

Journal of Fiqh and Usul

Vol. 51, No. 3, Issue 118

Autumn 2019

DOI: <https://doi.org/10.22067/jfu.v51i3.66194>



انفوسول

سال پنجاه و یکم، شماره ۳، شماره پیاپی ۱۱۸، دانشگاه الزینبی

پاییز ۱۳۹۸، ص ۷۰-۴۹

اسباب تحقق و زوال احسان در جرائم منافی عفت با رویکردی به قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲*

دکتر عبدالله بهمن پوری^۱

استادیار گروه الهیات دانشگاه یاسوج

Email: bahmanpouri10@gmail.com

دکتر قاسم نظری کله جویی

دانش آموخته دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه یاسوج

Email: ghasemnazari60@gmail.com

چکیده

در فقه امامیه در خصوص اسباب تحقق و زوال احسان و نحوه تأثیر آن در مجازات‌ها اختلاف نظر وجود دارد. اولین بحث در این زمینه، شناخت مفهوم احسان است. اینکه احسان و عنصر اصلی تحقق آن چیست، از اهم مسائل در فقه جزایی در باب جرائم منافی عفت است. فقها در تعریف احسان قیودی را به کار برده‌اند که هر یک از این قیود می‌تواند معنا و مصادیق احسان را متفاوت سازد. تفاوت‌هایی در بیان مصادیق محسن یا محصنه در کلمات فقها دیده می‌شود که به نظر می‌رسد موجب تغییر نگرش قانون‌گذار در بحث احسان در دو قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰ و ۱۳۹۲ شده است. پژوهش حاضر در پی پاسخ به این پرسش که عنصر اصلی تحقق و زوال احسان چیست؟ به روش توصیفی و تحلیل عقلانی به این نتیجه رسیده که ملاک احسان به طور کلی امکان تمتع است و برخلاف آنچه در قانون مجازات اسلامی مقرر شده است، همسر موقت نیز می‌تواند موجب تحقق احسان شود.

کلیدواژه‌ها: احسان، اسباب تحقق و زوال احسان، امکان تمتع، همسر موقت.

*. تاریخ وصول: ۱۳۹۶/۰۴/۲۷، تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۶/۱۲/۱۹.

۱. نویسنده مسئول

Causes of Realization and Disappearance of the State of Being Married in Crimes against Chastity with a View to Islamic Penal Code of 2013

Abd Allah Bahman Pouri, Ph.D., Assistant professor, Department of Theology, Yasuj University (corresponding author)

Ghasem Nazari Kolah Jouei, Ph.D. Graduate of Islamic Jurisprudence and Principles of Islamic Law, Yasuj University

Abstract

In Islamic jurisprudence, there is controversy over the causes of realization and disappearance of the state of being married and how it affects penalties. The first issue in this regard is the notion of being married. The questions what is being married and what is the essential element of its realization are among the most significant issues in the area of crimes against chastity in Islamic criminal jurisprudence. The Islamic jurists have applied constraints in defining the status of being married any of which may make the concept and examples of being married different. Some differences are observed in the statements of Islamic jurists when declaring the examples of married man or woman which appear to have led to the change of the legislator's attitude towards the status of being married in the two Islamic penal codes of 1990 and 2013. The present study intends to answer the question what is the essential element of realization and disappearance of being married. The study, through a descriptive method and rational analysis has concluded that the criterion of being married is the possibility of enjoyment and contrary to what has been stated in the Islamic penal code, temporary spouse may be a cause of being married as well.

Keywords: state of being married, causes of realization and disappearance of the status of being married, possibility of enjoyment, temporary spouse.

مقدمه

قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، در بندهای (الف و ب) از ماده ۲۲۶، شرایط تحقق احسان را چنین بیان می‌دارد:

الف- احسان مرد عبارت است از آن که دارای همسر دائمی و بالغ باشد و در حالی که بالغ و عاقل بوده، از طریق قبل با وی در حال بلوغ جماع کرده باشد و هر وقت بخواهد امکان جماع از طریق قبل را با وی داشته باشد.

ب- احسان زن عبارت است از آن که دارای همسر دائمی و بالغ باشد و در حالی که بالغ و عاقل بوده، با او از طریق قبل جماع کرده باشد و امکان جماع از طریق قبل را با شوهر داشته باشد. همین معنا از احسان در بحث لواط نیز تکرار شده است.

این در حالی است که قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ در ماده ۸۳ چنین مقرر نموده بود: «حد زنا در موارد زیر رجم است. الف- زنای مرد محصن، یعنی مردی که دارای همسر دائمی است و با او در حالی که عاقل بوده جماع کرده و هر وقت نیز بخواهد می‌تواند با او جماع کند. ب- زنای زن محصنه با مرد بالغ، زن محصنه زنی است که دارای شوهر دائمی است و شوهر در حالی که زن عاقل بوده با او جماع کرده است و امکان جماع با شوهر را نیز داشته باشد».

تفاوت‌های اساسی قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ با قانون مصوب ۱۳۷۰ در باب احسان از قرار زیر است:

- ۱- بلوغ همسر برای احسان مرد شرط شده است.
- ۲- نزدیکی از قبل شرط شده است.
- ۳- اسبابی مانند مسافرت، حبس و سفر از باب تمثیل به عنوان اسباب زوال احسان معرفی شده است. (ماده ۸۳ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ و ماده ۲۲۶ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲)
- ۴- شرط احسان برای مجازات مفعول لواط (ملوط) حذف شده است. (ماده ۲۳۴ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲)
- ۵- اذن تبدیل مجازات رجم به قاضی با لحاظ شرایطی داده شده است (ماده ۲۲۵ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲)

تفاوت‌های آشکار یاد شده دو قانون مجازات که همگی خیر از وجود اختلاف نظر فقها و نیز وجود ابهاماتی چند در تعریف قانون‌گذار از احسان، می‌دهد، نوشتار حاضر را برآن داشت به تفصیل، موضوع را بررسی نموده تا به تعریف دقیق و صحیحی از احسان دست یابیم که در مقام اجرا از سوی محاکم قضایی،

با کمترین ابهامات و مشکلات روبرو باشد. بر این اساس مقاله حاضر که مستخرج از رساله دوره دکتری است، در پی پاسخ به پرسش‌های زیر است:

اینکه شاخص‌های دقیق تشخیص و تحقق احصان چیست؟ شرایط زوال احصان برای هریک از زن و مرد کدامند؟ معنای تعبیر «امکان جماع زن» که در قانون تصریح شده است چیست؟ ملاک سفر، حبس، بیماری برای زائل کردن وصف احصان کدام است؟ و سرانجام آیا داشتن همسر موقت نیز می‌تواند موجب تحقق احصان شود؟

ذکر دو نکته ضروری است. اول این که شرایط تحقق و زوال احصان در هر دو جرم زنا و لواط یکسان است. (ماده ۲۲۶ و تبصره ۲ ماده ۲۳۴ از قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲) دوم این که برخلاف قانون مجازات اسلامی، برخی فقها احصان را در اعمال مجرمانه تفخیز، مساحقه و زنا با میت، موثر می‌دانند. (حراملی، ۱۶/۲۸ و ۱۶۶، احادیث ۳۴۶۶۷ تا ۳۴۴۷۰؛ گلپایگانی، ۵۳/۲ - ۵۷؛ حسینی روحانی، ۴۵۵/۲۵ - ۴۵۷؛ خوئی، ۲۴۵/۴۱ و ۳۰۰ - ۳۰۲).

پیشینه تحقیق

پیرامون احصان و شرایط آن علاوه بر آنچه در کتب فقهاء در مبحث حدود آمده است، به تحقیقات زیر نیز می‌توان اشاره کرد:

الف: پایان‌نامه: با بررسی صورت گرفته در خصوص احصان، پایان‌نامه‌ای با عنوان بررسی فقهی حقوقی شرایط احصان در جرم زنا در مقطع کارشناسی ارشد توسط آقای میلاد کشوری در سال ۱۳۹۳ با راهنمایی آقای روشنعلی شکاری نگاشته شده است. در این پایان‌نامه به بررسی شرایط تحقق احصان پرداخته شده است.

