

بررسی نارسایی قانون مدنی در انعکاس حقوق جنسی زوجین در فقه امامیه

زهره نیک عمل^۱

چکیده

فقیهان امامیه در متون فقهی، ذیل مباحث نکاح و طلاق، با به رسمیت شناختن حقوق جنسی زوجین، به تبیین احکام مربوط به این حقوق پرداخته‌اند. بررسی متون مزبور در خصوص حقوق جنسی زوجین و مقایسه محتوای آنها با مواد قانون مدنی، نشان می‌دهد که در قانون مدنی علاوه بر وجود خلأ نسبت به بیان حقوقی چون قسم، مضاجعه، مواقعه (نزدیکی) و مقدمات آن، در انعکاس احکام فقهی مربوط به عن، مقطوع بودن آلت تناسلی، قرن، افضاء و بیماریهای مقاربتی نیز نقص یا ابهام وجود دارد، از این رو نیازمند بازنگری و اصلاح می‌باشد. تحقیق حاضر با روش توصیفی تحلیلی و با استفاده از منابع کتابخانه‌ای، بعد از تطبیق حقوق جنسی زوج و زوجه در بستر قانون مدنی و فقه امامیه، به نقد و بررسی نارساییهای مواد ۱۱۲۲، ۱۱۲۳، ۱۱۲۷ و ۱۱۳۰ قانون مدنی نسبت به حقوق جنسی زوجین پرداخته و در نهایت، پیشنهاداتی از قرار زیر ارائه گردید:

- حذف قیود «عدم انجام یکبار عمل زناشویی» در عن و «عدم قدرت بر انجام عمل زناشویی» در مقطوع بودن آلت تناسلی از ماده ۱۱۲۲ ق.م در جهت حمایت از حقوق جنسی زوج.

- افزودن قید «لزوم انتظار یک ساله زن بر درمان یا بهبود عن مرد» به بند دوم ماده ۱۱۲۲ ق.م در جهت حفظ حقوق جنسی زوجین و نظام خانواده.

- افزودن قید «لزوم انتظار مرد بر درمان زن مبتلا به قرن و افضاء» در ماده ۱۱۲۳ ق.م در جهت رعایت عدالت جنسی میان زوجین و نیز حفظ کانون خانواده.

- قرار دادن حق طلاق بعد از گذشت دوره درمانی معین و ناکامی از درمان، برای زنی که شوهرش مبتلا به بیماری مقاربتی است در ماده ۱۱۲۷ ق.م، در جهت حفظ عفت اخلاقی زوج و سایر مردان جامعه.

- شفاف سازی قیود مجمل و مبهم مربوط به مصادیق عسر و حرج زوج در ماده ۱۱۳۰ ق.م در جهت ابهام زدایی از ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی.

^۱ - عضو هیات علمی رشته فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده الهیات و معارف اسلامی دانشگاه تهران. z.nikamal@ut.ac.ir

Abstract

In their jurisprudential texts, Imami jurists have recognized the sexual rights of couples and explained the rulings related to these rights by recognizing them. A review of the aforementioned texts regarding the sexual rights of couples and a comparison of their content with the articles of the Civil Code shows that in addition to the existence of a gap in legal expressions such as oath, intercourse, proximity, and its preliminaries, the Civil Code also contains shortcomings or ambiguity in reflecting the jurisprudential rulings related to marriage, genital mutilation, circumcision, abduction, and sexually transmitted diseases, and therefore requires revision and reform. The present study, using a descriptive-analytical method and library resources, after applying the sexual rights of husband and wife in the context of civil law and Imami jurisprudence, criticized and examined the shortcomings of articles 1122, 1123, 1127 and 1130 of the Civil Code regarding the sexual rights of couples, and finally, the following suggestions were presented:

- Removing the restrictions of "not performing a marital act once" in the article and "lack of power to perform a marital act" in the case of amputation of the genitals from article 1122 BC in order to protect the sexual rights of the wife.
- Adding the restriction of "the need for the woman to wait one year for the treatment or improvement of the man's genitals" to the second paragraph of article 1122 BC in order to protect the sexual rights of couples and the family system.
- Adding the restriction of "the need for the man to wait for the treatment of a woman suffering from genital warts and impotence" in article 1123 BC in order to observe sexual justice between couples and also to protect the family center.
- Establishing the right to divorce after a certain period of treatment and failure of treatment, for a woman whose husband is suffering from a sexually transmitted disease in Article 1127 of the Islamic Law, in order to preserve the moral chastity of the wife and other men in the community.
- Clarifying the vague and ambiguous restrictions related to instances of hardship and hardship for the wife in Article 1130 of the Islamic Law in order to disambiguate Article 1130 of the Civil Code.

Keywords: Sexual rights, Imami jurisprudence, civil law, incapacity.

مقدمه

فقیهان امامیه ذیل مباحث حقوق و تکالیف زوجین نسبت به هم و مباحث مربوط به نشوز، به بیان حقوق جنسی زوجین نسبت به هم مبادرت نموده‌اند. این در حالی است که قانون مدنی با وجود رویکرد کلی تبعیت از فقه امامیه، در هیچ موردی تصریح به «حقوق جنسی زوجین» نداشته است. تنها جایی که قانونگذار بدون تصریح به «اصطلاح حق جنسی»، به وضع حکم به نفع صاحب حق مبادرت نموده، برخی موارد جواز فسخ نکاح به سبب عیوب موجود در هر یک از طرفین است که در مواد ۱۱۲۲ و ۱۱۲۳ ق.م آمده است.

از یک سو، با توجه به این که برطرف نمودن نیاز جنسی به عنوان یکی از مهمترین وظایف زوجین نسبت به یکدیگر است و از سوی دیگر عدم اهتمام دقیق قانونگذار به این نیاز طبیعی زوجین، موجب بروز آفت‌هایی در افراد و به تبع آن در خانواده و آنگاه اجتماع می‌شود بررسی و تبیین نارسایی‌های قانون مدنی در مورد حقوق جنسی زوجین ضرورتی انکارناپذیر است.

پیش از این، تحقیقاتی با عناوین مختلف از قبیل «تبیین حق جنسی زوجین در بستر متون فقهی و حقوقی» نوشته مرضیه شهربافچی و همکاران در فصلنامه فرهنگی تربیتی زنان و خانواده، «رویکرد فقهی حقوقی در احراز توازن در حقوق جنسی زوجین...» نوشته ناصرعلی افضل‌نژاد و همکاران در مجله مبانی فقهی حقوق اسلامی، «بررسی حقوق جنسی زوجین و چالشهای مرتبط با آن» نوشته زهرا فهرستی در مجله فقه و تاریخ تمدن، «حدود روابط جنسی زن و شوهر در چارچوب قاعده معاشرت به معروف» نوشته رحیم نوبهار و همکار در مجله خانواده‌پژوهی و... در زمینه حقوق جنسی زوجین انجام شده که مورد اول صرفاً به ساختار و بسترهای جنسیتی نشوز و پیامدهای آن پرداخته و محتوای سایر تحقیقات، در جهت بیان حقوق جنسی زوجین به صورت کلی یا بررسی برخی چالشها در این مورد می‌باشند. وجه تمایز تحقیق حاضر، نسبت به تحقیقات پیشین این است که به صورت خاص به بررسی نقص و نارسایی مواد ۱۱۲۲، ۱۱۲۳، ۱۱۲۷ و ۱۱۳۰ قانون مدنی در انعکاس احکام فقه امامیه در حقوق جنسی پرداخته که این رویکرد در تطبیق فقه امامیه و قانون مدنی نسبت به مواد مذکور (به صورت معین و خاص)، حلقه مفقوده تحقیقات سابق از این می‌باشد. در همین راستا، نوشتار حاضر به روش توصیفی تحلیلی به جمع‌آوری اطلاعات از طریق منابع کتابخانه‌ای با روش فیش‌برداری مبادرت نموده که بعد از بررسی حقوق جنسی زوجین در فقه امامیه، به تحلیل نحوه اهتمام قانونگذار به حقوق جنسی ایشان پرداخته و آنگاه مواد ۱۱۲۲، ۱۱۲۳، ۱۱۲۷ و ۱۱۳۰ قانون مدنی را مورد نقد و بررسی قرار داده و در نهایت، نتایج تحقیق و پیشنهادها را بیان می‌دارد.

۱- مفهوم شناسی واژگان کلیدی

۱-۱-۱- حق

۱-۱-۱- حق در لغت: حق کلمه‌ای عربی است و در لغت عرب دارای معانی مختلف از قبیل نصیب مفروض و ملک (زبیدی، ۱۴۱۴: ۸۷/۱۳؛ ۸۰/۱۳) و ثبوت (طریحی، ۱۴۱۶: ۱۴۶/۵) می‌باشد. از کلمه حق در زبان فارسی نیز با معانی ثبوت، نصیب و سزاواری استفاده می‌شود (معین، ۱۳۶۰: ۱۳۶۳/۱).

۱-۱-۲- **حق در اصطلاح:** حق در فقه اسلامی عبارت است از نوعی سلطنت که زمام آن در اعمال و اسقاط به دست صاحب حق است (بحرالعلوم، ۱۴۱۴: ۳۵/۱) و سلطه‌ای که برای شخص بر شخص دیگر یا بر مال یا شیء جعل و اعتبار می‌شود (محقق داماد، ۱۳۸۸: ۱۷).

در حقوق موضوعه عبارت است از توانایی خاص برای انجام دادن عملی که گاهی به عین و گاهی به شخص تعلق می‌گیرد مانند حق تحجیر، حق خیار و حق قصاص (همان: ۱۹) و نیز توانایی شخص بر کسی یا چیزی که قابل انتقال به غیر و نیز قابل اسقاط است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸: ۱۶۶۹/۳).

در نوشتار حاضر، مراد از حق، معنای نصیب و سلطنتی که زمام و اسقاط آن به دست صاحب حق است، مورد نظر می‌باشد.

۱-۲- **حق جنسی در فقه و قانون مدنی:** در فقه، حقوق جنسی طرفین عقد نکاح، ذیل واژگانی چون استمتاع، تمکین، قسم، مواقعه و مضاجعه بیان شده است (خمینی، بی تا: ۲۴۲/۲). افزون بر اینها، وجود حق فسخ نکاح در صورت وجود عیوبی که بر روابط جنسی زوجین تأثیر می‌گذارد نظیر عنن، قرن و افشاء (حلی، ۱۴۰۸: ۲۶۳/۲) مؤیداتی دال بر توجه فقیهان و قانون مدنی (در مواد ۱۱۲۲ و ۱۱۲۳) به حقوق جنسی زوجین هستند.

۱-۳- **عسر و حرج:** در لغت عرب، عسر، ضد یسر و به معنای سختی آمده است (فیومی، بی تا: ۶۸۰/۲؛ طریحی، ۱۴۱۶: ۴۰۲/۳) و حرج به تنگی، ضیق و اضطراب معنا شده است (واسطی، ۱۴۱۴: ۳۲۱/۳). منظور از عسر و حرج جنسی در تحقیق حاضر، مشقت و تنگنایی است (محقق داماد، ۱۳۸۷: ۳۶۷) که زوجین در اثر عدم ارضا یا ارضای نامطلوب امیال جنسی به آن دچار می‌شوند. عسر و حرج جنسی زن که در تحقیق حاضر مورد بحث قرار گرفته نیز، عبارت است از این که زوج، در اثر اختلالات جسمی یا روانی (همچون سردمزاجی، انزال زودرس، اختلال در نعوظ، تقاضای آمیزش نامتعارف، خشونت جنسی و بدکارکردی جنسی) نتواند نیاز جنسی همسر را تأمین کند و در نتیجه زوجه، دچار سختی و مشقت شود. چه این که رابطه جنسی مطلوب و کامل برای زنان، ترکیبی از تأمین هم‌زمان نیازهای جسمی و عاطفی است و رفتارهای همراه با خشونت و غیر متعارف، افزون بر آسیب جسمی و روانی، به واسطه عدم تحقق ارگاسم، زن را از نظر جنسی در شرایط دشوار قرار می‌دهد (نظری توکلی، ۱۴۰۰: ۶۷).

۲- اهتمام فقه امامیه و قانونگذار به حقوق جنسی زوجین

مقصود از حقوق جنسی زوجین، حق هر یک از ایشان در استمتاع و بهره‌مندی جنسی از یکدیگر است. استمتاع، همان چیزی است که به تصریح برخی فقیهان، مقصود نکاح معرفی شده است (شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۱۱۱/۸) و از همین رو، حقی طرفینی محسوب می‌شود. میل جنسی به عنوان میلی کاملاً طبیعی، همان‌طور که در وجود مردان به ودیعه نهاده شده در زنان هم وجود دارد. آیه مبارکه «نَسَاؤُكُمْ حَرْثٌ لَّكُمْ فَاتُوا حَرْثَكُمْ اَنَّى شِئْتُمْ» (بقره: ۲۲۳) بیانگر این است که مردان هر زمان که بخواهند می‌توانند با زنان آمیزش کنند، به این ترتیب، آیه مبارکه دلیلی بر حق تمکین جنسی مرد بر زن می‌باشد و شاید بتواند دلیلی نیز بر تمایل بیشتر مردان به تکرار عمل جنسی تلقی شود که البته نتایج تحقیقات نیز مؤید این مطلب است که در سیکل هورمونی مردان و زنان، میل مردان در تکرار عمل جنسی، بیش از زنان است (امیری، ۱۳۸۹، ص ۹۴). این در حالی است که به تصریح اندیشمندان، زنان در هنگام تحریک جنسی، سطوح بالاتری از لذت را تجربه می‌کنند (بستان، ۱۳۸۸: ۲۹) که بر این اندیشه - صرف‌نظر از تفاوت‌های زیست‌شناختی زن و مرد که در علوم تجربی جای بحث آنهاست - در روایات متعددی صحه گذاشته شده مثل آنجا که می‌فرماید: «خَلَقَ اللَّهُ الشَّهْوَةَ عَشْرَةَ أَجْزَاءٍ فَجَعَلَ تِسْعَةَ أَجْزَاءٍ فِي النِّسَاءِ وَجُزْءًا وَاحِدًا فِي الرِّجَالِ» (کلینی، ۱۴۰۷: ۳۳۸/۵) خداوند برای شهوت ده جزء قرار داده که نه جزء آن برای زنان و یک جزء برای مردان است. حق استمتاع شامل موارد مختلفی از قبیل حق بر نگاه شهوت‌آمیز، بوسیدن، لمس کردن، همخوابگی، نزدیکی از جلو یا پشت و نهایتاً مقصود نکاح می‌باشد (شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۱۱۱/۸؛ حلی، ۱۴۱۲: ۳۲۰/۲).

هرچند قانونگذار مدنی از به کاربردن اصطلاح حق جنسی احتراز جسته اما از طریق مفاهیمی آشکار یا پنهان در متون قانونی به اعتبار این حقوق به صورت کلی، اشاراتی داشته است. ذکر برخی عیوب موجب فسخ نکاح (عن و مقطوع بودن آلت تناسلی، قرن و افشاء) در مواد ۱۱۲۲ و ۱۱۲۳ قانون مدنی از موارد آشکار و بیان شرایط احصان زناکار (نزدیکی از جلو) در ماده ۲۲۶ قانون مجازات اسلامی و نیز در ماده ۲۲۷ قانون مجازات اسلامی احصاء موارد خروج زوجین از حالت احصان، مبین توجه قانونگذار به تأثیر حقوق جنسی در وضع مجازات‌ها می‌باشد.

۱-۲- حقوق جنسی زوج در فقه امامیه

استمتاع در لغت به معنای بهره‌طلبی و انتفاع (طریحی، ۱۴۱۶: ۳۹۰/۴؛ محمود عبدالرحمان، بی‌تا: ۱۶۰/۱) و در اصطلاح، به معنای بهره‌وری جنسی شوهر از زن شناخته می‌شود (حلی، ۱۴۱۴: ۲۰۲/۶؛ زبیدی، ۱۴۱۴: ۴۴۹/۱۱) که طبق نظر برخی فقیهان به عنوان حقی برای زوج در مقابل زوجه می‌باشد (عاملی، بی‌تا: ۲۵۴/۲)؛ البته همان‌طور که پیش از این گفته شد استمتاع، حقی طرفینی به شمار می‌آید..

بر اساس متون فقهی، حق شوهر در انجام مقدماتی توسط زن برای جماع، نظیر ازاله موهای زائد و آرایش، زینت و پاکیزگی قبل از انجام عمل جنسی محفوظ است (فاضل هندی، ۱۴۱۶: ۴۱۲/۷). مشهور فقیهان بحث نشوز زن را بیشتر در تمکین خاص متمرکز نموده و آن را با عنوان «منع از استمتاع زوج» که منجر به سقوط کامل نفقه می‌شود، ذکر کرده‌اند (حلی، ۱۳۸۷: ۲۵۷/۳؛ صیمری، ۱۴۲۰: ۱۸۱/۳)؛ ایشان برای سقوط تمام نفقه در صورت عدم تمکین خاص، چنین استدلال نموده‌اند که نفقه به منزله عوض است در مقابل انواع بهره‌های جنسی که مرد از همسرش می‌برد، پس با فقدان استمتاع، نفقه نیز ساقط می‌شود (عمیدی، ۱۴۱۶: ۵۲۴/۲). این در حالی است که فقیهان برای سایر موارد نشوز زن که شامل صورتهای دیگری از نافرمانی نسبت به شوهر می‌شود، سقوط قسمتی از نفقه را تجویز نموده‌اند نه سقوط تمام نفقه را (حلی، ۱۴۱۳: ۹۷/۳؛ فاضل هندی، ۱۴۱۶: ۵۲۴/۷).

از دیگر حقوق شوهر که بازگشت به رابطه جنسی میان زن و شوهر دارد حق فسخ ازدواج، به جهت وجود برخی عیوب در زن شامل قرن و افضاء می‌باشد (طوسی، ۱۳۹۰: ۲۴۷/۳). قرن در لغت به معنای برآمدگی، گوشت، غده یا استخوانی است در دهانه رحم (زبیدی، ۱۴۱۴: ۴۴۴/۱۸؛ فیومی، بی تا: ۵۰۰/۲) و در اصطلاح فقیهان، گوشت یا استخوانی است مانند دندان که در رحم می‌روید و مانع عمل وطی می‌شود (شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۱۱۵/۸) و افضاء در لغت به معنای انتها و یکی کردن دو راه (ابن منظور، ۱۴۱۴: ۱۵۷/۱۵) و در اصطلاح فقیهان به معنای یکی کردن مجرای بول و حیض (شیرازی، ۱۴۲۸: ۵۴۳؛ شاهرودی، ۱۳۸۷: ۵۹۲/۱) می‌باشد. قرن و افضاء از عیوبی هستند که در کیفیت یا امکان رابطه جنسی بین زن و شوهر، نقش منفی ایجاد می‌کنند. بنابراین در متون فقهی امامیه با به رسمیت شناختن حق جنسی مرد، حق فسخ نکاح در صورت وجود عیوب مذکور در زن محفوظ است (طوسی، ۱۴۰۷: ۳۴۶/۴). قانونگذار نیز در ماده ۱۱۲۳ ق.م به حق فسخ در ابتلای زوجه به این عیوب، وجهه قانونی بخشیده است مشروط به این که این عیوب، هنگام عقد در زن موجود بوده باشند (۱۱۲۴ ق.م).

۲-۲- حقوق جنسی زوج در قانون مدنی

در قانون مدنی بدون تصریح به حق جنسی شوهر به بیان لزوم حسن معاشرت زن و شوهر با یکدیگر (ماده ۱۱۰۳ ق.م) بسنده نموده و ضمانت اجرای عدم قیام زن بر انجام وظایف زوجیت، را سلب نفقه از او قرار داده است (ماده ۱۱۰۸ ق.م)؛ اما این عدم تصریح به حق جنسی شوهر به معنای عدم ضمانت اجرا در حقوق جنسی شوهر نیست، زیرا از یک سو طلاق به عنوان مهمترین و آخرین راه رهایی از نشوز طرف مقابل است و از سوی دیگر امر طلاق و صدور صیغه آن طبق قانون، به شوهر واگذار شده است (ماده ۱۱۳۳ ق.م). به عبارت دیگر، اگر ایفای وظایف زناشویی و به طور

خاص عدم مبادرت به روابط جنسی به نحو مطلوب شوهر، از سوی زن روی ندهد، شوهر می تواند همسر خویش را طلاق دهد.

۲-۳- حقوق جنسی زوجه در فقه امامیه

فقیهان امامیه ذیل مباحث حقوق و تکالیف زوجین نسبت به هم و مباحث مربوط به نشوز، به شمارش مواردی چند به عنوان حقوق جنسی زوجین نسبت به هم مبادرت نموده‌اند و در برخی موارد نشوز، به جهت سوء معاشرت یا تضییع حقوق جنسی زوجه توسط زوج، ضمانت اجراهایی نظیر حق فسخ، طلاق و حتی تعزیر برشمرده‌اند (شهید ثانی، ۱۴۱۰: ۴۲۹/۵؛ وجدانی فخر، ۱۴۲۶: ۱۲/۲۴۷).

از جمله حقوق زوجه، انجام مقدمات جماع توسط شوهر قبل از انجام نزدیکی است. این مقدمات شامل بوسیدن و سایر استمعات [از قبیل لمس کردن و ایجاد آمادگی برای مقاربت از طریق بازی کردن (ملاعبه) با سایر اندامهای زن علاوه بر فرج] می‌باشد که لازم است زوج در حق زن رعایت کند؛ البته بر اساس نظر برخی فقیهان، رعایت این مقدمات، مستحب مؤکد است (بحرانی، بی تا: ۱۰/۱۰).

از دیگر حقوق مسلم زوجه دائم در فقه امامیه، حق مواقعه است که البته میان فقیهان در جزئیات مربوط به این حق، اختلاف هست. آنچه بین همه ایشان مورد اتفاق است این که ترک نزدیکی با زوجه [دائم] بیش از چهار ماه جایز نیست (فاضل آبی، ۱۴۱۷، ج ۲، ص ۱۰۹) مگر آن که ترک، با اذن زوجه باشد (کرکی، ۱۴۱۴: ۵۰۶/۱۲). این حکم عدم جواز ترک، در حالی است که هیچ عذری [عقلی مانند سفر و بیماری یا عذر شرعی مانند حیض و نفاس] موجود نباشد ((حلی، ۱۴۲۰: ۴۲۶/۳؛ نراقی، ۱۴۱۵: ۷۸/۱۶؛ خمینی، بی تا: ۲۴۲/۲). لازم به ذکر است که قید «اذن زوجه در ترک نزدیکی»، بیانگر آن است که در حکم مزبور، به حقوق جنسی زوجه توجه شده است. برخی فقیهان نیز در مواردی که شوهر به سفر رفته، بحث ضروری بودن یا نبودن سفر را پیش کشیده و می‌گویند اگر سفر ضروری باشد ترک نزدیکی زن به جهت سفر زوج جایز است اما در سفر غیر ضروری، برگشت شوهر از سفر تا سررسید چهار ماه به جهت لزوم برآوردن نیازهای جنسی همسر واجب است (خمینی، بی تا: ۲۴۲/۲). برخی فقیهان به جای عدم جواز، حکم حرمت را بر ترک نزدیکی بیش از چهار ماه با زن، مترتب نموده‌اند. شایان توجه است که در کلام فقیهان، در تعیین محدوده غایت صبر زن بر عدم رابطه زناشویی که چهار ماه دانسته شده (فاضل هندی، ۱۴۱۶: ۲۷۵/۸)، به روایتی از امام رضا (ع) استناد شده که ایشان در جواب به کسی که به جهت عزادار بودن و نه به قصد اضرار به همسر، نزدیکی

با همسرش را ترک کرده بود، فرمود: «ترک مواقعه بیش از چهار ماه بدون اذن همسر جایز نیست» (صدوق، ۱۴۱۳: ۴۰۵/۳).

