

## شرط عدم تمکین در عقد نکاح در فقه امامیه و اهل سنت

بهنام قنبرپور<sup>۱</sup>

سیدابوالقاسم نقیبی<sup>۲</sup>

### چکیده

از جمله حقوق نشأت گرفته از نکاح، حق تمکین زوج نسبت به زوجه است. فقهیان و حقوقدانان در این باره که زوجین می توانند در ضمن عقد نکاح، شرط تغییر یا تعدیل نمایند؛ پاسخ متفاوتی دادند. اختلاف نظر آنان به مبنا و نگرششان در تشخیص مقتضای ذات عقد نکاح بر می گردد. آنانی که تمکین را مقتضای ذات عقد نکاح می دانند، هر شرط خلاف آن را باطل و مبطل عقد می دانند. کسانی که تمکین را اطلاق عقد نکاح می دانند، چنین شرطی را در ضمن عقد بلا مانع تلقی می کنند. نگارنده اگر چه، تمکین را مقتضای اطلاق عقد نکاح می داند؛ ولی به لحاظ حساسیت و خاص بودن عقد نکاح از مجموعه عقود و این که حلیت روابط زناشویی فقط از طریق عقد نکاح امکان پذیر است؛ بر این عقیده است که تمکین از آثار ظاهری و از مقاصد اساسی عقد نکاح است، طوری که حذف مطلق آن در زندگی زناشویی، از نظر عرف با ماهیت نکاح مغایرت دارد؛ اما در زندگی معاصر با تغییر الگوهای اجتماعی و شرکت زنان در مشاغل اجتماعی و اقتصادی خارج از منزل، استیفای حق تمکین در هر زمان برای زوج ممکن نیست؛ لذا زنان می توانند نسبت به شرط محدودیت تمکین در ضمن عقد اقدام نمایند و انتظارات زوج را در حد توافق تعدیل کنند. این مقاله ضمن بیان معناشناسی تمکین و مقتضای ذات عقد نکاح؛ به صحت یا عدم صحت شرط عدم تمکین از منظر فقهای امامیه و مذاهب اهل سنت، می پردازد.

کلید واژه: شرط، تمکین، نکاح، مقتضای ذات، اطلاق، حق، حکم.

<sup>۱</sup> - دانش آموخته ی دکتری دانشگاه آزاد اسلامی، واحد علوم و تحقیقات تهران، رشته فقه و مبانی و حقوق، تهران، ایران

<sup>۲</sup> - دانشیار دانشگاه شهید مطهری، گروه فقه و حقوق، تهران، ایران

مقدمه:

## طرح مسئله

از ظرافت های آفرینش نظام هستی این است که قانون زوجیت بر آن حاکم است، انسان به عنوان موجودی ممتاز از مجموع کاینات، از این سنت آفرینش مستثنا نیست.

این سنت الهی همواره مورد تشویق و تاکید تعالیم دینی بوده است. خصوصاً در آیین اسلام از جایگاه بسیار رفیع و ارزشمندی برخوردار است و باب مستقلی در فقه به آن اختصاص داده شده است و در بین عقود به عنوان یک عقد خاص عبادی شناخته می شود؛ در اهمیت آن همین بس که پیامبر اکرم (ص) فرمود: «ما بنی فی الاسلام بناء احبُّ الی الله من التزویج» (مجلسی، البحار، ۱۰۳، ۲۲۲) در اسلام هیچ بنایی ساخته نشد، که نزد خدای متعال، محبوبتر و ارجمندتر از ازدواج باشد.

ازدواج؛ مشتمل بر آداب، سنن، احکام و حقوقی است. از جمله مباحث حقوقی کاربردی و مورد ابتلاء خانواده در جوامع امروزی، مبحث شروط ضمن عقد نکاح است. یعنی زوجین می توانند در ضمن عقد، شرط جایزی منعقد کنند؛ تا آنجایی که آن شرط مغایر با شرع و مخالف با مقتضای ذات عقد نباشد. تشخیص مقتضای ذات عقد در عقود چون نکاح، اندکی دشوار است، همین امر موجب اختلاف فتاوی فقهایان شده است؛ از آن جمله می توان به مسئله تمکین در عقد نکاح اشاره کرد.

عده ای بر این باورند که تمکین مقتضای ذات عقد نکاح است و برخی در مقابل آن را مقتضای اطلاق نکاح می دانند. مع الوصف در زندگی معاصر، استیفای حق تمکین در هر زمان برای زوج ممکن نیست؛ چون زنان علاوه بر ایفای وظایف ناشی از زوجیت، در فعالیتهای اجتماعی و اقتصادی نیز مشارکت فعال دارند، لذا ترجیح می دهند که ضمن حفظ زوجیت، نقش اجتماعی خویش را هم توسعه بخشند. یکی از سازوکارهای تضمین آن، پیش بینی محدودیت تمکین در ضمن عقد نکاح است؛ یعنی زوجه در ضمن عقد نکاح، محدودیت در تمکین را با زوج خود شرط نماید. آیا چنین شرطی نافذ و معتبر است؟ و یا با مقتضای ذات عقد، منافات دارد؟ پاسخ به این سؤال نیازمند بازشناسی ماهیت و مقتضای عقد نکاح است.

## مبحث اول: معنی و ماهیت شناسی تمکین

### ۱. معنی و ماهیت شناسی تمکین

تمکین در لغت به معنی قدرت و سلطنت دادن است و در قرآن کریم آمده است: « وَ لَقَدْ مَكَّنَّاكُمْ فِي الْأَرْضِ » (اعراف، ۱۰) و « نُمَكِّنْ لَهُمْ فِي الْأَرْضِ » (قصص، ۶) یعنی ما آنها را در زمین استقرار بخشیدیم و مالک زمین گردانیدیم. (راغب اصفهانی، مفردات، ۷۷۳) و در اصطلاح فقها در باب نکاح به معنی امکان دادن زوجه به زوج برای استمتاعات جنسی است. چنانچه در توضیح تمکین کامل

گفته شده است: تن در دادن و واگذاردن نفس به شوهر برای بهره بهره بری جنسی به طوری که مقید به زمان و مکان خاص نباشد و اگر زن تن در دادن به عمل زناشویی را به زمان و مکان دیگری واگذارد، تمکین حاصل نشده است. (طوسی، مبسوط، ۶، ۱۱؛ محقق حلی، شرایع، ۲، ۲۹۲؛ شهید ثانی، الروضة البهیة، ۲، ۱۴۲). برخی علاوه بر تسلیم نفس از طرف زن، تعریض و بذل نفس لفظی را لازم دانسته اند، مثلاً زن بگوید «سلمت الیک نفسی فی کل زمان و مکان شئت». (نجفی، جواهر الکلام، ۳۱، ۳۰۸).

نقطه مقابل تمکین، نشوز است و به زن در صورت عدم تمکین از شوهر، ناشزه گفته می شود که از جمله آثار مترتب بر آن، سقوط حق نفقه می باشد. البته در زمانی که اطاعت شرعاً و عقلاً مجاز نیست مثل روزهای ماه مبارک رمضان یا ایام عادت یا در حضور ناظر و عذرهای پزشکی، امتناع همسر هیچ منافاتی با تمکین ندارد.

#### ۱-۲. تمکین خاص و عام

در کتب حقوقی نیز برای تمکین دو معنی عام و خاص بیان شده است. تمکین به معنی خاص آن است که زن نزدیکی با شوهر را پذیرفته و جز در مواردی که مانع موجهی داشته باشد از برقراری رابطه جنسی با او سرباز نزند. البته این وظیفه، ویژه زن نیست، شوهر نیز مکلف است در حدود متعارف رابطه جنسی با زن داشته باشد. در غیر این صورت رفتار وی برخلاف وظیفه حسن معاشرت تلقی می گردد. تمکین به معنی عام آن است که زن وظایف خود را نسبت به شوهر انجام دهد و از او در حدود قانون و عرف اطاعت نماید. اما زن ملزم به اطاعت از شوهر نسبت به خواسته های نامشروع و غیر قانونی نمی باشد. (صفایی و امامی، مختصر حقوق خانواده ۱۳۱؛ گرجی، بررسی تطبیقی حقوق خانواده، ۱۹۸).

بنابراین بداخلاقی زن در خانه، افشاء نمودن اسرار خانوادگی و خروج او از منزل که با حقوق مرد تنافی داشته باشد و همچنین انجام کاری که موجب تنفر و بیزاری زوج شود از قبیل نیاراستن را می توان از مصادیق مخالفت با تمکین عام بر شمرد.

#### مبحث دوم: مقتضای ذات و اطلاق عقد نکاح

##### ۱-۲. مقتضای ذات عقد

مقتضی بالفتح اسم مفعول است از مصدر اقتضاء به معنی اثر یا مطلوب است و مقتضی بالكسر اسم فاعل است به معنی موثر. (عبدالرحمان، معجم الاصطلاحات، ۳، ۳۳۳) و هر عامل موثری که در صورت عدم مانع بتواند منشأ اثر شود مقتضی نامیده می شود؛ مثلاً هر گاه گفته شود مقتضای آتش حرارت است؛ یعنی اثر آتش حرارت است. همچنین شوری را اثر یا مقتضای نمک طعام گویند. به

همین جهت محال است که نمکی شور با شکری شیرین نباشد، یعنی این آثار از ذات نمک یا شکر قابل انفکاک نیست.

با این توضیح می توان گفت: مقتضای ذات هر عقد، نتیجه و اثر مستقیمی است که طرفین به قصد حصول آن، عقد را منعقد می کنند. برای مثال مقتضای عقد بیع، ملکیت است. به عبارت دیگر، مقتضای عقد، موضوع و مضمون اصلی عقد را تشکیل می دهد و مقصود اصلی متعاقدين است: «ما تتحقق ماهیه العقد و صحته بها، و با تفائها تفوت الماهیه» (مراغی، العناویة الفقهیة، ۲، ۲۵۰) «بمعنی إن سلب ذلك المقتضى عنه يكون مساوفاً لثبته و ابطاله» (نایینی، منیة الطالب، ۲، ۱۱۲) و «هو كل امر لا يتحقق العقد بدونہ بحث لوانتفی ذلك المقتضى لانتنفی العقد» (نراقی، عواید الایام، ۱۵۲)؛ یعنی مقتضای ذات عقد، چنان به ماهیت عقد وابسته است و ملازم با آن است که اگر بوسیله شرط گرفته شود، جوهر عقد نیز از دست می رود و در دید عرف یا قانون موضوعی بر آن باقی نمی ماند. از این رو تمام فقها و حقوق دانان، بطلان شرط خلاف مقتضای ذات عقد را پذیرفته اند.

#### ۲-۲. مقتضای اطلاق عقد

برخی از آثار و لوازم عقد، چنان هستند که اگر عقد به صورت مطلق و بدون قید و شرط واقع شود، آثار مذکور نیز تحقق می یابند اما اگر عقد مشروط به شرط یا مقید به قیدی واقع شود از حالت اطلاق خارج می شود و مقتضای لوازم فوق، نخواهد بود این دسته از آثار و لوازم را مقتضای اطلاق عقد گویند به عبارت دیگر؛ مقتضای اطلاق عقد به هر امری گفته می شود که شارع آن را بر عقد از جهت اینکه عقد است مرتب نموده و آن را اقتضاء کننده عقد قرار داده است، هر چند بدون جعل شارع نیز امکان تحقق آن وجود داشته است. لذا هیچ مانعی ندارد که برخلاف آن شرط شود. (بجنوردی، قواعد فقهیه، ۲، ۴۱۸) برای مثال در عقد بیع اگر راجع به محل تسلیم مبیع سخنی به میان نیاید، اطلاق عقد، مقتضای تسلیم مبیع در محل انعقاد عقد است. (ماده ۳۸۰، ق، م).

مرحومه نائینی، منشآت و التزامات تبعی و ضمن عقد را مقتضیات اطلاق عقد می داند یعنی آن آثاری که بر حسب عرف و عادت، معمول است و عقد به آن انصراف دارد. مثلاً اطلاق عقد بیع، مقتضای نقد بودن ثمن است. (نائینی، منیة الطالب، ۲، ۱۱۲).

از مصادیق اطلاق عقد در نکاح می توان به مسأله مهر، نفقه و ارث اشاره کرد به عنوان مثال زوجین می توانند نکاح بدون مهر (مفوضه البضع) منعقد کنند و عدم ذکر آن، نکاح را باطل نمی کند. اما اینکه تمکین از مقتضیات ذات عقد نکاح است یا اطلاق عقد نکاح، قابل بررسی است.

## ۲-۳. معیار تشخیص مقتضای عقد

همانگونه که قبلاً گذشت، اثر مستقیم و بی واسطه هر عقد را مقتضای ذات آن عقد گویند و هر عقدی می تواند تنها یک اثر داشته باشد؛ بنابراین شرط خلاف اثر عقد را نباید شرط خلاف مقتضای اثر عقد دانست؛ مثلاً اثر ذات عقد بیع، ملکیت است، نقد بودن اثر عقد بیع است (اطلاق عقد). همین امر گاهی موجب اشتباه در تشخیص مقتضای عقد در بعضی از عقود چون نکاح شده است؛ زیرا تشخیص ماهیت بعضی از عقود مثل بیع و اجاره آسان است؛ اما در برخی از موارد، نیازمند تدقیق بیشتری است. اختلاف در فتوای فقهایان گاهی ناشی از همین است. به طور کلی معیار و ملاک تمیز مقتضیات ذات و اطلاق عقد از دیدگاه فقهایان به شرح ذیل است:

۱- برخی از فقها، معیار تشخیص مقتضای هر عقد را به طرز فکر خاص مردم هر اجتماع و عرف می دانند: « كَمَا إِنَّ الْبَيْعَ عُرْفًا نَقَلَ الْمَلِكُ إِلَى الْغَيْرِ بَعْوَضًا ، فَلَوْلَمْ يَنْتَقِلِ الْبَيْعُ إِلَى الْمُشْتَرِي، وَلَا الثَّمَنُ إِلَى الْبَائِعِ لَيَكُنْ بَيْعًا عُرْفًا » (نراقی، عوائد الایام، ۱۵۲). یعنی عرف بیعی که در آن ملکیت و انتقال مبیع صورت نگیرد، بیع نمی شناسد؛ زیرا سازنده قالبهایی که مردم در درون آن به داد و ستد می پردازند، عرف است، لذا داوری عرف را در تمیز مقتضای عقد نمی توان انکار کرد؛ مثلاً ممکن است جامعه ی در زمان خاص، تمتعات جنسی را مقتضای عقد نکاح بدانند، و در زمان دیگر آن را از آثار فرعی ازدواج به شمار آورد. (کاتوزیان، حقوق مدنی، ۱، ۲۵۳).

۲- بعضی دیگر، این مبنا را اثری می دانند که شارع یا قانون گذار بر عقد بار کرده است. این قول مختار محقق ثانی در جامع المقاصد است. (جامع المقاصد فی شرح القوائد، ۱، ۶-۵-۴). یعنی آثاری را که شارع مقدس برای هر عقدی، من حیث هو، وضع نموده است، جزء مقتضای ذات عقد است و شرط خلاف آن باطل می باشد. براساس این نظر، برای تمیز مقتضیات هر عقدی بایست به شرع مقدس و قانون مراجعه کرد و آثاری که شارع و قانونگذار برای هر عقد خاص وضع نموده است را مورد بررسی قرار داد.

۳- برخی از محققان مثل مرحوم نایینی برای تمیز مقتضای عقد به مضمون و موضوع اصلی عقد و آثار مستقیم حاصل از انشاء عقد روی آورند. او آنچه را که دو طرف معامله به طور صریح، اولاً و بالذات در هنگام عقد به قصد آن (قصد مشترک) انشاء می کنند، جزء مدلول مطابقی عقده مقتضای ذات آن می داند. او که بر مسلک و مبنای ابراز انشاء استدلال می کند، منشآت عقد را به دو قسم تقسیم می کند: الف: آن دسته از منشآت عقد که اولاً و بالذات و مستقیماً ایجاد می شود و به دلالت مطابقی بر آن دلالت دارد مانند تملیک در اجاره و تملیک عین در بیع جزء مقتضای ذات عقد است. ب:

آن دسته از منشأتی که به دلالت التزامی و تبعی، فرع بر عقد است مثل نقد بودن ثمن، جزء مقتضای اطلاق عقد بیع است (نائینی، منیة الطالب، ۲، ۱۱۲).

۴- جمعی از فقها در تمیز مقتضیات عقد، به دو ملاک شرع و عرف تواماً متمسک شده اند. شیخ انصاری را می توان از معتقدین به این نظر دانست. (شیخ انصاری، مکاسب، ۳، ۲۶).

به نظر می رسد هر یک از مبانی، جدا از دیگری با ایراداتی مواجه است؛ از جمله آن که معیار عرف بیشتر از جهت کشف اراده طرفین، کاربرد دارد و درک لازم از حقیقت مقتضای ذات عقد به دست نمی دهد؛ زیرا خیلی از آثار و مصادیق عقود توسط شارع و قانونگذار تعیین شده است. جعل قانون نیز مانع حاکمیت اراده افراد در عقد نیست. نظریه انشاء با مفاد قصد مشترک مرحوم نائینی نیز نقص دارد؛ زیرا متعاقدين در هنگام عقد به آنچه بیشتر اهمیت می دهند، در پیمان خود تصریح می کنند اما؛ بسیاری از امور تبعی و فرعی، نادیده گرفته می شود.

بنابراین حق این است که در تشخیص مقتضای ذات عقد، همه قراین و شواهد به کار گرفته شود؛ یعنی از تلفیق قصد مشترک طرفین به انضمام عناصر قانونی و شرعی موجود، می توان به مقتضای عقد، دست یافت و در این مسیر بی نیاز از مفاهیم عرفی نخواهیم بود.

## ۲-۴. اقتضای ذات نکاح

گفتیم که مقتضای ذات هر عقد، اثری است که هدف و مضمون اصلی عقد را تشکیل می دهد مانند ملکیت در بیع، طوری که سلب آن از عقد بیع مساوی با بطلان عقد است و هر عقدی یک اثر دارد و هرگز یک عقد نمی تواند اثر ذاتی متعدد داشته باشد، البته آثار اطلاق متعده بر عقود مترتب است. با این توضیح می گوئیم که ماهیت ذاتی عقد نکاح، تحقق رابطه «زوجیت» است و ایجاد محرمیت و مشروعیت رابطه زناشویی و همچنین مهر، نفقه و ارث از التزامات و آثار اطلاق این رابطه است و شرط خلاف این آثار، شرط خلاف اثر ذاتی عقد نکاح نیست، اما چون بعضی از این آثار مثل تمکین و مشروعیت رابطه زناشویی از آثار ظاهری و مطلوب عقد نکاح است و عقد نکاح براساس آن استوار شده است و یکی از اهداف اساسی عقد نکاح تلقی می شود، لذا عرف آن را در حکم مقتضای ذات عقد نکاح می داند و شرط خلاف بر آن را جایز نمی داند. (بجنوردی، قواعد الفقهیه، ۴، ۱۸۵، نائینی، منیة الطالب، ۲، ۱۱۲).

فقها در این باب که تمکین از مقتضیات ذات عقد نکاح است یا خیر به دو دسته تقسیم شده

اند:

۱- عده ای از فقیهان چون شیخ طوسی، هدف و حکمت بنیادی نکاح را استیلا و فرزند آوری دانسته و روابط جنسی را لازمه این مقصود می دانند. (شیخ طوسی، المبسوط، ۴، ۳۰۳) و عزل (بیرون

ریختن نطفه در خارج رحم) را جایز نمی دانند زیرا عقیده دارند که عزل با حکمت نکاح منافات دارد: « لا یحوز العزل عن الحره بغير شرط، ذلک حال العقد لمنافاته لحکمه النکاح و هی استیلاذ » (شهید ثانی، الروضه البهیة، ۲، ۶۸). لذا این گروه از فقهاء غرض شارع مقدس از تشریح نکاح را تولید نسل می دانند و شرط خلاف آن را مخالف با مقتضای عقد تلقی می کنند.

۲- نقطه مقابل این دیدگاه کسانی هستند که تمتعات جنسی را از آثار عقد نکاح و حقوق مربوط به زوجین می دانند و شرط برخلاف آن را صحیح و نافذ می دانند از پیشگامان این دیدگاه در فقه، مرحوم محقق حلی در شرایع الاسلام و شهیدثانی در مسالک الافهام و صاحب جواهر در جواهر الکلام است: «انما الوطاء غایه من الغایات» آنان روابط جنسی را یک هدف و غایت از مجموع غایات نکاح می دانند. (محقق حلی، شرایع الاسلام، ۲، ۲۷۳؛ شهید ثانی، مسالک الفهام، ۸، ۲۴۷؛ نجفی، جواهرالکلام، ۳۱، ۹۸).

امام خمینی نیز به تبع این بزرگان، انگیزه های جنسی را تنها غایت و حکمت تشریح نکاح نمی داند، بلکه ایشان عقیده دارند که بعضی از غرضهای عرفی و عقلایی بر ازدواج مترتب می شود که از صحت عقد نکاح حکایت می کند. غرضهایی چون محرمیت و وصلت با خانواده شریف. (موسوی خمینی، البیع، ۵، ۱۸۷).

نگارنده عقیده دارد آنچه در عرف معمول و متعارف است و اغلب مردم از نکاح قصد میکنند، همان روابط زناشویی و توالد و تناسل است، لذا عرف ازدواجی که در آن تمتعات جنسی نباشد را ازدواج نمی شناسد. البته موارد نادر و شاذی هم است که ازدواج را به خاطر اهداف خاصی، مانند همدمی، پرستاری، محرمیت انجام می دهند که این موارد استثنایی خدشه یی به اصل وارد نمی کند. در نتیجه می توان ادعا کرد که توالد و تناسل و التزامات آن، یعنی روابط جنسی، اگر مقتضای ذات عقد نکاح نباشد، اما به لحاظ اهمیتی که در زندگی زناشویی دارد، از اثر ظاهری عقد نکاح و یکی از اهداف مهم زناشویی است؛ یعنی از منشاءات اطلاقی عقد نکاح است که عرف آن را از التزامات لا ینفک و ضروری عقد می داند، لذا شرط خلاف آن می تواند در حکم آن مقتضای ذات عقد نکاح تلقی شود.

### مبحث سوم: شرط عدم تمکین در فقه امامیه

از اینکه زوجه می تواند در ضمن عقد نکاح، شرط عدم تمکین کنند یا خیر؟ در فقه امامیه نظرات مختلفی ابراز شده است. صحت یا عدم صحت چنین شرطی، بستگی به نوع مبنا و نگرش فقها درباره مقتضای عقد نکاح دارد: ۱- فقهیانی که هدف از تشریح نکاح را در شرع مقدس، توالد و تناسل

و استمتاعات جنسی را لازمه این مقاصد دانسته اند، شرط خلاف این آثار را مغایر با مقتضای عقد نکاح و باطل می دانند.

۲- آن دسته از فقها که استمتاعات جنسی را از آثار و منشاءات تبعی و فرعی و لاحق بر عقد نکاح می دانند؛ به تعبیری دیگر می گویند که تمکین، مقتضای اطلاق عقد نکاح است نه مقتضای ذات نکاح، چنین شرطی را جایز و قابل تغییر و تعدیل در ضمن عقد می دانند ولی اگر هنگام عقد شرطی به میان نیاید اقتضای اطلاق عقد نکاح زن را مکلف می سازد تا در برابر خواست زوج تمکین کند در غیر اینصورت نفقه‌ای به او تعلق نمی گیرد.

۳-۱. قول به صحت شرط عدم تمکین

عده ای از فقهاء و حقوق دانان بر این باورند که زن می تواند در عقد نکاح شرط عدم تمکین کند؛ مثلاً در ضمن عقد شرط کند که زوج او را وطی نکند، خلاصه ادله آنان بر جواز نکاح مشروط به عدم تمکین به شرح ذیل است:

الف-التزام وفای شرط:

وجود التزام زوج به شرط ضمن عقد حسب عموم ادله وفای به شرط: «أوفوا بالعقود» (سوره مائده، ۱) و همچنین استناد به روایت مشهور از بنی اکرم (ص): «وَمَنْ شَرَطَ لَامْرَأَتِهِ شَرْطَ فَلَيْفٍ لَهَا بِهِ فَانَ الْمُسْلِمِينَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ إِلَّا شَرْطًا حَرَّمَ حَلَالًا أَوْ أَحَلَّ حَرَامًا». (حر عاملی، وسائل الشیعه، ۱۲، ۳۵۳). هر کسی با همسر خود شرطی کند، باید به آن شرط وفادار باشد، مگر آنکه شرط مذکور حلالی را حرام کند یا حرامی را حلال کند.

در پاسخ می گوئیم: وفای به شرط زمانی الزامی است که مفاد آن حلال و مباحی را حرام نکند، در حالی که شرط عدم تمکین به طور مطلق و شرط عدم وطی در کل زندگی زناشویی، از مصادیق تحریم مباح است. چنانچه در باب بطلان سوگند بر دوام ترک آشامیدن عصیر مباح این گونه آمده است: «لیس لک أن تحرم ما أحلَّ الله» (نائینی، منیة الطالب، ۲، ۱۰۵). بنابراین چنین شرطی (عدم تمکین) اگر خلاف مقتضای ذات عقد هم نباشد از موارد سلب حق به طور کلی است مخالف با قوانین آمره است و باطل می باشد.

ب- روایت عماربن مروان از امام صادق (ع):

استناد به روایت عماربن مروان عن ابی عبدالله (ع): «قلتُ جاءَ رجلٌ إلى امرأه فسألها أن یزوجها نفسه، فقالت اتزوجک نفسی علی أن یزوجها نفسی علی أن تلمس منی ما شئت من نظر او التماس و تنال منی ما ینال الرجل من اهله إلا إنک لا تُدخِل فرجک فی فرجی و تلذذ بما شئت فانی اخاف الفضيحة، قال لا بأس لیس له ما شرط» (حر عاملی، وسائل الشیعه، ۲۱، ۲۵۹) عماربن مروان



از امام صادق(ع) نقل می‌کند که به امام عرض کردم مردی پیش زنی رفته واز او خواست که خود را به ازدواج مرد در آورد. زن گفت من خودم را به حباله نکاح تو در می‌آورم بر اینکه هر چه خواستی از من اعم از نگاه کردن، لمس کردن، و هر کاری که یک مرد با زنش انجام می‌دهد تو انجام بدهی و جز این که آلت را در فرج من داخل نکنی، و غیر از آن هر چه خواستی لذت ببر، چرا که من از رسوایی می‌ترسم. امام (ع) فرمود: اشکالی ندارد مرد به جز آن که شرط کرده حق ندارد.

با توجه به قید ( انی أخاف الفضيحة ) به نظر می‌رسد روایت اشاره به نکاح موقت دارد زیرا نکاح متعه، اساسش بر پنهان بودن است، و آن زن خواست این رابطه مشروع، مخفی بماند و این راز با مسائلی چون وطی و تبعات آن مثل باروری فاش نگردد.

ج- غایات متعدد از نکاح داشتن:

تمتع جنسی تنها غایت از نکاح نیست، امام خمینی (ره) در کتاب البیع، شرط عدم روابط جنسی در ضمن عقد نکاح را پذیرفته‌اند. استدلال ایشان بر جواز چنین شرطی این است که انگیزه های جنسی، تنها هدف و حکمت ازدواج نیست. بلکه اغراض عقلانی و عرفی فراوانی در نکاح مترتب است؛ مثل حصول محرمیت، وصلت با خانواده شریف و... که تحقق هر یک می‌تواند مصحح عقد نکاح باشد، (موسوی خمینی، البیع، ۵، ۲۸۳). همچنین ایشان در کتاب تحریرالوسیله گفته‌اند: اگر زن در ضمن عقد نکاح شرط عدم ازله بکارت کند، وفای به شرط لازم است بدون این که فرقی بین نکاح دائم و منقطع باشد. البته اگر زوج وفای به شرط نکند، عقد باطل نمی‌شود. (موسوی خمینی، تحریرالوسیله، ۲، ۲۷۱).

به نظر می‌رسد سخن امام (ره) خدشه‌ی بی‌به اصل مشروع نبودن شرط عدم تمکین وارد نمیکند؛ زیرا گاهی ضرورتی مهم ایجاب می‌کند که مجوز شرطی در یک ظرف زمانی خاص است. لذا کسی که به قصد حصول محرمیت یا پرستاری از شخص بیمار، ازدواج می‌کند، امر مباحی را بر خود تحریم نمی‌کند بلکه بخاطر یک هدف و مصلحتی مهم تر یا به طور موقت خود را بی‌نیاز از امور جنسی می‌بیند.

د- جواز ازدواج معذور الوطی:

مرحوم صاحب جواهر، مقاصد ازدواج را منحصر به تمتع جنسی و توالد و تناسل نمی‌داند و می‌گوید اساساً برای صحت عقد، رعایت مقاصد و لحاظ غایات اعتباری ندارد: « ولو إن الوطء من مقتضیات النکاح علی وجه یستلزم اشتراط عدمه بطلانه لم یجز نکاح المتعذر و طؤها او وطئه، و هو معلوم الفساد، و انما الوطء غایه من الغایات». (نجفی، جواهرالکلام، ۳، ۱۰۰). محمد جواد مغنیه نیز در تأیید حرف صاحب جواهر می‌گوید: « یصح الزواج بامراه یتعذر و طؤها و یصح ایضاً أن تتزوج هی

من رجل عنین، و ترضی بعیب العین» (مغنیة، فقه امام جعفر صادق، ۵، ۱۸۸) پس اگر هدف اصلی ازدواج، تمتعات جنسی باشد، کسانی که توانایی برقراری این رابطه را ندارند مثل شخص عنن و قرن و با انگیزه‌های دیگری چون تنهایی، همدلی، پرستاری و ... ازدواج می‌کنند، از این موهبت الهی و سنت پیامبری، برای همیشه محروم می‌مانند.

به نظر می‌رسد در اینجا باید بین کسی که این مباح را بر خود تحریم میکند با کسی که قدرت برقراری رابطه جنسی را ندارد فرق گذاشت. مباح بودن رابطه زناشویی را می‌توان از عناصر اساسی نکاح تلقی کرد و شرطی که این حق را از همسر بگیرد، از مصادیق تحریم حلال و سلب حق به طور کلی است؛ ولی امکان عملی زناشویی و وقوع آن از عناصر ازدواج نیست لذا نکاح پیران و بیماران جایز است.

#### ه - قابل اسقاط بودن حق تمکین:

عده ای هم در جواز شرط عدم تمکین استدلال کردند که داشتن روابط جنسی در زندگی زناشویی از حقوق مرد نسبت به زن تلقی شده است نه حکم شرعی. (مؤمنی، نکاح مشروط، ۲۴) چنانچه خروج زن از منزل با حق استمتاع مرد تنافی داشته باشد جایز نیست یا روایاتی از این قبیل: زنی از رسول اکرم (ص) سؤال کرد. حق زوج بر زوجه چیست؟ فرمود: شوهر را اطاعت کند و از خواسته های او دریغ نکند «و إن کانت علی ظهر قتب» اگر چه سوار بر شتر باشد. (حر عاملی، وسایل الشیعه، ۲۰، ۱۵۸) یا «تعرض نفسها علی غدوه و عشیه» (همان) از حقوق مسلم زوج بر زوجه این است که زوجه هنگام صبح و شب خود را بر شوهر عرضه کند؛ چون تمکین بر متون دینی ما یک حق تلقی شده است از ویژگی حق آن است که قابل اسقاط می‌باشد.

به نظر می‌رسد که اولاً اهمیتی که روایات ما برای مسأله تمکین قائل شده است نزدیک به وجوب است، ثانیاً نقش آن در تحکیم بنیان خانواده بر کسی پوشیده نیست، لذا می‌توان آن را در حکم قوانین آمره تلقی کرد و شرط خلاف آن را نامشروع دانست. ثالثاً شرط نفی مطلق تمکین در زندگی زناشویی از مصادیق تحریم حلال است. رابعاً: «کونه حقاً فغیر معلوم» این که استمتاع از زوجه، حق باشد، تردید است. (امام خمینی (ره)، البیع، ۱، ۴۸). خامساً: بعضی از حقوق مثل حق استمتاع زوج از زوجه، بالمسامحه، حق نامیده می‌شوند، این دسته از حقوق مثل حق ابوت و حق ولایت حاکم در واقع از احکام هستند، نه حق. (یزدی، حاشیه المکاسب، ۱، ۵۶).

#### و - عقلایی بودن شرط عدم تمکین:

عده ای از فقهایان معاصر در پاسخ به این سؤال که زن در ضمن عقد نکاح، شرط نفی همه نوع استمتاع نماید یا شرط عدم وطی و عدم ازاله بکارت کند، فرمودند: شرط جایز و نافذ است و

مخالفت جایز نیست چه در دایم و چه در منقطع، البته در صورتی که این شرط عقلانی باشد و سفهی نباشد. (بهجت، استفتاءات، ۴، ۲۷؛ جامع المسائل، ۳، ۵۲).

پاسخ مرحوم آیت الله بهجت با قید اینکه اگر شرط عقلانی باشد و سفهی نباشد، بیانگر آن است که چنین شرطی اولاً و بالذات در ضمن عقد نکاح جایز نیست مگر ضرورتی یا مصلحتی مهم تر آن را توجیه کنند، زیرا هیچ انسان سالم و صاحب عقل، بی جهت اقدام به چنین شرطی در ضمن عقد نمی‌کند، مگر غرض و هدف مهم تر در میان باشد.

### ۳-۲. قول عدم صحت شرط عدم تمکین

در مقابل نیز، عده کثیری از فقیهان و حقوقدانان بر این باورند که شرط عدم تمکین، خلاف مقتضای ذات عقد نکاح است و با مقصود اصلی از تشریح نکاح در شرع مقدس مغایرت دارد. از پیشگامان این عقیده در فقه می‌توان به شیخ طوسی در کتاب المبسوط، ابن حمزه طوسی در کتاب الوسيله، ابن ادریس در کتاب السراير، علامه حلی در کتاب مختلف الشیعه و فخرالمحققین در ایضاح الفوائد اشاره کرد. (به نقل از نجفی، جواهرالکلام، ۳۱، ۹۹). برخی از حقوق دانان معاصر نیز، چنین شرطی را منافی با مقتضای ذات عقد نکاح می‌دانند از جمله: (کاتوزیان، حقوق خانواده، ۱، ۲۲۵؛ جعفری لنگرودی، حقوق خانواده؛ ۱۹۳، شهیدی، شرط ضمن عقد، ۱۱۷؛ محقق داماد، قواعد فقه؛ ۲۵۱). آنان بر بطلان شرط عدم تمکین، چنین استدلال می‌کنند:

#### الف- نامشروع بودن شرط عدم تمکین:

شرط عدم تمکین، مخالف با کتاب و سنت است: «فَقَدْ سئِلَ الامام صادق (ع) عَنْ رجل تزوج علی ان فی یدها الجماع و الطلاق، قال خالفت السنه و وُلّیت حَقّاً لیس لها، ثم قضی ان علیه الصداق و فی یدیه الجماع و الطلاق» (حر عاملی، وسایل الشیعه، ۲۱، ۲۹۰). محمد بن قیس از امام باقر (ع) روایت کرد در مورد مردی که زنی را به ازدواج خویش در آورد و زن مهریه را به مرد داده بود و بر مرد شرط کرده بود که حق جماع (نزدیکی) و طلاق بدست زن باشد؛ امام فرمودند: مخالفت با سنت کرده و متکفل حقی شده که اهلش نبوده، پس حضرت حکم کرد که مهریه بر عهده مرد است و جماع و طلاق در اختیار مرد است و این سنت می‌باشد. وجه استدلال مخالفین شرط عدم تمکین به روایت مذکور این است همانگونه که واگذاری امر جماع و طلاق در دست زن، خلاف سنت است، شرط عدم تمکین به طریق اولی مخالف کتاب و سنت الهی است.

به نظر می‌رسد چنین قیاسی، درست نباشد، زیرا واگذاری امر طلاق و جماع در دست مرد به حکم نص قرآن: «الرجال، قوامون علی النساء» (سوره نساء، ۳۴) و روایت مشهور نبوی: «الطلاق بید من أخذ بالساق». (شهید ثانی، الروضة البهیة، ۲، ۱۴۹) است.

### ب-مناقشه در واژه تمکین:

شرط عدم تمکین با واژه «أنکحت» در صیغه عقد نکاح مغایرت دارد. لذا اگر اشکال شود که معنی لفظ نکاح که در لغت به معنی «وطی» یا نزدیکی کردن است با چنین شرطی یعنی عدم تمکین مغایرت دارد.

پاسخ این است که: اولاً: لفظ «نکح» در لغت به چند معنی آمده است از جمله تقابل، وطی و عقد است. (طریحی، مجمع البحرین، ۳، ۴۲۱). مشهور فقها گفته اند که نکاح شرعاً و لغتاً برای عقد وضع شده است و در آن حقیقت شرعیه شده است و استعمال آن برای وطی مجاز است و نیاز به قرینه دارد همچنین طبع هر انسانی که قصد چنین کار خیر دارد نمی پسندد، معنی جماع که ذکر آن در عرف، قبیح به نظر می رسد را در مورد ازدواج به کار گیرد. (نجفی، جواهر الکلام، ۲۹، ۷). ثانیاً به کارگیری معنی وطی در عقد نکاح از باب استعمال مجازی و علاقه سببیت است یعنی سبب (عقد) مجازاً به نام مسبب (وطی) خوانده شده است و این شیوه در ادبیات متداول است. ثالثاً: در متون دینی ما هر جا اسم از نکاح آمده است به ذهن انسان معنی عقد تبادر می شود نه وطی؛ مگر در سوره نور، آیه ۲۲ (... حتی تنکح زوجاً) که به نظر می رسد در آنجا نیز واژه نکاح به معنی عقد است زیرا ابتدا عقد منعقد می شود و سپس وطی، مشروعیت پیدا می کند زیرا عقد سبب حلیت جماع است. رابعاً: ما در این مقاله شرط عدم وطی در تمام عمر زناشویی را از مصادیق سلب حق به طور کلی و مخالف قوانین آمره و نامشروع می دانیم.

### ج-مغایرت با مقاصد نکاح:

شرط عدم تمکین با مقاصد شریعت از نکاح که استیلاست مغایرت دارد زیرا در بسیاری از روایات هدف بنیادی ازدواج، بقاء نسل معرفی شده است. چنانچه نبی اکرم می فرماید: «تناکحوا تناسلوا فانی اباهی بکم الامم یوم القیامه حتی بالسقط» (محمدی ری شهری، میزان الحکمه، ۵، ۲۲۴۸). همسری ولود برگزینید، فرزندان را زیاد کنید، بدرستی که من در روزقیامت به افزونی امت خود افتخار می کنم. و در پاره ای از روایات هم از عزل (انزال نطفه در خارج رحم) به قتل پنهان (الواد الخفی) تعبیر شده است، زیرا عزل موجب می شود که زن هم از اوج التذاذ محروم شود و هم از نعمت فرزندآوری «لان حکمه النکاح الستیلا». (شهید ثانی، الروضه البهیة، ۲، ۶۸) لذا چون غرض شارح از تشریح نکاح، تولید مثل است پرواضح است که حذف روابط جنسی که مقدمه و لازمه باروری است با غرض شارع سازگاری ندارد.

به نظر می رسد چنین شرطی در ضمن عقد با حکمت نکاح بر فرض که فقهیان، فرزندآوری را به عنوان مقتضای عقد پذیرفته باشند، هیچ منافاتی ندارد زیرا در عمل مرد و زن حق ممانعت از

بارداری را دارند لذا حکم به رخصت ضمنی عزل بدون رضایت زن و جواز عزل با شرط ضمن عقد، موید مدعی است، همچنین جواز استعمال داروهای ضد بارداری از سوی زن، بدون رضایت شوهر، این دیدگاه را تقویت می کند.

د-تحریم مباح شدن:

التزام به ترک روابط جنسی در ضمن عقد که از طریق نکاح برای زوجین مباح شده است و راه دیگری هم برای حلیت آن وجود ندارد از مصادیق تحریم حلال است چنانچه در روایات آمده است: « لیس لك ان تحرم ما احل الله » (بجنوردی، ۳، ۲۶۴؛ نایینی، منیه الطالب، ۲، ۱۰۵). آن چه را که خدای متعال بر شما مباح کرده، بر خود حرام نکنید.

قبلاً اشاره شد که نادیده گرفتن همه ی جوانب تمتعات و بهره وری جنسی در زندگی زناشویی از مصادیق تحریم مباح است؛ اما محدود نمودن آن به نوع خاصی از تلذذ، یا مشروط کردن آن در ظرف زمانی خاص، برابر توافق و تراضی ضمن عقد، بلامانع است.

۳-۳. قول به صحت شرط عدم تمکین در نکاح موقت و عدم صحت آن در نکاح دائم

معظم فقها در ذیل بحث شروط ضمن عقد نکاح، در استناد به روایت سماعه بن مهران و اسحاق بن عمار مبنی بر شرط عدم وطی زوجه توسط زوج که شرح آن قبلاً گذشت، استدلال کردند که مفاد روایت اشاره به نکاح موقت دارد نه نکاح دائم. از پیشگامان این عقیده، شیخ طوسی است. اگر چه ایشان در کتاب نهایه خود چنین شرطی را به صورت مطلق هم در نکاح دائم و هم در نکاح موقت، به صورت نقل روایت نه از روی اعتقاد پذیرفتند: « فان شرطت علیه فی حال العقد ألا یفتضها، لم یکن له افتضاؤها » (طوسی، النهایه، ۴۷۵) اگر زن با مرد شرط آمیزش کند، وفای به آن شرط بر مرد لازم است.

اما جناب شیخ در کتاب مبسوط از عقیده خود برگشتند و آن را به ازدواج موقت اختصاص دادند نه ازدواج دائم؛ زیرا غرض اصلی از نکاح دائم را توالد و تناسل و لازمه آن را وطی می دانند: «إن تشرط الزوجه علیه ألا یطأها، فالنکاح باطلٌ لآنه شرط یمنع المقصود بالعقد...و عندی ان هذا یختص عقد المتعة دون عقد الدائم » ( شیخ طوسی، المبسوط، ۴، ۳۰۴). اگر زن با شوهر عدم وطی کند، چنین شرط در نکاح دائم باطل است زیرا با مقصود اصلی عقد منافات دارد اما در نکاح موقت بلامانع است.

پیروان مکتب شیخ طوسی در تأیید حرف ایشان گفته اند: شرط عدم آمیزش در نکاح باطل است زیرا با کتاب و سنت مغایرت دارد. همچنین اصل بر برائت ذمه شوهر از شرط است اتفاق و اجماع نیز بر این گونه شرط منعقد نشده است مگر در خبرهای شاذ، و بر فرض صحت سند روایت