ب: مقالات: آقای کیومرث کلانتری مقاله‌ای با عنوان زنا محصنه و اثبات آن (۱۳۸۸) نگاشته و در آن یک پرونده مربوط به زنا محصنه را تحلیل و بررسی نموده است. هم‌چنین آقای محمد ابراهیم جناتی مقاله‌ای با عنوان بررسی مبانی فقهی رجم ثبوتاً و اثباتاً (۱۳۸۹) به رشته تحریر درآورده و در آن به بیان ادله فقها و علمایی که قائل به مشروعیت رجم شده‌اند و بیان اسباب و شرایطی که باعث حکم رجم می‌شوند و نیز بیان شرایطی که مجریان حکم باید داشته باشند پرداخته است. آقای سید مصطفی محقق داماد نیز با نوشتن مقاله رجم از دیدگاه قرآن و سنت (۱۳۸۸) به بررسی تطبیقی رجم در ادیان مختلف اقدام کرده است. آقایان محمد رضا کدخدایی و محمدرضا باقرزاده با نگاشتن مقاله بررسی حکم سنگسار از منظر فقه و حقوق بشر (۱۳۹۰) به بررسی شرایط زنا مستوجب سنگسار و شرایط اثبات آن پرداخته‌اند. آقای

پاییز ۱۳۹۸ اسباب تحقق و زوال احسان در جرائم منافی عفت با رویکردی به قانون مجازات اسلامی ۵۳

سید حسین هاشمی مقاله‌ای با عنوان قتل در فراش (۱۳۸۴) به رشته تحریر در آورده و در آن به بررسی ماده ۶۳۰ از قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵ پرداخته است. اخیراً نیز آقای دکتر عادل ساریخانی مقاله‌ای با عنوان فلسفه احسان در جرائم جنسی مستوجب حد با محوریت قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ (تابستان ۱۳۹۶) به رشته تحریر در آورده و در آن به بررسی تأثیر احسان در جرائم زنا و لواط و تفخیز و مساحقه پرداخته است.

با عنایت به تصویب قانون مجازات اسلامی در سال ۱۳۹۲ هیچ کدام از آثار فوق به ابهامات موجود در مواد ۲۲۶ و ۲۲۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ و هم چنین مبانی روایی و فقهی اسباب تحقق و زوال احسان نپرداخته‌اند. بر این اساس تحقیق حاضر از این جهت می‌تواند دارای نتایج جدید و غیر مسبوق باشد.

معنای لغوی احسان

تعبیر «احسان» در ساختارهای محصنات، محصنین، احصن، احصنت و... در آیات زیر و چند آیه دیگر از قرآن کریم بکار رفته است. یکی از این آیات، آیه شریفه ۲۴ از سوره مبارکه نساء است که می‌فرماید «وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ» در این آیه کلمه «محصنات» با توجه به این که عطف بر آیه قبل و کلمات امهات و غیره است، به معنای زنان شوهر دار است. هم چنین کلمه «محصنین» در این آیه به معنای مردان پاکدامن است. آیه دیگری که در سوره نساء آمده و در آن به یکی از مشتقات کلمه «حصن» اشاره شده است، آیه ۲۵ است. «فَإِذَا أَحْصَنَ فَرَأَىٰ أُمَّتَيْنِ يَفُوحَا شِسَّةً فَعَلَيْهِنَّ نِزْفٌ مَا عَلَىٰ الْمُحْصَنَاتِ مِنَ الْعَذَابِ...» کلمه «احصن» در این آیه شریفه به معنای «ازدواج کردن زنان» است. هم چنین کلمه «محصنات» در این آیه به معنای «زنان پاکدامن» است.

دیگر مشتقات کلمه «حصن» که در آیاتی مانند آیه ۵ از سوره مبارکه مائده و ۹۱ سوره مبارکه انبیاء و نیز ۴ سوره مبارکه نور آمده است، به معنای پاکدامنی است.

ماده «حصن» در لغت به معنای منع و جلوگیری است و «احصان» در باب افعال به معنای مانع شدن و محکم کردن دژسازی است. حصان به عنوان صفت برای زن به معنای عقیف و پاکدامن و نیز متزوج و دارای شوهر است. احصان به وسیله اسلام، پاکدامنی و حریت و تزویج حاصل می‌شود. (ابن منظور، ۱۳/۱۱۹) قاموس قرآن حصن را این گونه معنی می‌کند «حصن، قلعه و جمع آن حصون است مثل وَظَنُوا أَنَّهُمْ مَانِعَتُهُمْ حُصُونُهُمْ مِنَ اللَّهِ... (حشر/ ۲) لَا يَقَاتِلُونَكُمْ جَمِيعًا إِلَّا فِي قُرَىٰ مُحَصَّنَةٍ (حشر/ ۱۴) مراد شهرهای مستحکم و حصار شده است یعنی کارزار نکنند با شما مگر در آبادی‌های مستحکم و حصار دار. این

معنای اولی حصن است سپس به طور مجاز چنان که راغب گوید در هر تحفظ و نگه داشتن بکار می‌رود. به کسی که خود را از بی عفتی حفظ کند گوئیم محصن و به زنی که در اثر شوهر دار بودن و یا عفت، خود را از بی عفتی نگه دارد محصنه (بصیغه فاعل و مفعول) گویند. به صیغه فاعل از آن جهت که خود را از بی عفتی باز می‌دارد و به صیغه مفعول از آن سبب که از بی عفتی باز داشته شده است» (قرشی، ۱۴۹/۲) حصن در مقایسه اللغه به معنی نگه داری و دیوار و حرز داشتن آمده است (ابوالحسین، ۶۹/۲) از نظر المصباح المنیر حصن به مکانی گفته می‌شود که به خاطر ارتفاع زیاد آن کسی توانایی بالا رفتن از آن را ندارد (فیومی، ۱۳۹/۲) اصل احصان منع است و زن با اسلام و عفاف و آزادی و ازدواج محصنه می‌گردد (مصطلحات الفقه، ۴۵) دیگر معنی احصان، عفت و اجتناب از وقوع در کار حرام و نیز ازدواج است. (عبدالرحمان، ۸۳/۱).

شروط احصان

۱. امکان تمتع

شرط امکان تمتع زوج با عبارات مختلفی ذکر شده است از جمله عبارت «یغدو علیه و یروح» صحیحه ابن سنان از امام صادق علیه السلام «قلت: ما المحصن قال (ع): من كان له فرج یغدو علیه و یروح فهو محصن» (حرعاملی، ۶۸/۲۸). روایت صحیحه ابن سنان که می‌گوید از امام صادق علیه السلام پرسیدم محصن کیست؟ فرمود: کسی که همسری دارد و هر صبح و شام با او نزدیکی می‌نماید این شخص محصن است.

دو واژه «غدو» و «روح» همان طور که ازهری و دیگران گفته‌اند در نزد عرب، کنایه از هر زمان از شب یا روز می‌باشند. (فیومی، ۲۴۳/۲).

مقصود از امکان تمتع از اول صبح تا آخر شب چیست؟

آیت الله خوئی در این خصوص چنین می‌فرماید «از روایات این باب استفاده می‌شود که غیبت و دور بودن مرد از زن یا زن از شوهر خصوصیتی ندارد، بلکه ملاک و معیار این است که امکان تمتع و بهره بردن جنسی در هر زمان که بخواهد و اراده کند، برای او وجود نداشته باشد. همان‌گونه که معنای سخن امام علیه السلام در روایت صحیحه اسماعیل بن جابر بود که فرمودند «من كان له فرج یغدو علیه و یروح» بنابراین هرکسی که امکان تمتع و بهره‌وری جنسی از همسرش را نداشته باشد، خواه این عدم امکان به جهت سفر باشد یا زندان و موارد شبیه به آن و خواه مسافت سفر به اندازه مسافت شرعی (هشت فرسخ) باشد یا کمتر از آن، غیر محصن محسوب می‌شود و هر کس که امکان تمتع جنسی از همسرش رداشته باشد، هر چند که

پاییز ۱۳۹۸ اسباب تحقق و زوال احسان در جرائم منافی عفت با رویکردی به قانون مجازات اسلامی ۵۵

مسافر باشد و سفرش نیز به اندازه مسافت شرعی باشد، محصن محسوب می‌شود. ملاک احسان و عدم احسان این است که امکان تمتع جنسی زن و شوهر از یکدیگر وجود دارد یا خیر؟ برخی از روایات روی حضور یا غیاب زوج و زوجه کنار هم تکیه کرده‌اند اما باید گفت حضور و غیاب نقشی ندارد بلکه نوعاً حضور وسیله تمکن و غیبت موجب عدم تمکن است.» (موسوعه ۴۱/ ۲۴۵).

شهید ثانی می‌گوید «احسان یعنی این که مرد هر صبح و شام امکان تمتع داشته باشد و اگر دور از همسرش باشد، به طوری که در یکی از آن‌ها (صبح و شام) امکان تمتع نداشته باشد یا این که در حبس باشد به طوری که امکان رسیدن به همسرش را نداشته باشد، محصن محسوب نمی‌شود، هر چند قبل از آن با همسرش نزدیکی کرده باشد و در دوری فرقی بین مسافت کم و زیاد وجود ندارد.» (الروضه البهیة، ۹/ ۷۷).

ابن ابی عقیل محصن را این‌گونه تعریف می‌نماید «محصن کسی است که همسری آزاد و مسلمان دارد که هر صبح و شام با او نزدیکی می‌کند.» (ص، ۱۶۶). سید مرتضی می‌فرماید: «احسان موجب رجم در زنا، عبارت است از این که مرد دارای زوجه یا ملک یمین باشد و تمتع از او هر وقت که بخواهد امکان داشته باشد بدون این که حائلی مانند غایب بودن یا مرض یا حبس در میان باشد» (ص، ۵۲۱) هم چنین قاضی ابن براج بیان می‌دارد «حد احسان در مرد این است که فرجی در اختیار داشته باشد که از آن بهره ببرد و احسان در زن این است که شوهری داشته باشد که صبح و شام با او نزدیکی کند.» (۲/ ۵۱۹). شیخ طوسی در المبسوط فرموده است «حد احسان نزد ما این است که شخصی که حر، بالغ و عاقل است دارای زنی باشد که «غدوا و رواحا» از او متمتع باشد.» (۳/ ۸). صاحب جواهر می‌گوید «احسان مرد حاصل نمی‌شود مگر به این که زانی، بالغ و حر بوده و زن دائمی یا کنیزی داشته باشد که از قبل با او نزدیکی کرده باشد و صبح و شام به او دسترسی داشته باشد.» (۴۱/ ۲۶۹) شرایط احسان از دیدگاه شهید ثانی هشت مورد است ۱- اصابت یا وطی ۲- واطی، بالغ باشد ۳- واطی، عاقل باشد ۴- واطی، حر باشد ۵- وطی، به فرج (قبل) باشد ۶- عقد، دائم یا ملکیت باشد ۷- تمکن به صورت غدو و رواح باشد ۸- اصابت یا وطی، معلوم و محرز باشد. (الروضه البهیة، ۹/ ۷۲).

از نظر محقق حلی احصانی که رجم با آن واجب می‌شود اثبات نمی‌شود مگر اینکه زانی بالغ و آزاد باشد و از قبل با همسر دائمی یا کنیز نزدیکی کرده باشد و صبح و شام امکان بهره جستن از او را داشته باشد (شرائع السلام، ۴/ ۱۳۷).

عبارت دیگری که در بیان امکان تمتع در لسان امام آمده است، «عنده ما یغنیه» است. صحیح‌ه حریرز قال سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن المحصن قال «فقال الذي يزني وعنده ما يغنيه» (حرعاملی، ۲۸/

۶۹) (در مورد محصن از ایشان سؤال کردم فرمود: کسی که زنا می‌کند در حالی که همسری دارد که نیازهای وی را برطرف می‌نماید). شیخ مفید بر اساس این روایت محصن را این‌گونه تعریف می‌نماید: «محصن کسی است که همسر یا کنیزی دارد که او را از دیگر زنان بی‌نیاز می‌سازد و امکان نزدیکی با وی را داراست.» (مفید، ۷۷۵) در این حدیث علت محصن شناخته شدن شخص، دسترسی به همسر شرعی برای تمتع است. با این توضیح که شخصی که علی‌رغم امکان استفاده از همسر شرعی خود، اقدام به ارتکاب عمل منافی عفت زنا که در شرع اسلام حرام و مذموم بوده و توالی فاسد زیادی برای جامعه اسلامی دارد، می‌نماید، مستحق مجازات اشد است.

روایت دیگری که برای بیان چگونگی امکان تمتع، معیار به دست می‌دهد، صحیحه محمد بن مسلم است که می‌گوید: سمعت أبا عبد الله (عليه السلام) يقول: «المغيب والمغيبه ليس عليهما رجم، إلا أن يكون الرجل مع المرأة والمرأة مع الرجل» (حرعاملی، ۷۲/۲۸) (محمد بن مسلم می‌گوید از ابا عبدالله شنیدم که می‌فرمود: زن و مردی که از همسران خود دور هستند، رجم نمی‌شوند مگر این که مرد با زن و زن با مرد خودش باشد). از این روایت شریفه شرط امکان تمتع برای احصان زن نیز، استفاده می‌شود.

فاضل لنکرانی برای هر یک از روایات باب، ضابطه‌هایی بیان می‌نماید. ایشان ضابطه روایت اسماعیل بن جابر را «یغدو علیه و یروح» و منظور از آن را امکان تمتع در مجموع شب و روز می‌داند نه اول صبح و آخر شب (که معنای لغوی عبارت است) و این که منظور، امکان تمتع است نه فعلیت نزدیکی و ضابطه موثقه اسحاق بن عمار را «عنده ما یغنیه» و به معنی در اختیار بودن فرج (همسر) می‌داند. و ضابطه صحیحه محمد بن مسلم را «کونه معها» و به معنی در اختیار بودن نه همراه بودن (که معنای لغوی عبارت است) و ضابطه برخی دیگر از روایات را «در یک شهر بودن زوج و زوجه» می‌داند (ص، ۵۳). ایشان در مجموع علاوه بر اینکه ملاک اصلی احصان را امکان تمتع می‌داند، ملاک امکان تمتع را نیز، عرف معرفی می‌نماید.

۲. امکان تمتع زن

قانون‌گذار با در نظر گرفتن این نکته که نزدیکی بر اساس روایات و منابع فقهی معتبر (به جز یک شب در هر چهار ماه)، حق زن نیست، در تعریف احصان زن، از عبارت «امکان جماع از طریق قبل را با شوهر داشته باشد» استفاده کرده است این در حالی است که در تعریف احصان مرد از عبارت «هر وقت بخواهد» استفاده نموده که حکایت از محقق دانستن مرد در نزدیکی دارد. ذیلاً به تبیین معنای دقیق این قید می‌پردازیم.

صاحب جواهر در این باره می‌گوید: «و علی کل حال فما یعتبر فی إحصان الرجل معتبر فی إحصان

پاییز ۱۳۹۸ اسباب تحقق و زوال احسان در جرائم منافی عفت با رویکردی به قانون مجازات اسلامی ۵۷

المراة لكن المراد من تمکنها من الزوج إرادته الفعل علی الوجه المزبور، لا إرادتها متى شاءت ضرورة عدم كون ذلك حقا لها» (۲۷۷/۴۱) معنای تمکن زن از شوهر این نیست که هر زمان اراده زن تعلق گرفت مرد به او دخول کند این معنا در صورتی صحیح است که وطی حق زن باشد در حالی که می دانیم وطی حق مرد است و نه زن بلکه مراد از تمکن زن این است که مرد در اختیارش باشد و هر وقت مرد تمایل به وطی پیدا کرد با او نزدیکی کند.

از نظر آیت الله خوئی در احسان زن نیز آزادی و این که همسر دائمی داشته باشد که با وی نزدیکی کرده، شرط است در این صورت اگر زن زنا کند سنگسار می شود (موسوعه ۲۴۵/۴۱). همان طور که ملاحظه می شود در تعریف خوئی از احسان، «قید امکان جماع با شوهر» ذکر نشده است.

در ذیل برخی از روایاتی که در آن ها به موضوع حق جماع برای زن، اشاره شده است را ذکر می نماییم. صفوان بن یحیی از امام رضا علیه السلام پرسید «آیا شخصی که همسر جوانی دارد و ماه ها و حتی یک سال با او نزدیکی نمی کند، گناه کار است؟ حضرت فرمودند اگر چهار ماه نزدیکی با او را ترک کند، گناه کار است» و در روایت دیگری با همین مضمون آمده است «مگر این که با اذن همسرش نزدیکی را ترک کرده باشد که در این صورت گناه کار نیست». (حرعاملی، ۲۰/۱۴۰ - ۱۴۱).

محمد بن علی بن الحسین از محمد بن قیس از ابا جعفر علیه السلام روایت می کند که ایشان در مورد مردی که با زنی ازدواج نمود و زن شرط کرد که حق نزدیکی و حق طلاق را داشته باشد، فرمودند، این زن با سنت مخالفت کرده است و متولی حقی شده است که اهلیت آن را ندارد و این گونه حکم کرد که مهریه بر عهده مرد است و حق نزدیکی و طلاق هم با مرد است (همو، ۲۱/۲۸۹).

محمد بن علی بن الحسین از حسن بن محبوب از ابراهیم کرخی نقل می کند که اظهار داشت «از امام صادق علیه السلام در مورد حکم مردی که چهار زن دارد و در سه شبی که نزد سه تن از آن ها می خوابد با آن ها نزدیکی می کند ولی وقتی نزد زن چهارم می خوابد با او نزدیکی نمی کند، سؤال کردم آیا این مرد گناه کرده است؟ حضرت فرمودند مرد وظیفه دارد شب تا صبح نزد زن بخوابد ولی وظیفه ندارد با او نزدیکی کند اگر نخواهد». (همو، ۲۱/۳۴۲ - ۳۴۳).

