

۱) بررسی شروط خلاف مقتضی ذات عقد نکاح

* دکتر محمد مهدی باباپور

** دکتر سید میر قاسم حسینی

*** محمد مهدی حق پرست

چکیده:

پایبندی به شروط بر اساس ادله و روایتی نظیر «المؤمنون عند شروطهم» واجب و لازم است اما ان ادله ناظر به زمانی است که شرط، خلاف مقتضی ذات عقد نکاح نباشد؛ مانند شرط عدم نزدیکی یا شرط خیار فسخ که نه تنها خود باطلند و التزامی به وجود نمی‌آورند بلکه عقد را نیز باطل می‌کنند. از طرف دیگر دستیابی به مقتضی عقد نکاح برخلاف دیگر عقود آسان نیست زیرا در نکاح نه تنها پای دو شخص بلکه پای اجتماع در میان است لذا معیارهای ارائه شده مثل معیار عرفی، قانونی، مختلط و... به تنهایی برای دستیابی به مقتضی عقد نکاح کافی نیست، بلکه برای دستیابی به مقتضی عقد نکاح بایستی به ترتیب از قانون، عرف و قصد مشترک طرفین یاری جست. ضمن در نظر گرفتن موارد فوق می‌توان گفت: مقتضی عقد نکاح تشکیل خانواده و زندگی مشترک است که به دنبال این مقتضی اثرات مهمی به وجود می‌آید که شرط خلاف بعضی از این آثار منجر به بطلان عقد خواهد شد که در ادامه در این باره توضیح خواهیم داد.

کلیدواژه: شرط، خلاف، مقتضی، نکاح.

۱- تاریخ وصول: ۱۳۸۹/۸/۶ تاریخ پذیرش: ۱۳۸۹/۱۲/۲۶

* استادیار دانشگاه شهید بهشتی تهران - Arefeh_babapoor@yahoo.com

** استادیار دانشکده علوم قرآن امل

*** دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق خصوصی - دانشگاه آزاد اسلامی واحد سمنان

طرح مسأله:

یکی از مسائل و مشکلاتی که در عقود و قراردادهای مطرح می‌شود موضوع مقتضی ذات عقد است. این مسأله از این جهت مهم است که می‌خواهیم بدانیم در چه شروطی ضمن عقد خلاف مقتضی عقد است و چه شروطی خلاف مقتضی نیست.

به دنبال موضوع فوق سؤالاتی مطرح می‌شود که عبارت است از:

۱- معیار تشخیص مقتضی ذات عقد نکاح چیست؟

۲- مقتضی عقد نکاح چیست؟

۳- آیا در هر شرط خلاف مقتضی باعث بطلان عقد می‌شود؟

ضرورت و هدف از بیان این مقاله این‌گونه مطرح است که عدم شناخت مقتضی عقد نکاح و به دنبال آن درج بعضی از این شروط گاهی منجر به بطلان عقد نکاح خواهد گردید که در نتیجه منجر به انحلال خانواده خواهد شد و اثرات سوئی به فرد و اجتماع وارد خواهد کرد، لذا به دنبال این هدف مهم ما صلاح در این دیدیم که چنین موضوعی را انتخاب کرده و راهکارهایی را در جهت حل این مشکل ارائه دهیم. لذا برای فهم مطلب ابتدا پیرامون شرط، مقتضی و معیار آن صحبت می‌کنیم سپس به بحث اصلی می‌پردازیم.

از آنجا که مسائلی که در این مقاله مطرح می‌شود عموماً جنبه نو و تازه دارد و در اکثر موارد حتی یک رأی و حتی نظریه مشورتی نمی‌توان یافت ناچاراً عمده روش تحقیق ما به صورت کتابخانه‌ای بوده و در عین حال در بعضی از موارد از نظریه قضات نیز استفاده شده است.

۱- تعریف شرط در معنای لغوی و اصطلاحی

در لغت برای ریشه «شرط» معانی متفاوتی را ذکر کرده‌اند از جمله: رسم، شیوه، واجب، ضرور، عهد و پیمان، معلق کردن چیزی بر چیز دیگر و یا وابستن قول یا فعل به چیزی و الزام و التزام آن. (فتح‌اللهی، معجم‌الالفاظ الفقه جعفری، ۲۴۲)

در اصطلاح حقوقی شرط یکی از دو مفهوم را دارد:

الف: امری که وقوع یا تأثیر عمل یا واقع حقوقی خاص به آن بستگی دارد مثل ماده ۱۹۰ ق.م.



که شرایط اساسی صحت معاملات را بیان کرده است.

ب: توافقی است که براساس طبیعت خاص موضوع آن یا تراضی طرفین در شمار توابع عقد دیگری درآمده است. (کاتوزیان، قواعدعمومی قراردادها، ۳، ۱۱۴)

۲ - تعریف مقتضی

قانونگذار در بند ۱ از ماده ۲۳۳ ق.م شرط خلاف مقتضی عقد را از موارد بطلان عقد دانسته است بدون این که تعریفی از آن ارائه دهد و همین امر موجب پیدایش اختلافاتی گردیده است. اکثر حقوقدانان در مورد مفهوم خلاف که به معنی مخالفت داشتن و یا تنافی داشتن است اتفاق نظر دارند اما درخصوص تعریف مقتضی چنین توافقی وجود ندارد که در ذیل به بیان چند تعریف می‌پردازیم؛ ابتدا باید گفت اقتضاء اسم مصدر است از ماده قضی و از باب افتعال. اقتضا در لغت به معنی مستوجب بودن و دلالت کردن آن آمده است. پس مقتضی عقد در لغت یعنی آنچه که عقد مستوجب و مستلزم آن است و دلالت بر آن دارد. (ابن منظور، التحقیقین فی الفاظ، ۷، ۳۲۹)

الف) «مقتضی آنچنان اثری است که عقد بدون وجود این اثر محقق نمی‌شود به طوری که عقد بالذات تولیدکننده آن است و چنین اثری از عقد جداشدنی است». مثلاً انتقال مالکیت در مبیع عین معین که مقتضی ذات عقد بیع است که بدون آن نمی‌توان ماهیت معامله را محقق دانست. (شهیدی، حقوق مدنی، شروط ضمن عقد، ۴، ۱۱۲ و ۱۱۳)

ب) «هر عاملی که مؤثر بوده و در صورت عدم مانع بتواند منشاء اثر شود» مثلاً عقد منشاء اثر است هرگاه مخالف صریح قانون نباشد. (لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، ۵۴۰۴)

ج) «مقتضی چیزی است که شارع آن را وضع کرده است تا به وسیله آن ماهیت عقد مشخص گردد». (کاتوزیان، قواعدعمومی قراردادها، ۳، ۱۶۳)

تعاریف یاد شده خود حکایت از صعوبت بیان مفهوم مقتضی دارد و ما فارغ از ابراز دلیل هستیم و حتی بعضی از علما به سختی این تعریف اشاره داشته‌اند.

به عنوان نتیجه می‌توان گفت که هر عقدی دارای ارکانی است و ارکان هر عقد برای ایجاد اثر حقوقی خاص جمع می‌گردند. مثلاً عقد بیع برای ایجاد مالکیت و یا عقد اجاره برای ایجاد



مالکیت منافع و به این ترتیب هر عقدی اقتضا مختص بر خود را دارد و هر عقدی که چنین خصوصیتی را نداشته باشد و یا شرطی چنین خصوصیتی را از آن سلب کند عقد نیست و به خودی خود باطل است.

۳- معیار تشخیص مقتضی ذات عقد

به راستی تشخیص مقتضیات ذات عقد از چه راهی ممکن است؟ و با چه ملاکی می‌توان به آن دست یافت؟ ضابطه تمیز آن چیست؟ آیا معیار دستیابی به آن قانون است یا عرف آن را معین می‌کند و یا ...؟ آیا باید قصد طرفین را نیز مورد لحاظ قرار داد؟ همان‌گونه که در تعریف و مفهوم مقتضا اختلاف نظر وجود دارد در مورد معیار شناخت مقتضا عقد نیز نظر واحد دیده نمی‌شود و نظرات مختلفی ارائه شده است که ما آنها را ذکر می‌کنیم:

الف) معیار عرفی:

بعضی از بزرگان مرجع شناخت مقتضی را عرف می‌دانند و دستیابی به آثار اصلی عقد را از طریق مراجعه به آن قابل تصور می‌دانند. (علامه، شروط باطل و تأثیر آن در عقود، ۱۵۴)

ایراد معیار عرفی:

اثر عرف را در تمیز مقتضی عقد نمی‌توان انکار کرد، ولی این معیار اصالت پیشین را ندارد و بیشتر از جهت دلالت بر مضمون انشاء و تراضی دو طرف مؤثر است، بی‌گمان عقود که امروزه با آنها مواجه هستیم ریشه عرفی دارد ولی حقوق چنان این نهاد را احاطه کرده است که دیگر به دشواری می‌توان نام عرفی بر آن نهاد.

ب) معیار قانونی

گروهی دیگر برای تمیز مقتضا به شارع روی آورده و هر شرطی را که با آثاری که شارع بر عقد بار کرده منافی بدانند با مقتضا عقد مخالف دانسته‌اند. به عبارت دیگر مراد از منافی بودن با مقتضا عقد را اقتضا عدم ترتب اثری می‌دانند که شارع بر عقد بار نموده است و عقد آن را من حیث هو هو و فی نفسه اقتضا دارد، که مثال آن را انتقال



عوضین به متعاقبین و یا انتقال حق به ذمه محال علیه در حواله ذکر کرده‌اند و اگر شرطی خلاف اینها باشد آن را مخالف با مقتضی می‌دانند. (محقق ثانی (کرکی)، جامع المقاصد، ۴، ۴۱۴ و جلد ۱، ۲۶۱)

مطابق این نظر شرط خلاف مقتضی عقد به‌عنوان یکی از شروط نامشروع است. زیرا مخالف قول قانونگذار است.

ایراد معیار قانونی

به نظر می‌رسد معیار قانونی به تنهایی قادر نیست به این نیاز پاسخگو باشد زیرا اولاً، مخالفت شرط با مقتضی عقد صرفاً به معنی مخالفت آن با مشروع نیست و نمی‌توان آن را از اقسام شرط اخیر شمرد. درثانی از طریق قانون نمی‌توان به مقتضیات عقد پی برد چراکه لازمه این امر برشمردن مقتضیات عقود و دسته‌بندی آن از طرف قانونگذار در متن قوانین است و البته این امر فراهم نیست. بنابراین چنین ملاکی به واسطه عدم حصول نتیجه منظور آن قابل مراجعه نیست.

ج) معیار آثار مستقیم انشاء

معدودی از محققان برای تمیز «مقتضای عقد» به مضمون عقد و آثار مستقیم انشاء روی آورده‌اند. (خوانساری، فقهی الطالب، ۲، ۱۱۲ و ۱۱۳)

میرزا نائینی را نیز باید یکی از پیشگامان این نظر شمرد. او آنچه را که دو طرف معامله به-طور صریح یا به‌اصطلاح خود او «اولاً و بالذات» انشاء کرده‌اند و مدلول مطابقی عقد است، مقتضای عقد می‌داند، مانند تملیک اعیان در بیع و منافع در اجاره، برعکس آنچه به‌طور تبعی و ضمنی انشاء شده است و مدلول التزامی عقد است، مقتضای اطلاق می‌بیند که به حکم عرف در آن معامله معمول است. (میرفتاح، عناوین، ۲۴۹ و ۲۵۰)

۴- مقتضی عقد نکاح:

به‌راستی مقتضی عقد نکاح چیست؟ آیا برای یافتن مقتضی عقد نکاح باید آن را همانند سایر



عقود دانست؟ آیا معیارهای گفته شده در مباحث قبل به تنهایی درباره عقد نکاح کاربرد دارد؟ پاسخ دادن به این سؤالات مستلزم مطالعه و بررسی و یافتن حقیقت‌های عرفی است؛ اینجانب برای اینکه بتوانم هدف خود را که شناختن مقتضی عقد نکاح برای خواننده است، تفهیم کنم ناچاراً نظریات چند تن از حقوقدانان را در این رابطه بیان کرده و در انتها نظر خود را نیز اعلام می‌کنم اما اینکه مخاطب کدام یک از این نظرات را به‌عنوان مقتضی عقد نکاح می‌داند با خود اوست.

برخلاف رویه مقنن، به تعریف عقود در قانون مدنی، عقد نکاح تعریف نشده است و قانون مبحث نکاح را با خواستگاری شروع کرده است البته این نقص در فقه نیز وجود دارد زیرا در فقه نیز مسایلی نکاح با کلمه نکاح شروع شده است. لذا برای رفع این نقص و بیان هدف عقد نکاح به تعریف عقد نکاح از دیدگاه تعدادی از حقوقدانان روی می‌آوریم: دکتر سید حسن امامی نکاح را «رابطه حقوقی می‌داند که به‌وسیله عقد بین زن و مرد حاصل می‌گردد و به آنها حق می‌دهد که از یکدیگر تمتع جنسی ببرند.» (امامی، حقوق مدنی، ۴، ۲۶۸)

دکتر کاتوزیان می‌فرماید: «نکاح عقدی است که به موجب آن زن و مرد به منظور تشکیل خانواده و شرکت در زندگی با هم متحد می‌شوند.» (کاتوزیان، حقوق خانواده، ۱، ۲۰) دکتر محمد یثربی قمی معتقد است: «نکاح میثاق الهی و رابطه حقوقی، عاطفی است که به وسیله عقد بین زن و مرد ایجاد می‌گردد و به آنان حق می‌دهد که با یکدیگر زندگی کنند و مظهر بارز این رابطه حق تمتع خاص می‌باشد.» منظور از تمتع خاص همان حق نزدیکی می‌باشد. (دکتر یثربی قمی، حقوق خانواده، ۱۳)

برای شناسایی اقتضای عقد نکاح قانون مدنی کمکی نمی‌کند و نظریات فوق نیز به لحاظ توجه به ارکان اصلی ما را دچار تکلف خواهد کرد؛ چه در تعریف اول که رکن اصلی نکاح را تمتع و بهره‌وری جنسی می‌داند چه در تعریف دوم که تشکیل خانواده و اتحاد زن و مرد را رکن اصلی نکاح می‌داند و چه در تعریف سوم که عقد نکاح را یک رابطه عاطفی می‌داند و حق تمتع جنس را یکی از موارد بارز این عقد می‌داند.

همان‌طور که در مباحث قبل نیز گفتیم برای رسیدن به مقتضی یک عقد نمی‌توان یک معیار



را به تنهایی در نظر گرفت بلکه باید چند معیار را از جمله: قانون، عرف و قصد طرفین را در نظر داشت. لذا باتوجه به این وضع می‌توان گفت که مقتضی عقد نکاح ابتدا زندگی مشترک برای ایجاد یک کانون متحد می‌باشد. زیرا که اجتماع هر کشور از خانواده تشکیل می‌گردد و به دنبال این اتحاد اثراتی ایجاد می‌شود که از حیث اهمیت در درجه یکسانی قرار ندارند به طوری که می‌توان گفت به دنبال عقد ازدواج یکی از آثاری که به وجود می‌آید حق تمتع جنس یا همان حق نزدیکی است درحالی که یکی دیگر از اثراتی که به وجود می‌آید حق تعیین سکنی است که این دو از حیث اهم بودن در درجه یکسان قرار ندارند.

به طور کلی می‌توان مقتضی عقد نکاح را به این صورت تشریح کرد:

۱- مقتضی عقد نکاح تشکیل خانواده و زندگی مشترک است.

۲- به دنبال مقتضی فوق اثراتی ایجاد می‌شود که شرط خلاف پاره‌ای از آنها باعث بطلان عقد می‌گردد مثل شرط عدم نزدیکی و بعضی از آن آثار باعث بطلان عقد نمی‌گردد مثل اینکه شرط شود حق تعیین سکنی با زن باشد که این شرط باعث بطلان عقد نخواهد بود. بنابراین می‌توان گفت که مقتضی عقد نکاح تشکیل خانواده و زندگی مشترک است و حق تمتع جنسی یکی از بارزترین و مهم‌ترین اثر مربوط به این مقتضی می‌باشد که شرط خلاف این اثر عقد را باطل می‌کند. باوجود این هرگاه در مواردی که امتناع از نزدیکی به حکم قانون و اخلاق است و به صورت شرط ضمن عقد درآمده است در نفوذ آن تردید نباید کرد، زیرا در چنین مواردی محتوای شرط تأکید حکم قانون است و به مقتضی عقد خلل نمی‌رساند برای مثال اگر فرضاً یک زن بیمار هنگام نکاح شرط عدم نزدیکی کند در نفوذ این شرط تردید نباید کرد.

۵- بررسی شروط خلاف مقتضی عقد نکاح

۱- شرط عدم پرداخت نفقه در عقد نکاح:

مذاهب بر وجوب نفقه تحت شرایطی اتفاق دارند و در زوجه ناشزه (یعنی زنی که مطیع شوهر نباشد و ناسازگاری و بدرفتاری کند) متفقند که نفقه ندارد اما در تحدید و تعریف نشوزی که نفقه

را ساقط می‌کند اختلاف دارند. (مغنیه، فقه تطبیقی، ترجمه جواد کاظم‌پور، ۳۳۸)
 دلیل وجوب نفقه در عقد نکاح رفع نیازمندی‌های زوجه است از این‌رو است که مقدار آن به قدر احتیاج زوجه و نیز وفق شئون او تعیین می‌گردد، هرچند در این راستا نبایستی اندازه توانایی زوج را نادیده انگاشت.

ممکن است زنی برای رفع هزینه‌های خود به نفقه‌ای که شوهر می‌پردازد نیازی نداشته باشد و یا اینکه خود در صدد رفع نیازمندی‌های شوهر برآید و هزینه‌ها و مخارج زندگی او را تأمین کند و می‌دانیم که مورد اخیر در جامعه چندان هم کم نیست، در این صورت آیا باز هم بر وجوب نفقه حسب مورد اصرار می‌شود؟ یا اینکه وجوب نفقه به مواردی تعلق می‌گیرد که با غرض اصلی از تحقق آن سازگار باشد؟

بدین ترتیب که یا اطلاق عقد آن را مقتضی بوده و یا نیاز زوجه بر آن مسلم و قطعی باشد و هر دو در صورتی است که زوجه خود به اختیار از آن صرف نظر نکند و حقی را که به موجب عقد نکاح برای او شناخته می‌شود، خود در ضمن آن ساقط ننماید. به عبارت دیگر همان‌گونه که زن حق دارد با مرد شرط کند که اگر به او نفقه ندهد و یا چنان چه غایب شود و نفقه زن را به او نرساند، زن وکیل شود در گرفتن طلاق از حاکم شرع بعد از اثبات ادعای خودش و یا اینکه زوج، زوجه خود را وکیل نماید در طلاق گرفتن و یا اینکه از او برای طلاق وکالت در توکیل بگیرد به این معنی که بتواند کس دیگری را برای گرفتن طلاق خود وکیل نماید. (گلیپایگانی موسوی، اساس الاسلام، ۲۲۸) همان‌طور که می‌تواند حق خود را نسبت به دریافت نفقه ساقط کند یا به تعبیر دیگر می‌تواند عدم پرداخت نفقه از جانب شوهر به زن را در عقد نکاح شرط کند.

بر اساس آنچه بیان شد، جواز اشتراط بر عدم پرداخت نفقه به چند دلیل معلوم می‌شود:

اولاً- گفته شد که یکی از اسباب ثبوت نفقه زوجیت است و شرط وجوب نفقه آن است که زوجیت به عقد دائم باشد بنابراین شرط بقا نفقه دوام زوجیت است، در این صورت در عقد منقطع نفقه ثابت نیست مگر آن که بر آن شرط شود. پس در عقد دائم نیز چنانچه بر عدم آن شرط شود چنین شرطی صحیح است. (قیاس) (مامقانی، مناہج المتقین، ۵۰)

ثانیاً- وجوب نفقه از موارد اطلاق عقد نکاح است. یعنی تحقق عقد بدون نفقه نیز ممکن است



برای اینکه نفقه از اموری است که شارع آن را بر عقد مترتب کرده است و حقی قابل اسقاط است مثل خیار مجلس و خیار حیوان در بیع که قابل اسقاط و اشتراط خلاف است.

مقتضیات اطلاق عقد در صورتی ظاهر می‌شوند که عقد به طور اطلاق واقع شده باشد. بنابراین اگر در ضمن عقد شرطی برخلاف چنین مقتضیاتی مندرج گردد و طرفین بر عدم آثار بعضی از مقتضیات اطلاق عقد توافق نمایند آن اثر مشروط از بین می‌رود. به عبارت دیگر مقتضیات اطلاق عقد اموری هستند که چنانچه متعاقبین در ضمن عقد برخلاف آن توافق نمایند، عقد آنها را مقتضی است.

ثالثاً - درست است که قانونگذار در عقد دائم نفقه زن را به عهده شوهر می‌داند. (ماده ۱۱۰۶ ق.م) اما این امر ناظر به موقعی است که در ضمن عقد نکاح طرفین برخلاف آن توافق نکرده باشند. مضافاً اینکه تکلیف مرد به پرداخت نفقه منصرف از وقتی است که زوجه مطالبه نفقه ننموده یا با طیب خاطر از آن بگذرد یا چنانچه گفتیم آن را به زوج خویش ببخشد و یا ضمن عقد نکاح از آن بگذرد. قوانین موجود هم تاب بیشتری از آنچه که بیان شد را ندارد. بنابراین بطلان چنین شرطی قابل پذیرش نیست. (کاتوزیان، حقوق خانواده، ۱، ۲۵۴) زیرا اشتراط بر عدم پرداخت نفقه نه حلالی را حرام می‌کند و نه موجب تحلیل حرامی است تا آن را مخالف مشروع بدانیم و چنانچه بیان شد، با قوانین امری هم مخالفتی ندارد.

۷۷

رابعاً - فلسفه انفاق مرد به همسر خود، در این است که اکثر زنان اموال و درآمد کافی برای تأمین مخارج خود و شرکت در پرداخت هزینه خانواده را ندارند. (صفایی و امامی، حقوق خانواده، ۸، ۱۷۶ و ۱۷۷)

به هر حال دانستیم که شرط عدم پرداخت نفقه از شروط صحیحه است و عموم ادله وفا به شرط آن را شامل می‌شود. از این رو طرفین بدان پایبند و ملزم خواهند بود.

۲- شرط عدم دخول در نکاح دائم

مادام که امری حرام نیست، اشتراط آن جائز بوده و منعی در اندراج آن در ضمن عقد نکاح

نخواهد بود. زیرا عقد نکاح قابلیت آن را دارد که هر شرط صحیحی را متضمن باشد. از شروطی که صحت آن مورد تردید واقع شده است، شرط عدم دخول در عقد نکاح می‌باشد. این شرط در نکاح منقطعه نیز اختلافاتی به وجود آورده است به طوری که بعضی آن را جائز و منصوص برشمرده‌اند و بعضی مخالف آن هستند. (شیرازی، مجمع الرسائل کتاب نکاح، ۳۶۹ و حائری مازندرانی، ذخیره المعاد، ۷۶۴)

مخالفین بطلان شرط عدم نزدیکی در نکاح دائم، یعنی کسانی که آن را درست پنداشته‌اند در پاسخ به آنچه تاکنون در بطلان شرط عدم دخول اشاره شده است و در رفع تردید از پذیرش چنین اشتراطی دلایلی را ذکر کرده‌اند که عبارت است از:

اولاً- نکاح دارای اهداف گوناگون است و نزدیکی تنها هدف آن نیست که با اشتراط خلاف، مقصود اصلی عقد نکاح محقق نگردد. (حر عاملی، وسائل الشیعه، ۷۲، ۲ و ۷۳)

ثانیاً- این شرط با مقتضای ذات نکاح منافاتی ندارد. برای آن که می‌دانیم مقتضای ذات نکاح رابطه جنسی نیست، بلکه به موجب این عقد چنین رابطه‌ای حلیت می‌یابد. بنابراین با توجه به اینکه شرط مخالف مقتضای ذات عقد شرطی است که با آنچه ذات و طبیعت عقد اقتضاء می‌کند، منافات داشته باشد؛ چنانچه در عقد نکاح شرط شود که شوهر یا زن وظایف زوجیت را انجام نداده و یا رابطه زوجیت میان آنان پدید نیاید، چنین شرطی از نظر مبانیّت با ذات عقد فاسد است و عقد متضمن آن نیز باطل می‌گردد. (موسوی بجنوردی، قواعد الفقیه، ۳، ۲۳۵) اما عدم نزدیکی را نمی‌توان به منزله عدم ایجاد رابطه زوجیت برشمرد و بالمال اگر زن و شوهر در عقد نکاح شرط کنند که با هم رابطه جنسی نداشته باشند، چنین شرطی فاسد و عقد متضمن آن نیز باطل پنداشته شود.

ثالثاً- گفته شده است، استمتاع در نکاح از مقتضیات عقد است که شرع آن را جعل نموده است حتی اگر عرف به چنین امری حکم نکند. (میرفتاح، عناوین، ۱، ۲۵۰)

پذیرش این امر نمی‌تواند مبنای بطلان شرط عدم دخول باشد، زیرا رابطه بین «استمتاع» و «مواقع» رابطه عام و خاص است و می‌دانیم یکی از جنبه‌های تمتع، دخول است و اشتراط عدم آن به منزله توافق بر عدم جمیع تمتعات نیست و حکم این دو نیز با یکدیگر فرق دارد.



رابعاً- عقد نکاحی که میان دو طرف واقع می‌گردد گاه اساساً منصرف از رابطه جنسی است و طرفین آن را به منظور حلیت رابطه جنس نیز منعقد نکرده‌اند. مثل عقد نکاح با عاجز و یا ازدواج با عجوزه که عقد در اینگونه موارد با توجه به این که رابطه جنسی میان طرفین اساساً امکان ندارد برقرار می‌شود و این امر مانع از تحقق عقد نکاح نمی‌باشد. بنابراین شرط عدم دخول نیز خللی به عقد متضمن آن وارد نیاورده و ازدواج بدون دخول نیز صحیح نیست.

اما کسانی که مخالف صحت شرط عدم نزدیکی می‌باشند و این شرط را خلاف مقتضی ذات عقد نکاح می‌دانند دلایل خود را چنان عنوان می‌کنند:

اولاً- درست است که نزدیکی تنها هدف عقد نکاح نیست و نکاح اهداف گوناگون دارد اما نزدیکی یکی از بزرگ‌ترین و مهم‌ترین اهداف عقد نکاح است و اگر شرط، خلاف مهم‌ترین اثر عقد باشد آن را باطل می‌کند. حق نزدیکی یکی از مهم‌ترین آثار مقتضی ذات عقد نکاح است لذا اگر شرط عدم نزدیکی در عقد نکاح درج گردد نه تنها شرط باطل است بلکه عقد را نیز باطل می‌کند. (مدنی، حقوق خانواده، ۸، ۲۸۳)

ثانیاً- مخالفان بطلان شرط عدم نزدیکی معتقدند که یکی از عللی که باعث می‌شود چنین شرطی درست باشد این است که شرط در صورتی باعث بطلان عقد است که خلاف مقتضی ذات عقد باشد و ذات عقد نکاح رابطه نزدیکی نمی‌باشد بلکه ذات عقد نکاح ایجاد رابطه زوجیت و انجام وظایف زناشویی است. حال می‌توان از معتقدان به این نظر پرسید که منظور از رابطه زوجیت چیست؟ یا منظور از انجام وظایف زناشویی چیست که شرط عدم نزدیکی بنا به نظر خودتان باعث بطلان عقد نکاح نمی‌گردد؟ آیا صرف اینکه زن و مرد با یکدیگر ازدواج کنند و تشکیل خانواده دهند می‌توان گفت تمام رابطه زوجیت را اجرا کرده‌اند؟ آیا اینکه زن و مرد فرزندی متولد کنند و آنها را تعلیم و تربیت کنند می‌توان گفت که وظایف زناشویی را ایفا کرده‌اند؟

در جواب باید گفت پاسخ تمام سؤالات فوق منفی است با کمی قیاس در باب تمکین می‌توان گفت قانونگذار نه تنها زن و مرد را به تمکین عام وادار کرده است بلکه آنها را به تمکین خاص نیز ملزم کرده است که از شرایطی است که رعایت آن باعث دریافت نفقه از جانب زن می‌گردد. (منظور از تمکین خاص در اینجا همان نزدیکی کردن است)



ثالثاً- می‌توان گفت که اگرچه در نکاح دو عاجز یا نکاح بین دو پیرمرد و پیرزن رابطه جنسی منظور نمی‌باشد اما این نمی‌تواند دلیل محکم و قاطعی برای درستی شرط عدم نزدیکی در نکاح باشد زیرا مباح شدن نزدیکی اثری است که از عقد نمی‌توان جدا کرد و در این نکاح (پیرمرد و پیرزن) نیز نزدیکی تحریم نشده است و عدم امکان نزدیکی و ناتوانی زن یا شوهر بالزوم مباح شدن آن منافات ندارد. (گرجی، بررسی تطبیقی حقوق خانواده، ۲، ۱۱۹)

رابعاً- باتوجه به روایت پیامبر اکرم مبنی بر اینکه با ازدواج نصفی از دین فرد کامل می‌گردد که به وضوح به همان حق نزدیکی اشاره دارد و باتوجه به تفاسیری که از این حدیث شده است می‌توان گفت: نزدیکی کردن یا حق تمتع جنسی یکی از مهمترین اثرات مقتضی ذات عقد نکاح است که شرط خلاف آن نه تنها باعث بطلان شرط می‌شود بلکه عقد را نیز باطل می‌کند. پس این شرط نه تنها باطل است بلکه باعث بطلان عقد نیز می‌گردد.

در رابطه با درج این شرط در عقد نکاح موقت می‌توان گفت: برخلاف نظر کسانی که این شرط را در نکاح موقت صحیح می‌دانند باید گفت چنین شرطی باطل است و درج این شرط منجر به بطلان عقد می‌گردد. به این علت که باتوجه به مطالب قسمت فوق که تمام اختلاف بر سر این بود که آیا حق نزدیکی در عقد نکاح دائم مقتضی ذات عقد نکاح است یا خیر؟ می‌توان باتوجه دقیق‌تر به دلایل مخالفین و موافقین به سادگی گفت که هدف از ایجاد عقد نکاح موقت حق بهره‌وری جنسی است به طوری که درج شرط خلاف آن منجر به بطلان عقد می‌گردد. مضافاً اینکه وقتی ما معتقد هستیم که شرط عدم نزدیکی در نکاح دائم خلاف یکی از مهمترین اثرات مقتضی ذات عقد نکاح است به طریق اولی درج چنین شرطی در نکاح موقت خلاف مقتضی ذات عقد هست که در صورت درج آن ضمن عقد نه تنها شرط باطل است بلکه عقد نیز باطل است.

۳- شرط خیار فسخ در عقد نکاح:

متعاقدین در ضمن عقد می‌توانند به شرط یا شروطی توافق کنند. یکی از شروطی که در ضمن عقد درج می‌شود، شرط خیار است. به عنوان مثال در بیع، شرط خیار مورد توافق طرفین قرار می‌گیرد بدین صورت که تا مدتی معین طرفین یا یکی از آنها حق خیار فسخ داشته باشد. در فقه



این‌گونه شروط در مورد بیع پذیرفته شده است و هر کدام از طرفین می‌توانند چنین شرطی را در ضمن بیع بگنجانند. اما آیا چنین شرطی در مورد نکاح صحیح است یا خیر؟ یعنی اینکه آیا طرفین می‌توانند در عقد نکاح شرط خیار بنمایند تا اینکه یکی یا هر دو، مدت معینی یا به‌طور مطلق حق فسخ عقد را داشته باشند؟ (طباطبایی، مستمسک عروه، ۴، ۴۰۴)

بر اساس آراء فقهی و نظریات حقوقی این شرط به‌طور قطع باطل است و تمام فقها و حقوقدانان آن را باطل می‌دانند اما در مبطل بودن آن اختلاف است به طوری که مشهور فقها آن را مبطل و جمعی از آنان فقط شرط را باطل می‌دانند.

نظریه مشهور که شرط خیار فسخ را مبطل می‌دانند در این رابطه چنین استدلال کرده‌اند:

الف- آنچه که واقع شده است یک چیز است نه دو تا که بتوان آنها را از یکدیگر جدا نمود یعنی شرط و مشروط در واقع، مطلوب واحدی‌اند، پس وقتی شرط باطل است مشروط هم باطل است [البته این نظر یک ایرادی نیز دارد و آن این است که همان‌طور که در فصل اول گفتیم مطابق نظر قانون مدنی که برگرفته از نظر مشهور است شرط در صورتی مشروط را باطل می‌کند که یا مخالف مقتضی ذات آن باشد یا اینکه شرط مجهول باشد و این مجهول بودن به مشروط نیز سرایت کند].

ب: در نکاح، شائبه عبادت است و در عبادات شرط منتفی است و موارد فسخ نکاح در شریعت معین شده است و ادله آن بردلیل جواز فسخ در عموم معاملات حکومت دارد. (آیت‌الله خویی، النکاح، ۲، ۲۱۰ و ۲۱۱)

ج: شرط خیار فسخ مخالف مقتضی عقد نکاح است زیرا لزوم عقد نکاح، شرعی است و اختیار آن به دست طرفین عقد نیست از این‌رو دوام آن تا زمان حصول رافع که در شریعت معین شده است به حال خود باقی است. (آیت‌الله خویی، منبع پیشین، ۲، ۲۱۳)

در برابر دیدگاه مشهور، جمعی از فقها شرط خیار فسخ را باطل و عقد را صحیح می‌دانند و دلایل خود را چنین بیان می‌کنند:

اولاً- روایاتی وجود دارد که ناظر بر صحت عقد و بطلان شرط است، بدون این که آن روایات را بیان کنند!

ثانیاً - عقد نکاح قابلیت خیار را ندارد و لذا شرط خیار لغو و خود به خود منتفی است. (مغنیه فقه تطبیقی، ترجمه کاظم پور، ۲۹۸ و ۲۹۹)

ثالثاً - عقد و شرط دو امر جداگانه‌اند که از بطلان یکی، بطلان دیگری لازم نمی‌آید.

رابعاً - برخی از طرفداران این دیدگاه برخلاف نظر مشهور در باب صحت عقد و بطلان شرط ادعای اجماع دارند. (ایروانی، حاشیه بر مکاسب، ۶۵)

به طور کلی علاوه بر دلایل نظریه غیرمشهور می‌توان گفت: که در تمام عقود اصل بر صحت می‌باشد و از طرف دیگر نکاح یکی از عقود مهم می‌باشد که موارد بطلان آن نیز توسط قانون مشخص شده است و نمی‌توان بر موارد آن افزود و از طرف دیگر قانون مدنی نیز شرط خیار فسخ را باطل می‌داند اما مبطل عقد نمی‌داند. بنابراین باتوجه به اینکه عقد نکاح قابل فسخ نیست و موارد یا اسباب فسخ آن در شریعت دلیل خاص دارد اگر بتوان ثابت نمود که شرط خیار فسخ لغو است، می‌توان گفت نظریه غیرمشهور راجع به صحت عقد و بطلان شرط قریب به واقع است، زیرا وقتی عقد قابلیت خیار فسخ را نداشته باشد مثل آن است که مشروط‌پذیر نباشد. در این صورت عقد یا باید صحیح و فاقد شرط تلقی شود و یا باطل انگاشته شود و از آنجا که بطلان دلیل خاصی می‌طلبد، پس عقد باید صحیح باشد. اما با این حال به نظر می‌رسد که مبطل بودن شرط منطقی‌تر به نظر می‌رسد باتوجه به اینکه این قول می‌تواند با آیه شریفه قرآن کریم که می‌فرماید: «و اخذن منکم میثاقاً غلیظاً» (و از شما پیمانی محکم گرفتند). (نساء، ۲۱) در تعارض باشد زیرا درج این شرط می‌تواند این پیمان را به مخاطره بیندازد.

۴- شرط آزادی عمل و معاشرت:

یکی از شروطی که از نظر فقهی و حقوقی مورد شک و تردید واقع گردیده است «شرط آزادی عمل و معاشرت» می‌باشد خواه از طرف زوج باشد خواه از طرف زوجه، شک و تردید بر سر این مورد می‌باشد که آیا چنین شرطی خلاف مقتضی ذات عقد نکاح می‌باشد یا خیر؟ این شرط بر این پایه استوار است که براساس آن زوج یا زوجه در ضمن عقد شرط می‌کنند



که در عمل و معاشرت خود آزاد باشد و در این زمینه‌ها هیچ‌گونه محدودیتی نداشته باشند، در حالی که استواری و استحکام نظام خانواده و حفظ حریم آن از آلودگی‌ها منوط به آن است که طرفین ازدواج به عهدشان وفادار بوده و با التزام به رعایت مقررات و آداب زندگی خانوادگی زمینه حفظ و استحکام زندگی اجتماعی را فراهم سازند. زندگی مشترک مقتضی تشریک مساعی و همکاری طرفین برای برآورده شدن آمال و اهداف عالی مستلزم تأمین ثبات و آرامش روانی است قرآن کریم در این رابطه می‌فرماید: «خداوند متعال برای شما همسرانی از خود شما آفرید تا مایه آرامش شما شود و بدین منظور میان شما دوستی و مهربانی قرار داد» و روشن است که آزادی عمل و معاشرت و عدم پای بندی به موازین اخلاقی و خانوادگی و اینکه زن و شوهر تبعه هر کشور و یا هر نژادی باشند موجب ویرانی پیوند خانواده و باعث بی‌اعتمادی زن و یا شوهر خواهد شد.

باتوجه به مقتضی ذات عقد نکاح که در مباحث قبلی بیان شد که مقتضی ذات عقد نکاح تشکیل خانواده و زندگی مشترک است و این تشکیل خانواده و زندگی مشترک برای به وجود آمدن نیاز به چند عامل دارد که یکی از آن عوامل رعایت حسن معاشرت و رعایت قید و بندهای زناشویی می‌باشد، به عبارتی می‌توان گفت که این عامل مقدمه است برای ایجاد مقتضی ذات عقد نکاح سپس می‌توان گفت این عامل مهمتر از مقتضی ذات عقد نکاح است و اگر نباشد چنین مقتضی در کار نیست. (بحرانی، حدائق الناضره، ۸، ۵۲۵) به عنوان نتیجه می‌توان گفت اگر شرطی خلاف این مقدمه باشد چون به‌طور مستقیم مربوط به مقتضی ذات عقد نکاح است می‌توان گفت که خلاف مقتضی ذات عقد می‌باشد و نه تنها چنین شرطی باطل است عقد را نیز باطل می‌کند.

نتیجه‌گیری:

در پایان با در نظر گرفتن مسائل و مشکلاتی که مطرح شد ما صلاح می‌دانیم که نتیجه-گیری خود را به‌صورت موردی انجام دهیم.

۱. در رابطه با معیارهای ارائه شده برای دستیابی به مقتضی عقد می‌توان گفت که هر کدام از این معیارها دارای نواقصی است مثلاً در معیار عرفی نقش قانون نادیده گرفته شده است و یا در



معیار قانونی که نقش قصد طرفین مورد توجه قرار نگرفته است، لذا برای دستیابی به مقتضی یک عقد بایستی ترکیبی از این معیارها را به کار بست و به کار بردن هر یک از آنها به تنهایی کافی نخواهد بود. به طوری که ابتدا به قانون بعد عرف و در نهایت به قصد مشترک رجوع کرد. اما این مطلب ناظر به زمانی است که قانون امری باشد در غیر این صورت ابتدا باید به قصد طرفین و در صورت سکوت به عرف و در انتها اگر در عرف نیز صحبتی راجع به آن نشد به قانون رجوع کرد.

۲. در رابطه با مقتضی عقد نکاح اختلافات فراوان وجود دارد به طوری که بعضی مقتضی عقد نکاح را تشکیل خانواده می‌دانند و بعضی مقتضی عقد نکاح را صرفاً حق بهره‌وری و نزدیکی می‌دانند، با توجه به تحقیقاتی که انجام شد ما به این نتیجه رسیدیم که مقتضی عقد نکاح تشکیل خانواده و زندگی مشترک می‌باشد به طوری که زن و مرد موظف به رعایت حسن معاشرت و تربیت فرزندان می‌باشند اما به دنبال این مقتضی اثراتی به وجود می‌آید که هر کدام از آنها ضمانت اجرای مختلفی دارند مثلاً حق نزدیکی جزء اثرات مهم عقد است به طوری که درج شرط خلاف آن ضمن عقد نه تنها خود باطل است بلکه عقد را نیز باطل می‌کند و بعضی از این آثار ضمانت اجرا مهمی ندارد مثل اینکه ضمن عقد نکاح شرط شود که حق تعیین سکنی با زن باشد.

۳. در انتها به این نکته مهم نیز باید اشاره کرد که درج شرط خلاف مقتضی عقد در هر صورتی منجر به بطلان عقد نمی‌گردد بلکه می‌توان گفت که زمانی شرط خلاف منجر به بطلان عقد می‌گردد که

الف: شرط خلاف مقتضی ذات عقد باشد.

ب: شرط خلاف مهمترین اثر ذات عقد باشد مثل شرط عدم نزدیکی.

ج: شرط خلاف تمام آثار عقد باشد.

بنابراین اگر شرط خلاف مقتضی اطلاق عقد بود و یا خلاف یکسری از اثراتی بود که تأثیر چندانی بر عقد نداشت عقد صحیح است مثل اینکه ضمن عقد زن وکیل شود که در صورت اثبات پاره‌ای امور مثل غیبت، ترک انفاق و... خود را مطلقه کند البته این مورد با تفویض اختیار طلاق به زوجه که از شروط خلاف مقتضی ذات عقد است فرق می‌کند.



فهرست منابع :

منابع فارسی:

۱. افتخاری، جواد، **حقوق مدنی ۳ (کلیات عقود و تعهدات)**، انتشارات نشر میزان، تهران، ۱۳۷۲، چاپ پنجم.
۲. امامی، سید حسن، **حقوق مدنی**، انتشارات گنج دانش، تهران، ۱۳۸۴، چاپ سوم.
۳. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، **حقوق خانواده**، انتشارات گنج دانش تهران، ۱۳۸۴، چاپ دوم.
۴. دیانی، عبدالرسول، **حقوق خانواده**، ناشر انتشارات مرکزی قم، ۱۳۸۵، چاپ اول.
۵. شریف، احمد، **شروط در آینه فقه و حقوق**، انتشارات کمال الملک، تهران، ۱۳۸۷، چاپ اول.
۶. شهیدی، مهدی، **حقوق مدنی (شروط ضمن عقد)**، مجمع علمی و فرهنگی مجد، تهران، ۱۳۸۵، ۴، چاپ ششم.
۷. کاتوزیان، ناصر، **قواعد عمومی قراردادها**، شرکت سهامی انتشار، تهران، ۱۳۸۷، چاپ پنجم.
۸. کاتوزیان، ناصر، **دوره مقدماتی حقوق مدنی (قرارداد - اتیاع)**، شرکت سهامی انتشار، تهران، ۱۳۷۴، چاپ هفتم.
۹. گرجی، ابوالقاسم، **بررسی تطبیقی حقوق خانواده**، انتشارات دانشکده تهران، تهران، ۱۳۸۷، چاپ دوم.
۱۰. مدنی، سید جلال الدین، **حقوق خانواده**، انتشارات پایدار، تهران، ۱۳۸۵، چاپ ششم.

منابع فقهی:

۱. انصاری شیخ مرتضی، **مکاسب**، انتشارات اطلاعات، تبریز، ۱۳۷۵، چاپ نهم.
۲. بجنوردی، میرزا حسن، **القواعد الفقیه**، موسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، قم، ۱۳۷۱، چاپ دوم.
۳. بحرانی، یوسف، **حدائق الناظره**، مؤسسه نشر اسلامی، قم، ۱۳۶۵، چاپ هجدهم.
۴. خمینی، روح...، **کتاب البیع**، انتشارات اعتماد الکاظمی، قم، ۱۳۶۶، چاپ هفتم.
۵. طباطبایی، سید محمد کاظم، **حاشیه بر مکاسب**، انتشارات دارالمعارف اسلامی، قم، ۱۳۸۷، چاپ یازدهم.
۶. نجفی، شیخ محمد حسن، **جواهر الکلام**، انتشارات دار احیاء التراث العربی، قم، ۱۳۶۴، چاپ نوزدهم.

