

نقد فقهی ماده ۱۰۵۰ و ۱۰۵۱ و ۱۰۵۴ قانون مدنی با رویکردی بر

آراء امام خمینی

سجاد صالحی^{۱*}، رامین پورسعید^۲، زهرا وطنی^۳

چکیده

ماده ۱۰۵۰ و ۱۰۵۱ ق.م. دلالت دارد که ازدواج با زنان معتده به شرط وجود علم به حکم و موضوع یا حصول مباشرت موجب حرمت ابدی است؛ درمقابل، مطابق مفهوم وصف مادهی ۱۰۵۴ ق.م. زنا با معتدهی غیررجعیه موجب حرمت ابدی نیست. این موضوع سبب شده است که گمان شود ازدواج با زنان معتدهی غیررجعیه مجازاتی (ایجاد حرمت ابدی بین زن و مرد) دارد که زنا با آن زنان ندارد و این تفاوت توجیه ناپذیر می نماید. این پژوهش آراء فقیهان و ادلهی فقهی مواد مذکور را با هدف بررسی توجیه پذیری یا توجیه ناپذیری تفاوت فوق، به صورت توصیفی - تحلیلی بررسی شده و به این رسیده است که برخلاف مفاد ماده ۱۰۵۴ و نظر مشهور فقیهان زنا با زنان معتده، برخلاف ازدواج با آنها، موجب حرمت ابدی نیست. این مقاله درصدد توجیه تفاوت مذکور برآمده است به این صورت که حرمت ابدی مجازاتی است که به دلیل ارتکاب برخی افعال بر اشخاص تحمیل می شود: در ازدواج عالمانه با معتده، حيله گری اشخاص - که عمل نامشروع خود را در لباس قانون درآورده اند - موجب حرمت ابدی است در حالی که حيله گری زناکننده با معتده دور از ذهن است؛ در ازدواج جاهلانیه با معتده که منتهی به مباشرت شده است، تقصیر اشخاص (عدم تفحص و احتیاط) موجب حرمت ابدی است و حکمت وضع آن جبران فقدان مسئولیت کیفری است در حالی که زناکننده با معتده مسئولیت کیفری دارد و سزای اعمال خود را در قالب حدود الهی می بیند.

۱ - دانشجوی دکتری، پژوهشکده امام خمینی و انقلاب اسلامی، تهران، ایران. (نویسنده مسئول) رایانامه:

ss.salehi1996@gmail.com

۲ - استادیار، دانشکده حقوق، پیام نور کرج، البرز، ایران

۳ - استادیار، پژوهشکده امام خمینی و انقلاب اسلامی، تهران، ایران

Jurisprudential criticism of articles 1050, 1501, and 1054 of the Civil Code of Barivkazdi based on the opinions of Imam Khomeini

Abstract

article 1050 and 1051 BC. It means that marriage with religious women is eternal sanctity, provided there is knowledge or obtaining guardianship; On the other hand, according to the definition of the article of 1054 B.C. Adultery with a non-Religious believer does not lead to eternal sanctity. This is the reason why it is thought that marriage with non-regressive women has a punishment (creating eternal sanctity between a man and a woman) while adultery with those women does not result in such a punishment, and therefore, there is an unjustifiable difference between the above articles. has it. In this research, the opinions of jurists and the jurisprudential evidences of the mentioned materials were criticized in a descriptive-analytical manner with the aim of investigating whether the above difference is justifiable or not. And finally, it became clear that adultery with religious women, unlike marriage with them, does not lead to eternal sanctity, and the appearance of Article 1054 is according to the popular opinion and contrary to the correct opinion. In addition, it was found that the difference between the two mentioned issues is completely logical; Because eternal sanctity is a punishment that is imposed on individuals due to the commission of certain acts: in a scholarly marriage with an unbeliever, the trickery of individuals - who have disguised their illegal act in the clothes of the law - causes eternal sanctity, while An adulterer is not a sly, sly, or forgery person; In an ignorant marriage with an adulterer that has led to custody, the fault of the parties (lack of investigation and caution) is the cause of eternal sanctity, and the wisdom of its placement is to compensate for the lack of criminal responsibility, while the adulterer with an adulterer has criminal responsibility and is punished for his actions. He sees himself in the form of divine limits.

Keywords: marriage, Imam Khomeini, adultery, iddeh, article 1050, article 1051, article 1054,

قانون مدنی موانع نکاح را به تبعیت از فقه امامیه مطرح کرده (مواد ۱۰۴۵ تا ۱۰۶۱) و تنها ازدواج با زنانی را صحیح دانسته است که هیچ‌یک از موانع ازدواج در آنها وجود نداشته باشد (ماده ۱۰۳۴). ماده‌ی ۱۰۵۰ و ۱۰۵۱ قانون مدنی، تاهل و عده را از موانع ازدواج دانسته و مقرر کرده‌اند: ازدواج با زنان متاهل و معتده باطل است و اگر مردی زنی را با علم به حکم (حرمت نکاح) و موضوع (وجود علقه‌ی زوجیت یا در عده بودن زن) برای خود عقد کند، میان آنها حرمت ابدی ایجاد می‌شود. همچنین اگر علم به حکم و موضوع یا یکی از آنها نداشته باشد و با زن ازدواج کند و مباشرت جنسی خاص محقق شود، زن و مرد برای همیشه بر یک‌دیگر حرام می‌شوند. ماده ۱۰۵۴ قانون مدنی با ذکر دو مانع دیگر مقرر کرده است: «زنا با زن شوهردار یا زنی که در عده رجعیه است، موجب حرمت ابدی است». مفهوم وصف این ماده دلالت دارد که زنا با زنانی که در عده‌ای غیر از عده رجعیه هستند (عده‌ی وطی به شبهه، طلاق بائن، فسخ، وفات، متعه و انفساخ) حرمت ابدی در پی ندارد.

برخی حقوق‌دانان ادعا کرده‌اند که سه ماده‌ی پیش‌گفته، حاوی تفاوتی توجیه‌ناپذیرند؛ زیرا مطابق ماده ۱۰۵۰ و ۱۰۵۱ ق.م. ازدواج با زنانی که در عده‌ای غیر از عده‌ی طلاق رجعی هستند، تحت شرایطی می‌تواند موجب حرمت ابدی شود اما بنابر مفهوم مخالف ماده‌ی ۱۰۵۴ ق.م. زنا با این زنان در هیچ صورتی موجب حرمت ابدی نیست؛ پس به نظر می‌رسد که قانون‌گذار، به تبعیت از شارع، در ازدواج با این زنان سخت‌گیری بیشتری – به نسبت زنا با آنها – کرده و مجازات ازدواج با این زنان شدیدتر از زنا با آنها است (کاتوزیان، ۱۳۷۵: ۹۳). این ادعا موجب شده است که بعضی نویسندگان تصور کنند مفهوم مخالف ماده ۱۰۵۴ «حجیت ندارد!» (بیات؛ بیات ۱۳۹۹: ۷۳۹).

در خصوص مواد فوق، پژوهش‌های محدودی انجام شده است. مثلاً بازپژوهی مستندات حکم فقهی حرمت ابدی در زنا با زن متاهل و معتده رجعیه، به مسأله‌ی زنا با زنان شوهردار پرداخته، اما نقد تفاوت مورد نظر کاتوزیان و نقد فقهی سه ماده مورد بحث، از نگاه نویسندگان مغفول مانده است. لذا اثبات فرضیه‌ی پژوهش مبنی بر بطلان ادعای توجیه‌ناپذیری مواد فوق و نقد فقهی آن مواد، اقتضا دارد که تحقیق مستقلی در مبنای و ادله فقهی این مواد و آراء فقیهان در خصوص آنها صورت گرفته، به این سوال پاسخ داده شود که تفاوت موجود در مواد فوق (که

مورد نظر کاتوزیان بوده)، مبتنی بر حکمتی پذیرفتنی و توجیه‌پذیر است یا همانطور که کاتوزیان نوشته، بدون توجیه است و باید مورد تجدیدنظر و اصلاح قرار بگیرد.

