

نقدی بر اطلاق حکم عدم ضمان در افشاء ناشی از مقاربت با زوجه بالغه

مرتضی مطهری فرد^۱محمد پورحسینی^۲

تاریخ دریافت: ۱۴۰۵/۲/۹؛ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۵/۳/۸

چکیده

افشاء مساله‌ای جدید در فقه نیست، اما کشفیات جدید درباره آثار، ابعاد و علل آن، می‌تواند فقیه را وادار به کشف بیشتر عناوین فقهی انطباق‌پذیر با موضوع کند. پژوهش حاضر به نقد و بازاندیشی مبانی فقهی نظر مشهور فقها می‌پردازد، که افشاء ناشی از مقاربت با زوجه بالغه (اعم از دائم و موقت) را فاقد ضمان دیه دانسته است. این حکم که مستند به روایات خاص و اجماع مدرکی فقهاست، با عنایت به یافته‌های نوین پزشکی و اصول و قواعد مسلم فقهی با روش توصیفی-تحلیلی و با مطالعه منابع فقهی، حقوقی و پزشکی مورد نقد قرار گرفته است. از یک سو نحوه جمع بین روایات باب افشاء محل مناقشه بوده و از دیگر سو، عمومات مسئولیت در جنایات و نیز قواعد فقهی همچون لاضرر، لاجرح، منع ایذاء و لزوم حسن معاشرت، و عدالت، اطلاق حکم عدم ضمان را محدود می‌کنند، به ویژه اینکه اذن در مقاربت متعارف، هرگز به معنای اذن در ایراد نقص عضو دائمی نیست. بر اساس یافته‌های نوین پزشکی، افشاء آسیب جسمانی شدید و گاه دائمی است که عمدتاً از مقاربت غیرمتعارف و فاقد پیش‌نیازهای فیزیولوژیک ناشی می‌شود. لذا دیدگاه مشهور فقها مبنی بر نفی مطلق ضمان، قابل نقد بوده و قانون‌گذار می‌تواند با الهام از آرای فقهای قائل به تفصیل (میان مقاربت همراه با تفریط و غیر آن) و نیز با استناد به روایت سکونی که ضمان ارش را ثابت می‌داند، در بازنگری ماده ۶۶۰ قانون مجازات اسلامی، مسئولیت مدنی زوج را در فرض افشاء زوجه بالغه، دست‌کم به عنوان یک اصل و فرض قضایی به رسمیت بشناسد.

کلیدواژه‌ها: افشاء، ضمان، ارش، زوجه بالغه، ماده ۶۶۰ قانون مجازات اسلامی

۱. استادیار، گروه فقه و حقوق اسلامی، دانشکده الهیات و معارف اسلامی، دانشگاه میبد، میبد، ایران نویسنده

مسئول، رایانامه: motaharifard@meybod.ac.ir

۲. دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده الهیات و معارف اسلامی، دانشگاه میبد، میبد،

۱- مقدمه و بیان مسأله

آثار و لوازم جدید یک موضوع که در فقه سابقه داشته است، ملازمه‌ای اجتناب‌ناپذیر در چگونگی انطباق با عناوین دارد و مکشوف شدن این موارد می‌تواند فقیه را وادار به کشف کلیه عناوین انطباق‌پذیر با موضوع کند (خادمی کوشا و درخشان دوست، ۱۴۰۳، ص ۱۷۴). یافته‌های نوین پزشکی و اجتماعی، گرچه مدخلیتی در استنباط روش‌مند احکام فقهی ندارند، اما همواره این قابلیت را دارند تا نگرش به مسائل و نیز روند تفقه را دچار انقلاب و روزآمدی نمایند.

یکی از صدمات بدنی که در فقه سابقه فراوان دارد، و در ماده ۶۶۰ قانون مجازات اسلامی^۱ و در مقام احصای موارد مستوجب دیه مسکوت مانده و در واقع از موارد ثبوت دیه تخصیص خورده است، دیه افشاء زوجه بالغه (اعم از موقت و دائم) در اثر مقاربت (به معنای دخول آلت تناسلی) است (زراعت، ۱۳۹۴، ج ۱، ص ۶۶۳). در حالی که خسارات بدنی بنا به ملاک گزاره شرعی «لا یبطل دم امرئ مسلم» همواره نیازمند جبران است (حرعاملی، بی‌تا، ج ۲۹، ص ۳۹۵) که از درجه‌ای از اهمیت برخوردار بوده است که مطابق رأی وحدت رویه شماره ۷۹۰-۱۳۹۹/۴/۱۰ هیأت عمومی دیوان عالی کشور حتی صدمات مادون نفس (قتل) هم نباید بلاجبران بماند و تحت شرایطی می‌تواند از بیت‌المال تامین شود. از دیگر سو موجبات و آثار وقوع افشاء در یافته‌های نوین پزشکی به اندازه‌ای قابل تامل است که نمی‌توان بدون ملحوظ کردن این جنبه‌ها با وجدانی آسوده حکم عدم ضمان درباره زوجه بالغه را پذیرفت. پشتوانه این استثنای قانونی در ماده ۶۶۰ قانون مجازات اسلامی، متون فقهی است و لذا اگر مناقشه‌ای در انطباق این ماده قانونی بر عدالت وارد باشد، برای تغییر و تحول در آن بایستی در مبانی فقهی آن مذاقه نمود، چرا که مطابق اصل ۴ قانون اساسی هر قانون و مقرره‌ای باید بر اساس موازین اسلامی باشد.

هرچند به زعم برخی جستجوی عدالت در ورای نصوص و ضابطه‌ها خود نوعی استبداد رای

۱. ماده ۶۶۰ قانون مجازات اسلامی مقرر می‌دارد که: «افشای همسر به ترتیب ذیل موجب ضمان است: الف- هرگاه همسر، بالغ و افشاء به سببی غیر از مقاربت باشد، دیه کامل زن باید پرداخت شود، ب- هرگاه همسر، نابالغ و افشاء به سبب مقاربت جنسی باشد علاوه بر تمام مهر و دیه کامل زن، نفقه نیز تا زمان وفات یکی از زوجین برعهده زوج است هر چند او را طلاق داده باشد.

و عملی مغایر با عدالت است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲، ص ۴۶۲)، اما حقیقتاً جمود بر آنچه مشهور گشته و به نصوص فقهی و قانونی نفوذ یافته است، همواره منطبق بر عدالت نیست. از این رو در این پژوهش نگارندگان در پی پاسخ به این سوال هستند که «چگونه می‌توان با استفاده از مبانی شرعی، استثناء وارد بر ضمان ناشی از افضاء را درباره زوجه بالغه مورد بازنگری قرار داد؟».

با عنایت به این مقدمه بایستی به نصوص فقهی مربوطه مراجعه و ظرفیت مبانی این گزاره‌ها مورد بازاندیشی قرار گیرد. این امر مقدمه این خواهد بود که قانونگذار بتواند از مجموع فتاوی صادره‌ی فقها در تقنین استفاده کند. چرا که برای فتوای معیار در قانونگذاری کیفری ملاکهای متعددی ذکر شده که این امر اولاً نفی انحصار در مستندسازی قانون به فتوایی خاص در فقه است؛ و ثانیاً به فراغت بال قانونگذار در گزینش احادی از فتاوا در جهت راهگشا بودن و انطباق با اهداف متعدد حکمرانی اصالت می‌بخشد؛ از جمله منع از تنفر از دین و نظام حکومت و دفع زمینه قانون‌گریزی و قانون‌ستیزی، توجه حداکثری به اصل احتیاط در دماء و نفوس و ... (آقابابایی بنی، ۱۴۰۳، ص ۲۶).

۲- تعریف افضاء

تبصره ماده ۶۶۰ قانون مجازات اسلامی مقرر می‌دارد «افضاء عبارت از یکی شدن دو مجرای بول و حیض یا حیض و غائط است». این تعریف با اندکی تفاوت در حد و حدودی که بعضاً مورد اختلاف است، منبعث از معنای اصطلاحی فقهی آن است (فاضل لنکرانی، ۱۴۱۸ق، ص ۲۰۲).

۳- دیه افضاء زوجه بالغ در لسان فقها

۳-۱- ثبوت دیه برای افضاء زوجه بالغ (عدم شرطیت سن)

در میان فقههای متقدم دو فقیه به نحو مطلق دیه افضاء زن اعم از زوجه را بدون تقیید به سن و بلوغ وی مطرح کرده‌اند و البته توضیحی بیش از این نیز نداده‌اند (الحلی، ۱۴۰۳ق، ص ۳۹۹؛ ابن‌زهره، بی‌تا، ص ۴۱۸).

۲-۳- ثبوت دیه برای افضاء زوجه بالغ صرفاً در صورت تفریط

جمعی از فقهای معاصر مانند آیت‌الله مکارم شیرازی (بنی هاشمی خمینی، ۱۴۲۴ق، ج ۲، ص ۴۷۵) و متقدمان گفته‌اند که اگر زوج در کیفیت وطی زوجه بالغ تفریط کرده باشد دیه لازم می‌شود، مثل این که زنی ضعیف باشد و گمان افضاء او برود (حلی (علامه)، ۱۴۱۳ق، ج ۹، ص ۳۹۸؛ فاضل هندی، بی تا، ج ۱۱، ص ۳۹۹؛ شهیدثانی، ۱۴۱۲ق، ج ۲، ص ۴۳۷ و ج ۱۰، ص ۲۴۰؛ میرزای قمی، ۱۴۱۳ق، ج ۴، ص ۵۷۸؛ حلی (فخرالمحققین)، ۱۳۸۷ق، ج ۴، ص ۷۰۳) مرحوم فاضل لنکرانی نیز با بیانی دیگر استثناء شدن ثبوت دیه افضاء زوجه بالغ را مقید به وطی از طریق معمول و به نحو متعارف می‌کند که ماذون و مجاز است، و بدین سان به اطلاقی که صرفاً از لفظ برمی‌آید اکتفا نمی‌کند (فاضل لنکرانی، ۱۴۱۸ق، ص ۲۰۲). آرای فقهایی که قید «عدم تفریط» را برای ثبوت دیه یا ضمان به کار برده‌اند با دو مبنا قابل توضیح است؛ مباشرت یا تسبیب در جنایت، حجت بودن ظن در موضوعات.

