



فصلنامه علمی فقه و حقوق نوین

Journal of Jurisprudence and Modern Law

Home Page: www.jaml.ir



مرکز اطلاعات علمی جهان و دانشگاهی
Scientific Information Database



Academia.edu
share research



سال انتشار	۱۴۰۲	شماره انتشار	۱۶	دوره انتشار	۵	صفحات	۱-۱۷
------------	------	--------------	----	-------------	---	-------	------

نقش رضایت زوجه در مسئولیت کیفری جنایات ضمن آمیزش جنسی از منظر فقه و حقوق موضوعه

آقای دکتر سید علی اصغر یعقوبی

مدرس جامعه المصطفی، گروه فقه و حقوق، قم، ایران.

چکیده

رضایت زوجه در تمکین و استمتاع زوج از وی هر چند طبق مبانی نظام های حقوقی غربی محور داشتن یک رابطه جنسی قرار گرفته و زوج بدون درخواست و رضایت زوجه قانونی خود، و با اجبار، اکراه و خشونت، مجاز به برقراری رابطه جنسی نیست، و در صورت اجبار زوجه به برقراری رابطه جنسی تحت عنوان خشونت جنسی و تجاوز به عنف مجرم شناخته خواهد شد؛ لکن در نظام حقوقی اسلامی و بنا بر مبانی پذیرفته شده در آن که در این مختصر به آن ها اشاره شده است؛ رای مشهور فقها این است که زوجه موظف به تمکین جنسی از زوج می باشد، لکن این به این معنا نیست که اباحه استماعی که شرع مقدس به زوج عنایت کرده، و زوجه را مکلف به تمکین از آن نموده، بدون قید و علی الاطلاق بوده و زوج مجاز است با اعمال خشونت و ایراد جنایت اقدام به برقراری رابطه جنسی با زوجه خود داشته باشد، بلکه از نگاه فقه قضایی نه تنها این فعل حرام می باشد، که آثار وضعی ای چون مسئولیت کیفری و مدنی را نیز به همراه خواهد داشت. مضافا که اصول و قواعد فقهی چون قاعده لاضرر، نفی عسر و حرج و اصل حسن معاشرت، مقید کننده اباحه شرعی مذکور می باشند. مع الوصف رضایت زوجه به قبول و پذیرش اعمال ارتكابی و جنایات ضمن آمیزش، هر چند موجب رفع حرمت جنایات نمی شود، اما قطعاً ضمان ناشی از رفتارهای جنایی ارتكابی را مرتفع و موجب رفع مسئولیت کیفری خواهد شد.

واژگان کلیدی: رضایت، تمکین، تجاوز جنسی، خشونت جنسی، مسئولیت کیفری

طبقه بندی: JEL. فقه - حقوق - جزا و جرم شناسی - حقوق بین الملل - حقوق خصوصی



The Role of the Wife's Consent in Criminal Liability for Offenses Committed During Sexual Intercourse: A Perspective from Islamic Jurisprudence and Statutory Law

Abstract

While Western legal systems center sexual relations on the wife's consent—prohibiting the husband from engaging in sexual intercourse without her request and agreement (or through force, coercion, or violence) and classifying such forced acts as sexual violence or rape—Islamic jurisprudence holds a different view. Under the accepted principles of Islamic law, the wife is obligated to submit to the husband's sexual advances (*tamkin*). However, this does not imply that the husband's religiously sanctioned right to sexual intimacy—and the wife's corresponding duty of submission—is absolute or unrestricted; he is not permitted to engage in sexual relations through violence or the infliction of physical harm. From the perspective of judicial jurisprudence, such conduct is not only forbidden (*haram*) but also entails legal consequences, including both criminal and civil liability. Furthermore, established jurisprudential principles—such as the rule of "No Harm" (*la-darar*), the negation of undue hardship (*usr wa haraj*), and the principle of amicable cohabitation (*husn-e mo'asharat*)—serve to qualify this religious permission. Nevertheless, while a wife's consent to specific acts or injuries occurring during intercourse does not render the criminal acts themselves lawful, it certainly absolves the husband of liability for damages (*daman*) arising from such conduct and eliminates criminal responsibility.

Keywords: Consent, submission, sexual assault, sexual violence, criminal liability



متن مقاله

رضایت می‌باشد.

سوالات تحقیق

در این مقاله سعی داریم تجاوز زناشویی و احکام مرتبط با آن را از منظر فقه اسلامی و حقوق موضوعه مورد تحلیل و بررسی قرار بدهیم. لذا سؤالاتی که در این تحقیق مورد بررسی قرار خواهند گرفت عبارتند از:

آیا زوج می‌تواند زوجه را با اعمال رفتارهای مجرمانه ای چون ، تهدید، تحقیر، ایراد ضرب و شتم، ملزم به برقراری رابطه جنسی نماید؟

آیا تمکین خاص به عنوان یک تکلیف شرعی برای زوجه مقید به رضایت زوجه و مطاوعت وی می‌باشد؟ یا وی هیچ اختیار و اراده ای در این خصوص نداشته و می‌بایست در هر زمان و مکانی که زوج درخواست رابطه جنسی نمود، از خواسته او تمکین نماید؟

اگر زوج ضمن رابطه جنسی مرتکب جنایتی گردید؛ آیا رضایت زوجه و مطاوعت وی نقشی در سلب مسئولیت کیفری زوج دارد؟

اگر زوج بالاکراه و الاجبار با زوجه رابطه جنسی برقرار سازد، آیا این رفتار وی امکان جرم انگاری را دارد؟

در ادامه ضمن بررسی مبانی موجود در فقه اسلامی به صورت مختصر به هر یک از این سوالات جواب خواهیم داد.

۱- واژه شناسی

۱-۱- مفهوم رضایت

واژه ی رضایت در لغت به معنی خرسندی باطنی، خشنودی قلبی، پسندیدگی، میل و موافقت آمده است. (حسن، عمید، ۱۳۶۱، ص ۶۳۲)
و در اصطلاح حقوقی رضایت به مفهوم قصد انجام عملی، بدون شائبه، اکراه و اجبار است. (محمد جعفر، جعفری لنگرودی (۱۳۸۷ش))
نیز گفته اند رضا در اصطلاح حقوقی، میل و اشتیاق شخص به انجام دادن

تجاوز زناشویی زمانی از طرف قانون و جامعه به‌طور گسترده به عنوان جرم یا خطاکاری شناخته نمی‌شد اما امروزه این موضوع در بسیاری از جوامع در سراسر جهان و در کنوانسیون‌های بین‌المللی محکوم شده است. در دسامبر ۱۹۹۳، کمیساریای عالی حقوق بشر سازمان ملل متحد اعلامیه رفع خشونت علیه زنان را منتشر کرد. این اعلامیه تجاوز زناشویی را به عنوان یک نوع تجاوز به حقوق بشر عنوان کرد.

در سال ۲۰۱۲، کمیساریای عالی حقوق بشر، عنوان کرد که:

متأسفانه در بسیاری از کشورها، زنان متأهل نمی‌توانند رابطه جنسی با همسران‌شان را قبول نکنند، مسائل شخصی، همچون اینکه آن‌ها بخواهند که چه زمان، چگونه و با چه کسی آمیزش جنسی داشته باشند، و اینکه چه زمان، چگونه و با چه کسی بخواهند که فرزندانی داشته باشند، در قلب تپنده یک زندگی محترمانه می‌باشد.

در سال ۲۰۰۶ گزارش بررسی کامل دبیرکل سازمان ملل متحد درباره انواع خشونت علیه زنان اینگونه عنوان شد :

تجاوز زناشویی حداقل در ۱۰۴ کشور امکان پیگیری کیفری دارد. از این بین ۳۲ کشور تجاوز زناشویی را به عنوان یک جرم کیفری ویژه تنظیم کرده‌اند، در حالی که ۷۴ کشور دیگر تجاوز جنسی زناشویی را از دیگر مقررات تجاوز جنسی عمومی مستثنی نکرده‌اند. تجاوز جنسی زناشویی حداقل در ۵۳ کشور جرم قابل پیگرد کیفری توسط دادستانی نیست. چهار کشور تنها وقتی تجاوز جنسی زناشویی را جرم کیفری منظور می‌کنند که همسران به صورت قانونی جدا شده باشند. چهار کشور در حال رسیدگی به قانونگذاری اجازه پیگرد کیفری دادستانی برای تجاوز زناشویی هستند. (ویکی پدیا، تجاوز به همسر) (۱)

معیار اصلی تشخیص و متمایز کردن تجاوز جنسی از آمیزش جنسی عدم



قلبی نسبت به فرآیند درمان است با تمامی احتمالات آن. در همه ی مصادیقی که رضایت مجنی و علیه سبب اباحه قانونی و جواز انجام رفتار مجرمانه علیه مجنی و علیه می شود، این شرط ملحوظ است که این اباحه به جهت دفع مفسده و یا جلب منفعتی است که متوجه مجنی و علیه خواهد شد.

به عنوان مثال در عملیات ورزشی آنگاه که در چهارچوب قانون و مقررات صورت گیرد، این عملیات هر چند ممکن است همراه با صدمات جسمی همراه باشد؛ لیکن منافع و امتیازاتی که ورزش برای ورزشکار و جامعه دارد، و نیز رضایت ورزشکاران؛ سبب اباحه ایراد این صدمات شده است. همچنین رضایت زوجه به آمیزش جنسی که ممکن است توأم با صدمات و لطماتی باشد، نیز به جهت رضایت وی مجرمانه نخواهند بود. به عبارت دیگر رضایت وی به انجام چنین رفتارهایی از سوی زوج، اذن وی به آن رفتار می باشد.

۲-۱- تعریف تجاوز جنسی و اقسام آن

الف) تجاوز و زنا به عنف

عُنف در لغت به معنای خشونت و بی‌رحمی در برابر رفق و مدارا است. ابن منظور، لسان العرب، ۱۴۱۴ق، ج ۹، ص ۲۵۷) زنا به عنف به معنای زنا کردن با زور، اجبار و تهدید و بدون رضایت زن است. (مؤسسه دایرة المعارف فقه فارسی، فرهنگ فقه فارسی، ۱۳۸۶ش، ج ۵، ص ۴۹۷) و با سلب اختیار کامل از زن صورت می‌گیرد. (منتظری، الاحکام الشریعة، ۱۴۱۳ق، ج ۱، ص ۵۵۳) (۲)

تجاوز به عنف، در اصطلاح کیفری عنوانی است برای رفتارها و اعمال جنسی ای که بدون رضایت پزیده‌دهنده و به ضرر او انجام می‌شود. (برهانی و دادجو، ۱۳۹۶ش، ص ۱۱۶)

عمل است؛ هنگامی که منافع و مضار عمل و برتری منافع بر مضار آن سنجیده شود و منافع بر مضار برتری داشته باشد اشتیاق و تمایل به انجام آن عمل پدید می‌آید که به این اشتیاق رضا گفته می‌شود. (جلیل، قنوتی؛ سید حسن، وحدتی شبیری، ۱۳۷۹، ص ۲۳۱) رضایت می تواند به زمان گذشته تعلق گیرد؛ یعنی عمل حقوقی را که در گذشته انجام گرفته نافذ گرداند که از آن به اجازه تعبیر می شود و می تواند به زمان حال و عملی که در حال انجام است تعلق گیرد؛ همچنین رضایت می تواند به آینده تعلق گیرد، به معنای تمایل درونی نسبت به عملی که بعداً انجام خواهد شد که از آن به اذن تعبیر می شود.

با وجود این رضایتی که موجب مصونیت از مسئولیت کیفری است، با رضایتی که شرط اعتبار قراردادهاست، متفاوت است.

به طور مثال، رضایت به درمان، از رضایی که شرط اعتبار قراردادها است و حتی در قرارداد بیمار و پزشک نیز باید وجود داشته باشد، متفاوت است؛ منظور از رضایت به درمان، رضایتی است که دخالت پزشک را برای درمان بیماری مشروع می‌سازد. (حسن، جعفری تبار، ۱۳۷۷)، ص ۶۲)

بنابراین رضایت مجنی^۱ علیه مبین این واقعیت است که شخصی از قبل موافق باشد که جرمی نسبت به وی انجام شود که این جرم ممکن است علیه تمامیت جسمانی او باشد یا علیه تمامیت معنوی وی یا علیه اموال و دارایی های او. فلسفه ی وجودی رضایت بیمار آن است که وی برای مدتی ولو اندک، جسم یا روان خود را در اختیار پزشک قرار دهد تا او مطابق با موازین قانونی، اخلاقی، فنی، علمی و با بهره گیری از تخصص، دانش و تجربه ی خود و متناسب با وضعیت موجود بیمار، بهترین روش درمانی را برگزیده و وی را معالجه نماید؛ حال ممکن است از این رهگذر تعرضی نیز بر خلاف قانون، علیه حقوق و آزادی های بیمار رخ دهد؛ اما واقعیت آن است که تمایل قلبی و موافقت نسبت به این تعرض نیست، بلکه تمایل



در اکثر ایالت ها، سن رضایت بین ۱۶ تا ۱۸ سال تعیین می شود. تقریباً در هر حوزه قضایی، کودکان پیش از بلوغ ممکن است هیچ تماس جنسی نداشته باشند. برقراری تماس جنسی با یک کودک پیش از بلوغ یک جرم جدی و جنایت است. (۳) (ویکی پدیا، تجاوز قانونی (Statutory rape))

۱-۳- مفهوم لغوی و اصطلاحی تمکین

تمکین در لغت به دو معنا است:

۱- سلطه و اختیار دادن به دیگری است: (تَمَكَّنًا) جَعَلْتُ لَهُ عَلَيْهِ سُلْطَانًا وَفُدْرَةً (فَتَمَكَّنَ) مِنْهُ (قیومی المقری، أحمد بن محمد، ۱۴۱۸، ج ۱، ص ۲۹۸)

۲- مستقر کردن و تثبیت کردن: قوله (مَكَّنَاهُمْ فِي الْأَرْضِ) أي ثبتناهم وملكناهم واستمكن الرجل من الشيء ، وتَمَكَّنَ منه بمعنى أي قدر عليه. (طریحی النجفی، فخر الدین، بی تا، ج ۶، ص ۳۱۷)

در اصطلاح فقهی، تمکین به اظهار اطاعت زوجه از زوج تعبیر می شود. البته در کارهایی که اطاعتش بر زوجه لازم است. (بهاءالدین محمد بن تاج الدین (الفاضل الهندی) بی تا، ج ۷، ص ۵۵۸)

البته معنای اصطلاحی تمکین با معنای لغوی آن تا حدود زیادی یکسان است. به این معنا که زوجه با قبول عقد نکاح شرعاً زوج را مسلط بر خود می گرداند و به او این سلطه و اختیار را می دهد که هر گاه بخواهد بتواند برای هر گونه استمتاعی وی را در اختیار خویش گیرد.

البته به جز مواردی که شرعاً یا عقلاً امکان تمکین از سوی زوجه به صورت علی الاطلاق وجود ندارد. که به آنها اشاره خواهد شد.

بنابراین رویکرد نظام حقوقی اسلام به مسئله رضایت زوجه در برقراری رابطه جنسی، رویکردی میانه و عادلانه ای است.

از یک سو طبق قانون شریعت اسلام، زن شرعاً موظف به تمکین خاص از زوجه است. (نجفی، ۱۳۶۲، ج ۳۱، ص ۳۰۳؛ شیخ طوسی، ۱۳۸۷، ج ۶، ص

تجاوز به عنف شامل عنف معنوی هم می شود یعنی جایی که بزهکار، بدون استفاده از نیروی جسمانی و فشار فیزیکی، روان بزه دیده را تحت تأثیر قرار می دهد و بر او سلطه پیدا می کند. (همان، صص ۱۱۹-۱۲۰) (ب) تجاوز به همسر

تجاوز به همسر یا تجاوز جنسی زناشویی همچنین تجاوز یا زنا در ازدواج یک آمیزش جنسی بدون رضایت می باشد که متجاوز همسر قربانی است. این امر ترکیبی از تجاوز شریک زندگی، خشونت خانگی و سوء استفاده جنسی است.