در این راستا پس از تعریف مفاهیم پژوهش، ابتدا مبانی فقهی ماده ۱۰۵۰ و ۱۰۵۱ قانون مدنی، فقط در مورد حرمت ابدی حاصل از ازدواج با زنان معتده، و پس از آن مبانی فقهی ماده ۱۰۵۴ قانون مدنی، بررسی، تحلیل و نقد شده است.

۱- واژه شناسی

۱-۱- نکاح

نکاح در لغت به معنای بضع و بهره‌ی جنسی (فراهیدی ۱۴۱۰ ج ۳: ۶۳)، عقد ازدواج (صاحب بن عباد ۱۴۱۴ ج ۲: ۳۸۲)، آمیزش (حمیری، ۱۴۲۰ ج ۱۰: ۶۷۴۸)، النقاء (نجفی، ۱۴۰۴ ج ۲۹: ۵) و اختلاط (فیومی، بی تا ج ۲: ۶۲۴) آمده و در اصطلاح فقها عقدی است که فایده‌اش حلال شدن استمتاع مرد از زنی است که مانعی برای ازدواج با او وجود ندارد (سعدی، ۱۴۰۸: ۳۶۰) برخی نیز نکاح را به این صورت تعریف کرده‌اند: «عقدی است که توسط زوجین یا نماینده قانونی آن‌ها شکل گرفته و در سایه آن زوجیت و تمام آثار آن از جمله ثبوت مهریه، نفقه، حق تمکین، ارث و حرمت مصاهره بر آن مترتب می‌شود» (دانش پور ۱۳۹۵: ۶۳).

۱-۲- عده

عده در لغت به معنای به شماره درآوردن (فراهیدی، ۱۴۱۰: ج ۱: ۷۹) و ایام قرء زن آمده است (جوهری، ۱۴۱۰: ج ۲: ۵۰۶) و تعریف فقهی آن - که اولین بار توسط شهید ثانی مطرح شده است - چنین است: «عده اسم است برای مدت زمان معینی که زن به جهت پاک شدن رحمش و یا به جهت تعبد شرعی یا به جهت ایجاد فرصتی برای پشیمانی شوهر انتظار می‌کشد» (شهید ثانی ۱۴۱۳: ج ۹: ۲۱۳) برخی نیز گفته‌اند: خودداری‌ای است که زن هنگام ازاله نکاح یا حوادثی مثل آن، ملزم به رعایت آن است (سعدی ۱۴۰۸: ۲۴۳). عده در قانون مدنی به تبعیت از فقه شیعه دارای انواعی است (رک صفایی؛ امامی ۱۳۹۶: ۱۱۵): عده رجعی؛ عده بائن؛ این عده منحصر در زنان یائسه، صغیره، غیر مدخوله، زنی که سه طلاقه شده، زنی که به خلع و مبارات طلاق گرفته در حالی که هنوز به عوش رجوع نکرده است می‌باشد؛ عده وفات؛ عده فسخ؛ عده نزدیکی به شبهه یا اکراه؛ عده بذل یا انقضا مدت.

۳-۱- زنا

زنا: در لغت به معنای بغی و سرکشی (جوهری ۱۴۱۰ ج ۶: ۲۳۶۹) و در اصطلاح فقها عبارت است از اینکه مرد بدون عقد و درحالی که حرمت [آمیزش] فعلیت یافته است، ذکرش را داخل فرج زن کند (مشکینی بی تا: ۲۸۸).

۴-۱- حرمت ابدی

«حرام» در لغت به معنای ممنوع بودن از چیزی است (راغب اصفهانی ۱۴۱۲: ۲۲۹) و «ابد» به معنای دائمی و همیشگی است. (ابن منظور ۱۴۱۴ ج ۳: ۶۸). حرمت ابدی در اصطلاح فقها به این معناست که زن و مرد برای همیشه بر یکدیگر حرام هستند و هیچگاه نمی‌توانند با یکدیگر ازدواج کنند (جمعی از پژوهشگران زیر نظر شاهرودی ۱۴۲۶ ج ۳: ۲۹۱).

۲- مبانی فقهی ماده ۱۰۵۰ و ۱۰۵۱ قانون مدنی

فقه‌های شیعه معتقدند ازدواج با زنی که در هر یک از اقسام عده به سر می‌برد اگر همراه با علم به حکم و موضوع باشد یا میان زن و مرد مباشرت جنسی خاص صورت بگیرد موجب حرمت ابدی آن‌ها بر همدیگر می‌شود (شیخ طوسی ۱۴۰۷ ج ۴: ۳۲۱؛ نجفی ۱۴۰۴ ج ۲۹: ۴۳۰؛ مکارم شیرازی ۱۴۲۵ ج ۲: ۳۳۰) امام خمینی در این باره نوشته است: اگر با زنی که در عده‌ی مرد دیگری قرار دارد ازدواج کند و هر دو نسبت به حکم و موضوع آگاه باشند یعنی بدانند که زن در دوران عده است و همچنین آگاهی داشته باشند که عقد نکاح در دوران عده باطل است، یا حتی یکی از آن‌ها نسبت به حکم و موضوع آگاهی داشته باشد، ازدواج آن دو باطل است و این زن و مرد، هیچ زمانی نمی‌توانند با یکدیگر ازدواج کنند چه مباشرت جنسی خاص محقق شده باشد و چه محقق نشده باشد و اگر مرد و زن نسبت به حکم و موضوع ناآگاه باشند یا حداقل نسبت به یکی از حکم و موضوع آگاهی نداشته باشند و با یکدیگر مباشرت جنسی نمایند، هرچند که مباشرت از ناحیه دبر باشد، همین حکم جریان دارد. اما اگر مباشرت جنسی نکرده باشند، هرچند ازدواج آن‌ها باطل است اما مرد بعد از سپری شدن مدت عده‌ی زن، حق دارد با او ازدواج کند. (موسوی خمینی ۱۳۸۴: ۷۲۹).

فقه‌های امامیه این نظر را از روایات و اجماع استنباط کرده‌اند. هرچند برخی از نویسندگان (محقق داماد ۱۳۷۶: ۱۰۵) آیه تعزیم (و لاتعزموا عقد النکاح حتی يبلغ الكتاب اجله: بقره / ۲۳۵) را نیز در شمار ادله‌ی ایجاد حرمت ابدی مطرح کرده‌اند اما هیچ آیه‌ای از قرآن دلالت بر حرمت ابدی ندارد و آیه مذکور فقط دلالت بر اثبات بطلان

عقد دارد و هیچ‌گونه ارتباطی با مساله‌ی ایجاد حرمت ابدی ندارد. تفصیل ادله‌ی مساله‌ی ایجاد حرمت ابدی توسط ازدواج با زنان معتده (موضوع ماده ۱۰۵۰ و ۱۰۵۱ قانون مدنی) از قرار ذیل است:

۲-۱- روایات

در رابطه‌ی ایجاد حرمت ابدی در ازدواج مذکور روایات متعددی وجود دارد که با توجه به نوع اطلاق و تقیید موجود در هریک از آنها، می‌توان مجموع آنها را به پنج دسته تقسیم کرد:

۲-۱-۱- اخبار مثبت حرمت ابدی به نحو مطلق

اخبار متعددی موجود است که اگر مرد و زن در مدتی که زن در عده به سر می‌برد اقدام به انعقاد عقد نکاح نمایند، میان آنها حرمت ابدی ایجاد می‌شود مثلاً روایت معتبر محمد بن مسلم که نقل کرده است: از امام صادق در مورد وضعیت مردی سوال کردم که با زنی ازدواج کرده که در دوران عده به سر می‌برده است، امام صادق پاسخ داد: «میان آنها جدایی و فاصله ایجاد می‌شود و آن زن هیچ‌زمانی بر آن مرد حلال نمی‌شود» (اشعری قمی ۱۴۰۸: ۱۰۸).

هرسه راوی که در سند این روایت قرار گرفته‌اند مورد اعتماد هستند: عبدالله بن بحر در اسناد تفسیر علی بن ابراهیم ذکر شده می‌توان به روایتش اعتماد کرد (موسوی خویی ۱۴۱۸: ۳۲، ص ۱۶۸) و حریز بن عبد الله سجستانی و محمد بن مسلم نیز توثیق خاص دارند (حلی ۱۳۸۳: ص ۱۰۲؛ کشی ۱۴۰۹: ص ۱۳۵). از این رو روایت فوق مورد اعتماد است و از حیث سندی خدشه‌ای بر آن وارد نیست.

در روایت مذکور حکم به ایجاد حرمت ابدی و حکم به جدایی انداختن میان زن و مرد مقید به هیچ‌گونه قیدی نیست و قرینه و نشانه‌ای نیز در روایت دیده نمی‌شود که مانع فراگیری روایت شود پس باید پذیرفت که این حدیث شامل تمامی حالات قابل تصور می‌شود اعم از اینکه زن و مرد آگاهی به حکم و موضوع داشته باشند یا نداشته باشند و اعم از اینکه میان آنها رابطه جنسی خاص محقق شده یا نشده باشد.

۲-۱-۲- اخبار نافی حرمت ابدی به نحو مطلق

روایت دیگر آن است که علی بن جعفر، برادر امام موسی کاظم، نقل کرده است: از امام موسی (ع) درباره زنی پرسیدم که پیش از سپری شدن عده، خود را به نکاح دیگری درآورده است، امام پاسخ داد: «میان آن زن و آن مرد فاصله انداخته می‌شود و آن مرد به منزله‌ی یکی از خواستگاران آن زن است [و بعد از گذشت عده می‌تواند دوباره با آن زن ازدواج کند]» (حر عاملی ۱۴۰۹ ج ۲۰: ۴۵۶).

این روایت «هر چند در کتاب قرب الاسناد وارد شده و در کتاب علی بن جعفر که دست مرحوم مجلسی بوده و اسناد و روات آن ناشناخته‌اند، در آنجا هم وارد شده، ولی در مثل کتاب کافی که روایات علی بن جعفر را از طریق عمرکی نقل می‌کند، این روایت نقل نشده است. لذا چون احتمال می‌دهیم و بلکه احتمال قوی می‌دهیم که نسخ کتاب علی بن جعفر متعدد بوده، لذا، اصل ثبوت فی الجمله کتاب به طرق صحیح، برای اینکه روایتی را که در یکی از نسخه‌ها آمده تصحیح کنیم، کفایت نمی‌کند» (شبییری زنجانی ۱۴۱۳ ج ۵: ۱۷۵۰) و از حیث سند قابل اعتماد نیست.

گذشته از ضعف سندی موجود در این روایت، نکته‌ی قابل توجه دیگر در این روایت این است که در این روایت قرائنی دیده می‌شود که نشان می‌دهد این حدیث در مقام بیان حکم حالتی است که زن و مرد علم به موضوع و حکم نداشته‌اند و میان آن‌ها رابطه‌ی جنسی خاص هم محقق نشده است: اولین قرینه این است که امام کاظم (ع) دستور نداده است که زن بابت مباشرت ناشی از ازدواج با مرد مورد سوال (مردی که در دوران عده با او ازدواج کرده است) عده نگه‌دارد، در صورتی که اگر میان آن زن و مرد مباشرتی صورت گرفته بود امام به زن امر می‌کرد که بابت مباشرت با این مرد عده نگه‌دارد. دومین قرینه نیز این است که غالب ازدواج‌هایی که در دوران عده زنان صورت می‌گیرد ناشی از جهل طرفین به حکم یا موضوع است لذا این احتمال قوی وجود دارد که این روایت اختصاص به مورد غالب داشته باشد و لذا باید بر همان مورد حمل شود.

۳-۱-۲- اخبار مثبت حرمت ابدی در فرض وجود آگاهی

در برخی از اخبار ایجاد حرمت ابدی منوط به آگاهی به حکم و موضوع شده است. مطابق این دسته از اخبار اگر زن و مرد نسبت به حکم و موضوع یا یکی از آن‌ها آگاهی نداشته باشند حرمت ابدی ایجاد نمی‌شود. زراره و داود بن سرحان گفته‌اند: امام صادق فرمود: «اگر مرد با علم و آگاهی با زنی در دورانی که در عده به سر می‌برد ازدواج کند، آن زن هیچ‌زمانی بر آن مرد حلال نمی‌شود» (کلینی ۱۴۰۷ ج ۵: ۴۲۶).

۴-۱-۲- اخبار مثبت حرمت ابدی به شرط حصول مباشرت جنسی خاص

مطابق برخی از اخبار، ملاک ایجاد حرمت ابدی تحقق رابطه‌ی جنسی خاص است؛ به این صورت که اگر چنین رابطه‌ای محقق شده باشد بر یکدیگر حرام ابدی می‌شوند و در غیر این صورت بر یکدیگر حرام ابدی نمی‌شوند. حماد حلبی در روایت صحیحی گفته است از امام صادق درباره زن بارداری سوال پرسیدم که شوهرش در گذشته است و آن زن [بعد از گذشت مدت کوتاهی از فوت] فرزندی به دنیا آورده است و قبل از اینکه چهار

ماه و ده روز به پایان برسد ازدواج کرده است، امام در پاسخ فرمود: «اگر با او مباشرت جنسی شده است باید آن‌ها را از هم جدا کرد و آن زن در هیچ زمانی بر آن مرد حلال نمی‌گردد و زن باید ادامۀ عده شوهر اول [که فوت کرده است] را سپری کند و عده دیگری نیز از مرد دوم به مقدار سه طهر رعایت کند و اگر مباشرت جنسی حاصل نشده است باید آن‌ها را از هم جدا کرد و پس از اینکه زن عده‌ی شوهر متوفی را رعایت کرد مرد دوم می‌تواند به خواستگاری او برود. (کلینی ۱۴۰۷ ج ۵: ۴۲۷).

از ظاهر عبارت امام، که فرموده‌اند: «اگر با زن مباشرت جنسی شده است... آن زن هیچ زمانی بر آن مرد حلال نمی‌شود و اگر مباشرت جنسی نشده باشد... مرد می‌تواند به خواستگاری او برود»، فهمیده می‌شود که معیار ایجاد و عدم ایجاد حرمت ابدی، حصول مباشرت جنسی خاص است. البته دستور امام به نگهداری عده از مرد دوم، بیانگر این است که زن و مرد مباشرت جنسی را در حالت ناآگاهی انجام داده‌اند زیرا مباشرت در حال علم و آگاهی به حکم و موضوع، زنا محسوب می‌شود و در زنا، عده وجود ندارد.

۵-۱-۲- روایت مثبت حرمت ابدی به شرط وجود علم و حصول مباشرت جنسی

در روایت صحیحی از حلبی حصول حرمت ابدی منوط به وجود آگاهی و انجام مباشرت جنسی شده است. در این روایت از امام صادق نقل شده است «اگر عقد نکاح زن و مردی در ایام عده منعقد شود و مباشرت جنسی هم محقق شود آن زن در هیچ زمانی بر مرد حلال نمی‌شود چه آگاه باشد و چه ناآگاه؛ و اگر مباشرت جنسی محقق نشده باشد، زن بر مرد ناآگاه حلال است و بر مرد آگاه حلال نیست» (کلینی ۱۴۰۷ ج ۵: ۴۲۶).

این روایت مبنای اصلی ماده ۱۰۵۰ و ۱۰۵۱ قانون مدنی است زیرا فقهای شیعه روایات دسته سوم و چهارم را حمل بر همین روایت کرده‌اند. آن‌ها بر این عقیده‌اند که دو عنصر موجب ایجاد حرمت ابدی می‌شود: یکی (علم به حکم و موضوع) در روایات دسته‌ی سوم و دیگری (حصول مباشرت جنسی) در روایات دسته چهارم ذکر شده است و این دو عنصر با هم تعارضی ندارند و می‌توان گفت حرمت ابدی زمانی ایجاد می‌شود که یکی از دو عنصر محقق شده باشد و این همان مفاد روایت دسته‌ی پنجم است. ضمناً روایات دسته اول و دوم که مطلق هستند با روایات دسته‌ی سوم و چهارم و پنجم که مقید هستند، تقیید می‌شوند و به عبارت دیگر مطلق حمل بر مقید می‌شود (مکارم شیرازی ۱۴۲۵ ج ۲: ۳۳۲-۳۳۶).

۲-۲- اجماع

بسیاری از فقهای شیعه مساله ایجاد حرمت در اثر ازدواج با زنان معتده را اجماعی دانسته‌اند و در کنار روایات به اجماع نیز استناد کرده‌اند (شیخ طوسی ۱۴۰۷: ج ۴، ص ۳۲۱؛ نجفی ۱۴۰۴: ج ۲۹، ص ۴۳۰) البته شایان ذکر است که این اجماع از اعتبار برخوردار نیست زیرا در کنار اخبار قرار گرفته است و مدرکی محسوب می‌شود.

۳- مبانی فقهی ماده ۱۰۵۴ قانون مدنی

نویسندگان قانون مدنی حکم مساله‌ی ازدواج در دوران عده را بدون کوچکترین تغییری از فقه امامیه گرفته و در مواد ۱۰۵۰ و ۱۰۵۱ منعکس نموده‌اند. این حکم در فقه شیعه اجماعی و مبتنی بر چندین روایت است که حاصل جمع آن‌ها در روایت صحیحی از حماد حلبی دیده می‌شود.

تا به حال حکم ایجاد حرمت ابدی در اثر ازدواج با زنان معتده که موضوع ماده ۱۰۵۰ و ۱۰۵۱ قانون مدنی است، مورد بررسی قرار گرفت و مشخص شد که ماده ۱۰۵۰ و ۱۰۵۱ قانون مدنی مبتنی بر روایات و از حیث فقهی صحیح هستند. هم اکنون به مبانی فقهی ماده ۱۰۵۴ قانون مدنی پرداخته می‌شود تا توجیه‌پذیری یا غیرقابل توجیه بودن تفاوت ماده ۱۰۵۰ و ۱۰۵۱ با ماده ۱۰۵۴ روشن گردد.

۳-۱- مبانی فقهی مساله زنا با زن متاهل

قانون مدنی در ماده ۱۰۵۴ مقرر داشته: «زنا با زن شوهردار... موجب حرمت ابدی است». بسیاری از فقهای شیعه نیز زنا با زنان متاهل را موجب حرمت ابدی دانسته‌اند: شیخ مفید نوشته است: «هر کس با زن متاهل زنا کند، ازدواج دوباره با این زن [پس از انحلال ازدواج قبلی، برای او] صحیح نیست... و این زن هرگز بر آن مرد حلال نمی‌شود» (شیخ مفید ۱۴۱۳: ب: ۵۰۱) همو در کتاب العویص در پاسخ به سوالی درباره‌ی حرمت زن بر مرد نوشته است: «ممکن است مرد و زن متاهل زنا کرده باشند، که در صورت آن زن هیچ‌زمانی بر آن مرد حلال نمی‌گردد.» (شیخ مفید ۱۴۱۳: ا: ۲۴)؛ شیخ طوسی نیز چنین زنایی را موجب حرمت ابدی زن و مرد دانسته است (شیخ طوسی ۱۴۰۰: ۴۵۲) امام خمینی نیز با این نظر موافقت کرده است و عقیده دارد: کسی که با زن متاهلی - چه در نکاح دائم باشد و چه در نکاح موقت باشد- زنا کند برای همیشه بر یکدیگر حرام می‌شوند و ازدواج کردن با این زن بعد از انحلال نکاح نیز صحیح نیست (موسوی خمینی ۱۳۸۴: ۷۲۸) برخی دیگر از فقها زنا با زنان متاهل را موجب حرمت ابدی ندانسته‌اند؛ از جمله: محقق حلی توقف کرده و حکم نداده است (محقق حلی ۱۴۰۸: ج ۲: ۲۳۶)؛ سبزواری نیز حرمت ابدی را نپذیرفته و به صراحت اعلام کرده است که فتوی به حرمت ابدی، مخالف عموم روایات است (محقق سبزواری ۱۴۲۳: ج ۲: ۱۴۴).

نویسندگان قانون مدنی ماده‌ی ۱۰۵۴ را از دسته‌ی اول فقها گرفته‌اند. ادله‌ی این دسته از فقها در ذیل مطرح و مورد نقد قرار گرفته است:

۱-۱-۳- کلام فقه الرضا

قبل از ذکر دلیل باید به این نکته‌ی مهم اشاره شود که در حدیثی بودن کتاب فقه الرضا اختلاف است و امکان دارد که این کتاب، کتاب فقهی یکی از فقها باشد (در ادامه به این مساله خواهیم پرداخت) اما از آنجا که فقهایی از جمله یوسف بحرانی و سید علی طباطبایی، فقه‌الرضا را کتاب حدیث دانسته و با گزاره‌های آن، معامله‌ی روایت کرده و در موضوع بحث نیز، به این کتاب، تمسک نموده‌اند (بحرانی ۱۴۰۵ ج ۲۳: ۵۷۵؛ طباطبایی حائری، ۱۴۱۸: ۴۲۶/۱۱)، ما هم فقه الرضا را ذیل عنوان اخبار مطرح کرده‌ایم.

در کتاب فقه‌الرضا دو بار از مساله‌ی زنا با زنان متاهل سخن به میان آمده است: یک بار درباره‌ی تعداد زنانی که حرام ابدی هستند گفته شده است: «هر کس با زن متاهلی... زنا کند، آن زن در هیچ زمانی بر آن مرد حلال نمی‌گردد» (منسوب به امام رضا ۱۴۰۶: ۲۴۳)؛ بار دیگر ذیل مسائل «زنا و لواط»، مساله‌ی زنا با زنان متاهل مطرح و نوشته شده است: «هرکس با زنی که متاهل است زنا کند - چه اینکه مرد شرایط احصان داشته باشد و چه نداشته باشد - سپس شوهر آن زن او را طلاق دهد یا اینکه شوهر زن فوت کند و زن زنده باشد و آن مردی که قبلاً با آن زن زنا کرده است قصد ازدواج با او را داشته باشد، آن زن به هیچ وجه بر آن مرد حلال نمی‌شود و روز قیامت به شوهر آن زن گفته می‌شود: از حسنات زانی هرچه می‌خواهی بردار» (منسوب به امام رضا ۱۴۰۶: ۲۷۸). گزاره‌های موجود در فقه الرضا نه تنها ظهور در ایجاد حرمت ابدی دارند بلکه نص صریح‌اند و جای هیچ اشکالی در آنها نیست، اما اساس روایی بودن کتاب فقه‌الرضا مورد تردید است و به راحتی نمی‌توان انتساب آن به امام رضا را پذیرفت؛ زیرا با استدلال و شواهد و قرائن زیاد و غیر قابل انکار، فقهی بودن این کتاب ثابت شده و به طور قطعی می‌توان گفت که یا توسط یکی از فقها نوشته شده یا شخصی فتاوی یکی از فقها را جمع‌آوری کرده است. بخشی از استدلال‌ها و شواهد و قرائن دال بر فقهی بودن این کتاب از قرار ذیل است:

الف: اگر این کتاب توسط امام رضا تالیف شده بود امام رضا یا ائمه بعد از او در روایات خود به آن اشاره می‌کردند؛ باور نکردنی است که چنین کتابی با این میزان اهمیت در روایات مورد اشاره قرار نگرفته و تا زمان مجلسی مخفی مانده باشد.

ب: در این کتاب عبارت‌هایی وجود دارد که بیشتر مورد استفاده فقها قرار می‌گیرد و ائمه از آن عبارت‌ها استفاده نمی‌کرده‌اند؛ مثل عبارت «قال بعض الفقهاء» که مکرراً در این کتاب ذکر شده است (مکارم شیرازی ۱۴۲۴ ج ۴: ۵۲).

ج: بعضی از عبارت‌های این کتاب حتی در شأن یک فقیه نیست چه رسد به امام معصوم. مثلاً در این کتاب از عبارت «جعلنی الله من السوء فداک» استفاده شده (موسوی خویی، بی تا: ۱۶/۱) که معادل فارسی آن «درد و بلات به جانم» است.

د: شیخ صدوق در تمام آثارش هیچ گونه اشاره‌ای به این کتاب نکرده است و حتی در عیون اخبار رضا هم - که اخبار امام رضا و مشتبهات منسوب به او را نقل کرده است - هیچ نامی از این کتاب نبرده است (شیری زنجانی ۱۴۱۳ ج ۲۰: ۶۳۶۵).

۲-۱-۳- اخبار مورد ادعای سید مرتضی

سید مرتضی در الانتصار پس از آنکه قول به حرمت ابدی را به عنوان انفرادات شیعه و مجمع علیه طائفه معرفی کرده است نوشته است: «و به تحقیق که از طریق شیعه... اخبار معروفی وارد شده است» (سید مرتضی ۱۴۱۵: ۲۶۲).

۳-۱-۳- روایت مورد ادعای سید علی طباطبائی

سید علی طباطبائی در این مساله به روایت نامعلومی که از طریق نامعلومی به دست او رسیده است اشاره کرده و چنین نوشته است: «از یکی از فقهای متاخر نقل شده که او در روایتی دیده است که هرکس با زن متاهل یا معتده رجعیه زنا کند، آن زن بر آن مرد حرام می‌شود و هیچ‌گاه نیز بر یکدیگر حلال نمی‌شوند.» (طباطبائی حائری ۱۴۱۸ ج ۱۱: ۲۲۸).

این روایت نامعلوم که سندی نامعلوم دارد در هیچ کدام از منابع حدیثی یافت نشد و همانطور که ذیل ادعای سید مرتضی درباره‌ی وجود روایت متذکر شدیم هیچ روایتی درباره‌ی حصول حرمت ابدی توسط زنا با زنان متاهل وجود ندارد.

۴-۱-۳- قیاس اولویت

برخی از فقها به دنبال این بوده‌اند که از طریق قیاس اولویت مساله زنا با زنان متاهل به نسبت مساله‌ی ازدواج با زنان متاهل، ایجاد حرمت ابدی توسط زنا با زنان متاهل را اثبات کنند. قیاس اولویت به دو صورت مطرح شده است:

برخی گفته‌اند از آنجا که صرف انعقاد آگاهانه عقد نکاح با زنان متاهل حتی بدون تحقق مباشرت جنسی خاص موجب حرمت ابدی است پس به طریق اولی باید زنا با زنان متاهل نیز موجب حرمت ابدی باشد زیرا در زنا با زنان متاهل، علاوه بر اینکه آگاهی به حکم و موضوع وجود دارد، مباشرت جنسی محقق شده است ولی در ازدواج آگاهانه با زنان متاهل ممکن است صرفاً آگاهی وجود داشته باشد و این ازدواج هیچ‌گاه منتهی به مباشرت جنسی نشود. (طباطبائی حائری ۱۴۱۸ ج ۱۱: ۲۲۸).

برخی دیگر از فقها از منظر دیگری به مساله ازدواج با زنان متاهل نگاه کرده و نوشته‌اند: اگر ازدواج مرد با زن متاهل جاهلانه باشد و مباشرت جنسی محقق شود، زن و مرد مرتکب گناه نشده‌اند و مباشرت آن‌ها مشمول عنوان وطی به شبهه است نه زنا؛ اما شارع همین عمل را هم موجب حرمت ابدی قرار داده است حال چگونه می‌توان پذیرفت که وطی به شبهه موجب حرمت ابدی شده باشد ولی زنا بدون مواخذه بماند و موجب حرمت ابدی نشود؟ برای حل این مشکل باید گفت اگر ازدواج ناآگاهانه و وطی به شبهه‌ی ناشی از آن موجب حرمت ابدی می‌شود، به طریق اولی زنا با زنان متاهل موجب حرمت ابدی است زیرا علاوه بر مباشرت جنسی، آگاهی نیز وجود داشته است (نجفی ۱۴۰۴ ج ۲۹: ۴۴۶).

از آنجا که این قیاس‌های اولویت ظنی هستند و اولویت آن‌ها محرز و مسلم نیست، غیر قابل پذیرش‌اند؛ زیرا بعد از پذیرش توقیفی بودن احکام و تعبدی بودن ملاک آن‌ها نمی‌توان آن‌ها را با یکدیگر قیاس کرد و همواره این احتمال قوی وجود دارد که ازدواج با زنان متاهل دارای ویژگی و مشخصه‌ای باشد که موجب حرمت ابدی است و آن ویژگی در زنا با زنان متاهل وجود ندارد و به همین سبب زنا با زنان متاهل موجب حرمت ابدی نشده است (موسوی خویی ۱۴۱۸ ج ۳۲: ۲۲۹).

در پاسخ به نگاه اولی که در قیاس اولویت مطرح شد می‌توان چنین گفت که در ازدواج آگاهانه با زنان متاهل قصد خدعه، عوام‌فریبی و ظاهرسازی وجود دارد. شخصی که قصد دارد با زن متاهلی رابطه برقرار کند در حالی که می‌داند آن زن متاهل است (علم به موضوع) و آگاه است که ارتباط با زنان متاهل از نظر اخلاقی منفور و از نظر شرعی و قانونی نامشروع است (علم به حکم)، برای قانونی جلوه دادن عمل خویش و پوشاندن قبح کردار

خویش، حيله گرانه به انعقاد عقد ازدواجی پناه می برد که به خوبی می داند باطل و غیر موثر است اما او انگیزه‌ای دیگر از انعقاد این نکاح صوری دارد و می خواهد با لباس فقه و قانون به جنگ شریعت و اخلاق حسنه برود و به خاطر همین انگیزه‌ی شوم حيله گرانه، شارع و به تبعیت او قانونگذار، تصمیم به مجازات گرفته و آن زن و مرد را برای همیشه بر یکدیگر حرام می کند اما از آنجا که در زنا با زنان متاهل چنین انگیزه‌ای وجود ندارد و شخص خاطی برای پوشاندن خطای خود، فقه و قانون را دستاویز خود قرار نداده است شارع و قانونگذار نیز حکم به حرمت ابدی نداده و اجازه داده‌اند که آن زن و مرد پس از رفع مانع با یکدیگر ازدواج کنند.

در پاسخ به فقهای که طریقه‌ی دیگری برای بیان اولویت برگزیده بودند نیز می توان چنین گفت که درست است ازدواج ناآگاهانه با زنان متاهل اگر منتهی به مباشرت جنسی گردد موجب حرمت ابد است اما زنا با زنان متاهل، که هم آگاهی در آن نهفته و هم مباشرت صورت گرفته است، موجب حرمت ابدی نیست لکن دلیل این امر می تواند این باشد که شارع و قانونگذار در پی این بوده‌اند که برای زن و مردی که عمل ناشایستی انجام داده‌اند و مسئولیت کیفری ندارند، محرومیت از حقوق اجتماعی ایجاد کنند تا اعمال آن‌ها بدون مواخذه نماند. به این بیان که اگر مردی با زنی متاهل، به دلیل ناآگاهی ازدواج کند عمل آن‌ها - هرچند ناآگاهانه بوده است - در قالب یکی از عقود قانونی و منسوب به قانون است و عدم تحقیق آن‌ها درباره‌ی متاهل یا مجرد بودن زن موجب می شود که ازدواج و مباشرت جنسی آن‌ها از نظر آحاد مردم امری مستهجن باشد که در پناه قانون بوده است و مجازات ندارد و هیچ مسئولیت کیفری متوجه مرتکبان آن نیست. همین امر موجب بدبینی و حتی انزجار جامعه نسبت به قانون و فقه می شود لذا شارع و قانونگذار تصمیم گرفته‌اند طرفین این ازدواج را که مرتکب تقصیر (کوتاهی در تفحص از وضعیت تأهل زن و رعایت نکردن احتیاط در موارد مشکوک) شده‌اند، به محرومیت از حقوق اجتماعی محکوم سازند اما در زنا با زنان متاهل از آنجا که مسئولیت کیفری وجود دارد و جامعه نتیجه‌ی قانون شکنی طرفین این ناهنجاری را در قالب شلاق یا اعدام یا... می بیند و خواسته‌ی جامعه در قالب مجازات دیده می شود و دیگر نیازی به محرومیت از حقوق اجتماعی و ایجاد حرمت ابدی نبوده است.

