

توجیه فقهی طلاق پس از نکاح تحلیل

زینب روحانی شهرکی*^۱

محمدعلی راغبی^۲

سید یوسف علوی وثوقی^۳

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۱۲/۱۰، تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۲/۲۰

چکیده

از دواج اساس خانواده و خانواده بنیانی است که جامعه بر آن استوار است. عقد نکاح از سوی شارع مقدس، برای حلیت استمتاع هر یک از زن و مرد از یکدیگر با هدف ایجاد علقه زوجیت و دوام و استمرار زندگی زناشویی تشریح شده است. یکی از قوانین اسلام که به منظور جلوگیری از تحقق طلاق‌های مکرر از سوی مرد و متضرر شدن زن تشریح شده، نکاح تحلیل است. مرد پس از طلاق سوم همسرش، حق رجوع یا ازدواج با او را ندارد؛ مگر اینکه آن زن با مرد دیگری ازدواج کند و بعد از وقوع نزدیکی، بین آنها جدایی حاصل شود. حلیت به زوج اول تنها بعد از عقد صحیح با محلل و وقوع نزدیکی و مباشرت محقق می‌گردد. برای نکاح محلل، چند حالت متصور است که عبارت‌اند از: اشتراط انفساخ عقد بعد از نزدیکی با محلل، ازدواج به شرط طلاق، تفویض طلاق، اشتراط وکالت زوجه در طلاق. از لوازم صحت شروط ضمن عقد، عدم مخالفت شرط با مقتضای ذات عقد است. قانون مدنی نه تنها معیار تشخیص مقتضای عقد نکاح را مشخص نکرده، بلکه تعریف عقد نکاح را نیز بیان ننموده است. لذا پژوهش حاضر با روش گردآوری اسنادی - کتابخانه‌ای و نوع تحقیق توصیفی - تحلیلی، به تبیین و تحلیل موارد یادشده با رویکردی بر مقتضیات ذات نکاح پرداخته است.

کلیدواژه‌ها

نکاح محلل، انفساخ نکاح، نکاح تحلیل، علقه زوجیت، ذات نکاح، مقتضای نکاح.

۱. (نویسنده مسئول) دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه قم. قم. ایران.

rohani.zeinab@gmail.com

ma.raghebi@yahoo.com

syvosoughi@gmail.com

۲. استادیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه قم. قم. ایران

۳. استادیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه قم. قم. ایران

مقدمه

سازمان خانواده مهم‌ترین نهاد بنیادین جامعه بشری است که می‌تواند کارکردهای مثبت، سازنده و بی‌بدیل در ابعاد گوناگون حیات فردی و اجتماعی انسان داشته باشد و در کسب موفقیت‌ها، شکوفایی استعدادها و ارتقای سلامت و بهداشت روانی فرد و جامعه بسیار تأثیرگذار باشد. قوانین مربوط به حقوق خانواده، جز در موارد خاص، از قوانین امری و مربوط به نظم عمومی هستند و بر همین اساس، اصول مهم حقوقی استقلال و حاکمیت اراده و آزادی قراردادها، درحوزه قلمرو حقوق خانواده و به خصوص عقد نکاح، قدرت تأثیر کمتری دارند و طرفین عقد نکاح، به راحتی نمی‌توانند اراده خود را جایگزین دستورات قانونی نمایند. محدودیت اراده افراد در عقد نکاح، نه تنها ناظر بر شرایط انعقاد نکاح است، بلکه آثار، نتایج و همچنین طرق انحلال آن را نیز شامل می‌شود؛ ولی این محدودیت اراده، مطلق نیست و در برخی موارد، به طرفین اجازه داده شده است که خواست واقعی خود را در قالب «شرط»، به جای اراده مفروض قانون‌گذار بنشانند و احکام مربوط به انعقاد، آثار و انحلال نکاح را تغییر دهند.

شرط در اصطلاح فقهی تعهدی تبعی است که متعاقبین آن را ایجاد می‌نمایند. از دیدگاه فقها، شرطی لازم‌الوفاست که در متن عقد به آن تصریح شده باشد و به آن شرط ضمن عقد می‌گویند. در شرط ضمن عقد، وصف خاص، فعل، ترک فعل و نتیجه را از طرف مقابل می‌خواهند. از آنجاکه شرط ضمن عقد نیز مانند خود عقد از نظر شارع مقدس تأیید شده است، برای معتبر بودن چنین شرطی و مترتب شدن آثار و احکامی بر آن و همچنین صحت یا عدم صحتش، ضوابط و اموری برای آن در نظر گرفته شده است.

یکی از موارد انحلال نکاح طلاق است. طلاق از مغبوض‌ترین امور حلال است، اما در مواردی که چاره‌ای جز جدایی زوجین نیست، خداوند حکیم برای مرد حق طلاق را قرار داده است؛ ولی به دلیل سوءاستفاده برخی از مردان، قانون‌گذار با جعل شرایطی مانع سوءاستفاده آنان شده است تا از حقوق زنان حمایت کند. یکی از کاربست‌های پیش‌بینی‌شده در شرع اسلام و قانون این است که زنی که سه مرتبه متوالی زوجه یک نفر بوده و مطلقه شده، بر آن مرد حرام می‌شود، مگر اینکه به عقد دائم به زوجیت مرد دیگری درآمده و پس از وقوع

نزدیکی با او به واسطه طلاق یا فسخ یا فوت، فراق حاصل شده باشد (ماده ۱۰۵۷ ق.م.ا). حال اگر زن مطلقه ثلاثه به قصد تحلیل، اقدام به انعقاد عقد نکاح نماید، بررسی حکم اندراج شروط مربوط به انحلال نکاح ضمن عقد نکاح، از جمله اندراج مطلقه شدن به محض تحقق حلیت یا الزام زوج (محلل) به طلاق یا وکالت در طلاق ضرورت دارد. نظریه اینکه یکی از شرایط صحت اندراج شروط ضمن عقد، عدم منافات شروط با مقتضیات ذات عقد است، شناسایی مقتضای عقد نکاح و بررسی ارتباط شروط مذکور با مقتضیات عقد نکاح با مطالعه و تدبر در آرای فقها و حقوقدانان ضروری است. در کتب و رساله‌های نگاشته شده، تا کنون به بررسی مقتضیات ذات نکاح و برخی معیارهای تشخیص آنها پرداخته شده است، لیکن تا کنون به بررسی نکاح به قصد تحلیل با رویکردی بر مقتضای ذات نکاح پرداخته نشده است. در این نوشتار، با تکیه بر آرای فقها و صاحب‌نظران حقوقی به بررسی حکم حالات مختلف نکاح تحلیل و رابطه آن با مقتضای ذات نکاح پرداخته شده است.

مفهوم‌شناسی مصطلحات

۱. نکاح

در زبان فارسی واژه نکاح به معانی عقد زناشویی بستن، زناشویی کردن، زناشویی، امتزاج طبایع بعضی با بعضی که موجب پدید آمدن موالید می‌گردد، به کار رفته است (معین، ۱۳۷۱، ج ۱، ص ۸۳۷). این واژه در لغت، مترادف با واژه ازدواج به کار رفته است. ازدواج مصدر باب افتعال و حروف اصلی آن «ز - و - ج» است. در کتب لغت، زوج به معنای جفت (درمقابل فرد) (ابن منظور، ۱۴۱۴ ق، ج ۲، ص ۲۹۱) و همراهی چیزی با چیز دیگر به‌گونه‌ای که نظیر هم باشند، مانند دو چشم و ... یا نقیض هم باشند، مانند زن و مرد، شب و روز و ... آمده است (مصطفوی، ۱۴۰۲ ق، ج ۴، ص ۳۶۱). ازدواج هم در لغت فارسی به معنای جفت گرفتن، زن کردن، شوهر کردن، با یکدیگر جفت و قرین شدن بیان شده است (معین، ۱۳۷۱، ج ۱، ص ۱۲۷).

۲. ازدواج

در اصطلاح، واژه «ازدواج» مترادف با نکاح کاربرد دارد (کاتوزیان، ۱۳۷۵، ج ۱، ص ۲۰). در

اصطلاح حقوقی، نکاح عبارت است از رابطه‌ای حقوقی - عاطفی که به وسیله عقد بین زن و مرد حاصل می‌گردد و به آنها حق می‌دهد که با یکدیگر زندگی کنند و مظهر بارز این رابطه حق تمتع جنسی است (محقق داماد، ۱۳۶۷، ص ۲). به عبارت دیگر، نکاح قراردادی است که به موجب آن زن و مردی به منظور تشکیل خانواده و شرکت در زندگی با هم متحد می‌شوند. نکاح از عقود است که جنبه مالی و غیرمالی را داراست؛ زیرا از طرفی در اثر عقد نکاح، مرد موظف می‌گردد که نفقه زن و سایر اعضای خانواده را بپردازد و مالی را به عنوان مهریه به زن بدهد؛ از سوی دیگر، زن و مرد برای تشیید مبانی خانواده و تربیت فرزندان با هم همکاری می‌کنند. در اصطلاح حقوقی نیز، واژه «ازدواج» مترادف با نکاح است (کاتوزیان، ۱۳۸۱، ص ۲۰).

۳. شرط

اصطلاح شرط در لغت به معنای قرار، پیمان، تعلق امری به امر دیگر، لازمه امری، تعلیق عملی قضایی به آینده به کار رفته است (معین، ۱۳۷۱، ج ۱، ص ۸۷۳). در اصطلاح حقوقی، شرط این‌گونه تعریف شده است:

- امری است محتمل‌الوقوع در آینده که طرفین عقد یا ایقاع‌کننده، حدوث اثر حقوقی عقد یا ایقاع را کلاً یا بعضاً متوقف بر حدوث آن امر محتمل‌الوقوع نمایند.
- وصفی که یکی از طرفین عقد وجود آن را در معامله تعهد کرده باشد، بدون اینکه آن وصف، محتمل‌الوقوع در آینده باشد (جعفری لنگرودی، ۱۳۶۷، صص ۳۸۰ - ۳۸۲).

۴. مقتضای عقد

مقتضی در لغت به معنای اقتضاشده، خواهش‌شده، طلب‌شده، درخواست‌شده، لازم، لازمه، مدلول و مفهوم به کار رفته است. در اصطلاح، مقصود از مقتضی اثری است که عقد بدون وجود این اثر محقق نمی‌گردد؛ به طوری که عقد با لذات تولیدکننده آن است و چنین اثری از عقد جدانشدنی است؛ مثلاً انتقال مالکیت در مبیع عین معین، مقتضی ذات عقد بیع است و بدون آن نمی‌توان ماهیت معامله را محقق دانست (شهیدی، ۱۳۸۷، ج ۴، ص ۱۱۳).

۵. طلاق

طلاق اسم مصدر از ریشه «طلق» است که در معانی متعددی از جمله: گشودن گره، رها کردن، از بین بردن و رها شدن از قید به کار رفته است. طلاق در معنای برداشتن قید به صورت مطلق است؛ یعنی هم‌معنای حسی (مادی) برداشتن قید را در بر می‌گیرد؛ مانند «رفع قیدالاسیر»: رها کردن اسیر و هم معنای اعتباری و غیرحسی آن را مانند: «رفع قیدالنکاح» یعنی گسستن عقد ازدواج (ابن منظور، ۱۴۱۴ ق، ج ۳، ص ۱۸۹).

فقیهان در تعریف طلاق این تعابیر را به کار برده‌اند: طلاق عبارت است از ازاله قیدالنکاح به صیغه مخصوص، یعنی ازاله نمودن و از بین بردن قید نکاح به واسطه صیغه طلاق بدون آنکه عوضی در مقابلش ملاحظه شود (عاملی، ۱۴۰۷ ق، ص ۳۷۸). حقوقدانان نیز در تعریف طلاق با در نظر گرفتن معنای فقهی آن گفته‌اند: طلاق عبارت از پایان دادن به نکاح دائم از طرف شوهر است (امامی، ۱۳۶۳، ج ۵، ص ۸) و همچنین به معنی انحلال رابطه زناشویی در عقد دائم، خواه به قصد و رضای زوج باشد (ماده ۱۱۳۳ تا ۱۱۳۹ ق.م.) خواه به وسیله نماینده قانونی زوج (مانند طلاق دادن زوجه مجنون دائمی به وسیله ولی او) (ماده ۱۱۳۷ ق.م.) نیز آمده است.

۲- ۶. محلل: واژه محلل از ریشه «حل» به معنای مباح و اجازه داده شده (اسماعیل صینی، ۱۴۱۴ ق، ص ۳۷)، حلال کردن و رفع ممنوعیت (قرشی بنایی، ۱۳۷۱، ج ۲، ص ۱۶۷) است و اسم فاعل از مصدر تحریم باب تفعیل مخالف تحریم می‌باشد. برای مثال، در آیه «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» (بقره، ۲۷۵) مقصود این است که خداوند بیع را مباح کرد و فرد در رفع و ترک آن عمل مخیر است. واژه محلل برای کسی که با مطلقه ثلاثه ازدواج می‌کند تا به طلاق‌دهنده حلال گردد، به کار رفته است (فیومی، ۱۴۱۴ ق، ص ۱۴۷).

واژه محلل در اصطلاح فقها و حقوقدانان در رابطه با مردی به کار می‌رود که با زن مطلقه ثلاثه طبق شرایط خاص ازدواج می‌نماید که به واسطه این ازدواج، زن به شوهر سابق خود مباح می‌گردد. به عبارت دیگر، به مرد دومی که با ازدواج و مقاربت با زن مطلقه و در نهایت جدایی از او زمینه‌ساز حلیت زن بر همسر سابق می‌شود، محلل و به این نوع ازدواج، نکاح تحلیل گویند (نجفی، ۱۴۰۴ ق، ج ۳۲، صص ۱۵۹ - ۱۶۱).

مقتضای ذات عقد نکاح

قانون‌گذار در بند ۱ از ماده ۲۳۳ قانون مدنی، شرط خلاف مقتضای عقد را از موارد بطلان عقد دانسته است، بدون اینکه تعریفی از مقتضای عقد یا معیار تشخیص آن ارائه دهد و همین امر موجب پیدایش اختلافاتی گردیده است.

فقه‌ها و حقوقدانان برای تشخیص شروط خلاف مقتضای ذات عقود به معیارهای مختلفی استناد نموده‌اند که این معیارها عبارت‌اند از:

الف. **مراجعه به قانون و شرع:** مقتضای عقد چیزی است که شارع مقدس آن را به‌منظور بهره‌مندی کامل متعاقدين یا یکی از آن دو جعل نموده است (عاملی کرکی، ۱۴۱۴ ق، ج ۴، ص ۴۱۲؛ الجزیری، ۱۴۰۶ ق، ج ۲، ص ۲۲۸).

ب. **مراجعه به عرف:** برخی حقوقدانان مقتضای عقد را هر آن چیزی دانسته‌اند که براساس داوری عرف، ماهیت عقد را تشکیل دهد و جزء ارکان و لوازم داخلی و خارجی عقد باشد (بروجردی عبده، ۱۳۸۰، ص ۱۲۰).

ج. **مراجعه به عرف و شرع توأمان.**

د. **خواست و انشای طرفین:** به‌منظور تشخیص مقتضیات عقد، مفاد ترازوی و انشای طرفین را باید مورد توجه قرار داد و هرآنچه را که طرفین به‌عنوان اساس و پایه‌های اراده‌شان ملحوظ داشته‌اند، مقتضای عقد دانست.

ه. **دلالت الفاظ و بررسی آثار مستقیم انشا:** برخی از فقهای امامیه مدلول مطابقی عقد را مقتضای ذات عقد و مدلول التزامی آن را مقتضای اطلاق عقد دانسته‌اند (نایینی، ۱۴۰۴ ق، ج ۲، ص ۱۱۲؛ مراغی، ۱۴۱۷ ق، ج ۲، ص ۹۶۳).

و. **عدم مخالفت با اثری که عقد علت تامه برای آن است:** بنابراین در هرجایی که عقد سبب و علت تامه اثر و حکمی باشد، شرط سقوط آن حکم و عدم ثبوت آن اثر مخالف مقتضای عقد است (انصاری، ۱۴۱۵ ق، ج ۶، ص ۴۴).

ز. **مخالفت با قصد جدی:** قاعده فقهی تبعیت عقد از قصد با فحوای خود مؤید این معیار است. بر این اساس، اگر مفاد شروط به‌گونه‌ای باشد که همه آثار مترتب بر عقد را سلب نماید، به‌صورتی جدی‌تر در تنافی با مقتضای عقد قرار می‌گیرد؛ زیرا خالی بودن عقد از جمیع

آثارش مستلزم لغویت عقد است (کمپانی اصفهانی، ۱۴۱۸ ق، ج ۵، ص ۱۵۳).

ح. تشخیص مقتضیات عقد بر اساس مجموع اعلام‌های طرفین و لوازم قانونی، شرعی و عرفی و نیز قصد جدی مشترک میان متعاقدين: «شرطی مخالف مقتضای عقد به شمار می‌رود که موضوع اساسی یا اثر اصلی معهود را نفی نماید؛ مثل اینکه در عقد بیع شرط شود که زمین مورد معامله وقف بر بیماران باشد» (کاتوزیان، ۱۳۸۹، ج ۳، ص ۱۶۳؛ محقق داماد، ۱۳۶۰، ج ۲، ص ۷۲؛ الخطیب الشرینی، ۱۴۱۵ ق، ج ۴، ص ۳۷۷). به نظر می‌رسد که مورد اخیر بتواند معیاری جامع جهت تشخیص مقتضای عقود باشد؛ چراکه تمامی این موارد در تشخیص مقتضای عقود مؤثرند.

در رابطه با اینکه مقتضای عقد نکاح چیست، فقها نظرات متعددی ارائه داده‌اند که در ادامه به تعاریف فقها از نکاح به‌طور مختصر اشاره می‌گردد تا با تکیه بر تعاریف، به فهم مقتضای ذات نکاح از منظر فقها دست یابیم.

عده‌ای از فقهای شیعی هدف و حکمت بنیادی نکاح را استیلا و فرزندآوری دانسته و بیان کرده‌اند: روابط جنسی لازمه استیلا است (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۴، ص ۳۰۴) و برخی دیگر نکاح را عقد تزوج میان زن و مرد معرفی می‌کنند که در مواردی نیز به معنای نزدیکی (وطی) به کار رفته است (ابن حمزه، ۱۴۰۸ ق، ص ۲۸۹). همچنین گفته شده که نکاح عبارت است از تعهد زن به زوجه فلان مرد بودن در عالم اعتبار (موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹ ق، ج ۳، ص ۱۴۲). آیت‌الله خویی در بیان مفهوم نکاح چنین گفته است: نکاح عبارت است از اعتبار علقه زوجیت در صقع ذهن (مرتبه ذهنی) که با مظهر خارجی (صیغه عقد نکاح) ابراز شده است (خویی، ۱۳۷۷، ج ۳، ص ۳۵۱). آیت‌الله مکارم شیرازی 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 (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ ق، ج ۱، ص ۹۳).

حقوقدانان نکاح را عبارت از عقدی می‌دانند که وضعیت حقوقی مخصوصی بین زوجین (رابطه زوجیت) ایجاد می‌کند (امامی، ۱۳۶۳، ج ۴، ص ۲۶۸). نکاح رابطه‌ای حقوقی و عاطفی است 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، ۱۳۶۷، ص ۲۲). عنصر تشکیل خانواده در هر دو قسم نکاح دائم و موقت وجود دارد، لیکن استحکام ازدواج

موقت به حد ازدواج دائم نیست (صفایی و امامی، ۱۳۷۴، ج ۳، ص ۵۳).

در رابطه با عقد نکاح، این مسئله بیان شده است که آیا نکاح از جمله عقود معاوضی است و تنها ماهیت قراردادی دارد؟ مشهور فقها افزون بر پذیرش عقد بودن نکاح، این نکته را نیز بیان نمودند که نکاح جنبه عبادی دارد و از عقود معاوضی محض نیست (حلی، ۱۳۸۸، ص ۵۸۲؛ عاملی، ۱۴۱۰، ق، ج ۵، ص ۱۲۲). به عبارت دیگر، نکاح ذاتاً معاوضه نیست، اما چون مهر در آن مطرح است، می‌توان آن را نوعی شبه‌معاوضی به شمار آورد. می‌توان گفت نکاح دارای دو جنبه است: الف. جنبه تکلیفی: از جهت احکام تکلیفی‌ای که به سبب عقد، متوجه زوجین می‌گردد؛ ب. جنبه مالی: از حیث وجود پاره‌ای از احکام عقود معاوضی است که به تبع مهر متوجه آن شده است (عظیم‌زاده اردبیلی، ۱۳۹۰، ص ۳).

در بررسی آیات مربوط به نکاح، اصطلاح میثاق غلیظ در مورد پیمان ازدواج فقط در آیه ۲۱ سوره نساء به کار رفته است که می‌فرماید: «وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا» (و چگونه پس بگیرید با اینکه شما به هم اتصال یافته بودید و همسران شما هنگام عقد ازدواج از شما پیمان محکم گرفتند). خداوند عقد ازدواج را با الفاظی مشخص کرده که آنها را در کتاب قرآن نیز یادآوری نموده و نیز بسنده کردن و تعبد به این الفاظ را همانند الفاظ عبادت، واجب قرار داده است. همچنین قداستی را که به عقد ازدواج بخشیده، به هیچ‌یک از عقود دیگر، نظیر بیع و اجاره و ... نداده است؛ چراکه عقد بیع، مبادله مال است با مالی دیگر؛ اما عقد ازدواج مبادله روح است با روحی دیگر و عقد آن، عقد رحمت و مودت است نه عقد تملیک جسم در برابر مال. لذا فقها گفته‌اند: عقد ازدواج به عبادات نزدیک‌تر است تا به معاملات و مبادلات (مغنیه، ۱۴۲۴، ق، ج ۲، ص ۴۵۲).

از نظر علامه طباطبایی، مقصود از میثاق غلیظ علقه زوجیت و پیوند همسری است که با عقد پدید می‌آید (طباطبایی، ۱۴۱۷، ق، ج ۴، ص ۲۵۸). افزون بر اینکه هریک از روابط و مناسبات انسانی از جمله عقود و ایقاعات برقرار بین دو نفر به یکی از ابعاد زندگی طرفین مربوط می‌شود، در صورتی که رابطه همسری تداعی‌کننده نوعی اندماج روحی و بدنی در همه ایام زندگی مشترک است؛ به گونه‌ای که در آیه «هَنَ لِبَاسٍ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِبَاسٌ لَهُنَّ» (بقره، ۱۸۷)، از همسران به عنوان جامه تعبیر شده است (فضل‌الله، ۱۴۱۹، ق، ج ۷، ص ۱۶۷). در میان عقود، غلیظ بودن

میثاق تنها برای عقد ازدواج آمده است. ازدواج قرارداد محکم و پیوند استوار است؛ لذا هیچ‌گاه نباید دست به عملی زد که این پیوند استوار به سستی گراید. در این قرارداد محکم، تعهدات به روح آدمی پیوند می‌خورد و در اخلاق و رفتار آدمی تأثیر می‌گذارد. زن و شوهر براساس پیمان ازدواج، اول باید بدانند اساس این پیمان بر پایه‌ای سست بنیان نشود و پس از آن هم، تمام تلاش‌ها بر این باشد که این پیمان به سستی نگراید.

با تتبع در آرای فقها و حقوقدانان، واژه زوج، مخالف فرد و به معنای قرین، همراه و همنشین است (ابن فارس، ۱۴۰۴، ج ۳، ص ۳۵) و به هریک از دو جنس مذکر یا مؤنث حیوانات زوج و به هردوی آنها زوجان گفته می‌شود (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲، ص ۳۸۴). اصل در زوجیت اقتران و درکنار هم قرار گرفتن دو چیز در تداوم هستی‌شان براساس برنامه‌ای معین و سیر حرکتی ویژه است، به‌گونه‌ای که همراه، معادل و مقارن یکدیگرند (مصطفوی، ۱۴۰۲، ج ۴، ص ۳۶۱) و اصطلاح زوج برای همسر (اعم از زن و مرد) در آیات قرآن به کار رفته است؛ برای مثال آیه ۷۴ سوره فرقان که می‌فرماید: آنان هستند که گویند: پروردگارا! ما را همسران و فرزندانِ مرحمت فرما که مایه چشم‌روشنی ما باشند و ما را پیشوای اهل تقوا قرار ده.^۱ مقصود از زوجیت در مورد همسران رابطه‌ای است که از همراهی، همدلی، هم‌سویی آنها به‌سوی مقصد متعالی حکایت دارد و طریقی برای تداوم نسل بشر است. مودت و رحمت بین زوجین از مؤلفه‌های زوجیت است (روم، ۲۱).

با توجه به آیات و تفاسیر، آنچه به‌طور مشترک از معیارهای مختلف در رابطه‌با تشخیص مقتضیات ذات نکاح استنباط می‌گردد، عبارت است از پیمانی استوار (میثاقاً غلیظاً) که موجب ایجاد علقه زوجیت میان زن و مرد و تشکیل خانواده و زندگی مشترک است.

طلاق پس از نکاح تحلیل

قانون محلل در اسلام از توابع قانون طلاق است. قانون محلل تدبیری است که از مجرای مجازات عاطفی جهت پیشگیری از تکرار طلاق تشریح شده است. ماده ۱۰۵۷ قانون مدنی

۱. وَالَّذِينَ يَقُولُونَ رَبَّنَا هَبْ لَنَا مِنْ أَزْوَاجِنَا وَذُرِّيَّاتِنَا قُرَّةَ أَعْيُنٍ وَاجْعَلْنَا لِلْمُتَّقِينَ إِمَامًا (فرقان، ۷۴).

بیان می‌کند: «زنی که سه مرتبه متوالی زوجه یک نفر بوده و مطلقه شده، بر آن مرد حرام می‌شود، مگر اینکه به عقد دائم به زوجیت مرد دیگری درآمده و پس از وقوع نزدیکی با او، به واسطه طلاق یا فسخ یا فوت فراق حاصل شده باشد». این ماده مشتمل بر دو بخش است: نخست شرایط وقوع حرمت و سپس شرایط تحقق حلیت به واسطه ازدواج با مردی دیگر که در اصطلاح فقهی به وی محلل گفته می‌شود.

برای تحقق حرمت، دو شرط لازم است که عبارت‌اند از:

الف. زن سه مرتبه متوالی زوجه یک نفر بوده باشد؛ منظور از کلمه متوالی این است که بین سه دوران زوجیت که زن مطلقه شده، با مردی دیگر ازدواج نکرده باشد. بنابراین اگر زنی از زوج خود یکبار طلاق گرفته و با مرد دیگری ازدواج کرده است، سپس از این مرد نیز طلاق گیرد و با همسر قبلی خود ازدواج نماید، توالی به هم خورده است و شرط اول تحقق پیدا نمی‌کند؛ مگر اینکه از این به بعد سه مرتبه متوالی طلاق تحقق پیدا کند.

ب. رابطه زوجیت به وسیله عقد دائم ایجاد شده باشد؛ یعنی در تمام دفعاتی که زن از مرد جدا می‌شود، باید رابطه زوجیتشان با عقد دائم ایجاد شده باشد و اگر با عقد منقطع باشد، ایجاد حرمت نمی‌کند. اصولاً کلمه «مطلقه» در ماده مذکور مشعر بر این شرط است؛ زیرا در عقد منقطع طلاق معنا ندارد. در منابع معتبر فقهی ما، که قانون مدنی نیز از آن پیروی نموده، چنین تعبیر شده است: «هرگاه مردی زوجه خود را سه بار طلاق دهد؛ لذا منظور از ماده مورد بحث نیز همین معناست.

برای برطرف شدن حرمت و تحقق حلیت، وجود شرایط ذیل ضروری است:

- پس از طلاق سوم و انقضای عده، با مرد دیگری ازدواج کند.
- نزدیکی و آمیزش تحقق یابد.
- پس از عقد و آمیزش، جدایی حاصل و عده منقضی گردد.

با تحقق شرایط سه‌گانه، زوج اول می‌تواند با همسر قبلی خود ازدواج نماید. در اصطلاح

فقهی، مرد دوم را «محلل» می‌گویند (طاهری، ۱۴۱۸ ق، ج ۳، ص ۱۰۷).

اگر شخصی با مطلقه ثالثه دیگری از روی میل و رغبت ازدواج کند، اما بعد از مدتی به

دلیل اختلاف و ناسازگاری، بعد از تحقق مقاربت طلاق واقع شده باشد، همسر سابق زن

می‌تواند - در صورت حصول توافق و رضایت زن - با او ازدواج کند. این طبیعی‌ترین شکل مسئله است و براساس قرآن و سنت، ازدواج آنان صحیح است؛ همان‌گونه که بی‌تردید ازدواج محلل با او صحیح بود و چنین نکاحی بی‌شک پذیرفته شده است؛ لیکن نظر به بداهت صحت چنین نکاحی و نیز نبودن قصد تحلیل، گاه در نوشتار فقها به آن نپرداختند.

زمانی که زن مطلقه ثلاثه به قصد تحلیل با محلل ازدواج می‌کند، برای وقوع چنین عقدی چند حالت متصور است: نخست اینکه بگوید: به شرط آنکه ازدواج ما بعد از مباشرت تمام شود و خود به خود از بین برود. حالت دوم اینکه گوید: به شرط آنکه فوراً طلاق دهی. صورت سوم این است که مبنیاً علیه است و تصریح به لفظ نمی‌کند، بلکه بنابراین است که طلاق بدهد؛ مانند اینکه گفته می‌شود: «حذف ما یعلم جایز». صورت چهارم این است که شرط لفظی یا بنایی در بین نیست، ولی تصمیم دارند که طلاق داده شود یا طلاق گرفته شود یا زن گمان دارد که مرد بعداً طلاق می‌دهد (شبییری زنجانی، ۱۴۱۹ ق، ج ۱۸، ص ۵۹۲۰). در تفاسیر ذیل آیه ۲۳۰ سوره بقره، مفسرین بیان نموده‌اند: بحث از ازدواج واقعی و جدی است و اگر کسی از اول قصد ازدواج دائم نداشته باشد و تنها صورت‌سازی کند تا عنوان محلل حاصل شود، چنین ازدواجی باطل است و هیچ اثری برای حلال شدن زن به شوهر اول نخواهد داشت (مکارم شیرازی، ۱۳۷۴، ج ۲، ص ۱۷۳). در ادامه به توضیح حالات مختلف اشتراط تحلیل پرداخته شده است.

انفساخ عقد نکاح بعد از تحقق تحلیل

زن مطلقه ثلاثه اگر در ضمن عقد بر محلل شرط کند که بعد از نزدیکی، عقد نکاح خود به خود منفسخ گردد و عقدی بین آنها نباشد، چنین شرط و عقدی باطل خواهد بود. این قول اکثر فقها است و شیخ طوسی در این باره ادعای اجماع کرده است (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۴، ص ۱۴۳). علت این امر فساد شرط است؛ زیرا با مقتضای عقد منافات دارد. مقتضای عقد نکاح بقای زوجیت است تا زمانی که به وسیله طلاق یا یکی از دیگر عوامل شرعی مرتفع شود. پس اگر شرط انحلال نکاح در ضمن عقد قرار داده شود، خلاف مقتضای عقد خواهد بود که فاسد و مفسد عقد می‌باشد؛ زیرا هدف و انگیزه دو طرف از انشای عقد، که براساس آن تراضی

نموده‌اند، به‌واقع محقق نشده و ادعای صحّت عقد منوط به صحیح دانستن عقد بدون وجود تراضی است که درست نیست (عاملی، ۱۴۱۳ ق، ج ۷، ص ۴۱۷).

البته برخی از فقها از جمله آیت‌الله بهجت معتقدند در صورتی که بر زوج شرط کرد که بعد از مدتی، نکاح مرتفع گردد، اظهر صحّت نکاح و بطلان شرط است (بهجت، ۱۴۲۶ ق، ج ۳، ص ۵۹۷).

در میان اهل سنت، مالکیّه معتقدند اگر کسی با زنی که سه‌طلاقه شده است، به نیت تحلیل آن یا با نیت تحلیل و ادامه زندگی - در صورتی که مورد پسندش قرار گیرد - ازدواج کند، یعنی اگر مورد پسندش قرار نگرفت، فقط مُحَلِّل آن باشد و اگر مورد پسند بود، بر زوجیت او باقی بماند، نکاح او چه قبل و چه بعد از دخول، منفسخ می‌شود و با چنین دخولی زن بر شوهر اول خود مباح نمی‌شود؛ زیرا قصد ادامه زندگی (که شرعاً در امر نکاح، شرط لازم است) در چنین نکاحی منتفی می‌باشد و نیت وی به تحلیل مخلوط شده است (در صورت مورد پسند قرار نگرفتن زن). پس چون نیت ادامه زندگی با زن که هدف از عقد نکاح است منتفی شد، بر این اساس بین آنها، چه قبل از دخول و چه بعد از دخول، جدایی ایجاد می‌گردد (دسوقی، بی‌تا، ج ۲، ص ۲۵۸). حنابله معتقدند اگر شرط شود که بعد نزدیکی، نکاحی بین آنها نباشد، اندراج چنین شرطی از مصادیق عقد نکاح باطل است (بهوتی، ۱۴۱۴ ق، ج ۵، ص ۱۰۲).

یکی از شرایط اساسی برای تحقق نکاح تحلیل این است که قصد دائم نکاح داشته باشند و نشانه‌اش آن است که زن اگر راضی به نکاح دائم با محلل باشد، اگر محلل طلاقش ندهد، آزرده‌خاطر نمی‌شود و آن را خلاف مقصود خود نمی‌یابد (حلی، ۱۴۱۹ ق، ج ۲، ص ۵۶۸). به نظر می‌رسد در خصوص مسئله مورد بحث (شرط مطلقه با محلل)، این نوع شرط را، علاوه بر آنکه نامشروع است، باید داخل در شرایط خلاف مقتضای ذات عقد بدانیم؛ زیرا نکاحی که سبب حلّیت زوجه برای زوج اول می‌گردد، نکاح دائم محلل با زوجه می‌باشد. بنابراین چنانچه زوجه شرط کند که نکاح خود به خود منحل شود، این با طبع عقد نکاحی که دوام و بقا را اقتضا می‌کند، منافات دارد و لذا علاوه بر اینکه چنین شرطی فاسد است، مبطل عقد نیز خواهد بود (محقق داماد، ۱۳۶۷، ص ۱۴۰).

اصل در زوجیت، اقتران و درکنار هم قرار گرفتن دو چیز در تداوم هستی‌شان براساس برنامه‌ای معین و سیر حرکتی ویژه است؛ به‌گونه‌ای که همراه، معادل و مقارن یکدیگرند. مقصود از زوجیت در مورد همسران، رابطه‌ای است که از همراهی، همدلی و هم‌سویی آنها

به‌سوی مقصد متعالی حکایت دارد و طریقی برای تداوم نسل بشر است. همان‌گونه که گذشت، آنچه با تتبع در آرای فقها و حقوقدانان و با مراجعه به آیات و تفاسیر به‌طور مشترک از معیارهای مختلف در رابطه با تشخیص مقتضیات ذات نکاح برداشت می‌گردد، عبارت از ایجاد علقهٔ زوجیت میان زن و مرد و تشکیل خانواده و زندگی مشترک است. ازدواج به دو قسم دائم و موقت صورت می‌گیرد و یکی از مقتضیات ذات ازدواج دائم، دوام و همیشگی بودن آن است و زوال آن تنها منوط به موارد خاص است و اشتراط زوال و انفساخ نکاح به محض تحقق رابطهٔ زناشویی و به عبارت دیگر، به محض تحقق تحلیل، خلاف مقتضای ذات نکاح دائم، که زوجیت و تشکیل خانواده به صورت دائم و همیشگی است، خواهد بود.

ازدواج به شرط طلاق

می‌توان گفت که در مورد اشتراط طلاق به این بیان که ضمن عقد نکاح شرط گردد که مرد بعد از گذشت مدتی باید زن را طلاق دهد، میان فقهای امامیه دو نظر بیان شده است: نخست اینکه عقد صحیح است، اما شرط فاسد است و دوم اینکه عقد و شرط هر دو باطل است (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۴، ص ۲۴۷).

باید دانست که محلل عنوان مستقلی نیست که انسان به اختیار خویش، خود را محلل قرار دهد؛ زیرا باید به قصد ازدواج دائمی و همیشگی با وی پیمان زناشویی بندد و بعداً چنانچه پیش آمدی کرد یا از نظر اخلاق هم‌ساز نبودند و مرد ناچار به طلاق شد یا اینکه عمرش به سر آمد و از دنیا رفت، قهراً و خود به خود محلل واقع شده است؛ نه آنکه در حین عقد ازدواج، شرط لفظی یا ضمنی به طلاق شود یا مرد خود قاصد آن باشد و زن نیز چون مرد این نیت را دارد، حاضر شود با وی ازدواج کند والا خیر و این امر مسلم است که عقد تابع قصد است که «العقود تابعه للقصد». پس با داشتن قصد طلاق در حین عقد ازدواج، نیت دوام ممکن نیست و اجتماع نقیضین است و محال خواهد بود و چون ازدواج دائم محقق نگردد، تحلیل حاصل نشده است، ازدواج زن با مرد اول جایز نیست و این معنی هر چند مخالف دارد، لکن حق است و تذکرش ضروری است (ابن بابویه قمی، ۱۴۰۹، ق، ج ۵، ص ۱۸۸).

صحت عقد و شرط در صورت اشتراط طلاق دادن بعد از گذشت مدتی، خالی از وجه نیست و شرطی که عقد با تبانی سابق بر شرط، واقع شده است، به گونه‌ای که سبق آن، قرینهٔ دخول

در عقد است، به حکم مذکور در ضمن عقد است (بهجت، ۱۴۲۶ ق، ج ۳، ص ۵۹۷).
 حنا بله نیز معتقدند از حالات باطل عقد نکاح این است که زن به مرد بگوید: به نکاح تو درآمد
 تا بعد نزدیکی، مرا طلاق دهی (بهوتی، ۱۴۱۴ ق، ج ۵، ص ۱۰۲).
 برخی از فقها معتقدند در صورتی که شرط طلاق به صورت شرط نتیجه باشد، به این معنا
 که زوج بعد از گذشت مدتی مطلقه باشد و جدایی خود به خود حاصل گردد، چنین شرط
 ضمن عقدی مخالف با مقتضای ذات عقد نکاح است؛ چراکه مقتضای عقد نکاح دائم بقای
 زوجیت است تا زمانی که به وسیله طلاق یا یکی از دیگر عوامل شرعی مرتفع شود. اما اگر
 اشتراط طلاق به صورت شرط فعل باشد و ضمن عقد ذکر گردد، طبق نظر فقها، نکاح صحیح
 است اما شرط باطل است و اگر به صورت شرط بنایی باشد، اگرچه مکروه است اما صحیح
 می باشد (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۴، ص ۲۴۷؛ بهجت، ۱۴۲۶ ق، ج ۳، ص ۵۹۷)؛ هر چند برخی از فقها
 در این مسئله نیز احتیاط نموده اند.

پس به طور کلی از مراجعه به کلمات فقهای شیعی چنین به دست می آید که از قداما فقط شیخ
 طوسی و قطب الدین کیدری این مسئله را عنوان کرده اند و قبل از شیخ طوسی و بعد از شیخ
 طوسی تا زمان محقق کسی این مسئله را کسی عنوان نکرده است تا بگوئیم اتفاق بر بطلان
 شرط است؛ بلکه عده ای از متأخرین با بطلان شرط موافقت کرده اند، ولی اجماعی که به زمان
 معصوم متصل باشد و کاشف از رضای معصوم باشد، وجود ندارد. از این رو، طبق قاعده،
 شرط و عقد هر دو صحیح است، اما با وجود احتمال تقیه، رعایت عدم اشتراط طلاق شایسته
 است (شبییری زنجانی، ۱۴۱۹ ق، ج ۱۸، ص ۵۹۲۱؛ صافی گلپایگانی، ۱۴۱۷ ق، ج ۲، ص ۷۲).

تفویض طلاق به زوج

تفویض در لغت به معنای واگذار نمودن کار یا چیزی به کسی، حاکم گردانیدن دو کس در
 امری، سپردن و بازگذاشتن کار خود به کسی یا خدا، واگذاری و تسلیم و سپردگی است
 (حسینی زبیدی، ۱۴۱۴ ق، ج ۱۰، ص ۱۲۷) و در معنای اصطلاحی نیز از معنای لغوی دور
 نمانده و در همان معنا حسب مورد به کار رفته است.

مقصود از تفویض طلاق عبارت است از واگذاری طلاق به زن و مختار نمودن او در تعیین
 تکلیف خود؛ به طوری که اگر طلاق را اختیار کرد، این امر محقق گردد (جلالی، ۱۳۸۸، ص ۱۸).

نظر به ادله و مستندات موجود در رابطه با تفویض طلاق در روایات، چنین امری در فقه امامیه پذیرفته نشده و قول به عدم جواز آن مشهور است. اما در فقه عامه، آن را تحت عنوان یکی از راه‌های نیابت بر شمرده‌اند و آن را به سه طریق توکیل، تخییر و تملیک بیان می‌کنند (نوری الشافعی، بی‌تا، ص ۵۸۸؛ الجزیری، ۱۴۰۶ ق، ج ۴، ص ۳۵۷؛ ابوزهره، ۱۳۷۷، ص ۳۲۳).

طبق بیان فقهای امامیه، وقتی زوج طلاق را به دست زوجه می‌دهد، اگر مقصودش تغییر حکم الهی بوده است و می‌خواهد حکم خداوند را در حق مرد برای طلاق تغییر و زن را ذی‌حق قرار دهد، با این شرط و جعل، مرتکب «بدعت» شده است؛ زیرا اختیار مرد برای طلاق یک حکم شرعی است که تغییر آن برای هیچ‌کس جایز نیست و اگر مقصود از چنین شرطی آن است که زوج با رضایت خود این حق خویش را به زوجه منتقل می‌سازد، همان‌طور که مالک به دیگری اجازه می‌دهد که مالش را بفروشد، اشکال آن این است که چگونه می‌توان اثبات کرد که اختیار طلاق قابل واگذاری به دیگری است؛ زیرا احکام شرعی توقیفی است و معلوم نیست که از نظر شرع، این اختیار قابل واگذاری به زوجه است؛ همان‌طور که «حق پدری» نیز قابل اسقاط نیست و فرزند نمی‌تواند با شرط ضمن عقد با پدر خود، ادای حق را ساقط کند. روشن است که عفو پدر و ابرای فرزند پس از تقصیر وی در ادای حقوق، مستلزم صحت نقل حق نیست (قمی، ۱۳۸۵، ج ۲، ص ۹۲۳).

به عبارت دیگر می‌توان گفت که اشتراط تفویض طلاق از جمله شروط نامشروع خواهد بود؛ لذا درج چنین شرطی ضمن عقد نکاح صحیح نیست. حقوق قابل تفویض و توکیل، مزایا و اختیاراتی است که به ملاک «منفعت شخص» اعتبار می‌شود و شخص بر آن «سلطه» دارد. از این رو، برای او این امکان وجود دارد که درباره آن تصمیم‌گیری، از آن صرف نظر یا به دیگری واگذار کند؛ ولی مزایا و اختیاراتی که به ملاک «مصلحت جامعه» اعتبار می‌شود و گاه به آن «قواعد آمره» گفته می‌شود، خارج از قلمرو آزادی اراده شخص قرار دارد. ریاست خانواده «حق مرد» نیست تا بتواند به اختیار از آن بگذرد. خانواده سازمان حقوقی است که در آن، روابط زن و شوهر به‌طور امری معین شده است و اشخاص نمی‌توانند به‌وسیله قراردادهای خصوصی، نظمی را که قانون‌گذار برای اداره درست آن ضروری دیده است، بر هم زنند. قواعد ناظر به ریاست مرد از قواعد مربوط به نظم عمومی است (کاتوزیان، ۱۳۷۵، ج ۱، ص ۲۷۷). پس به‌طور کلی پیرامون تفویض طلاق دو قول از فقهای امامیه مطرح است، اما

قول مشهور فقها تخیر زوج را فاقد اثر در مطلقه شدن و چنین شرطی را باطل می‌داند. یکی از اصول تأیید شده در نظام حقوقی اسلام، اصل تحکیم خانواده است؛ زیرا سلامت و سعادت انسان در گرو سلامت و استحکام خانواده است. همان‌گونه که بیان شد، در آیات الهی تنها از عقد ازدواج به عنوان زیربنای تشکیل خانواده با لفظ میثاق غلیظ نام برده شده است. پس بنابراین تفویض طلاق ضمن عقد نکاح نه تنها از جهات مذکور قابل پذیرش نیست، منافی اصل تحکیم خانواده نیز خواهد بود.

شرط وکالت زوج در طلاق

قول مشهور فقهای امامیه این است که وکالت در طلاق جایز است و طرفین می‌توانند در ضمن عقد نکاح یا هر عقد لازم دیگر، شرط نمایند که خود زوج به طور مطلق یا در صورت تحقق مواردی از جمله عدم رعایت حقوق زوج و سوءخلق، ترک محل زندگی، زندانی شدن، مفقود شدن و ... وکیل در طلاق خویش به نیابت از زوج باشد و این وکالت جایز و صحیح است (حلی، ۱۳۸۹، ص ۲۹۳). در ظاهر این شرط از نوع شرط فعل است (صافی گلپایگانی، ۱۴۱۷ ق، ج ۲، ص ۷۴). اگر زوج ایجاب عقد نکاح را به این صورت واقع سازد که من خودم را به عقد نکاح تو درمی‌آورم به شرط اینکه وکیل بلاعزل در طلاق باشم و مرد نیز قبول نماید، چنین شرطی از موارد شرط نتیجه است (موسوی خمینی، بی تا، ج ۲، ص ۳۱۹)؛ چراکه اولاً، طلاق از جمله اعمال حقوقی است که مباشرت شخص در آن شرط نیست و نیابت از آن ممکن است (نجفی، ۱۴۰۴ ق، ج ۳۲، ص ۲۴؛ عاملی، ۱۴۱۰ ق، ج ۶، ص ۲۴). ثانیاً، عموم و اطلاق ادله دال بر جواز توکیل در افعال قابل نیابت، شامل طلاق نیز می‌گردد. به علاوه اصالة الصحة نیز مؤید جواز توکیل در طلاق است؛ مگر اینکه دلیلی برخلاف آن بیان گردد. منظور از اینکه می‌توان طلاق را به وکالت داد، این است که حق طلاق که مخصوص مرد است، به دیگری سپرده شود؛ زیرا طبق ماده ۹۵۹ ق. م.، هیچ‌کس نمی‌تواند به طور کلی حق تمتع یا اجرای تمام یا قسمتی از حقوق مدنی را از خود سلب نماید. اشتراط وکالت زوج در طلاق هیچ‌گونه منافات و مخالفتی با مقتضیات ذات نکاح، که عبارت است از زوجیت و تشکیل خانواده، نخواهد داشت. در قانون مدنی ذیل ماده ۱۰۵۷ که قانون محل را بیان می‌کند، آمده است: مطلقه ثلاثه باید به عقد دائم به زوجیت مرد دیگری درآمده و پس از وقوع نزدیکی با او، به واسطه طلاق یا

فسخ یا فوت فراق حاصل شده باشد. لیکن خلأ قانونی در رابطه با حکم نکاح به قصد تحلیل ضمن عقد نکاح مشهود است. نظریه آنچه گفته شد، اصل تحکیم خانواده و نیز میثاق غلیظ بودن ازدواج مقتضی دوام این پیمان است. قوانین مربوط به خانواده از قوانین آمره محسوب می‌گردند و آزادی اراده طرفین جز در موارد محدود مؤثر نیست. لذا ضروری است در قوانین مربوط به خانواده بازنگری گردد؛ از جمله اینکه در قانون مدنی، تعریف دقیقی از نکاح بیان گردد تا تشخیص مقتضای ذات نکاح تسهیل گردد و در نتیجه از اندراج شروط خلاف مقتضای ذات نکاح و نیز شروطی که موجب تزلزل بنیان مستحکم خانواده می‌گردد، پیشگیری شود.

یافته‌های پژوهش

الف. از آرای فقها و حقوقدانان، ملاک‌های متعددی برای تشخیص مقتضای عقود برداشت می‌شود که جامع‌ترین معیار عبارت از تشخیص مقتضیات عقد براساس مجموع اعلام‌های طرفین و لوازم قانونی، شرعی و عرفی و نیز قصد مشترک است.

ب. قانون مدنی عدم مخالفت شروط ضمن عقد با مقتضیات ذات عقود را برای صحت آن ضروری دانسته است. گرچه ضروری است معیار دقیق تشخیص مقتضای عقود برای جلوگیری از تشتت آرا ذکر گردد، اما در قانون مدنی بیان نشده است.

ج. نظریه اهمیت نکاح به عنوان زیربنای تشکیل خانواده، باید در قانون مدنی، تعریفی دقیق و جامع از عقد نکاح ارائه شود تا تشخیص مقتضای ذات آن تسهیل گردد.

د. آنچه به‌طور مشترک از معیارهای مختلف در رابطه با تشخیص مقتضیات ذات نکاح استنباط می‌گردد، عبارت از میثاق غلیظی است که موجب ایجاد علقه زوجیت میان زن و مرد، تشکیل خانواده و زندگی مشترک می‌شود.

ه. ازدواج قرارداد محکم و پیوند استوار است؛ لذا هیچ‌گاه نباید دست به عملی زد که این پیوند استوار به سستی گراید. در این قرارداد محکم، تعهدات به روح آدمی پیوند می‌خورد و در اخلاق و رفتار آدمی تأثیر می‌گذارد.

و. قانون محلل تدبیری است که از مجرای مجازات عاطفی جهت پیشگیری از طلاق‌های مکرر

تشریح شده است. زن مطلقه ثلاثه تنها در صورت ازدواج با محلل بر همسر اولش حلال می‌گردد.

ز. اگر در نکاح تحلیل عقد را با اشتراط زوال و انفساخ نکاح به محض تحقق رابطه زناشویی و نزدیکی منعقد سازند، چنین شرطی خلاف مقتضای ذات نکاح دائم، که زوجیت و تشکیل خانواده به صورت دائم و همیشگی است، خواهد بود.

ح. در صورتی که اشتراط طلاق ضمن عقد نکاح به صورت شرط نتیجه باشد، به این معنا که زوجه بعد از گذشت مدتی مطلقه باشد، چنین شرط ضمن عقدی مخالف با مقتضای ذات عقد نکاح است.

ط. اگر اشتراط طلاق به صورت شرط فعل باشد و ضمن عقد ذکر گردد، طبق نظر فقها نکاح صحیح اما شرط باطل است و اگر به صورت شرط بنایی باشد، در این صورت، اگرچه مکروه است، صحیح می‌باشد.

ی. تفویض طلاق ضمن عقد نکاح به زوجه است که با استناد بر روایات، چنین امری در فقه امامیه پذیرفته نشده و قول به عدم جواز آن مشهور است. اما در فقه عامه، آن را تحت عنوان یکی از راه‌های نیابت بر شمرده‌اند.

ک. اشتراط وکالت زوجه در طلاق هیچ‌گونه منافات و مخالفتی با مقتضیات ذات نکاح، که عبارت است از زوجیت و تشکیل خانواده، نخواهد داشت.

منابع

- قرآن کریم.

- ابن بابویه قمی، محمد بن علی (۱۴۰۹ ق). من لایحضره الفقیه. ترجمه علی اکبر غفاری. تهران: صدوق.

- ابن حمزه، عمادالدین (۱۴۰۸ ق). الوسیله الی نیل الفضیله. قم: کتابخانه آیت‌الله مرعشی نجفی.

- ابن فارس، ابوالحسین احمد (۱۴۰۴ ق). معجم مقاییس اللغه. قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه.

- ابن منظور، محمد بن مکرم (۱۴۱۴ ق). لسان العرب. بیروت: بی‌نا. چاپ سوم.

- ابوزهره، محمد (۱۳۷۷ ق). الاحوال الشخصیه. ج ۳. قاهره: دار الفكر العربی.

- اسماعیل صینی، محمود (۱۴۱۴ ق). *العربیة للناشیین*. بیروت: مکتبه لبنان ناشرون.
- امامی، سید حسن (۱۳۶۳). *حقوق مدنی*. تهران: کتابفروشی اسلامیه.
- انصاری، مرتضی (۱۴۱۵ ق). *المکاسب*. قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ انصاری.
- بروجردی عبده، محمد (۱۳۸۰). *حقوق مدنی*. تهران: مجد.
- بهجت، محمدتقی (۱۴۲۶ ق) *جامع المسائل*. قم: دفتر نشر آثار آیت الله بهجت. چاپ دوم.
- بهوتی، منصور بن یونس (۱۴۱۴ ق). *دقائق اولی النهی*. بی جا: عالم الکتب.
- الجزیری، عبدالرحمن (۱۴۰۶ ق). *الفقه علی مذاهب الاربعه*. بیروت: دار الاحیاء التراث العربی.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۶۷). *ترمینولوژی حقوق*. تهران: گنج دانش.
- جلالی، مهدی (۱۳۸۸). *اختیار زوجة در طلاق در حقوق ایران با مطالعه تطبیقی*. تهران: خرسندی.
- حسینی زبیدی، مرتضی (۱۴۱۴ ق). *تاج العروس من جواهر القاموس*. بیروت: دارالفکر للطباعة و النشر و التوزیع.
- حلّی، محمد بن الحسن (۱۳۸۹). *ایضاح الفوائد فی شرح اشکالات القواعد*. قم: مطبعه العلمیه.
- حلّی، حسن بن یوسف (۱۳۸۸). *تذکره الفقهاء*. قم: مؤسسه آل البیت (ع).
- _____ (۱۴۱۹ ق). *تبصره المتعلمین فی أحكام الدین*. تهران: منشورات. الاسلامیه.
- الخطیب الشربینی، محمد بن احمد (۱۴۱۵ ق). *مغنی المحتاج إلی معرفه معانی ألفاظ المنهاج*. بیروت: دار الکتب العلمیه.
- خویی، ابوالقاسم (۱۳۷۷). *مصباح الفقاهه*. قم: مکتبه الداوری.
- دسوقی، محمد بن عرفه (بی تا). *حاشیه الدسوقی علی الشرح الكبير*. بیروت: دارالفکر.
- راغب اصفهانی، حسین بن محمد (۱۴۱۲ ق). *مفردات ألفاظ القرآن*. بیروت: دار العلم الدار الشامیة
- شبیری زنجانی، سید موسی (۱۴۱۹ ق). *کتاب نکاح*. قم: مؤسسه پژوهشی رأی پرداز.
- شهیدی، مهدی (۱۳۸۷). *حقوق مدنی*. تهران: مجد.
- صافی گلپایگانی، لطف الله (۱۴۱۷ ق). *جامع الأحکام*. قم: انتشارات حضرت معصومه (س). چاپ چهارم.

- صفایی، سید حسین و امامی، اسدالله (۱۳۷۴). حقوق خانواده. تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
- طاهری، حبیب‌الله (۱۴۱۸ ق). حقوق مدنی. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم. چاپ دوم.
- طباطبایی، سید محمدحسین (۱۴۱۷ ق). المیزان فی تفسیر القرآن. قم: اسلامی.
- طوسی، محمد بن حسن (۱۳۸۷). المبسوط فی فقه الإمامیه. تهران: المکتبه المرتضویه لإحياء الآثار الجعفریه. چاپ سوم.
- عاملی، زین‌الدین بن علی (۱۴۱۰ ق). الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیه. قم: کتابفروشی داوری.
- _____ (۱۴۱۳ ق). مسالك الأنفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام، قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه.
- عاملی کرکی، علی بن حسین (۱۴۱۴ ق). جامع المقاصد فی شرح القواعد. قم: مؤسسه آل‌البيت لاحیاء التراث.
- عظیم‌زاده اردبیلی، فائزه (۱۳۹۰). «حق حبس در نظام حقوقی خانواده در اسلام». دوفصلنامه فقه و حقوق خانواده، ۱۶ (۵۴). ص ۲۷-۵.
- فضل‌الله، سید محمدحسین (۱۴۱۹ ق). تفسیر من وحی القرآن. بیروت: دار المالك للطباعة و النشر.
- فیومی، احمد بن محمد (۱۴۱۴ ق). مصباح المنیر فی غریب الشرح الكبير للرافعی. قم: دارالهجره. چاپ دوم.
- قرشی بنایی، علی‌اکبر (۱۳۷۱). قاموس قرآن. تهران: دار الکتب الاسلامیه.
- قمی، میرزا ابوالقاسم (۱۳۸۵). الرسائل. قم: بوستان کتاب.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۵). حقوق مدنی خانواده. تهران: گنج دانش.
- _____ (۱۳۸۱). حقوق مدنی دوره عقود معین. تهران: شرکت سهامی انتشار.
- _____ (۱۳۸۹). قواعد عمومی قراردادها. تهران: گنج دانش.
- کمپانی اصفهانی، محمدحسین (۱۴۱۸ ق). حاشیه کتاب المکاسب. قم: أنوار الهدی.
- محقق داماد، مصطفی (۱۳۶۷). حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن. تهران: نشر علوم انسانی.

- _____ (۱۳۶۰). حقوق مدنی زوجین در زمان زناشویی دائم از دیدگاه قرآن. تهران: بنیاد قرآن.
- مراغی، سید میرعبدالفتاح بن علی حسینی (۱۴۱۷ ق). *العناوین الفقهیه*. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- مصطفوی، حسن (۱۴۰۲ ق). *التحقیق فی کلمات القرآن الکریم*. تهران: مرکز کتاب لترجمه النشر.
- معین، محمد (۱۳۷۱). *فرهنگ فارسی معین*. تهران: آدنا کتاب راه نو.
- _____ (۱۴۲۴ ق). *تفسیر الکاشف*. تهران: دار الکتب الاسلامیه.
- مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۴ ق). *کتاب النکاح*. قم: انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب (ع).
- _____ (۱۳۷۴). *تفسیر نمونه*. تهران: دارالکتب الاسلامیه.
- موسوی بجنوردی، سید حسن (۱۴۱۹ ق). *القواعد الفقهیه*. قم: نشر الهادی.
- موسوی خمینی، روح الله (بی تا). *استفتائات*. تهران: تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
- نایینی، محمدحسین (۱۴۰۴ ق). *فوائد الاصول*. قم: جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- نجفی، محمدحسن (۱۴۰۴ ق). *جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام*. بیروت: دار إحياء التراث العربی. چاپ هفتم.
- نوری الشافعی، ابن زکریا یحیی بن شرف (بی تا). *منهاج الطالبین*. قاهره: مکتبه التراث الاسلامیه.