از دیگر حقوق زوجه در عقد دائم، حق قسم (یا میت) است (سبزواری، ۱۴۱۳: ۲۵/۲۰۶). برخی فقیهان، این حق را از حقوق مشترک زن و شوهر در عقد دائم می‌دانند (محقق حلی، ۱۴۰۸: ۲۸۱/۲) اما بیشتر فقیهان، این حق را مختص زن می‌دانند به این صورت که مرد باید الزاماً یک شب از چهار شب را در کنار همسر دائمی خویش بیتوته نماید (ابن براج، ۱۴۰۶، ج ۲، ص ۲۲۵). برخی فقیهان، با تأمل بیشتر، قضای حق قسم را در صورتی که زن با اذن همسرش و در جهت اغراض زوج، سفر نموده باشد، بر شوهر واجب می‌شمرند (طوسی، ۱۴۰۷: ۴/۴۱۳؛ حلی، ۱۴۱۳: ۳/۹۰).

مضاجعه و انس شبانه شوهر با زن از دیگر حقوق زن می‌باشد که فقیهان آن را حتی در مورد زن مریض، حائض، نفساء و حتی رتقاء (دچار نوعی اختلال در اندام جنسی) واجب دانسته‌اند (حلی، ۱۴۱۰: ۳۲/۲) و برخی، زن محرمه را نیز اضافه نموده‌اند (حلی، ۱۴۱۳: ۳/۹۰).

در متون روایی و فقهی در برخی عیوب مرد نظیر عنن (عدم امکان انتشار عضو هنگام رابطه زناشویی) و جب (مقطوع بودن آلت تناسلی) که منجر به عدم توانایی زوج در انجام عمل زناشویی می‌شوند، برای زن حق فسخ نکاح در نظر گرفته شده (طوسی، ۱۳۸۷: ۴/۲۴۹؛ حلی، ۱۴۰۸: ۲/۲۶۲) که این حق، به جهت انتفای مقصود نکاح (استمتاع) متصور می‌شود (حلی، ۱۳۸۸: ۶۰۶).

۲-۴- حقوق جنسی زوجه در قانون مدنی

همان‌طور که گفته شد قانون مدنی بدون تصریح به حقوق جنسی زوجین به بیان لزوم حسن معاشرت زن و شوهر با یکدیگر (ماده ۱۱۰۳ ق.م) اکتفا نموده است. از این بیان قانونگذار نمی‌توان ضمانت اجرایی مصرحی برای حقوق جنسی زوجه دریافت نمود. ضمن آن که قانونگذار، به حقوقی با ماهیت جنسی نظیر انجام مقدمات جماع توسط شوهر قبل از انجام نزدیکی، مواقعه، قسم و مضاجعه هیچ اشاره‌ای نداشته؛ اما در ماده ۱۱۲۲ ق.م عنن و مقطوع بودن آلت تناسلی مرد را موجب حق فسخ برای زن شمرده است. با توجه به آن که دو بیماری عنن و مقطوع بودن آلت تناسلی در کیفیت و کمیت رابطه جنسی زوجین، اثرگذار است و نقصی در زوج نسبت به برقراری رابطه جنسی با زوجه محسوب می‌شوند، می‌توان گفت تنها موردی که قانونگذار مدنی به وضع ماده قانونی مرتبط با حق جنسی زوجه پرداخته، ماده ۱۱۲۲ ق.م می‌باشد که عنن و مقطوع بودن آلت تناسلی مرد را موجب حق فسخ برای زن شمرده است.

۳- نقد رویکرد قانونگذار مدنی در حقوق جنسی زوجین

قانون مدنی از واژه نشوز فقط یک بار در ماده ۱۱۰۹ به نفع زوج استفاده نموده و سخنی از نشوز مرد به میان نیاورده؛ در حالیکه به تصریح فقیهان، بروز نشوز منحصر به زن نیست و از سوی هر یک از زوجین قابل تصور است (طوسی، ۱۳۸۷: ۳۳۹/۴؛ شاهرودی، ۱۳۸۷: ۱۳۷/۵). همان طور که قرآن کریم نیز در آیات ۳۴ و ۱۲۸ سوره مبارکه نساء، از واژه نشوز در هر دو مورد استفاده نموده است (وَاللَّائِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ: زنانی که از سرکشی و مخالفتشان بیم دارید... نساء: ۳۴؛ اِنْ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا: اگر زنی که از سرکشی و مخالفت شوهرش بیم داشته باشد... نساء: ۱۲۸). علاوه بر عدم ذکر نشوز، برخی نابسندگی های دیگر در مواد ۱۱۲۲، ۱۱۲۳، ۱۱۲۷ و ۱۱۳۰ قانون مدنی نیز وجود دارد که در ادامه به بررسی آنها پرداخته می شود.

۳-۱- ماده ۱۱۲۲ ق.م

عنن در لغت به عیبی گفته می شود که به جهت عدم انتشار عضو تناسلی مرد، موجب ناتوانی در برقراری رابطه جنسی او با همسرش می شود (زبیدی، ۱۴۱۴: ۳۸۷/۱۸). در اصطلاح فقیهان نیز همان معنای لغوی عنن (ناتوانی زوج در جماع با همسر) به کار رفته است (حلی، ۱۴۰۸: ۲۶۲/۲). قانونگذار نیز در ماده ۱۱۲۲ ق.م در صورت ابتلای زوج به عنن، حق فسخ برای زوجه پیش بینی نموده است با این مضمون که: «عنن به شرط این که ولو یک بار عمل زناشویی انجام نشده باشد».

نقد و بررسی: از بررسی متون فقهی چنین برمی آید که برخی فقیهان بر این نظرند که حدوث عنن چه قبل از عقد بوده (و تا بعد عقد باقی مانده) و چه بعد از عقد باشد، موجب حق فسخ زوجه است مشروط به آن که مرد مطلقاً، حتی یک بار هم، نه با این زوجه، نه با دیگری نتواند عمل زناشویی انجام دهد (فیض، بی تا: ۳۰۵/۲؛ حلی، ۱۴۰۸: ۲۶۲/۲)، به عبارت دیگر اگر عنن بعد از دخول حادث شود، زن خیار فسخ نخواهد داشت (حلی، ۱۴۰۵: ۴۶۴)؛ البته لازم به ذکر است که در میان فقیهان، برخی عنن مرد را موجب از بین رفتن فائده نکاح و ایراد ضرر به زن شمرده ولی قید یکبار عمل زناشویی را در اسقاط حق فسخ زوجه ذکر ننموده، بلکه فرصت یک ساله برای درمان زوج قائل شده اند که بعد از گذشت یک سال اگر عیب باقی بود، زن حق فسخ خواهد داشت (مفید، ۱۴۱۳: ۴۰). برخی دیگر به بیان بعضی عوامل بروز عنن نظیر تغییر فصول، گرمای هوا یا سرما، رطوبت، خشکی و ... نیز مبادرت نموده و برای زن انتظار یک ساله را فرض دانسته اند که اگر در طول یک سال، مرد قدرت بر نزدیکی پیدا کرد حق فسخ منتفی است و اگر قدرت پیدا نکرد بعد از گذشت یک سال، زن حق فسخ دارد و بر این حکم ادعای اجماع نیز نموده اند (فیض، بی تا، ج ۲، ص ۳۰۵). با این نگاه، یک بار عمل زناشویی مسقط حق فسخ نیست و در مواردی که مرد به جهت عواملی چون مشکلات

جسمی یا روانی مبتلا به عنن شود (مفید، ۱۴۱۳: ۴۰؛ ر.ک: حاتمی، ۱۳۹۲)، فرصتی برای بازیابی توانمندی جنسی یا درمان به او داده می‌شود (ابن زهره، ۱۴۱۷: ۳۵۵؛ طوسی، ۱۴۰۷: ۴۳۱/۷). برخی دیگر از فقیهان به ذکر لزوم انتظار یک ساله زن بر فسخ، بسنده نموده‌اند بدون آن که به عوامل بروز عنن یا احتمال درمان یا عدم درمان مرد اشاره داشته باشند (صدوق، ۱۴۱۵: ۳۱۵). در نهایت، برخی از فقها بر این قائلند که در صورتی که مرد به طور مطلق، عاجز از نزدیکی با زن باشد، زن می‌تواند نکاح را فسخ نماید؛ اما چنانچه ناتوان از نزدیکی با آن زن باشد ولی با غیر او امکان نزدیکی داشته باشد، حق فسخی برای آن زن وجود نخواهد داشت (گلپایگانی، ۱۴۱۲: ۴۵۰/۲).

در بررسی مبنایی احکام صادره از سوی فقیهان در عنن چهار دسته روایت به دست آمد:

۱- روایاتی که بدون هیچ قید و شرطی در صورت ابتلای مرد به ناتوانی بر نزدیکی، حق فسخ برای زن قائل شده‌اند، نظیر: «از امام صادق (ع) پرسیدم آیا زنی که همسرش قادر به جماع (نزدیکی) نیست می‌تواند از او مفارقت نماید؟ فرمود: «بله، اگر بخواهد» (طوسی، ۱۴۰۷: ۴۳۱/۷).

۲- روایاتی که برای زن بعد از گذشت یک سال حق فسخ قائل شده‌اند، مانند: «در مورد مرد عنین، زن یک سال انتظار می‌کشد آنگاه اگر خواست در کنار مرد می‌ماند و اگر خواست ازدواج دیگر می‌کند» (همان)؛ «بعد از ازدواج و ناتوانی مرد در نزدیکی، یک سال فرصت معالجه به او داده می‌شود» (همان)؛ «از روزی که زن به حاکم رجوع کرد، یک سال فرصت به مرد عنین داده می‌شود، اگر در طول یک سال موفق به جماع نشد زن می‌تواند از او مفارقت نماید» (همان).

۳- روایاتی که دلالت بر جواز فسخ بر عدم توانایی مرد بر مطلق جماع دارند، نظیر: «بعد از علم به عنن مرد و نیز علم به این که نمی‌تواند با زنان نزدیکی کند، بین او و زنش مفارقت ایجاد می‌شود، مشروط به این که مرد یک بار هم عمل زناشویی انجام نداده باشد» (همان: ۴۳۰).

۴- آخرین گروه، روایاتی که توانایی مرد در برقراری رابطه زناشویی با زوجه حاضر ولو یک بار - را ساقط - کننده حق فسخ زن شمرده‌اند («اگر شوهر یک بار با همسرش نزدیکی کند همسرش خیار فسخ ندارد» (همان).

هرچند این روایات، در مباحث مربوط به حکم عنن توسط فقیهان مطرح شده‌اند (شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۱۰۶/۸؛ فیض، بی تا: ۳۰۵/۲) در یک بررسی سندی ملاحظه می‌شود که از نظر سندی، روایت دسته اول از ابوالصباح کنانی، روایات دسته دوم به ترتیب از محمد بن مسلم، ابوالصباح و ابوالبختری، روایت دسته سوم از غیاث ضبی و روایت دسته چهارم از سکونی نقل شده‌اند. در این میان، فقط سند روایت مندرج در دسته دوم (به طور خاص، منظور روایت اولی است که در دسته دوم ذکر شد)، برخوردار از یکی از اصحاب اجماع (محمد بن مسلم) می‌باشد (حلی، ۱۴۰۷: ۳۷۰/۳)؛ اما

فارغ از مباحث سندی روایات مذکور، تنوع محتوایی آنها، می‌تواند زمینه‌ساز اختلافات مبنایی بین فقیهان تلقی شود. لازم است به نکته‌ای هم در اینجا اشاره شود: همان‌طور که از یک سو اطلاق در جملات هم (علاوه بر اطلاق الفاظ)، مورد بحث علمای اصول قرار گرفته (مظفر، ۱۳۸۸: ۱۶۲/۱) و از سوی دیگر، بعضی فقیهان نیز بحث اطلاق و تقیید را در روایات مرتبط با عنن، مطرح کرده‌اند (فیض، بی‌تا: ۳۰۵/۲) می‌توان گفت روایات مذکور در بالا نیز، نسبت به هم مطلق و مقید محسوب می‌شوند: بدین صورت که روایت اول نسبت به سایرین مطلق است به این صورت که مطلق حق فسخ زوجه را در صورت عجز شوهر از جماع بیان نموده و روایات گروه‌های دوم، سوم و چهارم هر یک به نحوی، نسبت به روایت اول مقید محسوب می‌شوند (یعنی به ترتیب، قیود: «گذشت یک سال»، «علم به عنن مرد و عجز او در جماع با زنان» و «عدم وقوع یک بار عمل زناشویی با زوجه» در منطوق آنها ذکر شده است). مشهور اصولیون در بحث مطلق و مقید، بر این مبنا هستند که اگر ناسازگاری بین روایات به نحوی باشد که نتوان هم ظهور مطلق را حفظ نمود و هم ظهور مقید را (به همین نحوی که روایات مذکور در عنن به آن دچار هستند) باید دست از ظهور مطلق برداشت و مطلق را حمل بر مقید نمود (محقق داماد، ۱۳۹۴: ۱۷۷/۱)؛ اما با توجه به تفاوت قیود در روایات مذکور، این که در حمل مطلق بر مقید، یک قید را باید برگزید یا مجموع قیود را، خود بحث اصولی عمیق و دامنه‌داری است که از رسالت این تحقیق خارج می‌باشد.

