

---

## مشروعیت ازدواج با شرط محدودیت در تمکین

تاریخ دریافت: ۹۲/۷/۲۹

تاریخ تأیید: ۹۲/۱۲/۸

---

### بهنام قنبرپور

عضو هیئت علمی دانشگاه آزاد اسلامی، واحد قائم شهر - behnamGhanbarpor45@yahoo.com

### سید جواد سید علیزاده گنجی

استادیار دانشگاه آزاد اسلامی، واحد قائم شهر - alizadeh\_ganji@yahoo.com

### چکیده

از منظر علمای فقه و حقوق اسلامی، درج هر شرطی در ضمن عقد نکاح که از شرایط عمومی صحت برخوردار باشد، بلامانع است. اکنون این پرسش مطرح است که آیا زوجه می‌تواند در ضمن عقد نکاح «تمکین محدود» را شرط نماید؟ پاسخ به این سؤال مستلزم بررسی ماهیت و مقتضای ذات عقد نکاح است. نوشتار حاضر که به روش تحلیلی و توصیفی مستند است می‌کوشد تا اثبات نماید که تمکین در ذات عقد نکاح لحاظ نشده است، بلکه مقتضای اطلاق آن می‌باشد؛ زیرا آثار و مقاصد متعددی بر نکاح مترتب است که هر یک می‌توانند مجوزی در صحت عقد تلقی شوند؛ از این رو، حق تمکین در ضمن عقد نکاح قابل تعدیل است. اما از آنجایی که شرط نباید سالب حق باشد، حذف هرگونه تمکین از زندگی زناشویی، مشمول ماده ۹۵۹ قانون مدنی بوده و نافی اثر مطلوب عقد نکاح است و با مفهوم عرفی ازدواج سازگاری ندارد؛ مع الوصف در زندگی معاصر که برخی از زنان همچون مردان در فعالیت‌های اجتماعی و اقتصادی مشارکت فعال دارند، گاهی پاسخ به مطالبات زوج در خصوص تمکین در هر زمانی میسر نیست؛ لذا برای پیشگیری از اختلافات مربوط به تعهدات تمکین، زوجه می‌تواند خواسته‌های زوج را در این زمینه با استفاده از شرط ضمن عقد محدود نماید.

### واژگان کلیدی

تمکین، مقتضای ذات عقد نکاح، شرط عدم تمکین.

## ۱. بیان مسئله

عقد نکاح همواره در تمام مذاهب و نظام‌های حقوقی مورد توجه دین، حکومت و قانون- گذران بوده است. در متون دینی اسلامی نیز عقد نکاح به عنوان بایی از عقود لازم از جایگاه مهمی برخوردار است. هر چند نکاح از جمله عقود معین به شمار می‌آید، ولی اهمیت و اعتبار ویژه و موقعیت حساس و ممتاز آن در میان سایر عقود بر کسی پوشیده نیست؛ چون بنیان جامعه بر خانواده و بنیان خانواده بر ازدواج سالم استوار است.

پس از وقوع عقد نکاح، زن و شوهر در برابر یکدیگر، حقوق و تکالیف گوناگونی (اعم از مالی و غیر مالی) پیدا می‌کنند. از جمله حقوق و روابط غیر مالی نشأت گرفته از نکاح، «تمکین زوجه» در قبال زوج است. اکنون این سؤال مطرح می‌شود که «آیا چنین حقی را می‌توان برابر اصل حاکمیت اراده با استفاده از شرط ضمن عقد نادیده گرفت؟»؛ به عبارت دیگر، «آیا زن می‌تواند بر شوهر شرط کند که هیچ یک از وظایف زوجیت را انجام ندهد و به اصطلاح «تمکین» (عام و خاص) نکند و یا آن را محدود به زمان خاصی نماید؟».

آنچه ضرورت این تحقیق را مسلم می‌سازد، این است که 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 مشارکت فعال دارند، لذا ترجیح می‌دهند که ضمن حفظ زوجیت، نقش اجتماعی خویش را توسعه بخشند. یکی از سازوکارهای تضمین این امر پیش‌بینی «محدودیت تمکین» در ضمن عقد نکاح است. حال، جای طرح این پرسش وجود دارد که «آیا چنین شرطی نافذ و معتبر است؟». برای پاسخ به صحت یا عدم صحت چنین شرطی، درک و فهم صحیح از مقتضای ذات و اطلاق عقد نکاح اجتناب‌ناپذیر است.

فقه‌های متقدم و متأخر به سؤالات مذکور پاسخ‌های متعددی داده‌اند. قبل از بررسی این اقوال، لازم است در ابتدا تعریف روشنی از ماهیت و مفهوم «نکاح»، «تمکین» و «مقتضای ذات و اطلاق عقد نکاح» داشته باشیم.

## ۲. ماهیت‌شناسی نکاح

در شرع مقدس، نکاح عبارت است از لفظی که مُمَلِّک و طی باشد و این همان معنی مجازی و علاقه سببیت است؛ یعنی سبب (عقد) را به نام مسبب (وطی) خوانده‌اند، چرا که عقد سبب اباحه و طی و جواز آن است (طریحی، ۱۳۶۵، ش، ۲: ۴۲۱).

نکاح در اصطلاح دارای تعریف واضح و روشنی است، نزد عرف به معنی ازدواج کردن است. به همین سبب در قانون مدنی و لسان فقها تعریف مشخصی از آن ارائه نشده است. با این حال عده‌ای از صاحب‌نظران، نکاح را یک رابطه حقوقی بین زن و مرد می‌دانند که هدف اصلی آن «اتحاد جنسی» است؛ و برخی نیز برقراری حق استمتاع را لازمه عرضی ایجاد رابطه زناشویی دانسته‌اند (امامی، ۱۳۶۳، ۴: ۲۶۸؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۶۸: ۱۹۳). دکتر شایگان، نکاح را عقدی می‌داند که به وسیله آن، مرد و زن به قصد شرکت در زندگی با یکدیگر همکاری می‌کنند (شایگان، ۱۳۷۵: ۲۱۳).

تعاریف فوق از نکاح با اشکالاتی مواجه است، زیرا مقصود از ازدواج امور گوناگونی است که به طور قطع نمی‌توان یکی از آنها را به عنوان هدف اصلی برگزید. رابطه جنسی زن و مرد بدون شک از مهم‌ترین اغراض نکاح است، ولی همکاری در زندگی اجتماعی و تربیت فرزندان را نیز نباید در این اتحاد فراموش کرد. همچنین اگر مقصود از نکاح صرف شرکت در زندگی و یاری کردن به یکدیگر باشد، چه ضرورتی دارد که زن و مرد این مسئولیت سنگین را بر عهده دوش گیرند (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ۱: ۲۵). بعضی از حقوق‌دانان نکاح را نوعی رابطه بین زن و شوهر برای تشکیل خانواده می‌دانند (امامی، همان)، ولی این تعریف از نکاح نیز ناقص است، زیرا «نکاح منقطع» را در بر نمی‌گیرد. برای پی بردن به حقیقت نکاح و هدف اصلی آن باید دید چرا اجتماع خود را نیازمند به این نهاد حقوقی دیده است و چه عاملی سبب شده که رابطه جنسی و طبیعی زن و مرد به وسیله قوانین منظم اداره شود.

به نظر می‌رسد که تعریف ذیل تعریف جامع و مانعی از نکاح باشد:

«نکاح» عبارت است از زوجیت که به وسیله عقد بین زن و مرد ایجاد می‌شود و در آن آثار متعددی چون محرمیت، قوامیت، تمکین، نفقه، مهر و ارث وجود دارد.

### ۳. تمکین و اقسام آن

«تمکین» در لغت به معنی «قدرت» و «سلطنت دادن» است. در قرآن کریم آمده است: «وَلَقَدْ مَكَّنَّاكُمْ فِي الْأَرْضِ» (اعراف، ۱۰) و «نُمَكِّنْ لَهُمْ فِي الْأَرْضِ» (قصص، ۶)؛ یعنی ما آنها را در زمین استقرار بخشیدیم و مالک زمین گردانیدیم؛ این واژه در اصطلاح فقها در باب نکاح به معنی امکان دادن زوجه به زوج برای استمتاع جنسی است؛ چنان‌که در توضیح تمکین کامل

گفته شده است: «تن در دادن و واگذارن نفس به شوهر برای بهره 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 واگذارند، تمکین حاصل نشده است» (طوسی، ۱۳۸۸، ۶: ۱۱؛ حلی، جعفر بن حسن، ۱۴۰۹ق، ۲: ۲۹۲؛ عاملی، زین الدین، ۱۳۴۳ ق، ۲: ۱۴۲). برخی در تمکین، علاوه بر تسلیم نفس از طرف زن، تعریض و بذل نفس لفظی را نیز لازم دانسته‌اند؛ مثلاً زن باید بگوید «سلمتُ إلیک نفسی فی کل زمان و مکان شئت» (نجفی، بی تا، ۳۱: ۳۰۸).

نقطه مقابل تمکین، «نشوز» است و به زنی که از شوهر تمکین نمی کند «ناشزه» گفته می شود. از جمله آثار مترتب بر نشوز، سقوط حق نفقه است. البته در مواردی مثل روزهای ماه مبارک رمضان یا ایام عادت یا در حضور ناظر و عذرهای پزشکی که اطاعت شرعاً و عقلاً مجاز نیست، امتناع همسر منافاتی با تمکین ندارد.

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 سر باز نزند. البته این وظیفه، ویژه زن نیست و شوهر نیز مکلف است در حدود متعارف با زن رابطه جنسی داشته باشد؛ در غیر این صورت رفتار وی برخلاف وظیفه «حُسن 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 نسبت به خواسته‌های نامشروع و غیر قانونی شوهر ملزم به اطاعت از وی نیست (صفایی و امامی، ۱۳۸۳: ۱۳۱؛ گرجی، ۱۳۷۸: ۱۹۸).

بنابراین، «بداخلاقی زن در خانه»، «افشاء نمودن اسرار خانوادگی» و «خروج او از منزل به گونه‌ای که با حقوق مرد تنافی داشته باشد» و «انجام کارهایی مثل نیاراستن که موجب تنفر و بیزاری زوج شود» را می توان از مصادیق مخالفت با تمکین عام برشمرد.

#### ۴. تعریف مقتضای ذات عقد

مقتضای ذات هر عقد، نتیجه و اثر مستقیمی است که طرفین به قصد حصول آن، عقد را منعقد می کنند؛ به عبارت دیگر، مقتضای عقد، موضوع و مضمون اصلی عقد را تشکیل می دهد و مقصود اصلی متعاقدين است: «ما تتحقق ماهیة العقد و صحته بها و یانتفائها نفوت الماهیة بمعنی إن سلب ذلك المقتضى عنه یكون مساوقاً لنفيه و ابطاله» (حسینی مراغه‌ای، ۱۴۱۷ ق، ۲: ۲۵۰).

مرحوم نائینی عقیده دارد که مقتضای ذات عقد، اموری است که ذات عقد اقتضای آنها را دارد و به دلالت مطابقی بر آنها دلالت می‌کند و با انتفای آنها، عقد نیز منتفی می‌شود: «هو کل أمر لا يتحقق العقد بدونه بحث لو انتفى ذلك المقتضى لانقضى العقد» (نائینی، ۱۳۷۳، ۲: ۱۱۲).

مرحوم نراقی نیز در این رابطه معتقد است که مقتضای ذات عقد، چنان به ماهیت عقد وابسته و ملازم با آن است که اگر به وسیله شرط گرفته شود، جوهر عقد نیز از دست می‌رود و در دید عرف یا قانون موضوعی بر آن باقی نمی‌ماند (نراقی، احمد، ۱۴۱۷ ق: ۱۵۲).

از این رو، تمام فقها و حقوق دانان، بطلان شرط خلاف مقتضای ذات عقد را پذیرفته‌اند.

#### ۵. ملاک شناسایی مقتضای عقد

همان‌گونه که قبلاً گذشت، مقتضای ذات عقد، موضوع و جوهره اصلی عقد است و عقد به خاطر آن واقع شده است؛ بنابراین، هر عقدی می‌تواند تنها یک اثر اصلی داشته باشد؛ پس شرطی که برخلاف آثار برآمده از اثر عقد باشد را نباید شرط خلاف مقتضای اثر عقد دانست؛ مثلاً اثر ذات عقد بیع، «ملکیت» است و «نقد بودن» از آثار تبعی برخاسته از آن است. همین امر گاهی موجب اشتباه در تشخیص مقتضای عقد در بعضی از عقود، مثل نکاح، شده است، زیرا تشخیص ماهیت عقودی مثل بیع و اجاره آسان است، اما در برخی از موارد نیازمند دقت بیشتری است. اختلاف در فتوای فقیهان گاهی ناشی از همین امر است. به طور کلی معیار و ملاک تمیز مقتضیات ذات و اطلاق عقد از دیدگاه فقیهان به شرح ذیل است:

۱- برخی از فقها معیار تشخیص مقتضای هر عقد را طرز فکر خاص مردم هر اجتماع و عرف می‌دانند: «کَمَا إِنَّ الْبَيْعَ عُرْفًا نَقَلَ الْمَلِكُ إِلَى الْغَيْرِ بَعْوَضًا، فَلَوْلَمْ يَنْقَلِ الْبَيْعُ إِلَى الْمُشْتَرَى، وَلَا الثَّمَنُ إِلَى الْبَايِعِ لَا يَكُنْ بَيْعًا عُرْفًا» (همان: ۱۵۲). یعنی عرف بیعی که در آن ملکیت و انتقال مبیع صورت نگیرد را بیع نمی‌داند، زیرا سازنده قالب‌هایی که مردم بر اساس آن به داد و ستد می‌پردازند، «عرف» است، لذا نمی‌توان داور عرف را در تمیز مقتضای عقد انکار کرد؛ مثلاً ممکن است جامعه در زمانی خاص، تمتعات جنسی را مقتضای عقد نکاح بدانند، و در زمانی دیگر آن را از آثار فرعی ازدواج به شمار آورد (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ۱: ۲۵۳).

۲- بعضی دیگر از فقها معیار تشخیص مقتضای عقد را اثری می‌دانند که شارع یا قانون-گذار بر عقد بار کرده است: «و المراد بما ينافي في مقتضى العقد ما وضعه في نظر الشارع الا ان يكون مفيداً لها و المراد بما ينافي في مقتضى العقد ما يقتضى عدم ترتب الاثر الذي

جعل الشارع العقد من حيث هو بحيث يقتضيه ورتبه عليه انه اثره و فایده» (محقق ثانی، ۱۴۱۱ ق، ۱: ۶-۴)؛ 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 باید به شرع مقدس و قانون مراجعه کرد و آثاری که شارع و قانون گذار برای هر عقدی وضع نموده است را بررسی نمود.

۳- عده‌ای از محققان، مثل مرحوم نائینی، برای تمیز مقتضای عقد به مضمون و موضوع اصلی عقد و آثار مستقیم حاصل از انشاء عقد روی آورده‌اند. وی آنچه را که مقصود بالذات دو طرف معامله است و عقد را به قصد آن (قصد مشترک) انشاء می کنند، جزء مدلول مطابقی عقد یا مقتضای ذات آن می داند. ایشان که بر مسلک و مبنای ابراز انشاء استدلال می نمایند، آثار عقد را به دو قسم تقسیم می کند: الف: آن دسته از آثار عقد که اولاً و بالذات و مستقیماً ایجاد می شود و به دلالت مطابقی بر آن دلالت دارد، مانند تملیک منافع در اجاره و تملیک عین در بیع که جزء مقتضای ذات عقد هستند؛ ب: آن دسته از آثاری که به دلالت التزامی و تبعی، فرع بر عقد است؛ مثل نقد بودن ثمن که جزء مقتضای اطلاق عقد بیع است (نائینی، ۱۳۷۳، ۲: ۱۱۲).

۴- جمعی از فقها جهت تمیز مقتضیات عقد، توأمان به دو ملاک شرع و عرف متمسک شده‌اند. شیخ انصاری را می توان از معتقدین به این نظر دانست (انصاری، ۱۴۰۰ ق، ۳: ۲۶). در بادی امر هر یک از مبانی مذکور با ایراداتی مواجه است؛ از جمله آن که معیار عرف بیشتر به جهت کشف اراده طرفین کاربرد دارد و درک لازم از مقتضای ذات عقد را به دست نمی دهد، زیرا خیلی از آثار و مصادیق عقود توسط شارع و قانون گذار امضا شده است. جعل قانون نیز مانع حاکمیت اراده افراد در عقد نیست. نظریه انشاء با مفاد قصد مشترک که توسط مرحوم نائینی مطرح شده نیز نقص دارد، زیرا متعاقدين در هنگام عقد تنها به آنچه بیشتر اهمیت می دهند تصریح می کنند و بسیاری از امور تبعی و فرعی را نادیده می گیرند.

به نظر می رسد که در تعیین مقتضای ذات عقد ابتدا باید به خواست مشترک طرفین توجه کرد، اما در بررسی این خواست مشترک باید به داوری شرع و عرف نیز متوسل شد. به عبارت دیگر، در بررسی مقتضای ذات عقد، که جوهره اصلی هر عقدی به شمار می آید و عقد به سبب آن واقع می شود، باید لوازم عرفی و قانونی خواست مشترک را مورد بررسی قرار داد. بنابراین، حق این است که در تشخیص مقتضای ذات عقد، همه قرائن و

شواهد به کار گرفته شود؛ یعنی از تلفیق قصد مشترک طرفین به انضمام عناصر قانونی و شرعی موجود می‌توان به مقتضای عقد دست یافت و در این مسیر بی‌نیاز از مفاهیم عرفی نخواهیم بود. لازم به ذکر است هرگاه بین ضابطه‌های مذکور تعارض به وجود آید، حق تقدم با شرع و قانون است؛ یعنی عرف و ضابطه قصد مشترک زمانی در تعیین مقتضای ذات عقد ملاک می‌باشند که با احکام شرعی و قانونی مغایرت نداشته باشند.

#### ۶. رابطه تمکین با مقتضای ذات عقد نکاح

گفتیم که مقتضای ذات هر عقد، اثری است که هدف و مضمون اصلی آن را تشکیل می‌دهد (مانند «ملکیت» در بیع)، به گونه‌ای که سلب آن از عقد بیع، مساوی با بطلان عقد است. هر چند آثار اطلاقی متعددی می‌تواند بر عقود مترتب شود، اما یک عقد نمی‌تواند اثر ذاتی متعدد داشته باشد. با این توضیح می‌گوییم که ماهیت ذاتی عقد نکاح تحقق رابطه «زوجیت» است و ایجاد محرمیت و مشروعیت رابطه زناشویی و همچنین مهر، نفقه و ارث از ملزومات و آثار اطلاقی این رابطه است، لذا شرطی که برخلاف این آثار باشد، 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 بر آن استوار شده است و برخی از فقها شرط خلاف آن را جایز نمی‌دانند (موسوی بجنوردی، ۱۳۷۷، ۴: ۱۸۵؛ نائینی، ۱۳۷۳، ۲: ۱۱۲). از این رو، در خصوص صحت و عدم صحت شرط عدم تمکین میان فقها اختلاف نظر وجود دارد:

۱- عده‌ای از فقیهان چون شیخ طوسی، هدف و حکمت بنیادی نکاح را استیلا و فرزندآوری دانسته و روابط جنسی را لازمه این مقصود می‌دانند (طوسی، ۱۳۸۸، ۴: ۳۰۳)؛ از این رو، شرط عدم تمکین را مغایر مقصود اصلی عقد نکاح تلقی کرده و درج آن را در ضمن عقد باطل و موجب بطلان نکاح می‌دانند.

۲- نقطه مقابل این دیدگاه، کسانی هستند که تمتعات جنسی را تنها بخشی از مجموعه غایات و آثار عقد نکاح و حقوق مربوط به زوجین می‌دانند، لذا شرطی که خلاف آن باشد را صحیح و نافذ تلقی می‌کنند. از پیشگامان این دیدگاه در فقه می‌توان به: محقق حلی، شهید ثانی و صاحب جواهر و مرحوم مغنیه اشاره کرد. (حلی، ۱۴۰۹ ق، ۲: ۲۷۳؛ شهید ثانی، ۱۳۴۳ ق: ۲۴۷؛ نجفی، بی‌تا، ۳۱: ۱۰۰؛ مغنیه، بی‌تا، ۵: ۱۸۸).

در ادامه این بحث به نقد و بررسی اقوال و ادله موافقان و مخالفان شرط عدم تمکین

می‌پردازیم:

### ۶-۱) بررسی دیدگاه موافقین

عده ای از فقها و حقوق دانان بر این باورند که زن می تواند در عقد نکاح شرط عدم تمکین کند؛ مثلاً در ضمن عقد عدم وطی را شرط نماید. خلاصه ادله ایشان مبنی بر جواز نکاح مشروط به عدم تمکین به شرح ذیل است:

**دلیل نخست: استناد به روایت عمار ابن مروان:**

قُلْتُ جَاءَ رَجُلٌ إِلَى امْرَأَةٍ فَسَأَلَهَا أَنْ يَزُوجَهَا نَفْسَهُ، فَقَالَتْ أَتَزُوجُكَ نَفْسِي عَلَى أَنْ يَزُوجَهَا نَفْسِي عَلَى أَنْ تَلْمَسَ مِنِّي مَا شِئْتَ مِنْ نَظَرٍ أَوْ التَّمَاسِ وَتَنَالَ مِنِّي مَا يَنَالُ الرَّجُلُ مِنْ أَهْلِهِ إِلَّا إِنَّكَ لَا تُدْخِلُ فَرْجَكَ فِي فَرْجِي وَتَلْذُذُ بَمَا شِئْتَ فَانِي أَخَافُ الْفُضِيحَةَ. قَالَ لَا بَأْسَ لَيْسَ لَهُ مَا شَرَطَ (حرّ عاملی، ۱۴۱۲ ق، ۲۱: ۲۵۹).

در این روایت راوی از امام صادق علیه السلام درباره صحت نکاح با زنی سؤال کرده که پذیرش عقد نکاح را مشروط به «عدم دخول» نموده است. امام علیه السلام در پاسخ وی بر درستی این عقد تصریح کرده اند.

**نقد استدلال:**

به نظر می رسد با توجه به قید «إِنِّي أَخَافُ الْفُضِيحَةَ»، روایت مذکور به نکاح موقت اشاره دارد، زیرا نکاح متعه، اساسش بر پنهان بودن است و آن زن می خواسته این رابطه مشروع، مخفی بماند و با وطی و تبعات آن، مثل بارداری، فاش نگردد؛ علاوه بر این، در روایت مذکور همه کنش های جنسی از مشروط علیه سلب نگردیده، بلکه تنها بخشی از تمتعات با استفاده از شرط ضمن عقد نادیده گرفته شده است.

**دلیل دوم: مقاصد متعدد از نکاح**

امام خمینی (ره) در کتاب البیع، شرط عدم برقراری رابطه جنسی در ضمن عقد نکاح را صحیح دانسته اند. استدلال ایشان بر جواز چنین شرطی آن است که انگیزه های جنسی، تنها هدف و حکمت ازدواج نیستند، بلکه اغراض عقلایی و عرفی فراوانی بر نکاح مترتب است، مثل حصول محرمیت، وصلت با خانواده شریف و ... که تحقق هر یک می تواند مصحح عقد نکاح باشد (موسوی خمینی، بی تا، ۵: ۲۸۳).

**نقد استدلال:**

کسی که به خاطر تحقق محرمیت و وصلت با خانواده شریف ازدواج می کند، به دلیل غرض عقلایی و عرفی که مد نظر دارد خود را بی نیاز از تمکین می بیند، لذا این استدلال نمی تواند مجوزی برای صحت شرط عدم تمکین باشد؛ علاوه بر این، تمتعات جنسی یکی



از غایات مطلوب و اساسی عقد نکاح است و شرط خلاف آن با مفهوم عرفی نکاح سازگاری ندارد.

#### دلیل سوم: حکم به صحت ازدواج با ناتوان جنسی

مرحوم صاحب جواهر، مقاصد ازدواج را منحصر به تمتعات جنسی و توالد و تناسل نمی‌داند و معتقد است که برای صحت عقد رعایت مقاصد و لحاظ غایات اعتباری ندارد: «و لو إن الوطاء من مقتضیات النکاح علی وجه یستلزم اشتراط عدمه بطلانه لم یجوز نکاح المتعذر وطئها او وطئها، و هو معلوم الفساد، و انما الوطاء غایة من الغایات» (نجفی، بی‌تا، ۳: ۱۰۰). محمدجواد مغنیه نیز در تأیید نظر صاحب جواهر می‌گوید: «یصح الزواج بإمرأة یتعذر وطؤها و یصح ایضاً أن تتزوج هی من رجل عنین، و ترضی بعیب العین» (مغنیه، بی‌تا، ۵: ۱۸۸)؛ ازدواج با زنی که وطی او به علت موانعی چون قرن امکان پذیر نیست، درست است. همچنین زن می‌تواند با مردی که به عیب عنن دچار است (معذور الوطی) دچار است ازدواج نماید.

#### نقد استدلال:

به نظر می‌رسد در این صورت نیز باید بین کسی که عمل مباح نکاح را بر خود تحریم می‌کند با کسی که قدرت برقراری رابطه جنسی ندارد، فرق نهاد. 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. همچنین افراد مذکور اگرچه معذور از وطی هستند، اما از به کلی استمتاع بی‌بهره نیستند و شاید بخشی از اغراض جنسی آنها در نکاح تأمین گردد.

#### دلیل چهارم: «تمکین» حتی قابل اسقاط

عده‌ای از صاحب‌نظران درباره جواز شرط عدم تمکین این‌طور استدلال کرده‌اند که داشتن روابط جنسی در زندگی زناشویی از حقوق مرد نسبت به زن است، نه حکم شرعی و چنانچه خروج زن از منزل با حق استمتاع مرد تنافی داشته باشد، جایز نیست (مؤمنی، ۱۳۸۷ ش: ۲۴). آنان در این رابطه به روایاتی نیز تمسک جستند که نشان می‌دهد «تمکین» یک حق است، نه حکم شرعی؛ مثلاً روایت شده است که زنی از رسول اکرم (ص) سؤال کرد حق زوج بر زوجه چیست؟ پیامبر فرمودند شوهر را اطاعت کند و از خواسته‌های او دریغ نکند، اگر چه سوار بر شتر باشد (حرّ عاملی، ۱۴۱۲ ق، ۲۰: ۱۵۸).<sup>۲</sup> در روایت دیگری آمده: «از حقوق زوج بر

زوجه آن است که زوجه هنگام صبح و شب خود را بر شوهر عرضه کند» (همان).<sup>۳</sup> این قبیل روایت‌ها بیانگر آن است که در متون دینی ما تمکین یک «حق» تلقی شده است و از ویژگی‌های حق نیز قابل اسقاط بودن است؛ بنابراین حق تمکین زوج را می‌توان با استفاده از شرط ضمن عقد ساقط نمود؛ یعنی حق تمکین تابع اراده زوجین است.

نقد استدلال:

به نظر می‌رسد که واژه «حق» که در صدر این دو روایت آمده است، در مقابل «حکم» نیست، زیرا گاهی برخی از احکام بالمسامحه «حق» اطلاق می‌شوند، مثل حق ابوت، حق ولایت حاکم و حق استمتاع زوج از زوجه؛ در حالی که این دسته از حقوق در واقع حکم هستند (طباطبایی یزدی، ۱۳۷۸، ۱: ۵۶)؛ ضمن آن که برخی از فقها حق استمتاع زوج از زوجه را نوعی حکم تلقی نموده‌اند (موسوی خمینی، بی تا، ۱: ۴۸).

#### ۶-۲) بررسی دیدگاه مخالفین

در مقابل دیدگاه قائلین به جواز «شرط عدم تمکین»، عده کثیری از فقهایان و حقوق دانان بر این باورند که شرط عدم تمکین با مقصود اصلی از تشریح نکاح در شرع مقدس مغایرت دارد. از پیشگامان این عقیده در فقه می‌توان به شیخ طوسی، ابن حمزه طوسی، ابن ادریس، علامه حلی و فخرالمحققین اشاره کرد (رک: نجفی، بی تا، ۳۱: ۹۹). برخی از حقوق دانان معاصر نیز چنین شرطی را مغایر عرف جامعه و مخالف با قوانین آمره تلقی می‌کنند (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ۱: ۲۲۵؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۶۸: ۱۹۳، شهیدی، ۱۳۸۶: ۱۷؛ محقق داماد، ۱۳۷۶: ۲۵۱).

در ادامه به بررسی دلایل این گروه مبنی بر عدم جواز «شرط عدم تمکین» می‌پردازیم:

#### دلیل نخست: مغایرت با سنت

در روایتی از امام صادق علیه السلام آمده است:

فَقَدْ سُئِلَ الْإِمَامَ صَادِقَ علیه السلام عَنْ رَجُلٍ تَزَوَّجَ عَلِيَّ بْنَ أَبِي يَدِهَا الْجَمَاعَ وَالطَّلَاقَ، قَالَ خَالَفَتِ السُّنَّةَ وَوَلِيَتْ حَقًّا لَيْسَ لَهَا، ثُمَّ قَضَى أَنْ عَلَيْهِ الصَّدَاقُ وَفِي يَدَيْهِ الْجَمَاعَ وَالطَّلَاقَ (حرر عاملی، ۱۴۱۲ ق، ۲۱: ۲۹۰).

در این محمد بن قیص از امام صادق علیه السلام در مورد مردی که زنی را به ازدواج خویش در آورده و زن بر مرد شرط کرده که حق جماع و طلاق به دست زن باشد، سؤال نموده است. پاسخ امام علیه السلام این گونه پاسخ می‌دهند که: «مخالفت با سنت کرده و متکفل حقی شده که اهلش نبوده است».

وجه استدلال مخالفین شرط عدم تمکین به روایت مذکور آن است که همان گونه که واگذاری امر «جماع» و «طلاق» به زن، خلاف سنت است، شرط عدم تمکین از جانب زوجه با زوج نیز جایز نیست.

**نقد استدلال:**

به نظر می‌رسد چنین قیاسی درست نباشد، زیرا واگذاری امر طلاق و جماع به دست مرد، مستفاد از قوامیت مرد در آیه ۳۴ سوره نساء (الرجال، قوامون علی النساء) و روایت نبوی «الطلاق بید من أخذ بالساق» (شهید ثانی، ۱۳۷۲، ۲: ۱۴۹) است. هر چند گاهی زوج حق طلاق را به اختیار خود به زوجه و کالت می‌دهد.

**دلیل دوم: مغایرت با مفهوم نکاح**

معنای واژه «نکاح» در لغت به معنی «وطی» یا «نزدیکی کردن» است و این معنا با شرط «عدم تمکین» مغایرت دارد.

**نقد استدلال:**

در پاسخ به این استدلال می‌توان گفت که اولاً لفظ «نکاح» در لغت به چند معنی آمده است که از جمله آنها می‌توان به تقابل، وطی و عقد اشاره کرد (طریحی، ۱۳۶۵، ۳: ۴۲۱). از سوی دیگر، مشهور فقها معتقدند که نکاح به لحاظ شرعی و لغوی برای عقد وضع شده و در خصوص «نکاح» به حقیقت شرعیه تبدیل شده است، لذا استعمال آن برای وطی مجاز است و نیاز به قرینه دارد؛ همچنین، طبع هر انسانی که قصد چنین کار خیری را دارد نمی‌پسندد معنی «جماع» را که ذکر آن در عرف قبیح است در مورد ازدواج به کار برد (نجفی، بی تا، 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 اسمی از نکاح آمده به ذهن انسان معنی «عقد» متبادر می‌شود، نه وطی. حتی در آیه ۲۲ سوره نور (...حتی تنکح زوجاً) هم که به نظر می‌رسد واژه «نکاح» به معنی «وطی» آمده، باز هم به معنای «عقد» است، زیرا ابتدا عقد منعقد می‌شود و سپس وطی مشروعیت پیدا می‌کند، چرا که عقد سبب حلیت «جماع» است. رابعاً، همان گونه که قبلاً بیان شد، شرط عدم وطی در تمام عمر زناشویی از مصادیق سلب حق به طور کلی و مخالف قوانین آمره بوده و در نتیجه نامشروع است.

**دلیل سوم: مغایرت با مقصود نکاح**

در بسیاری از روایات هدف بنیادی ازدواج «بقاء نسل» بیان شده است. چنان که نبی

اکرم علیه السلام می فرمایند:

تَنَاقَحُوا تَنَاسَلُوا فَإِنِّي أَبَاهِي بِكُمْ الْأُمَمُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ حَتَّى بِالسَّقَطِ (حرّ عاملی، ۱۴۱۲ ق، ۱۴: ۲۳).<sup>۴</sup>

از آنجا که غرض شارع از تشریح نکاح، تولید مثل بوده، پر واضح است که حذف روابط جنسی که مقدمه و لازمه باروری است با غرض شارع سازگاری ندارد.

نقد استدلال:

حتی اگر فقها «فرزندآوری» را به عنوان مقتضای عقد پذیرفته باشند، چنین شرطی در ضمن عقد با حکمت نکاح منافاتی ندارد، زیرا در عمل مرد و زن حق ممانعت از بارداری را دارند. حکم به رخصتِ ضمنی عزل بدون رضایت زن و جواز عزل با شرط ضمن عقد، مؤید این مدعا است. همچنین، حکم جواز استعمال داروهای ضد بارداری از سوی زن، بدون رضایت شوهر، این دیدگاه را تقویت می کند.

#### ۷. دیدگاه برگزیده

پیش از این اشاره شد که آنچه به طور مستقیم از ذات عقد نکاح ناشی می شود «زوجیت» است، اما به تبع آن آثار متعددی از زوجیت برمی خیزد، از جمله قیمومیت زوج، نفقه، تمکین، مهر، حضانت، حق قسم و ... که هر یک از آنها را می توان مقتضای اطلاق عقد نکاح به شمار آورد.

علاوه بر این، همان طور که بیان شد «تمکین» تنها فایده و حکمت ملحوظ در نکاح نیست، بلکه غایات و مقاصد متعددی (همانند «محرمیت با امّ زوجه»، «وصلت با خانواده شریف»، «پرستاری از فرد بیمار» و ...) بر عقد نکاح مترتب است که هر یک به نوعی می توانند به عنوان یک غرض عقلایی و عرفی، مصحح و مجوز عقد نکاح باشند.

از این رو، با نقد دو دیدگاه مخالف و موافق که شرح آن گذشت، دیدگاه سومی تحت عنوان **تعدیل در تمکین یا تمکین محدود** صحیح به نظر می رسد؛ چرا که شرط عدم تمکین به صورت مطلق یا حذف تمتعات جنسی از زندگی زناشویی، در جامعه کنونی ما که تک-همسری به عنوان یک الگوی اجتماعی تلقی می شود، خلاف نظم عمومی و مغایر با قوانین آمره است و مشمول ماده ۹۵۹ از مصادیق سلب حق به طور کلی خواهد بود؛<sup>۵</sup> علاوه بر این، در عرف رایج جامعه، پیوند ازدواجی که در آن رابطه جنسی تحریم باشد، با سازمان حقوقی و عرفی نکاح شباهتی ندارد؛ به بیان دیگر، عرف زن و مردی که بدون مانع مشروع

تمتعات جنسی را بین خود ممنوع ساخته‌اند، زن و شوهر نمی‌شناسد.

مع الوصف در زندگی معاصر با توجه به مقتضیات زمان و حضور زنان در عرصه‌های اجتماعی و فعالیت‌های اقتصادی، برای جلوگیری از مشاجرات زناشویی بعد از عقد نکاح گاهی زوجین از روی ضرورت به تعدیل نمودن تمکین در ضمن عقد نیازمند هستند.

در این راستا کلام شیخ انصاری در مکاسب نیز این دیدگاه را تقویت می‌کند:

هذا كله مع تحقق الاجماع على بطلان هذا الشرط لكون الاثر كالمقوم العرفي للبيع او غرضاً اصلياً، كالاترابط عدم التصرف اصلاً في المبيع و عدم الاستمتاع اصلاً بالزوجة حتى النظر و نحو ذلك» (انصاری، ۱۴۰۰ ق، ۳: ۲۹۱)؛

ایشان شروطی مثل عدم تمکین را مغایر با غرض اصلی عقد تلقی می‌کنند و تمتعات جنسی حاصل از نکاح را از مقومات عرفی آن می‌دانند. گویا چنین شرطی در ضمن عقد نکاح مانند آن است که فروشنده با خریدار شرط کند که مشتری بعد از خرید مبیع اصلاً در آن تصرفی نکند، اما از مفهوم کلام و از قید «اصلاً» و «حتی النظر» این امر برداشت می‌شود که محدود نمودن تمکین (مثلاً محدود کردن حق التذاذ زوج در حد نگاه به زوجه) نیز می‌تواند در صحت عقد نکاح کفایت کند.

از سوی دیگر، از مفهوم مخالف ماده ۹۵۹ قانون مدنی ایران نیز چنین برداشت می‌شود که سلب حق مدنی به طور جزئی و مقید نمودن آن به زمان خاص، با حاکمیت اراده افراد در ضمن عقد امکان‌پذیر است.

## ۸. نتیجه‌گیری

۱- اگر زوجین عقد نکاح را به طور مطلق منعقد سازند (یعنی بدون طرح هیچ شرطی اقدام به ازدواج نمایند) اطلاق عقد نکاح اقتضاء می‌کند که زن در قبال خواست زوج به طور متعارف تمکین کند؛

۲- شرط ضمن عقد نباید سالب حق به طور کلی باشد؛ لذا اگر زن بر شوهر شرط کند که هیچ یک از وظایف زوجیت را انجام ندهد (یا به عبارتی شرط عدم تمکین کند)، چنین شرطی در واقع اثر ظاهری و مطلوب عقد نکاح را نفی کرده و مغایر با عرف ارتکازی جامعه است؛ یعنی عرف چنین پیمانی که بدون دلیل عقلانی و موجه، تمتعات جنسی را بین زوجین ممنوع ساخته، یا نکاح نمی‌شناسد یا آن را پیوندی سست و متزلزل تلقی می‌کند؛ از این رو، شرط عدم تمکین در عقد نکاح از مصادیق شروط خلاف نظم عمومی و مغایر با قوانین آمره بوده و نامشروع است؛

۳- به نظر می‌رسد که اگر زوجه به جهت مصلحتی، در ضمن عقد نکاح شرط کند که زوج در یک ظرف زمانی خاص از حق تمکین خود چشم‌پوشی کند یا در زمان خاصی با وی روابط زناشویی داشته باشد، چنین شرطی صحیح است؛ به ویژه در زندگی معاصر که با تغییر الگوهای اجتماعی، زنان نیز چون مردان در تأمین معاش و هزینه‌های زندگی مشارکت فعال دارند و پاسخ‌گویی به خواسته زوج در هر زمان برای آنان میسر نیست؛ لذا برای متعادل‌سازی اشتغال زن با زندگی زناشویی و عدم تعارض آن با حق شوهر در امر تمکین، زوجه می‌تواند با استفاده از شرط ضمن عقد، حق تمکین زوج را محدود و تعدیل نماید. شرط مذکور از لحاظ فقهی و حقوقی هیچ منافاتی با ماهیت شرعی عقد نکاح ندارد، زیرا شرط اسقاط بعضی از اجزای مقتضیات عقد موجب بطلان شرط عقد نمی‌شود؛ اما در عوض توقعات زوجین را از یکدیگر در حد قرارداد و توافق تنزل می‌دهد و روابطی متناسب با جامعه جدید به وجود می‌آورد و جایگاه خانواده در جامعه نیز، با وجود تحولات جدید، محفوظ می‌ماند.

## پی نوشت‌ها:

۱. عمار بن مروان از امام صادق علیه السلام نقل می‌کند که به امام عرض کردم که مردی پیش زنی رفته و از او خواست که خود را به نکاح وی در آورد. زن گفت من خودم را به حباله نکاح تو درمی‌آورم به این شرط که هر چه خواستی، اعم از نگاه کردن، لمس کردن، و هر کاری که یک مرد با زنش انجام می‌دهد، با من انجام بدهی، جز این که آلت را در فرج من داخل کنی، و غیر از آن هر چه خواستی لذت ببر، چرا که من از رسوایی می‌ترسم. امام علیه السلام فرمود: اشکالی ندارد [و] مرد به جز آنچه شرط کرده حقی ندارد.
۲. محمد بن یعقوب عن عدة من أصحابنا عن أحمد بن محمد بن محمد عن ابن محبوب عن مالك بن عطية عن محمد بن مسلم عن أبي جعفر عن أحمد عن الجاموراني عن ابن أبي حمزة عن عمرو بن جبیر العزرمي عن أبي عبدالله علیه السلام قال جاءت امرأة إلى النبي صلى الله عليه وآله فقالت يا رسول الله! ما حق الزوج على المرأة؟ فقال لها أن تطيعه، ولا تعصيه، ولا تصدق من بيته إلا بإذنه، ولا تصوم تطوعاً إلا بإذنه، ولا تمنعه نفسها وإن كانت على ظهر قتب، ولا تخرج من بيتها إلا بإذنه، وإن خرجت بغير إذنه لعنتها ملائكة السماء و ملائكة الأرض و ملائكة الغضب و ملائكة الرحمة حتى ترجع إلى بيتها (حرّ عاملي، ۱۴۱۲ق، ۲۰: ۱۵۷-۱۵۸).
۳. عن أحمد عن الجاموراني عن ابن أبي حمزة عن عمرو بن جبیر العزرمي عن أبي عبدالله علیه السلام قال جاءت امرأة إلى رسول الله (ص) فقالت يا رسول الله! ما حق الزوج على المرأة؟ فقال أكثر من ذلك؛ قالت فخبيرني عن شيء منه؛ قال ليس لها أن تصوم إلا بإذنه، يعني تطوعاً ولا تخرج من بيتها بغير إذنه و عليها أن تطيب بأطيب طيبها و تلبس أحسن ثيابها و تزين بأحسن زينتها و تعرض نفسها عليه غدوة و عشية و أكثر من ذلك حقوقه عليها (همان: ۱۵۸).
۴. «با ازدواج کردن فرزندان تان را زیاد کنید. به درستی که من در روز قیامت به افزونی امت خود افتخار می‌کنم، حتی به جنین سقط شده».
۵. ماده ۹۵۹ قانون مدنی: «هیچ کس نمی‌تواند به طور کلی حق تمتع و یا حق اجراء تمام یا قسمتی از حقوق مدنی را از خود سلب کند».

## فهرست منابع:

۱. قرآن کریم.
۲. امامی، حسن (۱۳۶۳)، *حقوق مدنی*، تهران، کتاب فروش اسلامی، چاپ دوم.
۳. انصاری، مرتضی (۱۴۰۰ ق)، *المکاسب*، قم، دارالذخایر، ج ۳.
۴. جبعی عاملی، زین الدین بن علی (شهید ثانی) (۱۳۴۳ ق)، *مسالك الافهام*، قم، موسسه المعارف الاسلامیه، چاپ اول، ج ۸.
۵. ----- (۱۳۷۲ ش)، *الروضه البیہ*، قم، مکتب الاعلام اسلامی، چاپ هفتم، ج ۲.
۶. جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۶۸ ش)، *حقوق خانواده*، تهران، گنج دانش، چاپ اول.
۷. حرّ عاملی (۱۴۱۲ ق)، *وسائل الشیعه*، قم، مؤسسه آل البيت (ع)، ج ۱۴، ۲۰ و ۲۱.
۸. حسینی مراغه‌ای، میر عبدالفتاح (۱۴۱۷ ق)، *العناوین الفقهیه*، قم، انتشارات جامعه مدرسین، چاپ اول، ج ۲.
۹. حلّی، جعفر بن حسن (محقق حلّی) (۱۴۰۹ ق)، *شرايع الاسلام*، قم، مؤسسه اسماعیلیان، الطبعة الثالث، ج ۲.
۱۰. شایگان، سید علی (۱۳۷۵ ش)، *حقوق مدنی*، قزوین، انتشارات طه، چاپ اول.
۱۱. شهیدی، مهدی، (۱۳۸۶ ش)، *شروط ضمن عقد*، تهران، انتشارات مجد، چاپ اول.
۱۲. صفایی، حسین؛ امامی، اسدالله (۱۳۸۸ ش)، *مختصر حقوق خانواده*، تهران، نشر میزان، چاپ بیست و یکم.
۱۳. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم (۱۳۷۸ ش)، *حاشیه المکاسب*، قم، اسماعیلیان، ج ۱.
۱۴. طریحی، شیخ فخرالدین (۱۳۶۵ ش)، *مجمع البحرین*، انتشارات مرتضوی، ج ۲ و ۳.
۱۵. طوسی، (۱۳۸۸ ش)، *المبسوط*، تهران، الحیدریه، الطبعة الثانية، ج ۴ و ۶.
۱۶. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۵ ش)، *حقوق مدنی (خانواده)*، تهران، شرکت سهامی انتشارات، چاپ هفتم، ج ۱.
۱۷. کرکی، علی (۱۴۱۱ ق)، *جامع المقاصد فی شرح القواعد*، قم، موسسه، آل البيت (ع)، چاپ اول، ج ۱.
۱۸. گرجی، ابوالقاسم، *بررسی تطبیقی حقوق خانواده*، تهران، انتشارات دانشگاه تهران،



چاپ دوم.

۱۹. محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۷۶ ش)، *تحلیل فقهی حقوق خانواده*، تهران، نشر علوم اسلامی، چاپ ۶.

۲۰. ----- *قواعد فقه*، تهران، انتشارات سمت، چاپ دوم.

۲۱. مغنیه، محمد جواد (بی تا)، *فقه امام جعفر صادق (ع)*، قم، انتشارات قدس، ج ۵.

۲۲. موسوی بجنوردی، محمد حسن (۱۳۷۷ ش)، *القواعد الفقهیه*، قم، نشر الهادی، الطبعة الاولى، ج ۴.

۲۳. موسوی خمینی (ره)، روح الله (۱۳۷۹ ش)، *تحریر الوسیله*، موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)، الطبعة الاولى، ج ۲.

۲۴. ----- (بی تا)، *کتاب البیع*، قم، مؤسسه اسماعیلیان، ج ۱ و ۵.

۲۵. مؤمنی، عابدین (۱۳۸۷ ش)، *تکاح مشروط*، مجموعه مقالات نکوداشت آیت الله قبله ای خویی، انتشارات سمت، چاپ اول.

۲۶. نائینی، محمدحسین (۱۳۷۳ ش)، *منیة الطالب فی حاشیه المکاسب*، تهران، المکتبه المحمدیه، ج ۲.

۲۷. نجفی، محمد حسن (بی تا)، *جواهر الکلام*، تهران، المکتبه الاسلامیه، ج ۲۹، ۳۰، ۳۱.

۲۸. نراقی، احمد، (۱۴۱۷ق)، *عوائد الایام فی بیان قواعد الاحکام*، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی.