

نقش قاعده‌ی لاضرر در حق خودداری زن از تمکین خاص

فریده شکری *
رقیه سادات مؤمن **

چکیده

به محض انعقاد عقد نکاح، روابط زوجیت و حقوق و تکالیف ناشی از آن میان طرفین برقرار می‌شود. با وجود این فقه اسلام و بالتبع آن قانون‌گذار ایران در مواردی زوجه را از تمکین خاص در برابر زوج معاف دانسته است. قانون مدنی ایران صرفاً در فرض ابتلای زوج به امراض مقاربتی، به صراحت عدم تمکین خاص را جایز دانسته است؛ حال آنکه فروض متعدد دیگری موضوع حکم مقنن قرار نگرفته است؛ فروضی چون تشدید بیماری زوجه یا تأخیر در بهبودی وی در نتیجه الزام به تمکین خاص، بیماری مسری زوج یا وجود برخی انحرافات جنسی در وی. در چنین مواضعی با استناد به قاعده‌ی لاضرر باید به جواز زوجه در عدم تمکین خاص حکم داد. هر چند اصلاح قوانین حاکم و به ویژه تصریح به برخی مصادیق بارز، ضروری است.

کلید واژه

تمکین خاص، قاعده‌ی لاضرر، انحراف جنسی، بیماری

* - دکترای حقوق خصوصی، دادیار دادرسی تهران و مدرس دانشگاه امام صادق (ع)، واحد خواهران
** - دانشجوی کارشناسی ارشد فقه و حقوق خانواده، دانشگاه امام صادق (ع)، واحد خواهران
- تاریخ دریافت: ۹۰/۱/۲۷ تاریخ تصویب نهایی: ۹۰/۳/۷

مقدمه

در فقه امامیه بحث نشوز و تمکین ضمن بحث از مهریه، نفقه و قسم مطرح می‌شود (حلی ۱۴۱۳: ج ۳، ص ۱۰۳؛ جبعی عاملی ۱۴۱۶: ج ۸، ص ۴۴۸؛ حلی ۱۳۸۹: ج ۳، ص ۲۵۷). در این میان، به ویژه موضوع تمکین به صورت عنوانی وابسته و انتزاعی آمده و خود به تنهایی موضوع دلیل قرار نگرفته است. افزون بر این، مذاقه در منابع فقهی نشان می‌دهد که اوامر و توصیه‌هایی که در لسان آیات و روایات، وظایف زوجه را برمی‌شمرد، قلمرو بسته و ثابتی ندارد؛ از این روی به دلیل نبود مباحث متقن و منظم در کتب فقهی پیرامون تمکین، حدود آن و موارد جواز خودداری از آن نمی‌توان دقیق و مستدل درباره‌ی آن سخن گفت و از آن دفاع کرد. فقط به موضوعاتی چون حق حبس زوجه و جواز وی در خودداری از تمکین و نیز ساقط نشدن حق نفقه‌ی وی در این فرض و همچنین برخی موارد شرعی تجویز خودداری از تمکین مانند حالات حیض و نفاس سخن به میان آمده است. این در حالی است که موارد دیگری نیز متصور است که باید به لحاظ بیم اضرار زوجه، حکم به جواز خودداری از تمکین خاص داد؛ مواردی چون بیماری مسری زوج یا وجود بیماری در زوجه به گونه‌ای که تمکین از سوی وی، تشدید آن را به همراه دارد. در این مواضع است که باید بر اساس اصل اسلامی لاضرر و لاضرار حکم به جواز خودداری از تمکین زوجه داد؛ خودداری از تمکینی که ضمانت اجرای محرومیت از انفاق را به همراه نخواهد داشت.

در قانون مدنی ایران در خصوص جواز خودداری زوجه از تمکین، مقرراتی پیش‌بینی شده است؛ در این میان تنها در بحث ابتلای زوج به یکی از امراض مقاربتی به صراحت از جواز خودداری زوجه از تمکین خاص بدون اسقاط حق نفقه‌ی وی سخن به میان آمده است، در حالی که در سایر فروض پیش‌بینی شده از سوی مقنن

نقش قاعده‌ی لاضرر در حق خودداری زن از تمکین خاص

نسبت به شمول حکم در هر دو قسم تمکین یا صرف انحصار در قسم خاصی از آن میان نویسندگان حقوق و بالتبع محاکم اختلاف است؛ فروضی چون وجود خوف ضرر بدنی، مالی یا شرافتی برای زن و جواز اختیار مسکن علی حده از سوی وی. وجود این مقررات محدود و گاه ناظر بر فروض خاص در حالی است که قاعده‌ی لاضرر به عنوان یکی از مشهورترین قواعد فقهی اسلام و حاکم بر ادله‌ی احکام اولیه می‌تواند احکام ضرری یا احکام متعلق به موضوعات متضمن ضرر - از جمله لزوم تمکین زوجه - را در فروضی که ورود چنین ضرری متصور است، مرتفع ساخته و جواز خودداری زن از تمکین را موجب شود.^۱ قاعده‌ای که از مشهورترین قواعد فقهی بوده و با پشتوانه‌ی ادله‌ای چون عقل^۲، کتاب^۳ و برخی روایات^۴ مستند بسیاری از مسائل فقهی محسوب شده (نراقی ۱۴۲۰: ۴۴) و به تصریح یا تلویح مبنای بسیاری از مواد قانونی قرار گرفته است.^۵ این قاعده بدین معنی است که در اسلام ضرر مشروعیت ندارد؛ این عدم مشروعیت، هر دو مرحله‌ی قانون‌گذاری و اجرای قانون را در بر می‌گیرد (محقق داماد ۱۳۸۳: ۱۵۰). به عبارت دیگر، پروردگار در مقام تشریح اولیه‌ی احکام اسلامی حکمی ضرری وضع نکرده است، اما اگر یکی از این احکام که از نظر کلی و نوعی ضرری نیست، در مقام اجرا برای فردی متضمن ضرر باشد، به نحو موردی مرتفع می‌شود (همان: ۱۵۲). بنابراین، در خصوص وجوب تمکین زوجه به

۱ - فقهای امامیه در باب نکاح، در خصوص مصادیق خاص و محدودی به صراحت به قاعده‌ی لاضرر استناد کرده‌اند؛ مصادیقی چون وجود یا عدم وجود حق فسخ برای صغیر پس از رسیدن به سن بلوغ در فرض تزویج وی از سوی ولی قهری، اعتبار و یا عدم اعتبار شرط ایسار در تحقق کفایت زوجین و نیز مبنای برخی عیوب موجب حق فسخ (روحانی ۱۴۱۴: ج ۲۱، ص ۱۵۱؛ همان: ج ۲۲، ص ۷۳).

۲ - مدلول قاعده‌ی لاضرر را جزء مستقلات عقلیه می‌دانند که عبارت‌اند از اموری که عقل بدون حکم شرع، بدان‌ها می‌رسد (ولائی ۱۳۸۴: ۲۹۱؛ محقق داماد ۱۳۸۲: ۱۱۸-۱۱۶).

۳ - بقره: ۲۸۲، ۲۳۱ و ۲۳۳ و ۲۸۲؛ نساء: ۱۲.

۴ - حر عاملی ۱۴۱۴: ج ۱۸، ص ۳۲؛ کلینی ۱۳۶۷: ج ۵، صص ۲۹۴-۲۹۲.

۵ - از این جمله است اصل چهلم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و مواد ۶۵، ۱۱۴، ۱۲۲، ۱۳۲، ۱۳۸، ۱۳۹، ۱۵۹، ۵۹۴، ۶۰۰، ۸۳۳ و ۱۱۳۰ قانون مدنی.

رغم آنکه حکم اولیه حکمی ضرری نیست، اما چنانچه به هر دلیل اجرای آن متضمن ورود ضرر باشد، حکم مذکور به طور موردی مرتفع می‌شود.

این نوشتار در سه بخش تنظیم شده است. ابتدا مفهوم تمکین، اقسام و حدود آن در فقه امامیه و حقوق موضوعه‌ی ایران بررسی شده، سپس موارد جواز خودداری از تمکین به استناد قاعده‌ی لاضرر تبیین و آن‌گاه برخی مصادیق اختلافی نیز بیان می‌شود. در پایان نیز نتیجه‌ی بحث و برخی پیشنهادها ارائه می‌شود.

