

# بررسی مقایسه‌ای ماهیت نکاح در فقه و حقوق موضوعه

سید مهدی دادمرزی<sup>۱\*</sup>، سید مصطفی محقق داماد<sup>۲</sup>

۱. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه قم، قم، ایران

۲. استاد دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران

پذیرش: ۹۱/۸/۲۷

دریافت: ۹۱/۵/۱۸

## چکیده

در این مقاله با روشن کردن مفهوم ماهیت اعمال حقوقی به طور کلی و ثمره عملی داشتن این گونه بحث‌ها، زمینه لازم برای بحث از تعریف و ماهیت نکاح به‌عنوان یک امر اعتباری، علیرغم نداشتن جنس و فصل حقیقی فراهم آمده است. آنگاه با رویکردی مقایسه‌ای ضمن پرداختن به تعریف نکاح در فقه، حقوق موضوعه ایران، چند کشور اسلامی و حقوق موضوعه کشورهای غربی به‌ویژه آمریکا تلاش کرده‌ایم عناصر ذاتی به کار رفته در مفهوم نکاح را به اجمال شناسایی کنیم. سپس تحلیل‌های ارائه شده در تبیین تفصیلی شالوده نکاح را از مناظر یاد شده در قالب‌های قرارداد، موقعیت، نهاد، سبکی برای زندگی و عبادت گزارش کرده، فواید عملی بحث را در مجموعه احکام مترتبه و یا قابل ترتب بر نکاح، براساس ماهیت مختار خود از آن که مَلْهُم از قرآن کریم و عبادت دانستن نکاح است، بیان و ماده‌ای را در تعریف نکاح برای درج در قانون مدنی ایران پیشنهاد کرده‌ایم.

واژگان کلیدی: نکاح، موقعیت، نهاد، عبادت، میثاق



## ۱. مقدمه

ماهیت، مخفف «ماهویت» از «ماهی» یا «ماهو» گرفته شده که به معنای چپستی در برابر حیثیت هستی پدیده‌ها است. جواب از چپستی، تعریف نامیده می‌شود. تعریف واجد تمام ذاتیات، تعریف «به حدّ تام» و اکمل تعاریف است. در تعریف لغوی یا «شرح‌الاسمی»، کلمه‌ای را با کلمه‌ای مانوس‌تر معنا می‌کنند. «مایی» که از معنی لغوی لفظ سؤال کند «مای شارحه» و «مای» پرسش‌کننده از حقیقت پدیده را «مای حقیقیه» نامند. در تعریف واقعی، چپستی یک پدیده به صورت حمل اولی ذاتی بیان می‌شود که محمول آن، ذاتیات آن پدیده است. ذاتی نیز مفهومی کلی و داخل در حقیقت اشیا است که برای پرهیز از اشتباه اعراض لازم ماهیات (امور غیر ذاتی) با امور ذاتی، تقدم تصور ذاتی بر تصور عرض لازم، ملاک است [۱، ج ۱۰، ص ۵۱۸ و ۵۶۶؛ ۲، ص ۸۹ و ۹۳].

نکاح در معنای مسیّب، از امور اعتباری است، نه واقعی [۳، ص ۷۲؛ ۴، ص ۲۹۴ و ۲۹۵؛ ۵، ج ۳۳، ص ۱۲۹]. بنابراین دارای جنس و فصل خارجی نیست و از این رو قابل تعریف حقیقی نیست و فقط می‌توان آن را به صورت شرح‌الاسمی معنا کرد. فقها با تشبیه امور اعتباری به واقعی، برای امور اعتباری «حدّ» در نظر گرفته و در مقام تبیین ماهیات اعتبارات فقهی بر آمده‌اند. شهید ثانی کلمه «استعمال» را در تعریف شهید از «طهارت» و سوگند را در معرفی «ایلاء»، مانند جنس تلقی کرده است [۵، ج ۱، ص ۲۴۶؛ ۵، ج ۶، ص ۱۴۵]. عاملی در تعریف اقرار به اِخبار به حق، اِخبار را در حکم جنس گرفته است [۶، ج ۲۲، ص ۲۸۳]. علامه حلی با گشودن عنوان «الماهیه» درصدد بیان عناصر ذاتی اجاره بر آمده است که محقق ثانی در مقام توضیح، عنصر «عقد» را به منزله جنس آن معرفی می‌کند [۷، ج ۷، ص ۸۰]. حقوقدانان نیز در بررسی ماهیات اعتباری حقوقی از خود اهتمام نشان داده‌اند [۸، ص ۲۹؛ ۹، ص ۱۵۷].

بحث از ماهیت پدیده‌های اعتباری از ثمره برخوردار است. عدم جریان خیار غبن در پاره‌ای از صور عقد صلح، به این نکته مستند شده که صلح در صورتی خاص، بر بنیان «گذشت» بنا نهاده شده که با پیش‌بینی خیار غبن ناسازگار است [۶، ج ۱۲، ص ۱۳-۱۷].

در مورد عدم جواز جعل عوض در عقد هبه، گفته شده که حقیقت هبه «مجانی بودن» است [۱۰، ج ۱، ص ۶۰]. شبیه به همین تحلیل در مورد عقود غیرمعاوضی چون رهن، ودیعه، عاریه، ضمان، وکالت و وصیت نیز آمده است. از مهم‌ترین کاربردهای تشخیص ماهیت عقد، تأثیر شرط خلاف مقتضای ذات عقد در سرنوشت عقد است [۱۱، ج ۶، ص ۴۴-۵۱؛ ۱۲، ج ۲، ص ۳۸۹]. مطابق قاعده نشان دادن حکم به انقلاب نکاح موقت به دائم در فرض عدم ذکر مدت در عقد منقطع، به ماهیت اعتباری یکسان نکاح در این دو عقد، تعلیل شده است [۱۳، ج ۳، ص ۱۵۱].

اهمیت بحث از ماهیت نکاح در حقوق کشورهای اسلامی - عربی نیز به اندازه‌ای است که در بسیاری از متون قانونی این کشورها، به شرحی که خواهد آمد، نکاح تعریف شده است.

در حقوق کشورهای غربی به‌ویژه کشورهای تابع حقوق کامن‌لا<sup>۱</sup> و مشخصاً آمریکا که متناسب با پنجاه ایالت خود، از تنوع رژیم‌های حقوقی در عرصه حقوق خانواده برخوردار و موضوع محور است،<sup>۲</sup> بحث از ماهیت نکاح در منابع جدید قانونی [۱۴، ج ۱، ص ۱۷۳] و حقوقی این کشور [۱۵، ص ۲۶۲ و ۲۸۰] با عنوان Nature of the Marriage Contract مطرح است.

## ۲. تعاریف نکاح

«نکاح»، مصدر ثلاثی و غیر قیاسی از ریشه نَكَحَ است [۱۶، ص ۲۱]. از معانی لغوی نکاح که با معنای اصطلاحی و مورد بحث ما تناسب دارد، انضمام و اختلاط است [۱۷، ج ۲، ص ۶۲۴]. در ادبیات حقوقی فارسی، واژه «ازدواج» همدوش با نکاح مورد استفاده است [۱۸، ج ۱، ص ۲۰]. اهمیت تعریف نکاح در گشودن راه برای شناسایی حقیقت نکاح است.

---

1. common law  
2. case law



## ۱-۲. تعریف نکاح در فقه

شیخ طوسی، نکاح را در شریعت اسلام عبارت از عقد می‌داند [۱۹، ج ۷، ص ۲۸۰]. ابن حمزه، نکاح را عقد تزویج میان زن و مرد معرفی می‌کند که در مواردی نیز به معنای نزدیکی (وطی) به کار می‌رود [۲۰، ص ۲۸۹]. بجنوردی، نکاح را تعهد زن به زوجه فلان مرد بودن در عالم اعتبار، معنا می‌کند [۱۳، ج ۳، ص ۱۴۲]. البته کلمه «تعهد» در کاربرد فقهی، اعم از معنای حقوقی آن را افاده می‌کند و امور «دفعی الحصول» مثل ملکیت و زوجیت و نیز آنچه را که متعهد باید انجام دهد شامل می‌شود [۲۱، ص ۶۹-۷۷].

آیت الله خویی، بر مبنای خلاف مشهور خود در حقیقت انشاء، نکاح را چنین تعریف می‌کند: «اعتبار علقه زوجیت در صُقع ذهن که با مظهر خارجی ابراز شده است» [۲۲، ج ۳، ص ۳۵۱].

مشهور فقها، نکاح اصطلاحی را به همان معنای ظاهری آن، یعنی «عقد» معنا می‌کنند (چه در معنای سببی و چه مسببی)، نه وطی؛ اگرچه اصرار بر معنای اخیر، بی ثمر هم نیست. به‌عنوان مثال، اگر شرط «حمل ناشی از نکاح» را در نشر حرمت رضاعی به معنای «حمل ناشی از وطی» بگیریم، چنانچه زوجه بدون وطی از شوهرش باردار شود، شیر او نشر حرمت نمی‌کند [۲۳، ص ۸-۴۵۹۷].

فقیهی معاصر، معنای متساوی‌النسبه همسری را که همان زوج بودن است و در قرآن کریم به زن و مرد هر دو اطلاق شده است، سازنده حقیقت نکاح معرفی می‌کند، نه ایجاد سلطه را [۲۴، ج ۱، ص ۹۳-۹۴].

## ۲-۲. تعریف نکاح در حقوق موضوعه ایران

در قانون مدنی ما به اتکای بداهت، تعریفی از نکاح به چشم نمی‌خورد. نویسندگانی ابتدا با ذکر تعریف مشهور میان حقوقدانان که نکاح را رابطه‌ای می‌دانند بین زن و مرد برای تشکیل خانواده، این انتقاد ضمنی را بر آن وارد کرده است که شامل نکاح منقطع که یکی از اقسام نکاح در حقوق مدنی ایران است نمی‌شود. سپس نکاح را عبارت از رابطه حقوقی

دانسته که به وسیله عقد، بین مرد و زن حاصل می‌شود و می‌توانند تمتع جنسی از یکدیگر ببرند. آنگاه بدون نقد خاصی، نکاح را عبارت از عقدی می‌داند که وضعیت حقوقی مخصوصی بین زوجین (رابطه زوجیت) ایجاد می‌کند [۲۵، ج ۴، ص ۲۶۸]. دیگری با صراحت بیشتر تأکید می‌کند که در عقد موقت، خانواده تشکیل نمی‌شود و می‌نویسد: «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» [۱۶، ص ۲۲]. از نگاه یکی دیگر از اساتید، در نکاح موقت نیز خانواده تشکیل می‌شود، اگرچه به استحکام خانواده حاصل از نکاح دائم نیست [۲۶، ج ۱، ص ۱۶]. در مقابل، حقوقدان با سابقه‌ای قرار دارد که ابتدا تأکید می‌کند در عقد انقطاع، نه تشکیل زندگی مشترک قصد شده است نه خانواده و سپس عناصر این ماهیت حقوقی را چنین شماره می‌کند: وجود عقد، وجود مدت (اعم از دائم و موقت)، وجود زن و مرد، ایجاب و قبول لفظی، امکان مطلق تمتع. ایشان به تعریف دیگری از نکاح مبنی بر «توافق زن و مرد برای تمتع جنسی» ایراد می‌کند که نکاح با عجز و نکاح به قصد محرمیت چه با صغیره و چه غیر او از این تعریف خارج می‌ماند [۲۷، ص ۳-۵]. به نظر می‌رسد عنصر «مدت» داخل در حقیقت نکاح نباشد؛ زیرا عرفاً در عقد دائم به عامل «مدت» به‌عنوان عنصری جدا توجه نمی‌شود. در مورد نکاح به قصد محرمیت نیز اگر محرمیت در طول ایجاد علقه زوجیت منظور باشد، اشکالی بر عقد متوجه نیست، بلکه مشکل وقتی است که بدون قصد ایجاد علقه زوجیت، مجرد محرمیت قصد شود. بنابراین، ایراد عقد اخیر به عامل تمتع جنسی ربط ندارد. در مورد عامل تمتع جنسی نیز خود ایشان اذعان دارد که مسأله، محل اختلاف است؛ به‌ویژه که تمتع جنسی را می‌توان به «امکان مطلق تمتع جنسی» نه «وطی بالفعل» تأویل کرد که در مورد افراد سالخورده نیز قابل تحقق است. در مورد عنصر لفظ نیز بنا بر پذیرش معاطات در نکاح، جای درنگ وجود دارد.



## ۲-۳. تعریف نکاح در حقوق چند کشور عربی

مراجعه به متون قانونی کشورهای اسلامی - عربی [۲۸، ص ۱۶] نشان می‌دهد که در آن‌ها برخلاف قانون مدنی ایران، مواد جداگانه‌ای به تعریف نکاح اختصاص یافته است<sup>۱</sup> که به علت ممنوعیت نکاح موقت در مکاتب اهل سنت، تعاریف مزبور صراحتاً یا ضمناً فقط نکاح دائم را شامل می‌شود. در این مواد به جای لفظ «نکاح» از لفظ «زواج» استفاده شده است که شاید به دلیل پرهیز از رساندن معنای غیر مشهور واژه نکاح که ناظر به خصوص روابط جنسی (وطی) است باشد. در پاره‌ای از این تعاریف، اصطلاحات قرآنی مانند مودت، رحمت، میثاق، سکونت و حسن عشرت به کار رفته است. آثار ازدواج، تأکید بر زن مرد بودن طرفین ازدواج و انگیزه‌های تشکیل خانواده در این تعاریف دخالت داده شده است. همچنین با وجود ممنوع نبودن تعدد زوجات در این کشورها، واژگان مرد و زن در تعاریف مزبور به گونه نکره تنوین‌دار به کار رفته که موهم اختصاص ازدواج میان یک مرد و یک زن است. در هر حال، این تعاریف با دخالت دادن مفاهیم غیر دخیل در ذات نکاح، غیر فنی به نظر می‌رسند.

## ۲-۴. تعریف نکاح در حقوق کشورهای غربی

در قانون مدنی فرانسه، ازدواج تعریف نشده است؛ ولی ماده ۱۴۴ (اصلاحی آوریل ۲۰۰۶م) با تصریح به این‌که نکور و اناث تا رسیدن به ۱۸ سال تمام نمی‌توانند مبادرت به انعقاد نکاح کنند به طور ضمنی به دخالت تغایر جنسیتی طرفین در نکاح اشاره شده است [۲۹].

در بعضی متون قانونی آمریکا، این تعاریف از ازدواج به چشم می‌خورد: «اتحاد

۱. به‌عنوان نمونه رک: ماده ۴ «احکام الاسره» بحرین (۲۰۰۹م)؛ ماده ۲۷ «مشروع قانون الاحوال الشخصیه» سوریه (۲۰۰۷م)؛ ماده ۹ «قانون الاسره» کشور قطر (۲۰۰۶م)؛ ماده ۱۹ «قانون الاحوال الشخصیه» امارات متحده عربی (۲۰۰۵م)؛ ماده ۴ «قانون الاسره» الجزایر (اصلاحی ۲۷ فوریه ۲۰۰۵م)؛ ماده ۴ «مدونه الاحوال الشخصیه الجدیده» (مدونه الاسره) کشور مراکش (۲۰۰۴م)؛ ماده ۶ «قانون الاحوال الشخصیه» یمن (اصلاحی ۲۰۰۳م).

برخوردار از ضمانت اجرا میان یک زن و یک مرد» [۳۰، ص ۲۴۲] یا «رابطه‌ای شخصی ناشی از قراردادی مدنی میان یک زن و یک مرد» [۳۱، ص ۱۷]. در سنت حقوقی آنگلوآمریکن<sup>۱</sup> با تأثر از تعالیم مذهبی مسیحیت، ازدواج عبارت است از: اتحاد ارادی یک زن و یک مرد برای زندگی به نحو متمایز از سایر افراد. این اتحاد میان سیاهان و سفید پوستان آمریکایی تا نیمه دوم قرن نوزدهم به‌عنوان ازدواجی قانونی امکان‌پذیر نبود و تنها در سال ۱۹۶۷م. دیوان عالی کشور آمریکا ازدواج میان‌نژادی<sup>۲</sup> را در تمام کشور، قانونی اعلام کرد [۳۲، ص ۱۶۴].

از دقت در تعاریف مزبور می‌توان به نقش دو عامل تغایر جنسیتی و واحد بودن طرفین (تک همسری) در ازدواج پی برد. در مورد عامل اول باید خاطر نشان کرد که تا همین دو دهه اخیر به موجب قوانین عادی و اصلاحیه‌های قانون اساسی در کشورهای غربی بخصوص آمریکا، ازدواج دو همجنس به طور کامل ممنوع بوده است [۳۳، ص ۲۳۴] ولی در حقوق خانواده امروز غرب، ضرورت وجود این عامل با چالشی «بزرگنمایی شده» روبه‌رو است و طیفی از تلاش‌های نظری و عملی را برای به رسمیت شناخته شدن روابط میان همجنسان در قالب‌های غیر ازدواجی تا ازدواج شکل داده است؛ به گونه‌ای که از سال ۱۹۸۹م. به بعد در کشورهای اروپای شمالی، شراکت‌های جنسی ثبت شده میان همجنسان از عمده مزایای ازدواج مثل حق توارث، حمایت‌های دوجانبه، منافع بیمه‌ای و مانند آن برخوردار شدند و تنها استثنای عمده، به «حقوق والدینی»<sup>۳</sup> اختصاص یافت [۳۳، ص ۲۱۲-۲۱۳]. در انگلستان، زوجین همجنس براساس قانون شراکت مدنی می‌توانند رابطه خود را به ثبت برسانند و در فرانسه نیز تا پیش از پذیرش رسمی ازدواج همجنسان در ماه می سال ۲۰۱۳م. علاوه بر الگوی غیر ازدواجی «همخواگی همجنسان»<sup>۴</sup> قراردادی مبتنی بر رژیم «پیمان همبستگی مدنی»<sup>۵</sup> برای زوجین

1. anglo-american legal tradition
2. interracial marriage
3. parental rights
4. same-sex cohabitants
5. civil solidarity pacts

همجنس و ناهمجنس پیش‌بینی شده بود [۳۴، ص ۳۳؛ ۳۳، ص ۲۱۵]. هلند اولین کشوری بود که در سال ۲۰۰۱ م. رابطه میان دو همجنس را به‌عنوان «ازدواج»<sup>۱</sup> و متمایز از سایر قالب‌های مشروعیت بخش به روابط همجنسان، به رسمیت شناخت [۳۳، ص ۲۲]. بعد از آن، بلژیک در سال ۲۰۰۳ م، اسپانیا و کانادا در سال ۲۰۰۵ م، آفریقای جنوبی در سال ۲۰۰۶ م، نروژ و سوئد در سال ۲۰۰۹ م، پرتغال و ایسلند و آرژانتین در سال ۲۰۱۰ م، دانمارک در سال ۲۰۱۲ م، اروگوئه و نیوزیلند در سال ۲۰۱۳ م، و بالاخره برزیل و فرانسه در ماه می ۲۰۱۳ م. کشورهایی‌اند که تا پایان اردیبهشت ۱۳۹۲ ازدواج میان دو همجنس را سرتاسر قلمرو خود قانونی اعلام کرده‌اند [۳۴، ص ۳۱ و ۳۲؛ ۳۵].

در آمریکا تا سال ۲۰۰۷ م. تنها ایالت «ماساچوست» به زوجین همجنس‌باز<sup>۲</sup> اجازه می‌داد با هم ازدواج کنند. چند ایالت نیز اشکالی از شراکت خانگی<sup>۳</sup> یا اتحاد مدنی<sup>۴</sup> را میان همجنس‌بازان به صورت ثبت شده پذیرفتند [۳۴، ص ۳۳]. تا ماه می سال ۲۰۱۳ م. تعداد ایالاتی که ازدواج همجنسان را به رسمیت شناخته‌اند به نه ایالت رسیده است [۳۵]. همین تغییر رویکرد نسبت به ماهیت نکاح در آمریکا و رشد زوج‌های همجنس و ناهمجنس ازدواج نکرده<sup>۵</sup> در این کشور - اگر چه به شدت اروپا هم نباشد - ولی نسبت به قبل از ۱۹۷۰ م. از تغییر مهمی حکایت دارد [۳۶، ص ۷۹]. با این حال براساس قوانین عادی یا اساسی در چهل ایالت آمریکا به‌صراحت ازدواج با طرفیت یک زن و یک مرد تعریف شده است و ازدواج همجنسانی که در دیگر قلمروهای قضایی انجام پذیرفته است مردود شناخته می‌شود [۳۰، ص ۲۴۳]. نکته قابل تأمل آن‌که تا پایان سال ۲۰۱۲ م. کشورهای مهمی از هر دو خانواده رومی - ژرمنی و کامن‌لا، مانند فرانسه<sup>۶</sup>، آلمان، انگلستان و آمریکا (اکثریت ایالات آن) از

1. same sex marriage= gay marriage= marriage between homosexual couples

2. same-sex couples

3. domestic partnership

4. civil union

5. unmarried same-sex and opposite-sex couples

۶. در یک مقاله علمی - پژوهشی به واسطه عدم تفکیک جواز «نکاح همجنس‌بازان» از «جواز همجنس‌بازی»، کشور فرانسه سال‌ها قبل از ماه می ۲۰۱۳ م. به اشتباه جزء کشورهای همجنس‌بازان را قانونی می‌داند اعلام شده است (رک: مریم، فرهمند، «فمینیسم و لزبینیسم»، مطالعات راهبردی زنان، ش ۲۸، ص ۱۳۸۴).



پذیرش رابطه حقوقی همجنسان در قالب نکاح سر باز زده‌اند. این رویکرد تا پایان اردیبهشت ۱۳۹۲ بجز در مورد فرانسه به قوت خود باقی است. بنابراین، «شبه اجماعی جهانی» در میان نزدیک به ۲۰۰ کشور جهان با حدود هفت میلیارد جمعیت همسو با تمام ادیان ابراهیمی<sup>۱</sup> بر دخالت عامل تغایر جنسیتی در ماهیت نکاح تأکید دارد. در معدود کشورهایی نیز که در آن‌ها الگوهای نوین ازدواج میان همجنسان قانونی شده است این امر با اقبال عمومی مواجه نیست؛ به طوری که گروه‌های همجنس‌باز در مجموع یک تا پنج درصد جمعیت آن‌ها را تشکیل می‌دهند [۳۷، ص ۲۴۷]. واتیکان نیز در ۳۱ ژولای ۲۰۰۳ م. حتی حمایت از اتحادهای همجنسان<sup>۲</sup> را غیراخلاقی معرفی کرد [۳۵]. قالب ازدواج میان همجنسان و قالب‌های شبه ازدواجی میان همجنسان و ناهمجنسان هرگز دو طرف رابطه را زن و شوهر<sup>۳</sup> نمی‌شناسد؛ اگرچه اطلاق کلمه جفت<sup>۴</sup> یا همسران<sup>۵</sup> در مورد آن‌ها به طور برابر کاربرد دارد [۳۴، ص ۳۰-۳۳]. شواهد خارجی نیز حکایت از تفوق جنسی یکی از دو همجنس این رابطه بر طرف دیگر دارد [۳۸].

در سال‌های اخیر، پاره‌ای از ایالت‌های آمریکا شروع به تصویب قوانینی جدید به قصد باز نهادینه کردن ازدواج سنتی کرده‌اند. در سال ۱۹۹۷ م. در «لویزیانا» قانونی با عنوان «میثاق ازدواج»<sup>۶</sup> به‌عنوان جایگزین «ازدواج معمولی»<sup>۷</sup> تصویب شد که براساس آن، طرفین توافق می‌کنند که پیش از ازدواج برای مشاوره نزد مقام روحانی یا مشاور ازدواج حاضر شوند و جز براساس تقصیرهای سنتی، ازدواج خود را منحل نکنند. در سال ۱۹۹۸ م. نیز قانونی در «فلوریدا» تصویب شد که به موجب آن، نامزدها مؤکداً تشویق می‌شوند ماده

۱. برای آشنایی با تورات در ممنوعیت همجنس‌گرایی و نیز دیدن تفسیرهای نوین و محرّف آن در کنار مطالعه اشارات قرآنی و انجیلی راجع به مسأله ر.ک: (مریم، فرمند، «فمینیسم و لژیونیسیم»، مطالعات راهبردی زنان، ش ۲۸، س ۱۳۸۴).

2. same-sex unions
3. wife and husband
4. couples
5. spouses
6. covenant marriage
7. regular marriage



درسی آمادگی پیش از ازدواج را بگذرانند تا از تخفیف هزینه‌های ثبتی مربوط به دریافت گواهی ازدواج برخوردار شوند و زوجین دارای فرزند که قصد جدایی از یکدیگر را دارند نیز باید ماده درسی را در مورد تحکیم خانواده بگذرانند [۳۹، ص ۷-۱۲]. از آن تاریخ تا کنون، علاوه بر قانونی شدن پدیده «میثاق ازدواج» در دو ایالت یاد شده و نیز ایالت «آرکانزاس»، همراه با پیش‌بینی امکان تبدیل ازدواج‌های سابق به این نوع ازدواج، در ۲۱ ایالت دیگر نیز پیشنهادهایی برای قانونی شدن این پدیده ارائه شده است.

دومین رکن مهم در تعریف نکاح در حقوق غرب، واحد بودن هریک از زوجین است؛ به طوری که تلقی ازدواج به‌عنوان یک رابطه تک همسرانه<sup>۱</sup> میان زن و مرد همچنان در آغاز قرن ۲۱ یک امر اساسی در کشورهای غربی به شمار می‌آید. به‌عنوان نمونه در قانون اساسی ایالت «اوکلاهما» در آمریکا، ازدواج‌های چند همسرانه<sup>۲</sup> برای ابد ممنوع اعلام شده است. این ممنوعیت نه‌تنها ازدواج‌های رسمی<sup>۳</sup> را شامل است، بلکه ازدواج‌های عرفی<sup>۴</sup> را هم در بر می‌گیرد. بر این اساس، اگر مردی با زنی ازدواج عرفی کرده باشد و سپس با زن دیگری هم‌خانه شود، قابل محکوم شدن به ارتکاب جرم چند همسری<sup>۵</sup> است. به همین ترتیب، ازدواج عرفی هم می‌تواند مانع ازدواج رسمی شود. ناآگاهی از لزوم طلاق رسمی برای انحلال ازدواج عرفی نیز نمی‌تواند مانع تحقق چند همسری مدنی (نه کیفری) شود که بر نامشروع قلمداد شدن اولاد و محرومیت ایشان از توارث مؤثر است [۱۵، ص ۲۰۷-۲۱۰].

### ۳. تحلیل ماهیت نکاح

شالوده نکاح، مبتنی بر توافق طرفین آن است یا امری فرا توافقی یا ترکیبی از توافق و غیر آن است؟

1. monogamous relationship
2. polygamous marriages
3. ceremonial marriages
4. common law marriages
5. bigamy

### ۳-۱. ماهیت قراردادی نکاح در حقوق موضوعه ایران

قانون مدنی ایران، نکاح را تعریف نکرده، اما در موادی مانند ۱۰۶۲ به لزوم برخورداری آن از ایجاب و قبول تصریح کرده و در مواد متعددی از جمله مواد ۱۰۵۰ و ۱۰۵۱ نکاح را عقد نامیده است و احکام اختصاصی عقود از جمله توالی عرفی ایجاب و قبول (ماده ۱۰۶۵ ق.م)، سلامت رضا (۱۰۷۰ ق.م) و... را در مورد نکاح یادآوری و در عین حال، بدون ارائه توجیهی روشن با محوریت ماهیت نکاح، به عدم تسری تمامی احکام عقود بر خصوص عقد نکاح تأکید کرده است؛ مانند بطلان نکاح معلق (ماده ۱۰۶۸ ق.م) با این فرض که تعلیق در سایر عقود مبطل نباشد و بطلان خیار شرط (ماده ۱۰۶۹ ق.م). تنها تأییدی که می‌توان از قانون مدنی مبنی بر فاصله گرفتن از نگاه عقدی محض به ماهیت نکاح برداشت کرد، توصیه‌های شبه‌اخلاقی چون تکلیف به حسن معاشرت زوجین (ماده ۱۱۰۳ ق.م) و معاضدت زوجین در تشیید مبانی خانواده و تربیت اولاد (ماده ۱۱۰۴ ق.م) است که نمی‌تواند بیان رسایی باشد از حقیقت نکاح.

قانون مدنی، اطراف نکاح را دو شخص حقیقی مذکر و مؤنث می‌داند (مواد ۱۰۳۵، ۱۰۳۶ و...). پذیرش ضمنی تعدد زوجات در قانون مدنی نشان می‌دهد «واحد» بودن زوجه در ماهیت این رابطه دخالت ندارد.

در کلمات حقوقدانان ما دو ویژگی دیگر در کنار خصیصه عقدی نکاح از تشخیص برخوردار است: یکی این‌که آثار این قرارداد علی‌الاصول به دست طرفین آن داده نشده است و این مهم با پیش‌بینی قوانین آمرانه‌ای که روز به روز بر دامنه آن‌ها افزوده می‌شود سازنده «موقعیت قانونی» خاصی است که طرفین فقط می‌توانند خود را در آن موقعیت قرار دهند و حق ندارند نظم قانونی از قبل تعیین شده را بر هم زنند [۱۸، ج ۱، ص ۲۰-۲۱]. دوم این‌که با اضافه کردن قیودی خاص به نکاح از آن با عنوان رابطه‌ای حقوقی - عاطفی یاد کرده اند [۱۶، ص ۲۲] یا با تعبیری چون «پیوندی اخلاقی و مذهبی» یا «پیمانی مقدس» خواسته‌اند به جنبه‌های فرا عقدی نکاح اشاره کنند [۱۸، ج ۱، ص ۲۳].



### ۲-۳. ماهیت قراردادی نکاح در حقوق کشورهای عربی

در جدیدترین قوانین کشورهای عربی (که پیش از این اشاره شد) در مورد نکاح به‌صراحت از تعابیر زیر استفاده شده است:

عقد، عقد رضایی، عقد شرعی، میثاق تراضی، ترابط شرعی. البته تأکید بر غایت نکاح در بسیاری از این تعاریف، آن‌هم در قالب عبارات ارزشی همچون تعاون، مودت، رحمت، عفاف، سکن، حسن معاشرت و... نشان از محفوف بودن این قرارداد به اموری فرا قراردادی دارد.

### ۳-۳. ماهیت نکاح به‌عنوان «قرارداد»، «موقعیت» و «نهاد» در حقوق غرب

اگرچه ازدواج در مسیحیت به‌عنوان دین غالب و تا اندازه‌ای تأثیر گذار در نظام حقوقی جوامع غربی، پدیده‌ای مقدس محسوب شده و «سرّ عظیم» نامیده می‌شود و اتحادی دائم و ناگسستنی میان زن و شوهر به شمار می‌آید، اما در برابر آن، عزوبت و دوری گزیدن از ازدواج، امری پسندیده‌تر است.

در اوایل قرون وسطی در اروپا ازدواج عبارت بود از انتقال اجباری سیادت<sup>۱</sup> بر زن از پدر به شوهر. در این طرز تلقی، با آن‌که ازدواج نوعی توافق به شمار می‌آمد، اما زن جزء اطراف این توافق نبود. این تلقی در حال حاضر یک تلقی مردود در تمام نظام‌های حقوقی غربی محسوب می‌شود.

در قانون مدنی کالیفرنیا، ازدواج، رابطه‌ای شخصی و برآمده از یک «قرارداد مدنی»<sup>۲</sup> میان یک زن و یک مرد توصیف شده است [۳۸، ص ۲]. مطابق تلقی دیگر، نکاح «موقعیت»<sup>۳</sup> معرفی می‌شود. موقعیت نیز عبارت از رابطه‌ای است که پیامدهای حقوقی را به دنبال دارد که بدون توجه به قصد طرفین این رابطه از آن ناشی می‌شود. براساس یک رویکرد دیگر، ازدواج ترکیبی از قرارداد و موقعیت معرفی شده است با عنوان «موقعیت

1. lordship

2. civil contract

3. status

فراهم آمده از قرارداد»<sup>۱</sup>. تعابیری هم که ازدواج را قراردادی مدنی، اما متفاوت از سایر قراردادهای و مؤثر بر موقعیت ایشان می‌داند، به همین تحلیل نزدیک است [۱۴، ص ۱۷۳]. چنین موقعیتی تحت کنترل مطلق قانونگذار است [۱۴، ص ۲۶۳] با تأکید بر خصیصه قراردادی نکاح، پاره‌ای از ایالات آمریکا به‌عنوان قالبی برای ازدواج از «میثاق ازدواج»<sup>۲</sup> سخن گفته‌اند که در آن، طرفین فقط از اختیاری محدود برای طلاق برخوردارند [۴۰، ص ۳۵-۳۶]. موقعیت خاص<sup>۳</sup> مورد نظر به‌ویژه در حقوق آمریکا بر این اساس مبتنی است که انعقاد ازدواج، نه فقط به منظور منافع دو طرف آن، بلکه با هدف تأمین منافع کودکان، خانواده به‌عنوان یک واحد و نیز اجتماع انجام می‌پذیرد. بنابراین، دولت، به‌عنوان طرف سوم قرارداد نکاح، از نفعی گزاف در هر دو نوع ازدواج رسمی و غیررسمی برخوردار است [۱۵، ص ۲۶۲].

در کتاب‌های حقوق خانواده غرب برای معرفی ازدواج در جهان معاصر به نهاد اجتماعی بودن<sup>۴</sup> نکاح در کنار قرارداد قانونی بودن<sup>۵</sup> آن تأکید می‌شود [۴۱، ص ۱۴۳]. در بعضی منابع نیز ماهیت ازدواج عبارت از نهادی مبتنی بر تراضی دانسته شده است که موجب عقد است، اما عقدی منحصر به فرد<sup>۶</sup> [۴۲، ص ۵]. در پاره‌ای منابع نیز با در برابر هم قرار دادن قرارداد و نهاد، ازدواج را نهاد معرفی کرده‌اند، نه یک قرارداد، و تصریح شده است که تصور ازدواج به‌عنوان یک قرارداد مبتنی بر مرضات، تصویری سنتی از ازدواج است [۴۳، ص ۲۷۶].

در دهه‌های اخیر، اعتقاد به ازدواج به‌عنوان نهادی اجتماعی و دارای اساس قانونی قراردادی از سوی دیدگاهی که نکاح را یک شیوه زندگی شخصی<sup>۷</sup> می‌داند مورد مناقشه قرار گرفته است؛ سبکی از مصاحبت که آزادانه می‌توان آن را اختیار کرد و یا کنار گذارد [۴۱، ص ۱۴۳].

- 
1. contractually acquired status
  2. covenant marriage
  3. special status
  4. social institution
  5. legal contract
  6. sui generis
  7. personal lifestyle



### ۳-۴. ماهیت عبادی نکاح در فقه اسلام

در فقه اسلام، پوسته نکاح را قرارداد تشکیل می‌دهد و مغز آن را عبادت که می‌تواند خود پوسته را نیز عبادی کند. تبیین قراردادی این پوسته از نظر گذشت و اکنون به جنبه عبادی نکاح می‌پردازیم.

علامه حلی صریحاً نکاح را عبادت معرفی می‌کند [۴۴، ص ۵۸۲]. محقق کرکی، نکاح را نه تنها از مقدمات عبادت، بلکه فی نفسه عبادت می‌شمارد [۷، ج ۷، ص ۱۱]. شهید ثانی نکاح را دارای «شائبه عبادت» می‌داند [۵، ج ۵، ص ۳۳۵] و در جای دیگر آن را «ملحق به ضروب عبادات» محسوب می‌کند [۵، ج ۵، ص ۱۲۰]. عاملی از واژه «مُشَاكِلِ بَا عِبَادَتِ» درباره نکاح استفاده کرده است [۶، ج ۱۴، ص ۲۱۸].

عبادت در لغت، طاعت و انقیاد و در اصطلاح، عملی است که به قصد تقرب به پروردگار انجام می‌شود [۴۵، ج ۱۴، ص ۳۰۶]. مطابق نظر مشهور فقهای امامیه، نکاح فی نفسه مستحب است [۱۲، ج ۷، ص ۱۰۷] و در صورت بیم از وقوع در زنا، به وجوب آن حکم می‌شود [۵، ج ۵، ص ۸۵].

از جمله منتقدان عبادی دانستن نکاح به معنای فوق، مرحوم صاحب جواهر است. ایشان آنچه را که شارع به آن‌ها امر کرده، دو قسم می‌کند: یک قسم، اموری‌اند که مصلحت نهفته در آن‌ها جز به قصد امتثال و اطاعت خداوند حاصل نمی‌شود و صحت آن‌ها هم منوط به رعایت همین نکته است. اما قسم دوم را اموری تشکیل می‌دهند که مصلحت نهفته در آن‌ها به مجرد تحقق ماهیت عمل، حاصل می‌شود، بدون آن‌که متوقف بر قصد قربت باشند؛ مثل طهارت لباس از خَبَث. از دید صاحب جواهر، این اعمال اگر به قصد قربت انجام شوند موجب ترتب ثواب خواهند شد (عبادت عَرَضِي). ایشان نکاح را از گونه دوم می‌داند، نه اول؛ زیرا تأمین مصالح نکاح که عبارت است از: تکثیر نسل، رهایی از تنهایی و غیر آن، متوقف بر قصد قربت نیست؛ اگرچه با انجام نکاح به قصد قربت می‌توان آن را به عبادت تبدیل کرد. مستحب بودن نکاح نیز از دید ایشان به این معنا است که اگر به قصد قربت انجام شود، چون شخص نسبت به امر ثانوی که امر به انجام نکاح

به‌عنوان عملی عبادی است، ممتثل محسوب می‌شود، لذا به او ثواب داده می‌شود؛ نه آن‌که بر امتثال امر اولی ثواب داده شده باشد. جالب این‌که ایشان مجرد خوف وقوع در حرام به واسطه ترک نکاح را موجب واجب شدن نکاح ولو به گونه‌ای عرضی نمی‌داند؛ زیرا «عدم نکاح» از افراد وقوع در حرام نیست و شخص می‌تواند با اراده‌اش از ارتکاب حرام خلاصی یابد [۴۶، ج ۲۹، ص ۲۲-۲۴].

در مورد کلمات صاحب جواهر چند نکته به نظر می‌رسد: اولاً مبنای تقسیم یاد شده وجود مصلحت و مفسده در متعلقات احکام شرعی است که این مبنا توسط پاره‌ای از اندیشمندان مورد تردید قرار گرفته است و ثانیاً نکاح را به حدّ سایر معاملات تنزل داده که با تواتر لفظی و معنوی موجود در احادیث وارد شده در باب توصیه به نکاح که در مقایسه با سایر قراردادهای بی‌نظیر است سازگاری ندارد. شاید توجه به همین نکته باعث شده است تا صاحب جواهر نیز در چندین مورد، عبادی بودن نکاح را بدون هیچ نقدی، توجیه کننده پاره‌ای از آثار نکاح بداند [۴۶، ج ۲۹، ص ۱۴۹؛ ج ۳۱، ص ۱۰۶؛ ج ۳۴، ص ۱۱۳].

محقق اصفهانی نیز مجرد مورد رغبت بودن نکاح نزد شارع را موجب عبادت تلقی شدن نکاح نمی‌داند. همان‌طور که «برترین عبادت» خوانده شدن کسب حلال در روایت سبب نمی‌شود تا کسب حلال را عبادت محسوب کنیم [۴۷، ج ۴، ص ۲۲۵].

در این باره می‌توان گفت: روایات دالّ بر مرغوبیت نکاح، قابل مقایسه با روایات دالّ بر رجحان کسب حلال از جهت تعداد و تعابیر به کار رفته در آن‌ها نیست تا مشمول یک حکم شوند.

یکی از فقهای معاصر ابتدا این سؤال را طرح می‌کند که چگونه نکاح می‌تواند عبادت به معنای خاص باشد و قصد قربت، شرط صحت آن به شمار رود، در حالی که هیچ‌یک از سنّی و شیعه چنین ویژگی را برای نکاح ثابت نمی‌داند؟ و نیز چگونه می‌توان آن را عبادت به معنای عام محسوب کرد، در حالی که تمامی واجبات و مستحبات توصّلی اگر به قصد قربت به جا آورده شوند مستحق ثواب خواهند بود و این امر اختصاصی به نکاح ندارد؟ سپس در مقام پاسخ بر آمده و می‌فرماید: منظور از این‌که نکاح، عبادت معرفی شده است



بیان توقیفی بودن این قرارداد در شریعت اسلام است؛ به این معنا که تصرفات شارع در آن به اندازه‌ای است که گویی ماهیت جدیدی را برای آن جعل کرده است که جز با مراجعه به خود شارع نمی‌توان احکام و آثار آن را دریافت و مراجعه به عرف عقلا در این باره ولو با انضمام عدم ردع شارع باشد، راهگشا نبوده، در هر مورد تنها باید به خود شارع مراجعه کرد؛ چنان‌که در مورد عبادات نیز عیناً همین وضعیت وجود دارد [۲۴، ص ۲۴-۲۵ و ۷۲].

لازمه فرمایش فوق، پذیرش نتایج قابل تأمل زیر است:

اولاً نتوان قواعد عمومی قراردادها را جز با تجویز موردی شارع در باب نکاح اجرا کرد. ثانیاً نبوی «لکل قوم نکاح» را باید ناظر به ماهیتی مغایر با ماهیت نکاح در شریعت اسلام در نظر گرفت؛ مگر مانند صاحب جواهر [۴۶، ج ۲۹، ص ۲۶۶] آن را به معنای مجازی نکاح (برخورداری از حکم نکاح) حمل کنیم، نه معنای حقیقی آن. ثالثاً هر جا که احکام آمرانه شرعی ولو در باب قراردادهای مالی، غالب آید باید به آن قرارداد همانند نکاح عنوان «عبادت» داده شود. رابعاً توقیفی بودن غالب احکام نکاح، محل تأمل است. خامساً در عبارات پاره‌ای از فقها، توقیفی بودن، غیر از عبادی بودن تلقی و نکاح به هر دو متصف شده است [۴۸، ج ۱۱، ص ۴۳۲].

صاحب عروه در ابتدای کتاب النکاح، نکاح را فی حد نفسه مستحب دانسته و دلیل آن را کتاب، سنت و اجماع ذکر کرده و روایات وارد در این باره را مستفیض و بلکه متواتر معرفی می‌کند و سپس بر خلاف روال معمول در سر تاسر کتاب عروه، نزدیک به دو صفحه را به آوردن روایات معتبر و متعدد وارد در این باره اختصاص می‌دهد و در مسأله ۳ از کتاب النکاح، موضوع این استحباب را طبیعت نکاح معرفی می‌کند؛ خواه قصد قربتی در کار باشد یا نباشد، ولی بلافاصله عبادت بودن نکاح و ترتب ثواب بر آن را متوقف بر قصد قربت اعلام می‌دارد [۴۹، ج ۲، ص ۷۹۵-۷۹۷]. در واقع، از نظر سید یزدی استحباب عمل، ملازمه با عبادی بودن آن عمل ندارد؛ ولی ترتب ثواب و عبادی شدن



عمل، متوقف بر قصد قربت است و لذا نکاح می‌تواند مستحب باشد مطلقاً ولی فقط با قصد قربت است که عبادت تلقی و بر انجام آن ثواب داده می‌شود.

در نقد کلام سید یزدی گفته شده است: دلیل عقلی و نقلی وجود ندارد که ترتب ثواب را متوقف بر قصد قربت کند، بلکه مقتضای اطلاقات ادله آن است که ثواب بر انجام عملی که نزد خداوند محبوب است داده می‌شود ولو قصد قربتی در کار نباشد و ازدواج نیز امری است مطلوب و محبوب خداوند و بر انجام آن ولو بدون قصد قربت، ثواب تعلق می‌گیرد [۵۰، ج ۲۴، ص ۸]. به نظر می‌رسد نکاح را می‌توان بدون قصد قربت، مستحب و مثاب دانست. این دو ویژگی در کنار تأکیدات مکرر و متنوع در کلام معصومین (ع) نسبت به نکاح که آن را در چهره‌ای ملکوتی تصویر می‌کند کافی است تا نکاح را عبادتی بدانیم مستقل از اعمالی که تنها با اضافه شدن قصد قربت، قابلیت عبادت شدن را پیدا می‌کنند. به عبارت دیگر نمی‌توان عبادی بودن نکاح را همسنگ عبادی بودن هر عمل مباح، مانند خوردن و آشامیدن دانست که فقط اگر با قصد قربت انجام شود عملی عبادی به شمار می‌آید. در واقع، قصد تقرب به تنهایی و قطع نظر از قالب و محتوای عمل، کافی نیست تا هر عملی را عَرَضاً بر یک سیاق، عبادت کند؛ چنان‌که در مورد عبادتی ذاتی چون نماز نمی‌توان از تأثیر قالب و محتوای خود عمل در کنار تأثیر قصد، غافل بود.

به نظر ما نگاه فقهی محض به مسأله و دور شدن از نگاه اخلاقی و فرا حقوقی قرآن به ازدواج باعث این تشبیه آرا گردیده است. قرآن در سوره نساء آیه ۲۱ نکاح را «میثاق غلیظ» دانسته است: «و اخذن منکم میثاقاً غلیظاً»: زنان از شما مردان میثاقی غلیظ گرفته‌اند. «میثاق» را در لغت، عهد و پیمانی دانسته‌اند که با سوگند استوار می‌شود؛ امری که آرامشی همراه با استواری را با خود دارد [۵۱، ج ۱۳، ص ۲۶]. کلمه «میثاق» بارها در قرآن استفاده شده است که یک بار آن در مورد ازدواج است.<sup>۱</sup> ترکیب «میثاقاً غلیظاً» که در واقع، تأکیدی مضاعف نسبت به استحکام یک پیمان را می‌رساند سه بار در قرآن به

---

۱. نگارنده در برنامه زنده تلویزیونی در شهر لوس‌آنجلس مورخ ۱۳۸۹/۸/۲۵ بحث مبسوطی را درخصوص «تطبیق میثاق غلیظ بر ازدواج از نگاه قرآن» ارائه کردم که از شبکه تلویزیونی «ولایت» پخش شد.



کار رفته که به ترتیب بر: میثاق خدا از بنی اسرائیل (نساء: ۱۵۴)، میثاق خدا از پیامبران اولوالعزم (احزاب: ۷) و بالاخره پیمان ازدواج (نساء: ۲۱) تطبیق شده است. طبرسی به استناد روایات، سه معنا را برای این میثاق غلیظ ذکر می‌کند: اول) حاصل عقد نکاح که مستند آن را این سخن امام باقر (ع) قرار می‌دهد که حضرت می‌فرماید: میثاق غلیظ، عهدی است که در حال عقد نکاح از شوهر گرفته می‌شود که براساس آن باید زن را به نیکی نگه دارد یا با احسان، دست از او بدارد. دوم) عقد نکاح بدون آن‌که مستند روایی آن را از کتاب شریف کافی نقل کند. روایت مورد نظر از قول امام باقر (ع) چنین است: میثاق کلمه‌ای است که با آن عقد نکاح منعقد می‌شود. سوم) معنایی قدسی و فرا قراردادی با الهام از روایت پیامبر اکرم (ص) که فرمود: زن‌ها را براساس امانت الهی به همسری گرفته و با کلمه خداوند از ایشان کام حلال می‌ستانید [۵۲، ج ۳، ص ۴۲]. مرحوم علامه طباطبایی با آن‌که معنای مسببی اول (علقه زوجیت) را مطابق ظاهر آیه می‌دانند، ولی معنای اظهر را - که همان معنای دوم و سببی مرحوم طبرسی است - چنین معرفی می‌کنند: عقد انشاکنده نکاح [۵۳، ج ۴، ص ۲۵۸-۲۶۰]. البته مطابق معنای مختار علامه، معلوم نمی‌شود چرا قرآن به جای کلمه «عقد» از ترکیب «میثاق غلیظ» استفاده کرده است؟

توجه به کلمات قبل از کلمه «میثاقاً غلیظاً» در آیه مورد بحث می‌تواند در درک معنای درست این ترکیب راهگشا باشد. محور سخن در آیه قبل و آیه مورد بحث این است که تصرف ناحق شوهر در مهریه همسر خود به بهانه‌های واهی موجب حیرت همسر است و دلیل آن چنین ذکر می‌شود: «و قد افضی بعضکم الی بعض». در آیه قبل از این آیه و نیز خود این آیه از هریک از زن و شوهر به‌تنهایی به «زوج» و «بعض» تعبیر شده - که در آیات متعدد دیگری از قرآن نیز سابقه دارد - و گویای این است که هریک از زن و شوهر، به‌تنهایی مجموع هر دو است؛ یعنی این دو آن قدر منسجمند که در حکم بعض دیگری‌اند و سازنده یک واحد. کلمه «افضی» نیز در لغت به معنای وصول و در فضای

دیگری قرار گرفتن است [۵۴، ج ۱۵، ص ۱۵۷]. لطافت این تعبیر قرآن از این رو است که نفرمود: تو ای مرد یا زن به همسر خود نزدیک می‌شوی و در حیز او قرار می‌گیری، بلکه با استفاده از واژه «بعض» به این یکی شدن به صورت در هم آمیختنی سیال میان زن و مرد و متناسب به هر دو اشاره می‌کند که با سازِ منیّت زدن و ایجاد شکاف در بنایی چنین یکدست، ناسازگار و موجب حیرت است. اما چرا در این آیه، اخذ میثاق به زنان منسوب شده است؟ برای یافتن پاسخ، مراجعه به تفاسیر معتبر سودی نبخشید؛ اما شاید به جهت این باشد که عمق دل سپردگی زن به مرد در ازدواج و سر سپردگی به وضعیت جدیدی که بعد از نکاح به وجود می‌آید بیش از مرد است. از این رو نگرانی او از بر هم خوردن این میثاق مقدس نیز افزون‌تر از مرد است و به این خاطر خداوند متعال روح این قرارداد را با عبارتی فرا قراردادی و الهی به نام «میثاق غلیظ» بیان می‌کند که زن از مرد می‌ستاند تا اطمینان او به حفظ چنین وحدتی تأمین شود.

برای درک حقیقت معنوی و ملکوتی نکاح به آیات ۱۹ تا ۲۴ سوره رعد و روایات وارد در ذیل آن توجه می‌دهم که با نشانیدن پایبندان به میثاق ازدواج در کنار وفاکنندگان به عهد الله، نسخه و حیانی تحکیم خانواده‌ای بهشتی را معرفی می‌کند.

#### ۴. تأثیر ماهیت عبادی نکاح بر آثار و احکام آن

از دید فقها چون نکاح عبادت است، خیار شرط در اصل نکاح راه ندارد و مطابق نظر مشهور فقها، شرط خیار در نکاح نه‌تنها باطل است، بلکه مبطل نکاح نیز به شمار می‌رود. حتی پاره‌ای از فقها با تنظیر نکاح با وقف و شرط دانستن قصد قربت در وقف، به نحو اکیدتری بر این حکم صحه گذارده‌اند [۶، ج ۱۴، ص ۲۱۸-۲۱۹]. البته به شرحی که گذشت اقلیتی از فقها بر عبادی قلمداد شدن نکاح نقد دارند که بر این اساس به این حکم نیز اشکال کرده و فرموده‌اند که بیع به قصد قربت، عملی است عبادی، ولی در آن خیار شرط راه دارد و نکاح نیز ولو عبادت باشد به موجب عیوبی خاص قابل فسخ است [۵۵، ص ۶۶۷].

عدم جریان اقاله [۱۰، ج ۲، ص ۳۲]، اصرار بر الفاظی خاص به زبانی خاص در صیغه



نکاح [۴، ص ۵۸۲]، ملازمه میان اقدام به نکاح منهی و فساد آن [۵۶، ج ۵، ص ۱۱۱] و صحت نکاح در طی اعتکاف [۵۷، ج ۴، ص ۹۳] از دیگر احکامی است که صریحاً بر ماهیت عبادی نکاح مترتب شده است.

## ۵. نتیجه

۱. مشهور فقها «نکاح» را عقد می‌دانند، نه وطی که در معنای سببی عبارت است از ایجاد اعتبار زوجیت، و در معنای مسببی عبارت است از: زوجیت حاصل از اعتبار عقدی. مقصود فقها از «زوجیت» عبارت است از زن و شوهری. در قانون مدنی ایران تعریفی از نکاح ارائه نشده است. در قوانین کشورهای عربی در عین استخدام مفاهیم خاص قرآنی و بیش‌تر با درج آثار، احکام و اهداف «زواج» به جای ذاتیات آن، تعاریفی ارائه شده است. در حقوق غربی نیز نکاح بیش‌تر با محوریت تغایر جنسیتی و تک همسری و بدون ارائه تبیینی روشن از هسته اصلی این رابطه تعریف شده است. البته امروزه نسبت به کم رنگ شدن نقش عامل تغایر جنسیتی در نکاح، نوعی بزرگ نمایی در نوشته‌های غربی به چشم می‌خورد که با واقعیات خارجی تناسب ندارد.

۲. در حقوق ایران و کشورهای عربی، نکاح از ماهیتی قراردادی برخوردار است. در حقوق امروز غرب، نوعی تلقی طیف گونه به چیستی نکاح وجود دارد که از عقد دانستن آن شروع می‌شود و تا موقعیت و نهاد معرفی کردن آن امتداد می‌یابد و به مصاحبتی فردی دانستن آن فرو کاسته می‌شود. فقها نکاح را عبادت می‌دانند، اما نه به معنای واجب تعبیدی که قصد قربت، شرط صحت آن باشد، بلکه به معنای عملی محبوب حق تعالی که قابلیت تقرب ویژه‌ای را برای بنده نسبت به حضرت حق فراهم می‌کند که امور بسیاری دیگر ولو با قصد قربت انجام شوند از چنین قابلیت برخوردار نیستند.

۳. قرآن نکاح را «میثاق غلیظ» معرفی می‌کند که حفظ آن در بهشتی شدن خانواده بر آمده از چنین پیمانی، نقشی اساسی دارد.

۴. تعریف زیر برای نکاح پیشنهاد می‌شود: «ازدواج دائم، میثاقی معنوی - حقوقی و

محکم است که با انشای آن، خانواده تشکیل و طرفین برای همیشه زن و شوهر یکدیگر می‌شوند».

## ۶. منابع و مآخذ

- [۱] مطهری، مرتضی، مجموعه آثار، ج ۱۰، قم، انتشارات صدرا، ۱۳۷۵.
- [۲] خوانساری، محمد، دوره مختصر منطق صوری، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۶۳.
- [۳] جعفری لنگرودی، محمد جعفر، فلسفه حقوق مدنی، تهران، انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۰.
- [۴] حکیم، سید محسن، مستمسک العروه الوثقی، ج ۱۰، قم، مؤسسه آل البيت لاحیاء التراث، ۱۴۱۶ هـ ق.
- [۵] عاملی، زین الدین، الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیه، ج ۱ و ج ۶، قم، کتابفروشی داوری، ۱۴۱۰ هـ ق.
- [۶] عاملی، سید جواد، مفتاح الکرامه، ج ۲۲ و ج ۱۲، قم، انتشارات اسلامی، ۱۴۱۹ هـ ق.
- [۷] عاملی کرکی، علی بن حسین، جامع المقاصد فی شرح القواعد، ج ۷، قم، مؤسسه آل البيت لاحیاء التراث، ۱۴۱۴ هـ ق.
- [۸] کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی (عقود معین ۱)، تهران، شرکت انتشار، ۱۳۷۴.
- [۹] جعفری لنگرودی، محمد جعفر، فلسفه اعلی در علم حقوق، تهران، انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۴.
- [۱۰] طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، حاشیه المکاسب، ج ۱، قم، انتشارات اسماعیلیان، ۱۴۱۰ هـ ق.
- [۱۱] انصاری، مرتضی، کتاب المکاسب، ج ۶، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵ هـ ق.
- [۱۲] علامه حلی، قواعد الاحکام، ج ۲، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ هـ ق.

- [۱۳] موسوی بجنوردی، سید حسن، القواعد الفقهیه، ج ۳، قم، نشر الهادی، ۱۴۱۹ هـ ق.
- [14] West's Annotated, *California Codes (Family Code)*, USA, Thomson West, 2004.
- [15] Goran Lind, *Common Law Marriage*, UK, Oxford University Press, 2008 .
- [۱۶] محقق داماد، سید مصطفی، بررسی فقهی حقوق خانواده، تهران، نشر علوم اسلامی، ۱۳۶۵.
- [۱۷] فیومی، احمد بن مقری، مصباح المنیر، قم، منشورات دار الرضی، بی تا.
- [۱۸] کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی خانواده، ج ۱، تهران، شرکت انتشارات، ۱۳۷۱.
- [۱۹] شیخ طوسی، تهذیب الاحکام، ج ۷، تهران، دارالکتب الاسلامیه، ۱۴۰۷ هـ ق.
- [۲۰] ابن حمزه، الوسیله الی نیل الفضیله، قم، کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۸ هـ ق.
- [۲۱] دادرزی، سید مهدی، «مفهوم عقد در قانون مدنی»، پژوهش‌های علوم انسانی دانشگاه قم، ش ۴، س ۱۳۷۹.
- [۲۲] خوبی، سید ابوالقاسم، مصباح الفقاهه، ج ۳، تقریر محمد علی توحیدی، قم، مکتبه الداوری، ۱۳۷۷.
- [۲۳] شبیری زنجانی، سید موسی، کتاب النکاح، ج ۱۴، قم، مؤسسه پژوهشی رای پرداز، ۱۴۱۹ هـ ق.
- [۲۴] مکارم شیرازی، ناصر، کتاب النکاح، ج ۱، قم، انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب (ع)، ۱۴۲۴ هـ ق.
- [۲۵] امامی، سید حسن، حقوق مدنی، ج ۴، چ ۲، تهران، کتابفروشی اسلامی، ۱۳۶۳.
- [۲۶] صفایی، سید حسین و امامی، اسد الله، حقوق خانواده، ج ۱، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۴.
- [۲۷] جعفری لنگرودی، محمد جعفر، حقوق خانواده، چ ۲، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۷۶.
- [۲۸] دادرزی، سید مهدی، حقوق خانواده اسلامی در ۳۸ کشور جهان، قم، انتشارات

دانشگاه قم، ۱۳۹۰.

- [29] Available at: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721>
- [30] Lenora. M. Lapidus and Others, *The Rights of Women*, USA, New York University Press, 2009.
- [31] Richard E. Crouch, *Family law*, USA, Thomson west, 2003 .
- [32] Nancy Levit, *Feminist Legal Theory*, USA, New York University Press, 2006 .
- [33] D. Marianne Blair, *Family law in The World Community*, USA, California Academic Press, 2009 .
- [34] Ann Laquer Estin and Barbara Stark, *Global Issues in Family Law*, USA, Thomson West, 2007 .
- [35] Available at: [http://en.wikipedia.org/wiki/Same-sex\\_marriage](http://en.wikipedia.org/wiki/Same-sex_marriage).
- [36] Lawrence W. Waggoner and Gregory S. Alexander and Mary Louis Fellows, *Family Property Law*, USA, The Foundation Press. New York, 1997 .
- [۳۷] گاردنر، ویلیام، جنگ علیه خانواده، مترجم معصومه محمدی، قم، دفتر مطالعات و تحقیقات زنان، ۱۳۸۶.
- [38] Available at: <http://www.mashreghnews.ir/fa/news/169972> .
- [39] John D. Gregory, Sheryl L. Scheible and Peter N. Swisher , *Understanding Family Law* 3 edition, LexisNexis, 2005 .
- [40] Jonathan Herring, *Family Law*, Exter College, Oxford University, 2004 .
- [41] Steven M. Tipton and John Wittejr, *Family Transformed*, USA, Georgetown University Press, 2005 .
- [42] Joseph W. Madden, *Madden on Person and Domestic Relations*, USA,



West Publishing Co, 1931 .

[43] Joan Hoff, *Law, Gender and Injustice*, New York University Press, 1991 .

[۴۴] علامه حلی، *تذکره الفقهاء*، قم، مؤسسه آل‌ال‌بیت، بی‌تا.

[۴۵] اشتهاوردی، علی پناه، *مدارک العروه*، ج ۱۴، تهران، دارالاسوه للطباعه و النشر، ۱۴۱۷هـ.ق.

[۴۶] نجفی، محمد حسن، *جواهر اکلام*، ج ۲۹، ۳۱ و ۳۴، چ ۴، تهران، دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۷۳.

[۴۷] اصفهانی، محمد حسن، *حاشیه المکاسب*، ج ۴، قم، انوارالهدی، ۱۴۱۸هـ.ق.

[۴۸] طباطبایی، سید علی، *ریاض المسائل*، ج ۱۱، قم، مؤسسه آل‌ال‌بیت، ۱۴۱۸هـ.ق.

[۴۹] طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، *العروه الوثقی*، ج ۲، چ ۲، بیروت، مؤسسه الاعلمی للمطبوعات، ۱۴۰۹هـ.ق.

[۵۰] سبزواری، سید عبد‌الاعلی، *مهذب الاحکام*، ج ۲۴، چ ۴، قم، مؤسسه المنار، ۱۴۱۳هـ.ق.  
[۵۱] مصطفوی، حسن، *التحقیق فی کلمات القرآن الکریم*، ج ۱۳، تهران، بنگاه ترجمه و نشر کتاب، ۱۳۶۰.

[۵۲] طبرسی، فضل بن حسن، *مجمع البیان فی تفسیر القرآن*، ج ۳، تهران، انتشارات ناصر خسرو، ۱۳۷۲.

[۵۳] طباطبایی، سید محمد حسین، *المیزان*، ج ۴، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷هـ.ق.

[۵۴] ابن منظور، محمد بن مکرم، *لسان العرب*، چ ۳، بیروت، دارالفکر، ۱۴۱۴هـ.ق.

[۵۵] مجاهد، سید محمد، *المناهل*، قم، مؤسسه آل‌ال‌بیت، بی‌تا.

[۵۶] اراکی، محمد علی، *کتاب النکاح*، قم، نورنگار، ۱۴۱۹هـ.ق.

[۵۷] مازندرانی، محمد هادی، *شرح فروع الکافی*، قم، دارالحديث للطباعه و النشر، ۱۴۲۹هـ.ق.