

وضعیت حقوقی شروط ناظر بر روابط جنسی زوجین

Legal Status Of The Conditions Governing The Sexual Relationship Between Spouses

M. Abbasi

مجید عباسی ✉

دانشجوی دکتری حقوق و عضو هیات علمی دانشگاه

دریافت مقاله: ۸۸/۱/۲۳

دریافت نسخه اصلاح شده: ۹۱/۲/۳۰

پذیرش مقاله: ۹۱/۳/۵

Abstract

In all religions and legal systems, marriage has been always protected by the government and legislature due to its unique effects on the health and the survival of society. Sexual reproduction, on which the survival of nations depends, is indebted to sexual enjoyment. Therefore, the obligations of the spouses for having safe sexual relationship, the conditions governing such a relationship (including the conditions permitting the prohibition or limitation of intercourse), and the study of their legal status are of great importance.

✉Corresponding Author: Department of law, Qaemshahr Branch, Islamic Azad University, Qaemshahr, Iran
Tel: +982109113237688
Email: majid_17550@yahoo.com

چکیده:

عقد نکاح در تمام مذاهب و نظام‌های حقوقی، به دلیل کارکرد بی‌بدیل در سلامت و بقای اجتماع، همواره در سایه چتر حمایت حکومت، و قانون-گذاران بوده است. توالد و تناسل که بقای ملت‌ها به آن متکی است، خود مرهون حق استمتاع جنسی است و به دلیل اهمیت این حق و تکلیف متقابل زوجین به برقراری رابطه جنسی سالم، شناخت شروط ناظر بر آن و بررسی وضعیت حقوقی آن‌ها، از اهمیت قابل ملاحظه‌ای برخوردار است. تتبع و تعمق در اقوال و نظرات پژوهشگرانی که خود را با این مسئله آشنا کرده‌اند، حکایت از وجود اختلافی عمیق چه در میان فقها و چه در میان حقوقدانان دارد.

✉نویسنده مسئول: دانشگاه آزاد اسلامی، واحد قائم شهر، گروه حقوق، قائم شهر، ایران
تلفن: ۰۹۱۱۳۲۳۷۶۸۸
پست الکترونیکی: majid_17550@yahoo.com

A precise review of the scholars and authors, who studied this issue, indicates that there is a deep difference among the Islamist Jurisprudents and jurists. It seems that the main cause of this difference is because there is no consensus on the legal definition and nature of marriage, and distinguishing its requirements of substance from other requirements. Some scholars argue that sexual enjoyment and coupling is the purpose of marriage contract, and others believe in matrimony as the objective of marriage. There are also other scholars, who argue cooperation and participation in life are the purposes of marriage.

For this purpose, we firstly try to introduce the nature of marriage contract, and answer what the requirements of the substance of marriage are. Thereafter, we discuss the conditions governing the sexual relation between spouses.

Keywords: Requirements of Substance, Requirements of Absoluteness, Conditions, Sexual Enjoyment.

به نظر می‌رسد، دلیل اصلی این اختلاف به فقد اجماع و اتفاق نظر بر روی تعریف و ماهیت حقوقی نکاح و تشخیص مقتضای ذات آن از سایر اقتضانات برمی‌گردد. عده‌ای تمتع و اتحاد جنسی و عده‌ای دیگر زوجیت و پیوند زناشویی را هدف از عقد نکاح می‌دانند و گروهی دیگر، همکاری و شرکت در زندگی را هدف از این عقد مقدس برشمرده‌اند.

بنابراین ما در این نوشتار ابتدا به شناخت ماهیت و ذات عقد نکاح پرداخته، و به این پرسش مهم پاسخ خواهیم گفت که مقتضای ذات عقد نکاح چیست؟ و سپس در مورد شروط ناظر به روابط جنسی زوجین بحث خواهیم کرد. در پاسخ به سوال نخست باید گفت که اثر نخستین و بالذات نکاح، علقه و پیوند زوجیت است و بقیه آثار مترتب بر این اثر هستند. و نیز در پاسخ به سوال دوم، با تفکیک شروط به شروط ممنوع کننده روابط جنسی و محدود کننده، این نتیجه حاصل شد که دسته اول به دلیل مخالفت با نظم عمومی و اخلاق حسنه و نیز سلب حق به طور کلی، باطل بوده ولی مبطل نکاح نیست، ولی شروط دسته دوم اصولاً نافذ هستند.

کلیدواژه‌ها: مقتضای ذات، مقتضای اطلاق، شرط، تمتع جنسی.

مقدمه

در مقدمه این نوشتار سعی می‌گردد، تا با ذکر چند نکته، هم موضوع مقاله، تبیین شده و هم چهارچوب آن روشن گردد. نکته اول این‌که، عقد نکاح به مانند سایر عقود در زمره اعمال حقوقی است که انعقاد آن، وابسته به اراده طرفین (زوجین) است. نقش اراده در نکاح از دو جهت قابل تأمل است: نخست، از جهت انتخاب همسر که به مانند سایر عقود، طرفین آزادی کامل در انتخاب همسر مورد علاقه خود را دارند. دوم، از جهت تعیین آثار این عقد که حقوق، حاکمیت اراده را در این بخش محدود می‌کند و به ندرت اجازه می‌دهد، تا طرفین بتوانند آثار متعارف نکاح را دگرگون سازند. چرا که موضوعات آن، جنبه حقوقی صرف ندارد، بلکه آمیخته با مسائل اجتماعی و بالخصوص اخلاقی و

مذهبی است که بیشتر قواعد آن مربوط به نظم عمومی و اخلاق حسنه است. در تنظیم روابط زن و شوهر، اخلاق بیش از حقوق حکومت می‌کند. در این رابطه سخن از عواطف انسانی، عشق و صمیمیت و وفاداری است، و حقوق برای حکومت کردن بر آن ناتوان است (کاتوزیان، ۱۳۶۵، ص ۴۹۲). بنابراین، در یک جمله می‌توان نکاح و زناشویی را به «سازمان حقوقی-عاطفی-اخلاقی» تعبیر کرد.

در واقع تفاوت عمده نکاح با سایر عقود در همین بخش است. اما، آثار نکاح، خود بر دو دسته‌اند: نخست آثار مالی نکاح (مثل مهریه، نفقه، و غیره)، که اراده طرفین در آن حکومت بیشتری دارد. البته در همین بخش نیز بدیهی است که اصل مهریه و نفقه قابل انفکاک از نکاح نیست، اما این مجال برای اراده طرفین محفوظ است که در کمیت و میزان آن توافق کرده یا از مطالبه آن صرف نظر کنند. دوم، آثار غیرمالی (مثل تکلیف به برقراری روابط جنسی، ریاست شوهر در خانواده و...)، که نقش اراده در آن کم‌رنگ است. شروط ناظر بر روابط جنسی نیز در دسته آثار غیرمالی نکاح قرار می‌گیرند که ما در این نوشتار، سعی در مطالعه وضعیت حقوقی آن داریم. لازم به توضیح است که با توجه به مدلول این شروط، می‌توان آن‌ها را در دو دسته کلی قرار داد: نخست، شروطی که مدلول آن، ممنوعیت برقراری رابطه جنسی یا تمکین به معنای خاص است. دوم، شروطی که مدلول آن، مقید کردن رابطه جنسی به شروط تحدیدکننده و شروط تشدیدکننده است، که مصادیق و صور آن می‌تواند متعدد باشد. مثلاً توافق گردد که داشتن رابطه جنسی منحصر و محدود به زمان یا مکان خاصی باشد.

نکته دوم این است، تا زمانی که شناختی دقیق و روشن از ماهیت عقد نکاح نداشته باشیم، نمی‌توانیم درباره بطلان یا صحت شروط ضمن آن اظهارنظر کنیم. زیرا هرگونه اظهارنظر راجع به شروط ضمن عقد نکاح به عنوان فرع، منوط به شناخت ماهیت و مقتضای ذات نکاح به عنوان اصل است. به همین جهت، قبل از ورود در بحث شروط ناظر بر روابط جنسی زوجین، لازم است درباره ماهیت و تعریف نکاح بحث کنیم. بنابراین گام اول این نوشتار، به تعریف نکاح اختصاص پیدا کرده‌است.

نکته سوم این‌که، در مورد شناخت ماهیت یک عقد و تعریف آن، می‌بایست ذاتیات آن را در تعریف گنجانند و از امور عرضی و تبعی پرهیز نمود. به خصوص در مورد عقد نکاح، چون آثار متعددی از آن ناشی می‌شود، شناسایی و تفکیک این آثار از یکدیگر و ارائه یک تعریف دقیق، مشکل‌تر می‌شود. بنابراین گام دوم این نوشتار، به این مسئله اختصاص پیدا کرده‌است. اما در گام سوم، پس از طرح این سوال که تمتع جنسی مقتضای ذات نکاح است یا مقتضای اطلاق آن، به بیان دیدگاه‌های مختلف پرداخته و نظر برگزیده را همراه با نقد سایر نظرات ارائه خواهیم کرد.

گفتار اول: تعریف و ماهیت حقوقی نکاح

مرسوم و معمول است که قانون‌گذار قبل از ورود در بحث احکام و مقررات هر عقد، در گام نخست به تعریف آن می‌پردازد، و این رویه را تقریباً در همه عقود معین مندرج در قانون مدنی،

رعایت کرده‌است (برای مثال رجوع کنید به مواد ۴۰ تا ۴۵، ۹۳، ۱۴۱، ۳۳۸، ۴۶۴، ۴۶۶، ۵۱۸، ۵۴۳، ۵۴۶، ۵۷۱، ۵۸۹، ۶۰۷، ۶۳۵، ۶۴۸، ۶۵۶، ۶۸۴ ...). فقها نیز بر همین منوال، احکام و مسائل پیرامون عقود را بیان می‌کردند. پس از بیان این مقدمه کوتاه، در ادامه می‌خواهیم ببینیم که آیا این مهم، در عقد نکاح نیز ملحوظ نظر قانون‌گذار و فقها قرار گرفته یا نه.

بند اول: حقوق موضوعه

با توجه به اهمیت قابل توجه تعریف قانونی عقد در شناخت ماهیت و اثر آن، قانون مدنی عقد نکاح را تعریف نکرده، هر چند که در مورد سایر عقود به این مهم توجه داشته و این سکوت قانون‌گذار، حقوقدانان را در شناخت ماهیت نکاح به تکلف کشانده است، و آن‌ها را برآن داشته تا خود در مقام ارائه تعریف برآیند. برای نمونه به بعضی از این تعاریف، در ذیل اشاره می‌شود:

مرحوم امامی در تعریف نکاح بیان می‌دارند: «نکاح دائم عبارت از رابطه حقوقی است که به وسیله عقد، بین زن و مرد، برای همیشه حاصل می‌گردد و به آن‌ها حق می‌دهد که تمتع جنسی از یکدیگر ببرند» (امامی، ۱۳۷۲؛ ص ۲۶۸، ۲۶۹).

دکتر کاتوزیان معتقدند، برای روشن شدن ماهیت نکاح باید بین عقد نکاح که پایه و اساس زن و شوهری است و وصفی که زن و شوهر پس از عقد در آن قرار می‌گیرند، تفاوت گذارد: توافقی که بنیان تشکیل خانواده است بی‌گمان در زمره قرار داده است، زیرا انتخاب همسر و انعقاد نکاح به طور کامل وابسته به اراده طرفین است، ولی وصفی که زن و شوهر در برابر یکدیگر دارند از آثار این عقد نیست. نهاد حقوقی خاصی است که به وسیله قانون اداره و منظم می‌شود و اراده زن و شوهر، در پاره‌ای از موارد استثنایی (مثل حق سکنی) اثری در ایجاد این رابطه ندارد. ایشان هدف اصلی نکاح را تشکیل خانواده (یعنی ایجاد مسئولیت مشترک و فراهم کردن محیط مساعد برای پرورش کودکان) می‌دانند (کاتوزیان، ۱۳۶۸؛ ص ۲۷، ۲۸، ۲۹).

دکتر صفایی در تعریف نکاح بیان می‌دارند: آن‌چه اصولاً افراد از برگزیدن همسر در پی‌آند و اثر عمده عقد و مقصود اصلی آن‌ها را تشکیل می‌دهد، ایجاد رابطه زوجیت و پیوند زناشویی است. (صفایی، ۱۳۷۲؛ ص ۷۳) دکتر لنگرودی اتحاد جنسی زن و شوهر و برقراری حق استمتاع را لازمه عرفی ایجاد رابطه زناشویی و مقتضای ذات نکاح می‌دانند (لنگرودی، ۱۳۵۵؛ ص ۱۹۳).

مرحوم دکتر شایگان نکاح را عقدی معرفی می‌کند که به وسیله آن، مرد و زن به قصد شرکت در زندگانی و کمک به یکدیگر قانوناً با هم متحد می‌شوند. بنابراین، نکاح، اولاً عقد است. ثانیاً، مقصود از آن شرکت در زندگانی است. ثالثاً، نکاح از اتحاد قانونی زن و مرد حاصل می‌شود (شایگان، ۱۳۷۵؛ ص ۲۱۳). هم‌چنین گفته شده، نکاح رابطه‌ای است حقوقی-عاطفی که به وسیله عقد بین زن و مرد حاصل می‌گردد و به آن‌ها حق می‌دهد که با یکدیگر زندگی کنند؛ و مظهر بارز این رابطه حق تمتع جنسی است (محقق داماد، ۱۳۸۰؛ ص ۲۲).

بند دوم: فقه

تعدد صاحب‌نظران در فقه، از یک طرف و تفاوت در دیدگاه‌ها از طرف دیگر، همیشه از مصائب مطالعات متون فقهی بوده، اما این مسائل نباید موجب شود تا از این منبع عظیم به سادگی صرف‌نظر کنیم. از بررسی و تتبع در فقه به این نتیجه رسیدیم که، می‌توان رویه متخذه از سوی فقها نسبت به ما نحن فیه را، در دو دسته کلی قرار داد. دسته نخست آن‌هایی که، در باب یا در کتاب نکاح، عنایت به ماهیت و تعریف نکاح، نداشته‌اند، بلکه در شروع کتاب، به بیان اهمیت و فضایل ازدواج و مستحب بودن آن از نگاه قرآن و سنت پرداخته و سپس با بیان انواع نکاح و شرایط هر یک، احکام و مقررات آن را تبیین نموده‌اند (سیستانی، ۱۴۱۷ ه ق، ص ۷ به بعد؛ نوری، ۱۴۰۸ ه ق، ص ۱۴۵؛ طوسی، ۱۴۰۷ ه ق، ص ۲۳۹ به بعد؛ راوندی، ۱۴۰۵ ه ق، ص ۷۵ به بعد؛ حلی، محقق، ۱۴۱۲ ه ق، ص ۲۸۸؛ حلی، علامه، ۱۴۲۱ ه ق، ص ۱۸۳ به بعد). اما دسته دوم آن‌هایی هستند که در مقدمه کتاب نکاح، به تعریف و تبیین واژه نکاح به لحاظ لغوی و اصطلاحی پرداخته‌اند، که البته وجود اختلاف نظر در میان این گروه نسبت به موضوع مورد بحث آشکار است (قمی، ۱۴۱۲ ه ق، ص ۹۰). اختلاف عمده بر سر آن است که آیا نکاح حقیقت در وطی (نزدیکی) است یا حقیقت در عقد، یا این‌که میان هر دو مشترک لفظی است.

در پاسخ به این سوال عده‌ای را عقیده بر آن است که نکاح حقیقت در وطی و مجاز در عقد است، چون در نظر علماء قائل شدن به مجاز از قائل شدن به اشتراک لفظی بهتر است و نکاح شرعاً عقدی است لفظی، که ابتدا وطی را مورد تملیک قرار می‌دهد و این نام‌گذاری مجاز است از باب نامگذاری سبب به اسم مسبب «نام معلول را بر علت نام، گذاشتن» می‌باشد (حلی، ۱۴۲۵ ه ق، ص ۱۳۳؛ ابن منظور، ۱۴۱۴ ه ق، ص ۶۲۶) و نیز گفته شده، عقد نکاح به منظور استمتاع زن از مرد واقع می‌شود و تمتع، حق مرد است، لذا حقیقت در وطی راجح‌تر است (جزیری، ۱۴۱۹ ه ق، ص ۳۱۱). اما اکثریت بر این اعتقادند که به دلیل صحت حمل نکاح در معنای عقد و صحت سلب در معنای وطی، و نیز غلبه استعمال در عقد، و تبادل معنای عقد به ذهن، (که جملگی از نشانه شناخت حقیقت از مجاز هستند) نکاح حقیقت در عقد و مجاز در وطی است (عاملی، «شہید ثانی»، ۱۴۱۰ ه ق، ص ۸۵؛ طوسی، ۱۴۱۷ ه ق، ص ۱۷۰؛ حلی، فخرالمحققین، ۱۳۸۷ ه ق، ص ۲؛ عاملی «محقق ثانی»، ۱۴۱۴ ه ق، ص ۷؛ حلی «علامه»، ۱۴۱۵ ه ق، ص ۲؛ نراقی، ۱۴۱۵ ه ق، ص ۹). در تأیید این مطلب اما با تعبیری دیگر گفته شده، اختلافی وجود ندارد که دو عرف بر هر کلمه‌ای وارد می‌شود؛ عرف الشرع و عرف اللغه، و حکم نیز به عرف الشرع تعلق می‌گیرد نه عرف اللغه. و نکاح عرفاً به معنای عقد است و بر عمل نزدیکی در عرف شرع، نکاح اطلاق نمی‌گردد (ابن ادریس، ۱۴۱۰ ه ق، ص ۵۲۴).
نگاهی اجمالی به دیدگاه‌ها و نظرات مطرح شده که البته گوشه‌ای از اقوال متکثر موجود است، حکایت از وجود اختلافی عمیق بر سر تعریف و ماهیت نکاح، چه در میان حقوقدانان و چه در میان

فقها دارد. اما می‌توان با نگاهی دقیق به تعاریف موجود، علت اختلاف را یافت و قطعاً این امر ما را در طی طریق برای یافتن مطلوب، که همان تعریف نکاح است، رهنمون می‌کند. به نظر ما نتیجه حاصل (یعنی فقد اجماع در تعریف یا تفاوت دیدگاه‌ها) معلول دو مقدمه است: مقدمه نخست آن که، عقد نکاح برخلاف سایر عقود مدنی، دارای آثار متعددی می‌باشد، که می‌توان آن‌ها را به دو دسته آثار مالی و غیرمالی تقسیم نمود. آثار مالی مثل مهریه، نفقه، اجرت‌المثل ایام زناشویی، و آثار غیر مالی مثل، ایجاد رابطه زوجیت، اباحه استمتاع جنسی از یگدیگر، حق ریاست شوهر، حق تعیین محل سکنی و غیره. بدیهی است که نمی‌توان همه این آثار را در تعریف نکاح گنجانند، بلکه در تعریف یک ماهیت حقوقی، باید از عرضیات پرهیز نمود و ذاتیات آن را در نظر گرفت تا بیانگر ماهیت آن نهاد حقوقی و ممیز آن با سایر نهادها باشد. یعنی از میان همه آثار نکاح (اعم از مالی و غیر مالی)، باید آن‌چه را که مقصود و هدف نکاح است برگزید و در تعریف گنجانند.

مقدمه دوم آن که، در تفکیک و تمیز میان اثر اصلی و مقتضای ذات عقد نکاح با سایر آثار و اقتضائات آن، تردید و اختلافی عمیق وجود دارد. اگر در تعاریف ارائه شده در فوق با دقت بنگریم، می‌بینیم هر یک از صاحب‌نظران، یکی از آثار نکاح را به زعم خود، اثر و مقتضای ذات عقد نکاح دانسته و آن را در تعریف عقد نکاح گنجانده‌اند. عده‌ای تمتع و اتحاد جنسی و عده‌ای دیگر زوجیت و پیوند زناشویی را هدف از عقد نکاح می‌دانند و گروهی دیگر، همکاری و شرکت در زندگی را، هدف از این عقد مقدس برشمرده‌اند. بنابراین، کانون توجه را باید متمرکز بر یافتن پاسخ این پرسش کرد که اثر و مقتضای ذات نکاح چیست؟ یافتن پاسخ این پرسش است که ما را در پاسخ به سوالات مربوط به شروط ضمن عقد نکاح، رهنمون می‌کند.

صحت از اثر و مقتضای ذات شد، بنابراین ضرورت دارد که در ابتدا، این مفهوم تبیین گردد، در واقع باید دید که مقتضای ذات عقد چه اثری است که باید آن را در تعریف هر عقد گنجانند. این مهم حاصل نمی‌گردد مگر با بیان ویژگی‌های آن اثری که مقتضای ذات عقد است و نیز تفاوت آن با اثر یا آثاری که متشکل مقتضای اطلاق عقد هستند. بنابراین با این مقدمه، گفتار بعدی این نوشتار به بررسی مقتضای عقد به طور کلی و اهمیت شناخت آن در تمیز مقتضای ذات نکاح می‌پردازد.

گفتار دوم: مقتضای عقد

کلمه مقتضاء در اصطلاح حقوق‌دانان، گاه مضاف به «ذات» و گاه مضاف به «اطلاق» استعمال می‌گردد. مثلاً گفته می‌شود فلان اثر، مقتضای ذات عقد است یا فلان اثر، مقتضای اطلاق عقد است، و با توجه به همین تقسیم‌بندی، میزان حاکمیت اراده نسبت به آثار عقد، سنجیده می‌شود. لذا با توجه به اهمیت این بحث و ارتباط عمیق آن با موضوع مقاله، مباحث این گفتار را در دو بند جداگانه، تحت عنوان مقتضای ذات عقد و مقتضای اطلاق عقد مطالعه می‌کنیم.

بند اول: مقتضای ذات عقد

در تعریف مقتضای ذات عقد گفته شده، مقتضای ذات عقد عبارت است از هر امری که عقد بدون آن محقق نمی‌گردد. به طوری که با انتفای آن، عقد لغتاً، عرفاً و یا شرعاً منتفی می‌شود. مثلاً اگر در عقد بیع که عبارت است از تملیک عین در مقابل عوض، توافق گردد که مالکیت مبیع از بایع به مشتری و ثمن از مشتری به بایع منتقل نگردد، در این صورت عرفاً بیعی واقع نشده است (نراقی، ۱۴۱۷ ه ق، ص ۱۵۲). عقد فاقد مقتضای ذات، مجرد از مدلول خود بوده و از اساس لغو و باطل است (بجنوردی، ۱۴۰۱ ه ق، ص ۴۷۱). این اثر را ماهیت عقد ایجاد می‌کند، به طوری که عقد بالذات تولیدکننده آن است و این اثر از عقد جدانشدنی خواهد بود (شهیدی، ۱۳۸۶؛ ص ۱۱۳). مقتضای موضوع اصلی است که عقد به خاطر آن واقع می‌شود و به خواست طرفین و احکام مترتب بر آن، لازمه ماهیت عقد است و با انتفای آن، ماهیت عقد محقق نمی‌شود (مراغه ای، ۱۴۱۷ ه ق، ص ۲۴۸). بر این مبنا شرطی با مقتضای عقد مخالف است که آن موضوع اساسی یا اثر اصلی معهود را نفی می‌کند (کاتوزیان، ۱۳۸۳؛ ص ۱۸۲). بنابر توضیحات مذکور، می‌توان نتیجه گرفت که، مقتضای ذات عقد چنان به ماهیت عقد وابسته و ملازم با آن است که اگر به وسیله شرط گرفته شود، جوهر عقد نیز از بین می‌رود و در دید عرف یا قانون، موضوعی برای آن باقی نمی‌ماند. به نظر می‌رسد که با وضع قوانین مدون، باید اولین و مهم‌ترین منبع برای شناخت ماهیت عقد و مقتضای ذات عقد را قانون دانست و در صورتی که از این منبع به سبب سکوت و اجمال و ابهام چیزی پیدا نکردیم، باید به سراغ عرف و شرع رفت.^۱ قانون مدنی شرط خلاف مقتضای عقد را سبب بطلان عقد معرفی کرده است^۲، بدون این که تفکیکی میان این دو مقتضا به عمل آورده باشد. اما از حکم این ماده نسبت به بطلان عقد در صورت درج شرط خلاف مقتضای عقد، می‌توان فهمید که منظور قانون‌گذار شرط خلاف مقتضای ذات عقد است نه شرط خلاف مقتضای اطلاق عقد (شهیدی، ۱۳۸۶؛ ص ۱۱۳). پس از تعریف مقتضای ذات عقد باید ببینیم مقتضای ذات نکاح چیست. آن اثر جدانشدنی که نکاح بالذات تولیدکننده آن است و عقد نکاح به خاطر تحقق آن، واقع شده چیست. آیا هدف ایجاد پیوند زناشویی و علقه زوجیت است یا هدف استمتاع جنسی و توالد و تناسل؟

اگر بپذیریم که استمتاع جنسی و توالد و تناسل، اثر و مقصود از عقد نکاح می‌باشد، نتیجه منطقی آن این است که، هرگونه شرط و توافقی برخلاف آن، نه تنها محکوم به بطلان است، بلکه سبب بطلان عقد نیز می‌شود. اما اگر ایجاد پیوند زناشویی و علقه زوجیت را اثر و مقتضای ذات عقد نکاح بدانیم، اصل حاکمیت اراده مجال دخل و تصرف در روابط جنسی و حق تمتع خواهد یافت. به این سوال پس از تبیین مفهوم مقتضای اطلاق، پاسخ خواهیم گفت.

بند دوم: مقتضای اطلاق عقد

مقتضای اطلاق عقد، عبارت است از هر امری که شارع آن را بر عقد از جهت این که عقد است، مترتب نموده هر چند بدون جعل شارع نیز، امکان تحقق آن اقتضاء بوده است. این اثر امری است

فرعی، که هرگاه عقد به طور مطلق یعنی بدون قید و شرط واقع شود، اقتضای آن را می‌نماید. مقتضای اطلاق عقد، منظور مستقیم و اصلی متعاقدين نیست و بدین جهت طرفین می‌توانند با درج شرط و قید خلاف در عقد، اقتضای مزبور را تغییر دهند (بجنوردی، ۱۴۰۱ ه.ق، ص ۴۷۴).

مقتضای اطلاق عقد، آن چیزی است که عقد بر حسب اطلاق خود- یعنی در صورت عدم تقیید به اموری مانند وصف، مکان و یا زمان- مقتضی آن است (مراغه‌ای، ۱۴۱۷ ه.ق، ص ۲۵۰). برای نمونه، اقتضای عقد بیع مطلق آن است که ثمن، نقد پرداخت شود و کلیه خیارات نیز حسب مورد به وجود آید. شرط خلاف اطلاق عقد، باطل نیست؛ زیرا اطلاق عقد منظور اصلی متعاملین نیست (محقق داماد، ۱۴۰۶ ه.ق، ص ۷۳).

بنابراین مقتضای اطلاق یا اثر اطلاق عقد، اثری است که از ماهیت عقد ناشی نمی‌شود و لازم آن نیست، لذا می‌توان با درج شرط خلاف، از تولید و بروز آن جلوگیری کرد (شهیدی، ۱۳۸۶؛ ص ۱۱۳)، در این صورت لطمه‌ای بر ماهیت عقد وارد نمی‌شود. برای مثال مطابق با ماده ۱۱۱۴ قانون مدنی که مقرر می‌دارد: «زن باید در منزلی که شوهر تعیین می‌کند سکنی گزیند مگر آن‌که اختیار تعیین منزل به زن داده شده باشد». تعیین محل سکونت به وسیله شوهر از آثار نکاح مطلق است یعنی خاصیت آزاد و بدون قید بودن نکاح این است که حق تعیین محل سکونت مشترک برای شوهر است، این امر مانع از آن نخواهد بود که در ضمن عقد، زوج حق تعیین محل سکونت را، بر عهده زوجه بگذارد.

بنابراین سوالی که مطرح می‌شود این است، آیا می‌توان گفت، حق تمتع جنسی نیز، از آثار اطلاق عقد است نه از آثار ذات آن. پذیرش این نظر این نتیجه را به دنبال خواهد داشت که طرفین تنها در صورتی ملزم به برقراری رابطه جنسی هستند که شرطی برخلاف آن، در ضمن عقد نکاح یا بعد از آن نشده باشد. مفاد شروط مذکور می‌تواند به نحوی باشد که سبب ممنوعیت برقراری رابطه جنسی یا تحدید آن به زمان یا مکان خاص گردد. اکنون پس از روشن شدن ریشه اصلی اختلاف، بحث بعدی اختصاص به پاسخ این پرسش مهم دارد که، تمتع جنسی در میان کدام دسته از آثار عقد نکاح قرار می‌گیرد، آیا تمتع جنسی اثر یا مقتضای ذات نکاح است یا مقتضای اطلاق نکاح؟

گفتار سوم: تمتع جنسی مقتضای ذات نکاح یا مقتضای اطلاق نکاح

با توجه به دو گفتار قبل، محرز گردید که هرگونه اظهارنظر راجع به حدود و ثغور حاکمیت اراده در روابط جنسی زوجین، بر پاسخ این سوال متکی است که، حق تمتع جنسی مقتضای ذات نکاح می‌باشد یا مقتضای اطلاق نکاح؟ آیا آن‌چه عقد نکاح بالذات تولیدکننده آن است وجود رابطه جنسی بین زوجین است به طوری که نکاحی که در آن این رابطه نفی می‌گردد یا محدود به زمان و مکان خاصی، خالی از موضوع می‌شود یا آن‌که هدف از نکاح چیز دیگری است و وجود رابطه جنسی

مرتب بر آن اثر می‌شود؟ برای پاسخ به این سوال ترجیح داده شد ابتدا دیدگاه‌های موجود و استدلال‌های هر یک بیان شده، و سپس نظر برگزیده، ضمن نقد سایر نظرات، جداگانه بیان گردد. پس از طی گام به گام مراحل این نوشتار، اینک اوج تضارب و تقابل افکار حقوق دانان و فقها را در یکی از مهم‌ترین اغراض و حقوق متقابل ناشی از عقد نکاح (یعنی روابط جنسی) خواهیم دید. برای مطالعه دقیق‌تر، بهتر دیدیم که با ملاحظه شباهت‌ها و تفاوت‌های موجود به دسته‌بندی این نظرات پرداخته تا هم از پراکنده‌گویی احتراز گردد و هم موجبات تحلیل عمیق‌تر فراهم آید. در انتخاب عنوان هر دسته نیز حکم وضعی شرط و توافق، مورد توجه قرار گرفته تا علاوه بر توزیع منظم مطالب، مبین پاسخ مسئله تحقیق نیز باشد.

بند اول: شرط برخلاف تمتع جنسی، باطل و مبطل است

هدف اصلی نکاح تشکیل خانواده است. قانون‌گذار بدین وسیله می‌خواهد چهارچوبی برای روابط جنسی زن و مرد فراهم کند، و عشق و هوس را با وظیفه و تکلیف درآمیزد، و کانونی برای رشد جسمی و عاطفی ناشی از این رابطه به وجود آورد. پس پیوندی را که در آن زن و مرد حق تمتع جنسی را از یکدیگر نداشته باشند نباید نکاح نامید، داوری عرف قطعاً چنین است (کاتوزیان، ۱۳۶۸؛ ص ۲۵۴).

اتحاد جنسی زن و شوهر و برقراری حق استمتاع، لازمه عرفی ایجاد رابطه زناشویی و مقتضای ذات نکاح است و شرط برخلاف آن، نه تنها نامشروع و فاسد، بلکه عقد را نیز، باطل می‌کند (لنگرودی، ۱۳۵۵؛ ص ۱۹۳). در واقع تأکید در نکاح و تشویق و تحریض در آن، از طرف دین مقدس اسلام، صرفاً جهت بقای نسل و تولید و تکثیر نوع بشر، و نیز به خاطر محفوظ نگه داشتن افراد، از هرگونه فساد و فحشا است. طریقه مشروع نیل به این هدف نیز نکاح است. بنابراین شرطی که در راه رسیدن به این مقصود مانع ایجاد کند خلاف مقتضای آن است (محقق، ۱۳۶۰؛ ص ۵۳). در فقه نیز شیخ انصاری (انصاری، ۱۴۱۵؛ ص ۲۸۱) و میرزای نائینی (نائینی، ۱۹۸۲؛ ص ۱۱۲) تمتع جنسی را مقتضای ذات نکاح و شرط عدم نزدیکی را، مبطل نکاح دانسته‌اند.^۳

بند دوم: شرط برخلاف تمتع جنسی، معتبر است

نقطه مقابل این دیدگاه کسانی هستند که تمتع جنسی را یکی از آثار عقد نکاح و حقوق زوجین دانسته، و شرط برخلاف آن را، صحیح و نافذ می‌دانند. آن‌ها معتقدند که تمتع جنسی از جمله حقوقی است که مربوط به زوجین می‌باشد و آنان می‌توانند هرگونه که بخواهند در آن توافق نمایند. شرط مزبور برخلاف مقتضای عقد نکاح و برخلاف قوانین آمره نیز نمی‌باشد. در این صورت، زن پس از عقد می‌تواند به زوج اجازه نزدیکی بدهد. زیرا شرط، ایجاد حق برای زن می‌کند و مشروط له می‌تواند از آن صرف‌نظر کند. مقتضای نکاح رابطه زوجیت است و چنان‌چه در عقد نکاح شرط شود که زوجیت حاصل نگردد عقد و شرط باطل می‌باشد (امامی، ۱۳۷۲؛ ص ۳۷۷، ۳۶۹).

در تقویت این نظر گفته شده که به پیروی از قول مشهور فقهای امامیه می‌توان گفت، شرط عدم تمتع جنسی نه خلاف مقتضای عقد است و نه نامشروع. چه نکاح دارای اهداف مختلفی است و نزدیکی تنها هدف آن و مقتضای ذات نکاح نیست تا در صورت شرط عدم دخول، نکاح نتواند تحقق یابد. به علاوه، قانون چنین شرطی را منع نکرده و شرط مزبور برخلاف نظم عمومی هم نیست (صفایی، ۱۳۷۲؛ ص ۷۷).

شهرت این دیدگاه در فقه تا اندازه‌ای هست که ادعای عدم وجود اختلاف شده است (ایروانی، ۱۴۲۷ هـ.ق، ص ۳۷۲) از طرفداران سرشناس این نظر در فقه^۴ می‌توان به شیخ طوسی (طوسی، ۱۳۵۱؛ ص ۳۰۴) شهید ثانی (جبلی، ۱۴۱۸ق، ص ۵۲۴) و علامه حلی (حلی، ۱۴۰۹؛ ص ۳۸) اشاره نمود. حضرت امام نیز در تحریرالوسیله (الموسوی الخمینی، ۱۳۶۸؛ ص ۴۳۹) قائل به این نظر هستند.

بند سوم: شرط برخلاف حق تمتع جنسی، باطل است

برخلاف دو دسته قبل، که یکی استمتاع جنسی را، مقتضای ذات نکاح، برمی‌شمرد و دیگری آن را مقتضای اطلاق، دسته سوم، از این افراط و تفریط پرهیز نموده و برآنند که حق تمتع جنسی مقتضای ذات عقد نکاح نمی‌باشد. بنابراین شرطی که استمتاع جنسی را نفی کند موجب بطلان عقد نمی‌شود ولی از طرف دیگر، به دلیل اهمیت و ضرورت وجود رابطه جنسی میان زوجین، شرط برخلاف آن را، باطل می‌شمارند (شهیدی، ۱۳۸۶؛ ص ۱۱۸)، اما این بطلان به عقد سرایت نمی‌کند. الزام قانونی زوجین به حسن معاشرت با یکدیگر، تکلیف و توصیه اخلاقی است. جامعه نیز همبستگی و خوشرویی و احترام متقابل زن و شوهر را از لوازم اخلاق حسنه به شمار می‌آورد. بنابراین هرگونه شرط ضمن قرارداد بین زوجین که آن‌ها را از تکلیف متقابل تمکین در برابر یکدیگر معاف کند، بدون تردید به علت مغایرت با قوانین آمره و نظم عمومی و اخلاق حسنه نامشروع تلقی شده و باطل خواهد بود. لذا هیچ‌گونه الزامی برای طرفین ایجاد نخواهد کرد. مدلول ماده ۹۷۵ قانون مدنی نیز، مؤید همین گفته است. از میان فقها، ابن ادریس در سرائر، شرط مذکور را به دلیل مخالفت با کتاب و سنت باطل می‌دانند^۵ (حلی، ۱۴۱۰؛ ص ۵۸۹).

گفتار چهارم: دیدگاه نگارنده

پس از تبیین ریشه اختلاف راجع به موضوع مورد بحث و بیان دیدگاه‌های مختلف و استدلال آن‌ها، در این قسمت، ضمن نقد نظرات قبلی به ارائه نظر خود و تقویت آن می‌پردازیم. بدین منظور ابتدا در مقام اثبات این مسئله خواهیم بود که اثر و مقتضای ذات نکاح، زوجیت است و بقیه آثار، مترتب بر آن می‌باشند، و در بخش دوم راجع به وضعیت حقوقی شروط ناظر بر روابط جنسی با بیان انواع آن بحث خواهیم کرد.

بند اول: زوجیت مقتضای ذات نکاح

در قسمت بیان دیدگاه‌های موجود نسبت به ماهیت و مقتضای نکاح سه دیدگاه بیان شد، که عقیده دو دسته اخیر بر آن بود که استمتاع جنسی مقتضای ذات نکاح نیست. ما نیز ضمن تأیید این نظر دلایلی برای تأیید این دیدگاه علاوه بر دلایل بیان شده ذکر می‌کنیم.

الف: مقتضای ذات هر عقد یک اثر است و هرگز یک عقد نمی‌تواند آثار ذاتی متعدد داشته باشد. اما بر آن اثر ذاتی ممکن است آثار دیگری مترتب شود. مثلاً اثر عقد بیع ایجاد ملکیت برای خریدار است، اما بر این اثر، آثاری چون حق تصرف در مبیع، حق انتقال، حق انتفاع از آن و سایر حقوق، مترتب می‌شود. بنابراین، شرط خلاف اثر عقد را، با شرط خلاف اثر عقد، نباید اشتباه کرد. چرا که اولی بی‌تردید باعث بطلان عقد می‌شود اما در دومی تردید وجود دارد (شهیدی، ۱۳۸۶؛ ص ۱۱۷).

حال در عقد نکاح سوال این است، آیا تحقق رابطه زوجیت، اثر عقد نکاح است و ایجاد رابطه محرمیت و اباحه تمتع جنسی، از آثار آن یا بالعکس؟ آیا به سبب عقد نکاح ابتدا علقه زوجیت برقرار می‌شود و سپس اباحه استمتاع جنسی یا این‌که ابتدا استمتاع جنسی برقرار شده و سپس علقه زوجیت؟ بیگمان تحقق رابطه زوجیت مقدم بر تمتع جنسی و تولد و تناسل می‌باشد. زیرا تا زمانی که در نتیجه عقدی صحیح و نافذ، بین طرفین رابطه زوجیت برقرار نشود، اباحه استمتاع جنسی به وجود نمی‌آید. این امر از ظاهر مواد ۱۰۳۵ و ۱۱۰۲ قانون مدنی قابل استنباط است. به موجب ماده ۱۱۰۲: «همین که نکاح به طور صحت واقع شد، روابط زوجیت بین طرفین موجود و حقوق و تکالیف زوجین در مقابل همدیگر برقرار می‌شود» و ماده ۱۰۳۵ نیز مقرر می‌دارد: «وعده ازدواج ایجاد علقه زوجیت نمی‌کند...». بنابراین اثر و مقتضای ذات نکاح، و آن‌چه عقد نکاح در پی به وجود آوردن آن است، ایجاد علقه زوجیت است که بلافاصله، بعد از اجرای صیغه عقد نکاح، به وجود می‌آید، و سایر آثار، مترتب بر این اثر است. بنابراین شروط ناظر به روابط جنسی، خلاف اثر و مقتضای ذات نکاح نیست تا باطل و مبطل عقد باشد، بلکه خلاف یکی از آثار اثر نکاح (یعنی حق تمتع جنسی) می‌باشد. ب: پذیرش این نظر که ذات نکاح، تمتع جنسی می‌باشد، تالی فاسدهایی به دنبال خواهد داشت.

زیرا پیامد منطقی پذیرش این نظر این است که اولاً، تصور و تحقق نکاحی که امکان برقراری این رابطه در آن وجود ندارد، غیرممکن است. زیرا اگر ذات و اثر نکاح استمتاع جنسی باشد، از عقد جدانشدنی است و عقد بالذات تولیدکننده آن است. بنابراین، نتیجه این می‌شود، کسانی حق ازدواج دارند که توانایی برقراری این رابطه را دارند، و کسانی که توانایی برقراری این رابطه را ندارند (خواه به طور طبیعی مثل فرد عنین، خواه در نتیجه حوادثی مثل تصادف این توانایی را از دست دادند)، حق انعقاد عقد نکاح را از دست می‌دهند. زیرا توانایی فراهم آوردن ذات نکاح (برقراری رابطه جنسی) را ندارند. ثانیاً، اگر بعداً این توانایی را از دست بدهند عقد نکاح فسخ می‌شود چرا که، نکاح، ذات

خودش را از دست داده و از آن جایی که نکاح عقدی است مستمر، لذا وجود مقتضای ذات، نه تنها در زمان عقد، بلکه بقاء و استمرار آن تا پایان عقد نیز شرط است.

مسئلاً پذیرش چنین نتیجه‌ای برخلاف قانون می‌باشد. زیرا عقد نکاح یکی از حقوق مدنی می‌باشد که اشخاص به تصریح ماده ۹۵۶ قانون مدنی با زنده متولد شدن، متمتع از آن خواهند بود و اجرای این حق هم، منوط به داشتن توانایی برقراری رابطه جنسی نشده است. بنابراین، محروم کردن اشخاص از این حق، نیازمند تصریح قانون‌گذار می‌باشد در صورتی که، چنین تصریحی وجود ندارد. بنابراین نباید در تمیز ذات نکاح، به‌گونه‌ای عمل شود که نتیجه آن، مخالف نص صریح قانون‌گذار باشد.

ج: استدلال دیگر طرفداران نظر نخست این بود، پیوندی را که در آن، زن و مرد حق استمتاع جنسی را ندارند، عرفاً نمی‌توان نکاح نامید (کاتوزیان، ۱۳۸۷؛ ص ۴۶۲)، از این رو نتیجه گرفته شده که استمتاع جنسی لازمه عرفی ایجاد رابطه زناشویی است، و شرط برخلاف آن باطل و مبطل عقد است.

این استدلال نیز مردود است. زیرا اولاً، چنین عرف مسلم و قطعی وجود ندارد و داوری عرف در این رابطه متفاوت است. ثانیاً، استناد به قواعد عرفی در صورتی صحیح است که مخالف قواعد و اصول حقوقی نباشد، و چنین داوری بر فرض وجود آن، هم مخالف قواعد حقوقی و هم مخالف مصالح جامعه می‌باشد. زیرا از یک طرف اگر به مجموع قواعد مندرج در حقوق خانواده و خاصه عقد نکاح به دقت نگریسته شود، می‌بینیم که قانون‌گذار اجازه نداده تا به راحتی نهاد خانواده از هم پاشیده شود. شرایط و ضوابط عقد نکاح در قانون مشخص و انتظام دقیقی یافته‌اند و به دلیل اهمیت آن سعی شده تا از انحلال بی‌مورد آن، جلوگیری شود. بنابراین گفتن این مطلب که شروط ناظر به روابط جنسی برخلاف مقتضای ذات نکاح بوده و در نتیجه باطل و مبطل عقد هستند، استدلالی است که برخلاف جهت‌گیری قانون‌گذار در جهت حفظ نهاد خانواده می‌باشد و نیازمند نص خاص است. از طرف دیگر انحلال نکاح، پیامدهای بسیار ناگواری برای اجتماع و سلامت آن دارد، بنابراین به صلاح جامعه نیست تا با توسل به چنین استدلال‌هایی بخواهیم نکاح را باطل نماییم. بنابراین به نظر ما، نه تنها داوری عرف مبین پذیرش نظر گروه نخست نیست، بلکه در صورت وجود چنین داوری‌ای برخلاف قواعد کلی مندرج در نکاح، و در تعارض صریح با مصالح اجتماعی است.

د: اما این استدلال که در صورت شرط عدم نزدیکی، عقد نکاح بی‌پایه و بی‌محتوا شده و زوجین را نمی‌توان زن و شوهر نامید، یا این که توالد و تناسل لازمه نکاح است، نیز صحیح نمی‌باشد. زیرا در هر نکاحی اغراض متعدد وجود دارد. نزدیکی و توالد، می‌تواند از اغراض مهم در نکاح باشد ولی لازمه آن نیست. زیرا اگر تناسل را قانون‌گذار از لوازم می‌دانست نکاح پیرزن و پیرمرد را اجازه نمی‌داد یا اگر نزدیکی از شرایط صحت نکاح بود عنن، خصاء و قرن می‌بایست از موانع نکاح باشند در حالی که

از عیوب مجوز فسخ نکاح هستند (شایگان، ۱۳۷۵؛ ص ۲۱۳). در واقع چنین برداشتی به دلیل نادیده گرفتن سایر آثار عقد است. نزدیکی، تنها اثر نکاح نیست که فقدان آن عقد را بیهوده و بی‌فایده کند. زیر یک سقف زندگی کردن، مهریه، نفقه، ارث بردن از یکدیگر، و از همه مهم‌تر ایجاد علقه و پیوند زوجیت، آثاری هستند که عقد نکاح بدون تمتع جنسی نیز در بردارنده آن بوده و بنابراین بیهوده انگاشتن نکاح بدون تمتع جنسی، درست نمی‌باشد.

۵: پذیرش حاکمیت اراده در مورد رابطه جنسی از ناحیه قانون‌گذار، با توجه به مواد مبحث، عیوب نکاح نیز با نگاهی دقیق قابل استنباط است. این امر از دو منظر قابل تأمل و بررسی است. نخست حاکمیت اراده در زمان عقد و تحقق تراضی طرفین دوم، حاکمیت اراده پس از عقد و به اراده یکی از طرفین.

در ارتباط با قسمت نخست، ماده ۱۱۲۶ قانون مدنی قابل استناد است، به موجب این ماده: «هر یک از زوجین که قبل از عقد، عالم به امراض مذکوره در طرف دیگر بوده بعد از عقد حق فسخ نخواهد داشت». مراد از «امراض مذکوره» در این ماده امراض مندرج در مواد ۱۱۲۱ الی ۱۱۲۳ قانون مدنی می‌باشد که شامل عیوب مردان مثل خصاء، عنن، مقطوع بودن آلت تناسلی به اندازه‌ای که قادر به عمل زناشویی نباشد و عیوب زنان مثل قرن، جذام، افضاء و... است. از مفهوم این ماده، می‌توان حدود حاکمیت اراده نسبت به رابطه جنسی در زمان عقد را استنباط کرد، زیرا به زوجین اجازه می‌دهد نکاحی منعقد کنند که علم دارند در آن امکان برقراری رابطه جنسی به دلیل وجود یکی از امراض مذکور وجود ندارد و در صورت انعقاد آن، ملتزم به آثار عقد خواهند شد و دیگر به این دلیل که طرف مقابل توانایی برقراری رابطه جنسی را ندارد، نمی‌توانند قرارداد را فسخ کنند. بدیهی است اگر تمتع جنسی مقتضای ذات نکاح بود، امکان تحقق نکاح با وجود یکی از عیوب مذکور، به دلیل عدم تحقق مقتضاء، وجود نداشت.

برای اثبات مدعای ما در قسمت دوم یعنی حاکمیت اراده پس از عقد، می‌توان به مفاد مواد ۱۱۲۲ و ۱۱۲۳ قانون مدنی استناد کرد. ماده ۱۱۲۲ بیان می‌دارد: «عیوب ذیل در مرد موجب حق فسخ برای زن خواهد بود: ۱. خصاء؛ ۲. عنن به شرط آن که ولو یکبار عمل زناشویی را انجام نداده باشند؛ ۳. مقطوع بودن آلت تناسلی به اندازه‌ای که قادر به عمل زناشویی نباشد» و نیز در ماده ۱۱۲۳ می‌خوانیم: «عیوب ذیل در زن موجب حق فسخ برای مرد خواهد بود: ۱. قرن؛ ۲. جذام؛ ۳. برص؛ ۴. افضاء؛ ۵. زمین‌گیری؛ ۶. نابینایی از هر دو چشم».

طریق استدلال به مواد مذکور بدین توضیح میسر است که اگر رابطه زناشویی و استمتاع جنسی، مقتضای ذات نکاح باشد، پس احراز عیوبی مثل خصاء، عنن، مقطوع بودن آلت تناسلی در زوج و بیماری‌هایی مثل قرن، جذام، برص و افضاء در زوجه، که جملگی مانعی دائمی در جهت برقراری رابطه جنسی هستند، سبب انفساخ و بطلان عقد می‌گردند نه اعطاء حق فسخ. زیرا با حدوث یکی از

این عیوب، امکان تحقق مقتضای ذات نکاح (که بر فرض ادعا تمتع جنسی است) وجود نخواهد داشت، و چنانچه مانعی دائمی برای تحقق مقتضای ذات فراهم گردد عقد منفسخ می‌شود؛ در صورتی که قانون مدنی این نظر را نپذیرفته و به دادن حق فسخ بسنده کرده که البته آن هم مشروط به آن است که در زمان عقد، علم به وجود عیب نباشد.

این که قانون‌گذار به اراده طرفین یا یکی از آنها مجال می‌دهد تا این‌گونه در حق تمتع جنسی دخل و تصرف نمایند، (در زمان نکاح، با میل خود از آن صرف‌نظر کنند و نکاحی منعقد نمایند که در آن امکان برقراری رابطه جنسی وجود ندارد، یا پس از عقد و اطلاع از بروز عیوب مانع روابط جنسی، التزام به مفاد عقد یا برهم زدن آن را، به اختیار آنها واگذار کرده) خود حکایت از آن دارد که تمتع جنسی، مقتضای ذات نکاح نیست، چون هر حقوقدانی تأیید می‌نماید که اراده اشخاص، محکوم به پذیرش و تبعیت از مقتضای ذات عقد است نه حاکم بر آن.

بند دوم: وضعیت حقوقی شروط مرتبط با حق تمتع جنسی

حال که زوجیت را اثر نکاح و حق تمتع جنسی را از آثار اطلاق نکاح دانسته‌ایم، اکنون باید اثر این استنباط را، در رابطه با وضعیت حقوقی شروط ناظر بر روابط جنسی بررسی کرد. شروط مذکور می‌توانند به صور مختلف در ضمن قرارداد گنجانده شوند یا بعد از نکاح مورد تراضی قرار گیرند. اما برای سهولت بحث می‌توان آنها را به دو دسته کلی تقسیم کرد: نخست، شروط ممنوع‌کننده روابط جنسی؛ دوم، شروط مقیدکننده روابط جنسی. هدف از شروط دسته نخست، نفی و منع رابطه جنسی است. اما هدف از شروط دسته دوم، حذف رابطه جنسی از روابط زناشویی نیست، بلکه زوجین درصدد مقید کردن رابطه جنسی می‌باشند، مثلاً محدود کردن رابطه جنسی به زمان‌های خاص و یا مقید کردن آن به مکان‌های خاص. یا ممکن است بر روی شروطی توافق کنند که در کیفیت و چگونگی روابط جنسی تأثیرگذار باشد. بنابراین ادامه بحث را بر مبنای همین تقسیم‌بندی، اما با بررسی وضعیت حقوقی شروط مذکور، از جهت صحت و بطلان و نیز تأثیر آنها بر عقد نکاح، پی می‌گیریم. البته نگارنده اذعان دارد که تقسیم‌بندی مذکور، مبتنی بر ذوق و سلیقه شخصی بوده و شاید خالی از ایراد نیز نباشد، اما برای پرهیز از اطناب و تطویل، و نیز رعایت مجال مقاله بوده و در جهت تشحیذ ذهن خواننده، خالی از فایده نخواهد بود.

الف: شروط ممنوع‌کننده روابط جنسی

با توجه به ملاحظات و استدلال‌های پنج‌گانه فوق، مسلم گردید که شروط، متضمن نفی رابطه جنسی، برخلاف مقتضای ذات عقد نیستند چون رابطه جنسی، مقتضای ذات نکاح نیست. اما از دو جهت می‌توان در صحت این شروط تردید کرد: نخست، از جهت اصطکاک و مخالفت آن با نظم عمومی و اخلاق حسنه و دوم، از این جهت که توافق مذکور می‌تواند منجر به سلب یکی از حقوق

مدنی به طور کلی گردد، لذا مباحث مربوط به این قسمت را در بندهای جداگانه مورد مطالعه قرار می‌دهیم.

تعارض با نظم عمومی و اخلاق حسنه: نظم عمومی و اخلاق حسنه را باید از جمله مفاهیم مبهم و مجادله‌برانگیز حقوق دانست که به دشواری می‌توان در ارتباط با آن به اجماع و اقناع رسید. نظم عمومی در دو حوزه حقوق داخلی و حقوق بین‌الملل خصوصی مطرح می‌گردد که البته قسم اخیر آن از حوزه بحث ما خارج است. صحبت از نظم عمومی، مجال و مقال مفصلی را می‌طلبد و در این مختصر نمی‌گنجد، لذا برای تبیین آن به بیان بعضی از نظرات اکتفاء می‌کنیم.

نظم عمومی در حقوق داخلی شامل آن دسته از قواعدی است که اصطلاحاً قواعد امری نامیده می‌شوند، مانند قواعد مربوط به وضعیت، اهلیت، ارث، وصیت و غیره، و مخالفت با نظم عمومی چیزی جزء نقض قواعد و مقررات امری نیست (الماسی، ۱۳۸۴؛ ص ۱۸۳). هدف از وضع قوانین مربوط به نظم عمومی، حفظ منافع عمومی بوده و تجاوز بدان، نظم را که لازمه حسن جریان امور اداری یا سیاسی و اقتصادی یا حفظ خانواده است برهم می‌زند (کاتوزیان، ۱۳۸۳؛ ص ۵۲). اموری برخلاف نظم عمومی می‌باشند که ارتکاب آن ایجاد هیجان و تشنج اجتماعی نموده، موجب اخلاق نظم می‌گردد (امامی، ص ۴۹). اخلاق حسنه نیز چهره خاصی از نظم عمومی است؛ بخشی از اخلاق که هنوز در قوانین نفوذ نکرده و ضامن اجرای آن تنها وجدان اجتماعی است (کاتوزیان، همان). اموری که افراد جامعه رعایت آن را لازم بدانند و رفتار بر خلاف آن را تقبیح کنند، اگرچه به درجه‌ای نرسد که موجب تهییج احساسات جامعه و افکار عمومی گردد (امامی، همان).

قانون مدنی نیز با ملاحظه اهمیت نظم عمومی و اخلاق حسنه، در ماده ۹۷۵ بیان می‌دارد: «محکمه، نمی‌تواند قوانین خارجی و یا قراردادهای خصوصی را که برخلاف اخلاق حسنه بوده و یا به واسطه جریحه‌دار کردن احساسات جامعه یا به علت دیگر، مخالف با نظم عمومی محسوب می‌شود به موقع اجرا گذارد، اگرچه اجرای قوانین مزبور اصولاً مجاز باشد».

به نظر می‌رسد که هرچند رابطه جنسی معرف و مقتضای ذات نکاح نیست، ولی از اموری است که اخلاق و نظم عمومی، رعایت آن را لازم می‌داند و حاکمیت اراده در این حوزه با مانعی جدی به نام اخلاق و نظم عمومی در تعارض است. زیرا به موجب مذهب و قوانین مصوب ما، تنها طریق مشروعیت بخشیدن به رابطه جنسی، عقد نکاح است و اگر بخواهیم حلیت این رابطه را به سبب شروط ضمن عقد، از بین ببریم، امکان برقراری این رابطه به طریق مشروع فراهم نمی‌گردد و در عوض زمینه برای ازدواج مجدد یا طروق نامشروع برطرف کردن نیازهای جنسی فراهم می‌گردد. لذا ممکن است سرکوب این غریزه حیوانی سرکش، آثار نامطلوبی بر خانواده و جامعه وارد نماید و این امر را اخلاق حسنه و نظم عمومی بر نمی‌تابد. از این‌رو، شرط مذکور را باید باطل و نامشروع دانست، اما این بطلان تأثیری در صحت اصل نکاح نداشته و به تعبیر دیگر، شرط مذکور باطل است، ولی مفسد و مبطل عقد نیست، زیرا نه یک شرط مجهول و نه مخالف مقتضای ذات عقد است.

اما در مواردی که توافق بر این شرط، متضمن یک فایده عقلایی و در جهت احتراز از آثار نامطلوب ناشی از رابطه جنسی باشد، نمی‌توان آن را مخالف نظم عمومی و اخلاق حسنه دانست. مثلاً در صورتی که یکی از زوجین مبتلا به امراض مسری مقاربتی گردد، در جهت حفظ سلامت شریک دیگر، زوجینی که به بقای زندگی مشترک و حفظ نهاد خانواده می‌اندیشند، چاره کار را در نفی رابطه جنسی بدانند. بیگمان این توافق نه تنها برخلاف نظم عمومی و اخلاق حسنه نیست بلکه در راستای آن نیز هست.

سلب حق به طور کلی: تمتع جنسی حقی است که صرفاً به سبب عقد نکاح مشروعیت یافته و از حقوق متقابل زوجین است. بنابراین اگر طرفین بخواهند این حق را به طور کامل از خودشان سلب کنند این سوال و این شبهه مطرح می‌گردد که آیا شرط مذکور، یکی از مصادیق سلب حق به طور کلی نیست؟ اگر پاسخ مثبت باشد چنین شرطی باطل است، زیرا به موجب ماده ۹۵۹ قانون مدنی: «هیچ کس نمی‌تواند به طور کلی، حق تمتع یا حق اجراء تمام یا قسمتی از حقوق مدنی را از خود سلب کند».

برای روشن شدن این بحث به مثالی در باب مالکیت تمسک می‌جوئیم تا تأثیر شرط سلب حق تبیین گردد. مالکیت که به موجب ماده ۱۴۰ قانون مدنی^۷ به چهار طریق حاصل می‌گردد؛ حقی است که به مالک حق، همه‌گونه تصرفات و انتفاعات را در مملوک می‌دهد (ماده ۳۰ قانون مدنی). لذا اگر در قرارداد بیعی شرط گردد که خریدار پس از قبض مبیع، حق انتقال به هیچ کس را نداشته باشد، این شرط را از مصادیق سلب حق به طور کلی بوده و باطل است، اما اگر شرط شود که خریدار حق انتقال به فلان کس را نداشته یا این که تا ۵ سال حق انتقال را نداشته باشد، شرط مذکور صحیح است چون سلب حق به طور جزئی است (کاتوزیان، ۱۳۸۳؛ ص ۲۰۹، ۲۱۰؛ صفایی، ۱۳۸۱؛ ص ۳۰).

حق نکاح و ازدواج کردن از آن دسته حقوق مدنی است که هیچ کس نمی‌تواند به موجب قرارداد، حق تمتع یا استیفای از آن را، به طور کلی از خود سلب کند، همان‌گونه که شخص نمی‌تواند حق مالکیت را از خود سلب کند. اما سوال این است که آیا نمی‌توان گفت که نفی کلی حق تمتع جنسی که یکی از آثار مهم نکاح است نیز، از مصادیق سلب حق به طور کلی می‌باشد، آن‌گونه که حقوقدانان در باب مالکیت، سلب یکی از آثار مترتب بر مالکیت را (سلب حق انتقال به غیر) از مصادیق سلب حق به طور کلی دانسته‌اند. به نظر ما اگر سلب حق انتقال به غیر، سلب حق به طور کلی باشد، سلب حق تمتع جنسی، به طریق اولی از مصادیق سلب حق به طور کلی و برخلاف ماده ۹۵۹ قانون مدنی است. زیرا اهمیت رابطه جنسی در توالد و تناسل و نقش آن در سلامت نهاد خانواده و اجتماع بی‌بدیل است و ضرورت توجه به آن به مراتب فراتر از حق مالکیت است، لذا باید گفت که شرط سلب حق تمتع به طور کلی، باطل و بلااثر است، اما این بطلان تأثیری بر اصل نکاح ندارد.

در فقه امامیه سلب حق، تحت عنوان تحریم حلال و یا شرط مخالف کتاب مطرح گردیده است و خواستگاه اصلی آن در دو موضع: یکی در مبحث شروط ضمن عقد و قاعده «المؤمنون عند شروطهم» آلا شرطاً حرم حلالاً او احلاً حراماً، و یا در بعضی از روایات: «آلا کلّ شرط خالف کتاب الله عزّ و جل»، و دیگری در کتاب الصلح، می‌باشد؛ زیرا در آن‌جا نیز روایتی از رسول خدا صلی الله علیه و آله و سلم وارد شده که: «الصلح جائز آلا صلحاً احلاً حراماً او حرم حلالاً» (بجنوردی (سیدحسن)، ۱۴۱۹ هـ.ق، ص ۲۴۷). در واقع اعتقاد غریب به اتفاق فقها این است که اگر هدف از شرط و توافق، التزام به ترک یک فعل مباح به طور دائم باشد این امر موجب تحریم حلال بوده و ممنوع است^۸ (نائینی، ۱۳۷۳ هـ.ق، ص ۱۰۵؛ بجنوردی، همان، ص ۲۶۴). در مسئله مورد بحث (شرط عدم نزدیکی به طور کلی)، می‌توان گفت که التزام به ترک رابطه جنسی که به سبب نکاح برای زوجین حلال گشته و طریق دیگری هم برای حلّیت آن وجود ندارد، یکی از مصادیق تحریم حلال است که با مبانی فقهی قاعده «المؤمنون عند شروطهم آلا شرطاً حرم حلالاً او احلاً حراماً» سازگاری ندارد.^۹

ب: شروط مقیدکننده روابط جنسی

دسته دوم از شروط ناظر بر روابط جنسی، شروطی هستند که قیود و حدودی بر این رابطه تحمیل می‌کنند، لذا هدف از این شروط، سلب و نفی رابطه جنسی نیست بلکه زوجین با توسل به آن‌ها، درصدد مقید کردن رابطه جنسی هستند. تقید مذکور یا ممکن است سبب تحدید رابطه جنسی گردد و یا سبب تشدید رابطه جنسی. مثلاً انجام رابطه جنسی در فلان ساعات یا فلان روزهای هفته یا فلان ماه‌ها، یا انجام آن با کیفیت و شرایط خاص، که در زمره شروط تحدیدکننده هستند، ولی شرط انجام عمل جنسی از قبل و دبر، ممکن است سبب تشدید رابطه جنسی گردد. به نظر نمی‌رسد شروط مذکور برخلاف نظم عمومی و اخلاق حسنه باشند، زیرا زوجین اجرای یکی از حقوق قانونی خود را در پرتو اصل حاکمیت اراده، انتظام می‌بخشند و از طرف دیگر این شروط برخلاف شروط سلب‌کننده رابطه جنسی، از مصادیق سلب حق به طور کلی نیستند بلکه از مصادیق سلب حق به طور جزئی بوده، که با توجه به مفهوم مخالف ماده ۹۵۹ قانون مدنی مجاز است.

در واقع یکی از راه‌های جزئی کردن اسقاط حق، محدود ساختن آن به زمان معین است. به عنوان مثال، اگر خریدار ملکی حق فروش یا انتقال را برای همیشه از خود سلب کند، سلب حق به طور کلی کرده و باطل است، ولی اگر برای زمان محدود از خود سلب کند (۵ سال، یا تا زمان خروج از حجر)، سلب حق به طور جزئی بوده و با حکم ماده ۹۵۹ منافات ندارد (کاتوزیان، ۱۳۸۴ هـ.ش، ص ۶۶). در فقه نیز، فقهایی که التزام به ترک مباح را، تحریم حلال و مخالف کتاب و سنت می‌دانند، مشروط به آن است که التزام، ناظر به ترک نوع خاصی از مباح به طور دائم باشد، اما اگر طرفین

توافق به ترک فردی از مباح نه نوع مباح، یا التزام به ترک نوعی از مباح ولی در یک برهه یا برهه‌های زمانی خاص نمایند، توافق و شرط مذکور را از مصادیق تحریم حلال ندانسته‌اند^۱ (بجنوردی، همان؛ نائینی، ۱۳۷۳؛ ص ۱۰۵).

پس می‌توان گفت که التزام به ترک مباح دو صورت دارد؛ صورت اول: گاه به شکل التزام به مصداق مخصوصی از آن یا ترک مطلق آن در برهه‌ای از زمان است، که این نوع الزام اشکالی ندارد. چرا که مخالفتی با کتاب، چه از نظر التزام و چه از نظر ملتزم به ندارد. به عبارت دیگر، نه التزام و نه ملتزم به با شرع مخالفت ندارد. صورت دوم: گاه التزام بدین صورت است که نوع مباح را ملتزم به ترکش می‌شود که هیچ وقت حتی یک مورد و مصداق آن را هم انجام ندهد. این نوع التزام در واقع تحریم آن چیزی است که خداوند سبحان آن را حلال کرده است. لذا در التزام به ترک مباح، فرق است میان این‌که متعلق التزام، همه افراد نوع آن باشد یا بعضی از آن‌ها و همچنین فرق است میان این‌که این التزام به طور دائم باشد یا به طور موقت و محدود (بجنوردی، سیدمحمد، ۱۴۰۱؛ هق، ص ۴۶۰).

در پایان این مبحث باید متذکر گردید که، حتی در مقید کردن رابطه جنسی، نباید طریق افراط را پیمود و تا آن‌جا پیش رفت که، محدود کردن رابطه جنسی ملازمه با نفی آن پیدا کند (مثلاً داشتن رابطه جنسی فقط برای یک‌بار و آن هم در جهت تحقق بارداری) و یا در تشدید کردن آن، آن‌قدر افراط کرد که ملازمه با ضرر و آسیب‌های بدنی و جسمی داشته باشد که در صورت اخیر، شرط مذکور حتماً برخلاف نظم عمومی و اخلاق حسنه خواهد بود.

نتیجه

با توجه به محورهای اصلی این نوشتار که عبارت بودند از: تعریف نکاح، تمیز اثر و ذات نکاح از سایر آثار آن و وضعیت حقوقی شروط ناظر به روابط جنسی، این نتایج به دست آمد:

اثر نکاح یک چیز است ولی بر این اثر، آثار دیگری مترتب می‌شود. نخستین اثری که نکاح، بالذات تولیدکننده آن است و از آن جدا شدنی نیست، ایجاد علقه زوجیت بین دو فرد است، و آثار دیگر مثل تمتع جنسی، نفقه، مهریه، ارث، ریاست شوهر بر خانواده، جملگی از این اثر ناشی می‌شوند و هیچ یک از این آثار غیر از زوجیت، نباید در تعریف نکاح اخذ شوند. بنابراین بهترین تعریف برای نکاح این است که گفته شود: «عقدی است که به موجب آن، علقه و پیوند زوجیت میان طرفین عقد برقرار می‌شود» بنابراین، طبق این تعریف، مقتضای ذات نکاح «زوجیت» است و اباحه استمتاع جنسی نیز از آثار اطلاق عقد نکاح می‌باشد، به طوری که هرگاه عقد نکاح به طور مطلق منعقد شود، زن و شوهر، مکلف به برقراری رابطه جنسی می‌باشند و در صورتی که زن، از این تکلیف امتناع نماید ناشزه محسوب شده، و نفقه از او ساقط می‌شود و در صورتی که شوهر خودداری نماید، زن می‌تواند

با استناد به عسر و حرج (ماده ۱۱۳۰) درخواست طلاق از دادگاه بنماید. اما هم‌چنان که گفته شد چون آثار اطلاق عقد، از ماهیت عقد ناشی نمی‌شوند و لازم آن نیستند، پس اصل حاکمیت اراده در این حوزه مورد پذیرش است.

اما اراده طرفین در حق تمتع جنسی به دو شکل می‌تواند متجلی شود: نخست در جهت سلب و نفی رابطه جنسی؛ دوم، در جهت تقیید روابط جنسی به شروط محدودکننده و شروط تشدیدکننده. در حالت نخست باید شرط را نه به دلیل مخالفت با مقتضای ذات عقد (آن‌گونه که در نظر مشهور گفته شد) بلکه به دلیل مخالفت با نظم عمومی و اخلاق حسنه و نیز به دلیل این‌که از مصادیق سلب حق به طور کلی است یا به تعبیر فقها از باب تحریم حلال، و مخالفت با کتاب و سنت، باطل دانست البته بطلانی که به صحت قرارداد نکاح، خللی وارد نمی‌آورد. اما پذیرش حاکمیت اراده در دسته دوم، با مانعی روبرو نخواهد بود زیرا این شروط نه مخالف مقتضای ذات عقد و نه مخالف نظم عمومی و اخلاق حسنه هستند و هم این‌که از مصادیق سلب حق به طور جزئی هستند و هم‌چنان که از آیه شریفه ۲۱ سوره رم^{۱۱} برمی‌آید، هدف از نکاح این است که زن و شوهر در کنار هم آرامش یافته و انس بگیرند، بنابراین اگر زوجین آرامش یافتن خود را، در گرو محدود کردن رابطه جنسی بدانند، پس همان مورد قبول خداوند سبحان می‌باشد. البته باید در راه تقیید این رابطه که ضامن توالد و تناسل و متضمن سلامت خانواده و جامعه است، طریق اعتدال و متعارف را نیز مورد لحاظ قرار داد. زیرا پیمودن راه افراط و تفریط در تحدید و تشدید این رابطه، با مسئله تخالف آن با نظم عمومی و اخلاق حسنه مواجه شده و صحت آن مورد تردید و تشکیک جدی قرار می‌گیرد.

پی‌نوشت‌ها

۱. سید میرعبدالفتاح مراغه‌ای در این باره در کتاب العناوین الفقهیه بیان می‌دارند: (...المرجع فی معرفه هذه الأشياء العرف فی بعض المقامات بل أكثرها، و الشرع فی بعضها، من جهة أن المدار فی المعاملات علی ما هو طریقة الناس غالباً، و لم یصدر من الشارع فی هذا الباب سوی جعل شروط و بیان موانع) (۱۴۱۷ ه ق، ص ۲۴۸).
۲. ماده ۲۳۳ شروط مفصله ذیل باطل و موجب بطلان عقد است ۱- شرط خلاف مقتضای عقد...
۳. در این مورد دو روایت معروف به روایت سماعه و روایت عمار، مستند بعضی از فقها قرار گرفته که البته در تفسیر و قوت آن اختلاف نظر است که از بیان آن به جهت تفصیل احتراز گردید. برای مطالعه بیشتر می‌توانید ر.ک به: زنجانی، سید موسی شبیری، کتاب نکاح، ج ۲۳، ص ۷۳۱۷ به بعد.
۴. از فقهای معاصر آیت الله بهجت در کتاب جامع المسائل در این رابطه بیان می‌دارند: اگر شرط کرد زن، که وطی او ننماید یا ازاله بکارت او ننماید، این شرط نافذ و لازم است، و مخالفت جایز نیست، چه در دائم باشد چه در منقطع؛ و هم چنین غیر وطی از بعض استمتاعات. و اگر بعد از عقد مشروط اذن داد، جایز است وطی، هرچند ترک آن شرط شده بود (۱۴۲۶ ه ق، ص ۶۷).
۵. ایشان در رابطه شرط عدم وطی و عدم ازاله بکارت بیان می‌دارد: «... و قد روی أنه إن شرطت علیه فی حال العقد أن لا یقتضها، لم یکن له افتضاها، فإن أذنت له بعد ذلك فی الافتضا، جاز له ذلك... و الذی یقتضیه المذهب، أن الشرط

باطل، لآنه مخالف لموضوع الكتاب و السنه، لأن الأصل براءة الذمه من هذا الشرط، و الإجماع فغير منعقد عليه، بل ما يورد ذلك إلا في شواذ الأخبار».

۶. در این رابطه می‌توانید رجوع کنید به، کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، جلد اول، شماره ۹۵ به بعد.
۷. ماده ۱۴۰ قانون مدنی: تملک حاصل می‌شود: ۱- به احیاء اراضی موات و حيازت اشیاء مباحه ۲- به وسیله عقود و تعهدات ۳- به وسیله أخذ به شفعه ۴- به ارث
۸. سیدحسن بجنوردی در کتاب القواعد الفقهيہ در این رابطه بیان می‌دارد: «فشرط ترك المباح دائما، إن كان الالتزام متعلقاً بترك نوع مباح، لابعض أفراده و مصاديقه لخصوصية فيه، يكون تحريماً للحلال باعتبار نفس الالتزام لا الملتزم به» جلد ۳، ص ۲۶۴.
۹. البته در این مورد نظر مخالف هم وجود دارد که برای ملاحظه نظرات می‌توانید ر.ک. به، شیرازی، ناصر مکارم، کتاب النکاح، جلد ۶، ص ۱۰۹ به بعد.
۱۰. «...أما شرط ترك بعض أفراد نوع منه، كأن يشترط ترك شرب فرد من العصير مثلا و إن كان دائما فليس تحريماً للحلال. فصدق كون الشرط تحريماً للحلال بنظر العرف- أي نفس الالتزام بذلك، لا الملتزم به- مشروط بأمرين: أحدهما: أن يكون المشروط ترك نوع من المباح، لا فرد و مصاديقه من مصاديقه. الثاني: أن يكون الشرط تركه دائما لا مؤقتاً، خصوصا إذا كان الوقت قليلاً» (بجنوردی، همان، ص ۲۶۴ و ۲۶۵)
۱۱. آیه ۲۱ سوره رم «ومن آياته انه خلق لكم من انفسكم ازواجاً لتسكنوا اليها و جعل لكم موده و رحمه»

منابع

- القرآن الكريم انتشارات شجره طيبه، قم، ۱۳۸۵، مترجمس: مهدي الهی قمشه‌ای.
- ابن منظور، م. (۱۴۱۴ ه.ق). لسان العرب (چاپ سوم). بيروت: دار الفكر للطباعة و النشر و التوزيع.
- الماسی، ن. (۱۳۸۴). حقوق بين الملل خصوصی (چاپ سوم). تهران: نشر میزان.
- امامی، ح. (۱۳۷۲). حقوق مدنی (ج ۴، چاپ دوازدهم). تهران: کتابفروشی اسلامی.
- انصاری، م. (۱۴۱۵ ه.ق). کتاب نکاح. قم: کنگره شیخ انصاری.
- ایروانی، ب. (۱۴۲۷ ه.ق). دروس تمهیدیة فی الفقه الاستدلالی علی المذهب الجعفری (جلد ۲، چاپ دوم). قم: دارالفقه للطباعة و النشر.
- بجنوردی، م. (۱۴۰۱ ه.ق). قواعد فقهیه (چاپ سوم، جلد ۲). تهران: مؤسسه عروج.
- جبعی، ز. ملقب به شهید ثانی (۱۴۱۸ ه.ق). مسالک الافهام فی الشرایع لاسلام (جلدهشتم). قم: انتشارات موسسه المعارف الاسلامیه.
- جزیری، ع.، غروی، م. (۱۴۱۹ ه.ق). الفقه علی المذاهب الأربعة و مذهب أهل البيت علیهم السلام. بیروت: دارالثقلین.
- حسنی، ه. (۱۴۲۱ ه.ق). نظریة العقد فی الفقه الجعفری. بیروت: منشورات مکتبه هاشم.
- حلی (ابن ادریس) م. (۱۴۱۰ ه.ق). السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی (چاپ دوم). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- حلی، ج. (۱۴۰۹ ه.ق). قواعد الاحکام فی المسائل الحلال والحرام (جلد دوم). تهران: انتشارات استقلال.
- حلی (علامه)، ح. (۱۴۲۱ ه.ق). تلخیص المرام فی معرفه الاحکام. قم: دفتر تبلیغات اسلامی.

- حلی (علامه)، ح. (۱۴۱۵ ه ق). تحریر الأحكام الشرعية على مذهب الإمامية (ط - القديمة، جلد ۲). مشهد: مؤسسه آل البيت عليهم السلام.
- حلی، م. (۱۴۱۰ ق). السرائر (جلد دوم، چاپ دوم). قم: مؤسسه نشر اسلامی.
- حلی، م. (۱۴۲۵ ه ق). كنز العرفان في فقه القرآن. قم: انتشارات مرتضوی.
- حلی (فخر المحققین)، م. (۱۳۸۷ ه ق). إيضاح الفوائد في شرح مشكلات القواعد. قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- حلی (محقق)، ن. (۱۴۱۲ ه ق). نكت النهاية (جلد ۲). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به حوزه علمیه قم.
- راوندی، ق. (۱۴۰۵ ه ق). فقه القرآن (جلد دوم، چاپ دوم). قم: انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی.
- زنجانی، م. (۱۴۱۹ ه ق). كتاب نکاح (جلد ۲۳). قم: مؤسسه پژوهشی رای پرداز.
- سیستانی، ع. (۱۴۱۷ ه ق). منهج الصالحین (جلد ۳، چاپ پنجم). قم: دفتر آیت الله سیستانی.
- شایگان، ع. (۱۳۷۵). حقوق مدنی (چاپ سوم). قزوین: انتشارات طه.
- شیرازی، ن. (۱۴۲۴ ه ق). كتاب النکاح (جلد ۶). قم: انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام.
- شهیدی، م. (۱۳۸۶). شروط ضمن عقد. تهران: انتشارات مجد.
- شیخ طوسی، ا. (۱۳۵۱). مبسوط فی فقه الامامیه (جلد چهارم، چاپ سوم). قم: المکتبه المرتضویه.
- صفایی، ح. (۱۳۷۲). حقوق خانواده (جلد اول، چاپ سوم). تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
- طوسی، م. (۱۴۰۷ ه ق). الخلاف (جلد ۴). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به حوزه علمیه قم.
- طوسی، م. (۱۴۱۷ ه ق). الاجتهاد والتقليد (العهده فی اصول الفقه، جلد ۱). قم: چاپخانه ستاره.
- عاملی، ع. ملقب به محقق ثانی (۱۴۱۴ ه ق). جامع المقاصد فی شرح القواعد (چاپ دوم). قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام.
- عاملی (شهید ثانی)، ز. (۱۴۱۰ ه ق). الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة (المحشی - کلانتر، جلد ۵). قم: کتابفروشی داوری.
- فومنی گیلانی، م. (۱۴۲۶ ه ق). جامع المسائل (جلد ۴، چاپ دوم). قم: دفتر آیت الله گیلانی.
- قمی، ص. (۱۴۱۲ ه ق). فقه الصادق علیه السلام (لروحانی). قم: دار الکتب - مدرسه امام صادق علیه السلام، کاتوزیان، ن. (۱۳۶۵). فلسفه حقوق (ج ۱، چاپ دوم). تهران: انتشارات بهنشر.
- کاتوزیان، ن. (۱۳۶۸). حقوق خانواده، نکاح و طلاق (جلد ۱، چاپ پنجم). تهران: انتشارات بهنشر.
- کاتوزیان، ن. (۱۳۸۳). قواعد عمومی قراردادها (جلد ۳، چاپ چهارم). تهران: شرکت سهامی انتشار.
- کاتوزیان، ن. (۱۳۸۳). اعمال حقوقی (چاپ نهم). تهران: شرکت سهامی انتشار.
- کاتوزیان، ن. (۱۳۸۴). عقود معین (جلد اول، چاپ نهم). تهران: شرکت سهامی انتشار.
- لنگرودی، م. (۱۳۵۵). حقوق خانواده. تهران: چاپخانه صدری.
- محقق داماد یزدی، م. (۱۳۶۰). حقوق مدنی زوجین در زمان زناشویی دائم از دیدگاه قرآن. تهران: بنیاد قرآن.
- محقق داماد یزدی، م. (۱۳۸۰). بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن (چاپ چهارم). قم: انتشارات علوم اسلامی
- محقق داماد یزدی، م. (۱۴۰۶ ه ق). قواعد فقه (جلد ۲، چاپ دوازدهم). تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
- مراغه ای، ع. (۱۴۱۷ ه ق). العناوین الفقهیه (جلد ۲). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- موسوی خمینی، ر. (۱۳۸۶). تحریر الوسیله (ج ۲). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- نائینی، م. (۱۳۷۳ ه ق). منیة الطالب فی حاشیة المکاسب (جلد ۲). تهران: المکتبه المحمدیه

نجفی، م. (۱۹۸۱ ه. ق). جواهرالکلام (جلد پنجم، چاپ هفتم). بیروت: داراحیاء التراث العربی.
نراقی، ا. (۱۴۱۵ ه. ق). مستند الشیعه فی أحكام الشریعه. قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
نراقی، ا. (۱۴۱۷ ه. ق). عوائد الأيام فی بیان قواعد الأحکام. قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
نوری (محدث)، م. (۱۴۰۸ ه. ق). مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل (جلد ۱۴). بیروت: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.

Archive of SID