



باز پژوهی مقتضای ذات عقد نکاح از منظر فقه فریقین و حقوق مدنی ایران

رضا دهقان نژاد*
سید سجاد محمدی**
حسن پورلطف‌الله***

چکیده

هر عقد آثار گوناگونی دارد. یکی از این آثار، اثر جدانشدنی و اصلی عقد است. فقیهان و حقوق دانان از این اثر به «مقتضای ذات عقد» تعبیر می‌کنند. از آنجا که در عقد نکاح (اعم از دائم یا منقطع) علاوه بر جنبه قراردادی، جنبه عبادی نیز مطرح است، تشخیص و شناسایی مقتضای ذاتی آن ابهام دارد و سبب اختلافات عمیقی میان فقیهان امامیه و اهل سنت، و حقوق دانان شده است. در مجموع، سه نظریه معروف در این زمینه ارائه شده است: برخی از فقیهان امامیه و بیشتر فقیهان اهل سنت بر این باورند که استمتاع جنسی به معنای خاص (وطی)، مقتضای ذاتی عقد نکاح است؛ پاره‌ای از حقوق دانان نیز تشکیل خانواده را مقتضای ذات عقد نکاح دانسته‌اند؛ در مقابل، بعضی دیگر از فقیهان امامیه علقه زوجیت را مقتضای ذات نکاح دانسته‌اند؛ این امر از ظاهر مواد ۱۰۳۵ و ۱۱۰۲ قانون مدنی نیز قابل استنباط است. حال، با توجه به بررسی‌های صورت گرفته و واکاوی مبانی دیدگاه‌های مطرح شده و نیز بهره‌گیری از مستندات دیگر، به نظر می‌رسد دیدگاه سوم قوی‌تر است و در این زمینه، شایستگی بیشتری برای دفاع دارد.

کلیدواژه‌گان: مقتضای ذات نکاح، مقتضای اطلاق نکاح، تمتع جنسی، علقه زوجیت، تشکیل خانواده.

تاریخ دریافت: ۱۳۹۷/۰۲/۲۳

تاریخ تأیید: ۱۳۹۷/۰۸/۲۱

* استادیار گروه آموزشی فقه و حقوق اسلامی دانشگاه شهید مدنی آذربایجان (نویسنده مسئول)

ac.dehghannezhad@azaruniv.ac.ir

mohammadi646@yahoo.com

** دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه مفید

hassan.pourlotfollah66@gmail.com

*** دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه سمنان

بی‌گمان، با انشای هر عقد آثار متعددی بر آن بار می‌شود. برخی از این آثار، اصلی و مقتضای ذاتی عقدند؛ به‌گونه‌ای که مقصود اصلی متعاقدين از ایجاد چنین عقدی را شکل می‌دهند: همچون عقد بیع که مقتضای ذاتی آن تملیک عین است یا عقد اجاره که مقتضای ذاتی و مقصود اصلی آن تملیک منفعت است. اما در مقابل مقتضای ذات عقد، مقتضای اطلاق عقد قرار دارد که اگر برخلاف آن شرط نگردد، عقد، فی‌نفسه مقتضی آن است. وجه تفکیک مقتضای ذات با مقتضای اطلاق عقد این است که شرط خلاف مقتضای ذاتی عقد، برخلاف مقتضای اطلاق، به‌جهت وجود تناقض در اراده متعاقدين یا لغویت در انشای عقد، فاسد و مُفسد عقد خواهد بود.

در میان عقود، عقد نکاح همواره به‌سبب برخورداری از جنبه عبادی و اهمیت بسزای آن در تشکیل جامعه بشری و تضمین سعادت دنیوی و اخروی انسان‌ها، امتیازات ویژه‌ای داشته است: تا جایی که شائبه توفیقی بودن احکام آن مطرح بوده است. بدین جهت است که فقیهان درباره مقتضای ذات عقد نکاح بسیار مذاقه و احتیاط کرده‌اند. همین امر اختلافات عمیق میان فقیهان و حقوق‌دانان را دامن زده است. پیچیدگی و اهمیت مسئله بدین جهت است که هر اثری که مقتضای ذاتی عقد نکاح دانسته شود، ناگزیر شرط خلاف آن به بطلان عقد نکاح می‌انجامد و در نتیجه، فروپاشی هسته اصلی خانواده را به‌همراه دارد. تاکنون، پژوهش‌هایی مرتبط با این موضوع به انجام رسیده که مهم‌ترین آنها این موارد است: «بررسی شروط خلاف مقتضای ذات عقد نکاح» نوشته مهدی باباپور و دیگران (باباپور و دیگران، ۱۳۹۰)؛ «مقایسه شرط نامشروع و شرط خلاف مقتضای عقد» نوشته زهرا شبیری؛^۱ «وضعیت حقوقی شروط ناظر بر روابط جنسی زوجین» نوشته مجید عباسی.^۲ درباره این مهم از منظر فقه امامیه و اهل سنت به‌صورت تلفیقی کار نشده است. به‌علاوه، در نوشته‌های پیشین، شروط مخالف مقتضای ذات عقد نکاح بررسی شده و خود مورد مقتضای ذات این عقد بررسی چندانی نشده است. از این‌رو، اقوال فقیهان (به‌ویژه فقیهان عامه) و حقوق‌دانان در این‌باره موشکافی نشده است. بر این اساس، نوشتار پیش‌رو می‌کوشد با تحلیل موضوع به‌صورت تبیین و تلفیق نظریات فقیهان

فریقین، به این کاستی پاسخی درخور دهد. در این زمینه، پس از تبیین مفاهیم ضروری تحقیق، نظریات فقیهان فریقین و حقوق دانان، و ادله آنها نقد و بررسی می‌شود.

۱. تعریف عقد نکاح

نکاح مصدر ثلاثی و از ریشه «نکح، ینکح» و در لغت به معنای «تقابل»، «التقاء»، «سلطه»، «غلبه»، «وصول» و «اختلاط» به کار رفته است (ابن منظور، ۱۴۰۸ق، ج ۷: ص ۹۳). در اینکه این لفظ دلالت بر «وطی» می‌کند یا بر «عقد» یا اشتراک لفظی میان آن دو، اختلاف نظر هست. مشهور فقیهان امامیه معتقدند: نکاح در لغت به معنای «وطی» و شرعاً به مفهوم عقد است (صاحب جواهر، ۱۴۰۴ق، ج ۲۹: ص ۶). البته، منظور از مفهوم شرعی نکاح فقط صیغه عقد نیست؛ بلکه مراد از نکاح، اثر حاصل از آن است که در فارسی به زن گرفتن و شوهر کردن تعبیر می‌شود (محقق داماد یزدی، ۱۳۸۰: ص ۲۲).

هرچند در متون فقهی به مفهوم اصطلاحی نکاح چندان پرداخته نشده، اما برخی از صاحب نظران همچون محقق خوئی در این باره معتقدند: «نکاح یعنی اعتبار علقه زوجیت در قلمرو ذهنی، که با مظهر خارجی ابراز شده است» (خوئی، ۱۳۷۷، ج ۳: ص ۳۵۱). در کتاب‌های حقوقی با تعابیر مختلفی به مفهوم اصطلاحی نکاح پرداخته شده است: برخی بر این باورند که نکاح رابطه حقوقی‌ای است که به وسیله عقد بین زن و مرد حاصل می‌گردد و به آنها حق می‌دهد که از یکدیگر تمتع جنسی ببرند (امامی، ۱۳۸۵، ج ۴: ص ۲۶۸)؛ مرحوم کاتوزیان نیز نکاح را چنین تعریف کرده است: «عقدی که به موجب آن زن و مردی به منظور تشکیل خانواده و شرکت در زندگی با هم متحد می‌شوند» (کاتوزیان، ۱۳۸۶، ج ۱: ص ۲۰)؛ برخی دیگر در تعریف نکاح آورده‌اند: «نکاح رابطه‌ای است حقوقی و عاطفی که به وسیله عقد بین زن و مرد حاصل می‌گردد و به آنها حق می‌دهد که با یکدیگر زندگی کنند و مظهر بارز این رابطه، حق تمتع جنسی است» (محقق داماد، ۱۳۸۰: ص ۲۲).

در میان فقیهان اهل سنت، فقیهان حنفی نکاح را عقدی دانسته‌اند که فایده‌اش مالکیت بهره‌مندی جنسی از زن است. به نظر آنان، مراد از مالک شدن بهره‌مندی جنسی از زن این است که بضع زن و اندام‌های دیگر او از حیث تلذذ به مرد اختصاص پیدا



می‌کند (جزیری و دیگران، ۱۴۱۹ق، ج ۴: ص ۱۷). به نظر برخی از فقیهان شافعی نیز نکاح عقدی است که متضمن ملک و طی با الفاظ نکاح یا تزویج باشد. آنان گفته‌اند که مرد با عقد، بضع را تملیک می‌کند. تعریف برخی دیگر از فقیهان شافعی از نکاح، عقدی است که متضمن اباحه و طی باشد؛ یعنی با عقد نکاح، بضع زن بر شوهرش «مباح» می‌شود، نه اینکه آن را تملیک نماید (الدمیاطی، ۱۴۱۸ق، ج ۳: ص ۲۹۶). فقیهان مذهب مالکی هم عقد نکاح را صرفاً به تلذذ جنسی از زن تعریف نموده‌اند (الحطاب الرعینی، ۱۴۱۲ق، ج ۳: ص ۴۳۰). این در حالی است که حنبلی‌ها نکاح را عقدی تعریف کرده‌اند که با الفاظ نکاح و تزویج بر منفعت استمتاع دلالت نماید (جزیری و دیگران، ۱۴۱۹ق: ص ۱۸). در میان این تعاریف مطرح شده، به نظر می‌رسد تعریفی که محقق خوئی از نکاح ارائه کرده، جامعیت کافی داشته و بیشتر بیانگر ماهیت هر دو قسم نکاح (دائم و منقطع) بوده است؛ چون اثر اصلی و جدانشدنی عقد نکاح (علقه زوجیت) در این تعریف وارد شده است. از طرف دیگر، هرکدام از تعریف‌های دیگر خدشه‌پذیرند؛ زیرا نخست: حق تمتع جنسی یکی از اهداف نکاح است، نه تنها هدف آن؛ دوم: تعریف نکاح به تشکیل خانواده، جامع افراد نیست، زیرا شامل نکاح منقطع نمی‌شود؛ سوم: نکاح تملیک یا اباحه بضع در مقابل مهریه نیست؛ چون به اذعان برخی از صاحب‌نظران، نکاح از ضروب عبادات است و صرف معاوضه و تملیک نیست (کرکی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۲: ص ۸۶) و حتی گفته شده که مقصود اصلی نکاح عبادت است (ابن عابدین، ۱۴۱۲ق، ج ۴: ص ۵۰۰). از سوی دیگر، نکاح اجاره اشخاص نیست تا تلقی گردد که مرد با عقد نکاح، مالک منفعت استمتاع از زن می‌گردد.

۲. مقتضای عقد

مقتضا اسم مفعول از ماده «قضى» و از باب افتعال است و در لغت به معنی مستوجب بودن و دلالت کردن آمده است (معلوف، ۱۳۸۳: ص ۶۳۶). پس مقتضای عقد در لغت یعنی آنچه که عقد مستوجب و مستلزم آن است و دلالت بر آن دارد. به‌طور کلی، فقیهان و حقوق دانان مقتضای عقد را به مقتضای ذات و مقتضای اطلاق عقد تقسیم کرده‌اند (امامی، ۱۳۸۵، ج ۴: ص ۲۶۸).

۱-۲. مقتضای اطلاق عقد

برخی از فقیهان و حقوق‌دانان گفته‌اند: «اقتضای اطلاق عقد اثری از آثار عقود است که هرگاه در عقد نسبت به آن ذکر به میان نیاید، عقد موجب حصول آن اثر باشد» (انصاری، ۱۴۱۱ق، ج ۳: ص ۲۷؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۸۰: ص ۶۷۷). مثلاً هرگاه در عقد بیع درباره محل تسلیم مبیع صحبتی نشود، باید مبیع را در محل وقوع عقد تحویل دهد (ماده ۲۸۰ ق.م.ا). از این رو، اگر عقد به طور مطلق تشکیل شود، اثرش خودبه‌خود ایجاد می‌شود. برخی نیز گفته‌اند:

مقتضای اطلاق یا اثر اطلاق عقد، اثری است که از ماهیت عقد ناشی نمی‌شود و لازمه آن نیست؛ بلکه هرگاه معامله به طور مطلق تشکیل گردد، اثر مزبور تحقق خواهد یافت و چون این اثر با ذات عقد ملازمه ندارد، می‌توان با درج شرط خلاف از تولید آن جلوگیری کرد (شهیدی، ۱۳۸۱، ج ۸: ص ۸۷).

فقیهان اهل سنت، که دیدگاهی مشابه با فقیهان امامیه دارند، معتقدند: مقتضای اطلاق عقد این است که هرگاه عقد بدون قید و شرط باشد، عقد موجب حصول آن اثر باشد. مثلاً مقتضای اطلاق عقد بیع این است که مبیع سالم تحویل مشتری گردد» (سرخسی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۳: ص ۹۳). یکی دیگر از فقیهان اهل سنت آورده است: «مقتضای اطلاق عقد اجاره این است که مستأجر می‌تواند در خانه‌ای که اجاره کرده، سکونت کند» (المقدسی، بی تا «الف»، ج ۶: ص ۶).

با توجه به مطالب بالا می‌توان گفت که مقتضای اطلاق عقد، از منظر فقه امامیه و اهل سنت، اثری است که برای تحقق آن به ذکرش در عقد نیازی نیست؛ بلکه با ایجاد عقد، خودبه‌خود محقق می‌شود و تنها مانع وجودی آن، شرط خلاف آن است.

۲-۲. مقتضای ذات عقد

تعاریف مختلفی درباره مفهوم مقتضای ذات عقد ارائه شده است. برخی از فقیهان امامیه آن را به ماهیت عقد تعریف کرده‌اند (انصاری، ۱۴۱۱ق، ج ۳: ص ۲۷؛ موسوی خمینی، ۱۴۱۸ق،





ج ۲: ص ۹۴). برخی از حقوق دانان در این زمینه معتقدند:

مقتضی آن چنان اثری است که عقد بدون وجود این اثر محقق نمی شود؛ به طوری که عقد بالذات تولیدکننده آن است و چنین اثری از عقد جداشدنی است. مثلاً انتقال مالکیت در مبیع عین معین، مقتضای ذات عقد بیع است که بدون آن نمی توان ماهیت معامله را محقق دانست (شهیدی، ۱۳۸۵، ج ۴: ص ۱۱۲).

برخی دیگر در مقام تبیین مقتضای ذاتی هر عقد بیان داشته اند:

مقتضای ذات عقد عبارت از امری است که عقد برای پیدایش آن منعقد می گردد. می توان آن را مقصود اصلی و اساسی از عقد دانست. هر نوع از عقود مقتضای مخصوصی دارد که مستقیم به سبب آن حاصل می گردد، چنان که مقتضای عقد بیع، ملکیت مبیع برای مشتری، و ملکیت ثمن برای بایع است (امامی، ۱۳۸۵، ج ۱: ص ۲۷۸).

فقیهان اهل سنت نیز مقصود اصلی عقد را مقتضای ذات عقد دانسته اند (الخطیب الشربینی، ۱۴۱۵ق، ج ۴: ص ۳۷۷). مثلاً یکی از فقیهان اهل سنت در این زمینه گفته است:

اگر بایع بر مشتری شرط کند که مشتری نتواند مبیع را بفروشد، این شرط با مقصود اصلی عقد منافات دارد و خلاف مقتضای ذات عقد بیع است (الکاسانی، ۱۴۰۶ق، ج ۵: ص ۱۷۰).

بنابراین، می توان گفت که منظور از مقتضای ذاتی عقد، هر امری است که مقصود اصلی متعاقدين از ایجاد چنین عقدی بوده و از عقد موجود جداشدنی نیست.

۳. مقتضای ذات عقد نکاح

مقتضای ذات عقد نکاح نتیجه و اثر مستقیمی است که طرفین به قصد حصول آن، عقد نکاح را منعقد کرده اند. (محقق داماد، ۱۴۰۶ق، ج ۲: ص ۷۲). با وجود این، در مورد چیستی اثر مستقیم عقد نکاح یا به تعبیر دیگر، مقتضای ذات عقد نکاح و معیار تشخیص آن،

ابهاماتی وجود دارد که نیازمند بررسی است. از آنجا که فقیهان امامیه نکاح منقطع را نیز پذیرفته‌اند (طباطبائی، ۱۴۱۸ق، ج ۱۱: ص ۳۱۳)، هر دو قسم نکاح، اعم از دائم و منقطع، منظور و مورد بحث ما قرار گرفته است.

با بررسی نظریات و گفته‌های صاحبان سخن و جست‌وجو در آرای فقیهان امامیه و عامه، و حقوق‌دانان می‌توان گفت: سه نظریه مهم در میان فقیهان و حقوق‌دانان درباره مقتضای ذات عقد نکاح وجود دارد. در ادامه، ضمن ذکر این دیدگاه‌ها، به نقد و بررسی آنها پرداخته می‌شود.

۳-۱. دیدگاه نخست: وطی

عده‌ای از فقیهان امامیه و حقوق‌دانان و بیشتر فقیهان عامه، حق تمتع جنسی یا به دیگر سخن، وطی را مقتضای ذات عقد نکاح دانسته و بر این باورند که عقد نکاح، بالذات، وجود رابطه جنسی بین زوجین را پدید می‌آورد؛ به نحوی که نکاحی که در آن رابطه جنسی نفی گردد یا محدود به زمان یا مکان خاصی گردد، خالی از موضوع می‌شود. در اینجا، ضمن ذکر دیدگاه‌های این افراد، به نقد و بررسی آنها پرداخته می‌شود.

از کلام برخی از صاحب‌نظران استفاده می‌شود که ایشان وطی را از مقتضیات ذات عقد نکاح دانسته‌اند. شیخ انصاری در این زمینه آورده است: «مقصود ذاتی از عقد نکاح وطی بوده و باقی آثار تابع آن است»^۳ (انصاری، ۱۴۱۵ق: ص ۲۶۶). عده‌ای دیگر نیز بدان جهت که وطی را از مقتضیات ذات نکاح شمرده‌اند، شرط خلاف آن را باطل و مبطل عقد نکاح دانسته‌اند (فاضل مقداد، ۱۴۰۴ق، ج ۳: ص ۲۴۵).

از میان حقوق‌دانان نیز کسانی هستند که تمتع جنسی را هدف اصلی عقد نکاح دانسته‌اند. به نظر آنان، اتحاد جنسی زن و شوهر و برقراری حق استمتاع لازمه عرفی ایجاد رابطه زناشویی و مقتضای ذات عقد نکاح است و شرط بر خلاف آن، نه تنها نامشروع و فاسد، بلکه مبطل عقد نیز خواهد بود (جعفری لنگرودی، ۱۳۵۵: ص ۱۹۳). دکتر کاتوزیان نیز معتقد است: «پیوندی را که در آن زن و مرد حق تمتع جنسی از یکدیگر را نداشته باشند نباید نکاح نامید. داوری عرف قطعاً چنین است» (کاتوزیان، ۱۳۸۶، ج ۱: ص ۲۵۴).



یکی دیگر از حقوق دانان آورده است:

درواقع، تأکید در نکاح و تشویق و تحریض در آن، از طرف دین مقدس اسلام صرفاً جهت بقای نسل و تولید و تکثیر نوع بشر و نیز به خاطر محفوظ نگه داشتن افراد از هرگونه فساد و فحشا است. طریقه نیل به این هدف نیز نکاح است. بنابراین، شرطی که در راه رسیدن به این مقصود مانع ایجاد کند، خلاف مقتضای آن است (محقق داماد، ۱۳۶۰: ص ۵۳).

از میان فقیهان اهل سنت، ابن قدامه (از فقیهان مذهب حنبلی) در کتاب المغنی به نقل از قاضی آورده است:

اگر در عقد نکاح عدم مقاربت شرط گردد، محتمل است که عقد مزبور فاسد شود؛ چون ترک وطی با مقصود اصلی عقد نکاح منافات دارد. او این نظریه را به مذهب شافعی نیز نسبت داده است (المقدسی، بی تا «ب»، ج ۷: ص ۵۴۱).

البهوتی، از فقیهان حنبلی، نیز در بحث شروط عقد نکاح، نزدیکی جنسی مرد با زن را مقتضای ذات عقد نکاح معرفی کرده و شرط عدم مقاربت را به جهت منافات با مقتضای عقد نکاح، فاسد و مفسد عقد دانسته است (البهوتی، بی تا، ج ۵: ص ۹۷). همچنین، برخی دیگر از فقیهان حنفی، نکاح را دربردارنده آثار اصلی و تبعی، و وطی را اثر اصلی عقد نکاح می دانند (الکاسانی، ۱۴۰۶ق، ج ۲: ص ۳۳۱). برخی دیگر نیز، از جمله سرخسی (صاحب المیسوط) معتقد است که نکاح مانند بیع عقد معاوضی است و از آنجا که مقصود اصلی از نکاح ارضای شهوت و تولیدمثل است، بنابراین، شرط خلاف آن باطل و مبطل عقد است (سرخسی، ۱۴۱۴ق، ج ۵: ص ۹۵). با مراجعه به فقه مالکی نیز استفاده می شود که فقیهان مالکی، همسو با مذهب حنبلی ها، مقاربت و استمتاع جنسی را مقصود اصلی و مقتضای ذاتی نکاح دانسته اند. در این باره، یکی از فقیهان مذهب مالکی آورده است: «نکاح مستوجب مالکیتی است که به موجب آن، استمتاع جنسی از زن مباح می شود» (الحطاب الرعینی، ۱۴۱۲ق، ج ۳: ص ۴۰۶).

همان طور که قبلاً گفته شد، بهترین روش برای تشخیص و شناسایی مقتضای ذات

عقد نکاح، توجه به ماهیت و تعریف عقد نکاح است و به این دلیل که در اعتباریات جنس و فصل حقیقی وجود ندارد، فقیهان یکی از آثار اصلی و جدانشدنی نکاح را در تعریف آن گنجانده‌اند. حال، با توجه به تعاریف مطرح‌شده، شناسایی اثر و مقتضای ذاتی عقد نکاح امکان‌پذیر است. با عنایت به تعاریف فقیهان عامه از ماهیت نکاح، استفاده می‌شود که بیشتر آنها استمتاع جنسی را مقتضای ذات عقد نکاح می‌دانند؛ چون در بیشتر تعریف‌های فقیهان عامه، اباحه استمتاع جنسی و مالکیت تلذذ جنسی به‌عنوان اثر بارز و جدانشدنی عقد نکاح اخذ شده‌است. با درنظر گرفتن تعریف‌های بعضی از فقیهان امامیه و حقوق‌دانان نیز می‌توان به این نظر رسید.

با بررسی سخن این دسته از فقیهان و حقوق‌دانان به‌دست می‌آید که بعضی از آنها تمتع جنسی را اثر بارز و جدانشدنی عقد نکاح معرفی کرده‌اند و برخی دیگر مفاهیمی مانند وطی، مقاربت جنسی، دخول یا نزدیکی را مقتضای ذات عقد نکاح دانسته‌اند. رابطه منطقی بین تمتع جنسی و دخول از نوع عموم و خصوص مطلق است: با این توضیح که تمتع جنسی عام از دخول است و علاوه بر آن تقبیل، لمس و لذت‌های جنسی دیگر را دربر می‌گیرد. به‌نظر می‌رسد کسانی که تمتع جنسی را مقتضای ذات عقد نکاح معرفی کرده‌اند، مرادشان از تمتع جنسی همان دخول و نزدیکی باشد؛ چون دخول بارزترین نوع تمتع جنسی است و اگر تمتع جنسی مقتضای ذات عقد باشد، باید بارزترین مصداق آن (دخول و نزدیکی) درنظر گرفته شود. مؤید این ادعا این است که بعضی از فقیهان و حقوق‌دانانی که تمتع جنسی را مقتضای ذات نکاح دانسته‌اند، در توجیه آن گفته‌اند: هدف از نکاح، تولیدمثل و بقای نسل است (محقق داماد، ۱۳۶۰: ص ۵۳) و اگر شرط شود که تمتع جنسی نباشد، هدف اصلی نکاح از بین می‌رود. بقای نسل و تولیدمثل با تمتع جنسی به‌معنای خاص - که همان نزدیکی است - محقق می‌شود نه تمتع جنسی به‌معنای عام. بنابراین، به‌عقیده فقیهان دسته نخست، مقتضای ذات عقد نکاح تمتع جنسی به‌معنای خاص (نزدیکی و وطی) است.

با فرض پذیرش این دیدگاه که استمتاع جنسی و وطی اثر اصلی و مقتضای ذات عقد نکاح است، این نتیجه منطقی به‌دست می‌آید که هرگونه شرط و توافقی برخلاف آن،





نه تنها محکوم به بطلان است، بلکه سبب بطلان عقد نیز می‌شود؛ درحالی که بسیاری از فقیهان معتقدند که شرط عدم نزدیکی و استمتاع جنسی جایز است. در این زمینه، جهت تبیین بیشتر ماهیت مسئله، سخنان برخی از اندیشمندان فقهی درباره عقد مشروط به عدم وطی ذکر می‌گردد:

الف. عده‌ای از فقیهان، که حق استمتاع جنسی را مقتضای ذات عقد نکاح می‌دانند، شرط خلاف را منافی با مقتضای عقد نکاح و مبطل عقد دانسته‌اند (انصاری، ۱۴۱۵ق: ص ۲۶۶؛ نائینی، ۱۳۷۳ق، ج ۲: ص ۱۱۲؛ البهوتی، بی تا، ج ۵: ص ۹۷).

ب. نقطه مقابل این دیدگاه، کسانی هستند که وطی و مقاربت جنسی را یکی از آثار عقد نکاح و حقوق زوجین دانسته‌اند و شرط بر خلاف آن را صحیح و نافذ می‌دانند. طرفداران این دیدگاه معتقدند که وطی از جمله حقوق مربوط به زوجین است و آنان می‌توانند هرگونه که بخواهند، بر سر آن توافق نمایند. شرط مزبور برخلاف مقتضای ذات عقد نکاح نیز نیست. در این صورت، زن پس از عقد می‌تواند به زوج اجازه نزدیکی بدهد؛ زیرا شرط برای زن ایجاد حق می‌کند و مشروط‌اله می‌تواند از آن چشم‌پوشد (شیخ طوسی، ۱۴۰۰ق: ص ۴۷۴؛ علامه حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۳: ص ۷۷). با بهره‌گیری از قول مشهور امامیه، در تقویت این دیدگاه می‌توان گفت: شرط عدم نزدیکی نه خلاف مقتضای عقد است و نه نامشروع؛ چون نکاح اهداف مختلفی دارد و نزدیکی تنها هدف و مقتضای ذات نکاح نیست که در صورت شرط عدم دخول، نکاح نتواند تحقق یابد. به علاوه، چنین شرطی را قانون منع نکرده و شرط مزبور برخلاف نظم عمومی هم نیست (صفایی، ۱۳۷۲، ج ۱: ص ۷۷). این دیدگاه در بین فقیهان امامیه شهرت چشمگیری دارد؛ به گونه‌ای که درباره آن ادعای عدم اختلاف نیز شده است (ایروانی، ۱۴۲۷ق، ج ۲: ص ۳۷۲). مستند مشهور بر صحت چنین شرطی صحیحۀ عماربن مروان است که در ادامه ذکر خواهد شد.

ج. برخلاف دو دیدگاه مطرح شده - که یکی وطی را مقتضای ذات و دیگری آن را مقتضای اطلاق نکاح برشمرده -، دیدگاه سوم بر این باور استوار است که حق مقاربت جنسی مقتضای ذات عقد نکاح نیست. بنابراین، عقدی که مشروط به عدم مقاربت

جنسی است، باطل عقد نخواهد بود؛ ولی به دلیل اهتمام و ضرورت وجود رابطه جنسی میان زوجین از یک سو، و مغایرت با کتاب و سنت، قوانین آمره، نظم عمومی و اخلاق حسنه از سوی دیگر، شرط مزبور نامشروع تلقی شده است و از این رو، باطل و فاقد اثر دانسته می‌شود؛ اما بطلان شرط به عقد سرایت نمی‌کند. از این رو، هیچ‌گونه الزامی برای متعاقدين ایجاد نخواهد کرد (شهیدی، ۱۳۸۵: ص ۱۱۶). صاحب‌نظرانی همچون ابن‌ادریس و صاحب جواهر، از جمله کسانی هستند که شرط عدم مقاربت در عقد نکاح را به دلیل مخالفت با کتاب و سنت باطل می‌دانند (ابن‌ادریس حلی، ۱۴۱۰ق، ج ۲: ص ۵۸۹؛ صاحب جواهر، ۱۴۰۴ق، ج ۳۱: ص ۱۰۰).

۳-۱-۱. نقد و بررسی دیدگاه نخست

یکی از استدلال‌های دیدگاه نخست این بود که «پیوندی که در آن، زن و مرد حق استمتاع جنسی را ندارند، عرفاً نمی‌توان نکاح نامید» (کاتوزیان، ۱۳۸۶، ج ۱: ص ۳۴). اما این استدلال مردود است زیرا نخست، چنین عرف مسلم و قطعی‌ای وجود ندارد. دوم، استناد به قواعد عرفی در صورتی صحیح است که مخالف قواعد و اصول مسلم فقهی و حقوقی نباشد؛ درحالی‌که چنین عرفی، بر فرض وجود آن، هم مخالف قواعد حقوقی و هم مخالف مصالح جامعه است؛ زیرا به دلیل اهمیت ازدواج و توصیه به آسان‌گیری در آن در فقه و حقوق اسلامی، گفتن این مطلب که شروط ناظر به روابط جنسی برخلاف مقتضای ذات نکاح بوده و در نتیجه، باطل و مبطل عقد هستند، استدلالی برخلاف جهت‌گیری فقه اسلامی و قانونگذار در جهت انعقاد و حفظ نهاد خانواده است. بنابراین، به نظر می‌رسد نه تنها عرف چنین داورای‌ای را نمی‌پذیرد؛ بلکه اگر چنین عرفی وجود داشته باشد، برخلاف احکام مندرج در باب نکاح، و در تعارض صریح با مصالح اجتماعی خواهد بود.

استدلال دیگر درباره مقتضای ذات نکاح بودن وطی، این بود که در صورت شرط عدم نزدیکی، عقد نکاح بیهوده و بی‌محتوا خواهد بود یا اینکه تولیدمثل لازمه نکاح است. ولی این دلایل در جای خود خدشه‌پذیرند، زیرا در هر نکاحی اغراض متعدد وجود دارد. نزدیکی و توالد می‌تواند از اغراض مهم در نکاح باشد، ولی لازمه آن نیست؛ زیرا اگر قانونگذار



تولیدمثل را از لوازم نکاح می‌دانست، نکاح پیرمرد و پیرزن را اجازه نمی‌داد یا اگر نزدیکی از شرایط صحت نکاح بود، نکاح عنن، خصاء و قرن از موانع نکاح بودند؛ درحالی‌که این عیوب فقط مجوزهایی برای فسخ نکاح‌اند (شایگان، ۱۳۸۴: ص ۲۱۳). از سوی دیگر، چنین برداشتی به دلیل نادیده گرفتن آثار دیگر عقد است. درواقع، نزدیکی تنها اثر نکاح نیست که فقدانش عقد را بیهوده و بی‌فایده کند. زیر یک سقف زندگی کردن، مهریه، نفقه، توارث و از همه مهم‌تر ایجاد علقهٔ زوجیت آثاری هستند که عقد نکاح بدون نزدیکی نیز دربردارندهٔ آن است. بنابراین، بیهوده انگاشتن نکاح بدون تمتع جنسی درست نیست. همچنان‌که مرحوم صاحب جواهر مقاصد ازدواج را منحصر به تمتعات جنسی و تولیدمثل ندانسته و معتقد است که اساساً برای صحت عقد، رعایت مقاصد و لحاظ غایات اعتباری ندارد. به نظر ایشان، اگر وطی از مقتضای ذات عقد نکاح بود - به طوری که اشتراط عدم وطی، موجب بطلان عقد شود -، در این صورت نکاح متعذرالوطی (مرد یا زنی که نمی‌تواند وطی انجام دهد) جایز نبود؛ درحالی‌که فساد این سخن معلوم است، چون وطی یکی از غایات نکاح است (صاحب جواهر، ۱۴۰۴ق، ج ۳۱: ص ۱۰۰). همچنین، مخالفان نظریهٔ «اقتضای ذات بودن وطی» به روایتی از عماربن مروان تمسک جسته‌اند:

عماربن مروان از امام صادق علیه السلام نقل می‌کند که به امام عرض کردم: «مردی پیش زنی رفته و از او خواستگاری نموده و زن گفته است من خودم را به حبالهٔ نکاح تو درآوردم؛ مشروط به اینکه تمام استمتاعات جنسی را همچون نگاه کردن، لمس کردن و هر عملی که یک مرد با زنش انجام می‌دهد، انجام بدهی؛ جز آنکه دخول صورت نگیرد، و غیر از آن هرچه خواستی لذت ببر، چون من از رسوایی می‌ترسم.» امام علیه السلام فرمودند: «اشکالی ندارد. مرد به‌جز آنچه شرط کرده، حق ندارد» ^۴ (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۵، ص ۴۶۷).

۳-۱-۱-۱. تحلیل و بازخوانی مفاد روایت

موافقان نظریهٔ «مقتضای ذات بودن وطی» معتقدند: در نکاح دایم نمی‌توان شرط عدم نزدیکی نمود، زیرا هر شرطی که مخالف مقتضای ذات عقد باشد، باطل و مبطل عقد

است. بنابراین، آنان در توجیه روایت بالا که دلالت بر صحت شرط عدم نزدیکی دارد، گفته‌اند: با توجه به قید «إني أخاف الفضيحة» در روایت مزبور، به نظر می‌رسد روایت اشاره به نکاح موقت دارد؛ زیرا نکاح متعه، اساسش بر پنهان بودن است و آن زن خواسته است که این رابطه مشروع مخفی بماند و این راز با مسائلی چون وطی و تبعات آن مثل باروری فاش نگردد (صاحب جواهر، ۱۴۰۴ق، ج ۳۱: ص ۹۹). در نتیجه، روایت هیچ دلالتی بر صحیح بودن شرط عدم نزدیکی در نکاح دائم ندارد.

اما این ادعا فاقد مستندات و مؤیدات متقن بوده و توجیهی است که جهت همسو نمودن این روایت با مدعای خود مطرح شده است. آیت‌الله شبیری زنجانی، از فقیهان معاصر، در این باره بیان می‌کند:

در این مورد دو روایت وارد شده: یکی روایت سماعه بن مهران و دیگری روایت عمار بن مروان است. صاحب جواهر بین این دو فرق گذاشته است: در روایت عمار کلمه «متعه» را نقل کرده ولی در روایت سماعه نقل نکرده است؛ در حالی که این کلمه در هیچ کدام از روایات و در هیچ منبع حدیثی نیامده است: در نسخه‌های متعدد کافی نیز کلمه «متعه» ذکر نشده است؛ در نسخه‌های معتبر تهذیب هم وجود ندارد؛ در وافی که خود مرحوم صاحب وافی با نسخه‌ها مقابله می‌کند، وجود ندارد؛ در وسائل الشیعه هم نیست؛ در ترتیب التهذیب مرحوم بحرانی نیست؛ شیخ مفید هم با اینکه روایت را در رسالة المتعة خود ذکر می‌کند کلمه «متعه» ندارد؛ پس نمی‌تواند قرینه‌ای برای متعه باشد و استفاده متعه از این جمله (إني أخاف الفضيحة) مشکل است؛ چون تزویج به تزویج دائم اطلاق می‌شود و حتی یک مورد هم سراغ نداریم که تزویج علی وجه الاطلاق به خصوص متعه حمل شده باشد. به علاوه، فضیحت منحصر به مسئله انقطاع نیست. عدم تناسب شأن خانوادگی نیز موجب فضیحت و سرشکستگی است و اگر بکارت زائل شود، فضاحت به وجود می‌آید. همچنین گاهی دختر عقد کرده و به خانه شوهر نرفته ممکن است راضی به مباشرت نباشد و آن را مایه فضاحت بداند (شبیری زنجانی، ۱۴۱۹ق، ج ۲۳: ص ۷۳۱۷).



بنابراین، نخست، ظاهر یا قدر مسلم از روایت ذکرشده، همان تزویج دائم است؛ چون در هیچ‌یک از منابع معتبر این روایت، ذکرى از عنوان متعه نیامده است. دوم، برفرض پذیرش ادعای مستشکل، در پاسخ می‌توان گفت: همان‌گونه که احتمال منقطع بودن نکاح در این روایت وجود دارد، احتمال دائمی بودن آن نیز دور از ذهن نیست. از این‌رو، مطابق قاعده معروف «إذا جاء الإحتمال بطل الإستدلال»، محمل صحیحی بر توجیه مستشکل وجود ندارد.

در این راستا، بدیهی است حتی آن دسته از فقیهانی که شرط عدم وطی را باطل دانسته‌اند، دلیل بطلان‌شان مخالفت شرط مزبور با مقتضای ذات عقد نکاح نبوده است؛ بلکه به جهت مخالفت آن با کتاب و سنت یا به تعبیر دیگر، نامشروع بودن آن است (ابن‌ادریس حلی، ۱۴۱۰ق، ج ۲: ص ۵۸۹؛ صاحب‌جواهر، ۱۴۰۴ق، ج ۳۱: ص ۱۰۰). بنابراین، با توجه به بررسی‌های صورت‌گرفته، دانسته شد که استمتاع جنسی و مقاربت از مقتضای ذات نکاح نیست؛ بلکه مقتضای اطلاق عقد نکاح است و از این‌رو، نقل و بررسی اقوال دیگر در این زمینه، نیاز است.

۲-۳. دیدگاه دوم: تشکیل خانواده

از تعریف‌ها و نظرات عده‌ای از فقیهان و حقوق‌دانان چنین به نظر می‌رسد که آنها تشکیل خانواده و اتحاد زن و شوهر را مقتضای ذات عقد نکاح می‌دانند. در این مجال، این نظریه تشریح و نظرات موافق و مخالف ذکر و بررسی می‌شود.

فقیهان و حقوق‌دانان می‌کوشند که در تعریف نکاح، اثری را بگیرند که بیانگر تمام ماهیت این عقد باشد. بدین منظور، برخی از حقوق‌دانان نکاح را به عقدی که به موجب آن زن و مرد به‌منظور تشکیل خانواده و شرکت در زندگی با هم متحد می‌شوند، تعریف کرده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۸۶، ج ۱: ص ۲۰؛ شایگان، ۱۳۸۴، ج ۱: ص ۵۸۹)؛ یعنی آنان از بین آثار گوناگون عقد نکاح، «تشکیل خانواده» را در تعریف گنجانده‌اند. بنابراین، می‌توان گفت که به نظر این گروه، «تشکیل خانواده» مقتضای ذات عقد نکاح است.

برخی از فقیهان معاصر در این زمینه گفته‌اند:

در سایه همین تشکیل خانواده و زندگی مشترک است که توالد و تناسل و در نتیجه، بقاء نوع آدمی شکل می‌گیرد. و این زندگی مشترک و جامعه کوچک، هسته اصلی جامعه بزرگ انسانی را تشکیل می‌دهد (فاضل لنکرانی، بی‌تا: ص ۱۲۹).

این یعنی آنان «تشکیل خانواده» را اثر اصلی و تولیدمثل را از اثرهای آن می‌دانند. همچنان، در لسان بعضی دیگر از فقیهان، «تشکیل خانواده» با ازدواج استعمال شده و اثرات و ثمرات ازدواج برای آن هم به کار رفته است (منتظری، ۱۴۲۷ق: ص ۲۲۵).

بعضی از پژوهشگران نیز در مقالات خود «تشکیل خانواده» را مقتضای عقد نکاح معرفی کرده‌اند. یکی از آنها در این زمینه می‌نویسد:

به‌طور کلی می‌توان مقتضای عقد نکاح را به این صورت تشریح کرد که مقتضای عقد نکاح تشکیل خانواده و زندگی مشترک است و به دنبال مقتضای فوق، اثرات دیگر ایجاد می‌شود (باباپور و دیگران، ۱۳۹۰: ص ۷۵).

۳-۲-۱. نقد و بررسی دیدگاه دوم

این دیدگاه در جای خود نقدپذیر است: بدان جهت که، نخست، هیچ‌یک از اندیشمندان معروف فقه امامیه و اهل سنت تشکیل خانواده را مقتضای ذات عقد نکاح مطرح ننموده‌اند. از کلام مرحوم فاضل لنکرانی نیز نمی‌توان چنین نتیجه گرفت که مقتضای ذات عقد نکاح، تشکیل زندگی مشترک باشد؛ زیرا لازمه این سخن - که توالد و تناسل در سایه تشکیل خانواده و زندگی مشترک است - موجب نمی‌شود که تشکیل خانواده و زندگی مشترک مقتضای ذات و اثر جدانشدنی عقد نکاح باشد. دوم، مفهوم و مراد از تشکیل خانواده ایجاد یک واحد اجتماعی کوچک - زیر یک سقف و دارای چارچوب خاص اجتماعی - است؛ این واحد کوچک، در واقع، هسته اصلی جامعه بشری را تشکیل می‌دهد؛ به گونه‌ای که فرزندان حاصل از آن ازدواج، آن را تکمیل می‌کنند (طاهری، ۱۴۱۸ق، ج ۳: ص ۵). حال، با عنایت به مفهوم تشکیل خانواده، بدیهی است که چه بسا ممکن است مرد و زنی با هم ازدواج نمایند، ولی



تشکیل خانواده نداده و زیر یک سقف زندگی نکنند: به هیچ عنوان، چنین نکاحی محکوم به بطلان نشده است و از سوی دیگر، در عقد نکاح منقطع که در فقه امامیه و حقوق ایران پذیرفته شده، غالباً تشکیل خانواده صورت نمی‌گیرد، بلکه نوعاً به منظور التذاذ و کامیابی جنسی منعقد می‌شود^۵ (فاضل مقداد، ۱۴۰۴ق، ج ۳: ص ۲۴۵) نه تشکیل خانواده؛ اما با وجود این، فقیهان و حقوق‌دانان آن را نکاح نامیده و آثار عقد نکاح را بر آن مترتب کرده‌اند؛ درحالی که اگر تشکیل خانواده و زندگی مشترک اثر جدانشدنی نکاح بود، نباید نکاح منقطع را نکاح می‌نامیدند. از سوی دیگر، اگر این نظریه صحیح باشد، ثمره فقهی آن این خواهد بود که در صورت شرط عدم تشکیل خانواده در عقد نکاح، اعم از دائم و موقت، اصل عقد نکاح باطل گردد؛ چون شرط خلاف مقتضای ذات عقد باطل و مبطل عقد است. این در حالی است که اثبات چنین ادعایی بسیار مشکل است و کسی از فقیهان مشهور امامیه و اهل سنت چنین نظریه‌ای ندارند.

۳-۳. دیدگاه سوم: علقه زوجیت

علقه زوجیت یعنی ارتباط و علاقه‌ای که به طور مستقیم پس از انعقاد عقد نکاح بین زن و مرد به وجود می‌آید، مانند عقد بیع که در آن، بلافاصله پس از ایجاب و قبول متعاقدين، ملکیت مبیع به مشتری و ملکیت ثمن به بایع منتقل می‌شود.

بسیاری از فقیهان امامیه علقه زوجیت را مقتضای ذات عقد نکاح یا همان اثر اصلی نکاح دانسته و معتقدند: سایر آثار نکاح مانند حلیت و طی، وجوب نفقه و توارث در پی ایجاد علقه زوجیت حاصل می‌شود (تجلیل تبریزی، ۱۴۲۱ق: ص ۲۰؛ مروج جزایری، ۱۴۱۶ق، ج ۵: ص ۳۶۵؛ شهیدی تبریزی، ۱۳۷۵، ج ۳: ص ۵۷۴؛ خوانساری، ۱۴۰۵ق، ج ۱: ص ۱۵۶؛ شبیری زنجانی، ۱۴۱۹ق، ج ۸: ص ۲۷۲۶). حتی فقیهان آثار دیگر نکاح را دائرمدار علقه زوجیت دانسته و بر این باورند: «حلیت و طی دائرمدار علقه زوجیت است. اگر علقه زوجیت موجود باشد، حلیت و طی و تمتعات جنسی دیگر موجود خواهد بود.» (کلاتر، ۱۴۱۰ق، ج ۱۰: ص ۲۰۱) برخی دیگر نیز علقه زوجیت را مقتضای ذات، اثر بدون واسطه و حقیقت عقد نکاح دانسته که با طلاق زائل می‌شود (عمانی، ۱۴۱۳ق: ص ۴۸۳؛ کمپانی اصفهانی، ۱۴۱۸ق،

ج ۱: ص ۱۸۲؛ حجت کوه‌کمری، ۱۴۰۹ق: ص ۱۰۳؛ ایروانی، ۱۴۰۶ق، ج ۲: ص ۶۴؛ حسینی شیرازی، ۱۴۲۵ق، ج ۱: ص ۵۵۶). بسیاری از حقوق‌دانان نیز علقهٔ زوجیت را مقتضای ذات عقد نکاح معرفی کرده و معتقدند: اگر طرفین در ضمن عقد شرط کنند که رابطهٔ مزبور ایجاد نشود، این شرط خلاف مقتضای ذات عقد است» (امامی، ۱۳۸۵، ج ۴: ص ۳۶۹؛ محقق داماد، ۱۴۰۶ق، ج ۲: ص ۷۲؛ طاهری، ۱۴۱۸ق، ج ۲: ص ۱۹۵). بنابراین، شرط عدم تحقق علقهٔ زوجیت در ضمن عقد نکاح (اعم از دائم یا موقت)، باطل و مبطل آن عقد خواهد بود و برخلاف دو مورد دیگر، در مبطل بودن چنین شرطی هیچ تردیدی نیست.

۳-۴. ارزیابی ادله و نظریهٔ برگزیده

با تتبع و واکاوی‌های صورت‌گرفته، روشن شد که در میان منابع فقیهان عامه، دیدگاهی که علقهٔ زوجیت را مقتضای ذاتی عقد نکاح دانسته باشد، به چشم نمی‌خورد؛ اما در این میان، دلایل و شواهدی مبنی بر قوت و برتری دیدگاه سوم وجود دارد که به شرح زیر قابل استناد است:

این دیدگاه که وطی یا تشکیل خانواده، مقتضای ذات عقد نکاح دائم یا منقطع است، در هر صورت، بر تالی فاسدی پایه دارد که فاقد توجیهات منطقی است؛ چون:

نخست: تحقق رابطهٔ زوجیت مقدم بر تمتع جنسی، وطی، تولیدمثل و تشکیل خانواده، امری عقلی و انکارناپذیر در مباحث فقهی و حقوقی است؛ زیرا تا زمانی که در نتیجهٔ عقدی صحیح و نافذ، بین طرفین رابطهٔ زوجیت برقرار نشود، آثار دیگر نکاح نیز به وجود نمی‌آید (تجلیل تبریزی، ۱۴۲۱ق: ص ۲۰؛ مروج جزایری، ۱۴۱۶ق، ج ۵: ص ۳۶۵؛ شهیدی تبریزی، ۱۳۷۵، ج ۳: ص ۵۷۴؛ خوانساری، ۱۴۰۵ق، ج ۱: ص ۱۵۶؛ شبیری زنجانی، ۱۴۱۹ق، ج ۸: ص ۲۷۲۶).

دوم: به‌اذعان فقیهان، علقهٔ زوجیت نخستین اثر عقد نکاح دائم و موقت است که با تحقق ایجاب و قبول بین زوجین محقق می‌گردد و با طلاق یا فسخ، زایل می‌شود (عمانی، ۱۴۱۳ق: ص ۴۸۳؛ کمپانی، ۱۴۱۸ق، ج ۱: ص ۱۸۲؛ حجت کوه‌کمری، ۱۴۰۹ق: ص ۱۰۳؛ ایروانی، ۱۴۰۶ق، ج ۲: ص ۶۴؛ حسینی شیرازی، ۱۴۲۵ق، ج ۱: ص ۵۵۶). این نکته خود دلیل است بر اینکه علقهٔ زوجیت اثر اصلی و مقتضای ذات هر دو قسم نکاح است؛ چون فقیهان امامیه



و اهل سنت در تعریف مقتضای ذات عقد گفته‌اند که مقتضای ذات هر عقدی نخستین اثر یا اثر اصلی و جدانشدنی آن عقد است (محقق داماد، ۱۴۰۶ق، ج ۲: ص ۷۲؛ الخطیب الشربینی، ۱۴۱۵ق، ج ۴: ص ۳۷۷).

سوم: عرف یکی از معیارهای تشخیص مقتضای ذات عقد است (انصاری، ۱۴۱۱ق، ج ۳: ص ۲۷؛ میرزای قمی، ۱۴۲۷ق، ج ۲: ص ۹۱۶؛ کاشف‌الغطاء نجفی، ۱۴۲۲ق: ص ۲۲۵؛ ایروانی، ۱۴۰۶ق، ج ۲: ص ۶۴). در عرف عام، با تحقق عقد نکاح بین زن و مرد، رابطه‌ای پدید می‌آید که از آن تعبیر به همسر بودن و شوهر بودن می‌شود: این تعبیر همان علقه زوجیت بین مرد و زن است. بنابراین، با مراجعه به عرف نیز روشن می‌شود که علقه زوجیت نخستین و اصلی‌ترین اثر عقد نکاح است؛ زیرا در عرف، عقد نکاحی را که در آن بین زوجین عدم تحقق علقه زوجیت شرط شده باشد، عقد نکاح نمی‌نامند؛ با وجود این، در عرف، عقد نکاحی را که در آن شرط عدم وطی و عدم تشکیل خانواده شده است هم عقد نکاح می‌نامند. از این رو، در عصر حاضر پس از تحقق ایجاب و قبول، و انعقاد عقد نکاح و معمولاً عمل وطی، تشکیل خانواده و زندگی مشترک صورت نمی‌گیرد؛ بلکه زوجین پس از گذشت چندین ماه یا سال زندگی مشترک را آغاز می‌کنند؛ اما با وجود این، آنها از نظر عرف و شرع، همسر یکدیگرند؛ درحالی که اگر عمل وطی یا زندگی مشترک اثر جدانشدنی عقد نکاح بود، باید از همان لحظه وقوع عقد، این آثار محقق می‌شد.

به تعبیر دیگر، همان‌گونه که اگر در زمان عقد بیع، مالکیت مبیع به مشتری و مالکیت ثمن به بایع منتقل نشود، عرف و شرع آن عقد را منتفی می‌داند (کرکی، ۱۴۱۴ق، ج ۴: ص ۴۱۴؛ بجنوردی، ۱۴۰۱ق، ج ۲: ص ۴۷۲). در اینجا نیز اگر گفته شود که عمل وطی یا تشکیل خانواده مقتضای ذات عقدند، چون پس از اجرای عقد، وطی و تشکیل خانواده محقق نمی‌شود، عرف باید چنین عقدی را از اساس منتفی می‌دانست.

ممکن است گفته شود عقد با قصد جدی طرفین ایجاد شده، منتهی وجود اثر اصلی آن ممکن است در بسیاری از مواقع موکول به گذشت مدت زمانی شده باشد. در پاسخ به این اشکال می‌توان گفت: در این صورت، عقد معلق بوده و عقد معلق به اجماع فقیهان

باطل است (محقق داماد، ۱۳۸۰: ص ۱۸۵). در نتیجه، نمی‌توان مقتضای ذات عقد نکاح بودن عمل وطی و تشکیل خانواده را از عرف استظهار نمود؛ بلکه از نظر عرف، این دو مورد نیز از آثار تبعی عقد نکاح محسوب می‌گردند، نه اثر جدانشدنی عقد نکاح.

از سوی دیگر، گفته شده است که مقتضای ذات عقد آن چنان اثری است که شرط مخالف آن باطل و مبطل عقد است (شهید اول، ۱۴۱۷ق، ج ۳: ص ۲۴۱)؛ درحالی که در روایت صحیحۀ عماربن مروان از امام صادق علیه السلام، شرط عدم وطی مشروع و لازم‌الاتباع دانسته شده است (اصفهانی، ۱۴۰۶ق، ج ۱۲: ص ۷۰).

مؤید دیگر آن این است که در قانون مدنی ایران - که از فقه امامیه اقتباس شده است - علقه زوجیت اثر اصلی عقد نکاح معرفی شده است. این مطلب در مواد ۱۰۳۵ و ۱۱۰۲ ق.م منعکس شده است. در ماده ۱۱۰۲ آمده است: «همین که نکاح به طور صحت واقع شد، روابط زوجیت بین طرفین موجود و حقوق و تکالیف زوجین در مقابل همدیگر برقرار می‌شود.» با توجه به مفهوم این ماده درمی‌یابیم که قانونگذار علقه زوجیت را به نکاح صحیح متوقف دانسته و حقوق و تکالیف زوجین را (که یکی از آنها تمتع جنسی است) پس از موجود شدن علقه زوجیت برقرار ساخته است. ماده ۱۰۳۵ ق.م نیز مقرر می‌کند: «وعدۀ ازدواج ایجاد علقه زوجیت نمی‌کند...». بنابراین، اثر و مقتضای ذات نکاح و آنچه عقد نکاح در پی به وجود آوردن آن است، ایجاد علقه زوجیت است که بلافاصله پس از اجرای صیغه عقد نکاح به وجود می‌آید و آثار دیگر مترتب بر این اثر است. بنابراین، همان‌گونه که برخی از صاحب‌نظران نیز تصریح نموده‌اند (امامی، ۱۳۸۵، ج ۴: ص ۳۶۹)، اگر در عقد نکاح شرط شود که بین زوجین علقه زوجیت واقع نشود، چنین شرطی باطل و مبطل عقد خواهد بود.

حال، پس از تحلیل و واکاوی دیدگاه‌های مطرح‌شده و ارزیابی ادله آنان، تحقیق پیش‌رو حاوی این مهم است: آنچه که ایجاب و قبول عقد نکاح، پدیدآورنده‌اش بوده یا به تعبیر دیگر، محصول اصلی و اساسی عقد نکاح محسوب می‌شود، علقه زوجیت بوده است که مقتضای ذاتی عقد نکاح و از آن جدانشدنی است؛ به‌گونه‌ای که آثار دیگر مانند

تمتع جنسی و تشکیل خانواده مترتب بر این اثر ذاتی و متأثر از آن است و هرگونه شروط برخلاف علقه زوجیت مبطل عقد خواهد بود؛ بدان جهت که تناقض در اراده متعاقدين و لغویت در انعقاد چنین عقدی لازم می‌آید.

نتیجه‌گیری

با توجه به مطالبی که درباره مسئله مورد بحث در نوشتار پیش‌رو تحلیل و واکاوی شد، این نتایج دست‌یافتنی است:

نخست: صاحب‌نظران فقهی و حقوقی درباره چستی مقتضای ذاتی عقد نکاح، اعم از دائم و منقطع، بدان جهت که جنبه عبادی نیز دارد و شائبه توقیفی بودن احکام آن هست، به شدت اختلاف دارند.

دوم: با توجه به بررسی‌های صورت‌گرفته، در مجموع سه دیدگاه درباره این مسئله ارائه گردیده است. ثمره فقهی هرکدام از این دیدگاه‌ها با دیگری متفاوت خواهد بود. در این زمینه، برخی از فقیهان امامیه و بیشتر فقیهان عامه بر این باورند که وطی و استمتاع جنسی، اثر اصلی و مقتضای ذاتی عقد نکاح بوده است؛ با این تفاوت که فقیهان عامه مالکیت استمتاع را مقتضای ذات نکاح می‌دانستند؛ ولی فقیهان دیگر فعلیت استمتاع را اثر اصلی عقد مطرح کرده‌اند. در مقابل، برخی دیگر از صاحب‌نظران، تشکیل خانواده را مقتضای ذاتی عقد نکاح دانسته و استمتاع جنسی را اثر بارزی از آثار بارشده بر تشکیل خانواده برشمرده‌اند. در این میان، برخی از فقیهان امامیه و به تبع ایشان برخی از حقوق‌دانان، مقتضای ذاتی عقد نکاح را علقه زوجیت دانسته و بر این باورند که آثار دیگر نکاح، مترتب و متأثر از علقه زوجیت است. با توجه به بررسی صورت‌گرفته، به نظر می‌رسد دیدگاه سوم قوی‌تر است؛ بدان جهت که، نخست، مبانی هرکدام از دو دیدگاه دیگر، وجاهت منطقی ندارند و از جهات مختلف تقدیرپذیرند؛ حتی تصریح صحیحه عماربن مروان بر رد دیدگاه نخست دلالت دارد. تشکیل خانواده نیز نمی‌تواند مقتضای ذات عقد نکاح باشد؛ چون در نکاح منقطع، غالباً تشکیل خانواده صورت نمی‌گیرد. از سوی دیگر، در جوامع امروزی عقد نکاح منعقد می‌شود؛ اما تشکیل خانواده پس از گذشت مدتی انجام



می‌گیرد. بنابراین، تشکیل خانواده نمی‌تواند اثر جدانشدنی و مقتضای ذات عقد نکاح باشد. دوم، با نگاه عمیق و بهره‌گیری از نظرات فقیهان و حقوق دانان، کاملاً مشهود است که با انشای ایجاب و قبول عقد نکاح، نخستین و اصلی‌ترین اثری که بر نکاح مترتب شده و در واقع، فلسفه وجودی عقد نکاح را تشکیل می‌دهد، علقه زوجیت است؛ همچنان‌که با انحلال عقد نکاح به سبب طلاق یا فسخ، نخست، علقه زوجیت منتفی شده و آنگاه با انتفای آن، تمام حقوق و تکالیف متأثر از آن منتفی می‌گردد. مؤید مدعا اذعان صاحب‌نظران فقهی است که معترف‌اند: با تحقق ایجاب و قبول عقد نکاح، علقه زوجیت حاصل گردیده و با طلاق، منتفی می‌شود. از سوی دیگر، عرف - که از معیارهای تشخیص مقتضای ذات عقد محسوب می‌شود - بر اینکه علقه زوجیت مقتضای ذاتی عقد نکاح بوده، تأکید دارد. این دیدگاه، مورد توجه و پذیرش قانونگذار در قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران نیز قرار گرفته است؛ به طوری که در ماده ۱۱۰۲ این قانون، علقه زوجیت نخستین اثری دانسته شده که بر نکاح صحیح بار می‌شود.

پی‌نوشت:

۱. برای مطالعه بیشتر، ر.ک: زهرا شبیری (۱۳۸۵)، «مقایسه شرط نامشروع و شرط خلاف مقتضای عقد»، پژوهش‌های فقهی، ش ۴، ص ۱۹۱-۲۱۷.
۲. برای مطالعه بیشتر، ر.ک: مجید عباسی (۱۳۹۱)، «وضعیت حقوقی و شروط ناظر بر روابط جنسی زوجین»، فصلنامه خانواده‌پژوهی، ش ۳۰، ص ۲۱۳-۲۳۴.
۳. «ومن أن المقصود الذاتي الوطء، والباقي تابع، فإذا انتفى المتبوع انتفى التابع.»
۴. علی عن أبيه عن ابن ابي عمير عن عمار بن مروان، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «قلتُ له جاء رجل إلى امرأة فسألها أن تزوجه نفسها فقالت: "أزوجك نفسي على أن تلتمس مني ما شئت من نظر أو التماس و تنال مني ما ينال الرجل من أهله إلا أنك لا تدخل فرجك في فرجي و تتلذذ بما شئت فإني أخاف الفضيحة قال ليس له إلا ما اشترط."»
۵. «لأن الغرض الأقصى في المتعة الإلتذاذ.»

کتابنامه

۱. ابن‌ادریس حلی (محمد بن منصور بن احمد) (۱۴۱۰ق)، السرائر، چاپ دوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۲. ابن‌عابدین، محمد (۱۴۱۲ق)، رد المحتار علی الدر المختار، چاپ دوم، بیروت: دارالفکر.
۳. ابن‌منظور، محمد (۱۴۰۸ق)، لسان عرب، چاپ نخست، بیروت: دار إحياء التراث العربی.
۴. اصفهانی، محمدباقر (مجلسی دوم) (۱۴۰۶)، ملاذ الأخیار، چاپ نخست، قم: انتشارات کتابخانه آیت‌الله مرعشی نجفی رحمته.
۵. امامی، سیدحسن (۱۳۸۵)، حقوق مدنی، چاپ سوم، تهران: گنج دانش.
۶. انصاری، مرتضی (۱۴۱۱ق)، کتاب مکاسب، چاپ نخست، قم: منشورات دار الذخائر.
۷. _____ (۱۴۱۵ق)، کتاب النکاح، چاپ نخست، قم: انتشارات کنگره.
۸. ایروانی، باقر (۱۴۲۷ق)، دروس تمهیدیه فی الفقه الإستدلالی علی المذهب الجعفری، چاپ نخست، قم: بی‌نا.
۹. ایروانی، علی (۱۴۰۶ق)، حاشیه مکاسب، چاپ نخست، تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
۱۰. باباپور، محمد مهدی و دیگران (۱۳۹۰)، «بررسی شروط خلاف مقتضی ذات عقد نکاح»، پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی، ش ۲۳، ص ۶۹-۸۵.
۱۱. بجنوردی، سید محمد بن حسن موسوی (۱۴۰۱ق)، قواعد فقهیه، چاپ نخست، تهران: مؤسسه عروج.
۱۲. البهوتی، منصور بن یونس (بی‌تا)، کشف القناع عن متن الإقناع، بیروت: دار الکتب العلمیه.
۱۳. تجلیل تبریزی، ابوطالب (۱۴۲۱ق)، التعلیق الإستدلالية علی تحریر الوسیلة، چاپ نخست، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی رحمته.
۱۴. جزیری، عبدالرحمن؛ سید محمد غروی؛ یاسر مازح (۱۴۱۹ق)، الفقه علی المذاهب الأربعة و مذهب أهل البيت علیهم السلام، چاپ نخست، بیروت: دار الثقلین.
۱۵. جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۵۵)، حقوق خانواده، تهران: چاپخانه صدری.



۱۶. _____ (۱۳۸۰)، ترمینولوژی حقوق، چاپ یازدهم، تهران: گنج دانش.
۱۷. حجت کوه‌کمری، سیدمحمدبن‌علی (۱۴۰۹ق)، کتاب البیع، چاپ دوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۱۸. حسینی شیرازی، سید صادق (۱۴۲۵ق)، التعليقات على شرائع الإسلام، قم: استقلال.
۱۹. الحطاب الرعینی، شمس‌الدین (۱۴۱۲ق)، مواهب الجلیل فی شرح مختصر خلیل، بیروت: دارالفکر.
۲۰. الخطیب الشریبینی، محمدبن‌احمد (۱۴۱۵ق)، مغنی المحتاج إلى معرفة معانی ألفاظ المنهاج، چاپ نخست، بیروت: دار الکتب العلمیة.
۲۱. خوانساری، سیداحمدبن‌یوسف (۱۴۰۵ق)، جامع المدارک فی شرح مختصر النافع، چاپ نخست، قم: اسماعیلیان.
۲۲. خوئی، سیدابوالقاسم موسوی (۱۳۷۷)، مصباح الفقاهة، قم: مؤسسة إحياء آثار الإمام الخوئی رحمته.
۲۳. الدمیاطی، أبوبکر (المشهور بالبکری) (۱۴۱۸ق)، إغانة الطالبین، چاپ نخست، بیروت: دار الفکر للطباعة والنشر والتوزیع.
۲۴. سرخسی، محمدبن‌احمد (۱۴۱۴ق)، المبسوط، بیروت: دار المعرفة.
۲۵. شایگان، علی (۱۳۸۴)، حقوق مدنی، چاپ دوم، تهران: گنج دانش.
۲۶. شبیری زنجانی، سیدموسوی (۱۴۱۹ق)، کتاب نکاح، چاپ نخست، قم: مؤسسه پژوهشی رای‌پرداز.
۲۷. شهید اول (محمدبن‌مکی) (۱۴۱۷ق)، الدروس الشرعية فی فقه الإمامیة، چاپ دوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۲۸. شهیدی تبریزی، میرزا فتاح (۱۳۷۵)، هداية الطالب إلى أسرار المكاسب، چاپ نخست، تبریز: چاپخانه اطلاعات.
۲۹. شهیدی، مهدی (۱۳۸۱)، حقوق مدنی ۳ (تعهدات)، چاپ پنجم، تهران: انتشارات علمی و فرهنگی مجد.
۳۰. _____ (۱۳۸۵)، حقوق مدنی: شروط ضمن عقد، چاپ ششم، تهران: مجمع انتشارات علمی و فرهنگی مجد.
۳۱. شمس، عبدالله (۱۳۹۲)، قانون مدنی، چاپ ششم، تهران: دراک.
۳۲. شیخ طوسی (محمدبن‌حسن) (۱۴۰۰ق)، النهایة فی مجرد الفقه و الفتاوی، بیروت: دار الکتب العربی.



۳۳. صاحب جواهر (محمدحسن نجفی) (۱۴۰۴ق)، جواهر الکلام، چاپ هفتم، بیروت: دار إحياء التراث العربی.
۳۴. صفایی، حسین (۱۳۷۲)، مختصر حقوق خانواده، چاپ سوم، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
۳۵. طاهری، حبیب‌الله (۱۴۱۸ق)، حقوق مدنی، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۳۶. طباطبائی، سیدعلی بن محمد (۱۴۱۸ق)، ریاض المسائل (ط - الحدیثة)، چاپ نخست، قم: مؤسسه آل‌البتیت ع.
۳۷. علامه حلی (حسن بن یوسف بن مطهر اسدی) (۱۴۱۳ق)، قواعد الأحکام، چاپ نخست، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۳۸. عمانی، حسن بن علی (۱۴۱۳ق)، حیاة ابن أبی عقیل و فقهه، قم: مرکز معجم فقهی.
۳۹. فاضل لنکرانی، محمد (بی تا)، احکام پزشکیان و بیماران، بی جا: بی نا.
۴۰. فاضل مقداد (مقداد بن عبدالله سیوری حلی) (۱۴۰۴ق)، التنقیح الرائع، چاپ نخست، قم: انتشارات کتابخانه آیت‌الله مرعشی نجفی ع.
۴۱. الکاسانی، أبوبکر بن مسعود (۱۴۰۶ق)، بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع، بیروت: دار الکتب العلمیة.
۴۲. کاشف الغطاء نجفی (علی بن جعفر) (۱۴۲۲ق)، شرح خيارات اللعنة، چاپ نخست، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۴۳. کرکی، علی بن حسین (محقق ثانی) (۱۴۱۴ق)، جامع المقاصد فی شرح القواعد، چاپ دوم، قم: مؤسسه آل‌البتیت ع.
۴۴. کلانتر، سیدمحمد (۱۴۱۰ق)، محشی کتاب المکاسب، چاپ سوم، قم: مؤسسه مطبوعاتی دار الکتاب.
۴۵. کلینی، محمد بن یعقوب (۱۴۰۷ق)، الکافی، چاپ چهارم، تهران: دار الکتب الإسلامیة.
۴۶. کمپانی اصفهانی، محمدحسین (۱۴۱۸ق)، حاشیة کتاب المکاسب، چاپ نخست، قم: أنوار الهدی.
۴۷. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۶)، حقوق خانواده، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۴۸. محقق داماد، سیدمصطفی (۱۳۶۰)، حقوق مدنی زوجین در زمان زناشویی دائم از دیدگاه قرآن، تهران: بنیاد قرآن.
۴۹. _____ (۱۳۸۰)، بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، چاپ هشتم، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.

۵۰. _____ (۱۴۰۶ق)، قواعد فقه، چاپ دوازدهم، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
۵۱. مروج جزائری، سیدمحمدجعفر (۱۴۱۶ق)، هدی الطالب فی شرح المکاسب، قم: مؤسسه دار الكتاب.
۵۲. معلوف، لويس (۱۳۸۳)، المنجد فی اللغة، چاپ سوم، تهران: انتشارات اسلام.
۵۳. المقدسی، عبدالرحمن بن محمد (بی تا «الف»)، الشرح الكبير على متن المقنع، بیروت: دار الكتاب العربی للنشر والتوزيع.
۵۴. _____ (بی تا «ب»)، المغنی، چاپ نخست، بیروت: دارالکتب العربی للنشر و التوزيع.
۵۵. منتظری، حسین علی (۱۴۲۷ق)، معارف و احکام بانوان، چاپ دوم، قم: انتشارات مبارک.
۵۶. موسوی خمینی، سیدمصطفی (۱۴۱۸ق)، الخيارات، چاپ نخست، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی علیه السلام.
۵۷. میرزای قمی، ابوالقاسم (۱۴۲۷ق)، رسائل المیرزا القمی، چاپ نخست، قم: دفتر تبلیغات اسلامی.
۵۸. نائینی، میرزاحمدحسین (۱۳۷۳ق)، منیة الطالب فی حاشیة المکاسب، ج ۲، چاپ نخست، تهران: المكتبة المحمدية.



پروفیسر شگاہ علوم انسانی و مطالعات فرہنگی
پرتال جامع علوم انسانی