵۲/۲۹)؛ وعن ابن سنان قال: سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: «إنما وضعت القسامة لعلّ الحوط يحطّ على الناس...» (حرّعاملی، ۱۴۰۹: ۱۵۴/۲۹).

۴. عن أبي بصير، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «إن الله حكم في دمانكم بغير ما حكم به في أموالكم، ... لتلا يبطل دم امرئ مسلم» (حرّعاملی، ۱۴۰۹: ۱۵۳/۲۹).

در وضع حکم قسامه که با تصریح و تأکید و گاه با الفاظ دالّ بر انحصار^۱ بیان شده است، به این نکته رهنمون می‌شود که اوصافی نظیر ذکوریت، هیچ مدخلیتی در این بین ندارند و باید از آن‌ها الغای خصوصیت کرد.

از اینجا اشکال این سخن که در روایات قسامه، به سبب احتمال خصوصیت در مردانگی، امکان الغای خصوصیت وجود ندارد (فاضل لنکرانی، ۱۴۲۱: ۲۴۲-۲۴۳)، آشکار می‌شود.

ب) تسالم فقها بر اعتبار رجولیت

همان‌گونه که بیان شد، صاحب مهذب الأحكام دلیل شرط رجولیت در قسامه را علاوه بر ظواهر ادلّه، تسالم فقها بر این امر دانست. در اینکه مقصود از تسالم در این عبارت، اجماع است یا شهرت، دو احتمال به نظر می‌رسد.

در صورتی که مراد، اجماع کاشف از نظر معصوم، به‌عنوان یکی از منابع احکام باشد، از دو جهت با ایراد مواجه است: نخست آنکه مطابق با تفصیلی که گذشت، بزرگانی از قدمای فقها معتقد به اعتبار قسامه زنان بوده‌اند و از طرفی در بسیاری از تألیفات قدما و متأخرین، اثری از این مسئله یافت نمی‌شود. بنابراین ادعای اجماع در این شرایط، ادعایی خلاف واقع است. دوم آنکه بر فرض تحقق اجماع در مسئله مذکور، اجماع مدرکی و فاقد حجیت خواهد بود، زیرا با وجود روایات وارد در موضوع قسامه، معلوم یا دست‌کم محتمل است که حکم مجمعین با استناد به آن روایات بوده است. در چنین مواردی معیار ارزیابی حکم، ملاحظه دلیل مورد استناد است و اجماع، اعتباری نخواهد داشت (رک: هاشمی شاهرودی، ۱۴۱۷: ۳۱۶/۴).

اما در صورتی که مراد، شهرت و رواج فتوای اعتبار رجولیت در قسامه باشد، باز هم مدعای مذکور دارای اشکال است، زیرا اساساً دلیلی بر حجیت شهرت وجود ندارد (رک: انصاری، ۱۴۲۸: ۲۳۱/۱-۲۳۵؛ آخوندخراسانی، ۱۴۰۹: ۲۹۲). البته برخی اندیشمندان، شهرت در میان قدما را حجت می‌دانند (منتظری، ۱۴۱۵: ۵۴۳-۵۴۴؛ خمینی، ۱۴۱۵: ۲۶۱/۱-۲۶۲)، ولی ابتدای بر این مبنا نیز مفید نخواهد بود، زیرا بنا بر آنچه در ردّ بر دعوای اجماع گفته شد، در مسئله مورد بحث شهرتی میان قدمای فقها دیده نمی‌شود.

به هر حال، ادعای تسالم فقها، چه به معنای اجماع باشد و چه به معنای شهرت، مخدوش است و استدلال به آن صحیح نیست.

۱. همانند استفاده از لفظ "ائما" در روایات پیشین.

ج) سایر وجوه

در تبیین نظریه عدم نفوذ قسامه زنان، یکی از محققان معاصر با اشاره به اتفاق روایات و سخنان فقها بر لزوم تشکیل قسامه از خویشاوندان مرد، این‌گونه بیان کرده است که زنان در صورتی که مدعی نباشند، نیاز به چنین حقی ندارند و عدم اعتبار قسم آن‌ها ضرری را به دنبال نخواهد داشت، زیرا با عمل سایر اقربا، غرض اصلی که همان احیای حق و جلوگیری از ابطال خون مقتول است، حاصل می‌شود. از این رو خداوند بار سنگین طرح دعوا و حضور در محاکم برای قسم خوردن به همراه خویشان مقتول و مواردی از این قبیل را از دوش آنان برداشته است (رازی‌زاده، ۱۳۸۵: ۴۰۱-۴۰۲).

در نقد این سخن، گذشته از آنچه درباره اتفاق روایات و کلام فقها گذشت، باید گفت که گاهی در جریان وقوع یک قتل، تعیین قاتل و استیفای حق، تنها متوقف بر پذیرش قسم یک زن می‌شود. این امر به خصوص بنا بر مبنای عدم جواز تکرار سوگند^۱ در اثبات قتل، که در ماده ۳۳۶ قانون مجازات اسلامی نیز اعمال شده است، کاملاً قابل تحقق است. فرض کنیم یکی از اولیای مقتول، مدعی قتل است و تعداد خویشان مرد او که قسم یادکنند، کمتر از حد نصاب است و تنها با قسم یک زن، قسامه به حد نصاب می‌رسد؛ در اینجا نپذیرفتن قسامه زن، امکان استیفای حق - در فرض ثبوت آن - را به طور کلی از بین خواهد برد. بنابراین نمی‌توان به طور کلی گفت که غرض، با عمل سایر اقربای ذکور حاصل می‌شود و عدم اعتبار قسم زنان مستلزم هیچ ضرری نخواهد بود. افزون بر این، سخن مذکور، استحسانی بیش نیست و نمی‌تواند مبنای حکم شرعی قرار گیرد.

وجه دیگری که در نامعتبر بودن قسامه زنان ممکن است مطرح شود و در مرور کلمات فقهای عامه نیز در برخی استدلال‌ها مشاهده شد^۲، قیاس سوگند زنان در قسامه با شهادت آنان است. نتیجه این قیاس، حکم به بی‌اعتباری قسامه زنان به تبع عدم اعتبار شهادت آن‌ها در دماء^۳ است.

این استدلال، ضرورت توجه به ماهیت قسم و شهادت و تفاوت میان آن‌دورا یادآور می‌شود، چه آنکه قسم در قسامه، گرچه برخلاف قسم در سایر موارد متعارف به‌عنوان دلیل اثبات دعوا به‌کار می‌رود، ماهیتی جداگانه از شهادت دارد. بدین جهت در اعتبار قسامه، تنها چیزی که لازم است،

۱. در صورتی که تعداد اداکنندگان سوگند به میزان نصاب نباشد، نظریه مشهور و بنا بر ادعای برخی فقها، مورد اجماع، این است که قسم تکرار می‌شود تا به حد نصاب برسد. این نظریه که با اشکالاتی مواجه است، در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ به‌صراحت مورد انکار قرار گرفته است (برای مطالعه تفصیلی پیرامون این مسئله رک: هاشمی‌شاهرودی، ۱۳۸۰: ۳-۲۰).

۲. وجوه دیگری نیز در فقه عامه دیده می‌شود که پرداختن به آن‌ها خارج از این مجال است.

۳. گذشته از اختلاف دیدگاه‌هایی که در این زمینه وجود دارد، باید توجه داشت که حکم اختصاصی شهادت زنان، مستند به دلیل خاص، یعنی روایات (رک: حرّعاملی، ۱۴۰۹: ۲۷/۳۵۰-۳۶۶) است.

علم قسم یادکنندگان است و مشاهده قاتل یا محل وقوع قتل و مواردی از این قبیل لزومی ندارد (طوسی، ۱۳۸۷: ۲۱۶/۷)، در حالی که در شهادت، علاوه بر علم شاهد، استناد آن به امور حسی مانند مشاهده را شرط دانسته‌اند (محقق حلی، ۱۴۰۸: ۱۲۱/۴؛ علامه حلی، ۱۴۱۳: ۵۰۰/۳؛ نیز رک: نجفی، ۱۴۰۴: ۱۲۸/۴۱-۱۳۵). بر این اساس میان شهادت و قسامه زن، ملازمه‌ای در حکم وجود ندارد. همچنین ممکن است به قاعده لزوم تفسیر مضیق در قوانین کیفری و اکتفا به قدر متیقن در موارد خلاف اصل استناد شود. بدین بیان که در امکان اثبات جرم و مجازات با قسامه زنان تردید وجود دارد و بنابراین به موجب قاعده یادشده، باید ادله مشروعیت قسامه را تنها ناظر به قسامه مردان دانست. افزون بر اینکه اساساً قسامه - همان طور که پیش تر اشاره شد - روشی استثنایی و خلاف اصل به شمار می‌رود و در نتیجه باید به قدر متیقن آن، یعنی قسامه مردان اکتفا کرد.

پاسخ استدلال مذکور این است که اجرای قاعده لزوم تفسیر مضیق و اکتفا به قدر متیقن، تنها در فرض وجود شک و تردید صحیح است. به تعبیر اصولی، این قبیل قواعد و اصول، از جمله اصول عملیه به حساب می‌آیند که موضوع آن‌ها شک است و در صورت رفع شک و تردید و دستیابی به مراد قانون‌گذار با استناد به اصول لفظی همچون اصل عموم و اطلاق یا سایر شواهد و قرائن معتبر، جایی برای اجرای اصل عملی باقی نمی‌ماند. بنابراین در مسئله مورد بحث، هنگامی که ظهور ادله مشروعیت قسامه بر شمول آن نسبت به مردان و زنان احراز شد - چنانکه مدعی این پژوهش است - دیگر نوبت به اجرای اصل لزوم تفسیر مضیق و اکتفا به قدر متیقن نخواهد رسید.

۳-۱-۲- بررسی تفکیک میان جایگاه مدعی و مدعی علیه و جایگاه اقربا

صاحب تکملة المنهاج چنین گفته است:

«آیا قسامه در صورتی که مدعی یا مدعی علیه زن باشد، ثابت است؟ دو وجه وجود دارد که اظهر، ثبوت آن است»^۱ (خویی، ۱۴۲۲: ۱۲۹/۲).

سپس در توضیح این مطلب در مبانی تکملة المنهاج، وجود هرگونه اختلاف نظر روشنی را در آن نفی کرده است (خویی، ۱۴۲۲: ۱۲۹/۲).

در اینکه مراد وی از ثابت شدن قسامه در فرض مورد بحث چیست، دو احتمال داده می‌شود: یکی اینکه امکان اجرای قسامه، تنها توسط مردان فراهم شود و خود آن زن (مدعی یا مدعی علیه) نتواند قسم بخورد و دیگر آنکه قسم آن زن نیز در تحقق قسامه اعتبار داشته باشد. با نظر به عبارت‌های برخی فقهای دیگر که در ادامه خواهد آمد، ظاهراً احتمال دوم مراد است، یعنی آنجا که زن، مدعی

۱. «إذا كان المدعی أو المدعی علیه امرأة، فهل تثبت القسامة؟ فيه وجهان، الأظهر هو الثبوت».

(یا مدعی علیه) است، علاوه بر ثبوت قسامه، خودش نیز می‌تواند سوگند یاد کند.

در تحریر الوسیلة نیز این‌گونه آمده است:

«ظاهر آن است که مرد بودن در قسامه شرط است. اما در جانب مدعی شرط نیست [و زن می‌تواند مدعی واقع شود]، گرچه یکی از چند مدعی باشد و در صورتی که تعداد لازم از مردان وجود نداشته باشد، در کافی بودن قسم زنان، تأمل و اشکال است. بنابراین چاره‌ای جز تکرار قسم‌ها میان مردان نیست، و در فرضی که هیچ مردی نباشد، مدعی، تمام قسم‌ها را ادا می‌کند، هر چند زن باشد»^۱ (خمینی، ۱۳۷۹، ۵۲۹/۲-۵۳۰).

طبق این عبارت، قسم زن، تنها در جایگاه مدعی و در صورتی مورد پذیرش قرار می‌گیرد که هیچ مردی وجود نداشته باشد. البته ادعای آن زن، در هر حال معتبر است و می‌تواند زمینه‌ساز اجرای قسامه شود. در مهذب الأحکام نیز مشابه همین حکم آمده است (سبزواری، ۱۴۱۳، ۲۶۳/۲۸). خلاصه آنکه بر مبنای حکم این فقهای معاصر، میان قسم زن در جایگاه مدعی یا مدعی علیه و قسم زن در غیر این جایگاه، تفکیک شده و در فرض دوم، سوگند زنان مورد پذیرش قرار نگرفته است. این حکم در مواد ۳۳۶، ۳۳۷ و ۳۳۸ قانون مجازات اسلامی نیز آمده است.

با وجود این، در بررسی کتب فقهی پیشینیان، تنها در کتاب مفتاح‌الکرامه به مشابه چنین نظری دست یافته شد. صاحب این اثر، که ظاهراً برای نخستین بار به تفکیک مذکور اشاره کرده است، بعد از آنکه ادای قسم را اختصاص به مردان می‌دهد، می‌گوید:

«چه بسا اولی این است که گفته شود: ولی، قسم یاد می‌کند، گرچه زن باشد، و اما خویشان او ناگزیر باید مرد باشند»^۲ (عاملی، بی تا، ۶۳/۱۱).

وی هیچ توجیهی برای این تفکیک ذکر نکرده است، اما در مبانی تکملة المنهاج، مؤلف پس از ذکر عبارت پیشگفته، با استناد به روایاتی که اموری همچون نجات مردم، حفاظت از آن‌ها و جلوگیری از بطلان خون مسلمان را به عنوان علت وضع قسامه ذکر کرده‌اند، بیان می‌دارد که مقتضای این تعلیل‌ها، عدم اختصاص حکم به مردان است (خویی، ۱۴۲۲: ۱۲۹/۲-۱۳۰). مشابه این استدلال را نویسنده تفصیل الشریعة در شرح عبارت تحریر الوسیلة آورده است:

«در شرط نبودن رجولیت در مدعی، مانند سایر مقامات، اشکالی نیست، زیرا دلیلی بر آن وجود

۱. «و الظاهر اعتبار الرجولية في القسامة، و أما في المدعي فلا تعتبر فيه وإن كانت أحد المدعين، و مع عدم العدد من الرجال ففي كفاية حلف النساء تأمل و إشکال، فلا بد من التكرار بين الرجال، و مع الفقد يحلف المدعي تمام العدد و لو كان من النساء».

۲. «و لعل الأولى أن يقال الولي يحلف و إن كان أنثى و أما قومه فلا بد أن يكونوا ذكورا».

ندارد. علاوه بر این، گاهی وارث منحصر به جنس مؤنث است، بنابراین با توجه به اینکه مشروعیت قسامه برای حفظ دماء مسلمین است، مجالی برای پذیرفتن دعوی زن باقی نمی ماند»^۱ (فاضل لنکرانی، ۱۴۲۱: ۲۴۲).

در واقع مفاد استدلال اخیر و نیز استدلال مذکور در مبانی تکملة المنهاج آن است که با توجه به فلسفه مشروعیت قسامه و خصوصیت نداشتن مردانگی در آن، ادعای زن و سوگند او در مقام مدعی قابل پذیرش است، در عین حال که سوگند او در مقام یکی از اقربا (آنجا که خود، در جایگاه مدعی قرار ندارد) پذیرفتنی نیست.

به وضوح پیداست که فلسفه وضع قسامه، بدون هیچ تفاوتی در هر دو جایگاه یاد شده وجود دارد و استناد به این امر، دلالتی بر قبول ادعای زن یا قسم او تنها در جایگاه مدعی ندارد، بلکه پذیرش قسم او در مقام یکی از اقربا و خویشان را نیز اقتضا می کند، زیرا همان طور که گذشت، پذیرفتن قسم زنی که یکی از اقربای مدعی است، گاه ممکن است به سقوط اجرای قسامه و عدم امکان استیفای حق قصاص بینجامد و موجب هدر رفتن خون مسلمان شود. بنابراین علت و مناط حکم در قسامه و فلسفه تشریح آن، حاکی از عدم خصوصیت رجولیت در آن است، چه در جایگاه مدعی (یا مدعی علیه) باشد و چه در جایگاه اقربا.

بر این اساس آنچه در دو استدلال مزبور بدان استناد شده است، تفکیک مذکور را توجیه نمی کند و دلیل روشن دیگری نیز برای این نظریه دیده نمی شود.

۳-۲- نظریه اعتبار قسامه زن

در مبحث پیشین ادله دال بر اختصاص قسامه به مردان مورد بررسی قرار گرفت، پاسخ هایی در ردّ بر آن ها آورده شد و اثبات گردید که دلیل معتبری بر ادعای اختصاص وجود ندارد. با اثبات این امر، بر اساس شمول ادله مشروعیت قسامه و به حکم قاعده اشتراک (رک: بجنوردی، ۱۴۱۹: ۵۳/۲)، تفاوتی میان جنس مذکر و مؤنث در حکم قسامه وجود نخواهد داشت و قسامه زنان همچون مردان دارای اعتبار خواهد بود.

توضیح بیشتر آنکه برای تشخیص گستره قسامه و اختصاص یا عدم اختصاص آن به مردان، به طور منطقی باید به سراغ روایات، که از آن به عنوان تنها منبع تشریح قسامه یاد کردیم، رفت. در مراجعه به روایات یاد شده (رک: حرّعاملی، ۱۴۰۹: ۱۵۱/۲۹-۱۶۰)، هیچ دلیلی بر تقیید و اختصاص قسامه به

۱. «لا إشكال في عدم اعتبار الرجولية في المدعى كسائر المقامات، لعدم الدليل عليه، مضافاً إلى أنه قد يكون الوارث منحصرًا بالمرأة، فلا مجال لعدم سماع دعواها بعد كون مشروعية القسامة لحقن دماء المسلمين».

جنس مذکر دیده نمی‌شود، به جز استعمال الفاظ مردانه، که آن هم دلالتی بر تقييد ندارد، زیرا به تفصیل اثبات شد که استفاده از این‌گونه الفاظ در احادیث قسامه، چنانکه در لسان بسیاری از ادله احکام نیز وجود دارد، حمل بر تغلیب شده، با تنقیح مناط قطعی، از جنسیت مذکر الغای خصوصیت می‌شود. همین‌طور دلالت ادله دیگری که بر اختصاص ذکر شده یا قابل ذکر است نیز نفی شد. با نبود دلیل و قرینه معتبر بر تقييد، آنچه اثبات می‌شود، اطلاق و شمول ادله قسامه نسبت به هر دو گروه زنان و مردان و عدم تمایز جنسیتی در آن‌ها است.

برای ملاحظه اطلاق و شمول مزبور در روایات، مناسب است تا مروری بر آن‌ها صورت گیرد. متذکر می‌شود که بخش قابل توجهی از روایات باب قسامه، در راستای تبیین فلسفه تشریح آن است و بخشی دیگر، ناظر به بیان کیفیت قسامه و احکام وابسته به آن. پیش از این به برخی روایات بخش اول اشاره شد. در اینجا نیز چند نمونه از بخش اخیر ذکر می‌شود:

۱. روایت مسعدة بن زیاد از امام صادق علیه السلام: «پدرم هنگامی که گروه مدعی، بینه‌ای بر قتل مقتول‌شان اقامه نمی‌کردند و قسم نیز نمی‌خوردند بر اینکه متهمان، مقتول را کشته‌اند، متهمان به قتل را به ادای پنجاه سوگند به پروردگار بر اینکه ما او را نکشتیم و قاتلش را نمی‌شناسیم، وا می‌داشت. آن‌گاه دیه مقتول را به اولیای وی پرداخت می‌کرد. این در صورتی بود که مقتول در یک محله خاص کشته شده باشد...»^۱ (رک: حرّعاملی، ۱۴۰۹: ۱۵۳/۲۹).

۲. روایت ابوبصیر از امام صادق علیه السلام: «... خدای عزوجل به جهت بزرگداشت دماء، به‌گونه‌ای در آن حکم کرده که در هیچ‌یک از حقوق الناس چنان نکرده است؛ اگر مردی ادعای ده‌هزار درهم، کمتر یا بیشتر بر مردی دیگر کند، قسم بر مدعی نیست، بلکه برعهده مدعی علیه است. اما اگر آن مرد ادعا کند که گروهی قاتل‌اند، پیش از افراد مدعی علیه، قسم برای مدعی قتل است؛ پس بر او است که پنجاه نفر را بیاورد تا سوگند یاد کنند بر اینکه فلانی، فلانی را کشته است؛ در این صورت، کسی که علیه او سوگند یاد کرده‌اند تحویل آنان داده می‌شود تا چنانچه می‌خواهند، او را عفو کنند، یا به قتلش رسانند، یا دیه را بپذیرند. و اگر سوگند یاد نکردند، بر افراد مدعی علیه است تا پنجاه نفر از آن‌ها قسم بخورند که ما او را نکشتیم و قاتلش را نمی‌شناسیم؛ در صورتی که چنین کنند، اهل قریه‌ای که مقتول در بین آن‌ها پیدا شده است، دیه او را

۱. «كان أبي رضي الله عنه إذا لم يقم القوم المدعون البيّنة على قتل قتلهم ولم يقسموا بأن المتهمين قتلوه، حلف المتهمين بالقتل خمسين يمينا بالله ما قتلناه ولا علمنا له قاتلاً، ثم يؤدي الدية إلى أولياء القتل، ذلك إذا قتل في حي واحد...».

می پردازند...»^۱ (رک: حرّعاملی، ۱۴۰۹: ۱۵۶/۲۹-۱۵۷).

۳. قسمتی از فرموده امیرالمؤمنین علیه السلام در روایت ظریف: «... قسامه در قتل عمد، پنجاه مرد و در قتل خطایی، بیست و پنج مرد قرار داده شده است و در جراحت‌هایی که دیه آن به هزار دینار می‌رسد، شش نفر؛ و آنچه کمتر از هزار دینار است، به تناسب شش نفر محاسبه می‌شود...»^۲ (رک: حرّعاملی، ۱۴۰۹: ۱۵۹/۲۹).

آن‌طور که در این چند روایت مشاهده می‌شود - سایر روایات نیز مضامینی مشابه این‌ها دارند - تنها چیزی که بتوان آن را دلیل بر اختصاص حکم به مردان پنداشت، همان الفاظ خاص ذکور و به‌ویژه لفظ رجل (مرد) در روایت دوم و سوم است که بر مبنای تعلیل‌های سابق، دلالتی بر اختصاص ندارند. افزون بر این، شاهدی که در استناد به قاعده تغلیب به آن اشاره شد نیز در روایت دوم موجود است. در آنجا گفته شد که الفاظی نظیر رجل در روایات قسامه، علاوه بر محل نزاع (اداکنندگان سوگند)، بر مواردی اطلاق شده است که بدون شک رجولیت در آن‌ها معتبر نیست. در اینجا نیز در روایت ابوبصیر، برای طرفین دعوای مالی از لفظ رجل استفاده شده است، در حالی که بدون تردید رجولیت در این مسئله اعتباری ندارد. به هر روی، در روایات هیچ قرینه‌ای که صلاحیت دلالت بر عدم شمول حکم قسامه نسبت به زنان داشته باشد، دیده نمی‌شود. پیش‌تر بیان شد که برخی متقدمین، به صراحت حکم به معتبر بودن قسم زنان در قسامه داده‌اند و از برخی عبارات سایر فقیهان نیز این نظریه قابل استفاده است.

نتیجه‌گیری

سوگند زنان در قسامه و بحث از اعتبار یا عدم اعتبار آن، مسئله‌ای است که در بسیاری از آثار فقهی متقدمان و متأخران سخنی از آن به‌میان نیامده است. از بین فقیهانی که بدین مسئله اشاره داشته‌اند، برخی قداماً حکم به معتبر بودن قسامه زن داده‌اند و در مقابل، برخی آن را نامعتبر دانسته‌اند.

۱. «... إن الله عز وجل حكم في الدماء ما لم يحكم في شيء من حقوق الناس لتعظيمه الدماء، لو أن رجلاً ادعى على رجل عشرة آلاف درهم أو أقل من ذلك أو أكثر لم يكن اليمين على المدعي وكان اليمين على المدعي عليه، فإذا ادعى الرجل على القوم أنهم قتلوا كانت اليمين لمدعي الدم قبل المدعي عليهم، فعلى المدعي أن يجنّ بخمسین يحلفون إن فلاناً قتل فلاناً، فیدفع إلیهم الذی حلف علیه، فان شأؤوا عفوا، وإن شأؤوا قتلوا، وإن شأؤوا قبلوا الدية، وإن لم يقسموا فإنّ على الذین ادعی علیهم أن يحلف منهم خمسون ما قتلنا ولا علمنا له قاتلاً، فان فعلوا أدى أهل القرية الذین وجد فیهم...».

۲. «... و القسامة جعل في النفس على العمد خمسین رجلاً و جعل في النفس على الخطأ خمسة و عشرين رجلاً و على ما بلغت ديته من الجروح ألف دینار ستة نفر و ما كان دون ذلك فحسابه من ستة نفر...».

پاره‌ای از عبارات فقها نیز بر دیدگاه نخست دلالت دارند. بدین خاطر نمی‌توان در این مسئله ادعای وجود اجماع و اتفاق کرد.

اختصاص قسامه به مردان و حکم به نامعتبر بودن قسامه زنان، مبتنی بر دلیل معتبری نیست. دلیل اصلی این دیدگاه، وجود واژگان مردانه در مستندات قسامه است. ثابت شد که ذکر چنین واژگانی نه برای تقیید، بلکه از باب تغلیب است و افزون بر این، با تنقیح مناط قطعی در آن خطاب‌ها، از جنسیت مردانه الغای خصوصیت می‌شود. با نبود دلیل معتبر بر اختصاص قسامه به مردان، شمول ادله مشروعیت قسامه، قسم زنان را همانند قسم مردان دربرمی‌گیرد. چنانکه مقتضای قاعده اشتراک نیز همین است - و از این نظر تفاوتی میان جایگاه زن، که مدعی و مدعی علیه باشد یا یکی از خویشان، وجود ندارد.

- بنابراین تفکیک میان قسم زن در دو جایگاه یادشده و حکم به بی‌اعتباری قسم وی در جایگاه اقربا که گروهی از فقها مطرح کرده‌اند و در مواد ۳۳۶، ۳۳۷ و ۳۳۸ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ مورد پذیرش قانون‌گذار کیفری ایران قرار گرفته است، صحیح به نظر نمی‌رسد. از این رو پیشنهاد می‌شود که قانون‌گذار با توجه به مطالب پیش‌گفته و به ویژه فلسفه تشریح قسامه، سوگند زنان را همان‌طور که در جایگاه شاکی یا متهم در مواد ۳۳۷ و ۳۳۸ معتبر دانسته، در جایگاه خویشان نیز قابل پذیرش بداند و شرط مرد بودن را که در ماده ۳۳۶ با عبارت "سوگند پنجاه مرد از خویشاوندان" به آن تصریح کرده، مورد تجدیدنظر قرار دهد. بدین ترتیب تفکیک مورد اشاره نیز که توجیه روشنی ندارد، لازم نخواهد آمد.

منابع

فارسی

- ابن جزى، ابو عبدالله محمد بن احمد، (۱۴۰۴)، القوانین الفقهية، بيروت: دارالكتاب العربى.
- ابن حزم، على بن احمد، (بى تا)، المحلى، بيروت: دارالفكر.
- ابن حمزه طوسى، محمد بن على، (۱۴۰۸)، الوسيلة إلى نيل الفضيلة، چاپ اول، قم: كتابخانه آيت الله مرعشى نجفى.
- ابن قدامه، عبدالله بن احمد، (بى تا)، المغني، بيروت: دارالكتاب العربى.
- ابن منظور، محمد بن مكرم، (۱۴۱۴)، لسان العرب، چاپ سوم، بيروت: دار صادر.
- اردبیلی (مقدّس اردبیلی)، احمد، (۱۴۰۳)، مجمع الفائدة و البرهان، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامى.
- انصارى (شيخ انصارى)، مرتضى، (۱۴۲۸)، فرائد الأصول، چاپ نهم، قم: مجمع الفكر الإسلامى.
- بجنوردى، سيد حسن، (۱۴۱۹)، القواعد الفقهية، چاپ اول، قم: الهادى.
- بحرانی، يوسف، (۱۴۰۵)، الحدائق الناضرة، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامى.
- بهوتى، منصور بن يونس، (بى تا)، كشف القناع، چاپ اول، بيروت: دارالكتب العلميه.
- حرّ عاملی، محمد بن حسن، (۱۴۰۹)، وسائل الشیعة، چاپ اول، قم: مؤسسه آل البيت.
- حلى (علامة)، حسن بن يوسف، (بى تا)، تحرير الأحكام، بى جا، بى نا.
- _____، (۱۴۱۳)، قواعد الأحكام، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامى.
- _____، (۱۴۱۳)، مختلف الشیعة، چاپ دوم، قم: دفتر انتشارات اسلامى.
- حلى (ابن ادریس)، محمد بن منصور، (۱۴۱۰)، السرائر، چاپ دوم، قم: دفتر انتشارات اسلامى.
- حلى (محقق)، نجم الدين جعفر بن حسن، (۱۴۰۸)، شرافع الإسلام، چاپ دوم، قم: مؤسسه اسماعيليان.
- _____، (۱۴۲۳)، معارج الأصول، چاپ اول، لندن: مؤسسه امام على (ع).
- خراسانى (آخوند)، محمد كاظم، (۱۴۰۹) كفاية الأصول، چاپ اول، قم: مؤسسه آل البيت.
- خمينى (امام)، سيد روح الله، (۱۳۷۹)، تحرير الوسيلة، چاپ اول، قم: مؤسسه دارالعلم.
- _____، (۱۴۱۵)، أنوار الهداية، چاپ دوم، تهران: مؤسسه تنظيم و نشر آثار امام خمينى.
- خويى، سيد ابوالقاسم، (۱۴۲۲)، مبانى تكملة المنهاج، چاپ اول، قم: مؤسسه احياء آثار الإمام الخوئى.
- رازى زاده، محمدعلى، (۱۳۸۵)، فقه القسامة و موقفها فى حجج القضاء، چاپ اول، قم: مؤسسه بوستان كتاب.
- رملی، محمد بن احمد، (۱۹۳۹)، نهاية المحتاج، قاهره: المكتبة الاسلامية.
- سبحانى، جعفر، (۱۳۸۳)، أصول الفقه المقارن فيما لانص فيه، چاپ اول، قم: مؤسسه امام صادق (ع).
- سبزواری، سيد عبدالاعلى، (۱۴۱۳)، مهذب الأحكام، چاپ چهارم، قم: دفتر آيت الله سبزواری.
- طباطبايى، سيد على، (۱۴۱۸)، رياض المسائل، چاپ اول، قم: مؤسسه آل البيت.
- طريحي، فخرالدين، (۱۴۱۶)، مجمع البحرين، چاپ سوم، تهران: مرتضوى.
- طوسى (شيخ)، ابو جعفر محمد بن حسن، (۱۳۸۷)، المبسوط فى فقه الإمامية، چاپ سوم، تهران: المكتبة المرتضوية.
- عاملی، جواد بن محمد، (بى تا)، مفتاح الكرامة، بى جا، بى نا.

- عمیدی، سید عمیدالدین عبدالمطلب، (١٤١٦)، کنز الفوائد، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- غروی، میرزا علی، (١٤١٨)، التنقیح فی شرح العروة الوثقی، تقریرات درس سید ابوالقاسم خویی، چاپ اول، قم: تحت اشراف لطفی.
- فاضل لنکرانی، محمد، (١٤٢١)، تفصیل الشریعة (القصاص)، چاپ اول، قم: مرکز فقهی ائمه اطهار.
- فاضل هندی، محمد بن حسن، (١٤١٦)، کشف اللثام، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- فخرالمحققین، محمد بن حسن، (١٣٨٧)، ایضاح الفوائد، چاپ اول، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- قرافی، شهاب الدین احمد، (١٩٩٤)، الذخیره، بیروت: دارالغرب الاسلامی.
- کاسانی، أبوبکر بن مسعود، (١٤٠٩)، بدائع الصنائع، چاپ اول، پاکستان: المكتبة الحبيبية.
- ماوردی، ابوالحسن علی، (١٤١٥)، الحاوی الکبیر، بیروت: دارالکتب العلمیة.
- منتظری، حسینعلی، (١٤٠٩)، دراسات فی ولایة الفقیه و فقه الدولة الإسلامیة، چاپ دوم، قم: تفکر.
- _____، (١٤١٥)، نهاية الأصول، تقریرات درس حسین بروجردی، چاپ اول، تهران: تفکر.
- نجفی، محمدحسن، (١٤٠٤)، جواهر الکلام، چاپ هفتم، بیروت: دار إحياء التراث العربی.
- وحیدبهبهانی، محمدباقر، (١٤١٥)، الفوائد الحائریة، چاپ اول، قم: مجمع الفکر الإسلامی.
- هاشمی شاهرودی، سید محمود، (١٤١٧)، بحوث فی علم الأصول، تقریرات درس سید محمدباقر صدر، چاپ سوم، قم: مؤسسه دائره المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت.
- _____، (١٣٨٠)، «قسامه: تعدد افراد یا تکرار قسم؟»، فقه اهل بیت، شماره بیست و پنج، قم: مؤسسه دائره المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت، صفحات ٣-٢٠.