

تحدید تمکین از منظر فقه امامیه و حقوق ایران

مرضیه اسماعیلی فلاح* / طوبی شاکری گلپایگانی**

تاریخ: دریافت: ۱۴۰۰/۰۳/۰۳ بازنگری: ۱۴۰۰/۰۷/۲۰ پذیرش: ۱۴۰۰/۰۷/۲۷

چکیده

در برخی رویکردها، یکی از عوامل مؤثر بر انفعال زنان در خانواده و اجتماع، بحث تمکین و متعاقب آن ملازمه اشتغال، تحصیل، خروج زوجه از منزل، عبادات مستحبی و... به اذن شوهر به جهت تنافی احتمالی با حق تمکین مرد است. زنان کنونی در پی افزایش نقش و کنش اجتماعی خویش، خواهان تعدیل مناسبات و ساختارهای مردانه در نهاد خانواده می‌باشند. امروزه با فاصله گرفتن زنان از نقش‌های سنتی، طرح مباحثی چون مطالبات جنسی زنان، کنترل بر بدن، همچنین محوریت کرامت زن در روابط زناشویی و زیر سؤال رفتن نامعادله همیشگی قدرت در خانواده، نمی‌توان چون گذشته مردان را در حوزه روابط جنسی، کنشگران صرف و زنان را منفعلان بی‌اراده انگاشت. به این ترتیب، حق جنسی زوج محاط در حقوق و تکالیف انسانی، شرعی، مدنی و اخلاقی زوجه بوده و این امر، مانع عمومیت و اطلاق یک جنبه حق جنسی زوج می‌گردد. بنابراین لزوم بازشناسی و رسمیت بخشی به حقوق جنسی زوجه در ظرفیت‌ها و متون قانونی و دینی، فارغ از سنگینی عقبه تفکر سنتی مردسالارانه ضروری می‌نماید. این جستار بر آن است که تمکین، مقتضای اطلاق عقد نکاح بوده و مواردی چون اعتبار ازدواج معذور الوطی و مدخلیت شاخصه زمان و مکان در اجتهاد و اعتبار توافقات عقلایی زوجین در ضمن نکاح از ظرفیت‌هایی است که می‌تواند تا حدودی به عاملیت زن در امر تمکین به موجب شروط ضمن عقد کمک نماید.

کلیدواژه: ارتباط جنسی، تمکین، حقوق ایران، فقه امامیه، مقتضای اطلاق عقد، مقتضای ذات عقد، نشوز.

* دانشجوی دکتری مطالعات زنان (حقوق زن در اسلام)، دانشگاه تربیت مدرس، تهران، ایران (نویسنده مسئول)
m.esmaeeli@modares.ac.ir

** استادیار دانشگاه تربیت مدرس، تهران، ایران

مقدمه و بیان مسأله

تمکین یکی از مفاهیم فقهی است که مناقشه پیرامون آن پیشینه‌ای دیرینه دارد. بحث پیرامون تمکین در بین فقها و حقوقدانان از بسامد بالایی برخوردار است. این مباحث در طی زمان منجر به بازشناسی و تبیین دقیق تری از موضوع شده است (مددی الموسوی، ۱۳۹۶: ۸۵). در عرف حقوقی از تمکین در دو قسم عام و خاص یاد می‌شود، اما این مسأله در مواد قانونی به روشنی تعریف نشده و تنها در موادی چند اشاراتی نه چندان صریح به موارد تحت شمول آن شده است. از آنجا که به تبع تمکین یا عدم تمکین، پاره‌ای حقوق و تکالیف نسبت به هر یک از زوجین تحمیل می‌شود، واکاوی این موضوع حائز اهمیت است، زیرا بهره‌مندی از حقی مانند نفقه، معرفی شدن به عنوان ناشزه، فراهم شدن زمینه دادخواست ازدواج مجدد توسط مرد از دادگاه، امکان طرح دعوی طلاق از سوی مرد و از بین رفتن شرط تنصیف دارایی و ... در ارتباط مستقیم با تمکین می‌باشد.

از آنجا که برنامه زندگی زن‌شویی و اجتماعی زنان پیوسته تابعی از برنامه و نیازمندی زندگی مردان بوده است (سروش و عنایت، ۱۳۹۲: ۶۰) امروزه تصور غالب زنان بر آن است که از منزلت عاملیت و کنشگری در عرصه خانواده محروم هستند؛ هر چند زنان در عرصه‌هایی از زندگی تصمیم ساز هستند اما چون صورت بندی این تصمیم سازی‌ها در قالب کنش تصمیم‌گیری محقق نمی‌شود، در سیطره خیزش مطالبه‌گرانه زنان در خور اعتناء محسوب نمی‌شود. براساس مبانی معرفت‌شناختی نوین به نظر می‌رسد رویکرد فقه محافظه کار سنتی در پاره‌ای احکام، ضمن تفسیر اراده زن در ظل و ذیل اراده مرد، کلیت انسانی زن را در درجه دوم اهمیت قرار داده است. به نظر می‌رسد با افزایش سرمایه اجتماعی و فرهنگی زنان، با خوانشی مجدد از متون دینی بتوان در پاره‌ای امور، تصمیم‌گیری و عاملیت در خانواده را به زنان واگذار نمود.

رویکرد مانعیت فعالیت های فردی، خانودگی و اجتماعی زن با حق استمتاع مرد موجب القای اندیشه تقلیل یافتگی زن به کالای جنسی و غفلت از جایگاه انسانی وی در اذهان مطالبه گرانه زنان امروزی می شود (جعفری تبار، ۱۳۸۷؛ شریفی جبلی، ۱۳۹۶؛ Mir Hosseini, 2011). تکلیف به تمکین مطلق و بیشینه گرایی در وظایف ناشی از زوجیت، موجب کمینه گرایی نسبت به ازدواج و در نهایت، تمایلات همه جانبه به بدیل های آن یعنی انواع همزیستی از جمله همباشی^۱، همخانگی^۲ و همسانگرایی^۳ می شود (مهدوی زاهد، ۱۳۹۷: ۸۸-۸۹)؛ مسأله ای که فارغ از هر گونه الزام و تعهد قانونی و بیرونی، رابطه تقلیل گرایانه ای را در پاسخ به نیازهای عاطفی، روانی و جنسی پیش رو می نهد.

در روزگار کنونی، استیفای نامحدود و یک سویه تمکین مطابق برخی خوانش های سنتی از متون فقهی (ترحینی عاملی، ۱۴۲۷: ۱۴۳/۶؛ شهید ثانی، ۱۳۷۲: ۱۰۱/۵-۱۰۴؛ علامه حلی، ۱۴۱۵: ۲۱/۴) امری دور از ذهن به نظر می رسد، زیرا زوجه افزون بر تکالیف ناشی از زوجیت، متکفل امور اجتماعی و اقتصادی نیز می باشد و به مقتضای ضرورت های حاکم بر جامعه، بهتر آن می بیند که ضمن حفظ زوجیت، کنشگری اجتماعی خویش را همچنان داشته باشد؛ البته در برخی متون متقدم اهل سنت به طرفینی بودن وطی و حق متقابل زن در این مسأله توجه شده است (فهد عبدالله، بی تا: ۴-۳؛ ابن جزی، ۱۴۱۶: ۱۲۳/۱؛ قرطبی، ۱۳۸۴: ۱۲۴/۳).

از راهکارهای ارائه شده در جهت معاضدت به عاملیت خانوادگی و اجتماعی زن، اشترای حدود تمکین در ضمن عقد نکاح است؛ در این راستا باید توجه داشت که عده ای بر این باورند که تمکین، مقتضای ذات عقد نکاح است (نائینی، ۱۳۷۳: ۱۱۲/۲؛ شیخ انصاری، ۱۴۱۵: ۲۸۱؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۵۵: ۱۹۳؛ کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۲۵۴) و

-
1. Partnership
 2. Cohabitation
 3. Homosexuality

در مقابل، گروهی دیگر آن را مقتضای اطلاق عقد نکاح می‌دانند (شیخ طوسی، ۱۳۸۷: ۳۰۴/۴؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۵۲۴/۵؛ علامه حلی، ۱۴۰۹: ۳۸/۲؛ خمینی، ۱۳۹۰: ۴۳۹/۲؛ صفایی و امامی، ۱۳۷۱: ۷۷/۱؛ امامی، ۱۳۷۲: ۳۶۹/۴-۳۷۷). از آنجا که آوردن هرگونه شرط جایزی در ضمن عقد نکاح بلامانع است، چنین به نظر می‌رسد که اگر تمکین، مقتضای ذات عقد نکاح نبوده بلکه مقتضای اطلاق عقد نکاح باشد، اندراج آن به موجب شروط ضمن عقد، خالی از اشکال باشد. اما از زاویه‌ای دیگر، از آنجا که عقد نکاح در زمره عقود دارای وجه عبادی و ویژه است و با شریعت و اخلاقیات بستگی تامّ دارد حسب ظاهر، شرط عدم تمکین، نافی کارکرد بارز و مغایر با مفهوم عرفی نکاح می‌باشد. به این ترتیب از آنجا که در عقد ازدواج، افزون بر وجه قراردادی، وجه عبادی نیز در میان است بازشناسی مقتضای ذات عقد نکاح، به سادگی قابل تحصیل نبوده و این امر، موجب حدوث اختلاف نظر گسترده در میان فقها اعم از امامیه و اهل سنت و به تبع آن حقوقدانان شده است (قنبرپور و آیتی، ۱۳۹۲: ۱۲۵).

این پژوهش درصدد پاسخگویی به این پرسش هاست که تحقق تمکین کامل از ناحیه زوجه منوط به رعایت چه مواردی است؟ اساساً تمکین مقوله ای یک جانبه یا طرفینی است؟ آیا مفهوم تمکین در مقوله اطلاق عقد نکاح می‌گنجد یا اثر ذاتی عقد نکاح است؟ براساس کدام مبانی و دلایل، امکان تحدید دامنه تمکین وجود دارد؟

از جمله پژوهش‌های صورت گرفته در این عرصه، مقاله آیتی و قنبرپور با عنوان «بررسی عقد نکاح با شرط تمکین محدود در فقه و حقوق اسلامی» (۱۳۹۱) است که ضمن اشاراتی به جواز درج شروط دارای شرایط عمومی صحتّ قراردادها در ضمن عقد، مقوله تمکین را از زمره آثار اطلاق عقد نکاح برشمرده لکن شرط عدم تمکین را به لحاظ آن که تمکین در زمره آثار ظاهری و مطلوب ازدواج است، مغایر روح عقد نکاح تلقی کرده اما شرط تمکین محدود از سوی زوجه را به لحاظ ایفای وظایف اجتماعی و اقتصادی معتبر دانسته است.

عباسی (۱۳۹۱) در مقاله‌ای با عنوان «وضعیت حقوقی شروط ناظر بر روابط جنسی زوجین»، بقای بشریت را متکی به توالد و تناسل و مرهون حق استمتاع جنسی شناخته و به بررسی حقوق و تکالیف جنسی زوجین و وضعیت حقوقی شروط ناظر بر این روابط می‌پردازد. وی پس از تبیین ماهیت و مقتضای ذات عقد نکاح، شروط ممنوع‌کننده روابط جنسی را باطل ولی غیر مبطل برای عقد نکاح بر می‌شمرد.

قنبرپور و آیتی (۱۳۹۲) در پژوهشی با عنوان «بررسی فقهی و حقوقی شروط ناظر بر روابط جنسی (شرط عدم تمکین خاص)»، مقتضای ذات عقد نکاح را حلیت بضع و تمکین را مقتضای اطلاق عقد نکاح برشمرده‌اند، لکن شرط خلاف آن را مغایر تلقی عرف از کارکرد پیوند زناشویی و از مصادیق تحریم مباح و خلاف قواعد آمره و اخلاق حسنه دانسته‌اند.