با قدری تأمل می‌توان گفت در حکم فقیهان مبتنی بر عدم حق فسخ برای زوجه، بعد از وقوع یک بار عمل زناشویی توسط زوج با زوجه، یا با زن دیگر (حلی، ۱۴۰۵: ۴۶۳)، توجه لازم به حقوق جنسی زوجه بعد از ابتلای زوج به عنن نشده و این، در حالی است که روایاتی به وجود شهوت و میل جنسی زن به اندازه‌ی نه برابر مرد تصریح نموده‌اند (کلینی، ۱۴۰۷: ۳۳۸/۵). اهمیت این گونه روایات به حدی بوده که محدثین، باب جداگانه‌ای در کتب حدیثی خویش، با عنوان باب «فضل شهوة النساء علی شهوة الرجال»، اختصاص داده‌اند (کلینی، همان)؛ در نتیجه باید گفت شارع مقدس از یک طرف نیاز جنسی را به صورت طبیعی در وجود زن نهاده‌اند کرده و ارضای آن را نیز منحصر به ارتباط با یک همسر نموده و از طرف دیگر به شهوت و میل جنسی قوی زن نیز التفات داشته است؛ با این وصف، نمی‌توان گفت شارع، بعد از ابتلای شوهر به عنن، با این توجیه که چون قبلاً رابطه زناشویی (ولو یک بار) بین ایشان شکل گرفته، حق فسخ زن را سلب و راه طلاق یا فسخ نکاح را بر وی مسدود نموده است؛ زیرا این حکم، نشان از نادیده‌انگاری و غفلت از میل جنسی زن دارد و می‌تواند عواقبی چون سقوط برخی زنان در وادی گناه، معصیت و خیانت به جهت ارضای نیاز جنسی در خارج از چارچوب خانواده - را در پی داشته باشد.

قانونگذار در ماده ۱۱۲۲ ق.م. در ذیل عیوب مرد که موجب حق زن بر فسخ نکاح می‌شوند، دربارهٔ عنن چنین آورده است: «عنن به شرط این که ولو یک بار عمل زناشویی را انجام نداده باشد»؛ پس قانونگذار به تبعیت از روایات (طوسی، ۱۴۰۷: ۴۳۱/۷) و نظر مشهور فقیهان امامیه (حلی، ۱۴۰۵: ۴۶۳؛ طوسی، ۱۴۰۷: ۳۴۶/۴)، در صورت ابتلای زوج به عنن، اولاً حق فسخ برای زوجه قائل شده است؛ افزون بر آن، با ترجیح نظر آن دسته از فقیهان که قائلند: «همین که مرد مطلقاً، حتی یک بار هم، نتواند نه با این زوجه و نه با دیگری، عمل زناشویی انجام دهد حق فسخ برای زوجه ثابت است (گلیپایگانی، ۱۴۱۲: ۴۵۰/۲؛ حلی، ۱۴۰۸: ۲۶۲/۲) و عنن متجدد بعد از عقد هم، موجب حق فسخ است (فاضل آبی، ۱۴۱۷: ۱۷۷/۲)»، قانونگذار نیز به صورت مطلق، وقوع یک بار عمل زناشویی را مانع حق فسخ زوجه شمرده است (به عبارت دیگر، بر اساس اطلاق ماده ۱۱۲۲ ق.م، اگر مرد عنین با این همسر یا زنان دیگر خود نزدیکی کرده باشد نیز، حق فسخ زوجهٔ فعلی او از بین می‌رود)؛ و در مورد عنن متجدد بعد از عقد نیز، در ماده ۱۱۲۵ ق.م. تصریح به وجود حق فسخ برای زن نموده است. بنابراین، با اندکی تأمل و بازخوانی روایات مذکور در متن بالا، می‌توان گفت قانونگذار در ذکر عنن و نیز مشروط نمودن حق فسخ نکاح - به این که حتی یک بار هم عمل زناشویی توسط زوج صورت نگرفته باشد - از بین روایات گفته شده، روایات دسته اول را برگزیده که حق فسخ را برای زن ثابت دانسته مگر با «مطلق وقوع یک بار عمل زناشویی».

لازم به ذکر است ماده ۱۱۲۲ ق.م. قبل از اصلاحات سال ۱۳۷۰ در مورد حق فسخ زن در عنن چنین مقرر می‌نمود که: «عنن به شرط اینکه بعد از گذشتن مدت یک سال از تاریخ رجوع زن به حاکم، رفع نشود.» به عبارت دیگر طبق آن ماده، زن پس از اطلاع بر عنن شوهر، چنانکه راضی به ادامهٔ زناشویی نباشد، می‌تواند به حاکم مراجعه نموده و تقاضای طلاق کند و حاکم یک سال به شوهر مهلت می‌دهد تا با زن خود نزدیکی کند و این امر را به او اخطار می‌کند. هرگاه در مدت مزبور نزدیکی ننمود، زن می‌تواند نکاح خود را فسخ کند. طبق نظر حقوقدانان در شرح مادهٔ مزبور، با انقضای یک سال زن می‌توانست بدون رجوع به دادگاه، نکاح را فسخ نماید (امامی، ۱۳۷۲: ۴۶۵/۴). برخی حقوقدانان با نقد عملکرد قانونگذار در حذف مهلت یک ساله در اصلاح ماده ۱۱۲۲ ق.م. بیان داشته‌اند که شرط مهلت یک ساله منطبق با نظر مشهور بوده و معلوم نیست چرا قانونگذار آن را حذف نموده است (صفائی، ۱۳۷۸: ۱۸۹). از این رو، به نظر می‌رسد حکم ماده ۱۱۲۲ ق.م. قبل از اصلاح که حق فسخ را فقط منوط به انتظار یک ساله نموده بود بدون در نظر گرفتن این که قبل از ابتلا، رابطهٔ موفقی بین زوجین شکل گرفته یا خیر، منصفانه‌تر از حکم فعلی (مشروط به عدم وقوع رابطه زناشویی) بوده است زیرا از یک طرف، حق فسخ زن را همچنان بعد از یک سال به رسمیت می‌شناخت و از طرف دیگر، فرصت معالجه یا خروج از حالتی را که موجب عنن مرد شده به زوج می‌داد. بنابراین هم با حقوق زوج

منطبق تر است و هم با حقوق جنسی زوجه؛ زیرا اگر زوج قبلاً موفق به عمل زناشویی نشده باشد بر اساس ماده فعلی (۱۱۲۲ ق.م) زوجه می تواند نکاح را فسخ کند اما در صورت لزوم انتظار یک ساله، به محض بروز عنن در زوج، زوجه او نمی تواند نکاح را فسخ نماید بنابراین پیوند زوجیت به جهت عنن زوج، به راحتی منحل نمی شود. این حکم (انتظار یک ساله) به نفع زوجه نیز می باشد زیرا توانمندی یا عدم توانایی زوج در انجام روابط زناشویی در قبل از ابتلا به عنن، اعتباری ندارد بلکه مهم بعد از ابتلا و در مدت یک سال آینده است که آیا درمان شود یا در انجام عمل جنسی توانمندی بیابد یا خیر. اگر درمان شد که حقوق جنسی زوجه تضییع نشده و اگر بهبود نیابد زن می تواند بعد از گذشت یک سال، تقاضای فسخ نماید چه مرد قبلاً توانسته باشد عمل زناشویی انجام بدهد یا خیر. افزون بر آن، روایت صحیحیه با لزوم انتظار یک ساله با عدالت در زمینه حقوق جنسی و توجه به حقوق جنسی زن نیز سازگارتر می باشند؛ هرچند نفس الزام به انتظار یک ساله نیز می تواند در مواردی منجر به تضییع حقوق جنسی زوجه شده و مایه سقوط در وادی گناه، معصیت یا خیانت گردد؛ اما با توجه به آن که قانونگذار باید با عنایت به وضعیت غالب در یک موضوع، نسبت به صدور حکم در آن مبادرت نماید، موارد نادر باید مانند معدوم لحاظ شده و در جهت حفظ حقوق غالب زنان و نیز حفظ کانون خانواده - ولو با وجود این که مرد قبلاً موفق به عمل زناشویی نشده باشد - به جای قید «عدم وقوع عمل زناشویی»، قید «انتظار یک ساله» و ثبوت حق فسخ در صورت عدم بهبود یا درمان زوج را قرار دهد.

در عیب مقطوع بودن آلت تناسلی زوج، مشهور فقیهان امامیه حق فسخ برای زوجه مقرر نموده اند (طوسی، ۱۴۰۷: ۳۴۶/۴). قانونگذار نیز در بند سوم ماده ۱۱۲۲ ق.م به تبعیت از فقیهان این حق فسخ را معتبر شمرده و قیدی را نیز برای ثبوت آن ذکر کرده است؛ بدین نحو که مقطوع بودن آلت تناسلی «به اندازه ای که قادر به عمل زناشویی نباشد». این بیان قانونگذار هم به تبعیت از برخی فقیهان صورت گرفته که عدم قدرت بر جماع را شرط وجود خیار فسخ برای زن دانسته اند (طوسی، ۱۳۸۷: ۲۵۰/۴). در این میان، برخی فقیهان، بدون التفات به احساسات زن یا میل و تنفر او نسبت به شوهر مقطوع الاله، ذیل بحث مقطوع بودن آلت تناسلی مرد، گفته اند شرط فسخ آن است که آلت از بیخ بریده شده باشد و گرنه اگر مقداری از آن باقی مانده باشد ولو به قدر حشفه، زن حق فسخ ندارد (حلی، ۱۴۰۸: ۲۶۳/۲؛ روحانی ۱۴۱۲: ۷۴/۲۲)؛ این در حالی است که برخی فقیهان، تأکید کرده اند که با وجود عدم ورود نص در باب جب، عیب قطع بودن آلت مرد، نسبت به عیوب عنن و خصاء، عیب بزرگتری است از این رو، برای زن حق فسخ [بدون مشروط نمودن اندازه قطع شدگی آلت] وجود دارد (فیض، بی تا: ۳۰۶/۲). بنابراین شایسته که قانونگذار مدنی، با به رسمیت شناختن احتمال تنفر زن از مرد مقطوع الاله، قانونگذار در بند سوم ماده ۱۱۲۲ ق.م، فراز «به اندازه ای که قادر به عمل زناشویی نباشد» را حذف نماید. این رویکرد که حق فسخ برای زن، بعد از بریدگی آلت شوهر قائل شده است

با حمایت از حقوق جنسی زن و در نتیجه حفظ زنان از ورود به وادی گناه و روابط غیراخلاقی در خارج از چارچوب خانواده، سازگاری دارد زیرا بدون تردید، کیفیت یا کمیت روابط جنسی زن و شوهر بعد از بریدگی آلت مرد، متفاوت از زمانی است که شوهر با آلتی سالم، به رابطه با همسرش مبادرت می‌نموده است پس میزان رضایت یا عدم رضایت زوجه از روابط زناشویی با شوهر مقطوع‌اللاکه نیز نسبت به دوران سلامت آلت زوج، متفاوت می‌شود و انکار این گزاره منطقی، نوعی مکابره محسوب می‌شود. بی‌تردید اجبار، تحکم و غلبه در برقراری روابط جنسی بدون لحاظ شرایط جسمی و روحی زن، موجب احساس تغایر، تنفر و رمندگی هر چه بیشتر وی نسبت به مرد در این روابط و به تبع آن در زندگی زناشویی می‌گردد (اسماعیلی ۱۴۰۱: ۱۰۱). لازم به ذکر است که هرچند قرار دادن مطلق حق فسخ در صورت بریدگی آلت مرد، به ظاهر به ضرر زوج و به نفع زوجه است اما به نظر می‌رسد در واقع، منطبق با رسالت واقعی قانونگذار اسلامی می‌باشد که باید در جهت حمایت و حفظ نظم عمومی جامعه و آرامش و امنیت اخلاقی آحاد افراد جامعه، به وضع قوانین پرداخته و با قرار دادن حق فسخ برای زوجه‌ای که به جهت نقص بریدگی آلت زوج، دچار نارضایتی جنسی شده و در معرض ورود و سقوط به وادی گناه، خیانت و روابط خارج از چارچوب زوجیت قرار گرفته، راه تخلص و حفظ عفت از طریق فسخ نکاح (و ازدواج دیگر) قرار دهد تا از این رهگذر، زوجه و به تبع او مردان جامعه پیرامون او از خطر انحراف اخلاقی و خیانت در امان بمانند. به عبارت دیگر در صورت تراحم مصالح فرد و اجتماع، مصلحت اجتماع بر مصلحت فرد، اولویت دارد زیرا در زمینه مرجحات باب تراحم، به تصریح دانشمندان علم اصول، لازم نیست ترجیح یک طرف بر دیگری محرز شود، بلکه احتمال ترجیح کفایت می‌کند (مظفر، ۱۳۸۸: ۲۰۱/۲) و در مانحن فیه هرچند ممکن است حکم جواز فسخ نکاح به ضرر زوج تلقی شود ولی در نهایت، احتمال این که در جهت حفظ امنیت اخلاقی اجتماع و به نفع جامعه پیرامون زوجین باشد، قابل اعتناست.

لازم است گفته شود در مورد ابتلای شوهر به عنن و بریدگی آلت تناسلی که هریک به نحوی بر روابط زناشویی زوجین اثرگذار هستند و از کمیت یا کیفیت آن می‌کاهند در جهت حمایت از حقوق جنسی زوجه، می‌توان به قاعده لاضرر نیز تمسک جست زیرا قاعده لاضرر، طبق نظر فقیهان، از قواعد ثانویه‌ای است که بر اساس مقتضیات زمان و مکان بر قواعد اولیه حکومت پیدا می‌کند (بهبهانی، ۱۴۲۶: ۱۸). از این قاعده در صدور رأی در محاکم قضایی در خصوص ناتوانی جنسی زوج نیز استفاده می‌شود. همان‌گونه که ذیل رأی دیوان عالی کشور در تاریخ ۱۳۷۱/۳/۱۳ در پرونده‌ای به کلاسه ۳۳/۱۹۰۵ که در آن زوجه علیه زوج به جهت ناتوانی جنسی اقامه دعوا نموده و خواسته طلاق داشته است، آمده است که دادگاه بعد از دریافت نظریه پزشکی از کمیسیون پزشکی از بهداری استان محل دعوا مبنی

بر کوچک بودن اندازه آلت تناسلی زوج، ادامه زوجیت را موجب ضرر برای زوجه دانسته حکم به فسخ نکاح صادر نموده است (بازگیر، ۱۳۸۰: ۳۳۶/۱).

فارغ از همه مباحثی که ذکر آنها رفت همان طور که در مورد عیوبی چون قرن و افشاء که فقیهان، بحث تنفر مرد از زن را مستمسک حق فسخ نکاح توسط مرد دانسته اند (شیری، ۱۴۲۸: ۵۴۳)، شاید به طریق انصاف نزدیکتر باشد که برای زن نیز در موارد ابتلای شوهر به عیب جنسی عنن یا مقطوع بودن آلت تناسلی، احتمال وجود نفرت و اشمئزاز از همسر را بدهند که البته این احتمال دور از ذهن نیست زیرا با وجود نیاز طبیعی جنسی در زن، ناتوانی مرد در برقراری رابطه یا عدم قدرت بر نعوظ یا نقص در اندازه آلت تناسلی می تواند تنفر از زوج ایجاد کند.

۳-۲- ماده ۱۱۲۳ ق.م.

قانونگذار در ماده ۱۱۲۳ ق.م چنین آورده است که: «عیوب ذیل در زن موجب حق فسخ برای مرد می شود: قرن... افشاء...».

نقد و بررسی: بیان قانونگذار در ماده ۱۱۲۳ ق.م از دو منظر قابل نقد است:

۱- با توجه به اختلاف فقیهان در تعریف عیب قرن لازم بود قانونگذار مشخص می نمود که مقصود از قرن چیست؟ برخی فقیهان قرن را همان عفل دانسته اند (شهید ثانی، ۱۴۱۰: ۳۹۰/۵)؛ عفل آن زائده گوشتی است که در فرج زن می روید (زبیدی، ۱۴۱۴: ۵۰۲/۱۵) و مانع مقاربت و نزدیکی می باشد (فیومی، بی تا: ۴۱۸/۲). برخی فقیهان، قرن را زائده ای استخوانی شمرده اند که در رحم می روید و مانع وطی می شود (حلی، ۱۴۰۸: ۲۶۳/۲) و برخی دیگر قرن را مطلق گوشت، استخوان یا غده در دهانه رحم دانسته اند که مانع ورود آلت تناسلی مرد به فرج زن می شود (نجفی، ۱۴۰۴: ۳۳۳/۳)؛ علاوه بر این، ابهامات دیگر نظیر این که آیا نفس وجود قرن، ایجاد کننده حق فسخ است (شهید ثانی، ۱۴۱۰: ۳۹۱/۵) یا قرنی که مانع مقاربت و جماع زوجین می شود (حلی، ۱۴۰۸: ۲۶۳/۲).

۲- برخی فقیهان، با دقت و انصاف در قرن، بحث امکان علاج را مطرح نموده و گفته اند اگر امکان درمان با شکافتن موضع زائده یا قطع آن وجود داشته باشد مرد حق فسخ ندارد چون بحث ضرر او منتفی می شود (شهید ثانی، ۱۴۱۰: ۳۹۱/۵)، شایسته می بود به تبعیت از این فقیهان، قانونگذار مدنی نیز این تفصیل را قائل می شد. دقت شود با توجه به حکم جواز تعدد زوجات برای مرد در اسلام چه به صورت دائم و چه به صورت موقت، در دوره زوجیت زن مبتلا به قرن، هیچ تهدیدی در ارضای غرایز جنسی یا سلب حقوق جنسی مرد متصور نیست، زیرا می تواند زوجه دیگری

هرچند با نکاح موقت، در جهت ارضای غرایز جنسی خویش اختیار کند، هرچند در مدت انتظار مرد جهت درمان زن قرناء، نفقه زن بر عهده مرد است شاید با همین ملاحظات بوده که فقیهان قائل به لزوم انتظار جهت درمان نظیر شهید ثانی، درمان به شکل شکافتن یا قطع موضع زائد را مطرح نموده‌اند که از نظر زمانی، می‌تواند کوتاه باشد. البته امروزه با پیشرفت علم پزشکی از لیزر درمانی نیز در این موارد بهره برده می‌شود که برداشتن زائده، بدون درد و خونریزی و در مدت زمان بسیار کوتاه میسر است.

مشابه قرن در افضاء نیز، امکان معالجه و ترمیم وجود دارد، در نتیجه حکم به لزوم انتظار مرد برای سپری شدن زمان لازم جهت معالجه زن مبتلا به افضاء قابل طرح است. وقتی در زمان فقیهان متقدم نظیر شیخ طوسی و شهید ثانی (که بحث معالجه را در عیوب مطرح نموده‌اند)، امکان علاج این عیوب، وجود داشته، بی‌گمان با این همه پیشرفت در علم پزشکی، امروزه نیز امکان علاج زنان مبتلا به این عیوب وجود دارد؛ با این وصف، شایسته بود که قانونگذار با رعایت مصالح مالی برای مرد و به اندازه زمان لازم در عرف پزشکی در معالجه قرن و افضاء، زوج را ملزم به انتظار درمان می‌نمود بدون آن که تا انقضای زمان مزبور حق فسخ نکاح را داشته باشد. لازم است گفته شود حکم لزوم انتظار زوج در جهت درمان زوجه مبتلا به افضاء نیز [همچون حکم قرن]، منافاتی با حقوق جنسی زوج ندارد، زیرا در دوره زوجیت زن مبتلا به افضاء، زوج می‌تواند ازدواج موقت یا دائم داشته و از آن مسیر مشروع، غرایز جنسی خویش را برطرف نماید؛ بنابراین هیچ تهدیدی در ارضای غرایز جنسی یا سلب حقوق جنسی مرد متصور نیست.

۳-۳ - ماده ۱۱۲۷ ق.م

ماده ۱۱۲۷ قانون مدنی چنین بیان می‌دارد که: «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.»

نقد و بررسی: در ماده ۱۱۲۷ ق.م، تعرضی به صورت صریح، به حمایت از حقوق جنسی زن نشده، در حالی که همان‌طور که زن وظیفه دارد نیاز جنسی شوهر را ارضا نماید شوهر نیز باید نیاز جنسی زن را برآورده نماید (اسماعیل بیگی، ۱۳۹۴: ۲۸۷). بر اساس حکم قانونگذار در ماده ۱۱۲۷ ق.م زن بعد از بیماری مقاربتی همسرش، همچنان از نفقه بهره‌مند است، اما راهی مشروع برای ارضای نیاز جنسی خویش ندارد زیرا طبق قوانین اسلامی نمی‌تواند در آن واحد در قید زوجیت بیش از یک مرد باشد و ارتباط جنسی با غیر همسر نیز برای او حرام شمرده شده است (ر.ک: اردبیلی، بی‌تا: ۵۲۰). این در حالی است که خداوند در قرآن کریم برای زنی که در ورطه سقوط در وادی گناه قرار گرفته، حق طلاق قائل شده (فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ بقره:

۲۲۹): اگر برترسید که حدود الهی را رعایت نکنند، مانعی برای آنها نیست که زن، فدیة و عوضی بپردازد (و طلاق بگیرد) اینها حدود و مرزهای الهی است)، بنابراین شایسته است که قانونگذار مدنی نیز از قرآن کریم در این زمینه الهام گرفته و در جهت حفظ زن از سقوط در وادی گناه، خیانت و معصیت در موارد ابتلای شوهر به بیماریهای مقاربتی و عدم درمان در مدت متعارف پزشکی (که توسط پزشک متخصص قابل تخمین است)، یا عدم اقدام زوج به درمان، چاره‌اندیشی نماید؛ طبیعتاً این تدبیر و چاره‌اندیشی، در حفظ حقوق مالی او خلاصه نمی‌شود، بلکه هم‌عرض آن، حمایت از حقوق جنسی زن نیز از رسالتهای قانونگذار می‌باشد. در اینجا باید گفت همان‌طور که نفی ضرر در جعل قانون از ضروریات است، سکوت و عدم وضع قانون هم نباید موجب ضرر افراد شود (محقق داماد، قواعد فقه، ص ۱۶۰)؛ بنابراین شایسته است که حق طلاق برای زن، مفروض واقع شود تا برای زنان مقید به شرعیات، رهایی از حالت اضطرار و برای زنان کم‌توجه یا بی‌توجه به شرعیات (که ممکن است بعد از بیماری مقاربتی همسر، به سمت راههای غیر مشروع و غیر اخلاقی در ارضای غریزه بروند)، رفع زمینه سقوط در ورطه فساد، تباهی، انحراف و خیانت را فراهم آورد. این حکم (مقرر نمودن حق طلاق در صورت ابتلای زوج به بیماریهای مقاربتی و عدم علاج در مدت متعارف) از جهت توجه به حقوق جنسی زن، متناسب با نظر فقیهانی است که در شرایطی که زن در صورت عدم نزدیکی همسرش در فاصله چهار ماه دچار گناه می‌شود، مرد را ملزم به نزدیکی و در صورت استتکاف مرد، او را ملزم به طلاق دادن زن دانسته‌اند (یزدی، ۱۴۰۹: ۸۱۰/۲)؛ همسو با همین فقیهان، برخی آرای قضایی نیز با رویکرد توجه به حقوق جنسی زن صادر شده است؛ نظیر حکمی که در تاریخ ۶۹/۱۲/۱۳ در دیوان عالی کشور در مورد پرونده کلاسه ۲۰/۳۹۲ صادر شده، بدین مضمون که زوج حق ندارد بیش از چهار ماه عمل زناشویی با زنش را ترک کند (بازگیر، ۱۳۸۰: ۲۰۷/۱). با این وصف، بهتر است قانونگذار نیز در ماده ۱۱۲۷ ق.م.علاوه بر حمایت از حق نفقه زن، به حقوق جنسی او هم توجه نموده و برای زنی که به جهت بیماری مقاربتی همسر در معرض عدم امکان ارضای غرایزش قرار می‌گیرد، بعد از اقدام زوج به درمان و عدم حصول درمان یا در صورت عدم اقدام زوج به درمان، حق درخواست طلاق از دادگاه پیش‌بینی نماید. در آن صورت است که آن دسته از زنانی که به جهت ابتلای همسرانشان به بیماری مقاربتی، در عسر و حرج جنسی قرار گرفته و در خطر خیانت به همسر یا بی‌عفتی قرار می‌گیرند، می‌توانند با استفاده از حق طلاقی که قانونگذار برایشان تعریف می‌کند خود را از بند خیانت، بی‌عفتی و ناپاکی رها نموده و بعد از طلاق، امکان ازدواج و ایجاد رابطه مشروع با مرد دیگری پیدا کنند و در نتیجه خود را از دام انحرافات اخلاقی برهاند و جامعه نیز از آسیبهای ناشی از زنی که در تنگنای نیاز جنسی قرار گرفته، حفظ شود. ضمن آن که قرار دادن حق طلاق - بعد از ناکامی در درمان مرد یا عدم پیگیری درمانی توسط او - برای زنی که شوهرش مبتلا به بیماری

مقاربتی است، خود موجب توجه بیشتر مردان به امر درمان بیماریهای مقاربتی و پیگیری درمان و توجه به حقوق جنسی زن می‌شود. به عبارت دیگر در اثر عدم درمان زوج یا عدم پیگیری او نسبت به درمان خویش، زوج حق مراجعه به دادگاه و درخواست طلاق دارد بدون آن که در چالشهای مربوط به ماده ۱۱۳۰ ق.م.همچون اثبات عسر و حرج گرفتار شود و با وجود این حق مصرح، زوج در صدد درمان خود برخواهد آمد، پس حکم مزبور موجب توجه و دقت بیشتر مردان نسبت به حقوق جنسی زنان و در نتیجه تلاش بیشتر ایشان، در جهت حفظ کانون خانواده می‌شود و این می‌تواند یکی دیگر از آثار مثبت این حکم تلقی شود.

۳-۴- ماده ۱۱۳۰ ق.م.

ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی بیان می‌دارد: «در صورتی که دوام زوجیت موجب عسر و حرج زوج باشد وی می‌تواند به حاکم شرع مراجعه و تقاضای طلاق کند چنانچه عسر و حرج مذکور در محکمه ثابت شود دادگاه می‌تواند زوج را اجبار به طلاق نماید و در صورتی که اجبار میسر نباشد زوج به اذن حاکم شرع طلاق داده می‌شود.»

نقد و بررسی: این رویکرد قانونگذار ناشی از متابعت از نظرات فقیهان در باب جریان قاعده نفی عسر و حرج است. این قاعده با منشأ قرآنی «**یرید الله بكم اليسر ولا یريد بكم العسر**» (بقره: ۱۸۵) و «**ما جعل علیکم فی الدین من حرج**» (حج: ۷۸)، در مواردی مطرح می‌شود که مکلف در مقام عمل به دستورات دینی در شرایط سختی و تنگنا قرار می‌گیرد که در این شرایط، شارع با جعل حکم آسان‌تر، مکلف را از حالت سختی رها کند؛ زیرا اساساً در دین حرج و سختی راه ندارد (بجنوردی، ۱۴۱۹: ۲۵۰/۱؛ مراغی، ۱۴۱۷: ۲۸۲/۱). اما در ماده مذکور نکاتی چند قابل امعان نظر است:

اولین نکته این که آیا عوامل فرهنگی، طبقاتی، اجتماعی، اقتصادی و منطقه‌ای می‌تواند بر مصادیق عسر و حرج مؤثر بوده و آنها را تغییر دهد؟ بی‌تردید پاسخ این سؤال مثبت است چه این که بسته به شرایط مختلف افراد از نظر جایگاه و موقعیت اجتماعی، شرایط خانوادگی، طبقات مختلف اجتماعی و اقتصادی، رسم و رسومات خاص، سطح سواد، میزان فعالیتهای اجتماعی، شغل و موارد دیگری از این دست، همگی می‌توانند بر صدق عنوان عسر و حرج در زندگی افراد مختلف تأثیر بگذارند. ناگفته پیداست سطح تحمل افراد در مشکلات و سختیها متفاوت است و حتی ممکن است یک چیز از نظر برخی غیر قابل تحمل باشد در حالیکه از نظر برخی دیگر، اصلاً مهم و قابل توجه نباشد. بنابراین در این زمینه نمی‌توان به عرف خاصی دست یافت چون چیزی است که به تناسب روحيات و شرایط اختصاصی افراد، می‌تواند متنوع و مختلف باشد.

دومین نکته این که طبق ماده ۱۱۳۰ ق.م، زن باید بتواند در دادگاه، عسر و حرج خویش را ثابت کند؛ در حالیکه اثبات امری با این میزان تنوع مصداقی، نزد یک قاضی که معلوم نیست چه مواردی را مصادیق عسر و حرج می‌شمارد، کاری بس دشوار است. هر چند قانونگذار در تبصره ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی اضافه نموده است که: «عسر و حرج موضوع این ماده عبارت است از به وجود آمدن وضعیتی که ادامه زندگی را برای زوجه با مشقت همراه ساخته و تحمل آن مشکل باشد»؛ ولی باید دقت نمود که حتی این بیان قانونگذار هم باز نمی‌تواند از ابهام و اجمال اصطلاح کلی عسر و حرج در متن ماده قانونی بکاهد. ضمن آن که تشخیص این که آیا مدعی زوجه می‌تواند از مصادیق عسر و حرج باشد یا خیر، به دادگاه و قضات آن واگذار شده که این تفویض امر، خواه ناخواه موجب سخت شدن روند اثبات خواهد شد زیرا مباحث سلیقه‌ای و نظری در تشخیص مصادیق ورود می‌نماید.

البته قانونگذار در جهت ترمیم اجمال یا ابهام در مصادیق، بندهای پنج‌گانه‌ای ذیل تبصره ماده ۱۱۳۰ ق.م در مصادیق عسر و حرج به شرح زیر بیان نموده که در مورد بند اول (ترک زندگی خانوادگی توسط زوج حداقل به مدت ۶ ماه متوالی یا نه ماه متناوب در مدت یک سال بدون عذر موجه) و بند پنجم (ابتلای زوج به بیماری‌های صعب‌العلاج روانی یا ساری یا هر عارضه صعب‌العلاج دیگری که زندگی مشترک را مختل نماید) نکاتی قابل امعان نظر است:

نکته اول این که در مورد ترک زندگی خانوادگی به مدت شش ماه متوالی، گویی قانونگذار از مشکلات احتمالی زن در شش ماه مذکور که از عدم وجود محمل شرعی (همسر) برای ارضای غرایز جنسی برمی‌خیزد غفلت نموده؛ در حالیکه طبق تصریح فقیهان، سقف تحمل زن بر عدم ارضای غرایز جنسی، چهار ماه می‌باشد (فاضل آبی، ۱۴۱۷: ۱۰۹/۲) که حتی این مدت در زنان گرم مزاج (خوئی، ۱۴۱۸: ۱۲۲/۳۲) یا جوان (مکارم شیرازی، ۱۳۷۶: ۴۰۵) به کمتر از چهار ماه تقلیل یافته؛ حال باید پرسید به راستی مبنای زمانی شش ماهه در بند اول تبصره ماده مزبور چیست در جایی که عدم ارضای غرایز جنسی و عاطفی زن توسط همسرش در اثر غیبت یا عوامل دیگر، ممکن است موجب ضرر و عسر و حرج او گردد. امام صادق (ع) در تفسیر آیه مبارکه «**لا تضار والدۀ بولدها**» می‌فرماید ترک مجامعت با زوجه به بهانه حقوق فرزند شیرخوار، در مواردی که زن درخواست نزدیکی از همسر می‌کند ضرر به او محسوب می‌شود [و او را به عسر و حرج [جنسی می‌افکند] (حر عاملی، ۱۴۰۹: ۴۵۷/۲۱). با این وصف، وقتی ترک مجامعت با زوجه به بهانه حقوق فرزند شیرخوار، ضرر به زوجه محسوب می‌شود، ترک زندگی خانوادگی به طریق اولی، ضرر محسوب شده و مشمول نفی قرآنی «**لا تضار والدۀ بولدها**» و روایت فوق و قاعده لا ضرر می‌گردد. بنابراین راهکار این است که قانونگذار از سقف مذکور در متون فقهی برای جواز ترک مجامعت با زوجه، وحدت ملاک گرفته و گذشت چهار ماه متوالی از ترک زندگی خانوادگی توسط زوج را موجب ایجاد حق طلاق برای زن قرار بدهد.

نکته دوم درباره قیود «صعب العلاج روانی یا ساری» یا «هر عارضه صعب العلاج دیگری که زندگی مشترک را مختل نماید» در بند پنجم می باشد. هر چند توجه قانونگذار به بیماری صعب العلاج زوج و قرار دادن حق طلاق برای زن، حکم بجا و مناسبی است اما در عین حال نمی تواند نقص ماده ۱۱۲۷ ق.م (ابتلای مرد به بیماریهای مقاربتی)، را در مقرر نمودن حق طلاق برای زن جبران نماید زیرا همه انواع بیماریهای مقاربتی در دایره بیماریهای صعب العلاج جمع نمی شوند. ممکن است یک بیماری مقاربتی از جمله بیماریهای صعب العلاج نباشد ولی طی دوره درمان در آن از ملزومات معالجه محسوب شود؛ مانند بیماری کلامیدیا تراکوماتیس [نام بیماری مقاربتی است که در آن باکتری کلامیدیا موجب عفونت می شود (ر.ک: نیکبخت، ۱۳۸۷: ۱۰)]. افزون بر آن، اگر مرد در بیماری سهل العلاج مقاربتی خویش نیز، در اثر سهل انگاری یا عوامل دیگر، در پی معالجه بر نیاید یا دوره درمان طولانی شود، در این صورت تکلیف حقوق جنسی زن چه می شود در حالیکه حق طلاق به صعب العلاج بودن مقید شده است.

نکته سوم این که قید خلل (اختلال) در زندگی مشترک در بند دوم و پنجم تبصره ماده ۱۱۳۰ ق.م نمی تواند برای احقاق حق در صورت تضییع حقوق جنسی راهگشایی کند زیرا اولاً معیار شناسایی اختلال از غیر اختلال، مبهم و نامعین است، ثانیاً به نظر می رسد با وجود عدم سنجه معتبر، اثبات اختلال زندگی مشترک در دادگاه کاری دشوار می باشد. افزون بر این، باز هم مورد از مواردی است که به تعداد خانواده ها می توان مصادیق مختلف یافت و در نتیجه فردی بیرونی به عنوان قاضی، شاید نتواند شرایط حاکم بر خانواده را به عنوان شرایط مختل کننده زندگی مشترک تلقی کند. به راستی چگونه می توان گفت، در چه شرایطی، زنان در عسر و حرج ناشی از عدم ارضای غرائز جنسی قرار می گیرند در حالیکه به تصریح اندیشمندان حوزه روان شناسی، یکی از بایسته های اساسی در حوزه امور جنسی این است که برای مدیریت امر جنسی در کشور، نمیتوان نسخه واحد یا مشترکی ارائه نمود و نمی توان انتظار داشت تکثرات و تنوعات قومی، نژادی و فرهنگی در قالب یک نسخه واحد، سامان گرفته و قابل پیاده سازی باشند (شفیعی سروستانی، ۱۳۹۵: ۵۹). حتی بر فرض قابلیت اثبات اختلال، خود پروسه اثبات، زمان و توان علی حده ای برای مدعی طلب میکند مخصوصاً جایی که قرار باشد زن ثابت کند که بیماری مقاربتی زوج یا یک بیماری صعب العلاج، موجب اختلال در زندگی مشترک او شده است. بنابراین شایسته است که قانونگذار بدون قید مبهم «اختلال زندگی مشترک» مطلق عارضه های صعب العلاج را موجب حق طلاق برای زن بداند.

در یک تحقیقات میدانی از میان ۱۷۴ زوج، فقط حدود ۲۰ زوج، علت درخواست طلاق خود را مسائل جنسی اعلام نموده اند و از ۸۰ درصد باقیمانده موارد دیگری را به عنوان عامل درخواست طلاق بیان نموده اند؛ در حالیکه به تصریح جامعه شناسان و روانشناسان، ریشه بسیاری از سایر مشکلات زوجین، به مسائل جنسی برمی گردد (ر.ک: اسدی، ۱۳۸۵).

۵۶-۵۸). این اجتناب از بیان مشکلات جنسی مختص جامعه ایرانی نیست بلکه پژوهشهای روانشناسان خارجی نیز گواه بر این است که در سایر کشورها هم زوجین، تعارضات پیرامون مسائل جنسی خود را، به عنوان راز تلقی می کنند و از بیان آن اجتناب می ورزند (کرو، ۲۰۰۷: ۹۶). با این وصف، چگونه می توان انتظار داشت در مواردی که توجه به جهت مشکلات موجود در همسر (از قبیل بیماری مقاربتی، ترک زندگی خانوادگی، بیماری صعب العلاج جسمی یا روانی و ...) دچار عسر و حرج شده، بتواند با مراجعه به دادگاه و طرح دعوی عسر و حرج جنسی و سپس اثبات آن، قاضی را متقاعد به طلاق نماید؟

بنا بر آنچه گفته شد با توجه به عرف اجتماعی حاضر و باورهای فرهنگی حاکم بر مردم که طرح دعوا را در دادگاه (مخصوصاً توسط زن) در جهت احقاق حقوق جنسی قبیح می شمارند به راستی زنانی که به جهت عدم ارضای غرایز جنسی ناشی از نبود شوهر یا بیماری مقاربتی او، در و تنگنا و در خطر انحراف و خیانت قرار می گیرند غالباً حاضر نمی شوند عسر و حرج ناشی از عدم ارضای غرایز جنسی خویش را در دادگاه به اثبات برسانند، بنابراین، سه حالت قابل تصور است:

حالت اول: این که زنی مقید و پایبند به دستورات دینی (نظیر این روایت: فضایل ده قسم هستند که حیا در رأس آنهاست کلینی، ۱۴۰۷: ۵۵/۲ و ۱۰۶/۲) می باشد و مأخوذ به حیاست که از طرح دعوا و اثبات عسر و حرج ناشی از عدم ارضای نیاز جنسی صرف نظر می نماید و از طرف دیگر به جهت تقید خویش، با تحمل سختی، خود را از دام معصیت، گناه، خیانت، بی عفتی و ... حفظ می کند. در حالیکه اصل وجود میل جنسی و قدرت شهوانی در او، از بین نرفته و منتفی نشده است. همان طور که در روایات صحیحیه نیز، نظیر روایت ابوبصیر، به میل فوق العاده جنسی در زنان و نیز صفت حیای ایشان اشاره شده که: «فُضِّلَتِ الْمَرْأَةُ عَلَى الرَّجُلِ بِتِسْعَةٍ وَتِسْعِينَ مِنَ اللَّذَّةِ - وَ لَكِنَّ اللَّهَ أَلْفَىٰ عَلَيْهَا الْحَيَاءَ» (حر عاملی، ۱۴۰۹: ۶۳/۲۰)؛ در اینجا باید گفت دینی که نفی ضرر و حرج از ضروریات آن شمرده شده در اینجا چه کارکردی برای این زن خواهد داشت در حالیکه در فشار روحی و جسمی ناشی از عدم ارضای طبیعی ترین نیاز جسمی اش قرار گرفته است.

حالت دوم این که با وجود تقید، پایش می لغزد و در ورطه ارتباطات نامشروع می افتد. وقوع این حالت دور از تصور نیست و این انحرافی که برای زن حاصل می شود مصداق بارز ضرر (معنوی و اخروی) برای او خواهد بود و در نصوص روایی، این اضرار مورد نهی قرار گرفته است که «لَا يَنْبَغِي لِلرَّجُلِ أَنْ يَمْتَنِعَ مِنْ جِمَاعِ الْمَرْأَةِ فَيُضَارَّ بِهَا» (حر عاملی، ۱۴۰۹: ۴۵۸/۲۱). بر مرد شایسته نیست که ترک مجامعت با زن نموده و به او از این طریق ضرر برساند.

حالت سوم این که اساساً تقید خاصی ندارد و با ملاحظه عدم حمایت صریح قانونگذار و تقیح عرفی طرح دعوا و صعوبت اثبات عسر و حرج در امور جنسی، به روابط نامشروع تن داده و عفت خود را خدشه دار نموده یا از بین می برد و حقوق افراد خانواده و نیز جامعه را تضییع می نماید. بنابراین باید گفت در هیچ یک از این حالات، عدم توجه قانونگذار به حقوق جنسی زن، قابل دفاع نیست.

بنابراین با توجه به نیازهای طبیعی جنسی در زوجین، لازم است قانونگذار برخی قیود مبهم و مجمل در ماده ۱۱۳۰ ق.م را نیز به این صورت شفاف سازی نماید که عسر و حرج شامل حداقل ۴ ماه متوالی ترک زندگی خانوادگی و ابتلای زوج به مطلق بیماریهای صعب العلاج می شود. این حقیقت، انکارناپذیر است که تعریف صحیح حقوق افراد در قوانین، موجب نوعی رضایت ذهنی مردم جامعه شده و آرامش روانی برای صاحب حق ایجاد میکند هر چند که صاحب حق هیچگاه اراده استفاده از حق خویش را نکند.

نتیجه گیری

از تطبیق متون مرتبط با حقوق جنسی زوجین در فقه امامیه و مواد ۱۱۲۲، ۱۱۲۳، ۱۱۲۷ و ۱۱۳۰ ق.م نتایجی به شرح زیر حاصل شد:

- ۱- در متون فقهی امامیه، حقوق و تکالیف جنسی در کنار هم مورد توجه فقیهان قرار گرفته است و بهره‌وری جنسی، مفهومی است که اساساً به یک جنس خاص اختصاص ندارد.
- ۲- در مورد حقوق جنسی زوجه در فقه امامیه مواردی چون حق قسم، حق مضاجعه، حق بر مقدمات جماع، حق مواقعه (نزدیکی) حداقل هر چهار ماه یکبار، مطرح و مشمول احکام تکلیفی نظیر وجوب یا استحباب، و احکام وضعی نظیر تعزیر زوج در صورت عدم ادای حقوق جنسی واجب زن و امکان درخواست طلاق شده‌اند در حالیکه این موارد و احکام مربوط به آنها از دید قانونگذار مغفول مانده است.
- ۳- در ماده ۱۱۲۲ ق.م شرط یک بار عمل زناشویی عنین و همچنین شرط عدم قدرت به عمل زناشویی در مرد مقطوع‌الآله، به جهت تضییع حقوق جنسی زوجه باید حذف گردند.
- ۴- در موارد ابتلای زوج به عنن، در جهت حمایت از حقوق جنسی زوجه و نیز حفظ کانون خانواده، قید لزوم انتظار یک ساله زن در ثبوت حق فسخ اضافه گردد.
- ۵- در ابتلای زوجه به قرن یا افشاء، از یک سو با توجه به وجود امکان ازدواج موقت یا دائم برای زوج، هم‌زمان با زوجیت زوجه مبتلا به قرن یا افشاء و از سوی دیگر حفظ کانون خانواده، لازم است قانونگذار طی دوره

درمان به مدت متعارف در علم پزشکی را، برای زوجه مبتلا در نظر گرفته و حق فسخ نکاح را به سپری شدن دوره مزبور موکول نماید.

- ۶- در موارد ابتلای زوج به بیماریهای مقاربتی (موضوع ماده ۱۱۲۷ ق.م)، لازم است قانونگذار علاوه بر حقوق مالی زوجه (نفقه) به حقوق جنسی و عاطفی و نیز عفت اخلاقی او نیز توجه نموده و در صورت مزمن شدن بیماری زوج، حق درخواست طلاق را به صورت صریح در این مورد خاص برای زوجه مفروض بدارد.
- ۷- در ماده ۱۱۳۰ ق.م، شایسته است قید مبهم «اختلال در زندگی مشترک» در بند پنجم حذف شده و قیود «حداقل ۴ ماه متوالی ترک زندگی خانوادگی» و نیز «ابتلاء زوج به مطلق بیماریهای صعب‌العلاج» به عنوان مصادیق عسر و حرج ذکر شوند.

پیشنهادهای

با توجه به متن نوشتار حاضر اصلاحات زیر نسبت به مواد ۱۱۲۲، ۱۱۲۳، ۱۱۲۷ و ۱۱۳۰ ق.م پیشنهاد می‌شود:

- ۱- در ماده ۱۱۲۲ ق.م در بند دوم مربوط به عنن، شرط «ولو یک بار عمل زناشویی» در اسقاط حق فسخ، حذف گردد و به جای آن، قید «لزوم انتظار یک ساله زن بر درمان یا بهبود مرد» به ماده مزبور برگردد.
- ۲- در ماده ۱۱۲۲ ق.م در بند سوم مربوط به مقطوع بودن آلت تناسلی، به لحاظ حفظ حقوق جنسی زن و به رسمیت شناختن احتمال کراهت زن از عیب موجود، شرط «عدم قدرت به عمل زناشویی» برداشته شود.
- ۳- در ماده ۱۱۲۳ ق.م، در صورت ابتلای زوجه به قرن و افشاء، لزوم انتظار زوج بر سپری شدن «مدت زمان متعارف پزشکی» در درمان زوجه، با در نظر گرفتن مصلحت زوج (از جهت امور مالی مانند نفقه زوجه مبتلا به قرن یا افشاء) به صورت دقیق - با ذکر زمان مشخص و متعارف پزشکی - قید گردد.
- ۴- در ماده ۱۱۲۷ ق.م، در ابتلای مرد به بیماریهای مقاربتی، به جهت حفظ حقوق جنسی زوجه، علاوه بر حق زوجه بر امتناع از نزدیکی، حق طلاق نیز برای زوجه، مشروط به گذشت دوره متعارف پزشکی در درمان بیماری مرد و ناکامی از درمان، قرار داده شود.
- ۵- در تبصره ماده ۱۱۳۰ ق.م قید «اختلال در زندگی مشترک» از بند پنجم حذف شده و مصادیق عسر و حرج بدین ترتیب اصلاح شوند: بند اول: «حداقل ۴ ماه ترک زندگی خانوادگی» .
بند پنجم: «ابتلاء زوج به مطلق بیماریهای صعب‌العلاج» .

فهرست منابع

قرآن کریم

قانون مدنی

قانون مجازات اسلامی

- ابن براج، طرابلسی، قاضی عبدالعزیز. (۱۴۰۶هـ). **المهذب**، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- ابن زهره، حلبی، حمزه بن علی حسینی. (۱۴۱۷هـ). **غنیة النزوع الی علمی الاصول و الفروع**، قم: مؤسسه الامام صادق (ع).
- ابن منظور، ابوالفضل جمال الدین محمد بن مکرم. (۱۴۱۴هـ). **لسان العرب**. چاپ سوم. بیروت: دارالفکر للطباعة و النشر و التوزیع - دار صادر.
- اردبیلی، احمد بن محمد. (بی تا). **زبدۀ البیان فی احکام القرآن**، تهران: المكتبة الجعفریة لاهیات الآثار الجعفریة.
- اسدی، لیلان. (۱۳۸۵). **حقوق جنسی؛ اختلال و انحراف آن در قوانین موضوعه**، نشریه فقه و حقوق خانواده، (۴۳)، ۳۶-۶۱.
- اسماعیل بیگی، محمد. (۱۳۹۴). **روابط غیر مالی زن و شوهر**، تهران: انتشارات مجد.
- اسماعیلی فلاح، مرضیه، شاکری گلپایگانی، طوبا، **تحدید تمکین از منظر فقه امامیه و حقوق ایران**، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، ۱۴۰۱، سال ۱۴ شماره ۲۹، ۹۱-۱۲۴.
- امامی، سید حسن. (۱۳۷۲). **حقوق مدنی**. تهران: کتابفروشی اسلامیة.
- امیری، حسین. (۱۳۸۹). **حقوق جنسی زن و شوهر در اسلام**. مجله معرفت. سال نوزدهم. شماره ۱۵۴. ۸۳-۹۶.
- بازگیر، یدالله. (۱۳۸۰). **قانون مدنی در آئینه آرای دیوان عالی کشور**. چاپ دوم. تهران: انتشارات فردوسی.
- بجنوردی، سید حسن بن آقا بزرگ موسوی. (۱۴۱۹هـ). **القواعد الفقہیة**، قم: نشر الهادی.

بحرانی، آل عصفور، یوسف بن احمد بن ابراهیم. (بی تا). **الانوار اللوامع فی شرح مفاتیح الشرائع**، قم: مجمع البحوث العلمیة.

بحرالعلوم، محمد بن محمد تقی. (۱۴۱۴هـ). **بلغة الفقیه**، چاپ چهارم، تهران: منشورات مکتبة الصادق (ع).

بستان، حسین. (۱۳۸۸). **اسلام و تفاوتهای جنسیتی**، قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.

بهبهانی، محمدباقر بن محمد اکمل. (۱۴۲۶). **حاشیة الوافی**. قم: مؤسسه العلامة المجدد الوحید بهبهانی.

جعفری لنگرودی، محمد جعفر. (۱۳۸۸). **مبسوط در ترمینولوژی حقوق**. چاپ چهارم. تهران: کتابخانه گنج دانش.

حاتمی، صدیقه، داورزنی، حسین (۱۳۹۲). **راههای اثبات عنن**، نشریة فقه پزشکی، (۱۷)، ۱۶۲-۱۳۳.

حلی، جمال الدین احمد بن محمد اسدی. (۱۴۰۷هـ). **المهذب البارع فی شرح المختصر النافع**، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

حلی (فخرالمحققین)، محمد بن حسن بن یوسف. (۱۳۸۷هـ). **ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد**، قم: مؤسسه اسماعیلیان.

حلی (علامه)، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی. (۱۴۱۰هـ). **ارشاد الاذهان الی احکام الایمان**، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

----- (۱۴۲۰). **تحریر الاحکام الشرعیة علی مذهب الامامیة (ط - الحدیث)**. قم: مؤسسه امام صادق (ع).

----- (۱۴۱۴هـ). **تذکره الفقهاء (ط - الحدیث)**. قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.

----- (۱۳۸۸هـ). **تذکره الفقهاء (ط - القدیمة)**. قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.

----- (۱۴۱۳هـ). **قواعد الاحکام**، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

حلی (محقق)، نجم الدین، جعفر بن حسن. (۱۴۰۸هـ). **شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام**، چاپ دوم، قم: مؤسسه اسماعیلیان.

----- (۱۴۱۲هـ). **نکت النهایة**، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

حلی، یحیی بن سعید. (۱۴۰۵هـ). **الجامع للشرائع**، قم: مؤسسه سیدالشهداء العلمیه.

خمینی (امام)، سید روح الله موسوی. (بی تا). **تحریر الوسیلة**، قم: مؤسسه مطبوعات دارالعلم.

خویی، سید ابوالقاسم موسوی. (۱۴۱۸هـ). **موسوعة الامام الخوئی**، قم: مؤسسه احیاء آثار الامام الخوئی.

- روحانی، سید محمد صادق. (۱۴۱۲هـ). **فقه الصادق (ع)**، چاپ سوم، قم: مدرسه الامام الصادق (ع).
- زیدی (واسطی)، سید محمد مرتضی. (۱۴۱۴هـ). **تاج العروس من جواهر القاموس**. بیروت: دارالفکر للطباعة و النشر و التوزیع.
- سبزواری، سید عبدالاعلی. (۱۴۱۳هـ). **مذهب الاحکام فی بیان الحلال و الحرام**، چاپ چهارم، قم: مؤسسه المنار.
- شاهرودی، سید محمود. (۱۳۸۷). **فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام**، قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی.
- شیرازی، سید موسی. (۱۴۲۸هـ). **المسائل الشرعیة**، قم: مؤسسه نشر الفقاهة.
- شفیعی سروستانی، ابراهیم. (۱۳۹۵). **سلامت جنسی در جامعه اسلامی با تأکید بر نقش رسانه ملی**، تهران: اداره کل پژوهشهای اسلامی رسانه.
- صدوق (شیخ)، محمد بن علی بن بابویه قمی. (۱۴۱۵هـ). **المقنع**، قم: مؤسسه امام هادی (ع).
- (۱۴۱۳هـ). **من لا یحضره الفقیه**، چاپ دوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- صفایی، سید حسین؛ امامی، اسدالله. (۱۳۷۸). **مختصر حقوق خانواده**. تهران: نشر دادگستر. نشر میزان.
- صیمری، مفلح بن حسن. (۱۴۲۰). **غایة المرام فی شرح شرائع الاسلام**، بیروت: دار الهادی.
- طریحی، فخرالدین. (۱۴۱۶هـ). **مجمع البحرین**. چاپ سوم. تهران: کتابفروشی مرتضوی.
- طوسی (شیخ)، ابوجعفر محمد بن حسن. (۱۳۹۰هـ). **الاستبصار فیما اختلف فیہ الاخبار**، تهران: دارالکتب-الاسلامیة.
- (۱۴۰۷هـ). **الخلاف**، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- (۱۴۰۷هـ). **تهذیب الاحکام**، چاپ چهارم، تهران: دارالکتب الاسلامیة.
- (۱۳۸۷هـ). **المبسوط فی فقه الامامیة**، چاپ سوم، تهران: المكتبة المرتضویة لاهیات الآثار الجعفریة.
- عاملی (شهید اول)، محمد بن مکی. (بی تا). **القواعد و الفوائد**، محقق: سید عبدالهادی حکیم، قم: کتابفروشی مفید.

- عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی. (۱۴۱۰). **الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة**، شارح: کلانتر، سید محمد، قم: کتابفروشی داوری.
- ----- (۱۴۱۳هـ). **مسالك الافهام الى تنقيح شرايع الاسلام**، قم: مؤسسة المعارف الاسلامیة.
- عاملی (شیخ حر)، محمد بن حسن. (۱۴۰۹هـ). **تفصیل وسائل الشیعة الى تحصیل مسائل الشریعة**، قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام.
- عبدالرحمان، محمود. (بی تا). **معجم المصطلحات و الالفاظ الفقهیة**، بی جا.
- عمیدی، سید عمیدالدین بن محمد اعرج حسینی. (۱۴۱۶هـ). **کنز الفوائد فی حل مشکلات القواعد**، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- فاضل آبی، حسن بن ابی طالب یوسفی. (۱۴۱۷هـ). **کشف الرموز فی شرح مختصر النافع**، چاپ سوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- فاضل هندی، محمد بن حسن اصفهانی. (۱۴۱۶هـ). **کشف اللثام و الابهام عن قواعد الاحکام**، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- فیض کاشانی، محمد حسن بن شاه مرتضی. (بی تا). **مفاتیح الشرائع**، قم: انتشارات آیة الله مرعشی نجفی (ره).
- فیومی، احمد بن محمد مقرئ. (بی تا). **المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر فی الرافعی**، قم: منشورات دارالرضی.
- کرکی (محقق ثانی)، علی بن حسین عاملی. (۱۴۱۴هـ). **جامع المقاصد فی شرح القواعد**، چاپ دوم، قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام.
- کلینی، ابو جعفر، محمد بن یعقوب. (۱۴۰۷هـ). **الکافی ط - الاسلامیة**، چاپ چهارم، تهران: دار الکتب الاسلامیة.
- گلپایگانی، سید محمدرضا موسوی. (۱۴۱۲هـ). **هدایة العباد**، قم: دارالقرآن الکریم.
- محقق داماد، سید مصطفی. (۱۳۹۴). **مباحثی از اصول فقه، دفتر اول، مباحث الفاظ**، چاپ هجدهم، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
- ----- (۱۳۸۸). **قواعد فقه (بخش مدنی)**، چاپ بیست و سوم، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۸۸.

-----، **بررسی فقهی حقوق خانواده نکاح و انحلال آن**، چاپ پانزدهم، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۸۷.

-مراغی، سید میر عبد الفتاح بن علی حسینی. (۱۴۱۷هـ). **العناوین الفقهیه**، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

-مظفر (علامه)، محمدرضا. (۱۳۸۸). **اصول الفقه**. جلد اول و دوم. چاپ دوم. قم: انتشارات دارالفکر.
-مفید (شیخ)، بغدادی، محمد بن محمد نعمان بکری. (۱۴۱۳هـ). **احکام النساء**. قم: کنگره هزاره شیخ مفید (ره).

----- (۱۴۱۳هـ). **المقنعه**. قم: کنگره هزاره شیخ مفید (ره).

-معین، محمد. (۱۳۶۰). **فرهنگ فارسی**. چاپ چهارم، تهران: سپهر.

-مکارم شیرازی، ناصر. (۱۳۷۶). **توضیح المسائل**، مشهد: انتشارات هاتف.

-نجفی، محمد حسن. (۱۴۰۴هـ). **جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام**، چاپ هفتم، بیروت: داراحیاء التراث العربی، ۱۴۰۴هـ.

-نراقی، مولا احمد بن محمد مهدی. (۱۴۱۵). **مستند الشیعه فی احکام الشریعه**. قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام.

-نظری توکلی، سعید. بهرامی، لیلا، (۱۴۰۰). **شمول پذیری قاعده نفی حرج نسبت به حرج جنسی و تأثیر آن بر درخواست طلاق قضایی**. خانواده پژوهی. شماره ۸۰-۶۳.

- نیکبخت، روشن؛ سحرخیز، نسرین، قلمبر، دزفولی، مقایسه سطح آنتی بادی بر علیه کلامیدیا تراکوماتیس در زنان نابارور به علت عامل لوله ای با زنان بارور، ۱۳۸۷، دوره شانزدهم، شماره چهارم، ۱۵-۱۰.

-وجدانی فخر، قدرت الله، **الجواهر الفخریه فی شرح الروضة البهیة**، چاپ دوم، قم: انتشارات سماء قلم، ۱۴۲۶هـ.

-یزدی، سید محمد کاظم طباطبایی. (۱۴۰۹هـ). **العروة الوثقی فیما تعم به البلوی (المحشی)**، محقق: احمد محسنی سبزواری، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

-Crow, Michael, **Managing Couple and Individual Psychological Problems in Psychosexual Therapy** (2007). Journal of Sexual Disorders and Psychosexual Therapy, Volume 6, Issue 3, 95-98.

UNCORRECTED PROOF