

## نقد و بررسی نکاح مشروط (شرط عدم روابط جنسی)

بهنام قنبرپور<sup>۱</sup>، سید ابوالقاسم نقیبی<sup>۲</sup>

(تاریخ دریافت مقاله: ۱۳۹۲/۰۲/۲۵؛ تاریخ پذیرش نهایی: ۱۳۹۳/۱۰/۱۶)

### چکیده

عقد نکاح همانند سایر عقود معاوضی از قابلیت پذیرش هر گونه شرط جایز برخوردار است، با این تفاوت که نکاح از عقود خاص به‌شمار می‌آید و برخی از آثار مترتب بر آن را باید تعیداً همان‌گونه که هست پذیرا شد. از جمله شروط متصور در ضمن عقد نکاح، شرط عدم رابطه جنسی است. برخی از محققان محترم در نوشتارهای خود جواز چنین شرطی را با عنوان تمکین حق است نه حکم، مطرح کرده‌اند. آنان برای اثبات سخن خود به دلایلی نیز تمسک جستند. نگارندگان مقاله حاضر با نقد دیدگاه مذکور بر این عقیده‌اند که چنین شرطی در زندگی زناشویی از جمله صور شروط مغایر با مقتضای عقد نکاح است و از مصادیق تحریم مباح و سلب حق به‌شمار می‌آید.

**واژه‌های کلیدی:** تمکین، حق یا حکم بودن تمکین، مقتضای ذات عقد، نکاح مشروط.

---

۱. نویسنده مسئول: استادیار، دانشگاه آزاد اسلامی واحد قائمشهر، گروه الهیات و حقوق، قائمشهر، ایران.  
Email: behnamghanbarpor45@yahoo.com.

۲. دانشیار، دانشگاه عالی شهید مطهری، تهران، ایران.

## بیان مسئله

پس از وقوع عقد نکاح، زن و شوهر به حکم قانون، حقوق و تکالیف متعددی اعم از مالی و غیرمالی در برابر هم پیدا می‌کنند؛ از جمله آثار و حقوق غیرمالی نشأت گرفته از نکاح، تمکین زوجه در قبال زوج است. آنچه پرسش اصلی این پژوهش را سامان می‌دهد این است که آیا زوجه می‌تواند عقد نکاح را به عدم تمکین مشروط کند؟

فقیهان امامیه در پاسخ به این سؤال، اختلاف نظر دارند، برخی از فقهای متقدم، تمکین را مقتضای ذات عقد نکاح می‌دانند و شرط خلاف آن را باطل می‌خوانند. در مقابل این دیدگاه، عده‌ای از فقهای معاصر، تمکین را مقتضای اطلاق عقد تلقی و شرط تعدیل و تغییر آن را در ضمن عقد نکاح بلامانع قلمداد می‌کنند. گروهی نیز بر این عقیده‌اند که تمکین از اقسام حقوق برخاسته از عقد نکاح است و با اراده زوجین قابل اسقاط است که شرح و مآخذ آن به تفصیل در مباحث آتی بیان خواهد شد. برای دست یافتن به پاسخ صحیح و قضاوت منصفانه در این زمینه، بازشناسی ماهیت و مقتضای ذات عقد نکاح و رابطه آن با تمکین، در بادی امر اجتناب‌ناپذیر به نظر می‌رسد.

## مبحث اول: معناسناسی تمکین و خاستگاه لزوم آن

### ۱.۱. معناسناسی تمکین

تمکین در لغت به معنای قدرت و سلطنت دادن بوده و در قرآن کریم آمده است: وَ لَقَدْ مَكَّنَّاكُمْ فِي الْأَرْضِ (اعراف: ۱۰) وَ نُمَكِّنْ لَهُمْ فِي الْأَرْضِ (قصص: ۶)؛ یعنی ما آنها را در زمین استقرار بخشیدیم و مالک زمین گردانیدیم (راغب اصفهانی، ۱۴۱۸: ۷۷۳)؛ و در اصطلاح فقیهان عبارت از: التخليةُ بينها و بينه بحيث لا تخصُّ موضعاً و لا وقتاً (محقق حلی، ۱۴۰۹، ج ۲: ۲۹۱)؛ آن تخلی بینه و بین نفسها قولاً و فعلاً فی کل زمان و مکان یسوغ فیه الاستمتاع (شهید ثانی، ۱۳۷۲، ج ۲: ۱۴۰)؛ یعنی تن در دادن و واگذار کردن نفس به شوهر برای بهره‌بری جنسی به‌طوری که مقید به زمان و مکان خاص نباشد؛ مگر در مواردی که شرع او را معذور شمرده است، مانند ایام حیض و احرام و عروض موانع عقلی و عرفی دیگری که تمکین را برای زن غیرممکن می‌کند.

بنابراین تمکین زوجه از زوج به این معناست که زن نزدیکی جنسی با شوهر را به‌طور متعارف بپذیرد و جز در مواردی که مانع موجهی داشته باشد، از برقراری رابطه جنسی با او سرپیچی نکند. از ظاهر کلمات فقها در متون فقهی استفاده می‌شود که

تکلیف زوجه بعد از عقد نکاح، منحصر به تمکین است؛ یعنی زن جز برآوردن نیازهای زوج و متابعت از او در این زمینه وظایف دیگری ندارد، لذا خروج زوجه از منزل بدون إذن زوج، اگر با حق استمتاع زوج مغایرت داشته باشد، از مصادیق مخالفت با تمکین است (نجفی، ۱۳۶۶، ج ۳۱: ۳۰۳؛ موسوی خمینی، ۱۳۹۰، ج ۲: ۳۰۴)؛ البته خدمات دیگر زن در منزل از قبیل آشپزی و شستن لباس که معمولاً تبرعاً انجام می‌گیرد، در حیطة تکلیف واجب بر او نیست، بلکه این‌گونه امور از وظایف اخلاقی و عرفی زن به‌شمار می‌آید که به انجام دادن آن ملزم نیست؛ لذا صاحب جواهر به نقل از کتاب مسالک می‌گوید: زوج در ماورای حق مساکنه و استمتاع مانند اجنبی است؛ اگرچه این مطلب موجب نقص عیش و کدورت استمتاع شود (نجفی، ۱۳۶۶، ج ۳۱: ۲۰۵).

مرحوم خوئی نیز انجام دادن امور مربوط به منزل را توسط زن، از وظایف عرفی می‌داند که باید از روی رغبت و علاقه باشد، نه از روی الزام، همچنین ایشان این امور را خارج از شرط ضمنی بنایی می‌داند (موسوی خوئی، بی‌تا، ج ۱: ۱۰۹).

برخی عقیده دارند که زوجه باید در تمام استمتاعات و بهره‌های جنسی، خود را تمهید کند؛ به این معنا که هم لفظاً و هم عملاً به استمتاع تن دهد و خود را در اختیار شوهر بگذارد که هر زمان و هر مکانی که استمتاع و کامجویی در آن جایز است و شوهر بخواهد استمتاع برد، بتواند خواسته خود را جامه عمل بپوشاند (محقق حلی، ۱۴۰۹، ج ۲: ۲۹۱).

برخی دیگر از فقها گفته‌اند که در تمکین، زن هم لفظاً و عملاً خود را به شوهر عرضه کند و مقصود از تمکین لفظی آن است که زوجه آن را توسط گفتار به شوهر اظهار کند، مثل اینکه به شوهر بگوید: «سَلِّمْتُ اَیْکَ نَفْسِی فِی کُلِّ زَمَانٍ وَ مَکَانٍ شَتَّ» (نجفی، ۱۳۶۶، ج ۳۱: ۳۰۹)؛ یعنی من در اختیار تو هستم در هر زمان و مکانی که بخواهی و مقصود از تمکین عملی، آن است که به گفته خود عمل کند و هر زمانی که شوهر مطالبه استمتاع کرد، مگر در جایی که زن شرعاً معذور باشد، مثل ایام حیض و در وقت احرام و در حال مرضی که نتواند تمکین کند یا در زمان انجام دادن نماز یا زمان روزه رمضان نباشد، و نیز در مکان‌های محترم نباشد مثل مسجد یا جایی که دیگران بر آنان مشرف دارند، در غیر این موارد، تمکین زوجه از زوج بدون هر گونه قید و شرط الزامی است.

## ۲.۱. ادله لزوم تمکین

ادله‌ای که می‌توان به‌عنوان منشأ و دلیل بر لزوم تمکین زوجه از زوج در زندگی زناشویی از آن یاد کرد، به شرح زیرند:

۱. استمتاع از جنس مخالف از نیازهای طبیعی و غریزی هر انسان است؛ به عبارت دیگر ضرورت پاسخ به این نیاز فطری از سنت‌های آفرینش محسوب می‌شود و در تعلیمات اجتماعی اسلام با پیش‌بینی نهاد نکاح به این نیاز پاسخ مناسب داده شده است؛ در نتیجه لزوم تمکین از پشتوانه لازم آفرینش برخوردار است.

۲. آیات قرآن کریم نیز تمکین زوجه را از الزامات زناشویی تلقی و بر آن تأکید کرده‌اند که به شرح ذیل است:

(الف) فَإِذَا تَطَهَّرْنَ فَأْتُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ أَمَرَكُمُ اللَّهُ (بقره: ۲۲۲).

چون زنان شما از عادت ماهانه پاک شدند، از همانجا که خدا به شما فرمان داده است با آنان آمیزش کنید.

واضح است که در این آیه شریفه، ایتانی که به مرد اجازه داده شده است کنایه از تمکین خاص یا همان مباشرت استمتاع متعارف است؛ لذا آیه مذکور حق تمتع از زوجه را بعد از ایام خاص، به مرد داده است.

(ب) نَسَاؤُكُمْ حَرِّثَ لَكُمْ فَاْتُوا حَرَثَكُمْ اَنِّي سِئْتُمْ (بقره: ۲۲۳).

با این آیه شریفه نیز می‌توان بر لزوم تمکین زوجه از زوج استدلال کرد؛ زیرا آیه در مقام تجویز هر گونه استمتاع متعارف و معقول زوج از زوجه است.

(ج) اَحِلَّ لَكُمْ لَيْلَةَ الصِّيَامِ الرَّفَثُ اِلَى نِسَائِكُمْ (بقره: ۱۸۷).

در شب‌های روزه (ماه رمضان) همخوابگی با زنانتان بر شما حلال شده است. این آیه شریفه و ادامه آن گویای این مطلب است که مباشرت در شب‌های ماه مبارک رمضان برخلاف تصور عده‌ای از متشرعین، منع نشده است و هر یک از زن و مرد باید نیازهای غریزی دیگری را به‌گونه‌ای پوشش دهند که مانع طغیان و تعدی وی شود.

(د) وَلِهِنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ (بقره: ۲۲۸).

و همانند وظایفی که بر عهده زنان است، به‌طور شایسته همان وظایف به نفع آنان (بر عهده مردان) است.

این آیه شریفه نیز بیانگر آن است که هر یک از زن و مرد نسبت به یکدیگر حق و تکالیفی دارند که باید به روش متعارف برآورده شود و از آنجایی که تأمین نیازهای جنسی یکی از حقوق مسلم بین زوج و زوجه محسوب می‌شود، نباید نسبت به برآورده شدن این نیاز طبیعی امتناع ورزند.

(ه) لَاتَضَارِ وَالِدَةَ بَوْلِهَا وَ لَامَوْلُودَ لَه بَوْلِهَا (بقره: ۲۳۴).

هیچ مادری نباید به سبب فرزندش زیان ببیند، و هیچ پدری نیز نباید به‌خاطر فرزندش ضرر ببیند.

با توجه به شأن نزول این آیه شریفه می‌توان استدلال کرد که یکی از حقوق طرفین زوجین نسبت به هم، حق مباشرت یا تمتعات جنسی است؛ زیرا در زمان پیامبر (ص) دایه‌هایی بودند که هرگاه شوهرانشان قصد نزدیکی با آنان را داشتند، زن امتناع می‌ورزید و می‌گفت: نمی‌گذارم که با من آمیزش کنی چون می‌ترسم باردار شوم و به بچه‌ای که او را شیر می‌دهم، آسیبی برسد. گاهی نیز اگر زن چنین درخواستی از شوهر داشت، زوج می‌گفت با تو آمیزش نمی‌کنم، چون می‌ترسم باردار شوی (از این طریق شیر او قطع شود) از این‌رو، خداوند نهی کرد که مبادا زن به مرد یا مرد به زن زیان برساند (حر عاملی، ۱۴۱۲، ج ۲۱: ۴۵۸).

۳. علاوه بر آیات مذکور، روایات فراوانی هم بر لزوم تمکین زوجه از زوج دلالت دارند که عبارتند از:

الف) زنی از رسول خدا (ص) سؤال کرد که حق شوهر بر زن چیست؟ فرمودند: او را اطاعت کند و نافرمانیش نکند، بدون اجازه از خانه او صدقه ندهد و بدون اجازه‌اش روزه مستحبی نگیرد، خودش را از او منع نکند، اگرچه سوار بر شتر باشد و بدون اجازه از خانه او خارج نشود و اگر بدون اجازه خارج شد، ملائکه آسمان و زمین غضب و رحمت او را لعن می‌کنند تا اینکه به خانه بازگردد، سؤال کرد حق چه کسی بر گردن مرد بزرگ‌تر است، فرمودند: پدرش، سؤال نمود حق چه کسی بر گردن زن بزرگ‌تر است، فرمودند: شوهرش. زن سؤال کرد؛ آیا من نیز مانند شوهرم حقی بر گردن او دارم؟ فرمودند: نه از هر صد حق یک حق هم نداری (حر عاملی، ۱۴۱۲، ج ۲۰: ۱۵۷).

ب) امام صادق (ع) می‌فرماید: زنی نزد رسول خدا (ص) آمد سؤال کرد که حق زوج بر زوجه چیست؟ رسول خدا فرمود: خیلی زیاد از آنچه تصور می‌شود؛ مثلاً بدون اذن شوهر روزه مستحبی نگیرد و بدون اذن او از خانه خارج نشود و خود را برای شوهر بیاراید، لباس‌های زیبا بپوشد، خودش را خوشبو کند و صبح و شام هنگام، خود را به شوهر عرضه کند تا جلب نظر کند (حر عاملی، ۱۴۱۲، ج ۲۰: ۱۵۸)؛ به نظر می‌رسد منشأ تمکین عام که حقوقدانان معاصر در عرف حقوقی از آن نام می‌برند، همین روایت است؛ زیرا اطاعت‌های اخلاقی زن در منزل، خوشرویی، پوشیدن لباس زیبا، استفاده کردن از عطر، آرایش کردن و .... به‌نوعی با تمتعات زوج از زوجه ارتباط نزدیک دارد، علمای حقوق موارد مذکور را به تمکین، تحت عنوان تمکین عام تسری دادند.

ج) محمدبن یعقوب عن عدّه من اصحابنا عن احمّد بن ابی‌عبدالله عن ابیه عن فضالة بن ایوب عن ابی‌المغراء عن ابی بصیر عن ابی جعفر (ع) قال: «قال رسول الله (ص)

للنساء لا تطولن صلاتكن لئتمعن أزواجكن». این روایت از امام باقر (ع) از قول رسول خدا (ص) است که دربارهٔ ذم زنان اهل تسویف است؛ یعنی زنانی که با بهانه‌ای مثل نماز خواندن و اطالۀ آن، مانع استمتاع زوج می‌شوند (حر عاملی، ۱۴۱۲، ج ۲۰: ۱۶۵).  
از این‌رو، فقیهان با استناد به روایات مذکور که مستفیضه هستند، بر لزوم تمکین زوجه از زوج اتفاق نظر دارند.

## مبحث دوم: شرط عدم روابط جنسی و اقتضای ذات عقد نکاح

### ۱.۲. مقتضای ذات عقد و اعتبار شرط خلاف آن

هرگونه اظهار نظر در زمینهٔ مباحث مربوط به هر عقدی، بدون شک، مستلزم بررسی و تشخیص ماهیت و مقتضای ذات و اطلاق آن عقد است. تعیین مقتضای ذات عقد از مباحث کلیدی است و دقت بیشتری را می‌طلبد، از این‌رو، ریشهٔ عمدهٔ اختلاف آرای فقیهان در هر عقدی، از برداشت‌های متعدد آنان از مقتضای ذات عقد می‌شود.

عده‌ای از فقها در تعریف مقتضای ذات عقد گفته‌اند: اموری که عقد بذاته و طبعه مقتضای آنها بوده و به دلالت مطابقی بر آن دلالت می‌کند؛ برای مثال تملیک عین به عوض در تعریف بیع به دلالت مطابقی بوده و سلب آن از عقد مزبور مساوی با نفی و بطلان آن خواهد شد (نایینی، ۱۳۷۳، ج ۲: ۱۱۲-۱۱۴).

برخی دیگر می‌گویند: مقتضای ذات عقد، موضوع اصلی هر عقد است که عقد به سبب آن واقع شده و چنان به عقد مزبور وابسته است که با انتفای آن، ماهیت عقد نیز منتفی می‌شود و در دید عرف و شرع موضوعی برای آن باقی نمی‌ماند. به تعبیر دیگر، جوهرهٔ اصلی عقد است و بدون آن، ماهیت عقد نیز محقق نمی‌شود (نراقی، ۱۴۱۷: ۱۵۲).

اما اموری که عقد بذاته و بطبعه مقتضای آنها نبوده و به دلالت مطابقی بر آنها دلالت نمی‌کند، بلکه دلالت عقد بر آنها به تبع و ضمنی به نحو دلالت التزامی است، این امور را مقتضای اطلاق هر عقد می‌گویند (نایینی، ۱۳۷۳، ج ۲: ۱۱۲). به عبارت دیگر، مقتضای اطلاق عقد، امری فرعی است که هرگاه عقد به‌طور مطلق بدون قید و شرط واقع شود، اقتضای آن را می‌کند؛ لذا منظور مستقیم و اصلی متعاقدين نبوده و طرفین می‌توانند با استفاده از شرط ضمن عقد، اقتضای آن را تغییر دهند؛ به‌عنوان مثال، اگر در عقد بیع، متعاقدين راجع به محل تسلیم مبیع سخنی به میان نیاورند، اطلاق عقد بیع مقتضای تسلیم مبیع در محل انعقاد عقد است.

با این تفصیل عده‌ای از فقها (موسوی بجنوردی، ۱۳۷۷، ج ۴: ۲۶۸-۲۷۰؛ نایینی، ۱۳۷۳، ج ۲: ۱۱۲-۱۱۴) عقیده دارند که شروط مغایر با مقتضای عقد شاید به چند صورت انجام پذیرد:

الف) مخالفت با مضمون یا مفاد اصلی عقد؛ یعنی موضوعی که به تراضی انشا شده و عقد برای پیدایش آن منعقد شده است؛ یعنی مخالفت با اثری که عقد بالذات تولیدکننده آن است و مقوم و رکن عقد تلقی می‌شود، به گونه‌ای که از آن لاینفک است؛ به عنوان مثال فروشنده‌ای به خریدار بگوید این ملک را به تو می‌فروشم، به شرط اینکه مالک عین نگردی یا وکیل زن در ازدواج به زوج بگوید این زن را به ازدواج تو در می‌آورم به شرط اینکه زوجه تو نشود، در حالی که «مالکیت» و «زوجیت» به ترتیب مضمون یا مفاد اصلی بیع و نکاح هستند.

ب) شرط با جمیع آثار عقد، منافات داشته باشد؛ مثلاً وکیل زوجه به زوج بگوید که فلانی را به عقد تو در می‌آورم به شرط اینکه هیچ استمتاعی از او نداشته باشی یا این مال را به تو می‌فروشم که هیچ تصرفی در آن انجام ندهی.

ج) موردی که شرط، منافی با اثر ظاهری و هدف عمده عقد باشد، به گونه‌ای که تمام توجه و هدف طرفین از معامله، رسیدن به آن اثر باشد؛ همانند وطی که اثر ظاهری و مطلوب عقد نکاح، شرعاً و عرفاً است، اگر چه بر نکاح، اغراض و آثار دیگری هم مترتب خواهد بود، اما وطی، غرض اصلی از نکاح دایم است.

د) شرط، منافی بعضی از آثار عقد باشد؛ به گونه‌ای که بین نفی این اثر و نفی مضمون عقد ملازمه عرفیه وجود داشته باشد، مانند شرط بایع با خریدار که مبیع به زید فروخته نشود و یا به پسرش هدیه شود. در این فرض مانعی بر صحت شرط از جنبه منافات با مقتضای عقد وجود ندارد.

نتیجه اینکه اگر شرط ضمن عقد همه آثار یا اثر مطلوب برآمده از انشای عقد را نفی می‌کند، در حکم شرط مخالف با مقتضای عقد تلقی می‌شود؛ اما در آن فرضی که شرط، منافی با آثار شرعی عقد باشد، برای تشخیص صحت این گونه شروط باید دلیلی را ملاحظه کرد که این اثر را بر عقد اثبات کرده است که آیا این مستفاد از این است که اثر از حقوق قابل اسقاط است یا اینکه حق نبوده، بلکه حکم شرعی است؟

چنانچه این اثر از نوع اول (حق) باشد، در اشتراط عدم این اثر از عقد هیچ اشکال و منعی وجود ندارد و در واقع به این بازگشت می‌کند که مشروط‌الیه حق خود را ساقط کرده باشد، مثل شرط عدم خیار حیوان در عقد بیع و اسقاط حق مضاجعه در عقد نکاح؛

اما در صورتی که این اثر از قبیل نوع دوم (حکم) باشد، اشتراط عدم آن در واقع از مصادیق و موارد مخالفت با کتاب و سنت خواهد بود.

## ۲.۲. نسبت شرط عدم روابط زناشویی با مقتضای عقد نکاح

تعیین مقتضای پاره‌ای از عقود آسان است؛ زیرا غرض و اثر اصلی عقد را می‌توان به روشنی تمیز داد؛ چنانکه انتقال مبیع اثر اصلی عقد بیع و انتقال منافع مورد اجاره نیز اثر اصلی عقد اجاره است و هر شرط که این آثار را نفی کند، با مقتضای ذات عقد منافات دارد؛ ولی در پاره دیگری از عقود، از جمله نکاح، به دشواری امکان دارد اثری را تشخیص داد که به ذات و ماهیت عقد وابسته است؛ زیرا عقد نکاح آثار و لوازم گوناگونی دارد که هر کدام به نوبه خود کمال اهمیت را دارد، تمیز اینکه کدام اثر عقد، جنبه اساسی دارد و به ماهیت عقد وابسته است و کدام فرعی خواهد بود، به بررسی و تلاش فراوان نیاز دارد؛ به عنوان مثال، می‌توان مهر را از ماهیت نکاح دایم جدا کرد و قانون مدنی ایران هم به صراحت شرط عدم مهر را موجب بطلان نکاح قرار نمی‌دهد (ماده ۱۰۸۷، ق.م.)؛ اما درباره تمکین و نسبت آن با مقتضای ذات عقد، داوری دشوار است؛ زیرا تمکین یکی از آثار مطلوب و بارز عقد نکاح محسوب می‌شود و با ماهیت عقد ارتباط ناگسستگی دارد.

به نظر می‌رسد عقد نکاح هم مانند سایر عقود، آثار متفاوتی به دنبال دارد؛ اما بدون شک، تمکین از اساسی‌ترین آنها به شمار می‌آید؛ لذا بر اساس مبنایی که به منظور تشخیص مقتضیات عقد بیان شد، اگرچه زوجین، تمکین را اولاً و بالذات به دلالت مطابقی حین انشای عقد قصد نمی‌کنند، از آنجایی که بعضی از آثار عقد مثل تمکین و حلیت رابطه زناشویی از آثار ظاهری و مطلوب عقد نکاح به شمار می‌آید و عرف غالب، نوعاً آن را یکی از اهداف اساسی نکاح می‌داند؛ از این رو، با توجه به ضوابطی که در صورت شروط مخالف با مقتضای عقد بیان شد، چنین شرطی که حق هرگونه تمتعات جنسی از زوج را سلب بکند، از جمله شروط مغایر با مقتضای عقد نکاح تلقی می‌شود.

نتیجه اینکه بر اساس ملاک ابرازی مرحوم نایینی، ملاک در تشخیص مقتضای ذات عقد، احراز مدلول مطابقی عقد، با توجه به اراده مشترک متعاقدين است (نایینی، ۱۳۷۳، ج ۲: ۱۱۲-۱۱۴)؛ یعنی آنچه که متعاقدين اولاً و بالذات انشا کرده‌اند و عقد برای نیل به آن منعقد شده و حسب نظر متعاقدين، غرض اصلی از انعقاد عقد است؛ به تعبیر دیگر اثر ظاهری و مطلوب هر عقدی مثل تمتعات جنسی در عقد نکاح، حسب



عرف و عادت با مقتضای ذات عقد برابری می‌کند، به‌گونه‌ای که انتفای آن از زندگی زناشویی انتفای عقد نکاح تلقی می‌شود؛ لذا شرط خلاف چنین آثاری نیز موجب بطلان شرط و عقد خواهد بود.<sup>۱</sup>

### مبحث سوم: ادله قایلان به صحت شرط عدم روابط جنسی

برخی از فقها و محققان حقوق اسلامی در نوشته‌های خویش قایل به جواز شرط عدم تمکین در ضمن عقد نکاح هستند، یعنی زوجه می‌تواند با استفاده از شرط ضمن عقد برابر اصل حاکمیت اراده در عقود، حق تمکین را از زوج سلب کند، بدون اینکه به ماهیت عقد نکاح خدشه‌ای وارد شود؛ از این‌رو، آنان برای اثبات ادعای خود به دلایل متعددی استناد کردند که به نقد و بررسی این دلایل خواهیم پرداخت:

#### ۱.۳. عدم وابستگی تمکین به مقتضای ذات عقد نکاح

برخی از حقوقدانان بر این باورند که تمکین در ذات عقد نکاح لحاظ نشده، بلکه مقتضای اطلاق عقد نکاح است؛ برای مثال، مهر از آثار اطلاق نکاح محسوب می‌شود؛ همان‌طور که عقد نکاح بدون مهر (مفوضه البضع) بلامانع است، نکاح بدون تمکین هم جایز خواهد بود. بنابراین، زوجه می‌تواند این حق را از زوج سلب کند؛ در نتیجه زوج حق مطالبه‌ای در این زمینه از زوجه نخواهد داشت (امامی، ۱۳۷۷، ج ۴: ۳۷۷).

### نقد استدلال

با توجه به بررسی که پیرامون صور شروط مغایر با مقتضای عقد صورت گرفته است، این نتیجه حاصل شد که برخی از آثار عقد مانند تمتعات جنسی در عقد نکاح از آثار ظاهری و مطلوب عقد نکاح به‌شمار می‌آید و شرط خلاف آن را می‌توان به‌گونه‌ای شرط خلاف مقتضای عقد تلقی کرد.<sup>۲</sup> علاوه بر این، عرف و شرع چنین ازدواجی را که با این‌گونه شرط آغاز شده است، نکاح نمی‌شناسد.

۱. اذ كان مرجع الاشتراط الى منع جميع الآثار المترتبة على ما ينشأ بالعقد من الزوجية والملكية ونحوهما فلا يبعد الحاقه إلى ماينافي لمقتضى العقد .... و كذلك الاثر الظاهر على وجه كان تمام الغرض والغايه للعقد. نعم لا يبعد أن يكون المنع مطلق الاستمتاع فيه منافياً لمقتضى العقد بذلك المعنى الذى أشرنا اليه.  
 ۲. نعم لا يبعد أن يكون المنع مطلق الاستمتاع فيه منافياً لمقتضى العقد بذلك المعنى الذى أشرنا اليه (نايبيني، ۱۳۷۳، ج ۲: ۱۱۴).

### ۲.۳. غایات متعدد مترتب بر نکاح

عده‌ای از فقها عقیده دارند که تمتعات جنسی تنها غرض و فایده نکاح نیست؛ بلکه مقاصد متعددی بر نکاح مترتب است که رابطه جنسی تنها بخشی از آن به‌شمار می‌آید؛ به‌عنوان مثال، می‌توان حصول رابطه محرمیت و انگیزه‌هایی چون وصلت با خانواده شریف را نام برد که هر یک از آن به‌نوعی می‌تواند موجب صحت عقد نکاح باشد؛ لذا رعایت همه اغراض و غایات در عقد نکاح ضرورتی ندارد (شهید ثانی، ۱۳۴۳، ج ۸: ۲۴۷؛ موسوی خمینی، بی‌تا، ج ۵: ۱۸۷؛ نجفی، ۱۳۶۶، ج ۳۱: ۱۰۰) بلکه لحاظ بخشی از آن مقاصد در عقد نکاح کفایت می‌کند.

### نقد استدلال

پیش از این اشاره شد که تمتعات جنسی در قلمرو نکاح از منظر عرف و شرع یکی از غایات و مقاصد اصلی و مطلوب عقد نکاح است، به‌گونه‌ای که نفی آن از زندگی زناشویی نفی اثر ظاهری عقد نکاح محسوب می‌شود؛ لذا می‌توان شرط خلاف آن را از صور شروط خلاف مقتضای عقد خواند. علاوه بر این، کسی که به قصد انگیزه‌هایی چون تحقق رابطه محرمیت و ... ازدواج می‌کند، به‌سبب لحاظ یک غرض عقلانی و شرعی، آثار دیگر ازدواج چون تمتعات جنسی را در نظر نمی‌گیرد و خود را از آن بی‌نیاز می‌بیند، پس این‌گونه موارد با ما نحن فیه که فرد به اختیار خود استفاده از یک امر مباح و حق فطری حاصل از عقد نکاح را به‌کلی از خود سلب می‌کند، تفاوت اساسی دارد.

### ۳.۳. صحت ازدواج با ناتوانان جنسی

برخی دیگر، هدف نکاح را والاتر از تمتع جنسی می‌دانند و بر این عقیده‌اند که بهره‌مندی جنسی، تنها ثمره عقد نکاح نیست؛ به‌همین سبب است که پیران و اشخاصی که از نظر جنسی توانایی ندارند، می‌توانند ازدواج کنند، لذا اگر یکی از زوجین در اثر عارضه‌ای این قدرت را از دست بدهد، طرف مقابل می‌تواند از این حق خویش بگذرد، عقد به حیات حقوقی خود ادامه می‌دهد و تمام آثار صحت را نیز به‌دنبال خواهد داشت؛ در حالی که اگر مقتضای ذات نکاح، بهره‌وری جنسی بود، بی‌شک ناتوان جنسی حق تمتع این عمل حقوقی را از دست می‌داد (جعفرپور، ۱۳۹۰: ۲۵-۴۶).

مرحوم صاحب جواهر نیز حکمت ازدواج را در تمتعات جنسی منحصر نمی‌داند و

عقیده دارد که برای صحت عقد، رعایت مقاصد و لحاظ غایات اعتباری ندارد؛<sup>۱</sup> از نظر ایشان حکم به صحت ازدواج با افراد معذورالوطی مثل شخصی که به عیب عنن و قرن مبتلاست، بهترین دلیل بر مدعا محسوب می‌شود (نجفی، ۱۳۶۶، ج ۳۱: ۱۰۰).

### نقد استدلال

قیاس شرط عدم تمتع جنسی با فردی که توان استیفای منافع جنسی را ندارد، قیاس مع الفارق است؛ زیرا کسی که عمل مباحی چون بهره‌وری جنسی را از خود سلب می‌کند با کسی که قدرت برقراری رابطه جنسی را ندارد، فرق بسیاری دارد؛ مباح بودن رابطه زناشویی را می‌توان از عناصر اساسی نکاح تلقی کرد و شرطی که سلب حق باشد، یعنی حق تمتع را از همسر بگیرد، از مصادیق تحریم مباح و سلب حق به‌طور کلی است (ماده ۹۵۹ ق.م.)؛ اما امکان عملی زناشویی از عناصر ازدواج نیست؛ از این‌رو، نکاح ناتوانان جنسی مجاز شمرده شده است.

علاوه بر این، مستشکل بین عدم وطی و عدم استمتاع خلط کرده است؛ چرا که اشخاص عنین و ذات قرن اگرچه ناتوان از وطی هستند؛ اما از تمتعات جنسی به‌کلی بی‌بهره نیستند و شاید بخشی از بهره‌مندی جنسی در آنها تأمین شود.

### ۴.۳. لزوم وفای به شرط

پایبندی به تعهدات ضمن عقد حسب عموم ادله وفای به شرط بر مشروط‌علیه واجب است و تخلف از آن، حکم تکلیفی و وضعی به‌همراه دارد؛ بنابراین اگر زوجه در ضمن عقد نکاح با زوج خود عدم تمکین را شرط کند، آن شرط لازم‌الوفاء خواهد بود؛ چنانکه روایت موجود در این زمینه، مؤید مدعاست: «عماربن مروان از امام صادق (ع) نقل می‌کند که به امام عرض کردم، مردی پیش زنی رفته و از او خواست که خود را به ازدواج وی درآورد. 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، جز آنکه آلت را در فرج من داخل نکنی؛ اما غیر از آن هر چه خواستی بهره ببری، مانعی ندارد؛ چرا که من از رسوایی می‌ترسم، امام (ع) فرمود:

۱. ولو ان الوط من مقتضیات النکاح علی وجه یستلزم اشتراط عدم بطلانه لم یجز نکاح المعتذر و طئها او و طئه و هو معلوم الفساد و انما الوط و غایه من الغایات.

اشکالی ندارد مرد به جز آنچه شرط کرده، حق ندارد و باید به شرط خود وفادار باشد (حر عاملی، ۱۴۱۲، ج ۲۱: ۷۳).

همچنین به استناد اطلاق روایت مشهور از نبی اکرم (ص) که فرمود: «هر کسی که با همسر خود شرطی کند، باید به آن شرط وفادار باشد، مگر آنکه شرط مذکور، حلالی را حرام کند یا حرامی را حلال کند» (حر عاملی، ۱۴۱۲، ج ۱۸: ۱۸) پس می‌توان به صحت شرط عدم تمکین حکم کرد.

### نقد استدلال

به نظر می‌رسد با توجه به قرینه‌ای که در مفاد روایت مذکور وجود دارد، اشاره به جواز چنین شرطی در نکاح موقت باشد نه دائم؛ زیرا بیان این قید «من از رسوایی می‌ترسم» از جانب زن، گویای این سخن است که وی خواسته است با جلوگیری از وطی زوج، این رابطه را مخفی نگه دارد و از تبعاتی چون حاملگی و فرزندآوری در امان باشد؛ از این رو، در عقد دائم که اساسش بر توالد و تناسل و تأکید بر ترویج و اشاعه این فرهنگ در اجتماع است، چنین پنهانکاری معنا ندارد؛ البته زن و شوهر در عقد دائم می‌توانند در مدت خاصی شرط عدم وطی کنند؛ اما شرط عدم وطی در کل عمر زناشویی از مصادیق تحریم و سلب حق است و مشروعیت ندارد؛ لذا وفای به چنین شرطی، مشمول عموم ادله پایبندی به شرط «أوفوا بالعقود» و «المومنون عند شروطهم» نخواهد بود.

علاوه بر این، استدلال به جواز شرط عدم وطی در ضمن عقد نکاح و قیاس آن با موضوع مورد بحث ما «شرط عدم تمکین» قیاس مع الفارق است؛ زیرا وطی یکی از کنش‌های مهم جنسی محسوب می‌شود و مشروطاً علیه از دیگر تمتعات جنسی منع نشده است و نیاز او به نوعی از اقسام دیگر آن تأمین می‌شود؛ اما در شرط عدم تمکین، فرد از همه بهره‌وری‌های جنسی محروم است.

### ۳.۵. تمکین حقی قابل اسقاط

برخی از محققان برای جواز شرط عدم تمکین در نکاح به اثبات حق بودن آن پرداخته‌اند، به این معنا که تمکین حقی است که زن و شوهر با اراده و اختیار خود ایجاد می‌کنند و این حق مقهور اراده زوجین است و قابلیت تغییر در ضمن عقد را دارد. این دیدگاه با نقد حکم بودن تمکین این‌گونه استدلال می‌کند: اگر تمکین حکم شرعی

بود، اذن شوهر نمی‌تواند این حکم الهی را تغییر دهد و رافع ممنوعیت خروج زن از منزل باشد و در این راستا آنان برای اثبات سخن خود به روایاتی نیز تحت عنوان حق زوج بر زوجه تمسک جستند؛ چنانکه زنی از رسول اکرم (ص) سؤال کرد: حق زوج بر زوجه چیست؟ پیامبر (ص) فرمود: شوهر را اطاعت کند و از خواسته‌های او دریغ نوزد، اگرچه سوار بر شتر باشد یا در جای دیگری فرموده است که از جمله حقوق مرد بر زن این است که زوجه صبح و شام خود را بر زوج عرضه کند (حر عاملی، ۱۴۱۲، ج ۲: ۱۵۸)؛ در نتیجه تمکین از اقسام حقوق و با تراضی و توافق طرفین در ضمن عقد نکاح، قابل اسقاط است (مؤمنی، ۱۳۸۷: ۴۲۹-۴۴۸).

### نقد استدلال

به نظر می‌رسد این دیدگاه نیز با دلایل ذیل خدشه‌پذیر باشد:

اولاً: شرط نباید سالب حق باشد؛ در نتیجه شرط عدم تمکین از مصادیق تحریم مباح و مشمول ماده ۹۵۹ ق.م.ا از موارد سلب حق به‌طور کلی است.

ثانیاً: ادله‌ای که در زمینه اهمیت و لزوم تمکین زن از زوج در زندگی زناشویی وارد شده است، کنایه از حکم تکلیفی وجوب محسوب می‌شود نه حق قابل اسقاط.

ثالثاً: پیش از این اشاره شد که برخی از آثار عقد به لحاظ نقش بارز و مطلوب آن مثل تمکین در عقد نکاح از اثر ظاهری و هدف عمده عقد تلقی می‌شود و نفی آن در زندگی زناشویی به منزله نفی ماهیت عقد نکاح است؛ از این رو، شرط خلاف این‌گونه آثار را می‌توان شرط مغایر با مقتضای عقد محسوب کرد.

رابعاً: بعضی از حقوق مثل استمتاع زوج از زوجه، از روی مسامحه حق تلقی می‌شود؛ لذا این اصطلاح حق در مقابل حکم نیست، بلکه این دسته از حقوق و امثال آن، مثل حق ابوت و حق ولایت حاکم، در واقع از احکام هستند نه حق (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۸، ج ۱: ۵۶؛ موسوی خمینی، بی تا، ج ۵: ۲۸۳)؛ در نتیجه این قبیل حقوق که جهت آن در شرع تعیین شده نه قابل اسقاط و نه قابل واگذاری به غیر است.

خامساً: در عرف رایج کنونی که تک‌همسری الگویی اجتماعی شده است و تنها راه حلیت تمتعات جنسی نیز از طریق نکاح حاصل می‌شود، حذف این تمتعات از زندگی زناشویی با مفهوم عرفی نکاح سازگاری ندارد و عرف، چنین وصلتی را نکاح نمی‌شناسد.

## نتیجه‌گیری

۱. اگر در عقد نکاح، زوجه بر زوج شرط عدم استمتاع جنسی کند، به‌گونه‌ای که هیچ‌یک از وظایف زوجیت مربوط به تمکین و تمتعات جنسی را انجام ندهد؛ چنین شرطی، اثر بارز و مطلوب عقد نکاح را نفی می‌کند و از جمله شروط مغایر با مقتضای عقد نکاح تلقی می‌شود.
۲. شرط عدم تمکین در زندگی زناشویی از مصادیق تحریم مباح است و مشمول ماده ۹۵۹ قانون مدنی از موارد سلب حق به‌طور کلی محسوب می‌شود، در حالی که شرط نباید سالب حق به‌طور کلی باشد.
۳. برخی از حقوق مثل حق تمکین در نکاح، به مسامحه حق تلقی می‌شود، در حالی که با توجه به ادله متقن قرآنی و روایی مبنی بر لزوم تمکین زوجه از زوج، می‌توان آن را به‌نوعی حکم شرعی قلمداد کرد، نه حقی که به اختیار زوجین قابل اسقاط باشد.
۴. عرف رایج جامعه ما پیوندی را که با شرط عدم تمتعات جنسی آغاز شده است، نکاح نمی‌شناسد؛ در نتیجه شرط عدم تمکین، با نظم عمومی و اخلاق حسنه مغایر است و مشروعیت ندارد.

## منابع

- [۱]. قرآن کریم.
- [۲]. امامی، حسن (۱۳۷۷). *حقوق مدنی*، ج ۴، چاپ دوم، تهران، انتشارات اسلامی.
- [۳]. جبعی عاملی (شهید ثانی) (۱۳۷۲). *الروضه البهیة*، ج ۲، چاپ هفتم، قم، مکتب الاعلام الاسلامی.
- [۴]. -----، (۱۳۴۳). *مسالك الافهام*، ج ۸، قم، مؤسسه معارف اسلامی.
- [۵]. جعفرپور، جمشید (۱۳۹۰). «وابستگی اقتضای ذات نکاح با رابطه زناشویی»، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، مشهد، دوره ۳، شماره ۴.
- [۶]. حر عاملی (۱۴۱۲ق). *وسایل الشیعة*، چاپ (؟)، ج ۱۸، ۲۰، ۲۱، قم، مؤسسه آل‌البیت.
- [۷]. حسینی مراغه‌ای، میرعبدالفتاح (۱۴۱۷ق). *العناوین الفقهیة*، ج ۲، چاپ اول، قم، جامعه مدرسین.
- [۸]. راغب اصفهانی. (۱۴۱۸ق). *المفردات فی غرایب القرآن*، چاپ اول، بیروت، دارالمعرفة.
- [۹]. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم. (۱۴۱۸ق). *حاشیة المکاسب*، ج ۱، چاپ (؟)، قم، مؤسسه اسماعیلیان.
- [۱۰]. محقق حلی، جعفر بن الحسن (۱۴۰۹ق). *شرايع الاسلام*، ج ۲، چاپ (؟)، قم، انتشارات قدس.
- [۱۱]. مغنیه، محمد جواد (بی‌تا)، *فقه امام جعفر صادق (ع)*، ج ۲، چاپ اول، قم، دارالکتب العلمیه.

- [۱۲]. موسوی بجنوردی، حسن (۱۳۷۷). *القواعد الفقهية*، ج ۴، چاپ اول، قم، نشر هادی.
- [۱۳]. موسوی خمینی، روح‌الله (۱۳۹۰). *التحریر الوسیله*، چاپ اول، ج ۲، قم، دارالکتب العلمیة.
- [۱۴]. ----- (؟). *کتاب البیع*، ج ۵، چاپ (؟)، قم، مؤسسه اسماعیلیان.
- [۱۵]. موسوی خویی، سید ابوالقاسم (بی‌تا). *منیة السائل*، چاپ (؟)، قم، جامع فقه اهل بیت.
- [۱۶]. مؤمنی. عابدین (۱۳۸۷). «نکاح مشروط»، نکوداشت فقیه و محقق عالیقدر خلیل قبله‌ای خویی، تهران، بهار، انتشارات سمت.
- [۱۷]. ----- (بی‌تا). «حق یا حکم بودن تمکین در عقد نکاح»، مرکز اطلاعات و آمار شورای فرهنگی اجتماعی زنان، نقش زن در توسعه علوم و فرهنگ و تمدن اسلامی، اصفهان. [www.iranwomen.org](http://www.iranwomen.org)
- [۱۸]. نایینی، محمد حسن (۱۳۷۳). *منیة الطالب فی حاشیة المکاسب*، ج ۲، چاپ (؟)، تهران، مکتب محمدی.
- [۱۹]. نجفی، محمد حسن (۱۳۶۶). *جواهر الکلام*، ج ۳۱، چاپ (؟)، تهران، دارالکتب الاسلامیة.
- [۲۰]. نراقی، احمد (۱۴۱۷ق). *عوائد الایام فی بیان قواعد الاحکام*، چاپ (؟)، قم، دفتر تبلیغات اسلامی.