همان طور که ملاحظه می شود این حدیث دلالت صریح بر عدم وجوب نزدیکی مرد با زن دارد و از آن حق جماع نداشتن زن استفاده می شود.

برخلاف نظریه صاحب جواهر به نظر نگارندگان، نقش اراده و تمایل زن برای نزدیکی، به عنوان یک تقاضا نه به عنوان یک حق، ملحوظ نظر شارع است با این توضیح که در مواردی که زن شوهردار متهم به زنا است، قضات رسیدگی کننده به پرونده باید این مسأله را تحقیق کنند که آیا در زندگی زناشویی هر زمان

که زن میل به نزدیکی داشته و از شوهر خود درخواست نزدیکی نموده، شوهر این تقاضا را اجابت کرده است یا خیر؟ و این که آیا نیاز جنسی زن (هر وقت که تقاضا نموده است) توسط شوهرش مرتفع شده است یا خیر؟ احراز این امر که نیاز جنسی زن با این وصف از سوی شوهرش مرتفع نشده است، فقط می‌تواند او را فاقد وصف احصان نموده و مآلاً از حد رجم برهاند لکن این موضوع به معنی محق بودن وی برای جماع و اثبات کننده این حق نیست.

التهایه آن چه که از مجموع روایات و نظرهای فقها استفاده می‌شود این است که شرط اصلی تحقق احصان، امکان تمتع مرتکب زنا از همسرش می‌باشد که با عبارتهای مختلف در بیان روایات و فقها آمده است.

۳. زوجیت

زوجیت در اسلام به سه صورت دائم، موقت و ملک یمین محقق می‌شود. در این که زوجیت دائم و ملک یمین موجب احصان هستند، در بین فقها اختلاف نظری وجود ندارد. لکن در خصوص اقتضاء همسر موقت برای حصول احصان، اختلاف نظر وجود دارد که ابتدائاً به بررسی روایات و سپس دیدگاه فقها در این خصوص می‌پردازیم.

روایات در این خصوص دو نوع هستند. روایاتی که به طور مطلق و بدون اشاره به نوع زوجیت وارد شده‌اند و روایاتی که متعه را موجد وصف احصان نمی‌دانند. در ذیل به نمونه‌هایی از هر دو قسم اشاره می‌کنیم.

الف: روایات مطلق:

روایت صحیح‌ه ابن سنان که می‌گوید از امام صادق علیه السلام پرسیدم محصن کیست؟ فرمود: کسی که همسری دارد و هر صبح و شام با او نزدیکی می‌نماید این شخص محصن است. (حرعاملی، ۶۸/۲۸).

صحیح‌ه حریر که می‌گوید «در مورد محصن از ایشان سؤال کردم فرمود: کسی که زنا می‌کند در حالی که همسری دارد که نیازهای جنسی وی را برطرف می‌نماید» (همو، ۶۹/۲۸).

صحیح‌ه محمد بن مسلم که می‌گوید «از ابا عبدالله شنیدم که می‌فرمود: زن و مردی که از همسران خود دور هستند، رجم نمی‌شوند مگر این که مرد با زن و زن با مرد خودش باشد».

صحیح‌ه عمر بن یزید از ابا عبد الله (علیه السلام) که فرمود «شخصی که از همسرش دور است رجم نمی‌شود» (همو، ۷۸/۲۸).

صحیح‌ه ابی عبیده از ابا جعفر (علیه السلام) که فرمود «امیر المومنین علیه السلام در مورد مردی که

پاییز ۱۳۹۸ اسباب تحقق و زوال احسان در جرائم منافی عفت با رویکردی به قانون مجازات اسلامی ۵۹

همسری در بصره داشت و وی (مرد) در کوفه مرتکب زنا شد، حکم کرد که رجم از او برداشته شود و فقط یکصد ضربه تازیانه بر او زده شود. و هم‌چنین در مورد مردی که در زندان حبس شده بود و زنی داشت که در منزلش در شهر بود و به او دسترسی نداشت و در زندان مرتکب زنا شد نیز حکم به برداشته شدن رجم و تحمل یکصد ضربه تازیانه نمودند» (همو، ۷۳/۲۸).

صحیحة محمد بن مسلم که می‌گوید از ابا عبدالله شنیدم که می‌فرمود «زن و مردی که از همسران خود دور هستند، رجم نمی‌شوند مگر این که مرد با زن و زن با مرد خودش باشد» (همو، ۷۲/۲۸).

ب: روایاتی که در آن‌ها به احسان آور نبودن عقد نکاح موقت اشاره شده است:

الف: معتبره إسحاق بن عمار، قال: سألت أبا إبراهيم (عليه السلام) عن الرجل إذا هوزني ... قلت: فإن كانت عنده امرأة متعة أتحصنه؟ «فقال: لا، إنما هو على الشيء الدائم عنده» (همو، ۶۸/۲۸). روایت معتبره إسحاق بن عمار که می‌گوید: از ابا ابراهیم علیه السلام سؤال کردم در مورد مردی که زنا می‌کند اگر همسر موقتی داشته باشد آیا او را محصن می‌گرداند که ایشان فرمودند خیر احسان با همسر دائم محقق می‌شود. خوئی در استدلال شرط بودن دوام زوجیت به این روایت و اتفاق نظر فقها استناد می‌نماید.

ب: صحیحة عمر بن یزید عن أبي عبد الله (عليه السلام) في حديث «قال: لا يرجم الغائب عن أهله، ولا المملک الذي لم یبین بأهله، ولا صاحب المتعة» (همو، ۶۸/۲۸) روایت صحیحة عمر بن یزید از ابا عبد الله علیه السلام که فرمود: شخصی که از همسرش دور است و هم‌چنین کسی که ملک یمینی دارد ولی با او نزدیکی ننموده است و نیز شخصی که زنی در عقد موقت دارد، رجم نمی‌شوند.

همان طور که ملاحظه می‌شود اکثر روایات به طور مطلق داشتن زوج یا زوجه ای (صرف نظر از دائم یا موقت بودنش) که نیاز جنسی (در وقت اراده و میل) را برطرف نماید، موجب وصف احسان دانسته‌اند.

سید مرتضی می‌فرماید «نکاح موقت نزد ما بر اساس قول صحیح موجب تحقق احسان نیست چرا که این نکاح غیر دائم است و معلق بر اوقات محدودی است.» (سید مرتضی، ۵۲۱).

این سخن سید مرتضی مشعر بر این است که نظر مخالفی هم وجود دارد که متعه را موجب تحقق احسان می‌داند هرچند که صاحب جواهر (صاحب جواهر، ۲۷۰/۴۱) و تبریزی (تبریزی، ۲۷) فرموده‌اند نظر مخالفی نیافته‌اند.

امام خمینی در خصوص شرط دوام زوجیت می‌فرماید «از شرایط تحقق احسان این است که دخول به واسطه عقد صحیح باشد بنابراین احسان با وطی به زنا و شبهه محقق نمی‌شود و هم‌چنین با عقد موقت هم محقق نمی‌شود، هر چند که صبح و شام با او جماع نماید.» (امام خمینی، ۴۵۸/۲).

از نظر آیت الله منتظری نیز متعه موجب تحقق احسان نیست. ایشان با استناد به عبارت «انما هو علی

الشی الدائم عنده» از روایت فوق می‌فرماید: عدم دوام متعه واضح است (ص، ۱۶).

این در حالی است که محقق اردبیلی در این خصوص نظر متفاوتی دارد ایشان می‌گوید «از مجموع روایات، دانسته می‌شود که معیار و ملاک تمکن از فرج و وصول به آن چه متعه باشد چه ملک یمین، یکی است البته می‌توان متعه‌ای که زمان قلیل باشد را نفی کرد و گفت احصان با آن محقق نمی‌شود. یعنی اگر مدت متعه طولانی باشد، موجب احصان است.» (۱۳/۱۸).

تبریزی نیز هم سو با نظر محقق اردبیلی متعه طولانی مثل متعه بیست تا صد ساله را که برای جلوگیری از توارث، به صورت موقت انشاء می‌شوند، را موجب تحقق احصان می‌داند. ایشان در رد این استدلال که صرف طولانی بودن مدت، عقد نکاح را دائم نمی‌گرداند و آثار نکاح دائم از جمله توارث زوجین از همدیگر و وجوب پرداخت نفقه زوجه از سوی زوج را بر آن مترتب نمی‌سازد، به عبارت «آن یکون عنده الشی الدائم» که در روایات باب آمده است، استدلال می‌کند (ص، ۲۸). به این معنی که ملاک احصان حضور دائمی زوجه نزد زوج است که در متعه طولانی این ملاک حاصل است.

