

بازپژوهی دیدگاه‌های سه‌گانه فقها در ماهیت عقد نکاح و تأثیر دیدگاه‌ها در مسائل باب نکاح

منصور امیرزاده جیرگلی^۱

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۱۰/۰۴

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۲/۳۰

چکیده

یکی از موضوعات مهم در بحث نکاح، ماهیت عقد نکاح است. سه دیدگاه معروف بین فقهای امامیه و حتی حقوق‌دانان در خصوص ماهیت نکاح، ارائه گردیده است. برخی از فقها ماهیت عقد نکاح را «معاوضی» می‌دانند. در مقابل، عده‌ای قائل به غیرمعاوضی بودن عقد نکاح هستند. بزرگانی مانند نایینی، عقد نکاح را عقد «شبه‌معاوضی» می‌دانند. برخی از حقوق‌دانان عقد نکاح را عقد مشارکت می‌دانند. نگارنده نکاح را «عقد خاص» می‌داند. به نظر می‌رسد اختلاف‌نظرها ریشه در تشخیص جنبه‌های عقد نکاح، یعنی جنبه قراردادی و جنبه عبادی و اخلاقی دارد. هدف پژوهش حاضر بررسی دیدگاه‌های سه‌گانه فقها درباره ماهیت عقد نکاح است. در همین راستا، پس از بررسی مبانی دیدگاه‌های مذکور، تأثیر این دیدگاه‌ها در برخی از مسائل باب نکاح از قبیل نکاح معاطاتی، حق حبس زوجه و شرط خیار فسخ نکاح، با روش کتابخانه‌ای و به روش توصیفی-تحلیلی، بررسی شده است. مهم‌ترین نتایج تحقیق عبارت‌اند 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 نمی‌کنند. تشریح حق حبس زوجه متأثر از دیدگاه مشهور فقهای امامیه در خصوص ماهیت نکاح مبنی بر معاوضی بودن آن است.

کلیدواژه‌ها

ماهیت عقد نکاح، معاوضی، شبه‌معاوضی، مشارکت، آزادی اراده، لزوم حکمی.

۱. استادیار گروه آموزشی فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد تربیت‌حیدریه، دانشگاه آزاد اسلامی، تربت‌حیدریه، ایران.

amirzadehj@yahoo.com

مقدمه

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 توصیفی-تحلیلی نوشته شده است، درصدد هستیم تا نظر و دلیل فقها را درباره موضوع بحث (مسئله «ماهیت عقد نکاح»)، به بوته نقد و بررسی بگذاریم. به همین منظور، پس از طرح اقوال مختلف و ادله فقها در این موضوع، تأثیر و تأثر دیدگاه‌ها، به‌ویژه تأثیر دیدگاه مشهور فقهای امامیه، بر برخی از مسائل باب نکاح، مورد مذاقه و بررسی قرار خواهد گرفت.

تاکنون تحقیقاتی مرتبط با موضوع مورد بحث ما در کتب و مقالات، پایان‌نامه‌های کارشناسی ارشد و رساله‌های دکتری به انجام رسیده است که ذیلاً به چند مقاله علمی اشاره می‌شود: «ماهیت نکاح و بررسی شروط ضمن عقد احکام و آثار آن در نکاح» (واتقی، ۱۳۹۳)؛ «بازپژوهی مقتضای ذات عقد نکاح از منظر فقه فریقین و حقوق مدنی ایران» (دهقان‌نژاد و همکاران، ۱۳۹۷، ص ۱۰۱-۱۲۵)؛ «ماهیت و جایگاه عقد نکاح در میان عقود معاوضی و غیرمعاوضی» (صادقی‌مقدم و همکاران، ۱۳۹۵، ص ۷۸-۵۳)؛ «اجاره‌انگاری ازدواج موقت و چالش‌های فقهی آن» (محمدزاده و نظری توکلی، ۱۴۰۰، ص ۱۶۷-۱۸۲)؛ «مشتري‌انگاری زوج در احادیث باب نکاح و پیامدهای آن در آرای فقهای امامیه»^۱ (امیرزاده جیرکلی، ۱۴۰۱، ص ۲۹-۵۴).

به نظر می‌رسد مزیت و نوآوری این مقاله در مقایسه با سایر تحقیقات انجام‌شده، آن است که در سایر تحقیقات پیشین، فقط در خصوص ماهیت یا آثار عقد نکاح، مقتضای ذات عقد نکاح و جایگاه نکاح در میان عقود معاوضی و غیرمعاوضی سخن گفته شده، اما در این مقاله، افزون بر تبیین دیدگاه‌های سه‌گانه فقهای امامیه و دیدگاه برخی از حقوق‌دانان درباره موضوع بحث، تأثیر این دیدگاه‌ها بر برخی از مسائل باب نکاح، ولو به‌اجمال، تبیین شده است و لذا

۱. در مقاله «مشتري‌انگاری ...»، وعده داده بودم که در آینده، مقاله مستقلی درباره دیدگاه‌های فقها در خصوص ماهیت عقد نکاح نوشته خواهد شد و اینک مقاله حاضر تقدیم خوانندگان می‌گردد.

تحقیق پیش‌رو از این حیث، نسبت به تحقیقات گذشته، جنبه نوآوری و پژوهشی دارد. فهم صحیح و موضع‌گیری درست، مستلزم تحلیل فقهی مسئله مورد بحث و بررسی اقوال فقها و دلایل طرفداران و مخالفان می‌باشد که در ادامه، بیان خواهد شد. شایان ذکر است: به لحاظ هم‌خوانی محتوای مقاله با عنوان، در قسمت دوم مقاله، در مبحث اول، مسئله نکاح معاطاتی، در مبحث دوم، مسئله حق حبس زوجه و در مبحث سوم، مسئله شرط خیار فسخ در عقد نکاح با همین رویکرد (تأثیر دیدگاه فقها...)، بررسی و برای تبیین بیشتر موضوع، این تأثیر و تأثر بیان شده است.

مفهوم‌شناسی مصطلحات

- نکاح

غالب فقهای امامیه نکاح را تعریف نکرده‌اند (عاملی، بی‌تا، ج ۵، ص ۸۵). صاحب جواهر می‌نویسد: «عقد نکاح چیزی جز نقل و تسلیط زوج بر بضع (آلت زنانگی) و اثبات سلطنت و قدرت بر آن (بضع) نیست (نجفی، بی‌تا، ج ۲۹، ص ۷). در قانون مدنی نیز، نکاح تعریف نشده است. یکی از حقوق‌دانان در تعریف نکاح می‌نویسد: «نکاح رابطه‌ای است حقوقی-عاطفی که با عقد بین زن و مرد حاصل می‌شود و به آنها حق می‌دهد که با یکدیگر زندگی کنند و مظهر بارز این رابطه، حق تمتع جنسی است» (محقق داماد، ۱۳۹۰، ص ۲۴).

- حق حبس زوجه

مراد از حق حبس زوجه آن است که زن حق دارد از ایفای وظایف زناشویی و تمکین، امتناع کند تا مهر به او تسلیم شود.

۱. دیدگاه‌های سه‌گانه فقها درباره ماهیت عقد نکاح

فهم صحیح و موضع‌گیری درست، مستلزم تحلیل فقهی مسئله مورد بحث و بررسی اقوال فقها و دلایل 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. در تقریرات ناینی در بحث اقسام عقود آمده است: «قسم یتضمن الإعطاء و الأخذ من الطرفين و هو العقود المعاوضیة... و جامعها ما يحتاج إلى أخذ و عطاء من كل منهما فيتوقف على الإلزام و الإلتزام من

الطرفین» (نابینی، ۱۴۳۱ق، ج ۱، ص ۲۴۷): عقود معاوضی عقودی است که متضمن 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 می‌دهد یا تعهدی می‌کند که موضوع آن، مال است (محقق داماد و همکاران، ۱۳۹۱، ج ۱، ص ۱۷۲).

در برابر عقد معاوضی، دسته دیگری از عقود هستند که در آنها دادوستد یا مبادله وجود ندارد، مانند هبه غیرمعضه و وقف. به این گونه عقود، عقود غیرمعاوضی می‌گویند. 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.

۱-۱- دیدگاه‌های سه‌گانه 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:^۱ دیدگاه اول: نکاح، عقد معاوضی است؛ دیدگاه دوم: نکاح، عقد غیرمعاوضی است؛ دیدگاه سوم: نکاح، عقد «شبه‌معاوضی» است.

۱-۱-۱ دیدگاه اول: نکاح، عقد معاوضی است

مشهور فقهای امامیه^۲ با توجه به جریان برخی از احکام معاوضات، مانند حق حبس زوجه

۱. در خصوص ماهیت برخی از نهادهای فقهی مربوط به قبل از تشکیل عقد نکاح، به مقاله «نقدی حقوقی بر ماهیت کنونی جهیزیه در ایران» (محقق داماد، ۱۳۹۹، ص ۱۰۳-۱۲۵) مراجعه شود.

۲. فقهای حنفی عقد نکاح را به‌طور جدی عقد معاوضه می‌دانند؛ یعنی تعویض بین منافع بضع و صدق (جزیری، ۱۴۰۶ق، ج ۴، ص ۲؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۹۵ الف، ج ۵، ص ۱۵۳).

و وجود نهادهای مالی از قبیل مهریه و نفقه، عقد نکاح را در زمره عقود معاوضی شمرده‌اند (نابینی، ۱۴۳۱ق، ج ۱، ص ۲۴۸). در سخنان برخی از فقها، عقد نکاح در زمره عقود معاوضی شمرده شده است. شیخ طوسی صریحاً می‌گوید: «إِذَا تَزَوَّجَ الرَّجُلُ امْرَأَةً بِمَهْرٍ مَعْلُومٍ مَلَكَ الْمَهْرَ عَلَيْهِ بِالْعَقْدِ وَ مَلَكَهُهُ الْبُضْعُ...، لِأَنَّهُ عَقْدٌ مَعَاوِضَةٌ؛ اگر مردی، زنی را با مهریه معلوم، به ازدواج خود درآورد، زن مالک مهر می‌گردد و مرد، مالک بضع...؛ زیرا عقد نکاح، عقد معاوضه محسوب می‌شود (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۴، ص ۳۱۰).

صاحب جواهر عقد نکاحی را که در آن مهر ذکر شده است، یک عقد معاوضی و مهر را عوض «بُضْع» می‌داند و می‌نویسد: «فَكَمَا أَنَّ الْمَشْتَرِيَّ يَمْلِكُ الْمَبِيعَ بِالْعَقْدِ وَ الْبَائِعَ بِالْثَمَنِ بِهِ، فَكَذَلِكَ النِّكَاحُ الَّذِي لَا رِبَّ فِيهِ مَلَكَ الزَّوْجُ الْبُضْعَ بِهِ...» (نجفی، بی تا، ج ۳۱، ص ۱۰۷): همان‌طور که در بیع، مشتری مالک مبیع و بایع، مالک ثمن می‌شود، در عقد نکاح نیز، زوج مالک بضع [و زوجه، مالک مهریه] می‌شود.

طبق این دیدگاه که ناشی از دیدگاه فقیه به انسان و زندگی می‌باشد، ازدواج کانونی برای التذاذ و کامجویی زوج از زوجه است و اهداف والای شارع و نگاه قرآنی ازدواج، از قبیل سکون و آرامش و انسان‌سازی، مد نظر این فقها نیست و پس از وقوع عقد نکاح، زوجه نفس خویش را به زوج اعطا می‌نماید و زوج نیز با قبول زوجیت، بدل از اعطای نفس زوجه، مهریه را اعطا می‌نماید (نابینی، ۱۴۳۱ق، ج ۱، ص ۲۴۸) و مهریه عوض بضع (بهره‌وری جنسی از آلت زنانگی) است.

۱-۲. دیدگاه دوم: نکاح، عقد معاوضی نیست (غیر معاوضی)

در مقابل دیدگاه مشهور فقها، گروهی از فقها معتقدند که عقد نکاح، عقد معاوضی نیست. علامه حلی نیز نکاح را جزء معاوضات محض نمی‌داند (حلی، ۱۴۱۴ق، ج ۵، ص ۲۰۷). در جامع المقاصد گوید: «أَمَّا النِّكَاحُ فَإِنَّهُ يَكُونُ ضَرْباً مِنْ ضُرُوبِ الْعِبَادَةِ.» (محقق کرکی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۲، ص ۸۶). ایشان در جای دیگر می‌فرماید: نکاح معاوضه محض نیست و احکام خاصی آن را از سایر معاوضات جدا می‌کند (همان، ج ۵، ص ۲۶۵). گروهی از فقها نکاح را عقد غیرمعاوضی می‌دانند (عاملی، ۱۳۸۷، ج ۸، ص ۲۰۲؛ انصاری، ۱۴۱۵ق، ب، ص ۸۴؛ خوانساری، ۱۴۰۵ق، ج ۴، ص ۴۲۴).

در کلام برخی از فقهای معاصر، با تغییراتی در عبارت و نحوه استدلال، عقد نکاح جزء عقود غیر معاوضی معرفی شده است. ایشان پس از بیان تفصیلی ضعف منشأ قول صاحب جواهر، معتقدند که حقیقت نکاح، معاوضه بین مهریه و بضع نیست؛ بلکه حقیقت نکاح این است که مرد، شوهر زن و زن، همسر مرد است و اینکه مقابله مابین مهریه و سرپرستی مرد نسبت به زن است (شیری زنجانی، ۱۴۱۹ق، ج ۱۷، ص ۵۳۴۴-۵۳۴۹ و ج ۲۵، ص ۷۹۹۳ و ۷۹۹۴). از نظر ایشان، حقیقت نکاح، معاوضه بین مهریه و بضع نیست و به نظر می‌رسد مقابله بین اخذ مهریه از سوی زوجه و سرپرستی زوج است.

۱-۳-۱. دیدگاه سوم: نکاح، عقد «شبه معاوضی» است

میرزای نایینی پس از بیان تعریف عقود معاوضی، از عقد نکاح به «شبه عقد معاوضی» تعبیر می‌کند و می‌فرماید: «و مایشبهها کالنکاح» (نایینی، ۱۴۳۱ق، ج ۱، ص ۲۴۷). در جای دیگر، صریحاً گوید: «شبه المعاوزات کالنکاح» (همان، ج ۱، ص ۱۷۷). برخی از فقهای معاصر نیز با این استدلال که «ممکن است زمان تعیین مهر، بعد از عقد نکاح باشد، در حالی که در عقود معاوضی، عوضین باید حین العقد معلوم باشد»، نکاح را «برزخ بین معاوضه و عبادت» دانسته‌اند (سبحانی، بی تا، ج ۲، ص ۲۰۲ و ۲۰۷).

۱-۴-۱. دیدگاه جعفری لنگرودی

جعفری لنگرودی در کتاب الفارق، ماهیت عقد نکاح را از «مشاركات» دانسته است و عمده مطالب بحث نکاح را بر مبنای «مشارکت» تبیین می‌نماید (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۵ الف، ج ۵، ص ۱۹۸ و ج ۳، ص ۲۳۵) و می‌نویسد: «معاوضه عنصر عقد نکاح نیست». ایشان در ادامه آورده است: «السبکی می‌گوید: ازدواج از مقوله مشارکات است نه معاوضات. سخنی است پخته که دیگران نگفته‌اند» (همان، ج ۵، ص ۲۱۹). جعفری لنگرودی چگونگی این مشارکت را تابع تحول عرف‌ها می‌داند (همان، ج ۵، ص ۱۹۸) و در جای دیگر، صراحتاً می‌گوید: «نکاح عقد مشارکت است و التزام طرفین در عقد نکاح، آنان را متعهد به رعایت شئون و طواری مشارکت می‌کند. هر شریک زندگی در برابر شریک خود، تعهداتی دارد...» (همان، ج ۵، ص ۲۰۵ و ۲۰۶).

تحقیق در مسئله

ماهیت عقد نکاح، عقد معاوضی محض نیست، هرچند موضوع آن تعهد زوجین در قبال یکدیگر می‌باشد؛ زیرا بین تعهدات زوجین، رابطه «تقابل» وجود ندارد. نکاح دائم بر خلاف عقد بیع، یک عقد غیرمالي و غیرمعاوضی است و اغلب قواعد قراردادهای مالی در مورد نکاح، قابل اجرا نیست. آثار مالی نکاح دائم و وجود نهادهای مالی از قبیل مهر و نفقه و ارث، نکاح را از صورت یک قرارداد غیرمالي خارج نمی‌کند (امامی، ۱۳۶۸، ج ۴، ص ۳۷۸؛ صفایی و امامی، ۱۳۹۳، ج ۱، ص ۲۵) و نمی‌توان عقد نکاح را مانند بیع، عقد معاوضی در نظر گرفت. این استدلال که چون در عقد نکاح، ایجاب از سوی زوجه و قبول از سوی زوج می‌باشد، فلذا زوجه بضع خویش را در قبال صداق به زوج تسلیم می‌نماید، استدلالی غیرموجه است. بیع ارتباط بین دو مال است و مربوط به روابط مالی و خصوصی اشخاص می‌باشد، اما ازدواج معاهده طرفینی است که هر کدام از زوجین، همسر دیگری می‌شود و هر کدام بر دیگری حقوقی دارد، بدون اینکه بیع و شراء در کار باشد (سبحانی تبریزی، بی تا، ج ۱، ص ۱۲۱). اگرچه در قانون مدنی، صریحاً در خصوص ماهیت عقد نکاح سخنی گفته نشده است، به نظر می‌رسد دیدگاه میرزای نایینی (شبه‌معاوضی) مورد توجه نویسندگان قانون مدنی بوده است. از باب تأیید مدعا، متن ماده ۱۱۰۲ قانون مدنی عیناً نقل می‌گردد: «همین که نکاح به‌طور صحت واقع شد، روابط زوجیت بین طرفین موجود و حقوق و تکالیف زوجین در مقابل همدیگر برقرار می‌شود».

نگارنده بر این باور است که عقد نکاح «عقد خاص» است و دارای دو جنبه یا دو بُعد می‌باشد: ۱. جنبه اصلی یا جنبه معنوی نکاح که علقه زوجیت بین زوجین است؛ ۲. جنبه فرعی یا جنبه مالی نکاح که مصداق بارز آن، مهریه است. نکته قابل ذکر این است که «در عقد نکاح، هرچند مهر مالیت دارد، اما عوض مالی در برابر آن قرار ندارد» (شهیدی، ۱۳۸۸ الف، ص ۱۱۷). فلذا بهتر آن است که از نکاح به «عقد خاص» تعبیر نماییم.

۲-۱. مؤیدات درستی بیع بودن نکاح و نقد آنها

نظر فقهای امامیه نوعاً مشعر به بیع بودن عقد نکاح می‌باشد. معاوضه‌انگاری یا بیع‌انگاری

نکاح در کلام برخی از فقها تصریح شده است. با تتبع در عبارات و متون فقهی می‌توان گفت: در دیدگاه غالب فقهای امامیه، عقد نکاح و نهاد ازدواج متأثر از نهاد بیع و تجارت و معاوضه است؛ برای نمونه، شیخ الطائفه نکاح را عقد معاوضه می‌داند و می‌نویسد: «*إذا تزوج الرجل امرأة بمهر معلوم ملكت المهر عليه بالعقد و ملك هو البضع... لأنه عقد معاوضة*» (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۴، ص ۳۱۰). به نظر می‌رسد «پدیده معاوضه‌انگاری یا بیع‌انگاری نکاح پس از شیخ طوسی به‌طور صریح وارد گفتمان شیعی گردیده و بعداً در کلام فقها استعمال شده است» (امیرزاده جیرکلی، ۱۴۰۱، ص ۳۱).

با توجه به وجود بعضی جهات مشترک بین بیع و نکاح (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ق، ص ۲۰۰)، در این قسمت، به چند مورد از مؤیدات درست‌بیع بودن نکاح اشاره می‌نماییم و اجماً مورد نقد و بررسی قرار می‌دهیم.

۱-۲-۱. تعبیر ثمن برای مهریه در نکاح دائم (أغلی الثمن)

در غالب کتب حدیثی و فقهی، عبارت «أغلی الثمن» در جمله «یشتريها بأغلی الثمن» به «مهریه» تفسیر شده (نجفی، بی‌تا، ج ۲۹، ص ۶۴؛ شبیری زنجانی، ۱۴۱۹ق، ج ۱، ص ۱۶۵) و فلسفه «جواز نظر مرد به زن در خواستگاری» پرداخت مهریه به زوجه معرفی گردیده است. این تفسیر مؤید آن است که می‌توانیم مهریه را به‌منزله ثمن معامله بدانیم؛ زیرا در بیع، خریدار با پرداخت ثمن، مالک مبیع می‌شود و در مانحن‌فیه، بنابر قول مشهور نیز، زوج با پرداخت مهر، مالک زوجه یا حداقل مالک بضع می‌گردد، آن‌گونه که صاحب جواهر گوید: «*فكما أن المشتري يملك المبيع بالعقد والبائع بالثمن به، فكذلك النكاح الذي لا ريب في ملك الزوج البضع به*...» (نجفی، بی‌تا، ج ۳۱، ص ۱۰۷).

این استدلال که چون در عقد نکاح، ایجاب از سوی زوجه و قبول از سوی زوج می‌باشد، فلذا زوجه بضع خویش را در قبال صداق، به زوج تسلیم می‌نماید، استدلالی غیرموجه است. بیع ارتباط بین دو مال است و مربوط به روابط مالی و خصوصی اشخاص می‌باشد، اما ازدواج معاهده طرفینی است که هر کدام از زوجین، همسر دیگری می‌شود و هر کدام بر دیگری حقوقی دارد، بدون اینکه بیع و شراء در کار باشد (سبحانی تبریزی، بی‌تا، ج ۱، ص ۱۲۱).

دلایل و قراین متعددی وجود دارد که اثبات می‌کند جملات و تعبیراتی مانند «یشتربها بأغلی الثمن»، در معنای حقیقی و معنای مصطلح معاوضی استعمال نشده است؛ بلکه این گونه تعبیر به نحو مجاز و مسامحه می‌باشد. از باب نمونه، در آیه شریفه «إِنَّ اللَّهَ إِشْتَرَى مِنَ الْمُؤْمِنِينَ أَنْفُسَهُمْ وَأَمْوَالَهُمْ...» (توبه، ۱۱۱)، کلمه «إشتری» در معنای حقیقی و معنای تعاملی مالی استعمال نشده است؛ بلکه در معنای ارزشی و معنوی به کار رفته است. در این باره در قسمت دوم مقاله توضیح خواهیم داد.

۱-۲-۲. تعبیر از زوجه به مستأجره در عقد منقطع

افزون بر تشبیه نکاح دائم به بیع، در برخی از روایات معصومین^(ع)، نکاح منقطع «اجاره» تلقی شده و به جای مهریه، «اجرت» ذکر گردیده و زوجه به‌عنوان «مستأجره» معرفی شده است. ذیلاً فقط متن دو روایت را از کتاب وسائل‌الشیعه نقل می‌کنیم: ۱. «لَا تَكُونُ مَتْعَةً إِلَّا بِأَمْرٍ، أَجَلٌ مُّسَمًّى وَأَجْرٌ مُّسَمًّى»؛ ۲. «فِي الْمَتْعَةِ لَيْسَتْ مِنَ الْأَرْبَعِ لِأَنَّهَا لَا تَطْلُقُ وَلَا تَرْتُّ وَإِنَّمَا هِيَ مُسْتَأْجَرَةٌ» (حر عاملی، ۱۴۱۴ق، ج ۲۱، ص ۱۸ و ج ۲۱، ص ۲۲).

صاحب جواهر در باب نکاح عقد منقطع، روایات مذکور را که در آنها شخص زوجه (متمتع‌بها) «مستأجره» خوانده شده است، نقل می‌کند و پس از ذکر آنها می‌نویسد: «هُوَ شِبْهُ الْإِجَارَةِ، وَلِذَا كَانَ الْمَهْرُ فِيهَا كَالْعَوَضِ فِي الْإِجَارَةِ شَرْطًا فِي الصَّحَّةِ»: نکاح منقطع شبیه اجاره است. به همین لحاظ، مهر در نکاح منقطع، به‌منزله عوض در اجاره می‌باشد و مهر شرط صحت نکاح منقطع است (نجفی، بی‌تا، ج ۳۰، ص ۱۶۲).

در آرای برخی از فقهای امامیه در باب نکاح، مواردی مشاهده می‌شود که با اصول اولیه انسانی و ارزش‌های اخلاقی، مغایر به نظر می‌رسد. تعبیر و تشبیه از نکاح منقطع به اجاره در روایات و متون فقهی^۱، به نحو حقیقت نیست؛ بلکه تعبیر مجازی است (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ق، ص ۶۸) و این به‌دلیل وجود برخی مشابهات در این دو عقد می‌باشد و به نظر می‌رسد

۱. مانند تعبیر به اشتراء یا تشبیه نکاح دائم به بیع، در روایات باب جواز نظر به مخطوبه؛ ن.ک. امیرزاده، ۱۴۰۱، ص ۴۰-۳۵.

نمی‌توان تمام احکام و آثار عقد اجاره و موجر را بر زوجه جاری کرد. در مباحث بعدی، درباره تشبیه نفقه زوجه به هزینه مورد اجاره در نکاح دائم، سخن خواهیم گفت. بنابه نقل شیخ طوسی در کتاب «مبسوط»، در باب نفقه زوجه، فقهای امامیه مرد را به کرایه‌کننده خانه (مکتری) و زن را به کرایه‌دهنده (مکری) تشبیه کرده‌اند: «و شَبَّهَ الْفَقَهُاءُ الزَّوْجَ بِالْمُكْتَرِي وَالزَّوْجَةَ بِالْمُكْرِي دَاراً... وَ إِنَّمَا يَخْتَلِفَانِ فِي شَيْءٍ وَاحِدٍ، وَ هُوَ أَنَّ مَا يَحْفَظُ الْبَيْتَ عَلَى الدَّوَامِ وَ هُوَ الْإِطْعَامُ فَعَلَيْهِ دُونَهَا فَفِي هَذَا يَفْتَرِقَانِ، وَ فِيمَا عَدَاهُ يَتَّفِقَانِ» (طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۶، ص ۸): فقهای امامیه مرد را به کرایه‌کننده خانه و زن را به کرایه‌دهنده (مکری) تشبیه کرده‌اند... و این دو عقد (اجاره و نکاح) فقط در یک مورد با همدیگر اختلاف دارند: در عقد اجاره، آنچه برای حفظ و بقای مورد اجاره لازم می‌باشد، مانند تعمیر اساسی، بر عهده مالک (موجر) است، ولی در عقد نکاح، آنچه برای بقای حیات زن لازم می‌باشد، یعنی نفقه، استثنائاً بر عهده شوهر است و در سایر موارد، اجاره و نکاح با یکدیگر فرقی ندارند. یکی از حقوق‌دانان می‌نویسد: «شیخ در مبسوط، از نظر اجرای قواعد حقوقی، نفقه زن را تشبیه به هزینه مورد اجاره نموده و شوهر را به مستأجر و زن را به موجر تشبیه کرده است» (امامی، ۱۳۶۸، ج ۴، ص ۴۳۴).

۳-۱. مقتضای ذات عقد نکاح

در خصوص مقتضای ذات عقد نکاح دائم، سه قول بین فقهای امامیه و حقوق‌دانان وجود دارد: ۱. استمتاع جنسی به معنای خاص؛ یعنی وطی و نزدیکی (انصاری، ۱۴۱۵ق ب، ص ۲۶۶)؛ ۲. تشکیل خانواده (فاضل لنکرانی، بی تا، ص ۱۲۹؛ کاتوزیان، ۱۳۸۶، ج ۱، ص ۲۰)؛ ۳. علقه زوجیت (شیرازی، ۱۴۱۹ق، ج ۸، ص ۲۷۲۶؛ امامی، ۱۳۶۸، ج ۴، ص ۳۶۹). عقد نکاح دائم به‌منظور تشکیل خانواده صورت می‌گیرد و جنبه عبادی و عاطفی آن و حیثیت اخلاقی و مذهبی اشخاص بر جنبه خصوصی و مالی برتری دارد. از آیات قرآن، از جمله آیه «وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ» (بقره، ۲۲۸)، آشکار می‌گردد که نکاح علقه بین دو شخص و ارتباط بین دو انسان است. همچنین در آیه دیگری، در خصوص ازدواج حضرت موسی^(ع) با دختر حضرت شعیب^(ع)، خداوند از قول حضرت شعیب^(ع)، می‌فرماید: «إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ...» (قصص، ۲۸-۲۷): شعیب^(ع) به موسی^(ع) گفت:

می‌خواهم یکی از این دو دخترانم را به نکاح تو درآورم در برابر هشت یا ده سال خدمت چوپانی. موسی پاسخ داد: هر یک از این دو مدت را بگذرانم، کافی باشد. در صدر این آیه نیز، تفوق جنبه اخلاقی نکاح بر جنبه مالی آن مشهود است و تشریح عقد نکاح به منظور ایجاد رابطه زوجیت بین دو انسان است؛ اگرچه از انتهای آیه، معاوضی بودن نکاح قابل برداشت است.

نگارنده با بررسی آیات قرآن، ادله و مبانی دیدگاه‌های فقها در خصوص ماهیت عقد نکاح و همچنین مواد ۱۰۳۵ و ۱۱۰۲ قانون مدنی، در بین اقوال راجع به مقتضای ذات عقد نکاح، قول سوم (علقه زوجیت) را اختیار کرده است. طبق قول مختار، نکاح به‌عنوان یک پدیده اجتماعی و به‌منظور ایجاد رابطه زوجیت و زناشویی با تأکید بر نهاد خانواده مطرح می‌شود و ذیل آن، احکام فردی زوجین تبیین می‌گردد؛ اما در نظریه اول، عنوان فردی نکاح (وطی یا عقد بین دو شخص) و انتفاع مشروع زوج از لذایذ بضع زوجه که فعل مکلف است، مورد نظر فقها می‌باشد.

۲. تأثیر دیدگاه‌های سه‌گانه فقها در مسائل باب نکاح

با توجه به تقدم و تأخر زمانی مسائل مطرح شده در عقد نکاح بر یکدیگر، مسائل و احکام مربوط به نکاح را ذیل سه مبحث (تشکیل، آثار و انحلال) می‌آوریم و ذیل هر مبحث، درباره ماهیت عقد نکاح، تأثیر دیدگاه فقها را بر برخی از مسائل مطروح، ذکر می‌نماییم.

۲-۱. تشکیل عقد نکاح

در این قسمت، برخی از مقررات و قواعد راجع به شکل‌گیری و انعقاد عقد نکاح آورده می‌شود.

۲-۱-۱. عقد لفظی و عقد معاطاتی

ایجاب و قبول از ارکان مهم عقود و قراردادها می‌باشد. ایجاب و قبول گاهی «لفظی» و گاهی «فعلی» است. به ایجاب و قبول «فعلی»، اصطلاحاً «معاطات» گفته می‌شود. فقها معتقد هستند عقود و معاملات و قراردادها هم با لفظ و هم بدون لفظ تحقق می‌یابند. در عقود و قراردادها، معاطات مورد قبول قرار گرفته است. قانون‌گذار ذیل ماده ۳۳۹ قانون

مدنی، مقرر می‌دارد: «... ممکن است بیع به دادوستد نیز واقع شود».

اگر عقد نکاح را عقد معاوضی بدانیم، نکاح معاطاتی نیز مانند بقیه عقود، صحیح خواهد بود؛ اما نکاح معاطاتی از نظر شرعی و فقهی، صحیح نیست. نکاح معاطاتی به نکاحی گفته می‌شود که صرفاً به تراضی طرفین انجام شود و ایجاب و قبول «لفظی» در میان نباشد. نایینی چنین نکاحی را «زنای به تراضی» نامیده و نکاح بدون لفظ و صیغه و به تعبیر دیگر، نکاح فعلی را مصداق ضد نکاح، یعنی زنا و سفاح، معرفی کرده است (نایینی، ۱۴۳۱ق، ج ۱، ص ۱۸۸ و ۱۸۹).

با توجه به ماهیت نکاح و نوع لزوم عقد نکاح (لزوم حکمی)، نکاح معاطاتی باطل است. نکاح به ایجاب و قبول لفظی احتیاج دارد و بدون آن، رابطه زوجیت ایجاد نمی‌شود و اثری بر آن مترتب نمی‌گردد. فقها عقیده دارند که به واسطه اعتبار لفظ در تشکیل عقد نکاح، نکاح از زنا و سفاح جدا می‌گردد (طوسی، ۱۴۰۹ق، ج ۴، ص ۱۹۴؛ بحرانی، ۱۴۰۵ق، ج ۲۳، ص ۱۵۶؛ نایینی، ۱۴۳۱ق، ج ۱، ص ۱۸۸).

ماده ۱۰۶۲ ق.م. مقرر می‌دارد: «نکاح واقع می‌شود به ایجاب و قبول به الفاظی که صریحاً دلالت بر قصد ازدواج نماید». قانون‌گذار صرف بیان اراده طرفین را در انعقاد نکاح کافی نمی‌داند؛ بلکه ایجاب و قبول با الفاظ صریح را لازم دانسته است. به تعبیر یکی از حقوق‌دانان: «اگر لفظ در بین نباشد، می‌گویند تراضی حاصل است نه عقد» (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۴، ص ۴۵۴).

برخی از فقهای معاصر معتقدند که عقد ازدواج به هر زبانی که باشد، درست است و اگر هم بدون لفظ ویژه‌اش، یعنی «انکحت» یا نکاح کردم، باشد، در صورتی که جریانی میان زن و مرد انجام گیرد، چه با نوشتن یا گفتن یا اشاره یا هر طور دیگر که به روشنی دلالت بر انجام ازدواج کند، کافی است. اگر کفش روی کفش گذاردن یا شیرینی به یکدیگر تعارف کردن یا هر اشاره و عملی دیگر که در عرف آنان، دلیل انجام ازدواج می‌باشد، کافی است و دیگر صیغه‌ای چه به عربی و چه به زبان دیگر، لازم ندارد. عمده این است که معلوم باشد قضیه

رفیق‌بازی و زنا در کار نیست؛ بلکه مقصود زناشویی و تشکیل زندگی جدید است، چه دائم و چه موقتش (صادقی تهرانی، بی‌تا، ص ۱۷۳).

در پرونده‌ای، شعبه ۲۶ دیوان‌عالی کشور با قبول نکاح معاطاتی و اعمال اصل برائت و قاعده «درأ»، حکم زنا را نقض کرد و با صدور حکم برائت هر دو نفر، در رأی صادرشده آورده است: «با توجه به محتویات پرونده در رابطه با زنا، نظر به اینکه طرفین از ابتدا قصد ازدواج داشته‌اند و اظهار ندامت نموده‌اند و حسب نظر برخی از فقهای عظام، نکاح به الفاظ فارسی مورد تصدیق هست، حتی بعضی از بزرگان نکاح معاطاتی را صحیح دانسته‌اند، اجرای حد زنا نسبت به هر دو، مشکل و مورد شبهه است و الحدودُ تُدرأُ بالشُّبهات، لذا رأی صادره نقض می‌گردد» (بازگیر، بی‌تا، ص ۱۴۱).

به نظر می‌رسد رأی فوق بر مبنای اصل برائت و اعمال قاعده «درأ» صادر گردیده و قول برخی از فقها (بدون ذکر نام) در خصوص صحت نکاح معاطاتی، از باب مؤید بیان شده است. طبق دیدگاه قائلان به معاوضی بودن عقد نکاح، در نگاه اولیه، می‌توان معاطات را در نکاح مانند بقیه عقود معاوضی صحیح دانست؛ در حالی که به اجماع فقهای امامیه یا حداقل طبق قول مشهور فقها، نکاح معاطاتی صحیح نیست. با توجه به علت بطلان نکاح معاطاتی که بیان شد و همچنین موارد دیگری که در ادامه خواهد آمد، از قبیل عدم انعقاد عقد نکاح با لفظ بیع و کاربست واژه «علی» در صیغه نکاح، نتیجه‌گیری می‌شود که فقهای قائل به معاوضی بودن نکاح، احکام و آثار عقود معاوضی را بر اکثر مسائل باب نکاح، از قبیل نکاح معاطاتی و شخصیت طرف مقابل، مترتب نمی‌کنند.

۲-۱-۲. عدم انعقاد عقد نکاح با لفظ بیع و تملیک

از نظر فقهی، عقد نکاح با لفظ بیع منعقد نمی‌شود. در خلاف گوید: «لا ینعقد النکاح باللفظ البیع ولا التملیک... فلو قال بعثکها أو ملککها... لا یصح» (طوسی، ۱۴۰۹ق، ج ۴، ص ۲۸۸). اگر نکاح، بیع باشد، پس باید بتوان به‌جای آنکحت، لفظ بعث یا ملکت را به کار برد، در حالی که به اجماع فقها، چنین عملی صحیح نیست (نجفی، بی‌تا، ج ۲۹، ص ۱۴۲). اگر زن در صیغه ایجاب بگوید: بعثک نفسی یا ملکت نفسی، با این الفاظ، نکاح منعقد نمی‌شود. «نکاح را

نمی‌توان با لفظ اشتراء ایجاد کرد. نکاح اگر با «بعثت» توسط عروس و «إشتریت» توسط داماد خوانده شود، اجماع داریم که باطل است. این نشان می‌دهد که حقیقت آن، بیع و شراء نیست» (مکارم شیرازی، ۱۳۹۶؛ همو، ۱۴۲۲ق، ص ۲۰۰) و استعمال الفاظ معاملات در صیغه نکاح صحیح نمی‌باشد.

مذاهب اربعه اهل سنت به جز حنفیه، اتفاق نظر دارند که نکاح با الفاظ عقود مفید تملیک عین، مانند بیع یا شراء یا تملیک، صحیح نیست. در این مورد، حنفیه مخالفت نموده، قائل به صحت چنین نکاحی هستند. طبق این نظر، اگر زن یا ولی او گفت که فروختم و مرد قبول کرد، ازدواج صحیح است؛ زیرا فروختن شخص آزاد صحیح نیست؛ فلذا معنای مجازی فروش، یعنی نکاح، اراده می‌شود (جزیری، ۱۴۰۶ق، ج ۴، ص ۱۴ و ۲۴).

۲-۱-۳. کاربست واژه «علی» در صیغه نکاح

با مذاقّه در قواعد مربوط به تشکیل عقد نکاح و ساختار صیغه عقد نکاح در متون فقهی، مبرهن می‌گردد که عقد نکاح و مهریه با حرف «استعلاء» (حرف جرّ «علی») انشا شده است (علی الصّدق المعلوم) نه با حرف «باء» که برای «مقابله» می‌آید و مفید عوض است.

قزوینی گوید: «یتعدی صیغه "أنکحت و زوجت" بالنسبة إلى المهر بكلمة الاستعلاء للثبوت علی الشرطية، لا بكلمة المقابلة المفيدة للعوضیة» (موسوی قزوینی، ۱۴۲۴ق، ج ۲، ص ۷۲۶): صیغه «أنکحت و زوجت» با حرف جرّ «علی» متعدی می‌شود. این کلمه که بر استعلاء دلالت دارد، برای بیان این مطلب است که مهریه در نکاح، شبیه شرط است. از اینکه الفاظ صیغه نکاح، با لفظ «باء» متعدی نشده‌اند، بدین دلیل است که مهریه در مقابل بضع (بهره‌وری جنسی از زوجه) نمی‌باشد. آیت‌الله مکارم معتقد است: «معاوضه‌ای بین مهر و بضع نیست؛ بلکه مهر شبیه «شرط» است و اگر نباشد، نکاح باطل نمی‌شود (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ق، ج ۶، ص ۳۰). فقها در تعریف برخی از عقود معاوضی، از جمله بیع، غالباً حرف «باء» را آورده‌اند که به معنای مقابله و مفید عوضیت می‌باشد. در مکاسب، در تعریف «بیع» می‌نویسد: «إنشاء تملیک عین بمال» (انصاری، ۱۴۱۵ق (الف)، ج ۳، ص ۱۱). قانون مدنی در ماده ۳۳۸ مقرر می‌دارد: «بیع عبارت است از تملیک عین به عوض معلوم». بنابراین یکی از دلایل تمایز ماهوی عقد

نکاح با عقود معاوضی، مانند عقد بیع، تفاوت در استعمال الفاظ صیغه انعقاد عقد نکاح با سایر عقود است.

۲-۱-۴. ارکان عقد بیع و عقد نکاح (فرق جوهری بیع و نکاح)

قوام عقد بیع به ثمن و مئمن (مبیع) است. چنانچه هر کدام از این دو رکن وجود نداشت، عقد بیع واقع نمی‌شود. بایع به شخصی گفته می‌شود که «مالی را که مبیع و معوض خوانده می‌شود در برابر بها و ثمن، به طرف مقابل منتقل می‌کند» (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۵ ب، ج ۲، ص ۸۱۰). مشتری صاحب ثمن و قبول‌کننده عقد بیع است. اصطلاحاً به بایع، «موجب» و به مشتری، «قابل» گفته می‌شود.

ارکان عقد بیع ثمن و مئمن است، ولی در عقد نکاح، هر کدام از زوجین (زوج و زوجه) «رکن» عقد محسوب می‌گردند و «مهریه» رکن عقد نیست (عاملی، ۱۳۸۷، ج ۸، ص ۲۰۲). ارکان عقد نکاح، طرفین عقد، یعنی زوجه و زوج می‌باشند. طرف ایجاب در عقد نکاح، زوجه است و طرف قبول، زوج می‌باشد. شهید ثانی می‌نویسد: «إِنَّ الزَّوْجَيْنِ فِي النِّكَاحِ رُكْنَانِ بِمِثَابَةِ الثَّمَنِ وَالْمُثْمَنِ فِي الْبَيْعِ...» (همو، بی تا، ج ۵، ص ۱۲۰).

صاحب جواهر گوید: «... إعتبارُ تشخيصِ الزَّوجِ وَ الزَّوْجَةِ فِي النِّكَاحِ عَلَى وَجْهِ يَحْصُلُ بِهِ التَّمْيِيزُ» (نجفی، بی تا، ج ۲۹، ص ۱۵۳): تشخیص و تمییز هر کدام از زوجین در نکاح، معتبر است و الا در صورت عدم تعیین شخص، عقد نکاح باطل است (همان، ص ۱۵۶).

زوج و زوجه در نکاح، به منزله ثمن و مئمن در عقد بیع نیستند؛ گرچه گاهی زوجین به ثمن و مئمن تشبیه می‌شوند. به تعبیر یکی از فقهای معاصر: «اگر ما خواستیم تشبیه کنیم، باید بگوییم وزانِ زوج و زوجه در عقد نکاح، وزانِ ثمن و مئمن است نه اینکه وزانِ مهر در عقد نکاح، وزانِ ثمن باشد؛ چون اگر اصل «مهر» ذکر نشود، باز عقد نکاح صحیح است و تبدیل می‌شود به مهرالمثل» (جوادی آملی، ۱۳۹۴، <https://www.eshia.ir>). ایشان در ادامه، در خصوص فرق جوهری بین بیع و نکاح، تصریحاً می‌گوید: «در عقد بیع، ثمن یا مئمن می‌تواند «کلی فی الذمه» یا «کلی فی المعین» باشد، اما در عقد نکاح، إلاً و لأبداً، زوج و زوجه باید شخص باشد و خارجی، بدون کلیت، بدون ابهام، بدون تردید...؛ در مسئله زوج و

زوجه، نه کلی فی‌المعین» درست است نه «کلی فی‌الذمه». باید شخص معین خارجی باشد» (جوادی آملی، ۱۳۹۴، <https://www.eshia.ir>).

اگرچه برخی از فقها مورد عقد نکاح را مهر و بضع تعبیر کرده، مهر را عوض بضع دانسته‌اند (نجفی، بی تا، ج ۳۱، ص ۱۰۷)، با مذاقه در احکام و آثار عقد نکاح، از قبیل حقوق و تکالیف متقابل زوجین نسبت به یکدیگر^۱، این تعبیر موجه به نظر نمی‌رسد و مهر، عوض بضع نیست.

۲-۱-۵. خصوصیت «خطاب» در بیع و نکاح

«در حقیقت، فارق اصلی بین بیع و نکاح این است که در خطاب بعث و اِشتریت، بر خلاف نکاح، غالباً اعم از اصیل و غیراصیل مراد است. به بیان دیگر، در بیع و امثال آن، انشای بایع بر انتقال و تملیک عین به طرف مقابل تعلق می‌گیرد و فرقی ندارد که مشتری اصیل باشد یا غیراصیل مانند ولی یا وکیل؛ اما در نکاح، غیراصیل (اعم از ولی یا وکیل یا فضولی) چه حقیقتاً و چه مجازاً، نمی‌تواند زوج برای زن قرار بگیرد» (شبیری زنجانی، ۱۳۹۳، <https://www.eshia.ir>).

اوصاف اساسی اشخاص علت عمده عقد نکاح می‌باشد و طبق ماده ۲۰۱ قانون مدنی، اشتباه در اوصاف اساسی طرف نکاح، موجب بطلان عقد نکاح است (صفایی و امامی، ۱۳۹۳، ج ۱، ص ۴۶). شخصیت هر یک از زوجین برای دیگری اهمیت اساسی دارد و هرکس به لحاظ شخصیت ویژه با طرف خویش ازدواج می‌کند. طبق صریح ماده ۱۰۶۷ قانون مدنی: «تعیین زن و شوهر به نحوی که برای هیچ‌یک از طرفین در شخص طرف دیگر، شبهه نباشد، شرط صحت نکاح است» و شخصیت زوجین در عقد نکاح، اعتبار دارد.

۱. حقوق و تکالیف زوجین به اعتبار اشتراک یا اختصاص، بر سه دسته هستند: ۱. حقوق و تکالیف مشترک بین زوجین مانند حسن معاشرت (ماده ۱۱۰۳)، معاضدت در تشیید مبانی خانواده و تربیت فرزند (مواد ۱۱۰۴ و ۱۱۷۸ قانون مدنی) و ...؛ ۲. حقوق و تکالیف زوج از قبیل حق ریاست خانواده (ماده ۱۱۰۵)، حق طلاق، حق انتخاب محل سکونت یا وظیفه تهیه مسکن، پرداخت نفقه زوجه دائمی و ...؛ ۳. حقوق و تکالیف زوجه مانند تمکین از شوهر، حق تصرف در اموال شخصی و ...

۲-۲. آثار و احکام عقد نکاح

با لحاظ قواعد عمومی عقود و قراردادها و همچنین ماهیت عقد نکاح، برخی از آثار و

احکام عقد نکاح در ذیل ذکر می‌گردند.

۲-۲-۱. حق حبس زوجه

حق حبس زوجه خلاف اصل است و یک موضوع استثنایی در باب نکاح محسوب می‌شود.^۱ حق حبس اساساً در معاوضات جریان دارد. مطابق ماده ۳۷۷ قانون مدنی، «هر یک از بایع و مشتری حق دارد از تسلیم مبیع یا ثمن خودداری کند تا طرف دیگر حاضر به تسلیم شود...». در این ماده، روابط دوطرفه در یک تعهد در عقود معاوضی، قانون‌گذاری شده است.

قانون مدنی به پیروی از نظر مشهور فقهای امامیه، برای حمایت از حقوق زن، در ماده ۱۰۸۵ قانون مدنی، حق حبس را برای زوجه به رسمیت شناخته است. مشهور فقهای امامیه فتوا داده‌اند که زن حق دارد از ایفای وظایف زناشویی و تمکین امتناع کند تا مهر به او تسلیم شود؛ اما برخی از فقها معتقدند که هر کدام از زوجین به ایفای وظایف زناشویی خویش مکلف است. ایشان حق حبس زوجه را قبول ندارند (بحرانی، ۱۴۰۵ق، ج ۲۴، ص ۴۵۹؛ آشتیانی، ۱۴۲۵ق، ص ۲۹۰ و ۲۹۱؛ خوانساری، ۱۴۰۵ق، ج ۴، ص ۴۲۵). به عقیده آنان، «مبنای حق حبس این است که نکاح در فقه اسلامی، یک عقد معاوضی یا شبه‌معاوضی به شمار آمده است» (صفایی و امامی، ۱۳۹۳، ج ۱، ص ۱۹۴).

آیت‌الله مکارم شیرازی در پاسخ به استفتای دادستان کل کشور، استدلال کرده‌اند: «... اصل حق حبس دلیل روشنی ندارد و مقایسه ازدواج با خرید و فروش، و مهریه و بضع با ثمن و مثنی، یک مقایسه صوری است و قطعاً ازدواج ماهیت بیع ندارد...» (به نقل از همان،

۱. در خصوص حق حبس و مشروعیت یا عدم مشروعیت آن در فقه، مقالات متعددی وجود دارد؛ از قبیل مقاله «حق حبس در نظام حقوقی خانواده در اسلام» تألیف عظیم‌زاده اردبیلی (۱۳۹۰)، «نقد رویه قضایی در اعمال حق حبس زوجه در پرتو سابقه فقهی» نوشته یوسف فروتن و همکاران؛ اما به دلیل اینکه بحث تفصیلی درباره آن، خروج موضوعی دارد، فلذا به همین مقدار بسنده می‌کنیم.

ص ۱۹۷). اگر نکاح از باب بیع و شراء باشد، چنانچه زوج از دادن مهر امتناع کند، زوجه باید حق فسخ داشته باشد، در حالی که زوجه حق فسخ ندارد؛ اما در عقد بیع، اگر مشتری ثمن را ندهد، با بیع می‌تواند بیع را فسخ کند» (مکارم شیرازی، ۱۳۹۶، مندرج در www.eshia.ir).

نگارنده نکاح را عقد خاص می‌داند نه عقد معاوضی. متعلق حق حبس در نکاح، «شخص زوجه» است، در حالی که متعلق حق حبس در بیع، «عین» می‌باشد. نگارنده بر این باور است که احکام ویژه عقود معوض، مثل حق حبس را در عقد نکاح نباید جاری کرد؛ زیرا ماهیت دو عقد مذکور با یکدیگر متفاوت است و به تبع آن، آثار و احکام آنها نیز متفاوت خواهد بود. در صورت تسری حق حبس به نکاح، شخص زوجه به شیء و کالا تنزل پیدا می‌کند و این تنزل با شخصیت انسانی و کرامت زوجه ناسازگار است.

۲-۲-۲. عدم تملک زوج نسبت به زوجه

فقهای بزرگی مانند شیخ الطائفه، صریحاً عقد نکاح را عقد معاوضه می‌دانند و می‌نویسند: «إِذَا تَزَوَّجَ الرَّجُلُ امْرَأَةً بِمَهْرٍ مَعْلُومٍ مَلَكَتِ الْمَهْرَ عَلَيْهِ بِالْعَقْدِ وَ الْمَلِكُ هُوَ الْبَيْعُ...، لَأَنَّهُ عَقْدٌ مُعَاوَضَةٌ» (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۴، ص ۳۱۰)؛ اما با تتبع در کتب فقهی، به دست می‌آید که فقها در عقد نکاح، به تملک زوج فتوا نداده‌اند و مالکیت بضع توسط زوجه را می‌توان از باب کنایه از بهره‌وری و استمتاع جنسی و حق برخورداری زوج از ارتباط با زوجه توجیه کرد.

فقهای امامیه تصریحاً فتوا داده‌اند که عقد نکاح با لفظ تملیک منعقد نمی‌گردد. اگر زن بگوید: فروختم یا تملیک کردم، صحیح نیست: «... فَلَوْ قَالَ: بَعْتُهَا أَوْ مَلَكَتُهَا... لَا يَصِحُّ» (همان، ص ۲۸۸). صاحب جواهر نیز قائل به عدم انعقاد نکاح با لفظ تملیک می‌باشد و آن را در عرف متشرعه، امری ناپسند و منکر می‌داند (نجفی، بی تا، ج ۲۹، ص ۱۴۲).

نکاح بر خلاف عقد بیع که جزء عقود مالی است، عقد غیرمالی محسوب می‌شود و به محض وقوع عقد نکاح، رابطه زوجیت بین زن و شوهر برقرار می‌شود. به موجب آیه «الرُّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ» (نساء، ۳۴) و ماده ۱۱۰۵ قانون مدنی، ریاست خانواده به زوج واگذار شده است؛ فلذا باید مهریه و نفقه زوجه را پرداخت کند. طبق حکم شرعی «قیمومت»، زن تحت

قیمومت شوهر قرار دارد و در مواردی باید از شوهر اجازه بگیرد (شیرازی زنجانی، ۱۴۱۹ق، ج ۲۱، ص ۶۵۹۷)؛ اما ماهیت عقد نکاح با عقد بیع متفاوت است. در خرید و فروش، انسان، مبیع را به قصد تملک به‌دقت بررسی می‌کند و پس از طی مراحل اولیه روانی (مرحله خطور و تصور، مرحله سنجش، مرحله رضا و تصمیم)، تصمیم خود را اجرا و به اصطلاح، قصد انشا می‌نماید (شهیدی، ۱۳۸۸ ب، ص ۱۲۹ و ۱۳۰) و سپس به خرید آن اقدام می‌کند. از آثار بیع صحیح، آن است که مشتری، مالک مبیع و بایع، مالک ثمن می‌شود.

از ظاهر برخی از متون فقهی به دست می‌آید که وقتی مهریه معلوم شد، به تبع آن، زن مالک مهر و مرد مالک بضع می‌شود. همان‌طور که قبلاً بیان شد، شیخ طوسی صریحاً گوید: «إِذَا تَزَوَّجَ الرَّجُلُ امْرَأَةً بِمَهْرٍ مَعْلُومٍ مَلَكَتِ الْمَهْرَ عَلَيْهِ بِالْعَقْدِ، وَ مَلَكَ هُوَ الْبُضْعَ...، لِأَنَّهُ عَقْدٌ مُعَاوَضَةٌ:» اگر مردی زنی را با مهریه معلوم، به ازدواج خود درآورد، زن مالک مهر می‌گردد و مرد مالک بضع...؛ زیرا عقد نکاح عقد معاوضه محسوب می‌شود (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۴، ص ۳۱۰). اگرچه از ظاهر عبارات فقها، نوعی از مالکیت در خصوص بضع برداشت می‌شود، در ازدواج، مرد مالک زن نمی‌شود و نمی‌توان گفت که با وقوع عقد نکاح، مرد، زن را خریده است. در عقد نکاح، زوج مالک زوجه نمی‌شود و این یکی از تمایزات عقد نکاح با عقد بیع است.

مشهور فقها فتوا داده‌اند که زن باید از شوهرش اطاعت کند؛ مثلاً بدون اجازه شوهر از منزل خارج نشود (موسوی خمینی، ۱۳۶۳، ج ۲، ص ۲۷۲). در صورت تخلف زوجه، وی هم مرتکب گناه شده است و هم ناشزه محسوب می‌شود و مستحق نفقه نخواهد بود (عاملی، بی‌تا، ج ۵، ص ۴۲۷؛ نجفی، بی‌تا، ج ۳۱، ص ۲۰۰). اطاعت از شوهر به معنای تملک یا سلطه زوج بر زوجه نمی‌باشد؛ بلکه زن از کرامت و ارزش انسانی برخوردار است و از حالت «شیء» بودن، خارج می‌باشد.

۲-۲-۳. وضعیت انتقال عوض در عقود

وجود عوض مقتضای ذات بیع است (کاتوزیان، ۱۳۹۲، ج ۱، ص ۳۷). عوض در عقود مالی و عقود معاوضی از قبیل بیع، قابل انتقال به دیگری است.

در عقود مالی نظیر بیع، «اثر عقد که در موضوع عقد محقق می‌شود، عبارت است از: انتقال

مالکیت مال یا پیدایش تعهد و تکلیف حقوقی نسبت به آن مال یا انجام کار یا ترک عمل» (شهیدی، ۱۳۸۸ ب، ص ۲۷۶)؛ اما در معاملات غیرمالی مانند نکاح، رابطه حقوقی زوجیت به عنوان «اثر عقد» بین طرفین به وجود می آید.

بُضْع و استمتاع جنسی در نکاح، اولاً عوض مَهْریه نمی باشد و ثانیاً قابل انتقال به غیر نیست (عاملی، بی تا، ج ۵، ص ۱۲۱؛ حسینی شیرازی، بی تا، ج ۵، ص ۱۰). بجنوردی گوید: «الْبُضْعُ مِنْ مَنَافِعِهَا وَ كَيْسَتْ عَيْنًا كِي يَصْحَحُ بَيْعُهُ» (موسوی بجنوردی، ۱۴۱۰ ق، ج ۵، ص ۲۴): «بُضْع» از منافع زوجه است و عین محسوب نمی گردد تا بایع آن صحیح باشد.

آیت الله جوادی آملی در تفسیر آیه «وَأَتُوا النِّسَاءَ صِدْقَاتِهِنَّ نِحْلَةً» (نساء، ۴) گوید: تعبیر لطیف «صداق» و «نحله» نشان ادب و حیا در کلام الهی و نیز تکریم و تجلیل زنان و ناموس آنان است تا کسی نپندارد امر مقدس ازدواج نوعی خرید و فروش است و زن خود را در ازای مَهْریه در اختیار شوهر می گذارد...؛ در باب نکاح، زن چیزی را به شوهرش تملیک نمی کند تا مَهْریه عوض آن باشد... . إلتذاذ و کامیابی جنسی، تشکیل خانواده و فرزند داشتن، همگی میان زن و مرد مشترک است» (جوادی آملی، ۱۳۸۸، ج ۱۷، ص ۳۰۵ و ۳۱۲).

۲-۲-۴. محدود شدن آزادی اراده در عقد نکاح

طبق ماده ۱۰ قانون مدنی ایران، «قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده اند، در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد، نافذ است». فلذا اصل حاکمیت اراده در قراردادها نقش اساسی را ایفا می کند. اصل آزادی اراده یا اصل حاکمیت اراده در عقد نکاح، اهمیت چندانی ندارد و محدود می گردد و اراده افراد نمی تواند آثار عقد نکاح را تغییر دهد. به بیان دیگر، «هر قانون امری اراده فرد را در حدود مربوط به خود محدود می کند، ولی در خارج حریم قانون امری، آزادی اراده محفوظ است» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷، ص ۳۰).

از نظر موازین فقهی، زوجین نمی توانند با توافق یکدیگر، ریاست خانواده را به زوجه واگذار کنند؛ زیرا طبق آیه «الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ» (نساء، ۳۴)، «حکم» قیمومت، فتوای فقها و ماده ۱۱۰۵ قانون مدنی، «در روابط زوجین، ریاست خانواده از خصایص شوهر است» و زوجه مکلف به اطاعت و تبعیت از زوج در امور مربوط به زوجیت و زناشویی است.

همچنین از نظر فقهی، اختیار و تسلط بر طلاق از طرف شارع به دست شارع (زوج) واگذار نشده است. طلاق، حکم است^۱ و طبق موازین فقهی، در دست مرد می‌باشد و شوهر نمی‌تواند حق طلاق را به زن واگذار نماید و بدین لحاظ، آزادی اراده اشخاص در عقد نکاح محدود می‌گردد.

۲-۳. انحلال عقد نکاح

«مراد از انحلال عقد نکاح، قطع رابطه زوجیت است در محلی که اقتضا ادامه داشته باشد» (محقق داماد، ۱۳۹۷، ص ۳۲۸).

۲-۳-۱. اسباب انحلال

انحلال عقود و قراردادهای اسباب متعددی دارد که عقد موجود را بر هم می‌زند. اسباب انحلال نکاح با سایر عقود، متفاوت است. اسباب انحلال عقود و قراردادهای عبارت‌اند از: ۱. اقاله؛ ۲. فسخ؛ ۳. انفساخ.

انحلال عقد به تراضی طرفین را اقاله می‌گویند. به بیان دیگر، اقاله «به معنای بر هم زدن عقد لازم است به تراضی یکدیگر» (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۴، ص ۶۸). نام دیگر اقاله، تقایل یا تفاسخ است.

نکاح دائم با طلاق و فسخ و بعضاً با انفساخ منحل می‌شود. در ماده ۱۱۲۰ ق.م. آمده است: «عقد نکاح به فسخ یا به طلاق ... منحل می‌شود». قانون‌گذار به تبعیت از شرع، به دلیل مشکلاتی که در جامعه به سبب «اقاله» به وجود خواهد آمد و باعث هرج و مرج و از هم پاشیدن خانواده‌ها می‌شود، اقاله را جزء اسباب انحلال عقد نکاح نیاورده است.^۲ مصلحت خانواده و اجتماع اقتضا می‌کند که نکاح به اقاله منحل نگردد. «اقاله نسبت به همه عقود، ممکن است واقع

۱. در صفحات آینده بیان خواهد شد که لزوم عقد نکاح «لزوم حکمی» است و به همین دلیل، شرط خیار فسخ و اقاله در آن دخالت ندارد. طلاق نیز «حکم» است و تشریفات شرعی باید رعایت شود. به حکم شارع و قانون‌گذار، طلاق در دست مرد است و عقد نکاح بر حسب قرارداد طرفین، قابل اقاله نیست.

۲. اقاله در نکاح راه ندارد. در تحلیل فقهی، طلاق توافقی، اقاله محسوب نمی‌شود؛ اگرچه با توافق زوجین، طلاق و جدایی صورت گیرد. در مواد ۲۵ و ۲۶ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱، کلمه طلاق توافقی آمده است، اما در فقه، اصطلاحی تحت عنوان طلاق توافقی نداریم. طلاق یا بائن است یا رجعی.

شود، مگر عقد نکاح» (شهیدی، ۱۳۸۸ ب، ص ۱۱۶). عقد نکاح از این جهت کاملاً با سایر عقود متفاوت می‌باشد.

۲-۳-۲. شرط خیار فسخ در عقد نکاح

شرط خیار فسخ در معاوضات جریان دارد. مراد از شرط خیار فسخ، آن است که متعاقدین در ضمن عقد، شرط کنند که تا مدت معین برای احد طرفین یا هر دو یا شخص خارجی، اختیار فسخ وجود داشته باشد. طبق ماده ۳۹۹ قانون مدنی، دخول شرط خیار فسخ در عقود از جمله عقد بیع، صحیح است. شیخ انصاری گوید: دخول خیار شرط در عقود، منوط به صحت و مشروعیت اقاله (تفایل) می‌باشد (انصاری، ۱۴۱۵ق ب، ج ۲، ص ۲۵۹ و ۲۶۰).

قانون‌گذار به تبعیت از شرع، به دلیل مشکلاتی که در جامعه به سبب «اقاله» به وجود خواهد آمد و باعث هرج و مرج و از هم پاشیدن خانواده‌ها می‌شود، اقاله را جزء اسباب انحلال عقد نکاح نیآورده است. مصلحت خانواده و اجتماع اقتضا می‌کند که نکاح به اقاله منحل نگردد. «اقاله نسبت به همه عقود ممکن است واقع شود، مگر عقد نکاح» (شهیدی، ۱۳۸۸ ب، ص ۱۱۶). از آنجایی که اقاله در نکاح راه ندارد، درج شرط خیار شرط در نکاح نیز باطل است. محقق کرکی با این استدلال که «نکاح ملحق به انواع عبادات است نه معاوضات»، اشتراط خیار در نکاح را باطل می‌داند (محقق کرکی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۲، ص ۸۶).

فقهایی که قائل به معاوضی بودن عقد نکاح هستند، دخول شرط خیار فسخ را در نکاح، باطل می‌دانند. به نظر می‌رسد دیدگاه فقها در خصوص ماهیت عقد نکاح در مبحث «انحلال عقد نکاح» تأثیری ندارد و با توجه به لزوم حکمی عقد نکاح، اسباب انحلال آن نیز توقیفی و به حکم شارع است.

مسئله: شرط خیار فسخ در عقد نکاح علاوه بر اینکه خود باطل است، آیا موجب بطلان عقد نکاح نیز می‌شود؟

مشهور فقها علاوه بر بطلان شرط خیار در نکاح، به بطلان عقد نکاح نظر داده‌اند (همان‌جا؛ عاملی، بی تا، ج ۵، ص ۱۱۹ و ۱۲۰). هرچند قانون مدنی ایران معمولاً از آرای مشهور فقهای امامیه پیروی نموده است، در این مسئله در ماده ۱۰۶۹، اگرچه به صراحت

حکم مسئله را بیان نکرده است، به نظر می‌رسد که قول مخالف مشهور را ترجیح داده و «مستنبط آن است که عقد نکاح را باطل ندانسته» است (محقق داماد، ۱۳۹۷، ص ۱۸۲).

۲-۳-۳. لزوم حقی - لزوم حکمی

عقد نکاح و عقد بیع، هر دو عقد لازم هستند، اما نوع لزوم آنها با یکدیگر فرق دارد. لزوم بیع، لزوم حقی و لزوم حکم، لزوم حکمی است. مراد از لزوم حقی آن است که طرفین عقد حق دارند که عقد لازم را به هم بزنند، مانند لزوم عقد بیع. اما «هرگاه طرفین یک عقد لازم نتوانند در آن شرط خیار کنند، لزوم حکمی است، مانند لزوم عقد نکاح و عقد ضمان» (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۴، ص ۵۸۸).

هم تشکیل و هم انحلال عقد نکاح به حکم شارع است. طلاق زوجه یا فسخ نکاح هم طبق موازین شرعی و فقهی صورت می‌گیرد و تابع قرارداد طرفین نیست. البته مورد اعطای وکالت زوج به زوجه در طلاق، از بحث ما خروج موضوعی دارد.

در تحلیل فقهی، لزوم عقد نکاح لزوم حکمی است و به همین دلیل، شرط خیار فسخ و اقاله در عقد نکاح دخالت ندارد (موسوی بجنوردی، ۱۴۱۰ق، ج ۵، ص ۱۶۳). محقق حلی در شرایع می‌گوید: «الأصل أن النكاح عِصْمَةٌ مُسْتَفَادَةٌ مِنَ الشَّرْعِ لَا تُقْبَلُ التَّقَايِلُ» (حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۳، ص ۸): نکاح عصمتی است مستفاد از شرع و تقایل (اقاله) را قبول نمی‌کند.

۲-۳-۴. حق طلاق یا حکم طلاق؟

طبق قاعده طلاق، «الطَّلَاقُ بَيِّدٌ مَن أَخَذَ بِالسَّاقِ» (ابن ماجه، بی‌تا، ج ۱، ص ۶۷۲؛ عاملی، ۱۳۸۷، ج ۹، ص ۱۱): اختیار طلاق با شوهر است. اگرچه در عرف، از طلاق به‌عنوان حق طلاق نام برده می‌شود، در تحلیل فقهی، طلاق «حکم» است نه حق. «حکم از قوانین آمره است و برای برقراری نظم اجتماعی تأسیس شده» (امامی، ۱۳۶۸، ج ۴، ص ۶۹) و از اموری است که تحت اختیار مکلف نیست (نابینی، ۱۴۳۱ق، ج ۳، ص ۱۹۶).

از ویژگی‌های «حکم»، مانند «اختیار طلاق»، آن است که اولاً قابل اسقاط نیست، ثانیاً قابل انتقال نیست و ثالثاً قابل توریث نیست (انصاری، ۱۴۱۵ق الف، ج ۵، ص ۱۲؛ حسینی شیرازی، بی‌تا، ج ۱۱، ص ۶ و ج ۱۴، ص ۱۶۸). اما «اسقاط حق در مواردی که حق وابسته به ملک و در

اختیار مالک است، صحیح می‌باشد» (شهیدی، ۱۳۹۱، ص ۱۳۴)؛ مانند شرط اسقاط خیارات در بیع که در اختیار متبایعین است.

۲-۳-۱. شرط واگذاری حق طلاق (شرط انتقال)

اگر زوجه در قالب شرط ضمن عقد، شرط کند که زوج حق طلاق را به زوجه انتقال دهد (شرط انتقال حق طلاق به زوجه)، این شرط باطل و بلااثر می‌باشد؛ زیرا خلاف شرع محسوب می‌شود. از نظر شرعی، طلاق حکم است و در دست مرد می‌باشد و قابل انتقال و واگذاری از طرف شوهر نیست.

۲-۳-۲. شرط اسقاط حق طلاق

اگر شرط شود که زوج حق طلاق زوجه را ندارد (شرط اسقاط حق طلاق)، این شرط نیز باطل و فاسد است؛ زیرا شرط نامشروع می‌باشد. دلیل نامشروع بودن این شرط آن است که طلاق حکم است و حکم قابل اسقاط نیست؛ یعنی اشخاص با اراده خویش نمی‌توانند آن را اسقاط کنند. از نظر فقهی، زوج می‌تواند در ضمن عقد نکاح یا ضمن عقد خارج لازم، به زوجه وکالت دهد خود را مطلقه نماید. امروزه غالباً در دفاتر اسناد رسمی، سند وکالت بلاعزل را ضمن عقد خارج لازم تنظیم می‌نمایند.

۲-۳-۵. حق طلاق زوجه در رویه قضایی

به حکایت پرونده حقوقی زوجین، رسیدگی شده در دادگستری استان تهران: واگذاری حق طلاق توسط زوج به زوجه ضمن عقد نکاح، شرط گردید. متن شرط مندرج در صفحه ۱۵ سند نکاحیه، بدین شرح می‌باشد: «زوجه شرط نمود که حق طلاق با زوجه باشد. زوج قبول نمود». پس از دادخواهی زوجه مبنی بر تنفیذ شرط ضمن عقد و صدور گواهی عدم امکان سازش، دادگاه بدوی (شعبه ۲۶۳ دادگاه عمومی حقوقی تهران) در دادنامه شماره ۱۱۴۶ مورخه ۱۳۹۱/۰۷/۳۰، با استناد به متن شرط مندرج در سند نکاحیه، رأی به اجازه اجرای صیغه طلاق و ثبت آن توسط زوجه به وکالت از زوج را صادر نمود.

متن رأی بدوی:

«در خصوص دادخواست خانم ل.ح. فرزند ع. با وکالت ز.الف. به طرفیت آقای ح.پ. فرزند

ج. با وکالت ح.ک.، به خواسته صدور گواهی عدم امکان سازش جهت طلاق ... رابطه زوجیت بین طرفین محرز و مسلم است. زوجه به شرط ضمن عقد مندرج در سند ازدواج مبنی بر اینکه «زوجه شرط نمود که حق طلاق با زوجه باشد و زوج قبول نمود»، تمسک نموده است. دادگاه با توجه به جامع محتویات پرونده و اظهارات وکیل خواهان و دفاعیات وکیل خوانده مبنی بر اینکه طلاق حق مرد است و شرط مذکور با عبارت فوق اساساً صحیح نیست، چرا که حق طلاق قابل واگذاری و انتقال نمی‌باشد، لیکن دادگاه شرط مذکور را مبتنی بر اراده زوج بر وکالت طلاق به زوجه تلقی می‌نماید و اعمال شرط مذکور را حق زوجه می‌داند و لذا دعوی خواهان را وارد دانسته و در اجرای ماده واحده قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق... دادگاه با توجه به مراتب و مستنداً به ماده واحده فوق‌الذکر و ماده ۱۱۱۹ قانون مدنی و با توجه به شرط ضمن عقد، گواهی عدم امکان سازش بین زوجین را صادر و اعلام می‌نماید... این رأی حضوری ... است. رئیس شعبه ۲۶۳ دادگاه عمومی خانواده تهران - ح.»

متعاقب تجدیدنظرخواهی زوج، دادگاه تجدیدنظر استنباط و استدلال و استناد قانونی دادگاه بدوی را نپذیرفت و رأی بدوی را نقض نمود. متن رأی شعبه ۳۰ دادگاه تجدیدنظر استان تهران به شماره دادنامه ۱۸۶۱۰۲۲۳۰۰۹۹۷۰۹۱۰ مورخه ۱۳۹۱/۱۰/۱۱ ذکر می‌شود:

«تجدیدنظرخواهی آقای ح.پ. (زوج) با وکالت آقای ح.ک. به طرفیت خانم ل.ح. نسبت به دادنامه شماره ۱۱۴۶ مورخه ۱۳۹۱/۰۷/۳۰ صادرشده از شعبه ۲۶۳ دادگاه عمومی تهران، وارد و موجه است و رأی مذکور مغایر با قانون و موازین شرعی و دلایل موجود در پرونده می‌باشد؛ زیرا شرط ضمن عقد مندرج در صفحه ۱۵ عقدنامه طرفین، شرط باطلی است؛ چون حق طلاق از حقوق مرد است و با شرط ضمن عقد نیز قابل واگذاری به زن نیست و بر خلاف استنباط و استدلال دادگاه محترم بدوی، عبارت «زوجه شرط نمود که حق طلاق با زوجه باشد و زوج قبول نمود» اعطای وکالت در طلاق نیست؛ بلکه واگذاری حق طلاق است که باطل است. بنابراین اجازه اجرای صیغه طلاق خلع و ثبت آن به زوجه به وکالت از طرف زوج، با استناد به شرط مذکور، خلاف بین شرع و قانون است. به همین سبب با استناد به ماده ۳۵۸ قانون آیین دادرسی مدنی، دادنامه تجدیدنظرخواسته نقض می‌شود و با استناد به

مفهوم مخالف ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی و تبصره ذیل آن، به لحاظ مخالفت زوج با طلاق و عدم انطباق خواسته زوج با مواد ۱۱۱۹، ۱۱۲۹ و ۱۱۳۰ قانون مذکور و ماده ۱۹۷ قانون آیین دادرسی مدنی، حکم به بطلان دعوی زوج (به خواسته تنفیذ شرط ضمن عقد - حق طلاق زوج - و صدور گواهی عدم امکان سازش) صادر و اعلام می‌گردد. این رأی قطعی است و ظرف بیست روز از تاریخ ابلاغ، قابل فرجام‌خواهی در دیوان عالی کشور می‌باشد» (پژوهشگاه قوه قضائیه، ۱۴۰۱، مندرج در سایت <https://ara.jri.ac.ir>)

تحلیل رأی: اولاً استدلال دادگاه بدوی، مخدوش و رأی نیز به درستی نقض شده است؛ زیرا طلاق «حق» نیست؛ بلکه «حکم» است و لذا قابل واگذاری نیست. ثانیاً تلقی دادگاه بدوی از شرط واگذاری طلاق مبتنی بر اراده زوج بر وکالت در طلاق، استنباط درستی نیست. ثالثاً دادگاه تجدیدنظر در رأی اصداری، بین واگذاری حق طلاق و وکالت در طلاق، تفاوت قائل شده است. اگر در ضمن عقد نکاح، شرط شود که حق طلاق توسط زوج به زوج، منتقل یا واگذار گردید، از نظر فقهی، چنین شرطی «باطل» است و نمی‌توان آن را وکالت در طلاق تلقی کرد.

یافته‌های پژوهش

۱. ماهیت عقد نکاح، عقد معاوضی محض نیست. نکاح «عقد خاص» است و دارای دو جنبه می‌باشد: جنبه اصلی که علقه زوجیت و حیثیت معنوی اشخاص است؛ جنبه فرعی یا جنبه مالی.
۲. فقهایی که ماهیت عقد نکاح را معاوضی می‌دانند، احکام عقود معاوضی را بر اکثر مسائل باب نکاح، از قبیل نکاح معاطاتی و اسباب انحلال عقد، جاری نمی‌کنند.
۳. تشریح حق حبس زوج متأثر از دیدگاه مشهور فقهای امامیه در خصوص ماهیت نکاح مبنی بر معاوضی بودن آن است. از نظر نگارنده، حق حبس زوج مشروع به نظر نمی‌رسد.
۴. لزوم عقد نکاح لزوم حکمی است. اصل حاکمیت اراده در نکاح اهمیت چندانی ندارد.
۵. شرط خیار فسخ نکاح و اقاله در عقد نکاح دخالت ندارد.
۶. شرط واگذاری طلاق از سوی زوج به زوج، شرط نامشروع می‌باشد؛ اما وکالت در طلاق، صحیح است.

منابع

- قرآن کریم.
 - آشتیانی، میرزا محمود (۱۴۲۵ق). کتاب النکاح. مشهد: بی‌جا.
 - ابن ماجه، محمد بن یزید (بی‌تا). سنن ابن ماجه. تحقیق محمدفؤاد عبدالباقی. بیروت: دار الفکر.
 - امامی، سید حسن (۱۳۳۸). حقوق مدنی. تهران: کتابفروشی اسلامیة، چاپ پنجم.
 - امیرزاده جبرگلی، منصور (۱۴۰۱). «مشتري انگاری زوج در احادیث باب نکاح و پیامدهای آن در آرای فقهای امامیه». مجله فقه و اصول، ۵۴ (۱۳۱)، ص ۲۹-۵۴.
 - انصاری، مرتضی بن محمدامین (۱۴۱۵ق الف). کتاب المکاسب المحرمه و البیع و الخیارات. قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، چاپ اول.
 - _____ (۱۴۱۵ق ب). کتاب النکاح. قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.
 - بازگیر، یدالله (بی‌تا). علل نقض آرای کفیری در دیوان عالی کشور. تهران: نشر حقوق دان.
 - بحرانی، یوسف بن احمد (۱۴۰۵ق). الحوادث الناضره فی احکام العترة الطاهره. قم: دارالکتب الإسلامیه.
 - پژوهشگاه قوه قضائیه (۱۴۰۱). سامانه ملی آرای قضایی:
- تاریخ بازدید: <https://ara.jri.ac.ir>. ۱۴۰۱/۱۲/۱۸
- جزیری، عبدالرحمن (۱۴۰۶ق). الفقه علی المذاهب الاربعه. بیروت: دار التقلین.
 - جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۷). تأثیر اراده در حقوق مدنی. تهران: انتشارات گنج دانش، چاپ دوم.
 - _____ (۱۳۷۴). ترمینولوژی حقوق. تهران: گنج دانش، چاپ هفتم.
 - _____ (۱۳۹۵). الفارق (الف). تهران: گنج دانش، چاپ سوم.
 - _____ (۱۳۹۵). مبسوط در ترمینولوژی حقوق (ب). تهران: انتشارات گنج دانش، چاپ هفتم.
 - جوادی آملی، عبدالله (۱۳۹۴). درس خارج فقه. مبحث نکاح. تاریخ تشکیل درس: ۱۳۹۴/۱۱/۲۴، مندرج در سایت مدرسه فقهت:
- تاریخ بازدید: <https://www.eshia.ir>. ۱۴۰۱/۱۲/۱۸
- _____ (۱۳۹۶). درس خارج فقه. مبحث نکاح. تاریخ تشکیل درس: ۱۳۹۶/۰۹/۲۷، مندرج در سایت مدرسه فقهت:
- تاریخ بازدید: <https://www.eshia.ir>. ۱۴۰۱/۱۲/۱۸
- _____ (۱۳۸۸). تسنیم. قم: اسراء.
 - حر عاملی، محمد بن حسن (۱۴۱۴ق). تفصیل وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه. قم: مؤسسه آل‌البیت^(ع) لإحياء التراث، چاپ دوم.

- حسینی شیرازی، سید محمد (بی تا). *ایصال الطالب إلى المكاسب*. تهران: منشورات الأعلمی.
- حلی (علامه)، حسن بن یوسف (۱۴۱۴ق). *تذکره الفقهاء*. قم: مؤسسه آل‌البیت (ع).
- حلی (محقق)، ابوالقاسم نجم‌الدین جعفر بن حسن (۱۴۰۸ق). *شرائع الإسلام فی مسائل الحلال والحرام*. قم: مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان.
- خوانساری، سید احمد (۱۴۰۵ق). *جامع المدارک فی شرح مختصر النافع*. تصحیح علی‌اکبر غفاری. قم: مؤسسه اسماعیلیان، چاپ دوم.
- دهقان‌نژاد، رضا؛ محمدی، سید سجاد و پورلطف‌الله، حسن (۱۳۹۷). «بازپژوهی مقتضای ذات عقد نکاح از منظر فقه فریقین و حقوق مدنی ایران». *مجله فقه (کاووشی نو در فقه)*، ۲۵(۲)، ص ۱۰۱-۱۲۵.
- سبحانی تبریزی، جعفر (بی تا). *نظام النکاح فی الشریعه الإسلامیه العراء*. قم: بی نا.
- شبیری زنجانی، سید موسی (۱۴۱۹ق). *کتاب نکاح*. قم: مؤسسه پژوهشی رأی‌پرداز، چاپ اول.
- _____ (۱۳۹۳). *خارج فقه*. مبحث نکاح. تاریخ تشکیل درس: سال ۱۳۹۳، قم. سایت مدرسه فقاهت:

تاریخ بازدید: <https://www.eshia.ir.۱۴۰۱/۱۲/۱۸>

- شهیدی، مهدی (۱۳۸۸ الف). *اصول قراردادها و تعهدات*. تهران: انتشارات مجد، چاپ پنجم.
- _____ (۱۳۸۸ ب). *تشکیل قراردادها و تعهدات*. تهران: انتشارات مجد، چاپ هفتم.
- _____ (۱۳۹۱). *حقوق مدنی ۶ - عقود معین ۱ (بیع و...)*. تهران: انتشارات مجد، چاپ پانزدهم.
- صادقی تهرانی، محمد (بی تا). *رساله توضیح المسائل نوین*. قم: انتشارات فرهنگ اسلامی.
- صادقی مقدم، محمدحسن؛ صادقی، محمد و امیری سرارودی، سید رضا (۱۳۹۵). «ماهیت و جایگاه عقد نکاح در میان عقود معاوضی و غیرمعاوضی». *آموزه‌های فقه مدنی*، شماره ۱۳، ص ۷۸-۵۳.
- صفایی، سید حسین و امامی، اسدالله (۱۳۹۳). *حقوق خانواده*. تهران: انتشارات دانشگاه تهران، چاپ سیزدهم.
- طوسی، محمد بن حسن (۱۴۰۹ق). *کتاب الخلاف*. قم: مؤسسه نشر اسلامی، چاپ اول.
- _____ (۱۳۸۷). *المبسوط فی فقه الإمامیه*. تهران: مکتبه المرتضویه، چاپ دوم.
- عاملی (شهید ثانی)، زین‌الدین بن علی (بی تا). *الروضه البهیة فی شرح المعه الدمشقیة*. تصحیح و تعلیق سید محمد کلاتر. بیروت: مؤسسه الأعلمی للمطبوعات.
- _____ (۱۳۸۷). *مسالك الإیفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام*. قم: بنیاد معارف اسلامی، چاپ چهارم.
- عظیم‌زاده اردبیلی، فائزه (۱۳۹۰). «حق حبس در نظام حقوقی خانواده در اسلام». *فقه و حقوق خانواده*، ۱۶(۵۴)، ص ۲۷-۵.
- فاضل لنکرانی، محمد (بی تا). *احکام پزشکان و بیماران*. بی جا: بی نا.

- فروتن، یوسف و همکاران (۱۳۹۹). «نقد رویه قضایی در اعمال حق حبس زوجه در پرتو سابقه فقهی». نشریه فقه و حقوق خانواده، ۲۵(۷۳)، ص ۱۸۵-۲۱۱.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۶). حقوق خانواده، جلد ۱. تهران: شرکت سهامی انتشار.
- _____ (۱۳۹۲). عقود معین. تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ هفتم.
- محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۹۷). بررسی فقهی حقوق خانواده (نکاح و انحلال آن). تهران: نشر علوم اسلامی، چاپ شانزدهم.
- _____ و همکاران (۱۳۹۱). حقوق قراردادها در فقه امامیه. تهران: انتشارات سمت.
- محقق داماد، مریم‌السادات (۱۳۹۹). «نقدی حقوقی بر ماهیت کنونی جهیزیه در ایران». نشریه فقه و حقوق خانواده، شماره ۷۳، ص ۱۰۳-۱۲۵.
- محقق کرکی، علی بن حسین (۱۴۱۴ق). جامع المقاصد فی شرح القواعد. قم: مؤسسه آل‌البیت^(ع) لإحياء التراث، چاپ اول.
- محمدزاده، زینب و نظری توکلی، سعید (۱۴۰۰). «اجاره‌انگاری ازدواج موقت و چالش‌های فقهی آن». فقه و مبانی حقوق اسلامی، ۵۴(۱)، ص ۱۶۷-۱۸۲.
- مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۹۶). خارج فقه. مبحث نکاح. تاریخ تشکیل درس: سال ۱۳۹۶، قم. سایت مدرسه فقهت: <https://www.eshia.ir> تاریخ بازدید: ۱۴۰۱/۱۲/۱۸.
- _____ (۱۴۲۴ق). کتاب النکاح. قم: انتشارات مدرسه امام علی بن ابی‌طالب.
- موسوی بجنوردی، سید میرزا حسن (۱۴۱۰ق). القواعد الفقهیه. نجف: مطبعه الآداب.
- موسوی خمینی، سید روح‌الله (۱۳۶۳). تحریر الوسیله. قم: مؤسسه نشر اسلامی، چاپ اول.
- موسوی قزوینی، سید علی (۱۴۲۴ق). ینایع الأحکام فی معرفه الحلال و الحرام. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- نایینی، محمدحسین (۱۴۳۱ق). منیه الطالب فی شرح المکاسب. تقریر شیخ موسی نجفی خوانساری. قم: مؤسسه نشر اسلامی، چاپ سوم.
- نجفی، محمدحسن بن محمدباقر (بی‌تا). جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام. تحقیق و تعلیق محمود قوچانی. بیروت: دار إحياء التراث العربی، چاپ هفتم.
- واتقی، محسن (۱۳۹۳). ماهیت نکاح و بررسی شروط ضمن عقد، احکام و آثار آن در نکاح. قم: کنگره بین‌المللی فرهنگ و اندیشه دینی.