

## وابستگی اقتضای ذات نکاح به رابطه‌ی زناشویی

جمشید جعفرپور\* - سهیل ذوالفقاری\*\*

### چکیده

مقتضای ذات عقد نکاح، از جمله مباحثی است که به لحاظ اهمیت نهاد خانواده نسبت به سایر عقود، از ظرافت بیش‌تری برخوردار است و به تبع دقتی افزون می‌طلبد. در مسیر شناسایی جوهره‌ی این «عقد معین» نباید تنها بر همین جنبه تکیه کرد. چنان‌که به وضوح از بیانات الهی در مورد حقوق و تکالیف زوجین روشن است، ازدواج در دیدگاه شارع مقدس و با توجه به آیات قرآن به‌طور تک‌بعدی مورد نظر نبوده است. رابطه‌ی زناشویی در کنار «آثار» نکاح است و نه مقدم بر آن و «ذات» عقد. هر چند با نفوذ برخی اندیشه‌ها که نکاح را به‌طور مطلق تابع قواعد عمومی سایر عقود می‌دانند و بدین لحاظ مقتضای آن را با همان معیارها می‌سنجند؛ اما باید دانست که ویژگی ازدواج مانع از چنین ناصواب اندیشیدن است.

علاوه بر آن‌که در این مقاله به دلایل متعدد اثبات می‌شود که از همان ابتدا منظور از این عقد، بنیان نهادن یک نهاد اجتماعی است نه صرفاً برقراری چارچوبی برای بهره‌وری جنسی. امروزه نیز با توجه به تغییر دیدگاه‌ها پیرامون انسان و کرامات ذاتی او، نمی‌توان ازدواج را یک قالب ساده برای آسودگی تن دانست. بیان این نکات از اهمیت روابط زناشویی به معنای خاص نمی‌کاهد؛ اما آن را مرکز ثقل نیز قرار نداده و اراده‌ی طرفین مبنی بر حذف آن در قالب شرط را مشروعیت می‌بخشد.

**کلیدواژه:** نکاح، مقتضای ذات، شرط، استمتاع

\* دانشیار حقوق خصوصی دانشگاه تربیت معلّم تهران، عهده‌دار مکاتبات jafarpour@iranaculture.info

\*\* کارشناس ارشد حقوق خصوصی از دانشگاه تربیت معلّم تهران

تاریخ وصول: ۸۹/۹/۱۱ - پذیرش نهایی: ۹۰/۱۱/۱۸

## ۱- مقدمه

عقد نکاح در جایگاه یکی از عقود معینه و ایجاد کننده‌ی نهاد اصیل و بسیار مهم خانواده، کانون توجه علوم مختلف انسانی و از جمله علم حقوق می‌باشد. بررسی شرایط ایجاد، دوام، آثار و انحلال آن، قطعاً نیازمند توجه به ویژگی این عقد و حساسیت چگونگی اجرای قواعد حقوقی در قرارداد ازدواج است.

پیمان زناشویی در اصول کلی و عمومی قراردادها غالباً از همان قواعد حاکم بر عقود معینه‌ی دیگر پیروی می‌کند و تا جایی که ویژگی و احکام خاص آن اجازه دهند، می‌توان حکومت کلی قوانین مرتبط را بر آن جاری ساخت. از این سخن، نباید چنین نتیجه گرفت که می‌توان آن دسته از قوانین را که مرتبط با مباحث صرفاً مالی سایر عقود و انگیزه‌ها و پی‌آمدهای ناشی از این وصف است، در عقد مزبور جاری کرد. سنجش اصل نکاح با قواعد مرتبط با مال، شأنیت انسان و خانواده را تا حدّ یک خرید و فروش ساده و روزمره پایین خواهد آورد و تأثیرات نامطلوب آن، بدیهی است.

از جمله‌ی این قواعد عمومی قابل اجرا آن است که در نکاح ممکن است اراده به پاره‌ای تعهدات فرعی که خارج از ارکان و عناصر اصلی قرارداد است نیز تعلق گیرد. (مختصر حقوق خانواده/۵۷). شروط در واقع به عنوان قراردادهای فرعی توانایی اعمال اراده‌ی افراد را در تعیین حدود و ثغور تعهدات و حقوقشان در ضمن یک قرارداد دیگر تضمین می‌کند. با توجه به پذیرش اصل حاکمیت اراده (ماده‌ی ۱۰ قانون مدنی) هر شرط به قید عدم برخورد با مواعی که بعداً ذکر خواهد شد، قاعدتاً پس از توافق طرفین، الزام‌آور است و جز در موارد مشخص، امکان بر هم زدن آن‌ها نیست و یا برای طرف مقابل نیز حقّ شانه خالی کردن از بار تعهد خود را ایجاد خواهد کرد.

آنچه در بحث شروط ضمن یک عقد به‌طور عام و نکاح به‌طور خاص مطرح می‌باشد - که به تفصیل به آن خواهیم پرداخت - عدم به رسمیت شناختن قدرت اراده در بی‌اثر کردن اراده‌ی قانون‌گذار است. عقود به منظور خاصی به وجود می‌آیند و شرط موضوعاتی که بر هم زنده‌ی آن منظور است، از مصادیق جمع دو نقیض است؛ اما آنچه در این راستا حائز اهمیت است، شناسایی صحیح ماهیت و ذات یک قرارداد است. بی‌گمان از هر عقد، آثاری چند حاصل می‌شود؛ اما یافتن جوهره‌ی عقد از میان آن‌ها، به عنوان متکای تعهدات طرفین، امری فنی و تخصصی بوده و نیازمند تدقیق فراوان است.

شرط «عدم نزدیکی» ضمن عقد نکاح، نیازمند شناخت هر دو این مقدمه‌ها یعنی اصل نکاح و ارتباط شرط مذکور با ذات آن است. برای رسیدن به مقصود مذکور، ابتدا باید انواع شرط را به‌طور کلی مورد بررسی قرار داد و سپس به‌دنبال ویژگی‌های ذاتی نکاح بود. در نهایت، آثار عملی مندرج کردن چنین شرطی را پس از اثبات مقدمات بررسی خواهیم کرد.

## ۲- انواع شرط ضمن عقد و نحوه‌ی ارتباط آن‌ها با عقد

عقد به عنوان مجموعه‌ای هماهنگ، هر آن‌چه را در بر گیرد، با خود هماهنگ می‌سازد. جزئی از عقد، چه تعهد اصلی باشد و چه فرعی، داخل در مجموعه‌ی عقد است و اراده‌ی مشترک به تمام آن یک‌جا تعلق گرفته است. با وجود این در نظام حقوقی ما، چون عمدتاً شرط به تعهدهای فرعی گفته می‌شود، خود موضوعی جداگانه است و بحث ارتباط آن با عقد از محل‌های اختلاف حقوقی است. (حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها/۱۲۰/۳). برای درک بهتر محل نزاع، ابتدا شرط را تعریف و سپس موضوع را از جهت نوع و آثار آن‌ها بررسی می‌کنیم.

### ۱-۲- مفهوم شرط

شرط در لسان ادبی، فلسفه و منطق، تعاریف ویژه‌ی خود را دارد؛ اما آن‌چه در این مختصر مد نظر است، مفهوم حقوقی شرط است:

برخی را اعتقاد بر این است که شرط در اصطلاح حقوقی، آن امر محتمل الوقوعی است که طرفین عقد یا ایقاع پدید آمدن اثر حقوقی یا ایقاع را (کلاً یا بعضاً) متوقف بر وجود آن امر کنند (ماده‌ی ۲۳۲ قانون مدنی) و یا وصفی است که یکی از طرفین عقد وجود آن را در مورد معامله تعهد کرده باشند بدون آن که آن وصف محتمل الوقوع باشد. (ترمینولوژی حقوق/۳۸۰). این تعریف، یکی از اقسام مهم شرط مد نظر قانون مدنی را در نظر نمی‌گیرد و آن امری است که وقوع یا تأثیر واقعه‌ی حقوقی خاص به آن بستگی دارد. برای مثال در ماده‌ی ۱۹۰ قانون مدنی، شرط به همین معنا به‌کار رفته است. (حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها/۱۲۲/۳).

به‌طور خلاصه می‌توان گفت شرط از منظر حقوقی، امری است که قانون‌گذار برای تأثیر عمل حقوقی و یا طرفین از باب اعمال حاکمیت اراده‌ی خود به منظور ایجاد تعهد، ادامه یا انحلال آن پیش‌بینی کنند.

## ۲-۲- انواع شرط

در یک تقسیم‌بندی کلی، شروط به صحیح و ناصحیح منقسم می‌شوند. این دسته‌بندی اگر چه بسیار ابتدایی و کلی است؛ اما تمام آثار مدّ نظر از شرط در قراردادها بر آن بنا شده است؛ به این معنا که برای شناسایی آثار یک شرط، ابتدا باید بدانیم صحیح است یا خیر. این نکته چندان که در نظر اوّل می‌نماید، ساده نیست و اختلافاتی پیرامون آن موجود است.

باید توجه داشت مطابق اصل صحت (ماده‌ی ۲۲۳ قانون مدنی) در شروط نیز مانند معاملات، اصل بر صحت است و اگر در فساد شرطی و مخالفت با قانون یا سایر موانع تردید حاصل شد، بنا بر صحیح بودن آن است. البته بدیهی است که در مورد شروط نیز اصل صحت می‌بایست مجرای خود را برای جریان بیابد. اگر در مورد صحت شرطی، شبهه‌ی حکمیّه باشد، اصل صحت که در حقیقت اماره‌ای مبتنی بر غلبه است، قابل استناد نمی‌باشد و منظور از بنای شرط مشکوک الصّحّه بر صحیح بودن، در مورد شبهات موضوعیّه است. ابتدا به‌طور مختصر شروط صحیح را معرفی کرده و سپس به بررسی شروط غیرصحیح می‌پردازیم.

### ۱-۲-۲- شروط صحیح

ماده‌ی ۲۳۴ قانون مدنی پس از احصاء (ظاهراً) شروط غیرسائخ می‌گوید: «شرط بر سه قسم است». از این گفته برمی‌آید که هر چه در قالب موارد شروط غیرصحیح نگنجد، شرط صحیح است و می‌تواند شرط فعل، صفت و یا نتیجه باشد.

حقوق‌دانان نیز با الهام از این گفته‌ی قانون مدنی که مبتنی بر فقه امامیه است و با استنباط از سایر مواد، اقسام دیگری را نیز افزوده‌اند؛ هم‌چون شرط ضمنی و صریح (شرط ضمنی/۳۴) شرط مستقل یا ابتدایی و شرط ضمن عقد (نظریه‌ی عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی/۱۶۵ به بعد) و... هر کدام از تقسیم‌بندی‌های مذکور به اعتباری و از دریچه‌ای شرط را نگریسته و آن را شرح و بسط داده‌اند.

به‌طور کلی باید دانست شرط صحیح، هر امری است که کیفیت یا کمیت مورد معامله، تحقق امری در خارج یا فعل و یا ترک فعلی را بر متعهد آن الزام کند. (مواد ۲۳۴ تا ۲۴۶ قانون مدنی).

شروط صحیح یا سائغ چه در متن عقد شرط شوند و چه به طور جداگانه قبل یا پس از آن مورد توافق قرار گیرند، متعهد را ملزم و مشروطاً له را محق به درخواست اجرای آن می‌کند. از جمله آثار بسیار مهم صحت شرط، خصوصاً در ضمن عقد، حسب مورد امکان الزام به اجراء جبران خسارت و یا حتی فسخ قرارداد می‌باشد. (مواد ۲۳۵، ۲۳۸ و ۲۴۰ قانون مدنی). علی‌الاصول هر شرط ضمن عقد صحیح، با انحلال عقد از بین می‌رود؛ مگر این که مقصود طرفین، چیزی جز آن باشد. مانند شرط تحدید مسؤلیت ضامن درک عقد بیعی که به دلیل رد مالک باطل می‌شود.

### ۲-۲-۲- شرایط صحت شرط

با وجود اصل صحت، از طرح شرایط درستی شروط، بی‌نیاز نخواهیم بود. زیرا مجرای اصل، هنگامی است که در وقوع ظاهری توافق تردیدی نباشد و این امر نیازمند دانستن شرایط قانونی است.

از ظاهر مواد قانون چنین برمی‌آید که شرایط صحت یک شرط، عبارتند از: مقدور و مشروع بودن، دارای نفع و فایده بودن، عدم مخالفت با مقتضای عقد و مجهول نبودن به‌گونه‌ای که موجب جهل به عوضین باشد. البته نباید فریفته‌ی این ظاهر شد؛ چرا که شرط نیز قرارداد است و اجرای اصول اساسی صحت قراردادها در آن نیز واجب است. بنابراین موارد صحت یا عدم صحت آن‌ها محدود به این موضوعات نخواهد بود. (حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها/۱۶۶/۳).

به نظر می‌رسد دیدگاه قانون مدنی برگرفته از پیشینه‌ی فقهی آن باشد که غالباً به این انحصارگرایی تمایل داشته است. (برای بررسی ریشه فقهی ر.ک: شرح لمعه/۳/۵۰۵).

### ۲-۲-۳- شروط غیرسائغ

شروط غیرسائغ، شروطی هستند که فاقد عوامل و ارکان صحت باشند. به عبارت دیگر، انتفای یکی از اوصاف اساسی برای حیات حقوقی یک شرط آن را ناصحیح می‌کند. شروط غیرسائغ را در یک تقسیم‌بندی کلی به باطل و مبطل تقسیم کرده‌اند. (مواد ۲۳۲ و ۲۳۳ قانون مدنی). به این اعتبار که شروط باطل در قرارداد تأثیری ندارند؛ ولی شروط مبطل، ضربه‌ای اساسی به ارکان تشکیل دهنده‌ی عقد وارد آورده و آن را نیز تحت تأثیر قرار می‌دهند.

لازم به ذکر است که هر چند موضوع بررسی ما در باب شروط باطل و یا مُبطل ناظر به مواد قانون مدنی است؛ اما این بدان معنا نیست که شروط فاقد شرایط صحت، منحصر به این موارد می‌باشند. همان‌گونه که در بحث پیشین گفته شد، شرایط صحت نیز منحصر نیستند؛ چرا که اگر ما حاکمیت اراده را در قالب ماده‌ی ۱۰ قانون مدنی پذیرفته‌ایم و استناد به آن را در مورد شروط بلا اشکال می‌دانیم، چگونه است که شرایط و قواعد عمومی را نباید در آن الزامی بدانیم؟

شروط غیرسائخ در قانون مدنی، تحت عنوان شرط غیرمقدور به معنی عدم امکان ایفای تعهد، شرط بی‌فایده یعنی عدم هدف عقلایی و شرط نامشروع یعنی مخالفت با قواعد حقوقی، اخلاق و نظم عمومی معرفی شده‌اند. علاوه بر آن از شرط خلاف مقتضای ذات عقد و شرط مجهولی که باعث جهل به عوضین شود نام برده شده است. درباره‌ی تأثیر این شروط بر عقد، بین فقها اتفاق نظر وجود ندارد و به طور کلی سه نظریه در این زمینه موجود است: گروهی تمایل به حفظ قرارداد مشروط داشته و دلیلی بر بطلان در صورت فساد شرط ندیده‌اند. (ر.ک: المبسوط فی الفقه الامامیه/۱۴۹/۲). از مبانی این نظریه، تمسک به عمومات «أوفوا بالعقود» و «حلّ الله البیع» است. در این زمینه، دسته‌ای از فقها به خبر بریره استناد کرده‌اند که پیامبر اکرم (ص) در ضمن آن، با وجود شرط باطل، عقد را تلویحاً صحیح دانسته‌اند. (وسائل الشیعه/۴۶/۲۱-۴۵). در این دیدگاه، آن چه شرعاً ممتنع می‌باشد، شرط است؛ نه عقد و علاوه بر آن، دلایل قائلین به فساد را - که خواهد آمد - کافی برای مقابله با اصل صحت نمی‌دانند. (قواعد فقه/۷۵).

عده‌ای دیگر عقد را در صورت فساد شرط باطل می‌دانند و اعتقاد دارند که در مجموعه‌ی تراضی طرفین، شرط جزئی از دو عوض را به خود اختصاص داده است. (شرح لمعه/۵۰۵/۳). علاوه بر آن، شرطی که در ضمن عقد واقع می‌شود، جزئی از آن است و قرارداد مرکب از شرط و عقد اصلی می‌باشد. ترکیب عقد و شرط، در مجموعه‌ی تراضی طرفین، ظهور در این دارد که طرفین قصد انشای اثر ناشی از عقد را مقید به التزام به شرط کرده‌اند. پس التزام به شرط، جزئی از اثر مقصود از انشا متقاعدین در این ترکیب است. بنابراین فساد جزء، باعث فساد کل آن چه مدّ نظر طرفین است می‌شود. (عوائد الاّیام/۵۱).

در میان این دو نظریه، گروهی از متفکران مسیر تعادل را در پیش گرفته‌اند و برآنند که بطلان شرط، علی‌الاصول به عقد سریان پیدا نمی‌کند مگر این که این فساد باعث اختلال در ارکان عقد شود. شیخ انصاری به عنوان یکی از بزرگ‌ترین نظریه‌پردازان این

گروه، محل بحث را به موردی اختصاص داده که فساد شرط، باعث خلل در ارکان عقد نشود و در این صورت قول به عدم سرایت بطلان شرط به عقد را اختیار کرده است. (کتاب المکاسب/۲۸۲).

استدلال این گروه بر این مبنا استوار گشته است که اگر چه وجود شرط، رضایت مشروطاً له را نسبت به انعقاد عقد افزایش می‌دهد ولی وجود عقد را نمی‌توان بدان سبب پنداشت. بدین ترتیب با نگاه به اثر شرط در ارکان عقد و پرهیز از مطلق‌گرایی ضمن ایراد به ادله‌ی دو گروه پیش‌گفته (کتاب المکاسب/۲۸۸)، سعی در جمع نظریات و ارائه‌ی راه‌حل معقول کرده‌اند.

قانون مدنی نیز با پذیرش دیدگاه اخیر در مواد ۲۳۲ و ۲۳۳ به حق، میان شروط باطل و مُبطل تفاوت نهاده است و از افراط و تفریط پرهیز کرده تا بتوان از این طریق مبنایی برای بررسی سایر شروط به دست آورد.

یکی از حقوق‌دانان با ارزیابی نظر فقها، تفاوت دیدگاه‌های ارائه شده را مبتنی بر چگونگی رابطه‌ی بین عقد و شرط می‌داند و این رابطه را در قالب تقیید یا تعلیق یا ظرفیت و یا جزئی از عوضین بودن شرط تحلیل می‌کند؛ (نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی/۳۵۸)؛ با این دیدگاه باید موضع قانون مدنی را تقییدی دانست.

از میان شروط غیرسائغ ذکر شده، آن چه بیش تر به موضوع این مقاله مربوط می‌شود، شرط خلاف مقتضای (ذات) عقد است. بنابراین قبل از ورود به بحث، توضیح مختصری پیرامون آن لازم به نظر می‌رسد.

#### ۴-۲-۲- شرط خلاف مقتضای ذات عقد

مقتضا به معنی اثر است و مقتضی یعنی مؤثر. (حقوق مدنی، شروط ضمن عقد/۱۱۲/۴). اما درباره‌ی مقتضای عقد، تعریف به دشواری می‌تواند صورت پذیرد و همین مسأله موجب شده است تا در نظریات در مورد مقتضای عقود مختلف تعارض ایجاد شود. درباره‌ی این که ماهیت عقد چنان به مقتضای ذات آن وابستگی دارد که اگر نباشد، عقد از اعتبار می‌افتد، تردید نیست. اما ایراد اساسی، معیار این شناسایی است.

گروهی این معیار را عُرف دانسته‌اند. (عوائد الايام/۵۰-۴۹). و بعضی دیگر، این مبنا را اثری می‌دانند که شارع یا قانون‌گذار بر عقد بار کرده است. این قول مُختار محقق ثانی در جامع المقاصد است. (جامع المقاصد فی شرح القواعد/۴-۵). هر دو این مبانی، با ایراداتی روبه‌رو هستند. (ر.ک: مسالک الافهام إلی تنقیح شرائع الاسلام/۱۱۷/۳). از جمله آن که معیار

عرف، بیش‌تر از جهت کشف اراده‌ی طرفین کارآیی دارد و پوشش لازم برای درک حقیقی مقتضای ذات عقد را به دست نمی‌دهد. معیار قانونی نیز دقیق نیست؛ چراکه هدف تمام احکام قانونی، ایجاد مانعیت برای نفوذ اراده نبوده؛ بلکه بعضاً جنبه‌ی تکمیلی نیز دارند. با این ترتیب می‌توان از ترکیب قصد مشترک طرفین و عناصر قانونی و الزامی نهاد موجود به مقتضای عقد دست یافت و در این مسیر بی‌نیاز از مفاهیم عرفی نخواهیم بود.

به این ترتیب روشن می‌شود که شرط خلاف مقتضای ذات عقد، شرطی است که به علت مخالفت با قصد مشترک طرفین یا همان مفاد عقد و یا احکام آمره‌ی قانونی عقد را بیهوده سازد و در نتیجه اثر آن باطل کردن عقد باشد.

### ۳- اقتضای ذات نکاح

نکاح عقدی است که به‌موجب آن، زن و مرد به منظور تشکیل خانواده و شرکت در زندگی با هم متحد می‌شوند. جوامع به تدریج دریافته‌اند که هیچ شکل از رابطه‌ی میان زن و مرد به غیر از نکاح، تأمین کننده‌ی اهداف منظور از این روابط نمی‌باشد. چراکه استواری و استحکامی که در این بنیان طبیعی و مشروع موجود است، به علت فقد عنصر دوم (مشروعیت)، در روابط آزاد نیست. نکاح هر چند در میان عقود معین جای گرفته است؛ اما بیش‌تر یک پیمان اخلاقی و مذهبی است تا سازمان حقوقی. (حقوق مدنی، خانواده/۱/۲۳).

بنابراین شناسایی اقتضای ذات آن به ظرافت بیش‌تری نیازمند است. رجوع به متون مذهبی و علی‌الخصوص آیات قرآنی در این زمینه می‌تواند راه‌گشا باشد.

#### ۱-۳- بررسی مختصر پیرامون آیه‌ی شریفه‌ی ۲۱ سوره‌ی روم

آیه‌ی ۲۱ سوره‌ی روم با بیان این‌که «و از نشانه‌های خداوند آن است که برای شما از جنس خودتان همسرانی بیافرید که مایه‌ی آرامش شما باشند و با هم انس گیرید و میان شما رأفت و مهربانی برقرار فرمود. در این امر نیز برای خردمندان، ادله‌ی علم و حکمت حق آشکار است.»

در تفاسیر مختلف، از این آیه به تعبیری یاد شده است که در روشن شدن مقصود شارع به عنوان یکی از ارکان شناسایی مقتضای ذات یاری‌گر است. برای نمونه، به چند تفسیر اشاره می‌شود:



۱-۳- در تفسیر روض الجنان و روح الجنان می‌خوانیم: «مردی نزد رسول اکرم (ص) آمد و گفت: یا رسول الله من از این موضوع که مرد و زنی که یک‌دیگر را ندیده و نمی‌شناختند؛ پس از این که با هم ازدواج کردند و یک روز با یک‌دیگر هم‌صحبت شدند، دوستی عظیمی بین آنان به وجود می‌آید، تعجب می‌کنم. رسول - علیه السلام - گفت: این از جانب خداوند متعال است و سپس این آیه را تلاوت فرمودند: وَ جَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَ رَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ.» (روض الجنان و روح الجنان/ ۱۵/ ۲۵۰).

روایت ذکر شده در تفسیر مذکور، کاملاً بیان‌گر آن است که هدف اولیه از نکاح، انعقاد یک بنیان اجتماعی مبتنی بر رحمت و دوستی بین زن و شوهر است، تأیید این دلالت با بیان قسمت دیگر آیه، نشان‌گر دیدگاهی فراتر از صرف رابطه‌ی جنسی از جانب اسلام به نکاح می‌باشد.

۲-۱-۳- در تفسیر ارزشمند مجمع البیان، پس از بیان تفسیر نحوه‌ی خلقت از دیدگاه آیه‌ی مذکور، تأویل آیه به آسایش، آرامش و انس شده است و هدف غایی از این مسأله را تفکر در خلقت و خالق آن دانسته، بدین وسیله هدف از نکاح، تنها اهداف شخصی را در بر نمی‌گیرد؛ بلکه به نوعی متضمن حفظ و اجرای احکام اجتماعی اسلام نیز خواهد بود. (مجمع البیان فی تفسیر القرآن/ ۵۲/ ۸-۵۴).

۳-۱-۳- خلاصه و تأویل آیه از منظری چنین بیان می‌شود که: «۱- خداوند تعالی به قدرت کامله‌ی خود برای انسان، جفت خلق نموده تا با مؤانست هم توالد و تناسل نموده، نسل در دنیا باقی بماند. ۲- میل و محبت موجود بین زن و شوهر از آثار قدرت خدای تعالی می‌باشد. ۳- میل و محبت زن و شوهر قابل مقایسه با محبت‌های پدر و مادر و سایر اقربا نیست. ۴- جفت انسان نسبت به سایر خویشان (حتی پدر، مادر، فرزند و...) اقرب است. ۵- برخی از مفسران گفته‌اند: «مراد از رحمت و مودت در این آیه، دوستی در جوانی و رحمت و شفقت در پیری است و این به مراد نزدیک‌تر است.» (تفسیر کشف الحقایق/ ۲/ ۸۰۸). از این تفسیر، چنان برمی‌آید که هر چند توالد و تناسل در زمره‌ی آثار نکاح است؛ ولی بر سایر آثار برتری ندارد و بعداً پیرامون این موضوع بیش تر توضیح داده می‌شود.

۴-۱-۳- تفسیر شریف المیزان، هر یک از زن و مرد را فی نفسه ناقص و محتاج به طرف دیگر معرفی می‌کند و بیان می‌دارد که: «از مجموع آن دو واحدی تام و تمام درست می‌شود و به خاطر همین نقص و احتیاج است که هر یک به سوی دیگری حرکت می‌کنند... یکی از روشن‌ترین جلوه‌ها و موارد خودنمایی مودت و رحمت، جامعه‌ی کوچک خانواده

است؛ چون زن و شوهر در محبت و مودت ملازم یک دیگرند...» (المیزان فی تفسیر القرآن/۱۶/۱۶۷-۱۶۵).

۵-۱-۳- از نکات جالب توجه آیه این که هدف از ازدواج را سکونت و آرامش قرار داده است و با تعبیر پر معنی «لِتَسْكُنُوا» مسائلی را بیان کرده و نظیر این تعبیر در آیه ۱۸۹ سوره‌ی اعراف نیز آمده است... این سکونت و آرامش هم از جنبه‌ی جسمی است و هم از نظر روحی، هم از جنبه‌ی فردی و هم اجتماعی. عدم تعادل روحی و ناآرامی‌های روانی که افراد مجرد با آن دست به گریبانند، کم و بیش بر همه روشن است. از نظر اجتماعی، افراد مجرد کم‌تر احساس مسؤولیت می‌کنند و به همین جهت انتحار و خودکشی در میان مجردان بیش‌تر دیده می‌شود و جنایات هولناک نیز از آن‌ها بیش‌تر سر می‌زند. (تفسیر نمونه / ۱۶ / ۳۹۲-۳۹۱).

۶-۱-۳- این که خداوند تعالی فرمود: وَ جَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَ رَحْمَةً؛ یعنی بین زن و مرد رقت و تعطف برای دیگری قرار داد تا به‌وسیله‌ی آن چه خدا در قلب هر کدام از آن‌ها قرار داده است برای همسرش، شادی آن‌ها کامل شود. (التبیان فی تفسیر القرآن/۸/۲۴۰). با تدقیق در تفاسیر مذکور، کاملاً روشن می‌شود که از عقد ازدواج، مقاصد متعددی مد نظر شارع بوده است که برجسته‌ترین آن‌ها، رسیدن به آرامش در خانواده است و این آرامش، ناشی از رحمت و محبتی است که جنبه‌های مختلف جسمی، روحی، اقتصادی، اجتماعی و... را پوشش می‌دهد و به هیچ وجه یک‌بعدی نیست.

ممکن است بر استدلال‌ات ذکر شده، این ایراد وارد شود از آیات مزبور و تفاسیر پیرامون آن‌ها، بیش از این بر نمی‌آید که هدف نکاح، رسیدن به آرامش از طریق تشکیل بنیان اجتماعی است و از این هدف نمی‌توان به مقتضای ذات عقد مورد بحث دست یافت. در نگاه نخست، ایراد مذکور منطقی است و ما نیز تا حدود زیادی با آن موافق هستیم.

شناسایی مقتضای ذات یک عقد، از چه طریق صورت می‌گیرد؟ در این موضوع شکی نیست که هدف از مقتضای ذات جداست و این دو یکی نیستند؛ اما نمی‌توان این رابطه را انکار کرد که هدف، مبنا و یا حداقل خروجی مقتضا است. باید توجه داشت که بین هدف و مقتضا نمی‌تواند تضاد باشد و به این لحاظ، دلیل استناد به اهداف مذکور مردود نخواهد بود و برای کشف جوهره‌ی عقد حائز اهمیت است. به‌ویژه این که مقتضا معمولاً مستقیماً مورد اشاره قرار نمی‌گیرد و می‌بایست کشف شود.

### ۲-۳- اقتضای ذات نکاح در فقه و حقوق

نزد مشهور، نکاح در لغت برای وطی وضع شده است و بر آن اجماع منعقد می‌باشد. البته منظور از اجماع در این‌جا، اتفاق اهل لغت بر این مسأله است. اما نزد مشهور فقها، کلمه‌ی نکاح برای عقد به کار رفته است. (جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام/۷/۲۹) و (برای بررسی پیش‌تر، ر.ک: حقوق مدنی، خانواده/۱-۲۵-۲۹). تا جایی که گفته شده است در قرآن لفظ نکاح برای وطی استفاده نشده است؛ مگر در آیه‌ی ۲۲ سوره‌ی نور (... حتی تنکح زوجاً..). که به نظر برخی این‌جا نیز به معنی عقد می‌باشد نه وطی. نتیجه آن که نکاح لفظی است که شرعاً و لغتاً برای عقد وضع شده است و این حقیقت شرعی می‌باشد و استعمال آن برای وطی نیازمند قرینه است. (جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام/۷/۲۹).

با این مقدمه دانسته شد که در اطلاق لفظ نکاح برای نزدیکی تردید وجود دارد و نظر مشهور بر آن است که حقیقت لفظ از نکاح، عقد ازدواج می‌باشد نه وطی. برخی فقها در باب مسأله‌ی شرط عدم استمتاع جنسی، صراحتاً مقتضای ذات نکاح را امری غیر از بهره‌وری جنسی دانسته‌اند و شرط خلاف آن را با این استدلال که بعضی از احکام شرعی و یا اغراض عقلایی بر امر ازدواج مترتب می‌باشد، بلاشکال دانسته‌اند. (قواعد فقهیه/۲/۴۳۱).

دیدگاه مقاله‌ی حاضر بر این است که اقتضای ذات نکاح نزدیکی نیست؛ هر چند ممکن است ایراد شود که برای این نتیجه‌گیری شتاب زده عمل شده است؛ اما با استدلالات ذیل آن را به اثبات می‌رسانیم:

#### ۱-۲-۳- نکاح ناتوان جنسی

برخی نکاح را به‌گونه‌ای تعریف می‌کنند که گویا تمتع جنسی هدف اصلی ازدواج است. (حقوق مدنی/۴-۳۲۶-۳۲۷). این نکته را باید از آن جهت صحیح شمرد که بی‌شک از مهم‌ترین آثار و اهداف ازدواج، تمتع جنسی است؛ اما اگر تمتع، هدف غایی و به بیانی مقتضای ذات نکاح را بیان کند، در پاسخ به این سؤال که چرا نکاح ناتوان جنسی صحیح است، چه پاسخی باید داد؟

باید گفت بهره‌مندی جنسی، تنها ثمره‌ی عقد نکاح نیست؛ بلکه نکاح قالبی است مشروع جهت کنترل نیازهای جنسی. چراکه روابط آزاد جنسی، قبل از تشریح و الزامی کردن آن در چارچوب مقررات دینی نیز وجود داشته است و تلاش پیشوایان دینی و مکاتب مبتنی بر اندیشه‌های مذهبی بر لگام زدن به این گرایش به آزادی مطلق انسان بوده است. بنابراین باید هدف نکاح را چیزی جز پاسخ‌گویی به غریزه و والاتر از اتحاد دو جنس مخالف دانست.

باید توجه داشت اشخاصی که از نظر جنسی توانایی ندارند نیز می‌توانند ازدواج کنند. (حقوق مدنی، خانواده/۲۶/۱). و هیچ‌کس در این امر شکّی ندارد. قانون مدنی نیز در ماده‌ی ۱۱۲۲ با بیان ناتوانی جنسی به عنوان یکی از دلایل فسخ نکاح، به‌طور روشن می‌پذیرد که عقد ازدواج این‌گونه اشخاص کاملاً صحیح است. چراکه مطابق قواعد عمومی قراردادهای، «فسخ» تنها در مورد قراردادهایی مطرح می‌شود که صحیحاً واقع شده و به رسمیت شناخته می‌شوند. اگر زوجه از این حقّ خویش بگذرد، عقد به حیات حقوقی خود ادامه می‌دهد و تمام آثار صحّت را نیز به دنبال خواهد داشت؛ در حالی که اگر مقتضای ذات نکاح، بهره‌وری جنسی بود، بی‌شک ناتوان جنسی حقّ تمتّع این عمل حقوقی را از دست می‌داد.

### ۲-۲-۳- عدم استمتاع بدون شرط

اگر زن و مردی بدون این‌که در ضمن عقد نکاح تصریحی بر این موضوع داشته باشند، از رابطه‌ی جنسی امتناع ورزند، آیا نکاح آنان باطل است؟ ثمره‌ی عملی موضوع در جایی نمایان می‌شود که برای مثال یکی از زوجین فوت کند. در این صورت اگر این شرط فعلی طرفین موجب بطلان نکاح آنان باشد، مدّعی باید بتواند با اثبات عدم وقوع نزدیکی، زوج یا زوجه را حسب مورد از ارث محروم کند؛ در حالی که این نتیجه با هیچ‌یک از مبانی موجود ارث مندرج در مواد ۸۶۱ به بعد قانون مدنی هماهنگی ندارد و علاوه بر آن، روح حاکم بر قانون، چنین تالی فاسدی را نمی‌پذیرد. با این نتیجه، شرط مندرج در ضمن عقد نیز باید از به بار آوردن چنین آثاری مبری باشد.

### ۳-۲-۳- نکاح شخص عقیم

علّت تفکیک میان نکاح شخص عقیم و شخص ناتوان جنسی آن است که ناتوانی جنسی، عنوان عامی برای عدم امکان یا ضعف برقراری رابطه‌ی جنسی است؛ امّا عقیم بودن، عنوانی است برای عدم توانایی تولید نسل. اگرچه در برخی موارد انطباق این دو مورد، امکان‌پذیر است؛ امّا در مواردی نیز چنین نیست. تفکیک و بررسی جداگانه از آن جهت است که دو هدف «برقراری رابطه‌ی جنسی» و «تولید مثل» جداگانه مورد بررسی قرار گیرند. برای روشن شدن موضوع، مثالی می‌زنیم: اگر شخصی دچار بیماری «فاقد اسپرم بودن» باشد، ناتوان جنسی نیست امّا عقیم هست.

برای پی بردن به هدف نکاح، باید دید چرا اجتماع، خود را نیازمند به این نهاد حقوقی دیده است؟ هر چند یکی از اهداف بنیادین تشکیل زندگی زناشویی، تولید نسل (با توجه به حدیث نبوی تناکحوا تناسلوا) می‌باشد و این امر آثار حقوقی بسیاری در تکالیف و حقوق فرزندان و والدین نسبت به یکدیگر می‌گذارد؛ اما عملاً فواید و غایت ذات نکاح در آن خلاصه نمی‌شود. وجود این هدف در نکاح نباید در امکان عقد ازدواج کسانی که توانایی بچه‌دار شدن ندارند تردید ایجاد کند. باید توجه داشت این مسأله که در دیدگاه برخی از فقها، حتی از موجبات فسخ دانسته نشده است (شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام / ۵۴۲/۲)، به طریق اولی بطلان محلی از اعراب نخواهد داشت.

ممکن است گفته شود نکاح شخص عقیم به این دلیل که وی توان جنسی و درک لذت را دارد، از این جهت باطل نیست. در ابتدای این مستندات بیان شد که هدف تولید نسل، از برقراری رابطه‌ی جنسی متفاوت است. اگر مقتضای ذات نکاح تمتع باشد، مثال نقض آن، نکاح صحیح ناتوان جنسی و اگر گامی دورتر از آن و تولید نسل باشد، دلیل رد آن، نکاح شخص عقیم است. بنابراین هر کدام از این موارد جایگاه خاص خود را دارند و تداخل حوزه‌ی رخ نمی‌دهد.

#### ۴-۲-۳- نکاح منقطع (متعّه)

در ازدواج موقت، تقریباً امکان پذیرش شرط عدم نزدیکی بین فقها کم‌تر مورد اختلاف بوده است. (ذخیره المعاد/۷۶۴). در این زمینه غالباً به روایات استناد شده است. (المبسوط فی الفقه الامامیه/۳۸۳/۲). به این معنی که اگر بر مرد شرط شود که با زن وطی نکند، نمی‌تواند بدون رضایت زن با او نزدیکی کند. (کتاب السرائر/۶۱۷/۲). پذیرش این مبنا در مورد نکاح موقت که قطعاً نوعی ازدواج است (هر چند در ازدواج موقت به مسأله‌ی نزدیکی و ارتباط آن با ارکان نکاح مانند مهر، تأکید بیش‌تری شده است) ذهن را برای پذیرش این شرط در نکاح دائم نیز آماده‌تر می‌سازد.

#### ۵-۲-۳- نکاح شخص مجنون

اگر هدف از ازدواج، تنها رابطه‌ی جنسی باشد و این امر به مفهوم مقتضای ذات در نظر گرفته شود، می‌بایست که شخص بهره‌مند به این موضوع آگاه باشد و در نهایت این لذت جنسی را کاملاً درک کند؛ وگرنه مقتضای عقد برای او بی‌مفهوم است و به ارکان قرارداد خدشه وارد می‌آورد. پذیرش این نظر با عدم منع قانون در مورد نکاح مجنون و حتی

اعطای این اختیار به قیّم وی با نظارت دادستان (ماده‌ی ۸۸ قانون امور حسبی) و صرف حقّ فسخ همسر در صورت عدم آگاهی دشوار می‌نماید. (برای بررسی امکان نکاح مجنون ر.ک: جامع الشّئات/۳/۳۲۸). درست است که شخص مجنون می‌تواند تا حدّی مفهوم لذّت جنسی را دریابد؛ اما به نظر نمی‌رسد که این درک نسبی که کم‌تر با جنبه‌ی انسانی نکاح ارتباط دارد، انطباق مناسبی با مقتضای ذات داشته و آن را خدشه‌دار نسازد. قدر متیقّنی در این خصوص وجود دارد که دلیل نگارندگان را خدشه‌دار سازد و میزان بهره‌وری جنسی مجنون را پاسخ‌گوی «مقتضای ذات عقد بودن تمتّع از همسر» قرار دهد؟

### ۶-۲-۳- رد قیاس با مورد ایلاء

ممکن است استدلال شود که مورد، از موارد ایلاء و در نتیجه شرط آن باطل است. ایلاء در لسان فقهی عبارت است از: «سوگند مرد بر ترک دخول به زوجه‌ی دائمی برای اضرار به او به طور ابدی یا مطلق یا افزون بر چهار ماه.» (اللمعه الدمشقیّه/۱۸۸). کاملاً واضح است که از شروط اساسی تحقّق این نهاد فقهی، عدم توافق بر آن است؛ در حالی که شرط عدم نزدیکی مورد بحث ما، توافق دو طرف را به همراه دارد و قصد اضرار در آن مفروض نیست. تحریم نهاد ایلاء به منظور جلوگیری از تعرّض به حقّ مضاجعت همسر دائمی است که با توافق وی، این رکن مخدوش می‌شود. بنابراین قیاس محلّی ندارد.

### ۷-۲-۳- نکاح دو هم جنس

این ایراد که اگر مقتضای ذات نکاح ارتباط جنسی نیست؛ پس چرا نکاح بین دو هم‌جنس مجاز شناخته نشده است؟ ضعیف‌تر از آن است که به تطویل بدان پردازیم. علّت حرمت ازدواج دو هم‌جنس، مربوط به رابطه‌ی جنسی نیست؛ اموری دیگر است که در ادلّه‌ی مربوط مذکور است و از طبیعت فطری آدمی نیز قابل استنباط بوده و آن، کرامت انسانی و عمل بر خلاف طبیعت و آسیب‌های روانی و اجتماعی می‌باشد.

### ۸-۲-۳- حلیّت یا فعلیّت استمتاع؟!

برخی با توجّه به روایاتی که از امام صادق (ع) در این زمینه وارد شده است (وسائل الشیعه/۲۱/۷۳-۷۲) عدم دخول را حرام ندانسته و آن را جایز می‌دانند. چراکه حقیقت نکاح، «مالکیّت حلیّت بضع» است نه «فعلیّت و ترتّب استمتاع». (ذخیره المعاد/۷۸۴-۷۶۴).

توضیح آن که عقد نکاح، نزدیکی را حلال می‌گرداند؛ نه واجب. بنابراین فرد می‌تواند از امری که برای وی حلال شده است، چشم‌پوشی کند. این بیان تنها در مورد شرط مذکور در عقد نکاح نیست؛ بلکه تمام شروطی که به اسقاط حقی می‌انجامد با چنین مبنایی قابل توضیح است. با وجود این استدلال‌ات تردیدی در پذیرش این شرط باقی نمی‌ماند. بنابراین با توجه به این که شرط خلاف مقتضای عقد، که با آن چه ذات و طبیعت عقد اقتضا می‌کند منافات دارد، چنانچه در عقد نکاح، شرط شود که شوهر و زن نسبت به یکدیگر محرم نشوند و یا رابطه‌ی زوجیت میان آنان پدید نیاید، چنین شرطی با مبنای عقد مبنایت دارد و مُبطل است. با دلایل پیش‌گفته به نظر می‌رسد نزدیکی اقتضای ذات نکاح نیست؛ بلکه از آثار آن می‌باشد و شرط خلاف آن، مفسد عقد نبوده و بلکه خود آن نیز فاسد نمی‌باشد.

نکته‌ی پایانی این بحث آن که به نظر برخی شرط عدم نزدیکی، شرط نامشروع است و نه خلاف مقتضای عقد؛ بنابراین تنها خود شرط باطل است و مبطل نیست. (تحریر الوسيله/۲۸۷/۲). غالباً علت مخالفت با شرع، حلال کردن حرام یا حرام کردن حلال ذکر شده است. (نظریه‌ی عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی/۱۱۷). در حالی که ما ذکر کردیم شرط مذکور، حلیت را از بین نمی‌برد؛ بلکه جلوی فعلیت آن را در رابطه‌ی معین می‌گیرد.

البته ممکن است به لحاظ دیدگاه عرفی، ازدواجی که در آن رابطه‌ی جنسی به فعلیت نرسد، چه از طریق شرط و چه از مسیر ترک عملی آن، ازدواج محسوب نشود؛ اما موضوع بحث در اینجا، عرف معمول جامعه نبوده و تحلیل حقوقی از شرط مذکور را در نظر دارد. با این حال می‌توان گفت که عرف نیز بنا را بر مداخله‌ی دقیق در این گونه امور نداشته و به شناسایی حلیت اکتفا کرده و باقی مسائل را مربوط به نحوه‌ی تنظیم زندگی زناشویی از سوی طرفین آن می‌داند.

#### ۴- آثار عملی پذیرش صحت شرط در باب نسب و تکالیف مالی

بنا به فرضی که شرط عدم نزدیکی در عقد نکاح را صحیح بدانیم، علی‌القاعده بحث از آثار آن از توابع مهم مسأله خواهد بود. در این باره نسب، نفقه و مهریه از جایگاه ویژه‌ای برخوردار هستند.

##### ۱-۴- نسب

نسب در لغت به معنای وابستگی و ارتباط دو شی است و در زبان فارسی به معنی نژاد، اصل و خویشاوندی است (فرهنگ معین/۴/۳۳۵۹) که در اصطلاح حقوقی نیز تأثیر

گذارده است. نسب در حقوق در دو معنای عام و خاص به کار می رود. (بررسی تطبیقی حقوق خانواده/۴۰۳-۴۰۴). معنای عام آن در ماده‌ی ۱۰۳۱ قانون مدنی و مفهوم خاص آن در مواد ۱۱۵۸ تا ۱۱۶۷ همان قانون مذکور افتاده است و منظور ما همین معنای اخیر است. نسب قانونی به ترتیبی که از مواد قانونی برداشت می‌شود، مشروط به دو شرط اساسی است: ۱- وجود نکاح صحیح بین زن و مرد. ۲- انعقاد نطفه در زمان زوجیت. البته برخی وجود اماره‌ی فراش را نیز در زمره‌ی شرایط نسب قانونی ذکر کرده‌اند (شرح قانون مدنی/۲/۱۰۲۰) که چندان صحیح به نظر نمی‌رسد. چراکه اماره‌ی فراش از اسباب اثبات است و نه تحقق ماهیت و خلط آن‌ها ایجاد دشواری می‌نماید.

راه‌های اثباتی این دو اساس، بدین قرار است: اثبات عقد نکاح با هر وسیله‌ای امکان‌پذیر است و عموماً امروزه با سند نکاح که ثبت آن مطابق قوانین، اجباری است (ماده‌ی ۶۴۵ قانون مجازات اسلامی) انجام می‌شود. اما اثبات انعقاد نطفه در زمان زوجیت یا به‌وسیله‌ی اماره‌ی فراش است یا ادله‌ی دیگر.

اماره‌ی فراش مذکور در ماده‌ی ۱۱۵۸ قانون مدنی در جایی که شرط عدم نزدیکی شده باشد نیز قابل اعمال است. چراکه با وقوع این شرط در ضمن عقد، نزدیکی حرام نمی‌شود و با اثبات وقوع آن که طبق قاعده‌ی «الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعَى» و اصل عدم نزدیکی بر عهده‌ی زن می‌باشد، ارکان آن نیز محقق می‌شود. علاوه بر آن از نزدیکی مذکور در ماده، استنباط‌های دیگری نیز شده است. (حقوق مدنی/۱۶۵/۵).

حتی اگر امکان اعمال قاعده‌ی فراش در اثبات نسب فرزندی که عقد نکاح آن مشروط به عدم نزدیکی شده است دشوار باشد، در اثبات نسب از طریق ادله‌ی دیگر تردیدی نیست؛ چراکه عقد صحیحاً واقع شده و از آثار پذیرش صحت عقد، نسب صحیح می‌باشد. علاوه بر آن قانون‌گذار در ماده‌ی ۱۱۶۷ قانون مدنی، تنها زنا را مانع شناسایی نسب دانسته است. بنابراین در هر مورد که زنا صادق نباشد، مانع از انتساب طفل به شخصی که از نطفه‌ی او تکون پیدا کرده است وجود نخواهد داشت. (مجموعه مقالات حقوقی/۱۸۳).

بر این اساس آثار نسب قانونی و مشروع مانند حرمت نکاح، نگهداری و تربیت اطفال (ماده‌ی ۱۱۶۸ قانون مدنی)، ولایت قهری پدر و جد پدری (ماده‌ی ۱۱۸۰ قانون مدنی)، الزام به انفاق (ماده‌ی ۱۱۹۵ قانون مدنی) و توارث بار می‌شود. بنابراین اثبات نسب و نفی آن (لعان) تفاوت محسوسی با نکاح غیرمشروط به شرط مذکور نخواهد داشت.



## ۲-۴- نفقه

با توجه به ماده‌ی ۱۱۰۲ قانون مدنی: «همین که نکاح به طور صحت واقع شد، روابط زوجیت بین طرفین موجود و حقوق و تکالیف زوجین در مقابل یک دیگر برقرار می‌شود.» از جمله‌ی این تکالیف (مرد) و حقوق (زن) نفقه می‌باشد که ماده‌ی ۱۱۰۷ قانون مدنی، انواع آن را به طور غیرحصری ذکر کرده است. تکلیف زوج به پرداخت نفقه، به محض انعقاد عقد نکاح ایجاد می‌شود؛ اما درباره‌ی رابطه‌ی این تکلیف با تمکین (به معنی خاص) از جانب زن می‌تواند از دو مبنا پیروی کند: ۱- رابطه‌ی دو تعهد متقابل در عقود معاوضی. ۲- کیفر زنی که بدون عذر موجه از تمکین امتناع می‌ورزد.

هر کدام از این دو مبنا که برگزیده شود، آثاری عملی در پی خواهد داشت؛ اما مبنای دوم با ساختمان حقوقی نکاح سازگارتر است. (حقوق مدنی، خانواده/۱/۱۸۴). حال با توجه به این موضوع و ماده‌ی ۱۱۰۲ قانون مدنی به نظر می‌رسد که اولاً نشوز مانع استحقاق نفقه است نه این که تمکین موجد آن باشد (همان/۱۸۶)؛ ثانیاً این امر از حقوق شوهر است؛ ثالثاً نشوز، عدم ایفای وظیفه توسط زن است بدون رضایت همسر خود. شرط عدم نزدیکی، اخلال به حقوق زوج و عدم رضایت او را از بین می‌برد و اثرگذاری ماده‌ی اخیرالذکر را امکان‌پذیر می‌سازد. بدین ترتیب مردی که به عدم تمکین همسر خود رضایت داده است، به نوعی علیه خود اقدام کرده است و محروم کردن زن از نفقه بدون دلیل قانونی، موجه نمی‌باشد. پس شک ایجاد مانع و عمل به اصل عدم، اثبات نفقه را در چنین شرایطی تقویت می‌کند. خصوص آن که با انتخاب مبنای کیفر برای زنی که بدون عذر موجه از ادای وظایف زناشویی امتناع می‌ورزد به عنوان پایه‌ی سقوط نفقه، به خوبی روشن است که زنی که با همسر خود بر این امر توافق کرده است، اصلاً ناشزه نیست تا مستحق چنین کیفری باشد.

## ۳-۴- مهریه

مهریه همان مالی است که به مناسبت عقد دائم، زوج ملزم به پرداخت آن به همسر خود می‌شود و مبنای آن از دیدگاه قرآن نشانه‌ی محبت و علاقه است (وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَهُ). (نساء/۴). ماده‌ی ۱۰۸۲ قانون مدنی به صراحت سبب استقرار تمام مهر را «عقد نکاح» می‌داند و طلاق با فرض عدم نزدیکی را سبب بازگشت نیمی از آن به ملکیت شوهر (در صورت پرداخت) یا ابراء وی از آن نیمه (در صورت عدم پرداخت) می‌شمرد. به این معنا که اگر پیش از وقوع نزدیکی طلاقی صورت گیرد، یا زوج مهریه را پرداخته است و یا

خیر. در صورت اخیر از پرداخت نیمی از مهر قهراً ابراء می‌شود و در صورت نخست نیز تعهدی بر زوجه است تا نیمی از مهر دریافتی را به زوج بازگرداند.

دو سؤال اساسی مرتبط با موضوع این بحث آن است که اولاً آیا با وجود چنین شرطی و عمل به آن، زن مستحق تمام مهر است یا نصف آن و ثانیاً آیا استناد مرد به حق حبس جهت نپرداختن مهریه صحیح است یا خیر؟

### ۱-۳-۴- استحقاق زن بر نصف مهریه

ماده‌ی ۱۰۹۲ قانون مدنی درباره‌ی تأثیر نزدیکی بر انحلال مالکیت نیمی از مهریه صراحت دارد. حکم این ماده به گونه‌ای است که شرط عدم نزدیکی و توافق شوهر با آن نیز تأثیری بر موضوع نخواهد گذاشت و بالعکس به نوعی اقدام زن علیه حق مالکیت خود را نشان می‌دهد. بدین ترتیب که با پذیرش چنین شرطی در عقد نکاح، از مالکیت نیمی از مهر صرف نظر می‌کند. در مقابل می‌توان استدلال کرد که با پذیرش شرط توسط مرد (در فرض پیشنهاد از طرف زوجه)، مرد نیمی دیگر مهریه را ابرا کرده یا تبرعاً به زن بخشیده و اگر پیشنهاد دهنده‌ی شرط، خود مرد باشد که به طریق اولی...! اما نباید این گونه پنداشت که مهریه از ابتدا به صورت ناقص به ملکیت او در می‌آید و از این جهت با عقد غیرمشروط متفاوت است؛ بلکه در صورت وقوع نزدیکی پس از عقد و با وجود شرط، تمام مهر از آن زن خواهد بود و مانعی در این باب وجود ندارد. اگر طلاق قبل از نزدیکی واقع شود، در هر حال زن مستحق مهرالمتعهی مذکور در ماده‌ی ۱۰۹۳ قانون مدنی بوده؛ این در صورتی است که مهریه (مهر المسمی) در بین نباشد و گرنه با وجود مهر المسمی، زن مستحق تمام یا نصف آن خواهد بود. وجود چنین شرطی به معنای صرف نظر کردن وی از مهریه نیست؛ علاوه بر آن که شرط عدم مهر به هر ترتیبی در عقد قابل اعتنا نمی‌باشد. (ماده‌ی ۱۰۸۱ قانون مدنی). البته زن و مرد می‌توانند ضمن عقد توافق کنند که حتی با عدم نزدیکی، تمام مهر مستقر گردد. چراکه خود مهر الزام قانونی است که تراضی خلاف آن صحیح نمی‌باشد؛ ولی امکان تعیین شرایط آن به تراضی امکان پذیر می‌باشد. (حقوق مدنی، خانواده/۱۳۹/۱). به بیان دیگر اگر شرط عدم نزدیکی از جانب مرد مطرح شده باشد و زن بپذیرد، می‌توان گفت که این شرط به معنای ابرای نیمی از مهریه، که در صورت عدم نزدیکی قابل پرداخت نیست یا در صورت پرداخت قابل بازگشت به مرد است، از سوی زوج به زوجه می‌باشد. این دیدگاه اگر چه ظاهراً صحیح به نظر می‌رسد؛ اما پذیرش آن به شکل مطلق صحیح نیست. چراکه مبنای

آن به نوعی توافق ضمنی طرفین در بطن شرط عدم نزدیکی یا بیان ضمنی و یک طرفه‌ی این ابرا یا اسقاط از جانب مرد است که چون صراحتاً ذکر نشده، نیاز به احراز دارد. چراکه مستنداً به صراحت قانون مدنی در خصوص متزلزل بودن مالکیت نیمی از مهر قبل از نزدیکی و در صورت عدم احراز چنین قصدی از جانب زوج، اصل بر عدم ابرا یا تبرع است و در صورت طرح از جانب زوجه که به طریق اولی این مسأله صدق می‌کند.

به این ترتیب می‌توان گفت در صورتی که از اوضاع و احوال همراه با شرط این‌گونه استنباط شود که طرفین با توافق خود خواسته‌اند که مهر بالتامه مستقر شود و شرط مزبور مانعی برای انفساخ نیمی از آن نباشد، این اراده محترم است. اما اصل بر خلاف وجود چنین اراده‌ای است و می‌بایست با توجه به تمامی شرایط احراز شود.

### ۲-۳-۴- امکان استناد زوج به حق حبس

گروهی را اعتقاد بر این است که مهر در نکاح، عوض است (شرح قانون مدنی / ۹۴۶/۲) و وجود حق حبس برای زوجه در ماده‌ی ۱۰۸۵ قانون مدنی بر همین مبناست و در این مورد اختلافی وجود ندارد. اما درباره‌ی این که آیا مرد نیز حق حبس دارد یا خیر، نظرها یکسان نیست. با وجود شرط مذکور همان‌گونه که ذکر شد، زن حق دارد مهریه‌ی خود را مطالبه کند؛ اما به دو دلیل حق امتناع از پرداخت توسط مرد وجود ندارد: اولاً هر چند در فقه حق حبس برای زوج از جانب اکثریت شناسایی شده است، (جامع المقاصد فی شرح القواعد/ ۲۱/۱۳)، در قانون مدنی تنها از حق حبس زن سخن گفته شده است و به نظر، مقنن در مقام بیان بوده و مرد را از چنین حقی برای احتراز از مشکلات، ممنوع ساخته است. ثانیاً بر فرض پذیرش این حق برای مرد، وی با پیشنهاد یا پذیرش شرط عدم نزدیکی در نکاح، حق خویش را ساقط کرده است و این اعلام ضمنی اسقاط حق حبس، او را موظف به پرداخت میزان قانونی مهریه می‌کند.

### نتیجه‌گیری

عقد نکاح مانند سایر عقود آثار متفاوتی به دنبال خود دارد که بی‌شک از اساسی‌ترین آن‌ها «نزدیکی» است. اما با توجه به استدلال‌ات مذکور، رابطه‌ی جنسی تنها اقتضای اطلاق نکاح است؛ نه ذات آن. به علاوه ذات نکاح، «ایجاد مسؤولیت مشترک و فراهم ساختن محیط مساعد برای پرورش کودکان» نیز نمی‌باشد. (حقوق مدنی، خانواده/ ۲۸/۱). این امور

به‌گونه‌ای نیستند که نبود آن‌ها، نکاح را بی‌اثر ساخته و دیگر نتوان توافق موجود را نکاح نامید. اقتضای ذات نکاح، فراهم‌آوری کانونی است که بر اساس آن زوجین زندگی مشترکی را آغاز کرده و در چارچوبه‌ی مشخصی تنظیم روابط خود را چهره‌ای نوین بخشند. از این امر که طرفین می‌توانند شرط کنند رابطه‌ی جنسی بین آنان به فعلیت نرسد، نباید نتیجه گرفت که عقد ازدواج با ایجاد رابطه‌ی جنسی بی‌ارتباط و بر آن بی‌اثر است. اما دستیابی به مقتضای عقد مزبور، یعنی تشکیل بنیان اجتماعی خانواده، الزاماً با ترک رابطه‌ی جنسی غیرممکن نمی‌شود. این رابطه حتی هدف نکاح هم نیست و تنها از آثار آن می‌باشد. بدین ترتیب عقد نکاح بدون هیچ شرط صریحی درباره‌ی عدم نزدیکی، اقتضای این رابطه را دارد و تمام آثار بر آن بار می‌شود؛ اما نباید چنین پنداشت که شرط خلاف، عقد را از اساس بی‌بنیان می‌کند. وظایفی که زوجین در زمینه‌ی مسائل جنسی در قبال یک دیگر دارند، از آثاری است که با پیش‌بینی قانون بر آن مترتب می‌شود. اما نباید «عنصری را که قانون بر نهاد قراردادی می‌افزاید، با آثار قانونی آن نهاد» یگانه پنداشت. شرطی که قانون بر عقد اضافه می‌کند، جزء ماهیت آن نیست تا شرط مخالف با آن، عقد را بی‌اثر کند مگر آن که خلاف آن به قرینه‌ای اثبات شود. (حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها/۱۸۱/۳).

به این ترتیب شرط عدم نزدیکی در عقد نکاح، نه با مقتضای عقد مخالفتی دارد و نه با مبانی شرعی و امکان اشتراط آن در عقد به امکان اثبات نسب از طرق عادی، اختلالی وارد نمی‌آورد. هم چنین با مبانی قانونی حق زن بر نفقه و مهریه تعارضی ندارد تا بدین وسیله اشتراط آن را مخالف قانون بدانیم.

به نظر می‌رسد با توجه به رویکرد فقهی رسوخ یافته در ذهنیت جامعه و نظام حقوقی، اعمال این شرط و الزام مشروط علیه به آن و یا حتی طرح این ادعا با عکس‌العمل مخالف روبه‌رو شود، تلاش این مقاله نیز تنها پی‌ریزی پایه‌های این نظریه بود که آیا ممکن است عقدی در یک عصر، دوره و مکان برخوردار از اقتضایی باشد و در عصر و دوره‌ای دیگر با شرایط متفاوت، اقتضای دیگری داشته باشد؟ امری که نیاز به بررسی فراوان، طرح دیدگاه‌های موافق و مخالف و انعطاف نظام حقوقی وابسته به فقه دارد.

## منابع

### ۱- قرآن کریم.

- ۲- ابن ادریس حلی، ابی جعفر محمد بن منصور بن احمد، *کتاب السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*، ج ۲، قم، دفتر انتشارات اسلامی (وابسته به جامعه‌ی مدرّسین حوزه‌ی علمیه‌ی قم)، ۱۳۸۶.

- ۳- امامی، سید حسن، **حقوق مدنی**، ج ۴، چ ۱۸، تهران، انتشارات اسلامی، ۱۳۸۴.
- ۴- \_\_\_\_\_، **حقوق مدنی**، ج ۵، چ ۱۵، تهران، انتشارات اسلامی، ۱۳۸۶.
- ۵- انصاری، شیخ مرتضی (شیخ انصاری)، **کتاب المکاسب**، ج ۲، تبریز، مطبعه الاطلاعات، ۱۳۷۵.
- ۶- الجبعی العاملی، زین الدین (شهید ثانی)، **الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیه (شرح لمعه)**، با تعلیقات دکتر سید محمد کلانتر، ج ۳، چ ۱، منشورات جامعه النجف الدینی، ۱۴۱۰ ق.
- ۷- الجبعی العاملی، زین الدین (شهید ثانی)، **مسالك الافهام إلی تنقیح سرائع الاسلام**، ج ۳، چ ۱، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۴ ق.
- ۸- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، **ترمینولوژی حقوق**، چ ۱۵، تهران، کتاب خانه ی گنج دانش، ۱۳۸۴.
- ۹- حائری شاه باغ، سید علی، **شرح قانون مدنی**، ج ۲، چ ۳، تهران، کتاب خانه ی گنج دانش، ۱۳۸۷.
- ۱۰- حائری مازندرانی، زین العابدین، **ذخیره المعاد**، عظیم آباد، مطبع صبح صادق، ۱۲۹۶ ق.
- ۱۱- الحر العاملی، شیخ محمد بن الحسن، **وسائل الشیعه إلی تحصیل مسائل الشریعه**، ج ۲، چ ۲، قم، مؤسسه ی آل البيت لاحیاء التراث، ۱۴۱۴ ق.
- ۱۲- حلّی، ابوالقاسم نجم الدین جعفر (المحقق الحلّی)، **سرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام**، تعلیق سید صادق شیرازی، ج ۲، چ ۲، تهران، انتشارات استقلال، ۱۴۰۹ ق.
- ۱۳- الخزاعی النیشابوری، حسین بن علی محمد بن احمد، **روح الجنان و روح الجنان فی تفسیر القرآن (تفسیر ابوالفتوح رازی)**، چ ۱۵، مشهد، پژوهش‌های اسلامی آستان قدس رضوی، ۱۳۶۶-۱۳۷۴.
- ۱۴- خمینی، سید روح الله (امام خمینی)، **تحریر الوسیله**، ج ۲، چ ۲، تهران، مؤسسه‌ی تنظیم و نشر آثار امام خمینی (س)، ۱۳۸۵.
- ۱۵- سیمایی صراف، حسین (پژوهش کده ی فقه و حقوق مرکز مطالعات و تحقیقات اسلامی)، **شرط ضمنی (پژوهشی تطبیقی در فقه، قانون مدنی ایران و حقوق خارجی)**، چ ۱، قم، بوستان کتاب قم (انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه‌ی علمیه‌ی قم)، ۱۳۸۰.
- ۱۶- شهابی، محمود، **قواعد فقه**، چ ۴، تهران، انتشارات چاپ‌خانه‌ی دانشگاه تهران، ۱۳۳۳.
- ۱۷- شهیدی، مهدی، **حقوق مدنی (شرط ضمن عقد)**، ج ۴، چ ۱، تهران، مجمع علمی و فرهنگی مجد، ۱۳۸۶.
- ۱۸- شهیدی، مهدی، **مجموعه مقالات حقوقی**، چ ۲، تهران، مجمع علمی و فرهنگی مجد، بهمن ۱۳۸۷.
- ۱۹- شیخ طوسی، ابی جعفر محمد بن الحسن، **التبیان فی تفسیر القرآن**، ج ۸، چ ۱، به تحقیق احمد حبیب قصیر العاملی، قم، مکتب الاعلام الاسلامی، ۱۴۰۹ ق.
- ۲۰- شیخ طوسی، ابی جعفر محمد بن الحسن، **المبسوط فی فقه الامامیه**، تصحیح و تعلیق سید محمد تقی کشفی، ج ۲، المکتبه المرتضویه، ۱۳۷۸ ق.
- ۲۱- شیخ طوسی، ابی جعفر محمد بن الحسن، **النهایه فی مجرد الفقه و الفتاوی**، قم، انتشارات قدس محمدی (افست از چاپ بیروت)، بی‌تا.
- ۲۲- صفایی، سید حسین، امامی، اسدالله، **مختصر حقوق خانواده**، چ ۱۱، تهران، نشر میزان، پاییز ۱۳۸۵.

- ۲۳- طباطبایی، سید محمد حسین، *المیزان فی تفسیر القرآن*، ج ۱۶، قم، دفتر انتشارات اسلامی (وابسته به جامعه ی مدرسین حوزه ی علمیه ی قم)، بی تا.
- ۲۴- الطبرسی، ابی علی الفضل بن الحسن، *مجمع البیان فی تفسیر القرآن*، ج ۸، چ ۱، بیروت، مؤسسه الاعلمی للمطبوعات، ۱۴۱۵ ق.
- ۲۵- العلوی الحسینی الموسوی، محمد کریم، *تفسیر کشف الحقایق عن نکت الآیات و الدقائق*، ج ۲، چ ۳، تهران، حاج عبدالمجید- صادق نوبری، ۱۳۹۶ ق.
- ۲۶- قمی، میرزا ابوالقاسم (میرزای قمی)، *جامع الشّانات*، ترجمه، تحقیق و تعلیق عیسی ولایی، زیر نظر ابوالقاسم گرگی، ج ۳، چ ۱، تهران، انتشارات دانشکده ی حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، پاییز ۱۳۸۰.
- ۲۷- کاتوزیان، ناصر، *حقوق مدنی (خانواده)*، ج ۱، چ ۵، ویرایش دوم، تهران، شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، ۱۳۷۸.
- ۲۸- کاتوزیان، ناصر، *حقوق مدنی (قواعد عمومی قراردادها)*، ج ۳، چ ۴، تهران، شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، ۱۳۸۳.
- ۲۹- گرگی، ابوالقاسم و دیگران، *بررسی تطبیقی حقوق خانواده*، چ ۲، تهران، مؤسسه ی انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، ۱۳۸۷.
- ۳۰- محقق داماد، سید مصطفی، *نظریه ی عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی*، چ ۱، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۸۸.
- ۳۱- محقق کرکی، شیخ علی بن الحسین (محقق ثانی)، *جامع المقاصد فی شرح القواعد*، ج ۴ و ۱۳، چ ۱، قم، مؤسسه ی آل البیت لاحیاء التراث، ۱۴۰۸ ق.
- ۳۲- مکارم شیرازی، ناصر، *تفسیر نمونه*، ج ۱۶، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۵۳-۱۳۶۶.
- ۳۳- مکی العاملی، محمد بن جمال الدّین (شهید اول)، *اللمعه الدمشقیه فی فقه الامامیه*، چ ۱۷، قم، انتشارات دارالفکر، ۱۳۸۳.
- ۳۴- معین، محمد، *فرهنگ معین (فارسی)*، ج ۴، چ ۱، تهران، انتشارات زرین با همکاری انتشارات نگارستان کتاب، ۱۳۸۲.
- ۳۵- موسوی بجنوردی، سید محمد، *قواعد فقهیه*، ج ۲، چ ۲، تهران، مجمع علمی و فرهنگی مجد، ۱۳۸۸.
- ۳۶- نجفی، شیخ محمد حسن (صاحب جواهر)، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*، تعلیق محمد قوچانی، ج ۲۹، چ ۳، تهران، المکتبه الاسلامیه، ۱۳۶۷.
- ۳۷- نراقی، مولی احمد، *عوائد الایام فی بیان قواعد الاحکام و مهمات مسائل الحلال و الحرام*، چ ۳، قم، مکتبه بصیرتی، ۱۴۰۸ ق.
- ۳۸- قانون امور حسبی مصوّب ۱۳۱۹/۴/۲ با اصلاحیه ها و الحاقات بعدی.
- ۳۹- قانون مدنی.