صاحب جواهر دلیل عدم تحقق احصان با متعه را چهار امر بیان می‌نماید: اول اصل، دوم احتیاط، سوم اعتبار و چهارم اخبار (۴۱/۲۷۰).

آیت الله گلپایگانی در شرح و تحلیل دلایل صاحب جواهر می‌گوید: «منظور از اصل، اصل عدم تخصیص آیه زناست چرا که آیه زنا، مجازات زنا را مطلق یکصد ضربه تازیانه (ظاهراً در متن به اشتباه هشتاد ضربه قید شده است) بیان فرموده و تحمیل مجازات رجم، نیازمند دلیل است که در خصوص همسر دائم دلیل قطعی وجود دارد لکن زانی که همسر موقت دارد معلوم نیست از تحت اطلاق این آیه خارج شده است یا خیر و این که آیا آیه با این قید تخصیص خورده است یا خیر بنابراین اصل، عدم تخصیص است. هم چنین از نظر ایشان منظور صاحب جواهر از احتیاط، همان احتیاط در دماء و فروج است که ایشان این دو دلیل و نیز دلیل اخبار را می‌پذیرند لکن در نقد دلیل سوم (اعتبار) می‌فرماید که اعتبار از ادله اثبات حکم شرعی نیست، مضافاً این که ممکن است گفته شود اعتبار، خلاف این نظر را (عدم تحقق احصان با متعه) اقتضاء دارد یعنی اعتبار مقتضی تحقق احصان با متعه است چرا که مردی که زن موقت دارد از نظر عرف این شخص زنی دارد که او را از انجام کار حرام (زنا) بی‌نیاز می‌گرداند و عرف در صورتی که مرد از همسر موقت خود به صورت غدو و رواح امکان تمتع داشته باشد، موافق با تحقق احصان با عقد موقت است.» (۱/۷۴).

لنکرانی برای اثبات عدم تحقق احصان با متعه علاوه بر احتمال اتفاق نظر فقها در این خصوص به دو روایت موثقه اسحاق بن عمار و روایت عمر بن یزید که امام علیه السلام فرموده‌اند «لا یرجم الغائب عن

أهله، ولا المملک الذی لم یبن بأهله، ولا صاحب المتعة» استناد نموده است (ص ۵۲). صاحب جواهر برای اثبات عدم تحقق احسان با متعه به روایت موثقه اسحاق بن عمار استناد می‌کند. در این موثقه آمده است: سألت أبا إبراهيم (عليه السلام) عن الرجل إذا هوزني وعنده السرية والأمة يطأها تحصنه الأمة، فقال: نعم إنما ذاك لأن عنده ما يغنيه عن الزناء، قلت: فان كان عنده أمة زعم أنه لا يطأها فقال: لا يصدق، قلت: فان كانت عنده امرأة متعة تحصنه، قال: لا إنما هي على الشيء الدائم عنده» (۴۱/ ۲۷۰) (حدیث موثقه اسحاق بن عمار که می‌گوید از ابا ابراهیم علیه السلام پرسیدم مردی که زنا می‌کند در حالی که کنیزی دارد که با او نزدیکی می‌کند آیا این کنیز او را محصن می‌گرداند؟ امام فرمود بله چون این مرد نزد خود چیزی دارد که او را از زنا بی‌نیاز می‌نماید. اسحاق می‌گوید در ادامه از امام علیه السلام پرسیدم اگر کنیزی داشته باشد ولی با او نزدیکی نکند چه؟ امام علیه السلام فرمود محصن نیست اسحاق می‌گوید پرسیدم اگر متعه‌ای داشته باشد آیا او را محصن می‌نماید؟ امام فرمود خیر مرد به خاطر چیز دائمی که نزد خود دارد محصن می‌گردد).

در نقد استدلال صاحب جواهر به این روایت، به سه نکته می‌توان اشاره کرد. اول این که امام علیه السلام در تعلیل تحقق احسان با امة می‌فرماید چون شخص مرتکب زنا، نزد خودش چیزی دارد که او را از انجام زنا بی‌نیاز می‌کند. بنابراین با وحدت ملاک گرفتن از این تعلیل، می‌توان گفت متعه‌ای که شخص را از انجام زنا بی‌نیاز کند نیز موجب تحقق احسان است چرا که همسر موقت هم مانند همسر دائم می‌تواند شخص را از انجام زنا بی‌نیاز نماید. نکته دوم این که این احتمال وجود دارد که منظور امام علیه السلام از این که در جواب اسحاق بن عمار که سؤال کرده «اگر نزد او همسر موقتی باشد آیا او را محصن می‌گرداند» فرموده است «خیر» همسر موقتی باشد که «لا یطأها» یعنی همسر موقتی که با او نزدیکی نمی‌کند و وصف همان «أمة» را دارد که در سؤال قبلی اسحاق بن عمار است. چرا که می‌دانیم بسیاری از عقود نکاح موقت به انگیزه‌هایی غیر از نزدیکی منعقد می‌شود. ضمن این که عبارت «انما هو على الشيء الدائم عنده» نیز موید این استدلال است چرا که ممکن است منظور امام علیه السلام این بوده است که همسر موقت، دائماً نزد شوهر نیست.

نکته سوم که در نقد این نظر می‌توان گفت این است که علی‌رغم نظر ایشان وصف «دائم» به «حضور» بر می‌گردد و وصفی برای حضور است نه برای عقد، به این معنا که منظور از عبارت «الشيء الدائم عنده» که در روایت آمده است، همسری است که در زمان زوجیت همواره در دسترس باشد نه اینکه کلمه «دائم»، وصف زوجیت باشد. در این صورت همسر موقتی که همواره در دسترس شوهر است بویژه متعه طولانی، می‌تواند شخص را واجد وصف احسان نماید.

النهاییه با توجه به این که از فحوای روایات باب احصان و نیز منابع معتبر فقهی که تفسیری از همان روایات هستند، این گونه استفاده می‌شود که ملاک اصلی احصان و نیز علت تحمیل مجازات اشد بر محصن یا محصنه، امکان تمتع وی است و این که امکان تمتع همان گونه که از همسر دائم وجود دارد، از همسر موقت نیز قابل تحقق است و در این مورد خصوصیتی که در همسر دائم وجود دارد در همسر موقت نیز موجود است لذا به نظر نگارندگان همسر موقت نیز با جمع سایر شرایط می‌تواند شخص را واجد وصف احصان نماید.

۴. اصابت

از نظر امام خمینی از شرایط احصان، جماع از قبل با همسر است و جماع از دبر بنابر احوط موجب تحقق احصان نیست (۲/ ۴۵۷).

صاحب جواهر معتقد است «قید نزدیکی با زوجه، به واسطه اجماع ثابت است. هم چنین بخاطر اصل منظور اصل عدم تخصیص آیه زناست که مجازات زنا را مطلق یکصد ضربه تازیانه بیان فرموده و این که تحمیل مجازات رجم که یک مجازات اشد است نیازمند دلیل است که در هنگام شک، اصل، عدم تخصیص است) و احتیاط در مجازات و روایات صحیح این قید ثابت است. اما این را محقق حلی در مختصر النافع نیاورده است و گفته شده کتاب‌های بسیاری از قدما مانند مقنعه و انتصار و خلاف بدون این قید هستند. صاحب جواهر درباره عدم این قید در کتب فوق این چنین پاسخ می‌دهد «ممکن است بگوییم این قید، قید غالبی است یعنی غالباً هر کس که زن دارد با او نزدیکی می‌کند و لذا چون این قید، قید غالبی است نیاز به آوردن آن نیست. اگر چه قید نزدیکی کردن با زوجه، مطابق اصل (عدم تخصیص) و احتیاط (دردماء) است اما اگر این مسأله اجماعی نبود خالی از اشکال نبود پس اگر زنی داشته باشد که از دبر با او نزدیکی کرده باشد می‌تواند از قبل هم با او نزدیکی کند لذا باید چنین شخصی را محصن دانست. (یعنی اگر فقط از دبر نزدیکی کرده نشان‌گر این است که می‌توانسته از قبل هم نزدیکی کند لذا فعلیت نزدیکی از قبل، ملاک احصان نیست بلکه امکان تمتع از قبل، ملاک احصان است). آری اگر نزدیکی از قبل برایش امکان پذیر نباشد، محصن دانستن او مشکل است چون از سیاق روایات چنین معنایی متفاهم نیست. حتی به احتمال قوی می‌توان در محصن بودن شخص، به مطلق نزدیکی کفایت کرد به این نحو که هر جا دخول شرط باشد، منظور مطلق دخول است و روایات نسبت به دخول اطلاق دارند و حتی شامل حال حیض و احرام و روزه بودن هم می‌شوند لذا اگر در این موارد تغیب حشفه واقع شود، دخول محقق شده لذا احصان محقق می‌شود.» (۴۱/ ۲۷۱).

