



Jurisprudence and Legal Approach on the Condition of the Wife's Possibility to have Sexual Intercourse for Obtaining Ihsan¹

Ali Mohammadian*² Batoul Salahshour³
Leila Mehrabi Rad⁴

DOI:
10.30497/FLJ.2023.244747.1928



Abstract

In Shari'a teachings, various punishments have been considered for adultery, the most severe of which seems to be "stoning". Proof of stoning is contingent upon verification of "Ihsan"; Therefore, the existence of Ihsan can change the punishment of a criminal from a lesser punishment (a hundred lashes) to a more severe punishment (stoning). In Imamiyyah jurisprudence, there are some conditions for obtaining Ihsan, one of the most important of which is that a person does not need to commit an illegitimate relationship because he or she is able to have sexual intercourse with his or her spouse. The challenge that exists in this context is that several jurists have stated that in order to verify Ihsan for a man, he should have the continuous possibility of having sex with his wife, otherwise he is not subject to the punishment of stoning; but they have not accepted such a right for women. This view is also recognized in Article 226 of the Islamic Penal Code. The present study, in a descriptive-analytical research, while analyzing the opinions of jurists, has criticized and measured such a view. The results of the research indicate that the mere presence of the husband, without his wife having the possibility of sexual intercourse, is not enough for the wife's Ihsan, and about women, as about men, the possibility of continuous sexual intercourse with their spouse is a condition and there should be no difference between men and women in this area. Therefore, it is necessary to change the above-mentioned approach of the legislator and the equality of couples in right to continuous sexual intercourse should be explicitly emphasized in Article 226.

Keywords: Adultery, Ihsan, the possibility of sexual intercourse, stoning, Sexual rights.

1. This article is taken from the research project number "39245" of Bozormehr Qaenat University.

2. (Corresponding author) Assistant Professor of Jurisprudence and Islamic Law Department, Bozorgmehr University of Qaenat, Qaen, southern Khorasan, Iran
mohammadian@buqaen.ac.ir

3. Ph. D in Jurisprudence and Islamic Law, Ferdowsi University of Mashhad, Mashhad, Khorasan Razavi, Iran
Batoul.salahshour@um.ac.ir

4. Instructor of Jurisprudence and Law Department, Payame Noor University, Tehran, Iran
IranmehrabiRad@pnu.ac.ir

رویکرد فقهی - حقوقی به شرط تمکن زوجه از رابطه جنسی در تحقق احسان^۱

علی محمدیان^{۲*}

بتول سلحشور^۳

لیلا مهرابی‌راد^۴

دریافت مقاله: ۱۴۰۲/۰۴/۰۵ پذیرش مقاله: ۱۴۰۲/۰۷/۰۳

DOI: 10.30497/FLJ.2023.244747.1928

چکیده

در آموزه‌های شرعی برای زنا، مجازات‌های مختلفی در نظر گرفته شده است که به نظر می‌رسد سنگین‌ترین آن‌ها «رجم» باشد. البته اثبات رجم منوط به احراز وصف «احسان» است؛ بنابراین وجود چنین وصفی این ظرفیت را دارد که کیفر شخص بزهکار را از مجازات سبک‌تر (یک‌صد ضربه شلاق)، به مجازات شدیدتر (رجم) تبدیل کند. در این بین، در فقه امامیه برای احراز احسان شروطی ذکر شده است که یکی از مهم‌ترین آن‌ها، استغنائی فرد از ارتکاب رابطه نامشروع به جهت تمکن از همسر خویش است. مسئله‌ای که در این زمینه وجود دارد، این است که شماری از فقهاء، در احراز احسان زوج، تأکید کرده‌اند که وی باید به‌طور مستمر امکان کامجویی از همسر خویش را داشته باشد و با عدم چنین وصفی، احسان وی احراز نخواهد شد؛ لکن چنین حقی را برای زوجه نپذیرفته‌اند. این دیدگاه در ماده ۲۲۶ ق.م.ا (مصوب ۱۳۹۲) نیز به رسمیت شناخته شده است. مقاله حاضر در پژوهشی توصیفی-تحلیلی، ضمن تحلیل آرای فقیهان، چنین دیدگاهی را نقد و بررسی کرده است. رهاورد پژوهش حکایت از آن دارد که صرف حضور زوج، بدون این‌که همسر وی امکان کامجویی داشته باشد، در تحقق احسان کافی نیست و در ناحیه زوجه نیز همانند زوج، امکان کامجویی مستمر شرط است؛ از این رو، نباید در این زمینه بین مرد و زن تفاوت قائل شد. باتوجه به این نکته، ضروری می‌نماید رویکرد فوق‌الذکر قانون‌گذار نیز تغییر کند و تساوی زوجین در حق مقاربت مستمر، به‌صراحت در ماده ۲۲۶ ق.م.ا مورد تأکید قرار گیرد.

کلیدواژه‌ها

احسان، تمکن از نزدیکی، حقوق جنسی، رجم، زنا، محصنه.

۱. مقاله حاضر مستخرج از طرح پژوهشی شماره «۳۹۲۴۵» دانشگاه بزرگمهر قائنات است.

۲. (نویسنده مسئول) استادیار گروه فقه و حقوق اسلامی، دانشگاه بزرگمهر قائنات، قائن، خراسان جنوبی، ایران.

mohammadian@buqaen.ac.ir

۳. دانش‌آموخته دکتری فقه و حقوق اسلامی، دانشگاه فردوسی مشهد، خراسان رضوی، ایران.

Batoul.salahshour@um.ac.ir

mehrabirad@pnu.ac.ir

۴. مربی گروه فقه و حقوق، دانشگاه پیام نور، تهران، ایران.

مقدمه

مطابق آنچه در مکتوبات فقهی بیان شده است، در تحقق وصف احصان شروطی باید مد نظر قرار گیرد که از جمله آنها بی‌نیازی شخص زناکار از انجام زنا به سبب دسترسی به همسر خویش است. نکته‌ای که در این بین محل نزاع قرار گرفته، این است که برخی فقیهان در احراز احصان زوج تأکید کرده‌اند که وی باید به‌طور مستمر امکان برقراری رابطه جنسی با همسر خویش را داشته باشد و در غیر این صورت محصن تلقی نخواهد شد؛ حال آنکه حق مقاربت مستمر را برای زوجه به رسمیت نشناخته‌اند (ابن ابی عقیل، بی‌تا، ص ۱۶۶؛ ابن بابویه، ۱۴۱۵ ق، ص ۴۲۸؛ طوسی، ۱۴۰۷ ق، ج ۵، ص ۳۶۷؛ ابن رشد، ۱۴۰۳ ق، ج ۲، ص ۴۲۶؛ ابن قدامه، ۱۴۰۴ ق، ج ۱۰، ص ۱۱۸؛ علامه حلی، ۱۴۲۰ ق، ج ۵، ص ۳۱۷).

باتوجه به خطیر بودن مسئله دماء و اهمیت حفظ نفس در شریعت و از آنجاکه وجود چنین احکامی در فقه، در حقوق موضوعه نیز منشأ اثر شده، و در قوانین جاری نمود یافته، ضرورت تحقیق و بررسی در ابعاد مختلف مسئله احصان دوچندان شده است.

از آنجاکه در مواضع مختلفی از فقه درباره احصان سخن گفته‌اند و دامنه مباحث آن مسائلی مانند قذف، لواط، زنا و مساحقه را در بر می‌گیرد، بررسی هریک از آنها خود فرصت ویژه‌ای را می‌طلبد؛ بنابراین باتوجه به گستردگی مباحث و نظریه اهمیت موضوع، در نوشتار حاضر، به سراغ مبحث زنا و به‌طور مشخص ردیابی و پیگیری شروط تحقق احصان در زوج و زوجه رفته و از میان شرایط مطرح شده، شرط تمکن از روابط جنسی و دسترسی به همسر را به شرحی که در ادامه خواهد آمد، به صورت فراگیر مطالعه کرده است.^۱ ضرورت تحقیق و بازخوانی مجدد ادله از آن روست که در آثار مکتوب فقهی و به تبع آن در قوانین موضوعه، در مواردی،

۱. یکی دیگر از مواضعی که در آن از احصان سخن گفته‌اند، مبحث «قتل در فراش» است؛ زیرا در این موضوع نیز جواز قتل همسر و فردی که با وی مرتکب زنا شده، منوط به احصان زوجه است و اگر زوج از وجود شرایط احصان در زناکننده مرد مطلع نباشد و یا اینکه همسر وی واجد شرایط احصان نباشد، به‌صرف مشاهده رابطه نامشروع، نمی‌تواند به قتل آنها مبادرت کند (لامع و فلاح تفتی، ۱۴۰۲، ص ۱۵۲).

میان زوج و زوجه در بحث مزبور تفاوت‌هایی لحاظ شده است که به شدت قابل نقد به نظر می‌رسند؛ چراکه در صورت اثبات موضوع، مجازات در نظر گرفته شده، قابلیت آن را دارد که از تازیانه به رجم تبدیل شود.

تفاوتی که برخی فقیهان در تحقق احصان در مرد و زن بدان قائل شده‌اند، بدین شرح است که در احصان مرد، دسترسی به زوجه و امکان تمتع از او در هر ساعت از شبانه‌روز که مرد بخواهد، معتبر است و در احصان زن صرف‌اینکه زوج، امکان تمتع از زوجه را داشته‌باشد، برای تحقق احصان کافی است و این‌که زن بتواند در هر زمان از شبانه‌روز که بخواهد با همسر خود آمیزش داشته باشد، در تحقق احصان برای وی معتبر نیست؛ در واقع همین‌که زن در شرایطی باشد که در صورت اراده زوج، امکان برقراری رابطه جنسی وجود داشته‌باشد، برای تحقق احصان وی کافی است؛ حتی اگر زمانی، وی تمایل به آمیزش داشته‌باشد و همسر او مخالفت کند. این در حالی است که در احصان مرد، اراده وی معتبر است چنان‌که اگر مرد از همسر خود مطالبه آمیزش کند و او مخالفت کند و زوج مرتکب زنا شود، احصان محقق نمی‌شود.^۱

به اقتضای منابع فقهی، قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ در تعریف احصان در ماده ۲۲۶ مقرر داشته است که در احصان مرد امکان برقراری رابطه «هر وقت بخواهد» باید فراهم باشد؛ اما در مورد زن صرف «امکان جماع» در تحقق احصان وی در نظر گرفته شده است. ناگفته پیداست که قانون‌گذار با به کار بردن قید «هر وقت بخواهد»، در تحقق احصان زوج، به تفاوت موجود میان وی و زوجه‌اش اشاره داشته، و در تحقق احصان زن، صرف امکان

۱. تذکر این نکته لازم است که جستار حاضر هرگز در مقام فروکاستن از قبح انجام عمل شنیع زنا نیست و در این زمینه تجویز کیفر را نیز انکار نمی‌کند؛ بلکه صرفاً درصدد این است که به تبیین مجازات متناسب با چنین عملی، مطابق با آموزه‌های شریعت بپردازد. بگذریم از اینکه چون موضوع کیفر مورد بحث، زنان هستند و در تعیین کیفر برای جنس زن، هم در شریعت و هم در آموزه‌های حقوق نوین، حساسیت‌ها و الزاماتی وجود دارد (ایزدی و مهدوی کنی، ۱۳۹۹، ص ۷۴-۷۹)، بررسی مستندات آن از اهمیت بیشتری برخوردار خواهد بود.

نزدیکی با همسر را کافی دانسته است؛ بدون این که برخلاف مرد، دسترسی و امکان برقراری ارتباط جنسی در هر ساعت از شبانه روز را در تحقق احصان وی لازم بداند؛ چراکه فقیهان امامیه حق زن را در همخوابگی و آمیزش (موقعه) با همسر، صرفاً یک مرتبه در هر چهارماه می دانند و از این رو گفته اند: «هرگاه چهارماه بگذرد و مرد به زن خود دخول نکند، واجب است که بعد از آن بر او دخول کند» (بهائی، ۱۴۲۹ ق، ص ۶۳۹؛ بحرانی، ۱۴۰۵ ق، ج ۲۳، ص ۸۹؛ اصفهانی، ۱۳۹۳، ج ۳، ص ۱۴۶؛ مرعشی، ۱۴۰۶ ق، ج ۲، ص ۲۰۷؛ اشتیاردی، ۱۴۱۷ ق، ج ۲۹، ص ۱۵۲).

در ابتدای نوشتار مناسب است مفهوم واژه «احصان» در آرای اهل لغت تبیین شود تا دورنمایی از موضوع بحث ارائه شود و در ادامه، اقوال فقیهان از متقدمان اصحاب گرفته تا متأخران ایشان، احصاء، و در محک فقاهاست ارزیابی شوند.

۱. معناشناسی احصان

«احصان» مصدر باب افعال و از ریشه «حصن» است؛ به معنای موضع و جایگاهی که از آن نگاهداری و پاسداری و مراقبت می شود و امکان راه یابی به درون آن امکان ندارد، مانند دژ و قلعه (خلیل بن احمد، ۱۴۱۰ ق، ج ۳، ص ۱۱۸؛ مصطفوی، ۱۴۰۲ ق، ج ۲، ص ۲۳۵). در آیه شریفه «وَطَّؤُوا أَنَّهُمْ مَانِعَتُهُمْ حُصُونُهُمْ مِنَ اللَّهِ» (حشر/۲)، نیز همین معنا لحاظ شده است؛ بدین معنا که کفار گمان می کردند که دژهای محکمشان مانع عذاب الهی می شود. البته اشتقاق این واژه در قرآن در معانی دیگری نیز به کار رفته است که هر کدام به نوعی با معنای لغوی این واژه مرتبط است (راوندی، ۱۴۰۵ ق، ج ۲، ص ۸۸؛ فاضل مقداد، ۱۴۲۵ ق، ج ۲، ص ۱۹۳؛ جرجانی، ۱۴۰۴ ق، ج ۲، ص ۳۲۳).

گویند معنای اولی حصن همین بوده است؛ اما در ادامه در هر تحفظ و نگه داشتنی به کار رفته است؛ از این رو، به مردی که خود را از بی عفتی حفظ کند «محصن»، و به زنی که به سبب شوهردار بودن، یا عفت و مراقبت، خود را از بی عفتی نگه دارد، «محصنه» گفته می شود (راغب

اصفهانی، ۱۴۱۲ ق، ص ۲۳۹؛ قرشی، ۱۴۱۲ ق، ج ۲، ص ۱۴۹؛ مشکینی اردبیلی، ۱۳۹۲، ص (۴۴).

اهل لغت احسان را به معنای منع نیز دانسته و احسان زن را به احراز ویژگی‌هایی مانند اسلام، عفت، حریت (آزاد بودن) و متأهل بودن دانسته‌اند (ابن‌اثیر، بی‌تا، ج ۱، ص ۳۹۷؛ ابن‌منظور، ۱۴۱۴ ق، ج ۱۳، ص ۱۲۰؛ مرتضی زبیدی، ۱۴۱۴ ق، ج ۱۸، ص ۱۵۰؛ ابوجیب، ۱۴۰۸ ق، ص ۹۱)؛ و گویند مرد با ازدواج محصن می‌شود (جوهری، ۱۴۱۰ ق، ج ۵، ص ۲۱۰۱؛ طریحی، ۱۴۱۶ ق، ج ۶، ص ۲۳۶).

به‌طورکلی درباره معنای اصطلاحی احسان باید گفت فقیهان امامیه فراهم‌بودن زمینه زناشویی با همسر را مدنظر قرار داده و توضیح داده‌اند که احسان در مرد عبارت است از نزدیکی شخص بالغ و عاقل با همسر دائمی خود از قبیل و فراهم‌بودن زمینه این عمل در هر صبح‌وشام؛ و در زن عبارت است از وطی زن بالغ عاقل توسط همسر دائمی و بالغ در قبیل، به‌مقداری که موجب غسل شود (جمعی از پژوهشگران، ۱۴۲۶ ق، ج ۱، ص ۲۸۱).

فقیهان در این‌که فراهم‌بودن زمینه عمل زناشویی در صبح‌وشام و دسترسی آسان به همسر و امکان مجامعت، تنها در حق مرد معتبر است یا این‌که زن نیز از چنین حقی برخوردار است، آراء مختلفی دارند و برخی از ایشان به‌صراحت شرط مزبور را فقط در حق زوج جاری می‌دانند و وجود چنین قیدی را در تحقق احسان زوجه شرط نمی‌دانند. در ادامه به بیان اقوال و نقد و تحلیل آن‌ها اشاره می‌شود.

۲.۲ اقوال فقیهان

بسیاری از فقیهان امامی، از متقدمان اصحاب گرفته تا متأخران ایشان، در ضمن بیان شروط تحقق احسان، هرآنچه را که زوج با آن محصن تلقی می‌شود، در همسر وی نیز شرط دانسته و همان‌گونه که برای زوج دسترسی مستمر به همسر بگونه‌ای که بی‌نیاز از زنا باشد شرط شده است، برای زوجه نیز مجرد حضور شوهر را کافی ندانسته و دسترسی به وی را به‌گونه‌ای که موجب استغناء از زنا باشد، لازم دانسته‌اند؛ برای نمونه، شیخ طوسی معتقد است: «شرط احسان

در مرد این است که همسری داشته باشد که متمکن از و طء او باشد ... و احصان در زن مانند احصان در مرد است؛ به این صورت که زن همسری داشته باشد که در صبح و شب به او دسترسی داشته باشد» (طوسی، ۱۴۰۰ ق، ص ۶۹۳-۶۹۴).^۱

شیخ طوسی در جای دیگر نیز بر یکسان بودن شرایط احصان در بین مرد و زن تأکید می‌کند (۱۴۰۷ ق، ج ۵، ص ۳۷۱)؛ همچنان که برخی از متأخران شیخ نیز طریق ایشان را در این مسئله در پیش گرفته‌اند (ابن‌براج، ۱۴۰۶ ق، ج ۲، ص ۵۲۰؛ طبرسی، ۱۴۱۰ ق، ج ۲، ص ۳۸۸؛ ابن‌ادریس، ۱۴۱۰ ق، ج ۳، ص ۴۴۱؛ بیهقی نیشابوری کیدری، ۱۴۱۶ ق، ص ۵۱۴).

شیخ مفید، فقیه و متکلم مشهور امامی و از سابقان بر شیخ طوسی، دیگر فقیهی است که در این مسئله دیدگاهی مشابه داشت. وی بر آن است که احصان در آموزه‌های امامیه جز با بی‌نیازی فرد از انگیزه‌ها و دواعی فسق و فجور محقق نمی‌شود؛ از این رو، هنگامی که زن، همسری داشته باشد که نزد وی حاضر، و با وی همخوابگی و آمیزش داشته باشد و میان ایشان به سبب غیبت و حبس فاصله‌ای نباشد، در این صورت می‌توان چنین زنی را محصنه دانست (۱۴۱۳ ق، ص ۵۴). ابن‌حمزه بر این امر تأکید می‌کند که احصان زن جز در صورت وجود زوجی که در تمام اوقات به او دسترسی داشته باشد و منعی وجود نداشته باشد، تحقق نمی‌یابد (۱۴۰۸ ق، ص ۳۱۴).

ابن‌زهره پس از آنکه شروط تحقق احصان مرد، مانند عقل، بلوغ، زوجیت دائمی، تمکن از و طء و مانع نبودن اموری چون حبس و سفر را به تفصیل بیان می‌دارد، در ادامه وجود تمامی این شروط را در اثبات احصان زن نیز شرط می‌داند و بر آن ادعای اجماع می‌کند (۱۴۰۷ ق، ص ۴۲۴-۴۲۳).

۱. غالب فقیهان در تأکید بر شرطیت دسترسی مستمر به همسر در تحقق احصان، از عبارت «یغدو علیه و یروح» استفاده می‌کنند که به معنای ورود و دسترسی به زن در صبح و شب است (جوهری، ۱۴۱۰ ق، ج ۱، ص ۳۳۸)؛ بنابراین رَوَاح به معنای آغاز شب است که در مقابل غدو به معنای بامداد و نگاه به کار می‌رود و کنایه از تمکن از برقراری رابطه جنسی در هرساعتی از شبانه‌روز است (شهید ثانی، ۱۴۱۴ ق، ج ۴، ص ۱۸۴؛ مجلسی، ۱۴۰۶ ق، ج ۱۶، ص ۲۶).

محقق حلی فقیه پرآوازه سده هفتم نیز دیدگاهی به مانند دیگر فقیهان پیش گفته دارد و در آثار مختلف خود گوشزد می کند که شروط احصان زن همان شرایط احصان مرد است؛ جزاینکه در احصان زن، برخلاف مرد، احراز کمال عقل شخص نیز لازم است (حلی، ۱۴۰۸ ق، ج ۴، ص ۱۳۸، ۱۴۱۸ ق، ج ۱، ص ۲۱۳، ۱۴۱۲ ق، ج ۳، ص ۲۸۸).

علامه حلی فقیه کثیرالتألیف امامی نیز با صاحب شرایع در فرض مسئله هم رأی است و در آثار مختلف خود بر این امر تأکید می ورزد (حلی، ۱۴۲۰ ق، ج ۵، ص ۳۰۶، ۱۴۲۱ ق، ص ۳۱۷، ۱۴۱۰ ق، ج ۲، ص ۱۷۱، ۱۴۱۳ ق الف، ج ۳، ص ۵۲۹، ۱۴۱۳ ق ب، ج ۹، ص ۱۵۲). شهید اول پس از بیان شروط احصان با عبارت «المرأة كالرجل»، به یکسان بودن شرایط احصان در بین زن و مرد اشاره دارد (۱۴۱۴ ق، ج ۴، ص ۱۸۴، ۱۴۱۰ ق، ص ۲۵۴). فاضل مقداد (۱۴۰۴ ق، ج ۴، ص ۳۳۱) و ابن فهد حلی (۱۴۰۷ ق، ج ۵، ص ۱۷) نیز بر این دیدگاه صحه گذاشته اند.

فاضل جواد معتقد است این دیدگاه بین فقها مشهور است (۱۳۶۵، ج ۴، ص ۱۹۵). عبارت صاحب ریاض، از فقیهان و اصولیان شیعه در سده های دوازدهم و سیزدهم هجری نیز مؤید این دیدگاه است (طباطبائی کربلائی، ۱۴۱۸ ق، ج ۱۵، ص ۴۴۵). در میان فقهای معاصر نیز برخی از ایشان به دیدگاه مزبور گرویده اند؛ برای نمونه امام خمینی معتقد است: «آنچه در محصن بودن مرد معتبر است، در محصن بودن زن نیز اعتبار دارد؛ بنابراین اگر شوهرش حاضر نبوده و امکان دسترسی به وی فراهم نباشد، حکم رجم اثبات نمی شود» (۱۴۱۸ ق، ج ۲، ص ۴۵۸). مرحوم سبزواری دیگر فقیه معاصری است که مقتضای اطلاق ادله، اصل و احتیاط در مسئله را یکسان بودن شرایط احصان زن و مرد می داند و دیدگاه مزبور را مستظهر به اتفاق اصحاب امامیه معرفی می کند (۱۴۱۳ ق، ج ۲۷، ص ۲۴۴).

آیت الله گلپایگانی در پاسخ این استفتاء که: «یکی از شرائط احصان در زنا آن است که زوج تمکن از وطی زوجه داشته باشد (بحیث یغدو علیها ویروح)، آیا این شرط با توجه به اینکه فرموده اند: «يعتبر في إحصان المرأة ما يعتبر في إحصان الرجل»، در زن هم معتبر است؛ به طوری که

هروقت زن خواست با شوهرش جماع کند او حاضر باشد و ممانعت نکند یا اینکه فقط اختصاص به مرد دارد؟»، چنین فتوا داده است: «بلی در رجم زن، احسان شرط است، مانند مرد، و تمکن زوج غدواً و رواحاً، محصل احسان زوج و زوجه است» (۱۴۰۹ ق، ج ۳، ص ۱۹۲). البته مشخص نیست ایشان در این فرض دقیقاً چه موضعی دارد. پرسش بسیار واضح و شفاف مطرح شد؛ ولی ایشان اگرچه در ابتدا به سؤال پاسخ مثبت داد، در ادامه تمکن زوج، و نه زوجه را، محصل احسان دانسته‌اند؛ بنابراین شاید نتوان از این فتوا تساوی زوجین در امکان مجامعت را استنباط کرد. برای مقلدانی که با اصطلاحات و دقایق فنی بحث آشنایی ندارند، چنین استظهاری کمی دشوار به نظر می‌رسد.

در مقابل دیدگاه نخست، ظاهراً شهید ثانی (د. ۹۶۶ ق) نخستین فقیهی است که به صراحت در احراز وصف احسان، تمکن از وطء و نزدیکی را فقط در حق مرد دارای اعتبار دانسته و در شرح خود بر لعمه شهید اول، بیان کرده که چنین قیدی در کلام ایشان ذکر نشده است (عاملی، ۱۴۱۰ ق، ج ۹، ص ۸۱).

مقدس اردبیلی (د. ۹۹۳ ق) دیگر فقیهی است که تمکن از وطء را صرفاً درباره زوج معتبر می‌داند و معتقد است چنین قیدی باید در تعریف احسان زوجه لحاظ شود. طبق بیان ایشان تحقق احسان در زن برای ثبوت رجم مانند مرد است؛ با این تفاوت که جهت احراز وصف احسان درباره زوجه، عدم وجود مانع برای تمکن از وطء از سوی شوهر معتبر است نه امکان استمتاع مستمر برای زن؛ چنانکه به صرف وجود همسری که مانعی از وطء ندارد، احسان زوجه محقق می‌شود (مقدس اردبیلی، ۱۴۰۳ ق، ج ۱۳، ص ۱۱).

فاضل هندی (د. ۱۱۳۱ ق) با صراحت و تأکید بیشتری در فرض مسئله سخن گفته است. وی معتقد است در تحقق احسان زوجه، همین مقدار که همسرش نزد وی حاضر، و امکان نزدیکی با او را داشته باشد، کافی است؛ اگرچه برای ماه‌ها با وی همبستر نشود (فاضل هندی، ۱۴۱۶ ق، ج ۱۰، ص ۴۵۳).

نمونه دیگر صاحب‌جوهر (د. ۱۲۶۶ ق) است که معتقد است مراد از تمکن زوجه از زوج،

اراده مرد برای نزدیکی با همسرش است و بدین معنا نیست که هرگاه زن بخواهد، بتواند با همسرش همبستر شود؛ چون واضح است که زن دارای چنین حقی نیست (صاحب جواهر، ۱۴۰۴ ق، ج ۴۱، ص ۲۷۷).

در میان معاصران نیز برخی از فقها این دیدگاه را پذیرفته‌اند (گلپایگانی، ۱۴۱۲ ق، ج ۱، ص ۹۸؛ تبریزی، ۱۴۱۷ ق، ص ۴۵).

مرحوم مغنیه معتقد است تمکن از وطء فقط برای احصان زوج شرط است و زوجه بدون این شرط نیز محصنه می‌شود (مغنیه، ۱۴۲۱ ق، ج ۶، ص ۲۵۵)؛ کما این که ظاهر عبارات برخی دیگر از فقهای معاصر نیز پذیرش این قول است؛ زیرا صرف این که زن دارای همسری باشد که با وی نزدیکی کرده باشد را در تحقق احصان کافی دانسته‌اند؛ بدون این که دسترسی و تمکن مستمر را در این زمینه لازم بدانند (ایروانی، ۱۴۲۷ ق، ج ۳، ص ۲۶۴؛ خوئی، ۱۴۲۲ ق، ج ۴۱، ص ۲۵۱؛ وحید خراسانی، ۱۴۲۸ ق، ج ۳، ص ۴۸۰؛ روحانی، ۱۴۲۹ ق، ج ۳، ص ۲۶۷).

۳. نقد دیدگاه عدم اشتراط امکان استمتاع مستمر

مهم‌ترین استدلال قائلان به عدم یکسان بودن زوجین در امکان استمتاع، این است که نمی‌توان امکان تمکن مستمر و دائمی زوجه از زوج را در تحقق احصان برای زن معتبر دانست؛ زیرا اختیار و اراده عمل جنسی در دست زوج است و اجابت درخواست زوجه درباره آمیزش، هر چهارماه یک مرتبه بر زوج واجب است؛ حال آنکه درباره مرد این گونه نیست و تبعیت از وی برای انجام عمل جنسی در هر ساعت از شبانه‌روز که بخواهد بر زوجه واجب است.

شهید ثانی در شرح خود بر شرایع محقق حلی، آنجا که ایشان از تساوی زن و مرد در شروط تحقق احصان سخن می‌گویند، پس از آنکه اعتراف می‌کند اقتضای سخن محقق، امکان بهره‌وری و تمکن همیشگی و مستمر زوجه از زوج است، اعتبار چنین قیدی در تحقق احصان زن را مشکل می‌داند و چنین استدلال می‌کند که انجام عمل جنسی در هر ساعت از شبانه‌روز که زن بخواهد ممکن نیست؛ زیرا اختیار و اراده انجام چنین امری در دست همسر وی است (عاملی، ۱۴۱۳ ق، ج ۱۴، ص ۳۳۸). صاحب جواهر نیز اظهار داشته که مراد از تمکن زوجه از زوج، اراده مرد برای نزدیکی با همسرش است و بدین معنا نیست که هرگاه زن بخواهد، بتواند با همسرش

همبستر شود؛ چه این که واضح است که زن دارای چنین حقی نیست (صاحب جوهر، ۱۴۰۴ ق، ج ۱، ص ۲۷۷).

برخی از فقیهان معاصر نیز در این زمینه به استدلال‌هایی مشابه آنچه صاحب جوهر بیان کرده است، تمسک جسته‌اند (گلپایگانی، ۱۴۱۲ ق، ج ۱، ص ۹۸) و افزوده‌اند که اگر زن خواهان همبستری با همسرش باشد، اجابت چنین درخواستی بر مرد واجب نیست؛ برخلاف زن که در چنین فرضی تبعیت از همسر بر وی واجب و لازم است (تبریزی، ۱۴۱۷ ق، ص ۴۵). در پاسخ به این استدلال باید گفت بنابر اجماع فقها، زن حق ندارد در هرساعت از شبانه‌روز که بخواهد طلب آمیزش کند، ولی او حق دارد هرکاری که بخواهد انجام دهد تا نظر شوهر را جلب کند و با رفع نیاز خویش از راه حلال، مانع از ارتکاب حرام شود. حال اگر با وجود چنین برخوردی از جانب زوجه، مرد لجاجت کند و به او مهر نوزد و نسبت به او بی‌تفاوت باشد و به او روی نیاورد، مگر به اندازه واجب که همان چهار ماه یکبار است، چگونه ممکن است احصان درباره چنین زنی صدق کند؟ به نظر می‌رسد لازمه قول به احصان در چنین مواردی این است که اشتراط حضور زوج نزد زوجه در احراز احصان، تبعیدی محض است نه از این جهت که سببی است برای استغناء زوجه از زنا (منتظری، بی‌تا، ص ۲۱؛ مکارم شیرازی، ۱۴۱۸ ق، ص ۹۴)؛ حال آنکه بنابه آنچه در ادامه مطلب ذکر خواهد شد، اشتراط دسترسی به زوج و زوجه برای تحقق احصان، از این حیث است که ایشان موجب استغناء دیگری از زنا می‌شوند و ثبوت حد رجم برای محصن و محصنه از این رو است که آن‌ها به جای ارضای نیازهای خود از راه حلال و مشروعی که در دسترس ایشان است، به زنا روی آورده‌اند؛ حال آنکه این فرض درباره زنی که امکان استغناء از راه مشروع را ندارد، منتفی است. به این ترتیب باید گفت منافاتی وجود ندارد میان این که حق مطالبه آمیزش برای زوجه هر چهار ماه یکبار است و این که شرط تحقق احصان برای زوجه نیز مانند زوج، امکان مستمر و دائمی استمتاع باشد.

۴. ادله اشتراط امکان استمتاع مستمر

به نظر می‌رسد برای اثبات نظریه اشتراط استمتاع مستمر در تحقق وصف احصان برای زوجه، می‌توان به مستندات و ادله گوناگونی استناد جست که در ادامه به ذکر آن‌ها پرداخته می‌شود.

۴.۱. قاعده عدالت

مسأله اساسی و نکته شایان توجهی که در وهله نخست، عنایت به آن ضروری است، این مهم است که مطابق آموزه‌های امامیه که از آن تعبیر به عدلیه می‌شود، حسن افعال و همچنین قبح آن‌ها، ذاتی بوده و احکامی که در فقه اسلامی تشریح شده‌اند، از مصلحت‌ها و مفسده‌های حقیقی و واقعی موجود در نفس آن احکام نشأت گرفته‌اند. البته باید اذعان کرد چنین ملاکاتی همیشه نسبت به دقایق مسائل عبادی و نیز پاره‌ای از مسائل غیرعبادی، قابل تحصیل و اکتشاف یقینی نمی‌باشند؛ لکن مصلحت و مفسده برخی از احکام دیگر، خاصه در موضوعات جزایی و اجتماعی، برای خرد جمعی آدمیان، که از سازوکارهای تشریح کیفر در منظومه تفکر اسلامی آگاهی دارند، قابل استحصال بوده و می‌توان با این انگاره موافقت کرد که بسیاری از این احکام، مصالح پنهانی که از دسترس عقول آدمیان به دور است، ندارند. با تفتن به همین مطلب و قبول توانایی خرد انسانی بر فهم چنین ملاکاتی است که در شمار کثیری از مستندات و ادله روایی، به علت‌های ارتکازی و قابل درک احکام شرعی اشاره شده است. از باب نمونه در فلسفه قصاص گفته شده است که در این امر برای آدمیان حیات و زندگی قرار دارد (بقره/۷۹). یا این‌که مطابق چنین استظهاری، در روایات نیز تأکید شده است که: «قصاص به جهت زشتی و آسیبی که بر جسم و پیکر بزه‌دیده وارد شده، تشریح شده است»^۱ (حر عاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۹، ص ۱۸۴).

شایان توجه است که بنا به نظر استوار شماری از فقهای امامیه، چنین تعلیل‌هایی که به‌وفور در احکام اجتماعی و کیفری شریعت مشاهده می‌شود، به ضمیمه ارتکازی که نوعاً در کنار آن‌ها وجود دارد، باید در جایگاه استنباط و صدور فتوا، به مثابه قرینه متصل عمل کند و متناسب با آن، ادله و مستندات شرعی اعم از آیات و روایات، توسعه یا تضییق یابند (منتظری، ۱۴۲۹، ج ۳۲، ۱۴۰۹، ج ۴، ص ۵۹؛ مرعشی شوشتری، ۱۴۲۷، ج ۱، ص ۴۰).

به نظر می‌رسد منوط کردن حد رجم بر احراز احصان از این روست که اشخاصی مشمول

۱. إِمَّا يَكُونُ الْقِصَاصُ مِنْ أَجْلِ السِّنِّ.

چنین مجازات سنگینی شوند که با وجود امکان تأمین نیازهای خود از راه مشروع به زنا روی می‌آورند. یکی از فقیهان معاصر به این موضوع اشاره می‌کند: «اقتضای اعتبار عقلی در مسئله این است که گفته شود مجازات سنگین و شدید رجم برای کسی است که با وجود اینکه امکان برآوردن و تأمین نیاز خود را از طریق حلال دارا بوده، در عین حال مرتکب عمل زنا شده است» (مکارم شیرازی، ۱۴۱۸ ق، ص ۹۵)؛ بنابراین التزام به این سخن که گفته شود صرف حضور و وجود زوج در منزل، تعبداً و بدون اینکه سبب استغنا و بی‌نیازی زوجه از آمیزش و تأمین جنسی شود، موجب تحقق وصف احصان می‌شود، دشوار، و از دأب شارع الزام به چنین امری بعید است؛ خاصه از این جهت که ممکن است زوج در واقع مهری نیز نسبت به زن نداشته و بلکه بین ایشان کینه و عداوت وجود داشته باشد و این سردی روابط به این امر بینجامد که زوج کمترین رابطه و تماس جنسی را با همسر خویش داشته باشد؛ یا از این جهت که وی دارای همسر یا همسران دیگری نیز بوده و از این طریق نیاز جنسی خویش را برآورده کند و دیگر به همسر نخست خود مراجعه نکند که در این صورت مشکل بتوان وصف احصان را همچنان در حق زن محقق دانست. با ملاحظه همین جوانب است که پاره‌ای از فقهای معاصر احتمال داده‌اند که در فرض وجود شرایط یادشده، نتوان زوجه را واجد وصف احصان دانست (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۷ ق، ج ۱، ص ۲۳۰-۲۳۱).

۴.۲. روایات باب

در تأیید این دیدگاه می‌توان به روایاتی نیز اشاره کرد. امام صادق (ع) فرمود: بر زن و شوهری که از یکدیگر غایب هستند، رجم ثابت نمی‌شود؛ مگر این که مرد همراه با زن و زن همراه با مرد باشد^۱ (کلینی، ۱۴۰۷ ق، ج ۷، ص ۱۷۸).

بار دیگر از امام صادق (ع) درباره زنی که در عین شوهرداشتن، با مرد دیگری ازدواج کرده است، پرسیده شد. حضرت در پاسخ فرمود: اگر شوهر اول وی در شهری که او سکونت دارد، زندگی می‌کند و به راحتی می‌توانند به یکدیگر دسترسی داشته باشند و از این لحاظ تأمین شوند،

۱. الْمُنْغِيبُ وَالْمُعْتَبَةُ لَيْسَ عَلَيْهِمَا رَجْمٌ إِلَّا أَنْ يَكُونَ الرَّجُلُ مَعَ الْمَرْأَةِ وَالْمَرْأَةُ مَعَ الرَّجُلِ.

بر زن حدّ زناى محصنه جارى خواهد شد؛ ولى اگر همسر وى از او غايب است يا درعين حال كه در همان شهر است، نمى توانند از يكديگر كام بگيرند، بر چنين شخصى حد زناى غير محصنه جارى خواهد شد^۱ (كلينى، ۱۴۰۷ ق، ج ۷، ص ۱۹۲).

برخى از فقيهان با استناد به شرط در دسترس بودن هريك از زوجين در روايت فوق، معتقدند كه فرض مطرح شده درباره زنى كه همسرش همبستري با وى را ترك و از نزديكى با او صرف نظر كرده است محقق نمى شود (منتظرى، بى تا، ص ۲۲).

يكى ديگر از فقهاى معاصر معتقد است كه تكرر شرط پيش گفته در صدر و ذيل روايت، بر اين امر دلالت دارد كه مجرد مقيم بودن زوجه در يك منزل با همسرش، در تحقق احصان كافى نيست؛ بلكه وصول و دسترسى آن دو به هم شرط است. وى مى افزايد ممكن است گفته شود عبارت يادشده ناظر به شخص زندانى و مواردى شبيه به آن است؛ اما چنين احتمالى بسيار بعيد است. گاهى زوج براى مدت زمان طولانى، حتى گاهى به مدت يك سال، نمى تواند اسباب خلوت با زوجه خويش را فراهم كند و چنين امرى مى تواند علل مختلف داشته باشد؛ مانند بعضى از امراض مانع انجام چنين كارى، اگرچه به حد عنن نرسيده باشد. امورى مانند كبر سن زوج، در دسترس بودن زوجات ديگر و وجود رويۀ منافرت شديد بين ايشان نيز مانع انجام چنين كارى مى شود. از آنجا كه وجود چنين زوجى مانند عدم وجود آن است، بر حسب عرف و لغت چنين فردى محصنه تلقى نمى شود (مكارم شيرازى، ۱۴۱۸ ق، ص ۹۵). در هر صورت، برخى از فقيهان تأكيد كرده اند كه آنچه از سياق احاديث برداشت مى شود اين است كه صرف حضور زوج، بدون اين كه زوجه در بى نيازى جنسى به سر برد، در تحقق وصف احصان كافى نيست (موسوى اردبيلى، ۱۴۲۷ ق، ج ۱، ص ۲۳۱).

۴.۳. قاعده درء الحد و اصل براءت

حتى با فرض عدم تماميت استدلال هاى مزبور، دست كم با ايجاد شك و شبهه در تحقق عنوان

۱. إِنْ كَانَ زَوْجُهَا أَوَّلُ مُقِيمًا مَعَهَا فِي الْمَصْرِ الَّذِي هِيَ فِيهِ تَصِلُ إِلَيْهِ وَ يَصِلُ إِلَيْهَا فَإِنَّ عَلَيْهَا مَا عَلَى الرَّائِي الْمُحْصَنِ الرَّجْمَ؛ قَالَ: وَإِنْ كَانَ زَوْجُهَا أَوَّلًا غَائِبًا عَنْهَا أَوْ كَانَ مُقِيمًا مَعَهَا فِي الْمَصْرِ لَا يَصِلُ إِلَيْهَا وَلَا تَصِلُ إِلَيْهِ؛ فَإِنَّ عَلَيْهَا مَا عَلَى الرَّائِيَةِ غَيْرِ الْمُحْصَنَةِ.

احسان در فرض مسئله، باید به مفاد قاعده درء الحد عمل کرد؛ با این توضیح که مجازات رجم، عقوبت شدیدی است که مخالف ظاهر کتاب است؛ زیرا از سخن خداوند که فرمود: «الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ» (نور، ۲)، چنین متبادر می‌شود که بر هر زن و مرد زناکاری مجازات تازیانه ثابت شده است؛ از این رو اخراج شخص محصن از دایره حکم و وجوب حد شدیدتر بر وی، به دلیلی قوی احتیاج دارد. این در حالی است که حد با کوچکترین شبهه‌ای ساقط می‌شود؛ بنابراین، در هر موضعی که دلالت ادله تام و صریح باشد، مجازات رجم اجرا خواهد شد و در هر جا شبهه‌ای وجود داشته باشد، مقتضای عمل به مفاد قاعده، عدم اجرای حد سنگین‌تر است. نه تنها همه فقیهان امامی مذهب، بلکه جمله فقیهان مذاهب گوناگون اسلامی، در مواضع بسیاری به قاعده مزبور اشاره کرده، و مطابق مدلول آن به صدور فتوا مبادرت ورزیده، و وفق آن کیفر را از متهم برداشته‌اند (محقق داماد، ۱۴۰۶ ق، ج ۴، ص ۴۸).

قاعده مزبور جهت تقویت این انگاره پدید آمده است که درباره دماء و مسئله جان انسان‌ها، تاجایی که امکان دارد باید مطابق اصل احتیاط عمل کرد و تازمانی که اطمینان به لزوم اجرای کیفر حاصل نشود، نمی‌توان به اجرای مجازات‌های شرعی مبادرت کرد؛ چه‌اینکه درباره خون آدمیان مطابق آنچه از اخبار فراوان و نیز اجماع فقهای مسلمان استنباط می‌شود، تا حد ممکن عمل به مفاد احتیاط لازم و بایسته است (موسوی بجنوردی، ۱۴۰۱ ق، ج ۱، ص ۱۸۴)؛ در محل بحث نیز از آنجایی که در ثبوت حد رجم در فرض عدم وجود امکان استمتاع مستمر از ناحیه زوجه، تردید وجود دارد، به موجب قاعده درء الحد، مجازات رجم در فرض مزبور ثابت نمی‌شود.

از سوی دیگر، درباره حدود شرعی، گفتمان فقه کیفری اسلام بر تخفیف و تسامح بنا نهاده شده، و این آموزه، در زمره قطعیات شرع انور است. از باب نمونه کثیری از فقهای امامیه با تعبیری مانند: «حدود بر تخفیف بنا نهاده شده است و در آن برای حفظ دماء مسلمانان باید احتیاط کرد» (فاضل آبی، ۱۴۱۷ ق، ج ۲، ص ۵۴۹؛ حلی، ۱۴۱۴ ق، ج ۶، ص ۸۶؛ صاحب جواهر، ۱۴۰۴ ق، ج ۴۱، ص ۲۹۸)؛ یا عباراتی مانند «شبهه حد را برطرف می‌کند و

حدود بر تخفیف بنا نهاده شده است» (فاضل هندی، ۱۴۱۶ ق، ج ۱۰، ص ۶۱۶)، و همچنین «حدود شرعی مبتنی بر تخفیف و تسامح است» (منتظری، بی تا، ص ۱۵۸)، بر این اصل مسلم صحه نهاده‌اند. تأمل در میراث سترگ دینی و روایاتی که از ائمه معصوم (ع) درباره این مسئله وارد شده است نیز مؤید استظهار مزبور است (ر.ک: حرعاملی، ۱۴۰۹ ق، ج ۲۸، ص ۴۶).

شرایط دشواری که در خلال متون فقهی، برای اثبات رابطه نامشروع معین شده است، نمونه‌ای از شیوه صاحب شریعت و سیاست وی درباره کیفر است که در نهایت احتیاط کوشیده است تا از اعمال مجازات ناروا بر افراد جلوگیری شود. در فرض مسئله نیز رعایت اصل احتیاط و همچنین عنایت به سیاست شرع مبنی بر تخفیف و تسامح در حدود، مستلزم آن است که درباره زوجه‌ای که امکان استمتاع مستمر ندارد، نهایت احتیاط را رعایت، و تا زمان حصول اطمینان از هر جهت، مجازات را از وی رفع کرد.

دست‌آخر این که مقتضای اصل عملی نیز عدم اجرای مجازات رجم است. اصل برائت مجرم از اجرای مجازات زائد است و اثبات کیفر سنگین تر و عقوبت شدیدتر محتاج به وجود دلیلی است که انجام آن را موجه سازد و با فقدان چنین چیزی در فرض مسئله، با استناد به اصل برائت، مجازات رجم نسبت به زنی که امکان استمتاع مستمر نداشته است، ساقط خواهد شد.

۵. رویکرد حقوق موضوعه ایران به شرط احسان

ازلحاظ پیشینه تقنینی موضوع پیش گفته، قانون حدود و قصاص مصوب ۱۳۶۱، به عنوان نخستین قانون جزایی کشور که در آن شرایط احسان ذکر شده بود، در ذیل ماده ۱۰۰ چنین مقرر می‌داشت: «حد زنا در موارد زیر رجم است: الف - زناي زن محصنه، یعنی زنی که دارای شوهر دائمی است و جماع با او حاصل شده و امکان تمتع از شوهر را داشته باشد، با مرد بالغ موجب رجم است».

همان‌گونه که ملاحظه می‌شود مقرر قانونی مزبور، از لحاظ ماهوی، تفاوت چندانی با مفاد ماده ۲۲۶ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ که پیشتر ذکر شد ندارد؛ زیرا قانون‌گذار قانون مذکور نیز با به کار بردن قید: «هر وقت بخواهد»، در تحقق احسان زوج، به تفاوت موجود

میان وی و همسرش تأکید کرده، و در تحقق احصان زوجه، صرف «امکان تمتع از شوهر» را کافی دانسته است؛ بدون این که در حق وی، همانند زوج، امکان برقراری ارتباط جنسی را به نحو مستمر و در هر ساعت از شبانه روز لازم بداند.

این رویکرد مقنن، در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ نیز با عباراتی تقریباً مشابه ادامه یافته است؛ چه اینکه در ذیل ماده ۸۳ قانون مزبور آمده است: «حد زنا در موارد زیر رجم است: الف- زنای مرد محصن، یعنی مردی که دارای همسر دائمی است و با او درحالی که عاقل بوده جماع کرده است و هر وقت نیز بخواهد می تواند با او جماع کند. ب- زنای زن محصنه با مرد بالغ، زن محصنه زنی است که دارای شوهر دائمی است و شوهر درحالی که زن عاقل بوده با او جماع کرده است و امکان جماع با شوهر را نیز داشته باشد».

سرانجام، آخرین اراده قانون گذار نیز همانند قوانین مزبور، به تقنین و تثبیت رویکرد افتراقی فوق الذکر، در ذیل ماده ۲۲۶ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ منجر شده است: «الف- احصان مرد عبارت است از آنکه دارای همسر دائمی و بالغ باشد و درحالی که بالغ و عاقل بوده، از طریق قُبُل با وی در حال بلوغ جماع کرده باشد و هر وقت بخواهد امکان جماع از طریق قُبُل را با وی داشته باشد؛ ب- احصان زن عبارت است از آنکه دارای همسر دائمی و بالغ باشد و درحالی که بالغ و عاقل بوده، با او از طریق قُبُل جماع کرده باشد و امکان جماع از طریق قُبُل را با شوهر داشته باشد».

همان گونه که مشخص است تدقیق در مفاد ماده مزبور حکایت از آن دارد که قانون گذار اشکال مبنایی را که شرح آن در مقاله حاضر بیان شد، برطرف نکرده و همچنان بر موضع سابق خویش پافشاری کرده است. این رویکرد افتراقی قانون گذار از دید برخی از اندیشوران حقوقی مغفول مانده است یا ایشان ترجیح داده اند که به ذکر آن نپردازند و آن را مسکوت بگذارند (زراعت، ۱۳۹۳، ص ۲۰۹؛ شامبیاتی، ۱۳۹۳، ص ۱۲۲)؛ ولی برخی از حقوقدانان با عنایت به تفاوت مزبور تصریح کرده اند که ماده قانونی مذکور «در تحقق احصان زن، امکان جماع با شوهر را کافی دانسته و این امکان جماع (برخلاف مرد)، به «هر وقت بخواهد» مقید نشده

است؛ دلیل این امر آن است که در روابط زوجین، قانوناً حق مطلقِ مقاربت از حقوق زوج محسوب می‌شود نه زوجه» (ساریخانی، ۱۳۹۶، ص ۸۴). درعین حال، به‌رغم اینکه ظهور ماده قانونی مزبور دلالت بر تفاوت زوج و زوجه در شرایط احصان دارد، رویه قضایی گاه برخلاف این استظهار شکل گرفته است. حکم مسئله در فرضی که زوج یا شوهر ادعای عدم احصان کند، روشن بوده و آرای دادگاه‌ها نیز بر همین منوال شکل گرفته است؛ برای نمونه، به موجب دادنامه قطعی به شماره «۹۳۰۹۹۷۰۹۰۹۲۰۰۲۳۹»، + که در تاریخ «۱۳۹۳/۰۷/۲۸» صادر شده است، شعبه هفتم دیوان عالی کشور، استدلال مرد متهم به زنا محصنه را که اظهار کرده است: «من به هیچ وجه امکان نزدیکی با خانم خودم را نداشتم»، پذیرفته، و درباره اتهام زنا محصن، فرد را تبرئه کرده، و اقدامات وی را در حد زنا ساده تشخیص داده است.

شایان توجه است که چنین رویکردی، در رویه دیوان عالی کشور در تبیین مواد ۸۳ و ۸۶ قانون مجازات اسلامی سال ۱۳۷۰ که در قانون مجازات ۱۳۹۲ نیز همان رویکرد تثبیت شده است، در فرضی که متهم، زن شوهردار بوده، نیز پذیرفته شده است. در پرونده‌ای، یک زن متأهل متهم به زنا محصنه (دادنامه شماره ۱۷۳۱-۱۳۷۶/۹/۲۹، شعبه دوم دادگاه عمومی سنندج)، اظهار داشته است: «نحوه عمل شوهرم باعث شد که مرتکب این معصیت شوم. شوهرم قدرت نزدیکی نداشت. یک ماه یکبار می‌توانست با من عمل زناشویی انجام دهد که من ارضاء نمی‌شدم و می‌رفتم با اجنبی زنا می‌کردم». در جریان بررسی پرونده، یکی از قضات در رد این توجیه، چنین استدلال کرد: «به نظر می‌رسد که راجع به زن به این صورت نباشد که اگر زنی مثلاً از نظر جنسی و غریزی در حد بالا باشد، ولی شوهرش از نظر جنسی ضعیف باشد و در هر موقع که زن میل کند و از شوهر بخواهد، قادر به ارضاء او نباشد و فقط ماهی یکبار قادر به مقاربت باشد، در این صورت بگوییم اگر زن مرتکب زنا شد، شرط احصان را نداشته، رجم نمی‌شود... برای اینکه به نظر مرد مثل زن موظف نیست که هر وقت زن بخواهد خود را در اختیار او قرار دهد، بلکه از نظر فقهی وظیفه او مشخص است که در کتب فقهیه مطرح است که... برای زن بر مرد این حق است که در هر چهارماه یکبار با او مواجهه نماید. بنابراین اگر زنی به عذر اینکه شوهرش طبق

خواستۀ او نتواند در هر زمانی که او بخواهد با او نزدیکی نماید و مرتکب زنا شود، زناى او زناى محصنه نباشد، این معنی با این حکم فقهی که در چهارماد فقط یک مرتبه بر مرد لازم است، منافات دارد». برخلاف این استدلال که به نظر با رویکرد کنونی قانون‌گذار نیز مطابقت دارد، دیوان عالی کشور در رأی اصراری خود به تاریخ ۱۳۷۷/۰۸/۱۹، رأی شماره ۱۵، چنین مقرر می‌دارد: «نظر به اینکه تحقق احصان مشروط به شرایطی است که در فصل سوم قانون مجازات اسلامی به‌ویژه مواد ۸۳ و ۸۶ آن قانون بیان شده است... و خانم «ش» در دفاع از خود، عدم توانایی جنسی همسر خود را مطرح کرده است که مدارک موجود در پرونده نیز مؤید آن می‌باشد، لهذا اعتراض محکوم‌علیها نسبت به عدم تحقق شرایط احصان وارد به نظر می‌رسد. بنا به مراتب مذکور... محکومیت بانو «ش» به رجم به‌عنوان حد زناى محصنه نقض می‌شود و رسیدگی مجدد به دادگاه همعرض محول می‌شود».

به نظر می‌رسد چنین رویکردی اگرچه موافق با رهاورد پژوهش حاضر است، باید انصاف داد که از مواد قانونی مورد استناد، چنین نتیجه‌ای نمی‌توان گرفت؛ زیرا همان‌گونه که گذشت، مواد قانونی مزبور، به‌صراحت و با تعابیر واضح، بر تفاوت شرایط تحقق احصان در زن و مرد تأکید دارد؛ خاصه این که در پرونده مزبور، متهم به‌روشنی اقرار کرده که برای وی، ماهی یک‌بار، تمتع و ارضای جنسی حاصل می‌شده است.

در هر صورت با توجه به دستاوردهای پژوهش و چالش‌ها و نقدهای فقهی وارد بر موضع قانون‌گذار که ذکر آن به تفصیل گذشت، پیشنهاد اصلاح ماده ۲۲۶ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ به شرح ذیل داده می‌شود: «شرایط تحقق احصان در زن و مرد یکسان بوده و عبارت است از آنکه ایشان دارای همسر دائمی و بالغ باشند و درحالی که بالغ و عاقل هستند، از طریق قبُّل با همسر خود در حال بلوغ جماع کرده باشند و هر وقت بخواهند امکان جماع از طریق قبُّل برای هر دو ی آنان فراهم باشد».

یافته‌های پژوهش

مطابق آنچه در این جستار و در خلال سطور فوق گذشت، فقیهان امامیه درباره تساوی یا عدم

تساوی شروط احصان در بین زن و مرد اختلاف نظر پیدا کرده‌اند. پاره‌ای از ایشان به تساوی زوجین در امکان استمتاع مستمر تأکید کرده و برخی دیگر تمکن از مجامعت دائمی را فقط در ناحیه زوج لازم دانسته‌اند. اهمیت بحث از آن جهت است که در فرض احراز وصف احصان، مجازات فرد زناکار از تازیانه به رجم تغییر یافته و در نتیجه ممکن است اثبات احصان به سلب حیات شخص منجر شود. نویسندگان این مقاله معتقدند مجرد مقیم بودن زوجه در یک منزل با همسرش، در تحقق احصان کافی نیست؛ بلکه وصول و دسترسی ایشان به یکدیگر شرط است. این دیدگاه مستظهر به پاره‌ای از روایات بوده است و آنچه از سیاق اخبار برداشت می‌شود این است که مجرد حضور زوج، بدون اینکه زوجه در بی‌نیازی جنسی به سر برد، در تحقق وصف احصان کافی نیست. همچنین مقتضای اعتبار عقلی در مسئله نیز این است که مجازات سنگین و شدید رجم برای کسی باشد که با وجود امکان تأمین نیاز خود از طریق حلال، مبادرت به انجام فحشا کرده است. حتی اگر در ادله و استدلال‌های فوق مناقشه شود، عمل به مفاد قاعده درء الحدود با ایجاد شبهه و مقتضای اصل عملی جاری در مسئله، مستلزم احتیاط و در نتیجه لزوم فعلیت وصف مزبور (امکان تمکن مستمر) در ناحیه زن (زوجه) است. حسن ختام مقاله حاضر پیشنهاد اصلاح ماده ۲۲۶ قانون مجازات اسلامی مطابق دستاورد نوشتار حاضر، مبنی بر تساوی زوجین در شرطیت حق مقاربت دائمی در احراز وصف احصان است.

منابع

- ابن ابی عقیل عمانی، حسن بن علی (بی تا). *مجموعه فتاوی*. قم: بی جا.
- ابن اثیر، مبارک بن محمد (بی تا). *النهاية*. قم: مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان.
- ابن ادریس، محمد بن احمد (۱۴۱۰ ق). *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- ابن بابویه، محمد بن علی (۱۴۱۵ ق). *المقنع*. قم: مؤسسه امام هادی (ع).
- ابن براج، عبدالعزیز بن نحریر (۱۴۰۶ ق). *المهذب*. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- ابن حمزه، محمد بن علی (۱۴۰۸ ق). *الوسيلة*. قم: انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی.
- ابن رشد، محمد بن رشد (۱۴۰۳ ق). *بدایة المجتهد ونهاية المقتصد*. بیروت: دار المعرفة.
- ابن زهره، حمزه بن علی (۱۴۰۷ ق). *غنیة النزوع*. قم: مؤسسه امام صادق (ع).

- ابن فهد حلّی، احمد بن محمد (۱۴۰۷ ق). *المهذب البارع فی شرح المختصر النافع*. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- ابن قدامه، عبد الله بن احمد (۱۴۰۴ ق). *المعنی (همراه با شرح الكبير)*. بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- ابن منظور، محمد بن مکرم (۱۴۱۴ ق). *لسان العرب*. محقق احمد فارس صاحب الجوائب، بیروت: دار الفکر.
- ابوجیب، سعدی (۱۴۰۸ ق). *القاموس الفقهی لغته واصطلاحاً*. دمشق: دار الفکر.
- اشتهاردی، علی پناه (۱۴۱۷ ق). *مدارک العروة*. تهران: دار الأسوه.
- اصفهان‌ئی، ابوالحسن (۱۳۹۳). *وسیله النجاه (مع حواشی الگلپایگانی)*. قم: چاپخانه مهر.
- ایزدی، نرگس؛ و مهدوی کنی، صدیقه (۱۳۹۹). «دادرسی افتراقی زنان بزهار از دیدگاه اسلام با نگاهی به جرم‌شناسی فمینیستی». *فقه و حقوق خانواده*، ۲۵ (۷۳)، ص ۴۹-۷۴.
- ایروانی، باقر (۱۴۲۷ ق). *دروس تمهیدیة فی الفقه الاستدلالی علی المذهب الجعفری*. قم: مؤسسه الفقه.
- بحرانی، یوسف بن احمد (۱۴۰۵ ق). *الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة*. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- بهائی (شیخ)، محمد بن حسین (۱۴۲۹ ق). *جامع عباسی و تکمیل آن*. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- بیلهقی نیشابوری کیدری، محمد بن حسین (۱۴۱۶ ق). *إصباح الشیعة بمصباح الشریعة*. قم: مؤسسه امام صادق (ع).
- تبریزی، جواد (۱۴۱۷ ق). *أسس الحدود والتعزیرات*. قم: دفتر مؤلف.
- جرجانی، ابوالفتح بن مخدوم (۱۴۰۴ ق). *تفسیر شاهی*. تهران: انتشارات نوید.
- جمعی از پژوهشگران (۱۴۲۶ ق). *فرهنگ فقه*. قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی.
- جوهری، اسماعیل بن حماد (۱۴۱۰ ق). *الصحاح*. بیروت: دار العلم للملایین.
- حر عاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۹ ق). *تفصیل وسائل الشیعة إلی تحصیل مسائل الشریعة*. قم: مؤسسه آل البیت (ع).
- حلّی (علامه)، حسن بن یوسف (۱۴۱۰ ق). *إرشاد الأذهان*. قم: انتشارات اسلامی.
- حلّی (علامه)، حسن بن یوسف (۱۴۱۳ ق الف). *قواعد الأحكام*. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- حلّی (علامه)، حسن بن یوسف (۱۴۱۳ ق ب). *مختلف الشیعة*. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- حلّی (علامه)، حسن بن یوسف (۱۴۱۴ ق). *تذکره الفقهاء*. قم: مؤسسه آل البیت (ع).
- حلّی (علامه)، حسن بن یوسف (۱۴۲۰ ق). *تحریر الأحكام*. قم: مؤسسه امام صادق (ع).
- حلّی (علامه)، حسن بن یوسف (۱۴۲۱ ق). *تلخیص المرام*. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- حلّی (محقق)، جعفر بن حسن (۱۴۰۸ ق). *شرائع الإسلام فی مسائل الحلال والحرام*. قم: اسماعیلیان.
- حلّی (محقق)، جعفر بن حسن (۱۴۱۲ ق). *نکت النهایة - النهایة و نکتها*. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- حلّی (محقق)، جعفر بن حسن (۱۴۱۸ ق). *المختصر النافع فی فقه الإمامیة*. قم: مؤسسه المطبوعات الدینیة.

- خلیل بن احمد (۱۴۱۰ق). کتاب العین. قم: نشر هجرت.
- خوئی، ابوالقاسم (۱۴۲۲ق). مبانی تکملة المنهاج. قم: مؤسسه إحياء آثار الإمام الخوئی.
- راغب اصفهانی، حسین بن محمد (۱۴۱۲ق). مفردات ألفاظ القرآن. لبنان: دار العلم والدار الشامیة.
- راوندی، سعید بن عبد اللّف (۱۴۰۵ق). فقه القرآن. قم: انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی.
- روحانی، محمد صادق (۱۴۲۹ق). منهاج الصالحین (مصطفی محمد مصری عاملی، محقق). قم: الاجتهاد.
- زراعت، عباس (۱۳۹۳). شرح مبسوط قانون مجازات اسلامی (بخش حدود). تهران: انتشارات جنگل.
- ساریخانی، عادل (۱۳۹۶). فلسفه احصان در جرایم جنسی مستوجب حد با محوریت قانون مجازات اسلامی سال ۱۳۹۲. پژوهش های فقه و حقوق اسلامی، ۱۳(۴۸)، ص ۸۱-۱۰۰.
- سبزواری، عبدالاعلی (۱۴۱۳ق). مهذب الأحكام. قم: مؤسسه المنار.
- شامبیاتی، هوشنگ (۱۳۹۳). حقوق جزای اختصاصی (جرایم علیه اشخاص) براساس قانون جدید. تهران: مجلد.
- صاحب جواهر، محمدحسن بن باقر (۱۴۰۴ق). جواهر الکلام. بیروت: دار إحياء التراث العربی.
- طباطبائی کربلایی، علی بن محمدعلی (۱۴۱۸ق). ریاض المسائل. قم: مؤسسه آل البيت.
- طبرسی، فضل بن حسن (۱۴۱۰ق). المؤلف من المختلف بین أئمة السلف. مشهد: مجمع البحوث الإسلامیة.
- طریحی، فخرالدین بن محمد (۱۴۱۶ق). مجمع البحرین. تهران: کتابفروشی مرتضوی.
- طوسی، محمد بن حسن (۱۴۰۰ق). النهایة فی مجرد الفقه و الفتاوی. بیروت: دار الكتاب العربی.
- طوسی، محمد بن حسن (۱۴۰۷ق). الخلاف. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- عاملی (شهید اول)، محمد بن مکی (۱۴۱۰ق). اللمعة الدمشقیة. بیروت: دار التراث.
- عاملی (شهید اول)، محمد بن مکی (۱۴۱۴ق). غایة المراد. قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی.
- عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی (۱۴۱۰ق). الروضة البهیة. قم: کتابفروشی داوری.
- عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی (۱۴۱۳ق). مسالک الأفهام. قم: مؤسسه المعارف الإسلامیة.
- عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی (۱۴۱۴ق). حاشیة الإرشاد. قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی.
- فاضل آبی، حسن بن ابی طالب (۱۴۱۷ق). كشف الرموز. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- فاضل جواد، جواد بن سعد (۱۳۶۵). مسالک الأفهام إلى آیات الأحكام. تهران: مرتضوی.
- فاضل مقداد، مقداد بن عبدالله (۱۴۰۴ق). التنقیح الرائع. قم: انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی.
- فاضل مقداد، مقداد بن عبدالله (۱۴۲۵ق). كنز العرفان فی فقه القرآن. قم: مرتضوی.
- فاضل هندی، محمد بن حسن (۱۴۱۶ق). كشف اللثام. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- قرشی، علی اکبر (۱۴۱۲ق). قاموس قرآن. تهران: دار الکتب الإسلامیة.
- کلینی، محمد بن یعقوب (۱۴۰۷ق). الکافی، تهران: دار الکتب الإسلامیة.

- گلپایگانی، محمدرضا (۱۴۰۹ ق). مجمع المسائل. قم: دارالقرآن الکریم.
- گلپایگانی، محمدرضا (۱۴۱۲ ق). الدر المنصود فی أحكام الحدود. قم: دارالقرآن.
- لامع، زهرا؛ و فلاح تفتی، فاطمه (۱۴۰۲). «رویکردی بر جایگاه «غیرت ناموسی» در سایه آموزه‌های فقه و حقوق ایران». دوفصلنامه علمی فقه و حقوق خانواده، ۲۸(۷۸)، ص ۱۳۹-۱۶۷.
- مجلسی، محمدباقر بن محمدتقی (۱۴۰۶ ق). ملاذ الأخیار. قم: انتشارات کتابخانه آیت‌الله مرعشی.
- محقق داماد، مصطفی (۱۴۰۶ ق). قواعد فقه. تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
- مرضی زبیدی، محمد بن محمد (۱۴۱۴ ق). تاج العروس من جواهر القاموس. بیروت: دارالفکر.
- مرعشی شوشتری، محمد حسن (۱۴۲۷ ق). دیدگاه‌های نو در حقوق. تهران: میزان.
- مرعشی، شهاب‌الدین (۱۴۰۶ ق). منهاج المؤمنین. قم: انتشارات کتابخانه آیت‌الله مرعشی نجفی.
- مشکینی اردبیلی، علی (۱۳۹۲). مصطلحات الفقه. قم: دار الحدیث.
- مصطفوی، حسن (۱۴۰۲ ق). التحقیق فی کلمات القرآن الکریم. قم: مرکز کتاب لترجمه والنشر.
- مغنیه، محمد جواد (۱۴۲۱ ق). فقه الإمام الصادق. قم: مؤسسه انصاریان.
- مفید، محمد بن محمد (۱۴۱۳ ق). أحكام النساء. قم: کنگره جهانی هزاره شیخ مفید.
- مقدس اردبیلی، احمد بن محمد (۱۴۰۳ ق). مجمع الفائده والبرهان. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۱۸ ق). أنوار الفقاهة کتاب الحدود و التعزیرات. قم: مدرسه امام علی (ع).
- منتظری، حسینعلی (۱۴۰۹ ق). مبانی فقهی حکومت اسلامی. قم: مؤسسه کیهان.
- منتظری، حسینعلی (۱۴۲۹ ق). مجازات‌های اسلامی و حقوق بشر. قم: ارغوان دانش.
- منتظری، حسینعلی (بی تا). کتاب الحدود. قم: انتشارات دار الفکر.
- موسوی بجنوردی، محمد (۱۴۰۱). قواعد فقهیه. تهران: مؤسسه عروج.
- موسوی خمینی، روح‌الله (۱۴۱۸ ق). تحریر الوسیله. قم: مؤسسه مطبوعات دار العلم.
- موسوی اردبیلی، عبدالکریم (۱۴۲۷ ق). فقه الحدود و التعزیرات. قم: دانشگاه مفید.
- وحید خراسانی، حسین (۱۴۲۸ ق). منهاج الصالحین. قم: مدرسه امام باقر (ع).