پژوهش دانش پور و مروی (۱۳۹۵) با عنوان «بررسی تطبیقی شرط عدم تمکین در نکاح دائم بر مبنای فقه اسلامی با رویکردی بر نظر امام خمینی (ره)» به بررسی اجمالی دیدگاه فقهای اسلامی در خصوص شرط عدم تمکین در مذاهب چهارگانه حنبلی، شافعی، مالکی و حنفی پرداخته و در تحقیق دیگری، مددی الموسوی (۱۳۹۶) در مقاله «بررسی سیر تاریخی شکل‌گیری فروع جدید در فقه متقدم شیعه (بررسی تحولات تمکین)» به تعریف شاخصه‌ها و دامنه تمکین در مسأله نفقه پرداخته و با اشاره به پیچیدگی و ابهامات در این خصوص، به بازشناسی مسأله وجوب نفقه در اندیشه فقها براساس مناط بودن عقد یا تمکین می‌پردازد.

تمایز پژوهش حاضر با پژوهش‌های صورت گرفته در آن است که می‌کوشد با دغدغه و از چشم اندازی زنانه به بازخوانی ادله در مسأله مطروحه بپردازد. باید در نظر داشت که مرجعیت دیرپای مردان در تولید علوم دینی، جهت وصول به کنه معنای متن وحی و نصوص دینی کفایت نمی‌کند.

شایان ذکر است که رویکرد زنانه در بازخوانی متون دینی به هیچ وجه از ارزش یافته‌های این نوع خوانش نمی‌کاهد بلکه بر ژرفنای دانش دینی افزوده و موجب فتح ابواب جدید در این علوم می‌گردد. غفلت از اهمیت و ضرورت این بازخوانی‌ها منجر به تصلب احکام و عدم همگرایی و همدلی جامعه هدف با احکام مزبور خواهد شد. بخش مهمی از نوآوری و تحول در احکام فقهی، مرهون بازخوانی و قرائت‌های نوین از نصوص و عدم جمود بر خوانش‌های صورت گرفته پیشین است. همچنان که برخی رویکردهای نوین در احکام فقهی، نمود آوایی همین قرائت‌های جدید از منابع موجود است.

۱- تبیین مفاهیم

۱-۱- تمکین و گستره آن

تمکین واژه‌ای عربی، مصدر متعدی و به معنای قدرت و سلطنت دادن، قبول کردن و پذیرفتن فرمان کسی، توان و قدرت بخشی به کسی جهت دستیابی به امری یا چیزی تعریف شده است (طریحی، ۱۳۷۵: ۵۳/۲؛ راغب اصفهانی، ۱۴۲۹: ۱۴۲۹-۸۷۴/۱-۸۷۵). تمکین از جمله واژگانی است که در فقه به جز باب نکاح در ابواب صلاه، طهارت و تجارت نیز به کار رفته و در ابواب اخیر به معنای اعطای اختیار و تسلط به دیگری است؛ مانند این که تمکین غیر مکلفین همچون صغار و مجانین جهت ایستادن در صف اول نماز جماعت کراهت دارد (نجفی، ۱۴۰۱: ۲۶۶/۱۳) یا تمکین اهل کتاب در دسترسی به قرآن جز در موارد ارشاد حرام برشمرده شده است (بحرانی، ۱۴۰۵: ۲۷۹/۷). البته این اصطلاح بیشتر در مباحث راجع به نکاح مطرح شده و در معنای پاسخ زن نسبت به خواسته‌های مشروع جنسی همسر و حالت آمادگی وی برای استمتاع در صورت تقاضای شوهر تعریف شده است (شیخ طوسی، ۱۳۸۷: ۱۱/۶؛ اراکی، ۱۴۱۹: ۷۴۲). فقها در تبیین این مسأله گاه با مثال‌هایی منظور خود را بیان کرده

و گاه از قرائن و امارات آن سخن گفته اند.^۱ محقق حلی، تمکین تام را خلوت بین زوجه و زوج به طوری که مختص زمان یا مکانی نباشد، می داند (محقق حلی، ۱۴۰۹: ۲/۲۹۱)، شهید ثانی در شرح کلام محقق حلی، تمکین را خلوت میان زن و شوهر به گونه‌ای که زن مانعی بین خود و شوهر قرار ندهد، توصیف می کند. به این معنا که مکان خاصی همچون خانه و شهر خود یا زمان خاصی را برای استمتاع تعیین نکند، بلکه در هر زمان و مکانی که شوهر اراده و صلاحیت استمتاع را از جهت حال زن داشته باشد زن باید از شوهر اطاعت کند و احتمال دارد که مقصود از «مکان» در کلام مصنف، مکان فعل یعنی معنای جامعی شامل تمامی مواضع بدن همچون فرج و ... که قابلیت استمتاع از آن وجود دارد، باشد و در تمکین، هر دو نوع آمادگی دارای اعتبار می باشد، لکن وضوح معنای اول بیشتر است (شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۵/۴۳۹-۴۴۰). البته این تعمیم، خلاف ظاهر کلام محقق بوده و معلوم نیست چنین توسعه مفهومی از مکان، مدنظر ایشان بوده باشد، لکن اصل مطلب درست می نماید و زوجه باید به هر شکل متعارف، امکان استمتاع را فراهم آورد. به همین دلیل، برخی از فقها زوجه‌ای را که از پاره‌ای وجوه استمتاع خودداری می‌ورزد به دلیل عدم تمکین کامل، به طور کلی فاقد هرگونه استحقاقی جهت دریافت نفقه می دانند (فخرالمحققین، ۱۳۸۷: ۳/۲۵۷).

البته برخی در تمکین، افزون بر تسلیم نفس از طرف زن، قائل به عرضه و ارائه نفس لسانی نیز شده اند (نجفی، ۱۴۰۱: ۳۱/۳۰۸). براساس این رویکرد، علیرغم تمکین عملی زوجه، در صورت سکوت وی، تمکین محقق نشده است؛ لکن نمی توان این دیدگاه را بدون اشکال دانست، زیرا دلایلی بر تأیید آن در کتاب و سنت به چشم نمی خورد و به موجب اصالة العدم نیز پذیرفته نمی نماید (شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۵/۴۴۰؛

۱. مثل این که بگوید تسلیم تو در خانه پدر یا خانه مادرم هستم یا در شهر خاص و نه شهرهای دیگر، در این صورت استحقاق نفقه ندارد، زیرا تمکین کامل حاصل نشده است (شیخ طوسی، ۱۳۸۷: ۱۱/۶).

بحرانی، ۱۴۰۵: ۹۹/۷). همچنین مخالفان معتقدند که تحقق تمکین، منوط به عمل - و نه لفظ - است؛ زیرا تمکین در زمره افعال - و نه اقوال - است (طباطبائی، ۱۴۱۸: ۵۳۰/۲؛ شیخ مفید، ۱۴۱۰: ۲۰۸).

به این ترتیب، تمکین کامل آن است که زن میان خود و شوهر مانعی ایجاد نکند؛ به این معنا که اگر تنها در زمان یا مکانی خاص، خود را در اختیار مرد گذارده و تسلیم شود تمکین حاصل نگردد (محقق حلی، ۱۴۰۹: ۳۴۷/۲) البته در غیر از مواردی که زن شرعاً دارای عذر باشد، مثل دوران قاعدگی و زمان احرام یا در حال مرضی که امکان تمکین نباشد و امثال آن (حسینی روحانی قمی، ۱۴۱۲: ۳۵۹/۶).

بنابراین تمکین تام هنگامی محقق است که زن در صورت فقدان عذر، مانعی جهت تمتع جنسی در هیچ زمان و مکانی فراهم نیاورد (نجفی، ۱۴۰۱: ۳۰۳/۳۱؛ طباطبائی، ۱۴۱۸: ۱۶۴/۲؛ شیخ انصاری، ۱۴۱۵: ۱۸۴؛ سبزواری، ۱۴۱۳: ۲۹۶/۲۵).

به این ترتیب، گرچه فقها در اینباره با همدیگر اختلاف نظرهایی دارند اما اکثر فقها برای تحقق تمکین تام، رعایت دو امر را لازم و معتبر می‌دانند: اول این که زوجه باید در هر زمانی که شرعاً مجاز است، آمادگی تمکین را داشته باشد؛ و دوم این که زوجه باید در هر محل و مکان و نسبت به هر موضعی از بدن برای استمتاع، خود را در اختیار زوج بگذارد و در صورت نقصان در هر یک از آنها تمکین تام محقق نشده است.

باید توجه داشت که در لسان فقها مباحث، پیرامون تمکین تام یا کامل است؛ در حالی که در عرف حقوقی، تمکین واجد دو معنای عام و خاص است و تمکین خاص در عرف حقوقی با مفهوم تمکین تام فقهی مطابقت دارد.

چنین به نظر می‌رسد که حسن معاشرت و ایفای وظایف زوجیت در لسان فقها گستره مشابهی با مفهوم تمکین عام در عرف حقوقی دارد (مغنیه، ۱۹۷۸: ۹۴-۹۶).

تمکین در معنای عام یعنی آن که زن ضمن پذیرش ریاست شوهر در خانواده به انجام تکالیف خود نسبت به شوهر مبادرت ورزد و اراده وی را در تربیت فرزندان و اداره مالی و اخلاقی خانواده محترم شمارد و از او در محدوده قانون و عرف متابعت نماید؛ لکن زن نسبت به تقاضای نامشروع و غیر متعارف همسر، ملزم به اطاعت نیست. به عنوان مثال، اگر شوهر زن را از انجام واجبات دینی بازدارد یا تقاضای انتقال اموال زن را به خودش داشته باشد زن تکلیفی به اطاعت از شوهر ندارد (صفایی و امامی، ۱۳۷۱: ۱/۱۷۳). بنابراین تمکین عام، به معنای قبول ریاست زوج بر خانواده و انجام تکالیف زن نسبت به شوهر است، ولی تمکین خاص، ناظر به روابط جنسی بین زوجه و زوج و پاسخگویی به خواسته های مشروع شوهر می باشد.

باید توجه داشت که تمکین در ادله شرعی، موضوع حکم قرار نگرفته است؛ به این معنا که در هیچ آیه یا روایتی، حکمی بر این واژه مترتب نشده، بلکه این مسأله، مفهومی انتزاعی است که حاصل تفحص فقها در ادله می باشد.

در قانون، اشاره صریحی به تمکین نشده است و حقوقدانان آن را از مضمون برخی مواد قانونی استنباط کرده اند. واژه تمکین در متون قانونی تنها یک بار در ماده ۴ قانون حمایت خانواده به عنوان یکی از شئون صلاحیت رسیدگی دادگاه خانواده مورد اشاره قرار گرفته است؛ لکن چندین ماده در قانون مدنی وجود دارد که علیرغم عدم استفاده از واژه تمکین، اشاره محتوایی به این موضوع دارند.

ماده ۱۰۸۵ قانون مدنی در راستای اشاره به معنای تمکین خاص مقرر دارد: «زن می تواند تا مهر به او تسلیم نشده از ایفاء وظایفی که در مقابل شوهر دارد امتناع کند مشروط بر این که مهر او حال باشد و این امتناع، مسقط حق نفقه نخواهد بود». افزون بر این، مواد دیگری نیز در قانون مدنی وجود دارند که وظایف عنوان شده در آنها از مصادیق تمکین عام محسوب می گردند، از جمله ماده ۱۱۰۳ در خصوص «تکلیف زوجین به حسن معاشرت»، ماده ۱۱۰۴ در خصوص «وظیفه زن و شوهر جهت تشدید

مبانی خانواده و تربیت اولاد»، ماده ۱۱۰۵ در خصوص «پذیرش ریاست شوهر»، ماده ۱۱۰۸ در خصوص «اسقاط حقّ نفقه زن در صورت امتناع از وظایف زوجیت بدون مانع مشروع»، ماده ۱۱۱۴ و ۱۰۰۵ در خصوص «تکلیف زن به سکونت و اقامت در منزل و اقامتگاه شوهر».

در تشخیص مصادیق تمکین و عدم تمکین و موارد وجوب اطاعت زن از شوهر، تلقی اجتماعی و عرف، ملاک و معیار محسوب می شود (شیروی، ۱۳۹۵: ۹۸؛ خدایاری نژاد، ۱۳۹۰: ۷؛ موسوی بجنوردی و محمدعلی میرزایی، ۱۳۹۷: ۶)، زیرا فهم کتاب و سنت مبتنی بر فهم متناسب با عرف است (خمنی، ۱۴۲۱: ۷۵/۴). حوزه مسائل مربوط به تمکین و نشوز، در قلمرو احکام امضایی قرار می گیرد. احکام امضایی مبتنی بر تأیید شارع بر مبانی وضعی عقلاست، لذا با توجه به مقتضیات و تحولات زمان و مکان، امکان دگرگونی در مصادیق تمکین و نشوز به تبع ظهور و بروز مصالح و مفاسد عقلایی نوظهور وجود دارد (موسوی بجنوردی و محمد علی میرزایی، ۱۳۹۷: ۷). بنابراین قلمرو تمکین برای شوهر، امری ثابت و مطلق با اختیارات نامحدود نبوده و برحسب عرف حاکم بر هر دوره و جغرافیا تفاوت هایی می یابد و مصادیق متعلق به حکم دچار تحولاتی می گردد.

ادله لزوم فرمانبرداری در مسأله تمکین ناظر به مواردی است که ارتباط شکل و دفاعاتی متعارف، منطقی و عقلایی داشته باشد (شیروی، ۱۳۹۵: ۹۸). به این ترتیب، لزوم تمکین به معنای بی توجّهی به احساس زن نیست، چراکه زن کالای مورد بهره‌وری نبوده و دارای شخصیت و کرامت انسانی است (صفایی و امامی، ۱۳۷۱: ۱۴۶/۱-۱۴۷؛ کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۲۲۷/۱-۲۲۸).

با وجود آن که در متون فقهی، تمکین در زمره تکالیف زن تلقی شده و سخنی از تمکین مرد نشده است، فقها ضمن عمومیت مسأله نشوز، مرد را نیز مشمول حکم قرار داده اند (شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۴۲۷/۵؛ علامه حلی، ۱۴۱۵: ۴۲/۲؛ فخرالمحققین، ۱۳۸۷:

۲۵۷/۳). از آنجا که یکی از اغراض ازدواج، حفظ پاکدامنی زوجین است بی‌توجهی و عدم پذیرش حق جنسی زن، با نظر به فعال شدن غرایز نهفته زن پس از ازدواج، می‌تواند موجب انحراف وی گردد (طباطبائی یزدی، ۱۴۱۹: ۵/۵۰۸). با توجه به اصل اشتراک مردان و زنان در حقوق و تکالیف، مگر در موارد استثنا شده (حسینی شیرازی، بی‌تا ب: ۱/۲۵؛ اصفهانی، ۱۳۹۳: ۲/۳۲۲)، بهره‌وری جنسی از جمله حقوق مشترک زوجین است (نظری توکلی و کراچیان ثانی، ۱۳۹۷: ۳۶۷)؛ اگرچه ادراک عرفی نسبت به چگونگی آن می‌تواند متفاوت باشد (اردبیلی، بی‌تا: ۵۹۲؛ سبزواری، ۱۴۱۳: ۱۹۶/۲۵؛ فاضل کاظمی، بی‌تا: ۴/۵۲). بدین ترتیب، همان‌گونه که مطالبه مرد موجب فعلیت حق وی در برخوردارگی از تمتعات جنسی می‌گردد مطالبه زن نیز موجب فعلیت حق وی در بهره‌مندی جنسی می‌شود (زیدان، ۱۴۱۳: ۳/۱۴۵) و بی‌توجهی به این امر، خلاف قاعده معاشرت به معروف است (کامل موسی، ۱۴۰۵: ۲۲؛ فهد عبدالله، بی‌تا: ۱۹). از همین روست که برخی فقها، عزل را جز با اجازه زن جایز نمی‌دانند، چراکه عزل، موجب تضييع و تضييق کامیابی و بهره‌وری جنسی زن می‌شود (علامه حلی، ۱۳۸۸: ۵۷۶؛ نجفی، ۱۴۰۱: ۱۱۱/۲۹؛ روحانی، بی‌تا: ۲۰۸؛ انصاری شیرازی، ۱۴۲۹: ۱/۱۳۰؛ محسنی، ۱۴۲۴: ۱/۷۵). میل به رابطه جنسی بایستی امری دوسویه بین زوجین باشد و چنان چه زن به علل گوناگون، تمایلی به رابطه جنسی نداشته باشد این امر الزاماً تلازمی با نشوز وی ندارد (موسوی بجنوردی، ۱۳۹۰: ۳۱۱). در پاره‌ای موارد، احساس زن مبنی بر تقلیل یافتگی به ابزاری جهت اطفای شهوت شوهر و بی‌توجهی مرد به تمایلات زن و بهره‌وری یک‌سویه در روابط جنسی، موجب ایجاد احساس انزجار در وی و مقاومت در برقراری روابط جنسی می‌گردد (خدایاری نژاد، ۱۳۹۰: ۶). اجبار، تحکم و غلبه در برقراری روابط جنسی بدون لحاظ شرایط جسمی و روحی زن، موجب احساس تغایر و تنافر و رمندگی هرچه بیشتر وی نسبت به مرد در این روابط و به تبع آن در زندگی زناشویی می‌گردد. اسلام نیز با شیء

انگاری زن مخالفت کرده و شرافت و حیثیت زن را به رسمیت بازشناخته است (خمینی، ۱۳۷۹: ۳۰۰/۲۱ - ۳۰۱).

۲-۱- نشوز

در فقه، از نشوز به طور مستقل بحث شده و این بیانگر اهمیت موضوع است. نشوز واژه‌ای قرآنی است و آیه ۳۴ سوره نساء به نشوز زن و آیه ۱۲۸ آن سوره به نشوز مردان اشاره دارد.

نشوز در لغت از ریشه نشز به معنای زمین مرتفع (جوهری، ۱۴۰۷: ۸۹۹/۳؛ رازی، ۱۴۱۵: ۳۳۸؛ اهوازی، ۱۴۱۲: ۳۸۰) و در اصطلاح به معنای عصیان و سرکشی زن یا مرد در امور خانوادگی است؛ لکن اغلب به معنای عدم متابعت زن از شوهر در اموری است که بر مبنای پیوند زناشویی به موجب عقل و شرع بر عهده وی می‌باشد (طریحی، ۱۳۷۵: ۳۱۲/۴). البته هر عدم سازگاری یا سوء رفتار زوجه نشوز تلقی نمی‌شود (محقق داماد، ۱۳۸۷: ۹۷)، به این معنا که عدم اهتمام به برآوردن برخی نیازهای شوهر چون تدارک غذا و شستشوی لباس و ... صرفاً از نظر عرف، ناسازگاری و سوء رفتار تلقی می‌شود و غالباً از امور واجب بر عهده زن محسوب نمی‌شود.

ماده ۱۱۰۳ قانون مدنی به وظیفه حسن معاشرت زوجین نسبت به یکدیگر اشاره دارد و پاره‌ای حقوق و تکالیف، از بطن همین قاعده معاشرت به معروف (و عاشروهنّ بالمعروف: نساء/۹) منبث می‌شود. در صورت خروج هر یک از زوجین از وظیفه حسن معاشرت و عدم انجام تکالیف مربوطه، اصطلاح فقهی و حقوقی نشوز محقق می‌شود. به این ترتیب در صورت نشوز زن دعوای الزام به تمکین علیه او از جانب مرد قابل طرح است و همین طور مرد نیز در صورت تخلف از انجام وظیفه ناشز بوده و دعوای علیه او تحت عنوان الزام به پرداخت نفقه و یا الزام به اقامه تکالیف قانونی چون حقّ مضاجعت و یا حقّ قسم و ... مطرح می‌باشد. به موجب ماده ۴ قانون حمایت خانواده، رسیدگی به دعوای ناشی از نشوز و تمکین فارغ از جنسیت، در صلاحیت

دادگاه خانواده است. با این همه، به موجب رویه، دعوی نشوز علیه مرد از ضمانت اجرای مناسبی برخوردار نیست؛ مگر در قالب مصادیقی نظیر ترک انفاق و غیبت غیر موجّه شوهر از محلّ سکونت مشترک. البته اگر زوج مبادرت به انجام وظایف زناشویی نکند در این صورت زن می‌تواند تقاضای طلاق بر مبنای عسر و حرج ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی و یا شروط ضمن عقد بنماید (امامی، ۱۳۷۲: ۴/۴۵۲-۴۵۷) در حالی که زوج می‌تواند در صورت اثبات نشوز زوجه، حکم الزام به تمکین را از دادگاه بخواهد؛ گرچه در مقام عمل اجبار به تمکین در هر دو قسم عام و خاص از زمره اموری نیست که با توسّل به قانون و تحکّم قابلیت اجرا داشته باشد. در چنین شرایطی زوج تکلیفی مبنی بر پرداخت نفقه نخواهد داشت و محاکم قضایی تنها برای وی امکان تجدید فرارش را تجویز می‌نمایند؛ همچنین به موجب رأی وحدت رویه شماره ۷۱۶ هیأت عمومی دیوان عالی کشور در صورت اثبات امتناع زوجه از ادای وظایف زوجیت بدون مانع مشروع و اخذ اجازه ازدواج مجدد توسط زوج از دادگاه، زوجه از اثر مترتب بر شرط ۱۲ سند ازدواج و وکالت در طلاق محروم خواهد بود.

۱-۳- مقتضای اطلاق و مقتضای ذات عقد

واژه مقتضی از ماده قضی در معنای مفیض اثر و هر سبب تأثیرگذاری است که در شرایط عدم مانع بتواند منشأ اثر گردد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۵: ۲/۶۷۷؛ موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹: ۳/۲۷۶). در تعریف مقتضای اطلاق عقد گفته می‌شود که مقتضای اطلاق عقد همان چیزی است که برای عقد از سوی شارع جعل شده است و از آنجا که بدون وضع شارع نیز امکان محقق شدن آن می‌باشد، هیچ مانعی جهت اشتراط خلاف آن وجود ندارد (موسوی بجنوردی، ۱۳۸۶: ۲/۴۱۸). پاره‌ای آثار و لوازم عقد به گونه‌ای است که چنانچه عقد به نحو مطلق و بدون قید و شرط منعقد شود، آثار مزبور نیز تحقق می‌یابند؛ اما اگر شرط یا قیدی آن را مشروط یا مقید سازد، عقد از حالت اطلاق بیرون می‌آید و دیگر اقتضا کننده لوازم فوق نخواهد بود. این دسته لوازم و آثار

را مقتضای اطلاق عقد بر می‌شمارند. به بیان دیگر، برخی فقها و حقوقدانان قائل هستند که اقتضای اطلاق عقد، در زمره آن قسم از آثار عقود است که هر زمان در عقد راجع به آن ذکری به میان نیاید، عقد مستلزم تحقق آن اثر می‌گردد (شیخ انصاری، ۱۴۰۰: ۲۷/۳؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۸۵: ۶۷۷/۲). برخی انشاءآت و اسلزمات تبعی و ضمنی عقد را از زمره مقتضیات اطلاق عقد، قلمداد می‌کنند؛ یعنی همان آثاری که به موجب عرف و عادت، مرسوم و متداول می‌باشد (نائینی، ۱۳۷۳: ۱۱۲/۲). مواردی چون نفقه، صدق و ارث مثال‌هایی برای اطلاق عقد نکاح محسوب می‌شوند؛ به این ترتیب نکاح مفوضه البضع یا همان نکاح بدون مهر صحیح می‌باشد، چرا که مهریه در ماهیت شرعی نکاح لحاظ نشده است (قنبرپور و نقیبی، ۱۳۹۲: ۱۱۶ و ۱۱۷). برخی نیز معتقدند که مقتضای اطلاق عقد اثری است که ناشی از ماهیت عقد و لازمه آن نمی‌باشد بلکه هر وقت معامله به نحو مطلق منعقد شود، اثر مزبور حاصل می‌شود و چون این اثر تلازمی با ذات عقد ندارد، امکان دارد که به وسیله درج شرط مخالف از پدید آمدن آن جلوگیری کرد (شهیدی، ۱۳۸۶: ۸۷). در مجموع می‌توان گفت که منظور از مقتضای اطلاق عقد اثری است که احتیاجی به ذکر آن در عقد نیست بلکه با انشای عقد به خودی خود محقق می‌شود و فقط شروط خلاف آن مانع حصولش هستند (افتخاری، ۱۳۸۲: ۲۲۳).

با عنایت به مطالب مطرح شده، شرط خلاف مقتضای اطلاق عقد، نافذ و معتبر می‌باشد. به عنوان مثال، حق نفقه زوجه، حق قسم یا حق سکونت مشترک، مقتضای اطلاق عقد نکاح هستند اما صحت عقد نکاح بدون هر یک از این موارد نیز مفروض است (بحرانی، ۱۴۰۵: ۵۳۵/۲۴-۵۳۸).

اما اثر مقتضای ذات عقد همان اثر مستقیم، بلاواسطه و اولیه عقد است که متعاقبین به منظور تحقق آن، عقد را منعقد می‌سازند و غایت اصلی متعاقدین می‌باشد. برخی فقهای امامیه آن را با عنوان ماهیت عقد شناسایی کرده‌اند (شیخ انصاری، ۱۴۰۰:

۲۷/۳؛ خمینی، ۱۳۹۰: ۹۴/۲؛ حسینی مراغی، ۱۴۱۷: ۲۵۰/۲). هر عقدی مقتضای ویژه خود را دارد که مستقیماً به واسطه انعقاد آن حاصل می‌گردد، چنان‌که مقتضای عقد بیع، مالکیت مبیع برای خریدار و مالکیت ثمن برای فروشنده است (امامی، ۱۳۷۲: ۲۷۸/۱). به تعبیر دیگر، به امری که عقد جهت به وجود آمدن آن منعقد می‌شود، به نحوی که فقدان آن موجب نفی و باطل شدن عقد می‌گردد، مقتضای ذات عقد گفته می‌شود (نراقی، ۱۴۱۷: ۱۵۱).

بنابراین مقتضای ذات عقد، موضوع اصلی و اثری است که چنان‌چه از عقد سلب شود، جوهره و مقصود مورد تراضی متعاقدين از بین می‌رود. به این ترتیب، هر عقدی دارای آثار مختلفی است که آن اثر سلب ناشدنی و اصلی عقد، به تعبیر فقها و حقوقدانان همان اثر مقتضای ذات عقد می‌باشد.

۱-۴- تمکین مقتضای اطلاق یا ذات عقد نکاح

برخی فقها ضابطه تشخیص مقتضای عقود را طرز فکر مردم هر جامعه و عرف تلقی می‌نمایند (نراقی، ۱۴۱۷: ۱۵۲). ارزیابی عرف در خصوص تشخیص مقتضای عقد، قابل انکار نمی‌باشد؛ به عنوان مثال امکان دارد بر مبنای ارزیابی جامعه در برهه‌ای از زمان، تمتعات جنسی از اقتضائات عقد قلمداد شده و در برهه‌ای دیگر از فروعات نکاح محسوب شود (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۱/۲۵۳). عده‌ای نیز ملاک تشخیص را اثری بر می‌شمارند که شارع یا مقنن برای عقد جعل کرده است (کرکی، ۱۴۱۴: ۴/۱-۶)؛ به این معنا آثاری که شارع برای عقود، جعل کرده، داخل در اقتضای ذاتی عقد بوده و اشراط برخلاف آن باطل است. برخی نیز در تشخیص مقتضای عقد، هر دو ضابطه عرف و جعل شارع را توأمان در نظر می‌گیرند (شیخ انصاری، ۱۴۰۰: ۳/۲۶).

باید توجه داشت که هر عقد تنها یک اثر ذاتی می‌تواند داشته باشد، لکن امکان ترتب آثار گوناگون بر آن اثر ذاتی محتمل است (شهیدی، ۱۳۸۶: ۱۱۷).

در مجموع دو نظریه معروف در این زمینه مطرح شده است:

برخی از فقیهان امامیه و بیشتر فقیهان اهل سنت بر این باورند که استمتاع جنسی به معنای خاص، مقتضای ذاتی عقد نکاح است (نائینی، ۱۳۷۳: ۱۱۲/۲؛ شیخ انصاری، ۱۴۱۵: ۲۸۱؛ ابن قدامه، ۱۴۰۳: ۴۵۰/۷؛ الجزیری، ۱۴۱۹: ۱۲۱/۴-۱۲۲؛ الماوردی، ۱۴۱۴: ۵۰۷/۹؛ ابن عابدین، ۱۴۱۵: ۲۷۴/۴)؛ گروهی از حقوقدانان نیز بر این نظر هستند (جعفری لنگرودی، ۱۳۵۵: ۱۹۳؛ کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۲۵۴). گروهی دیگر تمتعات جنسی را در زمره حقوق زوجین و مقتضای اطلاق عقد ازدواج دانسته‌اند که شرط خلاف آن نیز معتبر است (شیخ طوسی، ۱۳۸۷: ۳۰۴/۴؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۵۲۴/۵؛ محقق حلی، ۱۴۰۹: ۳۸/۲؛ خمینی، ۱۳۹۰: ۴۳۹/۲؛ صفایی و امامی، ۱۳۷۱: ۷۷/۱؛ امامی، ۱۳۷۲: ۳۶۹/۴-۳۷۷؛ شهیدی، ۱۳۸۶: ۱۱۸) که این مسأله از ظاهر مواد ۱۰۳۵ و ۱۱۰۲ قانون مدنی نیز استنباط می‌شود.

با این توصیفات، ایجاد «علقه زوجیت» ماهیت ذاتی عقد نکاح است و تحقق محرمیت و مشروعیت استمتاع جنسی و همین‌طور مواردی همچون مهر و ارث و نفقه، مترتب بر علقه زوجیت و در زمره آثار اطلاق آن می‌باشد و اشتراط خلاف این آثار، مخالف اقتضای ذات عقد نکاح نمی‌باشد (آیتی و قنبرپور، ۱۳۹۱: ۱۸؛ عباسی، ۱۳۹۱: ۲۲۳؛ دانش‌پور و مروی، ۱۳۹۵: ۶۵).

۲- نقد و بررسی دیدگاه موافقان تحدید تمکین

برخی فقها و گروهی از حقوقدانان عقیده دارند که زوجه در ضمن عقد نکاح با توجه به شرایط خاصی می‌تواند در زندگی و روابط زناشویی، شرط عدم یا تحدید تمکین را لحاظ نماید. پیروان چنین نظریه‌ای برای اثبات مدعای خود به دلایلی از جمله موارد ذیل استناد می‌کنند.

۲-۱- لزوم پابندی به شرط و وفای به آن

احترام به پیمان و لزوم پابندی و وفای به آن ریشه فطری دارد. به خاطر فطری بودن این اصل در جامعه انسانی، نقض عهد و پیمان شکنی از رذایل اخلاقی شمرده می شود. قرآن در چندین آیه به این مهم تأکید دارد؛ از جمله آیات «یا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (مانده: ۱) یا «وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا» (اسراء: ۳۴) یا «وَالَّذِينَ هُمْ لِأَمَانَاتِهِمْ وَعَهْدِهِمْ رَاعُونَ» (مؤمنون: ۸).

همچنین در روایتی نبوی وارد شده است: «کسی که با همسر خود شرطی می نماید، بایستی به آن وفا کند مگر آن که شرط مزبور، حلالی را حرام یا حرامی را حلال نماید»^۱ (حرّ عاملی، ۱۴۱۲: ۳۵۳/۱۲)؛ به این ترتیب، با توجه به عموم ادله، وفای به شرط الزامی است؛ لکن باید در نظر داشت که شرط عدم نزدیکی به نحو مطلق در کلّ زندگی مشترک، از مصادیق تحریم مباح و سلب حقّ کلی بوده و جایز نمی باشد اما به نظر می رسد تحدید تمکین امکان پذیر بوده و موجب تحریم نمی گردد.

افزون بر این روایت، عمّار بن مروان در روایتی از امام صادق (ع) نقل می کند که راوی می گوید: «به حضرت عرض کردم که مردی به زنی برخورد می کند و از او می خواهد که با او ازدواج کند و زن هم قبول می کند و شرط می کند که هر التذاذی از من داشته باشی جز مقاربت، زیرا می ترسم که رسوا شوم (به خاطر حامله شدن)، حضرت فرمودند مرد باید به شرط عمل کند»^۲ (همان: ۲۹۵).

همچنین اسحاق بن عمّار از امام صادق (ع) نقل می کند که راوی می گوید: «به حضرت عرض کردم مردی با کنیز آزاد شده ای ازدواج کرد و زن شرط کرد که دخول نداشته باشند. بعد از عقد زن در این خصوص اجازه داد، حضرت فرمودند:

۱. «وَمَنْ شَرَطَ لَامْرَأَتِهِ شَرْطَ قَلْبِهَا بِهِ فَإِنَّ الْمُسْلِمِينَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ إِلَّا شَرَطَ حَرَمَ حَلَالًا أَوْ أَحَلَ حَرَامًا».
 ۲. «عَمَّارُ بْنُ مَرْوَانَ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ قَالَ قُلْتُ رَجُلٌ جَاءَ إِلَيَّ امْرَأَةً فَسَأَلَهَا أَنْ تُزَوِّجَهُ نَفْسَهَا فَقَالَتْ أَرُوجُكَ نَفْسِي عَلَى أَنْ تَلْتَمِسَ مِنِّي مَا شِئْتَ مِنْ نَظَرٍ وَ التَّمَّاسِ وَ تَنَالَ مِنِّي مَا يَنَالُ الرَّجُلُ مِنْ أَهْلِهِ إِلَّا أَنْ لَا تَدْخُلَ فَرْجَكَ فِي فَرْجِي وَ تَلْدُدَ بِمَا شِئْتَ فَإِنِّي أَخَافُ الْفُضِيحَةَ قَالَ لَيْسَ لَهَا مَا اشْتَرَطَ».

هنگامی که زن اجازه داد، دخول اشکالی ندارد» (همان). برخی، دلالت این روایات را ناظر به متعه دانسته‌اند (شیخ طوسی، ۱۳۸۷: ۴/۴۷۴) اما بسیاری دیگر، دلالت روایات را مطلق دانسته و تخصیص آن به متعه را تحکّم تلقی کرده‌اند (محقق حلی، ۱۴۰۹: ۲/۲۷۳).

۲-۲- عدم انحصار غایت نکاح به استمتاع جنسی

گروهی از فقها معتقدند که بهره‌وری و استمتاع جنسی تنها یکی از غایات ازدواج بوده^۲ و اغراض و اهداف عقلایی و متعارف دیگری چون حصول آرامش و سکون،^۳ ایجاد محرمیت، مصاحبت و مؤانست میان زوجین، پیوند با طایفه‌ای شریف و ... نیز در نکاح مطمح نظر طرفین می‌باشد. به این ترتیب، بنیاد ازدواج متشکل بر اهداف و اغراض مختلفی است که هر یک شأن و جایگاه ویژه‌ای دارند. بنابراین، غایت نکاح در امر بسیطی چون تمّتع جنسی منحصر نمی‌شود و از سوی دیگر، ازدواج عقدی معاوضی نمی‌باشد که مهر عوض بضع قرار گیرد. برخی فقها شرط عدم نزدیکی و عدم ازاله بکارت را - چه در عقد موقت و چه در دائم - نافذ و وفای به آن را لازم دانسته‌اند، هر چند عدم وفای به آن را موجب بطلان عقد بر نمی‌شمارند (خمینی، ۱۳۹۰: ۲/۲۷۱). این دیدگاه ناشی از توجه به مقتضیات زمان و مکان در امر اجتهاد و ظهور مسائل مستحدثه و لحاظ مصالح عقلایی و عرفی است (خمینی، ۱۳۷۹: ۲۱/۲۸۹).

۲-۳- جایز بودن ازدواج افراد معذور الوطی

به موجب حکم فقه، ازدواج افراد معذور الوطی چون عین و قراء و ناتوانان جنسی ممکن می‌باشد (نجفی، ۱۴۰۱: ۳/۱۰۰؛ مغنیه، ۱۴۱۴: ۵/۱۸۸) چراکه غرض از

۱. «رَوَى إِسْحَاقُ بْنُ عَمَّارٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ قَالَ قُلْتُ لَهُ رَجُلٌ تَزَوَّجَ بِجَارِيَةٍ عَاتِقٍ عَلَى أَنْ لَا يَقْتَضَهَا ثُمَّ أَدْنَتْ لَهُ بَعْدَ ذَلِكَ قَالَ إِذَا أَدْنَتْ لَهُ فَلَا بَأْسَ».

۲. إنّما الوط غایه من الغایات (شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۲۴۷/۸؛ نجفی، ۱۴۰۱: ۳۱/۱۰۰).

۳. «وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ» (روم: ۲۱)

نکاح، در توالد و تناسل خلاصه نمی‌شود. از طرفی، برای نفوذ و اعتبار عقد، ملحوظ داشتن مقاصد و غایات شرط نمی‌باشد (نجفی، ۱۴۰۱: ۱۰۰/۳۱). پذیرش تمتعات جنسی به عنوان غایت انحصاری ازدواج، منجر به تالی فاسد از دست رفتن حق انعقاد نکاح برای افراد معذور الوطی می‌شود، در حالی که به موجب فقه و قانون، این اشخاص از حق ازدواج برخوردار هستند. همچنین به موجب مواد ۱۱۲۲ و ۱۱۲۳ احراز عیوبی چون خصاء، عنن و مقطوع بودن آلت تناسلی در مرد و مواردی چون قرن، جذام و افضاء در زوجه موجب حق فسخ برای طرف مقابل، مشروط به عدم اطلاع بر وجود عیب در زمان عقد است که این امر حکایت دارد از آن که تمتع جنسی، اقتضای ذاتی عقد نکاح نیست؛ چراکه اراده اشخاص حاکم بر مقتضای ذاتی عقد نبوده و ملزم به اطاعت از آن هستند (عباسی، ۱۳۹۱: ۲۲۵-۲۲۶). بنابراین ازدواج افراد سالمند، بیمار و معذور الوطی جایز است، به دلیل آن که اشخاص مزبور هر چند قادر به نزدیکی نیستند اما امکان استمتاع در غیر و طی به کلی در خصوص آنان منتفی نمی‌باشد و شاید برخی لذایذ و بهره‌مندی‌های جنسی از سایر طرق برایشان تأمین شود.

۲-۴- استمتاع اثر فرعی و الحاقی مترتب بر نکاح

برخی فقها بر این باورند که استمتاع جنسی، در زمره آثار تبعی و فرعی عقد نکاح و از جمله حقوق مربوط به زوجین است؛ بنابراین شرط خلاف آن صحیح و همچنین نافذ است (محقق حلی، ۱۴۰۹: ۲۷۳/۲؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۲۴۷/۸؛ نجفی، ۱۴۰۱: ۹۸/۳۱). این فقها معتقدند غرض‌های عرفی و عقلانی دیگری نیز بر ازدواج مترتب بوده که برای صحت عقد کافی هستند (خمینی، ۱۴۲۱: ۱۸۷/۵). به تعبیر دیگر، تمکین را مقتضای اطلاق عقد نکاح می‌دانند و امکان تعدیل آن را ضمن عقد نکاح صحیح و معتبر می‌شمارند؛ ولی اگر هنگام عقد نکاح چنین شرطی نشود اقتضای اطلاق عقد، زوجه را مکلف می‌سازد تا در مقابل خواسته‌های زوج تمکین کند؛ در غیر این صورت، وی استحقاق دریافت نفقه را ندارد. باید توجه داشت که عقد نکاح موجب

حلیت نزدیکی و نه وجوب آن فیما بین زوجین می‌شود و شخص در چشم پوشی از این امر حلال مختار است. به این ترتیب، تناسل و توالد، مقتضای ذاتی ازدواج نبوده و از آثار ملحق به آن است؛ در نتیجه، شرط خلاف آن فاسد نبوده و مفسد عقد نیز نمی‌باشد (دانش پور و مروی، ۱۳۹۵: ۷۸).

به همین ترتیب این حکم در خصوص سایر شروط دیگری که به اسقاط حق منجر می‌شود، نیز قابل تسری است و از این رو می‌توان حکم اباحه پاره‌ای تصرفات را به واسطه شرط تغییر داد (حسینی شیرازی، بی تا الف: ۲۱۵/۱۴).

۲-۵- تمکین، حق شرعی قابل اسقاط

مطابق پاره‌ای روایات راجع به حقوق و تکالیف زوجین، تمکین به عنوان یکی از حقوق زوج برشمرده شده است،^۱ به این ترتیب مستنبط از نصوص فقهی، تمکین در زمره حقوق بوده و یکی از خصایص حقوق، قابلیت اسقاط است. گرچه برخی فقها تمتعات جنسی را گونه‌ای حکم محسوب داشته و در تلقی آن به عنوان حق تردید کرده‌اند (خمینی، ۱۴۲۱: ۴۷/۱) لکن به نظر می‌رسد با توجه به رویکرد کرامت مدار اسلام و لحاظ اراده و رغبت زن در امر زناشویی در روایاتی که دلالت بر این امر دارند، همچون روایات مؤید عدم شتاب در برقراری روابط جنسی، پیش نوازی و ملاعبه با همسر قبل از رابطه جنسی، چونان پرنده نبودن و درنگ و توقف داشتن در زمان آمیزش،^۲ برشماری تمکین به عنوان حق صحیح تر باشد.

۱. قَالَ رَسُولُ اللَّهِ «وَإِنْ خَيْرَ نِسَائِكُمْ... أَلَّتِي تَسْمَعُ قَوْلَهُ وَتُطِيعُ أَمْرَهُ وَ إِذَا خَلَا بِهَا بَدَلْتَ لَهُ مَا يَرِيدَ مِنْهَا...» (حر عاملی، ۱۴۱۲: ۲۰/۱۸۵)؛ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ «لِلنِّسَاءِ لَا تَطُولَنَّ صَلَاتُكُنَّ لَتَمْنَعَنَّ أَزْوَاجَكُنَّ» (فیض کاشانی، ۱۴۰۷: ۳/۱۱۵)؛ عَنِ ابْنِ عَبْدِ اللَّهِ قَالَ «أَتَتْ امْرَأَةً إِلَى رَسُولِ اللَّهِ فَقَالَتْ مَا حَقُّ الزَّوْجِ عَلَى الْمَرْأَةِ؟ قَالَ أَنْ تُجِيبَهُ إِلَى حَاجَتِهِ وَ إِذَا كَانَتْ عَلَى قَتَبٍ...» (حر عاملی، ۱۴۱۲: ۲۰/۱۸۵).

۲. عَنِ ابْنِ عَبْدِ اللَّهِ «إِذَا أَرَادَ أَحَدُكُمْ أَنْ يَأْتِيَ زَوْجَتَهُ فَلَا يَعْجَلْهَا فَإِنَّ لِلنِّسَاءِ حَوَائِجَ» (همان: ۱۱۸)؛ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ «ثَلَاثَةٌ مِنَ الْجَفَا... وَ مَوَاقِعُ الرَّجُلِ أَهْلُهُ قَبْلَ الْمَلَاعِبَةِ» (همان: ۱۱۹)؛ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ «إِذَا جَامَعَ أَحَدُكُمْ أَهْلَهُ فَلَا

باید توجه داشت که ذیحقّ به واسطه حقّ، سلطه می‌یابد اما حکم صرفاً پدیدآورنده رخصت و جواز از ناحیه شارع است (محقق داماد، ۱۴۰۶: ۲۷۰/۱)؛ پس صاحب حقّ، سلطنت دارد و می‌تواند آن را اسقاط کند؛ در حالی که حکم، صرف رخصت در انجام دادن کاری یا ترک آن، یا مترتب کردن اثری خارجی بر بجا آوردن یا ترک عملی است، بدون آن که مکلف سلطنتی بر آن داشته باشد و امر آن تنها به دست حاکم است و مکلف حقّ اسقاط آن را ندارد. با این توضیحات در خصوص شروط ناظر به تمکین به دلیل حقّ بودن، امکان دخل و تصرف وجود دارد (طباطبائی یزدی، ۱۳۷۸: ۵۵/۱).

۲-۶- جواز شرط عدم تمکین بنا به مصالح عقلانی

نظر برخی فقهای معاصر در استفتاء راجع به شرط انتفای هر نوع استمتاع جنسی و شرط عدم وطی و عدم ازاله بکارت در ضمن عقد نکاح، حکم به جواز و نفوذ چنین شرطی و عدم جواز مخالفت با آن پس از درج ضمن عقد نکاح اعم از دائم و موقت است، مشروط به این که شرط مزبور، عقلایی بوده و به سفاهت نینجامد (بهجت، ۱۴۲۸: ۲۷/۴؛ خمینی، ۱۳۹۰: ۴۳۹؛ همچنین مجموعه استفتائات آیات عظام خامنه‌ای، نوری همدانی، شبیری زنجانی، گلپایگانی، هاشمی شاهرودی، موسوی اردبیلی). شهرت این دیدگاه به حدّی است که در فقه، عدم اختلاف در خصوص آن مورد ادعاست (ایروانی، ۱۴۲۷: ۳۷۲/۲).

۲-۷- حرمت تمکین و تمتعات جنسی به موجب تکالیف شرعی و ضرورت های عرفی

در مدّت بجا آوردن برخی اعمال و در طیّ برخی ایام، زوجه مکلف به تمکین نیست. اعمالی مانند احرام، اعتکاف، روزه واجب و ... همچنین ایامی چون دوران

يَأْتِيهِنَّ كَمَا يَأْتِي الطَّيْرَ لِمَكْتٍ وَ لِبَلْبَثٍ (همان: ۱۱۷)؛ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ «فَإِذَا أَتَى أَحَدُكُمْ أَهْلَهُ فَلْيَكُنْ بَيْنَهُمَا مَدَاعِبَةٌ فَإِنَّهُ أَطْيَبُ لِلأَمْرِ» (همان: ۱۱۶)

حیض، نفاس و ... از موجبات حرمت شرعی مقاربت محسوب شده و چنان چه زن به دلیل آن معاذیر، از برقراری رابطه جنسی خودداری کند با توجه به این که این امتناع با عذر شرعی صورت پذیرفته، نشوز محقق نشده و استحقاق نفقه برای زوجه همچنان باقی است (خمنی، ۱۳۹۰: ۳۱۲/۲) و ادله وجوب تمکین، صور مزبور را در بر نمی‌گیرد و این از جمله مواردی است که تمامی فقها بر آن اتفاق نظر دارند. با توجه به اتفاق نظر فقها در خصوص عدم الزام زوجه به تمکین در صور یاد شده، آمادگی وی با توجه به قید هر زمان و هر مکان که برای تمکین لحاظ گردیده، تقیید می‌شود که می‌تواند خود مؤیدی بر تحدید تمکین با توجه به شرایط خاص زمانی و مکانی باشد.

۲-۸- بیماری مقاربتی زوج

چنانچه زوج مبتلا به بیماری مقاربتی باشد از آنجا که امکان انتقال این بیماری از طریق مقاربت به زوجه وجود دارد، وی بدون تحقّق نشوز حقّ دارد که از نزدیکی امتناع ورزد (خوئی، بی تا: ۵۴۷/۱). به موجب ماده ۱۱۲۷ قانون مدنی نیز خودداری زوجه از تمکین در صورت بیماری مقاربتی زوج، مانع حقّ نفقه او نخواهد بود.

به این ترتیب قاعده لاضرر، عموم و وجوب اطاعت زوجه را در چنین مواردی تخصیص می‌زند، بدون آن که عدم اطاعت زوجه در اینگونه موارد، سالب حقّ نفقه وی باشد (محقق داماد، ۱۳۸۷: ۳۵۷). بنابراین زوجه در چنین مواردی می‌تواند تا حصول بهبودی تمکین نکند و یا تمکین محدود را در پیش گیرد.

۲-۹- بیماری یا ضعف جسمانی مضرّ زوجه برای ارتباط جنسی

اگر زوجه بیمار باشد و رابطه جنسی باعث وخامت بیماری وی شود و یا برقراری چنین رابطه‌ای مستلزم ایراد ضرر و مشقّتی باشد که معمولاً قابل تحمّل نیست، می‌تواند از نزدیکی با زوج خودداری نماید. همچنین از نظر گروهی از فقها اگر زوج عظیم الجثه بوده و زوجه توان مقاربت با وی را نداشته باشد، می‌تواند از نزدیکی با زوج خودداری نماید و این امر، مسقط حقّ نفقه وی نمی‌باشد (نجفی، ۱۴۰۱: ۳۱۲/۳۱؛ شیخ

طوسی، ۱۳۸۷: ۱۳/۶؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۴۴۵/۸؛ بحرانی، بی تا: ۷۰/۱۰؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۴: ۱۱۶/۶-۱۱۹). برخی فقیهان معاصر نیز در ردّ نظر مشهور در مورد عدم ضمان زوج در افضای زوجه بالغه، با تمسک به قاعده انصاف، اطلاق این حکم را نپذیرفته و معتقدند اگر زوجه به لحاظ فیزیولوژیک، نحیف و ضعیف و در مقابل، زوج قوی باشد به گونه ای که در صورت نزدیکی، خطر افضاء یا ناقص شدن زوجه باشد برای زوج نزدیکی با زوجه جایز نیست و زوج در صورت تخلف، ضامن خسارات وارده خواهد بود و زوجه نیز الزامی به تمکین ندارد (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴: ۱۱۶/۶-۱۱۹). برخی فقها در توضیح وضعیّت جسمانی زوجه برای تحمّل نزدیکی با زوج، معیار شخصی را ملاک توجه قرار داده و بیان می کنند که نحیف و ضعیف بودن زوجه با توجه به وضعیّت جسمانی زوج مدنظر قرار می گیرد، هرچند زوج از نظر جسمانی نسبت به سایرین متعادل باشد (نجفی، ۱۴۰۱: ۳۱/۳۱۲). حکم الزام به تمکین خاصّ زوجه نحیف و به طور کلی دارای هرگونه مرضی که وقوع نزدیکی، موجب ورود آسیب و ضرر به وی می باشد، منافی معاشرت به معروف است و عذر زوجه در امتناع از تمکین خاصّ در این وضعیّت، مانع از حقّ نفقه اش نیست؛ از آن جهت که رضایت مرد به ازدواج با زنی با این شرایط، به منزله اسقاط حقّ استمتاع خاصّ خود است و در واقع با پذیرش این موضوع، گویی به سایر استمتاعات غیر از نزدیکی، بسنده کرده است (فاضل هندی، ۱۴۱۶: ۷/۵۶۳)؛ بر این اساس، اگر زوجه بیمار باشد یا برقراری رابطه جنسی موجبات تشدید بیماری وی را فراهم کند یا مستلزم ایراد ضرر یا مشقّاتی باشد که قابل تحمّل نباشد زوجه می تواند از نزدیکی خودداری نماید (همان: ۵۸۰). علاوه بر این موارد، در سایر مواردی که به دلیل بیماری زن، پزشک آمیزش را برای وی ممنوع اعلام می کند دستور پزشک، عذر موجه برای عدم تمکین محسوب می شود (محقق داماد، ۱۳۸۷: ۲۹۴-۲۹۵).

۳- نقد و بررسی دیدگاه مخالفان تحدید تمکین

در مقابل دیدگاه فقهای موافق شرط عدم یا تحدید تمکین، فقهای هستند که شرط عدم تمکین را با استناد به دلایلی، مردود می‌دانند. برخی فقها بر این باورند که شرط عدم تمکین، منافی غرض اساسی تشریح نکاح است. به استدلالات مخالفان این شرط در ذیل اشاره می‌شود:

۳-۱- تغایر با سنت

از جهت مغایرت با سنت به روایتی منقول از محمد بن قیس اشاره می‌شود، در خصوص مردی که همسرش مهر را به وی بذل نموده و در مقابل، خواستار عهده داری حق نزدیکی و طلاق بوده است و امام درخواست زن را در تخالف با سنت برشمرده و مرد را متکفل مهریه و دارای حق نزدیکی و طلاق معرفی کرده اند^۱ (حرّ عاملی، ۱۴۱۲: ۲۹۰/۲۱). به این ترتیب، مخالفان با تمسک به قیاس اولویت، شرط عدم تمکین را در تنافی با سنت تلقی کرده‌اند، در حالی که استناد به چنین قیاسی محمل این بحث نیست؛ چراکه قوامیت مرد و شؤون منبعث از آن، از آیه^۲ و روایت دیگری^۳ استنباط می‌شود و محل اختلاف، دامنه آن قوامیت و الزامات ناشی از آن و امکان تعدیل و تحدید آن است.

مستند برخی فقها نیز در مخالفت این شرط با سنت، اصل برائت است (ابن ادریس، ۱۴۱۰: ۵۸۹/۲)؛ به این نحو که هنگام تردید در تعیین تکلیف بر عهده مشروط^۴ علیه، اصل بر برائت است در حالی که با وجود شرط، تمسک به این اصل محلی از اعراب ندارد، زیرا مطابق قول مشهور اصولیان «الأصل دلیل حیث لا دلیل».

۱. «فَقَدْ سَأَلَ الْإِمَامَ صَادِقَ بْنَ إِسْمَاعِيلَ عَنْ رَجُلٍ تَزَوَّجَ عَلَى أَنْ فِي يَدِهَا الْجَمَاعَ وَالطَّلَاقَ، قَالَ خَالَفَتِ السُّنَّةَ وَوَلِيَتْ حَقًّا لَيْسَ كَهَا، ثُمَّ قَضَى أَنْ عَلَيْهِ الصَّدَاقُ وَفِي يَدِهَا الْجَمَاعَ وَالطَّلَاقَ».

۲. «الرِّجَالُ قَوَامُونَ عَلَى النِّسَاءِ» (نساء: ۳۴).

۳. قَالَ النَّبِيُّ «الطَّلَاقُ بِيَدِ مَنْ أَخَذَ بِالسَّاقِ» (شهادت ثانی، ۱۳۷۲: ۱۴۹/۲).

۲-۳- استناد به لیس لک ان تحرّم ما احل الله

برخی فقها معتقدند که درج این شرط ضمن عقد نکاح، مصداق تحریم حلال^۱ و منافی شرع و سنت است (نائینی، ۱۳۷۳: ۱۰۵/۲؛ موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹: ۲۶۴/۳؛ حسینی روحانی قمی، ۱۴۲۹: ۲۶۱/۶).

ظاهراً اگرچه منع کلیه تمتّعات جنسی، می‌تواند از مصادیق تحریم حلال و غیر شرعی باشد، لکن تحدید تمتّعات و اختصاص آن به زمانی خاص بر اساس مصلحت اندیشی‌های عقلانی بدون اشکال به نظر می‌رسد و این امر از عبارات برخی فقها استنباط می‌شود که التذاذ از زوجه در حدّ نگاه نیز می‌تواند در صحت عقد نکاح کفایت کند (شیخ انصاری، ۱۴۰۰: ۲۹۱/۳)^۲.

۳-۳- مغایرت با مفهوم نکاح

مغایرت با مفهوم نکاح از جمله ایرادات دیگری است که مخالفان شرط عدم تمکین به آن تمسک کرده‌اند. برخی از فقها در ابتدای مبحث نکاح به تبیین لغوی و اصطلاحی آن پرداخته‌اند که البته تشّت آرا در خصوص موضوع قابل توجه است (حسینی روحانی قمی، ۱۴۱۲: ۹۰). عده‌ای بر این عقیده‌اند که استعمال نکاح در وطی حقیقت و در عقد، مجاز می‌باشد و نکاح از لحاظ شرع عقدی لفظی است که موجب اباحه وطی می‌شود و تسمیه عقد ازدواج به نکاح، از باب مجاز با علاقه سببیت به معنای نهادن نام معلول بر علّت می‌باشد (ابن منظور، ۱۴۱۴: ۶۲۶/۱۲؛ فاضل مقداد، ۱۴۲۵: ۱۳۳/۲). همچنین گفته شده که عقد نکاح موجب برقراری حقّ تمّتع برای مرد می‌شود؛ بنابراین حقیقت در وطی، ارجح می‌باشد (الجزیری، ۱۴۱۹: ۳۱۱/۴)؛ لکن بیشتر اصولیان معتقدند که به دلیل مبادرت مفهوم عقد از نکاح به ذهن و اطّراد این

۱. «لیس لک أن تحرّم ما احل الله».

۲. «هذا كَلِمَةٌ مع تحقق الاجماع علی بطلان هذا الشرط لكون الاثر كالمقوم العرفي للبيع أو غرضاً اصلياً، كاشتراط عدم التصرف اصلاً في المبيع وعدم الاستمتاع اصلاً بالزوجه حتى النظر و نحو ذلك».

لفظ در عقد و همین طور به علت صحّت حمل نکاح در مفهوم عقد و صحّت سلب در مفهوم وطی، واژه نکاح در معنای عقد، حقیقت و در معنای وطی، از باب مجاز است (شهید ثانی، ۱۳۷۲: ۸۵/۵؛ شیخ طوسی، ۱۴۱۷: ۱۷۰؛ فخرالمحققین، ۱۳۸۷: ۲/۳؛ علامه حلّی، ۱۴۱۵: ۲/۲؛ نراقی، ۱۴۱۵: ۹)؛ همچنین باید توجه داشت که ممکن است بر واژگان، یک عرف لغوی و یک عرف شرعی حاکمیت داشته باشد لکن احکام شرعی بر معنای برآمده از عرف شرعی وارد می‌شوند و در شرع هم منظور از نکاح، عقد است و نه وطی (ابن ادریس، ۱۴۱۰: ۵۲۴/۲). در نصوص دینی هم واژه نکاح در معنای عقد به کار رفته^۱ و در این معنا حقیقت شرعی شده است و استعمال این واژه در غیر معنای عقد، از باب مجاز بوده و بایستی همراه با قرینه باشد (نجفی، ۱۴۰۱: ۷/۲۹).

۴-۳- منافات داشتن با هدف توالد و تناسل

دسته‌ای از فقها مقتضای ذات عقد نکاح و غرض اصلی آن را توالد و تناسل و حکمت بنیادین ازدواج را فرزندآوری و تکثیر نسل می‌دانند (حسینی شیرازی، ۱۴۲۷: ۱۶۲؛ احسایی، ۱۴۰۵: ۲۵۹/۱؛ سرخسی، ۱۴۱۴: ۱۹۳/۳). بنابراین از نظر ایشان برقراری روابط جنسی به عنوان ابزار لازم جهت توالد در نکاح تلقی شده (شیخ طوسی، ۱۳۸۷: ۳۰۳/۴) و شرط خلاف آن مغایر با مقصود اصلی نکاح محسوب می‌شود. در روایات هم به تکثیر نسل و فرزندآوری توصیه شده است^۲ و قدرت باروری زنان به عنوان

۱. «وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَ وَ لَا أُمَّهَ مُؤْمِنَهُ خَيْرٌ مِّنْ مُّشْرِكَةٍ وَ لَوْ أَعْجَبَتْكُمْ وَ لِاتَنْكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّى يُؤْمِنُوا...» (بقره: ۲۲۱)؛ «وَ إِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلِّغْنَ أَجْلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضُوا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ...» (بقره: ۲۲۳).

۲. قال رَسُولُ اللَّهِ «تَزَوَّجُوا فَإِنِّي مَكَاثِرُ بِكُمْ الْأُمَّمِ غَدَاً فِي الْقِيَامَةِ» (حرّ عاملی، ۱۴۱۲: ۳۵۸/۲۱)؛ قال رَسُولُ اللَّهِ «تَنَاكَحُوا تَنَاسَلُوا تَكْتَرُوا فَإِنِّي أَبَاهِي بِكُمْ الْأُمَّمِ يَوْمَ الْقِيَامَةِ» (مجلسی، ۱۴۱۵: ۱۷۰/۴۴)؛ روى عن النبی «أَنَّ الْعَزَلَ الْوَادَّ الْخَفِيَّ» (مجلسی، ۱۴۰۶: ۳۱۸/۸).

یکی از بهترین محسنات ایشان شناخته شده^۱ و از عزل (ریختن منی در خارج از رحم) به زنده در گور کردن پنهانی^۲ یاد شده است.

باید توجه داشت که استیلاد و فرزند آوری تنها غرض و غایت عقد نکاح نبوده که شرط عدم تمکین یا تحدید آن در ضمن عقد نکاح به دلیل منافات با مقدمات و لوازم باروری در تغایر با هدف شارع از تشریح عقد نکاح قرار گیرد. ترخیص تلویحی عزل بدون رضایت زوجه در روایات،^۳ مؤید حکم جواز مشروعیت عزل طیّ شروط ضمن عقد می باشد. بنابراین با توجه به این که در برهه هایی از زندگی مشترک، اغلب زوجین اقدام به جلوگیری از باروری کرده، قیاس مزبور پذیرفتنی نمی نماید و غرض از ازدواج، صرف توالد نمی تواند باشد؛ چراکه برای زن امکان استعمال داروهای ضدّ باروری حتی بدون رضایت زوج وجود دارد و اقدام مزبور مخالف شرع یا کلیت دیگری نیست (خوئی، ۱۴۱۰: ۲/۲۸۴).

نتیجه گیری

امروزه تحت تأثیر ضرورت های اجتماعی و عرفی و حدوث مسائل جدید در روابط فیما بین زوجین، نقش اراده طرفین نکاح در تعدیل و دگرگونی برخی آثار مترتب بر این عقد پررنگ تر شده است؛ چراکه مباحث مربوط به نکاح، صرفاً بعد حقوقی نداشته و با مباحث اجتماعی، فرهنگی و به ویژه اخلاقی درآمیخته است. در مناسبات زوجین حاکمیت اخلاق بیش از حقوق است و حقوق به تنهایی از حکومت بر سازمان خانواده عاجز است.

۱. قال رَسُولُ اللَّهِ «إِنَّ خَيْرَ نَسَائِكُمُ الْوَلُودُ الْوَدُودُ» (حرّ عاملی، ۱۴۱۲: ۱۴/۱۴).

۲. روى عن النبي «أَنَّ الْعَزْلَ الْوَادَّ الْخَفِيُّ» (مجلسی، ۱۴۰۶: ۳۱۸/۸).

۳. «وَسَأَلَ مُحَمَّدُ بْنُ مُسْلِمٍ أَبَا جَعْفَرٍ عَنِ الْعَزْلِ قَالَ الْمَاءُ لِلرَّجُلِ يَصْرِفُهُ حَيْثُ يَشَاءُ» (حرّ عاملی، ۱۴۱۲: ۱۴۹/۲۰).

«عَنْ أَبِي بصيرٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ قَالَ قُلْتُ لَهُ: مَا تَقُولُ فِي الْعَزْلِ، فَقَالَ: كَانَ عَلِيٌّ لَا يَعْزِلُ وَأَمَّا أَنَا فَأَعْزِلُ» (همان: ۱۵۰).

به نظر می‌رسد هدف غایی از عقد نکاح و مقتضای ذاتی آن، حصول پیوند زوجیت بین طرفین باشد که یکی از آثار مترتب بر این علقه، اباحه تمتعات جنسی است. در مباحث فقهی به مقوله تمکین، بسیار کلی و در پارادایمی مرد محور پرداخته شده و گویی میل و اراده زن در این میان اساساً مطرح نمی‌باشد. در این رویکرد، در صورتی که زوجین تقیید و تحدید در روابط جنسی را در تنافی با طریق آرامش و سکون در کنار یکدیگر نینند، لحاظ قیود مزبور طی شروط ضمن عقد خالی از اشکال می‌نماید؛ چراکه روابط جنسی و متعاقب آن فرزند آوری، ملحوظ ماهیت و ذات عقد ازدواج نمی‌باشد و امکان تعدیل و تحدید دارد.

به نظر می‌رسد چنان چه با استفاده از ظرفیت‌های موجود در نصوص دینی و متون فقهی، بازخوانی نوینی در خصوص برخی متفرعات عقد نکاح صورت گیرد، زمینه لازم جهت بازبینی و پیشروی در احکام، مبتنی بر آرمان عدالت جنسیتی فراهم باشد. به این ترتیب در مواجهه با خیزش مطالبه گرانه‌ای که معتقد به دین حدّاقلی است و رویکرد چالشی نسبت به شبهات مطرح شده داشته و رویه تعبّدی نسبت به شبهات را بر نمی‌تابد، می‌توان ضمن بازاندیشی در مسأله تمکین، فارغ از پیرایه خوانش‌های مردسالارانه، پاسخی متناسب با مقتضیات زمانه داشت که به انکار کارآمدی دین در عصر حاضر و ساحت زندگی اجتماعی نینجامد.

منابع

- قرآن کریم.

- آیتی، سید محمد رضا؛ قنبرپور، بهنام (۱۳۹۱)، «بررسی عقد نکاح با شرط تمکین محدود از منظر فقه و حقوق اسلامی»، فقه و تاریخ تمدن، ۳۲، ۹-۳۳.
- ابن ادریس، محمد بن منصور (۱۴۱۰ق)، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، ج ۲، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- ابن جزی، محمد بن احمد (۱۴۱۶ق)، التسهیل لعلوم التنزیل، ج ۱، بیروت: دار الأرقم.

- ابن عابدین، محمد امین (۱۴۱۵ق)، **ردّ المختار**، ج ۴، قم: انوار الهدی.
- ابن قدامه، عبدالله بن احمد (۱۴۰۳ق)، **المغنی**، ج ۷، بیروت: دار الكتاب العربی.
- ابن منظور، محمد بن مکرم (۱۴۱۴ق)، **لسان العرب**، ج ۱۲، ج ۳، بیروت: دار الفکر.
- احسائی، محمد بن علی (۱۴۰۵ق)، **عوالی اللئالی العزیزیه**، ج ۱، قم: دار سید الشهداء.
- اراکی، محمد علی (۱۴۱۹ق)، **کتاب النکاح**، قم: نورنگار.
- اردبیلی (مقدّس)، احمد بن محمد (بی تا)، **زبدہ البیان فی احکام القرآن**، تهران: المکتبه الجعفریه.
- اصفهانی، سید ابوالحسن (۱۳۹۳)، **وسیلہ النجاه**، ج ۲، قم: چاپخانه مهر.
- افتخاری، جواد (۱۳۸۲)، **کلیات عقود و تعهدات**، تهران: میزان.
- الماوردی، محمد بن حبیب (۱۴۱۴ق)، **الحاوی الکبیر فی فقه مذهب الامام الشافعی**، ج ۹، بیروت: دار الکتب العلمیه.
- امامی، سید حسن (۱۳۷۲)، **حقوق مدنی**، ج ۴ و ۵، ج ۱۲، تهران: اسلامیه.
- انصاری شیرازی، قدرت الله (۱۴۲۹ق)، **موسوعه احکام الاطفال و ادلتها**، ج ۱، قم: مرکز فقهی ائمه اطهار (ع).
- انصاری (شیخ)، مرتضی بن محمد امین (۱۴۰۰ق)، **کتاب المکاسب**، ج ۳، قم: دار الذخیر.
- انصاری (شیخ)، مرتضی بن محمد امین (۱۴۱۵ق)، **کتاب النکاح**، قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری (ره).
- اهوازی، ابن سگیت (۱۴۱۲ق)، **ترتیب اصلاح المنطق**، مشهد: مجمع البحوث الاسلامیه.
- ایروانی، محمدباقر (۱۴۲۷ق)، **دروس تمهیدیه فی الفقه الاستدلالی علی المذهب الجعفری**، ج ۲، ج ۲، قم: دار الفقه.
- بحرانی، حسین بن محمد (بی تا)، **الانوار اللوامع فی شرح مفاتیح الشرائع**، ج ۷ و ۱۰، قم: مجمع البحوث العلمیه.
- بحرانی، یوسف بن احمد (۱۴۰۵ق)، **الحدائق الناضره فی احکام العتره الطاهره**، ج ۷، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- بهجت (آیه الله)، محمد تقی (۱۴۲۸ق)، **استفتائات**، قم: دفتر آیه الله العظمی بهجت.
- ترحینی عاملی، سید محمد حسن (۱۴۲۷)، **الزبدہ الفقہیہ فی شرح الروضه البهیہ**، ج ۶، ج ۴، قم: دار الفقه.

- جبعی عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی (۱۳۷۲)، **الروضه البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة**، ج ۵، ص ۷، قم: مکتب الاعلام الاسلامی.
- جبعی عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی (۱۴۱۳)، **مسالك الافهام الى تنقیح شرائع الاسلام**، ج ۵ و ۸، قم: مؤسسه معارف اسلامی.
- الجزیری، عبدالرحمن (۱۴۱۹)، **الفقه على المذاهب الاربعه و مذهب اهل البيت عليهم السلام**، ج ۴، بیروت: دار الثقلمین.
- جعفری تبار، حسن (۱۳۸۷)، «**حقوق عاشقانه علیه حقوق کامجویانه؛ گفتاری در فلسفه حقوق خانوادہ**»، فصلنامه حقوق، ۱/۳۸، ۱۱۱-۱۲۳.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۵۵)، **حقوق خانوادہ**، تهران: چاپخانه صدری.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۸۵)، **ترمینولوژی حقوق**، ج ۲، ص ۱۶، تهران: کتابخانه گنج دانش.
- جوهری، اسماعیل بن حماد (۱۴۰۷ق)، **الصحاح تاج اللغة و صحاح العربیة**، ج ۳، بیروت: دار العلم للملایین.
- حرّ عاملی، محمد بن حسن (۱۴۱۲ق)، **تفصیل وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه**، ج ۱۲ و ۲۱، قم: مؤسسه آل البیت.
- حسینی روحانی قمی، سید محمد صادق (۱۴۱۲ق)، **فقه الصادق علیه السلام**، ج ۶، قم: دار الکتاب.
- حسینی روحانی، سید محمد صادق (۱۴۲۹ق)، **منهاج الفقاهه**، ج ۶، ص ۵، قم: انوار الهدی.
- حسینی روحانی، سید محمد صادق (بی تا)، **المسائل المستحدثه**، بی جا: بی نا.
- حسینی شیرازی، سید صادق (۱۴۲۷ق)، **احکام النساء**، ج ۵، قم: سلسله.
- حسینی شیرازی، سید محمد (بی تا الف)، **ایصال الطالب الی المکاسب**، ج ۱۴، تهران: علمی.
- حسینی شیرازی، سید محمد (بی تا ب)، **رسائل الثلاث**، بی جا: بی نا.
- حسینی مراغی، سید میر عبدالفتاح (۱۴۱۷ق)، **العناوین الفقیهیه**، ج ۲، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- حلّی (علامه)، حسن بن یوسف (۱۳۸۸)، **تذکره الفقهاء**، قم: مؤسسه آل البیت (ع).
- حلّی (علامه)، حسن بن یوسف (۱۴۰۹ق)، **قواعد الاحکام فی مسائل الحلال و الحرام**، ج ۲، تهران: استقلال.

