

تحلیلی نو پیرامون شرط منع تمتع جنسی در عقد نکاح

تاریخ دریافت: ۱۴۰۴/۰۴/۲۱؛ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۷/۱۴

عباس کریمی^۱

سیدامید موسوی^۲*

Doi: 10.30497/flj.2025.248547.2204

چکیده

تبیین صحیح مقتضای عقد نکاح که سبب شناسایی شروط خلاف مقتضای آن نیز می‌شود، یکی از مباحث چالش‌برانگیز در حقوق خانواده و فقه اسلامی است که آثار مهمی بر نهاد خانواده و روابط زوجین دارد. با توجه به تقسیم رایج مقتضای عقد به ذات و اطلاق که رویکرد غالب در میان فقها و حقوق‌دانان است، همواره شاهد تلاش محققان در به دست آوردن مصادیق ذات و اطلاق و تبیین تفاوت‌های مفهومی آن‌ها از یکدیگر هستیم. پژوهش حاضر با توجه به نارسایی مفهومی رویکرد رایج، ضمن بررسی شرط منع ارتباط جنسی و دیدگاه‌های موافقان و مخالفان بطلان آن، با نگاهی تازه به مطالعه این شرط و جایگاه آن در مقتضای عقد نکاح می‌پردازد و ضمن تفکیک میان مقتضای ذات و مقتضای آثار ذاتی عقد نکاح، نشان می‌دهد که از دیدگاه عرف، ارتباط جنسی اثر ذاتی عقد نکاح است و از این منظر، شرط خلاف آن اثر، باطل است.

کلیدواژه‌ها: ارتباط جنسی، شرط خلاف مقتضا، مقتضای آثار ذاتی، مقتضای ذات.

abkarimi@ut.ac.ir

۱. استاد گروه حقوق خصوصی دانشگاه تهران، تهران، ایران.

۲. نویسنده مسئول) دانشجوی دکتری فقه و حقوق خصوصی دانشگاه شهید مطهری، تهران، ایران. omtb1371@gmail.com

مقدمه

بنیاد جامعه بر خانواده، و بنیاد خانواده بر ازدواج استوار است (محقق داماد، ۱۴۰۲ش، ص ۲۹۰) و نهاد خانواده، به‌عنوان اساسی‌ترین واحد اجتماعی، از پیچیدگی‌ها و ظرافت‌های فقهی و حقوقی متعددی برخوردار است. در این میان، مقتضای عقد نکاح دائم و شروط خلاف آن، یکی از چالش‌برانگیزترین موضوعات مطالعاتی در حوزه حقوق خانواده محسوب می‌شود؛ چراکه شناسایی ذاتیات عقد نکاح، همواره در آثار فقهی و حقوقی مورداختلاف بوده است و به‌دشواری می‌توان اثری را که وابسته به ذات و ماهیت عقد نکاح است، تشخیص داد (کاتوزیان، ۱۳۹۴، ج ۱، ص ۲۳۳). در تفسیر سستی رایج میان فقها و حقوق‌دانان، مقتضای عقود به دو دسته اصلی مقتضای ذات عقد و اطلاق عقد تقسیم می‌شود (نراقی، ۱۳۷۷، ص ۱۵۲؛ کاشف الغطاء، ۱۴۲۲ق، ج ۱، ص ۲۳۳؛ انصاری، ۱۴۱۵ق الف، ج ۶، ص ۴۵؛ کاتوزیان، ۱۴۰۲ش، ج ۳، ص ۱۶۳). ارجاعات اشاره‌شده که تنها بخشی از مطالب موجود در این زمینه است، نشان می‌دهد که تقسیم مقتضا به ذات و اطلاق، تقسیمی رایج و فراگیر در آثار فقهی و حقوقی بوده است.

با توجه به نارسایی رویکرد رایج پیش‌گفته که در سطرهای بعدی بدان اشاره خواهد شد، اهمیت این پژوهش در آن است که تلاش می‌کند تا مقتضای ذات و اطلاق عقد نکاح را با نگاهی نو بازتعریف کند و نشان دهد که به‌لحاظ مفهومی میان مقتضای ذات عقد نکاح و مقتضای آثار ذاتی آن، تفاوت وجود دارد و مصادیق آن‌ها نیز متفاوت است. تقسیم مقتضای عقود به ذات و آثار ذاتی و تعیین ملاک شناسایی آن‌ها از یکدیگر موضوعی است که در کتاب اندیشه‌های نو در حقوق قراردادها به‌صورت مفصل به تبیین و توضیح آن به‌عنوان یکی از مباحث عمومی قراردادها پرداخته‌ایم و در این نوشتار، به‌دلیل جایگاه مبنایی آن نسبت به موضوع پژوهش حاضر، خلاصه‌ای از آن را بیان خواهیم کرد.

نظریه مبتنی بر تفکیک بین مقتضای ذات از مقتضای اطلاق هرچند موردپذیرش قاطبه فقها و حقوق‌دانان قرار گرفته است، از وضوح کافی برخوردار نیست و دارای نارسایی مفهومی

است و مشخص نیست که دو اصطلاح «ذات» و «اطلاق» دقیقاً بر چه مفهومی دلالت دارند. همچنین نظریه ذات و اطلاق علاوه بر ابهامی که در مفهومشان نهفته است، در تعریف خود اشکال دُور نیز دارند؛ برای مثال، در تعریف مفهوم مقتضای اطلاق گفته می‌شود که اثری از عقد است که در صورت فقدان شرط مخالف، عقد واجد آن است و زمانی که شرط مخالف آن در عقد درج شود، عقد فاقد آن اطلاق خواهد بود. بدین ترتیب تعریف اطلاق متضمن دور است. در واقع در پاسخ به این سؤال که برخلاف کدام یک از مفاد عقد می‌توان شرط مخالف در عقد را درج کرد، باید گفت مفادی که از موارد مقتضای اطلاق باشند. در مقابل، هرگاه سؤال شود که مقتضای اطلاق چیست، پاسخ داده می‌شود که مقتضایی است که می‌توان شرط مخالف آن را در عقد گنجانند. با وجود چنین دوری در تعریف، نه تنها ابهام این نظریه برطرف نمی‌شود که بر آن افزوده نیز می‌شود.

به منظور حل ریشه‌ای اشکال، لازم است که مقتضای عقد را با قرائت جدیدی که تبیین منطقی ذاتیات عقد است، روشن کرد و نگرشی نو در خوانش مقتضای عقود داشت. در دو موضع از منطق صوری، صحبت از ذات و ذاتی می‌شود: کلیات خمس و صناعات خمس.

کلیات خمس عبارت‌اند از: نوع، جنس، فصل، عرض عام، عرض خاص. سه کلی اولی را کلی ذاتی و دو کلی بعدی را کلی عرضی می‌خوانند. برای تطبیق بحث کلیات خمس بر مفاهیم عقود، باید ابتدا ملاک تشخیص ذاتی از عرضی را بازشناسیم تا بتوانیم ذاتیات و عرضیات هر عقد را تفکیک کنیم. بهترین ملاک برای تشخیص ذاتی، آن است که هرآنچه در تعقل و تصور ماهیت یک مفهوم در ذهن، بر تصور خود آن مفهوم مقدم می‌شود، ذاتی است و هرآنچه صرفاً پس از تصور آن مفهوم، در ذهن قابل تصور باشد، عرضی خواهد بود. در واقع مرتبه تصور ذاتی مقدم بر مرتبه تصور عرض است؛ برای مثال درباره ماهیت مثلث، تا در ذهن سه ضلع را تصور نکنید، نمی‌توانید مثلث را تصور کنید؛ در حالی که تا مثلث تصور نشود، سه زاویه داشتن قابل تصور نیست و بدین ترتیب روشن می‌شود که سه ضلع داشتن، ذاتی مثلث و سه زاویه داشتن، عرض لازم آن است. درباره هریک از عقود نیز همین ملاک

پیاده می‌شود. بدون تصور ذاتیات عقد بیع، تصور ماهیت بیع غیرممکن است؛ درحالی‌که تصور عرضیات عقد بیع، پس از تصور ماهیت آن خواهد بود. باید دانست که در یک موضع دیگر از منطق صوری نیز صحبت از ذاتیات به میان می‌آید و آن موضع، مبحث صناعات خمس (برهان، جدل، خطابه، شعر، مغالطه) است و ذاتیات در ذیل برهان جای می‌گیرند. در برهان، زمانی که از ذاتیات صحبت می‌شود، نه تنها ذاتیات به مفهوم کلیات خمس، که به آن اشاره شد، داخل در عنوان بحث خواهد بود، بلکه حتی از میان اعراض، آن دسته که «اعراض لازم» قلمداد می‌شوند و هیچگاه از شیء جدا نمی‌شوند و میان آن‌ها و ماهیت مفارقت نمی‌افتد (برخلاف اعراض مفارق)، نیز در ردیف ذاتی قرار خواهند گرفت. این آثار ذاتی که از دیدگاه منطقی، اعراض لازم خوانده می‌شوند، آثاری هستند که یا از دیدگاه شرع یا از منظر عرف جدایی‌پذیر از عقد نیستند و براین اساس، چنین اموری را نیز باید از ذاتیات محسوب کرد.

با توجه به نکات گفته‌شده می‌توان ذاتیات عقد را با استفاده از تبیین منطقی، به دو دسته ممتاز تقسیم کرد: ذاتیات عقد در معنای خاص آن که نوع، جنس، فصل یک عقد را دربرمی‌گیرد و ذاتیات به معنای عام کلمه که علاوه بر موارد مذکور، شامل اعراض لازم (آثار ذاتی) عقد نیز می‌شود.

گنجاندن شرط خلاف مقتضای ذاتیات عقد در معنای اخص معقول نیست و به تناقض می‌انجامد؛ زیرا برای تصور یک عقد، هریک از متعلقان، این ذاتیات را تصور می‌کنند و امکان ندارد که بخواهند، عقدی را بدون ذاتیات آن انشاء کنند. درمقابل، شرط خلاف آثار ذاتی عقد نه تنها قابل تصور است، که در عمل نیز به وفور اتفاق می‌افتد (برای مطالعه تفصیلی نک: کریمی، ۱۴۰۳ش، ص ۷۱-۹۱). این دیدگاه می‌تواند معیار دقیقی برای سنجش مشروعیت و اعتبار شروط مندرج در عقد نکاح ارائه دهد؛ بدین ترتیب، فهم صحیح‌تر و جامع‌تری از مرزهای آزادی قراردادی در عقد نکاح و آثار آن بر ضمانت اجرای حقوقی و شرعی شروط فراهم می‌شود.

در بخش اول مقاله حاضر، ضمن بررسی ارتباط جنسی به عنوان مقتضای ذات عقد نکاح، به بیان دیدگاه‌های موافقان و مخالفان بطلان شرط منع استمتاع پرداخته شده، و در انتها، دیدگاه پذیرفته شده در این پژوهش معرفی شده است. در بخش دوم نیز پس از شناسایی و نشان دادن جایگاه ارتباط خاص جنسی در ذیل آثار ذاتی عقد نکاح، بطلان شرط منع استمتاع از این منظر و براساس قضاوتی که عرف درباره اهمیت این شرط دارد، تبیین شده است.

پژوهش حاضر با رویکردی توصیفی — تحلیلی و با استفاده از منابع دست اول کتابخانه‌ای و اسنادی، به مطالعه شرط منع ارتباط جنسی پرداخته است و با نگاهی نوآورانه، جایگاه آن را در میان مقتضای ذات و مقتضای آثار ذاتی عقد نکاح واکاوی می‌کند. امید است که تحقیق پیش‌رو، راهگشای نظریه‌پردازی و اتخاذ رویکردهای فقهی و حقوقی کارآمدتر در زمینه شرط ضمن عقد نکاح باشد.

پیشینه پژوهش

در خصوص پیشینه پژوهش باید اشاره کرد که نوشتار حاضر با قرار دادن جایگاه ارتباط جنسی در ذیل مقتضای آثار ذاتی عقد نکاح و تحلیل بطلان شرط منع استمتاع از این منظر، با تمامی آثار انجام شده پیش از خود، تفاوت دارد و از این رو دارای نوآوری است. از جمله کارهای انجام شده می‌توان به مقاله «بررسی شروط خلاف مقتضای ذات عقد نکاح» نوشته بابایی، حسینی، حق پرست اشاره کرد که در این مقاله، شروط خلاف مقتضای ذات عقد ازدواج به صورت کلی بررسی شده است و پژوهش حاضر با توجه به تمرکز بر شرط منع ارتباط جنسی از آن بررسی کلی متمایز است. مقاله دیگر «شروط باطل و مبطل ضمن عقد نکاح در حقوق ایران و فقه شافعی» نوشته حسینی است که به بررسی شروط مختلفی می‌پردازد که مخالف مقتضای ذات عقد نکاح دانسته شده، و شرط عدم نزدیکی هم از این دسته شروط شمرده شده است؛ در حالی که مقاله حاضر، با تقسیم مقتضای عقد به ذات و آثار ذاتی، نشان داده است که شرط منع ارتباط جنسی به دلیل مخالفت با اثر ذاتی عقد نکاح باطل است و از حیطة مقتضای ذات نکاح بیرون است و از این لحاظ دارای نوآوری است. ضمن اینکه مقاله

یادشده، به بررسی کلی مطلب پرداخته است و پژوهش حاضر متمرکز بر مسئله استمتاع جنسی است.

۱. جایگاه ارتباط جنسی در ذات عقد نکاح

یکی از مهم‌ترین مواردی که در برخی منابع فقهی و حقوقی به‌عنوان مقتضای ذات عقد نکاح مورد ادعا واقع شده است و درباره آن در میان فقها و حقوق‌دانان اختلاف نظر گسترده‌ای دیده می‌شود، ارتباط خاص جنسی است. ارتباط جنسی به‌معنای خاص آن، که در قانون مدنی و ترمینولوژی حقوق بیشتر با عنوان «نزدیکی» بدان اشاره می‌شود (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۲، ص ۷۴۳)، با داخل شدن و قرار گرفتن اندام جنسی مرد در اندام جنسی زن حاصل می‌شود (علامه حلی، ۱۴۲۰ق، ج ۵، ص ۳۰۳؛ فخرالمحققین، ۱۳۸۷، ج ۳، ص ۳۳۶؛ ابن فهد حلی، ۱۴۰۹ق، ۲۸۹؛ محقق کرکی، ۱۴۰۹ق، ج ۱، ص ۸۹). برخی از فقها و حقوق‌دانان، این رابطه فیزیولوژیکی را مقتضای ذات عقد نکاح می‌دانند و شرط خلاف آن را فاسد و مفسد عقد ازدواج برمی‌شمارند. درمقابل، برخی دیگر با این دیدگاه مخالفانند و درج شرط منع ارتباط جنسی در ضمن عقد نکاح را صحیح می‌دانند. در ادامه به مطالعه و تبیین این نظریات متعارض در خصوص شرط منع ارتباط جنسی خواهیم پرداخت.

۱-۱. موافقان بطلان شرط منع ارتباط جنسی

شیخ طوسی در این باره بیان می‌کند که عمل نزدیکی، مقصود ذاتی عقد نکاح دائم است و شرط زوجه مبنی بر عدم ارتباط جنسی با همسر خود، سبب بطلان عقد نکاح می‌شود (۱۳۸۷، ج ۴، ص ۳۰۳-۳۰۴). شیخ انصاری مقصود ذاتی عقد نکاح را ارتباط جنسی مرد و زن دانسته و آثار دیگر ازدواج را تابع این مقتضای ذاتی می‌داند و معتقد است که با نبودن مقصود ذاتی، دیگر توابع آن هم از میان می‌رود؛ زیرا عقدی باقی نمی‌ماند (۱۴۱۵ق ب، ص ۲۶۶). فقیهی استمتاع جنسی را مقتضای ذات عقد نکاح می‌داند و وجود آن را سبب تحقق ماهیت این عقد و صدق عنوان ازدواج برمی‌شمارد. او اشاره می‌کند که شکی در بطلان شرطی که برخلاف این مقتضا باشد، وجود ندارد (حسینی مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص ۲۴۹). فقیه دیگری بیان می‌دارد که در نکاح دائم، ارتباط خاص جنسی مقتضای ذات عقد نکاح است و شرط خلاف

آن، باطل و مبطل عقد خواهد بود. این مطلب برخلاف عقد نکاح موقت است که چنین شرطی در آن صحیح است (فاضل مقداد، ۱۴۰۴ق، ج ۳، ص ۲۴۵). میرزای قمی ضمن تبیین تفاوت وضعیت عقد دائم و موقت بیان می‌دارد:

ملاک در شرط خلاف مقتضای عقد، خروج عقد از حقیقت شرعی و عرفی خود به سبب اشتراط آن شرط است. شرط عدم وجود ارتباط خاص جنسی در عقد نکاح دائم از موارد منافی با مقتضای این عقد است، برخلاف عقد موقت؛ زیرا که مقصود از تشریح عقد موقت، استمتاع در معنای عام آن است که با غیرنزدیکی هم حاصل می‌شود و منافاتی با این غرض ندارد (۱۳۸۵، ج ۲، ص ۹۱۴).

فقیهی بیان می‌کند که نزدیکی، مقتضای نکاح دائم است و شرط خلاف آن، به دلیل منافاتی که با این اقتضا دارد، سبب فساد عقد می‌شود (رشتی، بی تا، ص ۶۳). فقیه دیگری وطی را مقتضای ماهیت عقد نکاح می‌داند (سند، ۱۴۲۹ق، ج ۳، ص ۲۵۷) و مشخص است که مقصود از ماهیت نکاح، ذات این عقد است. همچنین گویند شرط عدم وطی، با روح نکاح دائم ناسازگار است و سبب فساد عقد می‌شود (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ق، ج ۵، ص ۵۸). سبحانی تبریزی اشاره دارد که شرط عدم استمتاع دائمی در نکاح، مخالف با مقتضای این عقد است و شرط و مشروط، هر دو باطل خواهند بود؛ زیرا این گونه از اشتراط سبب انشاء دو امر متناقض می‌شود که فساد آن واضح است؛ بنابراین باید گفت نکاح از تمتع جنسی جدا ناپذیر است (۱۴۱۶ق، ج ۲، ص ۲۴۴).

در میان حقوق دانان نیز برخی به این دیدگاه اشاره کرده‌اند. محقق داماد در این باره بیان می‌کند که یکی از اهداف نکاح، نزدیکی مشروع است و شرط خلاف آن، نه تنها مغایر با شرع، بلکه خلاف مقتضای ذات عقد نکاح خواهد بود (۱۳۹۹، ج ۲، ص ۳۴۳). پژوهشگر دیگری نیز دو هدف را مقتضای عقد نکاح بر شمرده است که ارتباط فیزیکی و شهوانی میان مرد و زن یکی از آن دو مورد است و شرط خلاف آن، منافی مقتضای عقد و سبب فساد آن خواهد شد. او بقای نسل و تولید مثل را یکی از دلایل ازدواج دائم، و شرط عدم نزدیکی را مخالف مقتضای

ذات عقد نکاح دائم می‌دلند (دیانی، ۱۳۸۷، ص ۱۳۷-۱۳۸). محقق کاتوزیان بیان می‌کند که قانونگذار به سبب عقد ازدواج، چهارچوبی برای روابط جنسی زن و مرد فراهم کرده، و عشق و هوس را با وظیفه درآمیخته است. اگر زن و مرد اتحادی تشکیل دهند که در آن، رابطه جنسی تحریم شده باشد، رابطه آنان با سازمان حقوقی و عرفی نکاح شباهت نخواهد داشت. در حقوق مدنی باید پذیرفت که شرط عدم نزدیکی با ذات عقد نکاح منافات دارد؛ زیرا نه تنها این شرط با قوانین امری روابط زن و شوهر مخالف است، با مفهوم عرفی زناشویی نیز تعارض دارد. عرف، زن و مردی را که نزدیکی میان خود را بدون مانع مشروع ممنوع ساخته‌اند، زن و شوهر نمی‌شناسد؛ بنابراین هیچ زن یا مردی حق ندارد به استناد شروطی که در نکاح آمده است، به خواست‌های مشروع همسر خود بی‌اعتنا بماند (کاتوزیان، ۱۳۹۴، ج ۱، ص ۲۳۴).

در میان فقهای اهل سنت نیز می‌توان در این خصوص به مطالبی اشاره کرد. شافعی‌ها معتقدند که شرط عدم نزدیکی در عقد نکاح، سبب بطلان آن عقد می‌شود؛ چراکه با مقتضای نکاح سازگاری ندارد (جزیری، ۱۴۱۳ق، ج ۴، ص ۹۱). سرخسی، فقیه حنفی بیان می‌کند که هدف طبیعت نکاح پاسخ به شهوات است و هدف شرعی آن، تولید مثل است (۱۴۰۹ق، ج ۵، ص ۹۵). ابن قدامه، فقیه حنبلی بیان می‌کند که شرط عدم وطی، باطل است و به دلیل آنکه منافی مقتضای نکاح است، عقد را نیز باطل می‌کند (بی‌تا، ج ۷، ص ۵۴۱). فقیه حنبلی دیگری اشاره می‌کند که شرط عدم حلیت روابط زناشویی مرد و زن با یکدیگر، سبب بطلان عقد نکاح می‌شود؛ زیرا با مقتضای این عقد که برقراری نزدیکی است، منافات دارد (البهوتی، ۱۴۰۳ق، ج ۵، ص ۹۷). یکی از فقهای اشاره می‌کند که در مذهب مالکی، نکاحی که در آن شرط عدم وطی آمده باشد، فاسد است؛ زیرا با مقتضای نکاح که مالکیت زوج بر منافع بضع زوجه است، منافات دارد (طاهر، ۱۴۲۸ق، ج ۳، ص ۲۳۵).

تا اینجا دیدگاه آن دسته از فقهای و حقوق‌دانانی بررسی شد که استمتاع جنسی را مقتضا و هدف اصلی عقد ازدواج در نظر گرفته‌اند و شرط منع آن را فاسد دانسته‌اند.

۲-۱. مخالفان بطلان شرط منع ارتباط جنسی

برخی از فقها و حقوق‌دانان امامیه برخلاف فقهای اهل سنت که مخالفی در میان آنها یافت نمی‌شود، دیدگاه نخست را نپذیرفته، و شرط عدم‌نزدیکی را در عقد نکاح صحیح دانسته‌اند که لازمه این سخن آن است که ارتباط جنسی در نظر ایشان مقتضای ذات عقد نکاح نیست. به نظر می‌رسد که این تقریر، دیدگاه صحیح است و ارتباط خاص جنسی نمی‌تواند مقتضای ذات عقد نکاح در نظر گرفته شود که در ذیل به این مطلب پرداخته می‌شود.

شیخ طوسی در یکی از آثار خود، استمتاع جنسی را مقتضای ذات عقد نکاح معرفی کرد؛ اما در کتاب دیگر خود بیان کرد که اگر زن، در هنگام انعقاد عقد نکاح، شرط عدم‌نزدیکی با مرد را مطرح کرد، مرد حق ندارد که با او هم‌بستر شود و چنانچه زن، پس از این شرط و در وقت دیگری این اجازه را دوباره به او بدهد، مرد حق نزدیکی پیدا خواهد کرد (۱۴۰۰ق، ص ۴۷۳). به‌خوبی از عبارت شیخ طوسی دانسته می‌شود که نه‌تنها این شرط، خلاف مقتضای عقد نیست، بلکه صحیح نیز است. ابن‌ادریس معتقد است که شرط عدم‌نزدیکی در ضمن نکاح، به‌دلیل مخالفت با کتاب و سنت باطل است و ارتباطی به مقتضای عقد بودن ندارد؛ بنابراین عقد نکاح به صحت خود باقی می‌ماند (۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۵۸۹). علامه حلی در ضمن شروطی که به هدف اصلی نکاح خللی وارد نمی‌آورند و در واقع مقتضای ذات نکاح نیستند، شرط عدم‌نزدیکی را بیان می‌کند (۱۴۱۳ق، ج ۳، ص ۷۷). این بیان نشان می‌دهد که شرط منع ارتباط جنسی، از دیدگاه این فقیه صحیح قلمداد شده است.

محقق حلی اشاره می‌کند که شرط عدم‌استمتاع خاص، شرطی لازم الوفاء است و چنانچه زوجه پس از اشتراط این شرط، در زمانی دیگر اجازه استمتاع خاص را به زوج بدهد، نزدیکی مرد جایز خواهد بود. این مطلب از اطلاق روایت مشخص می‌شود و آن دسته از فقهایی که روایت را به خصوص عقد موقت نسبت داده‌اند، به تحکم سخن گفته‌اند (۱۴۰۸ق، ج ۲، ص ۲۷۳). شهید ثانی نیز دیدگاه محقق حلی را در نسبت تحکمی که داده است، تأیید می‌کند (۱۴۱۳ق، ج ۸، ص ۲۴۸). صاحب‌جواهر در شرح عبارت محقق حلی بیان می‌کند که

مقصود از حدیث مورد اشاره در سخن محقق حلی که ایشان به اطلاق آن استناد کرده و برخی فقها آن را به عقد موقت برگشت داده بودند، دو روایت است که یکی از سماعه بن مهران (حر عاملی، ۱۴۱۶ق، ج ۲۱، ص ۲۹۴) و دیگری از عمران بن مروان (فیض کاشانی، ۱۴۰۶ق، ج ۲۲، ص ۵۴۲؛ کلینی، ۱۳۶۳، ج ۵، ص ۴۶۷؛ حر عاملی، ۱۴۱۶ق، ج ۲۱، ص ۷۲) وارد شده است (صاحب جواهر، ۱۳۶۲، ج ۳۱، ص ۹۸-۹۹) که در ادامه به آن‌ها اشاره خواهد شد. شهید ثانی نیز معتقد است که دو روایت وارده در خصوص شرط عدم نزدیکی، اطلاق داشته و شامل هر دو عقد دائم و متعه می‌شود (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۸، ص ۲۴۷). بحرانی نیز با استفاده از دو حدیث این باب، در پاسخ به ابن ادریس که شرط عدم وطی را به دلیل مخالفت با کتاب و سنت باطل می‌دانست، بیان می‌کند که از آنجایی که روایات، اشتراط چنین شرطی را صحیح دانسته‌اند، این شرط نمی‌تواند مخالف با کتاب و سنت باشد، بلکه شرطی جایز خواهد بود (بحرانی، ۱۳۶۳، ج ۲۴، ص ۵۳۴). باید توجه داشت که هر دو حدیث روایت شده از امام صادق(ع)، دارای یک مضمون بوده و بیان می‌کنند: «مردی به نزد زنی رفته و از او خواستگاری نموده و زن گفته است، من خودم را به نکاح تو درآوردم؛ مشروط به این که تمام استمتاع جنسی را همچون نگاه کردن، لمس کردن و هر عملی که یک مرد با زنی انجام می‌دهد، بتوانی انجام بدهی؛ جز آن که دخول صورت نگیرد، و غیر از آن هر چه خواستی لذت ببری، زیرا من از رسوایی می‌ترسم. امام فرمودند: اشکالی ندارد. مرد به جز آنچه شرط کرده، حق ندارد». همان‌طور که مشخص است، در این روایات به متعه اشاره‌ای نشده است، اما برخی فقها همچنان که گفته خواهد شد، مضمون این دو روایت را به عقد موقت اختصاص داده‌اند که محقق حلی به آن‌ها ایراد کرده و چنین برداشتی از روایات را تحکم دانست. از جمله آن فقها، صاحب کتاب *ریاض المسائل* است که اشاره می‌کند اختصاص روایت به عقد متعه، دیدگاه قوی‌تری در مسئله شرط عدم نزدیکی است (طباطبائی کربلائی، ۱۴۱۸ق، ج ۱۲، ص ۶۱). فقیه دیگری نیز بیان می‌کند که مورد هر دو روایت، نکاح متعه است (موسوی عاملی، ۱۴۱۳ق، ج ۱، ص ۴۰۵). همچنین فاضل هندی معتقد است که از عبارت «من از

رسوایی می‌ترسم» در این روایت، برداشت می‌شود که مضمون آن مخصوص عقد موقت است (۱۴۱۶ق، ج ۷، ص ۴۲۲).

شیری زنجانی در رد این دیدگاه می‌گوید:

بعضی استظهار کرده‌اند که جمله «من از رسوایی می‌ترسم» مخصوص به متعه است. استفاده متعه از این جمله مشکل است؛ چون تزویج به تزویج دائم اطلاق می‌شود و حتی یک مورد هم سراغ نداریم که تزویج در حالت اطلاق به خصوص متعه حمل شده باشد. به علاوه فضحیت و رسوایی، منحصر به مسئله انقطاع نیست. عدم تناسب شأن خانوادگی نیز موجب فضحیت و سرشکستگی است و اگر بکارت زائل شود، فضاحت به وجود می‌آید. همچنین گاهی دختر عقد کرده و به خانه شوهر نرفته و ممکن است که راضی به مباشرت نباشد و آن را مایه فضاحت بداند؛ بنابراین به نظر می‌رسد ظاهر یا قدر مسلم از روایت، همان تزویج دائم است (بی‌تا، ج ۲۳، ص ۷۳۱۸).

جعفری لنگرودی نیز می‌گوید:

چنانچه زوجه شرط کند که زوج، حق دخول نداشته باشد، این شرط صحیح است؛ زیرا دخول جزء مقتضای ذات عقد نکاح نیست و روایت وارده نیز این مطلب را تأیید می‌کند. همچنین زوجه می‌تواند در زمان دیگری اذن دخول به زوج بدهد (۱۳۸۶، ص ۱۹۳).

همچنین گفته شده است که دلالت این روایات بر جواز شرط عدم نزدیکی به قدری مشخص است که این مسئله بدون اشکال است و جای اختلاف در آن باقی نمی‌ماند (ایروانی، ۱۴۲۷ق، ج ۲، ص ۳۷۲). نائینی نیز با اشاره به روایت پیش گفته، بیان می‌دارد که مانعی برای اشتراط عدم نزدیکی در عقد ازدواج وجود ندارد (۱۳۷۳، ج ۲، ص ۱۱۲). در انتها باید توجه داشت که سند این روایات را معتبر و صحیح دانسته‌اند (سیفی، بی‌تا، ج ۳، ص ۴۰۷).

صاحب جواهر در مقام بیان دلیل دیگری برای این مسئله که ارتباط خاص جنسی، مقتضای ذات عقد نکاح نیست، اشاره می‌کند که اگر نزدیکی مقتضای عقد نکاح باشد، نکاح شخصی که ناتوان از انجام عمل زناشویی است، باید باطل باشد؛ درحالی که فساد این دیدگاه مشخص است (۱۳۶۲، ج ۳۱، ص ۱۰۰). ماده ۱۱۲۲ قانون مدنی نیز مؤیدی بر این مطلب است؛ زیرا ناتوانی مرد در انجام نزدیکی را یکی از عیوبی می‌داند که برای زن، حق فسخ نکاح را ایجاد می‌کند. مشخص است که حق فسخ در عقود جای دارد که به صورت صحیح واقع شده‌اند و اگر ارتباط خاص جنسی، مقتضای ذات عقد نکاح بود، شخص ناتوان از عمل زناشویی، قادر به انعقاد عقد ازدواج نبود.

دلیل دیگر آنکه شرط عدم وطی، سبب ارتفاع صدق عنوان نکاح نمی‌شود، در صورتی که اگر استمتاع خاص جنسی، مقتضای ذات عقد نکاح بود، با اشتراط شرط خلاف آن، صدق عرفی عنوان عقد مرتفع می‌شد (همدانی، ۱۴۲۰ق، ص ۳۶۹). برخی از حقوق دانان نیز با این گزاره مخالف‌اند که ارتباط جنسی مقتضای ذات عقد نکاح است و شرط مخالف آن باطل خواهد بود. آنان می‌گویند:

این شرط نه مخالف مقتضای عقد و نه نامشروع است؛ زیرا نکاح دارای هدف‌های مختلفی است و نزدیکی، تنها یکی از اهداف آن است و مقتضای ذات عقد نکاح نیست تا در صورت شرط عدم دخول، نکاح نتواند تحقق پیدا کند. همچنین قانون چنین شرطی را منع نکرده است و شرط مزبور برخلاف نظم عمومی هم نیست؛ بنابراین، اصل بر صحت این شرط است. البته شخصی که شرط به نفع اوست، می‌تواند بعد از عقد، از شرط صرف نظر کند و اجازه نزدیکی را بدهد، چراکه براساس ماده ۲۴۵ قانون مدنی و بنابر قاعده‌ای کلی، مشروط‌له می‌تواند حق حاصل از شرط فعل را ساقط کند (صفائی، و امامی، ۱۳۹۳، ج ۱، ص ۶۸).

حقوق دان دیگری بیان می‌کند همان‌طور که عقد نکاح بدون مهر (مفوضه البضع) بدون مانع است، نکاح بدون تمکین هم جایز است؛ بنابراین، زوجه می‌تواند این حق را از زوج سلب

کند، در نتیجه زوج در این زمینه، حق مطالبه‌ای از زوجه نخواهد داشت (امامی، ۱۳۷۷، ج ۴، ص ۳۷۷). همچنین گویند تمتع جنسی متعارف، به صورت شرط ضمن عقد، مورد توافق ضمنی زن و مرد است؛ اما برخلاف آن می‌توان شرط کرد و وفای به آن نیز لازم خواهد بود (شیروی، ۱۳۹۶، ص ۱۲۲).

با ملاحظه دیدگاه‌های مطرح شده به نظر می‌رسد ارتباط خاص جنسی، مقتضای ذات عقد نکاح نیست؛ بنابراین عمل به شرط عدم نزدیکی، لازم است و در این مسئله تفاوتی میان عقد نکاح دائم و موقت وجود ندارد (خمینی، ۱۳۹۲، ج ۲، ص ۳۲۵). باید توجه داشت که این نتیجه در میان فقها و حقوق دانان امامیه، نظریه غالب است و فقهای اهل سنت درباره احتساب ارتباط خاص جنسی، به عنوان مقتضای ذات عقد نکاح، تمایل بیشتری دارند، چنان که به آراء برخی از آن‌ها در قسمت پیش اشاره شد.

۳-۱. دیدگاه پذیرفته شده

باید توجه داشت که شرط منع ارتباط جنسی، باطل و ناپذیرفتنی است؛ اما به نظر می‌رسد که این بطلان از باب مخالفت با مقتضای ذات عقد نکاح نیست، چنان که گروه نخست به آن معتقد بودند و پیش تر به آن اشاره شد. در مقابل آن دیدگاه باید گفت، فساد شرط مذکور به این دلیل است که مخالف یکی از آثار ذاتی عقد نکاح است و میان مقتضای ذات یک عقد و آثار ذاتی و جدایی ناپذیر آن، تفاوت وجود دارد (کریمی، ۱۳۹۴، ص ۱۵) که در بخش بعدی پژوهش به تفصیل در خصوص جایگاه این شرط و حکم بطلان آن صحبت خواهد شد؛ بنابراین مشخص شد که ارتباط خاص جنسی مقتضای ذات عقد ازدواج نیست و دیدگاه پذیرفته شده در این قسمت پژوهش، که به بررسی مقتضای ذات عقد نکاح و نظریات فقها و حقوق دانان گذشت، بر این است که ایجاد علقه زوجیت برای زن و مرد به معنای همسر یکدیگر بودن، مقتضای حقیقی ذات عقد نکاح است که برای آن در کلمات فقها و حقوق دانان نیز شواهد زیادی مشاهده می‌شود که به برخی از آن‌ها اشاره خواهد شد.

محقق کرکی بیان می‌کند که مقتضای عقد نکاح، وجود علقهٔ زوجیت است و این علقه تا زمانی که اسباب خاص شرعی که برای رفع آن شناسایی شده است، حاصل نشود، همچنان باقی خواهد ماند (۱۴۱۴ق، ج ۱۲، ص ۴۵۹). محقق در کلام شیخ انصاری اشاره می‌کند که ایجاد زوجیت، دایرمدار عنوان نکاح است و سپس با حصول علقهٔ زوجیت، حلیت ارتباط خاص جنسی، به‌عنوان یکی از آثار آن علقه، از آن به دست می‌آید. هنگامی که با عقد نکاح زوجیت حاصل شود، به‌دنبال آن، حلیت استمتاع و دیگر آثار نیز حاصل خواهد شد (کلانتری، ۱۴۱۰ق، ج ۱۰، ص ۲۰۱). باید توجه داشت که این توضیح، با دیدگاه دیگر شیخ انصاری در کتاب نکاحش که استمتاع جنسی را مقتضای ذات عقد نکاح در نظر گرفته بود، در تعارض است (انصاری، ۱۴۱۵ق ب، ص ۲۶۶). بحرالعلوم معتقد است که آنچه به‌سبب عقد صحیح نکاح در واقعیت ایجاد می‌شود، علقهٔ زوجیت میان مرد و زن است (۱۳۶۲، ج ۳، ص ۲۵۳). فقیه دیگری بیان می‌کند که مقتضای حقیقی نکاح، ایجاد علقهٔ زوجیت است (حجت کوه‌کمری، ۱۴۰۹، ص ۱۰۳). غروی اصفهانی اشاره می‌کند که حقیقت عقد نکاح، چیزی جز ایجاد علقهٔ زوجیت نیست (۱۴۲۷ق، ج ۱، ص ۱۸۲). ایروانی معتقد است که مقتضای بدون واسطه و ذاتی عقد نکاح، ایجاد علقهٔ زوجیت است و دیگر آثار این عقد، بعد از حصول این علقه و براساس وجود آن بر زن و مرد بار می‌شود (۱۳۷۹، ج ۲، ص ۶۴). فقیه دیگری بیان می‌دارد که به‌سبب عقد نکاح دائم، علقهٔ زوجیت میان زن و مرد حاصل می‌شود (زارعی سبزواری، ۱۴۳۰ق، ج ۵، ص ۱۰۷). البته باید توجه داشت که برخی از فقها در این مسئله میان عقد دائم و منقطع تفاوتی قائل نشده‌اند و علقهٔ زوجیت را مقتضای هر دو عقد پیش‌گفته می‌دانند (مدرسی یزدی، ۱۴۱۰ق، ص ۲۷۹)؛ هرچند پژوهش حاضر بر مطالعهٔ عقد دائم تمرکز دارد. در عبارتی گفته شده است که مقتضای حقیقی عقد نکاح، ایجاد علقهٔ زوجیت است؛ به این معنی که هریک از زن و مرد، همسر دیگری شود (جمعی از پژوهشگران، ۱۴۲۳ق، ج ۲۹، ص ۴۵۰). یکی از فقها اشاره می‌کند که مضمون حقیقی عقد نکاح، علقهٔ زوجیت است و نباید دیگر آثار این عقد، مانند وجوب پرداخت نفقه یا استمتاع جنسی و باقی آثار شرعی آن

را مضمون حقیقی نکاح در نظر گرفت (جزایری، ۱۴۱۶ق، ج ۵، ص ۳۶۵)؛ بنابراین حقیقت عقد نکاح، چیزی به جز ایجاد علقه زوجیت نیست (جزایری، ۱۴۱۶ق، ج ۳، ص ۱۲۶). همچنین بیان شده است هنگامی که مردی اقدام به ازدواج با زنی می‌کند، آنچه از این ازدواج حاصل می‌شود، علقه زوجیت میان آن دو شخص است (واسعی زنجانی، ۱۳۵۸، ص ۱۹؛ تجلیل تبریزی، ۱۳۷۹، ص ۴۴۹). یکی از حقوق دانان اشاره می‌کند که اگر در نکاح شرط شود رابطه زوجیت میان زن و شوهر پدید نیاید، چنین شرطی از نظر مابینت با ذات عقد، هم باطل است و هم موجب بطلان عقد می‌شود. درحقیقت با اشتراط این شرط معلوم می‌شود که قصد جدی به ازدواج در میان نبوده است و به همین دلیل، چنین ازدواجی نمی‌تواند صحیح باشد (صفائی، و امامی، ۱۳۹۶، ص ۶۹).

ممکن است درخصوص تحقق علقه زوجیت بدون وجود هرگونه ارتباط جنسی میان زن و مرد، اشکال شود، برای مثال در صحت ازدواج سالخوردگان، این ابهام مطرح می‌شود. در پاسخ این اشکال باید گفت که مباح شدن نزدیکی، اثری است که نمی‌توان آن را از عقد نکاح جدا کرد؛ اما باید توجه داشت که در مواردی مانند ازدواج پیرمرد و پیرزنی که توانایی برقراری ارتباط جنسی ندارند، ماهیت نزدیکی تحریم نشده، و همچنان از عقد نکاح جدلناپذیر است و عدم امکان نزدیکی و ناتوانی طرف‌های نکاح از انجام آن، با لزوم مباح شدن این ارتباط و تحقق علقه زوجیت میان آن‌ها منافاتی ندارد (کاتوزیان، ۱۳۹۴، ج ۱، ص ۲۳۵). همچنین گویند سالخوردگان و اشخاصی که از نظر جنسی توانایی ندارند، می‌توانند ازدواج کنند؛ بنابراین اگر یکی از زوجین در اثر عارضه‌ای این قدرت را از دست بدهد، طرف مقابل می‌تواند از این حق خویش بگذرد، عقد نکاح به حیات حقوقی خود ادامه می‌دهد و تمام آثار صحت را نیز به دنبال خواهد داشت؛ درحالی‌که اگر مقتضای ذات نکاح، بهره‌وری جنسی بود، بی‌شک ناتوان جنسی حق انعقاد این عمل حقوقی را از دست می‌داد (جعفرپور، و ذوالفقاری، ۱۳۹۰، ص ۳۶). این توضیحات ابهام احتمالی درخصوص ماده ۱۱۲۲ قانون مدنی را که حق فسخ را به دلیل ناتوانی مرد از انجام عمل زناشویی برای زن ثابت می‌داند و ارتباط

آن را با جایگاه ارتباط جنسی در عقد نکاح برطرف می‌کند. وجود ماده ۱۱۲۲ قانون مدنی نشان می‌دهد که عمل زناشویی، مقتضای ذات عقد نکاح نیست؛ بنابراین در صورت رضایت زن به وضعیت ناتوانی مرد، مشکلی برای بقای عقد نکاح نخواهد بود. عدم توانایی شخص در انجام عمل زناشویی، مسئله‌ای جدا از شرط منع ارتباط جنسی و بطلان آن است.

برخی از فقها به مسئله علقه زوجیت از منظر زوال عقد ازدواج نگاه کرده، و به این شکل به مقتضای ذات عقد نکاح اشاره کرده‌اند. خوئی معتقد است که با فوت یکی از طرف‌های ازدواج، علقه زوجیت از بین می‌رود (۱۴۱۸ق، ج ۸، ص ۳۴۲). فقیه دیگری اشاره می‌کند که انفساخ نکاح یا جاری شدن طلاق، سبب زوال علقه زوجیت می‌شود (روحانی، ۱۳۷۸، ج ۱، ص ۲۷۳). یکی دیگر از محققان اشاره می‌کند که با تغییر جنسیت مرد و تبدیل شدن او به جنس زن، علقه زوجیت میان او و همسرش از بین می‌رود (خرازی، ۱۴۲۳ق، ج ۳، ص ۱۵۱). همچنان‌که از کلمات این فقها مشخص است، آنچه در نکاح، ذاتی آن است و ماهیت نکاح را تشکیل می‌دهد، علقه زوجیت است که با زوال عقد ازدواج به دلایل گوناگون، این مقتضای ذاتی نیز از میان می‌رود.

۲. جایگاه ارتباط جنسی در اثر ذاتی عقد نکاح

این دیدگاه که نظریه پذیرفته‌شده در پژوهش حاضر است، مبتنی بر بازخوانی مفاهیم ذات و اطلاق در مقتضای عقود، و براساس نگاه تازه‌ای است که در این مسئله داشته‌ایم. مقتضای عقود را می‌توان با تبیین منطقی به مقتضای ذات و مقتضای آثار ذاتی تقسیم کرد. آثار ذاتی که در تقسیم منطقی، اعراض لازم‌اند، آثاری هستند که یا از نظر شرع یا از نظر عرف، قابل انفکاک از عقد نیستند؛ بنابراین شرط خلاف آن‌ها باطل است (کریمی، ۱۴۰۳ش، ص ۹۲). غروی اصفهانی از فقهای است که تحلیلی منطقی از مقتضای عقود بیان کرده است. ایشان مقتضای عقد را به دو قسم تقسیم کرده است: یکی به معنای مضمون حقیقی و اصلی قرارداد و مفادی که قوام و تحقق عقد به آن بستگی دارد و دیگری به معنای لوازم و احکام مفاد حقیقی عقد که در واقع از آثار مقتضای قرارداد به معنای اول آن است. لازمه مضمون اصلی عقد، خود دو

دسته است. یک دسته لازم مفارق، و دسته دیگر، لازم غیرمفارق هستند. این فقیه در ادامه بیان می‌دارد آثار و احکامی که لازم غیرمفارق عقد است، از ماهیت عقد جدا نمی‌شود؛ بنابراین شرط خلاف این مقتضا باطل خواهد بود (۱۴۲۷ق، ج ۵، ص ۱۵۳، ۱۵۷).

در ادامه به تبیین دیدگاه بطلان شرط منع ارتباط جنسی با توجه به جایگاهی که در آثار ذاتی قرارداد برای آن در نظر گرفته شد، خواهیم پرداخت و سپس مبنای وجود ارتباط جنسی به‌عنوان اثر ذاتی و عرض لازم عقد را توضیح خواهیم داد.

۱-۲. بطلان شرط منع ارتباط جنسی براساس جایگاه آن

همچنان‌که پیش‌تر بیان شد، شرط منع ارتباط جنسی باطل است و چنین شرطی از طرف زوجین در عقد نکاح پذیرفتنی نیست؛ اما جایگاه این شرط در میان شروط مخالف مقتضای ذات عقد نکاح نیست و بطلان آن از این جهت نیست. دیدگاه پژوهش حاضر بر این است که هم‌بستری یکی از آثار ذاتی عقد نکاح است (کریمی، ۱۳۹۴، ص ۱۵) و شرط منع این اثر ذاتی، باطل است. در پاره‌ای از موارد، بعضی از آثار عقد مانند رابطه زناشویی از چنان اهمیتی برخوردار است که شرط خلاف آن، مانند شرط خلاف مقتضای عقد، باطل و مبطل عقد خواهد بود؛ بنابراین شرط عدم وقوع نزدیکی میان زوجین، در این دسته جای خواهد گرفت. شروط خلاف این‌گونه آثار، مخالف ذات عقد نیست؛ اما به جهت اهمیت آثار مذکور، شروط خلاف آن‌ها در حکم خلاف مقتضای ذات عقد خواهد بود. درج چنین شرطی، سبب مختل شدن ارکان عقد است و باعث بطلان آن می‌شود؛ بنابراین شرط خلاف اثر عقد را نباید با شرط خلاف مقتضای ذات عقد اشتباه گرفت (شهیدی، ۱۳۸۶، ص ۱۱۶-۱۱۷).

ممکن است تصور شود که با توجه به صراحت ماده ۱۱۱۹ قانون مدنی که بیان می‌دارد: «طرفین عقد ازدواج می‌توانند هر شرطی که مخالف با مقتضای عقد مزبور نباشد، در ضمن عقد ازدواج یا عقد لازم دیگر بنمایند ...»، قانونگذار تنها شرط خلاف مقتضای عقد نکاح را باطل دانسته، و شروط دیگر را با عبارت «هر شرطی»، پذیرفته است؛ چراکه واژه «هر»، از ادوات کلی است و تنها مستثنای آن طبق این ماده، شرط خلاف مقتضا است و از حکم

صحت آن خارج می‌شود. این تصور به بداهت عقل مردود است؛ زیرا به‌طور مسلم قانونگذار اجازه تجاوز به قوانین آمره را نمی‌دهد و در صورت درج چنین شرطی، به‌طور قطعی باطل خواهد بود. همچنان‌که برای مثال در ماده ۱۰۸۱ قانون مدنی که می‌گوید: «اگر در عقد نکاح شرط شود که در صورت عدم تادیقه مهر در مدت معین، نکاح باطل خواهد بود، نکاح و مهر صحیح، ولی شرط باطل است»، بطلان این شرط به لحاظ مغایرت آن با قانون است؛ زیرا انحلال نکاح تنها با طلاق و فسخ که موارد آن معین شده است، خواهد بود (محقق داماد، ۱۴۰۲ش، ص ۲۹۳). این مطلب در خصوص شرط منع ارتباط جنسی نیز صادق است و همان‌طور که پیش‌تر اشاره شد، چنین شرطی با حکم آمره شرع مخالف است و بدون شک باطل خواهد بود. هر چند بنا بر تقسیمی که در این پژوهش از مقتضای آثار ذاتی عقود بیان کردیم، اساساً نزدیکی یکی از آثار ذاتی ازدواج شناخته شده است و شرط منع آن، مخالف با مقتضای اثر ذاتی نکاح خواهد بود و مشمول حکم کلی صحت در ماده ۱۱۱۹ قانون مدنی نخواهد شد. همچنین ممکن است تصور شود که در قانون مدنی، به لزوم انجام عمل نزدیکی میان زن و مرد هیچ‌گونه اشاره‌ای نشده است و شرط منع آن از این لحاظ بدون اشکال خواهد بود. این تصور نیز صحیح نیست؛ زیرا همان‌طور که بیان شد، در قانون مدنی تکلیف به برقراری رابطه جنسی برای هیچ‌یک از زن و مرد به صراحت بیان نشده است؛ اما از برخی مواد قانونی به‌طور ضمنی استنباط می‌شود که این مسئله مورد نظر قانونگذار بوده است. ماده ۱۱۰۸ قانون مدنی که بیان می‌دارد: «هرگاه زن بدون مانع مشروع از ادای وظایف زوجیت امتناع کند، مستحق نفقه نخواهد بود»، یکی از موادی است که اشاره ضمنی به این مسئله دارد؛ چراکه یکی از وظایف زوجیت که در متن ماده به آن الزام شده است، برقراری رابطه جنسی است (شیروی، ۱۳۹۶، ص ۱۲۲). کاتویان نیز در شرح این ماده بیان می‌کند که یکی از مصادیق وظایف زوجیت داشتن رابطه جنسی است (۱۳۷۷، ص ۶۷۸). یکی از دلایل عدم صراحت قانونگذار در بیان ارتباط جنسی به صورت مشخص در ماده ۱۱۰۸ قانون مدنی، این است که علاوه بر نزدیکی که جایگاه جداناپذیری از عقد دارد، موارد دیگری نیز به‌عنوان

وظایف زن در عقد ازدواج وجود دارد که قانونگذار را به بیان یک عبارت کلی در قالب «وظایف زوجیت» در ماده سوق داده است. در حقیقت غیر از استمتاع، وظایف دیگری مانند عدم اشتغال در شغل‌هایی که منافی مصالح خانواده است، در صورت منع زوج از اشتغال یا سکونت در منزلی که شوهر تعیین می‌کند نیز در ذیل این ماده جای می‌گیرد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶، ص ۱۷۴).

اهمیت ارتباط جنسی به اندازه‌ای است که برخی از حقوق‌دانان، بسیاری از ملاک‌های یک زندگی مشترک سالم را در گرو این مسئله می‌دانند. حسن معاشرت در گرو روابط صحیح جنسی است و تشدید مبانی خانواده مستلزم وجود عشق و تمتعات جنسی است (شیروی، ۱۳۹۶، ۱۲۱).

۲-۲. مبنای عرفی ارتباط جنسی به عنوان اثر ذاتی

باید توجه داشت که عرف اهمیت شرط را تشخیص می‌دهد و آن را براساس جایگاه و ضرورتی که دارد، یکی از آثار ذاتی عقد معرفی می‌کند. کاتوزیان بیان می‌کند که رعایت تمایل جنسی همسر از اموری است که اخلاق و عرف لازم می‌شمارد. عقد نکاح، آثار و لوازمی دارد که باید از دسترس خودخواهی‌ها به دور بماند و هرکس که این عقد را می‌پذیرد، بلید به این آثار و لوازم پای‌بند باشد. اگر زن و مرد اتحادی تشکیل دهند که در آن رابطه جنسی تحریم شده باشد، رابطه آنان با سازمان حقوقی و عرفی نکاح شباهت نخواهد داشت. نه تنها این شرط با قوانین امری روابط زن و شوهر مخالف است، با مفهوم عرفی زناشویی نیز تعارض دارد. عرف، زن و مردی را که نزدیکی میان خود را بدون مانع مشروع ممنوع ساخته‌اند، زن و شوهر نمی‌شناسد؛ بنابراین هیچ زن یا مردی حق ندارد به استناد شروطی که در نکاح آمده است، به خواست‌های مشروع همسر خود بی‌اعتنا بماند. حقوق نیز برای زن و شوهر این اختیار را نمی‌دهد که آنچه را که قانون مباح شناخته است، در روابط خود حرام سازند (کاتوزیان، ۱۳۹۴، ج ۱، ص ۲۳۲-۲۳۴). در عرف، عقد ازدواج با هم‌بستری ملازمه دارد و نمی‌توان زوجیت را بدون وجود چنین اثری پذیرفت و به همین دلیل ارتباط جنسی، اثر ذاتی

و لازمه ذات شناخته شده است (کریمی، ۱۳۹۴، ص ۱۵). برخی نیز به نامشروع بودن شرط منع استمتاع اشاره کرده‌اند و معتقدند نزدیکی، لازمه زوجیت است و شرط خلاف آن، مغایر شرع و حکم امره آن است و باطل است (محقق داماد، ۱۳۹۹، ج ۲، ص ۳۴۳). همچنین گویند در خصوص مقتضیات عقد ازدواج یا فلسفه این عقد، اتفاق نظری وجود ندارد؛ بنابراین، عرف و اخلاق غالب در تشخیص این امور کارساز هستند و عرف، شرط عدم نزدیکی را در ازدواج دائم ممنوع و باطل می‌داند (دیانی، ۱۳۸۷، ص ۱۳۸). بلید توجه داشت که عرف یادشده، عرفی عام و فراگیر است. عرف عام، عرفی است که غالب مردم، صرف نظر از پایبندی به شریعت الهی (برخلاف عرف متشرعه)، با وجود همه اختلافات در سطوح زندگی، فرهنگ، محیط، زبان و نژاد در آن شرکت داشته، و آن را پذیرفته باشند. در مقابل، عرف خاص، عرف محدود به گروهی از افراد است. مشخص است که انجام عمل زناشویی، از لوازم عرفی عمومی عقد نکاح است و محدود به گروه خاصی نیست.

یافته‌های پژوهش

۱. ارتباط جنسی به دلیل اهمیت ویژه‌ای که از نظر عرفی دارد و مورد اهتمام خاص شریعت و قانونگذار نیز است، یکی از آثار ذاتی عقد نکاح و اعراض لازم و جدایی‌ناپذیر ماهیت ازدواج برشمرده می‌شود؛ بنابراین در نظر گرفتن ارتباط خاص جنسی به عنوان مقتضای ذات عقد نکاح صحیح نیست و ایجاد علقه زوجیت، مقتضای حقیقی ذات عقد نکاح است.
۲. با توجه به جای‌گیری ارتباط جنسی در ذیل مقتضای اثر ذاتی عقد نکاح، شرط منع استمتاع که مخالف آن اثر ذاتی و لازم ازدواج است، باطل و ناپذیرفتنی خواهد بود؛ بنابراین دیدگاه آن دسته از فقها و حقوق‌دانانی که شرط منع ارتباط جنسی را صحیح، و وفای به آن را واجب دانسته‌اند، براساس تبیین جایگاه ارتباط جنسی در مقتضای عقد نکاح، نادرست است.
۳. مبنای شناسایی ارتباط جنسی در جایگاه یکی از آثار ذاتی عقد ازدواج، نگاه عرفی و عمومی به این مسئله است؛ زیرا ازدواجی که در آن رابطه جنسی تحریم شده باشد، با سازمان

حقوقی و عرفی نکاح شباهت نخواهد داشت. در واقع شرط منع ارتباط جنسی با مفهوم عرفی زناشویی تعارض دارد و از دیدگاه عرفی، چنین رابطه‌ای نکاح شمرده نمی‌شود.

منابع

- ابن ادریس، محمد بن احمد (۱۴۱۰ق). *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*. قم: جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- ابن فهد حلی، احمد بن محمد (۱۴۰۹ق). *الرسائل العشر*. قم: کتابخانه آیت الله مرعشی.
- ابن قدامه، عبد الله بن احمد (بی‌تا). *المغنی*. بیروت: دار الکتب العربی.
- امامی، حسن (۱۳۷۷). *حقوق مدنی*. تهران: اسلامیة.
- انصاری، مرتضی بن محمد امین (۱۴۱۰ق). *کتاب المکاسب* (محمد کلاتر، محقق). قم: دار الکتب.
- انصاری، مرتضی بن محمد امین (۱۴۱۵ق الف). *کتاب المکاسب*. قم: کنگره بزرگداشت شیخ انصاری.
- انصاری، مرتضی بن محمد امین (۱۴۱۵ق ب). *کتاب النکاح*. قم: کنگره بزرگداشت شیخ انصاری.
- ایروانی، باقر (۱۳۷۹). *حاشیه المکاسب*. قم: نجفی.
- ایروانی، باقر (۱۴۲۷ق). *دروس تمهیدیة فی فقه الاستدلالی*. قم: مؤسسه انتشاراتی فقه.
- بابایی، محمدمهدی؛ حسینی، سید میرقاسم؛ حق پرست، محمدمهدی (۱۳۹۰). بررسی شروط خلاف مقتضی ذات عقد نکاح. *فقه و مبانی حقوق اسلامی*، ۷ (۲۳)، ص ۶۹-۸۵.
- بحرالعلوم، محمد بن محمد تقی (۱۳۶۲). *بلغه الفقهیه*. قم: مکتبه الصادق.
- بحرانی، یوسف بن احمد (۱۳۶۳). *الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة*. قم: جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- البهوتی، منصور بن یونس (۱۴۰۳ق). *کشف القناع عن متن الإقناع*. بیروت: عالم الکتب.
- تجلیل تبریزی، ابوطالب (۱۳۷۹). *التعلیقه الاستدلالیة علی تحریر الوسیلة*. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).
- جزایری، محمد جعفر (۱۴۱۶ق). *هدی الطالب إلی شرح المکاسب*. بی‌جا: طلیعة نور.
- جزیری، عبدالرحمن (۱۴۱۳ق). *الفقه علی المناهب الأربعة*. بیروت: دار الأرقم.
- جعفرپور، جمشید؛ ذوالفقاری، سهیل (۱۳۹۰). وابستگی اقتضای ذات نکاح به رابطه زناشویی. *مطالعات فقه و حقوق اسلامی*، ۴ (۳)، ص ۲۵-۴۶.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۹۲). *ترمینولوژی حقوق*. تهران: گنج دانش.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۸۶). *حقوق خانواده*. تهران: گنج دانش.

جمعی از پژوهشگران (۱۴۲۳ق). موسوعه الفقه الإسلامی طبقاً لمذهب أهل البيت. قم: مؤسسه دایره المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت.

حجت کوه‌کمری، محمد (۱۴۰۹ق). کتاب البیع. قم: جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
حر عاملی، محمد بن حسن (۱۴۱۶ق). تفصیل وسائل الشیعه إلى تحصیل مسائل الشریعه. قم: مؤسسه آل‌البیت.
حسنی، سجاد (۱۴۰۲ش). شروط باطل و مبطل ضمن عقد نکاح در حقوق ایران و فقه شافعی. حقوق و مطالعات سیاسی، ۳(۲)، ص ۱۳۱-۱۴۲.

حسینی مراغی، عبد الفتاح بن علی (۱۴۱۷ق). العناوین الفقهیة. قم: جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
خرازی، محسن (۱۴۲۳ق). البحوث الهامة فی المکاسب المحرمة. قم: در راه حق.
خمینی، روح‌الله (۱۳۹۲). تحریر الوسیلة. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).
خوئی، ابوالقاسم (۱۴۱۸ق). موسوعه آیت الله العظمی خوئی. قم: مؤسسه احیاء آثار آیت‌الله العظمی خوئی.
دیانی، عبدالرسول (۱۳۸۷). حقوق خانواده. تهران: میزان.

روحانی، محمد (۱۳۸۷). المرتقی إلى الفقه الأرقی (الخيارات). تهران: دار الجلی.
زارعی سبزواری، عباسعلی (۱۴۳۰ق). القواعد الفقهیة فی فقه الإمامیة. قم: جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
سبحانی تبریزی، جعفر (۱۴۱۶ق). نظام النکاح فی الشریعة الإسلامیة الغراء. قم: مؤسسه امام صادق (ع).
سرخسی، محمد بن احمد (۱۴۰۹ق). المبسوط. بیروت: دارالمعرفة.

سند، محمد (۱۴۲۹ق). سند العروة الوثقی. قم: باقیات.
سیفی، علی‌اکبر (بی‌تا). دلیل تحریر الوسیلة. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).
شیرازی زنجانی، سید موسی (بی‌تا). کتاب النکاح. قم: مؤسسه پژوهشی رای پرداز.
شهید ثانی، زین‌الدین بن علی (۱۴۱۳ق). مسالک الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام. قم: مؤسسه معارف اسلامی.
شهیدی، مهدی (۱۳۸۶). حقوق مدنی؛ شروط ضمن عقد. تهران: مجد.
شیروی، عبدالحسین (۱۳۹۶). حقوق خانواده. تهران: سمت.

صاحب‌جواهر، محمدحسن بن باقر (۱۳۶۲). جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام. بیروت: دار احیاء التراث العربی.

صفائی، حسین؛ امامی، اسدالله (۱۳۹۳). حقوق خانواده. تهران: دانشگاه تهران.
صفائی، حسین؛ امامی، اسدالله (۱۳۹۶). مختصر حقوق خانواده. تهران: میزان.
طاهر، حبیب (۱۴۲۸ق). الفقه المالکی وأدلته. بیروت: مؤسسه المعارف.
طباطبائی کربلائی، علی بن محمدعلی (۱۴۱۸ق). ریاض المسائل فی تحقیق الأحکام بالادلة. قم: مؤسسه آل‌البیت.

- طوسی، محمد بن حسن (۱۳۸۷). *المبسوط فی فقه الإمامیه*. تهران: مرتضوی.
- طوسی، محمد بن حسن (۱۴۰۰ق). *النهایه فی مجرد الفقه والفتاوی*. بیروت: دار الکتب العربی.
- علامه حلی، حسن بن یوسف (۱۴۲۰ق). *تحریر الأحکام الشرعیة علی مذهب الإمامیه*. قم: مؤسسه امام صادق(ع).
- علامه حلی، حسن بن یوسف (۱۴۱۳ق). *قواعد الأحکام فی معرفة الحلال والحرام*. قم: جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- غروی اصفهانی، محمد حسین (۱۴۲۷ق). *حاشیه مکاسب*. قم: ذوی القربی.
- فاضل مقداد، مقداد بن عبدالله (۱۴۰۴ق). *التنقیح الرائع لمختصر الشرائع*. قم: کتابخانه آیت الله مرعشی.
- فاضل هندی، محمد بن حسن (۱۴۱۶ق). *کشف اللثام والإبهام عن قواعد الأحکام*. قم: جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- فخرالمحققین، محمد بن حسن (۱۳۸۷). *ایضاح الفوائد فی شرح إشکالات القواعد*. قم: علمی.
- فیض کاشانی، محمد بن شاه مرتضی (۱۴۰۶ق). *الوافی*. اصفهان: کتابخانه امام علی(ع).
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۴). *خانواده؛ نکاح و طلاق*. تهران: شرکت سهامی انتشار.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۷). *قانون مدنی در نظم حقوق کنونی*. تهران: دادگستر.
- کاتوزیان، ناصر (۱۴۰۲ش). *قواعد عمومی قراردادها*. تهران: گنج دانش.
- کاشف الغطاء، محمد حسین (۱۴۲۲ق). *تحریر المجله*. قم: مجمع تقریب مذاهب اسلامی.
- کریمی، عباس (۱۳۹۴). *بر منهج عدل*. تهران: دانشگاه تهران.
- کریمی، عباس؛ کریمی، سحر (۱۴۰۳ش). *اندیشه اندیشه‌های نو در حقوق قراردادها*. تهران: دادگستر.
- کلینی، محمد بن یعقوب (۱۳۶۳). *الکافی*. تهران: دار الکتب الإسلامی.
- محقق حلی، جعفر بن حسن (۱۴۰۸ق). *شرائع الإسلام فی مسائل الحلال والحرام*. قم: اسماعیلیان.
- محقق داماد، مصطفی (۱۴۰۲ش). *بررسی فقهی حقوق خانواده*. تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
- محقق داماد، مصطفی (۱۳۹۹). *نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی*. تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
- محقق کرکی، علی بن حسین (۱۴۱۴ق). *جامع المقاصد فی شرح القواعد*. قم: مؤسسه آل البيت.
- محقق کرکی، علی بن حسین (۱۴۰۹ق). *رسائل المحقق الکرکی*. قم: کتابخانه آیت الله مرعشی.
- مدرسی یزدی، عباس (۱۴۱۰ق). *نموذج فی الفقه الجعفری*. قم: داوری.
- مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۴ق). *کتاب النکاح*. قم: مدرسه امام علی(ع).
- موسوی عاملی، محمد بن علی (۱۴۱۳ق). *نهایه المرام فی شرح مختصر شرائع الإسلام*. قم: جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمدحسن (۱۳۸۵). *رسائل المیرزا القمی*. قم: بوستان کتاب.

نائینی، محمدحسین (۱۳۷۳). منیة الطالب فی حاشیة المکاسب. تهران: محمدی.
نراقی، احمد بن محمد مهدی (۱۳۷۷). عوائد الأيام فی بیان قواعد الأحکام و مهمات مسائل الحلال والحرام. قم:
دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
واسعی زنجانی، عبدالرحیم (۱۳۵۸). کتاب الرضاع. تهران: بی نا.
همدانی، رضا (۱۴۲۰ق). حاشیة المکاسب. قم: انصاری قمی.