۱) تعریف تمکین، اقسام و حدود آن

در ابتدا تعریف تمکین و اقسام آن آورده شده و آن‌گاه حدود تمکین خاص از منظر فقهای امامیه و نیز قوانین موضوعه‌ی ایران بررسی می‌شود.

۱-۱) تعریف تمکین و اقسام آن

تمکین واژه‌ای عربی و مصدر متعدی به معنای قدرت و سلطنت دادن است (طریحی ۱۳۷۵: ج ۲، ص ۵۳). برخی لغویین مکین را به معنای متمکن و صاحب قدر و منزلت می‌دانند (راغب اصفهانی ۱۳۸۱: ج ۱، ص ۷۷۳).

در فرهنگ فارسی تمکین به معنای به فرمان بودن، قبول کردن و قدرت دادن است (معین ۱۳۸۶: ج ۳۰۹) و در اصطلاح در دو معنای عام و خاص به کار می‌رود. تمکین خاص بدین معنی است که زن امکان بهره‌برداری جنسی را به طور متعارف به شوهر داده و شوهر نیز در حدود متعارف، با زن رابطه‌ی جنسی داشته باشد.

از مجموع عبارات فقهای امامیه در بیان معنای دقیق تمکین خاص برمی‌آید که این قسم از تمکین به معنی برآوردن نیازهای جنسی زوج و متابعت از او در امور زناشویی است (بحرانی ۱۴۰۵: ج ۲۵، ص ۱۰۳؛ نجفی: ج ۳۱، ص ۳۰۷؛ جبعی عاملی ۱۴۱۶: ج ۸،

نقش قاعده‌ی لاضرر در حق خودداری زن از تمکین خاص

ص ۳۶۱؛ خویی ۱۴۱۰: ج ۲، ص ۲۸۷). برخی از ایشان نیز بر این اعتقادند که تمکین خاص عبارت است از تن در دادن و واگذار کردن نفس به شوهر برای بهره‌برداری جنسی به گونه‌ای که مقید به زمان و مکان خاصی نباشد، بدین معنا که اگر زن تن دادن به عمل زناشویی را به زمانی غیر از زمان دیگر یا مکانی غیر از مکان دیگر واگذارد، تمکین حاصل نشده است (محقق حلی ۱۴۰۹: ج ۲، ص ۵۶۸). ایشان تمکین کامل را در مقابل نشوز قرار داده و معتقدند تمکین باید به گونه‌ای باشد که ناشز نبودن زن بدون هیچ خلافتی تحقق یابد (نجفی: ج ۳۱، ص ۳۰۳). آنچه در این نوشتار مدنظر است، همین معنی خاص تمکین است.

به رغم آنکه در متون فقهی تمکین از وظایف زن دانسته شده و از تمکین مرد ذکری به میان نیامده است، فقهای امامیه با تعمیم مسئله‌ی نشوز آن را به مرد نیز نسبت داده‌اند (جبعی عاملی ۱۴۱۶: ج ۵، ص ۴۲۷؛ حلی: ج ۲، ص ۴۲؛ حلی ۱۳۸۹: ج ۳، ص ۲۵۷).^۱ تمکین عام به معنی قبول ریاست شوهر بر خانواده و محترم شمردن اراده‌ی او در تولیت فرزندان و اداره‌ی مالی و اخلاق خانواده است. حسن معاشرت زن با شوهر و اطاعت از او در امور مربوطه به زناشویی نیز از آن جمله است (امامی ۱۳۷۶: ج ۴، ص ۴۴۷).

۱- این دیدگاه فقهای امامیه در حالی است که در نظام حقوقی ایران و به ویژه در رویه‌ی محاکم، نشوز خاص زن تلقی شده و از اوصاف مرد به شمار نیامده است؛ نظریه‌ی مشورتی اداره‌ی حقوقی قوه‌ی قضاییه نیز بر این دیدگاه تصریح دارد. مطابق نظریه‌ی شماره‌ی ۷/۲۸۶۹ مورخ ۱۳۷۷/۵/۸: «در قوانین جاریه ایران نشوز شوهر پیش‌بینی نشده است و اصولاً چون نشوز در مقابل تمکین به کار می‌رود و تمکین خاص زوجه است، نشوز هم مختص زوجه خواهد بود اما اگر زوج به وظایف خود عمل ننماید... زوجه می‌تواند به ادعای عسر و حرج درخواست طلاق نماید...» (شهری و خرازی ۱۳۸۰: ۱۹۰)؛ باید توجه داشت که برای انجام ندادن وظایف از سوی زوج، معنای دیگری جز نشوز وی متصور نمی‌باشد؛ بنابراین، قسمت اخیر این نظریه، ضمن پذیرش تلویحی نشوز زوج، بخش نخست آن مبنی بر اختصاص نشوز به زوجه را نیز نقض نموده است.

۲-۱) حدود تمکین خاص

از آنجا که در آراء و اندیشه‌های فقها حدود تمکین زوجه به روشنی بیان نشده است، در مقام دستیابی به این موضوع باید ابتدا ادله‌ی حقوق جنسی زوج به عنوان اصلی‌ترین حق مرد بر همسرش بررسی شود تا از این رهگذر بتوان محدوده‌ی تمکین زوجه را تبیین کرد. در این مسئله به سه دلیل رایج در متون فقهی یعنی کتاب، سنت و اجماع تمسک می‌شود:

۱-۲-۱) کتاب

«نساؤکم حرث لکم فأتوا حرثکم انّی شئتم...» (بقره: ۲۲۳)؛ زنانان کشتزار شما هستند. هر جا که خواهید به کشتزار خود درآید ...

در تفسیر این آیه‌ی شریفه چند گونه استدلال شده است؛ نخست آنکه لفظ «انّی» در عبارت «فأتوا حرثکم انّی شئتم» بر جواز مقاربت از حیث مکان دلالت داشته و از این رو جواز وطی از دبر از آن استفاده می‌شود (روحانی ۱۴۱۴: ج ۲۱، صص ۷۰ و ۷۱؛ علم‌الهدی ۱۴۰۵: ج ۱، ص ۲۳۳). برخی چنین جوازی را ناظر بر زمان و مؤید دیدگاه خود را آیه‌ی ۲۲۲ سوره‌ی بقره^۱ دانسته‌اند که به مسئله‌ی حیض زنان و نزدیکی نکردن با ایشان در این ایام دلالت دارد (خوئی ۱۴۰۷: ج ۱، ص ۱۳۲؛ اصفهانی ۱۴۰۵: ج ۲، ص ۵۴). به گونه‌ای که در غیر این زمان استمتاع از زن در هر زمان که مرد بخواهد جایز است. برخی نیز معتقدند «انّی» در زمان و مکان استعمال گردیده و در آیه مطلق آمده است؛ بنابراین، به مردان حق هرگونه بهره‌وری جنسی از زن را می‌دهد. مردان در هر زمان و مکان، می‌توانند از همسر خود هر نوع استمتاعی داشته باشند (حلی ۱۴۱۱: ج ۲، ص

۱ - «و یستلونک عن المحیض قل هو اذی فاعتزلوا النساء فی المحیض و لا تقربوهن حتّی یطهرن فإذا تطهّرن فأتوهنّ من حیث أمرکم الله إنّ الله یحبّ التّوّابین و یحبّ المتطهّرين»

نقش قاعده‌ی لاضرر در حق خودداری زن از تمکین خاص

۶۰۷). این عده در مقام اثبات دیدگاه خود به روایات متعددی که در تفسیر این آیه آمده است، استناد می‌کنند (حر عاملی: ج ۱۴، ص ۱۰۲).

در پاسخ به قائلین اطلاق می‌توان چنین استدلال کرد:

الف) این آیات در مقام رفع حظر است. بدین معنی که با مرتفع شدن ممنوعیت ایام حیض نزدیکی با زن در هر زمان و مکان یا به هر شکل ممنوع نیست، اما آیه در صدد اثبات این امر نمی‌باشد که تمام انواع استمتاع در هر زمان و مکان حق مرد یا تکلیف زن است. به تعبیر دیگر اطلاق آیه در جهت جواز رفع حظر است، نه در جهت اثبات حق یا تکلیف؛

ب) آیه در صدد بیان این است که زنان برای بقای نسل مانند حرث می‌باشند. بقای نوع تقیید زمانی یا مکانی بر نمی‌دارد؛ بنابراین، در صدد اثبات حق استمتاع برای مرد به صورت مطلق نیست (طباطبایی: ج ۲، ص ۲۱۲)؛

ج) ظهور «آنی» در زمان است و نسبت به مکان یا امور دیگر، ظهوری ندارد تا بتوان از آن استفاده‌ی اطلاق کرد (خوئی ۱۴۰۷: ج ۱، ص ۱۳۱)^۱؛

د) لفظ «حرث» در این آیه، به روشنی بر اختصاص جواز مقاربت به وطی از قبل دلالت دارد، زیرا صرفاً این موضع است که محل حرث محسوب می‌شود. لذا امر به اتیان حرث، امر به اتیان از قبل است (همان)؛

ه) «فإذا تطهرن فأتوهن من حیث أمرکم الله» بر جایز نبودن وطی در دبر دلالت دارد، زیرا چنین مقاربتی آن چیزی نیست که خداوند به آن امر فرموده باشد (همان)؛
و) از عبارت «فأتوا حرثکم آنی شئتم» نیز جواز مطلق اتیان استفاده نمی‌شود، به ناچار باید به قدر متیقن که همان وطی در غیر دبر است اکتفا کرد (همان).

۱- در مقابل، برخی با خدشه در این نحو استدلال بر این اعتقادند که لفظ «آنی» بر مکان دلالت دارد و برای دلالت بر زمان از واژه‌ی «ایان» استفاده می‌شود (علم‌الهدی ۱۴۱۵: ۲۹۴).

فصلنامه شورای فرهنگی اجتماعی زنان

علاوه بر مطالب یاد شده، قرآن کریم از معاشرت به معروف در محیط خانواده به عنوان اصلی قانونی و نه اخلاقی صرف یاد می‌کند. واژه‌ی معروف، ۳۸ مرتبه در قرآن آمده است که ۱۹ مورد آن توصیه به مردان در باب معاشرت و رفتار با زنان است. نمی‌توان این امر را یک توصیه‌ی اخلاقی و صرف پند و اندرز تلقی کرده و به سادگی از وجوبی که در قالب‌های امری معروف نهفته است، صرف نظر کرد.

۱-۲-۲) سنت

در مقام اثبات حق جنسی زوج به روایت‌های متعددی می‌توان استناد جست که از آن جمله روایتی است از پیامبر اکرم (ص) که فرمودند: «نمازتان را طولانی نکنید که شوهرانتان را (از خود) منع کنید» (حر عاملی: ج ۱۴، صص ۱۱۲، ۱۱۷ و ۱۲۶). هرچند در میان آن احادیث، حدیث صحیح‌السند نیز وجود دارد، اما بیشتر آنها با موازین رجالی منطبق نبوده و اعتبار رجالی ندارند. بیشتر روایاتی که دلالت روشن‌تری دارند، از نظر سند با مشکل مواجه‌اند (طباطبایی حکیم ۱۴۰۴: ج ۱۴، ص ۶۳). در هر حال با فرض صحت اسناد، به دلالت احادیث پرداخته می‌شود:

الف) روایاتی که در مقام تفسیر آیه‌ی ۲۳۳ سوره‌ی بقره بدان‌ها استناد می‌شود، گذشته از ضعف سند (خوئی ۱۴۰۷: ج ۱، ص ۱۳۱) معارض یکدیگرند. در یکی اطلاق زمانی اثبات شده، اما نحوه‌ی استمتاع را محدود و وطی در دبر را منع کرده است.^۱ حدیث دیگر اطلاق از حیث نحوه‌ی استمتاع را تثبیت کرده و وطی در دبر را جایز

۱ - ابوبصیر گوید: از امام صادق (ع) پرسیدم: آیا مرد می‌تواند از پشت با همسرش نزدیکی کند؟ حضرت از این پرسش ناراحت شده و ضمن نهی از وطی در دُبر زنان، فرمودند: «معنای آن آیه این است که هر زمان که خواستید با زنانتان نزدیکی کنید.»؛ این حدیث اطلاق از حیث زمان را تأیید می‌کند (حر عاملی: ج ۱۴، ص ۱۰۲).

نقش قاعده‌ی لاضرر در حق خودداری زن از تمکین خاص

دانسته است.^۱ بنابراین نمی‌توان در تفسیر آیه به آنها استناد کرد؛

(ب) در این روایت‌ها اطلاقی دیده نمی‌شود. بدین معنی که هر گاه و در هر شرایطی زوج از زن خواهشی داشته باشد، وی مکلف به اجابت باشد. به گونه‌ای که، حتی در فرض آماده نبودن زوجه از جهت جسمی، روحی و روانی همچنان اجابت خواسته‌ی زوج بر وی واجب باشد. روایات مذکور این توصیه را به زوجه دارد که معاندانه از اجابت خواسته‌ی زوج استنکاف نرزد. همچنان‌که برخی از فقها نیز تصریح کرده‌اند که در ادله اطلاقی نیست (طباطبایی حکیم ۱۴۰۴: ج ۱۴، صص ۶۴ و ۶۵؛ طباطبایی یزدی، ج ۲: ص ۸۰۸)؛

(ج) گذشته از آنکه این ادله اطلاق ندارد، روایات معارض یا مقیدی نیز در مقابل آنها وجود دارد (حرعاملی: ج ۱۴، صص ۱۰۲، ۱۰۳، ۱۰۷، ۱۱۹). این روایات از جهت سند معتبر و دلالت آنها نیز روشن است، زیرا آزار رسانیدن در استمتاع و بهره‌وری جنسی را منع و برخی استمتاع‌ها را به رضایت زوجه منوط می‌سازند؛

(د) بر فرض که اطلاق ظاهری ادله‌ی گذشته تام باشد، به‌طور قطع از موارد انزجارآور انصراف دارد (خوئی ۱۴۰۷: ج ۱، ص ۱۳۲). همچنین موارد مسبب ایذاء در نتیجه‌ی ادله‌ی حرمت ایذاء مؤمن و مسلم با تخصیص مواجه شده و نمی‌توان به تعمیم و شمول ادله قائل شد. ادله‌ی لاضرر و لاجرح نیز از جمله عواملی هستند که اطلاق ادله را (بر فرض وجود) مقید می‌سازند. پس از انصراف ادله از موارد فوق و سقوط اطلاق و شمولیت، ادله مجمل خواهند بود و فقط می‌توان قدر متعارف و حد متیقن آنها را ملاک عمل قرار داد؛

۱ - عبدالله بن ابی یعفر گوید: از امام صادق (ع) درباره نزدیکی با زنان از پشت پرسیدم. حضرت فرمودند: «مانعی ندارد». سپس با تلاوت این آیه فرمودند: «هرگونه که خواستید.»؛ این حدیث اطلاق در کیفیت را بیان می‌دارد (حرعاملی: ج ۱۴، ص ۱۰۳).

ه) عدالت یک اصل مسلم عقلانی است. اگر حسن و قبح افعال عقلی و قدر متیقن آن عدل و ظلم است، نمی‌توان گفت عقل در شناخت این دو با مشکل مواجه است. بنابراین - به قطع و یقین - اطلاق در روابط جنسی به گونه‌ای که به ظلم منتهی شود، مطلوب قانون‌گذار نبوده و به فرض اطلاق ادله با این قرینه‌ی متصل عقلی مقید می‌شود.

۱-۲-۳) اجماع

دلیل دیگر استنادی، اجماع است. فقهای امامیه بر اینکه زوجه مکلف به تمکین در برابر زوج بوده و این امر از حقوق زوج محسوب می‌شود، ادعای اجماع دارند (نجفی: ج ۳۱، ص ۳۰۳). با وجود این، در حد و مرز چنین تمکینی اجماع وجود ندارد. دعوی اجماع بر چنین اطلاقی بی‌وجه است، زیرا:

الف) با وجود روایات مذکور اجماع مدرکی است؛

ب) مسئله‌ای به این گستردگی در کلام فقیهان متقدم مطرح نشده تا بتوان از توافق همه‌ی آرا به اجماع دست یافت؛

ج) با وجود مخالفت صریح یا تلویحی برخی فقها با چنین اطلاقی نمی‌توان مدعی اجماع شد.^۱ بنا بر سخن ایشان برقراری ارتباط جنسی صرف لذت بردن زوج نیست، بلکه زوجین باید هر دو احساس لذت کنند. این امر با وجوب زن بر تمکین در هر زمان و مکان ناسازگار است؛

د) اجماع نقل شده نسبت به مترتب بودن نفقه بر تمکین است، نه بر وجوب تمکین و تعیین حد و مرز آن.

۱- عبارت یکی از فقها در این خصوص چنین است: «اگر مرد درشت هیكل باشد و زن نحیف و لاغر و نزدیکی با او احتمال ضرر و خطر داشته باشد، زوج حق آمیزش با وی را ندارد، زیرا عشرت به معروفی که امر قرآن است، اقتضا دارد نزدیکی به گونه‌ای باشد که زوجین از آن لذت برند» (طوسی ۱۳۸۷: ج ۶، ص ۱۱۳).

نقش قاعده‌ی لاضرر در حق خودداری زن از تمکین خاص

بنابراین به رغم آنکه در شریعت اسلام، حق استمتاع مرد و همچنین زن امری مسلم است، ادله‌ی مربوط به تمکین خاص مطلق نبوده و حتی در فرض اطلاق نیز به واسطه‌ی حضور سایر ادله‌ی حاکم، دایره‌ی شمول آن ضیق می‌شود. با وجود این، همچنان وسعت و محدوده‌ی حقوق جنسی به دقت بیان نشده و به عرف واگذار شده است. آیه‌ی شریفه‌ی «عاشروهن بالمعروف» نیز بر این امر دلالت دارد، لذا ملاک و معیار، عرف هر زمان است. برخی نویسندگان حقوق نیز به این امر معتقد بوده و بیان می‌دارند:

در مورد تمکین خاص نیز عرف و اخلاق داوری نهایی را به عهده دارد. لزوم تمکین به این معنا نیست که احساس زن به حساب نیاید. دادرسی درباره‌ی روابط عاطفی و انسانی دقیق‌تر از آن است که در قاعده و اصل بگنجد. زن در روابط زناشویی ماشین بهره‌برداری نیست، انسان است و باید با او چنان رفتار شود که شخصیت انسان اقتضا دارد. بنابراین، در این داوری نیز معیار تمییز تمکین به معنایی که حقوق و اخلاق مقرر داشته است، جنبه‌ی نوعی و شخصی را با هم دارد (کاتوزیان ۱۳۸۲: ج ۱، ص ۲۲۸).

۲) موارد جواز خودداری زوجه از تمکین

چنانچه پیش‌تر گفته شد، در متون فقهی ضرورت تمکین زوجه مصرح است، اما این تکلیف مطلق و بی‌حد و حصر نبوده و به واسطه‌ی ادله‌ی حاکمی چون قاعده‌ی مشهور لاضرر و سایر ادله‌ی مذکور، تقییداتی بر آن مترتب می‌شود. برای مثال، برخی فقها در فرض بیماری زوج، به استناد خوف ضرر به حق زوجه در خودداری از تمکین خاص حکم داده‌اند (طوسی ۱۳۸۷: ج ۴، ص ۳۱۷).

از سویی جاعل شریعت به دلیل احاطه‌ی کامل بر مفاسد و مصالح واقعی‌های احکام

فصلنامه شورای فرهنگی اجتماعی زنان

در برخی مواضع مانند حالت حیض و نفاس زوجه یا محرم بودن وی و نیز ایلاء وظهار آمیزش را منع کرده است (حلبی ۱۴۱۷: ۳۶۳). همچنین مواردی مانند اعمال حق حبس از ناحیه‌ی زوجه را از دیگر مصادیق جواز خودداری از تمکین خاص ذکر کرده است.

قانون‌گذار ایران نیز در ماده‌ی ۱۱۰۲ قانون مدنی این اصل را به رسمیت شناخته است که «همین که نکاح به طور صحت واقع شد روابط زوجیت بین طرفین موجود و حقوق و تکالیف زوجین در مقابل همدیگر برقرار می‌شود.»؛ ماده‌ی ۱۱۰۸ این قانون نیز در حکمی کلی مقرر کرده است که «هرگاه زن بدون مانع مشروع از ادای وظایف زوجیت امتناع کند، مستحق نفقه نخواهد بود».

افزون بر فروعی که قانون‌گذار حکم جواز خودداری زوجه از تمکین را به تصریح یا تلویح بیان کرده، موارد متعدد دیگری نیز متصور است که چنین تصریحی را می‌طلبد. بر این اساس در این نوشتار پس از ذکر مصادیق تأیید شده‌ی قانون‌گذار مصادیق نیازمند تقنین احصا و در پایان نیز برخی موارد اختلافی تبیین شده است.

۱-۲) ابتلای زوج به امراض مقاربتی

در قوانین موضوعه‌ی ایران، قانون‌گذار تنها در ماده‌ی ۱۱۲۷ قانون مدنی به صراحت جواز خودداری زوجه از تمکین خاص را موضوع حکم قرار داده است. به موجب این ماده «هرگاه شوهر بعد از عقد مبتلا به یکی از امراض مقاربتی گردد زن حق خواهد داشت که از نزدیکی با او امتناع نماید و امتناع به علت مزبور مانع حق نفقه نخواهد بود» (م ۱۱۲۷ ق.م) در این ماده، موارد زیر قابل توجه است:

الف) حکم این ماده بر قاعده‌ی لاضرر مبتنی است. در واقع علی‌رغم اینکه زوجه مکلف به تمکین خاص بوده و اطاعت نکردن وی موجب سلب حق نفقه خواهد بود،

نقش قاعده‌ی لاضرر در حق خودداری زن از تمکین خاص

چنانچه به علت امراض مقاربتی یا علل دیگر چنین تمکینی موجبات ورود خسارت و ضرر به زوجه را فراهم آورد، قاعده‌ی لاضرر و جوب اطاعت را بر می‌دارد؛ بی‌آنکه تمکین نکردن زوجه حق نفقه‌ی وی را ساقط کند، اما اگر زوجه با فرض علم و وقوف به وجود مرض از زوج تمکین کرد، بنا بر قاعده‌ی اقدام زوج ضامن نیست؛

ب) این ماده درباره‌ی ابتلای زوج به امراض مقاربتی پس از عقد نکاح به صراحت تقریر حکم می‌کند، ولی نسبت به فرض ابتلای زوج پیش از عقد نکاح تصریحی ندارد. مشخص نیست که از دید مقنن حدوث این امراض پس از انعقاد نکاح چه ویژگی‌ای داشته که صرفاً این فرض را تصریح کرده است در حالی که همواره امکان ابتلای به این بیماری‌ها پیش از عقد نکاح نیز وجود دارد. حصری بودن موارد فسخ نکاح در نظام حقوقی ایران و تسری ندادن این موارد به فرض ابتلای زوج به امراض مقاربتی، نقص حکم این ماده را آشکارتر می‌سازد. بنابراین اقدام بر اساس مر این ماده‌ی قانونی این نتیجه را به دنبال خواهد داشت که حدوث این امراض پیش از عقد نکاح مجوزی برای خودداری زوجه از تمکین خاص تلقی نشده و نشوز وی را در پی خواهد داشت؛ نتیجه‌ای که به لحاظ تعارض با قاعده‌ی لاضرر باید از آن اجتناب کرد. به عبارت دیگر، از آنجا که حکم این ماده شامل فرض مذکور نمی‌شود، باید با استناد به قاعده‌ی لاضرر، زوجه را از چنین تمکینی معاف دانست.

۲-۲) استفاده از حق حبس

یکی از حقوقی که فقهای امامیه برای زوجه به رسمیت شناخته و آن را موجبی برای جواز خودداری از تمکین خاص وی می‌دانند، حق حبس است. بدین معنی که زوجه می‌تواند تا دریافت تمام مهریه‌ی خود، از تمکین خودداری کند (نجفی: ج ۳۱، ص ۴۱). برخی از ایشان، حق حبس زوجه را حقی اجماعی برای وی دانسته و بر این

فصلنامه شورای فرهنگی اجتماعی زنان

باورند که عقد نکاح استحقاق بضع را برای زوج و استحقاق مهر را برای زوجه، به همراه دارد (همان؛ یوسفی ۱۴۱۰: ج ۲، ص ۱۹۳). لذا به استناد عموم عسرو حرج و لاضرر زوجه می‌تواند تا هنگام دریافت تمام مهر از تمکین خاص اجتناب کند (نجفی: همان). این امر نشوز محسوب نشده و حق نفقه‌ی وی را ساقط نمی‌کند.

میان فقها، نویسندگان و محاکم کشور در این خصوص اتفاق است که حق حبس ناظر بر تمکین خاص بوده و مجوزی برای خودداری از چنین تمکینی محسوب می‌شود بدون آنکه مسقط حق نفقه‌ی زوجه باشد. با وجود این همواره میان ایشان در خصوص شمول حق حبس نسبت به تمکین عام نیز اختلاف بود؛^۱ به‌گونه‌ای که، این اختلاف عقیده، به صدور آرای متفاوتی از محاکم نیز منجر شده بود؛ اخیراً هیئت عمومی دیوان عالی کشور با صدور رأی وحدت رویه‌ای به این اختلاف آراء پایان داده و حق حبس زوجه را نسبت به هر دو قسم تمکین خاص و عام به رسمیت شناخته است.^۲

قانون‌گذار ایران نیز در مواد ۱۰۸۵ و ۱۰۸۶ قانون مدنی بر این حق صحه گذاشته و احکام آن را بیان کرده است. به موجب ماده‌ی ۱۰۸۵ «زن می‌تواند تا مهر به او تسلیم نشده، از ایفای وظایفی که در مقابل شوهر دارد امتناع کند» و به موجب ماده‌ی ۱۰۸۶ «اگر زن قبل از اخذ مهریه به اختیار خود به ایفای وظایفی که در مقابل شوهر دارد قیام نمود، دیگر نمی‌تواند از حکم ماده‌ی قبل استفاده کند، مع‌ذلک حقی که برای

۱ - از میان فقهای معاصر آیت‌الله سیدعلی خامنه‌ای، آیت‌الله لطف‌الله صافی گلپایگانی و آیت‌الله ناصر مکارم شیرازی زوجه را مجاز در امتناع از هر دو قسم تمکین می‌دانند و این در حالی است که برخی دیگر از ایشان از جمله آیت‌الله سیدعلی سیستانی، آیت‌الله سیدعبدالکریم موسوی اردبیلی و آیت‌الله میرزا جواد تبریزی، زوجه را منحصرأ در خودداری از تمکین خاص مجاز می‌دانند (معاونت آموزش قوه‌ی قضائیه ۱۳۸۸: ج ۳، صص ۳۶ و ۳۵؛ مرکز تحقیقات فقهی قوه‌ی قضائیه ۱۳۸۱: ۴۲-۴۰؛ شایگان ۱۳۷۵، ش ۷۸۷).

۲ - رأی وحدت رویه شماره‌ی ۷۱۸ مورخ ۱۳۹۰/۲/۱۳ هیئت عمومی دیوان عالی کشور: «مستفاد از ماده‌ی ۱۰۸۵ قانون مدنی این است که زن در صورت حال بودن مهر می‌تواند تا مهر به او تسلیم نشده از ایفای مطلق وظایفی که شرعاً و قانوناً در برابر شوهر دارد، امتناع نماید...»

نقش قاعده‌ی لاضرر در حق خودداری زن از تمکین خاص

مطالبه‌ی مهر دارد ساقط نخواهد شد».

۳-۲) بیماری زوجه

فرض بیماری زوجه به‌گونه‌ای که تمکین خاص منجر به تشدید بیماری یا تأخیر در بهبودی وی شود، از جمله مصادیقی است که به رغم سکوت قانون‌گذار به استناد قاعده‌ی لاضرر باید به جواز خودداری زوجه از تمکین خاص حکم نمود. بر این فرض باید مصادیق ایجاب‌کننده‌ی ضرورت درمان زوجه در خارج از محیط منزل را اضافه کرد.

۴-۲) ابتلای زوج به امراض مسری

ابتلای زوج به مرضی مسری بدون آنکه مشمول عنوان امراض مقاربتی موضوع ماده‌ی ۱۱۲۷ قانون مدنی شود، را نیز می‌توان از فروضی برشمرد که به استناد قاعده‌ی لاضرر نه تنها زوجه را مجاز به خودداری از تمکین خاص می‌کند، بلکه حتی تمکین خاص را در این موارد به واسطه‌ی تهدید جان مسلم، مشمول حکم حرمت می‌کند (معاونت آموزش قوه‌ی قضائیه ۱۳۸۸: ج ۳، ص ۲۰).

۵-۲) انحرافات جنسی زوج

انحراف جنسی هنگامی است که گزینه‌ی طبیعی که به منظور بقای نسل است، به انحراف کشیده شود. این خود می‌تواند علامتی از یک اختلال روانی یا یک ضایعه‌ی عضوی یا ناشی از بدآموزی و مسائل اجتماعی باشد (دیباچی ۱۳۸۱: ج ۱، ص ۳۴۴). بنابراین در منحرفان جنسی موضوع علاقه‌ی انسان در روابط جنسی از حالت طبیعی خارج شده و تمایلات غیر طبیعی را در بر می‌گیرد. انحرافات جنسی شامل

مصادیق متعددی است. برخی اقسام این انحرافات مانند دیگرآزاری^۱، دیگرآزاری توأم با خودآزاری^۲، جنون مقاربت و وطی در دبر، می‌تواند به استناد قاعده‌ی لاضرر مجوزی برای خودداری زوجه از تمکین خاص تلقی شود.

۲-۵-۱) دیگرآزاری

دیگرآزاری عبارت است از وارد کردن رنج و آزار جسمی یا روانی بر شخصی دیگر، به منظور حصول تحریک جنسی (گودرزی ۱۳۷۷: ج ۲، ص ۱۲۳۶).^۳ این انحراف اقسام متعددی دارد، از این میان، سادیسم سمبولیک که فرد مبتلا از تحقیر و آزار روحی دیگران لذت برده و در نتیجه با پایمال کردن شخصیت آنها ارضاء می‌شود (همان: ۱۲۷۶) و نیز سادیسم بدنی، واقعی یا فیزیولوژیک که فرد مبتلا دیگران را آزار جسمی داده و از ضرب و جرح ساده تا قتل و سوزاندن افراد مورد نظر خود پیش می‌رود (همان؛ دیبایی ۱۳۸۱: ج ۱، ص ۳۴۵)، از جمله مصادیقی است که تمکین نکردن زوجه را توجیه می‌کند؛ به ویژه آنکه گذشته از قاعده‌ی عام لاضرر، حکم مقرر در ماده‌ی ۱۱۱۵ قانون مدنی نیز پشتوانه‌ی قانونی آن است. هرچند که در متون فقهی، در خصوص هر یک از انحرافات یاد شده بحث مستقلی وجود ندارد، ولی مطابق فقه اسلام این امر مسلم است که این پدیده به هر شکل ممکن - چه روانی و چه جسمی - حرام بوده و یک رذیلت اخلاقی بزرگ محسوب می‌شود.

1- Sadism.

2- Sado- masochism.

۳- اشخاص سادیک برای اطفای شهوت و ارضای تمایلات جنسی، طرف جنسی خود را در حین، قبل یا پس از مقاربت، مورد اذیت و آزار و حتی شکنجه قرار می‌دهند، گاهی نیز اعمال سادیستی آنها به قتل منجر می‌شود. این افراد اعمال غیر عادی و خطرناک خود را به طور ناگهانی ظاهر نمی‌سازند بلکه با مقدمات غیر قابل اهمیت و جزیی شروع کرده، اما به تدریج بر حدت و شدت آن می‌افزایند. در این بیماران انگیزه‌ی پرخاشگری و میل جنسی از یکدیگر جدا نیستند، بلکه مکمل و لازم و ملزوم یکدیگرند، به گونه‌ای که تشفی یکی از آنها، ارضای دیگری را به دنبال دارد (هاشمی‌فرد ۱۳۶۳: ۲۲۰).

نقش قاعده‌ی لاضرر در حق خودآزاری زن از تمکین خاص

۲-۵-۲) دیگرآزاری توأم با خودآزاری

در این انحراف جنسی، اغلب دو انحراف دیگرآزاری و خودآزاری به صورت توأم رخ می‌دهد. فرد منحرف نه تنها از رنج دادن دیگران بلکه از رنج کشیدن خود نیز لذت می‌برد (گودرزی: همان، ۱۲۸۱). از آنجا که در این انحراف جنسی آمیزش همواره با آزار بدنی و شکنجه‌ی زوجه توأم است، می‌توان با استناد به قاعده‌ی لاضرر حکم به ممنوعیت تمکین خاص زوجه داد.

۲-۵-۳) جنون مقاربت

در جنون مقاربت زن یا مرد فعالیت بیش از حد و شدید جنسی و تمایل جنسی ممتد داشته و همه‌ی امور زندگی خود را در اطراف این فعالیت متمرکز می‌کند (دانش ۱۳۸۱: ۱۹۳). بر این اساس جنون مقاربت، تمایل تسکین‌ناپذیر جنسی است که موجب اختلال در وضع شغلی، خانوادگی و اجتماعی مبتلایان به آن می‌شود. منحرفان مذکور تمام هم و غم خود را مصروف امور جنسی کرده و از ارتکاب انواع انحرافات جنسی و هرزگی ابایی ندارند (گودرزی ۱۳۷۷: ج ۲، ص ۱۳۰۳). در صورتی‌که زوج دچار انحراف جنون مقاربت بوده و این امر موجبات اضرار زوجه را، اعم از ضرر بدنی یا روحی- روانی فراهم آورد، می‌توان به استناد قاعده‌ی لاضرر چنین زوجه‌ای را از تمکین خاص معاف دانست.

۲-۵-۴) وطی در دبر

از دیگر انحرافات جنسی، وطی در دبر است. با توجه به اینکه در حال حاضر، دانشمندان علوم پزشکی و روان‌پزشکی این شیوه‌ی مقاربت را نوعی انحراف جنسی تلقی کرده و به تفصیل از عوارض سوء جسمی و روانی وارد بر زوجه در نتیجه‌ی

چنین آمیزشی سخن به میان می‌آورند، این پرسش مطرح می‌شود که آیا این شیوه‌ی برقراری رابطه‌ی جنسی می‌تواند از موارد جواز خودداری زوجه از تمکین خاص تلقی شود؟

اهمیت این پرسش از آن جهت است که مشهور فقهای امامیه با استناد به کتاب، سنت و اجماع حکم وطی در دبر را کراهت می‌دانند و نه حرمت (علم الهدی ۱۴۰۵: ج ۱، ص ۲۳۳؛ طوسی ۱۴۱۷: ج ۴، ص ۳۳۸؛ حلبی ۱۴۱۷: ۳۶۱؛ حلبی ۱۴۱۱: ج ۲، ص ۶۰۶). در مقابل، برخی از فقها همچون قمیین، ابن حمزه، ابی الفتوح، راوندی و ابی المکارم قائل به حرمت هستند (یوسفی ۱۴۱۰: ج ۲، ص ۱۰۵). چنان‌که پیش‌تر گفته شد، این اختلاف آراء از تفاوت برداشت ایشان نسبت به عبارت «انّی شتم» در کلام باری تعالی و نیز روایات استنادی ناشی می‌شود. صرف نظر از اختلاف دیدگاه‌ها در این باره، با توجه به اضرار زوجه در چنین آمیزشی قاعده‌ی لاضرر امتناع وی از تمکین خاص را تجویز می‌کند. این نتیجه در برخی تألیفات حقوقی نیز تأکید شده است. در حالت عادی که ضرورتی برای این عمل نباشد و زوجه در نتیجه‌ی چنین وضعیتی در عسر و حرج قرار می‌گیرد، زن می‌تواند تمکین ننماید (معاونت آموزش قوه‌ی قضائیه ۱۳۸۷: ۶۳).

۳) موارد اختلافی جواز خودداری زوجه از تمکین خاص

افزون بر آنچه گفته شد، برخی مصادیق هستند که در احصاء آنها به عنوان موارد جواز خودداری زوجه از تمکین خاص، میان فقها و نویسندگان حقوق، اختلاف است. این موارد به شرح زیر است:

۳-۱) انتخاب مسکن علی‌حده

قانون‌گذار ایران در ماده‌ی ۱۱۱۵ قانون مدنی به زوجه اختیار داده که در صورت

نقش قاعده‌ی لاضرر در حق خودداری زن از تمکین خاص

خوف ضرر بدنی، مالی یا شرافتی برای وی، مسکن علی‌حده اختیار کند. ضرر شرافتی موضوع این ماده را بیم زن دانسته‌اند از آنکه «بر اثر داد و فریاد و فحش‌های ناموسی از طرف شوهر توجه همسایگان و عابریین جلب شود و آبروی زن بریزد یا آنکه شوهر اشخاص ناشایست را به منزل بیاورد و زن بیم آن داشته باشد که رفت و آمد آنها، موجب هتک احترام زن از نظر محیط اجتماعی گردد» (امامی ۱۳۷۶: ج ۴، ص ۴۵۰). این ماده به نحو کلی، فقط متضمن حکم جواز اختیار مسکن مستقل در صورت بیم ضرر مذکور است،^۱ بدون آنکه ابهامات بسیار وارد بر این ماده و نیز شمول یا شامل نشدن این حکم نسبت به جواز خودداری زوجه از تمکین خاص را پاسخ‌گو باشد.^۲

۲-۳) عدم تأمین نفقه‌ی متناسب با شأن و وضعیت زوجه

فقه‌های امامیه داشتن مسکن مستقل را از حقوق زوجه و از لوازم انفاق می‌دانند (جبعی عاملی ۱۴۱۶: ج ۸، ص ۴۶۰؛ نجفی: ج ۳۱، صص ۳۳۹ و ۳۴۰). در این میان برخی از ایشان زوج را ملزم به تهیه مسکن متناسب با شئونات زوجه دانسته‌اند (حلی: ج ۲، ص

۱ - شعبه‌ی سوم دادگاه عالی انتظامی قضات در حکم شماره‌ی ۲۴۶۰، مورخ ۱۳۱۸/۹/۲۹ بدرفتاری زوج را عنوانی اعم دانسته که در مواردی ممکن است مستلزم خوف ضرر و مجوزی برای اعمال ماده‌ی ۱۱۱۵ قانون مدنی نیز باشد (معاونت آموزش قوه‌ی قضائیه ۱۳۸۸: ج ۳، ص ۵۶).

۲ - می‌توان گفت همان مصلحتی که اختیار مسکن علی‌حده را موجب می‌شود، در جواز عدم تمکین خاص زوجه نیز ملحوظ است، لذا چنین زوج‌های ناشزه محسوب نمی‌شود. با وجود این در برخی آرائی که از محاکم صادر شده است، میان جواز انتخاب مسکن علی‌حده و جواز عدم تمکین، ملازم‌های لحاظ نشده است. (حکم شماره‌ی ۳۶۶، مورخ ۱۳۲۳/۲/۲، صادره از شعبه‌ی ششم، مجموعه رویه‌ی قضایی حقوقی رهام، ج ۲، ص ۱۳۸) «ماده ۱۱۱۵ قانون مدنی به زن حق داده است که در صورت وجود خوف ضرر بدنی یا شرافتی یا مالی منزل دیگری غیر از منزل شوهر برای خود اختیار کند و سکونت زن در منزلی که خود او تعیین نماید ملازمه با عدم تمکین او نخواهد داشت.» (متین دفتری ۸۲-۱۳۸۱: ج ۲، ص ۱۳۸) به عبارت دیگر، حق اختیار مسکن علی‌حده، جزئی از اجزاء تمکین عام زوجه محسوب شده و با تمکین خاص زوجه ارتباطی ندارد (معاونت آموزش قوه‌ی قضائیه ۱۳۸۸، ج ۱، ص ۷۳)

