

بررسی وضعیت فقهی - حقوقی شرط عدم تمکین و استمتاع در عقد نکاح از منظر فقه امامیه و آیات و روایات

افسانه سامری^۱، منصور امیرزاده جیرکلی^۲

^۱ دانشجوی دکترای فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه آزاد اسلامی واحد تربت حیدریه استان خراسان رضوی، ایران.

^۲ عضو هیئت علمی و استادیار گروه آموزشی، دانشگاه آزاد اسلامی تربت حیدریه، خراسان رضوی، ایران

نام و نشانی ایمیل نویسنده مسئول:

افسانه سامری

Sameri.afsaneh@gmail.com

چکیده

از ظرافت های آفرینش نظام هستی این است که قانون زوجیت بر آن حاکم است. یکی از بزرگترین نیروهای درونی جوانان، غریزه جنسی است که اگر از راه های اصلی و اساسی کنترل نشود، طغیان می کند و پیامدهای بسیار بدی برای فرد و جامعه به دنبال دارد. از جمله حقوق نشأت گرفته از نکاح، حق تمکین زوجین نسبت به همدیگر است. فقیهان 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. فقهای امامیه و اهل سنت به اتفاق، استفاده از شرط جایز را در ضمن عقد نکاح در صورت برخورداری از شرایط عمومی صحت شرط، بلامانع می دانند و با استناد به ادله وفای به شرط اوفوا بالعقود، المومنون عند شروطهم آن را لازم الوفاء تلقی می کنند

واژگان کلیدی: استمتاع، حقوق، شروط، عدم تمکین، فقه امامیه، نکاح.

مقدمه

فقه‌های امامیه و اهل سنت به اتفاق، استفاده از شرط جایز را در ضمن عقد نکاح در صورت برخورداری از شرایط عمومی صحت شرط، بلامانع می‌دانند و با استناد به ادله وفای به شرط «أوفوا بالعقود» المومنون عند شروطهم آن را لازم الوفاء تلقی می‌کنند. این که شرط عدم تمکین در ضمن عقد نکاح مشروعیت دارد یا خیر، نزد فقه‌های امامیه و عامه مورد مناقشه است. برخی از فقه‌های متقدم، تمکین را مقتضای ذات عقد نکاح می‌خوانند و شرط خلاف آن را باطل و مبطل عقد می‌دانند [۲]. برخی دیگر، آن را مقتضای اطلاق عقد نکاح محسوب می‌کنند و به جواز شرط عدم تمکین در ضمن عقد نکاح، قائل هستند [۳ و ۴]. بر اساس قانون مدنی ایران، ازدواج یک عقد لازم است که در پی آن، هر یک از زن و مرد شروط و تعهداتی را متقبل می‌شوند و در عین حال از حقوق هم برخوردار هستند. در این میان جایگاه شروط ضمن عقد نیز قابل اعتناست. از سال ۱۳۶۰ به بعد در سند ازدواج، شروطی به عنوان «شرط ضمن‌العقد» پیش‌بینی شد که سردفتر مکلف است قبل از اجرای صیغه عقد آنها را برای زوجین قرائت و در صورت ضرورت مفهومشان را برای آنها بیان کند تا طرفین با آگاهی کامل ذیل شروط مورد قبول خود را امضا کنند. البته زوجین می‌توانند طبق ماده ۱۱۱۹ قانون مدنی ایران علاوه بر شروط چاپ شده در قباله نکاحیه هر شرطی را که مایلند به عقدنامه اضافه کرده و با امضای خود آن را الزام‌آور کنند. در قانون مدنی، شوهر در برابر زن دارای حقوق و اختیاراتی است که زن فاقد آن است، از جمله طلاق دادن زن، ازدواج مجدد، تعیین محل سکونت و زندگی خانوادگی و ... اگر چه این حقوق همراه با تکالیفی است که شوهر در برابر زن و خانواده خود دارد، اما ممکن است برخی مردان از این حقوق قانونی سوءاستفاده کنند، بنابراین طبق مجوز قانون مدنی زنان نیز می‌توانند با استفاده از شروط ضمن‌العقد تا حدودی محرومیت‌های قانونی خود را جبران کنند که این راه‌حل در ماده ۱۱۱۹ قانون مدنی بیان شده است: «طرفین عقد می‌توانند هر شرطی که مخالف با مقتضای عقد مزبور نباشد در ضمن عقد ازدواج یا عقد لازم دیگر مطرح کنند، مثل اینکه شرط شود هرگاه شوهر زن دیگر بگیرد یا در مدت معینی غایب شود، یا ترک انفاق کند یا علیه حیات زن سوءقصد کند یا سوءرفتاری کند که زندگی آنها با یکدیگر غیرقابل تحمل شود، زن وکیل و وکیل در توکیل باشد که پس از اثبات تحقق شرط در محکمه نهایی خود را مطلقه سازد» آنچه در ماده ذکر شده، جنبه تمثیلی دارد و زوجین می‌توانند هر شرط دیگری نیز برای حق طلاق زن تعیین کنند، از جمله اعتیاد یا محکوم شدن به حبس بیش از مدت معین. توضیح این نکته ضروری است که شرط مخالف مقتضای عقد شرطی است که با فلسفه عقد در تضاد است که البته در این مورد نظرات مختلفی وجود دارد. بعضی از فقها عقیده دارند فلسفه عقد ازدواج، تشکیل خانواده و تمتع جنسی زوجین از یکدیگر است، در حالی که اجماع فقها بر این است که زن می‌تواند شرط عدم رابطه جنسی بگذارد و منع شرعی ندارد.

طرح مسأله:

یکی از بزرگترین نیروهای درونی جوانان، غریزه جنسی است که اگر از راه‌های اصلی و اساسی کنترل نشود، طغیان می‌کند و پیامدهای بسیار بدی برای فرد و جامعه به دنبال دارد. شاید به همین دلیل بوده است که از منظر دین اسلام و بزرگان دین همواره برای جلوگیری از اشاعه فحشاء و حفظ حرمت آبرو و حیثیت مردم در خصوص مسائل جنسی موضوع چشم‌پوشی، اختفاء و پرده‌پوشی سرلوحه کار بوده است. قضاوت امیرالمؤمنین در مورد زنی که اصرار به اقرار به زانی خویش داشته است مؤید این برداشت می‌باشد [۵]. شرط موافق مقتضای عقد شرطی است که با مقتضای عقد مخالف نبوده و در صورت توافق طرفین می‌توان آن را جایگزین قانون کرد. شروط ضمن عقد راه‌حلی است برای جبران مشکلاتی که ممکن است در آینده در زندگی مشترک خانوادگی بروز کند. از سال ۱۳۶۰ به بعد در سند ازدواج که از طرف اداره ثبت اسناد چاپ می‌شود، شروطی به عنوان «شرط ضمن‌العقد» پیش‌بینی شده و سردفتر مکلف است قبل از اجرای صیغه عقد آنها را برای زوجین قرائت و مفهوم آنها را به زوجین برساند تا هر شرطی که مورد قبول آنها است، امضا کنند. باید افزود که زوجین می‌توانند علاوه بر شروط چاپ شده در قباله نکاحیه هر شرطی را که مایل باشند و خلاف مقتضای عقد نباشد، به آن اضافه کنند، از جمله زن می‌تواند شرط کند که اجازه خروج از کشور را دارد و مرد نمی‌تواند مانع از خروج او شود یا زن حق انتخاب مسکن یا ادامه تحصیل و اشتغال به کار و حق حضانت اطفال در صورت وقوع طلاق را داشته باشد.

مفهوم شرط ضمن عقد نکاح:

به طور کلی حقوقدانان و فقهاء به تعریف شرط پرداخته اند و عبارت مرکب شرط ضمن عقد نکاح را تا جایی که نگارنده مباحث گوناگون را مورد بررسی قرار داد به طور مستقل در هیچ اثری تعریف نشده است [۶]. بنابراین در یک تعریف پیشنهادی از شرط ضمن عقد نکاح می توان چنین ابراز داشت که شرطی است که در ازدواج موقت یا دائم به واسطه ذکر آن در عقد، هر یک از زن و مرد مواردی را در راستای قبول و انجام حقوق و تکالیف نسبت به طرف مقابل خود پذیرا می شود. این شروط ممکن است در قانون یا قرارداد ذکر شده باشد و نسبت به طرفین عقد دارای آثار می باشد.

اقسام شرط ضمن عقد نکاح

این شروط را می توان به دو دسته شروط صحیح و شروط باطل تقسیم بندی کرد: شروطی که در ضمن عقد مطرح می شوند از نظر اعتبار و نفوذ دو حالت دارند. صحیح و فاسد. در تعریف شرط صحیح گفته اند «هر گاه شرط موجب شود حقی برای مشروط علیه اثبات گردد، به نحوی که مشروط له حق مطالبه آن را از مشروط علیه داشته باشد، آن را شرط صحیح گویند» [۷]. و شرط باطل عبارت از شرطی است که به جهت فقدان هر یک از ارکان و اوصاف شرط فاقد صفت صحت باشند. اصولاً مطابق اصل صحت کلیه شروط صحیح محسوب می شوند مگر آنکه بطلان هر یک از آنها ثابت شود» [۸].