هم آن را تخصیص به ازدواج موقت دادند نه ازدواج دائم. (علامه حلی، مختلف الشیعه، ۷، ۱۶۴، فخرالمحققین، ایضاح الفوائد، ۳، ۲۰۷؛ طباطبایی، ریاض المسائل، ۱۲، ۶۱، ابن براج، المهذب، ۲، ۲۰۷؛ ابن ادریس، السرایر، ۲، ۵۹۰) همچنین آنان گفته اند که دلیل اختصاص روایت به ازدواج موقت این است که مقصود اصلی از متعه، تلذذ و بهره وری جنسی و تقلیل شهوت است، و این مقصود در نکاح موقت غیر از طریق وطی از راههای دیگر هم امکان پذیر است برخلاف ازدواج دائم که غرض از آن بقای نسل است. (محقق کرکی، جامع المقاصد، ۱۳، ۳۹۴). شهید ثانی در مسالک و صاحب جواهر در شرح بر شرایع الاسلام در پاسخ به این اشکال؛ دلالت روایت مزبور را مطلق، اعم از دائم و موقت دانسته اند و تخصیص آن به متعه را نوعی تحکم و اجتهاد در مقابل نص تلقی نمودند. علاوه بر آن گفته اند که التذاذ و تمتعاتی کاملی چون وطی در نکاح موقت، بیشتر منظور است؛ همچنین جواز ازدواج معذور الوطی خلاف ادعای مخالفین با شرط عدم تمکین است: «و هوکما تری تحکم بلاحاکم ضروره عدم الفرق بین الدائم و المنقطع فی ذلک، بل ربما کان الوطء فی الاخیر أشد... و لو ان الوطء من مقتضیات النکاح علی وجه یستلزم اشتراط عدمه بطلانه لم یجز نکاح المتعذر و طئها او و طئه. و هو معلوم الفساد و انما الوطء غایه من الغایات» شرط عدم وطی در نکاح دائم هم صحیح است، اگر وطی از مقتضیات نکاح باشد افرادی چون عنن و قرن و کسانی که به عللی از وطی، ناتوان هستند از این ازدواج کردن محروم می شوند در صورتی که در صحت عقد نکاح رعایت همه مقاصد و غایات عقد، یا مقاصد غالبه آن نیازی نیست. لذا وطی یکی از مجموع غایات نکاح است. (نجفی، جواهر الکلام، ۳۱، ۱۰۰؛ شهید ثانی، مسالک الافهام، ۸، ۲۴۹؛ مُغْنِیَه، فقه الامام جعفر صادق (ع)، ۵، ۱۸۹).

به نظر می رسد خبر سماعه و اسحاق بن عمار بیانگر صحت شرط عدم وطی در نکاح موقت باشد، زیرا اساس ازدواج موقت بر پنهان ماندن است و چون ازاله بکارت در دوشیزگان، عار بود و یا ترس از باروری آنان را مجبور به انعقاد چنین شرطی در ضمن عقد نکاح موقت می کرد؛ چنانچه قید (انی اخاف الفضحة) در روایت مذکور این مدعی را تقویت می کند. همچنین مفاد روایت در نکاح موقت ظهور دارد و آنچه در نظر عرف از نکاحی با چنین شرط به ذهن مردم متبادر می شود و در آن انصراف و غلبه دارد، نکاح متعه است؛ اما تجویز نکاح معذور الوطی و قیاس آن با کسی که توانایی روابط زناشویی دارد ولی این حق را به طور کلی از خود سلب می کند صحیح نمی باشد.

### ۳-۴. تمکین محدود در ازدواج موقت

فقهاء عقیده دارند که هر یک از زن یا شوهر می توانند در ضمن عقد نکاح موقت شرط تمکین محدود کنند به زمانی یا مکانی خاصی نمایند. مثلاً شرط شود شوهر با همسر خود بیش از یک بار زناشویی نداشته باشد، یا اینکه زن شرط نماید که شوهر فقط شبها یا فقط روزها با همسر زناشویی داشته باشد. «يجوز لها ان يشترط عليها و عليه الاثنيان ليلاً او نهاراً و ان يشترط المرأة و المرات في الزمان المعين و غير ذلك من الشرايط السايغه التي هي غير منافية للمقتضى العقد، نعم هي منافية لمقتضى اطلاقه كما في كل شرط سائغ» (نجفی، جواهرالکلام، ۳۰، ۱۸۷).

### مبحث چهارم: شرط عدم تمکین در فقه اهل سنت

فقه‌های مذاهب اسلامی؛ شروط ضمن عقد را به دو قسم تقسیم نمودند: شروط صحیح و شروط غیر صحیح. آنان بر صحت شروطی که با مقتضی عقد سازگاری دارد و بر بطلان شروطی که مخالف با احکام شرع است یا با مقصود از ازدواج مغایرت دارد، اتفاق نظر دارند. با تتبع و جستجو در متون فقهی اهل سنت این نتیجه حاصل شد که شرط عدم تمکین در ضمن عقد نکاح، باطل است؛ اما نسبت به بطلان عقد مشروط به شرط عدم تمکین اختلاف نظر است که ما به شرح مختصری از آن بسنده می کنیم:

#### ۴-۱. فقه حنیفه

طبق این مذهب، شرط صحیح، شرطی را گویند که مقتضی عقد است و مطابق شرع و عرف باشد مثلاً زن با شوهر شرط کند که نفقه او را بدهد؛ اما شرط غیر صحیح شرطی است که با هدف از عقد، منافات داشته باشد؛ مثلاً زن با شوهر خود شرط کند که هر وقت خواست، خودش را طلاق بدهد، یا زوج با کس دیگری ازدواج نکند یا از همدیگر ارث نبرند. حکم این گونه شروط آن است که نفس شرط لغو است و اثری در عقد ندارد؛ اما عقد صحیح است؛ زیرا از نظر فقهای حنفی، قاعده ای مقرر شده که عقد نکاح با شروط فاسد، باطل نمی گردد اگر چه در خصوص شرط عدم تمکین در کتب اصیل فقه حنیفه، سخنی به میان نیامده است؛ اما با توجه به شروط مشابه، می توان آن را در ردیف شروط باطل قرار داد. (زحیلی، الفقه الاسلامی، ۹، ۶۵۴۱؛ جمال عبدالناصر، موسوعه الفقه الاسلامی، ۱۱، ۱۸۹؛ جزیری، الفقه علی المذاهب الاربعه، ۴، ۸۵؛ شیخ الاسلامی، احوال شخصیه، ۱، ۴۵). در کتاب الدرالمختار فقه حنفی در پاسخ به شرط عدم استمتاع جنسی آمده است: چنین شرطی در ضمن عقد نکاح باطل است ولی عقد صحیح است زیرا هدف از عقد نکاح استمتاع جنسی است و شرط مذکور منافی با هدف نکاح است. (شیخ علاءالدین مصکفی، رد المختار، ۷۸۶).

#### ۴-۲. فقه مالکیه

مالکیها اگر چه راجع به شرط کردن زن در امر زناشویی سخنی نگفته اند؛ ولی از بیان حکم به بطلان شروط مشابه آن در ضمن عقد نکاح می توان چنین استنباط کرد که این گونه شرط کردن، باطل است.

شرط فاسد از منظر فقه مالکی به شرطی گفته می شود که با مقصود از نکاح منافات دارد یا با حقوق نکاح ناسازگار است؛ مثلاً زن شرط کند که شبها نزد زوج نباشد و روزها باشد. یا در تقسیم شبها میان همسران عدالت و تساوی را رعایت نکند یا از یکدیگر ارث نبرند یا شرط کنند که نفقه مرد را زن بپردازد یا کار مرد در دست زن باشد؛ حکم این گونه شروط اگر قبل از دخول باشد، مبطل عقد نکاح است اما چنانچه بعد از دخول باشد، شرط لغو است و به زن مهر المثل تعلق می گیرد. (جمال عبدالناصر، موسوعه الفقه الاسلامی، ۱۱، ۱۹۸؛ جزیری، الفقه علی المذاهب الاربعه، ۴، ۸۸).

#### ۴-۳. فقه شافعی

فقه شافعی امور مربوط به تمکین و روابط زناشویی در نکاح را جزء مقصود اصلی از نکاح میدانند که شرط خلاف آن، باطل و مبطل عقد است. آنان در یک تقسیم بندی، شروط باطل را به دو قسم تقسیم نمودند: ۱- شرطهایی که با مقصود اصلی ازدواج، منافات ندارند بلکه فقط مغایر مقتضی عقد نکاح هستند؛ مثلاً زن شرط کند که شوهر همسر دوم اختیار نکند، یا با شوهر خود سفر نکند، یا نفقه زن را ندهد، این گونه شرط کردن چون با مقصود اصلی نکاح ( آمیزش ) منافاتی ندارند فقط شرط باطل است و موجب بطلان عقد نکاح نمی شود.

۲- شرط هایی که با مقصود اصلی از نکاح منافات دارند؛ مثلاً شرط شود که شوهر اصلاً با همسر خود رابطه زناشویی نداشته باشد، یا در سال فقط یک بار زناشویی داشته باشد یا فقط در شب یا فقط در روز آمیزش داشته باشند، این گونه شرط ها و امثال آن، چون زوج را از حق مسلم خود محروم می کند با مقصود اصلی نکاح تنافی داشته موجب بطلان عقد نیز خواهد بود.

شافعی ها معتقدند که چنین شرطی اگر از طرف مرد باشد؛ یعنی اگر شوهر با زن شرط کند که مثلاً فقط شبها زناشویی داشته باشد یا آن را محدود به زمان و مکان خاصی نماید. هم شرط و هم عقد صحیح است؛ زیرا شوهر مالک زناشویی شبانه روزی است و این حق شوهر است که زناشویی را انجام ندهد. (زحیلی، الفقه الاسلامی، ۹، ۶۵۴۴؛ جمال عبدالناصر، موسوعه الفقه الاسلامی، ۱۱، ۲۱۹ - ۲۱۴).