فصلنامه شورای فرهنگی اجتماعی زنان

۴۸؛ ۱ کرکی ۱۴۱۱: ج ۱۲، صص ۴۷۰ و ۴۷۱).^۲ علی‌رغم اینکه بسیاری از فقها به صراحت تهیه نکردن چنین مسکنی را از موجبات جواز زوجه در خودداری از تمکین تلقی نکرده‌اند، برخی از ایشان در عبارات خود بر این امر اذعان داشته و امتناع زوجه از سکونت در منزل غیرمتناسب را موجب صدق عنوان نشوز بر وی ندانسته‌اند (اصفهانی ۱۴۰۵: ج ۲، ص ۱۰۱؛ همان ۱۴۱۶: ج ۷، صص ۵۲۴ و ۵۷۶).^۳

قانون‌گذار ایران نیز در ماده‌ی ۱۱۰۷ قانون مدنی نفقه را عبارت از همه‌ی نیازهای متعارف و متناسب با وضعیت زن از قبیل مسکن، البسه، غذا، اثاث منزل و هزینه‌های درمانی و بهداشتی و خادم در صورت عادت یا احتیاج یا به واسطه‌ی نقصان یا مرض دانسته است. پرسش این است که آیا تأمین نکردن نفقه‌ی متناسب و به ویژه تهیه نکردن مسکن متناسب و مستقل را می‌توان از مصادیق جواز خودداری زوجه از تمکین و به ویژه خودداری از تمکین خاص دانست؟ در مقام ارائه‌ی پاسخ باید در خصوص حکم این ماده به موارد زیر توجه داشت:

الف) همان طور که گفته شد، هرچند که اختیار تعیین محل سکونت زن با مرد است، مرد باید شئون زوجه را در انتخاب این محل رعایت کند. بنابراین هرگاه مرد برای مثال، منزل را در منطقه‌ای غیرمتناسب با شئونات زوجه انتخاب کند (امامی ۱۳۷۶:

۱- «و یجب علیه السکنی فی دار تجری عاده امثالها باسکنی فیه و یلیق بها إما بالعاریه أو اجاره أو ملک و بها المطالبه بالنفرد بالمسکن عن مشارکه غیر زوج.»

۲- در این مورد بلیله قلدوت مرد در تدارک منزل نیز لحاظ شود. این امر در برخی آیات قرآن کریم نیز توجه شده است: «و اسکنوهن من حیث سکنتم من وجدکم و لاتضاروهن لتضیقوا علیهن» (طلاق: ۶)؛ «وعاشروهن بالمعروف» هرچند آیه‌ی نخست بر زنان مطلقه ناظر است، اما موضوع آن از باب تدارک مسکن برای همسر مطلقه در دوران عده، به اعتبار وجود و ادامه‌ی این وظیفه از دوران زندگی مشترک و مسالمت‌آمیز به دوران عده‌ی طلاق رجعی است. در آیه‌ی دوم نیز از مصادیق معروف تدارک سکنا‌ی مناسب برای زندگی مشترک زناشویی است.

۳- «انما یتحق النشوز المرءه بالمنع من المسکنه فیما یلیق بها بأن لا تأتیه أو تعلق الباب علی نفسها ... فلا نشوز بالامتناع مما لا یلیق بها من مسکن و منه ما تتضرر به أو لا یمكن الانتقال الیه الا بمشقه لا تتحمل...»

نقش قاعده‌ی لاضرر در حق خودداری زن از تمکین خاص

ج ۴، ص ۴۵۴)^۱ یا آنکه وی را در منزلی مشترک با والدین خود اسکان دهد، عدم سکونت زوجه در منزل مشترک، حسب ظاهر از موارد جواز خودداری از تمکین است.^۲

ب) در صورتی که بتوان تهیه نکردن مسکن متناسب را از مصادیق جواز خودداری زوجه از تمکین عام دانست، نمی‌توان این فرض را موجبی برای جواز خودداری زوجه از تمکین خاص محسوب کرد؛ نهایت اینکه زوجه می‌تواند الزام زوج به تهیه‌ی مسکن متناسب را از دادگاه بخواهد.

نتیجه‌گیری

در نظام حقوقی ایران به تبعیت از دیدگاه مشهور فقهای امامیه، به محض انعقاد عقد نکاح، روابط زوجیت میان طرفین برقرار و زوجه مکلف به تمکین از زوج دانسته شده است. با وجود این، این اصل و حکم اولیه در مواردی با استثنائاتی مواجه شده و در برخی مواضع زوجه از تمکین خاص معاف شده است. مذاقه در متون فقهی بیانگر این واقعیت است که موارد چنین جوازی با عناوین کلی لاضرر و لاجرح بیان شده و مصادیق آن در حالت احرام، حیض یا نفاس بودن زوجه، ادای روزه‌ی واجب، لعان، ظهار و اعمال حق حبس از ناحیه‌ی زوجه ذکر شده است. در مواد قانونی نیز فقط در فرض ابتلای زوج به امراض مقاربتی پس از عقد نکاح، زوجه به صراحت از تمکین خاص معاف شده است.

۱- نظریه‌ی مشورتی شماره ۷/۳۸۳۸ مورخ ۱۳۷۸/۱۰/۱۳ اداره‌ی حقوقی قوه‌ی قضائیه: «... زوجه با فرض اثبات عدم تناسب مسکن با وضعیت وی، می‌تواند از تمکین امتناع کند و بین شروع به تمکین و امتناع بعد از تمکین، فرقی وجود ندارد...» (معاونت آموزش قوه‌ی قضائیه ۱۳۸۸: ج ۳، ص ۲۸).

۲- بر این فرض باید موردی را افزود که فرد، زوجین متعدد خود را در منزلی مشترک قرار دهد و دوام این امر منجر به عسروحرج هر یک از ایشان گردد.

این اجمال‌گویی و اکتفای به مصادیق شاخص و محدود در حالی است که فروض متعددی متصور است که حکم جواز خودداری زوجه از تمکین خاص را می‌طلبد، مصادیقی چون بیماری زوجه و تأخیر در بهبودی یا تشدید بیماری وی در نتیجه‌ی ملزم دانستن او به تمکین خاص، ابتلای زوج به امراض مسری و نیز وجود برخی انحرافات جنسی در زوج. در چنین مواضعی باید با استناد به حکومت قاعده‌ی لاضرر بر ادله‌ی احکام، آن قسم از احکام ضرری یا احکام متعلق به موضوعات متضمن ضرر و از جمله لزوم تمکین زوجه را در این فروض مرتفع نمود. با وجود این باید توجه داشت که برای اجتناب از تشتت آراء در محاکم و جلوگیری از تضرر زوجه، باید موارد مذکور را به حیثه‌ی قانون‌گذاری درآورد؛ چه آنکه قضات در مقام صدور رأی به مواد قانونی استناد کرده و حداکثر در موارد سکوت، اجمال، نقص یا تعارض قوانین به استناد اصل یکصد و شصت و هفتم قانون اساسی به منابع یا فتاوی معتبر مراجعه می‌کنند؛ در خصوص موضوع این نوشتار که منابع یا فتاوی چندانی در دست نیست، دشواری مسئله و ضرورت قانون‌گذاری بیشتر نمایان می‌شود.

منابع

- ◀ قرآن کریم
- ◀ ارشدی، علی‌یار. «بررسی قانون مدنی - بخش حقوق خانواده (قسمت دوم و پایانی)»، عدالت آراء، ش ۲ و ۳ (زمستان ۱۳۸۴ و بهار ۱۳۸۵).
- ◀ اصفهانی، بهاء‌الدین محمدبن حسن بن محمد (فاضل هندی) ۱۴۰۵. کشف اللثام، قم، مکتبه آیه الله العظمی مرعشی نجفی، ج ۲.
- ◀ _____، ۱۴۱۶، کشف اللثام، قم، الاسلامی، ج ۷.

نقش قاعده‌ی لاضرر در حق خودداری زن از تمکین خاص

- ◀ امامی، سیدحسن ۱۳۷۶. حقوق مدنی، تهران، اسلامیه، ج ۴.
- ◀ بحرانی، یوسف بن احمد بن ابراهیم ۱۴۰۵. الحدائق الناضره فی احکام العتره الطاهره، محقق و مصحح: محمدتقی ایروانی و سید عبدالرزاق مقرم، قم، اسلامی، ج ۲۵.
- ◀ جبعی عاملی، زین‌الدین ۱۴۱۶. مسالک الافهام، قم، المعارف الاسلامیه، ج ۸.
- ◀ حر عاملی، محمد بن حسن ۱۴۱۴. تفصیل وسائل الشیعه، قم، آل‌البیت (ع) لإحياء التراث، ج ۱۸.
- ◀ ——— تفصیل وسائل الشیعه، شیخ محمد رازی، بیروت، دار إحياء التراث العربی، ج ۱۴.
- ◀ حسینی شیرازی، سید محمد ۱۴۰۹. الفقه، بیروت، دارالعلوم، ج ۶۲.
- ◀ حلبی، حمزه بن علی بن زهره ۱۴۱۷. غنیه النزوع الی علمی الاصول و الفروع، تحقیق: شیخ ابراهیم بهادری، قم، امام صادق (ع).
- ◀ حلّی، ابن ادریس ۱۴۱۱. السرائر، تحقیق: لجنه التحقیق، قم، اسلامی، ج ۲.
- ◀ حلّی، ابی منصور حسن بن یوسف بن مطهر (علامه حلّی) ۱۴۱۳. قواعد الاحکام، قم، اسلامی، ج ۳.
- ◀ ——— تحریر الاحکام، مشهد، آل‌البیت، ج ۲.
- ◀ حلّی، ابیطالب محمد بن حسن بن یوسف (فخرالمحققین) ۱۳۸۹ هـ. ایضاح الفوائد فی شرح القواعد، تحقیق: کرمانی، اشتهاودی و بروجردی، قم، اسماعیلیان، ج ۳.
- ◀ حلّی، ابوالقاسم نجم‌الدین جعفر بن حسن (محقق حلّی) ۱۴۰۹. شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، تهران، استقلال، ج ۲.
- ◀ خوئی، سید ابوالقاسم ۱۴۱۰. منهاج الصالحین، قم، مهر، ج ۲.
- ◀ ——— ۱۴۰۷. کتاب النکاح، قم، لطفی و دارالهادی، ج ۱.
- ◀ دانش، تاج الزمان ۱۳۸۱. مجرم کیست - جرم شناسی چیست؟، تهران، کیهان.

فصلنامه شورای فرهنگی اجتماعی زنان

- ◀ دیبایی، امیر ۱۳۸۱. چکیده طب قانونی، دانشگاه علوم پزشکی اهواز، ج ۱.
- ◀ راغب اصفهانی، ابوالقاسم حسین بن محمد ۱۳۸۱. المفردات فی غریب القرآن، مصر، مکتبه و مطبعه مصطفی البالی الحلبي، ج ۱.
- ◀ روحانی، سید محمد صادق ۱۴۱۴. فقه الصادق، قم، دارالکتاب، ج ۲۱.
- ◀ شایگان، سید علی ۱۳۷۵. حقوق مدنی، به کوشش محمدرضا بندرچی، قزوین، طه.
- ◀ شهری، غلامرضا و محمد خرازی ۱۳۸۰. مجموعه نظرهای مشورتی اداره کل حقوقی و تدوین قوانین قوه قضائیه در مسائل مدنی، تهران، روزنامه رسمی جمهوری اسلامی ایران.
- ◀ طباطبایی حکیم، سید محسن ۱۴۰۴. مستمسک العروه الوثقی، قم، مکتبه السید المرعشی، ج ۱۴.
- ◀ طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم ۱۴۰۹. العروه الوثقی، بیروت، مؤسسه الاعلمی، ج ۲.
- ◀ طباطبایی، سید محمد حسین ۱۴۱۲. المیزان فی تفسیر القرآن، قم، اسماعیلیان، ج ۲.
- ◀ طریحی، فخرالدین بن محمد ۱۳۷۵. مجمع البحرین و مطلع النیرین، تحقیق: احمد الحسینی، تهران، مرتضوی، ج ۲.
- ◀ طوسی، ابی جعفر محمد بن حسن ۱۳۸۷. مبسوط فی فقه الامامیه، تحقیق: محمد باقر بهبودی، تهران، مکتبه المرتضویه، ج ۴ و ۶.
- ◀ _____ ۱۴۱۷. الخلاف، تحقیق: سید علی خراسانی، سید جواد شهرستانی و شیخ محمد مهدی نجف، قم، اسلامی، ج ۴.
- ◀ علم الهدی، مرتضی ۱۴۰۵. رسائل، تحقیق: السید مهدی رجایی، قم، دارالقرآن، ج ۱.
- ◀ _____ ۱۴۱۵. الانتصار، قم، تحقیق و نشر: مؤسسه النشر الاسلامی.
- ◀ کاتوزیان، ناصر ۱۳۸۲. حقوق مدنی، خانواده، تهران، شرکت سهامی انتشار با همکاری

نقش قاعده‌ی لاضرر در حق خودداری زن از تمکین خاص

بهمن برنا، ج ۱.

◀ کرکی، علی بن حسین (محقق کرکی) ۱۴۱۱. جامع المقاصد، قم، تحقیق و نشر: مؤسسه آل‌البیت، ج ۱۲.

◀ کلینی، ابی جعفر محمد بن یعقوب بن اسحاق ۱۴۰۷. اصول کافی، تحقیق: علی اکبر غفاری، تهران، دارالکتب الاسلامیه، ج ۵.

◀ گنجینه آرای فقهی - قضایی (نرم‌افزار)، مرکز تحقیقات فقهی قوه‌ی قضائیه.

◀ گودرزی، فرامرز ۱۳۷۷. پزشکی قانونی، تهران، انشتین، ج ۲.

◀ متین دفتری، احمد ۸۲-۱۳۸۱. مجموعه رویه قضایی، (مجلات حقوقی و کیفری)، تهران، رهام.

◀ محقق داماد، سید مصطفی ۱۳۸۲. مباحثی از اصول فقه، تهران، علوم اسلامی.

◀ _____ ۱۳۸۳. قواعد فقه ۱، بخش مدنی (مالکیت، مسئولیت)، تهران، علوم اسلامی.

◀ مرکز تحقیقات فقهی قوه‌ی قضائیه ۱۳۸۱. مجموعه نظریات مشورتی فقهی در امور حقوقی، قم، مرکز تحقیقات فقهی حوزه معاونت آموزش و تحقیقات قوه‌ی قضائیه. ج ۱.

◀ معاونت آموزش قوه‌ی قضائیه ۱۳۸۷. مجموعه پرسش‌ها و پاسخ‌های حقوقی در امور خانواده، تهران، جاودانه.

◀ معاونت آموزش قوه‌ی قضائیه ۱۳۸۸. توصیف و تحلیل علمی آرای قضایی، مسائل حقوقی (۱)، خانواده، تحقیق: جمعی از محققین، تهران، جاودانه، ج ۱.

◀ معاونت آموزش قوه‌ی قضائیه ۱۳۸۸. رویه قضایی ایران در ارتباط با دادگاه‌های خانواده، تهران، جنگل، ج ۳.

◀ معین، محمد ۱۳۸۶. فرهنگ فارسی، تهران، بهزاد.

◀ نجفی خوانساری، موسی بن محمد ۱۴۱۸. منیه الطالب فی شرح المکاسب، قم، الاسلامی،

ج ۳.

- ◀ نجفی، محمد حسن. جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، تحقیق: محمود قوچانی، تهران، مکتبه الاسلامیه، ج ۳۱.
- ◀ نراقی، احمد بن محمد مهدی ۱۴۲۰. عوائد الایام فی بیان قواعد الاحکام و مهمات مسائل الحلال و الحرام، بیروت، دارالهادی.
- ◀ هاشمی فرد، میراحمد ۱۳۶۳. مسائل و اختلالات جنسی در زن و مرد، تهران، سهامی چهر.
- ◀ ولائی، عیسی ۱۳۸۴. فرهنگ تشریحی اصطلاحات اصول، تهران، نی.
- ◀ یوسفی، زین‌الدین ابی‌علی الحسن بن ابیطالب بن ابی‌المجد (فاضل الآبی) ۱۴۱۰. کشف الرموز، تحقیق اشتهاردی و یزدی، قم، جامعه المدرسین، ج ۲.