معنی و ماهیت شناسی تمکین:

مفهوم تمکین در لغت به معنی قدرت و سلطنت دادن می باشد و در قرآن کریم آمده است: «وَلَقَدْ مَكَّنَّاكُمْ فِي الْأَرْضِ (اعراف، ۱۰) وَنُكِّنَ لَهُمْ فِي الْأَرْضِ (قصص، ۶)؛ یعنی: ما آنها را در زمین استقرار بخشیدیم و مالک زمین گردانیدیم» [۹] و در اصطلاح فقهاء، در باب نکاح، به معنی امکان دادن زوجه به زوج برای استمتاعات جنسی است؛ چنانکه در توضیح تمکین کامل گفته اند: تن در دادن و واگذارن نفس به شوهر برای بهره وری 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 [۲، ۱۰ و ۱۱]. برخی علاوه بر تسلیم نفس از طرف زن، تعریض و بذل لفظی نفس را لازم دانسته اند؛ مثلاً زن بگوید: سلتم الیک نفسی فی کل زمان و مکان شئت [۳].

ادله عدم لزوم تمکین کامل:

ادله ای که می توان به آن برای حق ممانعت زوجه از تمکین کامل استدلال کرد از این قرار است: روایت: الناس مسلطون علی اموالهم و انفسهم: به موجب این حدیث زن می تواند نوعی از انواع تمکین را که دلخواه او نیست منع کند. اصل عقلی و عقلایی عدم جواز تصرف در شوون فرد دیگر بدون اذن وی: این اصل مورد استناد فقهای بزرگی چون مرحومین نراقی و انصاری قرار گرفته است. تسلط انسان بر اموال خود هم در حقیقت به این جهت است که مال محصول تلاش انسان است و به نحوی از متعلقات نفس انسان به شمار می آید. این اصل عقلایی تسلط زن بر تمام شوون خود را ثابت می کند.

ادله لزوم تمکین کامل:

ادله ای که می توان بر لزوم تمکین کامل زوجه در حد متعارف اقامه کرد به این شرح است: از نظر اسلام پاسخگویی به غریزه جنسی ضرورتی اجتناب ناپذیر است و در شریعت اسلام و بلکه همه شرایع الهی این امر باید منحصر در زندگی مشترک و در رابطه زن و شوهر تامین شود. از این رو ممانعت یک طرف از رفع کامل این نیاز به صورت متعارف، بویژه از سوی زن بر خلاف اصل فوق است. از نظر عقلا هم دسترسی به استمتاع کامل از جنس مخالف از نیازهای غریزی هر انسان است و این امر از مقومات و ارکان زوجیت به حساب می آید. عدم ردع این رویه متعارف عقلایی از سوی شارع و عدم تشریع راهی متفاوت با زوجیت عقلایی به منزله تأیید آن می باشد. ممکن است گفته شود تشریع ازدواج موقت یا تعدد زوجات به عنوان راه ویژه ای است که شرع برای تأمین نیاز کامل مرد پیش بینی کرده است، به این معنی که شارع بجای این که زن را ملزم به تمکین کامل کند راه های دیگری را بر روی مرد باز کرده است. علاوه بر این از نظر شریعت مرد می تواند حق استمتاع کامل را از طریق شرط ضمن عقد برای خود ایجاد نماید و در صورت عدم استفاده از این حق زوجه ملزم به این

امر نمی باشد. پاسخ این مناقشه در مورد تعدد زوجات این است که همین مشکل در مورد ازدواج های بعدی هم ممکن است پیش بیاید و زوجه های دیگر هم حق ممانعت خواهند داشت، زیرا میان زوجة اول و سایر زوجات در این مورد تفاوتی نیست. ازدواج موقت هم مشکل را حل نمی کند زیرا شرایط آن همیشه برای هر مردی فراهم نیست. اما راه شرط ضمن عقد هم کافی نیست زیرا اولاً چنین شرطی در شریعت در مورد ازدواج توصیه نشده است و صرف مجاز بودن شرط ضمن عقد در سایر عقود کافی نبوده و اگر شارع در مقابل بنای عقلا مبنی بر این که استمتاع کامل زوجین از هم از مقومات زوجیت است این راه را در نظر گرفته بود باید آن را بطور خاص بیان می کرد، بخصوص این که این شرط در عقد نکاح، بر خلاف سایر عقود حق فسخ ایجاد نمی کند.

آیه شریفه سوره بقره:

وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْمَحِيضِ قُلْ هُوَ أَذًى فَأَعْتَزِلُوا النِّسَاءَ فِي الْمَحِيضِ وَلَا تَقْرُبُوهُنَّ حَتَّى يَطْهُرْنَ فَإِذَا تَطَهَّرْنَ فَأْتُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ أَمَرَكُمُ اللَّهُ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ التَّوَّابِينَ وَيُحِبُّ الْمُتَطَهِّرِينَ (۲۲۲) يَسْأَلُكُمْ خُرْتُ لَكُمْ فَأْتُوا خُرْتُكُمْ أَنِّي شَيْئٌ قَدِّمُوا لِنَفْسِكُمْ وَ اتَّقُوا اللَّهَ وَ اعْلَمُوا أَنَّكُمْ مُلَاقُوهُ وَ بَشِّرِ الْمُؤْمِنِينَ (۲۲۳) در این آیه دو جمله: «فاتوهن من حيث امرکم الله» و نیز «فاتوا خرتکم انی شیئ» برای این امر قابل استدلال است. اما جمله اول به این تقریب که اتیانیه که به مرد اجازه داده شده کنایه از مباشرت است و یا به این تقریب که معنای «امرکم الله» به گفته مفسرین آن است که اتیان باید به صورت مشروع انجام شده و به طریق منهی در این آیه یعنی در حال حیض نباشد؛ روشن است که آن چه در حال حیض در شرع ممنوع است استمتاع کامل یعنی مباشرت است و لااقل اطلاق اتیان غیر منهی شامل مباشرت می شود. و اگر مطابق گفته برخی دیگر از مفسران امرکم الله امر تکوینی و اشاره به نیاز تکوینی باشد باز استمتاع کامل در آن مندرج است. جمله دوم هم به مرد اجازه استمتاع کامل داده است؛ با این بیان که «انی» در لغت بر سه معنای: هر زمان، هر مکان، و نیز به هر گونه و با هر کیفیت دلالت دارد؛ و در این آیه هر سه معنی می تواند مراد باشد، زیرا استعمال لفظ در اکثر از معنی واحد- با آن که مورد ایراد برخی از علمای اصولی است- بدون مشکل است، زیرا اولاً، استعمال لفظ در معانی متعدد می تواند با لحاظ های متعدد صورت گیرد و ثانیاً، مشکل محدودیت لحاظ در کلام خداوند متصور نیست. بنابر این، آیه بر تجویز اتیان به هر صورت و کیفیت و از جمله مباشرت دلالت دارد. موید این معنی اخباری است که شان نزول آیه را مراجعه مردم مدینه به پیامبر اکرم ص برای داوری در اختلافی دانسته که میان آنان و اهل مکه در مورد شیوة استمتاع پیش آمده بود. مطابق این اخبار استمتاع مباشرتی اهل مکه به صورت های غیر متعارف بوده و برای زنان مدینه امری مستنکر به شمار می آمده و این مسأله را از محضر پیامبر ص استفسار کردند و به دنبال آن آیه نازل شده و این گونه استمتاع را حق زوج دانست. تشبیه زنان به حرث در این آیه نیز روشن می کند که مقصود از اتیان، تمتع مباشرتی که تنها از طرق آن طلب فرزند امکان پذیر است.

مناقشه در دلالت آیه:

ولی می توان در استدلال به این آیه بر لزوم تمکین کامل زن مناقشه کرد زیرا اولاً، آیه در مقام تجویز انواع استمتاع شوهر با همسر خود است و در صدد تعیین تکلیف برای زن نسبت به خواست شوهر نمی باشد. و ثانیاً، انی شئتم می تواند خطاب به زوجین باشد نه به زوج ها؛ و مقصود آیه این است که شریعت منعی درباره کیفیت مباشرت قرار نداده و هرگونه که طرفین مایلند مجاز می باشد. قابل ذکر است که رجوع ضمیر کم در خرتکم به مردان اند الزاماً ثابت نمی کند که ضمیر شئتم هم خطاب به آنان است، زیرا عدول از لحن به لحن دیگر در قرآن متداول است. موید دیگر برای این مناقشه روایت معتبر ابن ابی یعفور است که با آن که برای جواز استمتاع خلفی به آیه فوق استدلال کرده ولی آن را مشروط به رضایت زوجه نموده است. پس امام ع هم از این آیه حق استمتاع مطلق برای مرد را نفهمیده است. ولی این موید پذیرفته نیست زیرا بحث در استمتاعات متعارف است. از مناقشه اول هم می توان پاسخ داد که اولاً، تجویز تصرف در متعلقات فرد دیگر (بخصوص با لحن دستوری) به معنای جواز این تصرف است؛ یعنی این خلاف رویه متعارف در باب تفهیم و تفاهم است که مولی به مجاز بودن فردی برای تصرف در شوون دیگری تصریح کند در حالی که مانع اصلی بر سر راه این تصرف که حق ممانعت آن شخص است هنوز وجود دارد؛ پس می توان گفت صدور چنین اجازه ای کاشف از رفع این مانع اصلی از سوی مولی می باشد. ثانیاً، بر اساس روایات شان نزول اعتراض زنان مدینه بی مورد بوده و حق شوهران مکی برای استمتاع کامل تایید شده است.