#### ۴-۴. فقه حنابله

از دیدگاه حنابله شرط غیر صحیح آن است که در خصوص آن از طرف شارع نهی وارد شده باشد و یا منافی مقتضای عقد و مخل به مقصود اصلی باشد؛ مثلاً شوهر شرط عدم نفقه کند یا زن شرط



کند که مرد از او متمتع نگردد و یا شرط عزل نماید یا سهم او نسبت به دیگر همسران کمتر یا بیشتر باشد یا شرط کند در هفته جز یک شب نزد زوج نباشد یا فقط روزها پیش او بیاید نه شبها؛ این قبیل شروط باطل هستند؛ زیرا اولاً: با مقتضای عقد نکاح مغایرت دارند ثانیاً: اسقاط ما لم یجب است؛ یعنی قبل از آنکه عقد نکاح منعقد گردد، حقوق برآمده از عقد نکاح ساقط شده است.

اما بطلان شرط به عقد سرایت نمی کند؛ زیرا شرط یک معنی زاید بر عقد است که عقد بدون آن هم محقق می گردد؛ مثلاً در صورت جهل به شرط یا شرط کردن یک مهر حرامی در ضمن عقد نکاح، موجب بطلان عقد نمی شود اما شرط باطل است. (ابن قدامه، المغنی، ۷، ۵۵۰، البهوتی، کشاف الفناع، ۵، ۱۰۷؛ جزیری، الفقه علی المذاهب الاربعه، ۴، ۸۷).

### مبحث پنجم: تعدیل در حق تمکین

عقد نکاح در میان سایر عقود از ویژگی های خاصی برخوردار است؛ زیرا با عواطف و اخلاق و دین مردم پیوند عمیق دارد، و به واسطه همین طبیعت خاص است که از سایر عقود ممتاز می شود. در سایر عقود با توجه به اصل حاکمیت اراده در تعیین آثار و احکام قرارداد، تا حد زیادی آزادی عمل دارند و می توانند حدود و شرایط تعهدات قرار دادی را تغییر دهند، اما در عقد نکاح، اگر چه طرفین در انتخاب یکدیگر آزادند ولی آثار عقد را باید به همان ترتیبی که قانون معین کرده است، پذیرا باشند. از این رو متعاقدين در عقد نکاح با محدودیت بیشتری مواجه هستند. با این تفصیل می توان گفت که هر چند شرط خلاف بعضی از آثار نکاح مثل تمکین، شرط خلاف مقتضای ذات عقد نیست و تابع اراده طرفین است، اما شاید بتوان شرط مطلق عدم تمکین را در حکم شرط منافی با مقتضای عقد تلقی کرد؛ زیرا:

اولاً: شرط عدم تمکین از جمله مصادیق شروطی است که اثر ظاهری در عقد را نفی می کند. و مراد از اثر ظاهری در عقد اثری است که مقصود و نهایی طرفین، تحقق آن باشد. (نایینی، منیه الطالب ۲، ۱۱۲) و نفی این آثار، عرفاً، ملازمه با نفی مضمون و مقصود اصلی عقد نکاح دارد. به عبارت دیگر مبنای اصلی مورد توافق زوجین و اثر مطلوب عقد، با شرط مذکور نفی شده است. لذا اگر در ضمن عقد شرط کنند که هیچ گونه استمتاع جنسی از یکدیگر نداشته باشند، شرط مزبور اگر خلاف مقتضای ذات عقد نباشد، اما چون یکی از مهم ترین اهداف عقد را نفی کرده است با شرط خلاف مقتضای عقد برابری می کند.

ثانیاً: همانگونه که قبلاً گذشت، علاوه بر شرع و قانون و قصد مشترک، یکی از معیارهای معتبر در تشخیص مقتضای عقد، عرف است. از این رو عرف پیوندی را که زوجین در آن حق استمتاع جنسی را به کلی حذف نمودند، نکاح نمی شناسد؛ یا اگر بشناسد، آن را قراردادی سست و متزلزل می

داند. مگر غرضی مهمتر و عقلانی لحاظ شود که این خلاء را توجیه نماید. اکنون با توجه به ادله ذکر شده می توان ادعا کرد که:

۱- نفی مطلق استمتاعات جنسی در ضمن عقد نکاح در حکم شرط خلاف مقتضای ذات عقد از مصادیق سلب حق به طور کلی یا تحریم مباح، تلقی شده و مغایر با قوانین آمره و اخلاق حسنه است و نامشروع می باشد.

۲- حذف بعضی از نوع استمتاع؛ مثلاً شرط عدم وطی در برهه ایی از زمان یا تقیید آن به زمان خاص به جهت غرضی مهم تر، عرفاً و شرعاً بلامانع به نظر می رسد. چنانچه مفهوم کلام شیخ انصاری در مکاسب نیز این قول را تقویت می کند: « هذا کله مع تحقق الاجماع علی بطلان هذا الشرط لکون الاثر کالمقوم العرفی للبیع او غرضاً اصلياً، کاشتراط عدم التصرف اصلاً فی المبیع، وعدم الاستمتاع اصلاً بالزوجۃ حتی النظر، و نحو ذلک» (انصاری، مکاسب، ۳، ۲۹).

جناب شیخ انصاری نیز تمتعات جنسی را از مقومات عقد نکاح و از مقتضیات ذات آن می داند که شرط خلاف آن باطل است و چنین شرطی مثل این است که فروشنده یی با خریدار شرط کند که در مبیع تصرفی نکند.

اما قید « اصلاً » و « حتی النظر » گویای آن است که اگر به موجب عقد، صرفاً حق نگاه کردن و از این قبیل استمتاعات از زوجه به زوج داده شود و حق دیگر تمتعات جنسی از او سلب شود، شرط صحیح است.

از این رو شرط خلاف بعضی از اجزای مقتضیات عقد یا بعضی از آثار مقتضا، عقد را ختنی نمی نماید، بلکه جزء و اثر مذکور را حذف می کند و بقیه اجزاء و آثار مقتضا به حال خود باقی می ماند و این گونه شرط عقلانی در نظر عرف هم پسندیده است. (امامی، حقوق مدنی، ۱، ۲۸۲)

همچنین هر کس می تواند تعهد کند در یک محدوده خاص و ظرف زمانی مشخص بنا به مصلحتی از انجام کار مباحی چشم پوشی کند؛ مثلاً کارگر شرکتی متعهد شود که تا پایان پیمان کار، ازدواج نکند. چنین قراردادی به معنی تجاوز از قوانین آمره و خلاف نظم عمومی و اخلاق حسنه نیست، و هیچ حلالی را حرام نمی سازد و اثر آن محدود به روابط بین طرفین قرارداد، است. چنانچه از مفهوم مخالف ماده ۹۵۹ قانون مدنی چنین بر می آید که سلب حق مدنی به طور جزئی و موقت به زمان خاص؛ ممکن است.

### نتیجه گیری و پیشنهادات:

۱- اگر زن بر شوهر شرط کند که هیچ از وظایف زوجیت، اعم از تمکین عام و خاص را انجام ندهد، چنین شرطی، اثر ظاهری عقد که از اهداف اساسی متعاقدين است را نفی می‌کند؛ زیرا عرف، اثر مطلوب عقد نکاح را، توالد و تناسل می‌داند و روابط زناشویی هم لازمه لاینفک این مقصود است. بنابراین، شرط عدم تمکین در حکم شرط خلاف مقتضای ذات عقد، است و اگر هم خلاف مقتضای عقد نباشد با روح نکاح مغایرت دارد و خلاف قوانین آمره و نظم عمومیتلقی می‌شود و مشروعیت ندارد.

۲- اگر زوجین عقد نکاح را به طور مطلق منعقد سازند؛ یعنی بدون هیچ شرط و شروطی، اقدام به ازدواج نمایند؛ اطلاق عقد نکاح، اقتضاء می‌کند که زن باید در قبال خواست زوج، به طور متعارف، تمکین نماید.

۳- اگر زوجه به جهت مصلحتی یا غرض مهم؛ مثلاً بخاطر فعالیت‌های اجتماعی و درگیریهای شغلی خود، با زوج شرط کند که در یک ظرف زمانی خاص از حق خود اغماض کند، یا به طور موقت از بعضی استمتاع‌های خودداری کند و یا در زمان خاصی با او حق روابط زناشویی داشته باشد، به نظر می‌رسد چنین شرطی برابر اصل حاکمیت اراده (ماده ۱۰ قانون مدنی) از حقوق مسلم طرفین بوده و صحیح است؛ خصوصاً در عصر حاضر با تغییر الگوهای زندگی زناشویی؛ زن و شوهر هر دو کمابیش در تامین معاش و هزینه‌های زندگی مشارکت دارند. زنان شاغل علاوه بر ایفای وظایف ناشی از زوجیت؛ بنابر ضرورت شغلی و فعالیت‌های اجتماعی، ناچار به خروج از منزل می‌باشند؛ اما از نظر شرعی محدودیت‌هایی برای آنها وجود دارد؛ زیرا بر خی از فقها، خروج زن از خانه را به هر منظور که باشد منوط به اذن و موافقت همسر می‌دانند، برخی هم بر این عقیده اند که خروج زن از منزل اگر منافات با حق استمتاع جنسی شوهر داشته باشد جایز نیست؛ لذا برای متعادل سازی اشتغال زن با زندگی خانوادگی و عدم تعارض آن با حق شوهر در امر تمکین؛ زوجین می‌توانند نسبت به تعدیل تمکین در عقد نکاح اقدام نمایند و انتظارات یکدیگر را در حد توافق، محدود کنند.

