

اشتراک استمتاع نامتعارف زوج در ضمن عقد نکاح و یا درخواست آن از سوی زوج از دیدگاه فقه و حقوق موضوعه

معصومه نیکوخصال^۱

محمدهادی فاضل^۲

زهرة رجیبیان^۳

چکیده

حق استمتاع به عنوان یکی از حقوق زوجین در چهارچوب روابط زناشویی، گاه از روش های نامتعارفی مانند اورال، سادیسم، مازوخیسم و دخول مقعدی تحقق می یابد. با این حال برخی از احکام مرتبط با این موضوع مغفول مانده است که بررسی آن ضروری می نماید. هدف و مسئله اصلی این پژوهش، تبیین حکم اشتراط استمتاع نامتعارف زوج ضمن عقد نکاح و یا درخواست این نوع استمتاع از سوی زوج بر پایه دیدگاه های فقهی و حقوقی موجود است که به شناخت ابعاد حق استمتاع و نحوه اعمال آن در روابط زوجین کمک خواهد کرد. روش پردازش اطلاعات در این مطالعه، توصیفی - تحلیلی، روش تحلیل، اسنادی و مطالعه منابع کتابخانه ای است. بر پایه یافته ها و نتایج تحقیق، حکم اولی و ثانوی درخواست استمتاع نامتعارف، بسته به چگونگی مطرح کردن این خواسته، متفاوت است و در برخی موارد، این درخواست می تواند مصداق قاعده عسر و حرج محسوب شود و بر این اساس درخواست استمتاع نامتعارف از طرف زوج، شرعاً جایز نیست. از سوی دیگر، در صورت فراهم بودن شرایط لازم و وجود غرض عقلایی برای اشتراط استمتاع نامتعارف، اشتراط آن ضمن عقد نکاح، جایز و از نوع شرط فعل مادی است و دارای ضمانت اجراست. با این وجود نظام حقوقی ایران، درخواست استمتاع نامتعارف را حتی در صورتی که منجر به متضرر شدن زوجه شود، جرم انگاری نکرده که جرم انگاری صریح آن نیازمند اصلاح قوانین موجود است. **واژگان کلیدی:** استمتاع نامتعارف، اورال، دخول مقعدی، سادیسم، شرط ضمن عقد، مازوخیسم.

۱. دانش پژوه سطح چهار حوزه علمیه، رشته فقه خانواده، مرکز تربیت مدرس صدیقه کبری علیها السلام، گروه علمی معارف دانشگاه آزاد اسلامی واحد شهرریاک، شهرریاک، ایران؛ (نویسنده مسئول)؛ m.nikookhesal00060@gmail.com

۲. استاد خارج فقه حوزه علمیه قم، سطح چهار فقه و اصول مرکز مدیریت حوزه علمیه قم، قم، ایران؛ fazelmhadi40@gmail.com

۳. دانش آموخته سطح چهار فقه و اصول جامعه الزهراء علیها السلام، استاد یار گروه مبانی نظری جنسیت مرکز تحقیقات و مطالعات زنان مرکز تحقیقات زن و خانواده، قم، ایران؛ r.rajabian39@gmail.com

تاریخ دریافت مقاله: ۱۴۰۲/۰۶/۱۹ تاریخ پذیرش مقاله: ۱۴۰۴/۰۴/۰۲

مقدمه

از جمله واقعیت‌های انکارناپذیر وجود انسان، میل و کشش جنسی است. اما امروزه به دلیل نفوذ جریان‌های فکری و فرهنگی غرب، گرایش به روش‌های نامتعارف در حوزه مسائل جنسی افزایش یافته است. از جمله این روش‌ها می‌توان به استمتاع به روش‌های نامتعارف مانند اورال (ارتباط دهانی) و گستردگی انحرافات جنسی مانند سادومازوخیسم (دگرآزاری و آزارخواهی) اشاره کرد که برخی احکام آن مغفول مانده است. با توجه به اینکه انسان در مسیر رسیدن به کمال مطلوب، نیازمند تنظیم رفتارهای خود در چهارچوب احکام شرعی است، بررسی این احکام مغفول مانده، ضروری به نظر می‌رسد.

شناخت دقیق احکام شرعی در این زمینه و قابل تأمل دیدن بسیاری از رفتارهای غریزی، ضمن تعهد به احکام شرعی و آگاهی نسبت به مشروعیت برخی صور نامتعارف آن، سبب پیشگیری از بسیاری از اختلافات خانوادگی و موجب تقویت رابطه عاطفی زوجین می‌شود.

استمتاع نامتعارف، از زوایای مختلفی قابلیت پژوهش دارد؛ از جمله:

الف) آیا صرف حلال بودن برخی اشکال استمتاع نامتعارف، این حق را به مرد می‌دهد که بتواند همسر خود را امر به استمتاع نامتعارف کند؟ آیا حالتی قابل تصور است که در آن، درخواست استمتاع نامتعارف، عناوین ثانوی مانند ایذاء مؤمن، ضرر به غیر و... را دربرداشته باشد؟

ب) حکم اشتراط ضمن عقد استمتاع نامتعارف، مانند موردی که زوج قصد تجدید فراش دارد و با توجه به تجربه قبلی، از میل خود نسبت به استمتاع نامتعارف آگاه است، از چه طریقی نسبت به تمکین زوجه جدید نسبت به استمتاع نامتعارف آگاه شود؟ بهترین راه، شرط کردن استمتاع نامتعارف در ضمن عقد نکاح است. اما با توجه به اینکه هر موضوعی که بخواهد ضمن عقد نکاح شرط شود مشروط به شرایطی است، این سؤال مطرح می‌شود که آیا شرط کردن استمتاع نامتعارف ضمن عقد نکاح جایز است؟ و آیا این شرط دارای شرایط لازم، از جمله تصور غرض عقلایی است؟ اگر این شرط جایز است، چه نوع شرطی محسوب می‌شود و آثار آن کدام است؟ و ضمانت اجرای آن چیست؟

۱. پیشینه

مسئله استمتاع نامتعارف، در کتاب‌های فقهی به صورت غیرمستقل مورد پژوهش قرار گرفته و بزرگانی همچون خوبی و سید یزدی در عروه و دیگران در شرح بر عروه، همچون صاحب جواهر

در بحث تمکین زوجه، به مسئله استمتاع نامتعارف پرداخته‌اند. همچنین پژوهش‌هایی خاص به صورت مستقل در زمینه استمتاع زوجین نوشته شده است؛ از جمله: کتاب حقوق جنسی زوجین در فقه و حقوق موضوعه، تألیف الهام شریعتی (۱۳۹۶ش) که در آن، به مواردی از حقوق جنسی زوجین مانند حق قسم، حق وطی، نشوز و تمکین پرداخته و در آن، اثبات حق تمکین برای زوج و ماهیت استمتاع، مورد بررسی قرار گرفته است. کتاب جایگاه و محدوده حقوق جنسی زوجین، به قلم رقیه سادات مؤمن و صدیقه مهدوی کنی (۱۳۹۲ش) که از صفحه ۳۴۳ تا ۳۴۷، برخی انحرافات جنسی نام برده شده است و موارد جواز خودداری زوجین از تمکین خاص معرفی شده‌اند. همچنین مقاله «بررسی فقهی رویکرد لایحه حفظ کرامت و حمایت از زنان در برابر خشونت به تجاوز زناشویی» (۱۳۹۹) نگاشته‌اند با ذکر افشار و زینب نفر که در آن ثابت شده است دلیلی برای جرم انگاشتن صرف الزام همسر به تمکین بدون رضایت وجود ندارد. این در حالی است که طبق ماده ۴۲ لایحه حفظ کرامت و حمایت از زنان در برابر خشونت، تجاوز زناشویی جرم‌انگاری شده است، بدون آنکه مراد از تمکین نامشروع و گستره آن معین شده باشد.

۲. روش‌شناسی پژوهشی

باتوجه به اینکه تاکنون چالش‌های مطرح‌شده در این مقاله، مورد بررسی قرار نگرفته، مقاله حاضر باهدف تحلیل و تبیین این مسائل به روش کتابخانه‌ای انجام شده است. در این پژوهش، ازطریق تحلیل انواع شروط ضمن عقد و آثار و شرایط آنها و همچنین بررسی حکم استمتاع نامتعارف و عارض شدن عناوین ثانوی، بر حل چالش‌های پیش‌گفته متمرکز است.

۳. یافته‌های پژوهشی

الف) درخواست صورت‌های حلال استمتاع نامتعارف یا حتی امر کردن به آن شرعاً جایز است.
ب) چنانچه شخص با اطلاع از ایذاء زوجه در اثر تکرار درخواست، تنها به قصد راضی کردن وی خواسته‌اش را تکرار کند، در صورتی می‌توان گفت عنوان ایذاء عارض شده است که ثابت شود زوج قصد ایذاء داشته است. در این مقاله، استدلال کسانی که این مورد را جزء موارد ایذاء زوجه دانسته‌اند رد شده است.

ج) در مورد درخواست استمتاع نامتعارف ازطرف زوج، در بعضی موارد، ایجاد مشقت برای زوجه قابل تصور است.

د) اشتراط استمتاع نامتعارف ضمن عقد نکاح، امری ممکن است و به دو صورت مطلق و مقید به ضمانت اجرا، می‌تواند شرط شود.

ه) در نظام حقوقی ایران، درخواست استمتاع نامتعارف را حتی اگر به متضرر شدن زوجه منجر شود، جرم‌انگاری نکرده است.

۳-۱. حکم درخواست استمتاع نامتعارف

درخواست استمتاع نامتعارف از زن به چند شکل مطرح می‌شود:

الف) صرفاً مطرح کردن خواسته

ب) دستور به اطاعت از خواسته

ج) طرح خواسته همراه با تهدید و آزار و اذیت

د) در هریک از این موارد، مرد پس از مواجه شدن با رد درخواست‌های خود از طرف زوجه، ممکن است به دو شیوه اقدام کند: تکرار مکرر درخواست، یا اجتناب از تکرار آن.

درخواست استمتاع نامتعارف از طرف زوج به هریک از روش‌های مذکور که انجام شود حکم متفاوتی دارد که تحت دو عنوان حکم اولی و ثانوی قابل مطالعه است.

۳-۱-۱. حکم اولی

برای بررسی حکم درخواست استمتاع نامتعارف، در ابتدا لازم است حکم استمتاع نامتعارف مورد بررسی قرار گیرد. بر اساس نظر مشهور فقهای شیعه، در صورت رضایت زوجین، استمتاع نامتعارف جایز است (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۹، ص ۱۰۳). چنانچه استمتاع نامتعارف جایز باشد، صرف درخواست آن از طرف زوج مباح است، حتی اگر این درخواست به شکل امری بیان شود. اما اگر استمتاع نامتعارف به دلایلی حرام باشد، زوجه حق ندارد همسرش را به کار حرام امر کند؛ زیرا در قرآن (بقره: ۲۶۸)، امر به فحشا و منکر، کار شیطان دانسته شده است که مطلوب خداوند نیست. بنابراین در صورت حرام بودن استمتاع نامتعارف، درخواست آن به صورت امری نیز حرام خواهد بود. از نظر عقلانی نیز همان طور که انجام منکرات قبیح است، امر کردن به آنها نیز قبیح است (محقق داماد، ۱۴۰۶، ج ۴، ص ۱۷۸). از آنجاکه خداوند امر به فعل قبیح نمی‌کند، محال است امر به حرام از سوی مرد را جایز بدانند.

۳-۱-۲. حکم ثانوی

هرچند در صورت مباح بودن استمتاع نامتعارف، حکم اولیه درخواست آن از طرف زوج، اباحه است، اما ممکن است تحت شرایط خاص و با عارض شدن عناوین ثانوی، حکم ثانوی، متفاوت از حکم اولی باشد. از این رو در ادامه، عناوین ثانوی که احتمال عارض شدن آن وجود دارد و نیز حکم ثانوی آن، مورد مطالعه قرار می‌گیرد.

۳-۱-۲-۱. ایذاء زوج

از جمله مسلمات فقهی که روایات متواتر بر آن دلالت می‌کند^۱ (خوبی، بی تا، ج ۱، ص ۳۳۰)، قاعده حرمت ایذاء مؤمن است که بر اساس آن، آزار و اذیت دیگران به هر شکلی حرام است. این قاعده، در ابواب مختلف فقه، از جمله امریه معروف و نهی از منکر مورد استفاده قرار گرفته است.

برخی از فقها (محسنی، ۱۴۲۹، ج ۱، ص ۴۳، به نقل از خوبی) به درستی معتقدند فعلی که موجب ایذاء مؤمن می‌شود از سه حالت خارج نیست: الف) فعلی که موجب ایذاء طرف مقابل می‌شود، اما فاعل از ایذاء بودن آن عمل آگاهی ندارد. ب) فاعل، به ایذائی بودن این عمل علم دارد، اما از انجام آن قصد ایذاء ندارد. ج) فاعل، این عمل را به قصد ایذاء طرف مقابل انجام می‌دهد.

در مورد بحث ما، هر سه حالت، قابل تصور است. مثل اینکه: الف) زوج به طور مکرر، درخواست استمتاع نامتعارف دارد که موجب آزار زوج می‌شود، اما زوج ناراحتی خود را ابراز نمی‌کند و زوج نیز از تأثیر منفی رفتار خود بی اطلاع است. ب) حالتی که زوج، ناراحتی خود را ابراز می‌کند و زوج نیز از تأثیر منفی رفتار خود آگاه است، اما هدف او از ادامه رفتار، راضی کردن زوج است، نه اذیت کردن او. ج) در این حالت، زوج به طور عمدی و با آگاهی کامل از تأثیر منفی رفتار خود و باهدف اذیت کردن زوج، به تکرار درخواست استمتاع نامتعارف می‌پردازد.

مطمئناً ادله حرمت ایذاء، شامل حالت اول نمی‌شود که در آن، شخص، متوجه ایذائی بودن عملش نیست؛ زیرا شرایط تحقق ایذاء (علم و قصد) در آن وجود ندارد. حالت سوم نیز قدر متیقن از این قاعده و حرام است. اما شمول ادله نسبت به حالت دوم، محل تردید است؛ زیرا ظاهر ادله آن است که فاعل، قصد ایذاء داشته باشد. به عنوان نمونه آنجا که می‌فرماید: ^۲ «الَّذِينَ يُؤْذُونَ»، ظاهر اسناد فعل به فاعل مختار آن است که فاعل انجام فعل را قصد کرده باشد (حر عاملی، ۱۴۰۹، ج ۵، ص ۳۰۷).

۱. «قد دلت الروایات المتواترة على حرمة إيذاء المؤمن وإهانتة و سبه»

۲. «إِنَّ الَّذِينَ يُؤْذُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ هُمُ الْمُنْصَرَفُونَ - يُكَلِّفُونَ يَوْمَ الْقِيَامَةِ أَنْ يَنْفُخُوا فِيهَا الرُّوحَ».

در مورد اثبات قصد ایذاء از طرف زوج، گفته شده است: در صورتی که زوج علم داشته باشد که تکرار درخواست، ملازم با ایذاء همسر است، در این حالت، قصد تکرار درخواست، ملازم با قصد اذیت کردن زوجه است؛ زیرا قصد فعل، با قصد لوازم آن ملازم است. شاهد این ملازم است که اگر شخصی علم داشته باشد، به سفر هشت فرسخی می‌رود، قصد نکردن سفر هشت فرسخی برای او بی‌معناست؛ زیرا علم او ملازم با قصد اوست (وبگاه مدرسه فقهت، درس خارج فقه آیت‌الله شب‌زنده‌دار، تاریخ ۱۳۹۷/۱۰/۲۳). اما این استدلال تمام نیست؛ زیرا در موارد بسیاری، سیره قطعیه بر ارتکاب مواردی واقع شده است که شخص با علم به ایذاء طرف مقابل، بدون اینکه قصد ایذاء داشته باشد، آن عمل را انجام می‌دهد؛ مانند شخصی که می‌داند با خریدن بعضی لوازم زندگی، یکی از نزدیکان به دلیل حسادت اذیت خواهد شد، باین وجود وسایل زندگی را می‌خرد. یا شخصی که می‌داند اگر بخواهد حقش را از طرف مقابل بگیرد، حتماً او اذیت خواهد شد و باین وجود حقش را می‌گیرد. تعداد مواردی که سیره قطعیه، اطلاق ادله را تقیید می‌زند به حدی است که ادله از اینکه بخواهد شامل حالت دوم شود اجمال دارد و امکان تمسک به آن وجود ندارد.

از این رو با توجه به اینکه ادله حرمت ایذاء مؤمن، شامل مطلق ایذاء نمی‌شود، نسبت به حالت دوم مجمل است و نمی‌توان برای اثبات حرمت آن به این ادله تمسک جست. بر این اساس، تکرار درخواست استمتاع نامتعارف از طرف زوج، حتی در صورت علم به آزاردهنده بودن آن برای زوجه، مشمول ادله حرمت ایذاء نمی‌شود، مگر آنکه به قصد ایذاء انجام شود.

۲-۱-۲-۳. ضرر به زوجه

حرمت ضرر به غیر، از مسلمات عقلیه است (محقق داماد، ۱۴۰۶، ج ۱، ص ۱۳۱). باین حال در منابع روایی، روایتی که مستقیماً حرمت ضرر را برساند، به جز روایات لاضرر، وجود ندارد. این دسته از روایات به حدی زیادند که به تواتر اجمالی رسیده‌اند (حر عاملی، ۱۴۱۸، ج ۱، ص ۶۷۱). در مورد تفسیر کلمه «لا ضرر» که در ادله آمده است، فقها اختلاف نظر دارند و در این زمینه به پنج دسته تقسیم شده‌اند:

دسته اول: برخی فقها مانند ملا احمد نراقی معتقدند که مقصود از «ضرر» در عبارت «لا ضرر»، ضرر غیر متدارک است و مراد از «لا»، معنای حقیقی آن است؛ به این معنی که ضرر غیر متدارک، در خارج وجود ندارد (نراقی، ۱۴۱۷، ص ۲۴). این نظر خالی از اشکال نیست؛ زیرا لازمه حکم شارع بر لزوم

تدارک ضرر این نیست که ضرر غیرمتدارک در خارج وجود ندارد؛ بلکه تنها در صورتی که ضررزنندگان اقدام به تدارک ضرر کنند، می‌توان گفت ضرر غیرمتدارک، وجود خارجی ندارد.

دسته دوم: کسانی مانند شیخ انصاری که معتقدند در این روایت، کلمه «حکم»، در تقدیر است؛ به این معنی که اگر حکمی موجب ضرر شود، خود حکم برداشته می‌شود (انصاری دزفولی، ۱۴۱۴، ص ۱۱۴).
دسته سوم: از نظر این گروه که محقق خراسانی از جمله آنان است روایت، دلالت بر نفی موضوع، به لسان نفی حکم می‌کند (آخوند خراسانی، ۱۴۰۹، ص ۳۸۲).

دسته چهارم: فقهایمانند شریعت اصفهانی که معتقدند «لا» در این روایت، در معنای مجازی اش استعمال شده و در مقام نهی است نه نفی حقیقی (نمازی اصفهانی، ۱۴۱۰، ص ۲۵). البته این نظر مردود است؛ زیرا استفاده از «لا» در جمله اسمیه به معنای نهی، خلاف فصاحت است.

دسته پنجم: نظریه پنجم متعلق به امام خمینی علیه السلام است (خمینی، بی تا، ج ۱، ص ۵۰) که در ضمن سه مقدمه به شرح زیر بیان می‌شود:

الف) پیامبر گرامی اسلام صلی الله علیه و آله و سلم دارای سه جایگاه می‌باشند: جایگاه نبوت که بر اساس آن پیامبر صلی الله علیه و آله و سلم به عنوان واسطه وحی، تنها به نقل نظر خداوند می‌پردازند. جایگاه اجرایی که در این جایگاه، پیامبر صلی الله علیه و آله و سلم به عنوان رئیس امت، شخصاً بر اساس تشخیص مصلحت، به صورت مستقل دستور صادر می‌کنند و این دستورات به استناد آیه قرآن که می‌فرماید: «أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ» (بقره: ۵۹) لازم الطاعه هستند. سومین جایگاه، جایگاه قضاوت است که بر اساس آن، پیامبر صلی الله علیه و آله و سلم به رفع خصومت بین افراد می‌پردازد. به استناد این آیه که می‌فرماید: «فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا» (نساء: ۶۵) در جایگاه قضاوت نیز اطاعت از پیامبر خدا لازم است.

ب) هرچه از پیامبر خدا صلی الله علیه و آله و سلم و امیرالمؤمنین علیه السلام با الفاظ «قضی» یا «حکم» یا «امر» و امثال آن نقل شده است، مراد از آن، بیان حکم شرعی نیست؛ بلکه از این نظر بیان شده‌اند که ایشان حاکم و امیر یا قاضی و حاکم شرع‌اند.

ج) در برخی موارد، هرچند از این الفاظ استفاده نشده است، اما قرینه حالیه و مقامیه، دلالت بر این دارند که این عبارات باید بر مولوی بودن امر یا صدور آن برای قضاوت یا فصل خصومت

۱. «به پروردگارت سوگند که آنها مؤمن نخواهند بود، مگر اینکه در اختلافات خود، تو را به داوری طلبند و سپس از داوری تو، در دل خود احساس ناراحتی نکنند و کاملاً تسلیم باشند»

حمل شود. نتیجه آنکه امر موجود در این روایت، امری حکومتی و اجرایی است و فقط محدوده دایره تسلیط را محدودتر می‌کند.

جمع‌بندی نظرات ارائه شده اینکه معنای «لا» در جمله «لا ضرر و لا ضرار»، نفی هر نوع ضرر در قوانین اسلامی است، نه نهی از آن، بدین معنا که شارع مقدس که مسئولیت تنظیم و نظم‌بخشی به زندگی اجتماعی انسان‌ها را بر عهده دارد، وجود هر نوع ضرری را چه در مرحله وضع و چه در مرحله اجرا، نامشروع می‌داند. براین اساس، اگر در نتیجه وجود یک قانون، ضرری متوجه عموم افراد جامعه یا یک فرد خاص شود، آن قانون نسبت به شخص متضرر منتفی می‌شود.

از همین رو گفته شده که منظور روایت این است که ضرر چه در مرحله تشریح قانون و چه در مرحله اجرای آن، مشروعیت ندارد. به عبارت دیگر در شریعت اسلام، هیچ حکمی که موجب ضرر به مکلف یا دیگران باشد وضع نشده است و حکمی که در مرحله اجرا، منجر به ضرر شود، برداشته می‌شود (محقق داماد، ۱۴۰۶، ج ۱، ص ۱۵۰). با این تفسیر، در مواردی که درخواست استمتاع نامتعارف، موجب ضرر به زوجه گردد، حکم اولی آنکه اباحه بود، برداشته می‌شود و مطرح کردن چنین درخواستی، حرام است؛ مانند جایی که استمتاع نامتعارف، همراه با تهدید و ضرب و شتم همسر باشد که منجر به ضرر جسمی زوجه می‌گردد. یا مواردی که طرح خواسته، موجب ضرر زوجه نیست، اما تکرار آن، مشکلات روانی برای زوجه به همراه دارد؛ مانند موردی که زوجه به حدی از استمتاع نامتعارف انزجار دارد که حتی مطرح شدن آن از طرف زوج، برای او مشکلات روانی ایجاد می‌کند. در این حالت، تکرار مداوم این درخواست‌ها می‌تواند منجر به ایجاد فشارهای روحی و روانی بر زوجه شود. این فشارها ممکن است در نهایت به بروز مشکلاتی مانند افسردگی در زوجه بینجامد.

۳-۲-۳. فاحشه

شاید برخی درخواست استمتاع نامتعارف از زوجه را فاحشه بدانند و با استناد به آیه قرآن کریم که می‌فرماید: «وَلَا تَقْرَبُوا الْفَوَاحِشَ مَا ظَهَرَ مِنْهَا» (انعام: ۱۵۱) انجامش را حرام بشمارند با این استدلال که فواحش، یا به معنای زنا است یا به معنای هر کار زشت^۱ (فیومی، بی‌تا، ج ۲، ص ۴۶۳) و از آنجاکه استمتاع نامتعارف از نظر عرف، قبیح تلقی می‌شود، درخواست آن نیز زشت و قبیح است و بنابراین،

۱. «فَحْشٌ: الشَّيْءُ (فُحْشًا) مِثْلُ قَيْحٍ قُبْحًا وَزُنًأ»

از مصادیق فواحش محسوب شده و حرام است. این استدلال صحیح نیست؛ چراکه ابتدا باید فاحشه بودن درخواست استمتاع نامتعارف ثابت شود که در این استدلال ثابت نشده است.

۳-۱-۲-۴. عسر و حرج

اگر درخواست استمتاع نامتعارف از طرف زوج، موجب ایجاد عسر و حرج برای زوجه شود، حکم اولیه آن، یعنی جواز برداشته می‌شود. این مسئله، با استناد به قاعده عسر و حرج، قابل دفاع است. قاعده عسر و حرج از جمله قواعدی است که در ابواب مختلف فقهی مورد استناد فقها قرار گرفته است^۱ (میرزای قمی گیلانی، ۱۴۲۷، ج ۲، ص ۸۶) و با استناد به کتاب و سنت به اثبات رسیده است (برای مشاهده مستندات، ر.ک: طباطبایی قمی، ۱۴۲۳، ص ۱۵۸ و جعفری تبریزی، ۱۴۱۹، ص ۸۹). در این قاعده، منظور از عسر، در تنگنا قرار گرفتن و منظور از حرج، سختی و مشقت است (محقق داماد، ۱۴۰۶، ج ۲، ص ۸۱)، البته نه به معنای عدم قدرت عقلی؛ بلکه منظور، مشقت و ناراحتی ناشی از انجام یک عمل است، هرچند انجامش عملاً امکان‌پذیر باشد.

براین اساس، طبق این قاعده، هر جا حکم شرعی، موجب عسر و حرج خارج از مقدار متعارف برای شخص مکلف یا برای دیگران باشد، آن حکم برداشته می‌شود (جعفری تبریزی، ۱۴۱۹، ص ۹۰). البته ملاک، ضرر و حرج شخصی است نه نوعی^۲ (علوی، ۱۴۲۱، ج ۲، ص ۲۸۸)؛ یعنی لازم نیست این حکم برای این نوع افراد، مشقت‌بار باشد؛ بلکه کافی است که اجرای آنها برای خود شخص یا فرد دیگری مشقت‌بار باشد؛ به گونه‌ای که هرکس وصف حال او را بشنود اقرار کند که انجام این عمل برای او دشوار است و در این صورت شرعاً آن حکم برداشته می‌شود. در مورد درخواست استمتاع نامتعارف از طرف زوج، در بعضی موارد، ایجاد مشقت برای زوجه، قابل تصور است؛ مثل جایی که زوج مرتب درخواستش را تکرار می‌کند یا حالتی که زوج در انظار دیگران درخواستش را مطرح می‌کند و از این بابت برای زوجه مشقت روانی به همراه دارد. در این موارد، به استناد قاعده عسر و حرج، حکم جواز طرح درخواست استمتاع نامتعارف برداشته می‌شود و دیگر طرح این درخواست جایز نیست.

از آنچه بیان شد مشخص می‌گردد در صورت حرام بودن استمتاع نامتعارف، امر کردن شوهر به انجام آن، حرام است و در غیر این صورت، امر کردن به آن مباح است، مگر آنکه عنوان ثانوی

۱. «تداوله العلماء في جميع أبواب الفقه و استدلوا به»

۲. «فتیان شرعاً، إلا أن أدلتهما ظاهرة في نفيهما شخصياً لا نوعاً، فيقال بالإجزاء في كل مورد يلزم ذلك و إلا فلا».

مانند ضرر به غیر یا عسر و حرج بر آن بار شود که در این صورت، حکم اولی آن، یعنی اباحه برداشته می‌شود و شوهر مجاز به درخواست استمتاع نامتعارف یا امر کردن به آن نیست. همچنین اگر عنوان ایذاء مؤمن بر آن عارض شود، طلب یا امر به آن حرام است.

به همین مناسبت، در قوانین موضوعه ایران، بر اساس اصل ۴۰ قانون اساسی، هیچ‌کس نمی‌تواند اعمال حق خود را ابزار ضرر رساندن به دیگران قرار دهد. بر همین اساس، هرچند زوج به استناد حق تمکینی که دارد می‌تواند از همسر خود درخواست استمتاع نامتعارف داشته باشد، اما چنان‌که گفته شد، در برخی موارد حتی طرح درخواست استمتاع نامتعارف، منجر به ضرر زوجه می‌شود و به همین دلیل، بر اساس اصل ۴۰ قانون اساسی، در مواردی که مطرح کردن درخواست استمتاع نامتعارف، زوجه را متضرر کند، قانوناً زوج حق مطرح کردن درخواست خود را ندارد.

طبق ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی، در صورتی که دوام زوجیت، موجب عسر و حرج زوجه باشد، وی می‌تواند به حاکم شرع مراجعه و تقاضای طلاق کند. در صورتی که دوام زوجیت، باتوجه به درخواست استتماعی که زوج دارد، موجب عسر و حرج زوجه باشد، چنانچه عسر و حرج مذکور در محکمه ثابت شود، دادگاه می‌تواند زوج را اجبار به طلاق نماید و در صورتی که اجبار میسر نباشد، زوجه به اذن حاکم شرع طلاق داده می‌شود. باتوجه به اینکه ثابت شد مطرح کردن درخواست استمتاع نامتعارف در برخی از موارد، موجب متضرر شدن زوجه و آسیب رساندن به روح و روان او می‌شود، اما در هیچ‌یک از مواد لایحه حفظ کرامت و حمایت در برابر خشونت مصوب سال ۱۳۹۹، این حرکت زوج جرم‌انگاری نشده است، هرچند بنا به ماده ۴۲ این لایحه، الزام همسر به تمکین نامشروع جرم است و مرتکب، به یکی از مجازات‌های درجه ۷ محکوم می‌شود، اما انطباق آن بر درخواست استمتاع نامتعارف، به چند دلیل ممکن نیست: الف) اصرار بر استمتاع نامتعارف، الزام به تمکین محسوب نمی‌شود. ب) منظور از رابطه نامشروع در حقوق موضوعه، رابطه جنسی است که دو انسان در مواردی که شرعاً حرام است برقرار می‌کنند؛ مانند زنا، لواط و... (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۰، ص ۱۰۲). در صورتی که موضوع مقاله حاضر، مواردی است که استمتاع نامتعارف، نامشروع نیست.

بنابر آنچه گفته شد، نظام حقوقی ایران، درخواست استمتاع نامتعارف را حتی در صورتی که منجر به متضرر شدن زوجه شود، جرم‌انگاری نکرده و جرم‌انگاری صریح آن نیازمند اصلاح قوانین موجود مانند الحاق ماده‌ای مستقل در لایحه حفظ کرامت است. در حال حاضر زوجه می‌تواند

از طریق دادخواست طلاق به دلیل عسر و حرج یا استناد به اصل ۴۰ قانون اساسی اقدام کند، اما تعیین مجازات برای زوج، مستلزم تصویب قانون جدید است.

۳-۲. حکم شرط استمتاع نامتعارف ضمن عقد ازدواج

برای مطالعه پیرامون احکام و ضمانت اجرای شرط استمتاع نامتعارف ضمن عقد نکاح لازم است انواع شرط و آثار آن مورد مطالعه قرار گیرد. بر اساس ادبیات فقهی موجود، شروط به دو دسته کلی تقسیم می‌شوند. شروط ضمن عقد و شروط ابتدایی. شرط ضمن عقد به شرطی گفته می‌شود که ضمن عقد گنجانده می‌شوند و به سه دسته قابل تقسیم است (خویی، ۱۴۱۴، ج ۳، ص ۱۹۴): الف) شرط صفت ب) شرط نتیجه ج) شرط فعل.

الف) شرط صفت: در آن، وجود صفتی در موضوع معامله شرط می‌شود. اگر مشروط علیه ملزم به ایجاد صفتی در موضوع معامله شود، از موارد شرط صفت نیست؛ بلکه شرط ایجاد صفت است که از موارد شرط فعل محسوب می‌شود. از آثار شرط صفت، ایجاد خیار فسخ برای مشروط له در صورت مخالفت با آن است.

ب) شرط نتیجه: در آن، تحقق اثر یک عمل حقوقی در ضمن عقد شرط می‌شود؛ اعم از آنکه آن عمل عقد باشد یا ایقاع.

ج) شرط فعل: در شرط فعل، انجام یا ترک یک فعل مادی یا حقوقی بر یکی از متعاملین و یا بر شخص خارجی شرط می‌شود که بر اساس آن، انجام مشروط به بر مشروط علیه واجب است.

۳-۲-۱. اقسام شرط فعل مادی استمتاع نامتعارف

چنانچه شرط تمکین در برابر استمتاع نامتعارف در ضمن عقد نکاح جایز باشد، از نوع شرط فعل است؛ زیرا در آن، نه وجود یک صفت شرط شده است (که آن را به شرط صفت تبدیل کند)، نه تحقق اثر یک عمل خاص شرط شده است (که آن را به شرط نتیجه تبدیل کند)؛ بلکه ترک فعل یا انجام یک عمل مشخص شرط می‌شود که این ویژگی، آن را در دسته شرط فعل قرار می‌دهد. از این رو، در ادامه، احکام و آثار شرط فعل مورد بررسی قرار خواهد گرفت. شرط فعل، اقسام مختلفی دارد که در آثار با یکدیگر متفاوت اند.

۳-۲-۱-۱. شرط فعل مادی استمتاع نامتعارف

چنانچه ضمن عقد، انجام یک فعل مادی، مثل دوختن لباس شرط شود، از نوع شرط فعل

محسوب می‌گردد. در مورد استمتاع نامتعارف نیز می‌توان شرط فعل را به این شکل در نظر گرفت که بر مشروط‌علیه، انجام نوع خاصی از استمتاع نامتعارف شرط شود. بر این نوع شرط، چند اثر مترتب است: الف) وجوب انجام شرط بر مشروط‌علیه. ب) جواز اجبار ممتنع. ج) تحقق خیار فسخ برای مشروط، در صورتی که اجبار مشروط‌علیه ممکن نباشد یا انجام شرط توسط شخص دیگری امکان‌پذیر نباشد.

در فرض عدم امکان اجبار ممتنع - خواه از این جهت که نوع عمل، اجبارپذیر نیست و خواه به این علت که دسترسی به حاکم ممکن نیست - ادامه لزوم عقد به ضرر مشروط‌له است که حق او تأمین نگشته است و از این رو از موارد اجرای قاعده لاضرر است (محقق داماد، ۱۴۰۶، ج ۱، ص ۱۸۹-۲۰۰). به موجب این قاعده، حکم ضرری، یعنی لزوم عقد، رفع می‌شود و عقد لازم، به عقد جایز تبدیل می‌شود. بنابر نظر دیگر^۱ (خویی، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۴۳)، همین که مشروط‌علیه از انجام شرط تخلف کرد، مشروط‌له مختار است یا عقد را فسخ کند و یا برای درخواست الزام ممتنع و انجام دادن مورد تعهد به حاکم رجوع کند. اما بنابر نظر صحیح‌تر (ناظمی‌زاده و نیک‌دوستی، ۱۳۹۲، ص ۱۱۹)، چه بسا رجوع به حاکم و طرح دعوا، موجب ضرر مشروط‌له باشد. بنابراین حق خیار را قبل از مراجعه به حاکم نمی‌توان از مشروط‌له سلب کرد. البته در مورد عقد نکاح، عدم پایبندی به شرط ضمن عقد، موجب حق فسخ نمی‌شود؛ زیرا اسلام به عقد نکاح عنایت ویژه دارد و نمی‌خواهد عقد در معرض سستی و ناپایداری قرار گیرد.

۲-۱-۳. شرط ترک فعل مادی استمتاع نامتعارف

شرط ترک فعل، به دو شکل قابل تصور است:

الف) **ترک فعل مطلق**: تنها ترک یک فعل خاص شرط می‌شود. به عنوان مثال، شرط ترک استمتاع متعارف برای مدت یک سال.

ب) **ترک فعل همراه با بقا**: علاوه بر ترک فعل، تداوم آن نیز شرط می‌شود. مثلاً شرط ترک سکونت در یک شهر خاص یا شرط عدم درخواست استمتاع نامتعارف به طور مطلق.

در فرض اول، به محض مشاهده نشانه‌های تخلف، مشروط‌له می‌تواند از دادگاه بخواهد که مشروط‌علیه را به ترک تخلف اجبار کند و در صورت ترک آن شرط، مشروط‌له خیار تخلف شرط

۱. «إذا امتنع المشروط عليه من فعل الشرط جاز للمشروط له إجباره عليه، والظاهر أن خياره غير مشروط بتعذر إجباره بل له الخيار عند مخالفته و عدم إتيانه بما اشترط عليه حتى مع التمكن من الإيجاب».

خواهد داشت. اما در فرض دوم، هرگاه مشروط علیه از انجام شرط تخلف کند، مشروط له می‌تواند اعاده وضعیت سابق را از دادگاه درخواست کند و در فرض عدم امکان الزام، برای مشروط له خیار تخلف شرط به وجود می‌آید. البته همان طور که گفته شد، در مورد عقد نکاح، شخص حق فسخ پیدا نمی‌کند.

۳-۲-۱-۳. شرط فعل حقوقی استمتاع نامتعارف

اگر مفاد شرط، انجام دادن یکی از افعال حقوقی باشد؛ مانند اینکه شرط شود شخصی مال مشخصی از اموال خود را هبه کند، یا در مورد استمتاع نامتعارف، بر مشروط علیه شرط شود که در صورت ترک استمتاع نامتعارف تا مدت مشخصی، مال معینی را به مشروط له هبه کند که در صورت تخلف شرط، مشروط له می‌تواند به حاکم مراجعه کند و حاکم، ممتنع را ملزم به انجام شرط نماید و در صورت عدم الزام به نیابت از ممتنع، عمل حقوقی مورد تعهد را انجام دهد؛ زیرا عمل حقوقی مورد تعهد، از جمله اعمالی است که مباشرت در انجام آن معتبر نیست. بنابراین، مادامی که امکان اجبار به انجام آن وجود دارد، حق فسخ برای مشروط له ایجاد نمی‌شود. برای شرط فعل حقوقی استمتاع نامتعارف ضمن عقد می‌توان به این نمونه مثال زد که شرط شود زوجه، حق مخالفت با درخواست‌های زوج در مورد استمتاع نامتعارف را از خود سلب کند.

۳-۲-۱-۴. شرط ترک فعل حقوقی استمتاع نامتعارف

هرگاه ترک فعل حقوقی ضمن عقد لازمی شرط شود، مانند اینکه شرط شود مشتری، مبیع را هبه نکند، یا در مورد استمتاع نامتعارف شرط شود در صورت ترک استمتاع نامتعارف، مشروط علیه حق هبه اموال به نفع مادرش را نداشته باشد، در صورت تخلف از شرط، در مورد اثبات حق فسخ اختلاف شده، از نظر برخی (انصاری دزفولی، ۱۴۱۵، ج ۵، ص ۶۱-۵۵) چنانچه در مثال مذکور، مشتری مبیع را هبه کند، علاوه بر آنکه مرتکب فعل حرام شده، هبه انجام شده بی‌اثر خواهد بود و در این حالت، برای مشروط له حق فسخ ثابت می‌شود. برخی دیگر (روحانی، ۱۴۱۲، ج ۱۷، ص ۶۴-۶۶) معتقدند چون عمل بی‌اثر است، تخلفی صورت نگرفته است که حق فسخ ثابت شود.

۳-۲-۲. شرایط صحت شرط ضمن عقد استمتاع نامتعارف

در مورد تعداد شرایط صحت شرط ضمن عقد، اختلاف نظر است. بیشترین عددی که ذکر شده، نه شرط است (خویی، ۱۴۱۴، ج ۲، ص ۴۶) که عبارت‌اند از:

الف) مقذور بودن: چنانچه عدم قدرت طرف مقابل بر انجام استمتاع نامتعارف از ابتدا مشخص باشد و مشروط له از ابتدا بر این ناتوانی آگاه باشد، چنین شرطی باطل است و انجام آن واجب نیست. باین حال، این شرط باطل، موجب بطلان عقد نمی‌شود (عاملی کرکی، ۱۴۱۴، ج ۱۳، ص ۲۸۸)؛ زیرا تنها شرطی باطل و مبطل است که به مقصود از عقد نکاح خلل وارد کند.

ب) داشتن جواز ذاتی: چنان‌که پیش‌تر بیان شد، در صورت رضایت طرفین، استمتاع نامتعارف، از جواز ذاتی برخوردار است، مگر آنکه تحت یکی از عناوین ثانویه قرار گیرد و به دلیل این عناوین، غیرمجاز تلقی گردد.

ج) عدم مخالفت با کتاب و سنت: استمتاع نامتعارف نباید به‌گونه‌ای باشد که حلالی را حرام یا حرامی را حلال کند. به عنوان مثال شرط کردن عدم غسل پس از استمتاع، مصداقی از این مورد است. **د) داشتن غرض عقلایی:** اگر شخصی به هر دلیلی میل به استمتاع نامتعارف پیدا کند، چنانچه به هدف پرهیز از فعل حرام، قصد ارضای نیاز خود از راه مشروع را داشته باشد، غرض عقلایی و معتدبه است. در چنین مواردی، هدف فرد از انجام این عمل، پایبندی به احکام شرعی و اجتناب از گناه است که این خود نشان‌دهنده قصد عقلایی و قابل قبول از نظر شرعی است.

هـ) عدم منافات با مقتضای عقد: مقتضای عقد، به دو دسته مقتضای ذات عقد و مقتضای اطلاق عقد تقسیم می‌شود. مقتضای ذات عقد موضوعی است که طرفین به خاطر آن، عقد را منعقد ساخته‌اند (همان). به عنوان مثال، مقتضای عقد بیع، ملکیت است. اگر ضمن عقد بیع شرط شود که طرفین مالک چیزی نشوند، این شرط، خلاف مقتضای عقد، باطل و مبطل است. اما آنچه مطلق بودن عقد، آن را اقتضا کند، مقتضای اطلاق عقد نامیده می‌شود. به عنوان مثال، مقتضای عقد بیع، تسلیم مبیع در محل انعقاد عقد است؛ بنابراین اگر ضمن عقد بیع شرط شود که تسلیم مبیع در مکانی غیر از محل انعقاد عقد انجام شود، این شرط، خلاف مقتضای اطلاق عقد است؛ اما از آنجاکه با ذات عقد مغایرتی ندارد، شرط جایز محسوب می‌شود.

گاهی بر مقتضای اطلاق عقد، آثاری بار می‌شود که به اشتباه، مقتضای عقد محسوب می‌شود. برای تشخیص مقتضای عقد، سه معیار معرفی شده است: یک - عرف (نراقی، ۱۴۱۷، ص ۱۵۲)؛ دو - مبنای اثری که شارع بار کند (عاملی کرکی، ۱۴۱۴، ج ۱، ص ۴)؛ سه - آنچه طرفین به صورت مشترک اولاً و بالذات و به قصد آن، عقد را منعقد کنند (غروی نایینی، ۱۳۷۳، ج ۲، ص ۱۱۲).

در جایی که شرط عدم نزدیکی، خلاف مقتضای عقد نیست، به طریق اولی، شرط استمتاع نامتعارف نیز خلاف مقتضای عقد نیست. در مورد شرط عدم نزدیکی، صاحب جواهر (نجفی، همان، ج ۳، ص ۹۸-۱۰۰) معتقد است چون در این حالت، اغراض عقلایی برای ازدواج لحاظ می شود و این اغراض برای صحت نکاح کافی هستند، بنابراین شرط عدم نزدیکی صحیح است. به نظر می رسد همین نظر درست باشد؛ زیرا کسانی که قائل به بطلان این شرط شده اند نتوانسته اند دلایل قانع کننده ای اقامه کنند. دو دلیل عمده بر بطلان آن اقامه شده که هر دو باطل است (ناظمی زاده و نیک دوستی، ۱۳۹۲، ص ۱۱۹): یک - مخالفت با سنت و قرآن^۱ (ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۵۸۹)، بدون آنکه به آیه یا روایت خاصی اشاره شود. دو - مخالفت با مقتضای عقد (ابن قدامه، ۱۴۰۳، ج ۷، ص ۴۵۰): اما مشخص نکرده اند مخالفت با مقتضای ذات یا مقتضای اطلاق. اگر مخالفت با مقتضای ذات عقد مد نظر باشد، باید عقد را باطل بدانند؛ در حالی که ایشان عقد را صحیح دانسته اند اگر مخالفت با اطلاق عقد مد نظر است، نباید موجب بطلان شرط شود؛ در حالی که ایشان شرط را باطل دانسته اند.

اثبات جواز شرط عدم نزدیکی در ضمن عقد نکاح، نشان دهنده این است که حق استمتاع، از مقتضیات عقد نکاح نیست و شرط خلاف این حق، نه مبطل است و نه باطل کننده. از همین رو اشتراط نوع خاصی از استمتاع نیز به طریق اولی خلاف مقتضای عقد نیست؛ البته در صورتی که شرایط لازم مانند مشروع بودن رعایت شود.

(و) مجهول نبودن

شرط مجهولی که موجب جهل به عوضین شود، باطل و مبطل عقد است (خویی، ۱۴۱۴، ج ۲، ص ۷۷). به عنوان مثال اگر شرط شود که مقدار مبیع به اندازه ای باشد که در فلان قرارداد در آینده ذکر خواهد شد، در حالی که مقدار مبیع در آن قرارداد نامشخص است، چنین شرطی موجب جهل به مبیع و در نتیجه، بطلان عقد می شود.

در مورد شرط استمتاع نامتعارف، در صورتی که به گونه ای شرط شود که موجب جهل به عوضین نشود، از این لحاظ باطل و مبطل نخواهد بود. به عنوان مثال، شرط کردن رابطه اورال هر دو ماه یک بار به مدت یک ربع ساعت، جهل به عوضین ایجاد نمی کند و بنابراین، شرطی صحیح است.

۱. «الذي يقتضيه المذهب، أن الشرط باطل، لأنه مخالف لموضوع الكتاب والسنة».

ز) مستلزم محال نبودن

برخی فقها (همان، ص ۱۶۳) بازگشت این شرط را به شرط قدرت و عدم مخالفت با کتاب و سنت دانسته‌اند. اگر صورتی از استمتاع نامتعارف شرط شود که انجامش محال است، چه محال عقلی باشد یا محال شرعی و یا محال عرفی، درهرحال چنین شرطی باطل است. به عنوان مثال، محال عقلی: شرط کردن ایستادن بر دو پا برای فردی که پا ندارد. محال شرعی: درخواست مصرف مشروب در ساعتی خاص که شرعاً حرام است. محال عرفی: درخواست حضور در مکانی خاص در زمانی که با توجه به امکانات موجود در آن شهر، این کار عملاً غیرممکن است. در چنین مواردی، شرط به دلیل محال بودن، باطل است.

با این حال در مورد استمتاع نامتعارف می‌توان مواردی را شرط کرد که علی‌رغم نامتعارف بودن، محال نباشد؛ اما شرط کردن مواردی مانند استمتاع نامتعارف در زمان حیض که شرعاً نزدیکی محال است، یا اشتراط رابطه اورال در حال ایستاده بر آتش که عقلاً محال است، یا در زمان خاصی که در آن شهر هر ساله به خاطر بالا آمدن آب دریا اهالی باید شهر را خالی کنند، از جمله مواردی است که شرط استمتاع نامتعارف، باطل خواهد بود.

ح) مذکور در متن عقد

چنانچه شرط استمتاع نامتعارف، در متن عقد به صراحت ذکر شود، این شرط محقق می‌شود.

ط) منجز بودن

منجز و معلق بودن شرط، تحت اختیار مشروط‌له است. به عبارت دیگر مشروط‌له می‌تواند در مورد منجز یا معلق بودن شرط تصمیم بگیرد. البته برخی فقها (همان، ص ۴۳) رعایت این شرط را لازم نمی‌دانند.

۳-۲-۳. ضمانت اجرای شرط استمتاع نامتعارف

همان طور که پیش‌تر بیان شد، شرط ضمنی، به سه قسم شرط صفت، شرط نتیجه و شرط فعل، قابل تقسیم است و شرط استمتاع نامتعارف، از نوع شرط فعل مادی است و احکام و آثار آن را داراست که ضمانت اجرای شرط محسوب می‌شود.

الف) جواز اجبار ممتنع: براین اساس زوج حق دارد زوجه را به تمکین در برابر استمتاع نامتعارف مجبور کند.

ب) **تحقق خیار فسخ:** در مواردی که امکان اجبار زوجه به تمکین وجود نداشته باشد، قاعده طبیعی مسئله این است که زوج، حق خیار فسخ داشته باشد؛ اما عقد ازدواج از آن مستثناست و در صورت تخلف شرط، زوج حق فسخ پیدا نمی‌کند.

ج) **ضمانت معنوی شرط:** عمل به شرط ضمنی استمتاع نامتعارف، واجب است و با تمسک به قاعده «المؤمنون عند شروطهم» و استناد به عموم آیه و روایت، قابل اثبات است. هرچند در عقودی مانند بیع، اجاره، مصالحه و... عدم پایبندی به شرط ضمن عقد، حق فسخ را برای طرف مقابل ایجاد می‌کند، اما در مورد نکاح، تخلف از شرط، تنها گناه و عواقب دنیوی و اخروی را به دنبال دارد، بدون آنکه حق فسخ برای زوج ایجاد شود.

آیه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (مائده: ۱) با بیان امری، پایبند بودن به عقود را بر مسلمانان واجب کرده است. عبارت «العقود» که جمع مکسر محلی به لام است و افاده عموم می‌کند، شامل تمامی پیمان‌ها می‌شود. شرط ضمن عقد نیز نوعی پیمان است و بر اساس این آیه، عمل به آن واجب است (انصاری دزفولی، ۱۴۱۵، ج ۵، ص ۵۶). همچنین با روایت مشهور پیامبر ﷺ که فرمود: «الْمُسْلِمُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ» (شیخ صدوق، ۱۴۱۳، ج ۴، ص ۳۷۹)، دلالت بر وجوب عمل به شرط استمتاع نامتعارف می‌کند؛ با این استدلال که همان طور که به حق گفته شده (موسوی بجنوردی، ۱۴۰۱، ج ۲، ص ۳۹۳)، اگر این روایت را اخباری بدانیم، به دلیل اینکه بسیاری از مسلمانان به عهد خود وفا نمی‌کنند، این روایت کاذب خواهد بود. بنابراین پیامبر ﷺ در مقام انشای حدود و تحریک و تحریض مسلمانان به انجام تعهداتشان بوده‌اند.

علاوه بر این، همان استدلالی که برای اثبات صحت عقد بیان شد، برای اثبات صحت شروط ضمنی نیز قابل استناد است؛ زیرا همان طور که گفته شد (همان)، شروط ضمنی، به منزله جزء عقد برای یکی از طرفین عقد محسوب می‌شود و همان طور که اجزای عقد لازم الوفا است، این شروط نیز لازم الوفا هستند.

علاوه بر این، اثر چهارمی بر آن مترتب می‌شود که بر اساس آن اگر انجام فعلی از طرف شوهر، متوقف بر انجام شرط ضمنی شده باشد، در صورت تخلف از شرط، جواز ترک آن فعل صادر می‌شود. به عنوان مثال، اگر در صورت ترک تمکین بیش از سه مرتبه در برابر استمتاع نامتعارف، مهریه زوجه به میزان مشخصی کاهش یابد، در این صورت با ترک تمکین، مهریه زوجه کم خواهد شد.

۴-۲-۳. صورت‌های قابل تصور برای شرط استمتاع نامتعارف به نسبت ضمانت اجرا

اشتراک استمتاع نامتعارف، هم به صورت مطلق و هم به صورت مقید به ضمانت اجرایی قابل تصور است.

الف) اشتراط به صورت مطلق: در این صورت باید شرط به گونه‌ای تنظیم گردد که موجب انطباق عناوین ثانویه‌ای مانند ایذاء مؤمن، ضرر به غیر و... نشود؛ زیرا این عناوین می‌تواند حرمت استمتاع نامتعارف را به دنبال داشته باشد. همچنین لازم است نوع و مدت زمان استمتاع، به طور دقیق مشخص شود تا جهل به آن موجب آزار روحی و روانی طرف مقابل نگردد. در غیر این صورت، شرط لازم الاجرا نخواهد بود. به عنوان مثال، می‌توان شرط کرد که رابطه اورال در هر سال یک بار و به مدت نیم ساعت انجام شود، مگر آنکه طرف مقابل اعلام کند از مجهول بودن آن رنج نمی‌برد.

ب) به صورت مقید به ضمانت اجرا: در این صورت شخص می‌تواند در برابر عدم تمکین طرف مقابل، برای او مجازاتی در نظر بگیرد؛ مثل اینکه استمتاع نامتعارف به شکل مشخصی را شرط کند مقید به اینکه در صورت عدم تمکین در برابر آن، مهریه زن فلان مقدار کمتر باشد. در این صورت لازم است شرط و مقدار مهریه‌ای که مقابل آن قرار می‌گیرد کاملاً مشخص باشد. البته مشروط به اینکه مهریه مشروط، صحیح باشد.

۴. بحث و نتیجه‌گیری

شارع مقدس به منظور تنظیم حیات بشر، برای تمامی وقایع زندگی وی قوانینی وضع کرده است که رعایت آنها انسان را به کمال می‌رساند. یکی از این وقایع زندگی انسان نیاز جنسی است که روش مشروع برآوردن آن، ازدواج و بهره‌وری جنسی از جنس مخالف است. در برخی موارد، زوجین برای بهره‌وری جنسی از روش‌هایی استفاده می‌کنند که نامتعارف و دربردارنده حالات و آثاری است که برخی احکام شرعی آن مغفول مانده است. از این رو انجام تحقیقات علمی و استنباط احکام مغفول مانده ضرورت دارد. در این مقاله، به دو مورد از این احکام پرداخته شده است.

الف) حکم درخواست استمتاع نامتعارف: مقاله حاضر به بررسی حکم اولی و ثانوی آن پرداخته است:

یک - در مورد حکم اولی، صرف درخواست صورت‌های حلال استمتاع نامتعارف یا حتی امر

کردن به آن اشکالی ندارد، اما در مورد استمتاع نامتعارف حرام، امر کردن به آن حرام است. حکم اولی با استناد به کتاب و دلیل عقلی، استنباط شده است. در آیه ۲۶۸ سوره بقره، امر به فحشا و منکر، کار شیطان معرفی شده و باتوجه به اینکه محرمات در دسته منکرات قرار می‌گیرند، طبق این آیه، امر کردن به آن، عمل شیطان و ممنوع است. همچنین برای استناد به دلیل عقلی، در ابتدا ثابت شد امر به منکرات، قبیح است و سپس با استناد به این کبری که خداوند به فعل قبیح امر نمی‌کند، حرمت امر کردن به استمتاع نامتعارف حرام ثابت گردید.

دو- حکم ثانوی که در پی عارض شدن عناوین ثانویه می‌آید، بسته به چگونگی مطرح کردن این خواسته، حکم آن متفاوت است؛ چراکه بر برخی از صور، عنوان ثانویه و در نتیجه، حکم ثانوی عارض می‌شود که عبارت‌اند از: اول- مطرح کردن خواسته همراه با آزار و اذیت و تهدید. دوم- در صورتی که تکرار درخواست از طرف زوج، موجب آزار و اذیت زوجه شود، اما زوجه ابراز ناراحتی نکند و زوج متوجه اذیت شدن زوجه نباشد. سوم- حالتی که زوجه از تکرار درخواست، ابراز ناراحتی کند، اما زوج به قصد راضی کردن زوجه درخواستش را تکرار می‌کند نه به قصد اذیت کردن وی. چهارم- زوج با وجود اطلاع از اذیت شدن زوجه در اثر تکرار درخواست، عمداً به قصد اذیت زوجه خواسته‌اش را تکرار می‌کند.

در مورد عارض نشدن عنوان ایذاء زوجه در صورت دوم و همچنین عارض شدن عنوان ایذاء زوجه در صورت اول و چهارم شکی نیست. این موضوع به استناد ظاهر ادله، ایذاء مؤمن، تنها شامل مواردی می‌شود که فاعل، قصد ایذاء داشته باشد. اما در حالت چهارم که شخص با اطلاع از ایذاء زوجه، تنها به قصد راضی کردن وی خواسته‌اش را تکرار می‌کند، در صورتی می‌توان گفت عنوان ایذاء عارض شده است که ثابت شود زوج، قصد ایذاء داشته است. به همین دلیل برخی با این استدلال که قصد تکرار درخواست، ملازم با قصد ایذاء زوجه است، این مورد را جزء موارد ایذاء زوجه دانسته‌اند، اما در این مقاله، این استدلال رد شد.

در مورد عارض شدن عنوان ضرر به زوجه در حالت اول و همچنین در حالتی که تکرار خواسته، منجر به افسردگی زوجه و وارد ساختن ضرر روحی شود، شکی نیست. همچنین در مورد عنوان عسر و حرج زوجه، طبق قاعده عسر و حرج، هر جا اجرای حکم شرعی موجب عسر و حرج خارج از مقدار متعارف برای شخص مکلف یا برای دیگران شود، آن حکم برداشته می‌شود. در

مورد درخواست استمتاع نامتعارف از طرف زوج، در بعضی موارد، ایجاد مشقت برای زوجه قابل تصور است.

ب) اشتراط استمتاع نامتعارف ضمن عقد نکاح: در این بخش انواع شرط، آثار آن، شرایط صحت شرط و ضمانت اجرای شرط، مورد تحلیل قرار گرفت و مشخص شد اشتراط استمتاع نامتعارف ضمن عقد نکاح، امری ممکن است و به دو صورت مطلق و مقید به ضمانت اجرا می‌تواند شرط شود.

نکته قابل توجه اینکه هرچند این شرط از نوع شرط فعل مادی است و جواز اجبار ممتنع و ضمانت معنوی، از جمله ضمانت‌های اجرای آن شمرده می‌شود، اما در مورد تحقق خيار فسخ باوجود اینکه طبق قاعده، در صورت عدم التزام به شرط، باید مشروط، حق خيار فسخ داشته باشد، اما در مورد عقد ازدواج، چنین حقی وجود ندارد؛ زیرا اسلام در مورد ازدواج عنایت ویژه دارد و نمی‌خواهد این عقد در معرض سستی و ناپایداری قرار گیرد.

فهرست منابع

قرآن کریم

الف) فارسی

۱. افشار، اباذر و نفر، زینب (۱۴۰۲ش)، «بررسی فقهی رویکرد لایحه حفظ کرامت و حمایت از زنان در برابر خشونت (۱۳۹۹) به تجاوز زناشویی»، فصلنامه مطالعات زن و خانواده، ش ۲، تابستان، ص ۲۹-۴۹.
۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۹۰ش)، ترمینولوژی حقوق، چاپ چهارم، قم: دفتر معظم له.
۳. شریعتی، الهام (۱۳۹۶ش)، حقوق جنسی زوجین در فقه و حقوق موضوعه، چاپ اول، تهران: انتشارات خرسندی.
۴. محقق داماد، سید مصطفی (۱۴۰۶ق)، قواعد فقه، چاپ دوازدهم، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
۵. مؤمن، رقیه سادات و مهدوی کنی، صدیقه (۱۳۹۲ش)، جایگاه و محدوده حقوق جنسی زوجین در فقه امامیه و حقوق ایران، چاپ اول، تهران: انتشارات دانشگاه امام صادق علیه السلام - پردیس خواهران.
۶. ناظمی زاده، محسن و نیک دوستی، مجتبی (۱۳۹۲ش)، «شرط عدم نزدیکی در عقد نکاح»، نشریه حقوقی دادگستری، ش ۸۲، تابستان، ص ۱۹۳-۲۱۶.
۷. وبگاه مدرسه فقاها <https://mfegh.ir>

ب) عربی

۱. ابن ادریس حلی، محمد بن منصور (۱۴۱۰ق)، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، چاپ دوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۲. ابن قدامه (۱۴۰۳ق)، المغنی، بیروت: دار الکتب العربی.
۳. انصاری دزفولی، مرتضی (۱۴۱۴ق)، رسائل فقهیه، چاپ اول، قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.
۴. _____، کتاب المکاسب، چاپ اول، قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.
۵. آخوند خراسانی، محمدکاظم بن حسین (۱۴۰۹ق)، کفایة الأصول، چاپ اول، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
۶. جعفری تبریزی، محمدتقی (۱۴۱۹ق)، رسائل فقهی، چاپ اول، تهران: مؤسسه منشورات کرامت.
۷. حر عاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۹ق)، تفصیل وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعه، چاپ اول، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
۸. _____ (۱۴۱۸ق)، الفصول المهمة فی أصول الأئمة (تکملة الوسائل)، چاپ اول، قم: مؤسسه معارف اسلامی امام رضا علیه السلام.
۹. خمینی، روح الله موسوی (بی تا)، القواعد الفقهیه و الاجتهاد و التقليد (الرسائل للإمام الخميني)، چاپ اول، قم: مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان.
۱۰. خوبی، سید ابوالقاسم موسوی (۱۴۱۰ق)، منهاج الصالحین، قم: نشر مدینه العلم.
۱۱. _____ (بی تا)، مصباح الفقاهة (المکاسب)، بی جا: بی نا.
۱۲. خوبی، سید محمدتقی موسوی (۱۴۱۴ق)، الشروط أو الالتزامات التبعية فی العقود، چاپ اول، بیروت: دار المورخ العربی.
۱۳. روحانی، سید صادق حسینی (۱۴۱۲ق)، فقه الصادق علیه السلام، چاپ اول، قم: دار الکتب - مدرسه امام صادق علیه السلام.

۱۴. شیخ صدوق، محمد بن علی بن بابویه (۱۴۱۳ق)، من لا یحضره الفقیه، چاپ سوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۱۵. طباطبایی قمی، سیدتقی (۱۴۲۳ق)، الأنوار البهیة فی القواعد الفقهیة، چاپ اول، قم: انتشارات محلاتی.
۱۶. عاملی کرکی، علی بن حسین محقق ثانی (۱۴۱۴ق)، جامع المقاصد فی شرح القواعد، چاپ دوم، قم: مؤسسه آل البيت علیه السلام.
۱۷. علوی، سید عادل بن علی بن الحسین (۱۴۲۱ق)، الاجتهاد و التقلید، چاپ اول، قم: انتشارات کتابخانه و چاپخانه آیت الله مرعشی نجفی.
۱۸. _____ (۱۴۲۱ق)، القول الرشید فی الاجتهاد و التقلید، چاپ اول، قم: انتشارات کتابخانه و چاپخانه آیت الله مرعشی نجفی.
۱۹. غروی نایینی، میرزا محمد حسین (۱۳۷۳ق)، منیة الطالب فی حاشیة المکاسب، چاپ اول، تهران: المکتبة المحمدیة.
۲۰. فیومی، احمد بن محمد مقرئ (بی تا)، المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر للرافعی، چاپ اول، قم: منشورات دار الرضی.
۲۱. محسنی، محمد آصف (۱۴۲۹ق)، حدود الشریعة، چاپ اول، قم: بوستان کتاب قم (انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم).
۲۲. موسوی بجنوردی، سید محمد بن حسن (۱۴۰۱ق)، قواعد فقهیة، چاپ سوم، تهران: مؤسسه عروج.
۲۳. میرزای قمی گیلانی، ابوالقاسم بن محمد حسن (۱۴۲۷ق)، رسائل المیرزا القمی، چاپ اول، قم: دفتر تبلیغات اسلامی - شعبه خراسان.
۲۴. نجفی، محمد حسن (۱۴۰۴ق)، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، چاپ هفتم، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
۲۵. نراقی، مولی احمد بن محمد مهدی (۱۴۱۷ق)، عوائد الأيام فی بیان قواعد الأحکام، چاپ اول، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
۲۶. نمازی اصفهانی، فتح الله بن محمد جواد شیخ الشریعة (۱۴۱۰ق)، قاعدة لا ضرر، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.