در نقد نظریه صاحب جواهر این نکته به نظر می‌رسد که همواره این گونه نیست که هر کسی امکان تمتع از دبر داشت، امکان تمتع از قبل هم دارد چرا که در زمان حیض زن و یا نفاس، با این که امکان تمتع

پاییز ۱۳۹۸ اسباب تحقق و زوال احسان در جرائم منافی عفت با رویکردی به قانون مجازات اسلامی ۶۳

از دبر وجود دارد، نزدیکی از قبل حرام است. ضمن این که اصابتی که احسان آوراست، باید اکمل باشد و اکمل تمتع، در نزدیکی از قبل است به همین دلیل نزدیکی (اصابت) از دبر نمی‌تواند شخص را واجد وصف احسان نماید.

آیت الله منتظری در پاسخ به این اشکال که چرا علی‌رغم اطلاق کلمه «فرج» که در روایات باب احسان آمده و هم شامل «قبل و هم شامل دبر» می‌شود، نزدیکی از قبل شرط احسان ذکر شده است؟ قائل به تفصیل گردیده است به این صورت که ایشان معتقد است که اگر شخص متمکن از نزدیکی از طریق قبل با همسرش نبوده و به این خاطر از طریق دبر با وی نزدیکی نموده است در این صورت اطلاق روایت «عنده ما یغنیه» شاملش نشده و بنابر این محصن نیست لکن در صورتی که علی‌رغم امکان تمتع از طریق قبل، از طریق دبر به همسرش اصابت نموده است، در این صورت مشمول اطلاق روایت «عنده ما یغنیه» است و بنابر این محصن می‌باشد (ص، ۱۵).

سوالی که در این قسمت به ذهن متبادر می‌شود این است که آیا صرف نزدیکی و تغیب حشفه برای قید اصابت (نزدیکی) و مآلاً احسان کفایت می‌کند یا انزال شرط است؟ و از این موضوع بالاتر این است که آیا صرف انزال کفایت می‌کند یا این که اوج لذت باید حاصل شود؟ چرا که می‌دانیم همیشه انزال به معنی حصول اوج لذت نیست. آیت الله گلپایگانی از علامه نقل می‌کند که ایشان تغیب حشفه را شرط تحقق قید اصابت می‌داند لکن انزال از نظر ایشان شرط نیست (۱/۶۶).

از آن جایی که فلسفه تشدید مجازات مرتکب زنا، برای محصن این است که وی هم تمتع جنسی و لو برای یک بار جسته و هم امکان تمتع داشته است، به نظر می‌رسد نهایت لذت مورد نظر باشد، بنابراین در صورتی که از طریق انجام مشاوره با متخصصین سکسولوژی و یا طرق دیگر برای قضات محاکم محرز گردید که مرتکب زنا در نزدیکی با همسر خود به هر دلیل به اوج لذت خود نرسیده است، نمی‌توانند حکم رجم صادر نمایند، ضمن این که در این مورد قاعده درء و اصل برائت و نیز قاعده تفسیر قانون به نفع متهم، موید این نظر است. هم چنین در این خصوص می‌توان به نظر صاحب جواهر اشاره کرد که یکی از دلایل عدم احسان کسی که در زمان صغر با همسرش نزدیکی نموده و در زمان بلوغ مرتکب زنا می‌شود، را نقص لذت بیان می‌نماید (۴۱/۲۶۹).

اسباب زوال احسان

قبل از ورود به بحث لازم است به این نکته اشاره شود که اسباب زوالی که در ماده ۲۲۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ ذکر شده‌اند، جنبه تمثیلی دارند و این بدان معناست که اسباب دیگری (هرچند در این ماده نیامده باشند) ممکن است از سوی قاضی، مانع تحقق احسان اعلام شوند. ماده ۲۲۷

قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ برخی از اسباب زوال احصان را این‌گونه بیان می‌دارد «اموری از قبیل مسافرت، حبس، حیض، نفاس، بیماری مانع از مقاربت یا بیماری که موجب خطر برای طرف مقابل می‌گردد مانند ایدز و سفلیس، زوجین را از احصان خارج می‌کند»

۱. مسافرت و حیض: راوندی در فقه القرآن، ملاک غایب بودن را یک ماه می‌داند (۳۷۱/۲) هم چنین روایتی وارد شده است که حد سفری که موجب خروج شخص از احصان می‌شود را، تعیین نموده است. در این حدیث عمر بن یزید می‌گوید که امام علیه السلام فرمود «شخصی که از همسر خود دور است و هم چنین کسی که ملک یمینی دارد ولی با او نزدیکی نکرده است و نیز شخصی که زنی را در عقد موقت دارند، رجم نمی‌شوند. وی می‌گوید از امام علیه السلام سؤال کردم در چه حدی از سفر شخص از احصان خارج می‌شود که امام علیه السلام فرمودند هر گاه نمازش شکسته شد و روزه‌اش افطار گردید.» صاحب جواهر در خصوص این حدیث می‌گوید «عرف بر خلاف این روایت است این روایت نمی‌تواند خلاف عرف را ثابت کند لذا بهتر است ملاک و مقدار غایب بودن را، ملاک عرف بدانیم» (۲۷۰/۴۱).

صاحب جواهر از سید بن زهره نقل می‌کند که ایشان میان غایب بودن و حیض بودن فرق گذاشته است یعنی اگر کسی که زنش حائض است زنا کند، محصن است و سنگسار می‌شود ولی اگر غایب باشد سنگسار نمی‌شود چون که حیض طولانی نیست اما غیبت ممکن است طولانی شود دیگر این که مرد از زن حائض خود از غیر قبل می‌تواند متمتع شود ولی از زن غایب نمی‌تواند متمتع شود (۲۷۳/۴۱).

این نظریه با قید «هر وقت بخواهد امکان جماع داشته باشد» در تناقض است چرا که اقل حیض سه روز است و عدم نزدیکی به مدت سه روز مخصوصاً برای جوانی که به تازگی ازدواج نموده است، عسر آور است و به نظر، نمی‌تواند وی را واجد وصف احصان گرداند.

آیت الله گلپایگانی در این خصوص نکته متفاوتی را بیان می‌نماید. ایشان می‌فرماید «این که مرتکب زنا در ایام حیض با همسرش نزدیکی نمی‌کند به خاطر حکم شرع است اگر وی این‌گونه به حکم شرع اعتنا می‌کند چگونه مرتکب زنا که از نظر شرعی گناهی بزرگ‌تر است و مجازاتی بیشتر از نزدیکی در ایام حیض دارد، می‌شود؟ پس این شخص را نمی‌شود غیر متمکن دانست مگر این که همسرش از نزدیکی در حال حیض ممانعت کند و وی توان غلبه بر همسرش را نداشته باشد. هم چنین ایشان ملاک تمکن را عرف می‌داند و معتقدند تمکن عرفی با حیض منافات ندارد (۸۳/۱).

نظر فوق از این جهت قابل نقد است که همیشه این‌گونه نیست که نزدیکی نکردن در ایام حیض صرفاً به خاطر حرمت آن باشد، بلکه وضعیت فیزیکی و جسمی زن در ایام حیض (داشتن خونریزی) عامل عدم رغبت و مانع نزدیکی مرد با همسرش است لذا از نظر نگارندگان، حیض، به طور مطلق از اسباب زوال

احسان است و ارتباطی به معتنی یا غیر معتنی بودن شخص به حکم شرعی ندارد چرا که صرف وضعیت جسمانی زن در ایام حیض، مانع تمکن جنسی مرد از قبل است.

۲. حبس: صاحب جواهر برای بیان مانعیت حبس از احسان زن به این روایت استناد می‌نماید: ربیع الاضم می‌گوید «از ابا عبدالله علیه السلام در مورد حکم مردی که زنی در عراق دارد و در حجاز مرتکب زنا می‌شود، سؤال کردم ایشان فرمودند که حد زانی که یکصد ضربه تازیانه است بر او جاری می‌شود لکن رجم نمی‌گردد ربیع در ادامه می‌گوید از امام سؤال کردم اگر این شخص به همراه همسرش در یک شهر بودند لکن مرد در زندان محبوس بود به طوری که نمی‌توانست نزد همسرش برود و همسرش نیز نمی‌توانست نزد وی برود و مرد در زندان مرتکب زنا شود، حکم چیست؟ امام علیه السلام در پاسخ فرمودند این شخص مانند کسی است که از همسرش دور است، یکصد ضربه تازیانه بر او جاری می‌شود» (۲۷۳/۴۱) در این حدیث شریف حبس به منزله غیبت معرفی گردیده است و همان طور که غیبت شوهر زن را از احسان خارج می‌نماید، حبس او نیز موجب زوال احسان زن می‌شود. امام خمینی در تحریر همسرش دور و غائب باشد به طوری که امکان نزدیکی نداشته باشد، محصن نیست و هم چنین اگر در شهر همسرش باشد لکن به واسطه مانعی از قبیل حبس خودش یا حبس همسرش یا مریضی همسرش امکان نزدیکی نداشته باشد یا این که ظالمی او را از جماع با همسرش منع کند، در این صورت محصن نیست (۴۵۸/۲).