پیشنهاد این طرح به قوه محترم قضائیه با در نظر گرفتن جنبه اعتدال می‌تواند اولاً: زمینه ازدواج عده ای از بانوانی که تمکین مطلق از زوج را مانع پیشرفت‌های اجتماعی خود تلقی می‌کنند؛ باشد، ثانیاً: از بروز بسیاری از اختلافات و درگیریهای ناشی از تعهدات زناشویی بعد از عقد ازدواج، جلوگیری خواهد نمود.

## فهرست منابع :

- ۱- ابن قدامه، المغنی، بیروت، داراحیاء التراث العربی، بی تا.
- ۲- انصاری، شیخ مرتضی، المکاسب، دارالذخایر، قم، ۱۴۰۰ ق.
- ۳- امامی، حسن، حقوق مدنی، تهران، کتاب فروش اسلامی، چاپ دوم، ۱۳۶۳.
- ۴- البهوتی، کشاف القناع، دارالکتب العلمیه، بیروت، الاولی، ۱۴۱۸ ق.
- ۵- انیس، ابراهیم، المعجم الوسیط، تهران، انتشارات ناصر خسرو، بی تا.
- ۶- انصاری، شیخ مرتضی، کتاب البیع (المکاسب)، قم، مجمع الفکر الاسلامی، چاپ هفتم، ۱۴۲۵ ق.
- ۷- آیتی، محمد رضا، تحریر المکاسب، تهران، سمت، چاپ اول، ۱۳۸۹.
- ۸- بجنوردی، محمد حسن، القواعد الفقهیه، قم، نشرالهادی، الاولی، ۱۳۷۷.
- ۹- -----، محمد، قواعد فقهیه، تهران، انتشارات مجد، چاپ اول، ۱۳۸۶.
- ۱۰- بهجت، محمد تقی، استفتائات آیت الله بهجت، قم، دفتر معظم له، چاپ اول، ۱۳۸۶.
- ۱۱- جبعی عاملی (شهید ثانی)، مسالک الافهام، قم، موسسه المعارف الاسلامیه، چاپ اول، ۱۳۴۳ ق.
- ۱۲- جزیری، عبدالرحمن، الفقه علی المذاهب الاربعه، بیروت، دار احیاء التراث العربی، هفتم، ۱۴۰۶ ق.
- ۱۳- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، حقوق خانواده، تهران گنج دانش، چاپ اول، ۱۳۶۸.
- ۱۴- -----، مسوط، تهران، گنج دانش، چاپ اول، ۱۳۶۸.
- ۱۵- جمال، عبدالله الناصر، موسوعه الفقه الاسلامی، مصر، مجلس الاعلی للشئون الاسلامیه، بی تا.
- ۱۶- حلی، فخرالمحققین، ایضاح الفوائد، قم، موسسه اسماعیلیان، چاپ اول، ۱۳۸۹ ق.
- حراملی، وسایل الشیعه، قم، موسسه آل البيت، ۱۴۱۲ ق.
- ۱۷- حلی، ابن ادریس، کتاب السرائر، قم، موسسه النشر الاسلامی، چاپ دوم، ۱۴۱۰ ق.
- ۱۸- راغب الاصفهانی، المفردات فی غریب القرآن، دارالمعرفه، بیروت، الاولی، ۱۴۱۸ ق.
- زحیلی، وهبه، الفقه الاسلامی وادلته، دمشق، دارالفکر، الرابعه، ۱۴۱۸ ق.
- ۱۹- شایگان، سید علی، حقوق مدنی، قزوین، انتشارات طه، چاپ اول، ۱۳۷۵.
- ۲۰- شهیدثانی، الروضه البهیة، قم، مکتب الاعلام اسلامی، چاپ هفتم، ۱۳۷۲.
- ۲۱- شهیدی، مهدی، شروط ضمن عقد، تهران، انتشارات مجد، چاپ اول، ۱۳۸۶.
- ۲۲- شیخ علاءالدین، محمدبن علی المهکفی، ردالمختار علی الدر المختار، مکتبه الرشیدیة، بی تا.
- ۲۳- شیخ اسلامی، اسعد، احوال شخصیه، تهران، مرکز نشر دانشگاهی، چاپ اول، ۱۳۷۰.
- ۲۴- شیخ طوسی، المبسوط، تصحیح: محمد الباقر البهودی، تهران، الحیدریه، الثانیه، ۱۳۸۸.
- ۲۵- صفایی، حسین، امامی، اسدالله، مختصر حقوق خانواده، تهران، نشر میزان چاپ بیست و یکم، ۱۳۸۸.
- ۲۶- طباطبایی، محمد حسین، تفسیر المیزان، بنیاد علمی و فکری علامه طباطبایی، چاپ چهارم، ۱۳۷۰.
- ۲۷- طباطبایی، سید علی، ریاض المسائل فی الاحکام، بیروت، دارالهادی، الاولی، ۱۴۱۲ ق.

- ۲۸ - طوسی، محمدبن حسن، النهایه فی مجرد الفقه و الفتاوی، بیروت، دارالکتب العربی، چاپ دوم، ۱۴۰۰ ق.
- ۲۹ - طریحی، شیخ فخرالدین، مجمع البحرین، انتشارات مرتضوی، ۱۳۶۵.
- ۳۰ - علامه حلی (حسن بن یوسف)، مختلف الشیعه فی احکام الشریعه، تهران، مکتبه نینوی، بی تا.
- ۳۱ - -----، تبصره المتعلمین، تهران، کتاب فروشی اسلامیة، چاپ اول، ۱۳۶۷.
- ۳۲ - قاضی، عبدالعزیزابن براج، المهدب، قم، موسسه النشر الاسلامی، چاپ اول، ۱۴۰۶ هـ ق.
- ۳۳ - کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی (خانواده)، تهران، شرکت سهامی انتشارات، چاپ هفتم، ۱۳۸۵.
- ۳۴ - -----، قانون مدنی، تهران، نشر میزان، چاپ هشتم، ۱۳۸۲.
- ۳۵ - -----، حقوق مدنی (اعمال حقوق قرار داد)، تهران، برنا، چاپ پنجم، ۱۳۷۷.
- ۳۶ - ابن منظور، لسان العرب، قم، نشر ادب الحوزه، ۱۴۰۵ ق.
- ۳۷ - محقق حلی، شرایع الاسلام، قم، موسسه اسماعیلیان، الثالث، ۱۴۰۹ ق.
- ۳۸ - محقق کرکی، علی، جامع المقاصد فی شرح القواعد، قم، موسسه آل البیت (ع) چاپ اول، ۱۴۱۱ ق.
- ۳۹ - محمدی ری شهری، محمد، میزان الحکمه، قم، دارالحدیث، چاپ سوم ۱۳۸۱.
- ۴۰ - مروارید، علی اصغر، سلسله ینابیع الفقهیه، بیروت، لبنان، موسسه فقه الشیعه، ۱۴۱۰ ق.
- ۴۱ - مغنیه، محمد جواد، فقه امام جعفر صادق(ع)، قم، انتشارات قدس، بی تا.
- ۴۲ - محقق داماد، سید مصطفی، قواعد فقه، تهران، انتشارات سمت، چاپ دوم، ۱۳۷۶.
- ۴۳ - محقق داماد، تحلیل فقهی حقوق خانواده، تهران، نشر علوم اسلامی، چاپ ششم، ۱۳۷۶.
- ۴۴ - محقق ثانی، شیخ علی بن الحسین الکرکی، جامع المقاصد فی شرح القواعد، موسسه آل البیت، قم، الثانیة، ۱۴۱۴ ق.
- ۴۵ - موسوی خمینی، تحریر الوسیله، موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، اولی، ۱۳۷۹.
- ۴۶ - موسوی خمینی، کتاب البیع، قم، موسسه اسماعیلیان، بی تا.
- ۴۷ - مومنی، عابدین، نکاح مشروط، مجموعه مقالات نکوداشت آیت الله قبله ای خوبی، انتشارات سمت، ۱۳۸۷.
- ۴۸ - نائینی، منیه الطالب فی حاشیه مکاسب، تهران، المکتبه المحمدیه، ۱۳۷۳.
- ۴۹ - نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام، تهران، المکتبه الاسلامیه، بی تا.
- ۵۰ - نراقی، عوائد الایام فی بیان قواعد الاحکام، قم، انتشارات دفتر تبلیغاتی اسلامی، ۱۴۱۷، هـ ق.