آیه شریفه: أَجَلٌ لَّكُمْ لَيْلَةُ الصَّيَامِ الرَّفَثُ إِلَى نِسَائِكُمْ هُنَّ لِبَاسٌ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِبَاسٌ لَهُنَّ. جمله: «هن لباس لكم و انتم لباس لهن» نیز بر این حکم دلالت دارد زیرا مطابق این آیه هر یک از زن و مرد باید نیازهای غریزی دیگری را به گونه ای پوشش دهند که مانع طغیان و تعدی وی شود. در صورتی که نیاز غریزی مرد بطور کامل و در حد متعارف تامین نشود لباس بودن و پوشش دادن نیاز وی تحقق نمی یابد. از این رو، دلالت آیه بر رفع کامل نیاز جنسی هر یک توسط دیگری به صورت متعارف تمام و پذیرفته است. قوله تعالی: هُنَّ لِبَاسٌ لَكُمْ وَأَنْتُمْ

لباسٌ لَهُنَّ، الظاهر من اللباس معناه المعروف و هو ما یستر به الإنسان بدنه، و الجملة من قبیل الاستعاره فان كلا من الزوجین یمنع صاحبه عن اتباع الفجور و إشاعته بین أفراد النوع فكان کل منهما لصاحبه لباسا یواری به سواته و یستر به عورتہ. ترجمه: ظاهر از کلمه لباس همان معنای معروفش می باشد، یعنی جامه‌ای که بدن آدمی را می پوشاند و این دو جمله از قبیل استعاره است، برای اینکه هر یک از زن و شوهر طرف دیگر خود را از رفتن به دنبال فسق و فجور و اشاعه دادن آن در بین افراد نوع جلوگیری می کند، پس در حقیقت مرد لباس و ساتر زن است، و زن ساتر مرد است [۱۲].

آیه شریفه: «بَعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكِ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ. مَفَاد جَمْلَةٌ: «و لهنّ مثل الذی علیهنّ بالمعروف» آنست که هر کدام از زن و مرد حقوقی بر دیگری دارند که باید با روش معروف تامین شود و از آن جا که تامین نیاز جنسی یکدیگر یکی از حقوق مسلم میان زن و شوهر است طبق این آیه این حق باید بر اساس معروف و متعارف میان عقلا تامین شود و هیچ یک حق ندارند از تامین آن بر اساس معروف سرباز زنند. پیش از این در استدلال دوم گفته شد که تامین کامل این نیاز امری است که از نظر عقلا معروف و پذیرفته است. پس دلالت این آیه هم تمام است.

اطلاق روایات دال بر لزوم پاسخگویی به حاجت شوهر در همه استمتاعات متعارف:

مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ عِدَّةٍ مِنْ أَصْحَابِنَا عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ ابْنِ مَحْبُوبٍ عَنْ مَالِكِ بْنِ عَطِيَّةٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ مُسْلِمٍ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ قَالَ: جَاءَتْ امْرَأَةً إِلَى النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَتْ يَا رَسُولَ اللَّهِ - مَا حَقُّ الزَّوْجِ عَلَى الْمَرْأَةِ - فَقَالَ لَهَا «۱» أَنْ تُطِيعَهُ وَ لَا تَعْصِيَهُ - وَ لَا تَصْدَقَ مِنْ بَيْتِهِ إِلَّا بِإِذْنِهِ وَ لَا تَصُومَ تَطَوُّعًا إِلَّا بِإِذْنِهِ - وَ لَا تَمْنَعَهُ نَفْسَهَا وَ إِنْ كَانَتْ عَلَى ظَهْرٍ قَتَبَ [۵]. با این تقریب که عدم منع نفس کنایه از تمکین کامل است. اگر در عرف امروز هم در این معنی مناقشه شود مسلماً در عرف مخاطبین خطابات شارع عدم منع نفس شامل تمکین کامل می شده است.

تمکین غیر متعارف:

مقصود از استمتاع غیر متعارف شیوه هایی است که معمولاً هدف تمتع را برای هر دو طرف را محقق نمی سازد. برای جواز این امر میتوان به اطلاقات دال بر لزوم تمکین زن مثل «لاتمنعه نفسها و لو كان على ظهر قتب» استدلال کرد. ولی این استدلال با ادعای انصراف اطلاقات یادشده از تمکین غیر متعارف قابل مناقشه است. در ادامه با این سوال که آیا بر زن واجب است آماده باشد تا در هر زمان و مکانی که شوهر تقاضای استمتاع دارد به وی پاسخ گوید؟ به این معنی که آیا از نظر شرع تمایل زن هم در استمتاع دخالت دارد و یا این که بر زن واجب است در هر شرایطی، حتی در صورتی که از نظر جسمی و یا روحی پاسخ گفتن به تمایل مرد برای وی دشوار باشد به این خواسته پاسخ دهد؟ مقصود از عدم تمایل زن وجود موانعی جسمی و یا روانی است که در نتیجه این موانع تمکین سبب ناراحتی و موجب ایداء وی می شود. اما صرف عدم تمایل و علاقه زن برای استمتاع در شرایطی خاص مورد بحث نیست، زیرا اطلاقات دال بر لزوم تمکین زن به روشنی بر تکلیف زن در این صورت دلالت دارد و جای مناقشه ای در شمول اطلاقات نسبت به این مورد وجود ندارد.

ادله منع وجوب مطلق:

ادله ای که برای عدم وجوب تمکین در شرایطی که به دلیل وجود مانعی این امر موجب اذیت و فشار بر زوجه است قابل استدلال است از این قرار است:

۱. تعهد زوجه در عقد زوجیت به تمکین در برابر زوج که اصل عقلایی تسلط هر انسانی بر شوون خود را محدود کرده است شامل صورت ایداء نمی شود و در نتیجه مورد تمتع ایداء کننده به دلیل اصل فوق ممنوع می باشد. به سخن دیگر قدر متیقن در خروج از اصل فوق به حکم عقد زوجیت صورتی است که موجب ایداء برای زوجه نشود و سایر موارد مشکوک تحت این اصل باقی می ماند. ۲. اطلاق متعلق حکم (معاشرت) در آیه شریفه: «و عاشروهن بالمعروف» (۱۹نساء) که می گوید هر گونه معاشرتی باید بر اساس معروف باشد بر این دلالت دارد که معاشرت استمتاعی نباید موجب اذیت و آزار زن شود. مناسبت حکم و موضوع در این گونه معاشرت خاص (معاشرت استمتاعی) اقتضا می کند که کمترین ایدائی آن را از معروف بودن خارج می کند. مناقشه صاحب مستمسک در دلالت الزامی این آیه و حمل آن بر حکمی اخلاقی به معنی کنار گذاردن اوامر قرآن از قابلیت استناد فقهی بوده و باید آن را از غرایب انظار فقهی به حساب آورد. و این درحالی است که هیچ یک از فقهای شیعه که تا کنون به این آیه اشاره داشته اند هیچ مناقشه ای در دلالت آن بر وجوب نکرده اند. ۳. آیه: «لهن مثل

الذی علیهن بالمعروف» (۲۲۸ بقره) نیز حقوق هر یک از زن و شوهر را بر دیگری به معروف بودن آن مقید می کند. بنابر این هر گونه تقاضایی که موجب آزار و فشار بر طرف دیگر و خارج از روال متعارف و شناخته شده میان عقلا باشد مشروع نخواهد بود. این آیه زن را از همان حقوق متعارفی که مرد در رابطه با زن برخوردار است بهره مند می داند و در نتیجه بر جواز تمتع طرفین طبق رویه معروف و متعارف دلالت دارد. اما این ادعا که تمکین زن در هر زمان و مکان حتی در شرایطی که از نظر جسمی و یا روحی برای وی نامطلوب و دشوار باشد رویه ای معروف و متعارف نزد عقلاء است مخدوش است و از این رو به این آیه برای اثبات آن نمی توان استدلال کرد. البته به این آیه می توان برای نفی بهانه جویی های بیجای زن تمسک کرد. ۴. ادله حرمت ایذاء مسلم هم برای منع چنین تمتعی قابل استدلال است. این استدلال در صورتی تام است که بتوان با این ادله اطلاق ادله حقوق را تقیید کرد و ادله حرمت ایذاء را حاکم بر ادله حقوق دانست. اما می توان در شمول ادله حرمت ایذاء نسبت به موردی که کسی حق مباح خود را استیفاء می کند مناقشه کرد. مرحوم خوئی گفته است: فآیه لا دلیل علی حرمة الفعل المباح المقتضی لإیذاء المؤمن قهراً، علی ما ذکرنا فی محلّه. و حیث إنّ المقام من هذا القبیل لأنّ التزوّج بالثانیة أمر مباح فی حدّ نفسه، فمجرد تأذی فاطمة (علیها السلام) لا یقتضی حرمته.

دلیل عقل:

اصل عقلایی تسلط هر کس بر شوون نفس خود در رابطه زناشویی به علت التزام ضمنی زوجین به تمتع از یکدیگر محدود شده است به گونه ای که یک طرف نمی تواند دیگری را کاملاً از تمتع منع کند ولی آیا هر طرف باید تمایل دیگری را هم در نظر بگیرد یا خیر؟ می توان گفت در صورتی که مصلحت یا مفسده ملزمی نباشد اصل عقلایی وجود تمایل را در زن برای تمکین وی لازم می داند و مرد را مکلف می داند که تمایل زوجه را هم در استمتاع خود در نظر بگیرد. به عبارت دیگر تعهد ضمنی زوجه بر تمکین مطلق در هر شرایطی نمی باشد. این امر در صورت ایذاء زوجه به طریق اولی حاکم است یعنی تعهد زوجه به حکم عقلا شامل صورت ایذاء نمی شود و مکلف به تمکین مستلزم ایذاء نمی باشد. در شرایط خاص مانند کسالت و فشار جسمی و روانی اصل یادشده به زوجه و زوج حق می دهد که طبق اصل کلی سلطه بر شوون خود تمکین را به تاخیر بیندازند.

ادله قرآنی وجوب مطلق:

در مقابل ادله ای که بر وجوب تمکین زن در هر زمان و مکان تا حدی که موجب عسر و حرج برای او نشده از کتاب و سنت می توان اقامه کرد:

آیه: «فَاتُوا حُرَّتْكُمْ أَنْتُمْ شِئْتُمْ» همان گونه که در فرع اول بیان شد آتی به معنی «هرزمان» و یا «هر مکان» است؛ در قاموس چنین آمده است: «أَنْتُمْ تَكُونُ بِمَعْنَى أَيْنَ، وَمَتَى، وَكَيْفَ». و چون استعمال لفظ در اکثر از معنی واحد با تعدد توجه و عنایت و بخصوص از طرف باری تعالی محدودیتی ندارد این کلمه می تواند در این آیه به هر سه معنی بکار رفته باشد. بنابراین، مفاد آیه شریفه جواز استمتاع مرد در هر شرایطی خواهد بود، زیرا تجویز بهره مندی به مرد بدون وجوب همراهی و تبعیت زن دستوری بی ثمر خواهد بود. اما این استدلال قابل مناقشه است زیرا اولاً، «فاتوا حرثکم» امر در مقام دفع توهم خطر بوده و مفاد آن تجویز ارتباط با همسر در هر زمان و مکان است، همان طور که اگر گفته شود صاحب ملک برای تمتع کامل از ملک باید سهم شریک خود را بخرد معنایش این نیست که شریک هم حتماً باید سهم خود را بفروشد. روایات وارده در باب شان نزول هم وجود نگرانی در زنان مدینه را از این که برخی اشکال ناشناخته تمتع ممنوع است و این که آیه برای رفع این نگرانی بوده نیز این مناقشه را تأیید می کند. علاوه بر این ممکن است مرجع ضمیر شتم زوجین باشند نه زوج ها. از این رو، آیه شریفه در مقام اثبات حق برای مرد و تکلیفی برای زن نبوده و دلالتی بر این که تمکین کامل وظیفه زن است ندارد. بنابر این، با این که مفاد این آیه تجویز استمتاع کامل در هر زمان و مکان است اما این مفاد نافی نیاز استمتاع به رضایت و تمایل زن نمی باشد.

آراء فقها:

حلبی در کافی چنین آورده است: و لا یلزم الزوج قبل التسلیم إنفاق و لا سکنی الا أن یکون ذلک من قبله مع صحته ببلوغها و مطالبته فیلزمه الأمران. و إذا تسلم الزوجة فعلیه إسکانها من حیث تسکن (کذا)، و الإنفاق علیها بالمعروف علی الموسع قدره و علی المقتر قدره، در این عبارت بجای تمکین، تسلیم زوجه استفاده شده و مطالبه انفاق از سوی زن را هم شرط دانسته است. لفظی بودن تسلیم در این عبارت قید نشده است. مفید در مقنعه سخنی از تمکین و تسلیم به عنوان شرط انفاق نگفته است: و علیه أن ینفق علی أزواجه ما دمن فی

حباله نفقه یسد بها جوعهن و یکسو أجسادهن بما یسترها. در این جمله وجوب انفاق بدون قید آمده است. و در جمله دیگری فقط عدم امتناع ذکر شده است: و للمرأة أن تمنع الزوج نفسها حتى تقبض منه المهر فإذا قبضته لم یکن لها الامتناع علیه فإن امتنعت کانت ناشزا و لم یکن لها علیه إنفاق. شیخ در مبسوط تمکین کامل را شرط وجوب نفقه دانسته و آن را تسلیم نفس برای تمکین مطلق تفسیر کرده: فاما السبب الذی تجب النفقة علی الزوج عنده فهو التمکین المستحق إذا کانا کبیرین. و التمکین الناقص هو التخلیة و التمکین الکامل هو تسلیم نفسها الیه و تمکینه منها علی الإطلاق و من غیر اعتراض علیه فی موضع مسکنها و نقلها الیه. علامه در ارشاد گفته است: و لو مضت مدّة قبل الدخول فلا نفقة، إلّا أن تبذل التمکّن التام، (ارشاد). شرایع با این که این نظریه را اظهار در میان اصحاب دانسته ولی خود در این مساله اظهار تردید کرده است: و فی وجوب النفقة بالعقد أو بالتمکین تردد أظهره بین الأصحاب و قوف الوجوب علی التمکین. (شرایع) علامه هم در قواعد در اشتراط تمکین اشکال کرده است. جز این دو نفر از هیچ یک از فقهای پیشین شیعه مناقشه ای در اشتراط تمکین نقل نشده است. از مدارک هم چنین نقل شده است: و قد اختلف الأصحاب فی اعتبار هذا الشرط، فذهب الأكثر إلی اعتبارها، و أن العقد بمجرده لا یوجب النفقة، و إنما تجب بالتمکین، إما بجعله تمام السبب أو سببا تاما أو شرطا فی الوجوب، و ربما قیل بوجوب النفقة بالعقد کالمهر لکنها تسقط بالنشوز، و المعتبر الأول اقتصارا فیما خالف الأصل علی موضع الوفاق، و لیس فیما وصل إلینا من الأدلة النقلیة ما ینافی ذلک صریحا و لا ظاهرا، انتهى. مسالک هم باوجود مناقشه در ادله مساله ولی به جهت وجود اجماع در این حکم مناقشه را روا ندانسته است.

نتیجه گیری:

۱. زن و شوهر با قبول زوجیت نسبت به رفع نیاز طبیعی و متعارف جنسی یکدیگر متعهدند و نمی توانند با بهانه عدم تمایل نسبت به این خواست سرباز زنند. ۲. این امر به استمتاع متعارف محدود است و شامل موارد غیرمتعارف مانند وطی از دبر نمی شود. صورت عسر و حرج نیز از این حکم مستثنی می باشد. ۳. بر اساس اصل نیاز طبیعی و نیز حکم عقلایی و آیه شریفه «هن لباس لکم و نیز لهن مثل الذی علیهن»^۱، این حکم نسبت به زن و شوهر هردو ساری و جاری است و هیچ طرف نمی تواند مانع استمتاع طرف دیگر شود. ۴. در صورت عدم تمکین طرف دیگر می تواند اقدام لازم را مانند تقاضای از قاضی برای وادار کردن وی به ایفای تعهد خود بنماید.

منابع و مراجع

- [۱]. قرآن کریم.
- [۲]. شیخ طوسی، م.، ۱۳۸۸، المبسوط، محمد باقر بهبودی، چاپ دوم، تهران.
- [۳]. نجفی، م.، ۱۳۶۶، جواهرالکلام، جلد ۳۱، دارالکتب الاسلامیه، تهران.
- [۴]. الموسوی الخمینی، ر.، ۱۳۷۹، تحریرالوسیله، جلد ۲، مؤسسه تنظیم و نشر آثار الامام الخمینی، تهران.
- [۵]. حر عاملی، م.، ۱۳۸۷ ه.ق، وسائل الشیعه الی التحصیل الشریعه، با تحقیق عبدالرحیم الربانی الشیرازی، تصحیح شیخ محمد رازی، دار احیاء التراث العربی، بی تا، بیروت لبنان.
- [۶]. علامه، س.م.، ۱۳۸۵، شروط باطل و تاثیر آن در عقود، چاپ اول، نشر میزان، تهران.
- [۷]. تاج آبادی، ح.، ۱۳۹۰، شروط صحیح در فقه امامیه، چاپ اول، نشر میزان، تهران.
- [۸]. موثق الانق، ن.، ۱۳۷۲، خیار شرط در حقوق ایران، پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران.
- [۹]. راغب الاصفهانی، ح.، ۱۴۱۸ ه.ق، المفردات فی غریب القرآن، دارالمعرفه، الاولى، بیروت.
- [۱۰]. حلی، ا.، (محقق حلی)، ۱۴۰۹ ه.ق، شرایع الاسلام، چاپ دوم، نشر استقلال، تهران.
- [۱۱]. عاملی، ز.، (شهید ثانی)، ۱۳۷۲، الروضة البهیة، جلد ۲، چاپ هفتم، مکتب الاعلام الاسلامی، قم.
- [۱۲]. طباطبائی، م.، ۱۳۷۴، تفسیر المیزان، مترجم محمدباقر موسوی همدانی، جلد ۲، دفتر انتشارات اسلامی، قم.