۳. موضوعیت یا طریقیّت حبس و مسافرت در زوال احسان: با توجه به این که اکنون در برخی از زندان‌های کشورهای امکان ملاقات شرعی، به این صورت که اتافی به طور مستقل در اختیار فرد زندانی و همسرش قرار داده می‌شود، وجود دارد، این سؤال مطرح می‌شود که با این حال آیا حبس موجب زوال احسان می‌شود؟

در پاسخ به این سؤال به نظر می‌رسد موضوع یا طریق دانستن حبس و مسافرت موثر است. با این توضیح که اگر حبس و مسافرت را به عنوان مانع امکان تمتع نگاه کنیم، در این صورت طریقیّت داشته و با رفع مانعیت، دیگر صرف حبس از اسباب زوال احسان نخواهد بود، لکن اگر صرف حبس و مسافرت را به هر حال از اسباب زوال احسان بدانیم، در این صورت امکان ملاقات شرعی هم نمی‌تواند موجب خروج حبس و مسافرت از عداد اسباب زوال احسان شود.

از توجه به روایات باب احسان و نیز منابع فقهی و تعریف فقها از احسان، مشخص می‌شود که حبس و مسافرت، طریقیّت دارند، به این معنی که هرکدام از این اسباب، اگر امکان تمتع بالمعنی الاخص

(نزدیکی از قبل) را از بین ببرند، سبب زوال احصان خواهند شد لکن اگر (مثلاً) زنی علی‌رغم این که شوهرش در حبس به سر می‌برد به هر طریقی (مثلاً ملاقات شرعی در زندان) امکان تمتع با او را داشته باشد، محصنه بوده و در این مورد، صرف حبس موجب زوال صفت احصان زن نیست.

در این خصوص می‌توان به نظر آیت الله خوئی اشاره نمود که می‌فرماید: «مستفاد از دو روایت صحیح‌ه اسماعیل بن جابر و حریر این است که دوری شوهر از زن و زن از شوهر خصوصیتی (موضوعیتی) ندارد، بلکه ملاک این است که هر وقت خواست و اراده کرد (هریک از آن‌ها) امکان تمتع جنسی نداشته باشد. چنان‌که معنی فرمایش امام علیه السلام در روایت اسماعیل بن جابر که فرمود «من کان له فرج یغدو علیه و یروح» و فرمایش ایشان در روایت حریر که فرمود «و عنده ما یغنیه» و سایر فرمایش‌های ایشان همین است. بنابراین هرکس امکان تمتع نداشت چه به خاطر سفر یا حبس یا امثال آن‌ها و چه این سفر به حد قصر باشد یا نه، این شخص محصن نیست و هرکس متمکن از تمتع باشد و مسافر باشد چه این سفر به حد قصر باشد یا نه، محصن می‌باشد. ایشان در ادامه می‌فرماید: قبول داریم که روایت صحیح‌ه عمر بن یزید که حد سفر برای محصن شدن را حد قصر و افطار می‌داند با این روایات منافات دارد لکن به جهت مخالفتی که با اجماع و اتفاق نظر بین فقهای امامیه و روایات دیگر باب دارد، بنابراین قطعاً بین این روایت و سایر روایات، معارضه وجود دارد لذا به جهت عدم شهرت این روایت و (درمقابل) شهرت سایر روایات ناچاریم از این روایت دست برداریم.» (موسوعه ۲۵۱/۴۱).

همان‌طور که ملاحظه می‌شود آیت الله خوئی روایتی که حد سفر را حد قصر و افطار بیان نموده و از نظر ایشان برای سفر موضوعیت قائل شده نه امکان تمتع، به دلیل تعارضی که با دیگر روایات مشهور (که همگی دلالت بر موضوعیت امکان تمتع دارند نه صرف سفر و یا حبس)، مطروح می‌داند.

۴. نفاس: بر خلاف قانون مجازات اسلامی، ظاهراً در منابع فقهی از نفاس به عنوان سبب زوال احصان صراحتاً نامی به میان نیامده است لکن نظر به مراتب پیش گفته با توجه به این که در زمان نفاس زن، نزدیکی امکان ندارد، از اسباب زوال احصان محسوب می‌شود.

۵. بیماری: بر خلاف قانون مجازات اسلامی که بیماری را مقید به وجود خطر نموده است، در منابع فقهی (تبریزی، ۳۶) و (فاضل هندی، ۴۵۲/۱۰) به صورت مطلق بیان شده است که به نظر می‌رسد در این مورد تعیین مصداق بر اساس نظریه‌های پزشکی صورت می‌گیرد. به این معنی که پزشکی قانونی بیماری‌هایی که با نزدیکی برای شخص خطر آفرین است را برای قضات معین می‌نماید.

۶. طلاق: با این که در قانون مجازات اسلامی از طلاق به عنوان مصداقی از اسباب زوال احصان نام برده نشده، لکن در منابع فقهی در این خصوص مفصلاً بحث شده است.

طلاق بائن و رجعی در سببیت زوال احصان با هم متفاوت هستند. بر اساس اجماع فقها با توجه به این که در طلاق بائن حتی در زمان عده حق رجوع وجود ندارد و مآلاً امکان تمتع جنسی نیز نیست، لذا این نوع طلاق سبب زوال احصان است.

در خصوص طلاق رجعی نیز چون مطلقه رجعیه مانند زوجه است «المطلقة الرجعیه کالزوجه» و مرد هر وقت بخواهد می تواند در زمان عده رجوع کند و با مطلقه رجعیه نزدیکی نماید، بنابراین در صورت زنا، مرد محصن خواهد بود.

نکته ای که حائز اهمیت می باشد، این است که با توجه به این که زن مطلق به طلاق رجعی، حتی برای رجوع ندارد (صرف نظر از این که بنا به مراتب پیش گفته زن حق نزدیکی هم ندارد) بنابراین صرف اراده وی برای نزدیکی در فراهم شدن امکان تمتع برای وی کفایت نمی کند و نیازمند موافقت زوج با درخواست وی برای نزدیکی است، بنابراین در صورت زنا زن مطلق به طلاق رجعی در زمان عده، موافقت زوج با تقاضای وی برای رجوع و مآلاً نزدیکی، باید توسط قضات محاکم بررسی شود.

به برخی از نظرهای فقها در این خصوص اشاره می نماییم. زانی و زانیه مطلق به طلاق رجعی با جمع دیگر شرایط محصن و محصنه هستند (خوئی، ۲۵۳/۴۱) و (امام خمینی، ۴۵۸/۲). طلاق بائن نیز باعث خروج از احصان می شود. هم چنین در صورت رجوع زوجه به ما بذل در طلاق خلع در صورتی که زوج قبل از دخول به زوجه زنا نماید محصن شناخته نمی شود (خوئی، موسوعه ۲۵۴/۴۱؛ امام خمینی، ۲/۴۵۸؛ حلی، ۱۳۸/۴).

نتیجه گیری

بر اساس آن چه گفته شد نتایج بدست آمده را چنین می توان تبیین کرد:

- ۱- این پژوهش به این نتیجه رسید که از روایات باب (همان طور که در بیان برخی از فقها آمده است) این گونه استفاده می شود که ملاک اصلی در تحقق و زوال احصان امکان یا عدم امکان تمتع می باشد.
- ۲- قید «امکان تمتع از طریق قبل با شوهر» که در تعریف قانون گذار از (بند ب ماده ۲۲۶ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲) احصان زن آمده است، با امکان تمتع مرد متفاوت بوده و به معنی محقق دانستن زن برای نزدیکی نیست، بلکه به این معنی است که در پرونده های موضوع این جرائم، قضات محاکم، در صورتی می توانند حکم به رجم زن کنند که احراز نمایند هر زمان زوجه از شوهر خود درخواست نزدیکی نموده است، (به عنوان یک تقاضا نه به عنوان یک حق) شوهر با این تقاضا موافقت کرده است.
- ۳- با توجه به این که بر اساس روایات، ملاک و رکن اساسی تحقق احصان، امکان تمتع مرتکب زنا از

شماره ۱۱۸	فقه و اصول	۶۸
<p>همسرش است و این امکان همان طور که در نکاح دائم ممکن است محقق شود، در نکاح موقت نیز امکان تحقق دارد لذا احصان در نکاح موقت نیز مصداق دارد و دوام زوجیت از شرایط احصان نیست.</p> <p>۴- با توجه به این که ملاک اصلی در احصان، امکان یا عدم امکان تمتع مرتکب زنا از همسرش است و این که حبس و سفر که در ماده ۲۲۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ از اسباب زوال احصان قلمداد گردیده‌اند، موضوعیت ندارند، لذا در صورتی که هر یک از آن‌ها (علیرغم وجود)، مانع تمتع جنسی (در زمان اراده همسر) نشوند، زائل کننده وصف احصان نیستند.</p>		

منابع

قرآن کریم

- ابن ادریس، محمد بن احمد، *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ ق.
- ابن براج، عبد العزیز بن نحیر، *المهذب*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۶ ق.
- ابن فارس، احمد ابن فارس، *معجم مقانیس اللغة*، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۰۴ ق.
- ابن منظور، محمد بن مکرم، *لسان العرب*، بیروت، دار الفکر للطباعة و النشر و التوزیع- دار صادر، ۱۴۱۴ ق.
- ابوالصلاح حلبی، تقی الدین بن نجم، *الکافی فی الفقه*، اصفهان، کتابخانه عمومی امام امیر المؤمنین علیه السلام، ۱۴۰۳ ق.
- اردبیلی، احمد بن محمد، *زبدة البیان فی أحكام القرآن*، تهران، المکتبة الجعفریة لإحیاء الآثار الجعفریة، ۹۹۳ ق.
- اسکافی، ابن جنید، محمد بن احمد کاتب بغدادی، *مجموعه فتاوی ابن جنید*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۶ ق.
- ایروانی، باقر، *دروس تمهیدیة فی الفقه الاستدلالی علی المذهب الجعفری*، قم، ۱۴۲۷ ق.
- تبریزی، جواد بن علی، *أسس الحدود و التعزیرات*، قم، دفتر مؤلف، ۱۴۱۷ ق.
- جزیری، عبد الرحمن- غروی، سید محمد- یاسر مازح، *الفقه علی المذاهب الأربعة و مذهب أهل البيت وفقاً لمذهب أهل البيت علیهم السلام*، بیروت، دار الثقلین، ۱۴۱۹ ق.
- جمعی از پژوهشگران زیر نظر هاشمی شاهرودی، محمود، *موسوعة الفقه الإسلامی طبقاً لمذهب أهل البيت علیهم السلام*، قم، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام، ۱۴۲۳ ق.
- حراغملی، محمد بن حسن، *تفصیل وسائل الشیعة إلى تحصیل مسائل الشریعة*، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، ۱۴۰۹ ق.
- حلی، یحیی بن سعید، *الجامع للشرائع*، قم، مؤسسه سید الشهداء العلمیة، ۱۴۰۵ ق.
- خمینی، روح الله، *تحریر الوسیلة*، قم، مؤسسه مطبوعات دارالعلم، ۱۴۰۹ ق.

پاییز ۱۳۹۸ اسباب تحقق و زوال احسان در جرائم منافی عفت با رویکردی به قانون مجازات اسلامی ۶۹

- خوئی، ابوالقاسم، *مبانی تکملة المنهاج (موسوعه)*، قم، مؤسسة إحياء آثار الإمام الخوئی، ۱۴۲۲ ق.
- زحیلی، وهبه بن مصطفى، *الفقه الاسلامی وادلتہ*، دمشق، دارالفکر، ۱۴۳۶ ق.
- سبزواری، عبد الأعلى، *مهذب الأحكام فی بیان الحلال و الحرام*، قم، مؤسسه المنار- دفتر حضرت آية الله، ۱۴۱۳ ق.
- سلار ديلمی، حمزة بن عبد العزيز، *المراسم العلوية و الأحكام النبوية فی الفقه الإمامی*، قم، منشورات الحرمین، ۱۴۰۴ ق.
- شهيد ثاني، زين الدين بن علي، *الروضة البهية فی شرح اللمعة الدمشقية (المحشى - كلانتر)*، قم، كتابفروشی داوری، ۱۴۱۰ ق.
- صاحب جواهر، *جواهر الكلام فی شرح شرائع الإسلام*، بيروت، دار إحياء التراث العربي، ۱۴۰۴ ق.
- طباطبایي حائري، علي بن محمد، *رياض المسائل فی تحقیق الأحكام بالدلائل (ط- الحديثة)*، قم، مؤسسه آل البيت عليهم السلام، ۱۴۱۸ ق.
- طوسی، محمد بن حسن، *المبسوط فی فقه الإمامیه*، تهران، المكتبة المرتضوية لاهياء الآثار الجعفرية، ۱۳۸۷ ق.
- _____، *النهاية فی مجرد الفقه و الفتاوى*، بيروت، دار الكتاب العربي، ۱۴۰۰ ق.
- علامه حلّی، حسن بن يوسف، *إرشاد الأذهان إلى أحكام الإيمان*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ ق.
- علم الهدی، علی بن حسین، *الانتصار فی انفرادات الإمامية*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۵ ق.
- عمانی، حسن بن علی بن ابی عقيل حذاء، (۳۲۹ هـ ق)، *مجموعة فتاوى ابن أبی عقيل*، قم.
- فاضل آبی، حسن بن ابی طالب، *كشف الرموز فی شرح مختصر النافع*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ ق.
- فاضل لنكراني، محمد فاضل موحدی، *تفصیل الشريعة فی شرح تحرير الوسيلة - الحدود*، قم، مركز فقهی ائمه اطهار عليهم السلام، ۱۴۲۲ ق.
- فاضل هندی، محمد بن حسن، *كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۶ ق.
- فيض كاشاني، محمد محسن ابن شاه مرتضى، *مفاتيح الشرائع*، قم، انتشارات كتابخانه آية الله مرعشى نجفی- ره، ۱۰۹۱ ق.
- فيومي، احمد بن محمد مقرئ، *المصباح المنير فی غريب الشرح الكبير للرافعي*، قم، منشورات دار الرضى، بی تا.
- قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰.
- قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲.
- قرشى، علی اكبر، *قاموس قرآن*، تهران، دار الكتب الإسلامية، ۱۴۱۲ ق.
- قطب الدين راوندى، سعيد بن عبد الله، *فقه القرآن*، قم، انتشارات كتابخانه آية الله مرعشى نجفی، ۱۴۰۵ ق.
- قمی، صادق حسینی روحانی، *فقه الصادق عليه السلام*، قم، دار الكتاب- مدرسه امام صادق عليه السلام، ۱۴۱۲ ق.

شماره ۱۱۸	فقه و اصول	۷۰
	گلبایگانی، محمد رضا، <i>الدر المنضود فی أحكام الحدود</i> ، قم، دار القرآن الکریم، ۱۴۱۲ ق.	
	مجلسی، محمد باقر بن محمد تقی، <i>حدود و قصاص و دیات</i> ، تهران، مؤسسه نشر آثار اسلامی، ۱۱۱۰ ق.	
	محقق حلّی، جعفر بن حسن، <i>المختصر النافع فی فقه الإمامیة</i> ، قم، مؤسسه المطبوعات الدینیة، ۱۴۱۸ ق.	
	_____، <i>شرائع الإسلام فی مسائل الحلال والحرام</i> ، قم، مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۰۸ ق.	
	محمود عبد الرحمان، <i>معجم المصطلحات والألفاظ الفقهیة</i> ، بی تا.	
	مشکینی، میرزا علی، <i>مصطلحات الفقه</i> ، بی تا.	
	مغنیه، محمد جواد، <i>فقه الإمام الصادق علیه السلام</i> ، مؤسسه انصاریان، ۱۴۲۱ ق.	
	مفید، محمد بن محمد، <i>المقنعة</i> ، قم، کنگره جهانی هزازه شیخ مفید-رحمة الله علیه، ۱۴۱۳ ق.	
	مقدس اردبیلی، احمد بن محمد، <i>مجمع الفائده والبرهان فی شرح ارشاد الازدهان</i> ، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۰۳ ق.	
	مکارم شیرازی، ناصر، <i>أنوار الفقاهة- کتاب الحدود والتعزیرات</i> ، قم، انتشارات مدرسة الإمام علی بن أبی طالب علیه السلام، ۱۴۱۸ ق.	
	منتظری نجف آبادی، حسین علی، <i>کتاب الحدود (للمنتظری)</i> ، قم، انتشارات دار الفکر، بی تا.	