

دو فصلنامه بین المللی تحقیقات حقوق قضایی

License Number: ۸۶۲۲۷ Article Number: Y۴N۵۱۲۴۸۸۴۴۲ ISSN-P: ۲۷۱۷-۱۱۳۲

موارد استنادی فقها در باب ماهیت عقد نکاح

(تاریخ دریافت ۱۴۰۲/۰۳/۱۷، تاریخ تصویب ۱۴۰۲/۰۸/۱۲)

حضرت حجت الاسلام والمسلمین دکتر حسن عابدیان کلخوران^۱

محمدرضا شهسواری

چکیده

عقد نکاح یا ازدواج یک سنت طبیعی و الهی است. این را پیامبر اکرم به سنت خودشان تعبیر می کنند. معنایش این است که در اسلام بر روی این مسئله تأکید ویژه ای شده است. هدف این تحقیق بررسی موارد استنادی فقها در باب ماهیت عقد نکاح می باشد. روش این تحقیق به صورت مطالعه ی کتابخانه و با استفاده از متون و مقالات داخلی انجام شده است. در این تحقیق به دیدگاههای فقها در باب ماهیت عقد نکاح و نیز مفهوم نکاح در حقوق موضوعه پرداخته شده است.

واژگان کلیدی: فقها، عقد، نکاح و حقوق موضوعه

^۱ نویسنده مسئول



مقدمه

عقد ازدواج یا برای مدتی معین منعقد می‌شود یا برای همیشه که از اولی به متعه یا ازدواج موقت و از دومی به ازدواج دائم تعبیر می‌شود. ازدواج به خودی خود برای مشتاق آن و نیز به قول مشهور برای غیر مشتاق، مستحب و ترک آن مکروه است، اما در صورت خوف وقوع در گناه به سبب ترک آن، واجب است. ازدواج به لحاظ کسی که با او پیوند زناشویی بسته می‌شود یا حرام است مانند ازدواج با محارم یا مکروه است مانند ازدواج با زن زناکار و زن متولد از زنا؛ و ازدواج مرد با قابله خود و دختر قابله‌اش و نازا و شرابخوار و یا مستحب مانند ازدواج با زن بکر (دوشیزه)، پاکدامن، فرزندان‌آور و فرمان‌بردار شوهر. برخی از فقها در باره انتخاب کردن شوهر بدخلق، مخنث، فاسق و شارب الخمر به لاینبغی؛ یعنی سزاوار نیست تعبیر کرده‌اند. (نجفی جواهری، ۱۴۰۲). دین اسلام به ازدواج اهمیت فراوانی داده و آن را سنتی از سنت‌های پیامبر اسلام (ص) معرفی کرده است. و تجرد و غزوبت و برنگزیدن همسر را امری مکروه قلمداد کرده است همچنین قرآن کریم ازدواج را مایه آرامش دانسته و به مسلمانان توصیه کرده است که مردان و زنان بی‌همسر را همسر دهند. در روایات، ویژگی‌ها و امتیازات فراوانی برای ازدواج ذکر شده که از جمله آن‌ها می‌توان به بزرگ‌ترین نعمت پس از نعمت اسلام، سبب خیر در دنیا و آخرت، نگه‌دارنده نصف یا دو سوم دین و افزایش‌دهنده روزی اشاره کرد همچنین پست‌ترین مُردگان مسلمانان، کسانی معرفی شده‌اند که ازدواج نکرده از دنیا بروند (کلینی، ۱۴۰۷). از نظر اسلام تنها راه روابط مشروع میان زن و مرد نکاح است و جز آن در هیچ عصر و شرایطی راه و رسمی دیگر را صحیح نمی‌شمارد و هدف از نکاح به صحنه زندگی آمدن نسلی پاک و جلوگیری از آمیخته شدن نسل، احترام به زنان و پیشگیری از نگاه ابزاری به زن که نشانه توحش و زمینه ساز بسیاری از ناهنجاریها، شیوع انواع بیماری و نابودی نسل بشری می‌گردد. در جامعه کنونی در موارد بسیاری به دلایل مختلف افراد قادر بر نکاح دائم نیستند، از جمله هزینه های بالای نکاح دائم، نداشتن شغل و کسب و کار، مسافرت های طولانی و دوری از اهل و عیال، بیمار و یا باردار بودن همسر و بسیاری از موارد دیگر. این مشکلات به ویژه در عصر حاضر به



شکل حادث‌تری رخ نموده است. در این راستا فقه امامیه به نکاح موقت به عنوان یک راهکار جنبی و فرعی در مواقع ضرورت مشروعیت بخشیده است (حاتمی و همکاران، ۱۳۹۷). در این پژوهش، که در مقام گردآوری داده‌های فقهی از روش کتابخانه‌ای در آن استفاده گردیده و در مقام تدوین و ارائه مطالب، پژوهش حاضر به شیوه تحلیلی نوشته شده است، درصدد هستیم تا نظر و دلیل فقها را درباره موضوع بحث و ماهیت عقد نکاح مورد بررسی قرار دهیم (امیرزاده جیرگلی، ۱۴۰۲).

بخش اول: کلیات

نکاح در لغت بنابر مشهور به معنی وطی است. پس استعمال آن در عقد و تزویج مجاز خواهد بود. و به قول بعضی حقیقت در عقد است از جهت کثرت استعمال آن در عقد. و به قول برخی دیگر نکاح مشترک بین هر دو معنی است زیرا در هر دو استعمال شده و اصل در استعمال حقیقت است. و جمعی نیز گفته اند که نکاح در اصل به معنی التقاء است. گفته می‌شود «تناکح الجبلان اذا التقیا». و یا به معنی ضم و انضمام است گفته می‌شود: «تناکحت الاشجار: اذا انضم بعضها الی بعض». یعنی هرگاه درختان بهم پیوسته باشند. و یا به معنی اختلاط است (جابری عربلو، ۱۳۸۶). گفته می‌شود: «نکح المطر الارض اذا اختلط بترابها» یعنی هرگاه باران با خاک زمین آمیخته گردد. بنابراین هم در عقد و هم در وطی مجاز است زیرا مأخوذ از معنی دیگر است. در تأیید این قول گفته می‌شود که هیچ یک از دو معنی از لفظ نکاح فهمیده نمی‌شود مگر به قرینه و قرینه علامت مجاز است. و از ابی علی فارسی منقول است که هرگاه گفته شود «نکح فلان فلانة أو بنت فلان» غرض عقد و تزویج است. و چون گفته شود «نکح امرأته أو زوجته» غرض جماع و وطی می‌باشد (میرزایی، ۱۳۹۹). ازدواج ایجاد پیوند زناشویی به وسیله صیغه عقد است. در مذهب شیعه امامی ازدواج دو صورت دارد: دائم و موقت؛ در صیغه عقد ازدواج موقت، مدت معینی در نظر گرفته می‌شود و بعد از اتمام آن مدت، زن و شوهر بدون طلاق از هم جدا می‌شوند. ازدواج موقت در زمان پیامبر اسلام (ص) جایز بود؛ اما از زمان خلیفه دوم، حرام اعلام شد. از میان مذاهب اسلامی تنها مذهب شیعه امامیه، ازدواج موقت را جایز



می‌داند. مهم‌ترین تفاوت ازدواج موقت با ازدواج دائم، مدت‌دار بودن آن است؛ به گونه‌ای که تعیین مدت در صیغه عقد موقت لازم و ضروری است (معظمی گودرزی و همکاران، ۱۴۰۰). زن و مرد در زندگی زناشویی، تکالیف سخت حقوقی و دست و پا گیر را با عشق و اخلاق می‌آمیزند تا زمینه را برای رشد حیات عاطفی خویش مهیا نموده و در راستای آن، محیط سرشار از وحدت و همبستگی را برای پرورش جسمی و معنوی کودکان فراهم آورند. برخی از قواعد و آموزه‌های اخلاقی با نفوذ خود به تدریج به صورت قواعد حقوقی بروز یافته‌اند، نفوذ گسترده اخلاق در قواعد حقوقی خانواده چنان عمیق و وسیع است که نه تنها می‌توان اخلاق را از عناصر شکل دهنده حقوق خانواده به شمار آورد بلکه بر آن مقدم شمرد، قواعد اخلاقی همان گونه که در قوام خانواده مؤثر می‌افتد، در استواری آن نیز نقش ایفاء می‌نماید. لذا قواعد اخلاقی پشتوانه حمایت از نهاد خانواده است، اگرچه دانشیان دین اسلام بر رابطه تنگاتنگ اخلاق با سایر تعلیمات دین نیز پافشاری نموده‌اند. به عنوان مثال در حقوق مدنی آنگاه که سخن از تعهدات و شرایط صحت معاملات به میان می‌آید، مضامینی چون اصل صحت، وفای به عهد، رد امانت، رعایت اخلاق حسنه، حسن نیت حکایت از نفوذ اخلاق در رشته دارد یا قواعدی چون الضرر و الضرار و نفی عسر و حرج به نوعی از موازین اخلاقی پرده برداری می‌کند (قنبرپور، ۱۳۹۸).

بخش دوم: بررسی پیشینه پژوهش

امیرزاده جیرگلی (۱۴۰۲)، تحقیقی با عنوان بازپژوهی دیدگاه‌های سه گانه فقها در ماهیت عقد نکاح و تأثیر دیدگاه‌ها در مسائل باب نکاح را انجام داد. یکی از موضوعات مهم در بحث نکاح، ماهیت عقد نکاح است. سه دیدگاه معروف بین فقهای امامیه و حتی حقوق دانان در خصوص ماهیت نکاح، ارائه گردیده است. برخی از فقهای ماهیت عقد نکاح را «معاوضی» می‌دانند. در مقابل، عده‌ای قائل به غیرمعاوضی بودن عقد نکاح هستند. بزرگانی مانند نایینی، عقد نکاح را عقد شبه معاوضی می‌دانند. برخی از حقوق دانان عقد نکاح را عقد مشارکت می‌دانند. نگارنده نکاح را «عقد خاص» می‌داند. به نظر می‌رسد اختلاف نظرهای ریشه در تشخیص جنبه‌های عقد نکاح یعنی جنبه قراردادی و جنبه عبادی و اخلاقی دارد.



هدف پژوهش حاضر بررسی دیدگاه های سه گانه فقها درباره ماهیت عقد نکاح است. در همین راستا پس از بررسی مبانی دیدگاه های مذکور، تأثیر این دیدگاه ها در برخی از مسائل باب نکاح از قبیل نکاح معاطاتی، حق حبس زوجه و شرط خیار فسخ نکاح، با روش کتابخانه ای و به روش توصیفی تحلیلی، بررسی شده است. مهم ترین نتایج تحقیق عبارت اند از: نکاح، عقد معاوضی نیست و «عقد خاص» است؛ قائلین به معاوضی بودن نکاح، احکام عقود معاوضی را بر اکثر مسائل باب نکاح از قبیل نکاح معاطاتی و اسباب انحلال عقد، جاری نمی کنند. تشریع حق حبس زوجه متأثر از دیدگاه مشهور فقهای امامیه در خصوص ماهیت نکاح مبنی بر معاوضی بودن آن است.

میرزایی (۱۳۹۹). تحقیقی با عنوان بررسی آثار تطبیقی عقد نکاح در فقه امامیه و حقوق ایران را انجام داد. عقد نکاح یا ازدواج یک سنت طبیعی و الهی است، این را پیامبر اکرم به سنت خودشان تعبیر می کنند. معنایش این است که در اسلام بر روی این مسئله تأکید ویژه ای شده است. به خاطر اهمیت مسئله و به خاطر تأثیر عمیق تشکیل خانواده در تربیت انسان و رشد و در ساخت و ساز انسان سالم از لحاظ عاطفی، رفتاری، روحی و تربیت های بعدی، از این رو؛ اسلام اصرار دارد که پسرها و دخترها در همان سنینی که برای ازدواج آماده اند ازدواج نمایند. عقد نکاح در میان عقود معین به واسطه ی ویژگی های خاص خود از جایگاه ممتازی برخوردار است. حقوق خانواده، یکی از مهم ترین و جالب ترین بخش های حقوق مدنی است که فقط جنبه حقوقی ندارد بلکه آمیخته با مسأله اجتماعی و اخلاقی و مذهبی است. خانواده نه تنها مکتب آموزش تعاون و فداکاری است، بلکه کانونی برای حمایت از انسان است. با توجه به اهمیت مسئله خانواده و عقد نکاح و آثار آن سعی بر آن شده است که اکثر مطالب با توجه به عقاید فقهای امامیه و حقوقدانان و قوانین و مقررات و رویه قضایی ایران باشد؛ تا بتوان با کمک گرفتن از مستندات محکم، گام های بزرگی را برای حفظ حریم خانواده و جلوگیری از جدایی و از هم پاشیدگی کانون گرم خانواده برداشت.

قنبرپور (۱۳۹۸)، تحقیقی با عنوان بررسی گزاره های فقهی و حقوقی متأثر از اخلاق در باب نکاح و طلاق را انجام داد. حقوق خانواده مبتنی بر ارزش های



اخلاقی است. تأثیر گزاره های اخلاقی در این کانون عاطفی امری مسلم است. پیوند وثیق قواعد حقوقی با موازین اخلاقی از ویژگی های بارز نظام حقوقی اسلام است؛ لذا هرگاه در فقه احکام سخن از مندوبات و مکروهات است به گونه ای از مفاهیم اخلاقی حکایت دارد. این پژوهش که به منظور بررسی و تطبیق گزاره های اخلاقی مؤثر در باب نکاح و طلاق سامان یافته است با استفاده از روش توصیفی و تحلیلی درصدد پاسخ به این پرسش است که آیا قواعد اخلاقی در حقوق خانواده به نحو شایسته مورد توجه قانونگذار واقع شده است؟ نگارنده بر این عقیده تأکید می ورزد از آن جایی که قوانین مربوط به نکاح و طلاق متأثر از فرهنگ غنی قرآنی است بدون شک نفوذ آموزه های اخلاقی در این زمینه اجتناب ناپذیر است. گزاره هایی نظیر تکلیف زن و شوهر به حسن معاشرت، عفو از مهر، پرداخت مهرالتمعه، تعهد به اجرای عدالت بین همسران، بایسته های اخلاقی در طلاق، حضانت، نفقه زوجه و اقارب از جمله مصادیق حقوقی و فقهی است که با موازین اخلاقی تلطیف یافته است.

حاتمی و همکاران (۱۳۹۷)، تحقیقی با عنوان نقد گونه هایی از نکاح در فقه اهل سنت (نکاح سری، نکاح به نیت طلاق و نکاح لیلیات و نهاریات) را انجام دادند. اهل سنت نکاح موقتاً تحریم نموده و صرفاً نکاح دائم را صحیح می دانند، درحالیکه گسترش بسترهای مراودات و ارتباطات و از سوی دیگر موانع و مشکلات نکاح دائم، سبب ایجاد نکاح های نوظهور و غیرعادی از جمله؛ نکاح سری، نکاح به نیت طلاق و نکاح لیلیات و نهاریات شده است که از این میان نکاح سری از محبوبیت بیشتری برخوردار است. ظاهر این نکاح ها، عقد دائم و معمولاً با اسقاط برخی از حقوق زن به جهت بهرمندی موقت از وی می باشد. این نکاح ها در برخی موارد واجد تمام ارکان و شروط صحت نکاح و در برخی موارد فاقد برخی از این ارکان و شروط هستند. اما به هر حال ویژگی بارز هر کدام از آنها به ترتیب عدم اعلان، نیت ابتدایی زوج بر طلاق زوجه و مراوده زوجین فقط در شب یا فقط در روز است. این گونه های نکاح از یک طرف زمینه را برای بسیاری از مشکلات اجتماعی، قانونی و روحی روانی زوجین و جامعه فراهم نموده است و از طرف دیگر رواج این نوع نکاح ها و فقدان نظری هماهنگ در خصوص ماهیت و مشروعیت آن

ها تحقیق و پژوهش در این راستا را می طلبد.

محمدی (۱۳۹۵)، تحقیقی با عنوان نقد و بررسی طرح اصلاح موادی از فصل نکاح قانون مدنی انجام داد. جمعی از نمایندگان محترم مجلس شورای اسلامی، طرحی را مبنی بر اصلاح برخی از مواد فصل نکاح قانون مدنی، ترتیب نموده و جهت بررسی و تصویب به مجلس شورای اسلامی تقدیم نمودند. نوشتار حاضر، بر آن است تا این طرح را از نقطه نظر فقهی و با استناد به قواعد و نظریات فقها مورد بررسی قرار دهد. البته نگارنده، ادعا ندارد که تحقیق جامع و بررسی کامل و همه جانبه در این زمینه صورت داده است.

مرادی، خدیجه؛ جمال زاده، علیمه (۱۳۸۹)، تحقیقی با عنوان آثار و احکام نکاح فضولی کبیرین در فقه امامیه و حقوق ایران با رویکردی به نظر امام خمینی (س) را انجام دادند. نکاح فضولی به عقدی گفته می شود که توسط کسی منعقد شده که حق انعقاد عقد نکاح را ندارد. بنا به نظر مشهور فقها نکاح فضولی عقدی صحیح و غیرنافذ است که نفوذ آن منوط به صدور اجازه معقوله یا نماینده وی می باشد. اگر عقد از طرف یکی از زوجین لازم باشد و کسی که عقد از طرف او لازم است فوت کند، برخی قائلند که به صرف تحقق اجازه، ارث برای مجیز ثابت می شود، اما امام خمینی و برخی دیگر ثبوت ارث برای دیگری را منوط به تحقق اجازه و سوگند می دانند. اگر یکی از زوجین فرد بالغی باشد که خودش مباشرتاً عقد را منعقد کرده یا بالغی باشد که عقد فضولی را اجازه داده، و طرف دیگر کسی است که به طور فضولی به ازدواج درآمده ولی هنوز نظر خود را مبنی بر قبول یا ردّ عقد منعقد بیان نکرده است در این صورت عقد نسبت به اصیل یا مجیز لازم شده و حرمت مصاهره نسبت به او ثابت می گردد، این حکم تا زمانی جاری می شود که عدم اجازه دیگری روشن گردد، حال اگر معقوله عقد منعقد توسط فضولی را فسخ کند عقد، «کأن لم یکن» تلقی شده و حرمت مصاهره نیز از بین می رود زیرا مقتضای حرمت منتفی شده است. اما اگر معقوله عقد منعقد را با مهریه ای بر خلاف آنچه فضولی مشخص کرده، اجازه دهد حکم به بطلان عقد می شود.



بخش سوم: مبانی نظری

بند اول: ازدواج

امام خمینی (س) همانند سایر فقها به احکام و فروع ازدواج، مانند صیغه ازدواج، شرایط عقد، ولایت پدر و جد پدری در ازدواج دختر، اسباب محرمیت، مهریه، ازدواج موقت، ازدواج با غیر مسلمانان، عیب هایی که موجب حق فسخ عقد می شوند، نفقه، احکام اولاد، احکام رضاع و شرایط ضمن عقد پرداخته است. ایشان درباره لزوم صیغه در عقد ازدواج، گرچه اشکال هایی را که برخی فقها بر نکاح معاطاتی گرفته اند، نادرست دانسته است و تاکید دارد که مفهوم نکاح با ازدواج معاطاتی نیز محقق می شود و آثار زوجیت می تواند بر آن مترتب گردد، اما با توجه به اتفاق نظر فقها مبنی بر ضرورت خواندن صیغه، در مقام فتوا نکاح معاطاتی را نادرست و خواندن عقد لفظی را لازم می شمارد. ایشان در هر یک از ازدواج های دایم و موقت، اجازه ولی دختر دوشیزه را شرط دانسته است. امام خمینی (س) همسو با اجماع فقها ازدواج دایم و موقت زن مسلمان با مرد کافر را خواه اهل کتاب باشد یا غیر آن و خواه مرتد فطری باشد یا ملی، جایز نمی داند. ایشان همچنین با اشاره به آرا و نظریات مختلف فقها در ازدواج مرد مسلمان با زنان اهل کتاب، مشهورترین این آرا را ممنوعیت ازدواج دایم و جواز ازدواج موقت ذکر می کند و در نهایت، از نظر ایشان، احتیاط واجب در ترک ازدواج دایم و جواز ازدواج موقت با زنان اهل کتاب است. از سوی دیگر، از نظر امام خمینی (س) زن در انتخاب همسر آزاد است و نمی توان وی را بدون اجازه، شوهر داد و در صورت اکراه او در ازدواج و بدون رضایت بعدی، عقد باطل است؛ چنان که بانوی غیر دوشیزه برای ازدواج نیازمند اجازه پدر و جد نیست.

بند دوم: اهمیت ازدواج در ادیان الهی

قرآن کریم قوم لوط را که راه طبیعی ارضای شهوت (ازدواج) را کنار گذاشته و به هم جنس گرایی روی آورده بودند، قومی تجاوزگر: «وَتَذَرُونَ مَا خَلَقَ لَكُمْ رَبُّكُمْ مِنْ أَرْوَاحِكُمْ بَلْ أَنْتُمْ قَوْمٌ عَادُونَ» و گروهی مسرف: «إِنَّكُمْ لَتَأْتُونَ الرِّجَالَ شَهْوَةً مِنْ دُونِ النِّسَاءِ بَلْ أَنْتُمْ قَوْمٌ مُسْرِفُونَ»، خوانده است. در آیات دیگری، نیز از راه های نامشروع اطفای شهوت، با عناوین فاحشه و راه زشت یاد شده است.

تشکیل خانواده (ازدواج) در اسلام مورد تشویق قرار گرفته و همگان موظف شده‌اند مقدمات آن را برای افراد بی‌همسر فراهم کنند؛ «وأنکحوا...».. این خطاب عام است و هر نوع کمک مادی و معنوی از جمله وساطت را دربرمی‌گیرد. نکاح و اعفاف نفس به واسطه آن در اصل از مستحبات مؤکد است و آنچه در تشویق بر آن و در مذمت بر ترک آن وارد شده از نظر کثرت، قابل‌شمارش نیست؛ پس از مولای ما امام باقر (علیه‌السلام) است که فرمود: «حضرت رسول (صلی‌الله‌علیه‌وآله‌وسلم) فرمود: بنایی در اسلام بنا نشده که در نزد خدای عزّ و جلّ محبوب‌تر از ازدواج نمودن باشد». و از مولای ما امام صادق (علیه‌السلام) است: «دو رکعت نمازی که شخص متزوّج می‌خواند از هفتاد رکعتی که شخص عزب می‌خواند بهتر است». و نیز از امام صادق (علیه‌السلام) است که فرمود: «پیغمبر (صلی‌الله‌علیه‌وآله‌وسلم) فرموده است فرومایه‌ترین مرده‌های شما عزب‌ها هستند». و در خبر دیگر از پیغمبر (صلی‌الله‌علیه‌وآله‌وسلم) است: «اکثر اهل آتش عزب‌ها هستند». و سزاوار نیست که فقر و احتیاج مانع از ازدواج باشد، بعد از آنکه خدای عزّ و جلّ وعده داده است که غنی می‌سازد و گشایش (در زندگی) می‌بخشد به فرموده‌اش - عزّ من قائل - : «اگر فقیر باشند خداوند ایشان را از فضلش غنی می‌سازد». که از پیغمبر (صلی‌الله‌علیه‌وآله‌وسلم) است: «کسی که ازدواج را به خاطر ترس از احتیاج ترک نماید تحقیقاً به خدای عزّ و جلّ گمان بد برده است.» (موسوعة الامام الخميني، ۱۳۹۹).

بند سوم: دیدگاه‌های سه گانه فقها درباره ماهیت عقد نکاح

فهم صحیح و موضع گ‌یری درست، مستلزم تحلیل فقهی مسئله مورد بحث و بررسی اقوال فقها و دالیل طرفداران و مخالفان و منتقدان از آن می‌باشد که در ادامه، بیان خواهد شد. به اعتباری، عقد به عقد معاوضی و عقد غیرمعاوضی تقسیم می‌شود.

عقود معاوضی عقود است که متضمّن اخذ و اعطا (داد و ستد) از طرفین باشد و متضمن الزام و التزام از طرفین نیز باشد. عقد معاوضی مانند عقد بیع یا عقد اجاره، دارای دو ویژگی است که هر کدام از آنها اگر نباشد، عقد، معاوضی نخواهد بود ۱. میان تعهدات دو طرف، حالت «تقابل» وجود دارد؛ بدین معنا که تعهد هر



یک از طرفین، در مقابل تعهد دیگری است،^۲. تعهد موضوع این عقود، جنبه «مالی» دارد؛ یعنی هر یک از دو طرف به نفع دیگر، مالی را از دست می دهد یا تعهدی می کند که موضوع آن، مال است (محقق داماد و همکاران، ۱۳۹۱).

در برابر عقد معاوضی، دسته دیگری از عقود هستند که در آنها داد و ستد یا مبادله وجود ندارد، مانند هبه غیرمعووضه و وقف. به این گونه عقود، عقود غیرمعاوضی می گویند. در این عقود، یا صرفاً تعهد از سوی یک طرف وجود دارد یا اگر هر دو طرف متعهد هستند، میان تعهد آنان، «تقابل» وجود ندارد. معیار اصلی برای تشخیص عقود معاوضی از غیرمعاوضی، دو چیز است: ۱. وجود دو تعهد؛ ۲. وجود تقابل میان تعهدات طرفین (امیرزاده جیرکلی، ۱۴۰۲).

بند چهارم: دیدگاه های سه گانه فقها در ماهیت عقد نکاح

وجود نهادهایی از قبیل مهریه، نفقه و حق حبس زوجه در عقد نکاح و همچنین ارتباط آنها با عقود معاوضی، باعث اختلاف بین فقها شده است تا جایی که درباره ماهیت عقد نکاح و معاوضی بودن یا غیرمعاوضی بودن عقد نکاح، بین فقهای امامیه نه تنها تردید ایجاد شده است، بلکه سه دیدگاه معروف در این زمینه وجود دارد: دیدگاه اول: نکاح، عقد معاوضی است؛ دیدگاه دوم: نکاح، عقد غیرمعاوضی است؛ دیدگاه سوم: نکاح، عقد «شبه معاوضی» است (امیرزاده جیرکلی، ۱۴۰۲).

دیدگاه اول: نکاح، عقد معاوضی است

مشهور فقهای امامیه با توجه به جریان برخی از احکام معاوضات، مانند حق حبس زوجه و وجود نهادهای مالی از قبیل مهریه و نفقه، عقد نکاح را در زمره عقود معاوضی شمرده اند (نایینی، ۱۴۳۱). در سخنان برخی از فقها، عقد نکاح در زمره عقود معاوضی شمرده شده است. شیخ طوسی صریحاً می گوید: اگر مردی، زنی را با مهریه معلوم، به ازدواج خود در آورد، زن مالک مهر می گردد و مرد، مالک بضع...؛ زیرا عقد نکاح، عقد معاوضه محسوب می شود (طوسی، ۱۳۸۷).

طبق این دیدگاه که ناشی از دیدگاه فقیه به انسان و زندگی می باشد، ازدواج کانونی برای التذاذ و کامجویی زوج از زوجه است و اهداف والای شارع و نگاه قرآنی ازدواج، از قبیل سکون و آرامش و انسان سازی، مد نظر این فقها نیست و پس از



وقوع عقد نکاح، زوجه نفس خویش را به زوج اعطا می نماید و زوج نیز با قبول زوجیت، بدل از اعطای نفس زوجه، مهری ه را اعطا می نماید و مهریه عوض بُضع (بهره وری جنسی از آلت زنانگی) است (نایینی، ۱۴۳۱).

دیدگاه دوم: نکاح، عقد معاوضی نیست (غیرمعاوضی)

در مقابل دیدگاه مشهور فقها، گروهی از فقها معتقدند که عقد نکاح، عقد معاوضی نیست. عالمه حلی نیز نکاح را جزء معاوضات محض نمی داند (حلی، ۱۴۱۴ق). در جامع المقاصد گوید: ایشان در جای دیگر می فرمای د: نکاح معاوضه محض نیست و احکام خاصی آن را از سایر معاوضات جدا می کند (محقق کرکی، ۱۴۱۴ق). گروهی از فقها نکاح را عقد غیرمعاوضی می دانند (عاملی، ۱۳۸۷). در کلام برخی از فقهای معاصر، با تغییراتی در عبارت و نحوه استدلال، عقد نکاح جز ء عقود غیرمعاوضی معرفی شده است. ایشان پس از بیان تفصیلی ضعف منشأ قول صاحب جواهر، معتقدند که حقیقت نکاح، معاوضه بین مهری ه و بُضع نیست؛ بلکه حقیقت نکاح این است که مرد، شوهر زن و زن، همسر مرد است و اینکه مقابله مابین مهری ه و سرپرستی مرد نسبت به زن است (شبیری زنجانی، ۱۴۱۹ق). از نظر ایشان، حقیقت نکاح، معاوضه بین مهریه و بُضع نیست و به نظر می رسد مقابله بین اخذ مهریه از سوی زوجه و سرپرستی زوج است (امیرزاده جیرگلی، ۱۴۰۲).

دیدگاه سوم: نکاح، عقد «شبه معاوضی» است

میرزای نایینی پس از بیان تعریف عقود معاوضی، از عقد نکاح به «شبه عقد معاوضی» تعبیر می کند و می فرماید: «و مایشبهها کالنکاح» (نایینی، ۱۴۳۱). در جای دیگر، صریحاً گوید: «شبه المعاوضات کالنکاح» برخی از فقهای معاصر نیز با این استدلال که «ممکن است زمان تعیین مهر، بعد از عقد نکاح باشد، در حالی که در عقد معاوضی، عوضین باید حین العقد معلوم باشد» نکاح را «برزخ بین معاوضه و عبادت» دانسته اند (امیرزاده جیرگلی، ۱۴۰۲).

• دیدگاه جعفری لنگرودی

جعفری لنگرودی در کتاب الفارق، ماهیت عقد نکاح را از «مشارکات» دانسته است و عمده مطالب بحث نکاح را بر مبنای «مشارکت» تبیین می نماید و می



نویسد: «معاوضه عنصر عقد نکاح نیست». ایشان در ادامه آورده است: «السبکی می گوید: ازدواج از مقوله مشارکات است نه معاوضات. سخنی است پخته که دیگران نگفته اند». جعفری لنگرودی چگونگی این مشارکت را تابع تحول عرف ها می داند و در جای دیگر، صراحتاً می گوید: «نکاح عقد مشارکت است و التزام طرفین در عقد نکاح، آنان را متعهد به رعایت شئون و طواری مشارکت می کند. هر شریک زندگی در برابر شریک خود، تعهداتی دارد» (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۵).

بخش چهارم: بررسی و تحلیل مفهوم نکاح در فقه

در فقه نکاح بنابر آنچه معمول حقوق دانان است تعریف نشده و در کتب فقهی از جهت معنای لغوی بحث مفصل و فراوان شده است و در روایات کثیره استعمال آن در عقد، عقد زناشویی اراده گردیده است. یکی از اندیشمندان می گوید: نکاح به معنای وطی و دخول، شامل وطی به نکاح دائم و منقطع، و وطی به شبهه، و وطی به ملک یمین و به تحلیل مولی غیر خود را قبلاً و ذُبْراً و وطی به زنا نسبت به نسوان می باشد و از برای هریک از این اقسام حکمی است که در خلال باب نکاح و کتاب حدود ذکر خواهد شد. و درباره اینکه: نکاح مستحب مؤکد، گاهی واجب، حرام، مکروه، مباح است و جنبه عبادت دارد یا حقیقه از عقود غیر عبادی می باشد. سخن بسیار رفته است و به لزوم ایجاب و قبول لفظی تاکید گردید و محل شک و تردید نیست که مطالعات در این عقد کافی نیست. لفظ ایجاب و قبول در تحقق عقد لازم و شرط است. عدول از این دو لفظ ایجاب و قبول به غیر عربی جایز نیست. که در این زمینه علماء نظریات متفاوتی دارند از جمله: در صورت توانایی حتماً ایجاب و قبول باید به عربی اجرا شود. و یا اینکه معتقدند: به هر لغتی انشاء نکاح و قبول شود حتی به اشاره فقهی باشد کفایت می نماید و اکتفا به ترجمه و اشاره اختصاص به صورت عجز از عربی و عجز از نطق که مشهور در این صورت قائل به کفایت شده اند، ندارد و وجه اکتفا هریک صدق نکاح است بر نکاح منشاء به این الفاظ مورد بحث، مثل صدق آن بر نکاح منشاء به صیغه های مخصوصه نامبرده در فوق و بعد از صدق نکاح ادله صحت نکاح از کتاب و سنت بلکه (اوفو بالعقود) که شامل آن می باشد مثل بیع و سایر عقود (حائری، ۱۳۸۰).

بند اول: مفهوم نکاح در حقوق موضوعه

در قانون مدنی نکاح یا ازدواج تعریف نشده است. در کتب فقه امامیه معنی لغوی نزدیکی کردن و عقد زناشویی آبستن آمده است و بین اینکه کدام یک از دو معنی نزدیکی کردن و عقد زناشویی حقیقی یا مجازی می باشد بین فقها اختلاف است. در قانون مدنی با توجه به قرائن لفظ عقد نکاح به معنی ازدواج و زناشویی آمده است. مواد ۱۰۴۴ و ۱۰۶۲ و ۱۱۱۹ ق.م به خصوص آنجا که می گوید: طرفین عقد ازدواج می توانند هر شرطی که مخالف با مقتضای عقد مزبور نباشد در ضمن عقد ازدواج یا عقد دیگر بنمایند. موید این نظریه است که عقد به معنی زناشویی هم در قوانین آمده است. ماده ۴ قانون ازدواج مصوب مرداد ماه ۱۳۱۰ می گوید: (در صورتی که شوهر سوء رفتاری نماید که زندگی زناشویی را بر زن غیر قابل تحمل نماید زن می تواند با اثبات در محکمه و صدور حکم قطعی، خود را به طلاق بائن مطلقه نماید. و همچنین با دقت در ماده ۱ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۵۲ این گفته به مقصود نزدیک تر است که نکاح به عقد زناشویی معنی و تعبیر گردد. در معنی نکاح به عقد ازدواج باید دانست که:

ازدواج از باب افعال است در اصل از ت و اج بوده بر طبق قواعد زبان عربی (ت) به (د) تبدیل شده و ازدواج گردید و به معنی اختیار زوج و قبول زوجیت است از ناحیه زن. حقوقین در تعریف نکاح می گویند نکاح عبارت از رابطه حقوقی است که به وسیله عقد بین مرد و زن حاصل می شود. (برای زندگی مشترک بر طبق مقررات معین) و به آنها حق می دهد که از یکدیگر تمتع جنسی ببرند. (این تعریف که تشکیل خانواده را به رابطه حقوقی بین زن و مرد بیان کرده است تعریف نکاح دائم در قوانین کشورهای دیگر می باشد، و شامل نکاح منقطع نمی شود که در حقوق مدنی ایران است. همچنین حلیت ملک یمین و تحلیل که در فقه است در قلمرو این تعریف قرار ندارد. در تعریف نکاح گفته اند که ازدواج رابطه حقوقی بین زن و مرد است که از نظر حقوق داخلی قابل ایراد است. رابطه حقوقی عبارت است از یک رابطه ای که آثار حقوقی داشته باشد. اگر کسی وعده ای می گذارد که در ساعت ۴ بعدازظهر روز شنبه اول دی ماه در کتابخانه ملی خیابان سی تیر شما را ملاقات کند ولی در ساعت مقرر حاضر نشود، باید گفت که بوسیله



این وعده یک رابطه حقوقی ایجاد نشده است که چرا آن شخص نیامده است (ذوالمجدین، ۱۳۷۶).

بخش پنجم: روش تحقیق

تحقیق مورد نظر به صورت مطالعه ی کتابخانه ای و با استفاده از منابع، متون و مقالات داخلی و مرتبط با موضوع تحقیق انجام شده است. این تحقیق کاربردی می باشد.

نتیجه گیری

ازدواج یا نکاح پیوند زناشویی است که به وسیله جاری شدن صیغه عقد نکاح ایجاد می شود، قرآن ازدواج و قرار گرفتن مردان در کنار همسرانشان را مایه آرامش دانسته و به مسلمانان توصیه کرده که مردان و زنان بی همسر را همسر دهند. بر طبق روایات، ازدواج بزرگ ترین نعمت پس از نعمت اسلام، نگه دارنده نصف یا دو سوم دین و سنت پیامبر اسلام (ص) است. تدین، خوش اخلاقی و خانواده خوب از ملاک های سفارش شده در روایات برای انتخاب همسر است. از دیدگاه فقها ازدواج به خودی خود مستحب مؤکد است، اما برای کسی که با ازدواج نکردن به گناه می افتد، واجب است. در مذهب شیعه امامی ازدواج دو صورت دارد: دائم و موقت؛ در صیغه عقد ازدواج موقت، تعیین مدت ازدواج و مقدار مهریه شرط است و بعد از اتمام آن مدت، زن و شوهر بدون طلاق از هم جدا می شوند. در کتاب های توضیح المسائل، احکام فقهی فراوانی برای ازدواج آمده که از مهمترین آنها لزوم خواندن صیغه عقد است و صرف رضایت زن و مرد، در تحقق ازدواج کافی نیست و اینکه دختر باکره برای ازدواج باید از پدر یا جد پدری خود اجازه بگیرد. ازدواج، با لعان، طلاق، مرگ، تغییر جنسیت، ارتداد و وجود یکی از عوامل فسخ نکاح پایان می یابد و پس از جدایی، زن بایستی عده نگه دارد. عوامل پایان یافتن ازدواج از نظر فقیهان عبارتند از: تغییر جنسیت، مرگ، طلاق و چیزهایی که موجب فسخ نکاح می شوند. پس از از بین رفتن ازدواج زن باید عده (مدت زمانی معینی که زن حق ازدواج ندارد) نگه دارد.



منابع و مأخذ

- مرادی، خدیجه؛ جمال زاده، علیمه (۱۳۸۹). آثار و احکام نکاح فضولی کبیرین در فقه امامیه و حقوق ایران با رویکردی به نظر امام خمینی (س). پژوهشنامه متین. ۹۱-۶۶، (۴۷) ۱۲،
- محمدی، عبدالعلی (۱۳۹۵)، نقد و بررسی طرح اصلاح موادی از فصل نکاح قانون مدنی. پرتال جامع علوم انسانی. حوراء شماره ۱۵.
- امیرزاده جیرگلی، منصور. (۱۴۰۲)، بازپژوهی دیدگاه های سه گانه فقها در ماهیت عقد نکاح و تأثیر دیدگاه ها در مسائل باب نکاح. دوفصلنامه علمی فقه و حقوق خانواده، دوره ۲۸، شماره ۷۹. صص: ۳۲ - ۵.
- نایینی، محمدحسین (۱۴۳۱ق). مَنیهِ الطَّالِبِ فی شرح المکاسب. تقریر شیخ موسی نجفی خوانساری. قم: مؤسسه نشر اسلامی، چاپ سوم.
- محقق کرکی، علی بن حسین (۱۴۱۴ق). جامع المقاصد فی شرح القواعد. قم: مؤسسه آل البيت (ع) للحیاء التراث، چاپ اول.
- شبیری زنجانی، سید موسی (۱۴۱۹ق). کتاب نکاح. قم: مؤسسه پژوهشی رأی پرداز، چاپ اول.
- حلی (علامه)، حسن بن یوسف (۱۴۱۴ق). تذکره الفقهاء. قم: مؤسسه آل البيت (ع).
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۷). تأثیر اراده در حقوق مدنی. تهران: انتشارات گنج دانش، چاپ دوم.
- قنبرپور، بهنام. (۱۳۹۸). بررسی گزاره های فقهی و حقوقی متأثر از اخلاق در باب نکاح و طلاق. پژوهش های فقه و حقوق اسلامی (فقه و مبانی حقوق اسلامی)، ۱۵ (۵۶)، ۱۴۹-۱۶۴.
- حاتمى، صدیقه، کاظمی، محسن، و حیدرنژاد، فرومن. (۱۳۹۷). نقد گونه هایی از نکاح در فقه اهل سنت (نکاح سری، نکاح به نیت طلاق و نکاح لیلیات و نهاریات). پژوهشنامه زنان، ۹ (۳) (پیاپی ۲۵)، ۵۱-۶۸.



- معظمی گودرزی، مهدی، موسوی خراسانی، سیدمحمدحسن، خزائی، میثم، و پولادین طرقي، حجت. (۱۴۰۰). امکان سنجی استناد به قاعده «الحرام لا یحرم الحلال» نسبت به زنا در باب نکاح با تطبیق بر ماده ۱۰۵۵ق.م. آموزه های فقه مدنی، ۱۳(۲۳)، ۳۲۱-۳۴۶.
- کلینی، الکافی، ۱۴۰۷ق، ج ۵، باب کراهة العزبه، ص ۳۲۹.
- موسوعة الامام الخمينی، ج ۲۳، تحریرالوسیلة، ج ۲، ص ۳۱۰، کتاب النکاح، القول فی النکاح المنقطع، مسأله ۱، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۹۹ ه.ش.
- میرزایی، سمیرا. (۱۳۹۹). بررسی آثار تطبیقی عقد نکاح در فقه امامیه و حقوق ایران. قانون یار، ۴(۱۴)، ۹۱-۱۰۹.
- جابری عربلو، محسن، (۱۳۸۶) فرهنگ فقه اصطلاحات اسلامی، ص ۱۷۴-۱۷۵.
- نجفی جواهری، محمدحسن، (۱۴۰۲) جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۲۳۷-۲۴۱.
- زین العابدین ذوالمجدین ، شرح تبصره علامه حلی ، ج ۲ ، ترجمه علی محمدی، قم نشر دارالفکر ، ۱۳۷۶، ص ۲۷۹.
- علی حائری ، ازدواج موقت در حقوق ایران ، تهران انتشارات خاقانی ، ۱۳۸۰، ص ۲۹۷.