علیرغم اختلافاتی که در حجیت ظنون در موضوعات مطرح است (انصاری، ۱۴۱۵ق، ص ۵۸)، نظر برگزیده، حجیت ظن در اموری است که اولاً علم قاطع یافتن در آن متعسر یا متعذر است و ثانیاً به بینة خاص نیازمند نیست که قول طبیب از آن جمله است (نجفی، بی تا، ج ۷، ص ۳۴۵). اصولاً دفع خطر محتمل به عنوان یک قاعده عقلی و عقلایی مانع از آن است که با گمان معتبر به ضرر داشتن امری آن را مشروع قلمداد کرده و بدان اقدام شود و خداوند در قرآن کریم تصریح کرده که «خود را با دستان خود به هلاکت نیاندازید» (بقره/ ۱۹۵) (مصطفوی، ۱۴۲۱ق، ج ۱، ص ۳۰۷). لذا به طریق اولی انسان حق ندارد اقدامی نماید که خوف ضرر زدن به دیگری در آن وجود دارد و مقاربت با زوجه با وجود قرائنی بر احتمال خطرناک بودن یقیناً از مصادیق آن است. در چنین حالتی ماذون و مشروع بودن مقاربت نمی‌تواند مانع جنایت قلمداد شدن آن شود و دست‌کم ثبوت دیه یا ارش برای آن بلامانع خواهد بود. این امر در اقوال فقها نیز وارد شده است. برای مثال اگر زوج به اعتقاد کبیره بودن زوجه خود، به او دخول کرد و افضاء شد، و بعداً صغیره بودن او معلوم شد، احوط الحاق به معلوم الصغر حین وطی است (بهجت، بی تا، ج ۳، ص ۴۶۲). معنای این سخن این است که زوج در حالت اعتقاد به

بلامانع بودن مقاربت با زوجه هم دارای مسئولیت است، لذا یقیناً در حالتی که تسامح و تساهل نسبت به ضرر محتمل به زوجه از سوی زوج مطرح باشد، نمی‌توان او را ضامن ندانست.

۳-۲-۱- «تفریط» در مقاربت از منظر پزشکی نوین در نسبت با مفهوم «افضاء»

بعد از ذکر معنای تفریط در لسان فقها درباره مقاربت با زوجه که بعضاً منجر به افضاء زوج می‌شود، بایستی ملحوظ نظر داشت که بدن زن برای رابطه جنسی ایمن نیازمند پیش‌شرط‌های عاطفی و فیزیولوژیک (تحریک کافی) است. از منظر پزشکی، واژن به طور طبیعی برای رابطه جنسی طراحی شده است، اما جسم زن دقیقاً به مانند مردان که انتشار آلت تناسلی به عنوان مقدمه (لازمه) نزدیکی تلقی می‌شود، پیش‌شرط‌هایی برای برقراری رابطه جنسی دارد. عدم رعایت این شرایط، صرفاً یک ناراحتی جزئی در پی ندارد، بلکه می‌تواند طیفی از آسیب‌های جسمانی جدی و پایدار و پیامدهای روانی را ایجاد کند که در متون پزشکی مستند شده است. از منظر پزشکی، مقاربت بدون آمادگی جسمانی کافی زن (شامل پیش‌نوازی و تحریک جنسی لازم برای ترشح روان‌کننده‌های طبیعی واژینال و شل شدن عضلات) می‌تواند منجر به آسیب‌های فیزیکی متعددی شود. این وضعیت ذیل عنوان کلی «دیسپارونی»^۱ (درد حین مقاربت) قرار می‌گیرد (Hill & Taylor, 2021: 597). از نگاه پزشکی، آسیب‌های ناشی از مقاربت بدون آمادگی (به‌ویژه پارگی‌های شدید بافت حائل بین مجرای مدفوع و ادرار با واژن موسوم به پرینه^۲) می‌تواند از علل ایجاد «افضاء» باشد. عوامل خطر مهم شامل اولین تجربه جنسی، نبود پیش‌نوازی کافی و آمادگی زن برای مقاربت، نزدیکی خشن، سفتی پرینه (پرده حائل بین مقعد و واژن)، آتروفی واژن^۳ به‌ویژه در زنان یائسه یا پس از هیستریکتومی^۴، شرایطی مانند دوران شیردهی یا زایمان اخیر یا بطور کلی سطح پایین استروژن، ضعف مادرزادی دیواره خلفی واژن و نیز عدم آمادگی روانی زن برای رابطه جنسی عنوان شده است (Shiragur, 2021:l).

1 dyspareunia

2 Perineum

3 Vaginal atrophy

4 Hysterectomy

به نحو تفصیلی آسیب‌های اصلی وارده عبارتند از:

۱. آسیب به واژن: اصطکاک ناشی از خشکی می‌تواند سبب پارگی‌های میکروسکوپی با خونریزی اندک تا شوک هموراژیک^۱ و حتی ایجاد فیستول رکتوواژینال^۲ که در صورت عدم مداخله سریع می‌تواند تهدیدکننده حیات باشد، تا پارگی‌های عمیق فورنیکس^۳، التهاب، افزایش خطر عفونت (مانند واژینیت^۴) و در موارد تکراری یا در زنان با سطح استروژن پایین (مانند پس از یائسگی)، نازک شدن دائمی بافت شود (Shiragur, 2021: 1).
۲. آسیب به پرینه: فشار مکانیکی بدون آمادگی می‌تواند باعث پارگی، کشیدگی یا التهاب در ناحیه پرینه و عضلات کف لگن گردد (Hill & Taylor, 2021: 598).
۳. آسیب‌های عمقی لگنی: انقباض غیرارادی عضلات و فشار می‌تواند باعث درد عمیق لگنی و حتی آسیب به ساختارهای داخلی و تاثیر منفی بر کنترل ادرار یا مدفوع شود (Faubion & Shuster, 2012: 187-193).
۴. عواقب روانی-اجتماعی: این آسیب‌ها که به نوعی محصول خشونت جنسی هستند، اغلب به چرخه درد مزمن، ترس از رابطه، کاهش تحریک در روابط بعدی، اختلالاتی مانند واژینیسموس، کاهش کیفیت زندگی، اضطراب، افسردگی و اختلال در روابط زناشویی می‌انجامد (رضایی و آبدار، ۱۳۹۶، ص ۳۵).

۲-۲-۳- «تفریط» به مثابه مقایسه‌های نامتعارف

از مصادیق مقاربت نامتعارف وطی دبر است. به موجب اطلاق لفظی نصوص برخی فقها بیان داشته‌اند که بین حالتی که افضاء در اثر وطی در دبر باشد یا وطی در قبل فرقی نیست (خویی، بی‌تا، ج ۳۲، ص ۱۳۳؛ اشتهاردی، ۱۴۱۷ق، ج ۲۹، ص ۱۷۶) چرا که در بسیاری از روایات وارده، در تعبیر مختلف برای مسائل نکاح، از جمله وجوب انفاق زوجه، بین وطی در

1 Hemorrhagic shock

2 Rectovaginal fistula

3 Deep fornix lacerations

4 vaginitis

قبل و دبر فرقی گذاشته (یا وارد) نشده است (اشتیهاردی، ۱۴۱۷ق، ج ۲۹، ص ۱۷۶). گرچه مراد فقها از عدم تفصیل بین این دو حالت، اعتقاد به ترتب دیه بر آثار سوء افشاء حتی در فرض وطی دبر است، اما ناخواسته تالی فاسدی را برای زوجه بالای نه سال دربردارد. بدین نحو که چون افشاء زوجه بالای نه سال را موجب دیه نمی دانند، اعتقاد به عدم تفصیل بین وطی در قبل و دبر، این توهم را ایجاد می کند که حتی در مقاربت از طریق دبر که امری نامتعارف و مضرو دردناک است، موجبی برای ضمان زوج در صورت افشاء زوجه بالغ متصور نباشد. چه اینکه حتی برخی به واسطه حدسیات خارج از روشهای منضبط استنباط حکم فقهی و به واسطه موضوع شناسی عرفی، معتقد شده اند بعید نیست به واسطه اینکه یکی شدن مجرای دبر با حیض نسبت به یکی شدن مجرای بول با حیض از احتمال کمتری برخوردار است، وطی در دبر داخل در حکم ثبوت دیه بابت افشاء نباشد (ر.ک: اشتیهاردی، ۱۴۱۷ق، ج ۲۹، ص ۱۸۰) در حالی که در حرمت های وارده درباره بعضی اقسام وطی (دخول)، غالباً فرقی بین دبر و قبل وجود ندارد (نجفی، بی تا، ج ۲۹، ص ۴۱۶).

۳-۳- عدم ثبوت دیه برای افشاء زوجه بالغ

به اعتقاد مشهور فقها اگر مردی بعد از نه سالگی همسرش، او را وطی کند و افشاء شود دیه بر عهده او نیست (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۱۵، ص ۴۳۷؛ حلی (محقق)، ۱۴۰۸ق، ج ۴، ص ۲۵۳؛ حلی (علامه)، ۱۴۱۱ق، ص ۲۰۳؛ حلی، بی تا، ص ۱۴۴؛ مجلسی، بی تا، ص ۱۳۸؛ میرزای قمی، ۱۴۱۳ق، ج ۴، ص ۵۷۸؛ بهجت، بی تا، ج ۳، ص ۴۶۲؛ گلیپایگانی، ۱۴۰۹، ج ۳، ص ۲۸۳؛ طباطبایی حکیم، ۱۴۱۶ق، ج ۱۴، ص ۸۸). این نظر ظاهراً مبنای قانونگذار در تنظیم ماده ۶۶۰ قانون مجازات اسلامی بوده است.

برای این انگاره برخی تصریح کرده اند که به دلیل آنکه این عمل (مقاربت با زوجه) شرعاً مأذون است نمی توان برای آن دیه را ثابت دانست (مجلسی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۴، ص ۹۴؛ صاحب ریاض، ۱۴۱۸ق، ج ۱۶، ص ۴۸۵)، و صاحب ریاض اقوالی که بین حالت تفریط زوج در مقاربت و غیر آن در موجبات ضمان تفصیل می دهند را به دلیل مقتضای اطلاق روایات وارده قابل

مناقشه می‌داند (صاحب ریاض، ۱۴۱۸ق، ج ۱۶، ص ۴۸۶) هرچند در جای دیگر آن را خالی از وجه هم قلمداد نمی‌کند (صاحب ریاض، ۱۴۰۹ق، ج ۲، ص ۳۱۲). برخی همچون صاحب جواهر استثناء شدن زوجه‌ی بالای نه سال را محصول اجماع در مطلق‌انگاری روایات صحیحه وارده می‌دانند (نجفی، بی‌تا، ج ۲۹، ص ۴۲۲) که البته چنین اجماعی مدرکی بوده و قابل اتکا نیست (سبحانی، ۱۴۲۹ق، ص ۱۷۱). تقریباً تمامی فقها این حکم درباره افضای زوجه بالای نه سال را ظهور احادیثی صحیحه می‌دانند (بهجت، بی‌تا، ج ۳، ص ۴۱۸) که بررسی آن در ادامه انجام خواهد شد.

البته موارد فوق‌الذکر درباره افضاء در اثر وطی است، و هرگاه افضا به غیر جماع باشد- هر چند از سوی شوهر رخ داده باشد- دیه ثابت است (نجفی، بی‌تا، ج ۴۳، ص ۲۷۵؛ میرزای قمی، ۱۴۱۳ق، ج ۴، ص ۵۷۹) و دلیل این است که این امر داخل در موجبات عمومی دیه و خارج از شمول روایات استثناءکننده درباره افضاء به موجب وطی است (صاحب ریاض، ۱۴۰۹ق، ج ۲، ص ۳۱۲).

۴- روایات مساله افضاء و ثبوت دیه

اقوال فوق‌الذکر جملگی مستند روایی‌شان خارج از دسته‌بندی ذیل نیست، که بدین شرح است:

۴-۱- روایات مطلق در ثبوت دیه

روایت اول: محمد بن علی بن الحسین (شیخ صدوق) باسناده‌ای قضا یا امیرالمؤمنین علیه‌السلام «أنه قضی فی امرأة افضیت بالدية... او درباره زنی که افضاء شده بوده حکم به دیه کرد» (حرعاملی، بی‌تا، ج ۲۹، ص ۳۳۰) این روایت صحیح شمرده شده است (خویی، بی‌تا، ج ۳۲، ص ۱۳۰).

روایت دوم: محمد بن یعقوب، عن عدة من أصحابنا، عن أحمد بن محمد، عن الحسين ابن سعيد، عن النضر بن سويد، عن هشام بن سالم، عن سليمان بن خالد قال: ... وسألته عن

رجل وقع بجارية فأفضاها وكانت إذا نزلت بتلك المنزل لم تلد؟ فقال: الدية كاملة... و سوال شد از او درباره مردی که کنیزی را افضاء کرد و او را در حکم زنی نازا درآورد؛ ایشان گفتند: دیه کامل [بر اوست]» (حرعاملی، بی تا، ج ۱۹، ص ۲۸۴). این روایت نیز صحیح شمرده شده است (خویی، بی تا، ج ۳۲، ص ۱۲۹).

۲-۴- روایات مقید به سن بلوغ

روایت اول: «مُحَمَّدُ بْنُ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ وَعَلِيِّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ جَمِيعاً عَنْ ابْنِ مَحْبُوبٍ عَنِ الْحَارِثِ بْنِ مُحَمَّدٍ بْنِ النُّعْمَانِ صَاحِبِ الطَّلَاقِ عَنْ بُرَيْدِ بْنِ مُعَاوِيَةَ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ ع فِي رَجُلٍ افْتَضَّ جَارِيَةً يَعْنِي امْرَأَتَهُ فَأَفْضَاهَا قَالَ عَلَيْهِ الدِّيَةُ إِنْ كَانَ دَخَلَ بِهَا قَبْلَ أَنْ تَبْلُغَ تِسْعَ سِنِينَ قَالَ فَإِنْ كَانَ أَمْسَكَهَا وَلَمْ يُطْلِقْهَا فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ وَإِنْ كَانَ دَخَلَ بِهَا وَلَهَا تِسْعَ سِنِينَ فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ... اگر مردی کنیز خود را افضاء کند، در صورتی که آن در اثر نزدیکی با او قبل از نه سالگی باشد، دیه براو واجب است. البته اگر او را نگه داشته و طلاق نداده باشد، چیزی براو واجب نیست. و اگر در حالی با او نزدیکی کند که به نه سالگی رسیده باشد، چیزی بر عهده او نیست.» (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۷، ص ۳۱۴). این حدیث مصحح و با (با وجود ابن محبوب در میان سلسله راویان) دست کم حسن است (اشتهاردی، ۱۴۱۷، ج ۲۹، ص ۱۷۰).

روایت دوم: هو صحیح: «عن رجل تزوّج جارية بكرًا لم تدرك، فلما دخل بها اقتضتها فأفضاها، قال: «إن كان دخل بها حين دخل بها ولها تسع سنين فلا شيء عليه، وإن كانت لم تبلغ تسع سنين أو كان أقل من ذلك بقليل حين دخل بها فاقتضتها فإنه قد أفسدها وعطلها على الأزواج، فعلى الإمام أن يغرمه ديتها، وإن أمسكها ولم يطلقها حتى تموت فلا شيء عليه... در مورد مردی که با یک کنیز باکره ازدواج کرد و سپس او را در اثر نزدیکی افضاء کرد، فرمود: «اگر آن کنیز هنگام زفاف نه ساله بوده باشد، مسئولیتی متوجه مرد نیست. اما اگر هنگام زفاف، کمتر از نه سال داشته باشد، او را دچار نقصان دائم (فساد) کرده و برای ازدواج نامناسب ساخته است. در این صورت امام باید او را به پرداخت دیه محکوم کند. البته اگر او را نگه دارد و تا زمان مرگش او را طلاق ندهد، مسئول نیست.»» (حرعاملی، بی تا، ج ۲۰، ص ۱۰۴).



در مجموع دلالت دو دسته روایت فوق بدین صورت است که روایات دسته اول مطلق بوده و نسبت به سن و عنوان بلوغ ساکت و ظاهراً لابشرط هستند. اما روایات دسته دوم با مقید کردن اختصاص دیه به اینکه افضاء در اثر وطی زوجه باید قبل از نه سالگی او باشد ظهور دارند. نتیجتاً طبق آنچه فقهای فوق الذکر گفته‌اند روایات دسته اول به وسیله روایات دسته دوم مقید می‌شوند به اختصاص دیه افضاء زوجه تا قبل از نه سالگی.

۴-۳- روایات ثبوت ضمان

روایت اول: وَ بِإِسْنَادِهِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْحَسَنِ الصَّفَّارِ عَنْ إِبْرَاهِيمَ بْنِ هَاشِمٍ عَنِ النَّوْفَلِيِّ عَنِ السَّكُونِيِّ عَنْ جَعْفَرٍ عَنْ أَبِيهِ عَنْ عَلِيٍّ ع «أَنَّ رَجُلًا أَفْضَى امْرَأَةً فَقَوَّمَهَا قِيَمَةَ الْأُمَةِ الصَّحِيحَةِ وَ قِيَمَتَهَا مُقْضَاةً ثُمَّ نَظَرَ مَا بَيْنَ ذَلِكَ فَجَعَلَ مِنْ دِيَّتِهَا وَ أَجْبَرَ الرَّوْجَ عَلَى إِمْسَاكِهَا... مردی زنی را افضاء کرد، پس (علی علیه السلام) تفاوت قیمت کنیز سالم و افضاء شده را محاسبه کرد، سپس مابه- التفاوت بین آن دو را در نظر گرفت و آن را جزء دیه او قرار داد و شوهر را مجبور به نگه داشتن او کرد» (حرعاملی، بی تا، ج ۲۹، ص ۲۸۲).

این روایت «معتبره» دانسته شده است (خویی، بی تا، ج ۳۲، ص ۱۳۰)، با این حال به گفته حرعاملی از سوی شیخ طوسی حمل بر تقیه شده (همان) و گفته شده هیچ یک از شیعیان بدان عمل نکرده است (خویی، بی تا، ج ۳۲، ص ۱۳۰) چون بعضی از فرازهای آن در تعارض با دلالت احادیث صحیح دیگر که دیه زن را در این حالت کامل می‌داند قابل توجیه نیست (خویی، بی تا، ج ۳۲، ص ۱۳۰؛ عاملی، بی تا، ج ۱۰، ص ۴۵). در حالی که اگر اطلاق روایت زیر سوال برود، موافقت با عامه (مبنی بر ثبوت ضمان ارش برای مطلق افضاء) نخواهد داشت و حمل بر تقیه منتفی خواهد بود.

این در حالی است که فاضل هندی در ثبوت ضمان برای زوج، در افضاء زوجه بالغه، این روایت را به عنوان موید و یکی از مستندات نظر خود ذکر می‌کند (فاضل هندی، بی تا، ج ۱۱، ص ۳۹۹). همچنین شیخ صدوق آن را بر وضعیتی حمل می‌کند که زوجه‌ی افضاء شده زن آزاد نباشد و کنیز باشد و در این صورت مدلول حدیث را قابل استناد می‌داند (صدوق، ۱۴۱۳ق، ج ۴،

ص ۱۴۹) و این دو بیانگر این است که حمل روایت بر تقیه یا عدم عمل فقها به آن امری قطعی نیست.

بنابر مراتب فوق، می‌توان دلالت این روایت را جزئاً مورد تصرف و استفاده قرار داد، بدون آنکه اشکالات فوق نیز مانع گردد. این روایت درباره «عیب» ایجاد شده به واسطه افضاء و نیز نحوه محاسبه ضمان ناشی از آن عیب است. عبارت «فَقَوَّمَهَا قِيمَةَ الْأُمَةِ الصَّحِيحَةِ وَ قِيمَتَهَا مُقْضَاةً» در روایت نیز برای ارائه معیار در محاسبه خسارت است و در مقام بیان برای تقیید امر به حره یا امه بودن زن نیست. با عنایت به اینکه قیدهای دال بر «فوت دائمی منافع ناشی از افضاء» (عقیم شدن و قدرت بر تولید فرزند یا محروم شدن از مزایای زناشویی) در این روایت مورد تصریح نبوده و از طرفی تعریف معیار برای میزان عیب حادث شده، حکایت از مرتبه‌بندی میزان خسارت بدنی وارده دارد، این روایت را بایستی در مقام ثبوت ضمان ارش دانست. اگر ضرر حادث شده در حد فوت دائمی منفعت عضو تناسلی زن باشد، به استناد روایات صریح دیگر، حکم به دیه می‌شود، و در غیر این صورت به استناد این روایت حکم به ضمان ارش وجیه خواهد بود.

با صحه گذاشتن بر امکان استناد به این روایت، نیک واضح است که بدون قرینه نمی‌توان روایت را مقید و منحصر به «سن» کرد. لذا این روایت برای زوجه بالای نه سال (بالغ) هم قابلیت استناد دارد. در نتیجه روایات وارده که دیه افضاء زوجه بالای نه سال را منتفی می‌کند، مانع از این نیست که بر اساس این روایت ضمان ارش برای آنان را به طور مطلق (و نه فقط در فرض تفریط زوج در مجامعت) ثابت بدانیم. لازم به ذکر است که حتی با اتخاذ روشهای محاسبه ارش (نجفی، بی‌تا، ج ۴۳، ص ۳۵۳) منتهی الیه ارش در افضاء کامل، همچنان به عدد دیه کامل نمی‌رسد. بنابراین ثبوت ضمان در تعارض با روایات نافی دیه افضاء زوجه بالغه نیست.

روایت دوم: وَ عَنْهُ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى عَنْ غِيَاثِ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ جَعْفَرٍ عَنْ أَبِيهِ عَنْ عَلِيٍّ عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ: «لَا تُوَطَّ جَارِيَةٌ لِأَقَلِّ مِنْ عَشْرِ سِنِينَ فَإِنْ فَعَلَ فَعِيبَتْ فَقَدْ ضَمِنَ...» نباید با دختر کمتر از ده سال نزدیکی شود، اگر این کار را بکند و او دچار عیب شود، ضامن است» (حرعاملی، بی‌تا، ج ۲۰،



ص ۱۰۳). روایت مسند است، لکن برخی به خاطر محتوا این حدیث را محمول و مطروح دانسته - اند (سبزواری، ۱۴۱۳، ج ۲۴، ص ۷۲) اما بزرگانی آن را «معتبره» دانسته‌اند، چرا که واژه «عشر سنین» را می‌توان حمل بر ورود در ده سالگی و در واقع گذر از کمال نه سالگی (مثلاً نه سال و یک روز) تعبیر کرد (خویی، بی‌تا، ج ۳۲، ص ۱۲۴).

فلذا روایت از این حیث تعارضی با روایات پیشین ندارد. این روایت هم با دلالت صریح الفاظ به ثبوت ضمان در اثر عیوب ناشی از وطی اشاره دارد.

بر خلاف نظر صاحب جواهر به نقل از مشهور در حمل ضمان بر دیه توسط فقها، گاهی به واسطه تصریح آنان و گاهی به ادعای دلالت ظهوری (نجفی، بی‌تا، ج ۲۹، ص ۴۲۲)، این روایت لزوماً تصریحی به اراده دیه از ضمان ندارد، چه اینکه افضاء را نیز نمی‌توان تنها مصداق واژه عام عیب دانست. به ویژه اینکه شیخ صدوق صرفاً به واژه ضمان اشاره کرده‌اند و آن را به دیه تعبیر نکرده‌اند (صدوق، ۱۴۱۵ ق، ص ۳۰۹).

۳- قواعد فقهی و اصولی موید دیدگاه انتقادی

الف- قاعده منع ایذاء

یکی از قواعد فقهی که اطلاق نظرات مبنی بر عدم ثبوت دیه برای افضاء زوجه بالغ را سست می‌کند، قاعده منع ایذاء است. این قاعده، صرفاً اخلاقی نبوده، بلکه یک مبنای حقوقی و فقهی الزام‌آور است که فقها برای مصادیق آن ضمانت اجراهای حدی و تعزیری احصاء کرده - اند (گلپایگانی، ۱۳۷۲، ج ۲، ص ۱۴؛ مکارم شیرازی، ۱۳۸۰، ج ۲۲، ص ۴۲۱) که توسعه به رسمیت شناختن آن در قانون و فقه به ارتقای کرامت‌مداری درباره انسان کمک می‌کند (حاجی ده‌آبادی و همکاران، ۱۴۰۳، ص ۱۳). اینکه بتوان بر اساس این قاعده افضاء زوجه بالغه را بر خلاف نظر مشهور فقها مستوجب دیه دانست، بدین ترتیب قابل تقریر است که حرام بودن مقاربت خطرناک یا توأم با تفریط به مثابه حکم تکلیفی، مأذون بودن عمل را دچار خدشه می‌کند و آسیب وارده نیز اقتضای حکم وضعی لزوم جبران خسارت را دلالت می‌کند و از انضمام این دو

می‌توان از اطلاق عدم ضمان بابت افشاء زوجه بالغه دست کشید. نکته اساسی در پیوند قاعده حرمت ایذاء با بحث افشاء این است که افشاء صرفاً یک ناراحتی جزئی نیست، بلکه یک آزار شدید و صدمه‌ای گاه دائمی است که منجر به اختلال اساسی در کارکرد طبیعی بدن زن می‌شود. بنابراین حتی اگر اصل مقاربت مأذون باشد، در صورتی که عنوان «ایذاء شدید» پیدا می‌کند، دیگر تحت پوشش اذن قرار نمی‌گیرد. در منطق فقهی، اصولاً اذن در فعل هیچ ملازمه - ای با اذن در ایذاء ندارد. در ساحت خانواده نیز قرآن کریم تصریح می‌کند: «وَلَا تُمَسِّكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا» (بقره، ۲۳۱) که نشان می‌دهد حتی در چارچوب روابط مشروع زوجیت، هر نوع رفتار ضرری و آزاردهنده ممنوع است و مشروعیت رابطه، مجوز ضرر رساندن و ایذاء نیست. اصولاً آنگاه که اقدامی عرفاً ایذاء فاحش و غیرمعارف باشد، قاعده منع ایذاء اقتضا می‌کند که فعل او نامشروع تبعی تلقی شود و آثار ضمان بدون مانع بتواند با اقتضای عمومات مسئولیت مدنی بر آن مترتب گردد. همین منطق باید در افشاء نیز جاری شود. به ویژه اینکه قاعده منع ایذاء، در این فقره پیوند مستقیمی با قاعده لاضرر و لاجرح نیز دارد. بنابراین وقتی افشاء تحقق پیدا می‌کند، عنوان ثانوی ایذاء بر فعل زوج صدق می‌کند و همین عنوان ثانوی برای خروج مقاربت از اطلاق ادله عدم ثبوت ضمان کافی است، هرچند اصل مقاربت فی نفسه مشروع باشد. لذا دیدگاه مشهور فقها مقتضی تقیید است، و قانون‌گذار نیز می‌تواند با تکیه بر همین قاعده، مسئولیت مدنی و کیفری زوج را در فرض افشاء زوجه کبیره بازنگری کند.

ب- قاعده نفی عسر و حرج

از قواعد فقهی مهم که به‌طور جدی اطلاق عدم ضمان در افشای زوجه بالغ ناشی از مقاربت را قابل نقد می‌کند، قاعده عسر و حرج است. این قاعده می‌تواند هم در مقام نفی حکم و هم در مقام اثبات مسئولیت و ضمان نقش ایفا کند. مبنای قرآنی قاعده عسر و حرج آیه شریفه «وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ» (حج، ۷۸) و نیز آیه «يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ» (بقره، ۱۸۵) و «مَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُمْ مِنْ حَرَجٍ» (مائده، ۶) است. مفاد این آیات آن است که



شارع حکمی را که موجب تنگنا، مشقت شدید و غیرقابل تحمل باشد، جعل و امضا نکرده است. در میان علما - به ویژه متأخران - رایج شده است که در بسیاری از موارد، برای نفی بسیاری از واجبات که مستلزم مشقت و سختی هستند، به این اصل استناد می‌کنند (مکارم، ۱۳۷۰، ج ۱، ص ۱۵۹). البته گفته شده اگر نفس یک تکلیفی ذاتاً مستلزم مشقت و ضرر باشد مشمول قاعده نخواهد بود، چنان که مثلاً مسلمین به درستی فرزند خود را ختنه می‌کنند در حالی که عملی دردناک است (نراقی، بی تا، ص ۱۷۳). با این حال افضاء ذاتی مقاربت زناشویی نیست و خارج از شمول قاعده لاجرح نخواهد بود. اختلال در دفع، مشکلات بهداشتی مستمر، اختلال در روابط زناشویی، آسیب روانی و اجتماعی و گاه محرومیت از زندگی عادی. چنین وضعیتی عرفاً مصداق روشن حرج شدید است.

اگر فقه یا قانون به نحو اطلاق متضمن این باشد که عمل زوج هیچ ضمانی ندارد، نتیجه آن است که زن باید تمام این وضعیت حرجی را بدون جبران تحمل کند و این دقیقاً خلاف فلسفه قاعده عسر و حرج است؛ زیرا شارع نمی‌تواند وضعیتی را امضاء کند که یک شخص بدون تقصیر خود، در نتیجه فعل دیگری، در مشقت دائمی قرار گیرد و هیچ راه جبرانی هم نداشته باشد. لذا قاعده لاجرح، عمل مستلزم حرج را از مأذون بودن خارج کرده و مجرای ثبوت ضمان را ایجاد می‌کند. لذا اطلاق مورد نظر مشهور فقها درباره افضاء زوجه بالغه به حکم قاعده عسر و حرج قابل رفع و تقیید است. چرا که قول مشهور در زمینه افضاء فقط به مشروعیت فعل توجه داشته بدون توجه به پیامد آن؛ در حالی که قاعده عسر و حرج به پیامد (مقارنت و ملازمت عسر و حرج) عنایت دارد. زوجه بالغه ممکن است به اصل مقاربت رضایت داده باشد، اما هیچ رضایتی نسبت به زندگی در وضعیت افضاء، بی‌اختیاری جسمی و فشار روانی دائمی مفروض نیست.

همچنین باید توجه داشت که لسان ادله در مورد افضاء زوجه صغیره، جلوگیری از افتادن زن در وضعیت حرجی است. همین فلسفه در مورد زوجه کبیره نیز وجود دارد؛ زیرا افضاء کبیره نیز همان حرج جسمی و روانی را ایجاد می‌کند. تفاوت سنی، ماهیت آسیب و حرج را از بین نمی‌برد. بنابراین نفی ضمان در افضاء زوجه بالغه به نحو مطلق، با منطق قاعده عسر و حرج

سازگار نیست و نیازمند بازنگری و ثبوت ضمان است، خواه به صورت دیه، خواه ارش یا دست کم مسئولیت مدنی.

پ-قاعده لاضرر

از مهم‌ترین قواعد فقهی که می‌تواند اطلاق عدم ضمان در افضای زوجه بالغ ناشی از مقاربت را از حیث مبنایی متزلزل کند، قاعده لاضرر است. براساس مفاد این قاعده، شارع حکمی را که مستلزم ضرر باشد جعل نکرده و هیچ‌کس نیز حق ندارد به دیگری ضرر برساند و حکم مستلزم ضرر نوعی یا موردی و شخصی به موجب این قاعده مرتفع می‌شود. ضرر در این قاعده هم قسم مادی و هم معنوی را دربرمی‌گیرد و درباره ضرر گفته شده سوءاستفاده از حق و رساندن ضرر به دیگری منظور است (محقق داماد، ۱۴۰۶ق، ج ۱، ص ۱۴۱). با عنایت به اینکه افضاء، ضرر معتنابهی است؛ بنا به استدلالهای فوق‌الذکر در قاعده لاضرر، بعید است شارع چنین وضعیتی را امضا کرده باشد و جبران آن را ضروری نپنداشته باشد. لذاست که در چنین وضعیتی بایستی در برداشت از ادله تردید کرد و قاعده لاضرر را به عنوان یک قید بر اطلاق یادشده وارد نمود.

البته نباید اشکال شود که ارتکاز ظلم و ضرر یارای تعارض با نص را ندارد. چرا که قید ناشی از قاعده لاضرر، در مقابل نص روایات قرار داده نمی‌شود، زیرا در نص دسته‌ای از روایات، دیه زوجه بالای نه سال منتفی دانسته شده است، و این نادیده‌گرفتنی نیست و اگر ارتکاز ظلم و ضرر، حکمی را که از نص کلام شارع (نه اطلاق یا عموم آن) به دست می‌آید ظالمانه بداند، آن نص، رادع و ابطال‌کننده ارتکاز ظلم خواهد شد. اما مدعای این مقاله ابطال نص نیست، بلکه ضرورت برداشت مقید از نص و مناقشه در اطلاق مورد ادعای مشهور است. یعنی نص است که افضاء زوجه بالغه دیه نداشته باشد، اما مقتضای دلیل از دیه مطلق ضمان را منظور نظر داشته؟ و در مقاربت، مطلق آن اعم از اینکه زوج تفریط کرده باشد را منظور نظر داشته؟ در این موارد تردید جدی وجود دارد و نص دلالتی بر شمول مطلق بر آنها ندارد، در حالی که به طور



قطع ضرر و ظلم در این موارد صادق بوده و می‌تواند مجرای قاعده لاضرر قرار گیرد. از سوی دیگر، نباید تصور کرد چون به زعم برخی، قاعده لاضرر فقط نفی حکم می‌کند، و ایجاد ضمان نمی‌کند (خوانساری، ۱۴۰۵، ج ۵، ص ۱۹۲)، پس برای مساله این مقاله کاربرد ندارد؛ چرا که قاعده لاضرر در مساله افضاء زوجه بالغه، متکفل رفع اطلاق سقوط ضمان است، و خود ضمان با قواعد عمومی مسئولیت همچون اتلاف، تسبیب و ... ثابت می‌شود. یعنی لاضرر مستقیماً اثبات دیه یا ضمان نمی‌کند، اما مانع ثبوت دیه یا ضمان را برطرف می‌کند. نکته دیگر در دفع دخل مقدر این است که ممکن است گفته شود افضاء زوجه کبیره نادر بوده، و لذا «النادر کالعدم» و این نمی‌تواند واضع یا رافع قاعده باشد. پاسخ آن است که قاعده لاضرر نسبت به نادر یا شایع بودن لا بشرط است؛ و فقط ناظر به عنوان ضرر است. بنابراین نمی‌توان با توجیه نادر بودن، حکم ضرری را امضا کرد و مجرای ثبوت ضمان را به کلی بست.

ج- حسن معاشرت

حسن معاشرت یک تکلیف شرعی و حقوقی الزام‌آور است که تخلف از آن می‌تواند منشأ مسئولیت و ضمان شود (نوبهار و حسینی، ۱۳۹۴، ص ۵۵). مبنای فقهی حسن معاشرت آیه صریح قرآن است: «وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ» (نساء، ۱۹). این آیه دستور الزام‌آور به رفتار شایسته، متعارف و غیر آسایب‌زا در روابط زناشویی می‌دهد. برخی «معروف» را به معنای رفتار عقلایی (حسن عندالعرف)، متناسب با شأن انسانی و عاری از آزار جسمی (جوارحی) و روانی (جوانحی) دانسته‌اند (علاسوند و شاهپاری، ۱۴۰۴، ص ۱۱۳). بنابراین، معاشرت مشروع، فقط تحقق رابطه جنسی نیست، بلکه کیفیت آن نیز باید در چارچوب عرف سالم و غیرضرری باشد.

افضاء نتیجه یک رفتار معمول نیست؛ بلکه حسب اقوال پزشکی (فوق‌الذکر) غالباً ناشی از شدت، بی‌احتیاطی یا فقدان رعایت ملاحظات جسمی و روانی زن است. وقتی افضاء تحقق پیدا می‌کند، عرفاً این گمان پدید می‌آید که رفتار زوج از حد «متعارف» و نیز عنوان «معروف»

خارج شده و عنوان سوء معاشرت بر آن صدق می‌کند. از این رو حسن معاشرت فقط شرط صحت زندگی مشترک نیست، بلکه شرط عدم مسئولیت نیز هست؛ یعنی زوج تا جایی مصون از ضمان است که در چارچوب معروف عمل کند. نکته مهم این است که مشهور فقها عدم ضمان افضاء زوجه بالغه را بر این مبنا قرار داده‌اند که مقاربت مأذون است. اما آیه «عاشروهن بالمعروف» دایره اذن را به کیفیت آن محدود می‌کند و اصطلاحاً دلیل «حسن معاشرت» نسبت به ادله «مأذون بودن مقاربت» حکومت دارد. بنابراین، اگر مقاربت به نحوی انجام شود که نتیجه آن نقص عضو دائمی باشد، عرفاً از قلمرو حسن معاشرت خارج شده و دیگر نمی‌توان به اتصالات تمکین و مأذون بودن مقاربت برای سقوط مطلق ضمان تمسک کرد. حسن معاشرت یک معیار کیفی برای اعمال حقوق زوجیت از جمله تمکین است و بدون آن سوءاستفاده از حق مطرح بوده و تقارن و تلازم با عنوان تعدی پیدا می‌کند و تعدی منشأ ضمان است. لذا اصل حسن معاشرت، اطلاق عدم ضمان در افضای زوجه بالغه ناشی از مقاربت را محدود می‌کند. یعنی نمی‌توان گفت هر افضایی که در اثر مقاربت با زوجه بالغه رخ دهد، بلا ضمان است؛ بلکه فقط در صورتی می‌توان از سقوط ضمان سخن گفت که مقاربت در حد متعارف، با رعایت مقدمات و لوازم آن انجام شده باشد و افضاء به طور تصادفی و بدون هیچ‌گونه بی‌احتیاطی رخ داده باشد.

د- بررسی لوازم اذن

در فقه امامیه، اذن شارع یا اذن شخص، تنها ناظر به خود فعل مأذون است، نه هر اثری که ممکن است از آن پدید آید. فقها تصریح کرده‌اند که اگر فعل، مجاز باشد ولی انجام آن به نحو غیرمتعارف یا همراه با افراط و تفریط و بی‌احتیاطی صورت گیرد و منتهی به ضرر شود، اذن شامل آن نتیجه ضرری نمی‌شود. به بیان دیگر، اذن همیشه محدود به لوازم متعارف است، نه مطلق. برای تقریب به ذهن، از مواردی که فقها تصریح کرده‌اند می‌توان یاد کرد. طبیب مأذون است که بیمار را معالجه کند، اما اگر در اثر بی‌احتیاطی، شدت عمل یا روش غیرمتعارف عضوی

را تلف کند، ضامن است، چون اذن در طبابت، اذن در ائتلاف عضو نیست، آنچنان که اذن در تأدیب (فرزند، شاگرد یا زوجه)، اذن در ایذاء فاحش نیست و منافاتی با ضمان ناشی از ضرب ندارد (عاملی، بی تا، ج ۱۰، ص ۲۷۱). در همه این موارد، اصل فعل مشروع است، ولی نتیجه زیان بار، خارج از قلمرو اذن قرار دارد.

همین منطق دقیقاً در مسئله افضاء جاری است. قاعده «اذن در شی اذن در لوازم شی است»، جز به مقاربت متعارف، همراه با رعایت سلامت و کرامت زن دلالت ندارد، و افضاء از لوازم متعارف مقاربت نیست، بلکه یک نتیجه استثنایی، شدید و زیان بار است. ملاک شمول اذن، «تبعیت عرفی اثر از فعل» است، لذا اگر اثر نادر، خطرناک و غیرقابل انتظار باشد، اذن شامل آن نمی شود. اصولاً نباید میان اذن ابتدایی و اذن تفسیری بعد از وقوع نتیجه خلط کرد. زن بالغ به مقاربت رضایت می دهد، اما این رضایت ناظر به بهره مندی طبیعی و متعارف است، نه به تحمل نقص عضو دائمی. بنابراین حتی از حیث اذن شخصی زوجه نیز، اذن به مقاربت، اذن به افضاء محسوب نمی شود. این همان منطقی است که در فقه در باب جراحات رضایی پذیرفته شده است؛ مثلاً رضایت به ورزش، رضایت به صدمه و نقص عضو نیست. لذا مقتضای این قاعده آن است که گفته شود عدم ضمان فقط در صورتی قابل پذیرش است که افضاء نتیجه یک رفتار کاملاً متعارف، محتاطانه و در چارچوب معروف باشد و هیچ قرینه ای بر افراط، خشونت یا بی مبالاتی وجود نداشته باشد. اما اگر افضاء تحقق پیدا کند، عرفاً نشانه خروج فعل از محدوده اذن است و عنوان تعدی و تفریط بر آن صدق می کند و به تبع آن، ضمان نیز ثابت می شود.

ه- اصول مقدمات حکمت و بیان شارع

در اصول فقه گفته می شود که برای تمسک به اطلاق یک دلیل، باید مقدمات حکمت تمام باشد. یعنی اولاً شارع در مقام بیان تمام قیود و اجزاء و شرایط حکم باشد، ثانیاً قرینه ای بر تقیید وجود نداشته باشد، ثالثاً امکان تقیید وجود داشته باشد (خویی، ۱۴۱۷ق، ج ۵، ص ۳۴۷-).

۳۷۰). براین اساس بایستی قدر متیقنی که ذهن را از اطلاق منصرف کند وجود نداشته باشد، و سکوت شارع کاشف از اراده اطلاق باشد نه ناشی از جهات دیگر. اگر هر یک از این مقدمات مخدوش شود، اطلاق شکل نمی‌گیرد و نمی‌توان به آن تمسک کرد. با عنایت به اینکه اطلاق را برخی از جهتی به افرادی و احوالی تقسیم کرده‌اند (فائزی و جهرمی، ۱۴۰۱ق، ص ۷۶) در مساله حاضر درباره هر دو نوع اطلاقها استدلالهای مشترکی می‌توان در مقام مناقشه مطرح نمود. یعنی مقاربت با زوجه مآذون است اما نه در همه احوال (بیماری، نآمادگی روحی و جسمی زوجه، توأم با خشونت، و ...) و نه همه افراد زوجه (زوجه بیمار، زوجه تازه بالغ، زوجه نحیف و ...)، و ضمان افضاء زوجه بالغه ساقط است اما نه در همه احوال و افراد. از طرفی احراز اینکه کلام شارع مثبت قید هست یا نه گاه با تمرکز بر لفظ است و گاه با مذاقه در مقام، که نتیجه اولی اطلاق لفظی و نتیجه دومی اطلاق مقامی است. در اطلاق مقامی بایستی از مجموع خطابات دیگر شارع کشف نمود که کلام حاضر مطلق است یا مقید، ولو اینکه در این کلام بدان اشاره نشده باشد (صدر، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص ۱۰۴).

در مساله افضاء، فقهای مشهور "اطلاق" عدم ضمان افضای زوجه کبیره را بیشتر از سکوت روایات و یا تعلیل به مآذون بودن وطی استفاده کرده‌اند، و این اطلاق را به نص منتسب نکرده‌اند، کما اینکه فقهای متعدد دیگری بر این مشی حکم نداده‌اند. لذا از منظر مقدمات حکمت، مقتضی مناقشه است که آیا این عدم التقیید در مقام بیان همه فروض بوده است یا خیز؟. حق این است که روایات باب افضاء، در مقام بیان حمایت ویژه از زوجه صغیره‌اند، نه در مقام تفصیل همه حالات افضاء به اعتبار شرایط. شارع در این مقام می‌خواهد بگوید اگر با نابالغ نزدیکی شد و افضاء رخ داد، آثار سنگین مالی و حمایتی بر زوج بار می‌شود. تمرکز بیان روی صغر سن و فقدان اهلیت است، نه روی تحلیل همه اقسام افضاء. بنابراین شارع در اینجا در مقام بیان اطلاق نسبت به عنوان «زوجه کبیره» نیست. وقتی مقام بیان تمام قیود و فروض وجود نداشته باشد، به تصریح اصولیین، اطلاق منعقد نمی‌شود. پس سکوت شارع نسبت به همه حالات افضاء زوجه کبیره در یک سری روایت خاص، دلیل نفی ضمان نیست.



نکته دوم در الزامات ثابت بودن مقدمات حکمت، انتفاء وجود قدر متیقن در مقام مخاطب است (آخوند خراسانی، بی تا، ص ۲۴۷). در باب افضاء، قدر متیقن مورد نظر شارع، فرض غیرمتعارف و پرخطر نزدیکی با صغیره است؛ جایی که عرفاً ظلم و تعدی روشن است. ذهن مخاطب در زمان صدور روایت متوجه این مورد است، نه فرض افضاء زوجه بالغه. وقتی قدر متیقن وجود دارد، اطلاق نسبت به مازاد منعقد نمی شود. بنابراین حتی اگر عبارتی هم مطلق به نظر برسد، به سبب وجود قدر متیقن، قابل سرایت به همه فروض، از جمله افضای کبیره با شرایط خاص، نیست. چه اینکه درباره شرایط و احوال زمان گفتگوی معصوم با سوال کننده، نیک می دانیم که تزویج صغیره در میان اعراب رایج بوده است (جلالی لیقوان و میرسپاه، ۱۳۹۷، ص ۳۲) و حتی برخی نویسندگان این عرف را برای آن دوران تمجید کرده اند (گوستاولوبون، ۱۳۵۴، ص ۵۱۷) ولی هم اکنون در عصر حاضر این امر کاملاً استثنایی است.

نکته دیگر در الزامات اطلاق گیری از کلام این است که در نظر بداریم، انصراف اطلاق به افراد متعارف و معهود آن موضوع است، نه فرد غیرمتعارف (حلی (علامه)، ۱۴۱۴ق، ج ۴، ص ۳۷۹). مقاربت مأذون نیز منصرف به مقاربت متعارف و غیرآسیب زا است. افضاء کبیره یک نتیجه شاذ، و نوعاً حاصل مقاربت غیرمتعارف است. پس از منظر انصراف نیز، اطلاق عدم ضمان شامل افضاء کبیره در مقاربت های توأم با تفریط نمی شود.

بر اساس موازین اصول فقه که در توصیف اطلاق مقامی گفته شد، اطلاق وقتی حجت است که با قواعد قطعی دیگر معارض نباشد. اگر اطلاقی نتیجه اش مخالفت با قواعد مسلمی مانند لاضرر، منع ایذاء، حسن معاشرت و قاعده اتلاف و... باشد، اطلاق یا اساساً منعقد نمی شود یا باید تقیید شود. در بحث ما، اگر گفته شود شارع اطلاقاً عدم ضمان را در افضای کبیره پذیرفته است، نتیجه آن تحمیل ضرر فاحش و نقص عضو بدون جبران است. چنین نتیجه ای با مذاق شارع در حفظ نفس و بدن و با قواعد دیگر ناسازگار است. همین ناسازگاری قرینه لُبّی بر عدم اراده اطلاق است و یکی از ارکان مقدمات حکمت را از بین می برد. ضمناً شارع وقتی در مقام جعل حکم است، مفاصد و مصالح مهم را لحاظ می کند. لذا بعید است شارع در مورد زوجه

کبیره، آسیب بسیار سنگینی مثل افضاء را کاملاً بلاجبران رها کند. این عدم تناسب عرفی، اماره - ای عقلایی است بر اینکه شارع اساساً در مقام بیان نفی مطلق ضمان از زوجه بالغه نبوده و سکوت او نباید به اطلاق حمل شود. در اصول فقه، به این نوع قرینه، که ضرورت‌های عقلی و مناسبات عرفی و ... را در دلالت‌گیری از کلام ملحوظ می‌کند «قرینه لَبَّیْه» گفته می‌شود که مانع انعقاد اطلاق است (بحرانی، ۱۴۲۶ق، ج ۲، ص ۳۸۰).

بر این اساس، دیدگاه انتقادی می‌تواند چنین بازسازی شود که سکوت شارع نسبت به احوالات مختلف در افضای کبیره، نفی ضمان را اثبات نمی‌کند، بلکه صرفاً نشان می‌دهد حکم آن به قواعد عام ضمان مانند اتلاف، تسبیب، لاضرر، منع ایذاء و حسن معاشرت واگذار شده است. پس از منظر مقدمات حکمت و مقام بیان شارع، اطلاق عدم ضمان در افضای زوجه بالغ نه تنها اثبات نمی‌شود، بلکه باید به نفع تقیید حکم و مسئولیت زوج تفسیر شود.

و- قاعده عدالت

برخی نویسندگان «عدالت» را به طور مسلم یک قاعده فقهی می‌دانند در پژوهش‌های خود با استقراء ناقصه، دست‌کم هشتاد حکم فقهی و دکتربین حقوقی یافته‌اند که با تمسک به قاعده عدالت صادر شده است (اصغری، ۱۳۸۸، ص ۱). به طور کلی عدل معیار سنجش دین است و نه دین معیار شناسایی عدل، و عدالت در سلسله علل احکام است و نه معلول آنها (مطهری، ۱۴۰۹ق، ص ۱۴) و لذا تمام برداشت‌های فقهی فقها بایستی با آن سنجیده و ارزش‌گذاری شود (مهریزی، ۱۳۷۹، ص ۱۲۱) و هنگامی که امر بر فقیه مشتبه شود بایستی عدالت را با تکیه بر عقل در آن فقره بررسی نمود (شمس‌الدین، ۱۳۷۵، ص ۱۱۶). لذا با بررسی احکام فقهی متعدد می‌توان گفت، عدالت چنین قابلیت‌ای دارد که مطلقاً را مقید کند و مقیدی را مطلق کند و گستره حکم برآمده از ادله لفظی را مضیق یا موسع نماید (اصغری، ۱۳۸۸، ص ۴).

با عنایت به توضیحات فوق، نظر مشهور فقها در باب سقوط ضمان بابت افضاء زوجه بالغه که به نحو مطلق ذکر شده است، در کنار نظرات مخالف یا مقید بعضی فقها در این باب، مجرای

قاعده عدالت و داوری عقل با سنجه عدالت را در کشف واقع مفتوح می‌کند. برای مثال چگونه می‌توان درباره زوجه‌ای که به تازگی از بلوغ سنی برخوردار شده حکم به سقوط مطلق ضمان ناشی از افضاء داد و در عین حال آن را عادلانه شمرد؟ چگونه می‌توان با ملحوظ قرار دادن «عدالت»، مقاربت مقارن و ملازم با تفریط از سوی زوج را که محمل صدق عدوان یا تقصیر است، موثر در حکم ضمان ناشی از افضاء زوجه تلقی نکرد؟ لذا بایستی عدالت را در این موضوع به عنوان قرینه متصل عقلی قلمداد کرده و اطلاق حکم سقوط ضمان در افضاء زوجه بالغه را تقيید نمود.

نتیجه‌گیری

نگرش به مسائل و موضوعات فقهی، تابعی از مولفه‌های روزآمد در هر زمانه است. پژوهش حاضر با الهام از یافته‌های نوین پزشکی، و با هدف بازاندیشی در مبانی فقهی نظر مشهور و نیز نقد اطلاق حکم عدم ضمان در افضاء ناشی از مقاربت با زوجه بالغه انجام شد. یافته‌های این مطالعه نشان می‌دهد که دیدگاه مشهور فقها مبنی بر سقوط مطلق ضمان اعم از دیه در این مورد، با چالش‌های اصولی و عقلایی به شرح ذیل مواجه است:

۱- با تکیه بر مبانی اصولی، برخی روایات باب افضاء در مقام بیان حکم (حمایتی) درباره زوجه صغیره‌اند و سکوت آن‌ها نسبت ضمان افضاء زوجه بالغه و یا در روایات دیگر سکوت نسبت به شرایط سقوط ضمان در افضاء زوجه بالغه، به دلیل وجود قدر متقین در تخاطب و انصراف ادله به مقاربت متعارف، قابل اطلاق‌گیری نیست.

۲- روایت سکونی (دال بر ضمان ارش) و روایت غیاث بن ابراهیم (دال بر ضمان هر عیب)، امکان اثبات دست کم ضمان ارش را برای زوجه بالغه فراهم می‌کنند.

۳- قواعد فقهی حاکم همچون لاضرر، لاجرح، منع ایذاء، حسن معاشرت، و عدالت، اطلاق عدم ضمان را به مثابه قرینه منفصل لفظی و قرینه متصل عقلی محدود می‌کنند، زیرا افضاء مصداق ضرر فاحش و حرج دائمی و اماره‌ای بر فرض عدوان و ظلم است.

۴- اذن در مقاربت متعارف، هرگز به معنای اذن در ایراد نقص عضو دائمی نیست.

۵- افضاء نتیجه مقاربت غیرمتعارف و فاقد پیش نیازهای فیزیولوژیک است و تحقق آن نشان دهنده نوعی تفریط یا تقصیر زوج می باشد. این امر در کنار حجیت ظن در موضوعات بدین معناست که با وجود پیش بینی مخاطرات، تفریط زوج در مقاربت نمی تواند فاقد ضمان باشد.

پیشنهاد می شود قانون گذار در بازنگری ماده ۶۶۰ قانون مجازات اسلامی که مبتنی بر نظر مشهور فقهاست، ضمن حفظ حکم مربوط به زوجه صغیره، نسبت به زوجه بالغه رویکردی تفصیلی اتخاذ کند و با الهام از آرای فقهایی که میان مقاربت همراه با تفریط و غیر آن فرق گذاشته اند و نیز با استناد به روایت سکونی که امکان محاسبه ارش را فراهم می کند، ضمان زوج را در فرض افضاء زوجه بالغه دست کم به عنوان یک اصل و فرض قضایی به رسمیت بشناسد و صرفاً افضاء کاملاً تصادفی و بدون تقصیر، از ضمان معاف گردد. این امر نه تنها مغایرتی با شرع ندارد، بلکه با عدالت و کرامت انسانی و نیز یافته های پزشکی معاصر هماهنگی بیشتری دارد. چنین بازنگری می تواند گامی مؤثر در جهت حمایت از حقوق زنان و پیشگیری از خشونت های پنهان در خانواده باشد.



منابع و مآخذ

- (۱) قرآن کریم
- (۲) ابن بابویه، محمد علی، کاشف الاستار (ترجمه جامع الاخبار)، ترجمه محمدرضا خویدکی، تهران: اسلامیه، ۱۳۸۸.
- (۳) ابن زهره، السید حمزه، غنیة النزوع، قم: مؤسسة الامام الصادق علیه السلام، بی تا
- (۴) اشتها ردی، علی پناه، مدارک العروه، تهران: دارالاسوه، ۱۴۱۷ق
- (۵) اشتها ردی، علی پناه، مدارک العروه، قم: دار الاسوة للطباعة و النشر، ۱۴۱۷ق
- (۶) اصغری، سید محمد، عدالت به مثابه قاعده فقهی و حقوقی، مطالعات حقوق خصوصی، دوره ۳۹، شماره ۱، ۱۳۸۸، صص ۱-۲۱
- (۷) انصاری، شیخ مرتضی، الحاشیة علی استصحاب القوانين، قم: المؤتمر العالمي بمناسبة الذكری المئویة الثانية لمیلاد الشیخ الأعظم الأنصاری، چاپ سوم، ۱۴۱۵ق
- (۸) آخوند خراسانی، محمد کاظم، کفایة الأصول، قم: مؤسسة آل البيت علیهم السلام لإحياء التراث، بی تا
- (۹) آقابابایی بنی، اسماعیل، فتاوی معیار در قانونگذاری کیفری، گفتمان حقوق اسلامی معاصر، سال دوم، شماره چهارم، پاییز و زمستان ۱۴۰۳، صص ۸-۲۹
- (۱۰) بحرانی، محمد صنفور، المعجم الأصولی، قامشلی (سوریه): منشورات نقش، ۱۴۲۶ق
- (۱۱) بنی هاشمی خمینی، سید محمد حسین، محشی توضیح المسائل، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۴ق
- (۱۲) بهجت، محمد تقی، جامع المسائل، قم: بی نا، بی تا
- (۱۳) جعفری لنگرودی، محمد باقر، عناصر شناسی، تهران: گنج دانش، ۱۳۸۲
- (۱۴) جلالی لیقوان، رضا، میرسپاه، اکبر، بازپژوهشی در سنّ عایشه هنگام ازدواج با پیامبر صلی الله علیه و آله و سلم، تاریخ اسلام در آیین پژوهش سال پانزدهم پاییز و زمستان ۱۳۹۷ شماره ۲ (پیاپی ۴۵)، صص ۲۵-۳۸
- (۱۵) حاجی ده آبادی، محمد علی، هاشمی، سید حسن، گرجی زاده، مهران، بررسی قاعده

ممنوعیت ایذاء مسلمان و کاربردهای آن در حقوق کیفری، مطالعات علوم اسلامی انسانی، سال دهم، شماره ۳۹، ۱۴۰۳، صص ۱-۱۵

(۱۶) حرعاملی، محمدبن الحسن، وسائل الشیعة، قم: مؤسسة آل البيت عليه السلام لإحياء التراث، بی تا

(۱۷) الحلبي، ابوالصلاح، الكافي في الفقه، اصفهان: مكتبة الإمام أمير المؤمنين عليه السلام، ۱۴۰۳ق

(۱۸) حلی (علامه)، حسن بن یوسف، تبصره المتعلمین، تهران: موسسه طبع و نشر وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۴۱۱ق

(۱۹) حلی (علامه)، حسن بن یوسف، تذکره الفقهاء، قم: مؤسسة آل البيت عليه السلام، ۱۴۱۴ق

(۲۰) حلی (علامه)، حسن بن یوسف، مختلف الشیعه، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ق

(۲۱) حلی (فخرالمحققین)، محمدبن حسن، ایضاح الفوائد، قم: اسماعیلیان، ۱۳۸۷ق

(۲۲) حلی (محقق)، نجم الدین، شرایع الاسلام، قم: اسماعیلیان، ۱۴۰۸ق

(۲۳) حلی، یحیی بن سعید، نزهه الناظر، بی جا: بی نا، بی تا

(۲۴) خادمی کوشا، محمدعلی، درخشان دوست، عسکر، الگوی جامع موضوع شناسی

فقهی در مسائل مستحدثه، فقه، سال ۳۱، شماره ۱ (پیاپی ۱۱۷)، بهار ۱۴۰۳

(۲۵) خوانساری، سیداحمد، جامع المدارك، تهران: مكتبة الصدوق، ۱۴۰۵ق

(۲۶) خویی، سیدابوالقاسم، المحاضرات فی اصول الفقه، قم: دارالهادی، ۱۴۱۷ق

(۲۷) خویی، سیدابوالقاسم، موسوعه الامام خویی، بی جا: بی نا، بی تا

(۲۸) رضائی، مهدی و آبدار، شیرین. (۱۳۹۶). خشونت جنسی در خانواده: یک پژوهش کیفی. پژوهش نامه زنان، ۸ (۱۹)، ۳۵-۵۹.

(۲۹) زراعت، عباس، شرح مختصر قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، چاپ چهارم، تهران: ققنوس، ۱۳۹۴

(۳۰) سبحانی، جعفر، الموجز في أصول الفقه، قم: مؤسسة الإمام الصادق عليه السلام، ۱۴۲۹ق

(۳۱) سبزواری، سید عبدالاعلی، مهذب الاحکام، قم: دفتر آیت الله سبزواری، ۱۴۱۳ق

(۳۲) شمس الدین، محمد مهدی، علم اصول ابراز یا هدف، مجله فقه اهل بیت، شماره ۸،

۱۳۷۵، صص ۱۰۲-۱۱۷

- ۳۳ شهیدثانی، زین الدین، الروضه البهیة، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۱۲ق
- ۳۴ شهیدثانی، زین الدین، مسالك الافهام، قم: موسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۳ق
- ۳۵ صاحب ریاض، سیدعلی، الشرح الصغير في شرح مختصر النافع، قم: کتابخانه آیت الله مرعشی، ۱۴۰۹ق
- ۳۶ صاحب ریاض، سیدعلی، ریاض المسائل، قم: موسسه آل البيت، ۱۴۱۸ق
- ۳۷ صدر، سیدمحمدباقر، بحوث فی علم الاصول، تقرير سيد محمود هاشمی شاهرودی، قم: موسسه دائره المعارف الاسلامی، ۱۴۱۷ق
- ۳۸ صدوق، محمد بن علی، المقنع، بی جا: مؤسسة الإمام الهادي عليه السلام، ۱۴۱۵ق
- ۳۹ صدوق، محمد بن علی، من لا يحضره الفقيه، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ق
- ۴۰ طباطبایی حکیم، سیدمحسن، مستمسک العروه الوثقی، قم: دارالتفسیر، ۱۴۱۶ق
- ۴۱ عاملی، سیدجواد بن محمد، مفتاح الکرامه، بی جا: بی نا، بی تا
- ۴۲ علاسوند، فربیا و شاهیار، زهرا، بررسی ادله فقهی قاعده بودن معاشرت به معروف، نشریه فقه، شماره ۱۲۱، ۱۴۰۴.
- ۴۳ فاضل لنکرانی، محمد، تفصیل الشریعه (الديات)، قم: مرکز فقهی ائمه اطهار عليهم السلام، ۱۴۱۸ق
- ۴۴ فاضل هندی، بهاء الدین محمد، کشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، قم: مؤسسة النشر الاسلامي، بی تا
- ۴۵ فائزی، محمد، سبوی جهرمی، سعید، نقدی بر تلقی مشهور از اطلاق مقامی و بیان مقدمات حکمت در آن، فقه و اجتهاد، سال نهم، پاییز و زمستان ۱۴۰۱، شماره ۱۸، صص ۷۳-۹۶
- ۴۶ کلینی، محمد بن یعقوب، الکافی، تهران: دارالکتب الإسلامیه، ۱۴۰۷ق
- ۴۷ گلپایگانی، سیدمحمد رضا، مجمع المسائل، قم: دارلقرآن الکریم، ۱۴۰۹ق
- ۴۸ گوستاولوبون، تاریخ تمدن اسلام و غرب، ترجمه سیدهاشم حسینی، تهران: اسلامیه،



۱۳۵۴.

(۴۹) مجلسی، محمدباقر، کتاب حدود و قصاص و دیات، قم: موسسه نشر آثار اسلامی، بی تا

(۵۰) مجلسی، محمدباقر، مرآه العقول، تهران: دارالکتب الاسلامیه، ۱۴۰۴ق

(۵۱) محقق داماد، سیدمصطفی، قواعد فقه، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ دوازدهم،

۱۴۰۶ق

(۵۲) مصطفوی، سیدمحمدکاظم، القواعد الفقهیه، قم: مؤسسه النشر الإسلامی، ۱۴۲۱ق

(۵۳) مطهری، مرتضی، مبانی اقتصاد اسلامی، تهران: حکمت، ۱۴۰۹ق

(۵۴) مکارم شیرازی، ناصر، القواعد الفقهیه، قم: مدرسه الامام علی بن ابی طالب (علیه السلام)، ۱۳۷۰

(۵۵) مهریزی، مهدی، فقه پژوهی، تهران: ارشاد، ۱۳۷۹

(۵۶) میرزای قمی، ابوالقاسم، جامع الشتات فی أجوبة السؤالات، تهران: کیهان، ۱۴۱۳ق

(۵۷) نجفی، جواهرالکلام، بیروت: داراحیاء التراث العربی، چاپ هفتم، بی تا

(۵۸) نراقی، مولی احمد، عوائد الایام، (نرم افزار جامع فقه اهل بیت (علیهم السلام) موسسه نور)، بی جا:

بی تا، بی نا

(۵۹) نوبهار، رحیم، حسینی، سیده ام البنین، قاعده «لزوم معاشرت به معروف» در روابط زن و

شوهر، خانواده پژوهی، ۱۱(۱)، ۱۳۹۴، ۵۳-۷۲.

60) Faubion SS, Shuster LT, Bharucha AE. Recognition and management of nonrelaxing pelvic floor dysfunction. Mayo Clin Proc. 2012;87(2): 187-193

61) Gold, Joann & Shrimanker, Physiology, Vaginal, National Library of Medicine, National Center for Biotechnology Information, 2023.

62) Hill, Ashley & Taylor, Chantel, Dyspareunia in Woman, American Family Physician Journal, Vol 103, NO 10, 2021.

63) Shiragur, S. S., Patil, A., Gudadinni, M. R., Patil, V. L., Biradar, A., & Patil, P. (2021). Vaginal injuries following consensual sexual intercourse and trauma: A case series. International Journal of Anatomy, Radiology and Surgery, 10(2), SS01-SS02. <https://doi.org/10.7860/IJARS/2021/47042:2617>



Comparative Study of the Transformation of the Concept of Wife's Maintenance in Light of Customary and Economic Changes in Imami Jurisprudence and Western Law

Moghbelinasab, Neda¹

Safa, Mohammadali²

Afzali, Rouhollah³

Abstract

The maintenance of a wife (nafaqah) is one of the most important mechanisms of economic support for women within the family law system and holds a significant position in Imami jurisprudence and Iranian law. However, the customary and economic transformations of contemporary societies have raised questions regarding the scope, elements, and function of this institution. The present study aims to examine the transformation of the concept and components of wife's maintenance in light of customary and economic changes and to compare it with the approaches adopted in certain Western legal systems. This research employs a descriptive-analytical method with a comparative approach, examining the sources of Imami jurisprudence, statutory laws, and Western legal perspectives. The findings indicate that Imami jurisprudence, by relying on the role of custom, the social status of the wife, and the financial capacity of the husband, provides a flexible framework for determining the scope and amount of maintenance. Within this framework, maintenance is not limited to traditional items and can expand in accordance with social and economic developments. In contrast, in many Western legal systems, maintenance is generally discussed in the form of "spousal maintenance" or "alimony," typically in connection with divorce, serving primarily a compensatory function aimed at preventing economic imbalance following the dissolution of marriage. The comparative findings suggest that both systems demonstrate adaptability in response to social transformations; however, the principal difference lies in their legal foundations. In Imami jurisprudence, maintenance constitutes a continuing obligation within the structure of marriage, whereas in Western law it is often considered a protective and frequently temporary mechanism.

Keywords: Wife's maintenance, Custom, Imami jurisprudence, Spousal maintenance, Alimony, Comparative family law

1 . PhD student, Department of Jurisprudence and Law, Jiroft Branch, Islamic Azad University, Jiroft, Iran

2 . Assistant Professor, Department of Jurisprudence and Law, Jiroft Branch, Islamic Azad University, Jiroft, Iran.

3 . Assistant Professor, Department of Jurisprudence and Law, Jiroft Branch, Islamic Azad University, Jiroft, Iran.

دراسة مقارنة لتطور مفهوم نفقة الزوجة في ضوء التطورات العرفية والاقتصادية في الفقه الإمامي والقانون الغربي

ندى مقبلي نسب^۱

محمدعلي صفا (المؤلف المسؤول)^۲

روح الله أفضلي^۳

الملخص

تُعَدُّ نفقة الزوجة إحدى أهم آليات الدعم الاقتصادي للمرأة في نظام قانون الأسرة، وتحظى بمكانة بارزة في الفقه الإمامي والقانون الإيراني. بيد أن التطورات العرفية والاقتصادية في المجتمعات المعاصرة أثارت تساؤلات حول حدود هذه المؤسسة ومصاديقها ووظيفتها. ويهدف هذا البحث إلى دراسة تطور مفهوم النفقة ومصاديقها في ضوء المتغيرات العرفية والاقتصادية، ومقارنتها مع نهج بعض النظم القانونية الغربية. ويعتمد البحث على المنهج الوصفي-التحليلي والمقارن، مستعرضاً المصادر الفقهية الإمامية، والقوانين الوضعية، والرؤى القانونية الغربية. وتُظهر النتائج أن الفقه الإمامي، بالاستناد إلى دور العرف، والمكانة الاجتماعية للمرأة، والقدرة المالية للزوج، قد وقَّع إطاراً مرناً لتحديد مصاديق النفقة ومقدارها. ففي هذا الإطار، لا تقتصر النفقة على الحالات التقليدية، بل هي قابلة للتطور تبعاً للتغيرات الاجتماعية والاقتصادية. وفي المقابل، في العديد من النظم القانونية الغربية، تُطرح النفقة غالباً في صيغة «نفقة زوجية» أو «إعانة زوجية» وترتبط بالطلاق، وتؤدي وظيفة تعويضية لتفادي الاختلال الاقتصادي بعد انحلال الزواج. وتشير نتائج الدراسة المقارنة إلى أن كلا النظامين يتبنى نهجاً متطوراً تجاه التغيرات الاجتماعية، لكن الاختلاف الجوهرى يكمن في الأساس القانوني لكل منهما؛ ففي الفقه الإمامي، النفقة التزام مستمر في هيكل الأسرة، بينما في القانون الغربي تُعتبر غالباً آلية دعمية ومؤقتة في الغالب.

الكلمات المفتاحية: نفقة الزوجة، العرف، الفقه الإمامي، النفقة الزوجية، إعانة الزوج، قانون الأسرة المقارن.

۱. طالبة دكتوراه، قسم الفقه والقانون، فرع جيرفت، جامعة آزاد الإسلامية، جيرفت، إيران.

البريد الإلكتروني: Moghbelinasab.neda@iau.ac.ir

۲. أستاذ مساعد، قسم الفقه والقانون، فرع جيرفت، جامعة آزاد الإسلامية، جيرفت، إيران.

البريد الإلكتروني: mohammadalisafa@chmail.ir

۳. أستاذ مساعد، قسم الفقه والقانون، فرع جيرفت، جامعة آزاد الإسلامية، جيرفت، إيران.

البريد الإلكتروني: afzaligorooh@yahoo.com