بنابراین تجاوز و خشونت جنسی هر عمل جنسی و تلاش برای برقراری رابطه جنسی است که بر خلاف تمایلات جنسی فرد با توسل به زور (اجبار) انجام میشود. در بررسی مسأله خشونت جنسی، و تجاوز به همسر؛ جداسازی آن از حق مشروع بهره وری جنسی (تمکین) برای زوج ضروری است. دیگرآزاری، اصرار به برقراری رابطه مقعدی، اجبار در برقراری رابطه در دوران قاعدگی و جنون مقاربت، خشونت در حین رابطه جنسی و فقدان پیشنوازش و آماده سازی روانی و جسمی زنان پیش از رابطه را میتوان از مصادیق آزار و تجاوز جنسی دانست. این مورد از موارد تجاوز جنسی در نظام های حقوقی لیبرال مورد پذیرش و در حال گسترش است. (نظری، توکلی، سعید/ بهار ۱۴۰۰/ ص ۷۰)

(ج) تجاوز قانونی

آمیزش جنسی داوطلبانه با یک خردسال پس از بلوغ که کمتر از سن قانونی رضایت است، تجاوز جنسی قانونی توصیف می شود. که در آن تجاوز (فقدان رضایت) پیش فرض قانونگذار است. لذا در تجاوز قانونی، معمولاً زور یا تهدید آشکار وجود ندارد. قوانین قانونی تجاوز جنسی، اجبار را فرض می کنند، زیرا یک فرد بالغ خردسال یا معلول ذهنی از نظر قانونی قادر به رضایت دادن به عمل نیست.



موتور و دستگاه محرکه واکنش دولت ها در مجازات و اقدامات تامینی- تربیتی معاصر است. این واکنش ممکن است یکی از اقدامات تربیتی و اصلاحی، یا مجازاتی متناسب با شخصیت مجرم باشد (محسنی، بی تا، ص ۲۶۷-۲۶۹).

دین مبین اسلام نیز علی رغم اینکه انسان را فردی مختار و با اراده می داند؛ احکام الهی را نیز تابع ملاک مصالح و مفاسدی می داند که انسان ملزم است با رعایت احکام الهی این مصالح و مفاسد را درک کند.

اصل مذکور در قرآن کریم به نحو دقیق و مشخصی معین شده است تا آنجا که هر عضوی از اعضای بدن انسان نیز در روز قیامت ملزم به پاسخگویی است: (اسراء/۳۶)

در منطق قرآن کریم وضعیت هر کسی در گرو اعمال و رفتار خویش است: (مذثر/۳۸)

چون عدالت ایجاب می کند که هر کس پاسخگوی آثار و نتایج خوب یا بد اعمال خود باشد. (اسراء/۷)

بنابر مفاد برخی از آیات قرآن کریم انسان به طور مستقیم کیفر اعمال زشت خود را خواهد دید. (انعام/۱۶۴؛ اسراء/۱۵؛ فاطر/۱۸؛ زمر/۷)

و نیز درباره مشاهده اعمال نیک و بد در قیامت، در سوره «زلزال» آیات ۷ و ۸ می خوانیم: «هر کس به قدر سنگینی ذره ای، کار خیر کرده باشد، آن را می بیند * و هر کس به اندازه سنگینی ذره ای، کار بد کرده باشد، آن را خواهد دید»

همه این آیات دلالت روشن و واضحی دارند که انسان نسبت به رفتار خود مسئول است.

یکی از جنبه های مسئولیت انسان، مسئولیت وی در قبال جرائمی است که علیه اشخاص مرتکب می شود. که نسبت به ارتکاب آن مسئولیت داشته و می بایست پاسخگوی باشد.

۱۱؛ زین الدین بن علی (الشهید الثانی)، بی تا، ج ۸، ص ۴۴۰، و وی حق ندارد بدون عذر شرعی یا عقلی از این کار امتناع ورزد. و از این راه تا حدود زیادی موجب کاهش انحرافات اخلاقی زوج گردیده است. و از سوی دیگر این به این معنا نیست که زوج می تواند و مجاز است که به هر شکلی حتی با اعمال رفتارهای خشونت بار یا تهدید و تحقیر با زوجه رابطه جنسی داشته باشد. بلکه وی در صورت ارتکاب رفتارهای مذکور مسئول رفتارهای ارتكابی خواهد بود. (حر عاملی، ۱۴۰۹، ج ۱۹، ص ۲۰۱) و زوجه می تواند از وی بابت ارتكاب رفتارهای خشونت آمیز از وی شکایت کند. بالاتر از آن شریعت اسلام در ضمن تبیین آداب زناشویی، کرامت نفس زنان را در اولویت این امر قرار داده است. (حرالعالمی، ۱۴۰۹، ج ۲۰، صص ۱۱۹-۱۱۸)

۲- مبانی مسئولیت کیفری جنایات ضمن آمیزش جنسی زوجین اصل پذیرش مسئولیت کیفری

این اصل که افراد باید مسئول رفتار و کردار خود باشند؛ یک اصل عقلایی است که در تمام نظام های دنیا مورد پذیرش قرار گرفته است. به طور کلی تمام مکاتب حقوقی بجز مکتب تحقیقی (۴) انسان را فردی مختار و با اراده می دانند (۵) که می بایست نسبت به رفتار و کردار خود مسئول باشد.

چون انسان با اراده و اختیار خویش مرتکب جرم می شود و با آزادی تمام شرارت را انتخاب می کند، بنابراین وی مسؤول و مستحق کیفر است. اگر آزادی اراده و مسؤولیت را واقعیت ندانیم، صحبت از تربیت و بازسازی مجرمان حرفی بی معنا و عبث خواهد بود. بدین ترتیب اصل مسؤولیت داشتن انسان، به منزله پلی است که از یک سو وی را با جرم ارتكابی و مسؤولیت کیفری و از سوی دیگر با آینده وی، اقدامات لازم جهت جلوگیری از تکرار جرم و بازپروری او پیوند می دهد. «اصل مسؤولیت»



شرایطی را وضع کرده است.

و برای متخلف از آن شرایط ضمانت اجرایی در نظر گرفته است.

بنابراین هر چند عقد نکاح ابتدائاً سبب ایجاد اباحه استمتاع می گردد، لکن از آنجا که عقد نکاح باید در چهارچوب شرایط و قوانین آمره ای منعقد گردد که شارع آن ها را پیش بینی نموده است؛ می توان اباحه و جواز استمتاع را با این توضیح مسبب از حکم شارع نیز دانست.

این قاعده در تمام عقودی که شارع برای تحقق نتیجه و آثار آن عقود، شرایطی را مد نظر گرفته جاری و ساری بوده و می توان اثر حاصل از آن عقد را مسبب از حکم شارع دانست.

لذا هر چند مادامی طرفین اقدام به انعقاد عقد نکنند، بالتبع هیچ اثر شرعی و حقوقی برای آنها محقق نمی شود، به همان میزان عقودی هم که طبق شرایط و قوانین پیش بینی شده در شرع و قانون، منعقد نگردد، نیز باز نتیجه و اثر شرعی و قانونی را در پی نخواهند داشت. لذا می بایست هم رضایت طرفین و هم حکم شرع را توأمان مبنای تحقق آثار و نتایج حاصل از عقود دانست.

بنابراین در اکثر عقود هم قواعد مربوط به حق و رضایت طرفین علی القاعده باید جاری گردد و هم قواعد مربوط به احکام شرعی.

از یک سو چون رضایت طرفین سبب اثر حاصل از عقد می باشد، در سعه و ضیق اثر مذکور، باید تابع اراده متعاملین بود، و از سوی دیگر نیز چون اثر مذکور زمانی شرعاً و قانوناً اعتبار می یابد که عقد مطابق احکام هر یک محقق شود، می بایست تابع اراده شارع و قانون گزار بود.

و علی القاعده هر جا اراده متعاملین با اراده شارع در تزامن بود، از آنجا که اعتبار اثر حاصل از عقود منوط به اراده و حکم شارع و قانون گزار است؛ اراده این دو مقدم خواهند بود.

در خصوص عقد نکاح نیز قواعد جاری و حاکم بر هر یک از حقوق و

بنابراین طبق این اصل افراد در قبال تجاوز و ظلمی که نسبت به دیگران روا می دارند، دارای مسئولیت کیفری هستند.

با این وجود گاهی شارع (قانون گزار) ، اجازه می دهد که فرد یا افراد در حدود معین و مشخصی مسئول رفتار خود نباشند. که از آن به اباحه قانونی یاد می شود. یا در مواردی شارع به افراد این اختیار رو داده که با رضایت خود به دیگران اجازه ارتکاب رفتارهایی بدهند که در حالت معمول آن رفتار دارای مسئولیت می باشد.

مبانی اباحه استمتاع زوج (رضایت زوجین، جواز و اباحه شرعی)

عقد نکاح از اسباب اباحه استمتاع و حلیت داشتن رابطه جنسی است. به موجب عقد نکاح زوج حق استمتاع از زوجه را پیدا کرده و در مقابل مکلف به پرداخت نفقه و مهریه خواهد شد. عقد نکاح از یک سو سبب ایجاد حق استمتاع برای زوج است، و از سوی دیگر سبب ایجاد یک حکم تکلیفی برای زوجه مبنی بر وجوب تمکین است. همانطور که زوجه به سبب آن مستحق دریافت نفقه خواهد شد و بر زوج پرداخت آن واجب می گردد. مانند عقد بیع که از سویی موجب می شود طرفین نسبت به عوض و معوض حق مالکیت پیدا کنند و از سوی دیگر مکلف به تسلیم آن دو به یکدیگر خواهند شد.

بنابراین مبنای اباحه استمتاع برای زوج رضایت طرفین به قرارداد و انعقاد عقد نکاحی است که سبب ایجاد حق و تکلیف برای هر یک از زوجین می گردد.

هرچند عقد نکاح مانند بسیاری از عقود دیگر امضایی بوده و تاسیسی محسوب نمی شود، لکن شارع مقدس اباحه استمتاع را در صورتی امضاء کرده و جایز می داند که مطابق شرایط و قوانین آمره ای باشد که خود آن ها را پیش بینی کرده است.

مانند عقد بیع و هر عقد دیگری که شارع برای تحقق نتیجه و آثار آن



تواند طرف متخلف را با وجود رضایت طرف دیگر، الزام به تکلیف کند. هر چند در بعضی از موارد یاد شده متخلف مرتکب فعل حرام می گردد، لکن با وجود رضایت طرف مقابل و به نوعی اسقاط حق خویش، شرعا ضمانی بر عهده متخلف نخواهد بود.

این مسئله اجماعی است و احدی فتوا به ضمان و وجوب جبران نداده است.

اما در خصوص رضایت زوجه به جنایاتی که زوج ضمن استمتاع و رابطه جنسی ممکن است مرتکب گردد، از آنجا که نفس فعل مباح بوده، و زوجه نیز من غیر اکراه و اجبار، بالمطاوعه، رضایت به جنایات و صدمات ضمن آن داشته است، به نظر می رسد، نتوان مسئولیتی را متوجه زوج ساخت. هرچند امروزه یک اصل کلی وجود دارد و آن اینکه رضایت مجنی علیه علت توجیه کننده فعل یا ترک فعل مجرمانه نیست چون مجازات در شرایط عام برای دفاع از منافع خصوصی ایجاد نشده و قوانین جزایی بیشتر در جهت استقرار نظم عمومی و بقای جامعه تدوین شده اند؛ اما با وجود این در برخی از موارد از جمله عملیات جراحی و عملیات ورزشی رضایت مجنی علیه، توجیه کننده عمل مجرمانه می باشد که بند دوم و سوم ماده ۵۹ قانون مجازات اسلامی بیانگر این موارد می باشد.

وجه موجه شمردن جنایات ارتكابی ضمن آمیزش جنسی در فرضی که زوجه بالمطاوعه رضایت دارد. این است که مسائل جنسی امری شخصی و حقی است مربوط به زوجین که کیفیت و کمیت آن را خود می سازند. لذا حتی اگر در فرضی که شارع مقدس آنها را از ارتکاب این عمل منع نموده باشد، مع الوصف اقدام به این کار نمایند، هر چند مرتکب فعل حرام شده اند؛ اما به نظر می رسد از آنجا که این امر کاملاً شخصی بوده لذا متعرض نظم عمومی نمی شود؛ حاکم شرع نمی تواند آنها را تعزیر و مجازات نماید.

تکالیف زوجین تابع دو مولفه رضایت زوجین و احکام شرع می باشد.

رضایت زوجین و مسئولیت کیفری جنایات ضمن آمیزش جنسی عقد نکاح و آثار حاصل از آن تا حدود زیادی تابع رضایت زوجین است. رضایت زوج به قبول پرداخت میزان مهریه درخواستی از زوجه، و میزان نفقه مناسب با شان زوج، رضایت زوج به استمتاع بما دون الوطی در زوجه ای که عقلاً یا شرعاً تمکن از تمکین خاص را نداشته و زوج با علم به آن اقدام به ازدواج نموده، یا بعد از عقد نکاح عارض شده و زوج اقدام به طلاق نمی کند.

از آن طرف رضایت زوجه به ازدواج با زوجی که تمکن مالی ندارد و در حد وسع خود توانایی پرداخت نفقه و تهیه مسکن را دارد، رضایت زوجه به ازدواج با زوجی که دچار بیماری مقاربتی بوده و توانایی برقرار رابطه جنسی را ندارد. یا عدم درخواست طلاق در صورتی که بعد از عقد نکاح این بیماری عارض گردیده است.

در همه موارد فوق الذکر رضایت هر یک از زوجین به شکلی بیانگر اسقاط حق می باشد، مثلاً اگر زوج دچار بیماری ای شود که تا مدت نامعلومی امکان مقاربت جنسی را از دست بدهد، زوجه ممکن است علی رغم تحمل عسر و حرج اقدام به درخواست طلاق ننماید. یا اگر زوج از پرداخت نفقه عمداً یا به جهت عذری عاجز گردد، زوجه علی رغم استحقاق نفقه، اقدام به مطالبه آن نکند.

کما اینکه اگر در شرایط مقرر در قانون زوج امکان ازدواج مجدد بدون رضایت زوجه، را داشته باشد، لکن اقدام به این کار نکند. یا اگر زوجه به هر جهتی ناشزه محسوب شود، زوج مع الوصف دادخواست الزام به تمکین ندهد، و حتی علی رغم اینکه وی مستحق نفقه نیست، از پرداخت نفقه خودداری ننماید.

در هیچ یک از موارد فوق الذکر و موارد مشابه آن، شرع و قانونگذار نمی



می‌کشم»، در هر دو صورت از نظر مشهور حکم یکی است؛ یعنی هر قولی را که در مسأله اکراه انتخاب کنیم، در صورت عدم اکراه هم خواهد آمد. علامه حلی نیز همین رای را در مسأله داشته می‌فرماید: اگر شخصی به دیگری بگوید: مرا بکش و آلا تو را می‌کشم، قصاص و دیه ساقط می‌شود (۶) ولی گناه این عمل از بین نمی‌رود (علامه حلی، ۱۴۱۰، ج ۲: ۱۹۶).

همان گونه که در عبارت علامه آمده است، ایشان تصریح نموده که قصاص و دیه هر دو ساقط خواهد شد، اما کلام محقق چنین آشکار نیست، هر چند در سقوط هر دو اطلاق دارد، چون معنای عدم تسلط وارث، تسلط نداشتن او بر قصاص یا دیه است و حذف متعلق، بر عموم دلالت می‌کند. ممکن است از کلمات امام خمینی هم این نظریه استفاده شود، ایشان در خصوص این مسأله بعد از بیان این مطلب که اگر تهدید کننده خواست به تهدیدش عمل کند، تهدید شونده می‌تواند، بلکه واجب است او را بکشد؛ زیرا دفاع کردن واجب است و هیچ ضمانی هم بر عهده او نیست، می‌فرماید: اگر به مجرد وعید دادن او، او را بکشد گناهکار است و آیا قود بر او می‌باشد؟ در آن اشکال است؛ اگرچه ارجح عدم آن است چنانکه عدم دیه هم بعید نیست (امام خمینی، ۱۴۲۱، ج ۱ و ۲/ ۹۰۷-۹۰۶ م ۳۵).

به هر حال آنچه مهم است، دلیلی است که محقق برای سقوط حق قصاص یا دیه ذکر کرده و آن این است که مقتول با اذن خود، حق قصاص یا دیه را اسقاط کرده است، بنابراین وارث نمی‌تواند آن را مطالبه کند. اما عدم سقوط گناه حرمت برای این است که گناه حکم است نه حق، و حکم به خلاف حق قابل اسقاط نیست.

شهادت ثانی برای سقوط حق، دلیل دیگری را نیز اضافه نموده است و آن اینکه وجود اذن از طرف مقتول موجب شبهه در ثبوت قصاص می‌شود و طبق قاعده «الحدود تدراً بالشبهات» قصاص هم در مورد مذکور ساقط می‌شود (شهادت ثانی، ۱۴۱۳، ج ۱۵/ ۸۹).