۵-۱-۳- اجماع

بسیاری از فقها درباره‌ی ایجاد حرمت ابدی در اثر زنا با زنان متاهل ادعای اجماع کرده‌اند. (سید مرتضی ۱۴۱۵: ۲۶۲؛ سید مرتضی ۱۴۰۵ ج ۱: ۲۳۰؛ ابن زهره ۱۴۱۷: ۳۳۸؛ حلی ۱۳۸۷ ج ۳: ۷۱؛ عاملی ۱۴۱۴ ج ۱۲: ۳۱۴؛ بحرانی ۱۴۰۵ ج ۲۳: ۵۷۹؛ انصاری ۱۴۱۵: ۴۱۹) اما با تفحص در کلمات فقها مشخص می شود که عده‌ای از

آن‌ها حکم به حرمت ابدی نداده و در مساله توقف نموده‌اند (محقق حلی ۱۴۰۸ ج ۲: ۲۳۶) یا صراحتاً با آن مخالفت ورزیده‌اند (محقق سبزواری ۱۴۲۳ ج ۲: ۱۴۴). ضمناً این اجماع نشانه‌ی اتفاق علما نیست زیرا سید مرتضی در بسیاری از مواقع ادعای اجماع کرده در حالی که مساله مورد اتفاق شیعیان نبوده و حتی در مسائلی ادعای اجماع کرده که بجز خودش کسی آن را نپذیرفته است! (موسوی خویی ۱۴۱۸ ج ۳۲: ۲۲۹) با این پیش فرض از سید مرتضی، ادعای کشف رای معصوم از اجماع‌های منقول از او پذیرفته نمی‌شود. علاوه بر اینها اجماع زمانی حجیت دارد که در کنار دلیل دیگری قرار نگرفته باشد در حالی که بسیاری از فقها و حتی خود سید مرتضی علاوه بر اجماع به روایت و قیاس اولویت نیز استدلال کرده‌اند.

با توجه به ادله‌ی مطرح شده و نقد آن‌ها، فهمیده می‌شود که حکم به ایجاد حرمت ابدی توسط زنا با زنان متاهل مبنای صحیح شرعی ندارد در حالی که نظریه‌ی عدم ایجاد حرمت ابدی علاوه بر اینکه با اصل حلیت موافق است و نیاز به ارائه دلیل ندارد با اطلاق برخی روایات نیز سازگار و مشمول آن روایات است (کلینی ۱۴۰۷ ج ۵: ۳۵۶).

۲-۳- مبانی فقهی مساله زنا با زن در عده‌ی رجعیه

این مساله شباهت زیادی به مساله «زنا با زن متاهل» دارد و تمامی استدلال‌ها و اشکال‌هایی که در مساله‌ی قبل مطرح کردیم دقیقاً در این مساله جریان دارد و فتاوی فقها نیز دقیقاً مثل همان مساله قبل است؛ مثلاً امام خمینی در این مساله نوشته است: اگر مردی با معتده رجعیه زنا کند، مانند زنا با زن متاهل، آن زن برای همیشه بر او حرام می‌شود. (موسوی خمینی ۱۳۸۴: ۷۲۹ و ۷۳۰). قانون مدنی نیز، که موانع نکاح را دقیقاً از فقه امامیه گرفته، همین نظر را در ماده ۱۰۵۴ منعکس کرده و مقرر داشته است: «زنا با زن شوهردار یا زنی که در عده رجعیه است موجب حرمت ابدی است.»

لازم به ذکر است که همانطور که در مساله زنا با زنان متاهل، حرمت ابدی را نپذیرفتیم در این مساله هم قائل به عدم حرمت ابدی و جواز ازدواج بعد از زنا هستیم. علاوه بر ادله پیش گفته در مساله پیشین در این مساله به قاعده «المعتده الرجعیه زوجه او بحکم زوجه» نیز استدلال می‌کنیم.

۳-۳- مبانی فقهی مساله زنا با معتده غیر رجعیه

قانون مدنی حکم این فرض را مسکوت رها کرده است و به تبعیت از فقها آن را در شمار موانع صحت عقد نکاح مطرح نکرده است. مفهوم صفت ماده‌ی ۱۰۵۴ قانون مدنی دلالت بر این دارد که زنا با زنانی که نه متاهل

و نه در عده‌ی طلاق رجعیه هستند (به عنوان مثال زنانی که در عده وفات یا طلاق بائن به سر می‌برند) موجب حرمت ابدی نیست و زانی و زانیه بعد از عده می‌توانند با یکدیگر ازدواج کنند. امام خمینی نیز همین معنا را در تحریرالوسیله مطرح کرده است (موسوی خمینی ۱۳۸۴: ۷۲۹ و ۷۳۰).

هیچ دلیلی وجود ندارد که زنا با زنانی که در عده‌ی غیر رجعیه به سر می‌برند به زنا با زن متاهل و معتده‌ی رجعیه ملحق شوند بجز قیاس اولویت که اولین بار توسط سید علی طباطبایی مطرح شد (طباطبایی حائری ۱۴۱۸ ج ۱: ۲۲۸) که همین استدلال در نوشته‌های یکی از حقوق‌دانان نیز وارد شده است (کاتوزیان، ۱۳۷۵: ۹۳) این دلیل در ادامه مطرح و نقد می‌گردد:

اولین قیاس اولویت طرح شده این است که اگر به موجب ماده ۱۰۵۰ و ۱۰۵۱ قانون مدنی، ازدواج با زنان در عده‌ی غیر رجعیه موجب حرمت ابدی است، لاجرم باید زنا با آن زنان نیز موجب حرمت ابدی باشد وگرنه میان آن مواد و مفهوم مخالف ماده ۱۰۵۴ تفاوت غیر منطقی‌ای وجود دارد که نمی‌توان آن را توجیه کرد؛ زیرا اگر ازدواج با زنانی که در عده‌ی غیر رجعیه به سر می‌برند سرکشی و تجاوز به قانون است و چنین متجاوزانی مستحق حرمت ابدی هستند پس چرا زنا با همان زنان که سرکشی بیشتری نسبت به قانون محسوب می‌شود هیچ اثری به بار نمی‌آورد؟ مگر غیر از این است که عقد نکاح، وسیله‌ای برای رسیدن به مباشرت جنسی و مقدمه‌ی آن است و شارع و قانونگذار، احکام سنگینی برای مرتکبین آن وضع کرده‌اند تا از تحقق ذی‌المقدمه (مباشرت جنسی) جلوگیری کرده باشند؟ پس چرا باید مجازات ذی‌المقدمه از مقدمه کمتر باشد؟

قیاس اولویت دوم درباره‌ی این حالت است که زن و مردی آگاهی به حکم و موضوع نداشته و در دوران عده‌ی غیر رجعیه ازدواج و سپس مباشرت جنسی کرده‌اند؛ در این فرض سبب ایجاد حرمت ابدی، مباشرت جنسی است نه سرکشی از قانون زیرا طرفین علم به قانون یا موضوع نداشته و متجاوز به قانون نبوده‌اند اما این پرسش به ذهن می‌رسد که تفاوت مباشرت زن و مرد بعد از عقد باطل با زنا چیست که اولی موجب حرمت ابدی است اما دومی عقوبتی ندارد؟ وانگهی اگر تفاوتی هم باشد، زشت‌تر و منفورتر بودن زنا است و بایسته است که مجازات زنا اشد از مجازات مباشرت بعد از عقد باطل باشد نه اینکه بدون مجازات باقی بماند!

در پاسخ به قیاس اولویت اول می‌توان پاسخ داد که مباشرت جنسی مقدمات فراوانی دارد ولی تنها عقد ازدواج موجب حرمت ابدی دانسته شده است. به عنوان مثال خواستگاری و هم‌آغوشی مقدمه‌ی مباشرت جنسی هستند اما خواستگاری از زنی که در عده‌ی غیر رجعیه است، مانند هم‌آغوشی با او، موجب حرمت ابدی نیست و این

نشان می‌دهد که علت تشریع مجازات حرمت ابدی - هرچه باشد - مقدمه بودن عقد ازدواج نیست و گرنه باید تمام مقدمات مباشرت جنسی موجب حرمت ابدی زن و مرد می‌گشت.

نکته‌ی دیگر این است که فقیه و محقق دینی باید در استنباط‌های خود مجموعه احکام و اهداف و مقاصد دین را در نظر بگیرد (حاجیان فروشانی ۱۳۹۹: ۴۹) در مسأله‌ی مورد بحث نیز توجه به مقصد و مراد شارع، حاکی از این است که در ازدواج آگاهانه با زنانی که ازدواج با آن‌ها ممنوع اعلام شده است قصد خدعه، عوام‌فریبی و ظاهرسازی وجود دارد یعنی شخصی که قصد دارد با زنی که در عده‌ای غیر از عده رجعی به سر می‌برد رابطه برقرار کند در حالی که می‌داند که آن زن در عده است (علم به موضوع) و آگاه است که ارتباط با او از نظر اخلاقی منفور و از نظر شرعی و قانونی نامشروع است (علم به حکم)، برای قانونی جلوه دادن عمل خویش و پوشاندن قبح کردار خویش، حيله‌گرانه به انعقاد عقد ازدواجی پناه می‌برد که به خوبی بطلان و بی‌اثر بودن آن را می‌داند اما او انگیزه‌ی او این است که می‌خواهد با لباس فقه و قانون به جنگ شریعت و اخلاق حسنه برود و به خاطر همین انگیزه‌ی شوم حيله‌گرانه است که شارع و قانونگذار، تصمیم به مجازات گرفته و آن‌ها را برای همیشه بر یکدیگر حرام می‌کنند اما از آنجا که در زنا با زنی که در عده‌ای غیر از عده رجعی است چنین انگیزه‌ای وجود ندارد و شخص خاطی، فقه و قانون را دستاویزی برای پوشاندن خطای خود قرار نداده است، شارع و قانونگذار نیز عمل او را موجب حرمت ابدی ندانسته و اجازه داده‌اند که آن زن و مرد پس از رفع مانع با یکدیگر ازدواج کنند.

قیاس اولویت دوم نیز صحیح نیست زیرا ازدواج ناآگاهانه با زنی که در عده‌ی غیر رجعی است اگر منتهی به مباشرت جنسی گردد موجب حرمت ابد است اما زنا با آن زنان، که هم آگاهی در آن نهفته و هم مباشرت صورت گرفته است، موجب حرمت ابدی نیست زیرا اگر مردی با زنی که در عده‌ی غیر رجعی است، به دلیل ناآگاهی ازدواج کنند عمل آن‌ها در قالب یکی از عقود قانونی و منسوب به قانون است و عدم تفحص آن‌ها درباره‌ی در عده بودن یا نبودن زن موجب می‌شود که ازدواج و مباشرت جنسی آن‌ها - هرچند به صورت ناآگاهانه بوده - از نظر آحاد مردم امر مستهجنی باشد که در پناه قانون بوده است و مجازات و مسئولیت کیفری متوجه مرتکبان آن نیست؛ در نتیجه همین امر موجب بدبینی و حتی انزجار جامعه نسبت به قانون و فقه می‌شود؛ لذا شارع و قانونگذار تصمیم گرفته‌اند طرفین این ازدواج را که مرتکب تقصیر (کوتاهی در تفحص از وضعیت عده‌ی زن و عدم رعایت احتیاط در موارد مشکوک) شده‌اند را به محرومیت از حقوق اجتماعی محکوم سازند اما در زنا با

زنانی که در عده‌ی غیر رجیعه هستند از آنجا که مسئولیت کیفری وجود دارد و جامعه نتیجه‌ی قانون‌شکنی مرتکبین این ناهنجاری را در قالب شلاق یا اعدام یا سایر مجازات‌ها می‌بیند و خواسته‌ی اجتماعی مردم پاسخ داده می‌شود دیگر نیازی به محرومیت از حقوق اجتماعی در قالب حرمت ابدی نبوده است.

۴- نتیجه‌گیری

پژوهش حاضر به تحلیل تفاوت ماده ۱۰۵۰ و ۱۰۵۱ با ماده ۱۰۵۴ ق.م. پرداخته و مبانی و مستندات فقهی مواد فوق را با نگاهی به آراء امام خمینی مورد بررسی قرار داده و به نتایج زیر رسیده است:

نویسندگان قانون مدنی در مسأله‌ی ازدواج با زنان معتده بدون کوچک‌ترین تغییری از آراء فقها تبعیت کرده و همان آراء را در مواد ۱۰۵۰ و ۱۰۵۱ منعکس نموده‌اند. این مسأله در فقه شیعه مبتنی بر چندین روایت است که مفاد آن‌ها در پنج دسته متعارض جای گرفته است و حاصل جمع این روایات همان مواد ۱۰۵۰ و ۱۰۵۱ است که در میان فقیهان شیعه مخالفی ندارد.

ماده‌ی ۱۰۵۴ قانون مدنی که مقرر داشته: «زنا با زنان شوهردار و زنانی که در عده‌ی رجیعه هستند موجب حرمت ابدی است» مستند به فتوای بسیاری از فقها است و امام خمینی نیز با آن موافقت کرده است اما با جستجو در کتب فقهی و روایی فهمیده می‌شود که این مسأله، مبنا و مستند فقهی قابل اعتمادی ندارد و نظر درست این است که زنا با هیچ زنی موجب حرمت ابدی نمی‌گردد؛ بنابراین پیشنهاد می‌شود که ماده ۱۰۵۴ از قانون مدنی حذف گردد.

در قوانین فعلی، با توجه به مفهوم مخالف ماده ۱۰۵۴ قانون مدنی، زنا با زنانی که در عده‌ای غیر از عده‌ی رجیعه هستند موجب حرمت ابدی نیست. هرچند ممکن است ابتداءً به نظر آید که این حکم با ماده‌ی ۱۰۵۰ و ۱۰۵۱ تفاوت غیر منطقی دارد و اگر ازدواج با این زنان موجب حرمت ابدی می‌شود به طریق اولی باید زنا با آن زنان نیز موجب حرمت ابدی باشد، اما دقت در این مواد نمایانگر این توجیه منطقی است که حرمت ابدی، نوعی مجازات و محرومیت از حقوق اجتماعی است که تنها در مواردی که زن و مرد خطا یا تقصیری انجام داده باشند بر آن‌ها تحمیل می‌شود:

در برخی از موارد، شارع و قانونگذار به سبب «حیله‌گری طرفین» آن‌ها را به محرومیت از حقوق اجتماعی به صورت حرمت ابدی ازدواج با طرف مقابل محکوم کرده‌اند. با این توضیح که قصد واقعی مرد و زنی که در عده‌ی غیر رجیعه است و با آگاهی از حکم و موضوع با یکدیگر ازدواج می‌کنند این است که از عناوین و

البسه‌ی قانونی برای پنهان کردن نیت پلید و ناپسند خود استفاده کنند تا بر اعمال قبیح خود لباسی نیکو بپوشند و از گزند اجتماع در امان باشند؛ لذا قانونگذار برای تنبیه ایشان، میان آن‌ها حرمت ابدی برقرار کرده است اما اگر مرد با زنی که در عده‌ی غیر رجعیه است زنا کند، هیچ تزویر و حيله‌گری نکرده و در نتیجه قانونگذار هم عمل آن‌ها را موجب حرمت ابدی ندانسته است.

در برخی موارد دیگر، حرمت ابدی نوعی محرومیت از حقوق اجتماعی است که شارع و قانونگذار بر شخصی تحمیل کرده‌اند که در رفتار خود مرتکب «تقصیر» شده است و در عین حالی که موجب خدشه‌دار شدن اخلاق حسنه شده است مسئولیت کیفری ندارد لذا شایسته است که عمل او بدون عکس‌العمل قانونی نماند و مجازاتی اجتماعی - که متفاوت از مجازات کیفری است - بر او تحمیل شود؛ توضیح بیشتر اینکه اگر مرد با زنی که در عده‌ی غیر رجعیه است زنا کنند، شارع و قانونگذار برای آن‌ها حدّ تعیین کرده‌اند اما اگر همان زن و مرد از سر جهل و ناآگاهی با هم ازدواج نمایند، هرچند مباشرت جنسی آن‌ها حرام و موجب حد نیست، مستهجن و خلاف اخلاق حسنه است و تقصیر آن‌ها، که درباره وضعیت زن تفحص و احتیاط کافی نکرده‌اند، موجب تحقق آن عمل شده است، لذا قانونگذار تقصیر آن‌ها را بدون واکنش گذاشته و برای آن‌ها در قالب حرمت ابدی ازدواج با طرف مقابل، محرومیت از حقوق اجتماعی تعیین کرده است.

فهرست منابع و مآخذ

- قرآن کریم
- قانون مدنی
- ابن زهره، حمزه بن علی. (۱۴۱۷) غنیة النزوع الی علمی الاصول و الفروع، قم: موسسه امام صادق علیه السلام، اول، ۱ جلد
- ابن منظور، محمد بن مکرم. (۱۴۱۴) لسان العرب، بیروت: دارالفکر للطباعة و النشر و التوزیع - دار صادر، سوم، ۱۵ جلد
- اشعری قمی، احمد بن محمد بن عیسی. (۱۴۰۸) نوادر، قم: مدرسه الامام المهدی عجل الله تعالی فرجه الشریف، اول، ۱ جلد
- انصاری، مرتضی بن محمد امین. (۱۴۱۵) کتاب النکاح، قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، اول، ۱ جلد
- بحرانی، یوسف بن احمد بن ابراهیم. (۱۴۰۵) الحدائق الناظره فی احکام العتره الطاهره، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، اول، ۲۵ جلد
- بیات، فرهاد؛ بیات، شیرین (۱۳۹۹) حقوق مدنی شرح جامع قانون مدنی، تهران: ارشد، نوزدهم، ۱ جلد
- جمعی از پژوهشگران زیر نظر شاهرودی، سید محمود هاشمی. (۱۴۲۶) فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام، قم: موسسه دایرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بین علیهم السلام، اول، ۳ جلد
- جوهری، اسماعیل بن حماد. (۱۴۱۰) الصحاح - تاج اللغة و صحاح العربیه، بیروت: دار العلم للملایین، اول، ۶ جلد
- حاجیان فروشی، زهره؛ قراملکی، علی مظهر؛ امام، سید محمدرضا (۱۳۹۹) پویایی فقه از رهگذر مقاصد شریعت با نظری بر آراء امام خمینی، تهران: پژوهشنامه متین، شماره ۸۶

- حر عاملی، محمد بن حسن. (۱۴۰۹) تفصیل وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه، قم: مؤسسه آل البیت علیهم السلام، اول، ۳۰ جلد
- حلی، حسن بن علی بن داود. (۱۳۸۳) رجال ابن داود، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱ جلد
- حلی، محمد بن حسن بن یوسف. (۱۳۸۷) ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد، قم: مؤسسه اسماعیلیان، اول، ۴ جلد
- حمیری، نشوان بن سعید. (۱۴۲۰) شمس العلوم و دواء کلام العرب من الکلوم، بیروت: دارالفکر المعاصر، اول، ۱۲ جلد
- دانش پور، افتخار؛ مروی، فهیمه (۱۳۹۵) بررسی تطبیقی شرط عدم تمکین در نکاح دائم بر مبنای فقه اسلامی با رویکردی بر آثار امام خمینی، تهران، پژوهشنامه متین، شماره ۷۳
- راغب اصفهانی، حسین بن محمد. (۱۴۱۲) مفردات الفاظ القرآن، لبنان: دارالعلم، اول، ۱ جلد
- سید مرتضی، علی بن حسین. (۱۴۰۵) رسائل الشریف المرتضی، قم: دار القرآن الکریم، اول، چهار جلد
- سید مرتضی، علی بن حسین. (۱۴۱۵) الانتصار فی انفرادات الامامیه، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، اول، ۱ جلد
- سعدی، ابوجیب. (۱۴۰۸) القاموس الفقهی لغه و اصطلاحاً، دمشق: دارالفکر، دوم، ۱ جلد
- شبیری زنجانی، سید موسی. (۱۴۱۳) کتاب نکاح، قم: مؤسسه پژوهشی رای پرداز، اول، ۲۵ جلد
- شهید ثانی، زید بن علی. (۱۴۱۳) مسالک الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام، قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه، اول، ۱۵ جلد
- شیخ طوسی، محمد بن حسن. (۱۴۰۰) النهایه فی مجرد الفقه و الفتاوی، بیروت: دار الکتب العربی، دوم، ۱ جلد

- شیخ طوسی، محمد بن حسن. (۱۴۰۷) **الخلاف**، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، اول، ۶ جلد
- شیخ مفید، محمد بن محمد بن نعمان. (۱۴۱۳) **العویص**، قم: کنگره جهانی هزاره شیخ مفید، اول، ۱ جلد
- شیخ مفید، محمد بن محمد بن نعمان. (۱۴۱۳) **المقنعه**، قم: کنگره جهانی هزاره شیخ مفید، اول، ۱ جلد
- صاحب بن عباد. (۱۴۱۴) **المحیط فی اللغة**، بیروت: عالم الكتاب، اول، ۱۰ جلد
- صفایی، سید حسین؛ امامی، اسدالله. (۱۳۹۶) **مختصر حقوق خانواده**، تهران: بنیاد حقوقی میزان، چهل و هشت، ۱ جلد
- طباطبایی حائری، سید علی بن محمد. (۱۴۱۸) **ریاض المسائل فی تحقیق الاحکام بالدلائل**، قم: موسسه آل البيت عليهم السلام، اول، ۱۶ جلد
- عاملی، علی بن حسین. (۱۴۱۴) **جامع المقاصد فی شرح القواعد**، قم: موسسه آل البيت عليهم السلام، دوم، ۱۳ جلد
- فراهیدی، خلیل بن احمد. (۱۴۱۰) **کتاب العین**، قم: نشر هجرت، دوم، ۸ جلد
- فیومی، احمد بن محمد مقرئ. (بی تا) **المصباح المنیر فی غریب الشرح الكبير للرافعی**، قم: منشورات دار الرضی، اول، ۲ جلد
- کاتوزیان، امیر ناصر. (۱۳۷۵) **دوره مقدماتی حقوق مدنی - خانواده**، تهران: موسسه نشر یلدا، اول، ۱ جلد
- کشی، محمد بن عمر بن عبدالعزیز. (۱۴۰۹) **رجال الکشی - اختیار معرفه الرجال**، مشهد: موسسه نشر دانشگاه مشهد، ۱ جلد
- کلینی، محمد بن یعقوب. (۱۴۰۷) **الکافی**، تهران: دار الکتب الاسلامیه، چهارم، ۸ جلد
- محقق حلی، جعفر بن حسن. (۱۴۰۸) **شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام**، قم: موسسه اسماعیلیان، دوم، ۴ جلد

- محقق داماد، سید مصطفی. (۱۳۷۶) بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، تهران: نشر علوم اسلامی (اندیشه‌های نو در علوم اسلامی)، ششم، ۱ جلد
- محقق سبزواری، محمد باقر بن محمد مؤمن. (۱۴۲۳) کفایه الاحکام، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، اول، ۲ جلد
- مشکینی، میرزا علی. (بی تا) مصطلحات الفقه، بی جا، ۱ جلد
- مکارم شیرازی، ناصر. (۱۴۲۴) کتاب النکاح، قم: انتشارات مدرسه الامام علی بن ابیطالب علیه السلام، اول، ۶ جلد
- مکارم شیرازی، ناصر. (۱۴۲۵) انوار الفقاهه-کتاب النکاح، قم: انتشارات مدرسه الامام علی بن ابیطالب علیه السلام، اول، ۱ جلد
- منسوب به امام رضا. (۱۴۰۶) الفقه - فقه الرضا، قم: موسسه آل البيت عليهم السلام، اول، ۱ جلد
- موسوی خمینی، روح الله. (۱۳۸۴) تحریر الوسیله، تهران: موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، اول، ۱ جلد
- موسوی خوئی، سید ابوالقاسم. (۱۴۱۸) موسوعه الامام الخوئی، قم: موسسه احیاء آثار الامام الخوئی ره، اول، ۳۳ جلد
- موسوی خویی، سید ابوالقاسم. (بی تا) مصباح الفقاهه (المکاسب)، بی جا، ۷ جلد
- نجفی، محمد حسن. (۱۴۰۴) جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، بیروت: دار احیاء التراث العربی، هفتم، ۴۳ جلد