

شرط عدم نزدیکی در عقد نکاح

محسن ناظمی زاده*

مجتبی نیک دوستی**

چکیده:

یکی از شروط ضمن عقد نکاح، «شرط عدم نزدیکی» است که وضعیت حقوقی آن مورد بررسی این نوشتار می‌باشد. سؤال مطرح آن است که آیا شرط مزبور اساساً دارای اعتبار بوده؛ یا بالعکس، باطل و غیر معتبر تلقی می‌شود. همچنین در صورت باطل بودن شرط، آیا این شرط بر عقد نکاح تاثیری خواهد داشت؟ فرض دیگری نیز می‌توان متصور بود و آن، این که آیا شرط عدم نزدیکی در عقد نکاح می‌تواند در پاره‌ای موارد صحیح و در برخی دیگر باطل باشد؟ در این مقاله با توجه به سکوت قانون‌گذار در این خصوص، به مطالعه و تحقیق در آرای مختلف فقهای اسلامی و حقوقدانان پرداخته و در نهایت مستنداً اعتبار شرط مذکور نتیجه‌گیری می‌شود.

واژگان کلیدی: عقد نکاح، شرط ضمن عقد، عدم نزدیکی، بطلان، صحت.

** کارشناسی ارشد رشته حقوق خصوصی دانشگاه آزاد اسلامی واحد خوراسگان. (نویسنده مسئول)

Mohsen_nazemizadeh@yahoo.com

* استادیار دانشکده حقوق دانشگاه آزاد واحد خوزستان.

Dr. nikdousti@yahoo.com

درآمد

«خانواده»، به‌عنوان یک رکن اساسی در حفظ و تداوم جامعه نقش اساسی اجرا می‌کند. از این‌رو، تشکیل خانواده، سلامت و بقای جامعه را تضمین می‌نماید. تشکیل خانواده از دیدگاه اسلام تنها از طریق عقد نکاح امکان‌پذیر است. بنابراین، عقد نکاح در فقه اسلامی از جایگاه و اهمیت ویژه‌ای برخوردار است و همچون سایر عقود، از لحاظ ارکان و شرایط صحت، از احکام و قواعد یک سانی پیروی کند؛ ولی از آن‌جا که هدف از عقد نکاح تشکیل خانواده و مشارکت در زندگی است، اساساً قراردادی غیرمالی است. از این رو چه بسا قواعد قراردادهای مالی در مورد نکاح قابل اجرا نیست.^۱ همچنین در عقد نکاح، بر خلاف سایر عقود، طرفین در تعیین آثار مترتب بر آن، اختیار تام ندارند؛ زیرا بسیاری از قواعد حاکم بر آن از جمله قواعد امری محسوب می‌شود. در عین حال، زوجین می‌توانند در برخی زمینه‌ها به اختیار و توافق خود در قالب شروط ضمن عقد عمل کرده و آثار آن را رقم زنند. بنابراین، اعتبار و یا عدم اعتبار پاره‌ای از شروط مزبور، مورد اتفاق فقیهان و حقوق‌دانان بوده، و در مواردی نیز اتفاق نظر وجود نداشته و اختلاف آرا وجود دارد. از جمله موارد مورد اختلاف، «شرط عدم نزدیکی در عقد نکاح» است که در این نوشتار مورد بررسی قرار می‌گیرد. ضرورت بحث و تحقیق در این باره، از این لحاظ نمایان‌تر می‌شود که در حقوق موضوعه، حکم مزبور به صراحت بیان نشده و رویه قضایی نیز درباره آن مسکوت است. بنابراین، حسب اصل ۱۶۷ قانون اساسی^۲، مرجع قضایی بایستی به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر رجوع و حکم آن را صادر نماید. از سوی دیگر، به دلیل تشتت آرا در این زمینه و نیز استدلال‌های متناقض در مورد صحت یا عدم صحت آن، بایستی حل این معضل طی بررسی همه جانبه علمی منقح گردد. همچنین با استناد به منابع فقهی و حقوقی، شرط عدم نزدیکی در عقد نکاح از این حیث نیز حایز اهمیت است که بر حسب موقت یا دائم بودن عقد، اعتبار یا عدم اعتبار آن مورد اختلاف است. در رجوع به منابع مشاهده می‌شود که قریب به اتفاق فقها و حقوق‌دانان

^۱. صفایی، سید حسین و اسدالله امامی، مختصرحقوق خانواده، تهران: انتشارات میزان، چاپ پانزدهم، ۱۳۸۷، ص ۳۰

^۲. اصل ۱۶۷ قانون اساسی بیان می‌کند: «قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوا را در قوانین مدونه بیابد و اگر نیابد، با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر، حکم قضیه را صادر نماید و نمی‌تواند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه، از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزد».

به صحت این شرط در عقد موقت قائل بوده و اختلاف عقیده‌ای در این باره به نظر نمی‌رسد.^۱ مبنای استدلال فقها در زمینه صحت شرط مزبور، علاوه بر نص وارد، این است که مقصود از نکاح موقت صرفاً تلذذ، تمتع وارضای شهوت است، نه توالد و تناسل.^۲

بنابراین، آنچه در این نوشتار مورد بحث و تفصیل بیش‌تری قرار می‌گیرد، اعتبار یا عدم اعتبار شرط مزبور در عقد دائم است. با توجه به ضرورت بحث و تبیین شرط عدم دخول در عقد نکاح، هدف نگارنده این است که تا حد امکان مرور جامعی بر منابع فقهی و حقوقی معتبر انجام پذیرفته، و با ارایه نظریات مختلف، مجموعه‌ای از آرای متنوع و بعضاً متضاد بیان شود. و در پایان با استناد به مطالب بیش‌تر مراجع، استدلال‌های اقوا ارائه و اعتباری اعدم اعتبار شرط مزبور در عقد نکاح نتیجه‌گیری شده است.

۱. نظریات مطرح شده درباره شرط عدم نزدیکی

در این بخش به بررسی و مطالعه نظریات ارائه شده درباره شرط عدم نزدیکی در عقد نکاح پرداخته می‌شود. اهم نظریاتی که در این باره بیان گردیده، عبارت است از: باطل

۱. آشتیانی، محمود، کتاب النکاح، مشهد: چاپخانه خراسان، بی‌تا، ص ۳۱۰؛ محمدجواد مغنیه، فقه الامام جعفرالصادق، جلد ۶۵، بیروت: انتشارات دارالعلم للملایین، ۱۰۸۵ق، ص ۱۸۹؛ یوسف حرانی، حدائق الناضره فی احکام العتره الطاهره، جلد بیست و چهارم، قم: انتشارات موسسه النشر الاسلامی، ۱۴۰۸ ق، ص ۲۰۰؛ محمدحسن نجفی، جواهر الکلام، مصحح: سیدابراهیم میانجی، جلد ۳۱، تهران: انتشارات المکتبه الاسلامیه چاپ ششم، ۱۴۰۱ ق، صص ۹۹-۱۰۰؛ شیخ ابی جعفر محمد بن حسن طوسی، المبسوط، مصحح: محمدباقر بهبودی، جلد ۴، تهران: انتشارات المکتبه المرتضویه لاحیاء الآثار الجعفریه، چاپ دوم، ۱۳۸۸ق، ۳۰۳؛ شیخ عبدالله مامقانی، منهاج المتقین، بی‌جا: انتشارات موسسه آل‌البیت (ع) لاحیاء التراث، بی‌تا، ص ۳۷۳؛ محمدباقر بن محمد مومن سبزواری، کفایه الاحکام، قم: چاپخانه مهر، مدرسه صدر- مهدوی، اصفهان، بی‌تا، ص ۲۴۰؛ علی بن حسین کرکی (محققثانی)، جامع المقاصد فی شرح قواعد الاحکام، جلد ۱۳، قم: انتشارات موسسه آل‌ال بیت علیهما السلام - لاحیاء التراث، چاپ اول، ۱۴۱۱ق، ص ۳۹۲؛ زین‌الدین بن علی شهیدثانی، الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیه، جلد دوم، تهران: انتشارات کتابفروشی اسلامیه، ۱۳۸۴ ق، ص ۵۵؛ نجفی خوانساری، شیخ موسی، منیه الطالب، جلد ۲، تهران: انتشارات موسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۸ هجری قمری، بی‌تا، ص ۱۱۲؛ موسوی خمینی، روح الله، تحریر الوسیله، جلد ۲، قم: انتشارات موسسه مطبوعات دارالعلم، چاپ دوم، بی‌تا، ص ۳۰۳؛ مدنی التبریزی، السید یوسف، منهاج الاحکام فی النکاح والطلاق، جلد ۲، بی‌جا: انتشارات مکتبه الدهاقانی (اسماعیلیان)، چاپ چهارم، ۱۴۱۹ ق، ص ۳۳۲

۲. آشتیانی، پیشین، ص ۳۱۰؛ مغنیه، پیشین، ص ۱۸۹؛ سبزواری، پیشین، ص ۱۸۴؛ محققثانی، پیشین، ص ۳۹۲

و مبطل بودن شرط، بطلان شرط و صحت شرط. در ادامه، هر یک از آن‌ها به صورت مجزا مورد مطالعه قرار می‌گیرد.

۱-۱. باطل و مبطل بودن شرط:

بنابر مفاهیم اولیه علم حقوق، باطل و مبطل بودن شرط به این معناست که وضع شرط، محل یکی از ارکان اساسی عقد باشد که نتیجتاً عقد را نیز باطل می‌کند. یکی از شروط باطل و مبطل، شرطی است که «برخلاف مقتضای ذات عقد» باشد.^۱ با توجه به تقسیم مقتضای عقد به «مقتضای ذات عقد» و «مقتضای اطلاق» عقد، در تعریف هر یک یادآوری می‌نماید: مقتضای اطلاق عقد، اثری است که اگر قرارداد به طور مطلق و بدون قید و شرط واقع شود، آن را اقتضا می‌کند و طرفین بدان ملزم می‌گردند؛ لیکن طرفین اصولاً می‌توانند، خلاف آن توافق کنند.^۲ اما مقتضای ذات عقد موضوع اصلی است که عقد به خاطر آن واقع می‌شود، و به خواست طرفین یا احکام مترتب بر آن، جزء یا لازمه‌ی ماهیت عقد است.^۳ به بیان دیگر، مقتضای ذات عقد، آن چنان اثری است که عقد بدون وجود این اثر محقق نمی‌شود. این اثر را ماهیت عقد ایجاد می‌کند؛ به طوری که عقد بالذات تولیدکننده آن است. به این ترتیب، چنین اثری از عقد جدا - نشدنی خواهد بود.^۴ از این رو، وجود مقتضیات ذات هر عقدی برای تحقق وصحت آن عقد لازم و اشتراط عدم آن یا هر شرط مخالف با آن، باطل و نیز موجب بطلان عقد خواهد بود. آن دسته از فقهای اسلامی که بر باطل و مبطل بودن شرط عدم نزدیکی در نکاح معتقد هستند؛ شرط مذکور را خلاف مقتضای ذات عقد نکاح می‌دانند. در میان فقهای اسلامی، برخی از فقها بر این نظر قائل می‌باشند که هدف اصلی

^۱ ماده ۲۳۳ قانون مدنی: «شروط مفصله‌ی ذیل باطل و موجب بطلان عقد است: (۱) شرط خلاف مقتضای عقد، (۲) شرط مجهولی که جهل به آن موجب جهل به عوضین شود»

^۲ صفایی، سید حسین و اسدالله امامی، منبع پیشین، ص ۱۹۰

^۳ کاتوزیان، ناصر، دوره مقدماتی حقوق مدنی (اعمال حقوقی قراردادها)، انتشارات بهمن برنا، چاپ

سیزدهم، ۱۳۸۷، ص ۳۰۹

^۴ شهیدی، مهدی، شروط ضمن عقد، انتشارات مجد، چاپ دوم، ۱۳۸۷، ص ۱۱۳

از نکاح توالد و تناسل است (تناکحواتناسلوا^۱) و شرط عدم نزدیکی با مقتضای ذات عقد نکاح منافات دارد.^۲ برخی از فقهای عامه نیز به این نظر قائل هستند.^۳ برخی از فقها، شرط مزبور را با اثر ظاهر عقد منافی دانسته‌اند. منظور از اثر ظاهر عقد، اثری است که عرفاً، بلکه شرعاً تمامی منظور عاقد از انعقاد عقد را تشکیل می‌دهد. در مطلب مورد بحث اثر عمده ظاهری مترتب بر نکاح دائم و آنچه غرض اصلی آنرا در دیدگاه عرف، بلکه شرع تشکیل می‌دهد، عبارت از نزدیکی است؛ هر چند آثار و اغراض دیگری نیز وجود دارد. از این رو شرط عدم نزدیکی، با اثر ظاهر عقد در تنافی است.^۴ بنابراین، می‌توان گفت از آنجا که نفی اثر ظاهری عقد عرفاً با نفی مضمون عقد ملازمه دارد، درج شرط عدم نزدیکی در عقد نکاح از عدم قصد مضمون عقد حکایت می‌کند که در نتیجه عقد باطل می‌گردد؛ زیرا عقد تابع قصد است و به تبع آن شرط نیز باطل می‌شود. البته بایستی متذکر گردید مقصود از اثر ظاهر عقد در بیان ارائه شده، اثر اصلی مترتب بر عقد یا همان مقتضای ذات عقد می‌باشد که شرط مخالف آن مبطل عقد خواهد بود. در بیان برخی دیگر از فقها، دلیل بطلان شرط مخالفت آن با مقتضای ذات عقد و علت بطلان عقد، عدم رضایت متعاقدين به آن عقد؛ در حالی که از شرط خالی باشد، اعلام گردیده است.^۵ این نظر قابل نقد است؛ زیرا بر فرض پذیرش مخالفت شرط با مقتضای ذات عقد، بطلان عقد نیز از همین امر دانسته می‌شود و به استدلال بیان شده نیازی نیست. وانگهی استدلال مذکور مخدوش است؛ زیرا شرط مندرج در ضمن هر عقدی شرط تراضی است، نه قید آن؛ و شرط، چیزی جز قید است؛ شرط، از چهارچوب و ارکان عقد خارج بوده و از استقلال نسبی

^۱ متن روایت به شرح زیر است: عن النبی (ص)، «انه قال: تناکحوا تناسلوا، اباهی بکم الامم یوم القیامه»؛ میرزا حسین نوری الطبرسی، مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل، جلد ۱۳، قم: انتشارات موسسه آل البیت (ع) لاحیاء التراث، چاپ اول، ۱۴۰۸ق، ص ۱۵۳

^۲ حسن بن یوسف حلّی (علامه)، مختلف الشیعه، جلد هفتم، قم: انتشارات مکتب الاعلام الاسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۷ق، ص ۱۶۴؛ شهیدثانی، زین الدین بن علی، الروضه البهیة فی شرح اللعنه الدمشقیه، جلد دوم، تهران: انتشارات کتابفروشی اسلامیة، ۱۳۸۴ق، ص ۳۹۳؛ متن استفتا: «شرط مذکور خلاف مقتضای عقد است و لازم الاجرا نمی‌باشد و لغو است. علی فرض این که فاسد باشد و شرط فاسد، مفسد باشد ممکن است به عقد هم آسیب برساند».

^۳ یحیی بن شرف النووی، السراج الوهاج، انتشارات درالمعرفه، بی تا، ۱۳۹۸ق، ص ۳۹۰

^۴ موسوی بجنوردی، سید حسن، القواعدالفقهیه، جلد ۳، قم: انتشارات دارالکتب العلمیه، بی تا، ص

برخوردار است؛ درحالی که تقید عقد به امری، داخل در ارکان آن عقد محسوب می شود؛ به طوری که نفی آن موجب انتفای آن عقد (مقید) می شود. (اذا انتفی القید انتفی المقید) بنابراین، استدلال موضوع بحث در واقع نتیجه خلط مفاهیم شرط و قید است. برخی از حقوقدانان نیز چنین استدلال کرده اند که اگر هدف از نکاح، رابطه جنسی زن و مرد محسوب نشود، لاقبل به عنوان یکی از مهم ترین اهداف عقد مذکور است؛ لذا نفی کردن آن خلاف مضمون عقد نکاح بوده و باعث بطلان آن می شود.^۱ در واقع، از اهداف اساسی زوجین در عقد نکاح، توالد و تناسل و ارضای غریزه جنسی در چهارچوب مشروع و قانونی آن است و لازمه این امر، حلیت نزدیکی بین آنان می باشد. در برخی نظریات نیز آمده است که اگر فرضاً این شرط، خلاف مقتضای ذات عقد نکاح نباشد، مسلماً خلاف قانون آمره بوده و باطل است.^۲ در این باره، برخی دیگر، علاوه بر اینکه هدف اصلی نکاح دائم را توالد و تناسل در نظر گرفته و شرط عدم نزدیکی را؛ آن، مغایر می دانند؛ معتقدند که نه تنها این شرط با قوانین امری مربوط به روابط زوجین مخالف است؛ بلکه با مفهوم عرفی زناشویی نیز تعارض دارد. به بیان دیگر، «عرف»، زوجینی که نزدیکی بین خود را بدون مانع مشروع ممنوع ساخته اند، زن و شوهر نمی شناسد.^۳ همچنین برخی از حقوقدانان در مقام نظر و رأی در ماهیت امر، به باطل و مبطل بودن شرط نسبت به عقد معتقد شده اند و در تعلیل آن، همچون دیگران گفته اند توالد و تناسل و ارضای غریزه جنسی از اهداف اساسی عقد نکاح دائم است؛ بنابراین، شرط خلاف آن، شرط مخالف مقتضای ذات عقد محسوب گردیده که علاوه بر بطلان آن، عقد را باطل می سازد. لکن در مقام قضا بر این عقیده اند که با عنایت به سکوت قانون مدنی در این باره و لزوم مراجعه به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر (حسب اصل ۱۶۷ قانون اساسی) و با توجه به نظر مشهور فقهای امامیه، پذیرش نفوذ و اعتبار شرط مزبور اجتناب ناپذیر است.^۴

۱. کاتوزیان، ناصر، حقوق خانواده، جلد ۱، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ اول، ۱۳۸۸، ص ۲۳۴؛ محقق داماد، سید مصطفی، نکاح و انحلال آن، (حقوق خانواده)، انتشارات مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ شانزدهم، ۱۳۸۶، ص ۳۲۸

۲. محقق داماد، پیشین، ص ۳۲۸

۳. کاتوزیان، پیشین، ص ۲۳۴

۴. عابدیان، میرحسین، شروط باطل و تاثیر آن در عقد، تهران: انتشارات جاودانه جنگل، ۱۳۸۷، ص ۱۵۷

به طور کلی، بیش تر فقها و حقوقدانانی که به باطل و مبطل بودن شرط عدم نزدیکی در نکاح صراحت دارند، دلایل خود را بر پایه هدف نکاح، یعنی توالد و تناسل و همچنین مغایرت شرط مذکور با مقتضای ذات عقد نکاح قرار داده‌اند.^۱

۲-۱- بطلان شرط:

بر اساس این نظریه، شرط عدم نزدیکی در نکاح باطل است؛ ولی موجب باطل شدن عقد نکاح نیست و به ارکان اساسی صحت عقد خللی وارد نمی‌سازد. این دیدگاه مورد توجه تعداد کمی از فقهای اسلامی بوده و نظریاتی مبتنی بر بطلان شرط نزدیکی از مراجع فقهی^۲ یافت می‌شود. در برخی از منابع فقهی، دلیل بطلان شرط مذکور را به علت مخالف بودن آن با حکم شرع دانسته‌اند.^۳ در بیان برخی دیگر از فقها شرط مزبور مخالف قرآن و سنت اعلام گردیده است؛ بدون این‌که به آیه یا روایتی در این باره استناد شده باشد. در ادامه نیز در تأکید بر بی‌اعتباری شرط یاد شده، گفته‌اند، اصل، براءت ذمه از این شرط است.

منظور ابن ادریس از عبارت اخیر، این است که درباره لزوم تبعیت از شرط مزبور و این‌که آیا تکلیفی را بر عهده مشروط علیه ایجاد می‌نماید، یا خیر؛ اصل بر براءت ذمه است. بدیهی است اگر منظور چنین باشد، استدلال مذکور صحیح نیست؛ زیرا مجرای اصل براءت، فقدان دلیل است. بنابراین، با وجود شرط، استناد به اصل براءت فاقد محمل صحیح شرعی است (الاصل دلیل حیث لا دلیل). برخی دیگر از فقیهان^۴، در تعلیل بطلان شرط دو دلیل بیان کرده که هر دو مخدوش است: ابن قدامه دلیل اول را اجمالا مخالفت با مقتضای عقد دانسته، بدون این‌که مخالفت با مقتضای ذات یا اطلاق عقد را بیان کند؛ ولی مراد، هر چه باشد، استدلال مزبور مردود است؛ زیرا اگر منظور وی مخالفت با مقتضای ذات عقد باشد که فساد عقد را نیز به همراه دارد؛ در حالی‌که

^۱ کاتوزیان، پیشین، ص ۲۳۴؛ جواد حبیبی تبار، گام به گام با حقوق خانواده، بی‌جا: انتشارات نشر

خرم، چاپ اول، ۱۳۸۰، ۲۶۷

^۲ ابوجعفر محمد بن منصور بن احمد ابن ادریس، السرائرالحاوی لتحریرالفتاوی، جلد ۲، قم: انتشارات موسسه نشرالاسلامی، چاپ دوم، ۱۴۱۰ ق، ص ۲۰۸؛ ابن قدامه، المغنی، جلد هفتم، بیروت: انتشارات دارالکتب العربی، ۱۴۰۳ ق، ص ۴۵۰

^۳ زین الدین بن علی شهیدثانی، الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیة، جلد دوم، تهران: انتشارات کتابفروشی اسلامیة، ۱۳۸۴ ق، ص ۵۶

^۴ ابن ادریس، پیشین، ج ۲، ص ۵۸۹

^۵ ابن قدامه، پیشین، ج ۷، ص ۴۵۰

او صراحتاً عقد را صحیح می‌داند. چنانچه مراد او از مخالفت با مقتضای عقد، مخالفت با مقتضای اطلاق عقد باشد؛ که بدیهی است این امر دلیل فساد شرط نیست؛ زیرا شرط مخالف مقتضای اطلاق عقد فی نفسه فاقد اشکال بوده و از این حیث، از جمله شروط صحیح است. ایشان دلیل دوم خود را این‌گونه اقامه کرده که شرط یاد شده، متضمن اسقاط حقی است که تا قبل از عقد هنوز موجود نشده؛ در حالی که به موجب شرط، در صدد اسقاط آن بر آمده‌اند و آن را به اسقاط حق شفعه قبل از بیع تنظیم نموده است (اسقاط ما لم یجب)^۱ صرف‌نظر از صحت و سقم قیاس مزبور، این استدلال نیز صحیح نمی‌باشد؛ زیرا برای صحت اسقاط حق، تحقق سبب آن کافی بوده و فعلیت حق ضروری نیست.

از معاصرین نیز، برخی شرط مزبور را صرفاً در عقد دائم واجد اشکال دانسته‌اند. آنان (هر چند عقد را صحیح می‌دانند و تنها شرط مذکور را در عقد دائم باطل می‌شمارند؛ که زوجین می‌توانند اخلاقاً تعهد نمایند که به نزدیکی اقدام نکنند^۲ و برخی دیگر صراحتاً آن را باطل اعلام نموده، هر چند مبطل عقد نمی‌دانند^۳.

۱-۲-۱. قول به تفصیل:

در برخی از منابع فقه اسلامی، این عقیده و نظر ملاحظه می‌شود که اعتبار یا عدم اعتبار شرط عدم نزدیکی، به ترتیب به بیان این شرط از جانب زوج و یا زوجه منوط می‌باشد^۴. به نظر می‌رسد تفصیل مزبور در تنافی با موازین فقهی و حقوقی بوده و مردود است؛ خواه به اعتبار شرط مزبور معتقد باشیم و خواه آن را نادرست بدانیم؛

^۱ ابن قدامه، پیشین، ج ۷، ص ۴۵۰

^۲ مکارم شیرازی، ناصر، استفتا، <http://www.makarem.ir> متن استفتا: «عقد صحیح است؛ ولی شرط مذکور در عقد دائم باطل است؛ ولی طرفین می‌توانند در صورت لزوم اخلاقاً تعهد نمایند که اقدام به نزدیکی نکنند».

^۳ حسینی شاهرودی، سید محمد، استفتا، <http://www.shahroudi.com> متن استفتا: «شرط عدم دخول در عقد دائم باطل است؛ اما مبطل عقد نیست»؛ جعفر سبحانی، استفتا، <http://tohid.ir> متن استفتا: «در عقد موقت اشکال ندارد؛ ولی در عقد دائم بنا بر احتیاط واجب صحیح نیست و اما مبطل عقد نیست».

^۴ این نظر مورد توافق فقهای شافعی بوده و معتقد است اگر زوجه، هنگام عقد نکاح عدم نزدیکی را شرط کند، این شرط فاسد و مفسد عقد است؛ ولی چنانچه شرط مذکور از جانب زوج مطرح شود و زوجه نیز آن را قبول کند، عقد نکاح باطل نخواهد بود. از نظر فقهای شافعی، تفاوت بین این دو مورد در این است که قبولی شرط از اختصاصات زوجه می‌باشد. پس، هنگامی که زوجه رضایت به آن شرط دهد عقد، صحیح است، مانند رضایت زوجه به عنین و یا مجبوب بودن زوج

زیرا در صورت اول با توجه به اطلاق و عموم ادله وفای به شرط همچون «المومنون عند شروطهم»^۱ بین زوج و زوجه در این باره تفاوتی وجود ندارد و قبولی شرط را از امور مختص به زوجه دانستن، تحکمی بیش نیست. در صورت دوم، یعنی اگر به بی- اعتباری شرط قائل باشیم؛ تفکیک بین زوج و زوجه در این باره بلاوجه است و بیان شرط از ناحیه زوج فاقد هر گونه خصوصیتی در زمینه اعتبار بخشیدن به آن است. برخی از مراجع شیعی نیز درباره شرط عدم نزدیکی به گونه دیگری به تفصیل و تفکیک قائل شده‌اند. در برخی فتاوا چنین آمده است: چنانچه شرط عدم استحقاق باشد، شرط فاسد است؛ چون خلاف کتاب و سنت است، و اگر شرط عدم فعل باشد، یعنی نزدیکی نکردن را شرط کنند، شرطی صحیح است و اما قسم اول، از شرط باطل است؛ ولی نکاح باطل نمی‌شود.^۲ طبق نظر مزبور، چنانچه موضوع شرط «سلب و نفی حق نزدیکی» باشد؛ در این صورت، شرط باطل است ولی اگر ترک فعل موضوع شرط را تشکیل دهد، در این صورت شرط صحیح است. به نظر می‌رسد در صورت اول نیز که موضوع شرط، سلب و نفی حق نزدیکی است، شرط صحیح است؛ زیرا به موجب ماده ۹۵۹ قانون مدنی^۳، اگر چه شرط عدم نزدیکی چنانچه به نحو کلی باشد محکوم به بطلان است؛ شرط مزبور به طور جزئی - که در این مقاله مورد بحث می‌باشد - به لحاظ این که در حقیقت سلب حق به نحو جزئی است؛ فاقد اشکال می‌باشد.

صحت شرط:

«شرط فعل» یا «ترک فعل»، در قانون مدنی از مصادیق شروط صحیح محسوب می‌شود.^۴ در این بخش، شرط عدم نزدیکی در نکاح به عنوان شرطی با موضوع «ترک

^۱ متن روایت به شرح زیر است: «عن النبی (ص)، انه قال: المومنون عند شروطهم»

^۲ روحانی، سید محمد صادق، استفتا <http://www.rohani.ir> متن استفتا: «چنانچه شرط عدم استحقاق باشد، شرط فاسد است؛ چون خلاف کتاب و سنت است و اگر شرط عدم فعل، یعنی شرط کند، نزدیکی نکردن، شرطی است صحیح و اما القسم الاول از شرط باطل است، ولی نکاح باطل نمی‌شود».

^۳ ماده ۹۵۹ قانون مدنی بیان می‌کند: «هیچکس نمی‌تواند به طور کلی حق تمتع و یا حق اجرای تمام یا قسمتی از حقوق مدنی را از خود سلب کند».

^۴ ماده ۲۳۴ قانون مدنی بیان می‌کند: «شرط بر سه قسم است: ۱- شرط صفت. ۲- شرط نتیجه. ۳- شرط فعل اثباتی یا نفیاً. شرط صفت عبارت است از: شرط راجعه به کیفیت یا کمیت مورد معامله. شرط نتیجه آن است که تحقق امری در خارج شرط شود. شرط فعل آن است که اقدام یا عدم اقدام به فعلی بر یکی از متعاملین یا بر شخص خارجی شرط شود».

فعل» مورد مطالعه قرار گرفته و اعتبار یا عدم اعتبار آن از دیدگاه فقها و حقوقدانان مورد بررسی و مطالعه قرار می‌گیرد. مبنای استدلال بسیاری از فقهای که به صحت این شرط قائل هستند؛ روایات بیان شده در منابع معتبر فقهی است.^۱ شرح تفصیلی روایات استناد شده عبارت است از:

– روایت عمار بن مروان از امام صادق (ع): راوی می‌گوید: «به حضرت عرض کردم: مردی نزد زنی آمد و از او خواست با او ازدواج نماید. آن زن گفت: من خود را به ازدواج تو در می‌آورم، مشروط به اینکه آنچه از انواع استمتاعی که مرد از همسرش می‌خواهد، برای تو اجابت کنم و به هر گونه خواستی از من لذت ببری، جز آنکه از دخول بپرهیزی؛ زیرا من از رسوایی [ناشی از دخول] هراسانم. حضرت (ع) فرمودند: اشکالی ندارد [یعنی شرط صحیح است]، و مرد صرفاً در چارچوب شرط بیان شده ذی حق است».^۲

– روایت اسحاق بن عمار از ابی عبدالله (ع): راوی می‌گوید: «به حضرت عرض نمودم: مردی با کنیزی که آزاد شده بود، با این شرط ازدواج نمود که دخول نکند. پس از عقد، آن زن در این باره اذن داد، [حکم آن چیست؟] حضرت (ع) فرمودند: زمانی که آن زن اذن دخول داد، اشکالی ندارد و آن مرد می‌تواند دخول نماید».^۳

۱. زین‌الدین بن علی شهید ثانی، الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیة، جلد دوم، تهران: انتشارات کتابفروشی اسلامیة، ۱۳۸۴ ق، ص ۵۵۰؛ محقق حلی، ابوالقاسم نجم‌الدین جعفر بن حسن، شرایع الاسلام، جلد ۲، قم: انتشارات موسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، چاپ دوم، ۱۴۰۸ ق، ص ۳۲۹؛ حسینی شیرازی، سیدمحمد، الفقه، کتاب‌النکاح، جلد چهارم، قم: انتشارات المکتبه المهدی (عج)، مطبوعه سیدالشهدا (ع)، ۱۴۰۶ ق، ص ۳۹۴

۲. روایت عمار بن مروان عن الصادق (ع): «قال: قلت: رجل جاء الی امراه فسألها ان تزوجه نفسها، فقالت: ازوجک نفسی علی ان تلتمس منی ما شئت من نظر او التماس و تنال منی ما ینال الرجل من اهله، الا انک لاتدخل فرجک فی فرجی و تلتذذ بما شئت فانی اخاف الفضحہ؟ قال: لا باس، لیس له الا ما اشترط؛ محمدبن حسن حرعاملی، وسائل الشیعه الی تحصیل الشریعه، مصحح: شیخ عبدالرحیم ربانی شیرازی، جلد پانزدهم، قم: انتشارات داراحیاء التراث العربی، ۱۳۸۵، ص ۴۵

۳. روایت اسحاق بن عمار ایضاً عن ابی عبدالله (ع): «قال: قلت له: رجل تزوج بجاریه عاتق علی ان لا یفرضها، ثم اذنت له بعد ذلک، قال: اذا اذنت له فلا باس؛ محمدبن حسن حرعاملی، وسائل الشیعه الی تحصیل الشریعه، مصحح: شیخ عبدالرحیم ربانی شیرازی، جلد پانزدهم، قم: انتشارات داراحیاء التراث العربی، ۱۳۸۵، ص ۴۵

برخی از فقها، بنابر اطلاق روایات، شرط را صحیح می‌دانند.^۱ شیخ طوسی در کتاب المبسوط خود، به تفصیل قائل شده و صحت این شرط را مختص عقد موقت دانسته و با در نظر گرفتن اصل توالد و تناسل در عقد نکاح دائم، آن را باطل می‌داند؛^۲ اما در تألیف دیگر خود با استناد به اطلاق روایات، به طور مطلق به صحت و اعتبار شرط مذکور قائل می‌باشد.^۳

همچنین برخی دیگر از فقها به صورت تفصیلی به این موضوع پرداخته و علاوه بر استناد به عموم حاصل از روایات بیان شده، با تمسک به قاعده «المؤمنون عند شروطهم»^۴ گفته‌اند: چنانچه زوجین شرط عدم نزدیکی را در نکاح قید کردند، باید به آن عمل نمایند.^۵ وانگهی در دلالت «أوفوا بالعقود» نیز آیه شریفه «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ أُحِلَّتْ لَكُمْ بَهِيمَةُ الْأَنْعَامِ إِلَّا مَا يُتْلَى عَلَيْكُمْ غَيْرَ مُحِلِّي الصَّيْدِ وَأَنْتُمْ حُرْمٌ إِنَّ اللَّهَ يَحْكُمُ مَا يُرِيدُ؛ ای کسانی که ایمان آورده‌اید به قراردادهای خود [وفا کنید...]^۶؛ مؤید این مهم است و با بیان امری خود، برای مسلمانان ایجاب نموده که به عقود خود پایبند باشند. قول به صحت شرط عدم نزدیکی در کلام برخی از فقها نیز مورد شرح و بسط بیش‌تری قرار گرفته است. ایشان اولاً، به عموم موجود در آیه مذکور استناد فرموده (توضیح این‌که در این آیه، کلمه «العقود» که جمع مکسر محلی به لام است و افاده عموم می‌کند، شامل تمامی پیمان‌ها می‌شود و در واقع به لزوم وفای نسبت به تمامی پیمان‌ها فرمان داده شده است. ثانیاً، به برخی روایات همچون

۱. لمدنی التبریزی، پیشین، ج ۱، ص ۳۳۲؛ بحرانی، پیشین، ج ۲۴، صص ۱۹۸-۲۰۰؛ سبزواری، پیشین، ص ۱۸۴؛ شیخ موسی نجفی خوانساری، منیه الطالب، جلد ۲، تهران: انتشارات موسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۸ هجری قمری، بی‌تا، ص ۱۱۲؛ مغنیه، پیشین، ج ۵-۶، ص ۱۸۹.

۲. شیخ ابی جعفر محمد بن حسن طوسی، المبسوط، مصحح: محمدباقر بهبودی، جلد ۴، تهران: انتشارات المکتبه المرتضویه لاحیاء الآثار الجعفریه، چاپ دوم، ۱۳۸۸ق، ص ۲۰۳؛ همچنین برخی فقهای عامه بر این نظر قائل هستند: اعرجی، الدكتور زهیر، النظام العائلی، قم: الناشر: المؤلف، چاپ اول، ۱۴۱۵ ق، ص ۸۶؛ بیهقی الکیدری، قطب‌الدین، اصباح الشیعه بمصباح الشریعه، قم: انتشارات موسسه الامام الصادق(ع)، چاپ اول، ۱۴۱۶ق، ص ۴۲.

۳. شیخ ابی جعفر محمد بن حسن طوسی، المبسوط، مصحح: محمدباقر بهبودی، جلد ۴، تهران: انتشارات المکتبه المرتضویه لاحیاء الآثار الجعفریه، چاپ دوم، ۱۳۸۸ق، ۴۷۴.

۴. متن روایت به شرح زیر است: «عن النبی(ص)، انه قال: المؤمنون عند شروطهم»؛ نوری الطبرسی، میرزا حسین، مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل، جلد ۱۳، قم: انتشارات موسسه آل‌البتیت(ع) لاحیاء التراث، چاپ اول، ۱۴۰۸ق، ص ۳۰۱.

۵. شهید ثانی، پیشین، ج ۱، ص ۵۵۰؛ حسینی شیرازی، پیشین، ج ۴، ص ۳۹۴.

۶. سوره مائده، آیه ۱.

روایت عمار بن مروان و نیز روایت مشهور «المؤمنون عند شروطهم» تمسک جسته و در پاسخ به کسانی که شرط مزبور را به دلیل خلاف مقتضای ذات عقد بودن، علاوه بر فساد، موجب بطلان عقد نیز می‌دانند؛ فرموده است: اگر نزدیکی از مقتضیات عقد نکاح باشد، به گونه‌ای که اشتراط عدم آن بطلان عقد را به همراه داشته باشد؛ نکاح کسانی که به هر دلیل قادر به نزدیکی نیستند، خواه مانع از طرف زوج باشد یا زوجه؛ فاسد خواهد بود.^۱ ناگفته نماند استدلال مزبور قابل رد است؛ زیرا شرط عدم فعل چیزی جز ترک عمل به هر دلیل است. آنچه موضوع سخن را تشکیل می‌دهد، صحت و فساد شرط عدم نزدیکی است و به این که زوج یا زوجه در این باره متعذر است؛ دخلی ندارد. دلیل دیگری که در این باره اقامه فرموده، این است که نزدیکی تنها یکی از غایات و اهداف نکاح است، نه تمام هدف آن؛ زیرا در نکاح، اهداف و اغراض دیگری نیز وجود دارد. گویی معتقد است به دلیل وجود اغراض دیگری در نکاح، نفی نزدیکی در قالب شرط، موجب نفی عقد نمی‌گردد. یکی از مهم‌ترین غایات نکاح، ایجاد کانون آسایش، آرامش و آسودگی است که بر اثر ازدواج حاصل می‌شود؛^۲ این امر تا آن اندازه واجد اهمیت است که خداوند متعال آن را به عنوان یکی از آیات خویش معرفی نموده می‌فرماید: «و من آیاته ان خلق لکم من انفسکم ازواجاً لتسکنوا الیها و جعل بینکم موده و رحمه؛ و از نشانه‌های وجود خدا این که همسرانی از جنس خود شما، برای شما آفرید تا در کنار آن‌ها آرامش یابید و در بین شما مودت و رحمت قرار داد».^۳

خداوند متعال در این آیه هدف از ازدواج را سکونت و آرامش عنوان کرده است و این آرامش و سکونت، هم از نظر جسمی است، و هم از نظر روحی و هم از جنبه‌ی فردی و هم اجتماعی.^۴ به عبارت دیگر، رفع نیاز جنسی و دیگر عوامل در تشکیل خانواده مهم‌اند، اما اصل نیستند. اصل، آن است که کانون خانواده، تجلی‌گاه مودت و رحمت زن و مرد نسبت به یکدیگر و وسیله اطمینان و آرامش آن‌ها باشد؛ و آمیزش جنسی، فرزنددار شدن و زیبایی ظاهری، به خودی خود، امری جسمانی و بدنی

^۱. نجفی، محمدحسن، جواهرالکلام، مصحح: سیدابراهیم میانجی، جلد ۳۱، انتشارات المکتبه الاسلامیه، چاپ ششم، ۱۴۰۱ ق، ص ۹۸-۱۰۰

^۲. بیابانگرد، اسماعیل، جوانان و ازدواج (اهداف، ملاک‌ها، روش‌ها، موانع و راهکارها)، انتشارات نشر فرهنگ اسلامی، چاپ پنجم، ۱۳۸۷، ص ۳۸-۴۵

^۳. سوره روم، آیه ۲۱

^۴. مکارم شیرازی، ناصر، تفسیر نمونه، جلد شانزدهم، تهران: انتشارات دارالکتب الاسلامیه، چاپ دوازدهم، ۱۳۷۴، ص ۳۹۲

هستند و در این میان نباید آمیزش روح‌ها و نیازی که روان زن و مرد به هم دارند، از نظر محو گردد^۱.

همچنین بیش‌ترین فقهای معاصر نیز به صحت شرط مذکور اعتقاد دارند و عمل به آن را لازم می‌دانند (شیرازی، استفتاء^۲؛ سیستانی، استفتاء^۳؛ موسوی اردبیلی، استفتاء^۴؛ حسینی شیرازی، استفتاء^۵؛ خامنه‌ای، استفتاء^۶؛ صافی گلپایگانی، استفتاء^۷؛ نوری همدانی، استفتاء^۸؛ هاشمی شاهرودی، استفتاء^۹). امام خمینی نیز، این شرط را صحیح و لازم‌الاجرا می‌داند^{۱۰}.

بیش‌تر حقوق‌دانان نیز به صحت شرط مذکور قائل می‌باشند^{۱۱}. ایشان در استدلال خود بیان کرده‌اند که نزدیکی جزو مقتضای ذات عقد نکاح نیست^۱. وانگهی قانون چنین

^۱. هدایتی، علی، کفویت در ازدواج: در قلمرو فقه اسلامی و حقوق ایران، قم: انتشارات موسسه بوستان کتاب، ۱۳۸۹، ص ۱۸۹

^۲. متن استفتاء: «شرط مزبور در نکاح دائم و موقت، صحیح است و عمل به آن لازم است، مگر در صورتی که طرفین با رضایت از این شرط صرف‌نظر کنند»؛ سید موسی شیرازی، استفتاء،

<http://zanjani.almaktab.ir>

^۳. متن استفتاء: «شرطی صحیح است و لازم‌الاجرا»؛ سیدعلی حسینی سیستانی، استفتاء،

<http://www.sistani.org>

^۴. متن استفتاء: «شرط عدم نزدیکی در نکاح، شرط باطل نیست»؛ سیدعبدالکریم موسوی اردبیلی، استفتاء، <http://www.ardebili.com>

^۵. متن استفتاء: «شرط در فرض سوال صحیح می‌باشد؛ والله العالم»؛ سیدصادق حسینی شیرازی، استفتاء، <http://shirazi.ir>

^۶. متن استفتاء: «اگر در ضمن عقد نکاح چنین شرطی شده باشد، مرد باید به شرط خود پایبند باشد و چنین شرطی باطل نبوده و مبطل عقد هم نیست»؛ سیدعلی خامنه‌ای، استفتاء،

<http://www.leader.ir>

^۷. متن استفتاء: «چنانچه در ضمن عقد و یا عقد مبنی بر آن واقع شده باشد، صحیح و نافذ است؛ والله العالم»؛ شیخ لطف‌الله صافی گلپایگانی، استفتاء،

<http://www.saaafi.net>

^۸. متن استفتاء: «طبق نظر مشهور از فقها اشکال ندارد»؛ حسین نوری همدانی، استفتاء،

<http://www.noorihamedani.com>

^۹. متن استفتاء: «اگر به نحو شرط ترک فعل باشد صحیح است؛ چون نه مخالف مقتضای عقد است و نه مخالف کتاب و سنت، و نه سایر اسباب بطلان را دارد»؛ سیدمحمود هاشمی شاهرودی، استفتاء،

<http://www.hashemishahroudi.org>

^{۱۰}. موسوی خمینی، روح‌الله، تحریرالوسیله، جلد ۲، قم: انتشارات موسسه مطبوعات دارالعلم، چاپ دوم، بی تا، ص ۳۰۳

^{۱۱}. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، حقوق خانواده، تهران: انتشارات کتابخانه گنج دانش، چاپ دوم، ۱۳۷۶، ۱۹۳؛ سیدحسین صفایی، اسدالله امامی، مختصرحقوق خانواده، تهران: انتشارات میزان، چاپ

شرطی را منع نکرده؛ افزون بر این، مزبور برخلاف نظم عمومی نمی‌باشد؛ مضافاً این- که اصل بر صحت شرط است.^۱ از طرفی این شرط از جمله حقوقی است که به زوجین مربوط می‌باشد و آنان می‌توانند هر گونه بخواهند در آن توافق نمایند.^۲ از آنجا که دکترین حقوقی بر قواعد فقهی و حقوقی مبتنی است، ذکر آن، ما را از بیان مستقل دیدگاه حقوق در این زمینه بی‌نیاز می‌سازد؛ زیرا بین آن دو تباینی مشهود نیست؛ علاوه بر اینکه با توجه به فقدان حکم قانونی در این باره از یک سوی، و لحاظ اصل ۱۶۷ قانون اساسی^۳ و ماده ۳ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی، مصوب ۱۳۷۹،^۴ از دیگر سوی؛ حکم فقهی پیش گفته، یعنی صحت شرط عدم نزدیکی به عنوان نظر مختار اجتناب‌ناپذیر می‌نماید.

۲-۲-۱- تخلف از شرط:

مبحث تخلف از شرط و ضمانت اجرای آن، از فروع و آثار مترتب بر پذیرش صحت شرط عدم نزدیکی است؛ زیرا بدیهی است چنانچه هر یک از اقوال دیگر پذیرفته شود، طرح این مبحث موضوعاً منتفی خواهد بود. برخی از فقهای اسلامی که به صحت شرط عدم نزدیکی در نکاح قائل می‌باشند؛ به بررسی و تحلیل ضمانت اجرا و تخلف از شرط مذکور پرداخته‌اند. در برخی از نوشته‌های فقهی چنین آمده است:

پانزدهم، ۱۳۸۷، ص ۶۴؛ علی وفادار، حقوق خانواده، تهران: انتشارات وفادار، چاپ اول، ۱۳۸۰، ص ۱۰۰

۱. جعفری لنگرودی، پیشین، ص ۱۹۳؛ امامی، پیشین، ص ۳۷۷

۲. صفایی و امامی، پیشین، ص ۶۴

۳. امامی، پیشین، ص ۳۷۷

۴. اصل ۱۶۷ قانون اساسی بیان می‌کند: «قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوا را در قوانین مدونه بیابد، و اگر نیابد با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر حکم قضیه را صادر نماید و نمی‌تواند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه، از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزد»

۵. ماده ۳ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی بیان می‌کند: «قضات دادگاه‌ها موظفند موافق قوانین به دعاوی رسیدگی کرده، حکم مقتضی صادر و یا فصل خصومت نمایند. در صورتی که قوانین موضوعه کامل یا صریح نبوده یا متعارض باشند، یا اصلاً قانونی در قضیه مطروحه وجود نداشته باشد، با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر و اصول حقوقی که مغایر با موازین شرعی نباشد، حکم قضیه را صادر نمایند و نمی‌توانند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزند؛ و الاً مستنکف از احقاق حق شناخته شده و به مجازات آن محکوم خواهند شد»

چنان چه پس از درج شرط مزبور در عقد، نزدیکی صورت گیرد؛ بر زوجه، عده واجب می‌شود. این تخلف از شرط و اقدام به نزدیکی حرام است؛ ولی زنا محسوب نمی‌شود و حکمی مانند دخول بر حائض یا معتکفه یا محرمه و مانند آن را دارد. به عبارت دیگر، نزدیکی پس از شرط، فعلی حرام است؛ اما باعث نمی‌شود زنا صورت گرفته باشد.^۱ به نظر می‌رسد، حکم وجوب عده که در متن آمده، به ضمانت اجرای تخلف از شرط مزبور ارتباطی ندارد؛ زیرا حکم یاد شده اثری است که بر نفس دخول در صورت جدایی مترتب است و به فرض مسئله هم منحصر نمی‌باشد. گویا هدف از این نظر، بیان تفاوت تخلف از شرط با حالتی بوده است که تخلف از شرط صورت نگیرد. از این رو، به وجوب عده در فرض تخلف از شرط و انجام دخول (در زمان انحلال رابطه زوجیت به واسطه طلاق و امثال آن) اظهار نظر نموده است؛ بر خلاف حالتی که مفاد شرط رعایت گردد؛ که در این صورت، موجبی بر وجوب عده وجود ندارد. نظر به آنچه بیان شد، احتمال انحلال رابطه زوجیت و وجوب عده بر اثر تخلف از شرط، بسیار بعید، بلکه ناصواب است. به بیان دیگر، تلقی انحلال نکاح و وجوب عده به عنوان ضمانت اجرای تخلف از شرط، امری دور از ذهن است؛ زیرا بر هیچ دلیل شرعی مبتنی نیست؛ هر چند حکم مزبور، در مواردی همچون ارتداد فطری زوج واجد محمل شرعی است.

برخی دیگر، تخلف از شرط را جایز ندانسته و انجام دخول را در این حالت معصیت می‌دانند (حسینی شیرازی، استفتا^۲) که البته بیان دیگری از قولی است که به آن اشاره شد. دیدگاه دیگر، ضمن معصیت اعلام نمودن تخلف از شرط، معتقد است اگر بر اثر نزدیکی، ازاله بکارت صورت بگیرد، زوجه مستحق دریافت «ارش البکاره» است (خامنه‌ای، استفتا^۳). بعضی نیز تخلف از شرط را به اجمال موجد حق شکایت برای زوجه اعلام و بیان کرده‌اند ممکن است حاکم شرع به طلاق امر دهد (مدرسی،

^۱ حسینی شیرازی، پیشین، ج ۴، ص ۳۹۸

^۲ متن استفتا: «زوج - در فرض سوال - بدون اجازه زن معصیت کرده است»؛ سیدصادق حسینی شیرازی، استفتا،

<http://shirazi.ir>

^۳ متن استفتا: «زوج با تخلف شرط معصیت کرده است و در صورتی که با نزدیکی ازاله بکارت شده باشد، زوجه می‌تواند ارش ازاله بکارت بگیرد»؛ سید علی خامنه‌ای، استفتا،

<http://www.leader.ir>

استفتا^۱). به نظر می‌رسد موضوع از دو جهت قابل بررسی است: یکی از لحاظ اثر تکلیفی مترتب بر تخلف از شرط و دیگری از لحاظ اثر وضعی. هر دو اثر به طور پراکنده در بین اقوال مذکور مشهود است. لزوم اتباع شرط (که بر کتاب و سنت مبتنی است) مستلزم پذیرش هر دو اثر است؛ بدین معنا که باید از حیث احکام تکلیفی، قول به حرمت و از جهت احکام وضعی، قول به ضمان زوج نسبت به ارش البکاره را پذیرفت (در صورت باکره بودن زوجه).

۳-۲-۱. اذن دخول توسط زوجه پس از شرط:

مبحث دیگری که در این بخش می‌تواند مورد مطالعه قرار گیرد، اذن دخول توسط زوجه، پس از شرط عدم نزدیکی در عقد نکاح است. این امر مورد اختلاف نظر در میان فقهای امامیه است. برخی به جایز نبودن اذن دخول توسط زوجه پس از شرط معتقد می‌باشند^۲. استدلال آن‌ها بر این مبنا است که حلیت دخول به واسطه عقد محقق می‌شود، نه به واسطه اذن^۳. بنابراین، امکان نزدیکی را به انعقاد عقد جدید منوط می‌دانند. به بیان دیگر، وطی تنها به وسیله عقد مباح می‌شود و عقد صحیح عقدی است که سبب تام در اباحه عقد باشد و این دو مقدمه (مباح شدن وطی به وسیله عقد و این که سبب تام در مباح شدن عقداست) نزد علمای شیعه اجماعی است. پس، اگر دخول به وسیله عقد مباح نشود به غیر از عقد نیز مباح نمی‌شود^۴.

اشکال اساسی وارد بر این نظر، آن است که نفس عقد مشروط به شرط عدم دخول را حتی مقتضی اباحه، دخول نیز نمی‌داند، و از آنجا که برای اذن نیز مستقلاً چنین نقشی را قائل نیست؛ اذن دخول زوجه پس از شرط را بی‌فایده اعلام نموده است و حال آن‌که واقعیت این است که عقد نکاح فی نفسه مقتضی حلیت وطی است، و شرط عدم دخول، از تأثیر این مقتضی پیشگیری به عمل می‌آورد و بنابراین، انجام دخول ممنوع و حرام می‌گردد. از این رو هر گاه زوجه، پس از شرط اذن دخول داد، مانع مرتفع گردیده و مقتضی مؤثر و حلیت برقرار می‌گردد. اگر غیر از آنچه در تبیین

^۱. متن استفتا: «و در صورت تخلف از شرط، زوجه حق شکایت دارد و ممکن است حاکم شرع امر به طلاق کند»؛ سیدمحمدتقی مدرسی، استفتا،

<http://www.almodarresi.com>

^۲. محقق ثانی، پیشین، ص ۳۹۴؛ فخرالمحققین، پیشین، ص ۲۰۸؛ محمدبن حسن فاضل هندی، کشف اللام عن قواعد الاحکام، قم: انتشارات موسسه النشر الاسلامی، چاپ اول ۱۴۲۰ق، ص ۴۲۲-۴۲۳

^۳. محقق ثانی، پیشین، ص ۳۹۴؛ فاضل هندی، پیشین، ص ۴۲۳

^۴. فخرالمحققین، پیشین، ص ۲۰۸

و توجیه وضعیت عقد و اذن ترسیم گردید، بیان شود؛ بایستی پذیرای حرمت نزدیکی پس از اذن زوجه بدون اجرای عقد مجدد بود و نیز نامشروع بودن ولد حاصل از آن را پذیرفت؛ درحالی که چنین نتیجه‌ای مورد قبول مشهور فقیهان نیست. نظر منتخب، با آنچه در فقه شهرت یافته است، مبنی بر حلیت و جواز دخول در صورت عدول زوجه از شرط؛ منطبق است.

یادآور می‌شود، مشهور فقها به حلیت و جواز دخول در صورت عدول زوجه از شرط معتقد هستند^۱. همچنین بسیاری از فقهای حاضر نیز به جواز و صحت اذن دخول پس از شرط عدم دخول قائل‌اند. (مدرسی، استفتاء^۲؛ هاشمی شاهرودی، استفتاء^۳؛ خامنه‌ای، استفتاء^۴؛ مکارم شیرازی، استفتاء^۵؛ حسینی شیرازی، استفتاء^۶). استدلال برخی فقها این است که با توجه به اطلاق روایت اسحاق بن عمار (که بیان شد)؛ اذن زوجه پس از شرط عدم نزدیکی جایز است^۷. برخی دیگر در مقام استدلال به این نظر قائل هستند که این شرط همانند مانع است. پس، به فرض این که زوجه اذن بدهد، مانع زایل می

^۱. محقق حلی، پیشین، ص ۳۲۹؛ حسینی شیرازی، پیشین، ص ۳۹۷؛ مغنیه، پیشین، ص ۱۸۹؛ حر عاملی، پیشین، ص ۴۵؛ طوسی، شیخ ابی جعفر محمد بن حسن، المبسوط، مصحح: محمد باقر بهبودی، جلد ۴، تهران: انتشارات المکتبه المرتضویه لاحیاء الآثار الجعفریه، چاپ دوم، ۱۳۸۸ق، ص ۴۷۴؛ نجفی، پیشین، ص ۹۸؛ ابن براج، قاضی عبدالعزیز، المهدب، جلد ۲، قم: انتشارات مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۰۶ق، ص ۲۰۷؛ سید ابوالقاسم، منهاج‌الصالحین، جلد ۲، انتشارات مکتبه المفید، بی‌تا، ص ۳۷۵؛ موسوی خمینی، پیشین موسوی خوئی، ص ۳۰۳؛ همچنین برخی از فقهای عامه بر این نظر قائل هستند؛ اعرجی، الدكتور زهیر، النظام العائلی، قم: الناشر: المؤلف، چاپ اول، ۱۴۱۵ق، ص ۴۲۰

^۲. متن استفتاء: «مقاربه از حقوق زوجین است، و ممکن است مورد شرط عدم قرار گیرد، و در صورت اجازه، شرط لغو می‌شود»؛ سید محمد تقی مدرسی، استفتاء

<http://www.almodarresi.com>

. متن استفتاء: «اگر صاحب حق از حق خود صرف نظر کند و راضی به نزدیکی شود، نزدیکی جایز می‌شود»؛ سید محمود هاشمی شاهرودی، استفتاء،

<http://www.hashemishahrudi.org>

^۴. متن استفتاء: «در فرض مرقوم نزدیکی مانع ندارد»؛ سید علی خامنه‌ای، استفتاء،

<http://www.leader.ir>

. متن استفتاء: «این شرط در عقد دائم خالی از اشکال نیست؛ ولی به هر حال چنانچه بعداً زوجه به این امر راضی شود اشکال ندارد»؛ ناصر مکارم شیرازی، استفتاء،

<http://www.makarem.ir>

. متن استفتاء: «اذن می‌باید دخیل است و زوجه حق خود را اسقاط کرده است»؛ سید صادق حسینی شیرازی، استفتاء،

<http://shirazi.ir>

. محقق حلی، پیشین، ص ۳۲۹؛ ابن براج، پیشین، ص ۲۰۷؛ موسوی خوئی، پیشین، ص ۳۷۵

شود و مقتضی بر مقتضایش باقی مانده و اثر می‌کند. همچنین اجتهاد در مقابل نص (روایت اسحاق بن عمار) امری باطل و مذموم است.^۱ البته قاب لذكر است که برخی دیگر از فقها، اذن دخول پس از شرط را زمانی مباح می‌دانند که زوج به ازای نزدیکی، مالی را به زوجه اعطا کند؛ زیرا حق در مقابل مال است و بالعکس.^۲

همان‌طور که پیش‌تر بیان گردید، شرط مزبور به ایجاد حق شخصی ناظر است و در هرشرطی مشروط له به اسقاط حق خود و صرفنظرکردن از آن قادر می‌باشد. در عین حال، حسب آنچه در قرآن آمده است: «نساکنم حرث لکم فاتوا حرثکم انی شئتم»^۳ و شرط مورد بحث در حقیقت ایجاد مانعی بر تأثیر مقتضی مزبور است؛ به محض برطرف شدن آن، مقتضی مؤثر افتاده و موجد حلیت خواهد شد و این که آیا حسب برخی فتاوی بیان‌شده، در ازای اباحه حاصله ناشی از صرفنظر نمودن زوجه از شرط مزبور؛ زوج باید لزوماً مالی به او پرداخت نماید یا نه؛ به نظر می‌رسد حکم قضیه تابع اراده صاحب حق (زوجه) و چگونگی اسقاط آن است. بدین ترتیب با تحلیل مرقوم از وضعیت عقد و شرط، سستی نظری که امکان نزدیکی را در این حالت (اذن زوجه) به انعقاد عقد جدید منوط می‌داند؛ آشکار می‌گردد.

همچنین برخی از حقوق‌دانان بر این اعتقاد هستند که زن پس از عقد می‌تواند به زوج اجازه نزدیکی بدهد؛ زیرا شرط، برای زن ایجاد حق می‌کند و مشروط‌له می‌تواند از آن صرف نظر نماید.^۴

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی

۱. نجفی، پیشین، ص ۱۰۰

۲. حسینی شیرازی، پیشین، ص ۳۹۸

۳. سوره بقره، آیه ۲۲۳

۴. صفایی و امامی، پیشین، ص ۶۴؛ جعفری لنگرودی، پیشین، ص ۱۹۳؛ امامی، پیشین، ص ۳۷۷

برآمد

درباره شرط عدم نزدیکی در عقد نکاح، نظریات گوناگون فقهی و حقوقی شامل قول به بطلان و قول به باطل و مبطل بودن و نظر به صحت شرط مطرح گردیده است که در این مقاله، همراه با مبانی این نظریات مورد مطالعه و بررسی قرار گرفت. از مجموع آن چه بیان گردید، با عنایت به استدلالات مطرح شده قول به صحت شرط مذکور ارجح دانسته می‌شود. اهم ادله و مبانی نظریه مقبول به شرح زیر است:

(۱) روایت مورد استناد در خصوص شرط عدم نزدیکی اطلاق دارد و دربرگیرنده نکاح دائم و موقت است. بسیاری از فقهای اسلامی نیز بر مبنای روایت مزبور به صحت شرط قائل اند.

(۲) بنا بر اصل ۱۶۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و ماده ۳ قانون آیین دادرسی، دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی، مصوب سال ۱۳۷۹؛ در صورتی که قوانین موضوعه کامل یا صریح نبوده و یا متعارض باشند، یا اصلاً قانونی در قضیه مطرح وجود نداشته باشد؛ می‌توان با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر، به حکم آن دست یافت. شرط عدم نزدیکی در نکاح نیز از این قبیل موضوعات بوده و در قانون برای آن حکمی بیان نشده است. بنابراین، با استناد به نظر مشهور فقها می‌توان شرط مذکور را صحیح دانست.

(۳) شرط عدم نزدیکی در نکاح، موضوعی است که صرفاً بین زوجین مطرح می‌باشد و ضمن اینکه با منع قانونی مواجه نیست؛ برخلاف نظم عمومی نیز نمی‌باشد. بنابراین، با توجه به اصل صحت، برای بی اعتبار دانستن آن موجبی وجود ندارد.

(۴) بنا بر نص قرآن کریم: «أوفوا بالعقود» و همچنین قاعده «المسلمون عند شروطهما لا شرطاً احل حراماً او حرم حلالاً»؛ پایبندی و عمل که شرط ضروری است و طرفین عقد بایستی به شروط خود متعهد باشند. زوجین هنگام عقد نکاح نیز از این امر مستثنا نبوده و باید به شروط خود عمل نموده و نسبت به آن وفادار باشند.

(۵) اگرچه یکی از اهداف نکاح توالد و تناسل است؛ نکاح دارای اهداف دیگری نیز می‌باشد که نمی‌توان آن‌ها را نادیده گرفت؛ یا برخی را بردیگری به طور

^۱ احمد بن حسین بیهقی، السنن الکبری للبيهقي، بيروت: انتشارات دارالمعرفه، چاپ اول، ۱۳۵۳ق، ص

مطلق برتری داد، و با استناد به آن، شرط مزبور را از حیز اعتبار ساقط دانست.

۶) مجامعت، از جمله حقوق زوجین است. لذا ایشان می‌توانند از حق مزبور صرف‌نظر نموده و آن را در قالب شرط فعل منفی اسقاط کنند و اسقاط این حق نیز مستلزم بطلان عقد نکاح نیست.



منابع

- قرآن کریم.
- ابن ادريس، ابو جعفر محمد بن منصور بن احمد، السرائر الحاوی لتحرير الفتاوی، جلد ۲، قم: انتشارات موسسه نشر الاسلامی، چاپ دوم، ۱۴۱۰ ق.
- ابن براج، قاضی عبدالعزیز، المهذب، جلد ۲، قم: انتشارات موسسه نشر الاسلامی، ۱۴۰۶ ق.
- ابن قدامه، المغنی، جلد هفتم، بیروت: انتشارات دارالکتب العربی، ۱۴۰۳ ق.
- آشتیانی، محمود، کتاب النکاح، مشهد: چاپخانه خراسان، بی تا.
- اعرجی، الدكتور زهیر، النظام العائلی، قم: الناشر: المؤلف، چاپ اول، ۱۴۱۵ ق.
- بحرانی، یوسف، حدائق الناظره فی احکام العتره الطاهره، جلد ۲۴، قم: انتشارات موسسه نشر الاسلامی، ۱۴۰۸ ق.
- بیهقی، احمد بن حسین، السنن الكبرى للبيهقي، بیروت: انتشارات دارالمعرفه، چاپ اول، ۱۳۵۳ ق.
- بیهقی الکیدری، قطب الدین، اصباح الشیعه بمصباح الشریعه، قم: انتشارات موسسه الامام الصادق (ع)، چاپ اول، ۱۴۱۶ ق.
- جزیری، عبدالرحمن، الفقه علی المذاهب الاربعه، جلد ۴، بیروت: انتشارات احیاء التراث العربی، بدون چاپ، ۱۹۶۹ م.
- حرعاملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعه الی تحصیل الشریعه، مصحح: شیخ عبدالرحیم ربانی شیرازی، جلد ۱۵، قم: انتشارات دار احیاء التراث العربی، ۱۳۸۵.
- حسینی شیرازی، سید محمد، الفقه، کتاب النکاح، جلد ۴، قم: انتشارات المکتبه المهدی (عج)، مطبعه سیدالشهدا (ع)، ۱۴۰۶ ق.
- حلی (علامه)، حسن بن یوسف، مختلف الشیعه، جلد ۷، قم: انتشارات مکتب الاعلام الاسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۷ ق.
- حلی، محمد بن حسن بن یوسف بن مطهر (فخرالمحققین)، ایضاح الفوائد، جلد ۳، قم: انتشارات موسسه اسماعیلیان، چاپ اول، ۱۳۸۹ ق.
- سبزواری، محمد باقر بن محمد مؤمن، کفایه الاحکام، قم: چاپخانه مهر، مدرسه صدر- مهدوی، اصفهان، بی تا.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی، الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیه، جلد ۲، تهران: انتشارات کتابفروشی اسلامی، ۱۳۸۴ ق.

- مسالک الافهام، جلد ۲ بی جا، ۱۳۹۹ ق.
- طوسی، شیخابی جعفر محمد بن حسن، المبسوط، مصحح: محمد باقر بهبودی، جلد ۴، تهران: انتشارات المكتبة المرتضوية لاحیاء الآثار الجعفریه، چاپ دوم، ۱۳۸۸ ق.
- النهایه، بیروت: انتشارات دارالکتب العربی، چاپ دوم، ۱۴۰۰ ق، بی تا.
- فاضل هندی، محمد بن حسن، كشف اللثام عن قواعد الاحكام، قم: انتشارات موسسه النشر الاسلامی، چاپ اول ۱۴۲۰ ق.
- کرکی (محققثانی)، علی بن حسین، جامع المقاصد فی شرح قواعد الاحكام، جلد ۱۳، قم: انتشارات موسسه آل البيت عليهم السلام - لاحیاء التراث، چاپ اول، ۱۴۱۱ ق.
- مامقانی، شیخ عبدالله، مناهج المتقین، بی جا: انتشارات موسسه آل البيت (ع) لاحیاء التراث، بی تا.
- محقق حلی، ابوالقاسم نجم الدین جعفر بن حسن، شرایع الاسلام، جلد ۲، قم: انتشارات موسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، چاپ دوم، ۱۴۰۸ ق.
- مدنی التبریزی، السید یوسف، منہاج الاحکام فی النکاح والطلاق، جلد ۲، بی جا: انتشارات مکتبه الدهاقانی (اسماعیلیان)، چاپ چهارم، ۱۴۱۹ ق.
- مغنیه، محمد جواد، فقه الامام جعفر الصادق، جلد ۶۵، بیروت: انتشارات دارالعلم للملایین، ۱۰۸۵ ق.
- موسوی بجنوردی، سید حسن، قواعد الفقهیه، جلد ۳، قم: انتشارات دارالکتب العلمیه، بی تا.
- موسوی خمینی، روح الله، تحریر الوسیله، جلد ۲، قم: انتشارات موسسه مطبوعات دارالعلم، چاپ دوم، بی تا.
- موسوی خوئی، سید ابوالقاسم، منہاج الصالحین، جلد ۲، انتشارات مکتبه المفید، بی تا.
- نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام، مصحح: سید ابراهیم میانجی، جلد ۳۱، تهران: انتشارات المکتبه الاسلامیه، چاپ ششم، ۱۴۰۱ ق.
- نجفی خوانساری، شیخ موسی، منیه الطالب، جلد ۲، تهران: انتشارات موسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۸ هجری قمری، بی تا.
- نوری الطبرسی، میرزا حسین، مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل، جلد ۱۳، قم: انتشارات موسسه آل البيت (ع) لاحیاء التراث، چاپ اول، ۱۴۰۸ ق.

- نووی، یحیی بن شرف، **السراج الوهاج**، بیروت: انتشارات دارالمعرفه، ۱۳۹۸ ق، بی- تا.
- امامی، سیدحسن، **حقوق مدنی**، جلد ۴، تهران: انتشارات کتابفروشی اسلامیة، چاپ پنجم، ۱۳۶۸.
- بیابانگرد، اسماعیل، **جوانا نو ازدواج (اهداف، ملاکها، روشها، موانع و راهکارها)**، تهران: انتشارات نشر فرهنگ اسلامی، چاپ پنجم، ۱۳۸۷.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، **حقوق خانواده**، تهران: انتشارات کتابخانه گنج دانش، چاپ دوم، ۱۳۷۶.
- حبیبی تبار، جواد، **گام به گام با حقوق خانواده**، بی جا: انتشارات نشر خرم، چاپ اول، ۱۳۸۰.
- شهیدی، مهدی، **شروط ضمن عقد**، تهران: انتشارات مجد، چاپ دوم، ۱۳۸۷.
- صفایی، سید حسین، **دوره مقدماتی حقوق مدنی (قواعد عمومی قراردادها)**، جلد ۲، تهران: نشر میزان، چاپ دهم، ۱۳۸۹.
- صفایی، سیدحسین، امامی، اسدالله، **مختصر حقوق خانواده**، تهران: انتشارات میزان، چاپ پانزدهم، ۱۳۸۷.
- عابدیان، میرحسین، **شروط باطل و تأثیر آن در عقد**، تهران: انتشارات جاودانه جنگل، ۱۳۸۷.
- کاتوزیان، ناصر، **حقوق خانواده**، جلد ۱، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ اول، ۱۳۸۸.
- کاتوزیان، ناصر، **دوره مقدماتی حقوق مدنی (اعمال حقوقی قراردادها)**، تهران: انتشارات بهمن برنا، چاپ سیزدهم، ۱۳۸۷.
- محقق داماد، سید مصطفی، **نکاح و انحلال آن (حقوق خانواده)**، انتشارات مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ شانزدهم، ۱۳۸۶.
- مکارم شیرازی، ناصر، **تفسیر نمونه**، جلد شانزدهم، تهران: انتشارات دارالکتب الاسلامیه، چاپ دوازدهم، ۱۳۷۴.
- وفادار، علی، **حقوق خانواده**، تهران: انتشارات وفادار، چاپ اول، ۱۳۸۰.
- هدایتی، علی، **کفویت در ازدواج: در قلمرو فقه اسلامی و حقوق ایران**، قم: انتشارات موسسه بوستان کتاب، ۱۳۸۹.

منابع اینترنتی

- بطحائی گلپایگانی، استفتا،
<http://www.bathaie.com>
- حسینی سیستانی، سید علی، استفتا،
<http://www.sistani.org>
- حسینی شاهرودی، سید محمد، استفتا،
<http://www.shahroudi.com>
- حسینی شیرازی، سید صادق، استفتا،
<http://shirazi.ir>
- خامنه‌ای، سید علی، استفتا،
<http://www.leader.ir>
- روحانی، سید محمد صادق، استفتا،
<http://www.rohani.ir>
- سبحانی، جعفر، استفتا،
<http://tohid.ir>
- شبیری، سید موسی، استفتا،
<http://zanjani.almaktab.ir>
- صافی گلپایگانی، شیخ لطف الله، استفتا،
<http://www.saafi.net>
- مدرسی، سید محمد تقی، استفتا،
<http://www.almodarresi.com>
- مکارم شیرازی، ناصر، استفتا،
<http://www.makarem.ir>
- موسوی اردبیلی، سید عبدالکریم، استفتا،
<http://www.ardebili.com>
- نوری همدانی، حسین، استفتا،
<http://www.noorihamedani.com>
- هاشمی شاهرودی، سید محمود، استفتا،
<http://www.hashemishahroudi.org>