با این توضیح اما اگر زوجه با وجود رضایت، پس از مدتی اقدام به شکایت کرده و خواهان جبران خسارات ناشی از جنایات ضمن آمیزش باشد! از آنجا که قانون نسبت به موجه بودن این جنایات نفی و اثباتا سکوت کرده است؛ آیا می‌توان با این استدلال که رضایت مجنی و علیه در جرائم علیه اشخاص دلیل موجهی برای ارتکاب جرم نیست، و از سوی دیگر قانونگذار چنین رضایتی را از استثنائات اباحه ارتکاب جنایت برنشمرد است، لذا می‌توان قائل شد مرتکب مسئولیت کیفری خواهد داشت؟

باید گفت رضایت مجنی علیه در رفع حکم تکلیفی تأثیری ندارد؛ اما اثر رضایت در حکم وضعی (ضمان/مسئولیت کیفری) متفاوت است؛ به عنوان مثال وقتی رضایت در قتل عمد و جنایت از روی ترحم، هر چند هیچ اثری در حکم تکلیفی ندارد؛ اما در رفع یا توجیه مسئولیت کیفری مرتکب، اثر تام دارد. در رفع مسئولیت کیفری جنایات ضمن آمیزش جنسی نیز موثر خواهد بود.

مشهور فقها معتقدند: چون مجنی و علیه به جنایت علیه تمامیت جسمانی خودش اذن داده، لذا حق قصاص و دیه را با این اذن اسقاط نموده است و نمی‌تواند خواستار قصاص یا دیه شود.

محقق حلی رضایت مجنی و علیه به ارتکاب جنایت را مجوز و سبب اباحه فعل نمی‌داند، لکن ارتکاب جنایت در فرض مذکور را بدون مسئولیت کیفری دانسته بیان می‌دارد:

ولی اگر مرتکب قتل شد، قصاص ندارد؛ زیرا مقتول، قدرت تشخیص داشت و حق قصاص را با اجازه‌ای که داد از بین برد بنابراین وارث او، تسلطی بر اجرای قصاص ندارد (محقق حلی، ۱۴۰۸، ج ۴/ ۱۸۵).

اکراه هیچ گونه تأثیری در جرم بودن قتل و ثبوت قصاص- بنابر قول مشهور- ندارد. پس بین مکروه بودن قاتل یا مختار بودن آن فرقی وجود ندارد، بنابراین چه بگوید: «مرا بکش» و چه بگوید: «مرا بکش و آلا تو را



لذا همانطور که اشاره شد، هر چند اباحه استمتاع مسبب از عقد است، لکن شرع و قانون شرایطی را برای آن پیش بینی نموده و این اباحه را منوط به رعایت شروط مذکور نمودند.

به طور مثال شرع زوجین را از برقراری رابطه زناشویی در ایام حیض منع نموده است، لذا زوج در این شرایط مجاز به آمیزش نبوده و مجاز نیست زوجه را به این امر اکراه نماید.

همچنین اگر زوجه عرفا توانایی برقراری رابطه زناشویی را نداشته باشد، مثلاً به جهات عقلی چون دفع ضرر در مثل زمانی که زوج مرض مسریه دارد، و یا حرجی بودن تمکین، در مثل زمانی که آلت زوج به صورت غیر عادی بزرگ باشد، که عرفاً تمکین جز با عسر و حرج ممکن نباشد؛ یا نحیف و لاغر بودن زوجه به شکلی که با مثل این زوجه امکان استمتاع وجود ندارد، لذا از تمکین خودداری ورزد، یا زوج به خاطر مرض مسری یا سایر موانع تمکن از استمتاع نداشته باشد؛ نتوان زوجه را در این حالات ناشزه نامید و وی را از حق نفقه محروم ساخت. بنابراین زوج هیچ حق و اباحه ای در موارد فوق الذکر ندارد، لذا اگر مع الوصف با اکراه و اجبار اقدام به آمیزش جنسی نماید، حسب مورد محکوم به قصاص یا پرداخت دیه خواهد شد.

به طور مثال در فرضی که زوجه عمل زایمان سختی داشته و طبق رویه موجود اطباء از برقراری رابطه جنسی تا مدت معینی منع می کنند، مع الوصف زوج زوجه را مجبور به آمیزش نماید، و عمل او موجب خونریزی داخلی و مرگ زوجه گردد؛ از آنجا که رفتار مذکور در خصوص زوجه غالباً کشنده می باشد، و زوج نیز با علم به حال زوجه و کشنده بودن آمیزش؛ اقدام به ارتکاب نموده؛ لذا طبق قواعد محکوم به قصاص خواهد بود.

اگر گفته شود، از آنجا که زوج حق استمتاع را داشته، و رفتار وی مباح بوده لذا نمی توان آن را جنایت عمد برشمرد، و لا اقل حق و اباحه مذکور

بنابر آنچه از آرای فقها گذشت، هر چند رضایت زوجه موجب رفع حرمت تکلیفی ایراد ضرر نیست، لکن اصل مذکور ناظر به احکام تکلیفی است. اما نسبت به احکام وضعی، رضایت مجنی و علیه می تواند از موجبات رفع ضمان و مسئولیت کیفری مرتکب باشد.

اکراه یا اجبار به آمیزش توأم با ارتکاب جنایت بله اگر طرفین نسبت به آمیزش مکره یا مجبور گردند، امکان مسئول شناختن مکره نسبت به رفتارهای مجرمانه خارج از آمیزش وجود دارد. به نظر می رسد، در فرض اخیر فرقی بین جنایات ضمن آمیزش زوجین یا غیر زوجین وجود ندارد.

یعنی در فرض اخیر اگر شخص با زن نامحرمی آمیزش به عنف داشته باشد، در اینجا مرتکب دو جرم گردیده است؛ یعنی هم متحمل مجازات تجاوز به عنف خواهد شد، هم متحمل جنایات ارتكابی خارج از آمیزش می گردد.

بنابراین اگر مجازات تجاوز به عنف اعدام باشد، شخص علی القاعده نسبت به جنایات ارتكابی خارج از آمیزش، حسب مورد متحمل مجازات قصاص یا پرداخت دیه خواهد گردید، و پس از آن اعدام می گردد.

لکن آیا زوج مجاز است به عنف و اجبار با همسر شرعی و قانونی خود رابطه زناشویی برقرار کند؟

به عبارت دیگر آیا اباحه و جواز استمتاع مسبب از عقد نکاح مقید به رضایت زوجه است؟ یا وی علی رغم عدم رضایت زوجه مع الوصف باز جائر به استمتاع از وی می باشد؟

طبق روایات و فتاوی فقهای زوجه موظف به تمکین خاص بوده و تنها زمانی می تواند از تمکین خاص امتناع ورزد که شرعاً یا عرفاً معذور بوده باشد.



حق نفقه نیز نخواهد داشت. (الشیخ الطوسی، ۱۳۸۷، ج ۴ ص ۳۱۷)
طبق فرموده این فقیه بزرگ، زوج در مواردی که آمیزش مستوجب ضرر و خطر است، حق و اباحه ای نسبت به آن نخواهد داشت. لذا اگر مع الوصف مرتکب آمیزش شود، و از این طریق به زوجه ضرری وارد کند، مسئول خواهد بود.

بله اگر زوج قصد ارتکاب جنایت را و لو تبعا نداشته و ارتکاب جنایت به صورت اتفاقی بوده باشد، جنایت ارتكابی شبه عمد بود و زوج محکوم به پرداخت دیه خواهد بود.

لذا همانطور که قبلا اشاره شد، در تجاوز و خشونت جنسی اگر مرد مرتکب جنایتی شود، مسئول خواهد بود. و از این حیث فرقی بین تجاوز در رابطه زناشویی و غیر آن نمی کند.

رضایت زوجه به آمیزش بدون خشونت جنسی

اگر زوجه نسبت به داشتن آمیزش و رابطه جنسی متمایل باشد، اما نسبت به رفتارهای نامتعارف خارج از آن معترض باشد، فی المثل زوج ضمن آمیزش عادت به ارتکاب ضرب و جرح داشته باشد، یا بر اثر هیجان شدید، غالبا مرتکب فشار شدید به دست یا پای زوجه شده که منجر به کبود شدن همراه با دردهای شدید عضلانی می شود، یا عادت به فحاشی و استعمال الفاظ رکیک داشته باشد، یا برخلاف رضایت زوجه اقدام به آمیزش از مقعد می کند، و از این طریق موجب ایراد ضرر به وی می شود؛ آیا زوجه می تواند به جهت دفع ضرر از تمکین خودداری ورزد؟ و در صورت تن دادن به آمیزش و تحمل ضرر، آیا می تواند علیه زوج شکایت کند؟

از آنجا که زوجه نسبت به داشتن آمیزش و رابطه جنسی تمایل داشته و لذا نمی توان وی را مکروه دانست. از طرف دیگر با توجه به اعتراض و شکایت وی از رفتارهای نامتعارف خارج از آمیزش، نمی توان پذیرفت که

موجب شبهه شده و با وجود شبه و طبق قاعده درء، قصاص منتفی خواهد بود؛

باید گفت: با توجه به اینکه زوج هم متوجه وضعیت زوجه بوده و هم متوجه آثار احتمالی رفتار خود، اصولا نمی توان پذیرفت مع الوصف وی همچنان نسبت به ارتکاب رابطه جنسی مجاز بوده باشد، و قطعا شارع در اینچنین مواردی که زوجه عرفا امکان و توانایی تمکین را ندارد، هیچ حق و اباحه شرعی ای را برای زوج به رسمیت نمی شناسد. لذا عمل وی نامشروع تلقی خواهد شد. و طبق اصل مسئولیت کیفری، زوج مسئول رفتار و جنایت ارتكابی خود خواهد بود.

شاهد بر این تفصیل کلامی است از شیخ طوسی که بیان می دارد:

اگر زوجه نحیف و لاغر باشد، و زوج تقاضای تمکین نماید، از دو حال خارج نیست، یا این امر به جهت مرضی بر او عارض شده یا زوجه خلقتا چنین بوده است.

اگر خلقتا چنین بوده و زوج مهر وی را پرداخت کرده باشد، باید خود را تسلیم زوج نماید، چون عرف و عادت چنین نیست که چنین مواردی مانع تسلیم زوجه و تمکین از زوج گردد.

نهایت زوج می تواند تمام استمتاعات رو داشته باشد، بجز جماع، اما در خصوص استمتاع تام اگر این کار طبق نظر خبره موجب ایراد ضرر به زوجه نمی گردد، بر زوجه تمکین تام واجب است. لکن اگر جماع با وی موجب تحمل مشقت شدید می شود یا خوف ایراد ضرر و جنایت می رود، زوجه می تواند زوج را از جماع منع نماید. البته در اینگونه موارد زوج می تواند زوجه را طلاق دهد، و در این صورت گفته شده که فقط نصف مهر بر عهده زوج است.

اما اگر این امر به خاطر بیماری عارض شده باشد، و زوجه طاقت جماع را نداشته باشد. می تواند تمکین نکند، و تا زمانی که سلامتی خود را بازیافته



وی می شود، این رفتار او علاوه بر حرمت تکلیفی، اثر وضعی نیز به همراه خواهد داشت. یعنی حسب مورد زوج متحمل مجازات قصاص یا پرداخت دیه خواهد گردید. از طرف دیگر در فرض مذکور زوج نیز به جهت وجوب حفظ جان و دفع ضرر تکلیفی به تمکین نخواهد داشت. مبنای این حکم قاعده لاضرر یا عسر و حرج می باشد.

قاعده لاضرر

در قرآن مجید آیاتی وجود دارند که با تصریح به واژه «ضرر» و مشتقاتش در موارد خاص، احکامی را ارائه کرده‌اند که «لا ضرر» را به صورت یک قاعده می‌توانند تثبیت کنند که در ادامه به ذکر چند نمونه از این آیات می‌پردازیم:

1. «لا تضار والدۀ بولدها و لا مولود له بولده»؛ (بقره/۲۳۳)

یعنی هیچ مادری نباید به فرزندش ضرر برساند و نیز هیچ پدری نباید به فرزندش زیان بزند. طبق این آیه، از جمله مادران، نهی شده‌اند که با قطع شیر، موجب زیان و ضرر فرزند خود شوند.

2. «و لا تمسکوهن ضاراً لتعتدوا»؛ (بقره/۲۳۱)

یعنی نگاه ندارید آن زنان را تا تعدی کنید. در مورد این آیه توضیحی لازم است. ظاهراً گروهی از مردان، زنان خود را طلاق می‌گفتند و بعد به آن‌ها رجوع می‌کردند؛ البته نه به علت رغبتی که به آن‌ها داشتند، بلکه با نیت تجاوز و تعدی و گاه پایمال کردن حقوق مالی ناشی از زوجیت که به زنان تعلق می‌گرفت. قرآن کریم در این آیه مردان را از این عمل نهی کرده است. بر اساس تفسیری که فاضل مقداد در کتاب کنز العرفان فی فقه القرآن از این آیه کرده، «ضاراً لتعتدوا» یعنی ضرر وارد آوردن بر زن و آزار رساندن به او تعدی از حدود الهی است (۷) و به تعبیری ضرر رساندن به آن‌ها تعدی و تجاوز است، آن هم تعدی و تجاوز از حدود الهی. (السیوری، جمال الدین المقداد بن عبد الله (بی تا) ج ۲، ص ۲۸۲)

زوج به خاطر تمایل زوجه به داشتن رابطه جنسی مسئولیتی در قبال رفتارهای نامتعارف خود ندارد.

بنابراین طبق قاعده زوج مسئول رفتارهای نامتعارف خود می باشد.

و زوجه مادامی که زوج اصرار به ارتکاب رفتارهای مذکور داشته باشد، می تواند از تمکین خودداری ورزد.

هر چند نفس آمیزش و رابطه جنسی شرعاً و عرفاً منعی نداشته و زوج نسبت به ارتکاب آن مجاز می باشد، لکن از آنجا که رفتار وی مقارن با ارتکاب رفتارهای نامتعارف و ایراد ضرر و زیان به زوجه می باشد، و زوجه بیم و ترس تحمل جنایت را داشته، یا آمیزش مقرون به رفتارهای مذکور مستوجب عسر و حرج و درد و رنج شدیدی برای وی می شود.

لذا آیا در این فرض که حکم به اباحه و جواز استمتاع زوج مستلزم ضرر و مشقت به زوجه می گردد؛ آیا این حق و جواز اباحه همچنان از حمایت شرعی و قانونی برخوردار هست؟ یا خیر؟

در صورتی که جواز و اباحه استمتاع از حمایت شرع و قانون برخوردار نباشد، آیا زوجه می تواند درخواست جبران خسارت و ضررهایی که متحمل شده؛ نماید؟

همچنین در فرض و صورت مذکور، آیا زوجه به جهت دفع ضرر و مشقت و درد و رنج ناشی از رفتارهای نامتعارف جنسی زوج می تواند از تمکین خودداری ورزد؟

در ادامه به این سوالات پاسخ خواهیم داد.

اصول مقید کننده اباحه شرعی و قانونی

شکی نیست که اباحه که افراد در چتر حمایتی شرع و قانون از آن برخوردار خواهند شد، مقید به زمانی است که از آن آسیبی متوجه دیگران نگردد.

بنابراین اگر زوج با استیفای حق استمتاع از زوجه، موجب ایراد ضرر به



مقاربتی مذکور در ماده فوق از امراض صعب العلاج مذکور در ماده ۸ قانون حمایت خانواده " بند ۵ و نیز امراض صعب العلاج مشروط در بند های ۱۲ گانه ضمن العقد در عقد نامه رسمی چاپ شده و در اجرای ماده ۱۱-۱۹ ق.م به شمار نمی آید. زیر امراض مقاربتی لزوما صعب العلاج نمی باشند چه بسا مداوا و درمان آن ها به سهولت و آسانی میسر باشد

ثانیا امراض صعب العلاج لزوما از امراض مقاربتی است با این حال زوجه اختیار دارد که با وجود ابتلاء زوج به مرض مقاربتی تمکین نکند یا نکند لیکن در صورت علم و وقوف وی به وجود مرض و تمکین از زوج، بنابر قاعده اقدام ضمانی بر عهده زوج نمی باشد بدیهی است در صورت جهل بر وجود مرض و تمکین و ورود ضرر به وی وقف قواعد عمومی می تواند مسبب ورود خسارت جبران آن را درخواست نماید.

همچنین حکم این ماده ، اگرچه مربوط به امراض مقاربتی است و اشاره ای به فرض جنایات جنسی زوج ندارد، اما همانطور که اشاره شد، چون مبتنی بر قاعده لاضرر است شامل این فرض نیز میشود.

با این شرح که در حالت عادی، اطاعت از شوهر و تمکین جنسی نسبت به او بر زن واجب و لازم است و عدم اطاعت موجب سلب حق نفقه خواهد بود، ولی چنانچه به علت امراض مقاربتی یا علل دیگری مثل استماعات نامتعارف ناشی از اختلال انحراف جنسی مانند سادیسم، مازوخیسم، سکس مقعدی و دهانی، موجب ورود خسارات جسمی یا روانی به زوجه شود، قاعده لاضرر عموم وجوب اطاعت را تخصیص میزند و وجوب اطاعت را برمیدارد، بدون آنکه عدم اطاعت زوجه در اینگونه موارد حق نفقه را سلب نماید (محقق داماد، ۱۳۹۰، ۳۵۹)

براین اساس میتوان گفت یکی از مصادیق مانع مشروع که در ماده ۱۱۰۸ قانون مدنی بیان شده است، همین مورد است، بنابراین در مواردی که زوجه به دلیل جنایات و انحراف جنسی زوج و خوف از ضرر جسمی یا

۳. «من بعد وصیة یوصی بها او دین غیر مضار»؛ (نساء/۱۲)

یعنی پس از وصیتی که بدان وصیت می شود یا دینی، «غیر ضرر رساننده». طبق این آیه، ترکه بعد از آن که مورد وصیت یا دین از آن خارج گردید بین ورثه تقسیم می شود، مشروط بر این که موصی زیان رساننده نباشد؛ یعنی وصیتی که در آن، موصی به ورثه ظلم نکرده و ضرر نزده باشد نافذ و لازم الاجرا است؛ چون چه بسا موصی به قصد اضرار به ورثه به دینی اقرار کند یا وصیتی ظالمانه کند و بدین وسیله ورثه را از میراث محروم سازد.

۴. «و لا یضار کاتب و لا شهید»، (بقره/۲۸۲)

یعنی کاتب و گواهی دهنده دین نباید ضرر برساند؛ بدین معنا که کاتب و تنظیم کننده دین و معامله (سندنویس) نباید امری را که غیر واقع است بنویسد و هم چنین شاهد باید دقیقا به چیزی که اتفاق افتاده گواهی دهد و چیزی از آن نکاهد.

همچنین مبنای ماده ۱۱۲۷ قانون مدنی که اعلام می دارد "هر گاه شوهر بعد از عقد مبتلا به یکی از امراض مقاربتی و جنسی گردد، زن حق دارد که از نزدیکی با او خوداری و امتناع نماید، امتناع به علت مذکور مانع از حق نفقه نخواهد بود".

در صورتی که شوهر به یکی از امراض واگیر دارد مبتلا گردد، زن می تواند تا حدودی که از سرایت آن مصون بماند از شوهر دوری کند. حکم فوق مبتنی بر قاعده لاضرر است به این شرح که اطاعت از شوهر و تمکین مطلق نسبت به شوهر بر زن فرض و لازم است و عدم اطاعت موجب سلب حق نفقه خواهد بود، ولی چنانچه به علت امراض مقاربتی و یا علل دیگر موجب ورود خسارت و ضرر به زوجه نشود قاعده لاضرر عموم وجوب اطاعت را تخصیص زده و وجوب اطاعت را بر می دارد، بدون آن که عدم اطاعت زوجه در این گونه موارد حق نفقه را سلب و ساقط نماید. مرض



نفی عسر و حرج

ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی: «در مورد زیر زن می تواند به حاکم شرع مراجعه و تقاضای طلاق نماید:

۱- زوجی موجب عسر و حرج است، میتواند برای جلوگیری از ضرر و حرج زوج را در صورتیکه برای محکمه ثابت شود، دوام زوجیت موجب عسر و حرج است.

از سوی دیگر به موجب قاعده نفی عسر و حرج، اگر مکلف به لحاظ اجرای احکام دینی به حرج و سختی بیفتد، آن حکم از او برداشته میشود.

هرچند اصطلاح «حرج جنسی»، در متون فقهی به کار نرفته است؛ اما میتوان آن را یکی از مصادیق حرجی برشمرد که قاعده نفی حرج وجود آن را علت رفع حکم به حساب آورده است؛ زیرا مهمترین مستند حجیت قاعده لاحرج، آیه «ماجعل علیکم فی الدین من حرج» (حج: ۷۸) است که اطلاق آن شامل نفی هر حکم حرجی واجب و حرام ناظر به امور جسمی و روانی میشود. همچنان که به نظر برخی فقها، عموماً قرآن و روایات هم حکایت از پذیرش حرج جسمی و غیرجسمی دارد (۸) (نراقی، ۱۴۱۷/ ۶۴) در چنین فرضی، چون «حرج جنسی» در فهم عرفی، یکی از مصادیق حرج است، که اگر زوج نه به وظایف زناشویی خود عمل کند و نه حاضر باشد همسرش را طلاق دهد، چنین رفتاری مصادق سوءرفتار بوده، زوجه میتواند برای رفع حرج خود، متقاضی طلاق قضایی باشد.

نتیجه اینکه طبق این دو قاعده اصولاً حکم به جواز و اباحه شرعی وجود ندارد. و وقتی وصف اباحه منتفی باشد، قطعاً این گونه رفتارها همانند زمانی که خارج از مسئله آمیزش جنسی و در فضای دیگری ارتکاب می یابند؛ دارای مسئولیت کیفری خواهند بود.

بنابراین در صورتی که تمکین مستلزم ایجاد آسیب های جسمی و روحی

روانی او، از تمکین امتناع میکند، ناشزه محسوب نمیشود، زیرا به حکم ثانوی او حق امتناع دارد.

در آیات و روایات نیز می توان نشانه هایی از ممنوعیت آمیزش در فرضی که موجب آزار و اذیت زوجه می گردد؛ یافت:

در سوره بقره آیه ۲۲۲ خداوند دلیل حرمت آمیزش را امکان آزار دیدن زن عنوان میکند. در بحث از آمیزش با زن در دوران قاعدگی اسلام ضمن تحریم آن، برای مرتکب کفاره درنظر گرفته است که شکلی از مجازات است. همچنین اگر زنی مبتلا به بیماری یا اختلالات جنسی و تنائلی باشد، وظیفه جنسی در برابر همسرش ندارد. زن در این مواقع باید توسط پزشک، معالجه شود و عدم تمکین او نشوز تلقی نمیشود. در این مواقع شوهر حق اجبار زن به مواقعه را ندارد و در صورت اجبار، این عمل نوعی جتایت و خشونت و آزار جنسی محسوب میشود؛ زیرا موجب ضرر به زن میشود. اگر در شریعت برای مواقعه در دوران قاعدگی به علت آزاری که به زن میرسد کفاره وضع شده و از مواقعه در حالت بیماری زن منع شده، یقیناً به نحو اولی نمیتوان پذیرفت که اسلام در بحث از تمکین زن، به مرد اختیار تمتع به هر نحو خشونت باری را داده است.

این امر مبتنی بر این است که اصولاً ثبوت احکام شرعی مشروط بر ضرری و ضراری نبودن آنهاست، بنابراین هر حکمی که ضرری یا ضررای باشد شرعی نیست. ثانیاً اگر حکم شرعی عموماً ضرری و ضراری نیست بلکه در شرایطی این وصف را به خود میگیرد، در آن وصف خاص مرتفع است. پس میتوان در مورد تمکین خاص زوجه از زوج بنا را براین گذاشت که تمکین تنها در صورتی اجرا میشود که آزار و ضرر شدید و نامتعارفی متوجه زن نباشد.

فی الواقع مرد نمیتواند اعمال حق خود را وسیله آزار دیگری قرار دهد.



معروف معرفی می کند.

لذا به موجب این قاعده فقهی، هر یک از زن و شوهر باید در چارچوب رعایت عرف مقبول در جامعه اسلامی با یکدیگر رفتار کنند. قاعده مورد بحث قاعده ای دقیقاً فقهی - حقوقی است و نه آموزه ای صرفاً اخلاقی. برابر این قاعده، حقوق و تکالیف زوجین باید تابعی از معروف یا همان عرف پسندیده در جامعه اسلامی باشد. پس هرگاه معروف (یا همان عرف عملی عقلای جامعه اسلامی) بر نحوه عملکرد هر یک از زوجین مهر تایید نزند، مفاد قاعده لزوم معاشرت به معروف نقض شده است.

بر اساس مفاد این قاعده عدم رعایت اعتدال در دفعات و نامتعارف بودن شیوه برقراری رابطه میتواند از مصادیق نقض قاعده معاشرت به معروف باشد.

بنابراین برقراری روابط جنسی نامتعارف به گونه ای که تنها غریزه شهوانی مرد ارضا گردد و برای زوج تنها ضرر و تحمل فشارهای جسمی و روحی داشته باشد، یقیناً مخالف با قاعده معاشرت به معروف است.

