

نقدی بر نظر مشهور فقیهان امامیه و قانون مدنی پیرامون نکاح فضولی^۱

سیدمحمد مهدی صابر^۲

سید جلال موسوی نسب^۳

محمد رضا کیخا^۴

چکیده

در این مقاله، مفهوم نکاح فضولی از دیدگاه فقه امامیه و قانون مدنی ایران مورد بررسی قرار گرفته، اقوال موجود در مسأله مطرح شده و میانی هر یک به طور جداگانه مورد بحث واقع شده است. مهمترین سؤال نوشتار حاضر، این است که آیا چنین نکاحی از اصل باطل و حتی فاقد صحت تأهلیه است؛ یا از اصل باطل نیست؛ بلکه غیر نافذ است و با اجازه ولی یا هر کسی که این حق برای او به رسمیت شناخته شده باشد، لازم می‌گردد؛ به طور کلی در میان فقیهان امامیه، سه دیدگاه در این خصوص مطرح شده است. گروهی قائل به صحت نکاح فضولی شده‌اند؛ گروهی قائل به عدم صحت آن و برخی نیز قائل به تفصیل در مسأله شده‌اند. بنا بر نظر دسته سوم، چنین عقد ازدواجی در ۹ مورد قابلیت صحیح شدن دارد و خارج از این موارد، از اساس باطل است. همچنین اگر چه قانون مدنی ایران به صراحت، قول به صحت چنین عقدی را بیان نکرده، ولی به طور تلویحی نظر مشهور فقهای امامیه را پذیرفته است. به نظر می‌رسد قول به تفصیل، پیامدهایی را که ممکن است قول به صحت به دنبال داشته باشد، در پی ندارد و از این جهت چه در مقام صدور حکم شرعی و چه در مقام قانونگذاری، هر چه از اطلاق دوری شود و به نظر تفصیلی نزدیکی حاصل شود، با احتیاط سازگارتر و دارای پیامدهای اجتماعی کمتری است.

واژگان کلیدی

نکاح فضولی، ان، اجازه، صحت تأهلیه، فقه امامیه، حقوق ایران

۱- تاریخ دریافت مقاله: ۱۳۹۵/۵/۱۲؛ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۶/۲/۱۹

۲- دانشجوی دکترای فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه سیستان و بلوچستان (نویسنده مسئول)

mahdisaber@ut.ac.ir

mousavi_ja@lrpnu.ac.ir

۳- مربی گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه پیام نور

kaykha@hamoon.usb.ac.ir

۴- استادیار گروه الهیات و معارف اسلامی دانشگاه سیستان و بلوچستان

مقدمه

نوع انسان جدا از این که از چه نژادی است یا چه رنگ پوستی دارد، یا از چه دین و مذهب و آیینی پیروی می‌کند، به واسطه طبیعت و سرشت، نیاز به ازدواج و بودن در کنار انسانی دیگر دارد. در نظام حقوقی اسلام، برای چنین امری، مقررات خاصی قرار داده شده است. در متون فقهی، احکام اسلامی مربوط به ازدواج، از جهات مختلف تحلیل و بررسی شده است؛ یکی از این موارد، نکاح به نحو فضولی می‌باشد که در مقاله پیش رو علاوه بر نقطه نظرات فقه امامیه در این مورد، از منظر نظام حقوقی ایران نیز به نحو تحلیلی بحث خواهد شد.

بیان مسأله

عقد نکاح همیشه یکی از مسائل مهم و مورد ابترتای جامعه بوده، دارای فروض مهم و ابواب مختلفی است. در میان این فروض مهم، فرضی که در نوشتار حاضر مورد کنکاش قرار می‌گیرد، نکاح فضولی است که از زمان امامان معصوم علیهم‌السلام تا کنون، همواره در میان علمای شیعه مطرح و محل اختلاف نظر بوده است.^۱ اقوال فقهای امامیه در این مسأله را می‌توان در سه دسته گرد آورد که عبارتند از: صحت نکاح فضولی مطلقاً، عدم صحت نکاح فضولی مطلقاً، و قول به تفصیل. همچنین در میان فقهای جمهور، بحث تقریباً به همین منوال است، فقط در قول قائلان به تفصیل، وجه فصل متفاوت است. در این مقاله، سعی شده است به بررسی تحلیلی اقوال فقها و دلایل آنان در این مسأله پرداخته شود و سپس ادله فقهی اقوال مختلف و تحلیل هر یک از آنها ذکر گردد. البته مقارنه و تطبیق این مسأله در حقوق ایران نیز از نظر دور نمانده است. مطالب مورد نظر طی چهار مبحث ارائه می‌گردد.

مفهوم‌شناسی مصطلحات

در هر علم، اصطلاحاتی وجود دارد که دارای مفهوم اختصاصی در همان دانش هستند، برای فهم بهتر از مباحث آن علم، قبل از هر امری، شناخت آن اصطلاحات ضروری است.

۱- رجوع شود به: طوسی، ۱۴۰۷ هـ.ج، ص ۲۵۸.

۱- فضول

کلمه «الفضل» به معنای زیادی، و جمع آن فضول است مثل فلس و فلوس. جمع آن، یعنی فضول در معنای مفرد هم استعمال می‌شود و آن موردی است که «در آن خیری نیست» و برای همین است که این لفظ به این امر نسبت داده شده است و نیز گفته می‌شود، فضولی^۱ یعنی کسی که به کاری اشتغال می‌ورزد که به او ربطی ندارد و یا اختیاری در آن ندارد. این کلمه نازل منزله مفرد است و برای نامیدن یک نفر به این امر، به کار می‌رود (سعدی، ۱۴۰۸ هـ، ص ۲۸۷؛ فیومی، بی تا، ج ۲، ص ۴۷۵).

۱-۱ فضول در لسان فقها

در اصطلاح فقها، فضول به کسی گفته می‌شود که سراغ عقد یا ایقاعی می‌رود که اختیارش را ندارد (مکارم، ۱۴۲۵ هـ، ص ۲۴۳)؛ بنابراین وقتی گفته می‌شود «عقد فضولی»، باید به صورت اضافه باشد؛ یعنی «عقد الفضولی» (عقدی که شخص فضولی می‌خواند) نه به صورت توصیف «العقد الفضولی» (عقد متصف به صفت فضولیت)؛ زیرا چنان که گفته شد، «فضولی» شخص است نه عقد (مکارم، ۱۴۲۴ هـ، ج ۲، ص ۵۹؛ همو، ۱۴۲۵ هـ، ص ۳۳۹). البته در کلمات فقها (عاملی، ۱۴۱۴ هـ، ج ۳، ص ۲۷) گاهی به عقد تسامحاً فضولی گفته شده است (نصاری، ۱۴۱۵ هـ، ج ۳، ص ۳۴۶).

۱-۲ عقد فضولی در لسان فقها

اگر عقد را کسی انجام دهد که اختیار عقد را ندارد، آن عقد فضولی خواهد بود و فرقی بین ولی، وکیل، خویشاوندان و یا اجنبی نیست. در فضولی، عقد از لحاظ اجرای صیغه کامل است و فقط عاقد اجازه نداشته است. این مسأله از امهات مسائل است؛ چون ساری و جاری در سایر ابواب فقه است، عقود و حتی ایقاعات هم فضولی دارد (مکارم، ۱۴۲۴ هـ، ج ۲، ص ۵۹). به عبارت دیگر، فضولی عقد کسی است که هنگام عقد سلطنتی بر انجام عقد ندارد (زنجان، ۱۴۱۹ هـ، ج ۱۳، ص ۴۳۹۹؛ حکیم، ۱۴۱۶ هـ، ج ۱۴، ص ۴۹۰). حال یا به این نحو که اساساً عقد مربوط به

1- Officious or unauthorized agent (حسینی، ۱۳۸۵، ص ۲۷۸)

شخص دیگری است و کسی که عقد را انجام داده، نه ولایت بر او داشته و نه وکیل او بوده است و یا این که اگر چه عقدی برای نفس عاقد واقع شده است و لیکن حقی از شخص دیگری نیز در میان است که عاقد بدون رعایت حق غیر، عقد را انجام داده است؛ مثل این که عبد و امه برای خودشان، ولی بدون اذن مولایشان، عقدی انجام دهند و یا طبق نظریه‌ای که نکاح باکره را مشروط به اذن ولی می‌داند، اگر او بدون اذن پدر یا جد با کسی ازدواج نماید، این نکاح فضولی است و همچنین است عقد سفیه و برادرزاده و خواهرزاده بدون اذن ولی و عمه و خاله/زنجان، ۱۴۱۹ هـ.ج ۱۳، ص ۳۹۹).

۱-۳ عقد فضولی در لسان حقوقدانان

در اصطلاح حقوقی عبارت است از این که کسی بدون داشتن نمایندگی از طرف غیر، تعهدی برای او بنماید. تعهد مزبور در صورت داشتن تمامی شرایط اساسی برای صحت، فاقد رضایت کسی است که از تعهد مزبور منتفع و یا متضرر می‌گردد. بدین جهت چنین تعهدی نافذ نیست و مانند عقد مکره می‌باشد (امامی، بی‌تا، ج ۴، ص ۳۵۷) همچنین برخی حقوقدانان آن را چنین تعریف نموده‌اند: «عقدی است که کسی بدون داشتن سمت نمایندگی یا اصالت، برای غیر و یا در مال غیر انجام دهد. این تعریف شامل فضولی در نکاح هم می‌باشد...» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۰، ص ۶۷).

۱-۴ نکاح فضولی

مقصود از نکاح فضولی، عقد نکاحی است که از طرف فضول صادر شده باشد و تفاوتی نمی‌کند که از یک طرف، فضولاً باشد یا از هر دو طرف چنین باشد. صاحب عروه الوثقی در این باره می‌نویسد: «یکسان است که فضولی از یکی از دو طرف باشد یا از هر دو باشد، یا معقود له، صغیر باشد یا کبیر، آزاد باشد یا عبد؛ مراد از فضولی، عقدی است که از طرف غیر ولی و وکیل، صادر شده باشد، یکسان است که وی [یعنی شخص فضول] خویشاوند باشد مانند برادر، عمو، دایی و غیر این موارد، یا اجنبی و غیر خویشاوند باشد... و چنین است عقدی که از طرف ولی یا وکیل صادر شود. بنا بر خلاف آنچه که از طرف خداوند یا از طرف موکل اذن داشته‌اند مانند زمانی که ولی، عقد را خلاف مصلحت یا وکیل با تعدی از آنچه که موکل برای او تعیین کرده است، واقع کند» (طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹ هـ.ج ۲، ص ۱۷۰).

در مورد کلام سیدمحمدکاظم یزدی، این توضیح لازم است که گفته شود مرحوم سید، فرمود: «المراد بالفضولی هو العقد»، وی فضولی را وصف عقد دانسته است، ولی در اصطلاح قدما فضولی به شخص (عاقده) گفته می‌شد؛ یعنی عاقدی که در حین عقد سلطه بر عقد ندارد و کار او فضولی و تجاوز از حد است (زنجان، ۱۴۱۹ هـ.ج ۱۳، ص ۴۴۵۶).

مرحوم سید در معنای فضولی می‌نویسد: فضولی عقدی است که از غیر ولی و وکیل صادر شده باشد. اما این تعبیر نیاز به اضافه شدن قیودی دارد؛ زیرا لازمه این تعریف این است که اگر شخص بالغ و عاقل و رشید، عقدی برای خودش انجام دهد فضولی باشد؛ زیرا این عقد نه از جانب ولی صادر شده و نه از جانب وکیل، و خود شخص، ولی خودش نیست؛ زیرا عرفاً انسان جدای از اوست و ولایت شخص نسبت به خودش گفته نمی‌شود. پس باید قیدی اضافه گردد و این گونه تعریف شود: عقدی که برای غیر معقوله صادر شده از غیر ولی و وکیل باشد (همان جا).

همچنین لازم است که گفته شود هر عقدی را نمی‌توان عقد فضولی نامید؛ زیرا در عقد فضولی باید رابطه‌ای در کار باشد، مثلاً اگر به بنگاهی گفته شود برای فلان منزل مشتری پیدا کن و او قولنامه را هم بنویسد و منزل را بدون اجازه بفروشد، این فضولی است؛ یا برادری به خواهرش بگوید برای دختر تو شوهری پیدا کردم و عقدی خواندم، این هم فضولی است چون در آن ارتباط موجود است؛ ولی اگر یک نفر که به تمام معنی اجنبی است، بگوید: خانه شما را فروختم، یا دختری را در خیابان ببیند و بگوید این دختر را به عقد شما درآوردم، این موارد که اجنبی به تمام معنی است و هیچ رابطه‌ای در کار نیست، عقد فضولی عرفی نیست و عقلاً آن را جدی نمی‌دانند، و مواردی را اجازه می‌دهند و فضولی می‌دانند که رابطه‌ای در کل باشد و در معرض اجازه باشد (مکارم، ۱۴۲۴ هـ.ج ۲، ص ۵۹).

۲- صحت تأهلیه، اذن و اجازه

در برخی از اعمال حقوقی مانند عقد، در صورتی که تمامی اجزا و شرایط حاصل گردد، آن عمل، دارای صحت فعلی است. ولی در برخی موارد، جزئی یا شرطی مقفود است، مثال: اجازه مالک، صحت تأهلیه به این معناست که عمل حقوقی صورت گرفته، بدون این جزء مقفود، شایستگی صحت را دارد، در حالی که فاقد صحت فعلی می‌باشد؛ در صورتی که این جزء حاصل گردد، عقد صحیح می‌گردد. در تعریف اذن گفته شده

است: اذن، رخصت مالک و کسی است که در حکم مالک است برای تصرف؛ البته در صورتی که اذن قبل از تصرف باشد؛ ولی اگر همین رضایت و رخصت بعد از وقوع عقد یا تصرف باشد، به آن اجازه گفته می‌شود (مراغی، ۱۴۱۷هـ.ج، ص ۵۰۶؛ هاشمی شاهرودی، ۱۴۲۶هـ.ج، ص ۲۳۸).

صور مختلف نکاح فضولی

برای چنین عقدی می‌توان حالت‌های مختلفی در نظر گرفت:

۱- در اصل عقد

تعهد مزبور ممکن است در اصل ازدواج، فضولی باشد. مثل آن که کسی زنی را برای یکی از دوستانش عقد کند، بدون آن که دوستش قبلاً به وی وکالتی داده باشد. چنین عقدی اگر مورد تنفیذ قرار گیرد، صحیح و از زمان عقد مؤثر خواهد بود (محقق داماد یزدی، بی‌تا، ص ۲۰۳).

۲- در حکم فضول

ممکن است ایجاد تعهد نسبت به شخص، فضولی باشد؛ مثل آن که شخصی به دیگری وکالت دهد که زن معینی را برای وی ازدواج نماید، ولی وکیل از شخص مزبور تخلف، و شخص دیگری را برای وی تزویج کند، این عقد نیز فضولی است و صحت آن متوقف بر اجازه می‌باشد.^۱ پس هر گاه وکیل از مقدار مأذون خودش تجاوز کند یا فراتر از اذن و خلاف مورد وکالت عمل کند، در صورتی که مورد وکالت، عقد نکاح بوده است، این عقد مانند موارد دیگر این چنینی، نکاح فضولی است و صحت آن بر اجازه لاحق معقود علیها متوقف است. حتی در مورد ولی نیز، اگر مصلحت و غبطه مولی علیه یا علیها را رعایت نکند، معقود علیه^۲ (یا له)^۳ یا علیها بعد از بلوغ، می‌تواند، عقد نکاح را فسخ کند؛ البته ذکر این نکته ضروری است که مشهور فقها این حق را فقط برای پسر به رسمیت

۱- بنگرید به: نجفی، ۱۴۰۴هـ.ج، ص ۲۹، ۱۹۵

۲- معقود علیه، به این اعتبار که عقد فضول، بر او جاری گشته است.

۳- معقود له، به این اعتبار که عقد نکاح، برای او جاری گشته است.

شناخته‌اند/عاملی، ۱۴۱۲هـ.ج، ۲، ص ۷۶). همچنین بنا بر نظر برخی از فقها/حکیم، ۱۴۱۶هـ.ج ۱، ص ۴۱۵) اگر شخصی به دیگری در انجام عقد ازدواج به نحو اطلاق وکالت دهد، وکیل باید در تصرفات و اقدامات خود، علاوه بر این که از اذنی که به او داده شده است، تعدی نکند، باید مصلحت موکل را نیز مراعات نماید. در صورت عدم رعایت غبطه و صلاح موکل، عقد انجام شده توسط وکیل، فضولی می‌باشد. عقد نکاح ممکن است از سوی طرفین به طور فضولی صورت گیرد، همچنان که ممکن است فقط از یک طرف فضولی و از طرف دیگر اصیل باشد. در صورت اخیر، مادام که تنفیذ نشده، از طرف شخص اصیل، لازم است، و اصیل نمی‌تواند قبل از رد و یا اجازه طرف مقابل، عقد را بر هم زند و چنانچه شخص اصیل، زوجه باشد نمی‌تواند قبل از رد و اجازه زوج، به دیگری شوهر کند.

فقها در توجیه این مطلب می‌گویند: هر چند عقد به طور کامل منعقد نگردیده است، ولی از ناحیه اصیل تعهد پایان یافته است، و تعهد و التزام یک طرفه از نظر منطقی کاملاً موجه است (محقق داماد بزدی، بی‌تا، ص ۲۰۵-۲۰۶). قانونگذار نیز این مطلب را در معاملات فضولی پذیرفته است؛ زیرا در ماده ۲۵۲ قانون مدنی مقرر داشته است: «لازم نیست اجازه یا رد فوری باشد. اگر تأخیر موجب تضرر طرف اصیل باشد، مشارالیه می‌تواند معامله را بهم بزند». به موجب این ماده شخص اصیل تنها در موارد تأخیر و ضرر ناشی از آن، اختیار بر هم زدن را دارد، که مفهوم مخالف آن، عدم جواز انحلال در غیر موارد مذکور است (همان جا)؛ زیرا اگر طرف اصیل پیش از اجازه در بهم زدن عقد آزاد بود، آوردن قید «اگر تأخیر موجب تضرر طرف اصیل باشد» معنی نداشت (کاتوزیان، ۱۳۸۲، ج ۱، ص ۶۴).

اقوال فقهای امامیه

به طور کلی در مسأله نکاح فضولی، سه دیدگاه میان فقیهان امامیه وجود دارد:

۱- صحت عقد متوقف است بر اجازه؛ یعنی اگر صاحب آن، اجازه دهد، عقد صحیح است. به عبارت دیگر، این عقد دارای صحت تأهلیه است و این، قول شیخ مفید/نعمان عکبری، ۱۴۱۳هـ.ج (ص ۵۱۱)، و سیدمرتضی/شریف مرتضی، ۱۴۱۷هـ.ج (ص ۳۳۰)، و شیخ طوسی در *النهایه* (طوسی، ۱۴۰۰هـ.ج ص ۴۶۶)، و ابن براج (طرابلسی، ۱۴۰۶هـ.ج، ۲، ص ۱۹۷)، و ابی‌الصلاح/حلی، ۱۴۰۳هـ.ج (ص ۲۹۲)، و ابن ادریس/حلی، ۱۴۱۰هـ.ج، ۲، ص ۵۶۴ و علامه حلی/حلی، ۱۴۱۱هـ.ج (ص ۱۳۴) است.

- ۲- از اصل باطل است و این مورد قول شیخ در خلاف (طوسی، ۱۴۰۷هـ.ج، ص ۲۶۰) و مبسوط (طوسی، ۱۳۸۷هـ.ج، ص ۱۶۳) و فخرالمحققین (حلی، ۱۳۸۷هـ.ج، ص ۲۷) است.
- ۳- در ۹ مورد که در ادامه بحث اشاره خواهد شد، با اجازه صاحب آن، صحیح است و در خارج از این موارد از اصل باطل و این قول ابن حمزه است (طوسی، ۱۴۰۸هـ.ج، ص ۳۰۰).

قول مشهور

نظر مشهور فقهای امامیه بر این است که عقد نکاح فضولی، با اجازه لاحق اصیل، صحیح و لازم است (محقق حلی، ۱۴۰۸هـ.ج، ص ۲؛ نجفی، ۱۴۰۴هـ.ج، ص ۲۹؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹هـ.ج، ص ۱۷۰؛ نجفی، ۱۴۲۲هـ.ج، ص ۳۰؛ حلی، ۱۴۱۱هـ.ج، ص ۱۳۴؛ همو، ۱۴۱۳هـ.ج، ص ۱۵؛ عاملی، ۱۴۱۴هـ.ج، ص ۵۰؛ حائری، ۱۴۱۸هـ.ج، ص ۱۰۳؛ اشرفی، ۱۳۸۸هـ.ج، ص ۲۶۰).

ادله قول مشهور

بعد از این که نظر مشهور فقهای امامیه در نکاح فضولی مطرح گردید، دلایل فقهی این دسته از فقها مورد بحث واقع می‌گردد:

۱- عمومات «أوفوا بالعقود»

عمومیت لفظ «العقود» در آیه ۱ سوره مائده است که می‌فرماید: «یا ایها الذین آمنوا أوفوا بالعقود»؛ چون جمع محلی به «الف و لام» است و افاده عموم می‌کند، شامل عقد فضولی هم می‌گردد. با این توضیح که اگر چه عقد فضولی در ابتدای کار و در زمان انشاء، عقد کامل محسوب نمی‌شد؛ زیرا از طرف اصیل واقع نگردیده بود، ولی زمانی که اصیل آن را اجازه کند، نقص آن مرتفع می‌گردد و مانند سایر عقود کامل است، و عمومیت «أوفوا بالعقود» شامل آن نیز می‌گردد و نه تنها صحیح و کامل است، بلکه لازم الوفاء نیز هست (مکارم، ۱۴۲۴هـ.ج، ص ۶۰).

البته، این استدلال دارای مسامحه است؛ زیرا محل نزاع این است که، «آیا چنین عمل حقوقی با اجازه بعدی عقد می‌گردد یا نه؟» در حالی که در استدلال بالا، عقد محسوب شدن آن پس از اجازه لاحق، مفروض دانسته شده است. در حالی که محل بحث و نزاع به تعبیر دیگر، همین است؛ یعنی، سؤال این است که آیا این عمل حقوقی فضول، با اجازه

لاحق، عقد هست تا مشمول «أوفوا بالعقود» گردد یا خیر و از ریشه و اساس، بیهوده و لغو است؟

لذا اگر عقد بودن آن ثابت شود، در آن لحظه گفته می‌شود: «عقد فضولی مشمول أوفوا بالعقود است». پس، این استدلال به تنهایی کفایت نمی‌کند.

۲- سیره عقلا

در میان عقلائی عالم، عقد فضولی به رسمیت شناخته شده است، برای مثال: اگر توجه کنیم به خروج وکیل از حد وکالت خویش، وکیل در مقداری که خارج از حد مأذون است، فضول تلقی می‌شود. چنین مورد فضولی در جوامع انسانی زیاد اتفاق می‌افتد و بعد از این که موکل (اصیل)، آن مقدار را اجازه کند، آن مقدار تصرف اضافی وکیل، مشروع تلقی می‌گردد و در صورت رد موکل، عمل حقوقی انجام شده مثل خرید و فروش ملک، باطل می‌گردد.

از طرفی دیگر گفته می‌شود: با استناد به روایت عروه بارقی، شارع مقدس، این بنای عقلا را امضا و تأیید کرده است (همان، ص ۶۱).

این استدلال نیز کامل و تام نیست؛ زیرا:

۱- همواره فقهای بزرگوار فرموده‌اند: نکاح ملحق به عبادات است.

۲- در عبادات، باید نظر شارع مقدس رعایت شود.

۳- روایت «عروه بارقی» در مورد «بیع» و «معاملات» است که چنین مواردی دارای

حقیقت عرفی است و نمی‌توان چنین امری را به «عبادات»، تسری داد.

پس حتی اگر بنای عقلا بر صحت تأهلیه عقد فضولی قرار گیرد، این صحت، منحصر

به قواعد بیع و معاملات است و نمی‌توان این بنا را در «عبادات» و «ملحق به عبادات»،

جاری دانست؛ بلکه در این موارد باید به کتاب و سنت معتبر، رجوع شود.

۳- روایات

۱- «أَبُو جَعْفَرٍ مُحَمَّدُ بْنُ عَلِيِّ الطُّوسِيِّ فِي ثَاقِبِ الْمَنَاقِبِ، عَنْ عُرْوَةَ بْنِ جَعْدٍ الْبَارِقِيِّ قَالَ: قَدِمَ جَلْبُ فَأَعْطَانِي النَّبِيُّ ص دِينَاراً فَقَالَ اشْتَرِ بِهَا شَاةً فَأَشْتَرَيْتُ شَاتَيْنِ بَدِينَارٍ فَلَجَعْتَنِي رَجُلٌ فَبِعْتُ أَحَدَهُمَا مِنْهُ بَدِينَارٍ ثُمَّ أَتَيْتُ النَّبِيَّ ص بِشَاةٍ وَدِينَارٍ فَرَدَّهُ عَلَيَّ وَقَالَ بَارَكَ اللَّهُ لَكَ فِي صَفْقَةٍ يَمِينِكَ وَ لَقَدْ كُنْتُ أَقْوَمُ بِالْكَنَاسَةِ أَوْ قَالَ بِالْكَوْفَةِ فَأَرْبَحُ فِي الْيَوْمِ أَرْبَعِينَ أَلْفًا» (نوری، ۱۴۰۱ هـ، ج ۱۳، ص ۲۴۵).

روایتی وارد شده است در این مورد که به نظر می‌رسد محکم‌ترین روایتی باشد که می‌توان در این زمینه به آن استناد کرد:

«محمد بن مسلم نقل می‌کند: از ابی جعفر علیه السلام درباره مردی سؤال می‌شود که مادرش برای او، همسری اختیار کرده است، در حالی که آن مرد غایب بوده است. امام علیه السلام می‌فرماید: این نکاح، جایز است؛ مرد اگر بخواهد می‌پذیرد و ترک می‌کند و اگر بخواهد آن تزویج را ترک کند، مهر بر مادر مرد، لازم است^۱». ^۲

روایات^۳ دیگری نیز مخصوصاً در مورد نکاح عبد و أمه، مورد استدلال قرار گرفته است.

مدعیان اجماع بر قول مشهور

ابن ادریس در ابتدای کلامش، ادعای «عدم الخلاف» در میان فقهای امامیه بر صحت نکاح فضولی و توقف آن بر اجازه، می‌کند و فقط قول مختار شیخ طوسی در *الخلاف* را مخالف می‌داند و در ادامه بحث، زمانی که می‌خواهد ادله خود را بیاورد، دلیل اول خود را، اجماع علمای امامیه می‌داند *(حلی، ۱۴۱۰ هـ ج ۲، ص ۵۶۴)*. سید مرتضی نیز در *المسائل الناصریات*، بعد از ذکر اقوال فقهای امامیه و فقهای عامه، زمانی که می‌خواهد ادله خود را بیاورد، اولین دلیل را اجماع فقهای امامیه بیان می‌دارد *(شریف مرتضی، ۱۴۱۷ هـ ج ۳ ص ۳۳۰)*.

بطالان نکاح فضولی

قائلان به باطل بودن نکاح فضولی از اصل، یکی فخر المحققین است *(حلی، ۱۳۸۷ هـ ج ۳، ص ۲۷)* و دیگری شیخ الطائفه. قول فخرالمحققین، صراحت دارد در بطلان چنین عقدی ولی

۱- «أبو علي الأشعري، عن محمد بن عبد الجبار، عن إسماعيل بن سهل، عن الحسن بن محمد الحضرمي، عن الكاهلي، عن محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام أنه سئل عن رجل زوجته أمه وهو غائب؟ قال: «النكاح جائز، إن شاء المتزوج قبل، وإن شاء ترك، فإن ترك المتزوج تزويجه، فالمهر لازم لأمه» (كليني، ۱۴۲۹ هـ ج ۱۰، ص ۱۷۴)

۲- لزوم مهر بر مادر، خلاف قواعد است.

۳- نیز بنگرید به: صحیح زراره در مورد نکاح عبد بدون اذن مولی، از امام باقر علیه السلام *(صدوق، ۱۴۱۳ هـ ج ۳، ص ۵۴۱)*. عن علی بن مهزیار، در مورد عقد دختر بچه‌ای که عموی او را به عقد دیگری در آورده بود، از امام باقر علیه السلام *(طوسی، ۱۳۹۰ هـ ج ۳، ص ۲۳۹)*. عن الفضل بن عبد الملک، در مورد نکاح پدر برای پسر کبیر، از امام صادق علیه السلام *(بحر عاملی، ۱۴۰۹ هـ ج ۲۰، ص ۲۷۷)*.

قول شیخ طوسی، در بطلان صراحت ندارد و فقط فرموده است: «النکاح لا یقف علی الإجازة ... و كذلك لو زوج الرجل بنت غیره و هی بالغه من رجل فقبل الزوج لم یقف العقد علی إجازة الولی و لا إجازتها» (طوسی، ۱۴۰۷ هـ، ج ۴، ص ۲۵۷)

یعنی نکاح متوقف بر اجازه نیست؛ حال صریح نیست در این که آیا صحت نکاح متوقف بر اجازه نیست و عقد باطل است، یا مراد دیگری در نظر است ولی ظاهراً و با توجه به این که شیخ در ادامه کلام خود در مورد نکاح عبد و امه، قبل از آوردن عبارت «لایقف»، عبارت «کل ذلک باطل» را می‌آورد و نیز با توجه به برداشت فقهای دیگر مانند ابن ادریس حلی و همچنین قول شیخ در سایر کتب مانند المبسوط و الخلاف، نظر ایشان مانند نظر فخرالمحققین در نظر گرفته می‌شود.

شیخ الطائفه در دو کتاب الخلاف (طوسی، ۱۴۰۷ هـ، ج ۴، ص ۲۶۰) و المبسوط (همو، ۱۳۸۷ هـ، ج ۴، ص ۱۶۳) خود قائل به بطلان نکاح فضولی شده است؛ ولی در کتاب النهایه (طوسی، ۱۴۰۰ هـ، ص ۴۶۶) قائل به موقوف بودن چنین عقد نکاحی بر اجازه شده است، البته چنین حکمی از کلام شیخ طوسی برداشت می‌شود و وی در این حکم صراحت کلام ندارد و نیز در دو کتاب الاستبصار (طوسی، ۱۳۹۰ هـ، ج ۳، ص ۲۳۹) و التهذیب (طوسی، ۱۴۰۷ هـ، ج ۷، ص ۲۸۶) قول مشهور را بر می‌گزیند.

ادله قول شاذ

دلیل اول: تمامی عقود شرعی، نیازمند دلیل شرعی هستند و هیچ دلیلی در دست نداریم که از آن، صحت نکاح فضولی بر اجازه را برداشت کنیم.

می‌توان این گونه جواب داد که هر چند چنین عقدی، فضولی است و فاقد اثر آنی، ولی در هر صورت عقد است و با الحاق اجازه اصیل، کامل می‌شود و مشمول «أوفوا بالعقود» می‌گردد. پس، دلیل در دست است و آن عموم «أوفوا بالعقود» است.

دلیل دوم: تخلف اثر از مؤثر، عقد سبب ترتیب آثار است و ایجاب می‌کند که اجازه و رضایت در موقع انشای عقد موجود باشد، تا آثار مترتب شود و الا اگر اجازه تأخیر بیفتد، عقدی حاصل شده، ولی اباحه و ترتب آثار هم نشده است و این تخلف اثر از مؤثر است.

جواب: این که شما می‌فرمایید عقد سبب اباحه است، آیا مرادتان انشای لفظی است یا

انشای مع جمیع الشرائط (آیا انشاء علت تامه است یا علت ناقصه؟) ما هم قبول داریم که «العقد سبب الإباحه»، اما مع وجود الشرائط؛ پس اگر عقد بدون شرایط حاصل شود، انتظار می‌کشیم تا زمانی که شرایط حاصل شود و آن وقت، اباحه حاصل می‌شود. پس انشای لفظی علت ناقصه و رضایت و اذن جزء اخیر علت است که با آمدن آن، آثار هم می‌آید. غایه الامر بین انشای لفظی و اثر فاصله شده است که این هم مانعی ندارد/مکارم، ۱۴۲۴هـ ج ۲، ص ۷۶.

دلیل سوم: عدم تأخر شرط از مشروط؛ رضایت و اجازه شرط است و شرط از مشروط متأخر نمی‌شود و شرط متأخر جایز نیست و شرط باید متقدم و یا متقارن باشد. جواب: اولاً: مشروط چیست؟ آیا مشروط انشای لفظی است یا نقل و انتقال؟ به عبارت دیگر، مشروط عقد سببی (انشا) است یا عقد مسببی (نتیجه و انتقال)؟ اگر مشروط انشای لفظی و عقد سببی است، باید رضایت، مقارن باشد؛ ولی مشروط نقل و انتقال و نتیجه است که شرط از آن متأخر نیست و تا رضایت و انشا نباشد نقل و انتقال حاصل نمی‌شود (همانجا).

دلیل چهارم: روایت: «أحمدُ بْنُ مُحَمَّدِ بْنِ عِيسَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ أَبِي نَصْرٍ عَنْ دَاوُدَ بْنِ الْحُصَيْنِ عَنْ أَبِي الْعَبَّاسِ الثَّقَلَيْنِ قَالَ: قُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ عِ الرَّجُلِ يَتَزَوَّجُ أَلَمَهُ بِغَيْرِ إِذْنِ أَهْلِهَا قَالَ هُوَ زَنْيٌ إِنْ اللَّهُ تَعَالَى يَقُولُ فَأَنْكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ» (طوسی، ۱۴۰۷هـ ج ۷، ص ۳۴۸).

این روایت در حالتی است که مطلقاً، اجازه گرفته نشود، ولی در فرض مسأله کنونی، اجازه مطلق محل بحث نیست؛ بلکه اجازه لاحق محل بحث است؛ در حالی که این روایت ناظر بر عدم اجازه به طور کلی است.

ادعای صاحب ریاض

صاحب ریاض در کتاب خود زمانی که می‌خواهد از این مسأله صحبت کند، ادعا می‌کند که: شیخ طوسی در کتاب *الخلافة* ادعای اجماع کرده است بر فساد و باطل بودن عقد نکاح فضولی، با توجه به قول مختار اعظم فقهای امامیه بلکه به غیر از خود شیخ طوسی، تمامی فقها به غیر از فخر المحققین بر خلاف قول مختار شیخ طوسی یعنی بطلان نکاح فضولی، قائل هستند، لذا این ادعای اجماع شیخ طوسی موهون است/حائری، ۱۴۱۸هـ ج ۱۱، ص ۱۰۶.

بنابراین در ریاض، به طور ضمنی، اجماع را به عنوان یکی از ادله بطلان عقد فضولی بر شمرده و آن را به خلاف مرحوم شیخ نسبت داده است. آنگاه خود، آن را رد کرده و می‌فرماید: مسأله‌ای که تا این حد مورد اختلاف، بلکه شهرت بر خلاف آن است، چنین ادعایی مبنی بر وجود اجماع بی‌حاصل است.

این نکته نیز از صاحب ریاض تعجب‌آور است؛ زیرا مرحوم شیخ با این که در موارد زیادی در خلاف تعبیر «اجماعهم» و امثال آن را دارد، لیکن در اینجا تنها به اصل و روایات متمسک گردیده است، و نه تنها اجماع را مطرح نکرده، بلکه اجماع فی الجمله بر صحت را (در مسأله عقد عبد یا امه بدون اذن مولا) متذکر گشته است. (زنجان، ۱۴۱۹هـ ج ۱۳، ص ۴۳۲).

قول به تفصیل

این قول در کتاب‌های فقهی، فقط به محمد بن علی بن حمزه طوسی نسبت داده شده است و قائل دیگری دیده نشده است؛ ولی نقل شده که محقق نراقی به این قول تمایل داشته است (حسینی روحانی، ۱۴۱۲هـ ج ۲۱، ص ۱۷۹)^۱ و آن، این که نکاح فضولی در نه (۹) موضع و حالت، از اصل باطل نیست و صحت آن متوقف بر اجازه است، به تعبیری دیگر، نکاح فضولی در تمامی حالات از اصل باطل است مگر در نه موضع که در این مواضع، عقد دارای صحت تأهلیه است؛ یعنی در غیر این مواضع، حتی صحت تأهلیه را هم دارا نیست. ابن حمزه در کتاب الوسیله الی نیل الفضیله، درباره این مسأله چنین می‌آورد: «التزویج لایقف علی الإجازة إلا فی تسعة مواضع و هی عقد البکر الرشیده مع حضور الولی علی نفسها و عقد الأب علی ابنه الصغیر و عقد الأم علیه و عقد الجد مع عدم الأب و عقد الأخ و الأم و العم علی صبیبه و تزویج الرجل عبد غیره بغیر اذنه و تزوج العبد بغیر اذن سیده فاین أجاز الولی و المعقود له أو علیه أو سیده صح و إلا انفسخ» (ابن حمزه طوسی، ۱۴۰۸هـ ص ۳۰۰).

با توجه به گفته ابن حمزه، ۹ مورد یعنی:

۱- عقد باکره رشیده، در صورت حضور ولی، توسط خودش، البته در صورتی که اذن ولی را شرط بدانیم؛ زیرا در غیر این صورت، دیگر فضولی نیست تا داخل در این بحث گردد.

۱- مال الیه المحقق النراقی.

۲- عقد پسر بچه صغیر توسط پدرش، ظاهراً در صورتی است که پدر، مصلحت صغیر را در نظر نگرفته باشد؛ زیرا در غیر این صورت، دیگر فضولی نیست تا داخل در این بحث گردد.

۳- عقد پسر بچه صغیر توسط مادرش

۴- عقد پسر بچه صغیر توسط جد وی در صورت حضور نداشتن پدر ظاهراً و همان طور که در مورد پدر گفته شد، در صورتی است که جد پدری، مصلحت صغیر را در نظر نگرفته باشد؛ زیرا در غیر این صورت، دیگر فضولی نیست تا داخل در این بحث گردد و یا جد مادری باشد که در هر صورت، چه با مصلحت و چه بی مصلحت، فضولی است.

۵- عقد دختر بچه صغیره توسط برادر

۶- عقد دختر بچه صغیره توسط مادر

۷- عقد دختر بچه صغیره توسط عمو

۸- تزویج عبد دیگری بدون اذن مولای او

۹- عقد عبد بدون اذن مولایش توسط خود عبد

در این ۹ موضع عقد نکاح با اجازه اصیل، صحیح است و در خارج از ۹ موضع، عقد نکاح از اصل باطل است و همچنان که در قبل گفته شد، حتی صحت تأهلیه را هم دارا نیست. و دلیل این قول را از یک طرف اختصاص نصوص و روایات به این ۹ مورد بیزدی، ۱۴۲۱ هـ ج ۱، ص ۱۳۶^۱ و از طرفی دیگر، قائل بودن به توقیفی بودن عقود، می توان دانست.

نکاح فضولی در حقوق ایران

در حقوق ایران، مقنن در قانون مدنی نکاح فضولی را به صراحت مطرح نکرده است، اما مطابق ماده «۱۰۷۳»^۲ تلویحاً صحت آن را پذیرفته و نفوذ آن را موقوف بر اجازه بعدی دانسته است (محقق داماد بیزدی، بی تا، ص ۲۰۲؛ روشن و صادقی، ۱۳۹۵، ص ۵۲۵).

۱- عن ابن حمزة اختصاصه بتسعة مواضع لوجود النصّ فیها دون غيرها.

۲- ماده ۱۰۷۳ قانون مدنی مقرر می دارد: «اگر وکیل از آنچه که موکل راجع به شخص یا مهر یا خصوصیات دیگر معین کرده تخلف کند صحت عقد متوقف بر تنفیذ موکل خواهد بود.»

بعضی حقوق‌دانان (شیروی، ۱۳۹۵، ص ۱۲) درباره علت عدم تصریح قانون‌گذار در این خصوص گفته‌اند: چون نکاح یک امر شخصی است و جریان فضولی در آن از جهت اجتماعی پذیرفته نیست. امروزه کسانی که بدون داشتن سمت در زندگی خصوصی افراد دخالت می‌کنند و دختران و پسران آن‌ها را ولو فضولتاً به عقد دیگری در می‌آورند، مورد نکوهش واقع می‌شوند و قانون‌گذار نخواسته است که عمل ناپسند آنان را صراحتاً تأیید نماید. با این حال قانون‌گذار ایران نکاح فضولی را نیز تابع قواعد حاکم بر معاملات فضولی قرار داده و آن را نافذ دانسته است و باطل نمی‌داند. بنابراین، کسی که فضول برای او نکاح کرده است، حق دارد که آن را بپذیرد یا رد نماید/کاتوزیان، ۱۳۸۲، ج ۱، ص ۶۲-۶۳؛ دینانی، ۱۳۹۵، ص ۶۹) از آنجا که قانون مدنی ایران بر قول مشهور فقهای امامیه تکیه دارد، به نظر می‌رسد در این مورد نیز باید نظر قانون‌گذار را همگام با قول مشهور فقیهان امامیه دانست که پیشتر به تفصیل بیان شد. چنان که حقوق‌دانان هم معتقدند: عقد فضولی طبق قاعده است؛ زیرا عقد صحیح مرکب از توافق قصد و رضای طرفین است و عقد فضولی فقط فاقد رضا می‌باشد و چنانچه رضا پیوست آن گردد، عقد کامل و مؤثر خواهد بود؛ لذا عقد نکاح مانند عقود دیگر است و خصوصیتی را در بر ندارد که نتوان به صورت فضولی منعقد ساخت/امامی، بی‌تا، ج ۴، ص ۳۵۷). البته با توجه به کلام فقها که اضافه می‌کنند، بر طرف اصیل کلیه احکام مصاهرت نیز مترتب می‌شود؛ مثلاً اگر اصیل مرد باشد، قبل از رد و یا اجازه با خواهر زنی که توسط فضول با وی ازدواج کرده است، نمی‌تواند ازدواج کند و نیز مادرش بر وی حرام است/محقق داماد بزدی، بی‌تا، ص ۲۰۵) بنابراین نظر برخی حقوق‌دانان/امامی، بی‌تا، ج ۴، ص ۳۵۷-۳۵۸) که عقیده به خلاف دارند، قابل پذیرش نیست/محقق داماد بزدی، بی‌تا، ص ۲۰۶).

همچنین در این بحث، سؤالی مطرح می‌شود که پیش از قبول یا رد اصیل، آیا طرف دیگر عقد به آن پای بند است یا او هم به استناد این که عقد هنوز تمام نشده است، می‌تواند عقد خود را بر هم زند؟ برای مثال، فرض کنیم پدری بدون داشتن وکالت یا خارج از حدود نمایندگی برای پسر خود زن بگیرد. آن پسر مختار است این نکاح را بپذیرد یا رد کند. ولی آیا آن زن نیز پیش از اعلام اراده شوهر حق بر هم زدن نکاح را دارد یا ملزم به نکاح مزبور است؟ پاره‌ای از استادان حقوق زن را در بر هم زدن نکاح مجاز دانسته‌اند. استدلال آنان این است که «هنوز نکاحی منعقد نشده و تعهدی به وجود

نیامده است و تعهد یک طرفه زن بتنهایی کافی برای ایجاد رابطه نمی باشد» (امامی، بی تا، ج ۴، ص ۳۵۷-۳۵۸).

برخی حقوق دانان (کاتوزیان، ۱۳۸۲، ج ۱، ص ۲۳) بر این باورند که مبنای این بحث را باید در قواعد عمومی قراردادها جستجو کرد. در آن کلیات است که باید دید آیا ایجاب، اگر به طور صریح یا ضمنی همراه با التزام به نگهداری آن باشد، الزام آور است یا خیر؟ فی الجمله می توان گفت: در حقوق ما هیچ مانعی وجود ندارد که شخص بتواند به طور مستقل خود را ملتزم نماید. چون به طور معمول، هدف از ایجاب، فراهم آوردن زمینه ایجاد تعهد است و مقصود گوینده این نیست که پیش از قبول طرف، دینی برای او به وجود آید؛ به همین جهت اصولاً التزامی در نگهداری آن پیدا نمی کند. ولی در عقد فضولی، طرف عقد می خواهد توافق مابین او و فضول کامل باشد و نیازی به رضای اصیل پیدا نشود؛ از این رو عقد از نظر او کامل است و دینی را که به وجود آورده است، نمی تواند آزادانه از بین ببرد. بنابراین در مثالی که بیان شد، زن در حکم کسی است که شوهر دارد و پیش از رد طرف، حق ندارد شوهر دیگری اختیار نماید (ممو، ص ۶۴).

مطلب دیگر این که با توجه به ماده ۱۰۷۳ قانون مدنی، هر گاه وکیل از اختیاری که در مورد مهر به او داده شده است، تجاوز کرده باشد، چنان که به جای یک میلیون تومان، پانصد هزار تومان مهر تعیین کرده باشد، در خصوص وضعیت چنین نکاحی میان حقوق دانان اختلاف نظر وجود دارد. برخی اندیشمندان حقوق معتقدند: در این مورد مهر فضولی است و عقد نکاح فضولی نیست، بنابراین زن می تواند مهر را تنفیذ یا رد نماید (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۶، ص ۱۱۵). بعضی صاحب نظران (صفایی و امامی، ۱۳۹۲، ص ۶۳) نیز اعتقاد دارند: با توجه به ظاهر ماده ۱۰۷۳ و بیانات فقیهان امامیه (حکیم، ۱۴۱۶ هـ.ج، ص ۴۸۵) در این مورد، نکاح، فضولی و صحت آن منوط به تنفیذ موکله است؛ زیرا اذنی که وکیل داشته، این گونه ازدواج را دربر نمی گیرد و تجاوز از اختیار که موجب عدم نفوذ نکاح است، در این مورد نیز صادق است. دیدگاه اخیر صحیح به نظر می رسد؛ زیرا مطلوب موکله در توکیل خویش، واحد است و متعدد نمی باشد. بنابراین چنانچه وکیل مطلوب موکله را مبنی بر انجام نکاح با صداق معین انجام نداده باشد، اصل عقد نکاح فضولی خواهد بود و منوط به تنفیذ است (محقق داماد یزدی، بی تا، ص ۲۰۴؛ دینانی، ۱۳۹۵، ص ۶۸؛ شیروی، ۱۳۹۵، ص ۱۰).

آخرین مطلب این که ممکن است وکالت بدون قید بوده و وکیل مصلحت موکل را در

حدود متعارف مراعات نکرده باشد، مثلاً زنی را که از لحاظ معلومات و موقعیت اجتماعی به هیچ وجه مناسب موکل نیست یا زنی را به دو برابر مهرالمثل برای او تزویج کرده باشد. در این صورت نیز مطابق ماده ۱۰۷۴ قانون مدنی^۱ وضعیت حقوقی عقد، غیر نافذ بوده، صحت آن منوط به تنفیذ موکل است (صفایی و امامی، ۱۳۹۲، ص ۶۳)؛ زیرا در این خصوص وکالت در امر نکاح با دیگر موارد وکالت تفاوتی ندارد (محقق داماد یزدی، بی تا، ص ۲۰۵).

شایان ذکر است که مصلحت معیار دقیق و ضابطه مشخصی ندارد؛ به همین دلیل ممکن است موکل مدعی عدم مراعات مصلحت و وکیل مدعی مراعات مصلحت باشد. در این صورت دادرس باید برای تشخیص مصلحت مورد نظر به عرف مراجعه نماید (صفایی و امامی، ۱۳۹۲، ص ۶۴-۶۳).

یافته‌های پژوهش

۱- بر طبق بررسی‌های انجام یافته در فقه اهل بیت علیهم‌السلام، مطابق قول مشهور فقیهان امامیه که به تفصیل بیان شد، با توجه به این که در اجنبی (فضول) شرط است که وجهی و رابطه‌ای داشته باشد، چنین مستفاد می‌گردد تمامی موارد یا اکثر موارد نکاح فضولی، هم براساس قول مشهور و هم براساس قول ابن حمزه، با اجازه، صحیح و نافذ می‌گردند؛ زیرا اگر اجنبی (فضول)، وجه و رابطه‌ای نداشته باشد، همان طور که توضیح و مثال آن گفته شد، هم بنا بر نظر مشهور و هم بنا بر نظر ابن حمزه، چنین نکاح فضولی باطل است. از نظر مشهور باطل است چون وجه و رابطه‌ای عرفی ندارد و به شوخی بیشتر شبیه است تا به عقد، از نظر ابن حمزه باطل است؛ زیرا در چنین حالتی که عاقد فاقد رابطه عرفی با طرفین نکاح است، قطعاً از ۹ موضع صحت نکاح خارج است و لذا باطل می‌باشد. البته اگر ایراد شود که قول ابن حمزه، نکاح فضولی کبیر و کبیره را در بر نمی‌گیرد، در جواب می‌توان گفت: نکاح فضولی کبیر و کبیره در عصر کنونی، با توجه به تشریفات که امروزه در جوامع انسانی، به‌ویژه در جوامع اسلامی برگزار می‌شود، بسیار اندک و نادر است و به تعبیر علما «النادر کالعدم».

۱- ماده ۱۰۷۴ قانون مدنی اعلام می‌دارد: «حکم ماده فوق در موردی نیز جاری است که وکالت بدون قید بوده و وکیل مراعات مصلحت موکل را نکرده باشد».

۲- از طرفی دیگر به نظر می‌رسد در مقام افتاء، هر چه از اطلاق حکم دوری شود نیکوتر باشد؛ زیرا علاوه بر این که نصوص و روایات فقط بر عدم نفوذ عقد این ۹ صنف دلالت دارند، با احتیاط سازگار نیست که مطلق نکاح فضولی صحیح دانسته شود. همچنین به ادله قول مشهور ایراداتی وارد است؛ لذا قول ابن حمزه که اطلاق را برداشته و صحت نکاح را به چند حالت، منحصر دانسته است، به نظر نیکوتر می‌نماید.

۳- همچنین در مقام قانونگذاری، به نظر می‌رسد پذیرش نظر ابن حمزه علاوه بر این که دلایل گفته شده مثل سازگاری با احتیاط را به همراه خود دارد، از پیامدهای اجتماعی شدید و ناگواری که ممکن است در صورت صحیح دانستن مطلق چنین ازدواجی حاصل گردد، جلوگیری می‌کند. بنابراین برای این که از اطلاق، در داشتن صحت تأهلیه برای تمامی موارد نکاح فضولی دست برداشته شود، امروزه می‌توان مواردی را که دارای چنین صحتی است، در قانون مدنی محدود و احصا کرد.

منابع

- قرآن کریم، ترجمه استاد محمدمهدی فولادوند
- ابن بابویه قمی، محمد بن علی (شیخ صدوق)، *من لا یحضره الفقیه* (۱۴۱۳هـ)، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ دوم
- ابن براج، عبدالعزیز (قاضی)، *المهذب* (۱۴۰۶هـ)، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول
- اشرفی، ملامحمد، *شعائر الاسلام* (۱۳۸۸)، تصحیح و تعلیق احمد باقری، تهران، مؤسسه انتشارات دانشگاه تهران، چاپ اول
- انصاری، مرتضی بن محمد امین، *کتاب المکاسب* (۱۴۱۵هـ)، قم، مجمع الفکر الاسلامی، چاپ اول
- امامی، سیدحسین، *حقوق مدنی*، بی تا، تهران، انتشارات اسلامی
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *ترمینولوژی حقوق* (۱۳۸۰)، تهران، کتابخانه گنج دانش، چاپ یازدهم
- _____، *حقوق خانواده*، ۱۳۷۶، تهران، کتابخانه گنج دانش، چاپ دوم
- حائری طباطبائی، سیدعلی بن محمد، *ریاض المسائل* (۱۴۱۸هـ)، قم، مؤسسه آل البیت علیهم السلام، چاپ اول
- حسینی، سید محمد، *فرهنگ لغات و اصطلاحات فقهی (عربی به فارسی - همراه با معادل انگلیسی)* (۱۳۸۵)، تهران، انتشارات سروش، چاپ دوم
- حسینی روحانی، سیدصادق، *فقه الصادق علیه السلام* (۱۴۱۲هـ)، قم، دارالکتاب - مدرسه امام صادق علیه السلام، چاپ اول
- حکیم، سیدمحسن، *مستمسک العروه الوثقی* (۱۴۱۶هـ)، قم، مؤسسه دارالتفسیر، چاپ اول
- حلبی، ابوالصلاح تقی الدین بن نجم الدین، *الکافی فی الفقه* (۱۴۰۳هـ)، اصفهان، کتابخانه عمومی امام امیر المؤمنین علیه السلام، چاپ اول
- حلی، محمد بن منصور (ابن ادریس)، *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی* (۱۴۱۰هـ)، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ دوم
- حلی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی (علامه)، *تبصره المتعلمین فی أحكام الدین*، (۱۴۱۱هـ)

- تهران، مؤسسه چاپ و نشر وابسته به وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، چاپ اول
 _____، قواعد الأحكام فی معرفه الحلال و الحرام، ۱۴۱۳هـ ق، دفتر انتشارات اسلامی
 وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول
 حلّی، محمد بن حسن بن یوسف (فخرالمحققین)، إیضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد
 (۱۳۸۷هـ)، قم، مؤسسه اسماعیلیان، چاپ اول
 حلّی، نجم‌الدین جعفر بن حسن (محقق)، شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام،
 (۱۴۰۸هـ)، قم، مؤسسه اسماعیلیان، چاپ دوم
 دیانی، عبدالرسول، حقوق مدنی: خانواده (۱۳۹۵)، تهران، نشر میزان، چاپ سوم
 روشن، محمد و محمد صادقی، دانشنامه حقوقی خانواده (۱۳۹۵)، تهران، انتشارات جنگل:
 جاودانه، چاپ اول
 زنجانی، سید موسی شبیری، کتاب نکاح، ۱۴۱۹هـ ق، مؤسسه پژوهشی رأی‌پرداز، چاپ
 اول
 سعدی، أبوجیب، القاموس الفقہی لغہ و اصطلاحات (۱۴۰۸هـ)، دمشق، دار الفکر، چاپ
 دوم
 شریف مرتضی، علی بن حسین موسوی، المسائل الناصریات (۱۴۱۷هـ)، تهران، رابطه
 الثقافه و العلاقات الإسلامیة، چاپ اول
 شیروی، عبدالحسین، حقوق خانواده (ازدواج، طلاق و فرزندان) (۱۳۹۵)، تهران، انتشارات
 سمت، چاپ اول
 عاملی، محمد بن مکی (شهید اول)، غایه المراد فی شرح نکت الإرشاد، ۱۴۱۴هـ ق،
 انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، چاپ اول
 عاملی، زین‌الدین بن علی (شهید ثانی)، حاشیه الإرشاد (۱۴۱۴هـ)، قم، انتشارات دفتر
 تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، چاپ اول
 _____، الروضه البهیة فی شرح اللمعه دمشقیة (المحشی - سلطان العلماء)، (۱۴۱۲هـ)، قم،
 انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، چاپ اول
 صفایی، سیدحسین و اسدالله امامی، مختصرحقوق خانواده (۱۳۹۲)، تهران، نشر میزان،
 چاپ سی و چهارم

- طوسی، أبوجعفر محمد بن حسن، *الخلافة* (۱۴۰۷هـ)، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول
- _____ *المبسوط فی فقه الإمامیه* (۱۳۸۷هـ)، تهران، المکتبه المرتضویه لإحياء الآثار الجعفریه، چاپ سوم
- _____ *النهایه فی مجرد الفقه و الفتاوی* (۱۴۰۰هـ)، بیروت، دار الکتب العربی، چاپ دوم
- _____ *الاستبصار فیما اختلف من الأخبار* (۱۳۹۰هـ)، تهران، دار الکتب الإسلامیه، چاپ اول
- _____ *تهذیب الأحکام*، ۱۴۰۷هـ تهران، دار الکتب الإسلامیه، چاپ چهارم
- طوسی، محمد بن علی، *الوسیله إلى نیل الفضیله*، ۱۴۰۸هـ قم، انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی، چاپ اول
- عاملی، محمد بن حسن (شیخ حر)، *وسائل الشیعه* (۱۴۰۹هـ)، قم، مؤسسه آل البیت علیهم السلام، چاپ اول
- فیومی، احمد بن محمد مقرئ، *المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر للرافعی* (بی تا)، قم، منشورات دار الرضی، چاپ اول
- کاتوزیان، ناصر، *حقوق مدنی: خانواده* (۱۳۸۲)، تهران، شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، چاپ ششم
- کلینی، ابو جعفر محمد بن یعقوب، *الکافی* (۱۴۲۹هـ)، قم، دار الحدیث للطباعه و النشر، چاپ اول
- نعمان عکبری، محمد بن محمد (شیخ مفید)، *المقنعه* (۱۴۱۳هـ)، قم، کنگره جهانی هزاره شیخ مفید، چاپ اول
- محقق داماد یزدی، سید مصطفی، *بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن* (بی تا)، قم، چاپ اول
- مراغی، سید میر عبدالفتاح بن علی، *العناوین الفقهیه* (۱۴۱۷هـ)، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول
- مکارم شیرازی، ناصر، *أنوار الفقاهه فی أحكام العترة الطاهره* (۱۴۲۵هـ)، قم، مدرسه الإمام علی بن أبی طالب علیه السلام، چاپ اول
- _____ *کتاب النکاح* (۱۴۲۴هـ)، قم، انتشارات مدرسه امام علی بن أبی طالب علیه السلام، چاپ اول

- منصور، جهانگیر، تدوین قانون اساسی و قانون مدنی (۱۳۹۴)، تهران، نشر دوران، چاپ پنجاه و دوم
- نجفی، محمدحسن، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام (۱۴۰۴هـ)، بیروت، دار إحياء التراث العربی، چاپ هفتم
- نجفی، حسن بن جعفر (کاشف الغطاء)، أنوار الفقاهه - کتاب النکاح (۱۴۲۲هـ)، نجف اشرف، مؤسسه کاشف الغطاء، چاپ اول
- نوری، میرزا حسین (محدث)، مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل (۱۴۰۸هـ)، بیروت، مؤسسه آل البيت عليهم السلام، چاپ اول
- هاشمی شاهرودی، سید محمود، فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت عليهم السلام (۱۴۲۶هـ)، قم، مؤسسه دائره المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت عليهم السلام، چاپ اول
- یزدی، سید محمد کاظم طباطبایی، العروه الوثقی (۱۴۰۹هـ)، بیروت، مؤسسه الأعلمی للمطبوعات، چاپ دوم
- _____ حاشیه المکاسب (۱۴۲۱هـ)، قم، مؤسسه اسماعیلیان، چاپ دوم