



The Scientific Journal in Jurisprudence and Bases of Islamic law The ۱۵ rd. Year/NO: ۱
Spring ۲۰۲۲

محمود عابدی اندریان^۱ حسن پاشازاده^۲
اعتبار سنجی شرط عدم دخول در نکاح دختر باکره

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۱۲/۲۰

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۳/۱۳

چکیده

بی تردید تناسل یکی از ملزومات نکاح است. اگر چه اولاً و بالذات نمی تواند هدف اصلی از آن باشد لکن عقد نکاح و ارتباط جنسی در هم تنیدگی دارد. دخول و نزدیکی از جمله حقوق زوجین شمرده شده و فقیه یا حقوقدانی آن را تکلیف زوجین ندانسته است، در صورت اعتقاد به تکلیف بودن عمل مذکور، اسقاط آن غیرممکن است. لکن زمانی که دخول یا مجامعت از حقوق زوجین محسوب شود، زوجین می توانند از حق مزبور صرف نظر نموده و آن را در قالب شرط فعل منفی، اسقاط کنند و اسقاط این حق، ملازمه ای با بطلان عقد نکاح ندارد. شرط عدم مواقعه در عقد موقت، اختلافی نیست؛ لکن در عقد دائم راجع به این شرط اختلاف نظر وجود دارد و قول به جواز شرط در میان اقوال مشهورتر و به استناد اطلاق و عموم ادله قابلیت دفاع را دارد و اختلاف از این حیث بوده که برخی فقها مقتضای عقد نکاح را تناسل و محافظت از نفس می دانند و معتقدند این شرط بر خلاف مقتضای ذات عقد است در مقابل عده ای کثیری از فقها این شرط را خلاف مقتضای ذات عقد نمی دانند و قائل به صحت این شرط هستند، نگارندگان در این مقاله با ذکر مصادیقی از ازدواج های شرعی، شرط مذکور را خلاف مقتضای ذات عقد ندانسته و صحت این شرط را اثبات نموده اند و لذا وفق ماده ۱۱۱۹ قانون مدنی می تواند شرط نمایند.

واژگان کلیدی: شرط، عدم دخول، نکاح، دختر باکره

۱. دانشجوی دکترا تخصصی حقوق خصوصی، واحد تبریز، دانشگاه آزاد اسلامی، تبریز، ایران.

mahmodabedi۲۷۳@gmail.com

pashazadeh۵۵@gmail.com

۲. استادیار گروه حقوق خصوصی، واحد تبریز، دانشگاه آزاد اسلامی، تبریز، ایران. (نویسنده مسئول).

مقدمه

حقوق خانواده دامنه گسترده‌ای دارد و در این مقاله یکی از مباحث نو پیدا در حیطه شروط ضمن عقد نکاح یعنی شرط عدم مواقعه بررسی خواهد شد.

شاید با کنکاشی در آرای فکری- حقوقی بتوان نظرات مختلفی در این زمینه پیدا نمود پاسخ به جواز یا عدم جواز شرط عدم مواقعه، وابستگی به تبیین مقتضای ذات و اطلاق عقد دارد زیرا تا مقتضای ذات عقد نکاح مشخص نگردد نتیجه گیری در برابر پرسش جواز یا عدم جواز شرط عدم نزدیکی در عقد نکاح دائم، حاصل نخواهد شد بنابراین ابتدا به طرح آراء و ادله موضوع مقتضای ذات و اطلاق عقد خواهد اشد سپس جواز یا عدم جواز شرط عدم مواقعه با ادله موافقان و مخالفان طرح خواهد شد لازم به ذکر است که در رسیدن به نتیجه بهتر و علمی‌تر، نیاز به بررسی همه جانبه موضوع و همه مبانی و ادله آن مانند ادله قرآنی، روایی، شهرت، اجماع و... وجود دارد تا یافتن پرسش مهم مقتضای ذات عقد میسر گردد و آنگاه از پی آن به پرسش اصلی یعنی جواز یا عدم جواز شرط ضمن عقد عدم مواقعه در عقد نکاح پرداخته می شود.

بررسی اعتبار شرط عدم دخول در عقد نکاح دختر باکره

۱- بررسی فقهی و حقوقی شروط

مباحث شروط در میان قدما از فقه‌های امامیه به صورت پراکنده و در ضمن بحث از عقود آورده شده است. شهید اول در کتاب «القواعد و الفوائد» این بحث را تحت عنوان «قاعدۀ فی اقسام الشرط» مطرح ساخته‌اند. مرحوم شیخ انصاری نخستین کسی است که پس از مباحث خیارات و تحلیل خیار شرط در جای خود یک فصل مستقل به مباحث نظری شروط اختصاص داده، یعنی او اولین کسی است که مباحث شروط را از حدّ یک قاعده فقهی فراتر برده و آن را به یک نظریه عمومی تبدیل کرده، بدون آنکه آن را تنها در حدّ یک قاعده مطرح ساخته باشد. (شیخ انصاری بی تا صفحه ۱۰۲)

مرحوم شیخ در ابتدای بحث از معانی شرط سخن به میان آورده است. نخست معانی لغوی و سپس معانی اصطلاحی این واژه را بیان می‌کند و پس از آن به جمع‌بندی معانی واژه شرط و توضیح معنای این واژه در برخی روایات پرداخته است. (شیخ انصاری، بی تا، ص ۱۰۳)

مبحث شروط قانون مدنی ایران عمیقاً تحت تاثیر فقه است. قانون مدنی در مواد ۲۳۲ تا ۲۴۶ به بیان اقسام و احکام شرط اختصاص داده است. عنوان این مورد چنین است: «در بیان شرایطی که در ضمن عقد می‌شود» یعنی بحث را به شروط ضمن عقد اختصاص داده و دقیقاً از عنوان بحث شیخ در مکاسب تبعیت کرده است.

دکتر محمدجعفر جعفری لنگرودی در مجموعه محشی قانون مدنی تصریح نموده: «از ماده ۲۳۲ تا ماده ۲۴۶ کلاً از فقه گرفته شده است و ماحصل زحمات شیخ انصاری در کتاب مکاسب را در این مواد می‌توان دید» (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۰، ص ۲۰۵)

سیدمصطفی محقق داماد در کتاب «نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی» در معنای شرط چنین می‌گوید. «معانی الفاظ دارای سه حقیقت است: ۱) حقیقت شرعی، ۲) حقیقت عرفی، ۳) حقیقت لغوی.

حقیقت شرعی، تعریفی است که توسط شارع و قانونگذار برای نهادها، تأسیس‌ها و لغت‌ها بیان می‌گردد.

حقیقت عرفی، معنایی است که در عرف عام از آن لغات برداشت می‌شود.

حقیقت لغوی، معنایی است که اهل لغت برای لغات ارائه می‌دهند. (محقق داماد، ۱۳۸۸، ص ۶۳)

سیدمحمدکاظم طباطبایی یزدی در کتاب «حاشیه بر مکاسب» در ذیل همین عنوان (هل الشرط الابتدایی لازم الوفاء لا؟) می‌گوید: «و قد اشرنا سابقاً ان مقتضى القاعدة وجوب الوفاء به و ذلك لصدق الشرط عليه لانه لغه الالتزام و الالتزام بل مطلق الجعل حسبما مر من كلام بعض اللغويين فيه كالصراحه» یعنی قبلاً گفته‌ایم که مقتضای قاعده، وجوب وفا به شرط ابتدایی است، زیرا شرط بر آن صدق می‌کند، زیرا شرط در لذت به معنای الزام و التزام است، بلکه شرط مطلق قرارداد است، همان‌طور که در کلمات بسیاری از لغویین بر این امر تصریح شده است. (طباطبایی یزدی، ص ۱۱۷)

وی در جای دیگر می‌گوید: «الحق ان الشرط بمعنى مطلق الالتزام و الالتزام فيشمل الشروط البدويه مضافاً الى التبادر و ما عن الصحاح من انه بمعنى العهد»؛ یعنی حقیقت آن است که شرط به معنای مطلق الزام و التزام است و بنابراین، شامل شروط ابتدایی می‌شود. دلیل بر این امر اولاً تبادر است و ثانیاً قول صحاح اللغه که شرط به معنای مطلق تعهد گرفته است. البته باید توجه داشت که شرط همواره به معنای الزام و التزام نیست و به معنای مطلق قرارداد است و چه بسا هیچ‌گونه التزامی هم وجود ندارد، ولی صدق شرط بر آن مسلم است، مانند شرط صفت و نتیجه که در آن‌ها التزام معنا ندارد. مثلاً شرط خیار چیزی جزء یک قرار نیست و التزام و تعهدی در آن وجود ندارد، در حالی که به اتفاق آرای فقهاء خیار در ضمن عقد کاملاً دارای معنا و مفهوم صحیحی است بدون آن که هیچ‌گونه تعهدی در آن وجود داشته باشد؛ زیرا تعهد به انجام یک عمل و فعل معنی می‌دهد و در شرط صفت و نتیجه عملی و فعلی به عهده کسی قرار نمی‌گیرد.

برای تحلیل شرط مورد بحث لازم است واژه نکاح و دختر باکره و شروط صحیح و شروط باطل و شروط مبطل بر خوانندگان اشاره شود.

۱-۱- واژه نکاح

نکاح مصدر ثلاثی از ریشه نكح، يَنكحُ می‌باشد و اهل لغت نیز آن را در عداد مصادر ثلاثی منظور داشته‌اند (المنجد) نکاح در لغت به معنی تقابل است. در زبان عرب، هرگاه دو کوه در مقابل یکدیگر قرار گرفته باشد گفته می‌شود: تناكح الجبلان، یعنی دو کوه در مقابل هم واقع شده‌اند.

از نظر اصطلاح، در این که آیا این لفظ بر «وطی» دلالت می‌کند یا بر «عقد» یا میان هر دو مشترک لفظی است، اختلاف نظر وجود دارد و لکن در کتاب تذکره الفقهاء چنین آمده است «معروف و مشهور آن است که نکاح در لغت به معنای «وطی» و در شرع به مفهوم «عقد» است. (امامی، ۱۳۶۳، ص ۵۳ - ۶۳)

استاد محقق داماد در کتاب «بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن - اظهار می‌دارد: به نظر می‌رسد منظور از عقد (مفهوم شرعی نکاحی) نه تنها صیغه، بلکه مراد، حاصل از آن است: که در فارسی به «زن گرفتن» و شوهر کردن تعبیر می‌شود. بنابراین نکاح را چنین تعریف می‌کنیم: «نکاح رابطه‌ای است حقوقی - عاطفی که با عقد بین زن و مرد حاصل می‌شود و به آنها حق می‌دهد که با یکدیگر زندگی کنند: و مظهر بارز این رابطه، حق تمتع جنسی است.» (محقق داماد، ۱۳۹۵، ص ۲۳)

لکن سیدحسن امامی در جلد چهارم حقوق مدنی نکاح را چنین تعریف می‌کند: «نکاح رابطه‌ای است بین زن و شوهر برای تشکیل خانواده» ملاحظه می‌شود تعریف محقق داماد نکاح دائم و موقت را شامل می‌شود و لکن تعریف مرحوم سیدحسن امامی فقط نکاح دائم را شامل می‌شود.

مرحوم سیدحسن امامی اقسام عقود صحیح را به تعداد هیجده عقد احصاء نموده و عقد نکاح در زمره عقود لازم می‌باشد. (امامی، ۱۳۶۳، ج ۴، ص ۴۱۳)

۱-۲- دختر باکره

در مفهوم فقهی خود به دختری می‌گویند که ازدواج نکرده و دخول هم نشده باشد.

۱-۳- شروط صحیح یا شرایط صحت شرط

شرط هنگامی صحیح و لازم‌الوفاست که شرایط زیر را در آن وجود داشته باشد.

۱-۳-۱: غیرمقدور نباشد. برای صحت شرط، وثوق و اطمینان به قدرت کافی است. (شیخ انصاری، ص ۲۷۲)

۱-۳-۲: دارای منفعت عقلایی باشد؛

۱-۳-۳: مخالف کتاب و سنت نباشد.

۱-۳-۴: مجهول نباشد.

۱-۳-۵: خلاف مقتضای عقد نباشد. عقد دو مقتضاه دارد: مقتضای ذات عقد، مقتضای اطلاق عقد

مقتضای ذات عقد، نتیجه و اثر مستقیمی است که طرفیه به قصد حصول آن عقد را منعقد کرده‌اند.

مقتضای اطلاق عقد، آن چیزی است که عقد بر حسب اطلاق خود (در صورت عدم تقیید) مقتضی آن است.

۱-۳-۶: منجز باشد.

۱-۴- شروط باطل

قانون مدنی در ماده ۲۳۲ شروط باطل را چنین احصاء نموده است بموجب ماده مذکور شروط مفصله ذیل باطل است ولی مفسد عقد نیست.

۱-۴-۱: شرط غیرمقدور

منطوق ماده راجع به شروط باطل است. با توجه به اینکه شرط، مشروط علیه را به انجام موضوع شرط مکلف می‌سازد و باید به انجام آن قادر باشد زیرا که قدرت از شرایط عمومی صحت تکالیف است.

۱-۴-۲: شرطی که در آن نفع و فایده نباشد.

ملاک اصلی در معاملات، دیدگاه‌های عرفی و داروهای عقلایی است و آنان معامله و شرطی را معتبر می‌دانند که در بردارنده غرض و هدف قابل اعتنا باشد، بر همین اساس به عنوان یکی از شروط اعتبار گفته می‌شود که باید در شرط غرض و منفعت عقلایی محقق باشد. مرحوم شیخ انصاری در این باره با مشهور فقها همراه است که عوضین باید منفعت عقلایی داشته باشند. لکن تعبیر ایشان به گونه‌ای است که وجود منفعت شخصی برای مشروط‌له را نیز برای صحت شرط کافی می‌دانند. ولی قانون مدنی در این خصوص تصریح ندارد لکن با در نظر گرفتن کلیه جوانب امر می‌توان گفت: منظور قانون مدنی، وجود نفع عقلایی (نوعی) است.

۱-۴-۳: شرطی که نامشروع باشد.

قانون مدنی شرط نامشروع را بعنوان یکی از شروط باطل ولی غیرمفسد عقد اعلام نموده چرا که شرط باید جایز باشد. منظور از این شرط آن است که فعل یا ترک فعلی که به عنوان شرط بر عهده مشروط‌له نهاده می‌شود فی نفسه و صرف نظر از هر موضوع

دیگر امری شرعاً مجاز و روا باشد، مثل قبول وکالت در امر نکاح، اما درج آنچه به خودی خود حرام باشد، مانند انجام یکی از محرمات شرعی یا ترک شرعی یا ترک یکی از واجبات الهی یا انجام فعلی که قانوناً ممنوع است، یا ترک فعلی که قانوناً انجام آن لازم است مانند پرداخت مالیات، به عنوان شرط ضمن عقد صحیح نیست. قانون مدنی با لسان سلبی این شرط را مطرح کرده است؛ بیان شیخ انصاری که گفته شرط باید سائغ باشد در قانون مدنی دیده نمی‌شود بند ۳ ماده ۲۳۲ به عنوان ایجاد یکی از شروط باطل - اما غیرمفسد عقد - می‌گوید: «شرطی که نامشروع باشد» از این عبارت می‌توان نتیجه گرفت، قانون مدنی مشروع (جایز روا) بدون موضوع شرط را معتبر می‌داند. البته ماده ۳۴۸ درباره مبیع تصریح می‌کند: «بیع چیزی که خرید و فروش آن قانوناً ممنوع است.... باطل است..» لذا اولاً مبیع موضوعیت ندارد و این حکم نسبت به موضوع همه عقود جاری است و ثالثاً احکام عمومی معاملات نسبت به شروط نیز جریان دارد. به شرح مذکور می‌توان نتیجه گرفت که ماده ۳۴۸ مذکور به لسان ایجابی، مشروع بودن موضوع شرط را بیان کرده است.

۱-۵- شروط مبطل

قانون مدنی در ماده ۲۳۳ شروط مبطل را چنین بیان نموده است.

ماده ۲۳۳: «شروط مفصله ذیل باطل و موجب بطلان عقد است.»

۱-۵-۱: شرط خلاف مقتضای عقد

عقد دو مقتضای ذات عقد و مقتضای اطلاق عقد اگر شرط خلاف مقتضای ذات عقد باشد هم شرط و هم عقد باطل است و دلیل این است که قصد انشای مدلول شرط، مستلزم عدم قصد انشای مدلول عقد است بنابراین اگر طرفین بر شرطی که خلاف مقتضای ذات عقد است توافق کنند در حقیقت مدلول عقد را قصد نکرده‌اند ولی شرط خلاف اطلاق عقد باطل نیست چرا که اطلاق عقد منظور اصلی متعاملین نیست بنابراین اگر طرفین عقد را بطور مطلق منعقد کنند و اطلاق نیز منصرف خاصی نداشته باشد، منظور از عقد همان مطلق خواهد بود؛ ولی طرفین می‌توانند با درج شرطی در ضمن عقد، اطلاق مزبور را تغییر دهند البته در بعضی موارد، تشخیص مفاد شرط که خلاف مقتضای ذات عقد است یا خلاف اطلاق عقد است مشکل بوده و به استنباط و دقت بیشتری نیاز دارد. به هر حال اگر در تشخیص مفاد شرط تردید باقی بماند باید به مقتضای اصول عمل کرد که نتیجه آن در این موارد فساد شرط و بطلان عقد است.

۱-۵-۲: شرط مجهولی که جهل به آن موجب جهل به عوضین شود

بموجب نظریه‌های رایج، شرط مجهول دو قسم است: قسم نخست: شروطی هستند که جهل به آنها موجب جهل به عوضین می‌شود. این دسته از شروط مجهول علاوه بر آنکه خود باطلند مبطل عقد نیز هستند. قسم دوم از شروط مجهول، شروطی هستند که جهل به آن موجب مجهول شدن عوضین نیست مثل آن که کسی خانه‌ای را به قیمت معین بفروشد و ثمن را دریافت کند ولی شرط کنند خریدار مقدار معینی مواد خوراکی برای فروشنده بخرد در این صورت گرچه نوع مواد خوراکی مجهول است ولی جهل به آن در عوضین تاثیری ندارد این شروط اگر چه باطل هستند ولی مبطل عقد نیستند.

البته دسته‌ای دیگر از فقها شرط مجهول را مطلقاً مبطل می‌دانند و از فقها کسانی هستند که اعتقاد دارند اگر جهالت شرط به عوضین سرایت نکند شرط باطل ولی عقد باطل نیست. البته بعضی دیگر از فقها عقیده دارند اگر شرط مجهول که موجب جهل به عوضین

نباشد عقد باطل نیست پیروان این نظریه می‌گویند: آنچه مسلماً مورد نهی و منع قرار گرفته فقط بیع غرری است و تعمیم و توسعه منع غرر به سایر موارد فاقد دلیل شرعی است (خوئی، ۱۴۱۰، ص ۲۸).

برای رسیدن به مطلوب در ماده ۱۱۱۹ قانون مدنی باید شرط خلاف مقتضای ذات عقد بیشتر مورد تحلیل قرار گیرد در خود شرط خلاف مقتضای عقد اختلاف بین فقها و حقوقدانان زیاد است حتی در دلیل بطلان شرط خلاف مقتضای عقد نیز اختلاف وجود دارد که طوری که مرحوم محقق حلی (محقق حلی، ۱۴۰۹: ۲۸۱) دلیل بطلان شرط خلاف مقتضای عقد را نامشروع بودن آن می‌داند مرحوم علامه منافی مقتضای عقد نبودن را انکار و آن را از فروع شرط خلاف کتاب و سنت دانسته‌اند مرحوم میرزا حبیب الله رشتی (رشتی، ص ۵۲ و ۶۲) ... بل من جهة كونه مخالفاً للكتاب باطل بودن شرط را از جهت مخالفت با کتاب اعلام نموده است.

استاد محقق داماد از بعضی فقها و حقوقدانان نقل نموده: اگر در عقد شرط شود که شوهر با زن نزدیکی نکند شرط صحیح است، اما به نظر می‌رسد چنین شرطی نه تنها مغایر قانون بلکه احتمالاً خلاف مقتضای عقد است، چرا که هدف و مقصود از نکاح، زوجیت و تناسل است (تناکحو تناسلوا) پس لازمه‌ی زوجیت نزدیکی است و هدف از نکاح نزدیکی مشروع است بنابراین شرط خلاف آن، خلاف مقتضای عقد خواهد بود و اگر بر فرض، خلاف مقتضایی عقد نباشد مسلماً خلاف قانون آمره و باطل است. (محقق داماد، ۱۳۹۵، صص ۳۲۷ و ۳۲۸)

البته قاضی مکلف است بر اساس اصل ۱۶۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی عمل نماید. نقدی بر نظریه محقق داماد و مرحوم محقق شیخ علی (ره):

محقق داماد در کتاب «بررسی فقهی حقوق خانواده می‌نویسد: «به نظر می‌رسد چنین شرطی (شرط عدم دخول در نکاح) نه تنها مغایر قانون، بلکه احتمالاً خلاف مقتضای عقد است؛ چرا که هدف و مقصود از نکاح، زوجیت و تناسل (تناکحو تناسلوا)، پس لازمه زوجیت نزدیکی است و هدف از نکاح، نزدیکی مشروع است، بنابراین شرط خلاف آن، خلاف مقتضای عقد خواهد بود و اگر بر فرض، خلاف مقتضای هم نباشد، مسلماً خلاف قانون آمره و باطل است. (محقق داماد، ۱۳۹۵، صص ۳۲۷-۳۲۸)

اینکه محقق راجع به شرط مذکور اعلام نموده، شرط مغایر قانون است، مشخص نیست مغایر کدام قانون است.

نگارنده در وسع خود، قوانین را جستجو کردم، قانونی که مغایر با این شرط باشد، نیافتم. فقط در فقه ملاحظه شد که برای مرد واجب است هر چهار ماه یک مرتبه با زن خود، آمیزش جنسی داشته باشد. وقتی که آمیزش را حق زوجه بدانیم زن می‌تواند از حق خود، صرف‌نظر کند، همان طوری که در سایر حقوق، صاحب حق می‌تواند از حق خود صرف‌نظر کند. و این زوجه با این شرط، حق خود را اسقاط نموده است. و در فراز دیگر فرموده، احتمالاً این شرط (شرط عدم دخول) خلاف مقتضای عقد باشد؛ و هدف از نکاح را زوجیت و تناسل بیان فرمود و ... لازمه زوجیت نزدیکی است.

به نظر می‌رسد خود استاد با آوردن کلمه احتمالاً یقین نداشته که شرط مذکور خلاف مقتضای عقد است. و از طرف دیگر هدف را زوجیت و تناسل اعلام نموده، در صورتی که در جامعه امروزی تناسل بدون دخول امکان‌پذیر است. در علم پزشکی به آسانی منی مرد را در رحم زن قرار می‌دهند و بدون دخول مرد، تناسل امکان‌پذیر است.

در جامعه امروزی در خیلی از ازدواج‌ها ملاحظه می‌شود، مرد با زن شرط می‌کند از وی فرزند متولد نشود به عنوان مثال: زوج از ازدواج اول صاحب چندین فرزند است، یا زن به رحمت خدا می‌رود و یا به زن طلاق می‌دهد، در ازدواج دوم شرط می‌کند که

صاحب فرزند نشود و بالعکس؛ بعضی از زنان نیز در ازدواج دوم با مرد چنین شرط می‌نمایند. نگارنده در وسع خود جستجو نموده، از مراجع فعلی بر بطلان این عقد نظری ندیدم ولی بر صحت شرط و عقد نظرات متعددی بیان شده است که به موقع در استفتائات مطرح می‌شود. و لازم به ذکر است حتی استاد بین عقد نکاح دائم و منقطع قائل به فرق نشده‌اند و به صورت مطلق بیان کرده‌اند در صورتی که فقهای فعلی این شرط را در عقد موقت بدون اختلاف پذیرفته‌اند ولی در عقد نکاح دائم اختلاف وجود دارد. و استاد در آخر کلامشان بیان نموده، مسلماً خلاف قانون آمره و باطل است همانطوری که در صدر نقد اشاره شد خلاف کدامین قانون آمره است، بیان نکرده‌اند.

اگر نزدیکی را مقتضای ذات نکاح بدانیم باید معتقد به بطلان خیلی از ازدواج‌ها باشیم چرا که مردی که می‌داند توانایی نزدیکی ندارد، یا به علت مریضی و یا کهولت سن و یا صغیر بودن زوجه، ولی ازدواج می‌نماید باید قائل به بطلان این نوع عقد نکاح‌ها باشیم در صورتی که فقیهی معتقد به بطلان این‌گونه عقد نکاح‌ها نشده است پس معلوم می‌شود مقتضای ذات نکاح چیز دیگری باید باشد، اساتید مقتضای ذات عقد نکاح را ایجاد رابطه زوجیت دانسته‌اند و زوجیت را منحصر به دخول نکرده‌اند.

و از مرحوم محقق شیخ علی (ره) که در شرایع الاسلام، نقل شده نامبرده مقصود از عقد نکاح را تولید نسل و محافظت از نفس اعلام نموده (محقق شیخ علی (ره)، ۱۳۶۸: ص ۶۱۷) و نقلدهایی که به دکتر محقق داماد عرض شد به ایشان در باب تولید نسل وارد است و در باب محافظت نفس خیلی از ازدواج‌ها در جامعه رواج دارد که هیچ کدام در راستای محافظت از نفس نمی‌باشد. مثل ازدواج دختر صغیره با پسر صغیر که توسط اولیائشان منعقد می‌شود، در کدامیک محافظت از نفس وجود دارد.

در ازدواج شیخ و شیخه محافظت نفس چگونه ملاحظه می‌شود. اگر محافظت نفس مقتضای ذات نکاح باشد آن موقع این عقدها باطل خواهد بود، ولی در هیچ یک از موارد مذکور کسی معتقد به بطلان نشده است و با حداقل نگارنده ملاحظه نموده است مگر اینکه معتقد باشیم که تولید نسل و یا محافظت نفس جنبه غالبی دارد و جنبه غالبی نیز نمی‌تواند مقتضای ذات عقد نکاح باشد. پس بنابراین شرط خلاف مقتضای عقد نکاح نمی‌باشد و شرط و عقد هر دو صحیح هستند.

۱-۶: نظریات فقهاء راجع به شرط عدم دخول در عقد نکاح

۱- نظر امام خمینی (ره)

مسئله ۱: یجوز ان یشرط فی ضمن عقد النکاح کل شرط سائغ و یحب علی المشروط علیه الوفاء به کما فی سائر العقود لکن تخلفه او تعذرّه لایوجب الخیار فی عقد النکاح بخلاف سائر العقود

ترجمه: هر شرط مشروع در ضمن عقد نکاح جایز است شرط شود، و بر مشروط علیه وفاء به آن شرط واجب است، همانطوری که در سایر عقود وفاء به شرط مشروع واجب است. و لکن تخلف از شرط یا تعذر شرط موجب فسخ نکاح نمی‌باشد ولی در سایر عقود در زمان تخلف از شرط یا تعذر شرط موجب فسخ برای مشروطه‌له خواهد بود ...

و در مسئله ۳ حضرت امام خمینی (ره) می‌فرمایند: «لو شرط ان لا یفتضها لزم الشرط، و لو اذنت بعد ذالک جاز من غیر فرق بین النکاح الدائم و المنقطع»

ترجمه: اگر زوجه شرط کند که بکارت او را از بین نبرد شرط لازم می‌شود، و اگر بعد از آن زوجه اذن دهد، جایز است و فرقی بین ازدواج دائم و منقطع نیست. (موسوی خمینی، ۱۳۹۰ ص ۳۰۲)

به نظر حضرت امام (ره) شرط صحیح است و شرط صحیح عقد را فاسد نمی‌کند.

۲- نظر سید عبدالاعلی سبزواری

«... لا فرق فی الشرط فی عقد النکاح بین الدوام منه او المنقطع فی ما يجوز و مالا يجوز»

ترجمه: اگر شرطی، مشروع و جایز باشد فرقی بین عقد دائم و منقطع نیست، چنان که اگر شرط جایز نباشد هر دو عقد مانند هم هستند، هر چند در خصوص جواز شرط عدم دخول در ازدواج دائم اختلاف نظر است. (سبزواری، ج ۲۵، ص ۱۹۰)

۳- دیدگاه محمدحسن نجفی

در جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام می‌فرمایند: «الرابع يحوز لها و له ان يشترط عليها [و علیه] الايتان ليلا او نهاراً.... و غير ذلك من الشرائط السائفة اللتي هي غير منافية لمقتضى العقد...»

ترجمه: جایز است شرط شود که زوج شب یا روز بیاید و غیر از اینها شرایط جایزی که منافی مقتضای عقد نباشد، جایز است. (نجفی، ۱۴۰۴ ه.ق، ص ۱۸۶)

۴- مفلح بن حسن صمیری

در کتاب غایه المرام می‌فرمایند:

«وكذا لو شرط ان لايفتضها لزم الشرط و لو اذنت بعد ذلك جاز عملاً باطلاق الروايه و قيل: مختص لزوم هذا الشرط بالنكاح المنقطع و هو تحکم اقول: اختلاف الاصحاب فی هذه المسئلة على خمسة اقوال ...»

ترجمه: اگر زوجه شرط کند زوج ازاله بکارت نکند عمل به شرط لازم است [شرط صحیح است عقد نیز صحیح است] و اگر بعداً زوجه اجازه دخول دهد با توجه به اطلاق رویت جایز است (صمیری، ۱۴۲۰، ص ۱۵۰) و بعضی عقیده دارند این شرط مختص عقد موقت است، صاحب غایه المرام می‌گوید این قول تحکم و زورگویی است و لکن در این مسئله بین اصحاب پنج قول وجود دارد. بعضی معتقدند شرط عدم واقعه در عقد دائم و موقت مطلقاً جایز نیست و بعضی در مورد عقد دائم قایل به عدم جواز هستند.

و بعضی نیز معتقدند اگر در عقد دائم به طور موقت شرط عدم واقعه شود جایز است [توضیح نداده‌اند چه فرقی بین عدم واقعه یا غیرموقت وجود دارد]

بعضی در هر دو عقد شرط مذکور را جایز می‌دانند.

۵- شهید ثانی

در «الروضه البهیه فی شرح اللمه دمشقیه، می‌فرمایند:

«يحوز اشتراط ما يوافق الشرع فی عقد النکاح فلو شرط ما يخالفه لفا الشرط و صح العقد و المهر كاشتراط لا يتزوج عليها و ان تيسرى اولايطا...»

ترجمه: شرطی که موافق شرع است در عقد نکاح جایز است... و اگر مخالف شرع شرط کند، شرط لغو و باطل بوده و لکن عقد و مهر صحیح است.

همان‌طوری که شرط کنند زوج ازدواج نکند یا دخول نکند. (شهید ثانی، ۱۴۱۳ ق.ص ۲۶۲)

شهید ثانی در مسالک الافهام می‌فرماید:

«و لو شرط ان لا يفتضها لزم الشرط ... عملاً باطلاق الروايه و قيل يختص لزوم هذا الشرط بالنكاح المنقطع و هو تحکم.»

ترجمه: اگر زوجه شرط کند که زوج ازاله بکار نکند، عمل به شرط لازم است به دلیل اطلاق روایت و گفته شده این شرط به نکاح منقطع اختصاص دارد شهید اضافه می‌نمایند این قول تحکم و زورگویی است. (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ص ۲۴۷)

سپس می‌گوید آنچه مصنف انجام داده، مبنی بر پذیرش قول به جواز عقد و شرط به طور مطلق در ازدواج دائم و ازدواج موقت در واقع همان نظر شیخ طوسی است که مستندش روایت اسحاق بن عمار از امام صادق (ع) است. این روایت به اطلاقش دال بر جواز شرط عدم واقعه در هر عقد می‌باشد و برای تایید این قول هم، اولاً از عموم حدیث «المومنون عند شروطهم» و ثانیاً، از امر به وفا در قرآن کریم در سوره مائده آیه ۱ استفاده می‌کند. (قرآن کریم، سوره مائده، آیه ۱، یا ایها الذین آمنوا اوفوا بالعقوا...) بعد می‌گوید بعضی معتقدند این شرط فقط در مورد عقد انتطاعی لازم است نه دایمی که موجب بطلان عقد می‌شود و این را به کتاب «مبسوط» شیخ طوسی نسبت می‌دهد که جماعتی از متقدمین و متاخرین هم از شیخ در این رای تبعیت کرده‌اند از جمله آن‌ها علامه در «مختلف الشیعه» و فرزندش در «شرح ارشاد» که معتقدند این شرط با مقتضای عقد منافات دارد، لذا شرط باطل است، جهتش هم این است که در عقد انتطاعی غرض اطفاء شهوت و تمتع است نه توالد و تناسل و تناکح که اینها مقصود در عقد دایم هستند.

البته شهید ثانی در مسالک به این قول خدشه کرده و آن را نوعی تحکم دانسته و گفته است اولاً نصوص ما مطلق است و ثانیاً، مقاصد نکاح مطلقاً مختلف است. از این جهت جایز است بر آن چه در عقد دائم مطلوب است در عقد منقطع هم مطلوب باشد و به عکس و سپس اقوال دیگر را نقل کرده که همه بیانگر آن است که در مسأله خصوصاً عقد اختلاف نظر وجود دارد (مسالک الافهام، صص ۲۴۸ و ۲۴۹) البته ممکن است اشکال شود که این شرط با مقتضای عقد ناسازگار است زیرا که غرض از نکاح دایم تناکح و تناسل و بقای نسل است و شرط واقعه با این هدف تنافی دارد.

مع الوصف در پاسخ باید گفت که از شرایط مقتضای ذات عقد این است که آن اثر در همه نوع آن عمومیت داشته باشد، در حالی که ازدواج با کسانی که قادر به فرزندآوری نمی‌باشند، شرعاً صحیح است و لذا اگر باروری جزو مقتضای ذات نکاح است، باید نکاح با این‌گونه افراد باطل باشد، در نتیجه اشتراط عدم واقعه در ضمن عقد نکاحی یا تبانی عقد بر اساس آن باطل و مبطل نمی‌باشد، چرا که عقد نکاح در مقابل آن دو قرار ندارد.

مرحوم محمدحسین نائینی در کتاب «منیه الطالب فی حاشیه المکاسب» می‌نویسد: اگر ما باروری را جزو آثار نکاح تلقی کنیم، با توجه به اینکه قطعاً از مقتضای نکاح محسوب نمی‌شود پس جزو مقتضای اطلاق نکاح خواهد بود، چرا که مقتضای اطلاق عقد منظور مستقیم و اصلی متعاملین نمی‌باشد، ولی در صورت مطلق بودن عقد، به منزله تصریح آن از سوی متعاقدین است و شرط هر چیزی که مخالف با آن باشد، صحیح و پای‌بندی به آن واجب خواهد بود؛ زیرا مقتضای اطلاق هر عقدی، قابلیت تغییر از طریق عقد و شرط در ضمن عقد را دارد مثلاً اگر در نکاح شرط شود که اختیار تعیین مسکن با زن باشد این شرط صحیح است (نائینی، ۱۳۷۳ ه.ق: ص ۱۱۱) البته در قانون مدنی در ماده ۱۱۱۴ به این شرط تصریح شده است.

از سوی دیگر عمومات و اطلاقات نیز، مجوز شرط عدم واقعه در عقد نکاح هم می‌شوند و بسیاری از فقها به آن فتوا داده‌اند.

۶- نظر سیدعلی طباطبایی

«اما لو شرطت ان لا یطاهاصح کل من العقد و الشرط مطلقاً وفاقاً للنهایه و الارشاد و المسالک بعموم ما دل علی لزوم الوفاء بالعقد و الشرط و التفاتاً الی خصوص المعبره الخاصه فی المتعه و المطلقه فیها و فی الدائمه، فالاول الصحیح ... و الثانی الموفق...»

ترجمه: اگر شرط عدم افضا و یا شرط عدم دخول نماید، هم عقد و هم شرط صحیح است، چنان‌که شیخ در نهاییه و علامه حلی در ارشاد و شهید ثانی در مسالک فرموده‌اند دلیل ما تمسک به عمومات لزوم وفای به عقد و شرط و خصوص روایت سماعه است. (طباطبائی، ۱۴۲۲، ص ۶۰)

از جمله روایات، روایتی است که به تعبیر بعضی از علماء صریح در جواز شرط عدم مواقعه می‌باشد: «... و هو نص فی جواز اشتراط ان لا يطاها فی الفرج...»

روایتی است که سند فتوا قرار گرفته چنین است: سماعه از امام صادق (ع) نقل می‌کند که مردی برای ازدواج از زنی خواستگاری می‌کند و او از ترس رسوایی باوی شرط عدم دخول می‌کند و حضرت فرمودند: وفای به شرط لازم است. این روایت دلالت دارد بر جواز عدم مواقعه مطلقاً.... و با اطلاقش در کنار روایت دیگر، هم شامل عقد دائم می‌شود و هم عقد منقطع (شهید ثانی، مسالک الافهام، ج ۸، ص ۲۴۷) و اگر در روایت ضعفی باشد تمسک به «المومنون عند شروطهم» جابر آن است.

۷-۱: نظریات مراجع معاصر در قالب استفتاء

سوال: آیا در نکاح دائم، شرط عدم دخول صحیح است؟

اکثریت فقهای معاصر از جمله آیات عظام محمدتقی بهجت، سید علی سیستانی، صافی گلپایگانی، فاضل لنکرانی شرط مذکور را صحیح دانسته‌اند.

سؤال: آیا اشتراط عدم مواقعه از سوی زوج یا زوجه، در ازدواج دائم تنها موجب بطلان خود، شرط است یا موجب بطلان اصل عقد نکاح نیز می‌باشد؟

اکثریت فقهای معاصر از جمله: آیات عظام سیدمحمد سعید حکیم، جعفر سبحانی، سید محمد شاهرودی و سید محمد علوی گرگانی قایل به صحت عقد نکاح هستند و در خصوص صحت شرط اختلاف اندک ملاحظه می‌شود (نقل استقتانات از گنجینه قضائی مرکز تحقیقات فقهی حقوقی قوه قضائیه).

۸-۱: نظریات حقوقدانان راجع به شرط عدم دخول در عقد نکاح

۱- حسین صفایی و سیداسدالله امامی در کتاب مختصر حقوق خانواده چنین می‌نویسد: «بعضی از فقهاء این شرط را باطل دانسته و در مقام استدلال گفته‌اند، مقصود اصلی از نکاح توالد و تناسل است که منوط به نزدیکی است، پس چنین شرطی مخالف مقتضای عقد است. (صفایی، ۱۳۸۳: ص ۷۲-۷۱)

برخی گفته‌اند: این شرط نامشروع است، لکن به پیروی از قول مشهور فقهای امامیه می‌توان گفت این شرط نه خلاف مقتضای عقد است و نه نامشروع، چون که نکاح دارای هدف‌های مختلف است و نزدیکی تنها هدف آن و مقتضای ذات نکاح نیست تا در صورت شرط عدم دخول، نکاح نتواند تحقق پیدا کند. به علاوه قانون چنین شرطی را منع نکرده و شرط مزبور بر خلاف نظم عمومی هم نیست و اصل صحت شرط است. بنابراین می‌توان گفت: شرط عدم نزدیکی صحیح و نافذ است؛ لکن کسی که شرط به نفع اوست، می‌تواند بعد از عقد از شرط صرفنظر کرده، اجازه نزدیکی دهد، زیرا برابر قاعده کلی، مشروطه می‌تواند حق حاصل از شرط فعل را ساقط کند» (ماده ۲۴۵ ق.م)

۲- سیدحسین امامی در کتاب حقوق مدنی چنین می‌گوید: «ضمن عقد نکاح یا عقد لازم دیگر شرط شود که شوهر با زن نزدیکی ننماید، این امر از جمله حقوقی است که مربوط به زوجین می‌باشد و آنان می‌توانند هرگونه بخواهند در آن توافق نمایند. شرط

مزبور بر خلاف مقتضای عقد نکاح و بر خلاف قوانین آمره نیز نمی‌باشد. در این صورت زن پس از عقد می‌تواند به زوج اجازه نزدیکی دهد، زیرا شرط ایجاد حق برای زن می‌کند و مشروطه می‌تواند از آن صرف نظر نماید» (امامی، ۱۳۶۳، ص ۳۷۷)

۳- سیدمهدی جلالی در کتاب حقوق خانواده می‌نویسد: «درباره شرط عدم رابطه جنسی، عده‌ای آن را خلاف مقتضای عقد پنداشته‌اند، اما برخی دیگر چنین عقیده‌ای ندارند و با تفریق بین شرط خلاف مقتضای عقد و اطلاق آن، شرط عدم وقوع نزدیکی را بر خلاف مقتضای اطلاق عقد دانسته و آن را صحیح تلقی نموده‌اند» (جلالی، ۱۳۸۹، ج ۱)

۴- محقق داماد در کتاب بررسی فقهی حقوق خانواده می‌نویسد: «همچنین گفته‌اند: اگر در عقد شرط شود که شوهر با زن نزدیکی نکند، شرط صحیح است. اما به نظر می‌رسد چنین شرطی، نه تنها مغایر قانون، بلکه احتمالاً خلاف مقتضای عقد است چرا که مقصود از نکاح، زوجیت و تناسل است (تناکحوا تناسلوا) پس لازمه‌ی زوجیت نزدیکی است و هدف از نکاح نزدیکی مشروع است، بنابراین شرط خلاف آن، خلاف مقتضای عقد است و اگر بر فرض مقتضای عقد هم نباشد، خلاف قانون آمره و باطل است. (محقق داماد، ۱۳۹۵، صص ۳۲۷ و ۳۲۸)

نتیجه گیری

نظر به این که یکی از لوازم نکاح تناسل است و تناسل نیز اغلب از طریق مواقعه صورت می پذیرد ولی نکاح آثار دیگری نیز دارد که نمی توان آنها را نادیده گرفت از این رو با توجه به این که مجامعت از جمله حقوق زوجین شمرده شده در لسان فقها و حقوق دانان قولی را که مجامعت را تکلیف زوجین بدانند مشاهده نشد و حال آن که اگر مواقعه را تکلیف بدانیم نمی توان آن را ساقط نمود. وقتی که مجامعت از حقوق محسوب شود، زوجین می توانند از حق مزبور صرف نظر نموده و آن را در قالب شرط فعل منفی اسقاط کنند و اسقاط این حق ملازمه ای با بطلان عقد نکاح ندارد البته صحت شرط عدم مواقعه در عقد موقت اختلافی نیست و لیکن در عقد دائم راجع به این شرط بین نویسندگان اختلاف نظر وجود دارد ولی قول به جواز شرط در میان آنان مشهورتر و به استناد شمول اطلاق و عموم ادله متعبر است و منشاء اختلاف این است که برخی از فقها مقتضای عقد نکاح را تناسل می دانند و معتقدند این شرط برخلاف مقتضای عقد است و عده ی کثیری از فقها این شرط را خلاف مقتضای عقد نمی دانند و قائل به صحت این شرط هستند.

با عنایت به وجود مصادیقی از نکاح شرعی در جامعه که مواقعه در آن موضوعیت ندارد می توان شرط عدم مواقعه را از مصادیق ماده ۱۱۱۹ قانون مدنی دانست که بر اساس آن زوجین می توانند هر شرطی را که خلاف مقتضای عقد نباشد ذکر و باید طبق قاعده « المومنون عند شروطهم » بدان ملتزم باشند .

فهرست منابع

قرآن کریم.

امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، ۱۳۶۳، ج ۴، چاپخانه اسلامی.

جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ۱۳۷۰، مجموعه محشی قانون مدنی، تهران: گنج دانش.

جلالی، سیدمهدی، حقوق خانواده، ۱۳۸۹ ش، انتشارات خرسندی، تهران، چاپ اول.

خمینی، روح‌الله موسوی، ۱۳۹۰ ق، تحریر الوسیله، ۲ جلدی، نشر دارالکتب العلمیه، چاپ دوم، نجف.

خوئی، سیدابوالقاسم، ۱۴۱۰، منهاج الصحیحین، ۲ جلدی نشری مدینه‌العلم آیت‌الله خوی، چاپ ۲۸.

رشتی، میرزا حبیب‌الله، الاجاره، چاپ سنگی، به خط محمد طاهر بی‌تا.

سبزواری، سیدعبدالاعلی، ۱۴۱۳ هـ ق، مهذب الاحکام ج ۲۵، مؤسسه المنار چاپ چهارم، قم.

شهید اول، محمدبن مکی عاملی القواعد و الفوائد - سیدعبدالهادی حکیم قم - بی‌تا.

شهید ثانی، زین‌الدین بن علی عاملی، ۱۴۱۳ ق. مسالک الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام، ۱۵ جلدی، تحقیق و نشر: مؤسسه المعارف الاسلامیه، چاپ اول.

شهید ثانی، زین‌الدین بن علی عاملی (متوفی، ۹۶۶ ق): شرح اللمعه، ۱۰ جلدی، تحقیق: سیدمحمد کلانتر، چاپ دوم، منشورات جامعه النجف الدینی، ۱۳۸۶-۱۳۹۸.

شیخ انصاری، مرتضی، مکاسب، چاپ سنگی، یک جلدی.

صفایی، حسین؛ امامی، سیداسدالله، ۱۳۸۳، مختصر حقوق خانواده، میزان.

ضمیری، راشد (مفلح بن الحسن) ۱۴۲۰-هـ. غایه المرام فی شرح شرایع الاسلام - دارالهادی بیروت.

طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم، حاشیه بر مکاسب، چاپ قدیم، دوره ۲ جلدی.

طباطبایی، سیدعلی، ۱۴۲۲، ریاض المسائل، ۱۴ جلدی، تحقیق و نشر، مؤسسه نشر اسلامی وابسته به حوزه علمیه - چاپ اول.

علامه حلی، یوسف بن مطهر (متوفی ۷۲۶ ق). تذکره الفقهاء، ۲ جلدی، منشورات مکتبه المرتضویه لاحیاء الآثار الجعفریه، چاپ سنگی.

کاتوزیان، ناصر، ۱۳۹۰، حقوق مدنی، خانواده، میزان.

کمپانی (محقق)، محمدحسین بن محمد حسن اصفهانی، ۱۳۶۷ هـ ق حاشیه بر مکاسب، چاپ سنگی، تهران، بی‌تا.

گنجینه استفتائات قضایی مرکز تحقیقات فقهی حقوقی قوه قضائیه.

محقق حلی، ترجمه فارسی شرایع الاسلام ترجمه ابوالقاسم ابن احمد یزدی، مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، ۱۳۶۸.

محقق حلی، جعفر بن حسن، ۱۴۰۹ ق، شرایع الاسلام، تهران: انتشارات استقلال.

محقق داماد، سیدمصطفی، ۱۳۸۸، نظریه عمومی شروط در حقوق اسلامی، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی

محقق داماد، سیدمصطفی، ۱۳۹۵، بررسی فقهی حقوق خانواده (نکاح و انحلال آن) مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ هیجدهم.

محقق داماد، سیدمصطفی، ۱۳۹۶، قواعد فقه بخش مدنی ۲، تهران: سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه‌ها (سمت) پژوهشکده تحقیق و توسعه علوم انسانی.

معاونت حقوقی و توسعه قضایی قوه قضائیه، مجموعه تنقیح شده قوانین و مقررات حقوقی، ۱۳۸۴، روزنامه رسمی کشور، چاپ اول.

نائینی، محمدحسین، ۱۳۷۳ هـ. ق، منیه الطالب فی حاشیه المکاسب، المکتبه المحمديه، چاپ اول، تهران.

نجفی، محمدحسن، ۱۴۰۴ هـ. ق، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام دار احیاء التراث العربی، بیروت، چاپ هفتم.