- حلی (علامه)، حسن بن یوسف (۱۴۱۵ق)، **تحریر الاحکام الشرعیه علی مذهب الامامیه**، ج ۲ و ۴، مشهد: مؤسسه آل البيت (ع).
- حلی (محقق)، جعفر بن حسن (۱۴۰۹ق)، **شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام**، ج ۲، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- خدایاری نژاد، طاهره (۱۳۹۰)، «**تمکین خاص و آثار حقوقی آن**»، تحقیقات زنان، ۲، ۱-۱۴.
- خمینی (امام)، سید روح الله (۱۳۷۹)، **صحیفه امام**، ج ۲۱، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).
- خمینی (امام)، سید روح الله (۱۳۹۰)، **تحریر الوسیله**، ج ۲، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).
- خمینی (امام)، سید روح الله (۱۴۲۱ق)، **کتاب البیع**، ج ۱ و ۴ و ۵، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).
- خوئی، سید ابوالقاسم (بی تا)، **موسوعه الإمام الخوئی**، بی جا: بی نا.
- خوئی، سید ابوالقاسم (۱۴۱۰ق)، **منهاج الصالحین**، ج ۲، چ ۲۸، قم: مدینه العلم.
- دانش پور، افتخار؛ مروی، فهیمه (۱۳۹۵)، «**بررسی تطبیقی شرط عدم تمکین در نکاح دائم بر مبنای فقه اسلامی با رویکردی بر نظر امام خمینی (س)**»، پژوهشنامه متین، ۷۳، ۶۱-۸۶.
- رازی، عبد القادر محمد بن ابی بکر (۱۴۱۵ق)، **مختار الصحاح**، بیروت: دار الکتب العلمیه.
- راغب اصفهانی، حسین بن محمد (۱۴۲۹ق)، **مفردات الفاظ القرآن**، ج ۱، چ ۴، قم: طلیعه النور.
- زیدان، عبد الکریم (۱۴۱۳ق)، **المفصل فی احکام المرأه**، ج ۳، بیروت: مؤسسه الرساله.
- سبزواری، سید عبدالاعلی (۱۴۱۳ق)، **مهذب الاحکام**، ج ۲۵، قم: مؤسسه المنار.
- سرخسی، شمس الدین (۱۴۱۴ق)، **کتاب المبسوط**، ج ۳، بیروت: دار المعرفه.
- سروش، مریم؛ عنایت، حلیمه (۱۳۹۲)، «**زنان، ساختار و عاملیت (آیا زنان می توانند سبک زندگی خود را انتخاب کنند؟)**»، مطالعات زنان، ۴، ۵۹-۹۰.
- سیوری حلی (فاضل مقداد)، مقداد بن عبدالله (۱۴۲۵ق)، **کنز العرفان فی فقه القرآن**، ج ۲، قم: مرتضوی.
- شریفی جبلی، الهام (۱۳۹۶)، **حقوق زن در خانواده از نگاه روشنفکران دینی عاصر ایران در پرتو حقوق بشر بین المللی**، پایان نامه کارشناسی ارشد، به راهنمایی رضا اسلامی، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی.

- شهیدی، مهدی (۱۳۸۶)، **شروط ضمن عقد**، تهران: مجد.
- شیروی، عبدالحسین (۱۳۹۵)، **حقوق خانواده: ازدواج، طلاق، فرزندان**، ج ۲، تهران: سمت.
- صفایی، سید حسین؛ امامی، اسدالله (۱۳۷۱)، **حقوق خانواده**، ج ۱، ج ۳، تهران: مؤسسه چاپ و انتشارات دانشگاه تهران.
- طباطبائی یزدی، سید محمد کاظم (۱۳۷۸)، **حاشیه المکاسب**، قم: اسماعیلیان.
- طباطبائی یزدی، سید محمد کاظم (۱۴۱۹ق)، **العروه الوثقی فیما تمّم به البلوی**، ج ۵، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- طباطبائی (صاحب ریاض)، سید علی (۱۴۱۸ق)، **ریاض المسائل فی بیان الاحکام بالدلائل**، ج ۲، قم: مؤسسه آل‌البیت.
- طریحی، فخرالدین (۱۳۷۵)، **مجمع البحرین**، ج ۲ و ۴، تحقیق سید احمد حسینی، تهران: المکتبه المرتضویه لاحیاء الآثار الجعفریه.
- طوسی (شیخ الطائفه)، محمد بن حسن (۱۴۱۷ق)، **الاجتهاد و التقليد (العده فی اصول الفقه)**، قم: چاپخانه ستاره.
- طوسی (شیخ الطائفه)، محمد بن حسن (۱۳۸۷)، **المبسوط فی فقه الامامیه**، ج ۳ و ۴ و ۶، ج ۳، تهران: المکتبه المرتضویه لاحیاء الآثار الجعفریه.
- عباسی، مجید (۱۳۹۱)، «**وضعیت حقوقی شروط ناظر بر روابط جنسی زوجین**»، خانواده پژوهی، ۳۰، ۲۱۳-۲۳۴.
- فاضل کاظمی، جواد بن سعد (بی تا)، **مسالك الأفهام**، بی جا: بی نا.
- فاضل هندی، محمد بن حسن (۱۴۱۶ق)، **كشف اللثام و الابهام عن قواعد الاحکام**، ج ۷، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- فخرالمحققین، ابوطالب محمد بن حسن (۱۳۸۷)، **إيضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد**، ج ۳، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- فهد عبدالله (بی تا)، **حقوق الزوجیه فی الاسلام**، بی جا: بی نا.
- فیض کاشانی، ملا محسن (۱۴۰۷ق)، **مفاتیح الشرائع**، ج ۳، قم: کتابخانه آیه الله العظمی مرعشی نجفی (ره).
- قرطبی، محمد بن احمد (۱۳۸۴ق)، **تفسیر القرطبی**، ج ۳، ج ۳، قاهره: دار الشعب.

- قنبرپور، بهنام؛ آیتی، سید محمدرضا (۱۳۹۲)، «بررسی فقهی و حقوقی شروط ناظر بر روابط جنسی (شرط عدم تمکین خاص)»، مبانى فقهی حقوق اسلامی، ۱۲، ۱۲۱-۱۳۷.
- قنبرپور، بهنام؛ نقیبی، سید ابوالقاسم (۱۳۹۲)، «بررسی مشروعیت شرط عدم تمکین در عقد نکاح»، پژوهش‌های فقه و حقوق خانواده اسلامی، ۳۳، ۱۱۳-۱۳۰.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۵)، حقوق خانواده، ج ۵، تهران: میزان.
- کامل موسی (۱۴۰۵)، مسائل فی الحیاه الزوجیه، بی‌جا: بی‌جا.
- کرکی (محقق)، علی بن حسین (۱۴۱۴)، جامع المقاصد فی شرح القواعد، ج ۱، ج ۲، قم: مؤسسه آل‌البتیت(ع).
- مجلسی (علامه)، محمدباقر (۱۴۱۵)، بحار الانوار الجامعه لدرر اخبار الائمه الاطهار، ج ۴۴، تهران: دار الکتب الاسلامیه.
- مجلسی، محمد تقی (۱۴۰۶)، روضه المتّقین فی شرح من لایحضره الفقیه، ج ۸، قم: مؤسسه فرهنگی اسلامی کوشانپور.
- محسنی، محمد آصف (۱۴۲۴)، الفقه و مسائل طّیبه، ج ۱، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۸۷)، بررسی فقهی حقوق خانواده، ج ۱۵، تهران: علوم اسلامی.
- مددی الموسوی، سید محمد کاظم (۱۳۹۶)، «بررسی سیر تاریخی شکل گیری فروع جدید در فقه متقدم شیعه؛ بررسی تحولات مسأله تمکین»، کاوشی نو در فقه، ۴، ۸۳-۱۰۰.
- مغنیه، محمدجواد (۱۴۱۴)، فقه الامام جعفر الصادق (ع)، ج ۵، قم: انصاریان.
- مغنیه، محمدجواد (۱۹۷۸م)، الاسلام بنظره العصریه، ج ۲، بیروت: دار العلم للملایین.
- مفید (شیخ)، محمد بن محمد بن نعمان (۱۴۱۰ق)، المقنعه، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۴ق)، کتاب النکاح، ج ۶، قم: مدرسه الامام علی بن ابیطالب.
- مهدوی زاهد، مهدی (۱۳۹۷)، جامعه‌شناسی حقوق عمومی؛ موردکاوی تأثیر و تأثر تحولات خانواده و نظریه دولت در ایران معاصر، تهران: نگاه بینه.
- موسوی بجنوردی، سید محمد (۱۳۸۶)، قواعد فقهیه، ج ۲، تهران: مجلد.
- موسوی بجنوردی، سید محمد (۱۳۹۰)، اندیشه های حقوقی (۱)؛ حقوق خانواده، ج ۲، تهران: مجلد.
- موسوی بجنوردی، سید حسن (۱۴۱۹ق)، القواعد الفقهیه، ج ۳، قم: الهادی.

- موسوی بجنوردی، سید محمد؛ محمد علی میرزایی، طاهره (۱۳۹۷)، «تأثیر زمان و مکان بر نشوز زوجه و ضمانت اجرایی آن با تکیه بر آرای امام خمینی (س)»، پژوهشنامه متین، ۷۹، ۲۵-۱.

- نائینی، محمدحسین (۱۳۷۳)، *منیه الطالب فی حاشیه المکاسب*، ج ۲، تهران: المکتبه المحمديه.
- نجفی (صاحب جواهر)، محمدحسن (۱۴۰۱ق)، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*، ج ۳ و ۳ و ۲۹ و ۳۱، تصحیح: سید ابراهیم میانجی، تهران: المکتبه الاسلامیه.

- نراقی، ملا احمد (۱۴۱۵ق)، *مستند الشیعه فی احکام الشریعه*، قم: مؤسسه آل البيت(ع).

- نراقی، ملا احمد (۱۴۱۷ق)، *عوائد الایام فی بیان قواعد الاحکام*، قم: دفتر تبلیغات اسلامی.

- نظری توکلی، سعید؛ کراچیان ثانی، فاطمه (۱۳۹۷)، «قلمرو حقوق همسر در روابط زناشویی از منظر فقه و حقوق خانواده»، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، ۱۹، ۳۵۹-۳۷۸.

-Mir-Hosseini, Ziba (2011), "Beyond Islam vs Feminism", Institute of Development Studies (IDS), Vol 42, Number1.