حسن معاشرت در زندگی زناشویی یک تکلیف است؛ و همانند دو قاعده لاضرر و نفی عسر و حرج، حاکم بر تمام حقوق و تکالیف فی مابین زوجین می باشد؛ بر همین اساس هر آنچه که در مخالفت با ادای این تکلیف باشد غیرقانونی است. چراکه این تفسیر که بگوییم زن مکلف به تمکین خاص (برقراری رابطه جنسی) است، حتی در صورتی که متحمل آزار و ضرر شدیدی خواهد شد. و حتی زمانی که شوهر از تهدید و یا خشونت برای تمتع خود استفاده میکند، و از سوی دیگر با مقرر قانونی و قاعده فقهی مواجه باشیم که حسن معاشرت را تکلیف زوجین میداند؛ قانون را دچار تعارض و تناقضگویی میکند. و تنها راه برون رفت از این تعارض این است که اصل حسن معاشرت را حاکم بر تمام حقوق و تکالیف قرار دهیم.

بر زوج باشد، به موجب قاعده لاجرج، تمکین بر زوج واجب نیست و در نتیجه زوج «حقی» بر اجبار همسر خود بر انجام رابطه جنسی ندارد.

از سوی دیگر از آنجا که عدم تمکین زوج به جهت رفتارهای نامتعارف و خشونت جنسی زوج و دفع ضرر و درد و رنج می باشد، وی ناشزه محسوب نشده، و کماکان بر زوج پرداخت نفقه واجب می باشد.

اصل حسن معاشرت

ماده ۱۱۰۳ قانون مدنی: «زن و شوهر مکلف به حسن معاشرت با یکدیگرند»

بند ۲ ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی: «در مورد زیر زن میتواند به حاکم شرع مراجعه و تقاضای طلاق نماید:

بند ۲- سوء معاشرت شوهر به حدی که ادامه زندگانی زن را با او غیر قابل تحمل باشد.

از نظر قرآن کریم اساسی ترین اصل در رفتار و تعامل بین زوجین، معاشرت به معروف است که صریحاً در آیه ۱۹ سوره نساء به آن اشاره شده است.

وقتی موضوع معاشرت با پسوند خانواده مورد نظر و محل گفتگو باشد، به این معنی خواهد بود که معاشرت به معروف، تنها ملاک رفتاری برای مردان نیست و مقصود از «عاشروهن بالمعروف» همزمان تعیین ملاک و مبنای رفتار شوی با زن و زن با شوی خویش است؛ پس مردان و زنان در رفتار متقابل خانوادگی و زناشویی از این زاویه که هر دو باید طبق معروف رفتار کنند، همسان و برابرند.

ایه ۲۸۸ بقره نیز به گونه ای صریح وظایف، حقوق و اداب معاشرت متقابل مرد و زن در درون خانواده را برابر و همانند می شمارد و معیار آن را



بر اساس مبانی اومانیسمی نظام های حقوقی غرب، خواست انسان محور روابط قرار گرفته و حتی در روابط زناشویی زن مطلقا آزاد است. اما در نظام اسلامی و بر اساس مبانی آن زن در روابط زناشویی مکلف به تمکین از یک نفر و آن شوهر است. لکن این حق مشروع برای شوهر ملازم با این نیست که وی مطلقا و در هر شرایط و با هر کیفیتی می تواند از این حق خود بهره گیرد. بلکه اسلام هرگونه رفتاری را که موجب ایراد ضرر و آسیب به دیگری گردد را چه جسمی و چه روحی، تحت قواعدی چون لاضرر ممنوع و حرام دانسته، و زوج را مسئول رفتارهای ارتكابی خود می داند. مع الوصف هرچند رضایت زوجه به قبول ضرر و آسیب، حرمت مذکور را برطرف نمی سازد، لکن مانع از آن می شود که زوج نسبت به جنایات ارتكابی ضمن آمیزش مسئولیتی را عهده دار گردد.

مضاف بر آن مبنای برخی از فقها این است که تمکین تنها شرط بهره مندی از نفقه بوده، و زوجه مکلف به آن نیست.

بنابراین زوجه در موارد خشونت و آزار جنسی میتواند با استناد به وضعیت دشوار خود در عدم تأمین نیازهای جنسی اش آن را مصداق سوءمعاشرت زوج دانسته و با استناد به قاعده نفی حرج، متقاضی جبران خسارت و حتی طلاق قضایی باشد.

بنابر آنچه گذشت هرچند طبق زوج مباح به استمتاع جنسی از زوجه هست و زوجه طبق مبنای مشهور مکلف به تمکین از زوج می باشد، لکن اصل حسن معاشرت اقتضای این را دارد که این حقوق و تکالیف بر پایه معاشرتی نیکو و مورد پسند عرف صورت بگیرد.

نتیجه



منابع

قرآن کریم

- المکتبۃ المرتضویۃ لإحياء الآثار الجعفریۃ، چاپ سوم.
- ۱۲) طریحی النجفی، فخر الدین، مجمع البحرین، چاپ طراوت، بیروت، بی تا.
- ۱۳) قیومی المقری، أحمد بن محمد بن علی، المصباح المنیر، الناشر: المکتبۃ العصریۃ، ۱۴۱۸ هـ.ق.
- ۱۴) علامه حلی، حسن بن یوسف، (۱۴۱۰ق) إرشاد الأذهان إلى أحكام الإيمان، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول.
- ۱۵) محسنی، مرتضی، دوره حقوق جزای عمومی، تهران، دانشگاه ملی، بی تا، چاپ اول
- ۱۶) محقق حلی، شیخ نجم الدین جعفر بن الحسن (۱۴۰۹ق) شرائع الإسلام فی مسائل الحلال والحرام، تهران، نشر استقلال.
- ۱۷) محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۹۰ش) بررسی فقهی حقوق خانواده، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ دوازدهم.
- ۱۸) منتظری، حسینعلی (۱۴۱۳ق) الاحکام الشرعیه علی مذهب اهل البيت علیهم السلام، تهران: نشر تفکر.
- ۱۹) موسوی خمینی، روح الله (۱۴۲۱ق) تحریر الوسیله، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، چاپ اول.
- ۲۰) نجفی، جواهری (۱۳۶۲ش) جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، بیروت، داراحیاء التراث العربی.
- ۲۱) نراقی، المولی احمد (۱۴۱۷ق)، عوائد الایام فی بیان قواعد الاحکام، قم: دفتر تبلیغات اسلامی.
- ۲۲) نظری، توکلی، سعید، شمول پذیری «قاعده نفی حرج» نسبت به حرج جنسی و تأثیر آن بر درخواست طلاق قضایی، فصلنامه خانواده پژوهی/ سال هفدهم/ شماره ۶۵/ بهار ۱۴۰۰/ ص ۷۰
- ۲۳) هاشمی شاهرودی و دیگران (۱۳۸۷ش) فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام، تحقیق و تألیف: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی * ناشر: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی * چاپ اول: بهار.
- ۱) برهانی، محسن؛ دادجو، مهسا (۱۳۹۶ش) مفهوم و جایگاه علف در حقوق کیفری ایران، مجله حقوق اسلامی، چهاردهم.
- ۲) بهاء الدین محمد بن تاج الدین حسن بن محمد اصفهانی (الفاضل الهندی) كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، مؤسسة النشر الاسلامی التابعة لجماعة المدرسين، قم، بی تا.
- ۳) جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۸۷ش) ترمینولوژی حقوق، تهران، کتابخانه گنج دانش.
- ۴) جعفری تبار، حسن (۱۳۷۹ش) از آستین طبیبان قولی در مسؤولیت مدنی پزشکان. مجله دانشکده
- ۵) جلیل قنوتی، سید حسن وحدتی شبیری و ابراهیم عبدی پور، حقوق قراردادها در فقه امامیه، نشر سمت.
- ۶) جمال الدین، ابن منظور الأنصاری (۱۴۱۴ق) لسان العرب، (م، ۷۱۱ق)، بیروت، دار صادر.
- ۷) حرّ عاملی، محمد بن الحسن (۱۴۰۹ق) وسائل الشیعة، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام لإحياء التراث.
- ۸) حسن، عمید (۱۳۶۱ش) فرهنگ فارسی، انتشارات امیر کبیر، تهران، چاپ بیست و یکم.
- ۹) السیوری، جمال الدین المقداد بن عبد الله، کنز العرفان فی فقه القرآن، الناشر: منشورات المکتبۃ المرتضویۃ لإحياء الآثار الجعفریۃ (بی تا)
- ۱۰) شهید ثانی، زین الدین بن علی (۱۴۱۳ق) مسالک الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام، قم: مؤسسه المعارف الإسلامیة، چاپ اول.
- ۱۱) شیخ طوسی، محمد بن حسن. (۱۳۸۷ق) المبسوط فی فقه الإمامیه، تهران: