

واکاوی ماهیت نکاح دائم از منظر فقه اسلامی و حقوق ایران

جواد جعفری ندوشن^۱

علی تولایی^۲

سید جعفر هاشمی باجگانی^۳

چکیده

تحلیل مبنایی و ماهیتی نکاح دائم از منظر فقهی و حقوقی و اخلاقی دارای اهمیت و ثمره های علمی و کاربردی است. تشخیص مقتضای ذات عقد و تاثیر شرط خلاف آن، حق حبس زوجه، تمیکن، انفاق، فوت زوج در اثنای مدت و نقش مهر در نکاح دائم منوط به تشخیص ماهیت این عقد است لیکن قانون مدنی یا سایر قوانین خاص، در مورد ماهیت نکاح دائم مقرره ای ندارند. از واکاوی و تتبع در نظرات فقهی و حقوقی و توجه به بعد اخلاقی و روحانی نکاح دائم، دو رویکرد اساسی در خصوص ماهیت نکاح دائم به دست می آید. رویکرد اول، ماهیت نکاح دائم را معاوضی دانسته و رویکرد دوم، ماهیت آن را غیر معاوضی می داند لیکن فقها و حقوقدانان در ارائه نظر بر اساس این دو رویکرد نیز اختلاف نظر داشته و مبانی و تفسیر متفاوتی را انتخاب نموده اند. در این مقاله با روش تحلیلی - توصیفی سعی گردیده است مبانی اخلاقی و فتاوی فقهی و دکترین حقوقی در این زمینه تشریح، تبیین و تحلیل گردیده و در نهایت نظریه مختار یا تحلیل مورد نظر ارائه گردد. یافته این پژوهش آشکار خواهد کرد که نکاح دائم عقدی غیر معاوضی و با احکام و شرایط توقیفی می باشد.

واژگان کلیدی

ماهیت نکاح، ازدواج دائم، عقد معاوضی، امور توقیفی، عقد غیر معاوضی، اخلاق.

۱. دانشجوی دکتری، گروه حقوق، واحد یزد، دانشگاه آزاد اسلامی، یزد، ایران.

Email: jafari8260@gmail.com

۲. دانشیار، گروه فقه و حقوق اسلامی، دانشگاه یزد، یزد، ایران. (نویسنده مسئول)

Email: tavallaei@yazd.ac.ir

۳. استادیار، گروه حقوق، واحد میبد، دانشگاه آزاد اسلامی، میبد، ایران.

Email: sjafarhashemi@gmail.com

پذیرش نهایی: ۱۴۰۳/۴/۶

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۱/۲

طرح مسأله

نکاح یا ازدواج، پیمان مقدسی است که نه تنها در دین مبین اسلام که البته در سایر ادیان نیز محترم و به رسمیت شناخته شده و قواعد، مقررات و اصول خاص بر آن حاکم است. چنانکه از معصوم روایت شده: لکل قوم نکاح (عاملی، ۱۴۰۹، ج ۱۵، ص ۸۰). ازدواج پیمانی است که محدود به سرزمین، اشخاص و محدوده تاریخی خاص نبوده است. دین اسلام نیز به عنوان دین کامل با توجهی خاص و دقیق تر، قواعد حاکم بر این عقد را تشریح نموده است. ازدواج از نوع دائم آن مورد پذیرش تمامی مذاهب اسلامی است هرچند در برخی فروع آن، هر کدام به استناد مبانی مورد قبول، احکامی متفاوت را استنباط می کنند لیکن ازدواج از نوع موقت آن، از مباحث اختلافی میان فقهای شیعه و اهل سنت است لیکن بحث پیرامون اهمیت ازدواج، قاعده «لکل قوم نکاح» و اختلاف نظر فقهای شیعه و اهل سنت در باب ازدواج موقت خود بحث مستقلی است که موضوع بحث مقاله حاضر نیست لیکن پژوهش حاضر در خصوص ماهیت ازدواج دائم با رویکرد تطبیقی در فقه و حقوق ایران نگارش شده است چرا که تحلیل مبنایی و ماهیتی ازدواج دائم دارای اهمیت و ثمره های علمی و کاربردی است. از جمله تشخیص مقتضای ذات عقد و تاثیر شرط خلاف آن، حق حبس زوجه، تمیکن، انفاق، فوت زوج در اثنای مدت و نقش مهر در نکاح دائم، منوط به تشخیص ماهیت این عقد است. به عنوان مثال در مورد حق حبس زن اگر به استناد معاوضی بودن نکاح، قائل به وجود حق حبس برای زن باشیم، در صورت عدم تمکین زن، باید این حق را برای مرد نیز برای پرداخت تمام مهر قائل بود. در صورتی که قاطبه فقها و حقوقدانان قائل به چنین حقی برای مرد (در فرض مذکور) نیستند. از طرفی اگر زن به اختیار، تمکین خاص نماید حق حبس وی ساقط خواهد شد. نظری که قانون مدنی نیز حسب ماده ۱۰۸۶ آن را بیان نموده است. این در حالی است که اگر معاوضی بودن نکاح، مستند حق حبس زن باشد، با یک بار تمکین، تمام عوض (بضع) به مرد تسلیم نشده است و می بایست برای زن برای دفعات دیگر تمکین نیز قائل به حق حبس باشیم. بر این اساس دستیابی به راه حل و تحلیل مباحث مهم در حوزه حقوق خانواده (از این قبیل موارد بیان شده) را می توان به صورت مبنایی و با تعیین ماهیت نکاح دائم داد و زوایای آن را روشن کرد. ضرورت شناخت و بیان ماهیت نکاح دائم از آن جهت مهمتر است که در قانون مدنی ایران به عنوان قانون عام و سایر قوانین خاص موضوعه در باب حقوق خانواده، در مورد ماهیت ازدواج دائم حکم صریحی ندارند و صرفا احکام و شرایط این عقد را به فراخور نیاز تقنینی و تنظیم روابط زوجین بیان می کنند. در حقوق ایران مقاله ای با عنوان «چیستی نکاح دائم و تاثیر آن بر حقوق زوجین» به پژوهشی در این زمینه می پردازد (محمد زاده و نظری توکلی، ۱۳۹۹، ۲۸۷ الی ۳۰۸) لیکن مقاله مذکور بیشتر

به تبیین احکام و آثار معاوضه انگاری نکاح دائم پرداخته و در خصوص آراء فقهی دیگر پیرامون غیر معاوضی بودن ماهیت نکاح به صورت گذرا عبور کرده است و نظرات حقوقی نیز بیان نشده است. مقاله مذکور با اشاره به ماهیت غیر معاوضی نکاح دائم، نهایتاً آن را دارای ماهیت عبادی معرفی می کند و معتقد است ماهیت اصلی نکاح تعهد زوجین بر انضمام و تشکیل زندگی مشترک و چیزی جز تعهد زوجین بر تشکیل زندگی مشترک نیست که این دیدگاه از نظر نویسندگان مقاله حاضر قابل انتقاد و در جای خود بحث شده است. از طرفی چنانکه در ادامه این مقاله خواهد آمد، مبانی و نظرات فقهی در رویکرد غیر معاوضی بودن نکاح دائم و آراء بیشتری از فقها و حقوقدانان در خصوص ماهیت معاوضی بودن نکاح ذکر خواهد شد. از طرفی دیگر مقاله مذکور ماهیت نکاح دائم را از منظر فقها به سه قسم معاوضی، غیر معاوضی و شبه معاوضی تقسیم می کند این در حالی است که از نظر نویسندگان مقاله حاضر دو رویکرد اساسی از منظر فقها و حقوقدانان در مورد ماهیت نکاح دائم وجود دارد. از منظر فقهی نیز در مورد «ماهیت نکاح دائم» مبحث و باب مستقلی در متون فقهی ملاحظه نمی شود. صرفاً فقهایی از جمله بحرانی در سند العروۃ الوثقی با عنوان «ماهیه عقد النکاح و حقیقه» به صورت کلی موضوع را مطرح (۱/۱۴۲۹: ۴۲۱) و سایر فقها نیز صرفاً در ذیل بحث نکاح به ارائه نظر در خصوص احکام شرایط این عقد پرداخته اند یا اندک فقها و حقوقدانانی به صورت گذرا، آن هم در خلال سایر مباحث مربوط به این عقد، به ماهیت عقد نکاح اشاراتی نموده اند که به برخی نظرات ارائه شده نیز ایرادات اساسی وارد و در برخی نظرات نیز به جنبه های فقهی موضوع توجه اندک شده و یا از اساس توجهی نشده است. از طرف دیگر توجه به ماهیت اخلاقی نکاح دائم در فقه اسلامی و رودیکرد متمدانه اسلام به زن و خانواده و تشریح احکام فقهی بر اساس آن، ما را به دستیابی ماهیت صحیح نکاح دائم رهنمون می سازد. بر این اساس و با توجه به ضرورت شناخت ماهیت نکاح دائم، با روش تحلیلی - توصیفی و گردآوری آراء فقهی و حقوقی به روش کتابخانه ای، فتاوی فقهی و نظرات حقوقی تشریح و همزمان نظرات مخالفین و موافقین دسته بندی و ارائه می گردد. در نهایت نیز ضمن تتبع و داوری این نظرات، نظر مختار برگزیده یا نظر تحلیلی ارائه می شود. براین اساس و ابتدا در بند اول ماهیت اخلاقی نکاح دائم تحلیل می گردد تا در تشخیص صحیح و بیان و نقد نظرات فقهی و حقوقی در مورد ماهیت نکاح دائم توجه لازم به این بعد مهم از ماهیت نکاح دائم شود. در بند دوم تعریف نکاح به تفکیک نظر اهل لغت، فقها و حقوقدانان و در بند سوم ماهیت نکاح دائم از دیدگاه فقها و حقوقدانان و نقد و تحلیل نظرات فقهی و حقوقی بیان و در نهایت نتیجه پژوهش ارائه می شود.

۱- ماهیت اخلاقی نکاح دائم

نکاح به عنوان بارزترین مصداق عینی «عقد» در میان مردم شناخته می‌شود و سوای بعد شرعی و قانونی آن که موجب پیوند زن و مرد می‌شود، پیمانی مقدس و دارای بعد اخلاقی و روحانی است. در حقوق ایران و فقه اسلامی عقد ازدواج از دو دیدگاه فقهی - حقوقی و اخلاقی مورد بررسی و تحلیل قرار گرفته است. آمیخته شدن اخلاق با قوانین و حقوق خانواده، تکالیف و حقوق زوجین، در واقع عقد نکاح را به بنیانی مستحکم و عقدی ویژه تبدیل نموده و به همین دلیل فقها و حقوقدانان قبل از ورود به مباحث فقهی و حقوقی نکاح، ابتدا رویکردهای اخلاقی این پیمان مقدس و نقش آن در تحکیم خانواده و اجتماع، تولید و پرورش نسل و سلامت روحی و روانی جامعه را ارائه می‌کنند. بر این اساس باید گفت دین اسلام با ارائه الگوی ازدواج اسلامی، کارکردی اخلاقی برای ازدواج قائل شده است چنانکه آیات قرآن و احادیث ماثوره از اهل بیت عصمت و طهارت (ع) علاوه بر تشریح و تبیین احکام فقهی ازدواج به رویکردهای اخلاقی و اصول اخلاقی نکاح دائم پرداخته اند که از جمله می‌توان به دستور خداوند در قرآن کریم به حسن معاشرت (سوره نسا/ ۱۹) یا حدیث منسوب به حضرت امام صادق علیه السلام که می‌فرمایند: مورد لعن و نفرین است کسی که حقوق خانواده خویش را ضایع کند (حر عاملی، ۲۵۱/۱۵) اشاره کرد. اصل مودت و رحمت در روابط زوجین و والدین و فرزندان از اصول اخلاقی مهم و سنگ بنای عقد ازدواج است که نیز در قرآن تصریح شده است. قانون مدنی هم زن و شوهر را مکلف به حسن معاشرت با یکدیگر می‌داند (ماده ۱۱۰۳) یا در ماده‌ای دیگر ضرورت معاضدت زوجین در تشدید مبانی خانواده و تربیت اولاد را مقرر می‌دارد (ماده ۱۱۰۴)

آنچه از آموزه‌های اخلاقی و اصول مترقی در اسلام و حقوق ایران بیان شد را می‌توان با ازدواج در عصر جاهلیت مقایسه نمود که در آن تشکیل خانواده (با مسامحه) و ازدواج بر اساس الگوهای غیر اخلاقی بوده است. جالب اینکه عصر مدرنیته و معاصر نیز با بازگشت به عصر جاهلیت، همان الگوهای غیر اخلاقی را پیش گرفته و با زدودن اخلاق از بنیان خانواده، ازدواج را در معنای اصلی آن فراموش نموده است. نکاح شِغار، نکاح بَدَل، نکاح با دو خواهر از جمله ازدواج‌هایی با اصول و مبانی غیر اخلاقی در عصر جاهلیت و ازدواج سفید و همجنس‌بازی از جمله ازدواج‌های رایج با معیارهای غیر اخلاقی در جاهلیت مدرن است.

مهمترین مبانی فکری و بنیانی در تن دادن اشخاص به ازدواج با معیارهای غیر اخلاقی در جاهلیت و عصر معاصر، معیار و مبنا بودن ارزش‌های مادی و کامجویی و لذات مادی است به گونه‌ای که در این الگوی ازدواج، زن به مثابه کالا و تامین نیازهای جسمی و جنسی مرد در اولویت است. لیکن قرآن کریم ازدواج دائم را «میثاقا غلیظا» معرفی می‌نماید (نساء/ ۲۱). هدف اسلام از ازدواج برخلاف معیارهای عصر جاهلیت، صرفا ارضای غریزه جنسی و تولید نسل یا

توجه صرف به ماده و عالم ماده و لذات مادی نیست بلکه هدف اصلی اسلام از ازدواج حفظ دین زوجین، حفظ کرامت، عفت و حیا و تکامل معنوی انسان و تربیت نفس است (نجفی، ۱۳/۲۹)؛ طوسی، تهذیب الاسلام، ۷/حدیث ۱۰۴۴؛ طباطبایی، محمد حسین، ۴/۲۹۰ و ۲۷۶: مطهری، ۴۷).

بر این اساس به نظر می‌رسد برای تحلیل ماهیت ازدواج دائم می‌بایست به اصول اخلاقی مورد نظر شارع و مبنای اخلاقی پیمان مقدس ازدواج در اسلام توجه نمود و بر اساس این معیارها ماهیت فقهی - حقوقی ازدواج دائم را تحلیل نمود. رویه‌ای که فقهای معظم شیعه نیز در تدریس و تالیف متون فقهی پیش گرفته‌اند. عدم توجه به این معیارها یا توجه افراطی به این معیارها باعث شده است برخی صاحب نظران در خصوص تشخیص ماهیت عقد نکاح دائم دچار اشتباه شده و در نهایت در تحلیل مقررات و مسائل مربوط به نکاح دائم مانند تمیکن، انفاق، حق حبس زوجه و حتی حق حبس زوج، دچار اشتباه شوند به عنوان مثال برخی بدون توجه به ماهیت اخلاقی و روحانی ازدواج، مهریه در برابر بُضع (استمتاع جنسی) قرار داده و نکاح دائم را عقدی معاوضی می‌دانند. این نگاه زن را به مثابه کالایی در دست مرد می‌داند که برای آن وجهی می‌پردازد. در مقابل توجه افراطی به ماهیت اخلاقی نکاح و عدم توجه به سایر جنبه‌های ازدواج که مورد نظر شارع مقدس نیز بوده است مانند ضرورت تولید نسل، همگرایی با فطرت، رضای غریزه جنسی باعث شده است، برخی صرفاً نکاح را دارای جنبه روحانی دانسته و در تحلیل برخی آثار نکاح چون حق حبس دچار اشتباه شوند. نگارنده با ملاحظه و با توجه به افتراق اصول اخلاقی در ازدواج در عصر جاهلیت و مدرنیته و نگاه متمدنانه اسلام به ازدواج، زن و خانواده و نقش آن در تربیت اخلاقی انسان و جامعه از یک طرف و نگاهی جامع به تمام ابعاد مبنایی نکاح که مهمترین آن اصول اخلاق و تکامل معنوی انسان است، از طرف دیگر، ماهیت فقهی و حقوقی ازدواج را تحلیل و در جای جای بحث و به فراخور آن با مراجعه به این اصول اخلاقی، نسبت به نقد نظرات و انتخاب نظر مختار یا ارائه نظر اقدام نموده است.

۲- تعریف نکاح

جهت دستیابی به مفهوم و ماهیت حقوقی ازدواج می‌بایست به تعاریف لغوی و اصطلاحی آن توجه نمود. بررسی این موارد از آن جهت اهمیت دارد که راه برای تشخیص صحیح ماهیت حقوقی ازدواج، هموار و طریقی روشن و صحیح به دست می‌دهد. کلمه نکاح در قرآن و روایات اطلاق دارد و شامل هر دو قسم آن یعنی دائم و موقت می‌باشد لذا تعاریف ارائه شده از نکاح نیز شامل هر دو قسم می‌شود منتها با این تفاوت که بر خلاف ازدواج دائم، ازدواج موقت برای مدت معینی است. بر این اساس تعریف اهل لغت، فقها و حقوقدانان ذکر می‌شود:

۲-۱ - نظر اهل لغت

اهل لغت در مورد معنی نکاح اختلاف نظر دارند. به شرح ذیل نظرات آنان ذکر می‌گردد:

الف - برخی نکاح را به معنی وطاء یا مواقعه یا رابطه جنسی به معنی خاص می‌دانند و معتقدند معنی لغوی نکاح در اصل کلام عرب، وطاء است. (ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ج ۲، ص ۲۲۶).

ب - عده ای نکاح را به معنی عقد می‌دانند یعنی وقتی می‌گوئیم نکاح، مراد عقد نکاح است. ادیبی با اعتقاد به این نظر می‌نویسد: «نکاح در اصل، به معنی عقد است و سپس در معنی جماع استفاده می‌شود و محال است که نکاح در اصل به معنی جماع باشد و سپس در معنی عقد» (راغب، ۱۴۱۲ق، ص ۸۲۳). در اثری تفسیری از قرآن کریم در ذیل آیه ۲۳۰ سوره بقره^۲ نیز این نظر بیان شده است. (طبرسی، ۱۴۱۵، ص ۱۰۶).

ج - برخی کلمه نکاح را مشترک بین عقد و وطاء می‌دانند. (جوهری، ۱۴۱۰، ج ۱، ص ۴۱۳؛ فیومی، بی تا، ص ۶۲۴).^۳

د- برخی معتقدند حقیقت کلمه نکاح هیچ یک از معانی عقد، وطاء و جماع نیست بلکه این معانی مجازند زیرا از معانی حقیقی اخذ شده‌اند. در واقع معنی حقیقی نکاح «اختلاط» یا «تقابل» یا «انضمام» است. مانند جمله ی «نکحت المطر الارض» یعنی باران با زمین مخلوط شد و یا جمله ی «تناکحت الجبال» یعنی کوهها به هم رسیدند و یا جمله ی «تناکحت الأشجار» یعنی درختان به یکدیگر ضمیمه شدند (پیوند شدند) و چون ازدواج اختلاط یا به هم رسیدن یا ضمیمه و پیوند دو انسان با هم است، به آن نکاح می‌گویند (فیومی، بی تا، ص ۶۲۴). بر این اساس از نکاح معنی عقد فهمیده نمی‌شود مگر اینکه همراه با قرینه ای باشد مانند اینکه بگوئیم: نکح فی بنی فلان. همچنین از نکاح معنی «وطء» نیز فهمیده نمی‌شود مگر اینکه همراه با قرینه ای باشد مانند اینکه بگوئیم: نکح زوجه. بر این اساس آوردن این قرینه‌ها دلیل مجاز بودن معانی عقد و وطاء است. حتی اگر بگوئیم معانی عقد و وطاء از معنی حقیقی اخذ نشده است، معنی «عقد و وطاء» از نکاح بر معنی هریک به تنهایی از نکاح، ترجیح دارد زیرا معنی عقد یا وطاء از نکاح فهمیده نمی‌شود مگر به قرینه (فیومی، بی تا، ص ۶۲۴). فقیه‌های معاصر با رد این نظر و دلیل آن معتقدند: «یکی از علائم چهارگانه حقیقت و مجاز، اطراد و عدم اطراد است. در واقع اطراد علامت حقیقت است ولو همراه با قرینه باشد یعنی اگر لفظی در معنای مطلقاً استعمال شود، علامت حقیقت است و اگر لفظی با قرینه در معنای زیاد استعمال شود، بین این لفظ و معنی

۱. النکاح البضع

۲. حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ

۳. با این عبارت: النکاح الوطی، و قد یکون العقد

علاقه‌ای پیدا می‌شود که اگر بعداً بدون قرینه هم به کار رود، آن معنا به ذهن می‌آید یا معنی حقیقی و یا منصرف الیه. از طرفی در قرآن در تمام موارد «نکاح» به معنی «عقد» است و از این استعمالات، ذهن انس پیدا می‌کند که نکاح به معنی عقد است» (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ق، ج ۱، ص ۱۵).

۲-۲- نظر فقها

اندک فقهای تعریفی از نکاح ارائه می‌کنند^۱ لیکن غالب فقهای معظم به جای ارائه تعریفی از نکاح، در خصوص معنی اصطلاحی نکاح که آیا منظور از این واژه، عقد یا وطی یا هر دو هست بحث می‌کنند و در این موضع هم اختلاف نظر نیز دارند. به شرح ذیل نظرات آنان ذکر می‌گردد:

۱- برخی با استناد به آیه ۴۹ سوره احزاب^۲ معتقدند: در اصطلاح شرعی، نکاح، عقد لفظی مملکِ وطی به صورت ابتدایی است و این لغت را عقد در معنی حقیقت شرعی و وطء در معنی مجاز شرعی گفته‌اند (حلی، ۱۴۰۷ق، ج ۳، ص ۱۴۸). فقیهی دیگر معنی لغوی نکاح را در اکثر موارد «وطء» و در اقل موارد «عقد» می‌دانند لیکن معنی شرعی نکاح را برعکس معنی لغوی اعلام می‌کنند (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۷، ص ۷).

۲- برخی دیگر نکاح را در معنای عقد می‌دانند. از جمله فقیهی ضمن اینکه نکاح را در شریعت اسلام به معنی عقد می‌داند و معتقد است نکاح در اصل، ایجاد زوجیت بین زوجین می‌باشد که ممکن است در معنی نزدیکی هم استفاده شود (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۷، ص ۲۸۰ و ۱۴۰۸ق، ص ۲۸۹). فقیهی دیگر با تأیید نظر اهل لغت، نکاح را به دلیل تبادل عرفی و اصالة عدم النقل به معنی عقد ازدواج می‌داند (نراقی، ۱۴۱۵ق، ج ۱۶، ص ۹). این نظر در میان فقهای معاصر نیز طرفدار دارد از جمله فقیهی با ذکر مثال‌هایی از قرآن و روایات قائل به این نظر هستند که: «نکاح به معنی عقد است و در قرآن مجید کلمه نکاح و مشتقات آن در بیست و سه مورد به کار رفته که در همه موارد به معنی عقد است و قرینه هم دارد. در روایت مشتمل بر لفظ نکاح نیز نکاح به معنی عقد است مگر در موارد نادر و شاذ که به معنی وطی آمده است. ولی آنچه که شایع است، نکاح به معنی عقد است» (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ق، ج ۱، صص ۱۵ تا ۱۶). برخی فقهای اهل سنت نیز نکاح را در لسان شرع و عرف به معنی عقد ازدواج می‌دانند (ابن قدامه، بی‌تا، ج ۷، ص ۳۳۳).

۳- برخی از فقها نیز معتقد هستند منظور از نکاح، عقد نیست بلکه حاصل آن است. نفس

۱. به عنوان مثال فقیهی در تعریف نکاح می‌نویسد: عقد النکاح عبارة عن أن المرأة تتعهد في قلبها أن تكون

زوجة لفلان بمهر كذا و بشرط كذا (بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۳، ص ۱۴۲)

۲. يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ

ایجاب و قبول که در فارسی از آن به «زن گرفتن» و «شوهر گرفتن» تعبیر می‌شود (شیخ انصاری، ۱۴۱۵ق، ص ۲۵).

۴- از نظر فقهی دیگر حقیقت نکاح ضم شیء الی شیء است. به عبارت فارسی، همسر و هماهنگ هم باشند یعنی کما اینکه مرد همسر زن است، زن هم همسر مرد است (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ق، ج ۱، ص ۹۳).

۲-۳- نظر حقوقدانان

قوانین خاص در مورد مقررات مربوط به ازدواج و قانون مدنی ایران به عنوان قانون عام تعریفی از ازدواج ارائه نمی‌کنند. صرفاً قانون مدنی با تقسیم بندی نکاح به دائم و منقطع، در ماده ۱۰۷۵ اشعار می‌دارد: نکاح وقتی منقطع است که برای مدت معینی واقع شده باشد. لیکن حقوقدانان با درک لزوم ارائه تعریفی از نکاح، در ابتدای تالیفات خود در باب نکاح، تعاریفی به شرح ذیل ارائه نموده اند:

۱ - نکاح عبارت از رابطه حقوقی است که به وسیله عقد بین مرد و زن حاصل می‌گردد و به آنها حق می‌دهد که تمتع جنسی از یکدیگر ببرند و به وسیله آن وضعیت حقوقی مخصوصی بین زوجین (رابطه زوجیت) به وجود می‌آید. این رابطه حقوقی به اعتبار همیشگی بودن، بر آن نام دائم نهاده شده است. بر خلاف نکاح منقطع که برای مدت معینی ایجاد رابطه زناشویی می‌کند (امامی، بی تا، ج ۴، صص ۲۶۸ تا ۲۶۹). نکاح منقطع را نکاح متعه نیز می‌گویند زیرا نکاح منقطع به منظور بهره‌مند شدن از زن واقع می‌شود (امامی، بی تا، ج ۵، ص ۹۹). فقیه و حقوقدانی دیگر معتقدند نکاح رابطه‌ای است حقوقی و عاطفی که به وسیله 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، ۱۳۸۷، ص ۲۴).

۲- نکاح عقدی است که به موجب آن زن و مردی به منظور تشکیل خانواده و شرکت در زندگی، با هم متحد می‌شوند (صفایی، ۱۳۸۵، ج ۱، ص ۱۳). از دیدگاه حقوقدانی دیگر نکاح عبارت است از عقد میان یک مرد و زن در حدود شریعت و عناصر نکاح عبارتند از: وجود عقد، وجود مدت (اعم از دائم و موقت) وجود زن و مرد، ایجاب قبول لفظی، امکان مطلق تمتع (کاتوزیان، ۱۳۸۸، ج ۱، صص ۳ تا ۲۹).

۳ - نکاح در اصطلاح بیشتر به معنای «وطی و عقد» به کار رفته است. البته مقصود از عقد، تنها صیغه نکاح نیست، بلکه مراد، حاصل از آن است که در فارسی از آن به «زن گرفتن» و «شوهر کردن» تعبیر می‌کنند و در اصطلاح حقوقدانان فارسی زبان، نکاح به معنای ازدواج به کار می‌رود و به ندرت به معنای نزدیکی جنسی زن و مرد (وطی) به کار گرفته می‌شود

(طاهری، ۱۴۱۸، ج ۳، ص ۳۹). از طرفی متعه و ازدواج موقت آن است که مردی با زنی که ازدواج نمود با وی مانع شرعی نداشته باشد، به مدت معین و مهریه معین ازدواج کند و به مجرد تمام شدن مدت معین، زن و مرد از همدیگر جدا می‌گردند، بدون آنکه احتیاج به طلاق داشته باشد (طاهری، ۱۴۱۸، ج ۳، ص ۱۵۶).

۲-۴- ارتباط تعریف نکاح و ماهیت آن

فقهایی که معنای نکاح را در اصل وطی می‌دانند در نهایت معتقد به معاوضی بودن ماهیت نکاح بوده و توجه ویژه به عوض بودن بضع در برابر مهریه دارند و احکام و شرایط نکاح دائم را با این رویکرد بحث و تحلیل می‌کند. فقهایی نیز که به عقد بودن نکاح معتقدند، رویکرد غیر معاوضی بودن ماهیت نکاح دائم را در پیش گرفته، هر چند در ارائه نظر و مبانی آن اختلاف نظر دارند. اگرچه از نظر برخی فقها و اهل لغت، نکاح به معنای وطی دانسته شده است لیکن لفظ نکاح در قرآن و در تمامی موارد به معنای عقد است و استفاده حقوقدانان از کلماتی مانند «تراضی»، «رابطه حقوقی»، «عقد»، «قرارداد»، «معاوضه» و «معامله» برای تعریف نکاح مبین آن است که حقوقدانان نیز واژه نکاح را در معنی عقد استفاده نموده اند. عقد بودن نکاح تا آنجا بدیهی است که به عقیده برخی حقوقدانان، در حقوق ما واژه عقد، اگر همراه با قیدی نشود منصرف به عقد نکاح است (کاتوزیان، ۱۳۸۸، ص ۱: ۵ تا ۳).

۳- ماهیت فقهی - حقوقی نکاح دائم

در تالیفات قاطبه فقهای معظم و حقوقدانان در باب نکاح، عنوان مستقلی به نام «ماهیت» ملاحظه نمی‌شود ولی بحث ماهیت عقود را در ذیل احکام و شرایط این عقد یا در ضمن تعاریف، ارائه نموده اند. بر این اساس در متون فقهی و حقوقی تتبع و پژوهش لازم انجام و به شرح آتی این نظرات به تفکیک از نظر فقها، حقوقدانان و قانون مدنی دسته بندی، ارائه و سپس تحلیل و ارزیابی نظرات مطروحه ارائه می‌شود.

۳-۱- نظر فقها

از دقت نظر در نظرات فقهی مشخص می‌گردد که دو رویکرد اساسی در خصوص ماهیت نکاح دائم از نظر فقهای معظم وجود دارد. رویکرد اول، ماهیت نکاح را معاوضی دانسته و رویکرد دوم، ماهیت نکاح را غیر معاوضی می‌داند. بر این اساس و به شرح ذیل این دو رویکرد اساسی ارائه می‌شود:

۳-۱-۱- ماهیت معاوضی

عده ای از فقها نکاح دائم را دارای ماهیتی معاوضی می دانند لیکن همین فقها نیز در ارائه نظر بر اساس این رویکرد نیز اختلاف نظر داشته و مبانی و تفسیر متفاوتی را به شرح ذیل انتخاب نموده اند:

۳-۱-۱-۱- ماهیت معاوضی محض

گروه اول نکاح دائم را عقدی مالی و معاوضه محض می دانند. مهمترین دلیل قائلین به معاوضی بودن نکاح کلماتی مانند «اجر»، «نحله»، «عوض» و «بیع» در آیات قران و روایات ائمه معصومین (صلوات الله علیهم) است.^۱ قول مشهور فقهای امامیه نکاح را دارای چنین ماهیتی می دانند (خوانساری، ۱۴۰۵، ج ۴، ص ۴۰۵). برخی مهر را عوض بضع^۲ دانسته و در ذیل مسئله ازدواج مریض و توکیل در ازدواج، معتقد به معاوضی بودن نکاح هستند (علامه حلی، ۱۴۱۱، ص ۱۴۱؛ همان، ۱۳۸۸، ص ۵۱۸ و ۵۹۵). از جمله فقیهی در ذیل مسئله ازدواج زن و مرد با مهر معلوم، چنین اظهار نظر می کند: مرد مالک بضع می شود در همان وقتی که زن مالک مهر شده زیرا نکاح یک عقد معاوضی می باشد.^۳ (شیخ طوسی، ۱۳۸۷، ص ۳۱۰). فقیهی دیگر در مسئله امتناع زوجه از تمکین خاص^۴ (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۳۱، ص ۴۱) و در مسئله تراضی زوجین بعد از عقد برای تعیین مهر^۵ (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۳۱، ص ۶۲) و در مسئله تفویض مهر^۶ (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۳۱، ص ۶۶) و در مسئله تعیین مقدار مهر^۷ (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۳۱، ص ۱۴) قائل به معاوضی بودن نکاح هستند هرچند در مسئله ای دیگر کمی از این اعتقاد عدول می کنند (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۳۱، ص ۲۲). از این نوع استدلال ها در سایر تالیفات فقهی نیز دیده می شود (ابن براج، ۱۴۱۱، ص ۱۳۸؛ اصفهانی، ۱۴۱۶، ج ۷، ص ۴۰۹). فقهای اهل سنت نیز نکاح دائم را نوعی معاوضه می دانند. عبارت «النکاح معاوضه البضع بالمال» از فقهای اهل سنت تصریح به این

۱. رک قرآن کریم، آیات ۴ و ۲۴ از سوره نساء و آیه ۵ از سوره مائده و آیه ۵۰ از سوره احزاب - در خصوص

روایات نیز رک عاملی، محمد بن حسن، ۱۴۰۹، ج ۲۱، صص ۷۶۰ و ۷۷۰

۲. برای بضع (به ضم ب و سکون ضاد) معانی متفاوتی از جمله فرج، عقد نکاح، مهر، جماع ذکر شده است لیکن در اینجا به معنی استمتاع جنسی است. برای مطالعه بیشتر در این خصوص رک ابن منظور، ۱۴۱۴، ج ۷، ص ۱۴؛ ابن

اثیر، بی تا، ج ۱، ص ۱۳۲؛ فیومی، بی تا، ج ۲، ص ۵۱

۳. و ملك الرجل هو البضع في الوقت الذي ملكت المراه عليه المهر، لأنه عقد معاوضة

۴. أن للبضع عوضا بالإجماع، كان النكاح معاوضة

۵. كون النكاح معاوضة في الواقع

۶. أنه معاوضة، فتقدير العوضين إنما يفوض إلى المتعاضيين دون الأجنبي

۷. لأنه نوع معاوضة فيتبع اختيار المتعاضيين في القدر كغيره من المعاوضات

دیدگاه دارد (کاشانی، ۱۴۰۴ق، ج ۲، ص ۲۴۲ و ۲۴۸). فقهای شافعی نیز مهر را عوض البضع می‌دانند^۱ (الرافعی، بی تا، ج ۶، ص ۴۰۴؛ النووی، بی تا، ج ۶، ص ۳۳۹) یا فقیه مالکی در تعریف مهر می‌نویسد: مهر چیزی است که در برابر استمتاع از زوجه به او داده می‌شود.^۲ (ابوالبکرات، بی تا، ج ۲، ص ۲۹۳). فقهای حنفی نیز در ذیل مسئله صداق، ماهیت نکاح را معاوضه می‌دانند (أبی بکر الکاشانی، ۱۴۰۹ق، ج ۲، ص ۲۷۴ به بعد).

۳-۱-۱-۲- ماهیت شبه معاوضی

گروه دوم علی‌رغم اینکه قائل به معاوضی بودن عقد نکاح هستند اما آن را معاوضه محض ندانسته بلکه آن را عقدی شبه معاوضی می‌دانند. فقیهی با اعتقاد به این نظر، در تعریف نکاح می‌نویسند: از نظر شارع هدف از ازدواج تولید نسل، عفت و پاکدامنی، کنترل نگاه و پایان دادن به هجوم شهوت و رسیدن به لذت و استمتاع جنسی است که به تبع آن توارث، وجوب نفقه و مهر می‌آید پس از این حیث شبیه معاوضه است اما معاوضه محض نیست. (حلی، ۱۴۰۷ق، ج ۳، ص ۴۱۴). در ادامه ایشان سه دلیل را برای شباهت و سه دلیل برای تمایز نکاح از عقد معاوضی محض به شرح ذیل مطرح می‌کنند:

شباهت‌ها: ۱ - در صورت نشوز زوج، نفقه از عهده زوج ساقط می‌شود. ۲ - در صورت وجود داشتن چیزی در هر یک از زوجین که مانع استمتاع شود، برای هر یک حق فسخ عقد وجود دارد لذا در صورت عنین و جب، زن حق فسخ دارد و در صورت قرن و رتق، مرد حق فسخ دارد. ۳ - زن تا زمانی که مهر خود را قبض ننموده است، حق دارد از تمکین خودداری کند. مانند اینکه بایع تا زمانی که ثمن را قبض ننموده است، حق دارد از تسلیم مبیع امتناع کند. همچنین مرد هم می‌تواند از تسلیم مهر خودداری کند مانند اینکه مشتری تا زمانی که مبیع را قبض نکرده، می‌تواند از تسلیم ثمن امتناع ورزد (حلی، ۱۴۰۷ق، ج ۳، ص ۴۱۴).

تفاوت‌ها: ۱ - در معاوضه هر یک از عوضین در مقابل عوض دیگر قرار دارد، در حالی که در نکاح، تمام مهر در برابر نخستین نزدیکی قرار دارد. ۲ - در معاوضه در صورت تلف یکی از عوضین قبل از قبض، معاوضه باطل و عقد منفسخ می‌شود در حالی که این خصوصیت در عقد نکاح نیست و در صورت تلف مهر (یکی از عوضین) مثل یا قیمت آن باید پرداخت شود و در صورت فوت زن، کل مهر مستقر و به ارث می‌رسد. ۳ - در معاوضه در صورت اتلاف یکی از عوضین، طرف مقابل برای قیمت عوض به متلف رجوع می‌کند، در حالی که در نکاح این چنین نیست. پس اگر زن خودکشی کند یا دیگری او را بکشد، مهر ساقط نمی‌شود و قاتل نیز

۱. المهر في النكاح يقابل جميع الوطأت

۲. هو ما يعطى للزوجه في مقابلة الاستمتاع بها و يسمي مهرها

ضامن مهر او نیست. (حلی، ۱۴۰۷ق، ج ۳، ص ۴۱۴).

فقیه‌ی دیگر نیز در خصوص موردی که ولی دختر را بدون مهر به ازدواج در می آورد پس از ذکر نظر علامه حلی مبنی بر اختیار فسخ مهر برای دختر به دلیل اینکه مهر عوض بضع است (حلی، ۱۴۲۰ق، ج ۳، ص ۴۳۵) و نظر شیخ طوسی مبنی بر عدم اختیار فسخ مهر برای دختر (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۶، صص ۲۷۷ و ۲۷۸)، نظر شیخ طوسی را تایید و استدلال می کند که نکاح معاوضه محض نیست چراکه غرض اصلی از آن احصان و تولید نسل است.^۱ (اصفهانی، ۱۴۱۶ق، ج ۷، ص ۱۰۱) و در جایی دیگر در مورد حکم اشتراط خیار شرط در عقد نکاح معتقدند: دلیل عدم صحت اشتراط خیار شرط در نکاح آن است که نکاح مانند بیع و امثال بیع معاوضه محض نیست.^۲ (اصفهانی، ۱۴۱۶ق، ج ۷، ص ۵۴). همچنین ایشان در مورد شرایط مهر، علم به مقدار مهر را از طریق کیل، وزن، عدد یا مشاهده (حتی اگر آن مهر قابل تشخیص با کیل، وزن و عدد باشد) را شرط می دانند در حالی که به اعتقاد ایشان در سایر معاوضات، مشاهده در مواردی است که عوض قابل تعیین با کیل و وزن و تعداد نباشد. این فقیه معظم دلیل پذیرش مشاهده برای تعیین مهر در فرض مذکور را معاوضه محض نبودن نکاح می دانند. (اصفهانی، ۱۴۱۶ق، ج ۷، ص ۲۷۶). در مورد همین مسئله فقهای دیگر نیز در ذیل بحث تعیین مهر، صرف مشاهده را کافی می دانند و دلیل آن را معاوضه محض نبودن نکاح می دانند.^۳ (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۳۱، ص ۲۲؛ محقق کرکی، ۱۴۰۵ق، ج ۴، ص ۵۸۵؛ شیخ انصاری، ۱۴۱۵ق، ص ۲۲۱) یا در بحث تقدیم ایجاب بر قبول در صیغه نکاح، مهر را حقیقتاً عوض نمی دانند (همان، ۱۴۱۵ق، ص ۸۴).

۳-۱-۱- ماهیت معاوضی یا شبه معاوضی

گروه سوم با توجه به ذکر یا عدم ذکر مهر در نکاح دائم قائل به تفکیک شده و معتقدند ماهیت نکاح دائم در یک فرض معاوضی و در فرض دیگر شبه معاوضی است. از جمله فقیه‌ی معتقدند نکاح در صورت ذکر مهر در عقد، شبیه معاوضه است و در صورت عدم ذکر مهر و دخول، عقدی معاوضی است (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۸، ص ۱۹۱). ایشان در جای دیگر در خصوص نوع ضمان زوج در فرض تلف مهر قبل از تسلیم قائل به این هستند که ضمان زوج شبیه هر دو نوع ضمان یعنی ضمان معاوضی و ضمان ید است (۱۴۱۳ق، ج ۸، ص ۱۸۷). از نظر فقیه‌ی دیگر نیز نکاح دارای دو ماهیت است: ماهیه القرآن و ماهیه الاملاک. در ماهیت اول یعنی جنبه ایجاد و

۱. النکاح لیس معاوضه محضه، و إنما الغرض الأصلي منه الإحصان و النسل

۲. لا یصح اشتراطه فی النکاح اتفاقاً، لأنه لیس معاوضه محضه کالبیع و نحوه

۳. با عبارت: الاکتفاء بالمشاهدة لعدم كونه معاوضه

جعل رابطه و تقارن بین طرفین عقد و در معنی دوم یعنی جنبه قرار داده شدن عوض (مهر) در قبال بضع. (بحرانی، ۱۴۲۹ق، ج ۱، ص ۴۲۱).

۳-۱-۲- ماهیت غیر معاوضی

برخی فقها ضمن اینکه نکاح را عقدی معاوضی نمی دانند از آن نیز به شدت انتقاد و نکاح را عقدی غیر معاوضی معرفی می کنند لیکن این فقها نیز در ارائه نظر بر اساس این رویکرد اختلاف نظر داشته و مبنای و تحلیل متفاوتی را انتخاب نموده اند. بر این اساس و به شرح ذیل ابتدا انتقادات این فقها نسبت به نظر قائلین به معاوضی بودن نکاح دائم ارائه و در ادامه نظرات فقهای معظم با رویکرد ماهیت غیر معاوضی ارائه می شود:

۳-۱-۲-۱- نقد رویکرد ماهیت معاوضی

برخی فقها ضمن انتقاد به نظری که نکاح با ذکر مهر را عقدی معاوضی می داند، معتقدند اگر این نظر صحیح باشد، عقد نکاح بدون ذکر مهر صحیح نخواهد بود این در حالی است که در مورد شرط نبودن مهر در عقد نکاح اختلافی وجود ندارد (خوانساری، ۱۴۰۵ق، ج ۴، ص ۳۹۳ و ۴۲۴). این فقها دلیل عدم شرط بودن مهر در نکاح را نصوص وارده از جمله آیه ۲۳۶ از سوره بقره و روایات می دانند و بر همین مبنا معتقدند عقد نکاح به دو نحو نیست که در صورت ذکر مهر، معاوضی و در صورت عدم ذکر مهر، غیرمعاوضی باشد. از طرفی اعتقاد به معاوضی بودن نکاح مستلزم این است که برای زن، حق امتناع از تمکین برای بعد از دخول هم قائل باشیم (خوانساری، ۱۴۰۵ق، ج ۴، صص ۳۹۳ و ۴۲۴). فقیهی معاصر نیز با انتقاد از معاوضی دانستن نکاح، معتقدند: «حقیقت نکاح آن نیست که گفته اند، این تصوّر کسانی است که نکاح را یک نوع معامله یا بیع می دانند که در آن بایع غیر از مشتری است و مهر را هم عوض می دانند در حالی که شبیه صلح و مصالحه است که طرفین آن هر دو مانند هم هستند و بهترین دلیل بر اینکه مهر جزء ارکان نکاح نیست این است که اگر مهر را ذکر هم نکنند عقد باطل نمی شود. دو رکن زوجیت، زوج و زوجه هستند نه اینکه زوجه و مهر باشد. اگر زوجه و مهر رکن بودند در مقام مقابله می گفتند: «زوّجتک نفسی بالمهر المعلوم» و حال آنکه می گویند: «علی المهر المعلوم» یعنی مهر، شرط است و رکن نیست» (مکارم، ۱۴۲۴ق، ج ۱، ص ۹۳). ایشان در جایی دیگر می فرمایند: «مهریه عطیه‌ای الهی است. مهر اندوخته‌ای برای آینده زن، پشتوانه‌ای برای حفظ حقوق او، از هم نپاشیدن زناشویی و ترمزی در برابر تمایلات مرد نسبت به طلاق محسوب می شود. در واقع مهر جنبه جبران خسارت برای زن و برای احترام به حقوق زن است نه قیمت و بها ی زن» (مکارم، ۱۳۸۷ق، ج ۳، ص ۳۳۵). مفسر معاصر قرآن کریم نیز در تفسیر آیه ۴ سوره نساء معتقدند: «در نکاح زن چیزی را به شوهرش تملیک نمی کند تا مهریه عوض آن باشد؛ بلکه

مهریه عطیه‌ای الهی است که به حکم خدا شوهر باید به زن بپردازد و رایگان است نه در مقابل چیزی» (جوادی آملی، ۱۳۸۸، ج ۱۷، ص ۳۰۵). فقیهی دیگر نیز مهر در نکاح را هبه می‌دانند (علامه حلی، ۱۴۲۰، ج ۳، ص ۵۴۵).

۳-۱-۲- نظر فقها با رویکرد ماهیت غیر معاوضی

الف) برخی فقها نکاح را ذاتا عبادت می‌دانند. (علامه حلی، ۱۴۱۴، ج ۷، ص ۲۶۲) فقیهی نکاح را فی نفسه عبادت دانسته استدلال می‌کند که نکاح از مقدمات عبادت و مکمل آن است^۱ (محقق کرکی، ۱۴۱۴، ج ۱۲، ص ۱۱). برخی فقه‌های معاصر نیز قائل به این نظر هستند (مصباح، ۱۳۸۰، ص ۲۵۴).

ب) برخی فقها نکاح را ذاتا عبادت ندانسته و از آن به «شوبا من العباده» یاد می‌کنند. فقیهی در ذیل مسئله اشتراط خیار در نکاح با اعتقاد به اینکه نکاح، شوبا من العباده است، حکم به عدم صحت چنین شرطی کرده اند (اصفهانی، ۱۴۱۶، ج ۷، ص ۵۴). فقیهی دیگر نیز با همین عبارت نکاح را معرفی کرده و نکاح را از منظر شارع «شوبا من العباده» می‌داند^۲ (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۹، ص ۱۳۳).

ج) عده ای دیگر ضمن اینکه نکاح را عبادت می‌دانند با جملاتی دیگر آن را معرفی می‌کنند. فقیهی بسیاری از احکام نکاح را توقیفی معرفی و در ادامه نکاح را عقدی معرفی می‌کنند که شائبه عبادت در آن است (۱۴۱۰، ج ۵، ص ۳۳۵). همچنین فقیهی دیگر در ذیل مبحث خیار شرط، این خیار را در نکاح جاری ندانسته و علت آن را با عبارت: «لمشاكلة العباده»، عبادی بودن نکاح می‌دانند (عاملی، ۱۴۱۹، ج ۱۴، ص ۲۱۸).

د) برخی فقها از نظرات قائلین به ماهیت عبادی نکاح انتقاد می‌کنند و معتقدند منظور از عبادت بودن نکاح این است که نکاح از امور توقیفیه^۳ است. از جمله فقیهی در ذیل بحث اشتراط خیار در نکاح ضمن بیان نظر فقهایی که نکاح را «شوبا من العباده» و «یشاکل العباده»

۱. لأن النکاح من مقدمات العباده و مکملاتها ...

۲. ما فی النکاح من شوب العباده التي لا تلتقي إلا من الشارع

۳. اصطلاح «توقیفیه» یعنی حکم یا موضوع متوقف بر بیان شارع که دو کاربرد دارد اول: توقیفیه در مقابل توصییه که همان معنای تعدیه را دارد و ناظر به لزوم نیت قصد قربت و عدم آن است. دوم: توقیفیه در مقابل غیر توقیفیه (امضائیه). در این معنی توقیفیه یعنی احکامی که شارع آن را بدو و رأساً تأسیس کرده و دخل و تصرف در آنها یا تأسیس کردن باب جدید ممنوع است مانند عبادات. امضائیه نیز احکامی است که شارع آنها را ایجاد نکرده بلکه قبل از شرع نیز وجود داشته‌اند مانند خرید و فروش و شارع آنها را امضاء کرده است. دخل و تصرف در این امور و نیز گشودن باب جدید جایز است (میرزای قمی، ۱۴۱۳، ج ۱، ص ۱۷۶؛ محمود عبد الرحمان، بی‌تا، ج ۱، ص ۴۹۷؛ جمعی از پژوهشگران، ۱۴۲۶، ج ۲، ص ۶۶۶).

می‌دانند، معتقدند: مورد رغبت بودن نکاح در نظر شارع مقدس موجب نمی‌شود که این عقد را دارای ماهیتی عبادی بدانیم (اصفهانی، ۱۴۱۸ق، ج ۴، ص ۲۲۵).^۱ از معاصرین فقیهی پس از تقسیم بندی عبادت، به عبادت به معنی اعم و اخص و تعریف آنها معتقدند: «نکاح، عبادت به معنی الاخص نیست چون احدی نگفته است که در صحّتش قصد قربت معتبر است. منظور از عبادت بودن نکاح این است که نکاح از امور توقیفیه است و از امور عقلائیهای که شارع آن را امضا کرده نیست. (مکارم، ۱۴۲۴ق، ج ۱، ص ۱۷).

۳-۲- نظریه حقوقدانان و قانون مدنی

۱- قانون مدنی در مواد متعددی از جمله مواد ۱۰۴۱، ۱۰۵۱، ۱۰۵۰، ۱۰۶۲، ۱۰۶۸، ۱۰۶۵ اشاره به عقد بودن نکاح می‌کند و این بدان معنی است که قانونگذار نکاح را در معنی عقد استعمال نموده است. از سویی دیگر قانون مدنی به موجب ماده ۱۰۸۷ اشعار می‌دارد: اگر در نکاح دائم مهر ذکر نشده یا شرط عدم مهر شده باشد، نکاح صحیح است. در ماده ۱۰۹۲ قانون مدنی نیز اعلام می‌دارد: هرگاه شوهر قبل از نزدیکی زن خود را طلاق دهد، زن مستحق نصف مهر خواهد بود. از این دو ماده به خوبی استنباط می‌شود که اولاً: مهر در نکاح دائم رکن و شرط صحت آن نیست و ثانیاً: بر اساس مفهوم مخالف ماده ۱۰۹۲ قانون مدنی، مالکیت بر مهر به نفس انعقاد عقد محقق می‌شود لیکن استقرار تمام آن متوقف بر نزدیکی است و مبرهن است که قانون مدنی، مهر را عوض البضع نمی‌داند چراکه اگر چنین بود، مالکیتی برای زن قبل از نزدیکی، نسبت به نصف مهر قائل نبود.

۲- برخی در بیان ماهیت نکاح دائم معتقدند: «حقیقت نکاح دائم عبارت از زوجیت است و مهر امر فرعی و تبعی می‌باشد و رابطه بین مهر و زوجیت رابطه حقیقی بین عوض و معوض در عقود معاوضی نیست تا بطلان مهر سرایت در نکاح نماید. ولی نکاح دائم از نظر تحلیلی، هرگاه در آن مهر معین شود عقدی است مرکب از دو امر جداگانه، یکی زوجیت که امر اصلی و مقصود بالذات است (جنبه عمومی) که علمای اسلام از آن به جنبه عبادی یاد می‌کنند و دیگری مهر که امر فرعی و مقصود بالعرض است (جنبه خصوصی) اما از نظر فن حقوقی رابطه بین آن دو و بعض قواعد معاوضه تا آنجائی که منافات با جنبه عمومی نکاح نداشته باشد مانند رابطه بین عوضین دانسته شده و حقوقین اسلام از این جهت در آن قواعد معاوضه را اعمال می‌نمایند. این امر منافات با آن ندارد که نکاح عقدی باشد مخصوص و دارای جنبه اجتماعی» (امامی، بی تا، ج ۴، صص ۳۸۴ و ۳۸۵). همین نویسندگان در تالیفی دیگر و نیز حقوقدانان هم نظر با ایشان معتقدند: «نکاح در حقوق موضوعه کشوری یک عقد مدنی بشمار می‌رود و به اعتبار جنبه عمومی که در بر دارد،

۱. عبارت ایشان چنین است: مجرد کونه ممّا رغب فیهِ الشارع لا یقتضی وقوعه عبادة

دست آزادی اراده تا حدودی که منافات با آن دارد، کوتاه گردیده است ولی از نظر افکار عمومی موقعیت مذهبی خود را که در ادوار متمادی دارا بوده از دست نداده است» (امامی، بی تا، ج ۴، ص ۲۶۸؛ طاهری ۱۴۱۸، ج ۳، صص ۱۶۳ تا ۱۶۸).

۳- از نظر حقوقدانی دیگر، مهر در نکاح به منزله عوض در معاملات عادی نیست و در مقابل بضع قرار نمی‌گیرد و نکاح معاوضه ای عادی نیست (محقق داماد، ۱۳۸۷، ص ۲۲۳). لیکن ایشان در جایی دیگر می‌نویسند: هرچند مهر رکنی از ارکان عقد نکاح نیست و یا به عنوان یکی از عوضین به شمار نمی‌رود اما از نظر حکم تابع قواعد و احکام معاملات است. بنابراین تعیین دقیق مهر از نظر وزن، کیل و مساحت لازم نیست و صرف قابلیت تعیین کافی است و از این نظر با سایر معاوضات تفاوت دارد. نکاح هرچند از جمله معاوضات حقیقی به شمار نمی‌رود ولی به آنها ملحق است؛ بخصوص آنکه در آن مهر ذکر می‌شود (محقق داماد، ۱۳۸۷، صص ۲۲۵ و ۲۴۲).

۴- نظر برخی بر این است که نکاح دائم اساساً یک قرارداد غیر مالی است هرچند که پاره ای از آثار مالی بر آن مترتب است. مهر جزء ماهیت نکاح نیست. اصولاً نکاح را که یک قرارداد شخصی و هدف اساسی آن شرکت در زندگی است، نباید یک قرارداد معاوضی یا حتی شبه معاوضی تلقی کرد و احکام ویژه قرارداد های مالی را درباره آن جاری نمود. بنابراین شناختن حق حبس برای زن در نکاح اساساً در حقوق جدید قابل ایراد است (صفایی، ۱۳۸۵، صص ۲۱ و ۱۷۹).

۵ - برخی دیگر ضمن انتقاد به نظری که نکاح را عقدی معاوضی می‌داند معتقدند: از اجرای پاره ای قواعد مربوط به معاوضات مانند ماده ۱۰۸۵ قانون مدنی نباید چنین استنباط کرد که رابطه بین مهر و تمکین زن تابع رابطه دو عوض در سایر معاملات است. انسان هیچ گاه موضوع حق قرار نمی‌گیرد و شخصیت اخلاقی او برتر از آن است که در حکم اشیاء و تابع قواعد آن باشد (کاتوزیان، ۱۳۸۸، ج ۱، صص ۶ و ۸۹). این حقوقدان در جایی دیگر می‌نویسند: نکاح از عقود است که جنبه مالی و غیر مالی، هر دو را داراست. واژه نکاح در زبان حقوقی به دو معنی است الف - عقدی که باعث ایجاد رابطه زوجیت بین زن و شوهر می‌شود. ب - رابطه ای که در اثر این عقد، بین زن و مرد به وجود می‌آید. نکاح چون عقد است باید شرایط اساسی سایر عقود را دارا باشد ولی آنچه عقد نکاح را از بیشتر قرارداد ها متمایز می‌کند در این است که در این پیمان زن و شوهر نمی‌توانند آزادانه آثار آن را معین کنند. پس از انعقاد عقد نکاح، وضعی که زن و شوهر در مقابل یکدیگر قرار می‌گیرند، نهاد حقوقی خاصی است که به وسیله قانون منظم می‌شود و اراده زن و شوهر جز در مواردی استثنایی (مانند حق سکنی) اثری در ایجاد یا تغییر این وضع قانونی ندارد (همان، صص ۳۳ و ۳۷). فلسفه مهر نیز از دیدگاه ایشان این است که قانون گذار برای جبران نقص ارث زن و جلوگیری از طلاق های بی مورد، مهر را مقرر کرده است (همان، ص ۱۲۹).

۶- حقوقدانی دیگر با اعتقاد به ماهیت عبادی نکاح و ضمن انتقاد شدید از نظراتی که نکاح را دارای ماهیتی عبادی نمی دانند، نکاح را عقدی ذاتاً عبادی معرفی می کنند که حتی بدون قصد قربت هم این ویژگی را دارد. از نظر ایشان نگاه فقهی محض به مسئله باعث این تشتت آراء گردیده است و می بایست با مراجعه به قرآن به عنوان مهمترین منبع استنباط حکم الله تصویری نو و فرا فقهی از عبادت تلقی شدن نکاح فراهم کرد (دادمرزی، ۱۳۹۳، صص ۱۰۲ و ۱۰۳). ایشان در ادامه بحثی بیشتر تفسیری از برخی آیات قرآن ارائه می کنند لیکن تفسیر مفسران بزرگ قرآن کریم مانند علامه طباطبایی و آیت الله جوادی آملی را خصوصاً از عبارت «میثاقاً غلیظاً» در آیه ۲۱ سوره نساء^۱ (که این مفسران این عبارت را به معنی عقد انشاء کننده نکاح یا عقد ازدواج دانسته اند) را کامل ندانسته و با استناد به آیه قبل آن، تفسیری متفاوت ارائه و در نهایت معتقدند باید انصاف داد که این همه برای عبادت تلقی کردن نکاح کافی است (همان، صص ۱۰۴ تا ۱۰۸). اما جالب اینکه ایشان در جایی دیگر و در بیان ماهیت نکاح موقت، ماهیت عبادی نکاح را منصرف از ازدواج موقت می دانند (همان، ص ۱۱۰). این در حالی است که ایشان سابق بر آن واژه «عبادی بودن» را برای مطلق نکاح استفاده کرده اند.^۲

۳-۳ - نقد و تحلیل نظرات فقهی و حقوقی

نظرات فقها و حقوقدانان در مورد تعریف نکاح و ماهیت نکاح دائم به تفصیل بیان و استدلال هریک با مبانی آن ارائه شد. از واکاوی و تتبع در نظرات فقهی و حقوقی بیان شده به نظر می رسد:

۱- از معنی لغوی، عرفی و قانونی و اخلاقی نکاح خصوصاً از نحوه کاربرد آن در آیات قرآن و روایات استنباط می شود که حقیقت ازدواج، نزدیکی و رابطه جنسی نیست تا بدین وسیله نکاح را عقدی معاوضی به صورت مهر در برابر بضع بدانیم بلکه غرض اصلی از ازدواج، تشکیل خانواده، تولید نسل و برآورده شدن نیازی جسمی، جنسی و روانی زن و مرد است. اگرچه از نظر برخی فقها و اهل لغت، نکاح به معنای وطی دانسته شده است لیکن اولاً لفظ نکاح در قرآن و در تمامی موارد به معنای عقد است. ثانیاً: هر چند نکاح وسیله ای برای ارضای غریزه جنسی از طریق شرعی است اما هدف اصلی و تامه از نکاح استمتاع جنسی نیست چرا که تولید نسل و ارضای نیازهای عاطفی و روانی نیز اهمیت کمتری از ارضای غریزه جنسی ندارد. ثالثاً: استمتاع جنسی مقتضای ذات عقد نکاح دائم نیست بلکه مقتضای اطلاق آن است به همین دلیل فقها در فروزی مانند نکاح صغیره و نکاح پیرزن و پیرمرد که امکان استمتاع جنسی از زن وجود ندارد،

۱. و اخذن میثاقاً غلیظاً

۲. همچنین برای دیدن دیدگاهی مشابه رک جعفری لنگرودی، ۱۳۸۰: ۲۷۲

قائل به صحت نکاح هستند (حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۷، ص ۱۲۴؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۳۱، ص ۱۰۰). رابعا: استمتاع جنسی مال نیست تا به عنوان عوض در نکاح قرار گیرد زیرا عقدی معاوضی است که عوض و معوض جنبه مالی داشته باشند.

۲- الزام به پرداخت مهر و نفقه از الزامات شرعی و قانونی نکاح است نه اینکه نکاح عقدی مالی است. بهترین شاهد بر این اعتقاد جواز فقهی و قانونی قرار دادن امور غیر مالی (تعلیم یک سوره از قرآن) به عنوان مهر است. از همه مهمتر اینکه نکاح بدون ذکر مهر هم صحیح است. این در حالی است که اگر نکاح را عقدی معاوضی بدانیم، باید حکم بر بطلان نکاح در فرض عدم تعیین مهر داد. درست است که در این نوع نکاح نیز در فرض دخول، اجرت المثل ثابت می‌شود ولی آیا انعقاد چنین عقدی را از اساس می‌توان مالی دانست؟ البته اگر در پاسخ گفته شود که در فرضی که مهر امر غیر مالی است، نکاح قراردادی غیر مالی است و در سایر فروض، مالی است، این سوال را مطرح خواهیم کرد که آیا ماهیت نکاح را عقدی مالی دانستن و سپس تخصیص آن در فرض مورد اشاره ما صحیح است؟ به نظر می‌رسد نکاح عقدی غیر مالی است با آثار مالی؛ به همین دلیل نیز فقها و حقوقدانان از روابط مالی زن و شوهر مانند مهر، نفقه، نحله، اجرت المثل و استقلال مالی زن و مرد، در بخش آثار نکاح سخن گفته‌اند.

۳- مستند فقهی حق حبس آنچنان که برخی فقها (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۳۱، ص ۴۱ به بعد؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۸، ص ۱۸۷ به بعد) و حقوقدانان (طاهری، ۱۴۱۸، ج ۳، ص ۱۷۵؛ محقق داماد، ۱۳۸۷، ص ۲۴۵) گفته‌اند اجماع است نه اینکه نکاح عقدی معاوضی یا شبه معاوضی است. مهمترین دلیل بر صحت این نظر آن است که اولاً قانون‌گذار به شرح ماده ۱۰۸۵ قانون مدنی، حق حبس را صرفاً برای زن پیش‌بینی کرده است. این در حالی است که اگر به استناد معاوضی بودن نکاح، قائل به وجود حق حبس برای زن باشیم، در صورت عدم تمکین زن، این حق را باید برای مرد نیز برای پرداخت تمام مهر قائل بود. به نظر می‌رسد همین استدلال اشتباه از ماهیت نکاح باعث شده است که برخی حقوقدانان (امامی، بی تا، ج ۴، ص ۳۹۷) و فقها (حلی، جمال‌الدین، ۱۴۰۷ق، ج ۳، ص ۴۱۴) برای مرد نیز حق حبس قائل باشند. ثانياً قول مشهور فقهای امامیه این است که اگر زن به اختیار، تمکین خاص نماید حق حبس وی ساقط خواهد شد (شیخ مفید، ۱۴۱۳ق، ص ۵۱۰؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۸، ص ۱۸۷؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۳۱، ص ۴۱). نظری که قانون مدنی نیز حسب ماده ۱۰۸۶ آن را تکرار نموده است. این در حالی است که اگر معاوضی بودن نکاح، مستند حق حبس زن باشد، با یک بار تمکین، تمام عوض (بضع) به مرد تسلیم نشده است و می‌بایست برای زن برای دفعات دیگر تمکین نیز قائل به حق حبس باشیم زیرا تمام منفعت ناشی از بضع، با یک بار تمکین تسلیم نمی‌شود. بر این اساس همان گونه که بیان شد مبنای حق حبس زن نسبت به تمام مهریه به دلیل ماهیت معاوضی یا شبه معاوضی نکاح نیست

که اگر این گونه باشد دو ایراد اخیر مطرح می شود یعنی برای مرد هم باید حق حبس قائل بود و حق حبس برای زوجه در دفعات دیگر تمکین قائل شد.

۴- به اجماع فقها و حقوقدانان در صورت طلاق قبل از نزدیکی، زن مستحق نصف مهر است. همچنین زنی که بدون تعیین مهر ازدواج نموده و قبل از نزدیکی، مرد او را طلاق می دهد، زن مستحق مهرالتمعه است یا در صورت تعیین مهر در عقد و فوت زوج قبل از نزدیکی، زن مستحق دریافت تمام مهر خواهد بود. در فرضی دیگر زنی که همسر مرد سالخورده و فاقد توان برقراری رابطه ی جنسی است؛ مستحق مهر می باشد. این در حالی است که اگر در این فروض مهر را عوض البضع بدانیم، نباید برای زن نسبت به کل یا بعض مهر حقی قائل باشیم.

۵- رکن نکاح دائم زن و مرد هستند و مهر رکن نیست و چون رکن نیست لذا معاوضه دانستن آن در برابر عوضی دیگر مانند بضع و در نتیجه حکم به معاوضی دانستن نکاح صحیح نیست. مهریه در واقع هدیه و پیشکشی از سوی مرد به زن برای ازدواج است و کلمه «نحله» در قرآن^۱ در توصیف مهریه نیز این معنا را تأیید می کند.

۶- در صورت تلف مهر، ضمان زوج از نوع ضمان ید است و از نوع ضمان معاوضی نیست. موضوعی که فقها (شیخ انصاری، ۱۴۱۵ق، ص ۲۶۳؛ محقق کرکی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۳، ص ۲۴۹ به بعد) و حقوقدانان (محقق داماد، ۱۳۸۷، ص ۲۳۸؛ امامی، بی تا، ج ۴، ص ۳۹۳) به آن اذعان دارند و قانون مدنی نیز در ماده ۱۰۸۴ آن را پذیرفته است. ثمره این بحث از آن جهت است که اگر نکاح دائم را عقد معاوضی بدانیم و مهر را عوض البضع، ضمان زوج از نوع ضمان معاوضی و تابع احکام و شرایط این نوع از ضمان است نه ضمان ید.

۷- نظری که برای نکاح دائم، ماهیت عبادی قائل است نیز قابل ایراد می باشد. آیات قرآن و روایات منصوص در باب اهمیت نکاح نیز دلیل توجه ویژه خداوند متعال به این عقد و تقدس آن نزد شارع را اثبات می کند نه اینکه نکاح دائم دارای ماهیتی عبادی است چراکه مورد رغبت بودن نکاح در نظر شارع مقدس موجب نمی شود که این عقد را دارای ماهیتی عبادی بدانیم. از طرفی صحت نکاح مشروط بر قصد قربت نیست زیرا نکاح عبادت به معنای خاص نمی باشد لیکن قصد قربت باعث ثواب بردن در نکاح است و ماهیت آن را تغییر نمی دهد. از طرفی دیگر فقهای که عبادی بودن نکاح را بیان کرده اند، معاوضی بودن آن را هم رد نکرده اند منتها عباراتی مانند «لیس معاوضه محضه» به کار برده اند. از طرفی دیگر فقهای معظم تحلیل نکاح را در بخش معاملات آورده اند و نه در بخش عبادات.

۱. آیه ۴ سوره نساء: وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً

نتیجه گیری

نظرات فقها و حقوقدانان در بیان تعریف نکاح و ماهیت نکاح دائم به تفصیل بیان و استدلال هر یک با مبانی آن ارائه شد. از واکاوی و تتبع در نظرات فقهی و حقوقی بیان شده به نظر می‌رسد نمی‌توان برای نکاح دائم ماهیتی صرفاً عبادی قائل شد چراکه مستند قائلین به این نظر آیات قرآن و روایاتی است که در مقام بیان ماهیت عبادی نکاح نیست بلکه در باب اهمیت نکاح و توجه ویژه خداوند متعال به این عقد و تقدس آن نزد شارع است. فقها نیز تحلیل نکاح را در بخش معاملات آورده‌اند و نه در بخش عبادات. از طرفی دیگر نمی‌توان ماهیت نکاح دائم را عقدی معاوضی دانست بلکه به نظر می‌رسد نکاح دائم عقدی غیر معاوضی و با احکام و شرایط توقیفی می‌باشد چرا که:

۱- غیر معاوضی است از آن جهت که اولاً: حقیقت ازدواج براساس معنی لغوی، عرفی و قانونی آن، رابطه جنسی نیست تا نکاح را صورت مهر در برابر بضع بدانیم. ثانیاً: الزام به پرداخت مهر و نفقه از الزامات شرعی و قانونی نکاح است نه اینکه نکاح عقدی مالی است. ثالثاً: در فرض عدم تعیین مهر در نکاح دائم، حکم بر بطلان نکاح نمی‌شود. رابعاً: مستند فقهی حق حبس اجماع است و قانون‌گذار نیز به موجب ماده ۱۰۸۵ قانون مدنی حق حبس را صرفاً برای زن پیش‌بینی کرده است. خامساً: قول مشهور فقهای امامیه مبنی بر ساقط شدن حق حبس زن در صورت تمکین به اختیار. سادساً: مهر در نکاح دائم رکن نیست تا آن را در برابر عوضی دیگر مانند بضع بدانیم. سابعا: در صورت تلف مهر، ضمان زوج از نوع ضمان ید است و از نوع ضمان معاوضی نیست. ثانیاً: کلمه «نحله» در قرآن در توصیف مهریه به این معنا است که مهریه در واقع هدیه و پیشکشی از سوی مرد به زن برای ازدواج است. ثامناً: استمتاع جنسی مال نیست تا به عنوان عوض در نکاح قرار گیرد.

۲- با احکام و شرایط توقیفی است از آن جهت که زن و مرد با توافق، خالق این عقد هستند لیکن پس از انعقاد عقد، به دلیل اهمیت زیاد این عقد نزد شارع و قانون‌گذار، آثار حاکم بر این عقد و توافق توسط شارع و قانون‌گذار تعیین و حاکم بر اراده طرفین قرار داده شده است. در موارد سکوت و عدم دسترسی به نص نیز نمی‌توان با مراجعه به بنای عقلا، آثار عقد را تعیین کرد بلکه باید به جستجوی نظر شارع پرداخت. بر همین اساس مهر جزء ارکان نکاح دائم نیست لیکن در صورت تعیین یا عدم تعیین مهر و در فروض مختلف احکام خاصی توسط شارع تشریح گردیده است که از جمله آنها استحقاق زن بر مهر در صورت طلاق قبل از نزدیکی یا الزام مرد به انفاق زن و فرزندان است. البته امور توقیفی نه در مقابل امور توصلی (تبعیدی) بلکه در مقابل غیر توقیفیه (امضائیه).

فهرست منابع

۱. ابن براج طرابلسی، قاضی، عبد العزیز طوسی، ابو جعفر، محمد بن حسن، (۱۴۱۱ هـ ق)، جواهر الفقه - العقائد الجعفریة، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم
۲. ابن منظور، ابو الفضل، جمال الدین، محمد بن مکرم، (۱۴۱۴ هـ ق)، لسان العرب، جلد دوم، چاپ سوم، بیروت: دار الفکر للطباعة و النشر و التوزیع
۳. ابن منظور، ابو الفضل، جمال الدین، محمد بن مکرم، (۱۴۱۴ هـ ق)، لسان العرب، جلد هشتم، چاپ سوم، بیروت: دار الفکر للطباعة و النشر و التوزیع
۴. ابن قدامه، عبد الرحمن، (بدون تاریخ چاپ)، المعنی، جلد هفتم، بدون نوبت چاپ، بیروت: نشر دارالکتاب العربی للنشر و التوزیع، به نقل از نرم افزار کتابخانه اهل بیت (ع)
۵. أبوالبرکات، (بدون نوبت چاپ)، الشرح الکبیر، جلد دوم، بدون نوبت چاپ، بدون محل چاپ: نشر دار احیاء الکتب العربیة، به نقل از نرم افزار کتابخانه اهل بیت
۶. الرافعی، عبدالکریم، (بدون تاریخ چاپ)، فتح العزیز، جلد ششم، بدون محل چاپ: نشر دار الفکر، به نقل از نرم افزار کتابخانه اهل بیت
۷. النووی، (بدون تاریخ چاپ)، المجموع، جلد ششم، بدون نوبت چاپ، بدون محل چاپ: نشر دار الفکر، به نقل از نرم افزار کتابخانه اهل بیت
۸. أبی بکر الکاشانی، (۱۴۰۹ هـ ق)، بدائع الصنائع، جلد دوم، چاپ اول، پاکستان: نشر المکتبة الحیبیة
۹. ابن قدامه، عبدالله، (بدون تاریخ چاپ)، المعنی، جلد هفتم، بدون نوبت چاپ، بیروت: نشر دارالکتاب العربی للنشر و التوزیع، به نقل از نرم افزار کتابخانه اهل بیت
۱۰. الشافعی، (۱۴۰۹ هـ ق)، الام، جلد پنجم، چاپ دوم، بیروت: نشر دار الفکر للطباعة و النشر و التوزیع
۱۱. ابن حزم، (بدون تاریخ چاپ)، المحلی، جلد نهم، بدون نوبت چاپ، بدون محل چاپ: نشر دار الفکر، به نقل از نرم افزار کتابخانه اهل بیت
۱۲. اصفهانی، محمد حسین کمپانی، (۱۴۱۸ هـ ق)، حاشیة کتاب المکاسب، جلد چهارم، چاپ اول، قم: أنوار الهدی
۱۳. اصفهانی، محمد حسین کمپانی، (۱۴۱۸ هـ ق)، حاشیة کتاب المکاسب، جلد چهارم، چاپ اول، قم: أنوار الهدی
۱۴. اصفهانی، فاضل هندی، محمد بن حسن، (۱۴۱۶ هـ ق)، کشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحکام، جلد هفتم، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم

۱۵. اصفهانی، حسین بن محمد راغب، (۱۴۱۲ هـ ق)، مفردات ألفاظ القرآن، چاپ اول، لبنان: دار العلم - الدار الشامیة
۱۶. اراکی، محمد علی، (۱۴۱۹ هـ ق)، کتاب النکاح، چاپ اول، قم: نور نگار
۱۷. انصاری، دزفولی، مرتضی بن محمد امین، (۱۴۱۵ هـ ق)، کتاب النکاح، چاپ اول، قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری
۱۸. امامی، سید حسن، (بدون تاریخ چاپ)، حقوق مدنی، جلد چهارم، تهران: انتشارات اسلامیة
۱۹. امامی، سید حسن، (بدون تاریخ چاپ)، حقوق مدنی، جلد پنجم، تهران: انتشارات اسلامیة
۲۰. بجنوردی، سید حسن بن آقا بزرگ موسوی، (۱۴۱۹ هـ ق)، القواعد الفقهیة، جلد سوم، چاپ اول، قم: نشر الهادی
۲۱. بحرانی، محمد، (۱۴۲۹ هـ ق)، سند العروة الوثقی - کتاب النکاح، جلد اول، چاپ اول، قم: مکتبة فذک
۲۲. جزری، ابن اثیر، مبارک بن محمد، (بدون تاریخ چاپ)، النهایة فی غریب الحدیث و الأثر، جلد اول، چاپ اول، قم، مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان
۲۳. جوهری، اسماعیل بن حماد، (۱۴۱۰ هـ ق)، الصحاح - تاج اللغة و صحاح العربیة، جلد اول، چاپ اول، بیروت، دار العلم للملایین
۲۴. جمعی از پژوهشگران زیر نظر شاهرودی، سید محمود هاشمی، (۱۴۲۶ هـ ق)، فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام، جلد دوم، چاپ اول، قم، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام
۲۵. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، (۱۳۷۴ هـ ش)، ترمینولوژی حقوق، چاپ هفتم، تهران: نشر گنج دانش
۲۶. حلّی، علامه، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، (۱۴۱۱ هـ ق)، تبصرة المتعلمین فی أحكام الدین، چاپ اول، تهران، مؤسسه چاپ و نشر وابسته به وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی
۲۷. حلّی، علامه، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، (۱۳۸۸ هـ ق)، تذکرة الفقهاء، چاپ اول، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام
۲۸. حلّی، علامه، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، (۱۴۲۰ هـ ق)، تحریر الأحکام الشرعیة علی مذهب الإمامیة، جلد سوم، چاپ اول، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام
۲۹. حلّی، جمال الدین، احمد بن محمد اسدی، (۱۴۰۷ هـ ق)، المهذب البارع فی شرح المختصر النافع، جلد سوم، چاپ اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم
۳۰. حلّی، علامه، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، (۱۴۱۳ هـ ق)، قواعد الأحکام فی معرفة الحلال و الحرام، جلد دوم، چاپ اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه

علمیه قم

۳۱. حلی، علامه، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، (۱۴۱۴ هـ ق)، تذکره الفقهاء، جلد ششم، چاپ اول، قم، مؤسسه آل البيت عليهم السلام
۳۲. خوانساری، سید احمد بن یوسف، (۱۴۰۵ هـ ق)، جامع المدارك في شرح مختصر النافع، جلد چهارم، چاپ دوم، قم، مؤسسه اسماعیلیان
۳۳. خمینی، سید روح الله الموسوی، (بدون تاریخ چاپ)، تحریر الوسيلة، جلد دوم، چاپ اول، قم، مؤسسه مطبوعات دار العلم
۳۴. خمینی، سید روح الله الموسوی، (۱۴۲۱ هـ ق)، کتاب البیع، جلد پنجم، چاپ اول، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی قدس سره
۳۵. خوانساری، سید احمد بن یوسف، (۱۴۰۵ هـ ق)، جامع المدارك في شرح مختصر النافع، جلد چهارم، چاپ دوم، قم، مؤسسه اسماعیلیان
۳۶. دادمرزی، سید مهدی، (۱۳۹۳ هـ ش)، ریاست خانواده در روابط زوجین، چاپ اول، تهران: نشر میزان
۳۷. سبزواری، سید عبد الأعلى، (بدون تاریخ چاپ)، جامع الأحكام الشرعية، چاپ نهم، قم، مؤسسه المنار
۳۸. صفایی، سید حسن، امامی، اسدالله، (۱۳۸۵ هـ ش)، حقوق خانواده، جلد اول، چاپ دهم، تهران: انتشارات دانشگاه تهران
۳۹. طاهری، حبیب الله، (۱۴۱۸ هـ ق)، حقوق مدنی، جلد سوم، چاپ دوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم
۴۰. طبرسی، ابو علی الفضل بن الحسن، (۱۴۱۵ هـ ق)، مجمع البیان، جلد دوم، بیروت، مؤسسه الأعلمی للمطبوعات
۴۱. طوسی، ابو جعفر، محمد بن حسن، (۱۳۸۷ هـ ق)، المسوط في فقه الإمامية، جلد چهارم، چاپ سوم، تهران، المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية
۴۲. طوسی، ابو جعفر، محمد بن حسن، (۱۴۰۷ هـ ق)، الخلاف، جلد ششم، چاپ اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم
۴۳. طوسی، ابو جعفر، محمد بن حسن، (۱۴۰۷ هـ ق)، تهذیب الأحكام، جلد هفتم، چاپ چهارم، تهران، دار الکتب الإسلامية
۴۴. طوسی، محمد بن علی بن حمزه، (۱۴۰۸ هـ ق)، الوسيلة إلى نیل الفضيلة، چاپ اول، قم، انتشارات کتابخانه آية الله مرعشی نجفی (ره)
۴۵. عاملی، شهید ثانی، زین الدین بن علی، (۱۴۱۳ هـ ق)، مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام،

- جلد هفتم، چاپ اول، قم، مؤسسه المعارف الإسلامية
۴۶. عاملی، شهید ثانی، زین الدین بن علی، (۱۴۱۳ هـ ق)، مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام، جلد هشتم، چاپ اول، قم، مؤسسه المعارف الإسلامية
۴۷. عاملی، کرکی، محقق ثانی، علی بن حسین، (۱۴۱۴ هـ ق)، جامع المقاصد في شرح القواعد، جلد دوازدهم، چاپ دوم، قم، مؤسسه آل البيت عليهم السلام
۴۸. عاملی، کرکی، محقق ثانی، علی بن حسین، (۱۴۱۴ هـ ق)، جامع المقاصد في شرح القواعد، جلد سیزدهم، چاپ دوم، قم، مؤسسه آل البيت عليهم السلام
۴۹. عاملی، شهید ثانی، زین الدین بن علی، (۱۴۱۰ هـ ق)، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، جاد پنجم، چاپ اول، قم، کتابفروشی داوری
۵۰. عاملی، سید جواد بن محمد حسینی، (۱۴۱۹ هـ ق)، مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - الحديثة)، جلد چهاردهم، چاپ اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم
۵۱. عاملی، حرّ، محمد بن حسن، (۱۴۰۹ هـ ق)، وسائل الشيعة، جلد پانزدهم، چاپ اول، قم، مؤسسه آل البيت عليهم السلام
۵۲. عاملی، حرّ، محمد بن حسن، (۱۴۰۹ هـ ق)، وسائل الشيعة، جلد بیست و یکم، چاپ اول، قم، مؤسسه آل البيت عليهم السلام
۵۳. فیومی، احمد بن محمد مقرئ، (بدون تاریخ چاپ)، المصباح المنیر في غریب الشرح الكبير للرافعی، چاپ اول، قم، منشورات دار الرضی
۵۴. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۸ هـ ش)، حقوق خانواده، جلد اول، چاپ اول، تهران: شرکت سهامی انتشار
۵۵. کاشانی، ابوبکر بن مسعود، (۱۴۰۴ هـ ق)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، جلد دوم، چاپ دوم، بیروت: دار الکتب العلمیة
۵۶. کلینی، ابو جعفر، محمد بن یعقوب، (۱۴۰۷ هـ ق)، الکافی (ط - الإسلامية)، جلد پنجم، چاپ چهارم، تهران، دار الکتب الإسلامية
۵۷. محمود عبد الرحمان، (بدون تاریخ چاپ)، معجم المصطلحات و الألفاظ الفقہیة، جلد اول، بدون نوبت چاپ، بدون محل چاپ، بدون ناشر، به نقل از نرم افزار جامع فقه اهل بیت ۲
۵۸. مفید، محمد بن محمد بن نعمان عکبری، (۱۴۱۳ هـ ق)، المقنعة (للشیخ المفید)، چاپ اول، قم، کنگره جهانی هزاره شیخ مفید رحمة الله علیه
۵۹. مصباح، محمد تقی، (۱۳۸۰ هـ ش)، اخلاق در قرآن، جلد دوم، چاپ ششم، قم: مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی (ره)
۶۰. محقق داماد، سید مصطفی، (۱۳۸۷ هـ ش)، بررسی فقهی حقوق خانواده نکاح و انحلال آن،

- چاپ پانزدهم، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی
۶۱. مکارم شیرازی، ناصر، (۱۳۸۷ ه ش)، تفسیر نمونه، جلد سوم، چاپ سی و سی ششم، تهران: ایران، دارالکتب الاسلامی
۶۲. مکارم شیرازی، ناصر، (۱۴۲۴ ه ق)، کتاب النکاح، جلد اول، چاپ اول، قم، انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام
۶۳. مکارم شیرازی، ناصر، (۱۴۲۴ ه ق)، کتاب النکاح، جلد پنجم، چاپ اول، قم، انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام
۶۴. میرزای قمی، ابو القاسم بن محمد حسن، (۱۴۱۳ ه ق)، جامع الشتات فی أجوبة السؤالات، جلد اول، چاپ اول، تهران، مؤسسه کیهان
۶۵. نجفی، صاحب الجواهر، محمد حسن، (۱۴۰۴ ه ق)، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، جلد بیست و نهم، چاپ هفتم، بیروت، دار إحياء التراث العربي
۶۶. نجفی، صاحب الجواهر، محمد حسن، (۱۴۰۴ ه ق)، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، جلد سی و یکم، چاپ هفتم، بیروت، دار إحياء التراث العربي
۶۷. نجفی، صاحب الجواهر، محمد حسن، (۱۴۰۴ ه ق)، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، جلد سی ام، چاپ هفتم، بیروت، دار إحياء التراث العربي
۶۸. نراقی، مولی احمد بن محمد مهدی، (۱۴۱۵ ه ق)، مستند الشیعة فی أحكام الشریعة، جلد شانزدهم، چاپ اول، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام.